

공무원 승진임용재량권 일탈, 남용의 심사기준과 강도

-대법원 2024. 1. 4. 선고 2022두65092 판결-

The Standard of Judicial Review on the Promotion-exclusion Actions Against Civil Servants

배 상 준*

BAE, Sangjoon

목 차

I. 사안의 내용
II. 사안의 쟁점
III. 판례의 이해

IV. 법리의 검토
V. 결론

이 글은 공무원을 대상으로 한 징계처분(강등처분)의 위법성을 살피면서, 핵심적으로는 공무원에 대한 승진임용권자의 폭넓은 재량권의 한계를 제시한 대법원 2024. 1. 4. 2022두65092 판결(이하, ‘대상판결’이라 한다)에 대한 평석을 곁하여 승진임용재량권 일탈, 남용 여부에 관한 새로운 심사기준과 강도를 모색한 글이다.

대상판결은 승진임용에 관하여 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있다는 종전의 심사기준과 강도에 관한 일반원칙을 판시하였으나, 이에서 더 나아가 그럼에도 불구하고 그 재량권의 한계도 분명히 존재하며, 직업공무원제도를 정한 헌법 제7조로부터 도출되는 능력주의와 성과주의의 기속을 받는다는 점을 제시하면서, 매우 완화된 심사기준과 강도를 담은 기존 일반론이 갖는 문제점을 보완하면서 새로운 심사기준과 강도를 모색할 수 있는 단초를 제공하고 있다.

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2024..57.459>

투고일: 2024. 3. 30. / 심사완료일: 2024. 4. 23. / 게재확정일: 2024. 4. 24.

* 헌법재판소 헌법연구관(兼 헌법재판연구원 교수), 법학박사(행정법)

Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea

본래 능력주의와 성과주의원칙은 직업공무원제도 하에서 공무원 선발임용기준 등의 위헌성을 살피왔던 헌법재판소 결정례들을 중심으로 헌법 제7조의 의미내용과 함께 헌법 제25조의 공무원임권, 그 외에도 평등권 침해여부를 살피는 중 일반론으로 제시되어 왔는데, 원칙적으로는 능력주의와 성과주의원칙에의 두터운 기속을 요구하면서도 다른 헌법조항의 요청 등에 따라 일종의 “형량”을 거처가면서 일정수준으로 완화될 수도 있는 유연한 기준으로 활용되어 왔다. 공무원 승진임용에 관한 영역에까지 헌법 제25조의 공무원임권의 보호영역을 넓혀가는 듯한 최근 헌법재판의 경향과 기본권 도그마틱의 발전상을 살펴보면, 그 법리를 행정법적 층위에 투영하여 대상판결에서 새로 제시한 내용들을 승진임용재량권 일탈, 남용 판단과정에서 새로운 심사기준과 강도로 정치화 해 가며, 승진임용재량권에 관한 보다 엄격하고 면밀한 사법통제방안을 모색해 볼 필요가 있다. 우리나라 직업공무원제도 하에서 ‘승진’이 갖는 함의를 생각해본다면 더욱 그러하다.

[주제어] 공무원, 승진, 심사기준, 심사강도, 재량권 일탈·남용, 능력주의

I. 사안의 내용

1. 사실관계

원고는 00도 00국 팀장(지방행정사무관, 5급)으로 근무하던 자로, 00도는 2020. 12. 17.부터 2020. 12. 18.까지 4급 승진후보자(5급)에 대해 주택보유조사를 실시하였으며, 4급 승진후보자였던 원고는 자녀 명의로 주택 1채, 매각 진행 중인 주택 1채 총 주택 2채를 보유하고 있다는 내용의 답변을 제출하였다.

이후 원고는 2021. 2. 1. 00도 00국 과장(지방서기관, 4급)으로 승진하였는데, 00도 지사는 2021. 6. 21. ① 원고가 오피스텔 분양권(2건)을 주택 수에서 고의로 누락하여 제출했으며, ② 다주택 보유현황 관련 조사를 방해하고 주택 수를 속이려는 의도로 허위 사실을 인사자료로 활용하게 함으로써 인사에 영향을 미치는 결과를 초래하였다는 점을 들어 원고에 대한 징계의결을 요구하였다.

00도 인사위원회는 2021. 7. 21. 혐의사실이 인정되고, 원고가 지방공무원법 제48조(성실의무)를 위반하였다는 이유로¹⁾ 같은 법 제69조 제1항 제1호에²⁾ 따라 원고에

1) 제48조(성실의 의무) 모든 공무원은 법규를 준수하며 성실히 그 직무를 수행하여야 한다.

2) 제69조(징계사유) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계의결을 요구하여야 하고, 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.

1. 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 지방자치단체의 조례 또는 규칙을 위반하였을 때

게 강등(4급→5급) 징계를 의결하였다. 00도지사는 2021. 8. 9. 위 의결에 따라 원고에 대하여 강등 징계처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

원고는 2021. 8. 24. 이 사건 처분에 대해 소청심사를 청구하였고, 00도 소청심사위원회는 2021. 9. 27. 원고의 위 청구를 기각하였다. 이에 원고는 이 사건 처분 취소소송을 제기하였다.

2. 사건의 경과

원고는 ① 당시 보유하고 있던 오피스텔 분양권(2건)이 조사대상인 주택에 포함되지 않는다고 오해하였으므로 거짓진술의 고의가 없었고, ② 다주택 보유 해소 권고대상인 고위공직자도 아니었으며, ③ 주택조사에 대한 진술내용이 4급 승진심사 자료로 활용된다는 것도 알지 못하였으므로 징계사유가 부존재한다고 주장하였고, 나아가 ④ 징계사유가 인정된다고 하더라도 재량권을 일탈, 남용한 것으로 위법하다고 주장하였다.

제1심법원은³⁾ ① 지방공무원법 제43조 위반에 따라⁴⁾ 같은 법 제69조 제1항 제1호, 제48조에 근거한 징계사유는 인정된다고 봤으나 ② ‘강등’이란 중징계처분의 침익성과 발령요건을 고려할 때⁵⁾ 이 사건 처분은 그 징계양정에 있어 현저히 합리성을 잃어⁶⁾ 재량권을 일탈, 남용한 것으로 보면서 원고의 청구를 인용하였다.

이에 불복한 00도지사의 항소에 대해 원심법원은,⁷⁾ “징계권자가 내부적 양정기준을 정하고 그에 따라 징계처분을 했을 경우 정해진 징계양정기준이 합리성이 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다

3) 수원지방법원 2022. 4. 27. 선고 2021구합74052 판결

4) 제43조(인사에 관한 부정행위의 금지) 누구든지 임용시험·승진·임용, 그 밖에 인사기록에 관하여 거짓이나 부정하게 진술·기재·증명·채점 또는 보고를 하여서는 아니 된다.

5) 강등이 중징계로 구 지방공무원 징계규칙 제2조 제1항 [별표 1]에 의하면 심한 비위행위와 중과실이 있거나, 경한 비위행위와 고의가 있는 경우에 발령되게 되는데, 본 사안은 지방공무원법 제65조의3, 지방공무원 징계규칙 제5조 제2항등에서 정한 금품비위나 성폭력범죄, 성매매 등에 상응하는 심한 비위행위가 있다거나 혹은 거짓진술의 고의가 분명하다고 보기 어렵다는 점을 제시하고 있다.

6) 나아가 승진임용(5급→4급)은 주택 보유현황이 아니라 근무성적평정 및 경력평정, 그 밖의 능력에 따라 실증하여야 하고(지방공무원법 제38조 제1항), 근무성적평정 등에 의해 승진한 원고를 주택보유현황 진술을 사유로 강등하는 것은 승진기준에도 위배되는 것이어서 합리적인 재량권행사로 볼 수 없다는 점을 제시하고 있다.

7) 수원고등법원 2022. 11. 4. 선고 2022누11855 판결

고 할 수 없고(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두47472 판결), 재량권 일탈, 남용의 입증책임은 그 처분의 효력을 다투는 자가 부담해야 하며(대법원 2019. 7. 4. 선고 2016두47567 판결), 나아가 지방공무원 승진임용에 관하여는 일반국민에 대한 행정 처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도로 광범위한 재량이 부여되어 있다(대법원 2022. 2. 11. 선고 2021도13197 판결)”는 종전 법리를 원용한 뒤, ① 승진 인사자료로 주택보유현황 등을 활용한 것이 관련법규에 위배된다거나 사회통념상 합리성을 갖추지 못했다고 보기는 어려운 이상 그 대상자인 원고는 이를 제대로 밝힐 의무가 있고, ② 지방공무원법 제38조 제3항의 위임에 따른 ‘지방공무원 임용령’ 제38조의3 제1항에서 정한 2급부터 4급까지의 공무원 승진임용에 요구되는 요건(후보자의 행정실적, 능력, 경력, 전공분야, 인품과 적성 등)을 고려할 때 준법정신과 도덕성이 요구된다고 아니할 수 없으며, ③ 정권교체와 관계없이 계속되는 직업공무원제도에 요구되는 인사 공정성의 중요성을 고려해 보면, 원고의 거짓진술행위는 비위 정도가 약하다고 볼 수 없고, ④ 이 사건 처분이 발령되기까지 각 사정을 고려해보면⁸⁾ 원고에게 고의나 중과실이 있다고 아니할 수 없다는 점을 들어, 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. 이에 원고가 항소하였다.

3. 대상판결(대법원 2024. 1. 4. 선고 2022두65092 판결)

대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리, 판단하도록 원심법원에 환송하였다. 그 설시를 요약하면 다음과 같다.

대한민국헌법 제7조가 정한 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 따라 공무원의 신분은 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 이와 같은 직업공무원제도를 운영할 때에는 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하고, 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 핵심적 요소라고 할 수 있다. 특히 직업공무원에게는 정치적 중립과 더불어 공무를 효율적으로 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 헌법 제7조가 보장하는 직업공무원제도의 운영 및 기본적 요소에 해당하는 공무원의 임용·보직·승진에는 공무원의 능력·성적·전문성 등을 반영한 능력주의·성과주의가 바탕이 되어야 한다.

또한, 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 하여 직업공무원제도가 정치적 중립성과 신분보장을 중추적 요소로 하는 민주적이고 법치주의적인 공직제도를 입을 천명하면서도 그 구체적 내용을 법률로 정하도록 위임하였으므로, 이러한 헌법의 위임 및 지속적 방향

8) 00도지사가 직속기관 등에 보낸 “경기도 고위공직자 다주택 보유 해소 권고” 공문 내용 등을 살펴보면 분양권(입주권)도 주택에 포함된다고 기재되어 있었고, 나아가 그 당시 다주택자인 4급 이상 공무원이 다주택을 처분하지 않을 경우 사실상 승진에서 배제되는 등 인사불이익을 입는 상황이 당시 00도 인사실무에 비교적 뚜렷하였는데, 원심법원은 이러한 전후사정에 보다 주목하였다.

제시에 따른 지방공무원법이 정한 신분보장·승진 등 인사 운영 관련 규정을 해석·적용할 때에도 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적과 함께 능력주의·성과주의 원칙을 고려하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 95누17625 판결 등 참조).

지방공무원법 제6조 제1항,⁹⁾ 제25조 본문,¹⁰⁾ 제38조 제1항 본문,¹¹⁾ 제39조 제3항, 제4항, 제5항,¹²⁾ 지방공무원 임용령 제31조의2 제1항, 제4항,¹³⁾ 제31조의6 제1항,¹⁴⁾ 제32조 제1항, 제2항, 제3항에 따르면,¹⁵⁾ 지방공무원의 임용권자가 5급 공무원을 4급 공무원으로 승진임용을 하기 위해서는 그 승진 예정 대상자인 5급 공무원에 대하여 직급별로 지방공무원 임용령에서 정한 바에 따라 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증을 반영한 승진후보자명부를 작성하여 인사위원회 사전심의를 거친 다음 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자부터 차례로 승진임용 여부를 심사하여 결정해야 한다.

- 9) 제6조(임용권자) ① 지방자치단체의 장[특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 교육감을 포함한다. 이하 같다] 및 지방의회의 의장[시·도의회 의장 및 시·군·구(자치구를 말한다. 이하 같다)의회의 의장을 말한다. 이하 같다]은 이 법에서 정하는 바에 따라 그 소속 공무원의 임명·휴직·면직과 징계를 하는 권한(이하 “임용권”이라 한다)을 가진다.
- 10) 제25조(임용의 기준) 공무원의 임용은 시험성적, 근무성적, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증(實證)에 따라 한다.
- 11) 제38조(승진) ① 계급 간의 승진임용은 근무성적평정, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증에 따라 한다.
- 12) 제39조(승진임용의 방법) ③ 제1항 및 제2항 외의 승진은 같은 직렬의 바로 하급 공무원 중에서 임용하되, 임용하려는 결원에 대하여 승진후보자 명부의 높은 순위에 있는 사람부터 차례로 대통령령으로 정하는 범위에서 임용하여야 한다.
 - ④ 제1항 및 제3항에 따라 승진임용할 때에는 해당 인사위원회의 사전심의를 거쳐야 한다. (단서생략)
 - ⑤ 임용권자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 근무성적평정, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증에 의한 순위에 따라 직급별로 승진후보자 명부를 작성한다. (단서생략)
- 13) 제31조의2(근무성적평정) ① 소속 공무원에 대해서는 정기 또는 수시로 근무성적을 평정하여야 하며, 근무성적평정의 결과는 승진임용, 특별승급, 성과상여급 지급, 교육훈련, 보직관리 등 각종 인사관리에 반영하여야 한다.
 - ④ 5급 이하 공무원에 대한 근무성적평정은 평정대상기간의 근무실적 및 직무수행능력을 구분하여 평가하되, 임용권자가 필요하다고 인정하는 경우에는 직무수행태도를 평가항목에 추가할 수 있다.
- 14) 제31조의6(경력평정) ① 제33조의 승진소요 최저연수에 도달한 5급 이하 공무원에 대해서는 그 경력을 평정하여 승진에 반영하여야 한다.
- 15) 제32조(승진후보자 명부의 작성) ① 임용권자는 승진임용에 필요한 요건을 갖춘 5급 이하 공무원에 대해서는 제31조의2부터 제31조의4까지의 규정에 따른 근무성적평정점을 70퍼센트로 하고, 제31조의6에 따른 경력평정점을 30퍼센트로 한 비율에 따라 승진후보자 명부를 승진 예정 직급별로 작성한다. (단서생략)
 - ② 제1항에 따른 승진후보자 명부 작성을 위한 평정에서 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 가산점을 줄 수 있고, 징계처분을 받은 경우에는 감점을 할 수 있다. 다만, 제5호에 해당하는 근무경력에 대해서는 가산점을 주어야 한다.
 1. 자격증이 있는 경우
 2. 도서·벽지 등 특수한 지역에서 근무한 경력이 있는 경우
 3. 교류직위 등 특정한 직위에서 근무한 경력이 있는 경우
 4. 규칙으로 정하는 특정한 업무에 근무한 경력이 있는 경우
 5. 재난 및 안전관리 업무 중 규칙으로 정하는 업무에 근무한 경력이 있는 경우
 6. 탁월한 근무실적 또는 공헌이 있는 경우
 - ③ 제2항에 따른 가산점 및 감점 평정기준과 승진후보자 명부의 작성 시기 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 교육부령 또는 행정안전부령으로 정한다.

이때 임용권자에게는 승진임용에 관하여 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용해야 하는 것은 아니지만(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결), 승진후보자명부 작성 또는 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 아무런 제한 없는 재량이 인정되는 것은 아니다.

즉, 임용권자가 승진후보자명부 작성 및 승진임용을 할 때에는 지방공무원법 제25조, 제38조 제1항 및 제39조 제5항에 따라 근무성적평정·경력평정 및 그 밖의 능력의 실증에 따라야 하는 의무를 부담하므로, 4급 공무원으로 승진임용을 하기 위하여 승진후보자명부를 작성하거나 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 법령상 근거 없이 직무수행능력과 무관한 요소로서 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증에 해당한다고 보기 어려운 사정을 주된 평정 사유로 반영하였거나 이러한 사정을 승진임용에 관한 일률적 배제사유 또는 소극요건으로 삼았다면, 이는 임용권자가 법령상 근거 없이 자신의 주관적인 의사에 따라 임용권을 자의적으로 행사한 것으로 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적 및 능력주의 원칙은 물론 지방공무원법령 규정에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

II. 사안의 쟁점

직업공무원제를 특징으로 하는 근대 국가에서 공무원에 대한 징계재량권 행사에 관한 법적 통제의 연혁, 특히 징계 재량에 관한 사법심사의 기준과 심사 강도가 형성되어 온 궤적들을 살펴보게 되면, ① 먼저는 행정법에 대한 그 나라의 인식을 엿볼 수 있고, ② 행정의 독자성과 우월성(1단계), 행정에 대한 법적 구속(2단계), 나아가 행정의 자율성과 공, 사익 간 형량(3단계)이라는 행정법의 각 발전과정 중 그 나라 행정법 발전의 단계를 짐작해 볼 수 있게 된다는 점에서, 이를 고찰해 볼 만한 의의가 적잖을 수 있다.¹⁶⁾

이는 비단 징계재량권에 관한 것으로만 국한되지 않을 수 있는데, 직업공무원제 하에서 공무원에 대한 승진임용재량권과 그 법적 통제에 관하여도 그럴 수 있다.

직업공무원제 하에서는 공무원에 대한 승진임용과 징계가 맞물려 결정되는 상황도 적잖고, 엮관계적 요소가 부분적으로 가미된 직업공무원제를 운영하고 있는 각 국에서 승진임용재량이 갖는 함의를 고려해보더라도 그럴 수 있는데, 결국 승진임용재량의 행사에 관한 법적 통제의 궤적과 그 심사기준 및 강도를 살피는 것도 같은 맥락에서 그 고찰의 의의가 상당할 수 있다.

한편, 재량처분에 관한 다양한 사법심사 사유들을 “재량권 일탈, 남용”이라는 단일 개념으로 모두 포섭하는 중에 특히 우리나라에서는 재량처분에 관한 사법심사기준과

16) 강화연, “공무원을 대상으로 한 징계재량권 남용의 심사기준과 강도”, 행정법연구 제71호, 행정법이론실무학회, 2023, 595쪽.; 행정법의 발전과정을 3단계로 설명하는 데 관하여는 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 36쪽 이하.

강도가 여러 난맥상을 보여 왔다.¹⁷⁾ 그러나 ① 일반국민을 대상으로 한 재량처분의 사법심사과정에서 형성된 심사기준과 강도에 비하면 공무원에 대한 징계(재량)처분의 사법심사 과정에서는 더 완화된 일반론적 심사기준과 심사강도가 제시되어 왔고,¹⁸⁾ ② 공무원 승진임용(재량)처분에 관해서는 공무원 징계(재량)처분의 그것보다도 더욱 완화된 심사기준과 강도가 제시되어왔던 점이 비교적 뚜렷하다(대표적으로 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결; 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결 등).¹⁹⁾

그렇다면 우리나라에서 매우 제한된 사법심사만 이뤄져 오면서 동시에 폭넓은 재량행사 가능성이 인정되어 온 공무원 승진임용재량권에 관해 ① 그 재량행사의 한계를 제시하고 나아가 재량 하자를 인정한 판결례라든지, 더 나아가 ② 승진임용재량권의 한계와 징계재량권의 한계를 동시에 살핀 판결례가 있다면 그 판결의 내용과 의미를 음미해 볼 가치는 상당하다고 아니할 수 없다.

대상판결은 먼저 공무원 징계재량권 행사의 위법성(일탈 여부)을 판단하면서 그 전제로 공무원 승진임용재량권 행사의 한계를 함께 제시했던 최근 대법원 판례이다. 그간 매우 완화된 일반론적 심사기준과 강도가 제시되어 온 승진임용재량권 일탈, 남용의 판단에 있어 ① 그러한 재량이 헌법 제7조가 정한 직업공무원제 하에서 무제한적으로 허용될 수 없다는 점, ② 직업공무원제의 본질적 특성으로 능력주의 및 성과주의원칙의 요청에 따른 승진임용재량행사의 한계가 분명히 존재한다는 점을 그 승진심사대상자인 공무원에 대한 징계재량권 일탈, 남용 판단 과정 중 구체적으로

17) 최선웅, “행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유”, 행정법연구 제59호, 행정법이론실무학회, 2019, 19쪽 및 25쪽, 32-40쪽, 47-48쪽; 최선웅, 재량과 행정쟁송, 박영사, 2021, 61-82쪽 등. 그 외에도 안동인, “비례원칙과 사법판단권의 범위-행정재량권의 통제원리로서의 비례원칙을 중심으로-”, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 17-20쪽; 노기현, “행정법상 재량행위에 대한 사법심사기준의 변천에 관한 연구-일본의 학설과 판례의 논의를 중심으로-”, 공법학연구 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013, 293-295쪽; 송시강, “행정재량과 법원리-서론적 고찰-”, 행정법연구 제48호, 행정법이론실무학회, 2017, 119-121쪽; 허성욱, “행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고-미국 행정법상 쉐브론 원칙과 해석규범의 기능과 상호관계를 중심으로-”, 공법연구 제41집 제3호, 사단법인 한국공법학회, 2013, 544쪽 이하 등.

18) 통상적으로는 “**사회통념상 현저하게 타당성을 잃어** 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하였다고 인정하는 경우에 한하여” 그 징계(재량)처분을 위법하다고 판단하는, 완화된 일반론적 심사기준과 강도가 제시되어 왔다. 강화연, 앞의 논문, 제596-598쪽(특히 해당 글 각주 17).

19) 그 일반론적 심사기준과 강도의 내용, 그리고 그 문제점에 관하여는 이하에서 상론한다. 이외에도 승진임용권자의 재량권에 관하여는 강화연, 위의 논문.; 고소영, “대학의 자율성과 국립대학 총장임용제도에서의 사법심사”, 행정판례연구 24(1), 한국행정판례연구회, 2019, 242-244쪽.

제시했다는 점에서 살펴볼 내용이 적잖다. 공무원 임용재량권과 징계재량권 일탈, 남용 여부를 판단하는 과정에서 대법원이 엄격한 심사기준과 판단기준을 실시하여 당사자의 예측가능성 등을 높이는 것이 필요하다는 일부 선행연구들의 제언에서 추구되는,²⁰⁾ 면밀한 사법통제 도그마를 형성해 갈 수 있는 “초석”을 제공할 수 있다는 점에서도 그러하다.

III. 판례의 이해

대상판결에 나타난 공무원에 대한 승진임용재량권의 일탈, 남용 심사에 있어 제시된 내용들이 기존 판례의 흐름에서 어떤 의미를 갖는지 살펴본다. 대상판결은 특히 기존 판례의 일반론적 실시에 덧붙여 승진임용재량권 행사의 한계가 어디까지인지를 함께 제시했으므로 그 의미내용을 검토한다.

1. 일반적 심사기준

공무원 승진임용권자에게 부여된 재량의 일탈, 남용 여부를 판단하는데 있어 대법원은 그동안 승진임용권자에게 매우 폭넓은 재량권을 인정해 왔다. “임용권자에게는 승진임용에 관해 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있다”거나 이에 더해 “승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용해야 하는 것은 아니다”, 혹은 “승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용에서 제외하는 결정을(..) 쉽사리 위법하다고 판단해서는 안 된다”라는 판시들을 대법원 2018 3. 27. 선고 2015두47492 판결 및 같은 날 선고된 2016두44308 판결, 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결 등에서 보인 이래²¹⁾ 최근까지 승진임용재량권 일탈, 남용여부 판단과정에서

20) 대학 총장임용재량권에 관하여는 고소영, 위의 논문, 244쪽. 공무원 징계재량권에 관하여는 강화연, 앞의 논문, 610-611쪽. 징계재량의 특유한 사례군으로, 지방의회의원에 대한 징계에 관하여는 성재열, “지방의회의원 징계에 관한 항고소송의 대상적격과 위법성 심사기준”, 공법연구 제52집 제2호, 한국공법학회, 2023, 628-631쪽.

21) 앞선 대법원 판결례들은 모두 초등학교 교장, 교감 승진임용과정에서 그 승진임용권자의 재량 일탈, 남용 여부가 문제되었던 사건에 관한 것이다. 그 외에도 대법원 2018. 6. 15. 선고 2015두50092

꾸준히 실시해 왔다.²²⁾

위 사건들을 토대로 형성된 이러한 일반론은, 이미 완화된 심사가 이루어져 오던 공무원 징계권자의 재량 일탈, 남용 판단 과정 중 제시된 일반론에 비견하더라도 더 완화된, 더 제한적 심사만 가능하다는 취지가 담긴 것으로서, 이에 따르면 원론적으로는 승진임용권자의 폭넓은 결정재량 행사에 대해서는 면밀한 사법심사가 어려울 수 있다.

2. 승진임용권자의 결정재량 행사의 한계

그런데 대상판결은 공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 데서 그 징계재량권 일탈, 남용 여부 판단을 하는 데 전제가 되었던 승진임용재량권 행사내역에 관하여, ① 임용권자에게는 승진임용에 관해 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의 매우 광범위한 재량이 부여되어 있으므로 승진후보자명부의 높은 순위에 있는 후보자를 반드시 승진임용해야 하는 것은 아니라는 기존 일반론을 실시하면서도, 이에 그치지 않고 더 나아가 ② “승진후보자명부 작성 또는 승진임용 여부를 심사·결정하는 과정에서 아무런 제한 없는 재량권이 인정되는 것은 아니다”라는 점을 제시하며 승진임용재량의 “한계”를 제시한 첫 판례이다. 매우 완화된 심사기준과 강도가 담긴 종전의 일반론을 서두에서 재차 개진하면서도, 그럼에도 불구하고 특정한 경우에는 그 승진임용재량권의 “한계”가 분명히 존재하며, 그 한계를 넘어설 경우 재량의 일탈에 해당한다는 점을 분명하게 제시하고 있는 것이다.

그렇다면 그 승진임용재량권의 구체적 한계는 어떻게 제시되고 있는가? 대상판결은 먼저 승진임용권자에게 재량권을 부여하고 있는 지방공무원법 조항의 해석으로부터 그 한계점을 도출한다. 곧 ① 지방공무원법 제25조, 제38조 제1항 및 제39조 제5항 등에 따라 승진임용권자는 근무성적평정·경력평정 및 그 밖의 능력의 실증에 따라야 하는 의무를 부담하게 되므로 그 재량행사도 그러한 요소들에 구속받게 된다는

판결에서는, 대학의 장 임용에 관하여 대학에서 추천한 후보자 중 임용권자인 교육부장관이 후순위 후보자를 임용제청한 대 대해 동일한 일반론을 제시한 바 있다.

22) 부산고등법원(창원) 2021. 12. 22. 선고 2021누10531 판결, 서울고등법원 2022. 9. 2. 선고 2021누63992 판결(가정적 판단 부분), 서울고등법원 2021. 9. 29. 선고 2021누39678 판결 등. 그 외에도 형사판결인 대법원 2022. 2. 11. 선고 2021도13197 판결 등에서도 동일한 판시내용이 확인된다.

점을 먼저 제시하고 있으며, 나아가 ② 그러한 요소들과 무관한 요소인 동시에 별도의 법적 근거 없는 “다른 요소”를 임용권자가 승진임용심사의 주된 평정 사유로 반영했거나 이러한 사정을 승진임용에 관한 일률적 배제사유/소극요건으로 삼았다면, 이는 임용권자가 법령상 근거 없이 자신의 주관적 의사에 따라 승진임용권(재량권)을 “자의적으로” 행사한 것으로 판단하고 있다.

더 나아가 대상판결은 그렇게 판단할 수밖에 없는 연유로, 지방공무원법의 전체적인 입법목적과 해석 및 적용방향(과 그 한계점)이 직업공무원제도를 정하고 있는 대한민국 헌법 제7조의 의미와 내용, 특히 능력주의 및 성과주의 원칙에 기속될 수밖에 없다는 점을 제시하고 있다. ③ 승진임용결정에 요구되는 능력주의 및 성과주의 원칙의 요청이 지방공무원법령 각 조항의 해석, 적용의 전제가 되는 대한민국 헌법 제7조에서 정한 직업공무원제도의 근간에서 도출된 것이며, 그러므로 승진임용재량권 행사의 일환으로 지방공무원법령의 규정들을 해석, 적용할 때 위 원칙들에 의한 분명한 기속을 받는다는 점을 함께 제시하며 이 사건에서 승진임용재량권 행사의 한계를 분명히 피력한 것이다.

3. 당해 사안에의 적용

당해 사안을 판단하면서 대상판결은 앞서 제시한 재량행사의 구체적 한계를 토대로 자체 결론을 도출한다. 대상판결은 먼저 ① 공무원 ‘주택보유현황’과 ‘다주택 보유여부’ 그 자체가 지방공무원법 등에서 승진심사 고려요소로 요구하는 공무원 직무수행능력 등에 관한 지표인지, 곧 헌법 제7조에서 도출된 “능력주의”와 “성과주의”의 요청에 부합하는지, 주택보유현황 등에 관한 조사가 별도로 법적 근거가 있는지 살폈고, ② 공무원의 ‘다주택 보유여부’가 직무수행능력 등과는 무관한 지표이며 별도로 그 조사의 법적근거도 확인해 볼 수 없다면, 그럼에도 그 조사결과를 4급 승진임용심사에서 일률적 배제사유/소극요건(평정요소)으로 삼을 수 있는지 검토하였으며, ③ (검토 결과) “다주택 보유여부” 조사결과를 승진임용심사의 평정요소로 삼을 수 없다는 결론에 이르게 된다면, 결국 법적근거 없는 “임의적 협력요구”에 불과한 주택보유현황조사에 원고가 성실하게 임하지 않았던 것을 지방공무원법 제43조 위반 및 그에 따른 성실의무위반(지방공무원법 제48조)으로 볼 수는 없어 적법한 징계사유(4급→5급 강등처분)가 있다고 단정할 수 없다고 봤으며, 그러한 징계권행사(이 사건 처분,

강등처분)가 그 자체로 재량권을 일탈했다고 보고 있다. 결론에 있어서는 징계재량 일탈, 남용 판단을 한 것이나, 실질은 승진임용재량의 일탈, 남용 판단을 먼저 한 것으로 볼 수 있다.

IV. 법리의 검토

1. 문제의 제기

대상판결을 살펴보면, 그 판결선고 전 형성되어온 승진임용재량권의 법적 통제에 관한, 매우 완화된 일반론적 심사기준과 강도를 제시했던 앞서 살핀 기존 법리의 문제점을 먼저 검토해 볼 필요가 있다.

첫째, 개별 사안마다 보일 수 있는 개개의 특성에 대한 고려 없이 승진임용권자에게 ‘광범위한 형성재량’을 선제적으로 인정한 일반론을 형성하여(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 및 2016두44308 판결, 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결, 그 외에도 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결) 결과적으로 그 위법심사의 강도를 일률적으로 완화함으로써, 직업공무원제도의 본질과 원형을 형해화하거나 승진임용신청자의 기본권을 충분히 보호하지 못하게 될 가능성을 유보해두고 있었다는 점이다. 결국 승진임용재량권 행사가 사실상 무제한적으로 허용되는 것으로 임용권자에게 잘못된 인식을 심어줄 수 있고, 실제로도 사법통제를 형해화 하게 될 우려가 있다.²³⁾

물론 승진임용재량권에 관해 대법원에서 2018년경 위 사건들을 통해 판단하며 매우 완화된 일반론적 심사기준과 강도를 제시하게 됐던 연혁과 연유도 살펴볼 필요가 있는데, 먼저 그런 일반론이 형성되었던 위 대법원판결들과 각 하급심 판결내용을 살펴 유추해 보면, 위 사례군에 고유한 특성, 곧 교장, 교감 승진후보자 명부 중 임용예정인원 내(內) 선순위에 들어있었거나 후보자명부에 포함되어 있었음에도 결국 승진임용제청되지 못했던 원고들 근무경력 중 “(소위 4대 비위행위로 인한) 징계이력”, “기소유예이력” 및 “부정학위취득” 등이 있었던 데 대한 승진임용권자의 판단을 대법

23) 같은 맥락에서, 대학총장 임명제청에 관한 재량에 대한 심사기준에 대하여는 고소영, 앞의 논문, 244쪽.

원이 납득하고 존중했던 점이 이러한 일반론 형성에 상당부분 작용했던 것으로 보인다.

이는 원고들에 대한 위 승진임용제청배제행위 직전에 국무회의를 거쳐 교육부를 중심으로 하달되었던 소위 “교장 임용제청 강화방안”과 그에 따른 승진임용권자의 각 재량행사(원고들에 대한 임용제청배제행위)를²⁴⁾ 대법원이 존중한 결과로 볼 수 있다.²⁵⁾²⁶⁾

더 나아가, 본래 교장 및 교감승진인사 과정에서 그 승진후보자명부에 들었음에도 (그리고 임용예정인원 내 선순위로 명부에 기재되었음에도) 승진임용에서 제외된 경우 그 승진임용제외행위의 처분성이 인정되는지, 이른바 “신청권”이 인정될 수 있는지에 관하여는 종전까지는 부정설과 긍정설이 행정재판실무에 혼재되어 왔고,²⁷⁾ 유사한 성격을 갖는 대학총장임용제청제외행위에 관하여도 그것이 내부적 의사결정 과정에 불과하다는 점을 들어 역시 처분성이 부정되어 왔으며, 종합해보면 이런 성격을 갖는 행정작용은 종전에는 행정소송에서 본안판단 대상조차 되지 못할 가능성이 상존해왔다.²⁸⁾

그런데 위 대법원 판결들을 기점으로 이른바 “보충성” 관점, 곧 처분성을 인정하지 않으면 달리 구제방법이 없다는 점이 통일적으로 제시되면서 승진임용(제청)권자의 승진임용제청제외행위 등에 처분성이 인정됨으로써²⁹⁾ 적어도 대상적격의 측면에서는 확실하게 본안판단이 이루어질 수 있는 길을 열게 되었다는 점을 고려해 볼 필요가 있다. 물론 그런 대법원의 처분성 인정 법리가 적절했는지에 관하여는 생각해 볼 여지가 있으나,³⁰⁾ 일단 승진임용제청제외행위나 그와 성격을 같이하는 행위에 관한 사법통제의 첫 문(대상적격)을 안정적으로 열었다는 점에서는 진일보된 판결로 평가

24) 교장, 교감 (승진)임용제청에 관한 승진임용권자의 이 같은 판단은, 2013. 12.경 국무회의에서 확정되어 2014. 2.경 교육부를 중심으로 하달된 이른바 “교장 임용제청 강화방안”에 따른 것으로 보인다. 그 내용을 살펴보면 이른바 4대 비위(금품 및 향응수수, 상습폭행, 성폭행, 성적조작) 징계자는 징계기록 말소와 무관하게 교장 임용제청에서 배제하고, 학교운영비리 및 개인비리는 징계기록 말소기간 경과자만 임용제청하며, 그 외의 징계는 사안별로 판단하는 것으로 구성되어 있었다. 이는 그 당시 교장 승진임용심사기준을 정한 각 교육공무원법령들에 비하면 더 엄격한 것(4대 비위에 관하여는 징계기록 말소 여부와 무관하게 임용제청대상에서 전면적으로 배제하는 등). 실무상으로는 교장뿐만 아니라 교감임용제청에 관하여도 적용된 것으로 보인다.

25) 실제로 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결 및 같은 날 선고된 2016두44308 판결, 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결과 그 각 파기환송심의 판결내용을 살펴보면, 원고들의 근무경력 중 징계이력과 내용, 기소유예처분이력과 내용 및 부정학위취득이력 등에 관한 각 승진임용권자의 판단을 존중한 판단내용이 확인된다.

26) 각 판단 내용은 다음과 같다.

될 수 있으므로, 본안에서 재량 일탈, 남용 심사기준에 관하여는 일단 해당 사례군의

1심	(각하) 서울행정법원 2015. 1. 22. 선고 2014구합 6390 판결 - 신청권 x - 처분성 부정	(각하) 수원지방법원 2015. 6. 16. 선고 2014구합59475 판결 - 처분 부존재 - 처분성 부정	(기각) 수원지방법원 2016. 7. 27. 선고 2015구합66050 판결 - 신청권 0, 처분성 인정 (아래 2015누51523 인용) - 재량 일탈남용 x
원심	(항소기각, 각하 결론) 서울고등법원 2015. 7. 9. 선고 2015누33890 판결 - 신청권 x - 처분성 부정	(항소기각, 기각 결론) 서울고등법원 2016. 6. 3. 선고 2015누51523 판결 - 신청권 0 - 처분성 인정 - 재량 일탈남용 x	(인용) 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016누61176 판결 - 신청권 0, 처분성 인정 - 재량 일탈남용 0 - 원고 청구인용
상고심	대법원 (파기환송) 2018. 3. 27. 선고 2015두 47492 판결 - 신청권 법리 아닌 보충성 법리 따라 처분성 인정	대법원 2018. 3. 27. 선고 2016두 44308 판결 - 신청권 법리 아닌 보충 성 법리 따라 처분성 인정 - 재량 일탈남용 x	대법원 (파기환송) 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결 - 신청권 법리 아닌 보충성 법리 따라 처분성 인정 - 재량 일탈남용 x
파기환송심	(항소기각, 각하 결론) 서울고등법원 2018. 11. 16. 선고 2018누40739 판결 - 처분성 인정(상동) - 소의이익 부정		(항소기각, 기각 결론) 서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누41046 판결 - 상동

27) 위 각주 26) 참조

- 28) 그러한 연유에서, ① 위 “교장 임용제청 강화방안”과 ② 그에 따른 교장임용제청배제행위를 각각 심판대상 삼아 헌법소원심판청구가 이루어지기도 하였으나(헌재 2018. 6. 28. 2015헌마1072), 위 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결 등 선고 이후 헌법재판소는 ①에 대하여는 공권력행사성을 인정하기 어렵고 ②에 관하여는 이제 행정소송으로 다룰 수 있으므로 보충성이 인정되기 어렵다는 점을 들어 심판청구를 모두 각하한 바 있다.
- 29) 물론 대학총장임용제청제외행위를 다투었던 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결을 살펴보면, 임용제청제외행위의 처분성을 인정한 것과 별론으로, 종국적인 대통령의 임용제외처분이 있다면 그것을 행정소송으로 다투야 한다는 점도 함께 제시하고 있다.
- 30) 대법원이 처분성을 인정하게 된 논리(신청권 존부에 관한 판단이 아닌, 보충성 관점)에 관하여는 문제점이나 추가 연구 필요도 제기되고 있는데, 대표적으로 김중권, “총장임용제청거부와 배타적 경쟁자소송 -대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결-”, 법조 제68권 제1호, 법조협회, 2019. 2. 459쪽 이하, 법률신문, 김중권, “교장승진임용제외의 처분성 문제-대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두 47492판결-”, 2019. 3. 4. <<https://www.lawtimes.co.kr/news/151223>> 검색일 : 2024. 3. 13.

성격을 반영하여 매우 “완화된” 심사기준을 일반론으로 제시하는 것도 가능(혹은 불가피)했을 수 있다.

그러나 앞서 제시한 것 같이 매우 완화된 심사기준과 강도가 담긴 일반론이 갖는 문제는 여전할 수 있고, 이를 보완할 수 있는, 더 엄격한 심사기준과 강도를 제시하는 일반론이 필요할 수도 있다. 대상판결은 지금까지 제시되어온 매우 완화된 심사기준과 강도의 분명한 한계를 제시함으로써 새로운 심사기준과 강도를 형성해 가는 데 필요한 “교두보”의 역할을 수행할 수 있고, 나아가 보다 엄격한 심사기준과 심사강도의 밑그림을 제시한 것으로 볼 여지도 있으므로 그 의미와 내용을 면밀히 살필 필요가 있다.

기존 법리에 내재된 두 번째 문제점으로는, 구체적 사건에서 본안 판단과정을 실제로 살펴보면, 법원은 앞서 살펴봤던 일반론의 내용과는 달리 승진임용권자의 판단 그 자체를 존중한다기보다는 사실인정과정에서 확인된 양정요소들을 별도로 판단하여(승진임용대상자인 원고의 징계이력 등등) 승진임용재량권 일탈, 남용 여부를 판단해 온 것으로 보이는데, 결국 일반론(매우 완화된 심사기준/강도)과 실제 사안들에서 법원의 일반론 적용양상 및 구체적 판단내용 사이에는 적잖은 간극이 있다고 아니할 수 없다.

승진임용재량권에 못잖게 이미 완화된 심사기준과 강도가 제시되어왔던 징계재량권에 관한 법원의 판단내용들을 살펴보다라도 이러한 문제점들은 동일한데,³¹⁾ 일반론을 유지하면서도(혹은 일반론을 변경하거나 새로운 심사기준 및 강도를 제시하는 것을 부담스러워 하면서도) 개별 사안마다 승진임용권자/징계권자에게 부여된 재량이 과연 합리적으로 행사됐는지 면밀히 판단해 볼 재판실무상 필요가 투영된 것으로 보인다. 그런 점에서 보면, 대상판결은 기존 일반론의 한계를 분명히 제시함과 동시에, 보다 면밀한 판단을 해 갈 수 있는 하나의 공식적 입구를 열어가고 있다고도 볼 수 있다.

2. 공무원 승진임용재량 및 징계재량의 행사단계와 재량통제

대상결정의 주된 판단내용은 공무원 승진임용재량권의 한계에 관한 것이나, 기본적인 청구취지와 틀은 강등처분이라는 징계처분이 발령되기까지 재량양정의 일탈과

31) 강화연, 앞의 논문, 600-601쪽; 법원의 재량판단 전반에 관하여는 안동인, 앞의 논문, 18쪽.

남용에 관한 것이다. 승진임용행위와 징계가 모두 재량행위인 점은 분명한데, 승진임용재량권과 징계재량권 행사과정은 ① 요건사실과 재량고려사유 등 사실관계를 파악하고(제1단계), ② 요건사실이 법정 승진임용요건, 징계요건을 충족하는지 판단하며(제2단계, 승진요건으로 근무성적평정, 경력평정 및 능력의 실증 같은 불확정개념 및 이를 구체화하는 하위규범에 규율된 평정요소들을 해석하고 이를 개별 사안에 적용 / 징계요건으로 성실의무와 같은 불확정개념을 해석하고 이를 개별 사안에 적용), ③ 각각의 재량고려사유를 토대로 승진후보자명단에 속한 특정 공무원을 승진임용할 것인지(혹은 안하거나 다른 사람을 승진임용할 것인지), 징계를 발령할 수밖에 없다면 어느 징계를 선택할 것인지 선택하는 단계(제3단계)로 각각 분설해 볼 수 있다.³²⁾

법령의 구성요건에 규정된 불확정개념의 해석, 포섭에 관해 이를 재량과 구별하는 관점(이른바 “이원설”)을 취하게 된다면³³⁾ 승진임용권자 및 징계권자의 재량행사와 그 일탈, 남용판단은 주로 3단계에서 이뤄지게 되나, 구별하지 않는 관점(소위 “일원설”, 판례의 입장이기도 하다)을 취하게 되면 그에 관한 판단은 2, 3단계에서 종합하여 이루어지게 된다.³⁴⁾ 대상판결의 분석을 위해 판례의 입장을 따른다면 위 2, 3단계에서 이루어진 승진임용권자 및 징계권자의 재량행사와 그 일탈, 남용 여부 판단에 초점을 맞추게 될 것인데, 대상판결에서 유의미하게 주목해볼만한 부분인, 위 단계에서의 승진임용권자의 폭넓은 재량권의 “한계”를 제시하게 된 연유를 아래에서 더 살펴본다.

3. 직업공무원제와 헌법 제7조

3.1 서설

대상판결에서 일관되게 주목하였을 뿐만 아니라 실제로 00도 4급 승진임용과정

32) 징계재량의 행사단계(3단계 논증)에 관하여는 강화연, 앞의 논문, 601-602쪽. 한편, 징계재량에 관하여는 징계요건이 충족될 경우 징계를 발령할 것인지 아니할 것인지 결정재량은 없고, 징계 종류 중 어느 징계를 선택할 것인가의 선택재량만이 인정된다.

33) 특히 근무성적평정 등은 이른바 이원설에 따른다면 전통적 판단여지의 영역으로 포섭된다. 김중권, 김중권의 행정법 제5판, 법문사, 2023, 105-110쪽; 김남철, 행정법 강론 제9판, 2023, 152-159쪽; 박균성, 행정법론(상) 제22판, 2023, 338-340쪽 및 360-365쪽 등.

34) 일원설을 취하는 대표적 견해로는 김동희/최계영, 행정법 I 제27판, 박영사, 2023, 272-275쪽.

및 원고에 대한 징계양정과정에서 핵심적 요소로 작용했던 공무원의 “다주택 보유” 관련 조사의 경위와 내용에 먼저 주목해 볼 필요가 있다.

00도에서 실제로 어떠한 내부절차를 거쳐 이와 같은 조사를 시행하게 됐는지 정확하게 확인해 볼 수는 없으나 당시의 상황을 추단해 볼만한 참고자료는 적잖은데,³⁵⁾ 대체로 2020년 7월 말경 발표되었던 00도 “고강도 공직사회 부동산지침”이 그 발단이 되었던 것으로 보이며, 그 핵심은 ① 00도청 소속 4급 이상 공무원 등을 대상으로 1주택 초과 주택에 대한 처분을 권고하고, ② 그 위반 시 차년도 인사부터 주택보유 현황을 승진, 전보 및 성과평가에 반영하도록 하는 것으로 보인다.

그 일환으로 원고 등 4급 승진후보자 역량평가 합격자(당시 5급)를 대상으로 2020년 12월 중순경 실제 시행되었던 “경기도 공직자 주택보유현황” 조사표를 살펴보면, 4급 승진후보자인 역량평가 합격자(5급)를 대상으로 ① 본인, 배우자, 30세 미만 미혼 자녀가 보유한 주택수를 기재하도록 하고, ② 주택 종류로 단독주택, 공동주택, 오피스텔, 분양권(입주권)을 제시하고 있으며, ③ 매매 진행 중인 경우는 매입계약과 매도 계약의 내역도 기재하도록 하고 있었다. 그 결과가 실제로 승진임용과정에서 어떠한 항목에 어떻게 반영되었는지는 확인하기 어려우나, 대상판결에서도 간략하게나마 제시한 것 같이 실제로는 다주택 보유여부가 4급 승진임용여부에 결정적 요소로 작용했던 정황은 여러 측면에서 확인된다.

곧 임용예정인원 내 승진후보자명부의 선순위(종전의 근무성적평정 등의 결과로)에 기재됐는지와 무관하게 다주택을 보유한 경우 00도 4급 승진임용심사결과 일괄적으로 승진에서 배제되었다는 내용은 대상판결이 직접 확인하고 있으며,³⁶⁾ 그렇게

35) 경기도정신문, “이재명 경기도지사, 고강도 공직사회 부동산지침 발표”, 2020. 7. 31. <<http://www.idojung.com/news/articleView.html?idxno=30597>>, 검색일 : 2024. 3. 13.(이하 검색일 동일); 이데일리, “이재명, 다주택 숨긴 4급 공무원 승진취소 검토- 높은 책임과 권한 맡으려면 당연한 일-”, 2021. 6. 23. <<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02617446629084672&mediaCodeNo=257>>; 한편, 이러한 00도의 정책기조는 최근까지도 계속되고 있는 것으로 보인다. UPI뉴스, “법적 근거 없는 경기도의 다주택자 승진배제, 언제 풀리나”, 2022. 8. 17. <<https://m.kpinews.kr/newsView/179548851807579>>; 동아일보, “경기도 공무원 노조, 다주택 공무원 승진 제한, 재산권 침해”, 2022. 12. 14. <<https://www.donga.com/news/article/all/20221214/116997110/1>>.

36) [대법원 2024. 1. 4. 선고 2022두65092 판결내용 중]

(..) 나아가 4급 공무원으로의 승진임용 심사에 주택보유현황이 반영되어 다주택 보유자들이 모두 승진에서 배제되었는데, (...) 원고와 같이 주택보유현황을 밝힌 4급 승진후보자 중 다주택 보유자로 신고한 35명이 모두 4급으로 승진하지 못하였다는 정황은 그 자체로 피고의 4급 공무원으로의 승진임용 심사 과정이 부당함을 드러내는 대표적인 사정이므로 (..)

시행된 심사로 인해 근래에는 00도에서 승진연수를 채운 5급 공무원들 중 다주택 보유자들이 승진대상자교육 자체를 기피하는 상황까지 초래되었던 것으로 보인다.³⁷⁾ 그 승진임용절차 진행 중 4급 승진후보자 역량평가합격자(당시 5급)였던 원고가 주택 보유현황조사 중 오피스텔 분양권(2채)을 누락했고 4급으로 승진했는데, 이후 위 누락사실이 확인되어 징계처분(강등, 4급→5급)이 내려졌고 취소소송을 제기하게 된 것이다.

3.2 법적 근거 없는 조사 및 승진임용재량권의 범주

대상판결은 공무원을 대상으로 한 “다주택 보유여부” 등에 관한 조사가 법적 근거 없이 이루어진 것이며, 나아가 그 조사결과를 4급 승진인사의 평정요소로 삼을 법적 근거도 달리 확인해 볼 수 없었다는 점을 제시한다. 더 나아가, 그러한 조사 과정에서 다주택 보유사실을 신고한 5급 승진후보자들이 모두 4급으로 승진하지 못했던 사정은 그 자체로 위 조사결과가 4급 승진임용의 주된 평정사유 혹은 일률적 배제사유나 소극요건으로 작용했던 것에 대한 방증이며, 이런 결과는 곧 임용권자가 법령상 근거 없이 자신의 주관적 의사에 따라 임용권을 자의적으로 행사한 데 따른 것으로서 허용될 수 없는 것으로 판단하고 있다. 그러므로 “임의적 협력을 구하는 성격”에 불과한 조사에 제대로 응답하지 않았다고 하여 이를 징계사유인 “성실의무 위반”으로 볼 수도 없고, 다주택 보유여부를 제대로 회신하지 않았다 하여 4급으로 승진임용된 원고를 5급으로 강등한 이 사건 처분은 그 징계재량을 일탈, 남용한 것이라는 결론에 이르고 있다.

이러한 결론은 앞서 승진임용재량권 행사의 법적 통제에 관해 매우 완화된 일반론적 심사기준과 강도가 형성되고 제시되어온 점을 고려하면 매우 이례적이다. 그런데 대상판결은 ① 승진임용심사과정에 적용되는 법령으로 제시한 지방공무원법 제6조 제1항, 제25조 본문, 제38조 제1항 본문, 제39조 제3항, 제4항, 제5항, 지방공무원 임용령 제31조의2 제1항, 제4항, 제31조의6 제1항, 제32조 제1항, 제2항, 제3항 등을 해석, 적용하거나, 징계양정에 적용되는 법령으로 제시한 지방공무원법 제43조 및 제48조를 해석, 적용하는 데 있어서 앞서 살핀 일반론적 심사기준과 강도, 곧 승진임

37) UPI뉴스 “법적 근거 없는 경기도의 다주택자 승진배제, 언제 풀리나”, 2022. 8. 17. <<https://m.kpinews.kr/newsView/179548851807579>>, 검색일 : 2024. 3. 13.

용권자에게 (일반국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에서와는 비교할 수 없을 정도의) 매우 광범위한 재량권이 유보되어 있고 행사될 수 있다는 점은 인정하고 있다.

그러나 대상판결은 ② 위 법령에서 정한 승진임용의 요건으로 여러 불확정개념(승진임용요건, 대표적으로 근무성적평정·경력평정 및 능력의 실증)들을 해석, 적용하는 데 승진임용권자에게 무제한적 재량권이 부여될 수는 없으며, ③ 공무원 다주택보유여부나 그 조사결과를 00도 4급 승진임용의 결정적 요소로 삼은 승진임용권자의 재량행사는 위 법령 등이 허용하는 승진임용재량권의 범주 안으로 포섭될 여지는 없었다는 점을 분명히 하고 있다.³⁸⁾ 대상판결은 기존의 일반론을 뛰어넘는 판단과 결론의 정당성을 더 분명히 하기 위해, 판결문 서두에서부터 승진임용요건 등을 정한 위 지방공무원법령을 해석, 적용하는 과정에서 행사될 수 있는 승진임용권자의 재량의 “한계”와 그 재량을 기속하는 요소로 대한민국 헌법 제7조에서 정한 직업공무원제도의 근본적 성격에 따른 요청, “능력주의”와 “성과주의”를 제시하고 있다.

3.3 대한민국 헌법 제7조와 지방공무원법 : 능력주의와 성과주의의 두터운 기속

대상판결의 서두에서 대법원은 먼저 “대한민국헌법 제7조가 정한 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 따라 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 이러한 직업공무원제도를 운영할 때에는 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하고, 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 핵심적 요소라고 할 수 있다. 특히 직업공무원에게는 정치적 중립과 더불어 공무를 효율적으로 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 헌법 제7조가 보장하는 직업공무원제도의 운영 및 기본적 요소에 해당하는 공무원의 임용·보직·승진에는 공무원의 능력·성적·전문성 등을 반영한 능력주의·성과주의가 바탕이 되어야 한다.”라고 전제함으로써, 능력주의와 성과주의가 대한민국 헌법 제7조가 정한 직업공무원제도의 근간이 됨을 명시했고, 공무원 승진에 관하여도 그러하다고 보았다.

38) 대상판결은 위 지방공무원법령 외에 위 조사의 합법성을 담보할 수 있는 별도의 법적 근거를 확인해 볼 수 없었다는 점도 덧붙이고 있다.

나아가 “헌법 제7조 제2항은 ‘공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.’라고 하여 직업공무원제도가 정치적 중립성과 신분보장을 중추적 요소로 하는 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하면서도 구체적 내용을 법률로 정하도록 위임하였으므로, 이러한 헌법의 위임 및 기속적 방향 제시에 따른 지방공무원법이 정한 신분보장·승진 등 인사 운영 관련 규정을 해석·적용할 때에도 헌법상 직업공무원제도의 취지·목적과 함께 능력주의·성과주의 원칙을 고려하여야 한다(대법원 1997. 3. 14. 선고 95누17625 판결³⁹⁾ 등 참조).”라고 설시함으로써, 능력주의와 성과주의가 지방공무원법상 승진규정의 해석, 적용에 관한 권한 있는 자의 폭넓은 재량권을 제한하고 기속한다는 점을 분명하게 제시하고 있다.

결론적으로 대법원은 ① 헌법 제7조에서 정한 직업공무원제의 본질에 따라, 그 위임 받은 지방공무원법과 하위법령의 각 승진요건의 해석, 적용상 한계로 분명히 기능하는 “능력주의”와 “성과주의” 원칙에 반하고 ② 같은 맥락에서 지방공무원법령의 규정에 반하는, 그 외에도 ③ 별도의 “법적근거”도 없는, 공무원 다주택 보유여부를 4급 승진임용기준으로 제시하고 적용한 승진임용권자의 재량행사는 자의적인 것, 더 나아가서는 “허용될 수 없는 것”으로 분명하게 제시하고 있다.

그렇다면 대한민국 헌법 제7조에서 정한 직업공무원제도의 성격으로부터, 지방공무원법 및 관련법령들의 해석, 적용방향, 특히 그 중 공무원 승진임용규정에 관한 승진임용권자의 해석, 적용재량은 언제나 이러한 정도로 제한되고 기속될 수밖에 없는가? 혹은 대상판결의 판단내용을 승진임용재량권의 일탈, 남용판단에 있어 새로운 일반론적 심사기준과 강도로 보다 정치(精緻)화 해 갈 수 있는가?

3.4 대한민국 헌법 제7조와 능력주의와 성과주의 : 헌법재판소의 고찰

대한민국 헌법 제7조 제2항은 직업공무원제도를 헌법적 제도로 보장하면서(이른바 “제도보장”) 신분보장과 정치적 중립성을 그 핵심요소로 스스로 제시하고 있는데, 그 구조적 핵심원칙들의 구체적 의미내용은 공직취임에 있어 기회균등을 보장하는 헌법 제25조 공무담임권과의 연관관계에서 헌법해석을 통해 밝혀질 필요가 있다.⁴⁰⁾

39) 다만, 대상판결이 인용한 대법원 1997. 3. 14. 선고 95누17625 판결은 공무원의 신분보장에 관하여 직업공무원제도의 의미 내용을 살핀 판결로, 구체적으로 직업공무원제도 하에서 능력주의나 성과주의 원칙에 관한 고찰이 이루어진 선례는 아니며, 승진임용에 관한 검토가 이루어진 선례도 아니다.

40) 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 법조 제674호, 법조협회, 2012, 31쪽. 이외에

능력주의(Meritocracy, Leistungsprinzip)란, 공무원 임용과 승진에 있어 공무원의 ‘능력과 적성’이 유일한 기준으로 고려될 수 있다는 원칙으로,⁴¹⁾ 신분질서를 타파하고 입헌국가에서 공직제도를 형성함에 있어 그 정당화의 토대를 이루는 개념이다.⁴²⁾ 대한민국 헌법 제25조는 국가에 의해 제공된 공직을 누구나 균등하게 담당할 수 있는 권리(공무담임권)를 국민의 기본권으로 보장하고 있는데, 직업공무원제도 하에서 공무원 선발 등의 구체적 기준을 문언에서 직접 제시하고 있지는 않으나 평등원칙의 관점에서 능력주의를 기준으로 삼을 것을 필연적으로 요청하고 있으므로,⁴³⁾ 여러 지원자가 한정된 공직을 놓고 경쟁하는 경우 평등원칙에 바탕을 둔 능력주의에 따른 최적격자 선발, 곧 “능력에 따라” 균등하게 공무를 담임할 권리를 가진다는 것으로 제25조에서 정한 공무담임권의 의미내용을 이해해야 하며, 우리 헌법이 공무담임권 보장을 통해 능력주의를 직업공무원제도의 본질적 요소로 보장하고 있는 것으로 보아야 한다.⁴⁴⁾

능력주의를 공직에의 취임에 적용되는 ‘일반적 능력주의’와 공직질서 내부의 승진에 적용되는 능력주의로 구분하려는 시도도 있었으나,⁴⁵⁾ 능력주의가 ① 곧 공무원 임용 및 승진과 관련한 평등원칙의 구체적인 헌법적 표현이며 최적격자 선발을 통해 공적 과제의 효율적 이행을 도모함으로써 공익에 기여한다는 점,⁴⁶⁾ 더 나아가 ② 이를 통해 행정의 독립성과 공정성도 담보하고 있고, 정당정치적 관점에서 직업공무원제

도 헌법 제7조와 제25조의 관계에 관하여는 한수웅, “공무담임권의 보장내용: 공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 겸하여”, 중앙법학 제16권 제3호, 중앙법학회, 2014, 27-38쪽; 이준일, “헌법상 공무원 조항의 해석”, 유럽헌법연구 제43호, 유럽헌법학회, 2023, 215-217쪽 및 226쪽 이하. 이외에도 김하열, 헌법강의, 박영사, 2020, 613쪽 등. 헌법 제25조의 공무담임권과 평등권 간 관계에서 도출되는 능력주의에 관하여는 한수웅, “평등권에 관한 최근 헌법재판소 결정의 문제점”, 헌법논총 제26집, 헌법재판소, 2015, 257-259쪽.

41) 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 45-46쪽; 정호경, “공직가치 논의의 법적 함의와 문제점-직업공무원제 및 공무원법과의 관계를 중심으로-”, 법학연구 제50집, 전북대학교 법학연구소, 2016, 346쪽. 이외에도 헌법재판소 1993. 9. 27. 92헌바21 결정, 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 결정.

42) 이종수, “공무원법의 헌법적 조망”, 허영박사정년기념논문집, 박영사, 2002, 73쪽.

43) 한편, 독일 기본법 제33조 제2항은 “모든 독일인은 적성, 능력과 전문성에 따라 균등하게 공직에 취임할 권리를 가진다”고 하여 공직선발에 있어서 구체적 기준을 스스로 언급하고 있다.

44) 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 46-47쪽.

45) W. Leisner, *Beamtentum*, Berlin, 1995, S. 275.; 이종수, 앞의 논문, 73-74쪽에서 재인용.

46) Batts, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger(Hg), *Besonderes Verwaltungsrecht* Bd.II, Heidelberg, 2000, S.1024.; 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 47-48쪽에서 재인용.

도를 훼손하려는 시도에 대한 보호기제로 기능할 수 있다는 점까지⁴⁷⁾ 고려해본다면 능력주의를 헌법상 직업공무원제도의 본질적 구성요소이자 헌법상 요청으로 인정할 필요가 더분명하며, 비단 공무원의 최초 선발에 관한 것뿐만 아니라 공무원 승진임용에 관하여도 그러할 것으로 충분히 생각해 볼 수 있다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

실제로 우리나라 국가공무원법과 지방공무원법은 공무원의 “임용”에 관한 구체적인 기준을 제시하면서 능력주의 원칙을 구체화하고 있는데,⁵⁰⁾ “승진”에 관한 기준을 살펴보더라도 사실상 그와 동일한 요건들을⁵¹⁾ 제시하고 있다.

우리 헌법재판 과정에서도 실제로 그러한 의미와 내용으로 직업공무원제도에 관한

47) 한수웅, 위의 논문, 45쪽 및 48쪽.

48) 독일에서 능력주의(Leistungsprinzip) 원칙이 모든 공직에 적용되며 임명뿐 아니라 승진, 사무분배, 전근 등 모든 인사정책적인 조치에 적용된다는 견해로는 Battis, *Bundesbeamtenengesetz* 5. Aufl., München, 2017, Rn. 1. 이를 성과주의로 번역하면서, 다만 성과주의의 주관적 기준보다는 객관적 기준이 우선시되어야 하며, 독일의 일부 견해에 따르면 독일 기본법 제33조 제2항의 문리적인 해석과 달리 공무원 개인의 주관적 권리 자체를 지향한다고 보기는 어렵다는 관점으로는 우미형, “행정의 전문성의 함의”, 행정법연구 제52호, 행정법이론실무학회, 2018, 39-43쪽.

49) 능력주의의 과도한 개념확장을 경계하는 견해도 있으나, 그에 따르더라도 공무원의 신규채용과 승진임용에 관한 적용은 인정되고 있다. 손상식, “공무원의 성과급제에 관한 고찰”, 법학연구 제19권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2009, 403쪽.

50) 국가공무원법 제26조(임용의 원칙) 공무원의 임용은 시험성적·근무성적, 그 밖의 능력의 실증에 따라 행한다. 다만, 국가기관의 장은 대통령령등으로 정하는 바에 따라 장애인·이공계전공자·저소득층 등에 대한 채용·승진·전보 등 인사관리상의 우대와 실질적인 양성 평등을 구현하기 위한 적극적인 정책을 실시할 수 있다.

지방공무원법 제25조(임용의 기준) 공무원의 임용은 시험성적, 근무성적, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증(實證)에 따라 한다. 다만, 지방자치단체의 장과 지방의회의 의장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 장애인, 이공계 전공자, 저소득층 등에 대한 임용·승진·전보 등 인사관리상의 우대와 실질적 양성평등을 실현하기 위한 적극적인 정책을 실시할 수 있다.

이에 관하여는 명재진, “공무원의 헌법상 지위”, 한국부패학회보 제18권 제3호, 한국부패학회, 2013, 205쪽; 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 45-46쪽; 장경원, “공무원제도의 기본이념과 국가공무원법”, 서울법학 제29권 제2호, 서울시립대학교 법학연구원, 2021, 61쪽.

51) 국가공무원법 제40조(승진) ① 승진임용은 근무성적평정·경력평정, 그 밖에 능력의 실증에 따른다. 다만, 1급부터 3급까지의 공무원으로의 승진임용 및 고위공무원단 직위로의 승진임용의 경우에는 능력과 경력 등을 고려하여 임용하며, 5급 공무원으로의 승진임용의 경우에는 승진시험을 거치도록 하되, 필요하다고 인정하면 대통령령등으로 정하는 바에 따라 승진심사위원회의 심사를 거쳐 임용할 수 있다.

지방공무원법 제38조(승진) ① 계급 간의 승진임용은 근무성적평정, 경력평정, 그 밖의 능력의 실증에 따라 한다. 다만, 1급부터 3급까지의 공무원으로의 승진임용은 능력과 경력 등을 고려하여 임용하며, 5급 공무원으로의 승진임용은 승진시험을 거치도록 하되, 필요하다고 인정하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 인사위원회의 의결을 거쳐 임용할 수 있다.

능력주의와 성과주의 원칙의 요청이 이해되고, 받아들여지고 있다. 직업공무원제도에 있어 능력주의와 성과주의 원칙의 구체적 의미내용 및 그에 관한 판단은 대상판결의 판단 대상이 되었던 공무원 다주택 보유 여부와 같이 공무원 승진임용 기준 및 선발임용기준 등의 위헌성을 살폈던 헌법재판소의 결정례들에서 확인되는데, 비록 ① 승진임용보다 선발임용(최초임용) 기준에 관한 결정례들이 주를 이루고 있고, ② 이른바 “제도보장”에 관한 헌법 제7조에 대한 단독 판단이라기보다는 헌법 제7조의 의미내용을 살피면서 동시에 기본권, 곧 헌법 제25조에서 정한 공무원임권 침해여부, 평등권 침해여부 등을 함께 살핀 결정례들이라는 점이 고려될 필요는 있으나,⁵²⁾ 해당 결정례들 내용을 살펴보면 ③ 대상판결 판단내용과 유사하게 헌법 제7조에서 정한 직업공무원제도에서 능력주의와 성과주의가 공직 선발기준 등의 근간이 된다는 점을 일찍이 일반론으로 제시해왔으며,⁵³⁾ 이러한 접근은 지방공무원제도 관련사건에서뿐 아니라 국가공무원제도 전반(일반직뿐만 아니라 세무직, 전산직 등 특수직군, 그 외에 일반임기직 등까지 포괄), 교육공무원제도,⁵⁴⁾ 국립대학 총장임용,⁵⁵⁾ 판사/검사임용제도⁵⁶⁾ 관련 사건 등 공직관련 사건들 전반에 걸쳐 포괄적으로 제시 및 적용되고 있다.

52) 헌법 제7조와 제25조의 관계에 관하여는 위 각주 40) 참조.

53) 관련 헌법재판소 결정례들을 살펴보면, 공직에의 승진임용기준보다는 선발임용기준에 관한 판단이 대다수를 점하고 있다. “직업공무원으로의 공직취임권에 관해 규율함에 있어서는 임용희망자의 능력, 전문성, 적성, 품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다”라는 일반론이 제시된 결정이 적지 않은데, 2010년도 이후의 결정례들 중 몇 결정만 살펴본다면 ① 해당지역 소재 교대 출신자로 해당지역 초등교원임용선발시험에 응시할 경우 지역가산점을 부여하는 관련법령의 위헌성을 살핀 헌법재판소 2014. 4. 24. 2010헌마747 결정, ② 00대학교 총장임용후보 지원자에게 지원서 접수 시 1000만 원의 기탁금을 납부하도록 한 관련규정의 위헌성을 살핀 헌법재판소 2018. 4. 26. 2014헌마274 결정, ③ 관련 자격증 소지자에게 세무직 국가공무원 공채시험에 일정한 가산점을 부여하는 관련조항 등의 위헌성을 살핀 헌법재판소 2020. 6. 25. 2017헌마1178 결정 및 관세직 국가공무원 공채시험에 관한 헌법재판소 2023. 2. 23. 2019헌마401 결정, ④ 판, 검사 임용자격을 각각 변호사자격 있는 자로 제한하는 관련법률의 위헌성을 살핀 헌법재판소 2020. 10. 29. 2017헌마1128 결정, ⑤ 공통과학을 선발예정교과에서 제외한 관련예고의 위헌성을 살핀 헌법재판소 2015. 4. 30. 2012헌마620 결정 등.

54) 국가공무원시험응시자, 지방공무원시험응시자 및 중등학교교사 임용후보자 선정시험 응시자 등이 함께 국가유공자가산점제도를 정한 법률조항의 위헌성을 다뤘던 헌법재판소 2006. 2. 23. 2004헌마675등 결정. 그 외에도 위 각주 53)에서 먼저 살폈던 헌법재판소 2014. 4. 24. 2010헌마747 결정, 헌법재판소 2020. 6. 25. 2017헌마1178 결정(세무직) 및 헌법재판소 2023. 2. 23. 2019헌마401 결정(관세직) 등. 그 외에도 전산직에 관하여는 헌법재판소 2012. 7. 26. 2010헌마264 결정, 일반임기제공무원에 관하여는 헌법재판소 2019. 8. 29. 2019헌마616 결정.

55) 헌법재판소 2018. 4. 26. 2014헌마274 결정 등.

56) 헌법재판소 2020. 10. 29. 2017헌마1128 결정 등. 그 외에도 헌법재판소 2021. 4. 29. 2020헌마999

④ 다만 헌법재판소는 능력주의와 성과주의의 요청이 절대적인 것은 아니며, 사회국가원리 등 헌법의 기본원리나 헌법의 특정 조항에 비추어 능력주의 원칙 등에 예외를 인정할 수 있는 경우도 있다는 점을 상정하고 있는데,⁵⁷⁾ 대표적으로 특정 집단에 대한 가산점 같은 경우, 그러한 예외인정요건에 해당하면서 비례성을 충족하는 사례군에서는 능력주의에 대한 예외적 임용제도 등도 합헌적인 것으로 판단하고 있다.⁵⁸⁾

한편, ⑤ 적잖은 헌법사건에서 헌법 제7조의 의미내용과 짝을 이루어 제시되어왔던 헌법 제25조 공무원임권의 보호영역에 관해 헌법재판소가 최근들어 “승진임용에 관한 균등한 기회를 제공받을 수 있는 권리로서 헌법상 공무원임권(헌법재판소 2018. 7. 26. 2017헌마1183 결정; 헌법재판소 2022. 3. 31. 2020헌마211 결정)”을 제시하면서, 공무원 선발임용제도에 관한 것을 넘어 승진임용제도나 승진임용기준에 관한 것으로 공무원임권의 보호영역을 더 확대해 가는 경향을 보이고 있다는 점에 주목해 볼 필요가 있다.

공무원의 그 승진심사 등에 관한 권리가 공무원임권의 보호영역에 포함되는지 살핀 최근 위 헌법재판소 결정들에서 보이는 위 판시내용은, 비록 심판대상이 승진대상자의 법적 지위에 관한 것, 곧 “승진기준”인 경우로 국한된 것이며 판례변경이 명시된 결정은 아닌 점에서 한계도 있겠으나, 공무원 승진제도 등에 관한 종전 헌법재판소 결정례들에 비견하면⁵⁹⁾ 보다 진일보된 결정으로 볼 여지도 적잖은데, 종전 공무원

결정.

57) 예외를 인정할 수 있는 헌법조항으로 헌법재판소는 여자, 연소자근로의 보호, 국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 우선적 근로기회의 보장을 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항 내지 제6항, 여자, 노인, 신체장애자 등에 대한 사회보장의무를 규정하고 있는 헌법 제34조 제2항 내지 제5항 등을 들고 있다. 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 결정 및 헌법재판소 2006. 5. 25. 2005헌마362 결정 등. 그 외에도 헌법재판소 2022. 12. 22. 2020헌가8 결정 중 재판관 이석태의 보충의견 참조.

58) 보충의견으로는 직업공무원 선발임용에 관하여 주로 형성되어 왔던 능력주의와 성과주의 원칙에 관한 일반론과 그 예외법리의 적용 범주가 직업공무원의 퇴직 등 직업공무원제도 下 여타 영역(승진, 전직 등도 포함될 수 있을 것이다)에서는 보다 전향적으로 고려될 수 있다는 점까지 제시되고 있다. 헌법재판소 2022. 12. 22. 2020헌가8 결정 중 재판관 이석태의 보충의견 참조.

59) 대표적으로 승진심사 등에 관해 공무원임권 보호영역 안으로 포섭하는데 데 부정적 관점을 견지했던 헌법재판소 2005. 12. 22. 2002헌마152 결정, 헌법재판소 2007. 6. 28. 2005헌마1179 결정 등과 비교해 볼 수 있다.

한편, 명시적 승진기준 같은 대상자의 법적지위에 관한 것이 아니라 승진 가능성 등의 불이익을 다투었던 헌법재판소 2010. 3. 25. 2009헌마583등 결정에서, 헌법재판소는 승진에 관한 “법적지위”에 영향을 미치는 것이 아니라 “승진가능성”이 간접적, 사실적, 경제적으로 축소되는 것에 관한 것은 공무원임권의 보호영역이 아닌 것으로 판단했었는데, “승진가능성”에 관해서는 이는 여전히 유효한

선발제도 등에 관해 형성되어 온 법리들을 승진제도 등에 관하여도 원용할 수 있도록 그 길을 확장했다는 점에서도 그러하다.

⑥ 실제로 위 2020헌마211 결정에서 헌법재판소는 심판대상이 된 특정 승진임용제도의 위헌성을 살피며 “능력주의”에 따른 공무원 인사제도 원칙이 훼손되는지 여부를 첫 판단기준(침해 최소성 판단 중)으로 제시하고 있다.⁶⁰⁾ 결국 공무원 승진제도나 승진기준 등에 관하여도 능력주의와 성과주의 원칙이 입법재량(경우에 따라서는 행정입법재량)을 두텁게 기속하고 있고, 그간 주로 공무원 “선발”임용기준 등에 관하여 입법자를 두텁게 기속해 왔던 능력주의, 성과주의 원칙의 요청과 그 예외인정 법리가 “승진”임용제도와 기준에 관해서도 여일하리라는 점을 어렵지 않게 생각해 볼 수 있다.

헌법재판 과정에서 형성되어 왔던 이 같은 헌법재판소의 일반론과 법리들, 곧 기본권 도그마틱의 내용과 경향, 통찰을 행정소송의 국면이라든지 행정법의 법리에 원용하는 것은 물론 신중을 요한다.⁶¹⁾ 그러나 행정법 도그마틱과 기본권 도그마틱 간에는 교호관계가 있고 상호 영향을 주고 있다는 점을 부인하기 어렵고,⁶²⁾ 특히 행정재판 과정에서 특정 헌법조항의 의미와 내용에 관한 해석과 분석이 전제된 경우 양자 간 교호관계를 모색할 여지는 더 클 수 있다. 총장임용제청 재량이나 징계재량의 법적 통제 필요성에 관한 것으로 좁혀 살펴보더라도, 앞선 여러 선행연구들이 매우 완화된 재량심사기준이 갖는 문제점을 지적하면서 더 엄격한 심사기준을 “기본권적 관점”과 “헌법상 원칙”에 비추어 모색할 필요를 제언해왔던 점을 보더라도 그러하다.⁶³⁾

앞서 살핀 것 같이 2018년을 기점으로 대법원은 대상적격의 관점에서, 헌법재판소는 헌법 제25조 공무원임권의 보호영역이라는 관점에서 공무원 승진제도와 기준 및

것으로 보인다.

60) [헌법재판소 2022. 3. 31. 2020헌마211 결정 중]

(...) 일반직공무원이 승진하려면 계급별로 최소 1년 6개월에서 4년 이상 해당 계급에 재직하여야 한다(공무원임용령 제31조 제1항 참조). 공무원이 징계처분을 받았음에도 얼마 되지 않아서 곧바로 승진임용된다면, 능력주의에 따른 공무원 인사제도의 원칙이 훼손되거나 공무원 조직 내부 기강이 흔들릴 수 있으며, 공무원이 수행하는 국가작용에 대한 국민의 신뢰를 저하시킬 우려가 있다.

61) 기본권 도그마틱이 행정법 도그마틱에 영향을 미치는 이른바 “행정법의 헌법화 경향”에 관하여는 다양한 찬반론이 개진되어 왔는데, 이를 정리한 글로는 배상준, “신행정법학과 기본권 도그마틱”, 법학논고 제75집, 경북대학교 법학연구원, 2021, 143쪽 이하.

62) 배상준, 위의 논문, 146쪽.

63) 강화연, 앞의 논문, 600쪽, 609쪽 및 611쪽; 고소영, 앞의 논문, 243-245쪽.; 행정재량에 관한 통제기준과 강도 일반에 관하여는 안동인, 앞의 논문, 21쪽; 노기현, 앞의 논문, 295-297쪽.

그에 따른 승진임용재량처분에 관한 사법통제의 경로를 각각 확장해 가고 있고, 더 나아가 이를 통해 헌법 제7조의 직업공무원제도에서 공무원 승진제도 등의 의미내용을 본격적으로 살피가는 점까지 고려해보면, 큰 틀에서 직업공무원제도의 대원칙으로 능력주의와 성과주의 원칙의 요청에 관한 더 두터운 기속이 대상판결을 기점으로 ① 공무원 승진임용에 관해서도, ② 그리고 규범의 위헌여부, 기본권 침해여부에 관한 헌법재판의 국면뿐만 아니라 행정법적 층위에서 승진임용재량의 일탈, 남용 여부 심사기준과 강도 등에 관해서도 이제 일반론으로 고려될 필요가 적잖다고 보인다. 앞서 살핀 바와 같이 헌법재판 과정에서 일정한 헌법상 요청 등이 있을 경우 능력주의와 성과주의의 예외인정의 법리도 형성되어 왔다는 점에서, 헌법재판소를 중심으로 형성되어 왔던, 직업공무원제도에 관한 능력주의와 성과주의 원칙의 두터운 요청에 관한 일반론과 그 예외인정의 법리는 행정법적인 층위에서 승진임용재량을 통제하는데 있어서도 종전의 일반론보다 엄격하고 면밀한, 그러면서도 유연하고 탄력적인 일반론적 심사기준과 강도로 활용될 여지가 있다.

그런 점에서 공무원 승진임용재량권의 한계로, 관련규범 해석, 적용 등에 있어 헌법 제7조의 직업공무원제도의 핵심 원칙인 능력주의와 성과주의에의 기속을 제시한 대상판결의 설시는, 앞서 살핀 바와 같이 기존에 형성된 승진임용재량 일탈, 남용 심사에 관한 일반론이 갖는 문제점, 즉 ① 일률적으로 과도하게 완화된, 제한적 심사기준을 제시함으로써 직업공무원제도의 본질과 원형을 형해화하거나 승진임용대상자의 기본권을 충분히 보호하지 못할 가능성, 그리고 ② 승진임용권자에게는 사실상 무제한의 재량권이 유보된 듯한 인식을 줄 위험성에 관한 일종의 보완법리인 동시에, 함께 살핀 헌법재판소 결정례들과 그 법리들의 내용을 일부 보태게 되면, 대상판결에서만 적용될 개별적, 구체적 성질의 것을 넘어 승진임용재량권의 법적 통제에 관한 새로운, 그리고 보다 엄격한 심사기준, 강도를 제시하는 일반론으로 기능할 수 있는 여지가 적잖다고 보인다. 행정에 대한 법적 통제에 관한 행정법 발전의 제2단계적 관점에서 보더라도 그러하고, 위 헌법재판소 결정례들에 비추어 본다면 다른 헌법조항과의 일종의 “형량”에 따른 능력주의와 성과주의의 예외로 추가 심사기준과 강도를 제시하는 것도 가능하므로, 유연성을 확보해 가며 행정법 발전의 3단계 국면까지 모색해 갈 수 있다는 점에서도 그러하다.

4. 교육공무원에 요구되는 윤리수준과 헌법 제31조

이같이 승진임용재량권의 통제에 관한 새로운 일반론과 심사기준, 강도를 모색해 보는 과정에서, 앞서 살폈던 매우 완화된 일반론이 형성되게 되었던 사례군, 곧 교장, 교감 승진임용제청제외행위가 다투어진 사건들 중 특히 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결(이하, ‘비교판결’이라 한다)과 그 하급심 판결인 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016누61176 판결의 내용을 대상판결과 비교하여 재차 살펴볼 필요성도 적잖다.

교장, 교감 승진후보자에 대한 승진임용제청제외행위의 발단이 되었던 교육부의 이른바 “교장 임용제청 강화방안”과⁶⁴⁾ 그 내용을 이은 00도교육청 교감 승진임용기준안의 내용을 살펴보면, 2014년 이후 교장(및 교감) 승진임용제청후보자에 관해 현행 교육공무원법 및 그 하위법령에서 정한 것보다 더 엄격한 기준(4대 비위 등에 대해, 그 비위기록말소여부와 무관하게 영구 승진임용배제 등)을 마련하여 후보자에게 이를 적용하는 것을 핵심으로 하고 있었는데, 과연 그 법적 근거가 있는지에 관해 대법원과 서울고등법원은 대상판결과 유사하게 부정적인 입장을 제시했던 바 있었다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

64) 위 각주 24) 참조.

65) [대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결 내용 중]

(...) 경기도교육청 교육공무원인사위원회의 앞서 본 4대 비위 관련 승진임용 기준안은 **법령상 근거가 없음에도** 그 경과기간의 장단이나 사안의 경중 등을 고려함이 없이 승진임용에서 제외하기로 하는 내용이어서 **적절하지 않은 면이 있다**.

그런데 원고의 비위행위는, 미성년의 초등학교를 가르치는 13년 경력의 초등학교 중견 교사가 상급자인 교장에게 사회적으로 정당시되지 않는 사유로 금품을 제공한 것이고, 이로 인해 견책의 징계처분을 받은 것에 그쳤다고 하더라도, 교감승진임용에 적합한 능력과 자질을 갖추고 있는지에 관한 심사와 평가에 있어서는, 그러한 행위가 **사회통념상 결코 가벼운 비위라고는 할 수 없다**. 비록 원고에 대한 징계처분 기록이 기간의 경과로 말소되었다고 하더라도, 승진임용심사에서 비교적 가까운 과거에 있었던 금품 수수의 비위사실에 관한 것인 이상, 이를 고려사유로 삼을 수 없게 되는 것은 아니다.

이러한 사정들과 **피고의 교감승진임용에 관한 광범위한 재량권**에 비추어 보면, 원심이 들고 있는 사정만으로는, 이 사건 승진임용 제외처분이 **사회통념상 현저하게 타당성을 잃을 정도로** 원고에게 지나치게 가혹하여 **그 재량권의 범위를 일탈하거나 남용하였다고 단정하기 쉽지 않다**.

66) 같은 이유로 위 사건 심리 중 국가인권위원회에서 위 승진배제지침 폐지권고가 발령되기도 했었다. 머니투데이, “인권위, 말소된 징계를 이유로 승진 배제는 평등권 침해”, 2018. 2. 4. <<https://m.mt.co.kr/renew/view.html?no=2018020407308237191&MVRN>> 검색일 : 2024. 3. 13.(이하 동일), 뉴스1, “인권위, 말소된 징계를 이유로 승진 배제는 평등권 침해”, 2018. 2. 4. <<https://www.news1.kr/articles/?3225930>>.

그럼에도 대법원은 대상판결과 달리 위 비교판결에서는 임용제정 강화방안에 따른 기준을 적용한 승진임용권자의 임용제정배제행위가 재량일탈, 남용이 아니라고 판단하였다. 그 연유는 무엇이었을까? 비교판결에서 대법원은, 법령상 근거가 없는 (강화된) 승진임용기준안이 적절하지 않은 면이 있지만, ① 그 강화된 기준과 그에 저촉된 원고의 비위가 결코 가볍다고 볼 수 없고, ② 승진임용권자에게는 광범위한 재량권이 부여되어 있으며, ③ 그 재량행사 결과인 승진임용배제행위(처분)가 사회통념상 현저하게 타당성을 잃을 정도는 아니었다는 점을 들고 있다.

이러한 논증을 정당화하기 위해 대법원은, 비교판결의 서두에서 대상판결과 유사하게 특정 헌법 조문과 그 의미내용을 먼저 제시하고 있다.⁶⁷⁾

- 67) 본고는 “승진임용재량”의 범주와 한계에 관해 판단하면서 헌법의 특정조항의 의미내용으로부터 그 논거를 제시한 대상판결과 비교판결의 분석에 주를 두고 있으나, 승진임용재량(처분) 외 다양한 재량처분의 일탈, 남용여부를 판단하거나 다른 처분의 위법성을 판단하기 위한 전제로 특정 재량권 행사의 한계를 판단하는데 있어 최근 대법원 주요 행정사건 판결례들을 살펴보면, 대상판결 및 비교판결과 유사하게 그 판단 논거를 헌법조문의 의미, 내용을 분설해가는 데서부터 제시해가는 판결례들을 어렵지 않게 확인해 볼 수 있다.

[대법원 2023. 9. 14. 선고 2023두37858 판결]

“**헌법 제31조 제4항**은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하고 있다. 교육기본법, 교육공무원법, 초·중등교육법에 따르면, 학교교육에서 교원의 전문성과 교권은 존중되어야 하고, 교원은 그 전문적 지위나 신분에 영향을 미치는 부당한 간섭을 받지 아니하며(교육기본법 제14조 제1항, 교육공무원법 제43조 제1항), 교사가 되기 위해서는 법률이 정한 자격을 갖추어야 한다(초·중등교육법 제21조 제2항). 따라서 **적법한 자격을 갖춘 교사가 전문적이고 광범위한 재량이 존재하는 영역인 학생에 대한 교육 과정에서 한 판단과 교육활동은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 하며, 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체나 학생 또는 그 보호자 등이 이를 침해하거나 부당하게 간섭하여서는 아니 된다.**”

[대법원 2023. 7. 13. 선고 2016두34257 판결]

헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다. 방송의 자유는 주관적인 자유권으로서의 특성을 가질 뿐만 아니라 다양한 정보와 견해의 교환을 가능하게 함으로써 민주주의의 존립·발전을 위한 기초가 되는 언론의 자유의 실질적 보장에 기여한다는 특성을 함께 가진다. 이러한 방송의 자유를 보호하기 위해서는 국가권력이나 그 밖의 사회의 다양한 세력들로부터 방송 편성의 자유와 독립이 보장되어야 한다.

그러나 방송이 여론형성에 미치는 영향력이 크고, 이에 따라 사실을 왜곡하거나 특정 입장에 편파적인 방송이 초래하는 부정적 파급효과의 위험성을 고려하면, 방송내용을 규제할 필요가 있음을 부정할 수는 없다. 다만 다양한 견해가 사상의 자유시장에서 경쟁할 때 비로소 올바른 여론이 형성될 수 있고, 사회는 자율적인 규제와 정화작용을 통하여 국가의 발전과 공공복리에 기여할 수 있으므로, 국가는 방송내용에 대한 개입을 최대한 자제함으로써 방송의 본질적 역할이 부당하게 위축되는 일이 없도록 하여야 한다. (...) 구 방송법 등에서 규정하고 있는 이와 같은 방송심의제도는 민주사회에서 국민의 자유로운 의사형성을 가능하게 하는 방송의 역할을 실질적으로 보장하기 위해 필요한 제도이나, 방송사업자 등의 표현의 자유를 위축시켜 스스로 표현행위를 자제하게 만드는 부작용을 초래할 수 있고, 나아가 건강하고 올바른 여론형성을 저해함으로써 민주주의의 존립·발전에 중대

비교판결은 헌법 제31조 제4항을 제시하면서 “헌법 제31조 제4항은 교육의 자주성·전문성 등은 법률이 정하는 바에 의해 보장한다고 규정하고 있는데 교원직무의 전문성은 다른 전문직인 의사·변호사 또는 성직자와 같이 사회적 역할과 관련하여 고도의 자율성과 사회적 책임성을 아울러 가져야 한다는 사회적·윤리적 특성이 있으므로, 교원은 그 직무수행에 있어서는 높은 수준의 직업윤리의식을 갖추어야 한다”고 전제하고 있다.

나아가 “헌법 제31조 제6항은 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다. 이처럼 교원의 보수 및 근무조건 등을 포함하는 개념인 ‘교원의 지위’에 관한 기본적인 사항을 법률로써 정하도록 한 것은, 같은 조 제1항이 정하는 국민의 교육을 받을 기본적 권리를 보다 효과적으로 보장하기 위한 것”이라는 점을 제시하면서, 그로부터 제정된 초, 중등교육법 및 교육공무원법상 승진임용권자의 재량권에는 일반국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분보다는 훨씬 광범위한 재량이 부여되어 있다고 제시하고 있다.

곧 교원에 요구되는 사회적 책임성과 높은 수준의 직업윤리의식을 고양시키는 헌법상(제31조 제4항과 제6항) 요청의 맥락에 부합하는 방향에서라면 승진임용권자가 법령에서 정한 것 보다 더 엄격한 승진임용기준을 마련하고 적용하면서 폭넓은 승진임용 재량권을 행사하는 것이 정당화될 수 있다는 점을 대법원은 비교판결 서두에서 암묵적으로 제시하고 있는 것이다.

한 장애를 가져올 수도 있다. 따라서 방송내용에 대한 심의를 규정하고 있는 구 방송법 등 관련 규정의 해석·적용은 언론의 자유에 미치는 영향을 고려하여 신중하게 이루어져야 한다(대법원 2019. 11. 21. 선고 2015두49474 전원합의체 판결 참조).

[대법원 2023. 4. 27. 선고 2023두30833 판결]

법인의 해산을 초래하는 설립허가취소는 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유에 대한 침해 여부와 과잉금지의 원칙 등을 고려하여 엄격하게 판단하여야 하고, 특히 국가가 국민의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)을 준수하여 이루어지는 이상 폭넓은 제한이 가능하나, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건하에서 허용될 뿐이다.

5. 대상판결과의 비교

5.1 엄격한 법적 근거 결여

대상판결과 비교판결을 비교해 보면, ① 00도 “고강도 공직사회 부동산지침”과 그에 따라 공무원 다주택 보유여부를 승진임용권자가 4급 승진임용심사과정 중 결정적 기준으로 삼았던 것, 그리고 ② 교육부의 “교장 임용제청 강화방안”과 그 내용을 이은 00도교육청 교감 승진임용기준안, 그에 따라 승진임용제청권자가 4대 비위자들에 대해 그 기록말소여부와 무관하게 교장(및 교감) 승진임용제청대상에서 영구 배제토록 한 것에 관해 모두 “법적 근거가 없거나 불분명한 것”이라는 1차 판단을 내리고 있다는 공통점을 찾아볼 수 있다. 결국 승진임용권자의 이러한 임용기준은 법적 근거가 불분명한 연성적인 것으로, ① 그 기준충족여부에 관한 정보제공요청도 곧 “임의적 협력을 구하는 것”일 수밖에 없고 ② 종전 지방공무원법 및 그 하위법령의 승진임용기준과 무관하거나, 교육공무원법과 하위법령의 승진임용기준을 더 강화시키면서도 그 법적 근거 없는 이런 기준은 행정에 대한 엄격한 법적구속을 요하는 행정법발전 제2단계에서만 본다면 승진임용심사의 기준으로 고려해서는 안 될 필요가 다분하다.

5.2 폭넓은 승진임용재량권의 허용 범주

그런데 지방공무원법과 교육공무원법은 그 (추상적) 법문언에서부터 승진임용권자에게 폭넓은 승진임용재량을 부여하고 있으며, 날로 전문화되는 행정실무에서의 특성을 반영할 필요가 상당한 행정부 고유의 종합적, 자율적, 정책적 판단에 대하여 사법부가 면밀한 심사를 하는 것이 가능한지, 혹은 바람직하겠는지에 대한 고민도 충분히 필요한데, 그런 점에서 결국 행정법발전의 제3단계 요소, 곧 행정의 자율성과 공익과 사익의 형량이라는 요소에 대한 고려가 필요할 수밖에 없다.

이 지점에서 대상판결과 비교판결의 판단이 나뉘게 된 셈인데, 대상판결 실시내용에 앞서 살핀 헌법재판소의 판단경향을 종합하여, 능력주의와 성과주의 원칙의 기속을 직업공무원제도 전반에 관한 승진임용재량 통제에 관한 일종의 일반론적 심사기준과 강도로 삼아 비교판결에 재차 적용해본다면, ① 교장, 교감의 승진임용에 관하여 승진임용권자가 재량을 행사하는 데 있어서도 헌법 제7조의 직업공무원제도의 본질

적 특성에 따른 능력주의와 성과주의는 두텁게 요구되는데, 그 위임을 받은 교육공무원법에서 이미 징계이력 등을 승진임용의 여러 고려요소로 삼고 있었고, 징계이력 등을 승진임용 고려요소로 삼는 것이 능력주의 및 성과주의 원칙의 요청과 전혀 무관한 것으로 볼 수 없으므로⁶⁸⁾ 현행 규정보다 임의로 더 강한 기준을 제시하여 4대 비위행위자 등에 대한 임용제청을 영구 배제하였다고 그것이 재량권을 일탈, 남용한 것으로 볼 수는 없으며, ② 이에 더하여 헌법 제31조 제4항, 제6항의 요청까지 고려해 본다면, 교장 등 승진임용과정에서 높은 수준의 직업윤리의식이 요구된다고 아니할 수 없으므로, 설령 별도 법적 근거가 없더라도 “교장 임용제청 강화방안” 등 더 강화된 기준에 따른 승진임용권자의 재량행사는 허용될 수 있는 것으로 판단할 수 있을 것이다.

이렇게 비교판결에 다시금 적용해본다고 하더라도, 대상판결에서 제시된 실시내용 등을 토대로 승진임용재량권의 법적 통제에 관한 새로운 일반적 심사기준과 강도를 제시하고 정치(精緻)화 해 가는 것이 무리한 시도는 아닌 것으로 보여지며, 위 비교판결의 사실관계에서는 보다 유연하게 적용되면서 같은 결론을 이끌어내는 데 달리 무리가 없다고 볼 수 있다.

그러면서도 초기에 일률적으로 매우 완화된 심사기준과 강도를 제시했던 종전 일반론의 문제점을 일부나마 극복할 수 있는 것으로서, 행정실무에서 승진임용권자들에게는 그 재량이 무제한적인 것이 아님을 일깨워주고 보다 숙고된 재량행사를 하도록 그 방향을 제시할 수 있을 것이며, 승진임용재량권 일탈, 남용 여부 판단을 요하는 후속사건에서는 더 면밀한 심사를 이뤄 갈 수 있는 기초가 될 것으로 보인다.

6. 비례심사를 위한 소고 : 비교판결에 대한 재론

6.1 질문: 대상판결을 통해 형성되는 새로운 일반론적 심사기준과 심사강도만으로 충분한가?

다만, 비교판결의 판단내용과 같이, 특정 공무원제도의 형성과 운영을 명령한 헌법상 요청의 맥락에 부합하는 방향의 재량행사로 판단되면, 그 방향으로는 승진임용권자가 폭넓은 승진임용재량권을 사실상 무제한적으로 행사하는 것이 정당화 될 수

68) 위 각주 60) 참조.

있을 것인가? 특히 그 법적 근거가 불분명한 연성적(Soft-Law method)인 기준을 제시하여 종전의 법령상 기준을 강화하는 것도 위 방향성에만 부합한다면 그 한계 없이 허용될 것인가? 비록 비교판결에서 대법원은 법령상 근거가 불분명한 승진임용권자의 연성적 기준(교장 임용제정 강화방안)에도 불구하고 그 기준에 따른 승진임용재량 행사를 합법적인 것으로 판단했고, 새롭게 모색되는 일반론적 심사기준과 강도로 그러한 판단을 정당화하는 것도 충분히 가능하나, 법치국가적 관점, 그리고 행정법 발전의 제3단계적 관점에서 공, 사익간 형량이라는 렌즈로 이를 재조명해보면, 대상 판결을 통해 모색할 수 있는 일반론보다도 더 엄격한 심사기준과 강도를 모색해 볼 지점도 보여진다.

앞서 언급한 바와 같이 ① 여러 선행연구들이 “기본권적 관점”이나 “헌법상 원칙”에 비추어 공무원 징계재량과 총장임용제정 재량 등에 관해 매우 완화된 심사기준이 갖는 문제점을 제기하면서 보다 엄격한 심사기준을 모색할 필요를 제언했던 점에 더하여⁶⁹⁾ ② 최근들어 헌법재판소가 “승진임용에 관한 균등한 기회를 제공받을 수 있는 권리로 헌법상 공무담임권(헌법재판소 2018. 7. 26. 2017헌마1183 결정; 헌법재판소 2022. 3. 31. 2020헌마211 결정)”을 제시해가며 승진임용제도와 승진기준 등에 관해 공무담임권의 보호영역을 더 두텁게 모색해가려는 듯한 판단경향을 보이는데 그 본안판단과정에서 공무담임권 침해여부를 살피면서 합리성심사가 아닌 과잉금지 원칙위반심사, 곧 비례심사의 틀을 갖춘 점, 나아가 ③ 공무담임권이라는 기본권은 그 제한의 구체적 양상(기본권적 법익의 중대성 및 침해의 심각성, 빈도와 영구성 등)에 따라 심사기준과 강도가 세밀하게 모색될 필요가 적잖고,⁷⁰⁾ 재량행사로 인한 기본권제한에 관하여도 그 필요는 동일한 점을⁷¹⁾ 고려해본다면, ④ 공무담임권을 제한하는 여러 심판대상들 중 특히 특정요소로 공직취임기회를 전면적으로 봉쇄(대표적으로 시험응시연령제한 등)하는 조항들에 관한 엄격심사(비례심사)의 필요를⁷²⁾

69) 강화연, 앞의 논문, 600쪽, 609쪽 및 611쪽; 고소영, 앞의 논문, 243-245쪽; 안동인, 앞의 논문, 21쪽; 노기현, 앞의 논문, 295-297쪽.

70) 손상식, “경찰공무원시험의 응시연령 상한 제한으로 인한 공무담임권의 침해 여부-헌법재판소 2010 헌마278 결정에 대한 평석으로 중심으로”, 법학논총 제44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020, 83-84쪽.

71) 안동인, 앞의 논문, 21-22쪽.

72) 손상식, 경찰공무원시험의 응시연령 상한 제한으로 인한 공무담임권의 침해 여부-헌법재판소 2010 헌마278 결정에 대한 평석으로 중심으로”, 78쪽 이하. 공무원시험 응시기회를 전면적으로 봉쇄했던 경찰공무원임용령조항 및 소방공무원임용령 조항의 위헌성을 살폈던 헌법재판소 2012. 5. 31. 2010

공직취임에 관한 것뿐 아니라 승진에 관한 것으로, 곧 특정요소를 일률적으로 고려하여 승진임용을 영구적으로 봉쇄하는 재량(임용권)행사에 관한 것으로, 한 단계 더 나아가 생각해 볼 필요도 있을 것이다. 특정 요소로 인하여, 승진임용에서 단지 일정한 불이익만 입는 것이 아니라 완전히, 영구적으로 배제되게 되는 원고들에 관한 사례군을 중심으로는 비례심사와 같은 더 엄격한 심사기준과 심사강도를 모색해 볼 필요가 있다는 것이다.

앞서 대상판결에서는 다주택 보유여부가, 비교판결에서는 “4대 비위행위”에 관한 징계이력이 있었는지 여부가 각각 4급 승진임용과 교감 임용제청의 결정적 배제요소가 됐던 것으로 보이고, 그 중 비교판결에서는 그러한 배제요소를 적용한 승진임용권자의 재량행사(4대 비위자 교감승진임용 영구제외)가 허용되는 것, 적법한 것으로 판단했던 바 있다. 그러나 그와 같이 승진심사 중 단순 가증감경요소가 아닌 완전한 배제요소로 작용하는 기준과 그에 의한 승진임용재량행사에 관하여는 그 일탈, 남용 여부에 관해 엄격한 비례심사기준과 강도가 필요한 것 아닌지 생각해 볼 여지가 적잖다고 보이는데, 비교판결의 하급심 판결인 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016두61176 판결 내용을 살펴보다라도 그러한 취지가 보인다.

6.2 비교판결에 대한 재론: 위 2016두61176 판결의 내용을 중심으로

교감승진임용사정 당시 원고의 기존 징계내역을 살펴보면 원고가 축구부를 총괄하는 당시 학교장에게 축구감독, 코치와 학생들 음료수 제공명목으로 10만원을 제공하여 전책처분을 받았던 것이 전부로, 승진임용사정당시 이미 그 징계기록이 기간 도과로 말소됐던 점까지 고려하면 당시 시행되던 관련법령 등에 의하면 승진임용제청대상에 포함되는 것이 합당했으며, 유사한 사례에서 교감으로 승진임용된 전례도 적잖았다.

그럼에도 원고가 지난날 받았던 징계유형이 2014년경 전격적으로 발표된 이른바 “교장 승진임용 강화기준” 등이 제시한 4대 비위에 포함된다는 점을 들어 그 이후로는 교감승진임용이 전면적으로, 영구적으로 봉쇄되게 된 것인데, 위 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016누61176 판결에서는 이런 점을 들어 승진임용권자가 그 재량권

헌마278 결정, 부서관시험 응시기회를 전면적으로 봉쇄했던 군인사법 조항의 위헌성을 다투었던 헌법재판소 2014. 9. 25. 2011헌마414 결정 등을 생각해 볼 수 있다.

을 일탈, 남용한 것으로 판단한 바 있다.⁷³⁾ 대법원의 매우 완화된 일반론이 제시되기 전 판단이나, 위 서울고등법원의 판단내용을 살펴보면 일종의 엄격한 비례심사를 한 것으로도 보이며, 그 과정에서 이른바 “교장 임용제청 강화방안” 및 이에 따른 00도 교육청 교감승진임용기준안으로 승진임용기회가 전격적으로, 전면적으로, 그리고 영구 박탈되게 된 데 따른 원고의 불이익이 지나치게 큰 점에 주목했던 것으로 보인다.

앞서 살펴본 것 같이 승진임용심사에 관한 매우 완화된 종전의 일반론적 심사기준과 강도의 문제점에 관한 보완책으로 대상판결의 설시를 교두보 삼아 그보다는 엄격한 심사기준과 강도를 모색해 갈 수 있겠으나, 더 나아가 승진임용심사에서 완전히, 영구적으로 배제하는 요소나 기준들이 제시되고 적용된 경우에는, 그러한 승진임용 재량권 행사에 관해서는 더 엄격한 심사기준을 모색할 필요도 앞으로 상당할 것으로 보인다.

우리나라에서 지금까지 운영되어 온 직업공무원제도 아래에서 “승진”이 갖는 함의나 가치가 작지 않고, 갑작스레 승진이 영구적으로 봉쇄된 데 따른 그 대상자의 제한되는 법익이나 그 침익적 성격이 상당할 것으로 보이기도 한데, 다원적 공론장인 국회에서 지방공무원법 혹은 교육공무원법 개정을 통해 더 엄격한 기준, 혹은 시대적 필요에 부응한다는 목적으로 새 기준을 입론한다면 모르겠으나,⁷⁴⁾ 적어도 “교장 임용 제청 강화방안”이라든지 “00도 고강도 공직사회 부동산지침”과 같은, 그 법적 근거가 별도로 확인되지 않는 방안으로 특정 요소들을 승진심사 중 가중, 감경요소가 아닌 승진임용의 일률적, 영구 배제기준으로 삼아 승진임용재량권을 행사하는 것에는 더욱 엄격한 사법통제가 요구된다고 아니할 수 없을 것이다.⁷⁵⁾

73) 그러나 비교판결의 취지(파기환송)에 따른 파기환송심인 서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누41046 판결에서는, 비교판결의 취지를 그대로 이어가면서 “승진임용에 관한 임용권자에게 부여된 광범위한 재량을 고려해보건대 (...) 시대의 변화에 따라 우리 사회가 교감에게 요구하는 자질과 도덕성의 수준이 높아지면 교감 승진임용후보자의 요건 역시 강화될 수밖에 없는 것이고, 이러한 기준강화는 사회통념상 합리성을 갖춘 것”이라고 판단하고 있다.

74) 그러나 설령 국회에서 지방공무원법개정 혹은 교육공무원법개정을 통해 4대 비위행위자 교장, 교감 승진임용 영구배제나 다주택 보유자 4급 승진임용 전면배제와 같은 내용이 입법된다고 하더라도, 그 개정법률의 위헌성을 다시금 살펴볼 여지가 상당할 것이며, 이러한 개정입법이 이루어지게 될 경우엔 위헌법률심판 및 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구, 혹은 제68조 제1항의 헌법소원심판청구를 통해 헌법재판소에서 본격적으로 그 위헌여부가 다투어지게 될 것으로 보인다.

75) 다만, 이미 초창기 대법원 판례들을 통해 징계재량권에 관한 것보다도 더 완화된, 결과적으로 대단히 완화된 심사기준과 강도가 제시된 승진임용재량권의 법적 통제에 관해, 징계재량권에 관한 전면적

V. 결론

행정재량에 관한 각 국의 법적 통제의 궤적, 특히 그 심사기준과 강도가 형성되고 더 정치(精緻)해지는 과정을 살펴보면, 전환점이 되는 “판결”들이 늘 그 중심에 자리해왔다.

미국의 소위 스킨모어(Skidmore) 판결과 오버톤 공원(Overton Park) 판결, 쉘브론(Chevron) 판결 및 미드(Mead) 판결 등을 보더라도 그렇고,⁷⁶⁾ 일본 최고재판소 등의 주요 판결례를 보더라도 그러하며,⁷⁷⁾ 프랑스 국사원이 월권소송에서 재량통제를 이뤄왔던 주요 판결례들을 보더라도 그러하고,⁷⁸⁾ 독일의 경우 재량통제의 전제가 되는 기속과 재량의 구별기준 등에 관한 연방행정법원 판결례를 보더라도 그러하다.⁷⁹⁾

동시에, 각 국 행정법학계의 연구들이 그러한 판결들 전, 후로 적잖은 기여를 해왔던 것도 분명하다. 요건재량에서 효과재량이론으로 변천을 이끌었던 독일 행정법학계 주요 연구들을 살펴보더라도 그러한데,⁸⁰⁾ 이러한 각 국 행정법실무와 학계의 궤적들을 비교해 볼 필요도 적잖다.⁸¹⁾

최근 우리나라에서는 재량행위 일반에 관한 것을 넘어, 특정 정책영역과 사례군에서 그 특성을 반영한 재량통제기준과 강도 등에 관한 고민도 깊어지고 있는 것으로

엄격심사 제언(강화연, 앞의 논문, 제609면) 같은 전면적 엄격심사를 모색하는 것은 현실적으로 어려울 것으로 보이며, 위와 같이 ① 무제한적 승진임용재량행사는 허용될 수 없고 직업공무원제의 본질(능력주의, 성과주의 등)에 비춰 그 재량행사가 기속된다는 “약간” 엄격한 일반론적 심사기준과 강도를 제시하여 과하게 완화된 심사기준을 제시한 종전의 일반론을 보완하고, 나아가 ② 제한되는 법익의 중대성과 침익성 등을 고려하여 특정 사례군을 중심으로 개별적으로 더 강화된 심사기준과 강도를 모색하는 것이 보다 현실적인 방안이라 생각된다.

76) 허성욱, 앞의 논문, 530쪽 이하.

77) 노기현, 앞의 논문, 302쪽 이하.

78) 강화연, “프랑스 월권소송에서 재량통제에 관한 연구-개별행정행위에 대한 심사기준과 심사강도를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2023, 59쪽 이하(심사기준에 관하여), 112쪽 이하(심사강도에 관하여).

79) 홍강훈, “기속행위와 재량행위 구별의 새로운 기준”, 공법연구 제40권 제4호, 한국공법학회, 2012, 299쪽 이하.

80) 이은상, “독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구 : 요건재량이론에서 효과재량이론으로의 변천을 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2014, 34쪽 이하.

81) 임성훈, “불확정법개념의 해석, 적용에 대한 사법심사에 관한 연구: 한국, 미국, 독일법의 비교를 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2012, 11쪽 이하.

보이는데,⁸²⁾ 공직사회 안에서 공무원을 대상으로 이루어지는 재량권행사, 그 중에서도 특히 승진임용재량권에 관하여도 단순히 임용권자의 폭넓은 재량권행사가 가능한 영역으로만 유보해두기보다는, 행정법 발전의 각 단계별 양상에 비추어, 승진임용재량의 각 행사별 양태에 따라 그 심사기준과 심사강도에 관한 다양한 고민을 해 볼 필요가 적잖다.

대상판결은 지금까지 매우 완화된 심사기준과 강도가 담긴 일반론이 제시되어 왔던 승진임용권자의 재량권행사에 분명한 한계가 있음을 제시한 첫 판결이다. 2018년을 기점으로 매우 완화된 일반론을 형성하게 되었던 종전의 대법원 판례군이 일용승진임용제청배제행위 등의 처분성을 인정하여 대상적격의 관점에서 안정적 법적 통제의 첫 관문을 열었다는 점에서 그 의의를 갖는다면, 대상판결은 이제 본안에서도 보다 면밀한 재량 일탈, 남용 심사를 모색해 볼 수 있는 분명한 단초를 제공했다는 점에서 그 의의를 가질 수 있으며, 대상판결을 교두보로 삼아, 승진임용재량에 관한 더 정치화된 심사기준과 강도를 모색해 갈 필요가 적잖다. 대한민국 공직사회에서, 직업공무원으로 근무하는 수많은 공무원들에게 “승진”이 갖는 함의를 생각해본다면 더욱 그러할 것으로 보인다.

82) 강화연, 앞의 논문(주 16); 이승훈, “집합금지 처분에 있어 재량권 행사에 관한 사법심사의 방법-종교 시설에 대한 집합금지를 중심으로”, 사법 제66호, 사법발전재단, 2023, 817쪽 이하.; 환경의 훼손이나 오염을 발생시킬 우려가 문제된 사례군에 관하여는 임성훈, “행정에 대한 폭넓은 존중과 사법심사기준”, 행정법연구 제52호, 행정법이론실무학회, 2018, 161쪽 이하.

참고문헌

1. 단행본

- 김남철, 행정법 강론 제9판, 2023.
 김동희/최계영, 행정법 I 제27판, 박영사, 2023.
 김중권, 김중권의 행정법 제5판, 2023.
 김하열, 헌법강의, 박영사, 2020.
 박균성, 행정법론(상) 제22판, 2023.
 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
 최선웅, 재량과 행정쟁송, 박영사, 2021.
 Battis, *Bundesbeamten-gesetz* 5. Aufl., München, 2017.

2. 학술지

- 강화연, “공무원을 대상으로 한 징계재량권 남용의 심사기준과 강도”, 행정법연구 제71호, 행정법이론실무학회, 2023, 589-616쪽.
 고소영, “대학의 자율성과 국립대학 총장임용제도에서의 사법심사”, 행정판례연구 제24권 제1호, 한국행정판례연구회, 2019, 215-252쪽.
 김중권, “총장임용제청거부와 배타적 경쟁자소송 -대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두 57564 판결-”, 법조 제68권 제1호, 법조협회, 2019, 459-477쪽.
 노기현, “행정법상 재량행위에 대한 사법심사기준의 변천에 관한 연구-일본의 학설과 판례의 논의를 중심으로-”, 공법학연구 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013, 293-318쪽.
 명재진, “공무원의 헌법상 지위”, 한국부패학회보 제18권 제3호, 한국부패학회, 2013, 197-224쪽.
 배상준, “신행정법학과 기본권 도그마틱”, 법학논고 제75집, 경북대학교 법학연구원, 2021, 137-167쪽.
 성재열, “지방의회의원 징계에 관한 항고소송의 대상적격과 위법성 심사기준”, 공법연구 제52집 제2호, 한국공법학회, 2023, 605-636쪽.
 손상식, “공무원의 성과급제에 관한 고찰”, 법학연구 제19권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2009, 377-416쪽.

- _____, “경찰공무원시험의 응시연령 상한 제한으로 인한 공무담임권의 침해 여부-헌법재판소 2010헌마278 결정에 대한 평석으로 중심으로”, 법학논총 제44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020, 67-102쪽.
- 송시강, “행정재량과 법원리-서론적 고찰-”, 행정법연구 제48호, 행정법이론실무학회, 2017, 113-151쪽.
- 안동인, “비례원칙과 사법판단권의 범위-행정재량권의 통제원리로서의 비례원칙을 중심으로-”, 행정법연구 제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 1-26쪽.
- 우미형, “행정의 전문성의 함의”, 행정법연구 제52호, 행정법이론실무학회, 2018, 35-56쪽.
- 이승훈, “집합금지 처분에 있어 재량권 행사에 관한 사법심사의 방법-종교시설에 대한 집합금지를 중심으로”, 사법 제66호, 사법발전재단, 2023, 817-861쪽.
- 이준일, “헌법상 공무원 조항의 해석”, 유럽헌법연구 제43호, 유럽헌법학회, 2023, 211-241쪽.
- 임성훈, “행정에 대한 폭넓은 존중과 사법심사기준”, 행정법연구 제52호, 행정법이론실무학회, 2018, 161-188쪽.
- 장경원, “공무원제도의 기본이념과 국가공무원법”, 서울법학 제29권 제2호, 서울시립대학교 법학연구원, 2021, 49-76쪽.
- 정호경, “공직가치 논의의 법적 함의와 문제점-직업공무원제 및 공무원법과의 관계를 중심으로-”, 법학연구 제50집, 전북대학교 법학연구소, 2016, 333-354쪽.
- 최선웅, “행정소송에서의 재량행위에 대한 사법심사사유”, 행정법연구 제59호, 행정법이론실무학회, 2019, 17-61쪽.
- 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 법조 제674호, 법조협회, 2012, 5-52쪽.
- _____, “공무담임권의 보장내용: 공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 겸하여”, 중앙법학 제16권 제3호, 중앙법학회, 2014, 7-43쪽.
- _____, “평등권에 관한 최근 헌법재판소 결정의 문제점”, 헌법논총 제26집, 헌법재판소, 2015, 241-297쪽.
- 허성욱, “행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고 -미국 행정법상 쉐브론 원칙과 해석규범의 기능과 상호관계를 중심으로-”, 공법연구 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013, 527-551쪽.

홍강훈, “기속행위와 재량행위 구별의 새로운 기준”, 공법연구 제40권 제4호, 한국공법학회, 2012, 293-332쪽.

3. 학위논문

- 강화연, “프랑스 월권소송에서 재량통제에 관한 연구-개별행정행위에 대한 심사기준과 심사강도를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2023. 2.
- 이은상, “독일 재량행위 이론의 형성에 관한 연구: 요건재량이론에서 효과재량이론으로의 변천을 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2014. 2.
- 임성훈, “불확정법개념의 해석, 적용에 대한 사법심사에 관한 연구: 한국, 미국, 독일법의 비교를 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2012. 2.

4. 신문기사 및 웹자료

- 경기도정신문, “이재명 경기도지사, 고강도 공직사회 부동산지침 발표”, 2020. 7. 31. <[http:// www.idojung.com/news/articleView.html?idxno=30597](http://www.idojung.com/news/articleView.html?idxno=30597)>검색일 : 2024. 3. 13.
- 뉴스1, “인권위, 말소된 징계를 이유로 승진 배제는 평등권 침해”, 2018. 2. 4. <<https://www.news1.kr/articles/?3225930>>.검색일 : 2024. 3. 13.
- 동아일보, “경기도 공무원 노조, 다주택 공무원 승진 제한, 재산권 침해”, 2022. 12. 14. <<https://www.donga.com/news/article/all/20221214/116997110/1>>.검색일 : 2024. 3. 13.
- 머니투데이, “인권위, 말소된 징계를 이유로 승진 배제는 평등권 침해”, 2018. 2. 4. <<https://m.mt.co.kr/renew/view.html?no=2018020407308237191&MVRN>> 검색일 : 2024. 3. 13.
- 법률신문, 김중권, “교장승진임용제외의 처분성 문제-대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두 47492판결-”, 2019. 3. 4. <<https://www.lawtimes.co.kr/news/151223>> 검색일 : 2024. 3. 13.
- 이데일리, “이재명, 다주택 숨긴 4급 공무원 승진취소 검토- 높은 책임과 권한 맡으려면 당연한 일-”, 2021. 6. 23. <<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02617446629084672&mediaCodeNo=257>> 검색일 : 2024. 3. 13.
- UPI뉴스, “법적 근거 없는 경기도의 다주택자 승진배제, 언제 풀리나”, 2022. 8. 17.

<<https://m.kpinews.kr/newsView/179548851807579>> 검색일 : 2024. 3. 13.

5. 판례

- 대법원 1997. 3. 14. 선고 95누17625 판결.
- 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결.
- 대법원 2018. 3. 27. 선고 2016두44308 판결.
- 대법원 2018. 3. 29. 선고 2017두34162 판결.
- 대법원 2018. 6. 15. 선고 2015두50092 판결.
- 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두57564 판결.
- 대법원 2022. 2. 11. 선고 2021도13197 판결.
- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2023두30833 판결.
- 대법원 2023. 7. 13. 선고 2016두34257 판결.
- 대법원 2023. 9. 14. 선고 2023두37858 판결.
- 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022두65092 판결.
- 부산고등법원(창원) 2021. 12. 22. 선고 2021누10531 판결.
- 서울고등법원 2015. 7. 9. 선고 2015누33890 판결.
- 서울고등법원 2016. 6. 3. 선고 2015누51523 판결.
- 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016누61176 판결.
- 서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누41046 판결.
- 서울고등법원 2018. 11. 16. 선고 2018누40739 판결.
- 서울고등법원 2021. 9. 29. 선고 2021누39678 판결.
- 서울고등법원 2022. 9. 2. 선고 2021누63992 판결.
- 서울행정법원 2015. 1. 22. 선고 2014구합6390 판결.
- 수원고등법원 2022. 11. 4. 선고 2022누11855 판결.
- 수원지방법원 2015. 6. 16. 선고 2014구합59475 판결.
- 수원지방법원 2016. 7. 27. 선고 2015구합66050 판결.
- 수원지방법원 2022. 4. 27. 선고 2021구합74052 판결.
- 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 결정.
- 헌법재판소 2005. 12. 22. 2002헌마152 결정.
- 헌법재판소 2006. 2. 23. 2004헌마675등 결정.

헌법재판소 2006. 5. 25. 2005헌마362 결정.
헌법재판소 2007. 6. 28. 2005헌마1179 결정.
헌법재판소 2010. 3. 25. 2009헌마583등 결정.
헌법재판소 2012. 5. 31. 2010헌마278 결정.
헌법재판소 2012. 7. 26. 2010헌마264 결정.
헌법재판소 2014. 4. 24. 2010헌마747 결정.
헌법재판소 2014. 9. 25. 2011헌마414 결정.
헌법재판소 2015. 4. 30. 2012헌마620 결정.
헌법재판소 2018. 4. 26. 2014헌마274 결정.
헌법재판소 2018. 7. 26. 2017헌마1183 결정.
헌법재판소 2019. 8. 29. 2019헌마616 결정.
헌법재판소 2020. 6. 25. 2017헌마1178 결정.
헌법재판소 2020. 10. 29. 2017헌마1128 결정.
헌법재판소 2021. 4. 29. 2020헌마999 결정.
헌법재판소 2022. 3. 31. 2020헌마211 결정.
헌법재판소 2022. 12. 22. 2020헌가8 결정.
헌법재판소 2023. 2. 23. 2019헌마401 결정.

[Abstract]

The Standard of Judicial Review on the Promotion-exclusion Actions Against Civil Servants

BAE, Sangjoon*

The Korean Supreme Court's recent decision, "Supreme Court of Korea, Decision of 4 January 2024, 2022Du65092", suggest a distinct turning point in the Supreme Court's existing legal principles by concretizing the meaning of Art.7 of the Constitution. According to existing legal principles, it was required to apply tremendously relaxed standard of judicial review or relaxed intensity of judiciary control on promotion-exclusion discretionary actions against civil servants(Supreme Court of Korea, Decision of 27 March 2018, 2015Du47492).

Thus, when promotion-authority holders exerted "the tremendously excessive discretion permitted by court", it was liable to exert the discretion arbitrarily, abusively. Furthermore, civil servants' chance to have any promotion-exclusion discretionary actions reviewed legally when their fundamental rights to equal opportunity of promotion are violated by such a promotion-exclusion discretionary action have been limited significantly.

Nevertheless in this decision(Supreme Court of Korea, Decision of 4 January 2024, 2022Du65092), the Korean Supreme Court has held that, for the first time, "No unrestricted discretion is allowed in the process of preparing a list of candidates for promotion or reviewing and deciding whether to appoint a candidate for promotion." The Korean Supreme Court's recent decision made it clear that promotion-authority holder's discretion should be limited by legal-binding force derived from Art.7 in the Constitution of the Republic of Korea, career civil service system and the principle of meritocracy and performance-based system.

The legal meaning and principle of "Art.7 in the Constitution of the Republic of Korea, career civil service system and the principle of meritocracy and performance-based system"

* Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea

has been concretized by Constitutional Court of Korea's decisions, especially reviewing about the Constitutional Right to Hold Public Office(Art.25 in the Constitution of the Republic of Korea). this is referred in "Supreme Court of Korea, Decision of 4 January 2024, 2022Du65092". It is necessary to develop the contents of the Korean Supreme Court's recent decision, "Supreme Court of Korea, Decision of 4 January 2024, 2022Du65092" into general standard of judicial review or intensity of judiciary control on promotion-exclusion discretionary actions against civil servants.

[Key Words] Civil servant, Promotion, degree of judicial control, Promotion-exclusion action, standard of judicial review, Abuse of Discretion, Meritocracy