

공무원법상 직위해제의 문제점 및 개선방안

Research on Problems and Improvement Measures Regarding the Release from Position of Public Officials

임 성 훈*

Sunghoon Lim

목 차

- | | |
|----------------------------|-------------------|
| I. 들어가며 | IV. 직위해제 제도의 개선방안 |
| II. 직위해제에 관한 최근 대법원 판결의 분석 | V. 결론 |
| III. 영국 및 독일과의 비교법적 검토 | |

비위공무원에 대한 직위해제는 비위공무원에 대한 수사, 징계, 형사재판 기간 중에 그를 직무에서 배제함으로써 공직에 대한 신뢰를 확보하기 위한 ‘공직에 관한 위험방지’ 기능을 한다. 그렇지만 우리나라의 직위해제 제도는 단순히 직무에서 배제하는 효과만 발생하는 것이 아니라 최대 70%에 이르는 봉급 및 수당의 감액, 호봉승급 및 승진의 제한, 연가 및 연금 산정에서 재직기간 제외 등의 다양한 추가적 불이익이 발생한다. 이러한 불이익은 사후적으로 비위행위가 성립하지 않는 것으로 확정되는 경우(불송치, 불기소, 무죄판결, 징계위원회에서 징계하지 않기로 의결하거나, 소청심사나 행정소송에서 징계가 취소되는 경우)에는 회복되지만, 경징계만 이루어지거나 당연퇴직형이 아닌 가벼운 형만 선고되는 경우에는 중징계 또는 당연퇴직형의 경우와 동일하게 전혀 회복되지 않는 문제가 있다.

영국의 경우에는 공익 보호를 위해 필요한 경우에는 보수지급을 중단하거나 감액함 없이 직위해제가 넓게 인정되고, 보수지급이 없는 직위해제는 징계성 제재로 간주된다. 독일의 경우에도 3개월까지는 불가피한 직무상 이유라는 포괄적인 사유만으로 직무수행 금지가 인정되고, 봉급의 지급중지는 파면 선고가 예상되는 경우에 한하여 이루어지

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..54.249>

투고일: 2023. 3. 27. / 심사완료일: 2023. 4. 19. / 게재확정일: 2023. 4. 22.

* 법학박사, 서강대학교 법학전문대학원 부교수

Ph.D. in Law, Associate Professor, Sogang Law School

는데 이 경우에도 공무원에 대한 생활보장을 고려하여 지급중지 비율은 50% 범위 내에서 생계유지를 위하여 부업이나 다른 수익활동을 할 수밖에 없는 상황이 되지 않도록 정하도록 하고 있다.

영국 및 독일과 우리나라의 가장 큰 차이점은 직무배제와 추가적 불이익이 분리되어 운영된다는 점으로, 직위해제와 추가적 불이익이 결합함에 따라 우리나라에서는 공직에 관한 위험방지를 위하여 충분한 범위까지 직위해제가 확대되기 어렵고, 다른 한편으로는 직위해제로 인하여 발생한 추가적 불이익의 제재적 성격이 강하게 드러남에도 불구하고 그에 대한 사전 절차가 제대로 보장되지 않을 뿐만 아니라 직위해제 기관이 당연퇴직형이나 중징계 개연성에 대하여 잘못 판단하여 경징계 또는 가벼운 형만 선고 되는 경우 그로 인한 불이익을 공무원이 전적으로 부담하는 결과가 발생한다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 직무배제와 추가적 불이익을 분리하는 사고가 필요하다. 한편으로는 추가적 불이익 없는 직위해제를 인정하여 공직에 관한 위험방지를 위하여 충분한 범위에서 직위해제가 이루어지도록 하여야 한다. 다른 한편으로는 직위해제의 상대방인 공무원에 대한 적절한 권익보호를 위하여, ① 추가적 불이익을 부과하는 경우에는 공직 박탈의 개연성을 엄격하게 심사하도록 함과 동시에 이를 위하여 그에 대한 행정절차 보장을 강화하고, ② 직위해제 기관은 직위해제 및 추가적 불이익 부과와 타당성에 대하여 지속적인 재평가를 하면서 그와 동시에 해당 공무원에게 철회·변경 신청권을 인정하며, ③ 소청 및 행정소송에서는 처분 이후의 사정변경을 반영하여 직위해제 및 추가적 불이익에 대한 판단을 할 수 있도록 절차를 보완하고, ④ 최종적으로 당연퇴직형 또는 파면이나 해임으로 공직이 박탈되는 경우가 아니라면 추가적 불이익은 소급적으로 회복하여 주는 방향으로 직위해제 제도가 개선되어야 할 것이다.

[주제어] 직위해제, 징계, 당연퇴직형, 행정절차, 소청심사

I. 들어가며

공무원법상 직위해제 제도는 공무원에 대하여 일시적으로 직위를 부여하지 아니하여 직무에 종사하지 못하도록 하는 조치이다. 공무원의 비위행위에 대하여 직위해제가 이루어지는 경우가 많은데,¹⁾ 이는 대외적으로는 비위공무원을 직무에서 배제함으로써 공직에 대한 신뢰를 확보하고 대내적으로는 비위행위를 근절하고 공직기강을 확립하는

1) 공무원의 비위행위와 관련하여 직위해제 대상이 되는 경우로 국가공무원법 제73조의3 제1항은 ① 중징계(파면, 해임, 강등, 정직) 의결 요구(제3호), ② 형사기소(약식명령 제외)(제4호), ③ 금품비위, 성범죄 등의 비위행위로 인하여 감사원 및 검찰·경찰 등 수사기관에서 조사나 수사 중인 자로서 비위의 정도가 중대하고 이로 인하여 정상적인 업무수행을 기대하기 현저히 어려운 경우(제6호)를 규정하고 있다.

한편 비위공무원에 대하여는 징계나 형사처벌 전에 신속하게 제재적 조치를 하는 방편으로 활용된다.²⁾ 직위해제는 공무원이 계속 직무를 담당할 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위한 것이지만,³⁾ 그에 더하여 직위해제를 받은 공무원에 대한 다양한 불이익이 예정되어 있다. 직위해제 기간 중에는 봉급이 감액되고,⁴⁾ 각종 수당의 지급이 감액 또는 제외되며,⁵⁾ 직위해제 기간 동안에는 호봉 승급이 제한된다.⁶⁾ 직위해제 기간 중인 경우에는 승진임용이 제한되고,⁷⁾ 승진소요최저연수에도 포함되지 않는다.⁸⁾ 연가 일수를 산정하는 기초인 재직기간에 직위해제 기간은 산입되지 않고,⁹⁾ 공무원연금에서의 재직기간에서는 직위해제 기간의 1/2이 제외된다.¹⁰⁾¹¹⁾

직위해제 이후 형사재판에서 국가공무원법 제69조의 당연퇴직사유¹²⁾에 해당하는 형을 선고받거나 중징계처분을 받은 경우라면 해당 공무원이 추가적 불이익을 계속 감수하도록 하는 것에는 별다른 문제는 없어 보인다. 반면 직위해제 처분권자가 예상한 것과 달리 사후적으로 비위행위가 성립하지 않거나 또는 가벼운 형사벌 또는 징계가 이루어지는 경우가 발생하는 경우에도 추가적 불이익을 계속하여 감수하도록 하는 것이 타당인가? 이에 대하여는 현행 법제 및 판례 하에서는 다음과 같은 대응방안이 마련되어 있다.

2) 김성수, “국가공무원법 상 ‘직위해제’ 제도에 관한 소고”, 경희법학 제57권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2022, 14쪽.

3) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두5945 판결 참조.

4) 공무원보수규정 제29조 제3호에 따르면, 비위공무원으로서 국가공무원법 제73조의3 제1항 제3호, 제4호, 제6호가 적용되는 경우에는 봉급의 50%만 지급되고, 3개월 경과 후에는 30%만 지급된다. 이에 대하여는 재산권인 봉급청구권을 침해한다는 이유로 헌법소원심판이 청구되었으나 청구기간 도과로 각하된 바 있다 (헌법재판소 2020. 3. 17. 선고 2020헌마346 결정).

5) 「공무원 수당 등에 관한 규정」에 따르면, 정근수당(제7조 제2항), 관리업무수당(제17조 제2항)은 지급하지 않고, 정근수당 가산금(제7조 제3항), 가족수당(제10조 제9항), 자녀학비보조수당(제11조 제6항), 주택수당(제11조의2 제2항)은 봉급과 같은 비율로 감액된다. 특수지근무수당·위험근무수당·특수업무수당·업무대행수당·군법무관수당 및 실비변상도 지급되지 않는다(제19조 제5항).

6) 공무원보수규정 제14조 제1항.

7) 공무원임용령 제32조 제1항.

8) 공무원임용령 제31조 제2항.

9) 국가공무원 복무규정 제15조 제2항.

10) 공무원연금법 제25조 제5항.

11) 직위해제에 따른 ‘직무배제’ 이외에 부가되는 이러한 불이익을 이하에서는 ‘추가적 불이익’이라 한다.

12) 금고 이상의 실형, 금고형 이상의 집행유예, 직무와 관련된 횡령·배임에 대하여 300만원 이상의 벌금형, 성폭력범죄, 스토킹범죄, 정보통신망을 이용하여 음란물 또는 공포심이나 불안감을 유발하는 정보를 유통한 경우에는 100만원 이상의 벌금형을 선고받은 경우, 공무원의 뇌물에 관한 죄, 직무와 관련된 횡령·배임죄, 성폭력범죄, 스토킹범죄, 정보통신망을 이용하여 음란물 또는 공포심이나 불안감을 유발하는 정보를 유통한 경우에 대하여 금고형 이상의 선고유예를 받은 경우가 이에 해당한다.

첫째, 직위해제 사유와 관련하여 단순히 형사기소나 징계결 의결 요구가 있는 것만으로 직위해제가 정당화된다고 보지는 않는다. 판례는 당연퇴직사유에 해당하는 형을 선고받거나¹³⁾ 징계결 의결¹⁴⁾을 받을 고도의 개연성이 인정되지 않음에도 직위해제를 하는 것은 위법하다고 보고 있다.

둘째, 직위해제에 대하여는 행정절차법에 따른 사전통지 및 의견청취 절차는 적용되지 않으나, 구체적이고도 명확한 사실의 적시가 요구되는 처분사유 설명서의 교부 및 그에 대하여 사후적으로 소청이나 행정소송을 통한 충분한 의견진술 및 자료제출 기회를 보장하는 것으로 사전 절차의 결여를 보완한다.¹⁵⁾

셋째, 직위해제처분이 소청이나 행정소송에서 무효 또는 취소로 확정된 경우, 직위해제 이후 비위행위에 대하여 징계위원회에서 징계하지 않기로 의결하거나 형사사건에서 무죄로 확정된 경우, 징계처분이 있었으나 소청이나 행정소송에서 무효 또는 취소로 확정된 경우, 비위행위에 대한 조사 또는 수사 결과 형사사건에 해당하지 않거나, 불송치 또는 불기소를 한 경우에는 감액된 수당¹⁶⁾ 및 보수¹⁷⁾를 소급하여 지급하고, 직위해제기간을 호봉 승급에 재산입하는 한편,¹⁸⁾ 재산입의 효력을 소급 적용하여 원래의 승급일을 기준으로 한 차액을 소급하여 지급하며,¹⁹⁾ 직위해제기간을 다시 승진소요최저연수에 포함한다.²⁰⁾ 이와 같이 직위해제처분 이후에 비위행위의 불성립이라는 사정변경(미징계, 불송치, 불기소, 무죄)을 기초로 수당, 보수, 호봉 승급, 승진소요최저연수의 경우에는 관련 법령에서 직위해제로 인한 불이익을 회복하는 명시적인 규정을 두는 방식으로 문제를 해결하고 있다.

그러나 이러한 대응방안만으로 직위해제로 인한 추가적 불이익이 충분히 적정하게 규율되고 있다고 보기는 어렵다. 우선 직위해제 사유가 불확정개념으로 되어 있어 주관적 판단이 개입할 여지가 많고 제재적 조치로서 남용될 소지가 높다는 지적이 있다.²¹⁾

13) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016두38273 판결.

14) 대법원 2014. 10. 30. 선고 2012두25552 판결.

15) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26180 판결.

16) 공무원보수규정 제19조 제7항, 다만 직위해제처분으로 근무하지 아니한 기간에 대한 특수지근무수당, 위험근무수당, 특수업무수당, 업무대행수당, 군법무관수당, 시간외근무수당, 야간근무수당, 휴일근무수당, 관리업무수당, 정액급식비 및 연가보상비는 소급하여 지급하지 않는다고 규정하고 있다.

17) 공무원보수규정 제30조 제1항.

18) 공무원보수규정 제15조 제7항.

19) 공무원보수규정 제30조 제2항.

20) 공무원임용령 제31조 제2항 단서.

또한 직위해제 사유에 해당하는 중징계 의결 요구와 형사기소의 경우 당연퇴직사유에 해당하는 형의 선고나 중징계 의결을 받을 고도의 개연성이 있는지와 관련하여 해당 공무원의 사전 의견제출 없이 직위해제 기관이 이에 대한 적절한 판단을 할 수 있는지의 의문이다. 그리고 중징계가 요구되었으나 경징계만 이루어진 경우 또는 당연퇴직사유에 해당하지 않는 형이 선고된 경우 결과적으로는 당초 처분권자가 직위해제 사유에 해당하지 않는 것으로 판단하였어야 함에도 직위해제가 이루어진 것으로 볼 수 있는데, 이러한 경우에는 추가적 불이익에 대하여 아무런 회복수단이 마련되어 있지 않다.

이와 같은 직위해제로 인한 추가적 불이익에 대하여 최근 대법원에서 그 확대적용에 제동을 거는 판결이 나왔다. 징계권자의 중징계 요구에 따른 직위해제 이후 징계위원회에서 경징계 의결이 이루어졌음에도 징계권자가 심사·재심사를 청구하여 징계절차가 장기화된 사안에서, 대법원은 경징계 의결 이후 재심사 의결이 이루어진 때까지의 기간 중에 직위해제에 따른 봉급의 감액은 허용될 수 없다고 본 것이다.²²⁾

이러한 대법원 판결은 직위해제로 인한 추가적 불이익에 대한 문제의식을 가지고 당해 사안에서의 구체적인 문제점에 대한 해결방안을 제시한 것으로 볼 수는 있지만, 그에 대한 근본적인 문제점을 개선한 것으로까지 보기는 어렵다. 이하에서는 위 대법원 판결이 갖는 의미와 한계를 살펴보고(Ⅱ), 직위해제에 있어 직무배제와 추가적 불이익에 관한 영국과 독일의 논의의 검토한 후(Ⅲ), 직위해제 제도에 대한 전반적인 개선방안을 모색해 본다(Ⅳ).

Ⅱ. 직위해제에 관한 최근 대법원 판결의 분석

1. 처분의 경위와 원심의 판단

피고는 원고의 비위행위에 관하여 중앙징계위원회에 중징계의결을 요구하고, 원고에 대하여 중징계요구를 원인으로 한 직위해제처분을 하였다. 중앙징계위원회는 감봉 2월의 징계를 의결하였으나, 피고는 재심사를 청구하였고, 중앙징계위원회는 위 청구를

21) 김영식, “경찰공무원 직위해제처분의 법적 성격과 한계”, 경찰법연구 제11권 제1호, 한국경찰법학회, 2013, 160쪽.

22) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2022두45623 판결.

기각하였다. 원심판결²³⁾은 징계의결에 대한 재심사로 당초의 징계의결 내용(징계수위)이 달라질 수 있어 직위해제처분의 효력은 재심사에 대한 의결이 이루어진 때 상실하므로, 재심사 의결일까지 직위해제처분에 따른 봉급이 감액된다고 판단하였다.

2. 대법원의 판단

대법원은 원심판결과 달리 경징계 의결일에 직위해제처분의 효력이 상실한다고 판단하면서 그 이유를 다음과 같이 제시하였다. 첫째, 징계의결 요구권자가 심사·재심사를 청구한 경우 직위해제의 효력이 심사·재심사 결정 시까지 지속된다고 본다면, 징계의결 요구권자의 심사·재심사 청구 여부에 관한 일방적인 의사·판단에 직위해제의 중기가 결부되어 공무원을 장기간 동안 불안정한 신분 상태에 놓이게 된다. 둘째, 경징계의결이 이루어진 경우 ‘중징계처분을 받을 고도의 개연성’을 인정하기 어려운 상태가 되었다. 셋째, 감정적 조치인 직위해제처분의 특성상 그 사유·목적에 부합하는 적절한 범위 내에서 필요 최소한으로 운용되어야 한다.

3. 판결의 의의 및 한계

우선 위 판결이 제시한 둘째 이유와 관련하여 보면, 직위해제 사유에 관한 사정변경이 발생한 경우 직위해제 유지에 대한 재평가가 필요함이 부각된다. 직위해제에 대한 재평가는 이전부터 논의되어 오고 있었는데, 예를 들어 ‘형사기소 후 하급심에서 무죄판결이 선고된 경우’에는 불구속의 경우 직위해제의 계속 여부를 판단하도록 되어 있었다.²⁴⁾ 사정변경 발생시 직위해제 중인 공무원의 신청에 따라 직위해제 처분의 필요성을 재검토하여 복직 여부를 판단할 수 있는 절차 규정을 두어야 한다는 견해도 있었다.²⁵⁾ 위 판결을 계기로 직위해제 사유에 대한 사정변경이 발생하는 경우 직위해제처분을 철회하고 복직할 수 있도록 하는 법리에 대한 본격적인 논의가 필요하게 되었다.

23) 대전고등법원 2022. 5. 19. 선고 2021누11164 판결.

24) 인사혁신처, 공무원 인사실무, 2022, 446쪽 참조, 국가인권위원회는 군인사법 제48조 제2항에 따른 기소휴직에 있어 2심에서 무죄판결을 받은 경우에도 휴직명령을 철회하지 않은 것이 행복추구권 및 직업선택의 자유를 침해한 것으로 보고 복직명령을 취할 것을 권고하기도 하였다(국가인권위원회 2007년 6월 13일자 보도자료 “기속 휴직 중인 형사피의자에 대해 복직명령 권고”).

25) 김성수, 앞의 논문, 30쪽.

다음으로 셋째 이유와 관련하여 보면, 비위공무원에 대한 직위해제처분은 그 공무원이 계속 직무를 담당하면 공무집행의 공정성과 국민의 신뢰를 저해할 우려가 있어 이를 방지하기 위한 잠정적인 성격을 가지는 것이다. 그렇다면 비위공무원의 직무배제는 공무집행 보호를 위하여 ‘충분히 필요한’ 범위에서 운용되어야 한다. 그럼에도 대법원이 직무해제를 ‘필요 최소한도’로 운용되어야 한다고 보는 것은 직위해제의 추가적 불이익 때문이다. 우리나라 직위해제처분은 직무배제와 추가적 불이익이 결합되어 있어, 직무배제의 필요성이 인정되더라도 추가적 불이익 때문에 직무배제의 범위를 탄력적으로 조정하기가 어려운 문제가 있다.

마지막으로 첫째 이유에 관하여 보면, 직위해제의 종기가 불명확하고 장기화될 수 있는 문제는 대법원이 지적하는 것처럼 직위해제의 침익적 성격을 가중하는 요소임은 분명하다. 그렇지만 직무배제가 필요한 공무원을 신속하게 복직시키는 것이 유일한 해결책은 아니다. 만약 위 사안에서 사실관계가 재심사 청구에서 다시 중징계로 의결되었고 재심사 기간 중에도 해당 공무원을 직무에서 격리할 사정이 있는 경우에도 당초의 경징계 의결일에 직위해제의 효력이 종료한다고 보아야 하는가? 경징계 의결에 대한 재심사 청구가 이루어지게 되면 최종적으로 경징계로 확정이 될 것인지 중징계로 변경될 것인지에 대한 불확실성이 발생한다. 이 경우 일률적으로 직위해제의 효력이 종료한다고 보는 것보다는 (1) 경징계 의결을 계기로 해당 공무원에게 직위해제 철회 또는 복직 신청권을 부여하여 직위해제 상태에서 벗어날 수 있는 절차적 기회를 제공하거나, (2) 만약 재심사 의결일까지 계속 직위해제 상태에 있게 되면, 재심사 결과 최종적으로 경징계로 확정되는 경우 직무배제와 별도로 직위해제로 인한 봉급의 감액 및 기타 다양한 불이익에 대한 적절한 회복을 인정하는 방식으로, 해당 공무원이 장기화된 직위해제로 인하여 과도한 추가적 불이익을 감수하지 않도록 할 수도 있었을 것이다.

결국 위 대법원 판결은 직위해제에 따른 추가적 불이익에 대한 근본적인 해결방안을 제시한 것으로 보기는 어렵다. 이하에서는 직위해제에 대한 새로운 관점을 찾기 위하여 영국과 독일의 제도를 검토한다.

III. 영국 및 독일과의 비교법적 검토

1. 영국의 경우

1.1 공무원 인사관리 규정상 직위해제 관련 규율

영국의 ‘공무원 인사관리 규정’(Civil Service Management Code)²⁶⁾에 따르면, 형사조사나 징계절차를 받는 공무원에 대하여는 공익(public interest)의 보호를 위하여 필요한 경우 직위해제(suspension from duty)를 할 수 있다. 그렇지만 이 경우 행정기관이 진행하는 문제된 공무원에 대한 분쟁해결절차(dispute resolution procedures)의 적절한 단계가 완료되지 않으면, 보수는 지급이 중단되거나 기본급으로 감액되어서는 아니된다(4.5.10 항). 한편 위 규정은 행정기관이 징계와 관련하여 영국의 노동분쟁해결기구인 조언·알선·중재서비스위원회(Advisory, Conciliation, Arbitration Service, ACAS)²⁷⁾가 제정한 징계절차규칙(ACAS Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedures)²⁸⁾을 참조하도록 하고 있으므로, 이하에서는 위 규칙상 직위해제에 관하여 어떻게 규정하고 있는지를 살펴본다.

1.2 ACAS 징계절차규칙상 직위해제 관련 규율

직위해제는 예외적으로 이루어져야 하는데, 우선 비위행위의 개연성이 있어야 하고, 공무원의 직위 유지시 ① 증거인멸, 증인에 대한 접촉 등 조사방해가 예상되거나, ② 다른 근로자, 회사 재산, 고객이나 영업에 중대한 위험이 발생하는 경우, 또는 ③ 형사절차의 대상이 되어 업무수행에 영향을 받는 경우이어야 한다.²⁹⁾ 이러한 경우라 하더라도 직위해제에 앞서 대안적 수단(다른 부서나 다른 사무실에서 근무, 재택근무, 업무 중

26) 영국 공무원부장관(Minister for the Civil Service)이 공무원 인사관리에 관한 권한을 행정기관에 위임한 것과 관련하여, 2010년 ‘헌법 개혁과 거버넌스에 관한 법’(Constitutional Reform and Governance Act 2010)에 근거하여 행정기관이 공무원 인사관리를 함에 있어 준수할 지침으로 제정한 것이다.

27) 이에 관하여는 이학춘/안준노, “영국의 노동분쟁 해결제도에 관한 연구”, 노동법논총 제14집, 한국비교노동법학회, 2008, 145-155쪽 참조.

28) ACAS, “Discipline and grievances at work”: <<https://www.acas.org.uk/sites/default/files/2022-04/discipline-and-grievances-at-work-the-acas-guide.pdf>>, last visit: 2023. 2. 24.

29) ACAS, *Ibid.*, pp. 17-18.

일부에 대하여만 중단)이 가능한지 검토하여야 한다.³⁰⁾

사용자가 봉급과 수당 없이 직위해제를 할 명확한 계약상 권리가 없는 이상,³¹⁾ 직위해제 기간 동안 근로자에게 모든 봉급과 수당을 지급하여야 하고, 직위해제 기간 중 보수 계산 방법을 구체적으로 규정하여야 한다.³²⁾ 보수지급이 없는 직위해제는 징계성 제재(disciplinary sanction)로 간주될 수 있다.³³⁾

보수가 지급되는 직위해제가 필요한 경우라 하더라도 가능한 단기간으로 설정되어야 하고, 직위해제의 필요성에 대하여는 계속적으로 평가를 하여야 한다.³⁴⁾ 직위해제가 정식 징계 이전의 제재로 활용되어서는 아니되며,³⁵⁾ 직위해제된 근로자에 대하여는 진행경과에 관한 정보를 제공하여야 한다.³⁶⁾

2. 독일의 경우

2.1 연방공무원법상 직무수행 금지

독일공무원법(Bundesbeamtengesetz, BBG) 제66조는 불가피한 직무상 이유(zwingenden dienstlichen Gründen)에서 공무원에 대하여 직무수행(Führung der Dienstgeschäfte)을 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 공무원의 직무수행으로 인하여 공무원 본인이나 행정이나 제3자에게 심각한 불이익이 발생하는 것을 막기 위한 것으로서 ‘공무원법적인 위험 회피 조치’(Maßnahme dienstrechtlicher Gefahrenabwehr)이다.³⁷⁾ 직무수행의 금지를 위해서는 공무원의 비위행위나 귀책이 반드시 필요한 것은 아니고, 객관적인 위험(objektive

30) ACAS, “Suspension during an investigation at work”, <<https://www.acas.org.uk/suspension-during-an-investigation>>, last visit: 2023. 2. 24.

31) 계약상 직위해제에 관한 권리가 있더라도 그 권리는 신의성실의 원칙 하에서 합리적 근거를 가지고 행사되어야 한다. Collins/Ewing/McColgan, *Labor Law*, 2. ed., Cambridge University Press, 2019, p. 266.

32) ACAS, “Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedures”, p. 17: <<https://www.acas.org.uk/page-download/306?1680505222910>>, last visit: 2023. 2. 24.

33) ACAS, *Ibid.*, p. 17; 비위행위에 대한 보수지급 없는 직위해제(suspension without pay for misconduct)와 징계 목적이 아닌 예방적인 직위해제(precautionary suspension)의 구별에 관하여는 Selwyn, *Law of Employment*, 16. ed., Oxford University Press, 2011, pp. 388-391.

34) ACAS, *Ibid.*, p. 16.

35) ACAS, *Ibid.*, p. 13.

36) ACAS, *Ibid.*, p. 13.

37) Battis, *Bundesbeamtengesetz*, 6. Aufl., C.H.BECK, 2022, §66 Rn. 2.

Gefährdung)만 있으면 되는데, 그 예로는 정신장애, 징계절차의 진행, 언론의 비난 등을 들 수 있다.³⁸⁾ 직무수행의 금지는 침익적인 처분이기 때문에 원칙적으로 의견청취절차를 거쳐야 하지만 독일행정절차법 제28조 제2항의 예외사유에 해당하는 경우에는 거치지 않을 수 있다.³⁹⁾ 직무수행의 금지는 원칙적으로 공무원의 보수에 영향을 미치지 않지만, 호봉의 승급, 직무수행시에만 지급되는 근무수당 또는 실비변상은 감액 또는 제외될 수 있다.⁴⁰⁾ 직무수행의 금지로부터 3개월 이내에 징계절차, 임명취소절차 또는 공무원관계를 종결시키는 절차가 개시되지 않는 경우 금지의 효력은 상실한다(독일공무원법 제66조 제2문).

2.2 연방징계법상 임시적인 직위해제와 봉급의 지급중지

2.2.1 직위해제

2.2.1.1 파면이 예상되는 경우에 있어서의 직위해제

연방징계법(Bundesdisziplingesetz, BDG)⁴¹⁾ 제4장은 ‘임시적인 직위해제와 봉급의 지급중지’(Vorläufige Dienstenthebung und Einbehaltung von Bezügen)에 관한 규정을 두고 있다. 연방징계법에 따르면 파면은 징계소송 방식으로 이루어지는데, 징계절차에서 파면이 선고될 것으로 예상되는 경우에는 징계소송을 제기할 권한이 있는 행정청은 징계절차 개시와 동시에 또는 그 후에 임시적으로 공무원의 직위를 해제할 수 있다(연방징계법 제38조 제1항 제1문). 파면 선고 예상은 예측결정(Prognoseentscheidung)으로, 선례가 있는 경우에는 그 선례에 따라 예상하면 되지만, 선례가 없는 경우에는 연방징계법 제13조 제2항의 “중대한 직무 위반으로 인하여 임용권자 또는 일반의 신뢰를 종국적으로 상실한 공무원”에 해당하는지는 행정청 스스로 판단하여야 하는데 이 경우에는 판례에서 인정된 감경요소가 있는지를 주의하여야 한다.⁴²⁾ 파면 선고에 대하여는 상당한 개연성이 인정되어야 하는 것으로서,⁴³⁾ 징계소송의 개시가 확실한 것만으로는 부족하고,⁴⁴⁾ 또한

38) Battis, a.a.O., §66 Rn. 3.

39) Battis, a.a.O., §66 Rn. 4.

40) Battis, a.a.O., §66 Rn. 5.

41) 연방징계법의 국문 번역본은 한국법제연구원, 주요국가의 공무원 징계제도 및 운영현황 연구, 2016, 75쪽 이하 참조.

42) Urban/Wittkowski, Bundesdisziplingesetz, C.H.BECK, 2011, §38 Rn. 20.

43) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 17.

파면 선고에 대한 예상은 단순히 이론적인 가능성을 넘어서 실질적으로 선고될 것으로 예상이 가능한 것이어야 한다.⁴⁵⁾ 파면의 개연성이 높은 경우에는 그 자체로 곧바로 직위해제를 할 수 있고, 추가적으로 직위해제를 할 직무상 다른 이유가 필요한 것은 아니다.⁴⁶⁾

2.2.1.2 직무운영과 조사 침해 방지를 위한 직위해제

공무원이 징계절차에서 파면까지 이르지 않을 것으로 예상되는 경우라 하더라도, 공무원이 직위에 남아 있음으로 인하여 직무운영이나 조사가 본질적으로 침해되고, 임시적인 직위해제가 사안의 중대성 및 예견되는 징계 조치에 비추어 비례에 어긋나지 않을 경우에도 임시적인 직위해제를 할 수 있다(연방징계법 제38조 제1항 제2문). 여기서 직무운영이 본질적으로 침해되는 경우는 연방공무원법 제66조에 따른 직무수행 금지에 있어서의 ‘불가피한 직무상 이유’와 유사하고, 조사에 대한 침해가 발생하는 가장 대표적인 사유로는 공무원의 재직으로 인한 증거 인멸 우려를 들 수 있다.⁴⁷⁾ 이 조항에 따른 직위해제를 함에 있어서는 공무원의 직위상실에 대한 개연성이 요구되는 것은 아니지만, 비례원칙이 특히 엄격하게 적용된다.⁴⁸⁾

2.2.1.3 직위해제에 있어서의 재량권 행사

직위해제 요건을 갖춘 경우에도 직위해제를 할 것인지는 행정청의 재량인데, 직위해제는 업무중지 이외에 공무원의 다른 권리나 지위에는 별다른 영향을 미치지 않는 것이 원칙이다.⁴⁹⁾ 직위해제로 인하여 공무원이 직무수행 기회를 상실하는 것 이외에 추가적인 불이익이 발생하고 그 불이익이 향후 제거될 수 없는 경우에는 행정청의 직위해제에 관한 재량은 제한된다. 이러한 불이익으로는 업무중지로 인한 직무능력 상실, 승진기회의 상실이나 경력의 단절, 인간관계에 대한 부정적인 영향 등이 있다.⁵⁰⁾ 동료공무원과 함께 근무가 곤란한 사정이 있는 경우에는 종전 보직에서 그대로 근무하기는 어려울

44) 징계소송에서 징계사유가 인정되지 않거나 선고결과가 파면에 이르지 않을 수 있기 때문이다. Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 19.

45) Claussen/Benneke/Schwandt, *Das Disziplinarverfahren*, 6. Aufl., Carl Heymanns, 2009, Rn. 863.

46) Claussen/Benneke/Schwandt, a.a.O., Rn. 872.

47) Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, *Bundesdisziplinargesetz und materielles Disziplinarrecht*, 6. Aufl., Bund-Verlag GmbH, 2016, §38 Rn. 4.

48) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 7.

49) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 2.

50) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 30.

수 있지만, 동료공무원과 접촉이 불가능한 다른 보직에서 근무할 수 있는 경우에는 전보 조치를 통하여 목적을 달성할 수 있으므로, 이 경우 직위해제는 비례원칙을 위반한 것으로 볼 수 있다.⁵¹⁾ 그리고 직위해제를 하기 위해서는 독일행정절차법 제28조에 따른 의견 청취절차를 거쳐야 한다.⁵²⁾

2.2.1.4 수당의 지급중지

직위해제가 있게 되면 공무원의 직무를 수행하지 않게 되므로, 직무와 관련하여 발생하는 수당에 대한 청구는 중단된다(연방징계법 제39조 제2항). 그에 따라 호봉의 승급,⁵³⁾ 직무수행시에만 지급되는 근무수당 또는 실비변상은 감액 또는 제외된다.⁵⁴⁾

2.2.2 임시적인 봉급의 지급중지

2.2.2.1 의의

징계절차에서 파면이 선고될 것으로 예상되는 경우에 징계소송을 제기할 권한이 있는 행정청은 직위해제와 동시에 또는 그 후에 공무원 봉급의 50%까지 지급중지할 것을 명할 수 있다(연방징계법 제38조 제2항 제1문). 이와 같이 봉급의 일부를 지급중지할 수 있도록 한 취지는, 일단 봉급청구권은 성립하는 것이지만 그 이행기만 뒤로 늦추고자 하는 것이다. 직위해제로 인하여 직무수행의무로부터 벗어난 상태에서 파면 선고의 개연성이 있는 경우, 나중에 실제로 공무원이 파면될 수도 있음에도 국가로 하여금 봉급 전액을 지급한 후 파면 후 이를 일부 회수하는 위험을 부담하도록 할 수는 없기 때문에 임시적으로 지급을 중지하는 것으로서, 이는 ‘처벌적 성격’이 아니라 ‘보험적 성격’을 가진다.⁵⁵⁾ 지급중지의 범위를 50%까지로 한 것은 파면될 개연성이 있는 공무원이 직무수행의무로부터 벗어나 있기는 하지만, 독일에서는 공무원에 대한 생활보장원칙(Alimentationsprinzip)상 국가는 공무원과 그 가족의 생계를 종신토록 보장할 의무를 부담하고 있어,⁵⁶⁾ 이러한 충돌상태에 대한 재정적인 이익조정(finanzielle Interessenausgleich)

51) Claussen/Benneke/Schwandt, a.a.O., Rn. 874.

52) Claussen/Benneke/Schwandt, a.a.O., Rn. 868.

53) 연방보수법(Bundesbesoldungsgesetz) 제27조 제9항 제1문

54) Urban/Wittkowski, a.a.O., §39 Rn. 10.

55) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 31.

56) 이 원칙은 공무원의 충성의무에서 도출되는 것으로서, 국가의 생활보장의무는 직무기간은 물론, 질병 기타 직무 불능의 경우와 퇴직 이후를 포함한다.

의 의미가 있는 것으로, 파면된 공무원이 파면판결 확정 후 6개월간 50% 상당의 생계비를 받도록 한 것(연방징계법 제10조 제3항)과 동일하게 50%의 하한을 정한 것이다.⁵⁷⁾ 봉급의 지급중지 여부, 중지금액의 비율, 중지기간에 대하여 행정청은 재량을 가진다.⁵⁸⁾ 파면의 개연성이 있다고 하여 아무런 형량 없이 중지결정을 하거나 징계절차 완료 전에 앞당겨서 하는 사실상의 징계의 의도로 중지결정을 하는 것은 재량의 하자에 해당한다.⁵⁹⁾ 봉급의 지급중지를 위해서는 독일행정절차법 제28조에 따른 의견청취절차를 거쳐야 한다.⁶⁰⁾

2.2.2.2 중지기간의 장기화에 따른 비례원칙 위반

중지기간에 관하여 보면, 직위해제의 경우는 징계절차가 장기화되더라도 이는 재량의 하자에 해당하지 않지만,⁶¹⁾ 봉급의 지급중지는 징계절차가 장기화되면 지급중지된 봉급액수가 기간에 비례하여 증가하기 때문에 비례원칙 위반이 될 수 있다.⁶²⁾ 행정청이 징계절차를 의도적으로 지연하거나 또는 행정청 내지 법원의 업무부담으로 인하여 지연이 발생하여 장기화되는 경우에는 비례원칙 위반에 해당하나, 조사의 어려움이나 해당 공무원의 행위로 인하여 지연되는 것은 비례원칙 위반에 해당하지 않는다.⁶³⁾ 징계기간이 장기화되는 경우 그로 인한 지급중지기간이 연장되는 것이 정당한지에 대하여 행정청은 계속적으로 재평가를 하여야 한다. 만약 증거조사 결과나 관련 형사소송의 결과 또는 판례의 변경 등으로 인하여 파면이 예상되지 않게 되었음에도 불구하고 계속 지급중지를 하는 것은 비례원칙 위반에 해당하므로, 연방징계법 제38조 제4항에 따른 행정청의 봉급의 지급중지에 대한 변경의무가 발생한다.⁶⁴⁾

57) Claussen/Benneke/Schwandt, a.a.O., Rn. 865.

58) Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §38 Rn. 8.

59) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 37.

60) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 48.

61) 그렇지만 징계절차의 신속화를 위하여, (1) 연방징계법 제4조는 ‘징계절차는 신속히 진행되어야 한다’라고 규정하고 있고, (2) 행정청이 징계절차를 개시한 후 6개월 이내에 징계절차가 종결되지 않은 경우에는 공무원의 신청에 의하여 법원이 징계절차를 종결할 기간을 정하고, 그 기간 이내에 종결되지 않은 경우에는 법원의 결정으로 징계절차를 종료하도록 하고 있다(연방징계법 제62조).

62) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn.3 2.

63) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 38.

64) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 38.

2.2.2.3 중지금액의 비율에 있어 비례원칙 위반

중지금액의 비율을 정함에 있어서는 공무원이 직무를 수행하지 않는 경우 생활보장의 감축은 어느 정도 수인해야 하지만, 봉급의 지급중지의 임시적인 성격으로 인하여 그 중지로 생존을 위협하는 경제적 영향이나 회복할 수 없는 불이익이 발생하여서는 안 된다. 따라서 봉급의 지급중지로 생계유지를 위하여 부업이나 다른 수익활동을 할 수밖에 없는 상황이 되도록 하는 것은 허용되지 않는다.⁶⁵⁾ 이와 같이 생활보장원칙에 부합하게 중지금액의 비율을 정하기 위하여는 공무원의 경제적 상황, 부양가족, 가계를 유지하는 구체적인 상황, 봉급이 전체 수입에서 차지하는 비중을 종합적으로 고려하여야 한다. 특히 적절한 생활유지가 가능한지를 판단하기 위하여 가처분소득과 함께 채무도 고려하여야 하고, 필요최소한도의 생활유지에 필요한 비용에는 세금, 공과금, 부양의무, 생활필수비용, 통신비, 생명보험료, 건강보험료, 징계절차 관련 법률비용이 포함된다.⁶⁶⁾

2.2.3 직위해제 및 봉급의 지급중지의 철회·변경

행정청은 언제나 직위해제 및 봉급의 지급중지의 전부 또는 일부를 철회·변경할 수 있다(연방징계법 제38조 제4항). 대표적으로 형사소송에서 무죄 또는 가벼운 형이 선고된 경우, 생활보장과 관련하여 공무원의 경제적 상황의 변동이 있는 경우가 그 대상이다.⁶⁷⁾ 철회·변경의 시적 범위는 장래효⁶⁸⁾와 소급효 모두 가능한데, 소급효의 경우에는 직위해제 및 봉급의 지급중지 요건이 소멸한 시점부터 철회·변경의 효력이 발생하도록 할 수 있다.⁶⁹⁾

2.2.4 법원에 대한 중지신청

2.2.4.1 의의

직위해제 및 봉급의 지급중지는 행정심판이나 일반적인 행정소송(취소소송, 계속적 확인소송, 예방적 권리구제)이 아닌 연방징계법 제63조에 따른 법원에 대한 중지신청을 통하여만 불복이 가능하다.⁷⁰⁾ 직위해제 및 봉급의 지급중지는 즉시집행의 효력을 가지

65) Claussen/Benneke/Schwandt, a.a.O., Rn. 865.

66) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 40-42.

67) Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §38 Rn. 10.

68) 경제적 상황이 악화된 경우나 징계절차가 지나치게 장기화된 경우에는 장래를 향하여 철회·변경을 한다 (Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 53).

69) Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §38 Rn. 10.

나, 행정법원법 제80조 제5항에 따른 정지효 회복절차도 적용되지 않는데, 이는 연방징계법 제63조에 중지절차 자체가 임시구제적 성격을 가지기 때문이다.⁷¹⁾ 공무원은 직위해제 및 봉급의 지급중지를 다투고자 하는 경우 법원에 대한 중지신청과 행정청에 대한 변경신청 둘 다 이용 가능하다.⁷²⁾

2.2.4.2 법원의 심리

직위해제와 봉급의 지급중지는 적법성에 관한 중대한 의심(ernstliche Zweifel)이 있는 경우 중지된다(제63조 제2항). 법원은 직위해제와 봉급의 지급중지를 취소하는 것이 아니라 연방징계법 제39조 제1항에 따른 즉시집행을 중지하는 것이다. 적법성에 관한 중대한 의심은 위법성에 대한 충분한 증거까지 요구하는 것은 아니고, 위법하다고 의심할 만한 더 우월한 근거가 있는지를 심사한다.⁷³⁾ 판단기준시는 행정청의 처분시가 아니고, 법원의 판단시점에서의 사실관계 및 법적 상태에 따르는 것으로서 처분시 이후의 사정도 고려한다.⁷⁴⁾

직위해제 및 봉급의 지급중지는 행정청의 재량에 속하므로 법원은 재량권 일탈·남용만 판단할 수 있으므로 중지만 결정할 수 있을 뿐, 그 내용이 과도하다 하더라도 법원이 스스로 중지의 내용을 독자적으로 정할 수는 없다.⁷⁵⁾ 법원이 독자적인 재량결정을 할 수 없으므로, 내용상 제한(조건, 부관, 기한 등)을 부과할 수도 없다.⁷⁶⁾

법원이 중지를 결정하는 경우 이는 원칙적으로 장래를 향하여 직위해제 및 봉급의 지급중지의 집행을 중단하는 효력을 가진다.⁷⁷⁾ 법원은 처분 이후 결정시까지의 모든 기간에 대한 심사 및 판단을 할 수 있고, 그에 따라 소급적으로 직위해제 및 봉급의 지급중지가 위법하다는 판단을 할 수 있다. 다만 법원의 중지결정으로 기존에 지급중지된 봉급이 즉시 지급되는지와 관련하여서는, 소급적 중지결정에 따라 즉시 사후지급청

70) Urban/Wittkowski, a.a.O., §38 Rn. 5.

71) Urban/Wittkowski, a.a.O., §63 Rn. 1, 다만 중지신청만으로 정지효가 발생하는 것은 아니다 (Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §63 Rn. 7).

72) Urban/Wittkowski, a.a.O., §63 Rn. 1.

73) Urban/Wittkowski, a.a.O., §63 Rn. 14.

74) Urban/Wittkowski, a.a.O., §63 Rn. 15.

75) Urban/Wittkowski, a.a.O., §63 Rn. 16. 다만 봉급의 지급중지에 있어 중지비율 상한에 관하여 재량권이 영으로 수축하여 특정비율을 초과하는 지급중지 부분이 위법하다고 판단하는 경우, 법원은 결정이유에서 이를 설시할 수 있다(Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §63 Rn. 10).

76) Urban/Wittkowski, §63 Rn. 17.

77) Urban/Wittkowski, §63 Rn. 17.

구를 할 수 있다는 견해⁷⁸⁾도 있고, 징계절차의 종결로 연방징계법 제40조 제2항에 따라 서만 지급중지된 봉급의 사후지급이 이루어지게 된다는 견해⁷⁹⁾도 있다.

2.2.5 징계절차 종결 이후의 법률관계

징계절차가 종결되면 직위해제와 봉급의 지급중지는 함께 종료된다(제39조 제4항). 그리고 지급중지된 봉급은 징계결과에 따라 소멸하거나 사후지급이 이루어진다.

징계절차에서 파면이 선고되는 경우, 동일한 사정에 관하여 개시된 형사소송에서 공무원의 권리를 상실하는 형사판결이 선고되는 경우⁸⁰⁾ 징계시효 도과 등의 법적 장애 사유로 징계절차가 종료되고 동일한 사정에 관하여 개시된 새로운 징계절차에서 파면이 선고된 경우, 다른 사유로 공무원 관계가 종료하여 징계절차가 종료되고 징계소송을 제기할 권한이 있는 행정청이 징계절차가 종료되지 않았더라면 파면이 정당화되었을 것이라고 확인한 경우에는 지급중지된 봉급은 소멸한다(제40조 제1항). 여기서 정한 소멸사유는 열거적인 것으로서 소멸사유에 대한 확대해석은 허용되지 않는다.⁸¹⁾

이러한 소멸사유가 아닌 다른 사유로 징계절차가 종결된 경우에는 지급중지된 봉급은 사후 지급하여야 한다. 결국 공무원이 직위를 상실하지 않으면 지급중지된 봉급을 받을 수 있는 것인데, 사후 지급으로 인하여 지연된 기간에 대하여는 지연손해금은 발생하지 않는다.⁸²⁾ 그리고 직위해제기간을 포함하여 호봉 승급이 재산정된다.⁸³⁾

3. 시사점

영국의 경우에는 ‘예방적 성격’을 가지는 ‘보수를 지급하는 직위해제’(suspension with pay)와 ‘제재적 성격’을 가지는 ‘보수를 지급하지 않는 직위해제’(suspension without pay)

78) Hummel/Köhler/Mayer/Buunack, a.a.O., §63 Rn. 15.

79) Urban/Wittkowski, §63 Rn. 17.

80) 징계절차의 기초가 되는 사정으로 인하여 형사절차상 공무원이 기소된 때에는 징계절차는 중지된다(연방징계법 제22조 제1항). 따라서 징계절차와 형사절차는 병행됨 없이 형사절차가 우선 진행되고, 형사소송에서 공무원의 권리를 상실하는 형사판결이 선고되면 징계절차는 종료된다(연방징계법 제32조 제2항 제2호). 이러한 경우에 징계 관련 절차로 봉급의 지급중지가 있는 경우 파면과 동일하게 지급중지된 봉급이 소멸하도록 규정한 것이다.

81) Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §40 Rn. 2.

82) Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, a.a.O., §40 Rn. 10.

83) 연방보수법 제27조 제9항 제2문.

가 구별된다. 독일의 경우에도 연방징계법상 직위해제와 봉급의 지급중지는 별도의 처분으로 이루어지고 그 요건 또한 달리 설정되어 있다.

직무배제와 추가적 불이익이 분리 운용되므로, 영국과 독일 모두 직무배제만을 위한 직위해제는 폭넓게 인정된다. 영국에서는 직위해제 사유로 ‘공익(public interest)의 보호를 위하여 필요한 경우’라고 되어 있고, 독일은 연방징계법상 직위해제와 별도로 연방공무원법상 직무수행 금지에서는 ‘불가피한 직무상 이유’만으로 3개월까지는 다양한 사유로 직무배제를 할 근거를 두고 있다. 이와 같이 직위해제를 통한 직무배제를 폭넓게 인정하는 것은, ① 추가적 불이익이 결합되어 있지 않을 뿐만 아니라, 영국이나 독일 모두 ② 직무배제가 아닌 다른 대안이 있는 경우에는 직무배제를 하지 않고, 또한 ③ 직무배제에 대한 사후적인 재평가가 지속적으로 이루어져 직무배제의 필요성이 없으면 직위해제를 중단하도록 하는 보완장치를 마련하고 있기 때문으로 보인다.

IV. 직위해제 제도의 개선방안

1. 우리나라 직위해제 제도의 특수성 - 추가적 불이익의 제재적 성격

영국 및 독일과 우리나라의 가장 큰 차이점은 직무배제와 추가적 불이익이 분리되어 운영된다는 점이다. 우리나라의 경우 대법원은 직위해제는 징벌적 제재인 징계와 법적 성질이 다르다는 원론적 입장을 취하고 있으나,⁸⁴⁾ 비위행위의 불성립과 무관하게 직위해제만으로 승진에서 제외되고, 독일과 달리 공무원 직위를 상실하지 않더라도 추가적 불이익을 회복할 수 없다는 점에서 제재적 성격을 가지는 것으로 보아야 한다.⁸⁵⁾ 독일의 경우 직무수행시에만 지급되는 근무수당 또는 실비변상의 경우에는 직무 자체를 수행하지 않기 때문에 사후적으로 회복되지는 않지만, 봉급의 지급중지는 처음부터 확정적으

84) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003두5945 판결.

85) 노동법에서도 근로자에 대한 직위해제가 제재적 성격을 가진다고 논의된다. 근로자에 대한 직위해제가 징벌의 성격을 가진다는 점에 관하여는 박수근, “직위해제의 노동법상 쟁점과 해석”, 노동법학 제26호, 한국노동법학회, 2008, 392-393쪽; 직위해제는 징계의 대체적 처분이므로 사전예방적 직위해제와 사후징벌적 징계의 이분법은 유지될 수 없다는 점에 관하여는, 조성혜, “공기업 근로자에 대한 직위해제와 직권면직의 문제점: 징계 및 징계해고와의 관계를 중심으로”, 노동법학 제23호, 한국노동법학회, 2006, 309-310쪽; 대기발령이 확정적 처분이거나 지나친 급여의 삭감 등의 경우에는 대기발령을 징계권 행사로 볼 수 있다는 점에 관하여는 노승민, “대기발령에 관한 실무상 쟁점 검토”, 노동법포럼 제30호, 노동법이론실무학회, 2020, 205쪽 참조.

로 감액되는 것이 아니고 그 지급만 유예하다가 공무원 직위를 상실하지 않는 경우에는 지급하는 방식을 취하고 있다. 그리고 봉급의 감액범위도 생활보장을 고려하여 최대 50%까지만 인정하고 그 비율도 해당 공무원의 개별적인 사정에 따라 감액비율을 줄이거나 감액하지 않을 수도 있다. 반면 우리나라는 비위행위가 불성립하는 경우에만 추가적 불이익을 회복함에 따라, 경징계 또는 벌금형으로 종결되는 경우에는 공무원 직위를 상실하는 경우와 동일한 불이익을 감수하게 된다. 또한 봉급의 감액비율도 처음에는 50%가 감액되고 3개월이 경과하면 70%가 감액된다는 점에서 감액비율이 상당히 높다. 수당의 경우에도 직무수행과 직접 관련되지 않고 생활보장적 성격을 가지는 가계보전수당(가족수당, 자녀학비보조수당, 주택수당)도 봉급과 동일한 비율로 감액하고, 비위행위가 불성립하지 않으면 그 회복을 인정하지 않는다.⁸⁶⁾

결국 우리나라의 직위해제의 법적 성격은 직무배제와 추가적 불이익을 분리하여 판단하여야 한다. 대법원이 실시하는 원론적 입장인 ‘잠정적인 조치’는 직무배제 부분에 한정되는 것으로 보아야 한다. 추가적 불이익은 봉급의 감액범위가 크고 비위행위가 불성립하지 않는 이상 그 비위행위가 가볍더라도 그 회복이 인정되지 않는다는 점에서, 이는 중국적 또는 최종적인 제재적 성격을 가지는 것으로 보아야 한다.⁸⁷⁾

2. 직위해제에 대한 절차적 보완

2.1 사전통지 및 의견제시 절차의 적용

직위해제에 대한 행정절차법의 적용에 대하여는 헌법재판소⁸⁸⁾와 대법원⁸⁹⁾이 일률적으로 적용배제된다는 입장을 취하고 있어, 입법론적 해결이 해결방안으로 제시된다.⁹⁰⁾

86) 노동법에서도 직위해제 기간 중 임금 감액이 제한적으로 이루어져야 한다고 논의된다. 휴업수당을 참고하여 직위해제시 최소한 평균임금의 70% 이상 지급되는 것이 바람직하다는 견해로 박수근, 앞의 논문, 402쪽; 대기발령의 경우 근로자의 노동력이 사용자가 처분 가능한 상태에 있으므로 임금위협은 사용자가 부담하여야 하기 때문에 노무제공이 가능한 경우에는 고정적 임금은 전액 지급하여야 한다는 견해로 노승민, “대기발령기간 중 임금감액에 관한 법적 문제”, 노동법연구 제54집, 한국비교노동법학회, 2022, 228-231쪽 참조.

87) 대법원이 추가적 불이익과 관련하여 “해당 공무원에게 보수·승진·승급 등 다양한 측면에서 직간접적으로 불리한 효력을 발생시키는 침익적 처분이라는 점에서 그것이 부당하게 장기화될 경우에는 결과적으로 해임과 유사한 수준의 불이익을 초래할 가능성까지 내재되어 있”다고 실시한 것은(대법원 2022. 10. 14. 선고 2022두45623 판결), 이러한 제재적 성격을 전제로 한 것으로 볼 수도 있다.

88) 헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2004헌바12 결정.

89) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26180 판결.

헌법재판소와 대법원 모두 “직위해제는 징벌적 제재로서의 징계에서 요구되는 것과 동일한 절차적 보장을 요구할 수 없다”는 점을 강조하고 있다. 그러나 직위해제는 직무배제의 측면에서는 잠정성이 있으나, 추가적 불이익의 측면에서는 제재적 성격을 가지는 것으로서 징계와 동일하지는 않더라도 제재적 행정처분에서 요구되는 절차적 보장은 부여될 필요가 있다. 따라서 대법원 판례와 같이 직위해제에 대한 일률적인 행정절차법의 적용배제는 재검토가 필요하다.⁹¹⁾ 독일의 경우 연방공무원법에 따른 직무수행의 금지, 연방징계법에 따른 직위해제, 봉급의 지급중지는 모두 독일행정절차법 제28조에 따른 의견청취절차를 거쳐야 하나 개별구체적인 사정에 따라서는 의견청취의 예외가 인정된다. 마찬가지로 우리나라에서도 직위해제에 대하여 행정절차법에 따른 사전통지 및 의견제출 절차가 적용되는 것으로 보되, 개별적인 사안에서 그 예외사유에 해당하는 경우에 사전 절차 적용을 배제하는 방식⁹²⁾의 도입을 검토할 필요가 있다.

특히 대법원이 행정절차법 적용배제 대상이라고 판단한 직위해제는 ‘직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 나쁜 자’에 대한 것인데,⁹³⁾ 이 경우에는 ① 직위해제 기간도 최장 3개월이고,⁹⁴⁾ ② 그 기간 종료 후 복직을 허용하지 않기 위해서는 징계위원회의 동의를 통한 직권면직이라는 강화된 절차적 보장이 있는 점을 대법원은 적용배제의 근거로 제시하고 있다. 따라서 위 대법원 판결의 법리는 징계절차나 형사절차의 장기화로 직위해제로 인한 불이익이 해임에 준할 정도로 확대될 가능성이 있는 경우에만까지

90) 직위해제에 대한 사전 절차가 필요하다 하더라도 이는 행정절차법의 해석범위를 벗어나는 것이므로 입법을 통하여 해결하여야 한다고 하면서 행정절차법의 적용을 긍정한 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26180 판결의 원심판결을 비판하는 입장으로 정진경, “공무원에 대한 직위해제와 행정절차법의 적용”, 노동법연구 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014, 261쪽; 직위해제와 유사한 군인사법상 보직해임의 경우 보직해임 심의위원회의 의결을 거치면서 심의 대상자에게 심의위원회에 출석하여 소명하거나 의견서를 제출할 수 있는 기회를 부여하는 점을 참고하자는 견해로 조성제, “국가공무원법상 직위해제처분의 절차적 적법성 제고에 관한 소고”, 공법학연구 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016, 254-262쪽; 감사징계법상 직무정지와 관련하여서도 직무정지를 명하기 전에 직무정지의 이유와 직무정지 사유에 대한 소명을 듣는 절차를 마련할 필요가 있다는 견해로 김성진, “감사징계법의 제(諸)문제”, 저스티스 제184호, 한국법학원, 2021, 313-314쪽 참조.

91) 직위해제가 잠정성이 아니라 종국성을 가지기 때문에 행정절차법상 적용배제법위에 대한 최대한 엄격해석을 하여야 한다는 견해로 정영철, “공무원의 직위해제와 관련된 행정절차법의 적용범위에 대한 재검토”, 공법학연구 제16권 제2호, 한국비교공법학회, 2015, 240-242쪽 참조.

92) “급박한 위해의 방지 및 제거 등 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급한 처분이 필요한 경우”는 사전통지 및 의견제출의 예외에 해당한다(행정절차법 시행령 제13조 제1호). 사안에 따라 긴급한 직무배제에 따른 공무집행 보호가 필요한 경우에는 위 규정을 적용하여 사전 절차 없이 직위해제를 할 수 있다.

93) 국가공무원법 제73조의 3 제1항 제2호.

94) 국가공무원법 제73조의 3 제3항.

그대로 적용된다고 보기 어렵다. 특히 비위행위로 인한 직위해제에 있어서는 당연퇴직 사유에 해당하는 형의 선고 또는 중징계 의결의 고도의 개연성과 관련하여 당사자의 소명 없이 그에 대한 판단이 사실상 어렵다는 점에서도 사전 절차를 진행할 현실적인 필요성이 크다는 점도 감안되어야 한다.

2.2 처분 및 소청 절차의 개선

대법원과 헌법재판소가 직위해제에서 사전 절차를 배제한 사유로 제시한 ① 처분사유 설명서 교부와 ② 소청이나 행정소송은 그러한 제도가 마련된 것만으로 사전 절차에 대한 보완이 곧바로 충족된다고 보기는 어렵다. 우선 ‘처분사유 설명서 교부’를 통하여 “해당 공무원 방어에의 준비 및 불복의 기회를 보장하고 임용권자의 판단에 신중함과 합리성을 담보”하기 위해서는, 처분사유 설명서에서 직위해제 근거 조항과 비위행위의 개요만을 제시하는 것으로는 부족하고, ① 형의 선고 또는 중징계 의결의 고도의 개연성이 있다고 인정한 구체적인 근거, ② 직위해제 여부에 대한 재량권 행사에서 있어 고려한 구체적인 형량요소를 상세하게 기재하여야 하는데, 실무상 그와 같이 상세한 기재가 이루어지고 있는지는 의문이 있다.

그리고 직위해제 사유와 관련하여서는 직위해제 기관의 판단을 최대한 존중하여야 한다는 견해도 있으나,⁹⁵⁾ 이와 같이 보게 되면 직위해제 사유에 대한 처분기관의 판단에 대한 사후적인 심사는 제한적으로 이루어질 수밖에 없다. 이 경우 소청이나 행정소송을 통하여 사전 절차 결여의 보완이라는 직위해제에 대한 행정절차법 적용 배제의 논거는 타당성을 유지하기 어렵다. 따라서 사후적으로 소청이나 행정소송을 통하여 충분한 의견진술 및 자료제출의 기회를 보장하는 한편, 소청심사기관이나 법원은 이에 대하여 엄격심사를 하여야 한다.

2.3 사정변경에 따른 직위해제의 철회·변경과 취소 판단

2.3.1 직위해제에 대한 지속적인 재평가 및 철회·변경 신청권의 인정

영국과 독일에서는 직위해제의 부당한 장기화를 막기 위하여 직위해제의 필요성에 대하여 지속적으로 재평가를 통하여 직위해제를 철회·변경하도록 하는 장치를 두고

95) 김성수, 앞의 논문, 21쪽.

있다. 최근 대법원 판결도 중징계 요구에 대한 경징계 의결이라는 사정을 기초로 직위해제로 인한 추가적 불이익의 계속적 발생을 막는 판단을 하였는데, 여기서 한 발 더 나아가 해당 공무원에게 직위해제 철회·변경 신청권을 부여하는 방안에 대한 검토가 필요하다. 행정기본법은 공무원 인사에 있어 재심사를 배제하고 있으나,⁹⁶⁾ 행정기본법상 재심사제도와 별도로 철회 신청권이 인정되어 왔고,⁹⁷⁾ 재심사로 해결되지 못하는 사안에 대하여는 직권철회 제도가 선택적인 대안일 수 있으므로,⁹⁸⁾ ① 당연퇴직사유에 해당하는 형의 선고 또는 중징계 의결의 개연성을 인정하기 어려운 사정이 발생한 경우, ② 비위행위 직후에는 해당 공무원의 증거인멸 우려나 다른 공무원과의 관계상 직무를 계속하는 것이 곤란한 사유가 있어 즉시 직무에서 배제할 필요가 있었으나, 이후 시간이 경과함에 따라 해당 공무원에 대한 조사가 마무리되고 해당 공무원에 대한 전보나 재배치를 통하여 다른 공무원과 접촉이 발생하지 않도록 조치가 가능한 경우, ③ 징계절차가 법정기한보다 장기화되는 경우⁹⁹⁾에는 철회·변경 신청권을 적극적으로 인정할 필요가 있다.

2.3.2 소청 및 행정소송 심사 중 사정변경을 고려한 판단 가능성

직위해제에 대한 소청이나 행정소송에서 위법판단 기준시는 결정 또는 판결시가 아니라 직위해제 처분시이다.¹⁰⁰⁾ 따라서 이러한 법리를 엄격하게 적용하면, 소청이나 행정소송에서 직위해제 이후 경징계나 당연퇴직사유가 아닌 가벼운 형 선고라는 사정이 발생한 경우 이를 직위해제의 위법사유로 보아 직위해제를 취소하는 판단을 받기는 어렵다.

독일의 경우 연방징계법상 직위해제와 봉급의 지급중지에 대하여 법원에 중지신청을 하면, 법원은 처분시가 아니라 판단시를 기준으로 직위해제와 봉급의 지급중지의 집행 중지 여부를 결정한다. 즉 처분시 이후의 사정변경은 행정청에 대한 변경신청의 근거도 되지 않지만, 법원에 대한 중지신청의 근거도 된다. 이는 직위해제와 봉급의 지급중지가 계속적으로 집행되고 있는 상황에서 그에 대한 법원의 중지결정이 임시구제적인 성격을 가지기 때문으로 보인다.

96) 행정기본법 제37조 제8항 제1호. 이러한 재심사 적용배제 범위를 제한적으로 해석하여야 한다는 견해로는 김희근, “행정기본법상 처분의 재심사제도에 관한 소고”, 토지공법연구 제98집, 한국토지공법학회, 2022, 177쪽.

97) 조성규, “행정기본법상 ‘처분의 재심사’ 규정의 법적 쟁점”, 행정법학 제21호, 한국행정법학회, 2021, 85쪽.

98) 이은상, “처분 재심사 제도의 적정한 운영과 개선 방향”, 사법 제58호, 사법발전재단, 2021, 16쪽.

99) 징계위원회는 30일 이내, 중앙징계위원회는 60일 이내에 징계의결을 해야 하고, 부득이한 사유가 있는 때에는 징계위원회는 30일, 중앙징계위원회는 60일의 범위에서 그 기한을 연기할 수 있다(공무원징계령 제9조 제1항).

100) 소청의 경우에는 준사법절차인 행정심판의 성격을 가지고 있고 행정심판에 있어 위법판단 기준시는 처분시이다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092 판결).

직위해제에 대한 소청과 행정소송은 독일의 법원에 대한 중지절차와 마찬가지로 직위 해제로 인한 직무배제 및 추가적 불이익이 계속적으로 발생하고 있는 상황에 대한 구제 절차이다. 따라서 일반적인 행정심판과 행정소송과 달리 독일에서 논의되는 판단기준시를 참고할 필요가 크다.

우선 소청 절차에 관하여 보면, 행정심판이 권리구제적 기능 내지 준사법적 기능과 함께 행정의 자기통제적 기능을 수행한다는 점을 고려하고,¹⁰¹⁾ 사전절차(행정절차법상 행정절차)와 사후절차(행정심판절차)에 대해 통합적으로 접근하게 되면,¹⁰²⁾ 행정심판에서 사법절차의 준용은 탄력적으로 이루어질 필요가 있다.¹⁰³⁾ 특히 대법원 판례가 직위해제에 대하여는 사전 절차를 배제하고 사후 절차에서 절차적 보장을 보완하는 입장을 채택하고 있어 사전절차와 사후절차의 통합적 성격이 더욱 강화된다는 점까지 감안하여야 한다. 직위해제에 대한 소청 심사에서는 위법판단 기준시를 소청 결정시로 보고, 소청심사위원회가 직위해제 이후 사정변경을 종합적으로 감안하여 직위해제를 소급적으로 취소하거나 일정 시점 이후로 철회 또는 변경할 권한이 있다고 보아야 한다.

행정소송 절차에 관하여 보면, 대법원 판례가 처분시 이후의 사정으로 불이익처분이 위법하게 된다고 볼 수 없다는 확고한 입장을 보이고 있어,¹⁰⁴⁾ 법원이 사정변경을 고려하기 위하여는 다른 방법을 모색하여야 한다. 이 경우에는 소송 중 사정변경 사유가 발생한 경우 해당 공무원은 직위해제 기관에 대하여 소송상 철회·변경 신청을 하고 이에 대하여 직위해제 기관이 철회·변경을 거부하는 경우 그 거부처분에 대한 취소소송을 병합 제기하면서 직위해제에 대한 집행정지를 하는 방법을 통하여, 직위해제의 계속적인 효력발생을 중단시킬 수 있는 소송절차적인 구제방법을 적극적으로 인정하여야 한다.

101) 박정훈, “행정심판의 기능:권리구제기능과 자기통제기능의 조화”, 행정법연구 제15호, 행정법이론실무학회, 2006, 13쪽.

102) 김남철, “행정심판과 행정절차제도와의 조화방안”, 법학연구 제53권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2012, 112쪽.

103) 박응광, “일본 개정 행정불복심사법에 관한 고찰 -공정성과 준사법절차를 중심으로-”, 법학연구 제16권 제1호, 한국법학회, 2016, 42쪽(이 논문 40쪽은 일본의 개정 심사법에서는 준사법절차를 도입할 것인지에 대하여 부정적인 입장이었다고 지적한다). 행정심판제도를 사법작용의 관점에 운용하면 행정심판제도의 활용 폭은 협소해지고 그 특수성은 없어진다는 지적으로는 안동규, “행정심판제도의 본질”, 서강법률논총 제10권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2021, 96쪽.

104) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021두61932 판결.

3. 직위해제로 인한 추가적 불이익에 대한 적절한 규율 방법의 모색

3.1 직무배제와 추가적 불이익의 결합에 따른 문제점

우리나라의 직위해제는 직무배제와 추가적 불이익이 결합되어 있다. 그러나 직무배제는 공무수행의 보호 또는 비위행위에 대한 적절한 조사를 위한 것인 반면, 추가적 불이익은 한편으로는 직무배제로 인하여 직무를 수행하지 않음에 따라 직무수행으로 인하여 받을 이익을 부여하지 않는 측면과 다른 한편으로는 비위행위로 인하여 공직을 박탈당하게 되면 직무배제시부터 봉급 기타 이익을 부여할 필요가 없다는 점에서 사후적 공직박탈에 따른 불이익을 사전적으로 집행하는 기능도 가진다. 이는 독일의 봉급의 지급중지와 비교해 보더라도 분명하다. 독일의 경우에는 ① 공무원에 대한 생활보장원칙에 의거 감액비율의 하한이 50%이고 ② 파면이 예상되는 경우만 봉급의 지급중지가 이루어지고 (직무운영과 조사 침해 방지를 위한 직위해제는 봉급의 지급중지 대상이 아님), ③ 공직박탈의 결과가 발생하지 않으면 봉급은 전액 사후 지급된다.

그러나 우리나라는 ① 감액비율은 처음 3개월은 50%이나 이후에는 70%로 확대되어 장기화에 따른 불이익이 더 커지고, ② 직위해제 자체를 봉급의 감액 사유로 하고 있어 공직박탈과 봉급 감액의 관련성이 독일에서만큼 크다고 보기 어려운 측면이 있고, ③ 비위행위의 불성립이라는 사정변경(미징계, 불송치, 불기소, 무죄)의 경우에만 감액분을 사후 지급하도록 하여 벌금형을 선고받거나 경징계만 받아 공직박탈의 결과가 발생하지 않는 경우에도 사후 지급에서 제외되는 상황이 발생한다.

독일에서와 같이 생활보장원칙이 강하게 적용되지 않는 이상, 사후적으로 공직박탈의 결과가 발생하는 경우 직위해제를 통한 직무배제 이후 절차가 장기화됨에 따라 70%의 감액비율을 적용하는 것은 일응의 합리성이 있다.¹⁰⁵⁾ 하지만 이와 같이 감액비율이 높게 적용되는 것은 어디까지나 결과적으로 공직이 박탈되는 공무원이 직위해제로 직무도 수행하지 않는 상황을 전제로 한 것이다. 공직박탈에 해당하는 파면, 해임의 징계를 받거나 당연퇴직사유에 해당하는 형 선고를 받는 경우와 그렇지 않고 경징계 또는 벌금형을 받은 경우에 동일하게 제재적 성격을 가지는 추가적 불이익의 회복이 이루어지지

105) 물론 이에 대하여도 공무원에 대한 생활보장의 측면, 독일에서는 최대 50%의 지급중지만을 규정하고 있는 점 및 일반근로자의 경우 노동법상으로는 휴업수당을 고려하여 최소 70% 이상이 보장되어야 한다는 논의에 비추어, 이러한 감액비율이 과도하다는 반론도 가능하다.

않는다면, 이는 비례원칙 위반에 해당한다고 볼 소지도 크다. 물론 판례상 직위해제를 함에 있어 중징계 또는 당연퇴직사유에 해당하는 형 선고를 받을 고도의 개연성을 그 요건으로 하고 있으나, 사전 절차의 흠결로 그에 대한 절차적 권리의 보장 수준도 높지 않고 사후적인 사정변경이 발생하더라도 이를 반영하여 직위해제 또는 추가적 불이익을 변경할 절차도 확립되어 있지 않은 상황에서 최종적으로 경징계 또는 벌금형을 선고받은 경우라도 추가적 불이익을 회복할 수 없다면, 직위해제 기관이 위 개연성에 대하여 잘못 판단할 위험을 고스란히 공무원이 부담하는 결과가 된다. 다른 측면에서 보면 최종적으로 비위행위가 성립하지 않는 경우나 벌금형 또는 경징계로 종결되는 경우 둘 다 직위해제 기관에 그에 대하여 제대로 개연성이 없다고 예상하였더라면 둘 다 직위해제에 따른 추가적 불이익이 발생하지 않았을 경우인데, 전자에 대하여만 사후 회복을 인정하는 것은 평등원칙 위반의 소지도 있다. 이러한 문제의 해결을 위한 출발점은 직무배제와 추가적 불이익을 분리하여 사고하는 것이다.

3.2 추가적 불이익 사후 회복 확대의 필요성

앞서 본 것처럼 우리나라는 직위해제 기관이 당연퇴직형이나 중징계 개연성에 대하여 잘못 판단하는 경우 비위행위의 불성립인지 아니면 경징계 또는 벌금형인지에 따라 해당 공무원에 대한 사후 회복 범위가 달라진다. 물론 비위행위 불성립과 비위행위 성립은 차이가 있는 것 아니냐는 반론도 가능할 것이지만 그 차이가 추가적 불이익을 전부 또는 전무로 할 정도로 크다고 보기는 어렵다.¹⁰⁶⁾ 특히 봉급의 감액비율을 3개월 경과시 70%로 강화한 것은 최종적인 공직박탈을 전제로 한 것이라는 점에서 공직박탈의 결과가 발생하지 않은 경우 그에 대한 사후 회복의 필요성은 더 커진다고 볼 수 있다. 따라서 우리나라의 경우에도 추가적 불이익은 일단 해당되는 이익을 중지하는 것이고 사후적으로 당연퇴직형이나 중징계가 확정되는 경우 그러한 불이익이 최종적으로 부과된다는 사고의 적용이 필요하다. 이러한 관점에서 벌금형 또는 경징계의 경우에도 비위행위 불성립의 경우와 마찬가지로 추가적 불이익에 대한 사후 회복이 이루어질 수 있도록 하기 위한 해석론¹⁰⁷⁾의 도입 또는 관련 규정의 입법적 개선이 이루어져야 한다.

106) 입법론적으로는 사후 회복의 범위를 비위행위 불성립의 경우보다 경징계 또는 벌금형으로 종결되는 경우를 좀 더 제한적으로 설정하는 것도 가능할 것이다.

107) 벌금형 또는 경징계의 경우도 비위행위 불성립과 마찬가지로 직위해제 기관의 비위행위에 대한 최종 결과에 대한 오판(誤判)을 한 것이라는 점에서 비위행위 불성립에 관한 사후 회복 관련 규정의 유추적용이 허용된다

3.3 공무원법상 공직에 관한 위험방지를 위한 직무배제로서의 직위해제 확대를 위한 방법론

공무원이 계속 직무를 수행함으로 인하여 공무수행에서의 신뢰의 손상, 피해자에 대한 계속적인 추가 피해 발생 또는 비위행위에 대한 조사가 제대로 이루어지지 못할 가능성이 있는 경우에는 신속하게 직무배제 조치가 이루어질 필요가 있다. 이러한 경우를 감안하여 영국과 독일에서는 추가적 불이익이 결합되지 않은 순수한 직무배제의 효과만 가지는 직위해제를 넓게 인정하고 있다. 우리나라의 국가공무원법은 비위공무원의 경우 종전에는 형사기소(제73조의3 제1항 제4호) 또는 중징계 요구(제3호)만을 직위해제 대상으로 보았다가 금품비위, 성범죄 등의 조사 또는 수사 개시(제6호)를 추가하여 보다 신속하게 직위해제를 할 수 있는 법적 근거를 도입하였다. 이 규정은 직위해제 대상을 “금품비위, 성범죄 등 대통령령으로 정하는 비위행위”라고 하여 그 범위를 대통령령에 위임하였는데, 공무원임용령 제60조 제4호는 “공무원으로서의 품위를 크게 손상하여 그 직위를 유지하는 것이 부적절하다고 판단되는 행위”라고 하고 있어, 이 규정을 통하여 조사 또는 수사의 경우 직위해제가 인정되는 비위행위가 광범위하게 확대될 소지가 있다. 이를 포괄위임금지원칙 또는 법률유보원칙 위반으로 볼 것인가? 만약 위 직위해제가 직무배제만을 의미한다고 볼 경우 긴급한 공직에 관한 위험방지 필요성의 측면에서 직위해제 범위 확대는 수긍할 수 있을 것이다. 그렇지만 직위해제에 추가적 불이익이 결합되어 있는 현 상황에서는 법치주의적 관점을 보다 엄격하게 적용하는 것이 불가피해 보인다. 이는 직위해제의 요건에서도 마찬가지이다. 최근 하급심 판결은 조사 또는 수사 개시로 인한 직위해제와 관련하여 조사나 수사 개시만으로는 부족하고 최소한 객관적인 자료에 의하여 관련된 비위의 정도가 중대한 사정이 인정되어야 한다고 하면서, 직위해제 당시 국가공무원법상 당연퇴직 사유에 해당하는 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있었다고 보이지 않는다는 점을 직위해제사유 부존재의 판단근거로 설치하였다.¹⁰⁸⁾ 위 판결에서 이러한 ‘고도의 개연성’을 요구한 것은 직위해제로 발생하는 사후적으로 회복하기 어려운 추가적 불이익으로 인한 것이다. 그런데 이러한 ‘고도의 개연성’의 요구 수준이 높아지게 되면 조사나 수사 개시 당시 그러한 고도의 개연성을 확보할 정도로 증거수집이나 사실확인이 어렵다는 점에서 긴급히 필요한 직무배제를

고 볼 수 있을 것이다.

108) 울산지방법원 2022. 1. 13. 선고 2020구합8358 판결.

충분히 확보하기 어려울 수도 있다. 긴급한 직무배제의 확보와 직위해제로 인한 추가적 불이익과 관련한 직위해제의 법적 근거의 명확성과 직위해제 요건 강화의 충돌 문제를 해결하기 위해서는 직무배제와 추가적 불이익을 분리하여 사고할 필요가 크다.¹⁰⁹⁾ 최소한 조사나 수사가 공직박탈로 종결되지 않는 경우 추가적 불이익의 회복을 보장하는 방향으로 위 3.2항에서 논의된 바와 같은 해석론 또는 입법적 개선이 마련되면, 보다 폭넓게 직위해제를 허용하고 직위해제의 요건에서도 공직박탈의 개연성에 대한 입증을 완화하는 해석론 도입도 가능할 것으로 생각된다.

V. 결론

이상의 논의를 종합하면 직위해제 제도는 다음과 같이 구성되어야 한다. 직위해제 제도는 우선적으로 ‘공직에 관한 위험방지’를 위한 것이라는 점에서 직위해제의 인정범위를 그 목적 달성에 충분한 정도로 확보될 수 있어야 한다. 반면 직위해제에 따른 봉급이나 수당의 감액 등 추가적 불이익은 제재적 효과를 가지는 것으로 운용되어서는 안 된다. 다만 직위해제 기간 중 직무수행을 하지 않는 것과 관련하여 비위행위에 대한 최종 판단과 관계없이 그와 직접 관련되는 이익 부여를 제한할 수 있는 부분을 정할 수 있다.¹¹⁰⁾ 그렇지만 그 이상의 추가적 불이익은 최종적으로 해당 공무원이 당연퇴직형 또는 파면이나 해임으로 공직이 박탈되는 경우를 대비하여 사전적으로 그에 대하여 봉급이나 수당을 지급할 필요가 없게 된다는 점에서 이는 독일에서의 ‘보험적’인 성격을 가진다고 보아야 한다.¹¹¹⁾ 따라서 이 부분은 비위행위에 대한 최종적인 결과가 당연퇴직형 또는 파면이나 해임으로 공직이 박탈되는 경우에 추가적 불이익은 확정적으로 부과되고 그렇지 않은 경우에는 소급적으로 회복해 주어야 한다. 한편 직위해제와 추가적 불이익은 분리하여 추가적 불이익 없는 직위해제를 인정하여 공직에 관한 위험방지를 위하여

109) 입법론적으로는 형사기소 또는 중징계 요구 이전 단계에서는 직위해제를 통하여 직무배제만 하고 추가적 불이익은 부과하지 않는 제도를 고려할 수 있다. 이는 영국의 ‘보수를 지급하는 직위해제(suspension with pay)’ 또는 독일의 ‘직위해제를 하지만 봉급의 지급중지를 하지 않는 경우’와 유사하다.

110) 이 부분은 사후적으로 비위행위가 불성립하였는지 또는 경징계나 벌금형으로 종결되는지, 아니면 당연퇴직 또는 중징계로 종결되는지와 무관하게 배제된다.

111) 이러한 관점에서 볼 때 중징계의 경우에도 이러한 추가적 불이익을 최종적으로 부과할 것인지에 대하여는 추가적인 검토가 필요하다. 참고로 독일의 경우에는 파면의 경우에만 지급중지된 봉급이 최종적으로 소멸한다.

충분한 범위에서 직위해제가 이루어지도록 하고, 그와 별도로 추가적 불이익을 부과하는 경우에는 공직 박탈의 개연성을 엄격히 인정하는 한편 그에 대한 사전 절차 보장을 강화하여야 한다. 그리고 직위해제 및 추가적 불이익 부과에 대하여 직위해제 기관은 직위해제 및 추가적 불이익 부과의 타당성에 대하여 지속적인 재평가를 하는 한편 해당 공무원에게 철회·변경 신청권을 인정하여야 하고, 소청 및 행정소송에서는 처분 이후의 사정변경을 반영하여 직위해제 및 추가적 불이익에 대한 판단을 할 수 있도록 소청 및 소송절차도 보완하여야 한다. 이러한 직위해제 제도의 재구성을 통하여, 직위해제의 제도적 목적 달성을 더 잘 확보하는 한편 직위해제의 상대방인 공무원의 권익을 더 잘 보장할 수 있게 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- Battis, *Bundesbeamtengegesetz*, 6. Aufl., C.H.BECK, 2022.
- Claussen/Benneke/Schwandt, *Das Disziplinarverfahren*, 6. Aufl., Carl Heymanns, 2009.
- Collins/Ewing/Mccolgan, *Labor Law*, 2. ed., Cambridge University Press, 2019.
- Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, *Bundesdisziplingesetz und materielles Disziplinarrecht*, 6. Aufl., Bund-Verlag GmbH, 2016.
- Selwyn, *Law of Employment*, 16. ed., Oxford University Press, 2011.
- Urban/Wittkowski, *Bundesdisziplingesetz*, C.H.BECK, 2011.

2. 학술지

- 김남철, “행정심판과 행정절차제도와와의 조화방안”, 법학연구 제53권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2012, 105-134쪽.
- 김성수, “국가공무원법 상 ‘직위해제’ 제도에 관한 소고”, 경희법학 제57권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2022, 3-35쪽.
- 김성진, “검사징계법의 제(諸)문제”, 저스티스 제184호, 한국법학원, 2021, 303-320쪽.
- 김영식, “경찰공무원 직위해제처분의 법적 성격과 한계”, 경찰법연구 제11권 제1호, 한국경찰법학회, 2013, 145-165쪽.
- 김희곤, “행정기본법상 처분의 재심사제도에 관한 소고”, 토지공법연구 제98집, 한국토지공법학회, 2022, 149-188쪽.
- 노승민, “대기발령에 관한 실무상 쟁점 검토”, 노동법포럼 제30호, 노동법이론실무학회, 2020, 157-208쪽.
- _____, “대기발령기간 중 임금감액에 관한 법적 문제”, 노동법연구 제54집, 한국비교노동법학회, 2022, 197-237쪽.
- 박수근, “직위해제의 노동법상 쟁점과 해석”, 노동법학 제26호, 한국노동법학회, 2008, 389-415쪽.
- 박웅광, “일본 개정 행정불복심사법에 관한 고찰 -공정성과 준사법절차를 중심으로-”, 법학연구 제16권 제1호, 한국법학회, 2016, 23-46쪽.
- 박정훈, “행정심판의 기능: 권리구제기능과 자기통제기능의 조화”, 행정법연구 제15호,

- 행정법이론실무학회, 2006, 1-14쪽.
- 안동규, “행정심판제도의 본질”, 서강법률논총 제10권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2021, 47-102쪽.
- 이은상, “처분 재심사 제도의 적정한 운영과 개선 방향”, 사법 제58호, 사법발전재단, 2021, 3-37쪽.
- 이학춘/안준노, “영국의 노동분쟁 해결 제도에 관한 연구”, 노동법논총 제14집, 한국비교노동법학회, 2008, 142-171쪽.
- 정영철, “공무원의 직위해제와 관련된 행정절차법의 적용범위에 대한 재검토”, 공법학연구 제16권 제2호, 한국비교공법학회, 2015, 218-247쪽.
- 정진경, “공무원에 대한 직위해제와 행정절차법의 적용”, 노동법연구 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014, 243-263쪽.
- 조성규, “행정기본법상 ‘처분의 재심사’ 규정의 법적 쟁점”, 행정법학 제21호, 한국행정법학회, 2021, 65-101쪽.
- 조성제, “국가공무원법상 직위해제처분의 절차적 적법성 제고에 관한 소고”, 공법학연구 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016, 243-267쪽.
- 조성혜, “공기업 근로자에 대한 직위해제와 직권면직의 문제점: 징계 및 징계해고와의 관계를 중심으로”, 노동법학 제23호, 한국노동법학회, 2006, 303-333쪽.

3. 기타자료

- 인사혁신처, 공무원 인사실무, 2022.
- 한국법제연구원, 주요국가의 공무원 징계제도 및 운영현황 연구, 2016.

[Abstract]

Research on Problems and Improvement Measures Regarding the Release from Position of Public Officials

Sunghoon Lim*

The release from position serves to ensure confidence in public office by removing officials from their duties during investigations, disciplinary proceedings, and criminal trials. However, the release from position system in Korea not only has the effect of excluding the official from their duties, but also imposes various additional disadvantages such as reduction up to 70% of salary and allowances, limitation of salary increases and promotions, exclusion of length of service for calculating leave and pension benefits, etc. The removal from the position is based on the possibility of mandatory retirement. Any additional disadvantage resulting from the release from position can be recovered if the individual is later proven innocent, but if a public official does not receive a penalty or disciplinary action leading to mandatory retirement, there is no possibility of recovery, just like in the case of mandatory retirement. In cases where a public official does not receive a penalty or disciplinary action leading to mandatory retirement, there is a problem that there is no possibility of recovery, just like in the case of mandatory retirement.

In the UK, the suspension with pay is broadly recognized as a necessary measure for protecting the public interest, and the suspension without pay is considered a disciplinary sanction. In Germany, the prohibition of performing official duties is recognized for a comprehensive reason of inevitable duty-related reasons for up to three months. The tentative pause of payment is executed only in cases where it is expected that the dismissal will be imposed. In this case, to ensure the livelihood of civil servants, the rate of pause of payment is decided enough to make a living within 50%.

The biggest differences between the UK/Germany and Korea is whether the release from

* Ph.D. in Law, Associate Professor, Sogang Law School

position and additional disadvantages are separated. In Korea, due to the combination of the release from position and additional disadvantages, it is difficult to expand the scope of the release from position to a necessary extent to ensure confidence in public office. On the other hand, even though the additional disadvantages are of a sanctionary nature, the administrative procedures are not sufficiently guaranteed. Furthermore, even if the administrative agency makes a wrong judgment about probabilities of mandatory retirement and in reality only a much lighter punishment is issued, the burden of such misjudgment by the administrative agency shall be borne entirely by the public servant.

To address these issues, a separation of exclusion from duty and additional disadvantages is necessary. On the one hand, we need to recognize release from position without additional disadvantages, so that it can be carried out within a sufficient scope to ensure confidence in public office. On the other hand, to protect the rights of public officials who are the recipients of release from position, the following improvements should be made. Firstly, in cases where additional disadvantages are imposed, the administrative agency must strictly review the probabilities of mandatory retirement while reinforcing administrative procedures. Secondly, the administrative agency should re-evaluate the retention of the release from position and grant the right of civil servants to apply for withdrawal or change. Thirdly, in the appeal review procedure, a procedure is introduced to reflect the change in circumstances and make a judgment to withdraw or change the release from position. Fourthly, unless it is finally concluded that the public servant has done something wrong that constitutes a reason for mandatory retirement, additional disadvantages should be retroactively restored.

[Key Words] Release from Position, Disciplinary Action, Mandatory Retirement, Administrative Procedure, Appeals Review