

소장

원 고 한강직

소송대리인 법무법인 율도

담당변호사 전우치, 홍길동

피고 보건복지부장관

청구취지

1. 피고가 원고에 대하여 한
가. 2022. 4. 20.자 직위해제처분
나. 2022. 6. 13.자 감봉 3개월 처분을 각 취소한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.
라는 판결을 구합니다.

청구원인

1. 이 사건 처분의 경위
2. 이 사건 소의 적법성

가. 적법성 일반

취소소송의 요건은 ① 행정청의 처분¹⁾ 등에 대하여, ② 당해 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 원고적격 있는 자²⁾가, ③ 그 처분을 행한 행정청을 피고로 하여³⁾, ④ 제소기간 내에⁴⁾, ⑤ 예외적으로는 행정심판을 거쳐⁵⁾ ⑥ 당해 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우⁶⁾에 제기하는 것입니다.

이 사건 소송은 직위해제처분과 감봉 3개월 징계처분에 대하여 각 취소송을 제기한 것으로 각 처분별로 소송요건을 갖추었는지 여부를 살펴봅니다.

나. 직위해제처분

국가공무원법상 직위해제는 일반적으로 공무원이 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 경우, 공무원에 대한 징계절차가 진행 중인

-
- 1) 행정소송법 “제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. ‘처분등’이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.” 고 하여 처분은 이러한 요건을 갖추어야 한다.
 - 2) 행정소송법 “제12조(원고적격) 취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.” 는 문구를 그대로 인용하여 “취소를 구할 법률상 이익이 있는 자” 라고 한다.
 - 3) 행정소송법 13조(피고적격) “① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분등을 행한 행정청을 피고로 한다.” 는 규정에 따라 처분을 행한 행정청을 피고로 한다.
 - 4) 행정소송법 “제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있을 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다. ② 취소소송은 처분등이 있을 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있을 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.” 는 규정에 따라 제소기간 내에 제기하여야 한다.
 - 5) 행정소송법 “제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.” 는 규정에 따라 행정심판은 임의로 전치이나, 법률의 규정이 있는 경우 전치절차를 거쳐야 합니다.
 - 6) 행정소송법 “제12조(원고적격) 단서, 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.” 고 하여 소의 이익이 있는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있음을 전제로 하고 있다.

경우, 공무원이 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 공무원이 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 공무원에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 공무원의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다 할 것입니다(대법원 2003. 10. 10 선고 2003두5945 판결, 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결 등 참조).

이러한 직위해제 처분은 공무원으로 하여금 직무에 종사하지 못하도록 하는 권력적 조치에 해당하므로 처분성은 인정된다고 할 것입니다. 그리고, 위에서 살핀바와 같이 징계와는 다른 조치인바 징계절차에 대하여 취소를 구하였는지 여부와 관계 없이 직위해제처분 자체에 대하여 취소를 구할 수 있다고 할 것입니다.

또한, 직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실하게 됩니다. 여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미입니다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제 처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을

제거하기 위하여 그 실효된 직위해제 처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있습니다(대법원 2010. 7. 29 선고 2007두18406 판결 등 참조).

원고는 징계처분으로 감봉 3개월 징계처분을 받았습니다. 그리고 현재는 복직되어 현재 직위해제처분은 그 효력을 상실한 상태입니다. 그러나 여전히 위 직위해제처분을 취소할 이익이 있습니다.

공무원보수규정 제29조는 직위해제된 사람에게는 다음 각 호의 구분에 따라 봉급의 일부를 지급한다고 규정하고 있고, 제3조는 직위해제처분을 받고 3개월 이내에는 봉급의 50%만 지급한다고 되어 있습니다. 원고는 직위해제처분 기간동안 봉급의 50%만 지급받았는데, 위 직위해제처분이 취소되는 경우 소급효가 있어 나머지 봉급 50%를 지급받을 수 있는바 위 직위해제처분을 취소를 구할 이익이 있습니다.⁷⁾

다. 감봉 3개월 처분

중앙징계위원회는 피고의 징계요구에 따라 2022. 5. 12. 정직 3개월의 징계처분을 의결하였고, 피고는 2022. 5. 13. 원고에게 정직 3개월의 징계처분을 하였습니다.

이에 대하여 원고는 소청심사위원회에 소청심사를 하였고, 소청심사위원회는 2022. 6. 8. 위 정직 3개월의 징계처분이 지나치게 무겁다는 이유로 감봉 3개월 처분으로 변경하라는 ‘변경명령재결’을 하였습니다. 위 변경명령재결에 따라 피고는 2022. 6. 13. 감봉 3개월 처분을 하였습니다. 위 감봉 3

7) 한편 급여감소만으로 직위해제처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부는 문제가 될 수 있다. 대전지방법원 2022. 1. 19. 선고 2020가합108572 판결은, 급여감소만 있는 경우 이는 법률상 불이익이 아니고, 사실상의 불이익일 뿐으로 직위해제의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다고 판단하였다.

개월 처분으로 중징계에서 경징계로 변경되었으나, 여전히 감봉 3개월 처분은 원고에 대한 징계처분으로 행정처분에 해당하는바 위 처분의 취소를 구할 이익이 있습니다.

라. 전치주의

피고는 2022. 4. 20. 원고에게 직위해제처분을 하였습니다. 그리고, 국가공무원법 제76조 제1항에 따라 30일 이내에 소청심사위원회에 심사를 청구할 수 있다고 안내하였습니다. 이에 따라 원고는 직위해제처분에 대하여 소청심사위원회에 심사를 청구하였습니다. 그러나, 소청심사위원회는 2022. 6. 8.경 직위해제처분 취소 청구를 기각하였고, 위 결정문은 2022. 6. 10. 원고에게 도달하였습니다.

국가공무원법 제76조 제1항은 징계처분 설명서를 받은 날로부터 30일 이내에 소청심사위원회에 이에 대한 심사를 청구할 수 있도록 하고 있습니다. 피고는 2022. 5. 13. 원고에게 정직 3개월의 징계처분을 하였습니다. 이에 원고는 위 징계처분에 대하여 소청심사위원회에 심사청구를 하였고, 소청심사위원회는 2022. 6. 8. 정직 3개월 처분을 감봉 3개월로 변경하라는 변경명령재결을 하였습니다. 이에 따라, 피고는 2022. 6. 13. 감봉 3개월 처분을 하였고 위 처분은 2022. 6. 14. 원고에게 도달하였습니다. 위와 같이 원고는 정직 3개월 처분에 대하여 이미 소청심사위원회에 심사청구를 하여 전치요건을 갖추었고, 감봉 3개월 처분은 소청심사위원회의 심사결정(변경명령재결)에 따른 것인바 전치요건을 거친 것으로 볼 수 있습니다.

마. 제소기간

원고는 직위해제처분에 대하여 2022. 6. 10. 소청심사위원회의 결정을 받았고, 감봉 3개월 징계처분에 대하여는 2022. 6. 14. 처분서를 받았습니다. 위 소청심사위원회의 결정서(소제기 기간이 먼저 종료하는 처분)를 받은 날로부터 90일이 되는 날은 2022. 9. 9.이고, 위 날은 휴일로 휴일이 끝나는 날 다음 날인 같은 달 13.까지 소송을 제기할 수 있습니다. 원고는 위 날에 이 사건 소를 제기하였는바 제소기간을 준수하였습니다.

3. 이 사건 각 처분의 위법성

가. 원고가 공무원으로서의 의무를 위반하였는지 여부

(1) 재량권 일탈, 남용

징계사유에 해당하는 행위가 있더라도, 징계권자가 그에 대하여 징계처분을 할 것인지, 징계처분을 하면 어떠한 종류의 징계를 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨져 있습니다.

그러나 재량권의 행사가 징계권을 부여한 목적에 반하거나, 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙을 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙을 위반한 경우에는, 그 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 것으로서 위법하게 됩니다.

징계처분에서 재량권의 행사가 비례의 원칙을 위반하였는지는 징계사유로 인정된 비행의 내용과 정도, 경위 내지 동기, 비행이 당해 행정조직 및

국민에게 끼치는 영향의 정도, 행위자의 직위 및 수행직무의 내용, 평소의 소행과 직무성적, 징계처분으로 인한 불이익의 정도 등 여러 사정을 건전한 사회통념에 따라 종합적으로 판단하여 결정하여야 합니다(대법원 2017. 10. 31 선고 2014두45734 판결).

이하에서는 피고가 각 징계사유로 들고 있는 공무원의 복종의무, 비밀유지의무, 품위유지의무를 각 위반하였는지 살펴보고, 설령 위 의무를 위반하였다고 하더라도 감봉 3개월 징계처분이 적정한지(재량권의 일탈, 남용이 없는지) 여부를 살펴보도록 하겠습니다.

(2) 복종의무 위반인지 여부

공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 합니다. 그러나, 이러한 공무원의 복종의무는 일정한 한계가 있습니다. 즉 직무상 위법한 명령을 받은 경우에는 이에 따를 의무는 없습니다.

대법원 1988. 2. 23 선고 87도2358 판결은 「공무원이 그 직무를 수행함에 있어 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이고 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 가하라는 등과 같이 명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무는 없다.」라고 판단한바 있습니다.

상관의 위법한 직무명령에 대하여 복종하지 않는 경우 이는 구체적 사안에 따라 징계처분도 면할 수 있다고 할 것입니다.⁸⁾

8) 이에 대하여 단순 감경사유일 뿐이라는 견해도 있다.

원고는 2022. 2. 22. 상급자로부터, 정부의 코로나19 방역 정책에 대하여 비판적인 태도를 취하면서 비협조적인 모습을 보여 온 약사들의 명단을 작성하라는 지시를 받았습니다. 이는 정부 정책에 비판적인 태도를 보여온 인사들의 블랙리스트를 작성하라는 것으로 이러한 명령은 정당한 직무명령이 아닙니다. 이는 위법한 명령으로 원고가 국가공무원으로 국가공무원법 제57조 소정의 복종의무가 있지만, 이러한 위법한 명령까지 복종할 의무는 없다고 할 것입니다.

이렇게 복종의무 없는 직무명령을 이행하지 않았다고 하여 원고에게 징계처분을 하는 것은 징계권을 남용한 것으로 위법함을 면치 못할 것입니다.

(3) 비밀유지의무 위반인지 여부

공무원은 재직 중은 물론 퇴직한 후에도 직무상 알게 된 비밀을 엄수해야 합니다. 그런데, 이때 비밀은 객관적, 실질적으로 비밀에 해당하는 것만 비밀이 될 수 있습니다.

비밀에 관한 대법원 1996. 10. 11 선고 94누7171 판결은 「국가공무원법상 직무상 비밀이라 함은 국가 공무의 민주적, 능률적 운영을 확보하여야 한다는 이념에 비추어 볼 때 당해 사실이 일반에 알려질 경우 그러한 행정의 목적을 해할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 구체적으로는 행정기관이 비밀이라고 형식적으로 정한 것에 따를 것이 아니라 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있는지, 즉 그것이 통상의 지식과 경험을 가진 다수인에게 알려지지 아니한 비밀성을 가졌는지, 또한 정부나 국민의 이익 또는 행정목적 달성을 위하여 비밀로서 보호할 필요성이 있는지 등이 객관적으로

검토되어야 한다고 한 원심판결을 수긍한 사례.」라고 판시하여, 공무원이 유지해야 할 비밀은 실질적으로 유지할 필요성이 있는 비밀인 경우에 한함을 명확히 하였습니다.

그리고, 위 대법원 판결은 「기업의 비업무용 부동산 보유실태에 관한 감사원의 감사보고서의 내용이 직무상 비밀에 해당하지 않는다고 본 사례.」라고 하여 비밀이 아닌 것은 유지할 의무가 없다고 하였습니다.

원고는 블랙리스트의 작성을 지시한 사실, 그러한 문건이 존재한 사실 자체를 폭로한 것입니다. 그런데, 이러한 사실, 즉 블랙리스트 작성 지시, 블랙리스트 문건의 존재 자체가 보호할 필요성이 있는 비밀이라고 볼 수 없습니다. 오히려 이러한 사실 자체, 즉 행정부가 국민을 상대로 불법적인 행위를 한 사실 자체는 국민들에게 적극적으로 알려야 할 사항에 해당합니다.

그렇다면, 비밀로서 유지할 의무가 없는 사항에 대하여 폭로하였다고 하여 원고에게 비밀유지의무위반으로 징계처분할 수 없습니다.

(4) 품위유지의무 위반인지 여부

공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위를 손상하는 것은 허용되지 않습니다. 품위를 손상하는 행위는 주로 공직의 위신, 체면, 신용에 손상을 가하는 행위를 말하는 것으로 품위를 손상하는 행위로 들 수 있는 것은 도박, 마약복용, 축첩행위, 알코올 중독 등이 이에 해당할 것입니다.

판례는 감사원 공무원이 허위의 사실을 기자회견을 통해서 공표한 것은 감사원의 명예를 훼손한 것일 뿐만 아니라 공무원으로서의 품위를 손상시킨

것이라고 판단한 사례도 있습니다(대법원 2002. 9. 27. 선고 2000두2969 판결).

그러나, 이 사건 소송의 경우 원고는 자신이 직접 경험한 사실을 바탕으로 사실대로 진술하고 이를 알린 것일 뿐으로, 이로 인하여 공무원인 원고의 품위가 손상되었다고 볼 수 없습니다.

(5) 소결

직위해제처분 및 감봉 3개월의 징계처분의 이유는 공무원인 원고가 국가공무원법상의 의무를 위반하였고, 그로 인하여 형사소추를 받았다는 것입니다. 그런데 위에서 살핀바와 같이 원고의 행위는 국가공무원법을 위반한 것이 아니라, 오히려 국민들을 위하여 행정부의 위법한 행위를 적극적으로 드러내고 이를 알린 것으로 정당한 행위에 해당합니다. 그런데도 이러한 사정을 전혀 참작하지 않은 채 원고의 폭로가 마치 허위사실을 폭로한 것처럼 오도하면서 그 직무를 배제하는 직위해제처분을 하고, 그에 대하여 징계처분을 하는 것은 재량권을 남용한 것으로 위법을 면치 못할 것입니다.

나. 직위해제처분의 위법성

피고는 국가공무원법 제73조의3 제1항 제4호에 따라 원고가 형사사건으로 기소되었다는 이유로 직위해제처분을 하였습니다.

헌법 제27조 제4항은 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다고 규정하고 있고, 구국가공무원법(1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정되기 전의 것) 제73조의2 제1항 제4호에 의한 직위해제 제도는 유죄

의 확정판결을 받아 당연퇴직되기 전단계에서 형사소추를 받은 공무원이 계속 직위를 보유하고 직무를 수행한다면 공무집행의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰를 저해할 구체적인 위협이 생길 우려가 있으므로 이를 사전에 방지하고자 하는 데 그 목적이 있는바, 헌법상의 무죄추정의 원칙이나 위와 같은 직위해제제도의 목적에 비추어 볼 때, 형사사건으로 기소되었다는 이유만으로 직위해제처분을 하는 것은 정당화될 수 없고, 당사자가 당연퇴직 사유인 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있는지 여부, 당사자가 계속 직무를 수행함으로 인하여 공정한 공무집행에 위협을 초래하는지 여부 등 구체적인 사정을 고려하여 그 위법 여부를 판단하여야 할 것입니다(대법원 1999. 9. 17 선고 98두15412 판결 등).

대법원은 위 판결에서 국가공무원이 단순히 국가보안법위반으로 기소되었다는 이유로 국가공무원법 제73조의2 제1항 제4호에 의하여 직위해제처분을 한 것이 재량권을 일탈, 남용하였다고 판단한바 있습니다.

원고는 국가공무원법 위반으로 기소되었으나, 아직 판결이 확정된 것이 아닙니다. 더구나, 위에서 살핀바와 같이 복종의무, 비밀유지의무, 품위유지의무를 위반한 것도 아닙니다. 오히려, 국가기관의 부당한 블랙리스트 작성을 비판한 것으로 오히려 정당한 행위로 인정될 가능성이 높습니다.

그럼에도 불구하고 단지 형사소추되었다는 이유로 직위해제처분을 하는 것은 부당합니다.

다. 감봉 3개월 처분의 위법성 - 절차상 하자

그 외에도 감봉 3개월 처분은 행정절차법상의 하자가 있는지 살펴봅니다.

행정절차법 제3조 제2항 제9호는 “행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항”은 행정절차법을 적용하지 않는다고 규정하고 있고, 동법 시행령 제2조 제3호는 “공무원 인사관계법령에 의한 징계 기타 처분에 관한 사항”이 이에 해당한다고 규정하고 있습니다.

그런데, 대법원 판결에 의하면 위 법문의 해석과 관련하여, 행정절차법이 전부에 대하여 배제되는 것이 아니라, 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나, 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 보아야 한다고 판단하였습니다(대법원 2006두20631 판결, 2011두30687 판결, 2017두38874 판결 등).

한편, 행정절차법 제26조(고지)는 「행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다.」라고 규정하고 있습니다. 이러한 행정절차법의 규정은 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나, 불필요한 것으로 인정되지 않는바 국가공무원의 징계절차에도 여전히 적용된다고 할 것입니다.

그런데, 피고는 원고에게 감봉 3개월 징계처분을 하면서 이에 대한 불복방법에 대한 안내를 하지 않았습니다. 즉, 위 처분을 하면서 불복방법에 대하여 안내를 하지 않은 절차상의 하자가 있습니다.

한편, 이러한 행정절차상의 하자는 위법한 처분이 되고 위법성의 정도는 취소사유에 해당합니다.

인천지방법원 2006. 11. 2. 선고 2006가합3895 판결은 “행정심판 등 불복절차를 고지하지 않았거나 잘못 고지한 절차상의 하자가 있다 하더라도 이러한 불복절차 고지규정은 행정처분의 상대방이 그 처분에 대한 행정심판 등 불복절차를 밟는 데 있어 편의를 제공하기 위한 것인 점, 행정심판 등 불복절차에 관한 불고지(不告知) 또는 오고지(吳告知)에 관하여 행정심판법과 행정소송법에서 행정심판과 행정소송의 제기기간에 관한 연장규정을 두고 있는 점 등에 비추어 이러한 불복절차 고지규정 위반은 행정처분의 당연무효사유가 아니라 단지 취소 사유에 불과하다.” 라고 판단하여 최소한 취소사유의 하자는 존재한다고 판단하였습니다.

4. 결론

입증방법

첨부서류

2022. 9. 13.

원고 소송대리인

서울행정법원 귀중