

[판결비평] 2007-4

광장에 나온 판결

 참여연대
사법감시센터

헌법의 지방자치 취지를 간과한 대법원 판결

-울산 복구청 파업 참가 공무원 승진임용 직권 취소 판결

대법원 전원합의체 2007.3.22. 선고, 2005추62 승진임용직권취소처분취소청구
대법원장 이용훈(재판장), 대법관 고현철, 김용담, 김영란, 양승태,
김황식, 박시환, 김지형, 이홍훈, 박일환, 김능환, 전수안, 안대희

사법 분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁 운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 고르고, 이 판결에 대한 비평칼럼을 수록한 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 을 발행하고 있습니다.

참여연대 사법감시센터는 [판결비평 - 광장에 나온 판결]의 2007년 네 번째 비평대상으로, 중앙정부의 불허지침에도 불구하고 파업에 참가한 구청 공무원에 대해 해당 구청장이 징계하지 않고 승진시킨 것은, 재량권을 남용한 경우에 해당하며 법령을 위반한 것으로 상급기관인 시장이 취소한 것은 정당하다고 한 지난 3월 22일의 대법원 판결을 선정하였습니다.

대법원 전원합의체는 지난 3월 22일, 중앙정부의 불허지침에도 불구하고 파업에 참가한 구청 공무원에 대해 해당 구청장이 징계하지 않고 승진시킨 것은, 재량권을 남용한 경우에 해당하며 법령을 위반한 것이므로 상급기관인 시장이 취소한 것은 정당하다고 판결하였다.

2004년 당시 전국 공무원 노조 파업에 참가한 공무원들에 대해 행자부는 강력 대응하라는 지침을 내렸다. 그러나 울산 북구청장은 비록 파업에 참가하긴 하였으나 사안이 경미한 공무원들의 경우 승진임용의 결격사유가 없다고 판단하여 승진시켰다. 이에 반해 상급자인 울산시장은 파업참가자들을 중징계 하라는 정부 방침대로 징계의결을 요구하지 않고 승진까지 시킨 것은 재량권을 남용하여 법령을 위반한 것이므로 직권으로 취소하는 것이 맞다고 주장하였다.

이 사건을 맡은 대법원 전원합의체의 8명의 대법관들(대법원장 이용훈(재판장), 대법관 고현철, 김용담, 양승태, 김황식, 박일환, 김능환, 안대희)은, “지방자치단체의 자치행정은 국가통치질서 내에서 인정되는 것이므로 지방자치는 국가법질서의 한계 내에서 인정되어야” 하며 “지방자치행정의 국가법질서에 대한 위반은 통제되어야” 한다고 전제하면서, 명백한 징계사유에 해당함에도 징계의결을 요구하지 않고 오히려 승진임용한 것은 재량권의 범위를 크게 일탈한 것이므로 위법하다고 하였다.

이에 반해 5명의 대법관들(대법관 김영란, 박시환, 김지형, 이흥훈, 전수안)은, 지방자치는 “자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임아래 처리하는 것”이므로 “국가 등은 지방자치단체의 기관구성과 의사결정을 최대한 보장하고 존중하여야” 하며 “원칙적으로 국가와 지방자치단체가 의견이 일치하지 않는 경우” 자치사무에 대해서는 “본질상 주민들로부터 민주적인 정당성을 부여받은 지방자치단체의 의사가 우선하여야” 한다는 반대의견을 제시하였다.

이번 대법원의 판결에 대해 지방자치단체장의 권한을 지나치게 제한하여 우리 헌법에서 보장하는 지방자치의 원리를 거스르는 판결이라는 비판이 있다. 참여연대는 이번 판결을 계기로 지방자치단체의 자율권과 중앙정부의 통제권이 충돌할 때, 어떻게 조율해 나가야 하는지 함께 토론해 보기 위해 열여섯 번째 판결비평대상으로 선정하였다. 비평칼럼은 이국운(한동대 교수), 권필상(울산시민연대 사무국장), 김광수(명지대 교수)가 각각 작성하였다(편집자 주).

“2할 자치”의 사법적 정당화 논리

이국운 교수(한동대 법학부, 사법감시센터 실행위원)

“2할(割) 자치!!!”

오랫동안 지방자치분야를 연구해 온 학자들에게 대한민국 지방자치의 현실을 문의하면 단박에 돌아오는 한 마디가 있다.

“2할(割) 자치!!!”

지방자치의 본래적 의미에 비추어 보자면, 겨우 20% 정도의 자치가 이루어지고 있을 뿐이라는 뜻이다. 결정권(決定權)도, 세원(稅源)도, 인재(人才)도, 여전히 중앙집권적 ‘국가의 독차지인 상황’이므로, 지방정부로서는 굴욕스럽더라도 분배권한을 움켜 쥔 중앙정부의 비위를 맞출 수밖에 없다는 의미다. 대한민국의 지방자치는 그냥 허울일 뿐이라는 자조 섞인 표현이다.

2007년 3월 22일 대법원 전원합의체가 선고한 2005추62 ‘승진임용직권취소처분취소청구’ 판결은 ‘2할 자치’의 현실

을 법적으로 확인한 것이나 다름없다.

분쟁의 핵심은 이렇다.

전국공무원노동조합의 불법집단행동에 가담한 울산광역시 북구청 소속의 하급 공무원들에 대하여 이 사건의 원고인 북구청장은 피고인 울산광역시장이 거듭 요청한 해당자들에 대한 징계의결요구를 받아들이지 않고, 오히려 이들을 승진시켰다. 그러자 울산광역시장은 관계법령에 의하여 마땅히 징계의결요구가 되어야 할 징계대상자들을 승진시킨 것은 재량권의 범위를 일탈한 것이면서 지방자치법 제 157조 제1항에 근거하여 동 승진임용처분을 직권취소하였다. 이에 대하여 울산광역시 북구청장이 그 승진임용직권 취소처분의 취소를 요구하는 소송을 제기했던 것이다.

일단 이 사건에서 울산광역시장은 한나라당 소속이고, 북구청장은 민주노동당 소속이라는 점 등은 괄호 안에 넣어

두기로 하자. 법적 분석에선 이 둘을 바꾸어 놓아도 결론은 마찬가지이며, 정당 문제를 빼놓더라도 국가와 지방자치단체 사이의 견해대립은 피할 수 없는 것인 까닭이다(정당이 개입되면 세계관적 대립이 정치적으로 강화될 가능성이 있을 뿐이다). 그러므로 이 사건에서 기초자치단체장의 승진임용처분을 직권취소한 광역자치단체장은 행정자치부장관과 법무부장관으로 대표되는 중앙정부의 강력한 지원을 받고 있으나, 승진임용처분을 취소당한 기초자치단체장은 자신을 선출해 준 울산 복구의 유권자들과 사법부 외에 어디에도 기댈 곳이 없는 처지라는 점은 반드시 기억해 두기로 하자. 이것이 바로 이 복구청장이 대법원을 찾아온 이유이기 때문이다.

헌법에 담겨있는 지방자치의 취지는 어디로

잘 알려져 있듯이 대한민국의 대법원은 13명의 대법관 중 8명(이용훈(재판장), 고현철, 김용담(주심), 양승태, 김황식, 박일환, 김능환, 안대희)이 가담한 다수의견으로 중앙정부-광역자치단체장으로 이어진 이 사건 피고 측의 승소를 결정했다. 이 결론을 정당화한 논리의 핵심은 다음과 같다. “(前略)...지방자치단체의 자치행정은 국가통치질서 내에서 인정되는 것이므로 지방자치는 국가법질서의 한계 내에서 인정되어야 함은 물론, 지방자치행정의 국가법질서에 대한 위반은 통제되어야 하고, 따라서 위와 같은 통제의 일환으로 피고가 전국적으로 발생한 위와 같은 위법행위를 한 공무원들에 대하여 징계의결을 요구하라고 계속 촉구하였으면 특별한 사정이 없는 한 그 관할구역 안의 지방자치단체는 이를 준수할 것임 점...(後略)”(밀줄은 비평자) 이것은 한마디로 지방자치는 대한민국이라는 국가를 전제로 가능한 것이므로 국가법질서에 의해 통제되는 것이 당연하다는 주장이다. 국가가 법률로 정했다면 2할 자치는 당연한 것이고, 심지어는 1할 자치나 그 이하도 전혀 문제될 것 없다는 논리다.

대단히 흥미로운 것은 다수의견의 간단명료한 논리 속에 대한민국 헌법이 별개의 장(제8장)을 두어 지방자치를 명(命)하고 있다는 점이 전혀 언급되지 않고 있다는 점이다. 이에 비하여 5명의 대법관(김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안)이 제시한 반대의견은 헌법해석에서부터 반대논리를 이끌어내고 있는 것이 대단히 이채롭다.

“(前略)...우리 헌법은 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치를 실현하기 위하여 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있다...(後略)”(밀줄은 비평자) 이런 견지에서 반대의견이 주목하고 있는 것은 국가 또는 상급지방자치단체의 관여 및 통

제를 규정한 지방자치법이 ‘위임사무’와 ‘자치사무’를 구별하고 있다는 사실이다. 다시 말해, ‘위임사무’에 관해서는 ‘지방자치단체장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때’에 이를 취소하거나 정지할 수 있도록 규정하고 있음에 비하여 ‘자치사무’에 관해서는 오로지 그 명령이나 처분이 ‘법령에 위반할 때’에 한하여 같은 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다는 것이다.

반대의견은 법문의 구조상 이 두 규정은 서로 연계하여 해석하는 것이 마땅하며, 이에 따르면 ‘자치사무’에 관련된 ‘법령위반’의 의미는 엄격하게 제한적으로 해석되어야 한다고 주장한다. 이것이야말로 지방자치법 제157조 제1항을 지방자치의 본질적 내용을 침해하지 않는 헌법합치적 해석이라는 것이다. 결국 반대의견은 지방자치법 제157조 제1항 후문의 ‘자치사무’에 관한 ‘법령위반’의 의미 속에 ‘재량의 일탈·남용’은 포함되지 않는 것으로 해석한 뒤, 이 사건에서 울산복구청장의 승진임용처분은 ‘자치사무’에 해당하는 것으로서 엄격한 의미의 ‘법령위반’에 해당한다고 볼 수 없다고 말한다. 따라서 동 승진임용처분을 직권취소한 울산광역시장의 처분이 오히려 위법이라는 것이다.¹⁾

요컨대, 이 사건의 반대의견은 지방자치를 명(命)한 헌법의 취지를 지방자치법의 해석과정에 적극적으로 투영시키면서 이를 전혀 고려하지 않는 다수의견의 맹점을 지적한 점에 중요한 공로가 있다. 다만, 그와 같은 헌법해석이 지방자치법을 입법한 대한민국 국회에 의하여 명백하게 선언되고 있는가를 전혀 고려하지 않은 채, 항상 자의적 해석이라는 비판에 직면할 수밖에 없는 사법적(司法的) 해석에 치중하는 점은 결정적인 한계라고 할 수밖에 없다. 반대의견의 도전에 직면한 다수의견이 두 개의 보충의견을 통하여 거듭 지적하고 있는 것도 결국 그 부분이다.

우선 첫 번째 보충의견(김용담(주심), 김황식)은 반대의견의 요지를 경청하면서도 현행 헌법 제117조 제1항이 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”(밀줄은 비평자)고 규정하고 있고, 그 정신이 지방자치법에도 그대로 이어지고 있음을 지적한다. 자치가 중

1) 나아가 반대의견은 설사 지방자치법 제157조 제1항 후문의 ‘자치사무’에 관한 ‘법령위반’에 재량권의 일탈·남용이 포함된다는 다수의견의 해석에 따르면이라도 이 사건에서 실제로 울산복구청장이 재량권을 일탈·남용했다고 볼 수 없다는 점을 세세히 논증하고 있으나, 본 비평에서는 논점의 명확화를 위하여 이에 관한 논의를 생략하기로 한다.

요한 것은 헌법적으로 명백하지만, 다시 그 자치가 법령의 범위 내에서 보장된다는 것도 헌법적으로 명백하다는 것이다. 따라서 법률(지방자치법)이 ‘법령위반’으로 규정한 것을 사법부가 일방적으로 ‘재량권의 일탈·남용을 제외한 법령 위반’이라고 바꾸어 해석하면 안 된다는 것이다.²⁾

사법적 (초)국가주의의 시국선언문!

이에 비하여 두 번째 보충의견(양승태)은 반대의견을 공박한다는 목표는 앞의 보충의견과 동일하지만 사법부의 최종적 권위를 열렬하게 옹호한다는 관점에서는 정반대의 주장을 제기한다. 이에 따르면, 자치가 법령의 범위 내에서 이루어지는지를 감시하고 결정할 수 있는 최종적인 권위는, 헌법이 규정하고 있는 대로, 오로지 대법원에 있다. 하급지방자치단체에 대한 국가 또는 상급지방자치단체의 감독권한 행사에 분쟁이 발생한 경우에, 그 분쟁은 대법원에서 해결되며 그 판단기준은 헌법 제117조 제1항이 규정하고 있는 대로 ‘법령의 범위 안에서’일 수밖에 없기 때문이다. 이 점에서 이 보충의견은 반대의견에 내포된 비(比)사법적 함의를 맹렬하게 공격한다. 반대의견은 법치주의, 곧 대법원의 사법적 통제권마저 무력하게 만들 수 있는 논리를 내포하고 있다는 것이다. 바로 이 부분에서 다음의 문장은 가치 사법적 (초)국가주의의 시국선언문이라고 평가할 만하다.

“나는 이러한 사건에서 국가의 부당한 간섭을 걱정하는 것보다는 오히려 지방자치단체장의 재량권 일탈·남용을 방지하는 것을 훨씬 더 걱정하여야 할 것으로 본다. 왜냐하면 전자의 경우에는 이를 시정할 방법이 있지만, 후자의 경우에는 국가나 상급지방자치단체의 개입이 없이는 유효·적절한 시정방법이 없어 결과적으로 정치·정략에 따른 지방자치단체장의 개인적인 권한이 법의 상위에 위치할 여지를 제공함으로써 법질서가 훼손될 것이고, 이는 종국적으로 법치주의라는 기본적인 헌법질서의 일각이 무너진다는 것을 의미한다. 반대의견의 논거는 이 점에서 우리 헌법과 조화될 수 없는 위험한 견해라고 생각한다.”(밀줄은 비평자)

2) 이 보충의견은 그동안 행정법학에서 발전시켜 온 재량권의 일탈·남용의 범리가 단순한 공익위반이 아니라 일반조리, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 법원칙의 위배여부까지 고려하는 것임을 명백히 하면서, 지방자치법 제157조 제1항 후문의 ‘자치사무’에 관한 ‘법령위반’에 있어서도 동일한 범리가 적용되어야 한다고 주장한다. 달리 표현하면, 법문에 별다른 지시가 없는데도 불구하고, 사법부가 해석에 의하여 재량권의 일탈·남용의 범리를 일방적으로 제외하는 것은 무리한 해석이라는 논리다.

다수의견에 대한 이 두 번째 보충의견은 결국 헌법 제8장의 ‘지방자치’를 ‘법령의 범위 안에서’라는 한 마디를 제외하고 모두 삭제해 버리자는 것과 같다. 이와 같은 반환법적 논리에 대하여 결국 소수의견은 그 스스로가 지향하는 정치적 전망을 맞세울 수밖에 없었던 것 같다. 소수의견에 대한 보충의견(이홍훈)은 지방자치단체의 자치권을 국가의 통치권의 일부가 위임된 것으로 보는 다수의 견해를 19세기 법실증주의의 영향으로 일축한 뒤, 보다 본격적으로 속내를 드러내기 시작한다. 이에 따르면 “지방자치단체의 자치권은 주권재민의 원칙에 터 잡아 종래의 중앙집권체제에 저항하는 과정에서 비로소 얻어지게 된 국민들의 천부적 권리로서의 고유적 권리라는 역사성을 부인할 수 없다. 따라서 지방자치단체의 자치권은 국가나 상급 지방자치단체라고 하더라도 함부로 침해하거나 통제할 수는 없는 것이다.”

소수의견에 대한 보충의견에 따르면, 국가, 광역지방자치단체와 기초지방자치단체는 기본적으로 상호 대등한 협력 관계에 놓여 있고, 기초지방자치단체의 자치사무, 곧 고유사무에 관해서는 국가나 광역지방자치단체가 기본적으로 간여할 수 없는 것이 헌법적 원칙이다. 그리고 이 헌법적 원칙을 관철시키기 위해서는 부득이 지방자치법 제157조 제1항을 소수의견처럼 제한적으로 해석할 수밖에 없다. 그렇지 않으면 재량권의 일탈·남용을 문제 삼는 국가 또는 광역지방자치단체장의 개입으로 인하여 기초지방자치단체의 자치사무, 곧 고유사무가 형해화 될 것이기 때문이다.³⁾

소수의견의 공헌

이 판결은 향후 지방자치단체와 국가 사이의 권한다툼에 있어서 기준이 될만한 다수의 쟁점을 내포하고 있다. 이 논쟁을 전면에서 끌어낸 것은 단연 소수의견의 공헌이다. 이를 중심으로 몇 가지 비평을 제기해 보자.

첫째, 이 판결에는 국가와 지방자치단체의 관계에 대한 상반되는 두 주장이 제기되고 있다. 하나는 수직적인 관계(다수의견)고 다른 하나는 수평적인 관계(소수의견)다. 하지

3) 재량권의 일탈·남용의 범리를 종래의 통설적인 이해와 다르게 적용하는 것은 소수의견의 치명적인 약점이다. 이 점을 지적하는 위 다수의견에 대한 첫 번째 보충의견에 대응하여 소수의견에 대한 보충의견은 지방자치법 제157조가 행정청과 국민의 관계에 대한 것이 아니라 국가와 지방자치단체 또는 상급 및 하급 지방자치단체의 관계에 대한 것이므로 지방자치단체의 자치권을 보장하려는 헌법적 원칙에 비추어 소수의견과 같은 ‘특수한 해석’이 용인될 수 있다는 점을 내세우고 있다.

만, 민주정치를 ‘자치’로 보는 입장에서는, 그리고 그와 같은 자치로서의 민주정치가 헌법이 보장하는 민주정치라고 보는 입장에서는, 전혀 다른 세 번째 주장이 제기될 수 있음을 확인할 필요가 있다. 흔히 ‘보충성의 원칙’으로 지칭되는 이 주장은 국가 또한 자치의 한 단위로 보면서, 자치는 가능하면 작은 범위에서 이루어지는 것이 바람직하다는 민주정치의 전통에 충실하고자 한다. 따라서 기초지방자치단체가 가장 기초적이고 가장 직접적인 자치의 단위가 되어야 하며, 상급지방자치단체나 국가는 기본적으로 자치가 불가능하거나 자치가 적절치 않은 경우에 한하여 ‘보충적으로’ 필요하게 된다고 주장한다.

이 세 번째 주장을 따를 경우, 본 사건은 정반대로 논의될 수 있다. 지방자치법 제157조 제1항의 헌법적 정당성은 그것을 기초로 기초자치단체의 고유사무에 개입하려는 국가가 위의 ‘보충적 필요’를 입증하는 방식으로 정당화하지 않으면 안 되기 때문이다. 개입이 원칙이 아니라 예외가 되므로, 예외를 주장하는 측이 원고가 되어 이를 입증해야 한다는 것이다. 이렇게 되면 이 판결의 소수의견이 지향하고 있는 바가 더욱 명확하게 드러날 수 있다. 그것은 사실상 서로 다른 두 개의 수직적 관계이론, 즉 국가주의와 자치주의의 모순적 길항관계를 전제로 양자의 균형점을 찾는 논의이기 때문이다.

둘째, 현행 헌법은 지방자치단체의 자치권을 ‘법령의 범위 안’에 제한하고 있는 것처럼 해석될 여지가 있다. 무엇보다 헌법 제117조 제1항이 이처럼 언명하고 있기 때문이다. 지방자치단체의 자치권이 대통령이나 행정 각 부 장관의 명령에 의해서 제한될 수 있다고 해석될 수 있다면, 이는 중대한 문제가 아닐 수 없다. 따라서 헌법개정 시에는 반드시 ‘법률의 범위 안에서’라고 바꾸어 혼란을 방지할 필요가 있다.⁴⁾ 그러나 이와 같은 해석적 오류의 가능성에도 불구하고 현행 헌법의 해석에 있어서도 이처럼 지방자치단체의 자치권을 ‘법령의 범위 안’으로 제한하는 것은 합헌적이라고 보기 어렵다. 무엇보다 그 ‘법령’이 헌법이 보장하고 있는 지방자치단체의 자치권을 존중하는 방향으로 입법되어야 하기 때문이다.

이처럼 ‘법령’의 내용적 제한 또는 내용적 한계가 헌법에

4) 현행 헌법 제117조 제1항도 꼼꼼히 살펴보면 얘기가 달라질 수 있다. 동 규정은 ‘지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다’고 하고 있기 때문이다. 결국 법령의 범위 안에 제약된 것은 지방자치단체의 자치권 전체가 아니라 자치입법권일 뿐이라는 해석도 불가능하지는 않다.

의해 선언된 상황이라면, 결국 이 사건은 지방자치법 제157조 제1항 등이 그와 같은 헌법적 제한 및 한계를 충족시키고 있는지의 관점에서 논의되는 것이 마땅했다. 다시 말해, 국회가 자신에게 주어진 입법재량권을 헌법적 제한 및 한계 속에서 행사했는지의 여부가 논의의 초점이 되어야 했다는 것이다. 하지만, 대법원은 이 점을 전혀 고려하지 않은 채, 지방자치법 제157조 제1항의 해석에 있어서 ‘법령위반’의 의미가 무엇인지를 다루는 좁은 의미의 해석 문제로 시종했다. 이것은 소수의견에도 동일하게 적용될 수 있는 한계이며, 크게 보면 법원의 판결을 헌법소원의 대상에서 제외하는 방식으로 사법과정에서 헌법적 논증의 일반화를 제한하고 있는 현행 법체계의 한계에서 유래하는 것이기도 하다. 기실 이 판결의 소수의견은 지방자치법 제157조 제1항에 관한 위헌법률심판사건에서 제시되는 것이 더욱 바람직했을 내용이 아닌가?

셋째, 이 판결에서 다수의견과 소수의견이 그토록 애써 다루고 있는 ‘재량권의 일탈·남용의 법리’에 관해서 생각해 볼 필요가 있다. 다수의견은 소수의견이 확립된 재량권의 일탈·남용의 법리를 왜곡시켜 법문상의 ‘법령위반’을 과도하게 축소해석하고 있다고 주장한다. 하지만, 문제의 지방자치법 제157조 제1항을 살펴보자. 거기 어디에 ‘재량권의 일탈·남용’이라는 개념이 제시되어 있는가? 주지하듯이 ‘재량권의 일탈·남용의 법리’는 행정법 일반이론에서 소위 자유재량이론을 극복하기 위하여 개발되었던 논리이다. 따라서 그것은 출발점에서부터 법문에 없는 내용을 덧붙이는 일종의 해석법학 일반조항의 논리였던 것이다.

그러므로 만약 그와 같은 해석법학적 일반조항의 논리가 필요 없는 상황이라면 당연히 그것은 배척되는 것이 옳다. 다시 말해, ‘재량권의 일탈·남용의 법리’가 일반화되고, 그리하여 입법자가 이를 충분히 고려할 수 있는 상황이라면, 특별한 사정이 없는 한, 사법부가 그와 같은 해석법학적 일반조항을 기초로 판결하는 것은 자제되어야 마땅하다는 것이다. 법문이 ‘법령위반’이라고 하고 있는데, 굳이 “그 내용은 ‘재량권의 일탈·남용’을 제외하는 것이다”라고 해석할 필요가 어디에 있는가? 오히려 그 내용에 ‘재량권의 일탈·남용’도 포함된다’고 주장하는 쪽에서 이 정당성을 입증할 필요가 있다. 이 점에서는 소수의견 역시 해석법학 중심주의의 틀 속에서는 전혀 자유롭지 못하다는 비판에 직면할 수밖에 없다.

결국 이 판결에서 시민들이 목도하게 되는 것은 ‘2할 자치’의 사법적 정당화 논리일 뿐이다. 대법원은 여전히 국가를 원칙으로 자치를 예외로 이해하면서, 법령을 위반할 경우

그마저도 언제든지 회수할 수 있다고 선언하고 있다. 단지, 그 엄혹한 초집권주의의 논리에 자치의 현장인 헌법의 이름으로 이의를 제기하는 소수의견이 해석법학적 일반조항의 논리 속에서나마 희망을 주고 있다고나 할까? 그 점에서 이 판결의 최대의 성과는 나름대로 애국심을 담고 있는 사법적 초국가주의의 시국선언문(양승태)을 시대착오적으로 읽을 수 있는 여유를 확보해 준 것 정도가 아닐까?□

사건의 발단과 결과

지난 3월 22일 대법원 전원합의체(주심 김용담 대법관)는 “광역단체장이 기초단체 공무원의 승진처분을 취소하는 것은 부당하다”며 울산복구청(이하 복구청)이 울산광역시(이하 울산시장)를 상대로 낸 승진임용직권취소처분 청구 소송에서 원고패소 판결을 하였다. 이번 대법원의 판결은 국가와 지방자치단체간의 의견대립이 발생했을 때 국가의 효율적인 통제를 더 중요하게 판단했다는 점에서 지방자치를 심각하게 침해하는 권위주의적 판결이다.

이 소송의 발단은 복구청 소속의 파업참여 공무원에 대한 울산시장의 징계의결을 복구청장이 거부한 것부터이다.

2004년 11월 15일 공무원노조 파업 때 복구청 소속 공무원은 213명이 참가하였다. 행자부와 울산광역시는 가담자 전원에 대해 중징계 방침을 세우고, 복구청에 중징계 상신을 요구하였다. 하지만 당시 이상범 복구청장은 “행자부와 울산시의 요구가 지방자치제도 자체에 대한 심각한 위협이자 지나친 간섭과 월권이므로 거부하겠다”는 입장을 밝히고 자치단체장의 인사 및 징계권한을 가지고 행위 정도에 따라 노조간부 8명에 대해서는 자체 징계위에 회부하고, 나머지 단순 가담자 205명에 대해서는 구두 경고 및 훈계 처리하겠다는 방침을 밝혔다.

2005년 2월 3일 정기인사에서 복구청은 파업에 참가했으나 사안이 경미한 단순가담자 일부를 인사위원회 심사를 거쳐 승진 임용하였다. 이들이 울산시에서 요구하는 중징계대상자로 분류되기는 하나 그 정도가 경미하여 승진임용에 결격사유가 될 만한 사안이 아니라고 판단했기 때문이다. 징계위원회에 회부되어 있지 않은 승진 후보자들을 제외시킬 만한 법적 근거도 없었고, 당시 복구청 담당 공무원이 행자부에 질의하여 징계위원회에 회부되지 않은 상태라면 승진임용 제외 사유가 아니라는 회시를 받았기 때문이다.

그러나 복구청에서의 승진임용 사실이 알려지자, 행자부와 울산광역시는 징계상신을 거부하고 승진시킨 것은 고의적인 항명이고, 법질서를 뒤흔드는 것이라고 간주하여 즉각

임용 취소를 요구하였다. 복구청이 요구를 따르지 않자 지방자치법 제157조 1항(2007년 5월17일 지방자치법 일부개정령에 의해 관련조항이 169조로 변경되었으나 판결문 등 관련 자료에 157조로 표현되어 있기 때문에 이글에서는 편의상 157조로 하겠다)을 근거로 울산광역시장직권취소 처분을 내렸고, 복구청이 이에 직권취소 처분에 대한 취소 소송을 하였다.

관선시대를 능가하는 중앙집권적 사고에 져온 중앙정부

먼저 이 사건의 발단이 된 공무원 파업을 둘러싼 중앙정부의 행위가 합리적이고 정당한 수준이었는가 살펴볼 필요가 있다. 중앙부처 장관들이 합동으로 연가 허용 불가 방침을 밝히면서 “연가 허용 및 파업참가자가 많은 자치단체에 불이익을 준다”거나 “파업참가자 전원에 대해 배제징계 지침을 시달하고 따르지 않는 자치단체에게는 문책과 예산상 불이익을 주겠다”며 자치단체에 중앙정부의 지침을 따르도록 강제하였다.

지침을 거부한 울산 복구청과 동구청에 대해서 실제 예산상의 불이익이 발생했는지는 알 수 없으나 울산시 조정교부금 배분이나 국시비의 지원에서 계속 논란이 된 것은 사실이다. 과연 중앙정부가 지역주민의 삶의 문제와 직결된 자치단체의 예산을 담보로 입장이 다른 자치단체장을 압박할 수 있는 것인지 의문스럽다. 정부가 잘 쓰는 표현을 빌리자면, 정부는 자신의 주장을 관철시키기 위해 지역주민을 볼모로 삼아도 된다는 것인가?

이와 같은 정부의 행위는 공무원 노조의 파업에 대한 동의 여부를 떠나 과거 관선시대와 권위주의 시대에 사도에 대한 중앙정부의 간섭과 통제에서 한 발도 전진하지 못했다. 이는 인사와 예산을 무기로 언제든지 자치단체를 통제할 수 있다는 중앙정부 관료의 권위주의적 모습을 전형적으로 보여주는 사건이다.

시대를 역행하는 대법원의 판결

이 사건의 쟁점은 지방자치법 제157조 제1항에서 “지방자

치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 상급지자체장이나 주무부 장관이 시정명령이나 취소, 정지할 수 있다”는 조항을 적용하여 복구청장의 복구청소속 공무원 승진이라는 자치사무를 임용권자인 울산시장이 감독권을 행사해 취소하는 것이 적법하느냐 하는 것이다.

판결문에서 다수의견은 “지방자치행정은 국가통치질서 내에서 인정되고 국가법질서에 대한 위반은 통제되어야 한다고 전제하고 불법파업에 참가한 공무원들의 행위는 임용권자의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당함이 명백한데 원고(이상범 전 울산복구청장)가 오히려 승진임용시킨 것은 자치단체장의 재량권의 범위를 이탈한 위법한 처분이고” 따라서 “승진처분을 취소한 것은 지방자치법 157조 제1항에 근거한 것으로 적법하다”고 밝히고 있다.

이에 대해 소수의견은 “국가와 지방자치단체가 의견이 일치하지 않는 경우 자치사무에 관한 지방자치의 본질상 당해 지역 주민들로부터 민주적 정당성을 부여 받은 지자체의 의사가 우선해야 한다”며 “그럼에도 국가나 상급지자체가 하급지자체와의 견해 차이를 법령위반이라고 단정해 자치단체장의 처분을 취소하는 것은 헌법에 보장된 본질적 내용을 침해할 개연성이 매우 크다”고 밝히고 있다. 또한 “지방자치법 157조 1항에서 말하는 ‘법령 위반’의 의미는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 할 필요성이 있다”고 제기하고 있다.

지방자치의 주인인 지역주민은 어떻게 해야 하나?

다수와 소수의견이 7:5로 팽팽하게 맞설 정도로 매우 치열한 사건임에 분명해 보인다. 하지만 법률 전문가가 아닌 이상 이론적으로 법리논쟁에 접근하기는 어렵지만 상식적인 차원에서 과도한 중앙정부의 지침에 의해 지방자치가 제한되는 것은 분명 바람직하지 않다. 특히 명백하게 실증법을 위반했다고 보기 어려운 이번 사건의 경우 지방자치법 157조 1항을 엄격하고 제한적으로 해석해야 한다는 소수의견에 동의가 간다.

또한 관선시대도 아닌데 지방자치단체의 위법에 대한 판단을 상급지방자치단체나 주무부서에서 하고 자치단체의 행정행위를 취소시킬 수 있는 것은 과도하게 지방자치를 침해할 소지가 있다. 그리고 한시법이긴 하나 지방분권특별법 12조 제2항에 “국가는 지방자치단체의 조직 및 정원에 관하여는 필요한 최소한의 기준만을 정함으로써 지방자치

단체의 조직운영과 인력관리의 자율성을 최대한 보장하여야 한다”는 조항과도 충돌하고 있다.

징계결과에 비추어 봐도 대법원의 판결은 부당하다.

또한 이 판결이 정당한가를 알기 위해서는 다수의 의견처럼 울산시에 의해 승진이 취소된 공무원들의 행위가 승진을 제한받아야 할 위법한 행위인지 살펴봐야 한다.

앞에서 말했듯이 복구청에서 당시 파업에 참가한 공무원은 총 213명이었다. 당시 행자부 및 울산시의 지침에서는 파업참가 전원이 배제 징계에 해당된다고 했지만 실제 징계 및 소청심사까지 종결된 결과를 보면 해임 3명, 감봉 8명, 견책 30명, 불문경고 172명으로 대다수의 공무원들이 승진이 제한될 정도의 징계를 받지 않았다. 특히 2005년 2월 3일자로 승진 임용되었다가 울산시장에 의해 직권취소처분 대상이 되었던 6명은 전원 ‘불문경고’로 결정되어 승진을 제한 받거나 취소 처분되어야 할 대상이 아니다.

이는 울산시가 행자부의 지침에 따라 강력하게 징계를 적용했을 것을 감안하면 당시 이상범 복구청장이 밝힌 자체 징계 방침이 합리적이었음을 입증하고 또한 그것과 연관된 승진 또한 상식적이고 합리적 범위에서 이뤄졌음을 알 수 있다.

그럼에도 대법원이 단지 행자부와 울산광역시의 지침을 거부했다는 이유만으로 원고 패소 판결한 것은 중앙정부 못 지않게 사법부도 권위주의 시대의 구태를 벗지 못했다는 증거이며 이 사건이 현재 대법원에 계류 중인 민주노동당이갑용 전 동구청장, 이상범 전 복구청장의 직무유기 건에 영향을 받았다는 의심을 지울 수가 없다.

공무원 노조 파업 사건과 관련해서 중앙정부와 울산시에 의해 구청장은 직무유기로 고발되어 직무가 정지되었고 관련된 자치행정은 모두 취소되었다. 그리고 법원은 차례대로 중앙정부와 울산시의 입장에 손을 들어주고 있다. 나도 개인적으로는 복구주민이다. 나와 주민들이 정당하게 복구청장에게 위임한 민주적 권리가 중앙정부와 울산시에 의해 제한되고 권위적인 사법부에 의해 훼손되었다. 이런 일련의 과정에서 지방자치의 주인인 지역주민은 어떤 역할을 할 수 있는지 그리고 어떻게 자신의 민주적 권리를 지켜야 하는지 의문스러울 따름이다.□

정치와 법치 그리고 자치

김광수 교수(명지대학교 법과대학)

정치논리와 자치논리 그리고 법치의 논리가 착종된 사안

신자유주의의 조류 속에서 사람들의 행위는 경제적 동기에 의하여 이루어지는 경향이 강화되고 있다. 즉, 현대인은 자기에게 얼마만큼의 현실적인 경제적인 이득이 보장되는가를 기준으로 행동한다. 그러나 또한 사람은 규범적인 존재이다. 사람의 행위는 사회가 요구하는 일반적 질서에 합치하여야 하며, 그렇지 못할 때에는 제재를 당할 수 있다. 문제는 사회가 복잡하게 발전할수록 생활관계에 따라서 요구되는 규범이 다를 수 있으며, 서로 상충모순될 수 있는 점이다.

이번 광장에 나온 판결례는 우리 사회에 서로 갈등관계에 있는 정치논리와 자치논리 그리고 법치의 논리가 착종하는 점에서 큰 흥미를 자아낸다. 이에 관하여 이교수 교수가 비평을 요령있게 한 바 있다. 이 글은 이교수의 비평과 관련하여 행정법적인 측면에서 판결이 가지는 의의를 나름대로 설명하기 위하여 정리하였다.

인간의 모든 행위는 정치적인 것이고, 정치와 자치가 서로 연결·보완되는 일이 세계 각국의 보편적인 현상이라 하지 만 우리 사회에서 지방자치에 대한 정치에 대한 관여(특히 정당공천제)는 많은 부작용을 낳고 있다. 지방자치법의 개정으로 지난 지방선거에서 기초의원까지 정당이 공천함으로써, 지방자치는 중앙정치에 대한 종속성이 심화되었다. 지방 가운데는 한 정당에서 단체장과 의회의 다수를 점하게 되면서 서로간의 견제에 따른 균형이 이루어지지 못한다. 정치가 자치에 영향을 미치면 지방의 공무원들도 지방 정치권력의 향배에 더 민감하게 반응하며 정작 주민의 복리는 뒷전에 밀릴 수밖에 없게 된다. 공무원노조 설립에 관련된 이번 사안은 얼마간 이런 경향을 보여주었다. 다시 말하면, 구청장과 시장(그리고 정부)간의 공무원노조의 설립을 둘러싼 힘겨루기가 지방자치 행정에 큰 영향을 미친 것이다.

정치와 법치 사이의 지방자치

헌법은 제117조에서 지방자치단체는 “법령의 범위 안에서” 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 하였다. 지방자치법

제15조에서도 같은 의미의 조례제정권의 범위에 관한 규정을 두고 있다.

지방자치의 본질을 두고 주민자치를 주장하는 입장과 단체자치를 주장하는 입장이 서로 나뉘어져 있다. 주민자치를 주장하는 입장에서는 지방자치단체의 자율성을 폭넓게 인정하고자 한다. 반면 단체자치를 주장하는 입장에서는 지방자치에 대한 법적 위임과 통제를 강화하려고 한다. 본대상 판결에서는 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정할 때에는 상급단체장이나 주무부장관이 시정조치를 명하고, 그 기간 내에 이행하지 않을 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다고 하였다.

이 사안에서는 시장이 파업에 참여한 공무원에 대하여 징계를 하도록 요구하였음에도 이를 이행하지 않고 오히려 당해 공무원을 승진시키자 광역시장이 승진처분을 취소하였는데, 이 조치가 적법한 것인지의 여부가 소송으로 다투어졌다.

자치에 관한 법적 통제의 범위

지방자치법에서 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다고 규정하고 있다. 여기서 “법령에 위반하는” 것에 “재량의 일탈이나 남용”이 포함되는가가 쟁점이 되었다. 대법관 8인이 가담한 다수설은 자치사무에 관하여도 “재량의 일탈이나 남용”이 있으면 취소의 대상이 되어야 한다고 해석하고, 이 사안에서 전국공무원노동조합의 집회에 참석한 공무원을 징계하지 않고 승진 임용한 것은 재량권의 일탈 남용에 해당된다고 하였다. 이에 대해 대법관 5인이 지지한 소수설은 재량의 일탈이나 남용은 자치사무에 대해서는 취소의 대상이 되는 “법령의 위반”이 되지 않는 것으로 보았다. 소수설의 보충의견을 낸 이홍훈 대법관은 개인의 권리구제에 이용되는 재량통제론이 자치사무에 관한 사법적 통제의 논리로 이용되어서는 안 된다는 유력한 견해를 내놓았다.

그런데 필자는 법령의 위반을 이렇게 좁게 해석할 경우에 지방자치단체의 사무에 대한 법적인 통제범위가 현저히 좁아지며, 결국 자치사무에 대한 사법적 통제권은 완전히 상

실될 수 있으므로, 재량의 일탈과 남용 또한 법령위반 범위에 포함시켜야 한다고 생각한다.

그러나 이 사안의 경우, 승진 대상이 된 공무원은 아직 징계요구가 되지 않았으므로 정기인사에 누락될 이유가 존재하지 않았고, 이로 인하여 승진 대상이 된 다른 공무원에게 불이익을 끼친 사실은 입증되지 않았으므로, 인사권 행사에 있어서 “재량의 일탈과 남용”은 존재하지 않는 것으로 본다.

중앙정부의 간섭과 사법적 통제는 최소한에 그쳐야

정치와 자치 그리고 법치는 우리 사회의 중요한 질서이다. 자치는 지방의 주민이 자율적인 의사에 의하여 공동체의 복지를 추구하는 제도이다. 그러므로 중앙정부의 간섭과 사법적 통제는 최소한에 그쳐야 한다. 특히 자치사무는 지방자치단체의 고유한 권한이므로 사법부도 예외적인 범위에서만 이에 대한 통제를 하여야 한다. 지방자치가 정치논리에 막혀서 오랜 기간 억제되었다가 87년 민주화 항쟁 이후에 주민의 손에 다시 쥐어진 역사를 되돌아보면, 어떠한 이유로든 자치를 통제하고 제한하려는 시도는 더 이상 용납되어서는 안 될 것이다.

그러나 지방자치단체도 국가 법질서의 바깥에 존재하는 것은 아니다. 법적 제도와 권한의 범위 안에서 의결행위와 법집행행위를 할 수 있다. 자치사무는 주민의 복리를 위하여 지방자치단체에 맡겨져 있다. 자치사무 수행 공과의 법적 통제는 법의 취지상 “법령의 위반”이 있는 경우로 제한되어야 한다. 자치사무의 수행에 관한 일, 즉 자치재량의 행사에 있어서도 그 일탈과 남용이 있는 경우는 사법적 통제의 대상이 된다. 참고로 행정법학에서 재량의 일탈은 재량권의 법적인 범위를 넘은 것이고, 남용은 재량권 부여의 목적이나 취지를 왜곡하여 다른 목적에 이용한 것은 말한다.

다시 말하면 재량의 일탈과 남용은 재량권 행사의 당부당을 넘은 범위반을 의미하는 것이다. 다만 여기서 재량권의 일탈과 남용은 사법부의 관점에서 판단할 일이 아니라, 지방자치단체에서 당해 사무를 수행함에 있어서 판단의 근거가 된 제반 기록을 토대로 재검토하여야 할 것이다. 만일 지방자치단체장(이 사안에서는 구청장)이 사무를 수행함에 있어서 나름대로의 논리와 판단으로 처분을 하였다면 그에 대하여 사법부는 자신의 견해를 가지고 이를 위법으로 평가한다든지 하는 행위를 하여서는 아니 될 것으로 본다. 그런 점에서 이번 대법원 판결에 대해서 자치사무의 사법적 판단 범위에 대한 기본적인 입장에는 동의하면서도 그 판단의 구조에 대해서는 이견을 제시하는 바이다. 즉, 구청

장의 소외 공무원 승진임용 행위에 재량권 행사의 일탈 남용이 있었다는 다수 대법관의 의견에는 동의하지 못한다.

□