

## 전역처분취소·보직해임처분취소

[서울고법 2007. 3. 30. 2006누30982, 30999]



### 【판시사항】

- [1] 해군 장성이 보직해임처분에 이어서 전역처분을 받은 경우, 보직해임처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다고 한 사례
- [2] 해군 장교 인사관리에 관한 사항을 정하고 있는 해군 순환관리지침 중 해군사관학교 출신 장성은 동기생 중 1차 진급자의 정년이 도래할 때 함께 전역한다고 규정한 부분이 위법한지 여부(적극)
- [3] 해군사관학교 출신 장성의 경우 동기생 중 1차 진급자의 정년이 도래할 때 함께 전역한다고 규정하고 있는 해군 순환관리지침에 따르지 아니하고 전역원 제출요구에 불응한 해군장성에 대하여 이루어진 보직해임처분이 위법하다고 한 사례
- [4] 해군장성이 보직해임처분에 이어서 전역처분을 받은 경우, 보직해임처분의 위법이 바로 전역처분의 위법으로 승계되는지 여부(소극)

### 【판결요지】

- [1] 해군 장성이 보직해임처분에 이어서 전역처분을 받은 경우, 전역처분이 보직해임처분에서 들지 않은 사유를 추가하여 한 처분으로서 그 처분사유가 동일하지 않고, 보직해임처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효가 아닌 이상 그 효력을 부인할 수 없는 것이어서 위 전역처분의 적법 여부와 상관없이 보직해임처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다고 한 사례.
- [2] 해군 장교 인사관리에 관한 사항을 정하고 있는 해군 순환관리지침 중 해군사관학교 출신 장성은 동기생 중 1차 진급자의 정년이 도래할 때 함께 전역한다고 규정한 부분은 헌법 및 군인사법상의 군인 신분보장의 원칙과 그 구체적인 제도보장으로서의 정년제도 규정 등에 위배될 뿐만 아니라 조직의 안정성을 위하여 과도하게 그 밖의 법익들을 형평에 어긋날 정도로 희생시키는 것이 되어 위법하다.
- [3] 해군사관학교 출신 장성의 경우 동기생 중 1차 진급자의 정년이 도래할 때 함께 전역한다고 규정하고 있는 해군 순환관리지침에 따르지 아니하고 전역원 제출요구에 불응한 해군장성에 대하여 이루어진 보직해임처분이 위법하다고 한 사례.
- [4] 해군 장성이 보직해임처분에 이어서 전역처분을 받은 경우, 전역처분의 근거가 된 현역복무 부적합자 조사가 보직해임처분의 존재를 계기로 한 것이라고 하더라도 보직해임처분과 전역처분은 그 법적 효과를 달리하는 별개의 처분이라고 할 것이어서, 보직해임처분의 위법이 바로 전역처분의 위법으로 승계된다고 할 수 없다.

### 【참조조문】

- [1] 군인사법 제8조, 제16조, 제17조, 제37조, 제38조, 군인사법 시행령 제17조의2, 제49조, 행정소송법 제12조
- [2] 군인사법 제8조, 제16조, 제17조, 제44조, 제45조, 군인사법 시행령 제17조의2, 헌법 제7조 제2항
- [3] 군인사법 제8조, 제16조, 제17조, 제44조, 제45조, 군인사법 시행령 제17조의2, 헌법 제7조 제2항

[4] 군인사법 제8조, 제16조, 제17조, 제37조, 제38조, 군인사법 시행령 제17조의2, 제49조, 제50조, 군인사법 시행규칙 제56조, 행정소송법 제1조

[행정행위일반]

**【전문】**

**【원고, 피항소인 겸 항소인】** 원고

**【피고, 항소인】** 국방부장관

**【피고, 피항소인】** 해군참모총장

**【제1심판결】** 서울행법 2006. 11. 22. 선고 2006구합28918, 33415(병합) 판결

**【변론종결】** 2007. 3. 16.

**【주문】**

- 】
1. 제1심판결 중 피고 해군참모총장에 대한 부분을 취소한다.
  2. 피고 해군참모총장이 2005. 7. 31. 원고에 대하여 한 보직해임처분을 취소한다.
  3. 피고 국방부장관의 항소를 기각한다.
  4. 피고 국방부장관의 원고에 대한 항소비용은 피고 국방부장관이, 원고와 피고 해군참모총장 사이에 생긴 소송 총 비용은 피고 해군참모총장이 각 부담한다.

**【청구취지 및 항소취지】** 1. 청구취지 주문 제2항 및 피고 국방부장관이 2005. 12. 31. 원고에 대하여 한 전역처분을 취소한다. 2. 항소취지 가. 원고 : 주문 제1, 2항과 같은 판결 나. 피고 국방부장관 : 제1심판결 중 피고 국방부장관에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고 국방부장관에 대한 청구를 기각한다.

**【청구취지 및 항소취지】** 1. 청구취지 주문 제2항 및 피고 국방부장관이 2005. 12. 31. 원고에 대하여 한 전역처분을 취소한다. 2. 항소취지 가. 원고 : 주문 제1, 2항과 같은 판결 나. 피고 국방부장관 : 제1심판결 중 피고 국방부장관에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고 국방부장관에 대한 청구를 기각한다.

**【청구취지 및 항소취지】** 1. 청구취지 주문 제2항 및 피고 국방부장관이 2005. 12. 31. 원고에 대하여 한 전역처분을 취소한다. 2. 항소취지 가. 원고 : 주문 제1, 2항과 같은 판결 나. 피고 국방부장관 : 제1심판결 중 피고 국방부장관에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고 국방부장관에 대한 청구를 기각한다.

**【청구취지 및 항소취지】** 1. 청구취지 주문 제2항 및 피고 국방부장관이 2005. 12. 31. 원고에 대하여 한 전역처분을 취소한다. 2. 항소취지 가. 원고 : 주문 제1, 2항과 같은 판결 나. 피고 국방부장관 : 제1심판결 중 피고 국방부장관에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고 국방부장관에 대한 청구를 기각한다.

**【청구취지 및 항소취지】** 1. 청구취지 주문 제2항 및 피고 국방부장관이 2005. 12. 31. 원고에 대하여 한 전역처분을 취소한다. 2. 항소취지 가. 원고 : 주문 제1, 2항과 같은 판결 나. 피고 국방부장관 : 제1심판결 중 피고 국방부장관에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고 국방부장관에 대한 청구를 기각한다.

**【이유】**

】 1. 기초 사실

이 법원이 이 부분에서 실시할 이유는 제1심판결 이유 해당란 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 피고 해군참모총장의 본안전 항변에 대한 판단

피고 해군참모총장은, 보직해임처분은 당사자가 현역에 복무 중일 경우에만 가능한 것인데, 이 사건에서 피고 해군 참모총장의 원고에 대한 보직해임처분 후 피고 국방부장관이 원고에 대하여 군인의 신분관계를 박탈하는 전역처분을 함으로써 결국 보직해임처분은 그 효력을 상실하게 되었으므로, 이 사건 보직해임처분의 취소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다고 항변한다.

살피건대, 어떤 사유에 기하여 공무원을 직위해제한 후 그 직위해제와 동일한 사유를 이유로 공무원의 신분관계를 박탈하는 파면처분을 하는 경우 공무원의 신분관계 유지를 전제로 하는 직위해제처분이 그 효력을 상실하는 것이고(대법원 1978. 12. 26. 선고 77누148 판결 참조), 이러한 법리는 원고와 같은 군인에 대한 보직해임처분과 전역처분에 도 적용될 수 있다고 할 것이나, 한편 위 법리는 보직해임처분과 전역처분이 동일한 사유를 이유로 하였을 것임을 그 요건으로 하고 있는바, 위에서 인정한 기초 사실 및 뒤에서 판단하는 내용을 종합하면, 이 사건 전역처분은 이 사건 보직해임처분에서 들지 않은 사유를 추가하여 한 처분으로서 그 처분사유가 동일하다고 할 수 없으므로, 결국 이 사건에는 위와 같은 법리가 적용될 수 없다.

또한, 공무원이 위법한 징계처분에 의하여 신분상으로 또는 재산상으로 그 이익의 일부 또는 전부가 박탈된 경우에 있어서 그와 같은 징계처분으로 인한 본래적인 또는 부수적인 불이익한 결과를 처분당시에 소급해서 제거하고 그와 같은 처분이 없었던 것과 마찬가지로의 법적상태를 회복시키고 위법한 처분에 대하여 구제를 받기 위해서 그 취소가 필요하다면 그 징계처분의 위법을 주장하고 그 취소를 구할 실익이 있다고 하여야 할 것이고, 이를 위해서 소송이 적절하고 합리적인 방법이라면 단순히 공무원 신분이 상실되었다는 이유로 소의 이익이 없다고 할 수 없는 것인바(대법원 1977. 7. 12. 선고 74누147 판결 참조), 원고로서는 이 사건 보직해임처분으로 인해 보직해임이 없었더라면 받을 수 있었던 수당 등을 지급받지 못하는 재산상 불이익을 입었고, 이 사건 보직해임처분의 하자가 중대하고 명백하여 그 처분이 당연무효가 아닌 이상 박탈된 이익의 회복을 직접목적으로 하는 소송에서 이 사건 보직해임처분의 단순위법을 이유로 그 효력을 부인할 수 없는 것이어서(행정행위의 공정력), 결국 원고로서는 이 사건 전역처분의 적법 유무와 상관없이 이 사건 보직해임처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 할 것이다.

따라서 피고 해군참모총장의 본안전 항변은 이유 없다.

## 3. 관계 법령

제1심판결 별지 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 4. 이 사건 보직해임처분에 대한 판단

### 가. 당사자의 주장

피고 해군참모총장은, ① 해군은 타군에 비하여 군의 규모가 작고 지휘관의 직위 수량이 한정되어 있어 해군 장교 모두에게 상위계급 진출을 허용할 수 없는 상황에서 상위계급 진출에 실패한 이른바 진급적기경과자가 증가할 수밖에 없고 이러한 상황을 방지한다면 극소수만이 상위계급에 진출하여 장기간 지휘권을 보유하게 됨으로써 능력 있고 참신한 인재들이 상위계급에 진출할 수 있는 기회를 박탈하게 되므로 이러한 인사운영상의 어려움을 타개하기 위하여 이 사건 지침을 인사정책으로 채택·유지하여 왔는바, 이 사건 지침은 선후배 간 양보와 희생을 통하여 상위계급 진출률을 보장하고 군내 명확한 지휘권을 확립하는 데 의의가 있고, 폐지시 상위계급으로의 진출 제한, 해군 장

교의 진급과 전역에 관련된 인사운영의 어려움이 군 전체의 안정적 인력운용능력 및 사기저하로 이어져 국가안보에 치명적인 악영향을 줄 수 있으므로 이 사건 지침은 해군 내의 실질적인 인사법임에도 불구하고 원고는 이를 위반하였고, ② 원고는 910여단장 재직시 각종 비리를 저지르고 해군복지단 연구위원 재직시 불성실한 근무를 하였는바, 위와 같은 사유를 원인으로 한 이 사건 보직해임처분은 적법한 처분이라고 주장한다.

이에 대하여 원고는, 위 ②항의 사유는 이 사건 보직해임처분 이후에 추가한 사유로 이를 이 사건 보직해임처분 사유로 주장할 수 없고, 위 ①항의 사유의 근거가 된 이 사건 지침은 군인사법 제8조 제1항, 제4항, 제17조 제2항, 제44조, 제45조, 헌법 제11조 등에 위반되어 이미 피고 국방부장관에 의하여 그 폐지가 지시된 위헌·위법한 지침이므로 이 사건 지침을 위반하였다는 사유는 이 사건 보직해임처분의 적법한 사유가 될 수 없다고 주장한다.

나. 판 단

(1) 처분사유의 추가 여부

피고 해군참모총장은 2005. 7. 28. 원고에 대한 보직해임심의위원회 개최 당시 원고가 장성인 점을 감안하여 그 명예가 손상되지 않도록 위 ②항의 사유를 심의의 공식적인 안건으로 삼거나 문서화하지 않았고, 심의과정에서도 원고에게 그 사유를 알려주거나 별다른 소명을 요구하지 않았으나, 심의위원들에게는 위 ②항의 사유를 구두로 설명하였으므로 위 ②항의 사유 역시 이 사건 보직해임처분의 사유에 포함되어 있는 것이라고 주장하나, 그 주장 자체에 의하더라도 위 ②항의 사유는 이 사건 보직해임처분의 사유였다고 할 수 없으며, 위 ①항의 사유와 위 ②항의 사유는 기본적인 사실관계의 동일성이 인정될 수도 없어 처분사유의 적법한 추가라고 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 보직해임처분의 위법성 여부의 판단에 있어서 위 ②항의 사유는 고려할 필요가 없다.

(2) 이 사건 지침 위반 여부

(가) 이 사건 지침은 해군의 소규모 인력구조 및 정년연장으로 인한 상위계급으로의 진출 보장을 위하여 1976년에 해군의 인사관리정책으로 채택되어 현재까지 시행되어 왔고 해군 동기생 1차 진급자와 동시 전역 관리, 특히 장성의 조기 전역 유도를 주요 내용으로 하는 것으로 구체적인 내용은 다음과 같다.

① 장 성

㉞ 참모총장 교대시 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 교대 후 3개월 내 전역한다.

- 1) 신임 참모총장보다 임관연도가 빠른 자
- 2) 신임 참모총장과 임관연도가 같은 자
- 3) 신임 참모총장보다 중장진급 일자가 빠른 자

㉞ 소장과 준장의 계급정년은 5년으로 하되, 해사출신 동기생은 해당 계급 1차 진급자 정년도래시 전역하고, 일반 출신은 해사출신 동년 진급자 중 최선임기수와 해당 계급 동일기간 근속 후 전역한다.

※ 준·소장 조항 적용대상

소장 : 2000년 진급자부터

준장 : 2002년 진급자부터

② 대 령 (이하 생략)

(나) 그러므로 이 사건 지침이 적법한 것인지 여부에 관하여 보건대, 헌법은 그 제7조 제2항에서 "공무원의 신분은..... 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

"고 규정하여 공무원의 신분보장에 관한 헌법상의 대원칙을 선언하고 있고, 군인은 국가공무원법상 경력직 공무원 중 특정직 공무원으로( 국가공무원법 제2조) 전투의 수행과 그 대비를 본래의 사명으로 하는 군인의 특수성을 감안한다 하더라도 군인 역시 공무원의 신분에 관한 헌법적 보장에서 예외일 수는 없는 것이다.

이에 군인의 인사·병역복무 및 신분에 관한 사항은 따로 법률로 정하도록 한 국군조직법 제4조 제2항의 규정에 따라 군 인사법이 마련된 것인데 그 제44조에서는 "군인은 법률이 정하는 바에 의하여 신분이 보장되며, 그 계급에 상응하는 예우를 받고, 군인은 이 법에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직을 당하거나 현역에서 전역 또는 제적되지 아니한다.

"고 규정하고 있고, 같은 법 제45조에서는 "군인은 이 법의 적용에 있어서 평등히 취급되어야 하며 차별되지 아니한다.

"고 규정하고 있다.

따라서 군인은 법정사유와 절차에 의하지 아니하고는 의사에 반하여 그 신분을 박탈당하는 등의 불이익 처분을 받지 아니하도록 신분이 보장되어 있음을 알 수 있다.

또한, 군인사법 제8조에서는 현역에 복무할 정년으로서 각 계급에 따라 연령정년, 근속정년, 계급정년 규정을 두고 있다

군 조직의 측면에서 볼 때 이와 같은 정년제도의 목적은 인력의 교체를 계획적으로 수행하는 것에 의해서 연령의 고령화를 방지하고 조직을 활성화시켜 업무능률을 유지·향상시키고자 함에 있다.

그리고 이와 더불어 공무원으로서의 군인 개인의 측면에서 볼 때 정년제도의 또 다른 중요한 목적은 군인에게 정년까지 근무의 계속을 보장함으로써 그로 하여금 장래에 대한 확실한 예측을 가지고 생활설계를 하는 것을 가능하게 하여 안심하고 직무에 전념하게 한다는 데에 있다.

이러한 군인사법 소정의 정년제도는 공무원으로서의 군인 신분에 관한 헌법적 보장을 법률로 구체화한 제도의 하나로 이해할 수 있을 것이다.

더구나 군인사법은 1989. 3. 22. 법률 제4085호로 개정되면서 정년을 연장하는 개정이 이루어졌다(그 개정에서 준장, 소장, 중장의 경우 연령정년, 계급정년이 현행법과 동일하게 개정되었다). 이는 개정 전의 구법상 정년이 너무 짧게 설정되어 있을 뿐 아니라 빠른 진급으로 인하여 초기에 계급정년에 해당되기 때문에 그나마 연령정년이나 근속정년에 도달하기도 전에 전역됨으로써 한창 일할 나이에 직업을 다시 구해야 하는 어려움이 발생하는 문제점을 타개하고자 하는 취지를 가지고 있다고 할 것이다.

이에 영관급은 연령정년과 근속정년을 연장하고 계급정년을 폐지하여 소령부터 연금수혜를 보장하고 장성급은 연령정년을 연장하되 근속정년을 폐지하는 내용으로 개정되었던 것이다.

준장의 경우 연령정년을 58세로 설정한 것은 임관 후 근속 24년에 준장으로 진급할 경우 평균진급연령은 49세로 평균진급연령보다 3년 지연 진출자까지 계급정년 6년을 보장할 수 있도록 한 것이고 계급정년으로 전역시 55세가 보장

되도록 함으로써 대령의 정년과 조화를 이루도록 한 것이다.

그 이후 군인사법은 1993. 12. 31. 법률 제4695호로 개정되면서 군인정년이 다시 연장됨으로써 다수의 직업군인에게 생애복무를 보장할 수 있도록 정년의 연장추세가 계속되었다.

이러한 정년의 연장추세는 군인의 신분보장, 그 중에서도 장기복무 직업군인의 평생직장으로서의 근무 보장을 더욱 강조하고자 하는 오늘날 현대 군인사법의 기본취지가 반영된 것으로 이해할 수 있을 것이다.

한편, 피고 국방부장관은 2003. 10. 27. 군무회의에서 이 사건 지침이 군인사법 제8조 제1항에 위배됨을 이유로 그 폐지를 의결하고 2003. 11. 3. 국방부 인력 33150-1174 공문으로 '해·공군 소장 및 준장 순환관리지침 폐지와 계급정년 보장, 내용 : 기시행중인 해·공군 동기생 1차 진급자와 동시 전역관리지침 폐지, 적용대상 : 해·공군 소·준장 기진급자 및 진급예정자 전원'을 내용으로 이 사건 지침의 폐지를 지시하였으나(갑 제3호증), 2005. 2. 15. 개최된 해군 인사정책위원회에서는 이에 반하여 해군의 인력구조상 위 지침을 현행대로 유지하는 것이 필요하다고 의결함으로써 위 지시를 받아들이기를 거부하였다.

그러나 피고 해군참모총장으로서 그간 그 불합리성에 대하여 지속적인 문제제기가 있었음에도 인사 대상인 장성들의 목인 또는 해군의 관행에 의하여 계속되어온 이 사건 지침을 고수하는 대신 이 사건 지침의 문제점 및 한계를 명확히 인식하여 장성 개인의 신분보장이라는 개인적 요청과 해군 인력 순환의 효율성 보장이라는 조직의 요청을 조화시킬 수 있는 보다 과학적이고 선진적인 장성 등 직업군인 인력 운용프로그램을 개발하여 운용하여야 할 책무를 더 이상 피할 수는 없게 되었다고 판단된다.

위에서 본 바와 같은 헌법 및 군인사법 등 관계 법령의 규정, 군인사법상 정년제도의 입법 취지, 피고 국방부장관의 폐지 지시, 이 사건 지침의 현실적 문제점 및 한계 등을 종합하면, 비록 해군이 육군에 비하여 군인력이 상대적으로 소규모여서 인력구조상 조직 상층부로 올라갈수록 인사의 융통성이 줄어들게 됨으로써 과도기적으로 한시적인 인사운용상의 어려움이 있다는 점을 감안한다 하더라도, 동기생 최초 진급자와 동시에 아직 계급 정년에 달하지 아니한 다른 동기생 장성 전부를 그들 의사에 반하여 일괄적으로 전역시킨다는 이 사건 지침을 유지함으로써 확보될 수 있는 군 인사행정의 편의성과 안정성이 이 사건 지침을 폐지함으로써 장성들로 하여금 자신의 의사에 반하는 전역을 강요당하지 않고 정년까지 계속 복무하게 하여 장래에 대한 확실한 예측을 가지고 생활설계를 하고 직무에 전념하게 한다는 군인 개개인을 위한 개인적 이익, 나아가 장기간 축적된 지휘능력의 효율적인 활용이라는 조직관리 측면에서의 이익, 그리고 직업군인의 신분보장을 통하여 기간 장병들의 직업적 안정감, 만족감, 충만한 사기 속에서 강군을 육성하고 보유할 수 있다고 하는 또 다른 국가적 이익보다 결코 크다고 할 수 없을 것이다.

(다) 이 사건 지침은 위에서 본 바와 같이 헌법 및 군인사법상의 군인 신분보장의 원칙과 그 구체적인 제도보장으로서의 정년제도 규정 등에 위배될 뿐만 아니라 조직의 안정성을 위하여 과도하게 그 밖의 법익들을 형평에 어긋날 정도로 희생시키는 것이 되어 위법하다고 할 것이므로, 결과적으로 원고가 위법한 이 사건 지침에 따르지 아니하였다고 하더라도 그로써 군인사법 제17조 제2항 제3호의 '당해 직무를 수행할 능력이 없는 자'에 해당한다고 보아 보직해임처분을 할 수는 없다고 할 것이므로, 결국 이 사건 보직해임처분은 위법하다.

## 5. 이 사건 전역처분에 대한 판단

### 가. 당사자의 주장

피고 국방부장관은, 이 사건 전역처분은 위 ①항 및 ②항의 사유를 이유로 하여 재량권의 범위 내에서 행해진 적법한 처분이라고 주장한다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 전역처분은 보직해임된 장교로서 3개월이 경과하여도 보직되지 못한 자에 대하여 현역복무 적합 여부를 조사하도록 한 군인사법 시행령 제17조의2에 따라 개최된 현역복무 부적합자 조사에서 원고가 현역복무 부적합자로 판정되어 이루어진 처분인바, 그 현역복무 부적합자 조사의 전제가 된 원고에 대한 이 사건 보직해임처분이 위법한 이상 이 사건 전역처분 역시 위법하고, 나아가 처분사유에 관하여 보더라도 위 ①항의 사유가 위법함은 위에서 본 바와 같으며, 위 ②항의 사유만으로는 원고가 현역복무 부적합자에 해당한다고 보기에 부족하므로 이 사건 전역처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 주장한다.

나. 판 단

(1) 하자의 승계 여부

살피건대, 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 하나의 법적 효과를 목적으로 하는 경우에는 선행처분의 하자(위법성)가 후행처분에 승계되지만, 선행처분과 후행처분이 상호관련적이기는 하나 별개의 법적 효과를 목적으로 하는 경우에는 하자가 승계되지 않는다고 할 것인바, 비록 이 사건 전역처분의 근거가 된 현역복무 부적합자 조사가 이 사건 보직해임처분의 존재를 계기로 한 것이라고 하더라도, 이 사건 보직해임처분과 이 사건 전역처분은 그 법적 효과를 달리하는 별개의 처분이라고 할 것이어서, 이 사건 보직해임처분의 위법이 바로 이 사건 전역처분의 위법으로 승계된다고 할 수 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 재량권 일탈·남용 여부

(가) 먼저, 원고가 이 사건 지침을 위반하였음을 원인으로 하는 위 ①항의 사유는 위에서 판단한 바와 같이 이 사건 지침 자체가 위법한 이상 이 사건 전역처분의 사유로 삼기에 적절하지 않다고 할 것이다.

(나) 다음으로 위 ②항의 사유에 관하여 보건대, 갑 제6호증의 1, 을 제5 내지 8호증(가지번호 포함)의 각 기재와 제1심 증인 소외 1, 소외 2, 소외 3의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사실, 즉 910여단은 정보사령부 예하의 특수임무부대인데 인력은 해군에서 파견되어 이원화된 체계 때문에 해군은 전역을 앞둔 요원들을 중심으로 배치하여 인력 수급 차원에서 문제가 있었고, 실질적인 임무수행 없이 훈련만 하다 보니 업무의욕이 상실되어 해군 내에서 가장 편한 분위기의 부대로 인식되어 있었으며 원고의 참모들 역시 전역을 앞두고 마지막 보직을 하는 자들로서 원고는 위와 같은 느슨한 부대 분위기를 쇄신하고 전비태세를 향상시키기 위하여 노력하는 과정에서 참모들과 사이에 마찰이 있었던 것인 점, 910여단장 재직시 특수요원 보상 문제와 관련하여 해군 특수요원출신에 대한 보상이 지연되자 특수요원들이 원고에 대한 면담을 요청하자 원고가 이를 받아들여 회장 및 총무와 면담을 하였는데, 특수부대요원 10여 명이 한꺼번에 원고 부대에 들어왔고, 회장과 총무 면담 중 외부 회의실에 있던 다른 요원들이 유리컵 등을 던지며 난동을 부리는데도 참모들이나 부대원들이 이를 제지하지 아니하여 원고가 나서서 이를 제지할 수도 없었을 뿐 아니라 제지하다가 문제가 생기면 더 큰 사태가 발생할 수 있으므로 원고가 자리를 피하였다가 그 이후 헌병대에 신고하여 원칙대로 처리하도록 하였고 특수요원들이 사과하고 손해배상을 함으로써 원만히 해결이 되었던 점, 인천방위협의회와 인화회의 위문금 접수는 당시 규정과 절차에 따라 상급부대장인 정보사령관이 접수를 허가하였고, 인화회는 인천광역시장이 주관하는 인천 내 공공기관장 150여 명으로 구성된 지역발전단체인데 인화회 회비지출도 관행적으로 지출하였던 회비였던 점, 특정업무비는 관행적으로 지휘관이 운영해오

던 것을 간부들의 건의에 따라 검토 후 참모부서에서 운영하도록 조치하였던 점, 부대운영비 국고반납은 담당실무자의 실수로 예산항목 외의 부분에 사용한 사실이 감찰시 지적되어 50만 원을 국고에 반납하고 실무자가 전출됨으로써 마무리된 점, 해군복지단 연구위원은 연구지침상으로 정년전역, 순환관리 전역 등 전역예정자와 해외연수 장성 등 교육예정자를 대상으로 하여 과업으로는 정상일과 준수(체력단련장 이용 등), 전역예정자의 경우 전역 3개월 전까지 부여된 연구과제 연구 및 연구결과 보고를 규정하고 있는바, 통상 전역을 앞두고 주어지는 보직으로 명칭은 연구위원이나 특정 연구과제가 주어지지 않으며 일과도 자율에 맡기고 있는 점, 연구위원의 사무실은 공동 사무실을 사용하고 보좌관은 없었으며 필요한 지원은 통합해서 요청하여 받았고, 관행상 필요한 자료수집, 관련 기관방문 등 필요에 따라 도서관, 자택, 외부출타 등을 자유롭게 하고 있었던 점, 출퇴근 역시 정식으로 출퇴근을 확인하는 절차가 없고, 이 사건 전역처분의 근거가 된 실제출근일이나 평균 근무시간에 관한 자료도 정식으로 작성된 출퇴근명부에 기한 것이 아니라 해군복지단 정문 헌병이 출퇴근시 차량 입출사항을 기록한 것을 근거로 한 것인 점 등을 종합하면, 비록 현역복무 부적합 전역제도가 군의 특수성을 고려하여 부적격자를 군에서 조기에 분리시킴으로써 국민 전체의 권익을 보호하기 위한 제도로써 그 판정이 군 당국의 자유재량 사항이라는 점을 고려하더라도, 위 ②항의 사유만으로는 원고에게 군인사법 시행령 제49조 소정의 현역복무부적합 사유가 있다고 볼 수 없다.

(다) 따라서 이 사건 전역처분은 피고 국방부장관이 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다.

## 6. 결 론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심판결 중 피고 해군참모총장에 대한 소를 각하한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 이를 취소하되, 그 부분은 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되어 있으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제418조 단서에 의하여 당원이 스스로 본안판결을 하기로 하여 피고 해군참모총장에 대한 원고의 이 사건 보직해임처분취소청구를 인용하고, 제1심판결 중 피고 국방부장관에 대한 부분은 결론을 같이 하여 정당하고 피고 국방부장관의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김종백(재판장) 이승한 이근수