

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017두62587 퇴역 대상자 지위 확인 등
원고, 상고인 원고
소송대리인 법무법인 저스티스
담당변호사 지영준
피고, 피상고인 1. 육군참모총장
2. 육군종합군수학교장
3. 대한민국
원 심 판 결 대전고등법원 2017. 9. 14. 선고 2017누11914 판결
판 결 선 고 2019. 2. 14.

주 문

원심판결 중 피고 육군참모총장과 피고 대한민국에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전고등법원에 환송한다.

원고의 피고 육군종합군수학교장에 대한 상고를 기각한다.

원고와 피고 육군종합군수학교장 사이에 생긴 상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 참고서면은 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사건의 경위

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) 원고는 1983. 1. 7. 육군에 입대하여 1983. 3. 28. 하사관 후보생에 임명되었고, 1983. 6. 18. 단기복무 하사관, 1986. 6. 1. 장기복무 하사관에 임용되었다.

(2) 그 후 원고가 육군에서 원사로 진급하여 복무하던 중 군인사법 제53조의2 규정에 따른 명예전역을 신청하였고, 피고 육군참모총장은 2015. 9. 23. 원고에 대하여 2015. 12. 31.부로 명예전역을 명하였다(이하 '이 사건 명예전역명령'이라 한다).

(3) 피고 육군참모총장은, 원고가 1982. 12. 30. 대구지방법원에서 1982년 7월부터 9월경까지의 폭력행위등처벌에관한법률위반 등 범죄사실(이하 '종전 범죄'라 한다)로 징역 1년, 집행유예 3년의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 사실을 확인하고 그 후속조치를 지시하였다. 이에 따라 피고 육군종합군수학교장은 2016. 1. 29. 원고에 대한 단기복무 하사관 임용을 무효로 하는 인사명령을 발령하였다.

(4) 원고는 명예전역수당 및 퇴직급여(퇴직연금일시금)를 지급받다가 2016. 8. 19. 국군재정관리단장으로부터 위와 같은 '단기복무 하사관 임용'의 무효를 이유로 위 전역수당 및 퇴직급여 환수처분을 받았다.

(5) 원고는 위 환수처분의 취소를 구하는 소를 제기하여 2017. 4. 6. "구 군인사법(1989. 3. 22. 법률 제4085호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 군인사법'이라 한다) 제10조 제3항에 따라 원고의 군복무기간은 그 효력을 잃지 않으므로, 원고는 '군인으로서 20년 이상 복무'한 경우에 해당하여 군인연금법에 따른 퇴역연금일시금 및 군인사법에

따른 명예전역수당을 수령할 수 있는 요건을 충족한다."라는 이유로 승소판결(서울행정법원 2016구합80243 판결, 이하 '관련판결'이라 한다)을 받았다. 이 판결은 그대로 확정되었다.

(6) 원고는 관련판결이 확정된 다음 2017. 6. 21. 국군재정관리단에 퇴역연금을 신청하였으나, 국군재정관리단은 원고에 대한 단기복무 하사관 임용을 무효로 하는 인사명령이 유효하게 지속 중이라는 이유로 퇴역연금의 지급을 거부하고 있다.

2. 피고 육군참모총장에 대한 상고이유

가. 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 '무효 등 확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 한다. 이와 별도로 무효 등 확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 유·무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다(대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결 등 참조).

나. 위에서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고는 명예전역의 유효성을 현실적으로 인정받지 못하고 있고 적법하고 유효하게 전역한 군인에 대한 혜택을 받지 못할 우려가 있으므로, 이 사건 명예전역명령의 유효확인을 구할 법률상 이익이 있다. 구 군인사법 제10조 제3항은 임용결격 하사관 등에 대한 당연무효의 임용행위를 적법하게 유효로 만드는 규정은 아니다. 따라서 관련판결로 이 사건 명예전역명령이 당연히 유효하게 되지는 않으므로 원고는 여전히 명예전역명령의 유효확인을 구할 이익이 있다. 유효확인소송에 보충성을 요구하지 않는 이상, 원고가 피고 대한민국에 대하여 정년전역과 퇴역 대상자라는 점에 대한 확인을 구하고 있다고 해서 달리 볼 것은 아니다.

다. 그런데도 원심은 원고의 명예전역수당과 퇴역연금일시금에 관한 관련판결이 확

정된 사정을 들어 확인의 이익을 부정하였다. 원심의 판단에는 행정소송법 제35조에 따라 '무효 등 확인을 구할 법률상 이익'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

3. 피고 대한민국에 대한 상고이유

가. 구 군인사법 제10조 제2항 제5호와 소년법 관련 규정의 관계

(1) 구 군인사법 제10조 제2항 제5호는 금고 이상의 형을 받고 집행유예 중에 있거나 그 집행유예기간이 종료된 날부터 2년이 지나지 않은 자가 장교·준사관 및 하사관으로 임용될 수 없도록 정하고 있다. 임용 당시 구 군인사법 제10조 제2항 제5호에 따른 임용결격사유가 있는데도 장교·준사관 또는 하사관으로 임용된 경우 그러한 임용행위는 당연무효가 된다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다61012 판결 등 참조).

(2) 구 소년법(1988. 12. 31. 법률 제4057호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 소년법'이라 한다)은 20세 미만인 자를 그 대상으로 하여(제2조), 소년으로 범한 죄에 의하여 형의 선고를 받은 자가 그 집행을 종료하거나 집행의 면제를 받은 때에는 자격에 관한 법령의 적용에서는 장래에 향하여 형의 선고를 받지 않은 것으로 본다고 정하고 있었다(제60조). 그런데 구 소년법이 1988. 12. 31. 법률 제4057호로 전부 개정되면서 제60조가 그 내용을 그대로 유지한 채 제67조로 이전되었고, 헌법재판소는 2018. 1. 25. 구 소년법(1988. 12. 31. 법률 제4057호로 전부 개정되고, 2018. 9. 18. 법률 제15757호로 개정되기 전의 것) 제67조에 대하여 집행유예를 선고받은 경우에 대해서는 이와 같은 특례조항을 두지 않은 것이 평등원칙에 위반된다는 이유로 헌법불합치 결정을 하였다(헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2017헌가7, 12, 13 결정 참조).

2018. 9. 18. 법률 제15757호로 개정된 소년법(이하 '소년법'이라 한다)은 제67조 제1

항 제2호로 '소년이었을 때 범한 죄에 의하여 형의 선고유예나 집행유예를 선고받은 경우, 자격에 관한 법령을 적용할 때 장래에 향하여 형의 선고를 받지 않은 것으로 본다.'는 규정을 신설하였다. 아울러 소년법 부칙(2018. 9. 18.) 제2조는 "제67조의 개정규정은 이 법 시행 전 소년이었을 때 범한 죄에 의하여 형의 집행유예나 선고유예를 받은 사람에게도 적용한다."라고 정하여 개정된 소년법 제67조 제1항 제2호를 소급하여 적용하도록 하고 있다.

따라서 과거 소년이었을 때 죄를 범하여 형의 집행유예를 선고받은 사람이 장교·준사관 또는 하사관으로 임용된 경우에는, 구 군인사법 제10조 제2항 제5호에도 불구하고 소년법 제67조 제1항 제2호와 부칙 제2조에 따라 그 임용이 유효하게 된다.

나. 소년법 제67조 제1항 제2호를 적용할 때 가족관계등록부상 정정된 출생연월일을 기준으로 할 것인지 여부

(1) 가족관계등록제도는 국민의 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동사항을 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 '가족관계등록법'이라 한다)이 정한 절차에 따라서 가족관계등록부에 등록하여 공시·공증하는 제도이다(제1조, 제9조 참조). 따라서 가족관계등록부는 그 기재가 적법하게 되었고 기재사항이 진실에 부합한다는 추정을 받는다(대법원 1987. 2. 24. 선고 86므119 판결 등 참조).

그런데 가족관계등록부에 기재되어 있는 출생연월일이 착오 등으로 잘못 기재되었다고 인정되는 경우에 이해관계인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 가족관계등록부의 정정을 신청하여 잘못 기재된 출생연월일을 바로잡을 수 있다(가족관계등록법 제104조 참조). 가족관계등록법이 정한 정정절차를 거쳐서 가족관계등록부의 출생연월일이 정정된 경우 그 의미는 생년월일의 잘못을 바로잡은 것으로, 사

건 본인의 생년월일이 문제되는 법령을 적용할 때 이 점을 고려하여 판단하여야 한다.

(2) 소년법이 소년이었을 때 범한 죄로 형의 집행유예를 선고받은 경우 자격에 관한 법률을 적용할 때 장래에 향하여 그 선고를 받지 않은 것으로 보는 취지는 인격의 형성 도중에 있어 그 개선가능성이 풍부하고 심신의 발육에 따른 특수한 정신적 동요상태에 있는 소년의 시기에 범한 죄로 장래를 포기하거나 재기의 기회를 잃지 않도록 하기 위한 것이다. 따라서 소년법 제67조에서 정하고 있는 '소년이었을 때 범한 죄'인지는 실제 생년월일을 기준으로 판단하여야 하고, 형의 집행유예 등 선고 이후에 가족관계등록부의 출생연월일이 실제 생년월일에 따라 정정되었다면 그와 같이 정정된 출생연월일을 기준으로 소년이었을 때 범한 죄인지 여부를 판단하여야 한다.

다. 이 사건에 대한 판단

원심판결 이유에 따르면, 원고는 2016. 5. 24. 대구가정법원으로부터 가족관계등록부의 출생연월일을 '(생년월일 1 생략)'에서 '(생년월일 2 생략)'로 정정을 허가하는 이 사건 허가결정(대구가정법원 2016호기30010호)을 받았음을 알 수 있다.

이러한 사실을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고가 종전 범죄를 저지를 당시 원고 나이는 구 소년법의 적용 대상이 되는 19세이다. 종전 범죄로 원고에게 징역 1년, 집행유예 3년의 판결이 선고되어 확정되었는데, 이는 원고가 소년이었을 때 범한 죄로 형의 집행유예를 선고받은 경우에 해당한다. 따라서 원고에 대하여 자격에 관한 법령을 적용할 때에는 장래에 향하여 형의 선고를 받지 않은 것으로 보아야 한다.

결국 구 군인사법 제10조 제2항 제5호에도 불구하고 소년법 제67조 제1항 제2호, 부칙 제2조에 따라 원고에 대한 단기복무 하사관 임용과 장기복무 하사관 임용은 모두 유효하다.

라. 소결

그런데도 원심은 원고에 대한 단기복무 하사관과 장기복무 하사관 임용행위는 모두 무효라고 보아, 그 임용이 유효함을 전제로 한 원고의 피고 대한민국에 대한 청구를 기각하였다. 그 이유로 위 형사판결이 그 판결 당시 존재하였던 공부에 기초하여 원고의 출생연월일을 (생년월일 1 생략)로 추정하여 원고가 종전 범죄 당시 소년이 아님을 전제로 선고되어 확정되었고, 그와 같이 확정된 형사판결의 효력이 장래에 발생한 가족관계등록부 정정에 따라 달라진다고 볼 수 없다는 점을 들었다. 이러한 원심판결에는 가족관계등록부 정정과 소년법 적용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

4. 피고 육군종합군수학교장에 대한 상고

상고심 법원은 상고이유에 의하여 불복신청한 한도 내에서만 조사·판단할 수 있으므로, 상고이유서에는 상고이유를 특정하여 원심판결의 어떤 점이 법령에 어떻게 위반되었는지에 관하여 구체적이고도 명시적인 이유를 기재하여야 한다. 상고인이 제출한 상고이유서에 위와 같은 구체적이고도 명시적인 이유가 기재되어 있지 않은 때에는 상고이유서를 제출하지 않은 것으로 취급할 수밖에 없다(대법원 2016. 8. 29. 선고 2013다50466 판결 등 참조).

원고는 피고 육군종합군수학교장에 대하여도 상고하였으나, 상고장과 상고이유서에 그 불복이유를 기재하지 않았다.

5. 결론

나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고 육군참모총장과 피고 대한민국에 대한 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환

송하며, 원고의 피고 육군종합군수학교장에 대한 상고는 기각하고 원고와 피고 육군종합군수학교장 사이에 생긴 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원

 대법관 조희대

주 심 대법관 김재형

 대법관 민유숙