

헌법상의 청원권과 ombudsman제도에 관한 고찰

A Study on the Right of Petition and Ombudsman System in Korea

조재현(Cho, Jae Hyun)*

ABSTRACT

With the development of democracy, the enhancement of citizen's sense of right, the right of petition be expressly stipulated in the Korean Constitution. In order to guarantee the right of petition, the ombudsman system has being organized or working. It has a meaning of a representative, agent, advocate or guardian in Swedish, has much sense as an institutional device to serve to preventing the infringement of citizens' freedom and right from the misuse and abuse of administrative power, to properly controlling administrative power, to solving the matter caused by infringement. Various ombudsman system inclusive of 'Ombudsman of Korea' is currently in operation In Korea.

The purpose of this study is to analyze the function of the ombudsman system, for example as it is called that of the defence of right and controlling the administration in the Korean Constitution within the framework of a comparative study. As a result of the analysis, it will contribute to giving suggestions in systematization of the existing ombudsman system.

Key Words : 청원권(Right of Petition), ombudsman(ombudsman), 행정통제(controlling administrative power), 행정권 남용(abuse of administrative power), 국가인권위원회(National Human Rights Commission of Korea), 국민고충처리위원회(The Ombudsman of Korea)

1. 서론

헌법 제26조 제1항에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다”고 규정하여 청원권을 헌법상의 기본권으로 보장하고 있으며, 청원법·국회법·지방자치법 등에 의하여 구체화되고 있다. 오늘날과 같은 현대국가에서는 국가에 대한 국민의 요구사항이 증가하고 있으며, 국가의 사법작용에 의해서도 권리구제의 실효성을 기대할 수 없는 사각지대가 존재한다는 점에 비추어 볼 때 청원권의 헌법상 보장은 그 의의가 있다.

헌법상 청원권과 유사한 기능을 행사하는 것으로 국민고충처리위원회를 들 수 있다. 고충민원의 처리와 이에 관련된 불합리한 행정제도를 개선하도록 함으로써 국민의 기본적 권익을 보호하고 행정의 적정성 확보에 이바지함을 목적으로 ‘국민고충처리위원회

* 동아대학교 교수

의설치및운영에관한법률'에 의하여 국민고충처리위원회와 시민고충처리위원회가 설치되어 있다.

국민고충처리위원회는 '한국형 옴부즈만'으로 간주되고 있다. 국민고충처리위원회는 민원사무처리에관한법률에 그 법적 근거를 가지고 있었으며, 국무총리소속하에 설치되었다. 2005년에는 국민고충처리위원회를 '국가옴부즈만'으로 명칭을 바꾸고 각 지방자치단체에 '시민옴부즈만'을 설치함을 그 내용으로 하는 '옴부즈만의설치및운영에관한법률(안)'이 제출되었으나, 법제사법위원회의 수정을 거쳐 '국민고충처리위원회의설치및운영에관한법률'로 명칭이 바뀌었고, 국민고충처리위원회도 대통령소속으로 변경되어 새롭게 정비되었다.

옴부즈만은 우리말이 아니지만 이미 학계에서는 보편적으로 사용되는 일반화된 개념이며, 국민고충처리위원회도 영문명칭을 'Ombudsman of Korea'라 사용하고 있다. 그렇지만 옴부즈만이라는 개념은 아직 확립된 개념은 아니며, 그것의 개념정의나 학문적 연구가 선행되어야 함에도 불구하고 일반적으로 사용한다는 것이 문제점으로 지적될 수 있다. 게다가 경제자유구역의지정및운영에관한법률을 비롯한 다수의 법령이나 규정 등에서 옴부즈만이라는 용어가 사용되고 있다.²⁾ 즉 학계에서 오래전부터 논의되던 옴부즈만이라는 제도가 이미 실정법에서 도입되었음을 의미한다. 하지만 그 개념정의에 소극적이며, 정확한 이해 없이 제도만을 도입하는 것은 바람직한 태도라 할 수 없다. 옴부즈만 제도에 관한 정확한 이해가 선행되어야 하며, 그 후 그것의 도입여부나 도입 분야 및 그 영역에 관한 논의가 이루어져야 한다.

이하에서는 헌법상 청원권의 의의와 청원권과 옴부즈만의 관계에 관하여 살펴보고, 옴부즈만 제도에 관한 제 문제를 비교법적 관점·권리구제의 관점·행정통제의 관점·체계적합성의 관점에서 검토한다.

II. 헌법상의 청원권과 옴부즈만 제도

1. 청원권의 의미

국민은 국가기관에 청원할 권리를 가진다. 청원권이라 함은 국민이 공권력과의 관계

2) 경제자유구역의지정및운영에관한법률, 경제자유구역의지정및운영에관한법률시행령, 국민고충처리위원회규정, 국민고충처리위원회직제, 국방획득제도개선및방위사업청개청준비기구의설치및운영등에관한규정, 대덕연구개발특구등의육성에관한특별법, 대덕연구개발특구등의육성에관한특별법시행령, 방위사업법, 방위사업법시행령, 방위사업청과그소속기관직제, 방위사업청과그소속기관직제시행규칙, 산업자원부와그소속기관직제시행규칙, 보건복지부와그소속기관직제, 산업자원부와그소속기관직제시행규칙, 산업집적활성화및공장설립에관한법률, 산업집적활성화및공장설립에관한법률시행령, 외국인투자촉진법, 외국인투자촉진법시행령 등에서 옴부즈만이라는 용어를 사용하고 있다.

에서 일어나는 여러 가지 이해관계 또는 국정에 관해서 자신의 의견이나 희망을 진술할 권리를 말한다.³⁾ 오늘날 사법적인 권리구제절차의 정비와 각종의 input 수단의 보장으로 인해서 청원권이 갖고 있는 고유한 기능은 많이 퇴색되었지만, 청원권은 우선 국민적 관심사를 국가기관에 표명할 수 있는 수단으로서, 둘째 국회와 국민의 유대를 지속시키거나 강화시켜주는 수단으로서, 셋째 국회의 국정통제의 기초를 마련해 준다는 점에서 그 의의를 가질 뿐만 아니라 엄격한 절차와 형식에 의한 정상적인 행정적·사법적 권리구제수단에 의존함이 없이 비정상적인 권리구제수단⁴⁾으로서의 기능을 갖는다는 점에서 그 의의가 있다.⁵⁾

청원권은 단순히 자신의 이해관계 내지 관심사에 관하여 자유롭게 의견이나 희망을 진술하는 권리에 그치는 것이 아니라 국가에게 자신의 청원과 관련된 사항에 대하여 수리와 심사의무를 요구할 수 있다는 점에서 청구권적 성격도 가진다고 할 수 있으며, 더 나아가 자신의 정치적 견해를 밝힐 수 있다는 점에서 참정권적인 성격으로 이해되기도 한다.⁶⁾

청원사항으로는 피해의 구제, 공무원의 위법·부당한 행위에 대한 시정이나 징계의 요구, 법률·명령·조례·규칙의 제정·개정 또는 폐지, 공공의 제도 또는 시설의 운영, 그 밖에 국가기관 등의 권한에 속하는 사항 등이다.

일반적인 국가기관에 대한 청원은 청원법에 의하여 처리되며, 국회와 지방자치단체에 대한 청원은 각각 국회법과 지방자치법의 개별규정에 의해서 처리된다. 국회나 지방의회에 청원을 하는 경우에는 의원의 소개를 얻어야 하며, 헌법재판소는 이와 같은 의원소개제도를 합헌이라고 한다.⁷⁾

2. 옴부즈만의 의미

1) 옴부즈만의 역사

옴부즈만 제도는 1809년의 스웨덴헌법 제96조에 의하여 의회가 행정부와 사법부의 직무수행에 있어서의 법령준수를 감독하기 위하여 1810년 의회의 대리인으로서 1인의 옴부즈만을 임명함으로써 역사상 처음으로 창설되었다. 그 이후 핀란드가 1919년에 제정된 헌법 제49조에 옴부즈만에 관한 기본규정을 두었고, 덴마크 역시 1953년 헌법

3) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007, 535면; 헌재결 1994. 2. 24. 93헌마213.

4) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2001, S. 254.

5) 허영(주 2), 535면 이하.

6) C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., Duncker & Humblot, S. 170; 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007, 334면. 전광석 교수는 오늘날 청원권은 권리구제수단으로서보다는 국가기관에 절차와 형식에 구애됨이 없이 의견을 표현하는 수단으로 그리고 이를 통해서 국정에 참여하고 국정을 통제하는 수단으로서의 기능이 더 강하다고 한다.

7) 헌재결 1999. 11. 25. 97헌마54.

제55조의 옴부즈만에 관한 규정에 기초하여 옴부즈만법을 제정하고 1955년에 의회옴부즈만을 선임하였다. 노르웨이도 1952년 군사옴부즈만 제도를 채택한 후 1962년 입법화를 통하여 행정에 대한 의회옴부즈만을 두게 되었다. 독일은 1956년 기본법을 개정하여 제45조 b를 삽입함으로써 국방행정에 한정된 옴부즈만 제도를 도입하기 위한 근거를 마련하였고, 1957년 연방의회국방대리인법을 제정하여 군사옴부즈만을 설치했다. 1962년에는 뉴질랜드가 의회위원회법, 1967년에는 영국이 의회위원회법을 제정함으로써 옴부즈만으로서 의회위원을 임명했다. 미국은 연방차원은 아니지만 각 주별로 옴부즈만 제도를 채택하고 있으며, 프랑스는 프랑스형 옴부즈만인 중재자에 관한 법률을 1973년에 제정함으로써 옴부즈만 제도를 도입했다.⁸⁾

2) 옴부즈만의 개념

옴부즈만은 옴부즈만 제도를 채택하고 있는 나라의 채택방식이 다양하기 때문에 일반적으로 정의하기는 어렵다. 최초로 옴부즈만 제도를 도입한 스웨덴의 경우 의회가 일종의 사법관인 옴부즈만을 임명하고 옴부즈만으로 하여금 공공기관의 활동을 감시·감독하게 함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하는 의회형 옴부즈만 제도라고 할 수 있다. 하지만 세계 각국에서 채택하고 있는 옴부즈만 제도는 다양한 형태가 존재하기 때문에 옴부즈만 제도를 반드시 스웨덴과 같은 의회형 옴부즈만으로는 이해할 수 없다. 그 때문에 일반적인 학계의 논의를 보면 대체로 정부나 의회에 의해서 위촉되어 개인적인 시민의 고충을 듣고 조사하며 공익을 위해 일하는 대표자 또는 대리인이라는 의미로 이해되고 있다.⁹⁾

3) 옴부즈만의 유형

옴부즈만의 유형은 순수의회형·수정의회형·행정부형·감사원형·절충형 등으로 분류되기도 하고,¹⁰⁾ 활동분여별 내지는 운영의 형태에 따라 다양하게 분류되기도 한다.¹¹⁾ 가장 보편적인 분류는 의회형 옴부즈만 제도와 행정형 옴부즈만 제도이다. 의회형 옴부즈만 제도는 옴부즈만이 의회에서 임명되는 것으로 스웨덴의 옴부즈만 제도가 이 유형에 속한다. 의회형 옴부즈만은 의회에서 선출되고 의회에 소속되어 있으나, 의회의 간섭을

8) 유제열, “옴부즈만제도로서의 국민고충처리위원회에 관한 고찰”, 공법연구 제24집 제2호, 1996, 339면 이하.

9) 오필환, “옴부즈만 제도의 발전방안 연구”-반부패활동과 지방자치단체의 옴부즈만을 중심으로-, 한국부패학회 하계학술대회 발표문, 2007. 6. 27면.

10) 강동식, “지방자치단체에 옴부즈만제도 도입에 관한 연구”, 제행논총 4, 제주대학교 행정대학원, 1996, 108면 이하; 표명선, “한국형 옴부즈만 제도의 과제와 전망”, 강남대학교 논문집, 1999, 219면 이하.

11) 오필환(주 8), 29면 이하 참조.

받지 아니하고 고도의 정치적 독립성을 유지한다. 행정형 옴부즈만 제도는 행정부의 수장에 의하여 임명되고 행정조직에 속하는 것으로 행정기관이 옴부즈만의 역할을 수행한다. 행정부형은 의회에 의한 행정통제가 이루어지는 형태는 아니며, 국민의 고충을 듣고 당해 행정기관을 조사하여 미비된 행정행위에 대하여는 해당 행정기관에 시정권고, 알선, 설득하는 행정구제에 중점을 두는 유형이다. 그 때문에 행정형 옴부즈만은 국민의 고충을 검토하고 분석하여 행정제도의 개선에 능동적으로 대처하는 행정절차의 일환으로 내부적 행정구제제도로서 기능한다.¹²⁾

의회형 옴부즈만과 행정형 옴부즈만을 고전적인 옴부즈만으로 유형화 한다면, 이러한 고전적 옴부즈만인 일반적인 옴부즈만과 구분되는 개념으로 특별옴부즈만을 인정하는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 특별옴부즈만으로 소비자옴부즈만, 보도옴부즈만, 공정거래옴부즈만, 교도소옴부즈만 등을 예시하고 있다.¹³⁾

3. 청원권과 옴부즈만의 관계

옴부즈만 제도는 그것을 도입하고 있는 각국에서 다양한 형태로 운영하고 있다. 옴부즈만 제도가 가능한 유형은 의회형 내지는 행정형 옴부즈만이며, 사법형 옴부즈만은 인정되고 있지 않다.¹⁴⁾ 그렇기 때문에 옴부즈만을 설치하여 그 제도의 운영과 관련하여 논의할 수 있는 국가작용의 영역은 입법부와 행정부에 한정된다.

의회의 청원제도와 옴부즈만 제도를 동일한 것으로 이해할 수는 없지만¹⁵⁾ 상호 밀접한 관련이 있는 인접개념으로 이해할 수 있다. 현행 헌법, 청원법, 국회법, 지방자치법 등에 의하면 청원의 대상은 국민의 대표기관과 처분관서이다. 독일기본법 제17조도 이와 같이 규정하고 있다. 여기서 국민의 대표기관이라 함은 국회뿐만 아니라 지방의회도 포함한다.¹⁶⁾ 청원권 역시 의회와 행정부를 수범자로 하고 있으며, 청원권이 갖는 권리구제수단으로서의 기능을 강화하는 방법으로 옴부즈만을 활용하고 있다고 주장¹⁷⁾되고 있는 바와 같이 청원권과 옴부즈만은 엄격하게 구별되는 별개의 개념은 아니라 오히려 상호 보완적인 개념이다. 별도의 헌법적 근거를 마련하지 않고 옴부즈만 제도를 도입한다면 이 경우 청원권은 옴부즈만 제도의 헌법상 근거로 기능할 수도 있다.

12) 유제열(주 7), 347면; 강동식(주 9), 109면.

13) 김남진, 『행정법 I』, 법문사, 2006, 768면.

14) 사법형 옴부즈만 제도가 인정되지 않는 것에 관하여는 후술한다.

15) 이현환, “의회청원제도에 관한 고찰”-서독의 경우를 중심으로-, 법학연구, 충북대학교 법학연구소, 1990, 198면.

16) Pieroth/Schlink(FN 3), S. 255.

17) 허영(주 2), 536면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007, 613면.

III. 한국에서의 옴부즈만 제도의 도입

1. 한국형 옴부즈만 제도의 바람직한 모델정립에 관한 제 문제

이미 옴부즈만 제도는 우리 현행 법질서에 도입되어 있다. 국가고충처리위원회를 옴부즈만으로 보는 것이 학계의 다수의견이다. 국민고충처리위원회의설치및운영에관한법률이 제정된 배경을 보면 국가옴부즈만과 지방옴부즈만을 설치하기 위하여 이들의 근거규정을 마련할 의도로 ‘옴부즈만의설치및운영에관한법률(안)’이 제출되었다는 점을 보더라도 학계의 다수의견은 수긍할 만하다. 그 뿐 아니라 실정법상에도 옴부즈만이라는 용어가 많이 등장한다는 점은 이미 언급한 바 있다. 우리나라의 이른바 한국형 옴부즈만 제도는 명확한 개념정의 없이 그것을 도입하고 있다는 점을 우선 문제점으로 지적할 수 있다. 그렇기 때문에 다음의 관점에서 옴부즈만 제도의 운영현황과 도입에 관한 문제를 재검토해야 할 필요성이 있다.

우선 비교법적 관점에서 옴부즈만 제도를 검토할 필요가 있다. 세계 각국의 입법경향에 비추어 현재 운영되고 있는 옴부즈만 제도는 사회적으로 기능적·제도적 가치가 있는지, 지속적으로 주장되고 있는 바와 같이 앞으로 사회 전 영역에서 옴부즈만 제도를 광범위하게 도입하는 것이 과연 바람직한 것인지를 먼저 고찰해야 한다. 둘째, 옴부즈만이 가지고 있는 권리구제의 관점이나 행정통제의 관점에서 옴부즈만 제도가 현행 법질서와의 조화를 이루는 것인지를 법적 관점에서 그것의 문제점을 검토할 필요가 있다. 마지막으로 비교법적 관점·권리구제의 관점·행정통제의 관점에서 옴부즈만 제도의 도입필요성이 인정되고 현행 법질서에도 위반되지 않는다면, 과연 바람직한 한국형 옴부즈만 제도의 모델은 어떠해야 하는가를 검토할 필요가 있다. 이 단계에서는 옴부즈만의 개념정의를 명확히 하는 연구가 선행되어야 하고, 옴부즈만 제도가 규범 상호간에 체계적합성을 유지하는지, 법적인 근거를 반드시 필요로 하는지가 검토되어야 한다.

2. 비교법적 관점에서의 검토

옴부즈만 제도는 스웨덴, 프랑스, 영국, 오스트리아, 뉴질랜드 등 이미 세계 각국에서 채택하고 있는 제도이다. 대체로 스웨덴이나 영국, 오스트리아 등은 의회형 옴부즈만 제도를 채택하고 있으며,¹⁸⁾ 프랑스는 행정형 옴부즈만 제도를 채택하고 있다. 비교법적으로 보면 프랑스의 옴부즈만 제도가 우리 현행법상 규정하고 있는 국민고충처리위원회와 유사한 제도적 특징을 가진다.

프랑스의 옴부즈만 제도¹⁹⁾는 1973년에 탄생한 것으로 비교적 역사가 오래되지 않았

18) 스웨덴, 영국, 오스트리아 등 의회형 옴부즈만 제도의 자세한 내용은 오준근, “국민의 권리구제 효율화를 위한 옴부즈만 관련 법제정비방안”, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5. 413면 이하를 참조.

다. 프랑스의 옴부즈만은 6년의 임기로 임명되는 1명으로 구성된다. 옴부즈만은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령령으로 임명되며, 의회의 동의를 요건으로 하지 않는다. 옴부즈만을 임명하는 데는 그 어떠한 자격제한도 없기 때문에 지금까지 다양한 사람들이 옴부즈만으로 임명되었으며, 옴부즈만의 임명은 대통령의 재량에 의한다. 옴부즈만은 행정부에 대한 통제기관 혹은 조정기관으로서 임무를 수행하기 위하여 독립성과 중립성이 보장되어야 하는데, 겸임금지나 연금금지 등의 제도를 통하여 실현되고 있다. 그리고 중앙옴부즈만의 업무를 분담하기 위해서 지방옴부즈만 제도를 두고 있다. 지방옴부즈만은 연락관의 형태로 운영되다가 2000년에 옴부즈만설치법 개정법률에서 규정하여 법률적인 근거를 갖게 되었다. 지방옴부즈만은 옴부즈만이 임명하며 그 임기는 1년이고 연임이 가능하다. 지방옴부즈만은 명예직으로 자원봉사의 형태로 임무를 수행하고 있으며, 약간의 실비를 제공받고 있다. 그들의 임무는 주로 시민들의 간단한 고충신청을 접수하며 지방차원의 행정 또는 공역무와 관련된 분쟁을 해결한다. 그러나 지방옴부즈만이 분쟁을 해결할 가능성이 없을 때에는 신청인이 국회의원을 통하여 옴부즈만에게 고충신청을 하기 위한 서류를 작성하는데 필요한 도움을 줄 수 있다.

프랑스의 옴부즈만 제도는 중앙의 옴부즈만과 지방옴부즈만이라는 이원적 구조, 행정형 옴부즈만이라는 점에서 우리의 국민고충처리위원회와 유사한 특질을 갖는다. 의회형이든 행정형이든 옴부즈만이라는 제도가 현대 행정작용의 양식이 다양화되고 복잡한 양상으로 전개되면서 국민에게 발생하는 권리침해에 대한 구제가 충분히 이루어지지 않는 경우 충분히 고려할 수 있는 제도적 장치라는 점에서 그 의의가 있다. 그것의 개념적 정의나 용어·제도운용의 실태 등에서 차이가 있을지언정, 이미 세계 각국에서는 국민의 고충처리를 위한 제도로서 옴부즈만 제도를 도입하고 있다. 그 때문에 비교법적 관점에서 볼 때 옴부즈만 제도의 도입 필요성은 충분히 긍정될 수 있다.

3. 권리구제의 관점에서의 검토

옴부즈만은 국민과 행정간의 매개체로서 독립적 지위에서 행정부에 대한 통제와 국민의 고충처리기능을 수행한다.²⁰⁾ 국민의 고충처리기능을 수행한다는 의미는 국민의 직접적인 권리구제기관으로서의 옴부즈만이라는 제도를 인정한다는 의미로 받아들일 수는 없다. 현행 헌법은 국민의 권리보호를 위하여 입법권 및 행정권과 동등한 위치에 있는 ‘사법권’을 독립한 ‘사법부’에 맡기고 있다. 국민의 권리보호를 직접적으로 추구하는 기관은 사법부이며, 사법부의 권한이 충분히 발휘될 수 있도록 존중하고, 그 효율성을 저해하는 요소가 제거될 수 있도록 국가적인 인식이나 제도적인 지지가 있어야 한다.²¹⁾

19) 프랑스의 옴부즈만 제도에 관한 자세한 내용은 전학선, “프랑스의 옴부즈만 제도에 관한 연구”, 헌법학연구 제9권 제4호, 2003, 507-533면.

20) 표명선(주 9), 7면.

21) 오준근(주 17), 416면.

그 때문에 현행헌법체계 하에서 사법부의 고유한 권리인 권리침해구제기능을 부인하는 이른바 사법형 옴부즈만은 해석상 인정하기가 어렵다.

그렇지만 옴부즈만의 기능에서 권리구제라는 기능을 완전히 배제할 수는 없다. 소송을 통한 권리구제의 확대를 위하여 원고적격이나 대상적격의 확대, 새로운 소송형태의 도입을 위한 입법정책적 노력에도 불구하고 권리구제의 사각지대는 존재하기 마련이다. 우리의 경우 행정의 사전절차로서의 행정절차, 사후절차로서의 행정심판과 행정소송이 상당한 정도로 정비되어있다. 그럼에도 불구하고 정식의 행정구제제도로서는 해결되기 어려운 불평·불만을 간이·신속하게 처리해 주는 제도로서의 옴부즈만은 여전히 필요하며,²²⁾ 그러한 영역에서 발생하는 국민의 고충이나 민원을 해결하는 제도적 장치가 필요하다. 그 뿐만 아니라 사법부의 권리구제제도에 의한 충분한 구제가 보장되는 경우에도 그러한 구제제도에 접근이 용이하지 않은 경우가 있다. 사법부와 국민의 고충을 연결해주는 매개체로서 기능하는 것 역시 옴부즈만의 고유한 기능 중의 하나이다. 이러한 점을 고려할 때 옴부즈만이 갖는 권리구제로서의 기능을 무시할 수 없다. 그러므로 국민의 권리구제의 관점에서 바라본다면 옴부즈만 제도는 사법부의 고유한 영역을 침범하지 않는다면 우리 현행 헌법질서에 위배되는 제도가 아니다.

결국 오늘날 옴부즈만 제도가 다양한 형태로 운영되고 있지만, 우리 현행 법질서 내에서 도입이나 운영이 가능한 것은 의회형 내지는 행정형 옴부즈만 제도이다.

4. 행정통제의 관점에서의 검토

국민의 고충처리를 통한 권리구제 외에도 옴부즈만 제도는 행정통제와 부패방지 기능을 수행한다. 행정의 효율성통제와 내부적 통제, 그리고 수준 높은 공직윤리 등을 옴부즈만 제도의 성공조건으로 이해하는 것²³⁾도 바로 옴부즈만 제도가 수행하는 그와 같은 기능의 중요성을 말해주고 있다.

1) 권력통제의 관점

권리구제의 관점에서 고찰한 바와 같이 우리 현행 법질서 내에서 고려할 수 있는 옴부즈만 제도는 의회형 옴부즈만 제도와 행정형 옴부즈만 제도이다. 행정형 옴부즈만은 이미 살펴본 바와 같이 우리 헌법질서 내에 이미 도입되어 있다고 평가된다. 의회형 옴부즈만은 스웨덴이나 영국과 같은 의원내각제를 정부형태로 하는 국가에서 주로 채택하고 있는데,²⁴⁾ 우리 현행법질서에서도 과연 의회형 옴부즈만 제도의 채택을 고려할 수 있는지가 문제된다.

22) 김남진(주 12), 769면.

23) 오석홍, 『행정학』, 박영사, 2005, 893면.

24) 오준근(주 17), 413면.

의원내각제 정부형태 혹은 내각책임제 정부형태는 의회에서 선출되고 의회에 대하여 정치적 책임을 지는 내각 중심으로 국정이 운영되는 정부형태를 말한다. 의원내각제는 의회와 집행부 상호간에 권력의 공유관계에 기초하고 있다. 대통령제가 상호 독립성의 원리에 의하여 지배되는 것과는 대조적으로 두 기관이 상호 의존성의 원리에 입각하고 있으며, 권력기관 상호간에 기능적 공화 내지 조화를 허용한다.²⁵⁾ 그렇기 때문에 의회에서 선출된 옴부즈만이 행정통제의 기능을 수행하더라도 헌법상 크게 문제되지 않는다.

대통령제 정부형태는 의회로부터 독립하고 의회에 대해서 정치적 책임을 지지 않고 국민에 대해서만 책임을 지는 대통령 중심으로 국정이 운영되고 대통령에 대해서만 정치적 책임을 지는 국무위원에 의해 구체적인 집행업무가 행해지는 정부형태를 말한다. 대통령제에서는 국민에 의하여 선출된 대통령과 의회로 민주적 정당성이 이원화된다. 대통령과 의회의 민주적 정당성의 양대 축은 상호 독립성의 원리에 의하여 지배되기 때문에 대통령과 의회는 주기적인 선거에 의하여 국민에 대해서만 정치적 책임을 질 뿐 대통령과 의회 상호간에는 책임의 문제가 발생하지 않는다.²⁶⁾

의회형 옴부즈만 제도는 옴부즈만이 의회에서 선출되어 강한 독립성을 유지하면서 의회의 간섭을 받지 않지만, 의회에 소속된다. 의회소속의 옴부즈만이 행정권을 통제하게 된다면 대통령제 정부형태가 가지는 의회와 집행부의 상호 독립성의 원리라는 기능적인 메커니즘과는 조화되지 않는다.

우리 정부형태는 대통령제 정부형태를 취하고 있다.²⁷⁾ 현재 우리의 옴부즈만 제도로 간주되고 있는 국민고충처리위원회는 행정형 옴부즈만 제도에 가깝다. 만약 우리가 새로운 의회형 옴부즈만 제도를 고려할 수 있는가라고 묻는다면, 권력통제의 관점에서 긍정적인 답변을 할 수 없을 것이다. 결국 현행 우리 헌법체계를 유지한다면 우리가 고려할 수 있는 옴부즈만 제도는 행정형이어야 한다.

2) 부패방지의 관점

국민의 고충처리를 위한 행정통제라는 옴부즈만의 기능은 결국 우리사회의 부패방지 효과를 가져온다. 부패란 일정한 조직 및 국가를 중심으로 부패의 주체(공무원)와 객체(기업인, 시민)의 상호작용에 의하여 체제의 미비와 환경의 유인효과에 의해 유발된 행정현상으로 사회적 기대가능성을 위반한 불법적이고 도덕적인 비난가능성을 포괄한 일탈행위라 할 수 있는데, 이러한 부패 방지의 노력은 행정부의 제도보완이나 입법부의

25) 조재현, “책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정”, 연세법학연구 제9집 제2권, 2003, 28면.

26) 조재현(주 24), 27면.

27) 정부형태를 대통령제, 의원내각제, 절충형 정부형태로 구분하는 것이 일반적이다. 우리 정부 형태는 대통령제로 이해하지만, 좀 더 엄격하게 말하면 대통령 중심제 내지는 대통령 중심의 절충형 정부형태라 할 수 있다.

노력만으로 되는 것이 아니라 모든 사회 분야에 관찰자가 필요하며, 이런 관점에서 옴부즈만 제도가 중요한 기능을 수행한다고 한다.²⁸⁾ 그 때문에 옴부즈만 제도는 정부기관 뿐 아니라 사회 전 분야에서 만들어지고 활용되어야 한다고 주장된다. 실제로 사회의 부패고리는 특정한 한 분야에 한정된 것이 아니라 전방위적으로 나타난다. 그 때문에 전문옴부즈만 제도의 도입이 주장된다.²⁹⁾

사회 전 분야에서의 옴부즈만 제도의 도입은 실제로 부패방지의 차원에서는 충분히 고려할 만하다. 하지만 그보다 먼저 옴부즈만의 개념정립이 선행되어야 하고, 법규범 전체의 범주에서 규범 상호간의 체계적합성의 관점에서 옴부즈만 제도가 다시 검토되어야 할 필요가 있다.

5. 체계적합성의 관점에서의 검토

옴부즈만이라는 용어는 우리말이 아니지만 우리 학계나 실생활에서 보편적으로 사용되는 개념이다. 옴부즈만이라는 용어를 사용하지는 않지만 국민고충처리위원회는 옴부즈만으로 인정되고 있으며, 실정법에도 옴부즈만이라는 용어가 직접 사용되고 있다. 비교법적 관점·권리구제의 관점·행정통제의 관점에서 볼 때 국가행정의 각 영역에서 이미 도입되어 있는 옴부즈만 제도의 도입 필요성은 충분히 수긍할 수 있다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 그렇지만 아무리 좋은 제도라고 하더라도 제도의 도입이나 시행은 장단점을 수반하기 마련이다. 옴부즈만이 권리구제라는 대의명분으로 행정을 통제하는 경우 행정의 적법성 통제에는 기여할 수 있으나, 반대로 행정의 효율성을 저해하는 경우가 발생할 수 있다. 옴부즈만의 행정통제가 행정의 효율성을 진작시키는데 있어서 긍정적인 작용을 할 수도 있지만, 반면에 지나친 행정통제는 행정의 효율성에 장애가 된다. 그 때문에 옴부즈만의 도입은 법규범 전체의 시각에서 그것의 필요성이나 도입의 정당성 여부를 검토할 필요가 있다. 이 때 옴부즈만이 과연 무엇이며, 어떠한 역할을 수행하는 것인지에 관한 개념정의 차원에서 우선적인 접근이 이루어져야 하고, 그러한 개념정의에 기초하여 법규범 전체에서 규범 상호간의 체계적합성 내지 체계정당성의 관점이라는 시각에서 옴부즈만 제도가 분석·검토되어야 한다. 우선 옴부즈만의 개념정의에 앞서서 현행법상 옴부즈만 제도로 간주되는 제도가 어떠한 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

1) 현행법상 옴부즈만 제도

(1) 국민고충처리위원회

28) 오필환(주 8), 36면 이하.

29) 오필환(주 8), 49면. 이러한 입장에서 주장되는 전문옴부즈만이란 의회형·행정형의 고전적인 옴부즈만에 대응하는 특별옴부즈만을 의미한다고 할 수 있다.

헌법 어디에도 옴부즈만의 정의를 찾아볼 수는 없지만, 국민고충처리위원회가 옴부즈만 혹은 옴부즈만에 유사한 성격을 가진다³⁰⁾는 점에는 학설이 일치하고 있다. 옴부즈만의 임명권자를 의회로 보는 견해에서는 이 위원회는 국회에 의해서 임명되는 것이 아니라는 점에서 이른바 고전형 옴부즈만은 아니며, 행정형 옴부즈만에 가깝은 것으로 보기 때문에 옴부즈만에 유사한 제도로 이해하게 된다.³¹⁾

국민고충처리위원회는 1994년 1월 7일 법률 제4735호로 제정된 행정규제및민원사무기본법을 근거로 하여 설립되었으나, 그 후 동법이 행정규제관리법과 민원사무처리에 관한 법률로 분리되었고, 현재는 민원사무처리에 관한 법률로부터 독립하여 국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률에서 그 법적 근거를 마련하고 있다.

국민고충처리위원회는 행정기관 등에 대한 고충민원의 처리와 이에 관련된 제도개선을 위하여 설치되는 기관이다. 지방자치단체 및 그 소속 기관에 대한 고충민원의 처리와 이에 관련된 제도개선을 위해서 각 지방자치단체는 시민고충처리위원회를 둘 수 있다.

국민고충처리위원회는 고충민원³²⁾의 조사와 처리, 고충민원과 관련된 시정권고 또는 의견표명, 고충민원의 처리과정에서 관련 행정제도 및 그 제도의 운영에 개선이 필요하다고 판단되는 경우 이에 대한 권고 또는 의견표명, 국민고충처리위원회가 처리한 고충민원의 결과 및 행정제도의 개선에 관한 실태조사와 평가, 민원사항에 관한 안내 및 상담, 온라인 국민참여포털의 통합운영, 시민고충처리위원회의 활동과 관련한 협력 지원 및 교육, 국민고충처리위원회의 활동과 관련한 교육 및 홍보, 국민고충처리위원회의 활동과 관련된 국제기구 또는 외국의 권익구제기관 등과의 교류 및 협력, 국민고충처리위원회의 활동과 관련된 개인·법인 또는 단체와의 협력 및 지원, 그 밖에 다른 법령에 따라 국민고충처리위원회의 소관으로 규정된 사항 등의 업무를 수행한다.

(2) 옴부즈만 형태의 권리보호수행기관

옴부즈만과 유사한 기능을 행사하는 기관으로 국가인권위원회, 국가청렴위원회, 국무총리행정심판위원회 등을 거론하면서, 유사기구의 중복적 설치에 따른 법적·조직적 문제점 등을 지적하는 견해가 있다.³³⁾ 이러한 입장에 의하면 우리의 경우 옴부즈만이 국민고충처리위원회, 국가인권위원회, 국가청렴위원회, 국무총리행정심판위원회 등으로 분산·설치되어 있는데, 어느 국가에서나 인권보호 및 부패방지, 고충민원처리기능을 포괄적으로 수행하는 하나의 옴부즈만으로 운영되는 것이 국민의 편의를 위하여 바람직하다고 한다. 다수의 행정위원회가 중복적으로 설치되고 그 확장을 요구함은 바람직하지

30) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 475면; 표명선(주 9), 224면 이하,

31) 김남진(주 12), 770면.

32) 여기서 고충민원이라 함은 행정기관등의 위법·부당하거나 소극적인 처분(사실행위 및 부작위를 포함한다) 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항에 관한 민원을 말한다.

33) 오준근(주 17), 404면 이하.

않으며, 위원회조직으로서의 옴부즈만의 필요성이 인정된다고 하더라도 가능한 한 단일한 창구를 가진 필요최소한의 조직으로서 최대한의 효과를 올릴 수 있도록 설계되어야 한다는 것이다.³⁴⁾

인권보호, 부패방지, 고충처리라는 국가의 기능은 엄격하게 분리할 수 있는 성질의 것은 아니지만, 이 기능을 한 기관에 집중시키느냐, 여러 기관에 분산시키느냐의 선택과 집중의 문제는 입법정책적 사항에 해당하는 것으로 여기서 상세한 논의는 피한다. 다만 이러한 기관의 기능이 여러 기관에 분산되어 규정된 것은 분명 이들 기관의 업무수행이 옴부즈만으로 간주되는 국민고충처리위원회와는 그 법적 성격에서 차이점이 있기 때문이다. 특히 국무총리행정심판위원회는 준사법적 권한을 행사하는 것으로 고전적인 옴부즈만 제도나 옴부즈만 유사제도와 함께 논의하는 것은 적절하지 않다.

그 밖에 행정형 내지 특별형 옴부즈만과 유사한 제도로 감사원을 들기도 한다.³⁵⁾

(가) 국가인권위원회

국가인권위원회는 국가인권위원회법에 근거하여 2001년에 인권의 보호·향상을 위한 업무를 독립적으로 수행하기 위하여 설립되었다. 국가인권위원회는 인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고·협의 또는 의견의 표명, 인권침해행위에 대한 조사와 구제, 차별행위에 대한 조사와 구제, 인권상황에 대한 실태조사, 인권에 관한 교육 및 홍보, 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고, 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명, 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력, 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력, 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항 등의 수행을 기본직무로 한다.

국가인권위원회의 인권침해행위 예방 및 구제라는 직무의 성격상 이 기구를 민간기구로 할 것인가 아니면 국가기구로 할 것인가와 관련하여 설립초기 논란이 있었으나, 시민단체의 주장에 따라 국가기구로 설치되었다. 하지만 이 기구가 담당하고 수행하는 역할과 기능이 원래 시민단체가 수행하기에 적합한 것이고, 독자적인 수사권마저 보유하지 못한 점을 감안한다면 국가기구로서의 법적 성격을 갖는 것은 바람직하지 않다는 지적 등이 있다.³⁶⁾

(나) 국가청렴위원회

부패방지법 제10조에 의하여 국가청렴도의 향상 및 부패방지에 관한 업무를 수행하기 위하여 대통령 소속하에 국가청렴위원회를 두고 있다.³⁷⁾ 국가청렴위원회는 공공기관

34) 오준근(주 17), 417면 이하.

35) 김남진(주 12), 769면 이하.

36) 자세한 내용은 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007, 367면 이하; 김철수(주 29), 473면 참조.

37) 부패문제를 종합적, 체계적으로 담당할 전담기구의 설치 필요성이 대두됨에 따라 2001년 7

의 부패방지를 위한 시책 및 제도개선사항의 수립·권고와 이를 위한 공공기관에 대한 실태조사, 공공기관의 부패방지시책 추진상황에 대한 실태조사·평가, 부패방지 교육·홍보계획의 수립·시행, 비영리 민간단체의 부패방지활동 지원, 부패방지 등과 관련한 국제협력, 부패행위에 대한 신고의 접수 등, 신고자의 보호 및 보상, 법령 등에 대한 부패유발요인 검토, 부패방지와 관련된 자료의 수집·관리 및 분석, 공직자 행동강령의 시행·운영 및 그 위반행위에 대한 신고의 접수·처리, 그 밖에 부패방지를 위하여 대통령이 위원회에 부의하는 사항 등의 업무를 수행한다.

국가청렴위원회도 행정기관의 부패방지와 공익실현을 통하여 궁극적으로는 국민의 자유와 권리를 보장한다는 점에서 옴부즈만의 기능을 수행한다.

(다) 감사원

감사원은 국가의 세입·세출의 결산 및 회계감사를 주된 임무로 하고 있으나, 다른 한편 직권으로 또는 이해관계인의 심사청구에 의하여 각급 행정기관의 직무감찰을 시행하고, 감찰의 결과 하자나 행정상의 모순을 발견할 때에는 관계기관에 대하여 그 시정이나 개선을 요구하며, 관계자의 문책요구 및 고발조치를 할 수 있다.

(3) 법령상의 기타 옴부즈만 제도

그 밖에도 기타 법령이나 규정 등에서 옴부즈만이라는 용어가 보인다.³⁸⁾ 이러한 용어 중 상당수는 이른바 일부 학설에 의할 경우 특별형 옴부즈만으로 이해할 수 있다. 특별형 옴부즈만 중에서도 그가 수행하는 기능을 고려할 때 옴부즈만으로 이해하기 어려운 예도 발견된다. 예컨대, 경제자유구역의지정및운영에관한법률 제28조에 제1항에 의하면 입주외국인투자기업의 경영 및 생활애로사항에 대한 해결을 지원하기 위하여 행정기구인 옴부즈만을 둘 수 있는 근거규정을 마련하고 있으며, 동 법 시행령 제29조에서 옴부즈만은 외국인 및 입주외국인투자기업의 애로사항에 관한 업무지원, 입주외국인투자기업의 경영 애로사항 관련 정보수집, 경제자유구역안 외국인들의 생활 애로사항 관련 정보수집 등의 기능을 수행한다고 규정하고 있다. 외국인투자촉진법 제15조의 2에서도 외국인투자기업의 애로사항 처리업무를 지원하기 위하여 외국인투자업무에 관하여 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 외국인투자옴부즈만을 위촉할 수 있도록 규정하고 있으며, 동 법 시행령 제21조의 4에서는 외국인투자옴부즈만은 외국인투자기업의 애로사항 관련 정보수집, 외국인투자제도의 개선방안 마련 및 관계행정기관에 대한 이행건의, 그 밖에 외국인투자기업의 애로사항 처리업무를 지원하기 위하여 필요한 사항 등의

월 24일 부패방지법을 제정하였으며, 이에 근거하여 2002년 1월 25일 직무상 독립성을 가진 대통령 소속하의 합의제 국가 기관인 부패방지위원회가 출범하였다. 그리고 2005년 6월 29일 국가청렴도를 높이고 부패방지와 관련된 업무를 효과적으로 수행하기 위해서는 ‘부패방지’라는 소극적인 목표보다 ‘국가 청렴도 제고’라는 적극적인 목표달성을 위해 ‘부패방지법중개정법률’이 국회에서 의결되었으며, 2005년 7월 21일 국가청렴위원회로 새롭게 출범하였다.

38) 옴부즈만이라는 용어를 사용하고 있는 법령 및 규정은 각주 1을 참조.

기능을 수행하도록 규정하고 있다.

특수한 옴부즈만 제도로 이해한다고 하더라도 외국인 및 입주외국인투자기업의 애로사항에 관한 업무지원, 입주외국인투자기업의 경영 애로사항 등을 옴부즈만의 업무범위로 보기에 한계가 있다. 그 뿐만 아니라 외국인투자기업의 애로사항 관련 정보수집이나 외국인투자제도의 개선방안 마련 및 관계행정기관에 대한 이행건의, 외국인투자기업의 애로사항 처리업무를 지원 역시 옴부즈만이 갖는 제도적 의의와는 거리가 있다.

생각건대 이러한 결과는 옴부즈만에 관한 명확한 개념정의 없이 사회의 전 영역에서 다양한 옴부즈만 제도를 도입하여 운영한 것으로부터 기인하는 결과이며, 이러한 결과는 궁극적으로 규범전체의 차원에서 볼 때 규범 상호간에 체계정당성에 심각한 문제를 초래할 수 있다.

2) 옴부즈만의 개념과 규범상호간의 체계정당성

입법자가 법질서를 형성하는 경우 법규범 상호간의 규범구조나 규범내용의 면에서 서로 상치 내지는 모순이 없어야 한다는 이른바 체계정당성(Systemgerechtigkeit)의 원리를 지킬 것이 요구된다. 입법자에게 요구되는 체계정당성의 요청은 헌법적 차원에서 나오는 체계나 규범구조 등의 정당성 내지는 적합성에 충실하도록 입법자가 기속된다는 것을 의미한다.³⁹⁾ 그렇기 때문에 체계정당성의 원리는 헌법적 차원에서 뿐만 아니라 상이한 규범 상호간 또는 동일한 규범체계 내에서 규범 상호간의 수평적 내지는 수직적인 관계의 모든 법규범차원에서 문제된다.

입법자는 사회공동체에 내재하는 일반적인 정의관념에 부합하는 합법성을 무시할 수 없다. 일반적으로 사회공동체의 규범체계는 복합적인 생활영역을 규율하기 마련이다. 복합적인 생활영역을 규율하는 각각의 규범체계에 여러 가지 권리들이 포함되어 있고, 이러한 권리들이 많은 공통점을 가짐에도 불구하고 각각 통일적으로 규율되는 것이 아니라 다르게 나타난다면 체계정당성의 명령은 특별히 중요한 의미를 가진다.

입법자는 규범의 내용뿐만 아니라 규범수신인의 형성과 관련하여 폭 넓은 입법형성권을 가지는 것으로 이해되고 있으며, 개인의 생활영역을 각각 달리 규율해야 하는 경우에 각각의 생활영역에 속하는 개인들의 독자적인 생활방식에 따라 그들을 각각 다른 규정에 적용을 받도록 해야 할 필요성이 있다면 그 경우에 입법자의 입법형성권은 가장 넓어질 수 있는 것이다. 반대로 달리 취급하는 것이 헌법상 보장된 기본권에 영향을 미치는 정도가 강하면 강할수록, 그리고 각각의 개인들이 그들의 생활방식을 통하여 불리한 결과를 회피할 수 있는 가능성이 적으면 적을수록 입법자의 입법형성권은 줄어들 수밖에 없다.⁴⁰⁾ 그 때문에 입법자에게 주어지는 입법형성권은 동일한 생활영역을 규율

39) C. Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, C. H. Beck, 1976, S. 1f.

40) C. Kannengießer, Kommentar zum Grundgesetz(Schmidt-Bleibtreu/Klein), Luchterhand, 9.

하는 경우에도 입법자가 상이한 규범구조나 규범체계를 선택하는 것을 가능하게 한다. 이 경우 각각의 개별규정에 체계정당성의 위반(Systemwidrigkeit)이 있다고 하여 그것이 바로 헌법위반을 의미하는 것이 아니다. 체계정당성의 위반은 그것이 단지 자의적인 입법형성권의 행사가 있었다는 징후만을 의미할 뿐이다. 따라서 객관적으로 충분히 정당하다는 것을 입증한다면 헌법위반은 아니다.⁴¹⁾ 그렇지만 자의적인 입법권의 행사가 있었다는 의심은 피할 수 없다.

체계정당성의 원리가 기본권의 영역 특히, 평등권과 관련하여 자주 논의되고 있는 원리이지만, 헌법의 전체 영역에서 중요한 헌법적 쟁점을 시사하고 있다. 기본권규범의 체계정당성, 통치구조 전반의 체계정당성 요청⁴²⁾은 자의적인 입법권의 행사에 제약을 의미하기 때문이다.

옴부즈만 제도 역시 그 명확한 개념정의 없이 제도적 수용이 먼저 이루어짐으로써 규범 전체에서 조망해 볼 때 규범 상호간에 조화되지 않는 점이 발견된다. 예컨대, 국민고충처리위원회를 옴부즈만으로 이해하기도 하고, 전형적인 행정통제의 영역을 옴부즈만으로 이해하기도 하고, 경우에 따라서는 전혀 공통적인 요소를 발견하기 어려운 외국인투자기업의 경영 애로사항이나 외국인투자제도의 개선방안도 옴부즈만의 기능과 역할로 보는 것이다.

일반적으로 전형적인 옴부즈만이라 함은 의회에 의하여 임명되어 국민의 일상생활과 관련되는 민원을 처리하고 권리를 보호하는 일종의 호민관이라 할 수 있다.⁴³⁾ 그러한 전형적인 옴부즈만 외에도 행정작용의 다양화·복잡화 현상으로 인해 국민의 권리침해 가능성이 증대됨에 따라 이른바 행정형 옴부즈만을 인정하는 경향이 점점 증가하고 있다. 더 나아가 이른바 특별옴부즈만이라는 이름으로 옴부즈만 제도가 증가하는 추세이며, 사회 전 영역에서 옴부즈만 제도를 도입해야 한다는 목소리도 점점 높아지고 있다.

생각건대 옴부즈만이라 함은 그것이 발달되어 온 역사적 배경을 고려할 때 1차적으로 국민의 고충처리나 민원해결이라는 권리구제를 위한 제도이다. 더 나아가 국민의 권리구제를 위해서 2차적으로 행정통제나 부패방지라는 기능을 갖는 제도적 장치 역시 옴부즈만으로 이해할 수 있다. 순수하게 행정통제나 부패방지만을 목적으로 하는 행정기관이 존재하기는 어렵지만, 그러한 순수한 행정통제만을 목적으로 설립된 기관은 옴부즈만으로 볼 수 없고, 국민의 권리구제와 연결된 행정통제나 부패방지기능을 행사하는 것을 옴부즈만 제도의 범주에 포함시킬 수 있다. 다만 그러한 행정통제는 국민의 권리구제와 행정의 효율성, 합법성 통제라는 순기능적인 의미도 가지지만, 반대로 행정의 효율적 집행을 제약하는 역기능적인 면도 야기할 수 있다. 그 때문에 국민의 권리구제라는 대의명분이 존재한다고 하더라도 옴부즈만 제도를 도입하려고 하는 경우에는 반드시 법

Aufl., 1999, S. 184.

41) C. Kannengießer(FN 39), S. 183

42) 허영(주 2), 713, 719, 795, 890면.

43) 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2004, 559면.

적 근거를 두어야 한다.

3) 옴부즈만 제도의 법적 근거의 문제

옴부즈만 제도는 국민의 권리구제라는 긍정적 측면뿐만 아니라 경우에 따라서는 행정에 대한 제약을 의미하기 때문에 법적 근거를 가져야 한다. 다만 옴부즈만 제도에 관한 법적 근거는 옴부즈만의 법적 성격에 따라 가변적일 수는 있다. 예컨대, 우리나라와 같은 대통령제 정부형태를 취하는 경우 행정부와 의회는 상호 독립성의 원리라는 제도적 메커니즘에 의하여 규율되기 때문에 의회형 옴부즈만을 도입하려고 하는 경우 법률적 근거만으로는 헌법에 위배될 수 있다. 그렇기 때문에 의회형 옴부즈만 제도를 도입하려고 한다면, 헌법에 그 근거를 두는 것이 타당하다. 독일이 연방의회국방대리인법의 제정을 통하여 군사옴부즈만 제도를 설치하기 위해 기본법을 개정하였다는 점이나 그 밖의 서구 여러 나라에서도 옴부즈만 제도에 관한 헌법적 근거를 마련하고 있다는 점은 우리에게 많은 시사점을 제공한다.

행정형 옴부즈만을 도입하는 경우 그 법적 근거를 헌법에 두는 것이 가장 바람직하지만, 반드시 헌법에 그 근거를 두고 있지 않다고 하더라도 정부조직법 제5조44)에 의하여 법률상의 근거만으로도 행정기관을 설치할 수 있다.⁴⁵⁾ 우리 대법원은 지방자치단체가 옴부즈만의 설치를 조례로 정할 수 있는지의 여부와 관련하여 “합의제행정기관인 옴부즈만을 집행기관의 장인 도지사 소속으로 설치하는 데 있어서는 지방자치법 제107조 제1항의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정하면 되는 것이지 헌법이나 다른 법령상으로 별도의 설치근거가 있어야 되는 것은 아니다”고 판시하여 조례에 의한 옴부즈만의 설치도 가능하다고 판시하였다.⁴⁶⁾

헌법에 근거가 없는 행정형 옴부즈만을 도입하는 경우 반드시 법적인 근거를 두어야

44) 제5조 (합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

45) 현재결 1994. 4. 28, 89헌마221, 판례집 제6권 1집, 239-280면 참조.

46) 대판 1997. 4. 11. 96추138. “ 합의제행정기관인 옴부즈만을 집행기관의 장인 도지사 소속으로 설치하는 데 있어서는 지방자치법 제107조 제1항의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정하면 되는 것이지 헌법이나 다른 법령상으로 별도의 설치근거가 있어야 되는 것은 아니다. 지방자치단체의 집행기관 중 독립성을 갖는 옴부즈만이라는 합의제 행정기관으로 하여금 지방실정에 맞게 신속하고 효율적으로 주민고충을 처리하고 지방행정에 대한 감시·통제기능을 수행하도록 하는 지방자치단체의 옴부즈만 제도는 중앙정부 차원에서 전국적인 행정 감시·통제기능을 수행하는 기관·제도 또는 독립성이 약한 기관에 의한 자체 행정 감시·통제제도와는 다른 기능과 효율성을 가지며, 나아가 그 옴부즈만 제도가 위와 같은 다른 감시·통제제도의 이용을 배제하거나 그 전치조건으로 옴부즈만에 의한 고충처리를 받도록 규정하고 있지 아니하고 오히려 행정심판·소송, 소송, 헌법재판소의 심판, 헌법소원, 감사원의 심사청구 기타 다른 법령에 의한 불복·규제절차가 진행중인 사항을 옴부즈만의 관할에서 배제하고 있다면 이는 주민으로 하여금 그와 같은 다른 불복·규제제도와 동시에 또는 선택적으로 지방행정에 대한 불복·규제제도를 추가로 이용할 수 있도록 한 것으로서 독자적인 기능과 효율성을 가진다.”

하며, 그것이 법령에 근거를 두거나 조례에 근거를 두는 경우에도 옴부즈만이 가지고 있는 개념적 정의에 부합하는 것이어야 하고, 헌법질서의 전체에서 볼 때 규범 상호간에 모순이나 상치되는 부분이 없어야 한다. 이 점은 앞으로의 옴부즈만 제도의 도입방향에 일정한 기준이 된다.

6. 소결

한국에서의 현재 옴부즈만으로 간주되어 운영되고 있는 제도와 앞으로 도입이 논의되고 있는 옴부즈만 제도는 비교법적 관점, 국민의 권리구제의 관점, 행정통제의 관점, 체계적합성의 관점에서 충분한 검토가 이루어져야 한다. 먼저 비교법적으로 볼 때 옴부즈만의 도입은 긍정된다. 다만 권리구제의 관점, 행정통제의 관점, 체계적합성의 관점에서 볼 때, 의회형 옴부즈만은 헌법적 근거가 없는 경우에 도입이 어려우며, 행정형 옴부즈만이나 특별한 형태의 옴부즈만을 도입하는 경우 먼저 옴부즈만이 갖고 있는 개념적 징표에 부합하여야 하며, 옴부즈만을 규정하고 있는 규범 상호간에 체계적합성이 인정되어야 한다. 그 뿐만 아니라 옴부즈만은 행정통제로 인한 행정의 효율성 제약이라는 역기능을 야기할 수 있으므로 그것을 도입하는 경우 반드시 법적 근거를 두어야 한다.

IV. 결론

모든 국민은 국가기관에 청원할 권리를 가진다. 청원권이라 함은 국민이 공권력과 관계에서 일어나는 여러 가지 이해관계 또는 국정에 관해서 자신의 의견이나 희망을 진술할 권리를 말하는 것으로, 청원권이 갖는 권리구제수단으로서의 기능을 강화하는 방법으로 옴부즈만 제도를 활용하고 있다. 즉 헌법상의 청원권과 옴부즈만 제도는 엄격하게 구별되는 별개의 개념은 아니라 오히려 상호 보완적인 인접개념이다. 별도의 헌법적 근거를 마련하지 않고 옴부즈만 제도가 도입된다면, 이 경우 청원권은 옴부즈만 제도의 헌법상 근거로 기능할 수도 있다.

옴부즈만이라는 개념은 우리 학계에서는 보편적으로 사용되되는 개념이며, 실정법에서도 이미 도입되어 있다. 그렇지만 옴부즈만이라는 개념은 아직 확립된 개념은 아니며, 그것의 개념정의를 선행되어야 함에도 불구하고 일반적으로 사용한다는 것이 문제점으로 지적될 수 있다. 그렇기 때문에 다음의 관점에서 옴부즈만 제도의 운영현황과 도입에 관한 문제를 재검토해야 할 필요성이 있다.

우선 비교법적 관점에서 옴부즈만 제도를 검토할 필요가 있다. 세계 각국의 입법경향에 비추어 현재 운영되고 있는 옴부즈만 제도는 국민의 권리구제기능을 수행하는 기능을 갖는 제도적 장치로서 가치가 있는지, 지속적으로 주장되고 있는 바와 같이 앞으로 사회 전 영역에서 옴부즈만 제도를 광범위하게 도입하는 것이 과연 바람직한 것인가

지를 먼저 고찰해야 한다. 다음으로 옴부즈만 제도가 가지고 있는 권리구제의 관점이나 행정통제의 관점에서 옴부즈만 제도가 현행 법질서와의 조화를 이루는 것인지를 법적인 측면에서 검토할 필요가 있다. 마지막으로 비교법적 관점·권리구제의 관점·행정통제의 관점에서 옴부즈만 제도의 도입필요성이 인정되고 현행 법질서에도 위반되지 않는다면, 바람직한 한국형 옴부즈만 제도의 모델은 어떠해야 하는가를 검토할 필요가 있다. 이 단계에서는 옴부즈만의 개념정의를 명확히 하는 연구가 선행되어야 하고, 옴부즈만 제도가 규범 상호간에 체계적합성을 유지하는지, 법적인 근거를 반드시 필요로 하는지가 검토되어야 한다.

의회형이든 행정형이든 옴부즈만이라는 제도가 현대 행정작용의 양식이 다양화되고 복잡한 양상으로 전개되면서 국민에게 발생하는 권리침해에 대한 구제가 충분히 이루어지지 않는 경우 충분히 고려할 수 있는 제도적 장치라는 점에 그 의의가 있다. 그것의 개념적 정의나 용어·제도운용의 실태 등에서 차이가 있을지언정, 이미 세계 각국에서 국민의 고충처리를 위한 제도로서 옴부즈만 제도를 도입하고 있다. 그 때문에 비교법적 관점에서 볼 때 옴부즈만 제도의 도입 필요성은 충분히 긍정될 수 있다.

우리의 경우 행정의 사전절차로서의 행정절차, 사후절차로서의 행정심판과 행정소송이 상당한 정도로 정비되어있다. 그럼에도 불구하고 정식의 행정구제제도로서는 해결되기 어려운 불평·불만을 간이·신속하게 처리해 주는 제도로서의 옴부즈만은 여전히 필요하며, 그러한 영역에서 발생하는 국민의 고충이나 민원을 해결하는 제도적 장치가 필요하다. 그 뿐만 아니라 사법부에 의한 권리구제제도에 의한 충분한 구제가 보장되는 경우에도 그러한 구제제도에 접근이 용이하지 않은 경우가 있다. 사법부와 국민의 고충을 연결해주는 매개체로서 기능하는 것 역시 옴부즈만의 고유한 기능 중의 하나이다. 이러한 점을 고려할 때 옴부즈만이 갖는 권리구제로서의 기능을 무시할 수 없다. 그러므로 국민의 권리구제의 관점에서 바라본다면 옴부즈만 제도는 사법부의 고유한 영역을 침범하지 않는다면 우리 현행 헌법질서에 도입을 고려할 만한 제도이다.

권리구제의 관점에서 본다면 의회형이든 행정형이든 옴부즈만 제도가 갖는 권리구제로서의 기능 때문에 그 제도적 의의가 인정되지만, 권력통제의 관점에서 본다면 우리와 같이 대통령제 정부형태에서는 의회형 옴부즈만 제도는 인정할 수 없으며, 현행 우리 헌법체계를 유지한다면 우리가 고려할 수 있는 옴부즈만 제도는 행정형이어야 한다. 우리가 고려할 수 있는 행정형 옴부즈만 제도를 사회 전 분야에서 도입하는 경우 실제로 부패방지의 차원에서는 충분히 긍정적인 효과를 기대할 수 있다. 하지만 사회 전 분야에서 도입되는 옴부즈만 제도는 헌법질서 전체에서 조망해 볼 때 법규범 상호간에 체계정당성의 원리에 충실해야 하며, 광범위한 사회 전체 영역에서 그것이 갖는 행정통제 기능으로 인하여 행정의 효율성 제약이라는 역기능을 야기할 수 있으므로 그것을 도입하는 경우 반드시 법적 근거를 두어야 한다.

<참고문헌>

- 김남진, 『행정법 I』, 법문사, 2006
- 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2004
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007
- 오석홍, 『행정학』, 박영사, 2005
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007
- 강동식, “지방자치단체에 ombudsman제도 도입에 관한 연구”, 제행논총 4. 제주대학교 행정대학원, 1996
- 오준근, “국민의 권리구제 효율화를 위한 ombudsman 관련 법제정비방안”, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5
- 오필환, “ombudsman 제도의 발전방안 연구”-반부패활동과 지방자치단체의 ombudsman을 중심으로-, 한국부패학회 하계학술대회 발표문, 2007. 6
- 유제열, “ombudsman제도로서의 국민고충처리위원회에 관한 고찰”, 공법연구 제24집 제2호, 1996
- 이현환, “의회청원제도에 관한 고찰”-서독의 경우를 중심으로-, 법학연구, 충북대학교 법학연구소, 1990
- 전학선, “프랑스의 ombudsman 제도에 관한 연구”, 헌법학연구 제9권 제4호, 2003
- 조재현, “책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정”, 연세법학연구 제9집 제2권, 2003
- 표명선, “한국형 ombudsman 제도의 과제와 전망”, 강남대학교 논문집, 1999
- C. Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, C. H. Beck, 1976
- C. Kannengießer, Kommentar zum Grundgesetz(Schmidt-Bleibtreu/Klein), Luchterhand, 9. Aufl., 1999
- C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., Duncker & Humblot
- Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2001

저자약력 : 저자는 연세대학교 법과대학에서 박사학위를 취득하였으며, 독일 쾰른대학교 국가철학 및 국가정책연구소에서 객원연구원을 역임하였다. 천안대학교 법정학부 교수를 거쳐 현재 동아대학교 법과대학에서 근무하고 있다.