

행정에 관한 두 가지 접근 방법*

- 행정학과 행정법학을 중심으로 하여 -

양 천 수**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 행정학과 행정법학의 관계에 관한 기존의 논의
- III. 행정 개념에 관한 접근
- IV. 행정학과 행정법학의 관계
- V. 맺음말

I. 서론

오늘날 행정은 매우 중요한 역할을 한다. 이는 현대사회에서 사회국가 혹은 복지국가 원리가 국가의 구성 원리로 자리매김하면서 가속화한다. 이에 따라 행정은 국민의 권리 및 의무와 밀접한 관련을 맺는다. 과거 경찰국가(Polizeistaat) 시대에는 행정이 국민의 의무 이행에 관해 개입하는 경우가 많았지만 오늘날에는 국민의 권리를 보호하기 위해 관여하는 경우가 더 많아졌다. 무엇보다도 정치와 법에 의해 결정 및 규정된 권리와 이익 배분은 행정을 통해 비로소 구체적으로 집행되기에 행정을 어떻게 구현할 것인지가 중요한 문제로 대두한다. 요컨대 오늘날 어떻게 하면 행정을 좀 더 국민 친화적으로 실현할 수 있는지가 중요한 과제로 제기된다.

* 이 논문은 2023년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2023S1A5A2A01076835). 유익한 심사 의견을 제시해 주신 익명의 심사위원 분들에게 감사드립니다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

이러한 문제에 대응하기 위해 행정에 접근하는 방법으로는 크게 두 가지를 언급할 수 있다. 행정학에서 이루어지는 행정학적 접근과 행정법학에서 이루어지는 행정법학적 접근이 그것이다. 행정이라는 동일한 현상이자 과정에 관해 행정학과 행정법학이 각기 경쟁적으로 이를 연구하고 접근하는 것이다. 다만 이러한 두 접근 방법이 서로 어떤 관계를 맺는지, 양자는 어떤 점에서 차이가 있는지, 행정을 더욱 발전시키기 위해 양자가 어떤 점에서 상호 발전해야 하는지에 문제가 제기된다. 이는 행정학과 행정법학이 어떤 관계를 맺는지로 귀결된다.¹⁾ 아래에서는 이 문제를 다루고자 한다. 이때 체계이론(Systemtheorie)의 관점을 일정 부분 활용하고자 한다.

II. 행정학과 행정법학의 관계에 관한 기존의 논의

논의를 풀어가기 위해 행정학적 접근과 행정법학적 접근, 즉 행정학과 행정법학의 관계에 관해 기존에 어떤 논의가 이루어졌는지 살펴본다.

1. 선행 연구

우리 학계에서 행정학과 행정법학이 각각 독자적인 학문 영역으로서 탄탄한 입지를 구축하고 있는 점에 반해 양자가 어떤 관계를 맺는지를 규명한 연구는 상대적으로 많지 않다. 그만큼 양자가 폐쇄적으로 발전해 온 영향도 있다.²⁾ 이에 더해 행정학은 주로 미국 학계의 영향을 받은 데 반해 행정법학은 주로 독일 학계의 영향을 받아 성장한 점도 한 가지 이유가 된다.³⁾

이 같은 상황에서 주목할 만한 선구적 연구로서 서원우 교수의 연구를 들 수 있다. 서원우 교수는 일찍부터 행정학과 행정법학의 관계에 관심을 보였다. 이

1) 이에 관해서는 우선 이진수, “‘행정학과 행정법학의 대화’ 재조명: 행정법학과 행정학의 학제적 연구의 관점에서”, 『행정법연구』 제58호, 행정법이론실무학회, 2019. 8., 1-26면 참고.

2) 예를 들어 정인홍, 『행정학』, 박영사, 1960, 20면은 “우리나라의 행정학과 행정법학의 관계는 전연 독립하여 양 학문이 물교섭관계에 놓여있다는 것이 사실에 관한 정확한 인식”이라고 한다. 이진수, 앞의 논문, 11면에서 다시 인용.

3) 이를 지적하는 서원우, “행정법학에서 본 행정학”, 『한국행정학보』 제10권, 한국행정학회, 1976, 94면 아래; 이진수, 앞의 논문, 5면에서 다시 인용.

는 서원우 교수가 서울대 행정대학원과 서울대 법과대학 모두에서 근무한 인연도 한몫한다.⁴⁾ 이를 예증하듯 서원우 교수는 1966년에 논문 “행정법학과 행정학과의 관계”, 1976년에 “행정법학에서 본 행정학”, 1997년에 “행정학과 행정법학의 대화”를 발표한다.⁵⁾

이후 행정학과 행정법학의 관계를 정면에서 다룬 연구로는 이진수 교수의 연구를 들 수 있다. 서원우 교수의 연구를 출발점으로 삼아 행정학과 행정법학의 관계를 규명한 이 연구는 다음과 같은 점에서 의미가 있다. 서원우 교수처럼 행정학과 행정법학 모두에 정통한 이진수 교수는 독일의 슈타인(Lorenz von Stein)과 마이어(Otto Mayer)를 대비시키면서 행정학과 행정법학의 관계를 밝힌다.⁶⁾ 더불어 행정학과 행정법학에 관해 그동안 우리 학계에서 축적된 연구 성과를 일목요연하게 정리한다.⁷⁾ 이는 행정학과 행정법학의 관계를 규명하는데 중요한 준거점이 된다.

아래에서는 이러한 성과를 참고하여 행정학과 행정법학의 관계에 관해 그동안 어떤 논의가 이루어졌는지 정리한다.

2. 연구 대상으로서 행정과 행정법

가장 먼저 눈에 띄는 점으로 행정학과 행정법학 사이에는 연구 대상 면에서 차이가 있다는 점이다. 행정학이 행정을 연구 대상으로 하는 데 반해 행정법학은 행정이 아닌 행정법을 일차적인 연구 대상으로 설정한다는 것이다. 예를 들어 우리 행정학의 선구자인 유훈 교수는 “행정학은 직접적으로 행정 현상을 대상으로 삼는 데 대하여 행정법학은 행정법이라는 법적·제도적인 구조를 통하여 행정 현상을 다룬다는 데에 근본적인 차이”가 있다고 한다.⁸⁾

4) 이에 관해서는 서원우·최송화, “서원우 교수의 걸어오신 길”, 『법학자의 향기』, 박영사, 2020, 89-124면 참고.

5) 서원우, “행정법학과 행정학과의 관계”, 『현대행정법론(상)』, 박영사, 1988, 30면 아래(이는 본래 1966년 「법정」에 발표된 것을 엮은 것이다); 서원우, 앞의 논문, 94-120면; 서원우, “행정학과 행정법학의 대화”, 『전환기의 행정법이론』, 박영사, 1997, 24-37면 참고. 이에 관한 분석은 이진수, 앞의 논문, 4-6면 참고.

6) 이진수, 앞의 논문, 6면 아래. 슈타인의 이론에 관해서는 오항미, “행정권의 제한으로서의 법률 그리고 합헌적 행정권: 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)의 법치국가론”, 『한국정치학회보』 제54집 제5호, 한국정치학회, 2020, 겨울, 53-73면 참고.

7) 이진수, 앞의 논문, 11면 아래 참고.

8) 유훈, 『행정학원론』, 법문사, 1996, 37-38면; 이진수, 앞의 논문, 12면에서 다시 인용. 같은

3. 국가 경영과 권리 보호

이렇게 연구 대상이 차이가 나면서 각 학문이 강조하는 지점도 달라진다. 이를테면 행정학은 관방, 즉 국가 경영을 강조하는 데 반해 행정법학은 국민의 권리 보호를 중시하는 학문적 특성을 보인다. 구체적으로 말하면 국가 경영 자체, 가령 행정조직이나 예산, 재정 등에 관심을 기울이는 학문이 행정학이라면, 국가 행정이 국민의 권리나 의무에 직접적으로 어떤 영향을 미치는지, 국민의 권리가 침해된 경우 이를 어떻게 보호할 것인지에 관심을 두는 게 행정법학이라는 것이다.⁹⁾ 이는 행정의 작동 자체에 초점을 맞추는지, 아니면 행정의 작동이 외부에 미치는 영향에 초점을 맞추는지에 따른 구별이라 할 수 있다. 말하자면 ‘내부/외부’라는 구별을 행정학과 행정법학을 구별하는 기준으로 활용하는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁾

4. 방법이원론적 접근

그렇지만 행정학과 행정법학을 구별하는 데 가장 즐겨 원용되는 기준은 방법적 차이라 할 수 있다. 행정학과 행정법학의 관계에 관해 그동안 이루어진, 특히 국내의 선행 연구를 보면 주로 방법이원론의 견지에서 논의가 진행되었기 때문이다. 이때 방법이원론이란 존재(Sein)와 당위(Sollen), 사실과 규범을 구별하면서 이에 따라 서로 다른 방법을 적용하는 접근 방법을 뜻한다. 19세기 후반에서 20세기 초반까지 독일에서 지배적인 철학이었던 신칸트주의(Neukantianismus)가 대표적으로 이러한 접근 방법을 사용하였다.¹¹⁾ 예를 들어 상대주의 법철학을 정초한 라드브루흐(Gustav Radbruch)나 순수법학을 구축한 켈젠(Hans Kelsen)에서 방법이원론의 예를 발견할 수 있다.¹²⁾

맥락에서 서원우·최송화, 앞의 대담, 105면.

9) 이에 관해 서원우 교수는 다음과 같은 발언을 하기도 하였다. “미국에서는 법학은 직업교육으로서 Law School에서 가르치고 있으며, 행정학은 관리자교육이고 국민의 권리·의무에 관계되는 것이 아닌 인사·재무 등 관리이론이나 기술을 주로 교육하기 때문에, 행정대학원 같은 데서는 법률학을 가르치고 있지는 않습니다.” 서원우·최송화, 앞의 대담, 102면.

10) 이에 관해서는 아래 IV.2. 참고.

11) 신칸트주의에 관해서는 Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Tübingen, 2023 참고.

존재와 당위의 구별, 사실과 규범의 구별이라는 방법적 출발점은 행정학과 행정법학의 관계를 규명하는 과정에서도 즐겨 인용되었다. 이를테면 행정학은 존재 혹은 사실에 대한 접근 방법을 사용하여 행정을 다루는 데 반해 행정법학은 당위 또는 규범에 대한 접근 방법에 의지하여 행정을 다룬다는 것이다. 달리 말하면 행정학은 사회과학 방법론의 토대 위에서 행정을 규명한다면 행정법학은 규범학의 기초 위에서 행정을 분석한다는 것이다. 예를 들어 “행정법학은 법학이라는 특성상 규범성을 갖는 데 반하여, 행정학은 기본적으로 실증성과 경험성을 중시하고 이를 토대로 이론화와 과학화를 추구하는 것을 특색”으로 한다고 한다.¹³⁾ 나아가 행정학의 연장선상에 있는 정책학과 행정법학의 관계에 관해 “(행정)법학과 정책학은 서로 교섭이 적고, 법학은 해석론적·규범적 접근인 것에 반해 정책학은 실질적 접근을 중시하므로 양자의 차이가 크다”고도 한다.¹⁴⁾ 이러한 근거에서 행정학은 사회과학에, 행정법학은 법학에 소속된다고 한다. 이러한 행정학에 인접한 학문으로는 정치학, 사회학, 경영학을 들 수 있는데 그중 정치학이 행정학과 가깝다고 한다.¹⁵⁾

방법이원론의 견지에서 행정학과 행정법학의 관계 및 차이를 이해하는 태도는 국내 학계의 지배적인 이해 방식으로 보인다. 이는 행정학과 행정법학의 학문적·방법론적 성격과 차이를 명확하게 드러낸다는 점에서 타당하다. 다만 이 같은 이해 방식만으로는 행정학과 행정법학이 서로 어떤 관계를 맺는지가 좀 더 구체적으로 드러나지 않는다는 한계가 있다. 요컨대 양자의 관계가 명확하게 구체화·차별화되지 않는 것이다.

5. 역사적 접근

방법이원론의 견지에서 행정학과 행정법학의 관계를 파악하고 차별화하는 것은 역사적 측면에서 볼 때도 근거가 있다. 왜냐하면 이는 독일에서 행정법학이 독자적인 법학으로 성장하던 역사적 과정과 관련을 맺기 때문이다.¹⁶⁾

12) 이에 관해서는 구스타프 라트브루흐, 윤재왕 (옮김), 『법철학』, 박영사, 2021; Hans Kelsen, 윤재왕 (역), 『순수법학: 법학의 문제점에 대한 서론』, 박영사, 2018 참고.

13) 박동서, 『한국행정론』, 법문사, 1998, 113-114면. 이진수, 앞의 논문, 12면에서 다시 인용.

14) 정정길 외, 『정책학원론』, 대명출판사, 2018, 29면; 이진수, 앞의 논문, 12면에서 다시 인용.

15) 김광웅, 『행정과학서설』, 박영사, 1995, 82면; 이진수, 앞의 논문, 12면에서 다시 인용.

16) 이에 관해서는 마하엘 슈톨라이스, 이종수 (옮김), 『독일 공법의 역사』, 푸른역사, 2022,

잘 알려진 것처럼 독일에서 행정법학은 행정학 또는 이를 포괄하는 관방학에서 시작하였다. 슈타인의 관방학이 이를 잘 예증한다. 하지만 이후 법실증주의, 더욱 정확하게 말하면 ‘법학적 실증주의’(rechtswissenschaftlicher Positivismus)가 독일 공법학을 지배하게 되면서 행정을 이러한 관점 및 방법에서 다루는 행정법학이 독자적인 학문 영역으로 독립하는 계기가 마련된다.¹⁷⁾ 법학적 실증주의가 공법학 가운데 국가법학에 미친 영향은 무엇보다도 게르버(Carl Friedrich von Gerber)와 라반트(Paul Laband)가 수행한 작업이 잘 보여준다. 그리고 행정법학 영역에서는 행정법학의 학문적 기초, 특히 총론(Allgemeiner Teil)을 정초한 오토 마이어(Otto Mayer)의 저작에서 발견할 수 있다. 마이어에 의해 법학적 실증주의적 또는 규범적 행정법학이 완성된다.¹⁸⁾

법학적 실증주의 공법학이 정착하게 된 점은 19세기 독일에서 전개된 정치적 상황과 무관하지 않다. 당시 독일은 가변적인 그래서 불안정한 정치적 상황이 이어졌다. 이를테면 나폴레옹에 의해 신성로마제국이 해체되고 라인동맹이 성립하였다(1806년). 나폴레옹이 몰락하면서 빈체제에 의해 독일동맹이 성립하였다(1815년). 프로이센-오스트리아 전쟁에서 프로이센이 승리하면서 북독일동맹이 형성되었고(1866년), 프로이센-프랑스 전쟁에서 프로이센이 승리하면서 독일제2제국이 성립하였다(1871년). 이러한 정치적 상황이 지속되면서 무엇보다도 국가법학에서 변화하는 정치적 상황에서도 영속할 수 있는 국가법학을 정초하는 데 관심을 기울이게 된다.¹⁹⁾ 이때 무엇을 기초로 하여 정치적 상황에 무관

106면 아래 참고. 이를 요약해서 소개하는 Michael Stolleis, “Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden · Maßstäbe · Aufgaben · Organisation*, München, 2006, S. 63-119 참고. 행정법 방법론의 시각에서 이를 분석하는 연구로는 Wolfgang Meyer-Hesemann, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg/ Karlsruhe, 1981 참고.

17) 법학적 실증주의에 관해서는 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1996, S. 431 참고. 비약커에 의하면 법학적 실증주의는 판택텐법학이 지향한 방법으로 이해된다. 이에 반해 법실증주의는 일반적으로는 실정법을 전제로 하여 이를 치밀하게 분석하는 방법을 말한다. 게르버나 라반트가 사용한 법학적 실증주의는 실정 헌법을 대상으로 하여 이를 규명한 것이라기보다는 오히려 판택텐법학에서 활용하는 방법을 끌어와 실정 헌법을 규명했다는 점에서 일반적 의미의 법실증주의와는 차이가 있다.

18) 오토 마이어에 관해서는 박정훈, “오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 『행정법연구』 제18호, 행정법이론실무학회, 2007. 하반기, 199-230면; 이진수, “오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구: 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의 비교를 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2018 참고.

19) 미하엘 슈톨라이스, 앞의 책, 106면 아래 참고. 가령 공법학자 로베르트 폰 볼(Robert von

하게 영속하는 국가법학을 정립할 수 있는지가 문제된다. 이에 국가법학의 게르버와 라반트 그리고 행정법학의 마이어는 다음과 같이 대처한다. 당시 민사법학에서 발전한 법학적 실증주의, 달리 말해 판데텐법학에서 성장한 개념법학적 방법을 받아들여 공법학에 적용하는 것이다.²⁰⁾ 이는 게르버와 라반트가 애초 민사법학자였다는 점과 무관하지 않다.

그렇다면 민사법학의 어떤 점이 공법학에 수용되었는가? 이는 당시 민사법학이 무엇을 기초로 하여 정초되었는지 살펴봄으로써 확인할 수 있다. 당시의 민사법학, 즉 판데텐법학은 주지하다시피 역사법학으로 유명한 사비니(Friedrich Carl von Savigny)로 거슬러 올라간다. 역사법학을 주창한 사비니이지만 동시에 칸트 철학을 받아들여 의사주의(Willenstheorie)에 기반을 두어 민사법학의 기초를 놓는다. 의사주의를 토대로 하여 주관적 권리 개념과 이러한 권리를 만들어 내는 법적 원인으로서 법률행위 개념을 정립한다. 이에 더해 ‘주체/객체/행위’ 구별을 활용하여 민사법학의 전체 체계를 구축한다. 이는 독일 민법의 총칙으로 제도화된다.

이 같은 민사법학의 접근 방식은 공법학에도 적용된다. 예를 들어 민사법학에서 국가법학으로 전향한 게르버는 의사주의를 받아들여 국가 권력을 의사의 힘(Willensmacht)으로 파악한다.²¹⁾ 민사법학에서 정립된 주관적 권리 개념도 공법학에 수용되어 주관적 공권(subjektive öffentliche Rechte)으로 발전한다.²²⁾ 다만 주목해야 할 점은 의사주의에 바탕을 둔, 달리 말해 의사설의 관점에서 파악된 민사법학의 주관적 권리가 공법학의 주관적 공권으로 그대로 수용되지 않았다는 점이다.²³⁾ 그 대신 이익을 중시하는 이익설의 관점이 주관적 공권의 바탕이 되었다. 이에 따라 주관적 공권은 공법이 보호하는 이익으로 파악된다.²⁴⁾

Mohl은 19세기 초반 공법학자들이 처한 상황을 다음과 같이 말하기도 하였다. “1803년과 1806년에는 제국의 공법학자들이 수집한 책들 대부분이 휴지 조각이 되고, 그들의 학식은 헛된 예술이 되고 말았다.” 미하엘 슈톨라이스, 같은 책, 88면.

20) 개념법학에 관해서는 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』 제10권 제1호, 한국법철학회, 2007. 5., 233-258면 참고.

21) 미하엘 슈톨라이스, 앞의 책, 109면.

22) 독일에서 주관적 공권 개념의 역사적 발전 과정에 관해서는 Harmut Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlin, 1986, 특히 S. 73 ff. 참고.

23) 권리 개념에 관한 의사설과 이익설에 관해서는 양천수, “권리의 형성 메커니즘”, 『법철학연구』 제16권 제1호, 한국법철학회, 2013. 4., 199-232면 참고.

상법, 특히 회사법학에서 중요한 법인(juristische Person) 관념도 공법학에 도입되었다. 예를 들어 상법학에서 국가법학으로 방향을 바꾼 라반트는 회사처럼 국가 공동체를 법인으로 파악한다. 이에 따라 상법학의 회사처럼 국가라는 조직은 법인, 즉 공법인으로 파악된다.

민사법학에서 중요한 행위 개념도 공법학에 수용된다. 이는 무엇보다도 독일 행정법학의 총론을 기초한 마이어에서 발견된다. 이를테면 마이어는 민법학의 법률행위 개념을 모범으로 삼아 행정행위(Verwaltungsakt) 개념을 정립한다.²⁵⁾ 마이어가 정초한 이른바 행정법 총론은 이러한 행정행위 개념을 중심으로 하여 체계화되었다. 요컨대 민사법학에서 근간이 되는 구별인 ‘주체/객체/행위’가 행정법학에서는 ‘공법인으로서 국가와 기관으로서 행정청/권리와 의무 주체로서 국민/행정행위’라는 모습으로 구체화되어 행정법학의 학문적 독자성과 영속성을 보장하는 데 원용된 것이다.

6. 검토

지금까지 국내 학계의 논의와 독일 학계의 성과를 일부 참고하여 행정학과 행정법학이 어떤 관계를 맺는지 정리해 보았다. 앞에서 살펴본 것처럼 이는 연구 대상, 연구 중점, 연구 방법이라는 측면에서 정리할 수 있다. 하지만 이것만으로는 행정학과 행정법학이 어떤 관계를 맺는지, 특히 양자의 차이가 무엇인지가 좀 더 구체적으로 드러나지는 않는 편이다. 이에 아래에서는 체계이론의 성과를 일정 부분 활용하여 행정학과 행정법학의 관계를 정리해 보고자 한다.

Ⅲ. 행정 개념에 관한 접근

행정학과 행정법학은 모두 행정을 연구의 출발점으로 삼는다. 물론 행정법학은 행정법을 직접적인 연구 대상으로 삼지만, 행정법은 행정을 규율하는 법으로서 행정 개념을 전제로 한다.²⁶⁾ 그 점에서 행정법학도 행정을 (간접적이기는

24) Hartmut Bauer, 앞의 책, S. 75 ff.

25) 다만 행정행위 개념은 프랑스 행정법학에서 받아들인 것이라는 견해로는 가츠다 아리츠네 외, 문준영 외 (번역), 『개설 서양법제사』, 민속원, 2020, 405면 참고.

하지만) 출발점으로 삼는다고 말할 수 있다. 이를 감안하면 행정학과 행정법학의 관계를 구체적으로 확정하기 위한 일환으로 두 학문 분과가 관심을 쏟는 행정이란 무엇인지 검토할 필요가 있다.

1. 행정학에서 본 행정

먼저 행정학에서 행정 개념을 어떻게 파악하는지 살펴본다.²⁶⁾ 행정 자체를 연구 대상으로 설정한다는 점에서 행정학은 행정법학에 비해 행정 개념을 적극적으로 규명한다. 행정 개념을 구성하는 핵심 요소가 무엇인지 밝히고자 한다. 이때 행정이 수행하는 작동이나 기능에 초점을 맞추는 경우가 많다.

(1) 결정으로서 행정

이에 관한 대표적인 예로 행정학에 큰 영향을 미친 사이먼(Herbert Simon)의 행정 개념을 들 수 있다. 행동주의적 접근을 수용하여 제한적 합리성(bounded rationality)을 규명한 사이먼은 행정 개념에 관해서도 유익한 시사점을 제공하였다. 행정을 결정(decision making)으로 파악한 것이다.²⁸⁾ 이에 따르면 행정이란 특정한 공적 조직의 의사를 결정하는 과정이다. 물론 이는 행정을 형식적인 면에서 규정한 것이다. 행동주의적 관점이 여기에도 적용된 것이다. 따라서 사이먼의 행정 개념은 결정이라는 공적 조직이 수행하는 형식적 과정만을 보여준다.

(2) 행정과 정치·경영의 관계 설정

이로 인해 결정으로 정의되는 행정에 어떤 내용적 특성, 즉 어떤 개념적 색

26) 예를 들어 서원우 교수는 다음과 같이 말한다. “우리는 행정법을 대상으로 하는 것인 반면, 행정학은 행정 그 자체를 체계적으로 논구하는 것이기 때문에, 그것이 행정법연구에 얼마나 도움을 줄까 하는 문제도 있긴 하지만, 적어도 행정학을 통해 행정의 실체를 이해하고 그것을 바탕으로 행정에 관한 법을 연구한다면 더욱 좋을 거라고 생각을 하고, 그렇게 본다면 행정학이 많은 참고가 되는 것이지요.” 서원우·최송화, 앞의 대담, 105면.

27) 이에 관해서는 박성복, “행정의 개념과 행정학의 연구대상”, 『한국행정논집』 제14권 제3호, 한국정부학회, 2002. 9., 513-531면 참고.

28) 사이먼의 행정 개념에 관해서는 Herbert Simon, *Administrative Behavior*, 4th Edition, Free Press, 1997 참고.

깔을 추가할 것인지가 논의된다. 이는 특히 정치 및 경영과 행정의 관계를 어떻게 설정할 것인지를 문제로 구체화된다. 이는 권력과 자본이라는 정치와 경영의 개념적 또는 내용적 특성과 행정 개념의 관계를 어떻게 설정할 것인지를 문제로 바꾸어 볼 수 있다. 이에 관해 크게 두 가지 견해가 제시된다.

첫째 견해는 정치와 행정을 본질적으로 같은 것으로 파악한다. 이는 정치 과정처럼 행정도 권력적 결정이라는 점에 주목한다. 이는 행정행위라는 권력적 결정이 잘 예증한다. 이에 반해 둘째 견해는 행정과 경영을 본질적으로 같은 것으로 파악한다. 기업이라는 조직의 이익 극대화를 목적으로 설정하는 경영처럼 행정 역시 공적 조직의 이익 극대화 또는 이익 최적화를 목적으로 설정 및 수행해야 한다는 것이다. 이는 달리 말하면 경영처럼 행정에도 목적 합리성(Zweckrationalität)이 적용된다는 점을 뜻한다.

(3) 규칙 합리성과 목적 합리성이 적용되는 행정

이 같은 논의는 행정 개념을 규정하는 데, 더 나아가 행정학과 행정법학의 관계를 규명하는 데 유의한 시사점을 제공한다. 행정은 정치적 결정의 성격과 경영적 결정의 성격을 모두 가진다는 것이다.

우선 행정은 정치처럼 권력적 요소와 관련을 맺는다. 자원을 권력적으로 배분하는 정치의 결정을 구체적으로 집행하는 게 행정이기에 행정 역시 권력적인 결정이라는 특성을 지니게 된다. 바로 그 때문에 법으로 권력을 통제하려는 법치주의가 행정에도 적용되어 법치행정으로 구체화된다. 그 점에서 법치주의가 표상하는 규칙 합리성이 행정에도 적용된다. 법이 설정한 규칙(rule)을 따르는 것이 합리적이라는 것이다. 이에 따라 행정은 법이 설정한 규칙을 준수하며 작동해야 한다.

다음으로 행정은 특정한 조직을 경영하는 성격도 지닌다. 경제학이나 경영학에서 축적된 이론적 성과가 행정학에도 받아들여져 행정을 개선하는 데 기여했다는 현실적 측면이 이를 보여준다.²⁹⁾ 이에 따라 ‘목적/수단’ 혹은 ‘비용/성과’를 최적화하고자 하는 목적 합리성이 행정에도 스며든다.³⁰⁾ 행정은 목적을 실현하

29) 사이먼의 원래 전공이 경제학이었다는 점이 이를 예증한다. 이에 관해서는 앤드류 로, 강대권 (옮김), 「금융시장으로 간 진화론」, 부크온, 2020, 제2장 참고.

30) 더욱 정확하게 말하면 이는 ‘목적/수단/결과’라는 구별로 구체화된다.

는 최적화된 수단이 되어야 한다는 것이다. 작은 정부를 추구하는 신자유주의가 지향하는 행정이 이러한 방향을 잘 보여준다.

이렇게 보면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 행정학의 측면에서 볼 때 행정이란 규칙 합리성과 목적 합리성이 적용되는 공적 조직의 결정 과정이라는 것이다.

2. 행정법학에서 본 행정

행정법학은 행정법을 연구 대상으로 설정한다. 이때 행정법은 행정을 규율하는 법이기에 행정법학 역시 행정을 분석 대상으로 한다고 말할 수 있다. 다만 행정을 직접적인 연구 대상으로 설정하는 행정학과는 달리 행정법학은 행정법을 일차적인 분석 대상으로 보기에 행정은 행정법을 매개로 하여 행정법학의 연구 대상에 포섭된다고 말할 수 있다.

행정을 어떻게 파악할 것인지에 관해 행정법학에서는 크게 두 가지 견해가 제기된다. 기능설과 기관설이 그것이다.³¹⁾ 이는 근대법에서 법적 개념과 체계의 중요한 토대가 되는 ‘행위/주체’라는 구별에 상응한다.³²⁾ 이를테면 기능이 행위에 대응한다면 기관은 주체에 대응한다. 이를 달리 객관주의/주관주의 구별로 파악할 수 있다.

(1) 기능설

기능설은 행정의 내용 또는 행정이 수행하는 기능적 특성에 초점을 맞추어 행정을 파악하는 견해이다. 이는 다시 두 가지로 나눌 수 있다. 적극설과 소극설이 그것이다. 적극설은 행정이 수행하는 기능을 적극적으로 규정하는 견해이다. 이를 위해 적극설은 행정학에서 축적된 행정 개념에 관한 논의를 받아들인다. 이에 대해 소극설은 행정 개념을 적극적으로 규명하지는 않는다. 그 대신

31) 행정법학에서 파악하는 행정 개념에 관해서는 박균성, 「행정법론(상)」 제14판, 박영사, 2015, 4-5면 참고. 여기에서는 행정 개념에 관한 견해로 소극설, 적극설, 기관양태설을 제시한다. 또한 김기진, “행정의 개념에 관한 연구”, 「법학연구」 제18권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2008. 3., 87-108면 참고.

32) 이에 관해서는 양친수, “현대사회의 구조변혁과 법규범의 대응 방향”, 「인간연구」 제46호, 가톨릭대학교 인간학연구소, 2022. 4., 37-75면 참고.

행정과는 구별되는 입법과 사법의 기능적 특성을 규정한 후 이를 기준으로 하여 소극적으로 행정을 규명한다. 요컨대 입법과 사법을 제외한 나머지가 행정이라는 것이다. 입법 및 사법 개념에 반대 추론(Umkehrschluss)을 적용하여 행정 개념을 도출하는 것이다.

(2) 기관설

기관설은 행정을 수행하는 기관, 즉 행정부를 기준으로 하여 행정 개념을 파악한다. 가령 입법부가 수행하는 작용을 입법 작용, 사법부가 수행하는 작용을 사법 작용이라 한다면 행정부가 수행하는 작용을 행정 작용으로 파악하는 것이다. 이는 행정부라는 주체 또는 형식에 초점을 맞춘다는 점에서 기능설에 비해 행정 개념을 좀 더 명확하게 규정할 수 있다. 왜냐하면 기능이라는 측면에서 볼 때 입법이나 사법과는 구별되는 행정만의 고유한 기능적 특성을 밝히는 것이 생각보다 쉽지 않기 때문이다.³³⁾

(3) 기능과 기관의 종합적 고려

상법학에서 상행위 개념이 무엇인지에 관한 논의가 시사하듯이 행위와 주체 혹은 기능과 기관 가운데 어느 한쪽만을 선택해 행정 개념을 규명하는 것은 어렵다.³⁴⁾

가령 행정부가 수행하는 작용만을 행정으로 규정하면 입법부나 사법부가 수행하는 독자적인 행정 작용이 간과된다. 이를테면 사법부도 법원행정처라는 조직이 보여주듯이 사법 행정이라는 독자적인 행정 작용을 수행한다.

반대로 기능만을 고려하면 무엇이 입법이나 사법과는 구별되는 행정만의 독자적인 기능인지 밝히기 어렵다. 예를 들어 사이먼이 강조하는 결정이라는 기능적 특성은 행정에서만 발견되는 것은 아니다. 입법 작용이나 사법 작용도 결정이라는 특성을 보이기 때문이다. 가령 입법 작용은 특정한 법률 제정을 결정하는 과정으로도 파악할 수 있다. 사법 작용도 재판을 내리는 결정으로 이해할

33) 박균성, 앞의 책, 5면.

34) 이에 관해서는 정동윤, “상법에 있어서의 주관주의와 객관주의”, 『법학논집』 제28집, 고려대학교 법학연구원, 1992. 12., 23-41면 참고.

수 있다.

이러한 이유에서 행정은 기능과 기관, 즉 기능적 특성과 이를 수행하는 기관이 누구인지를 모두 고려하여 파악할 수밖에 없다. 이렇게 보면 행정이란 행정부가 수행하는 결정이라고 정의할 수 있다. 이때 말하는 결정은 의회가 제정한 법률을 구체적으로 집행하는 결정으로 이해할 수 있다. 행정법학은 바로 이러한 행정 개념을 염두에 둔다.

3. 체계이론에서 본 행정

앞에서 살펴본 것처럼 행정처럼 특정한 개념을 정확하게 규명하는 것은 쉽지 않다. 어떤 한 가지 기준만으로 특정한 개념을 밝히고자 하는 시도는 실패하기 쉽다. 따라서 다층적·다맥락적 측면에서 행정과 같은 개념에 접근하는 게 바람직하다. 이러한 근거에서 아래에서는 독일의 사회학자 루만(Niklas Luhmann)이 제시한 행정 개념을 검토하고자 한다.

(1) 행정에 대한 관심

흔히 루만은 체계이론이라는 거대이론을 정초한 사회학자로 알려져 있다. 하지만 이러한 루만이 초기에 관심을 보인 분야는 행정이었다. 프라이부르크대학에서 법학을 공부했던 루만은 행정공무원으로 사회 경력을 시작한다. 이에 따라 자연스럽게 루만은 행정, 즉 공적 조직의 작동에 관심을 갖게 된다. 행정이란 무엇인지, 행정은 무엇을 목적으로 하는지, 행정은 어떻게 작동하는지, 행정의 기능은 무엇인지에 관심을 가진다. 이를 보여주는 것이 루만이 미국 유학을 마치고 돌아온 이후 출간한 연구서이다. 이는 행정의 작동 방식과 기능을 분석한 것이었다.³⁵⁾

행정이 무엇인지에 관해 루만은 일단 사이먼의 연구를 받아들인다. 이에 따라 행정의 기능을 ‘결정’(decision making)에서 찾는다.³⁶⁾ 요컨대 루만이 볼 때 행정이란 특정한 결정을 내리는 작동이다. 이에 더해 루만은 체계이론의 바탕

35) Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.

36) Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966, S. 21 ff.

위에서 행정을 관찰한다.

(2) 사회적 체계로서 행정

루만에 따르면 행정이란 독자적인 사회적 체계(soziales System)이다. 사회적 체계란 체계의 일종으로 기계나 생명체계, 심리체계와는 구별되는 독자적인 체계를 말한다.³⁷⁾ 루만에 따르면 사회적 체계는 소통(Kommunikation)으로 존속한다.³⁸⁾ 소통과 소통이 지속적으로 연결되면서 사회적 체계가 형성 및 작동한다. 이 점에서 사회적 체계는 소통체계(Kommunikationssystem)로 지칭되기도 한다. 다만 행정에 관심을 가졌던 초기에 루만은 아직 파슨스(Talcott Parsons)의 영향을 받고 있었기에 사회적 체계를 소통체계가 아닌 행위체계(Handlungssystem)로 파악하였다.³⁹⁾ 이렇게 보면 행정체계란 특정한 결정을 내리는 사회적 체계에 해당한다.

행정이 사회적 체계라는 주장은 ‘체계/환경’이라는 구별이 행정에도 적용된다는 점을 함의한다. 이에 따라 행정이라는 사회적 체계에는 경계(Grenze)가 있고 이러한 경계를 기준으로 하여 내부에는 행정이라는 사회적 체계가, 외부에는 환경이 존재한다. 이때 주목해야 할 점은 일반적으로 행정을 담당하는 존재로 여겨지는 인간 공무원은 내부가 아닌 외부, 즉 환경에 속한다는 점이다. 이는 행정이 사회적 체계라는 점과 관계가 있다. 같은 맥락에서 정치가나 일반 공중(Publikum)도 행정의 환경에 속한다.⁴⁰⁾ 이의 연장선상에서 경제나 법, 이를 포괄하는 사회 역시 행정의 환경에 해당한다.

나아가 루만에 따르면 행정, 즉 행정체계는 정치체계의 부분체계이다.⁴¹⁾ 이는 다음과 같은 의미를 담는다. 첫째, 정치는 독자적인 사회적 체계라는 점이다.⁴²⁾ 둘째, 이러한 정치체계가 내적으로 분화하면서 형성된 것이 행정체계라는 점이다. 이에 따라 정치체계의 특성, 즉 권력적 특성은 행정에도 반영된다. 그

37) Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M., 1984, S. 15 ff.

38) Niklas Luhmann, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, 2. Aufl., Heidelberg, 2009, S. 17.

39) 이에 관해서는 Niklas Luhmann, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015, S. 21 ff.

40) Niklas Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021, S. 122 ff.

41) Niklas Luhmann, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015, S. 151 ff.

42) 이를 보여주는 Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M., 2000 참고.

렇지만 행정체계는 정치체계와는 구별되는 독자적인 성격도 지닌다. 규칙 합리성과 목적 합리성이 이에 적용된다는 점이다.

(3) 행정의 구속 원칙

행정에 규칙 합리성과 목적 합리성이 적용된다는 점은, 앞서서도 살펴본 것처럼, 한편으로 행정은 법의 지배를 받으면서 다른 한편으로는 정치체계가 설정한 목적에 구속된다는 것을 뜻한다. 이는 행정이 정치체계의 부분체계이자 행정법이라는 법체계의 부분 영역에 의해 규율되는 결과이기도 하다. 이를 루만은 행정에 대한 실정법의 구속 원칙과 경제적 합리성 원칙으로 지칭하기도 한다.⁴³⁾ 이는 조직 운영을 규율하는 두 가지 이념, 즉 지배(Herrschaft) 및 목적 지향과 관련을 맺는다.⁴⁴⁾ 이때 지배 지향은 ‘지배/복종’ 구별 그리고 목적 지향은 ‘목적/수단’ 구별과 연결된다. 이러한 지배 지향과 목적 지향은 서로 긴장 관계를 맺는다. 양자의 균형점을 찾는 것은 쉽지 않다.

먼저 행정에서 지배를 강조하면 행정을 수행하는 공적 조직 자체의 존속이 중요해진다. 조직의 존속 자체가 행정의 목적으로 설정된다. 이에 따르면 행정을 수행하는 조직은 자기목적적인 존재가 된다. 이를 위해 조직 구성원의 복종이 강조된다. 절대왕정이나 경찰국가에서는 이러한 지배와 복종이 국왕이나 국가의 명령이나 지시로 이루어졌다. 하지만 법치주의가 정착한 오늘날에는 법치 행정 원리에 따라 실정법의 지배와 이에 대한 복종이 실행된다. 이러한 지배 지향은 행정이 정치와 밀접하게 연결되어 있음을 보여준다.

이에 반해 목적 지향은 행정조직의 수단성을 강조한다. 이에 따라 행정조직은 정치체계가 설정한 목적을 실현하는 수단으로 자리매김한다. 이로 인해 최적화 또는 효율성을 중시하는 경제적 합리성 원칙이 행정조직을 규율한다. 이는 기업이 경영 목적을 실현하기 위한 수단으로 기능하는 것과 유사하다. 그 점에서 목적 지향은 행정이 경영과 밀접하게 연결되어 있음을 보여준다.

이처럼 실정법의 구속 원칙과 경제적 합리성 원칙, 좀 더 근원적으로 보면 지배와 목적이 행정을 규율한다. 루만에 따르면 전자에서는 지배 의지가, 후자에서는 합리성이 중시된다.⁴⁵⁾ 이에 따라 철학적으로 볼 때 전자는 의지주의

43) Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 17.

44) Niklas Luhmann, 앞의 “*Funktionen und Folgen formaler Organisation*”, S. 32.

(Voluntarismus), 후자는 지성주의(Intellektualismus)와 연결된다.⁴⁶⁾ ‘주관/객관’이라는 구별을 활용하면 전자는 주관성, 후자는 객관성을 지향한다.

(4) 행정과 행정법의 관계

한편 루만은 행정과 행정법의 관계에 관해 유익한 착안점을 제공한다. 행정법은 행정에 대한 법적 토대라는 점이다.⁴⁷⁾ 이를 구체적으로 풀이하면 행정이라는 사회적 체계가 결정을 내리는 데 필요한 법적 테두리가 행정법이라는 것이다. 예를 들어 행정이라는 사회적 체계, 즉 행정체계가 작동하려면 법체계를 규율하는 법치주의에 따라 법적 토대가 필요하다. 공법학의 용어로 바꾸어 말하면 행정에 법률유보가 적용되는 것이다. 또한 행정체계가 지속적으로 작동하는 데 필요한 행정조직, 즉 행정 거버넌스도 법에 따라 마련되어야 한다. 행정법이 행정조직을 법으로 구축하지 않으면 행정체계는 안정적으로 작동을 이어갈 수 없기 때문이다. 나아가 행정체계가 내린 결정이 사회에서 문제를 유발할 때 이를 처리할 수 있는 구제 수단도 법으로 제도화되어야 한다.

4. 검토

행정학과 행정법학 그리고 체계이론에서 각각 행정을 어떻게 파악하는지는 양자의 관계를 구체화하는 데 도움이 된다. 특히 체계이론적 접근은 행정이 지닌 여러 측면을 잘 드러낸다. 더불어 행정과 행정법에 관한 루만의 언명은 행정학과 행정법학의 관계를 정립하는 데 유용한 시각을 제공한다. 이에 따르면 행정학은 행정조직이 어떤 과정을 거쳐 일정한 결정을 내리게 되는지에 주로 관심을 기울인다. 이에 대해 행정법학은 행정조직이 특정한 결정을 내릴 때는 어떤 법적 토대가 필요한지, 행정조직의 결정으로 시민의 권리가 침해되는 때에는 어떤 구제 수단을 모색할 수 있는지에 관심을 기울인다. 아래에서는 이를 준거점으로 삼아 행정학과 행정법학의 관계를 규명하고자 한다.

45) 물론 지배 의지도 합리성 개념으로 전환할 수 없지는 않다. 규칙 합리성이 이를 보여준다.

46) 루만에 따르면 이러한 대립은 국가목적과 주권의 대립을 의식한 켈젠(Hans Kelsen)의 문체 의식과 연결된다. Niklas Luhmann, 앞의 책, S. 32.

47) 이에 관해서는 Niklas Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021, S. 14 ff. 참고.

IV. 행정학과 행정법학의 관계

1. 체계이론적 접근

먼저 체계이론의 시각에서 볼 때 행정학과 행정법학의 관계를 어떻게 파악할 수 있는지 살펴본다. 앞에서 언급한 것처럼 행정학은 행정을 연구 대상으로 한다. 이를 체계이론의 시각에서 말하면 다음과 같다. 행정학은 사회과학, 더 넓게 보면 학문체계(Wissenschaftssystem)에 포섭된다.⁴⁸⁾ 그리고 이미 살펴본 것처럼 행정은 행정체계라는 사회적 체계에 해당한다. 따라서 행정학은 학문체계에 속하는 행정학이 행정체계를 관찰하고 서술하는 작동이라 할 수 있다. 이때 행정학은 행정체계의 내부가 아닌 외부에, 즉 환경에 속한다. 따라서 행정학이 수행하는 학문적 작업은 행정체계 내부가 아닌 외부에서 행정의 작동 과정을 관찰하고 서술하는 것이라는 점에서 이는 타자관찰(Fremdbeobachtung) 및 타자서술(Fremdbeschreibung)에 해당한다. 이 과정에서 행정학은 사회과학 영역에서 정립된 방법을 활용하여 행정체계를 관찰 및 서술한다.

이에 반해 행정법학은 행정과 더불어 그러나 더욱 중요하게 행정법을 연구 대상으로 한다. 이때 행정법은 행정이라는 사회적 체계를 규율하는 법체계의 부분 영역에 속한다.⁴⁹⁾ 행정체계와 법체계가 구조적으로 결합하는 데 개입하는 것이 행정법이다. 이러한 행정법은 법체계의 부분 영역이기에 법체계가 사용하는 프로그램과 코드, 즉 조건 프로그램(Konditionalprogramm)과 ‘합법/불법’의 이항 코드(binärer Code)는 행정법에도 적용된다.⁵⁰⁾ 행정법학은 바로 이러한 성격을 가진 행정법을 관찰하고 서술할 뿐만 아니라 법학의 부분 영역으로서 행정법이 어떻게 작동해야 하는지에 관한 규범적 견해도 제시한다. 규범학이자 실천 학문이라는 의미가 강한 법학의 학문적 성격이 행정법학에도 반영된다. 이에 따라 행정법학에서는 자연스럽게 규범적 방법이 주된 방법으로 자리매김한다.

48) Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M., 1990 참고.

49) 법체계에 관해서는 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 법」, 새물결, 2014 참고.

50) 니클라스 루만, 앞의 책, 266면 아래.

2. 내부 지향과 외부 지향

체계이론에 따르면 행정체계는 내부와 외부로 구별된다. 이러한 내부/외부라는 구별에 따라 행정학과 행정법학의 학문적 특성도 차별화할 수 있다. 이때 내부/외부의 기준은 행정체계의 경계가 된다. 이를 적용하면 행정체계의 내부에 주로 관심을 보이는 게 행정학이라면 외부에 주로 관심을 두는 게 행정법학이라는 것이다.

이를 더욱 명확하게 하기 위해 행정의 작동 과정을 시간적으로 분석한다. 정치체계가 특정한 정책적 결정을 내리면 이는 행정법에 반영된다. 행정은 이러한 행정법에 따라 작동을 시작한다. 행정법이 규정한 목적을 실현하기 위해 적절한 수단을 선택해 결정한다. 또는 행정법이 정한 요건을 검토하여 이에 상응하는 법적 효과를 발령한다. 이러한 행정의 결정은 행정 내부를 향하기도 하고 (내부적 결정) 외부로 향하기도 한다(외부적 결정). 이때 법적 분쟁의 대상이 되는 것은 주로 외부적 결정이 된다.

이 가운데 행정학은 행정체계 자체의 작동에 초점을 맞춘다. 이에 따라 행정학은 행정이 실제로 어떻게 작동하는지, 어떻게 하면 행정이 더욱 원활하게 작동할 수 있는지에 관심을 보인다. 이로 인해 행정의 합목적성이 자연스럽게 행정학의 관찰 기준이 된다. 이에 반해 행정법학은 행정체계의 외부에 초점을 맞춘다. 행정체계가 외부, 즉 시민과 같은 행정의 환경에 어떤 영향을 미치는지, 이렇게 영향을 미치는 작동을 할 때 어떤 법적 요건과 절차 그리고 효과를 따라야 하는지, 외부에 잘못된 기능을 수행하는 경우 법은 이에 어떻게 대처해야 하는지에 주된 관심을 둔다.⁵¹⁾

물론 행정법은 행정조직과 같은 행정체계 내부도 규율 대상으로 삼는다. 「정부조직법」과 같은 행정조직법이 이를 보여준다. 경찰국가 시대에는 행정 내부는 특별권력관계가 적용되는 영역이었기에 법으로부터 자유로운 영역으로 인정되기도 하였다. 그러나 법치주의가 정착된 오늘날에는 행정 내부도 행정법에서 벗어나지 못한다. 따라서 행정법의 규율 대상이 되는 행정 내부도 자연스럽게 행정법학의 관찰 대상이 된다. 그렇지만 오늘날에도 행정법의 합법성은 주로 국가와 시민의 관계에서 문제가 된다. 이에 따라 행정법학은 행정 외부의 법적

51) 행정법학에서 행정구제법학이 중요한 비중을 차지하는 것이 이를 보여준다.

관계에 더욱 초점을 맞춘다.⁵²⁾

3. 목적 합리성 지향과 합법성 지향

행정체계 내부와 외부라는 구별은 각 학문이 중시하는 관찰 원리의 차이로 이어진다. 이에 따라 행정학과 행정법학이 차별화된다. 이는 행정과 이러한 행정을 규제하는 행정법을 지배하는 주된 원리가 각각 구별된다는 점과 관련을 맺는다.

루만이 언급한 것처럼 행정에는 두 가지 원칙이 적용된다. 경제적 합리성 원칙과 실정법 구속 원칙이 그것이다. 실정법 구속 원칙은 행정을 규율하는 행정법에서는 법치행정 원칙으로 구체화된다. 이에 따라 행정을 직접적으로 연구하는 행정학은 경제적 합리성 원칙을, 행정법을 분석하는 행정법학은 실정법 구속 원칙을 주된 관찰 원리로 선택한다. 여기서 관찰 원리는 행정이라는 사회적 체계의 작동을 관찰할 때 준거점이 되는 원리라 말할 수 있다.⁵³⁾

이 가운데 경제적 합리성 원칙은 목적 합리성 원칙으로 바뀌 말할 수 있다. 앞서도 언급한 것처럼 이는 ‘목적/수단’ 구별에 바탕을 둔다. 이러한 목적 합리성 원칙에 따르면 행정은 정치체계가 설정한 목적을 달성하는 데 활용되는 수단이라는 의미가 강해진다. 이를 반대로 말하면 정책적 목적을 실현하지 못하는 행정은 의미가 없게 된다. 이에 반해 실정법 구속 원칙이 강조되는 행정법에서는 합법성, 즉 행정이라는 작동이 ‘합법/불법’이라는 이항 코드 중에서 합법에 맞게 이루어지는 게 중요하다. 이를 강조하면 행정이 합법적으로 작동하는 한 실사 행정이 정책적 목적을 달성하는 데 적합하지 않다 하더라도 문제가 되지는 않는다.

이러한 특징은 행정학과 행정법학에도 투영된다. 이때 각 관찰 원리는 타자 관찰의 기준으로 기능한다. 이에 따라 가령 행정학은 행정의 목적 합리성을 최적화하는 데 관심을 기울인다.⁵⁴⁾ 이때 행정의 목적 합리성은 행정체계라는 사

52) 반대로 오늘날 행정학은 행정과 시민의 관계, 즉 행정 거버넌스에 관심을 보인다. 거버넌스에 관해서는 이명석, “거버넌스의 개념화: 사회적 조정으로서의 거버넌스”, 『한국행정학보』 제36권 제4호, 한국행정학회, 2002, 겨울, 321-338면 참고.

53) 물론 그렇다고 해서 행정학이 행정의 실정법 구속 원칙을 도외시하는 것은 아니다. 행정학에도 행정책임 분야가 있기 때문이다. 이에 관해서는 서원우·최송화, 앞의 대담, 103면.

54) 유사한 지적으로 서원우, 앞의 “행정법학과 행정학과의 관계”, 33-35면 참고.

회적 체계의 체계합리성(Systemrationalität)으로 달리 말할 수 있다.⁵⁵⁾ 이에 반해 행정법학은 법치행정 원리에 따라 어떻게 하면 행정이 합법적으로 이루어질 수 있는지에 관심을 둔다. 이에 따라 행정법학은 일차적으로 행정이 법을 준수하는지, 그렇지 않고 법을 위반하는지, 이로 인해 시민의 법적 이익을 침해하는지, 이러한 침해는 법체계 내부에서 어떻게 구제될 수 있는지에 관심을 기울인다.

4. 분쟁 예방 지향과 분쟁 해결 지향

행정학과 행정법학은 다음과 같은 점에서도 차이가 있다. 행정학이 행정에 관한 분쟁을 예방하는 데 좀 더 초점을 맞춘다면 행정법학은 이러한 분쟁을 해결하는 데 더욱 관심을 기울인다는 점이다.⁵⁶⁾ 시간성의 측면에서 다시 말하면 행정학이 미래 지향적인 성격을 지닌다면 행정법학은 과거 지향적인 성격을 지닌다는 점이다.⁵⁷⁾ 바꿔 말하면 행정학이 미래라는 지평에서 행정 과정을 관찰한다면 행정법학은 과거라는 지평에서 행정 과정을 관찰한다는 것이다.

정치체계의 부분체계인 행정체계는 정치체계가 결정한 자원 배분을 구체적으로 집행한다. 그러나 정치체계가 사회 환경의 요청을 언제나 정확하게 인지하고 결정하는 것은 아니다. 따라서 행정체계가 자원 배분을 구체적으로 집행하는 과정에서 사회 환경의 저항이나 갈등, 분쟁이 발생하기 마련이다. 사회 환경의 복잡성을 정치체계나 행정체계가 완벽하게 포착하기는 어렵다. 애초에 이는 정치체계나 행정체계와 같은 사회적 체계가 지닌 자기생산성으로 인해 인지적 측면이나 작동적 측면에서 구현하기 어렵다.⁵⁸⁾

이처럼 행정체계와 환경 사이에는 간극이 있기에 저항이나 갈등, 분쟁이 발생할 여지가 상존한다. 이 같은 분쟁 등은 행정체계가 지속적으로 존속 및 작동하는 데 위협 요소가 된다.⁵⁹⁾ 따라서 분쟁 등은 적절하게 관리 및 예방될 필

55) 체계합리성에 관해서는 Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt/M, 1973 참고.

56) 물론 이는 상대적인 차이에 해당한다. 왜냐하면 최근에는 행정법학에서도 미래 지향적 시각이나 방법이 강조되기 때문이다. 행정법학이 정책에 적극적인 관심을 보여야 한다는 주장이 이를 보여준다. 이에 관해서는 홍준형, 「법정책의 이론과 실제」, 법문사, 2008 참고.

57) 이러한 시간성과 법의 관계에 관해서는 양천수, “법과 시간: 판례 변경의 필요성과 기준을 예로 하여”, 『영남법학』 제57호, 영남대학교 법학연구소, 2023. 12., 187-216면 참고.

58) 사회적 체계의 자기생산성에 관해서는 니클라스 루만, 윤제왕 (옮김), 『체계이론 입문』, 새물결, 2014, 130면 아래 참고.

요가 있다. 행정학은 바로 이러한 역할을 수행하는 데 적합하다. 행정학은 행정 체계가 갈등이나 분쟁을 야기하지 않고 원활하게 작동할 수 있도록, 달리 말해 사회의 요청에 응답하고 시민과 소통하는 행정체제로 작동할 수 있도록 학문적 방안을 모색한다. 거버넌스 이론에 관한 논의가 한 예가 된다. 그 점에서 행정학은 분쟁 예방적 학문이라는 성격을 지닌다.

이에 반해 행정법학은 행정체계가 작동한 결과로 인해 ‘법적’ 분쟁이 발생하였을 때 행정법이 정한 요건, 절차, 효과에 따라 이를 해결하는 데 좀 더 관심을 쏟는다. 그 점에서 행정법학에서는 이른바 행정구제법학이 중요한 비중을 차지한다. 물론 최근에는 행정법학에서도 미래 지향적인 시각, 즉 정책적 시각이나 갈등 관리적 관점이 강조된다.⁶⁰⁾ 행정학처럼 행정법학도 분쟁을 사전에 관리 및 예방하는 데 관심을 기울여야 한다는 것이다. 그렇지만 행정법학이 기본적으로 분쟁 해결을 지향한다는 점은 여전히 유지된다.

5. 입법 지향과 사법 지향

행정학과 행정법학의 이러한 차이를 법체계의 시각, 즉 행정법의 시각에서 관찰하면 다음과 같이 말할 수 있다.

행정학은 행정이 체계합리성에 맞게 더욱 효율적으로 작동하는 데 관심을 둔다. 이에 따라 행정학은 행정을 규율하는 행정법이 어떻게 하면 행정을 체계합리성에 맞게 작동하도록 규율할 수 있는지에 관심을 가진다. 이러한 맥락에서 행정학의 인식 관심은 행정을 규율하는 행정법을 개선하는 데, 달리 말해 행정법을 입법적으로 개선하는 데 놓인다.⁶¹⁾

이에 대해 행정법학은 행정을 규율하는 행정법이 행정으로 인해 발생하는 분

59) 물론 이는 동시에 행정체계가 진화하는 계기가 될 수도 있다. 왜냐하면 루만이 볼 때 사회적 체계의 진화는 소통의 부정에서 시작하기 때문이다. 루만에 따르면 사회적 체계의 진화는 ‘변이->선택->재안정화’의 과정을 거친다. 이때 변이는 소통의 부정에서 계기가 마련된다. 이러한 변이는 권력이나 화폐, 법처럼 상징적으로 일반화된 소통매체를 통해 선택되고 ‘사회적 체계/환경’이라는 구별을 통해 재안정화된다. Niklas Luhmann, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, 2. Aufl., Heidelberg, 2009, S. 208 ff. 참고.

60) 이를 보여주는 에버하르트 슈미트-아스만, 김현준 (역), 「행정법 도그마틱」, 법문사, 2020, 25면 아래; Andreas Voßkuhle, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden · Maßstäbe · Aufgaben · Organisation*, München, 2006, S. 1-61 등 참고.

61) 비슷한 취지의 언급으로는 서원우, 앞의 “행정학과 행정법학의 대화”, 27-29면 참고.

쟁을 어떻게 하면 적법하게 해결할 수 있는지에 좀 더 인식 관심을 둔다. 이에 따라 행정법학은 개별적·구체적으로 주어진 분쟁을 적절하게 해결할 수 있도록 행정법을 해석 및 구체화하는 데 더욱 초점을 맞춘다.

6. 체계초월적 지향과 체계내재적 지향

지금까지 살펴본 논의를 고려하면 행정학과 행정법학의 학문적 차이는 다음과 같이도 언급할 수 있다. 행정학은 행정을 규율하는 행정법에 구속되지 않는 성격을 지닌 데 반해 행정법학은 행정법에 구속되는 성격을 보인다는 점이다. 이를 달리 체계초월적(systemtranszendent) 지향과 체계내재적(systemimmanent) 지향으로 지칭할 수 있다.⁶²⁾ 이를 적용하면 행정학은 체계초월적 학문이라는 성격을 지닌다면 행정법학은 체계내재적 학문이라는 성격을 지닌다고 말할 수 있다. 이때 말하는 체계는 법체계, 즉 행정법을 뜻한다. 위에서 언급한 것처럼 행정학은 행정을 규율하는 행정법을 입법적으로 개선하는 데 필요한 이론적 자원을 제공한다는 점에서, 행정법학은 기본적으로 사법부에 행정법 도그마틱을 제공한다는 점에서 이러한 성격 규정은 원칙적으로 타당하다.

7. 두 학문의 상호 접근

다만 주의해야 할 점은 마치 대륙법과 영미법이 그런 것처럼 최근 들어 두 학문의 차이는 점점 좁혀지고 있다는 것이다. 이는 특히 행정법학 내부에서 활발하게 논의된다. 행정법학이 행정학의 성과 등을 적극적으로 받아들여 새로운 행정법학 방법론을 모색할 필요가 있다는 것이다.⁶³⁾ 그 점에서 지금까지 살펴본 행정학과 행정법학의 차이는 막스 베버(Max Weber)가 언급한 ‘이념형’(Idealtypus)에 가깝다고 말할 수 있다.⁶⁴⁾

62) 이러한 구별은 Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt/M., 1973, S. 19 ff. 참고.

63) 이원우, “21세기 행정법학의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 『행정법연구』 제48호, 행정법이론실무학회, 2017. 2., 83-112면 참고.

64) 이념형에 관해서는 막스 베버, 박성환 (옮김), 『경제와 사회 1』, 문학과지성사, 2023, 139면 아래 참고.

V. 맺음말

지금까지 선행 연구와 체계이론의 성과를 활용하여 행정학과 행정법학의 관계를 규명해 보았다. 하지만 필자는 이 분야의 전문가가 아니기에 이는 시론에 그치고 말았다. 이에 관해서는 행정학자나 행정법학자에 의한 후속 연구를 기대한다. 다만 이 연구를 수행하면서 다음과 같은 관점을 다시 확인할 수 있었다. 행정과 같은 동일한 현상을 관찰할 때도 어떤 시각이나 관점, 방법을 원용하는가에 따라 관찰 결과가 달라진다는 것이다. 특히 자신의 시각을 고집하면 관찰이 맹점과 자기 폐쇄의 늪에 빠질 수 있다는 것이다. 물론 이는 ‘지칭->구별->선택->배제’로 진행되는 관찰 과정의 필연적인 한계일 수 있다. 사회 현실을 가능한 한 정확하게 관찰하는 게 사회과학의 사명이라면 사회과학에 속하는 법학 역시 맹점과 자기 폐쇄의 한계를 언제나 직시할 필요가 있다. 바로 그 점에서 실정법이라는 준거점이자 경계를 끊임없이 넘어서고자 하는 노력이 요청된다.

투고일 : 2024.12.4. / 심사완료일 : 2024.12.19. / 게재확정일 : 2024.12.23.

[참고문헌]

- 김광웅, 『행정과학서설』, 박영사, 1995.
- 박근성, 『행정법론(상)』 제14판, 박영사, 2015.
- 박동서, 『한국행정론』, 법문사, 1998.
- 유 훈, 『행정학원론』, 법문사, 1996.
- 정인홍, 『행정학』, 박영사, 1960.
- 정정길 외, 『정책학원론』, 대명출판사, 2018.
- 홍준형, 『법정책의 이론과 실제』, 법문사, 2008.
- 가즈다 아리츠네 외, 문준영 외 (번역), 『개설 서양법제사』, 민속원, 2020.
- 구스타프 라트브루흐, 윤재왕 (옮김), 『법철학』, 박영사, 2021.
- 니콜라스 루만, 윤재왕 (옮김), 『사회의 법』, 새물결, 2014.
- _____, _____ (옮김), 『체계이론 입문』, 새물결, 2014.
- 마하엘 슈틀라이스, 이종수 (옮김), 『독일 공법의 역사』, 푸른역사, 2022.
- 막스 베버, 박성환 (옮김), 『경제와 사회 1』, 문학과지성사, 2023.
- 앤드류 로, 강대권 (옮김), 『금융시장으로 간 진화론』, 부크온, 2020.
- 에버하르트 슈미트-아스만, 김현준 (역), 『행정법 도그마틱』, 법문사, 2020.
- Hans Kelsen, 윤재왕 (역), 『순수법학: 법학의 문제점에 대한 서론』, 박영사, 2018.
-
- 김기진, “행정의 개념에 관한 연구”, 『법학연구』 제18권 제1호, 연세대학교 법학연구회, 2008.
- 박성복, “행정의 개념과 행정학의 연구대상”, 『한국행정논집』 제14권 제3호, 한국정부학회, 2002.
- 박정훈, “오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 『행정법연구』 제18호, 행정법이론실무학회, 2007.
- 서원우, “행정법학과 행정학과의 관계”, 『현대행정법론(상)』, 박영사, 1988.
- _____, “행정법학에서 본 행정학”, 『한국행정학보』 제10권, 한국행정학회, 1976.
- _____, “행정학과 행정법학의 대화”, 『전환기의 행정법이론』, 박영사, 1997.
- _____, 최송화, “서원우 교수의 걸어오신 길”, 『법학자의 향기』, 박영사, 2020.
- 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 『법철학연구』 제10권 제1호, 한국법철학회, 2007.
- _____, “권리의 형성 메커니즘”, 『법철학연구』 제16권 제1호, 한국법철학회, 2013.
- _____, “현대사회의 구조변혁과 범규범의 대응 방향”, 『인간연구』 제46호, 가톨릭

- 대학교 인간학연구소, 2022.
- _____, “법과 시간: 관례 변경의 필요성과 기준을 예로 하여”, 『영남법학』 제57호, 영남대학교 법학연구소, 2023.
- 오향미, “행정권의 제한으로서의 법률 그리고 합헌적 행정권: 로렌츠 폰 슈타인 (Lorenz von Stein)의 법치국가론”, 『한국정치학회보』 제54집 제5호, 한국정치학회, 2020.
- 이명석, “거버넌스의 개념화: 사회적 조정으로서의 거버넌스”, 『한국행정학보』 제36권 제4호, 한국행정학회, 2002.
- 이진수, “오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구: 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의 비교를 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2018.
- _____, “‘행정학과 행정법학의 대화’ 재조명: 행정법학과 행정학의 학제적 연구의 관점에서”, 『행정법연구』 제58호, 행정법이론실무학회, 2019.
- 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 『행정법연구』 제48호, 행정법이론실무학회, 2017.
- 정동윤, “상법에 있어서의 주관주의와 객관주의”, 『법학논집』 제28집, 고려대학교 법학연구원, 1992.
- Andreas Voßkuhle, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden · Maßstäbe · Aufgaben · Organisation*, München, 2006.
- Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1996.
- Harmut Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlin, 1986.
- Herbert Simon, *Administrative Behavior*, 4th Edition, Free Press, 1997.
- Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Strafrecht und Neukantianismus*, Tübingen, 2023.
- Michael Stolleis, “Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft”, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden · Maßstäbe · Aufgaben · Organisation*, München, 2006.
- Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.
- _____, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966.

- _____, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt/M., 1973.
- _____, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M., 1984.
- _____, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M., 1990.
- _____, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M., 2000.
- _____, *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, 2. Aufl., Heidelberg, 2009.
- _____, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015.
- _____, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021.
- Wolfgang Meyer-Hesemann, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg/Karlsruhe, 1981.

[국문초록]

행정에 관한 두 가지 접근 방법 - 행정학과 행정법학을 중심으로 하여 -

양 천 수*

오늘날 행정은 국민의 권리 및 의무와 밀접한 관련을 맺는다. 이에 따라 어떻게 하면 행정을 좀 더 국민 친화적으로 실현할 수 있는지가 중요한 과제가 된다. 이에 대응하기 위해 행정에 접근하는 방법으로는 크게 두 가지를 언급할 수 있다. 행정학적 접근과 행정법학적 접근이 그것이다. 이때 두 접근 방법이 서로 어떤 관계를 맺는지, 양자는 어떤 점에서 차이가 있는지, 행정을 더욱 발전시키기 위해 양자가 어떤 점에서 상호 발전해야 하는지에 문제가 제기된다. 이는 행정학과 행정법학이 어떤 관계를 맺는지로 귀결된다. 이 글은 체계이론의 관점을 활용하여 이 문제를 다룬다. 이 글은 행정학과 행정법학이 다음과 같은 점에서 차이가 있다고 주장한다. 내부 지향과 외부 지향, 목적 합리성 지향과 합법성 지향, 분쟁 예방 지향과 분쟁 해결 지향, 입법 지향과 사법 지향 그리고 체계초월적 지향과 체계내재적 지향이 그것이다. 하지만 이 연구는 시론에 그치고 말았다. 다만 이 연구를 수행하면서 다음과 같은 관점을 다시 확인하였다. 행정과 같은 동일한 현상을 관찰할 때도 어떤 시각이나 관점, 방법을 원용하는가에 따라 관찰 결과가 달라진다는 것이다. 특히 자신의 시각을 고집하면 관찰이 맹점과 자기 폐쇄의 늪에 빠진다는 것이다. 따라서 법학은 맹점과 자기 폐쇄의 한계를 언제나 직시하고 실정법이라는 경계를 끊임없이 넘어서고자 노력할 필요가 있다.

주제어 : 행정학, 행정법학, 방법이원론, 체계이론, 행정체계, 사이먼, 루만

* 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

[Abstract]

Two approaches to administration

- Focusing on public administration and administrative law -

Chun-Soo Yang*

Today, administration is closely related to the rights and duties of citizens. Accordingly, how to make administration more citizen-friendly becomes an important problem. To respond to this, there are two major ways to approach administration. These are the administrative approach and the administrative law approach. Questions are here raised about how the two approaches relate to each other, what differences there are between the two, and how the two approaches could mutually develop in order to further develop public administration. These come to the problem of what the relationship between public administration and administrative law is. This article addresses this problem using a systems theory perspective. This article argues that public administration and administrative law differ in the following respects. These are internal orientation and external orientation, purposive rationality orientation and legality orientation, conflict prevention orientation and dispute resolution orientation, legislative orientation and judicial orientation, system-transcendent orientation and system-immanent orientation. However, this article is insufficient to explain the relationship between public administration and administrative law. Nonetheless, while conducting this study, the following perspectives were reaffirmed. Even when observing the same phenomenon, such as public administration, the observation results vary depending on which perspective, viewpoint, or method is used. In particular, if we insist on our own perspective, our observations could fall into a swamp of blind spots and self-closure. Therefore, it is necessary for legal studies to always face the limitations of blind spots and self-closure and to constantly strive to overcome the boundaries of positive law.

* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.

Key words : Public administration, administrative law, methodological dualism, systems theory, administrative system, Simon, Luhmann

