

行政法制的 變遷

- 그 評價와 展望 -

洪 準 亨*

차 례

I. 序 論

II. 韓國 行政法制的 變遷

1. 前 史
2. 草創期
3. 萎縮小康期
4. 過渡期：盧泰愚政權下에서의 行政法制
5. 發展期：金泳三文民政府의 行政法制

III. 韓國 行政法制 50年の 評價

IV. 韓國 行政法制的 課題

1. 행정절차법의 개혁
2. 정보공개법의 개혁
3. 지속적 행정개혁·규제개혁의 추진을 위한 법제화
4. 행정통제 및 행정구제제도의 개혁
5. 행정조직의 개편
6. 지방자치제도의 개혁

V. 結 論

* 서울대학교 教授, 法學博士

I. 序 論

정부수립이후 50년이 지나는 동안 한국의 행정법제는 다른 어느 분야보다도 광범위하고 급격한 변화를 겪었다. 한국의 행정법제는 해방이후 일제의 식민지배체제의 잔재와 거기에 급작스럽게 부과된 이질적인 미군정법제가 교착된 법상태로부터 출발하여 이후 거듭된 민주주의의 실패에 따른 정치행정의 부담을 고스란히 떠안고 파행을 거듭하였다. 실로 파란만장한 역정이었다. 그로부터 50년 한국의 행정법제는 이제 팔목할 만한 모습으로 변모했다. 그동안 무엇이 어떻게 바뀐 것인가. 그간의 歷旅를 통해 어떤 문제가 발생하였는가.

이 글은 정부수립이후 50년간 행정법제의 변천과 그 결과를 평가하고 향후의 과제를 제시하고자 한다. 행정법제사 50년을 평가하는 일은 행정제도에 관한 규범과 사실, 행정법의 관행, 당시의 법 및 행정사상 속에 투영된 법관념과 행정관, 관료들과 법간부들의 사상과 태도, 대중들의 행정법외식 등을 포함하는 행정법문화에 관한 방대한 연구를 필요로 하는 작업이다. 그러나 이제까지 이러한 관점에서 이루어진 선행연구가 거의 없다. 뿐만 아니라 이에 관한 역사적 증거와 사료들이 불충분하고 산재해 있기 때문에 이 글 역시 지배적 통념의 타당성을 검증하기 위한 또 하나의 가설을 제시하는데 그칠 가능성이 큰 것이 사실이다. 이러한 상황에서는 가용한 증거와 사료, 그리고 기존의 관련연구성과를 바탕으로 행정법제 50년의 역사를 해석하기 위한 논의의 토대를 구축하는데 목표를 둘 수 밖에 없다.

II. 韓國 行政法制的 變遷

한국 행정법제사 50년에 적용할만한 엄밀한 의미에서의 시대구분론은 찾아보기 어렵다. 우리는 단지 해방이후의 상황을 출발점으로 삼아 행정법제의 발전과정에서 나타난 주요한 전환점만을 지목해낼 수 있을 뿐이다. 편의상 정부수립이후 50년간 한국 행정법제의 변천을 구한말 개혁기로부터 일제식민지체제를 거쳐 미군정기에 이르는 동안을 前史(prehistory), 1948년 정부수립이후 1960년대까지 행정법제의 근간이 마련되었던 기간을 草創期, 이후 1980년대 중반까지 군사정권의 개발독재하에서 행정법제가 발전주의이데올로기에 지배되었던 기간을 萎縮小康期, 1987년의 헌법성립이후 1992년의 김영삼문

민정부 직전까지의 過渡期, 이후 오늘날까지의 發展期로 설정하여 그 변천과정을 살펴보기로 한다.

1. 前 史

(1) 日帝下의 植民地行政法制

舊韓末 改革期에 싹트려던 법치주의의 맹아는 日帝의 植民地支配로 완전히 말살되고 말았다. 일제의 식민지행정은 오로지 효과적인 식민지 지배를 목적으로 하여 수행되었기 때문에 법치주의 또는 법률에 의한 행정의 원리는 행정의 규범과 현실 어디에도 영향을 줄 수 없었다.

일제하의 우리나라는, “『유럽』대륙식의 행정법 중에서도, 특히 독일의 외견입헌군주정적 행정법체계를 계수한 일본의 군국주의적 식민통치 하에서 3분의 1세기 이상을 사는 가운데서, 제령(制令)이니 총령(總令)이니 하는 이름의 법이 있었다 해도, 그것은 근대적 의미의 행정법이라 할 수 없는 한민족 탄압의 흉기에 불과했고, 행정권의 남용에 항의할 행정재판의 길도 우리 민족에게는 봉쇄되어 있었으니, 문자 그대로 권익구제제도의 진공상태를 의미하였던 것이다.”¹⁾

일제 식민지법의 가장 근본적인 특징은 법의 道具性이었다. 일제는 법을 아무런 제약을 받지 않고 식민지통치를 위한 수단으로 사용하였다. 식민지 사회의 재편을 위한 土地調査令, 漁業令, 森林令, 會社令 등과 함께 특히 강압적 형사법령이 식민지법의 대종을 이루고 있었다. 조선인민의 자발적인 동의를 얻어 내기 어려웠던 일제는 인민의 일상생활을 질식할 정도로 통제하기 위한 각종의 강압적 형벌법규에 의존할 수밖에 없었다. ‘의용’된 일본의 형법보다 『法罪即決例』나 『警察犯處罰規則』 등의 특별형법이 더욱 빈번히 적용되었던 것은 바로 그 때문이었다. 법집행에 있어 적법절차는 원칙적으로 기대할 수 없었고, 식민지행정권력에 의한 불법적 관행이 일상화되었다. 유진오박사는 일제 식민지법제의 특징을 다음과 같이 요약한 바 있다.

“明治維新 이후 서구식 문물제도를 수입하기에 급급하던 일본은 법제에 있어서는 주로 대륙식 성문법주의를 채택하여 제종법전을 완성하였기 때문에 일본식 법제의 이식은 외관상으로는 우리나라 법제를 一朝에 현대화한 것같은 인상을 주었다. 그러나 일본식 법제의 이식으로 인하여 우리 나라 제반제도가 민주화되고 인민의 권리가 확보된 것은 아니니, 그 이유로는

1) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 1992, 193면.

첫째, 일본의 법제 그 자체가 완전히 민주적인 것이 아니라, 반봉건적 요소를 다분히 내포하고 있었다는 것.

둘째, 일본과 조선과는 법역을 달리하여 반민주적인 일본법령이나마 우리 나라에는 원칙적으로 그대로 시행되지 않고, 조선총독의 '制令'으로서 식민지적 통치에 편리하도록 改冊된 것.

셋째, 일본헌법 중 국가최고통치권력에 관한 부분이 우리 나라에 시행됨을 주장하는 일본정부가 '국민의 권리의무'에 관한 부분은 시행되지 않는다는 해석을 취함으로써, 법치주의의 기본원칙을 우리 나라에서는 거부한 것(전기한 조선총독의 제령권은 그러한 해석 위에서만 가능하였다).

.....

여섯째, 구한국시대의 법령을 전적으로 폐지하면서도, 보안법·출판법·신문지법 같은 악법은 끝까지 유지한 것 등을 들 수 있다.

요컨대 일본통치하의 35년간은 완전한 전제경찰국가의 시대였다 할 수 있다.”²⁾

일제 식민지법제의 본질은 전통사회의 지배구조를 해체시키고 오로지 식민 통치의 목적에만 봉사하는 식민권력을 대체시켰다는 데 있었다. 일제의 식민지행정은 법치주의와는 무관하게 오로지 식민지 지배의 효율성의 견지에서 수행되었고 따라서 행정에 대한 법적 제한은 현실적으로 존재하지 않았다. 행정은 조선총독의 전제적 지배하에서 적나라한 경찰력을 통하여 관철될 수 있었기 때문에 법을 통한 행정의 정당화기능 역시 발휘될 여지가 없었다. 식민지행정은 있었을지 몰라도 식민지 지배권력의 제한을 위한 식민지행정법은 존재하지 않았다. 설사 식민지 지배 이데올로기를 관철시키기 위하여 법치주의를 가장했음지라도 그것은 국가권력의 제한과 국민의 권리보장에 입각한 근대적 행정법의 그것과는 처음부터 무관한 것이었다. 이러한 극단적인 도구성·자의성·폭력성으로 집약되는 일제하 식민지법제의 체험은 우리 행정법제의 토양에 쉽사리 아물 수 없는 상흔을 남겼을 뿐만 아니라 오늘날까지도 행정과 법의 관계를 왜곡시키는 요인으로 작용하고 있다.

한편 일제하에서 만들어진 법령중에는 오늘날 시행되고 있는 행정법제의 원형이 된 것들도 적지 않았다. 그러나 이들 법령들은 식민지조선의 전통적 법제와는 전혀 이질적인 것이었고, 그것도 조선총독부의 권력에 의해 외부로부터 부과(impose)되었기 때문에 오히려 조선의 법적 전통을 단절시키는 결과를 가져왔다.

2) 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, 494~495면.

(2) 美軍政期

미군정기의 행정법제는 일제의 식민지배로부터 벗어나 새로운 국가를 건설하려는 한국민의 의지에도 불구하고 기본적으로 일제식민지시대의 그것을 상당부분 그대로 승계한 양상으로 출범하였다. 물론 미군정이 적지 않은 분야에서 행정법제를 개혁했고 건국헌법의 제정에 중요한 영향을 미쳤던 것은 부인할 수 없는 사실이다.³⁾ 그러나 미군정기에서의 행정은 미군정이 종전에 조선총독이 행사한 모든 권한을 그대로 물려받은 군정장관을 정점으로 하여 수행되었고, 행정법제는 과거 식민지법제의 기본을 그대로 유지한 것이었기 때문에 일제 식민지체제와 근본적인 단절이 이루어졌다고는 말할 수 없다. 이로써 행정과 법의 관계에 대한 법치주의의 규범적 요구를 실현하는 일은 정부수립이후의 과제로 넘겨지게 되었다.

2. 草創期

(1) 第1共和國의 行政法制

해방이후 행정에 관한 법령은 이루 말할 수 없을 정도로 복잡한 상태에 있었다. 특히 건국헌법 제100조(부칙)에 의하여 그것에 저촉되지 아니하는 구한말법령·일정시법령(日政時法令) 및 미군정법령·과정법령(過政法令) 등 잡다한 구법령들이 대한민국정부에 의하여 제정된 법령과 더불어 시행되고 있었기 때문이었다. 그러한 상황에서 행정에 대한 법적 규율이 제대로 이루어지기를 기대하기는 사실상 곤란했다.

“…… 행정작용에 관한 법은 …… 등의 명칭과 제정, 개정 연월일 및 그 규정 내용 등에서 보는 바와 같이 일제시대의 것을 그대로 옮겨다 국문화(國文化)했거나 아니면 거의 모방하여 제정한 것들에 지나지 아니했고, 그것도 모두가 질서행정작용을 위한 근거와 국민에 대한 규제 또는 처벌이 전부였지 복리작용을 위한 법은 하나도 없었기 때문에 아무리 신생 독립국이었던 할지라도 외국의 입법례에 비하거나 국민의 필요에 비하여 너무 유치한 단계에 머물러 있지 않았나 한다. 따라서 사회복지에 관계되는 법, 토지의 이용·규제에 관계되는 법, 행정계획 등에 관한 법이 있을리는 만무했다.”⁴⁾

3) 미군정이 건국헌법제정에 미친 영향에 관하여는 김철수, 『한국헌법사』, 55~66면을 참조.

4) 한창규, “한국행정법 I - 법치행정의 출발 -”, 『공법연구 제17집(1989)』, 145면.

이처럼 일제의 잔재를 불식하지 못하고 잡다한 법령으로 이루어진 행정법령을 대체할 새로운 법령이 제정되지 못한 상황에서 행정과 법의 관계는 파행을 면할 수 없었다.

가장 현저한 예는 일국의 최고규범인 헌법이 그 규범력을 제대로 발휘하지 못했다는 사실이었다. 건국헌법은 그 시행초기부터 정치와 행정을 규범적으로 규율하지 못했을 뿐만 아니라 정치세력의 이해관계에 의하여 무시 내지 농락 당하는 등 중대한 시련과 도전에 직면하고 있었다. ‘힘’의 불법통치에 의하여 헌법의 규범적 효력이 완전히 무시되고 헌법이 하나의 명목적·장식적 구실밖에 하지 못하는 제1공화국의 헌정에서⁵⁾ 법치행정의 요구가 관철되기를 기대하는 것은 원천적으로 불가능했던 것이다. 법은 행정을 정당화하기보다는 행정의 효율성이나 목적달성을 저해하는 불필요하고 거추장스러운 제약으로 취급되는 일이 비일비재했고, 행정의 현실과 규범간의 괴리는 일상화되었다. 이후 拔萃改憲(1952)과 四捨五入改憲(1954) 등 불법적인 개헌을 거듭한 자유당독재정부가 4.19 학생의거를 통해 붕괴된 것은 그 필연적인 결과였다.

제1공화국에서는 행정법제의 근간이 되는 법령들이 만들어졌다. 우선 헌법이 공포된 1948년 7월 17일 정부조직법, 국회의 구성 및 운영을 규정한 국회법, 법원의 조직을 규정한 법원조직법이 제정되었고, 1949년 7월에는 지방자치법이 제정되어 우리나라 행정조직의 법적 토대가 구축되었다. 이어서 1951년에는 건국헌법 제81조제1항에 의거하여 行政訴訟法이 제정되었다. 행정소송법의 제정은 법치행정원리의 필수적 구성요소인 행정재판제도를 도입하였다는 점에서 주목할 만한 사실이라 할 수 있었다. 그러나 이 법은 당시 일본의 行政事件訴訟特例法(1948)을 본받아 본문 14개조의 극히 간략한 내용으로 제정되었기 때문에 自足的 法이라기보다는 민사소송법에 대한 특례를 규정한 특별규정 또는 특례법으로서의 성격을 넘지 못했고, 내용적으로나 실제 적용상으로도 적지 않은 문제점을 지니고 있었다.⁶⁾

(2) 第2共和國의 行政法制

제2공화국 헌법은 基本權保障을 확대·강화하고, 권력균형의 원리에 입각한

5) 許營, 『韓國憲法論』, 박영사, 1995, 104면.

6) 金道稔교수(『행정법일반이론(상)』, 740면)는 이 법률의 특징으로 사법제도국가주의를 취한 점, 행정소송의 특수성을 전제로 일반 민사소송에 대한 특례를 규정한 특별법의 성격을 가진 점(舊法 § 14)을 들고 있다.

內閣責任制를 도입했으며, 憲法裁判所를 창설하는 등 법치국가적 요소를 충실히 반영한 것이었다. 자유당치하에서 억압되었던 국민들은 새로운 헌법이 보장한 표현의 자유와 정치적 자유를 마음껏 누릴 수 있었고 행정 역시 법치주의적 토대위에서 새로이 출발할 수 있는 계기를 찾는 듯 했다. 그러나 민주화와 행정부의 상대적 권한약화에 따른 정치사회적 이완과 집권당인 민주당의 내분, 반민주행위자, 자유당정권하에서의 부정축재자 등의 처벌을 위한 소급입법근거를 마련하기 위한 개헌을 둘러싼 논란 등으로 말미암아 정치행정적 불안이 끊이지 않았다. 4.19 의거의 이념이었던 독재타파와 자유민주주의를 관철시키기에는 사회경제적 기초가 확보되지 못했고 당시 구정권이래 만연된 행정에 대한 불신과 붓물처럼 분출된 이익주장에 따른 소모적 혼란을 극복할 행정의 능력도 부족했다. 일제이래 지속된 법의 도구주의적 사용으로 인한 법에 대한 불신이 뿌리깊게 남아있던 상황에서 이렇다 할 행정법제의 발전이 이루어지지 못했다. 국회가 연일 계속되는 데모를 막기 위한 데모규제법을 제정하려던 때에 5.16 군사쿠데타가 일어나 자유당 대통령독재에 대한 민주적 대안으로 쟁취된 내각책임제는 그 기능을 발휘하여 보지도 못하고 종말을 맞았고, 사상 처음으로 헌법에 의해 도입된 헌법재판소 역시 구성하여 보지도 못한 채 사장되고 말았다.

3. 萎縮小康期

(1) 朴正熙政權下에서의 行政法制

1) 第3共和國

박정희정권의 제1기인 제3공화국에 있어 행정법제의 성격은 당시의 지배이데올로기였던 발전주의(경제성장제일주의)에 의해 규정되었다. 군부쿠데타로 집권한 박정희정권은 그 의문시된 정치적 정당성을 보완하고 정치적 지배를 확립하기 위하여 강력한 정부주도에 의한 근대화-경제성장정책을 추진했다. 이러한 목표를 달성하기 위하여 박정희정권이 동원한 수단은 양면적이었다. 한편에서는 관료조직을 제도화함으로써 경제성장드라이브를 실행할 행정기구를 강화하고 다른 한편으로는 정치적 안정을 도모하기 위하여 사회통제를 강화시켰다. 정부의 권력구조, 정당제도 등 모든 정치-행정체제가 국정능률의 극대화를 보장할 수 있는 방향으로 설계되고 운영되었으며, 그 결과 기술관료

들에 의한 관료적 통치체제가 고착되기 시작했다. 관료조직의 제도화를 이끈 이념중의 하나는 행정의 효율성이었다. 발전주의 이데올로기의 핵심요소로서 행정의 능률과 목적달성을 저해하는 모든 행태는, 그것이 설령 헌법상의 기본권이나 법적 근거에 의거한 것이라 할지라도, 국익에 반하는 것으로 배척되었고 법적 제재를 받았다. 법이 행정에 의해 압도되기 시작했다. 바로 그와 같은 맥락에서 이 시기에 있어 행정법제의 특징을 설명해주는 결정적인 요인이 배태되었다. 그것은 일제로부터 전수받은 법의 도구화전략이었다.

법의 도구화는 첫째, 입법의 정부주도에 따른 국회의 입법기능 약화에 기인한다. 국회의 입법기능은 우선 비상입법기구에 의한 입법, 초헌법적 비상입법의 남발을 통해 심각하게 훼손되었다. 이 점은 박정희정권 출범당시부터 비상입법기구에 의해 행해진 입법권의 전횡을 통해서도 엿볼 수 있다. 1961년 5.16 군부쿠데타이후 성립한 국가재건최고회의(61.5.19~63.12.26)는 입법·행정권을 독점적으로 장악하여 2년반의 기간동안 무려 1,008건의 법률을 제정하였다. 이 수치는 1963년말을 기준으로 할 때 전체 법률의 62%에 달하고, 87년말을 기준으로 할 때도 25%에 해당하는 방대한 양이었다.

여기에는 국가재건최고회의가 61년 이전까지 지지부진했던⁷⁾ 구법령정리사업을 추진한 것이 포함되어 있다. 국가재건최고회의는 이른바 혁명과업의 일환으로 ‘舊法令整理에관한特別措置法’(1961.7.15)을 제정하여 정리사업을 추진하여 건국헌법 이전의 법령은 1962년말까지 정리하고, 그때까지 정리되지 않은 구법령은 폐지되는 것으로 간주하도록 했다. 군사정권이 구법령정리의 이유로 내세운 것은 ①해방후 16년동안 일본법령의 효력을 인정하는 것의 국민정서상의 문제, ②일본어해독의 미숙으로 일본법령의 적용상 문제점의 발생, ③삼권통합으로 능률적 사업추진이 가능하게 된 점, ④이미 민·형법, 민·형사소송법 등 기본법령이 정비되어 신속한 제정이 가능하였다는 점, ⑤민간정부의 비능률성을 과시할 군사정권의 필요성 등이었다. 그 결과 불과 165일동안 총 389건의 신법령이 제정되었고, 618건의 과거법령이 폐지되었다. 이로써 법령면에서 일제와의 단절이 이루어졌으나, 그것이 국민 대표기관인 국회에 의한 것이 아니었다는 점에 근본적인 한계가 있었다.

아울러 제3공화국 말기부터 비상입법이 남발되기 시작하였다. 1971년의 국가보위에관한특별조치법도 그러한 비상입법의 예였다. 박정희정권은 국회에서의 비생산적 대결이 남북간의 긴장완화에 지장이 있다는 이유로 1971년 12

7) 1961년 이전까지 폐지된 법령은 총 136건, 제정된 법률은 총 94건이었다.

월 6일 국가비상사태를 선포하고 같은 해 12월 27일 국가보위에관한특별조치법을 제정하였다.⁸⁾

제3공화국에 있어 국회의 입법기능은 강력한 행정부의 영향력 아래 입법의 정부주도경향과 위임입법의 확대현상이 진행됨에 따라 약화일로로 걸었다. 국회의 입법기능은 특히 입법의 정부주도경향이 강화된 제3공화국 후반기(1967~1972)에 심각하게 퇴조하기 시작했고,⁹⁾ 위임입법의 확대에 따라 실질적으로 형해화되기 시작했다. 이처럼 입법을 정부가 주도함으로써 정부가 마음만 먹으면 어떠한 내용의 입법이라도 관철시킬 수 있다는 사고가 정책과정을 지배했고 법은 정책과 행정의 수단이라는 종속적 의미에서 행정의 정당성을 뒷받침하는 도구로 전락하기 시작했다.

둘째, 법의 도구화경향은 근대화-경제성장정책의 추진에 따라 양산된 법령의 성격과 내용을 통해서도 진행되었다. 이 시기에 양산된 법령들은 주로 경제성장과 사회통제를 위한 것들이었다. 수출주도형 산업화를 위한 국가적·민간적 자원의 동원과 이용을 가능하게 하기 위해 만들어진 경제관계법령들은 경제의 합리적 조정과 운용보다는 경제논리만으로 관철하기 곤란한 사항을 법률의 틀로써 정당화하거나, 경제영역에 대한 국가의 특권적 개입을 뒷받침한 것들이 주종을 이루고 있었다. 정부의 경제개입이 확대될수록 법률은 국가정책과 행정을 지원하고 그 근거를 제공하는 도구적 성격을 띠 수밖에 없었다.

사회통제를 위한 법령도 양산되었다. 반공법, 국가보안법, 사회안전법 등 국가안보를 이유로 한 사상통제와 정치적 억압을 목적으로 한 법령이 대거 산출되었고, 노동운동과 사회운동을 억압하기 위하여 노동관계법, 집회및시위에 관한법률 등 각종 법령이 개악되었다. 그 결과는 고문, 불법구속 등을 비롯한

8) 이 법은 이후 헌법재판소의 1994년 6월 30일의 결정(92헌가18결정 전원재판부, 헌재공보 94, 374)에 의하여 위헌무효의 선고를 받게 된다.

9) 이 점은 당시의 입법통계를 통해 분명히 드러난다. 이에 관하여는 서울대학교 행정대학원, 『한국행정의 역사적 분석』, 1987.6, 605면 이하를 참조. 한편 1968년에서 1972년에 이르는 기간동안 행정역할의 변천에 관하여 위 연구보고서(795~798)는 행정에 대한 정치의 통제력이 상존하고 있었으나 이 시기말 비상사태 선포와 국가보위에관한비상조치법 제정으로 국민의 기본권에 대한 각종 제한이 싹트기 시작한 시기였다고 서술하고 있다. 반면 같은 시기에 행정에 대한 법의 통제력이 상존하고 있었다고 볼 수 있을지는 의문이다. 물론 당시 법령을 통해 행정의 정당성을 뒷받침하려는 경향이 현저히 나타났지만, 법의 권력제한적 측면은 그다지 현저하지 못했고 비교적 잘 정비된 것으로 평가된 제3공화국헌법의 기본권조항도 그 실효성에 광범위한 의문이 있었기 때문에 행정에 대한 법적 제한이 현실적으로 제대로 관철될 수 없었기 때문이다.

인권상황의 악화로 귀결되었다.

이와 같이 법의 도구화경향이 진전되고 행정부우위의 국정운영방식이 고착됨에 따라 행정과 법의 관계는 ‘법률에 의한 행정’이 아니라 ‘명령·통첩·행정규칙에 의한 행정’에 의해 규정되고 있었던 것이 제3공화국의 현실이었다. 이러한 관료적 권위주의의 지배구조하에서 행정권의 확대에 대한 요구는 무리없이 수용되었으나 권력의 자기제한과 국민의 자유를 강조하는 自由主義的 法治主義의 요청은 제대로 수용될 수 없었다. 1971년의 국가배상법 제2조제1항 단서에 대한 위헌판결이 그러한 반법치적 현실에 대한 대법원의 최소한의 저항이었다면, 그 이후 행정부가 보인 행태는 당시 관료적 권위주의를 기반으로 한 행정국가의 힘의 과시라고 할 수 있었다.

대법원은 1971년 6월 22일 “군인 또는 군속이 공무원의 직무상 불법행위의 피해자인 경우에 그 군인 또는 군속에 이로 인한 손해배상청구권을 제한 또는 부인하는 국가배상법 제2조제1항 단행은 헌법 제26조에서 보장된 국민의 기본권인 손해배상청구권을 헌법 제32조제2항의 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 필요성이 없이 제한한 것이고 또 헌법 제9조의 평등의 원칙에 반하여 군인 또는 군속인 피해자에 대하여서만 그 권리를 부인함으로써 그 권리 자체의 본질적 내용을 침해하였으며, 기본권제한의 범주를 넘어 권리 자체를 박탈하는 규정이므로 이는 헌법 제26조, 같은법 제8조, 같은법 제9조 및 같은법 제32조제2항에 위반한다”는 판결(70다1010)을 선고했다.¹⁰⁾ 軍人등에 대한 국가배상청구권을 배제한 이 규정은 1967년 3월 3일의 국가배상법개정법률(법률 1899호) 제2조제1항 단서로서 처음 마련된 것이다.¹¹⁾ 1950년대 이후 대두되기 시작한 전쟁피해의 보상문제는 특히 국군의 월남파병이 단행된 1960년대에 이르러 월남전에서 대량의 전사상자가 발생함에 따라 국가배상소송의 폭주를 초래하게 되었다.¹²⁾ 이에 정부는 국가배상으로 인한 과중한 재정적 부담을 해소하기 위하여 국가배상법의 개정을 단행하였다. 그러나 학계와 실무계에서 이 조항에 대한 違憲是非가 일고 급기야 이 조항이 대법원에 의해 위헌판결을 받은 것이다. 그러나 1971년 6월 22일의 대법원판결은 당시 박정희 군사정권에 대한 중

10) 이 문제를 둘러싼 전후경과에 관해서는 허영민, “한국행정법 II - 현대행정에의 대응과 과제 - (1961-1988)”, 『공법연구 제17집(1989)』, 172면 이하를 참조.

11) 대법원은 그 이전에는 군인사망급여의 지급과 국가배상책임의 경합을 인정하였다(大判 1962.2.28, 4294민상531). 그러나 1967년 7월 11일의 판결(大判 67다1030)에서는 국가배상액에서 유족보상금을 공제한 조치는 정당하다는 태도를 보였다가 다시 이를 번복하여(이 사건판결을 폐기하여) 공무원연금법상의 유족급여액은 慰藉料산정에 있어서 하나의 참작사유는 될 수 있으나 손해배상액에서 공제하여서는 안된다고 판시한 바 있다.

12) 1966년에는 1959년에 비하여 무려 10배가 넘는 소송건수의 증가를 보였고 국가배상을 위하여 지출된 국고금도 10억원을 초과하게 되었다고 한다.

대한 도전으로 받아들여졌다.¹³⁾

박정희정권은 그후 헌법에 제26조제2항이라는 명문의 조항을 신설함으로써 그 위헌시비를 원천적으로 봉쇄했다.¹⁴⁾ 1972년의 유신헌법은 위헌판결을 받은 법률조항과 같은 내용의 제26조제2항을 신설하여 “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행에 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다”고 규정함으로써 아예 명문으로 위헌시비를 원천봉쇄하였다. 이 사건은 대법원의 위헌판결을 계기로 해방이후 처음으로 받아하기 시작한 法治主義의 萌芽를 뿌리째 뽑아내는 결과를 가져왔다. 이처럼 세계헌법사상 유례없는 헌법의 자가당착은 당시 위헌의견을 냈던 9명의 대법원판사전원을 재임명에서 탈락시킴으로써 이후 총원의 36퍼센트에 달하는 151명의 판사들이 사법권독립을 외치면서 사표를 제출했던 우리나라 사법사상 유례없는 사법파동(司法波動)의 간접적인 원인이 되었다.¹⁵⁾ 이것은 전도된 우리나라 법치주의의 위상을 적나라하게 보여 준 역사적 현실이었다. 일국의 최고법원에 의해 위헌으로 판정된 법률조항이 얼마 지나지도 않아서 헌법개정을 통해 헌법의 자리를 찬탈하고 들어앉음으로써 오늘날 법치주의의 가장 핵심적인 요소로 간주되는 법률의 헌법적합성의 원칙이 치명적으로 유린되는 결과가 되었다. 이 사건을 통해 드러난 적나라한 법현실은 이후 제4공화국에서도 간단없이 계속되었고 박정희정권의 말기에 다다를수록 더 심화되었고 이후 노태우정권하에서 헌법재판소가 활동을 개시할 때까지 지속되었다.

2) 第4共和國

박정희정권은 1972년 10월 17일 이른바 ‘10월유신’을 단행하여 제7차 헌법개정을 통해 제4공화국을 출범시켰다. 1972년 10월 17일 헌법 일부조항

13) 대법원은 위헌판결을 내리기 위하여 위헌판결의 정족수를 가중한 법원조직법 제59조 제1항 단서도 위헌이라고 판시함으로써 박정권을 더욱 자극했던 것으로 알려지고 있다.

14) 실제로 대법원은 1977년 6월 7일의 판결(大判(全合) 72다1359)에서 ‘국가배상법 제2조제1항 단서의 규정이 구 헌법 제26조 기타의 헌법규정에 저촉되어 그 효력이 없다고 볼 수 없다’고 판시한 바 있다.

15) 이에 관해 상세한 것은 이헌환, “한국사법사에 비추어 본 1971년의 사법파동”, 『법과 사회』 제15호, 1997 하반기, 127~140면; Dae-Kyu Yoon, *Law and Political Authority in South Korea*, 1990, Westview Press & Kyungnam Univ. Press, p.143 이하를 참조.

의 효력을 중지시키는 비상조치를 선포하여 국회를 해산하고, 정당 등 정치활동 등을 중단시킨 상태에서 비상국무회의의 의결과 국민투표를 통해 확정된 제4공화국 헌법은 남북대치의 현실과 국가안보의 당위를 내세워 이른바 領導的大統領制라고 불린 강력한 대통령제를 도입하였다. 이 헌법은 국회의 국정감사권을 폐지하고, 소위 주권적 수임기관으로서 統一主體國民會議를 창설하여 대통령을 간선할 뿐만 아니라 대통령의 추천에 의하여 국회의원의 3분의 1을 선출하도록 함으로써 국회의 국민대표기관으로서의 지위와 권한을 대폭 격하시키는 한편, 대통령에게 긴급조치권 등 유례를 찾기 힘든 강력한 권한을 집중시킴으로써 新大統領制的 국가형태를 도입했다. 基本權에 대해서도 개별적 법률유보조항을 대거 신설하였다.

박정희정권의 제2기에 해당하는 제4공화국에 있어 행정법제 역시 발전주의 이데올로기에 의해 지배되었다. 제3공화국의 경우에 비해 달라진 것이 있었다면, 발전주의와 함께 국가안보가 국정목표의 前面에 등장하게 되었다는 것이다. 물론 이전의 제3공화국에서도 반공주의로 대표되는 안보이데올로기가 표방되기는 했으나, 이 시기처럼 최우선의 국가목표로 고양되지는 않았다고 할 수 있다. 아무튼 제4공화국의 행정을 지배한 발전주의와 안보주의는 이후 6월 시민항쟁 등 국민적 압력에 못이겨 직접선거를 통한 대통령선출이 이루어진 1987년까지 한국 행정의 지배이데올로기가 되었고,¹⁶⁾ 행정법제에도 결정적인 영향을 미쳤다.

긴급조치로 상징되는 이 시기의 국정운영방식은 공화정을 가장한 전제와 비교될 수 있는 것이었다고 해도 과언이 아니었다. 헌법개정논의 자체를 금지한 1975년 5월의 긴급조치 제9호는 바로 그 점을 보여주는 사례였다. 법의 도구화경향과 법에 대한 행정의 우위는 더욱 심화되었다. 1972년 국회해산에 따라 국회의 기능을 대신한 비상국무회의는 총 280건의 법률을 제정했고, 이후 집권당의 국회지배와 정부의 입법주도에 따라 국회는 通法府로 전락했고, 입법내용에 있어서도 특별법령, 비상조치 등이 남발되고 위임입법이 더욱 확대됨으로써 법의 권위와 정당성이 전반적으로 실추되고, 법률보다는 명령과 규칙에 의한 지배가 이루어지는 경우가 일상화되었다. 정부의 경제개입과 사회통제를 위한 법령도 양적으로나 질적으로 더욱 확대되었고, 국민의 자유와 권리를 침해하는 입법조치가 별다른 통제를 받지 않은 채 그대로 관철되었다.

16) 서울대학교 행정대학원, 『한국행정의 역사적 분석』(1987.6.), 47~53면.

정치행정의 필요에 따라 각종 법령이 용이하게 제·개정됨으로써 법에 대한 신뢰도가 저하되었고, 형사처벌에 과잉의존한 법적 제재 역시 국민의 불신을 낳는 요인으로 작용했다.

사법부의 독립 역시 이 시기의 관료적권위주의 정권하에서 심각한 훼손을 감수해야 했다. 건국초기에는 김병로 대법원장을 중심으로 사법부의 독립이 비교적 잘 유지되었으나, 이후 제3공화국까지 사법권을 정치적 도구로 활용하려는 정치권력의 압력으로 많은 도전과 수난을 겪었다. 특히 사법권의 독립에 근본적인 의문이 제기되기 시작한 때가 제4공화국이었다. 사법부 역시 긴급조치라는 초헌법적 불법조치에 의한 정치적 억압을 충실히 실행하는데 ‘정치권력의 시녀’로 봉사했던 검찰과 함께 소극적이거나 기여했기 때문이다. 그 대표적인 예가 제4공화국말까지 휴면상태에 빠져있었던 위헌법률심사제도였다. 법률이나 법률하위의 명령, 행정규칙, 지시 등에 의하여 헌법의 규범적 효력이 위협받는 상황에서도 이를 통제할 수 있는 장치는 작동하지 않았다. 이처럼 적어도 헌법재판소가 활동을 개시할 수 있었던 1988년 9월 19일 이전까지 행정법제의 근본규범인 법치행정의 원칙은 사실상 공허화되고 있었다.

그리하여 오늘날 ‘행정의 실체에 있어서 가장 강력한 구속력을 행사하는 것은 최고법인 헌법이 아니라 상급기관의 훈령·통첩이나 상급자의 지시’라는 원로행정법학자의 자조(自嘲)섞인 지적은 유감스럽게도 이 시기 우리나라 법치주의의 현실을 단적으로 보여주는 화두가 되었다.

“... 종래 행정운영의 실체에 있어서 법치주의 경시풍조가 두가지 면에서 나타났다. 하나는, 법을 정치적 지배수단으로만 인식하고, 행정활동의 가치판단의 기준을 정치학적·행정학적·경제학적 시각에서 논의하는 것으로 족하다고 생각하는 경향이며, 다른 하나는, ‘법의 지배(rule of law)’가 아닌 ‘법의 비(rain of law)’나 ‘법률의 홍수(Gesetzesflut)’를 걱정할 정도로, 법이 아무렇게나 남발되고 조령모개(朝令暮改)식이 됨으로써 오히려 준법정신을 감퇴시키는 면이 없지 않았다는 점이다.”¹⁷⁾

이 시기의 행정법제에 있어 특징적인 것은 행정이 법의 제약을 벗어나 사실상 법에 대한 우위를 확보했다는 사실만이 아니라 법의 도구화와 함께 처벌·통제 중심의 법사용이 일상화한 결과 법에 대한 불신이 확산·고착됨으로써 행정이 법적 수단을 사용하거나 적법한 범위내에서 그것을 행사한다 할지라도

17) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 1992, 270면.

국민의 신뢰와 순응을 이끌어내지 못하게 되어 행정과 법이 함께 실패하고 마는 체제정당성의 위기현상이 나타나기 시작했다는 것이다. 이러한 현상은 제4공화국말기부터 대두되기 시작한 행정과 법질서에 대한 의도적·집단적 반발을 통해서 여실히 드러났고, 이후 전두환정권에 이르러 훨씬 악화된 형태로 증폭되어 나타났다. 1979년의 부마항쟁, 1980년의 광주민주화운동이나 1987년의 6.10 시민항쟁 등이 그러한 정당성위기의 악순환 메카니즘을 실증해주었다.

(2) 全斗煥政權下에서의 行政法制

제5공화국의 행정법제 역시 박정희정권의 제4공화국과 다름없이 발전주의와 안보주의의 이데올로기에 의해 지배되었다. 박정희정권의 몰락과 함께 민주화에 대한 국민적 열망을 분쇄하고 집권한 신군부정권은 취약한 정치적 정당성의 기반을 보완하고 정권의 안보를 위하여 민주복지국가를 표방한 각종 개혁정책을 추진했고 그 과정에서 앞에서 살펴본 바와 같은 법의 도구화경향과 법에 대한 행정의 우위를 더욱 강화시켜 나갔다. 그 대표적인 예가 정권출범당시 설치되었던 ‘국가보위입법회의’(80.10.28~81.4.20)라는 비상입법기구의 활동이었다. 국가보위입법회의는 과거 제4공화국 때 발동된 긴급조치의 내용을 거의 대부분 법률로 제정하였고, 인위적 정당조직 및 정치개편, 정치인의 참정권제한을 통해 사실상 일당국회를 만들고 사법부의 독립성을 무시하는 등 국가보위와 사회정화, 정의사회구현, 개혁 등을 표방하면서 각종 전횡을 일삼았고, 총 189건의 법률을 제정하였다. 국가보위입법회의에서 통과된 법률들은 정치풍토쇄신을위한특별조치법, 대통령선거법, 국회의원선거법, 정당법 등 정계개편 및 신정권창출을 위한 입법, 집회및시위에관한법률개정, 언론기본법 등 표현의 자유를 제한하기 위한 입법, 국가보안법, 사회보호법 등 사회통제와 정치적 반대파에 대한 억압을 강화시키기 위한 입법, 노동운동을 억압하는 입법 등이 주종을 이루었다. 전두환정권은 이러한 입법에 대하여, 헌법부칙 등에 비상입법기구가 제정한 법령의 효력은 지속되며 헌법위반 등의 이유로 제소될 수 없다는 명문의 규정을 두어 그 정당성과 위헌성에 대한 논란을 방지했는데 이는 국보위에 의해 제정된 이들 법률들의 정당성에 대한 자신이 없었음을 반증하는 사례였다. 이처럼 출범 당시부터 전두환정권은 입법을 집권 및 통치기반의 유지를 위한 수단으로 도구화하였다.

법이 행정을 효과적으로 규율하거나 정당화할 수 없는 상황은 제4공화국의 경우와 다름없이 계속되었다. 최고규범으로서 헌법의 효력을 실현시키기 위한 위헌법률심사제도는 여전히 휴면상태에 있었고, 헌법의 권리장전은 실효성을 발휘하지 못하고 있었다.

제5공화국은 그 동안 경제개발추진과정에서 비대화된 행정조직을 1980년대의 변화된 환경에 맞게 개편한다는 명분아래 ‘작은 정부’의 논리를 앞세워 1981년 10월 15일 대규모의 행정개혁을 단행했다.¹⁸⁾ 작은 정부의 논리는 이후 한국의 행정개혁에서 하나의 규범으로 정착되었다. 이것은 반복지국가정책을 근간으로 하는 신우익론적 이데올로기를 반영한 구미 선진국들의 감축관리운동에서 유래된 것이었으나, 당시 ‘신군부’ 세력은 이에 대한 명확한 개념 설정없이 정치적 수사의 차원에서 받아들였던 것으로 보인다. 그 결과 당시의 정부는 ‘작은 정부’를 표방하여 정부기능의 축소와 시장기능의 창달을 강조하면서 동시에 ‘복지국가’의 구현이니 ‘사회정의의 실현’이니 하는 적극국가의 이념을 제창하는 상호모순적인 태도를 보였다.¹⁹⁾ 제5공화국에 있어 행정개혁은 헌법 등 법적 요구보다는 행정적 능률성과 합목적성의 고려를 앞세운 행정부에 의해 주도되었다. 정부조직개편은 마치 법과는 무관한, 법으로부터 자유로운 정책선택의 문제로서 다루어졌다. 행정개혁은 헌법적 가치에 적합한 공적임무의 실현을 위한 정부의 조직형태를 구축하는 과제로서 그 자체가 가치충전적인(werterfüllt) 문제였음에도 불구하고²⁰⁾ 주로 법과는 무관한 정책적 재량의 문제로 처리되었던 것이다.

행정은 복지국가와 규제완화의 이념적 모순을 적절히 활용하면서 사실상 법의 제약을 받지 않고 시민사회나 경제에 무소부지로 개입하고 간섭하였고 정경유착이라는 고질적 폐단을 일상적으로 실행하는 역할을 수행했다. 주식회사 국제상사를 주력기업으로 하여 20여개 회사를 계열기업으로 거느린 유수의 재벌이었던 세칭 국제그룹을 아무런 법적 근거없이 강압적으로 해체시킨 전두환정부의 조치는 정부가 작은 정부와 민간부문의 자율성을 내세우면서도 그

18) 그 개요는 서울대학교 행정대학원, 『한국행정의 역사적 분석』, 805이하; 張東熙, 앞의 책, 588~590면 등을 참조.

19) 그러한 실례가 1981.10.15의 행정개혁과 제5차경제사회발전5개년계획(서울, 경제기획원, 1983, 114~115) 등이었다. 정용덕, “한국의 정부조직 개편”, 『한국정책학회보』 제4권제1호(1995, 58~84), 60~61면을 참조.

20) Loeser, Roman, *System des Verwaltungsrechts*, Bd.2, 1994, Nomos, 163f.

정치적 이해관계가 엇갈릴 경우 무소불위의 권력을 휘두를 수 있다는 사실을 단적으로 보여준 사례였다. 국제그룹사건은 마침내 정권교체후인 1988년말 국회의 이른바 5공비리청문회를 거쳐 1989년 1월 31일 대검찰청의 이른바 5공비리수사 발표에서야 비로소 공식적으로 진상이 규명되었고 이후 다시 정권이 바뀐 뒤인 1993년 7월 29일에 헌법재판소에 의하여 그 위헌을 확인받게 된다.

물론 이 시기에도 중요한 행정법제의 변화가 있었다. 그 대표적인 것으로는 1984년에 행정소송법과 행정심판법이 각각 개·제정되었다는 점을 들 수 있다. 이 중 행정소송법은 1951년 제정된 이후 30여년간 두차례의 부분개정을 거친 것 외에는 기본골격과 내용을 그대로 유지해 오다가 1980년 이래 추진된 대폭적인 개정작업에 따라 1984년 11월 28일에 가서야 비로소 전면개정되어 1985년 10월 1일부터 시행되었다.

그 밖에 생활보호법, 의료보험, 산업재해보상보험법 등 사회복지분야의 행정법제가 개선되었다. 이는 당시 팽배해 있었던 대중들의 사회보장에 대한 요구를 고려한 결과라고 볼 수 있으나, 결국 대부분 선언적 의미만을 지닌 것이어서 현실적 효과를 발휘하지 못했다.

전체적으로 볼 때 전두환정권하에서의 행정법제는 개발독재에 의해 법치주의가 훼손·정지되었던 군사정권의 연장선상에 있었던 것으로 파악된다. 특히 현대 법치주의의 기본적 요구인 헌법과 법에 의한 행정의 구속·규율이 실효적으로 관철되지 못했다는 사실이 그러한 판단을 뒷받침해주는 요인이었다. 제3공화국에서 제4공화국, 그리고 제5공화국에 이르기까지 누적되어 온 반법치적 행정의 관행은 결국 행정의 법에 대한 우위, 법의 도구화, 처벌·통제 중심의 법사용으로 인한 법질서 전반에 대한 불신을 확산·고착시키는 결과를 가져왔다. 이후 노태우정권하에서 통제가 이완되면서 행정과 법이 공동실패를 겪는 현상이 나타나게 된 것도 바로 그러한 누적적 인과연쇄의 결과였다고 볼 수 있다.

한국행정법제사에 있어 1980년대가 갖는 의미는 이중적이다. 물론 80년대 전체를 들어 양차의 개헌과 행정쟁송법의 전면적 정비, 행정절차법의 입법에 고 및 지방자치법의 개정 등이 이루어져 행정법에 있어서도 발전적 전환기를 맞이한 시대로 평가하는 견해도 있으나,²¹⁾ 1980년대는 어디까지나, 적어도

21) 許永敏, 앞의 글, 164.

그 중반까지는, 70년대의 연장으로서 파악되어야 마땅할 것이다. 가령 1980년의 개헌은 환경권규정의 신설, 행정심판의 준사법절차화에 대한 헌법적 후원 등 주목할 만한 내용에도 불구하고 그 실체에 있어서는 아무런 근본적인 변화를 가져오지 못했다. 1975년부터 본격화되기 시작한 행정절차법의 제도화를 위한 시도는 80년대에 가서도 관철될 수 없었고, 또 전두환정권에 의해 護憲措置의 代償으로 준비되었던 행정절차법안 역시 1987년 입법예고를 거치고도 무산되고 말았다는 사실은 이 시대의 성격을 분명히 말해주는 것이다. 행정쟁송제도의 개혁 또한 1984년에 가서야 행정심판법의 제정과 행정소송법의 전면개정 등 불충분한 개혁으로 귀결되었을 뿐이었다.

4. 過渡期 : 盧泰愚政權下에서의 行政法制

노태우정권하에서의 행정법제는 법치주의의 再發見·회복을 향한 過渡期의 그것으로 특징지워질 수 있다. 특히 법치주의의 재발견·회복을 향한 이후의 발전과정에 단초를 제공한 것은 1987년 6월의 시민항쟁이었다. 이를 통해 그동안 절대권력으로 군림해왔던 권위주의적 군사정권이 아래로부터의 저항과 요구를 통해 붕괴할 수 있다는 사실이 증명되었다. 군사정권의 변함없는 비토 그룹이었던 학생운동세력과 노동자세력의 성장, 산업화의 진전에 따른 중산층의 성장과 자각, 그리고 사회 각부문의 전문화는 입헌주의적 법치주의를 위한 사회적 토대를 구축하는 여건이 되었다. 법치주의를 향한 또 하나의 결정적 전기가 되었던 것은 1988년 9월 19일부터 헌법재판소가 설치되어 활동에 들어간 것이었다. 헌법재판소는 헌법의 규범적 효력을 확인·회복시킴으로써 과거 군사정권의 권위주의적 지배체제의 정당화수단으로 봉사했던 헌법을 권력 분립을 토대로 국민의 기본권보장을 추구하는 법치주의의 보루로 탈바꿈시켰고 이러한 헌법재판소의 규범통제는 이후 대법원을 정점으로 한 사법부는 물론이고 수시로 행정의 효율성을 내세워 법의 굴레를 벗어나기 일쑤였던 행정의 반법치적 관행에 경종을 울렸다. 1988년 활동을 개시한 헌법재판소에 쇄도한 수많은 사건들은 법치주의에 대한 국민적 갈망을 여실히 대변해 주었다.²²⁾ 이로써 공허화되었던 법치행정의 원리의 회복을 향한 출발점이 마련될

22) 제1기 헌법재판소(1988.9.1~1994.8.31)에는 총 2,282건의 사건이 접수되어 1,486건이 처리되었다. 접수된 283건의 위헌법률심판사건 중 263건이 처리되었고, 1,803건의 헌법소원심판사건 중 1,416건이 처리되었다.

수 있었다.

이 시기의 행정법제의 변화로서 가장 주목되는 것은 환경법제의 정비가 이루어졌다는 것이다. 1977년 종래의 공해방지법(1963)을 대체한 “환경보전법”이 제정되고 1980년의 헌법에 환경권을 기본권으로 신설한 후, 1986년 환경보전법을 위시한 일련의 법개정이 이루어졌으나, 1990년 환경청이 환경처로 승격되고, 같은 해 7월 임시국회에서 이른바 ‘환경6법’이라 일컬어진 環境政策基本法·大氣環境保全法·水質環境保全法·騒音振動規制法·有害化學物質管理法·環境汚染被害紛爭調整法이 제정됨으로써 환경법이 본격적인 체계를 갖추게 되었다.

그러나 노태우정권하에서의 행정법제의 발전은 진정한 의미의 법치국가의 그것과는 여전히 상당한 거리가 있었다. 가령 노태우대통령은 국력의 소모와 사회경제에 부정적 파급효과를 초래한다는 이유만으로 지방자치법의 명문의 규정을 무시하고 지방자치단체장선거를 독단적으로 연기하고²³⁾ 국회에서의 날치기입법을 거듭하는 등 법에 대한 행정의 도구주의적·조작적 태도를 여전히 견지함으로써 법치주의의 규범적 요구를 정치행정적 편의에 따라 무시하는 행태를 보였다. 다만, 이 시기에 있어 이전 시기와 다름없이 법이 행정을 효과적으로 규율하거나 정당화하는데 성공하지 못하고 대중의 법적 불신을 불러 일으킨 경우가 빈번히 발생하고 있었음에도 불구하고 법치주의를 향한 일종의 과도기로 규정하는 까닭은 어디까지나 현대 법치주의의 특징이자 기본적 보루라 할 수 있는 헌법재판제도가 작동되기 시작하여 행정에 대한 헌법적 구속과 헌법의 기본권보장이 실효성을 발휘하기 시작했다는 데 있다. 독일 연방행정법 원장이었던 프릿츠 베르너(Fritz Werner)의 유명한 공식 “구체화된 헌법으로서 행정법”(Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht)이란 명제로 대표되는 헌법과 행정법의 관계에 대한 법치주의의 규범적 요구

23) 구지방자치법에 따르면 동법 부칙 제2조제2항에서 규정한 지방자치단체의 장 선거일 최종시한인 1992년 6월 30일로부터 18일전인 같은 달 12일까지 지방자치단체의 장 선거일 공고를 하도록 되어 있었다. 한편 노태우대통령의 선거일불공고행위로 말미암아 헌법상 보장된 기본권인 선거권 및 피선거권을 침해받았다고 주장하여 제기된 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 당시 지방자치단체장선거연기를 둘러싼 국회내에서의 논의과정의 지닌 고도의 정치적 성격과 이후 국회가 지방자치법을 개정하여(1994.3.16, 법률 제4741호) 당해 조항을 삭제했기 때문에 권리보호의 이익이 없다는 이유로 각하결정을 내렸다(헌법재판소 1994.8.31. 선고 92헌마 126 전원재판부 결정). 이에 관하여는 최대권, 『사례중심 헌법학』, 박영사, 1997, 251~272면을 참조.

를 실현시킬 재판기구가 설치되고 작동되기 시작했다는 사실은 이 시기의 행정법제가 드러낸 많은 결함과 문제점에도 불구하고 이전 시대와 확연히 구별시켜주는 전환기로서의 의미를 지닌다.

5. 發展期 : 金泳三文民政府의 行政法制

김영삼문민정부에 있어 행정법제는 그 이전 정권에서의 그것과는 확연히 구별되는 진일보한 양상을 보였다. 이를 법치주의의 관점에서 규정하자면, 법치주의의 恢復·實踐이 본격화되었고 그 과정에서 施行錯誤를 겪는 법치주의의 본격적 형성기에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 그것은 이전 노태우정권하에서 1987년 헌법에 의하여 定礎된 법치주의의 제도적 기반을 바탕으로 행정법제의 틀이 새롭게 짜여지기 시작했음을 의미한다.

그러한 방향을 향한 序幕을 연 것은 국제그룹해체에 대한 헌법재판소의 위헌결정이었다. 이 사건에서 청구인은 국제그룹해체가 공권력에 의하여 결정된 것이고 그 공권력의 행사로 인하여 헌법상 기본권을 침해받았다고 주장하면서 1989년 2월 27일 그 공권력의 행사의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구했고, 헌법재판소는 1993년 7월 29일(89헌마31: 헌재공보 93, 265) 국제그룹해체를 위한 공권력행사를 위헌으로 판시했다.²⁴⁾ 국가배상법 제2조제1항 단서의 위헌판결이 있는지 22년만에 나온 헌법재판소의 이 사건결정은 그것이 문민정부의 출범직후에 나온 것이라는 時宜性을 감안해야 하겠지만, 그동안 개발독재와 권위주의적 법질서에 의해 지지되었던 경제간섭주의 즉 경제에 대한 국가개입의 한계를 분명히 했다는 점에서 중요한 의의를 지닌 것이었다. 물론 그 이전에도 헌법의 최고성과 법치주의의 원칙을 확인하는 적지 않은 수의 결정례들이 축적되어 있었다. 그러나 헌법재판소가 이처럼 법의 지배를 대통령을 위시한 모든 국가권력을 구속하는 헌법원칙으로 확립한 것은 획기적인 일이었다. 대법원 역시 생수시판금지위헌판결²⁵⁾ 등을 통해 헌법 및 기본권의 보장자로서 자기위상을 확보하려는 사법적극주의적 태도를 천명했다. 이로써 현대 법치주의의 근본요구인 헌법의 지배를 향한 중요한 진전이 이루어졌다.

24) 이 사건 결정에 대한 평석으로는 이상규, “법치행정의 원칙과 헌법소원의 요건”, 『관례연구 제8집』, 7(서울지방변호사회, 1995); 허영, “공권력에 의한 국제그룹 해체의 위법성”, 『관례월보 280호(94, 1)』, 16면 이하를 참조.

25) 大判 1994.3.8, 92누1728.

김영삼문정부에 있어 주목할 만한 행정법제의 변화는 行政過程에 대한 法的 規律을 강화·충실화하기 위한 입법을 통해 나타났다. 1996년말 行政節次法과 『公共機關의情報公開에관한法律』(“정보공개법”)이 제정되었고, 1997년 8월에는 行政規制基本法, 『民願事務處理에관한法律』(“민원사무법”)과 行政審判法이 각각 제·개정되었다. 이후 『行政節次法の施行에따른公認會計士法등의整備에관한法律案』이 제정되어 행정절차법과 함께 시행되었다. 1998년 3월 1일에는 1994년 7월 27일 개정된 법원조직법 및 행정소송법 등이 시행되어 행정심판이 임의절차화하고(행정심판전치주의의 원칙적 폐지) 행정법원이 신설되었다. 김영삼정권말 불과 1~2년만에 행정법의 발전과정에서 중추적 의미를 가지는 핵심적 법률들이 대거 제정 또는 개정되어 시행되기 시작한 것이다.

그중에서 가장 주목되는 것은 행정절차법과 정보공개법의 제정이다. 전체로서 행정정책이 수립·집행되는 과정을 거시적 행정과정이라 한다면 행정절차는 미시적 행정과정이라 할 수 있고,²⁶⁾ 정보의 공개 및 보호는 행정과정에 대한 참여를 가능케 하기 위한 전제조건으로서 행정의 투명성을 확보하고 개인의 정보를 보호하기 위한 제도적 수단이 된다. 이들은 결국 행정과정에 대한 참가와 공동생산을 水路化함으로써 행정의 타당성과 공정성을 증진시키고 법치행정 및 민주행정의 원리를 실현하는 데 봉사한다.²⁷⁾ 이 시기에 집중적으로 이루어진 행정법제의 변화는 바로 그러한 목표를 실현하기 위한 법제개혁의 산물이자 가장 핵심적인 성과였다.

물론 이들 법률들에도 문제가 없는 것은 아니었다. 예컨대, 행정절차법은 총 54개의 조항에도 불구하고 극히 소졸한 내용을 지니고 있다. 법은 전체적으로 보아 일본행정수속법 보다는 상세한 내용을 가진 것처럼 보이지만 총칙의 일부

26) 塩野 宏, 『日本行政法論』(徐元宇·吳世卓共譯), 法文社 1996, 207면.

27) 행정절차법과 정보공개법의 제정은 행정민주화와 선진행정의 바로미터가 된다. 미국에 있어 1950년대에서 1980년대초까지 진행된 행정민주화의 제1단계가 권리(rights), 대표(representation), 참여(participation) 및 사법심사(judicial review)의 확대를 통하여 진행되었다면, 이러한 변화과정에서 가장 결정적인 역할을 수행한 것이 1946년의 행정절차법(APA)이었다. 행정절차법을 ‘현대행정국가의 권리장전’(bill of rights for the modern administrative state)이라고 부르는 이유도 바로 거기에 있다(Rosenbloom, 1994: p.20). 로젠블룸(1994: p.26)에 따르면 행정민주화의 제2단계는 시장에 기초한 공행정을 향한 변화(Toward Market Based Public Administration)로서 이를 통해 국가작용과 책임성을 재발명(Reinventing State Action and Accountability)하려는 시도가 이루어졌다고 한다.

와 행정상 입법예고, 행정예고 등을 제외하면, 오히려 일본법의 수준에도 못미치는 소극적·수세적인 규율태도를 보이고 있다. 특히 행정절차에 대한 참여권의 보장이라는 측면에서 법은 교묘하게 곳곳에서 국민들의 적극적·능동적 참여권을 배제했다. 따라서 행정절차의 권리구제적 기능도 크게 제약되는 결과가 되고 있다.

한편 그동안 역대정권의 주요 국정현안으로 추진되어 온 규제완화 또는 개혁작업은 적지 않은 성과에도 불구하고 피부에 와닿는 효과를 거두지 못했을 뿐만 아니라 규제의 총량을 줄이는데도 성공적이지 못했다는 비판²⁸⁾을 받아왔다. 이러한 배경에서 보다 체계적이고 종합적인 규제개혁을 추진하기 위한 법적 토대를 구축하기 위하여 제정된 것이 행정규제기본법이다. 이 법률은 종래 『행정규제및민원사무기본법』에 규정되어 있던 행정규제에 관한 조항들을 확대재생산하여 규제개혁의 추진을 위한 전담기구로서 규제개혁기구의 설치, 規制影響分析(Regulatory Impact Analysis: RIA), 規制日沒制(sunset regulation)의 도입과 規制整備綜合計劃을 통한 체계적인 規制整備 등을 내용으로 하는 규제개혁의 새로운 틀을 구축하였다. 이 법은 그동안 규제개혁방안으로 제시되었던 갖가지 정책수단들을 최대한 수용했다는 점에서 대단히 진취적인 입법이라 할 수 있으나, 그것이 현실적으로 어떠한 변화를 가져올지는 아직 미지수로 남아 있다.

또한, 민원사무법 역시 民願事務의 接受 및 優先處理義務, 지체없는 민원처리를 요구할 수 있는 청구권의 인정, 民願1回訪問處理制 및 民願事務處理基準表 告示制度의 강화, 市·郡·區 또는 기타 지역단위별 行政相談委員制의 도입, 民願事務의 簡素化 등을 통하여 기존의 민원사무처리절차를 대폭 개선하였다. 이것은 특히 일선행정기관에서의 민원사무처리에 적지 않은 변화를 가져올 것으로 전망되고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 김영삼정부는 환란이라 지칭되는 전대미문의 국가위기를 가져왔을지라도 행정법제에 관한 한, 획기적인 전환점을 마련한 것으로 평가된다. 그러나 이와 같은 행정법제의 발전에도 불구하고 김영삼정권

28) 그러한 평가는 행정규제기본법의 소관부처인 총무처와 규제개혁추진회의에서도 지배적이었다. 『규제개혁기본법 제정을 위한 공청회』에서의 발제문(동 공청회자료집, 1997.5.12), 서울대학교 행정대학원 제51회 국가정책과정세미나 『규제개혁-어떻게 추진해야 하나?』에서의 총무처기획관리실장의 발제문, 최병선교수의 발제문 및 그곳에 인용된 기존연구의 성과(동 세미나자료집, 1997.6.13) 등을 참조.

을 법치주의의 開花期로 볼 수 없는 것은 법의 도구화, 법의 조작적 사용과 행정편의주의로 특징지워지는 종래의 고질적인 반법치적 관행이 근본적으로 불식되지 못했기 때문이다. 실례로 이전 시기의 경우와 마찬가지로 문민정부의 임기동안 국회는 사실상 정부의 하청입법 또는 통법부로서의 역할 이상을 수행할 수 없었고 이를테면 ‘큰 법제처’와 같은 역할을 수행했다는 모멸적인 평가를 면할 수 없었다. 국회는 역대정권에 비해 상대적으로 민주적 정당성에 우위를 가졌던 김영삼 ‘문민정부’와의 관계에서도 그러한 현실을 극복할 수 없었다. 또한 김영삼정부하에서도 위임입법이 크게 확대되어 권력분립에 입각한 법치주의를 형식화시키는 부정적인 결과를 가져왔다. 물론 김영삼정부 들어 행정법제는 이전 시기에 비해 법치주의를 향한 중대한 진전을 보인 것은 사실이지만, 이 시기 역시 고질화된 법의 도구화경향과 행정에 대한 법적 규율의 실효성저하 등으로 인하여 법치주의가 정착되거나 개화했다고는 볼 수 없다는 점에서 또 하나의 다소 진전된 과도기에 해당하는 것이었다고 결론지을 수 있다.

III. 韓國 行政法制 50年の 評價

이제까지 정부수립이후 50년간 행정법제의 변천과정을 개괄적으로 살펴보았다. 이를 다시 법치주의라는 범주를 통해 요약하자면 다음의 표에서 보는 바와 같다. 舊韓末 改革期에 싹트기 시작하던 법치주의의 맹아를 말살시킨 日帝植民地支配와 미군정기의 행정법제의 착잡한 교착상태에서 출발한 한국 행정법제는 政府樹立을 거쳐 金泳三文民政府에 이르기까지 무수한 시련을 겪었다. 법치주의의 시련은 解放以後 美軍政期에서 政府樹立에 이르는 기간동안에는 주로 제도적 기반을 구축하는 과정에서 나타났다. 政府樹立以後 第2共和國이 出帆하기까지 법치주의는 사실상 실패했고, 4월혁명에 의해 성립한 第2共和國에서 5·16 軍事政權이 出帆하기 전까지는 일시적 회복의 기회를 가졌으나, 곧이어 대두된 군사정권에 의해 상실되고 말았다. 이후 법치주의는 30여년간 지속된 軍事政權의 開發獨裁期(朴正熙·全斗煥·盧泰愚政權)를 거치면서 훼손·정지되었다가 盧泰愚政權하에 再發見·회복을 위한 過渡期를 맞았고, 金泳三文民政府 들어 본격적인 恢復·實踐의 계기를 맞이하게 된다. 물론 그 과정에서 많은 시행착오와 문제점이 나타나 법치주의의 정착이나 開花를 운위

하기는 이르며 그런 뜻에서 한국 법치주의는 여전히 형성중에 있다고 할 수 있다.

<행정법제사 50년간 법치주의의 변천>

시대구분	前 史	解放以後 政府樹立 - 金泳三文民政府 법치주의의 회복 · 시련기						
	舊韓末 改革期 - 日帝 植民地支配期 - 美軍政期	解放以後 - 政府樹立	政府樹立 - 第2共和國 出帆	第2共和國 - 5·16軍事 政權出帆	軍事政權의 開發獨裁期	盧泰愚 政權	金泳三 文民政府 出帆以後	金大中 文民政府 出帆以後
법치주의 변천	◆ 구한말 개혁기: 법치주의 萌芽 ◆ 日帝支配期: 법치주의 抹殺 ◆ 미군정기: 법치주의 초기학 습	법치주의 규범 · 제도 적 재건	자유당독재 - 법치주의 의 사실상 실패	4월혁명 · 법치주의 의 일시적회복	법치주의의 노골적훼손 · 정치	법치주의 의 회복의 과도기	법치주의 의 恢復 · 實踐過程에서의 施行錯誤	법치주의 의 開花?

앞에서 살펴본 바와 같이 일제의 식민지행정법제는 전통사회의 유교적 · 덕치주의적 질서를 파괴 또는 기형화시키면서 법적 · 행정적 문화의 단절과 왜곡을 동시에 초래하였다. 그러나 해방이후에도 이와 같은 식민지행정법제의 기본토양이 근본적으로 불식되지는 못했다. 식민통치의 목적에 기능적으로 부합되는 경제질서의 편성, 자본주의화를 강요하면서 동시에 전자본주의적 생산양식을 온존시켜야 한다는 모순적인 요구를 실행하기 위하여 또한 식민체제에 도전하는 저항세력을 봉쇄하고 노동과 사회의 통제를 달성하기 위하여 준비되었던 많은 수의 법령과 강력한 행정조직들은 해방초기 모호한 이념적 조정을 거쳐 대부분 계승되었고 그 정치적 억압의 제도화된 관행 역시 30여년간 지속된 군사정권에 의하여 그대로 전수되었던 것이다.

해방이후 근대화과정에서 이식된 행정법제의 구조적 이질성은 규범과 현실의 괴리라는 현상을 초래하는 주된 원인이 되었다. 여기서 규범이란 서구로부터 도입된 근대행정과 법제도였고 현실이란 전통적 문화에 일제의 군국주의적 식민지유제가 구조적인 왜곡을 중습시킨 것이었다. 이러한 역반응과정을 거쳐 형성된 행정과 법의 현실은 인권보호의 측면 보다는 강제적 질서부과의 측면, 가치적 측면 보다는 기능적 측면에 중점을 둔 사회통제론적 사상에 의해 지배되고 향도되었다. 이와 같은 상황에 다시금 정당국가의 진전에 따른 입법

기능의 변질, 행정국가화에 따른 행정권의 비대화와 재량권의 팽창, 법인플레이션현상과 입법 및 권력에 대한 통제기능의 후퇴, 법의 조작적 기능강화를 통한 행정편의주의 등과 같은 현대산업사회에서의 행정과 법의 위기징후들이 더욱 심각한 형태로 한국의 현실에 반영되었다. 해방이후 근대화과정, 특히 개발독재의 지배이데올로기로 봉사했던 발전주의와 안보주의는 그 모순을 당연시하게 만드는 이념적 거점으로 작용했다.

정부수립이후 50년 행정법제의 변천과정에서 우리가 얻을 수 있는 교훈은 무엇보다도 행정의 법으로부터의 이탈과 사실상 우위의 확보가 반드시 효율성을 증대시키는 것은 아니며, 일상화된 법의 도구화와 함께 처벌·통제 중심의 법사용의 결과 법에 대한 불신이 확산·고착될 경우 행정이 법적 수단을 사용하거나 적법한 범위내에서 법적 조치를 취하는 경우에도 필요한 국민의 신뢰와 순응을 획득하지 못해 결국 행정과 법이 함께 실패하는 정당성위기를 초래할 수 있다는 것이다. 이러한 현상은 1960년대 이래 30여년간 지속된 군사정권하에서의 경험을 통해 분명히 나타났다. 요컨대, 합법성의 요구는 규범적 차원에서 뿐만 아니라 사실적 차원에서 행정의 능률에 영향을 주는 보이지 않는 요인으로 작용할 수 있다: 합법성은 효율성의 내생적 요인(endogenous factor)으로 영향을 미친다. 가령 행정의 법적 책임을 초래하는 불량행정은 합법성의 요구를 충족시킬 경우 초래되었을 행정능률의 저해 보다 훨씬 더 심각한 결과를 가져올 수 있으며 행정의 전체적·장기적인 효율성을 손상시킬 수 있다. 그것은 각종 배상책임으로 발생하는 불필요한 행정비용(Unkosten)의 증가와 이에 따른 국고손실을 초래할 뿐만 아니라 행정에 대한 신뢰를 손상시키고 효율성을 저해하여 행정의 실패를 야기하는 요인이 되기도 한다.

반면 비효율적인 법적 구속 역시 행정의 목적달성에 장애요인으로 작용할 수 있다. 그런 의미에서 합법성의 요구는 효율성을 내재적으로 고려하는 조건하에서 설계되고 관철될 수 있어야 한다. 물론 이러한 조건들은 모두가 법치주의 또는 적법절차에 따라 조정되어야 한다.

한국 행정법제 50년의 역사를 통하여 일관되게 관측되는 현상은 법의 도구화경향이다. 법의 도구화는 그 선별적 사용과 맞물려 있다. 법은 정치적 반대파를 억압하거나 노동대중의 통제를 위해서는, 그 억압과 이데올로기로서의 양면성에 있어서, 노골적인 폭력의 행사 보다는 훨씬 효과적인 수단이었던 반면, 통치의 효율성이나 행정목적의 달성을 위해서는 대단히 거추장스러운 제

약이었다. 법의 정책수단으로서의 가치는 주로 정치적 편의의 차원에서 평가되었다. 국가보안법, 집회와 시위에 관한 법률, 각종의 노동통제법 및 형사관계법들이 극단적인 권력집중 또는 외견상의 권력분립하에서 적용되었던 사례들은 법이 지배권력의 전횡을 위한 정치적 도구로 사용될 수 있었다는 사실을 반영하는 것이다. 반면 법에 의한 권력의 통제는 충분히 실현되지 못했고 또한 권력남용의 무수한 사례들은 비공식화되고 마는 경우가 빈번했다. 반면 기소편의주의는 이러한 법의 선별적 적용을 유연하게 제도화시키는 역할을 수행했다.

IV. 韓國 行政法制的 課題

앞에서 지적된 바와 같이 반세기의 역사를 통하여 한국의 행정법제가 드러냈던 여러 가지 문제점들은 바로 정당성의 위기와 실제적인 관련을 맺고 있다. 그것은 일차적으로는 한국의 행정법제에 제약을 가했던 역사적 요인들, 즉 근대이전의 행정적·법적 전통과 일제식민지행정법제의 체험, 그리고 해방이후의 서구행정과 법제도의 이입과 왜곡 등과 같은 요인들에 역사적 배경을 두고 있다. 그러한 문제들은 규범과 현실의 괴리로부터 배양된 행정과 법에 대한 고질적인 불신현상과 법의 도구적, 선별적, 정치적 사용에 따라 조성된 것이라 할 수 있다. 따라서 21세기의 문턱에 선 전환기의 한국사회에 부과된 행정법제의 과제는 바로 그러한 의미에서의 정당성과 신뢰를 회복하는데 있다.

이렇게 볼 때 앞으로 한국 행정법제가 추구해야 할 과제는 무엇보다도 행정법제를 지배나 관리의 수단이 아니라 민주주의적 생활규범으로 재정립함으로써 이를 소수의 지배자의 수중에서 국민의 손으로 복귀시키기 위한, 즉 입법과 행정, 사법과정에 대한 '참여의 확대'를 가능케 하는 법적 보장을 실현하는데 있다. 이를 위해서는 행정법제의 개혁이 필요하다. 여기서는 행정법제개혁의 주요과제들을 발제형식으로 제시하는데 그친다.

1. 행정절차법의 개혁

김영삼정부의 임기말에 제정된 행정절차법은 이제 행정절차의 법제도화를 향한 첫걸음일 뿐이라는 사실을 인식할 필요가 있다. 우리나라는 세계 어느 나라 보다도 급속한 변화를 겪고 있으며 그 안에서 행정이 직면해야 하는 법

문화적 지형(legal-cultural terrain)도 판연히 바뀌고 있다. 과연 이번에 제정된 행정절차법만 가지고 험난한 21세기의 도전을 감당해 나갈 수 있을지 지속적이고 진지한 관심을 기울임으로써 실천을 통한 학습(learning by doing)을 통하여 새로운 시대에 걸맞는 행정절차법을 형성해 가려는 적극적·능동적 의지가 필요하다. 이러한 관점에서 행정절차법의 제도적 미비점과 시행과정에서 나타난 문제점을 예의 주시하고 분석함으로써 지속적인 법개정을 추진해 나가야 할 것이다. 특히 구속적 행정계획의 확정에는 무수히 많은 대립되는 이해관계가 종합적으로 저울질되어야 하고, 행정청과 국민간의 중요한 법률관계가 종합적으로 규율되고 형성되어야 할 것이 요구되므로 하루빨리 합리적인 계획행정절차를 도입해야 하며,²⁹⁾ 공법상 계약에 대한 절차적 규율 역시 신설하는 방향으로 법을 개정하는 것이 필요하다. 특히 행정절차법을 개정함에 있어서는 종래처럼 정부주도적 방식에 의존할 것이 아니라 국회의 주도적 역할과 시민사회의 적극적·능동적 참여를 보장하는 방향으로 입법추진과정을 개방화·민주화하여야 한다. 이러한 작업을 추진하기 위하여 시민단체 및 시민대표, 각정당, 학계와 실무계를 망라하여 구성된 행정절차법개정추진위원회(가칭)를 설치하고 분야별 전문위원회를 조직하여 체계적·지속적으로 법개정 작업을 추진할 필요가 있다.

2. 정보공개법의 개혁

정보공개법 역시 그 제정으로 만족할 것이 아니라 그 시행과정에서의 경험을 살려 지속적으로 개선·정비해 나가야 할 것이다. 정보공개법은 정보의 생산, 유통, 이용 등 정보과정 전반에 질서를 부여함으로써 21세기의 생존을 위한 법제도적 기반이므로, 그 내용을 국민의 알 권리를 최대한으로 충족시키고 정보공개를 통한 국정에 대한 관심과 참여의지를 제고할 수 있는 방향으로 대폭 보완하여야 한다.

3. 지속적 행정개혁·규제개혁의 추진을 위한 법제화

행정민주화와 삶의 질 향상을 위한 행정개혁과 규제개혁을 지속적으로 추진하기 위하여 법제화가 필요하다. 규제개혁에 관한 한 행정규제기본법이 제

29) 한국법제연구원, 『공정행정구현을 위한 행정절차법 제정방안』, 99~100면.

정·시행되고 있으나, 앞으로 그 시행과정에서의 시행착오를 면밀히 파악하여 법제도 개선에 만전을 기해야 할 것이다. 이를 위하여 시민사회에 법제도 전반에 관한 심사(Review), 감시(Monitor)를 위한 공개포럼(open forum)을 정규적으로 제도화하는 방안을 검토할 필요가 있다.

4. 행정통제 및 행정구제제도의 개혁

우선 행정통제를 위한 법적 수단을 정비·개선하여야 한다. 감사원의 기능을 회계감사 및 직무감찰기능에 국한시키지 말고 총괄적인 부정방지기능을 수행할 수 있도록 독립적인 사정기관·부정방지기관으로 위상을 격상시키고 권한을 강화시키는 방향으로 감사원법을 개정하고, 공직자윤리법 역시 공직자윤리위원회의 실사기능을 강화하고 재산등록·공개의 범위를 확대하며 그 처벌규정을 강화하는 방향으로 대폭 손질하여야 한다. 내부비리고발자보호법을 시급히 제정·시행하여야 한다.

또한 위법·부당한 행정조치에 대한 권리구제를 위한 행정심판법 및 행정소송법을 전향적으로 개정하여야 한다. 특히 의무이행소송, 가처분제도 등 행정의 부작위·태만을 시정할 수 있는 적극적인 쟁송수단이 소송법적 차원에서 마련되어야 하며, 행정청에 대한 원고의 자료제출요구권을 보장하여야 한다. 또한 1998년 3월 1일 서울지역에 신설된 행정법원은 이를 사건발생의 추이를 고려하여 다른 지역, 적어도 고등법원소재지까지 확대설치해 나갈 필요가 있다. 끝으로 국민고충처리위원회의 기능과 독립성을 강화하여 국민옴부즈만제도로 발전시키는 한편 지방자치수준에서 옴부즈만제도를 도입할 수 있는 법적 근거를 마련해야 한다.

5. 행정조직의 개편

작은 정부, 효율적인 정부를 위하여 장기적 차원에서 정부조직개편작업을 지속적으로 추진해 나가되 국회와 정부합동으로 행정조직차원에서 부처할거주의와 부처이기주의에 따른 영향을 최소화할 수 있는 법적 수단을 강구해야 한다.

6. 지방자치제도의 개혁

21세기의 도전을 능동적으로 헤쳐나가기 위한 법제도적 기반으로 지방자치법제를 지속적으로 정비·개혁해나가야 한다. 무엇보다도 지방자치법을 개

정하여 지방자치단체의 사무의 범위와 한계를 분명히 하되, 지방자치단체의 권한과 그 예산·재정·인력 등을 대폭 보강해 나갈 필요가 있다. 특히 지방자치단체의 자치입법권을 강화할 수 있는 개별법적 근거를 확충해야 하며, 지방자치법 제15조 단서에 의한 조례제정권의 제한을 폐지하여 조례제정권의 범위를 확대해야 한다. 1949년의 구지방자치법에 의해 인정되었던 주민소송 제도를 부활하여야 하며, 지방자치단체의 조례 또는 그 장의 명령이나 처분이 헌법이나 법률에 위반된다고 인정될 때에는 일정수 이상의 주민이 연서로 그 취소등을 재판상 청구할 수 있도록 지방자치법을 개정하고, 국가와 지방자치단체, 지방자치단체상호간의 분쟁을 합리적이고 효과적으로 해결할 수 있는 지방자치분쟁조정제도를 개선·보완하면서 행정소송법이나 지방자치법에 자치소송특례규정을 두어 지방자치분쟁의 효율적 해결방안을 강구해야 한다.

V. 結 論

우리는 이제까지 대단히 미흡한 수준에서나마 정부수립이후 50년동안 행정법제의 변천과정을 살펴보았다. 이제 21세기를 눈앞에 둔 시점에서 행정법제가 어떠한 방향으로 발전하여야 하는가를 물을 시간이다. 21세기의 거센 도전을 헤쳐나가기 위해서는 행정법제를 정치적 지배와 관리의 수단으로서가 아니라 민주주의적 생활의 수단으로서 재정립하고 ‘열린 행정’과 ‘열린 법’을 보장하는 법제도적 기반으로 발전시켜 나가야 한다. 그것은 입법, 행정, 사법과정에 대한 모든 동시대인의 주체적 참여를 통해서만 실현될 수 있다. 이를 위한 포괄적 지침을 제공하는 것이 헌법이다. 21세기 한국의 행정법제는 ‘헌법행정’을 가능케 하는 ‘헌법구체화법’으로서 정립되어야 한다는 것을 강조하면서 글을 마친다.