

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2016두33339 퇴교처분취소
원고, 상고인 원고
소송대리인 법무법인 와이비엘
담당변호사 박영익 외 5인
피고, 피상고인 육군3사관학교장
원 심 판 결 대구고등법원 2016. 1. 22. 선고 2015누6461 판결
판 결 선 고 2018. 3. 13.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 징계위원회에 원고의 변호사가 출석하여 진술하는 것을 거부하여 징계절차에 흠

이 있다는 주장에 대하여

가. (1) 행정절차에 관한 일반법인 「행정절차법」은 제21조 제1항에서 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 처분의 내용과 법적 근거 및 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 그 밖에 필요한 사항을 당사자 등에게 통지하도록 규정하고 있고, 제22조 제3항에서 행정청이 위와 같은 처분을 할 때 청문을 실시하거나 공청회를 개최하는 경우 외에는 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주도록 규정하고 있다. 위 규정들은 헌법상 적법절차원칙에 따라 불이익처분을 하기 전에 당사자 등에게 적절한 통지를 하여 의견이나 자료를 제출할 기회를 주기 위한 것이다. 같은 취지에서 「공무원 징계령」 제11조 제2항, 「군인 징계령」 제10조 제2항, 「육군3사관학교 학칙」 제28조, 「사관생도 행정예규」 제95조 제2호 가.목 등은 징계심의대상자로 하여금 징계의결기관에 출석하여 자신의 혐의사실이나 정상참작사유에 관하여 의견을 진술할 기회를 보장하고 있다.

그럼에도 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006두20631 판결 참조).

(2) 「행정절차법」 제12조 제1항 제3호, 제2항, 제11조 제4항 본문에 따르면, 당사자 등은 변호사를 대리인으로 선임할 수 있고, 대리인으로 선임된 변호사는 당사자 등을 위하여 행정절차에 관한 모든 행위를 할 수 있다고 규정되어 있다. 위와 같은 행정절차법령의 규정과 취지, 헌법상 법치국가원리와 적법절차원칙에 비추어 징계와 같은 불이익처분절차에서 징계심의대상자에게 변호사를 통한 방어권의 행사를 보장하는

것이 필요하고, 징계심의대상자가 선임한 변호사가 징계위원회에 출석하여 징계심의대
상자를 위하여 필요한 의견을 진술하는 것은 방어권 행사의 본질적 내용에 해당하므
로, 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다고 할 것이다.

(3) 「행정절차법」 제3조 제2항, 「행정절차법 시행령」 제2조 등 행정절차법령 관
련 규정들의 내용을 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익보호를
목적으로 하는 행정절차법의 입법 목적에 비추어 보면, 행정절차법의 적용이 제외되는
공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항이란 성질상 행정절차를 거치기 곤란하
거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는
처분에 관한 사항만을 말하는 것으로 보아야 한다(대법원 2013. 1. 16. 선고 2011두
30687 판결 참조). 이러한 법리는 '공무원 인사관계 법령에 의한 처분'에 해당하는 육
군3사관학교 생도에 대한 퇴학처분에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다. 그리고 「행
정절차법 시행령」 제2조 제8호는 '학교·연수원 등에서 교육·훈련의 목적을 달성하기
위하여 학생·연수생들을 대상으로 하는 사항'을 「행정절차법」의 적용이 제외되는 경
우로 규정하고 있으나, 이는 교육과정과 내용의 구체적 결정, 과제의 부과, 성적의 평
가, 공식적 징계에 이르지 아니한 질책·훈계 등과 같이 교육·훈련의 목적을 직접 달
성하기 위하여 행하는 사항을 말하는 것으로 보아야 하고, 생도에 대한 퇴학처분과 같
이 그 신분을 박탈하는 징계처분은 여기에 해당한다고 볼 수 없다.

(4) 육군3사관학교의 사관생도에 대한 징계에 관해서는 「육군3사관학교설치법
시행령」, 「육군3사관학교 학칙」과 그 하위 규정인 「사관생도 행정예규」에 징계권자, 징
계사유, 징계의 종류, 징계의 절차에 관하여 군인에 대한 징계절차의 일반법인 「군인사
법」 제10장과는 다른 내용이 특별히 규정되어 있고, 이는 학교생활과 사관생도 신분의

특수성을 고려한 것이므로, 「군인사법」 제10장이 직접 적용될 여지는 없다.

한편, 「국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령」(이하 '국방부 징계훈령'이라 한다)은 제14조 제1항에서 "징계심의대상자는 변호사 또는 학식과 경험이 있는 자를 대리인으로 선임하여 징계사건에 대한 보충진술과 증거제출을 하게 할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 이는 이미 행정절차법에서 보장하고 있는 사항을 군징계권자가 간과하지 않도록 확인적·주의적으로 규정한 것이라고 보아야 한다.

따라서 국방부 징계훈령 제14조 제1항이 육군3사관학교의 사관생도에 대한 징계절차에 직접 적용되지는 않는다고 하더라도, 이것이 육군3사관학교의 사관생도에 대한 징계절차에서 변호사를 대리인으로 선임하여 방어권을 행사할 권리가 부정된다는 의미로 볼 것은 아니며, 행정절차법 제12조 제1항 제3호, 제2항, 제11조 제4항 본문에 따라 변호사 대리가 당연히 허용되어야 할 것이다.

(5) 그러므로 육군3사관학교의 사관생도에 대한 징계절차에서 징계심의대상자가 대리인으로 선임한 변호사가 징계위원회 심의에 출석하여 진술하려고 하였음에도 불구하고, 징계권자나 그 소속 직원이 변호사가 징계위원회의 심의에 출석하는 것을 막았다면 징계위원회 심의·의결의 절차적 정당성이 상실되어 그 징계의결에 따른 징계처분은 위법하여 원칙적으로 취소되어야 한다. 다만, 징계심의대상자의 대리인이 관련된 행정절차나 소송절차에서 이미 실질적인 증거조사를 하고 의견을 진술하는 절차를 거쳐서 징계심의대상자의 방어권 행사에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는, 징계권자가 징계심의대상자의 대리인에게 징계위원회에 출석하여 의견을 진술할 기회를 주지 아니하였다 하더라도 그로 인하여 징계위원회 심의에 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없으므로 징계처분을 취소할 것은 아

니다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음의 사정을 알 수 있다.

(1) 원고는 2014. 2. 17. 육군3사관학교에 입학한 사관생도인데, 2014. 4.경부터 같은 해 8.경까지 사이에 동료 생도들 및 그 여자친구들에 대하여 각종 폭언·욕설·인격모독행위, 성군기 위반 등의 비위행위(이하 '이 사건 비위행위'라고 한다)를 저질렀다는 이유로 징계절차에 회부되었고, 피고는 「육군3사관학교 학칙」 제28조의 위임에 따른 「사관생도 행정예규」 제95조 제1호 다.목에서 정한 생도대 훈육위원회와 학교교육운영위원회의 2단계 심의·의결을 거친 후 2014. 8. 24. 원고에 대하여 퇴학처분(이하 '중전처분'이라 한다)을 하였다.

(2) 원고는 소송대리인으로 법무법인 와이비엘(담당변호사 소외인, 위 법무법인과 담당변호사를 구분하지 아니하고 이하 '원고의 소송대리인'이라고만 표시한다)을 선임하여 대구지방법원 2014구합2005호로 중전처분에 대한 취소소송을 제기하였는데, 위 법원은 2015. 3. 25. '징계사유는 대부분 인정되고 징계양정에 재량권 일탈·남용도 없으며 다른 절차상 하자도 없으나, 징계처분서를 교부하지 아니한 하자가 있어 중전처분이 위법하다'는 이유로 중전처분을 취소하는 판결(이하 '중전판결'이라 한다)을 선고하였고, 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

(3) 중전판결의 취지에 따라 원고에 대하여 절차상 흠을 보완하여 다시 징계처분을 하기 위하여, 육군3사관학교 생도대 훈육위원회 위원장은 2015. 4. 15. 원고에게 출석통지서(갑 제7호증)를 교부함으로써 2015. 4. 20. 11:00에 개최되는 생도대 훈육위원회의 심의에 출석할 것을 통지하였는데, 원고의 소송대리인은 2015. 4. 20. 10:00경 육군3사관학교 정문에 도착하여 위 생도대 훈육위원회 심의에 참석하고자 한다며 출입

허가를 요청하였으나 정문 위병소에서 출입이 거부되었고, 생도대 훈육위원회의 심의에는 원고 본인만이 출석하여 진술하였다.

(4) 원고의 소송대리인은 2015. 4. 23. 육군3사관학교 생도대장에게 원고의 소송대리인과 부모가 학교교육운영위원회에 참석하는 것을 허가하여 달라고 서면요청서를 제출하였으나, 육군3사관학교 법무실장은 2015. 5. 6.경 원고의 소송대리인에게 '국방부 징계훈령 제14조 및 제12조 제2항, 제1항 제3호, 제11조 제4항의 규정은 사관생도에 대한 퇴학처분에는 적용되지 않으며, 학교교육운영위원회에 징계심의대상자의 대리인이나 부모의 참여권을 인정할 근거규정이 없으므로 허가할 수 없다'는 내용으로 회신하였고, 2015. 5. 21. 10:30경 개최된 학교교육운영위원회 심의에는 원고 본인만이 출석하여 진술하였으며, 피고는 학교교육운영위원회의 의결 결과에 따라 2015. 5. 28. 원고에 대한 이 사건 퇴학처분을 하였다.

다. (1) 앞서 본 법리에 따라 위의 사실관계를 살펴보면, 피고 또는 그 소속 직원이 원고의 소송대리인에게 원고에 대한 징계절차를 대리할 적법한 권한이 있는지, 그의 출입허가요청이 관계 규정상의 절차를 준수하였는지를 구체적으로 검토하지 아니한 채, 단지 사관생도에 대한 징계위원회 심의에 대리인의 참여를 허용하는 근거규정이 없다는 이유로 원고의 소송대리인의 징계위원회 심의 참여를 거부한 조치는 잘못이다.

(2) 그러나 징계와 같은 불이익처분절차에서 변호사를 선임하여 본인을 위하여 변론을 할 수 있도록 하는 취지는 방어권 행사를 보장하는데 있는바, 이 사건의 경우 원고가 변호사를 소송대리인으로 선임하여 종전처분에 대하여 취소소송을 제기하였고, 소송대리인이 취소소송 재판절차에서 사실관계와 법적용에 관하여 각종 주장을 개진하여, 수소법원이 증인신문 등의 실질적인 증거조사를 거쳐 '징계사유가 대부분 인정되고

징계양정에 재량권 일탈·남용도 없으며 오직 징계처분서를 교부하지 아니한 하자가 있어 종전처분이 위법하다'는 이유로 종전처분을 취소하는 판결을 선고하였고, 위 판결이 그대로 확정된 후 피고가 종전판결의 취지에 따라 원고에 대하여 절차상 흠을 보완하여 다시 징계처분을 하기 위하여 동일한 징계사유로 생도대 훈육위원회와 학교교육운영위원회를 개최한 점을 고려하면, 재처분절차의 징계위원회 심의에 원고의 소송대리인의 출석을 허용하지 아니한 것이 원고의 방어권 행사에 지장을 초래하여 재처분절차의 절차적 정당성을 상실하게 하여 재처분, 즉 이 사건 퇴학처분을 또 다시 취소하고 피고로 하여금 새로이 징계절차를 거치도록 하여야 할 필요가 있다고 평가할 정도는 아니라고 할 것이다.

(3) 원심은, ① 「군인사법」 제10장에 의한 징계절차와 「육군3사관학교설치법 시행령」 및 「육군3사관학교 학칙」에 의한 사관생도 상벌절차는 그 종류가 달라 「군인사법」 제10장의 하위규정인 국방부 징계훈령 제14조가 사관생도 징계절차에는 적용될 수 없고, ② 「행정절차법」 제3조 제2항 제9호, 「행정절차법 시행령」 제2조 제8항은 학교·연수원 등에서 교육·훈련의 목적을 달성하기 위하여 학생·연수생 등을 대상으로 행하는 사항에 대해서 「행정절차법」을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 대리인의 선임에 관한 「행정절차법」 제12조 제1항 제3호, 제2항, 제11조 제4항의 규정이 육군3사관학교 생도에 대한 상벌절차에는 적용되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심판단은 적절하지 않으나, 원고의 청구를 기각한 결론이 정당하므로, 판결 결과에 영향을 미친 잘못은 없다고 할 것이다.

2. 징계위원회 출석통지서에 구체적 혐의사실이 기재되지 않아 징계절차에 흠이 있다는 주장에 대하여

원심은, 「사관생도 행정예규」 제95조 제2호 가.목에 의하면 징계위원회는 개최 3일 전까지 징계심의대상자에게 출석이유를 기재한 출석통지서를 교부하고 징계위원회에 출석시켜 심의하여야 한다고 규정하고 있는데, 이러한 규정의 취지는 징계심의대상자로 하여금 어떠한 사유로 징계에 회부되었는가를 사전에 알게 함으로써 징계의결 전에 그에 관하여 소명하는 등 방어권을 행사할 수 있도록 보장하려는 데에 있으므로 출석이유는 징계혐의대상자가 방어권을 행사하는 데 지장이 없을 정도로 특정되면 충분하고, 2015. 4. 20. 개최된 생도대 훈육위원회에 앞서 2015. 4. 15. 원고에게 교부된 출석통지서(갑 제7호증)의 출석이유란에는 "상기자는 폭행·가혹행위, 폭언·욕설·인격모독행위, 성군기 위반 건에 대한 생도대 심의위원회 출석을 요구함"이라고 간략히 기재되어 있고, 2015. 5. 21. 개최된 학교교육운영위원회에 앞서 2015. 5. 15. 원고에게 교부된 출석통지서(갑 제8호증)의 출석이유란에는 "상기자는 성군기 문란, 폭언·욕설·인격모독, 폭행건에 대해 15-8차 학교교육운영위원회 출석을 요구함"이라고 간략히 기재되어 있으나, 종전판결에서 종전처분의 징계사유를 거의 그대로 인정하였고, 이 사건 처분은 종전처분이 절차상 하자를 이유로 취소된 후 종전판결의 취지에 따라 재처분을 하게 된 경우인 점 등을 고려하면, 원고가 각 출석통지서를 교부받을 당시에 이 사건 처분의 구체적인 징계혐의사실을 충분히 알 수 있는 상태로서 방어권을 행사하는 데 지장이 없었던 것으로 보아야 한다고 판단하였다.

관련 법리에 따라 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 출석통지서 교부에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

3. 생도대 훈육위원회의 심의·의결 후 추가한 징계사유는 생도대 훈육위원회의 심의·의결을 거치지 아니한 것이어서 이 사건 징계처분의 대상이 될 수 없다는 주장에

대하여

원심은, 생도대 훈육위원회의 심의·의결 후 2015. 4. 21. 생도대장이 작성한 처분서 (갑 제9호증)에 기재된 비위행위의 내용은 종전처분의 징계사유나 종전판결에서 인정 한 징계사유의 해당 부분을 보다 구체화한 것에 불과할 뿐, 생도대 훈육위원회의 심의·의결을 거치지 아니한 징계사유가 추가된 것으로는 볼 수 없다고 판단하였다.

기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 사실을 오인하거나 징계사유의 동일성에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

4. 징계재량권 일탈·남용 주장에 대하여

원심은, 이 사건 징계사유는 그 행위태양, 내용, 정도에 비추어 단순한 농담이나 다툼으로 보기 어렵고 그 비위의 정도가 가볍지 아니한 점, 장차 장교로서 병사들을 지휘하여야 할 사관생도에 대하여는 일반 병사들보다 더 엄격한 기준이 적용되어야 하는 점 등을 고려하면, 원고에 대한 이 사건 퇴교처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

민유숙

대법관 김창석

주 심 대법관 조희대

대법관 김재형