공무원의 정치적 표현의 자유와 제한

이 한 태 (Lee, Han-Tae) *

(E-mail : idloi@naver.com)

논문접수일 : 2009년 12월 31일
논문심사일 : 2010년 1월 27일
게재확정일 : 2010년 2월 8일

* 학위취득대학 : 충남대학교 법학박사(공법전공)
현직: 충남대학교 법학전문대학원 전임연구원, 법과대학 강사

www.kci.go.kr

공무원의 정치적 표현의 자유와 제한

<국문요약>

얼마 전 공무원노조의 민주노총가입에 관하여 국가가 반대 입장을 표명함에 따라 논란이 된 바 있으며, 최근에는 공무원의 정치 활동을 금지하는 내용의 '국가공무원 복무규정 개정안'에 대해 국가인권위원회가 반대 입장을 밝힘에 따라 공무원의 표현의 자유 및 정치적 중립과 관련된 문제들이 우리사회의 뜨거운 감자가 되고 있다.

이러한 정치적 표현의 자유는 정신적 자유와 정치적 자유의 핵심으로, 인간으로서 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하는데 있어서 가장 기본적인 권리인 동시에, 현대 민주주의에서 국민주권을 실현하는 필수불가결한 궁극적 기본권이다.

현행 헌법과 법률은 공무원에게 정치적 중립을 요구함에 따라 공무원의 정당·정치단체 가입 및 이들에 대한 지지· 반대, 정치적 의견을 발표하거나 신문 등 간행물에 게재하는 것을 전면 금지하고 있다. 물론, 그 이유가 공무원 인사에 대한 정치적 간섭을 배제 하여 공무원의 신분을 보호함으로써 행정의 안정성과 전문성을 확보하려는 등의 여러 가지 필요성에 있다고 하더라도 과도한 제한은 공무원의 표현의 자유를 원천적으로 가로막는 구실을 하는 바, 공무원들이 정치에 대해 침묵으로 일관하는 것이 과연 민주주의 발전과 본인들의 기본권을 위해 바람직한 것인가에 의문이 제기된다.

공인인 그 직위를 이용한 정치적 의사표시를 하는 것은 금지할 수 있지만, 국민 한 사람이라는 개인으로서 하는 정치적 의사표시까지 금지하는 것은 과도하게 표현의 자유를 부정하는 것이다. 개인의 사적지위와 공적인 지위를 구분하여 공적인 공간에서의 정치적 의사표현을 제한할 수 있지만, 국민 개인으로서

www.kci.go.kr

정치적 견해를 표현하는 등의 정치활동은 보장되어야 한다. 인간은 본성적으로 정치적 동물(Homo politicus)이다. 공무원의 정치적 중립성을 과도하게 요구하는 것은 인간 본성에 대한 부정이며, 기본권에 대한 본질적 침해이다.

[주제어] 공무원, 표현의 자유, 정치적 중립, 기본권, 정치적 동물, 민주주의

I. 서 론

민주주의에서 정치적 의사결정은 궁극적으로는 국민에 의하지만 적절한 의사결정을 이루려면 그 전제로서 충분한 정보와 거기에 기초를 두는 논의가 필요하다. 이러한 정보의 공유와 논의를 이루기 위해서는 표현의 자유는 필수 불가결한 권리이다. 말하자면 표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루고 있으며 정치적 표현의 자유는 더욱 그러하다.

이런 현실에서 현재 우리나라에서는 표현의 자유와 관련된 쟁점이 다각도로 제기되고 있다. 촛불시위관련 표현들이 사법처리의 대상이 되고 있고, 인터넷상의 표현에 대한 규제 여부도 쟁점이 되고 있다. 일부 쟁점은 국회의 입법안으로 검토되고 있고, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되기도 한다. 이같이 표현의 자유는 입법, 행정, 사법은 물론 시민사회, 언론 전체에 중심적 주제가 되었다. 얼마 전 미네르바와 관련하여 표현의 자유라는 명목으로 면죄부를 주려는 여론과 정부의 구속수사방침이 첨예하게 대립되어 있는 형국에 표현의 자유에 대한 논의는 상당히 무게 있는 시사성을 지니고 있다. 특히 공무원노조의 민주노총가입에 관하여 국가가 반대 입장을 표명함에 따라 논란이 된 바 있으며, 최근에는 공무원의 정치 활동을 금지하는 내용의 '국가

www.kci.go.kr

공무원 복무규정 개정안'에 대해 국가인권위원회가 반대 입장을 밝힘에 따라 공무원의 표현의 자유 및 정치적 중립과 관련된 문제들이 우리사회의 뜨거운 감자가 되고 있다.[1)]

현행 헌법과 법률은 공무원에게 정치적 중립을 요구함에 따라 ① 공무원의 정당, 정치단체 가입 ②정당, 정치 단체에 대한 지지· 반대 ③정치적 의견을 발표하거나 신문 등 간행물에 게재하는 것을 정치적 행위로 보고 전면 금지하고 있으며, ④공무원은 공무 이외의 일을 위한 집단행위도 할 수 없도록 되어 있다. 문제는 이러한 것들의 개념이 너무 넓다는 데 있다. 이러한 제한은 공무원의 표현의 자유를 가로막는 구실을 하는 바, 공무원들이 정치에 대해 침묵으로 일관하는 것이 과연 민주주의 발전을 위해 바람직하기만 한 것인가에 의문이 제기된다. 3·15 부정선거나 12·12 군사 쿠데타, 광주항쟁 등과 같이 권력에 의해 헌법과 국민의 기본권이 파괴 될 때 공무원에게 침묵만을 강요한 것이 옳았나에 대해 의문을 제기해 보면서, 민주주의를 지켜내는 보루로 공무원들에게 어느 정도의 정치적 표현의 자유를 인정하는 것이 헌법과 국가를 수호하는 하나의 방법이 될 수도 있을 것이라 여겨진다. 우리 사회가 과거에 비해 어느 정도 민주화되었다고 본다면, 공무원의 정당가입과 같은 적극적인 정치행위는 어쩔

---

1) 국가인권위원회는 행정안전부장관에게, 2009년 10월 21일 입법 예고된「국가공무원 복무규정 일부개정령안」(이하 '개정안')은 그 표현이 불명확하고 모호하여 자의적인 해석과 집행을 가능하게 해 공무원의 신분상 불이익을 초래할 수 있을 뿐만 아니라 헌법상 표현의 자유를 침해할 수 있으므로 이와 같이 개정하는 것은 바람직하지 않다는 의견을 2009년 11월 10일 자로 표명했다. 개정안은 "공무원이 개인·집단·연명으로 또는 단체의 임원으로서 단체의 명의를 사용하는 것을 포함하여 직무수행과 관계없이 정치지향적인 목적으로 특정 정책을 주장 또는 반대하거나 국가기관의 정책결정 및 집행을 방해하는 것"을 금지하고(안 제3조 제2항), "민원인에게 불편을 초래하거나 근무여건을 해할 수 있는 정치적 구호 등이 담긴 복장 등의 착용"을 금지하는 의무(안 제8조의 2 제1항 후단)를 부과하는 것을 내용으로 하였으며, 개정안은 11월 24일 국무회의에서 의결되어 2009년 11월 30일 대통령령 제21861호로 일부 개정되었다. 이에 대해 공무원노조와 일부 야당 및 시민·사회단체는 "공무원의 기본권을 제한하는 명백한 위헌"이라며, 헌법소원 등의 대응방침을 밝혔다.

www.kci.go.kr

수 없다 하더라도 정치적 견해를 표명할 자유는 보장할 필요가 있다고 여겨진다. 그것이 '모든 국민'에게 표현의 자유를 보장함으로서 민주주의를 지탱하고 있는 헌법의 정신에도 부합할 듯싶다.

이에 본 연구는 표현의 자유를 둘러싼 여러 쟁점들을 법학적으로 점검하면서, 공무원의 정치적 표현의 자유의 제한과 한계라는 방향성을 가지고 논의하고자 한다.

Ⅱ. 표현의 자유에 관한 일반론

1. 개념

현재 까지 국내에 소개된 문헌을 살펴보면 표현의 자유에 대한 법적 개념정의로서 그 범주를 명확하게 정리해 놓은 것을 찾아보기 어렵다. 언어적 의미로 국어사전을 보면 '자신의 생각, 의견, 주장 따위를 아무런 억압 없이 외부에 나타낼 수 있는 자유로 언론, 출판, 통신 따위의 자유가 이에 해당한다.'[2]라고 나와 있으며, 우리나라 헌법전에 규정된 용어에서는 표현의 자유라는 표현을 쓰지 않고 정신적 자유에 속하는 것들에 헌법 제21조[3]를 기본으로 하여 표현의 자유와 관련된 것들이 산재해 규정되어 있다. 현행헌법에서는 미국 수정헌법 제1조[4]의 'freedom of speech and freedom of press'를 답습하여 언

2) http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=40807100

3) 제21조 ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

4) U.S. Constitution - Amendment 1(Freedom of Religion, Press, Expression) Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or

www.kci.go.kr

론·출판의 자유만을 평면적으로 규정해 놓아서 표현의 자유의 보장 범위, 내용, 법적 성격이 불명확하다. 따라서 본연구의 명확한 방향성을 잡기 위해서는 표현의 자유의 명확한 개념정의가 필요하다.

문리적 해석방법에 근거하여 표현의 자유를 정의한다면 '사람의 내심의 정신작용을 외부로 향해 공표하는 정신 활동의 자유를 말하며, 정신적 자유권의 전형이라고도 말할 수 있는 권리이다.'라고 할 수 있는 바, 민주주의사회에서 표현의 자유는 언론 및 출판의 자유에 한정하지 않고, 예술 등의 창작적 활동에 대해서도 폭넓게 인정되어야 하는 것으로 받아들여지고 있다. 이 경우를 특히 창작의 자유라고 부르기도 한다. 그런데 오늘날 언론·출판의 자유는 의사표현의 자유 외에 보도의 자유, 알 권리, 액세스권까지도 그 내용으로 하고 있다(정종섭 2009, 451). 또한 현행헌법의 법문으로 볼 때 표현의 자유는 언론·출판의 자유이외에 비언어적이거나 비문자적 매체나 행동 등에 의한 상징적 표현과 집단적 표현인 집회·결사의 자유도 포함하고 있다고 볼 수 있다.

법학을 포함한 다양한 분야 분야에서 표현의 자유에 대하여 논하고 있지만, 각 논의마다 표현의 자유를 논하는 개념적 범주는 각양각색인바 그 것들을 유형화하여 정리하면 최광의의 표현의 자유, 광의의 표현의 자유, 협의의 표현의 자유, 최협의의 표현의 자유 등 크게 4가지로 분류해 볼 수 있다.

첫째, 최광의의 표현의 자유는 헌법 제21조의 개인적 표현의 자유인 언론·출판의 자유, 집단적 표현의 자유인 집회·결사의 자유, 정보의 자유(알 권리), 신문 등 정기간행물 출판의 자유와 방송의 자유(미디어의 자유) 뿐만 아니라, 예술 등의 창작적 활동에 대해서도 폭넓게 인정되어야 하는 것으로 받아들여지고 있다. 이 경우를 특히 창작

---

of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances(연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론, 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만사항의 해결은 위하여 정부에게 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.)

www.kci.go.kr

의 자유라고 부르기도 있다.[5] 또한 비언어적이거나 비문자적 매체나 행동 등에 의한 상징적 표현 도 포함되는 것으로 정치자금을 기부하는 행위도 정치적 의사표시의 한 형태가 될 수 있고, 국기를 소각하는 행위, 가슴에 검은 리본을 다는 행위 등도 제3자가 의사표시라고 인식하는 경우 상징적 표현으로서 보호를 받을 수 있다. 둘째, 광의의 표현의 자유는 개인적 표현의 자유인 언론·출판의 자유, 집단적 표현의 자유인 집회·결사의 자유, 정보의 자유(알 권리), 신문 등 정기간행물 출판의 자유와 방송의 자유(미디어의 자유) 등에 한정하여 실정헌법 제21조의 테두리 안에서의 기본권을 표현의 자유로 볼 수 있다. 셋째, 협의의 표현의 자유는 헌법 21조의 표현의 자유 중에서도 개인적 표현의 자유인 언론·출판의 자유, 집단적 표현의 자유인 집회·결사의 자유를 표현의 자유의 범주에 넣어 보호하는 것이고, 마지막으로, 최협의의 표현의 자유는 언론·출판의 자유인 언어적 표현의 자유를 진정한 표현의 자유로 보아 기본권 보장과 제한의 범위를 한정한다. 언론은 매체를 통하여 사실을 알리거나 여론을 형성하는 활동으로 보고, 넓은 의미에서는 언어를 통해 자기의 생각을 발표하는 것까지를 포함한다. 출판은 문서·회화·사진 등의 저작물을 복제하여 다수 독자에게 발매 또는 배포하여 사상과 의견을 표명하고 전달하는 것으로 보아 보호영역을 제한한다. 여기서 표현의 자유의 대상으로 언론의 자유만을 논하는 경우도 있다.

2. 현대 민주주의에서의 가치 및 기능

표현의 자유의 가치에 대하여 가장 체계적으로 이론구성하고 있는 에머슨교수에 의하면 표현의 자유는 ①개인의 자기실현을 보장하고,

5) 한편, 예술적 창작성이 희박한 것, 예를 들면 단지 외설적일 뿐인 것이거나 범죄수법 등을 밝히는 것 등에 대해서는 표현·창작의 자유가 인정되어야 하는가 아니면 금지해야 하는가에 대해서는 자주 논의의 대상이 되고 있다(안정민 2008, 47).

www.kci.go.kr

②진리에 도달하는 수단이며, ③자유로운 의사표현을 통해 사인이 공동사회의 의사결정에 참여하는 방편이며, ④사회적 변화에서 안정을 유지하는 수단으로서 가치를 갖는다고 한다(Thomas I. Emerson 1966, 877).

표현의 자유는 정신적 자유와 정치적 자유의 중핵이며 다른 모든 기본권의 핵심을 이룬다는 의미에서 원초적 기본권으로서 우월적 지위를 점유한다. 인간은 언론·출판·집회·결사 등의 자유를 통하여 자신을 표현할 권리는 자아실현과 진실발견의 기본적 도구가 되는 것으로, 이러한 의사소통을 통하여 민주주의에서 가장 중요한 여론형성을 하기 때문에 인간이 갖는 기본권 가운데 가장 핵심적이고 가장 본질적 기본권으로서의 의미를 갖는다.

또한 표현의 자유는 인간으로서 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하는데 있어서 가장 핵심적이고 중요한 기본권인 동시에, 현대 민주주의에서 국민주권을 실현하는 필수불가결한 궁극적 기본권이다. 즉, 민주주의에서 정치적 의사결정은 궁극적으로 국민에 의하지만 적절한 의사결정을 이루려면 그 전제로서 충분한 정보와 거기에 기초를 두는 논의가 필요하다. 따라서 정보를 채득, 그리고 논의를 이루기 위해서는 표현의 자유는 필요 불가결한 권리이다. 말하자면 표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루고 있는 것이다. 민주주의 발전에 이바지하는 표현의 자유, 특히 언론의 자유의 순기능을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 언론의 자유는 민주주의가 기본으로 하는 국민주권주의를 실현하는데 불가결한 존재인 동시에 대의제 민주정치를 활성화하고 직접참여의 수단을 제공하는 중대한 기능을 한다. 둘째, 언론의 자유는 평화적 정권교체를 가능케 함으로써 민주주의 체제가 안정 속에 지속할 수 있는 터전을 마련한다. 셋째, 언론의 자유는 그 놀라운 공시기능을 통하여 국가권력의 남용을 통제하고 그에 의해 국민의 기본권을 수호하는데 없어서는 안 될 기능을 수행한다(박용상 1982, 354).

www.kci.go.kr

Ⅲ. 특별권력관계와 공무원의 표현의 자유 제한

1. 공법상 특별권력관계로서 공무원 관계

표현의 자유라고 하면 일반적으로 주관적 공권으로서 일반국민과 국가권력의 관계를 그 전제로 하여 논의된다. 즉, 기본권에 관한 논의의 전제는 일반권력관계를 기본으로 논의하는 바, 만약 공무원이 된다면 이러한 일반권력관계에서 나아가 개인과 국가권력이 보다 긴밀한 관계를 맺게 되고 이를 공법상 특별권력관계라고 일컫는다.

우리 헌법 제7조 및 제33조 제2항[6] 등은 공무원관계에 관하여 일정한 특별권력관계를 전제로 하고 있다. 이러한 관계가 성립되는 경우 표현의 자유 등의 기본권은 어느 정도 제약되는 것을 예견할 수 있는 바, 특별권력관계는 공법상의 특정목적을 위하여 특정인이 국가 또는 공공단체의 포괄적인 특별권력에 복종하는 관계를 의미한다. 따라서 일반적인 기본권의 제한이 당연히 수반된다는 이론이다. 즉, 일정한 법률에 근거하여 특별권력관계에 속한 자들은 그 특수한 관계를 설정한 목적을 달성하기 위하여 합리적이고 필요한 한도 내에서 기본권이 제한되는 것이 일반적인 법리이다.

따라서 국가공무원법 제65조 및 지방공무원법 제57조[7]는 공무원의

---

6) 제7조 ①공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.
②공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
제33조 ②공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

7) 국가공무원법 제65조 및 지방공무원법 제57조(정치 운동의 금지)
① 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.
② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것.
2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(주재)하거나 권유하는 것.
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것.
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것.

www.kci.go.kr

정치운동을 금지하고 있으며, 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제57조[8]는 집단행위에 의한 의견표현도 금지하고 있다.

원래 19세기의 입헌군주주의 국가에서 특별권력관계는 “특별한 공행정의 목적을 위하여 행정영역에 편입된 구성원과 행정주체 사이에 성립된 강화된 종속관계”라는 오토 마이어(Otto Mayer)의 정의대로 이해되어 그 관계에서는 기본권보장이 적용되지 않고 법률유보의 원칙이 배제되어 사법심사가 인정되지 않는 관계로 이해되었다. 그러나 특별권력관계에 대한 이러한 관념은 제2차 세계대전 이후 근본적으로 변화하여 이제는 특별권력관계에서도 기본권을 제한하려면 법률의 근거가 필요하며, 그에 대한 사법심사가 원칙적으로 인정된다. 그러나 그렇다고 하여 일반권력관계와 대비되는 특별권력관계의 법적 의미가 부인될 수는 없다. 특히 공무원제도는 국가공동체를 유지함에 있어서 없어서는 안 될 특별한 관계이며, 따라서 그에 속하는 자는 특별한 권리와 의무를 갖게 된다. 그 관계에서 표현의 자유가 어느 정도 제한될 것인가는 그 관계의 설정목적, 제한되는 기본권의 중요성 등 여러 요소를 참작하여 기본권간의 실천적 조화를 통한 법익형량에 의해 그 허부가 결정되어야 할 것이다(박용상 2003, 229).

2. 공무원의 표현의 자유를 제한하는 법리

1) 독일

독일에서 특별권력관계[9]에 속하는 자에 대하여 표현의 자유의 제

---

5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것.

③ 공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.

8) 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제57(집단행위의 금지)

① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

9) 독일에서는 사법상 및 공법상 편입관계(Einordnungsverhältnis) 내지는 종속관계

www.kci.go.kr

한가능여부 및 그 법적 근거에 대하여 논란이 되었는 바, 특별권력관계에의 종속이 자발적 의사에 근거한 경우에 곤란한 문제가 없으나, 자의로 설정되지 않은 관계에 있어서 문제가 되었다. 그러나 어떠한 관계에서도 기본권이 전적으로 면제된 공간은 허용 할 수 없는 바, 독일의 판례를 정리해 보면 항상 다음과 같은 중요한 4대원칙이 적용된다. ①군인, 학생, 미결수 등 편입관계에 있어서 그 소속자에게 제한이 가능한 것은 항상 그 기본권의 행사에 관련된 것뿐이지 언론자유의 기본권의 실체를 제한 할 수는 없다.(예컨대, 미결구금중의 라디오청취). ②편입관계 자체가 합헌적 질서에 속한다고 인정되는 경우만 기본권행가의 제한이 가능해짐은 물론이다. ③언론자유의 기본권행사의 제한은 각개의 편입관계의 특성에 의해 요구되는 불가피한 범위 내에서만 허용된다. ④기본적 자유의 보장요청은 그것이 번거롭다거나 그로부터 과도한 부담이 생긴다는 이유로 박탈될 수 없다. 예컨대, 감시를 위한 직원이 부족하다는 이유만으로는 미결수의 신문구독의 제한이 정당화 될 수 없다(Löffler, Martin 1969, 107).

2) 미국

과거 미국의 판례는 권리·혜택의 구별론(Right·Privilege Distinction)에 의해 일반인이 공무원으로 취업하는 것과 같이 권리가 아닌 혜택(Privilege)을 부여받는 경우 국가는 그에 대한 조건으로 여러 부담을 지울 수 있다는 입장이었다. 따라서 권리가 아닌 혜택(Privilege)을 부여받는 경우, 일반인은 헌법상의 자유가 침해된다 하여도 그에 대하여 수정헌법 제1조에 의한 보호를 받을 수 없다는 입장이었다. 따라서 이 논리에 의하면 정부가 보조금을 지급하거나 정부의 시설을 허가하는 경우, 대학입학을 허가하는 경우, 공직을 맡는 경우 등과 같이 국가로부터 혜택을 입는 경우 언론의 자유를 간접적으로 제한할 수 있다. 그러나 권리·혜택의 구별론은 국민생활과 국

(Unterordnungsverhältnis)라는 표현을 쓴다.

www.kci.go.kr

가의 배려가 필연적 관계에 있는 현대 복지국가의 사회현실에서 국가와의 관련성을 빌미로 언론의 자유를 공동화 시키는 폐단을 초래했다는 비판을 받게 되었다(Rodney A. Smolla 1994, 10). 이러한 비판은 판례에 수용되어 미연방대법원은 주립대학의 고용 종료에 관한 Perry v. Sindermann사건[10]에서 권리·혜택의 구별론을 저버리고 위헌적 조건이론(Doctrine of Unconstitutional Conditions)을 취하게 된다. 즉 정부는 헌법적으로 보호되는 이익인 언론의 자유를 침해하는 방법으로 개인에게 이익의 제공을 거부할 수 없다고 판시하였다. 그러나 위헌적 조건론에 의하더라도 정부의 특혜부여에 아무런 조건도 설정할 수 없다는 것은 아니며, 국가조직과 특혜를 받는 개인의 관계에서 사법부가 헌법상 기본권을 엄격하게 적용할 것인가, 또는 조직의 자치권을 광범위하게 인정할 것인가가 논의의 핵심이다.

Ⅳ. 공무원의 정치적 중립을 위한 표현의 자유 제한

1. 공무원의 표현의 자유 제한과 정치적 중립의 의의

국가권력은 국민의 존엄과 자유를 보호하고, 모든 사람에 대한 사회적 정의를 보호하기 위하여 존재하는 것이다. 따라서 그것은 모든 국민의 복리를 위해서 행사되어야 하는 것이며, 그 때문에 국가기관을 구성하는 공무원의 표현행위는 특별한 제한을 받게 된다. 공공서비스(public service)에서 당파적인 정치활동을 제거함으로써 정부는 정책결정의 중립성에 관한 공공의 신뢰를 높일 뿐만 아니라, 정부기구가 의회나 대통령이 결정한 정책에 대하여 이데올로기적인 정보조작(ideological spin control)을 행하지 않고 의회 및 입법부의 지시를 중립적으로 구현하기 위한 법집행의 보장을 돕게 된다(박용상 2003, 231).

---

10) Perry v. Sindermann, 408 U. S. 593 (1972)

www.kci.go.kr

공무원의 정치적 중립이란 어느 정당이 집권하든 공무원은 성실하게 봉사해야 한다는 당파적 중립성을 의미한다. 즉 공무원이 부당하게 정파적 특수이익과 결탁하여 공평성을 상실하거나 정쟁에 개입하지 않는 비당파성을 말한다. 또한 공무원의 정치적 중립은 엽관주의의 폐해를 극복하기 위한 실적주의의 등장과 밀접한 관계를 지닌다. 즉 공무원 인사에 대한 정치적 간섭을 배제하여 공무원의 신분을 보호함으로써 행정의 안정성과 전문성을 확보하려는 데 정치적 중립의 근본 의의가 있다.[11] 따라서 공무원은 일당일파의 이익에만 편중하거나 부당한 정치적 압력에 굴복함이 없이 불편부당한 입장에서 자기의 직무를 성실히 수행해야 한다는 것을 말하는 공무원의 행동 규범으로서의 정치적 중립과 공무원에 대한 모든 인사관리에 있어서 정치적인 상태가 제외되어야 한다는 인사관리의 원칙으로서의 정치적 중립 두 가지로 나뉜다.

정치와 행정의 상호관계가 밀접한 행정국가에 있어서 공무원의 정치적 중립이란 공무원의 정치 또는 정책으로부터 완전히 격리된다는 것은 아니며 정부의 방침에 대한 무관심을 의미하는 것도 아니다. 다만 어떠한 정당이 집권하더라도 공무원은 당파성을 떠나 공평성을 가지고 충실히 봉사한다는 것이며 특수 이익을 추구하지 않는다는 것을 의미한다(이현운 1991, 4).

2. 미국과 유럽의 공무원의 정치적 중립

1) 미국

미국은 최초로 독립적이고 초당파적인 인사위원회를 설치하고 정책결정의 직위에 있는 공무원을 제외한 모든 공무원의 임용을 공개시험제에 의하여 실시하며 공무원의 정치활동 금지 등을 규정하는 펜들턴법(Pendleton Act)을 1883년에 실시하였다. 이 법은 그때까지

11) http://terms.naver.com/item.nhn?dirId=801&docId=959

www.kci.go.kr

전성기를 이루었던 엽관제에 종지부를 찍고 능률적인 공무원제도를 수립한 획기적인 법으로 평가되고 있다. 그러나 이것으로 공무원의 정치적 중립을 보장하기에는 미비하였다.

제1차 세계대전과 루즈벨트 대통령의 뉴딜정책의 실현을 목적으로 하는 긴급기관을 신설함으로써 비분류직[12] 공무원의 수가 증가하였고 연방공무원의 약 40%가 제한 없이 정치활동에 종사하게 되었다. 이러한 상황에서 공무원의 정치활동을 금지시키기 위해 1939년 제1차 해치법(Hatch Act)과 1940년 제2차 해치법(정치활동에 관한 법)이 제정되었다(임재홍 2006, 243). 제1차 해치법은 공무원에게 매우 엄격한 정치적 중립을 요구하고 있다. 이법에 의해 금지된 정치활동은 ①공무원의 입후보 또는 특정후보를 위한 선거운동 ②정치 헌금이나 정치모금 ③특정인의 당선이나 패배를 위한 찬양·비방·뇌물수수 ④선거일에 타인에게 교통편의를 제공하는 행위 ⑤자신의 의견을 신문에 발표할 수 있으나 타인의 투표를 유인하는 행위 ⑥정치조직에 가입할 수는 있으나 간부로 활동하는 행위 ⑦특정 개인·정당을 위한 서명운동전개 등이다. 1939년의 해치법은 극소수 공무원을 제외한 모든 분류직·비분류직 공무원을 대상으로 하였다. 해치법에 의해 당시 약 250만 명의 연방정부공무원이 정치활동을 금지 당하게 되었으며, 많은 주 및 지방정부도 이와 유사한 법을 제정하게 됨에 따라 많은 주 및 지방공무원들도 정치활동을 금지 당하게 되었다. 제2차 해치법은 이보다 일보 전진하여 연방공무원뿐만 아니라 연방기금으로부터 보수를 받는 주 및 지방자치 단체 공무원에까지 그 적용 범위를 확장하였다. 해치법은 공무원의 정치행위나 선거운동을 금지함에 따라 정당이 공무원에 대하여 정치적 활동을 강요하고 그 대가 또는 보복을 기도하는 것을 금지하여 공무원을 정치적 위기에서 보호하려 했다는 것은 행정의 중립성 확보에 기여한 바가 크다(이현운 1991, 16). 이렇게 공무원의 정치적 중립은 엽관주의의 폐해를 경험했던 미국제도의

12) 우리나라 국가공무원법 제2조 제3항의 특수경력직공무원에 해당한다.

www.kci.go.kr

영향을 받은 국가들에서 엄격하게 제한되어 왔다.

그러나 현재 미국 공무원의 정치적 중립화 경향은 새로운 양상을 보이고 있다(임재홍 2006, 258). 최근 미국에서는 ①실적체제가 확고한 기반을 굳혔으며, ②공무원의 전문화 수준과 직업윤리의 수준이 현저히 향상되었고, ③직무수행 기술이 또한 현저히 향상되었으며, ④정당체로의 본질변화로 인하여 외부로부터의 엽관주의적 위협은 크게 감소되었다하여 공무원의 정치적 중립으로부터의 해방을 요구하게 되는 학자가 증가하여 상당히 광범한 지지를 받고 있다. 그래서 1974년 개정된 연방선거 운동법에서는 주 및 지방공무원에게 ①정책문제 및 입후보자에 대한 자유로운 견해 표시, ②강제를 수반하지 않는 특정정당의 자금의 공여, ③정당활동에의 적극적인 참여, ④특정정당의 후보를 위한 선거운동 등의 정치활동을 허용해 주었다. 또한 1997년에는 미연방공무원들이 공적으로 특정정당의 후보를 지지할 수 있는 범위의 정치활동을 가능하게 하는 법률안을 통과시켰다.[13] 이와 같이 미국에서 공무원의 정치적 중립을 요구하는 것은 과거 엽관주의 지양과 정치 행정관계의 정당한 요건 및 환경을 조성하기 위했던 것이었지 공무원의 기본권을 제한하고자 한 것이 아니었으므로 공무원의 정치활동 제한이 많이 완화되고 있다(이현운 1991, 21). 이렇듯이 미국에서 공무원의 정치적 활동은 계속 그 범위를 넓혀 나가는 추세이며, 이러한 완화 움직임은 앞으로도 계속 지속될 것으로 전망된다.

2) 유럽(독일, 영국, 프랑스)

유럽 국가의 경우 대체적으로 공무원의 정치적 활동에 대해 관대한 편이다. 독일 역시 공무원의 정치적 활동을 폭넓게 허용하고 있다.

13) 미국은 1997년 법 개정을 통해 연방 공무원도 정치의 운영 또는 정치적 선전에 적극 참가할 수 있도록 하고 있다. 그러나 공무에 종사하거나, 정부의 가옥 또는 건물 중에 있거나, 제복 또는 기장을 착용하고 있을 때 등은 정치활동을 하지 못하도록 구체적인 기준을 제시하고 있다. 대통령과 부통령은 선거유세 참가를 포함해 폭넓은 정치활동이 허용되고 있다.

www.kci.go.kr

즉 공무원의 투표권, 정당가입, 정당 활동이 자유로우며, 의원직과의 겸직도 가능하다. 이렇게 공무원의 정치적 활동에 관용적인 이유는 첫째, 제한된 인재의 활용을 가능케 하기 위해서이다. 둘째, 유능한 행정 관료의 의회에 대한 참여를 장려하여 의회에 행정부의 지원을 용이하게 하자는 이유에서이다. 셋째, 공무원에게 겸직이 허용되면 선거구민의 부당한 압력에 구애받지 않고 당해 의원이 의원활동을 할 수 있을 것이라는 기대에서이다. 이렇게 공무원의 정치적 활동을 폭넓게 허용할 경우 정치적 중립이라는 가치에 부정적 영향을 줄 우려가 없지 않겠지만 독일의 경우도 공무원들의 공익추구, 시민에 대한 공복개념과 충성, 비당파성의 기본정신을 외면하는 것은 아니다.

영국은 정책결정과 관련이 깊은 고위공직자에 대해서는 정치적 중립을 비교적 강하게 요구하는 편이나 하위직 공무원의 경우에는 허용의 폭이 상당히 넓다. 특히 최하위직 공무원의 경우는 정치활동을 완전히 보장받고 있다. 즉, 영국은 공무원의 정치적 권리를 점차 강화시키며, 이를 위한 다양한 해결책을 모색하는 방향으로 진전되고 있다. 영국에서 공무원의 정치적 활동 제약에 대한 비판이 본격화된 것은 1948년의 공무원정치활동위원회의 보고서가 발간되면서부터이다. 동위원회는 공무원의 정치활동의 자유가 정치적 공정성의 유지와 그 공정성에 대한 신임의 유지와 부합되는 한 그 자유를 인정해야 한다는 요지의 보고서를 발간하였다. 그 후 휘틀리위원회(National Whitley Council)[14]의 보고를 기초로 해서 1953년 제정된 '재무성규칙'에 의하면, 공무원을 3개의 집단으로 나누어 그들의 정치활동의 범위를 서로 다르게 규정하고 있는 바, 우선 공무원집단을 2개 집단으

14) 영국에서 노사분규를 해결하기 위하여 노사 쌍방 동수의 대표로 구성된 산업별 공동협의회로 1916년 하원의장이던 J.휘틀리를 위원장으로 하여 처음에는 노사 상호간의 협의를 목적으로 구성되어 중재적 기능은 없었으나, 차차 정부의 반대를 무릅쓰고 공무원 조직·중소기업 등 미조직 노동자의 임금·노동 조건 개선을 위한 실질적인 중재를 맡아 성공을 거두었다.
(http://100.naver.com/100.nhn/docid=174900).

www.kci.go.kr

로 나누고, 제1집단(최하위직 공무원집단)과 제2집단(행정계급, 집행계급 및 이에 준하는 공무원) 사이에 중간집단(서기 및 보조서기계급)을 두었다. 이 중 제1집단은 정치활동이 자유로이 허용되고 있다. 또 중간집단은 정치활동을 어느 정도 제약받고 있는 집단으로 이들은 입후보를 제외한 기타의 정치활동은 허가를 받아 할 수 있게 되어 있다. 제2집단은 정치활동이 투표권의 행사와 정당가입 외에는 거의 전적으로 금지되어 있는 집단이다. 영국의 이러한 방식은 현실성과 신축성을 겸비한 것으로 공무원의 정치적 중립과 그들의 정치적 기본권을 적절히 조화시키려는 시도였다고 할 수 있으며, 이러한 현상은 캐나다 등 영연방국가들에서도 공통적으로 나타나고 있다.

프랑스의 경우 공무원법에 공무원의 정치적 중립에 대해서 구체적인 규정이 없다. 따라서 공무원의 투표권, 정당가입, 정당 활동 등의 정치활동이 허용되고 있으며, 공무원 신분으로 국회의원에 출마할 수도 있다. 그러나 기본적으로 정치적 중립 또는 공정성의 의무는 당연히 요구된다. 또 인사관리상의 비정치성도 상당히 강화되어 있는 편이다. 즉 “장관은 교체되어도 관료는 남는다.”는 말로 표현되듯이 일반 공무원은 물론 고위직 공무원까지도 상당히 높은 수준의 안정성을 누리고 있으며, 이는 프랑스 행정의 계속성과 일관성을 유지할 수 있게 해주는 중요한 요소가 된다. 한편 공무원의 의원직 입후보는 가능하지만 당선되면 공직을 사퇴해야 하는 것으로 규정하는 나라로서는 포르투갈, 벨기에 등이 있으며, 의원직 사퇴 후 복직이 가능한 나라는 프랑스 외에도 이탈리아, 네덜란드 등이 있다.

Ⅴ. 우리나라에서 공무원의 개념 및 정치적 중립대상의 범위

1. 공무원의 개념

www.kci.go.kr

영국의 경우 공무원을 3개의 집단으로 나누어 그들의 정치활동의 범위를 서로 다르게 규정하고 있다. 따라서 그 합리성을 검토할 필요가 있는 바, 공무원의 개념과 그 범위 및 분류를 명확하게 할 필요성이 있다.

독일의 실정법은 오늘날까지 단일의 공무원개념을 두고 있지 않다. 일반적으로 공무원개념을 논할 때는 헌법내지 공무원법상 개념, 형법상의 개념 및 배상법상의 개념으로 나누어 고찰된다(B. Bauch, 1966, 21; von Munch, 1969, 30). 공무원법상의 개념은 연방공무원법 등 각종 법률에 규정을 두고 있는 바,[15] 공무원이란 공법상 근무 및 충성의 관계에 있는 자로서 공무원 임명장을 수령하여 공무원관계(Beamtenverhae1tnis)에 있는 자를 말한다. 따라서 공무원(Beamter) 개념에는 공공근무에 종사하는 자 중에서 사무원(Angestellter im oeffentlichen Dienst)과 노동자(Arbeiter im oeffentlichen Dienst)를 제외하고 그 밖에 정치적 공무원(Politischer Beamter)도[16] 여기서 제외된다.

공무원의 개념은 제도적 산물이므로 극히 다의적이다. 한국의 실정법상 개념으로는 대체로 다음과 같은 네 가지가 있다. ①최광의로는 일체의 공무담당자를 의미한다. 즉, 국가 또는 지방공공단체의 모든 기관 구성자가 이에 해당한다. 국가배상법 또는 형법상의 공무원의 개념이 그 예이다. ②광의의 공무원이란 국가 또는 공공단체와 광의의 공법상 근무관계를 맺고 공무를 담당하는 기관 구성자를 말하며, 그 신분과 지위에 있어 일반 사인과는 다른 특별한 법적 취급을 받는다. ③협의의 공무원이란 국가 또는 공공단체와 공법상 특별권력관계를 맺고 공무를 담당하는 기관 구성자를 말한다. 일반적으로 행정법상의 공무원은 이 협의의 공무원을 주된 대상으로 하고, 필요에 따

15) Art 33 Ⅳ GG; §§ 1 BRRG, 2 BBG; §§ 5 BRRG, 6 BBG; §§ 2,9,12 bad.-wurtt LBG; Art. 2,7,8 bayer. BG; §§ 2,8 berl LBG; §§ 2,7 brem. BG; §§ 2,8 hamb. BG; §§ 2,9 hess BG;§§ 4,7 nieders BG; §§ 2,8 nordrh.-westf LBG; §§ 5,8 rheinl.-pfalz. LBG; §§ 2,10,11 saarl. BG;2,8 schlesw holst LBG. usw.

16) §§ 36 BBG, 31 BRRG.

www.kci.go.kr

라 광의 또는 최광의의 공무원에 관하여 언급하는 것이 보통이다.[17] ④협의의 공무원은 단순한 노무에 종사하는 자(고용원)나 잡급직원·계약직원 같은 것도 포함하고 있으므로, 협의의 공무원에서 이들과 정무직공무원을 제외하면 최협의의 공무원이 될 것이다. 그러므로 우리나라에서 최협의의 공무원개념은 독일의 공무원법상 공무원과 일치한다고 볼 수 있다.

실정법상 국가공무원법과 지방공무원법을 보면, 공무원은 국가 또는 지방자치단체의 공무에 종사하는 모든 자를 말하며, 행정부뿐만 아니라, 입법부·사법부에 종사하는 자 까지 포괄한다. 공무원은 국가공무원과 지방공무원으로 분류되며, 공무원의 직은 경력직과 특수경력직으로 구분된다.

2. 실정법상 정치적 중립을 지켜야 하는 공무원의 범위

우리나라 헌법 제7조 제2항을 보면 '공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.' 라고 규정하고 있어 공무원은 정치적 중립성을 보장받는다. 동시에 그 동전의 반대편에는 공무원의 정치적 중립성을 지켜야 한다는 의무 또한 존재한다고 볼 수 있으며, 이를 법률에 근거하게 하고 있다. 따라서 헌법만 보아서는 정치적 중립을 지켜야하는 공무원의 범위를 짐작할 수 없다. 헌법 제7조 제2항에서 말하는 법률은 크게 국가공무원법과 지방공무원법이 있는 바, 여기서는 국가공무원법을 중심으로 논의해보고자 한다.

현행 국가공무원법 제2조는 국가공무원을 구분해 놓고 있고, 제3조 제1항 제1문에서는 '이 법의 규정은 제33조, 제46조부터 제67조까지 및 제69조 외에는 이 법이나 그 밖의 법률에 특별한 규정이 없으면 특수경력직공무원에게 적용하지 아니한다.'라고 규정하여 특수경력직 공무원에게는 제65조(정치 운동의 금지)를 적용하도록 되어 있고, 다

17) http://100.naver.com/100.nhn?docid=16133

www.kci.go.kr

시 동조 제3항에서 '제65조와 제66조는 제1항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 특수경력직공무원에게 적용하지 아니한다.'라고 하고 있다. 따라서 '국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정'인 대통령령 제17663호의 제2조에서는 국가공무원법 제3조 제3항의 규정에 의한 공무원의 범위를 '1.대통령, 2.국무총리, 3.국무위원, 4.국회의원, 5.처의 장, 6.각 원·부·처의 차관, 7.삭제<1991.12.26>, 8.정무차관, 9.제1호 내지 제3호·제5호 및 제6호에 규정된 공무원의 비서실장 및 비서관과 전직대통령의 비서관, 10.국회의장·국회부의장 및 국회의원의 비서실장·보좌관·비서관 및 비서와 교섭단체의 정책연구위원'으로 정하고 있다. 따라서 특수경력직 공무원 중 대통령과 국회의원을 비롯한 대부분의 정무직공무원의 정치적 의사표현이 가능하다. 따라서 경력직공무원과 별정직공무원, 계약직공무원, 고용직공무원은 국가공무원법 제65조(정치 운동의 금지)가 적용된다.

다음으로 공직선거법 제9조(공무원의 중립의무 등)를 보면, 공무원의 선거중립 의무는 그 동안 한국사회의 부정선거를 사실상 대표하는 행위인 관권개입에 대한 방지차원에서 도입된 조항이라고 할 수 있다. 공직선거법 제9조는 '공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다.'라고 하여 공직선거법에는 중립의무를 지켜야 하는 공무원의 범위에 대해서는 언급이 없다. 그러나 법률에 대한 유권기관인 대한민국 국회의 '국회 법률지식정보시스템 정치관계법지식 데이터베이스'의 공직선거법 조문별 설명 제9조를 보면 '본 조는 종전에 선거와 관련하여 논란의 대상이 된 관권개입 시비를 차단하고, 선거법 위반행위에 대한 단속·수사를 신속하고 공정하게 처리하도록 하기 위한 규정이다. 본 조는 선언적 규정이라고 할 수 있으나, 공무원 등이 선거에 부당한 영향력을 행사하는 등 정치적 중립성을 훼손한 때에는 국가공무원법 등 관련 규정의 적용을 받아 징계 등의 조치를 받을 수 있다. 그러나 정치운동이 허용되는 공무원이 있는데, 그 범위는 다음과 같다. - 대통령, [18]

www.kci.go.kr

국무총리, 국무위원, 국회의원, 처의 장, 각 원·부·처의 차관, 정무차관, 위 공무원의 비서실장 및 비서관과 전직대통령의 비서관, 국회의장·국회부의장 및 국회의원의 비서실장·비서관 및 비서와 교섭단체의 정책연구위원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임한 지방자치단체의

18) '참여정부평가포럼'에서 한 대통령의 선거 관련 발언의 선거법 위반 여부에 관한 중앙선거관리위원회의 2007년 6월7일 제8차 전체 위원회의에서 내린 결정 내용
"공직선거법(이하 선거법) 9조가 규정한 공무원의 선거 중립 의무 위반 여부에 관하여는, 대통령이 국정의 최고 책임자이자 국민 전체에 대한 봉사자로서 선거에서의 중립을 유지하여 공정한 선거가 실시되도록 총괄 감독해야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 대통령 선거가 가까워지고 있는 시기에 다수인이 참석하고 일부 인터넷 방송을 통해 중계된 집회에서 차기 대통령 선거에서 특정 정당 집권의 부당성을 지적하고, 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하는 취지의 발언을 했다. 이것은 대통령의 정치적 활동의 자유에 속한 단순한 의견 개진의 범위를 벗어나 선거에 영향을 미치는 행위로서 위 법조가 정한 공무원의 선거 중립 의무 위반이다."(http://www.nec.go.kr/)
중앙선거관리위원회의 위와 같은 결정은 많은 논쟁을 낳았는 바, 이러한 해석대로라면 대통령의 발언과 관련된 논의는 사실 법적으로는 별의미가 없는 것이며, 선거법 제9조가 잘못된 규정이라는 부분에 초점을 맞추어 논의가 이루어져야 했다. 공무원의 선거중립의무를 규정한 공직선거법 9조 제1항의 위헌성을 심판해 달라는 노무현 대통령의 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정은 재판관 9명 중 5명의 다수 의견으로 기각결정을 내리며 대통령도 기본권의 주체가 될 수 있다고 인정했다. 그러나 선거법 제9조 제1항은 합헌이고, '선거중립의무 준수 요청'이라는 선관위의 조치로 인해 대통령의 기본권이 침해되지 않았다고 판단했다. 해당 법률 조항은 선거가 임박한 시기에 부당한 영향력을 행사하는 방법으로 선거 결과에 영향을 미치는 행위만을 제한적으로 금하고 있다는 것이다. 그렇기 때문에 개인의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 게 헌재의 판단이다. 이런 해석에 따라 노 대통령이 한나라당 경선이 이뤄지는 시점에서 야당 유력 후보와 정책을 반복해서 비판한 것은 선거결과에 영향을 미친다고 봤다. 그러나 이 법률 조항이 위헌이고 대통령이 기본권을 침해받았다는 조대현·송두환 재판관의 소수의견도 나왔다. 조재판관은 국가공무원법의 규정 취지를 고려할 때 대통령을 포함한 정무직공무원에게 적극적으로 선거 결과에 영향을 미치는 선거운동까지 허용돼야 한다고 의견을 냈다. 입법부의 유권해석상 조재판관의 소수의견이 옳고, 이는 법의 해석과 관련하여 권력분립이라는 헌법의 대원칙에도 부합한다고 할 수 있다. 민주주의 역사가 일천하고 대통령의 발언에 일반 공무원들이 영향을 받을 수 있다는 우려가 있기 때문에, 현재로선 정치적 의사표시를 전면 허용하기보다는 그 언행이 행정조직에 영향을 끼칠 정도로 심각한지 여부를 기준으로 삼아 정치인이자 공무원인 대통령의 정치적 의사표현에 일정한 가이드라인을 제시해야하며, 정무직 공무원의 정치활동을 어디까지 허용할지의 구체적 기준이 필요하다.

www.kci.go.kr

장 - 공무원 외에도 정치적 중립을 지켜야 하는 자, 예를 들어 바르게살기운동협의회 등 다른 법령에 의하여 정치적 중립을 요구받고 있는 개인이나 기관·단체 역시 선거에 있어서 정치적 중립을 지켜야 한다.'고 규정하고 있다.[19] 특수경력직 공무원 중 대통령과 지방자치단체장, 각종의원을 비롯한 대부분의 정무직공무원의 정치적 의사표현이 가능하다. 따라서 경력직공무원과 별정직공무원, 계약직공무원, 고용직공무원은 공직선거법 제9조가 적용된다. 다만 공직선거법 제9조에 대한 특별법적 위치의 조항이라고 할 수 있는 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)에는 공무원의 범위에 대하여 '공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다)'이라고 입법해석함과 동시에 각 호에 금지 사항을 자세히 나열하고 있다. 따라서 제9조의 해석상 정치운동이 허용되는 공무원이라 할지라도 국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한 자는 제86조에 나열한 방식의 정치적 의사표현은 제한된다고 해석되어진다.

Ⅵ. 우리나라에서 공무원의 정치적 표현의 자유에 대한 검토 및 개선방안

1. 우리나라 공무원의 정치적 중립에 대한 검토

우리나라에서 공무원의 정치적 중립이 명문화 된 것은 3·15부정선거 이후 제3차 개헌에 의해 헌법 제27조에서 '공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률이 정하는 바에 의하여 보장 된다'는 규정을 둔 이후부터라고 볼 수 있다. 따라서 현재 한국의 경우 공무원이 정치단체의 활동이나 선거에 관여하는 것을 광범위하게 금지함으로써 상당히 엄격하게 정치활동을 금지하고 있는 바, 이는 공무원의 정치적 중립

19) http://likms.assembly.go.kr/alkms/cgi-bin/counter.cgi?lawscode=3001

www.kci.go.kr

에 관한 여러 가지 필요성[20] 중 공명선거와 부패방지를 그 목적으로 하고 있다. 따라서 우리나라가 공무원의 정치적 활동에 대한 제약이 엄격한 것은 과거 정권에서 공무원들의 정치적 활동으로 인한 폐단, 즉 선거에 대한 부당한 개입과 이로 인한 행정의 중립성 침해 및 공익의 훼손 등의 요인에 기인한다. 결국 국민과 공무원의 의식 수준 및 민주정치 실현의 성숙도에 의해 정치적 활동이 엄격하게 제약된다고 볼 수 있다.

공무원의 정치적 중립은 엽관주의의 폐해를 극복하고 행정의 능률성과 계속성, 전문성, 공평성을 확보하고, 인사행정의 실적주의 확립 위해서 필수적인 제도이다. 그러나 공무원들의 정치 활동 제한은 다른 한편에서는 민주주의 정치 체제에서 특정 집단의 정치적 자유만을 제한하는 것은 불공평하다는 비판이 가능하다.

첫째, 정치중립제도가 너무 엄격하다. 민주국가에서 공무원이 정치중립을 지켜야 하는 것은 당연하지만 우리처럼 정당가입조차 금지하고 있는 나라는 드물다고 본다. 이러한 규제는 대부분의 공무원과 공무원법을 준용하고 있는 공공기관의 임직원, 심지어는 사립학교의 교원까지도 금지대상이 되고 있다. 따라서 이들 집단의 정치제한은 정치의 질적 향상을 위해 바람직하다고는 볼 수 없다.

둘째, 정치중립제도가 너무 엄격한 것이 문제이기는 하지만 이를 잘 지키지 않는 것은 더 큰 문제라 할 수 있다. 과거에는 정권이 영구집권을 위해 공무원들로 하여금 선거에 개입하도록 하였는 바, 지방자치제가 시행되면서 공무원이 논공행상을 받기 위해 오히려 특정 후보를 미는 것이 관행으로 굳어가고 있다.

셋째, 정치중립이 현실적으로 지키기가 어렵고 정치참여가 어느 정도 필요하다면 이를 전향적으로 고쳐야 할 것인데 그러한 생각조차 갖고 있지 않는 것이 문제이다. 공무원은 일반국민에 비해 전문지식을 갖춘 집단임을 감안할 때, 공무원의 정치활동제한은 정당의 정책

20) 공익의 증진, 행정의 능률성, 자율성, 안정성, 부패의 방지, 행정업무의 계속성, 정치체제 내의 세력 균형 도모, 공명선거 기대 등.

www.kci.go.kr

개발 면이나 우수인력의 충원 면에서 손실이 되고 있다.

넷째, 공무원의 정치활동제한은 기본권제한이라는 문제가 따르고 있다. 정치적 중립 못지않게 국민의 일원으로 당연히 누려야 할 참정권보장도 중요하다는 점에서 정치중립제도에 비판이 가해지고 있다. 즉 공무원도 시민의 한 사람으로서 당연히 누려야 할 기본권의 하나인 참정권을 보장해 주어야 한다는 것이다. 참정권의 제한은 민주주의의 원칙에 반하며, 최근에 공무원의 자율적 책임을 강조하는 행정책임이 강조되는 추세에 비추어 볼 때 이들의 정치활동을 엄격히 제한하는 것은 논리적으로 모순이다. 뿐만 아니라 민주주의 정치원리를 채택하고 있는 국가에서 어느 특정 집단의 정치적 자유만을 제한하는 것은 불공평하다고 볼 수 있다.

다섯째, 공무원의 정치활동의 제한은 참여관료제의 발전을 저해할 수 있다. 여기서 참여관료제란 공무원들의 정책형성 참여 기회 및 대내외적 의사표명의 기회를 보장해주는 정부관료 제도를 의미한다.

여섯째, 공무원들에게 무조건적으로 정치적 무관심을 요구할 경우 그들이 정치적 가치, 즉 공익 또는 약자의 보호문제에 무감각하게 될 위험이 있다. 오늘날 공무원들은 환경변화에 민감하게 대처할 수 있도록 진취적 정신을 지니고 있어야 하며, 이를 위해서 공무원들은 정치적 소신을 가지고 변화하는 환경에 대응해 나가야 하는데 지나친 정치적 중립의 강조는 공무원의 이러한 정신을 저해할 수 있다. 한마디로 말해서 정치적 중립의 지나친 강조는 정부 관료제의 국민 대표적 기능을 제한한다는 것이다.

일곱째, 공무원의 정치적 중립을 요구하는 근거는 정치행정이원론에 기초를 둔 것인데, 행정과 정치의 밀접한 관련성을 강조하는 오늘날의 현실에는 부합되지 않는다. 정치와 행정의 밀접한 관계는 특히 정치인과 공무원이 정책결정과정을 공유하고 있는 현실에서 잘 파악될 수 있다.

여덟째, 선진민주사회로의 상황변화로 말미암아 공무원의 정치활동 규제가 불필요하다는 것이다. 예를 들면 엽관주의가 성행했던 과거와

www.kci.go.kr

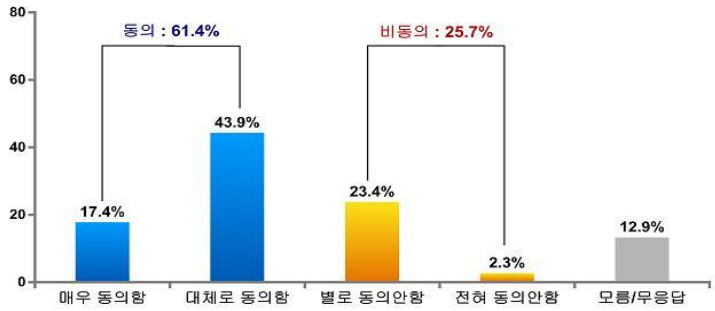
달리 오늘날은 실적제가 성립되어 엽관제의 폐해가 적기 때문에 과도한 정치활동의 규제는 불필요하다는 것이다.

아홉째, 민주정치의 원칙은 정치활동에 대한 공정하고 광범위한 참여를 보장하는 것인데, 국민의 상당수를 접하는 공무원집단의 정치적 활동을 제한하는 것은 민주정치의 원칙에 반하는 것이다(김증양 2008, 7).

그러나 공무원의 정치적 중립 여부에 대한 일반국민의 시선은 그리 너그럽지 못하다. 노무현 전 대통령이 참여정부평가포럼에서 정치적 발언을 한 것에 대해 중앙선거관리위원회가 전체회의를 열어 공무원의 정치중립 의무를 위반했다며 선거중립의무 준수를 요청한 것에 대하여 글로벌리서치에서 전국 성인남녀 547명을 상대로 한 2007년 6월 7일의 여론조사에서 '동의한다.'는 응답이 61.4%('매우' 17.4%, '대체로' 43.9%)로 '동의하지 않는다.'는 응답 25.7%('전혀' 2.3%, '별로' 23.4%)보다 매우 높았다.(표본 오차는 95% 신뢰수준에 ±4.2%)[21] 한편, 행정안전부가 한국갤럽에 의뢰해 2009년 9월 26일부터 27일까지 전국의 성인남녀 1천명을 대상으로 실시한 여론조사에 따르면, 통합 공무원노조의 민주노총 가입에 대해 61.5%가 "바람직하지 않다"고 응답했다.(표본 오차는 95% 신뢰수준에 ±3.1%)

따라서 우리나라의 엄격한 정치활동금지조항에 대한 비판에 앞서

21) 대통령의 참여정부평가포럼에서의 발언에 대한 선관위 결정 동의 여부에 대한 여론조사



www.kci.go.kr

공무원 행태의 현실적인 수준을 거기에 부합시키는 문제와 함께 우선 정치적 중립을 완화하기 위한 요건을 고려해야 한다. 현행 금지조항이 요구하는 수준까지 공무원들의 실제적인 행태를 이끌어 올리는 단계를 거치고, 우리나라 정치 환경의 성숙도를 검토하고 난 후에 공무원의 정치적 중립을 완화시키는 문제를 검토할 수 있을 것이다. 또한 여론조사에서도 보는 바와 같이 공무원에 대한 일반국민의 신뢰를 바탕으로 공무원의 정치적 중립완화에 대한 국민적 공감대를 형성하는 것도 무엇보다 중요하다. 즉, 공무원의 정치적 중립을 완화시키기 위한 제반여건에 대한 논의가 요구된다.

2. 개선방안

공무원이 정치적 중립을 지키느냐, 정치적으로 자신의 의사를 표현하느냐 하는 문제는 정확한 기준을 잡기가 힘들기 때문에 해결하기 어려운 문제다. 우리나라의 경우 역사적으로 공무원들의 정치적 활동으로 인한 폐단이 많았기 때문에 공무원에 대한 정치적 중립 의무를 엄격하게 규정하고 있다. 그러나 현실적으로 점점 국민의 기본권으로서 공무원의 정치적 의사 표현에 대한 의식이 변하는 상황이기 때문에 이렇게 정치적 중립에 대한 억압적인 규제와 정치적 의사 표현 자유에 대한 시민들의 의식에서 생기는 괴리를 좁히기 위해서는 양측의 개념을 잘 조화시켜야 한다. 이를 위해서는 먼저, 법적 규제를 완화가 요구된다. 우리나라의 현행법에는 공무원이 정치적 중립을 지켜야 하고 일체의 정치활동을 하는 것을 금하고 있지만 현실 상황을 고려해 보았을 때 그다지 적합한 제도는 아니다. 정치적 중립을 지키되 업무에 지장을 주지 않는 범위 내에서 의사 표현을 할 수 있게 하거나, 공무원신분인 공적지위가 아닌 사적지위에서 정치적 표현을 하되 국민에게 특정 정당을 지지하는 모습을 보이지 않는 범위 내에서 표현을 할 수 있게 하는 것도 하나의 방법일 것이다. 즉 공인으로서의 정치적 중립을 유지해 나가되 한 사람의 국민으로서의 기본권은

www.kci.go.kr

보호해주는 현실적 상황을 반영한 입법이 요구된다. 또한 현행법을 정비하여 법해석에 있어서 혼란이 없도록 명확하게 규정해야 할 것이다. 현행 국가공무원법과 공직선거법이 앞에서 서술한 것과 같은 해석이 가능함에도 불구하고 현실에서의 법적용과 해석은 그렇지 않은 것이 대부분이다. 마지막으로, 공직사회의 의식의 전환이 필요하다. 공무원들의 의식은 그들의 행태가 현실적으로 제도에 따라 그에 맞게 정치적 표현을 적당히 할 수 있도록 성숙해져야 할 것이다. 무작정 정치적 의사를 표현해야 한다는 것이 아니라, 정치적 중립의 필요성을 인식하면서, 국민으로서 개인의 의사를 표현해야 하는 것이다.

최근 행정안전부가 입법예고한 '국가공무원 복무규정 일부개정안'이 공무원의 정치활동과 정치적 구호가 담긴 복장의 착용 등을 금지함에 따라 이에 대해 국가인권위원회가 반대 입장을 밝힌 바 있다. 인권위는 최근 입법예고된 개정안에 대해 "표현이 불명확하고 모호하다는 점에서 자의적으로 해석될 가능성이 높아 공무원의 표현의 자유를 침해할 수 있다."며 우려를 나타냈다. 인권위는 "공무원도 국민으로서 정치적 의사표현의 자유 등 개인적 기본권을 보호받아야 한다."면서 "직무 수행과 관계없이 무조건 정부정책의 반대를 금지하는 이번 개정안은 헌법상 표현의 자유를 제한하는 것"이라고 판정한 바 있다.[22]

Ⅶ. 결 론

표현의 자유는 정신적 자유와 정치적 자유의 핵심이다. 즉 인간으로서 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하는 데 있어서 가장 핵심적이고 중요한 기본권인 동시에, 현대 민주주의에서 국민주권을 실현하는 필수불가결한 궁극적 기본권이다. 특히 다원화 되어 있는 현대사회에서 실재하는 민주주의와 이상적인 민주주의 사이의 간격을 좁

22) http://www.humanrights.go.kr/

www.kci.go.kr

힐 수 있는 방법으로 '공론' 영역의 확대가 있고 그 공론영역 형성의 기본원리가 바로 표현의 자유이다.

우리 헌법 제7조 및 제33조 제2항 등은 공무원에 대하여 특별권력관계를 전제로 표현의 자유를 어느 정도 제약하고 있으며, 각종 공무원 관련 법률들에서 이를 구체화 하고 있다. 일정한 법률에 근거하여 특별권력관계에 속한 자들은 그 특수한 관계를 설정한 목적을 달성하기 위하여 합리적이고 필요한 한도 내에서 기본권이 제한되는 것이 일반적인 법리이다. 공무원의 정치적 중립을 위해 정치적 표현의 자유를 제한하는 이유는 공무원 인사에 대한 정치적 간섭을 배제 하여 공무원의 신분을 보호함으로써 행정의 안정성과 전문성을 확보하려는 등의 여러 가지 필요성에 있다.

우선 표현의 자유의 법적 개념정의 중 공무원의 정치적 표현의 자유와 관련하여 그 범주 및 방법 등을 살펴볼 필요가 있는 바, 일단 공무원도 한 사람의 국민으로서 그 표현의 자유를 언론 및 출판의 자유에 한정하지 않고, 예술 등 창작적 활동에 대해서도 폭넓게 인정되어야 하며, 언론·출판의 자유는 의사표현의 자유 외에 보도의 자유, 알 권리, 액세스권까지도 그 내용으로 보아야 할 것이다. 또한 현행헌법의 법문으로 볼 때 언론·출판의 자유 이외에 비언어적이거나 비문자적 매체나 행동 등에 의한 상징적 표현과 집단적 표현인 집회·결사의 자유도 포함하고 있다고 볼 수 있다. 즉 정치적 고려를 하지 않는 다면 공무원의 표현의 자유를 일반인과 같이 최대한 광범위하게 인정해야 할 것이다. 그러나 정치적 중립의 한계와 관련하여서는 선을 그 을 필요가 있다. 따라서 공인인 그 직위를 이용한 정치적 의사표시를 하는 것은 금지할 수 있지만, 국민 한 사람이라는 개인으로서 하는 정치적 의사표시까지 금지하는 것은 과도하게 정치적 자유를 부정하는 것이다. 개인의 사적지위와 공적인 지위는 구분하여 공적인 공간에서의 정치적 의사표현은 제한될 수 있지만, 국민 개인으로서 정치적 견해를 표현하는 등의 정치활동은 보장되어야 한다. 또한 표현의 자유를 보장하는 방법의 한 유형으로서 집회·결사의

www.kci.go.kr

자유와 근로3권을 통한 정치적 의사표현은 행정의 안정성 확보를 통한 국민의 권익보호 및 국가의 안전보장 차원에서 다른 유형의 표현의 자유보다 그 제한이 엄격하더라도 어느 정도 감수해야 할 것이다.

또 다른 문제는 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하는 수위를 어느 기준에 맞추어야 하는가이다. 우리나라 공무원의 정치적 활동에 대한 제약은 다른 나라와 비교해 엄격한 바, 이는 과거 정권에서 공무원들의 정치적 활동으로 인한 폐단, 즉 선거에 대한 부당한 개입과 이로 인한 행정의 중립성 침해 및 공익의 훼손 등의 요인에 기인한다. 결국 정치적 표현의 자유를 제한 정도는 국민과 공무원의 의식수준 및 민주정치 실현의 성숙도에 의한다고 볼 수 있다. 따라서 국민과 공무원 의식수준 및 정치 환경의 성숙도를 검토하고 난 후에 정치적 중립을 완화하기 위한 요건을 고려해야 한다. 즉, 공무원의 정치적 중립을 완화시키기 위한 제반여건에 대한 논의가 요구된다.

비록 우리나라 민주주의 역사가 짧기는 하나 과거 정치적 중립을 이유로 공무원의 표현의 자유를 엄격히 제한하던 시절에 비하여 국민과 공무원의 의식 수준 및 정치 환경은 높은 성숙도를 보이고 있다. 따라서 공무원이 정치적 중립을 지키되 업무에 지장을 주지 않는 범위 내에서 의사 표현을 할 수 있게 해야 할 것이다. 즉, 공무원의 신분보장을 통한 행정의 안정성과 전문성을 해치지 않는 범위에서 정치적 표현의 자유를 인정해 주어야 할 것이다. 정치적 중립을 유지해 나가되 현실적 상황을 반영하여 법 규정을 완화해야 한다.

5.16 군사 쿠데타 이후 50년 가까이 공무원은 정치적 자유를 억압당해 왔다. 인간은 본성적으로 정치적 동물(Homo politicus)이다. 이런 면에서 공무원의 정치적 중립성을 과도하게 요구하는 것은 인간 본성에 대한 부정이며, 기본권에 대한 본질적 침해이다.

www.kci.go.kr

< 참고문헌 >

김중양, 2008,『한국인사행정론』, 법문사.

박선영, 2005, “정치적 의견표명과 표현의 자유”, 한국헌법학회,『헌법학연구』제11권 제2호.

_____, 2006, “헌법 제21조에 대한 개헌논의”, 한국헌법학회,『헌법학연구』제12권 제4호.

박용상, 1982,『언론의 자유와 공적 과업』, 교보문고.

_____, 2003,『표현의 자유』, 현암사.

안정민, 2008, “성표현에 대한 방송심의”, 한국언론법학회,『언론과법』제7권 제2호.

이현윤, 1991,『한국공무원의 정치적 중립에 관한 연구』, 동국대학교 석사학위 논문.

임재홍, 2006, 공무원의 정치적 중립의무 비판 :미국 공무원법제와의 비교법적 검토, 민주주의법학연구회,『민주법학』통권32호.

정종섭, 2009,『한국헌법론』, 박영사.

Löffler. Martin, 1969, Presserecht, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, Bd. 1, 2. Aufl..

Rodney A. Smolla, 1994, Smolla and Nimmer On Freedom of Speech : A Treatise on the First Amendment, Student Edition, Mattew Bender, New York.

Thomas I. Emerson, 1966, Toward a General Theory of the First Amendment, Yale Law Journal, vol. 72.

B. Bauch, 1966, Das Recht der Beamten, Neue Wirtschafts-Briefe.

von Munch, 1969, Oeffentlicher Dienst, in: von Munch, Besonderes Verwaltungsrecht.

www.kci.go.kr

인터넷 자료
http://likms.assembly.go.kr/(대한민국국회 입법관리통합시스템)
http://www.humanrights.go.kr/(국가인권위원회)
http://www.moleg.go.kr/(법제처)
http://www.scourt.go.kr/(대법원)
http://www.ccourt.go.kr/(헌법재판소)
http://www.nec.go.kr/(중앙선거관리위원회)
http://www.naver.com/(네이버 국어・용어・백과사전)

www.kci.go.kr

Civil Servant's Political Freedom of Expression and Restraints

Lee, Han-Tae
(Chungnam National University)

Abstract

Freedom of expression serves as a basis of all freedoms and cornerstone of democracy and defines the scope of expression ability of the society. The society which allows their members to enjoy freedom of expression, which we call, democratic and constitutional society pursuing human right values.

In Article 21 of our Constitutional Law, freedom of expression is mentioned. So our nation guarantees freedom of expression of all the people. But In Article 7 of our Constitutional Law, political neutrality of civil servant is indicated. So civil servant's Freedom of Political Expression is limited owing to special authority relation. accordingly In Article 65 of Civil Service Act and 57 local public servants Act, political movement of civil servant is prohibited, and in Article 66 of Civil Service Act and 58 local public servants Act, collective declaration of intention is forbidden, too.

It is a general principle of law that restricts the fundamental rights as respects someone that belongs to special authority relation within the scope of rationality and necessity to secure administrative stability and specificity. But

www.kci.go.kr

in our nation, civil servant's freedom of political expression is restricted so strictly compared with advanced countries. Man is the Homo politicus. So excessive limits to civil servant's political freedom of expression infringe fundamental rights essentially. In conclusion, restriction of political freedom of expression caused by political neutrality of civil servant must be relaxed.

Keywords : Civil servant, Freedom of expression, Political neutrality, Fundamental rights, Homo politicus, Democracy

www.kci.go.kr