

제10회 동아시아행정법학회 국제학술대회 參觀記

建國大學校 法大 名譽教授

金 鐵 容

I. 처음에

금년 6월 8일부터 11일까지 동아시아행정법학회와 한국법제연구원 공동주관으로 「세계화에 따른 행정법의 대응」과 「복지국가와 재정행정법」을 주제로 하여 서울 올림픽파크텔에서 제10회 동아시아행정법학회 국제학술대회가 개최되었다. 이 대회에는 일본 참가자 32명, 중국 참가자 35명, 대만 참가자 36명과 한국 참가자 100여명 모두 200여명이 참가하였다.

동아시아행정법학회는 1995년 2월 20일 일본 나고야 대학 신보지온에서 창립총회를 개최하여 같은 날 규약이 제정됨과 동시에 발족하였다. 학회 설립의 목적은 ‘동아시아지역에서 행정법학의 교류와 협력을 촉진함으로써 동아시아 지역의 행정법학의 발전에 기여’하기 위한 것이다(규약 제2조).

동아시아행정법학회는 규약이 정하는 바에 따라 2년마다 한 번씩 학술대회를 개최하고 있다. 제1회 대회는 일본 나고야에서 1995년 2월 20일과 21일 양일간 「동아시아지역에서의 행정법의 현상과 과제」와 「동아시아지역에서의 국가배상」을 주제로 개최되었다. 제2회 대회는 서울에서 1997년 5월 1일에서 3일간 「동아시아에서의 행정소송법의 제문제」와 「동아시아에서의 환경보호법의 제문제」를 주제로 개최되었다. 제3회 대회는 중국 상하이에서 1998년 11월 7일·8일 「동아시아지역에서의 행정절차법의 발전」을 주제로, 제4회 대회는 대만 타이페이에서 2000년 12월 23일에서 25일까지 「행정입법」과 「행정처벌」을 주제로 각각 개최되었다. 제5회 대회는 다시 일본 나고야에서 2002년 11월 23일·24일 「행정소송제도개혁」과 「민영화·규제완화와 행정법」을 주제로, 제6회 대회는 서울에서 2004년 5월 1일 2일 「행정법에 있어 참여와 협력」과 「행

정의 투명성과 정보공개,를 주제로 개최되었다. 제7회 대회는 중국 항쑤우에서 2006년 11월 10일에서 14일까지 「공공행정조직법,과 「행정수용법제,를 주제로, 제8회 대회는 대만 타이페이에서 2008년 5월 24일·25일 「행정조사와 인권보호,와 「행정소송 전단계의 권리구제방법과 절차,를 주제로, 제9회 대회는 일본 도쿄에서 2010년 12월 4일 5일 「지방정부의 역할,과 「행정의 통제,를 주제로 개최되었다.

필자는 이 학회의 초대 이사이었던 인연으로 이 학회가 개최한 제1회 대회부터 제10회 대회까지 참가하고 있다.

이 학회의 참가국은 일본, 한국, 중국, 대만의 4개국이고 이 4개국의 행정법 연구자가 모여 주제를 발표하고 토론을 하고 있지만, 언제부터인가 필자는 이 학회를 한·일전으로 보고 있다. 그것은 제4회 대회 때 어느 일본의 학자가 자기나라의 집행부에 대하여 발표자를 잘못 선정하여 한국의 발표자보다 한수 아래 발표를 하게 했다면서 항의하는 장면을 목격한 이후이다. 제9회 대회가 끝난 뒤 대만의 학자가 한·일양국의 발표를 비교·평가하는 것을 듣고 제3국의 학자도 그렇게 관전하는 것이 아닌가 여겨지기도 했다.

이번 제10회 대회의 제1주제에 대하여 일본 오오하시 요오이찌 교수의 「글로벌화와 행정법」, 한국 조홍식 교수의 「지구화와 행정법의 대응」, 중국 양 지에준 교수의 「세계화의 도전과 중국 행정법의 대응」, 대만 황 긴탕 교수의 「세계화의 도전과 대만 행정법의 대응」의 발표와 토론이 있었다. 제2주제에 대하여는 일본 기무라 타쿠마루 교수의 「복지국가와 행정법-일본에서의 법제도와 논의상황의 개관-」, 한국 전재경 한국법제연구원 선임연구위원의 「복지국가와 한국의 재정행정법」, 중국 왕 진보 교수의 「복지국가와 중국 행정법의 새로운 방향」, 대만 호시아오 원쌍 학장의 「복지국가 및 재정행정법-국가 보조 개인경비에 대한 재정감독-」의 발표와 토론이 있었다. 제1주제와 제2주제의 발표에 공통되는 논점이 다수 발견되었다. 지면관계로 위 주제에 대한 모든 발표를 요약할 수는 없다. 여기서는 일본과 한국의 발표를 요약한 다음, 필자의 관전평을 언급해 보기로 한다.

II. 주제발표 내용의 요약

1. 오오하시 요오이찌 교수의 발표

국가의 경계를 넘어 지구 규모의 변동을 의미하는 글로벌화의 추세는 행정

법학에게는 커다란 변혁요인이 되며, 그 영향은 기본원칙, 행정의 행위형식 외에 각종 행정수법, 도구개념, 절차과정, 행정상 강제집행절차, 조직 편성 등 넓은 범위에 미친다는 말로 서두를 시작한다.

현재 제기되고 있는 과제가 “국가의 상위에 위치하는 초국가기관을 설립하여 그 아래 각국의 국가행정을 종속시키는 국제화의 문제가 아니라, 종전과 같이 각국이 의회를 갖고 행정기관을 배치하여 행하는 국내행정사무에 더하여 국제행정사항의 집행도 담당케 한다는 기본형태를 유지하면서 국제기구·국가 상호의 협의 등으로 결정한 기준·목표를 어떻게 하여 국내에서 원활하게 실현해 나갈 것인가” 라는 국가 상호간의 제도 조정문제가 중심이라고 한다면, 글로벌화는 종래 일본 행정법학에서 미미하였던 국제행정법 문제의 비중을 높이고 있다는 점을 우선 지적한다. 이에 더하여 글로벌화는 보다 근원적으로 행정법 및 행정법학의 변혁을 강요하고 있다는 점을 지적한다. 부연하여, 사람들의 행정에 대한 의식, 행정규제에 대한 수용방법, 행정 스타일, 행정과 시민의 관계성 등에 관하여 커다란 변화가 진전하고 있고, 이들이 고유한 특색을 축조하여 온 각각 행정법의 평준화(공통화·획일화)를 추진하고 있음을 지적한다.

오오하시 교수는 이를 평준화가 갖고 오는 마이너스의 측면과 행정법의 과제를 다음과 같이 지적하고 있다. 첫째로, 규제완화의 결과 폐해가 때때로 발생하고 있기 때문에 폐해에 대한 대응책이 논의되고 있는데, 그 중의 하나로 규제완화로 인하여 더 이상 행정개입을 기대할 수 없음을 전제로 규제완화된 대상에 대하여 사인 상호의 자유로운 교섭·거래에 의하여 내용 형성할 수 없는 것이 존재하는 것이 아닌가 하는 논의 즉 제도적 계약론이 민법의 분야에서 제기되고 있는 바, 이와 같은 논의는 민영화 현상에 대한 대응책이란 국면을 넘어 계약이라는 수법이 갖는 발전 가능성을 행정법학에서 재고하게 하는 계기가 된다. 다시 말하면 행정법의 분야에도 금후 계약수법의 활용은 매우 중요한 과제이며, 이 경우 행정법이 염두에 둘 수 있는 계약형은 종래형의 교섭형 계약에 한정하지 않고 제도적 계약의 유형도 존재하는 것이라고 한다면, 행정법에 투입 가능한 수법의 범위는 그만큼 확대하는 것이 기대될 수 있다. 둘째로, 조직변혁에 영향을 주고 있다. 일본은 몇 차례 조직변혁이 행하여졌는데 이들 조직변혁의 배후에서 끊임없이 의식되어 온 정책의도는 글로벌화하는 제 과제에 국가가 전념하여 대처할 체제를 구축하는 것, 그러기 위해서는 중앙정부의 업무를 경감하여 국제적 안전에 집중할 수 있도록 하는 것이 그 하나이고, 다른

하나는 여러 국내규제권한 등을 원활하게 담당할 수 있는 광역주체의 창설 논의이다. 셋째로, 조직구성원리에 영향을 주고 있다. 종래 공법학에서는 행정주체 간의 조정원리로서 관료조직을 염두에 둔 수직관계에서의 계층형의 조정이 중시되어 왔던 데 대하여 지방분권이 진행되어 시민에게 가까운 행정과정이 중시되게 되면 대등 주체간의 루울(rule)이나 기초자치체와 광역행정주체 사이에 타당하는 대류(對流)원칙, 보완성 원칙 등이 중요성을 발휘하게 되는 바, 여기에는 종전과 같은 광역주체가 우위성을 갖는 조정원리가 아니라 각각의 주체가 자기의 이해나 구상을 주장하는 한편 상대방의 이해나 입장에 대하여도 경의를 표하는 상호배려가 조정원리로서 주목을 받게 된다. 넷째로, 각국의 국내행정부이 제도나 운영을 통하여 축적하여 온 경험을 두 국가간, 다자 국가간 협력을 중심으로 행정협력의 형태로 수평적으로 연결시키는 방책도 또한 글로벌화 시대의 새로운 과제의 하나이다.

2. 조홍식 교수의 발표

조 교수는 지구화가 공법, 특히 행정법에 대하여 어떤 영향을 미치는가, 그리고 이를 여하히 인식하고 대응하여야 하는가에 논의의 초점을 맞춘다는 말로 논의 범위를 한정하고 있지만, 지구화에 대한 헌법적 평가, 행정법과 국제법 등 폭 넓게 관련 논의를 확대하고 있다.

지구화가 공법에 의해 형성된 국내법질서에 대한 영향으로, 첫째로, 법적 형식을 든다. 법적 형식은 헌법 개정부터 비공식적 규격(기준)의 채택, 국민의 자발적 준수 등 다양하다. 대표적인 수법으로 이행명령의 제정을 들 수 있지만 우리 헌법(제6조)에 의하면 의회 비준으로 족하다. 국내법이 국제법을 참조하는 경우 국제법의 변경과 연동하여 참조하도록 하는 동태적인 경우는 국제기준에 국내법 기준의 설정을 백지위임하는 것이어서 (특히 본질성이론이 이해하는)법률유보 원칙의 위반이 될 수 있다는 점을 지적한다. 둘째로, 권리보호를 든다. 조 교수는 청정개발체제(CDM)과 국제회계기준을 예로 들어 공적 권위의 국제적 형성·행사가 국민의 권리에 부정적 영향을 미친다는 점을 지적한다. 셋째로, 민주주의를 든다. 지구화가 민주주의에 미치는 영향은 영역마다 사안마다 천차만별이지만, 영역에 관계없이 공통되는 것이 유럽연합의 예를 들어 정부가 국가정책의 결정자가 아니라 정책결정 과정에서 이익집단간의 대화와 타협을 돕는 조력자로 되고 공공정책 결정이 다양한 정부 행위자와 비정부 행위자로 분산하게 됨에 따라 민주적 책임성이 파괴되며, 민주적 정통성의 결핍

을 보충할 수 있는 원칙을 전문성에서 찾다 보니 지구화는 결국 기술관료의 영향력 강화로 이어져 민주주의에 대한 위협이 된다는 점을 지적한다.

조 교수는 지구화에 대한 대응 중 중요한 대응으로 다음의 셋을 든다. 첫째가 입법부의 대응이다. 입법부에 의한 통제방안으로 조약·비준의 엄격화를 요구한다. 그렇지만, 미국이나 독일(기본법 제59조)과 같이 비준 대신에 법률로 국내법화하는 방식을 채택하는 것이 통제에 유리하다고 제안한다. 또한 비공식적 형태의 국제법 규범은 비준절차에 의해 통제할 수 없으므로 행정의 법률적 합성의 원칙을 준수하게 하기 위해 이와 같은 국제법 규범도 양국간 조정, 법규범의 수렴, 국제법 규범의 자국 규범으로서의 채택의 단계로 국내법질서 위에 연착륙시킬 필요가 있음을 제안한다. 둘째가 행정부의 대응이다. 집행이 각국의 규제 당국자에게 맡겨져 있기 때문에 규제 법규범의 채택 단계 못지않게 중요한 것이 집행 단계에서의 노력임을 지적한다. 집행 단계는 국제법 규범의 민주적 정통성 결핍을 보충할 수 있는 절호의 기회를 제공하는 것인데, 그 방안으로 결정과정의 이상화 하여 토의·담론 민주주의가 작동할 수 있게 하는 방안과 결정과정의 질보다 결정 자체의 질에 착목하는 논의를 들고 있다. 셋째가 사법부의 대응이다. 국제기구에 의한 사법유사 제도가 빈발하는 추세로 인하여 사법시스템의 다원화가 생길 가능성을 부정할 수 없으며, 사법시스템이 다원적으로 존재한다면 이들 사이의 관계를 여하히 조정할 것인가의 문제가 남는데, 상상할 수 있는 방안들을 제시하고 있다. 그리고 우리나라를 포함한 다수의 선도국은 외국 법원의 판결의 효력을 승인하는 요건으로 공서양속에 위반하지 않을 것을 요구하고 있는 바, 국내법원이 공서양속 위반을 이유로 정부가 체결한 조약을 무효화한 사례는 발견하기 어렵다고 하고, 우리 헌법재판소나 법원이 위헌결정을 선고하여 국내법적으로 조약을 위헌 무효화하는 것이 법리상 불가능하지 않으나, 현실적으로는 헌법불합치결정 등을 활용하여 우리 정부로 하여금 상대국 정부와의 합의 및 조약법 협약상의 절차에 따라 협정의 종료 혹은 협정의 개정절차를 거칠 것을 촉구하게 될 가능성이 높다고 전망한다.

3. 기무라 타쿠마루 교수의 발표

기무라 교수는 먼저 일본 재정제도의 연혁을 간단히 언급한 뒤, 재정원칙과 재정통제에 관한 기본적 관점을 제시한 후 행정법에 관한 제 문제를 논급하고 있다.

전통적인 행정법학의 체계에서 재정은 경찰·공기업·공용부담과 함께 행정

법각론의 하나로 되어, 재정작용이 조세부와 징수를 중심으로 재정권력작용과 비권력적인 재정관리작용으로 대별되어 왔고, 그 중 후자의 재정관리작용에 대해서는 그 내부법적인 성질 등으로 학문적인 관심이 적었으며, 제2차 대전 후에 조세법이 독립된 과목으로 발전하면서 조세법 이외의 재정법 연구가 따로 남겨진 과제가 되었다. 이 처럼 행정법학에서 재정에 관한 고찰이 반드시 충분히 행하여져 왔던 것은 아니지만, 다른 한편으로 여러 관점에서 재정과의 접점이 의식되어 왔다고 하면서 다음과 같이 논급하고 있다. 첫째로, 재정의 학설체제상의 위치를 어디에 둘 것인가에 대하여 전통적인 각론의 체계가 포기되어 가고 있는 오늘날에는 재정은 행정통제의 일환으로 논의되어지고 있는 외에 행정작용의 일 요소로서 논의되고 있는 경우가 많다. 둘째로, 재정에 관한 행정법적 연구로 비교적 일찍부터 다루어진 것으로 급부행정에 관한 연구가 있다. 원래 재정은 전통적인 행정법각론에 의거하여 말하면 주로 공기업법 내지 급부행정에 밀접하게 관련되어 있으나, 제2차 대전 후 보조금 교부를 비롯한 급부행정에 대하여 개별 법률의 근거가 요구되는지 여부 문제(법률유보의 논점)가 논의됨과 동시에 보조금적 정화법의 절차에 관한 연구가 축적되어 왔다. 대체로 절차적 관점에서의 연구가 선행되고 있지만, 최근 실체법적인 문제로서 보조금 교부가 허용되는 범위에 대하여 공익원칙과의 관계에서 판례가 형성되고 있다. 셋째로, 최근 행정법학에서 많이 논의되는 주제의 하나로 공사협동이 있다. 공사협동에는 민간의 힘을 빌려 행정의 효율적인 운영을 행하는 측면이 있으며, 거기에는 재정적 요소가 불가피하게 들어가게 된다. 넷째로, 재정에 관한 법규범의 성질에 대하여 사법규범에 접근하는 경향이 있음이 지적되고 있다. 그 밖에 재산관리의 면에서도 행정재산의 특수성이 완화되고 있다. 다른 한편으로 행정에 관하여는 현금주의를 기본으로 한 고유한 법체계가 존재하는 등 민간기업과는 다른 법적 규율도 존재하고 있다. 이와 같이 재정에 관하여는 전통적인 공법사법론과는 다른 의미에서 사법규범과의 관계가 문제되고 있다.

4. 전재경 한국법제연구원 선임연구위원의 발표

전재경 위원은 서론에서 한국의 전환기적 경제상황, 재정 장애요인, 복지국가의 법이념, 재정정책의 향방을 언급한 뒤, 한국 재정행정법의 과제라는 제목에서 “한국의 재정행정 법제는 종래의 자유주의 기조에 따른 재정의 안정성을 유지하면서도 복지수요 증가에 따른 재정팽창과 인플레이션을 억제하여야 하는 이중의 요구에 당면하고 있다. 재정법제는 세제와 외환거래 및 금융법제와

의 적합성도 고려하여야 한다”라고 하여 한국 재정법제의 과제를 제시하고 있다. 이어서 한국 재정법제 및 정책에 관하여 상세한 분석을 하고, 한국 복지급부의 확충 현황을 소상하게 설명한 후에 한국 재정법제의 개선으로 재정관리 방식의 변화와 재정운용계획의 실효성을 제시하고, 조세법제의 개선으로 형평과 효율의 도모, 세원의 다양화, 세제의 단순화를 제시하고 있다. 전 위원의 발표에는 한국 행정법학에서 재정행정법이 차지하는 체제상의 위치나 재정과 한국 행정법학의 접목점 등에 관한 언급은 없었다.

III. 필자의 감상

필자는 지난 6월 8일 저녁 환영 리셉션부터, 9일 「세계화에 따른 행정법의 대응」의 주제 발표와 토론, 10일 「복지국가와 재정행정법」의 주제 발표와 토론, 및 같은 날 오후에 있었던 종합토론을 참관하였다. 참관의 감상을 간략하게 적어 보기로 한다. 이미 지나간 학술대회였지만 이를 되돌아 보는 것은 앞으로 있을 학술대회를 위해서도 유익할 수 있기 때문이다.

먼저 주제발표를 보면 위 주제발표 내용의 요약으로 알 수 있는 바와 같이 일본측 발표자는 행정법론에 초점을 맞추고 있는데 대하여 한국측 발표자는 일률적으로 말할 수 없으나, 일부의 발표에는 정책론에 초점을 맞추고 있었음을 알 수 있다. 어느 쪽이 더 나은 것인가 보다는, 필자의 생각으로는 이번 학술대회가 동아시아행정법학회의 학술대회이고, 동 학회의 규약에는 「동아시아지역의 행정법학의 발전에 기여,함을 목적으로 하고 있으므로 동아시아행정법학회가 행하는 학술대회의 주제 내용은 행정법론에 초점을 맞추는 것이 원칙이라고 생각한다. 따라서 「복지국가와 재정행정법」만 하더라도 재정법제·정책에 관한 상세한 분석, 복지급부 확충 현황의 소상한 설명, 재정법제의 개선 등도 대단히 중요하지만, 그기에 머물러 있어서는 아니되고 그것들의 행정법론에 현재 어떤 영향을 주고 있고, 앞으로 어떤 영향을 미칠 것인가 즉 행정법론의 변화 내지 변혁까지 언급이 미쳐야 하는 것이 당연한 것이라 여겨진다. 학회의 한국측 집행부에서 「복지국가와 재정행정법」이라고만 주제를 주었다고 하더라도 그 주제에 대하여 행정학적·경제학적·재정학적 어프로우치를 하라는 것이 아니라, 행정법학적인 어프로우치를 하라는 것이 당연히 전제가 되어 있다고 보아야 하기 때문이다.

다음으로 발표와 토론의 과정에서 느낀 것인데, 일본의 발표자와 토론자가 외국의 법제와 자기 나라의 법제, 외국의 법이론과 자기 나라의 법이론을 명화

하게 구분하는데 대하여, 우리나라의 발표자와 토론자의 일부(대만의 발표자와 토론자의 일부도 마찬가지였다)는 외국의 법제와 자기 나라의 법제, 외국의 법이론과 자기 나라의 법이론을 명확하게 구분하지 않는다는 느낌을 받았다. 예를 들어 독일에서 발달되고 있는 보장행정이론만 하더라도 일본의 발표자와 토론자의 입에서 보장행정이라는 말이 한 번도 나오지 않았다. 그러나 일본을 제외한 나라의 발표자와 토론자의 일부 중에서는 마치 자기 나라의 법이론인 것처럼 자연스럽게 사용하고 있었다. 물론 일본의 발표자와 토론자들은 독일에서 논의되고 있는 보장행정이론을 알지 못하기 때문에 입 밖에 내지 않을 수 있다. 그러나 그렇다고 하더라도, 예컨대 우리가 보장행정이론을 사용하기 위하여는 원칙적으로 국가와 사회의 분리에 바탕을 두고 있는 우리 헌법과 보장행정이론의 정합성에 관한 논증을 거치지 않으면 아니된다. 아직 우리는 이 논증에 관한 논문 한편 갖고 있지 않다.

제11회 동아시아행정법학회 국제학술대회는 2014년 중국 광저우에서 개최된다. 2014년 한·일전은 어떤 모습으로 전개될 것인가. 생각만 하여도 흥미롭다.