

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019두45944 보훈급여지급정지처분 등 무효 확인
원고, 피상고인 원고
피고, 상고인 대한민국
원 심 판 결 서울고등법원 2019. 6. 20. 선고 2019누33820 판결
판 결 선 고 2021. 12. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

1. 상고이유를 판단한다.

원심은, 구 군인연금법(2019. 12. 10. 법률 제16760호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)이 정하고 있는 급여 중 사망보상금은 일실손해의 보전을 위한 것으로 불법행위로 인한 소극적 손해배상과 같은 종류의 급여이므로(대법원 2018. 7. 20. 선고 2018두36691 판결 참조), 군복무 중 사망한 사람의 유족이 국가배상을 받은 경우 국가보훈처장 등은 사망보상금에서 소극적 손해배상금 상당액을 공제할 수 있을 뿐, 이를 넘어

정신적 손해배상금까지 공제할 수 없다고 판단하였다.

관련 규정과 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결에 구 군인연금법상 사망보상금의 성격, 이종배상금지 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 직권으로 판단한다.

가. 구 군인연금법에 의한 사망보상금 등의 급여를 받을 권리에 관한 법리

(1) 구 군인연금법에 의한 사망보상금 등의 급여를 받을 권리는 법령의 규정에 따라 직접 발생하는 것이 아니라 급여를 받으려고 하는 사람이 소속하였던 군의 참모총장의 확인을 얻어 청구함에 따라 국방부장관 등이 그 지급결정을 함으로써 구체적인 권리가 발생한다[구 군인연금법 제10조 제1항, 제11조 제1항, 제2항, 제31조 제1항, 구 군인연금법 시행령(2020. 6. 9. 대통령령 제30759호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조 제2항, 제23조 제1항 제1호, 제4항, 구 군인연금법 시행규칙(2020. 6. 11. 국방부령 제1022호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조 제1항 참조].

국방부장관 등이 하는 급여지급결정은 단순히 급여수급 대상자를 확인·결정하는 것에 그치는 것이 아니라 구체적인 급여수급액을 확인·결정하는 것까지 포함한다. 구 군인연금법령상 급여를 받으려고 하는 사람은 우선 관계 법령에 따라 국방부장관 등에게 급여지급을 청구하여 국방부장관 등이 이를 거부하거나 일부 금액만 인정하는 급여지급결정을 하는 경우 그 결정을 대상으로 항고소송을 제기하는 등으로 구체적 권리를 인정받은 다음 비로소 당사자소송으로 그 급여의 지급을 구해야 한다. 이러한 구체적인 권리가 발생하지 않은 상태에서 곧바로 국가를 상대로 한 당사자소송으로 급여의 지급을 소구하는 것은 허용되지 않는다(대법원 1995. 9. 15. 선고 93누18532 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2008두5636 판결 참조).

(2) 법원은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 하는 당사자소송을 그 처분 등을 한 행정청을 피고로 하는 항고소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심 변론종결 시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다(행정소송법 제42조, 제21조). 다만 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 항고소송으로 제기해야 할 것을 당사자소송으로 잘못 제기한 경우에, 항고소송의 소송요건을 갖추지 못했음이 명백하여 항고소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 법원으로서 원고가 항고소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정청의 처분이나 부작위가 적법한지 여부를 심리·판단해야 한다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2013두14863 판결 참조).

(3) 일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정된다. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

원고의 아들인 소외인은 2013. 4. 15. 군에 입대하여, 2013. 8. 11. 부대 화장실에서 목을 맨 상태로 발견되었고, 같은 날 사망하였다.

원고는 피고를 상대로 국가배상을 청구하는 소를 제기하여 일부 인용 판결을 받았다(서울중앙지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015가단5326535 판결, 쌍방이 항소하지 않아 그대로 확정되었다). 이에 따라 원고는 2016. 3. 16. 피고로부터 국가배상금을 받았다.

소외인은 당초 군인사법 제54조의2 제1항 제3호에서 정한 '일반사망자'로 분류되었

으나, 국방부 중앙전공사망심사위원회는 2016. 7. 22. 소외인을 같은 항 제2호 다.목의 '순직자(순직Ⅲ형)'에 해당한다고 결정하였고, 육군참모총장은 2016. 8. 5. 경기남부보훈지청장(국방부장관으로부터 구 군인연금법상 사망보상금의 지급사무를 위탁받았다)에게 '원고가 구 군인연금법상 사망보상금 지급대상자에 해당하고 사망보상금 지급 시 공제사항을 해당기관에 확인할 것'을 통보하였다.

원고는 2016. 8. 11. 경기남부보훈지청장에게 구 군인연금법에 의한 사망보상금의 지급을 청구하였다. 경기남부보훈지청의 보상과장은 2016. 10. 18. '원고가 구 군인연금법상 사망보상금의 액수를 초과하는 국가배상금을 받았으므로 이를 공제하면 지급할 사망보상금이 없다'는 내부결재문건에 결재를 하였고, 원고에게 사망보상금이 지급되지 않았다. 이에 원고는 당사자소송으로 피고를 상대로 사망보상금의 지급을 청구하는 이 사건 소를 제기하였다.

다. 이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

원고로부터 사망보상금의 지급 청구를 받은 경기남부보훈지청장이 이에 대한 지급결정을 하지 않았으므로 구 군인연금법상 사망보상금에 대한 원고의 구체적인 권리가 발생했다고 보기 어렵다. 소외인이 '순직자'에 해당하고 원고가 사망보상금 지급대상자에 해당한다는 결정이 있었다고 하더라도 마찬가지이다.

경기남부보훈지청장은 원고에게 사망보상금을 지급하지 않겠다는 문건에 내부결재만 이루어진 상태에서 사망보상금을 지급하지 않았을 뿐, 그와 같은 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하지 않았다. 따라서 원고의 사망보상금 지급 청구에 따른 경기남부보훈지청장의 거부처분이 존재한다고 보기도 어렵다.

이러한 상태에서 원고는 피고를 상대로 당사자소송으로 사망보상금의 지급을 구할

수 없다. 만일 사망보상금 지급 청구에 대한 명시적인 거부처분이 이루어지지 않았다면 원고가 경기남부보훈지청장을 상대로 원고의 사망보상금 지급 청구에 관한 부작위의 위법을 다투는 부작위위법확인소송을 제기했어야 하고, 이미 거부처분이 이루어졌다면 거부처분 취소소송을 제기했어야 한다. 원심으로서는 이 사건을 당사자소송에서 항고소송으로 소 변경을 할 것인지에 관해서 석명권을 행사하여 원고가 적법한 소송형태를 갖추도록 했어야 하고, 만일 원고가 부작위위법확인소송으로 소 변경을 한 후 경기남부보훈지청장이 거부처분을 한다면 다시 거부처분 취소소송으로 소 변경을 할 것인지에 관해서도 석명권을 행사해야 한다.

그런데도 원심은, 이 사건 소가 당사자소송으로서 적법함을 전제로 본안에 대해 판단하였다. 원심판결에는 행정소송법상 처분 개념, 항고소송과 당사자소송 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희

주 심 대법관 김재형

대법관 안철상

대법관 이흥구