

韓國行政法の 現況과 課題*

林 宰 洪**

I. 序論

筆者가 發表하는 이 글의 主題는 韓國行政法の 現況과 課題이다. 물론 이 主題에 相應하는 發表를 하려면 行政法の 歷史, 發展 그리고 現在의 모습들을 綜合的으로 概括하여 보아야 하며, 特히 特別行政作用 즉 個別行政作用에 관한 分野까지 언급해야 한다. 이러한 對象의 多樣性으로 인해 適切한 部分에 焦點을 맞추어 發表를 하지 않을 수 없다. 여기서 韓國의 行政과 中國의 行政이 共有하는 共通의 關心事를 抽出해서 그 部分에 焦點을 두는 것이 相互 理解에 도움이 될 것이다.

中國은 開放·改革의 急流를 타고 있으며 急激한 經濟發展의 途上에 있다. 아마 이러한 開放과 改革을 擔當하여야 하는 것은 國家行政일 것이다. 이런 部分은 韓國에 있어서 60-70年代의 近代化와 行政의 關係와 유사한 그런 모습이 지금 中國에서도 形成되고 있지 않을까 한다. 물론 中國은 社會主義計劃經濟를 기초로 하고 있고, 韓國의 경우는 市場을 기초로 한 競爭資本主義라는 점에서 根本的인 差異가 있기는 하다. 그러나 韓國의 資本主義發展이 “위로부터의 發展”이었고, 中國 역시 國家主導의 資本主義 移植을 시험하고 있는 만큼 韓國行政法の 歷史的인 發展의 모습은 中國에도 示唆點을 주는 바가 있으리라 본다. 이런 유사성 때문에 韓國行政法 運用의 經驗은 中國 行政에 比較

* 이 글은 中國南開大學校와 嶺南大學校 共同 學術發表會(2000年 10月 17日-18日, 中國 南開大學校(天津))에서 발표한 글임

** 嶺南大學校 法科大學 助教授·法學博士

法的 研究의 對象이 될 수 있을 것이며, 韓國行政法의 全體的인 輪廓을 그려보는 것은 유익한 일이 되리라 본다.

II. 韓國行政法의 現況

1. 發展過程 : 日本과 獨逸의 影響

위에서 규정한 國家中心性을 염두에 두고 韓國行政法의 現況을 把握하여 보고자 한다. 이러한 現況은 歷史的인 發展段階를 區分하면 立體的인 把握이 쉬워질 것이다. 물론 韓國行政法의 發展을 段階化하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그 이유는 韓國行政法이 獨自의 發展經路를 밟지 않았기 때문이다. 韓國은 近代的 資本主義發展에서 뒤 처졌고, 日本의 侵略을 받아 植民地를 經驗했다. 歪曲된 植民地法制를 經驗했고 그 過程에서 韓國國民의 의지와 무관하게 日本에 의해 植民地經濟가 形成되었고 法制 역시 日本에 의해 주여졌다. 물론 解放과 더불어 獨自의인 發展의 기회를 가졌지만, 南北分斷과 資本主義圈 編入으로 資本主義法制가 廣範圍하게 移植되기 시작했다. 特異한 것은 美軍政下에서 美國의 政治的 影響을 받으면서도 美國法보다는 大陸法 特히 獨逸法の 影響이 컸다는 사실이다.

그 이유에 대해서는 여러 각도에서 분석이 가능하겠지만, 筆者가 보기에는 두 가지 원인이 있었던 것 같다. 하나는 植民地時代에 韓國에 影響을 주었던 日本法制가 基本的으로 獨逸法制에 근거하고 있었다는 것이다. 그리고 둘째로는 韓國의 儒敎的인 法文化 特히 忠·孝를 中心으로 하는 儒敎文化의 國家中心性, 家父長的인 文化가 英國(England)·美國(America)系의 個人主義보다는 獨逸(Deutschland)의 團體主義(共同體主義), 集團主義文化에 親和的이었다는 것이다.

이러한 要因으로 인해 韓國의 行政法은 一段階에서는 日本行政法의, 二段階에서는 獨逸行政法의 影響을 받았다. 물론 一段階의 日本行政法이 獨逸行政法에 基礎한 점을 감안하면 獨逸行政法은 韓國에 絕對的인 影響力을 미쳤다고 말할 수 있다. 물론 이상의 要因들은 文化的이고 背景的인 側面이다. 重要한 것은 이러한 初期의 影響要因들이 以後 韓國의 資本主義發展에 손쉽게 接木된 部分이다. 이 部分에 대해서는 規範的인 要因

보다는 非規範的인 特히 政治的인 理由들이 있었던 것으로 보여진다. 그것은 國家主導의 經濟發展에 있어서 行政에 부여된 役割의 特性에 있었다.

주지하듯 獨逸, 日本, 韓國은 經濟發展에 있어서 共通的인 側面이 있었다. 그것은 위의 國家들이 英國의 資本主義發展과 같은 典型的인 經路를 밟지 않았다는 점이다. 獨逸은 近代初期만 해도 유럽(Europe)에서는 주변에 위치해 있었고, 封建的인 잔재가 강한 상황이었다. 英國이나 프랑스(France)에 比較한다면 近代的인 意味의 企業家(資本家)의 출현이나, 勞働者階級の 形成이 늦었고, 資本主義發展을 보장하는 近代市民法制의 도입이 封建的 抵抗에 부딪혀 定着되지 못한 狀況이었다. 이 점에서 獨逸은 英國, 프랑스 등 先發資本主義國家에 비해 後發資本主義에 속하며 이러한 過程에서 國家行政의 役割은 至大했다고 본다. 이런 모습은 明治維新의 日本이나 韓國의 近代化에서 유사하게 전개된다. 이런 要因이 獨逸式 文化, 獨逸 行政法이 韓國에서 着根된 直接的인 原因이 아닌가 한다.

2. 現況

韓國의 行政法은 아직은 獨自的인 發展段階로 진입했다고 判斷하기에는 무리가 있다. 日本의 行政法 教科書を 보면 日本 最高裁判所の 判決을 재정리해서 理論을 體系化하는 모습들이 보인다. 이것은 獨自的인 理論體系를 구축하는 단초라고 말할 수 있다. 그러나 아직 우리의 行政法은 外國의 理論을 수입하고 이를 소화하여 우리 현실에 適用시키는 그런 段階라 보기 때문이다. 더불어 韓國의 行政法을 體系的으로 分析할 수 없는 또 하나의 理由는 獨逸이나 유럽國家의 오랜 期間에 걸친 經驗이 우리에게서 1945年 光復과 더불어 一時에 導入되었기 때문이다. 그래서 獨逸行政法の 發展過程을 고찰해 보는 것이 오히려 韓國行政法을 이해하는데 도움이 되리라 본다.

獨逸이나 日本 그리고 韓國의 行政法 教科書を 보면 소소한 차이들은 있지만 全體的인 대강은 비슷하다. 視野를 더 넓혀 보면 資本主義 國家들은 20世紀初 以後로 所謂 行政國家化現狀을 經驗하고 있다. 이것은 이른바 ‘自律과 自治’ 그리고 ‘市民權’의 領域으로 表象되는 市民社會가 自律機能을 喪失하면서부터라고 말할 수 있다. 勞動과 資本의 對立, 獨占資本의 弊害, 資本主義 經濟體系의 不安定으로 市民社會에 대한 國家의 行政的 介入의 폭이 擴張되었던 것이다. 또한 迅速하고 彈力的인 行政業務의 處理를 위해서 行政府는 準立法權(行政立法權)과 準司法權(行政에 의한 裁判權으로 行政審判이라 부른

다)의 役割까지 담당하기에 이른다. 日本의 下山英二는 이러한 現代行政國家의 특징으로 ① 計劃行政, ② 權力行政과 非權力行政의 相對化, ③ 行政指導의 出現, ④ 法概念의 變質을 든다.¹⁾ 特히 規範으로서 法이 政策手段으로서의 法으로 變質되는 部分에 대해서는 상당히 憂慮할 만한 일로 보고 있다.

따라서 近代行政法의 中心이 警察行政法이었고 그 典型이 英國行政法이었다면, 現代行政法의 特徵은 다양한 行政作用(警察行政 以外에 給付行政, 公用負擔行政, 地域開發行政, 環境行政, 經濟行政, 財務行政 等)이 出現하고, 그 特性은 多樣한 非權力的 行政作用의 手段이 마련되고, 裁量이 擴張되고, 行政의 自律性, 彈力性의 強化로 特徵지을 수 있다. 이러한 行政法의 典型은 獨逸行政法이라 할 수 있다. 이러한 現代行政法의 모습은 行政法制나 行政法教科書에도 그대로 反映되고 있다. 韓國行政法의 教科書를 보면, 行政作用編에 行政行爲 以外에도 行政立法, 公法上 契約, 行政指導, 行政計劃, 行政法上的 確約 等 다양한 行政作用手段이 記述되고 있다. 行政救濟編에서는 行政訴訟法 以外에도 行政審判이 包含되어 있다. 特別行政作用法編에는 警察行政(秩序行政) 以外에도 經濟行政法, 社會法, 建築土地行政法, 環境法, 道路交通法, 水法, 教育法, 學藝法, 新聞放送法, 軍事法 等이 個別 行政法領域을 이루고 있다.

그런데 이러한 現代行政國家化의 傾向은 資本主義 國家에서 一般화된 모습이기는 하나, 그 發展의 起源을 이루는 思考方式은 전혀 다른 觀點에서 있다. 이를 크게 분류하면 英國-美國法系와 大陸法系이고, 韓國行政法은 이중 大陸法系 特히 獨逸行政法의 延長에 서 있는 만큼 이를 중심으로 韓國行政法의 特徵을 導出할 수 있으리라 본다.

3. 特徵

우리 行政法 또는 獨逸行政法의 特徵을 보려고 하면 比較對象이 必要하다. 이 特徵은 比較對象인 英國, 美國의 行政法이나 프랑스의 行政法과 比較할 때 明確하게 드러난다. 筆者는 英國行政法의 特徵을 “議會主權範圍 內에서의 行政”으로 規定한다. 이 議會의 구성은 政治的 民主主義에 의해서 擔保되고, 그 形式은 法治主義 즉 國民의 代表者인 議會가 制定하는 法律의 萬能性을 前提하는 것이다. 이러한 점에서 英國의 行政은 議會主權과 議會의 法律에 嚴格하게 羈束되어 行政의 獨立性이나 自律性은 거의 認定되지

1) 下山英二, 資本主義經濟と行政權(渡邊洋三編, 現代法 7 - 現代法と經濟, 岩波文庫, 1966) 第3章 2節

못하는 그런 출발을 하였다고 말할 수 있다. 더불어 行政府는 國民 個個人에 대해서 전혀 優越性을 確保하지 못했다. 行政은 個人과 同等한 地位에서 違法한 行爲를 하는 경우에는 普通法에 의해서 普通裁判所의 判斷對象이 되었다. 이것은 아마도 國家로부터 自律과 自治의 領域을 누리는 市民社會가 건고했기 때문에 가능한 모습일 것이다.

반면에 獨逸의 경우는 전혀 다른 양상을 띠게 된다. 市民階級の 力量 未熟으로 인해 議會主權을 確立하지 못했다. 오히려 國民主權, 議會主權 대신에 國家主權, 君主主權의 論理가 支配的이었고 君主權이 바로 行政權과 同一視되었다. 그러나보니 자연스럽게 “議會의 法律로부터 相對的으로 自由로운 行政”領域이 廣範圍하게 形成되었고, 行政裁判에서도 排除되는 結果를 빚게 되었다. 거의 大部分의 學者들은 이러한 國民主權, 議會主權이 결여된 獨逸式 法治主義를 “獨逸式 法治國家” 또는 “形式的 法治國家”라 부른다.²⁾ 君主權 즉 行政權은 國民 個個人에 비해 優越的인 地位에서 있었고, 行政이란 優越的인 主體인 行政府가 個人을 相對로 한 權力的 國家作用으로 理解되었다.

그래서 英國의 行政法을 議會親和的인 行政法이라고 부른다면 獨逸의 行政法은 行政親和的인 行政法으로 크게 성격을 規定지을 수 있다. 이러한 獨逸行政法은 後發資本主義化過程의 獨逸의 狀況과 相互 照應하는 關係에 있게 된다. 즉 당시의 獨逸資本主義는 不安定的인 狀況에 있었고 後見者로서의 國家는 自律的이고 彈力的인 형태로 行政을 구사할 수 있었던 것이다. 물론 이러한 종류의 自律性 彈力性이 現代行政法에서는 行政政策의 이름으로 正當化할 수 있겠지만, 國民의 行政參與나 基本權 保障과 相反되는 問題點이 表出되었고, 極端的인 經濟危機時에는 獨裁로 쉽게 轉化될 수 있는 素地를 內包하고 있었다. 이러한 行政優越的인 行政法은 이후 法治主義는 물론 行政救濟 等の 領域에서 深刻한 問題點을 드러낸다. 1945年을 前後로 해서 이러한 獨逸行政法은 커다란 變化에 직면하게 된다. 그러나 그 變化는 外형상의 變化이었고 그 根底에 흐르는 基本 問題點까지 變化된 것은 아니었다. 이러한 獨逸行政法의 特徵은 바로 韓國行政法에도 그대로 適用되고 있다.

III. 韓國行政法の 問題點

2) 金東熙, 行政法I, 1999, 博英社, 30面

1. 不完全한 法治主義

1945年以後 본(Bonn)基本法(Grundgesetz)이 민주主義와 法治主義를 도입했다. 그리고 英國,美國의 경우에도 行政權이 擴張됨에 따라 計劃行政, 裁量등이 導入되어 兩 法系가 相互 接近하고 融和하는 狀況에 이르렀다고 말한다. 그러나 이것은 制度的 側面에서의 接近法이고, 方法論的 歷史的 側面에서 본다면 獨逸行政法은 여전히 議會에 비해서 行政府優越의인, 個人에 비해서 國家優越의인 特性을 가지고 있다.³⁾ 그리고 이런 側面은 制度運營, 學說, 判決 등에서 確然히 表出되고 있다. 몇 가지 예를 든다면 본(Bonn)基本法(Grundgesetz)以後로 “行政組織에 對한 法定主義”, “法律授權範圍內에서의 裁量⁴⁾行使”, “特別權力關係⁵⁾의 否定” 등이 確立되었다.

그렇지만 行政組織의 法定은 주요 行政組織에 대해서만 現實化되었다. 裁量行使의 경우에는 裁量領域의 擴張으로 인해 여전히 法律에 不完全하게 羈束되어 있다. 또한 종래 特別權力關係론도 理論上으로는 否定되어 法治行政의 範疇下에 있는 것으로 理論化되기는 했지만, 特別權力關係論의 주요 내용 즉 命令權과 懲戒權이 法律로 규정되고 懲戒權의 경우에는 裁量事項으로 認定되어 特別權力關係論의 잔재는 여전히 남아 있다. 또한 行政規則의 對外的 拘束力을 認定하는 理論이 有力하게 提起되는가 하면⁶⁾, 法律留保論에 있어서 法律을 前提로 하는 行政의 範圍를 權利·義務事項, 議會立法事項 기타

3) 이런 점이 法治主義를 충족시키지 못하는 要因이 되고 있다. 法治主義란 國民의 代表機關인 議會가 制定한 法律이 國家와 國民을 모두 拘束하고 이 法律에 위반되는 國家의 行爲에 대해서 國民은 法院을 통해 權利救濟를 받을 수 있다는 것을 의미한다. 議會가 行政에 대해서 優위에 선다는 것 이것이 法治主義의 基本 骨格이자 法治主義의 充足要件이 된다. A. V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1975, 39面 以下.

4) 裁量行爲란 法律이 行政廳에 그 要件의 判斷 또는 效果의 決定에 있어 一定한 獨立的 判斷權을 認定하고 있는 行政行爲를 말한다. 裁量行爲란 行政行爲의 한 種類로서 羈束行爲와 區別되는 概念이다. 羈束行爲란 法律이 어떠한 요건하에서 어떠한 行爲를 할 것인가에 대해서 疑問의 餘地없이 一義的으로 규정하고 있어서 行政廳은 다만 그 法律을 機械的으로 執行함에 그치는 경우의 行爲를 말한다.

5) 特別權力關係란 特別한 公法上的 原因에 기하여 성립하고, 公法上 行政目的에 필요한 한도 내에서 그 特別權力 主體에게는 包括的 支配權이 認定되고, 그 상대방인 特別한 신분에 있는 者가 이에 服從하는 關係를 말한다. 이 特別權力關係 理論의 特色은 特別權力를 發動하는 경우에 個別的 具體的인 法律의 根據를 요하지 않으며 裁判統制에서 排除된다는 점에서 法治主義가 適用되지 않는다는 점이다.

6) Fritz Ossenbühl, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”(HbdSR, Bd III 1988, 315-349面 收錄), 344面; Fritz Ossenbühl, “Die Quellen des Verwaltungsrechts”(Erichsen/Martens(Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht 9. Aufl., 1992, 101-177面 收錄), 140面.

重要な 領域으로 限定지워지고, 기타의 領域에서는 法律이 없어도 行政은 가능하다는 식의 理論(本質性說)이 一般化되어 있다. 나아가 行政留保論의 理論이 提起되어 行政의 自律的 領域에 있어서는 對外的 拘束力을 가지는 行政規則을 定立할 수 있다는 主張이 強力하게 提起되고 있다. 이러한 立場에서는 行政府도 民主的 正當性(즉 選舉에 의해서 行政府의 首班이 選出된다는 政治的 民主主義論)을 가진다고 主張하지만, 獨逸의 本基本法이나 韓國의 憲法은 立法權을 議會에 부여하고 있고 例外的으로 行政府가 行政立法權을 행사할 수 있는 것은 法律의 個別的·具體的 授權이 부여되어 있는 경우뿐이다. 따라서 行政留保論의 主張은 國家의 根本法인 憲法을 毀損하는 主張이 된다. 이러한 議會主權과 法治主義는 여전히 制度的으로나 理論적으로 不完全한 狀況에 있다고 評價할 수 있다.

2. 行政權의 優越性

法治主義의 不完全性은 國民 個個人에 대한 行政權의 優越로 連結된다. 權力的인 屬性을 갖는 行政行爲論이 특히 이러한 行政權의 優越性을 잘 보여준다. 國家의 行政行爲(行政處分)가 일단 發令되면, 당해 行政行爲가 無效가 아닌 한, 國民은 이 行政行爲에 拘束됩니다. 國民이 이 行政行爲를 遵守하지 않는다면, 行政廳은 法院의 行政行爲에 대한 審査없이도 行政目的을 達成하기 위해서 國民의 自由나 財産에 대해서 自力執行할 수 있는 權限이 부여되어 있다.(行政行爲의 特殊性理論) 이렇듯 行政의 優越性은 訴訟에서도 認定된다. 앞의 行政行爲論에서 보았듯이 國民 個個人은 違法한 國家의 行政行爲에 拘束되지만, 이에 반해서 個人은 國家의 違法한 부작위에 대해서는 特定 處分の 履行을 請求하지 못한다. 즉 行政訴訟法上 義務履行訴訟이 認定되고 있지 못하기 때문이다.(이 根據를 肯定說은 權力分立상의 限界를 들어 法院이 行政廳에 特定 行爲를 命令하는 判決을 내릴 수 없다고 하나, 같은 大陸法系 國家인 獨逸에서는 義務履行訴訟이나 一般履行訴訟을 認定하는 것을 보면, 이러한 肯定說은 타당하지 않다. 오히려 個人에 대한 行政主體의 優越性 또는 法院에 대한 行政廳의 優越性말고는 달리 설명할 근거는 없다. 反對로 司法機關의 하나인 憲法裁判所는 議會가 制定한 法律에 대해서 違憲·合憲의 결정을 내릴 수 있다는 점을 본다면 議會의 지위는 약해도 行政廳의 優越性은 權力機關 相互間的 關係에서 이미 드러나고 있다)

3. 權利救濟上的 問題點

行政訴訟法과 關聯하여 한 가지 더 附言한다면 行政訴訟의 可能性問題에 대한 것이 다. 近代初期 獨逸의 法治主義가 不完全하던 時代에 行政訴訟에는 列記主義가 認定되고 있었다. 즉 法律에서 訴訟을 提起할 수 있다고 許容하는 경우에만 個人은 訴訟을 提起할 수 있었다. 따라서 個人의 權利를 制限하고 義務를 부과하는 行政作用으로 인해 個人이 被害를 입었다 하더라도 訴訟을 提起할 수 있다는 法律의 規定이 없으면 個人은 訴訟을 提起하지 못하고 被害를 감수해야만 했다. 물론 이러한 法制는 法治主義 原則에 反하는 것이었고, 基本法 以後에는 概括主義가 채택되어 國民의 行政裁判請求權이 一般的으로 認定되기에 이르렀다. 韓國의 경우에도 憲法 第27條에 의하여 國民은 누구나 個人의 權益이 침해되면 訴訟을 提起할 수 있도록 되어 있다. 그러나 이 憲法條項은 民事나 刑事事件의 경우에는 說得力을 갖을지 모르겠지만, 國家나 公共團體를 對象으로 하는 行政訴訟에 있어서는 不完全해 진다. 그것은 우리 行政訴訟法の 訴訟認定範圍가 狹小하고, 學說도 이 狹小性을 前提로 한 解釋을 하기 때문이다. 個人이 自身에게 被害를 주는 行政作用을 다루려면 本案審査前에 要件審査로서 行政作用의 處分性과 原告適格(法律上的 利益)이 認定되어야 한다. 여기서 法律上的 利益이란 權利 내지는 적어도 法律上 保護價値있는 利益을 말합니다. 그런데 여기서의 權利란 公權인데 獨逸行政法理論에 의하면 3가지 要件을 充足해야 權利로서 承認되었다. 즉 ① 強行法規에 의하여 行政廳의 處分義務가 부여되어 있을 것, ② 私益保護性이 認定될 것, ③ 裁判請求可能性 즉 法律에 의하여 裁判을 請求할 수 있는 權利가 保障될 것 등이다.(Bühler) 오늘날에는 이 요건 중 앞의 ①과 ②만 충족되면 公權이 認定되는 것으로 본다. 그런데 이러한 行政法上 公權論의 가장 큰 問題는, 憲法上 保障된 權利 내지는 이러한 權利의 保障을 위해 附隨적으로 保障되어야 하는 權利 또는 權利이지만 憲法上 列擧되지 아니한 權利 등이 行政法 解釋에서 바로 公權으로 認定되지 아니한다는 점이다. 따라서 行政法上的 公權에 대한 別途의 法理論이 必要하게 된 것인데 이러한 것은 憲法の 根本規範性を 顯著히 害하는 結果를 惹起한다. 또한 法律上 保護價値있는 利益이란 概念이 判例에 의해 넓게 認定되지 않는 점까지 고려한다면 憲法에 보장된 裁判請求權이 行政上 法律 즉 行政訴訟法에 의해서 矮小해지는 모습을 보게 된다.

나아가 또 다른 要件 즉 處分性이 認定되어야 하는 점도 問題이다. 우리 行政訴訟法은 抗告訴訟의 對象을 ‘處分 等’⁷⁾으로 規定하고 있다. 그런데 이것은 1985年 行政訴訟法

改正 以前에는 訴訟의 對象이 되는 것은 處分에 限定되었었다. 그러나 法改正으로 抗告 訴訟의 對象이 ‘處分 等’으로 擴張되는데, 이 處分 等이란 處分以外에 權力的 事實行爲 까지 包含된다. 따라서 處分以外의 것이 訴訟의 對象이 되는 領域이란 전체 行政作用을 놓고 본다면 미비한 部分이다. 그런데 여기서의 處分이란 講學上的 行政行爲를 의미한다. 술한 行政作用중에서 處分만을 訴訟의 對象으로 함으로써 상당히 行政法の 歪曲을 가져오고 있다.⁸⁾

IV. 向後課題

1. 基本課題

이상과 같은 內容이 우리 韓國行政法の 現況과 問題點이라 할 수 있다. 위에서 指摘한 것처럼 民主主義의 法治主義의 不完全性和 缺陷은 결국 그 被害가 國民에게 歸屬된다는 점에서 큰 問題라 하지 않을 수 없다. 물론 이러한 問題點은 1962年 以後 成立된 軍事政府와 이러한 行政府中心的 行政法은 相互 結合이 容易했고, 相對的 自律性이 강한 行政法の 도움으로 近代化와 經濟成長을 推進한 成果도 考慮할 必要는 있다.⁹⁾

이러한 成果와 問題點에 대한 判斷을 根據로 하여 向後 行政法の 課題를 導出해 낼 수 있을 것이다. 이를 몇 가지로 要約하면 다음과 같다.

① 議會親和的 行政法

7) ‘處分 等’이라 함은 行政廳이 行하는 具體的 事實에 관한 法執行으로서 公權力의 行使 또는 그 拒否와 이에 準하는 行政作用을 말한다. 行政訴訟法 第2條 1項 1號.

8) 行政行爲 以外의 行政作用에 대한 訴訟를 認定하기 위해서는 人爲的으로 당해 行政作用에 處分性을 認定해야 한다. 判例와 學說은 이렇게 處分性을 類推適用함으로써 그나마 訴訟範圍를 擴大시켜 왔다. 그 예로서 들 수 있는 것이 處分의 行政立法, 拘束力있는 行政計劃 等이다. 그러나 이러한 擴張은 法理論으로 무리가 따른다. 오히려 이러한 迂迴路보다는 行政訴訟法을 개정해서 公法上的 訴訟範圍를 넓히는 방법이 더 타당해 보인다.

9) 물론 이러한 부분에 대해서는 의문이 남는다. 民主主義와 人權 그리고 法治主義라는 價値들은 經濟發展을 위해서 必然的으로 一部 制限되어야 하는 것인가 하는 점이다. 最近의 研究들을 보면 이에 대한 反論이 많다. 오히려 民主主義와 人權 그리고 法治主義라는 價値와 經濟發展은 相互 上昇의인 관계에 있다는 것이다. 그러나 이에 대한 經驗論的 說明은 있을지 몰라도 實證資料를 提示하고 있지는 못하다.

- ② 國家와 個人의 同等性
- ③ 國家介入의 限界 設定
- ④ 民主主義의 法治主義에 根據한 行政
- ⑤ 憲法的 原則에 따른 包括的인 權利救濟
- ⑥ 行政民主主義의 實現

2. 1980年代 以後 行政法의 改革

1980年代는 韓國歷史에서 重要한 時代였다. 國家主導의 行政을 추진한 세력이었던 軍部가 政治權力을 喪失하고 民間에 平和的으로 移讓되는 단초들이 마련된 시기이기 때문이다. 行政도 軍事行政의 性格을 탈피하고 民主行政으로 거듭나는 전기를 마련한다. 물론 이 작업이 쉽지만은 않았다. 20餘年 넘게 유지된 文化가 하루아침에 바뀌는 것은 어려운 일이기 때문이다. 그러나 行政改革의 成果는 여러 부문에서 나타나기 시작했다. 먼저 地方自治가 실시되면서 中央執權 대신 地方分權이 그 자리를 代身했다. 地方自治의 實現은 몇몇 副作用에도 불구하고 풀뿌리民主主義(democracy at the grass roots)로서 정착되어 가고 있다. 國民 個人에 대한 行政의 優越性이 흔들리기 시작하고, 行政은 國家가 주인인 國民에 대해서 提供하는 役務(Service)라는 思考가 또한 자리잡기 시작했다.

民願行政(主로 認許可行政과 苦衷民願) 部分에서는 特히 놀라운 發展이 있었다. “行政規制 및 民願事務基本法”(1994年 制定)은 行政規制와 民願事務處理에 관한 基本的인 事項을 規定함으로써 ‘行政과 關聯된 國民의 不便과 負擔을 줄이고 持續的인 行政改善을 도모함으로써 國民의 權益을 保護하고 公正한 行政運營을 기함’을 目的으로 하여 制定된 法律이다.¹⁰⁾ 이 法律은 行政規制法定主義를 취하여 종래 行政規制의 過剩, 濫發의 現實에 分명한 法的 限界를 부과하려는 趣旨을 가진 것이라는 점에서 나름대로 意義를 지니고 있다.¹¹⁾

10) 첫째, 이 法은 行政規制의 緩和를 위한 一般的 法的 根據을 提供하는 規制緩和基本法의 性格을 지닌다. 둘째, 이 法은 종래 民願事務處理규정에 의해 규율되었던 民願事務處理에 관한 行政節次法的 規律, 즉 行政過程에 관한 節次的 規律의 性格을 갖는다. 끝으로 이 법은 苦衷民願의 處理를 위한 國民苦衷處理委員會의 設置와 苦衷民願의 處理節次에 관한 일종의 行政救濟法的 性格을 지닌 부분을 포함하고 있다.

11) 또한 同法은 第9條에서 民願事務處理의 原則으로 다음 네가지를 明示的으로 제시하고 있다. 첫째, 行政機關은 民願事項을 法令이 정하는 바에 따라 다른 業務에 우선하여 處理하여야

1980年以後 行政法の 改革은 國民과의 접촉이 日常的인 民願行政部分에서 시작되어 行政民主主義 實現을 위한 각종 論議를 進行시켰다. 行政國家化現狀에 對處하기 위해서 議會民主主義에 對應하는 行政過程에서의 民主主義 實現이 必要하다는데 合意가 이루어지고, 이것은 各種 改革法律의 制定으로 나타났다. 個人情報의 保護를 통하여 公共業務의 適正한 遂行을 도모하고 國民의 權利와 利益을 保護하기 위한 “公共機關의 個人情報保護에 관한 法律”(1993年 制定), 行政過程의 透明性과 信賴性을 擔保하는 行政節次法(1996年 制定), 公共機關이 保有하는 情報의 對國民 公開을 정하는 “公共機關의 情報公開에 관한 法律”(1996年 制定) 등이 制定되어 行政民主主義의 基本 骨格이 完成되었다.

나아가 行政府優越性의 副産物인 行政腐敗의 問題를 解決하기 위한 法律이 導入되었다. 韓國의 公務員組織은 一面 經濟發展을 主導한 組織이라는 점에서 自負心을 갖지만, 經濟發展에 대한 補償心理로서 不正腐敗가 만연되는 否作用도 深刻했다. 民願行政을 담당하는 下位職 公務員뿐만 아니라 權力型 不正腐敗도 상당히 深刻했다. 下位職 不正腐敗는 行政民主主義 實現으로 可能하지만, 權力型 不正腐敗는 接近이나 搜查가 어려운 점이 特히 해결을 어렵게 했다. 그래서 高位職 公務員에 대한 清廉을 強制하는 公職者 倫理法(1987年 制定)이 制定되어 財産登錄과 公開을 義務지우는 한편, 同法을 違反하는 경우 刑事責任을 묻도록 하고 있다.

以上の 行政法改革은 國民 個人이 主權者임을 강조하고, 行政民主主義의 實現을 可能하게 하고 있다. 또한 規制緩和로 市民의 生活에 대한 國家介入의 限界를 設定하고, 憲

한다(同法 第9條 1項). 法令에 정한 處理期間이 남아있음을 이유로 하거나 그 民願事務와 무관한 公課金 등의 未納을 이유로 處理를 遲延시켜서는 안된다(同法 施行令 第24條). 둘째, 行政機關의 長은 民願事項의 申請에 필요한 提出機關·處理期間·具備書類·處理基準·處理節次 등에 관한 事項을 揭示하거나 便覽을 備置하여 民願人이 이를 볼 수 있도록 하여야 한다(同法 第9條 2項). 셋째, 民願事項의 신청이 있는 때에는 다른 法令에 特別한 規定이 있는 경우를 제외하고는 그 接受를 保留하거나 拒否할 수 없으며, 接受된 民願書類를 不當하게 되돌려 보내서는 아니된다(同法 第9條 3項). 넷째, 行政機關은 民願事務處理와 關聯된 情報에 대하여 民願人의 利益이 侵害되지 아니하도록 노력하여야 한다(同法 第9條 4項). 行政機關은 民願人이 제출한 民願書類 및 이와 關聯하여 알게된 技術上·經營上의 情報에 대하여 그 秘密을 保護해야 하며, 이 경우 民願인의 情報保護를 위하여 申請方法·管理責任者·取扱方法·保護機關 등을 정하여야 한다.(同法 施行令 第25條 1項 및 2項) 以外에도 同法은 民願1回訪問處理制의 施行(第9條), 民願審査基準의 設定公表制度(第11條), 拒否處分의 理由明示 및 不服告知(第12條), 民願人 등의 權利(第13條)등을 規定하여 行政節次를 立法史上 처음으로 규정하고 있다.

法的 原則에 따른 包括的인 權利救濟를 위한 노력은 계속되고 있다. 물론 이러한 노력이 아직 行政法理論의 改革으로까지 연결되지 못하고 있다. 그것은 이러한 改革이 獨逸 行政法보다는 美國行政法의 影響下에 이루어지고 있기 때문에 종래 主流的인 獨逸 行政法理論과 融合하지 못하는 部分이 있다는 점이다. 이 部分이 어느 정도 自然스럽게 그리고 抵抗없이 達成되느냐가 韓國 行政法 改革의 關鍵으로 보인다. 마지막으로 하나 강조하고 싶은 것은 議會主義, 民主主義, 法治主義와 人權이라는 普遍的 價値에 대한 承認이 社會 全般에 擴散되고 있다는 점이 改革의 앞날을 밝게 하는 要因으로 作用하고 있다는 점이다.