

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2016두49808 명예전역 선발취소 무효확인  
원고, 피상고인 원고  
소송대리인 법무법인 지금  
담당변호사 김진환  
피고, 상고인 국방부장관  
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2016누40179 판결  
판 결 선 고 2019. 5. 30.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 군인의 명예전역 선발취소 처분에 대한 행정절차법 제24조의 적용 여부(상고이유 제1점)

가. 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하

고는 문서로 하여야 하고, 해당 문서가 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다. 다만 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다(행정절차법 제15조 제1항, 제24조 제1항). 공무원을 임용할 때에는 임용일자까지 그 임용장 또는 임용통지서가 임용될 사람에게 도달할 수 있도록 발령하여야 한다(공무원임용령 제6조 제3항). 또한 소속 기관의 장은 시보로 채용되거나 전직, 전보, 강임, 면직, 징계, 직위해제, 휴직, 복직, 호봉 재산정, 승급되거나 위원으로 임명, 해임, 위촉 또는 위촉 해제된 공무원에게 인사발령 통지서를 주어야 한다(공무원 인사기록·통계 및 인사사무 처리 규정 제26조 제1항).

위와 같은 관련 법령의 규정에 따르면, 명예전역 선발을 취소하는 처분은 당사자의 의사에 반하여 예정되어 있던 전역을 취소하고 명예전역수당의 지급 결정 역시 취소하는 것으로서 임용에 준하는 처분으로 볼 수 있으므로, 행정절차법 제24조 제1항에 따라 문서로 해야 한다고 봄이 타당하다.

나. 원심은, 이 사건 처분에 대하여 행정절차법 제24조 제1항의 원칙에 따라 문서로 해야 하고, 구 군인사법(2015. 12. 29. 법률 제13631호로 개정되기 전의 것) 제47조의 2, 구 군인복무규율(2016. 6. 28. 대통령령 제27263호로 폐지되기 전의 것) 제19조, 제20조, 제21조 제1항 등의 규정에 따른 명령 '하달'의 방식으로 할 수는 없다고 판단하였다. 그 이유로 이 사건 처분이 원고의 의사에 반하여 군인 신분을 회복시키고 지급이 예정된 명예전역수당의 지급을 취소하는 것으로 원고의 신분과 재산적 권리에 크게 영향을 미치는 처분이라는 점을 들었다.

다. 원심판결 이유에 다소 적절하지 않은 부분이 있기는 하나, 이 사건 처분은 문서로 해야 한다는 원심 판단은 정당하다. 원심 판단에 행정절차법 제24조 제1항의 적용

여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 전역의 효력이 발생한 다음에도 명예전역 선발취소 처분이 가능한지 여부(상고이유 제2점)

가. 군인으로서 20년 이상 근속한 사람이 정년 전에 스스로 명예롭게 전역하는 경우에는 예산의 범위에서 명예전역수당을 지급할 수 있고, 명예전역수당의 지급 대상 범위, 지급액, 지급 절차에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(군인사법 제53조의2 제1항, 제6항).

그 위임에 따라 군인 명예전역수당지급 규정 제6조는 각군 참모총장이 신청을 받아 각 계급별 인력운영의 현황, 상위계급, 장기근속, 예비역편입지원 여부와 명예로운 전역 여부 등을 고려하여 수당지급대상자를 심사·선정하여 국방부장관에게 추천하고, 국방부장관은 그 추천을 받아 예산과 각군 간의 균형을 고려하여 수당지급대상자를 최종적으로 심사·결정한다고 정하고 있다. 나아가 위 규정 제12조는 명예로운 전역의 기준, 수당지급대상자의 선정과 심사방법 등 그 밖에 이 영의 시행에 필요한 세부사항을 국방부장관이 정하도록 하고 있다.

국방 인사관리 훈령(이하 '훈령'이라 한다)은 위 규정 제12조의 위임에 따라 명예전역수당 지급대상자 결정 절차를 상세히 정하고 있다. 특히 제96조 제2항은 명예전역 심사일 현재 감사원 등 감사기관과 검찰, 경찰 등 수사기관에서 비위 조사나 수사 중인 자(제3호) 등에 해당하는 경우 명예전역수당 지급대상자 선발에서 제외하도록 하고 있다. 제99조 제1항 제1호는 명예전역 대상자로 확정된 후 선발 대상자가 "제96조 제2항의 명예전역수당지급 선발 제외대상에 해당하게 된 경우(선발취소)"에 추천권자가 상신할 경우 사안별로 국방부장관이 그 취소를 결정하도록 하고 있다. 같은 조 제2항은

명예전역수당 지급대상자로 선발된 자 중에서 제96조 제2항 제3호의 경우에 해당되어 선발이 취소되었다가 감사원 등 감사기관과 검찰·경찰 등 수사기관에서 무혐의 처분을 받은 경우 전역일 이전에 명예전역수당 재지급 신청을 하여야 하며, 각군은 전역희망일자를 기준으로 명예전역수당 지급액을 재산정하여 명예전역심사위원회의 심사를 생략하고 국방부로 선발 추천할 수 있으나, 다만 전역일 이후에는 인사소청 및 법원 등의 지급 처분명령이 있을 경우에 한하여 이에 준하여 처리할 수 있다고 정하고 있다.

한편 군인사법 제53조의2 제4항은 '명예전역수당 환수'에 관하여 정하고 있다. 명예전역 이후에 발생하는 환수 사유를 보면, 현역 복무 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우(제1호), 현역 복무 중에 형법 제129조부터 제132조까지 규정된 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우(제1의2호), 현역 복무 중에 직무와 관련하여 형법 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범하여 300만 원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정되거나 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우(제1의3호) 등이다. 이는 명예전역 선발취소 사유와 비교하여 환수 사유를 엄격하게 한정된 것이다.

나. 위와 같은 관련 법령과 훈령의 문언, 체계와 취지 등을 종합하면, 감사기관과 수사기관에서 비위 조사나 수사 중임을 사유로 한 명예전역 선발취소 결정은 특별한 사정이 없는 한 아직 명예전역이나 전역을 하지 않은 상태에 있는 명예전역 대상자가 그 처분 대상임을 전제한다고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 훈령 제3조는 훈령의 적용대상을 현역 군인으로 한정하고 있고, 제99조 제1항 제1호, 제96조 제2항 제3호는 명예전역 대상자로 확정된 사람이 대상자 확정 후부터 '전역 전'까지 사이에 단순히 감사원의 비위 조사나 수사기관의 수사를 받게 된 사정만 발생해도 명예로운 전역에 장애가 될 가능성이 있다고 보아, 그 혐의 유무에 관한 결

론이 나지 않은 잠정적인 상태인데도 전역처분과 함께 명예전역 수당지급 결정을 일단 취소할 수 있도록 하고 있다. 또한 전역처분과 명예전역 수당지급 결정이 취소된 이후에 명예전역 대상자였던 사람이 무혐의 처분을 받은 경우에는 전역일 이전에 명예전역 수당 재지급 신청을 받아 간이한 절차를 거쳐 명예전역 지급대상자로 다시 선발될 수 있다(위 훈령 제99조 제2항).

이러한 규정들의 문언과 체계에 비추어 명예전역 선발취소 결정은 현역 군인 신분을 유지하고 있는 사람을 대상으로 하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 명예전역 대상자로 확정된 사람이 단순히 조사·수사를 받게 되었다는 사정만으로 명예전역 선발이 취소된다면, 대상자가 실제로는 어떠한 비위나 범죄를 저지르지 않은 경우에 그가 입게 될 손해는 단순히 명예전역 선발제도의 효율적 운용이라는 공익과 비교하더라도 훨씬 더 클 수 있다. 여기에서 한 걸음 더 나아가 이미 명예전역한 군인에 대해서도 명예전역 선발취소 결정을 할 수 있다면, 명예전역수당을 지급받는 것을 전제로 정년 이전에 전역한 군인의 기득권과 신뢰를 한층 더 크게 침해할 수 있다.

따라서 '수사나 조사 진행 중'이라는 잠정적 사유를 이유로 한 명예전역 선발취소 관련 규정의 해석에는 엄격해석 원칙이 적용되어야 한다. 전역일 이후에 무혐의 처분을 받은 사람에 대해서는 명예전역수당 재지급 신청이 한정적으로 허용될 뿐이므로, 이러한 엄격해석 원칙을 관철할 필요성이 더욱 크다.

(3) 훈령 규정이 한정된 명예전역수당 자원을 효율적이고 형평성에 맞게 운용하고, 명예로운 전역이 되도록 하려는 취지에서 수사나 조사 중이라는 잠정적 사유까지 명예전역 선발취소 사유로 규정한 데에 합리성이 없지는 않다. 그러나 그 제도적 취지는 명예전역의 효력이 발생하기 이전 단계에서 전역을 보류한 다음 최종적으로 비위나 범

죄사실이 없음이 밝혀질 경우에는 다시 구제될 수 있음을 전제한다. 따라서 종국적으로 명예전역의 효력이 발생한 다음에는 위 훈령 제99조 제1항 제1호, 제96조 제2항 제3호가 적용될 여지가 없다. 국방부장관이 군인 명예전역수당지급 규정 제12조를 근거로 위와 같은 명시적 규정을 둔 이상 이와 별개로 명예전역 대상자가 전역한 다음에도 같은 사유를 들어 명예전역 선발을 직권 취소할 수는 없다고 봄이 타당하다.

(4) 요컨대, 위와 같은 훈령 규정들의 문언과 체계와 취지를 종합하면, 단순히 감사기관이나 수사기관 등의 조사·수사를 받고 있다는 잠정적 사유가 있음을 이유로 한 명예전역 선발취소 결정은 명예전역 대상자가 명예전역이나 전역 이전에 있는 경우에 한정된다고 보아야 한다.

다. 원심은 제1심 판결 이유를 인용하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

(1) 피고는 2015. 3. 6. 원고에 대하여 전역일자를 2015. 3. 31.로 하는 명예전역인사 명령을 발령하였다.

(2) 명예전역 선발취소 심사위원회는 2015. 3. 27. 원고가 명예전역 선발취소 사유인 '감사원 등 감사기관과 검찰, 경찰 등 수사기관에서 비위 조사나 수사 중에 있는 자'에 해당한다는 이유로 원고에 대한 명예전역 선발을 취소하기로 의결하고 피고에게 이를 건의하였다.

(3) 피고는 2015. 3. 30. 원고에 대한 명예전역 선발을 2015. 3. 30.자로 취소한다는 내용의 이 사건 처분[2015 국방부 인사명령(장교) 제○○○호]을 하였고, 육군참모총장은 2015. 3. 31. 이를 원고 소속 부대장인 △△△△△△사령관에게 하달하였으며, 원고는 2015. 4. 3.에 이르러 2015. 3. 30.자로 명예전역 선발이 취소되었다는 처분통지서를 송달받았다.

라. 원심은 이러한 사실관계를 바탕으로, 이 사건 처분이 원고에 대한 전역명령이 효력을 발생한 이후인 2015. 4. 3.에야 비로소 원고에게 도달하여 그 효력이 발생하였으므로, 더 이상 명예전역 선발을 취소할 수 없는 시점에 이루어진 것으로서 위법하다고 판단하였다.

위에서 본 관련 규정과 법리에 비추어 보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다. 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 명예전역 선발취소의 요건 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결론

피고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

|     |     |     |
|-----|-----|-----|
| 재판장 | 대법관 | 이동원 |
|     | 대법관 | 조희대 |
| 주 심 | 대법관 | 김재형 |
|     | 대법관 | 민유숙 |