

## 한국관료제에 있어서 사법적 통제의 단절원인과 복원과정\*

권헌영\*\*

---

그간 행정법학의 연혁적 문제, 사법소극주의, 관료제 내부의 법적통제제도의 강화 등 다양한 요인들로 인하여 행정권에 대한 사법적 통제의 확장은 쉽게 진전되지 못하였다. 그러나 국민들의 의식신장과 함께 공법학계의 학문적 외연확장, 사법부의 역할변화가 본격화되고 있는 최근에 있어서는 행정권에 대한 사법적 통제의 문제가 보다 다양하고 실질적으로 진행되고 있다. 본 연구는 거시적 관점에서 한국관료제의 변천을 간략하게 살펴보면서 행정권에 있어서의 법적사고 또는 사법적통제의 단절원인과 복원과정, 그리고 향후 전망을 논하였다.

주제어: 관료제, 행정의 사법적 통제, 객관적 권리구제

---

### I. 서언

행정학과 행정법 내지 공법은 모두 행정부 조직과 행정부의 행위를 그 연구대상으로 한다는 공통점을 갖고 있다. 그러나 이러한 밀접한 관계를 가지고 있는

---

\* 본고는 한국행정학회와 국민권익위원회가 공동으로 주최한 “신공공행정 패러다임 구축을 위한 반부패 경쟁력 강화 국제학술대회” 중 “한국화논단: 한국행정의 전통과 토대 I” 세션에서 필자가 발표한 내용을 수정·보완한 것이며, 2013년도 광운대학교 교내학술연구비 지원에 의해 연구되었습니다. 고견을 주신 토론자, 심사위원들께 지면을 빌어 감사의 말씀을 전합니다.

\*\* 연세대학교에서 법학박사 학위를 취득하고 현재 광운대학교 법과대학에서 부교수로 재직 중이다. 주요 관심분야는 정보화정책, 정보통신법, 개인정보보호법 등이다(khy@kw.ac.kr).

학문들이 그 연구의 내용이나 방법에 있어서는 전혀 다른 차원으로 존재한다. 특히 행정법학에 있어서 관료제<sup>1)</sup>는 다소 생소한 주제가 아닐 수 없다. 그도 그럴 것이, 행정부가 행하는 행위의 적법·타당성을 논하거나, 여기서 나아가 정부와 개별 국민간의 법률관계에 관심을 보여 온 행정법학의 오랜 전통에 비추어보면 관료제는 행정부의 행위를 가능하게 하는 구체적인 조직이나 체계 이상의 의미를 갖기는 어렵기 때문이다.

그러나 공공부문에서 일어나는 다양한 행정현상들은 국민권익과 밀접한 관련을 맺고 있으며, 대소 행정행위들은 공공복리 등 우리 헌법과 법률이 요청하는 가치에 수렴함을 목적으로 한다는 측면에서 이러한 공행정을 구체적으로 집행하는 관료와 관료체계에 대한 법적 성찰과 논의가 많지 아니하였던 점은 반성하여야 할 점이라고 생각된다. 그러나 다양한 과학적 연구방법을 축적하고 있는 행정학에 비해 공법학자로서 필자가 관료제를 바라보는 시각과 접근방법은 여전히 제한적일 수밖에 없고, 한국관료제의 연혁적 변화를 법적관점에서 망라적으로 탐색하기에도 여러모로 손쉬운 일은 아니다. 더욱이 행정학분야에서 관료제에 대한 법적접근을 다루었던 연구는 그리 많지 않으며,<sup>2)</sup> 반대로 법적관점에서의 관료제는 행정조직의 구성과 그 권한의 분장에 관한 문제, 관료의 권리와 의무에 관한 법적문제와 한계 등 관료제 내부에 관한 문제가 그나마 최근의 익숙한 주제였다.<sup>3)</sup>

1) 논의의 외연적 확장을 방지하기 위하여 여기서는 오석홍(2008)의 관료제 개념용례와 범주를 차용하고자 한다. 오석홍에 따르면, 관료제의 개념은 ① 특정한 형태의 조직을 가리키는 경우, ② 거대한 정부를 가리키는 경우, ③ 특정한 조직형태에 수반되는 병폐를 지적하기 위한 경우, ④ 국민의 자유와 권리를 침해하는 주체로 이해하는 경우로 크게 구별된다고 한다. 이에 본고에서는 특정한 형태의 조직으로서 거대정부를 가리키는 통합적인 의미에서 행정권과 동일하게 관료제를 이해하고자 한다.

2) 그마저도 흔히 관료제의 병리를 지적하면서 그 이상이나 운영원리가 민주주의의 가치와 일치하지 아니하므로 그 민주성을 제고한다거나 관료제를 보다 나은 방향으로 개혁하여야 한다는 논의가 주를 이루었던 것으로 보인다. 최근의 연구로는 양재진(2005), 임도빈(2007) 등이 대표적이다.

3) 행정법학적 측면에서는 대체로 행정통제와 관련된 논의, 행정조직 구성의 법적 문제 등에 관한 논의가 이따금 학계에 발표되고 있는 것으로 보인다. 그나마 가장 최근에 관료제를 법

이에 필자는 그간의 학계의 관심과는 시야를 다소 달리하여, 관료제 외부에 대한 법적사고에 초점을 두고 논의를 전개해보고자 한다. 이는 그간 우리나라 관료제가 많은 효용을 가져다 주었음에도 불구하고, 그 못지 않은 병폐와 한계를 경험해 온 것이 관료제 외부로부터의 법적사고나 통제가 부족한 것이 한 몫을 하였을 것이라는 연구자의 가설적 전제를 기초로 한다. 물론 이는 보다 적극적인 학문참여가 부족했다는 행정법학의 반성에 관한 논의나, 사법소극주의 경향에 대한 반성과 일정 부분 일맥상통하는 것이다.<sup>4)</sup> 따라서 이하에서는 우리나라 관료제의 변천과 평가를 간략하게 다루면서, 그 외부적 통제 중에서도 사법적 통제가 부족했던 원인은 무엇이었는지, 그리고 그 복원과정은 어떻게 일어나고 있는지를 살펴보고자 한다.

## II. 관료제와 사법적 통제의 단절 원인

### 1. 우리나라에 있어서 관료제의 변천과 한계

관료제의 개념적 외연은 그리 작은 것이 아니다. 특히 행정학에 있어서 관료제는 그 역사성은 물론이요 학문적 성향과 접근방법에 있어서 매우 다양한 개념 정의와 관점을 가지고 있다. 관료제를 본격적으로 주창한 막스 베버에 있어서 이상적 의미의 관료제는 합법적인 제도와 권위에 기초하고, 분업과 계층구조로 이루어진 매우 효율적이고 전문적인 관료들의 조직체였다. 이러한 베버의 관료제에 대한 관심은 19세기말부터 산업화시대가 본격화되면서 시작된 국가기능의 확대·강화, 그리고 이에 대응하기 위해 전문성을 가진 강력한 관료조직이 필요하게 된 것과 무관하지 않다. 그리고 당시의 관료제는 그러한 요청에 부응하여 형

---

적으로 다룬 다학제적 연구로서 정부조직개편에 대한 입법정책적 문제를 논한 오준근(2013)의 연구가 눈에 띈다.

4) 이러한 논의를 주도한 학자로는 서원우, 홍준형 등이 대표적이다. 이하에서 다룬다.

식적 합법성과 효율성을 무기로 삼아 전성기를 누려왔다. 그러나 이처럼 근대 행정의 근간이었던 관료제는 사회 환경과 추구가치가 변화하면서 많은 비판과 개선 요구에 시달려온 것도 사실이다.<sup>5)</sup> 형식주의의 번문옥례(繁文縟禮), 무사안일과 법규만능, 목표와 수단의 전치, 독선과 무능화 등 관료제의 병리현상은 익히 알려져 있는 바다.

그러나 관료제는 다른 여러 국가들은 물론이고 우리나라에서도 현재까지 존재하고 있을 뿐만 아니라, 합법성, 효율성, 보편성 등과 같은 가치를 바탕으로 거시적·객관적 공공 목표달성을 추구하는 조직으로서 우리 행정에서 여전히 큰 역할을 하고 있다. 즉, 관료제는 행정이 추구하는 본질적인 가치로서 정의, 공익, 복지, 형평, 자유, 평등 등을 위한 제도적·조직적 수단으로 운영되고 있는 것이다.

우리나라에 있어서 관료제의 특징은 해방정부, 군사정권, 그리고 그 이후로 나누어 거론되는 것이 보통이다. 먼저 해방 이후 수립된 이승만 정부의 관료제의 경우 해방이라는 급격한 사회변화에 대응하기 위하여 안정적이고 체제를 공고히 하여야 했을 것이며, 이 과정에서 관료제는 사회질서와 유지에 공헌한 것으로 평가되고 있다. 그럼에도 불구하고 당시 관료제는 부정선거 등 정치권력의 통치 수단으로서 기능하였다는 특징도 있는데, 군사정권이 수립된 시기는 무엇보다도 고도성장기를 뒷받침하기 위한 전문적이면서도 기술적인 관료제가 그 특색을 드러냈다고 할 수 있다. 당시 주로 경제부처에 경력과 자질이 뛰어나다는 엘리트들을 대거 전략적으로 관료로 포진시켰으며,<sup>6)</sup> 이는 결과적으로 매우 효율적인 경제성장으로 이어졌다.<sup>7)</sup> 그러나 이 당시의 관료제 또한 지배권력자의 통치를 보다 효과적으로 수행하는 것에 제일 초점이 맞추어져 있었다는 것은 전과 크게

5) 임도빈(2007: 43)은 오늘날 관료제가 비능률의 대명사로 꼽히는 것이 상식화되었다는 점을 지적하면서, 정치권에서 정부신뢰의 부족과 시민들의 소외감을 관료제의 병폐현상과 동일시시키고 있으며, 관료제의 개혁은 정부신뢰 향상과 보다 나은 사회로 변화하는 방안이라고 생각하게 만들었다고 한다.

6) 자세한 분석으로는 박정희 시대의 관료제에 대해 다룬 윤건수(2012)의 연구를 참고.

7) 물론 이에 대한 비판이 없는 것은 아니다. 당시 관료제가 혁신군부와 혁신관료, 그리고 신형 재벌 간의 트라이앵글 지배구조를 제도화했다거나, 이 시대에는 당시까지 없었던 신가족주의적 지배구조가 등장하였다는 등의 주장이 그것이다(윤건수, 2012: 2).

다르지 않다.

한편, 문민정부를 전후로 하여 우리나라 관료제에는 일대 개혁이 이루어졌다고 평가할 수 있는데, 과거 권위주의적 정부의 수단이었던 관료제에 대한 비판과 개혁의지가 정치권은 물론 학계에서도 활발하게 시작된 것이다.<sup>8)</sup> 당시 우리나라의 관료제가 목표로 삼았던 가치는 민주성, 사회정의와 형평성, 조직 내외의 폭넓은 참여 등이었다. 그러나 과거의 권위주의적 정치문화의 영향과 무사안일주의에 영향으로 복지부동현상을 초래한 것도 이 시기의 특징이다. 이후 2000년을 전후하여 우리나라 관료제는 외환위기를 겪고 이를 극복하는 과정에서 사회 전반적으로 도입된 신자유주의와 신공공관리론에 따라 행정개혁 추진의 대상이 되었으며, 관련 연구 또한 성과주의와 관료제의 민주적 통제라는 주제에 집중되었다(안병만, 2007: 3).<sup>9)</sup>

이처럼 우리나라 관료제는 경제발전을 주도하는 첨병으로서, 효율적이고 실질적인 가치관을 보급하고, 국가발전과 부의 절대량 팽창에 기여했다고 평가할 수 있다. 그러나 우리나라 관료제의 연혁적인 변천을 공통적으로 관통하는 문제는 무엇일까? 익히 주지하는 바와 같이 우리나라 관료제는 국민에 대한 봉사자 또는 봉사조직이 아니라 지배자, 통치자로서의 의식이 팽배하였던 탓에 그간 우리 민주주의 발전을 저해시켜 왔고, 부정부패를 심화시켰으며, 불균형전략의 심화로 사회통합의 달성을 어렵게 하는데 일조하였다는 사실도 쉽게 부인하기는 어려울 것이다. 이를 크게 두 가지로 환언하면, 첫 번째로 관료제를 구성하는 관료와 관료문화에 대한 병리이다. 관료집단의 부정부패 또는 권위주의·권력행사에 대한 문제는 우리사회가 선형적으로 지독하고 있는바와 같으며, 많은 개혁과 개선이 있었다고 하나 현재까지도 빈번한 사회문제가 되고 있다. 두 번째로는 관료제의 조직과 관료제도 자체의 비민주성 또는 반행정이념적 유용이다. 기본적

8) 이 시기의 연구는 관료부패와 복지부동 등에 초점을 맞춘 연구로서 공직사회의 부정부패 원인과 현상, 그리고 그 대응책 등이 당시 연구의 중요한 주제들이었으며 실증적 연구를 바탕으로 한 일련의 처방적 연구들이 다수 나타났다고 한다(안병만, 2007: 3).

9) 행정개혁 프로그램에 대한 관료들의 태도와 성과, 관료권력의 문제와 해결방안, 조직문화와 성과관리 등에 관한 주제가 대표적이라고 한다.

으로 민주사회에서 행정은 주권자인 국민의 의사에 부합하여야 하며, 행정을 집행하는 관료제라고 하여 예외가 있을 수는 없을 것이다. 그러나 연혁적으로 우리나라의 관료제는 그 발전행정적 측면에서 효율성에 대한 긍정적 평가가 존재함에도 불구하고 관료제의 권력예속화 현상으로 인하여 지배 권력자의 효율적 통치수단으로 활용되어 왔다는 이면 또한 부정하기는 어려울 것이다. 이와 같은 현상은 결국 관료조직 내부의 비민주성과 외부에 대한 비통제성을 초래하였던 것이다.<sup>10)</sup>

이러한 상황에서 그간 우리나라 관료제에 대한 외부의 법적사고나 사법적 통제의 단절은 우리나라 관료제의 병폐에 대한 원인과 직·간접적인 연관이 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 행정에 대한 제도적 통제에 관한 논의는 본래 공법, 특히 행정법학의 영역에서 다루어져야 할 문제이기 때문이다. 그러나 관료제는 행정법적 관점에서 그간 그리 특수한 취급을 받지 못하였던 것이 사실이다. 즉 행정법적 관심은 행정과 국민과의 외부관계에 있어서는 구체적 개인의 권리구제에 초점이 맞추어져 왔고, 객관적 가치달성이나 수단은 그 부수적 결과로 인식하였던 측면이 강하다. 그렇다면 우리나라 관료제에 있어서 법적개입이나 성찰이 다소 부족하였던 원인은 무엇인가?

## 2. 원론적 문제: 행정법학의 병리현상과 반성

김도창(1992: 270)은 “행정법학이 ‘법의 지배’를 실현시켜야 할 헌법적 소명을 얼마나 수행하였는지, 종래 행정법학은 혹 ‘법을 정치적 지배수단’으로만 인식하고, 행정활동의 가치판단 기준을 정치학적·행정학적·경제학적 시각에서 논의하는 것으로 족하다고 생각함으로써 법치주의의 경시풍조에 기여하지 않았는가”라고 반문하면서, 한국행정법학의 자기반성의 필요성을 역설하였는데, 이에 대해 홍준형(1993: 109)은 대표적으로 식민지법학의 역사적 청산의 문제, 행정법학

10) 여기에 더하여, 관료제의 변천과정에서 행정부와 사법부와의 관계에 대해서는 표시열(2008: 424-451)의 연구를 참고.

의 방법론적 불구성, 행정법학에 있어서 공익개념과 공공성이데올로기의 부족 등을 그간 우리 행정법학의 병리현상으로 지적한다. 이러한 비판적 시각은 비록 원론적이라고 할지라도 현재의 행정현실에도 시사하는 바가 매우 크다. 복잡다기한 행정현상 전반과 행정법학의 현실적 괴리는 어쩌면 우리 행정법학이 고수해온 전통에 기인하고 있을지도 모른다. 물론 개별·구체적 행정행위가 아닌 일반·추상적 행정집행을 전제하고 있는 관료제에 있어서도 예외는 아니다. 이하에서 몇 가지를 소개해보기로 한다.

첫 번째로 행정법학의 도입배경에 따른 연혁적 문제이다. 우리 행정법학의 도입에 있어서 해방과 6·25전쟁 등의 혼란했던 사회상황을 고려할 때 식민지법학의 계승, 법과 법학의 정치적 순치, 행정법학의 관료법학적 변용, 행정법학의 몰역사성 등의 특성을 갖게 된 것은 어쩔 수 없다고 하더라도, 이제는 보다 근본적이고 객관적인 비판과 평가가 이루어져야 한다는 것이다(홍준형, 1993: 113). 즉, 권력적·관료중심적 성격이 강한 독일 행정법학이 일본에 의해 직수입되어 이를 기반으로 일제가 행정법을 강력한 통치수단으로 이용해왔으며, 이러한 역사적·연혁적 영향은 통치수단으로 제정된 법규의 해석 및 적용에 중점을 두는 방식으로 고착화되어 우리 행정법학의 법규만능주의적 사고에 적지 않은 영향을 끼쳤음을 잊지 말아야 한다는 것이다.<sup>11)</sup>

두 번째로 행정법학의 방법론적 미숙성·불구성이다. 1970년대 이래 우리의 행정법학은 현대행정법의 과제에 대처하면서 괄목할만한 성장을 이루었다고 평가할 수 있으면서도, 이러한 발전이 실은 이렇다 할 방법론적 성찰이 없이, 또는 무분별한 방법론적 잡종화과정으로 이루어진 외연적 발전이었다는 비판이 그것이다(홍준형, 1993: 115). 구체적으로 이는 우리의 행정법학이 실정법해석을 위한 이론적 논의에 의해 지배되어 왔고, 이에 편중됨에 따라 개념법학의 한계를

11) “우리나라의 행정법학은 법 자체에 대한 가치평가 및 바람직한 입법의 제정(정책결정)을 통해 부당한 공권력의 발동으로부터 국민의 권익을 보호한다는 측면보다는 국가우월에 입각한 권력관계의 유지에 초점을 둔 전통적인 법해석적 방법을 고수해 옴으로써 법이 행정의 시너로 전락하고 있던 현상을 외면하거나 방치해왔다”는 행정학자의 비판적 지적(김향규, 2002: 14)은 그런 점에서 쉽게 지나치기 어렵다.

벗어나지 못하고 있으며, 따라서 행정법학과 행정학의 분화 또는 상호관계에 관한 그간의 논의에서 공통적으로 제기되었던 반성, 특히 행정법학의 규범론적 입장을 강조한 나머지 행정학적 접근방법의 유용성이나 성과를 지나치게 등한시해왔다는 것이다(홍준형, 1993: 115; 김항규, 2002: 14).<sup>12)</sup>

세 번째로는 행정법학에서의 공익관념과 공공성의 이데올로기의 부족이다. 행정법의 지도원리 또는 행정법의 목적으로서 공익 또는 공공복리에 대해서는 누구나 인정하면서도, 기존의 행정법학은 공익관념의 내용을 규명하기 위한 노력에 무관심했다고 평가할 수 있다. 이러한 점은 결국 행정권, 관료기구에게 공공성에 관한 규정권력의 독점을 통해 행정만능이나 국익우선의 지배 이데올로기를 형성시킬 수 있는 공간을 허용해왔다는 사실을 의미한다(홍준형, 1993: 120).<sup>13)</sup>

마지막으로 반법치주의적 현실에 대한 행정법학의 무대처와 법적허무주의이다. 해방 이후 우리나라의 법치주의는 시기적으로 양상을 달리했을지라도 무소불위의 권력의 지배 하에서 오히려 반법치적 현실을 호도하는 이데올로기로서 기능해 온 측면을 간과하기는 어려울 것이다. 이러한 왜곡된 법치주의와 관료주의적 행정법학의 만남이 행정법학으로 하여금 권위주의·허무주의·기회주의·상

12) 김항규는 이른바 정책학과 행정법학의 대화가 부족한 요인의 하나로 행정법학의 법실증주의적 접근방법을 들고 있다. 즉, 전통적 행정법학을 포함한 모든 법학의 연구방법은 재판을 전제로 하는 해석론을 중심으로 발전되어 왔으며, 이러한 기초에 따라 행정법학은 법이 형성되기까지의 과정에 대한 관심보다는 법의 제정 이후의 문제, 즉 법규범의 해석·적용을 통해 법제도를 운용하고 법질서를 유지해 나가는 데 관심을 두어왔기 때문에 결론적으로 행정법학과 정책학이 공통적으로 정책으로서 법에 대한 관심을 가지고 있으면서도 두 학문이 서로 교류할 수 있는 접점을 발견하기 어려웠다는 것이다. 그렇기 때문에 행정법규에 대한 개념적·형식적 해석에서 나아가 그 성립기반·실효성·입법정책 등을 실질적·총괄적으로 다루는 행정과정론의 탐색은 희망사항일 뿐이라고 한다.

13) 이런 측면에서 서원우(1985: 19)는 법과 정책의 융합, 법의 정책화 현상의 진행이라고 하는 현대국가에서의 불가항력적인 사태에 대응하여 언제까지나 구태의연하게 주어진 기존 법령의 논리적 해석에 시종하는 기계적이며 가치중립적인 법실증주의에서 벗어나지 못하는 한, 우리의 행정법학은 그동안 우리가 몸소 체험해온 바와 같이 자꾸만 실천적 수요에 적용되지 못하고 소외되며 외면된 채, 오히려 결과적으로는 특정정책 내지는 그 구체화 수단인 행정 및 법의 시너화 내지 수족화를 자초하는 것이 되어버린다고 지적한다.

업주의·패배주의 등에 빠지게 된 결정적인 계기가 되었으며, 이는 대표적으로 유신헌법에 있어서 행정법학의 무력한 대처와 1987년 행정절차법 제정의 좌절, 1984년 행정소송제도 개혁의 미완 등의 경험으로 회고할 수 있다(홍준형, 1993: 120-125).

요컨대 위와 같은 논의는 행정법학이 행정현실과 괴리를 갖게 된 역사적, 연혁적 측면의 답을 내려주고 있다는 점에서 큰 의미를 가진다. 특히 반법치주의적 현실에 있어서 그간 우리 행정법학이 보여준 허무주의와 행정법학 방법론의 단편화는 우리나라 관료제의 연혁적 병리와 직접적으로 맞닿아있다고 해도 큰 무리는 아닐 것이다.

### 3. 사법적 통제의 한계

원리적으로나 현실적으로 민주적 헌법국가에서 행정권을 통제할 수 있는 가장 힘 있는 권력은 사법권이라는 점을 부인하는 사람은 없을 것이다. 특히 행정입법의 증가가 크게 증가하고 있는 추세에 비추어 보면 그 의미는 더욱 크다. 그러나 이러한 사법적 통제는 무제한적인 것은 아니고 헌법이나 법원리에 의한 일정한 제한이 뒤따르게 된다. 이러한 근간에는 권력분립이라는 지도원리가 작동하고 있다.

원칙적인 이념에 엄격할 경우 행정에 대한 통제는 행정에 대한 실체법적 통제 내지는 사후적 통제에 머무르게 되며, 구체적으로는 행정권의 발동에 대해 국민의 권익이 침해된 주관적인 경우에 있어서 당해 행정권의 발동(행위)을 사후적으로 통제하는 방식으로 나타나게 된다. 이런 점은 권력분립이라는 작동원리는 차치하더라도 구조적인 측면에서 종래 우리 사법부의 관료제 통제의 제한이나 미흡에 적지 않은 영향을 끼쳤을 것이라고 생각된다.

#### 1) 권력분립적 한계

우리 헌법의 근간에는 사회적으로 대항하는 세력을 정치적으로 통합하기 위

한 국가 구성원리로서 권력분립이론이 자리하고 있다. 근대입헌국가의 자유주의적 가치에서 출발한 권력분립은 전통적으로 권력간의 견제와 균형을 중시하므로 행정권이 가지고 있는 고유한 영역에 대해서 입법권과 사법권이 개입하는 일을 금기시해왔다. 즉, 행정권이 행정권을 행사할 것인가 하지 않을 것인가 또한 행정권을 행사하는 경우에 어느 시점에 어떻게 행사할 것인가는 원칙상 행정권의 책임 하에 판단되어야 하며 사법권이 이러한 행정권의 판단을 대체하는 것은 권력분립의 원칙상 인정되지 않는다는 입장이다. 환언하면, 행정법관계에서는 행정청의 판단이 일단 내려지고 난 후에야 법원은 그 행정청의 행위를 법적으로 평가할 수 있다는 ‘행정청의 선결권’ 내지 ‘행정청의 1차적 판단권의 존중’이라는 관념이 뿌리 깊게 작용하고 있다는 것이다(김현준, 2012: 56). 따라서 행정사건의 심리·판결에 있어서 법원이 사법작용을 어느 정도로 적극적으로 행할 수 있는지는 행정법학에 있어서 오래된 논의 중에 하나로서, 특히 행정상 이행소송 등의 가능성과 관련하여 문제되어 왔다.

그러나 이에 대한 소극적 입장<sup>14)</sup>이나 적극적 입장<sup>15)</sup>의 논의는 차치하더라도 우리나라 법원이 전통적으로 행정부의 통제나 관여에 소극적인 자세를 취해온 현실적인 경험자체를 부인하기는 어려울 것이다.

## 2) 법적용의 한계와 사법소극주의

사법은 본질적으로 법을 적용하여 법적 분쟁을 해결하는 작용이다. 따라서 법

14) “행정청에 대하여 행정상의 처분의 이행을 구하는 청구는 특별한 규정이 없는 한 행정소송의 대상이 될 수 없고… 구청에 비치된 가옥대상에 한 등재의 말소를 구하는 소는 부적법하다”(대판 1990. 10. 23. 선고 90누5467), “행정심판법이 의무이행심판청구를 할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 행정소송에서 의무이행청구를 할 수 있는 근거는 되지 못한다”(대판 1992. 2. 11. 선고 91누 4126)

15) 권력분립이론을 보다 실질적·기능적으로 이해하면 법원이 행정청의 위법한 행위를 취소할 수 있음은 물론 위법한 부작위에 대한 적극적 이행판결을 행할 수 있다는 견해(석종현, 1995: 807; 홍정선, 1995: 682), 적극적인 형성판결의 경우와는 달리 행정이 법적으로 요구된 일정한 행위의무를 다하지 않았기 때문에 법원이 재판을 통하여 이를 명한다는 것은 결코 권력분립의 원칙에 반하지 않는 점이 분명히 인식될 필요가 있다는 입장(홍준형, 2011: 829) 등.

를 적용하여 해결될 성질의 것이 아닌 사건은 행정소송의 대상이 될 수 없다는 측면에서 한계가 있다. 가령 고도의 정치적인 판단이 결부되어 있는 정책문제 등에 있어서 사법부의 심사대상으로 삼기에는 적합지 않다는 통치행위이론이 대표적이다. 우리나라에 있어서 통치행위는 법에 의해 규율되거나 사법심사의 대상이 되지 아니한다고 보는 것이 주된 견해였다.<sup>16)17)</sup> 그간 통치행위 이론에서 사법부가 보여준 사법자제론의 입장은 사법적극주의의 대칭개념으로써 사법소극주의의 하나로 나타나기도 하는데, 이는 공행정에 대한 사법적 결정이나 관여의 한계요인을 구성하기도 한다.

사법소극주의의 경향은 여러 가지 이유에 의해, 그리고 다양한 행태로 정책에 대한 사법적 결정의 영향을 제약하는데, 가령 비교형량 해야 할 법익의 복잡성이나 전문기술성이 클수록, 사건의 중요성이나 파급효과, 이해관계 집단 간 대립갈등의 심각성이 클수록 또는 정책판단에서 요구되는 대안을 제시할 수 없거나 곤란하여 처분을 취소하는 등 과감한 판결을 내리기 어려울수록, 사법으로 하여금 적극적인 법발견을 꺼리게 만들어 사법소극주의로 흐르게 만들 수 있다(홍준형, 2006: 50).

또한 여기에서 나아가 행정의 복잡다기를 이유로 한 재량 또는 판단여지는 소위 자유재량이론과 청구각하론에 따라 사법의 개입이 원칙적으로 배제되는 영

16) “대통령이 그 재량에 의하여 서울지역에 선포한 비상계엄은 헌법 제75조나 계엄법 제4조 같은법 시행령 제4조에 규정한 법정 요건을 명백히 갖추지 못하여 위 비상계엄의 선포가 당연히 무효라고는 볼 수 없으며 당연무효로 판단할 수 없는 계엄에 대하여서는 그 계엄의 선포가 옳고 그른 것은 국회에서 판단하는 것이고 법원에서 판단할 수 없다고 해석하는 것이 헌법 제75조 제4, 5항의 규정 취지에 부합된다 할 것이므로...”(대법원 1964. 7. 21. 선고 64초3), 그 외에도 10·26 사태와 관련된 1979. 10. 27. 비상계엄선포사건(대법원 1979. 12. 7. 79초70) 등.

17) 다만 최근에 있어서는 헌법재판소가 사법자제의 입장을 취하면서도 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 된다고 천명한 바 있고(헌재 1996.2.29. 93헌마186), 대법원 또한 사법자제와 권력분립의 입장에서 통치행위를 사법판단에서 제외하는 입장을 취하고 있다. (“통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.” 대관 2004. 3. 26. 선고 2003도7878)

역으로 이해되기도 하였으며,<sup>18)</sup> 고도로 정책적이고 전문·기술적인 사항에 대한 행정청의 판단에는 판단여지가 인정되는 것으로 보는 것이 타당하다고 인식되고 있다. 결국 판단여지가 인정되는 영역에서 행정청이 내린 판단은 행정법령의 적용을 통하여 해결될 분쟁에 해당되지 아니한다고 보게 된 것이다.

### 3) 사법본질적 한계

현행 행정소송법은 행정소송에 있어 개괄주의를 채택하고 있는바,<sup>19)</sup> 이는 기본적으로 행정의 효과적인 통제는 법치국가의 요구에 제도적 부응은 이루어져 있다고 할 수 있다. 그러나 주지하는 바와 같이 개괄주의가 허용된다고 해서 현실적으로 모든 행정사건이나 행정권의 행위가 행정소송의 대상이 되는 것은 아니다. 법원은 구체적인 사건을 바탕으로 자격 있는 당사자의 쟁송제기를 전제로 하여 판단하고 있는 것이다.

가령 법률상 이익의 침해에 해당하지 않는 반사적 이익의 침해는 행정소송의 대상이 아니 한다. 이는 행정소송의 원고적격과 관련하여 요구되는 것으로 그 구분이 명확하지 않은 탓에 문제가 되어 왔으며, 종래 다양한 사건들에서 법률상 보호이익이 부정된 사례가 많았으나 최근에는 법률상의 이익이 보다 널리 인정되는 방향으로 전향되고 있다. 또한 일반추상적인 법령의 효력이나 해석에 대한 문제는 그 자체로는 행정소송의 대상이 되지 아니한다.<sup>20)</sup> 우리 헌법과 행정소송법에서는 추상적·일반적 규범통제제도를 허용하지 아니하고 있고, 구체적 사건성 등 재판의 전제가 될 경우에 한하여 구체적인 규범통제를 허용하고 있으며,

18) 물론 오늘날에 있어서는 재량한계론의 대두로 인하여 그 남용이나 일탈의 경우에 있어서 사법적 통제의 대상이 되고, 이를 판단하기 위해서는 본안적 판단이 필요하다는 것이 학설과 판례의 중론이 되었다.

19) 행정소송법 제1조, 제4조 제1호

20) “행정소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고, 일반적·추상적인 법령 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닌 것은 그 대상이 될 수 없으므로 구체적인 권리의무에 관한 분쟁을 떠나서 재무부령 자체의 무효확인을 구하는 청구는 행정소송의 대상이 아닌 사항에 대한 것으로서 부적법하다.”(대판 1987. 3. 24. 선고 86누656 판결)

이는 행정소송이 주관적 소송, 즉 개개인의 주관적 권리보호를 목적으로 하는 소송으로서의 본질을 지니고 있는 것에서 오는 결과라고 인식되는 것이 보통이다.<sup>21)22)</sup>

#### 4) 소결

종래 사법부의 행정통제는 특히 행정소송에 있어서 초점을 국민의 주관적 권리구제에 맞추어왔다. 이는 행정권이 공공이익을 당연히 실현할 것이라는 전제와 함께 행정청의 선결권을 존중한 측면에서 기인한다. 그럼에도 불구하고 남소의 폐단, 소의 이익, 원고적격 등의 장치로 말미암아 행정소송을 제한하려는 입장이 도리어 국민의 실질적인 권리구제에 얼마나 기여했는지 반문해볼 필요가 있다. 여기에서 나아가 권력분립의 원칙에 충실한 사법부의 지나친 사법소극주의와 여러 정책과정에 있어서 개입을 자제해왔던 경향까지 더해지게 되면, 재량

---

21) 그러나 객관소송을 채택하고 있는 나라들이 적지 않고, 우리나라에 있어서도 선거소송이나 기관소송과 같이 이미 객관소송의 성격의 소송이 법제화된 현실에 비추어 일반추상적인 법령의 효력이나 해석문제는 법원조직법이나 행정소송법과 같은 실정법에서 오는 한계라고 보아야 할 것이라는 논의도 있다(홍준형, 2011: 819).

22) 한편, 행정에 대한 사법적 통제는 헌법에 명시된 바에 따른 제한을 받고 있기도 하다. 우리 헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”라고 규정하고 있고, 여기에서 사법은 “구체적 분쟁이 발생한 경우에 당사자로부터 쟁송의 제기를 기다려 독립적 지위를 가진 기관이 무엇이 법인가를 판단하고 선언하는 작용”이라고 보는 것이 일반적인 바, 이러한 사법권의 본질상 법원과 헌법재판소는 다음과 같은 네 가지 요건을 충족하지 못하면 사법권을 행사할 수 없다. 먼저 구체적 사건성으로, 구체적인 권리의무 관계에 관한 분쟁, 즉 법적분쟁이 있어야 한다. 두 번째는 당사자 적격성으로, 재판을 청구할 수 있는 자는 자신의 권리나 이익을 침해당한 자이거나 그 쟁송사건에 관하여 법적이해관계를 가진 자이어야 한다. 세 번째는 소의 이익으로, 당사자가 그 청구에 관하여 소송을 수행할 실질적 이익이 있어야 한다. 마지막은 사건의 성숙성으로, 현재의 사건으로 성숙되어 있어야 하고 장래의 문제는 사법권 발효의 대상이 아니다(허영, 2004: 961-962).

또한 사법권의 실정법상의 한계로 헌법이 다른 국가기관의 권한으로 규정하고 있거나 사법심사의 대상에서 제외하고 있는 사항은 사법권이 미치지 못한다. 예컨대 국회의원의 자격심사·징계·제명(헌법 제64조 제2항 및 제3항) 비상계엄하의 군사재판(헌법 제110조 제2항)이다. 그리고 국제법상의 한계로 외교특권을 누리는 자에게도 사법권이 미치지 아니한다(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다 39216 판결)

한계론은 차치하더라도 관료제는 행정의 공익추구에 있어서 대체로 사후적·법적통제에서 자유로운 상태에 빠지게 되는 결과를 초래할 수 있는 것이다.

#### 4. 관료제 내부의 법적통제의 강화

행정학이 정치학에서 분리되어 독자적 영역을 개척하던 시기에 이론적 토대가 되었던 정치·행정 이원론은 관료제에 대한 행정통제의 문제를 크게 제기하지 않았으며, 따라서 정치가 공동체를 위해 결정을 내리면 관료제는 이를 효율적으로 집행하면 되는 것이므로 행정학의 주된 관심은 대체로 관리의 효율화였다(양재진, 2003: 263). 그러나 관료제의 병리는 필연적으로 관료제에 대한 통제의 필요성 또는 책임성 확보라는 귀결을 낳았는데, 관료제를 통제하는 기제는 통제시점, 통제자, 통제대상, 통제수단 등을 기준으로 행정학 전반을 관통할 정도로 매우 다양하게 거론되고 있다(주재현, 2013).

그러나 관료제의 법적통제와 관련하여 여기서는 관료제 ‘내부’의 법적통제장치에 대해 거론하고 싶다. *관료제 내부의 법적통제 강화의 실익과 성과의 문제는 완전히 배제하였다*는 전제하에서, 필자는 이러한 관료제 내부의 법적통제기제의 강화가 도리어 우리나라 관료제의 법적사고의 단절의 정점을 불러오지는 않았는가 하는 의문이 든다. 이는 사회적·역사적·정치적 영향에 보다 직접적인 연관이 있겠지만, 앞서 살펴본바와 같이 행정법학 연혁적 병리와 행정에 대한 사법적 통제가 원만하지 못했던 경향도 한 몫을 했으리라 예상한다.

우리 관료제 내부의 법적통제장치로서 대표적인 사례들로는 민원사무의 조직적 통제, 음부즈만제도의 대표적 실현인 고충민원처리제도, 기관별 감사조직과 감사원이라고 하는 관료제 내부의 최고감사기구에 의한 감사통제, 부패방지·행동강령준수 등 관료 개개인의 공직기강 통제, 준사법기구로서의 행정심판위원회와 행정심판제도 등을 거론할 수 있을 것이다. 이러한 시스템들을 관통하는 공통점은 무엇인가? 제도의 면면에 대한 설명을 생략하더라도 사법부를 통한 권리구제나 행정통제의 불충분성을 매우 ‘우수하게’<sup>23)</sup> 보완하는 기재라는 점과, 관료제의 병리를 개혁하기 위한 개혁적 수단이었다는 설명이면 충분하지 않을까 생각된다.

결국 사법부와 행정법학이 행정권의 발동에 대한 국민의 권익구제에 ‘소극적인’ 입장을 견지하고 있을 때 우리 관료제는 외부의 법적 견제를 단절한 채 스스로에 의한 견제와 통제를 추구해 온 것이다.

### Ⅲ. 관료제와 사법적 통제의 복원과정

#### 1. 배경: 민주화와 권리의식의 신장

해방과 6·25전쟁을 거쳐 우리 정부가 안정적으로 자리를 잡게 된 이후 불과 60여 년 간 우리사회는 상당한 경제발전과 함께 한층 성숙된 민주사회를 건설해왔고, 최근에 있어서는 정치, 경제, 사회, 문화 등 사회 모든 분야가 양적·질적으로 고도화된 선진화 사회에 접어들고 있다. 특히 행정권과 국민과의 관계에 있어서는 그간 정부조직의 비대화와 관료주의의 심화에 따른 병리의 반작용으로 폐쇄성, 독선적 인식과 태도를 일신하는 투명하고 민주적인 절차와 내용을 확보하려는 노력이 많은 진전을 보였다고 할 수 있다.<sup>24)</sup> 이러한 시점에서 국민의 권리의식은 유래 없는 향상을 거듭하고 있는 것으로 보인다. 국민들은 그의 생활과 직결되는 문제 등의 인식에 있어서나, 또한 그러한 인식에 기반한 행정권에 대한 요구 또한 매우 다양한 방법과 수단을 동원하여 적극적으로 전개되고 있는 것이다. 따라서 이에 대응하는 행정부의 역할과 자세도 기존의 패러다임과는 다른 도전에 직면하고 있다.

실제로 국민권익 의식의 신장과 행정권에 대한 요구는 행정과정 전반에 걸쳐 전폭적으로 진행되고 있다. 원하는 정책이나 행정을 시행하도록 요구하는 것은 물론이거니와,<sup>25)</sup> 행정편의주의 따위는 안중에도 없이 ‘언제·어디서나·쉽고·빠

23) 내용이나 질의 우수성의 문제는 쉽게 단정하기 어려운 문제이나, 보다 쉽고 빠르면서도 별 다른 비용이 소요되지 아니한다는 측면에서 본다면 그 우수성은 두드러진다.

24) 일례로 정보공개법, 행정절차법, 행정규제기본법, 정부업무평가법 등 각종 정책통제입법의 제정을 들 수 있다. 하술한다.

25) 구체적인 사례를 들자면 지면이 부족할 것이나, 필자의 주된 연구영역인 정보화의 분야에

르게'라는 요건이 충족되는 윈스톱 행정을 당연하게 받아들인다.<sup>26)</sup> 구체적 행정 집행에 있어서는 일상적이고 간편하게 민원을 제기하여 처리를 받고,<sup>27)</sup> 분쟁이 발생할 경우에는 행정부 내부의 분쟁해결기구나 감사기구, 행정심판과 같은 간편한 통제장치를 적극적으로 활용한다. 또한 사법부의 문을 두드리는 경우에도 과거에는 생각지 못했던 내용을 가지고 법원이 행정부를 심판해주시기를 원한다.<sup>28)</sup>

필자는 이러한 배경에서 단절된 행정에 대한 법적사고가 본격적으로 복원되는 접점이 있다고 생각한다. 정책을 입안하고, 입법화하며, 집행하고 평가하는 일련의 과정론적 측면이나, 행정의 실효성 확보, 구체적 행정계획의 행정목적이나 원리부합성, 조직체계의 합리성과 합헌·합법성, 그리고 행정권의 구체적 집행의 당부 등 행정전반의 모든 문제에 있어서 행정법학이 참여하여 공헌할 수 있는 영역 또한 확대일로에 이르게 되며, 높아진 국민적 수준을 충족시키기 위한 사법부의 역할이나 인식 또한 변화하지 않을 수 없기 때문이다. 이는 최근 행정에 대한 사법부의 적극적 통제경향, 객관적 권리구제형 제도의 도입, 행정법학의 확장과 타 학문과의 융합 등으로 보다 구체화 되고 있다.

## 2. 행정에 대한 법적통제 강화

오늘날의 사법부는 행정소송을 통한 행정통제적 기능이 비교적 확장 내지 적

---

서 사례를 들자면, 단편적인 정보공개에서 벗어나 행정권이 보유·관리하고 있는 정보를 개방하여 활용할 수 있도록 해달라는 국민적 수요에 부응하지 못하는 정부와 제도에 대한 여론적 질타가 결국 공공데이터 개방과 활용권의 보장이라는 입법의 달성과 현실 정책으로 나타난 것이 최근의 대표적 예이다. 자세한 내용은 박세진 외(2013) 참고.

26) 그런 측면에서 행정정보공유제도의 발전은 관료제의 뿌리깊은 병리였던 문서중심주의나 형식주의 탈피에 공헌하였다고 할 수 있다. 자세한 내용은 권현영(2010) 참고.

27) 국민권익위원회 국민신문고나 정부콜센터를 통해 통합접수되는 민원건수는 지속적으로 증가일로에 있으며, 국민신문고 접수민원의 경우 올해 2분기에만 27만여건의 민원이 접수되어 회신비율은 99.8%에 민원처리기간은 평균 4.8일이다(자세한 내용은 국민권익위원회 홈페이지 <http://www.acrc.go.kr/>).

28) 재미있는 일례로 2005년 3월 5일 기록적인 폭설로 고속도로에 고립되었던 사람들이 한국도로공사를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 승소한 사례가 있다.

극적인 성격을 보이고 있다는 점은 관료제에 대한 사법적 관여라는 측면에서 의미가 크다. 사법부의 변화는 크게 행정소송의 대상이 되는 처분성의 인정범위 확대, 원고적격의 확대, 사법적극주의 등을 들 수 있다.

첫 번째로 행정처분성의 인정범위의 확대화를 들 수 있다. 대법원은 처분성을 인정함에 있어 행위의 성질, 효과 외에 행정소송제도의 목적 또는 사법권에 의한 국민의 권리보호의 기능도 충분히 고려하여 합목적적으로 판단해야한다는 목적론적 해석방법을 제시하고 있는데,<sup>29)</sup> 이는 처분성의 확대경향에 있어 자못 의미가 깊은 것으로 생각된다. 사법부가 처분성을 확대하여 인정한 사례로는, 행정조직 내부 규정인 행정규칙에 근거한 처분을 경우에 따라 달리 본 것이 대표적이다. 일반적으로 행정처분은 대외적인 효력이 있어야 함을 전제로 하므로, 행정조직 내부 또는 행정법관계 내부에서 대내적인 활동을 규율하는 행정규칙에 대해서는 이를 통해 행정처분을 발할 수 없다는 것이 지배적 중론이었다. 그러나 법원은 항공노선배분에 관한 원칙과 기준을 정한 내부지침(1994. 8. 27. 교통부에규제194호)을 근거로 한 대상처분에 대하여 항고쟁송의 대상으로서 그 처분성을 인정하는가 하면,<sup>30)</sup> 법규명령으로서의 성질을 갖는다고 보기 어려운 행정규칙에 근거한 불문경고조치가 법률상 징계처분은 아니지만 항고소송의 대상이 되는 처분으로 본 사례도 있다.<sup>31)</sup> 또한 종래 장부기장변경신청 등에 대한 거부행위에 관하여 그 처분성을 부정하여 왔던 대법원의 입장에 대해 헌법재판소가 이를 달리 본 것도 주목할 만하다.<sup>32)</sup>

두 번째로는 공권과 원고적격의 확대경향을 들 수 있다. 행정에 대한 사인의

29) 대판 1984. 2. 14. 선고 82누370 판결, 대판 1993. 12. 10. 선고 93누12619 판결 등

30) “각 항공노선에 대한 운수권배분처분은 관련 잠정협정 등과 행정규칙인 관련 지침에 근거하는 것으로서 상대방에게 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법적 효과를 발생하게 하는 등으로 원고의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다”(대판 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결)

31) 대판 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결

32) 헌재 1999.6.24. 선고 97헌마315 결정, 헌재 2001.1.18. 선고 99헌마703 결정, 2002.1.31. 선고 99헌마563 결정 등. 이후 대법원 판례도 같은 취지로 변경되었다. 대법원 2004.2.22. 선고 2003두9015 판결 등 참고.

지위강화경향은 당초 공권이론의 도입과 인정에서 출발하였지만, 행정소송법적 측면에서는 원고적격을 통해 구체적·현실적으로 확대되기 시작하였다. 대법원은 “처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 법률상 이익이라 함은 당해 처분의 근거법규의 명문규정에 의하여 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거법규에 의하여 보호되지는 아니하나 당해 처분의 행정목적을 달성하기 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거법규에 의하여 명시적으로 보호받는 법률상 이익, 당해 처분의 근거법규 및 관련법규의 합리적 해석상 그 법규에서 행정청을 제약하는 이유가 순수한 공익의 보호만이 아닌 개별적·직접적·구체적 이익을 보호하는 취지가 포함되어 있다고 해석되는 경우까지를 말한다.”<sup>33)</sup>고 하여 원고적격(그 요건으로서의 법률상 이익)의 범위를 점차 확대해가고 있으며, 이러한 추세는 경업자에 의한 신규인허가처분 관련 사건, 주거지역에서의 연탄공장이나 자동차 LPG 충전소의 건축으로 소음·진동 등 거주상의 불이익을 받는 인근주민에 의한 건축허가의 취소청구를 인용한 판례를 비롯하여 이른바 새만금사건 등에서 비교적 잘 나타나고 있다.

마지막으로 사법부가 행정권의 정책과정에 직·간접적으로 관여하는 사법적 극주의<sup>34)</sup>가 확대되고 있음을 들 수 있다. 사법부가 정책과정에 영향을 미치는 경우로는 대체로 정책의제의 새로운 설정이나 형성, 또는 기존의 정책이 취소·반복 또는 변경되는 경우나, 또한 사법이 정책의 집행과정에 영향을 미치는 경우로써 정책집행에 대한 사법심사의 결과 환류가 이루어져 새로운 정책변경이 이루어지는 경우도 있다(홍준형, 2006: 47). 그런데 최근 들어 행정의 정책과정에 영향을 미치는 선 굵은 사례들이 헌법재판소를 중심으로 나오고 있는데, 혹자는 이를 바야흐로 사법적극주의의 시대라고 평가하기도 한다. 대표적으로 헌법재판소는 최근 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인 사건,<sup>35)</sup> 대통령 탄핵사건,<sup>36)</sup> 국가보안법 폐지사건,<sup>37)</sup> 양심적 병역거부사건<sup>38)</sup> 등을 다루면서 국가 주요

33) 대판 2004. 8. 16. 선고 2003두 2175 판결

34) 사법적극주의의 개념과 분석적 비평에 대해서는 임지봉(2004), 문재완(2007)의 연구를 참고

35) 헌재 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554 등 결정

36) 헌재 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 결정

정책에 있어서 사법부의 영향력을 재확인시키고 있으며, 이와 같은 점은 행정부의 새만금사업 속행을 인정한 판결 등 대법원에서도 자주 나타나고 있다.<sup>39)</sup>

### 3. 객관적 권리구제형 제도 도입

관료제에 대한 법적사고의 활성화는 최근 들어 활기를 띠고 있는 객관적 측면의 권리구제형 제도의 도입으로 그 정점을 찍고 있다. 객관적 측면의 권리구제형 제도의 도입은 사법부의 소송제한 기제를 제도적으로 무력화시켜 보다 적극적인 주관적 권리구제를 가능하게 함과 동시에, 객관적 공익수호 보장에 사법부와 행정법학이 일조하는 역할을 담당하는 것에서 큰 의미를 찾을 수 있다.

가장 대표적인 제도로 정보공개청구제도의 경우 1996년 공공기관의 정보공개에 관한 법률이 제정되면서 헌법적으로 인정되던 정보권,<sup>40)</sup> 혹은 알권리<sup>41)</sup>를 정보공개청구권이라는 실정법상 권리로 구체화·객관화하였다. 이와 같이 실정법의 구체화를 통하여 국민의 청구권을 인정하게 되면, 국민은 보다 쉽게 행정권에 대해 자신의 청구권을 실현할 수 있게 되고, 이에 대한 거부 등이 있을 경우에는 그 즉시 직접적으로 사법부의 사후구제 영역에 포섭된다. 바꾸어 말하면, 과거와 같

37) 헌재 2004. 8. 26. 선고 2003헌바85 등 결정

38) 헌재 2004. 10. 28. 선고 2004헌바61 등 결정.

39) 또 행정부에서 적절한 시점에 정책변경을 하지 아니 하고 있는 동안 사법적 결정을 통해 생수시판금지고시의 위헌성을 확인하여 정책을 변경시킨 대법원의 판결(대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결), 행정정보공개조례의 적법성을 확인함으로써 정보공개제도화의 물꼬를 튼 대법원의 판결(1992. 6. 23. 선고 92추17판결)도 주목할 만하다.

40) 정보와 관련하여 우리 헌법이 정하고 있는 기본권 내용을 살펴보면, 언론·출판의 자유와 학문·예술의 자유 등의 자유권이 거론 될 수 있으나, 이보다는 자율적인 삶의 형성과 관련된 인격권, 정보의 남용에 대한 방지와 관련된 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀과 같은 기본권이 직접적 정보권과 관련이 있다고 할 수 있다. 그러한 직·간접적으로 그 연관성을 고려한다면, 헌법에서 정하고 있는 모든 기본권의 내용과 연결된다고 해도 과언이 아니다 (명재잔이한테, 2011: 5).

41) 정보공개청구권은 헌법상 표현의 자유에 포함되어 있는 국민의 알권리에 근거한 것으로 구체적 법률이 존재하지 않는 경우에도 인정되는 권리에 해당한다(헌재 1991.5.13, 90헌마133; 1989. 9. 4, 88헌마22).

이 사법부가 원고적격이나 소의 이익이라는 기재를 통해 소송을 거부하지 못하는 효과를 가져 오게 되는 것이다. 이와 같이 입법을 통한 객관적구체적 청구권 인정 사례가 확대되면, 이는 직접적인 사법기능의 강화와 적극화로 이어지고, 결국 행정에 대한 사법판단의 기회가 보다 확장되는 결과로 귀결된다.

한편, 구체적 실정법상 권리 확대와 더불어 객관소송의 유형이 다양한 방면에서 제도화됨에 따라 행정권의 공익실현 또한 사법판단의 가능성에 포섭될 수 있게 되었다. 국가 또는 공공단체의 기관이 법률에 위반되는 행위를 할 때 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 소송으로서 민중소송이 행정소송법(제3조 제3호)상 인정되고 있으며, 지방자치법에 따른 주민소송(제17조), 공직선거법상 선거소송(제222조), 주민투표법상 주민투표소송(제25조), 개인정보보호법에 따른 단체소송(제51조), 민법, 행정절차법, 국가배상법 등에 따른 환경소송 등 객관소송의 방식이 확대되고 있고, 이는 결국 행정에 대한 사법판단의 소극화를 배척하는 기재로 작동하고 있다.

더불어 행정절차법, 행정규제기본법 등 다양한 객관적 행정통제의 입법의 성공은 행정내부적인 자체통제에 더하여, 외부적 측면에서 행정을 객관적으로 통제할 수 있는 저변을 확대해 나가고 있다는 의미를 가진다는 점에서 주목하여야 할 점이다.

#### 4. 행정학, 정책학, 공법학과의 학문적 상호교류강화

또한 폐쇄적이고 획일적이었던 기존 행정법학은 최근 다학제적 학문교류의 강화를 통해 점차 그 병리를 극복해가고 있다. 행정학과 행정법학 그리고 정책학은 다같이 행정을 대상으로 하고 있고, 그 연구방법이나 추구하는 목적에 있어서도 서로 밀접한 관련과 상호보완성을 가진다는 측면을 이해하는 많은 공법학자들은 행정학과 정책학의 영역에서 상호교류와 다학제적 연구를 활발하게 진행하고 있다.

크게 분류해보면 행정법학의 개방과 융합을 강조하는 연구,<sup>42)</sup> 법정정책학이나 입법학에 대한 연구,<sup>43)</sup> 행정부의 사법적 통제에 관한 연구,<sup>44)</sup> 정부조직에 관한

법적연구<sup>45)</sup> 등 그 분야와 논제도 매우 다양한 점에서 고무적인 일이며, 이에 따라 근 시일 내에 보다 체계화되고 융합적인 행정법학의 발전모습이 그려지는 것도 큰 비약은 아닐 것이다.

#### IV. 전망과 과제

관료제와 행정문제에 관심을 갖는 행정법사회의 복원은 발전적 현재 진행형이라고 생각된다. 사법부의 역할 강화가 이루어지고 있는 최근경향에 발맞추어 전통적으로 행정법학이 관심을 가져온 분야에서의 논의 또한 보다 적극적으로 행정통제의 문제로 논의의 범주를 확장시키고 있다. 반면 종합과학화를 추구하는 행정법학 분야에서의 논의 또한 학제 간 교류를 통해 외연의 확장과 실질화를 도모하고 있는 것으로 보인다. 이러한 점에 비추어보면 필자는 과거 행정학과 행정법의 분화과정과 마찬가지로 우리 행정법학도 법학적 행정법과 행정학적 행

- 
- 42) 행정법학의 정책학·융합을 강조하는 김기진(2000)의 연구, 행정학과 행정법학이 이론적·실천적 면에서 협력을 통해 발전할 수 있도록 그 연구대상과 방법을 체계화한 김광선(1998)의 연구, 행정학과 행정법의 상호 교류 필요성과 공통문제 발굴의 필요성을 논한 김항규(2008)의 연구가 대표적이다.
- 43) 법정정책학의 의의와 필요성, 대상 등 학문적 지위를 체계화한 홍준형(2000)의 연구, 법학연구 분야에서 새로이 조명을 받고 있는 분야로서의 입법학에 대한 이론적 체계정립을 시도한 최윤철(2012)의 연구, 정책수단에 대한 법적접근 및 연구동향과 성과에 관한 홍준형(2009)의 연구가 대표적이다.
- 44) 사법부와 행정부의 관계에서 사법부의 적극적인 역할을 강조하면서 미국연방대법원과 한국 헌법재판소의 구체적이고 대표적인 판례분석을 통해 사법부가 어떻게 정책결정에 영향을 미치고 있는지에 대해 분석한 표시열(2005a, 2005b)의 연구, 정책과정에서 사법부가 수행하는 역할과 한계를 판례를 통해 분석한 홍준형의 연구(2008) 등.
- 45) 신공공관리론에 의한 공무원 인사제도 개혁의 헌법적 문제를 조망한 홍준형(1999)의 연구, 정부조직개편에 있어서의 법적 문제와 한계에 관한 홍준형(1998)의 연구, 박근혜 정부의 정부조직개편에 관한 법적평가를 담은 오준근(2013)의 연구, ICT 총괄 전담부처 설립 이후 ICT 추진체계의 효과적 형성을 위하여 조직개편의 결과와 한계를 검토한 권현영 외(2013)의 연구, 정보통신부 설립 후 폐지시까지 정립되어온 정보기술법제의 의미, 특성과 이명박 정부에 미칠 영향을 분석한 권현영(2008)의 연구 등

정법으로 분화되어 서로 조화를 이루면서 발전할 수 있을 것으로 예상된다.

전자에 있어서 주관소송의 처분성 개념확대는 물론이요 객관소송의 다양화와 확대인정 경향, 사법부의 직·간접적이면서도 적극적 행정관여의 경향에 비추어 보면, 사법부에는 전문법원으로서의 행정법원의 전문성 강화와 더불어 그의 역할증대가 점차 더욱 강력하게 요청될 것으로 예상된다. 여기에서 나아가 정확하면서도 신속한 판단을 추구하는 사법부 전반에 대한 부담 또한 가중될 것이다. 그리고 후자에 있어서는 다양한 행정학의 연구방법론이 차용된 행정법적 연구나, 행정학이 관심을 가지고 있는 다양한 행정현실문제에 대한 행정법학적 참여확대가 보다 적극적이고 실질적으로 변모하게 될 것이다. 이렇게 되면 사법부에 의한 직·간접적인 법적통제는 물론이고, 과학성과 실증성이 배가된 행정학적 행정법의 연구저변에 따라 행정의 객관적인 법적통제는 장기적으로 점차 가시화될 것이며, 이는 곧 관료의 다각적 전문성의 제고와 관료집단의 의사결정이 과학화로 이어질 것이라는 예측 또한 큰 무리가 있지는 않을 것이다.

#### ■ 참고문헌

- 권현영. 2008, “이명박 정부의 조직개편과 정보기술법제의 변화”, 《과학기술법 연구》, 14(1):49-79
- \_\_\_\_\_. 2010, “전자정부 1등 국가와 행정정보공유법제의 발전”, 《토지공법연구》, 49:457-476
- 권현영·김경열. 2013, “정부조직개편과 ICT 규제체계의 개선: CPND와 정부기능배분”, 《경제규제와 법》, 6(1):172-187
- 김광선. 1998, “행정학과 행정법학의 관계에 관한 연구: 연구의 대상과 방법을 중심으로”, 《공법연구》, 26(1):411-424
- 김기진. 2000, “행정법학의 종합과학화를 위한 소고”, 《인천법학논집》, 3:155-168
- 김도창. 1992, 《일반행정법론(상)》, 청운사.
- 김항규. 2002, “공공정책과 행정법에서의 법규범과의 관계에 관한 연구”, 《한국사회와 행정연구》, 13(2):1-18

- 김향규. 2008, “행정학자와 행정법학자들 간의 공통 논제의 발굴을 위한 시론”, 《사회과학 연구》, 19(2):31-47
- 김현준. 2012, “실제적 공권의 4유형과 행정소송법상 항고소송”, 《공법학연구》, 13(2):53-78
- 명재진·이한태. 2011, “현대 법학계의 정보인권 연구동향”, 《정보화정책》, 18(1):3-23
- 문재완. 2007, “사법소극주의의 재검토”, 《외법논집》, 27:137-166
- 박균성. 2009, 《행정법론(상)》, 박영사.
- 박세진·김경열·권현영. 2013, “공공정보 이용환경의 변화와 제도적 대응”, 《토지공법연구》, 62:289-313
- 서원우. 1985, “현대행정법과 공공성 문제”, 《월간고시》, 고시계.
- 석종현. 1995, 《일반행정법(上)》, 삼영사.
- 안병만. 2007, “우리나라 관료제 연구의 통합적 시각의 필요성”, 《한국사회와 행정연구》, 18(3):1-17
- 양재진. 2003, “정권교체와 관료제의 정치적 통제에 관한 연구: 국민의 정부를 중심으로”, 《한국행정학보》, 37(2):263-287
- \_\_\_\_\_. 2005, “한국의 발전모델과 국가관료제: 민주적 발전조합주의의 모색”, 《한국행정학회 2005년도 추계학술대회 발표논문집》
- 오석홍. 2008, 《행정학(제4판)》, 박영사.
- 오준근. 2013, “정부조직개편에 대한 입법정책적 고찰”, 《한국행정학보》, 47(3):75-99
- 윤건수. 2012, “박정희 시대의 관료제: 계몽과 동원”, 《한국행정학회 동계학술대회 발표논문집》
- 임도빈. 2007, “관료제, 민주주의 그리고 시장주의: 정부개혁의 반성과 과제”, 《한국행정학보》, 41(3):41-65
- 임지봉. 2004, 《사법적극주의와 사법권독립》, 철학과 현실사.
- 주재현. 2013, 《행정통제론》, 법문사.
- 최윤철. 2012, “입법학 체계정립을 위한 작은 시도”, 《법과 정책연구》, 12(3):1021-1050
- 표시열. 2005a, 행정부의 정책결정 주도에 대한 사법적 견제방안과 그 한계: 한·미 위헌법률심판 사례분석을 중심으로, 《한국행정학회 2005년도 하계학술대회 발표논문집》
- \_\_\_\_\_. 2005b, 행정부의 정책결정 주도에 따른 사법부의 역할 변화와 그 한계: 헌법재판소의 위헌심판을 중심으로, 《헌법학연구》, 11(3):571-612
- \_\_\_\_\_. 2008, 행정부와 사법부의 관계, 《한국행정 60년 세미나 자료집》, 한국행정연구원.

허 영. 2004, 《한국헌법론》, 박영사.

홍정선. 1995, 《행정법원론(上)》, 박영사.

홍준형. 1993, 법치주의의 좌절과 법적 허무주의의 극복: 한국행정법학의 반성과 과제, 《법  
과사회》, 7:97-132

\_\_\_\_\_. 1998, 정부조직개편의 법적 문제, 《고시연구》, 25(2)

\_\_\_\_\_. 1999, 신공공관리이론의 공법적 문제:공무원인사제도개혁을 중심으로, 《행정법연  
구》, 4:17-31

\_\_\_\_\_. 2000, 법정책학의 의의와 과제: 법정책학의 구축을 위한 시론, 《행정법연구》

\_\_\_\_\_. 2006, 공공정책에 대한 사법적 결정의 법이론적 한계(1): 대법원의 새만금사건 판결  
을 중심으로, 《법제》, 580

\_\_\_\_\_. 2008, 정책과정에 있어 사법의 역할, 《서울행정학회 동계학술대회 발표논문집》

\_\_\_\_\_. 2009, 정책수단에 대한 법적 접근, 《행정논총》, 47(1):1-20

\_\_\_\_\_. 2011, 《행정법》, 법문사.