

# 새로운 行政法의 課題 Ⅰ

—戰後西獨行政法의 性格과 問題—

助 教 授 徐 元 宇

## —目 次—

- 一. 序 論
- 二. 西獨行政法의 問題狀況
  - I. Nass 의 行政改革論
  - II. Peters 의 行政科學論
  - III. Forsthoff 의 紿付行政論
- 三. 結 論

## 一. 序 論

어느 法에 있어서나 마찬가지이거나와 특히 行政法은 憲法과 함께 그것을 生產하고,妥當 케하는 一定한 國家構造와의 關聯을 떠나서는 그 올바른 理解는 困難하다. 이러한 의미에서 「憲法은 滅해도 行政法은 存續한다」(Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)<sup>(1)</sup>라고 말한 Otto Mayer의 提言은 이미 반드시 正當하다고만 할 수는 없다. 日帝에서부터 解放되어 우리自身의 憲法을 가짐과 함께 行政法도 따라서 過去 日帝時의 이른바 明治憲法의, 官僚制國家를 基盤으로 生成發展되어 온 낡은 行政法과 對蹠的인 것에로의 移行이 이루어지지 않으면 아니된다. 19世紀獨逸官房學의 系譜위에 移植된 日本明治憲法下의 行政法은 비록 그 後半期에 이르러 닥쳐들어온 自由主義的洗禮에 의하여 어느정도까지 民主化되고 自由主義化되었다 손치드라도 根本的으로는 天皇大權主義의 絶對制와 警察國家의 官僚制의 強固한 地盤위에 生育된 實證主義의 解釋法學의 태두리를 벗어날 수는 없었고 그 法技術的性格이 이룩한 役割도 結果的으로는 기껏해야 現狀維持의인 것에 不過한 것이었다. 다시 말하자면 그것은 위로부터의 特權的官僚의 立場에서의 人民統治를 위한 말하자면 國家의 統治技術에 奉仕하는 法規便覽(Gesetzkunde)과 비슷한 것이라 할 수 있었다. 따라서 종래의 이러한 行政法理論에 대한 새로운 行政法理論은 새로운 憲法의 基本原則을 基軸으로하는 峻嚴한 民

(1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3 Aufl., Bd. I, Vorwort.

主的批判으로부터 出發한 것이지 않으면 아니 될 것이며 同時に 과거의 警察國家의 官僚制에 立脚한 統治技術로서의 行政法과는 그 次元을 달리하는 새로운 行政國家 대지 福祉國家의 基盤위에서의 理論的 再編成이 이루어지지 않으면 아니될 것이다.

다시 말하자면 憲法의 規定하는 基本的人權尊重主義에 對應하여 밑으로부터의 國民의 基本的人權을 올바르게 保持擁護하기 위하여 國家權力과 그 行政擔當者의 權力的 機能에 대한 批判의 理論인 同時に 實質的인 福祉社會의 均衡있는 發展을 期約確保하기 위하여 國家權力과 그 行政擔當者의 管理的機能에 대한 合理化를 期하는 理論으로서 구실하지 않으면 아니될 것이다.

이와 같은 새로운 行政法의 本質과 그 方向에 비추어 생각할 때 우리나라 行政法이 그 方法論에 있어서도 새로운 觀點에 立脚한 새로운 方向과 內容을 가진 것으로 構想되지 않으면 아니 되지 않겠느냐 함은 容易하게 생각될 수 있다. 다만 그 具體的인 內容은 決코 쉬운 것이 아니며, 아직 摸索의 段階를 벗어나지 못하고 있음을 否認할 수 없다. 그러나 이 경우 적어도 어떤 것이 問題點으로써 考慮되지 않으면 아니 될 것인가에 관하여는 위선 다음과 같은 세 가지를 들 수 있지 않을까 생각한다.

그 첫째는 앞으로의 우리나라 行政法理論의 再編成過程속에 英美法의 民主制原理가 多分히 採用되어 질 것이라는 點, 특히 行政節次의 民主化를 中心으로 하여 發展되어 온 最近의 美國行政法의 成果를 攝取한다는 點이다. 이것은 한편에 있어서는 우리나라 憲法의 基本理念, 그리고 그 解釋理論自體로 보더라도 충분히 생각할 수 있는 歸結인 동시에 다른 한편으로는 그것이 낡은 行政法의 母法이었던 獨逸行政法에의 批判과 反省을 의미하기도 할 것이다.

그 둘째는 現代的, 20世紀中葉의 行政法의 典型을 戰後의 「社會的法治國家」(soziale Rechtsstaat) 下에서 展開되는 西獨의 紿付行政(Leistungsverwaltung)이라는 觀念과의 關聯下에 展望한다고 하는 點이다.

그것은 消極的인 行政規制만에 의한 行政法體系가 아니라 積極的인 國民에의 行政奉仕의 提供을 中心으로 하여 構成되어지는 것이다.<sup>(2)</sup> 물론 이 경우에 注意하여야 할 點은 以上과 같은 獨逸과 함께 行政에 固有且, 自律的인 法體系를 가지는 大陸法系의 系譜에 屬하면서도 英美에서와 같은 民主性・進歩性을 자랑삼아 온 佛蘭西行政法의 豐富한 成果의 攝取도 있어서는 아니된다는 點이다<sup>(3)</sup>.

그 셋째는 앞서 指摘한 바와 같은 낡은 行政法이 가지는 法技術的性格과 그 限界를 明確히 認識하고, 보다 더 行政法의 機能的效果에 注目하고 그 法社會學의in 接近을 試圖한다는 點이다. 具體的으로 말하자면 예컨대 最近에 있어서의 美國行政學의 여러가지 成果의 攝取를 配慮함을 指摘할 수 있다. 이 點은 낡은 行政法이 法實證主義라든가 論理主義의 解釋法學

(2)拙稿, “行政法에 있어서의 行政概念의 再檢討”『法政』, 1963, 11, (No. 161) 參照.

(3)拙稿, “佛蘭西行政法의 發達과 그 最近의 理論의動向”, 『法曹』 1963, 12, (No. 11, 12) 參照.

의 이름으로서 實은 결과적으로 官僚行政의 擁護와 強化에 이바지함이 커었다는 歷史的事實을 생각하더라도 깊이 反省되지 않으면 아니 될것이다.

筆者는 本論叢의 創刊號에서 「새로운 行政法의 課題」라는 論題로, 위에서 指摘한 첫째의 問題點 즉 英美法的民主制原理의 하나인 行政節次의 民主化問題를 詳細히 考察하여 그 結論으로서 우리나라 行政法學의 將來의 課題가운데 하나가 美國의 이른바 行政節次法(Administrative Procedure Act)과 같은 立法의 構想이라는 것을 強調한 바 있거니와<sup>(4)</sup> 本稿의 目的은 創刊號에 이어서 새로운 行政法의 둘째의 問題點 즉 戰後西獨에 있어서의 社會的法治國家體制下에서의 行政法理論의 性格과 問題點을 檢討해 봄으로써 우리나라 行政法의 또 하나의 方向을 摸索해 보려는데 있다.

## 二. 西獨行政法의 問題狀況

第2次大戰後의 西獨의 事情이 새로운 憲法下에 새로운 行政法의 理論的再編成을 긴급하게 要請하였음은 序論에서 指摘한 바와 같이 마치 日本에서 解放되어 自主國家로서 獨立된 후의 우리나라의 事情과 類似한 點이 있었다. 따라서 이러한 새로운 行政法理論의 再編成에 관하여 그들대로의 어떤 解決의 方途가 講究 내지 論議되어 왔음은 쉽사리 짐작이 되거니와 그것은 대체로 다음과 같은 두가지 問題를 內容으로 하는 것이었다.

즉 그 첫째는 行政科學의in 새로운 意識을 批判基準으로 하여 主로 行政學者의 立場에서 종래의 Otto Mayer에 의하여 創始된 法實證主義의in 形式論理의理論構成의 精緻를 誇示하는 獨逸行政法學이 바야흐로 痛烈한 批判 내지 論難의 도마위에 올라와 있다는 點이다. 이러한 點은 직접으로는 나치스崩壞와 外國軍의 占領이라고 하는峻嚴한 政治的・行政的・社會的新事態를 契機로 하는 것이며, 보다 根本的으로는 近代市民的法治國家의 危機와 苦悶에 關聯되는 것임은 물론이지만 그보다 이것은 戰後에 나타난 行政의 變動過程에 가장 敏感한 反應을 보이지 않으면 아니 되었던 行政學徒들로부터의 問題提起였음을 注意할 필요가 있다. 이동안 行政法學者들은 全혀 그 面目을 一新한 實定法規의 整備・體系化 내지 解釋論의構成에 억매이여 눈・코 둘 사이가 없었을 것이다. 어쨌든 이들 行政學者 예컨대 Becker, W. Weber, Naas들은 한편에 있어서는 Laband=Mayer 내지 Kelsen=Merkl의in 行政法學을 「貧血된 法實證主義」(Blutleerer Rechtspositivismus)<sup>(5)</sup>라고 論難하면서도 그러나 다른 한편으로는 그동안 오랜 歲月에 걸쳐 거의 獨步的存在를 자랑해왔던 行政法學에의 「侍女」로서 그 附錄的地位에 까지 衰微해 있었던 行政學을 積極的으로 再建하고 그 自主的獨自性을 再確認하면서, 그것과 行政法學・行政政策과의 密接한 關聯에 있어서의 새로운 責務를 分明히 하려고 한 것은 問題를 한가름 前進시키는 데 도움이 되었다고 할 것이다.

(4) 行政論叢(創刊號), Vol. No. I. (1962) p. 172.

(5) 이것은 Nass가 한 말이다.

다른 또 하나의 問題는 이들 行政學者들로부터의 批判에 대해서 行政法學者들도 스스로의 새로운 基本方向을 多少間이나마 意識하지 않을 수 없는 立場에 놓이게 되었다는 點이다. Peters에서 볼 수 있는 바와 같은 行政科學의立場에서의 行政法理論의 摸索 또는 行政法概念을 오히려 行政 그 自體에 在內하는 積極的契機에로의 實質的인 把握으로부터 反省함으로써 그 새로운 方向과 展開를 摸索하고, 특히 Bonn憲法을 特徵짓는 이른바「社會的法治國家」(Sozialer Rechtsstaat)의 理念下에 새로운 紿付主體(Leistungsträger)로서의 國家의 行政構造와 行政機能을 그 理論의 中樞로 把握하려드는 Forsthoff, Wolff等의 이른바「行動的行政理論」은 傳統的獨逸行政法學의 낡은 거의 完璧에 가까운 理論體系에 根本的인 反省을 加하고 그 概念構成·體系化 내지 解釋上에 적지 않은 修正을 不可避하게 하고 있다<sup>(6)</sup>. 이제 戰後 西獨에 있어서의 새로운 行政法의 以上과 같은 問題狀況에 관하여 몇몇 이름난 行政學者, 行政法學者들의 見解를 紹介함으로써 行政法學의 行政科學의 接近方法의 意義를 評價해 보고자 한다.

### I. Nass의行政改革論

1. 行政法의 當面하는 새로운 복잡한 問題現象을 무엇보다도 그 行政의 現實性 그 自體로부터 또는 그것과 關聯시켜 把握하려고하는 方法論的態度——이른바 行政科學的觀點의 重要性은 後述하는 바와 같이 특히 W. Weber, 나 Becker等과 같은 行政學者들에 의해서, 그리고 程度의 差는 있지만 Peters나 Forsthoff等과 같은 行行政學者들에 의해서도 다 같이 指摘되고 強調된 바 있었지만 그것을 가장 大膽하게 批判한 者는 實務家이며 行行政學者이기도 한 Nass라 할 수 있다. 즉 그의 「行政科學의 革新을 위하여」라는 副題가 붙은 「行政改革」이라는 著書는 그 問題提起의 果敢性과 行政實務家的立場에서의 反省이라는 點에서도 크게 注目되지만 本書의 真正한 意圖는 그의 序文의 다음과 같은 句節에서 歷歷히 나타나고 있다<sup>(7-8)</sup>. 「이 著書를 세상에 내어 보냄에 있어서 그 對象이 얼마나 重大한 의미를 가지는가를 새삼스레 強調할 필요는 없을 것이다. (왜냐하면) 우리들의 國家生活로부터 極度로 切離되어 生活하고 있는 사람들만이 如何히 行政을 가장 올바르게 機能하게끔 (arbeiten)할 것인가라는 課題를 우리들의 公共生活의 가장 重大한 問題가운데 하나로 손꼽는데 踟躇할 것이다」. 또한 Nass는 當面하는 獨逸行政의 現實에 대하여 「聯邦이건 支邦이건 그 어느쪽을 막론하고 바야흐로 行政에 관한 改革이 論議되고 있다. 輿論은 이것을 緊急하게 要求하고 있다. 그러나 이것에 대한 여러가지 提案은 대개 外部的事物에 관한 論議에 그치고 있다. 行政은 바야흐로 内部로부터 自己를 改革하고 그것에 의하여 그 精神을 革新하도록 活氣지워져 있다.」 그

(6) 拙稿, 前揭「法政」論文參照. 또한 “行政學과 行行政法學의 關係”, 「행정판리」1963, 第4號 參照.

(7) Nass, Verwaltungsreform, Durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft, 1950. Vorwort, S. VIII ff; XI.

(8) Nass는 이 序文에서 또한 行行政學者로서의 그 行政科學의色彩를 가장 濃厚하게 지니고 있었던 Peters의 業蹟을 「나의 見解와 비슷한 方向을 取하는, 여러가지 點에서 새로운 길을 探究하려하고 있다」고 同調的으로 評價하고 있다.

## 研究論文

리하여 「行政은 法律學的인 自己 滿足에 빠짐이 없이 그 스스로의 方途를 講究하여야 한다」고 自己 主張을 하면서 다른 한편으로는 行政法에 대하여 다음과 같이 提言하고 있다. 「우리들은 이미 行政法의 獨占을 承認하지 않을 것이며 行政法의 理論에 대하여 그것이 行政에 대하여 어떠한 關係에 서야할 것인가를 自己反省하도록 要求한다」「왜냐하면, 行政實務家는 行政에 관한 종래의 理論이 그들의 職務의 現實에 얼마나 合致함이 적은가를 經驗하고 있다. 理論과 現實의 雙方이 너무나도 크게 동떨어져 있기 때문에 그것이 다시 合同하기 위하여서는 그 共同의 基本價值에 관하여 現實的으로 徹底하게 熟考하지 않으면 아니된다」「이와 같은 價值의 生產的基礎는 그러나 行政法的體系의 그 어느 곳에도 주어져 있지 않으며, 그것은 바로 行政 그 自體로 부터만이 意識되지 않으면 아니된다. 行政에 대한 하나의 科學的考察은 그 歷史的으로 주어진바를 現實的으로 把握하고 그 經驗으로부터 具體的인 體驗을 蒐集하여 그 實際的인 理論을 導出해 내지 않으면 아니된다」。

以上 Nass의 序文의 冒頭를 忠實하게 그리고 比較的 詳細하게 引用한 理由는 거기에서 우리는 Nass의 獨特한 基本的인 批判意識과 論點의 所在를 端的으로 찾아 볼 수 있기 때문이었거니와 또한 바로 以上의 것이 그의 著書中 全篇에 展開된 論旨의 基調였기 때문이기도 하다.

要컨대 Nass에 의하면 첫째로 戰後의 行政은 根本的으로 變革되었다는 現實認識에서 出發하는 것이며 이와 같은 現實의 事態變革을 把握하기 위해서는 새로운 問題意識과 方法論的態度가 要求되지 않으면 아니 된다는 것이오, 둘째로 그러기 위해서는 종래의 行政法의 獨占에 대하여 徹底하게 批判를 加하지 않으면 아니됨은 當然한 學問의 義務에 屬한다는 것이다. Nass가 그의 「行政法의 危機」(Die Krise des Verwaltungsrechts)라는 章에서 거의 論難에 가까울 程度의 批判을 既成行政法學에 대하여 사정없이 펴부운 緣由도 여기에 있었다. 이와 같은 事情은 또한 그가 「이 著書가운데서 나는 行政에 대한 支配的인 法律學的 見解로부터의 背離에서 생겨 날 直接的인 效果를 檢討하려고 하였다」고前提하면서 그러한 目的意識下에서 「行政法의 考慮의 從來의 經過에 관한 概觀을 하고 동시에 모든 行政家의 認識으로 하여금 非法律學的인 根本觀念에 基하여 徹底하게 自覺하도록 呼訴한다」고 한 말에서도窺知할 수 있다<sup>(9)</sup>. 그러면 그가 積極的으로 提示하고자한 것은 무엇이었을까? 그것은 行政의 內的世界, 즉 주어진 行政現象 그 自體를 그 實在的 固有性에 基하여 把握한다고 하는 行政實務家의 立場과 方法論의 強調라 할 수 있었으며 바로 이것이 그의 見解의 셋째의 問題點이었다. 즉 Nass에 의하면 「行政의 客觀的 實存(objektive Existenz)과 그 속에 있어서의 行政家의 主觀的인 存在(Subjective Dasein)는 行政科學의 原資料(Urmaterie)이다. 유감스러운

(9) Nass, ibid., S. IX.

것은 오늘날에 있어서도 아직 行政家가 現實的으로 體驗하고 있는 實際의 事情에 基해서 再現되는 그 理論의 法律學의 敘述이 너무나도 적다는 點이다. 그러나 이와 같은 狀態가 계속되는 限 行政의 理論的思考나 實踐的 見解는 隱蔽된체로 있게된다. 行政에 관한 모든 學問은 따라서 그 存在에 관한 精神을 喚起시키고 事物을 形成해 나가는 힘위에서만이 基礎지워진다. 行政科學의 課題는 그 人格的經驗으로 하여금 이 時代의 民主的精神態度와 그 人間 스스로의 自己理解에 대한 政治的特徵으로부터 하나의 客觀的確信으로까지 上昇케하는데 있는 것이 된다」<sup>(10)</sup> 그리하여 그의 이러한 提言은 實務家로서의 그의 十數年의 行政體驗으로부터 成長한 것이며, 그의 體驗에 의하면 「科學的思考가 尚今支配하고 있는 지 機械的・法律學의體系로서의 從來의 行政의 形象은 그 實存的秩序와 歷史的正義 및 그에 있어서의 活動的인 人格의 創造的個性을 充分히 考慮하고 있지 않을 뿐 아니라 또한 後者의 懶慢에 의하여 行政活動의 心理的斷面을 거의 全히 輕視하고 있다」<sup>(11)</sup>고 評하고 있다. 그러나 以上과 같은 Nass의 獨特한 提言은 Nass自身도 「어떤 意미에서는 하나의 精神的實驗이며, 아마도 科學的인 冒險이기 까지도 할 것이다」<sup>(12)</sup>고 指摘하고 있지만 果然 具體的으로 戰後의 行政科學의 前進을 위하여 어느정도의 效果 내지 實益을 주고 있는 것일까? 이것이 그의 見解의 넷째의 問題點이거니와 이 點에 관해서는 그의 「行政改革論」이라는 著書가 적어도 重要的 意味를 가지게되는 것은 오히려 「行政」의 內部的構造에 對한 다분히 警句的인 煩瑣한 敘述에 대해서 보다 그의 날카로운 既成行政法學에 대한 批判 내지 批難을 어떻게 評價하여야 할것인가의 問題라 할 수 있다.

2. 이른바 「行政法의 危機」라고 부른 Nass의 表現이 확실히 若干 誇張된 感은 없지 않으나 어찌든 그것이 既成行政法學의 어떤 側面을 浮刻시킨것임에는 틀림이 없다 할것이다. 그것은 Nass에 의하면 무엇보다 먼저 「行政法의 私法에로의 類推」이라는 點에서 가장 顯著히 나타나 있다고 한다.

Nass는 이 點에 관하여 다음과 같이 말하고 있다. 「……公法의 特히 行政法의 固有한 建造物을 構築케 한 理論의基礎로서 私法이 提示되었다. 私法은 當時(19世紀中葉), 今日에 있어서보다 훨씬 廣範하게 法律學見解를 支配하고 있었다. 法律學의思考라함은 따라서 어떤 事件을 決定하기 위한 私法的方法의 適用을 의미하였다. 그런데 大學에서 習得한 이러한 私法은 로마法이었으며, 이 로마法에 있어서는 古來로 公法的構成要件은 대체로 그 規定의 私法의 主要部分과의 強한 混合을 內包하고 있었다. 따라서 이러한 基礎위에 서서 行政을 그 領域속에 強制할 하나의 法律의體系를 創出한다는 것은 當時의 世代에 있어서는 조금도 不自然한 것이 아니라고 생각되었다」<sup>(13)</sup>. 다시 말하자면 여기서의 法律學의思考方法

(10), (11) ibid., S. VII., X.

(12) ibid., S. IX.

(13) ibid., S. 5.

## 研究論文

이라 함은 곤 私法的思考方法의 別名에 불과 하였기 때문에 公法理論이 自己의 固有한 法的理論을 創出함에 있어서 私法에 그 支援을 求하게 된 것도 當然한 노릇이었던 것이다. 獨逸行政法學의 創始者라 할 수 있는 Otto Mayer의 法學的方法(Juristche Methode)이 實은 民法學的方法(Civilistische Methode)이었음은 一般的으로 是認되고 있는 事實이거니와 저 有名한 벨템벨그 行政法草案도 獨逸의 BGB에 크게 依據하고 있으며 그 構成이나 規定이 BGB를 模範으로 하고 있음은 周知의 事實이다<sup>(14)</sup>.

Nass에 의하면 이러한 問題는 行政法에 있어서 「핏기 없는 法實證主義」(Blutleerer Rechts-positivism)에로의 길을 열게 되었다고 한다. 즉 종래의 行政法學들은 그 專門職業의 法에 종사하는 行政官吏를 觉醒시키지 아니하였으며 그 行政法 全體의 理論은 最善의 行政을 위한 것이 아니었고 오히려 不完全한 行政體驗을 가졌음에도 불구하고 行政法이라고 이름지어진 하나의 法——이러한 法의 大部分는 아직도 行政 속에 適用되지도 않고 있으며, 그것이 現實的으로 適當한 것인가의 興否를 조금도 確定함이 없이——위에다 그를 行政法學者들이 그들대로 把握한 그대로 단지 配列한 것에 지나지 않는다고 말하고 있다. 그리하여 그 代表의例로서 Nass는 Merkl의 「一般行政法」(Allgemeines Verwaltungsrecht)을 들고 있거니와 이와 같은 著書로서는 行政官의 諸價值를 叙述하는 思考內容을 충분히 그 속에 内包시킬 수 없다고 한다. 왜냐하면 純粹한 法律思惟의 方法으로써는 具體的인 所與의 事實의 經過를 올바르게 評價할 수 없기 때문이라는 것이다.

以上이 既成行政法學이 그 理論體系의 典型을 私法에의 類推에 求하고 마침내 이를바 「핏기 없는 法實證主義」에로 歸結하게 된 過程에 대한 Nass의 批判의 要旨이지만 과연 이러한 批判이 法律學으로서의 行政法學의 內的인 法的論理를 어느정도 까지 理解하고서의 批判이었는가에 관해서는 充分히 檢討해 볼만 한 問題라 할 수 있다.

3. Nass는 또한 그의 實務行政官으로서의 行政法에 대한 批判의 視角을 「非現實的인 것의 理論的勝利」(theoretische Triumph des Nichtrwirklichen) 내지는 「法律學의 自足性」(juristische Autarkie)라는 表現으로 問題삼고 있는데, 「獨逸學者들의 禁慾의in 學問理想은 行政法學者の 名譽心으로 하여금 現實生活에 있어서의 影響에서가 아니라 오히려 아카데믹한 專門學科의 分野에서 完全한 地位를 維持하겠음 그 科學的·理論的目標를 設定하였다」고 하는 것이 獨逸行政法學者에 대한 Nass의 印象이 었다고 한다<sup>(15)</sup>.例컨대 Otto Mayer의 이를바 「國家行政의 特有한 法制度의 體系」(System von eigentumlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung)를 위하여서는 周知하는 바와 같이 다음과 같은 두 가지 것이 要請되었었다. 즉 첫째로는 行政에 관한 法가운데서 다른 法의 分科에 속하는 것을 除去하는 일이고. 둘째로

(14) 鶴飼信成・「行政法の 歷史的展開」, 有斐閣, 1952, p. 161.

(15) Nass., a.a. O. S. 17 ff.

## 새로운 行政法의 課題 Ⅱ

는 이와 같이 하여 얻어진 行政法規를 종래와 같은 行政學의 體系<sup>(16)</sup>에 의하지 않고 獨自的인 法律學의 見地에서 그 法的性質을 基準으로 하여 體系化하는 일이었다<sup>(17)</sup>. 이와 같이 함으로써 行政法은 비로소 다른 종래부터 존재하는 姉妹法學과 同等한 權利를 가지는 體系의 인 學問으로서 그 地位가 確立될 수 있다고 생각하였던 것이다. 따라서 온갖「主觀的・政治的인 論述」은 여기서는 完全히 뾰이콧트 되어 있었으며 이러한 의미에서 Otto Mayer의 著書는 단순히 「同僚專門家들만을 위해서」 쓰여진 것과 같은 느낌을 준다고 보는 것은<sup>(18)</sup> 비단 Nass만이 아닌 것 같다. 그리고 이와 같은 事情은 비단 Otto Mayer의 理論構成에 대해서만이 아니라 그에 繼續되는 여러 行政法學, 예컨데 Fleiner, G. Jellinek의 勞作——비록 이를 労作이 參考書로서 實用面에서 大好評을 받고 있었던 동안에도——의 경우에도 대체로 그대로 들어맞는다고 Nass는 보고 있다. 즉 Fleiner의 경우에 있어서는 Otto Mayer의 경우보다 많은 細目的問題를 提示하고 있고 보다 많은 資料領域을 加工하였기는 하지만 역시 그에게 있어서도 「各論」의 部分은 너무나 簡略한 것으로 끝나 버리고 있다는 것이며, 또한 根本的으로는 일즉이 G. Jellinek이 그의 「一般國家學」(Allgemeine Staatslehre, 1900)의 第一版에서 主張한 다음과 같은 要求에도 그대로 들어맞는다. 즉 G. Jellinek은 거기에서 「法規範의 解釋學의 內容은 主로 法曹人에 의하여 使用된 法의 諸現象으로부터의 抽象의 技術에 의해서만이, 그리고 그와 같이 하여 發見된 諸現象으로부터의 演繹의 技術에 의해서만이 使用될 수 있는 것이다. 이와 같은 法解釋學은 결코 다른 性質을 가지는 學問에 의해서는 填補될 수 없는 것이다」<sup>(19)</sup>고 말한바 있다. Nass에 의하면 이들 行政法學者들의 立場은 어떤 의미에서는 하나의 「法律學의 스크라哲學」(juristische Scholastik)의 立場이라 할 수 있으며 여기서의 問題는 行政法에 있어서의 法의 內容이 아니라 그 法形式의 論理的一貫性에 있었다는 것이다. 그리하여 이와 같은 形式的인 法治國概念의 狹隘한 解釋學의 立場에서는 「行政에 관한 모든 行動」의 法適合性의 問題는 그것을 하나의 規範밑에 극히 一般的의 內容을 包攝함으로써만 確保하려 든다고 批判하고 있다.

어찌튼 以上과 같은 「法律學의 自足性」내지는 「非現實的인 것의 理論的勝利」이라는 學問的傾向은 Nass의 보는 바에 의하면 비단 行政法學의 分野에서만 看取될 수 있는 傾向이라

(16) 獨逸에 있어서 行政法의 體系화의 길을 開拓한 것은 R.v. Stein의 行政學이었다. 이것은 한편으로는 傳統의 官房學의 集大成이었으며, 또한 그 積極的인 再生인 同時に 다른 한편으로는 後代에 있어서, 보다 精緻하게 될 法律學으로서의 行政法學의 建設을 의미하였다. (獵山政道「行政學原論」第一分冊, 日本評論社, 1936, p. 15). 그후 行政法學이 國法學으로부터 獨立하여 一個의 學問이 되기 시작할當時 먼저 採用한 것은 바로 다른아닌 Stein行政學에 나타나있는 行政學의 體系였으며 Georg Mayer의 「獨逸行政法教科書」(Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes, 1883)의 體系같은 것이 그 좋은例라 할 수 있다.

(17) 鶴飼・前掲者, p. 159.

(18) Nass. a.a.O. S. 18.

(19) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, (1. Aufl) S. 48.

## 研 究 論 文

기 보다 오히려 公法의 다른 領域에서도一般的으로 看取될 수 있는 學問的狀況에 對應하여 나타난 傾向이라는 것이다. 19世紀後半에 있어서의 獨逸은 Dennewitz의 이론바 政治的인 「飽和狀態」(Saturiertheit), 내지 「市民的인 休息」이 느껴지던 時期였으며<sup>(20)</sup> 國家의 法에 관하여 그 어떤 것인가를 論議하고자 한 者는 實踐的인 基礎의 缺如로 말미암아 의례히 「理性에 對應하기 위하여는」 어떠한 外觀을 國家가 지녀야 할 것인가를 단순히 叙述함을 唯一의 課題로 했던 時期였으며<sup>(21)</sup> 또한 Rehm의 이론바 「抽象的國家」(Abstrakten Staates)가 法을 取扱하는 「一般國法學」이 가장 隆盛하던 時期였던 것이다<sup>(22)</sup>. 그런데 이러한 一般國法學은 國家의 여러가지 法的生活에 관한 現實上의 諸矛盾에 대한 歷史的檢討라든가 實證的政治等에 의하여 그 눈이 밝아지면 질수록 漸次 不信의 對象이 되어갔었다. 왜냐하면 여러가지 國家의 法에 있어서 使用되는 一般國法學이라든가 一般的觀念의 問題는 그것이 如何히 具體的으로 適用되어지는가, 또는 如何히 그것이 解釋되어지는가 따위의 問題에는 별로 도움이 되지 않기 때문이었다.同一한 또는 相異한 憲法規定의 단순한 統計만으로는——一般國法學도 이 것과 크게 다르지 않다——現實性이라고 하는 것은 거의 把握될 수 없을 것이며, 단순히 規範的概念만이 把握됨에 不過할 것이다. 外面的으로 같은 法的規定을 集成하는 것이 重要한 것이 아니라 現實的이며 歷史的으로 生起하는 具體的事實을 把握하고 그 法的內容을 明白히 하는 것이 바로 重要한 것이다. Nass에 의하면 「非現實的인 것의 理論化」라고 하는 誤謬를 가장 典型的으로 犯하고 있는 것이 바로 Otto Mayer이며, 그가 獨逸의 聯邦國家의 여러가지 多種多樣의 立法으로부터 하나의 「一般行政法」(Allgemeines Verwaltungsrecht)을 集合・構成했을 때에 그와같은 誤謬를 犯하기 시작한것이라고 批判하고 있다<sup>(23)</sup>. 다시 말하자면 그와 같은 方法에 의하여 Otto Mayer는 기껏해야 一定한 理論的概觀을 얻을 수 있었을련지는 모르지만 그러나 現實的으로 安當하고 있는 法이 어떤것인가를 確認할 수는 없었다는 것이다 그는 단순히 「量을 보았을 뿐이지 質을 보지 못했다」. 以上과 같은 말하자면 「數學的方法」(Mathematischen Methode)에 의하여 종래의 行政法學의 代表的學者들은 勞作을 하여 왔었고, 예컨대 Otto Mayer가 프로이센의 行政과 巴이에른의 行政間に 存在하는 實際上의 區別을 意識하지 못했거나 意識하였다 하더라도 잘못 意識한 所以는 바로 여기에 있었던 것이다. 즉 Otto Mayer에 있어서는 個個의 事例의 個個의 內容, 그 具體的인 모랄(Moral), 그 歷史的 意味와 政治的價値 같은 것은 大部分 主觀的이며 演繹的인 法的形態로 말미암아 별로 들보아지는 것 같지 아니하였다.

한때 Heller가 Kelsen을 詆하여 物理學의 模範에 따라 「全世界를 全혀 同等價値關係에서 보

(20) Dennewitz, Die Systeme des Verwaltungsrechts, 1948. S. 123.

(21) Nass, a.a.O. S. 21 ff.

(22) Rehm, Allgemeinen Staatslehre, 1899. S. 7, Nass. ibid.

(23) Nass, a.a.O. S. 22.

고 또 그것에 對應하는 關係概念위에」溶解하였다고 말한적이 있지만<sup>(24)</sup> Nass에 의하면 그 것은 반드시 適切한 批評이었다고 할 수 없다고 한다. 왜냐하면 物理學은 어떤 發見된 諸概念으로부터 생겨나는 것이 아니라 어디까지나 現實의 事象으로부터 생겨나는 것이기 때문에 너무나도 現實로부터 遊離되고 있었던 Kelsen이나 그의 弟子인 Merkl을 비롯한 모든 行政法의 代表者들에게는 결코 適切한 批評이라고 할 수 없다는 것이다. 즉 Nass에 의하면 그들 行政法學者들은 단순히 規範만을 볼 뿐이지 모든 客觀的인 것이 그것에 依存하는 行政의 固有한 事實을 看過하고 있는 것 같다는 것이다. 물론 그러나 Nass의 경우에 있어서도 行政法에 있어서의 「法的——私法的——規範의 類似性」을 全의으로 否定하려드는 것은 아니라는 점을 注意할 필요가 있다. 다만 그의 以上과 같은 거의 非難에 가까운 批判의 本質은 要컨데, 人間社會의 具體的인 諸關係를 内包하지 않는 法的規範은 단지 「半의 真理」밖에 가지지 않는다는 것을 指摘함에 不過하다고 보아야 할 것이다.

4. 以上과 같이 既成行政法學을 痛烈히 批判하고 있는 Nass自身은 그러면 行政科學——行政法學과 行政學의 新方向과 課題와 關聯하여 어떠한 의미에서 어느정도 寄與하고 있다고 할 것인가? 물론 以上에서의 그의 批判에서도 推知할 수 있는 바와 같이 그 것은 무엇보다도 行政의 現實把握과 行政機能의 具體的活動의 直視, 그리고 이들을 바탕으로하는理論의 再編成이라 할 수 있겠으나 좀 더 具體的으로 檢討해 보기로 한다.

國家의 現實의 生成에 있어서 그것이 있는 그대로 存在하는 諸可能性의 形姿를 再現하지는 않고 다만 「諸 權限의 普遍的인 觀點의 一體系속에 國家行動을 骸骨化하는」方式이 의례히 종래의 行政法에 있어서는 重要한 것이었지만 Nass는 이에 대하여 行政의 真正한 體系는 그組織的形態로부터가 아니고 오히려 「國家生活에 있어서의 諸機能」(Funktionen in Staatsleben)으로부터 出發하지 않으면 아니되며 바로 이것이 行政의 對象과 課題이라고 主張한다<sup>(25)</sup>. 그에 의하면 行政法에 있어서의 今日의 科學的認識의 重心이 特殊한 法學的領域에 놓여져 있는 것은 이미 正當하지 않음에도 不拘하고 現實에 있어서는 合理主義者들은 法學的體系側을 그려한 것의 現實側의 認識보다 더 좋다 하고 있다는 것이다. 그러나 Nass는 이와같은 態度, 즉 「하나의 方法과 하나의 體系때문에 現實을 牺牲케 한다」는 것은 말하자면 하나의 「學問의 偶像崇拜」(Wissenschaftliche Abgötterei)라 할 수 있다는 것이다.

어째튼 行政의 全內容을 純粹하게 法律學의 으로만 다루려는 方法으로서는 完全한 論理的首尾一貫性을 超越하여 存在하는 法의 社會의 機能面을 看過하게 된다는 Nass의 批判은 확실히 正鵠을 찌른一面을 가지고 있음을 否認할 수 없다. Nass의 立場에 서는 限, 行政法를 理解하기 위해서는 사람들은 行政의 참다운 狀態와 思想에 接近하지 않으면 아니되며, 強力

(24) Heller, Arch. öff. R., N.F. Bb. 16 S. 349. Nass, ibid, S. 23.

(25) Nass, a.a.O. S. 31.

## 研究論文

한 法의 여러가지 作用에 影響을 끼치는 經濟的・社會的諸關係를 充明하지 않으면 아니 될 것이다. 다시 말하자면 그 專門的 自負心에 醉하여 法과 行政의 現實間의 內的 統一을 否認하는 따위의 法律學은 그 學問속에 何等의 참다운 生命을 찾아낼 수 없다는 것이 行政法에 있어서의 現實把握의 必要性을 強調하는 Nass의 提言이며 일족이 政治家・行政官으로서의 體驗을 그 行政法, 行政學의 理論內容에 導入한 學者인 R.v. Mohl이나 L.v. Stein을 Nass가 높이 評價하는 所以이기도 하다.<sup>(26)</sup>

그리면 以上과 같은 行政法學에 대한 批判에 대하여 行政學이 當面하는 具體的課題는 무엇인가에 관하여 Nass의 見解에 따라 다음과 같은 몇가지 點을 指摘하기로 한다. Nass에 의하면 行政學의 첫째의 具體的課題는 行政法의 概念의 狹隘性과 實際上의 微少性을 克服하는 일이라고 한다. 다시 말하자면 行政으로 하여금 「一定한 繼續된 精神的財產」으로서 維持하기 위해서는 그에 관한 法律學의 理論과 非法律學의 實踐과의 사이의 矛盾이 克服되어야 하며 이와같은 矛盾의 克服은 「外部로부터 調整될 수는 없고 오히려 相互理解라고 하는 内部作用에 의해서 調整되어진다」<sup>(27)</sup>고 한다. 그러기 위해서는 行政의 全部, 즉 그 内的인 것과 外部의인 것이 同時に 問題視되지 않으면 아니된다. 따라서 行政科學은 이 兩者에 관하여 自覺하지 않으면 아니되며, 自己를 行政의 全體의인 現實속에서 그 깊이를 더해가지 않으면 아니되거나 바로 이와같은 勞作(Arbeiten)을 檢討하여 그 課題를 分明히 해주는 것이 行政學의 問題라는 것이다.

行政學의 具體的인 둘째의 課題는 現實의 行政에 대하여 어떠한 奉仕를 하여야한다는 것이다. 그것은 마치 國民經濟學이 現實의 經濟에 대하여 그 診斷을 하고 處方箋을 提供하는 경우와 비슷하다는 것이다.<sup>(28)</sup> Nass에 의하면 또한 行政學은 단순히 行政의in 諸措置의 外部的形態나 實踐的効用을 把握함에 그치지 않고 더욱 나아가서 行政의 精神的in 魂의 側面까지 파고 들어가야 한다고 主張한다. 즉 行政이 人間과 特定目的을 위한 手段과의 단순한 組織의總括以上의 것이 되기 위해서는 行政은 모름직이 市民의 「心藏」과 「意味」를 把握하지 않으면 아니되며, 그러기 위해서는 단순히 法的으로 理解하는 것만으로는 充分하지 못하다는 것이다. 왜냐하면 法的形式에 있어서 行動한다는 것은 대체로 그 行動의 意味나 目的에 관해서는 無關心하다는 것을 의미하기 때문이다. 따라서 今後의 行政學의 問題로서는 理想型의 諸機能을 再組織하는——다시 말하자면 行政을 그 活動面에서 보고 또한 그 實踐的in 意味關聯에 基하여 評價할 必要가 있게 되며, 이것을 土臺로 하여 行政科學을 「行政의 意味

(26) Nass, a.a.O. S. 34, 37. Robert von Mohl는 獨逸帝政司法大臣, Baden의 公使 및 會計檢査院院長等의 行政官의 經歷을 가지고 있었으며 Lorenz von Stein도 國會議員, 外交官等의 經驗을 가지고 있었다.

(27) Nass, a.a.O. S. 37.

(28) Nass, a.a.O. S. 129.

學」(Bedeutungslehre der Verwaltung)에로 까지 끌어 올리는 것, 그리고 行政學의 方法이 客觀的方法에 奉仕하면서도 지나치게 特定한 이데오로기 問題가 導入되지 않게 하는 것이 要望된다는 것이다<sup>(29)</sup>.

行政學의 具體的課題로서 셋째로 注目되는 것은 行政科學을 醫學(Medizin)이라는 見地에서 比喻하면서 가장 人間의인 學問이라고 指摘한 點이다. 行政學의 主題는 단순히 現實性을 認識하기 위한 思考上의 手段이 아니라 오히려 醫學의 教科書처럼 現實性 그 自體를 再現하고 또한 變化할 수 있는 것에 대해서는 그것을 어떻게하면 올바르게 變化시킬 것인가 하는 이른바 處方箋을 가르치는 것을 그 使命으로 한다는 것이다. 또한 行政科學의 立場은 國民의 政治的・社會的・文化的인 成熟度를 反映하는 것이기 때문에 그것은 為政者에 대하여 價值있고도 健全한 生의 營爲를 가르침으로써 現代의 行政家는 마치 醫師의 경우처럼 여러가지 要求를 科學的인 衝動을 가지고 創造하고 作業을 改善하기 위한 말하자면 探究하는 科學者이며, 도움을 提供하는 사람이라 할 수 있다는 것이다<sup>(30)</sup>. 그러나 行政法學의 非現實性・非實用性을 指摘하면서 行政學의 現實的機能을 強調하는 以上과 같은 Nass의 注目할 만한 提言은 行政學으로 하여금 行政現象의 診斷에 貢獻할 實用學이 되겠지만 하자는 意圖인 것 같으나 그것이 果然 科學으로서의 行政學의 任務에 알맞는 責務라 할 수 있을련지는 보다 깊은 檢討가 加해지지 않으면 아니되는 問題라 할 것이다.

5. 끝으로 Nass의 以上과 같은 一連의 見解가 全體的으로 가지는 意義를 要約하자면 첫째로 비록 거의 非難에 가까운 그의 大膽한 批判이 體系的으로나 그 細部的인 面에 있어서 正確한 理解를 困難케 하는 곳이 결코 없지 않지만 Nass가 既成行政法學에서 흔히 볼 수 있었던 形式論理的體系의 平面性을 批判하고 行政法學者로 하여금 動的인 行政現象의 現實으로 눈을 돌리려고한 意圖는 확실히妥當하고도 重要한 提言이었다고 할 수 있을 뿐 아니라 솔직히 말해서 이 點에 관한限 많은 既成行政法學이 今日에 와서는 根本的인 自己反省이 不可避하다는 것을 是認하지 않을 수 없을 것이다<sup>(31)</sup>.

둘째로 그러나 그렇다고 해서 法律學으로서의 行政法學에 在內하는 固有法則性과 그 主體의 任務를 不當하게 過少評價한다는 것은——적어도 Stein의 國家的 내지 行政學의 體系에로의 逆行을 再現하는 것이 아닌 以上——옳지 못한 態度라 할 것이다. 새삼스레 指摘할 필요도 없이 行政法學은 그의 傳統的系譜와 그 現實的機能面에서 行政科學의 體系가운데서 가장 重要한 分科學의 하나를 이루고 있음을 否認할 수 없는 限, 行政法學과 行政學・行政政策學等의 폐리케이트한 理論的・具體的關聯에 관하여는 Nass의 批判이나 提言에 의하여서

(29) Nass, a.a.O. S. 131.

(30) Nass, a.a.O. S. 137.

(31) 拙稿, 前揭「法政」論文參照。(註6參照).

## 研究論文

는 尚今 充分히 說明되었다고 할 수 없을 것이다. 오히려 어떤 의미에서는 Nass가 實定行政法理論에 대하여 어느정도의 没理解조차 없지 않았지 않는가 하는 憶測도 없지 않으며, 結果的으로는 内在的이며 正確한 「批判」의 限度를 넘어선 句節이 여기 저기 散見되기도 한다.

그러나 셋째로 우리들은 行政法學의 當面하는 二重的인 課題, 즉 한편으로는 行政法理論의 固有法則性의 深化와 確立, 그리고 다른 한편으로는 그것을 前提로한 現代的法律學에 普遍的인 課題라 할 수 있는 具體的現實에의 密着, 다시 말하자면 現實科學으로서의 行政法學이 遂行하여야 할 機能이라고 하는 두가지 課題를 앞에 놓았을 때 Nass가 後者에 대하여는 重要한 示唆를 우리에게 提供하였지만 前者에 대하여서는 周到한 配慮를保持하지 못하였음을 솔직히 是認하지 않은 수 없는 것이다. 이러한 의미에서 우리들은 다음과 같은 Becker 나 W. Jellinek의 말을 充分히 吟味해 보아야 할 것이다.

즉 Becker에 의하면 「行政科學은 비록 行政學과 行行政策學이 以前보다 크게 注目을 끌만하게 되었다 하드래도 行政法 없이는 그것은 構成될 수 없다」<sup>(32)</sup>는 것이며 W. Jellinek은 「行政法만으로 行政할 수 없다는 것, 즉 技術的知識을 가지지 않는 行政法學家(Verwaltungsjurist)가 例컨대 破壞된 街路의 再建을 할 수 없다는 것은 全的으로 옳지만 그러나 또한 단순한 行行政科學者가 行行政訴訟의 判決을 할 수 없다는 것도 또한 옳은 것이다」<sup>(33)</sup>고 말하고 있다.

### II. Peters의 行行政科學論

1. 戰後 西獨에 있어서는 傳統的인 法實證主義的 行行政法學에 대하여 猛烈한 批判이 특히 行行政學者들에 의하여 試圖된 事情은 Nass의 見解를 通하여 前節에서 詳細히 檢討하여 보았거나와 이것과 關體하여 注目할 것은 行行政法學者들自身側으로부터의 自己反省의 業蹟이 全혀 없지는 않았다는 點이다. 그 代表的인 것이 다름아닌 Hans Peters에 의한 「行政講義」(Lehrbuch der Verwaltung, 1949)이라는 著書의 出現이라 할 수 있다. 물론 同書가 1949年 1月에 出版되었고 그 後의 法令改正도 考慮되어 있지 않을 뿐 아니라 그 大部分의 內容이 나치스法制의 末期에 쓰여진 것이기 때문에 資料的으로는 Bonn 基本法下의 行行政法論으로서 素朴하고도 不充分한 點이 많지만 그 方法論的立場이 行行政法學의 前進에 대하여 가지는 意義는 결코 無視할 수 없는 特異한 存在로 알려져 있다. 물론 Peters의 行行政法論은 그 後 Becker나 Wolf 내지 W. Weber等에 의하여 内在的으로 批判되고 發展되어질 內容의 것이었고 後述하는 바와 같은 Forsthoff의 充實하고도 新鮮味있는 行行政法體系書에 比하면 若干 뒤떨어지는 느낌이 없지 않으나 그럼에도 不拘하고 다음과 같은 세가지 點에서 Peters의 理論은 重要的 意味를 지니고 있다.

(32) E. Becker, Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft, (Festschrift für Giese, zum Geburtstag) S. 25.

(33) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, (1950) Nachtrag, S. 13.

즉 첫째는 그가 行政法學의 이론과 行政科學의 基礎作業에 깊은 關心을 가지고 있었다는 点인바 이點은前述한 行政學者 Nass 가 強力히 要請한 内容이기도 하다. 둘째로는 科學으로서의 行政法學으로 하여금 行政科學 그自體속에서 그體系의 一環으로서 새로이 評價하고 位置지우고자한 点인바 이點은 行政法論과 行政學과의 緊密한 交涉을 強調하는 Becker의 行政法學이나 Wolf의 行政法政策論(Verwaltungsrechtspolitik)을 包含하는 行政法學의 概念規定과도 關聯하여 戰後 獨逸行政法學의 一特質을 나타내는 것이라 할 수 있다. 셋째로는 上의 諸點을 理論的前提로 한 「行政積極說」을 獨特한 「行政」의 概念構造의 分析이라는 立場에서 展開하였다는 点이다. 行政法에 있어서의 「行政」의 概念을 傳統的인 權力分立制의·法形式의인 태두리속에서 規定하려드는 「行政消極說」로부터 解放시켜 行政 그self에 內在하는 積極的意義를 再確認하려는 立場도 또한 新로운 行政法의 特徵이라 할 수 있을 것이다.

2. 新로운 行政法學의 出發點을 무엇보다도 行政의 社會的現實과 行政의 動態 가운데서 確認하고 그것을 이론과 行政科學의 觀點에다 定着시키려 함은 예컨대 Becker의 強調하는 바이지만<sup>(34)</sup> 이보다 앞서 Peters는 그 老大한 行政法의 教本을 著述함에 있어서 그序言 가운데 솔직히 이點을 提示하고 있었다. 그는 말하기를 「여러가지 点에서 本書는 行政法의, 또는一般的으로 行政科學의 傳統的인 叙述方法과는 區別될 것이며, 恒常 提起되어온바 있는 諸要求를 充足시킬 수 있을 것이다」<sup>(35)</sup>. 그것은 왜냐하면 「첫째로 本書는 行政을, 또 同時に 行政科學을 法·政治 및 世界觀(Recht, Politik und Weltanschaunung)이라고 하는 커다란 聯關 속에서 構成하려고 하는 것」<sup>(36)</sup>이기 때문이라는 것이다. (傍點은 Peters). 이와같은 試圖가 적어도 19世紀의 實證主義의 行政法學에서는 별로 因緣이 없었다는 의미에서도 Peters의 本書에 있어서의 問題提起는 다음과 같이 극히 意慾의이고 鮮明한 内容의 것이었다.

「……그리하여 또한 (本書는) 前世紀(19世紀)에 있어서의 우리들의 學問의 慵慢을 除去하려고 한것이다」<sup>(37)</sup> 「이와같은 目的을 위하여 여기서는 行政法外에——이와같은 全體의 叙述 가운데서는 아마도 最初로——數10年동안 너무나도 等閑視되어온 行政學에 관한 諸章도 包含되고 있다. 行政學의 認識은 研究上으로나 實務家에게나 다같이 없어서는 아니되는 것이다. 行行政策的인 考慮와의 關聯에 基할 때 비로서 行政學은 行政法 및 行政의 機能이라는 觀念을 形成할 수 있는 것이다.」<sup>(38)</sup>

이러한 行政法學敘述의 態度는 풍부한 行政諸現象에의 配慮, 「行政의 動態」(Dynamik der Verwaltung)에 관한 具體的인 形象의 提示와 함께 Peters의 다음과 같은 意圖를 達成하는데 도움을 주고 있다. 즉 「法律家나 理論家와 行行政策的 내지는 實務家의 論述과의 提携는 行政法를 잘 理解하지 못하기 때문에 여러번 嫌惡感을 받아온 讀者에게도 많은 關心을 불려

(34) Becker, a.a.O.

(35), (36), (37), (38) H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, Vorwort, III.

## 研究論文

이르킬 것이다. 이 경우 만약 사람들이 獨逸行政에 있어서의 法的安定性이라고 하는 目標에 다시 到達하고자 할 때에는 오늘날 그것에 關心을 가지고 있는 많은 사람들에 대하여 行政科學을 認識하는 길을 開拓해 주지 않으면 아니 될 것이라 하는 事實을 考慮에 넣지 않으면 아니된다」<sup>(39)</sup>. 또한 Peters는 계속하여 「만약 사람들이 行政法도 또한 단순히 하나의 體系化에 不過한 解釋學이나 實定的法資料의 整序에만 限定되지 않고 그것을 今日이라는 時代 한가운데에 提出하는 것이라고 한다면——本書가 바로 그것을 폐하고 있는 것이지만——그렇게 함으로써 法律家에 대하여, 固有한 政治的決定이나 態度를 明白히 하고 또한 專門的研究를 넘어서서 教養하고 公的生活을 위하여 活動的일 수 있게 함으로써 教育的 課題의 解決에 가까워 질 수 있게 할 것이다. 著者(Peters)自身은 이러한 課題를 理論과 實踐, 科學과 政策을 相互 풍부하게 하여 그 成果를 주어진 全體로부터 다시 「하나의 確固한 世界觀의 基礎의 테두리 속에 집어 넣으므로써 이룩하고자 한다」<sup>(40)</sup> 그리하여 이러한 課題의 達成에 있어서 필요한 것은 특히 「法律家로서 하나의 抽象的인 觀念과 規範의 體系속에 退却함」<sup>(41)</sup>이 容許되지 않으며 또한 「政治的 및 倫理的價値判斷과 함께 政治的認識이 必要하게 되며 그러기 위해서는 現代의 政治的 및 精神的潮流, 그 歷史, 또는 真正한 人格性과의 精神的對決等을 前提로 하여야 한다」<sup>(42)</sup>고 말한다.

以上과 같은 Peters의 獨特한 行政法研究方法에 대해서는 그동안 여러 學者들에 의하여 여러가지로 評價되고 있거니와 예컨대 Nass는 「그것은 여러가지 點에서 나의 問題提起와 類似한 方向으로 나아갈려는 새로운 試圖」<sup>(43)</sup>라고 評價하고 있으며, Turegg에 의하여는 行政法의 基礎의 精細한 叙述인 同시에 社會學의 및 行政技術의 關聯의 特別한 強調下에서의 行政各部의 精細한 叙述이다」<sup>(44)</sup>고 批評되어 있다. 한편 Becker는 「行政科學의, 行政學의, 行政政策學의, 및 行政法學의 諸要素를 意識하고서의 包括的인 寄與」<sup>(45)</sup>로서 本書가 쓰여졌다고 評價하고 있다. 또한 行政法學에의 行政學·行政政策學으로부터의 積極的寄與의 有效性을 強調하는 Becker는 「우리들이 어떻게, 또는 어떤 目標로 向해서 行政을 하여야 할것인가라는 課題가 提示되자마자 우리들은 行政學과 行行政策에 屬하는 調査를 唯一의 方便으로 하고 있으며, 이러한 두가지에 의하여 비로소 行政法은 行政科學에로 完全히 統合된다」<sup>(46)</sup>고 말하면서 行政法學에의 Peters的方法論 다시 말하자면 行政科學의 基礎作業의 重要性을 強調하고 있다. 그리하여 以上과 같은 새로운 方法論에 立脚하는 當然한 結果로서 다음으로 問題되는 것은 行政科學이라고 하는 體系가운데 行政法學이 어떠한 位置를 차지하는가를 再

(39), (40), (41), (42), Peters, a.a.O. Vorwort, IV.

(43) Nass, a.a.O. Vorwort. VI.

(44) Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 1956, XVIII.

(45) Becker, a.a.O. S. 35.

(46) Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VD St RI, S. 131.

檢討하는 것이라 할 수 있을 것이다.

3. 行政法學의 行政科學的體系의 位置에 있어서의 再確認의 意義는 實은 傳統的인 法實證主義의 行政法理論에 대한 本質的인 不信任에 源源한 것이라 말 할 수 있거니와 W. Weber에 의하면 많은 行政法學者들이 아직도 自由主義的時代의 「古典的」行政法에의 復歸로서 滿足하거나 비록 이와 같은 復古의 脆弱性에 대한 嗅覺을 느끼면서도 대개의 경우 오늘날의 여러가지 問題와의 숨가쁜 對決을 斷念하고 있다고 評하고 있다. 行政法의 文獻이 量的으로 豐富하면서도 그 깊이가 充分하지 못하다고 하면서 Weber는 계속하여 확실히 이들 行政法이 「現在에 關聯하고」(gegenwartsbezogen) 있는 하지만 「現在에 近接하고」(gegenwartsnah) 있지 못하다고 한다.<sup>(47)</sup> 이와 같은 W. Weber의 「行政秩序의 現實的課題」(Gegenwartsprobleme der Verwaltungordnung)에 관한 批判的提言은 行政法學一般의 基本的姿勢를 示唆하는 것이라 하겠거니와 이제 Peters의 見解를 中心으로 보다 詳細하게 行政法方法論의 諸反省이라는 問題를 檢討해 보기로 한다.

Peters의 行政法方法論의 特色은 行政法과 行政學을 體系的으로 關聯짓고 秩序지우는데 있다고 하겠거니와 그는 「最近 10年동안 여려모로 看過되어온 行政學을 意識的으로 強調함으로써 行政學과 行政法의 各卷을 分離하여 出版하려고 한 本書의 本來의 計劃은 그렇게 함으로써 行政科學의 보다 甚한 細分化가 促進될 뿐 아니라 오늘날 더욱더 必要하게 되는 綜合的인 觀察法이 阻止되기 때문에 斷念되었다」<sup>(48)</sup>고 말하면서 그의 行政法教科書의 이름을 Lehrbuch der Verwaltungsrecht 가 아니라 Lehrbuch der Verwaltung 라고 했던 것이다. 즉 그의 이러한 題名에서도 推測할 수 있는 바와 같이 Peters 行政法論의 行政學的特色은 精細한 行政學에의 分析과 그것을 行政法體系속에 反映하려고 한 努力가운데 나타나고 있다.

Peters에 의하면 行政을 國家活動의 하나로서 認識하는 以上 그것은 물론 여러가지 觀點에서 檢討될 수 있을 것이지만 우선 첫째로는 行政의 表現形態를 中心으로하여 그 基礎라든가 關聯의 意味 또는 理由가 究明되지 않으면 안된다고 한다. 그리하여 行政學은 이와 같은 諸問題를 다음과 같은 세가지 課題로서 提示하고 있다.<sup>(49)</sup> 第一의 課題은 「行政의 諸現象을 體系的으로 秩序 지우며, 그 本質을 分明히하는 일」이며, 第二의 課題은 이러한 行政의 叙述이나 概念的인 明確化의 作業을 더욱 넓어서서 「行政의 根據와 推進力(Triebkräfte) 및 그 別의 行政現象을 크로즈·엎시키는 일」이며, 第三의 課題은 「行政諸制度(Verwaltungseinrichtungen)가 그 目的을 위해 存在하는 것인 以上 각각의 現象의 目的論的研究가 必要하다」는 것이다. 따라서 「行政學은 行政의 온갖 現象形態와 構成要素를 叙述하고, 그것을 體系的으로 秩序짓고, 그 概念을 明白히 하여 그 因果關係와 存在根據를 提示하며 그 目標에 向하여

(47) W. Weber, Staats-und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 1953, S. 9,

(48) H. Peters, a.a.O. S. 14,

(49) H. Peters, a.a.O. SS. 14-15.

## 研究論文

研究하는 科學이다]. 이에 대하여 「行政法은 그것에 의하여 行政이 指導될 諸規範을 研究하는 것이다」. 이 規範은 大部分은 國家의 立法에 의하여 나타나지만 그 밖에도 「正義」(Gerechtigkeit)와 같은 超法律的인 絶對的原理에 의하여도 나타난다. 따라서 「行政法에 있어서는 行政을 支配하는 實定法을 무엇보다 우선 體系지우는 것이 重要하며, 이것만으로도 行政法의 諸規定의 多量때문에 극히 벅찬 重要한 課題가 되어있다」고 한다.

그러면 Peters는 行政法과 行政學의 關聯을 어떻게 理解하고 있는 것일까? 우선 「行政法은 當爲를 對象으로써 가지는 規範科學이며, 이에 대하여 行政學은 存在科學이며 行政에 있어서의 事物의 現實的狀態를 다루는 것이다. 存在와 當爲가 綜合될 수 없는 바와같이 行政法과 行政學의 出發點은 다르다」<sup>(50)</sup>고 하면서 Peters는 각각의 獨自의인 並存을 確認한다. 그러나 「이 두 學問部門에 있어서의 概念의 明確化는 거듭 이루어지지 않으면 아니 되었으며, 法的觀察은 目的的으로 具體的인 存在로부터 出發하지 않으면 아니되었기 때문에 行政學과 行政法의 結合은 實際的인 것으로써 (als praktisch) 實證되어진다」<sup>(51)</sup>.

그리고 이에 附言하여 그는 「存在科學과 當爲科學의 並存은 個個의 特殊領域에서 오랫동안 共同財產이 였다고 하면서 그 適切한 例로써 「財政學과 財政法은 同時에 서로 다른 觀點下에서 同一한 對象을 取扱하고 있으면서 또한 서로 补完하고 있다」고 말하고 있다. 여기서 우리가 알 수 있는 것은 Peters가 行政法과 行行政學의 關聯을 理論의이라기 보다 오히려 實際的인 問題로써, 또한 一般的인 形式으로써가 아니라 오히려 個個의 特殊領域의 問題로써 이를 取扱하고 있고 거기서의 补完的效果를 期待하고 있다는 點이다. 그리하여 이와같은 見解는 오늘날 여러 方面에서 提起되고 있는 行政法의 方法論 특히 그 行政學과의 關聯問題의 理解를 위하여 重要한 示唆를 提供하고 있다고 할 것이다」<sup>(52)</sup>.

以上과 같은 行政學과 行政法에 대하여 行行政策은 價値科學이며, 一定한 規準에 의하여 一定한 行政現象 내지 行政制度를 評價한다. 行行政策學에 관한 體系的研究는 나타나있지 않지만 「사람은 一定한 價値規準으로부터 出發하여 個個의 行政制度의 意味를 審查할 수 있다」고 하면서 Peters는 이 行行政策學이 위에서 들은 行政法과 行行政學이 活潑한 研究交渉을 行하기에 適切한 領域이라고 指摘하고 있다<sup>(53)</sup>. 그리하여 Peters가 構想하는 行行政學의 隣接科學과의 關係는 다음과같은 圖式으로 要約될 수 있다<sup>(54, 55)</sup>.

(50), (51), Peters, a.a.O. SS. 16.

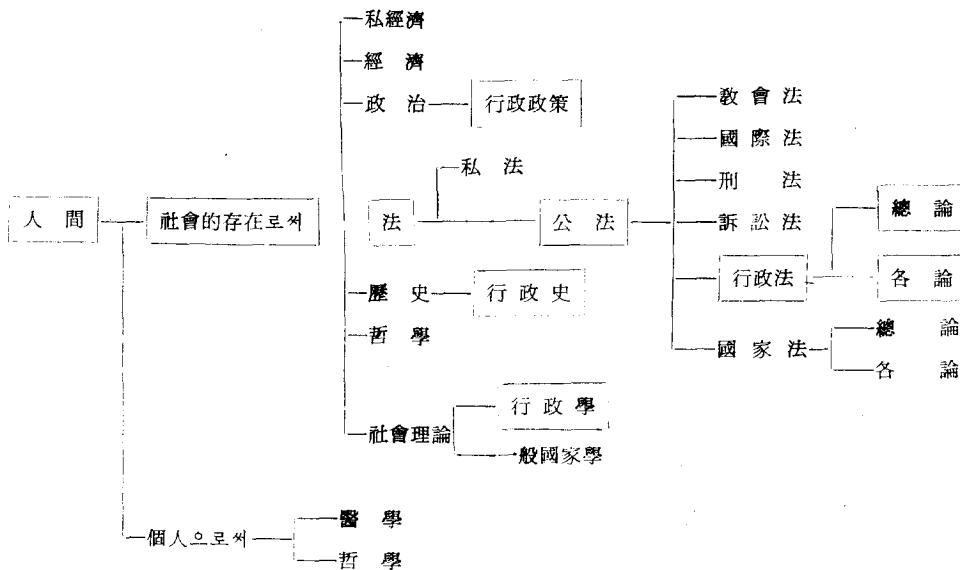
(52) 抄稿·“行政學과 行政法學의 關係”『행정관리』1963, 第4號 參照.

(53) Peters, a.a.O. SS. 16-17.

(54) Peters, a.a.O. S. 17.

(55) Peters를 包含하여 大概의 獨逸行政學者들이 行行政學을 行政學·行政法學·行政政策의 三部門으로 나누어 說明하는데 대하여 이와는 若干 다른 形式으로 行行政學의 體系를 說明하는 것으로 H. Wolf의 見解가 있다. Wolf는 (1) 行行政學을 「記述的行政學」(beschreibende Verwaltungsllehre)과 「行政政策」(Verwaltungspolitik)으로 나누어 前者は 行政의 事實的活動, 行政裝備의 諸機能 및 行行政規準의 事實的效果를 討議하는 것이며 (우리가 普通 말하는 行行政學에 屬하는것을

## 새로운 行政法의 課題 II



4. 한편 行政法學의 傳統的 實證主義을 克服하고 그것을 行政科學의 視角에서 再檢討한다는 것은 종래의 法形式的 權力分立體制下에서의 이른바 「行政消極說」로부터의 解放, 즉 「行政積極說」의 提唱을 의미한다고 할 수 있을 것이다. 순수히 理論的으로 볼 때에는 目的實現說

의미하는 듯하며, Wolf에 의하면 이가운데는 行政史, 行政心理學, 行政社會學, 行政組織學, 行政經營學, 行政技術學等을 包含한다고 함), 後者는 國家目的의 태두리內에서 行政이 奉仕하지 않으면 아니될 目的을 設定하고 그 實現에 適合한 手段을 探究하고 모든 記述的行政學의 基礎가 될 行行政策의 諸可能性을 調査하는 것이라 한다. 한편 (2) 行政法學을 「實證的行政法學」(positive administrative law)과 「解釋的行政法學」(interpretive administrative law)으로 나누어 前者は 아마 우리들이 普通 말하는 行政法學으로써 憲法·慣習法·形式的法律·法規命令 및 行政官廳이나 裁判所의 實例·判決을 基礎로 한 實定的으로 妥當하는 行政法를 解釋的, 發展的으로 說明하는 것이며, 後者は 實證的行政法을 明確한 法原理 내지 事實的諸狀況과 比較하고 또한 批判的으로 그것에 따라 命하여 진目的이라든가 要求된 行政의手段을 實定行政法의 改善이라는 目標下에 確認하는 것이라고 說明하고 있다. (H. Wolf, Verwaltungsrecht, I Aufl. 1959, SS. 47-48)

以上과 같은 Wolf의 見解의 特徵은 첫째로 行行政策과 行行政策을 하나의 體系로 統合하여 兩者的 密接한 關聯을 強調하고 있는 點인데 이것은 Peters의 경우의 存在科學과 價值科學의 一元化를 의미하는 것이라 할 수 있다. 또한 둘째로 行政法學에서는 解釋學의 行行政法學과 新로운 行行政策의 密接한 關聯을 強調함으로써 規範科學으로써의 傳統的行政法學의 狹隘性·非彈力性에서 解放되어 動態的行政法問題의 發展可能性을 提示한 點이라 할 수 있거니와 要컨대 行行政法과 行行政學의 關聯의 問題는 이런 見解에 의하면 行政法學 그 自體의 傳統的인 法의 태두리를 擴大내지 修正함으로써 解決하려는 點이 注目된다 하겠다. (Giese도 이와 같은 行行政學과 行行政法의 密接한 關聯性의 重要性에 관하여 「行政法이 行行政學과 密接하게 結合되어 있다는 것, 그리고 이와 같이 密接하게 結合되어 있을 때 비로소 行行政法이 完全히 理解된다는 것을 等閑히 생각하여서는 아니된다」고 말하고 있다. (Giese, Allgemeine Verwaltungsrecht, 1952, Vorwort zur 1 Aufl.)

## 研究論文

내지 行政積極說에는 批判의 餘地가 적지 않음에도<sup>(56)</sup> 不拘하고 最近의 많은 學者들이 積極說에 好意를 나타내고 있는 事實은 行政法學에 있어서의 行政의 實質的・機能的構造에의 考慮없이는 이미 새로운 行政法的諸問題와는 對決할 수 없다는 것을 의미한다 할것이다. 물론 行政積極說의 內容을 어떻게 【理解하는가에 대한 例】에 Becker, Wolf, Forsthoff 그리고 지금부터 說明할 Peters의 見解가 多少間의 差異가 없는바는 아니지만<sup>(57)</sup> 行政法의 概念規定에 앞서 行政 그 自體의 概念規定에다가 詳細한 實質的分析을 試圖하고 있는 點에 있어서는 同一한 問題意識에 서 있는 것이라 할 수 있다<sup>(58)</sup>.

그러나 이 가운데서 특히 注目할만한 「行政積極說」은 Forsthoff와 Peters의 所論이라고 할 수 있는 바 여기서는 主로 Peters의 見解를 檢討해 보기로 한다<sup>(59)</sup>.

Peters의 「行政積極說」의 內容에 관한 特色은 첫째로 그는 종래의 支配의이던 「行政消極說」에 대해서는 「거기서는 온갖 積極的인 徵表가 斷念되고, 行政이란 무엇인가에 관하여는 何等 言及되어 있지 않다. 行政科學을 이와같은 消極的인 行政概念에 立脚하여 根據지울려고 하는 사람들은 그 課題를 遂行하지 못할것이라」고正面으로批判하고, 「行政에게 分明한 概念을 賦與한다는 것이 아무리 困難한 일이라 하드래도 적어도 行政의 類型的인 것을 創出해 내도록 限界짓지 않으면 아니 될 것이다」<sup>(60)</sup>고 하면서 行政積極說을 提示하고 있다. 그에 의하면 行政은 國家目的의 實現을 課題로 한다. 물론 그것은 法(Recht)을 無視할 수 없다. 그러나 이런 경우 「法은 自己目的이 아니며 行政의 行動이라는 直接的인 의미는 國家目的 및 國家課題의 實現이라는 것」을 알지 않으면 아니된다. 또한 「行政은 本質的으로 法適用 속에 存在하다고 하는 잘못된 支配的인 觀點으로부터 解放되지 않으면 아니된다」고 하면서 大部分의 行政領域에 있어서는 法適用의 役割은 僅少하며, 그것은 第二次的인 要素를 占하고 있음에 不過하다는 것, 그리고 行政의 本質은 固有한 「創意」속에 즉, 創造的인 「活動」속에 있다는 것들이 그의 「行政積極說」의 內容을 이룬다고 한다<sup>(61)</sup>. 즉 그는 한편으로는 法形式의 19世紀的 權力分立論에 立腳한 消極說이 行政의 本質的・內容의인 것을 看過하고 있음을 非

(56) 行政法上의 行政概念에 있어서의 目的實現說 内지 行政積極說에 대한 批判으로는 鶴飼・前掲書・pp. 20-27, 參照

(57) 拙稿・前掲「法政」論文 參照.

(58) Becker는 行政活動을 「法秩序에 의한 社會形成(Sozialgestaltung)」이라는 의미에 있어서의 具體的事件에 대한 行政的目的의 實現」이라고 하여 (Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDstRL, 14, S. 105.). Rumpf는 「行政은 固有한 創意를 가지고 法規의 데 두리 안에서, 그리고 法을 基礎로 하여 創造的으로 社會生活을 形成하는 行動的國家機能(handelnde Staatsfunktionen)」이라고 하여 (Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDstRL, 14, S. 172), Wolf는 行政의 本質에 관하여 秩序行政(ordnende Verwaltung), 紿付行政(leistende Verwaltung), 分配行政(Verteilende Verwaltung), 需要行政(Bedarfverwaltung)이라는 네 가지의 內容의分析을 試圖하고 있다. (Wolf, a.a.O. S. 16).

(59) Forsthoff의 이론바 「行動的行政概念」에 立腳한 「行政積極說」에 관해서는 前掲한 拙稿, 「法政」의 論文 參照.

(60), (61) Peters, a.a.O. SS. 4-6.

難하는 同時에 다른 한편으로는 「行政에 있어서 典型的인 自由裁量」——물론 法的限界內에서 이지만——의 重要한 役割을 強調하고 있다<sup>(62)</sup>. 그리하여 다음에 說明할 그의 獨特한 「行政의 推進力」이라고 하는 問題提起도 바로 以上과 같은 Peters 的行政法論을 前提로하여 發展하게 되는 것이다.

그러면 Peters의 이른바 「行政의 推進力」(Triefkraft der Verwaltung)이란 무엇을 말하는 것인가? Peters에 의하면 모든 理性的인 人間活動에는 動機가 있으며, 그러한 人間活動으로써 나타나는 行政의 動機나 推進力を 分析해 볼 必要가 있다. 그리하여 그것은 行政科學으로써의 行政法學의 課題에 속한다는 것이다. 이와같이 行政의 意識된 推進力은 憲法, 其他의 諸法規에 의하여 規範化되기도 하지만 注意하여야 할 點은 其他의 方法으로도 行政 속에 展開되어 지는 수가 있다는 點이다. 따라서 이런 경우 主된 役割을 하는 것은 첫째로 여려가지의 世界觀的인 힘이라 할 수 있으며, 다음으로 倫理의인 힘이라 할 수 있다. 즉 이 倫理의인 힘을 世界觀의인 힘에 의하여 反覆의으로 生產되거나 혹은 強하게 影響을 받게된다. 또한 이보다 더욱 重要한 推進力의 役割을 하는 것은 各種의 國家觀이라 할 수 있으며, 이 밖에도 Peters에 의하면 世界觀, 倫理觀, 國家觀程度로 明確한 이데오로기的形態에 까지 이르지는 아니하였지만相當한 推進力を 가지고 있는 여러가지 社會的·文化的·政治의인 힘의 例를 들고 있다. 어찌튼 여기서 重要한 點은 以上과 같은 여러가지 推進力이 一定한 法秩序로써의 機能을 가진다는 黓이다. 이와같은 法秩序가 實定法이건 또는 超法의인 規範이 전 간에 行政은 그것에 따라 行動하게 되는 것이다.

단순한 法의 適用으로부터 解放된, 行政에 內在하는 創造的 이니셔티브가 그의 有效한 行政目的을 實現하는 過程에서 위에서 말한 여러가지 推進力과 함께 끊임없이 活潑하게 參加하는 것이 要請된다는 것이다<sup>(63)</sup>.

5. 以上이 行政法의 行政科學의接近, 行政法學의 行政科學의 體系化에서의 位置確定, 그리고 行政의 積極的概念規定等의 세가지 問題에 관한 Peters의 行政法論의 大要이지만 果然 이와같은 그의 見解가 오늘날 어느 정도의 實效性을 가진다고 볼 것인가에 관해서는 물론 嚴重한 檢討가 要請된다고 할 것이다.

첫째로 Peters의 行政法論을 보면 상당히 意識的으로 行政學의in 強調를 意圖하고 있기는 하지만 그러한 行政學의in 行政法學의 體系化가 과연 어느정도 Peters에 의하여 成功되어 있는가는 다분히 疑問視되며 오히려 行政法學과 行政學의 固有한 限界가 보다 뚜렷해지는 느낌조차 없지 않다는 黓을 指摘할 수 있다. 行政法學속에 行政學의 뉴앙스를 어떠한 形式으로 渗透시킬것인가가 극히 어려운 問題라 할 수 있다. 다시 말하자면 만약 行政法學속에 行

(62) Peters, a.a.O., S. 10.

(63) Peters, a.a.O. S. 22. (3. Kapitel, "Die Triefkraft der Verwaltung").

## 研 究 論 文

政學的 뉴앙스를 滲透시키는 경우 그것이 解釋論上에 서의 그것인지, 그렇지 않으면 立法政策論上에 서의 그것인지도 問題일 것이며, 또한 既成의 行政法學의 體系를 그대로 維持하면서 行政學의 強調를 貫徹시킨다는 것이 과연 可能 내지 妥當할 것인가의 問題는 결코 容易한 問題라 할 수 없다. 따라서 오히려 現段階로서는 行政組織, 公務員制度, 地方自治等과 같은 特殊領域에 있어서 具體的, 實際的 問題로써 兩者의 關聯을 問題視하는 것이 보다 現實的인 當面課題가 아닌가 생각된다.

Peters 自身, 그 著書의 第3章 「行政의 推進力(S. 22. ff.)」이라든가 第4章의 「行政組織」에 있어서의 「政治的組織原理」나 「官廳의 長官의 人格面에서 人格結合(S. 40. ff.)」, 그리고 「官廳(S. 115. ff.)」, 第13章의 「公務員(S. 237 ff.)」等의 領域에서는 傳統的인 行政法教科書와는 다른 體系로써 叙述하고 있으나 第5章의 「法例(S. 68 ff.)」, 第9章의 「行政行為論(S. 151 ff.)」, 第11章의 「權利保障(S. 191 ff.)」 혹은 이른바 「各論(Besonderer Teil)」等의 領域의 叙述에서는 이른바 「行政學의 意圖」가 그리 뚜렷하게 나타나 있다고 할 수 없다는 點도 注目할 만하다.

Peters의 見解에 관한 둘째의 問題點은前述한 바도 있지만 西獨 Bonn 基本法이 制定되기 前에 1949年 1月에 出版된 Peters의 著書가 솔직히 말해서 Bonn 基本法下에서의 새로운 社會的 法治國理論에 立脚한 現代行政法理論에 대한 충분한 實證的 内지 具體的 關聯性이 缺如되어 있다는 點이다. 확실히 Peters의 以上과 같은 見解가 19世紀의 「立法國家」로부터 20世紀의 「行政國家」로의 移行을 認識하고 이러한 認識위에서 「法治國家의 一形態로써의 行政國家의 現實的인 精神的基礎를 解明하고 傳統的인 行政法論을 再檢討해야 한다는 것을 最近의 行政科學의 課題가운데 하나로써 指摘한 功績은 높이 評價되지 않으면 아니되겠으나 現代의 社會的 法治國憲法下의 行政法의 新로운 課題의 解明으로써는 不足함을 認識하지 않을 수 없으며, 따라서 우리들의 다음 段階는 現代行政法學의 代表的學者の 하나인 Forsthoff의 見解에 따라 現代의 社會的 法治國下에서의 새로운 行政法의 課題가 어떤 것인가의 檢討로 넘어 가는데 있게 된다.

### Ⅲ. Forsthoff의 紿付行政論

1. 社會的 法治國이라고 하는 새로운 國家類型 内지 國家理念을 旗幟로하는 西獨의 Bonn 基本法下에 있어서는 行政法의 理論이 어떠한 展開를 보이고 있는가가 우리가 檢討할 當面課題이거니와 이와 같은 課題를 戰後獨逸에서 가장 典型的으로 對決하려고 한 것이 다름아닌 E. Forsthoff의 「給付主體로써의 行政」 즉 「給付者行政」(Verwaltung als Leistungsträger)과 「生活配慮」(Daseinsvorsorge)이라는 理論方式이라 할 수 있으며, 그것이 Bonn 基本法下에서의

社會國家的側面의 巧妙한 特徵의 表現이라는 데는 거의 異論이 없다<sup>(64)</sup>. 이제 이러한 紿付者行政의 理論이 어떠한 理由下에서 登場하여왔으며, 그것은 어떠한 意味와 內容을 가지며, 또한 現實的인 問題處理에 있어서 어떠한 限界點을 內包하고 있는가 等의 問題에 관하여 Forsthoff의 見解에 따라 檢討해보기로 한다.

Forsthoff가 提起하는 이른바 「給付者行政」이라는 問題는 新しい 行政法史의 段階, 특히 20世紀中葉以後의 行政法의 法律的 基礎構造의 變革에 由來하는 것이라 할 수 있거니와 이러한 問題意識下에서 Forsthoff가 처음으로 「給付主體로서의 行政」이라는 用語를 世上에 紹介한 것은 일직이 그가 1938年에 同名의 論文을 發表한때 부터이다<sup>(65)</sup>. 이 論文은 극히 最近인 1959年에 「給付行政의 法律問題」(Rechtsfragen der leistenden Verwaltung)이라는 小冊子 속에 復刊되었다. 다만 1938年的 論文은 나치스行政法學全盛期에 쓰여진 것이고 그 뒤 오늘에 이르기까지의 變化한 情勢를 考察하지 않을 수 없어 1938年 論文의 第1章과 第4章이 그냥 그대로 1959年的小冊子의 第2章과 第3章의 部分을 이루고 있을 뿐 第1章에는 今日의 時點에 서서 「生活配慮」라는 概念의 特質을 明白히 하고 있으며, 第4章에서는 亦是 今日의 時點에서 行政法學과 行政學의 關係를 論하고 「生活配慮」라는 概念 및 新しい 技術革新의 問題를 다루고 있다. 따라서 1959年的小冊子는 1938年的 두 論文을 가운데 끼고 全 4章으로 構成되어 있다고 할 수 있다. 이제 Forsthoff의 「給付者行政」理論을 위선 그의 1938年的 論文에 의거하여 그 大要를 概觀하기로 한다<sup>(66)</sup>.

첫째로 이른바 「生活配慮」(Daseinsvorsorge)의 概念 및 其他의 基本概念의 構成過程과 그 內容에 관하여 Forsthoff는 다음과 같이 說明하고 있다.

Forsthoff에 의하면 Otto Mayer 以後의 獨逸行政法學의 基盤은 立法國家였으며, 그 基本概念은 基本權과 行政의 法適合性의 原則에 의한 法治國의 自由의 保障에 있었다고 規定

(64) Forsthoff의 이른바 「給付主體로서 行政」이라는 概念이 Bonn 基本法의 行政法의 直接的 그리고 必然의 韌結 내지反映이나의 與否에 대해서는 問題가 없지 않으나 적어도 그것이 社會의 法治國家에 있어서의 行政의 基礎概念이라는 點에는 意見을 같이 하고 있다.例컨대 Wolf, a.a.O. S. 44, Bachof, "Begriff and Wesen des Sozialen Rechtsstaates, Besicht von E. Forsthoff u.O. Bachof, VVDstRL, 12, S. 37 ff. 그리고 우리나라 文獻으로 韓泰淵·鄭熙彩·「行政法學上卷」法文社, 1963, pp. 51-55. 等 參照.

(65) Forsthoff의 가장 代表의 著書인 「行政法教科書」(Lehrbuch des Verwaltungsrechts)에서는 第1版以後 數回의 改訂에도 不拘하고 이른바 「給付主體로서의 行政」의 概念에 關한 法理論의 깊이라든가 또 그 解釋論의 展開의 難이에 있어서 그리 滿足스러운 것이 못된다고 一般的으로 指摘되고 있다. 「總論」단인 이 「行政法教科書」에서는 主로 「公物法」의 分野를 「給付主體로서의 行政」(Verwaltung als Leistungsträger)라는 題目아래 說明하고 있으나 아마 이 概念에 關한 보다 充分한 解說은 그의 앞으로 出版될 「各論」에서나 期待할 수 있을 것이다. 그리고 Forsthoff는 1954年에 「社會國家의 憲法問題」(Verfassungsprobleme des Sozialstaats)라는 小冊子를 發表하여 戰後 西獨의 社會國家의 憲法狀況下에서의 權力과 紿付의 問題에 若干言及하고 있으나 亦是 附隨의 인 說明에 不過하다.

(66) 以下의 Forsthoff의 見解에 關한 說明은 日本의 「國家學會雜誌」第73卷·第11·12號에 실린 鹽野宏의 紹介, "フォルストホーフ「給付行政の 法律問題」"에 의거함 (pp. 848-870).

## 研究論文

하면서 그러나 「基本權은 歷史에 屬한다」(“Die Grundrechte gehören der Geschichte an”)이라는 그의 基本命題를 提示하고 있다. 그렇다고 해서 今日의 行政法學의 基本概念은 무엇이 냐에 관한 明確한 解答은 아직 없고 그 一義的 體系的解決은 그리 容易한 것이 아님을 是認하면서도 Forsthoff는 自己대로의 基本concept을 一定한 觀點下에서 明確히 하려고 試圖하고 있다. 바로 그것이 다름아닌 「生活配慮」라는 觀點에서의 理論展開라 할 수 있다.

Forsthoff에 의하면 그의 論理의 出發點은 社會生活의 現實變化이며, 自由와 財產의 保護를 主目的으로 한 종래의 行政法學에서는 이 變化를 理論的으로 把握할 수 없음을 強調한다. 이와같은 社會의 現實變化의 具體的인 例로써 그는 人口의 增加와 그 都市集中을 들고 있다<sup>(67)</sup>.

이러한 現象에서 示唆되는 것은 Forsthoff에 의하면 人間이 基本的 生活財로부터 切斷된다(Trennung des Menschen von den Lebensgütern)는 것이며, 그것은 바로 行政이 本質의 으로 다른 性格을 가지게 되었다는 것을 의미한다는 것이다. 이런 경우 Forsthoff에 의하면 「支配領域」(beherrschter Raum)과 「有效領域」(effektiver Raum)이라는 두가지 概念이 有用한 道具概念으로써 定立되게 되는바, 前者は 自己가 스스로 主人이라고 呼稱할 수 있을 程度로 高度로 個人에 歸屬되어 있는 領域을 말하며 (例, 領地, 田畠, 自宅, 作業場等), 後자는 人間生活이 前述한 支配領域을 넘어서서 實際로 行해지는 領域을 말한다. 그런데 19世紀부터 20世紀로 넘어옴에 따라 產業的, 技術的 展開는 漸次로 有效領域을 擴大하는 反面, 支配領域를 极度로 縮少시키는 過程을 엿보이고 있다는 것이다. 이와같은 有效領域擴大現象과 關聯시켜 Forsthoff는 다시금 「社會的缺乏」(soziale Bedürftigkeit)과 「相互充當」(Appropriation)이라는 第3과 第4의 概念을 定立하고 있다. 即 「社會的缺乏」이라 함은 必需品, 혹은 그 程度를 넘어서 要望되는 生活財가 自己所有物의 利用에 의해서는 獲得될 수 없고 「相互充當」의 方法에 의해서만入手될 수 있는 狀態를 말한다. 그리하여 Forsthoff는 이와같은 「相互充當」의 必要性을 滿足시키기 위하여 配慮되는 모든 諸行爲를 「生活配慮」=「生活手段의 供給」(Daseinsvorsorge)이라고 부르며 이러한 要求를 充足시킬 責任을 「生活責任」(Daseinsverantwortung)이라고 부른다.

그리하여 Forsthoff는 이러한 概念을 歷史的 發展的觀點과 關聯시켜 第一段階인 高度資本主義의 初期에 있어서는 共通의 個人的生活責任이 나타나며 第二段階인 19世紀後半에 시작되는 社會不安의 時代에는 — Weimar憲法時代에서 그例를 볼수 있는 바와 같이 一個人은 그 解決을 社會的 諸集團의 連帶責任(Solidarität)에 求하게 된다는 것이다. 그리하여 바로 「나

(67) 數字의 으로 보면 歐羅巴의 總人口는 1800年에는 1億8千萬名이었던것이 1914年에는 4億5千2百萬名이되었고, 獨逸의 人口도 19世紀初頭에는 2千5百萬名이었던것이 1910年에는 6千5百萬名이 되었다고 한다. 또 都市人口의 總人口에 대한 比率은 1871年에 36.1%이었던것이 1910年에는 約 60%가 되었다고 한다. (鹽野・前揭紹介論文, p. 844).

치즘」이 이러한 社會諸集團의 連帶責任에 의한 集團的生活의 保障을 克服하고 生活責任을 政治能力主體——黨 내지 國家——에 委任하게 되었다는 것이다. 이와 같이 個人的인 것으로부터 團體的인 것으로, 그리고 또 그러한 團體의인 것을 넘어서 政治的 生活의 保障 및 生活責任에의 移行의 「生活配慮」내지 「生活責任」觀念의 全發展過程이라고 한다<sup>(68)</sup>. 어찌튼 이런 경우 政治權力의 擔當할 機能은 Forsthoff에 의하면 (1) 賃金과 價格의 適當한 關係의 保障 (2) 需要, 生產, 去來의 指導, (3) 現代의 集團生活의 不可避한 사람들에게 生活上 必需의인 것으로 생각되는 諸給付의 提供等을 들수있는데 바로 이셋째의 것이 「生活配慮」의 内容을 이루는 것이라고 한다.

以上이 「生活配慮」 및 其他의 基本概念의 構成過程에 관한 Forsthoff의 說明의 要約이지만 그는 이러한 諸基本概念을 곧 法概念으로까지 昇華시키기에 앞서 다시금 現代社會에 있어서의 國家의 課題의 增大, 그리고 그에 따라 起起되는 國家와 個人의 關係의 緊密化에 注目하면서 나치스革命의 合法性을 辨證하는 同時に 「生活配慮」概念의<sup>(69)</sup> 政治性을 指摘하고 있다.

2. 以上과 같은 「生活配慮」의 一時的 概念을 通하여 우리들이 알 수 있는 것은 그것이 순수한 行政法의 問題라기보다 오히려 다른 領域의 法, 例컨데 經濟法, 勞動法, 社會保障法等과 密接한 關聯이 있음을 알수있고 萬若 이러한 概念이 新しい 行行政法의 基本概念이라는 경우前述한 學問的諸分科와 行行政法이 얼마나 緊密히 關聯되어 있는가를 깨닫게 되는 것이지만 보다 根本的으로는 적어도 傳統的인 行行政概念에 대한 再檢討가前提되는 것임을 알 수 있다.

一般的으로 行行政의 諸作用의 分類에 관해서는 傳統的으로 19世紀에 있어서 形成되어온 다음의 두가지範疇가 있다. 즉 그 하나는 優越的인 強制權의 行使下에서의 高權的作用(hoheitliche Handeln)이며 다른 하나는 非權力의인 經濟的作用(wirtschaftliche Betätigung)이다.<sup>(70)</sup>

이 가운데서 後者의 經濟的作用은 本來는 行行政과 經濟生活이라는 點에서 競合의으로 關與하는 營利的・國庫의인 것을 의미하였다. 따라서 그것은 종래 固有한 行行政法의 對象으로써 評價되기에에는 不適當한 作用이라 解釋되었으며 行行政作用의 正常의인 경우로써는 오히려 高權의인 行行政行為(hoheitliche Verwaltungsakt)가 適當한 것으로 理解되어 왔던 것이다.

(68) Forsthoff는 그의 著書 (1959)의 第1章에서 이러한 「生活責任」의 主體가 第2次大戰이 끝난 今日에 있어서는 다시금 政治的主體로부터 第1次의으로 社會에 還元하고 있음을 注意깊게 指摘하고 있다. (pp. 850-853).

(69) Forsthoff에 의하면 現代國家는 「生活配慮」를 그 自體의 存在理由로 하여 革命은 바로 이러한 「生活配慮」를 行할 組織을 獲得하는 것이라고 한다. Forsthoff의 이러한 의미의 革命의 合法性의 멀크말은 따라서 그 内容의 價值와는 關係없는 단순 服從機構를 掌握하는 過程的, 技術的 意味의 그것이었다. (p. 856).

(70) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7 Aufl., 1958, S. 322.

## 研究論文

이와 같은 종래의 行政機能에 있어서의 二重的構造(dualistische Schema)는 一連의 税法立法(Steuergesetzgebung)<sup>(71)</sup>에 의한 이른바 公益事業(Versorgungsbetriebe)이라고 하는 特別한 範疇의 形成과 함께 動搖되기 시작하였으나 尚今 克服된 것은 아니다. 왜냐하면 이러한 公益事業은 확실히 私的側面으로도 實施될 수 있는 經濟的企業이기도 하지만 그러나 그것은 營利目的에 奉仕하는 것이 아니라 社會的 其他의 行政的觀點에 서서 形成되는 것이기 때문이다. 行政은 經濟的 活動에 관해서는 私法的形式으로써 活動할 수 있을 뿐 아니라 行政은 다른 私的 經濟企業과 競爭하는 立場에 있는 것이기 때문에 마땅히 私的인 또는 國庫的인 觀點에서 評價되지 않으면 아니되며 우연히 그것이 公行政의 擔當者에 의하여 차지되어 있었다고 해서 行政法의 素材領域으로써 評價되어서는 아니된다는 것이 그 論據라 할 수 있다.

Forsthoff는 以上과 같이 近代的인 行政機能의 二重的構造를 說明한後 「그러나 이와 같은 觀點은 이미 事物의 現實的狀態에 相應되지 않는다」고 하면서 「이른바 國庫理論(Fiskustheorie)의 影響下에 行政은 大部分 民(私)法에 의거하여 살아왔다고들 말하지만<sup>(72)</sup> 우리들은 行政은 行動하며 그것이 「生活配慮」의 範圍內에서 活動하는 限 그 行動에 관한 特別한 判斷規範(Beurteilungsnormen)에 따르는 경우에도 역시 그것은 行政임을 免치 못한다는 것을 認識하지 않으면 아니된다」고 말하고 있다.<sup>(73)</sup>

그리하여 그는 行政의 經濟的活動樣式下에 (1) 「營利的・國庫的인 作用」(erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung)과 (2) 「公行政의 經濟的企業에 의한 生活配慮」(Daseinsvorsorge durch wirtschaftliche Unternehmungen der öffentliche Verwaltung)라는 두 範疇를 나누어 이 가운데 後者는 비록 그것이 私法의 形式으로 經營되건 公法의 形式으로 經營되건 公行政에 屬한다고 한다. 즉 여기서 말하는 經濟的企業이라함은 그것이 直接으로 個個의 國民에게 給付와 便益을 保證한다는 의미에서 「生活配慮」에 奉仕한다는 것이다.

한편 Forsthoff에 의하면 以上과 같은 經濟的諸活動外에 「生活配慮」의 또하나의 範疇는 高權的行政——만약 그것이 個個人에게 直接의 給付와 便益을 保證하는 限——이라 할 수 있다는 것이다.<sup>(74)</sup> 특히 公物法(Recht der öffentlichen Sachen)과 이른바 「利用可能한 公營造物」(nutzbaren öffentlichen Anstalten)에 關한 것이 그 代表的인 例라 할 수 있거니와 이들에 대해서는 傳統的인 行政法의 形式과는 다른 構成要素로써 이른바 「生活配慮法」(Recht der

(71) 그 最初의 것은 1925年 10月 10日의 法人稅法(Körperschaftsteuergesetz)의 第2節과 第7節을 들 수 있다. Forsthoff a.a.O. S. 322, 註 3.

(72) Forsthoff는 誌에서 그 代表의 例로써 E. Kaufmann의 Art, Verwaltung, Verwaltungsrecht in Stengel-Fleischmanns WBSTVR Bd. 3, 2 Aufl. 1914, S. 688 ff를 들고 있다.

(73) Forsthoff, a.a.O. S. 323.

(74) 따라서 Forsthoff에 의하면 널리 「生活配慮行政」이라 할 경우, 그 속에는 (1)「行政의 經濟作用方式」과 (2)「高權的行政」이 있게 되고, 前者は 다시 (i)「營利的, 國庫的作用」과 「公行政의 經濟的企業에 의한 生活配慮」로 나누어 짐을 알 수 있다.

## 새로운 行政法의 課題 Ⅱ

Daseinsvorsorge)라고하는 새로운 關聯 속에서 問題가 提起되지 않으면 아니 된다고 한다.<sup>(75)</sup>

要컨데 Forsthoff에 의하면 現代國家가 給付者로써 活動하는 경우 國家가 全히 國庫的 見地에서 私經濟的으로 行動하는 경우를 除하고 거기에 있어서의 公法的 要素(öffentliche rechtliches Element)를 指摘함으로써 個人의 國家에 대해서 가지는 基本的關係를 情勢에 對應시켜 새로이 規定하는데 이 「生活配慮」라는 概念은 도움이 된다는 것이다. Forsthoff가 말하는 이 基本的 關係라는 것은 干涉行政(Eingriffsverwaltung)의 領域에서는 「自由關係」이고 給付行政(leistende Verwaltung)의 領域에서는 「配分關係」인바 이 「配分關係」에다가 公法上의 保護를 주는 것이 바로 「生活配慮」라는 것이다.<sup>(76)</sup> 그리고 이와 같은 保護를 實質히 한다는 것은 給付行政이 그 法的活動面에 있어서 公法, 私法 그 어느 쪽의 法形式도 取할 수 있기 때문에 오히려 必然的으로 要請되는 것이라 한다. 다시 말하자면 給付關係를 適切히 形成하기 위한 典型的인 法形式이 存在하지 않기 때문에 給付關係의 內部에 있어서 그 公的要素를 規定하기 위한 實質的標識가 必要하게 되고 이와 같이 하여 알게된 公的要素가 具體的인 경우에 그 法律關係의 形式(즉 公法이거나 私法이거나의)如何에 불구하고 公權, 특히 基本權의 保護機能을 論爲하는 可能性을 提供하게 된다는 것이다. 따라서 「生活配慮」라는 概念은 國家의 給付行政을 모조리 公法의 領域에 包含시켜 버린다거나 또는 私法的給付를 公法的으로 解釋해야 된다는 것을 의미하는 것이 아니라 다만 「生活配慮」가 어떤 法的意味를 가지는 以上 國家가 비록 私法的形式에 의하여 給付를 執行하는 경우에도 거기에는 公法的要素가 存在함을 認識하고 그것을 確定함을 要할 뜻이라고 한다.<sup>(77)</sup>

3. 여기서 우리들은 暫時 角度를 달리하여 Forsthoff가 行政學과 行政法學의 關聯을 어떻게 理解하고 있는가를 살펴보기로 한다. Forsthoff는 앞서 指摘된 바 있는 1959年的小冊子의 第4章에서 「行政學의 要求와 課題」<sup>(78)</sup>라는 領域 아래 第2次大戰後 今日에 있어서의 行政學의 課題를 考察하고 있거니와 Forsthoff에 의하면 現代行政의 本質은 法治國家行政이 출기차게 排除하여온 이른바 福祉行政(Wohlfahrtspflege)이며; 그것은 法治國 내지 法律에 의하여 認定된 “自由保障”을 理念으로하는 行政法의 體系와는 一致하지 않는 것이며, 이와 같은 不一致(inkongruenz)는 現代行政이 法治國行政法體系의 法形式으로부터 떨어진 곳에 脫出해 있음을 의미한다는 것이다.

그것은 때로는 私法의 形式으로도 나타나고, 또 때로는 特許企業의 경우처럼 用語는 옛날

(75) Forsthoff, a.a.O. SS. 323-333.

(76) 여기서 干涉行政이라 함은 물론 高權的作用의 경우를 의미하고 給付行政이란 經濟的企業作用을 의미하는 것겠지만前述한바와 같이 (註 74) 高權的作用에도 給付行政에 該當하는 것이 있음을 注意할 필요가 있다.

(77) 그러나 여기서 말하는 公法的要素의 確定이 具體的解釋問題로서 어떤 形態로 나타나고 있는가에 관해서는 Forsthoff自身 아무런 言及이 없다. (鹽野, 前揭紹介論文, pp. 850-851).

(78) 이 第4章의 部分은 Forsthoff가 1958年 10月 國際行政科學協會 獨逸部會에서 行한 報告이라 고 함.

## 研究論文

과 마찬가지 이지만 그 내용에 있어서 적지 않은變化를 가져온 諸概念같은데서 찾아 볼 수 있다. 오늘날 行政法의 限界確定은 甚히 困難하게 되었으며, 現代行政의 가장 重要한 領域에서 國法과 行政法의 混合狀態가 새롭게 나타나고 있다. 바로 이와 같은 現代的狀況이 이른바 干涉行政과 紿付行政의 統一的 體系確立을 至難케 하며 必然的으로 行政法學과 行政學이 相互 關聯을 가지지 않을 수 없는 契機를 提供한다는 것이다.

왜냐하면 現代行政에서와 같이 그 體系確立이 至難한 狀況下에 있어서는 行政法은 적어도 그러한 體系에 代身할 만한 韻導的인 基本概念을 가지지 않는 限, 行政法은 相互間 關聯없는 斷片的인 것의 總和로 墮落해버리기 때문이다. 그리하여 바로 이려한 韵導的인 基本concept의 一例가 다름아닌 「生活配慮」의 concept이라고 하면서 Forsthoff는 이려한 「生活配慮」concept의 바탕을 이루는 것은 行政의 現實的位置와 課題의 分析이라고 한다. 그리고 이와 같은 分析 즉 物事의 現實 그 自體를 對象으로 한다는 것은 行政法學의 基本 concept이 아니라, 行政學의 基本 concept이라고 한다.<sup>(79)</sup>

따라서 Forsthoff에 의하면 行政學의 本質的課題는 行政法에 補助的으로 作用함으로써 現存하는 法原則을 改造하고 혹은 새로운 法原則을 낳게 하기에 適合한 現實의 狀態(Wirklichkeitsbefunde)를 提示하는데 있다. 그리하여 Forsthoff는 行政法學의 立場에서 行政學은 法外的手段을 가지고 現實의 行政狀態를 明白히 하고, 또 그렇게 함으로써 法의手段이 되어 法律家의 課題에 利用되어야 하며, 이려한 事情은 現代技術의 發展에 따라 더욱 그 緊急性이 要請되어 이와 같은 의미의 行政學은 行政法學과는 아무런 緊張關係에 놓여있는 것이 아니라 오히려 行政法을 한층 더 發展시키기 위한 必然的, 正統的手段이라고 主張하면서 따라서 「나는 行政學을 어떠한 의미에 있어서든간에 獨立된 科學이라 부르지 않을 것이다. 行政學은 오히려 行政法學의 課題를 今日의 時代에 適合시키기 위한 必然的補足物(Engänzung)이라」고 結論을 내리고 있다.<sup>(80)</sup>

생각컨대 위와같은 Forsthoff의 見解는 확실히 現代行政의 本質을 정확히 把握하고 行政法學과 行政學의 學問的 關係의 重要性을 強調한 點, 充分히 評價받을 見解임에 틀림없으나 그自身도 指摘하고 있는바와 같이 그것은 어디까지나 行政法學의 立場에서의 見解였고 現代行政法理論의 當面課題라는 問題意識下에서의 理論展開였음을 주의할 필요가 있다.

4. 以上的 說明을 整理하여보면 결국 Forsthoff가 말하는 「生活配慮」의 concept은 다음과 같은데까지 意味로 要約할 수 있을 것이다. 즉 첫째로 그것은 法外的手段에 의하여 認識된 經驗的・事實的 concept이며, 둘째로 그것은 그 機能面에 있어서는 現代社會에서의 人間生活에 生活上의 諸手段의 配分을 保障하여야 함을 의미하고 셋째로 그것이 法概念으로써의 意味를 가

(79) 鹽野, 前揭紹介論文, p. 861.

(80) ibid., p. 862. Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 63.

지는 경우에는 主로 公行政의 私法的活動에 대한 規整原理로써의 機能을 가지며 뒷째로 그 内容面에 있어서는 行政에 의하여 사람들이 一般人 내지 客觀的基準에 의하여 定하여진, 「사람들에게 有用한 給付를 享受하도록하기 위해서 行해져야 하는 것을 의미한다는 것이다.<sup>(81)</sup>

그러면 以上과 같은 Forsthoff의 給付者行政 내지 生活配慮行政은 社會的法治國家에 있어서 어떠한 理論的 내지는 現實的인 限界를 지니며 獨逸行政法理論에서의 學說史的 意義는 어떠한 것이라 할 수 있을 것인가?

Huber에 의하면 社會的 法治國家의 本質은 「形式의」 法治國家性의 範圍內에서의 實質的 法治國家의 價值原理로써의 社會的 正當性(sozialen Gerechtigkeit)의 實現을 期하는 社會的統合<sup>(82)</sup>에 있다고 하며 Ipsen에 의하면 社會的法治國家性이라함은 「公的統治行政의 擔當者 내지 機關이 「社會的秩序의 形式에서 準備와 責任, 課題와 權限」을 가짐을 의미한다고 한다.<sup>(83)</sup> 보다 더 이것을 生活配慮行政의 課題와 關聯시켜 社會的 法治國家性을 理解하자면 그것은 公行政이 「社會的窮乏을 他方으로 돌리고 各人の 生活上の 需要를 充足시키도록 配慮하는」 「給付擔當者」(Leistungsträger)가 되는 것을 의미하며 「그것은 經濟的弱者를 保護하고 社會의 給付를 分配하는 것이며, 經濟를 危險防止를 위해서만이 아니라, 오히려 그 國民經濟의 人給付能力의 培養을 위해 配慮하고 階級 내지 集團의 利害對立을 調節하도록 努力하는 것」을 그 具體的인 機能 내지 課題分析으로 하는 國家를 의미한다고 할 것이다.<sup>(84)</sup> 그러나 이러한 社會的 法治國家는 이른바 「福祉國家」(Wohlfahrtsstaat) 내지 社會主義의 扶養國家(Versorgungsstaat)의 概念과는 區別하여야 할 것이다. Wolf에 의하면 社會的 法治國家는 아직 福祉國家의 段階까지는 이르지 못하고 있다고 한다.<sup>(85)</sup> 즉 法治國家와 區別되는 福祉國家라는 것은 生活上의 重要한 利害의 充足을 단순히 可能하게 할 뿐 아니라 오히려 그것 自體를 積極的 且 直接的으로 追求하는 國家이기 때문에<sup>(86)</sup> 社會的 法治國家는 아무리 그것이 社會國家性 내지 그것을 特徵지우는 給付者行政・生活配慮行政을 가진다하더라도 그 程度까지에는 到達하지 못한다고 한다.<sup>(87)</sup> 어찌튼 西獨에 있어서는 積極的인 利益育成을 위한 獨占

(81) 鹽野, 前揭論文, p. 863.

(82) R. Huber, Die öffentliche Verwaltung, 1956, SS. 200-4.

(83) H.P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDstRL, H. 10. S. 74.

(84) Wolf, a.a.O. S. 44.

(85) Wolf, a.a.O. SS. 44-45.

(86) Wolf는 福祉國家의 例를 警察國家에 比喻하여 警察國家가 그 臣民의 經濟的・道徳的・내지 宗教的幸福을 直接的・내지 間接的強制手段으로써 配慮하는 경우와 같고, 또한 計劃經濟의 扶養國家에서 모든 혹은 重要한 經濟財貨의 生產과 分配를 自己經營의 形式으로 營為하고, 勞動力を 投下하고, 消費量을 指導하고, 生計의 給付의 體系를樹立함으로써 共同體의 成員으로부터 自由를 剝奪하여 結果的으로는 自己決定이라는 生活의 多樣性代身에 不可避의 으로 獨裁者에 의한 統一性이 定立되는 例에다 比喻하고 있다. Wolf, a.a.O. S. 44.

(87) 例컨대 西獨에 있어서의 給付行政의 限度를 나타내는 若干의 統計를 Wolf는 다음과 같이 들고 있다. 즉 西獨에서는 그 社會生產物의 約 29% 혹은 國民收入의 38% (1958年)만이 公的인 손에 의하여 이루어지고 있다. (1910年에는 그것을 社會生產物의 10%에 不過했다고 함). Wolf, a.a.O. S. 45.

## 研究論文

의 내지는 強制的性格을 가지는 制度는 아직까지도例外的인례 不過하지 福祉國家의 경우처럼 憲法上의 主要原則(verfassungsrechtlich Leitprinzipien)이 되어있지 않음을 주의할 필요가 있다는 것이다.

따라서 Forsthoff가 말하는 紙付者行政내지 生活配慮行政의 現實的 限界도 이와 같이 公行政者(öffentliche Verwaltung)가 스스로 積極的으로 經濟的 文化的價值를 生產하는 것이 아니라 단지 經濟·文化等에 대하여 「適當한 發展의 諸可能性」(Möglichkeiten angemessener Entfaltung)을 保障하는데 그치는데 있음을 理解하여야 할것이다.

다음으로 Forsthoff가 提示하는 紙付者行政 내지 生活配慮行政이 獨逸行政法理論에 있어서의 學說史의 어려운 意義를 가지는가에 대하여는 問題가 적지않으나 여기서 우선 다음과 같이 일단 要約할 수 있을 것이다. 즉 그것은 Otto Mayer, Fleiner, W. Jellinek 등과 같은 正統的 行政法學에 있어서의 行政作用의 二元的對立——高權的行政과 國庫的行政——을 否定 내지 새로이 止揚하였다는 點을 들수있다.<sup>(88)</sup> Otto Mayer를 비롯한 종래의 行政法學者들 역시 第1次大戰을 前後한 國家機能의 增大에 따르는 行政의 現實의 變革을 全혀 認識하지 못했던 것은 아니었다.<sup>(89)</sup> 다만 이들 舊行政法學이 行政의 이러한 現實을 行政法理論에 組立시키지 못한데 反하여 Forsthoff는 처음으로 이를바 「生活配慮」라는 새로운 道具概念을 活用하여 行政을 그 法形式如何와는 관계없이 그 現實的機能 그 自體로써 把握하고 그것을 法解釋學의 前提가 되겠금 한데 그 意義가 있다고 할것이다.<sup>(90)</sup>

이와 같이 Otto Mayer 以後의 行政法學이 그 概念構成에 있어서 먼저 法內在的素材로부터 出發한데 대하여 Forsthoff는 처음으로 그 테두리에서 意識的으로 벗어나 「生活配慮」라고 하는 法外的概念으로부터 出發하였다는 點은 獨逸行政法學史上 重要한 意義를 가지는 것이라 할 수 있다.

또한 Forsthoff의 이와 같은 行政의 現實的把握은 Otto Mayer의 公行政의 公權力의把握과는 달리 公行政의 擴大現象을 私人的 生活에 密着된 私人的 生活 그 自體로써 保障하는 狀

(88) 行政作用의 二元的對立論에 關한 批判 内지 最近의 理論的動向에 관해서는 拙稿 “公法上의 契約의 問題點”『考試界』1964年1月號, pp. 71-74 參照,

(89) Otto Mayer自身, 國家機能増大를 意識했으며 具體的으로는 公行政의 私法의活動의 增大라고하는 實定法의素材를 認識하고 있음에도 不拘하고 公行政을 一元的, 公權力的으로만 把握하려고 한 그의 方法論의 技術的限界性으로 말미암아 國家活動의 새로운 領域에 관한 法理論의檢討는 이룩하지 못하였다. 이러한 傾向은 그후 Fleiner나 W. Jellinek의 경우에도 共通의으로 엿볼수 있다. 그리하여 現實에 對한 理論의接近은 대개 經濟學的인 그것에 依存하였으며 法解釋學에 까지 昇華되지 못하였다. 鹽野宏:「オットー・マイヤー行政法學の構造」(1963), pp. 313-314.

(90) Otto Mayer 以後, 그의 「公·私法二元論」의 論理를批判하면서, 그동안 法의 一般原理를 追及하거나, 公法規定의 欠缺에 대해서는 私法規定의 類推適用을 認定하거나, 公私法混合關係을 肯定하거나, 혹은 國家活動의 擴大化가 오히려 私法的形式의 增大에 의한 것임을 認識하는 等 새로운 事態를 收拾하려고 여러 學者들이 努力하였으나 모두 問題의 根本的解決에 이르지 못한 이를바 對症療法의인 것이었다고 할 수 있다. (鹽野, 前揭紹介論文, p. 865).

況으로써 考察하려는 態度라 할 수 있기 때문에 이와 같은 認識이 더욱 나아가서 이른바 社會的 法治國觀念에 있어서의 最大公約數로써의 個人的 社會的生活의 保障이라는 價值觀念과結合될 때 여기에 새로운 創造가 이루어질 可能性이 있게 된다. 다만 그러나 Forsthoff의 이른바 「生活配慮」라는 概念은 원래 以上과 같은 의미의 價值的 性格을 具有하는 特定한 이데오로기와의 關聯下에 定立된 것이 아니였음을 주의할 필요가 있다. 왜냐하면 Forsthoff의 當初의 그리고 그 基本的 關心事는 現代社會 내지 國家에 있어서의 人口의 增大, 人口의 都市集中化, 技術의 發達로 말미암은 이른바 「社會的缺乏」이라는 多分히 沒價値的 性格은 非이데오로기의 關心事에 있었으며 「生活配慮」라는 概念構成의 基礎도 바로 그러한데 있었던 것이다. 이와 같이 Forsthoff가 그 概念構成의 基礎를 막바로 「公益」이니 「正義」이니 하는 抽象的 法概念에 까지 昇華시키지 아니하였기 때문에 나치스行政法學의 最盛期에 誕生한 概念임에도 不拘하고 第2次大戰後의 現在에 있어서도 行政法의 基礎概念의 하나로써의 地位를 占할 수 있게 된 커다란 理由가운데 하나라고 볼 수 있을 것이다.<sup>(91)</sup>

그러나 이와 같은 論理는 全て 反對方向으로 利用될 可能性도 充分히 内包하고 있음을 看過하여서는 아니될 것이다. 왜냐하면 일직이 Forsthoff는 그의 「生活配慮」概念의 優勝性을 主張하는 나머지 이미 自由主義的 基本權은 克服된 歷史에 속한다고 말한적이 있지만 「生活配慮」概念의 定立에 있어서 基礎的事實이라 할 수 있는 個人的 國家에의 依存性을 지나치게 強調하는 나머지 그것이 國家에 의한 自己의 權力의支配의 道具가 될 可能性을 의례히 지니고 있기 마련이기 때문이다. 따라서 Forsthoff의 이른바 「生活配慮」concept을 中心으로 한 앞으로의 最大的 課題는 이 概念과 基本權과의 關係를 어떻게 密接하게 結合하도록 保障하여야 할것인가의 問題라 할 수 있을 것이다.

### 三, 結論

現代國家에 있어서의 行政機能의 增大——특히 社會秩序에 대한 行政의 形成的 機能의 增大——라는 事實은 現代行政法學에 있어서는 이미 아무런 疑惑도 있을 수 없는 與件으로서 握把握되며 또한 그것이 종래의 行政法 및 行政法學에 어떤 變革을 不可避하게 하고 있음을 當然한 일이라고 하여도 잘못이 아닐 것이다. 그러나 이러한 現實을 學問의으로 어떻게 握把握하여야 할 것인가에 관한 法理論的基礎의 展開는 現在 우리 나라의 行政法學에 있어서 아직 問題視되고 있는 것 같지 않다. 이러한 狀況은 물론 對象인 法現象이 极히 多岐의이기 때문에 그것을 法理論的으로 統一하여 握把握하기란 實際問題로써 과연 可能할 것인가 그리고 그것이 어떠한 實益을 가지는가를 確定하기란 极히 困難하다는 點에도 그 原因의 一端이 있을 것이다. 또한 종래 支配=權力關係로서 獨逸行政法學의 學問的成果를 바탕으로하여 構築되

(91) 鹽野, 前揭紹介論文, p. 867.

## 研究論文

어 온 法律關係 그 自體에 대하여 새로운 自由民主主義의 憲法의 精神을 基礎로하는 強한 疑問이 던져져 學界의 關心이 主로 그러한 民主的理論摸索의 方面에 集中되고 있기 때문인지도 모른다. 以上과 같은 事情에는 각各 充分한 理由내지 原因이 있겠으나 어쨌든 現代에 있어서의 行政機能의 增大는 그것을 다만 實感으로써 받아들이는 것만으로는 充分치 못하여 行政機能擴大라는 狀況下에서 이러한 問題의 究明은 現代韓國行政法學의 重要課題中의 하나라 할 수 있다.

물론 行政機能의 增大라는 傾向은 비단 우리나라에서만 認定되는 現象이 아니라 現代諸國家에서의 共通的인 傾向이다. 특히 바로 이러한 行政機能의 增大라는 것이 英美法系諸國에 行政法 및 行政法學을 새로이 成立케 한 根本動因이 였음은 周知의 事實이며, 또한 이른바 公役務(service publique)理論을 主柱로하여 自律的 行政法의 體系를 자랑하던 佛蘭西에서도 그 體系의 再檢討가 論議되고 있는 것과도 그 傾向을 같이한다.

우리들은 本稿에서 戰後 西獨行政法에 있어서의 이러한 行政機能擴大라는 現代的 狀況에 대한 그들의 問題點을 概觀한바 있다. 이러한 概觀을 通하여 우리들이 알수 있는 것은 Nass, Peters, Forsthoff, 그리고 其他 많은 戰後 行政法學들의 見解가 제마다 많은 未解決의 論點이라든가 理論的으로 徹底하지 못한 點을 內包하고 있으면서도 傳統的行政法 내지 行政法學의 오늘에 있어서의 理論的限界를 直視하고 적어도 종래의 것과는 다른 새로운 視角에서 問題가 다루어지지 않으면 아니된다는 點에 그 見解를 같이하고 있음을 알 수 있다. 그리하여 行政의 現實的 把握, 行政法體系의 行政科學的 視角에서의 再檢討, 그리고 社會的 法治國理念을 背景으로한 이른바 紿付行政 내지 生活配慮行政概念의 確立等의 諸問題가 비록 오늘날 西獨行政法에 있어서의 새로운 中心課題가 되어있기는 하지만 물론 이와 같은 諸問題는 결코 西獨行政法에만 限定되는 性質의 것은 아니며 우리나라 行政法을 包含해서 現代行政法一般이 當面하고 있는 課題이라 하여도 잘못이 아닐것이다. 本稿에서 檢討한 여러 學者들의 見解가 비록 以上과 같은 現代行政法의 當面한 새로운 問題 내지 그것이 指向할 方向을 提示한데 不過하고 그에 관한 그들대로의 어떤 理論的 成果에 관해서는 全혀 言及한바가 없지만 아마 그러한 問題는 그들과 함께 그들을 이어받을 우리들 내지 우리들 以後의 研究와 業蹟에 달리어 있다고 보는것이 옳지 않을까 생각한다. 끝으로 한가지 指摘하고 싶은것은 序論에서도 強調한바 있거니와 우리나라 行政法이 指向할 方向 내지 課題가 결코 本稿에서 主로 다루어진 行政機能擴大라는 側面에서만의 그것이 아니라, 行政機能의 民主化라는 側面에서의 法治行政에 관한 여러가지 問題點이 또하나의 方向 내지 課題로써 充分히 다루어지지 않으면 아니된다는 點이다. 이러한 의미에서 戰後獨逸行政法에서의 最近의 問題가 Bonn 基本法의 性格——「社會的 法治國家性」——에 重大한 關心을 기울이면서 비록 論者에 따라 程度

## 새로운 行政法의 課題 Ⅱ

의 差는 있지만 積極的으로 行政法의 理論構成의 方向을 憲法에의 關聯 냠지 密着에다 求하고, 그 基本的問題를 한편에 있어서는 憲法의 「社會國家性」에 對應하는 「給付行政」에로 그리고 다른 한편으로는 憲法의 「法治國家性」에 對應하는 司法國家的의 「行政裁判」에로 集約시키고자 하는 傾向이 있음은 우리에게 示唆하는바가 적지 않으나 이에 관해서는 새로운 行政法의 또 하나의 課題로서 다른 機會에 研究檢討 하기로 하고 여기서 本稿를 끝 맺기로 한다.

(끝)