

# 서울중앙지방법원

## 제 4 민 사 부

### 판 결

사 건	2022나34373 손해배상(기)
원고, 항소인	A
피고, 피항소인	대한민국
제 1 심 판 결	서울중앙지방법원 2022. 6. 10. 선고 2021가단5017931 판결
변 론 종 결	2023. 12. 6.
판 결 선 고	2024. 1. 10.

### 주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 이 사건을 서울행정법원으로 이송한다.

### 청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 75,649,140원 및 위 돈 중 3,737,560원에 대하여는 2017. 5. 11.부터, 3,737,560원에 대하여는 2017. 6. 11.부터, 4,737,560원에 대하여는 2017. 7. 11.부터, 3,737,560원에 대하여는 2017. 8. 11.부터, 6,024,700원에 대하여는 2017. 9. 11.부터, 3,737,560원에 대하여는 2017. 10. 11.부터, 3,737,560원에 대하여

여는 2017. 11. 11.부터, 3,737,560원에 대하여는 2017. 12. 11.부터, 5,737,560원에 대하여는 2018. 1. 11.부터, 4,120,660원에 대하여는 2018. 2. 11.부터, 4,120,660원에 대하여는 2018. 3. 11.부터, 4,120,660원에 대하여는 2018. 4. 11.부터, 4,120,660원에 대하여는 2018. 5. 11.부터, 4,120,660원에 대하여는 2018. 6. 11.부터, 4,120,660원에 대하여는 2018. 7. 11.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결 이유 중 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 2. 원고의 주장

가. 군인사법에는 전시가 아닌 때에 장교 임용권을 참모총장에게 위임할 수 있는 근거가 전혀 없는데도, 군인사법 시행령 제53조 단서는 구체적인 법률의 근거 없이 대령 이하 장교에 대한 휴직 및 복직에 관한 권한을 참모총장 또는 외국파견 부대의 장성급 지휘관에게 위임할 수 있다고 규정하고 있으므로, 위 규정은 법률의 위임 없이 제정된 것으로 무효이다. 그렇다면 육군참모총장에 의해 이루어진 이 사건 처분은 권한 없는 행정처분에 의한 것으로 하자가 중대하고 명백하여 무효이다.

또한 이 사건 처분은 침익적 행정처분에 적용되는 행정절차법상의 사전통지의무를 거치지 않았을 뿐 아니라, 원고에 대한 이 사건 처분의 통지도 이루어지지 않았으므로, 위와 같은 하자 역시 중대하고 명백하다.

결국 이 사건 처분은 무효이므로, 피고는 원고에게 이 사건 처분으로 인하여 기소휴직 기간에 지급하지 않은 임금 65,649,140원 및 위자료 10,000,000원 합계 75,649,140원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 선택적으로, 위와 같이 하자 있는 처분은 피고의 피용자인 공무원의 고의 또는 과실에 기인한 불법행위에 해당하므로, 피고는 원고가 위 불법행위로 인해 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

따라서 피고는 원고에게, 원고가 이 사건 처분으로 인하여 지급받지 못함으로써 입게 된 미지급 임금 상당의 재산상 손해액 65,649,140원과 정신적 손해에 따른 위자료 10,000,000원 합계 75,649,140원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 3. 관할에 관한 직권 판단

#### 가. 이 사건 소 중 임금지급청구 부분의 법적 성격

행정소송법 제3조 제2호는 당사자소송을 '행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송'이라고 규정하고 있다. 이 중 '행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계'는 처분 등에 의하여 발생·변경·소멸된 법률관계를, '그 밖에 공법상의 법률관계'는 처분 등을 원인으로 하지 않은 공법이 규율하는 법률관계를 의미한다. 민사소송과 당사자소송은 양자 모두 당사자의 대등한 존재를 전제로 하고, 공권력 행사 자체를 다투는 것이 아니라는 점에서는 동일하다. 그러나 당사자소송은 그 대상인 법률관계가 공법상의 법률관계인데 반하여, 민사소송은 사법상의 법률관계를 그 대상으로 하는 점에서 구별된다.

한편, 국가공무원법 제2조 제1항은 "국가공무원(이하 '공무원'이라 한다)은 경력직공

무원과 특수경력직공무원으로 구분한다."라고 규정하고, 제2항은 "'경력직공무원'이란 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되며 평생 동안(근무기간을 정하여 임용하는 공무원의 경우에는 그 기간 동안을 말한다) 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다."라고 규정하면서, 제2호에서 특정직공무원의 하나로 군인을 들고 있다.

나아가, 군인사법 제52조는 "군인의 보수는 계급과 복무연한에 걸맞도록 법률로 정한다."라고 규정하고, 군인보수법은 군인의 보수에 관한 제 사항을 규정하면서, 제2조 제2항에서 "군인은 이 법에 규정된 보수 이외에 금전이나 물품 등에 의한 어떠한 보수도 지급되거나 요구하여서는 아니 된다."라고 규정한다. 또한 군인사법 제48조 제2항은 '장교, 준사관 및 부사관이 사형, 무기 또는 장기 2년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때에는 임용권자가 직권으로 또는 해당 장교, 준사관 및 부사관의 요청에 따라 휴직을 명할 수 있다'고 규정하면서, 같은 조 제4항 제2호에서 '제2항에 따라 휴직된 사람에게는 휴직기간 동안 봉급의 100분의 50을 지급한다'고 규정하고 있다.

이처럼 국가와 그 소속 경력직공무원인 군인 사이의 관계, 즉 군인의 근무관계는 사법상의 근로계약관계가 아닌 공법상의 근무관계에 해당하고, 그 근무관계의 주요한 내용 중 하나인 군인의 보수에 관한 법률관계는 공법상의 법률관계라고 보아야 한다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다102629 판결 참조). 특히 군인사법 제52조 및 군인보수법 제2조 제2항은 군인의 보수에 관하여 법정주의를 채택하고 있고, 이 사건 처분에 따른 감봉도 군인사법 제48조 제4항 제2호에 따라 이루어진 점까지 고려하면, 이 사건 소 중 임금지급청구 부분은 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송

으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송에 해당하여 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다.

#### 나. 이 사건 소의 관할법원

행정소송법 제7조는 원고의 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송이 심급을 달리 하는 법원에 잘못 제기된 경우에 민사소송법 제34조 제1항을 적용하여 이를 관할법원에 이송하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 관할 위반의 소를 부적법하다고 하여 각하하는 것보다 관할법원에 이송하는 것이 당사자의 권리구제나 소송경제의 측면에서 바람직하다. 따라서 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원으로서만 약 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할법원에 이송하여야 한다(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다28960 판결 참조).

그런데 이 사건 소 중 임금지급청구 부분은 행정사건에 관한 관할권이 없는 서울중앙지방법원에 제기되었으니 전속관할을 위반한 위법이 있고, 그 과정에서 원고에게 고의나 중대한 과실이 있다거나 이송하더라도 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가, 이 사건 소 중 선택적 청구인 국가배상법 제2조에 따른 손해배상청구 부분은 행정소송법 제44조 제2항, 제10조에 규정된 행정사건과의 관련청구소송으로서 임금지급청구 부분과 함께 심리하는 것이 타당하고, 또한 선택적 병합의 경우에는 성질상

전부의 청구를 하나의 소로써 불가분적으로 결합하여 놓은 것이기 때문에 그 중 하나의 청구가 다른 법원의 전속관할에 속하면 다른 청구도 함께 이송하여야 한다(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결 참조).

따라서 이 사건 소는 행정소송법 제7조, 민사소송법 제34조 제1항 따라 관할 행정법원으로 이송되어야 하는데, 국가가 피고이고 관계행정청은 국방부장관이므로 행정소송법 제40조, 제9조에 따라 피고의 소재지를 관할하는 서울행정법원으로 이송하여야 한다.

#### 다. 당사자소송의 실익

이 사건을 민사소송이 아닌 행정소송법상의 당사자소송으로 처리하면 다음과 같은 실익을 얻을 수 있다. ① 개념적으로 공법과 사법을 구분하고 있는 우리 법체계와 논리적 정합성을 유지할 수 있다. ② 행정사건의 처리에 전문성을 갖추고 있는 행정법원 또는 각급 법원 행정부 소속 법관들의 심판을 받을 수 있다. ③ 당사자소송에는 관련 민사소송청구를 병합할 수 있지만 민사소송에는 관련 당사자소송청구를 병합할 수 없다(행정소송법 제10조, 제44조 제2항). ④ 당사자소송에는 행정청이 참가를 할 수 있지만 민사소송에서는 참가를 할 수 없다(행정소송법 제17조, 제44조 제1항). ⑤ 당사자소송에서는 직권심리주의가 적용될 수 있는 반면, 민사소송에서는 변론주의가 적용된다(행정소송법 제26조, 제44조 제1항). ⑥ 당사자소송의 판결의 기속력은 당해 행정주체 산하의 행정청에도 미치지만 민사소송에서는 소송당사자에게만 판결의 효력이 미칠 뿐이다(행정소송법 제30조 제1항, 제44조 제1항). ⑦ 당사자소송의 경우 소의 변경, 피고 경정의 경우에 제소기간준수의 소급효를 인정하고 있다(행정소송법 제14조, 제21조, 제42조, 제44조). ⑧ 행정심판기록의 제출명령제가 규정되어 있다(행정소송법 제25조, 제

44조).

여기에다가 1998. 3. 1.부터 행정소송도 3심제가 되면서 심급상의 불이익이 해소된 점, 지방법원과 동격인 행정법원의 설치와 더불어 행정사건의 특수성·전문성에 대한 고려가 필요한 점, 우리 사회가 고도의 산업사회로 발전·변모함에 따라 행정수요도 양적·질적으로 팽창하고 그 영역이 확대되면서 행정작용의 형식이 필연적으로 다양화하게 되었고 이에 따라 공법상의 법률관계에 관한 쟁송도 전문성을 가지지 않을 수 없게 된 점 등을 감안하면, 이 사건이 행정소송법상의 당사자소송절차에 의해 처리되는 것이 많은 실익이 있을 뿐만 아니라 그로 인하여 원·피고 어느 일방에게 특별히 불이익한 결과를 초래하는 것도 아니다.

#### 4. 결론

그렇다면 제1심판결에는 전속관할을 위반한 위법이 있으므로 이를 취소하고, 이 사건을 관할법원인 서울행정법원으로 이송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장	판사	장용범
	판사	권가희
	판사	곽새롬