

퇴역처분취소

[서울행법 2007. 10. 5. 2007구합3398]



【판시사항】

- [1] 구 군인사법 시행규칙 제53조 제1항에서 정한 장교 등의 심신장애로 인한 퇴역 등에 관한 기준의 법적 성격(=행정기관 내부의 사무처리준칙)
- [2] 구 군인사법 시행규칙 소정의 심신장애등급 2급 판정을 받았다 하더라도, 그 정도가 현역으로 복무하는 데 장애사유가 되지 않는 경우에는 심신장애를 이유로 전역처분을 할 수 없다고 판단한 사례

【판결요지】

- [1] 구 군인사법 시행규칙(2007. 8. 9. 국방부령 제631호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항에서 정한 장교 등의 심신장애로 인한 퇴역 등에 관한 기준은 법률의 구체적 위임 없이 시행령에 근거하고 있는 것으로서 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하고, 따라서 대외적인 효력을 인정할 수 없으며, 군인사법에서 정하고 있는 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 경우를 해석함에 있어 구 시행규칙 제53조 제1항에서 정한 기준을 참고로 할 수는 있겠지만 이에 구속되지는 않는다.
- [2] ① 오늘날 전쟁의 양상은 단순히 육체적 능력을 바탕으로 한 개별 작전의 수행에서 벗어나 기술전, 정보전, 과학전으로 진화하고 있으므로 현역복무의 의미를 단순히 육체적 직접적 전투수행에 한정하여 볼 것이 아니라 군 조직관리나 행정업무 등을 포괄하는 종합적 전투수행으로 확대하여 보아야 하는 점, ② 구 군인사법 시행규칙(2007. 8. 9. 국방부령 제631호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항에서 정하는 심신장애등급의 분류는 의학수준의 발전에 따른 치유가능성 등을 종합적으로 고려하지 않고 악성 종양의 경우 초기의 암을 제외한 나머지 모두를 진행성 암으로 분류하여 심신장애등급 2급에 해당하도록 하는 등 심신장애등급이 과도하게 높게 책정되어 있는 점, ③ 심신장애의 원인, 군 구성원 개인 간의 상대적인 차이 등에 따른 임무수행의 가능성의 차이 등을 고려하지 않은 채 획일적으로 그 기준을 정한 점 등을 종합하여, 구 군인사법 시행규칙 소정의 심신장애등급이 2급에 해당한다는 판정을 받았다 하더라도 그 정도가 위에서 든 여러 가지 사정을 종합한 관점에서 현역으로 복무하는 데 장애사유가 되지 않는 경우에는 심신장애를 이유로 전역처분을 할 수 없다고 판단한 사례.

【참조조문】

- [1] 군인사법 제37조 제1항 제1호, 제41조 제3호, 군인사법 시행령 제48조, 구 군인사법 시행규칙(2007. 8. 9. 국방부령 제631호로 개정되기 전의 것) 제53조, 제53조의3
- [2] 군인사법 제37조 제1항 제1호, 제41조 제3호, 군인사법 시행령 제48조, 구 군인사법 시행규칙(2007. 8. 9. 국방부령 제631호로 개정되기 전의 것) 제53조, 제53조의3

【전문】

【원 고】

【피 고】 국방부장관

【변론종결】2007. 7. 20.

【주문】

】

1. 피고가 2006. 9. 19. 원고에 대하여 한 2006. 11. 31.자 퇴역처분을 취소한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

【청구취지】주문과 같다.

【이유】

】 1. 처분의 경위

- 가. 원고는 1979. 8. 25. 여군 특수병과 소위로 임관한 후 1군사령부 여군대 여군대장, 12항공단 205 항공대대 중대장 등을 거쳐 육군항공학교 교육단 학생대장으로 근무하던 자로서 2002. 10.경 서울아산병원에서 좌측 유방에 종양이 있다는 진단을 받고, 2002. 10. 10. 위 병원에서 좌측 유방 전 절제술과 우측 유방 전 절제술을 받았다.
- 나. 국군 대전병원은 2006. 8. 9. 의무조사위원회를 개최하여 원고의 병명을 "유방의 악성 신생물"로 진단하고, 구 군인사법 시행규칙(2007. 8. 9. 국방부령 제631호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 시행규칙'이라 한다) [별표 1]의 112(종양)-나(악성)-(2)항(진행성 암)에 근거하여 원고의 심신장애등급을 2급으로 판정하였다.
- 다.

육군본부 전역심사위원회는 2006. 9. 14. 위 의무조사위원회의 조사결과 등을 토대로 원고를 퇴역시키기로 의결하였고, 피고는 2006. 9. 19. 원고를 2006. 11. 30.자로 퇴역시키는 인사명령을 하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

라. 원고는 이 사건 처분에 불복하여 2006. 10. 16. 국방부 중앙군인사소청심사위원회에 소청심사 청구를 하였으나, 위 인사소청심사위원회는 2006. 12. 14. 원고의 소청심사청구를 기각하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 4호증의 1, 갑 10, 11호증, 갑 16호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

- (1) 원고가 2002. 10. 10. 서울아산병원에서 공상인 좌측 유방암으로 인해 좌측 유방 전 절제술 등을 받아 원고에게 심신장애가 있을지라도 수술 이후에 받은 정기체력검정 결과 모두 합격판정을 받았을 뿐만 아니라 항공(비행)임무까지 무난히 소화해 내는 등 군 생활에 아무런 지장을 초래하지 않았음에도 불구하고 현역복무에 부적합한 자로 판단하여 이 사건 처분을 한 것은 군인사법 제37조 제1항 제1호 및 군인사법 제41조 제3호의 요건 및 취지에 반하여 위법하다.
- (2) 이 사건 처분의 근거규정인 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하여 대외적으로 국민은 물론 법원을 기속하지 못하므로 이 사건 처분의 적법 여부는 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 정한 기준에 적합한지 여부가 아니라 군인사법 제37조 제1항 및 군인사법 제41조에 따른 적법한 처분인지 여부에 의해 판단되어야 한다.

구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 행정기관 내부의 사무처리준칙이 아닌 법규명령이라면 모법인 군인사법 제37조 제1항 제1호, 군인사법 시행령 제48조의 위임한계를 벗어나 그 효력이 없다.

- (3) 군인사법 제37조 제1항 제1호가 규정한 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자에 해당한다고 하더라도 원고의 경우는 군인사법 시행규칙 제53조의3 제1항 제6호 또는 같은 조 제2항 제2호가 규정한 전역 또는 퇴역의 예외 사유에 해당하여 전역심사위원회의 심의를 거쳐 현역복무를 계속할 수 있음에도 불구하고 이 사건 처분을 한 것은 이 사건 처분으로 인해 달성하고자 하는 공익보다는 이 사건 처분으로 인해 원고가 입는 불이익이 현저히 크므로 재량권을 일탈, 남용하였다.

나. 관계 법령

별지 관계 법령 기재와 같다.

다.

인정 사실

- (1) 원고는 2005년 국군 논산병원에서 현역간부 정례신체검사를 받았는데 국군 논산병원은 2005. 9. 8. 원고가 근무하던 육군항공학교장에게 원고에 대한 신체검사결과 일반장교 기준으로는 합격, 공중근무자 신체검사기준으로는 불합격이라는 통보를 하였다.
- (2) 육군항공학교는 2005. 9. 28. 위 불합격 통보에 따라 공중근무 자격심사 위원회를 개최하여 원고를 공중근무자격에서 해임하였고, 육군항공학교 전·공상 심사위원회는 2005. 10. 11. 원고의 유방암 및 이로 인한 유방절제술이 공상에 해당한다고 의결하였다.
- (3) 국군 논산병원은 2005. 10. 26. 의무조사위원회를 개최하여 원고의 병명을 "유방의 악성 신 생물"로 진단하고, 구 시행규칙 [별표 1]의 128(유방절제술)-가(양측 전 절제술)에 근거하여 원고의 심신장애등급을 2급으로 판정하였고, 원고는 2005. 11.경 육군본부 전역심사위원회에 회부되었다.
- (4) 육군본부 전역심사위원회는 2006. 3. 16. 전역보류를 희망하는 원고 작성의 사유서 및 "향후 6개월간 안정가료와 관찰이 요구되는 상태"라는 담당군의관의 진단서에 따라 원고에 대한 전역 심사를 6개월간 보류하기로 결정하였다.
- (5) 그 후 원고는 국군 논산병원에서 육군 대전병원으로 옮겼고, 육군 대전병원 의무조사위원회는 2006. 8. 9. 원고의 심신상태가 구 시행규칙 [별표 1]의 "112(종양)-나(악성)-(2)항(진행성 암)"에 해당한다고 보아 심신장애등급 2급으로 판정하였으며, 육군본부 전역심사위원회는 2006. 9. 14. 위 의무조사위원회의 조사결과 등을 토대로 원고를 퇴역시키기로 의결하였고, 피고는 이에 따라 2006. 9. 19. 원고를 2006. 11. 30.자로 퇴역시키는 인사명령을 하였음은 위에서 본 바와 같다.
- (6) 원고는 좌측 유방암으로 유방 전 절제술을 받은 후에 받은 정기체력검정(2003년부터 2005년까지 3회) 결과 모두 합격 판정을 받았고, 육군항공학교 학생대장으로 근무하면서 항공(비행)임무를 무난히 소화하는 등 유방 전 절제술로 인하여 업무에 지장이 초래되지 않았다.
- (7) 이 법원의 서울아산병원장에 대한 사실조회 결과에 의하면, 원고의 주치의인 서울아산병원 일반외과 전문의 소의인은 2002. 10. 10. 수술 당시 원고의 진단명은 유방암 2기였으며, 수술경과는 양호하였고, 현재 건강상태는 양호하며, 다른 신체부위에 전이가 없고, 수술 후 5년경과 시점에서 다른 신체부위에 전이가 없으므로 향후 완치가능성은

90%라고 보았다.

그리고 현재 원고는 재발 가능성을 줄이기 위해 항호르몬인 타목시펜을 복용중이고, 원고가 받고 있는 위 치료는 유방암 수술을 받은 환자들에게 통상적으로 이루어지는 치료이며, 원고의 건강상태는 정상적인 군 생활이 가능한 상태로 보았다.

또한, 악성 종양을 아주 초기에 해당하는 경우와 그 이외의 경우로 나누어 아주 초기에 해당하는 경우 이외에 모두 진행성 암(심신장애등급 2급에 해당)으로 보는 것은 현대 의학상의 암 치료법과 예후로는 이해할 수 없는 분류로서 군인의 전역 여부는 환자의 상태를 종합하여 판정해야 한다고 보았다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑1호증의 1, 2, 갑2호증의 1 내지 3, 갑4호증의 1, 2, 갑5, 6호증, 갑10, 11호증, 갑16호증의 각 기재, 이 법원의 서울아산병원장에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

라. 판 단

(1) 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호의 법적 성격

(가) 군인사법 제37조 제1항은 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자의 경우 현역에서 전역시킬 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제41조 제3호는 전·공상으로 인하여 군에 복무할 수 없는 자는 퇴역된다고 규정하고 있다.

군인사법 시행령 제48조는 현역복무에 부적합한 심신장애에 관하여 필요한 사항을 국방부령으로 정하도록 규정하고 있으며, 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호는 심신장애자의 정도가 [별표 1]에 의한 1급 내지 7급에 해당되고, 그 심신장애가 공상으로 인하여 생긴 때에는 퇴역을 시키도록 규정하고 있다.

(나) 위에서 보았듯이, 군인사법 제37조 제1항 제1호는 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자는 각 군 전역심사위원회의 심의를 거쳐 전역시킬 수 있다고 규정하여 전역은 행정청의 재량행위임을 분명히 하면서도 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 자에 대한 전역기준에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있고, 이를 대통령령이나 부령에 위임하는 규정도 두고 있지 않다.

다만, 군인사법 시행령은 군인사법의 구체적 위임 없이 그 기준을 국방부령으로 정한다고 규정하였고, 이에 따라 구 시행규칙 제53조는 심신장애로 인한 전역·퇴역 또는 제적의 기준을 정하였다.

그러나 구 시행규칙 제53조 제1항에서 정한 기준은 법률의 구체적 위임 없이 시행령에 근거하고 있는 것으로서 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하고, 따라서 대외적인 효력을 인정할 수 없으며, 법률에서 정하고 있는 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 경우를 해석함에 있어 구 시행규칙 제53조 제1항에서 정한 기준을 참고로 할 수는 있겠지만 이에 구속되지는 않는다고 봄이 상당하다.

(2) 원고가 공상으로 인해 현역복무에 부적합한 자에 해당하는지 여부

(가) 위에서 보았듯이, 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호가 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과한 점에 다음과 같은 사정, 즉 ① 오늘날 전쟁의 양상은 단순히 육체적 능력을 바탕으로 한 개별 작전의 수행에서 벗어나 기술전, 정보전, 과학전으로 진화되고 있으므로 현역복무의 의미를 단순히 육체적 직접적 전투수행에 한정하여 볼 것이 아니라 군 조직관리나 행정업무 등을 포괄하는 종합적 전투수행으로 확대하여 보아야 하는 점, ② 시행규칙상의 심신장애등급

의 분류는 의학수준의 발전에 따른 치유가능성 등을 종합적으로 고려하지 않고 악성 종양의 경우 초기의 암을 제외한 나머지 모두를 진행성 암으로 분류하여 심신장애등급 2급에 해당하도록 하는 등 심신장애등급이 과도하게 높게 책정되어 있는 점, ③ 심신장애의 원인, 군 구성원 개인 간의 상대적인 차이 등에 따른 임무수행의 가능성의 차이 등을 고려하지 않은 채 획일적으로 그 기준을 정한 점 등에 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 사정을 종합해 보면, 구 시행규칙 [별표 1]에 의한 심신장애등급이 1 내지 7급에 해당한다는 판정을 받았다 하더라도 그 정도가 위에서 든 여러 가지 사정을 종합한 관점에서 현역으로 복무하는 데 장애사유가 되지 않는 경우에는 심신장애를 이유로 전역 처분을 할 수 없다고 봄이 상당하다(현행 군인사법 시행규칙 제53조는 구 시행규칙 제53조가 갖고 있는 위와 같은 문제점을 개선하기 위해 제3항을 신설하여 심신장애등급 제53조 제1항 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사람이 현역복무를 원하는 경우에는 각 군 전역심사위원회는 의무조사위원회의 전문적 소견을 참고하여 해당자의 군에서의 활용성과 필요성 등에 관한 심의를 거쳐 현역으로 복무하게 할 수 있도록 하였다).

(나) 이 사건에 관하여 살펴보면, 위 인정 사실에서 본 바와 같이 원고는 2002. 10. 10. 좌측 유방암 2기로 진단받아 좌·우측 유방절제술을 받았으나 그 수술 경과가 양호하고, 이 사건 처분 당시는 물론 약 5년여가 경과된 현재까지 다른 신체부위에 전이가 없으며, 향후 완치가능성은 90% 이상인 점, 현재 원고는 항호르몬제인 타목시펜을 복용하고 있으나 이는 재발가능성을 줄이기 위한 것으로 유방암 환자에 있어서의 통상적인 치료인 점, 원고의 주치의인 서울 아산병원 일반외과 전문의 소외인은 원고가 정상적인 군 생활이 가능하다고 보고 있을 뿐만 아니라 원고가 유방 전 절제술을 받은 후에 받은 정기체력검정 결과 모두 합격 판정을 받았고, 육군항공학교 교육단 학생대장으로 근무하면서 유방절제술로 인해 업무에 지장을 초래하지 않은 점 등을 종합해 보면, 원고는 현역으로 복무하는 데 장애사유가 없는 것으로 보인다.

따라서 이 사건 처분은 이와 같은 사정을 고려하지 않은 채 내려진 것이어서 원고의 나머지 주장을 나아가 판단할 필요 없이 위법하다.

3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 민중기(재판장) 원익선 정옥도