

특별권력관계

00대학교 법대 교수

000

〈설문〉

지방자치단체 공무원인 甲은 소속 지방자치단체장으로부터 지방자치단체장선거입 후보자인 A, B, 두 사람의 동태를 조사하여 매일 보고하라는 지시를 받았으나 甲은 이에 응하지 않았다. 이에 소속 지방자치단체장은 甲이 도저히 적응하기 힘든 자리로 甲을 전보발령하였다. 이에 반발한 甲이 일간신문에 지방자치단체장 선거의 문제점에 대해 기고하면서 자신이 겪은 사건의 전모를 암시하는 듯한 표현을 하게 되자 지방자치단체장은 甲의 일간신문 기고가 공무원으로서의 정치적 중립의무를 위반하였다는 이유로 甲에게 1개월 징직이라는 징계처분을 행하고 甲이 그 대상이 된 승진심사에서 甲을 탈락시키는 한편 甲을 대신하여 선거입후보자의 동태를 파악하고 자신의 선거운동을 적극적으로 도와준 乙을 승진시켰다. 다음의 질문에 답하라

- (1) 甲은 선거입후보자의 동태를 조사하여 보고하라는 지방자치단체장의 명령에 응하지 않으려고 한다. 甲의 명령불복종을 법적 관점에서 평가하라.
- (2) 甲은 지방자치단체장의 명령에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는가? 또, 甲에게 전보발령을 명한 지방자치단체장의 인사조치가 재량권의 일탈·남용에 해당된다고 할 때, 甲은 전보발령에 대하여 행정쟁송을 제기할 수 있는가?
- (3) 甲이 대상이 된 승진심사에서 심사대상자가 5인 이었고 그 중 2인이 승진하였다고 할 때, 甲이 승진심사에 탈락되었다는 사실과 관련하여 자신의 권리가 침해되었음을 이유로 행정쟁송을 제기할 수 있는가?

I. 논점의 정리

1. 설문 (1)에서 甲은 선거입후보자의 동태를 파악하고 보고하라는 명령에 대하여 이를 따르지 않은 점과 관련하여, 상급행정청 또는 상관의 명령에 대하여 하급 행정기관 또는 부하 공무원이 어떠한 범위에서 복종하여야 할 의무를 지는가 하는 점이 문제된다.

2. 설문 (2)에서는 지방자치단체의 공무원인 甲은 소위 특별행정법관계에 근거하여 단체장의 명령에 복종하여야 할 의무가 있다. 이와 관련하여 이러한 특별권력관계에 관하여 사법심사가 가능한지, 가능하다면 그 범위는 어디까지인지 문제된다.
3. 설문 (3)에서 승진인사는 인사권자의 재량사항임에도 불구하고 승진인사에서 탈락된 자가 그에 대하여 항고쟁송을 제기할 청구인적격 또는 당사자적격을 가질 수 있는 근거가 무엇인지 문제된다. 이것은 재량행사에 의해 권리가 침해된다면 그 침해된 권리는 어떠한 성격의 것인가, 즉 무하자재량행사청구권의 문제이다.

II. 상급행정기관의 명령에 대한 복종의무

1. 법적 성질

지방자치단체장이 甲에 대하여 선거입후보자의 동태를 파악하여 보고하라는 지시의 성질이 무엇인지 우선 살펴볼 필요가 있다.

상급기관 또는 상관이 하급기관이나 부하공무원에 대하여 발하는 명령에는 훈령과 직무명령이 있다. 훈령은 상급행정관청이 하급행정관청 또는 보조기관의 권한행사를 지휘하기 위하여 발하는 명령을 말하고, 직무명령은 상관이 직무에 관하여 부하에게 발하는 명령을 말한다.

설문에서의 지방자치단체장의 명령은 훈령이라기 보다는 직무명령에 해당하는 것으로 이해함이 타당하다. 왜냐하면 설문에서는 지방자치단체장이 행정기관으로서의 甲에 대해 그 권한을 지휘하는 명령을 발한 것이 아니라 공무원으로서의 甲에 대해서 명령을 한 것으로 이해하는 것이 자연스럽기 때문이다.

2. 공무원의 복종의무의 한계

(1) 직무명령의 적법요건

직무명령으로서 적법하기 위해서는 형식적 요건으로서 ① 그 명령이 권한있는 기관에 의하여 발하여져야 하고 ② 그 명령이 하급기관 또는 공무원의 권한 및 직무범위에 속하는 사항에 대하여 발하여져야 하며 ③ 그 명령이 권한행사의 독립성이 보장되고 있는 하급기관의 업무에 대해서 발하여진 것이 아니어야 한다. 그리고 이외에도 법정의 형식이나 절차를 필요로 하는 경우 그러한 형식이나 절차를 갖추어 하여야 한다. 그리고 실질적 요건으로서 그 내용이 법령과 공익에 적합할 것이 요구된다.

직무명령의 형식적 요건은 구비여부가 외관상 명백한 것이 보통이므로 이에 대하여 심사할 수 있고, 요건이 결여된 경우 그 복종을 거부할 수 있다고 한다. 문제는 실질적 요건의 구비여부에 대하여 심사할 수 있는지 여부이다.

(2) 복종의무의 한계

1) 견해의 대립

가. 적극설

적극설은 부하공무원에게도 복종의무 외에 법령준수의무가 있다는 점에서 법령에 위반되는 직무명령은 중대하고 명백한 위법에 이르지 아니한 것도 무효로 되고 공무원은 복종의무가 없다고 한다.

나. 소극설

소극설은 직무명령은 공권력의 행사로서 행정행위와 같은 효력이 인정되므로, 직무명령에 중대·명백한 하자가 있어 무효로 인정되는 경우 외에는 수명공무원은 스스로 그 위법성을 판단하여 그에 대한 복종을 거부할 수 없다고 한다.

다. 절충설

이 견해는 공무원이 직무명령이 중대하고 명백한 하자가 있어 무효이거나 범죄를 구성하는 경우는 물론 위법성이 명백한 경우에도 그에 대한 복종을 거부할 수 있을 뿐만 아니라 거부할 의무도 있다고 한다.

2) 관례의 태도

관례는 “공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이고, 하관은 소속상관의 적절한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 가하라는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다(대판 1988.2.23. 87도2358).”고 판시한 바 있다.

3. 검토 및 설문의 경우

생각건대 공무원 내부의 조직규율의 유지도 존중되어야 하지만 공무원의 법령준수의무도 중요하다는 점에서 절충설이 타당하다.

설문에서 지방자치단체장이 지방자치단체장 선거입후보자의 동태를 조사하여 보고하라고 한 것은 일단 지방자치단체장의 권한의 범위를 벗어난 것일 뿐 아니라 공무원의 선거개입을 초래하는 불법적인 내용의 것으로서 그 형식과 실질 모두가 위법한 것이므로 무은 이러한 명령에 대해 불복종할 수 있고 또한 불복종하여야 한다.

Ⅲ. 특별행정법관계에 있어서의 사법심사

1. 특별행정법관계에 관한 논의

(1) 의 의

특별행정법관계란 특별한 공법상 원인에 기하여 성립되고, 공법상 행정목적이 필요한 한도 내에서 그 특별권력주체에게 포괄적 지배권이 인정되고, 상대방인 특별한 신분이 있는

자에게는 이에 대하여 복종의무가 인정되는 관계를 말한다.

종래 특별권력관계에서는 사법심사가 전면적으로 부정된다고 하였으나 오늘날 이를 지지하는 견해는 없고, 이에 대해서도 사법심사가 긍정된다고 한다. 다만 그 범위에 대해서 견해가 대립한다.

(2) 견해의 대립

1) 제한적 긍정설

특별권력관계를 기본관계와 경영수행관계로 나누어 전자의 경우에는 사법심사가 가능하나 후자의 경우에는 사법심사가 허용되지 아니한다는 기본관계와 경영수행관계구별이론과, 전통적인 특별권력관계중 군복무관계, 수행관계 등과 같이 일반권력관계에 비하여 강화된 의무를 요구하는 관계만을 특별권력관계로 구성하지는 제한적 특별권력관계이론이 있다.

2) 전면적 긍정설

전면적긍정설은 권리침해에 대해 유보없이 전면적으로 사법심사가 이루어져야 한다는 형식적, 전면적긍정설과, 종래의 특별권력관계로 이해되어 온 여러 관계를 구체적으로 분석하여 그 실질적인 내용에 따라 일반권력관계와 비권력관계로 환원하는 개별적, 실질적긍정설이 있다.

(3) 검토 및 설문의 경우

설문에서 문제되는 것은 甲에게 주어진 직무명령과 그에 불성실하게 대응한 결과 발하여진 전보발령, 그리고 정직처분 및 승진임용에서의 탈락 등에 대하여 사법심사나 행정쟁송이 가능한가 하는 문제이다.

그런데 정직처분은 제한적 긍정설의 입장에서든 전면적 긍정설의 입장에서든 처분성이 인정되고 사법심사의 대상이 되므로 그다지 중요한 논의의 대상이 되지 않는다. 문제는 甲에게 주어진 직무명령과 전보발령 및 승진임용에서의 탈락에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는가, 즉 그 처분성이 인정되는가 하는 점이다.

2. 처분성 여부

(1) 직무명령의 처분성

甲에게 주어진 지방자치단체장선거후보자인 A, B 두 사람의 동태를 조사하여 매일 보고하라는 직무명령은 불법적인 것으로서 양심의 자유나 정치적 자유 등 공무원 甲의 기본권을 침해하는 의미를 가질 수 있다고 본다. 이 직무명령이 외부적 효과를 가지는 처분 개념에 해당되는 것이라고 할 수는 없기 때문에 비록 甲의 권리가 침해되었다 하더라도 항고소송을 제기하기는 어렵다. 따라서 이론적으로는 甲의 권리 침해는 당사자소송으로서 위법확인을 구하거나 직무명령의 효력을 상실시키는 조치를 구하는 등의 구제가 가능하다고 본다. 다만

우리 대법원의 판례는 아직 이러한 직무명령 자체에 대한 행정소송을 인정하고 있는 경우가 없는 것 같다.

(2) 전보발령의 처분성

甲에 대한 전보발령이 甲의 권리를 침해할 수 있음은 논증의 필요성을 느끼지 않는 문제이다. 그러나 전보발령이 외부적 효과를 가지는 행위인가 하는 점에 있어서는 다소 논란이 있을 수 있다. 전보발령에 대해 처분성을 인정한 대법원의 판례는 찾아보기 어려우나, 헌법재판소는(헌재 1993.12.23, 92헌마247) 법관의 전보발령의 처분성에 대해 직접 판시는 하지 않았으나 그것을 전제하는 듯한 판시를 하고 있어 주목의 대상이 되고 있다.

(3) 승진임용탈락의 처분성

승진임용의 탈락 역시 권리침해를 가저올 수 있다고 본다(무하자재량행사청구권). 만약 승진임용의 탈락이 권리를 침해하는 행위일 수 있다고 하면 승진임용의 탈락에 있어서도 전보발령과 동일한 문제가 존재한다. 대법원은(1992.6.23, 92누1834) 승진임용제외조치의 처분성을 전제하고 그에 대하여 각하의 판결을 할 것인가의 여부에 대해 언급조차 하지 않으므로써, 승진 임용의 탈락이 항고소송의 문제가 될 수 있음을 시사하고 있다.

3. 설문의 해결

설문에서 甲은 공무원으로서 특별행정법관계에도 사법심사가 가능하다고 할 것이나, 직무명령의 경우 처분에 해당하지 아니하고, 전보발령이나 정직처분 및 승진임용에서 탈락시킨 행위에 대하여 처분성을 인정할 수 있다고 보는 경우 행정소송을 제기할 수 있다고 하겠다.

IV. 무하자재량행사청구권과 항고소송

1. 문제점

설문 (3)에서 지방자치단체장이 한 승진임용에서 탈락시킨 행위와 관련하여 이는 행정청에 재량이 인정되는 범위에 해당한다고 할 것이다. 그러나 오늘날 행정청의 재량이 인정되는 경우에도 일정한 요건하에 하자없는 재량의 행사를 요구할 수 있는 권리에 대하여 논의가 되고 있는바, 설문에서 甲이 이러한 무하자재량행사청구권을 행사할 수 있는 것이 아닌지 문제된다.

2. 무하자재량행사청구권

(1) 의의 및 성질

무하자재량행사청구권이란 행정청에 재량권이 인정되는 경우에 개인이 행정청으로 하여

금 재량권의 한계를 벗어나지 않는 정당한 재량행사를 할 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 이는 적법한 재량행사를 청구할 수 있는 적극적 공권이고, 특정처분을 구할 수 있는 권리가 아니라는 점에서 형식적 공권에 해당한다. 이러한 무하자재량행사청구권을 인정할 것인지에 대하여 견해가 대립한다.

(2) 인정여부

1) 견해의 대립

가. 부정설

부정설은 이러한 권리를 인정하는 경우 민중소송화할 우려가 있고, 재량하자가 있는 경우 그로 인한 권리나 이익의 침해가 존재하는 경우이므로 실제적인 하자를 근거로 다투면 충분하다는 이유로 이러한 권리의 인정을 부정한다.

나. 긍정설

이 견해는 재량권을 행사함에 있어서 법적 의무를 준수할 것을 사전에 요구할 필요가 있다는 점, 공권성립의 요건이 충족된 자에게만 인정하므로 민중소송화할 우려가 없다는 점, 재량영역에서의 원고적격의 확대에 기여한다는 점 등을 근거로 이를 긍정한다.

2) 판례의 태도

판례는 검사임용신청거부처분취소소송과 관련하여 “검사의 임용에 있어서는 임용권자의 자유재량이나, 적어도 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는 위법하지 않은 응답을 할 의무가 있고, 이에 대응하여 임용신청자로서 재량권의 한계일탈이나 남용이 없는 적법한 응답을 요구할 권리가 있다(대판 1991.2.12, 90누5825).”고 하여 이를 긍정하였다.

3) 검토

생각건대 긍정설에서 주장하는 것처럼 그 성립요건으로 사익보호성을 요구하므로 민중소송화할 우려가 없고, 이를 통하여 재량영역에서 원고적격의 확대에 기여한다는 점에서 긍정설이 타당하다.

(3) 인정요건

무하자재량행사청구권을 인정하기 위해서는 일반적으로 재량행위영역에 있어서 행정청에게 일정한 처분의무가 존재하여야 하고, 한편 당해 재량처분을 규정하고 있는 관계법규의 목적 및 취지가 공익뿐만 아니라 개인의 이익도 보호하고자 하는 경우, 즉 사익보호성이 인정되어야 한다고 한다.

3. 설문의 해결

승진임용에서의 탈락은 공무원으로서의 신분관계에 있어서의 권리·이익을 침해할 수 있고, 헌법 및 공무원법의 해석으로부터 보호규범의 존재를 도출할 수 있으며, 승진임용 대상

자 중 누구를 승진 임용할 것인가 하는 것은 임용권있는 행정청의 재량행위에 속한다고 할 것이므로 무하자재량행사청구권의 침해의 문제라고 볼 수 있다.

따라서 설문에서 공무원승진임용에서의 탈락의 처분성을 인정할 수 있다면, 승진임용에서 탈락된 甲은 무하자재량행사청구권의 침해를 이유로 원고적격을 인정 받고 항고소송을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

V. 문제의 해결

1. 설문 (1)에서 지방자치단체장이 甲에게 발한 명령은 직무명령이고, 직무명령에 대하여 불법적인 내용인 경우 공무원은 이를 심사하여 거부할 수 있다고 할 것이다. 따라서 이에 불복중한 것은 정당하다고 할 것이다.
2. 설문 (2)에서 행정소송의 전제문제로서 특별행정법관계에 대해서도 사법적 심사가 가능하다고 할 것이고, 한편 지방자치단체장의 직무명령은 처분이 아니므로 이에 대하여 행정쟁송을 제기할 수 없다. 그러나 전보발령의 경우 헌법재판소 결정례에 따를 경우 행정소송의 제기도 가능하다고 볼 수 있다.
3. 설문 (3)에서 승진심사 대상에서 탈락시킨 행위는 재량행위이고, 재량행위라 하더라도 행정청은 하자없는 재량행위의무가 있다. 이러한 의무에 위반한 경우 상대방은 무하자재량행사청구권을 행사할 수 있다고 하겠다.