

대 법 원

판 결

사 건 2005추62 승진임용직권취소처분취소청구
원 고 울산광역시 북구청장
소송대리인 법무법인 한결 외 1인
피 고 울산광역시장
소송대리인 법무법인 국제
담당변호사 하만영
변 론 종 결 2006. 12. 14.
판 결 선 고 2007. 3. 22.

주 문

원고의 청구를 기각한다.

소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

피고가 2005. 6. 7.자로 원고에 대하여 한 승진임용 취소처분을 취소한다.

소송비용은 피고가 부담한다.

이 유

1. 이 사건 처분의 경위

다음 사실은 갑 제1 내지 5호증, 갑 제18호증의 1, 2, 을 제1 내지 23호증, 을 제27호증의 1 내지 80의 각 기재와 행정자치부에 대한 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 인정되고, 이에 반하는 갑 제8호증의 1 내지 갑 제13호증의 3의 기재는 믿지 아니하며 달리 반증이 없다.

가. 이른바 전국공무원노동조합(이하 '전공노'라 줄여 쓴다)은 2004. 10.경 당시 국회에 계류중에 있던 '공무원 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률(안)'에 노동3권 중 단체행동권이 포함되어 있지 않다는 이유로 2004. 11. 15. 총파업을 예고하였다. 이에 행정자치부는 2004. 10. 25. '공무원노조 파업시 지방행정의 안정화 대책'을 마련하고, 같은 달 28.에는 시·도지사 및 시장·군수·구청장 앞으로 전공노 총파업 예고 등의 사태에 대해 공직기강과 사회 안정 확립, 서민생활 보호 및 공무원단체 불법집단행동에 대해 엄정 대처할 것을 요구하는 서한을 보냈으며, 같은 달 30.에는 시·도 자치행정국장들을 상대로 쟁의행위 찬반투표 단계를 원천봉쇄하는 등 소속 공무원에 대한 복무관리를 철저히 하여 줄 것을 당부하였다.

나. 피고는 2004. 11. 1. 관할 구·군 부단체장들과 불법집단 행동 가담자의 신속한 징계처리, 징계 및 사법처리를 위한 채증활동 강화를 내용으로 하는 전공노 파업 대비 대책회의를 개최하였고, 정부가 같은 달 4. 행정자치부장관 및 법무부장관 공동 명의로 '총파업과 관련하여 찬반투표를 포함한 일체의 집단행동은 공무원법상 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위로 이를 주동한 공무원은 공직에서 배제하고, 이에 가담한 공무원에 대해서도 전원 엄중 문책하는 한편, 형사처벌 또한 철저히 병행해 나갈 것이니, 국민들의 이해와 협조를 바란다.'는 내용의 대국민 담화문을 발표하자, 피고는 같은 달 6.

부터 각급 관공서, 공공기관 민원실 등을 비롯한 인구밀집지역에 위 대국민 담화문 750부를 게시하였다.

그 후 피고는 2004. 11. 9. 전공노의 총파업 투쟁 결의와 관련하여 특별복무감찰계획을 수립하여 위법자에 대하여 징계업무 처리지침에 의거하여 징계할 것이라는 내용의 공문과 같은 달 6.자 행정자치부의 '전공노 파업참가자에 대한 징계업무처리지침'을 관할 구·군에 시달하였고, 같은 달 10.에는 집단행위와 관련한 무단결근 등 직장이탈행위자는 즉시 징계할 계획이고, 상경 집회 및 파업 등 차단, 집단행위 관련 연가·병가·외출 등을 허가하지 말 것을 관할 구·군에 지시하였으며, 같은 달 12.에는 '전공노 총파업 관련 징계혐의자 조치 추가지침'을 관할 구·군에 시달하였다.

다. 그러나 전공노는 2004. 11. 15. 총파업을 강행하였다가 같은 달 17. 총파업을 자진 철회하였는데, 당시 전국에서 파업에 참가한 공무원은 총 2,520명으로 파악되었고, 그 중 울산광역시 소속 공무원은 울산광역시 동구 312명, 울산광역시 북구 213명 등 총 1,152명에 이르렀으며, 울산광역시 북구청에 근무하는 7급 공무원 소외 1, 2, 3, 9급 공무원 소외 4, 5, 6는 위 파업에 참가하였다.

라. 이에 피고는 2004. 11. 15. 전공노의 총파업에 참여하여 복귀명령에 응하지 아니한 직원(중징계 대상)에 대하여 직위해제 조치하고, 조속한 시일 내에 징계의결을 요구하라고 관할 구·군에 지시하였는데, 원고가 이에 응하지 아니하자 같은 달 24.에 다시 같은 달 26.까지 징계의결요구를 할 것을 촉구하였다.

그러나 원고는 파업에 참가한 공무원들에 대하여 관할 인사위원회에 징계의결요구를 하지 않았고, 이에 대하여 실무자들이 전원 중징계 의결요구를 하여야 한다는 내용을 기안하여 결재를 올리자 이를 결재하지 않은 채 방치하였다.

이에 피고는 2004. 12. 13. 원고에게 조속한 징계처리 이행을 재촉구하였고, 그럼에도 불구하고 원고가 이에 응하지 아니하자, 같은 달 27. 당시 울산광역시 북구청장이었던 이상범을 직무유기죄로 고발하였다.

마. 한편, 원고는 2005. 2. 3. 전공노의 2004. 11. 15.자 파업에 참가한 공무원인 7급 공무원 소외 1, 2, 3을 6급 공무원으로, 9급 공무원 소외 4, 5, 6을 8급 공무원으로 각 승진임용발령 하였다(이하에서는 승진임용발령을 받은 6명의 공무원을 '이 사건 공무원들'이라 하고, 승진임용발령을 '이 사건 승진처분'이라 한다).

바. 그러자 피고는 2005. 3. 2. 1차로 원고에게 이 사건 승진처분을 취소하도록 지시하였고, 같은 해 4. 6. 및 같은 해 5. 6.에도 다시 같은 내용의 지시를 하였으나, 원고는 이 지시에 따르지 않았다.

이에 피고는 2005. 6. 7. 이 사건 공무원들의 행위는 지방공무원법 제58조의 집단행위 금지의무 위반, 제49조의 복종의무 위반, 제50조의 직장이탈금지의무 위반 등의 사유에 해당하므로 지방공무원법 제69조, 지방공무원 징계 및 소청규정 제2조에 의하여 징계의결 요구되어야 함에도 원고가 이를 이행하지 않은 채 오히려 징계의결요구 대상자들을 승진임용발령한 것은 원고의 재량권의 범위를 일탈하였고, 관계법령을 위반하여 징계의결 요구를 하지 않음으로써 지방공무원임용령 제34조의 승진임용 제한요건이 발생되지 않게 하여 승진임용한 것은 위법을 기초로 한 무효행위에 해당한다는 이유로 지방자치법 제157조 제1항에 의하여 이 사건 승진처분을 취소하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 지방자치법 제157조 제1항 전문은 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나

처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다.”고 규정하고 있고, 같은 항 후문은 “이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.”고 규정하고 있는바, 지방자치법 제157조 제1항 전문 및 후문에서 규정하고 있는 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우라 함은 명령이나 처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로, 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다고 할 것이므로, 시·군·구의 장의 자치사무의 일종인 당해 지방자치단체 소속 공무원에 대한 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 된 경우 시·도지사는 지방자치법 제157조 제1항 후문에 따라 그에 대한 시정명령이나 취소 또는 정지를 할 수 있다고 할 것이다.

나. 그러므로 먼저 원고의 이 사건 승진처분이 위법한 것인지 여부에 관하여 본다.

지방공무원임용령 제34조 제1항 제1호에 의하면 공무원이 징계의결요구·징계처분·직위해제·휴직 또는 시보임용기간 중에 있는 경우에는 승진임용될 수 없도록 되어 있고, 지방공무원법 제69조 제1항은 “공무원이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 징계의결의 요구를 하여야 하고 동 징계의결의 결과에 따라 징계처분하여야 한다. 1. 이 법 또는 이에 의한 명령이나 지방자치단체의 조례 또는 규칙에 위반한 때, 2. 직무상의 의무에 위반하거나 직무를 태만하였을 때, 3. 공무원의 품위를 손상하는 행위를 한 때”라고 규정하고 있으며, 제72조 제1항은 “징계는 인사위원회의 의결을 거쳐 임용권자가

행한다.”고 규정하고 있고, 지방공무원 징계 및 소청규정 제2조 제1항은 “법 제7조 제1항의 규정에 의한 임용권자는 소속공무원이 법 제69조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있다고 인정될 때에는 지체 없이 당해 징계사건을 관할하는 위원회에 징계의결을 요구하여야 한다.”고 규정하고 있다.

위와 같은 관계 법령의 내용, 지방공무원법에서 정한 공무원의 집단행위금지의무, 직무상 명령에 복종할 의무, 직장이탈금지의무는 모두 공무원이 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 지고, 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다는 헌법 제7조에 바탕을 둔 것인 점 및 이 사건 변론에서 채택·조사한 관련 증거들에 의하여 나타난 다음과 같은 사정, 즉 당시 전공노는 관계법령에 의하여 그 설립이 허용될 수 없는 단체였고(이 사건 총파업 이후인 2005. 1. 27. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률이 제정되었고, 전공노가 위 법에 따라 노동부장관에게 노동조합 설립신고를 하는 경우 비로소 합법적인 노동조합이 된다고 할 것이다), 공무원들이 위와 같이 전공노의 파업에 참가한 행위는 법률상 금지된 공무원의 단체행동권을 확보한다는 정치적 목적을 위하여 행하여진 집단적 행위로서 당시는 물론 현행법 하에서도 금지되는 행위인 점, 전국적인 규모로 전공노의 불법파업이 예상되는 상황에서 국가는 공직기강과 사회 안정 확립, 서민생활 보호 및 공무원단체의 불법집단행동 금지 등 국법질서 유지를 위하여 부득이 불법파업에 간섭할 수밖에 없고, 이와 같이 국가가 공무원들에게 불법파업에 참여하지 말 것을 요구한 경우 그와 같은 전공노의 불법파업에 참여하지 않는 것이 지방공무원법에서 공무원에 대하여 부과한 각종 의무를 준수하는 것인 점, 그런데도 전공노는 전국적인 규모로 총파업을 강행하였고, 이 사건 공무원들이 전공노의 총파업에 참가하였던 점, 지방자치단

체의 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 위법한 행위를 한 공무원들에 대하여 징계의결을 요구하라고 계속 촉구하였으면 특별한 사정이 없는 한 그 관할구역 안의 지방자치단체는 이를 준수하여야 할 것인 점, 그런데 원고는 불법파업에 참가하여 무단결근이 확인된 공무원들에 대하여 더 이상의 조사도 하지 않은 채 징계의결요구를 계속 거부하여 온 점과 그밖에 공무원단체의 불법집단행동이 공직사회 및 일반국민에 미치는 영향 등 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 공무원들의 행위는 임용권자의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당함이 명백하므로 원고로서는 이 사건 공무원들에 대하여 지체 없이 관할 인사위원회에 징계의결의 요구를 하였어야 할 것임에도 불구하고, 원고는 피고의 여러 차례에 걸친 징계의결요구 지시도 무시하고 이 사건 공무원들에 대하여 징계의결요구를 하지 않았을 뿐만 아니라 오히려 그들을 승진임용시키기에 이르렀는바, 원고가 행한 이 사건 승진처분은 법률이 임용권자에게 부여한 승진임용에 관한 재량권의 범위를 현저하게 일탈한 것으로서 위법한 처분이라 할 것이다.

다. 따라서 피고가 원고에게 기간을 정하여 시정을 명하였음에도 원고가 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하자, 이 사건 승진처분을 취소한 것은 지방자치법 제157조 제1항에 근거한 것으로서 적법하고, 이 사건 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

그렇다면 피고의 이 사건 처분이 위법함을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 이유 없

어 이를 기각하고, 소송비용은 패소자인 원고의 부담으로 하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었으며, 대법관 김용담, 대법관 양승태, 대법관 김황식의 다수의견에 대한 보충의견과 대법관 이홍훈의 반대의견에 대한 보충의견이 있다.

4. 대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견

가. 지방자치법 제157조 제1항 후문 소정의 '법령위반'의 의미

우선, 다수의견은 지방자치법 제157조 제1항 후문에서 규정하고 있는 '사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우'가 시·군·구의 장의 사무의 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함하는 것을 전제로 하고 있으나, 다음과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없다.

지방자치는 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치하여 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것이라고 정의할 수 있는바, 우리 헌법은 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치를 실현하기 위하여 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있다. 우리나라의 지방자치제도 하에서, 지방자치단체의 장은 지방의회와 더불어 주민들의 선거를 통해서 선출되어 그 지역적인 민주적 정당성을 부여받아 주민의 대표기관으로서 자신의 권한과 책임 하에 지방자치단체의 기관을 구성할 수 있고 지방자치단체

의 고유한 사무에 대하여 의사결정을 하고 수행할 수 있어야 하며, 국가 등은 이러한 지방자치단체의 기관구성과 의사결정을 최대한 보장하고 존중하여야 한다.

한편 지방자치행정의 원활하고 효율적인 수행을 위하여, 그리고 행정의 국가전체적인 통일성을 확보한다는 견지에서 일정한 한도에서 국가가 자치단체의 자치행정에 대하여 관여하고 통제하는 것도 가능하여야 하므로, 지방자치단체의 자치사무라 하더라도 자치권이 법령의 규정을 무시하여 제 마음대로 행사되는 것까지 용인되는 것은 아니다. 이러한 견지에서 지방자치법 제157조 제1항에서는 위임사무에 관하여는 지방자치단체장의 명령이나 처분이 '법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때'에, 자치사무에 관하여는 그 명령이나 처분이 '법령에 위반할 때'에 한하여 이를 취소하거나 정지할 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

원칙적으로 국가와 지방자치단체가 의견이 일치하지 않는 경우 자치사무에 관한 한 지방자치의 본질상 당해 지역의 주민들로부터 민주적인 정당성을 부여받은 지방자치단체의 의사가 우선하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 국가나 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체와의 견해 차이를 지방자치법 제157조 제1항 후문을 원용하면서 자치사무에 관하여 '법령위반'이라고 단정하고 지방자치단체장의 명령·처분을 자기 견해에 따라 취소·정지해 버릴 수 있다면, 헌법이 보장하는 지방자치의 본질적인 내용을 침해할 개연성이 매우 클 뿐만 아니라, 현행법 체제 하에서 이를 바로 잡으려면 지방자치단체의 장이 대법원에 소를 제기하여 승소판결을 받아야 하는 지난한 과정을 거쳐야 한다. 특히 복수정당제도와 선거제도에 기초하여 지방자치단체장을 정당공천을 받아 선거에 의하여 선출하는 우리 지방자치제도 하에서는 지방자치단체장이 소속된 정당의 정책이나 정강 또는 정치적 성향에 따라 기본 입장에서부터 크게 차이가 나거나

대립되는 사안들이 있을 수 있는데, 그와 같이 기본 입장이나 가치관에서 대립·상충되는 사안에서는 정부나 상급 지방자치단체가 자기의 견해와 입장에 따라 하급 지방자치단체의 자치사무 처리를 '법령위반'이라고 몰아붙여 취소·정지해 버림으로써 선거에 의하여 확인된 주민들의 자치의사를 무시해 버리고 정부나 상급 지방자치단체의 견해를 강요하는 사태로까지 남용될 위험성을 다분히 내포하고 있다. 따라서 위 지방자치법 제157조 제1항 후문에서 말하는 '법령위반'의 의미는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 할 필요성이 있고, 그와 같은 필요성은 이 사건과 같이 정당 간에 기본적 입장의 대립이 심한 사건에서는 더욱 절실하다 할 것이다.

특히 행정청에게 일정한 재량을 준 경우에는 그 행위가 법령에 기속된 경우보다 더 많은 문제점을 나타낼 가능성이 크다. 재량판단에는 필연적으로 일정한 가치기준이 잣대로서 적용되기 마련이고 그 가치기준의 내용에 따라 재량판단의 결과는 엄청나게 달라질 수 있다. 더욱이 이 사건과 같이 정당의 정강·정책이나 정치적 성향에 따라 또는 개개인의 가치관에 따라 기본입장이 달라질 수 있는 사안에 있어서는 재량판단의 기준에 따라 그 결과가 더욱 큰 차이를 나타낼 수 있다. 이와 같이 지방자치단체장의 소속 정당이나 그 자치단체장의 가치관에 따라 크게 달라질 수 있는 재량판단의 영역에서 사법기관이 아닌 행정기관으로서 국가기관이나 상급 지방자치단체장이 하급 지방자치단체장과 정치적 성향이나 가치기준이 다를 경우 행정적 관여로써 재량권의 한계 위반에 대한 일차적인 판단권을 가지고 개입할 수 있다면, 의도적이든 아니든 자신의 정치적 성향과 법외적인 상황에 따른 잣대를 들이댈 개연성이 크다는 것은 쉽게 추단할 수 있다.

여기에 지방자치법 제157조 제1항 후문을 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역이 침해

되지 않는 방향으로 헌법합치적으로 조화롭게 해석하여야 하는 이유가 있다. 일반적으로 '법령위반'의 개념에 '재량권의 일탈·남용'도 포함된다고 보는 것은 사실이다. 그러나 지방자치법 제157조 제1항에서 정한 취소권의 행사요건은 위임사무에 관하여는 '법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때', 자치사무에 관하여는 '법령에 위반하는 때'라고 규정되어 있어, 여기에서의 '법령위반'이라는 문구는 '현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때'와 대비적으로 쓰이고 있다. 그런데 재량권의 한계 위반 여부를 판단할 때에 통상적으로는 '현저히 부당하여 공익을 해하는' 경우를 바로 '재량권이 일탈·남용된 경우'로 보는 견해가 일반적이므로 위 법조항에서 '현저히 부당하여 공익을 해하는 경우'와 대비되어 규정된 '법령에 위반하는 때'의 개념 속에는 일반적인 '법령위반'의 개념과는 다르게 '재량권의 일탈·남용'은 포함되지 않는 것으로 해석하는 것이 법문 자체의 구조상으로도 합리적이라고 보아야 한다. 이와 같은 해석은 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 재량판단의 영역에서는 국가나 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체의 자치사무 처리에 개입하는 것을 엄격히 금지하여야 할 논리적 필요성에 의하여도 명백하다. 그리고 가사 이론적으로는 합목적성과 합법성의 심사가 명확히 구분된다고 하더라도 '현저히 부당하여 공익을 해한다는 것'과 '재량권의 한계를 일탈하였다는 것'을 실무적으로 구별하기 매우 어렵다는 점까지 보태어 보면, 지방자치법 제157조 제1항 후문의 '법령위반'에 '재량권의 일탈·남용'이 포함된다고 보는 다수의견의 해석은 잘못된 것이다.

우리 지방자치법 제157조 제1항이 위와 같이 통상의 경우와는 달리 '현저히 부당하여 공익을 해하는 경우'와 '법령에 위반된 경우'를 대비하여 후자만을 자치사무에 대한 개입의 요건으로 규정한 것은 지방자치단체의 자치사무에 대한 감독은 지방자치의 본질

적 내용을 보장하라는 헌법적 가치와 제약 하에서 행사되어야 하고, 그러한 사고 하에서 '재량권의 일탈·남용'에 대하여는 국가나 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체의 자치사무 처리에 개입하는 것을 금지한다는 입법의지를 구체화한 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

결론적으로 이 사건에서, 상급 지방자치단체장인 울산광역시장이 하급 지방자치단체장의 자치사무이자 재량행위인 이 사건 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 법령에 위반되었다는 이유로 지방자치법 제157조 제1항 후문을 근거로 취소권을 행사하였다면, 앞에서 본 바와 같이 위 법조항 소정의 법령위반은 재량권의 일탈·남용을 포함한다고 할 수 없으므로, 위 취소권의 행사는 이미 위법한 것임이 분명하다.

나. 징계의결요구를 하지 않은 것이 승진처분에 관한 법령위반이 되는지 여부

다음으로, 원고의 이 사건 승진처분이 재량권의 일탈·남용 이외의 법령위반 사유가 있는지 살펴본다. 우선 원고의 승진처분으로 승진을 하였다가 피고에 의하여 승진이 취소된 이 사건 공무원들은 각기 다른 사유를 들면서 집단행동에 적극적으로 가담한 사실을 부인하고 있어 과연 그들이 징계의결요구의 대상이 되는 것인지도 불분명하다. 설령 피고의 주장처럼 위 공무원들이 집단행동에 적극적으로 가담하였다 하더라도 이 사건 승진처분이 법령에 위반되었다고 하기 위해서는, 지방자치단체의 장이 징계요구를 할 의무가 있는데 이를 이행하지 않았으니 외형상 징계요구가 없었지만 징계의결의 요구가 있었던 것과 같이 다루어야 한다는 것을 전제하여야 한다.

지방공무원법 제69조 제1항은 공무원이 징계사유에 해당하는 경우에는 “...징계의결을 요구하여야 하고...”라고 규정하고 있고, 지방공무원 징계 및 소청규정 제2조 제1항도 임용권자는 소속공무원이 징계사유가 있다고 인정될 때에는 “지체 없이 당해 징계사건

을 관할하는 위원회에 징계의결을 요구하여야 한다.”고 규정하고 있어서, 임용권자는 소속공무원의 징계 사유가 있다고 인정될 때에는 지체 없이 당해 징계사건을 관할하는 위원회에 징계의결을 요구하여야 하는 것으로 되어 있다. 그러나 지방공무원법 제69조 제1항에서 열거된 징계사유는, ‘이 법 또는 이에 의한 명령이나 지방자치단체의 조례 또는 규칙에 위반한 때’, ‘직무상의 의무에 위반하거나 직무를 태만하였을 때’, ‘공무원의 품위를 손상하는 행위를 한 때’인바, 당해 공무원이 위 징계사유에 해당하는 행위를 하였는지 여부에 관한 판단권은 당연히 당해 임용권자에게 일차적으로 부여되어 있는 것이고, 그 판단은 가급적 존중되어야 하는 것이다. 국가나 상급 지방자치단체가 징계 요구에 관한 하급 지방자치단체의 의견을 존중하여야 하는 이유는, 사안에 따라 국가 등이 앞서 언급한 바와 같이 정치적 성향이나 법외적인 상황에 경도되어 판단할 가능성이 충분히 있고, 사안의 실체나 당해 공무원의 신상을 당해 임용권자보다 더 잘 알 수 없기 때문이라는 점도 있다.

또한 지극히 경미한 징계사유가 있는 경우에도 반드시 징계의결요구를 하여야 하고 이를 하지 않으면 법령을 위반한 것으로 보아야 하는지도 의문이다. 다수의견과 같이 일단 모든 징계사유에 대하여 예외없이 기속적이고 의무적으로 징계의결요구를 하고, 사안의 경중을 가리지 아니한 기계적인 징계의결요구로 발생하는 문제점은 관할 징계위원회에서 적절히 징계양정을 함으로써 보완할 수 있다고 하더라도, 처벌가치가 없어 보이는 것이 명백한 경미한 비위행위에 대하여도 반드시 징계요구를 한 다음 징계절차에서 불문 등으로 처리하는 과정을 필요적으로 거치도록 한 것이 위 법규정의 취지라고 해석하는 것은 너무 형식적인 해석으로서 받아들이기 어렵다. 따라서 임용권자인 지방자치단체의 장은 소속 공무원에게 지방공무원법 제69조 제1항에 열거된 징계사유

에 해당하는 사유가 있는 경우에도 그 정도를 참작하여 징계에 회부할 것인지를 1차적으로 판단할 수 있는 재량권을 갖고 있다고 보는 것이 합리적인 해석이라 할 것이다. 그리고 이 사건과 같이 특정 지방자치단체에서 상당수의 공무원에게 징계사유가 발생한 경우에 그 공무원들에 대하여 모조리 징계의결요구를 하게 된다면, 징계의결요구 자체가 당해 공무원들의 사기를 저하시키고 근무의욕을 상실하게 하는 등 경우에 따라서는 당해 지방자치단체의 원활한 운영 자체에 심각한 지장을 초래할 위험성도 예상할 수 있는데, 임용권자로서는 징계요구 여부를 결정함에 있어 이러한 점도 함께 고려할 수 있는 요소라고 할 것이다. 이 사건에서 당시 전국에서 파업에 참가한 공무원의 숫자는 총 2,520명이고 그 중에서 울산광역시 동구의 공무원은 312명, 울산광역시 북구의 공무원은 213명에 이르는바, 이들 모두를 징계에 회부한다면 해당 지방자치단체는 조직운영상 어려움이 적지 않았을 것으로 생각되고, 이러한 사정까지를 감안하여 이 사건 공무원들에 대하여 징계의결을 요구하지 아니한 원고의 조치를 위법하다고 단정할 수는 없을 것이다.

지방공무원의 승진임용과 관련하여, 지방공무원 임용령 제34조 제1항 제1호에서는, 공무원이 징계의결요구·징계처분·직위해제·휴직 또는 시보임용기간 중에 있는 경우에는 승진임용될 수 없다고 규정하고 있다. 위 규정은 공무원에게 해당 사유가 있는 경우 승진임용을 제한한다는 것으로서 당사자의 권익을 제한하는 규정인바, 것처럼 권익을 제한하는 규정은 엄격하게 해석하여야 하는 것이다. 위 규정에서 승진제한사유로 규정한 것은 '징계의결요구 중'이라고만 되어 있을 뿐인데, 이를 확대해석하여 임용권자가 '징계의결요구를 하여야 할 의무를 이행하지 않은 때'까지로 넓혀서 해석할 수는 없다. 이 법원도 현실적으로 징계의결요구를 하지 아니한 이상 당해 공무원이 승진임

용 제한사유인 징계의결요구 중에 있는 경우라고 할 수 없다고 선언한 바 있다(대법원 1998. 7. 10. 선고 97추67 판결 참조).

따라서 지방자치단체의 장이 징계의결요구를 할 의무가 있는데 이를 이행하지 않았으니 외형상 징계의결요구가 없었지만 징계의결의 요구가 있었던 것과 같이 다루어야 한다는 전제는 어느 모로 보나 성립될 수 없는 것이므로, 원고가 당해 공무원들에게 징계의결요구를 하지 않았다고 하여 이 사건 승진처분이 법령을 위반한 것이라고 볼 수는 없다.

다. 이 사건 승진처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부

앞서 본 바대로 지방자치법 제157조 제1항 후문에서 말하는 '법령위반'은 '재량권 일탈·남용'을 포함하는 개념이 아니라는 것을 충분히 논증하였으나, 설령 다수의견이 해석하는 바와 같이 위 법조항에서 말하는 '법령위반'이 통상적인 개념과 마찬가지로 '재량권의 일탈·남용'을 포함하는 것이라고 하더라도, 피고의 취소권 행사가 적법하기 위해서는 원고의 이 사건 승진처분이 재량권의 한계를 지키지 못하였다는 것이 전제되어야 한다.

그러나 승진처분은 한 공무원의 일순간의 과오만이 아니라 근속기간이나 경력, 근무성적, 상훈 등을 두루 살펴서 행하여지는 것으로서, 임용권자의 판단과 재량이 전적으로 존중되어야 하는 것이다. 이미 앞에서 본 바와 같이 이 사건 승진처분의 대상이 된 공무원들은 징계의결요구 중에 있는 자들도 아니고, 피고가 취소권을 행사할 당시에는 징계의결요구가 된 상태라고 하더라도 어느 정도의 징계를 받을지 아니면 징계를 받지 않을지를 알 수가 없는 상황이었다. 그럼에도 불구하고 위 공무원들의 공적 등 다른 어떠한 사정도 고려함이 없이 단지 원고가 징계의결요구를 하였어야 하나 하지 않았다

는 이유 하나만으로 이 사건 승진처분이 취소되어야 할 정도로 재량권을 일탈·남용한 것이라고 단정할 수는 없는 것이다. 더욱이 이 사건 해당 공무원들은 사후에 징계위원회에 회부되어 가장 가벼운 형태인 불문경고를 받았을 뿐인데, 과연 징계절차를 밟았다고 하더라도 불문경고에 그치게 될 공무원에 대하여 여러 가지 사정을 참작한 끝에 징계의결요구를 하지 아니한 원고의 행위가 재량권을 일탈하거나 남용한 위법한 행위라고 평가될 수 있을지는 지극히 의문이다. 아래에서 보는 바와 같이 불문경고로 그칠 가벼운 징계사유에 대하여 징계요구를 하지 아니한 원고의 조치가 재량권의 일탈·남용이라고 보아 그들에 대한 승진처분을 취소한 피고의 행위가 오히려 과도한 것으로서 재량권을 위반한 것으로 평가되어야 할 처지에 있는 것을 보면, 원고의 이 사건 처분이 재량권 위반이라고 보는 다수의견의 견해는 피고의 이 사건 취소처분의 적정성과 대비하여 볼 때에 주객이 전도된 것이 아닌가 하는 생각마저 든다.

따라서 원고의 이 사건 승진처분이 재량권을 일탈·남용하였다는 다수의견은 수긍할 수 없다.

라. 피고의 취소권 행사에 재량권의 일탈·남용은 없는지 여부

다수의견과 같이 이 사건 승진처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법한 것이므로 이를 취소한 피고의 처분이 적법하다고 하기 위해서는, 피고의 이 사건 취소권의 행사 또한 재량권을 일탈·남용하지 않은 것이 다시 한번 더 전제되어야 한다. 즉, 재량행위인 원고의 자치사무 수행내용의 위법성 여부 외에도 또 다른 재량행위인 피고의 감독권 행사의 위법성 여부도 독자적으로 판단되어야 한다.

이미 앞에서 본 바와 같이 공무원 승진임용은 임용권자의 판단이나 재량이 특히 존중되어야 하는 분야이고, 기본적으로 지방자치단체의 자치사무에 해당하는 사무이며, 국

가 등의 자치사무에 대한 감독권 행사는 지방자치를 보장하는 범위 내에서 최소한도로 이루어지는 것이 헌법합치적인 해석이다. 따라서 자치사무에 대한 취소권의 행사는 지방자치단체의 자율적인 책임 수행을 제한하지 않는 범위 내에서 취소권 행사의 구체적 결과가 자치사무 수행에 관한 지방자치단체의 결정권을 크게 위축시키거나 무의미하게 하지 않는 방향으로 이루어져야 하고, 이를 넘어선 경우 그 취소권의 행사가 오히려 재량권의 일탈·남용에 해당하게 된다.

그런데 이 사건에서, 당해 공무원의 비위정도가 겨우 불문경고를 받을 만큼 경미하였다는 사정이나 당해 공무원들에게 승진임용을 저해하는 위와 같은 사유 외에 승진임용을 수궁하게 하는 공무원 개인의 근무성적과 같은 구체적인 인적 사정 등을 모두 감안하더라도 이 사건 승진처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수밖에 없다는 점에 관하여 피고가 충분히 숙고하고 판단한 끝에 이에 대한 취소권을 행사하게 된 것이라고는 보이지 않는다. 따라서 피고의 이 사건 취소권 행사가 오히려 재량권을 일탈하거나 남용하였을 여지가 많다고 보아야 한다.

나아가 살피건대, 다수의견이 밝힌 바와 같이 피고의 처분은 이 사건 집단행동에 참가한 다른 공무원들과의 전국적인 징계의 형평성이나 공직사회 또는 일반국민들에게 미치는 영향 등 피고의 입장에서 본 정책적 목적에서 행사된 것임을 숨길 수 없기 때문에, 그러한 피고의 취소권 행사는 이 사건 승진처분 자체가 갖고 있는 위법성의 차원이 아니라 피고의 가치기준에 따른 공익목적의 차원에서 판단된 결과라고 보인다. 그러나 지방자치법 제157조 제1항 후문이 규정하는 '법령위반'을 '재량권의 일탈·남용'도 포함하는 것이라고 해석하더라도, 그 취소권의 행사가 재량행위의 위법성을 제거 또는 시정하기 위한 목적에서 행사되는 것이 아니라 국가나 상급 지방자치단체의 다른 정책

적 또는 공익적 고려를 위하여 행사되는 것은 위 법조항의 입법취지와 헌법상 지방자치제도의 기본이념에 반하는 것이다. 이 점에서 보아도 피고의 이 사건 취소권 행사는 재량권을 일탈하거나 남용한 것으로서 위법한 것이다.

마. 결론

다수의견은 지방자치법 제157조 제1항 후문의 '법령위반'의 의미를 지방자치제도의 헌법적 의미를 고려하여 실질적으로 해석하지 아니하고 형식적 해석에 그쳤으며, 원고의 이 사건 승진처분이 법령에 위반되거나 재량권을 일탈·남용한 것이 아님에도 법령을 위반하였다고 판단하였고, 오히려 피고의 이 사건 취소권의 행사가 재량권을 일탈·남용한 것임에도 이를 간과하였다고 할 것이다. 그러므로 피고가 지방자치법 제157조 제1항 후문을 근거로 원고의 이 사건 승진처분에 대하여 취소권을 행사한 것이 적법하다고 보아 원고의 이 사건 청구를 기각하여야 한다는 다수의견에 반대하는 바이다.

5. 대법관 김용담, 대법관 김황식의 다수의견에 대한 보충의견

대법관 김용담, 대법관 김황식은 반대의견에 대한 비판을 통하여 다수의견을 보충하려고 한다.

가. 반대의견은 먼저, 지방자치에 있어 국가와 지방자치단체 사이 또는 상급 지방자치단체와 하급 지방자치단체 사이에 “지방자치단체장이 소속된 정당의 정강·정책이나 정치적 성향에 따라 기본입장이나 가치관이 대립·상충되는 사안”을 상정하면서, “원칙적으로 국가와 지방자치단체가 의견이 일치하지 않는 경우 자치사무에 관한 한 지방자치의 본질상 당해 지역의 주민들로부터 민주적인 정당성을 부여받은 지방자치단체의 의사가 우선하여야 할 것이다”라는 전제하에 재량권의 일탈·남용은 일반적인 경우와는 달리 지방자치법 제157조 제1항의 법령위반의 내용에 포함되지 않는다는 논리를 전

개하고 있다.

그러나 이와 같은 반대의견은 그 전제부분에서부터 벌써 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

지방자치단체의 자치권이 최대한 보장되어야 하며 주민자치와 단체자치의 본질적 내용이 침해되어서는 안되는 것은 말할 필요도 없다.

그러나, 지방자치단체가 처리하는 사무의 결과는 일반국민의 이해에 직접적인 영향을 주며 지방자치의 운영은 국가의 행정에 중대한 영향을 미치는 것이므로 국가가 지방자치단체에 대하여 헌법과 법률에 따라 일정한 감독과 통제를 가하는 것 또한 불가피하다. 헌법 제117조 제1항은 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고 규정하고 있고, 지방자치법 제15조 본문은 "지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다."고 규정하고 있는바, 헌법과 법률의 위 규정들은 위와 같은 원리를 천명하는 것이다.

그러므로 지방자치단체는 고유의 자치사무라 하더라도 법령에 위반하여 그 사무를 처리할 수 없는 것이다(지방자치법 제8조 제3항 참조). 하물며 지방자치단체의 집행기관에 불과한 지방자치단체장이 소속된 정당의 정강·정책이나 정치적 성향이 어떠한 지방자치단체장의 명령이나 처분이 법령의 해석·적용의 모습이나 집행의 형태로 나타나는 한, 그리고 그러한 상황에서만 말로, 법령만이 판단의 기준이 되는 것이며, 그 이외에 기준이 될 수 있는 것은 없고, 여기에 정당의 정강·정책이나 지방자치단체장의 정치적 성향이 끼어들 여지는 전혀 없다고 하여야 할 것이다.

지방자치법 제157조는 바로 그러한 명제를 규정하고 있는 것이다. 즉, 지방자치법 제

157조 제1항 전문에서는 “지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때에는 시·도에 대하여는 주무부 장관이 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 그 기간 내에 이행하지 아니할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 국가 또는 상급 지방자치단체가 지방자치단체에 대하여 그 사무의 합법성의 통제와 현저히 부당한 경우에 합목적성에 대한 통제권이 있음을 명정한 것이다. 한편 같은 조항 후문에서 “이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.”라고 규정한 것은, 자치사무의 경우 합법적이면 비록 합목적적인 견지에서 문제가 있을 수 있다고 하더라도 자치권의 보장이라는 차원에서 국가 등의 간여를 배제한 것이라고 할 것이다.

반대의견은 법문의 ‘현저히 부당하여 공익을 해하는’ 경우를 바로 ‘재량권이 일탈·남용된 경우’로 보는 것이 합리적이라고 한다. 그러나 행정행위를 함에 있어서 법이 행정청에 재량권을 부여한 것은 다른 권한을 행정청에 부여하는 것과 마찬가지로 일정한 범위를 전제로 해서 이루어지는 것으로서 재량권의 행사에 있어서도 일정한 원칙을 지켜줄 것을 예상하고 있다. 따라서 행정청이 재량권을 행사함에 함에 있어서는 재량권의 한계를 벗어나지 않는 행위를 할 것이 요청되고, 행정청이 행정행위를 함에 있어 재량권의 한계를 벗어나 일탈·남용한 경우에는 법이 정한 한계를 벗어나지는 않는 범위 내에서 재량을 그르쳐 단순히 부당함에 그치는 경우와는 달리 그 행정행위는 위법한 행위로서 사법심사의 대상이 되는 것이다. 지방자치법 제157조 제1항 전문도 이러한 점을 염두에 두고 “명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때”라고 하여 위법한 경우와 위법은 아니지만 공익을 해함으로써 단순

히 부당한 경우를 나누어 규정하고 있는 것이다. 그러므로 반대의견이 지적하는 것처럼 자치사무의 집행이 '현저히 부당하여 공익을 해하는 경우'를 곧바로 재량권의 일탈·남용이 있는 것으로 볼 수는 없고, 이것이 재량권 일탈·남용이 되기 위해서는 현저히 부당하여 공익을 해하는 것에서 나아가 법의 규정뿐만 아니라 일반조리, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 법 원칙의 위배 여부까지 고려하여야 하는 것이다. 이처럼 '현저히 부당하여 공익을 해하는 경우'와 '재량권의 일탈·남용이 있어 위법한 경우'가 명백하게 구분되는 이상 지방자치법 제157조 제1항의 법령위반에 재량권의 일탈·남용으로 인한 재량권 행사의 위법을 제외할 이유가 없다.

그러므로 법령위반은 재량권의 일탈·남용도 당연히 포함하는 개념이라고 하면서도, 지방자치법 제157조 제1항 후문을 들어 자치사무의 경우에는 국가 또는 상급 지방자치단체가 재량권의 일탈·남용으로 인한 합법성의 통제를 포기한 것이라는 반대의견은, 국가와 지방자치단체와의 관계를 잘못 파악함으로써 비롯된 잘못된 결론이라고 할 것이다.

나. 반대의견은 두 번째 논거로, 징계사유 해당 여부의 판단권이 임용권자에게 일차적으로 부여되어 있음을 전제로, 이 사건의 경우는 "집단행동에 적극적으로 가담한 사실을 부인하고 있어 징계의결요구대상이 되는 것인지도 불분명"하거나, "지극히 경미한 징계사유가 있는 경우"이며, 나아가 "당시 전국에서 파업에 참가한 공무원의 숫자는 총 2,520명이고 그 중에서 울산광역시 동구의 공무원은 312명, 울산광역시 북구의 공무원은 213명에 이르는 바, 이들 모두를 징계에 회부한다면 해당 지방자치단체는 조직운영상 어려움이 적지 않았을 것으로 생각되고, 이러한 사정까지를 감안하여 이 사건 공무원들에 대하여 징계의결을 요구하지 아니한 원고의 조치를 위법하다고 단정할 수는

없다”고 단언하고 있다.

그러나 이 사건은 전국의 234개 기초지방자치단체 중 울산광역시 동구와 북구 단 2개 구의 파업참가자가 전국 총 참가자 2,520명의 20%를 상회하며, 그 숫자는 위 2개 구 전체 공무원 939명의 60%에 이르는데다가, 무단으로 직장을 이탈하여 집단행위를 함으로써 지방공무원법을 위반한 징계사유가 있는 것으로 파악되어 실무자들도 징계의결요구를 하여야 한다는 내용으로 기안하여 결재를 상신하고, 상급 지방자치단체장인 피고는 피고대로 징계절차이행을 거듭 촉구하였음에도 불구하고 원고가 응하지 않아 급기야 직무유기죄로 고발되기에 이른 것으로서, 파업참가 공무원들의 행위가 임용권자의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당함이 명백함에도 원고가 그 의무의 이행을 해태하였을 뿐만 아니라 정부나 상급 지방자치단체장인 피고의 지도·감독권도 철저히 외면되고 무시된 사안이다. 더욱이 원고는 이 사건 승진처분 당시까지도 파업참가 공무원들에 대하여 징계양정을 경감할 사유가 별도로 존재하는지 여부에 대한 단 한 번의 조사도 없이 자체 징계만을 고집하고 있었다. 원고의 위와 같은 소위는 어떻게 보더라도 임용권자에게 부여된 징계권 및 징계의결요구 의무의 정당한 행사라고는 도저히 평가될 수 없는 것이며, 이는 국가나 상급 지방자치단체의 지도·감독권을 무시한 채 그들에 대한 징계를 아예 하지 않거나 징계를 하더라도 자체적으로 형식적으로 하겠다는 의사를 표출한 것에 불과한 것이다.

그런데도 반대의견이 마치 원고가 파업참가 공무원들의 참가의 경위나 정도 등을 조사하고 그 개별적·구체적인 사정을 정부나 피고의 지도·감독권과 비교·교량한 끝에 징계의결요구를 하지 않은 듯이 말하는 것은 사실과 어긋나는 것이라고 할 것이다.

또 반대의견은, 다수의견이 징계의결요구가 없었지만 징계의결요구가 있었던 것과 같

이 다루어야 한다고 전제하였다고 비판한다.

그러나 다수의견은 “징계의결요구가 있었던 것”으로 전제하는 것이 아니라, “징계의결요구를 하였어야 하는 것”을 전제로 하는 것이므로, 반대의견은 초점이 빗나간 것이라고 할 것이다.

다. 반대의견은 세 번째와 네 번째 논거로, 이 사건 해당 공무원들에 대한 사후의 징계결과 불문경고에 그쳤으므로 위 공무원들에 대한 승진처분에 재량권의 일탈·남용이 없고, 오히려 승진처분을 취소한 이 사건 취소권의 행사가 재량권의 일탈·남용에 해당한다는 논리를 전개하고 있다.

그러나 원고가 징계사유가 있는 해당 공무원들에 대하여 징계의결을 요구하지 않은 채 행한 승진처분이나 그 승진처분을 취소하는 피고의 처분이 재량권을 일탈하거나 남용하였는지 여부를 판단하는 이 사건에 있어서는 해당 공무원들에 대한 사후의 징계결과 불문경고에 그쳤다는 사정 하나만을 참작하여서는 아니 되고, 징계사유인 행위에 이르게 된 경위와 그 과정, 그러한 행위에 의하여 침해되는 법익의 성격과 그 정도, 특히 전국적이고 집단적인 규모로 이루어진 이 사건과 같은 경우에는 그 행위로 인하여 국가 및 지방 행정조직 그리고 국민에게 끼치는 영향, 행위자의 직위 및 수행직무의 내용, 평소의 소행과 직무성적, 승진처분 당시 징계사유에 해당함이 명백하였는지 여부 등 여러 사정을 건전한 사회통념에 따라 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다.

다수의견은 이러한 사정들을 종합적으로 고려하여 볼 때, 원고의 이 사건 승진처분이 재량권을 현저하게 일탈·남용한 것이라고 본 것이다. 더욱이 이 사건에 나타난 여러 사정들에 비추어 해당 공무원들의 행위는 그 임용권자인 원고에게 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당함이 명백하였으므로 원고가 그 의무를 이행하였다

라면 지방공무원임용령 제34조 제1항 제1호의 제한규정 때문에 당시 해당 공무원들의 승진임용이 원천적으로 불가능한 것이었는데, 원고는 그러한 징계절차상의 의무를 이행하지 아니한 채 오히려 해당 공무원들을 승진시킴으로써 위 제한규정을 잠탈하는 결과를 초래하였다는 점에서도 그 재량권 일탈·남용의 정도가 매우 심하다고 보지 않을 수 없다.

라. 결국 이 사건 승진처분은 원고가 재량권을 일탈·남용함으로써 법령을 위반한 것이고, 따라서 피고가 그 위법한 승진처분을 취소한 것은 재량권을 일탈·남용한 것이 아니다. 그러므로, 피고가 지방자치법 제157조 제1항을 근거로 원고의 이 사건 승진처분에 대하여 취소권을 행사한 것이 적법하다는 다수의견은 지방자치제도의 헌법적 의미를 충분히 고려하여 해석한 것으로서 옳다고 할 것이다.

6. 대법관 양승태의 다수의견에 대한 보충의견

나는 다수의견과 뜻을 같이 하면서, 반대의견 중 특히 아래 부분에 관한 문제점을 지적함으로써 다수의견을 보충하고자 한다.

반대의견은 지방자치법 제157조 제1항 후문의 ‘법령위반’에 ‘재량권의 일탈·남용’이 포함되지 않는 것으로 해석해야 한다는 주요 이유로서, 국가나 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체와의 견해 차이를 위 법조(法條)를 원용하면서 자치사무에 관여하여 ‘법령위반’이라고 단정하고 지방자치단체장의 명령·처분을 자기 견해에 따라 취소·정지해 버릴 수 있다면, 헌법이 보장하는 지방자치의 본질적인 내용을 침해할 개연성이 매우 크고, 특히 지방자치단체장이 소속된 정당의 정책이나 정강 또는 정치적 성향에 따라 기본 입장에서부터 크게 차이가 나거나 대립되는 사안에서는 정부나 상급 지방자치단체가 자기의 견해와 입장에 따라 하급 지방자치단체의 자치사무 처리를 ‘법령위반’

으로 몰아붙여 취소·정지해 버림으로써 선거에 의하여 확인된 주민들의 자치의사를 무시해 버리고 정부나 상급 지방자치단체의 견해를 강요하는 사태로까지 남용될 위험성을 다분히 내포하고 있으므로 위 법조에서 말하는 '법령위반'의 의미를 엄격하게 제한적으로 해석하여야 할 필요가 있고, 그와 같은 필요성은 이 사건과 같이 정당 간에 기본적 입장의 대립이 심한 사건에서는 더욱 절실하다고 주장한다.

구체적인 조문을 열거할 필요도 없이, 우리 헌법은 법치주의 원리를 민주적 기본질서의 가장 근간으로 삼고 있어, 국가든 지방자치단체든 반드시 헌법과 법률이 정하는 국법질서 안에서 기능하여야 함은 누구나 알고 있는 바이다. 반대의견의 위 견해는 이러한 대원칙을 도외시하고, 자칫 정당의 정강이나 정치적 주장이 사실상 법률의 상위에서 작용할 수 있는 여지를 허용함으로써 오히려 민주적 기본질서인 법치주의를 무너뜨릴 위험을 내포하고 있다.

지방자치단체장이 소속 정당의 정책이나 정강에 따라 시정을 펴는 것은 당연하고 이는 선거에 의해 그를 선출한 지역 주민의 바람이기도 하겠으나, 그의 권한은 반드시 법률이 허용한 범위 안에서 행사되어야 할 것이고, 이를 핑계로 법률의 테두리를 넘어서는 것까지 용납될 수는 없다. 따라서 법률이 지방자치단체장에게 일정한 재량을 부여하고 있는 경우에도 자신의 정책이나 정강을 편다는 미명으로 재량권을 일탈하거나 남용하여서는 아니되는 것은 당연하다. 반대의견도 인정하다시피, 일반적으로 재량권의 일탈·남용은 위법, 즉 '법령위반'에 해당하는 것이고, 그것이 지방자치단체의 자치사무에 관한 것이라고 해서 다를 바가 없어 위법하기는 마찬가지이기 때문이다.

지방자치단체장이 위법한 권한 행위에 나아가는 경우에는 국가나 상급 지방자치단체가 직접 감독권을 발휘하여 이를 시정하게 하는 것이 가장 효과적인 수단임은 두말할 나

위가 없고, 이는 국법질서를 유지할 책임이 있는 국가 등의 당연한 의무이기도 하거니와, 이 사건에서 보는 바와 같이 사안에 따라서는 국가 등이 직접 개입하지 아니하면 그 시정이 어려운 경우도 있다. 지방자치법 제157조는 국가 등이 바로 이러한 기능을 하도록 하기 위해 마련된 규정이므로 그 제1항 후문의 '법령위반'에서 재량권의 일탈·남용을 제외하여야 할 아무런 이유가 없다. 더구나 위 법조는 지방자치단체의 자치사무에 관한 국가 등의 개입은 그 단체장의 명령이나 처분이 법령에 위반하는 경우, 즉 위법한 경우에만 할 수 있는 것으로 제한함으로써 불필요하고 과도한 간섭의 여지를 방지하고 있다. 반대의견과 같이 재량권의 일탈·남용을 법령위반에서 제외하는 것은 일정한 영역에서 지방자치단체장의 위법을 감독권의 바깥에 두어 이를 방치하자는 결론밖에 되지 아니한다.

물론 국가가 위 조항을 악용하여 지방자치단체의 재량의 범위 안에 행해진 자치사무에 관하여 부당하게 개입하는 경우를 예상할 수 있으나, 그러한 분쟁이 생길 경우에 대비하여 사법절차에 의한 해결방법이 따로 마련되어 있으므로 지방자치단체장으로서도 그 정해진 절차에 따라 시정을 구하면 될 것이고, 반대의견이 주장하는 바와 같이 이를 바로 잡으려면 '지방자치단체장이 대법원에 소를 제기하여 승소판결을 받아야 하는 지난(至難)한 과정을 거쳐야 한다'는 것이 위 조항의 '법령위반'에서 재량권의 일탈·남용을 제외할 이유가 될 수는 없다(오히려 대법원의 단심으로 그치는 이 사건과 같은 절차는 3개 심급을 거쳐야 하는 일반적인 쟁송에 비하여 얼마나 간편하고 신속한가를 생각해 보아야 할 것이다). 다시 말해 국가가 위 법조를 악용하여 부당한 간섭을 하는 경우 이를 시정할 수단이 마련되어 있음에도 불구하고, '재량권의 일탈·남용'에 까지 국가가 개입할 길을 열어두면 지방자치의 본질적 내용이 훼손될 우려가 있다고 보는 반

대의견의 논리는 지나친 비약이거나 한쪽 면만을 보는 편면적인 시각이다.

나는 이러한 사건에서 국가의 부당한 간섭을 걱정하는 것 보다는 오히려 지방자치단체장의 재량권 일탈·남용을 방지하는 것을 훨씬 더 걱정하여야 할 것으로 본다. 왜냐하면 전자의 경우에는 이를 시정할 방법이 있지만, 후자의 경우에는 국가나 상급 지방자치단체의 개입이 없이는 유효·적절한 시정 방법이 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.

7. 대법관 이홍훈의 반대의견에 대한 보충의견

대법관 이홍훈은 다음과 같이 반대의견을 보충하고자 한다.

가. 우리 헌법 제117조는 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다고 규정하고 있다. 이에 근거를 두고 있는 지방자치법에서는 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하며 대한민국의 민주적 발전을 기함을 목적으로 함을 전제로 하여 지방자치단체의 종류와 그 조직과 운영에 관한 사항 및 국가와 지방자치단체의 기본적 관계를 정하고 있으며(지방자치법 제1조), 더 나아가 지방자치단체는 법인격체로서 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다고 규정하고 있다(지방자치법 제3조 제1항, 제9조 제1항).

이와 같이 우리 헌법과 지방자치법은 각 지방자치단체는 각기 독립적이고 동등한 지위에서 주민의 복리를 위한 자치사무를 처리할 수 있도록 함으로써 자치권을 확고히 보장하고 있다.

나. 그런데 지방자치단체의 자치권에 관한 다수의 견해는 19세기의 법실증주의의 영향으로 인하여 국가의 통치권에서 전래되고, 국가로부터 그 통치권의 일부가 위임된 것으로 보고 있기는 하다.

그러나, 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. 우리 지방자치법도 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 '지방자치단체의 사무'에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 더 나아가 재정지원 또는 기술지원을 할 수 있다고 규정함으로써(지방자치법 제155조), 국가, 상급 지방자치단체와 지방자치단체는 기본적으로는 상호대등관계와 협력관계에 있다고 보고 있다. 그리고 지방자치단체 또는 그 장이 위임을 받아 처리하는 '국가의 사무'나 '상급 지방자치단체의 사무'에 관하여서만 지도·감독을 받는다고 규정하고 있다(지방자치법 제156조). 그 밖에 우리 헌법이나 지방자치법상 지방자치단체의 자치사무에 관하여는 국가나 상급 지방자치단체가 감독 내지 통제할 수 있다는 규정이 없다.

다만, 국법질서의 집행에 관한 통일성을 기하기 위하여 지방자치법 제158조는 행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여, '법령위반사항'에 한하여 감사를 실시한다고 규정하는 한편, 같은 법 제157조에서는 지방자치단체의 사무에 관하여는 그 장의 명령이나 처분이 '법령에 위반'되거나 '현저히 공익을 해한다'고 인정될 때에 한하여 시·도지사가 시·군 및 자치구에 대하여 시정을 명령할 수 있고 이를 이행하지 아니할 때에는 취소하거나 정지할 수 있다고 규정하고 있다. 그러면서

도 '자치사무'에 관한 명령이나 처분에 있어서는 '법령에 위반하는' 것에 한한다고 규정하여 더 제한하고 있다(지방자치법 제157조 제1항 후문).

위 규정들은 국가나 상급 지방자치단체의 지방자치단체에 대한 행정통제 내지 관여에 관한 규정으로서 앞서 본 바와 같이 우리 헌법이 지방자치단체의 자치권과 각 지방자치단체간의 독립성과 동등한 지위를 확고히 보장하고 있는 만큼, 자치사무에 관하여서는 그 통제의 범위를 지도·감독이 아닌 '지도·지원'이라는 동등하고 협력적인 관계에서 이해하여야 할 것이다.

다. 일반적으로 법조문의 '법령위반'의 의미에 관하여는 행정관청의 위법·부당한 행정행위로 인하여 국민이 입게 된 권리침해에 대한 권리구제를 위한 측면에서 행정쟁송을 통한 그 구제의 대상적격을 확대하기 위하여 법질서 위반 등을 포함한 넓은 의미로서 '위법'과 같은 개념으로 해석하고 있다. 따라서 '재량권의 일탈·남용'이 이에 포함됨은 당연하고, 이 사건에 관한 다수의견 역시 이러한 입론을 전제로 하고 있다.

그러나, 지방자치법 제157조의 규정은 위법·부당한 행정처분에 대한 국민의 권리구제를 위하여 그 대상적격의 범위를 규정하는 것이 아니고, 국가나 상급 지방자치단체가 지방자치단체의 자치사무에 대한 지도·지원이란 한도 내에서 시정조치를 할 수 있는 통제 관여범위에 관한 규정이다. 따라서 그 통제의 범위에 관하여는 헌법과 지방자치법이 보장하고 있는 자치권의 확보를 위하여 제한적으로 해석하여야 할 것이므로, 그 '법령위반'의 개념은 일반적인 '위법'의 개념과는 달리 좁은 의미에서의 형식적인 '법령의 위반'으로 풀이하여야 할 것이다. 뿐만 아니라 위 조문의 문리해석상 위 법조문이 '법령위반'과 별개로 '현저히 공익을 해한다'고 규정하고 있는 의미는 단순한 부당행위는 국가나 상급 지방자치단체의 통제의 범위대상에서 아예 제외하고, '재량권의 일탈·

남용' 등 현저한 부당행위의 경우에 한정하여 통제하려는 취지로 보아야 할 것이다.

그 밖에 지방자치법 제13조의4의 주민의 감사청구에 관한 규정에서는 주민의 감사청구 대상으로 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무처리가 '법령에 위반되거나', '공익을 현저히 해한다'고 인정되는 경우라고 규정하고 있고, 같은 법 제13조의5의 주민소송에 관한 규정에서는 주민소송의 대상을 감사청구사항과 관련 있는 '위법한 행위'나 '해태사실'로 규정하고 있다. 또한 지방자치법 제98조, 제159조에서는 당해 지방자치단체장이나, 상급 지방자치단체장 또는 주무부장관은 지방의회의 의결이 '법령에 위반'되거나 '공익을 현저히 해한다'고 판단될 때에는 재의를 요구할 수 있다고 규정하고 있다.

이상과 같은 지방자치법상의 법조문들의 규정형식으로 보아 문리해석상 위 각 조문규정의 '법령위반'의 개념은 '재량권의 일탈·남용' 등 법질서 위반을 뜻하는 광의의 의미로서 '위법'이라는 개념과는 구별하여 사용하고 있는 것으로 보아야 할 것이다.

라. 우리 사법부의 궁극적 책무는 참된 법치주의와 진정한 사법정의를 실현하여 자유포화와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 능력을 최고도로 발휘하게 하고자 하는 헌법의 기본정신을 구현시키는 데 있다고 할 것이다.

따라서 헌법이 보장하고 있는 지방자치단체의 자치권이 확보되어야 한다는 뜻에서, 지방자치단체의 자치사무에 대한 국가나 상급 지방자치단체의 통제의 범위를 재량권의 일탈·남용까지 확대해석하려고 하는 다수의견에는 동의할 수 없다.

재판장	대법원장	이용훈	_____
	대법관	고현철	_____
주심	대법관	김용담	_____
	대법관	김영란	_____
	대법관	양승태	_____
	대법관	김황식	_____
	대법관	박시환	_____
	대법관	김지형	_____
	대법관	이홍훈	_____
	대법관	박일환	_____
	대법관	김능환	_____

대법관 전수안 _____

대법관 안대희 _____