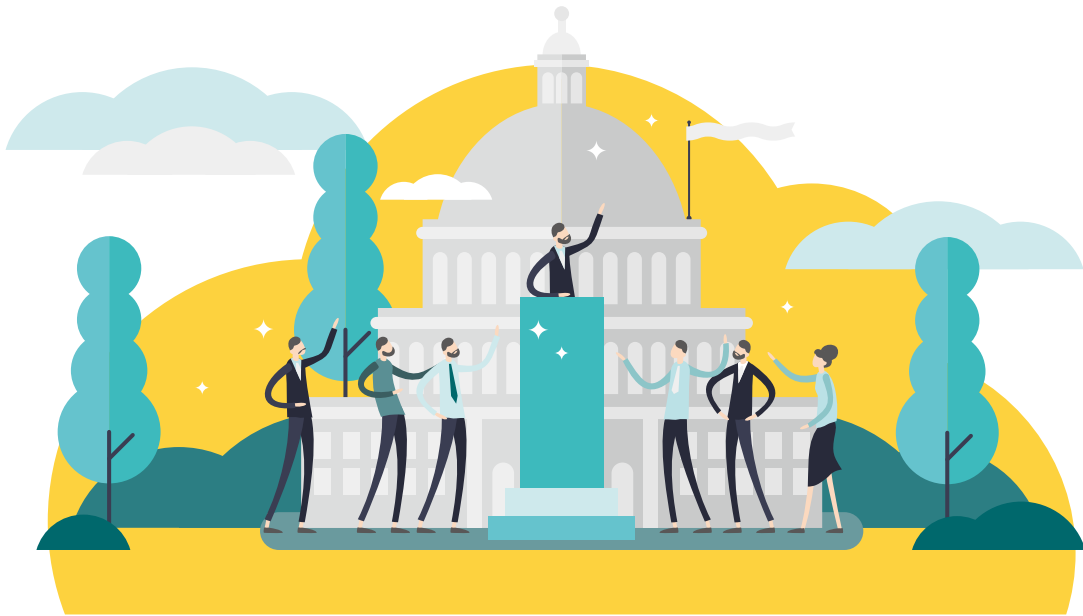


國家再構造化와 再造山下의 출발로서의 行政基本法の 制定

법치주의가 제대로 기능하지 않는 곳에선 자칫 민주주의가 사이버 거품민주주의로 전락할 우려가 있다.
민주주의가 새롭게 다가온 이상, 관헌국가적 전통에서 벗어나 국민을 중심에 그리고 국가보다 앞세우는 것을
바탕으로 공법시스템을 완전히 새로이 정립하여야 한다.

김중권(중앙대학교 법학전문대학원 교수, 한국공법학회 고문)



Ⅰ. 처음에-민주적 법치국가 원리의 철저한 복원이자 미래지향적 적폐청산의 문제인식¹

지난 대선의 으뜸의 화두는 '적폐청산'과 '제4차 산업혁명'이고, 문재인 정부의 정책기조는 이에 기반을 두고 있다. '적폐청산'이란 잘못된 제도나 부정^{주표} 따위를 바로잡아 고치는 것, 즉, 광정^{匪표}이다. '적폐청산'의 본질과 목적을 검토할 필요가 있다. 규범과 제도의 차원에서 보면, 적폐란 으뜸의 기본 질서인 민주적 법치국가 원리가 제대로 구현되지 못하는, 매우 비정상적 상태 전반을 의미한다. '적폐청산'은 이런 비정상적 상태를 정상 상태로 바꾸는 것이다(본래 의미의 '비정상의 정상화'). '적폐청산'은 다른 아닌, 훼손된 민주적 법치국가 원리의 철저한 복원이다. '적폐청산'이 그 목적인 민주적 법치국가 원리의 철저한 복원에 이르지 않으면, 그것은 '비정상이 정상화'되는 것을 의미하는 역설적인 '비정상의 정상화'를 야기할 우려가 있다.

법은 국가의 長命靈藥^{생령수, Lebenselixier}에 해당하며, 법적 정당성은 모든 국가활동의 전제가 된다. 법치국가적 활동의 지도원칙^{Leitmaxime}은 합理性이다. 보다 자세히 말하자면, 입법과 법률집행의 가치 합리적인 불변성 및 목적합리적인 정연성이 그에 해당한다.² 법치국가는 법과 합리성을 통해서, 자신의 활동을 사전엔^{ex ante} 예상가능하게, 사후엔^{ex post} 통제가능하게 만든다. 그런 식으로 규율되어 있을 때, 법치국가는 억제(제어)된 개입권력일 뿐만 아니라, 개인에게 유리한 보호권력 즉, 개인적 인간존엄성, 자유, 재산권 그리고 주관적 권리에 관한 보장자이기도 하다.³

1. 필자는 일찍부터 행정기본법제정의 필요성을 역설하였다. 이 글은 그동안 발표한 글에서의 주장을 정리하고, 수정한 것이다. 참고문헌: 김중권, 행정법의 危機이나, 행정법학의 委棄이나?, 제39회 한국행정법학회 정기학술대회 2018. 12. 15. 발표문; 공공법제, 21세기에 맞게 현대화해야, 매일경제신문 2017. 2. 10.; 법(행정법)의 현대화를 통한 규제개혁, 안암법학 제45호(2014.9.30.), 71면-115면; 行政節次法の 改革을 위한 行政處分(行政行爲) 規定의 整備, 행정법학 제5호, 2013.9., 219면-238면; 21세기 국가모형을 위한 행정기본법의 제정에 관한 소고, 법률신문 제4078호(2012.11.8.); 김중권/김영수, 21세기 국가모형을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁, 공법연구 제41집 제3호 2013.2.28., 29-49.

2. Breuer, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratiegebotes, Festgabe 50 BVerwG, 2003, S.223(228).

3. 김중권, 행정법 제3판, 2019, 80면.

4. 김중권, 언제까지 일본식 관헌국가적 전통을 따를 것인가, 경향신문 2019.3.4.

성공적인 '적폐청산'을 위한 선결과제는 민주적 법치국가 원리에 관한 확고한 이해와 철학이다. 법치국가는 법과 합리성을 통해서, 자신의 활동을 사전엔 예상가능하게, 사후엔 통제가능하게 만든다. 민주적 법치국가 원리는 국민의 주체적 지위를 확고히 하는 것을 전제로 한다. 민주적 법치국가 원리에 철저할 때, '적폐청산'은 정당화되고, 거부할 수 없으며, 나아가 반발의 움직임 역시 효과적으로 누그러뜨릴 수 있다. 민주적 법치국가 원리의 심각한 훼손으로 인해 '적폐청산'이 대선의 화두가 된 것은 사실 국가적 불행이다. 민주적 법치국가 원리의 철저한 복원을 위해서는 '적폐청산'을 국정농단의 차원을 넘어 전체 국가시스템의 차원에서 바라볼 필요가 있다.

Ⅱ. 현행 행정법제에 대한 자기비판

1. 연원인 일본식 관헌국가적 바탕의 문제⁴

대한민국의 정부수립에 따라 정부조직법이 제1호 법률로서 제정되어(1048.7.17.) 우리의 공공법제가 만들어져 운용된 지 70년이 지났다. 기왕의 공공법제는 관헌(관치)국가적 전통에서 행정을 공권력의 주체로, 국민을 행정의 객체로 설정하여 구축되었다. 가령 대부분의 행정법규정이 "... 를 하고자 하는 자는 ... 허가를 얻어야 한다."는 식으로 허가 여부를 행정청의 의무인지 재량인지 불분명하게 둬으로써, 국민은 행정처분이 이뤄지지만 기대할 뿐이고 그저 수동적 존재에 불과하다. 우리 법제도는 대부분 일본을 본뜬 것이다. 일제강점을 겪고 근대 법제도의 대부분이 그들에 의해 강제적으로 이식을 당한 우리로선 광복 이후에 국가체제를 만들고 운용하는 데 있어서, 특히 제3공화국 시대에 급속한 근대화와 산업화를 위해, 익숙한 일본의 법제도를 본보기로 삼아 국가의 기간 법제도를 마련할 수밖에 없었다. 우리 행정법이라 하지만, 실은 그 뿌리가 일본 행정법이다.

후발국가가 앞서가는 국가를 벤치마킹하는 것은 자연스러운 현상이므로, 일본의 행정법이 우리 행정법의 모델이 된 것 자체를 비난하기는 어렵다. 우리와 일본이 국가시스템과 역사적 전통에서 매우 다름에도, 근본적인 차이점이 간과된 채 별다른 이론의 제기 없이 이런 차용의 결과가 기정사실로 받아들여졌으며, 우리의 고유한 것이 되어 버렸다. 문제는 여기에 있다. 일본 공법은 한 세기 전의 메이지 헌법 시대에 대륙법, 대표적인 관헌국가인 프로이센의 공법을 모범으로 삼았다. 현재 일본 헌법질서의 연원이 된 메이지 헌법은

일왕(천황)주권을 바탕으로 국민이 아닌 신민을 통치 대상으로 하면서 관료를 그 매개체로 한 가부장적 국가시스템을 채용하였다. 외견적 입헌제이기에, 일본에서 관헌(관치)국가적 공법시스템은 피할 수 없는 운명이다.

그런데 임시정부가 1919년 4월 11일 제정한, 임시정부 최초의 헌법문서인 ‘대한민국임시헌장’ 제 1 조는 ‘대한민국은 민주공화국으로 함’이라고 규정하고 있으며, ‘대한민국임시헌법’(1919년 9월 11일) 역시 주권재민을 규정한다(제 1 조). 한 세기 전에 우리 선조들은 국권이 상실 된 와중에도 국가의 근본이 민주공화제임을 표방하였다. 이는 동시대에 이는 일본뿐 아니라, 중국의 수많은 헌법문서들 가운데서도 유례는 찾아볼 수 없는 독창적인 형식과 내용이라고 한다.⁵ 임시정부가 지향한 민주공화제의 참뜻이 제헌헌법은 물론 현행 헌법에까지 이어진다고 할 때, 공법시스템 전반에 드리운 일본의 관헌국가적 전통을 제거해야 하는 것은 자명한 이치이고, 현 세대의 책무이다.

촛불집회를 계기로 광장의 민주주의가 현실이 되어 과거의 권위주의체제가 급속히 해체되고 있다. 민주주의가 제대로 구현되지 않는 법치주의는 자칫 그릇된 법실증주의나 명목상의 그것으로 전락할 우려가 있고, 아울러 법치주의가 제대로 기능하지 않는 곳에선 자칫 민주주의가 사이버 거품민주주의로 전락할 우려가 있다. 민주주의가 새롭게 다가온 이상, 관헌국가적 전통에서 벗어나 국민을 중심에 그리고 국가보다 앞세우는 것을 바탕으로 공법시스템을 완전히 새로이 정립하는 것이 진정한 국일호이다.

2. 행정작용의 기본매뉴얼의 부재

국가시스템의 기본인 공공(행정)법제의 치명적인 문제점은 행정작용의 기본매뉴얼에 해당하는 행정기본법이 없다는 점이다. 민법이나 형법과 같은 다른 법영역과는 달리 공공법제의 경우 총론에 관한 기본법전이 없어서 체계적, 통일적인 법집행을 처음부터 기대할 수 없다. 가령 허가와 같은 행정행위를 행정청이 취소나 철회할 경우에 그 기준과 효과가 개별법, 판례와 문헌상의 논의에 의거하며, 또한 어떤 행정행위가 위법하게 발해진 경우 그것이 무효사유에 해당하는지 아니면 단순 위법사유에 해당하는지 역시 전적으로 판례에 의해 좌우되곤 한다. 국민의 법적 지위가 입법상의 구체적 기준보다도 판례와 행정관행에 의해 결정적으로 가늠이 된다는 것은 법치국가원리가 지향하는 예측가능성을 심각하게

훼손한다.⁶ 특히 민주화이후 국가에 대한 항변이 폭발적으로 증가하여 다른 국가에 비해 행정사건이 폭증하였다. 그에 비례하여 현행 행정법제에 대한 개선 역시 강하게 강구되었다. 즉, 법제처가 2006년부터 야심차게 진행한 ‘알기 쉬운 법령 만들기 사업’으로 모든 법률의 한글화와 문장과 용어가 획기적으로 변경되는 성과를 거두었다. 하지만 행정법제는 여전히 갈수록 복잡해지는 행정현상에 대응하지 못하고 있다. 그 결과 행정법은 다른 법보다 심지어 헌법보다 추상적이라 여겨져서 오로지 외워야 하는, 그렇지만 잘 외워지지도 않는 법이 되어버렸다. 법제실무에서도 기본이 되는 행정법일반이론의 내용이 충분히 그리고 제대로 반영되지 않은 채 입법이 강구되어 종종 그 체계성을 기하지 못하거나 국민불편과 사법비용 역시 막대하다.

3. 산업화시대에 멈춰진 현행 법제

행정법의 역사는 관헌국가시대에 만들어진 행정법의 원형을 민주적 법치국가원리에 맞춰 새롭게 개혁하는 과정이다. 근대국가모델을 기반으로 구축된 행정법은 제4차 산업혁명 시대, global시대, 초연결시대, 분권화시대, 저출산 고령화시대, 반퇴시대, 리스크시대, 자본주의 4.0 시대, 보장국가 또는 공사협력의 시대를 맞이하여 나날이 새로운 모습으로 진화되고 있다. 새로운 길의 모색은 자명한 이치이다. 법학적 언명은 바탕규준의 불변성은 견지하면서도, 미래의 향상된 인식에 개방적이어야 한다.⁷ 법의 지속적 갱신은 자명한 요청이다.

‘제4차 산업혁명’이 트렌드이지만, 전체 법제도가 여전히 전 시대 수준에 머문 상태에서 그것 역시 규제 개혁마냥 슬로건에 그칠 수 있다. 부단히 자신들의 법제를 민주적 법치국가원리와 시대적 요청에 조응시키려 노력하는 독일의 경우 나름의 규제개혁을 성공시켜 변화된 상황에서도 자신들의 선도적 위상을 견지하고 있다. 이미 40년 전인 1976년에 이상의 물음에 대해 입법적으로 정리를 하는 등 행정작용의

5. 신우철, 비교헌법사, 2008, 300면.

6. 법전이 없다는 점이 순기능으로 작용하여 행정법을 늘 활기차게 만들어 다른 법분야에 비해 역동성과 탄력성을 제고시키지만, 현실적으로 역기능이 순기능을 능가한다.

7. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2.Aufl., 2004, S.1.

전체 메커니즘을 행정절차법에서 구체적으로 체계화하였다. 전체 공공법제가 그것에 맞춰 체계적, 통일적으로 형성되어 집행되고 있다. 이런 정연한 기초를 바탕으로 독일은 완전자동화된 행정행위나 허가제와 같은 새로운 입법수요에 효과적으로 대응하고 있으며, 유럽연합의 법질서를 선도하고 있다.⁸

독일의 경우 시대에 부응하는 새로운 행정법학이 등장하여 국법시스템 역시 더욱더 현대화되어가는 상황과 비교하면, 우리의 경우 과거 민주적 법치국가 원리가 제대로 구현되지 않은 시대에 만들어진 틀이 여전히 강고히 고수되고 있다. 성공적인 규제개혁은 법치국가원리가 효과적으로 지배하는 상황에서만 가능한데, 우리 행정절차법은 단순한 절차규정일 뿐 그 이상의 기능을 발휘하지 못하고 있다. 총칙에 해당하는 일반이론이 성문화되지 않은데, 개별법에서의 체계적 정연성의 요구는 기대가능성의 원칙에 반한다. 이런 난맥의 법제상황으로 인해, 규제개혁이 부단히 강구되지만 항상 실패로 귀결된 것은 당연하다. 대표적으로 신고제를 둘러싼 극심한 난맥상은 법제도의 존재이유 자체를 의문스럽게 한다. 학문적 최소한의 합의마저 성문화된 틀로 전환되지 않은 지금의 상황에서, 행정법의 현대화를 강구하는 것은 비현실적이다. 최근에 이런 정제상황을 효과적으로 극복하기 위해 이른바 ‘규제 샌드박스’와 같은 일회적 수단의 도입이 강구되는데, 그것만으로 현재의 문제상황을 불식시킬 수 있는지 사실 의문스럽다.

III. 맺으면서: 행정법의 현대화와 개혁을 위한

출발점으로서의 행정기본법제정

촛불집회를 계기로 광장의 민주주의가 현실이 되어 과거의 권위주의체제가 급속히 해체되고 있다. 민주주의가 제대로 구현되지 않는 법치주의는 자칫 그릇된 법실증주의나 명목상의 그것으로 전락할 우려가 있고, 아울러 법치주의가 제대로 기능하지 않는 곳에선 자칫 민주주의가 사이비 거품민주주의로 전락할 우려가 있다. 민주주의가 새롭게 다가온 이상, 관헌국가적 전통에서 벗어나 국민을 중심에 그리고 국가보다 앞세우는 것을 바탕으로 공법시스템을 완전히 새로이 정립하여야 한다.

행정법제가 현대화되어야 비로소 행정법학은 종래의 관헌국가적 행정법 즉, 官房法學으로서의 부정적 측면을 떨치고, 법치국가원리의 구체화로서의 본연의 기능을 수행할 수 있다. 기존의 기본틀은 물론, 시대경향에 대한 비판적 성찰과 새로운 자리매김의

요구는 行政法의 抜本的 改革 및 變革에 다름 아니다. 그 출발점이 기왕의 행정법일반이론을 중심으로 행정기본법을 제정하는 것이다. 우리 행정법 및 행정법학의 역사가 70년이 되었다. 그동안의 학문적, 판례의 축적된 업적에 비추어, 행정작용, 특히 행정행위의 작동메커니즘에 해당하는 행정행위의 하자, 행정행위의 취소·철회, 부관 등과 관련해서 행정법총칙과 같은 법규정을 마련하는 것이 그다지 어렵지 않다.⁹ 어려움은 새로운 생각이 아니라, 오래된 생각으로부터 벗어나는 데 있다(케인즈, 고용·이자 및 화폐에 관한 일반이론 서문). 행정법 및 행정법학의 역사가 70여년이 지났음도 여전히 일반이론을 집약한 총칙의 토대 없이 행정법을 말하고 행정법제를 운용하는 것의 문제인식이 절실하다.

8. 독일 연방정부의 규제개혁 보고서 서문에서 메르켈 수상은 독일의 안정과 경제적 힘은 훌륭한 법적 틀과 신뢰할 수 있고 효율적인 행정이고 바탕이라고 지적하였다.

9. 행정기본법의 구체적 내용에 관한 참고 문헌으로 21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 위한 연구(법제처), 2016. 11.