

## 파면처분등취소

[서울행법 2010. 4. 23. 2009구합14781]



### 【판시사항】

- [1] 군법무관에 대한 국방부장관의 보충역편입 명령과 육군참모총장의 제적 및 보충역편입 명령, 교육기간 변경 및 원복 명령의 취소를 구하는 것은 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 않거나 그 취소를 구할 법률상 이익이 없어 부적법하다고 한 사례
- [2] 국방부장관의 '군 내 불온서적 차단대책 강구지시'와 그 근거 법령인 구 군인사법 제47조의2, 구 군인복무규율 제16조의2가 기본권을 침해하여 위헌이라는 이유로 헌법소원을 제기한 군법무관들에 대하여 육군참모총장이 파면 등의 처분을 하고 그에 따라 국방부장관이 제적 등의 처분을 한 사안에서, 각 징계처분이 적법하다고 한 사례

### 【판결요지】

- [1] 제적된 현역장교는 별도의 처분이 없더라도 구 병역법(2009. 4. 1. 법률 제9620호로 개정되기 전의 것) 제66조 제1항에 의하여 곧바로 보충역에 편입되므로, 행정청의 보충역편입 명령은 위 법률 규정에 따른 국민의 권리의무 변동을 확인·통지하는 것에 불과하여 직접 국민의 권리의무의 변동을 가져오는 처분에 해당한다고 볼 수 없고, 인사명령에 의한 교육기간이 이미 경과하여 교육기간 변경 및 원복 처분이 취소된다고 하더라도 회복될 법률상 권리나 이익이 없으며, 참모총장의 군법무관에 대한 인사명령은 국방부장관의 군법무관에 대한 제적 및 보충역편입 명령을 확인하는 것에 불과하므로, 군법무관에 대한 국방부장관의 보충역편입 명령과 육군참모총장의 제적 및 보충역편입 명령, 교육기간 변경 및 원복 명령의 취소를 구하는 것은 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 않거나 그 취소를 구할 법률상 이익이 없어 부적법하다고 한 사례.
- [2] 국방부장관의 '군 내 불온서적 차단대책 강구지시'와 그 근거 법령인 구 군인사법(2008. 12. 31. 법률 제9293호로 개정되기 전의 것) 제47조의2, 구 군인복무규율(2009. 9. 29. 대통령령 제21750호로 개정되기 전의 것) 제16조의2가 기본권을 침해하여 위헌이라는 이유로 헌법소원을 제기한 군법무관들에 대하여 육군참모총장이 파면 등의 처분을 하고 그에 따라 국방부장관이 제적 등의 처분을 한 사안에서, 군법무관들이 헌법소원을 제기한 것 자체가 법령에 반하는 것이라고 볼 수는 없다고 하더라도, 이는 군인으로서 군 최고 지휘권자인 국방부장관의 지시·명령에 대한 복종의무를 다하지 않은 것으로 볼 수 있고, 군복무에 관한 기강을 저해하는 특정 목적을 위한 다수인의 행위로서 '군무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당하는 등 징계사유에 해당한다고 보아, 위 각 징계처분은 적법하다고 한 사례.

### 【참조조문】

- [1] 행정소송법 제2조 제1항 제1호, 제12조
- [2] 구 군인사법(2008. 12. 31. 법률 제9293호로 개정되기 전의 것) 제47조, 제47조의2, 구 군인복무규율(2009. 9. 29. 대통령령 제21750호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제6조, 제7조 제1항, 제9조, 제13조 제1항, 제16조의2, 제17조 제1항, 제24조 제1항, 국가공무원법 제56조, 제57조, 제66조, 헌법재판소법 제68조

【전문】

【원 고】

【피 고】 육군참모총장의 2인 (소송대리인 법무법인 서울제일 담당변호사 김진섭)

【변론종결】2010. 3. 26.

【주문】

】

1. 이 사건 소 중 원고 1에 대한 피고 국방부장관의 보충역편입 명령과 피고 육군참모총장의 제적 및 보충역편입 명령, 교육기간 변경 및 원복 명령의 각 취소를 구하는 부분을 각하한다.
2. 원고 1에 대하여, 피고 육군참모총장이 2009. 3. 18. 한 파면처분 및 피고 국방부장관이 2009. 3. 20. 한 제적처분을 각 취소한다.
3. 원고 2, 3, 4, 5, 6의 청구를 각 기각한다.
4. 소송비용 중 원고 1과 피고 육군참모총장, 국방부장관 사이에 생긴 부분의 30%는 위 원고가, 70%는 위 피고들이, 원고 2, 3, 4, 5, 6과 피고 육군참모총장, 국방시설본부장 사이에 생긴 부분은 위 원고들이 각 부담한다.

【청구취지】주문 제2항 및 원고 1에 대하여, 피고 국방부장관이 2009. 3. 20. 한 보충역편입 명령과 피고 육군참모총장이 2009. 3. 20. 한 교육기간 변경 및 원복 명령, 2009. 3. 24. 한 제적 및 보충역편입 명령을 각 취소한다. 피고 육군참모총장이 2009. 3. 18. 원고 2에 대하여 한 파면, 원고 3에 대하여 한 감봉 1월, 원고 4에 대하여 한 근신 5일, 원고 6에 대하여 한 견책의 징계유예의 각 처분 및 피고 국방시설본부장이 2009. 3. 19. 원고 5에 대하여 한 근신 5일의 처분을 모두 취소한다.

【이유】

】 1. 처분의 경위

가. 피고 국방부장관(이하 '피고 장관'이라고만 한다)은 2008. 7. 22. '북한의 우리식 문화' 등 23종의 도서를 장병들의 정신전력에 부정적인 영향을 줄 수 있다는 이유로 '불온서적'으로 지정하고, 위 도서의 부대 내 반입을 금지하도록 하는 '군내 불온서적 차단대책 강구지시'(이하 '이 사건 지시'라 한다)를 각급 부대에 하달하였다.

나. 이 사건 지시가 내려질 당시 원고 1은 소령으로 육군본부 법무실, 원고 2는 대위로 육군본부 군사법원, 원고 5는 대위로 국방시설본부, 원고 6은 소령 진급예정자로 육군 종합행정학교, 원고 3은 대위로 육군 교육사령부, 원고 4는 중위로 육군 특수전사령부에서 각 군법무관으로 근무하고 있었는데, 원고들은 2008. 10. 22. "이 사건 지시와 그 근거 법령인 구 군인사법(2008. 12. 31. 법률 제9293호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제47조의2, 구 군인복무규율(2009. 9. 29. 대통령령 제21750호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제16조의2가 원고들의 기본권을 침해하여 위헌이다"라는 이유로, 원고들을 공동청구인으로 하여 헌법소원을 제기하였다(이하 '이 사건 헌법소원'이라 한다).

다.

피고 육군참모총장(이하 '피고 총장'이라고만 한다)은 2009. 3. 18. 원고 1에 대하여 아래 징계혐의사실 ① 내지 ④를, 원고 2에 대하여 아래 징계혐의사실 ① 내지 ⑤를 각 징계사유로 하여 군인사법 제56조 제1호, 제2호, 제3호, 제57조 제1항, 제58조 제3항에 따라 피고 장관의 승인을 얻어 각 파면처분을, 같은 날 원고 3, 4, 6에 대하여 각 아래 징계혐의사실 ①, ②를 징계사유로 하여 군인사법 제56조 제3호, 제57조 제1항에 의하여 원고 3에게 감봉 1월,

원고 4에게 근신 5일, 원고 6에게 견책의 징계유예 처분을 하였고, 피고 국방시설본부장은 2009. 3. 19. 원고 5에 대하여 아래 징계혐의사실 ①, ②를 징계사유로 하여 군인사법 제56조 제3호, 제57조 제1항에 의하여 근신 5일의 처분을 하였다(이하 원고들에 대한 각 징계처분을 '이 사건 각 징계처분'이라 한다).

[징계혐의사실]

- ① 원고들은 피고 장관의 이 사건 지시를 따르지 않을 의사로 지휘계통을 통한 건의절차를 경유하지 않고 곧바로 헌법소원을 제기하였다.
- ② 원고들은 이 사건 지시에 불복종할 목적으로 전화, 인터넷, 이메일 및 직접 접촉을 통하여 동참자를 모아 집단으로 헌법소원을 청구하였다.
- ③ 원고 1, 2는 피고 장관의 허가를 받지 아니하고 직접 또는 대리인을 통하여 언론매체에 이 사건 지시를 폄하하는 의견을 발표하였고, 군 수뇌부를 비방·모욕하거나 자신의 의견·주장을 군 외부에 공표하였다.
- ④ 원고 2는 국선번호자료수집 명목의 허위 출장을 신청하여 헌법소원심판청구를 대리할 변호사를 만나고 인사소청서를 접수하는 등 사적인 용무를 수행하였고, 원고 1은 원고 2에게 이를 지시하였다.
- ⑤ 원고 2는 신문기자를 직접 접촉하거나 법무병과 홈페이지에 글을 올려 이 사건 지시를 비방하는 등 피고 장관의 명예를 훼손하고 특정 정당 소속 국회의원의 발언을 비난하는 글을 게재하였다.

라. 피고 장관은 2009. 3. 20. 피고 총장의 파면처분에 따라 원고 1에 대하여 2009. 3. 18.자로 제적 및 보충역편입을 명하였고, 피고 총장은 같은 날 위 원고에 대하여 육군정보학교에서의 교육기간을 '2008. 10. 2.부터 2009. 5. 31.까지'에서 '2008. 10. 2.부터 2009. 3. 16.까지'로 변경함과 동시에 2009. 3. 17.자로 원복을 명하는 한편, 같은 달 24. 피고 장관의 위 원고에 대한 제적 및 보충역편입 명령을 확인하는 인사명령을 하였다.

[인정 근거] 갑 제1 내지 7호증, 을 제4호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 소의 적법 여부에 대한 판단

가. 직권으로 이 사건 소 중 원고 1에 대한 ① 피고 장관의 보충역편입 명령, ② 피고 총장의 교육기간 변경 및 원복처분의 각 취소를 구하는 부분에 관하여 본다.

- (1) 구 병역법(2009. 4. 1. 법률 제9620호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제66조 제1항에 의하면, 현역의 장교가 군인사법에 의한 임용결격사유에 해당되어 제적되거나 그 신분이 상실된 경우에는 보충역의 장교에 편입한다고 규정하고 있는바, 제적된 현역 장교는 행정청의 별도의 처분이 없더라도 위 법률규정에 의하여 곧바로 보충역에 편입되므로, 행정청의 보충역편입 명령은 위 법률규정에 따른 국민의 권리의무 변동을 확인·통지하는 것에 불과하여 직접 국민의 권리의무의 변동을 가져오는 처분에 해당한다고 할 수 없고, 이러한 경우 보충역에 편입된 장교는 제적처분의 효력을 다투어 보충역편입에서 구제될 수 있다고 할 것이므로, 피고 장관의 원고 1에 대한 보충역편입 명령은 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 아니하고, 또한 그 취소를 구할 소의 이익도 없다.

- (2) 행정소송법 제12조 제2문에 의하면, 처분의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 경우에 취소소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 인정 사실과 같이 피고 총장은 원고 1에 대한 교육기간 변경 및 원복처분으로써 당초 '2008. 10. 2.부터 2009. 5. 31.까지'였던 교육기간을 '2008. 10. 2.부터 2009. 3. 16.까지'로 변경함과 동시에 2009. 3. 17.자로 원복을 명하였으나, 원고 1은 당초 인사명령에 의한 교육기간이 이미 경과하였고, 그 경과 직후 원복하여야 할 것이므로, 비록 위 교육기간 변경 및 원복 처분이 취소된다 하더라도 원고 1은 위 처분이 없었던 것과 같은 상태인 피교육생 신분으로 되돌아가는 등 그 회복될 법률상 권리나 이익이 없다고 할 것이어서, 위 교육기간 변경 및 원복 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.

#### 나. 본안전 항변에 대한 판단

- (1) 원고 1은 피고 총장의 제적 및 보충역편입 인사명령이 위법함을 이유로 이 사건 소로써 그 취소를 구함에 대하여, 피고 총장은, 피고 총장의 위 원고에 대한 인사명령은 육군의 일보정리 등을 위하여 피고 장관의 원고에 대한 제적 및 보충역편입 명령을 확인하는 것에 불과하여 항고소송의 대상인 처분이라 할 수 없으므로, 원고 1의 소 중 피고 총장의 제적 및 보충역편입 명령의 취소를 구하는 부분은 부적법하다고 주장한다.
- (2) 군인사법 제13조 제1항, 제43조 제1항에 의하면, 장교는 원칙적으로 대통령이 임용, 전역 및 제적을 할 수 있으나, 국방부장관은 대통령의 위임을 받아 대령 이하의 장교에 대하여 임용, 전역 및 제적을 행할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 인정 사실에 의하면, 원고 1의 임용권자인 피고 장관이 위 원고에 대하여 제적 명령을 함으로써 위 원고의 현역 장교로서의 신분을 상실시키는 등 위 원고의 법률상 지위에 직접 변동을 가져오게 하였고, 앞서 본 바와 같이 피고 장관의 제적 명령에 따라 병역법 제66조 제1항에 의하여 위 원고는 보충역에 편입되는 것이므로, 피고 총장의 위 원고에 대한 제적 및 보충역편입 인사명령은 위 원고의 위와 같은 신분변동을 처리하기 위한 확인조치에 불과하고 위 원고의 권리의무관계 내지는 법률상 지위에 어떠한 변동을 가져오는 것이 아니라 할 것이어서, 항고소송의 대상인 처분에 해당하지 아니한다.

따라서 피고 총장의 본안전 항변은 이유 있다.

다.

#### 소결론

그렇다면 이 사건 소 중 원고 1에 대한 피고 장관의 보충역편입 명령, 피고 총장의 제적 및 보충역편입 명령, 교육기간 변경 및 원복 처분의 각 취소를 구하는 부분은 부적법하다.

### 3. 본안에 대한 판단

#### 가. 원고들의 주장

이 사건 각 징계처분과 원고 1에 대한 피고 장관의 제적 처분은 다음과 같은 사유로 위법하므로 전부 취소되어야 한다.

(1) 징계사유의 부존재

- ① 징계혐의사실 : 원고들은 이 사건 지시가 원고들의 기본권을 침해하였다고 판단하여 이 사건 헌법소원을 제기함으로써 헌법상 기본권인 재판청구권을 행사한 것인데, 이는 지휘계통에 있는 상관에게 건의할 사항이 아닐 뿐 아니라 건의하여야 할 의무도 없고, 그로써 군인의 법규·명령에 대한 준수·복종의무를 위반한 것이라 볼 수 없으므로, 이 부분 사실은 군인사법 제56조 제3호의 징계사유에 해당하지 않는다.
- ② 징계혐의사실 : 원고들은 단지 공동명의로 이 사건 헌법소원을 제기하였을 뿐 집단으로 헌법소원을 제기하기 위해 회합을 가진 일이 없고, 공익에 반하는 목적을 위하여 군무외의 일을 위한 집단행위를 한 바 없으므로, 이 부분 사실은 군인사법 제56조 제3호의 징계사유에 해당하지 않는다.
- ③ 징계혐의사실 : 원고들의 헌법소원을 대리한 소송대리인이 언론매체와 직접 인터뷰하거나 방송에 출연하였을 뿐 원고 1, 2는 이 사건 지시에 관하여 언론매체와 직접 인터뷰하거나 방송에 출연한 바 없고, 군 외부에 이 사건 지시를 폄하하는 의견·주장을 발표하거나 군 수뇌부를 비방·모욕한 바 없어, 법령에 정한 명령·의무를 위반하거나 군의 위신 또는 군인으로서의 명예·품위를 손상하지 아니하였다 할 것이므로, 이 부분 사실은 군인사법 제56조 제2호, 제3호의 징계사유에 해당하지 않는다.
- ④ 징계혐의사실 : 원고 2는 업무상 필요에 의하여 적법한 허가를 받아 출장을 다녀왔을 뿐 허위로 출장명령을 신청하여 헌법소원 제기를 위한 소송대리인을 만나고 인사소청서를 접수하는 등 사적인 용무를 본 것이 아니고, 원고 1은 원고 2에게 허위의 출장명령을 지시하여 사적인 용무를 보도록 한 바 없으므로, 성실의무를 위반한 것이 아니어서 이 부분 사실은 군인사법 제56조 제3호의 징계사유에 해당하지 않는다.
- ⑤ 징계혐의사실 : 원고 2가 육군 내부통신망 법무병과 홈페이지(JAGC-NET)에 이 사건 지시 및 피고 장관의 방침을 비판하거나 특정 정당 소속 국회의원들의 발언을 비판하는 내용의 글을 게재한 것은 명예훼손, 품위유지의무 내지 복종의무 위반, 특정정당 반대행위 금지의무위반에 해당하지 않으므로, 이 부분 사실은 군인사법 제56조 제2호, 제3호의 징계사유에 해당하지 않는다.

따라서 원고들에 대한 징계사유는 존재하지 않는다.

(2) 징계절차 위법

- ① 원고 1, 2, 3, 4, 6에 대한 징계심의를 위해 개최된 육군본부 중앙징계위원회에 군법무관이 아닌 군인이 징계간사로 참여하였고, ② 원고 2는 위 징계위원회에 출석하여 진술할 수 있는 기회를 박탈당하였을 뿐 아니라 징계위원회 개최 전에 제출한 소명자료가 위 징계위원회 심의과정에 현출되지 않는 등 징계절차에 위법이 있다.

(3) 재량권 일탈·남용

원고들이 이 사건 헌법소원을 제기한 목적이 이 사건 지시를 무력화하거나 피고 장관을 비하하기 위함에 있지 아니하고 이 사건 지시와 그 근거 법령의 위헌 여부에 대한 법률적 판단을 받아보고자 함에 있는 점, 원고들은 군법무관으로서 직무를 성실히 수행하여 온 점 등에 비추어 원고들에 대한 이 사건 각 징계처분은 지나치게 가혹하다.

나. 관계 법령

별지와 같다.

다.

인정 사실

(1) 이 사건 지시의 경위

(가) 피고 장관은 2008. 7. 22. 장병들의 확고한 국가관·안보관·군인정신을 함양하여 국군의 정신전력을 강화하려는 취지에서 군인복무규율 제16조의2에 근거하여 이 사건 지시를 내리면서 '북한의 우리식 문화', '북한의 경제발전 전략', '핵과 한반도' 등을 비롯한 23종의 도서를 장병들의 정신전력을 저해할 수 있는 '불온서적'으로 지정하고, 각급 부대 지휘관들에게 위 도서의 부대 내 반입금지, 위 도서의 부대 내 반입여부 점검·보고, 장병 정신교육 등을 명하였다.

(나) 피고 장관은 이 사건 지시 이후 국방부 정훈·문화자료심의위원회(위원장 국방교육정책관, 간사 정신전력과장, 위원 문화정책과장 등 7인으로 구성)를 소집하여 위 도서들의 세부 내용을 검토하게 하였고, 위 위원회는 2008. 8. 15.경 이 사건 지시가 정당한 조치라는 검토의견을 제시하였다.

(다) 국가인권위원회는 피고 장관이 이 사건 지시를 통하여 위 23종의 도서를 '불온서적'으로 지정한 것과 관련하여 2008. 8. 27. "군대 내의 서적 및 기타 표현물에 대한 제한조치에 관하여 명백한 기준과 절차를 마련하여 명시적인 법률상 근거를 두는 것이 필요하다"는 의견을 대외적으로 표명하였고, 피고 장관은 2008. 8. 31.경 이 사건 지시에서 '불온서적'으로 지정된 23종의 도서에 관하여 별다른 조치 없이 '불온서적'이라는 용어만 '정신전력 부적합 도서'로 변경하였다.

(라) 이 사건 지시에서 '불온서적'으로 지정된 23종의 도서 중 '북한의 우리식 문화', '북한의 경제발전 전략', '핵과 한반도' 등은 북한을 일방적으로 찬양하는 내용을 담고 있고, 그 중 위 3종의 도서는 서울중앙지방법원 2009. 4. 21. 선고 2008고합1165 등 사건에서 북한의 활동을 선전하거나 이에 동조하는 내용의 이적표현물로 판단되었다.

(2) 원고들의 이 사건 헌법소원 제기 경위와 그 과정

(가) 원고들은 2008. 7. 31. 신문 기사 등을 통하여 이 사건 지시가 있음을 알게 되었는데, 원고 3은 2008. 8. 4. 육군 내부통신망 법무병과 홈페이지(JAGC-NET)에 이 사건 지시의 부당성을 지적하며 "그동안 제가 읽었던 책들이 불온도서라니 머리가 땡해지는군요, 제가 불온한 사람이 된 것 같군요"라는 소감을 적은 글을 게재하였고, 원고 1, 2도 그 무렵 신문기사와 원고 3의 글을 읽고서는 이 사건 지시에 위헌의 소지가 있다는 생각을 하게 되어 이에 관하여 의견을 교환하기 시작하였다.

(나) 원고 2는 2008년 8월 중순경 육군 군사법원 주간회의시에 이 사건 지시의 위헌 여부에 관한 의견을 제시하였는데, 육군 군사법원장과 원고 1로부터 관련부처인 국방부 법무관리관실에 알아보라는 말을 듣고서, 그 무렵 국방부 법무관리관실 담당법무관에게 국방부 법무관리관실에서 이 지시의 적법성 여부에 관하여 검토한 바 있는지 문의하였

고, 이에 대하여 담당법무관은 이 사건 지시와 관련하여 현재 검토 중에 있다고 답하였다(담당법무관은 2008. 8. 26. 국방부 보안정책과로부터 이 사건 지시의 적법 여부에 관한 검토요청을 받은 후 2008. 9. 30. 국방부 보안정책과에 이 사건 지시가 헌법에 반할 여지가 있다는 내용의 검토의견회신을 보냈다).

(다) 원고 2는 위와 같은 국가인권위원회의 의견표명에도 불구하고 피고 장관이 이 사건 지시를 재고할 여지를 보이지 않자 이 사건 지시에 대하여 헌법소원을 제기하기로 하였고, 원고 1은 그에 동의하며 원고 2에게 헌법소원청구서 초안을 작성해 보도록 권유하였다.

원고 2는 그 무렵부터 이 사건 지시로 인하여 침해되는 기본권과 이 사건 지시의 적법성을 검토하여 헌법소원심판청구서 개요를 작성하기 시작하였다.

(라) 원고 2는 2008년 9월 초순경 유력일간신문 기자이던 소외 1을 만나 피고 장관의 이 사건 지시를 통한 '불온서적' 지정에 관하여 강하게 비판하면서 국방부 내에서 별다른 조치가 없을 경우 헌법소원을 제기하는 등 어떠한 방식으로든 문제제기를 하겠다는 취지로 이야기하였다.

(마) 원고 2는 2008. 10. 23.로 예정된 2008년 한·미 법무관세미나에서 육군 국선번호제도에 관한 발표를 맡아 그에 관한 자료를 수집하기 위하여 2008. 9. 25. 13:00부터 다음날 15:00까지 출장허가를 받아 국방부로 출장을 나왔는데, 출장을 나오면서 원고 1로부터 "소외 2 변호사가 위 원고들을 비롯한 군법무관들이 국방부에 제기할 인사소청의 청구서를 작성하였으니, 그로부터 인사소청서를 전달받아 국방부에 출장가는 길에 접수해 달라"는 부탁을 받았다.

(바) 원고 2는 2008. 9. 25. 정오경에 서울로 올라와 국방부 고등군사법원 국선번호부장과 점심식사를 같이 한 다음 15:20경 국방부 영내에 들어가 국선번호 관련 자료를 수집한 후 17:40경 국방부를 나와 서울 강남구 논현동에 있는 자택으로 퇴근하였고, 그 다음날에는 12:50경 국방부 영내에 들어가 그 전날 저녁 또는 당일 오전에 소외 2로부터 전달받은 인사소청서를 국방부에 제출하고 재차 국선번호 관련 자료를 수집하여 23:00경 국방부를 나왔다.

(사) 원고 2는 2008년 10월 초순경 인터넷 싸이월드 법무 73기 동기생 모임방에 "이 사건 지시에 관하여 헌법소원심판을 청구할 것이니 동참자를 모집한다"는 취지의 글을 게재하였고, 2008. 10. 6. 육군 종합행정학교에 입교하여 4주간의 고군반 과정 교육을 받기 위하여 서울 강남구 논현동에 있는 자택에서 출·퇴근하면서부터 퇴근 후 이 사건 지시를 대상으로 한 헌법소원심판청구서의 초안을 작성하기 시작하였으며, 2008. 10. 15.경 20쪽 분량의 초안을 완성하여 이를 원고 1에게 건네주었다.

(아) 원고 1은 헌법소원심판청구를 대리할 소송대리인으로 소외 2 변호사를 선임하기로 하고 위 헌법소원심판청구서 초안을 검토한 후 2008. 10. 17. 소외 2, 원고 2가 함께 모인 자리에서 "위 청구서 초안이 이 사건 지시의 부당성에만 초점이 맞춰져 있는데 이 사건 지시의 근거 법령인 군인사법과 군인복무규율 조항에 의한 기본권 침해 부분을 추가하여 법령에 대한 헌법소원의 형식으로 변경하자"며 초안을 수정하여 소외 2와 원고 2에게 주었고, 위 세 사람은 그 자리에서 "가급적 빨리 헌법소원을 제기하는 것이 좋겠으니 최대한 빨리 심판청구서를 완성해야겠다, 청구인인 군법무관들이 직접 언론과 접촉할 경우 국방홍보훈령 등 위반시비로 인하여 문제가 발생할 테니 소송대리인

만이 언론과 접촉하여 청구인들의 입장을 대변한다"는 등의 의견을 모았다.

(자) 원고 2는 원고 1의 수정의견을 반영하여 2008. 10. 20.경 헌법소원심판청구서 수정본을 완성하여 원고 1, 2와 아래 항과 같이 헌법소원제기에 동참한 원고 3, 5, 6을 청구인으로 기재한 다음( 원고 4는 2008. 10. 22, 소외 3은 2008. 10. 21. 각 청구인명단에 추가되었다), 소외 2에게 심판청구서 수정본과 청구인인 원고들의 복무확인서, 이 사건 지시와 관련된 신문기사, '불온서적'으로 지정된 도서의 서평 등 헌법소원심판청구서에 첨부할 자료들을 제공하였다.

(차) 원고 3은 2008년 9월 초순경 원고 2를 만나 원고 2가 이 사건 지시로 인하여 침해되는 기본권과 이 사건 지시의 적법성을 검토하여 작성한 헌법소원심판청구서 개요를 보고는 헌법소원 제기에 동참하겠다는 말을 하였고, 그 후 원고 2가 작성한 헌법소원심판청구서 초안을 검토하여 수정의견을 보내기도 하였고, 원고 5는 원고 2와 같은 고군 반 과정에 입교하여, 원고 6은 원고 2가 입교한 육군 종합행정학교의 형사학 교관으로 근무하면서 원고 2를 만나 "이 사건 지시에 관하여 헌법소원심판을 청구하려고 하는데 동참할 뜻이 있느냐"는 원고 2의 물음에 "동참하겠다"고 답하였다.

원고 4는 원고 2로부터 헌법소원심판청구서 초안을 이메일로 전달받아 읽어본 후 2008. 10. 22.에, 소외 3은 원고 2가 인터넷 싸이월드 법무 73기 동기생 모임방에 게재한 동참자 모집의 글을 본 후 2008. 10. 21.에 각 헌법소원제기에 동참하겠다는 의사를 밝혔다.

(카) 소외 2와 원고 2는 3~4회에 걸쳐 청구서 작성에 관한 의견을 교환하여 청구서를 수정·보완한 후 2008. 10. 22. 오전에 47쪽 분량의 헌법소원심판청구서를 최종적으로 완성하였고, 소외 2는 같은 날 16:00경 헌법재판소에 최종 완성된 헌법소원심판청구서를 접수하였다.

(타) 소외 2는 헌법재판소에 헌법소원심판청구서를 접수한 직후부터 이 사건 헌법소원제기와 관련하여 신문·방송 등 언론과 직접 또는 전화로 인터뷰를 하였고, 이는 헌법소원심판청구서 접수 당일 저녁부터 며칠간 방송 뉴스와 신문, 인터넷매체 등에 집중적으로 보도되었으며, 그 중 한 뉴스에는 대통령과 피고 장관이 헌법소원의 피청구인으로 기재된 최종 완성단계 이전의 헌법소원심판청구서 표지가 화면에 촬영되어 방송되기도 하였다.

언론에 보도된 대표적인 인터뷰 내용은 아래 표와 같다.

매 체주 요 내 용A 신문국방부가 시대착오적인 불온서적 분류를 법적 근거도 없이 계속하겠다는 방침을 바꾸지 않아 군법무관들이 불이익을 감수하면서 소송을 내게 됐다.

B 신문이장관이 국감에서 '군인이 감수해야 하는 것 아니냐'고 한 발언이 결정적 계기가 됐다.

C 뉴스기본권을 침해당했다고 생각해 판단을 요구하면서 헌법소원을 낸 것인데...한마디로 법이나 기본권이 무엇인지 전혀 모르고 한 무식한 발상이다.

(파) 소외 1은 자신이 소속된 일간신문 2008. 10. 24.자에 "최근에 원고 2를 만났다.



원고 2는 국방부가 불온서적을 지정한 것은 양심형성의 자유를 옥죄는 것으로 느꼈고, 이같은 헌법정신의 훼손을 보고만 있어서는 안 된다고 생각했으며, 우리 군의 발전을 위해서는 군이 정치와 야합해 국군에 대한 신뢰와 그 존립목적을 흔들여 버린 과거사를 철저히 반성해야 한다고 말하였다.

마지막으로 원고 2는 참여정부 시절 권장도서였던 책을 정권이 바뀌자 불온도서로 둔갑시킨 국방부가 더 불온한 것 아니냐고 되물었다"는 내용의 기사를 실었고, 그 내용이 보도되었다.

(하) 국방부는 2008년 10월 초순경부터 2008년도 국회 국방위원회의 정기 국정감사를 받고 있었고, 2008. 10. 23.에는 종합감사가 열릴 예정이었다.

원고들의 헌법소원이 제기되기 전에 몇몇 국회의원들은 피고 장관에게 이 사건 지시의 정당성 여부에 관하여 질의하였고, 이에 대하여 피고 장관은 국가안보를 담당하는 군 정신전력을 유지·강화할 필요성이 있어 이 사건 지시를 계속 유지할 것이라는 답변을 하였는데, 원고들의 헌법소원 제기와 그에 대한 소송대리인의 인터뷰가 언론에 공표된 다음날 열린 국회 국방위원회 종합감사에서는 여당과 야당 국회의원들 사이에 이 사건 지시의 정당성 여부와 원고들의 책임문제가 치열하게 논의되어 쟁점화되었다.

(거) 원고 2는 2008. 11. 6. 육군 내부통신망 법무병과 홈페이지에 '너무나 가슴아픈 희비극'이라는 제목으로 2008. 10. 23. 국회 국방위원회 종합감사장에서 한나라당 소속 국회의원들이 군내 지휘계통에 따른 절차를 거치지 않고 원고들이 헌법소원을 제기한 것에 대하여 부당하다고 지적인 발언을 언급하면서 "너무나 깃털같이 가벼워 재미있단 생각으로 가득한 한편 그 이면에 깔린 배경은 너무나 슬픈 상황으로 가득 차 희극과 비극의 요소를 모두 갖춘 한편의 코미디라는 생각이 든다"라고 표현하며 국회의원 면책특권에 대한 반성적 고찰을 할 필요가 있다는 의견을 게재하였고, 2008. 12. 31. 같은 곳에 "국방부장관께서 구체적으로 특히, 군정에 해당하는 법무훈육에 대하여 교육사령관에게 일일이 지시하고 옥설까지 했다는 것은 도가 지나친 것이라고 볼 수밖에 없습니다"라는 글을 게재하였다.

### (3) 이 사건 징계처분 경위

(가) 피고 총장은 원고들의 헌법소원제기를 문제 삼아 원고 5를 제외한 나머지 원고들에 대한 징계조사를 지시하고, 2008. 10. 30.경부터 2009. 3. 10.경까지 위 원고들에 대하여 징계조사를 완료한 후 육군본부 중앙징계위원회에 위 원고들의 징계의결을 각 요구하였다.

(나) 육군본부 중앙징계위원회 갑반 위원장은 2009. 3. 17., 같은 위원회 을반 위원장은 2009. 3. 18. 각 소외 4, 5, 6을 징계간사로 임명하여 원고 1, 2, 3, 4, 6에 대한 징계의결을 위한 위원회를 개최하였는데, 위 소외 5, 6은 군법무관으로 임용된 장교이고, 소외 4는 군법무관으로 임용된 바 없었다.

(다) 원고 1은 2009. 3. 17. 14:00경 개최된 육군본부 중앙징계위원회에 출석하여 진술하였고, 원고 2는 같은 날 2군단 사령부로 전입되어 그 곳에서 부임신고를 해야 하는 관계로 위 위원회 출석이 어려움에 따라 당일 오전에 위 위원회 참석·진술에 갈음하는 진술서와 소명자료를 소외 5에게 이메일로 송부하였고, 소외 5는 개최 당일 10:17 이메일로 송부받은 진술서를 위 위원회에 제출하였으나, 10:46부터 10:55까지 사이에 이메일로 송부받은 소명자료를 확인하지 못하여 위 위원회에 제출하지 못하였다.

(라) 원고 6은 2009. 3. 18. 개최된 육군본부 중앙징계위원회에 출석·진술에 갈음하는 진술서를 제출하여 헌법소원심판 청구를 취하하겠다는 의사를 표시하였고, 같은 날 헌법소원심판청구를 취하하였다.

(마) 육군본부 중앙징계위원회는 원고 1, 2, 3, 4에 대하여 이 사건 각 징계를, 원고 6에 대하여는 견책을 각 의결하였고, 이에 대하여 피고 총장은 2009. 3. 18. 원고 1, 2, 3, 4에 대한 위 위원회의 의결대로 징계처분을 하였으며, 원고 6에 대하여는 견책의 징계유예로 감경처분하였다.

(바) 국방시설본부 징계위원회는 2009. 3. 19. 원고 5에 대하여 근신 5일의 징계를 의결하였고, 이에 대하여 피고 국방시설본부장은 위 위원회의 의결대로 징계처분을 하였다.

(사) 원고들은 피고 총장과 피고 국방시설본부장의 이 사건 각 징계처분에 불복하여 국방부에 징계항고를 제기하였으나, 피고 장관은 2009. 4. 30. 국방부 군인징계 항고심사위원회의 원고들에 대한 2009. 4. 24.자 각 항고기각 의결에 따라 원고들의 항고를 기각하였다.

한편, 국방부 군인징계 항고심사위원회는 그 심의과정에서 육군본부 중앙징계위원회가 누락한 원고 2의 소명자료를 제출받아 검토·확인하였다.

[인정 근거] 앞서 든 증거, 갑 제9 내지 13, 15, 17, 20호증, 을 제5 내지 15, 18, 20, 21, 30, 31, 33, 35, 36, 38, 53호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

라. 판단

(1) 징계사유의 존부에 관한 판단

(가) ① 징계혐의사실

1) 국가공무원법 제57조, 군인사법 제47조의2, 군인복무규율 제4조에 의하면, 공무원으로서의 군인은 상관의 명령에 복종할 의무가 있는바, 이 부분 혐의사실에 나타난 원고들의 이 사건 헌법소원 제기가 이 사건 지시에 대한 복종의무를 위반한 것이라 볼 수 있는지에 관하여 본다.

2) 헌법 제111조 제1항은 헌법재판소의 권한으로 제1호에서 '법원의 위헌제정에 의한 법률의 위헌 여부 심판'을, 제5호에서 '법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'을 규정하고 있으며, 이에 따라 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 처분 등의 취소 등을 구하는 소송에서 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원에 대하여 당해 법률의 위헌 여부에 대한 심판을 헌법재판소에 제청할 것을 신청할 수 있고, 그 신청이 법원에 의하여 기각되는 경우 당해 법률의 위헌 여부에 관하여 헌법소원심판을 청구할 수 있으며, 헌법재판소법 제68조 제1항은 법률·명령·처분 등에 의하여 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해받은 사람은 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 모든 국민은 법률·명령 또는 처분 등에 의하여 헌법상 기본권을 침해당한 경우 헌법소원을 제기할 수 있는 권리를 가진다.

따라서 아무리 군인이라 할지라도 그 권리침해가 특수신분관계에서의 것이라는 이유로 위와 같은 헌법소원권 행사에 대하여 법령에 의한 제한 이외의 제한이 가해져서는 안 되나, 헌법소원권은 법률이 정하는 바에 의하여 보장되는 권리이므로 일반적인 기본권과 마찬가지로 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있을 뿐 아니라 그 내재적인 한계를 가진다.

3) 헌법 제5조 제2항은 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하고, 그 정치적 중립성을 지켜야 한다”고 규정하여 국군의 사명과 그 지위를 헌법에 명시하고 있고, 이와 같은 국군의 헌법상 임무 수행을 뒷받침하기 위하여 국가공무원법, 군인사법과 이에 근거한 군인복무규율 등은 국군 조직의 특수성을 인정하고 그 소속 군인에게 상관의 명령에 복종할 의무를 부여하고 있다.

즉 군인복무규율 제4조 제4호는 군인강령의 하나로 “군의 지휘체계를 확립하고 질서를 유지하며 일정한 방침에 일률적으로 따르게 하여 전투력을 보존·발휘하기 위하여 군대는 항상 엄정한 군기를 세워야 하며, 군인은 정성을 다하여 상관에게 복종하고 법규와 명령을 지키는 습성을 길러야 한다”고 규정하고, 제6조에서는 “군인은 국군의 이념과 사명을 자각하여 정치적 중립을 엄정히 지키며 맡은 바 임무를 완수하여 국가와 국민에게 충성을 다하여야 한다”고 규정하고 있다.

이와 같은 군인의 엄중하고 특별한 명령복종의무는 국가의 안전과 국토방위의 임무수행을 위하여 전쟁이라는 비인간적이고 비이성적인 최악의 상황에서 최대·최적의 전투력 보존·발휘가 필요하고 이를 위하여는 군대조직에 강력한 지휘·통솔체계 유지가 필수적이기 때문이라고 할 것이다.

한편 군장교들은 헌법상의 국방의무를 수행한다는 동일한 법적 근거에서 군복무를 하고 있고, 전투력의 확보와 이를 통한 국토방위라는 공통의 목표를 달성하기 위하여 횡으로는 분업적으로 협력하고 종으로는 계급적으로 지휘통솔하는 특수한 집단이고, 군법무관은 이러한 특수집단의 한 구성요소이다.

결국 군법무관도 헌법과 법률이 보장하는 헌법소원권을 가짐은 의문의 여지가 없지만, 이는 그 행사에 있어서 내재적인 한계가 있음은 물론이고, 위와 같은 국군조직의 특수한 권력관계상 군법무관을 포함한 모든 군인이 국방부장관을 비롯한 상관의 지시나 명령에 복종해야 할 의무에 따른 제한도 있다.

따라서 군의 지휘관 등 상관의 지시나 명령이 군인에 대한 기본권의 제약을 그 내용으로 하는 경우에도 그 지시나 명령이 법령에 근거한 것이라면 특별한 사정이 없는 한 군장교로서는 그 지시·명령권자의 의사를 존중하여야 하고 이를 함부로 거부할 수 없으며, 만약 이러한 지시·명령이 기본권을 침해하였다는 이유로 이에 대하여 헌법소원을 제기한다면 그 자체로 법령에 근거하여 군내부의 특수한 권력관계 유지를 위하여 인정되는 지휘관의 지휘권 행사에 지장을 초래하거나 외관상 하급자가 상관의 명령에 불복하는 모양을 띠게 될 여지가 있으므로, 이런 점을 참작하여 상관의 지시·명령에 대한 헌법소원권의 행사는 상관의 지시가 객관적으로 기본권침해에 해당하는지 여부는 물론이고 그 행사자에 대한 기본권침해의 정도와 긴박성 등도 고려하여야 하고(헌법소원권이 절차적 권리이므로 지휘권자의 지시나 명령이 명백히 기본권침해가 인정되는 경우에만 이 필요는 없는 것이지만 객관적으로 헌법과 법령에 위반한 기본권침해라고 의심해 볼 수 있는 정도에 이르러야 할 것이다), 헌법소원 자체는 추상적 규범인 법령의 헌법위반 여부나 국가 공권력의 기본권침해에 대한 권리구제 제도라는 본질적인 성격상 이로 인하여 정치적 논쟁이 야기되거나 그 논쟁을 심화시켜 군의 정치적 중립성을 훼손할 여지도 있으므로, 이와 관련하여 그 구체적인 권

리구제 방식과 절차로서 헌법소원을 선택함에 있어서도 그 지시·명령권자의 의사를 최대한 존중하여 군내부의 지휘 체계 유지에 지장이 없도록 함과 동시에 군의 정치적 중립성이 훼손되지 않도록 신중을 기하여야 할 것이다.

- 4) 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 지시가 헌법이 보장한 영내 거주 군인의 기본권을 침해하는 것인지 여부와 그 근거가 되는 군인사법 제47조의2, 군인복무규율 제16조의2 등 관계 법령이 헌법에 위반되는지 여부 등은 헌법재판소 등 이에 관한 심판권한을 가진 기관이 최종적으로 판단하여야 할 것이고, 원고들이 그 판단을 받기 위하여 헌법소원을 제기하는 것 자체가 위법하다고 할 수는 없으나, 원고들의 이 사건 헌법소원 제기는 다음과 같은 점에서 볼 때 상관의 지시·명령에 대한 복종의무를 다하지 않은 것으로 볼 수 있다.

- ① 군인사법 제47조의2의 위임에 따른 군인복무규율 제16조의2는 군인의 불온유인물 등의 소지나 취득을 금하고 있는바, 위 인정 사실에 의하면, 피고 장관의 이 사건 지시는, 북한의 활동을 선전하거나 이에 동조하는 내용의 서적들을 포함(그 중 3종의 도서는 법원에 의하여 이적표현물로 확인되었다)하여 국방부 내부의 전문가들로 구성된 심의위원회의 심의를 거친 도서들의 영내 반입을 금지한 국군 최고책임자의 지시·명령으로서 위 관계 법령에 근거한 것이므로, 그의 지휘권 내에 있는 모든 군인들은 일응 이 사건 지시를 존중하고 이에 따라야 할 것이다.

따라서 원고들이 이를 헌법과 법률에 위반한 기본권침해로 간주하고 헌법소원을 제기함에 있어서는 그 지휘권자의 의사를 최대한 존중하여 신중하게 하였어야 할 것이다.

그런데 뒤에서 보는 바와 같이 원고들은 이 사건 지시가 헌법에 위반된다고 단정하고 군 내부에서 집단의 힘에 기대어 이 사건 헌법소원을 제기하였을 뿐 아니라 그 과정에서 불필요한 논쟁을 야기하고, 이로 인하여 정치적인 논란의 빌미를 제공하는 등 그 헌법소원 제기 과정이 적절치 못하였다.

- ② 앞서 본 바와 같이 법률·명령 등에 의하여 헌법상 기본권을 직접 침해당할 경우 당해 법률·명령 등에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있으므로, 원고들은 군인사법 제47조의2, 군인복무규율 제16조의2에 관하여 추상적인 규범의 위헌성 판단을 구하는 헌법소원을 제기할 수 있으나, 다른 한편으로 관계 법령에 근거한 구체적인 집행행위에 의하여 헌법상 기본권을 침해당할 경우 그 집행행위에 대하여 법원에 취소 등을 구하는 소송을 제기하고, 그 재판에서 근거 되는 명령·규칙의 위헌·위법 여부를 주장하여 법원으로부터 그 위헌·위법 여부의 심사를 받거나 근거 법률의 위헌 여부에 대한 심판을 헌법재판소에 제청할 것을 신청하고 그 신청이 법원에 의하여 기각되는 경우 당해 법률의 위헌 여부에 관하여 헌법소원심판을 청구할 수 있으므로, 이 사건 지시가 원고들을 포함한 영내 거주 군인들에 대한 기본권을 침해할 소지가 있다고 주장하는 원고들은 이 사건 지시를 행정소송법상의 처분이라고 보아 법원에 그 취소 등을 구하는 행정소송을 제기하고 그 재판에서 군인사법 제47조의2의 위헌제청신청, 군인복무규율 제16조의2의 위헌주장을 하여 위 법령과 이 사건 지시의 위헌 여부에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 판단을 구할 수도 있다.

법률에 정통한 전문가인 군법무관인 동시에 피고 장관의 지시·명령에 복종하여야 할 일반적이고 추상적인 의무를 부담하고 있는 원고들로서는 지휘권자의 의사를 최대한 존중하고, 이 사건 지시에 불복하는 모양을 띠지 않으며, 불필요한 논쟁과 정치적인 논란의 빌미를 제공하지 않는 방법으로 사안의 중대성과 정치적 파장을 고려하여 신중하고 적절한 권리구제방법을 선택하였어야 함에도 충분하고 신중한 검토 없이 곧바로 이 사건 헌법소원을 제기하였는바, 이 점에 있어서도 이 사건 헌법소원 제기는 적절치 못한 것이라고 할 수 있다.

- ③ 군인복무규율 제24조 제1항에 의하면, 군에 유익하거나 정당한 의견이 있는 경우 지휘계통에 따라 단독으로 상관에게 건의할 수 있되, 이 경우 상관이 자기와 의견을 달리하는 결정을 하더라도 항상 상관의 의도를 존중하고 기꺼이 이에 복종하여야 한다고 규정하고 있는바, 이 규정이 하급자에게 상관의 명령이 적법한지 여부를 불문하고 무조건적인 복종의무를 부과하고 있는 것은 아니라고 하더라도 상관의 명령이 일응 법령에 근거한 것일 경우에는 최대한 그 의사를 존중하고 비록 그것이 잘못된 것이어서 이를 시정하려고 할 경우에도 적절한 내부적인 절차를 거쳐 그 지휘통솔체계에 지장이 없도록 하여야 한다는 취지이다.

그러나 위 인정 사실에 의하면, 원고들이 피고 장관의 이 사건 지시·명령을 시정하려고 함에 있어서 그러한 노력을 다하였다고 할 수 없다.

- 5) 이와 같은 점들과 함께 그 밖에 뒤에서 보는 원고들에 대한 이 사건 징계사유를 모두 종합하여 보면, 결국 원고들이 이 사건 헌법소원을 제기한 것 자체가 법령에 반하는 것이라고 볼 수는 없다고 하더라도 원고들은 이 사건 지시의 기본권침해 여부나 그 전제가 되는 군인사법령의 위헌 여부에 관한 순수한 헌법적 판단을 받겠다는 것에서 나아가 군 내부의 특수한 권력관계상 요구되는 상관의 법령에 근거한 지시·명령을 무력화할 의도로 지휘권자의 의사를 존중하지 않고, 사안의 중대성과 정치적 파장을 고려하여 적절한 권리구제방법에 대하여 검토함이 없이 이 사건 헌법소원에 나아간 것이므로, 이는 군인으로서 군 최고 지휘권자인 피고 장관의 지시·명령에 대한 복종의무를 다하지 않은 것으로 볼 수 있다.

- 6) 따라서 이 부분 혐의사실은 이 점에서 징계사유에 해당한다고 할 것이다.

(나) ② 징계혐의사실

- 1) 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 의무를 수행하여 국민의 생명과 재산을 보호해야 할 막중한 임무를 부여받은 조직이므로, 어떠한 상황에서라도 군대로서의 기능을 수행하기 위하여 군 조직원 간의 강력한 결속이 요구되고, 임무수행에 필요한 강력한 지휘·통솔체계를 유지해야 한다.

따라서 군의 지휘통솔을 불가능하게 하고 나아가 군의 존립자체에 대한 중대한 위협이 될 수 있는 행위는 군의 통수권 확립과 군 내부에서의 절대적인 상명하복관계의 유지를 위하여 그에 대한 엄격한 제재를 가할 필요도 있다.

따라서 군인이 누릴 수 있는 기본권에 대한 제한은 헌법 또는 법률의 형식으로써만 가능하고 그 경우에도 기본권의 본질적인 내용은 제한할 수 없다 하더라도, 이러한 군의 특수성에 비추어 일반 국민의 기본권에 대한 제한과는 다른 특징을 나타낼 수밖에 없다.

- 2) 이러한 취지에서 헌법은 제110조 제3항 등의 규정을 두어 군인의 기본권을 직접 제한하고 있고, 국가공무원법 제56조 내지 제66조에서 공무원으로서의 군인에 대하여 성실의무 등을 부과하고 있으며, 나아가 군인은 군인사법과 군인복무규율 등에 의하여 기본권에 대한 규제를 받게 되는데, 군인사법 제47조의2의 위임을 받은 군인복무규율 제13조 제1항은 군인은 군무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다고 규정하여 군인의 기본권을 제한하고 있다.

- 3) '군무 외의 일을 위한 집단행위'라고 함은 군인으로서 군복무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 등 군무의 본질을 해치는 특정목적을 위한 다수인의 행위로서 '단체'의 결성단계에는 이르지 아니한 상태에서의 행위를 말하고, 그와 같은 행위가 계속적일 필요도 없고, 또 통솔형태를 갖추 정도로 조직화된 행위일 필요도 없는바( 대

법원 1991. 4. 23. 선고 90누4839 판결 참조), 앞서 살펴 본 군 조직의 특수성에 따른 군의 지휘체계 확립과 군 내부에서의 상명하복관계의 유지의 필요성, 그로 인한 군인의 기본권 제한의 특수한 필요성에 비추어 보면, 상관의 명령이 정당한 것인지 또는 부당한 것인지 여부가 불분명한 경우에 부하 군인들이 명령에 불복종할 목적으로 일방적으로 상관의 명령의 부당함을 주장하면서 군에서 정한 절차에 따라 군내부에서 해결하려는 노력 없이 곧바로 그 명령의 위법·부당성 여부의 심사를 구하는 소송을 공동으로 제기하는 행위는 그 상관의 명령 내용이 무엇인지, 그 소송에 이르게 된 동기나 경위, 그 과정에서 상관의 의사에 대한 존중 등 참작 정도에 따라 군의 지휘체계와 군 내부에서의 상명하복관계를 무시하여 군복무에 관한 기강을 저해하는 다수인의 행위로서 위 규정상 금지되는 '군무 외의 일을 위한 집단행위'가 될 수 있다고 할 것이다.

4) 위 인정 사실 및 그로부터 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 지시를 통하여 부대 내 반입금지 도서로 지정된 책들 중에는 북한을 일방적으로 찬양하는 내용을 담고 있는 서적들도 포함되어 있어, 피고 장관이 국가안보와 자유민주주의의 수호, 군 내부에서의 이념적 갈등으로 인한 혼란의 방지 등을 위하여 그러한 책들을 군부대 내에 반입되지 않도록 조치할 필요성이 있다고 판단한 것에 정당하고 상당한 이유가 있다고 할 것이므로, 이 사건 지시가 명백히 잘못된 것이라고 단정하기 어려운 점, ② 원고들은 육군 법무실장, 육군 군사법원장, 국방부 법무관리관 등 원고들의 직속상관에게 정해진 절차에 따라 이 사건 지시의 시정 등을 건의한 바 없는 점, ③ 원고들은 이 사건 지시와 이 사건 지시의 근거 법령에 대한 헌법소원을 제기하는 것이 원고들의 직무와 관련된 일이 아니라 개인적인 권리구제 차원의 소송행위라고 인식하고 행동하였던 점, ④ 그 과정에서 원고들이 이 사건 지시를 내린 피고 장관을 비난하는 언행을 하여 이 사건 지시에 불복종하려는 의도를 보인 점, ⑤ 원고들은 공동으로 헌법소원을 제기하기 위하여 서로 의견을 교환하였고, 원고 2는 인터넷에 글을 게재하여 동참자를 모집하였으며, 그 결과 원고들이 공동으로 헌법소원심판을 청구하기에 이른 점 등을 종합하여 보면, 이 부분 징계혐의사실은 군인으로서 군복무에 관한 기강을 저해하는 특정목적을 위한 다수인의 행위로서 '군무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당한다 할 것이다.

5) 따라서 이 부분 혐의사실은 징계사유에 해당한다.

(다) ③ 징계혐의사실

1) 군인복무규율 제17조 제1항, 구 국방홍보훈령(2009. 8. 4. 국방부훈령 제1092호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항, 제3항에 의하면, 군인은 국방부장관의 허가를 받지 아니하고 국방 및 군사에 관한 사항을 군외부에 발표하거나 군인의 신분으로 대외활동을 하여서는 아니되고, 언론으로부터 국방정책 등 주요사안에 대하여 인터뷰 요청을 받은 경우에는 홍보담당부서를 경유하도록 안내하여야 하며, 인터뷰에 응할 경우에는 관련부서장에게 인터뷰 내용을 사전에 검토받아야 한다고 규정하고 있는바, 위 규정들은 국방정책 등 주요사항에 관하여 군을 대표하지 못하는 군인이 개인자격으로 무분별하게 군외부에 직접 자신의 의견을 발표하거나 언론의 인터뷰에 응함으로써 인하여 발생할 수 있는 혼란을 방지하려는 데에 그 목적이 있다.

위 인정 사실에 의하면, 원고 1, 2가 이 사건 지시에 관하여 직접 자신의 의견을 군외부에 발표하거나 언론과 인터뷰를 하였다고 단정하기는 어렵다.

2) 그러나 군인사법 제56조 제2호, 군인복무규율 제9조에 의하면, 군인은 군의 위신과 군인으로서의 명예를 손상시키는 행동을 하여서는 아니되고, 군인이 직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 한 경우를 징계사유의 하나로 규정하고 있는바, 징계는 특수한 신분관계에 있어 그 내부질서를 유지하기 위하여 질서문란자의 비행행위에 대하여 질서문란자의 고의가 없더라도 과할 수 있는 제재벌이고, 군대는 앞서 본 바와 같이 일반인과는 구별되는 특수한 신분·권력관계가 인정되는 조직이므로 비록 사회에서 허용되는 표현·행위 또는 방법이라 하더라도 군에 대한 품위·신뢰를 손상시키고 선동적·모욕적이며 무절제·무례한 언행을 하거나 상관의 명령에 반발하는 듯한 언행을 하여 군의 위신을 손상시키거나 군의 지휘체계를 문란하게 하는 것은 위 규정상의 징계사유에 해당하는 것이다.

3) 위 인정 사실에 의하면, ① 원고 2가 이 사건 지시에 대한 헌법소원심판 청구를 결심한 이후 개인적인 친분이 있는 유력 일간신문 기사를 만나 이 사건 지시를 비판·편파하고 그것이 헌법에 위반되었다고 단정적으로 말한 점, ② 이후 위 기자가 소속된 신문에 원고 2가 이 사건 지시의 부당함을 주장하고 이를 비난하면서 군 수뇌부에 대한 불신을 표현하였다는 기사가 보도된 점, ③ 원고 1, 2가 그 헌법소원 대리할 변호사와 만나 원고들이 언론과 접촉할 경우 문제가 있다는 점과 변호사가 청구인들의 입장을 대변하여 언론 접촉을 담당할 것 등에 관하여 논의를 하였고, 이후 원고들을 대리한 변호사가 헌법소원 제기 이후 언론과의 인터뷰에서 이 사건 지시에 대한 원고 1, 2의 비판적인 의견이나 주장을 그대로 발표함에 있어서 위 원고들이 아무런 제지를 하지 않았고 이를 묵인한 점, ④ 원고들의 이 사건 지시 등에 관한 헌법소원 등 대응의 내용이 전 언론매체에 보도된 점, ⑤ 그 밖에 위 인정 사실에 나타난 원고들이 이 사건 헌법소원에 이르게 된 전 과정 등을 종합하여 보면, 원고 1, 2가 이 사건 지시에 관하여 자신의 의견을 군외부에 직접 발표하거나 언론과 인터뷰를 하였다고 할 수는 없지만, 결과적으로 위 원고들이 직접 군외부에 이 사건 지시를 비판하고 군수뇌부에 대한 불신을 발표한 것과 같은 상황을 조성하였으며, 그로써 이 사건 지시의 정당성 여부를 정치쟁점화하고 일반국민은 물론 군장병들에게 이 사건 지시가 명백히 헌법에 위반되는 것처럼 오인하게 할 여지를 제공하였으므로, 이는 군의 위신과 정치적 중립을 지켜야 할 의무가 있는 군인으로서의 품위를 손상시키는 행위에 해당한다.

4) 따라서 이 부분 혐의사실은 위와 같은 인정범위 내에서 징계사유에 해당한다고 할 것이다.

(라) ④ 징계혐의사실

군인사법 제47조, 군인복무규율 제7조 제1항에 규정된 성실의무는 공무원인 군인에게 부과된 가장 기본적인 중요한 의무로서 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바쳐서 성실히 직무를 수행하여야 하는 것을 그 내용으로 하는바( 대법원 1985. 5. 14. 선고 84누575 판결 등 참조), 위 인정 사실과 그로부터 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 원고 1이 원고 2보다 계급은 높지만 업무적·비업무적으로 지시할 위치에 있지는 않았던 점, ② 원고 2가 국방부 출장신청을 한 주된 목적이 한·미 법무관 세미나에서 발표할 국선변호제도 관련 자료를 수집하려는 데에 있었고, 출장 중에 실제로 필요한 자료를 수집하였던 점, ③ 원고 2의 국방부 출입기록상 원고 2가 출장기간 동안 사적인 용무를 본 시간은 적은 것으로 추정되는 점, ④ 원고 2가 출장기간 동안 일과시간에 소외 2 변호사를 만나 헌법소원 제기에 관하여 의논하였다고 불만한 자료가 없는 점 등을 종합하여 보면, 이 부분 징계혐의사실은 사실을 오인한 것으로서 원고 1, 2가 군인으로서 성실의무를 위반한 행위를 하였다고 단정

할 수 없다.

따라서 이 부분 혐의사실은 징계사유에 해당하지 아니한다.

(마) ⑤ 징계혐의사실

위 인정 사실에 의하면, 이 부분 혐의사실 중 원고 2가 신문기자를 만나거나 법무병과 홈페이지에 글을 올려 이 사건 지시 또는 피고 장관의 발언을 비난하고, 한나라당 소속 국회의원들의 발언을 비판한 사실을 인정할 수 있는바, 원고 2의 그러한 행위가 장관의 명예를 훼손하거나 특정 정당 또는 정치단체를 반대하는 행위라고 평가하기는 어려우나, 피고 장관은 국무위원으로서 국정에 관하여 대통령을 보좌하며, 국군통수권자인 대통령의 명을 받아 군사에 관한 사항을 관장하고, 각군을 지휘·감독하는 각군 참모총장을 지휘·감독할 권한이 있는데, 원고 2의 위 행위는 국방·군사에 관한 지휘권자인 피고 장관의 법령상 권한행사를 함부로 비난한 것으로서 이는 군대의 생명과 같은 군기를 훼손하고 그 결과 군의 신뢰를 실추시킨 것으로 평가될 수 있고, 또한 국회의원의 발언에 대하여 군인으로서 불필요한 논쟁을 함으로써 군의 정치적 중립성을 훼손한 것이라 평가될 수 있으므로, 이는 군인사법 제56조 제2호에 정한 '군인이 그 품위를 손상하는 행위'에 해당한다 할 것이다.

따라서 이 부분 혐의사실은 징계사유에 해당한다.

(바) 소결론

원고들의 이 부분 주장은 ③ 징계혐의사실 중 일부와 ④ 징계혐의사실이 징계사유에 해당하지 않는다는 점에서 이유 있으므로, 피고 총장과 피고 국방시설본부장이 위 징계혐의사실 전부를 원고들에 대한 징계사유로 삼은 것은 잘못이나, 여러 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않으나 인정되는 다른 일부 징계사유만으로도 당해 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 아니하다고 할 것이므로( 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다51555 판결 등 참조), 이 사건 각 징계처분이 적정한 것인지에 관하여는 뒤에서 살펴보기로 한다.

(2) 징계절차의 위법 여부에 관한 판단

(가) 군인징계령 제6조에 의하면, 징계간사는 징계위원회가 설치된 부대 또는 기관에 소속된 군법무관이 있을 경우 군법무관 중에서 위원장이 임명하도록 규정하고 있으나, 그 간사의 수를 정하고 있지는 않는바, 위 인정 사실에 의하면, 원고 5를 제외한 나머지 원고들에 대한 육군본부 중앙징계위원회 위원장은 군법무관인 소외 5, 6을 징계간사로 임명하여 위원회를 운영하였으므로, 그에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 군인징계령 제9조, 제10조에 의하면, 징계심의대상자는 징계위원회에 출석하여 진술하거나 서면에 의하여 진술할 수 있고, 서면이나 구술로 이익되는 사실을 진술하거나 증거를 제출할 수 있으며, 징계위원회는 징계심의대상자가 출석을 할 수 없는 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때에는 서면심사에 따라 징계결정을 할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 인정 사실에 의하면, 원고 2는 육군본부 중앙징계위원회 개최일이 2군단 사령부로 전입되는 날과 겹쳐 위원회에 출석하지 않았고, 위 위원회 개최 당일 송부한 소명자료가 위원회에 제출되지 아니하였음은 인정되나, 위 사유만으로는 징계위원회에 출석할 수 없는 정당한 이유가 있다고 보기 어렵고, 위 원고의 징계위원회에서의 진



술에 갈음하는 진술서가 위원회에 제출되어 그 징계사유에 관한 심리에 반영된 이상 징계간사가 육군본부 중앙징계위원회 개최일에 위원회 개최 시간을 불과 3시간 앞두고 이메일로 송부받은 소명자료를 위원회에 제출하지 아니하였다는 등의 사정만으로는 원고 2의 징계위원회 출석권, 진술권 또는 증거제출권이 박탈된 것이라고 할 수 없다.

(다) 따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

### (3) 재량권 일탈·남용 여부에 관한 판단

(가) 공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 비위행위라고 하더라도 징계종류 선택의 자료로서 피징계자의 평소의 소행과 근무성적, 당해 징계처분 사유 전후에 저지른 비위행위 사실 등은 징계양정에 있어서의 참작자료로 삼을 수 있으며( 대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결 등 참조), 다만 징계권자가 그 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법한 것이라 할 것이고, 공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계 양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다( 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두11813 판결 등 참조).

#### (나) 원고 1

앞서 든 증거들 및 갑 제16호증의 기재에 의하면, 원고 1은 2000년도 군법무관시험에 합격하여 2001. 3. 군법무관으로 임용된 이후 군에 대한 긍정적인 시각을 갖고 매사에 열정적으로 일하면서 사단 법무참모, 군사법원 군판사, 법무실 송무장교 등 맡은 직무를 성실히 수행하여 군에 기여하여 온 점, 2005년에는 1군사령관 표창, 2006년에는 육군참모총장 표창을 수상한 바 있고, 2009년에는 미국 육군법무관학교 위탁교육장교로도 선발된 점, 원고 1은 원고 2에 비하여 이 사건 지시에 대한 헌법적 판단을 받고자 하는 의도가 강하였고, 징계사유로 인정되는 비위행위를 주도하였다고 보기에는 부족한 점 등이 인정되고, 위 사정들과 함께 위 원고가 파면의 징계처분을 받아 확정되면 변호사 자격을 취득할 수 없는데, 그렇게 된다면, 군법무관시험에 합격하여 8년 가까이 군법무관으로서 군을 위해 기여한 위 원고의 기득권을 송두리째 빼앗는 결과가 되어 위 원고에게 지나치게 가혹한 결과가 된다는 점 등을 종합하면, 원고 1에게 인정된 징계사유에 대하여 군인사법에 정한 징계의 종류 중 가장 중한 징계인 파면을 택한 것은, 위 원고가 군인이라는 신분의 특수성과 징계권자의 권위, 징계로서 달성하려고 하는 목적을 감안하더라도, 위 원고에게 인정되는 징계사유에 비추어 지나치게 무겁다고 할 것이다.

결국 피고 총장의 원고 1에 대한 파면처분은 징계재량권의 범위를 넘는 것으로서 위법하다고 할 것이다.

#### (다) 원고 2

앞서 든 증거들 및 갑 제16호증, 을 제25, 26호증의 각 기재에 의하면, 원고 2는 2005년도 사법시험에 합격하여 2008년 4월 군법무관으로 임용된 이후 국선변호장교로서 부여된 직무를 성실하게 수행하여 온 점은 인정되는 반면, 원고 2는 원고 1에 비하여 이 사건 지시의 위헌 여부에 대한 예단을 강하게 가지고 이 사건 징계사유로 인정되는 비위행위를 주도하였고, 그로 인하여 군의 위신에 심각한 손상을 초래한 점, 육군본부 중앙징계위원회와 국방부 군

인징계 항고심사위원회에 제출한 진술서, 그 밖의 언론매체를 통하여 군에 대한 반감·분노를 노골적으로 표현하고 더 이상 군에 복무할 의사가 없음을 표명한 점 등 위 원고가 이 사건 비행을 저지르게 된 동기, 경위 및 결과 등 제 반사정을 참작하여 보면, 피고 총장이 위 원고의 이 사건 비행의 정도가 결코 가볍지 않다고 보아 이에 대한 징계로서 파면을 택한 것이 객관적으로 명백히 부당하여 재량권을 일탈·남용한 것이라 볼 수 없다.

(라) 원고 3, 4, 5, 6

앞서 인정한 위 원고들에 대한 징계사유에 비추어 보면, 피고 총장의 원고 3, 4, 6에 대한, 피고 국방시설본부장의 원고 5에 대한 이 사건 각 징계처분이 객관적으로 명백히 부당하여 징계재량권을 일탈·남용한 것이라 볼 수 없다.

(4) 소결론

따라서 원고 1에 대한 피고 총장의 파면처분 및 위 파면처분이 적법함을 전제로 한 피고 장관의 제적처분은 각 위법하고, 원고 2, 3, 4, 5, 6에 대한 이 사건 각 징계처분은 적법하다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 원고 1에 대한 피고 장관의 보충역편입 명령과 피고 총장의 제적 및 보충역편입 명령, 교육기간 변경 및 원복 명령의 각 취소를 구하는 부분은 부적법하여 각하하고, 원고 1의 청구 중 원고 1에 대한 피고 총장의 파면처분 및 피고 장관의 제적처분의 취소를 구하는 부분은 이유 있어 인용하고, 원고 2, 3, 4, 5, 6의 청구는 각 이유 없어 각 기각한다.

[별 지] 관계 법령 : 생략

판사 김종필(재판장) 진현섭 최영각