

行 政 法

리베로 著

Droit administratif(Jean Rivéro)

12版. 1987

金 東 熙

이 책은 프랑스 행정법의 가장 대표적인 著書중의 하나이다. 다음에 그 내용의 검토에 앞서, 이 책의 프랑스 행정법에 있어서의 위치를 설정한다는 의미에서 그 이전과 이후에 출간된 대표적인 行政法書를 간단히 소개하여 두기로 한다.

I. 本書出刊 前後의 프랑스의 代表的 行政法書

1. 1914년 이전 出刊 行政法書

- (1) Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2 vol.,
2e édition, 1896

이 책은 당시 「공세유테따」의 재판장이었던 라페리에르가 저술한 것으로, 書名은 行政訴訟法으로 되어 있으나, 그 내용에 있어서는 행정소송에 한정되지 아니하고, 행정법의 一般理論의 전반에 걸쳐 검토하고 있다. 보통 프랑스에서의 행정법에 관한 체계적 검토는 이 책에서 비로소 시작된다고 인정되고 있다. 이 책은 그 출간년도만으로 보면 매우 오래된 것이나, 현재도 여전히 행정법연구에는 필수적인 저서로 되어 있다. 프랑스의 대표적 법률서적 출판사인 L.G.D.J.(Librairie générale de droit et de la jurisprudence)에서 1989년에 그 再版을 출간한 바 있다.

- (2) Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12e éd., 1933
(3) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol.,

2e et 3e éd., 1921-1925

뒤기의 저서는 憲法論으로 되어 있으나, 그 내용에 있어서는 행정법의 기본적 문제를 거의 모두 검토하고 있다. 위의 두 권의 저서는 1940년 이전에 있어서 프랑스

金東熙 : 서울大學校 法科大學 教授

행정법의 기본적 체계를 완성한 것으로, 프랑스 행정법연구에 있어서는 필수적인 것이라 할 수 있는 것이다. 특히 이 두 권의 저서는, 오리우는 公權力說의 입장에서, 그리고 뒤기는 公役務說의 입장에서 행정법을 체계화한 것으로, 이 두 분의 오랜 동안의 학문적 論爭은 지금도 여전히 흥미할 만한 것이다.

2. 1940년 이후 出刊 行政法書

(1) R. Bonnard, Précis de droit administratif, 4e édition, 1943

(2) L. Rolland, Précis de droit administratif, 10e édition, 1957

위의 두권의 행정법서는 戰後 프랑스 행정법의 대표적 저서로서 평가되고 있는 것이나, 현재는 그 개정판이 출간되지 않고 있다.

3. 1950년 이후 出刊 行政法書

이 시기의 대표적 저서로서는 다음의 세가지를 들 수 있을 것이다.

(1) André de Laubadère, Traité de droit administratif, tomes 1. 2. 3. 4.

(2) Jean Rivéro, Droit administratif

(3) Georges Vedel, Droit administratif.

위의 세 교수의 행정법서는 대체로 1950년대 후반기에 출간된 것으로, 1950년대 이후의 대표적 행정법서이며, 현재도 또한 가장 권위있는 것이라 할 수 있을 것으로, 이들은 거의 같은 연령(1910년대 출생)의 저자들의 것이고, 또한 거의 같은 시기에 그 저술된 것이다.

이들 저자와 관련하여 한 가지 더 특기할 만한 사실은, 로바데르교수는 뒤기의 首弟子이고, 리베로와 브델교수는 오리우의 首弟子라는 사실이다. 따라서 이들의 저서와 論文에는 公役務學派와 公權力學派의 기본입장상의 대립이 항상 나타나고 있다.

로바데르의 行政法論은 全4卷을 되어 있어, 그 분량에 있어서는 가장 많은 것이다. 이 중에서 제1권이 대체로 행정법총론에 해당하는 것이다. 로바데르교수는 서거하였으나, 그 제자인 베네지아와 고드메교수가 그 내용을 개정·보완하여 계속 출간하고 있다.

브델교수의 행정법은 초기에는 單卷으로 출간되었으나, 1990년의 제11版부터 1, 2권으로 나뉘어 델볼베교수와 共著 형식으로 출간되고 있다. 그러나 이 책은 그 내용상으로는 행정법총론에 관한 부분만을 다루고 있다.

프랑스 행정법의 체계는 이들 세 교수의 저서에 이르러 定着되었다고 하여도 과언은 아닐 것으로 보는 바, 이들 저서는 상호보완적인 성격이 강하다고 할 수 있다.

먼저 프랑스 행정법에 있어서는 公役務觀念과 公權力觀念이 계속 기본적 관념으로 되어 있는 바, 로바테르교수의 저서와 리베로, 브델의 저서에는 공역무관념 또는 공권력관념에 입각한 경우에 있어서의 행정법의 기본적 이해의 視覺이나 그 구체적 결과 등이 잘 제시되고 있다는 것이다.

다음에 이들 저서는 내용적으로도 상호보완적인 측면이 강하다.

리베로교수의 행정법서는 500여면에 그치는 것인데 비하여, 브델교수의 행정법서는 1400여면에 이르고, 로바테르교수의 저서는 전체 2300여면에 이르고 있다. 그러나 이론적 수준에 있어서는 이들 교수들의 어느 저서가 더 나은 것이라고는 할 수 없는 것이다. 따라서 프랑스 행정법의 일반적 내용을 파악하기 위하여서는 리베로교수의 저서를 먼저 熟讀한 후에, 보다 깊이 있는 理解 또는 특정 부문의 구체적 내용의 파악을 위하여서는 당해 문제에 관한 論文의 검토에 앞서 로바테르교수나 브델교수의 저서를 검토하면, 일단은 그 필요성이 충족된다고 할 수 있을 것이다.

4. 1980년 이후 出刊 行政法書

(1) G. Braibant, *Le droit administratif français*, 2e éd. 1986

이 책은 현재 「공세유데파」의 판사인 브레방의 저서이다. 그 내용은 비교적 평이하고 간결하나, 이론적 수준이나 내용의 풍부성에 있어서 위의 세 교수의 저서에 비견할 만한 것은 아니라고 본다.

(2) G. Dupuis/M. J. Guédon, *Institutions administratives*; t. 1 : Les structures administratives, 3e éd. 1985; t. 2 : L'action et le contrôle administratif; 2e éd. 1986.

이 책은 뒤피와 게동교수의 共著로서, 1·2권 합쳐서 600면 정도의 비교적 작은 분량의 행정법서이다. 그 내용도 매우 평이하고 간명한 편이어서, 현재 학부학생들이 다수 탐독하는 것으로 전해지고 있으나, 그 이론의 내용이나 수준에 있어서는 위의 세 교수의 저서에 비견할 만한 것은 못된다고 본다.

(3) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1·2, 4e éd. 1988

이 책은 1·2권 都合 1600여면에 이르는 전문적 행정법서라고 할 수 있다. 아마도 로바테르, 리베로 및 브델의 행정법서 이후의 가장 평가할 만한 저서라고 할 수 있을 것이 아닌가 한다. 이 책의 이론적 수준도 상당히 높은 수준의 것이며, 또한 저자 나름대로의 견해도 다수 피력되고 있어서, 프랑스 행정법의 연구에 있어서는 一讀을 권할 만한 것이라 할 것이다.

이 책에 관한 필자 나름대로의 느낌을 적어 본다면, 부분적으로는 지나치게 斷定的 見解가 피력되어 있는 경우도 있고, 또한 전체로서는 아직도 이론체계가 완전히 정리되어 있다고 보기는 어려운 면도 없지 아니한 것으로 보인다.

이 책의 저자인 샤피교수와 현재는 브텔교수 행정법의 공동저자로 되어 있는 델 불베교수, 그리고 로바데르교수 행정법의 공동저자인 베네지아교수와 고드메교수는 프랑스행정법의 대표적 학자라고 할 수 있을 것이다.

II. 本書의 內容的 檢討

이 책은 序論에 이어 그 本論은 제1부(Première partie)와 제2부, 제3부로 구분되어 있는 바, 제1부에서는 행정작용의 문제가, 제2부에서는 행정조직의 문제가, 그리고 제3부에서는 행정작용형식의 문제가 검토되고 있다.

A. 序 論

서론부분에서는, 행정과 행정법의 관념, 프랑스에서의 行政制度(régime administratif)의 역사적 형성과정 및 行政法의 特質과 基本原理의 문제가 검토되고 있다.

여기서 리베로교수는 行政을 「公共機關이, 경우에 따라서는 公權力的 特權을 행사하여, 公益的 需要를 충족시키는 活動」이라고 정의하고 있다. 이어서 동교수는 행정법의 기본적 특질에 관하여 다음과 같이 결론을 내리고 있다. “行政法規의 대부분은 私法에 대한 例外 - 프라스적 예외와 마이너스적 예외 - 에 귀결되는 것인 바, 이러한 현상은 모두 公益上 必要와 때로는 公役務의 필요에 의하여 설명되는 것이다. 따라서 行政法規는, 그것이 行政權에, 私法關係에서는 볼 수 없는 特權을 부여하거나, 행정의 활동에, 私人 상호간의 관계에 대한 것 보다 엄격한 制限을 가한다는 점에서, 私法과는 구별되는 것이다.”

행정법에 대한 리베로교수의 이러한 定義는 一見 평범한 것이나, 그 내용에 있어서는 두고 음미해 볼만한 것이라 할 것이다.

B. 第 1 部 行政作用에 관한 基本的 法制

여기에서 리베로교수는 행정의 주체로서의 公法人(personnes publiques)(제1편), 행정작용의 근거와 한계를 이루는 것으로서의 行政法規範(제2편), 행정의 諸作用形式(제3편), 그리고 이러한 행정활동에 대한 통제 또는 구제수단으로서의 行政裁判(제4편) 및 行政上損害填補(제5편)의 제문제를 검토하고 있다.

제2편의 행정법규범에 관한 부분에서는 행정법의 法源과 適法性의 문제가 검토되고 있다. 행정법의 法源은 成文法源과 不文法源으로 나누어 검토하고 있다. 성문법원에 관한 검토부분에서 특히 獨立命令(règlement autonome)의 문제가 집중적으로 검토되고 있다. 불문법원으로서의 관례법 일반에 관한 검토에 이어 法の一般原理(Principes généraux de droit)의 문제가 검토되고 있다.

제3편의 행정의 作用形式에 관한 부분에서는 일방적 권력적 작용으로서의 行政立法·行政處分과 行政契約의 문제가 검토되고 있다. 행정계약에 관한 검토에서는 行政契約의 관념, 종류, 사법상 계약과의 구분기준 및 행정계약의 法制 등을 명확하게 보여 주고 있다.

제4편의 行政裁判에 관한 부분에서는, 프랑스에서의 행정재판제도의 존재이유, 그 형성·발달과정과 현재의 행정재판소의 조직에 관하여 기술되고, 다음에 行政裁判所의 관할에 관한 여러 문제가 검토된 후에, 프랑스의 대표적 행정소송형태인 越權訴訟(recours pour excès de pouvoir)制度가 구체적으로 검토되고 있다. 이 부분에서는 월권소송에서의 勝訴事由, 또는 행정행위의 取消事由가 매우 알기 쉽게 기술되어 있다.

제5편의 行政上損害填補의 부분에서는, 기본적으로 행정상배상책임의 성립·발달과정, 배상책의 요건과 배상책임의 종류로서 過失責任과 無過失責任의 법제가 검토되고 있다. 이 부분에서는 過失의 관념이나 그 내용에 관한 기술은 특히 참조할만한 것이라 할 것이다.

C. 第2部·第3部の 내용

이 책의 제2部에서는 行政組織에 관한 부분에서는 기본적으로 국가의 地方行政組織과 地方自治團體가 검토되고 있는바, 그 검토의 중심이 후자에 놓여 있는 것임은 물론이다. 그러나 이러한 행정조직에 관한 검토부분에 관하여는 달리 특기할 만한 것은 없는 바, 그것은 리베로교수는 이들 문제는 다만 실정제도의 記述에 그치는 것이라고 보고 있다는 사실에 기인하는 것이 아닌가 한다.

第3部の 행정작용형식에 관한 부분에서는 기본적으로 警察과 公役務의 문제가 검토되고 있다. 이 중에서 警察作用에 관한 부분은 다른 부분에 비하여는 미흡한 느낌마저 들게 한다. 그러나 이것은 대부분의 프랑스 행정법서에서의 일반적 현상인 바, 그 이유가 어떠한 것인가는 아직 정확히 파악하지 못하고 있다.

이에 반하여 리베로교수는 공역무에 관하여는 그 관념, 이 법제의 행정법상의 위치, 商工業的 公役務의 등장에 따른 현재의 공역무법제의 혼란화 현상 등을 간략하

면서도 정확하게 제시하여 주고 있으며, 그것은 공역무와 營造物法人(établissement public) 내지는 公共企業(entreprise publique)과의 관계에 관한 검토 부분에 있어서도 마찬가지이다. 이것은 아마도 리베로교수는 기본적으로는 公權力說의 입장에 서면서도 공역무관념은 여전히 프랑스 행정법의 기본적 관념의 하나를 이루고 있다는 사실을 인정하는 그의 학문적 입장에 기인하는 것이 아닌가 한다.

이상에서 리베로교수의 行政法의 내용을 개괄적으로 소개하였거니와, 다음에서는 이 책에 대한 필자의 일반적 견해를 간단히 서술하고, 이 글을 마치기로 한다.

이 책은 전체 530여면에 그치는 비교적 작은 분량의 저서이다. 그러나 이것은 本書의 내용이 빈약하다거나 그 이론이 概論的인 것을 의미하는 것은 결코 아니다. 이 책의 기본적 내용이나 그 이론적 수준은 로바데르, 브텔 또는 샤피의 저서에 비하여 결코 뒤지지 아니하는 것임은 누구도 부인하지 아니할 것으로 보며, 현재도 대부분의 학자는 이 책을 프랑스 행정법의 대표적 저서의 하나로 들 것으로 본다.

이 책이 그 작은 분량에도 불구하고 이처럼 충실한 내용과 높은 이론적 수준을 갖출 수 있는 것은 아마도 리베로교수의 저술 또는 논술 자세에 기인하는 것이 아닌가 한다. 리베로교수는 책의 著述이나 특정문제에 관한 論述에 있어서나, 관련 문제들을 숙고하고 정리하여 가능한대로 평이하고 간략하게 표현하는 방식을 選好하는 분으로 보인다. 그의 다른 著書인 基本權論(Libertés publiques)이나 憲法委員會와 基本權(Le conseil constitutionnel et les libertés)도 모두 500면 이하의 것이며, 그의 대부분의 論文은 10면에도 이르지 아니하는 것도 적지 아니한 것이다. 또한 그의 論文에 있어서는 引用文獻이 비교적 적다는 점이 그 특징으로 지적될 수 있다. 그러나 그의 저서나 논문은 당해 문제에 관한 논문이나 학술발표 등에서는 거의 예외없이 인용되고 있다는 것은, 이들 저서나 논문의 높은 수준을 보여 주는 것이라고 하여도 速斷은 아니라고 본다.

이와 관련하여서는 필자 개인의 체험 한 가지를 소개하여 보기로 한다.

필자가 1983년에 滯佛時에 리베로교수댁을 방문한 적이 있었다. 당시에 필자가 교수에게 제시한 문제는 행정상손해배상의 어느 측면에 관한 것이었던 것이고 교수 자신도 (외형상) 작은 논문을 쓴 문제이었던 것으로 기억하고 있다. 어쨌거나 이 문제에 대하여 교수는 관련 문제점이나 자신의 견해를 開陣하고, 또한 그에 대한 필자의 견해도 묻고, 또 그에 대한 문제점 등을 제시하는 등의 형식으로, 면담이 계속되었던 것으로, 그 시간이 2시간 이상이 되었던 것으로 기억하고 있다. 필자가 初面인

점과 교수가 年老하다는 점 등을 감안하여 나름대로는 서둘러서 토론(?)을 중단시키지 않았더라면, 당시의 토론이 얼마나 더 계속되었을까 自問해 본다.

리베로교수의 行政法은 평소의 많은 研究와 熟考의 결과가 평이하고 간명하게 표현되어 있는 것이라고 할 수 있을 것으로 본다. 그러한 이유에 기인한 것인지는 모르나, 이 책은 처음 읽을 때에도 특별히 이해하기 어렵다는 느낌을 가지게 되는 부분은 거의 없으리라고 본다. 아마도 혹자는 이 책은 그 내용이 지나치게 간략하고 평이하여, 다만 학부학생이나 初學者에게나 유용한 정도의 것이라고 판단할지도 모른다. 그러나 이 책은 저자가 그것을 의도한 것인지는 모르나, 二讀 또는 三讀時에도 또한 새로운 점을 발견하게 되고, 프랑스 행정법의 實體나 그 문제점에 관하여 여러가지로 많은 점을 시사하여 주고 있는 것이다. 프랑스 행정법을 연구하려는 분들에게는 서슴치 않고 一讀을 권할 만한 책이라고 본다. 이 책은 行政組織法 部分 이외의 부분이 日語로 번역 출간되었고, 아마도 이 譯書를 이미 읽어 본 분들도 있을 것으로 본다. 그러나 이 譯書는 일부 用語 번역에 있어 문제가 있는 것으로 보이고, 특히 외국어(불어)를 다시 외국어(일어)로 번역한 것을 읽는 경우에 저자의 의도와는 다르게 이해되는 경우가 적지 아니한 것으로 본다. 따라서 다소의 어려움이 있어도 가능하면, 이 책은 불어판을 읽도록 권하고 싶다. 필자는 앞으로 시간이 나는대로 이 책을 번역하려고 생각하고 있다.