

대법원 2012두26401 전역처분등취소 사건 불온서적 영내 반입금지 지시에 대한 헌법소원 제기를 이유로 한 징계처분 등의 효력

대법원 공보관실(02-3480-1451)

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 조재연)은 2018. 3. 22. 육군법무관이었던 원고가 동료 군법무관들과 함께 국방부장관의 군내 불온도서 차단 지시 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였다는 등의 이유로 정직 1월의 징계처분을 받고 현역복무부적합자로 전역처분된 사건에서, “원고의 재판청구권 행사가 정당한 지시에 불복종하여 군 기강을 저해하기 위한 목적이 있다고 할 수 없고, 헌법소원 청구 전에 군 내부의 사전건의 절차를 거쳐야 할 의무가 있다고 볼 법령상 근거가 없다”라는 이유로 원고에 대한 징계처분 및 전역처분이 적법하다고 판단한 원심판결을 파기하는 내용의 전원합의체 판결을 선고하였음[대법원 2018. 3. 22. 선고 2012두26401 전원합의체 판결]

이러한 다수의견에 대하여 4명(대법관 고영한, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택)의 반대 의견이 있음

1. 사안의 내용 및 경과

가. 사안의 요지

- 피고 국방부장관은 2008. 7. 15. 국군기무사령관으로부터 한국대학총학생회연합이 군 장병들에 대한 반정부·반미 의식화 사업을 강화하기 위하여 23종의 ‘교양도서 보내기 운동’을 추진한다는 정보를 보고받았음

- 피고 국방부장관은 2008. 7. 22. 각 군 참모총장과 직할 부대장에게 23종의 도서가 부대 내에 반입되지 않도록 조치하라는 ‘군내 불온서적 차단대책 강구(지시)’(이하 ‘이 사건 지시’라 함)를 하달하였고, 피고 육군참모총장은 2008. 7. 24. 같은 내용의 지시를 예하부대 지휘관들에게 하달하였음
- 원고를 비롯한 군법무관 6인(이하 ‘원고 등’이라 함)은 2008. 10. 22. 이 사건 지시 및 그 근거법령인 구 군인사법 제47조의2, 군인복무규율 제16조의2의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판(헌법재판소 2008헌마638, 이하 ‘이 사건 헌법소원’이라 함)을 청구하였고, 이 사실이 언론에 널리 보도되었음
- 원고 등은 2009. 3. 18. 지휘계통을 통한 건의 절차를 거치지 않고 이 사건 지시에 대한 헌법소원을 제기하여 군 기강을 문란케 하였다는 등의 사유로 징계처분을 받았는데, 그중 헌법소원제기에 주도적 역할을 한 원고는 파면처분을 받고 제적 및 보충역 편입되었음
- 원고에 대한 파면처분이 취소·확정되자(서울고등법원 2010누15614), 피고 육군참모총장은 2011. 10. 20. 원고에게 동일한 징계사유로 정직 1월의 징계처분을 하였고(이하 ‘이 사건 징계처분’이라 함), 피고 국방부장관은 원고를 현역복무부적합자로 전역처분하였음(이하 ‘이 사건 전역처분’이라 함)

나. 소송 경과

- 1심 : 원고 청구 기각
 - 첫 번째 징계사유 인정됨 ➡ 상관의 지시, 명령에 다른 의견이 있더라도 지휘계통을 통하여 건의하는 등 군 내부 절차를 거쳐야 함에도, 곧바로 군 외부인 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 군기 및 건의제도에 관한 군인복무규율 제4조, 제24조 제1항 위반
 - 두 번째 징계사유 인정됨 ➡ 원고 등이 공동으로 이 사건 헌법소원을 청구한 것은 군인으로서 군복무에 관한 기강을 저해하는 특정 목적을 위한 다수인의 행위로서 ‘군무 외의 일을 위한 집단행위’를 금지하는 군인복무규율 제13조 제1항 위반

- 세 번째 징계사유 인정됨 ➡ 피고 국방부장관의 허가를 받지 않고, 헌법소원 청구를 위하여 선임한 소송대리인으로 하여금 이 사건 헌법소원과 관련한 언론 인터뷰를 하도록 하여 군에 대한 일반 국민의 신뢰를 손상시켜 언론대응에 관한 군인복무규율 제17조, 국방홍보훈령 제22조 위반 및 군인의 품위유지의무를 규정한 군인복무규율 제9조 위반
- 현역복무부적합 여부에 관한 군 당국의 판단을 존중하여야 하고, 이 사건 징계처분이 적법한 이상 이 사건 전역처분의 효력에 영향을 미칠 수도 없음

■ 원심 : 원고 항소 기각

2. 대법원의 판단

가. 사건의 쟁점

- 군인이 상관의 지시와 명령에 대하여 헌법소원 등 재판청구권을 행사하는 것이 군인의 복종의무에 위반되는지 여부
 - 위 쟁점에 대하여, 첫 번째 징계사유는 절차적 측면에서 사전건의 의무를 준수하지 않았음을, 두 번째 징계사유는 다수의 군법무관들이 헌법소원을 제기한 것이 군무 외 집단행위에 해당함을 강조하는 것임

나. 다수의견의 요지 (8명) : 징계사유가 부존재함 ⇨ 파기환송

■ 복종의무 위반의 존부(부정)

- 재판청구권은 헌법상 기본권이고(헌법 제27조 제1항), 기본권을 제한할 경우 법률유보의 원칙이 준수되어야 함(헌법 제37조 제2항)
- 한편 군인은 국가의 존립과 안전 보장을 직접적인 존재의 목적으로 하므로, 그 목적 달성을 위해 필요한 한도 내에서 일반 국민보다 상대적으로 기본권이 더 제한될 수 있으나, 그 경우에도 법률유보원칙, 과잉금지원칙은 지켜져야 함

- 상명하복에 의한 지휘통솔체계의 확립이 필수적인 군의 특수성에 비추어 군인은 상관의 명령에 복종하여야 할 복종의무가 있는데, 상관의 지시나 명령에 대하여 재판청구권을 행사하는 경우에는 재판청구권이 군인의 복종의무와 외견상 충돌하는 모습으로 나타날 수 있음
- 그러나 상관의 지시나 명령 그 자체를 따르지 않는 행위와 상관의 지시나 명령은 준수하면서도 그것이 위법·위헌이라는 이유로 재판청구권을 행사하는 행위는 구별되어야 함
 - 법원이나 헌법재판소에 법적 판단을 구하는 것 자체로는 상관의 지시나 명령에 직접 위반되는 결과가 초래되지 않음
 - 종국적으로 사법적 판단에 따라 위법·위헌 여부가 결정되므로 재판청구권 행사가 곧바로 군에 심각한 위해나 혼란을 야기하지도 않음
 - 상관의 지시나 명령을 준수하는 이상 법적 판단을 구하는 것이 지시나 명령을 따르지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 간주될 수도 없음
- 군인이 상관의 지시나 명령에 대하여 재판청구권을 행사하는 경우에 그것이 위법·위헌인 지시와 명령을 시정하려는 데 그 목적이 있을 뿐, 군 내부의 상명하복관계를 파괴하고 명령불복종 수단으로서 재판청구권의 외형만을 빌리거나 그 밖에 다른 불순한 의도가 있지 않다면, 정당한 기본권의 행사라 할 것이므로 군인의 복종의무를 위반하였다고 볼 수 없음
- 더군다나 정신적 자유의 핵심인 학문과 사상의 자유의 기초가 되는 '책 읽을 자유'를 제한하는 것으로 이 사건 지시의 위헌성에 대한 의심을 가질 수도 있는 상황이었음
- 이 사건 지시의 위헌성에 관하여 헌법재판소의 판단을 받아보고자 하는 것 이외에 원고 등에게 다른 목적이나 의도가 있었다고 볼 자료가 없음
- 따라서 이 사건 헌법소원 제기는 헌법과 법률에 의하여 허용되는 권리

의 행사라고 볼 수 있고, 군인의 복종의무에 위반된다고 평가할 수 없음

■ 사전건의 의무가 존재하는지 여부(부정)

- 군에 유익하거나 정당한 의견이 있는 경우 부하는 지휘계통에 따라 상관에게 건의할 수 있고(군인복무규율 제24조 제1항), 부당한 대우를 받거나 현저히 불편 또는 불리한 상태에 있다고 판단될 경우 지휘계통에 따라 상담, 건의 또는 고충심사를 청구할 수 있음(군인복무규율 제25조 제1항)
- 그러나 이를 군인에게 건의나 고충심사를 청구하여야 할 의무를 부과한 조항이라고 해석하는 것은 문언의 통상적인 의미를 벗어남
- 이러한 건의 제도의 취지는 위법 또는 오류의 의심이 있는 명령을 받은 부하가 명령 이행 전에 상관에게 명령권자의 과오나 오류에 대하여 자신의 의견을 제시할 수 있도록 함으로써 명령의 적법성과 타당성을 확보하고자 하는 것일 뿐, 그것이 군인의 재판청구권 행사에 앞서 반드시 거쳐야 하는 군내 사전절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어려움
- 군인복무규율 제25조 제4항은 “군인은 복무와 관련된 고충사항을 진정·집단서명 기타 법령이 정하지 아니한 방법을 통하여 군 외부에 그 해결을 요청하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는데 이를 반대로 해석하면 복무와 관련된 사항을 ‘법령에 의한 방법’으로 해결하라는 의미라고 할 수 있음 ➡ 법령에 의한 방법의 대표적인 것이 바로 헌법소원 등 재판청구권의 행사임은 의심할 여지가 없음
- 군인복무규율 제24조와 제25조의 규정만으로는 원고에게 이 사건 헌법소원 청구에 앞서 사전건의 절차를 거쳐야 할 의무가 있다고 보기 어려우므로 이를 전제로 원고가 사전건의 의무 등을 위반하였음을 징계사유로 삼을 수 없음

■ 군무 외 집단행위 금지 위반 여부(부정)

- 법령에 군인의 기본권 행사에 해당하는 행위를 금지하거나 제한하는

규정이 없는 이상, 그러한 행위가 군인으로서 군복무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 등 군무의 본질을 해치는 특정 목적이 있다고 하기 위해서는 권리행사로서의 실질을 부인하고 이를 규범위반행위로 보기에 충분한 구체적·객관적 사정이 인정되어야 함

- 앞서 복종의무 위반 여부에 관하여 본 바와 같이, 원고 등이 이 사건 헌법소원을 청구하게 된 경위와 당시의 상황에 비추어 볼 때, 군법무관인 원고 등이 공동하여 헌법소원을 제기한 행위가 군복무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 등 군무의 본질을 해치는 특정 목적을 위한 집단행위라고 볼 수 없음
- 따라서 원고가 군인복무규율 제13조 제1항에서 금지하고 있는 집단행위를 통하여 복종의무를 위반하였다고 인정할 수 없음

■ 홍보에 관한 법령준수의무 및 품위유지의무 위반 여부(부정)

- 이 사건 헌법소원의 소송대리인이 자신이 수임한 사건에 관하여 언론 인터뷰에 응한 행위를 원고의 행위로 볼 수 있는 근거가 없을 뿐만 아니라, 원고가 인터뷰 등 언론 접촉 행위를 직접 하지도 않았으므로 이를 두고 홍보에 관한 법령준수의무 위반이라고 볼 수 없음
- 또한 원고가 대외적으로 국방부의 조치를 폄하하는 의견을 발표하였거나, 군 수뇌부를 비방·모욕하는 내용을 군 외부에 공표하였다고 보기 어려운 이상, 설령 원고의 소송대리인이 그러한 취지의 언론 인터뷰를 하였더라도 이를 두고 원고의 품위유지의무 위반행위라고 볼 수 없음

■ 이 사건 전역처분의 적부(부정)

- 이 사건 징계사유가 인정되지 아니하는 이상, 징계사유와 동일한 현역복무부적합자 조사위원회가 처분의 근거로 삼은 부적합 세부내용 사실도 인정될 수 없음
- 따라서 부적합 세부내용 사실을 근거로 한 이 사건 전역처분 역시 그 처분사유가 없으므로 위법함

다. 반대의견 (4명) : 징계사유가 존재함 ⇨ 상고기각 의견

- 이 사건 지시는 군 기강과 군 정신전력 보존을 위한 피고 국방부장관의 필요최소한의 정당한 명령임 ➡ 영내 불온도서 반입은 이 사건 지시 이전에도 이미 군인복무규율 제16조의2, 국군병영생활규정 제47조에 의하여 금지되던 행위이었음
- 헌법소원 청구 등 군인의 재판청구권 행사 자체를 문제삼는 것이 아님 ➡ 원고 등 군법무관들은 이 사건 헌법소원 이전에도 군법무관의 보수와 처우에 관한 다수의 헌법소원을 제기하였지만 이에 대하여 아무런 사전, 사후적 제재가 없었음
- 이 사건 징계처분은, 군 내부적인 시정노력을 충분히 기울이지 않은 채 다른 법무관들을 규합하여 집단으로 이 사건 지시에 불복종하려는 수단으로 헌법소원제도를 이용하였음을 징계사유로 삼은 것임
- 다수의견과 같이 이 사건 징계처분이 위법하다면, 향후 자신의 이해관계에 따라 집단을 이룬 군인들이 재판청구권의 행사라는 명목을 빌려 불순한 의도의 군무 외 집단행위를 하더라도 이를 제재하기 어려워져, 군기문란은 물론 국가 안전보장에 위해가 될 수 있음
- 이 사건 징계처분에 징계사유가 존재한다는 원심의 판단은 정당함

는 것이 아니고, 이 사건 지시가 책 읽을 자유를 제한하므로 위헌의 의심이 있었다는 점 등에 비추어 볼 때, 복종의무에 위반되지 아니한다고 판단하였음 ➡ 군인의 재판청구권 행사가 복종의무에 위반되지 아니하는 기준을 제시하였음

- 또한 법령의 규정에 없는 사전건의 절차를 거치지 아니한 행위가 징계사유가 될 수 없다고 판단함으로써, 군인이라 하더라도 기본권을 제한하기 위하여는 헌법 제37조 제2항에 따른 법률유보원칙이 준수되어야 함을 확인하였음
- 군무 외 집단행위란 군복무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 행위라는 기존 법리를 확인하고, 그 판단 기준을 제시하였음

3. 판결의 의의

- 군법무관인 원고가 다른 군법무관들과 함께 국방부장관의 군내 불온서적 반입 금지 지시에 대하여 헌법소원을 제기하였음을 이유로 받은 징계처분 등의 취소를 구하는 사건임
- 헌법소원의 대상이 상관인 국방부장관의 지시라는 점에서, 군인의 복종의무와 국민으로서 재판청구권 행사가 일견 충돌하는 것으로 보이는 이 사건 안에서, 대법원은 재판청구권 행사의 목적이 이 사건 지시에 불복종하려