

정책개발연구

공무원의 정치적 기본권 연구

2012. 12

헌법재판소

머 리 말

헌법재판소는 오랜 동안 계속해 오고 있는 헌법재판연구 이외에 2010년부터 정책개발연구 시리즈를 간행 중에 있으며, 최근 헌법 이론과 헌법실무 양측에서 점차 관심이 높아지고 있는 「공무원의 정치적 기본권」에 관한 이 연구는 한국공법학회가 헌법재판소의 정책개발연구용역과제로서 수행한 것이다.

해방 이후 역동적인 60여년을 보낸 우리 대한민국은 아직도 많은 분야에서 빠른 속도의 변화를 겪고 있으며, 공무원의 정치적 기본권 문제는 최근의 변화를 가장 많이 느낄 수 있는 분야의 하나이다. 한편으로는 민주화의 진전, 인권보장의 강화와 더불어 공무원에게도 정치적 기본권이 확대·강화되어야 한다는 요청이 강하게 대두되는가 하면, 다른 한편으로는 아직도 우리의 공직문화, 정치문화가 이를 무리 없이 소화시키기에는 충분히 성숙하지 못했다는 우려도 적지 않은 것이 현실인 것이다.

특히 공무원노동조합의 합법화 이후 공무원들의 정치적 기본권에 대한 요구는 더욱 거세어지고 있으며, 지방자치의 활성화에 따른 지방공무원들의 정치적 기본권에 대한 요구 또한 강해지고 있다. 특히 최근 다른 공무원들보다 정치적 중립성의 요구를 더욱 강하게 받고 있는 법관들의 정치적 의사표현이 논란의 대상이 되면서 공무원의 정치적 기본권 문제를 어떻게 풀어야 할 것인가는 우리 사회의 당면과제로 부각되고 있다.

이 연구에서는 공무원의 정치적 기본권 문제를 하나의 기준에 따라 획일적으로 해결할 수는 없다는 전제 하에 공무원의 유형 내지 공무원들이 담당하는 공직의 유형을 하나의 축으로, 그리고 정치적 기본권의 종류를 다른 축으로 삼아 양자의 결합유형을 통해 공무원의 정치적 기본권 보장의 단계화를 시도하였다. 즉, 공무원

의 유형에 따른 정치적 기본권 보장의 차이, 그리고 정치적 기본권의 유형에 따른 보장 정도의 단계적 차이를 구체적으로 정리하고자 노력하였던 것이다.

이를 위하여 제1장 서론에서 문제상황에 대한 개관을 한 이후에 제2장 공무원의 유형 및 정치적 기본권의 종류에 따른 기준 설정의 모색에서 일반론적 검토를 시도하였다. 그리고 제3장에서는 공무원의 정치적 기본권의 보장범위에 관한 각국의 입법례를 검토함으로써 우리나라의 문제를 해결하는데 참고가 될 수 있는 사항들에 대한 비교법적 고찰을 시도하였다. 이어서 제4장에서는 이상의 검토를 종합하여 현행법상 공무원의 정치적 기본권이 어느 정도 보장되고 있으며, 어떻게 개선되어야 할 것인지를 직업공무원제의 문제, 교육공무원의 특수문제, 법관의 특수문제 등을 중심으로 정리하였다. 그리고 제5장 결론에서는 이러한 논의와 연결하여 최근 국회에 제출된 법안들의 비교·분석을 중심으로 법제개선의 방향에 대한 제언을 담았다.

의욕적으로 시작하였던 연구이지만, 마무리를 짓고 보니 부족한 점들이 더 눈에 잘 들어오는 것 같다. 우리나라의 역동적 변화를 생각하면 이 연구가 얼마나 오랜 기간 생명력을 가질지 알 수 없지만, 헌법이론과 헌법실무의 발전에 도움이 되고 자극이 될 수 있다면 연구자들의 노력에 대한 충분한 보상이 될 것이라는 생각으로 아쉬움을 달래면서 바쁜 시간을 이 연구로 인하여 더욱 바쁘게 보냈던 공동연구자들에게 감사드린다.

2012년 12월 10일

연구책임자 장영수

- 목 차 -

제1장 서론: 공무원의 정치적 기본권 보장의 새로운 문제상황

제1절 공무원의 헌법상 지위와 기본권 제한의 특수성	1
I. 공무원의 개념과 국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원	1
II. 공무원의 국민으로서의 지위와 기본권주체성	3
III. 공무원에 대한 기본권 제한의 특수한 구조와 성격	5
제2절 민주주의의 발달에 따른 공무원의 정치적 기본권 확대 필요성	6
I. 민주화의 진전과 정치적 기본권의 강화	6
II. 선진국 공무원의 정치적 기본권과의 비교	8
III. 21세기 대한민국의 현황과 그에 부합하는 정치적 기본권보장의 필요성	10
제3절 공무원의 정치적 기본권 보장의 범위에 관한 논란과 그 배경	12
I. 공무원의 정치적 중립성과 정치적 기본권 보장의 긴장관계	12
II. 지방자치의 활성화와 공무원의 정치적 기본권	13
III. 공무원의 노동기본권 강화가 정치적 기본권에 미치는 영향	15

IV. 공직문화 및 정치문화의 변화와 공무원의 정치적 기본권 16

**제2장 공무원의 유형 및 정치적 기본권의 종류에 따른
기준 설정의 모색**

제1절 공무원의 개념과 유형 - 정치적 중립성에 대한 요구의
차이를 중심으로 18

I. 직무로서의 공직과 그 담당자로서의 공무원 18

1. 현대 민주주의와 공직의 개념 18

2. 공직의 유형과 특성 19

3. 공직의 담당자로서의 공무원 21

II. 현행법상 공무원의 유형과 각각의 성격 22

1. 학설상 공무원의 개념과 유형 22

2. 국가공무원법 및 지방공무원법에 따른 공무원의 유형 23

3. 공무원의 유형 분류에 따른 기본권 제한의 차이 25

III. 담당 직무에 따라 정치적 중립성이 요청되는 정도 26

1. 정치직 공무원과 정치적 중립성 26

2. 직업공무원의 정치적 중립성 27

3. 법관, 검사, 선관위 공무원 등의 정치적 중립성 29

제2절 정치적 기본권의 유형과 실현구조 30

I. 정치적 기본권의 개념과 유형 30

1. 정치의 개념과 정치적 기본권의 유형 30

2. 참정권: 직접적 정치참여에 관한 기본권 32

3. 정치적 의사표현의 자유: 정치에 간접적으로 영향력을 행사할 수 있는 기본권	34
II. 민주주의의 기본구조와 선거권, 국민투표권	35
1. 현대 민주주의의 실현구조: 대의제를 기본으로 직접민주제를 가미한 형태의 민주주의	35
2. 대의제의 출발점으로서의 선거와 국민의 기본권으로서의 선거권	37
3. 현행헌법상 인정되고 있는 직접민주제적 요소로서의 국민투표권	39
III. 피선거권을 비롯한 공무담임권과 정당 설립 및 활동의 자유 ..	41
1. 공무담임권의 의의, 기능 및 한계	41
2. 공무원의 피선거권에 대한 제한과 헌법재판소의 결정	42
3. 정당 설립 및 활동의 자유와 공무원	45
IV. 정치적 의사표현의 자유	46
1. 의사소통에 관한 헌법적 보호의 구조	46
2. 정치적 의사표현의 개념과 유형	48
3. 정치적 의사표현의 유형에 따른 보호의 차별화 필요성	49
제3절 공무원의 정치적 기본권의 특수 문제	51
I. 공무원의 유형에 따른 정치적 중립성 요청의 차이	51
1. 공직 및 공무원의 유형과 정치적 중립성의 상관 관계	51
2. 정치직 공무원의 특성과 문제되는 정치적 기본권	53
3. 직업공무원의 정치적 중립성 요청과 정치적 기본권 보장의 범위	55
II. 정치직 공무원의 정치적 기본권과 그 제한	56

1. 정무직 공무원의 개념과 유형	56
2. 대통령, 국무위원, 지방자치단체장 등의 정치적 기본권과 그 제한	57
3. 국회의원, 지방의회의원 등의 정치적 기본권과 그 제한	59
III. 직업공무원의 정치적 기본권과 그 제한	61
1. 직업공무원의 개념과 유형	61
2. 직업공무원제의 핵심적 요청으로서의 정치적 중립성	62
3. 직업공무원의 업무관련성과 정치적 기본권 제한의 범위	63
IV. 교육공무원, 법관 등의 정치적 기본권과 그 제한	65
1. 특수직 공무원의 활동영역과 정치적 기본권의 제한	65
2. 교육공무원의 정치적 기본권과 그 제한	66
3. 법관의 정치적 의사표현과 그 제한	69

제3장 공무원의 정치적 기본권의 보장범위에 관한 각국의 입법례

제1절 정치적 기본권의 특성과 보장범위의 차이	71
I. 민주주의의 근간을 형성하는 정치적 기본권에 대한 특별한 보장의 필요성	71
II. 국민의 한사람으로서의 공무원과 정당 설립 및 활동의 자유 ..	72
III. 공무담임권 및 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한의 필요성과 한계	73
제2절 영미의 정치적 기본권 보장범위	75

I. 영국의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권	75
1. 영국 공무원의 정치적 중립의무에 대한 논의의 역사	75
2. 영국 공무원 제도와 정치적 자유	78
II. 미국의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권	83
1. 미국 공무원제도의 특징	83
2. 공무원제도 개혁의 역사와 공무원 정치적 중립의무	85
3. 미국 공무원의 정치적 중립의무 관련 법률 분석	89
4. 미국 공무원의 정치적 자유의 확장 - 해치법 이후의 법적 논의	94
III. 소결: 영미의 정치적 전통과 정치적 기본권의 보장	102
 제3절 유럽 국가들의 정치적 기본권 보장범위	104
I. 프랑스의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권	104
1. 프랑스 공무원의 정치적 중립 의무	104
2. 프랑스 공무원의 정치적 자유	106
3. 법제에 드러난 프랑스 공무원의 의사 및 표현의 자유	107
4. 프랑스 공무원의 정치활동에 대한 권리와 의무	112
5. 프랑스 공무원 조합과 정치적 활동	114
II. 독일의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권	124
1. 독일 공무원제도와 정치적 중립성 논의의 역사	124
2. 독일 공무원제도의 실태	125
3. 독일공무원제도의 법적 고찰	127
4. 독일공무원의 권리와 의무	132
5. 공무원 노동조합의 정치적 중립	135

Ⅲ. 소결: 유럽 국가들의 민주주의, 법치주의와 정치적 기본권 ... 139

제4장 현행법상 공무원의 정치적 기본권 보장범위와 개선방향 및 방법

제1절 현행법상 보장되는 정치적 기본권의 범위와 그 불명확성의 문제	142
Ⅰ. 헌법 제7조와 그 해석	142
1. 헌법 제7조 제1항에 대한 해석	142
2. 헌법 제7조 제2항에 대한 해석	145
Ⅱ. 국가공무원법 제65조와 공무원노조법에 따른 정치적 기본권의 제한	151
1. 서 설	151
2. 국가공무원법 제65조에 의한 공무원의 정치적 기본권에 대한 제한	152
3. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률상의 공무원의 기본권 제한	157
Ⅲ. 공무원 복무규정에 따른 정치적 기본권의 제한	160
1. 공무원 복무규정상의 관련 규정의 내용	160
2. 공무원 복무규정상의 정치적 기본권 제한조항들에 관한 해석	161
3. 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등에 관한 헌법재판소 결정	163
제2절 직업공무원제와 정치적 기본권의 보장범위	166

I.	직업공무원제의 원칙과 그에 따른 정치적 중립성의 요청	166
1.	직업공무원제도의 의의와 내용	166
2.	공무원의 정치적 중립성 요청의 의미	168
II.	정치적 기본권 제한의 기준으로서의 직무관련성	169
1.	공무원의 정치적 중립성과 정치적 기본권 제한의 관계	169
2.	정치적 기본권 제한의 기준으로서의 직무관련성	170
III.	직무관련성 판단의 어려움과 입법자의 형성권	172
1.	공무원의 직무관련성의 해석과 적용	172
2.	직무관련성 판단의 어려움과 입법형성권	174
제3절	교육공무원의 특수문제	175
I.	직업공무원으로서의 교육공무원과 정치적 중립성의 요청	175
1.	직업공무원으로서의 교육공무원	175
2.	교육공무원의 정치적 중립성	176
II.	정치교육의 필요성과 교사의 정치적 중립성	177
1.	정치교육의 필요성	177
2.	헌법재판소의 견해	178
3.	대법원의 입장	179
III.	전교조 등의 활동과 그 정치적 중립성에 대한 평가	180
1.	전국교직원노동조합(약칭 전교조) 활동의 내용	180
2.	전교조 활동에 관한 그 정치적 중립성에 대한 평가	181
3.	전교조 활동에 있어서의 정치적 중립성의 범위	184

제4절 법관의 특수문제	185
I. 사법의 본질에 따른 중립성의 요청	185
1. 사법기능의 의의와 본질	185
2. 사법권의 독립과 정치적 중립성의 관계	186
II. 재판상의 정치적 중립과 재판 외의 정치적 발언의 상관관계 ..	187
1. 법관의 직업적 양심	187
2. 판단	188
III. 법관의 정치적 의사표현의 자유의 범위와 한계	188
1. 재판 외에서의 법관의 정치적 의사표현의 자유의 문제	188
2. 재판 외에서의 법관의 정치적 의사표현의 자유의 한계	189

**제5장 결론: 공무원의 정치적 기본권 확대를 위한
법제개선의 방향**

<참고문헌>	198
--------------	-----

제1장 서론: 공무원의 정치적 기본권 보장의 새로운 문제상황

제1절 공무원의 헌법상 지위와 기본권 제한의 특수성

I. 공무원의 개념과 국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원

공무원의 사전적 개념은 「공무, 즉 국가 또는 공공단체의 업무를 담당하는 사람」을 말한다. 그러나 ‘공무’ 내지 ‘공직’의 개념이 다의적이기 때문에 공무원의 개념도 다의적으로 사용되고 있다.

일반적으로 공무원은 국가 또는 지방자치단체와 공법상의 근무관계를 맺고 공무를 담당하는 사람을 지칭하지만, 이보다 좁은 의미로 직업공무원제에 의하여 신분이 보장되는 공무원에 한정하는 경우도 있다. 반대로 공무원의 개념을 넓게 사용할 경우에는 공무를 담당하는 모든 사람, 즉 국가와 지방자치단체뿐만 아니라 그밖의 모든 공법상의 단체에서 공무를 수행하는 모든 사람을 포함하는 것으로 이해될 수 있다.¹⁾

공직을 수행하는 공무원은 일반 국민들과는 다른 법적 보호와 제한을 받는 것이 일반적이다. 공직의 수행에 있어서는 - 기본권적 자유를 누리는 사인 또는 사적 단체의 경우와는 달리 - 민주적 정당성의 요청이 부과되며, 국민의 기본권에 보다 엄격하게 구속되는 것이다.²⁾ 그것은 공직의 수행 자체가 갖는 특성에서 비롯된다. 사적 이익을 추구하는 사기업과는 달리 공직의 경우 국민 전

1) 이러한 구별은 학자들에 따라 상당한 차이를 보이고 있을 뿐만 아니라 그로 인한 혼란도 적지 않기 때문에 공무원을 이야기할 때에는 구체적으로 어떤 의미에서 사용되고 있는지가 분명하게 확인되어야 한다.

2) 장영수, 『헌법학』, 2012, 355면 이하 참조.

체의 이익을 추구해야 하며,³⁾ 이러한 공직 특성으로 인하여 공직의 수행을 담당하는 공무원에게는 특별한 신분보장과 더불어 특별한 기본권의 제한이 가해지는 것이 일반적이라 할 수 있다.

헌법 제7조 제1항 전단에서 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자임을 선언하고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.⁴⁾ 민주적 법치국가의 실현을 위한 공직수행은 특정인이나 특정 집단을 위한 것이 아니라 주권자인 국민 전체를 위한 것이어야 하며, 대통령이나 특정한 정당 내지 정치집단을 위한 것이 되어서는 안 된다는 것을 확인하고 있는 것이다.⁵⁾ 따라서 공무원의 활동은 항상 객관적이고 공정한 공직수행으로 나타나야 하며, 그것은 공직의 본질로부터 도출되는 가장 기본적인 요청이다.⁶⁾

3) 민주국가에서 공직, 즉 국가와 지방자치단체를 비롯한 공직 조직의 직무는 모든 국민의 이해(利害)와 직결되는 것이며, 따라서 모든 국민의 관심과 참여 속에 공정하게 이루어져야 한다는 점이 널리 인정되고 있다. 이는 누가 공직을 담당하고 또 어떻게 공직을 수행하는지에 따라 정치의 발전 및 법치의 실현이 크게 달라질 수 있다는 점에서 매우 큰 의미를 가진다. 마찬가지로 공직이 오염되었을 때의 폐해 또한 잘 알려져 있다. 민주국가에서 공직이 갖는 의미에 관하여 상세한 것은 Josef Isensee, *Öffentlicher Dienst*, in: E.Benda/W.Maihofer/H.-J.Vogel(Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2.Aufl., 1994, S.1527-1577 참조.

4) 군주국가의 경우 최고의 권력인 주권이 군주에게 있으며, 주권자인 군주는 동시에 국가권력의 정점에 서있는 인물이기도 하다. 그렇기 때문에 국가권력은 국민이 아닌 군주에 의해 군주를 위해 행사된다. 반면에 민주국가의 주권은 국민에게 있으며, 국민의 주권으로부터 파생된 국가권력의 존립목적은 국민에게 봉사하는데 있다. 따라서 국가권력의 담당자인 공무원이 국민에게 봉사하는 것은 당연한 것이다.

5) 물론 이와 같은 요청은 이념적 성격이 강하기 때문에 구체적인 법적 의무와는 구별될 수 있다. 예컨대 정무직 공무원인 국회의원이 특정 정당을 위해 활동하는 것이 헌법 제7조 제1항 전단에 위배되어 위반이라고 말하기는 어려울 것이다.

6) 그러나 모든 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자이어야 한다는 헌법적 요청을 추상적이고 이념적인 요청에 그치는 것으로 해석할 경우에는 이러한 헌법규정의 의미가 매우 위축될 수 있다. 현실 속에서 강력한 구속력을 갖지 못한 채로 단지 원칙규정으로서의 의미만을 갖게 되어 상황에 따라서는 무시될 수도 있는 것으로 이해될 수 있고, 결과적으로 헌법 조장의 의미가 유명무실해질 수도 있는 것이다.

이 때 공무원의 범위는 가장 넓은 의미로 이해되어야 한다는 점에 대해 대부분의 학자들이 동의하고 있다.⁷⁾ 즉, 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자이어야 한다는 것은 공직의 본질로부터 직접 도출되는 것이므로 모든 공직의 수행자들은 국민 전체에 대한 봉사자로 이해되어야 한다는 점에 대해서는 이론(異論)을 찾기 어렵다.

II. 공무원의 국민으로서의 지위와 기본권주체성

과거 독일의 입헌군주제 시절에 발달하였던 공무원법 이론은 이른바 국가와 사회의 이원론⁸⁾에 기초하여 이른바 일반권력관계와 특별권력관계를 구별하였다. 그에 따라 국가(내지 군주)와 국민의 관계는 이른바 일반권력관계로서 법치주의가 적용되지만, 사회의 영역이 아닌 국가의 영역에 속해 있었던 공무원은 군주의 수족과도 같이 생각되었으며, 이들 사이에 성립되는 특별권력관계 내에서는 법치주의의 원칙에 따른 특별한 보호가 필요하지 않다고 인정되었다.

이러한 문제를 피하기 위해서는 국민 전체에 대한 봉사자라는 헌법 규정의 의미가 구체적이고 명확하게 해석되어야 한다. 즉, 모든 공무원이 담당하는 업무가 국민에의 봉사라는 본질에서 벗어나지 말아야 한다는 점과 업무의 수행이 그 본래의 취지에 맞게 행해져야 한다는 점, 그리고 이를 위반했을 경우에는 적절한 법적 제재가 있어야 한다는 점이 분명해져야 하는 것이다.

이와 관련하여 현행 공무원법 체계는 헌법 제7조 제1항의 요청은 다양한 법률을 통해 구체화한 것으로 이해될 수 있다. 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 일반규정들과 각종 공무원관계법에 의한 특별규정들에 의하여 공무원들이 국민 전체에 대한 봉사자로서의 역할을 충실히 수행할 수 있도록 하는 체계를 구성하고 있는 것이다. 물론 이러한 체계가 완벽한 것이라고 말하기는 어렵고, 개선의 논의는 지속되고 있다. 그러나 적어도 이러한 공무원법 체계가 헌법 제7조 제1항의 구체화와 맞물려 있다는 점은 인정될 수 있을 것이다.

7) 성낙인, 『헌법학』, 2012, 1168면; 허영, 『한국헌법론』, 2012, 802면 참조.

8) 국가와 사회의 일원론과 이원론에 관하여는 E.-W.Böckenförde(Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, S.1976 참조.

이러한 특별권력관계란 국가(군주)와 공무원의 관계를 포괄적인 명령·복종관계로 이해하는 것에서부터 출발한 것이었으며, 그에 따라 양자의 관계에는 법치주의의 적용이 전면적으로 배제된다고 생각하였고, 그 결과 기본권의 제한에 관한 법률유보의 배제 및 이에 따른 공무원에 대한 포괄적인 기본권제한의 가능성, 나아가 특별권력관계 내부에서 발생된 문제에 대한 사법심사의 제한 등을 특징으로 하게 되었다.⁹⁾

20세기에 들어와 독일에서도 군주제가 종식되고 민주국가가 건설되면서 특별권력관계의 이론은 현실에 맞지 않는 이론으로 비판되기 시작했으며, 그 결과 제한적으로나마 특별권력관계에 대해서도 법치주의의 요청을 받아들여야 한다는 주장이 강하게 제기되었다. 그 결과 최근에는 특별권력관계 자체를 부정하는 경향이 지배적이다.¹⁰⁾

특별권력관계를 부정한다는 것이 곧 공무원과 국민이 완전히 동일한 지위에 있음을 의미하는 것은 아니다. 한편으로는 공무원도 국민의 한 사람으로서 기본권의 주체가 되며, 다양한 기본권들을 향유할 수 있어야 한다는 점은 인정되지만, 다른 한편으로는 공직의 담당자로서 특별한 제한을 받아야 한다는 점도 부인될 수 없기 때문이다. 다만, 특별권력관계에 기초하여 기본권 자체를 전면 부정하던 시절과는 달리 공무원도 -단순히 정부 또는 정권의 도구가 아닌 공직을 직업으로 하는 '국민'으로서- 기본권에 대한 제한이 필요한 최소한에 그쳐야 한다는 점이 강조되고 있는 것이다.¹¹⁾

9) 특별권력관계에 관하여 상세한 것은 김백유, 공법상 소위 특별권력관계이론 -이론·기본권제한 및 사법적 구체론의 현대적 조명, 한성대 사회과학논집 제15집 제2호(2002.2), 1-29면; Ludwig Wenninger, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, 1982.

10) 특별권력관계의 부인과 특수지위관계의 대두에 관하여는 Wolfgang Loschelder, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*, S.1982 참조.

11) 김광수, 공무원과 기본권, 서강법학 제10권 제1호(2008.6), 1-23(1이하)면 참조.

Ⅲ. 공무원에 대한 기본권 제한의 특수한 구조와 성격

오늘날 공무원의 기본권 제한은 특별권력관계의 이론을 대신하여 주장되고 있는 특수지위(또는 특수신분)의 이론에 의해 설명된다. 공무원에 대한 특별한 기본권의 제한은 과거의 특별권력관계 이론에서 주장된 것처럼 - 법률의 근거를 필요로 하지 않는 - 법치주의의 예외로 인정되기 보다는 공직의 특수성에 기초하여 기본권의 제한의 법률적 근거가 마련되어야 하는 것으로 인정되는 것이다.

이러한 특수지위의 이론은 법치주의의 요청에 보다 충실한 것일 뿐만 아니라 국가권력의 민주성 확보라는 측면에서도 기존의 특별권력관계보다 설득력이 강한 것이기 때문에 오늘날 널리 인정되고 있다. 하지만 구체적인 문제에 들어가서 - 특수지위로 인하여 - 공무원의 기본권에 대한 특별한 제한이 어느 정도까지 허용될 것인지에 대해서는 직무의 성격과 문제되는 기본권의 실현구조를 고려하여 개별적으로 검토하여야 할 것이다.

예컨대 국가공무원법 제65조와 지방공무원법 제57조는 담당하는 직무의 성질을 고려하지 않은 채 획일적으로 공무원의 정치활동 제한은 요구하고 있다는 점 때문에 많은 비판을 받고 있다. 또한 국가공무원법 제66조와 지방공무원법 제58조에 의한 노동삼권의 제한도 일반공무원과 사실상 노무에 종사하는 공무원을 나누어 놓고 있지만, 그 구별이 명확하지 않을 뿐 아니라 과연 사실상 노무에 종사하는 공무원에게만 노동삼권이 인정되어야 하는지에 대해서 공무원노조가 합법화되기 이전에도 많은 논란이 있었다.¹²⁾

12) 그런데 헌법재판소는 당시 국가공무원법 제66조 제1항이 “사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여서만 근로3권을 보장하고 그 이외의 공무원들에 대하여는 근로3권의 행사를 제한함으로써 일반근로자 또는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 경우와 달리 취급하는 것은 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐 아니라 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 헌법상 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다”라고 판시하였으며(헌재 1992.4.28. 90헌바27등), 같은 맥락에서 지방공무원

제2절 민주주의의 발달에 따른 공무원의 정치적 기본권 확대 필요성

I. 민주화의 진전과 정치적 기본권의 강화

민주국가에서 공무원은 매우 특수한 지위를 갖는다. 한편으로는 공무원도 국민의 한 사람으로서 주권자임과 동시에 기본권의 주체가 되지만, 다른 한편으로는 국가사무의 담당자로서 주권자인 국민에게 봉사하는 위치에 있는 것이다. 이러한 이중적 지위로 인하여 공무원에게는 담당업무와 관련하여 국가의 공권력을 행사할 수 있는 권한이 인정되는 것과 더불어 그러한 권한을 객관적이고 공정하게 행사하도록 하기 위하여 여러 가지 의무의 부과 내지 기본권의 제한이 가해지고 있다.

과거 특별권력관계이론이 적용되던 시기와 비교할 때, 코페르니쿠스적 전환이라 할 수 있는 이러한 변화의 직접적인 원인은 민주주의의 발달이다. 민주주의의 발달은 인권의 신장과 맞물려 진행되는 것이 일반적이다. 민주주의의 발달로 인하여 인권의 강화되는 측면이 있는가 하면, 인권의 신장이 민주주의 발전을 위한 추동력이 되기도 한다.¹³⁾ 그리고 이러한 양자의 유기적 관계는 18~19세기 서구 민주주의와 인권의 발달과정에서뿐만 아니라 해방 이후 우리나라의 민주주의 및 인권 발전의 역사를 통해서도 확인될 수 있다.

법 제58조 제1항에 대해서도 합헌결정을 내린 바 있었다(헌재 2005.10.27. 2003헌바50).

13) 이는 18~19세기 서구와 미국에서 시작되어 전세계로 확산되었던 시민혁명과 인권선언들의 상호관계에서도 확인될 수 있다. 영국의 명예혁명, 미국 독립혁명이나 프랑스 대혁명 등에서는 민주주의의 관철이라는 목표와 인권보장이라는 요청이 함께 결합되어 나타났으며, 인권보장의 요청이 민주주의를 관철시키고자 하는 중요한 원동력으로 작용한 예는 수없이 많이 발견된다.

우리나라의 경우 1987년의 6월 민주항쟁이 민주화의 분수령이 되었을 뿐만 아니라 인권의 확대·강화를 위해서도 중요한 계기였다는 점은 부정될 수 없다. 그리고 민주화를 통한 인권의 확대·강화에서 특별한 의미를 갖는 것이 정치적 기본권이라고 할 수 있다. 정치적 기본권이 얼마나 실질적으로 보장되고 있는지는 민주주의의 척도라고 할 수 있으며, 동시에 민주주의의 버팀목이기도 하기 때문이다.¹⁴⁾

그 결과 민주화 이후 일반 국민들뿐만 아니라 공무원들의 기본권에 대해서도 적지 않은 변화가 있었다. 군주제 시절처럼 공무원들을 군주의 수족으로 간주하는 것뿐만 아니라, 군사독재 시절처럼 공무원들이 무조건 친정부적일 것을 요구하는 것도 정당하지 않다는 점이 널리 인식되었던 것이다. 이러한 맥락에서 공무원들의 정치적 기본권도 확대·강화되어야 한다는 점에 대한 기본적인 공감대는 어느 정도 형성되었다고 볼 수 있다.

그러나 공무원의 정치적 기본권 문제는 공직수행의 객관성·공정성 요청과 공무원의 기본권주체성이 가장 민감하게 충돌하는 영역이다. 공무원도 국민의 한 사람으로서 선거에 참여하여 투표권을 행사하는 등 정치적 기본권의 주체가 되는 것으로 인정되는 경우가 있는가 하면, 공무원이기 때문에 선거운동에 참여하거나 정당에 가입하는 것이 금지되는 등의 제한이 인정되기도 한다. 그러나 구체적인 인정의 범위에 대한 견해의 대립은 지금도 매우 날카롭다.¹⁵⁾

14) 계희열, 『헌법학(중)』, 2007, 427면 참조.

15) 이와 관련하여 공무원의 유형에 따라 정치적 기본권의 인정 범위가 달라질 수 있다는 점에 대해서는 이론(異論)이 없다. 정치활동을 통한 공직수행이 요구되는 대통령, 장관, 국회의원, 지방자치단체장 및 지방의회의원 등의 정치적 공무원과는 달리 직업공무원의 경우 공직수행의 객관성과 공정성을 확보하기 위하여 정치적 중립성이 강력하게 요구되고 있다는 점은 달라질 수 없기 때문이다.

II. 선진국 공무원의 정치적 기본권과의 비교

최근 공무원들의 정치적 기본권을 어느 정도까지 보장하여야 하는지에 대한 관심이 높아지면서 이와 관련한 사건들이 헌법재판소에 제소되는 예가 점차 늘고 있다.¹⁶⁾ 이와 관련하여 공무원의 정치적 기본권을 확대·한다는 논거로 가장 많이 제시되고 있는 것이 선진국들의 경우에는 공무원의 정치적 기본권이 훨씬 폭넓게 보장되고 있다는 점이다.

실제로 서구의 선진국들에서는 공무원들의 정당가입을 허용하는 것이 일반적이며, 공무원들이 개인적으로 혹은 공무원노조를 통하여 정당을 후원하는 것에 대해서도 긍정적인 태도를 취하는 경우가 많다.¹⁷⁾ 이러한 외국의 사례가 곧 우리나라에서도 공무원의 정당가입, 정치적 후원, 나아가 선거운동까지 허용해야 한다는 직접적이고 결정적인 논거가 되기는 어렵다. 하지만 우리나라가 선진국의 수준까지 발전함에 따라 공무원의 정치적 기본권도 확대·강화되어야 한다는 주장을 강력하게 뒷받침하는 근거로 상당히 많이 활용되고 있다.

서구의 국가들에서도 구체적으로 공무원들의 정치적 기본권을 어느 정도로 보장할 것인지에 대해서는 각국의 정치문화 내지 입법정책에 따라 적지 않은 차이를 보인다.¹⁸⁾

16) 최근 헌법재판소에서 내려진 결정 중에서는 모든 공무원에 대해 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’를 금지하는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정이 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로 판시(헌재 2008.05.29, 2006헌마1096)한 것이 있는가 하면, 예비후보자의 배우자인 공무원에 대해 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조 제1항 제4호의 규정을 합헌으로 판단한 것이 있다(헌재 2009.03.26, 2006헌마526).

17) 이에 관하여는 이정희, 영국노동당과 노동조합 -정치자금을 중심으로-, 국제노동브리프 제8권 제9호(2010.10), 67-74면; Wolfgang Langhorst, *Beamtenum und Artikel 131 des Grundgesetzes*, 1994 참조.

18) 정영태, 공무원의 정치적 자유에 대한 국제협약과 외국사례, 『교사·공무원의 정치적 표현의 자유 토론회』(김재윤·홍희덕 의원실 공동주

예컨대 영국의 경우 직무의 성격과 권한의 범위, 책임 정도에 따라 정치적 자유의 허용 정도가 다른 것으로 알려져 있다. 상급 공무원의 정당가입만 허용되는 반면, 중급공무원의 경우에는 국회의원후보 제외한 모든 정치활동 허용(허가 요함)되고, 현업공무원을 포함한 하급공무원에 대해서는 모든 정치활동이 허용된다. 또한 교육공무원에 대해서는 정당활동, 공직후보 출마, 선거운동 등 거의 모든 정치활동을 허용하고 있다.

독일의 경우 일반공무원의 경우 정당활동과 정치자금 기부는 금지하나 공직후보출마는 허용하고 있으며, 교육공무원의 경우 정당활동, 선거운동 등이 폭넓게 허용되고 있다. 반면에 프랑스의 경우에는 공무 중 또는 근무지를 제외한 모든 시간과 장소에서는 개인으로서 정부정책에 대한 의견의 표현을 제외한 모든 정치적 자유(정당가입, 정치자금 기부, 공직후보 출마, 선거운동)를 인정하고 있는 것으로 알려져 있다.¹⁹⁾

미국에서는 연방공무원과 콜롬비아 주공무원의 경우 정당활동과 선거운동이 허용되고 있지만, 노조의 정치자금 모금 및 기부, 정당 후보로서의 공직출마, 업무관련자 대상 선거운동, 직장내/업무시간 중 또는 제복 등 공무원신분을 파악할 수 있도록 하는 징표를 지닌 채 정당활동과 선거운동을 하는 것 등은 금지되고 있다. 또한 선관위, 연방수사국, 중앙정보부, 국가안전위원회 등 국가안보·범죄수사담당 공무원, 인사위원회, 행정심판관 등은 예외로 인정된다.²⁰⁾

최), 2009.12.9., 34면 참조.

19) 독일의 법제에 유각근, 비교법적 관점에서 본 공무원노조의 정치활동, 노동법논총 제20집(2010.12), 265-304(287이하)면 참조.

20) 미국의 법제에 관하여는 명재진, 미국 공무원제도와 공무원 기본권, 미국헌법연구 제19권 제2호(2008.12), 111-143면; 유각근, 비교법적 관점에서 본 공무원노조의 정치활동, 노동법논총 제20집(2010.12), 265-304(268이하)면 참조.

Ⅲ. 21세기 대한민국의 현황과 그에 부합하는 정치적 기본권 보장의 필요성

외국의 사례들도 각국의 상이한 정치환경 내지 공직문화에 따라 공무원의 정치적 기본권을 어느 정도 인정할 것인지에 대해서 상당한 차이를 보이고 있다는 점은 우리에게 시사하는 바가 적지 않다. 그 중에서도 가장 중요한 시사점은 공무원의 정치적 기본권 보장의 구체적 범위는 인권의 보편성에서 직접 도출될 수 있는 것이라기보다는 입법정책에 따라 탄력적으로 결정될 수 있는 측면이 크다는 점이다.

그러나 공무원의 정치적 기본권의 유형을 몇 가지로 나누어 볼 때, 각각의 유형에 따라 법적 보장의 필요성은 각기 다르게 평가될 수 있다. 특히 우리나라의 민주주의 발전, 그리고 세계무대에서의 달라진 국제적 위상 등을 고려하더라도 과거의 기준을 무조건 고수하려고 하는 것은 설득력을 갖기 어려우며, 공무원의 정치적 기본권에 대해서도 - 확대·강화에 대한 무조건적인 찬성이나 반대가 아니라- 사안별로 합리적인 근거를 찾아서 인정 여부를 결정하여야 할 것이다.²¹⁾

예컨대 공무원이 근무시간과 근무장소를 벗어나서 하는 사적 활동 중에 정치적 의사표현을 하는 것은 원칙적으로 허용되어야 할 것이다. 그러나 근무시간과 근무장소를 벗어났다는 것만으로 모든 정치적 활동이 자유롭게 허용되는 것으로는 보기 어렵다는 점도 함께 고려되어야 한다. 특히 정치적 중립성이 강력하게 요구되는 선관위 공무원이나 법관, 검사 등의 경우에는 직무를 수행하는 중은 아니라 할지라도 공적 소통의 과정에서 특정한 정치적 입장을 편들거나 비판하게 될 경우에는 그 중립성과 관련하여 많은 문제를 야기할 수 있는 것이다.²²⁾

21) 같은 취지로 한건우, 공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한, 연세 공공거버넌스외법 제2권 제1호 (2011.2), 55-118(69이하)면 참조.

22) 얼마전 크게 논란이 된 바 있는 법관의 정치적 의사표현(SNS를 통한

또한 공무원의 정당가입이나 후원회 가입 등에 대해서도 우리의 현실에서 이를 허용할 경우에 어떠한 득실이 있을 것인지에 대한 신중한 평가가 필요할 것이다. 한편으로는 법적인 측면에서 공무원의 정치적 중립성을 요구하는 헌법의 취지에 위배되지 않는지를 검토하여야 할 것이며, 다른 한편으로는 정당가입에도 불구하고 공무원이 직무상의 중립성과 공정성을 유지할 수 있다는 점에 대하여 국민들을 납득시킬 수 있는지를 확인하여야 할 것이다.²³⁾

한미FTA 반대의견 개진 등)의 경우는 이런 측면에서 적절치 못한 것으로 평가될 수 있을 것이다. SNS의 성격에 대해서는 의견이 엇갈리지만, 그 파급효과를 생각할 때 이를 공적 의사소통 과정이 아니라고 보기는 어려울 것이며, 중립성이 특히 강하게 요구되는 판사가 공적 의사소통 과정을 통해 정치적 편향성을 드러내는 것은 심각한 문제라고 할 수 있기 때문이다.

물론 판사도 정치적 사안에 대한 의견이 있을 수 있으며, 판사가 유권자로서 각종 선거에서 투표에 참여하는 것이 중립을 깨뜨린다고 하지는 않는다. 그러나 판사를 비롯한 공무원의 정치적 중립성은 적어도 업무를 수행하는 과정에서 정치적 선입견이 끼어들지 않을 것을 요구한다. 사법은 이러한 중립 요청이 특별히 중요하기 때문에 피해자의 고소나 고발 없이도 수사에 착수할 수 있는 검찰과 달리 당사자에 의한 소송 제기가 있기 이전에 법원이 주도하여 소송을 시작할 수 없다는 소극성이 특징이다.

사법의 공정성을 위한 전제로서 중립성은 재판을 진행하는 동안에만 요청되는 것이 아니다. 평소 정치적 편향성을 보이던 판사가 재판을 담당할 때 그 재판의 공정성을 국민들이 신뢰하기 어려울 것이다. 그래서 적어도 판사의 공적 언행에서는 항상 정치적 중립성이 요구된다. 대법원 공직자윤리위원회가 이와 관련하여 “법관은 공정한 재판에 영향을 미칠 우려를 일으킬 수 있는 외관을 만들지 않아야 한다”며 “페이스북 등 SNS 사용에서도 좀 더 분별력 있고 신중한 자세를 견지할 것을 권고한다”고 한 것도 같은 의미로 이해될 수 있을 것이다.

- 23) 설령 공무원들 스스로는 정당 가입이나 후원회 가입에도 불구하고 담당하는 업무의 수행에 있어서는 정치적 중립성 및 객관성과 공정성을 유지할 수 있다고 확신하더라도, 이를 국민들이 신뢰하지 못하는 상황에서는 정당 가입의 허용을 강행하기 어려운 것이다.

제3절 공무원의 정치적 기본권 보장의 범위에 관한 논란과 그 배경

I. 공무원의 정치적 중립성과 정치적 기본권 보장의 긴장관계

민주주의의 발전에 따른 인권 내지 기본권의 신장이 공무원의 정치적 기본권의 확대·강화에도 직접적인 영향을 미치는 것은 부인할 수 없다. 그러나 이를 위해 갖추어져야 할 전제조건은 공무원의 공직 수행에 있어서의 객관성과 공정성이 침해되지 않아야 한다는 것이다. 공직의 본질이 국민 전체를 위한 봉사에 있으며, 이를 실현하는 가장 중요한 조건은 공직 수행의 객관성과 공정성이라 할 수 있기 때문에 우리 헌법도 제7조 제1항에서 국민 전체에 대한 봉사를 강조함과 더불어 제7조 제2항에서는 정치적 중립성을 명시적으로 요청하고 있는 것이다.²⁴⁾

물론 헌법 제7조 제1항의 적용을 받는 공무원의 범위와 제7조 제2항의 적용을 받는 공무원의 범위는 다르다. 전자는 공직 수행을 담당하는 가장 넓은 의미의 공무원이라고 해석되는 반면에 후자는 정치적 중립성과 신분보장이 요구되는 직업공무원에 한정되는 것으로 해석되는 것이다.²⁵⁾ 그런데 최근 문제되고 있는 공무원의 정치적 기본권 확대·강화는 주로 직업공무원을 그 대상으로 하고 있기 때문에 헌법 제7조 제2항이 요구하는 정치적 중립성의 요청과 충돌하는지의 여부가 매우 중요한 쟁점으로 대두된다.

이와 관련하여 선진외국의 경우 공무원의 정당가입을 비롯하여 각종 정치활동을 허용하는 예가 많이 있다는 것도 충분한 논거가 되기 어려우며, 거꾸로 헌법 제7조 제2항을 근거로 공무원의 정치

24) 독일 기본법 제33조 제5항에서 “공직에 관한 권리는 직업공무원제의 전통적 원칙들을 고려하여 규율되고 발전된다.”고 규정한 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

25) 장영수, 『헌법학』, 2012, 360면 이하, 369면 이하 참조.

활동은 전면적으로 금지된다는 주장도 설득력이 약하다. 문제의 핵심은 공무원의 ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성이 확보되어야 한다는 점이다.

즉, 공무원이 정당에 가입하는 등의 정치활동을 하더라도 ‘직무수행에 있어서’ 정치적 중립성 및 객관성과 공정성을 계속 유지할 수 있다면 헌법 제7조 제2항에 위배되지 않는 것으로 보아야 할 것이며, 외국의 경우와는 달리 우리나라의 정치문화에 비추어 볼 때 공무원의 정당가입 등이 결국 ‘직무수행에서의 정치적 중립성’에 심각한 영향을 미칠 것이라고 판단될 경우에는 이를 금지하는 것이 정당할 것이다.²⁶⁾

이 문제에 대한 상반된 평가가 결국 직업공무원의 정당가입에 대한 찬반의 가장 중요한 논거가 되고 있는 것이며, -민주화의 진전에 따라 공무원의 정치적 기본권이 다양한 측면에서 강화되고 있는 것이 현실이지만- ‘직무수행에서의 정치적 중립성’을 도외시하고 공무원의 정치적 기본권 강화를 주장하는 것은 설득력을 갖기 어려운 것이다.

II. 지방자치의 활성화와 공무원의 정치적 기본권

우리나라의 지방자치는 1948년 헌법제정 당시부터 헌법상 보장되고 있었으나, 실제 지방의회가 구성된 것은 6·25 전쟁이 진행 중이던 1952년이였다. 시작부터 정치적 혼란 속에 왜곡이 적지 않았던 지방자치는 제2공화국 당시의 단체장 직선에서 나타났던 논란을 거쳐 제3공화국 이후에는 사실상 중단되었다. 결국 현행헌법 하에서 지방자치가 비로소 부활되었는데, 1991년 지방의회선거가 다시 시작되었고, 1995년부터는 지방자치단체장까지 지역주민들의 선거를 통하여 선출하게 되었다.²⁷⁾

26) 그렇기 때문에 이 문제의 해결을 위해서는 우리의 현실, 우리의 정치 문화 내지 공직문화에 대한 이해와 평가가 가장 중요하다고 할 수 있다.

초기에는 지방자치의 부작용 내지 역기능에 대한 우려가 적지 않았고, 그로 인하여 국가의 후견적 관여가 폭넓게 인정되기도 하였지만, 지난 20여년의 경험과 노력으로 지방자치가 뿌리내리게 된 것은 민주주의의 발전이라는 측면에서도 큰 성과로 평가될 수 있다. 그런 가운데 지방자치의 활성화를 통한 지방정치의 탄생 및 발전이 지방공무원들의 정치적 기본권과 맞물려 복잡한 문제를 야기하기도 한다.

지방공무원도 객관적이고 공정한 직무 수행을 위하여 ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성이 확보되어야 한다는 점에서는 국가공무원과 다를 바 없다. 비록 소속이 국가와 지방자치단체로 차이를 보이지만, 국가공무원과 지방공무원의 법적 지위와 역할은 본질적으로 같은 것이라 할 수 있기 때문이다. 그러나 현실적 측면에서 볼 때, 지방공무원의 경우에는 자치단체장과 밀착되어 있는 경우도 적지 않고,²⁷⁾ 경우에 따라서는 자신들이 담당하는 업무에서의 이해관계와도 무관하지 않은 사항에 대하여 정치적 주장들을 펴는 경우가 점차 늘고 있다.

예컨대 얼마 전에는 일부 지방공무원들이 지방자치단체장 선거에 정당표방을 금지해야 한다는 주장을 집단적으로 한 바 있다. 이처럼 지방자치의 활성화로 인하여 공무원들이 정치적 문제에 접하게 되는 경우가 증가되고, 이에 따라 공무원들이 정치적 의사표명 내지 정치적 주장을 점차 강하게 되는 것을 어떻게 평가하고, 이에 대하여 어떠한 법적 대응을 할 것인지도 매우 중요한 현안으로 떠오르고 있는 것이다.²⁹⁾

27) 지방자치의 역사적 발전에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2012, 316면 이하 참조.

28) 특히 지방자치단체장 선거에서 지방공무원들의 역할이 주목되기도 한다. 이에 관하여는 박용격, 공무원과 지방자치단체장의 정치적 중립, 지방행정 제45권 제3호(1996.3), 15-30면 참조.

29) 이에 관하여는 민주사회를 위한 변호사 모임 외, 『공무원·교원의 정치적 기본권 보장 및 경찰의 공무원노조·전교조에 대한 수사의 문제점』 토론회, 2010.2.4. 참조.

Ⅲ. 공무원의 노동기본권 강화가 정치적 기본권에 미치는 영향

보다 심각한 문제는 공무원노조와 관련한 문제들이다. 2006년 공무원노조법(공식 명칭: 『공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률』)이 제정되어 공무원들의 노조설립이 합법화되면서 공무원노조의 활동은 더욱 활발해졌으며, -이른바 법외노조라고 지칭되는- 합법화를 위한 조건을 갖추지 못한 공무원노조들도 여전히 활동하고 있는 상황이다.³⁰⁾

그런 가운데 일부 공무원노조에서 특정 정당에 대한 지지의사를 표명하면서 공무원들의 정치적 기본권 문제가 새로운 이슈로 등장하게 되었다. 문제의 공무원노조 측에서는 공무원노조의 정치활동을 금지하는 법률이 헌법과 상식에 반하는 법이라며 특정 정당에 대한 지지의사의 정당성을 주장하고 있다.³¹⁾ 그러나 이러한 공무원노조의 태도는 현행법 위반일 뿐만 아니라 정치적 중립성을 해치는 행위라는 비판도 적지 않다.³²⁾

이러한 문제는 공무원의 정당가입 내지 정당에 대한 지지가 ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성을 깨뜨리는 것인지의 여부와도 무관하지 않다.³³⁾ 그러나 공무원 개개인의 정당가입 및 정치적 의사표현을 허용하는 것과 공무원노조 명의로 특정 정당에 대한 지

30) 공무원노조의 결성 단계 및 활동방식의 변화에 관하여는 박준식·박주영, 『공무원 노동조합의 형성 과정과 의식조사를 통해 본 공무원 노사관계의 특성과 정책과제』, 2005, 22면 이하 참조.

31) 김정진, 공무원노조 정당 지지선언의 정당성, 매일노동뉴스(<http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=37962> - 최종방문 2012.8.28)

32) 이에 관하여는 한건우, 공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한, 지방자치 통권 254호(2009.11), 55-59면 참조.

33) 공무원노조의 특정 정당 지지가 정당하다고 주장하는 측에서는 그러한 정당 지지가 직무수행에 있어서의 정치적 중립성을 깨뜨리는 것은 아니라고 주장한다. 이에 관하여는 이계수, 공무원의 정치운동금지 의무에 대한 비판적 고찰, 민주법학 제29호(2005.12), 311-336면 참조.

지의사를 표현하는 것은 또 다른 차원의 문제라는 점에 주목할 필요가 있다.

개인으로서의 공무원이 정당에 가입하고 정당에 대한 지지의사를 표명하는 것은 정치적 기본권의 개인적 행사이다. 그러나 공무원노조의 명의로 특정 정당에 대한 지지의사를 표명하는 것은 정치적 기본권의 집단적 행사가 된다. 국가공무원법 및 지방공무원법에서 공무원의 집단행위에 대한 원칙적 금지가 여전히 남아 있는 상황에서 -또 그러한 집단적 행위의 금지가 (비록 적정 범위에 대한 논란은 있지만) 전적으로 부당한 것이라고는 보기 어려운 상황에서- 이를 완전히 무시하는 것은 보다 심각한 문제라고 볼 수 있는 것이다.

IV. 공직문화 및 정치문화의 변화와 공무원의 정치적 기본권

이런 모든 문제의 배후에는 공직문화 내지 정치문화에 대한 평가의 차이가 깔려 있다.

우리의 공직문화와 정치문화가 충분히 신뢰할 수 있는 수준에 올라와 있다면 문제는 간단하다. 공무원들이 개인적이건 집단적이건 정치적 의견을 표명하고, 정치적 기본권을 행사한다 하더라도 그것이 직무 외의 것으로 인정될 수 있다면 폭넓게 허용되어야 할 것이다. ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성만 확보할 수 있다면, 직무 외의 정치적 기본권의 행사는 폭넓게 허용하지 않을 이유가 없는 것이다.

문제는 그러한 신뢰가 형성되어 있는지의 여부이다. 우리 국민들은 아직도 공무원들이 대통령선거 전후로 출서기에 신경을 쓴다고 믿는다. 누가, 어느 정당의 후보자가 대통령이 되느냐가 직업공무원들의 인사에도 상당히 큰 영향을 미치고 있다고 생각한다. 이런 상황에서 국민들이 우리의 공직문화와 정치문화를 신뢰하고 있다고 말하기는 어려운 것이다. 오히려 이런 상황에서는 공무원들

이 줄서기를 하듯이 특정 정당에 대한 지지를 표방할 수도 있고, 또 역으로 그에 대한 반발로 집단적 행동이 취해질 수도 있다. 그 어느 쪽도 공직수행의 중립성과 공정성 측면에서 바람직한 것은 아니다.³⁴⁾

그렇다면 우리의 상황을 어떻게 평가하고 또 어떤 방식으로 합리적으로 조정할 것인지에 관심을 모아야 할 것이다. 전적인 신뢰할 수도, 그렇다고 전적인 불신할 수도 없는 우리의 공직문화와 정치문화의 현주소를 정확하게 파악하고, 그에 맞는 적절한 해법을 찾아야 하는 것이다. 그렇기 때문에 공무원의 정치적 기본권을 어느 정도까지 인정해야 할 것인가에 대한 각국의 입법례가 차이를 보이고 있는 것이고, 우리도 -외국의 입법례를 충분히 참고하되- 우리에게 맞는 답을 찾기 위해 노력하여야 할 것이다.

34) 정재명·최승재, 공무원의 정치참여에 관한 연구 -공무원의 인식을 중심으로-, 한국행정논집 제22권 제2호(2010 여름), 479-508면에서 보여주는 공무원의 정치참여에 관한 조사결과는 매우 의미심장하다. 공무원들의 다수가 공무원의 정치참여에 대한 제한 규정의 필요성에 대해 긍정적인 답변을 하면서도, 장차 정치참여에 대한 제한 규정이 개정되어야 할 필요성에 대해서 긍정적인 인식을 갖고 있는 공무원이 다수였던 것이다. 이는 결국 정치참여의 유형에 따른 찬반의 정도가 상당한 정도의 차이를 보이는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 다만, 이러한 변화의 필요성이 인정될 경우에도 급진적 변화보다는 점진적 변화가 더 합리적일 것이며, 그에 대한 판단은 역시 입법자의 몫이라 할 수 있을 것이다.

제2장 공무원의 유형 및 정치적 기본권의 종류에 따른 기준 설정의 모색

제1절 공무원의 개념과 유형 - 정치적 중립성에 대한 요구의 차이를 중심으로

I. 직무로서의 공직과 그 담당자로서의 공무원

1. 현대 민주주의와 공직의 개념

현대 민주주의는 국민주권에서 출발한다. 그러나 국민이 주권자로 선언된다 하더라도 국민주권의 의미는 군주주권과는 다른 것이 될 수밖에 없다. 개인으로서의 군주가 주권자로서 실제 국가권력을 행사할 수 있는 것과는 달리 집단으로서의 국민은 주권자로서 국가권력을 행사하는 것이 현실적으로 불가능하기 때문이다.³⁵⁾

그렇기 때문에 민주주의는 국민주권 이외에 대의제, 다원주의, 다수결 등의 요소들에 의해 보완되고 있다. 특히 국가권력의 구성과 활동 및 이를 통한 공식적인 국가의사의 결정은 대의제 민주주의의 틀 안에서 이루어지고 있다. 이처럼 대의제가 차지하는 비중이 크기 때문에 현대 민주주의는 대의제를 근간으로 하는 것으로 인정되고 있다.

민주국가에서의 공직은 공적 업무를 담당하는 직위 내지 이들에 의해 수행되는 직무를 의미한다. 국가, 지방자치단체를 비롯한 각

35) 국민이 선거를 통하여 대통령이나 국회의원을 선출하는 것을 일컬어 주권의 행사라고 표현하기도 한다. 그러나 엄밀하게 말하자면 선거에 참여하는 국민과 주권자로서의 국민은 동일하지 않다. 주권자로서의 국민은 국적을 가지는 사람 모두를 의미하는 반면에 선거에 참여하는 국민은 그 중에서 일정 연령에 도달하였고, 선거권의 결격사유가 없는 사람만을 의미하기 때문이다. 따라서 '선거를 통한 주권의 행사'는 정확하지 않은 표현이다.

중 공공단체에서 수행되는 공적 업무를 공직이라 할 수 있으며, 이를 담당하는 직위를 공직이라 부르기도 하는 것이다.³⁶⁾ 즉, 국민이 직접 공적 업무를 처리하지 않고 대의제의 틀 안에서 대표자에 의해 처리하도록 하고 있으며, 국민에 의해 선출된 대표자 및 이들에 의해 임명된 대표자들이 공직을 담당하는 것이다.³⁷⁾

공직은 현대 민주국가의 기초를 형성하는 것이며, 공직 수행의 객관성과 공정성은 곧 국가공동체의 객관성과 공정성으로 연결되며, 공직제도의 성패는 곧 국가공동체의 성패로 연결된다. 그렇기 때문에 공직의 의미와 비중은 현대 민주국가에서 더욱 강조되고 있다.

2. 공직의 유형과 특성

공직의 개념은 매우 포괄적이다. ‘공적’ 업무의 범위 자체가 매우 추상적이고 포괄적일 뿐만 아니라, 이에 속하는 여러 업무들의 성격 또한 다양하다.³⁸⁾ 이처럼 공직이 매우 포괄적인 개념이기 때문에 공직을 몇 가지 유형으로 나누어서 살펴보는 것이 필요하다. 공직의 유형은 어떤 기준을 적용하여 분류하는지에 따라 다양한 모습으로 나타난다.

먼저 공직의 담당기관, 즉 공직담당자의 소속기관에 따라 분류할 때 공직은 국가의 활동, 지방자치단체의 활동, 기타 공공단체의 활동으로 나누어질 수 있다. 이는 공직의 성격이나 내용에 따른

36) 그런 의미에서 공직자의 개념은 일반적인 공무원보다 넓은 개념으로 사용되기도 한다.

37) 따라서 대통령과 국회의원처럼 선거를 통해 선출된 공직담당자뿐만 아니라, 법관이나 검사, 경찰을 비롯한 각종 공무원들도 역시 국민의 대표자라고 인정되는 것이다.

38) 이에는 국가작용, 지방자치단체의 작용은 물론이고 각종 공공기관의 활동까지도 포함된다. 또한 질서유지를 위한 작용이 있는가 하면, 경제의 육성을 위한 활동, 학문과 예술에 대한 지원활동, 사회적 약자의 보호를 위한 지원활동, 환경보호활동, 국방에 관한 활동, 외교에 관한 활동 등 상이한 내용의 활동이 포함된다.

분류가 아니고 단지 담당기관의 차이를 기준으로 한 것이기 때문에 권한범위의 변경에 따라 어떠한 유형에 속하는지도 달라질 수 있다.³⁹⁾ 이를 다시 구체화할 경우에는 행정각부에 속하는 작용들을 각기 나누어 보는 것도 가능하다.

둘째, 권력분립을 기준으로 공직을 분류하면 입법작용과 집행작용, 사법작용으로 나눌 수 있다. 이때의 입법작용은 국회의 권한에 속하는 모든 작용을 의미하는 것이 아니라 국회가 법률의 형식으로 추상적 범규범을 제정하는 작용을 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 마찬가지로 집행작용은 정부의 권한에 속하는 모든 작용이 아니라, 집행의 성격에 부합하는 작용을 지칭하며 대통령의 의전적 권한 내지 권력분립을 초월한 권한은 이에 해당되지 않는다.⁴⁰⁾

셋째, 공직수행의 방식 내지 성질을 기준으로 하면 공직을 형성적 작용, 규제작용, 급부작용 등으로 분류하는 것이 가능하다. 형성적 작용은 다양한 형태의 입법(국회입법, 행정입법, 사법입법, 자치입법 등) 및 계획작용(국토종합계획, 도시계획, 경제계획, 국방계획 등)을 포함하며, 규제작용은 경찰작용 및 각종 인허가 등을 포함한다. 그리고 급부작용에는 다양한 형태의 사회보장적 활동을 비롯한 국가의 적극적 급부활동이 포함된다.

넷째, 공직의 수행과 관련된 권한 내지 공직수행의 법적 효과를 기준으로 할 때, 강제력을 가진 작용과 권고적 작용으로 나누어 볼 수 있다. 대부분의 전통적인 공직 수행은 전자에 속하지만, 최근에는 다양한 형태의 국민서비스 작용이 증가하면서 후자에 속하는 것도 점차 늘고 있다.⁴¹⁾

39) 예컨대 지방자치법의 개정을 통해 지방자치단체의 권한에 속하던 것을 국가의 권한으로 변경하거나 그 반대로 국가의 권한에 속하던 것을 지방자치단체의 권한으로 변경할 경우에는 그에 속하는 업무도 이러한 변화에 상응하여 새롭게 분류되어야 할 것이다.

40) 대통령의 헌법상 지위는 국가원수로서의 지위와 집행부 수반으로서의 지위로 나누어지며, 국가원수의 지위에서 파생되는 권한들은 집행권에 속하는 것으로 보기 어렵다. 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2012, 1148면 이하 참조.

41) 후자의 대표적 예로서는 행정지도 및 국가인권위원회의 권고 등이 있

이처럼 분류 기준에 따라 공직의 유형이 다양하게 나누어질 수 있을 뿐만 아니라, 각각의 특성 또한 뚜렷해질 수 있다. 공직의 범위가 매우 넓고, 그에 속하는 활동 또한 다양하기 때문에 필요에 따라서는 새로운 기준을 설정하여 공직의 유형을 분류하고, 그에 따라서 합리적 규율의 방법을 찾는 것이 필요해지기도 한다.

3. 공직의 담당자로서의 공무원

공직의 담당자를 공직자, 즉 가장 넓은 의미의 공무원이라고 할 수 있다. 민주국가의 공무원은 국민 중에서 선출되며, 모든 국민에게는 공무담임권에 기초하여 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회가 보장되고 있다. 이처럼 모든 국민에게 공무담임권이 인정되고 있는 것은 두 가지 측면에서 중요한 의미를 갖는다.

첫째, 모든 국민에게 공직에 취임할 수 있는 기회를 보장하는 것은 직업을 통한 자기실현 및 생계유지의 가능성을 의미한다. 즉, 직업의 자유의 특수형태로서 공직을 통하여 자신의 삶을 형성할 수 있는 기본권이 보장되는 것이다.⁴²⁾

둘째, 공직을 특정계층이나 특정집단이 독점하지 않고 모든 국민에게 열어놓고 있다는 것은 민주주의 실현을 위한 중요한 조건이 된다. 이는 국민주권의 실현이라는 측면뿐만 아니라, 공직 수행의 객관성과 공정성 측면에서도 매우 중요하다.

따라서 공직취임의 기회는 모든 국민들에 대하여 균등하게 부여되어야 한다. 이는 헌법 제11조의 평등권, 그리고 헌법 제25조의 공무담임권으로부터 도출되는 당연한 국민의 권리이기도 하다.

그러나 모든 국민에 대하여 공직취임의 기회를 균등하게 부여한

다.

42) 그런 의미에서 직업의 자유와 공무담임권은 일반-특별의 관계에 있는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 이에 관하여는 헌재 2001.2.22. 2000헌마25; 헌재 2007.5.31. 2006헌마627; 헌재 2012.07.26, 2010헌마 264 참조.

다는 것을 형식적으로 이해해서는 안 된다. 즉 해당되는 공직에서 요구되는 능력에 따른 차별은 합리적인 것이기 때문에 기회균등의 요청에 반하지 않는 것으로 보아야 하기 때문이다. 따라서 선거에서의 당선, 공무원채용시험의 합격 등 주관적 전제조건에 의해 공직취임의 기회가 제한되는 것은 정당한 것으로 인정되어야 한다.

II. 현행법상 공무원의 유형과 각각의 성격

1. 학설상 공무원의 개념과 유형

공무원의 개념 정의는 다양하며, 문맥에 따라 각기 다른 의미로 사용된다. 그렇기 때문에 어떠한 의미로 공무원이라는 개념을 사용했는지에 대하여 논란이 있는 경우도 드물지 않다.

좁은 의미의 공무원은 직업공무원제에 의해 신분이 보장되는 행정직 공무원, 즉 국가공무원법 제2조 제2항과 지방공무원법 제2조 제2항에 의한 경력직 공무원 가운데서 국가 또는 지방자치단체와 특수지위관계를 맺고 공직을 수행하는 사람을 의미한다.

그러나 공무원의 일반적인 의미는 이보다 약간 넓게 이해될 수 있으며, 이는 국가 또는 지방자치단체와 넓은 의미의 공법상 근무관계를 맺고 공무를 담당하는 사람들 모두를 지칭하는 개념이다.⁴³⁾ 즉, 법적으로 공무원의 신분을 갖는 사람을 포괄하는 개념이다.

가장 넓은 의미의 공무원은 공직의 수행을 담당하는 모든 사람, 즉 국가와 지방자치단체뿐만 아니라 그밖의 모든 공법상의 단체에서 공무를 수행하는 모든 사람(공직자)을 포함하는 것으로 이해된다. 즉, 국가와 지방자치단체뿐만 아니라 여타의 공공기관에서 공적 업무를 수행하는 -하지만 법적으로 공무원의 신분을 가지고 있지는 않은- 사람들까지 포함하는 것이다.

43) 즉, 직업공무원으로서의 정치적 중립성과 신분보장이 인정되는 공무원 이외에 정치적 공무원 등과 같이 공무원의 신분을 가지고 있으나, 직업공무원은 아닌 사람들까지 포함하는 개념이다.

예컨대 헌법 제7조 제1항에서 “공무원인 국민전체에 대한 봉사자이고, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하였을 때의 공무원은 공직을 담당하는 공무원 전체, 즉 넓은 의미의 공무원을 지칭한다. 그러나 헌법 제7조 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하였을 때의 공무원은 직업공무원, 즉 좁은 의미의 공무원을 의미하는 것으로 해석되는 것이다.

2. 국가공무원법 및 지방공무원법에 따른 공무원의 유형

국가공무원법 및 지방공무원법에 따른 공무원의 유형은 조금 복잡하게 분류되고 있다. 기본적으로 국가공무원법의 적용을 받는 국가공무원과 지방공무원법의 적용을 받는 지방공무원이 분류되고 있으며, 이들은 각기 국가공무원법 제2조와 지방공무원법 제2조에 의하여 경력직 공무원과 특수경력직 공무원으로 나누어진다.

경력직 공무원은 다시금 일반직 공무원, 특정직 공무원, 기능직 공무원으로 나누어진다. 일반직 공무원은 “기술·연구 또는 행정일반에 대한 업무를 담당하며, 직군(職群)·직렬(職列)별로 분류되는 공무원”⁴⁴⁾을 말하며, 특정직 공무원은 “법관, 검사, 외무공무원, 경찰공무원, 소방공무원, 교육공무원, 군인, 군무원, 헌법재판소 헌법연구관, 국가정보원의 직원과 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원”⁴⁵⁾과 “공립 대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원, 자치경찰공무원 및 지방소방공무원과 그 밖에 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원”⁴⁶⁾을 말한다. 그리고 기능직 공무원은 “기능적인 업무를 담당하며 그 기능별로 분류되는 공무원”⁴⁷⁾을 의미한다.

44) 국가공무원법 제2조 제2항 제1호, 지방공무원법 제2조 제2항 제1호.

45) 국가공무원법 제2조 제2항 제2호.

46) 지방공무원법 제2조 제2항 제2호.

경력직 공무원들은 대체로 직업공무원이라고 할 수 있다. 그러나 예외적인 경우도 있기 때문에 경력직 공무원과 직업공무원을 동일시할 수는 없다. 예컨대 직업군인이 아니라 의무복무중인 군인의 경우 국가공무원으로서 특정직 공무원에 해당되지만 직업공무원이라고 보기는 어려운 것이다.

특수경력직 공무원은 다시금 정무직 공무원, 별정직 공무원, 계약직 공무원으로 나누어진다. 정무직 공무원의 기준은 국가공무원의 경우와 지방공무원의 경우가 약간 다르다.⁴⁸⁾ 반면에 별정직 공무원 및 계약직 공무원은 법적 근거 내지 임용의 주체가 다를 뿐 그밖의 개념요소들은 같다. 별정직 공무원은 “특정한 업무를 담당하기 위하여 별도의 자격 기준에 따라 임용되는 공무원으로서 법령(또는 조례)에서 별정직으로 지정하는 공무원”⁴⁹⁾이며, 계약직 공무원은 “국가(지방자치단체)와의 채용 계약에 따라 전문지식·기술이 요구되거나 임용에 신축성 등이 요구되는 업무에 일정 기간 종사하는 공무원”⁵⁰⁾이다.

정무직 공무원들은 대체로 정치인들이기 때문에 정치적 중립성의 요청을 덜 받는 반면에 신분보장 또한 부여되지 않는 것이 일반적이다. 하지만 정무직 공무원 중에서도 국회의 동의를 얻어 임명되는 대법원장과 대법관 헌법재판소장과 헌법재판관의 경우에는

47) 국가공무원법 제2조 제2항 제3호, 지방공무원법 제2조 제2항 제3호.

48) 국가공무원법 제2조 제2항:

1. 정무직공무원

가. 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 필요로 하는 공무원

나. 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원

지방공무원법 제2조 제2항:

1. 정무직공무원

가. 선거로 취임하거나 임명할 때 지방의회의 동의를 필요로 하는 공무원

나. 고도의 정책결정업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법령 또는 조례에서 정무직으로 지정하는 공무원

49) 국가공무원법 제2조 제3항 제2호, 지방공무원법 제2조 제3항 제2호.

50) 국가공무원법 제2조 제3항 제3호, 지방공무원법 제2조 제3항 제3호.

정치적 중립성 및 신분보장의 요청이 오히려 경력직 공무원 이상이라고 할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 정무직 공무원이라는 것이 정치성과 동일시될 수는 없는 것이다.⁵¹⁾

3. 공무원의 유형 분류에 따른 기본권 제한의 차이

이처럼 현행 국가공무원법 및 지방공무원법에 따른 공무원의 분류는 직업공무원 또는 정치인으로 활동하는 공무원들을 특별하게 하나의 유형으로 정하고 있지 않다. 따라서 공무원의 정치적 기본권을 심층적으로 검토하기 위한 기준을 공무원법의 분류에서 도출하기는 어렵다. 이하에서는 학설상의 개념인 ‘직업공무원’이라는 용어와 ‘정치직 공무원’이라는 용어를 사용한다.⁵²⁾

직업공무원의 본질은 엽관제를 배제하고 정권의 변동 등과 같은 정치사황의 변화에도 불구하고 공적 업무 수행의 계속성과 안정성, 객관성과 공정성을 확보하는데 있다. 이를 위해 가장 중요한 조건이 정치적 중립성과 신분보장이라고 할 수 있으며, 직업공무원의 정치활동에 대해서는 일정한 제한이 필요하다는 점에 대해서는 큰 이견이 없다. 문제는 어느 정도까지 직업공무원의 정치적 기본권이 제한될 수 있는냐에 있을 뿐이다.

반면에 정치적 공무원의 경우에는 업무 수행의 계속성과 안정성보다는 국민에 의해 부여된 민주적 정당성에 더 많이 의존하는 특성을 갖는다. 대통령이나 국회의원과 같이 국민에 의해 직접 선출된 선거직 공무원뿐만 아니라 국민과 국회에 대하여 정치적 책임

51) 이에 관하여 상세한 것은 아래의 「제2장 II. 1. 정무직 공무원의 개념과 유형」 참조.

52) 물론 직업공무원이 아니라 하더라도 담당하는 업무의 성질에 따라 일정한 정치적 기본권의 보장이 인정될 수 있다. 예컨대 계약직 공무원의 정치적 기본권도 결코 가볍지 않은 문제라고 할 수 있다. 그러나 계약직 공무원의 경우 그 담당하는 업무의 유형이 매우 다양하기 때문에 확립적으로 정치적 기본권의 보장 범위를 설정하기는 곤란한 것이다.

을 지는 국무총리와 국무위원의 경우도 정치적 중립성보다는 정책 결정자로서의 책임이 우선시되는 것이다. 그렇기 때문에 정치적 공무원의 경우에는 정치적 중립성의 요청이 직업공무원에 비하여 크게 완화될 수밖에 없다.

모든 공무원이 직업공무원과 정치적 공무원으로 나누어지는 것은 아니기 때문에 그밖에도 공무원의 정치적 기본권과 관련하여 특별히 검토해야 할 경우들이 적지 않다. 특히 정당활동 및 선거를 관리하는 선관위 공무원이나 법관, 검사, 교육공무원 등의 경우에는 정치적 중립성과 관련하여 최근에도 많은 논란이 있다. 이들의 직무가 갖는 특성이 정치적 중립성 요청에 어떤 영향을 미치는지에 관하여도 주목할 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 담당 직무에 따라 정치적 중립성이 요청되는 정도

1. 정치적 공무원과 정치적 중립성

공무원들 중에는 정치적 역할을 담당하는 이른바 정치적 공무원이 있다. 즉, 정치인의 신분으로서 공무원이 될 수 되는 대통령, 국회의원, 국무총리와 행정각부의 장관, 지방자치단체장이나 지방의회의원 등의 경우에는 특정한 정당의 공천을 받은 선거를 통해 선출될 경우도 있으며, 그렇지 않고 국무총리나 장관들의 경우처럼 임명되는 경우라 하더라도 특정한 정치적 입장으로 인하여 선택되는 경우도 있다.

이러한 정치적 공무원의 경우에 대해서는 성질상 정치적 중립성을 요구하기 어렵다. 애초에 특정한 정치적 입장을 전제로 공무원이 된 상태에서 정치적 중립성을 요구하는 것이 모순일 뿐만 아니라, 설령 그러한 요청이 있다 하더라도 관철될 가능성은 거의 없는 것이다.⁵³⁾ 그렇기 때문에 정치적 공무원에 대해서는 정치적 중

53) 예컨대 현행법상 국회의장으로 선출된 국회의원은 의장 직무를 수행하는 동안 당적을 버려야 한다. 특정 정당에 소속되지 않은 상태에서 중

립성을 요구하지 않고, 동시에 정치적 기본권의 제한도 가하지 않는 것이 원칙이라 할 수 있다.

그러나 정치적 공무원의 정치적 기본권이 일반국민과 똑같이 보장된다는 것은 아니며, 국민 전체에 대한 봉사자로서의 역할을 수행하지 않는다는 것은 더더욱 아니다. 예컨대 정치적 공무원인 대통령의 경우에도 특정 정당이나 정치인의 선거운동에 대한 지지의사의 표명과 같이 선거에 개입하는 정치활동에 대해서는 -일반국민과는 달리- 선거중립의무로 인하여 제한되고 있으며, 대통령이 국민 전체를 위한 봉사자이어야 한다는 점에 대해서는 이론이 없다.

지역구에서 선출된 국회의원의 경우에도 자신의 지역구 주민들만을 위한 그들의 대표자가 아니라 국민 전체를 위한, 국민 전체의 대표자이며, 봉사자라는 점은 널리 알려져 있다. 정무직 공무원이라 하더라도 일정한 경우에는 -비록 직업공무원처럼 광범위한 제한은 아니지만- 정치적 기본권이 제한될 수 있으며, 국민 전체에 대한 봉사자라는 점은 여전히 인정되어야 하는 것이다.⁵⁴⁾

2. 직업공무원의 정치적 중립성

직업공무원의 경우에는 정치적 중립성이 가장 본질적인 요소의 하나이며, 그로 인하여 정무직 공무원과는 비교할 수 없을 정도로 폭넓은 정치적 기본권의 제한을 받는다. 그러나 직업공무원이라

립적으로 의장의 역할을 수행할 것을 기대하면서 이러한 규정이 만들어진 것이다. 그러나 현실적으로 2년의 임기를 마치고 소속 정당으로 돌아가게 될 국회의장의 활동이 정치적 중립을 지키는 것은 기대하기 어려운 것이 현실인 것이다.

54) 예컨대 유시조, 대통령의 정치활동의 범위와 한계, 공법학연구 제10권 제1호(2009.2), 83-103(87)면에서 “정치활동이 허용되는 정무직 공무원도 어디까지나 ‘공무원’으로서 그 직무를 수행함에 있어서 정치적 중립성을 제외하고는 공무원상 요청되는 공공성·공정성·성실성 등의 의무는 비정무직 공무원과 특별히 달리할 이유가 없다”고 지적한 것도 같은 의미로 이해될 수 있을 것이다.

하더라도 정치적 기본권이 전혀 인정되지 않는 것은 아니다. 최소한 선거에 참여하여 투표할 수 있는 권리는 인정되고 있는 것이다.⁵⁵⁾

반면에 직업공무원이 담당하는 직무수행은 엄격하게 정치적 중립일 것이 요구된다. 그러나 직무관련성을 기준으로 하더라도 직업공무원의 정치적 중립성 요청은 상당히 확장될 수도 있고, 축소될 수도 있다. 직무상의 정치적 중립을 확보하기 위해 정당가입이나 선거운동에의 참여, 정치인 등 후원회의 가입이 제한되는 것이 필요하다고 보는 견해도 있는가 하면,⁵⁶⁾ 정당에 가입하거나 선거운동에 참여하는 등의 활동을 -선관위 공무원의 경우처럼 직접 직무와 관련성이 있는 것이 아닌 한- 업무시간 이외에 업무장소를 벗어나서 할 경우에는 굳이 직무관련성이 있다고 볼 이유는 없다는 견해도 있는 것이다.⁵⁷⁾

이와 관련하여 공무원의 정치적 기본권을 인정하는 범위에 관한 외국의 입법례도 상당히 다양하다는 점은 시사하는 바가 크다.⁵⁸⁾ 각국의 정치문화 내지 공직문화의 특성을 반영하지 않은 채 추상적으로 직무관련성을 판단기준으로 하는 것만으로는 올바른 결론을 이끌어내기 어렵다는 점이 확인될 수 있는 것이다. 따라서 우리나라에서 직업공무원의 정치적 기본권을 어느 정도까지 인정할 것인지는 직무관련성과 더불어 ‘현시점’에서의 정치문화 내지 공직문화에 대한 평가가 함께 고려되어야 할 것이다.

55) 만일 이를 부정하게 되면, 직업공무원은 주권을 행사하지 못하는 것이 되며, 주권자인 국민에 속하지 못하는 별개의 집단이 되어 버릴 것이다. 이는 공무원도 국민의 한 사람으로서 주권자라는 원칙적 요청에 반할 뿐만 아니라, -선거권이 있는 일반국민과 선거권이 없는 공무원을 구분함으로써- 국민을 내부적으로 분열시키는 것이 되어 매우 위험할 수도 있다.

56) 예컨대 한건우, 공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한, 연세 공공거버넌스와법 제2권 제1호(2011.2), 55-118면.

57) 예컨대 이계수, 공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰, 민주법학 제29호(2005.12), 311-336면.

58) 이에 관하여는 아래의 제3장 『공무원의 정치적 기본권의 보장범위에 관한 각국의 입법례』 참조.

3. 법관, 검사, 선관위 공무원 등의 정치적 중립성

일반적인 직업공무원 이상으로 정치적 중립성이 요구되는 경우도 있다. 법관이나 검사, 선관위 공무원 등이 대표적인 예인데, 이들의 경우에는 담당하는 업무의 특성상 정치적 중립성의 요구가 더욱 강조되기 때문이다.

법관의 경우 사법작용의 본질이 객관적이고 공정한 재판이기 때문에 이를 위한 독립성과 중립성의 요구는 다른 어떤 공무원보다도 더 강조되고 있으며, 상응하여 신분보장 또한 가장 확실하게 인정되고 있다. 이에 따라 법관의 정치적 중립성은 정당을 비롯한 정치적 단체에 가입하는 것을 제한하는 것에 그치지 않고 공적 위치에서 정치적 편향성을 보이는 것까지도 제한되어야 한다는 요청으로 나타나고 있다.⁵⁹⁾

검사의 경우에도 법관 못지않게 정치적 중립성이 요청된다. 수사를 담당하는 검사가 정치적 편향성을 가질 경우에는 그 객관성과 공정성이 문제되기 때문이다. 실제 우리나라에서 검사의 정치적 중립성이 문제된 경우는 드물지 않으며, 이 문제를 해결하기 위하여 검찰총장의 임기제와 임명시 국회의 인사청문회를 거치게 하는 등의 제도 개선이 있었지만 국민들은 아직도 그 실효성을 충분히 느끼지 못하고 있다.⁶⁰⁾

또한 선관위 공무원의 경우 법관이나 검사 이상으로 정치활동에 직접 영향을 미치는 위치에 있기 때문에 그 정치적 중립성의 요청

59) 이와 관련하여 SNS 등을 통하여 한미 FTA에 관하여 비판적 의견을 개진하였던 몇몇 판사들의 활동, 그리고 그 중의 한 판사의 재임용탈락과 관련하여 법관의 정치적 의사표현의 자유이 어디까지 인정되어야 하는지에 관한 날카로운 찬반 논쟁이 벌어지기도 하였다. 법관의 정치적 의사표현에 대한 찬성의견은 <http://blog.daum.net/jjh9719/4871> (최종방문 - 2012.11.15) 참조, 반대의견은 <http://www.storyk.net/read.php/num=223>(최종방문 - 2012.11.15) 참조.

60) 이는 임기제 도입 이후의 검찰총장들이 임기를 채우지 못한 경우가 많기 때문이기도 하지만, 최근까지도 검찰의 정치적 중립성을 신뢰하지 못하여 특검이 도입된 예가 적지 않기 때문이기도 하다.

이 강력하게 요청된다. 선관위는 정당에 대한 국고보조금의 배분을 비롯하여 정당활동에 직접 관여하고 있을 뿐만 아니라, 정치에서도 가장 민감한 영역이라 할 수 있는 선거의 관리 내지 선거운동의 규제를 담당하고 있기 때문에 정치적 중립성에 대한 우려의 여지를 차단하는 것이 필요한 것이다.⁶¹⁾

그밖에 교육공무원 등과 관련하여서도 정치적 중립성이 특별히 문제되고 있다.⁶²⁾

제2절 정치적 기본권의 유형과 실현구조

I. 정치적 기본권의 개념과 유형

1. 정치의 개념과 정치적 기본권의 유형

정치의 개념은 정치이론만큼이나 다양하다. 마치 법학자들이 법의 개념을 둘러싸고 오랜 논쟁을 계속하고 있는 것처럼 정치이론가들은 정치의 개념을 두고 견해의 대립을 보이고 있기 때문이다.⁶³⁾ 그러나 헌법적 시각에서 볼 때, 정치의 개념은 민주국가의

61) 선거관리위원회법 제4조 제2항과 제3항, 제4항에서 시·도선거관리위원회 위원, 구·시·군선거관리위원회 위원 및 읍·면·동선거관리위원회 위원에 대하여 정당원이 아닐 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라, 제6항에서 “법관과 법원공무원 및 교육공무원 이외의 공무원은 각급 선거관리위원회의 위원이 될 수 없다”고 규정한 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

62) 교육공무원의 경우에는 무엇보다 교육대상자에 미치는 영향이 문제된다. 즉, 교육과정에서의 정치적 편향성이 교육을 받는 학생들에게 지나친 영향을 미칠 수 있다는 점 때문에 정치적 중립성이 더욱 강력하게 요청되는 것이다. 이에 관하여 상세한 것은 아래의 「제2장 제3절 IV. 2. 교육공무원의 정치적 기본권과 그 제한」 참조.

63) 정치를 국가권력을 중심으로 설명하는 견해와 이를 넘어서 사적인 갈등과 대립의 조정까지 포함하는 견해, 그리고 맑스주의에 따른 계급투쟁을 전제로 지배와 저항의 과정을 정치의 본질로 보는 견해 등 매우 다양한 견해들이 대립하고 있는 것이다. 이에 관하여는 안희수, 정치

정치로 한정될 수밖에 없고, 헌법에 의해 규율되는 정치는 “공적 사안에 관하여 국민의 의견을 민주적으로 수렴하고, 이에 기초하여 의사결정을 내리는 과정”으로 정의될 수 있다.

이렇게 볼 때, 정치적 기본권은 공적 사안에 관하여 국민의 의견을 민주적으로 수렴하는 과정에서 행사되는 기본권과 공적 사안에 대하여 의사결정을 내리는 과정에서 행사되는 기본권으로 나누어질 수 있다. 전자에 속하는 것으로는 언론의 자유를 비롯하여 집회의 자유, 결사의 자유 등과 같은 의사소통에 관한 기본권이 있고, 후자에 속하는 것으로는 국민투표권, 선거권과 피선거권을 비롯한 공무담임권, 정당설립 및 활동의 자유와 같은 참정권이 있다.

참정권은 용어 자체에서 느낄 수 있듯이 정치에 대한 직접적인 참여를 내용으로 하는 것이기 때문에 정치적 기본권이라는 특색이 강하게 나타난다. 참정권은 주권자인 국민이 국가사무에 참여하는 것을 기본권으로 보장하는 것이기 때문에 그 의미와 비중은 특별한 것으로 인정되며, 헌법재판소도 여러 판례를 통하여 이 점을 강조한 바 있다. 그러나 현행헌법상 인정되고 있는 참정권은 대의제를 근간으로 하고 있는 현대 민주주의의 특성에 따라 선거권과(피선거권을 포함한) 공무담임권, 정당설립 및 활동의 자유에 초점이 놓여지고 있다. 반면에 직접민주제적 요소로서는 국민투표권이 제한적으로 인정되고 있을 뿐이다.

정치적 의사표현의 자유는 언론의 자유를 비롯한 집회의 자유와 결사의 자유를 통하여 보장된다. 개인적 의사표현의 경우에는 언론 자유의 보호영역에 속하지만, 집단적 의사표현의 경우는 집회의 자유나 결사의 자유의 보호영역에 속하는 것이다. 그러나 이러한 의사소통의 자유에 대한 보호는 정치적인 의사표현만을 대상으로 하는 것이 아니라 형식과 내용을 가리지 않고 모든 방식의 의사소통을 보호의 대상으로 하기 때문에 순수한 정치적 기본권으로 분류하

의 개념에 관한 고찰, 인하대 사회과학연구소논문집 제6집(1987.2), 59-79면; Volker Gerhardt, *Der Begriff der Politik : Bedingungen und Gründe politischen Handelns*, Stuttgart : Metzler, 1990 참조.

기보다는 정신적 자유권으로 분류하는 것이 일반적이다.⁶⁴⁾

2. 참정권: 직접적 정치참여에 관한 기본권

민주주의는 국민의 정치참여를 기반으로 한다. 즉, 주권자인 국민의 참여 없이는 민주주의가 성립될 수도, 유지될 수도 없는 것이다.⁶⁵⁾ 그런 의미에서 참정권과 민주주의는 상호 전제이며, 또 결과이기도 하다.

참정권, 즉 국민이 정치적 의사결정과정에서 직접 참여하여 자신의 의사를 반영시키는 방법은 다양한 방향에서 모색될 수 있다. 하지만 대의제를 중심으로 이루어지는 민주적 국가질서의 형성이라는 커다란 테두리 안에서 볼 때, 현행헌법상 인정되고 있는 참정권은 크게 네 가지로 나누어질 수 있다.

첫째, 국민은 대표자를 직접 선출함으로써 정치적 의사결정에 참여한다. 국민주권이 민주주의의 출발점이기는 하지만, 주권자인 국민이 모든 국가사무를 직접 처리하는 것은 현실적으로 불가능하다. 그렇기 때문에 현대 민주주의는 대의제의 형태로 운용되고 있으며, 그 첫걸음은 국민이 -국민을 대신해서 공적 업무를 처리할- 대표자를 선출하는 것이기 때문에 이러한 대표자선출권, 즉 선거권이 참정권 중에서 첫째로 꼽힐 수 있다.

둘째, 대의제민주주의 하에서 국민에 의해 선출되는 대표자는 국민 가운데 한 사람이어야 한다. 과거의 군주나 귀족처럼 특정한 계층에 속하는 사람만이 국민의 대표자가 될 수 있다고 할 경우에는 그 대표성에서 문제가 생길 수 있을 뿐만 아니라 공적 업무처리의 공정성에 대해서도 문제가 발생될 것이기 때문이다. 따라서

64) 예외적으로 언론의 자유 및 집회, 결사의 자유를 정치적 기본권으로 분류하는 견해에 관하여는 허영, 『한국헌법론』, 2012, 566면 이하 참조.

65) 만일 국민의 참여 없이 국가권력이 구성되고, 활동한다면 그것은 민주적 정당성을 확보할 수 없을 것이며, 민주주의의 이름만 빌렸을 뿐 민주주의의 본질에 반하는 것으로 인정될 수밖에 없을 것이다.

모든 국민은 스스로 대표자가 될 수 있는 기본권, 즉 (피선거권을 포함한) 공무담임권을 갖는다.

셋째, 대의제민주주의의 가장 근본적인 딜레마의 하나가 국민의 의사와 대표자의 의사의 불일치라는 문제이다. 양자가 완전히 일치될 수는 없지만, 그렇다고 불일치가 바람직한 것은 결코 아니다. 그런 가운데 대표자가 국민의 의사를 벗어나는 것을 최소화하기 위해 직접민주제적 요소를 가미할 필요성이 인정되고 있으며, 이러한 고려에 따라 현행헌법은 국민투표제도를 도입하고 있다. 이처럼 국민이 국가적 중요사항을 직접 결정하는 국민투표권도 참정권의 하나로 인정된다.

넷째, 현대국가는 정당국가라고 일컬어진다. 그만큼 정당이 차지하는 비중이 높아지고 있는 것이다. 이런 맥락에서 정당을 매개로 한 국가사무에의 참여(정당설립 및 활동의 자유)도 참정권의 하나로 인정될 수 있다.⁶⁶⁾

이들 참정권에 속하는 기본권들은 각기 민주적 국가질서를 형성하는데 중요한 의의와 기능을 담당하고 있다. 대의제(←선거권, 공무담임권) 및 이에 대한 보완(←국민투표권), 다원주의(←정당설립 및 활동의 자유) 등 민주주의의 중요한 구성요소들이 이들 참정권과 직접 연결되어 있으며, 참정권은 그러한 민주적 정치과정의 전제가 되고 있기 때문이다.⁶⁷⁾

66) 국민의 정치참여는 국민투표, 선거 등을 통해, 또는 공무담임권을 통해 직접 의사를 결정하는 것 이외에도 정당을 설립하고 정당을 통해 활동함으로써 행해질 수 있다. 이러한 정당활동의 의미와 비중은 현대 정당국가에 있어서는 결코 간과될 수 없는 것이기 때문에 - 비록 정당의 설립과 활동의 자유에 대한 보장이 기본권 장이 아닌 총장에 규정되어 있지만 - 이를 기본권으로도 인정하는 것이 일반적이다.

헌재 2004.3.25. 2001헌마710 결정: “오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다. ... 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.”

67) 또한 참정권에 속하는 기본권들은 국가적 의사결정의 중요한 구성요소

3. 정치적 의사표현의 자유: 정치에 간접적으로 영향력을 행사할 수 있는 기본권

정치와 직접적 관련성을 가지고 있는 것은 참정권에 속하는 기본권들이지만, 그 전제를 형성하는 것은 정치적 의사표현의 자유라고 할 수 있다. 자유로운 정치적 의사표현을 통하여 국민의 의사를 수렴하는 것이 민주주의의 기초이며, 그 바탕 위에서 선거권이나 국민투표권 등도 올바르게 행사될 수 있을 것이기 때문이다.

물론 정치적 의사표현은 다양한 형태로 발현될 수 있으며, 넓게 보면 참정권의 행사도 정치적 의사표현으로 이해될 수 있다.⁶⁸⁾ 그러나 좁은 의미의 정치적 의사표현은 참정권의 행사를 제외한 것으로서 직접적인 정치참여가 아닌 간접적인 영향력의 행사로 이해된다. 즉, 정치과정의 주체로서 직접 정치적 의사결정에 참여하는 것이 아니라 국민의 한 사람으로서 정치적 의견을 개진함에 그치는 것이다.⁶⁹⁾

개인의 정치적 의사표현이 갖는 의미와 비중은 크지 않을 수 있다. 그러나 다수의 정치적 의견이 여론의 형태로 결집될 경우에는 그 파급효과가 결코 가볍지 않다. 국민의 여론은 참정권의 행사 결과를 예측할 수 있는 중요한 평가요소의 하나일 뿐만 아니라, 그

가 되기 때문에 외국인들에게는 인정되기 곤란하다는 공통점을 갖는다. 참정권은 이른바 국민의 권리로 인정되는 기본권들에 속하는 것이다. 그리고 참정권은 전통적인 자유권, 즉 전(前)국가적 권리에 포섭될 수 없는 국가내적 기본권이라는 점, 즉 국가의 존재를 전제하는 가운데 국가질서를 형성하는 구체적 방식과 관련된 기본권이라는 점도 참정권의 특성이다.

68) 예컨대 선거에 참여하여 투표하는 것도 일종의 정치적 의사표현으로 볼 수 있으며, 국민투표에 참여하여 헌법개정에 대한 찬성 또는 반대의 의사표시를 하는 것도 그러하다. 공직선거의 후보자로 입후보하는 것도 정치적 의사표현이 될 수 있고, 정당활동도 일종의 정치적 의사표현이라고 할 수 있다.

69) 예컨대 국가정책에 대한 찬성 또는 반대의 의견을 사적인 공간에서나 공적인 자리에서, 때로는 언론매체나 인터넷과 SNS 등을 이용하여 표현할 수 있는 기본권이 정치적 의사표현의 자유라고 할 수 있다.

자체로서 국민의사를 대변하는 것으로서 대표자에 의해 형성된 국가의사를 민주적으로 통제하는 기능도 어느 정도 갖추고 있다고 볼 수 있는 것이다.

다만, 개인의 정치적 의사표현의 자유가 구체적으로 어디까지 보장되어야 할 것인지에 대한 법적 판단은 그의 신분상 지위(공무원인지의 여부)뿐만 아니라 의사표현의 방식과 내용 등이 종합적으로 고려하는 가운데 내려져야 할 것이다.

II. 민주주의의 기본구조와 선거권, 국민투표권

1. 현대 민주주의의 실현구조: 대의제를 기본으로 직접민주제를 가미한 형태의 민주주의

민주주의의 출발점은 국민주권이다. 군주제와의 대립 속에서 성장하였던 민주주의의 발전과정은 군주주권과 국민주권의 투쟁의 역사라 할 수 있으며, 근대 시민혁명을 통하여 국민주권이 관철됨으로써 이러한 투쟁은 민주주의의 승리로 막을 내리게 되었던 것이다.⁷⁰⁾

그러나 현대 민주주의는 국민주권만으로 완성되지 않으며, 대의제를 통해 그 주권자인 국민의 인권을 최대한 보장하는 것을 지향하고 있다. 앞서 언급된 바와 같이 주권자로서의 국민이 주권을 실제로 행사하여 국가사무를 처리하는 것은 가능하지도, 바람직하지도 않기 때문에 국민이 대표자를 선출하여 국가사무를 처리하도록 위임하고 있는 것이다.

이렇게 볼 때, 대의제의 기본구조는 세 단계로 나누어질 수 있다. 첫 번째 단계는 국민에 의해 대표자가 선출되는 것이며, 두 번째 단계는 선출된 대표자가 국민을 위해 활동하는 것이다. 그리고

70) 국민주권의 역사적 발달에 관하여는 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호, 1993, 67-147(73이하)면 참조.

세 번째 단계는 대표자의 활동에 대하여 국민이 민주적 통제를 가하는 것이 될 수 있다. 첫 번째 단계가 선거를 통해 이루어진다면, 두 번째 단계에 해당하는 것은 자유위임의 원칙에 기초한 대표자의 활동이다. 그리고 세 번째 단계는 국민의 여론 및 다양한 법적 제도를 통한 민주적 통제장치에 의해 작동한다.⁷¹⁾

대의제를 근간으로 하는 현대 민주주의는 국민으로부터 민주적 정당성을 부여받은 대표자들이 국가권력을 행사함으로써 국가의 이름으로 법적 효력을 발생시킬 수 있는 활동을 하도록 한다. 그러나 이렇게 대표자들에 의해 결정된 국가의사가 항상 국민의 실제 의사인 국민의사와 합치되는 것은 아니다. 국민의사의 확인이 어려운 경우도 있고, 설령 국민의사가 확인되더라도 자유위임의 원칙에 따라 대표자들이 국민의사에 법적으로 구속되지 않기 때문이다.⁷²⁾

하지만 때로는 국가의사와 국민의사의 괴리가 심각한 문제로 대두되기도 한다. 특히 국민에 의해 선출된 대표자가 과두화·독재화될 경우의 위험성 때문에 대의제의 보완이 이야기되기도 하며,

71) 이에 관하여 상세한 것은 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호, 1993, 67-147(96이하)면 참조.

72) 독일기본법 제38조 제1항 제2문은 “그들(독일연방의회의 의원)은 국민 전체의 대표자이고 명령과 지시에 구속되지 않으며 자신의 양심에만 따른다” 라고 자유위임의 원칙을 명문으로 규정하고 있다. 우리의 현행헌법에 국회의원에 대한 특별규정은 없으나 제7조의 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”라는 규정과 제46조 제2항의 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다”는 규정이 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이며, 이론상 자유위임의 원칙은 보편적으로 인정되고 있다.

헌법재판소도 현재 1994.04.28, 92헌마153에서 자유위임의 원칙에 대하여 “자유위임제도를 명문으로 채택하고 있는 헌법 하에서는 국회의원은 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에도 법적으로 구속되지 아니하며, 정당의 이익보다 국가의 이익을 우선한 양심에 따라 그 직무를 집행하여야 하며, 국회의원의 정당성은 정당과 독립된 정통성이다. 이런 자유위임하의 국회의원의 지위는 그 의원직을 얻은 방법 즉 전국구로 얻었는가, 지역구로 얻었는가에 의하여 차이가 없으며, 전국구의원도 그를 공천한 정당을 탈당하였다고 하여도 별도의 법률규정이 있는 경우는 별론으로 하고 당연히 국회의원직을 상실하지는 않는다는 것이다.”라고 판시한 바 있다.

나아가 사안의 성격상 대표자가 국민의 의사를 물어서 결정하는 것이 가장 합리적이라는 이유로 직접민주제적 요소의 도입이 요청되기도 한다.

비록 현행헌법상 직접민주제적 요소가 인정되고 있는 것은 헌법 제130조 제2항에 따른 헌법개정안에 대한 국민투표와 헌법 제72조에 따른 외교, 국방, 통일 기타 국가안위에 관한 중요정책에 대하여 대통령이 국민투표에 부의한 경우의 국민투표에 한정되지만,⁷³⁾ 그 의미는 결코 작지 않다.

2. 대의제의 출발점으로서의 선거와 국민의 기본권으로서의 선거권

흔히 민주주의의 꽃, 민주주의의 축제로 지칭되는 선거는 대의제의 첫단추이며, 민주주의의 성패를 좌우할 수 있는 중요한 요소이다. 대의제 하에서의 선거는 주권자인 국민이 대표자에게 민주적 정당성을 부여하는 절차임과 동시에 선거를 통하여 -실제 국가사무를 담당할- 활동력 있는 국가기관을 구성하는 것이기 때문이다.⁷⁴⁾

민주적 선거제도의 지향점은 민주주의의 이념인 자유와 평등을 실현하는데 있다. 이는 현행법상의 선거제도 전체를 관통하는 지도이념이며, 선거권 및 피선거권의 부여에 있어서도 자유와 평등의 이념이 기준이 되어야 한다. 나아가 보통·평등·직접·비밀선거 등 선거의 기본원칙⁷⁵⁾과 소선거구-다수대표제, 중·대선거구-

73) 이처럼 현행헌법이 직접민주제적 요소의 도입에 대하여 제한적인 것은 직접민주제적 요소들이 장점 못지않은 단점도 가지고 있기 때문이다. 직접민주제적 요소들을 광범위하게 인정할 경우에는 대의제의 근간이 흔들리게 될 수 있으며, 이는 정치적 포퓰리즘에 국가질서의 계속성과 안정성을 희생시키는 결과가 될 수 있는 것이다.

74) 그런 의미에서 선거는 '국민과 대표자의 가장 중요한 연결고리'라고 할 수 있으며, 선거가 제 기능을 할 때에만 대의제 민주주의가 성공할 수 있는 것이다.

75) 보통선거와 평등선거는 평등의 이념을 선거에 구체화시킨 것이며, 직

소수대표제, 전국구·광역선거구-비례대표제 등 대표법 내지 선거구제도의 장단점⁷⁶⁾을 평가하는 기준도 역시 자유와 평등의 이념을 얼마나 잘 실현시키느냐에 있다.

따라서 가장 중요한 참정권의 하나인 선거권의 보장 역시 자유와 평등의 이념 속에 이해되어야 한다. 모든 국민이 자유롭게 평등하게 선거에 참여할 수 있어야 하며, 선거의 결과는 국민의 의사를 가장 잘 반영하여야 하는 것이다. 그런 맥락에서 볼 때, 현행 법상의 선거권 보장 및 이와 맞물려 있는 선거제도는 몇 가지 문제점을 안고 있다.

첫째, 선거에 대한 국민의 관심과 참여가 오히려 저하되는 등 국민의 선거권 행사를 통한 정당성 확보가 약화되고 있다. 그 원인은 국민들의 정당 및 정치인들에 대한 불신과 불만에서 찾을 수 있으며, 이를 해결하기 위해서는 정당민주화 및 정치개혁을 위한 지속적이고 다각적인 노력과 더불어 선거의 활성화 내지 투표율 제고를 위한 적극적인 노력도 병행되어야 할 것이다.⁷⁷⁾

둘째, 선거제도의 민주성과 관련하여 적지 않은 논란이 전개되고 있다. 정당후보자와 무소속 후보자 사이의 평등의 문제를 비롯하여 선거공영제의 실질화 문제, 지방선거에서의 중선거구 문제 및 정당참여 문제 등 첨예하게 의견이 대립되고 있는 문제들이 여전히 많이 남아 있다.

셋째, 가장 민감한 문제들이 많이 쌓여 있는 영역은 역시 선거 운동이다. 선거운동 시간의 제한과 관련하여 인터넷 및 SNS를 이

접선거와 비밀선거는 자유의 이념을 실현하기 위한 것이라고 볼 수 있는 것이다.

76) 예컨대 전국구·광역선거구-비례대표제 선거제도는 정당에 대한 국민의 신뢰를 전제로 평등의 이념을 가장 잘 실현시키는 제도로 평가될 수 있으며, 소선거구-다수대표제는 무소속 후보를 포함하여 국민의 자유로운 선택가능성을 높인 제도로 평가될 수 있다.

77) 헌법재판소의 헌법불합치결정(헌재 2007.06.28, 2004헌마644)을 통해 제도적 보완이 이루어진 재외국민 선거권의 보장이나 최근 논란의 대상이 되고 있는 투표시간 연장에 관한 논의도 이런 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

용한 사전선거운동이 허용된 것에 대해서도 논란이 적지 않으며,⁷⁸⁾ 공직선거법 제108조의 여론조사 및 결과공표의 제한 등에 대한 비판⁷⁹⁾도 여전히 계속되고 있다.

3. 현행헌법상 인정되고 있는 직접민주제적 요소로서의 국민투표권

비록 현대의 정치적 조건 하에서는 대의제민주주의의 형태로 민주주의를 실현시키는 것이 불가피하다 할지라도 그것이 대의제민주주의가 완벽하다는 것을 의미하는 것은 아니다. 대의제 하에서도 문제는 많으며, 특히 국민의 의사와 대표자의 의사의 불일치에서 비롯되는 정당성의 한계 문제가 때로는 매우 심각하게 전개되기도 한다.

이러한 대의제의 한계극복을 위해 직접민주제적 요소를 도입하는 요청이 제기되기도 한다.⁸⁰⁾ 그러나 대의제가 불가피한 이유는 전체국민의 의사를 수렴하는 것이 어렵다는 점에만 있는 것은 아니다. 오히려 현대에 들어와서는 일반국민이 고도로 전문화된 국가사무를 처리하기 위해 필요한 전문적 지식과 정보를 갖고 있지 못하다는 점이 더 중요한 의미를 갖는다.

그렇기 때문에 전면적인 직접민주제의 도입은 오늘날 정치의 복잡화·전문화에 의하여 현실성이 없는 것으로 평가된다. 이에 따라 직접민주제적 요소의 부분적 도입을 통한 대의제민주주의의 보완

78) 이에 관하여는 장영수, 인터넷 사전선거운동 허용의 문제점과 대안의 모색, 법연 2012.02, 법제연구원, 21-29면 참조.

79) 이에 관하여는 이희훈, 선거여론조사의 결과공표금지규정에 대한 헌법적 고찰 -알 권리의 침해를 중심으로-, 공법연구 제36집 제3호 (2008.2), 249-280면; 정철, 여론조사결과 공표금지규정의 헌법합치성 -헌법재판소 결정을 중심으로-, 국민대 법학논총 제20권 제1호 (2007.8), 85-120면 참조.

80) 특히 최근 새롭게 부각되고 있는 이른바 전자민주주의의 가능성과 관련하여 직접민주제가 광범하게 뿌리내릴 수 있는 기술적 가능성이 주목받기도 한다.

이 가장 현실적인 대안이라는 견해들이 지배적이다.

오늘날 직접민주제적 요소로는 특정한 국정사안에 대해 국민이 직접 최종결정을 내릴 수 있도록 하는 국민투표,⁸¹⁾ 국민이 법률안 등을 직접 제안할 수 있도록 하는 국민발안, 그리고 국민이 일정한 절차에 따라 공무원의 해임을 직접 결정할 수 있도록 하는 국민소환 등이 거론되고 있다. 그러나 직접민주제적 요소들을 어떠한 형식으로 어느 정도까지 도입하는 것이 바람직한가에 관하여는 아직도 많은 논란이 계속되고 있다.⁸²⁾

현행헌법상 인정되고 있는 직접민주제적 요소인 국민투표권이 올바르게 행사될 경우에는 정당성의 강화를 통해 대의제의 한계를 극복하는데 도움이 될 수 있다. 하지만 국민의 직접적 의사에 따라 처리되어야 할 사안이 복잡할 경우에는 그에 대한 국민의사를 수렴하는 것 자체가 결코 간단하지 않으며, 자칫하면 국민의 의사가 왜곡될 우려가 있다. 전문적인 지식이나 훈련, 정보 등이 부족한 국민이 투표를 통하여 올바른 판단을 내릴 가능성이 희박한 상태에서 주어진 문제에 대한 가부의 결정만 하는 것으로서는 올바른 정당화작용이 어렵다는 것이다.⁸³⁾

81) 국민의 정치적 의사형성과정에 직접 참여하는 방법은 다양하지만, 현행헌법상 국민의 광범위한 참여가 가장 직접적으로 보장되고 있는 것은 국민투표라고 할 수 있다. 국민투표는 직접민주주의를 대표하는 제도의 하나일 뿐만 아니라, 대의제 하에서도 대표자의 활동과 국민의 의사 사이에 발생하는 괴리를 극복하기 위한 중요한 보완장치의 하나로 활용되고 있다. 그러나 직접민주제적 요소들이 대부분 그러하듯이 국민투표도 정치적 선동 등에 의하여 오용될 여지가 많기 때문에 이에 대한 비판도 적지 않다.

82) 현실적으로 직접민주제적 제도들을 광범위하게 도입하였던 나라들은 이러한 직접민주제적 요소들의 효과가 기대에 미치지 못한다는 것을 확인하였다. 그 결과 최근에는 직접민주제적 제도들을 제한적으로만 도입하는 경향이 지배적이다. 하지만 최근에는 국민소환제의 도입을 둘러싼 찬반논의가 활발하게 진행되고 있다. 이에 관하여는 이경주, 유권자의 권리 찾기, 국민소환제, 2005; 이성환, 국민소환제의 헌법적 검토, 공법연구 제33집 제1호(2004.11), 159-180면; 장영수, 국민소환제의 의의와 기능 및 문제점, 고려법학 제45호(2005.11), 31-52면 참조.

83) 특히 정치적 후진국의 경우 국민투표가 정치적 선동에 쉽게 영향받을

Ⅲ. 피선거권을 비롯한 공무담임권과 정당 설립 및 활동의 자유

1. 공무담임권의 의의, 기능 및 한계

공무담임권이란 공직에 취임하여 국가 및 지방자치단체의 사무를 직접 담당할 수 있는 권리를 지칭한다. 대의제민주주의 하에서 국민의 국가의사결정에 대한 참여는 단순히 대표자를 선출하는 것으로 끝나지 않는다. 한 걸음 더 나아가 스스로 국민의 대표자가 되어 국가사무를 직접 담당할 수 있는 권리가 모든 국민의 기본권으로 인정되고 있는 것이다.

이러한 공무담임권은 선거직 공무원, 즉 대통령, 국회의원, 지방자치단체장 및 지방의회의원 등으로 선출될 수 있는 자격을 의미하는 피선거권뿐만 아니라 장관, 차관 기타 행정직 공무원이나 판사, 검사 등을 포함한 임명직 공무원으로서 국가사무를 담당할 수 있는 권리를 포함한다. 국민의 직접적 대표자로서 국가사무를 담당하는 경우뿐만 아니라 간접적 대표자로서 국가사무를 담당하는 경우에 대해서도 공무담임권이 인정되는 것이다.

과거 군주제시대처럼 국가사무의 담당자가 일반국민과 단절된 특수한 계층에 국한될 경우에는 진정한 민주주의의 실현을 기대할 수 없다. 진정한 민주주의는 국민의 직접·간접의 정치참여를 광범위하게 가능케 해야 할 뿐만 아니라, 모든 사람에게 국가사무를 담당할 수 있는 균등한 기회를 부여하여야 한다. 이는 공무집행의 객관성과 공정성의 확보를 위해서도 필요하다.

이런 맥락에서 모든 국민에게 공무담임권이 인정되는 것은 민주주의의 실현에 있어서 선거권에 못지않은 의미와 비중을 갖는다고 할 수 있다. 그러나 공무담임권이 선거에서의 당선, 공무원채용시

수 있으며, 독재정권의 정당화를 위하여 남용되는 경향도 적지 않다는 점에 주목할 필요가 있다. 우리의 경우 최악의 독재적 헌법으로 지칭되는 유신헌법도 국민투표에서 90%가 넘는 지지를 받았던 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

험의 합격 등 주관적 전제조건에 의해 제한되는 것은 현실적으로 불가피한 것으로 인정될 수밖에 없다. 따라서 공무담임권도 기본권제한의 일반적 기준과 한계 내에서 법률에 의한 제한이 가능하다. 그러나 그 제한은 민주적 국가질서의 형성과 유지에 있어서 공무담임권이 갖는 비중을 고려한 최소한의 제한에 머물러야 할 것이다.⁸⁴⁾

공무담임권의 제한은 후보자(공직지원자)의 주관적 요건, 즉 선거에의 당선을 비롯하여 해당 공직에서 필요로 하는 일정한 자격의 구비를 요구하는 것으로 나타나기도 하고, 공직의 수급에 의한 현실적 제한이나 겸직금지 등의 방식으로 나타나기도 한다.⁸⁵⁾

2. 공무원의 피선거권에 대한 제한과 헌법재판소의 결정

선거권과 피선거권은 서로 맞물려 있지만, 그 역할과 비중에는 차이가 있다. 선거권은 모든 국민이 선거에 참여하여 국가권력에 정당성을 부여하는 것이지만, 피선거권은 공직선거의 후보자로 출마하여 국민의 대표자가 될 수 있는 자격을 의미하기 때문이다.

선거권에 대해서는 최대한 모든 국민에게 선거참여의 기회를 보장하는 것이 원칙이다. 그렇기 때문에 선거권 부여의 기준연령을

84) 헌재 2005.4.28. 2004헌마219: “공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것으로서 선거에 당선되거나 또는 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건을 충족하는 때에만 그 권리가 구체화되고 현실화되기 때문에 입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 각종 공직선거의 내용과 절차, 선거권·피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정하는 권한과 책임을 진다. 따라서 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적 한계가 있다.”

85) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2012, 357면 이하 참조.

계속 낮추자는 주장은 있어도 높이자는 주장은 찾기 어려운 것이다.⁸⁶⁾ 또한 현행법상 특별한 사유로 선거권이 제한되고 있는 경우들도 법개정을 통해 계속 축소시키기 있으며,⁸⁷⁾ 현재 선거권이 제한되고 있는 수형자 등에 대해서도 선거권을 인정해야 한다는 주장도 상당히 강력하게 대두되고 있다.⁸⁸⁾

반면에 피선거권에 대해서는 선거권에 비하여 기준연령도 높게 책정되어 있을 뿐만 아니라 각종 제한요건 또한 보다 엄격하다. 공직선거법 제19조에 의하여 선거권이 없는 자는 피선거권 또한 인정되지 않으며, 이에 추가하여 “금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자”와 “법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 피선거권이 정지되거나 상실된 자”도 피선거권이 제한되고 있는 것이다.

이러한 공직선거법 규정은 한편으로는 피선거권의 자격을 선거권에 비하여 엄격하게 하되, 그 제한의 객관성과 공정성을 확보하기 위하여 -입후보자격제한, 겸직금지 등에 관한 법률규정에서 직접 피선거권을 제한하는 경우 이외에는- 법원의 판결에 따라 결정이 내려지도록 하고 있는 것으로 이해된다.

그동안 법률규정에 의한 공무원의 피선거권의 제한이 헌법재판소의 심판을 통해 위헌으로 인정된 예는 많지 않다. 그러나 공직선거입후보에 관한 과도한 제한으로 인하여 위헌으로 결정된 사례들이 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 정부투자기관 직업의 입후보제한

86) 과거 20세를 기준으로 하던 선거권 부여 기준연령이 현행법상 19세로 낮춰졌을 뿐만 아니라, 이를 다시금 18세로 낮춰야 한다는 주장도 나오고 있다는 것은 무엇보다 선거에 참여하는 국민의 수가 늘어난다는 점에서 정당성을 가지고 있다. 하지만 선거의 의미를 충분히 이해하고 책임있게 선거권을 행사할 수 있어야 한다는 점에서 선거권 부여 기준연령을 무한정 낮출 수는 없을 것이다.

87) 예컨대 구 국회의원선거법 제11조 제1호와 구 대통령선거법 제11조 제1호에서는 한정치산선고를 받은 자에 대해서도 선거권이 제한되도록 규정하고 있었으나, 현행 공직선거법에서는 금치산선고를 받은 자에 대해서만 선거권이 제한되고 있다(공직선거법 제18조 제1항 제1호).

88) 이에 관하여는 현재 2009.10.29, 2007헌마1462 참조.

의 경우에는 집행간부가 아닌 직원을 포함한 경우 위헌이라는 결정이 내려진 바 있고,⁸⁹⁾ 지방자치단체장의 임기 중 다른 선거에 입후보하지 못하도록 한 규정⁹⁰⁾과 지방자치단체장의 입후보제한을 180일로 정한 규정⁹¹⁾에 대해서 위헌결정이 내려진 바 있다.

-
- 89) 헌재 1995.5.25. 91헌마67: “정부투자기관의 “임원”이나 정부투자기관관리기본법시행령(1984.3.20. 공포 대통령령 제11395호) 제13조 제1항에서 정하는 “집행간부”에 대한 지방의회의원선거에서의 입후보 제한은 그 합리적 필요성이 있고 이를 공무담임권의 과도한 제한이라고 볼 수 없다 할 것이나, 정부투자기관의 경영에 관한 결정이나 집행에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없는 직원을 임원이나 집행간부들과 마찬가지로 취급하여 지방의회의원직에 입후보를 하지 못하도록 하고 있는 구 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제6호의 입후보금지 규정은 정부투자기관의 직원이라는 사회적 신분에 의하여 합리적인 이유 없이 청구인들을 차별하는 것이어서 헌법 제10조의 평등원칙에 위배되고, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋나서 청구인들의 기본적인 공무담임권을 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다.”
- 90) 헌재 1999.5.27. 98헌마214: “지방자치단체의 장이 임기중에 공직선거에 입후보할 수 있는 경우 어느 정도로 지방행정의 혼란이 우려되는가를 살펴보면, 지방자치단체의 장이 임기중에 사퇴함으로써 발생하는 행정의 혼란은 그 정도에 있어서 심각하다고 할 수 없고, 직무대리나 보궐선거의 방법으로 대처할 수 있다고 판단된다. …… 공선법은 선거의 공정성을 실현하기 위하여 이미 여러가지 다양한 조치를 취하고 있으며, 특히 공선법 제53조 제1항의 ‘선거전 공직사퇴조항’을 통하여 충분히 선거의 공정성을 확보하고 있다고 판단되므로, 이를 넘어서 포괄적인 입후보금지규정을 두는 것은, 입법목적에 달성하기 위하여 필요한 조치를 넘어 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하는 것이다.”
- 91) 헌재 2003.9.25. 2003헌마106: “이 사건 조항의 입법목적은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성 확보에 있는바, 이 사건 조항과 마찬가지로 공선법 제53조 제1항도 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 우려가 있는 공무원 등의 일정 집단에 대하여 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 함으로써 선거의 공정성을 꾀하고 공무원의 직무전념성도 확보하고자 하고 있으므로, 이러한 입법목적에서 볼 때 공선법 제53조 제1항에서 열거한 공무원 집단과 지방자치단체의 장은 본질적으로 같은 것으로서 같이 취급되어야 할 것이다. 그런데, 이 사건 조항이 없다 하더라도 지방자치단체의 장 역시 일반규정이라 할 수 있는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되므로, 지방자치단체장의 직위를 이용한 사전선거운동의 위협성과 직무전념성의 침해가능성은 선거일 전 60일부터는 봉쇄되고 있고, 또한 지방자치단체장이 그 직에 재직하면서 선거와 관련하여 부당한 이익을 누릴 염려가 있으나, 공선

3. 정당 설립 및 활동의 자유와 공무원

현대는 모든 국민이 직접·간접으로 정치과정에 참여하는 대중민주주의의 시대이다. 이러한 대중민주주의의 현실 속에서 경합·충돌되는 국민의 의사를 타협과 조정을 통하여 결집하여 통일된 국가의사를 형성할 수 있기 위해서는 다원적인 집단의 존재와 활동, 특히 정당의 존재와 활동이 필수적이다.

그러나 정당이 항상 민주주의의 실현에 긍정적인 역할만을 하는 것은 아니다. 정당은 민주주의를 화려하게 꽃피우기 위한 불가결의 전제이기도 하지만 - 나치 등의 예가 보여주듯이 - 민주주의를 가장 효과적으로 파괴하는 무기로 이용될 수도 있다.⁹²⁾

다원적 정치과정 속에서 정당이 민주적 기능을 발휘할 수 있기 위해서는 국민의 다원적 의사에 기초하여 이를 반영시키는 조직으로서의 정당이 자유롭게 설립될 수 있어야 한다. 만약 외부적 강제나 조종에 의해 정당이 설립되거나 또는 설립되지 못하게 되면, 정당은 국민의 자유로운 의사를 결집하여 매개하는 정당 본연의 기능을 다할 수 없게 되며, 결과적으로 민주주의의 실현 자체가 어렵게 된다.

마찬가지로 정당의 활동은 국민의 의사를 결집하여 왜곡 없이

법은 사전선거운동을 금지하고 처벌하는 조항, 지방자치단체의 홍보물을 제한하는 조항 등의 다른 규정들을 통해 이미 그러한 위험성도 차단하고 있으며, 반면, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 것이 원천적으로 불가능한 경우를 확대시키고 있으며, 지방자치단체의 장이 사퇴한 이후 장기간의 행정공백을 발생시키는 등 불합리한 상황을 야기하고 있다. 위와 같은 사정을 종합해 보면, 이 사건 규정을 통해 지방자치단체의 장의 사퇴시한을 다른 공무원에 비하여 훨씬 앞당겨야 할 합리적인 이유를 발견하기 어려우므로, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 위배된다.”

92) 이러한 정당의 양면성 때문에 정당에 대한 법적 규율도 양면성을 갖게 된다. 한편으로는 정당의 민주적 기능을 보장하기 위하여 정당의 자유로운 설립 및 민주적 활동을 헌법적으로 보호하지만, 다른 한편으로는 정당에 의한 민주주의의 파괴를 규제하고 있는 것이다.

국가의사로 매개하는 데에서 그 민주적 의의와 기능을 찾을 수 있다. 만약 외부의 영향에 의하여 이러한 매개과정에 왜곡이 일어나게 되면, 국민의사의 실현에 기여한다는 정당의 기능 자체가 왜곡될 것이며, 결과적으로 정당을 통한 민주주의의 실현 자체가 왜곡될 것이다.

이런 맥락에서 볼 때, 정당설립 및 활동의 자유를 제한하는 것은 민주주의의 실현에 대한 커다란 장애요소가 될 수 있다. 그럼에도 불구하고 공무원(특히 직업공무원)에 대하여 정당가입 및 활동을 제한하는 것은 공직의 특성, 즉 공직 수행에 있어서의 객관성과 공정성 확보를 위한 정치적 중립성의 확보에 있다.

공무원들이 정당가입에도 불구하고 업무수행의 객관성과 공정성을 유지하는데 아무런 문제가 없다면 공무원의 정당가입을 제한해야 할 이유가 없다. 그러나 공무원의 정당가입이 -대다수의 공무원은 그렇지 않더라도 일부 공무원에게- 정치적 편향성을 드러내고 공직 수행의 객관성과 공정성을 해치는 빌미가 되고, 이로 인하여 사실상 엽관제의 폐해를 뒷문으로 끌어들이는 결과를 낳게 될 우려가 있다면 정당가입의 제한은 정당한 것이라고 인정되어야 한다.

IV. 정치적 의사표현의 자유

1. 의사소통에 관한 헌법적 보호의 구조

헌법 제21조는 언론·출판·집회·결사의 자유에 대하여 규정하고 있다. 이 중에서 집회의 자유와 결사의 자유가 각기 독립된 기본권으로 인정되는 것과는 달리 언론·출판의 자유는 하나의 기본권이며, 오늘날에는 언론의 자유로 통칭되고 있다. 과거 출판의 자유가 곧 언론의 자유의 핵심으로 인정되었던 적도 있었지만, 오늘날의 언론자유는 출판의 자유 이외에 방송의 자유 및 인터넷을 비롯한 뉴미디어의 자유를 포함하는 것으로 넓게 해석되고 있기 때문이다.

또한 언론의 자유는 한 때 표현의 자유와 동일시되기도 하였다. 그러나 오늘날에는 언론의 자유를 의사소통의 자유로 이해하는 것이 일반적이다. 단순히 의사를 표현하는 것만이 아니라, 이를 의사소통의 과정 속에 끌어들여 전파되도록 하는 것도 언론자유로 인정되고 있으며, 나아가 의사표현의 상대방도 수동적인 지위에만 있는 것이 아니라 의사소통과정에 적극적으로 참여하는 당사자로서 일정한 의사수령자의 권리(정보공개청구권 내지 알권리)를 갖는다. 오늘날 언론의 자유는 특정인이 의사를 표현하고 또 일정한 매체가 이를 매개·전달하는 단계를 거쳐 다른 특정인에 의하여 그 의사가 수령됨으로써 비로소 완결되는 ‘의사소통의 전체 과정의 보장’으로 이해되는 것이다.⁹³⁾

따라서 자유로운 의사소통이 보장되기 위하여는 ① 의사표현자의 의사표현 및 전파의 자유, ② 의사수령자의 정보의 자유 내지 알권리, ③ 신문, 방송, 기타 의사소통을 매개하는 매체들의 자유가 동시에 확보되어야 한다. 언론자유는 의사표현자의 기본권일 뿐만 아니라 의사수령자의 권리이기도 하며, 나아가 이들 사이를 매개하는 의사매개자(특히 대중매체)에게도 미치는 기본권이기도 한 것이다.

언론의 자유에 의한 의사소통의 보호는 그 형식과 내용에 제한이 없다. 말이나 글, 그림 등의 일반적 의사소통의 수단을 이용한 것뿐만 아니라 특수한 형태의 기호나 상징물, 몸짓이나 음악 등 어떠한 형태를 이용한 의사소통도 보호영역에 포함되며, 내용 또한 사적인 것과 공적인 것, 또는 정치에 관한 것과 경제, 사회, 문화 등 다양한 영역에 관한 것들을 가리지 않고 보호대상으로 하는 것이다.⁹⁴⁾

93) 이러한 의사소통의 과정 속에서는 한 순간의 의사표현자가 다음 순간에는 의사수령자가 되기도 하며, 앞서의 의사수령자가 현재의 의사표현자가 되기도 한다.

94) 단 특수한 의사소통의 내용이나 방식에 대해서는 일반적 의사소통의 자유로서의 언론의 자유가 아닌 특수한 형태의 의사소통의 자유에 관한 기본권(예컨대 학문의 자유, 예술의 자유, 집회의 자유 등)이 적용

2. 정치적 의사표현의 개념과 유형

정치의 개념이 포괄적이기 때문에 정치적 의사표현 또한 포괄적이다. 즉, 정치적 의사형성을 목적으로 하는 의사표현뿐만 아니라 정치적 사안을 소재로 하는 의사표현 역시 정치적 의사표현이라고 부를 수 있는 것이다.

일반 국민의 경우 이러한 포괄성은 특별히 문제되지 않는다. 일반국민의 경우 정치적 의사표현의 자유가 포괄적으로 인정되기 때문에 단지 그 보호의 영역을 확인하는 정도의 의미 밖에 없으며, 정치적 의사표현의 자유가 제한되기 위해서는 다른 법익과의 충돌이 문제되어야 한다. 즉, 정치적 의사표현으로 인하여 타인의 명예를 침해하거나 국가기밀을 누설하는 등의 문제가 발생되지 않는 한에서는 헌법적인 보호를 누릴 수 있다.

반면에 공무원의 경우에는 정치적 의사표현의 자유를 인정할 것인지의 여부 및 어디까지 인정할 것인지가 문제되기 때문에 이를 좀 더 세밀하게 나누어서 검토해야 할 필요가 있다. 즉, 정치적 관련성의 정도 내지 공무원의 정치적 중립성에 영향을 미칠 우려의 정도를 나누어서 공무원의 정치적 의사표현이 어느 정도까지 보호되고 또 제한되어야 하는지를 판단하기 위한 척도로 삼을 필요가 있는 것이다.

이러한 분류는 의사표현의 형식과 내용을 동시에 고려하여야 할 것이다. 즉, 사적인 공간에서 행해지는 정치적 의사표현에 대해서는 특별한 사유가 없는 한 일반국민에 준하는 보호가 인정되어야 한다. 예컨대 가족들의 식사 도중에 또는 고교 동창들의 친목 모임에서 정치적 사안에 대한 의사표현을 한 것이 규제의 대상이 될 수는 없는 것이다. 반면에 공적인 자리에서 정치적 의사표현을 한 것에 대해서는 그 내용 여항에 따라 제한이 필요하다고 인정될 수 있다.⁹⁵⁾

될 수 있다.

95) 이하에서는 공무원의 공적 지위를 전제한 상태에서의 -공적 공간에서

정치적 의사표현의 내용과 관련하여 가장 먼저 구별되어야 할 것은 정치적 의사표현의 목적이다. 특정한 정당이나 정치인(또는 공직선거의 후보자)에게 유리한(또는 불리한) 정치적 의사형성을 목적으로 하는 정치적 의사표현은 그러한 목적이 없는 경우보다 공무원의 정치적 중립성을 침해할 우려가 더욱 크다고 볼 수 있을 것이기 때문이다. 이러한 경우의 정치적 의사표현은 정당이나 후원회 등에 가입하여 활동하는 것과 별 차이가 없는 정치적 편향성을 전제하기 때문이다.⁹⁶⁾

이러한 목적이 없는 경우라 하더라도 공적 자리에서 한 정치적 의사표현이 주변 사람들에게 영향력을 미칠 가능성이 있거나, 공직수행의 객관성과 공정성에 대한 국민의 신뢰를 해칠 수 있는 경우에는 역시 공무원의 정치적 의사표현에 대한 제한이 가능하고 필요할 것이다. 반면에서 공무원이 단순히 정치적 사안에 대한 의사표현을 하였을 뿐이고, 그 목적이나 내용이 공직수행의 객관성과 공정성에 대한 신뢰를 해칠 우려가 없는 경우라면 이를 굳이 제한하여야 할 이유는 없을 것이다.⁹⁷⁾

3. 정치적 의사표현의 유형에 따른 보호의 차별화 필요성

이상과 같이 공무원의 정치적 의사표현의 유형을 나누어 볼 때, 각각의 유형에 따라 보호의 정도도 차별화되어야 한다.

첫째 유형, 즉 정치적 중립성이 요구되는 공무원이 특정 정당이나 정치인에게 유리 또는 불리한 정치적 의사형성에 기여할 목적

의- 정치적 의사표현의 분류에 초점을 맞춘다.

96) 물론 이러한 정치적 편향성에도 불구하고 공직을 수행함에 있어서는 정치적 중립성을 지킬 수 있다면 문제가 발생되지 않을 수 있다. 그러나 현재 우리나라의 공직문화에 대한 불신에서 현행법이 정당이나 후원회의 가입을 금지하고 있는 상황에서 이와 유사한 정도의 정치적 편향성이 아무런 문제도 야기하지 않는다는 주장은 설득력이 약하다.

97) 물론 그에 대한 구체적 판단의 기준을 정립하는 것은 결코 간단하지 않을 것이다.

을 가지고 공적 자리에서 정치적 의사표현을 한 것에 대해서는 - 정치적 중립성이 요구되지 않는 정치적 공무원의 경우는 잠시 접어두더라도- 엄격한 제한이 요청된다.

성숙된 정치문화와 공직문화를 전제로 공무원들이 직무상의 정치적 중립성과 직무밖의 정치적 활동을 슬기롭게 구분할 수 있다고 인정될 경우에도 정당을 비롯한 정치적 단체의 가입이 허용될 뿐, 공적 위치에서 정치적 편향성을 보이는 것은 금지되는 것이 일반적이다. 그런데 우리나라와 같이 정치문화 및 공직문화에 대한 국민의 불신으로 인하여 일반 공무원의 정당가입이 금지되고 있는 상황에서 공무원들이 -사적 자리도 아닌 공적 자리에서- 정치적 목적을 가진 의사표현을 한 것이 정당화되기는 어렵다.

둘째 유형, 즉 공무원이 위의 경우와 같은 정치적 목적을 가지고 사적 자리에서 정치적 의사표현을 한 경우에는 원칙적으로 제한의 대상이 되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만, 이때의 사적 자리는 정치적 의사형성에 큰 영향을 미칠 수 없는 소규모의 사적 모임의 의미로 이해되어야 하며, 직무를 벗어난 모든 행위를 사적 자리에서 행한 것으로 볼 수는 없을 것이다.⁹⁸⁾

또한 사적 자리인지의 여부가 문제되는 것이 대중매체 또는 인터넷이나 SNS 등을 이용한 정치적 의사표현이다. 이와 관련하여 매체의 규모를 따지는 견해도 있고, 공적 매체로서의 신문, 방송의 경우와 사적 매체로서의 블로그, SNS를 구분하자는 견해도 있으나, 한정된 범위의 소수자를 대상으로 한 정치적 의사표현이 아니라 매체를 통해 계속 확산될 수 있는 불특정 다수인을 대상으로 한 정치적 의사표현의 경우에는 사적 자리라고 보기 어려울 것이다.

셋째 유형, 즉 공무원이 정치적 의사형성에 관한 목적을 가지고 있지는 않지만, 결과적으로 그의 공적 지위를 매개로 주변인물들에게 영향을 미치거나 공직수행의 객관성과 공정성에 대한 신뢰를

98) 예컨대 정치적 중립성이 요구되는 공무원이 퇴근 후에 특정 후보자를 지지하는 선거유세장에 참여하여 지지발언을 한 것을 사적 자리에서 정치적 의사표현을 한 것으로 볼 수는 없을 것이다.

해치는 경우에도 제한의 필요성이 인정될 수 있다. 비록 의도적인 것은 아닐지라도 공무원의 정치적 중립성을 깨뜨린 것으로 볼 수 있기 때문이다.

만일 공무원의 주관적 목적 내지 의도에만 초점을 맞출 경우에는 이를 입증하지 못한 상태에서는 제한이 불가능할 수 있지만, 셋째 유형에 속하는 경우도 제한된다고 인정함으로써 주관적 목적의 입증 없이 객관적인 결과의 입증으로 제한이 가능하게 될 것이다.

넷째 유형, 즉 공무원이 정치적 의사형성에 관한 목적을 가지고 있지 않았을 뿐만 아니라 결과 또한 정치적 중립성에 대한 침해가 없을 경우에는 단순히 공무원의 정치적 사안에 대한 발언이 있었다는 것만으로 제한하여야 할 이유는 없다고 본다. 공무원의 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한은 결코 자기목적이 아니라 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위한 수단이기 때문이다.

제3절 공무원의 정치적 기본권의 특수 문제

I. 공무원의 유형에 따른 정치적 중립성 요청의 차이

1. 공직 및 공무원의 유형과 정치적 중립성의 상관 관계

앞서 검토한 바와 같이 공직의 유형은 매우 복잡·다양하며, 이를 담당하는 공무원의 유형 또한 다양하다. 이러한 현실은 공직의 특성 및 공무원의 유형에 따라 정치적 중립성의 요청에 차이가 있으며, 결과적으로 정치적 기본권의 보장 범위 또한 달라진다는 결과로 연결된다.⁹⁹⁾

99) 모든 공직의 기본적 특성은 앞서 언급한 바와 같이 국민 전체에 대한 봉사로서 객관성과 공정성을 가져야 한다는 점이다. 그러나 공직의 유형 내지 이를 담당하는 공무원의 유형에 따라 강조점에 차이가 생길 수 있으며, 이는 정치적 중립성과 관련하여 커다란 차이로 연결되는 것이다.

공직의 성질에 따라서는 정치적 중립성이 특별히 문제되지 않을 수도 있다. 담당하는 업무가 정치적 사안과 무관하여 업무처리의 결과가 정치적 사안에 영향을 미칠 우려가 없고, 공무원의 지위 또한 타인에게 영향력을 미칠 수 있는 위치에 있지 않을 경우¹⁰⁰⁾에는 정치적 중립성이 특별히 문제되지 않는다고 보아야 할 것이다.¹⁰¹⁾

그러나 대부분의 공직은 정도의 차이는 있을지언정 정치와 직·간접으로 연결되어 있다. 정책의 결정에 관여하는 공무원들의 경우는 물론이고, 결정된 정책을 집행하는 공무원들도 간접적으로는 정치적 영향력 하에 있는 것이며, 이러한 영향력의 존재는 거꾸로 공무원들의 정치적 편향성을 낳게 하는 이유가 될 수 있는 것이다. 다만, 공직의 유형에 따라 정도의 차이가 적지 않다는 점은 간과될 수 없다.

정책 결정에 관여하는 공직은 -정치적 이념의 실현과 직결되므로- 정치와 직접적 관련성을 가지며, 이를 담당하는 공무원들은 대체로 정치적 공무원이라 할 수 있다. 물론 정책의 작은 줄기는 실무진에서 결정되기도 하지만, 국가의 중요 정책은 국회와 대통령, 국무총리 및 국무위원들에 의해 구성된 국무회의를 통해 결정된다는 점에서 그러하다. 따라서 이들에게는 정치적 기본권 또한 폭넓게 인정되어야 할 것이다.

100) 예컨대 유각근, 공무원 노동조합의 정치활동 범위와 한계, 노동법학 제36호(2010.12), 369-392(384)면에서 관리감독의 권한을 가진 공무원의 정치적 자유는 엄격히 제한하는 반면, 인사권과 지휘감독권을 갖지 못한 중·하급 공무원(공무원노조 가입자격인 6급이하 공무원을 기준으로)의 정치적 자유는 인정하자고 제안한 것도 같은 맥락으로 이해될 수 있다.

101) 물론 어떤 공직도 정치와 전혀 무관한 것은 아니라고 볼 수도 있다. 단순한 건물관리조차도 어떻게 하느냐에 따라서 특정 정당이나 정치인에게 유리한 것이 될 수 있다. 예컨대 건물관리의 성실성 및 보안의 철저성, 비용의 합리성 등에서 차별할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 불합리한 차별이 아닌 정상적이고 합법적인 활동의 테두리 내에서는 정치적 영향력이 문제되는 경우는 거의 없다고 볼 수 있을 것이다.

결정된 정책의 객관적이고 중립적인 집행을 임무로 하는 행정직 공무원들의 경우에는 정치적 중립성이 -정치직 공무원과는 달리- 전면적으로 요청된다. 또한 행정직 공무원 중에서도 사법작용과 관련된 업무를 담당하는 법관, 검사, 경찰 등의 경우에는 여타의 공무원보다 정치적 중립성이 더욱 강력하게 요청되며,¹⁰²⁾ 선관위 공무원의 경우 또한 그러하다.

2. 정치직 공무원의 특성과 문제되는 정치적 기본권

정치직 공무원의 경우에는 정치활동의 자유가 기본적으로 인정되어야 한다. 그렇기 때문에 원칙적으로 참정권이 제한 없이 인정되어야 할 뿐만 아니라 정치적 의사표현의 자유 또한 폭넓게 인정

¹⁰²⁾ 국가정보원 직원의 경우에도 유사한 이유로 정치적 중립성이 강하게 요청되며, 국가정보원법 제9조는 정치에 대한 관여 금지를 명시하고 있다.

국가정보원법 제9조(정치 관여 금지):

- ① 원장·차장과 그 밖의 직원은 정당이나 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ② 제1항에서 정치활동에 관여하는 행위란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
 1. 정당이나 정치단체의 결성 또는 가입을 지원하거나 방해하는 행위
 2. 그 직위를 이용하여 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 지지 또는 반대 의견을 유포하거나, 그러한 여론을 조성할 목적으로 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 찬양하거나 비방하는 내용의 의견 또는 사실을 유포하는 행위
 3. 특정 정당이나 특정 정치인을 위하여 기부금 모집을 지원하거나 방해하는 행위 또는 국가·지방자치단체 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관의 자금을 이용하거나 이용하게 하는 행위
 4. 특정 정당이나 특정인의 선거운동을 하거나 선거 관련 대책 회의에 관여하는 행위
 5. 소속 직원이나 다른 공무원에 대하여 제1호부터 제4호까지의 행위를 하도록 요구하거나 그 행위와 관련한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 주거나 이를 약속 또는 고지(告知)하는 행위

된다. 그러나 정치적 공무원의 정치적 기본권이 일반국민과 똑같은 정도로 보장되는 것은 아니다.

정책 결정은 일반적인 행정작용과는 구별되는 특징을 갖는다. 예컨대 외교정책의 수립, 경제정책의 결정, 국방정책의 변경 등은 이미 결정된 정책을 집행하기 위한 기술적·기계적 작용이 아니라 다양한 미래예측과 가치판단을 통하여 정책 목표를 설정한다는 점에서 행정작용과는 성질상 구별된다. 이러한 특징으로 인하여 정책의 결정에는 폭넓은 재량과 더불어 -합법성의 테두리를 벗어나지 않는 한- 법적 책임의 면제가 인정된다.¹⁰³⁾

그러나 정치적 공무원에 대한 법적 책임의 문제가 정치적 책임의 면제까지 의미하는 것은 아니다. 정치적 공무원은 폭넓은 재량을 가지고 정책적 판단을 내리고 새로운 정책을 수립하거나 기존의 정책을 변경할 수 있지만, 그에 대해서는 정치적 책임을 져야 하며, 이는 신분보장의 배제를 의미하는 것이기도 하다. 즉, 합법적 행위일 경우에도 정책의 실패에 대해 책임을 지고 물러나야 하는 경우도 있다는 것이다.¹⁰⁴⁾

이러한 현행헌법의 태도에 비추어 볼 때, 정치적 공무원의 정치적 기본권은 폭넓게 인정되지만, 법률에 의한 제한 역시 -합리적인 근거와 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추면- 광범위하게 부과될 수 있다. 특히 공무원담임권과 선거운동의 자유는 현행 공직선거법에 의하여 상당한 제한을 받고 있다.

103) 이른바 정책의 실패에 대해서는 법적 처벌이 가해지지 않는 것이다.

104) 예컨대 잘못된 기획재정부 장관의 경제정책 수립으로 인하여 국가에 큰 손실을 입혔다 하더라도 위법행위가 없는 한 정책의 실패만을 이유로 법적 처벌을 할 수는 없다. 대신에 그에게 정치적 책임을 물어 해임하는 것은 가능하며, 국회는 헌법 제63조에 따라 대통령에게 해임을 건의할 수 있다.

3. 직업공무원의 정치적 중립성 요청과 정치적 기본권 보장의 범위

정책결정에 관여하는 정치적 공무원과는 달리 직업공무원은 결정된 정책을 -그 정당성 여부에 대한 가치판단을 개입시키지 않고 - 중립적이고 객관적으로 수행하는 역할을 담당한다.

그런 의미에서 직업공무원의 업무수행은 국가의 기본적 정책방향을 정하는 정치적 판단·결정을 전제로 이를 구체화시키고 실현시키는 작용, 또는 그러한 결정을 위한 전문적인 판단자료의 준비 작용 등으로 나타난다. 따라서 행정은 주도적 역할보다는 보조적·도구적 역할을 주로 하게 된다.¹⁰⁵⁾

만일 정책집행작용이 담당자의 정치적 가치판단에 의하여 흔들리게 될 경우에는 국가작용의 계속성과 안정성이 침해될 뿐만 아니라 이를 겨냥한 정치적 영향력의 침투 또한 더욱 적극화될 가능성이 높다. 그렇기 때문에 이러한 행정 영역의 정책집행작용에 대해서는 직업공무원제를 통하여 정치적 중립성과 신분보장을 확보함으로써 그 독자성을 보장하는 것이다.¹⁰⁶⁾

따라서 직업공무원의 정치적 기본권은 정치적 공무원보다 강한 제한을 받는다. 물론 직업공무원도 국민의 한 사람으로서 선거권과 국민투표권을 행사하는 데에는 제한이 없지만, 정치활동으로 직결되는 공직선거에의 입후보 및 정당가입 등의 기본권이 제한되고 있는 것이다.¹⁰⁷⁾

105) 이처럼 보조적·도구적 역할을 한다고 해서 행정의 의미와 비중이 과소평가되어서는 안 될 것이다. 행정작용은 집행작용의 대부분을 차지하고 있을 뿐만 아니라, 행정작용의 객관성과 공정성은 정권의 교체 등에 의한 정책결정의 변화에도 불구하고 국가작용의 계속성과 안정성을 확보할 수 있는 중요한 조건이 되기 때문이다.

106) 즉, 직업공무원의 정치적 중립성과 신분보장은 국가작용(특히 행정 영역의 정책집행작용)에 있어서의 계속성과 안정성, 능률성을 확보하기 위한 전제라고 할 수 있다.

107) 이에 관하여 상세한 것은 아래의 「제2장 제3절 III. 직업공무원의 정치적 기본권과 그 제한」 참조.

또한 직업공무원의 정치적 의사표현의 자유도 정치적 공무원에 비하여 더 많이 제한된다. 앞서 검토한 바와 같이 직업공무원이 공적 자리에서 정치적 의사표현을 함으로써 주변 사람들에게 영향을 미치거나 그 업무수행의 정치적 중립성에 대한 불신을 야기해서는 안 될 것이기 때문이다.

II. 정치적 공무원의 정치적 기본권과 그 제한

1. 정무직 공무원의 개념과 유형

국가공무원법 제2조 제3항 제1호는 정무직 공무원을 두 가지로 규정하고 있다. 하나는 “선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 필요한 공무원”이고, 다른 하나는 “고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원”이다.

지방공무원법 제2조 제3항 제1호도 이와 유사하게 정무직 공무원을 정의하고 있다. 하나는 “선거로 취임하거나 임명할 때 지방의회의 동의를 필요한 공무원”이고, 다른 하나는 “고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법령 또는 조례에서 정무직으로 지정하는 공무원”이다.

이러한 정무직 공무원에는 대통령, 국회의원, 국무총리, 국무위원, 지방자치단체장, 지방의회의원 이외에 대법원장과 대법관, 헌법재판소장과 헌법재판관, 감사원장도 포함된다. 그런 의미에서 정무직 공무원이 모두 정치인은 아니며, 정치적 중립성의 요구에서 특별취급을 받아야 하는 것은 아니다.

정치적 기본권의 제한과 관련하여 특별히 문제되는 정무직 공무원은 선거직 공무원인 대통령, 국회의원, 지방자치단체장과 지방의회 의원 이외에 국무총리와 국무위원, 대통령실장 등 정치적 중립

성을 요구하기 어려운 위치에 있는 공무원들에 한정되어야 할 것이다. 그런 의미에서 이 글에서 대상으로 삼는 정무직 공무원은 앞서 언급한 바와 같이 (정치적 중립성과 신분보장에서 배제되는) 정치직 공무원이라 할 수 있을 것이다.

2. 대통령, 국무위원, 지방자치단체장 등의 정치적 기본권과 그 제한

같은 정치직 공무원이라 하더라도 그들에게 인정되는 정치적 기본권의 범위에는 차이가 있다. 이는 무엇보다 각각 담당하는 역할에 차이가 있기 때문이다.

예컨대 대통령이나 국무총리, 국무위원, 지방자치단체장 등의 경우에는 공직선거법 제9조에 의하여 선거중립의무가 부과된다.¹⁰⁸⁾ 공직선거법 제9조 제1항에서 “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자”의 범위를 어떻게 해석할 것인가에 관하여는 논란의 소지가 있으나, 과거 노무현 대통령이 청구인이 되었던 헌법소원심판에서 헌법재판소는 이 규정을 국가공무원법 규정에 대한 특별규정으로 인정하면서 대통령을 비롯한 정무직 공무원에게도 직접 효력이 미치는 규정으로 해석하였다.¹⁰⁹⁾

108) 공직선거법 제9조(공무원의 중립의무 등)

- ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ② 검사(군검찰관을 포함한다) 또는 국가경찰공무원(검찰수사관 및 군사법경찰관리를 포함한다)은 이 법의 규정에 위반한 행위가 있다고 인정되는 때에는 신속·공정하게 단속·수사를 하여야 한다.

109) 현재 2008.01.17, 2007헌마700: “국가공무원법 조항은 정무직 공무원들의 일반적 정치활동을 허용하는 데 반하여, 이 사건 법률조항은 그들로 하여금 정치활동 중 ‘선거에 영향을 미치는 행위’만을 금지하고 있으므로, 위 법률조항은 선거영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다고 할 것이다.

그리고 이 사건 법률조항의 행위는 공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에서의 득표에 영향을 미치는 행위를 말한다고 할 것이다.

이와 같은 헌법재판소의 해석은 현행 공직선거법 제9조가 우리의 정치현실 및 공직문화를 고려하여 해석되어야 한다는 점에 초점을 맞춘 것으로 볼 수 있다. 미국 등에서는 대통령의 선거운동이 특별히 문제되지 않고 있지만, 과거 3·15 부정선거의 경험을 가지고 있으며 관련선거에 대한 국민의 우려가 남아 있는 우리나라에서는 대통령을 비롯한 정무직 공무원의 선거운동을 폭넓게 허용하는 것보다는 이들이 공권력을 이용하여 선거에 개입할 경우의 폐해를 우선적으로 차단하는 것이 중요하다는 점이 공직선거법 제9조의 입법배경으로 보고 있는 것이다.¹¹⁰⁾

이 사건 법률조항이 규율하는 ‘행위’를 위와 같이 구체화할 수 있을 뿐 아니라, 일반 공무원이 이 사건 법률조항을 위반한 경우에는 직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무 포함) 위반이나 직무태만으로 징계사유가 되고(국가공무원법 제78조 제1항 제2호), 대통령의 경우 탄핵사유가 될 수 있으므로(2004헌나1 참조) 위 법률조항의 위반에 대한 제재가 전혀 없다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 구체적 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 선언적·주의적 규정이라고 볼 수 없다.”

110) 헌재 2004.05.14, 2004헌나1: “선거에서의 공무원의 정치적 중립의무는 ‘국민 전체에 대한 봉사자’로서의 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 및 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항으로부터 나오는 헌법적 요청이다. 공선법 제9조는 이러한 헌법적 요청을 구체화하고 실현하는 법규정이다.

공선법 제9조의 ‘공무원’이란, 위 헌법적 요청을 실현하기 위하여 선거에서의 중립의무가 부과되어야 하는 모든 공무원 즉, 구체적으로 ‘자유선거원칙’과 ‘선거에서의 정당의 기회균등’을 위협할 수 있는 모든 공무원을 의미한다. 그런데 사실상 모든 공무원이 그 직무의 행사를 통하여 선거에 부당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있으므로, 여기서의 공무원이란 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원 즉, 좁은 의미의 직업공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원을 포함한다. 다만, 국회의원과 지방의회의원은 정당의 대표이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없으므로, 공선법 제9조의 ‘공무원’에 해당하지 않는다.

따라서 선거에 있어서의 정치적 중립성은 행정부와 사법부의 모든 공직자에게 해당하는 공무원의 기본적 의무이다. 더욱이, 대통령은 행정부의 수반으로서 공정한 선거가 실시될 수 있도록 총괄·감독해야 할 의무가 있으므로, 당연히 선거에서의 중립의무를 지는 공직자에 해당

그렇기 때문에 대통령을 비롯한 공권력을 선거에 이용할 수 있는 정무직 공무원들의 경우에는 그들의 정치활동 내지 정치적 기본권보다는 선거중립의무가 더욱 중요하다고 볼 수 있으며, 대통령 등 정무직 공무원의 선거운동을 제한하는 것이 정당하다는 것이다.¹¹¹⁾ 공직선거법에서 지위를 이용한 선거운동의 금지(제85조), 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위의 금지(제86조), 단체의 선거운동 금지(제87조) 등을 규정하고 있는 것도 이러한 맥락으로 이해될 수 있을 것이다.

3. 국회의원, 지방의회의원 등의 정치적 기본권과 그 제한

대통령이나 국무총리, 국무위원, 지방자치단체의 장은 소속 공무원들에게 인사권과 지휘감독권 등을 통하여 직접적인 영향을 미칠 수 있는 위치에 있기 때문에 선거중립이 더 강조되는 반면에 국회

하는 것이고, 이로써 공선법 제9조의 ‘공무원’에 포함된다.”

111) 현재 2008.01.17, 2007헌마700: “정당민주주의 하에서 대통령후보자는 정당의 당원으로서 정당의 공천을 받아 선거운동을 거쳐 대통령으로 선출되고, 대통령으로 선출된 이후에도 정당의 당원으로 남아 정치활동을 할 수 있고, 이러한 점에서 대통령은 ‘정치적 헌법기관’ 혹은 ‘정치인’의 지위를 갖고 특정 정파의 정책이나 이익과 밀접하게 관련될 가능성이 존재하게 된다.

오늘날의 대의민주주의하에서 선거는 국민이 통치기관을 결정·구성하는 방법이고 선출된 대표자에게 민주적 정당성을 부여함으로써 국민 주권주의 원리를 실현하는 핵심적인 역할을 하고 있으므로 선거에서의 공정성 요청은 매우 중요하고 필연적인바, 공명선거의 책무는 우선적으로 국정의 책임자인 대통령에게 있다. 또한 선거에 관한 사무는 행정부와는 독립된 헌법기관인 선거관리위원회가 주관하게 되어 있지만(헌법 제114조 제1항), 선거를 구체적으로 실행하는 데 있어서 행정부 공무원의 지원과 협조 없이는 현실적으로 불가능하므로 행정부 수반인 대통령의 선거중립이 매우 필요하다. 나아가 공무원들이 직업공무원제에 의하여 신분을 보장받고 있다 하여도, 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해할 우려가 무척 높다. 결국 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다.”

의원이나 지방의회의원에 대해서는 그와 같은 관권선거의 우려가 적기 때문에 공직선거법 제9조에 의한 선거중립의 의무가 부과되지 않는 것으로 해석된다.¹¹²⁾

이러한 해석은 공직선거법 제53조에서 공직선거의 후보자가 되려고 하는 공무원은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다고 규정하면서 대통령선거에 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방자치단체장 선거에 당해 지방의회 의원이 그 직을 가지고 입후보하는 것을 예외로 인정하고 있는 것과도 맞물려 있다.¹¹³⁾

또한 공직선거법 제60조 제1항 제4호는 선거운동을 할 수 없는 자로서 정무직 공무원을 포함한 국가공무원과 지방공무원들을 명시하고 있다. 그러나 여기서도 국회의원과 지방의원은 예외로 인정되고 있다.¹¹⁴⁾ 이 규정도 역시 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

112) 중앙선거관리위원회에서도 공직선거법 제9조 제1항에서 말하는 공무원의 범위에 국회의원과 지방의원은 포함되지 않는 것으로 해석하고 있다(http://m.1390.go.kr/lawmobile/laws.letter.do?cont_id=201202140094&cont_sid=0001 - 최종방문: 2012.11.3).

113) 대통령의 경우 단임제이기 때문에 재선출마가 불가능하지만, 지방자치단체장의 경우에는 중임이 가능하기 때문에 당해 자치단체장이 재출마하는 경우에는 그 직을 그만두어야 한다는 규정이 적용되지 않는 것은 당연하다. 하지만 국회의원이나 지방의원이 대통령이나 지방자치단체장에 출마한 경우에도 그 직을 포기하지 않도록 한 것은 집행부 공무원과는 담당업무의 성질이 다르다는 점으로만 설명될 수 있을 것이다.

114) 공직선거법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자):

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.

1~3 생략

4. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

이렇게 볼 때, 대통령 등의 경우와는 달리 국회의원과 지방의회의원의 경우에는 정치적 기본권의 특별한 제한을 받지 않으며, 일반국민들과 같은 수준의 보호를 누리는 것으로 이해될 수 있다.

Ⅲ. 직업공무원의 정치적 기본권과 그 제한

1. 직업공무원의 개념과 유형

현행 헌법 제7조 제2항이 직업공무원제를 명시하고 있는 것으로 해석하는 것은 헌법학계의 다수설이자 헌법재판소의 판례이기도 하다. 그러나 구체적으로 직업공무원의 개념과 유형을 하위법률에서 명시하고 있지는 않다. 직업공무원이란 국가공무원법이나 지방공무원법상 공무원의 유형으로 분류되고 있는 것이 아니라 학설과 판례를 통해 형성된 개념인 것이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 직업공무원제가 “공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도(獵官制度)를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도”라고 설명하면서 직업공무원의 범위와 관련하여 “국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시적 공무원은 포함되지 않는 것이다.”라고 판시하고 있다.¹¹⁵⁾

이렇게 볼 때, 직업공무원은 국가공무원법 및 지방공무원법상의 경력직 공무원이 이에 해당된다고 볼 수 있다. 그러나 특정직 공무원의 경우에는 예외 없이 직업공무원이라고 보기 어려운 경우도 있으므로¹¹⁶⁾ 구체적·개별적인 판단이 필요할 것이다.

¹¹⁵⁾ 헌재 1989.12.18, 89헌마32.

2. 직업공무원제의 핵심적 요청으로서의 정치적 중립성

직업공무원제의 핵심은 -정치적 세력관계의 변화(정권의 교체나 지방자치단체장의 교체 등)에 영향을 받지 않는- 공적 업무수행의 계속성과 안정성, 객관성과 공정성의 확보에 있으며, 이는 직업공무원의 범주에 속하는 공무원들이 정치적 중립성과 신분보장이라는 두 가지 요소를 통해 집권세력의 영향을 벗어날 수 있도록 함으로써 가능해진다.

그렇기 때문에 정치적 공무원이 아닌 직업공무원에 대해서는 정치적 중립성의 요청은 가장 핵심적인 요청, 본질적인 요청이라 할 수 있다. 직업공무원의 정치적 중립성이 깨질 경우에는 직업공무원제의 존재이유가 흔들리고 존립이 위태로워질 뿐만 아니라, 업관제에 의한 파행적인 공직인사 및 그로 인한 공적 업무수행의 객관성과 공정성의 상실 등이 문제될 것이기 때문이다.

문제는 어떤 경우에 직업공무원의 정치적 중립성이 확보되었다고 볼 것이냐에 있다. 예컨대 정당에 가입하더라도 직무수행에 있어서만 특정 정당에 유리 또는 불리하게 행동하지 않고 공정성을 유지하면 된다고 볼 것인지, 아니면 구체적인 업무수행에서 객관성과 공정성을 벗어난 행동을 하는 것을 확인하지 않는다 하더라도 특정 정당에 소속되는 것만으로도 그러한 위험이 매우 높다고 보아야 할 것인지에 대해서 각기 다른 견해들이 대립되고 있는 것이다.¹¹⁷⁾

3. 직업공무원의 업무관련성과 정치적 기본권 제한의 범위

116) 예컨대 의무복무 중인 군인의 경우에는 국가공무원법 제2조 제2항 제2호에 따른 특정직 공무원이라 할 수 있지만 직업공무원이라고 보기는 어려울 것이다.

117) 이에 대한 판단은 앞서 검토한 바와 같이 각국의 정치문화나 공직문화에 따라 다르게 내려지고 있으며, 우리의 경우 우리나라 정치문화 내지 공직문화의 현수준을 어떻게 평가할 것인지가 결정적인 판단기준이 될 것이다.

직업공무원의 정치적 중립성과 관련하여 업무관련성이 인정되는 범위에서는 정치적 기본권의 제한이 불가피하다는 점에 대해서는 원칙적 합의가 있지만, 구체적으로 어떤 경우에 어디까지 업무관련성이 인정되어야 하는지에 대해서는 아직도 확실한 기준이 설정되어 있지 않기 때문에 논란이 계속되고 있다.

이와 관련하여 기준 설정을 위한 기초로서 다음과 같은 몇 가지 사항들이 고려될 수 있을 것이다.

첫째, 담당하는 업무가 직접 정당, 선거 등과 관련되어 있는 공무원에 대해서만 정치적 중립성이 요청되는 것은 아니다. 헌법상 모든 직업공무원에 대해 업무수행에 있어서의 정치적 중립성이 요청되고 있으며, 비록 정치활동과 직접 관련성을 갖지 않는 업무라 하더라도 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리하게 수행함으로써 공직 수행의 객관성과 공정성을 훼손하는 것은 허용될 수 없는 것이다.

둘째, 업무관련성의 존재 여부가 명백한 경우에는 이를 법률로써 왜곡시켜서는 안 된다. 만일 이러한 법률이 제정된다면 헌법재판소에 의한 위헌 판단을 피하기 어려울 것이다.¹¹⁸⁾ 반면에 업무관련성을 인정할 것인지의 여부가 정책적 판단에 맡겨져야 할 사항인 경우에는 이에 대한 일차적 결정권이 입법자에게 있으며, 헌법재판소는 입법자의 판단을 존중해야 할 것이다.¹¹⁹⁾

셋째, 이러한 사항은 해당 공무원의 정치적 기본권을 제한하는 중요사항이므로, 법률의 근거가 꼭 필요하며, 만일 법률의 근거 없이 행정입법을 통하여 정하게 될 경우에는 그 자체로서 위헌판단을 면하기 어려울 것이다.

이러한 일반적 기준을 전제로 직업공무원의 정치적 기본권 제한

118) 예컨대 선관위 공무원의 정당가입을 허용하는 입법이 있을 경우에는 위헌으로 인정되어야 할 것이다.

119) 이러한 경우 헌법재판소는 -헌법재판의 기능법적 한계를 고려하는 가운데- 의회의 입법형성의 자유를 존중해야 하며, 과도한 개입을 통해 위헌결정을 내려서는 안 된다는 것이다.

의 정당성 여부에 관한 판단은 각 사안에 따라 정치적 활동의 직접적인 직무관련성이 명백한 경우에는 당연히 제한의 정당성이 인정될 것이며, 직접적인 직무관련성은 없어도 간접적인 영향의 우려가 큰 경우에는 -정당가입 등을 금지하고 있는 현행법의 취지에 따라- 역시 제한의 정당성이 인정될 수 있을 것이다.

다만, 간접적인 영향이 어느 정도인지에 대한 구체적 판단은 개별적 사안에 따라 법원 또는 헌법재판소에서 판단하여야 할 것이다.¹²⁰⁾

120) 이와 관련하여 헌법재판소는 헌재 2012.05.31, 2009헌마705에서 “국가 공무원 복무규정’ 제3조 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항은 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 공무원의 집단적인 반대·방해 행위를 금지하고 있는바, …… 위 규정들은 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 공무원의 집단적인 반대·방해 행위를 금지함으로써 공무원의 근무기강을 확립하고 공무원의 정치적 중립성을 확보하려는 입법목적에 가진 것으로서, 위 규정들은 그러한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 한편, 공무원의 신분과 지위의 특수성에 비추어 볼 때 공무원에 대해서는 일반 국민에 비해 보다 넓고 강한 기본권제한이 가능한바, 위 규정들은 공무원의 정치적 의사표현이 집단적인 행위가 아닌 개인적·개별적인 행위인 경우에는 허용하고 있고, 공무원의 행위는 그것이 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많으며, 설사 공무원이 직무 외에서 집단적인 정치적 표현 행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰는 유지되기 어려우므로 직무 내외를 불문하고 금지한다 하더라도 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다. 만약 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 공무원의 집단적인 반대·방해 행위가 허용된다면 원활한 정책의 수립과 집행이 불가능하게 되고 공무원의 정치적 중립성이 훼손될 수 있는바, 위 규정들이 달성하려는 공익은 그로 말미암아 제한받는 공무원의 정치적 표현의 자유에 비해 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 또한 인정된다. 따라서 위 규정들은 과잉금지 원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.”라고 판시한 바 있다.

반면에 헌재 2008.05.29, 2006헌마1096에서는 공직선거법 제86조 제1항 제2호에 대하여 “이 사건 법률조항은 소위 관권선거나 공직 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위(이하 ‘선거운동의 기획행위’라 한다)를 전적으로 금지하고 있다. 그런데 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자

IV. 교육공무원, 법관 등의 정치적 기본권과 그 제한

1. 특수직 공무원의 활동영역과 정치적 기본권의 제한

현행법상 일반적인 직업공무원과는 별도로 특별한 지위를 인정 받고 있는 공무원들이 적지 않다. 그 중에서도 최근 교육공무원과 법관의 정치적 기본권, 특히 정치적 의사표현의 자유가 어디까지 인정되어야 하는지에 대한 논란이 많다.

일각에서는 교육공무원이나 법관이라 하더라도 일반적인 직업공무원과 동등한 수준의 정치적 의사표현의 자유가 허용되어야 한다고 주장하는 반면에 이들이 담당하는 업무의 특수성에 비추어 보다 엄격한 기준이 적용되어야 한다는 주장도 매우 강력하게 제기되고 있다.

같은 직업공무원이라 하더라도 담당하는 업무의 특성에 따라 정치적 중립성이 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있다는 점은 명백하다. 그렇기 때문에 앞서 검토한 바와 같이 정치적 영향력이 없는 업무를 담당하는 직업공무원에 대해서는 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한도 완화되어야 하는 것이 정당하다. 거꾸로 교육공

한다면, 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로도 충분하다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항은 수단의 적정성과 피해의 최소성 원칙에 반한다. 한편, 공무원의 편향된 영향력 행사를 배제하여 선거의 공정성을 확보한다는 공익은, 그 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보될 수 있으므로 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동의 기획행위를 일체 금지하는 것은 정치적 의사표현의 자유라는 개인의 기본권을 중대하게 제한하는 반면, 그러한 금지가 선거의 공정성이라는 공익의 확보에 기여하는 바는 매우 미미하다는 점에서 이 사건 법률조항은 법익의 균형을 충족하고 있지 못하다. 따라서 이 사건 법률조항은 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하나, 다만 위와 같은 위헌성은 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위 외에 사적인 지위에서 하는 선거운동의 기획행위까지 포괄적으로 금지하는 것에서 비롯된 것이므로, 이 사건 법률조항은 공무원의 지위를 이용하지 아니한 행위에까지 적용하는 한 헌법에 위반된다.”고 판시하였다.

무원이나 법관의 경우에는 이들에 대하여 성직자에 준하는 정도의 도덕성과 공정성을 기대하는 국민들이 적지 않기 때문에 보다 엄격한 정치적 중립성에 대한 요청이 있는 것이다.

그러나 단지 국민들의 기대만으로 기본권의 제한을 정당화시킬 수는 없을 것이며, 객관적이고 합리적인 기준에 따라 교육공무원이나 법관의 정치적 중립성이 더욱 엄격하게 요청되는지를 판단하여야 한다. 따라서 문제의 핵심은 교육공무원이나 법관이 담당하는 업무가 갖는 특성이 무엇이며, 그것이 정치적 중립성의 요청에 영향을 미치는 것인지에 대한 판단이 될 것이다. 물론 이에 대한 일차적 판단은 입법자의 몫일 수 있다. 그러나 입법자의 판단이 자의적인 것으로 인정될 경우에는 헌법재판소의 판단에 의해 교정될 수 있는 가능성이 열려 있다는 점도 함께 고려되어야 한다.

2. 교육공무원의 정치적 기본권과 그 제한

교육공무원은 현행 공무원법 체계상 경력직 공무원 중 특정직 공무원으로 분류되며(국가공무원법 제2조 제2항 제2호 / 지방공무원법 제2조 제2항 제2호), 이에 따라 직업공무원제에 의한 정치적 중립성이 요청되고 신분이 보장되는 직업공무원의 특성을 공유한다. 그러나 교육공무원은 여타의 직업공무원과는 구분되는 몇 가지 특징으로 인하여 예외를 인정받는 경우가 많다.

교육공무원의 가장 중요한 특징은 교육의 중요성으로부터 나온다. 교육과 관련한 업무를 담당하는 교육공무원은 한편으로 교육의 중요성에 비추어 엄격한 도덕성과 성실성의 요구를 받는가 하면,¹²¹⁾ 다른 한편으로는 교육의 자율성에 기초하여 국가의 개입을 최소한으로 줄이고 자율적인 교육과정의 운영에 관한 권한을 인정받고 있는 것이다.

121) 우리나라에서는 군사부일체라는 전통적 관념이 아직도 남아 있을 뿐만 아니라, 교육열과 맞물려 교육의 중요성에 대한 인식이 세계 어느 나라보다도 높다 할 수 있다.

그러나 교육 대상자의 차이 및 그로 인한 교육 내용의 차이에 따라 초중등교육을 담당하는 교육공무원과 고등교육을 담당하는 교육공무원 사이에는 커다란 차이가 인정되고 있다는 점도 주목할 필요가 있다. 아직 정신적·육체적으로 미성숙한 초중고교 학생들을 교육시키는 교사들에 대해서는 보다 구체적이고 엄격한 학사운영의 기준과 지침이 부여되고, 교육내용에 대한 공적 관여가 비교적 넓게 인정되는 반면에 이미 성인이라 할 수 있는 대학생들을 대상으로 교육을 담당하는 교수들에 대해서는 폭넓은 강의의 자유가 인정되고 있는 것이다.

이러한 차이는 현행법상 교사들의 경우에는 정당 가입 및 후원회 가입 등이 허용되지 않는 반면에 대학교수들에 대해서는 이를 허용하는 등의 차이로 나타나고 있다.¹²²⁾ 이는 곧 교육공무원의 경우에도 그가 담당하는 역할에 따라 정치적 중립성의 요청에 차이가 있음을 보여주는 것이다.

교육공무원은 일차적으로 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 정치적 기본권의 제한을 받고 있다. 그러나 교육공무원의 특성으로 인하여 특별한 신분보장과 불체포특권까지 교육공무원법에 의

122) 정당법 제22조(발기인 및 당원의 자격)

① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회 부의장의 수석비서관·비서관·비서·행정정보요원, 국회 상임위원회·예산결산특별위원회·윤리특별위원회 위원장의 행정정보요원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체 대표의원의 행정비서관, 국회 교섭단체의 정책연구위원·행정정보요원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분) 제1항·제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수인 교원을 제외한다.

2. 총장·학장·교수·부교수·조교수를 제외한 사립학교의 교원

3. 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자

② 대한민국 국민이 아닌 자는 당원이 될 수 없다.

하여 보장되고 있는 만큼,¹²³⁾ 교육공무원의 정치적 중립성 또한 강조되어야 할 필요가 있다.¹²⁴⁾¹²⁵⁾

123) 교육공무원법 제43조(교권의 존중과 신분보장)

① 교권(敎權)은 존중되어야 하며, 교원은 그 전문적 지위나 신분에 영향을 미치는 부당한 간섭을 받지 아니한다.

② 교육공무원은 형의 선고나 징계처분 또는 이 법에서 정하는 사유에 의하지 아니하고는 본인의 의사에 반하여 강임·휴직 또는 면직을 당하지 아니한다.

③ 교육공무원은 권고에 의하여 사직을 당하지 아니한다.

교육공무원법 제48조(교원의 불체포특권)

교원은 현행범인인 경우를 제외하고는 소속 학교의 장의 동의 없이 학원 안에서 체포되지 아니한다.

124) 최근 헌법재판소는 공직선거법에 의한 교육공무원의 선거운동 금지와 관련하여 “교육공무원 선거운동 금지조항은 교육의 정치적 중립성을 보장하여 인간의 내면적 가치증진에 관련되는 교육 분야에 당파적인 정치적 관념이나 이해관계가 그대로 적용되는 것을 지양하고, 나아가 선거의 형평성, 공정성을 기하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 목적달성에 적합한 수단임이 인정되며, 교육공무원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활 습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점 등 교원의 특성에 비추어 보아 교육공무원의 선거운동을 기간과 태양, 방법을 불문하고 일체 금지시키는 방법 외에 달리 될 제한적인 방법으로 목적달성이 가능할 것인지 불분명하고, 법익균형성도 갖추었다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위배하여 선거운동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”고 판시하였다(헌재 2012.07.26, 2009헌바298).

또한 교육감 후보자 자격에 관하여 후보자 등록신청개시일로부터 과거 2년 동안 정당의 당원이 아닌 자로 규정하고 있는 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제24조 제1항에 대하여 헌법재판소가 교육의 정치적 중립성을 위한 것으로서 합헌이라고 판시(헌재 2008.06.26, 2007헌마1175)한 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

125) 이와 관련하여 최근의 대법원 판례에서 교원의 정치적 표현의 자유에 대한 제한의 필요성을 다음과 같이 판시한 바 있다:

“공무원인 교원의 경우에도 정치적 표현의 자유가 보장되어야 하지만, 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법 정신과 관련 법령의 취지에 비추어 정치적 표현의 자유는 일정한 범위 내에서 제한될 수밖에 없고, 이는 헌법에 의하여 신분이 보장되는 공무원인 교원이 감수하여야 하는 한계이다. 더구나 공무원인 교원의 정치적 표현행위가 교원의 지위를 전면에 드러낸 채 대규모로 집단적으로 이루어지는 경우에는 그것이 교육현장 및 사회에 미치는 파급력을 고려한 평가가 요구된다. 따라서 공무원인 교원이 집단적으로 행한 의사표현행위가 국가공무원법이나 공직선거법 등 개별 법률에서 공무

이런 맥락에서 볼 때, 교육공무원의 정치적 기본권 제한은 -비록 그 기준을 일의적으로 정하기는 어렵지만- 적어도 일반공무원에 비하여 더욱 엄격한 기준에 따라야 한다고 보는 것이 헌법재판소와 대법원 판례의 태도라고 이해될 수 있다.¹²⁶⁾

3. 법관의 정치적 의사표현과 그 제한

법관의 특수한 지위는 사법의 본질, 즉 재판의 공정성 요청으로부터 나오는 것이며, 법관의 정치적 의사표현의 허용 여부는 재판의 공정성에 영향을 미칠 수 있는지의 여부에 달려 있다고 할 수 있다. 법관이 재판에서 정치적 편향성을 보이는 것은 당연히 금지되지만, 재판정을 벗어난 자리에서 정치적 의사표현을 하는 것이 어느 정도까지 정당화되는지에 대해서는 다시금 세분화가 필요할 것이다.

정치적 의사표현을 통한 의사소통의 상대방이 제한되어 있는 사

원에 대하여 금지하는 특정의 정치적 활동에 해당하는 경우나, 특정 정당이나 정치세력에 대한 지지 또는 반대의사를 직접적으로 표현하는 등 정치적 편향성 또는 당파성을 명백히 드러내는 행위 등과 같이 공무원인 교원의 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위협을 초래할 정도에 이르렀다고 볼 수 있는 경우에, 그 행위는 공무원인 교원의 본분을 벗어나 공익에 반하는 행위로서 공무원의 직무에 관한 기강을 저해하거나 공무의 본질을 해치는 것이어서 직무전담의무를 해태한 것이라 할 것이므로, 국가공무원법 제66조 제1항에서 금지하는 ‘공무외의 일을 위한 집단행위’에 해당한다고 보아야 한다. 여기서 어떠한 행위가 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위협을 초래할 정도에 이르렀다고 볼 것인지는 일률적으로 정할 수 없고, 헌법에 의하여 정치적 중립성이 요구되는 공무원 및 교원 지위의 특수성과 아울러, 구체적인 사안에서 당해 행위의 동기 또는 목적, 시기와 경위, 당시의 정치적·사회적 배경, 행위 내용과 방식, 특정 정치세력과의 연계 여부 등 당해 행위와 관련된 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”(대법원 2012.4.19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결).

¹²⁶⁾ 이에 대한 비판적 견해로는 오동석, 교사의 정치적 기본권, 민주법학 제44호(2010.11), 199-224면; 정영태, 초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점, 인하대 교육문화연구 제 16권 제2호(2010.8), 5-44면 참조.

적 공간에서 정치적 의사표현을 한 경우에는 설령 상대방이 법관의 신분을 알고 있는 경우라 하더라도 -이러한 정치적 의사표현이 직접 재판에 영향을 미친다고 볼 수 있는 특별한 사유가 없는 한- 제한의 정당성이 인정되기 어렵다.¹²⁷⁾

반면에 법관의 신분을 밝힌 상태에서(또는 법관임을 다른 사람들이 쉽게 인지할 수 있는 상태에서) 신문, 방송, 인터넷 등의 매체를 통하여 정치적 의사표현을 한 경우에는 제한의 필요성이 인정된다. 이는 사법의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰를 깨뜨리는 일이 될 수 있기 때문이다.

법관의 신분을 밝히지 않은 상태에서 인터넷이나 SNS 등을 이용하여 정치적 의사표현을 한 경우에는 매우 복잡한 문제가 전개될 수 있다. 일단 소통의 공간 자체는 사적 공간이라고 말하기 어렵다. 인터넷이나 SNS도 전파성이 매우 강한 매체이며, 불특정 다수인에게 의사표현이 전달될 수 있기 때문이다. 그러나 법관임을 밝히지 않은 경우에는 법관으로서의 영향력 내지 사법적 판단에 대한 국민의 우려를 자극하지 않는 사적 의사소통을 의도한 것으로 볼 수 있고, 만일 법관임을 다른 사람들이 알 수 없는 상태라면 그 결과 또한 사법의 정치적 중립성에 영향을 미치지 않을 것이다. 이러한 경우에는 법관의 정치적 의사표현이 굳이 제한될 이유는 없다고 볼 수 있다. 하지만 본인이 법관임을 밝히지 않았더라도 다른 사람들이 이를 알 수 있는 상태라면 결과적으로 사법의 정치적 중립성과 연계될 수 있다는 점이 문제되어 제한의 가능성이 검토될 수 있을 것이다.¹²⁸⁾

127) 물론 그 제한된 범위 내에 기자 등이 포함되어 있고, 발언의 내용이 대중에게 전파될 수 있는 상태일 경우에는 평가가 달라져야 할 것이다.

128) 이 문제는 현행법상 제한이 되고 있는지의 여부가 아니라, 제한이 가능한지의 여부, 즉 제한을 가할 경우에 합헌인지의 여부에 초점을 맞추어서 검토되어야 할 것이다.

제3장 공무원의 정치적 기본권의 보장범위에 관한 각국의 입법례

제1절 정치적 기본권의 특성과 보장범위의 차이

I. 민주주의의 근간을 형성하는 정치적 기본권에 대한 특별한 보장의 필요성

민주주의의 이상은 국민이 주권을 행사할 수 있는 제도의 구축으로 현실화된다. 모든 국민이 주권을 현실적으로 행사할 수 있는 정치체도의 마련은 민주주의를 실현하기 위한 기본 전제가 되기 때문이다. 결국 국민이 주권 행사를 하고 적극적으로 정치에 참여할 수 있는 환경을 조성하는 것은 민주국가의 중요한 사명이다.

정치에 참여할 수 있는 환경의 조성을 헌법적인 측면에서 살펴보면 정치적 권리들에 대한 보장으로 치환될 수 있는데 넓은 범위의 정치적 권리들의 보장은 민주주의를 헌법적으로 실현하는데 있어 필수적인 과제인 것이다. 결국 민주주의를 실현함에 있어 그 근간에는 모든 국민들에 대한 정치적 기본권의 보장이 놓이게 된다. 여기에서 넓은 범위의 정치적 기본권이라 함은 정치적 신조를 보유하고 그에 따라 그 신조를 실천할 수 있는 권리들을 의미하는 것이 일반적이다. 특정한 정치적 신조, 신념을 보유하였다고 차별당하지 않고 그의 표출에 제한을 가하지 않는 식의 정치적 자유가 그 권리들에 있어 핵심에 놓이게 된다. 구체적으로는 사상과 양심의 자유, 언론 출판 집회 결사 등의 표현과 단결의 자유, 일반적 행동의 자유, 선거의 자유 및 피선거의 자유, 그리고 공무담임권 등이 모두 정치적 기본권의 내용이라 할 수 있고 이들은 민주주의 운영의 근간이 된다.

물론 현대의 헌법체계 내에서는 대체로 자유와 권리의 절대적 보장으로 인하여 국가와 사회 그리고 타인의 이익이나 자유를 침

해할 가능성을 염려하여 정당한 사유가 존재하는 경우에는 권리 일반에 대한 제한이 가능하도록 하고 있다. 그리고 그에 따라 정치적 자유와 권리들에 대한 제한도 가능할 수 있다. 하지만 민주주의 체제 내에서 정치적 자유, 기본권이 갖는 높은 위상을 고려한다면 정치적 기본권에 대한 제한은 최소한에서 이루어져야 한다. 국민주권이라는 민주주의의 핵심내용을 수용하는 국가, 사회 체제 내에서 이의 실천방법인 정치적 자유와 기본권에 대한 최대한의 보장은 반드시 이루어져야 한다. 정치적 기본권이 얼마나 실질적으로 보장되고 있는지는 민주주의의 척도라고 할 수 있으며, 동시에 정치적 기본권 자체가 민주주의의 버팀목이기 때문에 사상, 양심의 자유, 언론 출판 집회 결사 등의 표현과 행동에 있어서의 자유뿐만 아니라 선거권과 피선거권 등의 참정권, 공무담임권 등 정치적 행위와 관련될 수 있는 모든 기본적 권리를 특별하게 보장하는 경우에 비로소 민주주의의 이상은 현실화될 수 있다.

II. 국민의 한사람으로서의 공무원과 정당 설립 및 활동의 자유

민주주의는 모든 국민이 정치적 기본권을 향유하여야 한다는 이상을 제도화하려 한다. 그에 따르면 국민이면 누구나 자유롭게 정치적 신조를 가지고 이를 표현할 수 있는 권리를 누려야 한다. 민주주의 하에서는 신분이나 성별, 연령 혹은 직업의 차이는 정치적 권리를 향유하는데 있어 걸림돌이 될 수 없다. 그러한 관계로 공무원인 직업적 신분을 가지고 있는 자도 국민인 이상 당연히 정치적 기본권을 누려야 한다. 특히 앞서 열거한 사상이나 표현의 자유 등과 같은 광의의 정치적 자유 및 권리 중에서 정치에 직접적인 참여를 보장하고 있는 참정권의 구체적 내용들, 특히 정치적 결사인 정당을 설립하고 이에 참여하여 자유롭게 활동할 수 있는 권리들도 공무원이 국민으로서 당연히 누려야 하는 것이다.

과거 독일의 입헌군주제와 같은 체제에서는 이른바 일반권력관계와 특별권력관계가 구별되었고 국가(내지 군주)와 국민의 관계

는 이른바 일반권력관계로서 법치주의가 적용되지만, 사회의 영역이 아닌 국가의 영역에 속해 있었던 공무원은 군주의 수족과도 같이 생각되었으며, 이들 사이에 성립되는 특별권력관계 내에서는 법치주의의 원칙에 따른 특별한 보호가 필요하지 않다고 인정되었다. 결국 공무원은 법치주의의 적용에서 전면적으로 배제되고 그에 따라 공무원에 관하여는 기본권 제한에 관한 법률유보가 배제되고 포괄적으로 기본권이 제한될 수 있다고 여겨졌다. 다만 20세기에 들어와 민주국가가 건설되면서 특별권력관계의 이론이 현실 적합성이 없다고 판단되었고 특별권력관계에 대해서도 법치주의의 요청을 받아들여야 한다는 주장이 강하게 제기되었다.

특별권력관계를 부정함으로써 인하여 공무원은 어느 정도의 범위에서는 일반 국민과 동등한 지위와 권리를 누릴 수 있게 되었다. 공직을 담당한다는 이유에서 어느 정도의 제한이 뒤따를 수 있지만 공무원도 국민인 이상 국민이 향유하는 기본권들을 향유할 수 있게 되었다. 기본권 중에서도 국민의 주권행사와 밀접한 관련이 있는 핵심적인 기본권이라 할 수 있는 정치적 기본권은 공무원에게도 인정되어야 하고 정치활동에 대한 자유로운 참여도 국민으로서 공무원이 누릴 수 있음이 강조되고 있다.

Ⅲ. 공무담임권 및 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한의 필요성과 한계

공무원도 국민으로서 정치적 권리들을 향유하여야 한다는 것은 민주주의, 국민주권주의의 이상에서 도출되는 당연한 결론이다. 하지만 일반적인 기본적 권리들에 있어서도 일정 부분 그 향유가 제한되는 것과 마찬가지로 민주주의의 핵심적 권리인 정치적 권리들의 향유에 있어서도 제한이 있을 수 있다. 특히 공무원의 정치적 기본권에 있어서는 공무원이 갖는 특수한 신분, 지위로 인하여 그 행사가 제한될 수 있다. 비록 특별권력관계이론은 과기되고 더 이상 언급되지 않지만 그를 대신하여 특수지위(또는 특수신분)의 이

론이 공무원의 기본권에 대한 제한의 가능성을 설명한다. 여기에서의 공무원에 대한 특별한 기본권의 제한은 법치주의의 예외로 인정되기 보다는 공직의 특수성에 기초하여 기본권의 제한의 법률적 근거가 마련되는 것이라 본다.

이와 같은 특수지위의 이론은 법치주의의 요청에 보다 충실한 것일 뿐만 아니라 국가권력의 민주성 확보라는 측면에서도 기존의 특별권력관계보다 설득력이 강한 것이기 때문에 오늘날 널리 인정되고 있다. 하지만 구체적인 문제에 들어가서 특수지위로 인하여 공무원의 기본권에 대한 특별한 제한이 어느 정도까지 허용될 것인지에 대해서는 직무의 성격과 문제되는 기본권의 실현구조를 고려하여 개별적으로 검토하여야 할 것이다.

민주주의의 이상의 구현을 위하여 공무원의 정치적 기본권도 보장하는 것이 일반적인 경향이지만 공무원이 갖는 특수한 지위로 인하여 정치적 권리의 제한이 있을 수 있다. 어떠한 제한이 가능한지에 대한 판단은 구체적 사례에 따라 달라질 수 있겠지만 공통적으로는 공무원의 공직 수행에 있어서의 객관성과 공정성을 침해하는 정도의 정치적 권리의 행사는 제한될 수 있는 것이다. 기본적으로 공직은 국민 전체를 위한 봉사에 있고, 이를 실현하는 가장 중요한 조건이 공직 수행의 객관성과 공정성에 있기 때문이다. 공무원에 대한 정치적 중립의 요청은 이러한 맥락에서 제기된다. 하지만 그렇다고 공무원이 국민으로서 향유할 수 있는 정치적 권리의 본질적 부분을 제한할 수는 없다. 결국 공무원의 정치적 권리 행사와 정치적 중립의무 요청은 섬세하게 재단·조정되어야 할 사안이고 이에 있어서 다른 국가들의 사례들을 조사하는 것은 상당한 참조가 될 것이다. 이하에서는 영국, 미국, 프랑스, 독일에 있어서 공무원의 정치적 자유와 중립의무의 조정이 어떻게 이루어졌는지를 살펴본다.

제2절 영미의 정치적 기본권 보장범위

I. 영국의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권

1. 영국 공무원의 정치적 중립의무에 대한 논의의 역사

가. 관료(관사)제 도입과 정실주의 개혁

영국에는 절대 군주시대에 있어서 대륙의 국가들과는 달리 체계화된 관료제도가 존재하지 않았고 국왕에 의한 정실주의가 존재하였다.¹²⁹⁾ 하지만 이후 명예혁명을 거치고 1707년 왕위계승법이 제정되는 일련의 과정을 통하여 관리제가 정착되었다.¹³⁰⁾ 특히 왕위계승법에 의하여 의회에 의석을 가질 수 있는 관리와 가질 수 없는 관리가 구별되었는데, 즉 겸직 불허용을 포함한 정치활동 상 제한이 관리에게 부가되었다.¹³¹⁾

나아가 의회는 1712년과 1782년의 법률에 의하여 상급의 우정관리, 관세 및 소비세 관계된 관리들로부터 선거활동 내지 선거권을 박탈하였다.¹³²⁾ 이는 의회에 군주의 세력이 침투하는 것을 방지하여 의회를 군주로부터 독립시키려는 의도에서 제정된 사항들이지만 결국 공무원의 정치활동에 대한 제한의 시작점이라 할 수 있다.

영국 공무원제도의 일대 전환은 1870년의 추밀원령에 의하여 이루어졌다. 당시 수장이던 글래드스톤(Gladstone)은 정실주의의 철

129) 김선주, "한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구". 경상대학교 행정대학원, 2002, 45면.

130) Alexander De Becker, "The Legal Status Of Public Employees Or Public Servants: Comparing The Regulatory Frameworks In The United Kingdom, France, Belgium, And The Neth-Erlands", 32 Comp. Lab. L. & Pol'y J 949, 972 (2011)

131) 김선주, 46면.

132) 이진현, "공무원의 정치적 중립에 관한 연구", 광주대학교 산업대학원, 2009, 38면.

저한 청산을 위한 개혁을 목적으로 하는 추밀원령을 내었는데 이를 통하여 영국의 공무원제도는 철저한 실적주의로 전환되었다.¹³³⁾ 형태적 공무원제도의 출발점이라 할 수 있는 이러한 변화는 하지만 20세기에 들어와 공무원들의 정치적 자유를 지나치게 제약한다는 점에서 비판을 받게 되었다.¹³⁴⁾

나. 마스터맨 보고서

결국 세계 제2차 대전 후에 애틀리의 노동당 내각은 이 문제에 대한 근본적인 검토를 진행하게 되었다. 먼저 노동당 내각은 1948년 4월 랫트벳지 정부령을 발하여 공무원이 공산당에 가입하는 정치적 자유를 금지하였다.¹³⁵⁾ 하지만 동시에 마스터맨(Masterman) 위원회를 통하여 중앙 및 지방에서 공무원들의 정치활동의 범위에 관한 당시 상황을 검토하고 문제 해결 방안을 제시하도록 하였다.¹³⁶⁾

동 위원회는 1949년 6월 보고서를 정부에 제출하였는데 이에 따르면 공무원을 이분화하여 어떠한 정치활동의 제한도 받지 않는 공무원 그룹과 중앙정부의 분야에 있어서 정치적 활동에 어느 정도의 제한을 받거나 지방정부의 활동에는 허가를 받고 참가하는 직계에 속하는 그룹으로 분류하였다.¹³⁷⁾ 그리고 정치활동에 제한되는 행위의 유형을 명확히 해야 한다고 강조하였는데 여기에서 제한의 범위는 의원후보자가 되는 것, 정당 간부에 취임하는 것, 정당의 정치적 상황에 관해서 공중에 연설하고 또 견해를 신문에 게재하는 것, 후보자를 위한 선거운동을 행하는 것이 포함되었다.¹³⁸⁾

133) 김선주, 46면.

134) 이진현, 38면; 김선주, 46면.

135) 김선주, 46면.

136) 김선주, 46면.

137) 김선주, 46-47면.

138) 이진현, 38면.

정리해서 보자면 동 보고서는 종래의 공무원에 대한 정치적 행위 제한의 원칙을 기본 전제로 삼고 공무원의 정치적 중립성이 영국 민주주의의 기본 특성이며 능률적인 행정에 필수불가결임을 강조하였다. 하지만 정치적 자유의 희생을 통하여 공무원의 정치적 중립을 유지하자는 주장은 노동당에 불만을 야기하였고 상원의 반대에도 부딪힌 정부는 결국 7월에 권고에 대하여 불찬성 결정을 내렸다.¹³⁹⁾

다. 휘틀리 보고서

마스터맨 보고서에서 종래의 정치적 자유제한을 해제하려는 부분에 있어서는 논의가 계속 진행되었는데 1950년 11월에는 현업, 비현업을 막론하고 단순노무자 등 약 45만명에 대한 정치적 자유 제한을 즉시 해제할 것으로 하였다.¹⁴⁰⁾ 다만 나머지 사항에 있어서는 영국 공무원 사회의 분쟁과 현안을 해결하려는 모임은 전국 휘틀리 협회(Whitley Council)의 토의에 부치기로 하였다.¹⁴¹⁾ 협회는 합동위원회 보고서를 제출하였는데 이 보고서는 마스터맨 보고서를 일부 수정하고 비현업 공무원을 삼분하여 마스트맨 보고서의 구상을 보다 세분화시켰다.¹⁴²⁾ 정부는 이 보고서를 즉시 실시하였다.

이 세분화된 보고서의 주요한 두 가지 특징은 다음과 같이 요약된다.

먼저 마스트맨 보고서에 비하여 새로운 공무원 계층이 설정되었는데 바로 중간계층이다.¹⁴³⁾ 기본적으로 이들 또한 정치적 자유의 제한을 받는 계층으로 분류하였다.

139) 김선주, 47면.

140) 김선주, 47면.

141) 김선주, 47면.

142) 김선주, 47면.

143) 김선주, 47면.

다음으로 선거운동을 정치활동의 범위에 포함시키느냐의 문제에 대한 논의였는데 정부는 결국 정치활동의 제한을 받는 계급의 공무원의 경우 선거운동을 금지시키고 중간의 계층에 속하는 공무원의 경우 소속장관의 허가를 얻는 경우 선거운동을 인정시키기로 결정하였다.¹⁴⁴⁾

그에 따라 정부는 1953년 3월 공무원의 정치활동에 대한 정부백서를 의회에 제출하였고 그 내용은 같은 해 8월 14일 대장성 규칙에 의하여 실시되었다. 먼저 동 규칙은 “공무원은 항상 모든 정치적 문제에 관하여 신중한 태도를 취할 것이며 어느 한쪽으로 치우치지 않아야 한다”고 규정하여 공무원의 양심에 정치적 중립의무준수를 호소하였다.¹⁴⁵⁾ 동시에 공무원을 세등급으로 구분하여 하위직 공무원은 완전한 정치적 자유를 인정하고, 중 상위직 공무원의 행정집행계급에 대해서는 소속장관의 허가를 통하여 정치활동을 하도록 하였다.¹⁴⁶⁾

이와 같이 영국의 공무원 제도는 영국 내 정치경제적 변화에 민감하게 반응하면서 변화하고 있다. 정실주의의 폐해에 의하여 공무원의 정치적 중립의무가 강조되었으나 공무원의 정치적 자유에 대한 끊임없는 요구로 정치활동을 인정해 오고 있다. 상충하는 두 원칙에서 가장 적절한 조화점을 찾기 위하여 법령 개정이 계속되고 있다.

2. 영국 공무원 제도와 정치적 자유

가. 공무원 제도 개관

영국의 공무는 업무영역을 놓고 볼 때 크게 3가지로 구분될 수 있는데 이는 중앙정부, 지방정부, 그리고 우리의 공사나 공단에

144) 김선주, 48면.

145) 박응격, “각국의 공무원 정치중립제도”, 『지방행정』 41권 469호, 1992, 41면.

146) 김선주, 49면.

해당되는 public corporation이 있다.¹⁴⁷⁾ 중앙정부는 중앙부처(Central Departments and Ministers) 및 책임운영기관(Next Steps Agencies) 그리고 국가보건서비스 및 군대 등을 포함하는데 국가보건서비스나 군대는 중앙부처와 조직 및 분류체계 등에서 성격을 달리한다.¹⁴⁸⁾ 일반적으로 공무원(civil servants)라 함은 바로 중앙부처와 각 부처별로 소속되어 있는 책임운영기관에 근무하는 공무원만을 지칭하는 용어라 할 수 있다.¹⁴⁹⁾

반면에 지방자치단체에 근무하는 공무원들은 civil servant라 칭하지 않고 local government employee라고 하며, 국가보건서비스나 군대 그리고 public corporation에 종사하는 자들에 대해서는 특별한 용어가 존재하지 않는다.¹⁵⁰⁾

결국 중앙부처에 근무하는 자, 그리고 책임운영기관에서 근무하는 자들만이 정식 공무원의 자격을 지니는데 이에는 공공의료부문에 종사하거나 지방정부에 근무하는 자들은 포함되지 않는다.¹⁵¹⁾ 또한 경찰 및 교원들도 기본적으로 지방정부에 소속되어 있기 때문에 정식공무원의 지위를 인정받지 못하고 있다.¹⁵²⁾

2000년대에 들어와서 영국에서 공법상의 지위를 인정받아 정식으로 공무원이라 부를 수 있는 공무원(civil servant)의 숫자는 약 47만 명에 불과하다.¹⁵³⁾

크게 볼 경우 영국의 국가공무원은 2개의 구조를 갖는데 개방구조(Open Structure)와 실무급(Administrative Levels)으로 구분될 수 있다.¹⁵⁴⁾ 1996년까지 Grade 1(사무차관)에서 Grade 2(차관보)

147) 최영출, “최근 영국 공무원의 분류체계의 동향과 시사점”, 『한국토지행정학회보』 제7호, 2000, 2면.

148) 최영출, 2면.

149) 최영출, 2면.

150) 최영출, 2면.

151) 김영우, “프랑스 공무원제도의 경직성과 유연성: 주변국과의 비교연구”, 『한국행정학회보』 제36권 제1호, 2002, 102면.

152) 김영우, 102면.

153) 김영우, 102면.

154) 최영출, “영국공무원의 정치화”, 『정부학연구』 제6권 제2호, 2000, 20

Grade 3(국장)까지를 고위개방구조(Senior Open Structure)라고 하여 다른 등급과 구별되는 별도의 인사관리체계를 적용하여 왔다.¹⁵⁵⁾ 하지만 1996년 4월에 새로운 고위공무원직(Senior Civil Service)이 수립되면서 기존의 고위개방구조에 Grade 4(국장보), Grade 5(과장)을 포함하여 새로운 고위공무원단이 형성되었다.¹⁵⁶⁾ 이들 최고위직에 속하는 공무원들은 정책결정과정에 깊숙이 개입하며 전체 비현업공무원들(non-industrial)의 약 5%를 차지하고 있다.¹⁵⁷⁾

Grade 1에서 4까지의 공무원들은 장관의 정책결정과 밀접하게 연관되어 정책자문을 하며 Grade 5는 부처의 한 부서를 책임지며 정책결정에 중요한 투입역할을 수행한다.¹⁵⁸⁾ 그리고 Grade 6과 7의 공무원들은 잠정적인 정책입법활동 중에서 실무적이고 미세한 부분을 담당하고 있다.¹⁵⁹⁾ 그 이하에서 행정실무에 종사하는 공무원들은 정책결정 자체에 관여하기 보다는 일상적인 실무업무를 수행한다.¹⁶⁰⁾

나. 정치적 자유의 보장

상술하였듯이 일련의 역사적 과정을 통하여 영국의 공무원은 정치적 중립의무를 지키면서 정치활동의 자유의 외연을 넓혀나갔다. 1950년 이래로 영국의 공무원들의 정치활동 범위는 비약적으로 향상되었는데 법적인 규제보다는 가능한 한 최대한으로 정치활동을 보장하는 식으로 움직여왔던 것이다.¹⁶¹⁾ 1925년 맥도날드 내각에

면.

155) 최영출, 20-21면.

156) 한인근, “영미 고위공무원단 설립의 역사적 배경에 관한 연구”, 『한국인사행정학회보』 제9권 제1호, 2010, 62면.

157) 최영출, 21면.

158) 최영출, 21면.

159) 최영출, 21면.

160) 최영출, 21면.

161) 김선주, 48면.

서는 공무원의 피선거권이 금지되었으나 1948년 마스터맨 위원회의 권고와 1950년 휘틀리 협회의 권고가 받아들여지며 정치활동이 상당 부분 허용되었다.¹⁶²⁾

영국의 경우 직무의 성격과 권한의 범위, 책임 정도에 따라 정치적 자유의 허용 정도가 다른 것으로 알려져 있다.¹⁶³⁾ 공무원을 제1집단(하급공무원), 제2집단(상급공무원) 및 중간집단의 세 집단으로 분류하여 정치활동의 범위를 서로 다르게 규정하였다.(Civil Service Code, June 2006) 제1집단, 즉 최말단직 하급공무원들에 대해서는 정치활동을 완전히 보장한다.¹⁶⁴⁾ 서기, 보조서기계급으로 대표되는 중간집단에 대하여는 국회의원 출마를 금지하는 대신, 그 밖의 다른 정치활동은 기관장의 허락 하에 모두 허용하고 있다.¹⁶⁵⁾ 행정계층, 집단계층 및 이에 준하는 공무원으로 대표되는 제2집단, 즉 상급공무원들의 경우에는 정당가입권 및 선거에 있어 투표권은 허용되나 그 밖의 정치활동은 금지되었다.¹⁶⁶⁾ 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등 노동기본권은 경찰이나 교도관과 같은 일부를 제외하고 모든 공무원에게 보장된다.¹⁶⁷⁾ 또한 교육공무원에 대해서는 정당활동, 공직후보 출마, 선거운동 등 거의 모든 정치활동을 허용하고 있다.¹⁶⁸⁾

이처럼 영국에서는 중립성 보장을 위하여 전통 혹은 내각 및 인사행정기관의 규칙이나 공무원의 개별적인 판단과 자제에 이를 맡기고 있다.¹⁶⁹⁾ 이러한 유연한 태도는 정치적 권리의 보호 범위를 설정하는데 있어서도 두드러지는데, 중립성을 해치지 않는 범위

162) 김선주, 48-49면.

163) 장영수, “공무원의 정치적 기본권-보장 범위의 확대와 그 전제조건-”, 『안암법학』 37호, 2012, 8면.

164) 김선주, 49면.

165) 박응격, 41면.

166) 김선주, 49면.

167) 채준호, “영국 공무원 단체교섭제도의 한국적 함의”, 『산업관계연구』, 제20권 제4호, 2010, 28면.

168) 장영수, 8면.

169) 박응격, 41면.

내에서 정치적 권리를 최대한 보호하기 위하여 광범위하고 자유로
우며 다양한 해결을 모색하고 있다.¹⁷⁰⁾

다. 공무원의 정치화와 정치중립 의무의 요청

이상에서 살펴보았듯이 공무원들의 구성 및 공무원들의 정치적
자유권의 내용을 살펴보면 영국 공무원들이 정치화될 여지는 상당
히 크다고 볼 수 있다.¹⁷¹⁾ 특히 1996년 4월부터 국가공무원들의
인사관리권이 고급공무원단을 제외하고는 각 부처 및 책임운영기
관으로 이양되었는데 그에 따라 각 부처 및 책임운영기관들은 별
도의 직명체계와 동시에 보수체계를 가지게 되었고 국가전체의 공
무원 인사의 통일성이 상실되었다.¹⁷²⁾

인사권이 분권화되고 개별화됨에 따라 인사행정 전문가를 채용
하여 인사행정의 전문성을 도모할 수도 있지만 반면에 인사체계가
단일화되지 못하여 문제가 발생할 수 있고 결정적으로 공무원의
정치화를 초래할 수도 있다.¹⁷³⁾ 중앙집중식 인사관리체제를 취하
지 아니하고 각 부처에 인사권을 부여할 경우 장관들은 부처 내의
정책개발을 포함하여 관료제에 대한 통제권을 행사하게 되고 결국
공무원들은 장관 및 정치 권력에 예속되고 종속되는 모습을 보일
수 있는 것이다.¹⁷⁴⁾ 인사관리 책임을 부처 및 책임운영기관에 이
양시키고 국가 전체적인 보수 및 직업 등급체계를 없애는 것은 궁
극적으로 공무원들의 정치적 종속화를 가져오고 정치적 영향력에
보다 쉽게 노출시킬 수 있는 것이다.¹⁷⁵⁾

특히 고급공무원단을 1996년부터 운영함에 따라 공무원의 인사가
정치적으로 이루어질 개연성이 높아졌다. 전문성이 있는 후보

170) 김선주, 49면.

171) 최영출, 56면.

172) 최영출, 56면.

173) 최영출, 56면.

174) 최영출, 56면.

175) 최영출, 56면.

자들을 공직 내외부에 구애받지 않고 임용하려는 제도가 고급공무원단인데 정치적 신념 여하에 따라 정치적으로 임용되거나 배척될 가능성이 높다.¹⁷⁶⁾ 정치적 중립성을 지키도록 되어있지만 결국 고급공무원단은 장관의 마음을 미리 알고 장관이 필요로 하는 정보를 제시하고 장관이 추구하고자 하는 정책의 방향과 부합되는 권고안들을 제공하게 되는 것이다.¹⁷⁷⁾ 전문정보보다는 정치적 논리에 따라 채용이 되고 승진을 하는 결과가 발생할 수 있는 것이다. 설사 정권교체가 있더라도 공직에 진출하여 고위공무원단에 들어온 자는 정치적 수완을 발휘하여 정치적 성향이 다른 후속 정부에서도 계속 머무를 수 있기 때문에 공무원의 정치화는 가속화될 수 있다.¹⁷⁸⁾

결국 새로운 시스템에 의거한 공무원 제도는 공무원들이 과거보다 정치적 영향력을 더 받게 하였다. 전통적으로 영국 공무원들이 공평성, 정치적 중립성, 익명성 등이 행태상 특징으로 인정되어 왔지만 공무원들이 정치적 중립성과 공평성을 저해하는 행태를 보여주는 것이 오늘날 현실이다.¹⁷⁹⁾ 고위공무원단 도입과 직위 개방제 및 기간 계약제도 도입은 공무원의 정치화를 가속화시키고 있고 그에 따라 공무원의 정치적 중립의무가 최근에 상당히 강조되고 있는 실정이다.¹⁸⁰⁾

II. 미국의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권

1. 미국 공무원제도의 특징

미국의 경우 1883년 펜들턴법(Pendleton Act) 제정 이후 100여년 동안 공무원제도가 발전되어 정착되어 왔다.¹⁸¹⁾ 유럽과 달리

176) 최영출, 57면.

177) 최영출, 57면.

178) 최영출, 57면.

179) 최영출, 59면.

180) 최영출, 60면.

미국은 계급제(rank classification)가 아닌 직위분류제(position classification)를 특징으로 하는데 직위분류제라 함은 인사행정의 분류기준을 사람이 아닌 직위에 근거를 두는 제도를 의미한다.¹⁸²⁾ 이에 따라 공무원채용에 있어서 특정 업무에 관한 직무기술서를 먼저 작성하고 이에 따라 해당되는 인원을 선발한다.

직위분류제를 택하고 있는 관계로 일반행정가로서의 자질보다는 전문가의 자질을 공무원에게 강조하고 있다.¹⁸³⁾ 결국 해당 직무에 부합하는 전문행정가(specialist)에 대한 선호도가 강하다. 그리고 공무원인사에 있어 외부에 개방적인 특징을 가진다.¹⁸⁴⁾ 공무원직이 개방적인 관계로 외부에서 임용도 자유로우며 공무원이었던 자가 다시 외부로 나갈 수 있는 구조가 잘 갖추어져 있다.

현재 미국 정부의 행정조직은 대통령 하에 14개 부처가 설치되어 있으며 약 100개 정도의 독립행정청이 설치되어 있다.¹⁸⁵⁾ 국회의원과 사법부 관료는 동등하게 그 직원을 행정위원회가 인사위원회의 동의를 얻어 임명하는 연방공무원으로서 동등한 위치를 부여받고 있다. 일반적으로 연방공무원은 관료(officer)와 직원(employee)으로 이분되어 있다.¹⁸⁶⁾

관료라 함은 법원 및 대통령에 의하여 임명되는 공무원으로 헌법상 직무를 수행하는 자를 말한다. 한편 직원은 대통령 또는 위임받은 자에 관련된 인사위원회를 통해 임명되는 관료 이외의 일반직원을 말한다.¹⁸⁷⁾ 이러한 직원은 1978년 국가공무원법 제101조(a)항의 실적주의원칙(Merit system)에 따라 공정한 시험을 거쳐 선임된다.¹⁸⁸⁾ 동법 제3304조 내지 제3311조에서는 공정한 시험의

181) 명재진, “미국 공무원제도와 공무원 기본권”, 『미국헌법연구』 제19권 제2호, 2008, 116면.

182) 명재진, 116면.

183) 명재진, 117면.

184) 명재진, 117면.

185) 명재진, 117면.

186) 명재진, 117면.

187) 명재진, 118면.

188) 95 Stat. 1113, 5 U.S.C.A. §2301 (2002)

방식, 장소, 응시회수 등에 대하여 자세한 규정을 두고 있다.

일반직 공무원의 급여의 분류를 위하여 급수를 부과하고 있는데 GS-1부터 GS-15까지 분류되어 있다.¹⁸⁹⁾ 다만 담당 관료가 필요하다고 생각하는 경우 인사위원회의 동의를 얻어 GS-15 이상의 지위를 별개로 만들 수 있다.¹⁹⁰⁾ GS-1은 최저의 단순 사무직 혹은 대학이나 연구소의 전문직의 보조원을 의미한다. 한편 GS-15는 총괄 감독을 수행하는 지위의 직원을 의미하며 주로 행정정책의 결정에 관련된 자를 의미한다.¹⁹¹⁾ 이러한 등급은 법률에 정의되어 있으며 등급 사이의 진급을 위해서는 학습과 훈련, 그리고 시험 합격이 요구된다.¹⁹²⁾

2. 공무원제도 개혁의 역사와 공무원 정치적 중립의무

미국은 건국 초기부터 1800년대 말까지 공무원의 완전한 정치적 활동이 보장되었다.¹⁹³⁾ 다만 그로 인하여 공무원 임면이나 직무수행에 있어 당파성이 지나치게 강조되었고 그에 따라 엽관주의 폐해가 만연하게 되었다.¹⁹⁴⁾ 이러한 문제에 대응하여 정치적 중립을 공무원에 요청하게 되었는데 그 효시는 제퍼슨 대통령이 연방정부 공무원들의 정당가입을 금지시킨 점에서 비롯된다.¹⁹⁵⁾

하지만 미국의 특유한 자본주의적 정치상황에 따라 엽관제가 광범위하게 행하여졌고 행정적인 측면에서 다양한 폐해가 발생하였다.¹⁹⁶⁾ 결국 T.A. Jenkes는 1868년 공무원제도 개혁에 관하여 다

189) 명재진, 118면.

190) 명재진, 118면.

191) 명재진, 118면.

192) 명재진, 118면.

193) 유각근, “비교법적 관점에서 본 공무원노조의 정치활동”, 『노동법논총』 제20집, 2010, 268면.

194) 유각근, 268면.

195) Steven J. Eberhard, “The Need For The Hatch Act”, 1 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 153, 157 (1978) 및 유각근, 268면.

196) 김선주, 39면.

음과 같은 내용을 담은 법률안을 제출하기에 이르렀다. 첫째 인사 기관을 설치하고 부통령이 기관의 장이 되며, 둘째 공무원 임명에 있어서 정식 공무원이 되기 전에 일정한 조건부 임용기관을 설정하며, 셋째 공무원이 정기적으로 승진할 수 있게 하며, 넷째 임용 시험은 하급공무원뿐만 아니라 대통령 직속의 공무원에게도 실시한다는 것이다.¹⁹⁷⁾ 그러한 요청들에 따라 1876년 법률이 연방 공무원에 대해서 공무원간, 공무원과 의원 간에 정치현금의 권유 및 수수를 금하기도 하였다.¹⁹⁸⁾

이러한 엽관제에 대한 개혁운동은 정부뿐만 아니라 민간측에서도 적극적으로 추진되었는데 1877년 창립된 뉴욕 공무원제도 개혁협회(New York Civil Service Reform Association)가 대표적이라 할 수 있다.¹⁹⁹⁾ 이러한 민간단체는 1881년까지 13개 정도 창립되었는데 특히 1881년에는 G.W. Curtis를 대표로 하는 전국공무원제도 개혁연맹이 조직되어 입법활동을 활발하게 전개하였다.²⁰⁰⁾ 그 노력은 결국 1883년 1월 펜들턴법이 의회에서 통과되며 결실을 맺게 되었다.²⁰¹⁾

엽관제의 만연에 따른 행정의 정치에의 개입이 문제가 됨에 따라 결국 공무원의 정치적 중립성을 요구한 것이 미국의 상황이었다.²⁰²⁾ 1800년대 말까지 미국에서는 공무원 상당수가 대통령에 대한 정치적 충성심을 바탕으로 한 정당원들로 구성되었다.²⁰³⁾ 공무원의 정치활동이 보장되었지만 정치활동이 당파성에 의하여 이루어졌고 그에 따라 공무원이 당무를 보기도 하고 때로는 당에 세금을 납부하는 사례까지 발생하였다.²⁰⁴⁾ 당성이 공무원 신분에 영

197) 김선주, 39면.

198) 19 Stat. 169(1876)

199) 김선주, 39면.

200) 김선주, 39면.

201) 22 Stat. at 404(1883). 임재홍, “공무원의 정치적 중립의무 비판 — 미국 공무원법제와의 비교법적 검토 —”, 『민주법학』 제32호, 2006, 243면.

202) 박웅격, 39면.

203) 이진현, 36면.

향을 미치고 정경유착의 부패가 만연하였는데 결국 이는 공무원의 당파성에 기인한 것이었고 행정을 정치로부터 독립시키려는 개혁 움직임이 발생한 것이었다.²⁰⁵⁾

펜들턴법은 지금의 미연방공무원법의 기초를 형성한 것으로 공개경쟁시험제도, 공무원의 신분보장, 공무원의 정치적 중립에 관한 규정을 두었다.²⁰⁶⁾ 성적제(Merit system)의 적용을 받는 공무원에 대해서는 1907년의 대통령명령이 적용되었다.²⁰⁷⁾ 공무원제도의 대현장이라 할 수 있는 이 법은 다만 규정 해석이 대통령에 따라 달라졌었고 강제력이 약하여 결국에는 공무원의 중립을 완벽하게 확보할 수 없었다.

1925년에는 연방부패행위방지법이 제정되었다.²⁰⁸⁾ 1925년법은 연방의회 의원 선거운동에서 부패행위나 정치헌금의 규제에 관한 입법이었다. 이 법률이 강화된 것이 1939년의 『유해한 정치적 행위의 방지에 관한 법률』²⁰⁹⁾과 1940년의 개정법률²¹⁰⁾로 제안한 의원의 이름을 딴 해치법(Hatch Act)이었다.²¹¹⁾ 이들은 뉴딜정책 실시와 함께 행정의 정당의 침해를 봉쇄하기 위하여 공무원의 정치활동을 광범위하게 제한하는 법률들이었다.²¹²⁾ 1939년의 제1차 해치법은 뉴딜정책에 의하여 신설된 많은 기관에 종사하던 비분류직 공무원이 공금을 정치적 목적에 유용한다는 비난에 따라 제정

204) 김선주, 40면.

205) 김선주, 40면.

206) 이진현, 37면.

207) “연방행정기관에 속하는 공무원은 모두 선거에 개입할 목적 또는 선거의 결과에 영향을 미칠 목적으로 자기의 권한 또는 영향력을 행사해서는 안된다. 공무원중 ... 경쟁채용직에 속하는 자는 투표할 권리 및 정치적 문제에 대한 의견을 특정 소수인에(privately) 표명할 권리를 가지지만, 정치의 운영 또는 정치적 선전에의 적극적 참가를 해서는 안된다” 임재홍, 244면.

208) 43 Stat. 1070(1925) 임재홍, 244면.

209) 53 Stat. 1147(1939)

210) 54 Stat. 767(1940)

211) 임재홍, 244면.

212) 김선주, 40면.

되었는데 결국 분류직 공무원뿐만 아니라 고위 정책결정직을 제외한 모든 비분류직 공무원의 정치적 활동을 제한하는데 주된 목적이 있었다.²¹³⁾

1940년의 제2차 해치법은 더 나아가 연방 공무원뿐만 아니라 연방기금으로부터 보수를 받는 주 및 지방자치단체의 공무원에까지 그 적용범위를 확장하여 광범위한 정치활동 제한을 규정하였다.²¹⁴⁾ 그에 따라 모든 공무원들은 선거에 입후보가 금지되었고 선거운동도 금지되었으며 특정정당이 자금유치도 금지되었고 정당의 직위보유도 금지되었다.²¹⁵⁾

하지만 이러한 강력한 정치활동 제한은 많은 비판적 도전을 받게 되었는데 대표적으로 공무원이 정치활동에 관한 위원회는 1967년 해치법에 비판적인 보고서를 제출하였다.²¹⁶⁾ 비록 연방대법원에 의하여 파기되었지만 하급법원에서는 해치법을 위헌이라 판결하기도 하였다.²¹⁷⁾ 공무원의 정치활동 금지를 완화시키려는 일련의 노력은 결국 1974년 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)의 개정으로 결실을 맺었다. 이에 따라 주 및 지방 공무원들은 정치문제 및 후보자에 대하여 자유로운 의사표시를 할 수 있게 되었고 정당활동의 적극적 참여권과 특정정당 후보자를 위한 선거활동 등이 허용되었다.²¹⁸⁾

그 후 미 하원은 연방공무원이 공적으로 특정정당의 후보를 지지할 수 있는 범위의 정치활동을 가능하게 하는 법률안을 통과시켰다.²¹⁹⁾ 정치권력의 남용을 방지하고 공무원의 공직 오용을 차단하는 식으로 공무원의 정치활동에 대한 제한이 이루어졌는데 이는

213) 하재룡, “미국공무원노조의 미래: 미국 공무원노조의 역사적 발전과정을 통해 미리보기”, 『한국행정사학지』, 2009, 24면.

214) 고영휘, “한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구”, 전남대학교 행정대학원, 1999, 28면.

215) 이진현, 37면.

216) 김선주, 41면.

217) 유각근, 271면.

218) 고영휘, 28-29면.

219) 박응격, 40면.

궁극적으로 국민에게 공평무사한 공무집행을 해야 한다는 요청에서 비롯된 것이다. 국민 전체의 이익이 아닌 특정 정파의 이익을 대변하는 공무집행 행위 때문에 공무원의 정치적 활동이 제한받는 것이다.²²⁰⁾

3. 미국 공무원의 정치적 중립의무 관련 법률 분석

미국에서 공무원의 정치적 중립의무가 요청되고 자리 잡게 된 점에는 분명히 타당한 이유가 존재한다. 성적주의(Merit System)가 도입되기 이전에 미국 공무원사회를 지배한 엽관제에서 공무원은 정치적 당파성을 강하게 띠었고 그것이 사회문제가 되었기 때문에 펜들턴법이 성적주의를 도입하고 해치법이 공무원의 정치적 중립의무를 도입하게 된 것이다.²²¹⁾ 이하에서는 이들 법률에 대하여 자세히 살펴본다.

가. 펜들턴법

1883년의 연방공무원제도의 규율과 개선에 관한 법률²²²⁾은 흔히 펜들턴법(Pendleton Act)으로 불리는데 동법 제2조 제5항, 제6항에서 “공무원은 다른 공무원에 대하여 정치적 헌금 또는 봉사를 행할 의무를 부담하지 아니하고, 정치적 헌금 또는 봉사의 거부를 이유로 면직 기타의 불이익처분을 받지 않는다는 것”과 “공무원은 사인에 대해서 정치적 행위를 강요하기 위해 권한 또는 영향력을 행사해서는 안된다”고 규정하였다.²²³⁾

220) 김선주, 42면.

221) 임재홍, 246면.

222) 22 Stat. at 404(1883)

223) 임재홍, 243-244면; 원문은 다음과 같다;

Sec. 2. That it shall be the duty of said commissioners:
... Fifth, that no person in the public service is for that reason under any obligations to contribute to any political fund, or to render any political service, and that he not be removed or

이러한 내용의 펜들턴법은 현재 미국공무원법의 기초가 되는 법인데 이 법의 제정의 결정적 요인은 1882년 하원의원 선거에서 민주당의 승리라 할 수 있다.²²⁴⁾ 링컨 이래 20여년에 걸쳐 정권을 장악해 온 공화당의 패배는 1884년에 있을 대통령선거에서도 승리할 자신을 상실하게 되었고, 정치적 위기를 느낀 공화당은 공무원 제도 개혁에 대하여 적극적인 자세를 취하게 되었다.²²⁵⁾ 펜들턴법의 주요 내용은 다음과 같이 정리할 수 있다.

“첫째, 인사행정은 대통령에 의하여 임명된 초당적인 인사위원회가 실시한다. 둘째 채용은 공개경쟁시험에 의하며, 시험내용은 실제적인 것이어야 한다. 셋째 채용과정의 일부로서 일정한 조건부 임용기관을 설정한다. 넷째 능력을 상실한 재대군인은 이미 부여받고 있던 특혜를 계속 보유한다. 다섯째 공무원은 정치자금을 제공해서는 안되고 정치활동에 참여해서도 아니 된다. 여섯째 인사위원회는 인사행정 개선을 위한 조사를 실시할 수 있는 권한을 보유하며, 이에 대한 연차보고서를 대통령을 경유하여 의회에 제출하여야 한다. 일곱째 이법은 워싱턴에 있는 각 부처와 50명 이상의 직원을 가지고 그 밖의 지역에 소재하는 세관과 우체국에 적용된다. 그러나 실적주의의 적용을 받는 직위의 범위를 확대시키느냐 축소시키느냐 하는 것은 대통령의 권한에 속한다.”²²⁶⁾

펜들턴법은 미국에서 최초로 독립적이고 초당적인 인사위원회를 설치하고 정책결정 공무원을 제외한 모든 공무원의 채용을 공개시험에 의하여 실시하도록 하고 공무원의 정치활동을 금지하는 규정을 두었다.²²⁷⁾ 이는 그간 미국에서 지속되었던 엽관제에 종말을

otherwise prejudiced for refusing to do so.

Sixth, that no person in said service has any right to use his official authority or influence to coerce the political action of any person or body...

224) 김선주, 42면.

225) 신명수, “한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구”, 단국대학교 행정대학원, 1994, 21-22면.

226) 정봉현, “한국공무원의 정치적 중립제도에 관한 연구”, 동국대학교 행정대학원, 1992, 23-24면 참조.

고하고 새롭고 능률적인 공무원제도를 수립한 중요한 법률이라 할 수 있다.²²⁸⁾

나. 1939년 해치법

해치법은 공무원의 정치활동 금지를 위하여 제정된 법으로 1939년과 1940년에 걸쳐 두 차례 제정이 이루어졌다.²²⁹⁾ 그 중 제1차 해치법, 즉 1939년 해치법은 분류직 공무원뿐만 아니라 고위 정책결정직을 제외한 모든 비분류직 공무원의 정치활동을 제한하는데 목적이 있었다.²³⁰⁾ 그에 따라 1939년 해치법은 대통령, 부통령, 행정 각 부처의 장, 백악관 직원, 국가 정책결정 공무원을 제외한 모든 연방행정기관의 근로자들에게 적용되었다.²³¹⁾

1939년 해치법은 선거를 방해하거나 선거의 결과에 영향을 주기 위하여 공무원의 권위나 영향력의 사용을 엄격히 금지하였으며, 연방공무원의 경우에는 정치적 조정이나 유세에 적극적으로 참여하는 것을 금지하였다.²³²⁾

구체적인 조문들을 살펴보면 투표권의 행사 및 불행사를 방해하는 협박(제1조), 후보자 또는 정당의 지지 또는 반대를 이유로 한 이익의 공여나 박탈(제3조 및 제4조), 연방구제사업의 대상자로부터 정치헌금을 모금하는 행위(제5,6,7조)등을 선거위반행위로서 열거하고 모든 국민에 대해서 금지시켰다.²³³⁾

동법은 연방공무원에 대해서는 선거의 결과에 영향을 미칠 목적으로 공무원이 권한 또는 영향력을 행사하는 행위(제2조 및 제9조 (a)항 1문), 대통령 부통령 그리고 중앙행정기관의 장관을 제외하

227) 김선주, 43면.

228) 유훈, 『행정학원론』, 법문사, 1990, 484-485면.

229) 유각근, 269면.

230) 김선주, 43면.

231) 김선주, 43면.

232) 김선주, 44면.

233) 임재홍, 244면.

고 연방행정기관의 공무원이 정치의 운영(political management) 또는 정치적 선전(political campaign)에 적극적으로 참가하는 행위를 금지시켰다.²³⁴⁾

그리고 금지된 정치활동을 행한 공무원은 바로 면직시키는 조항(제9조 (b)항)을 두고 있었다.²³⁵⁾ 연방공무원들에게는 위반에 대한 가장 심한 벌칙이 해임이었고 최소한의 벌칙은 30일동안 임금이 없는 것이었다.²³⁶⁾

다. 1940년 해치법

제2차 해치법, 즉 1940년 해치법은 제1차 해치법보다 더 나아가 연방공무원뿐만 아니라 연방기금으로부터 보수를 받는 주 및 지방자치단체 공무원의 정치활동을 제한하는데 주목적을 두었다.²³⁷⁾ 그에 따라 1940년 해치법은 미국정부의 공채나 승인에 의하여 부분적으로나 또는 전체적으로 예산이 충당된 모든 활동과 관련된 주나 지방정부의 고용자들에게까지 적용되었다.²³⁸⁾

제2차 해치법은 주와 자치체의 공무원에 대해서도 연방공무원과 마찬가지로 정치적 행위를 제한시켰다.²³⁹⁾ 동법에 의한 금지 대상이 되는 행위는 정치의 운영(political management) 또는 정치적 선전(political campaign)에 적극적으로 참가하는 것이었는데 위 표현은 너무나 막연하여 이를 구체화한 것이 해석규칙(5 Code of Federal Regulations)이었다.²⁴⁰⁾ 이 규칙에 의하여 금지되는 정치적 활동은 다음과 같다.

“① 정당의 임원직 또는 그 후보자가 되는 것, ② 정당조직 또

234) 임재홍, 244면.

235) 임재홍, 244면.

236) 김선주, 44면.

237) 유각근, 270면.

238) 김선주, 44면.

239) 5 U.S.C. §§ 7324-27. 임재홍, 245면.

240) 임재홍, 245면.

는 정치적 그룹의 결성 행위, ③ 정치당파적 정치목적을 위한 분담금, 헌금 또는 기타 기금에 대해서 직접 또는 간접으로 권유, 수령, 수집 등을 행하는 것, ④ 정치당파적 선거의 후보자 또는 정당 혹은 정치적 그룹을 위해 행하는 자금수집에 조직, 티켓판매, 선전 또는 적극적으로 참가하는 것, ⑤ 정치당파적 선거에서 공직의 후보자 또는 정당임원의 후보자를 위해 행하는 정치적 선전의 운영에 적극적으로 참가하는 것, ⑥ 정치당파적 다툼이 있는 공직선거에서 후보자로 되거나 또는 후보자의 선전을 행하는 것, ⑦ 정치당파적 선거에서 공직 후보자 또는 정당임원의 후보자에지지 또는 반대의 투표를 행하도록 권유하는 것, ⑧ 정치적 광고, 방송, 선전, 문서 기타 이에 준하는 수단으로 정치당파적 선거에서 공직의 후보자 또는 정당 임원의 후보자에 대해서 지지 또는 반대하는 것” 등이다.²⁴¹⁾

다만, 동법은 투표권의 행사를 인정하고, 모든 정치적 문제에 대한 의견을 표현하는 권리도 인정했다.²⁴²⁾ 위의 해석규칙에 의하면 허용되는 정치적 활동은 다음과 같다.

“① 선거인으로서 등록하고 투표하는 행위, ② 정치적 문제와 후보자에 관한 개인적 견해를 특정 소수인 또는 불특정다수인에게 (privately and publicly) 표명하는 것, ③ 정치적 표찰, 스티커, 배지, 단추를 제시·착용하는 것, ④ 정당 기타 정치적 조직의 멤버가 되고 법령위반이 아닌 한 그 활동에 참가하는 것, ⑤ 정치적 집회, 대회, 자금모집 또는 기타 정치적 집회에 출석하는 것, ⑥ 정치적 청원에 개인적으로 서명하는 것, ⑦ 정당 또는 정치적 조직에 대하여 기부하는 것, ⑧ 헌법개정, 레퍼런덤, 조례의 지지 기타 유사문제와 관련하여 정당과 명확한 결부가 없는 문제에 대해 정치적으로 적극적으로 활동하는 것, ⑨ 기타 법령에 반하지 않고, 공무원으로서의 능률성 혹은 청결성 또는 소속기관의 중립성, 능률성 혹은 청결성을 실질적으로 해하지 않는 한, 공공의 관심사에

²⁴¹⁾ 5 Code of Federal Regulations section 733.122; 임재홍, 245면.

²⁴²⁾ 제9조 (a)항 2문 이하. 김선주, 44-45면.

참가하는 것” 등이다.²⁴³⁾

다만 각 행정기관의 장은 전 항의 활동에 공무원이 참가하는 것이 공무의 능률적인 수행을 저해 또는 직무상의 이해와 대립을 생기게 하거나 그렇게 보이는 경우 전 항에서 허용된 활동을 그 기관의 특정의 공무원 또는 공무원그룹에 대해서 금지 또는 제한할 수 있다.²⁴⁴⁾

그리고 법률로 금지된 정치적 행위를 한 자를 형사벌로 처벌하였는데 형사벌의 대상이 되는 “유해한 정치행위”의 대상으로는 연간 5천달러를 넘는 정치헌금을 특정 후보자에게 하는 것, 정부와 정부계약을 체결한 사인이 계약의 교섭 또는 이행의 과정에서 정치헌금을 하는 행위 등이었다.²⁴⁵⁾

4. 미국 공무원의 정치적 자유의 확장 - 해치법 이후의 법적 논의

가. 해치법의 합헌성을 인정한 초기의 법원의 판례들

1970년대까지 미연방대법원은 공무원의 정치적 권리의 구체적 보장, 즉 해치법의 위헌성을 확인함에 있어 소극적이었다.²⁴⁶⁾ 물론 미국헌법의 주요 권리들의 향유주체로 공무원을 언급하는 판례들은 지속적으로 제시되었다. 예를 들어 *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961) 사건에서는 공무원도 수정헌법 제1조를 보장받는다 고 하였다.²⁴⁷⁾ 그리고 *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968) 사건에서는 공무원도 시민과 동일한 표현의 자유를 향유한다고 명시하였다.²⁴⁸⁾ 비슷한 맥락에서 *Elfbrandt v.*

243) 임재홍, 245-246면.

244) *5 Code of Federal Regulations section 733.111*; 임재홍, 246면.

245) 임재홍, 244면.

246) 임재홍, 259면.

247) 명재진, 132면.

248) Arch T. Allen, III, "A Study In Separation Of Powers: Executive Power In North Carolina", 77 N.C. L. Rev. 2049, 2109 (1999)

Russell, 384 U.S. 11 (1966) 판결에서는 공무원의 집회결사의 자유를 천명하였다.²⁴⁹⁾

예를 들면 *United Public Workers of America v. Mitchell*, 330 U.S. 75(1947) 사건에서 연방대법원은 “공무원의 정치활동이 공무, 공무원 또는 공무원과 접하는 공중에 악영향을 미치는 것이라면 근무시간 외의 활동에 대해서도 거의 동일하다고 말할 수 있다”라고 하여 의회의 입법에 대한 판단을 유보했다.²⁵⁰⁾

체신공무원사건(*United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers*, 413 U.S. 548(1973))에서도 대법원은 정치적 당파성이 강한 행위의 규제에 대하여 합헌성을 인정하였다.²⁵¹⁾ 이 사건은 연방공무원을 대표해서 6명의 연방 체신공무원이 5 U.S.C. §7324(a) (2)항의 공무원의 정치적 권리에 대한 조항이 헌법에 위배된다는 선언적 판결(*declaratory judgment*)을 구하는 집단소송의 형태로 이루어졌는데 콜롬비아 특별지구 항소법원은 해치법의 금지 규정이 막연하고 광범위하기 때문에 무효라고 판결했다.²⁵²⁾ 이에 정부가 상고를 제기하였고 대법원은 합헌결정을 내렸다.²⁵³⁾

판결은 다음 네 가지 점에서 해치법의 합헌성을 인정했다.²⁵⁴⁾ 첫째, “공무원은 자기 또는 정당의 의견이 아니라 의회의 의사에 따라서 법률을 집행해야 한다.”²⁵⁵⁾ 둘째, “대표민주정부시스템의

249) 명재진, 133-134면.

250) Scott J. Bloch, *“The Judgment Of History: Faction, Political Machines, And The Hatch Act”*, 7 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 225, 256-259 (2005) 및 임재홍, 259면.

251) Anthony T. Kovalchick, *“Ending The Suppression: Why The Hatch Act Cannot Withstand Meaningful Constitutional Scrutiny”*, 30 W. New Eng. L. Rev. 419, 429-435 (2008) 및 유각근, 270면.

252) National Ass’n of Letter Carriers, *AFL-CIO v. U. S. Civil Service*, 346 F.Supp. 578; 임재홍, 259면.

253) *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers*, 413 U.S. 548(1973); 임재홍, 259면.

254) 임재홍, 259면 각주 부분 정리.

255) *Id.* at 564-565.

신뢰가 심하게 손상되지 않도록 하기 위해서는 정부와 공무원이 정치당파적 결정을 드러내 놓고 행하지 않는 것뿐만 아니라, 해서는 안된다는 것과 일반국민으로부터 그렇게 보여지는 것이 중요하다.”²⁵⁶⁾ 셋째, “해치법제정에 선행하는 1936년과, 1939년의 선거운동경험에 비추어 의회는 공무원이 정당의 집표장치로 변화하는 것을 방지하지 않으면 안된다고 확신한다.”²⁵⁷⁾ 넷째, “공무원의 채용과 승진이 정치활동의 실적에 의하지 않도록 하려면 또 동시에 본래의 신념에 반해 상급자의 의지에 따라 특정의 투표 정치활동을 행하도록 요구하는 압력 및 명시·묵시적인 권유로부터 공무원이 확실히 자유로워지도록 하는 것도 중요한 것이다... 강요로부터의 자유를 현실적으로 보장하기 위해서는 정치 당파적 행위의 금지가 제일 확실하다.” 이러한 판단은 행정부와 의회가 상호 공감하는 바이다. 이것이 헌법에 의해 부정되는 이유는 아니다.”²⁵⁸⁾ 나아가 판결은 해치법의 규정은 인사위원회의 해석규칙에 의하여 내용이 명확히 되므로 규제의 막연함 그리고 과도한 광범위성 때문에 무효라고는 할 수 없다고 하였다.²⁵⁹⁾

나. 공무원의 정치적 자유를 확장한 판례들

공무원의 정치적 자유를 제한하고 해치법의 합헌성을 인정한 연방대법원의 기본 입장은 견고히 유지되었다. 공무원의 보호를 위하여 마련된 정치적 중립의무는 점점 공무원 개인의 정치적 자유 행사에 장애요인이 되었다.²⁶⁰⁾ 다만 연방공무원에 대한 단체교섭 제도가 인정된 1960년대 이후 공무원의 표현의 자유를 법률이 침해하는 것이 아닌가에 대한 고찰이 시작되었고 1980년대에 이르러 해치법을 사실상 위헌적이라고 판시한 판례들이 출현하기 시작하였다.²⁶¹⁾

²⁵⁶⁾ Id. at 565.

²⁵⁷⁾ Id. at 565-566.

²⁵⁸⁾ Id. at 566-567.

²⁵⁹⁾ 임재홍, 259-260면.

²⁶⁰⁾ 유각근, 271면.

특히 입법영역에서는 해치법이 비록 공무원의 정치적 중립을 보장하는데 성공적이었는지는 모르지만 공무원의 기본적인 자유를 제한하였기에 그 문제점이 계속 지적되었고 결국 1974년 연방선거 운동법 개정을 통하여 공무원의 정치적 자유가 일정 부분 회복되었다.²⁶²⁾ 법 개정을 통하여 주 및 지방공무원들에게는 정치문제 및 후보자에 대한 자유로운 의견의 표시, 강제를 수반하지 않는 특정 정당 자금의 유치와 급여, 정당활동에의 적극참여, 특정정당 후보를 위한 선거활동 등이 허용되었다.²⁶³⁾

1980년대 이후 공무원의 정치적 권리를 보장하는 의미 있는 몇 개의 판결을 들 수 있는데 가장 먼저 미국 체신공무원노동조합사건²⁶⁴⁾을 들 수 있다. 이 사건은 체신공무원노동조합이 “우체국공무원이 청사 내에서 선거권자 등록권유헌동을 해서는 안된다”는 행정해석규칙(Postal Service guidelines)의 위법선언 및 집행정지를 구하는 것이었다.²⁶⁵⁾ 법원은 1985년 6월 14일 판결에서 위 행정규칙의 위법성을 선언했는데 공무원이 근무시간 외에 비정치당파적인 등록권유에 참가하는 것까지 금지하는 것은 공무원의 권리를 침해하는 것이라 실시하였다.²⁶⁶⁾

다른 판결로는 근무시간 중에 정당지지 뱃지 착용을 금지한 행정규칙을 다룬 사건²⁶⁷⁾이 있었다. 이 사건은 연방공무원노조가 공무 중에 정치적 의미를 담는 뱃지의 착용을 금지한 퇴역군인국의

261) 임재홍, 260면.

262) 김선주, 45면.

263) 박용격, 40면; O. Glenn Stahl, *Public Personnel Administration*, Harper & Row, 1983, p 408.

264) American Postal Workers Union, *AFL-CIO v. United States Postal Service*, 764 F.2d 858(D.C. Cir. 1985).

265) 임재홍, 260면.

266) American Postal Workers Union, *AFL-CIO v. United States Postal Service*, 764 F.2d 858. 862-865 (D.C. Cir. 1985). 임재홍, 260면.

267) *American Federation of Government Employees v. Pierce*, 586 F.Supp. 1559 (D.C. 1984).

정책지침(Veterans administration policy MP-5)에 대해서 집행금지처분을 제기한 것이었다.²⁶⁸⁾ 이 사건에서 법원은 행정기관의 정책지침은 수정헌법 제1조의 권리를 침해한 것으로 위헌적이라 판단하였는데, 인사위원회의 해석규칙(5 C.F.R) §733.111(a)은 배지 착용을 허용하고 있고, 각 행정기관의 장이 이를 제한할 수 있지만, 이러한 제한은 특정의 공무원 집단에 한정되는 것이므로, 전체 공무원에 대해서 제한을 하는 경우에는 이를 정당화하기 위한 특수한 목적이 있어야 하는데 위 사안에서 그러한 목적을 찾을 수 없다고 판시하였다.²⁶⁹⁾ 특히 덜 침해적인 방법을 찾지 아니하였다는 점을 강조하며 행정기관이 정당지지를 한다고 오해되지 않도록 하기 위해서는 외부의 방문자와 접촉하는 공무원에 대해서만 금지한다거나 면회 시에 배지를 떼도록 요구하는 등 완화된 규제가 시도되어야 한다고 판단하였다.²⁷⁰⁾

또 다른 주요 사건으로는 블레이크 사건을 들 수 있다.²⁷¹⁾ 블레이크(Kenneth T. Blaylock)은 전국공무원노동조합의 위원장이었는데 위원장의 지위에서 조합기관지에 레이건 정권을 비판하고, 정권교체의 필요성을 호소한 칼럼을 게재하였고 그에 대하여 연방실적심사위원회(Merit System Protection Board)는 해치법위반을 이유로 정직 60일의 징계를 했다.²⁷²⁾ 법원은 조합기관지에 여러 편의 칼럼을 통해 현 정권에 비판적인 정치적 입장을 밝힌 것은 해치법상의 정치적 선전의 금지에 해당하지 않는다고 판시했다.²⁷³⁾ 즉 해치법이 금지하는 것은 정치활동에 대한 적극적이고 조직적인

268) 임재홍, 261면.

269) *American Federation of Government Employees v. Pierce*, 586 F.Supp. 1559, 1561; 임재홍, 261면.

270) *American Federation of Government Employees v. Pierce*, 586 F.Supp. 1559, 1562-3; 임재홍, 261면.

271) *Blaylock v. Merit System Protection Board*, 851 F.2d 1348(11th Cir. 1988).

272) 임재홍, 261-262면; 임재홍, “교원 정치 권리 제약은 냉전과 독재의 산물”, 『우리교육』, 2006, 65면.

273) 임재홍, 262면.

참가라고 그 범위를 한정하며 이러한 해석을 취하지 않을 경우 해치법이 정치적 문제와 후보자에 대해서 자신의 견해를 표명할 권리를 공무원에게 인정한 취지가 부정된다고 실시하였다.²⁷⁴⁾

빌러사건²⁷⁵⁾은 2개의 전국우체국 공무원노동조합(American Postal Workers Union과 National Association of Letter Carriers)의 위원장이었던 빌러(Morris Biller)와 쏘브로토(Vincent R. Sombrotto)가 각각의 조합기관지에 민주당의 대통령후보에 대한 지지를 표명하는 기사를 게재한 것이 문제가 되어 각각 60일의 징직처분을 받은 사건이었다.²⁷⁶⁾ 사건에서 법원은 해치법상 정치적 행위금지 조항과 헌법상의 표현의 자유가 충돌하는 경우 해치법을 엄격하게 해석해야 한다고 실시하며 빌러 등의 행위가 해치법을 위반한 것은 아니라고 판시했다.²⁷⁷⁾ 법원은 해치법상 제한이 수정헌법 제1조 표현의 자유와 충돌하는 경우 표현의 자유권을 우선시하여 해석하도록 의회가 의도했다라고 설명하며 해치법이 금지하는 행위는 정당의 힘을 강화시키거나 그 후보자를 당선시키기 위해 정당과 공무원이 연대하거나 제휴할 것을 필요로 하며, 연방공무원과 정당의 후보자가 각각 독립하여 동일한 정치적 목적을 추구하는 것만으로는 위반이라고 할 수 없다고 하였다.²⁷⁸⁾

다. 1993년 해치법 개정법

공무원의 정치적 자유를 회복시키려는 일련의 움직임과 그에 조응한 법원의 판결들은 결국 해치법을 개정논의의 대상으로 만들었다. 해치법을 상당 부분 개정하여 결국 공무원의 정치적 자유에 대한 제한을 완화시키려는 노력은 1976년과 1990년에 의회에서의

274) 임재홍, 262면.

275) *Biller v. Merit System Protection Board*, 863 F. 2d 1079(2d Cir. 1988).

276) 임재홍, 262면.

277) 임재홍, 262면.

278) 임재홍, 263면.

개정안에 대한 가결에까지 이르렀었지만, 각각 당시의 대통령이었던 공화당 출신의 포드 대통령과 부시 대통령이 거부권을 행사하여 입법화되지 못하였다.²⁷⁹⁾ 하지만 1993년 민주당의 클린턴 대통령이 해치법의 개정지지를 표명하면서 법률이 개정되었다.²⁸⁰⁾

1993년 해치법 개정법은 1994년 2월부터 시행되고 있는데 그 내용으로는 먼저 공무원의 정치적 권리가 원칙적으로 보장된다는 점이 중요하다.²⁸¹⁾ 이는 공무원도 공무원이기 이전에 정치적 권리의 주체로서 시민이라는 것이 전제된 것으로 다만 공무원 지위로 인하여 예외적인 경우에만 정치적 권리가 제한된다는 것을 선언한 것이다.²⁸²⁾ 특히 개정법은 “공무원은 정치의 운영이나 정치적 선전에 적극적으로 참가할 수 있다”고 규정하면서 예외적으로 제한되는 경우를 열거하는데 금지된 행위는 “행위는 ① 선거에 개입할 목적 또는 선거의 결과에 영향을 미칠 목적으로 자신의 권한 또는 영향력을 행사하는 것, ② 정치헌금을 권유 또는 수령하는 것. (단 소속된 연방공무원조합의 기관이 연방선거운동법에 따라 행하는 정치헌금을 위해 하급자가 아닌 공무원과의 관계에서 권유 또는 수령하는 것은 방해받지 않는다.) ③ 정당을 대표하여 공직에 입후보하는 것, ④ 그 소속하는 기관에 보상, 보조금, 계약, 인허가를 신청하고 있는 사인 또는 그 기관으로부터 감사, 검사, 집행을 받고 있는 사인에 대하여 정치활동을 권유 또는 억제하는 것” 등이 있다.²⁸³⁾

한편 공무 중에 금지되는 정치활동으로는 “① 근무 중일 때, ② 연방정부의 공무를 위해 사용되는 사무소 또는 건물의 안에 있는 경우, ③ 체복 또는 공무원임을 보여주는 기장을 몸에 부착하고

279) 임재홍, 263면.

280) Rafael Gely & Timothy D. Chandler, *“Restricting Public Employees’ Political Activities: Good Government Or Partisan Politics?”*, 37 Hous. L. Rev. 775, 787-788 (2000); 임재홍, 263면.

281) 임재홍, 264면.

282) 임재홍, 264면.

283) Scott J. Bloch, Id. at 240; 임재홍, 264면.

있는 경우, ④ 연방정부 또는 그 기관이 소유 또는 임차하고 있는 차량을 이용하는 경우”이 있다.²⁸⁴⁾

다만 공무원에 정치운동 또는 정치헌금을 강제하는 행위에 대해서는 벌칙의 신설에 의하여 규제가 강화되어 5천달러 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역 또는 양자의 병과를 규정하였다.²⁸⁵⁾

라. 현재의 상황

미국에서는 연방공무원과 콜롬비아 자치구 공무원의 경우 정당 활동과 선거운동이 허용되고 있지만, 노조의 정치자금 모금 및 기부, 정당후보로서의 공직출마, 업무관련자 대상 선거운동, 직장내/업무시간 중 또는 제복 등 공무원신분을 파악할 수 있도록 하는 징표를 지닌 채 정당활동과 선거운동을 하는 것 등은 금지되고 있다.²⁸⁶⁾ 또한 선관위, 연방수사국, 중앙정보부, 국가안전위원회 등 국가안보·범죄수사담당 공무원, 인사위원회, 행정심판관 등은 예외로 인정된다.²⁸⁷⁾ 그리고 미국의 교원단체는 거의 모든 정치활동을 할 수 있는 자유가 주어져 있다.²⁸⁸⁾

한편 미국의 공무원들은 스스로 권력기반을 구축하여 대통령을 비롯한 정무직 상관들의 정책과 지시에 충실하게 대응하지 않는 방식으로 행정의 중립성, 정치적 중립을 유지하고 있다.²⁸⁹⁾ 특히 고위경력직 공무원들의 채용 및 근무에 있어서는 정치적 중립에 충실해야 한다는 요청이 있다. 공무원들의 소극적이고 중립적인 입장보다는 정권의 주요 정책에 대하여 열렬한 지지를 보내주는

284) 임재홍, 264면.

285) 임재홍, 264면.

286) 장영수, “공무원의 정치적 기본권-보장 범위의 확대와 그 전제조건-”, 『안암법학』 37호, 2012, 8면.

287) 장영수, 8면.

288) 장철준, “교원 및 교원단체의 표현의 자유: 교육의 정치적 중립성과 공익의 관계를 중심으로”, 『언론과법』 제10권 제1호, 2001, 300면.

289) 박철오, “공무원의 정치적 중립: 의미와 인식”, 『행정논총』 제49권 제4호, 2011, 45면.

것이 정치권력계층에는 훨씬 더 유리하기 때문에 주요 대통령들이 경력직 공무원의 수를 늘렸고 그에 따라 정치적 지향에 따라 공무원 채용, 특히 고위공무원에 대한 채용이 이루어졌다.²⁹⁰⁾ 새로운 의미에서의 정실주의가 도래하지 않도록 정치적 중립이 고위공무원에게 있어 요구되는 것이다. 결국 현재에 요구되는 정치적 중립 의무는 정무직들의 파당적 관계와 무관하게 직무를 수행해야 할 경력직 공무원들의 불편부당한 의무를 의미하여 관료적 독립성을 강조하는 것이라 할 수 있다.²⁹¹⁾

III. 소결: 영미의 정치적 전통과 정치적 기본권의 보장

영국과 미국에서 공무원제도에 관한 논의는 과거의 정실주의의 타파와 그에 따른 실적에 따른 인사로 요약된다.

영국의 경우 공무원제의 흐름은 정실주의에서 실적주의로 변화되어 왔다. 국왕에 의한 공무원의 자의적 임명에서 실적에 근거한 행정전문가에 대한 인사로 변화해온 것이다. 그에 따라 정치(권력)가 공무원 임명에 영향을 미칠 수 없게 제도를 마련하는 것이 중요해졌고 결국 공무원의 인사에 있어서 그리고 공무원의 활동에 있어서 정치적 중립이 강조되었다.

결국 영국에서는 공무원의 정치적 중립 유지와 공무원의 정치적 행위에 대한 제한이 공무원제도에 있어 추구하여야 할 기본적인 이상이 되었다. 다만 국민의 기본적 권리로서의 정치적 자유권에 대한 적정한 수준의 보장을 공무원에 확보해야 한다는 점도 함께 고려되었다. 결국 문제는 공무원의 정치적 자유에 대한 제한을 어떻게 설정하여 정치적 자유를 지나치게 침해하지 않으면서 정치적 중립을 유지시킬 수 있을 것인가에 놓이게 된다.

그에 따라 영국에서는 어떠한 행위들이 제한받는 행위인지를 법

290) 박천오, 29면.

291) 박천오, 30면.

령에 구체적으로 적시하는 방법과 직급이나 직종분류에 따라 제한 받는 행위들이 어떻게 달라질 수 있는지를 명시하는 방법을 통하여 공무원의 정치적 중립을 현실화시키려고 노력해왔다. 행위와 직급에 대한 세분화를 통하여 공무원의 정치적 자유와 정치적 중립의무를 적절하게 조화시키려는 노력은 다양한 입법적 시도로 드러났다.

이러한 노력들은 공평성, 정치적 중립성, 익명성과 같은 영국 공무원계에서 전통적으로 존중하는 행태상 가치들을 실현하기 위한 것이라 할 수 있다.

미국 역시 건국초기에는 영국에서처럼 정실주의 문제가 그대로 제기되었다. 공무원들의 정치활동이 극대화되어 있었고 엽관계 문제도 심각했다. 결국 미국의 공무원제도 개혁의 움직임은 엽관계 폐해를 해소하고 실적주의를 정착화시키는 식으로 일관된 흐름을 갖게 된다. 공정한 인사, 능력 있는 행정전문가의 채용 제도의 마련이 그 핵심에 놓이게 되고 이를 위해서는 정치로부터 독립된 중립적인 인사가 요청이 되었다.

펜들턴법부터 해치법에 이르기까지 제도 개혁입법의 흐름은 공무원의 정치활동 제한과 그에 의거한 공무원의 정치적 중립 유지 확보에 중점적 목적을 두고 있었다. 보다 강력하고 효율적인 규제를 위하여 입법적 개선이 지속되었다. 다만 지나치게 강력한 정치활동 규제로 인하여 공무원이 일반 시민으로 누려야 할 당연한 헌법상의 권리, 정치적 자유가 침해되고 있다는 지적이 제기되었고 그에 따라 어느 정도의 조정이 이루어지고 있는 것이 현실이다.

결국 관련 입법에 대한 사법심사 등의 사법부의 판결을 통하여 그리고 입법을 통하여 공무원의 정치적 중립의무 확보와 공무원의 정치적 자유 및 권리의 조정이 시도되고 있다. 이러한 시도에 있어서는 수정헌법상 강조되는 정치적 표현의 자유와 미국사회 및 역사적으로 요청되어 온 공무원의 중립의무 확보의 세심한 조화를 이루려고 하고 있다.

결국 영국이나 미국은 모두 정실주의 즉 공무원 사회에 대한 정치세력의 침해를 방지하기 위한 노력 차원에서 공무원의 정치적 기본권, 정확하게는 그에 대한 제한에 관한 논의가 전개되어 왔다. 그 결과 현재 공무원의 특정 정치활동에 대한 제한이 존재하고 있다. 다만 일반 시민으로서 누려야 할 정치적 기본권의 기본적 보장이 요청되어 왔고 그에 따라 정당가입이나 당비 납부 등은 개인의 정치적 자유라는 측면에서는 법적 제한을 두고 있지 않다.

제3절 유럽 국가들의 정치적 기본권 보장범위

I. 프랑스의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권

1. 프랑스 공무원의 정치적 중립 의무

1789년 프랑스 인권선언은 모든 인민에게 의사 표현의 자유를 인정하며 따라서 공무원에게도 의사 표현의 자유를 인정하는 식으로 당대의 급진적인 인권사상을 담고 있었다.(프랑스 인권선언 제 10조)²⁹²⁾ 그렇지만 절대왕정이 붕괴되는 상황에서 공무원의 충원 방법에 대한 개혁이 이루어졌고 특히 신분, 계급 또는 정치적 파벌을 떠나 개인의 능력에 의하여 공무원 충원이 이루어져야 한다는 것이 승인되었고 그에 따라 자연스럽게 정치로부터의 공무원 영역의 독립, 즉 공무원의 정치적 중립에 대한 인식이 생겨났다.²⁹³⁾

절대 군주국가에서 공무원이 정치권력과 갖는 밀접한 연관성을 깨뜨리면서 1791년과 1793년 프랑스법에서는 공무원을 주권의 대변자인 국회에 대하여 하위적 기능을 갖도록 하였고 결국 이는 절

292) 한건우, “프랑스 공무원의 정치적 표현의 자유와 노동기본권”, 『공법연구』 제40집 제3호, 2012, 258면.

293) 박응격, 41면.

대 군주국가에서 공무원의 강력했던 지위에 비하면 큰 변화라고 할 수 있다.²⁹⁴⁾ 기존에 지니던 정치권력을 양도하고 주권자인 국민에 봉사하며 정치적 중립을 유지하며 공무를 수행하라는 요청은 프랑스 공무원 제도의 전통이 되었다.

정치로부터의 독립에 대한 요청은 공무원이 정치에 참여하여 동시에 이들을 수행할 수 있는 권한을 부여할 것인지 문제에 있어 부정적인 답을 내놓았다. 1830년 혁명 이후 많은 수의 공무원이 하원의원을 겸했지만 제2공화국에서는 이것이 금지되었다.²⁹⁵⁾ 이 겸직금지 조치는 제3공화국에서 고급공무원의 경우 하원의원을 겸할 수 있도록 풀려졌으나 1928년에는 이러한 겸직이 금지되었고 결국 의원에 당선되면 공무원직을 사임하도록 하였다.²⁹⁶⁾ 다만 대학교수는 그대로 의원을 겸할 수 있도록 하였고 사임한 공무원이 차기 선거에서 낙선하면 복직을 할 수 있도록 하였다. 이러한 겸직금지의 전통, 정치적 자유에 대한 최소한의 제한은 최근에 와서 강화되고 있다.²⁹⁷⁾ 특히 프랑스에서도 영미의 경우처럼 고위공무원단, 즉 정무직 공무원들의 숫자가 늘면서 자연스럽게 공무원들의 정치화가 강해졌는데 이를 통제하고 불편부당한 공무 수행을 위하여 중립의무가 강화되고 있다.

프랑스의 일반 공무원법은 공무원의 정치적 중립에 관하여 구체적으로 규정하고 있지 않다.²⁹⁸⁾ 즉, 공무원은 “국민전체의 봉사자”란 본질적 규정이 없으며, 각 직종 규정에 약간 포함되어 있을 뿐이다. 그러나 공무원의 기본적 의무로서의 중립 또는 공평무사의 의무는 당연히 요구된다.²⁹⁹⁾ 이는 1948년 국무원(행정재판소) 판례를 통해 확인되었는데 그에 따르면 모든 공무원은 신분여하에 불구하고 국가와 국민에 대하여 충성의무를 가져야 하며 모든 공무

294) 김선주, 57면.

295) 김선주, 53면.

296) 김선주, 53면.

297) 김선주, 53면.

298) 이진현, 39면.

299) 이진현, 39면.

수행자는 정치적으로 종교적으로 엄정한 중립 의무를 가진다고 하였다.³⁰⁰⁾

2. 프랑스 공무원의 정치적 자유

공무원에 대한 정치적 중립의무에 대한 요청과 동시에 공무원은 공무 외의 경우에는 일반 시민들이 누릴 수 있는 모든 정치상의 권리와 자유를 향유하며 특히 정치적 의사 표현이나 정당활동에 대하여 국가가 징계할 수 없다는 인식이 견고하게 자리잡혔다.³⁰¹⁾ 이러한 인식에 기초하여 프랑스에서는 공무원들의 정치활동에 대한 규제는 결국 공무원들 스스로의 재량에 의한다는 점을 정착시켰다.³⁰²⁾

이는 1880년대에 시작된 강력하고 급진적인 공무원 노동조합 운동이 결국 역대 내각에 정치적 자유 보장에 대하여 끊임없이 압력을 가하였고 결국 공무원의 지위향상과 정치활동의 자유를 인정받았기 때문이다.³⁰³⁾ 상술한 기본 원칙에 따라 법관과 군인과 같이 법령에 의하여 일정한 제한이 가해져 있는 경우를 제외하고는 일반 공무원은 자신의 근무를 적정하게 집행하는 입후보자에게 그 선거운동기간 중 봉급의 전액 지급을 받는 휴가를 받을 수 있으며 자기 자신의 선거운동이 아니라 타인의 선거운동을 하려는 경우에도 휴가를 받을 수 있다.³⁰⁴⁾ 1946년 공무원법에서는 공무원이 신분을 유지한 채 입후보할 수 있게 하였고 의원에 당선되었을 경우에도 공무원의 신분을 그대로 보유할 수 있게 하였다.³⁰⁵⁾ 많은 공무원들이 정당, 특히 사회당에 가입하여 정치활동을 하게 되었는데 이후 1950년대에 들어서야 의원이 행정부의 임명을 받게 되면

300) 김운태, 『행정학원론』, 박영사, 1986, 631면.

301) 박응격, 41-42면.

302) 박응격, 42면.

303) 이진현, 39면.

304) 김선주, 54면.

305) 김선주, 54면.

의원직을 사임해야 한다는 규정이 마련되었다.³⁰⁶⁾

1946년 10월 19일에 제정된 공무원에 관한 일반법은 당시의 공무원 제도를 하나의 법령으로 통일한 것이기 때문에 그 자체로 공무원제도 자체의 근본적 개혁이라 볼 수는 없었다.³⁰⁷⁾ 상술한 공무원의 정치적 자유를 인정한 부분 외에도 공무원의 모든 사항을 수상의 관장하에 두도록 하였다는 점, 그리고 고급공무원 양성과 통일적인 인사관리 등을 위하여 국립행정대학원을 설립하고 수상실에 중앙인사행정기구를 두었던 점 등이 큰 특징이었다.³⁰⁸⁾

1958년 드골 대통령의 제5공화국 출범에 따라 행정권이 강화되면서 1959년 2월 4일 법령 제59-244호로서 “공무원에 관한 일반명령”이 공포되었고 공무원제도가 다시 개혁되었다.³⁰⁹⁾ 행정명령의 형식으로 제도개편을 하였기 때문에 문제가 지적되었으나 제4공화국 당시의 일반법을 대신하여 프랑스 공무원제도를 일괄 제정하였다. 다만 고급 공무원의 임명권을 정부가 갖도록 하여 정권 교체 시 공무원의 임면이 정부에 의하여 이루어지도록 한 점은 일종의 공무원의 중립 원칙에 대한 정치적 간섭이라 할 수도 있다.³¹⁰⁾

3. 법제에 드러난 프랑스 공무원의 의사 및 표현의 자유

가. 의사의 자유

상술하였듯이 프랑스 공무원의 정치적 의사의 자유를 명문으로 처음 인정한 것은 1789년 프랑스 인권선언 제10조이다. 그리고 이를 다시 확인한 것은 1946년 프랑스 제3공화국 헌법전문인데 그에 따르면 “아무도 자신의 의사와 신앙을 이유로 고용상 또는 근무상 피해를 받지 않는다”고 규정하였다.³¹¹⁾

306) 김선주, 54면.

307) 김선주, 55면.

308) 김선주, 55면.

309) 김선주, 55면.

310) 김선주, 55면.

311) 한견우, 259면.

이러한 헌법상의 규정은 현재 1983년 7월 13일 법률 공무원지위법 제6조와 제18조에서 의사의 자유를 공무원에게 인정하고 있는 방식으로 법률에 명시되었다. 프랑스 공무원법에서 제시된 관념에 의하면, 공무원의 의사의 자유는 곧 피선거권을 향유할 수 있는 점과도 깊은 연관을 갖는다.³¹²⁾

프랑스 공무원이 정치적 의사의 자유를 향유한다는 점은 크게 두 가지 의미를 갖는다고 보여 진다.³¹³⁾

첫째, 공무원이 공직을 수행함에 있어서 공무원 자신의 정치적 의사에 상관없이 어떠한 영향을 받아서는 안 된다는 것이다.³¹⁴⁾ 공무원지위법 제6조 제2문에 의하면, “공무원의 개인적인 정치관·철학관 또는 종교관에 따라서 공무원에 대해 어떠한 차별이 있어서는 안 된다”고 규정하고 있다. 이는 정치적 신조에 따른 차별 금지를 명시하며 결국 공무원의 정치적 의사를 보호하는 의미를 가진다고 하겠다.³¹⁵⁾

둘째, 행정기관은 그에 소속된 공무원 개개인의 정치적 의사를 어떤 형태로든지 파악하려거나 파악해서는 안된다는 점이다.³¹⁶⁾ 공무원지위법 제18조 제2문에 의하면, “공무원 개인에 관한 문서는 물론이고 기타 모든 행정문서에도 공무원 개개인의 정치성향, 조합성향, 종교성향, 철학 성향 등에 관한 사실들이 명시되어서는 안 된다”고 규정하고 있다. 프랑스 최고행정법원인 국사원(le Conseil d'Etat)은 이 부분을 엄격하게 해석하고 있는데, 즉 문서상 공무원의 개인적 성향을 알 수 있는 사항이 담겨서도 안 되고, 특히 어떤 공무원이 직무를 수행함에 있어서 공무원 개인의 특정한 성향을 바탕으로 행해졌다는 사실을 담아도 안 된다고 한다.³¹⁷⁾

312) 한건우, 259면.

313) 한건우, 259면.

314) 한건우, 259면.

315) 한건우, 259-260면.

316) 한건우, 260면.

317) 한건우, 260면.

예를 들어, 공무원 직무평정에서와 같은 문서에 명시함으로써 공무원 개개인의 특정한 성향에 대해서 주의를 환기시킬 수 있어서는 절대 안 된다는 것이다.³¹⁸⁾

나. 표현의 자유의 문제

프랑스 공무원의 경우 의사의 자유를 폭넓게 인정받고 있지만 그렇다고 하여 이러한 의사를 외부에 표현하는 자유 또한 폭넓게 인정되고 있다고 평가하는 것은 조심스럽다. 프랑스 행정법원은 의사를 가지고 있다는 것과 의사를 외부에 표현하는 것은 별개의 영역이라고 일관된 입장을 보여왔다.³¹⁹⁾ 특히 공무원이 자신의 의견을 외부적·공개적으로 표현하는 문제와 관련해서, 공무원은 항상 품위유지의 의무(l'obligation de réserve)를 준수할 것을 요구하고 있다.³²⁰⁾ 직무수행 중에는 공무원에게 아주 강한 품위유지의무가 요구된다는 판례³²¹⁾는 결국 직무수행 중 혹은 직무수행과 관련성이 있는 영역에서의 공무원의 표현의 자유의 제한가능성을 생각하게끔 한다.

일반적으로 직무수행 중에는 있는 공무원에 대해서는 엄격한 중립성이 요구된다.³²²⁾ 이러한 경우에 있어서 공무원의 의무정도와 범위에 관해서는 샬롱-앙-상빠느(Châlons-en-Champagne) 관할법원의 요구에 의하여 2000년에 판시한 국사원의 델 마르또(Delle Marteaux) 사건에 잘 드러나는데 아래와 같이 정리해 볼 수 있다.³²³⁾

첫째, 공무원의 중립의무는 각 공무원 직무의 성격과 상관없이 모든 직무수행과 모든 공무원의 경우에 있어서 요구된다.³²⁴⁾ 대민

318) 한건우, 260면.

319) 한건우, 260면.

320) 한건우, 260면.

321) C.E., 28 mai 1954, Barel.

322) 한건우, 261면.

323) 한건우, 261면.

접촉을 하지 않는 공무원에게도 공무원의 정치적 중립의무가 요구된다고 하였는데 그 이유는 한 때 대민접촉을 하지 않는 공무원이라고 해서 영원히 대민접촉을 하지 않는 것이 아니라 상황에 따라서 어떤 경우에는 대민접촉을 할 수도 있기 때문이라는 것이다. 그리고 정치적 혹은 종교적 표현을 제한하는 것이 어떤 경우는 가능하고 어떤 경우는 가능하지 않다는 식의 기준으로 할 수 있는 것도 아니기 때문이라고 한다.³²⁵⁾

둘째, 업무수행에 있어 공무원은 서비스이용자에 대해서 어떠한 차별도 하여서는 안 될 뿐만 아니라, 특정한 정치적 혹은 종교적인 성향을 드러내는 표시를 함으로써 외형상·형식상의 차별도 해서는 안 된다.³²⁶⁾ 결국 공무원은 사실상 그리고 형식상의 중립의무를 모두 준수해야 한다.

결론적으로 직무수행 중에 있어서 공무원은 절대적인 중립의무를 지닌다고 할 수 있다. 공무원의 구체적인 상황, 즉 수행중인 직무의 성질, 차별의 정도, 차별이 행해진 여건 등에 대한 고려는 실무적인 차원에서 공무원의 징계수위를 조정하기 위한 것에 불과하다.

하지만 공무원이 수행중인 직무범위를 벗어나게 되면 공무원의 중립의무를 준수할 필요가 없다.³²⁷⁾ 이러한 영역에서는 공무원이 스스로의 정치적 신념이나 의사를 자유롭게 표현할 수 있으며 더 나아가 정치적 활동도 행할 수 있고 특히 신문 등에 기고도 할 수 있다.³²⁸⁾

다만 직무범위를 벗어난 영역에 있어서 공무원의 표현의 자유는 공무원의 중립의무에 의한 제한은 없지만 품위유지의무를 준수하여야 한다는 한계가 인정된다.³²⁹⁾ 예를 들어, 고위국가기관이나 정

324) 한건우, 261면.

325) 한건우, 261면.

326) 한건우, 261면.

327) 한건우, 262면.

328) 한건우, 262면.

329) 한건우, 262면.

부에 대한 공개적인 비난 등은 원칙적으로 인정이 되지만 지나친 공격 혹은 비난, 반박 등을 공개적으로 행하는 것은 국가기관에 대한 최소한도의 존중이라는 측면에서 허용되기 어렵다는 것이다.³³⁰⁾ 한계를 설정하는 것은 상당히 어려운 일이지만 표현의 내용이나 당사자가 종사하고 있는 업무의 성질에 따라 달라질 것이고, 특히 품위유지의무를 해하는 정도는 말로 하거나 글로 표현하는 것이 널리 공개적으로 하면 할수록 더 강하게 요구된다고 할 것이다.³³¹⁾ 또한 공무를 수행하는 공무원 지위에 따라 품위유지의무의 적용정도가 달라지는데 상위층의 공무원에게는 의무를 더욱 엄격하게 적용한다. 이는 영향력에 따른 차등적 접근으로 장관이나 도지사 측근은 정부 시책 반대하는 입장을 공개적으로 표명하기 어려우며, 특히 공무원이 스스로 수행한 업무와 직접적 연관성이 있는 사항에 대하여 반대하는 입장을 공개적으로 표명해서는 안 될 것이다.³³²⁾

다만 이러한 품위유지의무 위반에 대하여 제재를 가하지 않는 경우들도 있다. 먼저 대학 교수와 같은 고위교육자는 객관성 유지라는 최소한 한계 내에서 자신의 견해나 의사를 자유롭게 표현할 수 있으며 그러한 취지에서 정부에 대한 강도 높은 비판에 대해 문제삼지 않는다. 물론 합리성 없이 무조건적으로 정부를 조롱하거나 야유하는 것은 품위유지의무를 저버린 것으로 볼 수도 있을 것이다.³³³⁾ 또한 선출직 공무원이나 그 후보는 품위유지의무 준수와 관련하여 상당히 자유롭다고 할 수 있다.³³⁴⁾

공무원지위법 제7조에 의하면, “공무원의 근무평가는 선거에 출마하여 선거운동 중에 행한 공무원의 의사나 선출직 공무원으로서 직무를 수행하는 동안 행한 공무원의 의사에 의하여 어떠한 영향을 받아서는 안 된다”고 규정하고 있다. 마지막으로 공무원조합의

330) 한건우, 262면.

331) 한건우, 262면.

332) 한건우, 263면.

333) 한건우, 264면.

334) 한건우, 264면.

전임자가 조합에 관한 활동을 하는 경우는 품위유지의무를 완화해서 적용한다.³³⁵⁾ 공무원조합 전임자는 자유롭게 비판을 할 수 있고, 선전도 할 수 있는데 물론 이러한 공무원조합 전임자의 활동은 전적으로 공무원조합의 목적에 부합한 것이어야 하고, 정치적 활동을 목적으로 하는 경우에는 품위유지의무를 완화하는 법원리가 적용되지 않을 것이다.³³⁶⁾

4. 프랑스 공무원의 정치활동에 대한 권리와 의무

프랑스 공무원은 공무수행과 관련해서 엄격한 정치적 중립의무를 지면서도 공무수행과 관련 없는 상황에서는 정치적 활동을 할 수 있다. 즉 프랑스에서는 공무원이 정치적 중립의무를 진다고 해서 반드시 공무원의 정치적 기본권(*la liberté politique*)까지 전적으로 배제하는 것으로 보지 않는다.³³⁷⁾ 그러나 공무원의 정치적 기본권은 ‘공무원’이라는 점에 기반을 둔 것이 아니라 ‘국민의 한 사람’이라는 점에 기반을 두고 있다. 따라서 프랑스 공무원은 공무수행을 하지 않거나 공무수행과 무관한 경우는 의사와 표현의 자유를 가지며, 정당의 당원이 될 수도 있고, 또한 선거직의 피선거인이 될 수도 있다.³³⁸⁾

335) 한건우, 264면.

336) 한건우, 264면.

337) 이와 같이 공무원의 권리와 의무에 있어 적절한 조화점을 찾으려는 노력은 법률로 드러나고 있다. 공무원의 권리와 의무에 관한 일반적 사항에 대하여 공무원의 권리와 의무에 관한 법률 (*Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*)이 명시하고 있는데 이 법률은 행정부의 국가공무원과 지방공무원들에게 모두 적용되는 법률로서 공무원들의 의무에 관하여 규정하고 있다. 동 법률을 보면 공무원은 일정한 공직의 겸직이 금지되어 있고 개인적인 영리활동을 위한 직업을 가질 수 없도록 하고 있다.(제25조) 또한 직무상 취득한 비밀을 누설해서는 안되며,(제26조) 동시에 제26조를 위반하지 않는 범위 내에서 공공의 요구에 정보를 제공할 의무도 진다.(제27조) 전학선, 「프랑스의 고위공직자에 요구되는 청렴서 도덕성의 기준」, 「공법학연구」 제9권 제3호, 2008, 107면.

338) 한건우, 258면.

근무 중 또는 근무지를 제외한 모든 시간과 장소에서는 개인으로서 정부정책에 대한 의견의 표현을 제외한 모든 정치적 자유(정당가입, 정치자금 기부, 공직후보 출마, 선거운동)를 인정하고 있다. 교육공무원의 정당가입과 그 밖의 정치활동이 허용된다. 일반직 공무원의 경우 의원 당선 시 사임하되, 낙선하는 경우 다시 복직할 수 있는 기회를 부여하고 있다. 그리고 기타 공무원은 신분을 보유하고 출마하여 당선된 경우 국회 파견근무를 명령 받게 되므로 겸직이 가능하다.³³⁹⁾ 다만 지사 및 관할권을 갖는 공무원이 관할지역내에서 국회의원에 출마할 수 없도록 하며 공직을 그만둔 뒤 만 3년이 지난 후에야 출마가 가능하도록 제한 규정을 두고 있다.³⁴⁰⁾ 무엇보다 직분을 떠난 정치행위의 자유와 공복자로서의 공무원수행간의 공정한 차이를 엄격하게 구별하고 있기 때문에 결국 공무원의 노동운동과 정치행위의 자유를 상당히 많이 부여하고 있다.³⁴¹⁾

프랑스 공무원은 제3공화국 초기부터 의사 및 표현의 자유를 누리고 있으나, 일정한 한계를 인정하고 있는데 예컨대 고위직 공무원은 의사의 자유에 일정한 한계가 있으며, 또한 직무상 중립(*la neutralité des services publics*)의 원칙을 해하지 않는 범위 내에서 의사의 자유를 행한다는 특별한 제한이 있다.³⁴²⁾

다만 이러한 폭넓은 범위의 정치적 자유를 인정받음에 따라 공무원의 정치적 중립의무 부분이 무너지고 있다는 비판도 있다. 즉 행정국가화 경향에 따라 행정부 공무원 수가 비약적으로 증가하고 있는데, 특히 하급공무원 수의 증대에 따라 그들의 힘이 강해지고 그들을 중심으로 조합운동이 활발해지면서 공무원 조직 내부의 갈등이 빈번하다.³⁴³⁾ 이러한 적극적인 조합운동은 결국 공무원의 정치적 중립성 문제에 새로운 국면을 제기하며 결국 정치적 중립성

339) 신인수, “교사 공무원의 시민권”, 노동법률 2012.1. 89면.

340) 이상윤, 『공무원 인사제도론』, 대왕사, 2000,

341) 박응격, 42면.

342) 한건우, 260면.

343) 김선주, 55-56면.

이 추구하는 행정의 공정성 및 능률성 등을 저해하지 않는지 의문이 제기되고 있다.³⁴⁴⁾

5. 프랑스 공무원 조합과 정치적 활동

가. 공무원 조합권

1901년 이전의 프랑스 공무원에게는 단체의 성질을 가지는 결사모임을 가지는 것이 허용되지 않았으며 오로지 상호부조 혹은 자선봉사모임의 형태의 결사만이 인정되었다.³⁴⁵⁾ 1791년의 관련 법률에서는 모든 동업조합적 성격을 지닌 결사를 전면금지하였는데 이는 1884년에 개정되어 일반적인 급여근로자에게 조합권을 인정하는 것으로 변경되었다. 하지만 공무원의 동업조합은 1884년의 개정에서도 인정되지 않았다.³⁴⁶⁾ 다만 제한된 범위에서 공무원의 결사의 자유를 인정하는 법률이 1881년 6월에 입법화되었다. 중요한 것은 동법에서 결사의 자유는 공무원이 자율적으로 향유할 수 없고 국가의 요청에 의하여 혹은 상급감독기관의 승인에 따라 향유할 수 있는 것이었으므로 완전한 의미에서 결사의 자유가 인정된 것이라 볼 수 없다.³⁴⁷⁾

하지만 1901년 7월 1일의 법률 제정으로 인하여 군인을 제외한 모든 공무원에 있어 결사의 자유가 인정되었고 그에 따라 공무원 단체의 성질을 가지는 조직을 결성할 자유가 보장되었다.³⁴⁸⁾ 다만 여기서 공무원단체라 함은 공무원조합을 배제한 것이었다. 결국 이 법률에 의하여 공무원들의 일반적 결사의 자유가 보장되었지만 공무원조합권은 인정되지 않았다. 이러한 상황에서 프랑스공무원들은 스스로의 단체적 이익을 대변하기 위하여 공무원단체를 활용

344) 김선주, 56면.

345) 한건우, 265면.

346) 한건우, 265면.

347) J.-M. Auby, J.-B. Auby, D. Jean-Pierre, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, 6e éd., Dalloz, p.90.

348) 한건우, 265면.

할 수밖에 없었다.³⁴⁹⁾

이러한 전통은 지속되고 있고 현재 프랑스에서 공무원조합권이 인정되고 있고 그에 따라 공무원들이 공무원조합을 결성하여 스스로의 이익을 대변하고 있지만 여전히 다양한 공무원단체를 조직하여 공무원의 이익을 대변하는 방식을 취하고 있다는 점에서 잘 드러난다.³⁵⁰⁾ 다양한 모습의 공무원 직업적 단체가 활동하고 있는 것은 공무원의 결사의 자유를 통하여 단체를 조직할 수 있는 권리가 조합권보다 먼저 인정되었던 역사적 사실에 기인하는 것이다.

결사의 자유에 근거한 공무원단체는 결국 실제에 있어 이익단체, 압력단체로 활동하며 공무원단체 구성원의 직업적 이익을 관철시키려고 노력한다. 그에 따라 직업적 이익에 있어 분쟁이 있는 경우 공무원단체는 소송당사자의 지위를 누리며 적극적으로 구성원의 이익을 보호하려 애쓴다. 다만 이러한 공무원단체에게는 공무원조합에 법제가 부여하고 있는 각종 특권들이 인정되지는 않는다.³⁵¹⁾ 그리고 군인에 있어서는 상술하였듯이 공무원단체를 구성할 수 있는 결사의 자유가 인정되지 않는다.³⁵²⁾

1941년도에 공무원지위법이 제정되었는데 이 법은 이전에 제정 혹은 개정되었던 법률들과 마찬가지로 공무원의 조합권을 인정하지 않고 다만 특별한 보호장치를 통하여 공무원의 신분보호를 이뤄내겠다는 취지를 보여주었다.³⁵³⁾ 그에 따라 공무원의 승진제도와 고용안정에 있어 보상 제도를 활용하여 보호장치를 마련하였다.

반면 1946년의 공무원지위법은 전혀 다른 입장에서 입법이 이루어졌다. 입법자들은 기본적으로 이전의 법률의 취지들과 완전히 반대되는 입장을 보여주었다. 무엇보다 핵심적인 사항은 지금까지와 달리 공무원 조합의 존재를 인정하였던 것이다.³⁵⁴⁾ 일반근로자

349) 한건우, 265면.

350) 한건우, 265면.

351) 한건우, 265면.

352) 한건우, 265-266면.

353) 한건우, 266면.

의 단결권은 1884년에 이미 법으로 인정되었지만 공무원의 단결권은 1946년에야 보장되었다.³⁵⁵⁾ 제4공화국 헌법 및 1946년의 법률에서는 국민의 보편적 권리로서의 단결권을 명시하였으며 결국 공무원에게도 인정되어야만 하는 기본권으로 인정하였다.³⁵⁶⁾ 다만 공무원 조합이 구성원의 이익뿐만 아니라 공적 업무 수행이라는 공익도 고려하여 상호 조화시키는 방향으로 활동해야 한다는 제한을 두고 있었다.³⁵⁷⁾

1946년에 들어와서야 프랑스에서는 공무원의 조합권을 인정하였다. 그리고 그 조합권의 행사에 의하여 구성되는 공무원 조합은 구성원의 이익을 대변하는 식의 조합에 대한 관리업무와 공무원으로서 임하는 공직수행의 공익을 모두 고려하여 적절하게 조화시키는 방향에서 유지되고 활동해야 한다고 천명하였다.

공무원 조합권에 대한 인정이 프랑스에서 늦게 이루어진 이유에는 다음과 같은 사항들을 들 수 있다.³⁵⁸⁾

무엇보다도 공무원과 그를 채용하는 공공기관과의 노동관계에 대한 설정이 특이하였기 때문이다.³⁵⁹⁾ 공무원의 채용이 일반적인 채용과 같은 고용계약에 의하여 이루어지는 것이 아니라 공무원의 특수한 지위로 인하여 법령에 의하여 채용이 이루어진다는 이론적 입장은 결국 공무원의 근무조건은 민사계약에서처럼 당사자의 의사에 따라 계약주체들이 서로 협상할 수 있는 사항이 아니라는 결론에 이르게 된다.

다음으로 공무원의 신분상 공무원은 소속기관에 있어 예속적 위계성을 가지므로 결국 스스로의 이익을 쟁취하기 위하여 공무원이

354) 정재명, 김동원, 김영우, 정창화, “공무원 노사협의제도의 국가 간 비교연구: 미국, 영국, 프랑스, 독일, 스웨덴을 중심으로”, 『지방정부연구』, 제13권 제1호, 2009, 99면.

355) 조용만, “프랑스 공무원의 노동기본권”, 『노동법학』, 제13호, 2001, 136면.

356) 조용만, 137면.

357) 한건우, 266면.

358) 한건우, 266면.

359) 한건우, 266면.

자신이 소속된 공공기관과 투쟁할 수 없고 그러한 투쟁을 위한 조직체를 결성할 수 없다는 것이었다.³⁶⁰⁾

프랑스의 공무원 조합권은 1946년 헌법 전문에 명시되어 있다. 1946년 헌법 전문에 의하면, “모든 사람은 자신의 권리와 이익을 조합활동을 통하여 주장할 수 있으며, 자신의 선택에 의하여 조합에 가입할 수 있다”³⁶¹⁾고 하는데 이는 모든 인간의 보편적 권리로서의 단결권을 명시한 것이라 할 수 있다.³⁶²⁾ 공무원의 조합권은 결국 프랑스 국사원에 의하여 헌법적 권리로 인정되었다.³⁶³⁾

또한 1948년 프랑스 인권선언(*la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948*)에서도 일반적 조합권을 인정하였는데 선언서 제23조 제3항에서는 “모든 사람은 다른 조합과 함께 조합을 만들 수 있으며, 자신의 이익을 보호하기 위하여 조합에 가입할 수 있다”³⁶⁴⁾고 규정하였다. 이에 따라 공무원을 포함한 모든 사람들은 조합을 결성할 자유를 누릴 수 있고 조합의 가입에 있어 차별을 하여서도 아니되며 독점적 조합이나 조합의 강제도 인정되지 않는다.³⁶⁵⁾

이러한 사항들은 1952년 4월 28일 법률(*la loi du 28 avril*)과 국사원의 판례에 따라 “조합 소속원이나 비소속원이라는 사실은 공무원의 승진 등 공무원의 인사상 어떠한 영향을 미쳐서도 안 된다”고 인정되고 있다.³⁶⁶⁾ 실제에 있어서는 승진을 평가하는 공무원의 인사기록부에 공무원조합 가입여부가 표시되어서는 안되는 것으로 되어 있다.³⁶⁷⁾

360) 한견우, 266면.

361) “Tout homme peut défendre ses droits et ses inérêts paar l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.”; 한견우, 266면.

362) 조용만, 136-137면.

363) 한견우, 266면.

364) “Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la protection de ses inérêts.”; 한견우, 266면.

365) 한견우, 266면.

366) 한견우, 267면.

현재 프랑스 공무원의 조합권은 예외적인 경우들을 제외하고는 일반 공무원들에게 인정되고 있다.³⁶⁸⁾ 여기에서 공무원의 범위는 비교적 넓어서 정규직공무원과 비정규직 공무원 모두를 포함한다. 법원행정공무원 및 판사도 이 범위에 포섭된다.³⁶⁹⁾ 공무원 조합권의 내용과 행사에 관한 구체적 사항들은 모두 법률에 의하여 정해진다.³⁷⁰⁾

공무원 조합권이 인정되지 않는 경우도 있는데 이에 속하는 공무원으로는 도지사 소속 공무원 지위에 관한 1964년 7월 29일 명령(le décret du 29-7-1964)에 의한 도지사 소속 공무원 및 1972년 7월 13일 개정 법률(la loi modifiée du 13 juillet 1972)과 1975년 7월 28일 명령(le décret du 28 juillet 1975)에 의한 군(軍)소속 공무원(le personnel militaire)을 들 수 있다.³⁷¹⁾ 하지만 공무원 조합권이 인정되지 않는 도지사 소속 공무원들도 동업 조합의 형태가 아닌 직업적 성격을 가진 단체 결사를 구성하여 활동할 수는 있다.³⁷²⁾ 그 외에 병역의무를 대체하여 산업기능요원이나 공익근무요원으로 근무하는 자들도 그러한 직무를 수행하는 동안에는 공무원 조합권이 인정되지 않는다.³⁷³⁾

나. 프랑스 공무원 조합의 역사

프랑스에서 공무원 조합의 역사는 결국 공무원의 결사의 자유에 대한 보장 그리고 공무원 조합권의 인정과정과 궤를 같이 한다. 그 역사는 19세기 말 20세기 초부터 시작하는데 초기에 공무원 조합권이 인정되지 않고 공무원 조합이 금지된 시기에는 공무원 단

367) 한건우, 267면.

368) 한건우, 267면.

369) 한건우, 267면.

370) 한건우, 267면.

371) 한건우, 267면.

372) 한건우, 267면.

373) 한건우, 267면.

체 혹은 결사의 형태로 조직이 이루어졌었다.³⁷⁴⁾ 대표적으로는 1909년 공무원연합(la Fédération nationale des Fonctionnaires)을 들 수 있다.³⁷⁵⁾

여기에서의 공무원연합은 교사나 일부 국가공무원들이 구성원으로 있었던 노동자총연맹(la Confédération Générale du Travail ouvrière)이라는 노동조합과는 무관하게 자주적으로 결성된 것이었다.³⁷⁶⁾ 그 후 1920년에 공무원연합은 노동자총연맹에 가입을 하는데 이후 노동자총연맹이 개혁파와 정통파로 이분되었고 공무원연합은 분열과 그로 인한 혼란에 끼여들지 않는 식으로 독자 노선을 취하게 된다.³⁷⁷⁾

공무원연합은 이러한 독자적 노선을 1927년까지 유지하는데 마침내는 레온 주호(Léon Jouhaux)의 개혁파 노동자총연맹에 합류하게 된다. 결국 1935년에는 노동자총연맹의 전체 조합원 중 40%가 공무원들이었고, 그 수는 전체 공무원의 3/4에 이르는 숫자였다.³⁷⁸⁾

제2차 세계대전 이후에는 노동조합이 노동자총연맹(CGT)을 중심으로 단일구조의 모습을 지니게 되었고 그에 따라 노조의 공산주의적 성향이 공무원 사회에서도 상당한 영향력을 갖게 되었다.³⁷⁹⁾ 하지만 공산주의적 성향의 노동자총연맹이 1948년 분열되고 다양한 이념을 가진 노동조합들이 결성되었다. 그 예들로는 노동자전선조합(les syndicats Force Ouvrière) 및 친사회당에 속하는 SFIO, 공적 부문 및 보건 연합(la Fédération des Services publics et de Santé) 등이 있다.³⁸⁰⁾

374) 한건우, 267면.

375) 한건우, 267면.

376) 한건우, 267면.

377) 한건우, 268면.

378) 한건우, 268면.

379) 한건우, 268면.

380) 한건우, 268면; 현재의 대표적인 노동조합들로는 la Force Ouvrière(FO), la Fédération générale des Fonctionnaires FO, la Fédération des PTT(Postes, Télégraphes et Téléphone), l'Union

다. 프랑스 공무원 조합의 특징과 정치적 활동에 대한 제한

프랑스의 공무원조합주의(le syndicalisme des fonctionnaires)는 결국 사회주의운동의 전개에 따라 발전해 왔다.³⁸¹⁾ 그러한 기본 이념의 맥락에서 보았을 때 프랑스 공무원조합은 정치지도자들이나 고위공직자들에 대항하는 하위 공무원집단으로 여겨져 왔다.³⁸²⁾ 단체조직인 프랑스 공무원조합은 업무를 세분화하여 그에 따라 조직이 구성되어 있고 자율성이 강한 단위 조합을 기초로 계층적·수직적 조직의 특징을 보인다.³⁸³⁾

소수의 엘리트 고위 정치집단에 대한 대항이 프랑스 공무원조합의 이념적 특징이라 할 수 있기 때문에 이러한 맥락에서 공무원조합은 공무원단체의 이익을 대변하고 방어하고 결국은 민주적 정당성을 가진다.³⁸⁴⁾ 하지만 단순히 공무원집단의 이익만을 대변하고 방어하는데 그치지 않고 프랑스 공무원조합은 공무수행과 관련하여 공공의 이익을 지향하여야만 한다.³⁸⁵⁾

그리고 1946년 이후 인정된 공무원의 조합권에서는 복수조합을 전제로 하고 있다.³⁸⁶⁾ 공무원조합의 수를 제한하거나 새로운 조합을 결성함에 있어서 어떠한 제한도 두지 않는 방식을 채택하는데

générale des Fédérations de Fonctionnaires, la Fédération de l'Éducation Nationale(FEN), la Fédération générale autonome des Fonctionnaires(FGAF), la Confédération Générale des Cadres(CGC), la Fédération générale des Fonctionnaires CFTC, la Confédération Française Démocratique du Travail(CFDT), l'Union des Fédérations de Fonctionnaires et Assimilés, des Syndicats Unitaires Démocratiques(SUD), la Fédération Syndicale Unitaire(FSU), la Fédération Autonome des Syndicats de Police (FASP), l'Union Nationale des Syndicats Autonomes(UNSA), le Syndicat national unifié des Impôts(SNUI) 등이 있다

381) 한건우, 268면.

382) 한건우, 268면.

383) 한건우, 269면.

384) 한건우, 269면.

385) 한건우, 269면.

386) 한건우, 269면.

이러한 경우 조합설립이 남발될 수도 있다. 따라서 조합복수주의의 폐해를 줄이고자 프랑스에서는 가장 대표성이 높은 조합단체에 특권을 부여한다.³⁸⁷⁾

복수 공무원조합에 있어 어떠한 조합이 대표성을 가지느냐에 관한 판단은 결국 프랑스 노동법전(le Code du travail) 제133-2조에서 열거하고 있는 바에 따라 정해진다.³⁸⁸⁾ 이에 의하면 “조합원의 수(les effectifs), 자립성(l'indépendance), 조합비(les cotisations), 조합의 업적과 경륜(l'expérience et l'ancienneté du syndicat), 독일군의 프랑스 점령기간(1940-1944) 중 조합의 애국적 활동(l'attitude patriotique pendant l'Occupation)” 등의 기준에 의하여 대표 조합이 결정된다.³⁸⁹⁾

387) 한견우, 269면; 공무원조합은 직업적 이익을 방어하기 위하여 다음과 같은 여러 가지 특권이 인정된다.

첫째, 공무원조합은 경력직 공무원이나 특수경력직 공무원의 지위에 관한 법령에서 규율하는 정부대표와 조합대표 동수로 구성되는 자문 기구에 파견되는 대표자를 직접 또는 간접의 방법으로 선임할 수 있다.

둘째, 공무원조합은 대변하는 공무원들의 직업적 이익을 방어하기 위하여 소송을 제기할 수 있는 당사자적격이 인정된다. 1983년 7월 13일 공무원지위법 제8조에 의하면, 공무원조합은 조합원의 지위에 관한 행정입법이나 공무원의 집단적 이익에 피해를 주는 개별처분에 대하여 직접 제소할 수 있다고 규정하고 있다. 예컨대 법령에 위반하여 공무원의 임명하거나 승진임용하는 것과 같이 공무원의 전체 이익에 반하는 처분에 대하여도 공무원조합은 직접 제소할 수 있다. 그러나 공무원조합에 인정되는 소송상 당사자 적격은 행정의 조직과 작용에 관한 행정입법에 대해서는 인정되지 않는다. 또한 반면에 단지 공무원 개개인의 이익의 침해에 불과한 처분에 대해서는 공무원조합의 직접 제소권이 인정되지 않지만, 이해관계 공무원이 제소한 소송사건에 보조참가하는 것은 허용된다.

셋째, 1983년 7월 13일 공무원지위법 제8조에 의하면, 공무원조합은 임금인상이나 근무평가제도의 개혁 등에 관한 단체협상을 체결함에 있어서 조합단체는 정부의 파트너가 된다고 규정하고 있다.

넷째, 1963년 7월 31일 법률에 의하면, 공무원조합은 파업을 결정할 수 있는 권한이 인정된다. 한견우, 271-272면.

388) 한견우, 269-270면.

389) 조용만, 138면; 한견우, 270면.

프랑스 일반법원 및 행정법원의 판례에서는 “복수조합의 대표성을 결정하는 기준들은 전적으로 중첩적으로 적용되는 것, 즉 모든 기준을 충족하여야 하는 것도 아니고 또한 전적으로 선택적으로 적용되는 것, 즉 여러 가지 기준들 중 하나만 충족되어야 하는 것도 아니며 결국 조합의 대표성을 결정함에 있어서 기준은 그때 그때의 사정에 따른 것”이라 한다.³⁹⁰⁾ 하지만 이들 기준 중에서도 조합원 수에 관한 기준은 조합의 대표성을 결정하는데 있어서 주요한 기준이 된다.³⁹¹⁾ 여기서 조합원의 수라는 기준은 단순히 서류상 가입된 인원수뿐만 아니라 특히 노사합동위원회에 파견되는 조합원의 수를 결정하기 위한 조합원 선거에서 나타난 조합의 지지율을 고려해서 결정하게 된다고 한다.³⁹²⁾

다만 여기서 대표조합이라 함은 사용자와의 관계에서 근로자 대표하는 유일한 노동조합을 의미하거나 미국식의 배타적 교섭권한을 가지는 노동조합을 의미하는 것은 아니다.³⁹³⁾ 오히려 근로자를 실질적으로 대표하는 지위가 인정된 모든 노동조합을 의미한다. 결국 프랑스에서는 대표적 노동조합이 복수로 존재할 수 있으며 대표적 노동조합이라는 개념이 설정이 되더라도 복수노동조합이나 근로자의 단결선택권이 본질적으로 침해되지는 않는다.³⁹⁴⁾

공무원 조합은 그 본질에 있어 조합원이 속해 있는 직업적 이익을 대변하는 것이며 그에 따라 공무원조합의 행위는 정치적 성격을 가져서는 안된다는 것이 국사원 판례의 입장이다.³⁹⁵⁾ 즉 정치적인 것과 경제적인 것을 엄밀히 구별해서 보아야 한다는 것이다.

하지만 일부 학자들의 견해에 따르면, 경제적인 것과 정치적인 것은 서로 불가분의 관계에 있기 때문에 조합적 행위와 정치적 행

390) 한건우, 270면.

391) 한건우, 270면.

392) 한건우, 270면.

393) 조용만, 138면.

394) 조용만, 138-139면.

395) 한건우, 270면.

위를 엄격하게 구분할 수 없다고 한다.³⁹⁶⁾ 결국 노동자들은 여러 가지 정치적 선택을 함으로써 보수 또는 근무조건에 영향을 미치게 되고 또한 일반적인 경제적 사정이 곧 전적으로 노동자의 직업적인 관심부분이 된다는 것이다.³⁹⁷⁾

프랑스 국사원의 루브(Rouve)사건에서 정부측 논고관(le commissaire du Gouvernement) 리고(Rigaud)는 “조합이 정치적 목적을 가지지 않는다면, 예컨대 기본적으로 여론에 호소한다든지 열정적으로 단결을 부르짖는다는 것과 같이 정치적 성격을 띤 수단을 사용하는 것은 가능하다”고 의견을 피력하였다.³⁹⁸⁾

그렇지만 사법부는 조합의 정치적 활동과 관련하여 나름의 한계를 설정하고 있다.

첫째, “정당과 밀접하게 관련성을 가지고 정당의 영향권 아래서 활동할 것을 예정하고 만들어진 단체는 조합이라고 말할 수 없다.”³⁹⁹⁾ 경쟁관계에 있는 조합이 경찰국민전선(le Front national de la police : FNP)의 조합으로서의 자격이 있는지에 대하여 문제를 제기한 사건에서 민사법원이 내린 판결은 이러한 내용을 담고 있다.⁴⁰⁰⁾

“...경찰국민전선은 그 태생에 있어서 단지 정당의 매개물(l'instrument d'un parti politique)에 불과하고, 경찰국민전선은 프랑스 헌법과 프랑스가 체결·비준한 국제조약에 반하는 인종차별 정책을 찬동하는 강령을 가지고 있다. 오랜 기간동안 번창해 왔던 조합들은 이런 저런 정당과 다소 밀접한 관계를 맺고 있는 것은 천하가 다 아는 사실이다. 그러나 경찰국민전선은 설립의 모태가 된 정치집단의 명칭과 아주 유사한 명칭을 사용함으로써 정치색깔을 지나치게 노골적으로 나타내고 있다는 점에는 의심의 여지가

396) 한건우, 270면.

397) 한건우, 270면.

398) 한건우, 270면.

399) 한건우, 271면.

400) 한건우, 271면.

없다...”⁴⁰¹⁾

즉 조합의 정책이 정치적으로 정당한 경우에만 비로소 법원은 그 조합의 정책을 용인할 수 있다는 판시였다.⁴⁰²⁾

둘째, “조합의 직무수행으로써 행한 활동이 직업적 이익을 방어하기 위한 것과 관련성이 있으나 지나치게 정치적인 것으로 보인다면 그러한 활동은 조합의 정상적인 활동으로 볼 수 없게 된다.”⁴⁰³⁾ 예를 들면 냉전시대에 프랑스 체신노조책임자가 동독(la République démocratique allemande)의 체신노조책임자와 협약을 체결한 사건이 있는데, 이 협약에는 두 나라의 체신노동자들은 전쟁에 징집되지 않도록 노력한다는 내용을 담고 있었다.⁴⁰⁴⁾ 법원은 이러한 행위는 조합의 정상적인 활동으로 볼 수 없기 때문에 징계처분을 받은 것은 정당하다고 판시하였다.⁴⁰⁵⁾

즉 사법부는 공무원조합이 정치활동을 함에 있어서 지지하는 혹은 기반을 둔 정당에 대한 선호도 혹은 유관성을 지나치게 나타내거나 활동 자체가 지나치게 정치적 의미를 갖는 경우에는 정상적인 조합활동의 범위 내의 행위로 인정하지 않겠다는 입장을 보여주었다.

II. 독일의 공무원제도와 공무원의 정치적 기본권

1. 독일 공무원제도와 정치적 중립성 논의의 역사

공무원의 정치활동이라는 문제는 입헌주의의 도입과 함께 시작된 오래된 문제이다. 당시 정치체제 하에서 공무원은 국가권력의 실질적 담당자인 군주에 의하여 통솔되는데 그러한 이유로 공무원

401) 한건우, 271면.

402) 한건우, 271면.

403) 한건우, 271면.

404) 한건우, 271면.

405) 한건우, 271면.

은 군주에게만 충성의무를 가지고 있었다.⁴⁰⁶⁾ 하지만 초기 입헌주의 시대의 남부독일의 국가들이나 프로이센의 공무원은 군주정부의 비판자 혹은 반대자인 경우가 태반이었고 그에 따라 군주는 정부를 비판하거나 반대하는 공무원들을 전직 또는 퇴직 처분하였다.⁴⁰⁷⁾ 나아가 프로이센에서는 1848년 이후 공무원이 근무 중이든 근무 외 시간이든 정치활동을 자제할 수 있도록 공무원에게 제복을 입혔다.⁴⁰⁸⁾

결국 프로이센의 공무원은 군주에 반대하는 의사표시를 하지 않도록 정치적 중립성을 요구하는 식으로, 즉 군주를 보수적 입장에서 정치적 중립성을 갖추게 되었는데 이것이 독일 공무원의 특징으로 자리매김하였다. 따라서 독일기본법 제33조에서 언급하고 있는 공무원제도의 전통적인 기본원칙의 일정 부분에는 정부에 대한 비판을 자제하고 이의 정책을 기본적으로 지지하는 보수적인 중립성 확보가 놓인다고 볼 수 있다. 하지만 유럽전역을 휩쓴 프랑스 대혁명의 여파로 인하여 독일에도 민주주의 이론이 큰 영향을 미치게 되었고 그에 따라 공무원을 단순히 통치자의 봉사자가 아닌 국민의사의 집행자라고 보는 전통도 생성되었다.⁴⁰⁹⁾

2. 독일 공무원제도의 실태

독일의 공공부문은 연방정부, 주정부 그리고 자치단체로 이루어지는 총 3단계로 구성된 공공기관에서 담당한다. 이들 공공기관에는 공무원, 판사, 군인, 그리고 공무원 지위를 갖추지 못한 공공근로자가 근무하며 공공서비스 업무를 담당한다. 이처럼 공공부문의 인력은 공무원(Beamte), 공공직원(Angestellte), 현업근로자(Arbeiter)로 구분되는데 이 중 Beamte만이 공무원법의 적용을 받는 정식 공무원의 자격을 보유하게 된다.⁴¹⁰⁾ 반면에 공공직원, 현

406) 김선주, 56면.

407) 김선주, 57면.

408) 김선주, 57면.

409) 김선주, 57면.

업근로자는 사법적인 계약에 의하여 채용되며 일반 노동법의 적용을 받게 된다. 그에 따라 공권력 행사 및 공공이익의 보호에 관한 업무들은 원칙적으로 공공직원이나 현업근로자가 담당할 수 없으며 정식공무원인 Beamte가 수행하여야만 한다.⁴¹¹⁾

특히 연방통계청은 2007년 통계표를 분석하면서 근로자(Arbeitnehmer)라는 새로운 분류를 도입하며 과거의 공공직원과 현업근로자들을 묶었다.⁴¹²⁾ 결국 현재 독일의 공무수행담당자는 공무원과 근로자(사법상 계약에 의하여 채용된 계약직 공근무자)로 이분된다.⁴¹³⁾

공무원과 계약직 공근무자는 다음과 같은 차이를 보이는데 우선 공무원은 행정행위인 임명을 받아 법률규정에 따라 그 근무내용이 정해지는 반면, 계약직 공근무자는 계약에 의해 본질적으로 개별 노동계약과 임금규정(tarifliche Regelung)을 통해서 근무내용이 정해진다.⁴¹⁴⁾ 그리고 지위와 기능을 살펴보면, 공무원은 경력(Laufbahnbezug), 보수법에 따른 단계결정(besoldungsrechtliche Einstufung), 직위표시(Amtsbezeichnung)를 포함한 지위법적 의미의 직위를 가지는데 반해 계약직 근무자는 기능과 임금에 따른 분류와 같은 행위가 중요하다.⁴¹⁵⁾ 복무위반사항이 있을 경우 공무원은 징계조치와 사법적인 징계절차가 따르는데 반해 계약직 공근무자는 경고를 받거나 상황에 따라 해고되며 이를 포함한 법적 다툼이 있는 경우에 공무원은 행정법원으로 가지만, 계약직 공근무자는 노동법원으로 간다.⁴¹⁶⁾ 근무 조건으로 공무원에게는 쟁의권이 존재하지 않으나 계약직 공근무자에게는 쟁의권이 있다.⁴¹⁷⁾ 공무

410) 김영우, 102면.

411) 김영우, 102면.

412) 김수진, “독일 공무원관련법 개정에 따른 직업공무원제의 도전에 관한 연구”, 『공법연구』 제40집 제2호, 2011, 364면.

413) 김수진, 364면.

414) 김수진, 367면.

415) 김수진, 367면.

416) 김수진, 367면.

417) 김수진, 367면.

원의 경우는 직무에 걸맞는 보수와 자기부담금 없이 연금을 받게 되지만, 계약직 공근무자는 반대급부로서의 임금을 받고, 법적인 퇴직연금보험과 보충적인 추가연금을 불입해 받게 된다.⁴¹⁸⁾

2010년을 기준으로 총 460만명이 공공기관에서 공직을 맡아 근무하고 있는데 이들 중 3분의 1가량인 약 170만명이 공무원 신분을 갖고 있다.⁴¹⁹⁾

독일의 공무원제도는 극심했던 정치적 변혁과 수차례의 전쟁 속에서도 고도의 일관성을 가지고 유지되어 왔다. 이러한 과정에서 자연스럽게 공무원의 엄격한 자격요건과 임용기준이 지켜지고 있으며 일단 선발된 공무원은 국가에 대한 충성과 성실한 봉사를 하며 그에 따라 각종 특혜를 받으며 공직관으로서의 자부심을 지켜오고 있다.⁴²⁰⁾

3. 독일공무원제도의 법적 고찰

독일의 오늘날 공무원제도의 근간은 1953년 시행된 독일연방공무원법과 1957년 시행된 공무원기본법이다.⁴²¹⁾ 연방공무원법은 독일기본법에 명시된 공무원에 대한 규정 사항과 정치적 활동에 대한 문제들을 구체화하였다는 점에서 중요하다.⁴²²⁾

가. 헌법(기본법)적 고찰

독일연방기본법은 공무원의 지위에 대한 규정을 두고 있다. 기본법 제33조 제4항에서는 “공권력의 사용은 일반적으로 공법적 근무 및 신임관계에 있는 공무원에 위임된다”고 규정하고 있다. 또한 동조 제5항에서는 “공무원에 대한 법률은 전통적인(전래된) 공

418) 김수진, 367면.

419) 유각근, 287면.

420) 김선주, 57면.

421) 이진현, 40면.

422) 박연호, 『인사행정신론』, 법문사, 1990, 236면.

무원제도의 기본원칙들을 고려하여 규정되고 개혁될 수 있다.”고 규정하고 있다.

기본법 제33조 제4항에 의하면 공무원은 연방이나 주의 공법상 사용자에게 대하여 공법상의 근무 및 신임관계에 있는 자를 의미한다. 따라서 공무원은 국가에 대하여 근무·복무관계가 있으며 한편으로는 충실·관리관계가 존재한다. 그리고 공무원은 일반적인 공무원행사의 권한을 지닌다. 한편 기본법 제33조 제5항에 따라 공무원에 대한 법제는 전통적인 기본원칙에 따라 규정될 수 있다.

이러한 헌법적 분석은 결국 독일식 직업공무원제를 지지한다. 직업공무원제는 국가와 공법상의 근무 및 충성관계를 맺는 직업공무원이 국가의 정책집행기능을 책임지어 결국 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하는 공직구조에 대한 제도적 보장을 의미한다.⁴²³⁾ 직업공무원제도는 국가의 정책집행기능을 원칙적으로 직업공무원에게 맡겨서 행사하게끔 한다는 기능유보를 내용으로 하는데 기본법 제33조 제4항이 이 부분을 설명한다고 볼 수 있다.⁴²⁴⁾ 그리고 직업공무원제도는 기능유보를 성공적으로 실현시키기 위하여 공무원들에게 보장되는 내용들인 구조의 보장 역시 중요한 내용으로 다루고 있는데 이는 기본법 제33조 제5항에서 설명하고 있다고 보여진다.⁴²⁵⁾

특히 전통적 기본원칙, 전래된 원칙에 따라 공근무법을 제정, 발전시켜야 한다는 기본법의 요청으로 인하여 무엇이 전래된 원칙이냐를 확정하고 그에 따라 직업공무원제도를 구축하는지의 문제는 매우 중요하게 취급되어 왔다. 결국 판례와 학설에 의하여 여기에서 전통적인 기본원칙이란 공무원제도 자체의 유지를 위한 공무원의 정치적 중립성 그리고 인사에 있어서의 실적주의를 의미한다고 인정되어 오고 있다.⁴²⁶⁾ 보다 자세하게는 공무원의 근무관계는 공

423) 김수진, 372-373면.

424) 김수진, 373면.

425) 김수진, 373면.

426) 유각근, 288면.

법상의 근무, 성실관계라는 점, 종신제 임명의 원칙, 공무원의 정치적 중립성, 능력주의 원칙, 경력직력구분의 원칙, 국가의 공무원에 대한 생활보장의무, 공무원의 파업금지, 공무원신분관계의 법적 보장 등을 전통적 기본원칙으로 들 수 있다.⁴²⁷⁾

나. 연방공무원법에 대한 고찰: 정치적 권리와 관련하여

공무원에 관한 기본법규정의 취지와 내용을 고려하여 만들어진 법이 1953년 제정된 연방공무원법(Bundesbeamtengesetz: BBG)이다. 동법은 공무원의 근무관계, 연방공무원의 근무조건을 정하고 있는데 각 란트 및 자치단체 소속의 공무원의 근로조건에 대한 통일성을 도모하기 위한 기본법으로 공무원기본법(흔히 통일공무원법이라 번역하기도 함. Beamtenrechtsrahmengesetz)을 두고 있다.⁴²⁸⁾ 연방공무원법 제52조 이하에서 보다 구체화하고 있다.

우선 연방공무원법은 제52조에서 공무원에 신임준수의무를 부과하고 있다. 동법 제52조 제1항에 의하면 “공무원은 국민 전체를 위해 봉사하고, 특정 정당을 위해 일해서는 안된다.” 그리고 동조 제2항에서는 “공무원은 자유민주적 기본질서에 위반되지 않는 행동을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉 공무원은 공직의 소명에 따라 국민 모두를 위하여 봉사하여야 하며 국민에 대한 신뢰 유지 차원에서 특정한 정파, 정당을 위하여 일해서는 안된다는 것이다.⁴²⁹⁾ 또한 공직을 행함에 있어 자유민주적 기본질서를 지키도록 하여 국가의 이익을 위한 공직수행을 강고하고 있다.⁴³⁰⁾

연방공무원법은 제53조에서 정치활동의 절제의무를 공무원에 부

427) 김수진, 373면; 자세한 내용은 이종수, “공무원법의 헌법적 조망”, 『헌법의 규범력과 법질서: 정천 허영박사 정년기념논문집』, 박영사, 2002 참조.

428) 이계수, “공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰”, 『민주법학』 제29호, 2005, 318면.

429) 유각근, 288면.

430) 박응격, 42면.

과하고 있다.⁴³¹⁾ 동조에 따르면 “공무원은 공직전체에 대한 자신의 위상과 의무를 고려하여 정치활동에 있어 자제하여야 한다.” 정치활동의 제한을 일방적 강제가 아닌 공무원의 판단에 따른 자제에 맡기는 구조를 취하고 있다. 이를 판단함에 있어 공무원은 공직전체에 있어 스스로의 위상과 공직상 의무를 고려하여야 한다고 명시하고 있다. 여기서 절제라 함은 공무원의 정치적 활동이 국민들 눈에 절제된 형식, 외관을 유지해야 한다는 뜻이다.⁴³²⁾ 결국 공무원이 특정정파, 정당에 치우치지 않고 객관적으로 결정하는 외관을 국민에게 보여주면 충분한 것이므로 이 자체가 공무원의 정치활동을 제한하는 근거가 되지 않는다고 해석된다.⁴³³⁾ 공무원의 절제 의무에 대한 요청은 조문에서 드러나듯이 국민전체에 대한 공무원의 지위에서 도출되는데 이는 공무라는 한정된 영역에서만 문제가 되고 공무원 스스로의 기본권을 행사하는 영역내에서는 일반 시민과 같이 공무원도 기본권 주체로 인정받아야 한다.⁴³⁴⁾

연방공무원법은 제54조에서 “공무원은 공직내부 및 외부활동에서 공직이 요구하는 존경과 신뢰에 맞게 행동하여야 한다”고 규정하고 있다.⁴³⁵⁾ 공직을 담당한다는 점에서 국민으로부터 신뢰와 존경을 확보하여야 한다는 측면에서 공무원의 행동에 제한을 가하고 있는 것이다.

연방공무원법은 제55조에서 공무원으로 하여금 상관의 명령에 복종하고 상관을 지원하도록 하고 있다.⁴³⁶⁾ 다만 법률의 특별규정으로 상관의 지시를 따르지 않아도 되는 경우나 법률에만 복종하도록 된 경우는 이러한 의무 부담에서 제외하고 있다.

연방공무원법에서는 연방하원의원에 당선된 공무원은 사임하여

431) 유각근, 288면.

432) 안주열, “공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰”, 『한국자치행정학보』 제23권 제2호, 2009, 416면.

433) 이계수, 319면.

434) 안주열, 416면.

435) 유각근, 288면.

436) 유각근, 288면.

야 한다는 규정을 두고 있다. 이 규정의 본래 초안은 연방하원이
나 주 하원의원에 출마하는 공무원은 사직을 하여야 한다는 것이
였으나 노조와 연방상원의 반대에 따라 수정되었다.⁴³⁷⁾ 결국 연방
공무원법 제89조 제3항에 따라서 하원의원에 출마하였다가 낙선한
공무원은 계속 공무원직을 유지할 수 있고 하원의원에 당선된 공
무원도 임기 만료후 공무원으로 복직할 수 있다.⁴³⁸⁾ 유능한 공무
원들이 의정활동을 성실하고 능률적으로 행하였던 역사적 사실에
기초하여 결국 공무원의 정치활동의 자유를 광범위하게 인정하게
된 것이다.⁴³⁹⁾

다. 공무원기본법에 대한 고찰

독일기본법에서는 전래된 원칙에 따라 공무원에 관한 법률을 제
개정할 수 있도록 하고 있는데 그에 따라 법률로 공무원의 정치적
참여권을 다루고 있다. 즉 연방공무원법과 각 주의 공무원법에서
는 기본법의 취지에 따라 공무원이 특정정당의 봉사자가 아니라는
점과 직무상 정치활동에 대한 절제와 역제가 있어야 한다는 점 등
을 규정하고 있다.⁴⁴⁰⁾

공무원기본법은 연방공무원법의 내용을 거의 그대로 받아들이고
있으므로 연방공무원법 상의 공무원의 의무, 권리 등이 각 지역에
서도 동일한 수준에서 보호된다고 볼 수 있다. 공무원기본법 제35
조 제2항에서는 공무원의 정치적 활동에 대한 절제의무를 부과하
고 있는데 업무 중에는 정치활동의 자유에 제약을 가하고 있으나,
근무외 시간에는 원칙적으로 정치활동의 자유를 인정하고 있
다.⁴⁴¹⁾ 이는 연방 및 모든 주의 공무원법에도 그대로 반영되어 있
다. 공무원이라는 신분에서 정치활동에 대한 제약에 관한 많은 논

437) 김선주, 58면.

438) 이진현, 40면.

439) 김선주, 58면.

440) 김선주, 59면.

441) 박응격, 42면.

쟁이 존재하지만 실천적인 측면에서는 독일 공무원들은 광범위한 정치활동의 자유를 가지고 있다.

4. 독일공무원의 권리와 의무

가. 기본권의 보장

상술하였듯이 공무원인 이유로 기본법상 보장된 기본권을 향유함에 있어 특별한 제한을 할 수는 없다. 특히 공무원에게 있어서 특별히 보호되어야 하는 기본권으로서는 기본법 제4조의 신앙과 양심의 자유, 기본법 제5조의 언론·출판의 자유, 기본법 제6조의 혼인과 가족의 자유, 기본법 제8조의 집회의 자유, 기본법 제9조의 결사의 자유 등을 들 수 있다.⁴⁴²⁾

독일기본법 제12조상 직업선택의 자유는 공무원 공직업무행위의 보장이 아니라 공무원행위와 관련된 직업선택의 보장에 대한 규정이 되며, 기본권의 보장의 측면에서 본다면 신앙과 양심의 자유는 공무원에게 있어서도 다른 기본권과 마찬가지로 보장되어야 한다.⁴⁴³⁾

그리고 공무원의 의사표현의 자유는 기본법 제5조 제2항의 규정에서 정하고 있는 “일반법률”에 의하여 제한되어 지는데 특히 이러한 제한은 직무에 관한 비밀준수의 의무로 드러난다.⁴⁴⁴⁾ 결국 이는 공무원행위의 범위 안에서 혹은 공무원행위의 범위 밖에서 공무원의 지위를 이용한 의견표명과 정치적 행위의 한계가 될 수 있다.⁴⁴⁵⁾

한편 기본법 제8조 제1항에서는 “모든 독일인은 신고나 허가없이 평온하게 그리고 무기를 휴대하지 않고 집회를 할 권리를 가진

442) 정극원, “한국헌법과 독일기본법상 공무원임면권”, 『유럽헌법학회연구논집』 제4호, 2008, 318면.

443) 정극원, 318면.

444) 정극원, 319면.

445) 정극원, 319면.

다.”라고 규정하고 있는데 공무원에 있어서는 집회의 참가와 집회를 조직하는 것이 금지된다.⁴⁴⁶⁾ 또한 기본법 제9조 제1항에는 “모든 독일인은 단체와 조합을 결성할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는데 기본권으로서의 결사의 자유는 “단체와 조합의 핵심영역의 본질을 보장하게 하고 그 활동을 유지하게 하는 결사를 헌법적으로 보장하는 것”이라 할 수 있다.⁴⁴⁷⁾ 다만 공무원에게 있어서의 결사의 자유로서의 조합결성의 문제에 있어서는 공무원 조합의 이익과 공무에 따른 공익과의 관계를 이익형량하게 되고 그 결과에 따라 결사 행위의 제한이 가능해진다.⁴⁴⁸⁾ 집회 참가나 조직의 문제에 있어서처럼 단체나 조합을 결성할 권리도 공무원의 경우 제한받게 된다. 다만 후자의 문제에 있어서는 조합이익과 공무의 조화를 통하여 적절한 범위 내에서 제한이 이루어진다.

나. 의무

연방공무원법에 따르면 공무원의 지위는 공무원의 의무에서 도출된다고 한다.⁴⁴⁹⁾ 공무원법의 편제에는 우선 의무목록(Pflichtenkatalog)이 나오고 그 뒤에 이어서 공무원의 권리가 규정되어 있다.⁴⁵⁰⁾ 기본법 제34조 제4항과 제5항에 공무원관계의 내용으로서 충성(Treu)을 규정하고 있고, 이에 따라 공무원에게는 근무의무, 복종의무 및 임지거주의무가 부과된다.⁴⁵¹⁾

공무원에게 이렇게 여러 의무가 부과되는 이유는 공무의 효율성과 국민과의 법적 관계를 형성하기 위한 것이다.⁴⁵²⁾ 공무원에게 의무가 부과됨으로 인하여 공무원의 업무는 공정성을 확보할 수 있고 그에 따라 국민이 행정을 신뢰할 수 있게 된다.

446) 정극원, 319면.

447) 정극원, 319면.

448) 정극원, 319면.

449) 정극원, 319면.

450) 정극원, 319면.

451) 정극원, 319면.

452) 정극원, 320면.

이러한 의무들은 근본적으로 근무의무를 구축하기 위한 것이라 할 수 있는데 그에 따라 공무원은 근무능력의 향상에 전념하여야 하고 근무능력을 유지하기 위하여 건강을 유지하여야 한다.⁴⁵³⁾ 한편 복종의무는 공무행위의 법률적합성과 관련하여서 그 책임을 진다는 것을 의미하는데 공무원의 직무행위의 위법성에 있어서 형사적, 행정적, 개인적 책임을 묻는 것은 바로 복종의무에 근거하는 것이다.⁴⁵⁴⁾

독일에서는 이와 같은 복종의무 상의 책임들에 의하여 공무원의 개념이 정의되기도 한다.⁴⁵⁵⁾ 형사적 측면에서도 공무원이 정의되고 행정적 측면에서도 공무원이 정의될 수 있는 것이다.⁴⁵⁶⁾ 우선 형법상의 공무원 개념은 형법 제11조 제1항에 따라 “공무수행자, 판사 및 명예판사 그밖에 공행정 과제를 수행하기 위하여 관청이나 기타 기관에 의하여 고용된 모든 자”를 말한다. 형법상에 공무원의 개념을 정의하고 있는 이유는 그 업무에 있어서의 의무와 권리를 규범적으로 보다 명확히 하기 위한 것이다.⁴⁵⁷⁾

반면 행정적 측면에서의 공무원의 개념은 주로 배상법상의 책임을 보다 명확히 하기 위한 것인데, 배상법적인 의미에 있어서 공무원이란 기본법 제34조 제1문과 민법 제839조의 결합에 따라 “권한 있는 기관에 의하여 공무수행을 위탁받은 자”를 의미한다.⁴⁵⁸⁾ 여기서 공무수행이란 단순히 사법상의 이해관계를 위한 행위를 제외한 모든 공적행위를 의미하며, 배상법적 의미에 있어서는 국고적인 행위를 제외한 모든 행위를 말한다고 볼 수 있다.⁴⁵⁹⁾ 또한 배상법상의 공무원개념은 수행하는 직무가 공무라는 점에 주안점이 있는 것이므로 공무원법상의 공무원뿐만 아니라 공무상의 사무

453) 정극원, 320면.

454) 정극원, 320면.

455) 정극원, 320면.

456) 정극원, 320면.

457) 정극원, 320면.

458) 정극원, 320면.

459) 정극원, 320면.

직근로자나 노무직 근로자도 포함된다.⁴⁶⁰⁾

다. 정치활동의 자유

독일은 엽관주의의 폐해가 비교적 적어 정치활동의 범위가 상대적으로 넓다고 할 수 있다. 정치활동에 대한 절제의무가 공무원에 부여되어 있으나 독일에서는 공무원의 투표권·정당가입·정당 활동이 허용되고 있으며, 특히 연방 상원의원의 경우 공무원을 겸직할 수 있도록 하고 있다. 하원의원의 경우 의원에 당선되면 사임하도록 하고 있으나 의원직 만료시 공무원으로 복귀할 기회를 부여하고 있다.⁴⁶¹⁾

교사의 경우 수업과 관련하여 언론의 자유를 제약받으며 특히 정치적 신념을 학생들에게 강요해서는 안된다.⁴⁶²⁾ 정치적으로 논란이 있는 내용을 담은 휘장, 리본 등을 교내에서 착용하는 것은 허용되지 않는다.⁴⁶³⁾ 하지만 직무 중인 경우를 제외하고 교육공무원은 집회 및 시위에 참여할 수 있으며 정당 활동, 선거운동 등이 폭넓게 허용되고 있다.⁴⁶⁴⁾ 정치적 이념과 소속으로 인하여 어떠한 직장 내 불이익도 받지 아니한다.⁴⁶⁵⁾

헌법이 요청하는 공무원의 정치적 중립성은 공무원이 담당하는 공무에 관하여 불편부당하게 공정한 업무수행을 하도록 하는 것일 뿐이므로 공무원의 사적인 영역에 대해서는 폭넓게 정치활동의 자유를 인정하고 있다.⁴⁶⁶⁾

5. 공무원 노동조합의 정치적 중립

460) 정극원, 321면.

461) 이진현, 39면.

462) 이계수, 328면.

463) 이계수, 328면.

464) 장영수, 8면.

465) 이계수, 329면.

466) 이종수, “공무원은 특정정당의 봉사자 아니다”, 한겨레 2012-02-22.

가. 공무원의 단결권

독일기본법 제9조 제3항은 “근로조건 및 경제조건을 유지 개선하기 위하여 단결체를 결성할 권리는 누구에게나 그리고 어떠한 직업에도 보장된다”고 하고 있다. 그에 따라 공무원에 있어서도 단결권이 보장된다. 이러한 기본법의 입장은 연방공무원법에 그대로 반영되어 있는데 법 제91조에 의하면 “공무원은 단결의 자유에 의거하여 노동조합 또는 직능단체를 결성할 권리”를 가지며 “누구든지 자신이 가입한 노동조합 또는 직능단체를 위한 활동을 이유로 직무상 처분을 받거나 불이익한 대우를 받지 않는다”고 하고 있다.⁴⁶⁷⁾

단결권 보장에 있어서는 특별한 제한들이 존재하지 않는데 공무원 노동조합의 조직형태에 관하여는 아무런 법적 제한도 존재하지 않으며 등록제 등의 절차적 제한도 없다.⁴⁶⁸⁾ 공무원에 있어서도 노조전임이 인정되고 있다.⁴⁶⁹⁾

나. 노동쟁의권 불인정

이처럼 공무원에 대하여 쟁의권을 특별하게 제한하는 기본법상의 규정은 존재하지 않지만 공무원의 근로조건은 법률에 의하여 규율된다는 점에서 쟁의행위 자체가 금지된다고 해석이 이루어지고 있다.⁴⁷⁰⁾

통설과 판례에 따르면 단체행동권의 행사는 협약자치의 범위 내에서만 정당성을 가지므로 단체협약 체결로 귀결될 수 없는 목표를 실현하기 위한 단체행동권은 인정될 수 없다고 한다.⁴⁷¹⁾ 그리고 공무원의 쟁의행위는 기본법 제33조 제5항, 즉 “공무원법은 직

467) 유각근, 289면.

468) 유각근, 289면.

469) 유각근, 289면.

470) 유각근, 289면.

471) 유각근, 289면.

업공무원제의 전통적인 원칙들을 고려하여 규정하여야 한다”는 내용과 동법 제33조 제4항, 즉 “고전적 권한의 행사는 일반적으로 공법상의 근무관계와 충성관계에 있는 공직 종사자에게 계속적 과제로 위임된다”는 충성의무규정에 반한다는 점이 이유로 제시된다.⁴⁷²⁾

이와 같은 노동쟁의권의 부정은 공무원 노동조합의 정치활동의 금지의 중요한 근거가 된다. 즉 공무원들의 정치적 파업은 노동운동의 대상이 되지 않기 때문이다.⁴⁷³⁾

다. 정치활동의 제한

원칙적으로 독일에서는 공무원관계의 특수성으로 인하여 직장 내에서의 정치활동과 공무원 노조의 특정정당이나 정치적 발언 등이 제한된다.⁴⁷⁴⁾ 이는 공무원관계에서 필연적으로 오는 귀결이며 결국 공직활동 업무외의 정치적 활동은 어느 정도 인정될 수 있다. 하지만 민주주의 시스템에서 정치적 표현의 자유의 가치는 상당히 중요하기 때문에 결국 실제에 있어서는 헌법상 의사표현의 자유를 공무원이 어느 정도 누릴 수 있는지를 판단하기 위하여 공직의무와의 법익균형적 해석이 필요하다.⁴⁷⁵⁾

그리고 독일정당법 제25조 제1항에서는 “그 정관, 기부행위 기타 규약 상 그리고 실질적 운영상 전적으로 그리고 직접적으로 공익적, 자선적 또는 종교적 목적에 기여하는 법인, 재단은 정치적 헌금이 금지된다”고 규정하는데 이로 인하여 공무원 노동조합은 정치적 헌금도 금지된다.⁴⁷⁶⁾

공무원에 대한 각종의 의무부과로 인하여 공무원 노동조합의 활동 범위도 제한적일 수밖에 없다. 다양한 방식으로 정치활동이 금

472) 유각근, 289면.

473) 유각근, 290면.

474) 유각근, 290면.

475) 유각근, 290면.

476) 유각근, 290면.

지되어 있지만 조합원의 후생복지를 위하여 각종 정치적 노력을 기울이는 것은 정당한 조합 활동으로 평가되며 정치활동 금지의 영역에 포섭시키지 않고 있다.⁴⁷⁷⁾ 따라서 정치적 결정과정에 있어 구성원의 연금 등 지위향상을 위한 의견표명과 집단행동 등은 일정부문 합법적인 행위로 인정된다.⁴⁷⁸⁾

연방공무원법은 공무원노조에게 공무원의 근로조건을 정하는 법령의 입법단계에 있어 일정 부분 관여할 수 있는 권한을 부여하고 있다.⁴⁷⁹⁾ 연방공무원법 제94조에서는 “공무원법상의 제 관계를 규율하는 일반규정을 마련하는 데에는 당해 노동조합의 최상급 단체를 관여하게 한다”고 규정하고 있다. 이렇게 공무원의 근로조건을 정하는 입법단계에는 독일노동조합총연맹(DGB)나 독일공무원노동조합(DBB)이 참여한다.⁴⁸⁰⁾

공무원 노동조합의 최상급 단체라 할 수 있는 공무원노동조합 혹은 공무원연맹은 1918년에 건립되었고 1947년에 재건된 조직으로 공무원단체의 상위조직일 뿐만 아니라 종사원노동조합의 상위조직이기도 하다.⁴⁸¹⁾ 공무원노동조합은 공무원단체의 권익을 우선적으로 대변하는데 원칙적으로 단체결성권만 누릴 수 있고 단체교섭권과 단체행동권을 행사할 수는 없다.⁴⁸²⁾ 다만 상술하였듯이 공무원단체의 상위조직이 정부가 공무원정책을 마련하는 과정에 참여할 수 있는 권한이 법적으로 인정되고 있기 때문에 이 권한을 통하여 단체교섭에 준하는 협상 기능을 공무원노동조합은 행할 수 있는 것이다. 독일노동조합총연맹도 공무원단체의 상위조직이자 공공부문 종사원 노동조합의 상위조직으로 그 역할을 수행하는데

477) 유각근, 290면.

478) 유각근, 290면.

479) 유각근, 290면.

480) 유각근, 290면.

481) 원준호, “독일 공공부문 직원협의회와 노동조합의 구조와 기능: 종사원노동조합의 단체협약, 공무원단체의 공무원정책 참여, 그리고 직원협의회회의의 근무협정을 중심으로”, 『한독사회과학논총』 제19권 제4호, 2009, 114면.

482) 원준호, 115면.

교섭권 및 협상권, 파업권 등의 집단적 권리를 행사한다.⁴⁸³⁾

이들의 공무원 노동조합의 최상급조합의 대표들은 정부의 고위 관료 특히 내무부장관 또는 고위관리들과 모여 서로의 요구사항을 협의하며, 법률 초안을 작성하기 위하여 내무부장관이 그 협의사항을 토대로 재무부장관과 다시 협의하여 법률의 초안을 만드는 절차로 입법과정이 진행된다.⁴⁸⁴⁾ 독일공무원노동조합에서는 이렇게 입법과정에 대한 관여권한이 인정된다는 점을 긍정적으로 보고 있으나, 정기적 협의의무와 아울러 노조 측 제안 중 반영되지 아니한 내용이 의회에 보고되는 절차가 마련되기를 희망하고 있다고 한다.⁴⁸⁵⁾

연방공무원법에 의하면 연방인사위원회가 설치되는데 공무원 신분에 대한 규정 및 공무원 교육, 시험, 연수에 관한 규정을 마련하는데 있어 노동조합의 대표가 참여한다.⁴⁸⁶⁾

III. 소결: 유럽 국가들의 민주주의, 법치주의와 정치적 기본권

프랑스 인권선언은 모든 시민의 자유에 대한 보장을 강조하였고 그 중 의사 표현의 자유 등 정치적 권리는 기본적으로 보장되어야 할 핵심 사항이었다. 이는 공무원에 있어서도 마찬가지였고 공무원도 시민으로서 정치적 권리를 행사할 수 있어야 하였다. 다만 절대왕정의 붕괴에 따라 기존의 공무원제도를 대체할 새로운 공무원제도가 요청되었고 그에 따라 정치적 파벌이나 신조에 상관없이 공무원 인사가 이루어지도록 하기 위하여 공무원의 정치적 중립이 강조되었다.

이러한 맥락에서 특정한 정치세력에 대한 봉사자가 아닌 주권자

483) 원준호, 116면; 정창화, “독일 공무원 노사관계에 관한 연구”, 『한독사회과학논총』 제20권 제1호, 2010 참조

484) 유각근, 290면.

485) 유각근, 290면.

486) 유각근, 291면.

인 국민에 대한 봉사자로서 공무원의 지위가 수용되었다. 민주주의 맥락에서 공무원의 정치적 중립 의무가 강조된 것이다. 하지만 프랑스에서는 이러한 중립 의무를 규범적으로 엄격하게 요구하기 보다는 공무원 스스로의 양심과 재량에 의하여 준수할 수 있도록 하는 방식을 택하였다. 오히려 법적으로는 시민으로서 누려야 할 공무원의 정치적 자유가 명시적으로 보장되는 모습을 보여주었다. 특히 19세기 후반부터 전개된 강력한 노동운동을 통하여 공무원들에게 광범위한 정치적 자유가 법으로 보장되었다.

이러한 일련의 과정을 통하여 공무수행과 상관없는 영역에서는 정치적 자유가 최대한으로 보장되는 방식으로 공무원의 정치적 자유에 중점을 두면서 정치적 권리와 정치적 중립 사이의 조화를 시도하여 왔다고 볼 수 있다. 결국 폭넓은 범위의 정치적 자유가 공무원들에게 인정됨에 따라서 공무원의 정치적 중립의무 부분이 무너지고 있다는 비판이 제기되고도 있다. 공무원 수가 증가하고 조합운동이 활발해지면서 공무원의 정치적 중립성 문제가 새로운 국면을 맞이하게 되었고 그에 따라 정치적 중립성이 추구하는 행정의 공정성 및 능률성 등이 저해되지는 않는지 검토가 요청되고 있다.

독일의 경우에는 공무원이 정치권력에 비판하는 것을 억제시키기 위하여 공무원의 중립의무를 요구한 역사를 가지고 있다. 정실주의의 폐해가 비교적 다른 국가들에 비하여 적었지만 효율적이고 통일적인 업무수행을 위하여 공무원의 정치적 의사표시를 억제시키는 모습을 독일에서 찾을 수 있는 것이다. 특히 프랑스식 민주주의가 독일에 영향을 미침에 따라 국민의 봉사자로서 공무원의 지위가 확고해졌고 그에 따라 공무원의 정치에 있어서 중립에 대한 요청이 높아졌다.

이러한 정치적 중립의 요청은 실적주의에 근거한 직업공무원제와 함께 독일 공무원제의 전통적인 기본원칙으로 자리 잡고 있다고 평가되고 있다. 그리고 독일 법제는 이러한 기본원칙들이 준수되어지도록 입법이 이루어져야 한다고 명시하는 독특한 규제방식을 택하고 있다. 법에서 무엇이 기본원칙인지를 명시하지는 않지

만 공무원제도에 관한 입법을 하는 경우 입법자는 판례나 사회적 합의, 관습 등에 기초해 이들을 판단해서 이를 준수해야 한다는 것이다. 정치적 중립의 요청을 나름대로 유연하게 보는 시각은 공무원이 정치활동에 대하여 자제하도록 하여 정치적 중립 의무를 실현시키려는 법규정에서 더욱 명백하게 드러난다. 반면 공무원의 기본권 보장, 정치적 자유의 보장에 있어서는 법으로 상당히 광범위한 보장을 허용하고 있는 것이 실정이다.

프랑스나 독일이나 민주주의 요청에 따라 공무원의 국민에 대한 봉사자로서의 지위가 요청되고 그에 따라 정치적 중립 의무가 요구되었다는 점에서 영미와 다른 독특한 특징을 가진다. 하지만 이러한 중립 의무에 대한 요청은 상당히 유연하게 이루어졌다는 점에서도 독특하다. 엽관제나 정실주의의 지속적인 폐해로부터 자유로웠던 역사적 배경, 공적 업무를 수행하는 공무원 신분에 대한 사회적 인정과 존중 등의 사회적 배경 등으로 인하여 중립 의무 역시 공무원 스스로 해결할 수 있는 문제라는 시각이 나름 팽배해 있었던 것으로 보인다. 게다가 강력한 조합운동을 중심으로 공무원의 기본권과 자유에 대한 요청이 거셌고 이러한 사항들이 법제에 반영되면서 정치적 자유권에 대한 보호가 현실화되었다. 결국 현재에는 이들 유럽국가들의 공무원에 있어서는 정당 가입만이 아니라 기타 정치활동에 대한 제한도 존재하지 않는다. 공무원의 직무상 의무로서 정치적 중립에 대하여 기본적 시민권의 존중, 균형, 조정이라는 형태로 검토된 역사가 현재에 반영되어 있다.

제4장 현행법상 공무원의 정치적 기본권 보장범위와 개선방향 및 방법

제1절 현행법상 보장되는 정치적 기본권의 범위와 그 불명확성의 문제

I. 헌법 제7조와 그 해석

1. 헌법 제7조 제1항에 대한 해석

가. 헌법 제7조 제1항의 내용

헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있고, 이 헌법 제7조 제1항 조문은 다시 전단과 후단의 규정 내용을 분리하여 해석한다. 즉, 헌법 제7조 제1항 전단은 공무원이 국민 전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 지위에 있으며 일부의 국민이나 특정 계층 혹은 당파의 이익을 위한 공직 수행을 해서는 안된다는 것을 분명히 밝히고 있는 것이고, 헌법 제7조 제1항 후단은 공무원의 국민에 대한 책임을 규정하고 있다고 보는 것이다.

민주국가에서 국가와 지방자치단체를 비롯한 공적 조직의 직무는 모든 국민의 이해와 직결되는 것이므로 모든 국민의 관심과 참여 속에 공정하게 직무수행이 되어야 한다는 것이 일반적 인식이다. 이는 누가 공직을 담당하고 또 어떻게 공직을 수행하는가에 따라 정치발전 및 법치의 실현이 크게 달라질 수 있다는 점에서 매우 큰 의미를 가진다⁴⁸⁷⁾. 헌법 제7조 제1항 전단에서 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자임을 선언하고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있다. 민주적 법치국가의 실현을 위한 공직수행은

487) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 3면.

주권자인 국민 전체를 위한 것이어야 하며, 특정계층이나 당파를 위한 것이 되어서는 안된다는 것을 확인한 것이다. 따라서 공무원의 활동은 항상 객관적이고 공정한 공직수행으로 나타나야 하며, 이는 공직의 본질로부터 도출되는 가장 기본적인 요청이라고 보아야 한다⁴⁸⁸).

나. 국민전체의 봉사자로서의 공무원의 적용범위

그런데 각 조문의 의미상 그 공무원의 범위에 대해서는 의견의 나뉘임이 있다. 공무원은 국민 전체의 봉사자여야 한다는 것에 대해서는 국민 전체에 대한 봉사자인 공무원의 범위는 공직의 본질상 최광의의 공무원의 범위로 해석해야 한다는 것에 異論이 없다⁴⁸⁹). 공무원 분류에 있어서 최광의(最廣義)의 공무원이라 함은 국가와 공공단체, 지방자치단체 등 모든 공법상의 단체·영조물·재단 등에서 공무를 수행하는 모든 인적 요원을 총칭하는 개념이다. 그러므로 직업공무원의 범위에 속하는 일반공무원은 물론이고 선거직 또는 공직자와 임시직 공직자 등 공무수행과 관련된 모든 공무원, 공직자를 아우르는 개념인 것이다.

그러나 헌법 제7조 제1항 후단의 ‘국민에 대한 책임을 부담하는 공무원’의 범위에 대해서는 그 책임의 내용이 무엇인가와 관련하여 적용대상인 공무원의 범위에 대한 해석이 나뉜다.

다. 국민에 대한 책임을 부담하는 공무원의 범위

관련 법률규정과 강학상의 관점에서 공무원이 국민에 대해서 부담해야 하는 책임은 정치적 책임과 법적 책임으로 대별된다. 그리고 이러한 책임 유형에 따라 해당 공무원의 범위가 달라지는 것이기 때문에 헌법 규정이 어떤 책임을 의미하는 것인가가 해석의 중요사항이 된다는 것이다. 헌법규정상의 책임을 정치적 책임까지

488) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 4면.

489) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 4면.

포함하는 것으로 보는 경우에는 선거직 공무원까지 모두 포함하는 최광의의 공무원⁴⁹⁰⁾이 해당된다고 볼 수 있지만, 법관 등 일정 범위의 공무원들은 그 본질상 정치적 책임을 부담한다고 볼 수 없기 때문에 모든 공무원이 정치적 책임을 부담하는 것이 아니라는 점에서 헌법 제7조 제1항 후단의 책임은 법적 책임으로 해석하는 견해도 있다.

즉 헌법 규정상의 이 책임을 정치적 책임으로 해석하는 것에는 공무원의 선발과정이나 공직에 따라 그 책임의 내용이 달라질 뿐만 아니라 모든 공무원에 대한 책임부과가 불가능하다는 등의 적용상의 문제점이 있기 때문에 헌법과 법률에 의한 법적 책임으로 해석해야 한다고 보는 것이다. 따라서 정치적 책임을 부담하는 공무원이건 정치적 책임을 부담하지 않는 공무원이건 간에 공무원의 종류와 상관없이 모든 공무원이 공무원인 이상 가장 기본적으로 부담해야 하는 책임은 최소한 법적 책임이어야 한다는 점에서 헌법 제7조 제1항 후단의 규정이 해석되어야 한다는 것이다⁴⁹¹⁾. 이러한 법적 책임의 내용으로는 공무원의 불법행위에 의한 손해가 발생한 경우에 인정되는 국가배상책임을 예로 들 수 있다.

결론적으로 법치국가원리가 헌법질서의 대원칙 중의 하나인 우리 국가에서 실제로 국가사무의 집행을 담당하는 공무원제도가 구현됨에 있어서, 모든 공무원이 전체 국민에 대해서 져야 하는 책임은 적어도 법적 책임으로 해석되고 실행되어야 할 것이다.

490) 강학상의 공무원 분류는 다음과 같다;

最廣義의 공무원: 국가와 공공단체 등 모든 공법상의 단체·영조물·재단 등에서 공무를 수행하는 모든 인적 요원을 총칭. 공무원을 비롯 선거직공직자까지 포함.

廣義의 공무원: 공무원 비롯 근무계약관계에 있는 공직자·법관·직업군인과 병역복무 중의 군인 등이 포함된다.

狹義의 공무원: 공무원 및 근무계약에 의한 공직자만 의미한다.

最狹義의 공무원: 공무원만을 말한다.

491) 장영수, 헌법학, 홍문사(2012), 360면.

2. 헌법 제7조 제2항에 대한 해석

가. 헌법 제7조 제2항의 내용

한편 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 명시함으로써 공무원의 신분보장과 정치적 중립성의 요청을 헌법사항으로 선언하고 있다. 공무원의 신분보장은 공무원의 단절되지 않고 소신있는 업무수행이 가능하도록 하기 위한 헌법적 장치라는 점에서, 그리고 공무원의 정치적 중립성 요청은 국가의 행정을 실질적으로 실행하는 집단이 공무원이라는 점에서 직업공무원제도의 본질적 구조로 해석되는 내용이다. 특히 공무원의 정치적 중립성 요청은 정권교체로 인하여 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무 집행에서의 초래될 수도 있는 혼란을 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위함이라고 설명된다⁴⁹²).

나. 헌법 제7조 제2항의 적용범위

그리고 공무원의 신분보장과 정치적 중립성 요청의 의미가 이와 같이 해석되는 것을 전제로 할 때, 헌법 제7조 제2항이 적용되는 공무원의 범위에 대해서는 일반적으로 직업공무원제도의 보장범위와 동일하다고 보는 것이다. 그리고 직업공무원제도에서 말하는 공무원의 범위에 대해서는 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시직 공무원은 포함되지 않는다고 보는 입장⁴⁹³)과

492) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436면.

493) 헌재 1989. 12. 18, 89헌마32, 판례집 1, 343, 352면.

우리나라는 직업공무원제도를 채택하고 있는데, 이는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도(獵官制度)를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성있는 공무수행의 독자성을 유

근무계약에 의한 공직자가 포함되지 않는 공무원만을 범위로 하는 최협의의 공무원의 개념이 해당된다고 보는 입장이 있다⁴⁹⁴).

광범위한 공직자 집단 중에서 신분보장과 정치적 중립성 요청을 준수해야 하는 공무원의 범위가 상대적으로 넓게 해석되어야 하는 것인가 아니면 기본권 제한의 측면에서 볼 때 협의적으로 해석되어야 할 것인가의 문제는 헌법적 형량의 문제임에 틀림없지만, 정치적 중립의무에 대한 해석을 전제한다 하더라도 신분이 보장되는 안정적인 공무원집단의 인정이라는 점에서 헌법재판소의 입장과 같이 정치적 공무원과 임시직 공무원을 제외한 협의의 공무원집단을 전제하는 것으로 해석됨이 타당하다.

다. 공무원의 정치적 중립성의 의미

(1) 정치적 중립성 요청의 필요성

헌법 제7조 제2항은 우리 헌법이 직업공무원제를 공직구조의 가장 기본적 바탕으로 삼고 있음을 보여 준다는 의미 이외에 헌법규정이 의미하는 정치적 중립성의 의미와 범위가 어떠한 것인가를 명확히 규정하지 않고 해석과 입법의 문제로 남겨 둠으로써 공무원인 기본권주체의 이중적 지위 문제와 그들에 대한 권리제한의 문제를 헌법적으로 고민해야 하는 과제를 상시화하였다. 그리고 이러한 헌법적 고민 속에서 헌법 제7조 제2항의 신분보장은 공무원담임권과 그리고 정치적 중립성 보장은 공무원이 일반시민으로서 가지는 정치적 기본권 보장과 밀접하게 연관하여 이해해야 할 필요성이 인정된다⁴⁹⁵).

지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 여기서 말하는 공무원은 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시직 공무원은 포함되지 않는 것이다.

⁴⁹⁴ 허영, 한국헌법론, 박영사(2012), 801-802면.

⁴⁹⁵ 이종수, 공무원·교원의 정치적 기본권이 지닌 헌법적 의미와 한계, 연세 공공거버넌스와 법 제1권 제2호(2010. 8), 10면.

한편 최근 문제되고 있는 공무원의 정치적 기본권의 확대·강화의 문제는 직업공무원을 대상으로 하는 것이기 때문에 이러한 상황이 헌법 제7조 제2항이 요구하는 공무원의 정치적 중립성의 요청과 충돌하는 것인지의 여부가 중요한 쟁점이 되고 있다. 또한 공무원의 정치적 기본권의 확대·강화와 맞물려 있는 또 하나의 쟁점은 공무원의 복지부동 현상에 대한 우려이다. 직업공무원이 적극적으로 정치적 사안에 관여하거나 자신이 담당하는 업무와 관련하여 특정정치인이나 특정 정당에 대하여 유리하게 또는 불리하게 자신이 맡은 직무를 수행하는 것도 문제가 되지만, 정치적 쟁점과의 관련성을 이유로 하여 직무 자체를 기피하거나 이른바 복지부동의 자세를 취하는 것도 정치적 중립성의 면에서 심각한 문제가 될 수 있다⁴⁹⁶).

(2) 공무원의 정치적 중립성의 내용과 해석

공무원의 정치적 중립성이란 일반적으로 공무원이 정권의 봉사자가 아니라 국민전체에 대한 봉사자로서 그 직무를 수행함에 있어서 어떠한 정당이 집권하더라도 정치적 특수이익을 추구하지 않고 법적 의무 또는 공직윤리로서 비당파성, 공평성, 중립성을 준수함을 의미하는 것으로 해석된다.

그리고 다시 이러한 중립성의 방향성과 관련하여 다시 소극적 의미의 중립성과 적극적 의미의 중립성으로 구별하여 논의하기도 한다. 소극적 의미의 중립이란 불간섭, 불가담의 중립을 의미하는 것이다. 그러므로 공무원에 있어서의 정치적 중립성은 정당국가에 있어서의 집권정당의 영향으로부터의 자주적 의미의 중립, 정당에 대한 불간섭과 불가담 등과 같은 의미의 중립을 의미한다고 보게 되고, 따라서 현행법제 상의 공무원의 정당활동 금지와 같은 유형의 중립성 요청의 의미라고 해석한다⁴⁹⁷). 이에 대하여 적극적 의

496) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 11면.

497) 홍성방, 헌법학, 현암사(2007), 708면.

미의 중립이란 공무원이 어떤 사항에 대한 결정을 함에 있어서 합목적적인 조치를 할 것을 요구하는 것이라고 보는 것으로서, 이 경우에 공무원의 조치는 대립된 이익에 대한 정당한 과정과 판단에 기한 적극적이고 중립적인 조정의 의미를 갖게 된다고 한다. 때문에 이러한 중립의 방향성은 모든 가치관 사이의 중립성이 아니라 입헌민주체제에서 수용된 모든 가치관 중의 선택이라는 점에서 한정된 중립성으로 평가되기도 한다⁴⁹⁸). 중립의 방향성에 관한 논의 중 적극적 중립의 논의는 정치적 자유주의자들의 입론과 궤를 같이 하는 것으로서, 이 경우에도 모든 가치관을 똑같이 대우할 것을 요구하는 절대적 중립성을 뜻하는 것은 아니며 오늘날 입헌 민주사회가 받아들인 기본적 질서와 가치관 사이에서의 중립을 의미하는 것이다⁴⁹⁹). 따라서 민주사회의 사회적 속성과 공무원의 이중적 지위를 감안할 때, 기존 법제들의 소극적 중립의 의미 보다는 이러한 적극적 중립의 방향성의 검토가 필요하다.

다만 그렇다 하더라도 현재 우리 사회에서 수용되었다고 인정할 수 있는 가치관이 어떤 것인가는 一義的이라고 할 수 없고 다양한 견해와 입장이 상존될 수 있기 때문에 그로 인한 혼란의 우려가 할 것이어서, 이러한 것에 대한 공론적 합의가 전제되어야 한다는 점에서 실제적 어려움이 존재한다.

(3) 소결

그러므로 우리 헌법상 규정된 공무원의 정치적 중립성에 관한 규정은 일방적으로 강요된 국가방침에의 절대적 복종이나 공무원의 정치적 침묵이나 정치적 무위를 강제하는 규정으로 해석되고 적용되어서는 안될 것이다. 공복(公僕)인 공무원일지라도 이들의 직무집행시 복종의무는 ‘비관적인 복종자세’여야만 하고, 기본권주

498) 안주열, 공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰, 한국자치행정학보 제23권 제2호(2009. 겨울), 414면.

499) 안주열, 공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰, 한국자치행정학보 제23권 제2호(2009. 겨울), 414면.

체로서의 그들의 지위도 존중되어야 하므로 공무원이라는 신분상의 이유로 공무원인 그들의 정치적 의사표현의 자유를 일괄적이고 광범위하게 제한한다면 위헌의 판단을 면하지 못하게 될 것이다.

라. 직업공무원에 대한 정치적 활동의 허용 단계⁵⁰⁰⁾

(1) 공무원의 정치적 기본권의 내용

공무원에게 허용될 수 있는 정치적 기본권이 어떤 것이고 어느 정도의 범위인가를 정치적 밀도를 기준으로 하여 단계로 구분해서 검토해 볼 수 있다. 그런데 일반적으로 헌법상 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식된다. 그리고 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다. 그렇지만 공무원의 정치적 활동과 관련하여 검토의 대상이 되는 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있고, 이러한 정치적 자유권은 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다고 하겠다⁵⁰¹⁾.

(2) 정치적 기본권의 단계구분과 그에 대한 검토

직업공무원들의 정치적 활동이 어느 정도까지 허용될 수 있을 것인가에 대해서는 몇 단계로 나누어 생각해 볼 수 있다.

첫째 단계는 공무원 개인의 판단에 따라 헌법상의 선거권, 국민

500) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 15-16면.

501) 헌재 2004. 3. 25, 2001헌마710, 판례집 16-1, 422. 434면.

투표권 등을 행사하도록 허용하는 것이다. 사실상 이 단계의 권리는 공무원 신분을 전제한 것이 아니라 공무원 개인의 기본권주체로서의 권리이기 때문에 당연히 인정되어야 하는 기본적인 정치적 기본권이다.

둘째 단계는 직업공무원으로서 근무시간외에 그리고 근무장소 밖에서 개인적인 정치적 의사표현을 사적 대화로 하는 것이다. 이 단계의 권리도 선거관리위원회 공무원이나 법관, 검사 등과 같이 정치적 중립성이 특별히 문제되는 경우가 아니라면 직업공무원들에게 원칙적으로 허용되어야 하는 권리라고 보아야 한다.

셋째 단계는 정당에 가입하는 것이다. 그러나 정당에의 가입을 허용하는 것이 정당의 모든 활동에 동참할 수 있다는 것을 정당화하는 것은 아니라 할 것이므로, 공무원 자신이 지지하는 정당에 가입하여 당원으로 일반당비를 납부하는 것과 같은 가장 기본적인 활동만을 내용으로 하는 것이고 정당이나 정치인에 대한 후원 활동보다는 협의의 활동단계이다. 따라서 이 단계의 정치적 활동을 허용할 것인가의 문제는 공무원 신분과의 관련성을 우선해서 검토할 것인지 기본권주체로서의 자유로운 정치적 활동의 한 내용으로 볼 것인지를 검토해야 하는 문제이다.

넷째 단계는 셋째 단계의 유형 보다 더 적극적인 유형의 정치적 활동으로서 정당 및 정치인에 대한 후원 등을 하는 정치활동이다. 이 단계의 정치활동이 허용되는 경우에는 공무원으로 재직하는 중 일지라도 국가정책에 반대하는 정당을 적극적으로 지원하거나 자신이 담당하는 직무수행 방향이나 방법에 대한 쟁점을 표시하는 등의 상황이 초래될 수도 있다는 점에서 허용 여부는 더 신중한 판단과 논의를 요한다.

마지막 다섯째 단계는 직업공무원에게 선거운동 참여를 인정하는 것이다. 하지만 공무원의 신분을 유지한 채로 선거운동에 참여하도록 허용하는 경우, 선거에 대한 부당한 영향력의 행사나 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위들이 발생할 수 있고 관권선거의 폐해가 초래될 수도 있다는 심각한 우려가 존재한다. 때문에 헌법

적으로 해석이 가능한 모든 기본권과 헌법원리들을 고려한 전반적인 고민을 통해 그 허용 여부가 결정될 필요가 있는 정치활동 단계라 하겠다.

II. 국가공무원법 제65조와 공무원노조법에 따른 정치적 기본권의 제한

1. 서 설

각급 기관에서 근무하는 모든 국가공무원에게 적용할 인사행정의 근본 기준을 확립하여 그 공정을 기함과 아울러 국가공무원에게 국민 전체의 봉사자로서 행정의 민주적이며 능률적인 운영을 기하게 하는 것을 목적으로 제정된 법이 국가공무원법이다. 이 국가공무원법은 국가공무원의 직무수행과 공무운영의 가장 기본적인 근거입법으로서 1949년 8월 12일 제정되어 현재까지 존속되어 왔다⁵⁰²⁾. 때문에 입법규범의 선후로 본다면 국가공무원법상의 정치적 활동에 대한 제한 규정이 1960년 헌법에서 비로소 규정된 헌법 제7조 규정보다 앞선 규정이다. 하지만 헌법의 최고규범성에 의할 때 국가공무원법 규정의 해석과 적용범위의 문제는 헌법의 테두리 내에서만 인정될 수 있는 것이므로, 국가공무원법 규정의 해석시에 헌법적 이념은 가장 중심적인 기준이 되어야 할 것이다. 따라서 공무원의 정치적 중립과 관련된 구체적 내용을 규정하고 있는 국가공무원법 제65조도 그 예외가 될 수는 없는 것이기 때문에 당해 규정상의 제한적 내용의 해석 기준은 여전히 헌법정신과 헌법규정에 의해야 한다.

그런데 우리나라의 경우 공무원의 정치활동에 관한 논의가 공무원의 권리의 측면이 아닌 의무의 측면에서 전개되어 왔음을 알 수

502) 국가공무원법 [시행 1949.8.12][법률 제44호, 1949.8.12, 제정]

제37조 공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.

있다⁵⁰³). 즉 정치적 자유권의 주체로서의 권리행사범위에 대한 제한의 시각이 아닌 국민에 대한 봉사자로서 공복인 공무원의 신분상의 의무라는 시각이 전제되어 온 것이다. 하지만 독일의 논의와 입법에서 살펴볼 수 있듯이 공무원의 정치적 활동은 이제 공무원의 정치적 권리의 측면에서 논의되어야만 하고, 그렇게 됨으로써 헌법상 기본권의 제한과 그 한계의 문제로 다루어지게 될 것이다.

2. 국가공무원법 제65조에 의한 공무원의 정치적 기본권에 대한 제한

가. 국가공무원법 제65조의 내용

국가공무원법 제65조는 ‘정치 운동의 금지’라는 題下에 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 가입할 수 없으며, 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 법에 규정된 행위⁵⁰⁴)를 할 수 없고, 다른 공무원에게 以上の 행위를 하도록 요구하거나 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속할 수 없다고 규정하였다. 또한 그 이외에 공무원의 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하도록 위임하였다. 그리고 이러한 공무원의 정치적 활동 금지의 의무 위반에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금을 규정함으로써 실효성을 담보하기 위한 강제규정도 두고 있

503) 이계수, 공무원의 정치운동근지의무에 대한 비판적 고찰, 민주법학 제 29호(2005), 318-320면.

504) 국가공무원법 제65조 제2항

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권유하는 것
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것

다⁵⁰⁵). 다만 이러한 국가공무원법상의 이른바 공무원의 정치적 활동금지 규정은 다시 대통령령으로 정하는 특수경력직공무원에게는 적용되지 않는 예외를 두고 있다⁵⁰⁶).

그런데 국가공무원법 규정에 대한 해석이 중요한 이유는 공무원이나 교원의 정치적 활동에 관한 법원의 판결 속에서 국가공무원법 규정을 공무원이나 교원에게 요구되는 정치적 중립 또는 금지되는 정치활동의 내용을 구체화하는데 기준선으로 판단하고 있음⁵⁰⁷)을 볼 수 있기 때문이다.

나. 국가공무원법 제65조상의 제한에 대한 판단

(1) 적용대상

국가공무원법 제65조 규정의 적용대상은 직업공무원 집단에 속하는 공무원 일반이 원칙이다. 다만 상술한 바와 같이 대통령령으로 정하는 특수경력직공무원들만이 적용대상에서 제외되고 있을 뿐이다. 그리고 이러한 적용제외 대상의 공무원들은 선거직 공무

505) 국가공무원법 제84조.

506) 국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정[시행 2002.7.10][대통령령 제17663호]

제2조 (범위) 국가공무원법 제3조 제3항의 규정에 의한 공무원의 범위를 다음과 같이 정한다.

1. 대통령.
2. 국무총리.
3. 국무위원.
4. 국회의원.
5. 처의 장.
6. 각 원·부·처의 차관.
7. 삭제 <1991.12.26>
8. 정무차관
9. 제1호 내지 제3호·제5호 및 제6호에 규정된 공무원의 비서실장 및 비서관과 전직대통령의 비서관.
10. 국회의장·국회부의장 및 국회의원의 비서실장·보좌관·비서관 및 비서와 교섭단체의 정책연구위원

507) 대전지법 2010. 2. 25. 선고 2009고단2786, 4126; 2009고정2259 판결 **【국가공무원법위반·집회및시위에관한법률위반】** 참조.

원이거나 정치적 성격을 가지고 있거나 그들의 직무 자체가 법적인 기준만으로는 판단될 수 없는 영역에 속해 있거나 하는 등으로, 공무원의 구분⁵⁰⁸⁾에 있어서 이미 직업공무원집단에 속하지 않는 종류의 공무원들이기 때문에 결론적으로 국가공무원법 제65조 규정은 직업공무원에 속하는 일반적인 공무원 모두를 그 적용대상으로 하는 것이다. 따라서 국가공무원법 제65조 규정에 의한 제한은 국가사무를 담당하는 공무원인 이상 당해 공무원의 직급과 직렬을 불문하고 모두에게 적용되는 획일적이고 일반적인 제한 규정이라는 점에서 위헌의 우려가 존재하는 것이고 검토의 필요성이 인정되는 것이다.

물론 이러한 적용대상의 획일성에 대해서는 특정의 정당이나 정

508) 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)

① 국가공무원은 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다.

② "경력직공무원"이란 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되며 평생토록 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 일반직공무원: 기술·연구 또는 행정 일반에 대한 업무를 담당하며, 직군(職群)·직렬(職列)별로 분류되는 공무원
2. 특정직공무원: 법관, 검사, 외무공무원, 경찰공무원, 소방공무원, 교육공무원, 군인, 군무원, 헌법재판소 헌법연구관, 국가정보원의 직원과 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원

3. 기능직공무원: 기능적인 업무를 담당하며 그 기능별로 분류되는 공무원

③ "특수경력직공무원"이란 경력직공무원 외의 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 정무직공무원

가. 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 필요한 공무원

나. 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원

2. 별정직공무원: 특정한 업무를 담당하기 위하여 별도의 자격 기준에 따라 임용되는 공무원으로서 법령에서 별정직으로 지정하는 공무원

3. 계약직공무원: 국가와의 채용 계약에 따라 전문지식·기술이 요구되거나 임용에 신축성 등이 요구되는 업무에 일정 기간 종사하는 공무원

치단체, 특정의 정치적 견해를 제한하는 것이 아니고 직업공무원 일반에 대한 것이기 때문에 헌법상 정당하다고 보는 견해도 있다⁵⁰⁹⁾. 하지만 공무원의 정치적 중립성이 보장되어야 하는 것이 ‘공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것’이라면 직무의 성질이나 직무집행을 구분하지 않고 획일적으로 직업공무원에 속하기만 하면 정치적 활동을 제한받는다는 것은 헌법적 이념을 경시한 입법규정이라고 할 수 있을 것이다⁵¹⁰⁾. 지방공무원법도 제57조에서 지방공무원의 정치운동을 금지하고 있기 때문에, 국가공무원법 해당 규정에 대한 해석과 동일한 판단이 가능하다.

(2) 적용범위

국가공무원법 제65조 규정의 표제는 ‘정치운동의 금지’이지만, 규정 전체의 내용을 해석해 보면 공무원의 ‘정치적 행위’에 대한 제한으로 해석할 수 있다. 구체적으로 국가공무원법 제65조에 금지하고 있는 공무원의 행위는 정당이나 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 가입하는 행위, 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 행위, 다른 공무원에게 그러한 행위를 하도록 요구하거나 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하는 행위이다. 규정의 내용상 당해 규정은 공무원 개인의 기본권주체로서의 참정권인 선거권이나 피선거권, 국민투표권 등을 제한하고 있는 것은 아니다. 하지만 현대민주주의 국가에서 자유로운 정치적 활동이 보장되어야 한다는 점에서 볼 때, 공무원의 정당 등 정치단체 결사의 자유나 특정 정당이나 특정인에 관한 정치적 표현의 자유 등을 다른 구체적 요건이나 상황적 조건 없이 제한하고 있음을 볼 수 있다. 헌법이 허용하는 기본권의 제한은 비록 법률에 의한 경우일지라도 비례의 원칙을 준수

509) 김기재, 직업공무원제도와 공무원의 기본권제한, 靈山法律論叢, 제6권 제1호(2009. 9), 44면.

510) 同旨: 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 5면.

해야 하며, 적어도 제한받는 당사자가 충분하고 명확하게 그 제한의 내용을 예견하거나 인식할 수 있어야 한다.

그런데 어떤 것이 정치단체에 해당되는가, 특정정당이나 특정인을 지지하거나 반대하기 위한 행위가 어떤 것인가, 정치적 행위요구에 대한 보상이나 보복이 어떠한 것인가, 이익이나 불이익은 어떤 경우에 인정되는 것인가의 각 문제들이 모두 법률적 해석이 필요한 규정내용이라는 점에서 제한법률로서의 명확성을 충족하지 못했다고 볼 수 있다.

공무원의 특정 정치적 행위가 국가공무원법 제65조 제2항에 위반되는 행위인가를 판단했던 대법원 판결에서, 대법원이 ‘어떤 행위가 위 각 조항에서 금지하고 있는 특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하는 행위에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어서는 단순히 행위자가 행위의 명목으로 내세우는 사유 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여진 시기·장소·동기·방법·행위의 구체적인 내용 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 위 각 조항에서 금지하고 있는 특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하기 위한 목적의지를 수반하는 행위인지의 여부를 판단하여야 한다’⁵¹¹⁾고 했던 바와 같이, 공무원의 정치적 행위가 국가공무원법이 금지하는 정치적 행위에 해당되는가의 여부는 재판부의 법적 판단에 의해서 그 위반 여부가 결정되게 되는 규정내용임을 알 수 있다. 그렇다면 공무원은 자신의 정치적 행위가 국가공무원법에 위반되는 것인지를 확인하기 위해 우선 행동을 하고 법원에 가서 확인을 받아야 하는 상황이 되는 것이고, 이는 법률위반으로 인한 모든 법제상의 불이익이나 처벌을 기꺼이 감수할 수 있는 용기있는(?) 자가 아닌 그 이외의 공무원들에게는 결과적으로 자유로운 정치적 행위를 할 수 없게 하거나 줄어들게 하는 등의 위축효과를 가져올 수 밖에 없다.

헌법재판소도 지방공무원법 제57조 제2항 제1호, 제82조 중 ‘제

511) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도2673 판결; 2004. 4. 27. 선고 2002도 315 판결; 2006. 5. 12. 선고 2005도4513 판결 참조.

57조 제2항 제1호' 부분에 대해서 위헌 여부를 판단한 바 있다⁵¹²⁾. 상술하자면, 이 사건에서 헌법재판소는 「당해 규정에 의하면 '지방 공무원 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것'을 하지 못하며, 그 위반 시 '1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금'에 처하게 된다. 선거운동은 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"를 뜻하며 "정당의 후보자 추천에 관한 단순 지지·반대의 의견개진 및 의사표시"는 이에 해당하지 않는다. 그런데 단순한 지지나 반대의 의사표시를 넘어서 "투표를 하거나 하지 아니하도록 권유"하는 행위는 '당선 또는 낙선을 위한 것'이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위'에 해당되므로 전형적인 선거운동의 하나라고 볼 수 있다. 공무원의 선거운동 금지와 이를 처벌하는 조항은 그들이 그 직을 그대로 유지한 채 선거운동을 할 수 있는 경우 자신들의 지위와 권한을 특정 개인을 위한 선거운동에 남용할 소지가 많게 되고, 자신의 선거운동에 유리한 방향으로 편파적으로 직무를 집행하거나 관련 법규를 적용할 가능성도 있는 등 그로 인한 부작용과 폐해가 선거결과에 지대한 영향을 미치게 될 것이기 때문이므로, 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 입법자의 불가피한 조치라고 할 것이므로, 공무원의 선거운동의 자유 등을 침해하거나 헌법에 위반되지 않는다⁵¹³⁾. 더군다나 당해 조항은 그 구체적인 형태의 선거운동을 금지하고 처벌하고 있는 것이고 처벌조항의 내용도 완화된 정도이므로 위헌이라고 볼 수 없다.」고 판단하였다.

3. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률상의 공무원의 기본권 제한

512) 헌재 2008. 4. 24, 2004헌바47, 판례집 20-1상, 468, 482면.

513) 헌재 2008. 4. 24, 2004헌바47, 판례집 제20-1상, 468, 468-469면.

가. 공무원노동법 제4조 규정의 내용

공무원의 노동기본권을 보장하기 위하여 공무원 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 사항을 정하기 위한 목적으로 입법된 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률은 제4조에서 노동조합과 그 조합원의 정치활동을 금지하고 있다.

그리고 이 법에서의 공무원이란 국가공무원법 및 지방공무원법의 공무원이며, 그 중에서 공무원 노동조합에 가입할 수 있는 공무원은 대통령령에 따른 일정범위의 공무원⁵¹⁴⁾을 제외한 6급 이하

514) 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령[시행 2011.12.14][대통령령 제23376호]

제3조(노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위) 법 제6조 제2항 및 제4항에 따라 노동조합에 가입할 수 없는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
 - 가. 법령·조례 또는 규칙에 따라 다른 공무원을 지휘·감독하며 그 복무를 관리할 권한과 책임을 부여받은 공무원(직무 대리자를 포함한다)
 - 나. 훈령 또는 사무 분장 등에 따라 부서장을 보조하여 부서 내 다른 공무원의 업무 수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에서 업무를 수행하는 공무원으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무에 주로 종사하는 공무원(자료 정리 등 단순히 업무를 보조하는 사람은 제외한다)
 - 가. 공무원의 임용·복무·징계·소청심사·보수·연금 또는 그 밖에 후생복지에 관한 업무
 - 나. 노동조합 및 「공무원직장협회의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 직장협회의회에 관한 업무
 - 다. 예산·기금의 편성 및 집행(단순 집행은 제외한다)에 관한 업무
 - 라. 행정기관의 조직과 정원의 관리에 관한 업무
 - 마. 감사에 관한 업무
 - 바. 보안업무, 질서유지업무, 청사시설의 관리 및 방호(防護)에 관한 업무, 비서·운전 업무
3. 교정·수사 또는 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원으로 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 공무원

의 공무원, 기능직 공무원 등이라고 함으로써 이 범위에 속하는 6급 이하의 공무원이나 기능직 공무원 등은 조합원으로서 일체의 정치활동을 할 수 없도록 하고 있다. 그런데 국가공무원법 제66조는 대통령령으로 정하는 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외하고는 노동운동, 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 할 수 없다고 규정하면서 이를 위반한 경우에 대한 벌칙도 규정하고 있다. 때문에 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제3조 제1항은 공무원 노동조합의 조직, 가입 및 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 국가공무원법 제66조 본문 조항을 적용하지 않는다고 규정하여 이러한 경우에는 공무원의 집단행위금지의무 위반으로 보지 않겠다는 것을 입법한 것이다.

나. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제4조에

-
- 가. 「공무원임용령」 별표 1의 공무원 중 교정·보호·검찰사무·마약수사·출입국관리 및 철도공안 직렬의 공무원
 - 나. 조세법 처벌절차 법령에 따라 검찰총장 또는 검사장의 지명을 받아 조세에 관한 범죄사건(犯則事件)의 조사를 전담하는 공무원
 - 다. 수사업무에 주로 종사하는 공무원
 - 라. 국가정보원에 근무하는 공무원
4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
- 가. 「노동위원회법」에 따른 노동위원회의 사무국에서 조정사건이나 심판사건의 업무를 담당하는 공무원
 - 나. 「근로기준법」에 따라 고용노동부 및 그 소속 기관에서 「근로기준법」, 「산업안전보건법」, 그 밖의 노동관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행하는 근로감독관
 - 다. 「선원법」에 따라 「선원법」, 「근로기준법」, 그 밖의 선원근로관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행하는 선원근로감독관
 - 라. 지방자치단체에서 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합 설립신고, 단체협약 및 쟁의행위 등에 관한 업무에 주로 종사하는 공무원

관한 판단

하지만 동법 제3조 규정에 의하더라도 공무원 노동조합의 조직, 가입 및 공무원조합과 관련된 정당하지 않은 활동이라고 인정되는 경우에는 국가공무원법 제66조에 기한 공무원의 집단행위 금지 위반행위에 해당하게 될 것이고, 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제4조에 의하여 금지된 노동조합이나 조합원의 정치활동은 그 자체로서 법률위반이기 때문에 당연히 국가공무원법상의 조합과 관련된 정당하지 않은 활동에 해당하게 되어 공무원의 집단행위 금지 위반행위가 되는 것이다. 따라서 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제4조가 금지하는 노동조합 및 조합원의 정치활동이 구체적으로 어떤 것인지를 규정하지 않은 일반규정의 입법형식은 국가공무원법 제65조 금지규정에 대한 위헌적 소견이 그대로 적용되게 된다.

물론 공무원 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위가 6급 이하의 일반직 공무원이나 기능직 공무원 등이라는 면에서 국가공무원법 제65조가 적용되는 공무원의 범위와 비교할 때 상대적인 狹義性은 인정될 수 있지만, 금지되는 행위의 유형이나 범위가 구체적이지 않고 포괄적이고 일반적이라는 점에서의 문제점은 여전히 동일하게 잔존한다고 하겠다.

Ⅲ. 공무원 복무규정에 따른 정치적 기본권의 제한

1. 공무원 복무규정상의 관련 규정의 내용

공무원의 복무에 관한 사항을 규정하고 있는 규정으로는 국가공무원의 경우에는 국가공무원 복무규정이 있고, 지방공무원의 경우에는 지방공무원 복무규정이 있다. 그런데 국가공무원 복무규정 제3조(근무기장의 확립) 제2항은 공무원⁵¹⁵⁾은 집단·연명(連名)으로

515) 「국가공무원법 제3조제3항의 공무원의 범위에 관한 규정」에 따른 공무원은 제외한다.

또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다는 것을 규정하였고, 제8조의2(복장 및 복제 등) 제2항은 공무원의 직무 수행시 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품을 착용할 수 없다는 것을 규정하였으며, 제27조(정치적 행위)는 국가공무원법 제65조에서 금지하고 있는 정치적 행위의 구체적인 내용⁵¹⁶⁾과 금지된 정치적 행위의 한계⁵¹⁷⁾를 규정하여 국가공무원의 정치적 활동을 제한하고 있다. 그리고 지방공무원 복무규정도 제1조의2(근무기강의 확립) 제2항과 제1조의3(복장 및 복제 등) 제2항, 제9조(정치적 행위)에서 국가공무원 복무규정의 해당규정들과 유사한 내용들을 규정하여 지방공무원들의 정치적 활동을 제한하는 내용을 입법한 바 있다.

2. 공무원 복무규정상의 정치적 기본권 제한조항들에 관한 해석

사실상 현대민주주의 헌법 질서 하에서 기본권주체들이 향유하

-
- 516) 1. 정당의 조직, 조직의 확장, 그 밖에 그 목적 달성을 위한 것
 2. 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 것
 3. 법률에 따른 공직선거에서 특정 후보자를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 것
- 517) ② 제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 제1항에 따른 정치적 목적을 가지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.
1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가하거나 원조하는 행위
 2. 정당이나 그 밖의 정치단체의 기관지인 신문과 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 행위
 3. 특정 정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에서 특정 후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회나 그 밖에 여럿이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 또는 그 밖의 간행물에 실는 행위
 4. 정당이나 그 밖의 정치단체의 표지로 사용되는 기(旗)·완장·복식 등을 제작·배부·착용하거나 착용을 권유 또는 방해하는 행위
 5. 그 밖에 어떠한 명목으로든 금전이나 물질로 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 행위

는 정치적 기본권의 의미와 범위는 고전적인 정치적 기본권의 논의와 비교하면 더 넓고 다양하다. 즉 고전적인 정치적 기본권이라 분류될 수 있는 기본권들인 선거권이나 피선거권, 그리고 국민투표권 등은 물론이고 다양한 방법에 의한 정치적 표현의 자유, 다양한 정치적 활동의 유형들까지 포함하여 정치적 기본권의 보장내용으로 해석하는 것이 현대적인 정치적 기본권의 범주이기 때문이다. 따라서 정치적 기본권의 보장범위를 현대적으로 파악할 때, 上述한 공무원 복무규정 상의 각 조항들은 공무원이라는 기본권주체의 정치적 기본권을 제한하는 내용들을 규정하고 있다고 할 수 있다.

집단으로는 국가나 지방자치단체의 정책을 반대하거나 그 정책의 수립·집행을 방해할 수 없다고 규정한 것은 기본권주체들이 모여서 집단적으로 자신들의 총의를 표현할 수 없도록 제한하는 것이고, 공무원의 직무 수행시 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품을 착용할 수 없다고 한 것은 정치적 주장 중에서 근무기강을 해친다고 인정되는 의사표현의 경우에는 상징적으로도 비언어적으로도 자신의 의사표현을 할 수 없도록 제한하는 것이며, 공무원에게 허용될 수 있는 정치적 행위의 경우라 할지라도 그 행위의 한계를 규정함으로써 제한된 범위 내의 정치적 행위만을 허용하고 있는 것이다.

결국 공무원 복무규정상 공무원의 정치적 활동에 대한 제한 규정들은 정치적 기본권을 보호하고 있는 헌법가치의 구현이라는 점에서 볼 때, 공무원이라는 신분과 공무원의 직무라는 업무수행을 이유로 하여 극히 제한적인 허용을 입법화하고 있는 것이라고 할 수 있다. 현대 헌법해석론에서 공무원의 이른바 특별권력관계론은 극복된 이론이 된 지 오래이고⁵¹⁸⁾, 오히려 공무원 신분의 경우일지라도 공무원의 직무수행과의 밀접성, 근무시간 해당성 등

518) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2012), 432-434면; 한건우, 프랑스공무원의 정치적 표현의 자유와 노동기본권, 공법연구 40집 3호(2012), 255-288면; 송기춘, 군인의 인권보장을 위한 기본원칙과 방향, 민주법학 통권 42호(2010. 3), 233-270면; 허종렬, 공법상 특별권력관계이론과 헌법 제31조 제4항, 교육법학연구 제7호(1995), 248-250면.

특정한 요건적 상황 하에서만 기본권주체로서의 기본권 행사에 대한 제한이 헌법적으로 허용된다고 해석되어야 할 것이므로 당해 공무원 복무규정상의 제한규정들에 대해서는 위헌적인 여지가 있다고 해석된다.

예를 들어 비교법적으로 볼 때, 독일 연방공무원법상의 절제의무(Mäßigungspflicht) 규정을 생각해 볼 수 있다. 연방공무원법 제 53조는 ‘공무원이 정치적 활동을 하는 경우에도 절도와 자제를 유지해야 한다. 그러한 요청은 전체에 대한 공무원의 지위로부터 그리고 그 직에 걸려 있는 의무에 대한 고려로부터 나온다.’⁵¹⁹⁾고 규정하고 있는데, 이 규정의 해석상 등장한 것이 이른바 공무원의 절제의무인 것이다. 여기에서 말하는 절제란 공무원의 정치적 활동이 국민들이 보기에 절제된 형식과 외관을 유지해야 한다는 점에 있어서의 절제를 말한다⁵¹⁹⁾. 이에 따르면 공무원은 어떤 특정정당에 치우침 없이 객관적으로 결정하고 집행한다는 외관을 상대방인 국민에게 보여주어야 할 의무를 갖는다고 하는 것이지만, 그럼에도 불구하고 이러한 공무원의 정치적 활동상의 절제의무가 바로 공무원의 정치적 기본권에 대한 제한의 근거로 해석되지 않는다는 점도, 최소한의 공무원 자신의 직무상의 행동기준으로 해석되기 때문이다.

3. 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등에 관한 헌법재판소 결정

가. 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등의 위헌 여부

(1) 합헌의견

공무원의 국가나 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해행위를 금지하는 국가공무원 복무규정 제3조의 2항과 지방공무원 복무규정 제1조의2 제2항에 대한 헌법재판소의 결정에서 다수의견은 동 조항들이 국민의 공복으로 기능하기 위한 공무원의

519) 안주열, 공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰, 한국자치행정학보 제23권 제2호(2009. 겨울), 416면.

근무기강 확립은 중요한 목적이므로 이러한 근무기강 확립을 위한 당해 제한의 입법목적은 정당하고 공무원의 성실한 직무 수행과 명령복종의무의 확립을 위한다는 점에서 당해 수단은 적절하며, 당해 규정들이 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하는 범위는 국가나 지방자치단체의 정책에 대한 모든 반대·방해 행위를 금지하는 것이 아니라 “집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여” 행해지는 행위를 금지하고 있을 뿐이고 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로 직무 내에서의 집단적 행위에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수도 없기 때문에 침해의 최소성과 법익의 균형성도 인정된다고 하였다⁵²⁰⁾.

(2) 위헌의견

먼저 국가나 지방자치단체의 정책은 비판과 감시에 노출되어야 하는 존재이고 공무원 또한 잘못된 기관의 정책을 비판하여 올바른 방향으로 이끌 책무가 있기 때문에 공무원이 ‘국가기관 또는 공공기관’이 결정한 정책을 반대하더라도 그 내용이 진실되고 합리적이며 국익을 위한 것이라면 공무원의 정치적 중립성을 해친다고 단정할 수 없다고 하였고⁵²¹⁾, 이러한 금지규정이 적용되는 공무원의 범위에 있어서도 기능적 업무만을 담당하는 기능직 공무원이나 일정 기간 동안만 종사하는 계약직공무원에게 이와 같은 정치적 중립성을 요구하는 것이 타당한지 의문일 뿐만 아니라 공무원이 자신의 직무와 무관한 정책에 대하여도 공무원이라는 이유만으로 반대의 의사표시를 하지 못하게 하는 것은 정치적 표현에 대한 지나친 제한이라고 보았으며⁵²²⁾, 근무시간 내외를 구분하지 아

520) 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188, 1081, 1088면 참조.

521) 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188, 1081, 1090면, 재판관 목영준, 재판관 이정미의 일부반대의견 참조.

522) 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188, 1081, 1091면.

니하고 공무원의 집단적 반대의사표시를 제한하는 것은 침해최소성 원칙에 위배된다고 하였다⁵²³⁾.

한편 또다른 위헌의견으로는 공무원의 정치적 중립성 확보 및 공직사회의 근무기강 확립이라는 목적과 공무원의 정치적 표현의 자유 금지라는 수단 간의 연관성을 인정하기 어렵다는 것과 공무원의 정치활동은 그 정치성(政治性)의 강약에 따라 그리고 정치활동으로 말미암은 공무원의 정치적 중립성의 저해 가능성과 정도에 따라 그 제한의 정도를 달리하는 것이 바람직하다는 점에서, 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등과 같은 별도의 규정을 두지 않더라도 이미 국가공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립할 수 있는 방안이 충분히 마련되어 있다는 점에서 일률적으로 공무원의 정치적 표현활동을 제한하고 있는 이 규정은 침해의 최소성을 벗어났으며, 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 공무원에게 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지함으로써 달성하고자 하는 공익에 비하여 그로 말미암아 공무원인 다수의 국민들이 민주주의의 장에서 배제되고 정치적 기본권 중에서도 가장 기본적인 권리라 할 수 있는 정치적 표현의 자유가 제한됨으로써 발생하는 기본권에 대한 제약은 심대하여 법익의 균형성도 인정하기 어렵다고 본 위헌의견도 판시되었다⁵²⁴⁾.

나. 국가공무원 복무규정 제8조의 2 제2항 등의 위헌 여부

(1) 합헌의견

국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등은 공무원이 직무수행 중에 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지함으로써 공무원의 근무기강을 확립하고 나아가 공무원의 정치적 중립성을 확보하려는 목적을 가진 것으로서 그 입법목적이 정당하며,

⁵²³⁾ 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188, 1081, 1091면.

⁵²⁴⁾ 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188, 1081, 1093-1094면, 재판관 송두환 반대의견 참조.

그러한 행위에 대한 규제는 위 입법목적은 달성하는 데 적합한 수단이고, 이 규정은 오로지 공무원의 직무수행 중의 행위만을 금지하고 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 정치적 주장을 복장 등으로 표현하는 행위만을 제한하는 것으로 해석된다는 점에서 공무원의 정치적 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고 있다고 할 수 있으므로 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다고 하였다⁵²⁵⁾.

(2) 위헌의견

‘근무기장을 해치는 정치적 주장’을 금지하면서 ‘정치적 주장’의 의미 또는 대상이 되는 범위 등에 관하여는 아무런 한정 또는 규정을 하지 아니하여, 법집행기관 또는 법해석기관의 자의적 판단이 가능하게 함으로써, 공무원의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 결과가 발생할 수 있게 하고 있고, ‘정치적 주장’을 ‘정당 활동이나 선거와 직접적으로 관련되거나 특정 정당과의 밀접한 연계성을 인정할 수 있는 경우 등 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 주장’으로 축소해석하는 것을 전제로 할 경우에만 합헌 판단을 할 수 있다는 한정합헌 결정을 해야 한다고 하였다⁵²⁶⁾.

제2절 직업공무원제와 정치적 기본권의 보장범위

I. 직업공무원제의 원칙과 그에 따른 정치적 중립성의 요청

1. 직업공무원제도의 의의와 내용

직업공무원제도는 국가와 공법상의 근무 및 충성관계를 맺고 있

⁵²⁵⁾ 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188, 1081, 1089면.

⁵²⁶⁾ 헌재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 공보 188호, 1081, 1094면, 재판관 송두환 반대의견 참조.

는 직업공무원에게 국가의 정책집행기능을 맡김으로써 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하려는 공직구조에 관한 제도적 보장이 다⁵²⁷⁾. 우리 헌법상의 직업공무원제도는 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도여야 하는데⁵²⁸⁾, 이러한 직업공무원제도의 구조적 요소에 관하여 헌법은 입법권자의 입법형성권에 맡기되 ‘공무원의 신분보장’과 ‘정치적 중립성’만은 헌법이 스스로 명시하여 직업공무원제도를 구체적으로 마련하는 입법권자에게 일정한 기속적인 방향을 제시하고 있다고 해석되어야 한다⁵²⁹⁾.

헌법재판소도 직업공무원제도를 규정하고 있는 헌법 제7조 제2항이 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라고 규정하고 있는 것은, 공무원이 정당한 이유없이 해임되지 아니하도록 신분을 보장하여 국민전체에 대한 봉사자로서 성실히 근무할 수 있도록 하기위한 것임과 동시에, 공무원의 신분은 무제한 보장되는 것이 아니라 공무의 특수성을 고려하여 헌법이 정한 신분보장의 원칙 아래 법률로 그 내용을 정할 수 있도록 한 것이며⁵³⁰⁾, 이에 따라 국가공무원법 제68조와 지방공무원법 제60조는 “공무원은 형의 선고·징계처분(징계) 또는 이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만 1급 공무원은 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있으며 당연퇴직 규정인 국가공무원법 제69조와 지방공무원법 제61조, 직권면직 규정인 국가공무원법 제70조와 지방공무원법 제62조 등에서 공무원에 대하여 신분상 불이익처분을 할 수 있는 사유를 규정하고 있는 것이라고 해석한 바 있다⁵³¹⁾.

527) 허 영, 한국헌법론, 박영사(2012), 811면.

528) 헌재 1997. 4. 24, 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 443면.

529) 허 영, 한국헌법론, 박영사(2012), 819면.

530) 헌재 1990. 6. 25. 89헌바220, 판례집 2, 200 참조.

531) 헌재 1997.11.27, 95헌바14, 판례집 9-2, 575, 584면.

2. 공무원의 정치적 중립성 요청의 의미

가. 공무원수행자로서의 정치적 중립성

입헌국가의 성립과정에서 정당국가 발전의 영향으로 나타난 요청⁵³²⁾인 공무원의 정치적 중립성은 집권당의 영향으로부터의 독립과 정당에 대한 불간섭·불가담을 의미한다. 엽관제를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무원수행의 독자성 및 영속성을 유지하기 위하여 정치적 중립성은 중요한 의미를 가지며, 국가의 공적 업무를 수행하는 공무원이 직무수행에 있어서 정치적 편향성을 띠어서도 안된다는 공무원의 정치적 중립의무로서의 요청이라는 의미도 갖는다⁵³³⁾.

나. 공직중립성

또한 공무원의 정치적 중립성 요청의 의미는 공직중립성(Amtsneutralität)⁵³⁴⁾을 의미한다고 볼 수 있다. 즉 공무원의 정치적 중립성을 공무원수행 및 직무수행에서의 중립성으로 이해해야 한다는 의미이다. 따라서 공직수행과 관련성이 없거나 공무 외적인 사항에 대해서는 공무원의 공평하되 자유로운 직무수행이 보장되어야 하고, 당파적 인상을 주지 않는다면 공무원의 정치적인 활동도 허용되어야 한다는 것이 된다⁵³⁵⁾.

532) 이종수, 공무원의 정치적 활동의 허용 여부와 그 한계, 연세법학연구 제8집 제1권(2001. 8), 172면.

533) 조재현, 공무원의 정치적 중립성과 선거중립의무, 인권과 정의(2008. 9), 21면.

534) 류시조, 대통령의 정치활동의 범위와 한계, 공법학연구 제10권 제1호(2009), 83-103면.

535) Monika, Jachmann, *Bonner Grundgesetz*(Mangoldt/Klein/Starck) Bd.1, Franz Vahlen, 4. Aufl. 1999, Art 33, Rn. 47.

II. 정치적 기본권 제한의 기준으로서의 직무관련성

1. 공무원의 정치적 중립성과 정치적 기본권 제한의 관계

민주적 헌법국가에서 공무원은 직업인으로서 특수한 신분을 지니는 공무원임과 동시에 민주시민이라는 이중적 지위를 지니기 때문에, 공무원의 기본권에 대한 제한은 공무원 자신의 자율성과 책임의식에 기초하여야 하고 국민의 기본권 보장정신에 충실해야 한다⁵³⁶). 그러므로 공무원에게 요구되는 정치적 중립성은 공직근무에 있어서 정당정치적인 요인의 개입 없이 행해지는 불편부당한 직무의 처리를 요청하는 것으로 이해해야 하는 것이고, 근무 외의 시간과 공간, 직무영역과 무관한 내용의 정치적 활동까지 공무원에게 획일적이고 포괄적으로 금지하는 것은 불필요하고 과잉적인 것일 뿐만 아니라 공무원이 일반시민으로서 향유하는 기본권주체로서의 헌법적 지위를 침해하는 것이 된다⁵³⁷).

즉 공무원이 일반 국민과는 달리 특수한 지위에 있다고 할지라도 단순히 정부나 정권의 도구에 그치는 것이 아니라 공직을 직업으로 하는 ‘국민’이므로 공무원에 대한 기본권의 제한도 공직수행의 객관성과 공정성을 확보하는데 필요한 최소한에 그쳐야 하는 것이다⁵³⁸). 다만 공무원의 정치적 기본권에 대한 제한의 정도와 범위는 정치적 기본권의 유형에 따라, 사안에 따라 달리 평가될 수도 있을 것이다⁵³⁹). 바로 이러한 점 때문에 공무원의 정치적 기본권을 제한하기 위한 기준의 확립은 무엇보다도 선결적이고 중요한 문제가 된다고 하겠다.

536) 안주열, 공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰, 한국자치행정학보 제23권 제2호(2009. 겨울), 417면.

537) 이종수, 공무원법의 헌법적 조망, 정천 허영박사 정년기념논문집, 박영사(2002. 5), 78면.

538) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 5면; 김광수, 공무원과 기본권, 서강법학 제10권 제1호(2008. 6), 1-23면 참조.

539) 장영수, 공무원의 정치적 기본권, 안암법학 제37권(2012), 9면.

상술했던 독일 연방공무원법에 근거한 공무원에 대한 절제의무의 요청이라는 것도 전제 국민에 대한 공무원이라는 헌법적 지위에 따른 것이기 때문에, 국민 전체의 공무원이라는 것은 공무원이 수행해야 할 공무에 한정된다고 할 것이고 공무 이외의 영역에서의 공무원의 활동은 일반시민으로서의 기본권행사로 보아야 할 것이기 때문에, 직무관련성이 어떻게 인정될 수 있을 것인가의 문제와 무엇을 직무라고 볼 것인가의 문제는 필요하고 중요한 문제이다. 독일에서도 공무원의 정치적 표현의 자유를 어느 범위까지 인정할 수 있을 것인가의 문제에 대해서 실무상 정치적·법률적인 논쟁 끝에, 직무영역에서 공무원은 법률적으로 그리고 헌법적으로 중립성 및 비당파성 원칙에 엄격하게 구속되는 것인 반면에 직무외의 영역에서는 원칙적으로 정치적 활동 및 의견표명의 자유를 보장하는 것으로 결론을 내렸던 바 있다⁵⁴⁰).

2. 정치적 기본권 제한의 기준으로서의 직무관련성

직업공무원의 정치적 기본권 보장의 확대 및 강화의 논의의 핵심은 공무원의 ‘직무수행에 있어서의’ 정치적 중립성의 확보가 어떤 의미이며, 어떻게 판단되어야 할 것인가의 문제이다. 즉 공무원이 정치적 활동을 하더라도 ‘직무수행에 있어서’ 정치적 중립성 및 객관성과 공정성을 계속 유지할 수 있다면 헌법적으로도 법률상으로도 문제될 것이 없다고 할 것이기 때문이다.

공무원이자 기본권주체로서의 이중적 지위를 인정하는 바탕에서는 공무원으로서의 정치적 기본권 행사와 개인으로서의 정치적 기본권의 행사를 구별하기 위한 기준을 확립해야 하고 바로 이 기준 정립의 문제가 ‘직무관련성’의 정의와 범위에 대한 논의이다. 그런데 직무관련성을 어떤 기준에 의거하여 인정하거나 부정할 수 있을 것인가와 인정하는 경우에도 어떤 범위까지 인정할 수 있을 것

540) 이계수, 공무원의 정치운동근지의무에 대한 비판적 고찰, 민주법학 제 29호(2005), 324면.

인가와 관련하여, 공무원의 직무관련성 유무는 ① 공직자의 권한(근무처, 직위, 직함 등), ② 근무시간, ③ 공공자산(시설)의 활용 여부에 따라 판단할 수 있다고 보는 견해⁵⁴¹⁾가 있다. 구체적으로 공직자의 권한으로 자신의 근무처나 직위 또는 직함을 이용하였거나, 근무시간 내의 행위이거나 공공자산을 활용했다면 해당 행위와 공무원의 직무 간에 그 직무관련성을 인정하는데 어려움이 없을 것인 반면에, 공직자의 권한을 이용하지 않았고 근무시간 외이며 공공자산도 활용하지 않았다면 공무원 신분을 가진 자의 정치적 행위일지라도 행위와의 직무관련성은 부인되어야 하고 따라서 행위에 대한 제한을 해서는 안된다고 보게 된다. 공무원의 행위와의 직무관련성 여부를 판단함에 있어서 일정한 기준을 제시하고 있다는 점에서 고려할 만한 입장이라고 생각된다.

독일연방행정법원도 ‘공무원의 직무수행 중의 정치적 의견표명은, 사적인 것으로서 근무능률이나 그 분위기를 해치지 않는 동료간의 담화에 한하여 인정되고, 계획적 선동이나 제3자에 대한 담화는 허용되지 않는다. 직무와 무관하게 정치적 의견표명을 하는 것은 원칙적으로 허용되지만, 그 형식에 있어서 절제된 것이어야 할 뿐만 아니라 그 내용상 충성의무를 위반하지 아니한 것이어야 한다’고 판시하여, 공무원의 정치적 표현의 자유의 보호범위에 있어서 직무관련성 판단시 공무원의 정치적 표현의 내용과 그 표현의 형식까지 종합하여 판단해야 한다고 한 바 있다⁵⁴²⁾.

즉 공무원의 경우에도 그들이 맡은 직무와 개인의 인격은 구별되어야 하고, 인격차원에서 기본권행사가 직무에 의해서 과잉적으로 제한될 수는 없는 것이기 때문에⁵⁴³⁾, 공무원의 정치적 중립성 보장을 위하여 공무원 집단 모두에게 획일적인 금지명령을 실행할 것이 아니라 공무원의 직위와 직무의 성격이 정치와 얼마나 관련성이 깊은가에 따라 달리 판단해야 한다⁵⁴⁴⁾는 점에서 ‘직무관

541) 한건우, 공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한, 연세 공공거버넌스와 법 제2권 제1호(2011. 2), 61-62면.

542) BverwGE 24, s. 74.

543) 송석윤, 헌법과 정치, 경인문화사(2007), 217면.

련성'의 문제는 중요한 문제일 수 밖에 없다.

Ⅲ. 직무관련성 판단의 어려움과 입법자의 형성권

1. 공무원의 직무관련성의 해석과 적용

공무원을 주체로 하거나 공무원의 신분적 요소가 요건이 되는 법제는 다양하다. 그리고 그러한 법제들의 해석과 적용에 있어서 공무원의 신분은 주요쟁점적 요소가 되기 때문에 공무원의 '직무관련성'은 그러한 경우에 해석과 적용의 중심 내용이다. 그런데 공무원이라는 신분이 법적용의 중요한 요건으로 작용하는 사례는 다른 법제에도 규정되어 있기 때문에, 법제간의 비교검토를 통해 공무원법상의 직무관련성 인정의 문제의 시사점을 얻게 될 수 있다고 생각된다.

가. 형법상 뇌물죄 성립을 위한 직무관련성

형법상 뇌물죄가 성립하려면 범죄구성요건으로 직무관련성이 인정되어야 하고 이러한 직무관련성이 인정되는 전제 하에 그 대가성을 판단하게 된다. 이러한 형법상의 뇌물죄 성립을 위한 직무의 개념과 직무관련성을 해석함에 있어서 대법원은 「뇌물죄에서 말하는 '직무'에는 법령에서 정하여진 직무뿐만 아니라 그와 관련 있는 직무, 과거에 담당하였거나 장래에 담당할 직무 외에 사무분장에 따라 현실적으로 담당하지 않는 직무라도 법령상 일반적인 직무권한에 속하는 직무 등 공무원이 그 직위에 따라 공무로 담당할 일체의 직무로서 직무와 밀접한 관련이 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위도 포함한다⁵⁴⁵⁾」고 하였고, 일종의 신분범으로서의 공무원 뇌물죄 성립을 위한 직무관련성이 있는지

544) 이종수, 공무원·교원의 정치적 기본권이 지닌 헌법적 의미와 한계, 연세 공공거버넌스와 법 제1권 제2호(2010. 8), 14면.

545) 대판 2000. 1. 28, 99도4022 참조.

여부는 공무원의 이익수수로 인하여 사회일반으로부터 직무의 공정성을 의심받게 되는지 여부를 기준으로 판단한다고 하고 있다⁵⁴⁶⁾.

나. 국가배상법상 손해배상인정을 위한 직무관련성

또 다른 예로는 국가배상법 제2조 상의 공무원의 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서의 공무원의 직무집행 요건이다. 국가에 대해서 손해배상청구를 하기 위해서는 그것이 공무원의 행위여야 하고 직무와 관련된 행위일 것을 요건으로 하기 때문이다. 이 경우 직무집행이 인정될 수 있는 직무관련성 여부에 대해서 종래 통설은 외형설에 입각하여 직무집행뿐만 아니라 실질적으로 직무집행행위가 아니더라도 외형상 직무집행행위로 보여질 때에는 직무관련성을 인정하였다⁵⁴⁷⁾. 다시 말해 대법원은 「국가배상법 제2조 제1항의 '직무를 집행함에 당하여'라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관련이 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여 질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무원집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 '직무를 집행함에 당하여'한 것으로 보아야 한다.»고 판시하였다⁵⁴⁸⁾. 관련된 일련의 대법원의 판결 속에서 불법행위를 행한 공무원의 손해배상책임을 인정하기 위한 공무원의 직무집행성 유무 판단을 위한 범위가 상당히 넓게 해석되고 있고 이러한 해석에 기하여 손해를 입은 국민의 권리

546) 대판 2002. 3. 15, 2001도970; 이동흡, 뇌물죄에 있어서의 뇌물과 직무관련성, 재판자료 50집(1990. 9). 53-93면

547) 대판 2005. 1. 14. 선고, 2004다26805; 박정훈, 행정판례 반세기 회고, 행정판례연구 11집(2006. 6), 50-90면; 방영철, 공무원의 직무상 위법한 부작위로 인한 국가배상책임: 배상요건의 문제점 및 입법론을 중심으로, 한양대학교(2001).

548) 대법원 1995. 4. 21. 선고 93다14240 판결; 대법원 2001. 1. 5. 선고 98다39060 판결 참조.

보장의 범위가 대응하여 확대되고 있음을 알 수 있다.

다. 소결

그러나 상술한 법률들인 형법이나 국가배상법이건 국가공무원법상의 규정이건 간에 해당 공무원의 행위를 규제하거나 처벌하거나 책임지우기 위한 쟁점으로서의 직무관련성의 문제는 - 직무 그 자체는 물론이고 어느 범위까지 직무관련성을 인정할 것인지는 - 여전히 법률해석의 문제로 남겨져 있고, 직무관련성이 인정되는 범위와 관련된 구체적 내용은 사건을 재판하는 법원의 관례에 의해서 판시되어 구체화되고 있음을 볼 수 있다. 또한 공무원의 신분을 전제하고 해당 공무원이 그 직무를 수행함에 있어서 발생되고 그 책임을 묻기 위한 각각의 법률들은 각 법률의 입법목적과 관련하여 해석의 범위와 방향이 구별되고 있다는 것도 알 수 있다.

2. 직무관련성 판단의 어려움과 입법형성권

이와 같이 직무관련성을 인정하는 범위의 문제는 그 확정의 중요성 만큼 어려운 문제이다. ‘직무’의 범위를 어느 범위까지로 보아야 할 것인지, 예를 들어 국가배상법 규정의 해석에서와 같이 외형설을 취하여 그 외연적 범위를 확장할 것인지, 가사 이러한 직무의 범위가 확정될 수 있다 하더라도 직무와의 관련성의 정도는 어떻게 해석되어야 할 것인지, 예를 들어 객관적으로 연관이 있기만 하면 인정할 것인지 밀접한 경우에만 인정할 것인지 고민해야 하고, 그러한 경우에도 무엇을 기준으로 하여 밀접성을 인정할 수 있을 것인지도 문제가 된다. 때문에 공무원의 정치적 중립성 요청이 준수되어야 하는 범위의 확정은 입법자의 몫이라 볼 것이다. 왜냐하면 이 문제의 본질은 공무원인 기본권주체에 대하여 자신이 맡고 있는 직무를 이유로 그의 정치적 기본권을 제한해야 하는 기본권 제한의 사항이기 때문이다.

다만 제한입법의 경우일지라도 기본권제한의 한계는 여전히 지켜져야 하는 것이며, 공무원의 정치적 기본권을 제한함에 있어서는 공무원의 직무와 공무원 개인의 기본권 간의 충돌 해결은 기본권주체로서의 공무원의 기본권 보장이 우선되어야 하는 것임을 원칙으로 삼아야 할 것이다.

제3절 교육공무원의 특수문제

I. 직업공무원으로서의 교육공무원과 정치적 중립성의 요청

1. 직업공무원으로서의 교육공무원

국가공무원법은 모든 국가공무원에게 적용되는 법률이되, 공무원 중에서 교육을 통하여 국민 전체에게 봉사하는 교육공무원의 직무와 책임의 특수성에 비추어 그 자격·임용·보수·연수 및 신분 보장 등에 관하여 교육공무원에게 적용할 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에 대한 특례를 규정하고 있는 법률이 교육공무원법이다. 따라서 교육공무원은 교육공무원법에 규정된 사항 이외에는 국가공무원법이나 지방공무원법 규정의 적용을 받는다. 때문에 교육분야의 전문적인 공무원으로서의 교육공무원은 국민 전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 지위에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사하지 않아야 한다는 것과 공무원으로서의 정치적 중립성의 요청을 수용해야 하며, 이러한 내용들은 교육 분야에서 종사하는 교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다고 할 것이다.

헌법재판소도 “국·공립학교 교원이 공무원신분을 가지도록 한 것은 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게 되는 공교육 제하에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 헌법 제31조의 명제를 구체화시키기 위한 것”이라고 했다⁵⁴⁹⁾.

2. 교육공무원의 정치적 중립성

헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 교육공무원의 정치적 중립성을 강력하게 보장하고 있다. 그리고 이는 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 뜻한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적인 것이기 때문에 서로 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직한 까닭이다.

즉, 교육은 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서 교육방법이나 교육내용이 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 하고, 인간의 내면적 가치증진에 관련되는 교육 분야에 있어서는 당파적인 정치적 관념이나 이해관계가 그대로 적용되는 것은 바람직하지 않다는 의미인 것이다⁵⁵⁰⁾.

한편 이러한 교육의 정치적 중립성 보장은 일반공무원의 경우와 달리 더 고려되어야 하는 헌법적 가치를 지니고 있다는 점이 고려되어야 하는데, 헌법상 교육을 받을 권리를 보장받고 있는 또다른 기본권주체들의 교육의 헌법적 보장이 바로 그것이다. 따라서 교육을 받을 권리의 주체이자 실제 교육공무원에 의한 교육의 대상인 피교육자들에 대한 불편부당한 교육내용의 전달의 필요성이 교육공무원의 정치적 기본권에 대한 제한의 더 고려되어야 할 헌법적 요소임을 인식해야 한다.

즉 우리 헌법은 교육의 전문성이나 정치적 중립성 등을 교사의

549) 헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 152면.

550) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 762면; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436-437면; 헌재 2012. 7. 26, 2009헌바298, 공보 190, 1317, 1320-1321면 참조.

권리가 아니라 교육을 받는 학생의 권리라는 측면에서 보장하고 있기 때문이다⁵⁵¹⁾. 이러한 교육의 중요성은 다시 교육기본법 제6조 제1항에서 교육의 중립성이라는 표제로 ‘교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.’는 규정을 방문으로 두었다. 이와 같이 헌법 제31조 제4항이 보장하는 정치적 중립성은 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장 발전을 도모하기 위하여서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것⁵⁵²⁾일 뿐만 아니라 이러한 전문적이고 중립적인 교육전문가들이 교육 공무원으로서의 지위와 권한을 정치에 남용하거나 악용할 우려를 배제하자는 것이다.

II. 정치교육의 필요성과 교사의 정치적 중립성

1. 정치교육의 필요성

제3장에서 살펴본 바와 같이 비교법적으로 볼 때 공무원의 정치적 활동을 허용하는 나라들의 경우에는 일반공무원 보다 교육공무원에게 상대적으로 더 많은 정치적 자유와 정치적 활동을 허용하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 양상은 교원의 표현의 자유를 포함한 정치적 자유가 학생들의 자유롭고 비판적인 사고방식을 함양하는데 있어서 보다 도움이 되기 때문인 것으로 분석되었다⁵⁵³⁾. 특히 학교는 학생들이 민주시민으로의 기본적인 정치적 소양을 갖추도록 하기 위한 교육이 이루어지는 공간이기에 교육자와 피교육자 모두에게 적극적인 정치적 표현을 통한 상호의사소통이

551) 장영수, 헌법학, 홍문사(2012), 820면, 각주 14) 참조.

552) 헌재 1996. 4. 25, 94헌마119, 판례집 8-1, 433, 447면.

553) 정영태, 공무원의 정치적 자유에 대한 국제협약과 외국사례, 국회토론자료집(2009. 12. 9), 35면.

더욱 요청되는 사항으로 인식해야 한다⁵⁵⁴⁾. 이는 열린 교육과 장래의 민주시민을 시민답게 교육하기 위한 공간으로서의 교육의場에서의 정치적 중립성의 요청은 외부로부터의 교육에 대한 정치간섭의 배제를 의미하는 것이라고 해석해야 하는 것이 타당하다고 보는 이유이기도 하다.

2. 헌법재판소의 견해

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 초·중등학교의 교육공무원의 정당가입 및 선거운동을 금지하고 있는 정당법 규정의 위헌 여부를 심판한 사건에서 “이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당 가입 및 선거 운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활 습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여 질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.”고 결정한 바 있다⁵⁵⁵⁾.

즉 정치교육의 필요성을 인정함에도 불구하고 교원의 정치적 중립성의 요청은 국민의 교육기본권에 대한 침해나 오염의 우려를

554) 이종수, 공무원·교원의 정치적 기본권이 지닌 헌법적 의미와 한계, 연세 공공거버넌스와 법 제1권 제2호(2010. 8), 17면.

555) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 437면.

전제한 것으로서 교원의 정치적 기본권에 대한 제한의 형태로 입법되고 해석되는 것이다. 하지만 이러한 경직된 도그마는 헌법적 논리에 있어서 문제점을 내포하고 있다.

3. 대법원의 입장

교사의 정치적 중립성에 관한 대법원의 입장은, ‘헌법은 제31조 제4항에서 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하여 교육의 정치적 중립성을 보장하고 있다. 교육의 정치적 중립성은 교육에 대한 정치적·당파적 개입과 지배를 배제하여 교육의 자주성과 자율성을 보장하기 위한 헌법상 기본원칙으로, 이를 확보하기 위해서 교원은 정치적 세력 등에 의하여 교육의 본질에 어긋나는 부당한 영향을 받지 않도록 그 신분이 보장되어야 하는 한편 그러한 영향을 거부하고 정치적 중립성을 지켜야 할 의무도 함께 부담한다. 따라서 교원은 대립되는 사상과 정치관을 공정하고 객관적으로 제시함으로써 학생들이 편향적인 사상이나 정치관에 매몰되지 않고 민주적인 시민으로 성장하도록 하여야 하며, 이러한 교육의 정치적 중립성은 교원의 책임하에 자율적으로 확보되어야 한다.

이에 따라 교육기본법은 교육은 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 되고(제6조 제1항), 교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다고 하여(제14조 제4항), 교원의 정치적 중립성이 교육의 정치적 중립성을 확보하기 위한 당연한 전제임을 확인하고 있다. 교원의 정치적 중립성은 비단 교육현장에서뿐만 아니라 교육현장 외에서도 지켜져야 한다. 특히 아직 독자적인 세계관이나 정치관이 형성되어 있지 아니하고 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 미성년자들을 교육하는 초·중등학교 교원의 활동은 그것이 교육현장 외에서 이루어졌다고 하더라도 학생들에게 직접적이고 중대한 영향을 미치므로, 초·중등학

교의 교원은 교육현장 외에서의 활동도 잠재적 교육과정의 일부임을 인식하고 정치적 중립성이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다.’고 판시한 바 있다⁵⁵⁶⁾.

III. 전교조 등의 활동과 그 정치적 중립성에 대한 평가

1. 전국교직원노동조합(약칭 전교조) 활동의 내용

전국교직원노동조합(全國敎職員勞動組合, 약칭 전교조)은 1989년 5월 28일 창립된 유치, 초등, 중등 교원을 구성원으로 하는 대한민국의 노동조합으로, 1987년 출범한 전국교사협의회를 모체로 하여 창립되었으나 창립 당시 대통령 노태우는 대국민 담화로 불법단체임을 선언하였고, 정부는 교육공무원과 사립교원의 노동조합 결성을 불법으로 보고 가입 조합원을 해직하였다. 그러나 1993년 다수의 해직 교사들이 복직되었고, 1999년 1월 6일 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률이 국회를 통과하면서 합법화된 단체이다⁵⁵⁷⁾. 전교조는 참교육실천과 교육발전을 목적으로 하는 단체이고, 주요활동으로는 참교육실천활동, 교원의 단체교섭활동, 교육행정정보시스템(NEIS) 반대 운동, 시국선언, 일부 교사조합원의 민주노동당 가입 논란 등을 들 수 있으나, 교원으로서의 신분을 가진 조합원활동이기 때문에 각 활동들은 항상 정치적 기본권이나 노동권 등의 기본권의 행사인가 의무 위반 또는 책임 이탈인가의 평가가 엇갈려 왔다⁵⁵⁸⁾.

556) 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 판결.

557) <http://ko.wikipedia.org>.

558) 이철국, 전교조는 현실이다, 인권과 정의 161호(1990. 1), 27-30면; 정재학, 반전교조 왜 필요한가, 헌정 통권 291호(2006. 9), 95-99면; 문현웅, 전교조 시국선언 사건 대법원 확정판결에 대하여, 민주사회를 위한 변론 100호(2012. 5/6호), 42-51면.

2. 전교조 활동에 관한 그 정치적 중립성에 대한 평가

가. 전교조 활동에 대한 대법원 평가의 내용

2009년 전교조 교사들이 정부의 4대강 사업 등 정부시책에 반대하는 시국선언에 참여한 것이 정치적 표현의 자유의 범위에 해당하지 않고 공무원으로서의 중립의무를 위반한 것인가가 판단의 대상이 되었던 사건의 판결에서, 공무원인 교원이 집단적으로 행한 정치적 의사표현행위가 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’에 해당하는가의 여부를 판단한 바 있다⁵⁵⁹⁾.

(1) 다수의견

대법원 다수의견은 먼저 국가공무원법 제66조 제1항 본문 규정과 공무원인 교원의 관계에 대하여, 당해 규정에서 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’라고 다소 포괄적이고 광범위하게 규정하고 있다 하더라도, 이는 공무가 아닌 어떤 일을 위하여 공무원들이 하는 모든 집단행위를 의미하는 것이 아니라, 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항, 공무원 및 교원에게 요구되는 헌법상의 의무 및 이를 구체화한 국가공무원법의 취지, 국가공무원법상의 성실의무 및 직무전념의무 등을 종합적으로 고려하여 ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위로서 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’로 해석하였다. 물론 공무원인 교원의 경우에도 정치적 표현의 자유가 보장되어야 하지만, 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법 정신과 관련 법령의 취지에 비추어 그 정치적 표현의 자유는 일정한 범위 내에서 제한될 수밖에 없고, 이는 헌법에 의하여 신분이 보장되는 공무원인 교원이 감수하여야 하는 한계이며, 더구나 공무원인 교원의 정치적 표현행위가 교원의 지위를 전면에 드러낸

559) 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 참조.

채 대규모로 집단적으로 이루어지는 경우에는 그것이 교육현장 및 사회에 미치는 과급력을 고려한 평가가 요구된다고 보았다.

따라서 공무원인 교원이 집단적으로 행한 의사표현행위가 국가공무원법이나 공직선거법 등 개별 법률에서 공무원에 대하여 금지하는 특정의 정치적 활동에 해당하는 경우나, 특정 정당이나 정치세력에 대한 지지 또는 반대의사를 직접적으로 표현하는 등 정치적 편향성 또는 당파성을 명백히 드러내는 행위 등과 같이 공무원인 교원의 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위험을 초래할 정도에 이르렀다고 볼 수 있는 경우에, 그 행위는 공무원인 교원으로서의 본분을 벗어나 공익에 반하는 행위로서 공무원으로서의 직무에 관한 기강을 저해하거나 공무의 본질을 해치는 것이어서 직무전념의무를 해태한 것이라 할 것이므로, 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’에 해당한다고 봄이 상당하다고 하였다. 다만 어떠한 행위가 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위험을 초래할 정도에 이르렀다고 볼 것인지는 일률적으로 정할 수 없고, 헌법에 의하여 정치적 중립성이 요구되는 공무원 및 교원 지위의 특수성과 아울러, 구체적인 사안에서 당해 행위의 동기 또는 목적, 그 시기와 경위, 당시의 정치적·사회적 배경, 행위의 내용과 방식, 특정 정치세력과의 연계 여부 등 당해 행위와 관련된 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다고 판시하였다.

이러한 원칙을 바탕으로 하여 대법원은 전국교직원노동조합 지부 간부인 피고인들이 전교조 본부 및 지부 간부들과 공모하여 2009년 1, 2차 시국선언과 ‘교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 적극적으로 관여한 행위는 특정 정치세력에 대하여 반대하는 의사를 표현함으로써 공무원인 교원의 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위험을 초래할 정도의 정치적 편향성 또는 당파성을 명확히 드러낸 행위로서, 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’에 해당한다고 결정하였다.

(2) 대법관 박일환, 대법관 전수안, 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 박보영의 반대의견

다수의견에 대한 반대의견을 낸 5인의 대법관은, 국가공무원법 제66조 제1항에 위반되는 행위가 되려면 우선 그것이 ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위’여야 하는데, ‘공익에 반하는 목적’의 존재는 당해 집단행위가 국민 전체와 공무원 집단 사이에 서로 이익이 충돌하는 경우 공무원 집단의 이익을 대변함으로써 국민 전체의 이익 추구에 장애를 초래하는 등 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 현저히 훼손하거나 민주적·직업적 공무원제도의 본질을 침해하는 경우에 한정하여 인정하여야 하고, ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위’라는 개념에는 국가공무원법 제66조 제1항을 둔 취지에 따른 내재적 제한이 있을 뿐만 아니라, 그러한 행위가 ‘직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라는 또 다른 요건을 갖추지 않은 경우에는 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 행위라 할 수 없다고 하였다. 그리고 이 법리에 근거하여, 그러므로 당해 전교조 지부 간부들의 1, 2차 시국선언은 특정 사안에 관한 정부의 정책이나 국정운영 등에 대한 비판 내지 반대 의사를 표시하면서 그 개선을 요구한 것이거나 그에 관련된 표현의 자유를 보장해 줄 것을 요구한 것에 그칠 뿐, 시국선언의 주체인 전교조 소속 교사들이나 시국선언에 동참한 교사들 집단의 이익을 대변하여 국민 전체의 이익 추구에 장애가 된다거나 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 현저히 훼손하는 등으로 민주적·직업적 공무원제도의 본질을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 1, 2차 시국선언으로 학생들의 수업권이 침해되었다거나 교사들의 직무수행 등 교육행정에 지장이 초래되었다고 볼 수 없다는 이유로 피고인들이 1, 2차 시국선언에 관여한 행위가 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 집단행위에 해당하지 않는다고 보았다.

(3) 대법관 신영철의 반대의견

다수의견에 대한 또다른 반대의견을 낸 1인의 대법관은, 1차 시

국선언의 동기, 시점, 선언문의 내용에 비추어 1차 시국선언에 대한 동참자의 결집에 주도적으로 관여한 행위는 국가공무원법이 금지하는 공무 외의 일을 위한 집단적 행동에 해당하지만, 2차 시국선언은 정부의 1차 시국선언에 참여한 교사들에 대한 형사고발 또는 징계조치의 철회를 요구하기 위한 통상적인 수준의 의사표현행위에 해당하는 것으로 봄이 상당하므로, 2차 시국선언과 관련된 피고인들의 행위는 국가공무원법이 금지하고 있는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’에 해당한다고 보기 어렵다고 하였다.

3. 전교조 활동에 있어서의 정치적 중립성의 범위

교원인 교육공무원도 공무원임은 물론이고 개인적으로는 개별적 기본권주체이다. 따라서 교원들도 당연히 모든 기본권주체들이 누리는 정치적 기본권을 행사할 수 있는 것이고 그에 의해 정치적 활동을 할 수 있는 것이다. 다만 교원의 정치적 중립성은 교육공간과 교육을 받는 상대방 학생들의 헌법적 권리의 존중이라는 특별한 전제적 가치들을 고려해서 그 정도와 범위를 정해야 한다⁵⁶⁰). 교원들이 교원들의 권리를 위해 노동조합을 만들고 가입하여 활동할 수 있다는 것은 이미 법률로 인정되고 있는 사항임에도 불구하고, 전교조의 정치적 활동에 대해서는 그 헌법적 한계를 인정해야 하고 그 한계의 구체적인 내용이 무엇인가에 대해서 판례의 의견들도 나뉘었음을 볼 수 있다.

그리고 그 중에서 5인의 대법관의 반대의견이 판시하고 있는 한계론은 교원이나 전교조의 정치적 활동을 합법적으로 또는 합헌적으로 해석하고 판단함에 있어서 하나의 기준이 될 수 있다고 생각된다. 즉 국가공무원법에 위반되는 공무원의 집단행위가 되려면 우선 ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위’여야 하는데, ‘공익에 반하

560) 노기호, 교육의 정치적 중립성과 초·중등교원의 정치적 권리의 제한: 헌법재판소 2001헌마710과 관련하여, 인권과 정의 340호(2004. 12), 62-80면.

는 목적'의 존재는 당해 집단행위가 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 현저히 훼손하거나 민주적·직업적 공무원제도의 본질을 침해하는 경우에 한정하여 인정하여야 하고, 동시에 그러한 행위가 '직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'라는 또 다른 요건을 갖추는 경우에만 국가공무원법이 금지하는 행위에 해당된다고 본 것이 그것이다. 그리고 교육공무원을 포함하는 모든 공무원의 정치적 활동에 대한 합헌적 범위 여부 판단에 있어서 이러한 5인의 대법관의 반대의견은 헌법재판소의 판시에서도 인정되고 있다⁵⁶¹⁾.

제4절 법관의 특수문제

I. 사법의 본질에 따른 중립성의 요청

1. 사법기능의 의의와 본질

사법기능은 국가의 통치기능 중에서도 합법성이 가장 중요시되는 기능으로서 일체의 정치적인 고려나 합목적성의 판단으로부터 배방되어야 하는 정치적인 무풍지대의 국가작용이다. 때문에 정치적으로 오염된 이른바 '정치적인 사법작용'은 이미 사법작용이 아니라고 평가된다⁵⁶²⁾. 따라서 사법기능은 구체적인 쟁송을 전제로 해서 신분이 독립된 법관의 재판을 통해 법을 선언함으로써 법질서의 유지와 법적 평화에 기여하는 비정치적인 법인식기능으로 정의될 수 있다. 즉 사법기능은 본질적으로 비정치적 성질의 국가작용인 것이다. 그리고 이러한 사법기능의 비정치적인 본질로부터 사법부의 조직 및 기능상의 독립과 법관의 신분보장이 필수적 사항으로 대두된다.

561) 헌재 2007. 8. 30, 2003헌바51, 판례집 19-2, 213 참조.

562) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2012), 1029면.

2. 사법권의 독립과 정치적 중립성의 관계

사법권의 독립이란 법관이 사법기능을 수행하는데 있어서 누구의 간섭이나 지시도 받지 아니하고 오로지 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 것을 말하고, 이러한 사법권의 독립은 최종적인 판결 내지 결정의 독립만이 아니라 판결이나 결정에 이르는 모든 심리절차의 독립을 함께 의미한다고 하겠다⁵⁶³). 또한 사법권의 독립은 법원의 독립과 법관의 독립을 내용으로 하는데, 법원의 독립은 법원의 조직상의 독립과 법원의 기능상의 독립으로 나누고, 법관의 독립은 법관의 신분보장에 의해 이루어진다⁵⁶⁴).

사법기능이라는 것이 법관의 재판을 통해서 법을 선언하는 비정치적인 법인식기능이기 때문에 법원을 구성하는 법관이 재판을 함에 있어서 독립성을 지킨다고 하는 것은 그것이 바로 법원이 기능상의 독립을 지키는 것이 되는 것이다. 따라서 법관은 재판을 함에 있어서 사법부 내외를 막론하고 그 누구의 간섭이나 지시도 받지 않는 기관의 독립성이 인정된다. 그리고 법관 스스로 재판을 진행함에 있어서 헌법상의 기속이론에 의한 판단에 대한 일정한 경계의 기속을 받게 된다. 이러한 법관의 재판상의 독립이 바로 정치적 중립성을 그 내용으로 할 수 있을 것인가는 논의가 필요하다.

사법권의 독립이라는 문제는 역사적으로 권력분립의 원칙의 실현과정에서 수립된 것으로서 집행부와와의 분리를 주된 내용으로 했던 것이며 외부 정치세력으로부터의 일체의 영향을 배제하는 헌법적 장치라는 것에 중심적 논의가 집중되었고, 실제 재판을 진행하

563) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2012), 1042면; 김병로, 사법권독립과 법관의 자세, 사법민주화과제: 사법민주화를 위한 법조실무 및 연구논문집 2010년 제2호, 9-10면; 김백영, 판결비판과 사법권 독립, 법률신문 3815호(2010. 2), 13면; 이상수, 사법권 독립과 법관의 직무평가, 민주법학 통권 41호(2009. 11), 279-312면 참조.

564) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2012), 1045면.

는 재판부 혹은 법관의 정치적 중립성은 오히려 상대적으로 큰 논쟁점은 아니었기 때문이다. 하지만 현대에는 법관의 독립과 중립성이 재판의 공정성과 그에 대한 국민들의 신뢰를 위한 것이라는 점에 더 중심적인 의미를 부여하고 평가한다⁵⁶⁵).

II. 재판상의 정치적 중립과 재판 외의 정치적 발언의 상관관계

1. 법관의 직업적 양심

헌법은 법원의 기능상의 독립을 위하여 ‘법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다’고 규정하고 있고, 이에 따라 법관은 재판을 함에 있어서 타국가기관이나 사회적 압력단체·이익단체, 사법부내부, 소송당사자 누구로부터건 독립되며, 오로지 헌법과 법률 및 자신의 양심에만 기속된다. 여기서 양심이란 옳고 바른 것을 추구하는 윤리적이고 도덕적인 마음가짐으로서 법관의 재판에 영향을 미칠 수 있는 가장 최후적인 작용요인이다⁵⁶⁶).

그런데 법관의 이 양심은 법관 개인의 양심이 아니라 법관이라는 직업을 수행함에 있어서의 직업적 양심이다. 따라서 이 법관의 양심에 대해서는 법관의 재판에 엄정중립적인 공정성과 강한 합리성이 요구된다. 또한 이러한 법관의 양심의 내용을 겸손과 용기와 절제 - 구도자적 자기성찰, 헌법과 법률에의 충실의무, 지적 책임과 자기갱신의 노력이라는 세가지로 구분하여 설명하기도 한다⁵⁶⁷). 그리고 이러한 재판상의 양심에 따른 법관의 재판을 헌법적으로 보호하기 위하여 헌법은 법관의 신분을 보장하는 것이다. 그러므로 법관은 재판을 함에 있어서는 정당한 재판을 받을 권리

565) 장영수, 판사 중립성 위협하는 SNS 정치적 발언(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2011/12/02/2011120202573.html?related_all)

566) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2012), 1047면.

567) 이덕연, 헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심, 공법연구 제38집 제2호(2009), 362-369면.

의 주체인 국민들의 기본권을 보호해야 할 헌법적 소명을 지닌 자로서 엄정하고 공정한 중립성을 지켜야만 한다.

2. 판단

법관은 입으로 말하지 않고 재판으로 말한다는 법언처럼 법관은 개인적인 소신이 아니라 전문적 직업인으로서의 직업적 양심에 따라 재판을 진행하고 판결하거나 결정해야 하는 것이다. 즉 법관은 개인적인 가치관과 정치관, 종교관을 배제하고 불편부당한 입장에서 정치적 독립과 중립을 지키면서 심판해야 한다는 것이다. 그리고 이것은 법관에 대한 헌법의 명령이자 가치라고 할 것이다. 다만 이러한 헌법적 명령의 대상은 법관에 의한 재판이며, 이 경우의 재판은 일련의 재판과정 모두를 포함하여 칭한다. 따라서 법관이 재판 외의 사항에 대하여 정치적 발언을 하는 것은 다른 층위의 문제로 파악해야 한다. 법관 역시 일반공무원이나 교육공무원의 경우처럼 공직자임과 동시에 개인적으로는 기본권주체이기 때문에, 법관이 행하는 주된 직무인 재판에 대해서는 공정성과 중립성이 엄격하게 요구된다고 할 것인 반면에 개인으로서의 표현의 자유권의 행사는 달리 판단되고 평가되어야 하기 때문이다.

Ⅲ. 법관의 정치적 의사표현의 자유의 범위와 한계

1. 재판 외에서의 법관의 정치적 의사표현의 자유의 문제

2011년 한미FTA 비준에 반대하는 글을 SNS에 올린 일부판사들에 대한 옹호와 비판의 시선들⁵⁶⁸⁾, 그리고 해당판사들의 발언에 대한 대법원 공직자윤리위원회의 회의 내용, 그리고 다시 그 내용에 대한 반박성 글의 내부게시판 게재 등. 법원의 실제적 조직인 법관들의 정치적 발언을 어떻게 평가해야 하는가의 문제는 현재

⁵⁶⁸⁾ <http://news.donga.com/Society/New/3/03/20111130/42242828/1>.

우리 사회의 뜨거운 쟁점사항이다. 법관은 공무원이지만 어떤 공무원보다도 헌법적으로 두터운 신분보장을 받고, 그들의 직업수행의 결과로 인해 다른 기본권주체들의 기본권적 상황이 강제력이 뒷받침되어 변화될 수 있는 공무원집단이다. 법관 한 사람 한 사람이 헌법기관성을 지니고 그들의 재판이 헌법이 정한 사법의 기능을 구체화하는 것이기 때문에, 다른 여타의 공무원들의 이중적 지위에 대한 논의와는 다른 각도의 헌법적 조명이 필요하다고 판단된다. 다시 말해 재판 외에서의 법관의 정치적 견해 표명이 법관 공무원 개인의 지극히 개인적인 표현의 자유권의 행사문제로 해석될 수 있을 것인가를 검토해 보아야 하고, 여기에서 그 한계의 문제가 제기되는 것이다.

2. 재판 외에서의 법관의 정치적 의사표현의 자유의 한계

가. 헌법재판소 결정

법관에 대한 징계사유로 ‘법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우’를 규정한 구 법관징계법 제2조 제2호가 법관의 표현의 자유를 침해하는 것이 아닌지 여부를 판단했던 사건⁵⁶⁹⁾에서 헌법재판소는 구 법관징계법 제2조 제2호의 입법취지가, 법관이 기본적 인권을 보장하고 사법적 정의를 실현하는 사법권의 주체로서 직무의 내외를 불문하고 공정성과 중립성에 반하는 행위를 하지 않고, 법원의 구성원으로서 사법권의 독립과 법원의 권위 및 법관의 명예를 지킴으로써 국민으로부터 신뢰와 존경을 받도록 하여야 할 법적·윤리적 의무가 있는 점을 감안하여, 법관으로 하여금 법관 자신은 물론 법원 전체에 대한 국민의 신뢰를 실추시킬 우려가 있는 언행에 있어서 신중을 기하도록 함으로써 국민으로부터 법원과 법관에 대한 신뢰를 확보하기 위한 것임을 전제한 뒤⁵⁷⁰⁾, ‘법관도 기본권의 주체로서 표현의 자유를 보장받아

569) 헌재 2012. 2. 23, 2009헌바34, 공보 185, 375 참조.

570) 헌재 2012. 2. 23, 2009헌바34, 공보 185, 375, 379면.

야 하나, 법관의 표현의 자유는 법원과 법관의 사법권 행사의 공정성과 중립성 유지 및 이에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위하여 제한될 수 있고, 구 법관징계법 제2조 제2호에서 정한 징계사유는 이러한 목적을 달성하기 위하여 법관으로서의 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 행위만을 제한하는 것이다. 법관의 사법부 내부 혁신 등을 위한 표현행위에 있어서도 그러한 표현행위를 하였다는 것 자체가 위 법률조항의 징계사유가 되는 것이 아니라, 표현행위가 이루어진 시기와 장소, 표현의 내용 및 방법, 행위의 상대방 등 제반사정을 종합하여 볼 때 법관으로서의 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 행위에 해당하는 경우에 한하여 징계사유가 되는 것이다. 따라서, 구 법관징계법 제2조 제2호는 그 적용범위가 지나치게 광범위하거나 포괄적이어서 법관의 표현의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수 없으므로 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다'고 결정하였다⁵⁷¹⁾. 이 헌법재판소 결정의 배경이 되었던 현직판사들의 SNS 매체사용에 의한 표현행위의 파장은 법관이 재판외에서 어느 범위까지 본인의 개인적 의견을 표출할 수 있는 것인지, 표출의 방법이나 상대방은 제한이 없는 것인지 등의 논의들을 불러 일으켰고, 외국 법원의 상황들까지 비교되어 논쟁거리가 되었다.

나. 소결

법관은 공무원이다. 하지만 다른 공무원들과는 분명히 다른 헌법적 지위를 갖는다. 그리고 이런 차이점은 법관 개인의 능력이나 선택에 의한 것이 아니라 법관이 수행하는 직무로 인함이다. 재판의 독립성과 중립성, 공정성은 모든 국민의 기본권을 보호하기 위한 권리구제기관으로서의 헌법적 소명에 필수적인 것이며, 헌법이 국민들에게 보장하는 재판을 받을 권리는 정당하고 신속하고 공정한 재판을 받을 권리를 뜻하기 때문에 재판의 공정성과 정당성에 대한 국민의 신뢰를 해하는 결과는 법관 개인의 표현행위라 하더

⁵⁷¹⁾ 헌재 2012. 2. 23, 2009헌바34, 공보 185, 375, 379-380면.

라도 제한의 요소가 될 수 밖에 없다. 다만 그 제한의 유형이 다양하게 강구될 필요성 또한 존재한다. 무작정 표현을 못하게 하는 것이 아니라, 법관의 소셜 미디어 사용이 편견이나 선입견을 불러 일으킬 만한 외관을 창출한 경우에 제한사유가 되도록 한다거나⁵⁷²⁾ 재판의 공정성이나 재판부에 대한 신뢰에 문제가 될 만한 경우가 되면 표현행위를 한 법관 스스로 당해 재판을 회피할 수 있도록 법제화 하는 등의 검토가 필요한 것이다.

572) 김태형, 법관의 회피-소셜미디어 사용을 중심으로, 사법 17호(2011), 140면.

제5장 결론: 공무원의 정치적 기본권 확대를 위한 법제개선의 방향

우리나라의 민주화가 진전됨에 따라 공무원의 정치적 기본권을 강화해야 한다는 주장은 더욱 설득력을 얻고 있다. 그러나 공무원의 정치적 중립성을 백 퍼센트 신뢰하기에는 그동안 각종 관권선거 등으로 인하여 경험했던 국가적 손실이 너무나 컸고, 최근까지도 대선을 앞둔 공무원들의 줄서기 등에 대한 의혹도 계속 나오고 있음을 간과할 수 없다.

결국 우리나라의 민주화가 정치문화 내지 공직문화의 발전과 어느 정도 맞물려서 함께 진전되었는지에 대한 평가가 가장 중요한 판단의 기준이 될 수밖에 없으며, 이러한 평가의 변화는 매우 조심스럽게, 하지만 꾸준히 진전되어야 할 것이다. 같은 맥락에서 공무원의 정치적 기본권에 대한 제한을 완화하기 위한 법률의 개정도 점진적으로 진행되어야 할 것으로 보인다.

이와 관련하여 최근 국회에 제출된 몇몇 법률안에서 공무원의 정치적 기본권 확대를 제안하고 있는 점에 주목할 필요성이 있다.

예컨대 2012년 9월 6일 발의된 국가공무원법, 지방공무원법 및 공무원노조법 일부개정법률안(이상규 의원 대표발의 - 이하 제1안)의 경우 공무원의 정당가입 및 정치활동에 대한 제한을 폐지하고 “공무원의 지위를 이용하여 정치활동을 하는 경우”와 “상시 업무의 주된 내용이 선거에 영향을 미칠 수 있는 공무원의 경우”에 대해서만 정치활동을 제한하는 것을 제안하고 있다.

반면에 2012년 9월 17일 발의된 국가공무원법, 지방공무원법 및 공무원노조법 일부개정법률안(강기정 의원 대표발의 - 이하 제2안)의 경우 정당가입은 계속 금지하되, 정당 이외의 정치단체에 대한 가입 제한을 폐지하며, 공무원의 정치활동에 대한 제한에 관하여 “그 지위를 이용하여”라는 문구를 삽입함으로써 제한의 요건을

강화하는 대안을 제시하고 있다.

제1안의 경우에는 선진국 중에서 가장 폭넓게 공무원의 정치적 기본권을 보장하는 수준으로 대폭 확장할 것을 제안하고 있는 것이고, 제2안의 경우에는 정당 가입의 금지는 유지하되, 그밖의 제한은 대부분 폐지함으로써 역시 공무원의 정치적 기본권을 상당히 확대하는 것을 대안으로 내세우고 있다.

그러나 제1안과 제2안이 모두 “공무원은 대한민국 국민으로서 직무와 관련한 정치적 중립성을 훼손시키지 않는 범위 내에서 정치적 자유의 권리를 보장받아야 할 것이며 지위를 이용하지 아니한 행위에 대해서까지 선거운동 금지를 적용하는 것은 위헌이라는 헌재 결정(헌재 2006헌마1096) 취지”를 개정안의 근거로 내세우고 있으면서도 그 의미를 정확하게 규명하지 않고 있는 것으로 보인다. 그 결과 동일한 출발점에서 나온 개정안들이 서로 다른 결론에 이르고 있는 것이다. 이러한 개정안의 타당성을 검토하기 위해서는 구체적인 비교·분석이 필요할 것이다.

먼저 국가공무원법 제65조 제1항(지방공무원법 제57조 제1항)의 개정과 관련하여 제1안에서는 공무원의 정당가입을 원칙적으로 허용하자는 입장⁵⁷³⁾이지만, 현재 우리나라의 정치문화 및 공직문화가 공무원의 정당가입을 전면 허용해도 될 정도의 수준이고, 이에 대한 국민의 지지와 신뢰를 받고 있는지는 의심스럽다. 또한 제2안에서는 정당가입은 계속 금지하는 대신에 정당 이외의 정치단체에 대한 가입 내지 가입의 권유에 제재를 가하지 말자는 제안⁵⁷⁴⁾

573) **현행 국가공무원법 제65조 제1항**(지방공무원법 제57조 제1항):
공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

제1안의 국가공무원법 제65조 제1항(지방공무원법 제57조 제1항):
다음 각 호에 해당하는 공무원은 정치활동을 하여서는 아니 된다.

1. 공무원의 지위를 이용하여 정치활동을 하는 경우
2. 상시 업무의 주된 내용이 선거에 영향을 미칠 수 있는 공무원의 경우

574) **제2안의 국가공무원법 제65조 제1항**(지방공무원법 제57조 제1항):
공무원은 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

을 내놓고 있으나, 이 또한 문제를 안고 있는 것으로 보인다. 이러한 제한은 정당 이외의 정치단체는 사실상 존재하지 않는다고 보거나, 설령 존재하더라도 그러한 단체에의 가입 등이 정치적 중립성을 해칠 우려가 전혀 없다는 전제 하에서만 정당성을 가질 수 있는데, 그런 전제는 갖춰질 수 없는 것이기 때문이다.⁵⁷⁵⁾

둘째, 제2안의 국가공무원법 제66조 제1항(지방공무원법 제58조 제1항)의 개정에 관한 제안⁵⁷⁶⁾도 일부 재검토가 필요할 것으로 보인다.⁵⁷⁷⁾ “노동운동이나 그밖에”를 삭제하는 것에는 별다른 문제점이 없지만, “근무시간 중에는”이라는 문구를 추가하는 것은 “근무시간 외에는” 아무런 제한을 받지 않는다는 반대해석이 가능하기 때문에 상당한 논란을 야기할 것으로 보이는 것이다.⁵⁷⁸⁾

셋째, 제1안에서는 국가공무원법 제65조 제1항(지방공무원법 제57조 제1항)의 개정 제안에 상응하여 공무원노조법 제4조를 개정하여 정치활동에 대한 금지의 원칙적 폐지를 제안⁵⁷⁹⁾하고 있다.

575) 예컨대 정치인 후원회의 가입에 관한 금지가 개정되지 않은 상태에서는 이 조항이 체계상의 혼란을 가져올 수 있으며, 설령 현시점에서 정당 이외의 정치단체들이 큰 문제가 되지 않는다 하더라도 앞으로 그러한 정치단체가 생길 가능성이 있으며, 그러한 단체에의 가입은 -정당 가입과는 달리- 공무원의 정치적 중립성을 해치지 않는다고 단언하기 어려운 것이다.

576) **현행 국가공무원법 제66조 제1항**(지방공무원법 제58조 제1항):
공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

제2안의 국가공무원법 제66조 제1항(지방공무원법 제58조 제1항):
공무원은 근무시간 중에는 정당한 노동조합 활동 이외에 공익 목적에 반하거나 직무집행을 해태하는 집단 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

577) 제1안에서는 국가공무원법 제66조 제1항(지방공무원법 제58조 제1항)에 대하여 개정의견이 없었다.

578) 개정안 제66조 제1항의 반대해석을 통하여 근무시간 외에는 공익목적에 반하는 집단행위도 가능하다고 주장할 소지도 있다. 이를 떠나서도 집단행위의 금지와 관련하여 근무시간이라는 요소 이외에 근무장소도 중요하며, 그밖에 국민들이 직무집행중인 공무원으로 인식할 수 있는 경우의 문제점도 간과할 수 없다.

반면에 제2안에서는 공무원노조법 제4조를 개정하여 “국가공무원법 또는 다른 법률에 따라 공무원에게 금지되는” 정치운동을 금지할 것을 대안으로 제시⁵⁸⁰⁾하고 있다. 제1안의 문제점은 정당 가입의 허용과 마찬가지로의 맥락에서 지적될 수 있으며, 제2안에 대해서는 개인으로서 정치적 기본권을 행사하는 것과 노조가 정치적 기본권을 행사하는 것에는 파급효의 차이가 있으며, 그로 인하여 양자의 제한 기준 또한 달라질 수 있다⁵⁸¹⁾는 점을 고려하지 않고

579) **현행 공무원노조법 제4조:**

노동조합과 그 조합원은 정치활동을 하여서는 아니 된다.

제1안의 공무원노조법 제4조:

다음 각 호에 해당하는 조합원은 정치활동을 하여서는 아니 된다.

1. 공무원의 지위를 이용하여 정치활동을 하는 경우
2. 상시 업무의 주된 내용이 선거에 영향을 미칠 수 있는 공무원의 경우

580) **제2안의 공무원노조법 제4조:**

노동조합은 「국가공무원법」 또는 다른 법률에 따라 공무원에게 금지되는 정치운동을 하여서는 아니 된다.

581) 공직선거법 제87조에서 단체에 대한 선거운동의 금지는 개인의 경우보다 훨씬 포괄적임을 확인할 수 있으며, 이는 단체의 선거운동이 가지는 파급효가 개인보다 훨씬 크기 때문이다.

공직선거법 제87조(단체의 선거운동금지)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·단체(그 대표자와 임직원 또는 구성원을 포함한다)는 그 기관·단체의 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.

1. 국가·지방자치단체
2. 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 기관·단체
3. 향우회·종친회·동창회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적모임
4. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)
5. 법령에 의하여 정치활동이나 공직선거에의 관여가 금지된 단체
6. 후보자 또는 후보자의 가족(이하 이 항에서 “후보자등”이라 한다)이 임원으로 있거나, 후보자등의 재산을 출연하여 설립하거나, 후보자등이 운영경비를 부담하거나 관계법규나 규약에 의하여 의사결정에 실질적으로 영향력을 행사하는 기관·단체
7. 삭제
8. 구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 자로 이루어진 기관·

금지대상을 조합원이 아닌 노동조합으로 한정시킨 것에 대한 비판이 가능할 것이다.

비록 제1안과 제2안의 개별적인 내용에 대하여 비판을 가해 보았지만, 공무원의 정치적 기본권이 확대되어야 한다는 당위에 대해서는 이론(異論)의 여지가 없다. 단지 그 시기와 방법, 정도만이 문제일 뿐이다. 그렇다고 이를 서두르는 것이 최선은 아닌 것처럼, 최대한의 보장을 급진적으로 실현하고자 하는 것은 오히려 성공가능성을 낮추게 될 수 있다.

민주국가에서 새로운 변화는 항시 국민의 이해와 지지에 기초하여야 하면, 국민생활에 직접적인 영향을 미치는 변화일수록 그 필요성은 더욱 크다. 공무원의 정치적 기본권 확대에 대한 국민의 지지와 이해는 지금도 부족하지 않을 것이지만, 그 대가로 치르게 될 수 있는 엽관제의 우려 등에 대한 국민의 평가는 어떠한가, 그러한 위험을 감수할 정도의 지지와 이해가 전제되고 있는지가 문제인 것이다.

아무리 공무원의 정치적 기본권의 확대가 바람직하다 하더라도 이를 위한 전제조건으로서 사적인 정치적 입장과는 무관하게 공직수행의 객관성과 공정성을 담보하는 공직문화가 확보되지 않은 상태에서 국민의 희생을 담보로 새로운 제도를 급진적으로 도입하는 것은 무책임하다는 비판을 면하기 어려울 것이며, 입법형성권의 한계와 관련한 또 다른 문제를 낳게 될 것이다.

지금까지 헌법재판소는 수많은 결정을 통하여 입법자가 지나치게 급진적인 입법을 하는 것에 위헌결정을 내림으로써 제동을 걸기도 하였고, 지나치게 변화를 인정하지 않으려는 보수적 태도에 대해 헌법불합치결정으로 새로운 입법을 촉구하기도 하였다. 그러

단체

② 누구든지 선거에 있어서 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 선거운동을 위하여 연구소·동우회·향우회·산악회·조기축구회, 정당의 외곽단체 등 그 명칭이나 표방하는 목적 여하를 불문하고 사조직 기타 단체를 설립하거나 설치할 수 없다.

나 공무원의 정치적 기본권 보장의 문제에 있어서는 입법자와 헌법재판소의 상호존중이라는 대원칙이 최대한 지켜질 수 있도록 입법자가 지나치게 급진적인 입법도, 과도한 보수적 태도도 아닌, 이상과 현실의 조화점을 슬기롭게 찾아내기를 기대한다.

그리고 이 연구보고서가 공무원의 정치적 기본권 문제에 관한 앞으로의 법실무 및 법이론적 검토에 작은 도움이 될 수 있기를 바란다.

<참고문헌>

1. 국내문헌

- 고영휘, “한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구”, 전남대학교 행정대학원, 1999.
- 계희열, 『헌법학(중)』, 2007.
- 국회 법제사법위원회, 『한국헌법의 권력구조와 검찰의 정치적 중립성』, 2009.
- 김광수, “공무원과 기본권”, 『서강법학』 제10권 제1호, 2008.
- 김기재, “직업공무원제와 공무원의 기본권제한”, 『영산법률논총』 제6권 제1호, 2009.
- 김민진, “정치자금제도와 정당정치 -미, 영, 독, 일 4개국 비교연구-”, 『한국정당학회보』 제2권 제1호, 2003.
- 김백영, “판결비판과 사법권 독립”, 법률신문 3815호(2010. 2)
- 김백유, “공법상 소위 특별권력관계이론 -이론·기본권제한 및 사법적 구제론의 현대적 조명”, 『한성대 사회과학논집』 제15집 제2호, 2002.
- 김범철, “정치자금(후원금·기탁금)기부 활성화 방안”, 『선거논단』 제3호, 2005.
- 김병로, “사법권독립과 법관의 자세, 사법민주화과제”, 『사법민주화를 위한 법조실무 및 연구논문집』 제2호, 2010.
- 김선주, “한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구”, 경상대학교 행정대학원, 2002.
- 김수진, “독일 공무원관련법 개정에 따른 직업공무원제의 도전에

- 관한 연구”, 『공법연구』 제40집 제2호, 2011.
- 김연식, “우리 헌법에 있어서 공무원노동조합의 정치적 의사표현 자유와 공무원 제도에 대한 기능주의적 이해”, 『경희법학』 제45권 제2호, 2010.
- 김영우, “프랑스 공무원제도의 경직성과 유연성: 주변국과의 비교 연구”, 『한국행정학보』 제36권 제1호, 2002.
- 김태형, “법관의 회피-소셜미디어 사용을 중심으로”, 『사법』17호, 2011.
- 노기호, “교육의 정치적 중립성과 초·중등교원의 정치적 권리의 제한: 헌법재판소 2001헌마710결정과 관련하여”, 『인권과 정의』 340호, 2004.
- 류시조, “대통령의 정치활동의 범위와 한계”, 『공법학연구』 제10권 제1호, 2009.
- 명재진, “미국 공무원제도와 공무원 기본권”, 『미국헌법연구』 제19권 제2호, 2008.
- 문현웅, “전교조 시국선언 사건 대법원 확정판결에 대하여”, 『민주사회를 위한 변론 100호』제5/6호, 2012.
- 박정훈, “행정관례 반세기 회고”, 『행정관례연구』 11집, 2006.
- 박응격, “각국의 공무원 정치중립제도”, 『지방행정』 41권 469호, 1992.
- 박천오, “공무원의 정치적 중립: 의미와 인식”, 『행정논총』 제49권 제4호, 2011.
- 방영철, 『공무원의 직무상 위법한 부작위로 인한 국가배상책임: 배상요건의 문제점 및 입법론을 중심으로』, 한양대학교, 2001.
- 송기춘, “군인의 인권보장을 위한 기본원칙과 방향”, 『민주법학』통권 42호, 2010.

- 송석윤, 『헌법과 정치』, 경인문화사, 2007.
- 송영달, “공무원의 기본권에 관한 연구 -미국의 헛취법을 중심으로-”, 『한국행정학보』 제6권, 1972.
- 신명수, “한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구”, 단국대학교 행정대학원, 1994.
- 신인수, “교사 공무원의 시민권”, 『노동법률』, 2012.
- 안주열, “공무원의 정치적 중립성에 관한 헌법적 고찰”, 『한국자치행정학보』 제23권 제2호, 2009.
- 오동석, “교사의 정치적 기본권”, 『민주법학』 제44호, 2010.
- 원준호, “독일 공공부문 직원협의회와 노동조합의 구조와 기능: 종사원노동조합의 단체협약, 공무원단체의 공무원정책 참여, 그리고 직원협의회와의 근무협정을 중심으로”, 『한독사회과학논총』 제19권 제4호, 2009.
- 유각근, “비교법적 관점에서 본 공무원노조의 정치활동”, 『노동법논총』 제20집, 2010.
- , 공무원 “노동조합의 정치활동 범위와 한계”, 『노동법학』 제36호, 2010.
- 윤재만, “사회국가원리의 이론적 근거 및 실현방법론”, 『공법학연구』 제12권 제3호, 2011.
- 이계수, “공무원의 정치운동금지의무에 대한 비판적 고찰”, 『민주법학』 제29호, 2005.
- 이관희, “개정 정치자금법의 특징적 내용과 평가”, 『치안문제』 제188호, 2004.
- 이덕연, “헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심”, 『공법연구』 제38집 제2호, 2009.
- 이동흡, “뇌물죄에 있어서의 뇌물과 직무관련성”, 『재판자료』 50집, 1990.

- 이상수, “사법권 독립과 법관의 직무평가”, 『민주법학』 통권 41호, 2009.
- 이상안, “공무원의 정치활동, 어떻게 볼 것인가 -정치활동 반대의 논리-”, 『공무원의 정치활동, 어떻게 볼 것인가』(정부혁신 포럼 제17회), 2004.
- 이상윤, 『공무원 인사제도론』, 대왕사, 2000.
- 이정희, “영국노동당과 노동조합 -정치자금을 중심으로-”, 『국제노동브리프』 제8권 제9호, 2010.
- 이종수, “공무원·교원의 정치적 기본권 보장”, 『공무원·교원의 정치적 기본권 보장 및 경찰의 공무원노조·전교조에 대한 수사의 문제점 토론회』(민주사회를 위한 변호사모임/강기정·이정희·유원일·조승수 의원실 공동주최), 2010.2.4.
- , “공무원·교원의 정치적 기본권이 지닌 헌법적 의미와 한계”, 『연세 공공거버넌스와법』 제1권 제2호, 2010.
- , “공무원은 특정정당의 봉사자 아니다”, 한겨레 2012-02-22.
- , “공무원법의 헌법적 조망”, 『헌법의 규범력과 법질서: 정천허영박사 정년기념논문집』, 박영사, 2002 .
- 이진현, “공무원의 정치적 중립에 관한 연구”, 광주대학교 산업대학원, 2009.
- 이철국, “전교조는 현실이다”, 『인권과정의』161호, 1990.
- 임재홍, “공무원의 정치적 중립의무 비판 — 미국 공무원법제와의 비교법적 검토 —”, 『민주법학』 제32호, 2006.
- , “교원 정치 권리 제약은 냉전과 독재의 산물”, 『우리교육』, 2006.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2012.

- , 『국가조직론』, 홍문사, 2005.
- , “공무원의 정치활동, 어떻게 볼 것인가 -정치활동 찬성의 논리-”, 『공무원의 정치활동, 어떻게 볼 것인가』(정부혁신 포럼 제17회), 2004.
- , “공무원의 정치적 기본권-보장 범위의 확대와 그 전제조건-”, 『안암법학』 37호, 2012.
- , “공무원의 선거중립의무, 왜 필요한가”, 『공직선거법과 대통령 중립의무』(이광철 의원실 주최), 2007.7.4.
- 장철준, “교원 및 교원단체의 표현의 자유: 교육의 정치적 중립성과 공익의 관계를 중심으로”, 『언론과법』 제10권 제1호, 2001.
- 전용주·서영조, “개정 정치자금법에 대한 비판적 논의와 정책 대안 -정치자금 기부규제를 중심으로-”, 『국가전략』 제11권 제1호, 2005.
- 전학선, “프랑스의 고위공직자에 요구되는 청렴서 도덕성의 기준”, 『공법학연구』 제9권 제3호, 2008.
- 정극원, “한국헌법과 독일기본법상 공무원임면권”, 『유럽헌법학회 연구논집』 제4호, 2008.
- 정봉현, “한국공무원의 정치적 중립제도에 관한 연구”, 동국대학교 행정대학원, 1992.
- 정영태, “공무원의 정치적 자유에 대한 국제협약과 외국사례”, 『교사·공무원의 정치적 표현의 자유 토론회』(김재윤·홍희덕 의원실 공동주최), 2009.
- , “공무원의 정치적 자유에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『한국정치연구』 제19집 제1호, 2010.
- , “초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『인하대 교육문화연구』 제16권 제2호, 2010.

- 정재명·최승제, “공무원의 정치참여에 관한 연구 -공무원들의 인식을 중심으로-”, 『한국행정논집』 제22권 제2호, 2010.
- 정재명, 김동원, 김영우, 정창화, “공무원 노사협의제도의 국가 간 비교연구: 미국, 영국, 프랑스, 독일, 스웨덴을 중심으로”, 『지방정부연구』, 제13권 제1호, 2009.
- 정재학, “反전교조 왜 필요한가”, 『헌정』통권 291호, 2006.
- 정창화, “독일 공무원 노사관계에 관한 연구”, 『한독사회과학논총』 제20권 제1호, 2010.
- 조재현, “공무원의 정치적 중립성과 선거중립의무”, 『인권과정의』 통권385호, 2008.
- 조용만, “프랑스 공무원의 노동기본권”, 『노동법학』 제13호, 2001.
- 지성우, “독일정당의 재정제도에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제37집 제1호, 2007.
- 차경엽, 『적극행정 면책제도 운영 개선방안 연구』, 2011.
- 차진아, “사회국가적 요청과 과세”, 『헌법학연구』 제11권 제2호, 2005.
- , “사회적 평등의 의미와 실현구조”, 『안암법학』제21호, 2005.
- 채준호, “영국 공무원 단체교섭제도의 한국적 함의”, 『산업관계연구』제20권 제4호, 2010.
- 천정배, “검찰·경찰의 정치적 중립제도화 방안”, 『새정치국민회의 정책논단』 제1호, 1996.
- 최영출, “영국공무원의 정치화”, 『정부학연구』 제6권 제2호, 2000.
- , “최근 영국 공무원의 분류체계의 동향과 시사점”, 『한국토지행정학회보』 제7호, 2000.
- 최종술, “역대정부의 경찰정책과 이명박정부의 경찰정책과제”, 『한국자치행정학회보』 제22권 제2호, 2008.

- 하재룡, “미국공무원노조의 미래: 미국 공무원노조의 역사적 발전 과정을 통해 미리보기”, 『한국행정사학지』, 2009.
- 한건우, “프랑스 공무원의 정치적 표현의 자유와 노동기본권”, 『공법연구』 제40집 제3호, 2012.
- 한건우, “공무원의 정치적 중립과 정치활동의 제한”, 『연세 공공거버넌스와 법』 제2권 제1호, 2011.
- 한인근, “영미 고위공무원단 설립의 역사적 배경에 관한 연구”, 『한국인사행정학회보』 제9권 제1호, 2010.
- 행정안전부, 『공직선거법 등에 따른 공무원이 지켜야 할 행위기준: 공직선거법·정당법·정치자금법 관련』, 2010.2.
- 행정안전부, 『외국의 공무원 노사관계 -독일·프랑스-』, 2010.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2012.
- _____, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2012.
- 허종렬, “공법상 특별권력관계이론과 헌법 제31조 제4항”, 『교육법학연구』 제7호, 1995.
- 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2007.

2. 영·미문헌

Arch T. Allen, III, "A Study In Separation Of Powers: Executive Power In North Carolina", 77 N.C. L. Rev. 2049 (1999)

Alexander De Becker, "The Legal Status Of Public Employees Or Public Servants: Comparing The Regulatory Frameworks In The United Kingdom, France, Belgium, And The Neth-Erlands", 32 Comp. Lab. L. & Pol'y J

949 (2011)

Scott J. Bloch, "The Judgment Of History: Faction, Political Machines, And The Hatch Act", 7 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 225 (2005)

Steven J. Eberhard, "The Need For The Hatch Act", 1 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 153 (1978)

Rafael Gely & Timothy D. Chandler, "Restricting Public Employees' Political Activities: Good Government Or Partisan Politics?", 37 Hous. L. Rev. 775 (2000)

Anthony T. Kovalchick, "Ending The Suppression: Why The Hatch Act Cannot Withstand Meaningful Constitutional Scrutiny", 30 W. New Eng. L. Rev. 419 (2008)

3. 독일문헌

Josef Isensee, Öffentlicher Dienst, in: E.Benda/W.Maihofer/H.-J. Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl., 1994, S.1527-1577.

Monika, Jachmann, Bonner Grundgesetz(Mangoldt/Klein/Starck) Bd.1, Franz Vahlen, 4. Aufl., 1999.

Wolfgang Langhorst, Beamtentum und Artikel 131 des Grundgesetzes, 1994.

Wolfgang Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhaeltnis zur öffentlichrechtlichen Sonderbindung, 1982.

Ludwig Wenninger, Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, 1982.