

## 制度化된 行政國家와 法治主義

洪 準 亨\*

< 目 次 >

- |                             |                                     |
|-----------------------------|-------------------------------------|
| I. 問題의 提起                   | Ⅲ. 制度化된 行政國家에 있어 法治主義의 實現을 위한 法的 實踐 |
| Ⅱ. 韓國에 있어 制度化된 行政國家의 歷史的 展開 | Ⅳ. 맺는 말                             |

<요 약>

‘제도화된 행정국가’ (Institutionalized Administrative State)의 개념은 한국에 있어 법치주의의 현실적·법제도적 환경을 설명해주는 증거이다. ‘제도화된 행정국가’란 행정국가라는 현대국가의 보편적 경향을 표상해 주는 현상이 한국헌정사에 있어 常素로 존속해왔던 사실을 인지하고 그 원인을 헌법제도화의 계기를 통해 설명하고자 하는 시도를 집약해준다. 국가형성(nation-building) 과정에서 요구된 행정국가의 요구를 뒷받침해주기 위해 한국헌법은 출범당시부터 대통령과 행정부의 우위를 제도화시켰다. 제도화된 행정국가는 국정능률화라는 당시 개발독재의 요청을 충실히 이행하여 정부주도형 외형적 경제성장에 유리한 환경을 제공했을 뿐만 아니라 비록 ‘지연된 혁명’의 형태였을지라도 한국사회가 문민통제(civilian control)로 이행하는 과정에서 우려되었던 정치불안의 리스크를 완충함으로써 역설적으로 민주주의로의 이행에 기여했다. 제도화된 행정국가는 강력한 대통령제(strong presidency)를 구현하는데 성공함으로써, 특히 제3세계에 있어 대통령제의 실패요인이 된 ‘약한 대통령’과 그로 인한 정치적 혼란을 회피할 수 있는 효과적인 법제도적 환경을 제공했고, 심지어는 문민통제가 실현된 이후에서 선거를 통해 집권한 새로운 정치세력들에게 안정적인 국정수행을 가능케 해주는 우호적인 여건으로 작용했다. 그러나 시간이 지나면서 제도화된 행정국가의 역기능이 더 두드러지게 나타나기 시작했다. 행정부의 비대화, 경제간섭주의, 정경유착, 법치주의의 형해화 등과 같은 고질적 폐단이 일상화되었다. 제도화된 행정국가에서는 행정부, 입법부 및 사법부의 역할과 상호관계가 헌법에

\* 서울대학교 행정대학원 교수

의하여 국정의 준칙으로 처방된 입헌민주주의와 법치주의의 요구를 왜곡시킬 가능성이 크다. 이 문제점은 국가권력간의 관계를 불균형하게 강화된 대통령과 비대화한 관료기구에 의한 새로운 형태의 권력집중의 그것으로 고착·화석화시키고 그 결과 새로운 경쟁환경에서 요구되는 국가법제도적 유연성과 적응능력을 손상시키며, 나아가 헌법적 권리의 보장을 위태롭게 만든다. 당면과제는 국회와 행정부, 사법부간의 관계를 역동적인 견제와 균형의 그것으로 재구축하는 일이다. 제도화된 행정국가에서 이들간에 '조용하고 일사분란한 명령계통'을 강조하는 것은 한 때 국정의 능률화를 위해 기여했을지 모르지만, 개방성과 투명성이 강요되는 새로운 질서하에서는 오히려 정치적 형성의 장애요인이 된다는 것을 인식할 필요가 있다.

## I. 問題의 提起

법의 지배 또는 법치주의(이하 '법치주의'로 약칭한다)의 현실상황을 진단하고 발전방향을 모색하기 위한 논의에 있어 그 법제도적 환경을 이해하는 것은 필수적인 전제조건이라 할 수 있다. 물론 법치주의는 그 추상화의 정도에 따라서는 Barry M. Hager가 잘 정리한 바와 같이<sup>1)</sup> 그 핵심적 구성요소에 있어서는 고도의 보편성을 가지는 가치이자 원리일 수 있다.<sup>2)</sup> 그러나 개별구체적 특수성으로부터 일반추상적 보편성을 도출해 내는 것이 가능하듯이 그 역도 가능하다. 특히 법치주의에 관한 논의에 있어 중요한 것은 법치주의가 각국의 특수한 역사적 배경에서 유래하는 현실적·법제도적 제약하에 놓여 있다는 사실을 이해하는 일이다. 이러한 견지에서 '제도화된 행정국가' (Institutionalized Administrative State) 라는 개념은 한국에 있어 법치주의의 현실적·법제도적 환경을 설명해주는 준거라고 할 수 있다.<sup>3)</sup> '제도화된 행정국가'란 행정국가(administrative state)라는 현대국가의 보편적 경향을 표상해 주는 현상이 한국, 특히 그 헌정사에 있어 상소(constant)로 존속해왔던 사실을 인지하고 그 원인을 헌법적 제도화의 계기를 통해 설명하고자 하는 시도를 집약해준다.

1) Barry M. Hager, *The Rule of Law, A Lexicon for Policy Maker*, The Manesfield Center for Pacific Affairs, 1999.

2) Hong, Joon-Hyung, "The Rule of Law and Its Acceptance in Asia: A View from Korea," *Asia Perspectives*, December pp. 11-13, 1999.

3) Hong, Joon-Hyung, "Administrative Law in the Institutionalized Administrative State," *Recent Transformations of Korean Law and Society*, Seoul National University Press, 2000.

## II. 韓國에 있어 制度化된 行政國家의 歷史的 展開

### 1. 制度化된 行政國家의 形成

국가형성(nation-building) 과정에서 요구된 행정국가의 요구를 뒷받침해주기 위해 한국헌법은 출범당시부터 대통령과 행정부의 우위를 제도화시켰다. 헌법은 대통령과 행정부에게 다른 권력에 비해 현저히 우월한 권한들을 보장해 줌으로써 강력한 대통령제를 구현하는데 성공하였다.<sup>4)</sup> 헌법은 실제로 건국초부터 줄곧 대통령에게 법률안거부권을 주었을 뿐만 아니라 대통령제에서는 이례적으로 정부에게 법률안제안권을 부여했고, 위임입법의 가능성과 범위를 헌법상 명시적으로 보장함으로써 이를 통해 위임입법의 범람현상을 초래하였다. 대통령은 종종 소수당 난립으로 인한 정치불안을 방지한다는 취지하에 마련된 헌법적 다수확보장치들을 통해 또는 행정부의 선거개입이나 집권당 프리미엄의 극대화를 통해 총선에서 의회다수파를 장악하고 공천권과 당내기울을 통해 정당을 통제함으로써 입법과정마저 법률상·사실상 지배할 수 있었다. 이러한 입법지배가 여의치 않았던, 매우 드문 경우에도 예산편성권이나 검찰권 등 합법적으로 부여된 권한들을 통해 입법에 대해 영향력을 행사할 수 있었고 임명, 추천 등의 권한을 통해 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장 또는 대법관이나 헌법재판관 등의 임명과정에 지배적인 영향을 미칠 수 있었다. 이와 같은 행정국가의 헌법제도화현상은 1960년 5월 16일 군사쿠데타를 통해 집권한 박정희장군이 주도한 제3 공화국헌법을 계기로 본격화되기 시작하여 대통령에 대한 노골적인 권력집중을 기도한 1972년의 유신헌법에서 절정을 맞았고, 암살로 끝난 박정희 군사정권을 계승한 전두환장군에 의해 주도된 1980년의 제5 공화국헌법에서 헌법적으로 일상화되었다.

### 2. 制度化된 行政國家의 正機能과 逆機能

#### 1) 制度化된 行政國家의 正機能

이처럼 건국 당시부터 헌법이 행정국가를 제도화했고 이를 계속 유지시켜 왔다

4) Jung, Yong-duck, "Administrative Reorganization in the Strong State: The Case of the Kim Young Sam Regime," Paper Presented at the Joint Symposium of ASPA and KAPA (*Government Reform in Korea and the United States*), San Francisco, February 21-22, 1997, p. 6ff.

는 것은 건국이후 한국헌정사 50년의 역사의 반 이상을 지배해왔던 군사정권에 의한 관료적 권위주의의 정치적 지형 위에서 법치주의의 정착과 실현을 제약하는 가장 근본적인 요인이 되었다. 그러나 역설적으로 이 제도화된 행정국가는 국정 의 능률화라는 당시 개발독재의 요청을 충실히 충족시킴으로써 정부주도형 외형적 경제성장전략의 실행에 유리한 환경이 되었을 뿐만 아니라 '지연된 혁명'(delayed revolution)의 형태였기는 했지만 한국사회가 군사독재로부터 문민통제(civilian control)로 이행하는 과정에서 우려의 대상이 되었던 정치적 불안과 혼란의 리스크를 완충시키는 역할을 수행함으로써 역설적으로 민주주의로의 이행에 기여했다. 제도화된 행정국가는 특히 제3세계에서 대통령제를 실시하는 과정에서 노정된 '약한 대통령'과 그로 인한 정치적 혼란에 대한 우려를 불식시키는데 유리한 법제도적 환경을 제공했을 뿐 아니라, 심지어는 문민통제가 실현된 이후에서 민주적 선거를 통해 집권한 정치세력들이 안정적인 국정을 수행할 수 있도록 해주는 매우 우호적인 여건으로 작용했다. 가령 김영삼정권이 한 때 민주화의 비토(veto) 세력으로 남아 있었던 군부를 개편할 수 있었던 사실이나 김대중대통령이 야당시절 자신을 정치적으로 박해하는데 선봉이 되었던 국가정보원, 검찰과 경찰 등과 같은 권력기구들을 순조롭게 통제할 수 있었던 사실, 민주투사출신 대통령들이 사안에 따라서는 정치적 위협요인이 될 수 있는 노동계나 학생세력의 반발을 억지할 수 있는 각종 사회통제 메카니즘을 별다른 어려움없이 용이하게 이용할 수 있었다는 사실 등은 모두 이 제도화된 행정국가 체제의 가치중립적 효용성을 보여주는 사례들이라 할 수 있었다.

## 2) 制度化된 行政國家의 逆機能

제도화된 행정국가는 민주주의로의 이행이 진전됨에 따라 전술한 바와 같은 역설적 정기능보다는 그 역기능이 더 확대되는 경향을 보여 왔다. 제도화된 행정국가의 역기능은 무엇보다도 행정부로 하여금 경제성장과 복지국가, 사회정의 등의 목표를 표방하며 사실상 헌법과 법의 제약으로부터 벗어나 시민사회나 경제에 무소부지로 개입·간섭하고 정경유착이라는 고질적 폐단을 일상화하도록 하는 제도적 기반이 되었다는 데 있었다. 국제그룹을 아무런 법적 근거도 없이 강압적으로 해체시킨 전두환정부의 조치는 그 점을 단적으로 보여준 사례였다.<sup>5)</sup> 이처럼 정부가 정치적 이해관계가 엮갈리는 기업에 대하여 무소불위의 권력을 휘둘러 수 있었던 것은 군사정권의 강압통치하에서 불가피한 측면도 없지 않았지만, 당시에도

5) 이에 관하여는 洪準亨, 「判例行政法」, 斗聖社, 1999, pp. 3-31을 참조.

엄연히 헌법에 의해 설정되어 있었던 권력간의 견제와 균형을 위한 헌법적 장치들이 제대로 작동되지 못했기 때문이기도 했다. 이 점은 1997년말 외환위기로 IMF의 구제금융을 받을 수밖에 없는 국난에 봉착했던 한국의 경험에 비추어 볼 때 더할 나위 없이 귀중한 교훈이다. 요컨대, 제도화된 행정국가에서는 행정부, 입법부 및 사법부의 역할과 상호관계가 헌법에 의하여 국정의 준칙으로 처방된 입헌민주주의와 법치주의의 요구를 왜곡시킬 가능성이 크다. 이러한 문제점은, 설사 제도화된 행정국가가 과거의 민주적 이행과정에서 일정한 정기능을 수행했고 또 21세기의 무한경쟁환경에서 요구되는 국정관리(governance)의 범위 내에서 어느 정도 수용될 수 있는 여지가 있다는 점을 인정한다 할지라도, 국가권력간의 관계를 불균형하게 강화된 대통령과 비대화된 관료기구에 의한 새로운 형태의 권력집중의 그것으로 고착·화석화시키고, 그 결과 새로운 경쟁환경에서 요구되는 국가법제도적 유연성과 적응능력을 손상시키며, 나아가 헌법적 권리의 보장을 위태롭게 만든다는 점에서, 더 이상 방치될 수 없다.

행정의 범으로부터의 이탈과 사실상 우위의 확보가 반드시 행정효율성을 증대시키는 것은 아니다. 일상화된 법의 도구화현상과 함께 처벌·통제 중심의 법사용의 결과 법에 대한 불신이 확산·고착될 경우 행정이 법적 수단을 사용하거나 적법한 범위 내에서 법적 조치를 취하는 경우에도 필요한 국민의 신뢰와 순응을 획득하지 못해 결국 행정과 법이 함께 실패하고 마는 정당성위기가 초래될 수 있다. 이러한 현상은 1960년대 이래 30여년간 지속된 군사정권하에서의 경험을 통해 분명히 나타났다. 또한 합법성의 요구는 규범적 차원에서뿐만 아니라 사실적 차원에서도 행정의 능력에 영향을 주는 보이지 않는 요인으로 작용할 수 있다: 합법성은 효율성의 내생적 요인(endogenous factor)으로 영향을 미친다. 가령 행정의 법적 책임을 초래하는 행정비리와 불량행정은 합법성의 요구를 충족시킬 경우 초래되었을 행정능률의 저해보다 훨씬 더 심각한 결과를 가져올 수 있고, 행정의 전체적·장기적인 효율성을 손상시킬 수 있기 때문이다. 합법성의 요구를 무시한 능률성 위주의 행정은 국가배상책임 등 각종 국가책임을 통해 발생하는 불필요한 행정비용(Unkosten)의 증가와 이에 따른 국고의 손실을 초래하고 행정에 대한 국민의 신뢰를 손상시키며, 그 결과 행정의 효율을 저해하고 행정의 실패를 야기하는 요인이 되기도 한다.<sup>6)</sup>

## 2) 制度化된 行政國家의 病理와 治療方案

건국초기에 주도되어 군사정권에 의해 강화되어 온 제도화된 행정국가의 권력

6) 洪準亨, “행정과 법,” 『한국행정론』, 대영문화사, 1998, pp. 103-146, pp. 114-118.

구조는 21세기를 눈앞에 둔 시점에서 더 이상 통용될 수 없을 것이다. 그러한 관점에서 법치주의는 이제 민주주의의 공고화과정에서 오히려 제약요인으로 작용하고 있는 제도화된 행정국가의 폐단을 치유할 수 있는 하나의, 가장 유력한 대안이다. 법치주의를 제도화된 행정국가의 폐단을 치유하는 대안이라고 하는 것은 실은 지나친 추상화일수도 있다. 제도화된 행정국가라는 환경 아래서 법치주의가 요구하는 국회·행정부·사법부의 관계가 헌법의 기대와는 달리 언제라도 파행화될 수 있고 또 그러한 모습을 보여왔다는 점에서, 후자가 전자의 문제점에 대한 대안이라기보다는 전자가 후자의 실현을 방해 또는 제약하는 요인이 된다고 볼 수도 있기 때문이다. 그러나 여기서 중요한 것은 어떤 절대적 존재로서 법치주의 자체의 실현이 아니라 헌법적으로 제도화된 행정국가의 환경에서 법치주의가 어떠한 역할을 어떻게 수행할 수 있으며 또 수행하여야 하느냐 하는 것이다. 제도화된 행정국가의 환경에서 한국 법치주의가 수행해야 할 역할과 과제를 모색함에 있어 만병통치적 처방(panacea)은 발견되지 않는다. 그러나 한가지 분명한 사실은 입법, 행정, 사법간의 관계가 헌법상 법치주의와 그 조직·작동원리인 권력분립의 요구에 맞게 견제와 균형의 미학에 의해 형성되도록 해야 한다는 것이다.

### Ⅲ. 制度化된 行政國家에 있어 法治主義의 實現을 위한 法的 實踐

#### 1. 立法府와 行政府에 대한 役割期待

##### 1) 國會

국회는 행정부에 대하여 보다 적극적이고 주도적인 견제와 균형을 추구할 필요가 있다. 물론 제도화된 행정국가라는 헌법적 환경하에서 국회가 처한 상황은 그리 유리하지 못하다. 자칫, 이제까지 대부분 그러했듯이, 국회가 국정외의 의사결정권을 행사하지 못하고 정부가 결정한 것을 사후적으로 追認하는 통법부로 전락할 우려마저 없지 않다. 이는 법치주의와 권력분립에 대한 헌법적 요구에 비추어 볼 때 매우 바람직하지 못한 일이다.

국회는 무엇보다도 입법에 있어 그 본연의 수비범위를 확보해 나가는데 배전의 노력을 기울여야 할 것이다. 이를 위해서는 의회입법권자의 본래기능을 회복시키기 위한 법적 토대를 구축하는 것이 급선무이다. 오늘의 국법현실에서 입법에 있어서의 정부주도경향을 완전히 불식시키는 것은 불가능하다 할지라도, 적어도 의

회입법권자의 소임을 다할 수 있도록 하기 위한 법정책적 실천은 가능하고 또 필수적이다. 국회의 입법보좌기능을 살리고 입법을 위한 정책학 및 법학적 지식과 방법론을 공급하며 의회행정을 규율하는 의회행정법은 법치주의의 실현을 향한 출발점이 된다. 의회행정에 대한 법적 규율에 있어서는 입법도 생산이라는 인식을 정립할 필요가 있다. 자본이나 원자재가 충분히 공급되지 않는한 제대로 된 입법생산은 기대될 수 없으며, 원가개념이 없는 입법은 무책임한 입법이다. 의회입법권자가 소임을 다하도록 실질적인 감시와 진지한 비판이 이루어지도록 하기 위한 행정법제를 구축하는 일도 빼놓을 수 없는 과제이다. 최근 시민단체들에 의해 수행되고 있는 입법감시활동은 그런 관점에서 대단히 소망스러운 일이지만, 이를 입법의 공동생산에 대한 참여 (participation in legislative coproduction process) 라는 관점에서 보다 효과적으로 지원할 수 있는 법적 기제를 갖추어 나가야 할 것이다.

위임입법의 통제를 위한 법정책적 실천 역시 법치주의의 실현에 장애가 되는 권력의 불균형을 시정하기 위한 필수적 과제이다. 이를 위해서는 위임입법의 한계와 그것을 보장하기 위한 법해석론의 공조가 절대적으로 요구되지만, 우선 입법 차원에서 위임입법의 범위와 기준, 한계를 분명히 하여 위헌적인 위임-법률 (Ermächtigung-Gesetz)이 양산되지 않도록 해야 하며, 위임입법의 사후통제를 위한 효과적인 법적 메카니즘을 개발하는데 관심을 기울여야 한다.

1996년 12월 개정된 국회법은 제98조의2를 신설하여 “중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항을 규정하거나 법률의 시행을 위하여 필요한 사항을 규정할 때 대통령령·총리령·부령 및 훈령·예규·고시등 행정규칙이 제정 또는 개정된 때에는 7일 이내에 이를 국회에 송부하여야 한다”고 규정함으로써 국회에게 ‘행정입법’에 대한 최소한의 통제수단을 부여하였으나 단순히 국회송부만을 의무화했을 뿐 그 이상의 법적 효과는 결부시키지 않았다. 따라서 이들 법률하위명령이나 행정규칙에 대한 통제는 결국 국회의 정치적 통제 또는 법률개정을 통한 위임의 철회에 의해서만 이루어질 수 있다는 점에서 근본적인 제도개선이 이루어진 것이라고는 보기 어렵다.

법치주의의 실현을 위한 또 하나의 법정책적 실천전략은 행정쟁송제도를 개혁하기 위한 입법적 노력을 경주하는 데 있다. 여기서는 행정쟁송이라는 권리보호의 수단(Vehikel)이 실제법의 발전을 촉발시켜 법치주의를 충전시키는 계기가 될 수 있다는 사실이 고려되어야 한다. 무엇보다도 위법·부당한 행정조치에 대하여 효과적이고 공백없는 권리구제 (lückenloser Rechtsschutz)를 가능케 할 행정심판법

및 행정소송법의 개혁이 급선무이다. 특히 의무이행소송, 가처분제도 등 행정의 부작위·태만을 시정할 수 있는 적극적인 쟁송수단을 도입하여야 한다. 의무이행소송의 準代替財로 도입된 부작위위법확인소송은, 판례와 다수설에 따를 때, 「행정의 의무이행을 관철시키기 위한 소송방법」이라고 하기에는 많은 문제점과 한계를 지니고 있다.<sup>7)</sup> 거부처분에 대한 취소소송 역시 승소판결을 얻어도 행정청이 당초와 다른 이유를 들어 재차 거부처분을 할 수 있는 가능성을 배제하지는 못한다. 일본과 달리 우리 나라는 가히 ‘소송국가’(Prozeßstaat)라고 해도 무방할 만큼 권리구제의 수요가 폭주하는 나라가 되었는데, 일본이 20여년전에 도입한 부작위위법확인소송을 답습한 뒤 14년이 흐른 뒤에도 한 걸음도 나아가지 못했다는 사실을 반성할 필요가 있다. 아울러 1951년 제정이래 근 반세기 동안 일본 국가배상법을 거의 그대로 답습하고 있는 현행 국가배상법의 개혁과 손실보상에 관한 법제정비를 위한 논의가 이루어져야 할 것이다.<sup>8)</sup>

둘째, 국회의 국정통제기능은 그 입법권약화 경향에 비추어 국가가 가장 역점을 두고 확충해 나가야 할 전략적 부문이다. 이를 위해서는 무엇보다도 주요 국가기관구성원에 대한 인사청문회를 제도화하는 방안, 국정감사 및 조사기능을 강화·합리화는 방안 등 보다 근본적인 국회법과 제도개혁을 단행할 필요가 있다.

이 모든 문제는 그 동안 제도화된 행정국가의 틀 속에서 유지되어 온 권력구조의 왜곡을 시정하여 국회의 위상을 재정립하는 문제와 직결되어 있다. 국가가 그 입법 및 국정통제기관으로서의 지위와 권한을 회복할 때 비로소 정당과 정부에 대한 관계도 제대로 정립될 수 있을 것이기 때문이다. 국회는 이러한 목표를 다름아닌 그 헌법상 권한을 행사함으로써 달성할 수 있다.

## 2) 行政府

법치주의의 실현을 위한 법정책적 전략은 무엇보다도 법과 행정의 관계에 대한

7) 한편 대법원은 「행정소송법 제 3 조와 제 4 조가 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송을 규정하고 있을 뿐 행정청의 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행소송에 관하여는 규정하고 있지 아니하여, 행정청의 위법 또는 부당한 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 청구하는 소송을 허용하지 아니한 것이, 국민의 재산권을 보장한 헌법 제23조에 위배된다고 볼 수 없다」고 판시한 바 있다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92누13929판결).

8) 이상 행정구제법의 과제에 관하여는 拙稿, “行政法 50년과 行政救濟法”, 「憲政 50년과 2000년의 課題」, 아세아·태평양 공법학회 1998년 학술대회 자료집, 1998. 7. 14, pp. 63-67을 참조.



인식의 전환으로부터 출발한다. 한국법치주의의 역사적 교훈은 행정의 법으로부터의 일탈과 국회에 대한 행정부의 사실상 우위가 반드시 행정효율성을 증대시키는 것은 아니라는 사실이다. 그 동안 일상화된 법의 도구화현상과 처벌·통제 중심의 법사용의 결과 법에 대한 불신이 확산·고착됨으로써 행정이 법적 수단을 사용하거나 적법한 범위 내에서 법적 조치를 취할지라도 필요한 국민의 신뢰와 순응을 획득하지 못해 결국 정부의 정당성위기를 초래할 수 있다는 사실은 1960년대부터 30여년간 지속된 군사정권의 경험을 통해 충분히 증명되었다.

이러한 관점에서 행정부가 그 동안 국회에 대해 견지해왔던 자세에 대한 근본적인 반성이 필요하다. 법치주의는 '법률에 의한 행정'을 통한 행정의 정당화로 끝나는 것이 아니라 '법률에 의한 행정권력의 제한'을 요구하며, 이 두 가지 요소가 균형있게 실현될 때에 비로소 행정의 목표도 효과적으로 달성될 수 있다. 행정부는 이러한 법치주의의 권력제한적 측면을 정정당당하게 인식하고 권력분립의 게임에 참가하려는 의지를 가져야 할 것이다.

## 2. 行政法적 차원에서 法治主義의 實現을 위한 法的 實踐

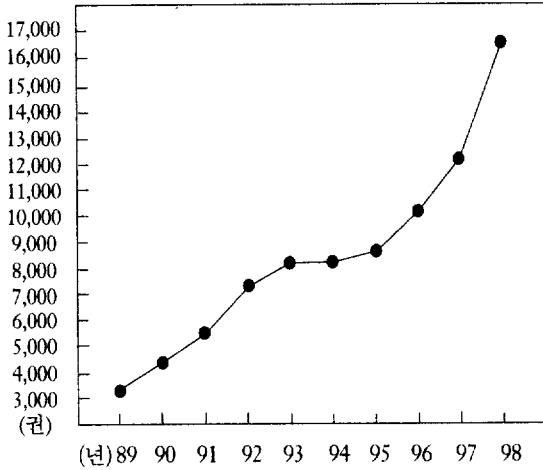
### 1) 法現實的 環境의 變化

#### (1) 國民의 權利意識 強化: 行政爭訟의 持續的 增加

우리 나라는 일본처럼 소송회피적 법문화(*Streitvermeidungskultur*)<sup>9)</sup>가 아니라 오히려 쟁송불사적 법문화(*Streitsbereitschaftskultur*)에 해당한다. 특히 정부나 지방자치단체, 행정기관 등 공공기관에 대한 쟁송이 지속적으로 증가하는 경향을 보여왔다.

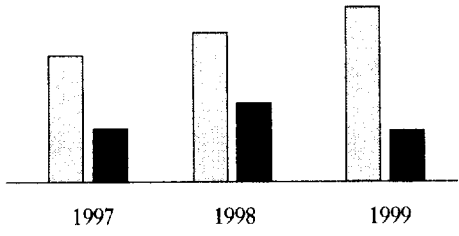
민주화가 진전됨에 따라 실력적 강제, 검찰·경찰 등을 통한 권력적 개입 등 권위주의적 사회통제수단들이 퇴조하고 있다. 또한 비정부 시민단체들(NGO, NPO, CSO, CBO)의 활동이 활발해지고 있는 가운데, 이들 시민단체들 일부를 중심으로 공익변호사활동, 공익소송이 활성화되는 경향이 나타나고 있다. 아울러 이들 비정부 시민단체들의 활동은 2000년 4월 13일 총선을 둘러싸고 전개되었던 낙천·낙선운동에서 나타난 바와 같이 비교적 폭넓은 언론 등 사회여론의 지지를 받을 수 있었다.

9) Tokiyasu Fujita, "Streitvermeidung und Streiterledigung durch informelles Verwaltungshandeln in Japan," *NVwZ*, 1994, 133ff.



행정소송(본안)사건의 추이-접수  
 (http://www.scourt.go.kr/99statistic/images/t99-d22.gif)

<the number of resolutions processed by the Administrative Appeals Commission under the Prime Minister>



□ the number of cases handled ■ the number of cases accepted

(2) 행정과 시민 관계의 변화

일반주민들이 자발적으로 행정계획이나 결정에 반대하는 운동을 전개하는 경향이 확대되고 있다. 가령 일산, 부천, 분당, 서울 등지에서의 러브호텔 반대운동이나, 주로 법적 대항능력을 갖춘 대기업들을 중심으로 정부의 구조조정, 비법적 간섭 및 규제 관행 등에 대한 법적 저항이 일어나고 있는 것이 그러한 예이다.

2) 行政法的 實踐戰略

행정법적 차원에서 이러한 권력분립의 미학을 실현하기 위한 두 가지 핵심전략은 첫째, 법형성과정에 대한 참여의 계기를 증진시키고, 둘째, 법과정에 대한 '아래로부터의 압력' (pressure from below)을 제도적으로 흡수하는데 충분한 쟁송

수단과 쟁송범위를 확대하는 데 있다. 첫째 전략은 주로 입법과정에 대한 비정부 단체(NGO) 또는 시민단체(CSO)의 참여를 확대하는 데 초점을 맞추는 것이지만, 참심제(Laienrichter or Schöffen)나 집단소송(class action or Verbandsklage)처럼 사법과정에 대한 참여의 기회를 부여하는 제도의 도입이나 입법형성적 효력을 가지는 헌법소원등의 제기, 또는 시민단체에 의한 사법감시 등 환류과정(feedback)을 통해 법형성에 영향을 미치는 방식으로도 구체화될 수 있다. 한국에 있어 입법과정에 대한 시민참여는 정보공개법이나 행정절차법, 개인정보보호법, 정보통신망이용에 있어 개인정보보호법,<sup>10)</sup> 혐오시설 또는 환경관련시설의 입지선정 및 설치에 대한 주민들의 의견수렴 및 지원을 위한 각종 법률의 제정 등 주로 행정의 투명성, 행정에 대한 시민들의 접근성을 제고하기 위한 개혁적 입법을 통해 가장 두드러지게 나타나고 있다. 두 번째 전략은 주로 행정에 대한 쟁송(suing government)을 통해 경직화된 우려가 있는 제도화된 행정국가의 대민접점을 법치주의로 통제함으로써 그 반응성(responsiveness)을 제고하는 방안이다. 사법과정이 법치주의가 구체적으로 실현되는 미시적 메카니즘이라면 행정소송이나 행정심판을 통해 위법한 행정결정을 취소시키거나 그로 인한 배상책임을 관철시키는 것이야말로 법이 행정을 규율하도록(Law governs the Government) 만드는 가장 효과적인 방법이라 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 한국 법치주의의 현실은 입법과 사법 양면에 걸쳐 현저한 발전을 이룬 것으로 평가된다. 특히 1990년대초부터 위로부터의 개혁과 아래로부터의 압력이라는 양방향적 벡터(vector)에 힘입어 다수의 행정개혁입법이 관철되었을 뿐만 아니라 시민들의 법이용 및 사법적 법형성면에서 역동적인 발전이 이루어지기 시작했다기 때문이다. 그러나 이 같은 긍정적인 변화에도 불구하고 아직도 많은 과제들이 남아 있다. 그 중 가장 중요한 것을 세 가지만 든다면, 첫째, 주요한 행정개혁입법들이 그 실효성면에서 아직 기대에 걸맞는 법적 실천의 변화를 가져오지 못하고 있다. 그 대표적인 예가 행정절차법이다. 행정과 시민 관계를 법적으로 재규범화하는 법제도들의 실효성을 제고하기 위한 행정적·입법적 노력과 이를 위한 시민사회의 관심과 실천이 필요하다. 행정절차법은 행정과 시민간의 관계를 원활하게 만들고, 행정과정을 정규화함으로써(regularisation), 행정분쟁을 예방 또는 감소시키고, 신뢰행정과 행정의 안정성을 실현시키는 동시에, 행정-시민 관계를 민주주의의 요청에 맞게 재구축할 수 있는 유용한 제도적 수단이다. 그러나 일선행정공무원들의 행정절차법에 대한 인

10) 최근 정보통신망이용촉진등에관한법률개정법률안이 국회에 상정되었다.

식은 그 동안 간헐적으로 법제처 등을 중심으로 한 중앙행정기관 차원의 교육이 실시되었음에도 불구하고 여전히 낮은 수준에 머물러 있다는 것이 지배적인 의견이다.<sup>11)</sup>

특히 일선 공무원들의 의식은 행정절차법상 요구되는 행정절차를 행정의 능률을 저해하거나 불필요한 격식 정도로 생각하는 경향이 강하다. 행정절차를 통해 기대되는 장기적인 효과보다는 그로 인한 단기적인 불편을 더 많이 느끼고 있는 것이다. 행정절차법의 시행으로 별반 달라진 것이 없다는 평가가 비단 국민뿐만 아니라 일선 공무원의 입을 통해서도 토로되고 있는 소이도 바로 거기에 있다. 이처럼 행정절차법에 대한 저조한 인식수준은 법의 실효성을 담보할 장치가 결여되어 있다는 점, 기왕에 시행되던 제도들을 별반 바꾸지 않은 채 다시 법제화한 데 불과한 부분이 적지 않다는 점, 반면 행정절차법의 제정으로 종래 개별법 차원에서 실시하도록 되어 있었던 행정절차의 내용이 바뀌었음에도 불구하고 실무상의 편의나 그 밖의 이런 저런 사유를 들어 기존의 관행을 그대로 고수하려는 경향이 있다는 점 등 다양한 요인들에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그러나 무엇보다 중요한 원인은 행정절차법의 제정 전이나 그 시행을 위한 준비기간 동안 예상되는 문제점이나 애로에 대한 충분한 검토가 이루어지지 못했고 또 일선 행정의 상황을 고려한 실질적인 시행준비작업과 이를 위한 교육이 제대로 실시되지 못했다는 데 있다. 이 점은 정부가 행정절차법의 시행을 위한 준비작업에 얼마나 예산을 배정했는지를 살펴보면 분명히 드러날 것이다. 법제처의 경우 행정절차법 시행을 위한 지침서를 만들어 보급하고 지방자치단체에게 행정절차법에 대한 교육을 실시하는 등 노력한 흔적이 있지만, 그 밖의 중앙행정기관 차원에서의 정책적 배려는 거의 이루어지지 않았다고 해도 과언이 아니다. 일반 국민의 행정절차법에 대한 인식수준은 일선 행정공무원들의 그것보다도 훨씬 낮은 수준에 머물러 있다. 도대체 행정절차법이 제정되어 시행되고 있다는 사실조차 알지 못하는 사람도 적지 않을 뿐 아니라 어느 정도 법적 지식을 가지고 있는 사람들도 행정절차법이 과연 행정과 국민간에 현실적으로 어떠한 의미를 지니고 있으며 또 어떠한 변화를 가져왔는지를 잘 알지 못하고 있다.<sup>12)</sup>

그러나 서서히 행정절차법 시행의 법적 효과가 나타나기 시작했다. 대한생명에

11) 행정절차법의 시행실태에 관한 체계적이고 본격적인 조사연구는 아직 찾아보기 어렵다. 비교적 최근의 조사결과로는 박경귀, “행정절차제도의 운영실태 분석과 개선방안,” 「한국행정학보」 제33권 제3호, 1999. pp.129-143을 참조.

12) 洪準亨, “행정환경의 변화와 행정절차법의 과제,” 행정자치부, 「행정절차제도」 운영워크샵(2000.9.26 - 9.27), 자료집, pp.21-37.

대한 금감위의 부실금융기관지정 및 자본금감소처분에 대한 서울행정법원의 취소 판결<sup>13)</sup>이나 사전통지 및 의견제출 절차를 거치지 않은 불이익처분을 취소한 대법원 2000. 11. 14. 선고 99두5870판결은 그 대표적인 사례들이다. 그러나 행정적 차원에서는 아직도 행정조직 및 공무원들의 준비 및 대응이 불충분한 상태에 머무르고 있다. 특히 행정절차법에 대한 인식의 전환과 적극적·능동적 시행의지를 엿보기 어렵다. 이러한 문제점을 시정하기 위해서는 행정조직 내부역량을 강화하고 조직문화를 혁신하며, 특히 기관장 및 중간관리층의 역할을 제고하는 것이 중요하다. 아울러 행정절차의 제도시행 경험을 축적함으로써 이를 통한 행정과정의 합리화·개선을 모색해 나가려는 진취적인 자세가 요구된다.

둘째, 현행 행정쟁송제도에 남아 있는 권리구제의 애로 요인들을 전향적으로 해소해 나가는 입법적 실천이 필요하다. 앞에서 지적한 바와 같이, 행정상 의무 이행소송의 도입, 원고적격(standing to sue), 처분성 등 행정소송의 이용조건을 확대한다든가, 행정소송상 집단소송제도, 대체적 행정분쟁해결(ADR) 등 효과적인 분쟁해결수단의 도입 등과 같은 제도개선이 그 예이다. 이들 제도의 개선 또는 도입은 주로 입법적 차원에서 이루어져야 할 것이지만, 사안에 따라서는 판례변경 등을 통한 사법적 해법이 가능하고 또 합리적인 경우도 있을 수 있을 것이다. 끝으로, 법치주의를 위한 행정조직의 재편성 또는 재구조화가 필요하다. 이것은 종래 단기적·제량적인 능률성 중심으로 구성되었던 행정조직을 합법성과 장기적·가치론적 능률성의 요소에 의하여 확장된 새로운 행정이념, 즉 '합리화된 법치주의'(rationalized Rule of Law)에 의거하여 재구성하는 방법이다. 이를 위하여 오늘도 3분의 1이상의 시간을 다양한 형태의 법령과 씨름하고 있으면서도 그러한 업무수행을 위한 별도의 훈련조차 제대로 받지 못하고 있는 공무원들의 교육, 법무담당관직의 내실화, 변호사자격소지자들의 공직참여의 확대, 법령이나 정책의 법적 영향분석(legal impact analysis)의 제도화, 행정과정의 정규화 등 많은 과제들이 제기되고 있다.

## IV. 맺는 말

법치주의는 우리가 추구해야 할 법적 가치질서(Wertordnung)의 목표이자 21세

13) 서울행정법원 1999년 8월 31일 선고 99구23709, 99구23938(병합), 99구24160(병합) 판결(부실금융기관결정등처분취소).

기에 살아남기 위한 관전이다. 우리보다 남이 오히려 우리의 사정을 더 소상히 알고 있는 상황에서 법치주의는 더 이상 다른 나라의 간섭이 배제되고 고작해야 개별 국가의 정치적·법적 문명 수준을 가늠해주는 ‘內政의 公序’ (ordre public) 만은 아니다. 그것은 글로벌 공간에서 탈경계·실시간으로 이루어지는 국가, 기업, 개인간의 전방위적 교섭과 거래를 위한 교역조건 일부가 되고 있다. 지구 표준으로서 보편적 범주를 획득하기 시작한 법치주의는 이제 더 이상 ‘아시아적 가치’ (Asian Values)나 ‘한국적 특수성’ 이니 하는 논리로 외면할 수 없는 실천성이 되었다. 물론 법치주의는 지구표준(global standard)이지만 각국의 정치사회적 환경을 무시하고 무차별적으로 강요되는 획일적인 규격은 아니다. 그것은 한국적 변용이 가능한, 문자 그대로 표준이다. 그러나 정작 중요한 것은 쉰든 좋은 법치주의의 보편적 요구를 실현시킬 국법질서를 구축하는 일이 21세기 지구촌에 살아남기 위한 실존의 시련이 되었다는 사실이다. 법치주의의 토대가 되는 권력 분립의 동학, 즉 헌법적 틀 안에서의 권력간의 상호견제와 균형은 단지 정치적인 민주주의의 요청만은 아니다. 그것은 이미 21세기의 격랑을 헤쳐나가는데 필요한 국가경쟁력의 요인이 되어 있다. 21세기의 새로운 환경에서 요구되는 국회와 행정부간의 관계는 권력간의 분리와 절연이라는 정학(statics)이 아니라 권력간의 적극적인 견제와 균형이라는 동학(dynamics)에 의해 형성되어야 한다. 국회에 대한 행정부의 견제는 물론 행정부에 대한 국회의 견제, 행정과정에 대한 사법적 통제의 효율화, 헌법재판기능의 활성화 등을 통해 비로소 적극적이고 역동적인 실천적 균형이 이루어질 수 있어야 국가의 대내외적 적응력이 극대화될 수 있기 때문이다. 이러한 권력분립의 미학을 실현시켜 나가기 위해서는 집행권우위의 권력분립 메커니즘을 대체할 새로운 질서형성요인으로서 법의 역할을 재발견할 필요가 있다. 물론 제도화된 행정국가는 헌법에 의해 주어진 조건이므로 이를 교정하기 위해서는 헌법개정이 필요할 것이다. 그러나 그 보다 우선적으로 요구되는 당면과제는 국회와 행정부, 사법부간의 관계를 역동적인 견제와 균형의 그것으로 재구축하는 일이다. 제도화된 행정국가에서 이들간에 ‘조용하고 일사분란한 명령 계통’을 강조하는 것은 한 때 국정지능화를 위해 기여했는지 모르지만, 개방성과 투명성이 강요되는 새로운 질서하에서는 오히려 정치적 형성의 장애요인이 된다는 것을 인식할 필요가 있다. 이러한 장애를 ‘역동적인 권력간의 견제와 균형’으로 풀어야 할 때가 되었다.

## 참고문헌

- 丘秉朔외, 「한국법학의 회고와 전망」, 법문사, 1991.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1994.
- 김철수, 「헌법학개론」 第7全訂新版, 박영사, 1995.
- 김철수, 「헌법학개론」 第10全訂新版, 박영사, 1998.
- 박찬욱, “한국의회정치의 특성,” 「의정연구」, 한국의회발전연구회, 1995, pp. 14-38.
- 朴秉濠, “法治主義 實現에의 歷史的 敎訓,” 「法制研究」 創刊號: 12-31, 1991.
- 俞鎮午, “한국의 법제와 법학,” 「헌법과 현대법학의 제문제」(玄民俞鎮午博士古稀 紀念論文集), 一潮閣, 1975, pp. 493-502.
- 崔大權, 「사례중심 헌법학」, 박영사, 1997.
- 허영, 「헌법이론과 헌법」(下), 박영사, 1988.
- \_\_\_\_\_, 「한국헌법론」, 박영사, 1998.
- 홍준형, “법의 지배와 마르크스주의 법이론에 관한 연구,” 「亞州社會科學論叢」, 1987, pp. 93-135.
- \_\_\_\_\_, “법치주의의 좌절과 법적 허무주의의 극복 - 한국행정법학의 반성과 과제-,” 「법과 사회」 제 7 호: 97-132, 1993.
- \_\_\_\_\_, “정치개혁과 개혁입법 - 14대 국회의 평가,” 「의정연구」 통권 제 2 호: 136-176, 한국의회발전연구회, 1996.
- \_\_\_\_\_, “韓國行政法에 있어 法治主義의 試鍊과 課題,” 제 1 회 한국법학자대회 제 1 분과 발표논문, 1998.
- \_\_\_\_\_, “行政法制的 變遷 - 그 評價와 展望 - (政府樹立 50週年紀念 - 한국법제의 평가와 전망(1)),” 「法制研究」 제14호, 1998, pp. 130-157.
- \_\_\_\_\_, “行政法 50년과 行政救濟法,” 「憲政 50년과 2000년의 課題(아·태공법학회 학술대회자료집)」, 1998, pp. 44-68.
- \_\_\_\_\_, “행정과 법,” 강인제·이달곤외 공저, 「한국행정론」, 대영문화사, 1998, pp. 103-146.

Ahn, M.S., “The Korean Way of Administrative Reform: The Case of the Kim Young Sam Administration,” in Cho, Y. and G. Frederickson, eds., *The White House and The Blue*

- House, Lanham: University Press of America, 1997.
- Choi, Byung-Sun, "Recent Administrative Reform in Korea: A Preliminary Assessment," *Korean Journal of Policy Studies*, Vol. 8, Graduate School of Public Administration, Seoul National University, 1994.
- \_\_\_\_\_, "From Euphoria to Atrophy: The Politics of Recent Economic Reform in Korea," *Korean Journal of Policy Studies*, Vol. 10: 21-48, Graduate School of Public Administration, Seoul National University, 1995.
- Clifford, Mark, *Troubled Tiger: Businessmen, Bureaucrats and Generals in South Korea*, Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe, Inc. 1994.
- Ghai, Y., "The Rule of Law, Legitimacy and Governance," *International Journal of Sociology of Law*, Vol. 14, Academic Press, 1986.
- Ginsburg, Tom, *Dismantling The Developmental State? Administrative Procedure Reforms in Japan and Korea*, Paper presented at the Conference on Legal Reform and Socio-Legal Change in Japan, at Boalt School of Law, November 4-5, 1999.
- Hager, Barry M., *The Rule of Law, A Lexicon for Policy Maker*, The Manesfield Center for Pacific Affairs, 1999.
- Hahn, Sung Deuk, Kim Kwang Woong, "Institutional Reforms and Democratization in Korea: The Case of Kim Young Sam Administration, 1993-1998," *Governance* 12(4), 1999.
- Hahn, S.D, C. Plein, "Institutions and Technological Development in Korea: The Role of the Presidency," *Comparative Politics* 27: 55-76, 1995.
- Hong, J.H., "Rule of Law and Law Reform in Korea," Paper presented at Annual Meeting of Research Committee on Sociology of Law, International Sociological Association (August 1-4, 1995 Univ. of Tokyo), 1995.
- \_\_\_\_\_, "The Rule of Law and Its Acceptance in Asia: A View from Korea," *Asia Perspectives* December, 1999, pp.11-18.
- \_\_\_\_\_, *Casebook Administrative Law*, Doosung-Sa, 1999.
- \_\_\_\_\_, "Rule of Law and Law Reform in Korea," *Korean Journal of Policy Studies*, Vol. 10, Graduate School of Public Administration, Seoul National University, 1995, pp. 49-79.
- \_\_\_\_\_, "Ordeals and Tasks of the Rule of Law in Korean Administrative Law," Presentation for the Session 1. at the 1st Korean Conference of Legal Scholars, 1998a.



- \_\_\_\_\_, "The Relationship between National Assembly and Judiciary in Korea," *Korean Journal of Legislative Studies*, No. 2 Winter, 1988b, pp. 30-53.
- \_\_\_\_\_, "Administrative Law in the Institutionalized Administrative State," *Recent Transformations of Korean Law and Society*, Seoul National University Press, 2000.
- Hunt, A., *The Sociological Movement in Law*, Macmillan, 1978.
- \_\_\_\_\_, "Explorations in Law and Society," *Toward a Constitutive Theory of Law*, Routledge, 1993.
- Jung, Yong-duck, "Administrative Reorganization in the Strong State: The Case of the Kim Young Sam Regime," Paper Presented at the Joint Symposium of ASPA and KAPA (Government Reform in Korea and the United States), San Francisco, February 21-22, 1997; in shortened form, in Y. Cho and G. Frederickson (eds.), *The White House and the Blue House: Government Reform in the United States and Korea*. Lanham, Maryland: Univ. Press of America, 1997, pp. 89-110.
- \_\_\_\_\_, "Globalization, Domestic Political Economy, and the Institutional Persistence of the Developmental State in Korea," Paper presented at the IPSA Structure and Organization of Government Conference (the impact of globalization on governance), University of Wisconsin, Madison, April 22-24, 1999.
- \_\_\_\_\_, "Administrative Reform in Korea: A Historical-Institutional Perspective," *Korea Journal*, 39(2), 1999, pp. 5-22.
- Kang, S.T., "Characteristics of the Civilian Government Administrative Reform (in Korean)," *Korean Journal of Public Administration* 33(2), 1995, pp. 39-57.
- MacCormick, D.N., "Der Rechtsstaat und die rule of law," *Juristenzeitung*, 1984, 65ff.
- Moon, M.J., P. Ingraham, "Shaping Administrative Reform and Governance: An Examination of the Political Nexus Triads in Three Asian Countries," *Governance* II (1), 1998, pp. 77-100.
- Presidential Commission on Administrative Reform, *Administrative Reform in Korea: In Search of New Paradigm*, Seoul, 1995.
- Przeworski, A., *Democracy and Market*, New York: Cambridge University Press, 1991.
- Rosenbloom, D.H., "Evolution of Administrative State, Transformations of Administrative Law," *Handbook of Regulation and Administrative Law*, Marcel Dekker, Inc., 1994.
- Rosenbloom, D.H., O'Leary, R., *Public Administration and Law*, 2nd ed., Marcel Dekker, Inc., 1997.

Selznick, Philip, Nonet, Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper & Row, 1978.

Thompson, E.P., *Whigs and Hunters: the Origin of the Black Act*, Pantheon Books.

Yoon, D.K., *Law and Political Authority in South Korea*, Westview Press & Kyungnam University Press, 1990.