

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020두53545 현역의 지위 확인 등 청구의 소

원고, 상고인 원고

소송대리인 법무법인 저스티스

담당변호사 도현택 외 5인

피고, 피상고인 대한민국

원 심 판 결 서울고등법원 2020. 10. 22. 선고 2019누63845 판결

판 결 선 고 2023. 3. 13.

주 문

원고의 주위적 청구에 관한 상고를 기각한다.

원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 주위적 청구에 관하여

이 사건 정년 전역 명령을 받을 당시 소령 계급이었던 원고가 주위적으로 자신이 현역 중령의 지위에 있음의 확인을 구함에 대하여, 원심은 판시와 같은 이유를 들어 원고의 주위적 청구를 받아들이지 아니하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 군인사법에 따른 진급심사절차를 거치지 아니한 원고가 현역 중령의 지위에 있음의 확인을 구하는 것은 권력분립의 원리에 위배되어 허용될 수 없을 뿐만 아니라, 제출된 증거만으로는 원고에게 정상적인 직무수행의 기회가 제공되었다면 당연히 중령으로 진급되었을 것이라는 점도 인정하기 어렵다고 보아 원고의 주위적 청구를 배척한 원심의 결론에 진급절차 등에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

한편 원심은 위와 같은 이유에 더하여, 원고가 현역 지위에 있음의 확인을 구하는 예비적 청구가 인정되지 않는다는 점을 판단의 논거로 덧붙였는데, 원고가 당연히 중령으로 진급하였을 것이라는 점을 인정할 수 없는 이상 뒤에서 보는 바와 같이 원고의 예비적 청구를 받아들인다고 하여 주위적 청구에 관한 원심 판단의 당부가 달라질 수는 없다.

2. 예비적 청구에 관하여

가. 대법원은 구 국가정보원직원법(2003. 12. 30. 법률 제7012호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항 제2호 소정의 계급정년이 문제된 사안에서 "계급정년의 적용을 받는 국가정보원 소속 공무원이 직권면직처분에 의하여 면직되었다가 직권면직처분이 무효임이 확인되거나 취소되어 복귀한 경우, 직권면직처분 때문에 사실상 직무를 수행할 수 없었던 기간 동안 승진 심사를 받을 기회를 실질적으로 보장받지 못하였다고 하더라도 원칙적으로 직권면직기간은 계급정년기간에 포함될 것이나, 직권면직처분이 법령

상의 직권면직사유 없이 오로지 임명권자의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것이고 그러한 직권면직처분으로 인해 줄어든 직무수행기간 때문에 당해 공무원이 상위 계급으로 승진할 수 없었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 직권면직기간을 계급정년기간에 포함한다면 헌법 제7조 제2항 소정의 공무원 신분보장 규정의 취지를 근본적으로 훼손하게 되므로, 그러한 경우에는 예외적으로 직권면직기간이 계급정년기간에서 제외된다고 봄이 상당하다."라고 밝혔다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2005두7273 판결).

군인사법은 제8조 제1항에서 연령정년, 근속정년, 계급정년 등 3가지 유형의 정년제도를 규정하였다. 그런데 '연령정년'은 계급마다 연한에 차등을 두고 있을 뿐만 아니라 그 연한이 경찰공무원 등 다른 공무원과 비교하여 현저히 낮게 설정되어 있으므로, 군인사법상 '연령정년'에 관한 문제를 다룰 때에 계급적 요소를 참작하지 않을 수 없다. 따라서 군인이 임용권자로부터 파면 등 징계, 전역명령 등 신분상 불이익처분을 받았으나 그것이 확정판결에 의하여 위법한 것으로 확인되어 복귀하는 과정에서 연령정년의 경과 여부가 문제되는 경우로서, 상명하복의 엄격한 규율과 군기를 중시하고 집단적 공동생활을 영위하는 군대의 특수한 사정을 충분히 고려하더라도 신분상 불이익처분이 법령상 정당한 근거 없이 오로지 임명권자의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것이고, 그 불이익처분으로 인해 해당 계급에서 상위 계급으로 진급함에 필요한 직무수행의 기회를 상당한 기간에 걸쳐 실질적으로 침해·제한당하는 등의 특별한 사정이 인정되며, 이를 용인할 경우 군인사법상 계급별 연령정년의 입법취지는 물론 헌법 제7조 제2항에서 정한 공무원의 신분보장 취지를 근본적으로 훼손하게 되는 정도에까지 이르러 일반 불법행위의 법리에 의한 손해배상의 방법으로 그 위법성을 도저히 치유할

수 없다고 인정되는 경우에는 위 대법원 2005두7273 판결의 법리가 동일하게 적용될 수 있다. 이 경우 '연령'이라는 기준의 불가역적인 성질에 비추어, 위와 같은 경위로 진급심사에 필요한 실질적인 직무수행의 기회를 상실한 기간만큼 연령정년이 연장된다고 보아야 할 것이다.

나. 위 법리와 원심판결 이유 및 기록에 따른 아래의 사정을 종합하면, 원고는 이 사건 파면처분 등에 관한 재판 결과로 중대·명백하고 위헌적인 부당함이 거듭 확인된 신분상 불이익처분으로 인하여 상당 기간 동안 정상적으로 직무를 수행할 수 없는 상태에 처하였고, 이와 같이 줄어든 직무수행기간으로 인하여 진급심사를 받을 기회를 실질적으로 상실하였으며, 그 필연적인 결과로 해당 계급이 예정한 정상적인 직무수행의 기회를 제공받지 못한 상태에서 계급별 연령정년에 이르러 결국 진급할 수 없게 되었는바, 위 재판 결과에서 확인된 임용권자의 거듭된 불이익처분의 위법성과 그 경위 및 내용 등에 비추어 원고의 귀책 없이 초래된 비정상적인 상황 아래 도래한 계급별 연령정년을 원고에게 기계적으로 적용할 경우 군인사법상 계급별 연령정년의 입법취지는 물론 헌법 제7조 제2항에서 정한 공무원의 신분보장 취지를 근본적으로 훼손하게 되는 정도에 이른다고 볼 수 있어, 그에 해당하는 기간만큼 소령 계급의 연령정년이 연장된다고 볼 여지가 크다. 그렇다면 원고는 군인사법 제36조 제1항, 제41조 본문 제2호 등에 따른 공식적인 정년 전역 및 퇴역 처리에도 불구하고 진급심사에 필요한 실질적인 직무수행의 기회를 상실한 기간만큼 여전히 현역의 지위에 있다고 볼 수 있다.

1) 육군참모총장은 2009. 3. 18. 원고가 군내 불온서적 차단대책 강구 지시를 따르지 않을 의도로 다른 동참자를 모아 지휘계통을 통한 건의 절차를 거치지 않은 채 헌법소원을 제기하여 군 기강을 문란케 하였다는 등의 사유를 들어 원고에 대하여 이 사건

파면처분을 내렸으나, 이 사건 1차 행정소송에서 이 사건 파면처분은 그 징계사유 중 일부가 인정되지 아니하고 나머지 징계사유로는 징계양정이 과하다는 이유에서 취소되어야 한다는 판결이 확정되었다.

이후 육군참모총장은 이 사건 1차 행정소송에서 적법하다고 인정된 징계사유를 이유로 원고에 대하여 이 사건 정직처분을 내렸고, 피고는 원고가 이 사건 정직처분을 받는 등 현역으로 복무하기에 부적법하다는 이유로 원고에 대하여 이 사건 최초 전역 명령을 내렸으나, 이 사건 2차 행정소송의 상고심은 전원합의체 판결을 통해 위 두 처분의 근거가 된 사유 중 어느 하나도 인정되지 않는다는 이유로, 그와 다른 결론의 항소심 판결을 파기하였고, 파기환송심에서 위 두 처분을 모두 취소한다는 판결이 선고되어 2018. 8. 9. 확정되었다.

한편 이 사건 2차 행정소송의 상고심이 이 사건 정직처분과 이 사건 최초 전역 명령이 위법하다고 본 이유는 군내 불온서적 차단대책 강구 지시가 헌법상 기본권 중 정신적 자유의 핵심인 학문과 사상의 자유를 과도하게 침해한다고 의심해 볼 여지가 충분하고, 이와 같이 위법·위헌으로 평가될 여지가 다분한 지시에 관하여 사법적 판단을 받아 보기 위하여 헌법소원을 제기하였다는 이유로 징계하는 것은 헌법상 기본권인 재판청구권을 침해하는 것이라는 데에 있다.

위와 같이 장기간의 소송을 통해 드러난 이 사건 파면처분 등 거듭된 신분상 불이익 처분의 경위·내용과 위법하다고 판단된 이유 등을 종합하여 볼 때, 원고가 이 사건 파면처분일인 2009. 3. 18.부터 이 사건 2차 행정소송의 판결확정일인 2018. 8. 9.까지 현역 지위를 상실한 기간 중 상당 부분은 임명권자인 피고 측의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것이자 그로 인하여 중령으로의 진급심사에 필요한 직무수행의 기회를

실질적으로 상실한 것이라고 평가할 여지가 많다.

2) 위법한 이 사건 파면처분 등 거듭된 신분상 불이익처분이 없었더라면, 2006년 소령이 된 원고는 중령으로 진급하는데 필요한 최저복무기간인 5년이 경과한 2011년부터 진급심사를 받을 수 있었다. 원고가 소령으로서 사실상 근무한 기간은 최저복무기간에 미치지 못하였고, 이로 인해 원고는 소령 계급 연령정년에 도달한 2015년까지 단 한 차례도 진급심사를 받을 기회를 제공받지 못하였다.

3) 원고는 위와 같이 위법한 신분상 불이익처분으로 인해 제대로 근무하지 못했고, 그 당연한 결과로 근무평정도 받지 못하였는바, 이 사건 주위적 청구를 배척한 이유에서 살펴본 바와 같이 원고에게 정상적인 직무수행의 기회가 제공되었다면 원고가 상위 계급으로 진급하였을 것이라는 개연성에 대한 증거가 있다고는 볼 수 없지만, 그 불이익처분으로 인하여 중령으로의 진급심사에 필요한 직무수행의 기회를 실질적으로 상실하게 된 것이라고 볼 여지가 많으므로, 이러한 비정상적인 상황 아래 도래한 연령정년을 원고에게 기계적으로 적용할 경우 군인사법상 계급별 연령정년의 입법취지는 물론 헌법 제7조 제2항에서 정한 공무원의 신분보장 취지를 근본적으로 훼손하게 되는 정도에 이른다고 볼 수 있다.

다. 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 최초 전역 명령이 법령상의 사유 없이 오로지 임명권자의 일방적이고 중대한 귀책사유에 기한 것이라고 보기는 어렵다고 보아, 현역 지위에 있음의 확인을 구하는 원고의 예비적 청구를 기각하였다. 이러한 원심의 판단에는 군인사법상 계급별 연령정년의 연장 가능성에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

그러므로 원고의 주위적 청구에 관한 상고를 기각하되, 원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	민유숙
-----	-----	-----

	대법관	조재연
--	-----	-----

	대법관	이동원
--	-----	-----

주 심	대법관	천대엽
-----	-----	-----