

韓國 行政法學 50年の 成果와 21세기적 課題

趙 文 富*

I. 韓國 行政法學 50年の 成果

行政法體系의 整備·發達과 行政法學의 發達は 兩者를 區別하여 考察하는 것이 바람직하다. 前者는 行政法에 관한 立法政策과 立法技術上의 問題인데 대하여 後者는 行政法體系를 對象으로 그 社會的 機能과 役割을 分析·批判하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 우리나라에서 1950年代까지 舊法令의 整理나 新法令의 體系가 整備되지 못한 理由는 行政法學이 發達하지 못한 것만이 아니라 政治的 事情 때문이었다고 할 수 있다. 그래서 1960年代初에 舊法令의 整備過程에 一部學者들이 參與하게 되었지만 이는 行政法學의 發達에 의한 것이라기 보다는 政治的 意志의 產物이었다고 할 수 있다. 立法過程에서 討論過程이 省略된 拙速主義가 作用한 理由는 學者들에게 그 必要性을 力說하여 軍事政權側을 說得시킬 만한 識見이 不足했다는 것을 意味한다. 이는 行政法學이 民主性이나 能率性보다도 效率性을 重視하는 軍事政府의 方針에 대하여 그 矛盾이나 副作用을 認識시킬 만큼 學問的으로 成熟하지 못하였음을 意味하는 것이기도 하다. 그래서 兩者는 相互 關聯되는 것이기는 하지만 여기에서는 兩者를 區別하여 行政法의 實定法體系는 論外로 하고 行政法學의 學問的 體系에 重點을 두어 論하기로 한다.

學問의 發展段階는 ① 模倣段階, ② 紹介段階, ③ 分析批判段階, ④ 獨自的 創造段階, ⑤ 普遍的 創造段階로 나누어 볼 수 있다. 이에 따라 우리나라 行政法學의 發達過程과 그 成果를 살펴 보기로 한다.

'50年代까지 우리나라의 行政法學은 研究하고 學者를 養成할 餘裕를 갖지 못하였다. 다만 時急히 要請되는 官僚 養成에 必要한 教育과 試驗科目으로서의 存在價値가 高작이었다. 이 때의 教材는 다른 學問分野도 마찬가지지만 日本의 教材를 거의 그대로 翻譯한 것이었다. 이러한 教育과 受驗目的의 學問現象은 學者들의 大部分이 教材를 編纂하고 考試界와 같은 受驗誌에 發表한 것을 論文의 實績으로 提示하고 있는 것이 이를 말하여 주고 있다. 이에 관한 史的 功過는 오늘날 우리나라 官僚史의 功過와 併存하겠지만 學問的으로는 行政法學의 位置를 세워놓은 것이 그 功績이라면 功績이라고 할 수 있다.

* 濟州大學校 行政學科 教授

'60~'70年代에 걸쳐서 舊法습이 어느 정도 整備되고, 日本의 새로운 理論이 紹介되었으며, 獨逸이나 美國에서 研究한 소장學者들이 多少 影響을 미치게 되었으나, 經濟學이나 行政學 등에 比하여 그리 큰 影響을 미쳤다고 볼 수 없다. 그 理由는 政府나 學者들 共히 學問의 發達에 價値의 比重을 두기보다도 如前히 受驗科目으로서의 價値에 滿足하고 있었기 때문이라고 할 수 있다. 그래서 極少數의 例外를 除外하고는 學者를 希望하는 傾向도 적었다. '70年代末부터 海外派遣教授制度가 생겼으나 無計劃하고 自由放任의 性格을 띠었고, 外國에 나가 있는 留學生들도 一般의 學問 그 自體의 探究를 目的으로 하기보다는 學位를 쉽게 받을려는 便宜主義的·道具主義的 傾向이 濃厚했었으며, 行政法學을 研究해서 博士學位를 받을려는 傾向은 극히 드물었다.

'80年代부터는 行政審判法, 行政訴訟法의 整備, 行政節次法의 立法豫告 등 行政法體系의 整備에 學者들이 寄與한 바도 많지만, 學問分野에 있어서도 判例教材 行政法, 土地公法 등이 出刊되면서 우리나라 獨自의 學問研究의 體系를 確立하려고 努力하게 되었다. 그러나 學問的인 理論體系의 面에서는 아직도 未洽한 點이 많다는 것을 指摘하지 않을 수 없다. 判例教材 行政法에 있어서는 좀 더 事例中心의 研究와 判決의 政治環境의 背景이나 社會心理的 動機가 追究되었으면 하는 感이 없지 않다. 判例에 관한 事例中心의 研究物로는 Yale Law School의 行政法學 教材(Jerry L. Mashaw and Richard A. Merrill, *Administrative Law: The American Public Law System: Cases and Material*, Westing Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985)를 例로 들어 이와 比較하고 참고할 수 있을 것이다. 또한 土地公法에 있어서도 좀 더 實際에 나타날 社會經濟的 影響이나 副作用과 같은 것이 實證의 探究되었으면 하는 未練이 남는다. 모든 學問이 그런 것처럼 行政法學도 理念과 現實의 齟齬를 最大限 縮小시켜야 하기 때문이다. 今後 憲法裁判所와의 關係에서 그 役割이 期待되는 바이며 各 領域과 專門分野의 研究物이 刊行되어 나가야 할 것이다.

II. 韓國 行政法學의 特殊性和 問題點

行政法學의 特殊性和 問題點은 보는 觀點에 따라 달라질 수 있다고 본다.

첫째로 法治國家原理에 따라 ① 政治權力 → 憲法 → 行政法 = 大陸型 = 形式的 法治主義, ② 國民의 基本權 → 憲法 → 行政法 = 英美型 = 實質的 法治主義로 나눈다면 우리나라는 ①의 特殊性을 갖는다고 할 수 있다. 그 理由는 ① 行政法의 制定과 運營의 政治體制의 歷史性 및 行政法學의 由來, ② 行政法學의 體制와 內容(公私法 1元論이 아니라 2元論, 特殊法關係論이나 特殊機能關係論이 아니라 特別權力關係論, 行政過程論이 아니라 公定力論 등을 前提로 한 行政行爲論 등), ③ 憲法上 基本權規定의 形式性, 憲法裁判所의 機能不足, 司法權獨立의 基盤弱體, 法의 支配原理 未確立으로 인한 法律의 支配原理의 適用, 行政審

判前置主義, 地方自治에 관한 立法羈束規定의 排除 등이라고 할 수 있다.

둘째로 行政法의 機能에 따라 ① 2元的 對立論 → 公私益 調和論(法執行의 作用)=社會의 靜態論과 ② 1元的 協同論 → 社會的 機能主義(自律的 社會倫理)=社會的 動態論으로 나눈다면 韓國 行政法學의 特殊性은 ①에 屬한다고 할 수 있다. 그 理由는 ① 組織論에 있어서의 機能的 組織論의 未確立-主體의 2元化, ② 行政節次法의 未制定 등으로 行政過程論의 未確立, ③ 社會的 法治國家原理에 따른 社會的 倫理에 관한 規定과 그 意識의 缺乏 등을 들 수 있다.

셋째로 政策이나 判決의 社會心理的 動機에 따라 ① 法實證主義=權力追從主義와 ② 社會的 法治主義=基本權의 社會的 伸張=憲法裁判所의 機能重視로 나눈다면 韓國 行政法學의 特殊性은 ①에 속한다고 할 수 있다. 그 理由는 ① 強力한 政治權力體制의 影響 및 立法政策과 立法技術의 不足으로 인하여 慣行화된 立法, 司法, 行政의 實際, ② 法哲學과 法社會學의 輕視, ③ 憲法裁判所의 役割不足 등이라고 할 수 있다.

넷째로 學問의 專門化와 統合化(學際化)에 따라 ① 總論 中心의 綜合行政法學=抽象的 包括的 行政法學과 行政法學의 個別化, ② 各論 中心의 領域別 專門化 行政法學=具體的 事例中心의 行政法學과 學際的 連繫性있는 行政法學으로 나눈다면 韓國의 行政法學은 ①에 속한다고 볼 수 있다. 그 理由는 ① 專門領域別 講座가 없고, 研究書籍이 거의 없는 것, ② 判例中心이나 事例中心의 研究가 아니고 外國의 理論을 斷片的으로 紹介하고 있는 것, ③ 概念法學의 段階를 벗어나지 못하고 있는 것 등이라고 할 수 있다.

III. 21世紀에 있어서 韓國 行政法學의 課題와 目標

世界 第2次大戰 後의 現代 行政法學의 傾向에 대해서는 一般的으로 公法의 私法化, 大陸法系와 英美法系의 相互交流 등으로 表現되며, 이와 더불어 다음과 같은 네 가지 動向이 있는 것으로 指摘되고 있다.

첫째, 成文法 絶對主義로부터의 脱却 強調論(美濃部達吉·田中二郎 등)

둘째, 成文法規의 條文과 論理에 重點을 두는 傾向(Laband, Kelsen, 佐佐木, 柳瀬, 宮澤 등)

셋째, 過去의 獨逸 行政法學에 由來하는 法概念·法理論 體系의 解體 試圖

여기에서는 行政法學의 理論을 修正하려는 것인데, 例를 들면 公私法 2元論·特別權力關係論·行政行爲의 公定力論 등을 再檢討하여 概念法學의 追放·福祉國家原理의 導入을 前提로 公私法 1元論, 特殊法律關係論, 行政行爲의 公定力을 社會機能을 위한 公益의 豫先的 執行性(兼子仁) 등으로 修正하면서 行政節次法과의 關係에서 行政過程論을 重視하는 傾向이다.

넷째, 行政法 解釋論에 社會科學의 根據를 賦與하자는 試圖(高柳信-「歷史의 發展法則」

·渡邊洋三 등)인 것이다. 이 問題는 歷史發展의 問題이며, 이는 곧 均衡있는 國家社會의 發展과 住民의 福祉向上의 問題라고 할 수 있다. 그래서 先進國家에서는 이를 위한 立法과 그 事業을 展開해 나가고 있다. 그 例를 몇 가지만 들어보기로 한다.

1. 美國

1949년의 住宅法(都市再開發事業), 1954년의 住宅法改正(都市改造事業), 1964년의 經濟機會法(Economic Opportunity Act)에 따른 Community Action Program 등이다. 1966年 Massachusetts州 Cambridge의 Urban Planning Aid 事業에 參與한 바 있는 Lisa R. Peattie는 黑人 등 少數民族에게 問題가 되는 것은 集團意思의 形成이 困難하다는 것이며, 따라서 community 活動이 容易하지 않다는 것이다. 또한 Stephen G. Breyer and Richard B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown & Company Boston & Toronto, 1979, 1992에서는 專門性 重視로 인한 社會的 價値機能 低下問題(p. 140)와 行政委員會의 產業主義와 專門性이 公共倫理를 害치는 問題(pp. 144, 145) 등을 指摘하고 있다.

2. 日本

1969年 政府의 國民生活審議會에서 「커뮤니티-生活現場에 있어서의 人間性回復」을 宣稱한 後, 1976年 6月, 第16次 地方制度調査會 「住民의 自治意識 向上을 위한 方策에 관한 答申」에서 地方自治에 관한 教育의 重視, 議會에 관한 制度의 整備(議會運營委員會의 制度化, 參考人制度의 導入), 直接請求制度의 改善, 커뮤니티 對策의 推進, 地方自治의 行財政 基盤 強化 등을 提言하고 있는데, 이 以後 모든 地方自治團體에는 커뮤니티 對策을 推進할 것으로 하고 있다. 그 例가 1976年 10月, 「新·神戶市總合基本計劃」에서 커뮤니티를 推進할 것으로 하고 있는 것이다.

우리나라의 行政法學은 그 機能面에서 權力牽制的 機能에만 치우치고 있어서 形式的 法治主義의 性向이 濃厚하다. 그 結果 執權者는 法보다 權力이 上位에 있는 것으로 固定觀念化하여 法보다 權力을 重視하며, 國民은 法綱을 避하려고 하거나 法보다 上位에 있는 權力과 接近하여 法執行 過程에서 빠져 나와 法을 避하거나 逸脫하려고 한다. 그래서 行政法도 그 役割을 다하지 못하고 있다고 볼 수 있다. 今後의 課題와 目標은 住民과의 關係에서 民主性과 社會的 能率性(social efficiency)을 昂揚하도록 하는 것을 目標로 하는 社會機能主義를 理念으로 하여야 할 것이다. 즉 住民의 公共倫理意識을 確立하도록 하여 이를 法의 土臺가 되도록 하고 權力의 正統性도 이에 根據하도록 하여야 할 것이다. 이러한 次元에서 法哲學과 法社會學이 作用하도록 하고, 行政法 理論의 全般的 修正, 專門領域別 研究, 事例中心의 學際的 研究가 推進되어야 할 것이다. 그러기 위해서는 研究의 與件이 改善되어야 할 것이다.

IV. 提言

첫째, 社會機能主義에 立脚한 行政法學의 異論體系를 整備하도록 하여야 할 것이다. 이는 執權層과 住民이 相互協力하는 社會公共의 倫理를 確立하도록 하는 實質的 法治主義의 理論이 體系化되어야 함을 意味하는 것이다.

둘째, 그러기 위해서는 住民의 教育을 위한 行政法 制度가 마련되어야 하고 모든 住民이 社會管理의 主體가 되도록 責任意識을 高揚시키는 것을 行政法의 機能으로 하여야 한다.

셋째, 行政法의 專門領域別 研究와 專門領域別 講座의 擴大를 推進해야 한다. 오늘날 行政法은 總論과 各論의 形態로 나누어져 있으나, 總論外에 財政法, 開發行政法, 環境行政法, 租稅行政法, 不動產關係 등 經濟行政法, 自治行政法, 國際行政法 등으로 專門化되어야 할 것이다.

넷째, 事例研究와 學際的 研究가 必要하다. 事例研究에 있어서 특히 注意하여야 할 것은 判決이나 政策決定의 社會心理的 動機에 關心을 두어 研究함으로써 社會的 價値創造에 寄與할 수 있도록 하여야 할 것이다.