

공무원의 복종의무와 그 한계

—헌법 제7조와의 관계를 중심으로—

Public Officials' Duty of Obedience and its Limit

—Focusing on its Relations with Article 7 of Constitution of
the Republic of Korea—

우 미 형*

Woo, Mee-Hyung

목 차

- | | |
|-----------------------------------|--------------------------|
| I. 서 | IV. 미래 관료제의 지향과 정부조직 내부의 |
| II. 독일의 '이의제기'(Remonstrations)제도의 | 민주화 |
| 의의 | V. 결 |
| III. 우리나라 공무원의 복종의무의 한계 | |

인공지능 시대에 기계가 대체할 수 있는 '정형적인 업무'의 범위가 얼마만큼 폭넓을 것 인지는 아직 분명하지 않다. 그러나 이른바 제4차 혁명시대의 도래에 발맞추어 요구되는 공무원의 역량이 현재와는 질적으로 달라질 가능성에 대비해야 한다는 점은 분명하다. 향후 강화되어야 하는 공무원의 역량과 관련하여 본 논문에서는 특히 공무원 상호간의 협업 과 소통 능력의 중요성에 대해 강조하고자 한다. 급변하는 환경에서 관료제가 탄력적으로 대응하기 위해서는 공무원에게 보다 많은 자유와 책임을 부여해야하며, 조직 내 신속하고 탄력적인 의사결정이 이루어질 필요가 있다는 의견이 이미 예전부터 제시되어왔다. 그렇 다고 하여 막스 베버의 관료제 패러다임을 송두리째 벗어버리는 것이 정답은 아닐 것이다. 시대가 변해도 합리성과 예측가능성을 포함한 관료제가 가진 불변의 장점은 포기할 수 없 기 때문이다. 누군가 최종적으로 책임을 지고 의사결정을 해야 한다는 의미에서 계층제 또 한 완전히 포기하지 못할 것이다.

이처럼 공조직을 둘러싼 환경의 변화에 대응하는 관점 뿐 아니라 2016년 국정농단 사건

투고일 : 2017. 8. 30. / 심사의뢰일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 고려대학교 법학연구원 연구교수

Research Professor, Legal Research Institute of Korea University

에 대한 제도적 개선책을 살펴보아도 비슷한 결론에 이른다. 국정농단 사건은 국가공무원 법상 공무원의 핵심적인 두 개의 의무인 성실의무와 복종의무 중 계층제에 기반한 후자의 의무를 현실적으로 더 중요하게 받아들인 결과라고도 평가할 수 있다. 계층제를 전적으로 포기하기는 어렵지만 기계적이고 획일적인 조직은 탈피해야 할 것이다. 단적으로 말하자면 인공지능 시대에 대응하기 위해서도, 국정농단 사건의 교훈에 따라 조직을 개선하기 위해서도 의사결정 과정에서 협업과 소통의 강화는 필수적이다. 그런데 이때 조직문화의 변화를 기다리지 말고 법제도적인 해법을 먼저 강구해야 할 것이다. 이와 밀접한 관련이 있는 외국의 입법례 중에 독일의 ‘이의제기’(Remonstrations)제도가 있다. 동 제도는 일차적으로 공무원의 책임 면제를 위한 요건을 규정한 것으로 이해될 수 있지만, 그 실체는 공무원 상호간의 소통과 협업의 중요성을 강조한 것이며 이는 나아가 국가전체의 공익을 추구해야 하는 공무원의 의무로, 즉 우리 헌법상 국민전체의 봉사자로서의 공무원의 의무로 이어지는 제도이다.

향후 우리나라 국가공무원법은 공무원의 복종의무의 한계를 단순히 공무원의 책임 제한과 관련짓는 범위를 넘어서 공무원의 일차적이자 가장 중요한 임무인 국민전체에 대한 봉사자로서 공익을 추구하는 공무원의 의무를 실제 적극적으로 수행할 수 있는 규정도 포함해야 한다. 그리고 그 핵심은 위계적 조직 안에서도 공무원 상호간 자유로운 의견개진과 소통을 통한 협업이 가능하도록 하는 것이다.

[주제어] 이의제기(Remonstrations)제도, 공무원의 복종의무, 공무원의 성실의무, 미래관료제, 복종의무의 한계, 공무원간 소통

I. 서

인공지능 시대에 기계가 대체할 수 있는 ‘정형적인 업무’의 범위가 얼마만큼 폭넓을 것인지는 아직 분명하지 않다. 그러나 이른바 제4차 혁명시대의 도래에 발맞추어 요구되는 공무원의 역량이 현재와는 질적으로 달라질 가능성에 대비할 필요가 있다. 이와 관련하여 본 논문에서는 특히 공무원 상호간의 협업과 소통의 중요성에 대해 강조하고자 한다.¹⁾ 이미 예전부터 급변하는 환경에 관료제가 탄력적으로 대응하기 위해서는 공무원에게 보다 많은 자유와 책임을 부여해야하며, 조직 내 신속하고 탄력적인 의사결정이 이루어질 필요가 있다는 의견이 제시되어왔다. 그러나 막스 베버의 관료제 패러다임을 송두리째 벗어버리는 것이 정답은 아닐 것이다. 시대가 변해도 합리성과 예측가능성을 포함한 관료제가 가진 불변의 장점은 포기할 수 없기 때문이다.²⁾ 누군가 책임을 지고

1) 미래에 요구되는 공무원의 역량에 대해서는 인사혁신추진위원회·인사혁신처, 인사비전 2045, 지식공감, 2016, 214-215쪽.

최종적인 의사결정을 해야 한다는 의미에서 계층제 또한 완전히 벗어나버리기는 어려울 것이다.

한편, 2016년 국정농단 사태의 여파는 여전히 진행 중이다. 관련 재판이 끝나지 않았고, 동 사태를 초래한 원인 및 그에 대한 해결책에 관한 논의도 아직 진행 중이다. 감사원은 국정농단 사건의 중심 부처인 문화체육관광부에 대한 감사를 실시하여 올해 6월 그 결과를 발표하였다.³⁾ 특히 여기에서 감사원은 공무원들이 상급자의 위법하거나 부당한 지시를 그대로 이행해 온 행태가 밝혀졌다고 지적하면서 해당 공무원에 대한 강력한 징계를 요구하였다. 상급자의 위법·부당한 지시를 거부할 공무원의 의무는 당연히 지켜지고 비난의 화살은 개개의 공무원에게 향하기 쉽다. 그러나 이번 국정농단 사건을 넘어 왜 잘못된 관행이 장기간 지속적으로 이루어질 수 있었는지를 이해하기 위해서는 먼저 관련 법제도에 대한 면밀한 고찰이 필수적이다. 나아가 국정농단 사건을 차치하고 서라도 인공지능으로 대표되는 이른바 제4차 산업혁명의 시대에서는 정부의 인사제도가 크게 변화할 것으로 예상된다. 그러나 분명한 것은 미래에도 결국 ‘사람’이 모든 문제를 해결한다는 점이다.

본 논문에서는 특히 공무원의 복종의무와 그 한계에 초점을 두고 다룬다. 복종의무는 일차적으로 헌법 제7조 제1항을 구체화한 성실의무의 한계 내에서 이해되어야 하며, 따라서 성실의무가 실제 공익에 부합하게 수행되려면 관료제 위계조직 내에서 원활한 의사소통이 필수적이라는 결론으로 이어진다.

이하에서는 먼저 독일의 ‘이의제기’(Remonstrations, 이하 ‘이의제기’라고 함)제도를 중심으로 독일공무원의 주된 의무에 대해 살펴보겠다(II). 또한 우리나라의 복종의무의 한계를 둘러싼 현재의 법제도를 고찰하고 독일의 제도와 비교한 다음, 향후 우리나라에도 독일의 이의제기제도를 참조하여 공무원의 복종의무의 한계를 도입할 때 고려해야 할 점에 대해 논한다(III). 마지막으로 미래 관료제의 바람직한 모습과 정부조직 내부의 원활한 의사소통 및 민주화의 중요성에 대해 강조하고자 한다(IV).

2) 인사혁신추진위원회·인사혁신처, 위의 책, 247-248쪽 참조.

3) 감사원, “감사 보고서-문화체육관광부 기관운영감사”, 2017.6. 참조, <https://www.bai.go.kr/bai/cop/bbs/detailBoardArticle.do?bbsId=BBSMSTR_100000000009&nttlId=117547&mdex=bai20&searchCnd=all_NTT_SJ_CN&searchWrde=&searchBgnDe=&searchEndDe=&searchYear=&pageIndex=3&recordCountPerPage=10>, 검색일: 2017.8.28.

II. 독일의 ‘이의제기’(Remonstrations)제도의 의의

1. 독일 연방공무원법상 공무원 의무의 개요

이의제기제도는 독일 연방공무원법 제63조에서 규정하고 있으나, 동 제도를 입체적으로 이해하기 위해서는 동법 상 공무원의 기본의무, 복종의무등과 함께 이의제기제도를 이해할 필요가 있다.⁴⁾ 동법 제60조 제1항 기본의무의 내용은 다음과 같다.

① 공무원은 일부가 아닌 전체 국민에 대해 봉사한다. 공무원은 그들의 임무를 불편부당하게 수행해야 하며 직무를 수행함에 있어 공익을 고려해야 한다. 공무원은 모든 행동에 있어 기본법상의 자유민주적 기본질서를 수호하고 그 유지를 보장해야 한다.

한편, 공무원의 복종의무를 규정한 제62조와 이의제기제도를 규정한 제63조는 아래와 같다.

제62조(복종의무)

① 공무원은 상관에게 의견을 제시하고 상관을 보좌해야 한다. 공무원은 직무상 명령을 수행하고 일반적 기준을 따라야 한다. 다만, 공무원이 특정 법조항에 근거하여 지시에 구속되지 않고 단지 법만을 따라야 하는 경우에는 이와 같은 복종의 의무가 적용되지 않는다.

제63조(합법성에 대한 책임)

① 공무원은 직무상 행위의 합법성과 관련하여 완전한 개인 책임을 진다.

② 직무상 명령의 합법성이 의심되면 공무원은 즉각 직속상관에게 그 점에 대해 주장해야 한다. 그럼에도 불구하고 명령이 유지되고 그 명령의 합법성에 대한 의심을 떨칠 수 없다면, 공무원은 직속상관의 상관 혹은 그 위의 상관에게 의견을 개진해야 한다. 그래도 여전히 직무명령이 유지되면 공무원은 이를 집행해야 하지만, 당해 명령의 집행에 대한 개인책임은 면책된다. 이는 명령된 행위가 인간의 존엄에 반하거나 형벌 혹은 질서벌의 대상이 되고, 공무원의 가벌 혹은 질서벌 대상 가능성을 인식한 경우에는 해당이 없다. 명령에 대한 (이의제기의) 확인은 신청이 있는 경우 문서로 해야 한다.

③ (임무를) 지체할 경우 위험이 존재하고 직속상관의 상관의 결정이 적시에 이루어질

4) 복종의무의 범위에 대한 규범적 검토시 공무원법상의 의무 전체를 연구의 대상으로 포섭해야 한다는 견해로는 이계수, “공무원의 복종의무의 내용 및 한계에 대한 규범적, 행정법사회학적 연구”, 민주법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009, 130쪽.

수 없다는 이유로 직속상관이 명령의 즉시 수행을 요구할 경우, 제2항의 제3문과 제4문이 준용된다.

연방공무원법상의 의견제시의무 및 보좌의무, 복종의무 그리고 행위에 대한 개인적 책임 및 이의제기제도로 이어지는 일련의 규정들은 서로 모순되어 보일 수도 있지만 이들은 유기적이고 종합적으로 이해할 수 있다. 이들 개별 조항들은 서로 상호 규정을 통해서만 제대로 파악할 수 있다.⁵⁾

1.1 의견제시의무와 이의제기제도

이의제기제도의 일차적인 의미는 임무의 수행과 관련한 공무원의 개인 책임을 제한한다는 것인데, 이와 가장 밀접하게 관련되는 조항은 상관에게 의견을 제시하고 보좌하는 의무이다. 동 의무는 구체적으로 특정한 조치가 범위반으로 의심되는지 여부 혹은 법목적에 부합하는지 여부와 일정한 조치에 대한 법적, 사실적 근거를 상관에게 제시할 의무 및 임무를 수행하는 데 있어 방해가 될 수 있는 요소 등을 보고할 의무로 구성된다.⁶⁾ 그리고 이중 특정한 조치의 위법성이 의심되는 경우에 이를 상관에게 보고하는 것은 이의제기를 구성하는 절차의 하나로 이해되며 이를 완수할 경우 결과적으로 일정한 개인 책임에서 면제되는 것이다.⁷⁾

의견제시의무와 보좌의무는 이의제기제도의 중요한 전제가 된다.⁸⁾ 의견제시와 보좌 의무는 수명공무원이 상관이 내린 조치가 과연 합목적적인지 또는 합법적인지 여부를 판단하고 상관에게 그 근거를 제시할 의무라고 할 수 있다. 다만 합목적성과 관련한 의견이 받아들여지지 않으면 수명공무원은 당해 명령을 따라야 한다.⁹⁾ 이때 의견제시의무 등은 단지 일방향적인 의무로 이해되어서는 안 된다. 상관이 부하직원의 견해를 능동적이고 적극적으로 받아들일 자세가 되어 있어야만 동 조항이 효과적으로 기능할 수 있다. 기본적으로 의견제시의무 등은 위계적 정부 조직 내부에서 열려있는 상호간의 의사소통과 최선의 임무를 수행하기 위한 임무주체의 인식을 전제로 한다. 사실 의견제

5) Timo Hebler, *Verwaltungspersonal*, Nomos Baden-Baden, 2008, S. 255.

6) Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 8. Aufl., C.H.Beck München, 2013, S. 231.

7) Helmut Schnellenbach, a.a.O., S. 231 Fn. 57

8) 이의제기에 있어서 합목적성에 대한 의심은 중요하지 않으나, 조연의무에 대해서는 합목적성도 고려대상이다. Vgl. Ulrich Battis, *Bundesbeamtenengesetz Kommentar*, 3.Aufl., C.H.Beck München, 2004, S. 556.

9) Ulrich Battis, a.a.O., S. 548.

시 의무 등이 법의 취지대로 기능한다면 상급자와 부하직원이 상호간 설득 과정을 통해 합의를 토대로 의사결정에 이를 수 있을 것이다. 즉, 더 이상 타당한 방식의 일방적인 명령이나 지시는 불필요해질 수 있다. 이러한 관점에서 상관의 일방적 지시는 합의에 이르지 못한 경우의 이차적 방법으로 이해할 수 있다.¹⁰⁾

1.2 복종의무와 이의제기제도

독일 연방공무원법 제62조의 복종의무를 관련 직무명령에 대한 수명공무원의 별도의 합법성 심사 없이 강제되는 것으로 이해할 경우 동법 제63조의 직무수행에 대한 개인 책임의 원칙과 충돌할 수 있다. 상관의 위법한 직무상 명령을 수행할 경우 행정상대방에 대한 행정행위 등도 위법해질 수 있는데 잠정적으로 동 행위 등에 대해 개인 책임을 지는 수명공무원이 이에 대하여 아무런 사전심사를 행할 수 없다면 이는 매우 가혹하다. 말하자면, 수명공무원은 최소한 상관의 직무상 명령의 위법성에 대해서는 심사할 권한과 의무가 있다고 볼 수 있다. 나아가 위에서 살펴본 바와 같이 독일 연방공무원법상의 의견제시의무가 상정하는 공무원상은 무조건 상관의 직무상 명령에 복종하는 공무원이 아니라 함께 결정에 참여하는 공무원이다. 동시에 관료제의 주요 특징인 계서제를 바탕으로 하는 복종의무는 공무원 상호간 소통절차의 이행을 전제로 존중되어야 한다. 이의 제기규정에서도 이의제기가 최종적으로 받아들여지지 않을 경우 상관의 명령에 복종해야 한다고 명시함으로써 공무원 개인의 책임과 복종의무 상호간의 긴장관계를 조정하고 있다.¹¹⁾

1.3 공무원의 합법성에 대한 책임과 이의제기제도

독일 연방공무원법 제63조 제1항에 따르면 기본적으로 공무원은 직무상 행위의 합법성에 대한 책임을 진다. 동 조항은 1873년 독일제국시절 이후 거의 변화 없이 이어지고 있다.¹²⁾ 공무원은 직무상 행위 이전에 당해 행위가 법에 적합한지 여부를 심사해야 한다. 이때 독일 기본법 제20조 제3항의 법 준수 의무 이외에도 관습법, 국제법의 일반원칙,

10) Timo Hebel, a.a.O., S. 259.

11) Timo Hebel, a.a.O., S. 260.

12) Lenders/Peters/Weber u.a., *Das Dienstrecht des Bundes Kommentar*, 2.Aufl., Luchterhand Köln, 2013, S. 258.

일반 헌법 원칙 등을 토대로 공무원은 상관의 직무상 명령이나 일반 기준의 합법성 뿐 아니라 법령 자체의 합법성, 법적 타당성 또한 심사해야 한다. 이러한 심사의무는 기본법 제33조의4의 기능유보로부터 유래한다. 심사의 범위는 직무관련 수행권한, 공무원의 경험과 기초지식에 따라 결정된다. 따라서 심사를 일정한 정도 이상으로 강제할 수는 없다.¹³⁾

독일 기본법 제20조 제3항 상의 법률과 법에의 구속은 헌법상 공무원의 규범 해석권을 보장하는데 이는 직업관료제의 공익수행의무와 정치적 중립성에 기여한다. 규범에 대한 해석을 토대로 하는 이의제기제도는 수명공무원의 형법상·징계법상·민사상 책임을 면하게 할 뿐만 아니라 법치국가의 명령과 나아가 민주원칙의 명령을 실현하도록 한다. 이처럼 민주법치국가의 이념에 맞닿아있는 이의제기는 공무원의 의무이자 권리라고 평가된다.¹⁴⁾

1.4 공무원의 공익추구의무와 이의제기제도

독일 연방공무원법 제60조 제1항은 공무원이 공익에 맞고 공정하게 임무를 수행할 의무를 규정하는데 이는 공무원이 직무상 행위에 대하여 온전히 개인 책임을 지는 것과 연결된다. 물론 공무원과 그 직무는 관료조직 안에서 복종의 의무를 지는 위계의 일부를 구성한다. 그럼에도 불구하고 공무원의 개인 책임은 법치국가에서 공무원법의 토대로 인정된다.¹⁵⁾

독일 기본법은 제33조 제5항에서 직업공무원제를 규정하고 있다. 여기서의 공무원은 관리직 공무원으로 공직에 종사하는 기타 피고용자(*Arbeitnehmer*)와는 다르다. 후자와 달리 관리직 공무원(이하 ‘공무원’)¹⁶⁾은 단순한 공직수행 의무를 넘어서 항상 최선을 다해 필요할 경우 평소의 근무시간을 넘어서까지 행정임무의 해결에 힘써야 한다.¹⁷⁾ 공무원 관계는 주고 받기식의 상호계약 관계에 기반하지 않는다. 공무원은 입법자가 이미 정한 임무의 범위 안에서 즉, 국가와 사회의 이익을 위해 정해진 임무를 수행한다.

13) Ulrich Battis, a.a.O., S. 553-554.

14) Ulrich Battis, a.a.O., S. 553.

15) Ulrich Battis, a.a.O., S. 553-554.

16) 우리나라의 공무원법은 관리직 공무원과 기타 공무원을 의무를 부여함에 있어 차별을 두지 않고 있다. 따라서 본 논문에서는 관리직 공무원을 특별히 구분하여 다루지 않는다.

17) Steffen Beilke, ... und fortzuentwickeln, 1. Aufl., Nomos Baden-Baden, 2011, S. 79.

그런데 법률과 법에 따른 임무의 범위는 매우 폭넓고 다양하여 이를 모두 입법에 반영하기는 쉽지 않다. 이를 공익 관점에서 실제 행정에 반영하기 위해서는 자유롭고 편향되지 않은 해석, 판단 능력을 가진 공무원의 가능성 있는 능력이 필요하다. 이를 할 수 있는 주체가 바로 ‘관리직’ 공무원이다.¹⁸⁾

합법성에 대한 판단을 전제로 하는 이의제기제도는 공익에 대한 판단과 직결된다. 직무상 명령이 합법적인지 여부가 다투어지는 경우의 대부분은 그 기준이 명확하지 않다는 것이다. 따라서 결국 합법성의 판단에 있어서도 공익 부합성이 중요한 고려 요소가 된다.

2. 이의제기제도

독일 연방공무원법 제63조의 법조문에 따르면 공무원은 직무상 명령의 합법성이 의심되면 즉각 직속상관에게 이를 주장해야 한다. 동 이의제기에 대한 내용은 일차적으로 공무원의 의무로 이해된다. 그러나 이 절차를 완료한 후에는 최종적으로 직무상 명령에 복종할 의무만 남을 뿐 수명공무원의 개인 책임이 면책된다. 다시 말해, 공무원은 일정한 절차적 요건을 준수하면 면책될 수 있는 권리를 가진다고 할 수 있다.¹⁹⁾

2.1 이의제기제도의 절차 및 요건

제1단계에서 수명공무원은 심사결과 직무상 명령의 합법성에 의심이 생겼을 경우 망설이지 않고, 다시 말해 망설임에 대해서도 책임을 물을 수 있는데, 이를 직속상관에게 의견을 개진해야 한다.²⁰⁾ 이러한 의무를 다하면 결과적으로 책임이 명령을 내린 또는 명령을 재차 승인한 상관에게로 넘어간다. 다만 직무상의 전문적인 명령과 직무상의 개인적인 명령, 즉 직무담당자로서의 공무원에 대한 명령인지 독자적 개인으로서의 공무원에 대한 명령인지를 구분해야한다. 이는 곧 대체로 당해 명령과 지시가 행정행위로 연결되는지 여부에 따라 결정된다. 이는 기본관계와 경영관계의 구별과도 연결된다.²¹⁾

18) Steffen Beilke, a.a.O., S. 79. 앞으로 우리나라의 공무원법도 관리직 공무원과 기타 공무원의 의무와 책임을 차별화하여 다루는 것이 필요하다고 생각된다. 직급과 직위에 따라 요구되는 역할과 능력이 다른 만큼 그에 대한 책임도 당연히 달라야 할 것이기 때문이다.

19) Ulrich Battis, a.a.O., S. 553.

20) Ulrich Battis, a.a.O., S. 554.

한편, 법위반이 의심된다는 것은 막연한 추측이나 단순한 법감정과는 다르고, 관련 법 근거 제시가 가능하고 중요한 사항에 대한 의심이어야 한다.²²⁾ 동 절차는 수명공무원이 제기한 의심을 직속상관이 받아들이거나 당해 직무상 명령이 철회되거나 아니면 오히려 수명공무원이 직속상관으로 부터 당해 명령의 적법성을 설득당하는 경우 종료된다. 이러한 구체적인 종료요건에 대해 독일 연방공무원법이 직접 규정하지는 않는다.²³⁾ 제2단계에서 직속상관이 수명공무원의 의견을 수용하지 않아서 당해 명령이 그대로 유지된 경우 수명공무원이 한 단계 더 높은 상관에게 한 번 더 의견을 제시한다.

이러한 절차에도 불구하고 제3단계에서는 공무원이 형법·질서법 및 인간의 존엄성 위반을 인식할 수 있었다면 여전히 공무원은 복종하면 안 된다. 그렇지 않을 경우 형법·징계법·민사법상의 책임을 질 수 있다. 그러나 헌법에 위반되는 명령에 대해서는 단지 그 위반이 명백하고 특별히 심각한 경우에만 복종 의무가 면제된다. 모든 위법한 명령은 동시에 헌법위반으로 이해될 수도 있으므로 이러한 제한은 타당하다.²⁴⁾

마지막 제3단계에서는 제2단계에도 불구하고 당해 명령이 그대로 유지되는 경우 수명공무원이 인간의 존엄을 침해하는 경우 등 특별한 경우를 제외하고는 다시 복종의 의무를 준수하도록 하고 동시에 개인 책임에서는 면제시킨다.²⁵⁾ 개인 책임 면제와 동시에 다시 복종의무를 부과함으로써 입법자가 수명공무원의 이익과 행정의 효과성을 동시에 고려했다고 이해할 수 있다. 수명공무원이 직무상 명령의 합법성에 대해 여전히 의심을 가지고 있더라도 이의제기절차 이후에는 결국 당해 명령을 수행한다는 점에서 행정의 계속성이 담보되지만 이로부터 개인의 책임은 면제되기 때문이다. 일견 이로써 수명공무원의 법적책임만 면제된 것으로 보일 수 있지만 이를 넘어서 수명공무원이 원래 의도했던, 즉 직무상 명령의 위법성을 수정하고 내리려 했던 결정에 대한 합법성 증명 부담 또한 함께 면제된다고 할 수 있다.²⁶⁾

반면, 제3단계의 세 가지 예외는 동 제도의 전체 구조와 자연스럽게 조화된다고 하기는 어렵다. 이미 수명공무원의 복종의무가 생겼는데 평가된 위법성이 인식가능 할 경우에는 다시 복종 의무가 적용되지 않는다고 하면서 세 가지 요건을 명시하는 것은 위계적

21) Ulrich Battis, a.a.O., S. 559-560.

22) Brinktrine/Schollendorf, a.a.O., BBG § 63.

23) Timo Hebeler, a.a.O., S. 260.

24) Ulrich Battis, a.a.O., S. 556-557.

25) Timo Hebeler, a.a.O., S. 260-261.

26) Timo Hebeler, a.a.O., S. 262.

질서에서의 의사결정에 대한 불신을 내포하고 있다. 입법자는 이의제기를 통해서도 행정활동의 합법성이 완전히 담보되기 어렵다는 점과 아주 중대한 범위만이 명백할 때, 즉 인식가능 할 때에는 예외로 해야 한다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그런데 이 부분은 전체 구조에서 일관되지도 않고 실제 적용될 가능성도 높지 않아 보인다. 일정한 직무상 명령에 대해 평가된 위법성이 의심될 때, 특히 두 명의 상관이 이미 그 위법성을 인식하지 못한 경우에 수명공무원만이 이를 명백히 알 수 있는 경우를 상정할 수 있을지 의심스럽다.²⁷⁾

마지막으로 즉시 직무상 명령을 수행해야 하는 경우는 그렇지 않을 경우 심각한 손해가 발생할 개연성이 있는 경우를 의미한다. 그리고 여기에 더해 상급자의 상관이 적시에 결정할 수 없다는 의미는 바로 즉시 수행해야 하거나 차상급자가 연락이 닿기 어려운 경우를 의미한다.²⁸⁾

전체적으로 이의제기제도는 수명공무원의 책임과 복종의무 상호간의 긴장관계를 알맞은 교량을 통해 적절히 해결한 것으로 볼 수 있다. 즉, 절차를 모두 거친 후 행위를 수행하는 의무의 부담은 수명공무원이 지게 하되, 그로부터 개인 책임은 면제시켰다. 동시에 이의제기제도는 독일 기본법 제20조 제3항의 법에 따른 행정을 제대로 구체화한 것으로 평가된다.²⁹⁾

2.2 직무상 명령의 합법성

직무상 명령이 명백히 위법한 경우는 흔치 않을 것이다. 오히려 그 위법성 여부가 명확하지 않은 경우가 대부분이다. 독일 연방공무원법의 복종의무와 책임조항은 일견 입법자가 공무원 개인의 책임과 복종의무를 서로 상반되는 의무로 이해하고 이를 전제로 단순하고 명백한 위법과 위법성이 의심되는 평가된 위법을 구분하였던 것으로 해석할 수도 있다. 이때 오로지 후자의 경우, 즉 평가된 위법의 경우에만 두 차례의 이의제기를 거친 후 복종의 의무에서 면제될 수 있고 그 밖의 대부분의 경우에는 여전히 복종의 의무가 우선하여 직무상 명령의 적법성은 복종의 의무에 후퇴하는 것으로 보일 수 있다. 그러나 입법자는 직무 행위의 합법성에 대한 책임과 복종의 의무를 결코 대립하는 의무

27) Vgl. Timo Hebler, a.a.O., S. 263.

28) Ulrich Battis, a.a.O., S. 557.

29) Timo Hebler, a.a.O., S. 263.

로 보지 않았다. 중요한 것은 입법자가 양 의무를 통해 결과적으로 하나의 목표, 즉 적법한 국가행위를 담보한다는 공통의 목표를 지향했다는 점이다. 독일 기본법 제20조 제3항의 관점에서도 합법성 의무에 앞서는 복종의 의무의 법적 의미를 도출해 내기는 쉽지 않다. 복종의 의무나 이의제기의무 모두 행정활동의 합법성을 보장하기 위함이라고 보는 것이 타당하다. 다시 말해, 이의를 제기하는 수명공무원이나 상급 공무원 양자 모두 이의제기절차의 구체적인 결과와 관계없이 합법적인 행정활동을 보장하는 것이 목적이다.³⁰⁾

그렇다면 직무상 명령의 합법성에 대한 판단에 있어 수명공무원과 상관의 의견 중 원칙적으로 일방의 의견이 타당하다고 평가할 수 있을까. 이를 결정할 수 있는 일반적이고 적용가능 한 기준은 찾기 어렵다. 결과적으로 이는 위계적 정부조직의 구조를 토대로 해결되어야 할 것이다. 이러한 사고가 이의제기 이후 복종의 의무를 부여하는 이의제기 절차의 제3단계에 반영되어 있다.³¹⁾

2.3 이의제기제도와 공무원의 권리

기본적으로 이의제기제도는 공무원의 권리를 보호하는 제도가 아니다. 일차적으로 국가내부의 의사결정과정에서 예상되는 상충되는 의견의 충돌을 해결하는 문제에 관한 것이다. 위계질서에 편입된 복종의무를 가진 공무원이 그의 권리를 침해당할지 여부는 본 제도의 관심사항이 아니다. 동 절차는 해당 직무 명령의 취소소송을 배제하고 있는데 이 또한 여기에 대한 반증일 수 있다.³²⁾

한편, 위법한 지시가 직무담당자로서의 신분을 넘어서 사인의 지위에도 영향을 미칠 경우 당해 공무원은 행정소송으로 이를 다룰 수 있다. 예를 들어, 공무원의 기본관계 다시 말해 채용계약관계에까지 영향을 미치는 상급자의 행위는 더 이상 직무상 명령이라고 할 수 없으며 따라서 공무원은 이를 행정소송으로 다룰 수 있다.³³⁾ 그러나 공무원의 복종의무가 면해지는 것은 아니다.³⁴⁾ 다만, 동 조항의 대상은 ‘직무상 명령’에 한정되므로 직무와 관련 없는 명령은 제외된다. 즉, 상급자가 저자인 책의 교정을 부하 직원에게

30) Timo Hebel, a.a.O., S. 261-262.

31) Timo Hebel, a.a.O., S. 262.

32) Ulrich Battis, a.a.O., S. 558.

33) Brinktrine/Schollendorf, a.a.O., BBG § 63.

34) Brinktrine/Schollendorf, a.a.O., BBG § 63.

지시하는 것은 직무상 명령이라고 할 수 없으며 이는 동시에 상급자의 직무의무위반에 해당된다.³⁵⁾

2.4 이의제기제도와 공무원의 외부책임

직무상의 행위가 시민에 대해서는 위법하더라도 수명공무원이 직무의무를 위반했다고 단정할 수는 없다. 정부조직 내부적으로 구속력 있는 직무명령을 토대로 직무상 의무에 걸맞게 수행된 공무원의 행위는 처벌할 수 없다. 당해 행위가 시민과 행정 사이, 즉 외부법적으로 위법한지는 여기에서 중요하지 않다. 일단 이의제기절차가 끝나고 서면으로 동 절차가 확인되면 공무원은 더 이상 해당 조치의 합법성을 판단할 권한과 의무에서 모두 벗어난다. 상관의 명령이 이의제기절차를 거쳐서 최종적으로 이행되었다고 하여 그 합법성을 다시 추정할 필요도 없다. 위계조직인 국가내부에서 상호 의견이 일치하지 않을 경우 원칙적으로 상관의 의견에 따르게 된다. 나아가 시민에 대하여 위법한 행위라고 하여 공무원에 대하여 시민이 적법한 방어권을 행사하거나 무조건 불복할 수 있는 것도 아니다. 독일 연방행정절차법 제43조 제2항 및 제3항에 따라 시민은 행정행위가 무효가 아닌 한 이에 구속되기 때문이다.³⁶⁾

3. 이의제기제도의 실효성

이의제기제도의 폭넓은 적용을 방해하는 주요요소들은 법적인 분쟁에 대한 것이 아니라 조직 내에서 각 역할을 담당하는 개별 지위에 대해 기대되는 역할에 대한 것이다. 사실 법학에서는 이러한 부분을 대체로 무시하지만 간과해서는 안 될 중요한 요소이다. 독일에서 이의제기절차를 활용하는 공무원은 매우 드물고 동 절차를 거치지 않았다고 해서 징계절차가 진행되는 경우는 사실상 없다. 사실 위계질서 하에서 상관의 법적 이해가 잘못되었으니 명령을 바꾸어 달라는 것을 기대하기는 어느 위계조직에서도 쉽지 않다. 이의제기제도가 위계적 질서를 일부 수정하면서 위계의 반대방향으로 힘을 싣는 것이라는 이해는 한계가 있다. 오히려 동 제도를 이용하는 수명공무원은 위계질서의 방해자로 드러나기 쉽고 상관도 일반적으로는 그렇게 이해할 것이다. 수명공무원이 상

35) Brinktrine/Schollendorf, a.a.O., BBG § 63.

36) Ulrich Battis, a.a.O., S. 555-556.

관의 지시권을 더 이상 존중하지 않고 그의 권위를 거부한다고 볼 것이기 때문이다. 말하자면, 수명공무원이 용기를 내어 이의제기절차를 거쳤을 때 이는 결국 자신의 개인의 이익에 반할 수 있음에도 이의를 제기했다고 보는 것이 옳다.³⁷⁾

그렇다면 이의제기제도는 무용하고 의미 없는 제도인가. 동 제도의 궁극적 목적은 법치행정의 구현으로 공익과 맞닿아 있으며 공익추구의 사명을 띤 공무원은 언제든지 동 제도를 활용할 가능성이 있다. 그러나 무엇보다 중요한 것은 상관과 수명공무원이 상호간 신뢰를 바탕으로 언제든지 명령의 실체적 내용과 공익 합치성 등에 대해 상호 비판적으로 의견을 교환할 수 있다는 점이다. 여기에서 동 제도의 본질을 찾을 수 있다.

4. 소결

독일 연방공무원법에서 이의제기제도는 공무원 책임의 면제와 관련한 조문에 규정되어 있지만, 위의 논의에서 살펴본 바와 같이 동 제도는 공무원의 의견제시와 보좌의무를 매개로 국민 전체의 봉사자로서의 공무원, 즉 공익을 위해 임무를 수행하는 공무원의 일차적 의무로 연결될 수 있다. 말하자면, 이의제기를 규정하는 조항은 최종적으로 이의 제기절차 이후 복종의무를 부담지우고 그에 따른 개인 책임을 면제시켰지만, 그 본질은 수명공무원이 직무상 명령이 위법하다는 근거를 상관에게 제시할 의무를 규정하고 있는 것이다. 다시 말해, 추상적인 공익을 담보하기 위한 법, 그리고 이에 근거하여 내려지는 구체적인 직무명령이 과연 법에 합치하는가에 대한 평가에 있어 수명공무원이 능동적이고 적극적인 의견표명을 해서 공익의 구체적인 형성과정에 참여해야 한다는 의미로 이해된다. 그리고 공무원 상호간 소통에 대해 직접 규정하고 있는 독일 연방공무원법상의 의견제시의무와 보좌의무는 그 전조항의 제3문, 즉 직무내외에서 존경받을만한 행동을 할 의무에서 비롯된 깊이 신뢰하며 협업할 의무라고 한다. 협업의 대상은 상관 뿐 아니라 동등한 지위 혹은 부하직원에게도 당연히 적용된다.³⁸⁾

37) Timo Hebel, a.a.O., S. 264.

38) Ulrich Battis, a.a.O., S. 548.

III. 우리나라 공무원의 복종 의무의 한계

1. 국내법상 주요 공무원 의무의 개요

1.1 헌법

헌법 제7조 제1항은 공무원이 국민전체에 대한 봉사자라고 규정한다. “국민주권주의와 국민의 기본권보장을 양대 지주로 하고 있는 우리나라의 헌법이념상 공무원은 과거와 같이 집권자에게 충성관계나 관료적인 공리로서가 아니라 국민의 수임자로서 국민에게 봉사하는 것을 본래의 사명으로” 하는 것이 우리나라의 공무원이다.³⁹⁾ 나아가 “공무원은 그 임용주체가 궁극에는 주권자인 국민 또는 주민이기 때문에 국민 전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있고, 그가 담당한 업무가 국가 또는 공공단체의 공공적인 일이어서 특히 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성 등이 요구”⁴⁰⁾된다.

이어 헌법 제7조의 제2항은 직업공무원제도를 규정하고 있다.⁴¹⁾ 엽관제를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서의 직업공무원제가 필요하다. 나아가 직업공무원제는 제도적 보장을 통하여 모든 공무원으로 하여금 어떤 특정 정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니라 국민 전체에 대한 봉사자로 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 하는 제도이다.⁴²⁾

39) 헌법재판소 1993. 9. 27. 92헌바21 결정(합헌)

40) 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27등 결정, 국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원(합헌)

41) 독일의 기본법 제33조 제4항 및 제5항은 직업공무원제를 명시적으로 천명하고 있으나 우리나라의 헌법 제7조는 직업공무원제를 직접적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 우리 헌법이 직업공무원제를 채택했다는 점에 있어서는 학설·판례상 이견이 없다. 정호경, “공직가치 논의의 법적 함의와 문제점: 직업공무원제 및 공무원 법과의 관계를 중심으로”, 법학연구 제50호, 전북대학교 법학연구소, 2016, 341-342쪽.

42) 헌법재판소 1997. 4. 24. 95헌바48 결정, 구 지방공무원법 제2조 제3항 제2호 나목 등 위헌소원(합헌)

1.2 국가공무원법

1.2.1 성실의무

국가공무원법⁴³⁾은 국민 전체에 대한 봉사자로서 공공이익을 수행할 의무를 가진 헌법상 공무원의 의무를 구체화하고 있다.⁴⁴⁾ 먼저 동법 제56조는 공무원이 성실히 법령을 준수해야 한다고 규정하는데 이를 성실의무와 법령준수의무로 나뉘어 이해하기도 한다.⁴⁵⁾ 그러나 법치국가에서 성실히 법령을 준수할 의무를 굳이 성실의무와 법령준수의무로 나뉘어 생각할 필요는 없다. 글자 그대로 법의 테두리 안에서 성실히 국가의 이익, 즉 공익을 추구하는 것이 중요하다. 성실의무는 공무원의 의무의 원천이 되는 기본적인 의무⁴⁶⁾로, 각종의 개별적인 직무상의 의무는 물론이고 직무 외에서의 의무도 여기에서 나온다.⁴⁷⁾

1.2.2 복종의무

국가공무원법 제57조에 따르면 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다는 규정만 있고 위법·부당한 지시에 대한 거부 규정이 없다. 대법원 판례⁴⁸⁾에 따르면 소속 상관의 명백한⁴⁹⁾ 위법 내지 불법한 명령은 직무상 지시명령이라고 할 수 없으므로 하급자는 이에 따라야 할 의무는 없다. 직무명령에 대한 위반은 위법은 아니지만 복종의무의 위반으로 인한 징계사유가 된다. 직무명령이 적법·유효하기 위하여 형식적 요건으로서 첫째, 권한 있는 상관이 발한 것일 것, 둘째, 부하의 직무범위 내에 속한 사항일 것, 셋째, 부하에게 직무상 독립이 보장되어 있는 사항에 관한 것이 아닐 것, 넷째, 법정의 형식 절차가 있으면 이를 갖출 것이 요구되고, 실질적 요건으로 그 내용이 법령과 공익에 적합할 것 등이 요청된다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

43) 지방공무원법도 국가공무원법과 기본적으로 거의 유사한 복무규정을 두고 있다. 여기에서는 국가공무원법을 중심으로 살펴본다.

44) 성실의무를 일반적 의무·신분상의 의무로 볼 것인지 또는 직무상의 의무로 볼 것인지에 대해서는 견해가 나뉘어지지만 민주공화국에서의 성실의무는 주어진 직무와 관련하여 국민전체의 이익을 도모하라는 직무상의 의무로 보는 것이 타당하다. 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2009, 229쪽; 이계수, 앞의 논문, 131쪽 참조.

45) 김동희, 행정법 II 제19판, 박영사, 2013, 170쪽.

46) 김동희, 위의 책, 170쪽; 대법원 1989. 5. 23. 선고 88누3161 판결.

47) 대법원 1997. 2. 11. 선고 96누2125 판결.

48) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결, 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결 등.

49) 대국민 처분 등과 달리 정부조직 내부의 직무명령의 실질적 요건에 명백성을 포함시키는 것은 설득력이 없다는 견해가 있다. 이계수, 앞의 논문, 139쪽 이하 참조.

형식적 요건의 불비는 외관상 명백한 경우가 대다수일 것이므로 수명공무원은 이를 심사하여 복종을 거부할 수 있다는 것이 다수 견해로 보인다.⁵²⁾ 문제는 실질적 요건이다. 실질적 요건의 심사 여부에 대해서도 견해가 갈리고⁵³⁾ 있는데 공무원의 심사권을 넘어서 심사할 의무가 있다고 보아야 한다. 헌법 제7조 제1항이 집단으로서의 공무원의 지위가 아닌 개개의 공무원의 지위를 규정한 것으로 본다면 모든 공무원은 지위 여하를 막론하고 당연히 직무상 명령의 공익 적합성 여부를 심사해야 한다. 물론 심사가 불가하다는 주장도 일견 설득력이 있다. 즉, 조직체의 효율적이고 통일적인 운영의 확보의 중요성을 강조하는 입장이다. 특히 오늘날과 같이 효율성이 공익을 구성하는 주된 요소로 인정되는 점을 고려하면 반대설의 입장에 설득력이 더해지는 것으로 보인다.

그러나 직업공무원제의 위계질서를 기반으로 하는 조직의 효율성과 행정의 합법성을 토대로 하는 공익은 등가의 원칙이라 볼 수 없다. 당연히 후자가 우월한 원칙이다. 나아가 반대설은 행정행위의 공정력과 같은 효력이 직무상 명령에 적용된다고 하지만,⁵⁴⁾ 이는 행정 내부에서의 의사결정 과정과 대외적 행정작용을 혼동한 결과이다. 위에서 살펴본 바와 같이 공무원의 조직내부적인 명령의 복종이 바로 외부적 행정작용으로 이어진다고 해서 양자의 위법성 또는 합법성의 판단이 일치하는 것은 아니다. 따라서 직무명령의 위법성이 중대하고 명백하지 않더라도 수명공무원은 합법성, 공익 합치성을 심사하여 직무상 명령의 수행을 거부할 수 있고 그래야 할 의무가 있다. 다만 판례에 따르면 거부를 했어야 하는 직무명령에 공무원이 복종하면 이에 대하여 징계책임, 민사책임, 형사책임 등을 져야 하는데,⁵⁵⁾ 아래에서 살펴볼 바와 같이 이를 단순히 적용하여 위법한 직무명령에 거부 의무를 부과하고, 이에 대해 공무원의 책임을 면하게 해주는데 그치는 입법안은 복종의무와 성실의무 및 법령준수의무 나아가 국민전체의 봉사자로서의 공무원의 의무와 권리의 관계를 전혀 잘못 이해한 것이다.

50) 김동희, 앞의 책, 171쪽.

51) 이러한 학설에 대해 직무명령의 형식적 요건과 실질적 요건의 구분 자체가 반드시 명확하다고 할 수 없으며, 실질적 요건 자체가 매우 추상적이어서 복종의무의 한계를 설정하는 기준으로 적절하지 않다는 견해가 있다. 이계수, 앞의 논문, 134쪽.

52) 김동희, 앞의 책, 171쪽.

53) 김동희, 위의 책, 172쪽.

54) 김동희, 위의 책, 172쪽 참조.

55) 대법원 1967. 2. 7. 선고 66누168 판결.

1.2.3 성실의무와 복종의무의 관계

위와 같은 공무원의 복종의무와 법령준수의무 및 성실의무는 일견 긴장관계에 있는 것으로 보인다. 그렇다면 두 가지의 의무는 원칙적으로 동등하고 상황에 따라 형량해야 하는 의무인가. 그렇게 볼 수는 없다. 관료제의 핵심 징표인 계서제는 공무원의 복종의무를 전제로 하지만 오늘날 계서제의 계속적 필요성에 대한 논의는 차치하고서라도 원래부터 계서제는 관료제의 합리성을 담보하기 위한 수단으로 이해되었다. 반면 공무원의 법령준수의무와 성실의무는 국민전체의 봉사자인 공무원이 공익추구의무가 구체화된 것이다. 따라서 후자의 의무에 대한 한계를 논할 수는 없어도 전자, 즉 복종의 의무에 대한 한계는 논의가 가능하고 또한 필요한 것이다.

1.3 기타 법령상 공무원의 복종의무와 그 한계

공무원 행동강령 제4조에 따르면 상급자가 자기 또는 타인의 부당한 이익을 위하여 공정한 직무수행을 현저하게 해치는 지시를 하였을 때에는 그 사유를 그 상급자에게 소명하고 지시에 따르지 아니하거나 행동강령책임관과 상담할 수 있는 등의 구체적 내용을 적시하고 있다. 동 대통령령과 “공무원 행동강령 운영지침”을 반영하기 위해 행정각부는 훈령 형식으로 소속 부처의 행동강령을 거의 유사하게 마련하고 있다. 예를 들어, 문화체육관광부 공무원 행동강령 제5조에 따르면 공무원은 상급자가 자기 또는 타인의 부당한 이익을 위하여 공정한 직무수행을 현저하게 해치는 지시를 하였을 때에는 그 상급자에게 소명하고 지시에 따르지 아니하거나 행동강령책임관과의 상담 등에 대해 규정하고 있는데 내용은 공무원 행동강령과 대동소이하다.

다만, 행동강령책임관의 지정과 관련하여 공무원 행동강령 제23조 제1항에 따르면 중앙행정기관의 장 등은 4급 이상의 공무원 또는 이에 상당하는 공무원을 행동강령책임관으로 임명해야한다. 그러나 2017년 8월 21일 현재 17개 중앙행정부처 중 누구도 감사담당 부서의 장을 행동강령책임관으로 임명하지 않고 있다. 또한 법무부, 문화체육관광부, 보건복지부 만이 행동강령 담당을 부처 홈페이지에 공지하고 있지만 이들 담당자는 모두 주무관으로 확인된다. 공정한 직무수행을 현저히 해치는 지시에 대해 상담하거나 필요할 경우 소속 기관의 장에게 보고할 수 있는 수 있는 권한을 가지는 역할을 주무관이 실효적으로 수행할 수 있기를 기대하기는 어렵다. 사실상 행동강령책임관 제도는 사문화된 제도이다.

2. 복종의무의 한계를 규정한 법안

2.1 개요

2017년 7월 현재 국회에 이와 관련된 두 개의 법안이 발의되어 있다. 먼저 2017년 1월 발의된 기동민 의원 대표 발의안은 국정농단 사태를 계기로 복종의 의무를 보다 명확히 개정해야 할 필요성이 높다고 하면서 국가공무원법 제57조에 “다만, 직무상 명령이 위법한 경우 복종을 거부하여야 하며 이로 인하여 어떠한 인사상 불이익 처분도 받지 아니한다.”는 내용의 단서를 추가하도록 했다. 특히 제안이유를 통해 복종의 의무의 한계는 헌법 제7조 제1항에도 위배될 수 있다고 하는데 이는 공무원의 법령준수의무가 곧 복종의 의무의 한계가 된다는 것으로 이해된다.

2017년 6월 박주민 의원 대표발의안인 국가공무원법 일부개정안은 동법 제57조의 직무상 명령을 구체화하여 “정당하고 구체적인 직무상 명령”에 대한 복종의무를 규정하고 있으며, 동 조항에 대한 단서로 “부당한 명령에 대해서는 거부할 수 있다”는 내용을 추가한다.

두 가지 법개정안의 가장 큰 차이점은 복종의 의무의 한계의 요건으로 직무상 명령이 위법해야 하는지 또는 부당한 명령에 대해서도 거부할 수 있는지 여부이다. 다시 말해, 직무상 명령의 위법성과 부당성의 동이에 대한 문제이다. 부당한 명령에 위법한 명령이 포함된다고 볼 수 있다고 한다면 복종의 의무가 제한되는 범위는 후자의 경우가 더 넓어 보인다. 그러나 양자 모두 “확정된” 위법성과 “확정된” 부당성이라고 할 수 없다면 실질적인 차이는 없다고 할 수 있다. 즉, 상관의 명령이 위법한지 또는 부당한지 여부는 다툼이 있을 경우 최종적인 법해석권한을 가진 법원이 유권적 해석을 하게 될 것이다. 따라서 두 가지 법안 모두 직무상 명령의 위법성이 의심되는 경우와 직무상 명령의 정당성이 의심되는 경우로 이해할 수 있다. 이때 제기되는 또 다른 의문은 과연 위법성 등에 대한 판단에 있어 과연 상급자의 판단보다 지시를 받는 공무원의 판단이 더 옳다는 점을 담보할 수 있는지 여부이다. 제19대 국회 안전행정위원회 법안심사소위원회에서는 “공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 정당한 사유가 없는 한 복종하여야 한다”라고 복종의 의무를 구체화하는 법안⁵⁶⁾을 심사하면서 위법·불법한 명령과

56) 국가공무원법 일부개정법률안(이명수 의원 대표발의, 의안번호 제1908212호). 이 법안은 제19대 국회 임기 만료로 폐기되었다.

부당한 명령의 경계가 모호할 수 있고, 이들의 판단 기준은 사회 환경의 변화에 따라 달라질 수 있으며, 구체적인 사안이 위법한 명령인지에 대한 최종 판단은 재판을 통해 이루어진다는 점을 고려할 필요가 있다는 논의⁵⁷⁾를 한 바 있다. 위의 기동민 의원 발의안에 대한 안전행정위원회 검토의견에서도 복종의 의무의 한계를 법률에 명시하는 것이 상징적인 차원에서 의미가 있을 수 있지만 직무상 명령의 위법 여부가 모호한 경우 공무원 개인의 주관적 판단에 따른 이행 여부 결정 또는 상호 의견 충돌·책임 관계 등의 다양한 문제가 발생하여 행정의 통일성·안정성 및 조직 관리의 효율성이 저하될 수 있다고 지적하고 있다.⁵⁸⁾

2.2 독일 제도와와의 비교

일견 독일의 제도와 위에서 소개한 두 개의 입법안은 위법성과 부당성의 차이를 차지한다면 상관의 위법 또는 부당한 명령에 대하여 복종의 의무를 면하게 해준다는 의미에서는 동일한 것처럼 보인다. 그러나 몇 가지 근본적인 차이가 존재한다.

첫째, 이의제기제도는 공무원 복종의무의 한계를 지움과 동시에 개인 책임의 제한과 관련하여 일차적인 의미를 가지지만, 위에서 살펴본 바와 같이 전체 국민에 대해 봉사하는 공무원의 일차적인 의무와 연결해서 이해해야 한다. 독일의 연방공무원법은 의무와 관련된 부분에서 첫 번째로 국민 전체에 대한 봉사자로서 공익을 추구할 공무원의 의무를 규정하고 있다. 이는 우리나라 헌법 제7조 제1항에 상응하는 것으로 이해할 수 있다. 우리나라 국가공무원법은 공익을 추구할 공무원의 의무를 동법 목적조항 이외에 별도로 명시하고 있지는 않으나 헌법 제7조 제1항은 동법 상 규정되어 있는 공무원의 양대 의무인 성실의무와 복종의무 중 법령을 준수할 의무가 복종의 의무와 동등한 의무가 아니라는 점의 근거가 된다고 생각된다. 법령 준수 의무가 합헌적, 합법적 법령 준수 의무라고 해석할 경우 특히 그러하다.

말하자면, 복종의 의무의 한계에 대한 상기 두 개의 입법안은 기동민 의원의 발의안에 대한 안전행정위원회 검토의견과 같이 상징적인 의미만 있을 것이라는 비판을 넘어서서

57) 제331회 국회(임시회) 안전행정위원회 제1차 법안심사소위원회(2015.2.23.) 회의록, 15-17쪽 요약 발췌.
 <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_HIC3R1W1H2C9T1M7Q2W5F0K4Z8A8L2>, 검색일 : 2017.8.28.

58) 박수철, “국가공무원법 일부개정법률안 검토보고서”, 2017.7, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_M117L0B1J1V3S1K1H3X4I3S1T3W0Z0>, 검색일: 2017.8.28, 19-22쪽.

공무원의 전체 의무와의 맥락에서 복종의무가 가지는 위치를 제대로 반영하지 못하고 있다.

둘째, 독일 연방공무원법은 이의제기절차가 모두 완료되어도 직무명령이 그대로 유지될 경우 복종의무가 적용된다고 규정하고 있다. 위에서 본 바와 같이 독일에서도 동 제도가 위계적인 정부조직에서 실제 활발하게 작동하고 있다고 보기는 어렵지만 그럼에도 불구하고 이 부분은 법령준수의무 및 공익추구의무와 복종의무 상호간의 조화를 최대한 추구하고자 입법자의 노력으로 이해된다. 위법하거나 부당한 명령에 대해 단순히 불복할 수 있다는 우리나라 국가공무원법의 개정안은 독일의 기존제도보다 활용가능성이 훨씬 낮아 보인다. 앞서 사문화되었다고 평가했던 공무원 행동강령 상의 행동강령 책임관제도도 공무원 의무의 양대 축이자 직업공무원제에 기반 한 복종의 의무에 대한 고려가 없었던 것이기에 책임관의 형식적인 임명부터 지켜지지 않고 사문화된 것으로 이해된다.

셋째, 이의제기제도는 공무원 책임을 넘어서 공직 사회 내부의 원활한 의사소통을 전제로 하며 이를 촉진하기 위한 제도로 이해된다. 우리나라 국가공무원법에는 독일 연방공무원법상 의견제시의무가 없다. 지방공무원법에서는 제49조에서 복종의무를 규정하면서 “이에 대한 의견을 진술할 수 있다.”는 점을 명시하고 있고 이는 1963년 지방공무원법이 제정되면서부터 포함되어 있었다. 국가공무원법에도 1949년 국가공무원법이 제정된 후 1963년 4월 17일 폐지제정 된 국가공무원법이 시행되기 전까지는 복종의 의무를 규정하면서 “의견을 진술할 수 있다”고 추가하고 있었다. 당시 이 부분이 왜 삭제되었는지에 대한 구체적인 근거는 찾기 어렵다. 추측컨대 동 규정이 아무런 실익이 없다는 이유로 삭제되었을 수 있다. 물론 의견진술, 의견제시는 명문의 규정이 없더라도 공익추구를 사명으로 하는 개개의 공무원이 당연히 그 권한 내에서 할 수 있다. 따라서 단순한 의견진술의 가능성을 규정하는 조항은 실제적 의미가 없다. 다만 국가공무원법이 제정될 당시 동법에 선언적이고 형식적이더라도 의견진술에 대한 복무규정이 포함된 것은 복종의무의 한계와 관련한 고민이 있었다고 설회할 수 있다. 위에서 본 바와 같이 독일의 이의제기제도는 위계적 조직 내에서 원활한 상호 소통과 협업을 전제로 한 제도라는 점에서 실제 활용도는 낮지만 제도의 의의는 적지 않다.

IV. 미래관료제의 지향과 정부조직 내부의 민주화

1. 이미 급변하는 환경에서 관료제가 탄력적으로 대응하기 어렵다는 지적이 있어왔으며 이를 극복하는 방법으로 새로운 서비스와 가치에 대한 국민의 기대에 부응하고 공무원에게 보다 많은 자유와 책임을 부여하며, 조직의 창의성이 개발되며, 신속하고 탄력적인 의사결정이 이루어지는 조직이 필요하다는 의견이 제시되었다. 그리고 실제 중앙부처에 도입되었던 관료제 조직의 보완 내지 대안 중 하나가 팀제였다. 2005년 3월 행정자치부가 처음으로 전면적인 팀제를 도입한 주요 배경 중에는 계층제 중심의 조직구조와 연공서열 위주의 인력운영이 혁신에 방해된다는 이유가 있었다. 그리고 결과적으로 팀제가 실패한 원인도 무늬만 팀제이고 전통적인 관료적 조직운영방식, 즉 계층제 중심의 조직 운영이 문제였다.⁵⁹⁾

2. 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이다. 구체적인 공적 결정에 있어 모든 국민을 만족시킬 수 있는 결정은 사실상 생각하기 어렵기 때문에 동 헌법규정은 “공무원은 대한민국 국민을 구성원으로 하는 대한민국의 공익에 대한 봉사자이다”라고 다시 쓸 수 있을 것이다. 그렇다면 개개의 행정결정에서 공익에 가장 봉사하는 결정은 항상 분명한가. 과거에도 무엇이 가장 공익에 봉사하는 지와 관련하여, 특히 그 결정의 사회적 파급효과 크거나 많은 주목을 받은 경우에는 의견의 일치를 있는 경우가 드물었다. 하물며 불확실성이 갈수록 심화되는 오늘날의 위험사회에서 공익적 판단을 내리기는 더욱 쉽지 않을 것이다. 그렇다면 공적 판단에 대한 책임을 기술의 발달을 전제로 시민들의 의견을 바탕으로, 즉 다수의 의견을 존중하여 판단하는 것이 옳을 것인가. 현재 원자력 발전의 운명을 결정지을 공론화위원회가 가동중이지만 과연 국가의 공익적 판단의 절차적 기초와 그 중요한 기준이 어떤 것이 되어야 하는지에 대해서는 여전히 갑론을박이 이어지고 있다. 국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원이 중요한 국가의 의사결정에 있어서 수동적으로 여론을 수렴하여 이를 결정에 반영하는 것에 머문다면 AI 시대 공무원의 역할에 대한 의문은 점증할 것이다. 그러나 기술이 아무리 발전하여도 주된 공익에 대한 판단은 국민 전체에 대한 봉사자인 공무원이 내려야 하고 동시에 공무원은 그에 응당한 책임을 져야 할 것이다.

3. 공적의사결정의 확실성은 낮아지고 국가임무에 대한 수요는 점증하는 시대에 있어

59) 박희봉, “정부기관 팀제 도입의 효과성 연구: 정부부처 공무원의 인식을 중심으로”, 한국정책연구 제9권 제3호, 경인행정학회, 2009.12, 427-428쪽 참조.

핵심은 공무원의 성실의무와 복종의무의 관계를 어떻게 풀어야 할지이다. 양자를 모순 없이 연결 지을 수 있는 매개는 행정내부의 민주화이다.⁶⁰⁾ 다시 말해, 정부조직 내 소통의 강화를 통한 민주이념의 내부화는 법이 추구하는 공익을 구체화하는 과정에서 구체적 임무의 공익적합성을 보다 담보할 수 있을 것이며 자발적이고 능동적인 복종을 가능케 할 것이다. 중요한 점은 내부적으로 민주화된 이상적인 공무원 집단이 존재할 수 있도록 하기 위해서는 행정문화 못지않게 법제도의 개선이 우선적이며 필수적이라는 것이다.⁶¹⁾

국가와 사회를 연결하는 행정이 오늘날과 같이 극도로 복잡한 사회에서 엄격하고 권위적인 위계조직에서 내부적으로 능동적이고 적극적인 토론 없이 상관의 결정이 우선한다면 아무리 외적으로 민주주의가 성숙해 나간다고 하여 진정한 공익에 가까워진다는 담보를 할 수 있을지 의문이다.

V. 결

실체적 공익에 대한 판단은 위계질서의 가장 최상단에 있는 상급자가 아닌 해당 직무를 가장 잘 수행할 수 있는 능력을 갖춘 자가 해야 할 것이다.⁶²⁾ 다만 공조직의 위계질서상 구체적인 사안마다 최적임자를 최종 결재권자로 삼는 것이 현실적이지도 효율적이지도 않으므로 결국 이와 관련한 논의는 공직 조직 내에서의 민주화, 즉 자유로운 토론과 의견교환에 토대를 둔 의사결정의 필요성으로 이어진다.

정부조직 내부의 민주화에 대한 중요성은 정책 환경의 불확실성이 커지고 공익에 합당한 정책의 결정 요소가 점차 복잡해지면서 더욱 중요하게 부각된다. 공무원 상호간의 원활한 의사소통이 중요한 이유는 정책의 수요자인 국민 다수의 견해가 항상 정답이 아니기 때문이기도 하다. 기술의 발전으로 개별적인 국민이 국가정책결정에 참여할 수 있다고 하여 모두가 각자의 이성적인 판단에 기초하여 독자적인 견해를 주장하는 것을 담보한다고 단언할 수는 없다. 이스라엘 전기자동차 업체 베타 플레이스의 창립자인 샤이 아가시(Shai Agassi)는 “대다수의 자유 전자는 가장 큰 중력의 중심으로 끌릴 것입니

60) 이계수, 앞의 논문, 153-154쪽 참조; 우미형, “조종의 주체로서의 행정에 관한 연구-청탁금지법의 부작용으로서 행정과 사인의 소통 장애의 극복을 위하여”, 행정법연구 제47호, 행정법이론실무학회, 2016, 112쪽 참조.

61) 이계수, 위의 논문, 157-159쪽 참조.

62) Helmut Schnellenbach, a.a.O., S. 290.

다.”라고 말했다.⁶³⁾ 가장 역동적인 플랫폼을 가진 회사들이 자유로운 개인들이 제공할 수 있는 엄청난 잠재적인 부를 가져갈 가능성이 높다는 것이다. 이를 사회 전체의 관점에서 이해하면, 인터넷과 기술의 발전이 자연스럽게 당연하게도 개인의 권리와 복지의 향상으로 이어지는 것이 아니라 오히려 부와 권력의 편중이 더 심하게 될 수 있다는 경고로 받아들일 수 있다. 공직사회에 대해서 이러한 견해는 어떤 시사점을 줄 수 있을까. 이른바 제4차 산업혁명시대에 국민전체의 공익 증진을 위해서는 국가의 역할이 그 어느 때보다 중요하다는 결론으로 이어질 수 있다. 그리고 공직사회 내부에서는 공익 적합성을 담보하기 위해 의사결정 과정에서 공직사회 구성원들 상호간에 보다 자유로운 의견 제시가 자유롭게 보장되어야 한다. 동시에 누군가는 결정을 해야 하고 책임의 소재 또한 분명해야 하기 때문에 위계적인 질서를 전적으로 포기할 수는 없다. 이것이 국가 전체의 공익을 지향하는 의의제기제도의 의의이다.

63) 돈 탭스코트, 앤서니 윌리엄스, 윤미나 옮김, 위키노믹스, 21세기북스, 2007, 328-329쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김동희, 행정법Ⅱ 제19판, 박영사, 2013.
- 김철용, 행정법Ⅱ, 박영사, 2009.
- 인사혁신추진위원회 · 인사혁신처, 인사비전 2045, 지식공감, 2016.
- 돈 탭스코트, 앤서니 윌리엄스, 윤미나 옮김, 위키노믹스, 21세기북스, 2007.
- Brinktrine/Schollendorf, *Beck Online-Kommentar Beamtenrecht Bund*, 8. Ed, C.H.Beck, 1.3.2017.
- Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 8. Aufl., C.H.Beck München, 2013.
- Lenders/Peters/Weber u.a., *Das Dienstrecht des Bundes Kommentar*, 2.Aufl., Luchterhand Köln, 2013.
- Steffen Beilke, ... *und fortzuentwickeln*, 1. Aufl., Nomos Baden-Baden, 2011.
- Timo Hebel, *Verwaltungspersonal*, Nomos Baden-Baden, 2008.
- Ulrich Battis, *Bundesbeamtengesetz Kommentar*, 3.Aufl., C.H.Beck München, 2004.

2. 학술지

- 박희봉, “정부기관 팀제 도입의 효과성 연구: 정부부처 공무원의 인식을 중심으로”, 한국 정책연구 제9권 제3호, 경인행정학회, 2009.12, 427-467쪽.
- 우미형, “조종의 주체로서의 행정에 관한 연구-청탁금지법의 부작용으로서 행정과 사인의 소통 장애의 극복을 위하여”, 행정법연구 제47호, 행정법이론실무학회, 2016, 91-116쪽.
- 이계수, “공무원의 복종의무의 내용 및 한계에 대한 규범적, 행정법사회학적 연구”, 민주 법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009, 125-171쪽.
- 정호경, “공직가치 논의의 법적 함의와 문제점- 직업공무원제 및 공무원법과의 관계를 중심으로”, 법학연구 제50호, 전북대학교 법학연구소, 2016, 333-354쪽.

3. 보고서 및 자료집

- 감사원, “감사 보고서-문화체육관광부 기관운영감사-”, 2017.6 참조, <https://www.bai.go.kr/bai/cop/bbs/detailBoardArticle.do?bbsId=BBSMSTR_100000000009&nttId=117547&mdex=bai20&searchCnd=all_NTT_SJ_CN&searchWrd=&searchBgndDe=&searchEndDe=&searchYear=&pageIndex=3&recordCountPerPage=10>, 검색일: 2017.8.28.
- 박수철, “국가공무원법 일부개정법률안 검토보고서”, 2017.7, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_M1I7L0B1J1V3S1K1H3X4I3S1T3W0Z0>, 검색일: 2017.8.28.
- 제331회국회(임시회) 안전행정위원회 제1차 법안심사소위원회(2015.2.23.) 회의록, <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_H1C3R1W1H2C9T1M7Q2W5F0K4Z8A8L2>, 검색일 : 2017.8.28.

[Abstract]

Public Officials' Duty of Obedience and its Limit

—Focusing on its Relations with Article 7 of Constitution of
the Republic of Korea—

Woo, Mee-Hyung*

It is not clear yet how wide range of 'typical task' will be replaced by machine in this AI era. However, there is some potential that public officials' capability could change qualitatively and we should prepare for it. In this thesis particularly focus is put on cooperation and communication between them. From before there has been suggested that public officials should have more room and responsibility and rapid and elastical decision-making be required for the bureaucracy. To get rid of traditional bureaucracy system is still not the answer. It has unchanging value including rationality and expectability. Hierarchy cannot be forgiven as well.

We could reach a similar conclusion when considering system improvement measure against monopoly of government affairs. This seems to be the very result that involved public officials put more weight on duty of obedience than that of good faith. In short, to cope with the coming AI era and to make present system better it is necessary to reinforce cooperation and communication inside of the government. As representative referential legislation case 'Remonstrance' of Germany could be held up. The essential point of this institution is putting importance on cooperation and communication in hierarchical governmental organization. This leads to the duty of serving the whole people as a public servant.

Future our State Public Officials Act should include related provisions to promote exercising their duties for common good as well as Remonstrance act as limiting their responsibilities. And the point is to let communication work inside hierarchical government systemetically.

[Key Words] Remonstrance, Duty of obedience, Duty of good faith, Future bureaucracy, Limit on the duty of obedience, Communication between public officials

* Research Professor, Legal Research Institute of Korea University