

〈제4주제 지정토론〉

韓國 行政法學 50年の 成果와 21세기적 課題

金 性 洙\*

1. 토론에 들어가며

독일의 저명한 행정법학자인 포르스트호프(Forsthoff)는 일찍이 “국가가 있는 곳에 행정이 있으며, 행정이 있는 곳에 행정법이 있다”고 말한 바 있다. 이는 독일에만 국한되어 운위되는 것은 아니며 시간과 공간을 초월하여 국가의 체제를 이루고 행정활동이 이루어지는 모든 공동체에 일반적으로 통용되는 명제라고 할 것이다. 따라서 한국의 경우에도 여기에서 예외일 수는 없으며 우리는 광복 이후 지난 50년간 폭발적인 국가기능 및 행정작용의 증가와 행정법의 양적·질적인 변화를 경험하고 있다.

그러나 포르스트호프의 명제를 단순히 국가, 행정 그리고 법이라는 형식적인 구도로만 이해한다면 “한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제”라는 주제에 대한 토론에 큰 의미를 부여할 수 없을 것이다. 물론 과거에 나름대로의 기회가 있을 때마다 이루어진 한국 행정법의 발자취에 대한 역사적 회고나 기술도 우리의 관심을 끌기에 충분하다. 그러나 오늘의 주제와 관련하여 보다 중요한 것은 과연 여기에서 이야기하는 국가는 광복 이후 “어떠한 국가”였으며 거기에서의 행정과 법은 또한 “어떠한 내용과 성질”을 갖는 행정과 법이었는가를 냉철히 분석하고 이를 바탕으로 21세기적 행정법학의 위상을 정립하는 작업일 것이다. 그러므로 한국 행정법학에 대한 역사적 진단과 미래에 있어서 정확한 좌표의 설정은 그의 전제가 되는 국가와 행정에 대한 연구가 선행 내지 병행되어야 하는 것이 원칙일 것이다. 그러나 그것은 토론의 범위를 지나치게 확대할 것이므로 한국 행정법학의 과거와 미래에 대한 정확한 인식과 전망과 관련되는 필요한 최소한의 고찰에 그치기로 한다.

2. 한국 행정법의 50년의 역사와 자기반성—일제의 잔재, 한국전쟁, 군사독재로 이어지는 혼란과 왜곡의 행정법사

인류의 역사가 그러하듯이 한국 행정법 50년의 역사도 굴곡과 명암, 영욕이 교차되는 한편의 파노라마를 이루고 있다. 따라서 역사적으로 우리 국민에게 고통스럽고 혼란했던

\* 연세대학교 경법대학 교수

이 시기에도 한국 행정법학의 뿌리가 내리고 상당한 발전이 이루어졌다는 긍정적인 측면을 전혀 백안시하거나 정당한 평가를 유보할 수 없다. 특히 한국 행정법학계의 원로이신 김도창 교수와 서원우 교수는 한국 행정법학의 시대구분과 아울러 각 시기에 이루어진 행정법학의 발전을 이러한 관점에서 체계적으로 정리하고 있다.

그 분들에 따르면 한국 행정법은 해방 후부터 1950년대까지의 초창기, 1960년대의 정지기, 1970년대의 전환기, 1980년 이후, 특히 1987년 헌법재판소 설치 이후의 시기 등 크게 네 시기로 나누어 설명되고 있다. 우선 제1단계는 광복과 정부수립의 감격을 아사간 한국전쟁의 충격을 극복하고 한국 행정법학계는 서서히 그 진용을 가다듬으면서 최대 난관인 실정법규의 정리와 전후의 영미행정법 및 독불행정법이론의 도입을 위한 기반을 닦는 시기였다. 이어서 제2단계는 4·19와 5·16, 민정이양과 6·3사태 등 정치적 소용돌이 속에서도 외국의 행정법이론을 도입하고 학문체계의 정비 및 판례탐색 등을 통하여 점차로 내실을 다지는 시기였다. 한편 제3단계는 10월유신이라는 정치적 암흑기를 경험하면서도 한국헌법학회, 한국공법학회, 한국행정과학연구소와 같은 학술단체의 등장을 보게됨과 아울러 국가배상과 관련된 판례변경 그리고 특히 행정법이론체계의 일대전환을 맞이한 시기로 평가되고 있다. 마지막으로 1980년의 헌법개정으로 인하여 환경권규정이 신설되었고, 행정심판의 준사법화에 대한 헌법적 근거가 마련되어 그 이후에 행정쟁송법이 전면적으로 개정될 수 있는 계기를 마련하였다. 더 나아가 행정절차법이 입법예고되고 지방자치법이 개정되어 행정법학분야에서 발전적 전환을 맞이한 시대로 평가하기도 한다. 특히 1987년 이후는 행정법학의 발전에 결정적인 계기를 마련한 헌법재판소가 설치·가동되어 헌법과 행정법의 관계를 보다 긴밀히 하고 공법일반의 규범력을 강화하는 다수의 결정이 내려짐으로써 향후 한국에서의 행정법 발전에 커다란 획을 그을 것으로 평가된다.

그러나 광복 이후의 한국 행정법학에 대한 이러한 긍정적인 평가에도 불구하고 한국 행정법은 그 후 50년의 우리 역사가 그러하였듯이 이미 외부적인 환경에 의하여 그 왜곡성이 조건지워지고 있었다. 다시 말해서 외세에 의하여 주어진 광복이라는 역사적 상황은 일제의 잔재를 청산함에 있어서 일정한 한계를 노정하고 있었으므로 행정법학분야에서도 일제와의 단절을 통한 새로운 학문적 출발은 사실상 불가능한 일이었다. 일제의 반민주적 학문적 전통을 계승한 초기 한국 행정법학에 대한 역사적 평가는 아직도 미미한 수준에 머물고 있거나 관련 당사자에 의하여 교묘히 은폐되고 있어서 세인의 관심을 끌고 있지는 못하지만 그 후에 한국전쟁과 군사독재시대에 체제순응적 행정법학으로서 부활하고 있다는 사실을 염두에 두어야 할 것이다.

이러한 학문적 전통을 지닌 우리의 공법학 내지 행정법학은 동족상잔의 한국전쟁과 박정희 정권 이후 계속된 군사독재시대를 거치면서 정치에 대한 철저한 예측의 길을 걷게 되는 것이다. 특히 박정희 정권 시절인 1971년 대법원의 국가배상법 제2조 제1항 단서규

정에 대한 위헌판결과 그로 인한 사법과동, 위헌조항의 유신헌법 편입의 일련의 과정은 한국의 공법학이 정치의 시너 구실밖에 하지 못했던 암울한 역사의 단면을 잘 보여주는 사실이다. 이는 결과적으로 행정법학이 잘못된 현실을 과감하게 비판하고 올바른 입법정책적 대안을 제시하는 기능을 수행하지 못하고 탁상공론적인 이론연구에만 매달리게 하는 결과를 가져오게 하였다. 더 나아가 70년대의 10월유신은 공법학자들로 하여금 법적 무력증과 허무주의에 빠지게 하는 결정적인 계기를 만들었으며, 80년대의 전두환정권에 이르러 극도에 달한 상업주의 문화는 살아 숨쉬는 학문적 이론과 실체를 외면한 채 잘 팔리는 수험행정법서의 범람을 부채질하였다. 결국 해방 이후의 이러한 정치적·문화적·사회적 제현실은 이미 우리 행정법의 발전을 제약하고 왜곡시키는 외부환경을 형성하고, 행정법학자들은 그곳에 안주하는 악순환이 계속되어온 것이다.

### 3. 한국 행정법학의 현주소—수험법학, 강단법학, 관료법학, 총론법학, 모방법학을 통해서 본 한국 행정법학의 비현실성과 물역사성

이미 언급한 바와 같이 우리의 행정법학이 해방 이후 양적·질적으로 나름대로의 발전을 거듭하여 왔다는 사실을 애써 평가절하하는 것이 본 토론의 목적은 아니다. 그러나 행정법학을 둘러싼 외부적 환경과 학자들의 안일한 태도로 인하여 한국 행정법학의 현주소에는 부정적인 평가를 반영하는 다양한 별명이 붙여지고 있다.

우선 우리 행정법학의 방법론은 과거 개념법학의 입장에서 철저하게 실정법의 해석에 매달려 왔기 때문에 다른 관련 사회과학의 다양한 관계성 속에서 문제를 분석하거나 생산적인 대안을 제시하지 못하고 ‘체제순응적’이며 ‘관료적’인 법해석론으로 만족해 왔다. 이러한 행정법학의 제한된 방법론은 우리의 행정현실이나 사회적 현안을 적절히 포착하고 문제의 해결능력을 배양하는 법정정책, 법사회학적 방법론은 무시한 채 학생을 교육하는 수험서차원의 연구에 머물게 하는 왜곡된 연구풍토를 조성하였다. 그러므로 우리 행정법학은 학생을 가르치기 위한 법학, 고시생의 시험준비를 위한 법학적 연구가 주류를 이루고 있으며, 학문적인 논쟁의 대상도 행정법 총론분야의 외국이론이나 이와 관련된 실정법의 해석론이 주류를 이루고 있다.

따라서 현실감각이 무디어진 행정법학은 우리 사회에서 일상적으로 벌어지는 경제정책적·사회정책적인 제문제에 대하여 경제학, 정치학, 사회학 등 관련 사회과학의 제 분야와 학제적인 관점에서 해결의 방안을 제시하는 기능을 전혀 수행하지 못하고 있다. 사실상 관련 사회과학을 연구하는 분야의 학자가 특정 사안에 대해 규범적인 관점에서 학문적 협조나 조언을 구하려 하여도 이러한 방법론에 익숙치 못한 행정법학자들은 그것이 우리의 몫이거나 고유의 업무영역임을 인식하고 있는 경우가 드물어서 오히려 그들을 당황하게 하는 것이 사실이다. 사회가 변하면 이론도 변해야 하며 그에 따라 학문적 방법론도 바뀌

어야 한다. 법학분야 중에서도 특히 현실감각이 뛰어나고 정책적 관점이 중요시되는 행정법학은 19세기 독일의 개념법학과 법해석론을 바탕으로 외부와의 관계를 끊은 채 깊은 산사에서 외로이 고시준비를 하고 있는 셈이다.

#### 4. Rechtsdogmatik, Rechtspolitik, Rechtsphilosophie—행정법학자 세대간의 역할분담

이미 지적한 바와 같이 우리의 행정법학 연구는 19세기 독일을 중심으로 하는 법해석론이 주류를 이루고 있어서 법정책학, 법사회학, 법철학, 법사학적인 방법론이나 다른 관련 사회과학 분야와의 학제적 연구가 부진한 것이 사실이다. 그렇다고 하여 행정법학의 연구에 있어서 법해석이나 이론의 탐구가 중요하지 않다는 것은 결코 아니다. 다만 행정법 총론분야에서 학자간에 이루어지는 논쟁을 지켜보면 문제가 되는 개념이나 실정법규정이 대부분 외국의 개념이나 입법례임에도 불구하고 철저한 이론분석이나 역사적 고찰이 행해지지 않고 원로학자간의 팽팽한 의견대립이 평행선만을 긋고 있다는 느낌을 지울 수 없다. 사실상 한국 행정법학계에서 원로학자들이 차지하는 위치나 후학에 미치는 막대한 영향력을 생각하여 볼 때, 이 분들이 주도하는 논쟁이 자칫 행정법학계의 학문적 지평선을 법해석론에 가리게 하지 않는가 하는 우려를 금할 수 없다. 그러므로 기초이론의 탐구나 실정법의 해석론은 원칙적으로 한참 이 문제에 열중하여야 할 신진학자들의 몫이다. 따라서 원로학자들은 이들간의 논쟁이 방향을 잃고 표류할 때 조정적 역할을 하는 것이 바람직하며 세세한 문제를 제기하고 이를 행정법학계 최대의 현안문제로 지나치게 확대하는 것은 자칫 소모적 논쟁으로 비화할 가능성이 큰 것이다.

그러나 기초이론과 법해석적 방법론을 철저하게 익혀 행정법학계 중진학자의 대열에 진입한 학자들은 이에 만족하지 말고 관련 사회과학 분야의 학자들과 사회·경제·정치·문화 등 우리 사회의 제 영역에서 발생하는 현안문제에 대한 학제적 연구의 방법론을 개발하여야 한다. 이들은 연령층으로 보아 40대 중반에서 50대 중반에 이르게 되어 가장 사회적 활동이 왕성하고 사회적 교류의 범위도 넓어지는 시기에 해당하기 때문에 누구보다도 문제를 예리하게 분석하고 적절한 해결방안을 제시할 수 있는 사람들이다. 행정법학에서 정책문제를 강조한다는 것은 결과적으로 강학상 행정법 각론분야 연구의 활성화를 의미하며 문제중심의 방법론은 거꾸로 총론분야의 일반이론 발전에 기여할 수 있을 것이다. 동시에 입법정책문제에 중점을 둔 연구방법론은 행정법학자들의 전문성과 해당 실무계와의 연계성을 제고시킴으로써 행정법 연구영역의 광역화와 현실문제에 대한 행정법학자들의 발언권을 강화할 수 있을 것이다.

마지막으로 연령적으로 60대에 진입하는 원로학자들은 이제까지 축적한 학자적 식견과 경험을 바탕으로 우리 행정법학계의 상황을 진단하고 나아갈 방향을 법사학적, 법철학적 등 거시적 관점에서 제시하는 막중한 책무를 맡아야 한다. 기초이론에 대한 철저한 탐구

가 부족한 소장학자가 철학이나 역사적 관점에서 행정법학계를 비판하는 것은 때로는 학계에 신선한 자극이 될 수는 있으나 대부분 일과성 문제의 제기로 끝나게 마련이다. 그러므로 행정법 기초이론에 대한 법사학적 고찰이나 법철학적 방향의 제시는 우리 행정법학계가 발전해 나가는 기본골격을 형성할 것이고, 이는 바로 원로학자들의 몫이다. 더 나아가 소장학자들의 잘못된 이론의 전개, 이론적 뒷받침이 철저하지 못한 입법정책의 제시에 대하여 이를 바로잡는 것도 원로학자들이 해야 할 중요한 일이다.

물론 법해석학=소장학자, 법정책학=중견학자, 법철학·법사학=원로학자라는 등식이 반드시 성립하는 것도 아니며 또한 이는 연령의 문제라기보다는 학자 개인의 관심사와 연구성향의 차이라는 반론의 제기도 충분히 가능하다. 그러나 행정법학자라면 그의 연구대상이나 관심사의 차이에도 불구하고 다양한 방법론을 터득하고 활용할 수 있어야 한다는 당위적 요청을 고려한다면 행정법학자 세대간의 역할분담론은 우리 행정법학의 발전을 위하여 적극적인 기능을 촉진할 수 있을 것이다.

##### 5. 토론을 마치면서—행정법 연구대상의 세계화와 행정법이론의 토착화를 기대하며

우리의 행정법학은 광복 50년을 맞으면서 과거의 행적을 철저히 분석·반성하고 우리에게 주어진 임무와 역할을 정확히 자리매김하여야 하는 지천명의 단계에 이르렀다. 그러므로 우리는 오늘의 논의를 통하여 부각된 여러 문제들에 대하여 차분하고도 정확한 진단을 내리고 그 해법을 찾기 위해 노력하여야 하지만, 그 모든 것이 말의 잔치로 끝나지 않기 위해서는 무엇보다도 행정법학자, 또 그들이 속한 학계의 과감한 자기개혁이 선행되어야 한다. 왜냐하면 과거와는 달리 행정법학의 왜곡된 생존구조를 조건지웠던 외부환경은 이제 더 이상 존재하지 않으므로 우리의 문제를 남의 탓으로 전가시킬 근거가 희박하기 때문이다. 오히려 최근의 국내외적 변화는 이에 따르는 법적 대응의 문제를 우리에게 시급하게 요구하는 경우가 많아져서 이를 적절히 소화해내지 못할 때에는 더욱 적나라하게 우리의 무능과 무지를 드러내게 될 것이다.

이렇게 본다면 한국의 행정법학은 또 다르게 생성된 외부환경에 의하여 현재까지의 연구대상과 방법론을 과감하게 개혁해야 하는 과제를 안게 되었다. 21세기를 목전에 두고 우리 행정법학의 신속하고 적절한 응전을 요구하는 분야는 국제경제, 국제통상, 환경, 재정 및 조세정책, 지방자치 등 이를 일일이 열거할 필요가 없을 정도로 다양하다. 그러므로 우리가 이러한 현안문제의 해결을 위한 새로운 연구 및 교육의 방법론과 법정정책 대안의 개발을 계속하여 게을리한다면 결국 법학교육을 받는 학생들로부터도 외면당하게 될 것이 분명하다. 따라서 21세기를 지향하는 한국 행정법의 미래는 고립과 폐쇄성의 장막을 걷고 다양한 방법론의 개발과 학제적 연구의 활성화를 통하여 자신의 정체성을 확립해 나가야 할 것이다. 이와 같은 작업이 계속됨으로써 과거 외국 행정법이론의 난상적인 소개를 바

탕으로 수험서의 집필에만 의존한 우리 행정법학의 외생적 풍토가 극복되고 우리 특유의 행정법 이론과 방법론의 토착화가 이루어지기를 기대해 본다. 무엇인가 바꾸기 위해서는 이제 우리 스스로가 변해야 한다.