

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2022두58421 부작위위법확인
원고, 상고인	원고 소송대리인 변호사 황영목 외 1인
피고, 피상고인	대구광역시장 소송대리인 변호사 김계희
원 심 판 결	대구고등법원 2022. 9. 16. 선고 2022누2634 판결
판 결 선 고	2026. 9. 23.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

이 유

직권으로 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 2009. 12. 1. 인천광역시 지방소방사로 신규임용된 후 2012. 5. 7. 시·도 인사교류로 강원도로 전출되었고, 2012. 12. 3. 지방소방교로 승진임용되었다.

나. 원고는 2017. 8. 1. 자로 강원도 소방공무원에서 의원면직되고, 같은 날 대구광역시 지방소방사로 신규임용되었다.

다. 원고는 2018. 2. 1. 대구광역시 지방소방사에서 지방소방교로 근속승진하였다.

라. 원고는 2021. 2.경 인사혁신처 소청심사위원회(이하 '소청심사위원회'라 한다)에 소방장으로서의 근속승진에 관한 의무이행을 구하는 취지의 소청심사를 청구하였으나, 소청심사위원회는 2021. 4. 15. 원고의 청구를 기각하는 결정을 하였다.

마. 이에 원고가, 원고의 근속승진 임용신청에 관한 피고의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 취지의 이 사건 소를 제기하였다.

2. 행정소송법상 처분등의 존부에 따른 소송형태의 구별

행정소송법에 따른 취소소송의 대상인 '처분등'이란 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'을 말하고, 부작위위법확인소송의 대상인 '부작위'란 '행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것'을 말한다(제2조 제1항 제1호, 제2호).

행정청의 어떤 행위가 항고소송 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 사안에서 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 법치행정 원리와 당해

행위에 관한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

한편 항고소송은 처분등의 취소 또는 무효·부존재확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있고(행정소송법 제12조, 제35조), 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익을 침해받은 자로서 원고적격이 인정된다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 참조).

3. 근속승진임용과 관련하여 적합한 소송형태

가. 소방공무원법 제15조는 소방사, 소방교, 소방장, 소방위 계급에서 일정한 기간 동안 재직한 사람을 한 단계 위의 계급으로 승진임용할 수 있게 하는 근속승진 제도를 규정하면서(제1항), 근속승진임용의 기준, 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(제3항).

그 위임을 받은 구 「소방공무원 승진임용 규정」(2021. 8. 31. 대통령령 제31957호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제6조의2는 근속승진기간 계산 방식(제1항), 근속승진의 요건(제2항) 및 절차(제4, 5, 6항)를 규정하고 있으며, 제6조의2 제7항의 위임을 받은 구 「소방공무원 근속승진 운영지침」(2021. 11. 18. 소방청예규 제56호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조 제3항은 "근속승진임용은 이 지침과 소방청장이 따로 정하는 방법과 절차 외에는 「소방공무원 승진임용 규정」 및 「소방공무원 승진임용 규정 시행규칙」에서 정한 승진심사의 방법과 절차에 의한다."라고 규정하고 있다.

따라서 근속승진의 경우에도 구 「소방공무원 승진임용 규정」에서 정한 승진심사를 거쳐야 하고, 심사위원회의 근속승진 심사 결과 부적격자로 결정된 경우에는 근속승진 임용을 할 수 없다(구 「소방공무원 근속승진 운영지침」 제6조 제4항).

나. 이러한 공무원의 근속승진임용은 근속승진기간 동안 재직한 공무원을 대상으로 하고 그 성격상 특별한 사정이 없는 한 대상자의 신청을 전제로 하는 것이 아니므로, 신청에 대한 행정청의 법률상 응답의무를 전제로 하는 부작위위법확인소송은 근속승진임용에서의 제외행위가 위법함을 다투기에 적합한 소송형태라고 보기 어렵다.

다. 한편 근속승진에 필요한 요건을 충족한 사람은 임용권자로부터 근속승진임용에 관하여 정당한 심사를 받을 것이라는 기대를 하게 되므로, 임용권자가 특정 공무원을 근속승진임용 발령에서 제외하는 행위는 해당 공무원에 대하여 항고소송 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다. 그와 같은 임용권자의 행위를 항고소송 대상이 되는 제외처분으로 보지 않는다면, 근속승진 대상자로서는 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다.

공무원이 어느 특정일을 기준으로 근속승진 대상자에 해당한다고 주장함에도 임용권자가 그 날짜 이후에 이루어진 여러 차례의 근속승진임용 발령에서 계속하여 해당 공무원을 제외하였다면, 각각의 제외행위가 별개의 법률효과를 발생시키는 것으로서 독립한 제외처분이 된다.

라. 결국 임용권자가 공무원을 근속승진에서 제외한 행위의 위법성을 다투기에 적합한 소송형태는, 공무원이 근속승진 요건을 충족하였다고 주장하는 시점 이후의 근속승진임용 발령에서 해당 공무원을 제외한 처분의 취소를 구하고, 만약 그와 같은 처분이 여럿이라면 그중에서 제소기간이 지나지 않은 처분을 특정하여 해당 처분의 취소를 구하는 것이다. 이 경우 근속승진 대상자라고 주장하는 공무원의 근속승진기간 미달 등 근속승진 요건을 충족하지 못하였다는 점은 임용권자가 주장·증명해야 하지만, 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구할 때는 직권조사사항을 제외하고는 위법인 구체적

사실을 먼저 주장하여야 하므로, 근속승진 대상자라고 주장하는 사람이 먼저 행정청의 판단에 잘못이 있음을 주장하여야 한다. 나아가 행정청의 근속승진임용 발령 제외처분이 위법함을 이유로 해당 처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 임용권자에게 취소 판결의 취지에 따라 다시 근속승진임용 발령 여부를 심사할 의무가 발생한다(행정소송법 제30조 제1항).

4. 행정소송에서 소의 변경과 법원의 석명권 행사

법원은 취소소송 외의 항고소송을 취소소송으로 변경하는 것이 상당하다고 인정할 때에는 청구의 기초에 변경이 없는 한 사실심의 변론종결시까지 원고의 신청에 의하여 결정으로써 소의 변경을 허가할 수 있다(행정소송법 제37조, 제21조). 이는 부작위위법 확인소송 계속 중 처분이 있는 경우에도 마찬가지이다.

원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 취소소송으로 제기해야 할 것을 취소소송 외의 항고소송으로 잘못 제기한 경우에는, 취소소송으로서의 소송요건을 갖추지 못했음이 명백하여 취소소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 법원으로서 원고를 상대로 취소소송으로 소를 변경할 것인지 석명권을 행사해야 하고, 그에 따라 취소소송으로 변경된다면 행정청의 처분이 적법한지 여부를 심리·판단하여야 한다.

5. 이 사건에 관한 판단

이 사건은 원고가 소청심사청구로써 한 근속승진 신청에 대한 피고의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 소송이다. 그런데 앞서 본 것처럼 이러한 원고의 청구에 적합한 소송형태는 원고가 근속승진 요건을 충족하였다고 주장하는 시점 이후의 근속승진임용 발령에서 원고를 제외한 처분의 취소를 구하는 것이다. 그렇다면 원심으로서 원고에

게 취소를 구하는 근속승진임용 발령 제외처분을 특정하여 그 처분의 취소를 구하는 소송으로 소를 변경할 것인지 석명함으로써 원고에게 적합한 소송형태를 갖출 수 있는 기회를 제공하였어야 한다(원고가 근속승진기간 및 다른 근속승진 요건 등을 충족하였는지 여부는 본안에서 심리 후 판단하여야 할 사항이다).

그런데도 원심은, 원고의 부작위위법확인소송에 대하여 소청심사위원회의 소청심사 청구 기각결정으로 피고의 응답이 이루어졌으므로 부작위가 없고, 설령 그 기각결정을 피고의 응답으로 볼 수 없다고 하더라도 피고가 소청심사 또는 소송 과정에서 답변서를 제출하는 등으로 대응하였으므로 위법한 부작위 상태가 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다.

이러한 원심 판단에는 행정소송법상 처분의 개념, 취소소송과 부작위위법확인소송의 관계, 법원의 석명의무 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

6. 결론

상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이숙연

 대법관 오석준

주 심 대법관 엄상필