

연구논문

행정의 합법성 이념과 기타 행정이념과의 관계

김 항 규

행정이념이란 행정이 추구하고자 하는 바람직한 가치 내지 행정인이 준수하여야 할 활동규범이나 행동기준을 의미한다. 이러한 의미의 행정이념으로 제시되고 있는 것으로는 능률성·효과성·민주성·합법성·형평성 등을 들고 있는 것이 일반적이다. 그런데 행정이념을 구체적 행정활동의 현실 속에서 적용할 때 문제가 되는 것은 행정이념의 내용을 구성하고 있는 이들 이념들이 상호 보완적 관계에 있을 때도 있는가 하면, 상호 상충관계에 있는 경우가 많아, 이념들간의 우선순위와 관련하여 갈등을 일으킬 수 있다는 점에 있다. 이러한 문제와 관련하여 많은 행정학자들은 그때 그때의 시대적 요청에 따라 혹은 국가적 상황에 따라, 그리고 해결하고자 하는 문제가 직면하고 있는 구체적인 상황적 요인에 따라 어느 이념을 우선할 것인가를 결정해야 한다는 데 이견이 없는 것 같다. 본 연구자는 이러한 견해에 원칙적으로 동의하지만, 행정의 합법성 이념을 우선순위에 포함하여 논의한다는 점에 대해서는 반대하는 입장이다. 그 이유는 행정의 합법성 이념은 구체적 상황에 따라 기타의 행정이념들과 상호 충돌 내지 경쟁하는 이념이 아니고, 다른 모든 이념을 그 속에 포괄하는 개념으로서 합법성 이외의 이념들의 상위개념이라고 보기 때문이다. 합법성 내지 법치행정의 이념은 행정이 헌법과 국민의 대표기관인 의회에서 제정되는 법률에 적합하게 행사되어야 한다는 헌법 차원의 이념이므로, 행정활동을 바람직하게 수행하기 위한 판단의 과정에서 판단기준으로 적용되는 기타의 행정이념들은 당연히 법치행정의 이념보다 하위의 이념이라는 것이 본 논문에서 주장하는 핵심적 내용이다.

주제어 : 행정이념, 법치행정(합법성), 법률의 우위, 법률의 유보

김항규는
중앙대학교에서
행정학박사학위를
받고, 현재 목원대
학교 행정정보학과
에 재직중이다.

hangkim@mokwon.
ac.kr

1. 서론

행정이념이란 행정이 추구하고자 하는 바람직한 가치 내지 행정인이 준수하여야 할 활동규범이나 행동기준을 의미한다. 이러한 의미의 행

정이념으로 제시되고 있는 것으로는 능률성·효과성·민주성·합법성·형평성을 등을 들고 있는 것이 일반적이다. 이러한 행정이념들은 행정현실을 어떠한 상태로 이끌어 가는 것이 바람직한 것인가를 제시해주는 지침이 되며, 행정 평가척도의 개발과 측정, 정책대안의 선택·집행·평가에서 판단지표를 제시해 줄 뿐만 아니라, 책임행정을 수행하는 데 중요한 윤리적 기준이 되기도 한다. 따라서 행정이념을 행정의 지도원리(*guiding principle*)라고도 한다.

그런데 행정이념을 구체적 행정활동의 현실 속에서 적용할 때 문제가 되는 것은 행정이념의 내용을 구성하고 있는 이들 이념들이 상호 보완적 관계에 있을 때도 있는가 하면, 상호 상충관계에 있는 경우가 많아, 이념들간의 우선순위와 관련하여 갈등을 일으킬 수 있다는 점에 있다. 따라서 행정학자들은 이들 이념간에 어떤 이념을 우선할 것인가의 문제를 다루고 있는바, 어느 이념을 우선할 것인가의 문제는 그때 그때의 시대적 요청에 따라 혹은 국가적 상황에 따라, 그리고 해결하고자 하는 문제가 직면하고 있는 구체적인 상황적 요인에 따라 달라질 수 있다는 데에 이견이 없는 것 같다.

본 연구자는 이들 행정이념들간에 어떤 이념을 우선할 것인가는 행정이 직면하고 있는 구체적 상황에 따라 달라지며, 그에 따라 우선순위가 달라진다는 주장에 전적으로 동의한다. 그러나 상황논리에 따른 우선순위의 문제에 행정의 합법성 이념을 포함하여 논의한다는 점에 대해서는 반대하는 입장이다. 그 이유는 행정의 합법성 이념은 구체적인 상황에 따라 기타의 행정이념들과 상호 충돌 내지 경쟁하는 이념이 아니고, 다른 모든 이념을 그 속에 포괄하는 개념으로서 기타 이념의 상위개념이라고 보기 때문이다. 따라서 구체적 상황에 따라서는 합법성보다 행정의 다른 이념이 우선시될 수 있다고 주장하는 것은 합법성 이념을 잘못 이해하기 때문이라고 본다.

본 논문은 합법성 이념에 대한 자세한 기술을 통해 이와 같은 주장의 합리적 논거를 제시하고자 하는 데 그 목적이 있다. 이러한 주장의 정당성 논거를 제시하기 위해 본 연구에서는 먼저 행정이념들간의

우선순위를 둘러싼 기존의 견해를 간단히 소개하고, 행정의 합법성 이념을 설명하는 데 보다 많은 부분을 할애하게 될 것이다.

2. 행정이념들과의 우선순위를 둘러싼 기존의 견해

1) 행정이념의 유형

행정이 추구하고자 하는 바람직한 가치 내지 행정인이 행정활동에서 준수해야 할 활동기준이나 행동기준으로서의 행정이념의 유형에 대해서는 박동서(1998: 156~161)는 합법성·능률성·효과성 및 생산성·민주성을 제시하는가 하면, 백완기(1998: 48~53)는 합법성·민주성·능률성·효과성 및 중립성을 제시하기도 한다. 또한 김규정(1997: 117~138)은 민주성·사회적 형평성·능률성·가외성·효과성 및 생산성·합법성 등을 제시하고 있고, 정정길(2003: 195~237)은 능률성·효과성·공평성(형평성)·민주성 및 합법성을 제시하고 있다.

한편, 이종수·윤영진 등(1997: 148~161)은 행정이념이란 용어 대신 행정이 추구하는 가치라는 표현을 사용하면서, 행정이념의 유형을 본질적 행정가치와 수단적 행정가치로 나누어 제시하고 있다. 그리하여 본질적 행정가치로는 정의·공익·형평성·자유와 평등을 제시하고 있고, 수단적 행정가치로는 능률성과 효과성·민주성·합법성 등을 제시하고 있다. 이와 같이 행정이념의 유형은 학자에 따라 약간씩 다르게 제시되고 있지만, 이들간에 공통점은 이들 행정이념의 유형들 중에 합법성 이념이 포함되어 있다는 점이다.

본 연구의 목적은 행정이념의 유형을 기존의 많은 문헌들을 검토하여 제시하고자 하는 데 있지 않고, 행정의 합법성 이념과 다른 제반 행정이념들과의 관계성을 새롭게 정립하고자 하는 데 있기 때문에, 이상에서와 같이 몇몇 학자들이 제시하고 있는 행정이념의 유형을 소개하는 데 그치고자 한다.

2) 행정이념들간의 우선순위

행정이념을 제시하고 있는 학자들의 공통점은 여러 가지 유형의 행정 이념을 제시한 후에 이들 이념들간의 우선순위 문제를 다루고 있다는 데 있다. 구체적 행정활동과 관련하여 행정이념들간에 어떻게 우선순위를 부여하는 것이 바람직한가의 문제를 다루고 있는 것이다. 앞에 소개한 학자들의 우선순위와 관련된 견해를 소개하면 다음과 같다.

박동서(1998: 169~171)는 합법성·능률성·민주성·효과성이라는 것들이 모두 그 나름대로의 독특한 사회적 상황에서 요청되는 행정기능에 부합되는 것으로서 만들어져 나왔다는 점을 밝히면서, 현시점에서 한국의 행정은 이러한 이념을 모두 요청하고 있으나 이들간의 우선순위 또는 계층관계를 규범적 의미에서 어떻게 규정할 것인가를 문제로 제시하면서, 민주성·효과성·능률성·합법성의 순으로 우선순위를 제시하고 있다. 그리고 이러한 우선순위는 그때 그때 행정이 처한 구체적 상황성에 따라 달라질 수 있다는 점을 밝히고 있다.

백완기(1998: 53~54) 또한 이념간의 우선순위가 그때 그때 시대적 요청과 정신에 따라 또는 국가적 상황에 따라 변화될 수 있음을 주장하면서 행정이념들간에 같은 방향으로 나아가는 경우와 대립의 방향으로 나가는 경우를 구별하여 이념들간에 어떤 이념에 더 큰 비중을 두어야 할 것인가를 구체적으로 설명하고 있다.

김규정(1997: 139~40)은 자유민주주의를 신봉하는 국가에서 행정이 추구할 지도이념은 민주성·사회적 형평성이어야 하며, 민주성·사회적 형평성이라는 목적가치의 실현을 위하여 수단가치로서 효과성·능률성·생산성과 합법성 등이 확보되어야 함을 강조하고 있다.

정정길(2003: 258~266) 또한 한국의 행정과제를 논하면서 행정과제 하나하나를 여러 가지 지도원리(이념)들을 동시에 적용하여 해결해야 하는 성격의 것들임을 기술하고 있다. 그는 행정의 지도원리가 상호 보완적이면 문제가 없으나, 상호 모순 혹은 대립되는 경우에는 어느 원리를 우선적으로 적용해야 할지를 결정해야 하는 어려움에 봉

착한다고 하면서, 행정과제별로 능률성·효과성·공평성(형평성)·민주성 및 합법성 간에 우선되어야 할 이념들을 제시하고 있다.

한편, 이종수·윤영진 등(1997: 148~161)은 행정이념을 크게 본질적 이념과 수단적 이념으로 구분하고 본질적 이념이 수단적 이념에 우선하며, 합법성 이념을 본질적 가치가 아닌 수단적 가치로 보고 있다. 이들 견해에 따르면 법률의 규정이 급격한 사회변화를 수용하지 못하고 있는 현대 행정에서는 합법성이 지나치게 강조될 경우 행정 본래의 목표가 왜곡될 수 있으며, 신분보장의 폭이 넓어진 공무원들이 소극적으로 법령의 형식적 준수에 안주하거나 재량권이 확대된 공무원들이 법령을 개인적 이해관계에 따라 자의적으로 해석·적용하는 것을 경계해야 한다고 주장하고 있다.

이러한 견해에 따르면 합법성 내지 법치행정에서 법의 개념을 행정부에서 제정하는 일반·추상적인 법규범으로서의 행정입법까지를 내포하고 있는 개념으로 이해하고 있음을 알 수 있다. 그러나 합법성 이념에서 법의 개념은 헌법과 법률, 즉 헌법과 국회에서 제정되는 법률을 의미하는 것이며, 따라서 행정권에 의해 제정되는 법규범으로서의 행정입법은 이 개념 속에 포함되지 않는다는 점을 이해해야 한다. 이 점에 대해서는 뒤에 합법성의 구체적 의미를 기술하는 과정에서 자세히 논의될 것이다.

행정이념들간의 우선순위 문제와 관련하여 지금까지 소개된 학자들의 공통된 견해는 행정이 처한 구체적 상황에 따라 이념들간의 우선순위가 달라질 수 있다는 점과 우선순위가 바뀔 수 있는 행정이념 가운데는 합법성 이념도 포함되는 것으로 보고 있다는 점이다. 다시 말하면 행정의 구체적 상황에 따라서는 합법성 이념보다 다른 행정이념이 우선할 수 있다고 보고 있는 것이다. 본 연구자가 이의를 제기하는 것은 구체적 행정상황에 따른 행정이념의 우선순위를 논의하는 과정에 합법성이 포함되어 있다는 점이다.

왜냐하면 행정의 합법성 이념은 다른 행정이념보다는 상위의 이념이라고 보기 때문이다. 다시 말하면 다른 행정이념들은 행정의 합법

성 이념의 하위 이념으로서 행정의 합법성 이념의 총족하에서 구체적으로 우선순위가 결정되어야 한다고 보기 때문이다. 이러한 주장을 이해하기 위해서는 이후 논의될 합법성 이념에 대한 보다 구체적 이해를 필요로 한다.

3. 행정의 합법성 이념의 역사적 전개

1) 근대국가에서 행정의 합법성

(1) 법치주의와 행정의 합법성

행정이념으로서의 '합법성'(legality) 이념은 국가 작용, 그 중에서도 행정이 헌법과 법률에 의해 행해지며, 행정을 통해 불이익을 입은 사람의 구제제도가 정비되어 있어야 함을 요청하는 원리로서, 이를 '행정의 법률적합성', 혹은 '법률에 의한 행정', '법치행정'이라고도 한다. 법치행정의 원리는 본래 시민혁명을 통해 성립된 근대국가에서 시민의 대표로 구성된 의회가 시민의 의사에 기초하여 제정되는 법률에 우월한 지위를 인정하고, 행정과 사법을 법률의 하위수준에 두고자 하는 원리이다. 그리하여 행정은 법률을 집행하고 사법은 구체적 사안에 대하여 법률을 판단하는 것으로 보아 법률과 행정의 관계를 '법률에 의한 행정', 혹은 '법치행정' 내지 '행정의 합법성'이라 칭하고 법률과 사법의 관계를 '법률에 의한 재판', 혹은 '죄형법정주의'라 부른다.

행정이 법률에 의해 행해져야 한다는 합법성 이념의 구체적 내용으로는 오토 마이어(Otto Mayer)의 법률의 법규창조력, 법률우위의 원칙 및 법률의 유보원칙이 있다. 첫째, 법률의 법규창조력이라 함은 국민의 권리의무관계에 구속력을 가지는 법규범, 즉 법규를 창조하는 것은 국민의 대표기관인 의회의 전속적 권한에 속한다는 것을 의미한다. 1) 둘째, 법률우위의 원칙은 행정은 법률에 위배되어 행사되어서는 안 된다는 원칙이다. 셋째, 법률유보의 원칙은 행정이 법률에 근거하

여 또는 법률의 수권에 의하여 행해져야 한다는 원칙이다. 따라서 법률의 우위원칙이 소극적 의미의 법률적합성의 원칙인 데 반해 법률유보의 원칙은 적극적 의미의 법률적합성의 원칙이라고 할 수 있다.

(2) 법치행정의 특징

첫째, 근대국가에서 법치행정의 원리는 과거 '인의 지배'에서 벗어나 시민의 대표기관인 의회에서 제정되는 법률을 통해 행정이 행해지도록 함으로써 행정작용을 법률에 기속시키고, 행정의 기능과 범위를 될 수 있는 한 최소화함으로써 개인의 자유로운 영역을 확보해 주기 위해 태동된 입법국가 시대의 원리이다.

이와 같이 법치행정의 궁극적 목적은 국민의 기본권을 행정권의 자의적 남용으로부터 보호하며, 행정의 안정성과 예측가능성을 확보하고자 하는 데 있었던바, 그러한 기본권은 자유권적 기본권이 중심이 되었다. 자유권적 기본권을 보장하기 위한 수단으로는 기본적으로 행정의 기능과 역할을 최소화하고, 또한 행정이 최소한으로 국민생활에 개입하는 경우에도 개입의 구체적 방법을 국민의 대의기관인 의회에서 제정되는 법률을 통해 상세히 규정하며, 행정이 이러한 법률에 위배되어 행사되는 경우에는 사법부를 통한 구제제도를 마련해 두는 것이었다. 따라서 법치행정의 원리는 국민주권주의 사상과 권력분립주의 사상, 그리고 자유주의적 국가사상이 행정영역에 표현된 것이라고 할 수 있다.

둘째, 법치행정의 원리는 국민의 권리의무를 규정할 수 있는 법규 제정권을 법률에 의해서만 가능하도록 하고(법률의 법규창조력), 행정을 국민의 대표기관인 의회에서 제정되는 법률에 위배되지 않게 행사하여야 하며(법률의 우위), 법률에 근거하여 행해지게 함으로써(법률의 유보) 국민의 대표기관에 의해 제정되는 법률을 지선(至善)의 것으로 보고, 이에 대해 권위와 정통성을 부여하고자 하는 원리이다. 따라서 법치행정에서의 법은 근본적으로 법률을 의미한다.

셋째, 이와 같이 초기의 법치행정의 원리는 시민의 대표기관에 의

해 제정되는 법률의 구체적 내용이 무엇인가에 관계없이 법률에 전능성(全能性)을 인정하는 형식적 법치주의에 입각하고 있었다. 그러나 이러한 형식적 법치주의는 법률에 근거가 있고 법률에 위배되지만 않으면 어떠한 행위도 가능하다는 식으로 법치주의를 악용하게 됨으로써 법률에 의한 권리침해를 승인하거나 법률이 독재자의 통치수단으로 이용되는 등 부정적 측면을 노출시키게 되었다.²⁾

이에 대한 반성으로 제2차 대전 이후에는 헌법을 법률의 우위에 두고, 헌법의 기본규정에 위배되는 법률의 경우 그 효력을 부정할 수 있는 제도적 장치로 헌법재판소제도를 통한 '위헌법률심사제도'를 도입하게 되었는데, 이를 실질적 법치주의라 한다. 따라서 오늘날 실질적 법치주의에서 법의 의미는 '헌법에 적합한 법률'을 의미한다.

2) 행정국가에서 행정의 합법성

19세기 자유주의에서의 법치주의의 특징이 개인과 국가와의 관계를 대립적 구도로 보고 국가로부터 개인의 자유를 확보하는 데 중점을 두는 법치주의였던 데 반해 20세기에 들어와서는 자유권적 기본권의 보장뿐만 아니라 개인에 대한 국가의 생존권 배려와 인간다운 삶의 보장을 내용으로 하는 생존권적 기본권의 보장을 국가적 책무로 헌법에 규정하고 있다.

그리하여 오늘날 국가에 대해서는 최소한 인간의 존엄과 가치가 보장되는 국가, 그러한 인권의 보장이 실현될 수 있는 정치체제, 그리고 국민의 권리보호를 위한 적극적 수단의 확보 등을 요구하고 있으며, 이러한 권리보호를 위한 적극적 역할을 주로 행정에 의존하게 되었다. 국가는 개인의 후견인이며 개인의 삶은 국가의 행정활동에 의존하는 것을 특징으로 하고 있는 것이다. 요컨대, 전통적 기본권으로서 자유권의 보장과 행정의 적극적 개입에 의한 평등권의 보장을 동시에 요구하고 있는바, 이를 '사회적 법치국가', 혹은 '행정국가'라고 부르는 것이 일반적이다.

우리 헌법도 이러한 사회적 법치국가 이념을 구현하기 위해 헌법 전문에 ‘국민생활의 균등한 향상을 기하고’라는 규정이 있는가 하면, 제 11조 평등의 원칙에 관한 규정을 비롯하여 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권, 국민의 인간다운 생활을 할 권리, 혼인의 순결과 보전에 관하여 국가의 보호를 받을 권리 등을 내용으로 한 사회적 기본권을 규정하고 있다.

또한 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 한다는 조항(헌법 제 119조 제 2항)을 필두로 한 경제질서에 관한 제 조항(헌법 제 9장)을 규정하고 있다.

사회적 법치국가의 실현을 위해서는 단순히 개인의 자유와 권리를 존중하고 보호하는 것만으로는 부족하고, 헌법에 규정되어 있는 사회국가적 프로그램을 국가가 부단히 실천함으로써 가능하며, 그 결과 무엇보다 행정의 적극적 역할을 정당화하는 행정국가를 초래하게 되었다. 따라서 행정국가의 행정은 과거 입법국가 시대의 자유권적 기본권을 보장하기 위해 행정의 기능을 최소화하여야 한다는 관념에서 벗어나 급부행정·계획행정·유도행정 등의 형태로 그 기능이 확대되어 온 것이 특징이다.

이와 같이 행정의 역할이 소극적인 최소한의 역할로부터 적극적으로 국민생활의 여러 면에 개입하여 국민의 복지를 증진시키려는 역할로 이행됨에 따라 행정권을 법률의 테두리 안에 철저히 묶어두려 했던 본래적 의미의 법치행정 내지 합법성 이념이 여러 가지 면에서 그 한계점을 드러내게 되었다. 특히 우리나라의 경우 법치행정이 성립된 당시의 입법국가형태로서 ‘값싼 정부’의 경험이 애초부터 존재하지 않았던 관계로 법치행정의 실체가 더욱더 그 한계점을 노출시켜 왔고, 그에 따라 행정권은 우려할 정도로 강화되어 왔다. 이와 같은 행정국가에서 법치행정의 운영실태를 개략적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 행정입법의 증대

최송화(1984: 87)는 역사적 관점에서 법을 누가 제정하는가 하는 문제와 관련하여 신(神)을 제정권자로 보는 법신수사상(法神授思想)에서, 절대왕권시대에서는 왕을 제정권자로 보는 왕권신수사상(王權神授思想)을 거쳐, 시민혁명 이후의 국민주권주의에서는 의회를 제정권자로 보는 의회입법주의 사상이 지배했다고 본다. 그러나 오늘날 행정국가에서는 행정이 입법자로서의 의회를 기능면에서 압도하게 됨으로써 행정입법시대가 도래했다고 보고 있다.

행정입법이란 입법권이 아닌 행정권이 일반적·추상적인 규율을 정립하는 작용, 다시 말하면 행정권이 주체가 되어 제정하는 입법을 의미한다.³⁾ 본래 입법권은 국민의 대표기관인 입법부의 고유권한이라 할 수 있으나 오늘날 행정입법이 성행하게 된 원인으로는 첫째, 오늘날 행정국가에서는 행정기능이 다양해지고 복잡성과 전문성을 띠고 있는바, 이들 활동들을 규율하기 위해서는 국회보다 행정부의 입법보다 행정에 적합한 입법을 가능하게 한다는 점, 둘째, 행정을 둘러싼 상황의 변화가 동태적이므로 이러한 상황의 변화에 신속성 있게 대응하기 위해서는 행정기관에 의한 탄력적 입법이 필요하다는 점, 셋째, 행정요원의 전문적 지식 및 경험을 활용한 입법을 통해 보다 적실성 있는 입법이 필요하다는 점 등을 들고 있다.

행정권이 정립하는 위임명령은 원칙적으로 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임이 있는 경우에만 제정할 수 있다. 다시 말하면 위임명령은 법률에서 그 규율대상·범위·기준 등을 명확히 하여 위임받은 한도 내에서 제정되어야 한다. 그러나 현실적으로는 각종 위임입법에 대한 뚜렷한 실무적 기준이 존재하지 않고, 위임입법에 대한 통제가 형식에 그침으로써 행정부에 의해 제정되는 막대한 양의 위임입법은 국민의 권리·의무에 관한 사항이 자유로이 제정되고 있는 실정이어서 행정부의 법규 정립기능이 입법부의 그것을 능가하고 있는 상황에 있다.⁴⁾ 따라서 오늘날을 '시행령 만능의 시대'라 표현할 수 있을 정도로 국회가 권리·의무규정까지도 위임입법에 맡기고 있어 행

정입법에 의해 국민생활이 좌우되고 있는 실정에 있는 것이다.

한편 전통적 행정법 이론에서는 행정규칙의 법규성을 부정한다. 따라서 행정규칙은 행정조직 내부에서만 구속력을 가질 뿐이라는 것이다. 그러므로 법규명령에 위반하는 행정작용은 위법이 되는 데 대하여, 행정규칙을 위반하는 경우 그 해당 공무원은 소속 장관의 직무명령에 불복종하는 것이 되어 징계원인이 되지만, 행정규칙을 위반한 행정처분이 바로 위법이 되는 것은 아니라고 한다. 다시 말하면 행정규칙은 법규명령과는 달리 국민에 대하여는 법적 구속력이 없고, 또한 법원을 구속하거나 그 재판의 기준이 되지 않는다고 본다.

그러나 현실적으로 운영되고 있는 행정규칙에는 법규명령의 형식을 취하는 행정규칙이 있는가 하면, 법규적 내용을 가진 행정규칙이 존재하고 있어 행정규칙 및 그에 관한 이론·판례의 현황은 한마디로 혼란상태에 있다.

이와 같이 법규적 성질을 갖는 행정규칙의 남발현상은 오늘날 국가의 의회주의·법치주의를 위태롭게 하는 병리현상으로 이른바 '훈령에 의한 행정', '통첩에 의한 행정'(서원우, 1997: 335)이라는 표현에서 알 수 있듯이 행정규칙에 대한 혼란을 가중시키고 있는 실정이다.

또한 행정규칙 가운데는 재량준칙이나 법령해석규칙⁵⁾과 같이 행정조직 밖의 일반 국민에게도 지대한 영향을 미치는 경우가 많다. 그 이유는 그것이 제정되고 나면 그 규칙의 수범자인 하급행정기관은 물론 규칙 제정자 스스로도 정해진 규칙에 따라 직무를 처리하게 되며, 그 결과 그 효과가 행정영역 밖의 국민에게도 미치기 때문이다.

행정의 실제에서 이를 담당하는 공무원들에게 가장 강력한 구속력을 행사하는 것은 최고법인 헌법이 아니라 상급기관의 훈령이나 통첩, 혹은 상급자의 지시이다. 더구나 상급자의 지시라는 것도 상급자 자신의 의사가 아닌 정치권력의 개입에 의한 것으로서, 정치권력을 위한 재량권의 행사방식으로 이루어지고 있다는 점에 더욱 그 심각성을 드러내고 있다. 이러한 현상은 현대 행정권의 통제문제와 관련하여 해결되어야 할 중요한 과제라 아니할 수 없다.

이와 같이 행정권이 주체가 되어 행정입법을 제정할 수 있는 권한이 합법적으로 주어져 있다는 점은 의회제정 법률에 의해 행정작용을 엄격히 규제하려는 근대적 법치국가 원리가 크게 완화되어 입법권이 그 실질적 권한을 행정권에 양보한 것이며, 이에 따라 행정권의 권한이 그만큼 강화되어 있음을 의미한다.

(2) 법률의 유보론과 행정의 법률로부터의 자유

법률의 유보란 행정권의 발동에는 반드시 개별적 법률의 수권을 필요로 한다는 것이다. 그런데 행정작용 가운데 어느 범위까지 법률의 수권을 필요로 할 것인가 하는 법률유보론의 적용범위에 관해 전통적인 침해유보설을 비롯하여 전부유보설에 이르기까지 여러 가지 학설이 제기되고 있으나, 이들 학설 중 어느 학설도 통설로서 인정받지 못하고 있다.⁶⁾ 침해유보설에 의하면, 국민의 자유와 권리를 침해하거나 의무를 부과하는 등 국민들에게 불이익을 가하는 침익행정(侵益行政)의 경우에는 법률의 근거를 요하지만, 국민에게 이익을 부여하는 수익적(授益的) 행정작용이나 국민의 권리·의무와 직접적 관계가 없는 행정작용에 대해서는 개별적 법률의 근거를 필요로 하지 않는다는 것이다. 한편, 전부유보설에 따르면 행정의 모든 영역에 법률의 근거가 있어야 한다고 주장한다.

이와 같이 양 극단적 학설들 사이에 여러 가지 다른 학설들이 제시되고 있는 것이 현실이다. 그러나 오늘날 침해유보설이 통설이 아니고, 전부유보설 또한 이를 지지하는 학자가 없다는 것은 결국 행정작용의 일정부분은 법률유보의 적용을 받지 않는 분야가 있다는 점을 인정하는 것이 된다. 다시 말하면, 행정의 모든 영역이 법률의 근거를 요하는 것은 아니라는 점이다. 따라서 행정작용 중에서 법률의 유보로부터 자유로울 수 있는 영역은 존재하기 마련이고, 그러한 범위 내에서 행정은 법률의 직접적 간섭으로부터 자유로울 수 있는 것이다.

예를 들면, 급부행정에서 실제로 적지 않은 행정작용이 법률의 근거 없이 행해지고 있다. 도로를 건설하거나 문화 장려활동을 벌이는

등의 부문에서는 법률의 개별적 근거가 없이도 행정이 이를 수행하고 있으며, 이러한 경우에도 반드시 법률의 근거가 있어야 한다는 것은 오히려 국민에게 불리한 결과만을 야기할 수 있는 것이다.

오늘날 법치행정의 원리가 태동되었던 근대국가에서 행정의 주요 작용이라 할 수 있는 침해행정 못지 않게 급부행정이나 유도행정 등 다양한 형태의 행정이 수행되고 있다. 따라서 현대 행정의 양적 범위나 그 다양성을 고려하면, 모든 행정작용에 법률의 근거가 있어야 한다는 것은 이상론에 불과하다. 또한 '법률의 유보'라 할 때의 '법률'은 국회의 의결을 거쳐 제정되는 형식적 의미의 법률을 의미한다. 따라서 그 법률은 국회에 의한 행정권에 대한 수권의 하나의 형식에 지나지 않으며, 이 밖에도 예산이라든가 국회의 결의, 그리고 이른바 법규명령, 조례 등의 자치법규도 경우에 따라서 법률을 대체할 수 있으며, 수권의 정도에서도 사항에 따라 광협(廣狹)의 차이가 있을 수 있다는 점도 인정해야 할 것이다(김남진, 1996: 46).

결국 법률의 유보원리에 대해서는 일률적으로 어느 하나의 학설에만 의존할 것이 아니라, 구체적 행정활동 내지 구체적 상황을 개별적·구체적으로 검토하여 그 적용범위를 정하는 것이 타당하다는 데 많은 학자들이 견해를 같이하고 있다(김남진, 2002; 김동희, 1999; 석종현, 2000; 홍준형, 2001; 홍정선 2001).

(3) 행정재량권의 증대

오늘날 행정을 규율하는 법규정 가운데는 행정청에게 광범위한 재량권을 인정하는 법규정이 증대되고 있다. 그 결과 행정청에게 부여하는 재량권의 범위 내에서는 행정청에게 독자적 판단권이 부여되는 것이며, 재량의 범위 내에서 행해지는 행정청의 행위는 행정감독 내지 행정심판에 의한 통제의 대상은 되나, 위법한 행정작용의 통제에 한정되는 사법통제의 대상은 되지 않는다는 점에서 행정의 권한을 증대시키는 요인이 되고 있다.

이 밖에도 행정법규 중에는 법적 요건에서 개념이 일의적(一義的)

이 아니거나 명확하지 않은 불확정 개념이나, 처분의 요건에 대해서는 전혀 규정하지 않고 처분 권한 또는 공익목적만을 규정하고 있는 이른바 공백규정(空白規定)이 증대되고 있다.

이와 같이 입법부가 제정하는 법규범의 내용에 불확정 개념이 늘어나고 있거나 재량조항이 늘어남으로써 행정청에게 불확정 개념에 대한 판단이나 재량조항의 적용에서 광범위한 재량(결정재량과 선택재량)권이 부여되고 있다. 이러한 사정은 법치행정의 원리를 근간으로 하는 엄격한 법치국가의 이념을 상당히 퇴색시키는 요소라고 아니할 수 없다.

특히 행정계획의 분야에서는 그 관련상황의 복잡성(다수의 관련상황, 상충적 이해관계 등)에 따르는 다양한 결정가능성 및 그 미래 전망적 성격으로 인하여 법률로서는 그 구체적인 계획내용을 규율하는 것은 기대할 수 없다는 점에서, 직접 그에 대한 법적 규율은 상대적으로 제한될 수밖에 없다. 이에 따라 법률은 원칙적으로 계획이 추구해야 할 목적과 당해 계획에 의하여 촉진 또는 보호되어야 할 이익 및 이를 위한 수단만을 규정하는 데 그친다. 즉, 일반 행정작용에 대한 법률규정이 요건규정과 효과규정으로 구성되어 있는 것과는 달리 계획법규는 목적·수단 명제로 구성되어 있고, 행정작용의 요건·효과에 관하여는 이를 규정하지 않고 공백규정으로 두는 것이 보통이다.

또한 일반적 재량행위에서는 개별적 이익과 공익의 조정이 문제되는데 대해, 행정계획에서는 다수의 상호 충돌적 이익과 공익의 조정이 문제된다. 따라서 행정이 행정계획을 수립하는 데는 일반 재량행위의 경우에 비하여 더욱 광범한 판단여지 내지는 형성의 자유(자유로운 행위)가 인정되는바, 이를 '계획재량' 또는 '계획상 형성의 자유'라고 한다.

(4) 행정부 주도의 입법안 증대

오늘날 행정이 담당하는 기능이 다양하고 복잡하며 전문성을 띠어감에 따라 입법 과정에서 행정부 공무원이 사실상 정보를 독점하고

있고 입법부 의원에 비해 전문성을 띠고 있다는 명분하에, 행정부가 입법안의 발의에서 입법부를 압도함으로써 주도적 기능을 담당하게 되어, 입법부는 법의 제정에 있어 단지 입법안을 통과시켜주는 기능만을 수행하는 통법부로 전락되어버렸다는 비판이 가해지고 있다.

우리나라의 경우 행정부가 제안한 법률안이 전체 통과 법률수의 많은 부분을 차지하고 있고, 설사 의원입법이라 할지라도 그 법안의 성안을 행정부에 위탁하여 작성하고 다만 의원의 명의만을 빌려서 제출하는 경우가 빈번하다. 이러한 현상은 행정기관이 스스로를 규율하는 법률을 행정부 스스로의 손에 의하여 만드는 결과를 초래하고 있다. 따라서 법률은 전적으로 국민의 대표기관인 국회에서 제정해야 한다고 하는 고전적 권력분립론에 기초하여 행정활동을 국회를 통해 민주적으로 통제해야 한다고 하는 법률에 의한 행정원리의 본래적 의의가 그 한계성을 드러내고 있는 것이다.

법률은 제정됨으로써 모든 국민의 권리와 의무를 규율한다는 점에서, 그 제정되는 과정에서 모든 국민의 이해가 조정되고 통합되어야 하며, 사적 이익의 타협에만 머물러 있어서는 안 된다. 오히려 이를 뛰어넘어 사회를 규율하는 올바른 법으로서 기능해야 한다. 여기에 공익의 대변자로서 행정부가 입법과정에 참여하는 계기를 마련한다. 더 나아가 행정부의 광범위한 전문지식 및 정보처리능력의 우수성과 입법부의 전문지식의 부족을 감안할 때 입법과정에서 행정부를 완전히 배제시키는 것이 결코 합리적이라고는 할 수 없다. 그러나 행정부에 법률안 제출권을 인정하는 데는 의회가 이를 효율적으로 심사하고 통제할 수 있는 수단이 강구되어 있어야 함에도 불구하고 의회가 이러한 기능들을 제대로 수행하지 못하고 있는 것이 사실이다.⁷⁾

의회는 그 통제수단의 하나로 2000년 2월에 신설된 국회법 제 5조 3항에 정부는 부득이한 경우를 제외하고는 매년 3월 31일까지 당해 연도에 제출할 법률안에 관한 계획을 국회에 통지하도록 하고 있다. 이는 정기국회에 몰아서 법안을 제출하고 그로 인한 졸속과 부실심을 막기 위해 마련한 조항이다. 그러나 이 조항대로 지켜지는 경우는

아주 극소수에 불과하며 행정 각 부처가 법안제출에 능장을 부리고 있을 뿐만 아니라, 행정 각 부처가 입법안을 마련한 이후의 절차만 해도 법제처 심사 → 차관회의 → 국무회의 → 국회제출 → 상임위 상정 → 상임위 법안심사소위 → 법사위 → 국회 본회의를 거쳐야 하기 때문에 법안심사가 줄속으로 될 수밖에 없는 것이 현실이다.

(5) 행정지도와 법률로부터의 자유

행정의 실제에서는 공식적 행정처분에 의하여 국민에게 작위·부작위 의무를 과하지 아니하고, 행정청이 조언·지도·권고·요망·경고 등의 방법에 의해 특정인에 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 요망하고, 이에 대해 상대방의 자발적 협력에 의해 행정청이 의도하는 바를 실현하는 경우가 많이 있다. 예를 들면, 섬유산업의 불황을 타개하기 위하여 관계기업에 그 조업의 단축을 권고한다던가, 주요 시설의 설치허가에 앞서 그에 따른 인근 주민들과의 분쟁을 방지하기 위하여 사전에 주민들의 동의를 얻을 것을 요구하는 경우 등이다. 이와 같이 행정기관이 그 소관사무의 범위 내에서 일정한 행정목적을 실현하기 위해 공식적 행정처분의 방식을 취하지 않고 조언·권고·요망 등의 비권력적 행정작용을 행하는 것을 행정지도라고 한다(홍정선, 2001: 234). 이러한 의미의 행정지도의 효용성은 다음과 같다.

첫째, 오늘날 행정기능이 양적·질적으로 증대됨으로써, 모든 행정작용에 관하여 법률로 규정하는 것은 불가능하게 되었다. 그에 따라 행정지도는 특히 급부행정의 영역에서 유용한 수단으로 등장하게 되었다. 그런가 하면 당해 행정부문에 기존의 법률이 있는 경우에도 사회·경제적 현상의 급격한 변화로 인하여 그 법적 규율이 현실적 여건에 맞지 않거나, 구체적 사안에 적합하지 않은 경우도 있다. 이러한 경우에 행정지도는 구체적 사안에 적합한 조치를 신속적·탄력적으로 취할 수 있다는 장점이 있다.

둘째, 행정지도는 공권적 처분이나 명령 등 공권력을 일방적으로 발동함으로써 야기될 수 있는 마찰이나 저항을 줄이고, 조언이나 권

고 등의 형식으로 상대방의 자발적 협력을 구함으로써 상대방에게 심리적 저항감을 느끼지 않는 행정조치를 취할 수 있다.

셋째, 오늘날 경제·사회현상이나 과학·기술이 급속히 변화함에 따라 행정청은 그에 대응하여 국민들에게 적절한 지식이나 정보를 제공해줌으로써 국민들의 활동을 바람직한 방향으로 유도·조장하여 나갈 수 있다. 예를 들면, 영농지도·중소기업에 대한 경영지도·생활개선지도 등과 같은 조성적(造成的) 행정지도가 그것이다.

행정지도는 이와 같은 긍정적 측면이 있음에도 불구하고 행정지도의 대부분이 법적 제약이 없이 행해짐으로써 행정기관의 책임소재가 불분명한 경우가 많고, 상대방의 임의적 협력에 기초하는 비권력적 작용이라고 하지만, 본래 행정행위에 의하여 규제되어야 할 사항 등에 대해 사전적 또는 대체적 수단으로 행해지는 경우가 많은바, 이러한 경우에 행정주체의 우월성으로 말미암아 상대방은 이를 받아들이지 않을 수 없는 심리적 압박감을 받게 되는 경우가 많다. 행정기관은 행정지도의 상대방이 가지고 있지 않은 조직법상의 권한, 대 시민적 보상에 의한 권한, 우월한 지식기술 및 정보의 보유에 따른 전문 지식에 의한 권한, 행정체제의 공공적 상징성에 의한 준거적 권력 등을 가지고 있기 때문이다.

이러한 결과 행정청은 행정지도를 통해 법의 통제로부터 자유로우면서도 실질적으로는 권력행정과 같은 처분을 행할 수 있게 된다. 이와는 반대로 행정청이 관련문제를 공식적 규제권한을 발동하지 않고 행정지도를 통해 애매하게 처리하거나, 필요 이상으로 관계인과 타협하여 처리하는 경우 업계와 행정의 유착이라는 비난을 받을 수도 있다(김동희, 1999: 186). 특히 은폐의식·비밀주의·폐쇄주의·관존민비의식 및 지배자 위주의 가치배분 등이 한국의 행정문화로 지적되고 있는바, 이러한 상황에서는 행정지도가 비공개적인 비밀주의적 방식으로 이루어짐으로써 행정의 민주화에 역기능으로 작용할 수 있는 문제점을 내포하고 있다.⁸⁾

행정지도는 또한 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 비권력적 작

용이라는 점에서 행정쟁송의 대상으로서 '처분성'을 인정하기 어렵고, 손해가 발생한 경우에도 국가 등의 배상책임을 인정하기에도 어려운 점이 있다. 따라서 어떤 사인이 위법한 행정지도에 따라 어떤 행위를 하였다고 하더라도 그것은 사인의 자발적 행위이지 강제된 행위는 아니기 때문에 명문의 규정이 없는 한, 그 행위에 대한 위법성이 조각된다고 할 수 없는 것이다(홍정선, 2003: 235).

4. 행정의 합법성 이념의 기타 이념에 대한 우선적 지위

본 연구에서는 다른 행정이념에 비해 행정의 합법성 이념에 대해 비교적 자세히 기술했다. 그 이유는 행정이념을 소개하는 많은 행정학자들이 합법성의 의의를 잘못 이해하고 있는 경우가 많이 있고, 그 결과 합법성 이념과 기타의 다른 행정이념들간의 관계를 논하는 과정에서 오류를 빚고 있다고 생각하기 때문이다. 이제 지금까지의 법치 행정에 대한 논의를 중심으로 오늘날 행정국가에서의 합법성 이념이 행정의 지도원리로서 갖는 의의와, 행정의 기타 이념들보다 합법성 이념이 우선적 지위를 차지하는 이유를 설명하면 다음과 같다.

1) 합법성 이념과 권력분립

합법성 이념은 삼권분립을 전제로 한 것으로서, 행정을 국민의 대표 기관인 의회에서 제정하는 법률에 의해 기속하기 위한 원리이다. 따라서 전술한 바와 같이 합법성 이념에서 말하는 법의 개념 속에는 헌법과 법률이 포함되는 것이지, 행정부에 의해 제정되는 행정입법(명령)까지를 포함하는 것이 아니다. 행정입법의 증대현상은 행정의 내용이 복잡해지고 전문화된 행정국가의 등장과 더불어, 행정활동이 행정환경의 변동에 대응하여 신속적이고 전문적으로 이루어질 수 있도록 하기 위해, 합법성이 완화된 것으로 이해해야 하는 것이지, 합법

성에서 법의 개념이 행정입법에까지 확대된 것으로 이해해서는 안 된다. 그것은 합법성 이념이 권력분립 및 국민주권주의 사상에 기초하고 있다는 것을 봐도 알 수 있다. 즉, 합법성에서 법의 의미는 기본적으로 법률을 중심으로 해서 논해지는 원리이다.

따라서 행정입법은 행정 담당자들이 행정기능을 수행하는 과정에서 합법성 이외의 기타 행정이념들을 합법성 원리에 위배되지 않고도 광범위하고 신축성 있게 추구할 수 있도록 제도적 장치를 마련해 준 것이라 할 수 있다. 그러므로 행정학자들 가운데는 행정입법의 규정으로 인해 행정이 기타의 행정이념들을 추구하는 데 제약을 받는 경우를 마치 행정의 합법성으로 인한 제약으로 설명하는 학자들이 많은데, 그것은 헌법이나 법률의 문제가 아니라, 법률이 행정권에 대해 기타의 행정이념들을 법치행정의 이념과 상충되거나 법치행정 이념으로 방해받는 일이 없이, 행정이 자율적으로 추구할 수 있도록 행정에 부여한 행정입법의 제정권한을 잘못 행사한 결과로 이해하여야 한다.

예를 들면, 관료들이 법적 책임을 면하기 위해 법규정을 지키는 데 중점을 두기 때문에 고객의 요구에 부응하지 못하는 경우가 많다는 점을 법치행정의 문제로 지적하는 경우가 많은데, 이 경우 관료들이 지키려는 법규정의 내용은 법률의 규정이 아닌 행정입법의 규정, 그것도 훈령·예규·지시 등의 행정규칙이 주를 이룬다. 따라서 이러한 규정들로 인해 나타나는 문제들은 결국 권력분립의 원칙상 입법권과 구별되는 행정권에서 행정운영상의 문제이지 입법권에서 제정하는 법률에 기초한 법치행정의 문제는 아니다.

2) 법치행정과 행정권한의 강화

행정입법의 증대현상 외에도 오늘날 행정국가에서는 법률의 유보로부터 자유로운 행정활동의 영역이 많이 존재하는가 하면, 법률의 규정 내용이 재량규정이나 불확정 개념을 포함하고 있는 경우가 많고, 특히 행정계획의 분야에서는 행정청에게 일반 재량권보다 더 광범위한 계획

재량권을 인정하고 있다. 그 결과 오늘날을 '시행령 만능의 시대', 혹은 '행정규칙 만능의 시대'로 불려지고 있음은 전술한 바와 같다.

이러한 현상 역시 법치행정의 원리에 위배되지 않으면서도 행정을 통해 합법성 이외의 행정이념을 추구할 수 있는 광범위한 재량의 여지가 행정 담당자들에게 주어져 있음을 의미하는 것이 된다. 이와 같이 행정국가에서의 법치행정 이념은 법률상의 많은 재량규정과 불확정 개념 내지 계획재량의 부여 등을 통해 행정이 추구하고자 하는 기타의 제반 이념들을 행정의 독자적 책임하에 추구할 수 있도록 양보해 주는 것이다.

이러한 현상을 행정학에서는 정책결정의 실질적 권한이 행정부로 이동되고 있는 현상으로 설명하고 있다. 따라서 오늘날 행정이 행정의 합법성의 요청, 즉 행정이 헌법이나 법률에 적합하게 행사되어야 한다는 원리가 제약요인이 되어, 행정의 기타 이념들을 추구하는 데 장애가 된다거나 긴장 내지 상충관계에 있다고 하는 것은 잘못된 지적이다. 오히려 오늘날은 법률이 행정으로 하여금 너무나 막강한 권한을 행사하도록 권한을 부여함으로써, 행정권이 바람직한 방향으로 행사되도록 어떻게 효과적으로 통제할 것인가가 중대한 과제로 등장하고 있다.

앞서 기술한 바와 같이 근대국가에서 태동된 법치행정의 원리, 즉 행정의 합법성 원리는 행정국가의 등장과 더불어 그 위력이 크게 저하되거나 운영상 혼란을 야기시키고 있는 것이 사실이다. 그러나 그렇다고 해서 그것이 곧 다른 행정이념이 행정의 합법성 이념에 우선될 수 있다는 것을 정당화하는 것은 아니다. 오늘날도 여전히 행정의 합법성 원리는 모든 행정이 그 기능을 수행하는 데 있어서 다른 어떤 이념에 앞서 지켜져야 할 헌법상의 원리로서, 이에 위반하여 행해지는 행정은 사법심사의 대상이 된다.

3) 법치행정 이념의 행정에서의 역할

법치행정의 원리는 행정이 무엇을 어떻게 할 수 있고, 무엇을 해서는 안 되는지에 대한 규범적 기준을 제시하는 것이다. 다시 말하면, 헌법이나 법률에 기초한 법치행정의 기능은 행정활동에 대해 권한을 부여하거나 정책지침을 제공하며, 이를 성취하는 데 필요한 자원을 제공하는 것이다. 그러나 이러한 기능은 단지 어떠한 일이 일어나도록 허용하는 것이지, 그것이 바로 구체적으로 어떤 일이 일어나게 하는 것은 아니다. 행정은 곧 이러한 헌법과 법률의 의도를 현실로 변화시키는 속성을 가지고 있으며, 이 과정에서 행정의 바람직한 기준으로 제시되는 것은 행정의 합법성을 제외한 다른 이념들로서 이들 이념들 가운데 어느 이념을 우선할 것인가는 구체적 상황에 따라 결정되어야 한다.

다만, 현실적으로 행정의 기타 이념들을 추구하는 데 장애가 되는 법률이 존재할 수 있다. 그러나 이는 현실적으로 그런 문제가 있다는 의미이지, 합법성 이념이 그로 인하여 다른 이념에 그 우선순위를 양보하여야 한다는 주장을 정당화할 수 있는 근거가 되는 것은 아니다. 그 이유는 행정이념은 모두가 규범적인 바람직한 가치의 차원에서 논의되는 것들로서 행정의 합법성 이념 역시 헌법에 위배되지 않는 바람직한 법률을 전제로 한 것이며, 또한 이를 실현할 수 있는 제도적 장치로서의 위헌법률심사가 헌법에 규정되어 있기 때문이다. 따라서 그러한 법률들은 꾸준한 법률개정 작업을 통해 개정해 나가려는 노력을 행하여야 할 것이며, 이를 위해서는 학제적인 법정정책학적 연구가 적극적으로 행해져야 할 것이다(김승조, 2000; 김항규, 1998).

4) 법률의 우위원리와 행정

행정은 법률의 기계적 집행이 아니고, 창조적 활동으로서의 속성을 가지고 있다. 특히 행정국가에서의 행정은 행정의 내용이 복잡하고

전문성을 가지고 있으며, 급격한 상황변화에 신속적으로 대응할 것이 요청되므로, 이 모든 경우에 법률의 규정이 있어야 한다거나 그 법률의 내용이 엄격하게 규정되어 있어야 한다고 주장하는 것은 합리적·현실적 주장이라고 할 수 없다. 이러한 점에서 법치행정의 원리 가운데 하나인 법률의 유보원칙이 모든 행정활동에 적용될 수 있는 것은 아니라는 한계가 나타난다.

이에 반해 오늘날 법치행정의 원리 가운데 온전히 그 위력을 발휘할 수 있는 원리는 '법률의 우위' 원리라 할 수 있다. 즉, 행정이 헌법과 법률에 위배되지 않도록 행해져야 한다는 법률의 우위원리는 오늘날 행정국가에서의 모든 행정작용에 무제한적·무조건적으로 그 효용을 발휘하고 있는 원리이다. 따라서 모든 행정작용은 헌법에 위배되지 않는 법률, 즉 합헌적인 법률에 위배되어 행사되어서는 안 된다.

따라서 합법성 이념을 제외한 기타 행정이념을 추구하는 과정에서도 이러한 의미의 법률 우위원칙은 준수되어야 한다. 법률의 우위원칙은 행정이 합헌적 법률에 위배되어 행사되어서는 안 된다는 원칙일 뿐만 아니라, 법률이 없는 경우에도 헌법이 직접 행정을 구속하며 따라서 행정이 헌법에 위배되어 행사되어서는 안 된다는 의미도 그 내용으로 인정되지 않으면 안 된다(홍준형, 1998: 106).

예를 들면, 현행 우리나라의 헌법상 인간으로서의 존엄과 기본권의 불가침성을 규정한 헌법 제 10조, 법 앞에서의 평등을 규정한 제 11조, 인신의 자유와 적법절차를 규정한 제 12조 제 1항, 기본권 제한에 관한 일반원칙으로 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 제한할 수 있도록 명시하면서도, 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하지 못하도록 한 헌법 제 37조 제 2항 등은 그 자체로서 행정을 구속할 수 있는 규정이라고 할 수 있다. 이 밖에 법률의 규정이 없더라도 행정이 과잉금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등 헌법상 또는 행정법상의 일반원칙(리)에 위배되어서는 안 된다는 것이 행정법학자들의 일치된 견해이며, 이 또한 법치행정의 내용을 구성하는 것이다.

5) 행정의 본질적 가치와 합법성

앞서 기술한 바와 같이 행정학자들 중에는 행정이 추구하는 가치를 본질적 가치와 수단적 가치로 구분하고, 본질적 가치로서 정의·공익·형평성 및 자유와 평등을 제시하기도 한다. 따라서 이들 본질적 가치와 행정의 합법성 이념과의 관계가 문제가 될 수 있다. 이러한 문제와 관련하여 본 연구자는 이러한 가치들이 이미 헌법 속에 용해되어 나타나 있다고 본다.

본 논문에서는 합법성에서 법의 개념이 헌법에 위배되지 않는 법임을 강조한 바 있다. 또한 행정법학에서는 행정을 규율하는 법, 즉 행정법을 '헌법의 구체화 법으로서의 행정법'으로 인식하고 있는 것이 일반적 경향이다. 이러한 견해들은 합법성 이념에서 가장 중요한 규범적 지침의 근원은 곧 헌법임을 주장하고 있는 것이다. 즉, 행정에서의 합법성 이념은 곧 헌법 속에 용해되어 있는 이러한 본질적 가치들을 행정을 통해 구현하려는 의지를 내포하고 있다고 볼 수 있는 것이다.¹⁰⁾

5. 결론

지금까지의 논의를 통해서 행정의 합법성 이념이 행정의 다른 이념들과의 관계에서 상위의 이념이거나 합법성 이념 속에 다른 이념들이 내포되어 있음을 알 수 있었다. 사실 이러한 주장은 행정이 법률에 적합해야 한다는 법치행정의 원리 그 자체의 의미만을 가지고도 충분히 이해할 수 있다. 왜냐하면, 법치행정의 이념 그 자체가 행정의 모든 활동은 헌법을 포함한 법률에 위배되지 말아야 한다거나, 법률에 근거하여 법률의 수권에 의해 행해져야 한다는 내용이기 때문이다.

따라서 행정활동을 바람직하게 수행하기 위한 판단과정에서 판단기준으로 적용되는 기타의 행정이념들은 당연히 법치행정의 이념보다

하위의 이념임을 쉽게 알 수 있다. 그러면서도 이러한 주장이 새삼스럽게 비춰지는 것은 그만큼 행정학자들이 법치행정에 대한 관심이 부족했기 때문이라고도 할 수 있으나, 보다 근본적으로는 우리나라에서의 법에 대한 경시풍조 내지 법에 대한 부정적 인식 때문이 아닌가 생각된다.

즉, 법이란 방편적인 것, 자유를 구속하는 것, 수탈적인 것, 무시해도 좋은 것, 법 따로 현실 따로, 법대로 하면 손해라는 등의 법에 대한 부정적 인식이 일반 국민들은 물론 행정 담당자들 사이에서도 깊이 뿌리 박혀 있기 때문이다.

이와 같이 법 경시 풍조 내지 법에 대한 부정적 인식이 자리잡게 된 원인은 우리나라에서 그간 시행되어 온 법치주의에 대한 경험에서 찾아볼 수 있다. 첫째, 법은 행정이 추구하고자 하는 국가발전 전략을 형식적으로 정당화시켜주는 데 기여하는 역할을 수행해 왔다. 둘째, 법이 정치에 종속되어 정치권력자가 권력을 유지하거나 강화하기 위한 수단으로 이용되거나, 정당간의 전략적 이익이나 특정 이해집단들간의 비밀스런 야합에 의해 제정되고 집행되는 경우가 많다. 셋째, 법의 내용이 현실과 유리되어 있어 실제로 법을 그대로 준수하기가 어려운 경우가 많다.

넷째, 헌법을 비롯한 법 제정을 졸속적·조령모개식으로 행하여 옴으로써 너무 쉽게 생각하고 있다. 다섯째, 법이 약자에게만 적용되고 권력자들은 법 위에 존재하는 사례가 빈번히 발생하고 있다. 여섯째, 권리구제제도가 불비하거나 불완전하고 사법적 정의가 창달되지 않고 있어, 법 집행과정에서 권익을 침해받은 자에 대한 충분하고 공정한 구제가 이루어지지 않고 있다는 점 등이다. 이와 같은 법에 대한 부정적 경험들은 그 원인이 법의 수범자에게 있다기보다는 법을 제정하고 이를 실천하는 집단에 보다 큰 원인이 있다고 할 수 있는 것이다.

이러한 결과 법치행정은 이를 잘못 인식하여 '법대로 하는 행정'(허법, 1998: 103)과 혼동하는 경우도 없지 않다고 본다. 본래적 의미의 행정의 합법성은 그 궁극적 목적이 국민의 자유와 권리를 보호하기 위

한 이념인 데 반해, 법대로 하는 행정이란 실정법을 단순히 형식적으로 적용하는 행정으로서, 실정법 조문의 자구(字句)에 맞추어 행하는 행정을 말한다. 이러한 법대로 하는 행정에서는 공무원의 양심과 이성(理性)은 이른바 자의성을 배제한다는 구실로 가급적 억제되며, 비민주적인 정권유지 수단으로 제정된 악법도 법으로 인식되는 행정을 말한다.

또한 법대로 하는 행정은 법을 모든 사람에게 평등하게 적용하기보다는 약자에게만 적용하거나, 특정한 경우에만 목적달성을 위한 위협수단으로 이용하는 행정을 말한다. 특히 행정학에서의 발전행정적 사고는 국가발전이라는 명분으로 본래 의미의 합법성을 강조하기보다는 법대로 하는 행정, 즉 형식적 법치행정의 정착에 공조했다고 할 수 있다.

오늘날 새로운 행정 패러다임으로 등장하고 있는 신국정관리(*new governance*)하의 행정에서는 국민의 참여와 협조에 의한 법치의 정립과 이의 실현이 절실히 요청되고 있는바, 금후 행정법학자들 뿐만 아니라 행정학자들에 의한 역시 법치행정에 관한 깊은 관심과 연구도 활발히 행해져야 할 것이다.

■ 주

- 1) 법률의 법규창조력은 오늘날에도 원칙적으로 인정되고 있다. 그러나 오늘날 법률만이 법규창조력을 갖는 것은 아니다. 법률 외에도 예를 들면, 행정관습법이라든가 대통령이 발하는 긴급 제정·경제 명령과 긴급명령 등은 법률과 같은 효력을 갖는다. 따라서 법률의 법규창조력은 법치행정의 요소로 이해해야 할 필연성은 없다(강인재, 이달곤 외, 1998: 105).
- 2) 독일의 히틀러 총통은 의회를 통해 이른바 '헌법개정법률'(Verfassungs anderndes Gesetz)을 제정하였다. 이 법률은 일반적으로 '수권법'이라 칭하거나 '전권수권법', 혹은 '전권위임법'이라고도 불린다. 그 내용은 정부도 명령이 아닌 법률을 제정할 수 있으며(제1조), 정부의 법률은 헌법에 위반될 수 있다(제2조)는 내용으로 되어 있다. 그 결과 바이마르헌법이 사실상 부정되는 결과를 낳고 말았다. 이 밖에도 히틀러는 유대인 600여만 명의 학살을 형식적으로는 '우생법'(優生法)이라는 법률에 근거를 두고 자행하였다(김규하, 1998: 341).
- 3) 행정입법은 법규로서의 성격을 가지느냐의 여부에 따라 법규명령과 행정규칙으로 나뉜다. 법규명령이란 행정권이 정립하는 법규범으로서 법규의 성질을 가진 것을 말한다. 법규라 함은 그 내용이 국가와 국민을 모두 구속하는 법규범, 즉 양면구속성을 갖고 있는 것을 의미한다. 따라서 법규를 위반한 행정청의 행위는 위법한 행위로서 행정상 손해배상이나 행정쟁송의 대상이 되는 등 재판규범의 대상이 된다. 법규명령은 이를 다시 위임명령과 집행명령으로 나누는데, 전자는 법률에서 위임된 범위 내에서 법률의 위임에 기초하여 국민의 권리의무에 관한 법규범, 즉 법규를 제정하는 법규명령을 의미하며, 후자는 법률 또는 상위명령을 시행하기 위하여 필요한 구체적인 세부적 사항을 정하는 법규명령을 의미한다. 따라서 집행명령은 상위법령의 범위 내에서 필요한 구체적 절차·형식 등을 규정할 수 있음에 그친다. 그러므로 위임명령을 제정하기 위해서는 법률의 구체적 위임이 있어야 하지만, 집행명령의 경우는 법률의 구체적 위임이 없이도 상위법령이 존재하기만 하면 제정할 수 있다. 이러한 의미의 법규명령은 이를 누가 제정하느냐에 따라 대통령령, 총리령과 행정각부의 장관이 제정하는 부령 등이 있으며, 그 중 대통령령을 실무에서는 '시행령'이라 칭하고, 부령은 '시행규칙'이라 칭해지기도 한다. 한편, 행정규칙이란 법규명령이 법규로서 국가와 국민을 모두 구속하는 양면구속성을 갖는 것과는 달리, 행정조직 내부에서의 효과밖에 가지지 못하는 행정입법을 의미한다. 구체적으로는 행정규칙은 조직에 관한 규정, 공무원 등 행정조직과 특별관계를 가진 자에 관한 규정, 행정기관의 행동기준, 법령에 대한 해석기준(이를 '법령해석규칙'이라 한다), 재량기준(이를 '재량준칙'이라 한다), 보조금의 교부규칙, 행정지도 기준, 행정절차법상의 심사기준 및 처분기준 등을 내용으로 한다. 이러한 의미의 행정규칙은 고시·훈령·지침 등의 형식으로 발하여지는 것이 보통이다.
- 4) 위임입법 범위의 유월 여부에 대한 판례(대판 1996.3.21. 95누3640)에 따르면, 법률규정 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것 같이 보이더라도, 그 법률의 전반적 체계와 취지·목적·당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련법규를 살펴, 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적 위임에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 하고 있어, 위임입법의

정당한 범위를 가능한 한 확대해 주려는 듯한 자세를 보이고 있다.

- 5) 행정규칙의 일종으로서 재량준칙이라 함은 일정한 한도에서 행정청에게 독자적 판단권이 부여되어 있는 재량처분에서, 행정권이 스스로 그 처분의 일반적 기준을 설정하는 것을 말한다. 한편, 법규 해석규칙이라 함은 행정권이 법규의 적용, 특히 법규에 포함된 불확정 개념의 적용에 있어, 그 해석이나 적용방향을 확정하기 위하여 발하는 것을 말한다. 이러한 법규해석규칙은 하급 행정기관에 의한 법의 해석이나 적용에 있어 중요한 준거기준이 되고, 또한 통일적 법 적용을 보장하여 주는 기능을 한다.
- 6) 법률유보의 적용영역과 관련된 학설로는 전통적 침해유보설을 비롯하여 권력행정유보설, 전부유보설, 급부행정유보설, 본질사항유보설, 신침해유보설, 행정유보설 등이 있다.
- 7) 입법절차에서 입법부와 행정부와의 협력관계에 대해서는 김승조(2000. 10) 참조.
- 8) 행정지도의 행정학적 접근과 역기능 및 행정지도의 합리적 유형에 관한 연구에 관해서는 정동근(1997: 203~222) 참조.
- 9) 과잉금지 원칙이란 행정주체가 구체적 행정목적 실현하는 데 있어서, 그 목적 실현과 이를 달성하기 위한 수단 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 원칙으로서 헌법차원의 법 원칙이다. 그 구체적 내용으로는 적합성의 원칙과 필요성의 원칙 및 상당성의 원칙이 있다. 적합성의 원칙이란 행정기관이 취한 수단이 그가 의도하는 바 목적을 달성하는 데 적합해야 함을 의미한다. 필요성의 원칙이란 행정조치는 설정된 목적을 실현하기 위하여 필요한 한도 이상으로 행사되어서는 안 된다는 것으로서 이를 '최소침해의 원칙'이라고도 한다. 상당성의 원칙은 행정조치가 목적 실현을 위해 필요한 경우라 할지라도 그 행정조치를 취함에 따른 불이익이 그것에 의해 초래되는 이익보다 큰 경우에는 당해 행정조치를 취해서는 안 된다는 것으로서, 이를 '협의의 비례원칙'이라고도 한다. 신뢰보호의 원칙이란 국민이 행정기관의 어떤 언동(명시적 언동과 묵시적 언동을 포함)의 정당성 또는 존속성을 신뢰하고, 그 신뢰에 기하여 어떤 처분을 행한 경우 그 신뢰는 보호해 주어야 한다는 원리이다. 평등의 원칙은 행정작용에서 특별한 합리적 이유가 없는 한 상대방인 국민을 공평하게 처우해야 한다는 것을 말하는 헌법적 차원의 원칙이다. 헌법은 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다"(헌법 제 11조 1항)고 규정함으로써 국민의 평등권을 보장하고 있다. 부당결부금지의 원칙이란 행정기관이 행정활동을 행함에 있어서 그것과 실체적 관련이 없는 반대급부와 결부시켜서는 안 된다는 것을 말한다. 예를 들면, 건축법상의 의무를 강제하기 위하여 수도나 전기의 공급을 중단하는 것은 부당결부금지의 원칙에 위배된다. 이와 같은 행정법의 기본원칙들은 행정을 규율하는 행정법의 여러 분야에 적용되는 법 원칙으로서 이에 위배되는 행정작용은 위법한 행정이 된다.
- 10) 이에 관한 자세한 내용은 김항규(2002. 9) 참조.

■ 참고 문헌

- 강인재·이달곤 외. 1998. 《한국행정론》, 대영문화사.
- 김규정. 1997. 《신판 행정학원론》, 법문사.
- 김규하. 1998. “행정법상의 법치주의에 관한 현대적 고찰,” 《공법연구》 27(1), 경기대학교.
- 김남진. 2002. 《행정법 I (제 7판)》, 법문사.
- 김동희. 1999. 《행정법 I (제 5판)》, 박영사.
- 김승조. 2000. “입법절차에 있어서 입법부와 행정부의 협력관계,” 《법제》.
- 김항규. 1997. “행정학과 행정법학과의 대화-법정책학적 관점을 중심으로-,” 《한국행정학보》 31(40).
- _____. 2002. “행정에서의 합법성 이념과 헌법에서의 공익판단의 근거,” 《한국행정논집》 14(3).
- 박동서. 1998. 《한국행정론》(제4전정판), 법문사.
- 백완기. 1998. 《행정학》(제4전정판), 박영사.
- 서원우. 1997. 《전환기의 행정법이론》, 박영사.
- 석종현. 2000. 《일반행정법(상)》(제8판), 삼영사.
- 양승두. 1980. “우리나라의 전통적 법의식과 그 변화에 관한 연구,” 《한국의 사회와 문화》, 한국정신문화연구원.
- 이종수·윤영진 외. 1997. 《새 행정학》, 대영문화사.
- 정동근. 1997. “행정지도의 행정학적 접근과 한국행정지도의 합리적 유형탐색에 관한 연구,” 《한국행정학보》 31(3).
- 정정길. 2003. 《행정학의 새로운 이해》(증보판), 대명출판사.
- 최병선. 1992. 《정부규제론: 규제와 규제완화의 정치경제》, 법문사.
- 최봉철. 2001. “한국의 법문화와 법치주의의 과제,” 《성균관법학》 13(1).
- 최송화. 1984. “한국의 입법기구와 입법자,” 《법학》 26(4), 서울대.
- 허 법. 1988. “새로운 공공행정의 모색: 민본행정의 이념과 과제,” 《민주사회의 성숙을 위한 공공행정》, 한국행정학회.
- 홍정선. 2001. 《행정법원론》(상) (제9판), 박영사.
- _____. 2003. 《행정법연습》(제3판), 신조사.
- 홍준형. 2000. “제도화된 행정국가와 법치주의,” 《행정논총》 38(2), 서울대학교 행정대학원.
- _____. 2001. 《행정법총론(제4판)》, 한울아카데미.

Abstract

Relation between Legality and Other Guiding Principles of Public Administration

Hang-Kyu Kim

Guiding principle of public administration means normative criteria which public administration should pursue or public servants should follow in the process of public administration. Many scholars studying public administration say that those guiding principles are efficiency, effectiveness, democracy, legality and equity etc. When public servants apply those principles to the concrete administrative activities, they are always confronted with the problem of how to give the priority order among those principles. Many scholars of public administration say that the priority order should be given according to the concrete situation which public administration is confronted with. This study has no objection to this opinion. This study, however, has objection to the opinion that legality should also be discussed on the same level as those of other principles. Principle of legality, this study insists, should be ranked on the higher position than other principles. According to the principle of legality, public administration should be done according to the constitution and the law legislated in the national assembly. This means that public administration should not violate the intention of the law and constitution. Therefore those other principles than the principle of legality used as the criteria of judgment in the process of public administration

should be given priority under the subordinate dimension of legality.

Key Words : guiding principle of public administration, legality of public administration, Vorrang des Gesetzes, Vorbehalt des Gesetzes