

새로운 行政法의 課題

—美國行政手續法의 性格을 中心으로—

徐 元 宇

—차례—

- | | |
|------------------|-----------------------|
| 一. 行政法의 새로운 問題點 | 四. 行政手續法의 概要 |
| 二. 美國行政法의 一般的性格 | 五. 最近의 改革意見과 그 批判 |
| 三. 美國行政法의 生成과 基礎 | I. Task Force Report |
| I. 行政過程發展의 理由 | II. The Hoover Report |
| II. 行政手續法의 制定過程 | 六. 結 言 |

一. 行政法의 새로운 問題點

世界第2次大戰 以後의 大陸法系 諸國에서의 立法課題中의 하나는 이른바 行政手續法의 制定에 關한 것이라 할수 있다. 이러한 行政手續法에 對한 關心의 表示는 從來의 司法手續에 의한 行政의 事後統制로서는 擴大一路를 걷고 있는 現代國家의 行政權力 乃지 行政機能의 有効한 統制가 심히 어렵게 되었다는데 起因한 이른바 行政에 對한 事前統制의 立法的 保障에 關한 認識을 中心으로 한것이라 할수 있다.

새삼스레 指摘할 必要도 없이 行政이 單純한 警察·軍事·財政·治安·外交等에 만 그치는 時代는 이미 지나간지 오래이다. 20世紀에 들어와서 行政機能은 비약적으로 擴大하여 行政은 積極的으로 社會秩序自體를 形成하는 것으로서 나타나게 되었다.(1) 國民의 經濟生活은 이미 18世紀의 自由放任主義의 原則에 맡겨 둘수는 없고 國家는 立法, 行政을 通하여 積極的으로 國民의 經濟生活에 干涉하고 또 社會福祉의 實現을 위하여 많은 任務를 지니게 되었다. 물론 國家의 또 하나의 重要作用인 司法이 現代國家에서 맡아보고 있는 役割을 過少評價할수는 없지만 現實의 國民生活과의 關聯에서 行政이 차지하는 役割은 究且大하다 아니할 수 없다. 美國 미네소타大學의 少壯行政法學者 Davis는 그의 最近의 4卷에 達하는 방대한 「行政法論」이라는 著書 第1章에서 美國에서의 이른바 行政過程(administrative process)

(1) L. D. White, *Introdubtion to the Study of Public Administration*, (4th. ed. 1955) p. 7.

研究論文

의 發達의 意義를 說明하는 가운데서 Jackson, Frankfurter, Vanderbilt 等의 여러 有名한 判事들의 말을 引用한 끝에 다음과 같이 말하고 있다. 「普通國民들은 司法에 의해서 보다 行政에 의하여 훨씬 直接的으로 그리고 훨씬 더·자주 影響을 받고 있다. 普通 사람은 아마도 司法이라는 것은 어쩐지 그 自身의 문제와는 좀 因緣이 먼 것 같은 느낌을 갖는다. 다시 말하자면 많은 사람들이 平生 裁判上의 當事者가 되어본 일 없이 세상을 살아가고 있다. 그러나 行政은 거의 모든 사람에게 影響을 주고 있다」。그리하여 그는 國民生活과의 관계에서 行政이 그 規律의 對象으로 하는 약간의例를 들면서 「아마 이러한例의 目錄은 우리들이 흔히 당연한 것으로 생각하고 있는 數千의 아니 그 以上의 項目에 걸칠 것이다」고 指摘하고 있다。(2)

現代國家에서 行政이 차지하고 있는 性格과 그 意義가 이상과 같을진데 설혹 民主的 法治國家의 理念을 살려 法의 實質的 內容이 아무리 適正하게 定하여졌다 하더라도 行政行爲自體의 節次 내지는 手續이 適正하지 않는限 국민의 權利는 진정한 意義에서 保障되었다고는 할수 없는 것이다. 이러한 可能性은 現代國家에서의 行政機關의 委任立法의 增大와 아울러 考察할때 더욱 그 問題의 切實함을 痛感하게 된다.

現代韓國의 社會가 提起한 數많은 法的인 課題는 그 어느 것을 막론하고 각각 困難한 問題點을 內包하고 있어 그 解釋을 위하여 여러 學者들의 協力を 필요로 하는것 뿐이지만 그 가운데서도 특히 行政法에 關한 諸問題는 그것이 그 出發點에 있어서 그 以前에 이미 確立되어 있었던 姉妹法學인 民法이나 刑法 따위에 比해서 行政法學은 뒤늦게 自己의 市民權을 確保하지 않으면 아니되었다는 理由, 그리고 다른 한편으로는 바로 그러한 理由때문에 行政法學은 다른 一般法學과 다른 特殊한 理論的 體系를 確立할 필요가 있어 法外的 要素도 多分히 法의 分野에 導入하게 되었다는 理由等으로 말미암아 그 解決이 대단히 힘들고 그 解答에 적지 않은 混同을 가져왔음을 否認할 수 없다。(3) 解放後 우리나라의 行政法理論은 아직 적지 않은 官僚主義的 내지는 國家優越的 殘滓를 여기저기에 남겨둔채 그나마 종래의 이른바 「行政의 便宜」라고 하는 目標에서 새로운 國民의 權利利益의 保護라는 目標에로大幅 轉換하여왔다. 특히 行政救濟의 分野에서는 종래의 大陸法系의 理論을 止揚하고 英美法系의 理論을 적지 않게 導入하고 있음은 周知의 事實이다. 그러나 물론 이러한 目標의 轉換은 단순히 우리나라 行政法理論의 母型인 종래의 獨逸式인 行政法으로부터 英美式行政法에로의 轉換이라고 形式的으로만 생각해 버릴 性質의 것이 아니다. 英美에서의 行政法發生의 本來의 背景에는 國家的 行政의 便宜의 要求와 國民의 個人的 利益의 保護사이의 끊임없는 調整의 歷史가 뒤받침하고 있었으며 오히려 行政의 便宜의 要求 그 自體도 國民의 利益의 保護로서 把握하고 있었기 때문에 그 性質은 獨逸式의 行政法의 그것과는 本質적으로 다른 것이었기 때

(2) Kenneth C. Davis, *Administrative Law Treatise*, (1958) Vol. I. pp. 6—8.

(3) 韓飼信成 “行政, 行政法, 行政法學”(行政法講座収錄, 1956) pp. 34—36.

문이다. 英美式인 行政法에서 말하는 「國民의 利益의 保護」라는 것도 抽象的一般的觀念의 그것이 아니라 그것은 어디까지나 具體的 社會關係를 前提로한 論議였다.(4) 따라서 例컨데 行政的 便宜를 위하여 國民의 利益을 犠牲하는 限이 있드래도 特殊한 規制手續을 使用할 것이 容納된다고 하는 主張은 바로 行政的 便宜 그 自體를 위한다기 보다는 오히려 國民의 利益의 保護를 위한 것이라는 論理에 立脚한 것이다. 그러나 行政的 便宜와 國民의 權利利益의 保護 그 둘 가운데서 어느것을 보다 強調하든 現代國家에서의 行政 그리고 行政法은 이미 그 어느 한面을 排他的으로 그 目標로 삼을수는 없는 것이다. 따라서 바로 이러한 두가지의 目標를 韓國的인 現實의 바탕위에서 어떻게 調和하는가가 바로 우리나라에서의 行政 및 行政法의 基本問題라 할 수 있을 것이다.

行政法이 이와같은 두가지 目標 내지 要求의 接觸面에 나타나는 關係上 거기서의 問題가 우선 어떠한 行政機關에 어느정도의 範圍의 規制的 權限을 賦與할 것인가의 問題, 그리고 다음으로는 이와같은 處分이 不當 또는 違法인 경우에 어떠한 救濟가 考慮되어야 할 것인가 특히 違法處分에 對한 司法審查의 形態와 範圍는 무엇인가 따위의 問題에 그 焦點이 集中되게됨은 當然한 경향이라 할수 있지만 그러나 이것만으로서는 옳바른 의미에서의 全體의 問題의 解決은 되지 못한다. 그 옳바른 解決은 行政이 行하는 手續 그 自體가 바로 行政의 便宜와 國民 각각의 利益과를 綜合的으로 調整한 것인지 않으면 아니되기 때문이다. 그러면 어떻게 하면 이와같은 手續이 發見될 것인가? 결국 이와같은 問題가 現段階에 있어서의 行政 및 行政法의 研究者에게 負荷된 最大의 課題가 아닐까 생각한다.

從來 우리나라의 行政 및 行政法은 이러한 點을 하나의 問題로서 충분히 意識할 段階에 이르지 못하고 있었다. 거기서는 行政의 組織權限의 問題, 行政處分의 效力의 問題, 그리고 不當, 違法處分에 對한 救濟의 問題같은 것이 論議되어 있었지만 行政處分 그 自體에 對한公正妥當한 手續의 構成의 問題라든가 其他の 救濟의 問題를 權限의 問題와 有機的으로 關聯지워 構想한다고 하는 따위의 課題는 充分히 아니 거의 全혀 檢討되어있지 아니하였다 해도 過言이 아니다.(5) 그러나 우리들은 이제 率直히 行政過程의 重要한 役割을 認定하고 그 手續의 規制를 賦與하게 생각하여야 할 段階에 이르렀다고 생각한다.

美國에서는 前世紀의 後半期부터 漸次 行政機能의 擴大라고 하는 現象이 나타남에 따라 새로생겨난 많은 獨立規制委員會의 準立法的 權限, 準司法的 權限을 둘러싸고 우선 論爭이 거듭되다가 결국 이러한 機能이 不可避함을一般的으로 認定하게 되었고 問題는 司法審查(judicial review)에로 옮겨갔다. 그後 行政機能이 더욱 擴大되고 質的인 變化를 이르쳐 諸般

(4) B. Schwartz, *French Administrative Law and The Common-Law World*, (1954) pp. 307—309.

(5) 우리나라 行政法教科書로서 이러한 問題의 重要性을 認識하고 強調한 것으로는 韓泰淵著「行政法學上卷」(1960) pp. 430—435.

研究論文

生活面에 顯著한 影響을 미치게됨에 따라 行政手續自體의 規制가 問題되었고 이윽고 1946년의 行政手續法(Administrative Procedure Act)이 制定되어 바로 美國行政法의 中心課題가 되고 있다.

歐羅巴에 있어서도 塊地利에서는 1925年 一般行政手續法(Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz-A.V.G), 行政處罰法(Verwaltungsstrafgesetz-V. st. G), 行政執行法(Verwaltungsvollstreckungsgesetz-V.V.G), 行政手續法施行法(Einführungsgesetz zu den A.V.G)이 制定되었다. 즉 行政手續法의 制定은 美國의 그것보다 21년이나 앞섰을 뿐만 아니라 훨씬 詳細한 規定을 두고 있다. 그러나 注意하여야 할것은 塊地利의 경우 그 主眼點은 行政手續을 統一化하고合理화하는데 있었는데 反하여 美國에서는 後述하는 바와같이 國民의 權利를 擁護하기 위하여 行政手續에 規制를 加하려고 하였다는 點이다. 塊地利의 前記의 諸法律은 1950年에 再公布되어 塊地利行政法의 重要한 構成部分이 되어 있다.(6)

한편 獨逸에서는 1926年의 투-린 쟁州行政法(Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10, Juni, 1926)이 있고 또 1931年 벨텐벨크行政法典草案(Verwaltungsverfahrensgesetz für Württemberg, Entwurf, 1931)(7)에 附隨하여 行政手續法草案이 發表되었다.(8) 이 밖에도 英國의 Franks Report(9)를 비롯하여 伊太利(10), 西班牙(11) 等 여러 나라에서 行政手續에 關한 立法이 制定된 바 있다. 이웃나라 日本에서도 일찍부터 行政手續에 關한 研究가 活潑하드니(12) 마침내 지난 10月 1日부터 종래의 行政事件訴訟特例法도 改正施行되고 訴願法을廢

- (6) Adamovich, *Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts*, I. Bd., 5 Aufl., (1954). S. 203 ff. 塊地利의 A.V.G.를 번역한것으로는 尾上實譯, 一般行政手續法に關する一資料(自治研究 35卷 4號 收錄)이라는 日本文獻이 있음. 그리고一般的解說로는 尾上實, “オーストリア行政手續法の輪廓と問題點”(ジュリスト, 1960, 10月 15日號 No. 212收錄)参照.
- (7) 벨텐벨크行政法典草案에 關해서는 다음과같은 日本文獻이 參考로된다.
田中二郎, “行政法に於ける法典的立法の傾向”(公法と私法에 收錄).
國部敏, 「續行政法의諸問題」p.49 以下, 1936年修正案에 關해서는 田中二郎 前掲書 p. 337以下.
- (8) 金子宏, “ドイツに於ける行政手續法の過去と現在”(前掲ジュリスト收錄)参照.
- (9) Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, 1957가 正式名稱이다. 1955年11月에 16名의 委員에 의하여 構成된 것으로서 委員長은 Oliver Franks이며 委員에는 K. C. Wheare의 이름도 있다. 그 委員長의 이름을 따서 普通 Franks Report라고 하며 1957年 7月에 報告되었다.
- 山田幸男, “イギリス・フランス, リポート”(前掲ジュリスト收錄)
- (10) 伊太利는 1955年 7月18日 de Francesco:法案이라고 불리우는 行政手續法案이 參議院에 通過되었으나 1958年 3月14日에 衆議院이 解散됨에 따라 1959年現在 尚今法案의 形式으로있음.
- (11) 西班牙의 最初의 것은 1889年10月19일의 行政手續基準法(Ley de Bases de Procedimiento de Procedimiento Administrativo.)가 있으나 現在의 것은 1958年 11月 1日附로 施行되고 있음.
中川彌三次, “イタリア・スペイン系行政手續法”(前掲ジュリスト收錄)
- (12) 鵜飼信成編「行政手續の研究」(1961), 橋本公亘著「米國行政法研究」(1958)等의 單行本外에도 1960年 10月 15日號의 「ジュリスト」는 「特集行政手續法—各國の制度」라하여 前掲한 바와 같은 論文을 싣고있다.

止하고 行政不服審查法이라는 이름으로 새로운 行政手續制度를 마련함에 이르렀다.(13)

생각컨대 우리나라 行政法의 새로운 課題가 무엇이며 그 方向은 今後 어떻게 展開되어 나갈 것인가는 물론 하나의 理論的인 問題인 同時に 다른 한편으로는 立法政策上의 問題이라 할것이다. 따라서 이것을 理論的인 問題로서 생각할 경우에는 戰後의 諸外國의 行政法理論을 比較法의로 摄取하고 그 生成·發展의 발자취를 더듬어 볼 필요가 있을 것이며 한편 立法政策上의 問題로서 생각할 경우에는 우리나라에 있어서의 行政法의 實態와 그것이 커나온 土壤을 分析함으로써 機械的인 性急한 外國法의 移植을 反省하여야 함이 基本的인前提로서要求되지 않으면 아니될 것이다. 本論文은 特히 前者의 立場에서 美國行政法의 生成過程과 特히 그 中核을 이루고 있는 行政手續法을 中心으로 하여 그 現代的特徵과 問題를 指摘하고 그것이 우리나라의 當面한 行政法의 理論的再編成에 있어서 어떻게 寄與할 수 있겠으며 또한 그것을 繼受하는 경우 우리가反省할 點이 어떤 性質의 것인가의 端緒를 發見하고자 하는데 그 目的이 있다.

二. 美國行政法의 一般的性格

美國의 行政手續法의 内容을 檢討하기에 앞서 美國行政法의 對象과 範圍를 中心으로 그一般的 性格을 다루어야 함이 順序일 것이다. 일찍이 歐羅巴大陸型의 行政法을 가지지 아니함을 자랑으로 삼고 있었던 英國이나 美國에서도 16世紀後半以後 行政機能의 눈부신 擴大에 따라 오늘날 볼 수 있는 바와 같은 獨特한 行政法의 體系가 發達되어왔다. 그러나 그 對象과 範圍에 있어서 大陸法系의 그것과는 顯著히 다르다.

Davis에 의하면 特히 行政行爲의 司法審查에 關한 法을 包含한 行政機關의 權限과 手續에 關한 法이 行政法이라 한다. 여기서 말하는 行政機關이라 함은 裁判所와 議會를 除外한 裁決(adjudication)과 規則制定(rule-making)에 의하여 私人의 權利에 影響을 미치는 政府의機關(government authority)을 말한다(15). 즉 大統領이전 知事이전 혹은 地方自治團體이전 그것이 裁判權과 規則制定權을 갖는 限 行政機關이라 할 수 있으며 行政法의 對象을 이루게 되는 것이다. Davis의 경우처럼 行政法의 對象을 이와 같이 行政機關의 權限(powers) 手續(procedures) 그리고 司法審查(judicial review)에 關聯된 諸問題에 局限하는 限 行政機關에서

(13) “行政訴訟制度の新展開”이라는 題目下에 「法律時報」 1962年 10月號는 新行政手續關係의立法에 關한 特輯이 收錄되어 있음. 特히 加藤泰守, “行政不服審查法” pp. 40—53 參照.

(14) Davis, op. cit., Vol. I. p. 1.

(15) 이하한 government authority는 現實의으로는 commission, board, authority, bureau, office, officer, administrator, department, corporation, administration, division, agency等의 이름으로 불리우고 있으나 名稱自體는 實質의인 意義가 없다. 때로는 심지어 court라는 이름으로 불리우는 경우도 있다. (例 1942年 종래의 the Board of Tax Appeals는 U. S. Tax Court라는 名稱으로 變更되었음).

研究論文

만들어 내는 數量은 實體法(substantive law)은 行政法의 對象에서 除外되는 것이다. 이러한 行政法의 對象規定方法은 비단 Davis에 限하는 것이 아니다. 美國行政法敎科書의 古典이라 할 수 있는 Goodnow의 「比較行政法論」에 있어서도 「行政法은 따라서 行政機關의 組織을 限定하고 그 權限을 決定하며 國民의 權利侵害에 對한 救濟를 指示하는 公法의 一部이라」고(16) 되어 있고 Freund는 그의 「行政法判例」의 序論에서 「行政法이라는 말은 比較的 最近에 執行機關 또는 行政機關과 個人 또는 私權과의 사이의 相衡되는 主張을 解決하는 法律原理의 體系를 指摘하는 것으로 받아들여졌다」(17)라고 하였으며 同書 第2版의 序論에서도 「行政法은 如前히 行政을 統制하는 法으로서 認識을 받고 있는 것이지 行政에 의하여 만들어진 法으로서 認識을 받고 있는 것이 아니다」고 指摘하고 있다. 한편 Landis의 경우에 있어서도 그의 「行政過程論」에서 「裁判所가 行政機關으로 하여금 制定케한 法을 行政法이라 부른다……」(18)라고 說明하고 있지만 실상 그의 著者의 内容은 行政機關의 權限, 手續 및 司法審查에 關한것이지 實體法에 關한 것이 아니다. 其他 大部分의 行政法判例에 關한 著書들도 行政機關의 權限, 手續 및 司法審查를 中心으로 한것이다.

실상 實體法의 數는 이루 헤아릴 수 없을 뿐 아니라 도저히 法律家의 能力으로는 그 理解가 充分할 수 없다. 한편 行政法學과 行政學을 區別하여 Davis는 後者 즉 行政學은 裁決 또는 規則制定作用等과는 關係없는 이론바 行政業務를 直接管理(handle)하는 方法(manner)에 關한 學問이기 때문에 行政法學의 對象에는 公務員制度, 升進, 降等, 公務員의 權利, 豈算企劃 또는 行政管理와 같은 問題는 들어갈 수 없다고 한다(19). 이러한 의미에서 「마치 商業法이 商事에 關한 法이며 土地法이 土地에 關한 法인 것처럼 行政法은 公共行政(Public Administration)에 關한 法으로 생각되어야 할것이다」(20)고 說明하고 있는 英國의 Robson의 경우나 「이 著書가 主로 對象으로 하는 것은 다음과 같은 세가지 問題라 할 수 있다. 즉 첫째 行政機關은 어떤 種類의 權限을行使하는가? 둘째로 그려한 權限의 限界는 무엇인가? 그리고 셋째 그려한 限界에 行政機關을 머무르게하는 方法은 무엇인가? 따위의 問題이다」(21)라고 說明한 亦是 英國의 Griffith와 Street의 見解들과는 對照的이라 할 수 있다. 美國行政法의 對象의 다른 하나의 特色은 그것이 國家와 私的當事者の 權利와 關聯된 問題에만 限하지單純히 行政機關과 그의 機關들에게만 關聯되는 内部的 問題에까지 미치지 않는다는 點이다.

(16) Goodnow, *Comparative Administrative Law*, (1893) pp. 8—9.

(17) Freund, *Cases on Administrative Law*, (1911) Introduction.

(18) Landis, *The Administrative Process*, (1938) p. 2.

(19) Davis, op. cit., p. 3.

(20) Robson, "Administrative Law in England, 1918—1948", in 「British Government since 1918」, (1950) p. 88.

(21) Griffith and Street, *Principles of Administrative Law*, (2d. ed. 1957) p. 84.

새로운 行政法의 課題

그리고 行政法의 法源으로서는 憲法, 制定法, 普通法 그리고 諸行政法規(agency-made law)들이라 할 수 있다. 그러나 비록 行政機關이 直接 制定法 또는 制定法에 의하여 授權된 執行命令(executive order)에 의하여 創設되고, 또한 그들의 主된 權限과 機能이 一般的으로 그와 같은 行政機關을 創設하는 法規에 의하여 限定되는 것이지만 역시 行政法의 大部分의 法源은 判例法(judge-made law)라는데 特色이 있다. 그리고 이를 判例法가운데 어떤 것은 憲法내지는 法律의 解釋을 의미할 때가 있다.例컨대 裁判所가 “適法節次”에 關한 憲法上의 要請이나 “公正한 聽聞”(fair hearing)에 關한 法律上의 規定에 對한 意味를 規定할 때 비록 裁判所가 하는 일은 憲法이나 法律을 解釋하는 것일지만 그것은 判例法으로서의 結果를 가져온다. 또 判例法의 어떤 것은 그것이 憲法이나 法律에 의하지 않고 裁判所自身이 만들어낸다는 意義에서 普通法(common law)의 性質을 가질 때가 있다.例컨대 누구나 所定의 行政的救濟의 節次를 거침이 없이는 權利나 利益侵害에 對한 司法的救濟를 請求할 수 없다는 司法行政上의 오래동안의 確立된 原則(the long settled rule of judicial administration)에 關하여 言及한 判例(22)의 趣旨같은 것은 결코 憲法이나 法律의 規定을 解釋하려는데 그 目的이 있는것이 아니라 이러한 “오래동안의 確立된 原則”은 하나의 普通法으로서의 資格을 지니게 되는 것이다. 이러한 例 以外에도 行政救濟上의 여려가지 原則가운데 많은 것이 裁判所의 判例를 通한 普通法으로서의 意義를 지니고 있음을 알 수 있다(23).

또 심지어 때로는 그것이 憲法이나 法律과는 直接的인 聯關係가 없거나 있어도 極히 曖關係에 있는 判例法의 形式을 取할 때도 있다(24).

美國行政法의 對象의 比重의 變遷에 關하여 Davis는 다음과 같이 示唆에 찬 說明을 하고 있다. 즉 行政法의 三大部分은 첫째 委任立法 즉 權限의 立法部로부터 行政部에로의 移讓의 問題, 둘째 行政機關에 의한 權限의 行使에 關한 問題, 셋째 裁判所에 의한 司法審查에 關한 問題들이라고 한다. 그러나 今世紀의 最初의 25年間은 行政法의 主題는 大體로 그 前과 다름없이 이들 세가지 가운데 첫째와 셋째의 問題 즉 權力分立論과 委任立法禁止論에 限定되어 集中되어 있었다고 한다. 이어서 世紀中葉의 行政法의 主要關心은 바야흐로 變遷되어 權力分立論같은 것은 물론 法令作成者들의 指導原理이기는 하지만 行政的處理 또는 行政活動에 對하여 거의 아무런 影響도 미치지 못하고 있으며 委任立法의 問題도 聯邦法令의 分

(22) *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Co.*, 303 U.S. 41.

(23) 「行政裁判의 問題에는 普通法이란 있을 수 없다. 普通法에 의해서는 行政裁判所같은 것이 都大體存在할 수 없기 때문이다.」고 하는 反對見解도 있다. Stason and Cooper, *Cases and Other Materials on Administrative Tribunals*, (3d. ed. 1957), p. 5. 또한 *Stark v. Wickard*, 321 U. S. 288 (1944)에서의 Frankfurter의 少數意見參照.

(24) 例컨대 *Texas & Pacific R. Co. v. Abilene Cottone Oil Co.*, 204 U. S. 426(1907)에서는 具體的이며 明確한 法律의 明文와 正反對의 判斷을 내리고 있는데 高度의 實際的性質이라는데 그 理由를 두고 있다.

研究論文

野에서는 거의 問題視되지 않는 傾向에 있다고 한다. 따라서 오늘의 行政法의 主要關心은 Davis에 의하면 둘째의 問題 다시 말하자면 行政手續 그 自體에 集中되어 있으며 具體的으로는 規則制定과 行政裁決, 그리고 調査(investigating), 監督(supervising), 告訴(prosecuting), 勸告(advising), 宣言(declaring)의 問題따위와 또 이에 附隨하는 權限따위가 重要한 問題點이 되어 있다고 強調되고 있다. 그리고 이러한 規則制定의 檢討에는 聽聞의 機會를 認定할 要件의 範圍와 같은 여러가지 手續的問題뿐만 아니라 보다 많은 解釋的, 立法的, 邊及效的規則에 關한 錯雜한 問題가 包含된다. 또 訴訟을 提起하고 進行하는 경우에는 어떠한 問題가 생기는가 따위의 狹義의 裁決手續外에도 行政法은 一般的으로 制度的決定(institutional decision)이라고 불리우는 團體的내지는 集團的決定의 問題를 다루게 되며, 且 官吏나 職員들의 偏見, 裁判機能을 損傷케 하는 裁判과 調査 및 檢察(prosecuting)과의 分離, 證據排除의 原則(the exclusionary rules of evidence)에 代替될 것, 記錄外의 情報(extra-record information)나 理解의 廣範한 利用, 事實認定(findings), 理由, 先例拘束의 原則(stare decisis), 決定의 拘束力 따위의 問題도 다루어진다고 한다(25), (26).

이상에서 美國行政法의 一般的性格, 法源, 그리고 對象들을 概觀하면서 行政手續에 關한 問題가 얼마나 美國行政法理論에서 重要的地位를 차지하고 있는가를 檢討하여 보았다. 그러면 다음으로 이와같은 行政手續의 問題는 그 自體로서 어떤 問題點을 内包하고 있으며 美國行政法理論의 生成과 發達에서 어떠한 意味를 지니고 있는 것일까에 關하여 다루어져야 할 것이다.

三. 美國行政法의 生成과 基礎

行政機關이 어떤 事實의 認定을 하고 그것에다 法規를 適用하여 그 決定을 實施하는 作用은 美國이 聯邦國家로 發足할 當時 부터 存在하였다(27). 그러나 그것은 極히 例外的인 作用이었다. 특히 私人의 權利義務에 變動을 가져오는 決定을 내리는 것은 行政機關의 任務가 아니라 司法裁判所 내지 聯邦議會의 任務였기 때문이다. 왜냐하면 첫째 法律問題의 決定은 司法裁判所에 맡겨져야한다는 傳統 즉 이른바 法의 支配의 原則(rule or supremacy of law)이 存在하고 있었기 때문이고 둘째 美國의 獨立當時의 支配的統治理念은 自由放任主義였으며 私人의 行動에 國家가 干與하지 않는 것으로 하고 있었을 뿐 아니라 셋째 美合衆國憲法은 州의 權限을 크게하고 聯邦에 留保된 權限은 많지 않는 것으로 하였기 때문이다(28). 따라

(25) Davis, op. cit., p. 5—6.

(26) Davis는 이와같이 美國行政法에서의 中心課題가 行政手續에 關한 問題임을 強調하면서도 如前히 司法審查의 問題가 아직까지도 美國行政法의 가장 重要하고도 難轍한 問題이라고 指摘하고 있다. op. cit., p. 7.

(27) Davis, op. cit., p. 24.

(28) C.B. Swisher, *The Growth of Constitutional Power in the United States*, (1954) chap. 4.

서 聯邦政府의 機關이 私人の 權利義務에 干與하는 일은 거의 없었으며 그러한 의미에서 우리들이 말하는 行政法이라고 하는 法의 分野는 存在할 수 없었고 또한 實際로 存在하지도 아니하였던 것이다.

美合衆國이 發足한 18世紀末에는 以上과 같은 事情은 社會經濟的인 面에서도 當然한 것이었다. 人口도 적고 近代工業은 물론 發達하지 못했고 社會保障의 必要도 느끼지 않았던 當時에는 當然한 것이었다. 1789年에 聯邦政府가 國務省(Ministry of State), 國防省(Ministry of War), 財務省(Ministry of Treasury) 및 法務省(Attorney General's Office)의 4省으로 發足한 事實에서도 이러한 事情을 充分히 엿볼수 있다. Davis가 指摘하는 바와같이 그 當時에 있어서는 아무도 司法院 對 官僚主義, 資本主義 對 社會主義, 또는 自由放任主義 對 政府干渉主義이라는 意義에서 行政機關의 創設을 생각하지 않았고 行政機關은 大體로 Practical한 사람들이 그들의 當面한 諸問題에 對한 Practical한 解答을 求하기 위하여 創設되었던 것이다(29).

물론 이러한 狀態는 美國 資本主義의 發展과 함께 變化했다. 資本主義의 高度化는 同時に 資本主義의 여러가지 矛盾——獨占, 失業, 그他——의 露呈을 의미하였다. 自由放任主義의 修正과 함께 議會制定法과 司法裁判所에 의한 統制만으로서는 人民의 生活의 安定을 期할 수 없게 되고 自然히 執行府의 諸行政機關이 長大化되고 私人の 權利義務에 直接 影響을 미치게 된다. 1880年的 聯邦政府는 7省으로 擴張되었고 鐵道料金의 規制를 任務로하는 州際通商委員會(Interstate Commerce Commission)는 1887年に 最初의 聯邦獨立規制委員會(Federal Independent Regulatory Commission)로서 나타나게 되었다. 聯邦政府의 權限은 漸次 擴大一路의 길을 걸었고 例컨대 1890年的 反獨占法(Sherman Anti-trust Act)의 適用에 있어서의 司法裁判所에 의한 解決의 不便은 더욱더 行政委員會의 發達을 促求시켰다(30). 그自體行政機關이면서 執行權者인 大統領의 指揮監督을 받지 않고 制定法의 委任에 基하여 人民의 權利義務에 變動을 주는 規則을 制定하는 權限을 가지며 爭訟的手續으로 法律問題에 決定을 내리고 그것을 執行하는 權限을 갖는 이와같은 獨立規制委員會의 必然의 發達現象의 原因에 關하여 Stason는 (i) 複雜하고도 高度의 技術的問題의 解決에는 議會에 의한立法은 不適當하며 委任立法에 의하여야 한다는 點. (ii) 私企業의 規制에는 彈力性과 適度의 裁量權이 必要하게 되는데 그러기 위해서는 委任立法이 最適이라는 點. (iii) 司法手續에 比해 行政手續은 爭訟費用, 時間, 簡易性等의 點에서 優越하다는 點. (iv) 司法手續은 私人間의 爭議解决에는 適當하지만 公益과 私益의 調整에는 不適當하다는 點. (v) 社會保障制度의 實施에는 行政機關을 利用하는 것이 最適이라는 點등을 들고 있거니와(31) 이제 이와같은 行政

(29) Davis, op. cit., p. 34.

(30) R. Cushman, *The Independent Regulatory Commission*, (1941) pp. 179—181

(31) Stason, *The Law of Administrative Tribunals*, (1947) pp. 4—7

過程의 發展過程과 그 理由를 Davis의 見解에 따라 좀 仔細히 檢討해 보기로 한다(32).

1. 行政過程發展의 理由

行政過程(手續)에 依據하게 된 가장 根本的理由는 嚴格히 Practical한 見地에서 볼 때 政府의 여러가지 課業은 行政手續에 의하여 가장 適宜하게 遂行될 수 있다는 點일 것이다. 鐵道料金率의 統制를 中心으로 한 聯邦通商委員會의 生成過程에 關해서는 일일히 여기서 說明할 겨를이 없거니와 要컨대 鐵道事業에 關한 行政的統制는 現實의 問題에 가까히 부닥치고 있는 사람이 이려한 聯邦獨立規制委員會와 같은 機關의 權限을 通해서만이 모든 利害關係者의 權利를 着實히 保護하면서도 鐵道를 效果的으로 規律하는 最適의 手段이라는 것을 잘 알고 있다는 單純한 理由만으로 더욱 强化되었다. 이와같은 刺戟은 哲學家나 理論家의 머리로부터 흘러 나온것도 아니며 權力分立論이나 法의 支配의 原理처럼 抽象的인 것으로부터 흘러나온 것도 아니며 오로지 Granger Movement(33) 라고 불리우는 農民運動에 參與하여 特定한 害惡의 除去에 直接 對決한 사람들로부터 흘러나왔던 것이다. 聯邦去來委員會(FTC), 證券交換委員會(SEC), 聯邦通信委員會(FCC), 全國勞動關係廳(NLRB) 등을 위시하여 第二次大戰中에도 政府가 物資, 生產, 人力, 交通手段, 海運, 價格, 貨貸借等을 統制할 必要를 느낄때마다 數많은 特殊行政機關이 創設되었다(34). 그 어느 경우에 있어서나 이려한 行政的統制를 避하는 길은 다만 그러한 行行政的統制를 必要로하는 實質的인 行行政 program 自體의 疾止를 의미하였다. 價格統制 貨貸料統制 物資配給制等은 모두 始初부터 많은 非難을 받았었

(32) Davis, op. cit., pp. 34—44.

(33) Granger Movement의 起源은 1867년 Oliver Hudson Kelly라고 하는 政府의 一書記에 의하여 만들어진 the Patrons of Husbandry이다. Kelly는 1866年 南部地方에 3個月 동안 出張 했는데 그때 그는 農民階級 사이에 進步的精神이 缺如 되어 있음을 認定하고 크게 衝擊을 느꼈다. 그리하여 그는 南部의 產業復興 및 合衆國의 農民階級의 向上을 關해서는 農民의 國家的秘密組織이 必要하다고 생각하여 1867年前記한 the Patrons of Husbandry를 만들었다. 이것은 the National Grange, the State Grange 및 下部 Grange等으로 갈라진다. Grange는 그後 各州에 퍼져 1873年の 恐慌時에는 4州를 除한 全國에 걸쳐 있었다. 1870年代의 最隆盛期에는 Grange의 數 2萬全員數는 約 80萬에 이르렀다고 한다. 中南部 및 北西部의 農民은 外部의 市場及 交通業者에게 完全히 依存하고 있었기 때문에 經濟的으로 深한 窮境에 빠져 있었다. 特히 南北戰爭以後의 不況期에는 심한 高率運費 또는 差別運費으로 말미암아 커다란 被害를 입고 있었다. Grange는 따라서 本來의目標인 教育으로부터 轉하여 政治運動을 主로 하게 되어 이른바 Granger立法 또는 Granger判決 같은 것을 낳게 하였다. 그後 Grange는 購買, 販賣, 製造에 까지 손을 빼쳐 그 結果 經濟的으로 破綻을 이르켜 1876年 마침내 그 幕을 닫았지만 이 運動에 의하여 農民은 그들의 政治力의偉大함을 알게 되었고 그의 社會的, 教育的活動은 農民에게 새로운 生命을 불러 이르렀다. Granger Movement에 關한 가장 詳細한 文獻은 Buck, *The Granger Movement: A Study of Agricultural Organization and its Political, Economic and Social Manifestations* (1933) pp. 1870—1880 參照.

(34) 예컨대 War Production Board, War Labor Board, War Foods Administration, Office of Defense Transportation, War Shipping Administration, Petroleum Administration for War, Board of Economic Warfare, Lend-Lease Administration, Defense Plants Corporation, Office of Price Administration等을 들수 있다.

으나例컨데價格統制局(Office of Price Administration)은戰後에도相當한 政治的支持를 받은 바 있었다. 결국 이러한 戰時機關들은 平時機關들과 마찬가지 理由에서 創設되었다. 즉 어떤 政府의 課業의 遂行이 要求될때 Practical한 사람들은 그것을可能케 하는 最善의 方法으로서 이러한 行政機關의 創設 즉 行政過程을 생각해냈던 것이다.

이러한 行政過程에 對比한 主된 過程이라 할수 있는 立法過程 내지 司法過程으로서는 到低히 所期의 要求를 充足시키지 못하는 경우가 많다. 立法部는 기껏해야 主要政策의 方向을 設定하여 行政을牽制하거나 監視하는데 그친다. 따라서 數많은 細目을 다루거나 變化無常한 諸問題에다 科學者나 다른 專門家들의 아이디어를 適用하기에는 適當하지 못하다. 이 제까지의 經驗이 例컨데 細細한 鐵道運賃表作成이나 또한 時時로 變하는 入國稅의 水準에 뒤따라가기에는 議會의 能力으로는 不足함을 痛感하게 되었고 漸次 立法部는 따라서 不斷한 關心을 要하는 program의 主要 outline만 立法化하고 副次的인 政策의 遂行業務는 行政機關에게 一任하는 方式을 發展시키게 되었다. 그리하여 이러한 方式은 規則(rules)이나 規程(regulation)의 形式으로 法을 制定케 할 뿐 아니라 그러한 規則制定을 通하여 裁決, 調査, 告訴, 監督等과 같은 다른 여러 重要的 過程과의 關聯을 맺게 되었던 것이다(35).

다음 行政過程 내지 行政手續을 發達케 한 重要的 理由는 行政裁決(administrative judication)이 司法裁判에 代身하여 特定事件에 있어서의 事實認定, 法 또는 政策適用의 機能을 擔當하게 되었다는 點일 것이다. 이러한 行政裁決이 司法裁決보다 有效한 方便으로 摘頭한 理由는 어데 있으며 왜 獨立規制委員會와 같은 行政機關에서는 可能한 機能이 傳統的인 司法機關에서는 不適當한 機能이 되는것일까? 물론 여기에는 여러가지 理由가 있다. 어떤것은 極히 有力하고도 信憑할만한 理由이기도 하지만 어떤것은 再檢討를 要하는 것도 있다.

英國의 Donoughmore 委員會報告書(The Report of the Committee on Minister's Powers)에 의하면 嚴格한 의미의 司法的決定(judicial decision)은 둘 以上的 當事者間의 紛爭을前提로 하고 다음과 같은 네가지 要件을 가진다고 한다. 즉 (1) 當事者에 의한 事件의 提起, (2) 紛爭이 事實問題에 關할때는 證據에 의한 事實의 確定, (3) 紛爭이 法律問題에 關한 것일때는 當事者에 의한 法的辨論, (4) 確定事實과 그에 對한 法의 適用에 의한 決定等이 그것이다. 이에 對하여 準司法的決定(quasi-judicial decision)은 紛爭의 存在를前提로 하는 點은 위와 마찬가지이지만 위의 네가지 要件中 (1)와 (2)의 要件은 가지지만 (3)은 반드시 가진다고 할수 없고 (4)는 絶對로 가지지 않으며 이 (4)는 長官의 自由스러운 選擇에 의하여 決定되는 行政的行為에 의하여 代位된다(36). 그리고 純粹한 行政的決定(administrative decision)은 全혀 위의 것과 다른 性質의 것으로서 決定을 行하는 根據나 決定을 위한 資料蒐集手段은

(35) Gellhorn and Byse, *Administrative Law: Cases and Comments*, (1954) Chap. II. 特히 pp.65—147.

(36) Report, p.73(Cmd.4060, 1932)

研究論文

전혀決定者の裁量에 맡겨진다(37)고證明하면서 嚴格한 의미의司法的決定은 特別한 理由가 없는限 通常裁判所가 行하여야 하는 것이며 準司法的決定과 特히 行政的決定은 長官이 行하는 것이라 한다. 또 同報告書는 司法的決定과 準司法的決定은 다같이 紛爭의 存在를 前提로 한다는 點에서 行政的決定과 區別된다고 하며 準司法的決定에 있어서는 制定法에 의하여 裁量의行使가 認定되지만 司法的決定에서는 裁量의 要素가 거의 있을 수 없다(38)고 指摘하고 있다. 어떻든一般的으로 말해서 行政上의 決定 내지 裁決은 그 性質上 行政作用인 경우가 많기 때문에 비록 그것이 例컨데 利益의 賦與, 許可, 認可行爲, 料金의 決定, 停止命令의 發給等과 같이 司法裁判의 對象으로서 決코 不適當한것이 아닌 경우라 하드래도 大部分「便宜性」(convenience)이라는 理由만으로 行政裁判의 對象이 되는 경우가 있다. 즉 司法裁判이 非能率의 아니라 하드래도 經驗上 司法裁判機構는 새로운 性質의 行政問題에 適應할수 없을때가 있다. 行政問題自體가 行政的面과 司法的인 面을 아울러 가지고 있을때 司法裁判所는 그러한 行政問題의 裁決에는 有效하겠지만 결코 行政問題의 全般的 解決에는 適當하지 못할것이기 때문이다(39).

또 하나의 司法裁判에 對한 批判으로서 一般的으로 指摘되고 있는 點은 司法裁判이 大體로 不便(awkward) 緩漫 그리고 費用이라는 面에서 國民들이 要求하는迅速하고도 값싸고 또한 簡便한 節次를 供與해주지 못한다는 것이다. 1955年의 行政手續에 關한 大統領委員會(President's Conference on Administrative Procedure)의 報告에서도 指摘된 바와 같이 行政手續은 반드시 언제나迅速하고 經濟的인 것은 물론 아니지만(40) 大體로 司法裁判에 比할때 이 點은 重要한 差異點이라 할 것이다.

司法裁判手續과 行政審判手續의 相對的効率性에 關하여 1940年 行政手續法審議過程에서의 Walter-Logan法案에 對한 Roosevelt大統領의 拒否權行使時의 教書內의 다음과 같은 句節처럼 適切히 그 特徵을 指摘하고 있는 경우도 드물것이다. 「裁判所의 手續은 個個의 紛爭의 徹底한(intensive)調查에는 適合하다. 數많은 行政機關에서의 나날의 事實認定(the daily routine of fact finding)을 裁判所에 屬하게 함은 不可能하다. 訴訟은 一般市民의 負擔能力을 超過한 費用을 들게 한다. 그의 手續上의 技術的인 諸觀則은 注意를 계울리하는 사람에게는 陷縛과 같은 것이되어 있고 證據法上의 技術的인 諸規則은 通常의 事務決定에서 通用하는 常識的決定을 排除케 하는 경우가 종종 있다. 有能한 法律顧問(legal advice)을 求하기 위한費

(37) ibid., p.81.

(38) ibid., p.115.

(39) Davis는 이러한例로서 災害補償問題의 경우를 들고있다. 그리고 이러한面을 明快히 解說한 文獻으로서 Dodd, *Administration of Workmen's Compensation*(1936) pp.98—99를 들고있다.

(40) 同報告書는 "unnecessary delay, expense, and volume of records in some adjudicatory and rule-making proceedings in the Executive Departments and Administrative Agencies."라고 指摘하면서 그 對策을 促求하고 있다.

用의 增大와 裁判手續을 提起하는 경우의 法律家에의 依賴의 必要性等은 이러한 裁判上의 手續이 不斷히 계속되는 나날의 政府의 諸過程의 處理에는 適當하지 않음을 認識케 하였다. ……行政裁判機關 또는 特別行政機關은 特定한 法律에 基하여 일어나는 紛爭을 處理하기 위하여 생겨났다. 이러한 機關의 特色은 簡便하고도 內부 技巧面에 흐르지 않는 聽聞(non-technical hearings)이 裁判所의 審理에 代身하고 非公式的인 諸手續이 딱딱하고도 公式的인 手續節次에 代替된다. 그리고 舊態依然하고도 技巧에 흐르는 證據法에 關한 規則代身에 日常의이며 實際의인 情報源에 基한 常識의인 處理가 나타나게 되며 또한 該薄하고(informed) 專門의인 行政裁決機關이 지나간 先例나 主要判例에 따라 判決하기 보다 將來와 結果를 내다보며 判決을 하게 된다」(41).

또 하나의 行政手續發達의 理由는 裁判所의 傳統의인 受動性에서 起因한다. 즉 裁判所는 訴訟을 initiate하거나 當事者가 主張한 内容以外의 審理는 原則的으로 制限되어 있기 때문에 社會의 個別의인 利害關係를 제대로 反映시키지 못하기 쉽다. 왜냐하면 社會의 모든 利害關係者가 일일히 裁判所에 그 權利義務關係를 호소하려 들지 않기 때문이다. 前記 拒否敘書에서 Roosevelt 大統領은 이 點에 關하여 優勢하고도 獨占된 利害關係가 한편에 存在하고 雜多한 個個人의 集團——비록 그들의 個別의인 利害關係가 아무리 작은 것이라 하드라도——이 다른 한편에 存在하여 그相互間에 不斷한 紛爭이 連續되는 경우 法앞에 平等을 確保하는 唯一한 方法은 그러한 紛爭을 行政特別裁判所(administrative tribunals)에 맡기는 길이다」(42)라고 指摘하고 있다.

또 다른 理由로서는——비록 正當하든 正當하지 않든 간에——裁判官의 偏見이 行政機關에게 맡겨진 新로운 program 같은것을 管掌하기에는 適格일 수 없다는一般的인 信念에 因한 것이다. 이러한 事情은 20世紀初期의 美國에서의 가지가지의 社會立法에 對한 裁判所의 消極의인 態度에서도 그例를 찾아 볼 수 있다(43). 規制的性格의 program에 있어서의 根本의인 龜裂은 大部分의 경우 私權과 社會目的間에서 생겨나기 마련이다(44). 다시 말하자면 裁判所의 主된 課業은 個個人의 權利가 內包된 紛爭을 決定하는 것이지 어떤 立法的政策을 助長하는데 있는 것이 아니며 裁判官은 大體로 그들의 保守的tude를 志向한 法律訓練에 영향을 받고 있으며 그들의 經驗을 通하여 法廷에서 主로 財產上의 權利를 옹호하기 벼룩되어 있으며 따라서 裁判

(41) House Doc. No.986, 76 th Congress 3d. Sess. pp.1—2(1940)

(42) ibid., p.3.

(43) 被雇傭者の 災害補償立法(workmen's compensation statute)에 關聯된 判例로서 有名한 것으로 Ives v. South Buffalo Railway Co., 201 N.Y.271(1911)이 있고 勤勞基準法關係의 判例로는 Lochner v. New York, 198. U.S.45. (1905)等이 있다.

(44) 이點을 특히 強調한 것으로는 Jaffe, "The Effective Limits of the Administrative Process: Reevaluation," 67 Harv. L. Rev. 1105(1954). Parker, "Why do Administrative Agencies Exist? A Reappraisal" 45 Geo. L.J., 331(1957) W. Ivor Jenninos, "Courts and Administrative Law-The Experience of English Housing Legislation," 49 Harv. L. Rev. 426(1936)

研究論文

官은 政府의 干涉에 反對하여 個人的 權利를 호소하는 偏見을 갖기 쉽다는 것은前提로 한다(45).

새로운立法을 管理함에 있어서 裁判所에 의한 그것을 排擊한 政治的 見解의 한가지 좋은例로서는 「이 나라의 國民들은 裁判所가 이러한 問題에 關해서 政策을 宣言하는 것을 許하지 않을것이기 때문에」(46) 聯邦去來委員會(FTC)의 創設을 建議한다고 한 1914年の美國上院委員會의 發言을 들 수 있다. 물론 이러한 態度는 官僚의 干涉으로부터 確立된 權利를 保全할것을 強調하는 一部人士들을 激怒케 할지도 모르나 어찌든 이러한 態度는 歷史的으로 볼 때 行政過程을 發展시키게 한 主要原因 가운데 하나가 되어 있다.

이러한 行政過程 내지 行政手續發展의 理由에는 물론 새로운 行政機關을 創設케 한 理由뿐만 아니라 그것이 일단 創設된 후 그것이 存續되는 理由까지를 包含한다(47). 그러나 이러한 機關의 存續理由는 여러가지 경우를 생각할 수 있으며 한결같이 行政過程의 發展을前提하는 경우라고만 할수는 없다. 즉 個中에는 國稅廳(the Internal Revenue Service)이나 軍事援護廳(Veterans Administration)의 경우처럼 所任의 課業을 完遂하고 있기 때문에 存續되는 경우도 있지만 반드시 그렇지는 못하고 多分히 非效果的이면서도 政策上의 必要에 의하여 存續되는 경우도 있기 때문이다.

要컨대 以上에서 考察한 여러가지 理由를 土臺로 行政過程 내지 行政手續의 發展과 展望은 長期間에 걸쳐 不斷히 持續될 것이며 오늘날 1955年的 法務長官의 다음과 같은 意見에 反對할 사람은 아무도 없을 것이다. "Administrative agencies have become an established part of our constitutional government, accepted by congress, the judiciary and the people as an essential part of the governmental structure. They were created as a necessary means for protecting public interests which could not be suitably protected by the courts or other meansAdministrative agencies must be enabled and permitted to function efficiently and effectively if the public interest, which is their primary concern, is to be preserved."(48)

2. 行政手續法의 制定過程

前節에서 行政過程 내지 行政手續發達의 여러가지 理由를 檢討하여 보았거나와 그러한 發達過程은 그러나 어찌든 外觀上 美國의 司法的傳統에 反하는 것이기 때문에 일찍이 直接利

(45) 司法裁判所와 行政特別裁判所의 性格에 關해서는 다음論文에 簡潔히 要約되어 있다. D.M. Cordon, "Administrative Tribunals and the Courts," *Law Quarterly Review*, (Jan. 1933)

(46) *Report of Senate Committee on Interstate commerce*, Sen. Rep. No. 1326, 62d Cong., 3d Sess. (1914) 이하한 見解에 關하여 Landis, op. cit., pp. 32—34 參照.

(47) "No important administrative agency seems ever to have been destroyed because of objections to its distinctive characteristics as an administrative agency." Willard Hurst, *The growth of American Law* (1950) p. 423.

(48) Letter of Aug. 2, 1955.

害가 있는 大企業으로 부터의 反對를 비롯하여 傳統的 司法優越의 立場에서 行政權의 擴大에 反對하고 行政手續을 可及的 司法手續에 近接시키고자 하는 美國法曹人協會(American Bar Association 以下 ABA 라고 부름)를 中心으로 하는 소위 保守派陣容으로 부터의 많은 批判이 없지 아니하였다(49).

이들의 批判의 要點은 첫째로 行政機關의 行政權, 立法權, 司法權의 3權을 併有함은 傳統的 權力分立論에 反하며 둘째로 委任禁止의 法理에 따라 立法權이나 司法權을 行政權에 委任해서는 아니된다는 것이며, 셋째로 強力한 行政機構의 成立은 國民의 自由를 危險케 하며 넷째로 비록 行政機關의 權限을 廣範하게 認定하는 경우라도 覆審의 司法審查가 確立되지 않으면 아니된다는 것이다(50)

1933年 ABA는 「行政法에 關한 特別委員會」를 設置하고 以後 行政法改革에 關한 研究와 運動을 계속했다. 1934年의 同委員會의 報告書(51)에 의하면 同委員會는 聯邦行政裁決機關에 關해서 첫째 司法的機能의 分離, 둘째 獨立規制委員會의 廢止, 셋째 現行行政機構의 改革을 假想의 結論으로 하여 ABA에 報告하고 있다. 또한 1936年에는 合衆國行政裁判所의 設立을 主張하고 있다(52). 同報告書에 의하면 行政機關에 의한 司法權의 行使는 첫째 司法作用과 執行 또는 立法作用이 結合되는 결과를 가져오며 둘째 行政的裁決을 行하는 者의 任期가 保障되어 있지 않으며 셋째 行政上의 決定에 對한 effect 있는 獨立의 審查 또는 司法的統制가 缺如되고 있다고 指摘하면서 聯邦行政裁判所를 設立함으로써 現在 亨有하고 있는 利益을

(49) Pound, Stason, Vanderbilt, McFarland 等이 保守派陣容의 主要人物이다.

(50) 橋本公直著, 「米國行政法研究」(1958) pp.99.

(51) 59 ABA Report 539(1934) Davis는 이와같은 反對理由를 Mr. Practitioner 라고하는 假象人物이 實際行政過程에 從事하는 경우에 부닥치는 問題點의 形式으로 具體的으로 說明하고 있다. Davis, ibid., pp.44—49.

(52) 이 行政裁判所는 다음과 같은 特色을 갖지 않으면 아니된다.

- a) 그 本質的目的은 現在 聯邦行政機關에서 行使되고 있는 司法作用을 漸進的으로 分離하기 위한手段를 提供하고 始審의으로 또 行政機關의 決定의 審查로서 法律 및 事實의 兩者에 對해서 司法作用을 行使하기 위해서의 獨立의 裁判所를 建設함에 있다.
- b. 行政裁判所의 構成員은 法律家이어야하며 大統領에 의해 任命되고 上院에서 承認되지 않으면 아니된다. 且非行이 없는 限 그 職을 保持할 수 있어야 한다. 行政裁判所의 構成員은 當初 可及의이면 이에 代替될 聯邦行政審判機關의 構成員을 包含하여야 한다.
- c) 當初 行政裁判所의 管轄은 行政訴訟의 一定한 種類에만 限定되어야 하지만 그 組織은 다른 行政訴訟에 對한 管轄權이 漸次 議會에 의하여 移管될 수 있는 中核으로서 有用한 것이 되지 않으면 아니된다.
- d) 行政裁判所의 組織은 審理部과 上訴部를 包含하여야 한다, 實行可能의 範圍內에서 各部는 特殊한 對象에 對한 專門家 및 經驗있는 裁判官을 쓰는 利益이 있도록 그리고 同時에 充分한 彈力性이 保持되도록 각各 特別한 種類의 事件의 聽聞에 關해서 部門別의 下部組織을 認定하여야 한다.
- e) f), g) 省略.
- h) 行政裁判所의 決定은 特別한 事件에 있어서 直接最高裁判所 또는 巡回 控訴裁判所에 의한 審查에 따라야 한다. 行政裁判所의 設立은 現在憲法上の 裁判所에 의하여 行使되는 管轄을 侵害하거나 毀損해서는 아니된다」 61ABA Report 720, 21(1936)

研究論文

잃어 버림이 없이 以上의 여러가지 缺點을 除去하는 길이 열릴것이라고 主張하고 있다(53). 이러한 行政裁判所의 構想은 1936年 第 74議會 第 2回期에서 Logan法案으로서 提出되었지만 立法化되지 못하였다. 그 後 1937年的 報告에서는(54) 종래의 方針을 變更하여 行政裁判所의 構想을 버리고(55) 行政過程의 改善을 尋圖하는 立場에서 法案(56)까지 마련하였다. 이러한 1937年에 提案된 法案은 1938年的 報告(57)에서는 다시 變更이 加해지고 있다. Pound를 委員長으로 하는 同委員會의 報告書는 「行政廳 및 行政的絕對主義의 提案者들로 부터의 不斷한 壓迫에 對하여 우리들은 司法審查를 너무 많이 放棄하지 않도록 警戒하지 않으면 아니될 것이라」(58) 고 말하면서 行政的裁決에는 다음과 같은 缺陷이 있기 때문에 抑制하지 않으면 아니된다고 力說했다. 그 缺陷이라 함은 (1) 聽聞없이 또는 當事者의一方에 對한 聽聞없이 事件을 決定하는 傾向, (2) 審判機關에 提出되지 않는 事項에 基하여 또는 提出되지 아니한 證據에 基하여 事件을 決定하는 傾向, (3) 미리 形成된 意見 또는 偏見에 基해서 決定을 하는 傾向, (4) 行政上의 裁決作用을 決定의 一種이라기 보다는 오히려 行爲의 一種으로 생각하는 傾向, (5) 管轄의 限界를 無視하고 行政行爲의 領域을 行政委員會에 주어진 管轄을 超越하여서 까지 擴張하려는 傾向, (6) 法의 犠牲으로서 政治的壓力에 屈服하려는 傾向, (7) 重要한 利益의 犠牲으로서 行政上의 便宜를 위한 專斷的規則制定을 하는 傾向, (8) 또 그 反對로 御用的으로 日常事務에 빠져들어가는 傾向, (9) 補助者가 權限을 行使하는 傾向, (11) 規則制定, 調査, 訴追, 辯護, 裁判官의 作用, 判決의 執行의 作用을 混同하는 傾向等이 그것이라 한다(59).

以上과 같은 ABA의 支持에 의하여 1939年 Walter-Logan法案이라는 이름으로 行政手續法案이 議會에 提出되어 다음해인 1940年에 通過되었으나 Roosevelt大統領은 1939年에 任命한 「行政手續에 關한 法務長官委員會」(Attorney General's Committee on Administrative Procedure)의 報告書를 기다리기 위하여 同法案을 拒否하였다. 이 委員會의 474面에 達하는 龐大한 最終報告는 行政法에 關한 劃期的의 研究였으며 貴重한 文獻이었다. 從來의 研究報告에 比하여 한층 깊이 問題를 追究하고 또 充分히 資料를 檢討한 後에 作成된것으로서 많은 反響을 이르쳤다. 委員會의 多數意見이나 少數意見을 莫論하고 다같이 行政手續에 關한 어떤立法措置가 必要한데 對해서는 아무도 異議가 없었다. 그리하여 議會에서의 그 後의 關心은

(53) 61 ABA Report 722—24. (2936)

(54) 62 ABA Report 789(1937)

(55) 行政裁判所設置에 對한 案은 通常裁判所의 機限을 빼았어 特別裁判所를 創設하는 것을 의미하여 憲法上의 疑問을 비롯한 많은 批判이 나오게 되었다. 따라서 이後부터는 議會의 動向은 行政裁判所의 設置보다 行政手續法의 制定의 方向으로 옮겨가게 되었다.

(56) 62 ABA Report 846—50.

(57) 63 ABA Report 331, (1938)

(58) ibid., 337.

(59) ibid., 346—51.

自然히 行政手續에 關한 立法에 集中되었으나 1941年 8月以後로 國際關係가 急迫하여 저 問題討論는 保留되고 있다가 戰爭終了가 가까워진 1944年 新로운 法案이 提出되어 다시금 議論이 活潑하게 되었다. 그리하여 1945年 1月 改正이 加해진 行政手續法案이 兩院司法委員長에 의하여 提出되어 各 行政機關의 意見을 듣는 한편 兩院司法委員會, 法務長官, 各行政委員會, 利害關係者間에 真摯한 論議를 거쳐 同年 10月에 改訂이 加해진 法案이 法務長官의 贊成意見을 얻게 되었다. 上院司法委員會는 이어 11月 同修正案을 全員一致로 可決하고 다음 해인 1946年 3月 上院은 역시 全員一致로 可決하였다. 한편 下院司法委員會에서는 輕微한 修正을 加하여 이를 可決하고 下院에서 1946年 5月 24日 全員一致로 可決하고翌日인 5月 25日 上院이 그修正에 同意했다.

大統領은 6月 11日 이에 署名하여 여기에 行政手續法(Administrative Procedure Act, 以下 APA라 부름)의 成立을 보게 된 것이다.

以上과 같이 成立한 APA는 元來 ABA가 承認했던 法案이라는 의미에서 形式的으로는 保守派의 勝利인 것처럼 보이지만 그러나 實際에 있어서는 美國의 一般 行政法學者들이 指摘하고 있는 바와같이 同法은 保守派와 進歩派의妥協의 產物이었다. 따라서 그것은 兩院에서도 ABA에서도 한사람의 反對意見도 없이 滿場一로 可決을 보았던 것이다. 同法에 對한 兩派의 態度를 分析하여 보면 우선 保守派의 立場에서는 行政手續의 發達을 如何히 阻止하여 司法審查의 태두리 속에 그것을 抑制할 것인가, 그리고 行政手續自體를 될 수 있는데로 司法手續에 接近시키는 것이 그들의 課題였기 때문에 APA는 不充分하지만 바로 이러한 役割을遂行하는 것으로서 이妥協을 받아 들였던 것이다. 물론 保守派라해서 오늘에 와서는 司法審查를 그 極限까지 미치게 할 생각은 없을 것이기 때문에 統一的인 行政手續을 制定하는 것은 自派의 主張을 實現하는 것이라고 생각할 수 있었던 것이다. 한편 進歩派(61)의 立場에서는 그때까지 判例法 및 立法에 의하여 行政手續이相當한 獨自性이 承認되어 왔다는 點 그리고 APA는 종래 確立된 判例理論을顛覆시키는 것이 아니였음을 認定하고 이妥協에 滿足하였던 것이다. 물론 進歩派의 경우에 있어서도 行政手續의 法的規制를 全面적으로 否定하려는 것은 아닐 뿐 아니라 또한 司法審查로 부터 完全히 獨立된 行政手續을 當初부터 主張한 것도 아니기 때문에 以上과 같은 結果는 이 進歩派에게도 滿足스러운妥協이었다(62)

(60) 1941年 4月부터 7月에 걸쳐 上院司法分科委員會에서는 行政手續에 關한 公聽會를 開催하여 各界로부터의 많은 意見을 聽取하였다. (*Administrative Procedure Act: Legislative History, Sen. Doc. 248, 79th Cong, 1946*).

(61) Davis, Gellhorn, Frankfurter, Jaffe等이 이에 屬한다.

行政手續에 關한 Davis 와 Pound의 論爭은 有名하다. 이에 關해서는 다음 文獻參照.
Pound, "For the Minority Report" 27 A.B.A.J. 664. (1942)

Davis, "Dean Pound and Administrative Law," 62 Colum.L. Rev. 89, (1942)

(62) 橋本著 前揭書 pp. 120—121.

四. 行政手續法의 概要

APA의 내용은 大體로 ① 總則的部分, ② 規則制定手續을 包含하는 行政運營法的部分, ③ 準司法的手續인, 裁決手續部分, 그리고 ④ 司法審查의 部分의 네 가지 部分으로 大別할 수 있다(63), (64).

總則的規定은 用語의 定義를 내리고 있는 第2條와 附則이라고 할 수 있는 第12條이라 할 수 있다. APA에서 使用되는 여러가지 用語 例컨대 官廳(agency), 사람 및 當事者(person and party), 規則 및 規則制定(rule and rule making), 命令 및 裁決(order and adjudication), 認可 및 認可行爲(license and licensing), 制裁 및 救濟(sanction and relief), 官廳手續 및 官廳行爲(agency proceeding and action)等에 關하여 定義를 내림으로써 同法의 適用範圍를 限定하고 있다.

行政運營法的規定은 公告義務에 關한 第3條 規制制定手續을 規制하는 第4條 및 不利益處分(行政上의 金錢的制裁를 包含하는)을 課하는 경우의 制限規定인 第9條等이 該當된다. 이 러한 事項들도 물론 行政手續이기는 하지만 좁은 의미의 裁決手續과는 달라서 그 違反이 適法手續條項(due process clause)違反 다시 말하자면 違憲이 되지 않는다는 特別한 性格을 지닌다고 할 것이다.

行政廳은 公共의 利益을 위하여 秘密을 要하는것, 또는 官廳의 内部管理에 關한事項을 除하고는 規則, 意見 및 命令, 그리고 公式記錄을 각各 聯邦公事錄(Federal Register)에 公告하도록 되어있다. 規則의 경우에는 中央及 地方의 行政組織과 公衆의 情報를 얻고, 届出 또는 請求를 할 수 있는 場所 및 方法等을 비롯하여 官廳의 事務處理와 決定의 經路 및 方法, 그리고 法의 授權에 따라 採擇된 實體的規則, 官廳이 樹立한 一般的政策 또는 法律解釋의 說明等을 項目別로 記載하도록 되어있다. 公告된 最終的意見 또는 命令은 公布된 規則에 따라서 公衆의 閲覽에 供하여야하며 法律에 別段의 規定이 없는 경우를 除하고는 公式記錄事項은 適當且直接으로 關係人이 利用할 수 있도록 하지 않으면 아니된다(65).

다음 規則制定手續 즉 行政立法手續은 종래 判例法上 適法手續條項의 適用이 없었다. APA에서는 따라서 準司法的手續인 裁決手續과 같은 正式手續아닌 略式手續을 採用하여 行

(63) 以下의 APA의 内容의 概要是 川上勝己, “アメリカ行政手續法とその直面する課題”ジユリスト, 1960年 10月 15日號(No. 212)의 第2節의 部分을 主로 參考하였다.
橋本著 前掲書에서는 (1) 行政上의 規則及 命令에 關한 公告의 規定, (2) 規則制定 及 裁決에 關한 手續의 規定, (3) 司法審查에 關한 規定의 세 가지 部分으로 APA의 内容을 나누고 있다. 同書 120面参照.

(64) APA의 우리나라 韻譯文은 「法制月報」 1962年 1月號参照.

(65) 公告에 關한 簡單한 解說로는 Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, (1958) pp. 59—63参照.

政의 迅速性의 要求에 應하도록 하였다(第4條). 規則裁定에 있어서는 軍事外交關係權能等의 二三의例外를 除하고는 行政廳은 그 日時, 場所 及 手續(利害關係人の 意見提出方法의決定) 그리고 規則案을 公告하여야 한다. 利害關係人은 또 規則의 制定廢止를 請求하는 權利를 가진다. (이 請求의 不受理에 對해서는 出訴可). 그러나 規則制定에 있어서 法律解釋規則(interpretative rules), 政策에 關한 一般的說明, 内部管理規則等에는 以上과 같은 手續은 適用되지 않는다. 다시 말하자면 이러한 手續의保障은 委任命令制定의 規制를 그 主된 目的으로 하고 있다. 規則은 原則적으로 그 公告後 30日이 지나야 效力이 發生한다.

行政廳은 權力 및 權限의 行使에 있어서 一般的으로 委任된 管轄權의 範圍內에 屬하거나 法에 의해 認定된 경우 外에는 制裁를 課하거나 實體的規則 또는 命令을 내리지 못하도록 되어 있으며 認可行爲인 경우에는 行政廳은 모든 利害關係人 또는 認可에 의하여 不利益을 받을者의 權利 또는 特權에 對하여 正當한 配慮를 함과 同時に 될수 있는대로 迅速히 APA가 定하는 裁決手續 또는 法이 定하는 다른 手續을 遂行하고 決定하지 않으면 아니된다. 그리고 認可의 撤回, 停止, 取消 또는 廢止의 경우에는 이에 앞서 行政廳은 處分의 根據가 되는 事實, 또는 行爲에 關하여 書面으로서 被認可者の 注意를 促求하고 被認可者가 法이 定하는 要件에 따르고 있음을 辯明하고 또는 要件에 따라 行動할 機會가 주어지지 않으면 아니된다. 但當事者에게 故意가 있거나 公衆衛生, 公共의 利益 혹은 安全을 위하여 다른 方法을 取할것이 要求될 때는 例外이다. 그리고 繼續的性質의 認可인 경우 그 更新申請이 있었을 때는 新處分이 있을때 까지 從前의 認可의 效力を 認定한다고 하는 救濟手段도 採擇되고 있다(66).

다음 第 3의 部分인 裁決手續(adjudication)에 關한 規定으로서 이것은 APA의 最大의 部分을 이루고 있다(第5條～8條, 및 第11條). 즉 이것은 正式的 聽聞을 거쳐 行하는 行政處分 및 이에 對한 異議申立의 手續을 말한다. 이 手續은 非陪審民事訴訟手續과 비슷한 것이며 行政의 事前統制가 그 主된 目的이다.

裁決手續이 訴訟手續과 類似하기 때문에 證據蒐集이 重要視된다. 또한 利害關係人에 對한 罰則附 召喚狀의 發給(第6條 a) 證據調查를 위한 行政廳의 調查權(第6條 b), 民間當事者(大概是 被處分者)의 代理人(辨護士에 限定된 것은 아니지만 辨護士以外의 代理人인 경우는 行政廳의 許可를 要한다), 當事者の 行政處分請求權等을 附隨的事項으로 第6條에 規定하고 있다.

그러나 모든 行政處分이 正式聽聞을 必要로 하는 것은 아니다. APA는 裁判所가 初審的審理(trial de novo)로서 다루는 處分, 公務員의 任免處分, 就職, 檢查, 또는 選舉에 基해서만

(66) 行政立法手續(Rule-making procedure)에 關해서는 鶴飼信成編「行政手續の研究」(1961)收錄의 和田英夫, “行政立法手續” pp. 27—58參照。

研究論文

決定되는 手續, 軍事, 外交上의 處分, 行政廳이 裁判所의 代理機關으로서 行爲하는 事件, 被傭者代表의 證明등은 正式聽聞을 必要로 하지 않는다(67).

聽聞을 行할때는 規則制定의 경우와 마찬가지로 告知(notice)가 行해진다. 이 경우 注目할 만한 點은 첫째 裁決의 如何한 段階에 있어서든지 當事者와의 同意下에 略式手續으로서 解決할수 있는 機會가 주어지며(68) 略式手續으로서 解決되지 아니할때 비로소 正式裁決手續을 行하도록 規定되어 있다는 點과 둘째로 行政廳은 紛爭을 終了시키고 疑義를 除去하기 위하여 그의 健全한 裁量으로서 宣言的命令 (그效力은 一般處分과 마찬가지로 司法審查可能)을 發할수 있도록 規定한 點이다(69).

聽聞에 있어서 注意할 點은 다음의 세가지이다. 즉 聽聞官(hearing officers), 職能分離의 原則(principle of separation of functions), 그리고 審查官(trial-examiner)에 關한 것이 그것이다. 聽聞官은 一般的으로 處分行政廳(合議體行政廳의 경우는 그 全員 또는 一部構成員) 또는 APA에 의하여 資格을 얻은 그 외의 審查官이 이를 擔當하며 그 審查는 單獨審查와 合議體審查로 갈라진다(70).

職能分離의 原則이란 聽聞의 公正을 保障하기 위한 APA上의 原則인데 行政廳에서 告發의 職能(告發을 위한 調査職能을 包含)에 從事하는 者 또는 聽聞의 對象인 事件에서 그와같은 職務에 從事한 者는 處分廳 또는 合議體處分廳의 構成員인 경우를 除하고는 聽聞官으로부터 排除됨을 말한다(71). 大體로 聽聞官이 되는 것은 處分廳이 아니고 法律專門家인 審查官인 경우가 많다. 그러나 實際의로는 單純한 法律專門家로서는 不足하고 각각의 分野에서의 相當한 行政專門家임을 要하기 때문에 그 人材가 貴하다. 따라서 APA는 審查官의 紿與에 關한 優待, 及 臨時審查官制度를 認定함과 同時に 判事的職能에 準하는것이라 하여 어느정도의 身分保障을 期하는 同時に 處分行政廳으로부터 獨立시키고 있다(第11條)(72).

單獨聽聞官 내지 主任聽聞官은 裁判所의 判事와 같이 法廷指揮權을 가진다. 其他 立證責任, 證據法, 當事者の 反對訊問權等에 關하여서도 APA는 大體로 종래 確立되어온 判例法의 原則에 따라 規定하고 있으며 聽聞官의 除斥에 關해서도 規定하고 있다(第7條).

證據調查인 聽聞이 끝나면 行政處分의 決定이 行해진다. 그 方式은 다음과 같은 세가지로

(67) 正式聽聞을 必要로하는 手續가운데 私權의 制限을 包含하는 것에는 due process clause가 適用된다. 그 要件 즉 公正한 聽聞이 어느程度의 内容이어야하는가 對하여는 많은 判例가 있다. APA는 이에 言及함이 없이 裁判所의 判斷에 말기고 있다.

(68) 實상 行政處分의 9割以上이 略式手續에서 處理되고 있다.

(69) 行政審判手續(adjudication) 一般에 關해서 鶴飼編前揭書收錄의 猪俣幸一, "行政審判手續" pp.59—82 參照.

(70) 行政聽聞(bearing)에 關해서는 前揭書收錄의 橋本公亘, "行政聽聞" pp.83—123 參照.

(71) Davis, *Administrative Law Text*, (1959) pp.225—244.

(72) 鶴飼編前揭書收錄, 清水睦, "行政審查官" pp.125—158 參照.

Davis, ibid., (1959) pp.396—419.

갈라진다(第8條의 a). 첫째는 行政廳이 證據의 受理를 主宰하지 않고 審查官이 聽聞을 主宰했을 경우인데 聽聞官이 第1次的決定(initial decision)을 내리는 方式이다. 第1次的決定은 被處分者 또는 處分廳의 異議가 없는 限 行政廳의 決定이 된다. 萬一 異議가 있으면 再聽聞이 行해진다.

둘째는 審查官이 聽聞을 主宰한 경우로서 處分廳이 第1次的決定을 行하는 方式이다. 이 경우 審查官은 決定의 勸告(recommended decision)를 하지 않으면 아니된다. 但 規則制定 또는 新規의 認可의 請求에 對해서 決定을 하는 경우는 決定의 勸告의 必要 없이 處分廳이 假決定(tentative decision)을 行하거나 責任 있는 高級公務員이 決定의 勸告를 하는例外도 認定되어 있다. 이러한 決定手續에 對해서도 被處分者는 個別法에 의하여 異議를 申立할 수 있다.

셋째는 行政廳 스스로가 聽聞을 主宰하고 第一次決定을 行하는 것으로서 異議申立은 물론 各法律의 規定에 따라 可能하다. 다만 APA는 첫째의 경우를 除하고는 異議申立權에 關해서 規定한 바 없고 各 實定法에 一任하고 있다. 그리고 異議申立 즉 再聽聞의 裁決權者는 原處分廳인 경우도 있고(審查官의 第一次的決定인 경우는 處分廳) 上級廳인 경우도 있지만 APA는 이 點에 關해서는 아무런 規定도 하고 있지 않다. 決定의 效力과 異議申立의 關係도 明文上 不分明하지만 最終決定이 아닌 경우에는 이러한 問題가 생겨 날理 없다. 異議申立期間中의 執行力은 停止시키는 경우가 많고 諸決定(再審查決定을 包含) 또는 勸告가 行해지기 以前에 被處分者 및 下級處分廳은 自己의 意見을 陳述할 書面을 提出하는 機會가 주어져 있다. (第8條의 b). 決定과의 關聯下에 끝으로 言及할 것은 調書(record)에 關해서인데 司法審查에서는 判例法上 新로운 證據의 提出이 制限되어 있으며, 實質의 證據의 有無는 調書에 의하여 判斷되기 때문에 行政廳은 事實認定 及 結論의 理由, 및 根據를 調書에 記載하지 않으면 아니된다.

APA의 最後의 部分은 司法審查(judicial review)에 關한 第10條이다. APA의 司法審查에 關한 規定은 具體的인 判例의 補足없이는 도저히 充分한 理解가 不可能하다. 여기서는 다만 出訴權者, 審查對象事項, 出訴의 期間, 訴訟形式 및 審查의 範圍에 關하여 極히 簡略하게 說明하기로 한다.

첫째 出訴權者的 問題는 行政處分의 違法을 다루는 當事者適格의 問題이다(73). 特히 問題되는 것은 法律上의 權利를 侵害받은 者만이 訴權者일 수 있는가 그렇지 않으면 單純히 不利益을 받은 者로서도 足하나에 關해서이다. APA의 規定은 後者도 訴權을 가지는 것으로 되

(73) Davis는 이 當事者適格의 問題를 "Standing to challenge Governmental Action," 39. *Minn. L. Rev.* 353(1955)이라 부르고 있다. 日本文獻으로는 橋本著「米國行政法研究」(1958), pp. 231—244가 詳細하다.

研究論文

어 있다(74).

둘째 審査의 對象事項에 關해서는 APA는 制定法이 審査를 認定하지 않는 경우 및 自由裁量處分을 對象事項에서 除外시키고 있다(75). 그러나 審査의 對象에서 除外된것을 違憲이라는 論議와 함께 裁量權의 濫用乃至 逸脫을 違法이라하는 論議等 實際에 있어서는 여러가지 問題點이 있다. 그리고 한편 裁判所의 自己抑制(self-restraint)(76)에 의하여 審査가 拒否되는 경우도 있다. 이상과 같은 의미에서 보면 APA의 審査除外規定은 實效性自體가 疑問視된다 하여도 過言이 아니다. 그러나 이러한 點을 除하고는 處分의 性格上 司法審査로 부터 除外되는 處分을 APA가 直接 認定하는 것은 없다. 審査의 時期(77)에 關해서는 問題되는 것은 첫째 原則的으로 終局處分이 審査되도록 되어있다는 點이다. 즉 이른바 行政救濟前置主義(Exhaustion of Administrative Remedies)의 規定이 바로 그것이다. 둘째 司法審査를 받기 위해서는 事件으로서의 成熟性(Ripeness principle)의 要件을 갖추고 있어야 한다는 點이다. 물론 이 點에 關해서는 APA가 直接 規定하고 있는것이 아니라 一般原則에 의해 確立된 것이다. 첫째의 行政救濟前置主義는 判例法上의 原則(78)이지만 判例는 抽象的으로는 몰라도 具體的으로는 混亂相을 엿보이고 있다(79). APA는 積極的으로 終局的處分의 意味를 異議申立의 有無에다 求하지 않고 事件自體의 成熟性에다 求하고 있다. 물론 個別實定法規로서 異議申立에 關한 特別한 規定이 있는 경우와 異議申立을 行했을때는 處分의 效力이 停止한다는 趨旨를 行政廳의 規則으로서 定하고 있을때에는例外이다. 이와같은 事件의 成熟性의 原理를 認定한 것은 行政救濟前置主義의 緩和 내지는 實質上의 排除를 의미하고 있다해도 過言은 아니다. 또한 APA는 中間救濟로서 裁判所에 處分의 效力發生日의 延期 其他의 措置를 取할 수 있는 權限을 주는 同時に 處分廳이 係屬中의 事件에 對해서 스스로의 處分의 效力發生日을 延期할 수 있는 措置를 取할 수 있게 하였다.

(74) 最高裁判所는 종래 *Tennessee Electric Power Co. v. TVA*. 306 U.S.118(1937), 其他の 事件에서 法律上의 權利侵害가 아닌 限訴權者일 수 없다는 立場을 取해오다가 *FCC v. Sanders Brothers Radio Station* 309 U.S. 470(1940)에서는 經濟的利益의 侵害를 받은 者에도 訴權을 賦與함은 立法部의 權限內의 일이라고 判示하였다.

(75) 이른바 reviewability, nonreviewability, nonreviewable action, unreviewable administrative action, availability of review, area of review 等의 이름으로 불리우는 問題이다.

Davis, op. cit., (1959) pp. 498—520.

橋本著前掲書 pp.134—182.

(76) 이른바 統治·外交上의 行爲처럼 高度의 政治性을 띠운 行爲는 法律的裁判의 對象이 될수 없다는 判例法上의 原칙이다.

Luthor v. Borden, 7 How. 1(1849) 參照.

(77) Davis, op.cit., (1959) pp. 344—395.

橋本著前掲書 pp.216—229.

(78) *Texas and P.R. Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 304 U.S. 426(1907)

(79) 例컨대 回復할수 없는 損害가 발생할 경우에 出訴를 認定한 *Public Utilities Comm. v. United Fuel Gas Co.*, 317 U.S.456(1943)이 있다.

끝으로 司法審查의 訴訟形式에 關해서는 APA는 積極的인 規定을 두고 있지 않다. 다만 特別個別法이 있을때는 그것에 따르되 그렇지 않을때는 通常의 民事訴訟手續의 適用이 있으며 前提問題로서의 民事, 刑事事件도 審查됨을 規定함에 그친다(80).

끝으로 審查의 範圍에 關한 規定(第10條의 e)도 特別한 의미를 갖는 것은 아니다. 換言하자면 處分의 無效 대지 取消事由에 關한 過去의 判例가운데서 定式化할 수 있는 것을 列舉하고 이에다가 行政廳의 違法한 不行爲에 對해서도 救濟가 미친다는 것을 보태여 規定한 바에 不過하다. 違法한 行政處分으로서 取消되어야 하는 것으로서는 (1) 獨斷的 慻意的處分, 裁量權의 濫用, (2) 憲法上의 權利를 侵害하는 處分, (3) 權限을 超過하는 處分 또는 無權限의 處分, (4) 手續에 瑕疵있는 處分, (5) 行政廳이 APA의 裁決手續에 따른 處分 또는 行政廳의 聽聞記錄에 基해서 審查되는 處分으로서 實質的證據(81)가 없는 處分, (6) 初審의 審查가 行해지는 處分으로서 事實의 證明이 缺如된 處分等이 規定되어 있다(82).

五. 最近의 改革意見과 그 批判

前節에서 APA의 內容을 概觀하였거니와 要컨대 同法의 實效性은 첫째로 行政廳을 義務 지우는데 그치고 둘째로 同法의 抽象的表現 혹은 判例法의 確認的規定等은 時時刻刻으로 變하며 때로는 混亂相까지 露呈하는 最高裁判所의 判決에 그 最終的決定을 내맡기고 있음을 알수 있다. 特히 위의 첫째의 點에 關해서는 同法에 對한 特例法律이 이미 10餘個에 이르고 있음은 注目할만 한 事實이며 둘째의 點에 關해서도 大體로 司法部는 APA에 同情의이라 할수 있다. 그리고 셋째로 APA는 어테까지나 手續法이지 第二次大戰前의 大陸法系諸國에서 볼수 있는 바와같은 行政手續法典과는 그 傾向을 달리하고 있다는 點이다. 그리고 大體로 말해서 APA는 앞서 指摘한 바와 같이 保守派의 主張과 進步派의 主張의妥協이라는 性格을 지니고 있었지만 그렇다고 이에 對한 批判이 전혀 없었던 것은 아니다. 오히려 그것이妥協에의하여 成立되었다는 바로 그 理由로 말미암아 그 後 주로 保守派側에서 Task Force Report(83), Hoover Report(84) 등을 通하여 여러가지 批判이 提起되었다. 이제 이들 報告의 要旨를 간단히 소개하기로 한다.

1. Task Force Report.

(80) 訴訟形式에 關해서는 橋本著前揭書 pp. 245—255參照.

Davis, op.cit., 1959) pp. 420—442.

(81) 이法則은 *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22(1932)에서 典型的으로 判示된 것인데 實質的證據라 함은 合理的人間이 어떤 結論을 支持하기에 充分, 安當한 證據를 말하는것이지만 具體的으로는 個個로 決定되지 않을수 없다. Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law* (1958) pp. 187—191.

(82) 司法審查의 範圍(scope of judicial review)에 關해서는 橋本著前揭書 pp. 183—215參照. Davis, op.cit., (1959) pp. 521—562.

研究論文

下記와 같은 여섯项目的勸告와 司法裁判所로서의 行政裁判所를 包含하는 行政法典(administrative code)의 制定을 勸告하고 있다.

(1) 行政廳의 管轄權의 重複을 除去할것. 그리고 聯邦行政廳과 州行政廳間에 管轄權의 重複이 있을 때는 可及的 前者の 權限을 後者에 移讓함으로써 重複을 除去할것을 勸告하고 있다. 이는 強大한 聯邦行政權을 抑制하려는 意圖의 發現이라 할수 있다.

(2) 行政立法에 있어서 行政廳의 裁量權의 幅을 적게 하고 그 限界를 法律로서 明確히 할것.

(3) 行政手續에 있어서의 正當手續, 能率 및 經濟面을 考慮하여 APA를 全面적으로 改正할것. 特히 (a) APA適用除外를 軍事, 外交, 仲裁 및 調停外는 일체 全廢할것. 그리고 規定制定手續에는 一般國民의 參加를 認定할것. (b) 裁決手續의 例外例를 廢止할것. 그리고 聽聞을 거치지 않은 處分에 對한 行政部의 再審查制度를 新設할것. (c) 非陪審民事訴訟手續에 있어서의 證據法을 採用할것. (d) 聽聞官의 權限을 強化할것. 等등 11個項目으로 細別된다.

(4) 行政官廳의 司法的權限을 裁判所에 移管함으로써 行政裁判所를 設置할것. 그 具體的內容으로서 (a) APA의 司法審查의 對象으로 부터의 除外規定을 廢止할것. (b) 中間的救濟를 强化할것. (c) 統一的司法審查訴訟形式을 制定할것. (d) 金錢的制裁及 禁止命令에 關한 權限을 可能한 限 司法部에 移管할것.

(5) 聽聞官의 獨立性을 强化할것.

(6) 行政裁判所의 裁判權은 去來規制事件, 및 租稅事件으로 할것. (多數意見은 移民事件勞動事件까지도 包含시킨다).

要컨데 이상과 같은 Task Force Report의 骨子는 첫째로 中央集權에 反對하는 主張이라 할 것이며 둘째로 行政廳의 規則制定權을 實質적으로 縮少하자는 主張이며 셋째로는 APA의 適用除外의 例外例를 廢止하고 行政手續의 明確單純化, 우리나라의 訴願과 비슷한 行政審判으로의 一般化, 裁決手續의 加一層의 司法化를 強調하고 있다. 넷째로는 司法審查權의 强化, 行政部에 의한 金錢的制裁權限의 縮少, 다섯째 審查官의 地位強化에 의한 行政廳의 權

- (83) Hoover委員會는 正式으로는 the Commission on Organization of the Executive Branch of the Government라고 불리우며 1953年 7月 10일의 Public Law 108號에 따라 廣範한範圍에 걸쳐 政府의 作用, 組織, 政策等에 關해 研究하여 많은 報告을 議會에 提出했다. 여기서 Task Force Report라는 "Legal Service and Procedure"關係의 專門分科委員會에서의 Hoover Commission自體에 對한 報告인바 그內容의 詳細함과 그立場의 徹底한點에서 APA成立以後 가장 徹底한改革案이다. 여기 member들은 Douglas, Landis, McFarland, Stason等의 이론바 保守派學者, 判事, 辯護士들로서 構成되어 있다.

- (84) Hoover委員會는 前記의 Task Force Report를 受理한 後 獨自의立場에서 이것에 修正을 加하여 스스로 Hoover Report를 作成하여 議會에 提出하였다.

限의 相對的弱少化, 여섯째로 FTC, ICC, NLRB 等과 같은 가장 活動的行政廳의 無力化的企圖等이라 할수 있다. 換言한다면 이는 行政委員會의 廢止 及 行政法의 否定을 의미하는 것이며 政策的으로는 行政에 있어서의 New Deal 方式의 廢棄를 目的으로 하는것이라 할수 있다(85).

Task Force Report의 第5部에는 行政法典의 提案을 하고 있는데 이것은 單純히 現在의 APA를 改正하는데 그치지 않고 더욱 이것을 擴大하여 包括的, 一般的인 行政法典을 成立시키자는 뼈이나 野心的인 試圖이다. 20世紀의 複雜한 社會現象에서는 언제까지나 傳統的인 判例法에 依據하여 制定法自體가 混亂, 不統一해서는 아니되기 때문에 보다 統一된 一般的立法으로서 矛盾과 混亂을 除去하고 能率과 經濟의 目的을 達成하고 나아가서는 法的安定을 期하자는 것이다. 進步派의 學者들은 傳統的인 自由主義的, 個人主義의 法原理의 打破를 意圖하고 이와같은 法典化에 反對하지만 保守派學者들이 提議한 이러한 行政法典案은 첫째 종래의 APA와는 달라서 包括的이며 詳細한 法典을 이루고 있으며, 둘째로 이 法典案은 修正追加가 容易하겠금 그 構成에 머리를 쓰고 있다(86). 그리고 셋째로 傳統的인 法原理에 基하여 行政手續에 對한 規制를 強化하여 司法審查를 確立하려고 하고 있다는 몇가지 特色을 지니고 있다. 이러한 行政法典案은 議會에 提案되었으나 通過되지 못했다. 問題는 法典이라는 形式보다 그 內容에 있다. 즉 內容 그 自體가 한쪽으로 기울여져있는 以上到底히 立法化는 可望性이 없다. 그러나 內容 如何에 따라서는 APA의 成立과 같이 반드시 그 成立이 不可能한 것은 아니다. 그러나 APA가 앞으로 修正擴大의 方向으로 나아갈것만은 確實하며 그런 경우 社會福祉와 個人의 自由權利의 現實的인 調和點의 模索이 그 基準이 될것이다(87).

2. The Hoover Report

다음 Hoover Report는 Task Force Report를 資料로하여 作成된것이기 때문에 後者만큼 徹底하지는 못하다. 그 方向은 後者와 同一하지만 表現이 緩和되어 있으며 缺席한 委員이 報告의 賛成에 參加하지 않았는데도 이러한 事情을 알수 있다. 後者が 지나치게 理想主義의 이었는데 反하여 이는 또한 너무 模糊한 結果를 가지왔고 또 具體的法律案을 缺如하고 있기 때문에 迫力이 없다.

그런데 이러한 Hoover Report의 提案에 對해서는 賛否兩派의 主張이 있다. New York

(85) Task Force Report에 對한 一般的的說明으로는 橋本著 前掲書, pp.267—271.

(86) Task Force Report가 提案한 行政法典案의 構造는 다음과 같다.

第1章 定義, 第2章 手續, 第3章 法律職法律手續廳, 第4章 合衆國行政裁判所, 第5章 聽聞委員, 第6章 出頭 및 代理, 第7章 一般規定. 橋本著 前掲書 pp. 272—275.

(87) 行政法의 法典化의 一般的問題에 關해서는 杉村章三郎, “行政法の法典化”(「行政法講座」第1卷 收錄)參照.

研究論文

University Law Review 가 試圖한 特輯이 바로 이에 關한 것이다(88). Hoover Report에 對하여 批判的인 態度를 取하고 있는 學者로서 Jaffe(Basic issues: an analysis), Davis(Evidence), Fuchs(Hearing Commissioners), Nutting(The Administrative Court), 等이 있고 支持하는 立場에 있는 學者들로하는 Vanderbilt(Introduction), Schwartz(Administrative Justice and its Place in the Legal Order), Cooper(Judical Review), Baur(Representation before Administrative Agencies) 들이 있지만 여기서는 Jaffe와 Schwartz의 見解를 中心으로兩者의 主張을 眼하고자 한다. Jaffe의 基本的態度는 APA에 의하여 從來의 論爭은 解決된 것이며 抽象的原理의 實現을 理由로 하여 APA를 全面的으로 改正할 必要는 없다고 한다(89). 물론 最少限度의 統一의 必要는 認定하지만 行政의 各 分野가 不可避的으로 專門性을 要求하고 있음을 理由로 Jaffe는 統一을 追求하는 것은 別意義가 없을뿐만 아니라 오히려 統一을 위한 統一은 進步的適應에 對한 妨害가 된다고 斷定한다(90). 이에 對하여 Schwartz는 첫째 司法權을 裁判所以外의 機關에게 附與함은 美國法의 基本原理에 反한다고前提하며 現在 行하고 있는 行政的裁決의 存在理由를 批判하고 있다(91). Schwartz에 의하면 行行政的裁決의 세가지 理由로서 첫째 規制問題處理에는 司法過程이 不適當하다는 點. 둘째 訴訟은 費用과 時間을 要하고 一般市民을 救濟하기에는 適當하지 못하다는 點. 그리고 셋째로 效果的인 規制를 遂行하기 위해서는 그 分野에서의 繼續的인 監督統制가 必要로 하게 되며 裁判所는 이러한 作用을 감당할 수 없다는 點等을 들고 있는데 果然 이러한 理由가 아직도 妥當할 수 있는가 與否를 檢討하고 다음과 같이 批判하고 있다. 즉 첫째번의 理由는 半世紀前에는妥當했을런지 모르지만 오늘에 와서는 오히려 그 反對의 極點의 方向으로 기울어지고 있다고 한다. 現在에서는 裁判所는 國家機能의 變遷으로부터 생긴 問題를 積極的으로 處理할 수 있으며 그 例로서 勞動者災害補償에 있어서의 裁判所의 態度의 變化를 들고 있다.

둘째의 理由에 對해서도 現在의 制度인 行行政的裁決도一般的인豫期에 反하여 低廉하고도迅速한 審判은 하고 있지 못할바에야 이것은 絶對的인 理由가 될 수 없으며 셋째로 裁判所가 繼續的인 監督統制가 不可能하다하여 司法作用과 行行政作用을 現在 單一機關에 附與하고 있지만 이와 같은 作用의 集中은 principle of natural justice에 反하는 것일 뿐만 아니라 이른바獨立規制委員會는 Hoover Report에서 指摘되고 있는 바와같이 大統領의 效果的 政策遂行에 支障을 가져오는 것이라고 指摘하면서 結局 問題의 解決은 첫째로 行行政的行政機能은 行行政部全體의 政策에 따라 行해지도록 할 것이며 둘째로 司法作用은 真正한 司法的인 方法으로

(88) "Symposium: Hoover Commission and Task Force Reports on Legal Service and Procedure," 30 N.Y.U.L.R.(1955) pp. 1267—1417.

(89) Jaffe, "Basic issues: An Analysis," ibid., p.1273.

(90) ibid., p.1276.

(91) Schwartz, "Administrative Justice and Its Place in the Legal Order," ibid., p.1390.

行해지도록 하지 않으면 아니된다고 主張하면서 行政裁判所의 設置를 勸告한 Hoover Report에 贊意를 表하고 있다.

六. 結 言

以上에서 美國行政法의 發展 내지 行政手續法의 發展을 概觀하였으니와 어떤 觀點에서 보면 그것은 政府의 權限과 私權의 對立을 어떻게 調整하는가에 關한 法律面에서의 몸부림이 있다고도 할수 있다. 政府機能의 擴大化는 必然的으로 私權에의 侵害을 同伴한다. 이러한 의미에서는 적어도 行政過程의 司法化 즉 保守派의 主張은 人權保護를 위한 主張인것 처럼 보인다. 그러나 政府의 權限擴大에 따라 危險에 直面한 權利 내지 自由는 行政手續에 關한 傳統的財產去來의 自由이었다. 그러나 行政手續의 目的是 바로 이러한 財產權의 制約에 의해서 最大多數의 幸福을 期해보자는데 있었다. 換言하자면 美國에서의 行政法의 發展은 우리나라것도 包含한 大陸法系의 行政法과는 根本的으로 性格을 달리하는 이른바 福祉國家行政의 發展을 의미하는것이었다. 바로 이러한 點이 아직도 18世紀的인 舊態를 벗어나지 못한 우리나라 行政法理論이 當面한 課題의 一面을 示唆하는 것이고 同時에 現代行政法學이 志向할 方向을 提示하는 의미를 가진다고 할것이다. 그러나 그렇다고해서 이러한 새로운 行政法의 發展은 當然히 國家權力行使을 正當化하는것을 의미하는 것은 물론 아니다. 오늘날 私權의 制約은 不可避하지만 물론 最少限에 끝일것이 要望된다. Gellhorn 도 그의 "Individual Freedom and Governmental Restraints"라는 著書의 到處에서 政府權限의 強化 내지 官僚主義化와 中央集權化의 危險을 警戒하고 있다(92).

이미 보아온바와 같이 美國의 行政手續法自體가 完全한 法律이기에는 아직도 適지 않은 問題點을 內包하고 있다. 그러나 行政立法을 規制하지 않고 있는 우리나라의 法制와의 對比, 聽聞制度의 公正性을 確保하려고하는 APA의 規定과 우리나라의 法制와의 比較, 그리고 우리나라의 訴願前置主義와 APA의 行政救濟前置主義의 對比等은 우리나라 行政法研究에 理論的으로나 實際的인 面에서 많은 問題點을 提示해주고 있다. 물론 그렇다고해서 美國의 APA 같은 것의 制定이 우리나라의 경우 繫急히 要求된다는 것은 아니다. 왜냐하면 行政手續法의 制定에는 여러가지 困難한 문제が 가로놓여있기 때문이다. 즉 첫째로 現代行政의 多樣性 내지 異質性이 果然 統一的手續으로 歸納될 수 있을것이며 둘째로 行政手續을 嚴格히 規制하면(예컨대 司法手續처럼) 行政의 敏速性의 要請에 反하지는 않을 것이며 셋째로 行政은 마땅히 諸般의 事情에 適應되도록 彈力性을 지닐것이지 固定시켜서는 아니되지 않겠느냐의 問題等이 그것이다. 그러나 筆者는 첫째行政의 多樣性가운데서도 共通點을 發見하여 각각 適當한 配慮를 할수 있을것이며 一般的的手續에 對한例外를 設定함으로써 行政手續의 統一性에서 起起될

(92) Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints* (1956), Chap. 2 and 3.

研究論文

지도 모르는 弊端을 解決할 수 있을 것이며 둘째로 國民의 權利保障을 위해서는多少의 敏速性을 牺牲함은 不可避할 것이며 事項의 性質上 반드시 迅速을 必要로 할 때는例外를 設立하면 될 것이며 셋째로多少의 彈力性을 內包하는 手續法을 構想하면 될 것이라는 立場에서 적어도 멀지 않는 將來에 APA와 같은 立法의 制定이 우리나라에서도 要望되지 않을까 생각하며 바로 이러한 것이 또한 우리나라 行政法學의 將來의 課題가 아닐까 생각한다.

따라서 우리들 行政法을 研究하는 사람들의 當面한 課題 가운데 하나는 諸外國의 行政手續을 研究하여 우리나라에 適合한 制度를 考察하여야 한다는 點이다. 그러나 새삼스레 指摘할 필요도 없이 이런 경우 그것이 諸外國의 行政手續法의 翻譯的模倣이어서는 아니 될 것이다(93). 우리들은 그러한 法規를 낳게 한 社會的, 經濟的, 政治的背景을 考察하지 않으면 아니 될 것이며 또한 그들의 法規가 現實的으로如何히 運用되어 있는가를 探究하지 않으면 아니 될 것이다.例컨대 美國의 APA와의 關聯下에서 볼 때 尚今 國家優越主義, 官僚行政體制가 뿐만 아니라 우리나라와 같은 경우에 있어서 必要한 것은 行政의 司法化에 의한 手續的保障의 強化이지 美國에서의 進步派의 主張하는 内容에로의 進展은 자칫하면 獄角殺牛의 罹害를 가져올 危險이 있게 된다.

일반적으로 말해서 現代行政法에 있어서 國家=行政權力의 實體는 단순히 國法秩序의 보장에만 그치는 것이 아니라 국민에게 적극적으로 써-비스를 提供하며 국민의 福祉를 보장할 이론바 奉仕國家(Leistungsstaat, Service state) 또는 福祉國家(Wohlfahrtsstaat Welfare state)로서, 또 적극적인 行政權力의 介入에 의한 社會의 正義의 實현을 志向하는 社會福祉國家(Sozialer Rechtsstaat)로서 등장하게 되어 行政法은 흔히 行政의 方針·基準·目的을 指示하는 縱領的規定으로서의 성격을 지니게 되는 경향이 없지 않으나(94) 한편으로는 行行政權力에의 個人의 權利·自由의 要請과 다른 한편으로는 行行政權力에 의한 國家目的實現의 要請의 對立을 調整하기 위한 法技術的 내지 手續的인 法的規制의 문제 같은 것은 그것이 行해지는 國家 또는 社會體制의 權力構造的性格에 따라 그 모습을 달리한다는 것을 특히 주의할 필요가 있다.

물론 行行政手續法이 制定成立되기만 하면 萬事が 해결된다는 것은 아니다. 行行政手續이라고 하는 形式 내지 手續面과 각각의 行行政作用의 實質 내지 内容面의 法的인 입장에서의 檢討와 아울러 그 現實的, 實態的인 입장에서의 過程分析이 不可避하게 要請되며, 또한 더욱 나아가서 그러한 行行政作用을 담당하는 公務員이나 行行政組織, 그리고 이들을 움직이는 諸要因等을 動態的으로 파악하지 않는限 現代行政 및 行行政法의 本質과 그 課題를 충분히 明確하였다고 말할 수 없는 것이다. 바로 여기에 우리들은 行行政科學의 總合性의 契機와 이제까

(93) 鶴飼信成編「行政手續の研究」(1961) 序文参照.

(94) 韓泰淵著「行政法學一上卷」(1960) pp.42—48.

지의 行政法學과 行政學이 宿命的으로 지니고 있었던 限界點을 발견할 수 있게 되는것이며 또한 그 平和的인 相互提携가 不可避함을 認識하게 되는것이다. 이러한 點에 관하여 Davis는 「나는 法律學者도 行政學者도 다같이 相互的批判의 增加에 의하여 얻을바가 많을것이라는 信念아래서 行政法과 重複되는 또 行政法과 隣接하는 行政學의 領域에 관한 나의 印象을 記述하고자 한다」(95)고 前提한 다음 「오늘날의 行政學徒에게 가장 獨創的인 調査를 필요로 하는 領域은 實은 가장 소홀히되어온 規制過程(regulatory process) 내지는 規制의 統治過程(governmental process of regulation)이며 이 문제에 관해서는 行政學者는 거의 다루고 있지 않으며 法律學者의 입장에서도 요컨대 私權의 보장을 지나치게 보호하려는 경향이 있다」고 주의를 喚起시킴과 동시에 구체적으로 「規制過程 그 자체에 대한 内部的인 配列과 方法, 그리고 그 外部的 諸關係——예컨대 國會·國會의 諸委員會·國會議員個人·大統領·執行部의 各部省·獨立諸官廳 Lobbyist·規制를 받거나 보호를 받는 諸利害關係者와의 여러 關係에 관해서 보다 깊이 파고들어갈 필요가 있다」(96)고 강조하고 있다. 그리고 한편 英國의 碩學 H. W.R. Wade 教授의 新著書 「行政法」를 批判한 極히 最近의 論文에서도 이러한 點을 강조하면서 다음과 같이 示唆에 찬 提言을 하고 있다. 즉 「英國行政法은 變遷하는 時代에 뒤떨어지지 않도록 不斷히 움직여나가야 한다. 그것은 擴大되어가는 行府의 必要, 統治過程에 對한 迅速한 理解의 增進에 꾸준히 隨應하여야 하며 단순히 靜止된 그리고 時代錯誤的인 觀念論을 回顧하는데 餘念이 없어서는 아니된다. 무엇보다도 英國行政法은 새롭히 發達한 積極政府(positive government)의 諸課業을 處理함에 있어서 日常的인 政政의 實際性(practicalities)에 의하여 着實하게 滋養分이 摄取되지 않으면 아니된다」(97) 그리하여 Davis에 의하면 「行政法은 마땅히 行政權의 統制(control)에 對해서 뿐만 아니라 行政權의 運營(operation)에 對해서까지 論及되지 않으면 아니된다」(98)고 主張되고 있다.

이상에서 우리는 대체로 종래의 行政法學 내지 行政學이 行政作用의 規制過程의 手續的(運營的)側面에 對한 法律的 내지 實態的인 考察을 소홀히하고 있었음을 알수 있으며 本稿에서는 주로 美國行政手續法의 性格檢討를 中心으로하여 우리나라 行政法이 當面한 하나의 課題을 提示한데 不過하지만 要컨대 現代國家에서의 行政 및 行政法의 本質을 究明함에는 現代行政法學과 現代行政學이 각각 자기의 맡은바 구실을 다할 뿐만아니라 그들의 새로운 課題의 중요성을 충분히 認識하며 積極的으로 相依相補하지 않는 限 그 窮極的인 성과는 期待할수 없다고 할것이다.(99) 끝

<本大學院 助教授>

(95) K.C. Davis, "Reflections of a Law Professor on Instruction and Research in Public Administration," 47 Amer. Poli. Sci. Rev. 728(1953)

(96) ibid., 748—749.

(97) K.C. Davis, "English Administrative Law-An American View," *Public Law*(Summer 1962) p.139.

(98) ibid., p.142.

(99) 行政法學과 行政學의 關係에 關해서는 다음文獻參照, 和田英夫, "行政法における權力性と技術性—行政法學と行政學との關聯の一素描," 「法學時報」7月號(1957). 抽稿."行政學과 行政法學"法政(1961年 6月號).