

“이젠, 그랬으면 좋겠네1)”

- 언제까지 「위법한 보직해임」으로 인재들을 떠나게 할 것인가 -



변호사 김 경 호²⁾

hoinmari@naver.com

#1. 대전고등법원 2022누50206 보직해임처분취소 사건

대전고등법원 청주 제2행정부 2022누50206 보직해임처분취소 사건에서 “피고(여단장)가 2020. 7. 20. 원고(중대장)에 대하여 한 보직해임처분을 취소한다.”는 판결을 설 연휴 전날 2023. 1. 20. 받았습니다.

이 판결문의 판시 요지는 “이 사건 이후 장래에 계속 중대장의 직무를 담당하게 되더라도 업무상의 장애, 군 공무집행 및 행정의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰저해가 발생할 것으로 보이지 아니한다.”는 것이었습니다.

이 판결문이 야전에 전하는 메시지와 그 메시지에 반하게 야전에 변하지 않고 반복되는 위법한 관행을 또 고발합니다.

먼저 해당 사건을 간단히 살펴 보겠습니다.

1) ‘이젠 그랬으면 좋겠네’ 1990년 1월에 발매된 가왕 조용필 12집 앨범 수록곡이다
2) 2016년 4월 국방부 외부 인권 교수 위촉 및 2016년 12월 합동군사대학교 명예교수 위촉,
現 법률사무소 好人 대표변호사

#2. 해당 사건의 경과

가. J대위는 2019. 2. 1.부터 제00특수임무여단대 0중대장으로 근무하였던 사람이다.

나. J대위는 대대 전체 휴가기간 중인 2020. 6. 27.부터 2020. 6. 28.까지 00시와 00시에서 부대원 10명과 중대 단결활동을 실시하였다. 이때 부대원 김00이 중대 회식 이후 민간인 여성을 준강간하였다는 혐의로 고소를 받았다.

다. 제00특수임무여단의 보직해임심의위원회는 2020. 7. 16. J대위에게 ‘지휘관리감독 소홀’의 사유가 있다고 보아 보직해임을 심의, 의결하였다.

라. J대위는 2020. 8. 11. 국방부 중앙 군인사소청심사위원회에 이 사건 처분의 취소를 청구하였으나 J대위의 청구를 기각하였다.

바. 한편, 제00특수임무여단 징계위원회는 2020. 8. 7. 원고에 대하여 이 사건 처분의 근거된 사실관계와 동일한 사실을 근거로 성실의무위반(지휘감독소홀) 등으로 견책 처분을 내렸다. 이에 J대위가 2020. 8. 21. 000사령부 징계항고심사위원회에 항고를 제기하였고, 위 위원회는 견책 처분을 취소하고, 서면 경고 처분을 내렸다(필자는 **행정소송으로 다투기 위하여 단지 서면심리 요청하고 불출석한 상황에서 취소결정**을 받았다).

사. 그 후 이 사건 문제의 부대원 김00은 2022. 3. 3. 고등군사법원 2021노390 사건에서 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 준강간을 하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 받았다(2차 가해 금지 규정의 문제점에 대해서는 다음에 심도있게 검토 예정. **“과연 「2차 가해 금지 규정」은 무죄를 위한 정당한 증거수집 활동도 금지할 수**

있는가?)

아. 이런 배경 하에 2023. 1. 19. 대전고등법원 청주 제2행정부에서 이 사건 보직해임처분을 취소하는 판결을 선고하였다.

그럼 이번에는 이 판결문이 야전에 전하는 메시지에 대해 알아 봅니다.

#3. 해당 판결문이 야전에 전하는 핵심 메시지

가. 핵심 판결문 내용

판결문의 핵심 내용은 바로 “『이 사건 이후 장래에 계속』 중대장의 직무를 담당하게 되더라도 업무상의 장애, 군 공무집행 및 행정의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰저해가 발생할 것으로 보이지 아니한다.”는 것입니다.

여기서 중요한 포인트는 J대위가 중대장의 직무를 계속 수행하는데 판단 시점은 『이 사건 이후 장래에 계속』입니다. 징계는 『이 사건 발생 시점』에 지휘책임의 문제라면, 보직해임은 『이 사건 이후』 중대장의 직무를 계속 수행할 능력여부의 문제로 서로 법적판단이 다릅니다. 즉 징계 해당여부를 먼저 판단하고 그 이후에 보직해임 여부를 판단하는 적법한 절차입니다.

이는 군 스스로의 규정에서도 그렇게 명시하고 있습니다. 육규 110 제58조의2 보직해임의 사유 제2항 2호에도 “「육규 180 징계규정」 별표 2의 징계사유 및 양정기준에 해당하는 사유로 인해 현 보직에서 계속 직무수행을 할 수 없다고 판단한 경우”라고 명시하고 있습니다. 즉 「육규 180 징계규정」 별표 2의 징계사유 및 양정기준에 해당하는 사유(징계 사유)에 해당하는지 먼저 조사를 걸쳐 확인하고 나서 현 보직에서 계속 직무수행을 할 수 없다고 판단한 경우 보직해임하라고 명시하고 있습니다. 스스로 정한 절차도 준수하지 않고 있습니다.

육규 110 제58조의2 보직해임의 사유

제58조의2 (보직해임의 사유)

② 개인비위 등 개인책임으로 인한 보직해임 사유는 다음 각 호와 같다.

1. 「군인사법 시행규칙」 제56조 현역복무 부적합자 기준에 해당하는 사유로 인해 현직위에서 계속 직무수행을 할 수 없다고 판단한 경우
2. 「육규 180 징계규정」 별표 2의 징계사유 및 양정기준에 해당하는 사유로 인해 현보직에서 계속 직무수행을 할 수 없다고 판단한 경우
3. 그 밖에 현 보직에서 계속 직무수행이 곤란하다고 인사권자가 판단한 경우

여기서 징계와 보직해임의 법적판단이 다르다는 것을 좀 더 상세히 설명하겠습니다.

나. 징계와 보직해임의 법적 구별

징계사유와 보직해임 사유는 법적으로 구별이 됩니다. 즉, 징계 사유에 관하여는 군인사법 제56조에서 ‘① 군인사법 또는 군인사법에 따른 명령을 위반한 경우, ② 품위를 손상하는 행위를 한 경우, ③ 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리한 경우’ 라고 규정하고 있고,

보직해임의 사유에 관하여는 군인사법 제17조 제1항에서 ‘① 상위의 직위에 보직되는 경우, ② 심신장애로 인하여 직무를 수행하지 못하게 되었을 경우, ③ 해당 직무를 수행할 능력이 없다고 인정되었을 경우, ④ 전투작전상 필요한 경우’ 라고 규정하고 있습니다.

그 법적 성격에 관하여서도 대법원은 “보직해임은 과거의 공무원의 비위행위에 대하여 질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.” (대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두5945 판결 참조)고

판시하고 있습니다.

그리고 법원은 보직해임의 사유와 관련하여, “직무수행능력의 부족이란 정신적, 육체적으로 직무를 적절하게 처리할 수 있는 능력의 현저한 부족”을 의미(대법원 1985. 2. 26. 선고 83누218 판결 참조)한다고 판시하고 있습니다.

이를 종합하면, 징계는 과거의 비위에 대한 제재라고 한다면, 보직해임은 징계로 인해 현재에서 장래를 보며 지휘관으로 직무수행능력 여부를 검토하는 것입니다.

명백히 징계와 보직해임은 그 법적요건도 다르고, 그 법적성격도 다름에도 불구하고, 야전에서는 부하의 신고가 접수되면 해당 지휘관을 보충대로 분리하여 이후 보직해임을 먼저 실시하고, 그리고 징계를 개최합니다. 이 『거꾸로』의 위법한 관행은 이제 요지부동입니다.

‘악화(惡貨)가 양화(良貨)를 구축했습니다³⁾’

#4. 해당 판결문에 따라 하려면

가. 당장 징계 후 보직해임을 판단하는 『순서』의 적법절차를 준수하라

보직해임을 하기 위해서는 “능력의 현저한 부족”을 법적으로 요구하는데 적어도 중징계는 나와야 함에도 보직해임 이후 징계가 단지 견책 등 경징계만 나왔다가 징계가 취소되었다는 것은 그 보직해임에 문제가 있었다는 반증으로, 이는 보직해임을 먼저 하고 나서 징계에서 비로소 관련 증거로 조사하여 그때서야 사실이 밝혀지는 **보직해임과 징계의 『순서』에 문제가**

3) ‘그레섬의 법칙’으로, 가치가 낮은 것이 가치가 높은 것을 몰아냄을 이르는 말

있었던 것입니다.

지금도 야전에서는 적법한 법치가 아니라 **단지 부하의 “불편함”**으로 지휘관을 너무 쉽게 보직해임시키고 부대를 지휘관이 없는 상태를 너무도 태연히 만듭니다. 이런 관행이 이번 흑한기 훈련도 아니고 그 대비 연병장에서 하루 텐트에서 숙영하는 연습(?)에도 병사가 사망하고 부대는 이를 막지 못하는 **『어처구니 없는 부대』**를 만들어 가고 있는 것은 아닐까요?

그리고 군법무관은 보직해임심의위원회에서는 법무참모가 그 보직해임사유는 모두 적법하다고는 의견을 내고, 후에 징계조사에서 법무참모 지휘를 받는 징계조사 군법무관은 보직해임사유 중에 혐의없음 판단을 하고 있으니 이는 명백히 코미디가 아닐 수 없습니다. 이 모든 것이 보직해임과 징계의 『순서』에 문제가 있었던 것입니다.

나. 만약 기존 관행대로 하려면 행정절차법을 준수하라

저번 주에 군사법 칼럼에서 『제도개선』 의견으로 제시했던, 당초 보직해임사유 중에 징계조사를 통해 징계대상사실에 해당하는 것은 징계위원회 『출석통지서 징계대상사실』에 그 내용 및 근거와 이유를 자세히 적어서 공개하고 있으니, 《똑같은 수준》으로 보직해임 사유 중에서 징계사유에 해당하지 않는 사실에 대해서도 그 근거와 이유를 『출석통지서 징계대상사실』 **【별지】**에 적어서 공개하라는 것입니다.

이는 헌법 제12조 제1항 『적법절차의 원리』와 행정절차법 제23조4) 제1항 제1

4) 제23조(처분의 이유 제시)

① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우

2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우

3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

호 『신청을 모두 그대로 인정하는 처분이 아닌 경우 처분의 이유제시제도』 및 징계가 확정되기 전 징계대상자의 인권도 존중받아야 함을 근거로 합니다.

피해자가 피해받은 사실을 주장하고 그 권익을 보호받는 것은 당연하나, 진정한 내용 중에 『혐의없음의 사실』이 있으면 법무실은 그 혐의없음에 대한 이유 부기를 하여야 하고(대부분 지금 하지 않고 있지만), 여기에 그칠 것이 아니라 그 혐의없음의 사실이 무고에 해당하지 않는지까지 반드시 조사하여야 합니다. 그래야 무분별한 허위 진정(陳情)을 진정(鎮靜)시킬 수 있습니다.

지금 야전은 겉으로는 군법이 있는 듯 보이나 실제 판단하는 절차나 적용과정을 보면 무법천지(無法天地)로 보이고, 단지 장성급 지휘관의 의도를 맞추려고 하는 옛장수 마음대로 법이 존재하는 것으로 보인다.

이런 군법적용은 그 본래 목적이어야 하는 『협력과 상하동욕의 도덕성 회복』에 1도 도움이 안 된다. 그저 일시적인 지휘관의 감정에 기여할 뿐이고, 이를 이용하여 간신같은 군인들의 이익에 부합할 뿐, 그 부대 기둥은 썩어가고 있는지 모른다.

헌법정신에 따라 군법이 적용되는 군(軍), “이젠 그랬으면 좋겠네”