

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2019다264700 연구개발확인서발급절차이행청구의 소  
원고, 상고인 이텍산업 주식회사  
소송대리인 법무법인 대원씨앤씨  
담당변호사 윤영훈 외 2인  
피고, 피상고인 대한민국  
원 심 판 결 대전고등법원 2019. 8. 22. 선고 2019나10352 판결  
판 결 선 고 2020. 1. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

직권으로 판단한다.

1. 사건의 경위

원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

가. ○○본부 △△△△△△사업단은 2013년 무렵 ① 2013년부터 2016년까지 총 9억

4,400만 원을 투입하여 9.5톤 트럭에 현대화된 취사장비를 적재하여 일체형으로 운용할 수 있는 '기동형 취사장비' 시제품 1대를 생산하여, 운용시험평가 등을 거쳐(이하 '연구개발'이라고 한다) ② 2016년부터 2021년까지 전방 전투부대에 189대(대당 예상획득단가 약 3억 2,800만 원, 예상 소요예산 총 620억 원)를 보급한다(이하 '양산'이라고 한다)는 내용의 사업계획을 수립하였다.

나. 국군중앙계약관은 2013. 11. 7. 사업관리기관인 ○○본부 △△△△△△사업단이 작성한 '제안요청서'를 첨부하여 위 사업계획 중 ① 연구개발 부분에 관하여 용역계약 경쟁입찰 공고를 하였고, 입찰에 응한 각 업체들의 제안서를 평가하여, 원고를 개발업체로 선정하였다. 국군중앙계약관은 2013. 12. 18. 원고와 이 사건 용역계약을 체결하였는데, 그에 따르면 관련 연구개발은 '정부투자연구개발' 방식으로 진행되며, 계약금액 1원(원고가 연구개발에 소요되는 전체 비용 중에서 1원을 ○○본부 △△△△△△사업단으로부터 지급받고, 나머지 비용은 원고가 스스로 부담함을 의미한다), 계약기간은 2013. 12. 18.부터 2016. 11. 30.까지이다.

다. 이 사건 용역계약에 따라 원고는 2016. 8.경 기동형 취사장비 시제품을 개발하였고, 전력지원체계 시험평가를 거쳐 2016. 10. 14. 군사용 적합판정을 받았으며, 2016. 11. 15. 기동형 취사장비에 관한 국방규격(표준화)이 제정되었고, 2016. 12. 2. ○○참모총장으로부터 최종적으로 '기동형 취사장비의 정부투자연구개발사업이 종결되었음'을 통보받았다.

라. 이후 원고는 ○○본부 △△△△△△사업단에 구 국방전력발전업무훈령(2012. 2. 3. 국방부훈령 제1388호로 개정되어 2014. 5. 26. 국방부훈령 제1664호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제114조의2 제1항에 의하여 이 사건 용역계약에 따라 개발된 기동

형 취사장비에 관하여 연구개발확인서를 발급해 줄 것을 신청하였다. 이에 ○○본부 △△△△△△사업단장은 2018. 5. 18. '연구개발확인서의 발급은 행정처분에 해당하고, 기동형 취사장비에 관한 국방규격 제정 당시에 시행된 현행 국방전력발전업무훈령 제 113조의5 제1항에 의하여 정부투자연구개발 방식으로 개발된 품목에 관해서는 연구개발확인서를 발급할 수 없다'는 이유로 이 사건 거부회신을 하였다.

마. 원고는 2018. 6. 12. ○○본부 △△△△△△사업단장이 속한 법인격주체인 피고를 상대로 '피고는 원고에게 이 사건 용역계약에 따라 구 국방전력발전업무훈령 제114조의2 제1항에 의한 연구개발확인서의 발급절차를 이행하라'고 청구하는 이 사건 소를 대전지방법원에 제기하였다.

## 2. 당사자의 주장, 제1심과 원심의 판단

가. 원고는 이 사건 용역계약의 특수조건 제3조에 의하면 ○○본부 △△△△△△사업단이 작성한 제안요청서가 계약의 일부로서 효력을 가지는데, 제안요청서에 '적용규정'으로 구 국방전력발전업무훈령이 명시됨으로써 이 사건 용역계약의 내용에 편입되었고, 따라서 피고는 구 국방전력발전업무훈령 제114조의2 제1항에 따라 원고에게 연구개발확인서 발급절차를 이행할 의무가 있다고 주장하였다. 이에 대하여 피고는 구 국방전력발전업무훈령이 이 사건 용역계약의 내용으로 편입되었다고 볼 수 없고, 설령 그렇다고 가정하더라도 이 사건 용역계약은 '정부투자연구개발' 방식으로 진행되었으므로 구 국방전력발전업무훈령 제114조의2 제1항에 의해서도 연구개발확인서 발급이 불가능하다고 주장하였다.

나. 이 사건 제1심(대전지방법원 민사부)은 쌍방 당사자 사이에 구 국방전력발전업무훈령 제114조의2를 이 사건 용역계약의 내용으로 편입하기로 한다는 의사의 합치가

있었다고 보기 어렵다는 이유에서 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 이 사건 원심(대전고등법원 민사부)도 같은 이유에서 원고의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.

### 3. 대법원의 판단

#### 가. 관련 법리

(1) 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"(행정소송법 제2조 제1항 제1호)을 말한다. 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 또한 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 당해 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 참조).

(2) 항고소송에서 처분의 위법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 이는 신청에 따른 처분의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2017. 4. 7. 선고 2014두37122 판결 등 참조). 새로 개정된 법령의 경과규정에서 달리 정함이 없는 한, 처분 당시에 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하여 신청에 따른 처분의 발급 여부를 결정하는 것이 원칙이고, 그러한 개정 법령의 적용과 관련하여서

는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름이다(대법원 2005. 7. 29. 선고 2003두 3550 판결 등 참조).

(3) 행정소송법상 항고소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우에 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면, 전심절차를 거치지 않았거나 제소기간을 도과하는 등 항고소송으로서의 소송요건을 갖추지 못했음이 명백하여 항고소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상, 원고로 하여금 항고소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정소송법이 정하는 절차에 따라 심리·판단하여야 한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 97다42250 판결 등 참조).

나. 이 사건 거부회신 당시에 적용되던 관계 법령과 규정들은 전력지원체계 연구개발확인서 발급에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

(1) 방위사업법에 의하면, '군수품'이란 국방부 및 그 직할부대·직할기관과 육·해·공군이 사용·관리하기 위하여 획득하는 물품으로서 무기체계 및 전력지원체계로 구분하며, '전력지원체계'란 무기체계 외의 장비·부품·시설·소프트웨어 그 밖의 물품 등 제반요소를 말한다(제3조 제2호, 제4호). 방위사업청장은 국방부장관의 지침에 의하여 군수품의 조달계획을 수립하고 이에 따라 군수품을 조달한다(제25조 제1항). 군수품은 국방예산의 효율적인 집행을 위하여 방위사업청에서 일괄적으로 조달한다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 각군에서 직접 조달하거나 조달청에 요청하여 구매할 수 있다(제25조 제2항). 방위사업청장은 군수품을 효율적으로 획득하기 위하여 군수품의 표

준화에 대한 계획을 수립하여야 하며(제26조 제1항), 수립된 계획에 따라 표준품목을 지정 또는 해제하고, 군수품의 규격을 제정·개정 또는 폐지하며, 군수품의 물리적 또는 기능적 특성을 식별하여 관리하여야 하고(제26조 제2항), 이에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(제26조 제3항).

(2) 그 위임에 따른 방위사업법 시행령에 의하면, 방위사업청장은 군수품의 표준품목을 지정하고자 할 때에는 '각군의 구매요구조건의 적정성 및 표준품목 지정의 필요성', '해당 군수품의 경제성', '전력화지원요소의 충족성', '민·군 분야의 활용도', '사용 중인 군수품과의 연계성'을 고려하여야 하며, 이 경우 구매에 의하여 획득하는 전력지원체계에 대하여는 각군의 의견을 받아 표준품목을 지정하되, 연구개발에 의하여 획득하는 전력지원체계의 품목에 대하여는 국방부 또는 각군이 요구하는 바에 따라 표준품목을 지정하여야 한다(제30조 제2항). 이에 따라 표준품목의 지정대상이 되는 전력지원체계의 연구개발에 관하여 필요한 사항은 국방부장관이 정한다(방위사업법 시행규칙 제14조).

(3) 방위사업법, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙에서 위임한 사항과 그 시행을 위하여 필요한 사항, 무기체계와 전력지원체계의 소요·획득·운영유지를 포함하는 전력증강과 관련된 업무의 기본절차를 규정하고 지침을 제공함을 목적으로 국방부장관이 정한 '국방전력발전업무훈령'에 의하면, 전력지원체계 연구개발은 정부가 연구개발비를 부담하는 정부투자연구개발, 업체가 연구개발비를 부담하는 업체투자연구개발, 국방부(또는 타 정부부처)와 산·학·연이 연구개발비를 공동으로 부담하는 정부·업체공동투자연구개발, 국방부와 타 정부부처가 공동으로 비용을 분담하는 정부공동협력사업, 민·군기술협력 출연금으로 개발하는 민·군기술협력사업으로 구분한다(제109조 제1

항).

전력지원체계 연구개발사업은 사업관리기관의 제안요청서 작성, 입찰공고, 제안서 접수 및 평가, 연구개발계약 체결, 설계검토, 체계개발, 시험평가, 군사용 적합판정, 규격화·목록화, 연구개발확인서 발급 등의 단계를 거쳐 추진된다(제112조 제2항).

사업관리기관은 업체투자연구개발품목 및 정부·업체공동투자연구개발품목이 군사용 적합판정을 받고 규격이 제·개정된 경우에는 지체 없이 연구개발확인서를 발급한다. 다만, 정부투자연구개발사업의 경우 사업종결여부는 사업관리기관의 공문에 의한다(제113조의5 제1항). 사업관리기관은 연구개발확인서를 발급하면 개발업체, 소요군, 방위사업청, 국방기술품질원, 국방과학연구소에 통보하여야 한다(제113조의5 제2항). 업체투자 및 정부·업체공동투자연구개발의 경우 계약기관의 장은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 '국가계약법'이라고 한다) 시행령에 따라 연구개발확인서를 발급받은 업체와 수의계약으로 조달할 수 있고, 수의계약 가능기간은 개발 완료 후 5년으로 하며, 수의계약 가능 최장기간은 연구개발확인서 발급일로부터 15년을 초과할 수 없다(제114조의3 제1항, 제2항).

정부·업체공동투자연구개발 및 업체투자연구개발 업체의 매매과정에서 '현재 기존 업체(양도업체)가 연구개발확인서를 발급받아 수의계약 중인 품목'이나 '국방전력발전 업무훈령 등 관련 규정에 따라 연구개발확인서가 발급되어 향후 수의계약의 자격을 부여받을 것이 예상되는 사업'에 관하여 기존 개발업체에 의해 수행되던 사업을 타 업체로 전환하고자 하는 경우에는, 기존 개발업체가 국방부(군수관리관)에 개별적 사업권의 양도 승인신청을 하여 양도승인을 받음으로써 개별적 사업권의 지정승계를 할 수 있다(제115조).

(4) 한편, 국가계약법에 의하면, 중앙관서의 장이나 계약담당공무원이 국가를 당사자로 하는 계약을 체결하려면 일반경쟁에 부치는 것이 원칙이며, 다만 계약의 목적, 성질, 규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명(指名)하여 경쟁에 부치거나 수의계약(隨意契約)을 할 수 있다(제7조 제1항). 그 위임에 따른 국가계약법 시행령에 의하면, 방위사업청장이 군용규격물자를 연구개발한 업체로부터 군용규격물자를 제조·구매하는 경우에는 수의계약에 의할 수 있다(제26조 제1항 제1호 다.목).

다. 앞서 본 법리에 비추어 관련 규정들의 내용과 체계를 살펴본다.

(1) 국방전력발전업무훈령 제113조의5 제1항에 의한 연구개발확인서 발급은 개발업체가 '업체투자연구개발' 방식 또는 '정부·업체공동투자연구개발' 방식으로 전력지원체계 연구개발사업을 성공적으로 수행하여 군사용 적합관정을 받고 국방규격이 제·개정된 경우에 사업관리기관이 개발업체에게 해당 품목의 양산과 관련하여 경쟁입찰에 부치지 않고 수의계약의 방식으로 국방조달계약을 체결할 수 있는 지위(경쟁입찰의 예외사유)가 있음을 인정해 주는 '확인적 행정행위'로서 공권력의 행사인 '처분'에 해당하고, 연구개발확인서 발급 거부는 신청에 따른 처분 발급을 거부하는 '거부처분'에 해당한다.

(2) 한편, 어떤 군수품을 조달할지 여부나 그 수량과 시기는 국방예산의 배정이나 각 군에서 요청하는 군수품 소요의 우선순위에 따라 탄력적으로 결정될 수 있어야 하므로, 관계 법령이나 규정에서 특별히 달리 정하지 않은 이상, 군수품 조달에 관해서는 방위사업청장이나 각군에게 광범위한 재량이 있다. 국방전력발전업무훈령이 업체투자연구개발 방식이나 정부·업체공동투자연구개발 방식으로 연구개발이 완료되어 군사용



적합판정을 받고 국방규격이 제·개정된 품목에 관해서도 반드시 양산하여야 한다거나 또는 수의계약을 체결하여야 한다고 규정하고 있지 않은 것도 이 때문이다. 따라서 개발업체가 전력지원체계 연구개발사업을 성공적으로 수행하였다고 하더라도 언제나 해당 품목에 관하여 수의계약 체결을 요구할 권리가 있는 것은 아니다.

(3) 그렇다고 하더라도, 사업관리기관에 의한 연구개발확인서 발급 여부 결정은 수의계약 체결 여부를 결정하기 전에 행해지는 별개의 확인적 행정행위이므로, 개발업체가 국방전력발전업무훈령 제113조의5 제1항에서 정한 발급 요건을 충족한다면 연구개발확인서를 발급하여야 하며, 관련 국방예산을 배정받지 못했다거나 또는 해당 품목이 군수품 양산 우선순위에서 밀려 곧바로 수의계약을 체결하지는 않을 예정이라는 이유만으로 연구개발확인서 발급조차 거부하여서는 안된다.

라. 앞서 본 사실관계를 이러한 법리에 비추어 살펴본다.

(1) 이 사건 거부회신은 '기동형 취사장비'의 개발업체인 원고의 연구개발확인서 발급 신청에 대한 거부처분에 해당하므로, 원고는 처분청이 속한 법인격주체인 피고를 상대로 연구개발확인서 발급의무의 이행을 구하는 민사소송이나 공법상 당사자소송을 제기할 것이 아니라, 처분청인 ○○본부 △△△△△△사업단장을 상대로 거부처분의 취소나 무효확인을 구하는 항고소송을 제기하였어야 한다.

(2) 이 사건 제1심법원인 대전지방법원 합의부와 원심법원인 대전고등법원 합의부는 이 사건 소가 행정소송법상 항고소송일 경우의 제1심, 항소심 재판의 관할도 동시에 가지고 있으므로 관할위반의 문제는 발생하지 아니한다. 또한 원고는 2018. 5. 18. 이 사건 거부회신을 받은 후 2018. 6. 12. 이 사건 소를 제기하였으므로 취소소송의 제소기간을 준수하였고, 취소소송의 그 밖의 소송요건을 갖추지 못했다고 볼 만한 사정도

없다. 따라서 원심으로서는 원고로 하여금 행정소송법상 취소소송으로 소 변경을 하도록 석명권을 행사하여 행정소송법이 정하는 절차에 따라 이 사건 거부회신이 적법한 거부처분인지 여부를 심리·판단하였어야 한다.

(3) 그런데도 원심은, 이 사건 거부회신이 항고소송의 대상인 거부처분에 해당한다는 점을 간과한 채, 이 사건 소가 이 사건 용역계약에 따른 의무 이행을 청구하는 민사소송에 해당한다는 전제에서, 본안판단으로 나아가 구 국방전력발전업무훈령 제114조의2가 이 사건 용역계약의 내용으로 편입되지 않았기 때문에 피고에게 연구개발확인서 발급의무가 없다고 본 제1심의 판단을 그대로 유지하여 원고의 항소를 기각하였다. 이러한 원심 판단에는 항고소송의 대상인 처분과 쟁송 방식에 관한 법리 등을 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 4. 결론

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

재판장            대법관            박정화

주    심            대법관            권순일

                      대법관            이기택

대법관 김선수