

委任立法論의 最近動向

—美國의 경우를 中心으로—

徐 元 宇

(서울大 法大 教授)

一. 序. 權力分立과 委任立法

民主國家, 특히 그것이 大統領制의 民主國家라면 몽테스키외의 權力分立은 必須的 要素라고 인정되어 왔고, 또한 지금도 그렇게 인정되고 있다. 사실상, 美國의 憲法制定過程에 깊이 참여했던 James Madison은 聯邦主義論 47號, 48號, 51號 (Federalist Papers, No. 47, 48, 51)⁽¹⁾를 통해서 權力의 分散과 相互牽制를 主唱하였다. 이러한 權力分立의 道그마는 民主主義의 象徴으로 美化되었고, 따라서 戰後의 新生國家들은 權力分立의 制度를 다투어 受容하였다. 그러나 權力分立理論이 과연 얼마나 實效性이 있는 것인가 하는 문제가 今世紀 初부터 浮두되었다. 1908년에 Woodrow Wilson은 “……政府는 기계가 아니며 活動하는 것 (living thing)이다. ……그 機關을 相互牽制하고서 活動할 수는 없다. …政府의 生命은 신속한 協同에 依存한다”고 말했다.⁽²⁾ Karl Loewenstein도 종래의 權力分立論을 落後된 概念이라고 규정하면서 政策決定(policy-determination), 政策執行(policy-execution), 政策統制(policy-control)로 國家機能을 三分하고 있다.⁽³⁾ 결국 權力分立은 원래의 意味의 喪失하였다. 하지만 가장 중요한 一側面은 아직도 健在하며 또한 앞으로도 健在할 것인데 이는 司法權의 獨立을 의미한다.⁽⁴⁾ 약간 다른 측면에서 본다면 權力分立은 —Brandeis 判事의 Myers判事의 유명한 反對意見⁽⁵⁾에서와 같이— 人民을 獨裁에서 救하기 위한 論理일 뿐이다.

(1) Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers*. (Clinton Rossiter ed., New American Library, N.Y., 1961) pp. 300-313, 320-325.

(2) W. Wilson, *Constitutional Government in U.S.* (1908) p. 56. Wolfgang Friedman, *Law in a Changing Society* (2nd ed, Penguin Books, Middlesex, 1972) p. 382에서 再引用.

(3) K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*. (2nd ed. Univ. of Chicago Press, Chicago, 1965) pp. 34-52.

(4) Friedman, *supra*, p. 383.

(5) *Myers v. U.S.* 272 U.S., 52 (1926), Mason & Beane, *American Constitutional Law; Introductory Essays and Selected Cases*. (4th ed. Prentice-Hall, N.J. 1968), p. 91.

權力分立의 現代的 意義를 司法權의 獨立과 國民의 基本權 保障에서만 찾을 수 있다면, 종래의 權力分立論에서 말하는 立法權과 行政權의 區分은 그 存在理由가 박약해진다. 英國과 같은 議會制 國家에서 議會가 行政府에 下位立法權(subordinate legislative power)을 許容하기를 꺼려 했던 것은 어느면 흥미롭기도 하다. A.V. Dicey는 이러한 현상이 王權에 대한 制約으로서 구상되었던 것이 今日에 와서는 行政府의 活動에 대한 不必要한 制約으로 되어 버린터 그 이유가 있다고 말했다.⁽⁶⁾ 그러나 今世紀의 급격한 社會變化는 委任立法, 즉 行政府에 의한 立法을 不可避하게 증진시켰다.⁽⁷⁾ 그리하여 오늘날 문제는 委任立法의 存在 自體가 아니라, 議會가 委任立法을 감시하기가 점점 어려워 진다는 데에 있다.⁽⁸⁾ 이 점은 美國과 共通되지만, 美國의 경우에는 문제가 더 어려워진다. 즉 英國에서는 各部長官이 議會에 責任을 지지만 美國에서는 行政府가 議會에 責任을 지지 않으며, 뿐만 아니라 많은 중요한 權力이 아무에게도 責任을 지지 않는 行政委員會(administrative agency)에 속하기 때문에 政治的 裁量의 濫用은 美國에서 더욱 심각한 문제를 일으킨다.⁽⁹⁾ 委任立法에 관한 문제가 美國에서 특히 심각한 이유는 또 하나가 있다. 즉, 法院에 의한 法律의 違憲 審査(judicial review)가 바로 그것이다. 英國에서는 議會主權의 原則上 議會法은 至高의 權威를 갖게 된다. 따라서 議會가 그 權限의 一部를 行政府에 委任하였을 경우에도 그러한 母法 自體에는 하등의 헌법상의 문제가 생기지 않는다. 다만 行政府의 委任立法(下位法令)이 母法에서 규정한 範圍를 逾越했을 경우에(즉, ultra vires의 경우) 法院은 문제의 下位 法令을 無效로 宣稱할 수 있을 뿐이다.⁽¹⁰⁾ 다시 말해서 母法인 議會法은 神聖不可侵이다. 이와는 대조적으로 美國의 議會法은 神聖不可侵을 누리지 못하고 있으며, 이러한 연유로 전통적인 權力分立原則에 배반되는 立法權의 委任은 合憲性的 關門부터 通過하여야만 했다. 그러나 전통적인 “立法權은 委任될 수 없다.” (“Delegata potestas non potest delegari”, “legislative power cannot be delegated.”)라는 前提는 그다지 강력한 것은 못되었다.

本稿는 美國에 있어서의 委任立法의 發展과 특히 최근에 있어서의 그 새로운 局面을 다루는 것을 目的으로 삼는다. 委任立法의 關於 최근의 理論的 動向에 關係서는 우리나라의 경우 아직 전혀 소개되지 아니한 것으로 안다.

(6) A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. (10th ed. Introduction by E.C.S. Wade, MacMillan, London, 1959) p. 53.

(7) 英國에서의 委任立法의 發展, 委任立法의 目的에 대하여는 S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*. (2nd ed. Penguin Education, Middlesex, 1973) p. 333f. 참조.

(8) H.W.R. Wade, *Administrative Law* (3rd ed. Oxford Univ. Press. London, 1971) p. 315.

(9) Bernard Schwartz and H.W.R. Wade, *Legal Control of Government*. (Oxford Univ. Press. London 1972) p. 106.

(10) de Smith, *supra*, pp. 347-352. Wade, *supra*, p. 322.

二. 委任立法의 發展

(1) 美國 行政法의 特殊性

委任立法을論하기에 앞서 확실히 해두어야 할 것은 美國의 行政委員會(또는 獨立規制委員會, a. administrative agency)에 관하여서 이다. 이러한 行政委員會의 發展은 總래의 權力分立理論의 虛構性을 그대로 露呈시키고 있다. 즉, 行政委員會는 規則을 制定하고(立法), 그 規則의 違反與否를 調査하며(行政), 또한 그 規則의 違反 與否에 관한 事實判斷을 행하기(司法) 때문이다.⁽¹¹⁾ 따라서 議會가 이러한 行政委員會를 創設한 것은 그 自體로서 總래한 憲法 問題를 야기시킨다. 그러나, 실제에 있어서 이러한 行政委員會의 發展은 總래의 政府 三수가 긴급한 經濟·社會問題를 해결치 못한 데에서 연유한다.⁽¹²⁾ 1887년에 州際通商委員會(Interstate Commerce Commission)가 창설된 이래, New Deal 時代의 改革을 거쳐서 1917년에는 51個의 行政委員會가 활동하게 되었다.⁽¹³⁾ 이런 결과로 聯邦政府 權限의 확대를 초래하였고, 이에 대한 비판도 있지만은 이러한 방향으로 발전하는 것은 불가피한 것으로⁽¹⁴⁾ 생각되고 있다. 따라서 문제는 統制(control)에 集中되고 만다. 즉, 行政的 方法의 利點을 살리면서 專制的·恣意的인 權力의 惡을 피할 수 있는 統制의 手段을 어떻게 확보하느냐⁽¹⁵⁾에 핵심이 있게 된다.

行政에 대한 統制는 그 본질상 立法府와 司法府에 의하여 이루어 진다. 그러나 立法府와 行政府가 協同關係를 이룬다면, 司法府가 立法·行政 兩府를 모두 견제해야 하는 경우가 생길 수 있다. 특히 司法府의 世界觀이 立法·行政府의 그것과 다를 경우에 문제는 사뭇 심각해 진다. “立法權은 委任될 수 없다”는 古典的인 原則을 이유로 聯邦法律이 違憲判決을 받은 것은 1935년의 단 二件⁽¹⁶⁾이었다는 사실은 同 原則의 虛構性을 또 한번 드러내는 것이다. 1935年은 經濟的 自由放任主義 哲學에 사로잡힌 保守的인 大法院과 광범한 社會·經濟 改革을 주도하려는 立法·行政府의 對立이 극도로 심각했던 때이었다.⁽¹⁷⁾

(11) G. llhorn and Byse, *Administrative Law: Cases and Comments*. (8th ed. Foundation Press, N.Y. 1974) p. 57.

(12) *Id.*

(13) Schwartz & Wade, *supra*, p. 28. 行政委員會의 生成過程 및 目的, 特徵에 대해서는 Gellhorn & Byse, *supra*, pp. 2-53 및 그에 引用된 문헌 참조.

(14) Schwartz & Wade, *supra*, p. 10.

(15) G. llhorn & Byse, *supra*, p. 57.

(16) *P. nama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935). *Schechter Poultry Corp. v. U.S.*, 295 U.S. 495 (1935).

(17) 1934年에서 1936年까지 大法院은 최소한 13個의 뉴딜立法을 違憲으로 判決했다. 루즈벨트 大統領이 大法院 改革案(Court-packing plan)을 내어 놓은 것도 이에서 비롯된다. H.J. Abraham, *Judicial Process* (2nd ed. Oxford Univ. Press, N.Y. 1968) pp. 289-294 참조. 하지만 上記의 두 判決이 뉴딜立法에 대한 단순한 적대감에서 이루어 졌다고 볼 수는 없다. 적대감 以上の 문제가 5. 있었다고 봄이 타당하다. Schwartz & Wade, *supra*, p. 86.

以下, 1931年 이전의 委任에 관한 判決과 1935年의 前記 두 判決, 그리고 그 이후의 발전을 약술하기로 한다.

(2) 1931年 이전의 立法權 委任에 관한 判決

1813년에 大法院은 The Brig Aurora, 7 Cranch 382에서 立法權의 명백한 委任을 인정하였다. 즉, 英國이나 프랑스 중 어느 一國이 美國의 中立交易을 침해하기를 中斷하고, 또한 이러한 事實을 大統領이 宣言한다면 몇몇의 舊法 條項이 復活한다고 규정한 議會法은 立法權을 大統領이 委任한 것으로 無效라는 訴訟이 제기되었는데 大法院은 “議會가 1809年 3月 1日의 法을 明白하게이든 또는 條件을 붙여서이든 復活시키는 裁量을 行使하지 못 할 이유가 없다”고 英國의 주장을 거칠게 排斥하였다.⁽¹⁸⁾

1892年の Field v. Clark, 143 U.S. 649에서 大法院은 1890年の 關稅法(Tariff Act) 3項을 Brig Aurora를 援用하여 合憲으로 인정하였다. 同條項은 美國에 免稅로 農產品을 輸出하고 있는 나라가 美國 商品에 대하여 關稅나 기타의 徵收金을 부과하는 경우에, 그리고 그러한 關稅등의 부과가 不公平・不合理하다고 大統領이 인정할 때에 施行될 報復關稅(retaliatory tariff)를 규정하였으며, 또한 美國의 企業이 國際交易에서 不公正하게 다루어 진다고 大統領이 생각하면 그는 相對國에 대한 互惠關稅條項을 猶豫시킬 수 있다고 규정하고 있었다. 同條項은 關稅 賦課權의 大統領에의 移轉이라는 주장에 대하여 Harlan등 多數判事は “議會가 그 界限을 大統領에 委任할 수 없다는 것은 憲法에 의하여 構成된 政府 體制의 維持에 必須의인 것으로서 보편적으로 인정되고 있는 原則”이라고 하면서, 하지만 同事件에서 그러한 委任이 이루어진 것은 아니라고 말했다. 즉, 同事件에서의 大統領의 행위는 “단지 議會法의 執行”이며 “立法”은 아니며, 그는 단순히 立法機關의 執行人(agent)으로서 행동하였다고 判定했다.⁽¹⁹⁾

Brig Aurora 判決과 Field 判決은 大統領의 立法參與를 인정하는 근거가 되었지만, 이러한 事實上の 委任을 正當化할 理論이 필요하게 되었다. 이에 등장한 것이 細部立法說(“fill up the details”)이다. United States v. Grimaud, 220 U.S. 506 (1911)은 農務長官에게 山火 등에 의한 山林의 파괴를 예방하기 위한 命令과 規則을 制定할 수 있는 權限을 부여한 法律에 관한 事件인데, 大法院은 全員一致로 農務長官의 權限은 立法權은 아니며, 단지 細部事項을 補完하는 (fill up the details) 權限을 행사하는 것 뿐이라는 이유로 同法을 인정하였다.⁽²⁰⁾

Buttfield v. Stranahan, 192 U.S. 470 (1904)는 또 하나의 正當化 理論을 提供한 것이

(18) Gellhorn & Byse, *supra*, p. 58.

(19) *Ibid.*, p. 59. John Marshall Harlan (1833~1911. 1877~1911在任)은 뒤에 나오는 Arizona v. California에서 反對意見을 쓴 同名인 John Marshall Harlan (1899~1971, 1955~1971 在任)의 祖父이다.

(20) *Ibid.*, p. 60.

다. 同事件은 美國에 輸入되는 모든 茶類의 純度, 品質등의 基準을 財務長官이 定할 수 있으며, 이 基準의 檢査를 통과한 茶類만이 美國內로 輸入될 수 있다고 한 法律이 立法權을 委任한 것인가 하는 爭點을 나은 것이다. 大法院은 議會가 同法律에 “主要基準”(primary standard)을 定하여 놓았고 財務長官은 “法律에 宣稱된 立法政策을 실현시키기 위한 執行의 義務를 행하는 것”이라고 判示했다.⁽²¹⁾

J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States, 276 U.S. 394 (1928)은 彈力關稅(flexible tariff)를 규정한 1922년의 關稅法(Tariff Act of 1922)에 관한 事件인데 同事件에서 Taft 大法院은 “議會가 分別있는 原則(intelligible principle)을 규정”한다면, 그러한 法律은 立法權의 不法委任이 아니라고 判示했다.⁽²²⁾

이와 같은 立法權의 委任을 인정하면서도 大法院은 不委任原則(non-delegation doctrine)이 파괴되지 않은 것처럼 文字的 魔術(word juggling)을 사용하였다. (즉, “細部立法”, “主要基準”, “分別있는 原則”등) 하지만 사실에 있어서 大法院은 不委任原則이 現實과 맞지 않음을 분명히 인식하고 있음을 피력한 것이다.⁽²³⁾

이와 같이 文字的 魔術(word juggling)을 사용하여 委任을 인정하는 입장은 오늘날 우리나라의 여러 行政法學者에 의하여 채택되고 있으며 通說의 立場이라 해도 과언이 아니다.⁽²⁴⁾

(·) 1935년의 Panama 判決과 Schecter判決

그러나 어떠한 文字的 魔術도 1933년의 國家産業復興法 1條 (Title I of National Industrial Recovery Act of 1933)의 委任條項을 正當化시킬 수는 없었다. 同法의 委任條項에 대한 違憲判決은 좀더 상세히 살펴 볼 필요가 있을 것이다.

(A) Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935)⁽²⁵⁾

大恐慌의 打開을 위한 New Deal 立法의 하나인 國家産業復興法(N.I.R.A.)의 9-C項(Sec. 9-C)은 石油産業에 관한 것이었다. 同條項은 州當局이 許諾한 生産量을 초과하여 生産된

(21) *ibid.*

(22) *ibid.*, p. 61. Taft는 大統領을 역임했던 탓으로 委任立法의 不可避性을 인식하였다고 말해진다.

(23) *ibid.*, p. 62.

(24) 金道和著, 行政法論(上), 靑雲社, 1975, 204面은 Panama 判決 等を 들고 “...이 判決들에서 政策(policy) 基準(standard)과 같은 立法의 本質의 事項은 法律이 직접 定하여야 한다는 委任의 限界와 그 限界 내에서 委任의 合憲性이 인정되게 되었다”고 쓰고 있는 데, 이는 1935年 이후의 發展을 전혀 도외시 한 것이다. 同書 210~211面에서는 “委任은 個別的 授權이어야 하고 一般의 白紙의 授權은 許容되지 아니한다”고 쓰고 있는데 과연 兩者의 區別은 어떠한 것인가 하는 문제가 생긴다.

康文用 “行政上立法” (새 法政 1971年11月)에서는, “法律에 의한 委任은 個別的 授權이어야 하며 規制對象을 明確하게 限定하고 規制標準을 規定하여야 하므로...”라고 쓰고 있는 데, “個別的,” “明確”이 과연 무엇을 의미하며, 또한 어느 정도의 “規制標準”이 요구되는가 하는 문제가 남는다. 本稿의 結論 部分 참조.

(25) 以下, Mason & Beaney, *supra*, pp. 84-88, Gellhorn & Byse, *supra*, pp. 64-68에서.

原油 및 그 製品이 州間 또는 國家間의 交易市場으로 運送되는 것을 禁止시킬 수 있는 權限을 大統領에 부여하고 있었다. 同法은 1933年 6月16日 公布되었고, 7月11日 大統領은 行政命令(Executive Order)을 發하여 문제의 超過生産石油(흔히 “hot oil”이라 불리 왔다.)의 州際 및 國際通商을 禁止시켰다. 同年 10月에 파나마精油會社(Panama Refining Co.)등 몇몇 石油會社는 同條項의 執行을 停止시키려는 訴訟을 제기하였다. 一審法院은 禁止令狀(injunction)을 發付하였으나 抗訴法院은 Field v. Clark등의 예를 들어서 原審을 번복하였다. 會社側은 上訴하였고 大法院은 同條項이 立法權을 不法的으로 委任하였다고 判決하였다. 法院의 判決文을 쓴 Hughes大法院長은 同法이 大統領이 따라야 할 政策(policy)이나, 大統領이 命令을 發하는 데에 관한 基準(standard), 또는 事實判斷(finding)의 要件을 전혀 규정하지 않았다고 말했다. 즉, “同法은 大統領에 無制限한 權限을 부여”하고 있다고 判示했다. 오직 Cardozo判事만이 반대하였다. Cardozo判事は 基準(standard)이야말로 가장 중요한 論點이라고 前提한 후, 大統領의 裁量權에 대한 基準은 同法 1項에 규정되어 있으며, 同 1項에 淸명히 議會의 政策에 의하여 大統領의 裁량이 제한되고 있기 때문에 同法의 委任條項은 有效하다고 주장했다.

(B) Schecter Poultry Co. v. United States, 295 U.S. 495 (1935)⁽²⁶⁾

Panama事件 이후 5個月만에 大法院은 國家産業復興法의 또 다른 條項(Sec. 3)을 違憲이라고 判決했다. 同條項의 (a)는 大統領에게 “交易과 産業의 公正한 競爭을 保障”하기 위하여 命令(command)을 제정할 수 있는 權限을 인정하였다. 上訴人 舍터家禽會社(Schecter Poultry Co.)는 뉴욕에 자리잡고서, 뉴욕에 있는 仲介人으로부터 生禽을 구입하여, 역시 뉴욕에 있는 도살장에서 도살한 다음 소매상에 팔고 있던 중 同條項에 의거하여 大統領이 公布한 “뉴욕市 市地城 및 그 周邊의 生禽産業(Live Poultry Industry)의 公正競爭에 관한 命令”의 最低賃金條項 등의 違反으로 有罪判決을 받았다. 大法院에서 문제가 된 점은 同法 3項의 委任條項의 合法性 與否와 同事案이 州際通商權(Commerce Power)에 속하는가 하는 것이었다. 이에 대하여 大法院은 全員一致로 否定的으로 判決했다. Hughes 大法院長은 大統領의 命令制定權에는 하등의 基準이 존재하지 않기 때문에 立法權의 違憲인 委任이라고 判示했다. 이번에는 Cardozo 判事도 이에 同調하였다. Cardozo는 別個意見을 통해서, “……同法에는 하등의 確固한, 심지어 大略의 基準도 존재하지 않으며, ” “이러한 委任은 狂亂인 것(this delegation is running riot)”이라고 말하면서 違憲判決에 贊同했다.

(4) Panama判決과 Schecter判決 이후의 委任立法의 發展

Panama判決과 Schecter判決은 議會, 行政府 및 法院에 모두 反省의 契機를 제공하였다.

(26) 以下, Gunther & Dowling, *Constitutional Law; Cases and Materials*, (8th ed. Foundation Press, N.Y. 1970), pp.274-277. Mason & Beane, *supra*, pp.243-247. Gellhorn & Byse, *supra*, pp.68-71에 서

1938년의 公正勞動基準法(Fair Labor Standard Act)은 보다 상세한 行政決定上의 準則을 규정하였다. *Opp Cotton Mills v. Administrator*, 312 U.S. 126 (1941)에서 大法院은 同法의 有効性을 全員一致로 確認하였다. Stone判事는 “憲法이 不可能한 일이나 非實用的인 것을 要求하지는 않는다. 立法府의 本質的 機能은 立法政策을 決定하고 行爲原則으로서 그 政策을 形成하는 데 있다”고 判示했다.⁽²⁷⁾

Panama判決과 Schecter判決 이후 聯邦法律이 委任을 이유로 違憲宣言을 받은 일은 없다. 立法權의 委任을 인정한 代表的인 判決 들을 들면 다음과 같다.

(1) *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944)⁽²⁸⁾

1941년의 非常物價統制法(Emergency Price Control Act of 1942)은 物價管理官에게 日常品 등의 最高價格을 정하는 條例와 命令을 發할 수 있는 권한을 주고 있었다. 同法은 物價管理官이 참작하여야 할 目的을 자세하게 규정하였다. (“物價를 安定시키고, 投機的이며 非正常的·變則的인 價格上昇을 豫防하고……防衛物資가 過多한 價格으로 인하여 분산됨을 막고, …生存保險과 年金에 의존하여 生活하는 사람들의 生活水準의 不當한 被害를 막고……”) 上訴人은 이에 위반하여 牛肉을 팔았다는 이유로 有罪判決을 받았다. 大法院은 原審을 인정하였다. Stone 大法院長은 同法이 立法權을 違憲의 으로 委任하지 않았다고 判示했다. 그는 憲法이 不可能한 것이나 非實用的인 것을 強要하지 않음을 다시 한번 강조한 다음, “法院의 관심사는 議會의 意思가 존중되었는가 하는 것 뿐”이라고 말했다. 그리고 나서 Stone은 議會가 行政府 官吏에게 最小限의 裁量만을 허용해야 할 이유는 없으며, 그러한 硬直의 인 事態를 피해서 보다 유연한 基準을 선택할 수도 있다고 한 다음, 法院이 事後에 審査할 경우에 그 委任이 너무 모호해서 受任機關의 行爲가 逾越(ultra vires)인지의 與否를 판단하기가 不可能하다면 그 委任은 無效가 될 것이라고 判示했다. 그러나 委任의 模糊性에 관한 Stone의 立場은 문제에 대한 답이 아니라 문제의 提起라는 評을 듣고 있다.⁽²⁹⁾

(3) *Arizona v. California*, 373 U.S. 546 (1963)⁽³⁰⁾

事實의 特異性으로도 많은 注目を 받았던 事件이며, 또한 委任問題에 關하여 세명의 判事(H. H. Brandeis, Douglas, Stewart)가 反對意見을 제출한 이 判決은 委任立法에 있어 아직도 그 限界가 중요한 의미를 갖고 있음을 나타내고 있다.

Arizona와 California등 몇 개의 州은 Colorado江과 그 支流의 물을 區分하는 것을 두고서 多年間에 걸쳐서 立法上 및 訴訟上 紛爭을 거듭하고 있었는데, 이 紛爭은 1928년의 Boulder Canyon Project Act (聯邦法)에 크게 영향을 받았다. 즉, 同法은 內務長官(Sec-

(27) Mason & Beaney, *supra*, p. 58.

(28) Gellhorn & Byse, *supra*, pp. 73-74.

(29) *Ibid*, p. 74.

(30) *Ibid*, pp. 74-75.

retary of the Interior)에게 貯水를 配分하는 契約의 條款을 確定시키고 用水者를 選擇하는 광범한 權限을 부여하였다. 同法에 의하여 內務長官은 이러한 決定을 하는 데 있어서, 첫째, 江의 조절과 범람의 統制, 둘째, 灌溉와 用水 및 현재의 既得權의 존중, 셋째, 水力發電의 順序로 優先權을 두어서 판단할 것이 요구되었다. 大法院은 위와 같은 광범한 선택권이 有效하게 부여될 수 있는가 하는 문제에 대하여는 言及도 하지 않았다. 大法院은 이러한 일은 單一的으로 운영되어야 效果의이며, 議會는 이를 인식하고 內務長官에게 이를 수행할 수 있는 충분한 권한을 주었다고 判示했다. 그리고는, “議會는 長官의 權限을 감축시키거나 확대시킬 수 있다. 議會가 그러한 행동을 취하지 않는 한……同法에 의하여 禁止되지 않은…(Colorado 江 事業의 遂行에 관한) 모든 權限은 長官에 속한다”고 했다.

Harlan判事는 內務長官의 權限에는 하등의 基準(standard)이 제시되어 있지 않다고 抗議하였다. Harlan判事의 反對意見에는 Douglas判事와 Stewart判事が 贊同했다. Harlan判事는 “本法院이 法을 解釋한 바에 따르면……議會는 長官에게 每年 150萬 立方 에이커의 물(水)을 膳物로 제공하고 있으며, 그는 자신의 기분이 내키는 대로 이를 配分할 수 있게 되었다”고 委任의 尺度 不在를 비판하였다.

이상에서 본 것과 같이 立法權의 광범한 委任이 大法院의 認定을 받게 되자 종래의 委任 理論의 修正과 아울러 새로운 방향으로의 모색이 시도되었다. 이에 관하여 가장 주목할 것은 다음 章에서 다루게 될, 1969년에 發刊된 K.C. Davis의 韓권의 著書와 역시 同年에 發表된 韓권의 論文이다.

三. 委任立法에 대한 새로운 接近法

—Davis의 理論을 中心으로—

(1) 裁量的 正義(“Discretionary Justice”)

1966년에 Louisiana大學에서 행한 講演을 기초로 하여 發刊된 “裁量的 正義”(Discretionary Justice)라는 著書⁽³¹⁾에서 Davis는 行政立法과 裁量行爲에 대한 종래의 敵對感 내지는 疑懼心을 버릴 것을 強力히 促求했다. Davis는 法則(rule)은 裁量에 의하여 補充되어야 한다고 주장했다. 그는 많은 경우에 있어서 法則의 機械的 適用은 不正義를 의미하며, 個別化된 正義(individualized justice)가 필요하다고 하면서 裁量(discretion)을 통해서만이 個別化된 正義는 이룩된다고⁽³²⁾ 말했다. Davis는 전통적인 法의 支配(rule of law)를 철저히 固

(31) Kenneth C. Davis, *Discretionary Justice, A Preliminary Inquiry*, (Louisiana State Univ. Press, Baton Rouge, 1969.) Kenneth Culp Davis는 현재 Chicago大學 教授.

(32) *Ibid.*, p. 19.

守하고 있는 프랑크스委員會의 報告書(Franks Committee Report, 1957年 英國), Charles Dickinson, (Administrative Justice and the Supremacy of Law, 1927年), A.V. Dicey (Law of the Constitution, 8th ed. 1915年), 및 Friedrich A. Hayek (A Road to Serfdom, 1944年, The Constitution of Liberty, 1960年)들은 現代의 政府가 처해있는 實際的 문제를 外面한 感情論, 希望論, 理想論(emotion, aspiration, ideal)인 뿐이라고 했다.⁽³³⁾ Davis에 있어서 “法の 支配”는 裁量權의 行使를 沮害하는 모호한 概念이었다.⁽³⁴⁾ 중요한 것은 法則(rule)과 裁量(discretion)의 調和이다. “裁量的인 權力을 減小시킨다는 것은 不可能할 뿐 더러 바람직하지도 못하다. ……不必要한 裁量權을 減小시키고 필요한 裁量權을 制限(confine)하며, 構成(construct)하며, 統制(control)할 수 있는 보다 效率的인 方途를 모색하는 것이야말로 각별히 요구되고 있는 바이다.”⁽³⁵⁾ 그리고 나서 Davis는 法院이 필요한 裁量과 不必要한 裁量을 區分치 못하였기 때문에 오늘날의 裁量權의 過多 現象이 초래되었다고 말하고 있다.⁽³⁶⁾ Davis는 이와 관련해서 전통적인 不委任原則(non-delegation doctrine)에 관해서도 言及하고 있다.⁽³⁷⁾ 허지만 委任문제에 대한 Davis의 보다 準열한 評價는 “委任立法에 대한 새로운 어프로우치”라는 論文에⁽³⁸⁾ 생생하게 그려져 있다.

(2) 基準(standard)에서 安全裝置(safeguard)로

—委任立法에 대한 새로운 接近方式—

“不委任原則(non-delegation doctrine)은 거의 완전한 失敗로 끝났다. 이것은 立法權의 委任을 방지하지 못했다. 또한 委任된 權力은 有意義한 基準(meaningful standard)에 의하여 引導되어야 한다는 第二次的 目的도 달성하지 못하였다. 더욱 중요한 것은, 同 原則이 不必要하고 無制約인 裁量權을 예방하지 못하였다는 데에 있다. 이제 法院은 不委任原則이 불만족스러운 것임을 깨닫고 恣意的인 行政權을 예방할 수 있는 보다 나은 方途를 강구해야 할 것이다.”⁽³⁹⁾

Davis는 前掲 論文의 序頭에서 위와 같이 언급한바 있거니와 이것은 말하자면 委任立法에 대한 종래의 接近法과의 完全 訣別을 의미하는 것이다. 종래의 委任論은 基準(standard)을 中心으로 다루고 있었으니까……

Davis가 위와 같이 언급하게 된 것은 물론 法院, 특히 聯邦大法院이 실질적인 基準을 하

(33) *bid.*, pp. 28-33.

(34) *bid.*, p. 28.

(35) *bid.*, p. 42.

(36) *bid.*, p. 51.

(37) *bid.*, pp. 44-50.

(38) Davis, A New Approach to Delegation, 36 University of Chicago Law Review 713 (1969).

(39) *bid.*, p. 713.

등 갖추고 있지 않은 委任條項들을 合憲이라고 判決하여 온 데에 있다.⁽⁴⁰⁾

그렇다면 不委任原則은 왜 失敗하였나? Davis는 有意義한 基準을 갖추지 못한 委任이 오늘날에 시작된 것은 아니며, 美合衆國이 탄생했을 때부터 있었던 것이라 한다.⁽⁴¹⁾ 따라서 法院은 당초부터 不委任原則을 提起하지 않았어야 마땅했었다는 것이다. 게다가 오늘날의 복잡한 政府 기능은 有意義한 基準이 없이 立法權을 委任할 必要를 증대시켰다. 現代의 規制委員會(regulatory agency)들이 그들의 權限을 모호한 基準을 통하여 委任받지 못하였다면 그들은 제 기능을 발휘하지도 못하였을 것이다. 또한 法律의 制定 당시에는 예견할 수 없었던 중요한 문제를 規制委員會가 해결해야 하는 경우가 흔히 생기고 있다. 그리고 立法者들은 이러한 중요문제를 해결하는데 도움이 되는 意味있는 基準을 설정할 능력이 없는 것이 또한 常例이다⁽⁴²⁾. 뿐만 아니라 이제는 主要한 政策(major policy) 問題 마저도 行政委員會의 裁量이 맡겨야 할 형편에 다달았다. 法院은 그러한 政策問題를 다루기에는 결코 알맞은 위치에 있지도 못하며, 法院에 이런 일을 요구하는 法律은 정말로 權力分立의 原則에 반할 것이다. 議會도 역시 이런 문제를 다루기에 알맞은 위치에 있지도 못하고, 그런 일을 할 時間도 없을 뿐더러, 이를 맡으려 하지도 않고 있다. 허지만 누군가는 이를 다루어야 하기 때문에 결국은 行政委員會가 맡게 되었다는 것이다.⁽⁴³⁾

Davis가 不委任原則을 輕視하는 데에는 또 다른 이유가 있다. 그에 의하면, 美國의 法體系가 해결해야 할 최대의 문제는 執行權의 發動에 있어서의 選擇 問題이다.⁽⁴⁴⁾ (problem of selective enforcement) 즉, 檢察이 公訴權을 發動하는 것은 완전한 재량이며 (起訴便宜主義), 警察의 搜查도 역시 그러하다. 뿐만 아니라 사실상 全行政機關은 그러한 發動上的 選擇裁量을 누리고 있다. 예를 들면, 法務省의 反獨占部(Antitrust Division)는 犯法 혐의의 가더욱 짙은 X企業을 訴追하지 않고 작은 혐의 밖에 없는 Y企業을 訴追할 수도 있다. 이러한 가공할 만한 裁量權은 制定法上の 基準이나, 行政上の 基準에 의하여 引導되는 것도 아니며, 節次面에서 保護되지도 않으며, 게다가 법원의 통제에서 벗어나 있다. 檢察이 數人의 共犯 中 어느 1人만을 起訴한 경우 그 被告人이 法 앞의 平等保護를 주장한들 法院이 인정할 리가 만

(40) Davis는 1967—1968년에 있었던 判決 셋을 引用하고 있다. 이것들은 모두 별다른 基準이 없어도 大法院에서 合憲으로 인정된 判決들이다. United States v. Southwestern Cable Co., 392 U.S. 157 (1968), American Trucking Association Inc. v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway, 387 U.S. 97 (1967), Permian Basin Area Rate Cases, 390 U.S. 747 (1968). *Ibid.*, at 715-719.

(41) “合衆國 法律에 위반하지 않는 범위에서 法院 업무의 질서있는 수행을 위한 모든 필요한 規則을 제정”한다. 1789년의 法院조직법(Judiciary Act of 1789, ch. 20, §. 17), “美合衆國 大統領이 제정하는 規則下”에서 軍人に 대하여 年金을 준다고 한 1789年 9月29日의 법률 等 제1회 議會(1st Congress)에서 제정된 6個 條項을 Davis는 列舉하고 있다. *Ibid.* at 719-720.

(42) *Ibid.*, at 720.

(43) *Ibid.*, at 721-722.

(44) *Ibid.*, at 722.

무하다⁽⁴⁵⁾ Davis는 法院이 有意義한 基準이 ない는 立法權은 委任될 수 없다고 되풀이 하는 동안 9와 같은 結果 許容될 수 없는 裁량이 成行하는 것은 참으로 기묘하다면서, 이와 正反對의 體系가 이루어져야 한다고 주장하고 있다. 즉, 有意義한 制定法上 基準(meaningful statutory standards)이 없는 委任을 허용하고, 반대로 指針도 없고, 統제도 받지 않는 執行上의 選擇權(unguided and unchecked power of selective enforcement)은 허용되지 않는 體系가 필요하다고 그는 주장한다. 좀더 정확히 말하면, 모든 裁量權을 통제할 수 있는 體系가 必要하다는 것이다.⁽⁴⁶⁾

이와 같이 Davis에 있어서 不委任原則은 完전한 虛構였다. 그것은 실제로 失敗했으며, 또한 당연히 失敗할 것이었으며, 現代 行政의 裁量을 조금도 제어하지 못했다. 그러면 이에 대한 代案은 무엇인가?

Davis는 이 문제에 대한 새로운 接近方法을 제기하면서 다섯 가지의 前提를 내어 놓고 있다.⁽⁴⁷⁾

첫째 委任問題를 論하는 것은 不必要한, 또는 無制約의인 裁量權으로부터의 保護에 그 主要目標이 있다. 따라서, 行政節次法(Administrative Procedure Act)에 의한 規則制定(rule-making) 節次를 통한 行政立法이 議會의 細部立法 보다 私益保護에 기여하는 바가 크다는 사실을 주목하여야 한다.

둘째, 安全裝置(safeguard)는 基準(standard)보다 훨씬 중요하다. 하등의 基準이 제공되어 있지 않더라도 적절한 規則制定節次를 經유하여 規則을 制定하도록 委任한 法律은, 그 立法目的만 明示되어 있다면 認定되어야 한다.

셋째, 보다 중요한 것은 行政官의 現實的인 行爲이며 制定法上의 法文은 아니다. 따라서 어느 정도의 安全裝置 및 基準이 제시되어 있나 하는 判斷은 制定法上으로만 이루어질 것은 아니라, 行政的인 면에서 이루어져야 한다. 立法府가 基準을 정하지 못하는 경우, 政府가 이를 補充해야 할 것이며 法院이 이를 무시할 수는 없다. 그러므로 制定法에는 基準이 존재하지 않는 경우라도 行政規則으로 이것이 보충되었다면 그러한 委任이 基準不在 때문에 無效로 되지는 않는다.

넷째, 委任問題가 制定法上의 基準問題에서 行政上의 基準問題로 발전한다 함은 裁量權의 規則問題로 연결된다.⁽⁴⁸⁾

다섯째, 不必要한, 無制約의인 裁量權으로부터의 保護問題는 委任된 權力에 限하는 것은

(45) *Ibid.*, at 722-724. 자세한 것은 Discretionary Justice, pp.162-214 참조. 이러한 裁량이 정치적으로 남용되면 그 결과는 더욱 가혹해진다.

(46) *Ibid.*, at 724.

(47) *Ibid.*, at 725-730.

(48) Davis는 委任問題를 政府의 裁量권 문제와 결부시켜 다루는데 특징이 있다. 종래의 委任論이 權力分立이란 空虛한 도그마에 내어 있던 것을 생각하면 Davis의 이러한 어프로치는 정당하다고 평가되어야 할 것이다.

아니고, 行政府의 執行上의 選擇(selective enforcement)에도 관련된다.

Davis는 마지막으로 종래의 不委任原則의 代案으로 適法節次(due process)와 普通法(common-law)을 들고 있다.⁽⁴⁹⁾ 즉, 그가 주장하는 安全裝置(safeguard)는 行政의 節次上의 保障이다. 不委任原則은 非現實인 것이며, 不必要하고 無制約인 裁量權을 시정하기 위하여 司法府가 介入하는 것이 필요하다. 이를 다루는데 가장 적절한 도구는 適法節次이며, 不當한 裁량을 교정하는 데에는 行政府가 그 스스로 基準을 設定하라고 法院이 명령하는 것이 가장 손쉬운 수단이라는 것이다.⁽⁵⁰⁾

四. 不委任原則의 옹호

—J. Skelly Wright⁽⁵¹⁾에 의한 反駁—

1972年 Yale Law Journal에 발표된 J. Skelly Wright의 論文(“Beyond Discretionary Justice”)⁽⁵²⁾은 Davis의 前揭書에 대한 書評이지만, 그 의미는 단순한 書評을 넘어서는 것이다. Wright의 論文은 말하자면 行政裁量에 대한 批判이며, 특히 Davis의 樂觀論에 대한 警鐘을 의미한다. Wright의 委任立法에 대한 입장을 보면 다음과 같다.

委任問題에 관한 종래의 원칙의 終末을 宣言하는 것은 아직 성급한 처사라고 하면서,⁽⁵³⁾ Wright는 아직도 가장 적절한 不委任原則理論인 Arizona v. California에서의 Harlan判事의 다음과 같은 反對意見을 들고 있다.

“……無制限한 權限을 行政府의 官吏에……委任함은……중대한 憲法上 문제를 일으킨다. ……立法府에 의하여 許與된 權限이 적절한 基準(adequate standards)에 의하여 제한되어야 한다는 원칙은, 憲法이 요구하는 權力分立을 保存하는데 필요한 두가지의 중요한 기능을 한다. 첫째로, 同原則은 우리 社會의 基本的 政策決定이 任命된 官吏가 아닌 國民에 직접 責任을 지는 機關에 의하여 이루어 지도록 保障한다. 둘째로, 同原則은 法院에 문제가 생긴 行政行爲를 判斷할 準則을 제공함으로써 司法審査가 放縱(at large)해 지는 것을 예방한다.” (373 U.S. 546, 626)⁽⁵⁴⁾

그리고 나중 Wright는 종래의 委任原則이 行政委員會의 無制限한, 基準不在의 裁量을 막

(49) *Ibid.*, a 430.

(50) *Ibid.*, a 433.

(51) 콜럼비아地區 巡迴抗訴法院 (U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit)의 判事, D.C.에 물려 있는 많은 聯邦行政委員會의 裁決에 대한 抗訴는 콜럼비아地區 巡迴抗訴法院의 管轄에 속한다. 이러한 면에서 Wright의 反論은 各별한 의미가 있다.

(52) Wright, *Beyond Discretionary Justice*, 81 *Yale Law Journal* 575 (1972).

(53) *Ibid.*, at 582.

(54) *Ibid.*, a 583.

는데 중요한 役割을 하며, 代議機關이 다루지 못하는 것을 專門家가 다루도록 하자는 주장은 濫情主義의 干涉政治(paternalism)이며 民主主義에 반한다는 것이다. 그는 戰爭權의 白紙委任을 가져온 통킹灣 決議(Tonkin Gulf Resolution)가 얼마나 많은 희생을 요구했나를 想起시키고 있다.⁽⁵⁵⁾ Wright는 결론적으로 議會는 立法權을 委任할 때 가능한 한 方針(guideline)과 基準(standard)을 설정할 것이 바람직하다고 말하고 있다. 그러면서도 Wright는 議會가 이러한 작업을 하는 것이 憲法上 強制까지는 못되어도 憲法上의 道義的義務는 될 것이라고 다소 완곡하게 말하고 있다.⁽⁵⁶⁾

五. 結 論

이것 Davis의 입장과 이에 대한 Wright의 批判論을 종합하여 몇가지 결론을 내린다면 다음과 같다.

첫째, 委任立法을 敵對視하여서는 안된다. 委任立法은 의분자식도 아니고 必要惡도 아니다. 委任立法은 現代의 福利行政國家에 있어 必須的인 존재일 뿐 아니라, 個別화된 正義(individualized justice)를 實現시키는데 크게 이바지한다. 그러나 本稿에서 문제로 삼은 것은 바로 經濟活動의 規制와 이에 준하는 극히 政策的이며 技術的인 事項에 관한 委任立法임을 주의하여야 할 것이다. 立法權의 委任이 國民의 중요한 基本權(civil right)⁽⁵⁷⁾을 制約하는 경우라면 그러한 法律은 違憲의 혐의를 질게 받을 것이다. 뿐만 아니라 그러한 法律은 “模糊하기 때문에 無效”(void for vagueness)라는 原則이 엄격하게 적용될 수도 있을 것이다. 중요한 基本權의 制約을 가져올 權限을 行政府에 委任하는 것은 결코 바람직하지 못하지만, 이를 부득히 委任해야 할 경우에는 그 法律은 구체적이고 상세하고 엄격한 基準이 規定되어 있어야 한다. 이 경우에 그 基準이 모호하면 그 法律은 違憲으로 判斷될 것

(55) *Id.*, at 583-585.

(56) *Id.*, at 587. (“as a matter of constitutional morality if not constitutional compulsion”)

(57) 여기에서 말하는 基本權은 우월적 地位(preferred position)를 인정받는 自由權을 말한다. 미국 헌법 修正 1~10條에 이르는 權利章典은 그 대표적인 예이다. 이에는 表現의 自由, 宗教의 自由, 身體의 自由등 가장 基本的인 人間의 自由가 모두 포함된다. 그러나 소위 相對的 基本權이라 할 經濟的 基本權은 이에 포함되지 않는다. 이러한 自由權(특히 修正 1條의 權利)은 절대불가침의 지위를 갖는다는 견해도 있지만(Douglas 判事), 최소한 特權的인 保護를 받는다는 데 대해서는 一致를 보고 있다. L.A. Powe Jr, “Evolution to Absolutism, Justice Douglas and the First Amendment,” 74 *Columbia Law Review* 371 (1974), Hugo L. Black, “The Bill of Rights” 35 *New York University Law Review* 866. (1960)등 참조.

(58) *Kent v. Dulles* 357 U.S. 116 (1958), *Niemoto v. Maryland*, 340 U.S. 268 (1951). 및 *U.S. v. Roel*, 389 U.S. 258(1967)에서 특히 Brennan判事の 贊同意見 참조.

이다. (58) 요컨대, 立法權의 委任문제에도 二重基準 (59) (double standard)은 적용된다.

둘째, 經濟活動 및 그에 준하는 事項에 관한 立法에서의 委任은 광범하게 인정될 것이지만 立法過程에서 세심한 배려가 요구된다. 즉, 委任條項의 法文은 確實해야 하며, 立法節次의 公開가 바람직하며, 行政府가 制定한 委任法令들도 公開되어야 할 것이다. (60)

셋째, 立法權을 委任하는 데 있어 基準은 아직도 중요한 役割을 한다는 것을 지나치게 過少評價해서는 아니될 것이다. 허지단 基準不在의 委任을 無效로 할 것은 아니다. Davis의 主張대로, 行政府가 스스로 基準을 設定해서 決定하도록 法院이 강제하는 경우도 생각할 수 있을 것이다.

넷째, Davis가 말하는 安全裝置, 즉, 節次上的 保障은 특히 중요하다. (61) 巨大한 政府의 權力을 견딜 수 있는 것은 오직 節次上的 公正(procedural fairness)에 의하여서이다. (62) Frankfurter判事は “自由의 歷史는 그 대부분이 節次的 安全裝置(procedural safeguards)를 遵守하여온 歷史였다”고 했으며(McNabb v. U.S., 318 U.S. 322), Jackson判事は 普通法이 소련法節次에 의하여 實行되는 곳 보다는 소련법이 普通法節次에 의하여 施行되는 곳에서 사는 것이 훨씬 낫다고 말했다. (Shaughnessy v. U.S., 345 U.S. 206) (63) 그래서 規則制定節次(rule-making procedure)야말로 現代 政府의 가장 偉大한 發明품이라고 말해진다. (64)

결국, 委任 問題의 軸점도 종래의 基準 一邊倒에서 立法技術, 行政節次에 이르는 多邊의 인 어프로치로 옮겨져야 할 것이다. 그러한 점에서 우리나라의 通說的 見解는 별로 큰

(59) 法院이 法律의 合憲性을 審査할 때에 그 法律이 經濟立法인 경우라면 合憲의 推定을 넓게 받지만, 그 法律이 國民의 基本的 自由(權利章典에 나타난,)을 制約하는 것이라면 엄격한 合憲性의 檢査를 해야 한다는 原則으로서, 法院이 經濟立法에 관하여는 議會에 최대의 양보를 하고 基本權의 保護에 專力하게된 1937年 이후의 大法院의 主要한 哲學이다. 이 개념은 “特權的自由”(“preferred freedom”)란 개념과 그 由來를 같이 한다. 美國의 聯邦大法院은 19世紀末부터 1930年代에 이르기까지 經濟的 自由放任主義哲學에 사로잡혀서 수많은 進步的 社會立法을 違憲으로 宣言했다. Holmes判事は 그의 保守的인 동료들이 經濟立法을 비토하는 데 강력히 反對하였다. 代表的인 것은 Lochner v. N.Y., 198 U.S. 45 (1905)에서의 反對意見인데, Holmes는 헌법이 특정한 經濟理論을 意圖하는 것은 아니라고 주장했다. 즉, 經濟立法에서의 司法自制(judicial self-restraint)인데, Holmes는 그러면서도 判事들이 民權(civil liberties)이 관련된 사건에서 自制해서는 안된다고 말했다 한다. 이런 사상이 Brandeis判事와 Cardozo判事を 거쳐서, [Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)참조], Stone判事に 의하여 特權의 自由(preferred freedom)와 二重基準(double standard)으로 발전된다. [U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, (1938). 특히 유명한 脚註 4 참조.] 이는 복잡한 경제활동의 규제가 法院 업무의 알맞은 對象이 되지 못함을 의미하는 것이다. 자세한 것은 H.J. Abraham, Freedom and the Court (2nd ed. Oxford Univ. Press, N.Y. 1972) pp. 8-28, 및 Gunther & Dowling, *supra*, p. 1051.f 참조.

(60) Gellhorn & Byse, *supra*, pp. 85-88 참조.

(61) 拙稿 “裁量權濫用に 대한 法的統制—美國行政法의 一面” 行政論叢, 第7卷 2號, 1969, pp. 256-274. 同, “行政節次의 法的規制에 관한 研究,” 行政論叢, 第9卷1號, 1971, pp. 77-103 참조.

(62) Wade, *Administrative Law*, (1971) p. 171.

(63) *Ibid.*

(64) Davis, *Discretionary Justice*, (1969) p. 65.

의미도 없는 文字的 魔術(word juggling)을 사용해서 문제와의 對決을 避하고 있는 感을 주고 있으며, 또 한편으로 現代國家에서의 行政에 대한 法的 統制는 立法的 統制나 司法的 統制와 같은 전통적인 公式的이며 外在的 統制만으로는 不充分하며 行政過程 자체 내에 있어서의 政策 내지 規則의 制定과 그 執行節次에 대한 具體的이며 個別的인 分析을 통한 行政의 對國民關係에 있어서의 실질적인 法益保障에 대한 方策이 究明되지 않으면 아니됨을 알 수 있다. 1971年 가을의 독일 國法學者協會總會에서 발표된 「行政의 現代的課題와 行政法의 도그마티크」라는 Bachof 와 Brohm 의 報告⁽⁶⁵⁾에서 특히 Brohm 은 西獨行政法學의 새로운 傾向의 하나로서 行政의 形成的機能(Gestaltungsfunktion)과 그 多元化라고 하는 特質을 바탕으로 하여 行政의 決定에 있어서의 時間的 契機의 중요성을 강조하면서 行政이 있어서의 部分的 意思形成過程의 문제와 意思決定過程에 있어서의 組織上의 문제에 대한 法的 認識이 行政의 새로운 展開에 당면하여 앞으로의 行政法解釋學이 適應해야 할 課題 가운데 하나라고 적절히 지적한 바 있거니와⁽⁶⁶⁾ 오늘날 行政法學과 行政學이 學問的으로 提攜할 有益한 問題領域의 一面은 이런 觀點에서도 찾아 볼 수 있지 않을까 생각한다.

(65) Otto Bachof, Winfried Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30, S. 19: ff, 1972.

(66) a. a. O. S.289-290. Brohm 에 의하면 종래의 行政法理論은 다음과 같은 固有性에 의해 特徵지어진다고 한다. 즉, 侵害行政을 中心으로하여 展開된 行政行爲의 概念이 公權力的의 表象으로서 存在하고 있으며, 合法性과 個人的 權利保護問題가 重點을 形成한다. 따라서 여기서의 行政像은 行政行爲에 의한 執行的機能(vollziehende Funktion)에 의해 規定되며, 그것은 法律的 適用으로서 극히 容易하게 論理的 推論과 엄격한 拘束性을 同一視한다. 따라서 行政의 形成機能, 節次法的, 組織法的 問題는 그 背景에 물러서게 된다. 行政法은 固有的 個人主義的, 局所的 性格(individualistischer und punktueller Charakter)을 지니며, 그 基本的 方向도 靜態的이다. 그것은 行政行爲라는 概念에 의하여 단순히 어떤 決定過程의 終局點만을 把握하지, 過程全體를 把握하지 못하고 있다. 그리고 그것은 行政行爲를 단순히 孤立되어있는 個個의 私人에 대한 規制로서만 考察할 뿐이지 그 背景에 展開되는 그 效果 및 行爲聯關이라는 觀點에서 考察하고 있지 않다. 그리하여 이 限度內에 있어서 종래의 行政行爲에는 空間的 時間的 次元이 缺如되어 있다고 한다. a. a. O. S. 253-256.