

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020두40846 전문연구요원 복무만료 처분 등 취소
원고, 상고인 원고
소송대리인 법무법인(유한) 바른
담당변호사 권오준 외 2인
피고, 피상고인 서울지방병무청장
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 5. 27. 선고 2020누33697 판결
판 결 선 고 2021. 5. 7.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 구 병역법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제38조의
2의 '대표이사'에 실제 경영자도 포함된다고 볼 수 있는지 여부(상고이유 제1점)

가. 원심은 다음과 같은 이유로 전문연구요원 등 편입 등의 제한에 관한 구 병역법

제38조의2에서 '대표이사'는 '법인등기부상의 형식적 대표이사'만이 아니라 '실질적 경영자'까지 포함하는 것으로 해석함이 타당하다고 판단하였다.

(1) 전문연구요원제도는 대체복무에 관한 특례라는 성격이 강하므로, 전문연구요원이 복무를 게을리 하여 병역의무이행이 사실상 형해화 되거나 전문연구요원 개인 또는 이들을 활용하는 기관 운영자의 사적 이익만을 위하여 복무가 이루어지는 것을 방지함으로써, 전문연구요원제도가 적절히 운영되도록 엄격히 관리할 공익적 필요성이 크다. 법인등기부상 대표이사가 아니라는 이유로 구 병역법 제38조의2, 제41조 제1항 제1호를 적용하지 못한다면, 위 각 규정의 취지와 목적을 잠탈하여 유명무실해질 우려가 있다.

(2) 형사처벌 대상인 법인의 '대표자'에는 명칭 여하를 묻지 않고 법인을 실질적으로 경영하면서 사실상 대표하고 있는 자도 포함하는 것으로 해석되는 이상(대법원 1997. 6. 13. 선고 96도1703 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011도15056 판결 등 참조), 행정제재처분의 근거조항인 구 병역법 제38조의2에서 정한 '대표이사'에 '실질상 경영자'도 포함된다는 해석이 문언의 범위를 벗어난 해석이라고 보기 어렵다. '실질적 경영자의 4촌 이내 혈족'도 구 병역법 제38조의2의 수범자라고 해석하는 것이 헌법상 평등원칙에도 부합하는 법률 해석이다.

(3) 형벌조항인 구 병역법 제92조 제1항에서 범행주체로 정한 '고용주'는 제2조 제1항 제5호에서 '기업체의 장'으로 규정되어 있으나, 제38조의2에서 정한 '대표이사'의 경우 구 병역법에서 그 의미를 별도로 정하지 않은 이상, '대표이사'가 '지정업체의 장'이나 '고용주'보다 좁은 개념으로서 '법인등기부상의 대표이사'로 한정되어야 한다고 보기 어렵다.

나. 원심판결 이유를 관련 규정과 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결에 구 병역법 제

38조의2에서 정한 '지정업체의 대표이사'의 해석·적용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 원고의 행위가 구 병역법 제41조 제1항 제1호의 '부정한 방법'에 해당하는지 여부 (상고이유 제2점)

원심은, 원고가 자신의 아버지 공소외 1이 주식회사 공소외 2의 실질적 경영자라는 사실을 알면서도 전직 과정에서 피고에게 제출한 확인서에 주식회사 공소외 2의 대표 이사를 공소외 3으로 기재한 것에 대하여 구 병역법 제41조 제1항 제1호의 '거짓 진술'로서 '부정한 방법'에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 규정에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 구 병역법 제 41조 제1항 제1호에서 정한 '부정한 방법'의 해석·적용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 결론

원고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 대 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원

주 심 대법관 김재형

대법관 민유숙

대법관 노태약