

# 行政組織法の 基礎理論과 政府組織法

俞 珍 式\*

## 차 례

- I. 처음에
- II. ‘행정권의 주체’로서의 『정부』의 의미
  - 1. 허구(虛構, fiction)로서의 『정부』
  - 2. ‘행정권의 주체(主體)’의 의미
  - 3. 『정부』와 ‘행정권의 주체’ -양자(兩者)의 정합성(整合性)-
- III. 행정조직법과 『법률에 의한 행정』의 원리
  - 1. 문제의 소재
  - 2. 행정조직에 관한 법률의 규정
- IV. 행정기관의 개념과 정부조직법
  - 1. 행정기관의 두 가지 개념
    - (1) 작용법적 기관개념
    - (2) 사무배분적 기관개념
    - (3) 양자의 관계
  - 2. 정부조직법상의 규정
    - (1) 처음에
    - (2) 사무배분적 기관개념의 채용
    - (3) 정부조직법 제2조제2항과 정부조직법의 규정방식
- V. 맺음말

\* 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

## I. 처음에

국가행정조직에 관한 일반법이라고 할 수 있는 정부조직법은 1998년 2월 28일의 전면개정에 이어, 금년 5월 24일 정부조직의 개편과 함께 또 다시 개정되었다. 그런데, 이들 개정과정에서 논의되었던 내용은 정치적이며, 기능적인 이야기가 주류를 이루었고 행정조직법적인 관점에서의 논의된 거의 찾아볼 수 없었다. 그렇다면, 현행 정부조직법은 행정조직법상의 관점에서 볼 때 문제가 없다는 것인가? 결코, 그렇지 않다. 이하에서 살펴보면 알 수 있듯이, 정부조직법은 명칭을 비롯하여 가장 기초적인 부분조차 정비되어 있지 않다. 이처럼, 정부조직법이 개정을 거듭하면서도 부실함을 그대로 안고 있게 된 데에는 행정조직법이론에 대한 연구를 다른법분야에 비해 소홀히 했기 때문이라고 생각한다.

본고에서는 위와 같은 문제의식을 염두에 두고, 행정조직법상의 몇 가지 기초이론을 중심으로 정부조직법을 간단히 검토하고자 한다. 본고에서 다룰 기초이론은, ①헌법 제66조제4항에서 규정하고 있는, ‘행정권의 주체’로서의 『정부』의 의미, ②행정조직법과 『법률에 의한 행정의 원리』, 그리고 ③행정기관의 개념과 정부조직법, 세 가지이다. 이들 세 항목을 다루게 된 것은, 이들이 서로 직접적으로 어떤 이론적인 연관성을 가지고 있어서가 아니다. 다만, 행정조직법상의 논의를 전개하는데 가장 기초적인 이론이라고 생각되어 선택된 것이다.

## II. ‘행정권의 주체’로서의 『정부』의 의미

헌법 제66조제4항은 『행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다』라고 규정하고 있다. 이것은 정부가 행정권의 주체(主體)임을 의미하며, 제40조에서 입법권은 국회에, 그리고 제101조에서 사법권은 법원에 속한다는 것에 대응하여 권력분립주의의 원칙의 일단을 보여주고 있다. 그러나, 여기서, 『정부』가 ‘행정권의 주체’라고 할 때, 이것이 과연 무엇을 의미하는지 반드시 명확하지는 않다. 여기에는 세 가지 물음이 담겨 있다고 할 수 있다. 먼저, 정부란 다양한 개념으로 쓰이고 있는데, 여기서 말하는 『정부』란 구체적으로 과연 무엇을 가리키는가 하는 점이다. 그리고, 둘째로 ‘행정권의 주체’란 무엇을

의미하는가 하는 점과, 마지막으로, 여기서 말하는 『정부』의 개념이 행정권의 '주체'로서 적합한 것인지의 여부이다.

### 1. 허구(虛構, fiction)로서의 『정부』

헌법은 무엇을 가지고 『정부』를 구성하는가에 관해서는 명문규정을 두고 있지 않다. 그 대신에 제4장에 『정부』라는 장(章)을 포괄적으로 규정하고 있을 뿐이다. 이 제4장의 규정에 의하면, 제66조제4항에서 말하는 『정부』는 대통령(헌법 제4장 제1절)과 행정부(헌법 제4장 제2절)로 구성된다. 여기서 다시 행정부는 ①국무총리와 국무위원(헌법 제4장 제2절 제1관), ②국무회의(동 제2관), ③행정각부(동 제4관), 그리고 ④감사원(동 제4관)으로 구성되어 있다. 이렇게 볼 때, 여기서 말하는, 『정부』란, 대통령을 비롯한 여러 기관(機關)을 하나로 뭉뚱그려서 부르는 명칭일 뿐, 『정부』 자신은 독자적인 실체를 갖는 기관(機關)이 아니라는 사실을 알 수 있다. 다시 말해서, 헌법에서 규정하고 있는 『정부』는 기관(機關)으로써의 실체를 갖추고 있지 못하는 '형식적인 존재' 즉 '허구(虛構, fiction)'라고 할 수 있다. 이 점은, 기관으로서 존재하기 위한 최소의 요건이라고 할 수 있는, 조직(組織), 직무(職務), 권한(權限), 그리고 운영(運營)이라는 관점에서,<sup>1)</sup> 헌법과 정부조직법의 규정을 살펴보면, 더욱더, 명확하게 드러난다. 왜냐 하면, 헌법이나, 정부조직법 어디에도 이들 요건을 충족시킬 만한 규정은 없기 때문이다. 먼저, 조직에 대해서 말하면, 앞서 설명한대로, 헌법에서는 정부의 조직에 대한 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라, 대통령과 행정부를 가지고 정부를 조직한다고 말할 수는 없을 것이다. 그리고 정부조직법은, 후술하는 것처럼, 동법(同法) 제1조의 목적규정에서도 알 수 있듯이, 실제로 국가행정조직법이지 『정부』조직법은 아니다. 그리고, 권한의 경우에도, 헌법이나 법률은 『정부』에 권한을 부여하고 있지 않다.<sup>2)</sup> 직무와 운영에 대해서도 그 어디에도 그에 대한 규정은 없다.

그리고, 원래, 『정부』라는 용어는, 역사적으로 사용되어 온 예(例)를 볼 때,

1) 鹽野宏, 『行政法Ⅲ』, 有斐閣, 1995, 48~50頁 참조.

2) 헌법 제88조제1항은, 『국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의(審議)한다』고 규정하고 있다. 그리고 제89조는 국무회의의 심의를 거쳐야 할 중요한 정책의 예를 열거하고 있다. 거기서, 이들 조항을 들어 정부에게 권한이 부여되어 있다는 주장을 할지 모르지만, 이들 권한은 실제로 대통령과 행정부의 권한이다.

어떠한 사물을 독점적으로 나타내는 것이 아니라, 이미 일차적(一次的)으로 존재하는 사물을 가리키는데 쓰여 왔다. 즉, 행정부라든가, 내각(內閣)이라든가, 또는, 입법부·사법부를 포함해 널리 통치기관을 가리키는 예 등이 그것이다.<sup>3)</sup> 마찬가지로 우리 헌법에 규정된 『정부』의 의미도 위의 용례(用例)처럼, 대통령과 행정부를 포괄적으로 가리키는데 지나지 않는다고 생각된다.

이처럼, 헌법에 규정된 『정부』라는 용어는, 입법권, 사법권에 대응되는 의미, 즉, 대외적인 관점에서 사용되는데 그치고 있다고 밖에 말할 수 없다. 즉, 『정부』라는 용어의 대내적인 의미에의 적용은 논리적으로 한계가 있다.

따라서, 『정부』의 의미를, 위와 같이 파악할 경우, 『정부』라는 용어를 사용할 때에는 주의를 요한다. 즉, 다시 말해서, 정부라는 개념은, 대외적인 존재를 전제로 하는 경우에 한해서 사용되어야 하며, 대내적인 관계, 즉, 행정조직법상의 의미에서 사용할 경우에는 극히 주의하지 않으면 안된다.

예를 들면, 헌법 제88조제1항은, 『국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다』라고 규정하고 있다. 이어서, 제89조는 중요한 정책의 예를 열거하고 있는데, 거기에 열거된 사항은 대통령을 비롯한 행정각부가 행사하는 권한이다. 그러나, 앞서 언급한 것처럼, 정부는 실제로 존재하지 않는 허구(虛構)이기 때문에 대내적인 차원에서 구체적인 권한을 갖거나 행위를 할 수 없고, 단지 이 경우에는 정부를 구성하는 각 기관만이 권한을 갖고 행위를 할 수 있는 것이다. 따라서, 헌법 제88조제1항의 『정부의 권한』이라는 용어의 사용은 논리적으로 모순이다. 예를 들면, 제88조제1항은 대통령을 비롯한 행정각부를 정부로 표현하고 있는데, 그 논리대로 한다면, 국무회의도 정부를 구성하는 요소이기 때문에, 제88조제1항은 다음과 같이 바꿔 쓸 수 있을 것이다. 즉, 『정부(=국무회의)는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다』라는 식이 되고 만다. 이것은 결국, 허구(虛構, fiction)로서의 『정부』를 이해하지 못한데서 비롯된다.

그리고, 법률 제5529호인 『정부조직법』의 경우도, 『정부』라는 명칭을 잘못 사용하고 있는 예이다. 동법(同法) 제1조(목적)는, 『이 법은 국가행정사무의 체계적이고 능률적인 수행을 위하여 국가행정기관의 설치·조직과 직무범위의 대강을 정함을 목적으로 한다』고 규정하고 있다. 이것은, 동법이 정부조직법

3) 일본의 경우, 메이지(明治)헌법에서는, 국무대신(國務大臣)의 보필을 받는 천황을 의미했다. 竹內昭夫外編, 『新法律學辭典』, 有斐閣, 832頁.

이라는 명칭으로 되어 있지만, 실제로 그 내용은 국가행정조직법임을 알 수 있다. 즉, 동법은 헌법에 규정된 이른바 행정권의 귀속의 주체인 『정부』의 조직에 관한 법이 아니라, 국가의 행정사무를 처리하는데 필요한 국가행정기관의 설치·조직 등에 관한 법이다. 따라서, 이 정부조직법이라는 명칭은 부적절하다.

## 2. ‘행정권의 주체(主體)’의 의미

헌법 제66조제4항은 『행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다』라고 규정하고 있다. 이 규정은, 문장 그대로 받아들인다면, 정부가 행정권의 주체임을 나타내고 있다. 그러나, 이 경우, ‘행정권의 주체’가 무엇을 의미하는가가 문제가 된다.

행정법을 『행정권의 관념을 중심으로 한 행정권의 조직 및 작용을 규율하는 법』이라고 정의하고, 그 중에서 『행정권(行政權)의 조직에 관한 부분을 행정조직법』이라고 할 경우, 이 행정권의 조직의 근본원칙은 헌법에 의해서 규정된다. 헌법은 행정조직법의 법원(法源)일 뿐만 아니라, 그 기초이기도 하다. 즉, 헌법은 행정조직에 관하여, 행정권의 근거와 소재 및 입법권·사법권과의 관계를 규정하고, 또 행정권의 조직에 대한 기본원칙을 규정한다.<sup>4)</sup> 이와 같은 의미에서 볼 때, 헌법 제66조제4항은, 말할 것도 없이, 행정권의 소재에 관한 규정이다. 그런데, 여기서 규정하고 있는 『행정권』은 이중(二重)의 의미를 가지고 있다. 먼저, 대외적인 의미, 즉 입법권·사법권에 대응하는 의미이다. 다시 말하면, 입법권·사법권·행정권이라는 국가의 통치권 중의 하나를 의미하는 것이다.<sup>5)</sup> 또 한가지는, 대내적인 의미, 즉 국가행정을 행할 수 있는 시원적(始原的)인 권능(權能)을 의미한다. 이 권능(權能)의 주체(主體)가 바로 국가행정을 행하기 위한 행정기관의 조직인 국가행정조직의 정점(頂點)을 차지하는 최고행정기관이다.<sup>6)</sup>

‘행정권의 주체’의 의미를 위와 같이 파악할 경우, 여기서 한가지 지적할 수 있는 사항은, 행정권의 ‘주체’는, 대외적인 의미를 지니는 경우는 예외라고 하

4) 佐藤功, 『行政組織法』, 有斐閣, 1985, 8頁.

5) 이 경우, 『행정권』이 실질적 의미인지, 형식적 의미인지에 대한 논의가 있으나(권영성, 『신판 헌법학원론』, 법문사, 1999, 716면), 본고의 논의와는 직접 관계가 없다.

6) 田中二郎, 『新版 行政法』 中卷, 1988, 26頁 참조.

더라도, 대내적인 의미를 갖는 경우에는 행정기관, 그것도 최고행정기관이어야 한다는 점이다. 왜냐 하면, 행정권의 ‘주체’는 국가행정조직의 정점(頂點)에 위치하여, 통할(統轄)하(下)에 있는 행정기관을 지휘·감독하면서 국가행정사무를 처리하여야 하기 때문이다.<sup>7)</sup> 이러한 일은 ‘기관(機關)’이 아니면 수행이 불가능하다. 이렇게 볼 때, 헌법 제66조제4항의 행정권의 ‘주체’로 규정된 『정부』는 논리적으로 맞지 않는 용어이다. 왜냐 하면, 이미 앞서서 살펴본 듯이, 『정부』는 대통령과 행정부를 포괄적으로 가리키는 허구적 존재이지 행정기관이 아니기 때문이다. 이 점에 대해서는 항목을 바꾸어 좀 더 설명하기로 한다.

### 3. 『정부』와 ‘행정권의 주체’ - 양자(兩者)의 정합성(整合性) -

이상에서, 헌법 제66조제4항에 규정된 『정부』는 허구(虛構)로서, 행정기관이 아닌 반면, 행정권의 ‘주체’는 최고행정기관이어야 한다는 사실을 알게 되었다. 다시 말해서, 헌법 제66조제4항의 『정부』는, 단지 대통령과 행정부를 포괄적으로 지칭하는 용어(用語)로, 최고행정기관이 아니며, 따라서 행정권의 ‘주체’가 될 수 없는 것이다. 즉, 동조항에서의 『정부』라는 용어는 잘못 사용된 것이라고 할 수밖에 없다. 이 점은, 헌법의 규정에도 잘 나타나고 있다. 즉, 헌법 제66조제4항에서 행정권이 『정부』에 귀속된다고 규정하고 있지만, 행정권의 내용중, 실제로 정부의 권한으로 규정된 것은 없고, 그 대신 거의 대부분의 권한이 대통령에게 집중되어 있는 것이다.

그렇다면, 헌법 제66조제4항에 규정된 행정권은 『정부』대신 누구에게 귀속되어야 하는가? 그것은 다름 아닌 대통령이다. 행정권의 대부분은, 앞서 언급한 것처럼, 대통령의 권한으로 되어 있다. 그리고, 대통령은 최고행정기관이다. 즉, 대통령은 국무총리의 보좌(補佐)를 받으며(헌법 제86조제2항), 또한 모든 중앙행정기관의 장(長)을 지휘(指揮)·감독(監督)하는 지위(정부조직법 제11조제1항)에 있기 때문이다. 현행 헌법의 규정과 체계에 비추어 볼 때, 대통령을 행정권의 ‘주체’로 규정하게 되면, 위에서 지적한 논리적인 모순은 해소된다. 따라서, 헌법 제66조제4항에서, 행정권의 귀속의 ‘주체’로 규정된 『정부』라는 용어를 그대로 사용할 것인지 여부는 검토되어야 할 것이다.

7) 岡田雅夫, “行政主體論”, 雄川一郎外編, 『行政法大系 7』, 有斐閣, 1988, 16頁 참조.

### III. 행정조직법과 『법률에 의한 행정』의 원리

#### 1. 문제의 소재

행정과 법률과의 관계에는 여러 가지 측면이 있다. 그 중의 한가지인 『행정주체』와 『사인』 사이의 관계, 즉 행정작용법관계에 있어서 이것을 규율하는 법원리의 출발점은, 『법률의 우위의 원칙』 『법률의 유보의 원칙』등을 내용으로 하는, 이른바 『법률에 의한 행정의 원리』이다.<sup>8)</sup> 이 원리는, 행정주체가 사인의 자유·재산을 침해하는 지의 여부에 주된 관심이 있고, 거기에서 이른바 『침해유보의 원칙』 등이 도출된다. 그런데, 행정주체가 행하는 사무를 어느 행정기관에 배분할 것인가, 또, 당해 행정기관의 조직을 구체적으로 어떻게 구성할 것인가 하는 문제는 『침해유보의 원칙』등과는 논리적으로 관계가 없다고 보는 시각도 존재할 수 있다.<sup>9)</sup> 즉, 행정조직에 관한 기본적인 사항은 반드시 법률에 근거해야만 된다는 이론은 『법률에 의한 행정의 원리』로부터 당연히 도출되지는 않는다.

이에 대해서, 위와 같은 행정작용법적인 관점에서 한발짝 물러나, 문제를 조직법론적인 견지에서 생각해 보는 입장이 있다. 즉, 그것은 이른바, 행정조직의 존재양식(存在樣式) 그것에 대한 민주적인 통제라고 하는 견지에서 법률에 의한 규율의 필요성의 유무를 고려해야 하는 것은 아닌가 하는 입장으로, 이러한 시각에 서면, 사인(私人)의 권리·의무에 직접적으로 영향을 미치는가의 여부는 우선 관계시키지 않고, 행정조직의 존재양식에 관하여 입법권이 어디까지 개입해야하는가 하는 점이 문제가 된다.<sup>10)</sup>

이상의 두 가지 입장중, 어느 것을 취할 것인가에 대해서는, 오늘날의 헌법의 민주적 통치구조라는 관점에서 볼 때, 후자의 입장이 타당하다고 볼 것이다.<sup>11)</sup> 여기서, 후자의 입장을 취한다고 하여도, 입법부가 행정조직의 존재양식 전체를 규율하는 것은 불가능하고, 결국, 기본적인 부분에 대해서는 법률로써 정하고, 그 이외의 부분에 대해서는 폭넓게 행정권에 자신의 조직기능을

8) 藤田宙靖, 『行政組織法』, 良書普及會, 1994, 47頁.

9) 鹽野宏, 『行政法Ⅲ』, 有斐閣, 1995, 7頁.

10) 藤田, 前掲書, 51頁; 佐藤功, 前掲書, 1985, 21頁.

11) 김도창, 『일반 행정법론(하)』, 청운사, 47~48면; 鹽野, 前掲書, 11~12頁; 佐藤, 前掲書, 21~25頁.

인정할 수 밖에 없을 것이다. 그리고 그 경계선을 어디에 그을 것인가에 대해서는, 입법부의 입법정책적 판단에 대부분을 맡겨야 할 것이다.<sup>12)</sup> 이 때에 입법정책론으로써 고려해야 할 사항은 대체로 다음과 같은 두가지 사항이 될 것이다. 즉, 행정조직의 민주적인 통제는 무엇을 위하여, 또 어떠한 형식으로 행해져야 하는가 하는 점이다. 전자에 대해서는, 행정조직의 비대화에 따르는 비능률·비경제에 대하여 입법부에 의한 견제가 필요하며, 나아가 행정의 의사형성과정을 투명하게 함으로써, 행정의 자의성을 배제할 필요성이 있다는 점을 들 수 있을 것이다. 후자의 경우는, 어느 정도까지, 입법부의 『법률』이라고 하는 형식이 필요한가 하는 점이 고려의 대상이다.<sup>13)</sup>

## 2. 행정조직에 관한 법률의 규정

우리 헌법 제96조는, 『행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다』라고 규정하여, 행정조직과 법률의 근거문제에 관하여, 입법적으로 해결하고 있다. 이 규정에 의해서 제정된 것이 바로 『정부조직법』이다. 그리고, 정부조직법 제2조제1항은, 『중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률로 정한다』라고 규정하여 행정각부 이외의 중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률의 규정에 의할 것을 요구하고 있다. 또한, 독립한 중앙행정기관인 선거관리위원회(헌법 제114조제7항)와 대통령 소속 하에 있는 감사원(헌법 제100조)등의 조직·직무범위등 기타 필요한 사항에 대해서는 법률로 정하도록 되어 있다.

그런데, 위와 같은 규정에 의해서 문제가 해결된 것은 아니다. 정부조직법의 규정을 살펴보기로 하자.

정부조직법 제2조제1항의 규정에서 말하는 『법률』은 있는 그대로 해석한다면, 정부조직법 이외의 법률을 가리킨다고 해야만 할 것이다. 만일, 정부조직법 그 자체를 말한다고 할 경우에는 『이 법률』이라고 명확히 표기하여야만 할 것이다. 만일 이와 같이 해석했을 경우, 중앙행정기관인 행정각부의 설치와 직무범위를 규정하고 있는 법률은 현행법상 존재하지 않는다. 여기서, 한발 양보하여(정부조직법의 규정내용을 보면, 여기서 말하는 『법률』은 정부조직법을 말하는 것으로 생각된다), 동법 제2조제1항의 『법률』을 정부조직법이라고

12) 藤田, 前掲書, 51頁.

13) 藤田, 前掲書, 52頁.

해석하여도, 문제는 그대로 남는다.

정부조직법 제26조제1항은, 『대통령의 통할(統轄)하(下)에 다음의 행정각부를 둔다』라고 규정하여, 재정경제부에서 『해양수산부』까지 17개부의 설치 근거를 마련하고 있다. 그리고 동조 제2항은, 『행정각부에 장관1인과 차관1인을 두되, 장관은 국무위원으로 보(補)하고, 차관은 정무직으로 한다』라고 규정하고 있다. 그런데, 문제는 직무범위와 각부(各部)의 조직에 관한 규정이다. 즉, 다시 말하면, 이들에 관해서 포괄적으로 규정하는데 그치고 있기 때문이다. 재정경제부를 예로 들어 보자.

정부조직법은, 재정경제부의 직무범위와 조직에 관해서 다음과 같이 규정하고 있다.

제27조 (재정경제부)

- ①재정경제부장관<sup>14)</sup>은 경제정책의 수립·조정, 화폐·금융·국고·정부회계·내국세제·관세·외국환·경제협력 및 국유재산에 관한 사무를 장리(掌理)한다.
- ②재정경제부에 차관보 1인을 둔다.

정부조직법, 즉 법률에서는 위와 같이 재정경제부의 직무범위와 조직에 관해서 포괄적으로 규정하는데 그치고, 실제로는 대통령령인 『재정경제부와 그 소속기관직제』에서 규정하고 있다. 『재정경제부와 그 소속기관직제』 제1조(목적)는, 『이 영은 재정경제부와 그 소속기관의 조직 및 직무범위 기타 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다』라고 규정하고 있다. 이와 같은 규정방식은 많은 문제점을 안고 있지만, 그 중에서 우선 주요한 두가지 문제만 살펴보기로 한다.

먼저, 직무범위에 관한 사항이다. 앞에서, 이미, 왜 행정조직의 편성에 대하여 법률로써 통제를 하여야 하는지 살펴보았듯이, 정부조직법 제27조제1항의 재정경제부의 직무범위에 관한 규정내용은 큰 의미가 없다 할 것이다. 왜냐하면, 행정조직권을 법률로써 통제한다는 의미는 이를 의회의 통제하에 둔다는 의미이기 때문이다. 동 규정의 내용은 단지, 행정각부의 직무를 대략적으로 획정(劃定)하고 있는데 불과하다. 이러한 정도의 규정으로써는 위의 목적을 달성할 수 없다.

둘째로, 조직에 관한 사항이다. 먼저, 정부조직법의 규정을 보자.

14) 여기서, 재정경제부장관이라는 용어도 잘못 사용되고 있다. 그 이유에 대해서는 후술한다.

제2조

③중앙행정기관의 보조기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 차관·차장·실장·국장 또는 부장 및 과장으로 한다. 다만, 외교통상부의 통상교섭담당보조기관은 본부장·실장·국장 및 과장으로, 행정자치부의 민방위재난담당보좌관은 본부장·국장 및 과장으로 한다.<sup>15)</sup>

④제3항의 규정에 의한 보조기관의 설치와 사무분장은 법률로 정한 것을 제외하고는 대통령령으로 정한다. 다만, 과(課)의 설치와 사무분장은 총리령 또는 부령으로 정할 수 있다.

⑤행정각부에는 장관이 특히 지시하는 사항에 관하여 장관과 차관을 직접 보좌하기 위하여 차관보를 둘 수 있으며, 중앙행정기관에는 그 기관의 장, 차관·차장·실장·국장 또는 부장과 외교통상부 및 행정자치부의 본부장 밑에 정책의 기획, 계획의 입안, 연구·조사, 심사·평가 및 홍보등을 통하여 그를 보좌하는 담당관을 대통령령이 정하는 바에 의하여 둘 수 있다. 다만, 과에 상당하는 담당관은 총리령 또는 부령으로 둘 수 있다.

위의 규정에서 제2조제4항을 보면, 제2조제3항에서 규정하고 있는 보조기관의 설치와 사무분장은 법률로 정한 것을 제외하고는 대통령령으로 정하고, 과(課)의 경우에는 총리령 또는 부령으로 정할 수 있도록 되어 있다. 거기서, 위의 보조기관 중 그 설치를 법률로 정한 것을 보면, 정부조직법 제26조제2항에 규정된 『차관』 한 기관밖에 없다. 결국, 차장·실장·국장 또는 부장의 설치는 대통령령으로 정하게 되어 있는 셈이다. 이것은, 지금까지 논의해온, 행정조직의 편성을 의회의 통제하에 두려는 취지에서 크게 벗어나는 것이다. 물론, 어느 정도의 단계까지를 법률에 유보할 것인지는 논의의 여지가 있지만, 어쨌든 현재의 정부조직법 제2조제5항의 규정은 검토를 필요로 한다.

이상에서, 재정경제부를 예로 들어, 행정조직의 편성에 대한 의회의 통제, 즉 법률에 의한 규율이 어떻게 되어 있는지 살펴보았다. 행정조직의 편성을 규율하는 일반법은 정부조직법인데, 거기에 규정되어 있는 내용은 포괄적으로 되어 있어 극히 단편적일 뿐만 아니라, 일관성마저 결여되어 있음을 알 수 있다. 그리고 거기서, 무엇보다도 중대한 사실은, 행정각부의 직무범위와 조직의 구성은 거의 대부분 대통령령에 의해서 정하도록 되어 있어서, 행정조직편성권에 관하여 지나치게 많은 권한을 행정권에 부여하고 있다는 점이다. 따라서, 이를 시정하기 위해서는 행정각부의 설치법을 행정 각부마다 제

15) 이 조항도 후술하는 두 가지 의미의 행정기관의 개념이라는 관점에서 볼 때, 규정의 방식에 문제가 있다. 자세한 내용은 IV의 곳을 참조.

정하여, 직무의 범위와 조직의 구성에 관한 사항을 의회의 통제에 두도록 하여야 할 것이다.<sup>16)</sup>

#### IV. 행정기관의 개념과 정부조직법

##### 1. 행정기관의 두 가지 개념

행정조직법은, 행정기관의 존재양식 및 상호관계를 규율하는 것이기 때문에, 행정기관은 행정조직법상의 기초개념의 하나이다. 이것을 어떻게 구성할 것인가, 또, 그 단위를 어떻게 할 것인가에 관해서는 보편적인 룰-(rule)이 존재하는 것은 아니지만, 크게 두 가지 유형으로 분류할 수 있다.<sup>17)</sup>

먼저, 당해 행정기관과 사인과의 관계, 즉, 외부관계를 기준으로 하여 행정기관을 파악하는 경우이다. 이것이 분류기준으로 하면 이른바 작용법적 관점에서 파악한 행정기관의 개념이다. 또 한 가지는, 당해 행정기관과 사인과의 관계는 고려하지 않고, 담당하는 사무(예를 들면, 재정경제, 외교통상 등)를 단위로 하여 행정기관을 파악하는 경우이다. 이것은 분류기준으로 하면, 사무배분의 관점에서 파악한 행정기관의 개념이다.

이들 두 가지 행정기관의 개념은, 각각 다른 관점에서 구성된 것이지만, 실정법상에서 명확하게 구별되어 사용되고 있는 것은 아니다. 이하에서, 이 두 가지 행정기관의 개념에 대해서 살펴보고자 한다.

##### (1) 작용법적 기관개념

우리 나라의 국가행정조직법 및 행정조직법에 관한 이론은 일본의 법제 및 학설의 영향을 강하게 받았다. 그런데, 이 작용법적 기관개념은, 독일의 영향 아래, 메이지(明治)헌법시대의 일본행정법학에서 전개된 것으로, 그 중심을 차지하고 있었던 것이 다름 아닌, 국가행정기관으로서의 행정관청(行政官廳)

16) 그리고, 행정조직의 법률적 통제와 관련하여, 또 한가지 간과할 수 없는 사실은, 대통령 및 국무총리 등의 소속하에 설치되는 각종 위원회에 관한 것이다. 이들 위원회는 중앙인사위원회, 청소년보호위원회 등과 같이 설치근거만 법률에 있고, 조직이나 인사에 관한 것은 대통령령에 위임을 한다거나, 제2의건국범국민추진위원회, 정책기획위원회 등은 아예 설치근거마저 대통령령으로 되어 있다. 이러한 위원회의 설치와 직무범위 등에 대한 논의도 시급히 이루어져야 할 것이다.

17) 鹽野, 前掲書, 18~19頁.

의 개념이며,<sup>18)</sup> 행정조직법의 이론도 주로 행정관청에 관한 이론을 중심으로 하여 전개되었다.<sup>19)</sup> 이 개념은 제2차대전 후에도 그대로 이어져 왔고, 최근에 이르러 이에 대한 비판이 가해지고 그 결과, 상당한 변화가 일어나고 있지만, 여전히 실정법상에서 의미를 갖고 있다. 우리 나라의 경우에는, 행정기관의 개념에 대한 비판적 검토가 아직 이루어지고 있지 않으며, 이 행정관청의 개념은 교과서를 비롯한 학설, 실정법상에서 여전히 중심개념을 차지하고 있다.<sup>20)</sup> 그러나, 정부조직법에서 이미 커다란 변화가 일어나고 있는데, 단지, 우리 학계에서 이를 발견하지 못하고 있을 뿐이다. 이 점에 대해서는 후술하기로 하고, 여기서는 행정관청의 개념의 의의와 실정법상에서 어떠한 기능을 하고 있는지 살펴보기로 한다.

### 1) 행정관청의 의의

행정관청이란, 『국가를 위하여, 행정에 관한 일정한 소장(所掌)사무에 관하여 스스로 국가의 의사를 결정하고, 외부에 대하여 표시하는 권한을 갖는 행정기관』을 말한다. 즉, 이 개념의 기준은, 스스로 국가의사를 결정·표시하는 권한을 갖는다고 하는 점에 있고, 그 행정기관의 결정·표시하는 의사가 곧 국가의사로 인정되는 경우에 그것을 행정관청이라고 한다.<sup>21)</sup> 그리고, 행정관청법이론에서는 이 행정관청을 중핵(中核)으로 하여, 그 주변에, 보조기관, 자문기관, 집행기관 등이 배치(配置)된다.<sup>22)</sup> 그런데, 이들 행정기관은 스스로 국가의사를 결정·표시하는 것이 아니라, 행정관청에 의한 결정에 참가하거나, 또는 행정관청에 의해 결정된 국가의사를 집행하는데 그친다. 예를 들면, 행정각부의 장관은 행정관청이지만, 차관, 각종의 자문(諮問)적인 심의회, 의결적인 심의회 등은 각각, 보조기관·자문기관·참여기관에 지나지 않는다. 이들은, 어느 것도 행정기관은 아니다. 행정관청이 행정기관에 있어서 중심적인 지위에 있다는 말은 이것을 의미한다. 이 점에서 작용법적 기관개념은 외부관계적인 것임과 동시에, 극히 형식적인 틀이라고 할 수 있다. 여기서 형식

18) 稻葉馨, 『行政組織の法理論』, 弘文堂, 1994, 200~244頁; 鹽野, 前掲書, 19頁.

19) 佐藤, 前掲書, 45頁.

20) 예를 들면, 김도창, 『일반 행정법론(하)』, 청운사, 1992년, 68면 이하; 박윤훈, 『최신 행정법강의(하)』, 박영사, 1999, 29면 이하, 등.

21) 佐藤, 前掲書, 46頁.

22) 田中, 前掲書, 29頁 이하; 鹽野, 前掲書, 19頁.

적이라고 하는 것은, 행정관청이 의사결정을 하는 내적(內的)프로세스에 관심을 갖지 않기 때문이다.<sup>23)</sup>

행정작용법적 기관개념은, 행정법학상에서 구성된 것으로, 이에 관하여 규정된 특별한 법률이 있는 것은 아니다. 다만, 행정소송법이나, 개별행정작용법이 이 이론을 지탱해주는 소재를 제공해주고 있다고 할 수 있다.<sup>24)</sup> 바꾸어 말하면, 이와 같은 행정기관개념이 국가행정조직에 관한 제정법에서 명백히 채용되고 있다고 할 수 없다. 오히려, 정부조직법은 후술하는 바와 같이, 사무배분적 기관개념을 채용하고 있다고 볼 수 있다.

## 2) 기능(機能)

행정관청개념 및 그것을 중핵(中核)으로 하는 행정관청법리가 현재의 행정법체계에 투영된 모습은 다음과 같다고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 즉, 이 이론은 행정기관의 외부에 대한 권한의 발동의 단위에 주목하는데 이것은, 법치주의를 기초로 하는 행정법학의 관심의 소재에 대응하는 것이다. 이것은 결국, 국가권력의 발동에 대한 법적 통제에 중점을 둔 것이며, 작용법, 구제법(救濟法)에서 그 활동의 단위가 행정관청으로서 파악되고 있기 때문에, 행정조직법차원에서도 자연스럽게 그대로 반영되게 된다. 이와 같은 입장에서 서 있는 행정관청법리는, 오직, 행정관청에 법률에 의해서 부여된 권한의 행사, 특히 법적 행위형식으로서의 행정행위를 할 수 있는 권한을 당해 행정관청 이외의 기관의 행사의 허용성, 법적 존재양식을 문제로 삼는다. 이것은, 행정법일반이론이 법적 행위형식으로서의 행정행위를 중심으로 이루어져 있다는 사실을 반영하고 있는 것이다.

## (2) 사무배분적 기관개념

### 1) 내 용

작용법적 기관개념은, 앞서 살펴 본 것처럼, 행정관청 내지 행정조직을 국가의사라고 하는 관점에서 법적으로 파악하려고 하는 입장이다. 이에 반해서, 사무배분적(事務配分的) 기관개념(機關概念)은, 행정조직을 실제적(實際的)·

23) 鹽野, 前掲書, 19頁.

24) 稻葉, 前掲書, 218頁 이하 참조; 鹽野, 前掲書, 19~20頁.

25) 鹽野, 前掲書, 21~22頁.

기능적(機能的)으로 파악하려는 것으로 이른바 미국적인 행정기관의 개념이다.<sup>26)</sup>

미국의 행정조직이론에서는, 행정관청이라는 개념은 나타나지 않으며, 행정조직의 구성에 있어서 기초적 개념이 되고 있는 것은 오히려 『직(職, position)』이라고 하는 개념이다. 그리고, 바로 이 『직(職)』의 개념이 행정조직의 구성단위(構成單位)가 된다. 즉, 국가의 모든 사무를 어떻게 분류하고, 그것을 어느 직(職)의 사무로 할 것인가, 또는 어떠한 직(職)을 설치할 것인가, 그리하여, 이들 직(職)을 어떠한 기준으로 결합시켜 큰 단위를 만들 것인가, 등의 과정이 행정부처(行政部處)의 구성과정이다. 즉, 사무배분과 결합의 체계가 행정조직을 형성한다고 할 수 있다. 이들 직(職) 및 이 직(職)들의 집합체(集合體)를 이른바 행정기관(Administrative Organ)이라고 할 수 있지만, 이 경우에, 독일적인 행정기관 내지 행정관청의 개념과는 달리, 사무(事務) 내지 기능(機能)의 체계에 있어서 기초적 단위라는 점에 그 특징이 있다.<sup>27)</sup>

이들 행정조직 중, 집합체로서 가장 크고, 중요한 행정기관이 다른 아닌, 부처(部處, Department)이다. 이 부처의 장관은, 부처(部處)를 구성하는 한 단위(單位)로서 장(長, Head)의 지위(地位)를 차지하고 있을 뿐이다. 따라서, 장(長)의 권한과 부처(部處)의 소장사무(所掌事務)는 구별된다. 이점은, 각 부처(部處)의 소장사무는 각 부처(部處)의 장관의 소장사무이며, 그 소장사무의 수행은 모두 각 부처(部處)의 장관의 행위라고 하는 법적 구성을 취하는 독일적인 관청이론과는 다르다.<sup>28)</sup>

위와 같은 사무배분적 행정기관의 개념을, 실제로, 국가행정조직법에서 채용했을 경우 어떠한 효과가 있는가? 이하에서 간단히 살펴보기로 하자.

## 2) 채용의 효과

사무배분적 행정기관의 개념의 채용은, 행정조직으로 하여금 유기적(有機的)인 총합체(總合體)로서 기능을 발휘하게 하고, 이른바 행정관리의 사상을

---

26) 佐藤, 前掲書, 52頁.

27) 모든 직(職)은 행정조직의 구성단위 뿐만 아니라, 기능적 단위(Units)를 이루며, 이 단위의 분배와 집합의 체계가 행정조직의 체계가 된다. 佐藤, 前掲書, 55頁.

28) 이상(以上)은, 佐藤, 前掲書, 54~56頁을 참고로 작성.

도입할 수 있는 길을 열어 주었다는 점도 인정할 수 있을 것이다.<sup>29)</sup> 그러나, 보다 구체적으로는 다음과 같은 효과를 기대할 수 있을 것이다. 즉, 『법령으로, 특별히 각 부처장관(部處長官)의 권한으로 규정되어 있는 경우를 제외하고는, 소관사무에 관한 권한은, 반드시 각 부처장관(部處長官) 스스로의 이름으로 행사할 것을 요하지 않으며, 사무의 경중(輕重)에 비추어, 각 부처장관(部處長官)이 정하는 바에 따라, 보조기관(補助機關) 등에게 적절히 배분하여 행사하도록 할 수』 있을 것이다.<sup>30)</sup> 즉, 단순히 이른바 내부위임(內部委任) 또는 위임전결(委任專決) 등이 아니라, 권한의 위임이 넓게 인정될 수 있다는 것이다.<sup>31)</sup>

둘째로, 『행정과제 혹은 행정사무를 외부관계, 내부관계로 구별하지 않고 전체로서 파악하여 이것을 어느 기관에 배분할 것인가에 관심을 갖는다. 또, 외부와의 관계에 있어서도, 법적 행위형식을 중심으로 삼아온 행정관청법리(行政官廳法理)로는 적확(的確)하게 파악할 수 없는 계획, 행정지도 등과 같은 행위형식에 대해서도 독자적인 위치부여가 가능하다. 바꾸어 말하면, 행정관청법리(行政官廳法理)에서는, 행정관청과의 관계에서 파악되어 왔던, 보조기관, 자문기관 등이 독자적인 존재의의를 갖게 된다.』<sup>32)</sup>

셋째로, 위원회나 청(廳)과 같은 외국(外局)<sup>33)</sup>을 기초적인 행정기관으로 설치할 수 있다는 점이다. 행정관청이론에서는 외국(外局)은 장관의 관리(管理) 아래에 있는 부국(部局) 내지 기관(機關)으로, 설령 부(部)·처(處)의 개념을 사용한다고 하여도 부(部)·처(處)의 내부구조(內部構造)인 점에서는 이른바 내국(內局)과 같은 지위에 있게 된다. 그런데, 만약, 국가행정조직법에서 이 외국(外局)을 격상시켜서 부(部)·처(處)와 같은 레벨에 규정하게 된다면, 이것은 종래의 행정관청이론에서 벗어나, 외국(外局)은 하나의 독립적인 총합체의 위치를 차지하게 된다.<sup>34)</sup>

29) 佐藤, 前掲書, 150頁.

30) 田中, 前掲書, 39頁.

31) 佐藤, 前掲書, 151頁.

32) 鹽野, 前掲書, 23~24頁.

33) 개정전(1999년 5월 24일 이전)의 정부조직법 제2조제2항에서는 외국(外局)은 단지, ‘국(局)’이라는 명칭이 붙어 있는 기관만을 지칭하는 것으로 규정하고 있었고, 교과서도 이러한 입장을 따르고 있었는데, 과연 그러한지 검토의 여지가 있다. 佐藤, 前掲書, 208頁 이하 참조.

34) 佐藤, 前掲書, 150頁.

마지막으로, 이것은, 위에서 언급한 세가지 사항을 모두 포괄하는 것으로, 이들 세가지의 내용을 일반화·추상화한 것으로 다음과 같은 점을 지적할 수 있다. 사무배분적 기관개념의 채용은, 하이어나키(hierarchy)사상(思想), 즉 행정기관의 모든 책임을 장(長)인 장관에게 귀속시키는 이론, 혹은 이것을 배경으로 하는 종래의 관청이론을 상대화하여, 차관이나 국장 등과 같은 간부급(幹部級)기관(機關)에 대해서도 각각에 대하여 독자적인 임무와 책임을 명백히 함으로써 유기적(有機的)인 총합체(總合體)로서의 기능을 발휘시킬 수 있다는 점이다.<sup>35)</sup> 이 점은 나아가, 행정관청이론에 근거한 장(長)중심의 조직운영이 갖는 권위주의적인 경직성을 완화하여, 민주적인 조직운영으로 전환시킬 수 있는 하나의 계기가 될 수 있게 될 것이다.

### (3) 양자의 관계

작용법적 기관개념과 사무배분적 기관개념은 각각 관점을 달리 하며, 현행법에서는 양자(兩者)가 병존하고 있다. 즉, 사무배분적 기관개념은 행정조직법의 체계에서, 행정관청의 개념은 행정작용법 내지 특히 행정쟁송법의 체계에서, 각각 기능을 분담, 또는 서로 보완<sup>36)</sup>하는 관계에 있다고 할 수 있다.<sup>37)</sup> 이처럼 실정법에서, 양자를 동시에 채용하고 있는 그 자체를 비판할 성질의 것은 아니지만, 현행법의 해석이나 입법을 할 경우에는 이 두 가지 행정기관개념의 구별 및 관계를 명확히 해둘 필요가 있을 것이다.<sup>38)39)</sup>

35) 杉村章三郎, “官廳理論と國家行政組織法”, 『自治研究(第34卷5號)』, 20頁.

36) 행정작용법에서는 이른바 행정관청을 구체적으로 지정하고 있다. 예를 들면, 『농수산물유통및가격안정에관한법률』에 의하면, 중앙도매시장의 허가권자는 농림부장관 또는 해양수산부장관이라고 규정하고 있다(동법(同法) 제12조제1항). 그러나, 농림수산부장관 또는 해양수산부장관이 어떠한 존재인가에 대한 답(答)은 행정관청이론으로는 도출해 낼 수 없다. 거기서 말하는 농림부장관 또는 해양수산부장관은, 사무배분적 기관개념에 의한 『정부조직법』에 의해서 비로소 법률상 특정되는 것이다. 이처럼, 이 두 가지 행정기관의 개념은, 실정법상에서, 전혀 관계없는 별개의 존재가 아니라는 사실을 알 수 있다. 鹽野, 前掲書, 24~25頁.

37) 佐藤, 前掲書, 155~156頁.

38) 鹽野, 前掲書, 24頁.

39) 그 이외의 양자의 관계에 대해서는, 鹽野, 前掲書, 24~27頁, 참조.

## 2. 정부조직법상의 규정

### (1) 처음에

행정기관의 개념은, 위에서 살펴 본대로, 이른바 권한배분을 기준으로 하는 작용법적 행정기관과, 사무배분을 기준으로 하는 사무배분적 행정기관이 있음을 살펴보았다. 여기서, 우리 나라의 국가행정조직법의 일반법인 정부조직법에서는 어떠한 행정기관의 개념을 채용하고 있는가가 문제가 된다. 이 점에 대하여, 우리 나라의 거의 모든 교과서는 행정기관의 두 가지의 개념을 평면적으로 설명한 후, 전통적인 방식에 따라, 작용법적 행정관청법이론에 의거하여 설명하는데 그치고 있다. 그러나, 이러한 고찰방법은, 정부조직법이 불완전하기는 하지만 종래의 작용법적 행정기관(=행정관청)개념으로부터 탈피하여, 사무배분적 행정기관의 개념을 채용하고 있다는 사실을 간과하고 있다. 이하에서는, 위와 같은 점을 염두에 두고, 사무배분적 행정기관의 개념이 어떻게 정부조직법에 채용되어 있는지, 그리고 또 문제점은 무엇인지 등에 관하여, 살펴보기로 하자.

### (2) 사무배분적 기관개념의 채용

정부조직법은 제1조(목적)에서, 『이 법은 국가행정사무의 체계적이고 능률적인 수행을 위하여 국가행정기관의 설치·조직과 직무범위의 대강을 정함을 목적으로 한다』고 규정하고 있다. 이것은 동법(同法)이, 이른바 행정기관과 사인(私人)과의 관계를 규율하기 위해서가 아니라, 『행정사무』를 수행하기 위한 『행정기관』에 관한 사항을 규율하는 것을 목적으로 하고 있음을 나타내고 있다. 그리고, 동법(同法)은 『행정관청』이나 『관청』 같은 용어를 배제하고 ‘행정기관’ 및 ‘행정기관의 장(長)(동법(同法) 제7조)’ 등의 용어를 사용하고 있다.<sup>40)</sup> 이러한 것들은 동법(同法)이 사무배분적 행정기관의 개념을 채용하고 있는 일단을 보여 주는 것이라고 할 수 있다. 그러나, 위와 같은 취지를 가장 명확히 나타내 주며, 따라서, 그러한 의미에 있어서, 동법(同法)의 가장 중요

40) 사무배분적 행정기관의 개념이 사용되어야 할 곳에, 재정경제부장관 등과 같은, 작용법적 행정기관을 의미하는 용어가 사용되는 경우가 있는데(예를 들면, 정부조직법 제27조제1항 등), 이것은, 후술하는 바와 같이, 논리적인 모순으로 검토의 대상이다.

한 규정은 제2조제2항이다. 즉, 제2조제2항은, 『중앙행정기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부(部)·처(處) 및 청(廳)으로 한다』고 규정하고 있다. 이것은, 동법(同法)이, 부(部)·처(處) 및 청(廳)을 기초적인 행정기관으로 삼고 있음을 나타내 주고 있다. 여기서 중요한 사실은, 말할 것도 없이, 기초적인 행정기관인 부(部)·처(處) 및 청(廳)이 이른바 사무배분적 행정기관이라는 점이다. 그리고, 나아가 동(同)규정(規定)은, 중앙행정기관에 관한 일반규정이기 때문에, 기초적인 중앙행정기관의 종류를 정하는데 그치지 않고, 동법(同法)이, 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한, 정부조직법제상의 중앙행정기관은 사무배분적 행정기관이라는 것을 전제로 하고 있음을 나타내 주고 있다고 볼 수 있다. 즉, 다시 말하면, 국가행정조직법상의 행정기관은 사무배분적 행정기관임을 원칙으로 하고 있음을 이 조항은 선언하고 있는 것이다. 그런데, 문제는 이 원칙이 정부조직법제상에서 일관성 있게 반영되어 있지 않고, 매우 혼란된 양상을 보이고 있다는 점이다. 이하에서는, 이 원칙과 관련하여 정부조직법제상의 문제점을 살펴보기로 한다.

### (3) 정부조직법 제2조제2항과 정부조직법의 규정방식

여기서는, 정부조직법 제2조제2항의 원칙을 기준으로, 이 원칙이 정부조직법에 제대로 반영되어 있는지를 검토한다. 검토의 순서는, 정부조직법의 규정된 순서에 따라, 총칙과 각 중앙행정기관을 차례로 살펴본다.

#### 1) 총칙(總則)

총칙 중에서 먼저 검토해야 할 사항은, 정부조직법 제2조제2항 그 자체이다.

정부조직법 제2조제2항은, 『중앙행정기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부(部)·처(處) 및 청(廳)으로 한다』라고 규정하고 있다. 이 규정대로라면, 동법(同法)에 규정되는 중앙행정기관은, 부(部)·처(處) 및 청(廳)에 한정되어야 한다. 그런데, 동법(同法) 제2장에는 대통령, 제3장에는 국무총리라는 중앙행정기관이 규정되어 있다. 이것은 입법상의 초보적인 실수라고도 할 수 있지만, 보다 근본적인 문제는, 앞서서도 간단히 언급했듯이(본고 II의 곳), 행정조직법상의 관점에서 볼 때, ‘정부’라는

개념이 실제적인 의미를 갖지 못하고 있다는 점에 있다. 이 점에 대한 논의는 대단히 복잡하여, 여기서 자세히 논의 할 수는 없다. 그 대신에, 위와 같은 모순점을 해결하기 위해서, 간단히 결론만 이야기 한다면, ‘정부’라는 개념이 실제성을 갖출 수 있게 하고, 거기에 맞추어 대통령을 사무배분적 행정기관의 개념으로 전환시켜(예를 들면, 대통령부(府)와 같은 행정기관), 제2조제2항의 기초적인 중앙행정기관을 한가지 더 추가하여 규정하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그리고, 또 하나의 문제는, 『부(部)·처(處) 및 청(廳)』의 부분에 관한 것이다. 이 『부(部)·처(處) 및 청(廳)』은, 실제로는 두 개의 카테고리로 나뉘어져 있다. 즉, 『부(部)』와 『처(處) 및 청(廳)』은 각각 다른 카테고리에 속한다. 여기서, 『부(部)』는 기초적인 행정기관에 속하며, 『처(處) 및 청(廳)』은 이들 행정기관의 이른바 외국(外局)에 속하는 것이다. 그런데, 문제는 위와 같은 기준에 의할 경우, 현행 정부조직법에 규정되어 있는 외국(外局)은 『처(處) 및 청(廳)』만이 아니라는 점이다. 즉, 대통령과 국무총리 소속하에 있는 각종 위원회 역시 외국(外局)에 속한다고 볼 수 있기 때문이다.<sup>41)</sup> 따라서, 제2조제2항에는 『부(部)·처(處) 및 청(廳)』 뿐만 아니라, 정부조직법상에 규정되어 있는 외국(外局)의 종류를 추가하여야 한다.

그리고 다음으로 문제가 되는 것이, 제2조제3항과 동조(同條) 제4항의 규정이다. 먼저, 당해 조항(條項)을, 본고의 앞부분(Ⅲ. 2)에서 다시 보기로 하자.

여기서 먼저, 형식적인 것부터 지적을 하기로 하면, 제3항과 제4항은 현재의 규정자체가 서로 모순되어 있다. 즉, 제3항에서는 『과장(課長)』이라고 규정을 하고 제4항에서는 『과(課)』라고 규정을 하고 있기 때문이다. 이것은, 과(課)와 과장(課長)의 소장(所掌)사무는 동일(同一)하다고 하는 『행정관청이론』의 관념에서 나온 것이다. 그러나, 이것은 어느 쪽이 옳으냐를 떠나서(물론, 제2조제2항과 관련하여 말하면, 과(課)의 용어를 사용해야 하지만), 형식적인 면에서 볼 때, 어느 한쪽으로 통일하여야 했을 것이다.

그러나, 근본적인 문제는 제3항에 있다. 즉, 제2조제2항이 사무배분적 행정기관으로 되어 있는데, 동조(同條) 제3항의 경우 보조기관(補助機關)으로서, 차관·차장·실장·국장 또는 부장 및 과장 등을 열거하고 있다는 점이다. 그

41) 대통령 소속하의 감사원이나, 국가정보원, 등이 외국(外局)에 속하는지는 논란의 여지가 있다.

런데, 이들 보조기관인, 『차관·차장·실장· . . .』 등은 이른바 직(職)에 해당하는 개념으로, 앞에서 살펴 본 것처럼, 『행정관청』과 관련해서 사용되는 개념이다. 다시 말해서, 제2조제2항의 규정과 논리적으로 맞지 않는다. 따라서, 이 부분은, 실(室)·국(局) 또는 부(部)·과(課) 등으로 바꾸어야 한다.

## 2) 대통령과 그 직속기관

대통령에 대하여는 헌법(제4장 제1절)과 정부조직법(제2장)에 규정되어 있는데, 대통령이라는 행정기관은 행정관청으로, 행정기관의 개념상, 작용법적 행정기관에 해당한다. 이것은, 정부조직법 제2조제2항의 원칙에서 벗어나 있다. 그런데, 이러한 대통령에 대한 규정에서의 작용법적 행정기관개념의 채용은 정부조직법제상의 많은 문제점을 야기한다.

먼저, 정부조직법상의 대통령에 관한 규정은, 형식적인 면에서, 정부조직법 제2조제2항의 규정과 명백히 모순된다. 즉, 정부조직법 제2조제2항은, 정부조직법상의 중앙행정기관은 부(部)·처(處) 및 청(廳)으로 한정하고 있기 때문이다. 위 규정대로 한다면, 대통령이란 중앙행정기관에 관해서는 정부조직법에 규정되어서는 아니되며, 따로 특별법을 만들어 규정해야 할 것이다. 실질적으로도, 대통령과 국무총리는 정치기관(政治機關)으로서의 속성<sup>42)</sup>이 강하므로, 대통령과 국무총리에 관한 사항은 정부조직법에서 분리하여 개별법으로 규정하는 것도 의미 있는 일이라고 할 수 있다. 그렇지 않으면, 위의 규정의 취지에 맞추어, 대통령을 사무배분적 행정기관개념으로 전환시켜서 규정해야 할 것이다. 즉, 다시 말하면, 대통령부(府)와 같은 행정기관을 창설하는 것이다. 어쨌든, 현재와 같은 규정방식은, 정부조직법 제2조제2항과 관련하여 살펴 볼 때, 형식적인 면에서 뿐만 아니라 실질적인 면에서도 모순점을 안고 있다고 하지 않을 수 없다.

두 번째의 문제는, 대통령이 작용법적 행정기관으로 규정되어 있는 한, 외국(外局)을 설치하는 의의를 살리지 못한다는 점이다.<sup>43)</sup> 즉, 앞에서 설명한 대로, 사무배분적 행정기관의 개념을 채용할 경우, 거기에 설치되는 외국(外局)은 부(部)에 버금가는 독립성을 확보할 수 있다. 그러나, 외국(外局)이 작

42) 藤田, 前掲書, 109~110頁.

43) 그런데, 여기서 먼저 지적할 점은, ‘대통령직속기관’은 행정조직법상의 개념으로 보면, 외국(外局)에 해당한다는 점이다.

용법적 행정기관에 설치되는 경우 그 의미는 반감되고 만다.

### 3) 국무총리와 그 직속기관

국무총리와 그 직속기관의 경우도, 위의 대통령과 그 직속기관에서 지적한 사항이 그대로 타당하다.

### 4) 행정각부와 그 직속기관

행정각부에 관한 정부조직법상의 규정에도, 정부조직법 제2조제2항의 원칙이 관철되어 있지 않다. 즉, 행정각부의 직무범위와 외국(外局)의 설치에 관한 규정은 다음과 같은 내용으로 되어 있다. 여기서는, 재정경제부에 관한 규정, 즉 정부조직법 제27조 제1항과 동조 제5항을, 다시 한번, 예로 들어보기로 한다.

#### 제27조(재정경제부)

- ① 재정경제부장관은 경제정책의 수립·조정, 화폐·금융·국고·정부회계·내국세제·관세·외국환·경제협력 및 국유재산에 관한 사무를 장리(掌理)한다.
- ⑤ 내국세의 부과·감면 및 징수에 관한 사무를 관장하기 위하여 재정경제부장관 소속하에 국세청을 둔다.

먼저 직무범위에 관한 규정을 보면, 타이틀은 ‘재정경제부’로 하고 본문에서는 ‘재정경제부장관’이라는 용어를 쓰고 있다. 여기서, ‘재정경제부’는 사무배분적 행정기관의 개념이고, ‘재정경제부장관’은 작용법적 행정기관의 개념이라는 것은 새삼스럽게 지적할 필요가 없을 것이다. 이처럼, ‘재정경제부’와 ‘재정경제부장관’을 구별하지 않고, 교환적으로 사용하는 것은 이른바 『행정관청이론』에 의거한 것이다. 즉, 『행정관청이론』에서는 부(部)·처(處)의 소장(所掌)사무가 바로 각 부(部)·처(處)장관의 소장(所掌)사무이기 때문이다.<sup>44)</sup> 따라서, 이 규정도 정부조직법 제2조제2항의 원칙에서 벗어나고 있다. 이 원칙에 적합한 규정을 하려면, ‘재정경제부장관’이라는 용어 대신에 ‘재정경제부’라는 용어를 사용하여야 한다.

동조(同條) 제5항의 외국(外局)의 설치에 관한 조항에 대해서도 직무범위에 관한 규정에서 지적한 내용이 그대로 타당하다. 즉, 정부조직법 제2조제2항의 원칙에 부합된 규정이 되기 위해서는, 역시 ‘재정경제부장관’ 대신에 ‘재정경제부’라는 용어를 사용해야 한다.

44) 佐藤, 前掲書, 55~56頁.

## V. 맺음말

이상에서, 행정조직법을 이해하는데 기초가 되는 이론, 즉, 행정조직법의 전제로서의 『정부』의 의미, 행정조직법과 『법률에 의한 행정의 원리』, 그리고 행정기관의 개념과 정부조직법에 대해서 살펴 보았다.

행정권의 귀속의 주체인 『정부』가, 행정조직법을 전제로 했을 경우, 기관으로서 실체를 갖지 못하는 허구적인 존재로, 이로 인하여 헌법을 비롯한 정부조직법에 있어서 체계적인 입법이 이루어지지 못하는 원인이 되고 있음을 알 수 있었다. 이 점은 국가행정조직법을 논의하기 위한 출발점이자, 필수적인 전제가 되기 때문에 진지한 검토가 이루어져야 할 것이다.

행정조직법과 『법률에 의한 행정의 원리』와 관련해서도, 역시, 형식적인 면에서는 물론, 실질적인 의미에 있어서도, 체계적으로 규정되어 있지 않다. 그 중에서 특히 문제가 되는 것은, 행정각부의 직무범위 및 설치근거 등에 대해서, 정부조직법에서 단 한 조문으로 규정하고, 나머지 사항에 대해서는, 대통령령인 ‘각부와 그 소속기관직제’로 처리하고 있다는 점이다. 이러한 입법방식은 행정조직편성권에 대한 입법의 통제를 규정한 헌법 제96조의 규정에 비추어 볼 때, 위헌(違憲)의 소지를 안고 있다고 할 수 있다.

마지막으로, 행정기관의 개념과 정부조직법에 관한 사항이다. 행정기관에는 두 가지 개념, 즉 작용법적 행정기관과 사무배분적 행정기관이 있고, 실정법상으로도 서로 병존하고 있다. 따라서, 입법이나 법률의 해석을 할 경우에는 이들 양자에 대한 명확한 구별이 필요하다. 그러나, 정부조직법을 비롯한 일반 행정작용법의 규정을 보면, 이들에 대한 기본개념의 인식의 부족으로, 입법체계가 매우 혼란스러운 상태에 있음을 알았다. 역시 시급한 검토가 필요하다고 할 것이다.