

〈논 문〉

## 法治主義의 現代的 展開와 轉換期 行政法學의 課題\*

徐 元 宇\*\*

### I. 처음에

近代立憲主義의 이념적 기초가 되는 法治主義의 전통적인 원리는 개인의 기본권을 보장하기 위하여 국민의 대표기관인 議會에서 제정된 法律로 행정을 통제함으로써 그 恣意를 막으려는 데에 근본 취지가 있었다. 이것은 실질적으로 본다면, 행정을 될 수 있는 대로 국민의 대표기관인 의회의 통제 아래 매어 두려는 데 있었다고 할 수 있다. 이러한 관념 아래에서는 행정권의 발동은 필요한 최소한도에 그쳐야 하고, 행정권에 대하여 그러한 통제를 가하는 것이 곧 법률이 수행할 주된 역할이 되는 것이었다. 이와 같이 볼 때, 법치주의 아래에서의 법과 행정과의 관계는 法律에 대한 行政의 從屬性을 나타내는 것으로 파악될 수 있는 것이며, 따라서 법률로부터 벗어난 행정은 원칙적으로 용납될 수 없는 것이 된다.

그리하여 전통적인 행정법의 기본원리는 다름아닌 이상과 같은 의미의 법치주의에 의한 행정의 지배원리를 의미하였음은 주지하는 바와 같고, 또한 전통적인 행정법학의 내용이란 다름아닌 이상과 같은 의미의 법치주의에 입각한 행정법제와 그에 관한 이론의 체계적 연구라 할 수 있었다. 또한 그 실천적인 목적은 행정권의 자의로부터의 국민의 법적인 권리·이익의 司法的 保護에 있었다고 할 수 있었다.

다만, 이상과 같은 의미의 법치주의의 내용은 근대국가에서 현대국가로의 역사적 전환과 더불어 그것이 주된 적용대상으로 삼았던 행정의 양적 확대와 질적 변화에 따라 그 양상을 달리하게 되었고, 그것이 당면하는 실천적 과제도 불가피하게 달라지지 않을 수 없게 되었다. 그리고 그것은 동시에 행정법제와 이론에 대한 연구대상과 그 방법론에 있어서도 괄목할 만한 변화를 가져왔고, 이른바 근대행정법학의 연장선에 새로운 현대행정법학의 전개와 발전을 맞이하게 되었다. 그리하여 본인의 지난 40년간의 행정법학에 관한 학문적인 歷程은 단적으로 말하여 근대행정법학에

\* 이 글은 1996년 9월 23일 서울대학교 법과대학에서 행한 필자의 停年退任記念講演의 原稿이다.

\*\* 서울大學校 法科大學 名譽教授

서 현대행정법학으로의 전환기에 속해 있었다고 해도 과언은 아니었다. 이제 停年이라고 하는 學問歷程에서의 하나의 매듭을 지으면서 이제까지 본인이 연구에 종사해 온 행정법학이 오늘날 어떻게 달라지고 있으며, 또한 앞으로 어떻게 달라져야 할 것인가를 행정법의 기본원리인 「法治主義의 現代的 展開」라고 하는 표제 아래 개관해 봄으로써 한국행정법학의 과제에 관한 본인 나름의 평가를 시도해 보기로 한다.

## II. 法治主義와 法の 支配

1. 법치주의를 주제로 하는 경우, 관심사가 되는 것 가운데 하나가 英美法系에서의 법의 지배와 大陸法系에서의 법치주의가 어떻게 다른가 하는 점이다. 한 때 「법의 지배에 비하여 법치주의가 열등한 원리이다」고 하는 비판도 없지 아니하였으며, 행정법의 기본원리를 논하는 데 있어 법치주의 대신 법의 지배라고 하는 관념이 유명한 A. V. Dicey의 이른바 Rule of Law의 세 가지 원리와 함께 널리 소개되던 때도 있었다. 그러나 제2차대전 후의 法治主義의 實質化的 결과로써 양자의 차이는 현저히 축소되고 있는 듯이 생각된다.<sup>(1)</sup> 특히 종래 논쟁거리로 되어 있었던 양자의 상위점, 예컨대 人權保障·違憲立法審査·市民參加·行政의 事前節次 등이 대륙법계의 법치국 아래에서도 실현되고, 또한 成文法主義 하에 성립된 法治國에 있어서도 방대한 양의 判例에 의한 法形成이 행해지고 있는 것이다.

따라서 앞으로는 보다 구체적인 차원에 있어서의 양자의 비교가 필요하게 될 것이다. 예컨대 行政에 의한 公共性的 實現에 대한 사회의 기대의 크기라든지, 사회시스템 속에서 행정부문이 차지하는 비중이라든지, 법치국실현을 위한 코스트를 어느 정도까지 용납하고 있는 법시스템인가 등과 같은 다양한 관점에서의 비교가 대단히 중요하게 된다는 것이다.

2. 법치주의가 법의 지배와 對極的인 것이 아니라는 것을 나타내는 한 가지 예로서 법치국원칙의 중심을 이루는 이른바 「法律의 留保原則」, 특히 오늘날 독일의 통설·판례이고, 우리나라 행정법학에서도 점차 유력하게 받아들여지고 있는 이른바 本質性理論(die Wesentlichkeitstheorie)을 들 수 있을 것이다. 이 이론은 1970년대에 獨逸聯邦憲法裁判所가 형성한 판례이론이며, 「법치국원칙과 민주주의원칙상, 입법자는 본질적 결정을 스스로 내릴 것이며, 행정에게 맡겨서는 안되도록 의무지워

(1) 李尙圭 著, 新行政法論(上), 法文社, 1994, 19면.

진다」고 하는 내용의 것이다.<sup>(2)</sup> 이 이론의 전개는 일반적으로 독일법 고유의 발전으로 설명·이해되고 있으나, 거기에는 한 때의 美國法, 특히 이른바 「委任禁止原則(non-delegation doctrine)」<sup>(3)</sup>과 매우 유사한 공통적인 시각이 깃들어 있음을 알 수 있다.

독일의 본 基本法에는 유명한 조문의 하나로 제80조 1항 2문이 있다. 이것은 우리 헌법 제75조가 참고로 한 바 있는 委任立法의 限界를 규정한 것으로 「주어진 권한의 內容(Inhalt), 目的(Zweck) 및 範圍(Ausmaß)는 법률에 규율되지 않으면 아니된다」고 규정함으로써 授權要件의 限界를 마련하여 시민에게는 예측가능성을 보장하며, 행정활동에게는 법의 구속을 가하며, 또한 司法에게는 違法審査의 準則을 제공한 것이라 할 수 있다. 그러나 이 조문의 해석은 1960년대에 와서 변화하고 있으며, 민주주의의 시각, 특히 의회의 중요사항규율책무의 강조가 이 조문과 관련하여 논해지게 되었다. 그런데 이러한 변화에 하나의 중요한 공헌을 한 문헌으로서 1961년에 출판된 H. Ehmke의 Wirtschaft und Verfassung(經濟와 憲法)이라고 하는 미국법연구를 들 수 있다. 이 책 속에는 본질성이론의 原型이라고도 할 수 있는 생각이 명확하게 나타나 있으며, 이와 관련하여 낡은 것이기는 하나, 마살판사시대의 美國大法院의 判例(Wayman v. Southard, 10 Wheat I; 6 L.ed. 253(1825), p. 263) —— 「입법자 자신에 의해 오로지 규율되지 않으면 아니될 중요한 사항과 그를 위해 일반규정이 마련되는 중요성을 거의 가지지 아니하는 사항 및 이러한 일반규정 아래서 상세한 것을 매꾸지 않으면 아니될 자에게 주어지는 권한과의 사이에는 경계가 정확하게 그어지지 않으면 아니된다」 ——가 참조되어 있다.<sup>(4)</sup> Ehmke가 미국법에서 배운 중요한 구상은 다음과 같은 것이었다. 즉 「입법자는 공공을 위해 중요한 결정을 내리지 않으면 아니되며, 다른 한편으로, 거의 중요성을 가지지 아니하는 문제의 규율은 법원 내지 행정에게 맡길 수 있다」고 하는 명제와 「채용될 어질 정책을 최종적으로 선택하는 권한은 입법권의 핵심이며 眞髓이다」고 하는 생각이었다. 이러한 생각은 같은 Freiburg대학의 동료이고, 함께 Smend-Schule에 속하는 K. Hesse에게 영향을 주었고, 그 뒤 Hesse는 연방헌법재판소에 들어가 판례를 지도하고, 1970년대의 본질성이론으로 이어지게 된 것이다.

- 
- (2) 拙稿, 法律의 留保理論의 새로운 動向—本質性理論을 中心으로—, 考試研究 1985. 7~9.  
 (3) 拙著, 現代行政法論(上), 博英社, 1979, 339면; 拙稿, 委任立法論의 最近動向, 行政論叢 제13권 1호(1975), 98-102면 참조.  
 (4) Ehmke에 의하면, 「이 판결에서 중요한 점은 의회가 스스로 행사하지 않으면 아니될 권한과 의회가 행사할 수 있는 권한을 구분하였던 점, 그리고 중요한 문제와 거의 중요성을 가지지 아니한 문제와의 사이에 한계선이 그어져야 한다는 점」이라고 한다(S. 529).

이러한 문제와 관련되는 것으로는 영미법과 Smend-Schule와의 관계에 관한 것이다. 주지하는 바와 같이, C. Schmitt에 의하면, 民主主義와 法治主義는 대립하는 개념으로 파악되었는데<sup>(5)</sup> 대하여 Smend-Schule에 의하면 양자의 통합이 논해진 바 있다. 이 때문에 후자에 속하는 Ehmke, Hesse 등은 법치국원칙에 민주주의원칙을 결합시켜 해석한다고 하는 시각을 비교적 쉽사리 영미법으로부터 섭취할 수 있었던 것으로 생각된다. 본인이 80년대에 와서 Smend이론에 커다란 매력을 느끼게 된 것도<sup>(6)</sup> 다분히 본인의 영미법적인 배경 내지는 動態科學으로서의 行政學的인 背景으로 인한 것이 아니었나 생각하게 된다.

3. 오늘날의 법률의 유보학설은 두 가지 요소에 의해 구성되어 있다. 하나는 기본권에 대한 침해를 의회에 의한 同意에 유보케 한다고 하는 法治國(自由主義)의 要素이며, 다른 하나는 의회에 기본적인 지도기능을 기대하는 民主主義的 要素이다.

그리하여 종래의 지배적 학설이었던 침해유보설에 의한 침해는 위 두 가지 요소 가운데 법치국적 요소 속에 모두 포함된 것이었기 때문에 본질성이론은 말하자면 침해유보설의 대상확대라고도 평가할 수 있다.

그런데 본질성이론에 대해서는 그 기준인 本質性이라는 개념이 불명확하다는 비판이 행해지고 있음은 주지하는 바와 같다. 그러나 기본권보호라는 것을 전제로 하여 침해유보의 대상영역을 확대하는 셈이므로 우선 법치국적 요소의 부분만은 기준으로서 비교적 명확하다고 할 수 있다. 따라서 법치국가적 요소의 대상확대라고 하는 점에서는 독일이나 우리 학계에서도 별로 異論이 없다(다만, 補助金行政의 경우에는 견해가 갈라져 있으며,<sup>(7)</sup> 우리나라의 일부학자에 의해 주장되고 있는 權力行政留保說도 독일에서는 기본법 제20조 3항이 「행정은 법과 법률에 구속된다」고 규정하고 있으므로 법률유보가 행정의 행위형식과의 관계는 우리나라에서처럼 그렇게 중요한 관심사가 될 수 없다).

따라서 기준의 불명확성이라고 하는 동이론에 대한 비판이 야기되고 있는 것은 민주주의적 요소의 부분이라 생각되며, 이 부분은 예컨대 행정의 민주적 정당성이라는 시각에서 따로 분리시켜 생각하는 것이 좋을런지 모른다.

그리고 본질성이론은 법률유보의 대상확대 이외에 授權을 함에 있어서의 規律의 密度의 문제도 함께 그 고찰의 대상으로 하는 것이기 때문에, 수권규정이 현저히

(5) 拙稿, 社會國家原理와 公法理論의 새로운 傾向, 法律學의 諸問題(徐燉珏博士華甲記念論文集), 1980.

(6) 拙稿, Smend의 理論과 現代公法學, 法哲學과 刑法(黃山德博士華甲記念論文集), 1979, 479-506면 참조.

(7) 拙稿, 資金助成行政의 問題點, 司法行政 1965. 7~9.

불명확한 사례의 개선을 도모하는 데 있어서도 커다란 참고가 된다. 그리고 침해유보의 범위를 확장하여 예컨대 비권력적인 급부행정의 영역에서도 법률의 근거가 요청되는 경우에는 법원이 내리는 사법판단도 종래와 같이 일반적 무효라고 하는 식의 판단만으로는 부족하고, 마치 헌법재판에 있어서의 違憲警告判斷과 같은 限定合憲判斷 등, 다양화·탄력화하지 않으면 안된다는 것도 본질성이론의 功績이라 생각된다.

### Ⅲ. 法治主義의 動搖와 그 對應策

1. 이상에서 본 바와 같이 전후 독일법은 법률의 유보를 확대하고, 1970년대에는 市民參加나 行政節次까지도 정비함으로써 서구제국 가운데에서 가장 확장된 재판제도를 발전시키고 있다(裁判國家). 그리하여 이러한 독일법이 주된 모델로서 중시되어 한국법을 비교법적으로 자리매김할 경우의 척도로 삼아왔던 것이 사실이다. 즉 예컨대 formal한 독일법과 informal한 전근대적인 한국법을 비교하면서, 후자의 후진성을 지적하는 식의 論法이 그것이다. 그러나 1980년대에 접어들면서 독일의 법학자들을 놀라게 하는 연구가 사회학자와 정치학자들에 의해 제시되게 되었다.<sup>(8)</sup> 즉 독일에 있어서도 informal한 행정실무의 발견을 계기로 법치주의의 동요라든지 행정법학의 재구성논의가 활발하게 논의되기 시작하였으며, 이러한 움직임은 우리 학계에도 이미 소개된 바 있다.<sup>(9)</sup>

독일에서 법령의 규정과 상이한 다양한 실무가 명확해짐에 따라, 종래 일본 고유의 것으로 강조되어 왔던 이른바 行政指導에 관하여 그것을 단순한 文化論으로 환원시켜 설명하는 것이 아니라, 경험적인 수법에 의거한 실태조사에 의하여 행정활동의 規定因子가 과연 무엇인가를 탐구하며, 그것을 비교법적인 시각에서 검증하는 것이 중요하게 되었다. 이러한 시각은 비단 공법학에 한하는 것이 아니라, 오늘날의 우리나라 법률학 전반에 널리 엿볼 수 있는 새로운 경향이라 할 수 있다.

韓國人の 法意識에 관하여 예컨대 ① 法律의 文言을 非限定的으로 해석하기 때문에 법률개정이 많지 않다 ② 法律을 傳家の 寶刀로 파악하기 때문에 법률이 현실생활을 규제하는 정도가 낮다 ③ 예컨대 계약의 구속력과 관련하여 規範意識이 약하고 圓滑解決條項·誠意協議條項이 많이 쓰인다 ④ 소송에 의한 해결을 꺼린다는 식의 문화론적 인식은 거의 지난날의 보편적인 인식이라 해도 과언이 아니었으며, 행정지도도 종래의 행정법학에서는 이상과 동일한 文化論的인 認識의 맥락에서 다

(8) Vgl. E. Bohne, *Der Informale Rechtsstaat*, 1981.

(9) 拙稿, 非定式的 行政作用에 대한 法的 統制, *考試研究* 1989. 9.

분히 비공식적이며 전근대적인 행정수법으로 인식되고 있었다.

그러나 최근의 法社會學 가운데는 이상과 같은 명제는 어디까지나 흥미있는 假說群으로서 다루어지고 있으며, 그에 대한 실증적 연구를 통한 과학적 검증을 중시하는 연구방향이 제시되고 있다. 즉 그러한 명제를 결코 先驗的으로 전제하는 것이 아니라 그것 자체를 구체적·경험적 자료에 입각하여 검증하려는 것이다. 이러한 시각 아래, 구미에서도 법률상의 권리의무의 분쟁으로서 다루는 것을 회피하는 경향이 있으며, 법률의 해석·발동에 어느 정도의 유연성이 수반되는 것이 지적되고 있는 것이다.

요컨대 實證을 결한 단순한 法文化論으로부터 訣別하는 경향이 여러 가지 영역에서 그 모습을 나타내고 있는 것이다. 그리하여 이러한 規定因子研究는 法意識 등의 人格因子, 知識·經驗과 같은 資源因子, 代替的 非公式的 紛爭處理메커니즘 등과 같은 環境因子, 代價(cost)에 관한 制度因子 등 여러 가지 방면에서 가능한 것이다. 예컨대 한국사람은 전통적으로 분쟁을 재판을 가지고 해결하기를 꺼리는 경향이 있음에도 불구하고, 최근의 法務年鑑(1995)의 統計에 의하면, 예컨대 일본에 비해 행정소송사건수가 월등하게 많다는 것은 이상에서 든 여러 가지 規定因子研究 없이는 제대로 설명할 수 없는 것이 아닌가 생각된다. 이러한 규정인자연구를 수행하기 위해서는 특히 比較와 實證이라고 하는 두 가지 관점으로부터의 연구가 매우 유용한 것이라 할 수 있다. 이러한 관점에서 매우 흥미있는 것은 우리나라에서도 行政義務違反者에 대한 公表制度가 전통적인 公式的 制裁를 補完하는 중요한 행정의 실효성 확보 수단으로 활용되고 있으며, 이러한 事實行爲型의 새로운 行政手法에 대한 법률의 근거의 필요 여부가 논의의 대상이 되고 있다는 점이다. 독일에서도 警告의 權限을 둘러싸고, 그것을 ① 政府의 弘報義務 ② 國家의 保護義務 ③ 警察法上의 一般授權 등 여러 가지 관점에서 논하고 있거니와, 요컨대 「法的 行爲」 아닌 「事實行爲」에 대해서도 법률의 근거가 필요한 경우가 있으며, 그것은 반드시 個別的 授權일 필요가 없고, 예컨대 환경보호를 위한 경우라든지, 위험방지나 장애의 제거에 의하여 공공의 안전이나 질서를 보장하는 경찰권의 발동에는 一般的·概括的 授權으로도 憲法違反이 아니라고 하는 견해 등이 제시되고 있다.

그리고 행정지도의 비교법적 연구로서 行政指導의 法定化와 그 實效性에 관한 문제가 있다. 1996년 12월에 제정·공포된 바 있는 우리나라 행정절차법은 1993년에 제정된 일본의 행정절차법과 함께 행정지도의 절차적 법정화를 시도한 세계에서 최초의 대표적인 예라 할 수 있고, 또한 동법이 규정하고 있는 처분의 심사기준의 공표같은 것은 오늘날 법치주의의 규율대상이 종래의 法律的 行爲에 한정되지 않고 크게 다양화하고 있음을 나타내 주는 좋은 예라 할 수 있다. 또한 廢棄物處理法 등

에서는 자율규제를 위한 업계단체의 協議誘導를 法定化하고, 일정기간 내에 성과가 오르지 않을 것 같으면, 행정의 법규명령을 발동한다고 하는 행정패턴은 앞으로의 입법론·행정실무분석에 있어 좋은 참고예가 될 것이다.

요컨대 한국의 행정과정을 특색짓는 여러 現象形態에서 볼 수 있는 것과 같이, 예컨대 法律執行의 不全에 따른 행정지도의 기능적인 면과 그 현실적인 강제성, 通牒支配의 현실, 경제적 인센티브의 위력 등으로 인한 行政指導의 逆機能같은 것은 물론 그 현실적인 기능에 대해서도 관심을 기울이지 않으면 참다운 법치주의의 실현은 기대될 수 없는 것이라 할 것이다.

#### IV. 法治主義의 進展과 行政法學의 改革

1. 법치주의에 관한 최근의 논의에 있어 한 가지 주목되는 것으로 「法治主義의 感度(die Sensibility)」라는 관념이 있다. 이것은 바꾸어 말하자면, 전통적으로 공법학을 지배해 온 「法과 事實의 峻別論」을 再照明할 필요가 있다는 것이다.

첫째로 事實描寫의 場을 공법학 속에도 설정하는 것의 중요성을 인식해야 한다는 것이다. 이러한 점에서는 行政學과의 提携가 앞으로 불가결할 것이다.<sup>(10)</sup> 실무의 실태 파악은 제도의 創設·改廢를 위한 feedback을 위해서도 중요한 프로세스를 형성하게 되는 것이다.

둘째로는 기본권보호의 확장, 특히 사실활동에 의한 이른바 間接的 基本權侵害의 문제가 그것이다. 事實活動의 強度와 관련하여 그 침해성을 인정함으로써 그에 대한 구제를 도모해야 한다는 것이다. 여기에서는 사실활동이 가져오는 侵害의 強度가 요건이 되어, 예컨대 앞서의 警告와 관련하여서도 업자나 사인을 특정하는 행위 즉 「意圖性」이 인정되는 경우에는 사업활동에 대한 기본권침해를 인정한다고 하는 것이 독일의 판례(BVerwGE 71, 183)의 입장이다. 그리하여 현재에 있어서는 그 요건으로서 強度 내지 意圖性 중 어느 한 가지만 있으면 족한 것으로 보고 있다. 이러한 전개를 헌법학의 관점에서 볼 것 같으면, 傳統的인 侵害概念 —— 전통적인 침해개념은 意圖性·直接性·法行爲·命令強制의 要素라고 하는 네 가지 점에 그 특색이 있는 것으로 보고 있다<sup>(11)</sup> —— 을 극복한 것이라 할 수 있다. 오늘날에 있어서는 기본권의 보호영역에 포함되는가 어떤가의 여부를 焦點으로 하여 이상과 같은 침해의 판정 내지 구제가 도모되고 있다고 한다.<sup>(12)</sup>

(10) 拙稿, 行政學과 行政法學의 對話, 考試研究 1997. 4.

(11) Vgl. B. Pieroth, B. Schlink, *Staatsrecht II*, 6.Aufl., 1990, S. 64.

(12) Vgl. Bleckmann, Eckhoff, *Der mittelbare Grundrechtseingriff*, DVBl. 1988, S. 373.

셋째로는 행정소송의 분야에서도 이러한 간접적 기본권침해와 동일한 사고방식을 엿볼 수 있다. 즉 행정소송의 원고적격론에 있어 지배적인 위치를 점하고 있었던 保護規範論을 특히 事實行爲와의 관련에서 탄력적으로 해석하는 시각이 등장하고 있다. 예컨대 建設法上的의 配慮原則(das Gebot der Rücksichtnahme)이 그것인데, 즉 당초 사인의 이익을 보호법익으로 하지 아니하는 것으로 이해되고 있었던 건설법규에 있어서도 특정한 사례에 있어서는 개개의 침해의 강도에 착안하여 사인의 原告適格을 끌어내는 이론이 그것이다. 이것을 통해 隣人訴訟에 있어서의 원고적격의 확대가 도모되고 있거니와, 그에 대한 여러 가지 비판이 있음에도 불구하고, 위에서 말한 이른바 간접적 기본권침해와 동일한 사고방식을 여기서 엿볼 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

2. 최근 우리나라에 있어서도 이른바 ADR에 관한 논의가 주목을 끌고 있지만, 交渉, 仲裁 등과 같은 協調的인 規制形態에 대한 관심이 점차 고조되고 있다. 즉 종래의 規制型 行政作用의 機能不全을 실증하는 연구가 공표되고, 또한 새로운 행정수법, 특히 交渉型·同意取得重視型的 행정수법의 중요성이 인식됨에 따라 助言, 警告, 勸獎, 協議 등 informal한 행정활동과 더불어 이른바 경제적 수법이라는 것이 주목의 대상이 되고 있다. 그리고 최근 행정행위에 대체되는 행정형식으로 行政契約의 효용이 재인식되고 있거니와, 이것은 行政裁量行爲의 한 형태라고도 볼 수 있으며, 합의형성의 수단으로서 그 유연성의 효과가 새로운 인식의 대상이 되고 있는 것이다.

이상과 같은 다양한 형태의 행정수법의 활용이 현저해짐에 따라 종래의 방법론(法學的 方法論)이라든지 이제까지의 행정법이론을 가지고서는 적절하게 대처해 나갈 수 없다고 하는 비판이 나타나게 되었다. 최근의 독일에서의 연구에 의할 것 같으면, 法學的方法(juristische Methode)은 종전의 國家學的方法(staatswissenschaftliche Methode)에 대한 비판에 지나치게 치우친 나머지 그것이 開花한 당시에 있어서조차 이미 현실의 행정활동을 올바르게 파악할 수 있었던 것이 아니었음이 지적되고 있다.

그리고 각종의 경제지도, 복지조치, 계획활동 등의 영역에까지 그 활동범위를 넓히고 있는 현대국가는 19세기의 夜警國家論을 전제로 한 國家像보다는 오히려 그 전의 18세기의 絶對主義的 福祉國家에, 적어도 사무의 측면에서 보는 한, 더 닮아 있다. 이러한 점에서도 현대의 행정법학은 법학적 방법론에 한정하기보다는 오히려 官房學이나 國家學이 그러했듯이 보다 광의·포괄적인 맥락에서의 연구가 되지 않으면 아니될 것으로 생각되는 것이다.



그리하여 최근에는 이러한 반성에 입각하여 행정법총론의 기능으로서 ① 단순한 행위형식에의 적용으로부터 벗어나 실체법적·절차법적·소송법적인 해결을 끌어내는 法實務機能 ② 조문해석의 보조가 되는 해석이론이라고 하는 從來型的 機能에 더하여 ③ 각 영역간 상호의 비교나 제도와 현실과의 비교를 통한 시스템발전가능성, 시스템상호간의 갈등을 지적하는 法政策機能 ④ 國際規律의 국내법질서에의 유도를 도모하는 法繼受機能 ⑤ 장래의 大局的 發展像을 제시하는 改革機能이 요청되는 것으로 이해되기도 한다.<sup>(13)</sup> 이들 기능은 일부 交錯되는 것처럼 보이지만, 여러 기능 가운데서도 특히 ③의 法政策的 機能이 현재 가장 중시되고 있는 점에서 주의를 요한다.

3. 법령의 집행과정연구가 깊어지게 되면, 어떤 입법하에서 행정이 여하히 대응하고 있는가가 상당정도 정밀도를 가지고 등장하게 된다. 또한 행정실무에서 정착하고 있는 활동스타일, 행정수법을 입법에 도입시킬 수 있다고 할 것 같으면 그만큼 집행될 확률이 높은 법률이 제정되는 것을 기대할 수 있다. 예컨대 앞서도 지적한 바와 같이 새로이 제정·공포된 바 있는 行政節次法이 行政指導에 관한 조문을 마련한 것은 「Informal한 것의 Formal化」라고 하는 시도로서 매우 주목할 만한 것이라 할 수 있다. 독일의 경우에도 Kloepfer 교수와 Schmidt-Aßmann 교수 등 네 명의 교수가 작성한 環境法典總則草案에서는 助言(제30조), 紛爭調整者(제54조 4항), 議論(제64조), 警告(제107조), Eco-Mark(제108조), 補償모델(제89·90조) 등 종래 이른바 informal한 행정활동으로서 소개되어 왔던 각종 행정수법에 법률의 근거를 제공함으로써 그에 대한 羈束을 피하려 하고 있는 것은 비교법적인 관심을 끄는 것이라 할 수 있다.

이와 같이 행정과정의 분석은 입법학과 밀접한 관계를 가지는 것으로 볼 수 있다.

한편, 이러한 행정과정의 실체를 바탕으로 하는 법규의 집행에 관한 관심의 고조라는 관점에서 흥미깊은 것으로 이른바 實驗法律(experimentelle Gesetzgebung)이라고 불리는 것이 있다.<sup>(14)</sup> 이것은 최근 독일의 정치학, 행정학에서 주목을 끌고 있는 것으로, 특히 ㉠ 期限이 설정되어 있다는 점 ㉡ 評價措置(평가의 의무화, 평가

(13) Vgl. E. Schmitt-Aßmann, Zur Function des allgemeinen Verwaltungsrechts, *Die Verwaltung*, 1994, S. 139ff.

(14) Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Experimentelle Gesetzgebung; in *Festschrift für Werner Thieme*, B. Becker u. a.(Hrsg.), 1993, S. 55ff.; L. Mader, Experimentelle Gesetzgebung, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, *Jahrbuch für Rechts soziologie und Rechtstheorie*, 1988, S. 211ff.

위원회의 설립, 평가보고서의 작성)가 수반된다고 하는 두 가지 점에서 「實驗」이라는 형용사가 붙여지고 있다. 실험법률은 학교교육, 법조교육, 미디어정책, 교통정책, 건설제도, 임차인보호 등의 여러 영역에서 적용을 보고 있다고 한다.

실험입법은 의도한 개혁에 대한 정치적 저항을 극복하기 위한 전략적 수단으로 투입되고 있다. 즉 새로운 규율도 정책적 이유로 뒤에 가서 간단히 제거될 수 있다는 유보를 강조하는 전략이다. 이러한 실험법률은 그 過度性·合理性을 논함으로써 법률의 부작용을 걱정하는 반대자를 설득하는 기능을 가지는 것이며, 이러한 법률에 대한 원칙반대를 주장하는 자는 試行에 의한 經驗의 획득에 대해서까지 반대하는 자라고 하는 꼬리표가 붙어 고립하게 될 수 있다는 것이다. 요컨대 「사회과학은 인간사회를 대상으로 하는 것인 이상, 자연과학에서와 같은 실험은 허용되지 않고, 바로 그렇기 때문에 역사·외국연구에 진력하지 않으면 안된다」고 하는 지난날의 유력한 학설이 오늘날에 와서는 크게 달라지고 있는 듯하다.

다시 말하자면, 전통적인 행정법학이 기초했던 합리주의형 사고모델, 그 바탕에 있는 정보의 완전성이라고 하는 전제를 법률학 자신이 의문시하기 시작한 것이라 할 수 있다. 이와 같이 시간과 구역을 한정하여 프로그램의 실효성을 시험하는 것이 중시되는 데에서 현대공법에 있어서의 정보의 가치증대가 명료하게 나타나는 것이라 할 수 있다.

종래 미국법에서는 개별 裁決의 集積에 의한 정책형성(common law policy-making)이라고 하는 전통이 강하여 충분히 그 정책이 성숙될 때까지는 좀처럼 일반적인 규칙을 책정하려 들지 아니한 데 대하여, 독일식인 전통적인 법치주의에서는 규칙에 의거한 개별결정이야말로 공정한 것이라고 하는 생각이 강하기 때문에 충분한 정보가 입력되지 아니한 상황 아래에서도 규칙책정이 의무지워지는 경향이 강하다.

이러한 데서 오는 폐해를 F. S. Scharpf는 「法治國의 政治的 代價」(Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970)라고 불러 비판하고 있거니와, 근년의 시민 참가절차의 확충이나 위에서 소개한 실험법률의 등장은 이상과 같은 전통적인 독일형 법치주의의 약점을 극복하기 위한 시도로서 평가할 만한 것이라 할 수 있다. 그리하여 이러한 관점에서 지방자치의 활성화를 위해 법률의 범위 내에서 각종의 지역사회 공공복지향상을 위한 행정활동을 하고 싶는데도 불구하고 그 근거규범이라 할 수 있는 조례의 제정에 있어 주민의 권리의무에 제한을 가하는 경우에는 법률의 위임을 요하게 하고 있는 現行 地方自治法 제15조 단서는 재검토의 여지가 있다고 할 것이다.

#### 4. 앞으로의 과제로서 확대된 행정임무의 형태에 걸맞는 조직형태를 모색하는 문

제가 있다. 예컨대 특정한 프로그램책정을 위한 조직형태라든지, 管轄의 벽을 넘어서 통합형 조직형태의 모색 등 프로젝트조직의 활용이 중요한 연구과제가 될 것이며, 또한 각종의 對人型 서비스행정이 전개됨에 따라, 종래 행정법학의 과제에서 捨象되고 있었던 행정내부사항의 정비도 중요한 연구과제가 된다.

종래 내부적 규율사항의 규율수단으로 되어 있던 通牒·要綱 등에 대해서도 서비스準則으로서 시민이용의 활성화가 도모되어야 할 것이며, 이를 통하여 시민의 법 지식의 결여, 통첩 등에 기인하는 복잡한 법적 조치의 블랙박스, 절차기간이나 비용 등 코스트문제의 개선 등, 이 분야에서의 法使用을 증가시키게 된 것이다.<sup>(15)</sup>

한편, 업계단체 등 국가와 개개 시민과의 중간에 존재하는 각종 중간단체의 기능과 그에 대한 법적 대응에 대한 연구도 오늘날 NGO 등 민간단체의 정책결정 및 집행과정의 참여가 활발한 추세에 비추어 중요한 연구과제가 된다고 할 것이다.

5. 법치주의는 역사적으로는 國家主權을 전제로 하여 형성되었기 때문에 최근처럼 국가주권이 국제화 속에서 흔들리게 되면, 법치주의의 변용도 불가피해진다. 그러나 이러한 조류 속에서 특히 변혁이 요구되는 것은 중앙집권에 안주해 온 국가일 것이다. 이제까지 힘을 자랑하고 있었던 機構에 대하여 보다 강대한 주체가 등장하여 그의 양보를 요구할 것이기 때문에 그 충격은 매우 크다고 하지 않을 수 없다. 이에 대하여 분권형의 모델의 국가에서는 국제사회에의 적응이 비교적 용이할 것이다. 왜냐하면, 지역의 자치를 중시하고, 거기에서 해결곤란한 문제를 廣域主體가 인수한다고 하는 원칙이 밑으로부터 위로 전개되고 있는 국가에서는 국제사회에의 참가도 말하자면 단지 지붕이 하나 더 늘어나는 것으로 파악할 수 있기 때문이다. 이와 같이 廣域主體와 狹域主體와의 상호존중을 바탕으로 할 때, 國際化와 分權化는 접합하기 쉽다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 관점에서 재조명이 필요한 것은 행정법학과의 관련에서는 割據行政의 폐해라 할 수 있다. 이 점에서는 전통적인 법률학에 익숙해 온 垂直的 調整手法 외에 종래 고찰이 부진했던 행정주체간의 水平的 調整手法의 진전이 앞으로 기대되지 않으면 안될 것이다. 끝으로 복수국가간의 交涉이 장기화하고 빈번해짐에 따라 國際規律의 책정과정에서 기존의 국내의 행정기관 상호의 조정이 도모되어야 할 것은 두 말할 나위도 없으며, 여기에서는 國內法 制定過程과 條約締結交涉과의 接合이라는 문제와, 각종 국제법규의 국내법질서에의 수용에 따른 法技術의 問題 등이 중요한 과제가 될 것이다.

(15) 拙稿, 行政基準에 관한 法的 問題, 考試界 1996. 10~11.

## V. 끝으로

이상의 고찰을 통해 분명한 것은 법치주의라고 하는 기본원칙도 그 時代時代의 사회의 발전, 거기서 생성되는 행정현상, 새로운 행정수법 등과 관련하여 본래의 이념에 적합하도록 변천을 되풀이해 나가지 않으면 안된다는 점이다. 현대의 고도산업국가에 있어서의 행정과제에는 공통적인 것이 많고, 해결을 위한 새로운 제도·행정기술의 개발은 어느 국가에 있어서나 실험단계에 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 국제적인 경쟁 및 협조 속에서 우리나라의 연구활동에 대한 기대도 파악될 필요가 있는 것이다. 구체적으로는 한국의 행정과정을 실증적으로 묘사하고, 그것으로부터 독창적인 해결책을 탐구하며, 거기서 얻은 연구성과를 국제사회의 네트워크로 發信해 나가는 것이 요구된다고 할 것이다.

최근 10여년간, 각 방면으로부터 행정법학의 흥미상이 논해지고 있다. 그러나 거기에서의 관점은 통설의 문제점을 지적하는 데는 공통적이면서도 방법론, 특히 「法官의 눈을 통한 행정현상의 파악」이라는 법해석론적 시각 그 자체에는 거의 변화가 없었던 것 같이 생각된다. 개혁에 대한 요청도 대개의 경우, 행정법학 1과목 자체 내에 그쳐, 마치 「컵 속의 폭풍우」였던 것처럼 생각된다. 그러나 앞으로는 한 걸음 더 나아가서, 인접과학과의 네트워크, 커뮤니케이션을 심화해 나가는 것이 불가결할 것으로 생각되는 것이다. 다가오는 21세기는 국제화, 세계화를 지향하는 경쟁과 공존의 시대라 할 수 있다. 모든 영역에 있어 우리의 당면과제는 이러한 새로운 시대에 슬기롭게 대처해 나가는 힘을 기르는 것이라 할 수 있으며, 법률학의 영역도 그 예외는 아니다. 특히 동태적인 성격이 강한 행정법학의 경우 이러한 과제대응은 한결 절실한 것이라 할 수 있다. 시대는 자꾸만 바뀌어가고 있는데도 불구하고 언제까지나 지난 날의 구태의연한 획일적이고도 정태적인 이론의 틀과 방법론에서 벗어나지 못한 채 우물 안의 개구리로서 안주해서는 아니될 것이다. 그리하여 앞으로의 이러한 과제의 성과는 다음 세대를 이어주게 될 젊은 신진연구자의 진지한 학문적 대응자세에 기대할 수밖에 없다는 의미에서 그들의 앞날의 정진과 발전을 기원하면서 이 글을 맺기로 한다.

〈Résumé〉

## Gegenwärtige Entwicklungen des Rechtsstaates und neue Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft

Won Woo Suh\*

Das Rechtsstaatsprinzip im klassischen Sinne, das darauf abstellt, anhand der Gesetze die Verwaltung zu kontrollieren, um die Grundrechte des Bürgers vor ihrer Willkür zu schützen, verändert sich in der Gegenwart. Dies beruht auf dem geschichtlichen Wandel des heutigen Staates, insbesondere auf der quantitativen Expansion und der qualitativen Veränderung der Verwaltung.

Die gegenwärtige Entwicklung des Rechtsstaates läßt sich durch zwei Punkte charakterisieren, durch die Materialisierung und die Informalisierung: Auf der einen Seite wird die Idee des Rechtsstaates nicht nur formell, sondern auch materiell verwirklicht, indem vor allem die Grundrechtsgarantie, die Normenkontrolle von Gesetzen und die Garantie des Verwaltungsverfahrens institutionell sichergestellt werden. Auf der anderen Seite vermehren sich aber auch die informalen Elemente mit der Tendenz zum kooperativ-informalen Verwaltungshandeln.

Angesichts dieser Entwicklung des Rechtsstaates steht die Verwaltungsrechtswissenschaft vor neuen Aufgaben. Es handelt sich um das Erfordernis der Reform der Verwaltungsrechtswissenschaft. Man muß sich also mit der Verwaltungspraxis und der kooperativen Verwaltungshandlungsform auseinandersetzen. Zudem empfiehlt es sich, neben der juristischen Methode, auch die staatswissenschaftliche Methode, die bisher in der überlieferten Verwaltungsrechtswissenschaft vernachlässigt wird, ergänzend einzuführen und dadurch das Allgemeine Verwaltungsrecht auf seine Funktionen hin zu überprüfen. Es muß ferner versucht werden, sowohl innere Verhältnisse der Verwaltung, als auch äußere Verhältnisse zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern in rechtlicher Hinsicht zu erforschen. Letzteres ist für die heutige Tendenz zur Globalisierung des Rechts von besonderer Bedeutung.

---

\* Professor of Law, Seoul National University