

〈제4주제 지정토론〉

## 韓國 行政法學 50年の 成果와 21세기적 課題

金 元 主\*

1. 光復 50周年記念 學術大會의 意義를 생각할 때, 大韓民國 國民의 大學이요 民族의 大學인 서울大學校의 法學研究所이기에 할 수 있는 學術大會라 여겨져 敬意를 表합니다. 아울러 發題者이신 崔松和 教授님의 훌륭한 論文 發表에 또한 敬意를 表합니다.

光復은 日帝36年の 暗黒時代에서의 解放을 意味합니다. 이는 日帝 植民地의 우리에겐 植民地의 支配, 즉 統治만 있었지 行政은 없었다는 것을 뜻합니다.

20世紀에 있어서, 가장 民主主義的 行政法學을 確立한 學者로 일컬어지는 獨逸의 Ernst Forsthoff 教授는 그의 著書, 行政法教科書에서 「國家가 있는 곳에 行政이 있고, 行政이 있는 곳에 行政法이 있으며 따라서 行政法學이 있다」라고 하였습니다. 즉, 行政은 國家의 存在와 三權分立을 前提로 하고, 行政法은 「法律에 의한 行政의 原則」을 前提로 하는 것입니다. 그러한 意味에서 發題者께서 말씀하신 朝鮮植民地行政法은 治者와 被治者의 同一性이나, 兩者가 共히 法의 支配下에 놓인다는 의미의 「法」이 아닌, 統治·支配者의 植民 統治準則에 不過했다고 보아야 될 것이 아닌가 생각합니다.

2. 大韓民國 行政法學 50年の 成果는 바로 光復의 行政法學이었으며 그 量的 成果를 높이 評價해야 할 것입니다. 日帝 植民地支配者의 統治準則에서 벗어나, 우리 行政法制의 創出, 擴充을 위한 많은 研究가 行하여졌습니다. 行政組織·行政作用·行政救濟分野의 法制의 定立 그리고 그 內實을 기하기 위한 外國法制의 導入에 있어서 行하여진 우리 行政法學者의 貢獻은 높이 評價되어야 할 것입니다. 다만 방대한 法制를 빠른 時日內에 定立해야 한다는 現實的 必要로 인하여 우리 現實에 대한 充分한 檢證없이 바로 많은 外國法制을 受容한 點은 問題點으로 提起되게 되었습니다. 그러나 植民地의 法學에서의 脫皮를 위한 努力의 一環으로서, 西歐先進行政法學의 研究 등은 他山之石으로서 높이 評價되어야 할 것입니다.

3. 韓國行政法學의 特殊性과 問題點에 대하여 살펴 보려고 합니다.

(1) 特殊性으로 제일 먼저 지적할 수 있는 것은 우리 行政法學이, 獨立國家로서의 現代

---

\* 慶北大學校 法大 法學部 教授, 法學博士

의 行政法制을 摸索하고 이를 現實에 適用할 수 있는 成果를 提示해야 하는 課題를 안고 있었다는 것입니다. 따라서 時間적으로 축박한 상황하에서 이러한 일들이 進行되어야 했습니다. 그 결과 既成 行政法學의 成果를 우선 活用할 수 밖에 없었습니다. 그러한 과정 속에서도 歐美 先進 行政法學의 成果의 導入도 꾸준히 推進되었고, 많은 行政法學者들이 歐美各國과 日本 등에 留學하여, 그 研究成果를 우리나라에 가져왔습니다. 따라서 그들 나라에서 關心分野로서 研究對象이 되었던 行政節次法, 行政指導에 관한 法的 規制, 環境法, 土地의 所有·利用·去來에 관한 法的 規制, 經濟活動에 관한 行政法的 規制, 公共施設에 관한 法的 規制, 租稅法, 地方自治法 그리고 行政審判法·行政訴訟法の 改正을 위한 行政爭訟法 등에 많은 關心이 모아졌고 동시에 많은 研究業績이 發表되었습니다. 이러한 研究은 研究從事者들이 外國에서 研究한 것이었던 바로서, 그 나라의 法制에 많은 영향을 받지 않을 수 없었습니다. 우리나라보다 國民所得이 2~3배 높을 뿐만 아니라 市民으로서의 法意識이 높은 外國의 法制의 提示와 受容은 法制의 理想은 높고 法事實은 낮다고 하는 乖離現象을 가져왔습니다. 우리는 그 단적인 예를 이번에 실시된 地方自治團體의 長과 議員을 選出하는 根據法인 「公職選舉 및 選舉不正防止法」이 규정하는 「自願奉仕者」制度에서도 볼 수 있었습니다. 둘째번의 특수성으로는 分斷國家이면서도 統一指向的인 現實을 行政法 내지는 行政法學이 受容해야 한다는 점입니다. 이것은 國家安全保障 行政法體系 構築의 必要性和 行政能率性의 提高의 必要性을 強調하고 있습니다. 특히 獨逸의 再統一後, 우리나라 國民들의 統一을 向한 熱望이 더욱 높아졌으며 이를 어떻게 우리나라 行政法에 定立할 것인가 하는 것입니다. 그 중 焦眉의 課題는 「南北交流」에 관련된 行政法的 規制일 것입니다.

(2) 韓國 行政法學의 問題點에 관하여 살펴보기로 합니다. 첫째, 日本의 植民地統治로부터의 解放, 美軍政, 大韓民國政府樹立, 6·25事變, 4·19革命, 5·16軍事政變, 제3, 4, 5 共和國, 그리고 金泳三 文民政府의 出帆 등으로 해서 行政法規制對象으로서의 行政現象은 急變을 거듭하였고 동시에 이에 수반되는 行政法制의 需要도 急增하였습니다. 이로 인하여 行政法學의 研究方法도 우리 現實에 대한 實態調査나, 우리 行政法判例의 體系的 分析보다는 文獻的 研究가 多數였습니다. 이러한 傾向은 우리의 行政法學을 速成 내지는 卽席 行政法學으로 흘러가게 할 가능성에 관한 염려를 제기시켰습니다. 단 한편의 專門書籍의 著述도 없이 講義案이 아닌 行政法教科書를 著述할 수 있는냐고 하는 自問自答을 하게 합니다. 이러한 가운데에서도 珠玉과 같은 研究論文이나 判例研究가 있었다는 것은 꼭 다행한 일이었습니다. 특히 行政科學研究所에 의한 行政判例集 上·中·下卷의 出刊은 行政法學研究에 있어서 金子塔의 하나로 歷史에 記錄될 것입니다.

둘째번의 問題點은 外國의 行政法制의 研究가 우리나라보다 比較的, 先進國의 法制를 그 對象으로 삼았기에 그 法制를 絶對視하는 傾向으로 흘러갔다는 것입니다. 그 나라의

法制은 그 나라 특유의 政治·經濟·社會·文化的 背景 속에 設定·維持·發展되어온 것입니다. 따라서 外國法制은 어디까지나 他山之石인 것이며, 우리에게 있어서는 法的 施行 錯誤를 피하기 위한 것이라는 認識이 不足한 것이 아니었는가 생각됩니다.

셋째번 問題點은 發題者께서도 지적하신 바와 같이 우리 나라 行政法學이 講壇行政法學, 考試行政法學에 置重된 結果로 해서 行政法學者의 養成·排出이 극히 制限的이었다는 것입니다. 行政法의 研究에만 專念할 수 있는 行政法學者를 收容하는 研究機關 등이 거의 없다는 우리의 現實은 行政法學의 研究에 있어서의 限界를 말하는 것입니다.

#### 4. 21世紀에 있어서 韓國行政法學의 課題와 目標에 대하여 말씀드리겠습니다.

(1) 먼저 課題에 대하여 말씀드리도록 하겠습니다. 첫째, 이제 우리 行政法學은 植民地的 行政法學에서 脫皮하였으므로, 우리들 自身の 行政法制的 定立과 이에 대한 理論的 研究가 行하여져야 할 것입니다. 그것은 行政法의 規制對象인 우리 行政事實에 대한 철저한 調査와 分析이 先行되어야 할 것입니다. 그렇지 못할 때에는 그러한 行政法制은 하나의 거품에 불과하고 우리들 속에 뿌리를 내리지 못할 것입니다. 그러한 先例는, 올해로 101周年을 맞이하는 甲午更張에서도 찾아 볼 수 있습니다. 우리가 植民地的 行政法學에서 脫皮하였다고는 하나, 一部 日本法學者들이 「日本法律文化圈論」을 展開하고 있다는 점에 留意할 필요가 있습니다. 우리가 맹목적으로 外國의 行政法制나 行政法學의 成果를 受容할 때에, 그들 外國 法學者들의 눈에는, 그들의 法律文化圈 속에 存在하는 나라로 誤認될 수 있다는 것입니다.

둘째번의 課題로, 南北韓 統一에 對應하는 行政法學의 展開가 있어야 할 것입니다. 단순히 北韓地域의 法制에 대한 個別·단편적인 研究가 아니라, 우리들의 多様な 行政法制, 특히 「法律에 의한 行政의 原則」에 관한 弘報·啓蒙이 있어야 할 것입니다. 技術法的 側面이 많은 環境保全法制로부터의 接近도 하나의 現實的 方便이 될 것입니다.

(2) 그 다음 韓國行政法學의 目標에 대하여 말씀드리겠습니다. 21世紀는 地球村(Gloval Village)의 時代라고 합니다. 이것은 「地球上의 平和」 즉, 「人類의 平和」를 前提로 합니다. 따라서 「人類의 平和」 指向的 行政法學의 摸索이 必要합니다. 歐洲共同體(EU)行政法과 같은 國際行政法 내지 國際行政法學의 研究·定立·受容이 必要합니다. 또한 一般行政節次法, 情報公開法과 같은 것은 文明諸國에 의해 受容될 수 있는 法的 一般原理的 規定을 많이 內包하고 있으므로, 이러한 것으로부터 「世界法」으로의 接近·展開도 期待될 수 있을 것입니다.

5. 끝으로 본 지정토론자가 특히 強調하고자 하는 內容, 또는 問題로서 提起하고자 하는 事項에 대하여 말씀드리겠습니다. 첫째, 우리 現實이 必要로 하는 行政法制, 즉 交通法,

情報·通信法, 放送·新聞法, 無體財產權法 등에 대한 集中的 研究가 있어야 할 것입니다. 둘째, 一般行政節次法 또는 行政訴訟法制를 骨格으로 하는 行政法學體系의 構成·展開가 必要합니다. 셋째, 租稅法, 環境法과 같이 個別 내지 特別行政法分野의 「獨立化」가 必要합니다. 이 分野에 대한 많은 專門書의 著述이 先行되어야 할 것입니다. 넷째, 1998年 3月부터 行政法院의 發足과 함께 行政審判前置主義가 任意選擇主義로 바뀐에 따라 行政裁判이 活性化될 것으로 생각됩니다. 따라서 우리 行政裁判에 寄與할 수 있는 行政法學의 發展이 期待됩니다. 이제 우리 行政法學의 成果는 量에서 質으로 變化·置重되어야 할 것입니다.