

워크샵자료집

비교법제 자료 07-02

제 1 차 영미법제연구분과 워크샵

2007. 3. 29.

제 1 차 영미법제연구분과 워크숍

- ◆ 일 시 : 2007년 3월 29일 (목), 15:00~18:00
- ◆ 장 소 : 한국법제연구원 대회의실
- ◆ 참석자 : 영미법제연구분과 외부전문가 및 원내 분과위원

구 분	성명 및 소속
외부전문가	가정준(한국외국어대학교 교수) 성선제(영산대학교 교수) 이희정(동국대학교 교수)
원내 분과위원	강문수(행정법제연구팀 부연구위원) 강주영(재정법제연구팀 부연구위원) 김두진(산업경제법제연구팀 부연구위원) 박찬호(비교법제연구팀 부연구위원) 최성근(산업경제법제연구팀 연구위원)

◆ 진행순서 ◆

- 제 1 부 -

○ 사회자 : 손 희 두(한국법제연구원 외국법제연구센터 실장)

◇ 15:00~16:00 기조발표

“Common Law 그리고 영국법, 미국법이 국내법에 미치는 영향”

발 표 자 : 이 희 정(동국대학교 법과대학 교수)

토 론 자 : 성 선 제(영산대학교 법과대학 교수)

토 론 자 : 이 채 진(한국법제연구원 초청연구원)

◇ 16:00~16:20 Coffee Break

- 제 2 부 -

○ 사회자 : 손 희 두(한국법제연구원 외국법제연구센터 실장)

◇ 16:20~16:30 비교법제연구팀 사업계획보고

◇ 16:30~16:40 영미법제연구분과 운영계획보고

◇ 16:40~18:00 분과운영심의 및 자문

목 차

- 제 1 부 -

발 표 : “Common Law 그리고 영국법, 미국법이 국내법에 미치는 영향”(이희정)	9
토론요지 (성선제)	47
토론요지 (이채진)	49

- 제 2 부 -

비교법제연구팀 사업계획	53
영미법제연구분과 운영계획	69
종합토론 (1부)	83
종합토론 (2부)	103

제 1 부

Common Law 그리고 영국법, 미국법이 국내법에 미치는 영향

이 희 정

(동국대학교 법과대학 교수)

지금까지 우리의 법학이나 법제에 있어서 영미법은 독일이나 일본 (그리고 프랑스) 등 대륙법계 국가의 그것과 마찬가지로 비교법적 연구나 벤치마킹 모델로서 늘 빼놓지 않는 모델이 되어 왔지만, 그 비중에 있어 대등한 영향을 미쳐왔다고 보기는 어렵지 않을까 한다. 물론 영역별로 상법이나 경쟁법, 국제통상법, 법경제학, 환경법 등 미국법의 영향이 우세하다고 할 만한 영역도 없지 않으나, 전반적으로는 독일법이나 일본법의 영향이 우세하지 않았나 생각된다. 그 원인으로서 우리가 해방 후 일본법을 통해 대륙법계 전통을 계수함으로써 영미법계의 법학이나 법제가 실체적으로 우리의 법학이나 실정법의 체계와 잘 부합되지 않는다는 점을 들 수 있을 것이다. 그러나 다른 한편으로는 이러한 실질적 차이에 더하여 대륙법계 전통을 계수하였다는 점이 우리의 의식을 형식적으로 사로잡은 나머지, 영미법계와의 범주적 차이를 막연히 지나치게 깊게 의식하게 만듦으로써 그에 대한 연구역량의 배분이 상대적으로 미진하였고, 그 결과 영미법은 더욱 더 우리 법체계와는 이질적인 미지의 것으로 보이게 되지 않았을까 하는 의구심도 든다. 그러한 중에 미국법이 세계적으로 특히 압도적인 영향력을 발휘하게 된 영역 - 주로 미국 주도의 세계경제질서로 인한 영향 - 에 부딪치게 되면 그러한 영역에서의 영미법 연구가 부분적으로 강화되어 온 것이 아닌가 한다.¹⁾ 영미법과의 접촉이 이러한

1) 학문적 경륜이 짧은 저자가 이러한 비교법적 연구의 판도에 관한 나름대로의 의

불연속적인 면에서 이루어짐으로써, 독일법의 경우 법제도와 함께 그와 결합한 철학적 또는 원리적 전통이 종합적으로 전달되어 흡수된 데 비해, 영미법의 경우에는 그 근저를 이루고 있는 法理學(jurisprudence)의 배경이 상대적으로 덜 소개되어 온 것으로 생각된다. 따라서 영미법제도는 단편적이고 실용적으로는 참고될 수 있지만, 우리 법체계와의 근본적인 접목에는 미치지 못하는 경우가 다수였던 것이 아닌가 한다. 미국과의 FTA 체결이 장래 우리 사회에 미칠 영향에 대해 전 국민이 관심을 보이고 있는 현재 향후 미국법 내지 영미법이 국내법에 미칠 영향은 매우 자명해 보이는 것 같다. 그러한 영향은 직접적이고 현실적으로는 국제거래와 관련된 경제활동영역에서 가장 현저하게 나타나겠지만, 사적 경제활동을 규율하는 국가작용에 관한 공법영역에서도 최소한 현재까지보다는 더 넓게 나타날 것이다. 그러나 이는 비단 우리나라와 미국 양국 간의 관계에서 뿐만 아니라 그야말로 全 地球的인 차원에서 진행되고 있는 경제의 세계화에 수반되는 법의 세계화(globalization of law)의 일부로 보아야 할 것이다. 그리고 이러한 법의 세계화 현상에 있어서 영미법의 영향은 중심적 지위를 차지하고 있다. 그 현실적 계기는 세계의 기축통화로서의 달러화(과거에는 영국의 파운드화도 기축통화로서의 역할을 한 적이 있다)의 발행국이자 경제세계화를 선도하는 다국적 기업을 다수 가진 국가의 법이자, 국제거래에서 보편적으로 활용되는 공통언어로서의 ‘영어’를 사용하는 국가의 법이라는 점에서 찾을 수 있겠지만,²⁾ 영미법의 오랜 역사에서

견을 서술한다는 것 자체가 무척 위험하다는 점을 의식하지만, 일단 지금까지의 영미법 연구의 흐름에 대한 어떠한 전제를 하지 않으면 다음의 논의로 진행하기 어렵다고 생각되어 잠정적으로 개인적인 인상을 이 부분에 삽입하여 두고자 한다.

- 2) 문제완, “법의 세계화와 영미 로펌의 세계 지배 -독일 사례를 중심으로-”, 서울대 법학 제43권 제4호 278-281면, 문제완은 세계의 로펌 시장에서 규모나 매출액 측면에서 최상위의 로펌들이 대부분 미국과 영국의 로펌일 뿐만 아니라, 최근에 미국과 영국 외에 세계 100대 로펌에 자국의 로펌을 포함시킨 국가가 호주, 캐나다 밖에 없다는 점을 지적하며, 영미법계 국가의 로펌의 약진은 그 원인이 단지 국력(미국과 같이)에만 있는 것이 아니고, 공통언어로서의 영어의 영향력이나 로펌의 법에 대한 태도 등이 중요한 원인이 되고 있다고 제시하고 있다.

축적해 온 법의 지배 이념이 오늘날 민주주의를 추구하는 국가에서는 (특히 자기 고유의 법전통을 발전시켜오지 못한 제3세계의 국가들에 계도) 일반적으로 수용될 수 있는 보편성을 가진다는 점 또한 하나의 계기가 된 것이 아닐까 한다. 이러한 점은 ‘영미법’의 영향력 확대가 기정사실화되는 이 시점에 그러한 영향력을 주체적으로 수용하고 대처하기 위한 전략에 중요한 시사점을 준다. 영미법이 아무리 현실적인 정치·경제적 영향력을 뒤에 두고 있다 하더라도 ‘법’은 당위적 규범의 체계이며, 영미법의 보편적 당위성은 ‘법의 지배’ 이념의 정당성에서 나오는 것이 아닐까 한다. 영미법의 구체적인 내용 역시 자국에서 그러한 법의 지배 이념에 의해 부단히 비판되고 수정되고 있을 것이다. 따라서 이를 외국법으로서 연구하고 그로부터 시사점을 도출하며, 그 현실적 영향력을 충분히 규범적 당위로 환원하여 정당성이 인정되는 범위에서만 수용할 수 있기 위해서는 영미법의 실정법제에 대한 연구가 그 법리학적 토대와 연계되어 이루어져야 할 것으로 생각된다. 영미법상의 ‘법의 지배’ 이념에 대한 것이 그 중요한 부분을 차지할 것으로 생각된다. 이하에서는 그러한 맥락에서 ‘법의 지배’ 이념의 다양한 의미에 관해 간략히 소개하기로 한다. 다만, 그 전에 ‘영미법’이라는 개념에 포함될 수 있는 다양한 범주의 차이를 봄으로써, 영미법의 영향이 다양한 측면에서 올 수 있음을 확인해 보고자 한다.

I. 개념의 구분

‘영미법’이라는 개념에는 다양한 범주가 포함될 수 있다. 영국의 common-law 체계의 전통이 미국에 이식된 과정을 고려하면 영국법과 미국법은 그 뿌리를 같이하는 단일한 법체계로 보인다. 그러나 성문헌법의 제정 등을 기점으로 미국법은 일정한 시점부터 영국법과는 독자적인 길을 걸어왔고, 다른 한편 현재의 영국법은 유럽공동체(EU)법과의 조화를 위해 많은 변화를 겪고 있음을 고려하면, ‘영미법’이라는

단일의 개념으로 묶기보다는 영국법과 미국법을 별개의 대상으로 고찰해야 하지 않을까 생각되는 영역도 존재한다. 또한 ‘영미법’이라 하여도 그것이 판례법의 독특한 위상으로 대표되는 ‘보통법(common-law)’의 영역에서 나타나는 것인지, 또는 성문법제를 기초로 한 영역에서 나타나는 것인지에 따라 그 공통점의 근원을 달리 파악해야 하는 경우도 있을 것이다. 결국 ‘영미법’을 연구 대상으로 한다고 할 때, 이에 는 ‘보통법’, ‘보통법의 전통과 어느 정도 분리하여 생각할 수 있는 영미법’, ‘영국법’, ‘미국법’과 같은 다양한 범주가 포함될 수 있다.

이렇게 ‘영미법’이란 개념 안에 포섭될 수 있는 범주의 다양성이 확인되어야 할 필요는 어디에 있을까? 외국법의 연구가 비교법적 관점에서 이루어지는 경우, 그 궁극의 목적은 우리의 유사한 현상에 대해서도 적용가능한 보편적 시사점을 도출해 내기 위한 경우가 대부분이다. 이러한 보편성을 확인하기 위해서는 어떠한 법제가 어떠한 역사적·사회적 맥락을 배경으로 하는가를 함께 이해하는 것이 필수적이다. 위의 각 범주를 구분해 보는 것 자체가 그러한 맥락에 따른 1차적 유형화에 해당될 수 있다. 특정한 법제가 위 범주 중 어디에 해당하는가를 보거나, 또는 특정한 법제에 위의 다양한 범주적 특징이 어떻게 나타나는가를 봄으로써 보편성의 도출이 보다 상위의 차원에서 이루어질 수 있다. 보편성의 도출이 상위의 차원에서 이루어진다면 함은 현실적 조건의 차이에 의해 영향 받기 이전의 보다 본질적인 부분의 시사점을 얻는 것으로서 이는 또한 상대적으로 더 정확한 시사점을 도출할 수 있을 것이다.

1. 영미법의 영향

“영미법”이란 ‘Anglo-American Law’의 역어에 해당될 것이다. 영미법이란 로마법의 영향력을 강하게 받은 독일이나 프랑스 등의 대륙법

계 국가들과 달리, 상대적으로 로마법의 영향이 미미한 가운데 고유한 전통적 법사고방식을 유지하며 발전시켜 온 영국법에 그 기원을 두고 있다. 또한 대륙법계 국가들과 비교하여 자연법사상과 계몽사상으로부터의 영향도 상대적으로 적었다고 할 수 있다. 이에 더하여 영국의 경우 프랑스나 독일에 비교하여 정치적인 대변혁이나 자신에 대한 부정의 경험도 겪지 않음으로써, 법체계의 급격한 전환을 경험한 적도 없다. 따라서 역사적 계속성을 특징으로 한다.³⁾

이러한 역사적 계속성을 배경으로 하여 영국의 경험주의적 전통과 미국의 실용주의적 전통은 영미법의 귀납적 방법론과 학제간 연구방법론, 법제적 실험과 feedback을 통한 개선을 추구하는 태도에 많은 영향을 미쳤다고 할 수 있다. 판례법의 전통을 함께 하는 외에도 영국법과 미국법에 공통적으로 흐르고 있는 이러한 철학적 태도가 ‘영미법’의 한 구성요소라고 할 수 있다. 이는 또한 법적 사고에 있어서 형식주의 법학의 범주적 사고(categorical approach) 외에도 탄력적이고 유연한 형량적 사고(balancing approach)를 보다 신속히 도입하여 발전시킨 원동력이 되었다고 할 수 있다.

한편 영국과 미국은 자본주의가 가장 먼저 태동되어 가장 자유로운 형태로 전개된 국가이므로, 그 법제에는 이러한 과정을 규율해 온 경험이 축적되어 있다고 할 수 있다. 따라서 세계화의 중심동력이 전 세계를 자본주의로 재편해가는 데 있다고 한다면(그것이 당위적으로 옳거나 옳지 않거나의 문제를 떠나서), 그 과정에 대한 법적 규율에 영미법적 사고나 접근방식이 유효한 참고가 될 것임은 부인할 수 없다.

또한 영미법이 대륙법계 전통과 극명히 대조되어 온 점은 전통적으로 공법과 사법을 엄격히 구별하지 않은 태도이었다. 20세기 들어 전 세계적으로 복지국가의 이상을 위해 국가의 후견과 개입이 강화되는 ‘행정국가’화의 과정을 거치면서 영국과 미국 역시 ‘public law’의 범

3) 최대권, 영미법 24면, 동성사, 1986. 8.

주를 별도로 인정하지 않을 수 없게 되었으므로, 더 이상 공법과 사법을 구별하지 않는다는 명제는 참이라고 할 수 없으나, 여전히 그 접근방식의 차이는 남아있을 것으로 쉽게 짐작할 수 있다. 그런데 영미법의 이러한 특징은 현재 공법과 사법의 구별을 엄격히 하던 법계에서 국가의 행정작용의 과잉, 그리고 그 비효율성을 교정하기 위한 민영화와 아웃소싱 등으로 공법과 사법의 구분이 모호해지는 영역이 늘어나고 이러한 영역에 대한 법적 규율이 새로운 법적 과제를 던져주고 있는 시점에서 유효한 시사점을 던져줄 것으로 생각할 수 있다.

오늘날 규제행정 등의 영역에서 영국과 미국의 성문법령을 통한 법제화의 밀도는 매우 높아서, 동일한 영역에서의 우리나라의 법제화 상황과 비교해 볼 때 영미법계가 불문법원을 중심으로 하며, 우리나라가 성문법원을 중심으로 하는 대륙법계 국가에 속한다는 서술이 오히려 역전되어야 하지 않을까 하는 생각이 들 정도이다. 이러한 경향은 규범의 예측가능성과 명확성의 요청이 관철된 결과이겠지만, 하나의 가설은 적극적인 사법작용 또는 사법부의 법형성작용에 대한 의식이 입법부로 하여금 자신의 의사를 명확히 표현할 필요성을 더 절실히 느끼게 하고, 그로 인해 예상되는 상황에 대한 입법도 더 상세하게 될 수 있지 않을까 하는 점이다. 또한 판례법에 의해 발전된 구체적인 기준들이 입법화되는 효과가 있지 않을까 하는 점도 있지 않을까 생각된다.

2. Common Law의 영향

영미법의 가장 뚜렷한 특징은 보통법 법원에 의해 형성되는 판례법을 공식적인 법원으로 인정하는 데 있다고 알려져 왔고, 이는 또한 대륙법계의 전통과 대조되는 점이기도 하였다. 그러나 오늘날 판례법의 법원성을 공식적으로 인정하는가 하지 않는가에 대한 태도의 실질적 차이는 과거보다 줄어들었다고 할 수 있다. 즉, 대륙법계에 있어서

도 성문법의 불확정성을 사법부의 해석으로 보완하고 있고, 영미법계에 있어서도 위에서 본 바와 같이 특별한 규율이 필요한 영역에 대해서는 성문법을 제정하여 규율하고 있기 때문이다. 차이가 줄어들었을 뿐만 아니라, 이러한 판례법의 유산은 영미법이 우리 법학에 영향을 미칠 수 있는 또 하나의 자산이라고 할 수 있다. 즉, 영미법에서 축적되어 온 판결의 논증과 분석을 위한 법학방법론이나 판결에 대한 학제간 연구의 방법론은 우리의 판례에 대한 연구에도 많은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

또한 영미법의 또 다른 특징이라 할 수 있는 것은 사법과정에 대한 일반국민의 참여제도로서 배심제의 존재이다. 이는 법률지식이 없는 평범한 일반인으로 하여금 규범적 판단을 하도록 하기 위해 그 논증의 방식이나, 주장과 증거의 다양한 통제방법 등을 발전시켜 왔다. 최근의 사법개혁으로 우리의 형사소송절차 등에도 일반 국민의 참여가 이루어질 계기가 생긴 만큼 이러한 영미법의 내용은 주요한 자산이 될 수 있을 것이다.

영미법상 사법작용의 주요한 특징 중 하나는 형평법(equity, or equity law)의 존재이다. 과거에는 절차나 관할기관도 분리되어 있었으나, 이것이 통합된 후에도 common law가 적용될 수 없는 경우가 있음을 명백히 의식한다는 점이나, 그 경우 사법부가 remedy를 형성할 수 있는 재량이 인정된다는 점은 실제에 있어서 차이를 낳지 않을까 한다. 이러한 점 역시 향후 공익소송 등에 있어서 사법부의 역할모델의 고민에 있어서 시사하는 바가 클 것이다.

3. 영국법의 영향

영국법은 보통법을 중심으로 한 영미법의 원형을 발전시켜 온 역사를 가지고 있다. 그러나 이러한 역사적 발전과정 외에도, 영국은 금융

법이나 해상법, 보험법 등의 발전에 선도적인 역할을 해 왔고, 역시 다른 국가보다 앞서 공공사업의 전면적인 민영화를 추진해 온 까닭에 중요한 법제적 경험을 축적하고 있다.

또한 연방제 국가인 미국의 경우 연방법에 대한 연구로는 특정 영역에 대한 법제의 전모를 파악하기 어려우며, 각 주별로 연구의 범위를 확장하는 경우에도 50개의 주 중 어떤 주의 법이 우리나라와 더 적합한 모델인가를 평가하고 찾기 위해서는 많은 시간과 노력을 필요로 하게 된다. 이에 비해 영국은 법제상 스코틀랜드와 북아일랜드에 대해 특별한 취급을 하기는 하지만, 그 관할권이 미국만큼 다수로 구성되어 있지 않고 국토의 규모와 인구 면에서 우리와 상대적으로 더 유사한 만큼 더 적절한 비교 대상이 될 수 있다.

4. 미국법의 영향

광복 후의 미군정 하에서의 미국법의 영향을 받은 이후, 정치·경제·사회적으로 우리와 밀접한 관계를 맺어온 미국 법제의 영향은 크지 않을 수 없다. 다만, 위에서도 지적한 바와 같이 그 영향은 이념적, 원리적 배경과 함께 한 체계적인 법학의 형태로서가 아닌 제도 위주의 단편적인 것이 주를 이루었지 않나 한다.⁴⁾ 미국법에 있어서 특히 법경제학이나 법사회학과 같은 학제간 연구방법론, 사법적극주의 시대의 산물인 공익소송과 관련된 이론 및 제도 역시 연구의 대상이 될만한 분야가 아닐까 한다. 특히 최근 로스쿨 제도도입이 추진되는 현실에서 미국의 법학교육방법론 또한 관심의 대상이 되고 있는 분야이다. 그러나 이 역시도 피상적인 고찰을 통해 벤치마킹할 경우에는 오히려 우리의 기존 교육방법론의 장점마저 몰각시킬 수 있는 부정적 영향이 있을 수 있으므로, 그 이념적 기초에 대해 충분히 천

4) 미국 헌법학의 영향은 어느 정도 그 예외가 될 것이다.

착하고 이를 구현하는 제도로서의 로스쿨 모델을 검토대상으로 해야 할 것이다.

II. 美國의 法의 支配 理論의 變遷⁵⁾

19세기 후반부터 1980년대 후반에 걸쳐 법의 지배의 정당화에 관한 이론은 대체로 다음과 같이 변천해 왔다.

1. 法 形式主義(Legal formalism)

미국에서 19세기 후반에는 이미 개개의 사회적 관계나 실제의 도덕적 기준을 떠난 법의 추상화가 이루어져서, 20세기 초반까지의 고전적 법의 지배이론은 법 형식주의적 특징을 띠었다.

형식주의 하에서 법은 객관적으로 발견가능한 규칙들로 이루어진 폐쇄적 체계로서, 법적 판단이 필요한 모든 경우에 법체계 외부에 있는 근거에 의존할 필요없이 특정한 결정기준의 논리적 적용에 의해 유일하게 적정한 법적 판단이 도출될 수 있다는 점에서 형식적·합리적 확정성을 가진다고 의제된다.

법은 그 예측가능성이 중시되며, ‘해악의 원리(harm principle)’와 같은 일관된 원리에 의해 구획될 수 있는 객관적 권리체계로서, 소극적 자유의 보장수단으로 보았다. 공·사 영역 및 입법과 사법, 정치와 법의 영역은 엄격히 구별된다. 그리고 자유방임주의적 경제관을 배경으로 한다.

법학교육은 Harvard 대에서 시작된 Langdell 법학으로 보통법을 ‘논리적으로 상호 연관된 핵심적 법리와 원칙들로 이루어진 체계’로 보는 추상적이고 관념적인 시각을 전제로, 강의식 교수방식을 폐지하고

5) 이 부분은 본인의 줄고 “법의 지배와 행정법상 재판의 분쟁해결수단”, 서울대학교 법과대학 박사학위논문, 2004. 8. 중 관련되는 부분을 발췌, 축약한 내용임을 밝힌다.

학생들이 판례를 미리 읽고 문답식으로 진행하는 판례연구(case-method) 방식을 도입하였다.

2. 法 現實主義(Legal realism)

20세기 초에 미국의 사상계 전반에 일어난 변화는 형식주의의 과도한 형식성과 추상성을 거부하고 실제의 현실세계를 이해하고자 하는 것이었다. 이는 법학에서는 법 형식주의에 대해 도전하는 법 현실주의 운동으로 나타났다.

법 현실주의에서 법은 예컨대 법관이 무엇을 법이라고 해야 할지에 대한 예측으로서, 형식주의에서 전제한 법의 합리적·형식적 확정성은 현실적으로 유지될 수 없는 의제에 불과하다고 본다. 보통법상의 선례 또는 법률이나 헌법과 같은 성문법규를 적용할 때는 항상 해석이 필요하고, 이 과정에서 서로 상충되는 내용의 해석이 가능할 경우가 있으며, 이 때 법관의 판결은 사실상 선례나 법규정의 論理的 適用으로부터 나오는 것이 아니라 법관의 선택이 개입된 결정으로서의 성격을 갖는다고 보기 때문이다.

법이 객관적 권리체계라는 점에 의문이 제기되며, 법은 실질적 자유의 조건을 보장하는 수단이 되어야 한다고 보며, 진보적 경제규제에 찬성하는 경향을 나타낸다. 공·사 영역, 입법과 사법, 법과 정치의 경계가 침식된다.

Yale 법대와 Columbia 법대는 1920-1930년대에 걸친 법 현실주의 운동의 산실이 되었는데, 법학은 과학적 학문이어야 하나 현실을 묘사할 수 있어야 하므로 기본적으로 사회과학적 시각에 의해 연구되어야 한다고 보았고, 예컨대 ‘사실조사’를 통한 법의 준수가능성 또는 사회통제기능의 수행도 등을 평가하는 등의 다양한 접근이 이루어졌다.

3. 法 現實主義 이후의 理論的 變化

법 현실주의는 법에 대한 경험적 접근을 통해 법의 지배의 기본 틀을 제공하고 있던 법 형식주의의 주요한 擬制들을 결정적으로 흔들어 놓는 영향력을 발휘하여, 법 형식주의가 과거와 같은 형태로 복원되기는 어렵게 되었다. 그러나 법 현실주의는 경험적 주장의 차원에 머물렀으로써 형식주의를 대체할 만한 이론적 대안을 제시하지는 않았으므로, 법 현실주의 운동 이후에 등장한 모든 법이론들은 그 대안을 모색하려는 노력이라고 볼 수 있다. 법의 지배의 핵심적 전제로서의 형식주의는 그 완결성은 상실했다 하더라도 여전히 실제의 법 적용과 법이론의 기저에 있는 전제로서 작용하고 있다. 이를 배경으로 하여 이론적 대안 모색의 방향은 크게 두 가지 상이한 접근방식으로 분류해 볼 수 있다. 하나는 법의 객관적 정당성을 다른 방식으로 설명하고자 하는 이론들로서 기본적으로 형식주의와 그 맥락을 같이 하는 것이고, 다른 하나는 법 또는 법적 판단의 객관성을 포기하고 주관적인 방식으로 정당화시키고자 하는 이론들로서 현실주의와 그 맥락을 같이 하는 것이다.

(1) 法の 支配의 客觀的 正當化 理論

법 형식주의는 법의 합리적·형식적 확정성을 통해 법 또는 법적 결정을 객관적인 것으로 의제함으로써 법의 지배를 정당화하였다. 그런데 이러한 유형의 확정성을 부분적으로라도 포기해야 한다면, 법의 지배를 正當化시키고자 하는 자가 시도할 수 있는 한 접근방법은 법적 결정에 客觀性을 부여할 다른 說明이나 手段을 찾는 것이다.

이러한 설명으로 H.L.A. Hart의 법 실증주의적 접근, Ronald Dworkin의 법원리론, 그리고 1950년대 무렵의 법과정론(Legal Process) 등을

들 수 있다. 이들은 법 현실주의에 대한 가장 유효한 반격 또는 법 현실주의의 경험적 지적을 흡수하면서 형식주의적 의제를 유지할 수 있는 설명을 찾는 것이라 할 수 있다. 이 견해들은 각각 ‘法’의 개념에 대한 접근방식이 상이하였고, 그러한 상이한 접근방식이 바로 법의 객관성을 확보하는 상이한 도구개념이 되었다고 할 수 있다.

Hart는 법을 특별히 체계적으로 구성된 사회적 규칙의 한 유형으로서, 도덕적 규칙이나 원칙과는 구별되는 것으로 보았다. 그리고 그 규칙 내에 존재하는 선택에 대해서는, 각 단어는 논쟁의 여지가 없는 ‘핵심적 의미영역(core)’과 동시에 의미가 비확정적인 ‘경계적 의미영역(penumbra)’을 가지며, 심각한 법의 불확정성이 생기는 것은 그러한 경계적 의미영역에 한하고, 핵심적 의미영역에서는 인용할 수 있는 정도의 확정성이 있다고 하였다. 이는 곧 법 현실주의가 법의 부분적인 불확정성을 경험적인 주장으로 제시함으로써 형식주의의 완결적 전제로서의 확정성을 전체적인 차원에서 무너뜨린 상태에서, 그 확정적인 부분과 불확정적인 부분을 구별함으로써 전과 동일하지 않지만 부분적인 확정성을 재건해 내려고 한 것으로 볼 수 있다. 이것은 확정적인 부분을 좁히되, 그 좁은 영역에서는 형식주의 하에서와 같은 밀도 높은 확정성을 보존하고자 하는 시도로 볼 수 있다.

Dworkin의 법원리론은 반대로 법체계 및 법적 결정에 있어서의 법적 기준에는 법규칙 외에 법원리까지 포함하는 것으로 확대함으로써 Hart와는 반대로 법개념을 확장함으로써 현실주의가 지적한 불확정성의 영역을 포괄적으로 확정성의 영역으로 재건하고자 한다. Dworkin은 법 형식주의가 법을 법규칙에 한정하여 봄으로써 기존의 법규칙에 의해 규율되지 못하는 분쟁의 영역에 대해 법관은 (법적용이 아니라) 재량을 행사하여 법 형성적 결정을 할 수 밖에 없다는 법 현실주의적 결론에 이르게 되었다고 보았다. 이는 법 현실주의의 결론은 법 형식주의(실증주의)가 자초한 것이라는 의미일 것이다. 따라서 Dworkin은

법규칙에 법원리까지 포함하여 법적 판단의 객관적인 기준들을 풍부하게 함으로써 법의 객관적 정당성을 회복하고자 한 것으로 볼 수 있다. 그에 의하면 규칙의 부재에 직면한 법관은 법원리에서 법적 기준을 찾을 것이고, 또한 규칙과 원리들의 상충에 직면한 법관은 이를 법체계에서 떠나는 계기가 아니라 더 깊은 숙고의 기회로 삼아 그 상충되는 요소를 제거할 수 있는 어떤 조화점이나 해석 또는 우선순위를 찾을 것이라고 한다. 이는 곧 그러한 경우 법관은 규칙이 아닌 다른 要素들에 기초하여 결정을 하고 나서 그러한 결정을 정당화하기 위해 규칙을 이용할 것이라고 설명하는 법 현실주의의 시각과 대조되는 것이다.

법과정론은⁶⁾ 법 형식주의가 전제한 법의 합리적, 형식적 확정성에 대해서는 法 現實主義의 비판에 동의하지만, 다른 차원에서 법의 합리성을 인정한다. 이는 법을 법의 形成 또는 適用에 관련된 결정을 하는 제도적 기관들이 서로 상호 작용하는 과정에서 도달하는 平衡點 (equilibrium)으로 본다.⁷⁾ 이들 기관들의 행위와 상호작용은 다음과 같은 조건을 전제로 한다.

6) 제2차 세계대전 후 1950년대에 Harvard 법대 교수 Henry M. Hart, Jr.와 Albert M. Sacks가 진행한 同名의 강의로부터 시작되었다. 이들은 강의교재에 법의 形成 (lawmaking) 및 적용 (law-applying)에 관여하는 대표적인 제도로서 私的 合意, 普通法院, 國民投票와 選舉, 立法節次, 執行部(executive branch)와 행정청, 법원의 成文法律解釋에 대한 장을 배열하고, 55개의 다양한 유형의 문제들을 각 장에서 반복하여 다루면서 問答式으로 그 문제에 대한 각 제도의 상대적 장·단점을 비교하도록 하였다. 따라서 이는 법에 대해 실체적 가치의 관점에서 접근하지 않고 다양한 중립적인 문제해결의 절차라는 관점에서 접근하는 것이다.

7) 사회의 제도적 결정들 중 법적 결정과 여타의 결정 사이의 차이점은 전자는 一般的, 指示的, 權威的(general, directive and authoritative)이라는 점이다. 어떤 제도적 결정이 일반적, 지시적, 권위적인 한, 그것이 법원, 행정공무원, 사인 등 누구에 의해 내려진 결정이든지 이는 법의 형성 또는 적용에 관한 결정이다. 그러므로 법 과정론은 모든 단계에서의 일반적, 지시적, 권위적인 결정을 연구대상으로 한다. (사인의 결정, 입법적 결정, 행정적 결정, 사법적 결정, 헌법적 결정 등) Anthony J. Sebok, "Reading the Legal Process", 94 Mich. L. Rev. 1571, 1576.

이러한 기관들은 국가작용이나 법의 지배와 같은 一般的 목적뿐만 아니라 전체 시스템 내에서 각 기관이 가지는 고유한 機能과 能力에 맞는 목표를 추구하며, 이를 위해 그 목표달성에 기여하는 合理的인 행동진로를 선택한다. 예컨대, 법원은 司法機關으로서의 제도적 특성 및 정부 전체에서 법원이 차지하는 正當성이 손상되지 않도록 하면서, 법원의 특화된 능력이라 할 수 있는 ‘原理를 論證을 통해 구체화하는 능력(the reasoned elaboration of principles)’을 이용하여 법 형성에 기여하는 것을 그 기관의 목표로 한다. 다음으로 각 기관의 행위자들은 다른 기관들과 相互依存的인 관계를 認識하면서 행동한다. 상호의존적인 관계에 있는 행위자들은 단순히 자신의 목표를 직접 만족시키는 행동진로만을 선택해서는 목표를 달성할 수 없고, 대신 자신의 행위에 대해 타 기관들이 어떻게 반응할 것인가를 예측하여 그들의 목표를 가장 잘 달성할 수 있는 진로를 택해야 한다. 마지막으로, 각 기관의 행위자는 다른 기관들에게 다양한 형태로 자신이 選好하는 價値와 그 優先順位에 대한 신호를 보내면서 戰略적으로 행동하며, 그러한 신호에 따라 상이한 公益觀 또는 상이한 가치우선순위를 가진 기관들 간에 默示的인 거래가 이루어질 수 있다. 이러한 과정을 통해 최종적으로 안정화되는 시점의 법이 법 과정론적 의미에서 진정한 법이라 할 수 있다. 그리고 그러한 법은 위와 같은 조건 하에서 이루어짐으로써, 중국적인 평형점이 어떤 기관의 恣意的 선택이 아니라 유효한 社會的 合意를 반영하도록 할 수 있다는 것이다.

법 과정론은 法 現實主義와는 달리 법의 합리적 논증이 재판의 고유한 기능임을 인정하면서도, 법의 최종적인 정당성을 그러한 재판에서만 찾지 않고 다른 기관들과의 상호작용이 이루어지는 과정에서 찾음으로써, 法 形式主義가 법의 지배의 정당화에 대해 가지는 본질적 기능을 유지하면서도 이에 추가적인 정당화조건을 거시적인 차원에서 찾음으로써 법 현실주의의 비판에 대응하는 것으로 볼 수 있다.

(2) 法の支配의 主觀的 正當化 理論

위와 같이 법의 개념을 달리 파악함으로써 법 또는 최종적 균형점으로서의 법을 그 적용하는 자의 주관적 선택과 분리된 客觀的 정당성을 가진 존재로 인식하려는 노력이 전개된 한편, 오히려 반대로 법 또는 법적 결정의 主觀的 결정으로서의 성격을 전면적으로 인정하되 이를 다른 방법으로 정당화하려는 시도라고 볼 수 있는 이론 전개 방향도 있다.

하나 市民 共和主義, 共同體主義, 審議的 民主主義 등의 관점에 선 법이론으로서, 이는 특히 법과정론을 기초로 하는 가치중립적이고 다원주의적인 법개념에 대한 비판에서 출발하여 보다 도덕적으로 정당화될 수 있는 법 개념을 추구하였다. 그러나 이러한 도덕성은 특정한 실체적 결론에 의해 확보되는 것이 아니라 그 최종적 내용과 상관없이 理想的 條件을 갖춘 對話(dialogue)와 개인적 또는 공동체적 熟考(deliberation)의 과정에 의함으로써 확보되는 것이다.

다른 하나는 批判法學이라고 칭해지는 일련의 논의들로서, 이는 法現實主義의 인식을 더욱 급진적으로 발전시켜 법 또는 법적 논증의 確定性, 中立性, 客觀性을 부인할 뿐만 아니라 법이 이러한 특징을 가진다는 주장 자체가 사회의 권력관계에 의한 지배구조를 은닉하는 역할을 한다는, 실체적 가치에 관한 관점을 기반으로 비판한다. 이는 곧 법의 지배가 객관적으로 정당화될 수 있는 길을 차단하는 것을 의미한다. 그러나 비판법학도 법 현실주의와 마찬가지로 비판의 기능이 대안 제시 기능보다 상대적으로 강했다.

한 비판법학자(Singer)에 따르면, 법적 결정은 論理的 合理性에 의해 도출될 수 있는 것이 아니라, 결정을 하는 자의 능동적 결정행위이다. 법적 결정은 도덕적 결정과 본질적으로 다르지 않으며, 따라서 論理(logic)나 知識(knowledge)의 문제가 아니라, 信念(conviction)과 決斷(com-

mitment)의 문제이다. 이렇게 법적 결정과 도덕적 결정 사이의 本質的 차이를 否認함으로써 개인들 각자에게 법적 결정을 할 권한을 부여해 줄 수 있다. 따라서 법적 결정에 있어서 제기되어야 할 문제는 ‘우리가 생각하는 삶의 방향이 옳다고 어떻게 확신할 수 있는가?’라는 형태가 아니라 ‘우리가 어떻게 살아야 하는가?’라는 형태이다.

이러한 문제의 결정방법은 보통 사람이 일상생활에서 도덕적 결정을 할 때와 동일하다. 이는 다음과 같은 특징을 가지는 熟考(deliberation)의 과정이다.⁸⁾ 먼저 스스로의 사고와 행위를 형성해나가는 데 있어서 자신의 적극적인 역할을 인식해야 한다. 그리고 자신이 선호하는 가치가 무엇인지, 그리고 선택할 수 있는 대안들의 결과에 대해서 숙고하여야 한다. 또한 자신의 합리성과 사회생활이 자신이 처해 있는 사회적, 문화적 조건에 의해 제약됨을 인식해야 한다. 따라서 도덕적 및 법적 선택은 그 문제가 발생하는 풍부한 事實的 脈絡에 초점을 맞추어야 한다.⁹⁾ 또한 숙고는 공동체적 성질 및 사회생활과의 복잡한 관계를 전제로 이루어져야 한다. 개인들은 단지 의견을 ‘갖는(have)’ 것이 아니라 의견을 ‘形成한다(form).’ 의견의 형성은 혼자서 생각하면서 이루어지는 개인적 행위가 아니고, 타인들과 함께 생활하고 논쟁하고 의견을 공유하는 일상적 과정에서 형성되어야 한다. 그리고 이러한 과정을 통해 내려진 결정이라 하더라도, 이는 항상 갈등, 정보의 부족, 불확실성이 있는 상황을 배경으로 이루어지는 것이므로, 이는 항상 일시적인 것이고, 재고의 대상이 될 가능성을 열어두어야 한

8) Singer, Joshep William, “The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory”, 94 Yale Law Journal 1 (1984) p.978.

9) Singer, 전제논문 p.980. 어떤 목적을 위해 두 사람을 ‘근로자’와 ‘사용자’로 유형화하고 그들 간의 관계를 규정하고 규율하는 일반적 원칙을 개발할 수 있다. 그러나 중요한 것은 이것은 실제 사람에 대해 이야기 하고 있음을 기억하는 것이 중요하며, 우리가 이들간의 관계가 어떠한지 하는가를 판단하기 위해서 이들을 근로자와 사용자로 묘사할 때, 우리는 그들의 실제 삶의 경험으로부터 스스로를 차단하고 있음을 기억해야 한다.

다. 중요한 것은 확정적인 결론이라기보다는 공동체내에서 그러한 법적·도덕적 선택에 대한 談論(discourse)이 계속되는 것이다. 결국 이는 민주주의 정치의 특정한 조건들이라 할 수 있다.

이를 裁判에 적용하며 보면, 법관은 재판할 때 보통 사람들이 어떤 도덕적 결정을 내려야 할 때와 같은 방식으로 행동해야 한다. 선택할 수 있는 代案들을 제한하고, 각 대안을 선택한 경우 초래될 수 있는 결과들을 예견하고, 그 결정의 맥락에서 중요한 가치들과 그 가치들이 상호 충돌을 일으키는 방식에 대해 熟考해야 하며, 관계자들(타 법관이나 학자들)이 그 쟁점에 대해 어떻게 생각하는지를 알아보아야 한다. 그리고 주위사람들과 그에 관해 대화해보고, 무엇을 해야 할지 선택해야 한다. 이러한 결정에 신비한 요소는 전혀 없다. 이러한 결정을 신비한 것으로 보이게 하는 유일한 이유는 법관들이 일반 시민들이 갖지 못한 특별한 능력 즉, 法的 論證(legal reasoning)을 통해 가치의 충돌을 合理的으로(rationally) 결정할 수 있다는 架空의 관념이다. 그러나 법적 논증은 법관이 어려운 정치적 도덕적 문제를 결정하는데 이용할 수 있는 특별한 수단을 제공해 주지 못한다. 법관의 권한은 사람들이 그들의 판결이 옳하다고 보는 한도 내에서, 우리가 현행 법관양성 제도와 현재와 같은 재판제도가 다른 유형의 분쟁해결이나 법형성 수단보다 유용한 것으로 보는 한도 내에서 정당성을 가질 뿐이다.

이들 두 방향의 입장은 여러 가지 면에서 매우 다른 내용을 가지지만, 법을 정당화하는 代案에 대해서 공통점을 보여준다. 그 공통점은 법을 적용하는 자 뿐만 아니라 그 법에 구속되는 모든 개인들이 受動的인 受範者에 머무르지 않고 규범에 관해 다른 사회구성원들과의 對話와 相互作用을 통해 그 형성과 적용에 적극적으로 參與함으로써 법을 정당화하고자 한다는 점이다. 이전에는 사회구성원으로서의 개인들 각각의 주관적 견해는 의회 또는 그 밖의 다른 정치의 장에서만 표현되는 것으로 전제되고, 일단 구체적 언어로 존재하게 된 법은 완

전히 객관화된 존재이거나 아니면 이를 적용하는 전문가로서의 법관 또는 행정공무원의 주관만이 개입되는 것으로 생각되었다. 그러나 이러한 擬制 또는 장치들이 법을 정당한 존재로 인식하게 하는 데 불충분하다고 인정되자, 사회구성원들 개인의 진정한 自治가 이루어질 수 있는 방식에 대해 새롭게 생각하게 된 것이라 할 수 있다. 이러한 참여는 현실적인 直接民主主義的인 참여뿐만 아니라, 어떤 법적 결정을 평가하기 위해 ‘그 결정에 이해관계를 가진 자들이 參與하여 對話와 審議를 했다면 그 결정에 이르렀을까’라는 反省的(reflexive) 기준으로서만 제시될 수도 있다. 그러나 일단 수범자들의 대화(담화, 담론)를 통한 참여로서 일종의 主觀性을 투입함으로써 법의 정당성을 확보하려고 한다는 점에서는 공통적이다.

Ⅲ. 法의 支配의 正當化 條件과 그 構成

1. 법의 지배의 정당화 조건

위로부터 法의 支配가 法適用의 차원에서 정당화될 수 있게 하는 조건들을 類型化해 보면 다음과 같다.

첫째는 법 형식주의에서 제시하는 法規則의 합리적·형식적 적용을 통한 법의 確定性이다. 이는 事前에 예상되는 상황들에 대한 규범적 판단을 최대한 포함시키고, 구체적 결정시에 당해 규칙에서 정하고 있는 요소들 이외의 다른 요소들에 대한 고려를 최소화할 수 있는 형식의 언어로 된 법규칙을 필요로 한다. 法規則이 현실적으로 불확정성을 내포하고 있는 경우가 대부분이나 이는 다음과 같은 방법으로 일정 부분 극복될 수 있다. 먼저 법규칙을 구성하는 언어에서 확정적인 의미라고 보이는 核心部와 불확정성이 존재하는 것으로 보이는 周邊部를 구분함으로써 불확정성이 허용되는 부분을 줄일 수 있고, 또 일반적으로 합의된 法原理를 법규칙과 함께 적용함으로써 법규칙의

불확정성한 부분을 확정하는데 도움이 될 수 있다.

둘째는 법의 確定性이 의심되는 상황에서 법 현실주의가 대안으로 제시한 법관과 행정공무원 등 법적 결정을 하는 주체의 專門性이다. 이를 위해서는 법관과 행정공무원의 양성과정을 통해 법적 결정을 하는 기관에게 맡겨진 公益目的을 내면화하고 그 수행에 필요한 전문적 능력을 갖추도록 하는 것이 필요하다.

셋째는 法過程論에서 제시하는 바와 같이 법적 결정을 하는 기관 각각의 결정에 있는 불확정성은 인정하되 이들 기관들이 相互作用을 통해 결과적으로 어떤 균형점에 이르게 될 것이므로 최종적인 법은 그 시점의 사회적 합의를 반영하는 것으로 정당하다고 할 수 있다. 이 때 각 기관의 결정의 불확정성은 恣意的인 것이 아니고 독자적인 合理性을 갖는데, 다만 그 합리성은 각 기관의 고유한 목적을 추구하는데 기여하는 행위라는 의미이다. 이는 특정한 법적 결정 자체에 完結的인 정당성을 부여하는 것을 포기하고 다른 법적 결정들과의 상호작용의 장에서 제3의 균형점에 이르게 될 것이라고 함으로써, 다른 주체들의 參與에 의해 법적 정당성을 확보하는 방식을 취한다. 단, 이 주체들은 각각 合理性을 가지는 독립적인 법적 결정을 하고, 그 결정들을 매개로 전략적인 상호작용을 하게 된다. 그러한 점에서 이 개별 결정들은 확정적 법으로서의 의미를 갖기보다는 균형점으로 향해 가는 流動的 과정에 있는 한 지점으로 파악된다. 본고에서는 이를 多元主義的 參與라 한다.

넷째는 시민 공화주의나 批判法學에서 암시하는 바로써, 법적 결정이 現實的으로 또는 擬制에 의해 法官자신은 물론 시민 各自의 이성적 숙고와 대화 및 심의과정에 의해 뒷받침될 때 정당성을 인정하고자 한다. 본고에서는 이를 共和主義的 參與라 한다.

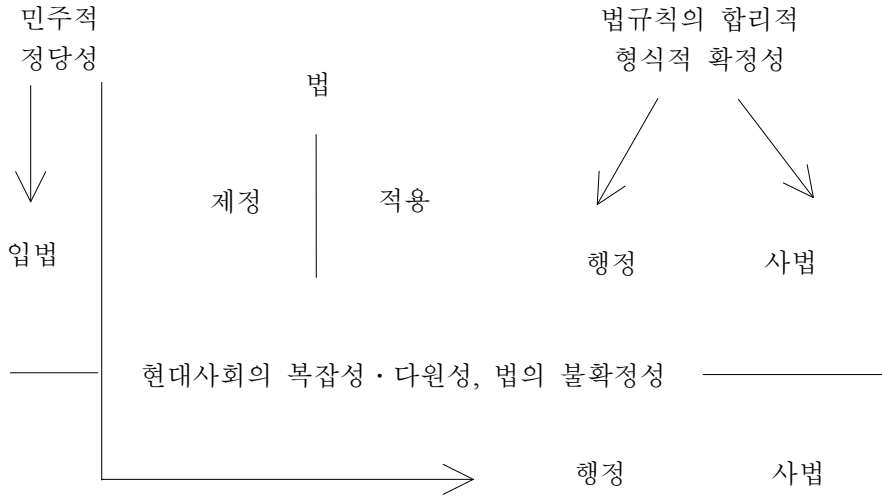
2. 법의 지배의 정당화조건의 구성의 변화

위 유형들의 발전과정은 다음과 같이 설명될 수 있다. 즉, 애초에 법의 지배는 形式主義的 正當性을 토대로 고안되었다. 법이 제정되는 시점을 전후로 하여, 제정 전에는 유권자들을 대표하는 議會가 주관적 이익과 가치들을 조정함으로써 民主的 正當性을 부여하고, 일단 제정된 법은 그 合理的·形式的 確定性에 의해 적용시의 정당성을 부여받았다. 그러나 법 현실주의 등의 비판으로 법의 확정성의 의제가 불확실하게 되었고, 이 때 대안으로 제시될 수 있었던 정당화 요소는 현실적으로 법적 결정을 내리는 法官과 행정관료의 專門性이었다. 그러나 이에 대해서는 항상 충분히 신뢰할 수 없었고, 이에 더하여 현대사회의 複雜性, 多元性이 심화되자, 이전에는 법제정 전에서만 작용하던 民主的 正當性이 행정, 사법의 법적용 시점에도 기능하도록 요구되었다. 이는 現實的 또는 擬制的 참여로 나타나는데, 그 접근방법에 따라 多元主義的 參與와 共和主義的 參與로 나눌 수 있다. 이를 단순화하여 도표로 표현하면 다음과 같다.

3. 연계성을 가지는 요소들

위의 법의 지배의 이론들을 통해 보면 아래와 같은 항목의 전반부에 있는 요소들 상호간, 그리고 후반부에 있는 요소들 상호간에 상통하는 면이 있다고 할 수 있다.

• 개별적 개인의 간섭받지 않을 자유	• 집단의 구성원으로서 자치를 통해 달성하는 자유
• 법적 결정에 있어서 가치중립성	• 법적 결정에 있어서 실체적 가치의 고려
• 법적 결정의 일반화	• 법적 결정의 개별화
• 공·사 영역의 분리	• 공·사 영역의 융합
• 입법과 행정·사법 작용의 본질상 분리	• 입법과 행정·사법작용 공히 본질상 법형성작용
• 법과 정치의 분리와 교차	• 법과 정치의 교차



IV. 行政의 正當化 모델

법의 지배는 행정의 통제 원리이기도 하다. 따라서 법의 지배 관념의 변화는 당연히 행정의 통제 원리의 변화로 이어질 수밖에 없다.

그런데 이러한 행정의 통제원리는 여러 가지 의미를 갖는다. 첫째, 행정권의 존재 자체의 정당화 조건이고, 둘째 현재 관료조직이 행정권을 부여받는 것의 정당화 조건이며, 셋째 행정의 재량행사에 대한 정당화조건이다. 그리고 그 통제원리에 따라 행정법의 실체법적 법리, 행정절차의 의미, 행정소송의 원고적격과 구제수단의 종류 등의 사항들에도 영향을 미칠 것이다.

그리고 행정의 통제원리와 ‘裁判’이라는 결정방식은 두 가지 차원에서 만난다. 하나는 행정의 행위형식의 하나로서 재판 형식의 행정처분(adjudication)을 하는 경우이고, 다른 하나는 행정과 사인간의 분쟁으로 인해 행정이 법원의 司法審査를 받는 경우이다. 양자 모두 행정의 통제원리로 인해 영향을 받는다.

1. 形式主義(Formalism) 모델

形式主義的 행정통제이론은 입법부가 제정한 法律을 매개로 한 행정통제를 의미한다. 이는 미국에서 19세기 후반 州 및 聯邦 政府에 의한 민간영업활동의 규제과정에서 발전한 행정법 모델이다.

법률에 의한 통제의 본질은 권력을 위임하는 자가 직접 범위를 정하여 同意한 영역 내에서만 수임자가 권한을 행사할 수 있도록 한다는 것으로, Hobbes와 Locke로 거슬러 올라가는 社會契約論에 그 뿌리를 둔 것이다. 그러한 동의는 代議機關인 의회의 법규칙에 의한 입법을 통해 표현된다.

형식주의 통제이론에 상응하는 19세기 후반에서 20세기 초의 官僚主義 이론에 따르면, 官僚制는 그 창설자가 결정하고 통제하는 목적을 실현하기 위한 합리화되고 잘 훈련된 道具로서의 의미를 가진다. 관료제는 그 목적의 결정을 둘러싼 분쟁에 대해서는 개입하지 않고, 중립적이어서 모든 가치판단은 그 외부에서 일어난다. 외부에서 주어지는 지시사항은 ‘形式的으로 實現可能한(formally realizable)’ 것으로, 어떤 사실들에 대해 그 지시 자체에서 특정하고 있는 방식으로 대응할 것을 명령하는 것이다. 따라서 단순히 그 규칙을 그 규칙이 암시하는 결과와 함께 인용함으로써 모든 구체적인 결정의 論據 提示가 이루어진다. 이러한 조건하에서는 관료조직이 裁量을 행사할 여지가 거의 인정되지 않고, 다만 효과적인 법집행에 필수불가결한 양만큼의 재량만이 허락된다.

2. 專門性(Expertise) 모델

대공황과 뉴딜 시대를 거치면서 행정의 적극적 역할 및 계획적·관리적 기능이 늘어나고, 입법·사법의 권한까지 융합하여 가진 행정기

관이 등장하면서 이로 인해 늘어난 행정재량을 어떻게 정당화하고 통제할 것인가가 문제된다.

새로운 행정통제이론으로서 행정이 경제와 사회조성의 주도적 역할을 발휘할 수 있도록 행정의 사회 엔지니어로서의 전문성을 존중하는 관점이 형성되었다. 전문성에 기초한 행정통제이론은 관료조직이 사실상 광범한 재량을 행사하고 있으며, 이는 법률에 의해 형식주의적으로 통제되고 있지 않음을 인정한다. 그러나 오히려 이러한 행정의 재량은 관료제의 불가피한 요소일 뿐만 아니라 그 존재이유로 본다. 行政은 객관적 기초를 가지고 있는 비정치적인 과학이며, 관료들은 과학자와 같은 ‘**專門家(experts)**’이고, 그들의 **專門家 精神(professionalism)**이 관료제의 효율성에 필요한 창의성과 탄력성을 부여하는 동시에 자신들의 권한남용도 자제하는 기능을 할 것이라고 기대한다.

관료제는 비인격적인 기제가 아니라 하나의 공동목적을 추구하기 위해 조직된 ‘**自然的 共同體 (natural community)**’로서 **有機體的** 조직의 특성을 갖는다. 관료제 안에서 기능하는 사람들은 단지 그들의 합리적이고 객관적인 측면만이 아니라 그들의 전체 **人格**을 가지고 일하므로, 이러한 조직이 효율적이 되기 위해서는 그 구성원들을 단합시키는 공동의 목적을 그 **集團意識**의 일부로 **內面化**시켜야 한다. 결과적으로, 관료조직의 성공은 조직으로부터 주관적 재량을 제거해버리는 합리주의적 체제(형식주의)가 아니라, 성공적으로 통합된 **組織 人格**의 형성에 달려있다고 본다.

유권자들은 더 이상 관료조직의 정책에 대한 **指揮者**의 위치에 있지 않고, 행정청의 장, 소속관료 및 일반 국민은 **公益 增進**이라는 공동의 목표를 추구하는 협력관계에 있다. 따라서 행정부가 전문성을 가진 분야에서 결정을 내리는 경우 국민은 그 재량을 일반적으로 폭넓게 존중한다.

3. 司法審査(Judicial Review) 모델

형식주의와 행정의 전문성 존중이 모두 완결된 행정통제이론으로서 기능하지 못하자, 행정에 대한 司法審査를 강화함으로써 행정을 통제하고자 하는 흐름이 나타났다.¹⁰⁾ 이러한 사법심사 강화의 의미로서 두 가지 관점이 제시된다.

하나는 사법심사 이론을 형식주의와 전문성의 消極的 結合으로 보는 관점이다. 형식주의는 행정조직의 외부로부터의 통제를 강화하기 위해서 행정의 재량을 제한한 반면, 전문성모델은 행정과정에 대한 외부인의 개입을 제한함으로써 행정의 재량을 촉진하였다. 그러나 전문성과 형식주의의 理想은 서로의 단점을 교정하기 위해 결합될 수 있다. 전문성은 형식주의가 막지 못한 관료의 재량을 정당화할 수 있고, 형식주의는 전문성이 부과하지 못한 재량에 대한 제약을 제공할 수 있다. 그러므로 사법심사 이론은 이 두 이론을 결합하여 행정에 대한 모순된 두 관점의 충돌을 피하는 동시에 이를 더 고차원에서 종합하는 것으로 볼 수 있다.

다른 하나는 사법심사 이론을 형식주의와 전문성을 결합시키되, 더 적극적으로 제3의 길, 즉 制度的 權限을 법원, 의회 및 행정 관료조직에 분산시키는 방식을 채택한 것으로 본다. 이러한 관점에서는 행정을 사법심사를 통해 정당화하고자 한 시도는 법 현실주의가 법 형식주의의 기계적 법학을 결정적으로 손상시킨 이후 법이론을 재구성하고자 노력했던 법학자들 세대의 산물이었다는 점을 중요하게 본다.¹¹⁾ 새로운 법이론은 재건된 법 형식주의의 한계 내에 법 현실주의의 통

10) Felix Frankfurter, Lon Fuller, Louis Jaffe, Kenneth Culp Davis와 같은 법학자들이 이러한 관점을 잘 표현한 학자들이다.

11) 형식주의적 법이론과 관료제의 형식주의 이론의 연관성 및 법현실주의와 관료제의 전문가모델의 관련성은 오랫동안 지적되어 왔다고 한다. D. Waldo, *The Administrative State* 79-80 (1948).

찰을 담은 것이어야 했는데, 이러한 제3의 길이 바로 다양한 조직들 간에 권한을 분산시켜 서로를 통제하게 한 사법심사 이론이라는 것이다. 이는 법을 법적 결정을 하는 다양한 기관들간의 상호작용을 통한 평형점이라고 보았던 法過程論에 상응하는 것이다.

4. 多元主義的 參與: 利益代表 모델(Interest Representation Model)

司法에 의해 뒷받침되는 私的 秩序形成(private ordering)이라는 전통적 사회질서구조가 점차 도시화되고 기술적으로 발달하는 사회에서 인구의 중대한 부분을 보호하고 핵심적인 사회적 목표를 달성하는 데는 부적합하다는 믿음이 점점 커지면서, 경제에 대한 行政規制가 급격히 확대되었고, 동시에 정부가 공급하는 財貨와 用役의 범위도 확대되었다. 그 결과 행정의 개인의 재산, 소득, 교육 및 기타 이익을 창출하는 기회를 통해 행사하는 권한은 계속 증가하였다. 그에 따라 행정의 수혜자 내지 행정규제의 수혜자들이 가지는 이익도 보호할 필요가 커졌다. 이러한 이익은 흔히 不特定한 다수당사자에게 분산되어 귀속되는 公益으로서의 성격을 갖는 경우가 많으므로, 이는 행정결정 과정에서 행정공무원이 고려하도록 맡겨져 있는 이익이다. 그러나 위 전문성 이론의 비판에서 본 바와 같이 행정의 오히려 규제대상인 이익집단에 의해 포획되어 공정한 결정을 하지 못하는 등, 더 이상 이전의 행정통제이론만으로는 적절한 보호를 제공하지 못한다는 결론에 이르게 되었다. 더구나 주로 침익적 행정으로부터 개인의 사적영역을 보호하기 위한 이전의 행정통제이론은 그 보호에 효과적이지 못했다. 따라서 이를 보호할 수단으로 제시된 것이 이러한 조직화되지 못한 公益이 행정결정과정에 효과적으로 대표되도록 하는 방안이다. 이를 利益代表의 이론이라 한다.

利益代表의 이론을 적용함으로써 이전에는 私的自治 對 政府權限이라는 兩極的(bipolar) 대립관계의 틀에 맞추어졌던 행정과 사인간의 분쟁이 다양한 이익들이 동시에 충돌하는 多極的 관계로 바뀐다. 심지어 정부권한의 不行使조차도 그 자체가 경쟁하는 이익들 중 어느 한편을 유리하게 하는 결정이 될 수 있으므로 다극적 이익관계로 전환될 수 있다.¹²⁾

이전에 행정이 대표하던 公益은 추상적이지만 어떤 단일한 실체로 여겨졌던 데 반하여, 그것이 궁극적으로 특정한 개인들 또는 집단에 귀속되는 이익으로서 그들로 하여금 이를 대표하게 하자 ‘公益’ 개념 자체도 변화하였다. 이는 認知 可能한 초월적인 ‘公益’은 존재하지 않고, 사회의 다양한 개인들과 집단들의 각각 개별적 이익들만이 존재한다는 다원주의적 관점과 상응하게 된다. 多元主義的 관점에서는 이러한 개별적 이익들은 정치과정을 거치며 형성된 選好(preference)가 아니고 정치과정에 들어가기 이전에 독립적으로 형성된 이익으로서, 의회에서의 정치과정은 곧 이러한 개별적 이익을 대표하는 이익집단들이 경쟁하면서 타협을 이루어낸 것이라고 본다. 그런데 이러한 타협의 결과로서의 法律이 행정에게 충분히 確定的인 기준을 제시해주지 않을 경우에는 행정의 결정과정에서도 여전히 입법적 문제와 유사한 ‘選擇’의 문제가 남아있을 수 있다. 이 때 행정도 立法과 마찬가지로 그 결정에 의해 영향 받는 諸 이익들이 공정하게 대표될 수 있는 포럼으로 기능하면, 그 행정과정에서 사익들 간의 交渉과 去來가 이루어져 모든 사람들이 일반적으로 수용할 수 있는 타협에 이를 수 있다. 이러한 행정의 결정은 立法과 같이 일종의 (多元主義的) 民主的 正當性을 획득할 수 있고, 달리 말하면 이는 행정에 대한 다원주의적 참여에 의한 통제가 된다.

12) 예컨대, 전력발전소의 허가를 거부하는 결정은 전력소비자들의 희생위에 환경적 이익을 보호하는 것일 수 있고, 시장에서 효과가 없는 약품을 판매금지하지 않는 것은 환자들의 희생위에 제약회사의 이익을 유지해 주는 것일 수 있다.

이러한 행정의 결정은 필연적으로 법률이 정책대안의 선택을 위해 관련요소들로 지목한 다양한 경쟁적인 이익들 간에 個別事件別로 均衡點을 찾는 과정으로 된다. 행정은 각각의 경쟁하는 이익들에 대해 적절히 고려해야 할 의무가 있으며, 최종 결정에 그 이익들을 정당하게 반영할 것을 요구한다. 이러한 다원주의적 행정결정모델의 구현이 절정에 이른 예가 관례상 國家環境政策法(NEPA)의 환경영향평가규정의 적용이다. 동법하의 利益衡量過程에서 고려되어야 할 것은 자연환경에 대한 관심에 한하지 않고, 인간생활 전반의 質에 관한 것을 포함한다.

이는 궁극적으로 私的自治와 集團的 權限(collective authority)사이의 명료하게 확정된 경계가 붕괴된 데서 비롯된 것이다. 行政이 이전에는 私的 決定에 맡겨져 있던 영역으로 너무 많이 확장됨으로써 전통적인 政治制度와 司法制度가 행정의 활동을 통제하고 정당화시켜줄 능력을 추월해 버린 것이다. 입법으로부터의 권위 있는 지침이 없는 상태에서 행정의 결정과정은 分權化되고, 행정청의 정책은 원래는 행정청의 규율대상인 경쟁적인 私益들과 협상하고 私益들 간의 교환을 반영함으로써 결정된다. 私的自治는 행정에 의해 삼켜진 반면 행정은 부분적으로 일종의 私的自治로 변한다. 이렇게 政府 영역과 民間 영역이 혼재되어 있는 곳에서 행정법은 전통적인 정치모델이나 司法 모델과는 다른, (행정정책에 의해 영향 받는 경쟁하는 사익들을 조화시키는 동시에 정부권한의 궁극적인 強制性을 정당화시키는 과정을 고안해야 한다. 모든 관계이익들을 적절히 고려해야 한다는 관념은 그러한 과정의 한 理想型이라 할 수 있다.

5. 共和主義的 參與: 協力的 行政(Collaborative Governance)

공화주의적 참여 또는 협력적 행정이라는 개념은 다원주의적 관점을 전제로 한 이익대표모델은 그 결정에 대해 어떤 도덕적 정당성이

인정되기 어렵다는 점, 이익의 대립에 초점을 맞추는 裁判(司法審査)의 구조(adversarialism)로 인해 공동체적 가치가 파괴되고, 정식행정절차와 정식재판으로 인한 사회적 비용이 증가하며, 행정과 법원의 효율성이 떨어졌다고 비판하였다. 따라서 새로운 이론은 參與와 理性的審議, 效率性과 正當性을 모두 확보할 수 있는 방안으로 행정에 대한 ‘統制’라는 관념에서 벗어나, 자신의 이익을 관철하기 위한 참여가 아니라 ‘행정결정에 대한 公益的 審議를 하기 위한 참여’를 통해 행정의 정당성을 확보하고자 한다.

시민 공화주의를 단초로 하여 전개된 행정법이론은 이러한 심의의 주체로서 전문가인 行政公務員들에게 비중을 둔다. 행정공무원들은 정치와 너무 밀접한 議會와 정치와 너무 단절된 法官의 중간에 위치하는 존재로서 理性에 의거하여 公益을 추구하는 심의를 하기에 가장 적합한 주체라고 본다. 따라서 행정의 재량을 지나치게 엄격하게 제약하는 것에 반대한다. 이러한 심의는 사익들 간의 교환의 產物로서의 規制가 아닌 合理的인 討論을 통한 규제이론의 시발점이 될 수 있다. 위 시민 공화주의에서 본 바와 같이 이러한 행정결정과정에는 시민정신을 갖춘 또는 추구하는 자치적 사인들이 대화를 통해 무엇이 공익에 기여하는가에 대한 합의를 이루어내는 과정을 강조하였다. 그러나 다른 한편으로 시민 공화주의는 행정이 분파적 세력(faction)의 압력에 취약할 수 있다는 점을 중요시하여¹³⁾ 議會, 大統領, 法院에 의한 행정의 감독을 강조하고 있다. 그러나 사법심사의 경우 이익대표이론에서와는 그 강조점이 다르다. 법원은 행정청이 開放的인 對話(discourse)를 허용했는지, 그 기록에 반영된 모든 중요한 고려사항들을 고려했는지, 그 결정이 왜 공익에 기여하는가에 대한 설득력 있는 理由를 제시하고 있는지를 심사해야 한다.

13) Mark Seidenfeld, “Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis For Flexible Regulation”, 이익집단의 조직적 특성 등으로 인해 협력의 주체로서의 기능이 잘 수행되지 않을 가능성이 높음을 지적하였다.

이에 대해 공화주의자들은 결국 분파적 세력(faction)에 대한 방어 때문에 더 심도깊은 참여를 제시하지 못하고 있다고 지적하며, 행정과 영향받는 사인들간의 관계를 좀 더 과감하게 협력관계로 보아 행정의 정당성을 확보해야 한다는 견해도 있다.¹⁴⁾ 이러한 협력적 행정(collaborative governance)의 특징은 다음과 같다.

첫째, 행정이 결정해야 할 쟁점에 대해 問題解決的 접근방식(problem-solving)을 택한다. 이는 행정결정과정에서 창의적이고 혁신적인 문제해결방법을 고안하고 실행할 수 있는 지식 또는 능력을 가진 자들을 참여시켜 서로 정보를 교환하고 심의하도록 함으로써 더 효과적이고 분쟁의 소지가 적은 해결책을 도출하자는 의미이다.

둘째, 협력적 행정결정과정은 과학, 기술, 지식의 진전, 인간의 판단의 변화에 대응할 수 있는 彈力的이고 適應力 있는 暫定的(provisional) 해결책을 도출하는 것을 목표로 한다.

셋째, 결정과정의 모든 단계에 이해관계인 또는 그 결정에 의해 영향받는 자들이 참여하도록 한다. 의미 있는 참여를 위해서는 이해관계인들의 참여가 制度化된 형태로 이루어지고, 또 참여자들에게 그 규제 문제에 대해 일정한 責任(accountability)을 지도록 한다. 참여를 制度化한다 함은 참여가 전체 결정과정, 즉 문제제기에서부터 최종 결정의 집행과정 전체를 통해 지속적으로 이루어져야 한다는 의미이다. 행정청이 防禦的 입장에서 제안한 決定案에 대한 反應을 구하는 형식이 아니라, 문제의 해결책뿐만 아니라 처음부터 제기될 쟁점의 形成 자체에도 참여할 기회를 주어야 한다. 또한 해결책의 類型도 중요한데, 일단 이루어진 행정결정이 집행되는 과정을 감시하고 그 문제점을 평가하여 원래의 결정을 수정하는 일련의 행위에 대해 共同責任을 지게하고 지속적인 關與를 하게 하는 형식으로 구성되는 것이 바람직하다.

14) Jody Freeman, "Collaborative Governance in the Administrative State", 45 UCLA L. Rev. 1.

넷째, 행정에 있어서 전통적인 公的 영역과 私的 영역간의 구별을 초월하는 責任의 再分配가 필요하다. 참여자들이 위와 같은 역할을 수행하면서 상호의존적이고 서로에게 책임을 지는 관계를 발전시켜서, 행정청과 참여자들로 구성된 새로운 권한과 책임의 네트워크를 형성하여 이로써 전통적인 감독 장치를 대체하거나 보완할 수 있다. 예컨대, 행정의 전통적 기능 중 일부가 독립적인 감사관이나, 기준을 설정해주는 기관 또는 행정청이 인가한 기관 등에 의해서 수행될 수 있고, 公益集團, 비영리조직, 직장 및 지역사회 단체들이 행정의 집행을 감독하고 평가할 수 있다. 이러한 협력의 목적은 민간부문이 더 효율적이라든가 또는 행정청이 책임을 질 능력이 없다는 근거로 행정청의 기능을 민영화하거나 대체하자는 것이 아니다. 협력적 행정은 公私 영역의 구분을 넘어 責任의 公有와 상호설득의무를 지도록 해서 행정에 있어서 기존의 公·私 영역의 역할분담을 재조정하는 것이다.

다섯째, 행정청은 이해관계자들간의 대화의 주선자이자 조정자로서 彈力的이고 積極的인 역할을 해야 한다. 행정청은 더 광범한 참여, 정보의 교환 및 심의를 위한 誘因을 제공해야 한다. 행정은 당사자들에게 기술적 지원, 재정지원 및 필요한 경우 조직을 위한 지원을 제공함으로써 참여자들과 기관들의 능력을 길러주고, 참여자들간의 균형을 맞추어주어야 한다. 이러한 기능을 원활히 하기 위해 행정은 인적·재정적 자원을 管理的 활동, 즉, 어떤 이해관계인이 어떤 결정과정에 참여해야 하는지를 결정하고, 情報의 생산 또는 정리를 하고, 협력을 촉진하고, 의견의 교착상태를 풀어가고, 합의를 촉진해야 한다. 그리고 참여자들이 맡은 역할을 잘 할 수 있도록 교육하고 지원하여야 한다. 행정청이 얼마나 강력하게 결정과정을 관리할 것인지는 상황에 따라 매우 달라질 수 있다. 당해 규제문제의 역사, 그 문제에 대해 알려진 정보의 양, 이익상충의 성질 및 당사자들의 상대적인 협상력 등에 의해 달라질 수 있다. 또한 합의에 기초한 결정이 잘못된 결

과를 낳을 때 행정의 강력한 개입을 촉발할 수 있는 감시 장치가 잘 갖추어져 있다면 행정은 결정형성과정에서는 덜 강력하게 개입하게 될 것이다.

6. 행정의 정당화 조건의 변화

위에서 본 바와 같이 行政統制이론은 法の支配 이론의 변화에 상응하여 변화하여왔다. 다시 말하면, 법의 지배를 정당화하는 이론이 달라짐은 곧 행정의 권한을 통제함으로써 이를 정당화하는 이론 역시 달라짐을 의미한다. 이러한 관계는 법의 지배가 국가권력의 통제에 의해 개인의 자유와 자치를 보장하기 위해 구성된 개념인데서 나오는 당연한 결과이다.

또한 이러한 행정통제이론은 각 시기의 支配的 政治理論과도 조응한다. 形式主義 행정통제는 개인의 간섭받지 않을 자유를 최우선으로 하는 古典的 自由主義에 근거한 소극적인 국가 기능에 부합되는 수단이다. 專門性에 의한 통제는 국가가 개인의 실질적 자유의 조건을 충족시켜야 한다고 보는 수정된 자유주의에 의해 잘 뒷받침되고 있다. 司法審査에 의한 통제는 여전히 이러한 국가의 적극적 기능을 뒷받침할 수 있지만, 행정의 전문성보다는 사법부의 전문성에 더 정당성을 부여하고 있는 입장이라 할 수 있다. 多元主義的 參與에 의한 행정통제는 사회의 다양한 가치에 대한 실체적 우열에 대한 판단을 되도록 공적기관이 말지 않고 객관적 절차나 시장에 맡기려는 태도로서 모든 가치들을 동등하게 인정하려는 다원주의적 자유주의 또는 다원주의적 민주주의를 배경으로 하고 있다. 共和主義的 參與에 의한 행정통제는 공동체로서의 국가 및 그 공동체의 구성원으로서의 개인들이 실체적으로 우월한 가치를 가지는 공익을 추구해야 한다는 공화주의적 이상에 좀더 근접해 있다. 그러나 현대 미국에서 가치의 다원성과 자유주의는 거의 합의된 가치이므로, 공화주의적 참여 역시 고전적 공화주

의보다는 가치에 대한 다원주의적 태도 및 자유주의적 태도를 결합한 현대적 의미의 공화주의를 배경으로 한다.

한편, 행정에 대한 통제이론의 변화는 적절한 행정관료의 역할 또는 지위, 행정재량, 행정절차 또는 참여, 공법소송의 원고적격, 구제수단에 대한 관점의 변화와도 연계 지을 수 있다.

형식주의 통제이론 하에서는 행정관료는 법률의 기계적 적용을 위한 도구로서의 지위를 가지므로, 법률의 집행에 필요한 최소한의 재량만을 행사할 것으로 상정된다. 행정절차는 주로 소극적 자유권에 해당하는 권리가 인정되는 자에 한해 법률의 집행에 필요한 사실주장 및 증거제출 등에 한정될 것이다. 일반국민의 참여는 입법과정에 대한 유권자로서의 참여로 제한되고, 행정결정과정에 대해서는 위와 같은 유형의 참여로 한정된다. 그리고 행정에 대한 사법심사의 원고적격도 권리침해에 한정하여 좁게 인정되고, 그 구제수단도 금전배상이나 그 문제된 행위 자체에 대한 것으로 한정될 것이다.

전문성 이론 하에서는 행정관료는 공익추구에 헌신하며 기술적 전문성을 가지는 유기체적 조직의 구성원으로서의 지위를 가지며, 따라서 이러한 전문성에 기초한 재량행사가 오히려 권장된다. 행정절차와 참여는 관료의 전문적 결정에 필요한 자료수집의 차원에서 이루어질 것이지만, 차츰 관료의 전문적 판단에 대한 사법심사가 어렵다는 각에서 관료의 결정절차를 조직화하여 그 절차에 심사의 초점을 맞추려는 동기가 생겨날 것이다. 행정의 개입영역의 확장으로 종래의 소극적 자유권과는 다른 새로운 급부적 이익(entitlement)들이 생겨나고 차츰 그 법적평가가 변화됨에 따라 원고적격이 확장되어 다음 사법심사 모델로 가는 바탕이 마련된다. 이러한 행정의 전문성에 대한 신뢰와 이후의 부정의 과정에서 법관의 전문성이 강조될 수 있는 계기가 내포되어 있다. 법관은 소송법상 포함된 형평법적 권한의 행사로 보다 다양한 구제수단을 제공할 수 있게 된다.

전문성 모델에 내포된 계기들과 행정관료의 전문성에 대한 부분적 부정이 발전하여 사법심사에 의한 행정통제모델로 이행된다. 이 때 행정관료는 이익집단에 포획되어 공정한 권한행사를 하지 못하므로 통제의 대상이 되어야 하는 조직의 구성원으로 비추어지고, 이미 확대된 행정청의 재량권은 그 남용의 위험에 대해 사법부의 적극적 감독을 받아야 하는 것으로 생각되었다. 행정절차는 정식행정절차에의 참여가 확대되는데 그 주된 계기는 사법부가 전문성 모델 하에서 절차심사에 초점을 맞추게 된 것과, 피규제자에게 포획되어 공익추구에 전념하지 못하는 행정관료의 결정에 대해 규제의 수혜자들이 참여할 수 있도록 하자는 것이었다. 원고적격 역시 법적보호이익의 확대와 대리적 원고적격의 인정으로 규제의 수혜자 등의 분산이익에 대해서 까지 확대되었다.

다원주의 모델 역시 사법심사 모델에 이미 그 계기가 내포되어 있다. 행정관료는 당해 행정기관의 이익을 합리적으로 추구하는 대표이며, 행정결정과정에서 그 결정에 의해 영향 받는 다양한 이익들을 모두 고려해야 하는 수동적 지위를 가진다. 행정재량은 이익집단들의 참여에 의해 그 이익을 모두 반영하도록 함으로써 통제되지만, 사실상 개별사안에서 재량권 행사의 여지가 커질 수도 있다. 행정절차는 권리를 가진 자 외에 그 결정에 영향받는 자들의 광범한 참여의 장이 되고, 이러한 과정에서 정식절차가 주는 과도한 부담 때문에 비정식 절차에의 요청이 생기고, 비정식절차에서 전략적 행위에 의한 거래·교환이 일어날 수 있다. 공법소송의 원고적격은 계속 확대되고, 소송은 다양한 형태로 이루어지는 화해로 종결되기 쉽게 된다.

공화주의 모델은 위와 같은 다원주의 모델에 대한 비판에서 나온 것으로 행정관료를 보다 적극적인 지위에 두어 심의의 주체로, 참여자들과의 대화의 주관자로서 공익에 대한 합의를 형성하는 역할로 본다. 참여자들과의 대화와 심의를 통해 행정재량이 통제될 수 있다고

보나, 비판자들은 심의기능의 독점으로 재량권이 오히려 강화될 가능성이 있다고 본다. 행정절차는 공동체의 결정에 자치의 실현을 위해 참여하는 시민들에게도 개방되어야 하고, 협력과 대화, 심의의 장이 되어야 한다. 원고적격 역시 공동체의 결정에 참여하고자 하는 자로 확대되어 객관소송에 접근하게 되는 것이 공화주의 모델의 일관된 적용의 결론일 것이다. 공법소송의 구제수단은 심의 결과 합의되는 창의적인 수단들로 확대될 수 있다. 이를 도표로 나타내면 다음과 같다.

행정통제 이론	形式主義	專門性	司法審査	多元主義的參與 (利益代表모델)	共和主義的 參與
행정관료 의 역할 또는 지위	법률의 기계 적 적용을 위 한 도구	전문성이 인정 되는 유기체적 조직의 구성원	이익집단에 포획되어 공 정한 권한행 사를 하지 못 하므로 통제의 대상인 조직	기관적 이익의 대표; 다양한 이익들의 input 에 대해 고려 해야 하는 수 동적 지위	심의의 주체로 서, 대화의 관 리자로서 공익 에 대한 합의 형성하는 적극 적 지위
행정 재량	법률집행에 필요최소한 의 재량만을 행사함	전문가적 재량 행사가 권장됨	재량권남용 위험에 대해 사법부의 적 극적 감독을 받아야 함	이익집단들의 참여에 의해 그 이익을 모두 반 영하도록 함으 로써 제약, 그러 나 오히려 재량 권 강화 가능성	영향받는자들 과의 대화와 심 의를 통한 합의 형성요구하여 행정재량 제약; 심의기능독점 으로 재량권 강 화가능성
행정절차 또는 참여	권리있는 자 에 한해 법 률집행에 필 요한 사실주 장 및 증거 제출 등	관료의 전문적 결정에 대한 자료제공. 실 체적 심사가 어 려우므로 결정 절차의 조직화	정식사법심 사의 원고적 격 확대화 정 식 행정절차 에의 참여권 확대	권리외에 이익 에 영향받는 자 들의 광범한 참 여; 전략적 행위 에 의한 거래· 교환의 장	공동체의 결정 에 자치를 위 해 참여하는 시 민으로 범위확 대; 협력적 행 정; 소통적 대 화, 심의의 장

공법소송 원고적격	권리침해	행정의 개입영역 확장으로 새로운 급부적 이익(entitlement)이 권리로 편입	사법심사를 위해 원고적격 확대(법적 보호이익 확대 및 대리적 원고적격 인정)	개인→이익 집단으로 확대; 주관적 이익관련성으로 제약	공익결정에 참여하고자 하는 모든 자로 확대
공법소송 구제수단	금전배상	형평의 영향으로 다양화		당사자들 간의 거래와 타협	법원과 당사자들간의 창의적 합의

V. 司法모델의 변천 : 民事訴訟節次에 있어 法 現實主義에 의한 衡平法의 영향

법 현실주의 영향으로 사건에 대한 개별적 접근을 본질로 하는 형평법의 영향을 많이 받게 되었다는 점에 주목해 보면 다음과 같다.

법적 결정을 함에 있어서 개별적 접근의 중요한 요소들로는 첫째, 소송참가가 더 광범하게 허용되어 다수의 이해관계인들이 분쟁을 동시에 해결하는 데 개방적이라는 점, 둘째, 판단을 위한 고려대상의 범위에 있어서 법규칙에 정해진 요건들만이 아니라 당해 사건에 관련된 제반 요소들을 고려함을 향해 더 개방되어 있다는 점, 셋째, 분쟁의 해결책에 있어서도 법규칙을 근거로 하는 권리의 유무, 위법과 적법이라는 양자택일의 방식이 아니라, 그 사안에 적합한 해결수단을 형성해내는데 더 개방되어 있다는 점이다. 이러한 요소들이 미국의 연방민사소송절차규칙에서 실현된 것은 법 현실주의자들에 의해 작성된 법안에 보통법법원의 절차보다 형평법원의 절차가 더 압도적인 영향을 미침을 통해서였다.

이러한 연방민사소송절차의 특징은 共益訴訟(public interest lawsuit 또는 公法訴訟)을 가능케 한 제도적 배경이 되었다.¹⁵⁾

그리고 이러한 공익소송은 소송의 정치화(political trial)로 이어지기도 하였다. 재판을 여론의 환기와 정치적 논의의 촉진제로서 정치적 계기로 이용하는 것을 의미한다. 그리고 이러한 현상의 다음 결과로서 논리적으로 예상될 수 있는 것은 그러한 정치적 담론이 필요한 사안이 법원에서 재판됨으로써 법원의 판결이 이러한 정치적 담론을 반영하는 것이 될 가능성이 높아지고 나아가서 그러한 정치적 담론이 사법의 본질적 한계 밖의 것이라고 인식하는 경우 법원의 재판은 담론을 촉발하는 계기로서만 작용하고 당사자들 및 그 밖의 제3의 이해관계인들이 소송에 참가하여 서로 정치적 대화를 통해 타협을 이루는 것을 법원 자신 또는 당사자들도 선호하게 되는 것이다. 그리고 이러한 결과가 실제로 미국의 소송과 관련되어 관찰되고 주장되는 것이다.

VI. 正當化 條件들의 聯關性

법의 지배 이론	형식주의 (법 실증주의)	법 현실주의	<ul style="list-style-type: none"> - H. L. A. Hart의 법개념(핵심과 주변부) - Dworkin의 원리이론 - Legal process 이론 - 비판법학 - 시민공화주의 	
정치 이론	개인주의적 자유주의 사회계약이론 (권력의 정당성은 개인이 입법을 통해 동의한 범위내에서 인정)	복지국가이념에 의해 수정된 자유주의 (개인의 자유실현을 위한 조건을 국가가 제공)	다원주의적 자유주의 (개인 또는 이익집단의 다양한 이익 및 가치를 동등하게 존중받음)	공화주의 공동체주의 심의 민주주의 (공동체내에서 공익을 위한 정치에 참여하는 자유로운 시민)

15) 이를 ‘共益’이라고 표기한 이유는 이러한 의미에서의 ‘public interest’.

Common Law 그리고 영국법, 미국법이 국내법에 미치는 영향 (이희정)

행정 통제이론	형식주의	전문성	다원주의적 참여	공화주의적 참여
재판이론	법규칙 적용	법관의 전문성	법관은 다양한 법형성기관 중 하나로서 사법기관의 특성, 임무 및 기관적 목적에 맞게 합리적으로 재판. 가치에 대해 중립적	법관은 공동체에서 사법기능을 맡은 국가기관으로서 대화와 숙고를 통해 이성적 이유에 근거하는 결정을 내림
재판 외 분쟁 해결 수단 이론	재판과는 본질적으로 다른 사적 영역에서의 사적 질서형성을 위한 수단	재판과 본질적으로 다르지 않은 분쟁 해결수단	다원주의적 참여의 장으로서 이용가능; 당사자들의 합의에 의한 분쟁해결안 도출; 법관의 감독 및 심사 강도 약함	공화주의적 참여의 장으로 이용가능; 법관과 당사자들의 협의·숙고에 의한 분쟁해결안 도출; 법관의 간섭 및 심사강도 강함

‘Common Law 그리고 영국법, 미국법이 국내법에 미치는 영향’ 발표에 대한 토론요지

성 선 제

(영산대학교 법과대학 교수)

1. 로스쿨체제로의 법학 교육 개편, 한미FTA에 의한 법률시장의 단계적 개방 등 우리의 법환경은 그 어느때보다도 변화무쌍하게 바뀌고 있는 시점이다. 이러한 변화의 중심에는 미국법의 수용 또는 세계화가 자리하고 있다고 할 것이다. 이희정 교수의 Common Law, 그리고 영국법과 미국법이 국내법에 미치는 영향은 위와 같은 제반 사정을 고려할 때 너무나도 시의적절한 것이라고 생각된다. 그 중에서도 영미의 법의 지배 이론을 법철학적 관점에서 상세히 검토함으로써 현재 실무 중심의 구체적 법 수용의 근거를 천착할 수 있는 좋은 기회를 제공해주고 있다.

2. 법 형식주의와 법 현실주의 등의 소개는 그 동안 독일법 위주의 법치주의에 경도된 법철학에 균형추를 달아준 것이다. 더 나아가 Hart의 법실증주의적 접근, Dworkin의 법원리론 등은 우리에게 아직 익숙하지 않은 내용으로 이의 자세한 소개는 앞으로의 영미법 연구에 상당한 의미가 있다고 평가할 수 있다. 그런데 Dworkin의 법원리론이 과연 다수설인가는 학자에 따라 다르게 보는 이도 있는 것 같다. 이에 대한 발표자의 보다 자세한 설명이 있다면 이해에 큰 도움이 될 것이다.

3. 전반적으로 영미법의 법철학적 관점을 소개하는 것에 관심을 기울인 나머지 영미법이 국내에 미치는 영향 부분을 다소 찾아보기 어렵다. 따라서 영미법의 어느 부분이 공법적인 면에서, 사법적인 측면

에서 어떤 영향을 미쳤는지 아니면 미칠 것인지에 대한 논의가 있었으면 하는 바람이다.

4. 발표문을 보충하는 입장에서 미국법이 국내법에 미치는 영향을 보다 구체적으로 살펴보고자 한다. 우선 헌법의 영역에서는 표현의 자유를 비롯하여 상당히 많은 부분이 우리 법제에 영향을 미치고 있으며 헌법재판소의 판례 논거로 제시되고 있다고 평가할 수 있다. 하지만 행정법의 영역은 헌법에 비하여 그 법체계의 상이성으로 말미암아 국내법에 미치는 영향이 거의 없는 것 같다. 형사법의 영역은 법체계가 상당히 다른 관계로 그 동안 미국법의 영향을 가장 받지 않은 영역이었으나, 최근에 형사절차의 민주화를 위하여 완화된 형태의 배심제를 비롯한 다수의 제도들이 미국법의 영향으로 도입을 눈앞에 두고 있다. 사법 중 상사법은 IMF 이후 미국법의 영향을 강력하게 받아 거의 미국상사법과 유사한 법적 체제로 바뀌었다. 민사법의 영역은 아직 미국법의 영향이 그다지 커 보이지 않는다고 평가할 수 있다.

5. 한미 FTA를 기회로 미국법의 영향이 그 어느 때보다도 강력할 것으로 예상되며 미국의 요구대로 십수개 내지 수십개의 법률을 개정하여야 한다고 하고 있다. 이것이야말로 구체적이고 직접적인 미국법의 영향이라고 생각하는데 이에 대한 발표자의 견해와 앞으로의 전망을 알 수 있었으면 좋겠다.

6. 마지막으로 제목을 보면 당연히 영국법을 별도로 취급하고 있는 것으로 보이는데, 그것이 아니라면 단지 영미법을 풀어서 쓴 것인지 밝혀 주고 영국법을 별도로 취급한다면 왜 그런지 이유와 영국법의 영향에 대해서도 견해를 밝혀주면 큰 도움이 될 것이다.

‘Common Law 그리고 영국법, 미국법이 국내법에 미치는 영향’ 발표에 대한 토론요지

이 채 진

(한국법제연구원 초청연구원)

안녕하십니까? 한국법제연구원 비교법제팀 이채진입니다. 이희정 교수님의 발표 잘 들었습니다. 제가 짧게나마 미국에서 공부를 하긴 했습니다만, 여태까지 지엽적인 부분만 관심있게 보았지 영미법의 유래와 특징, 영미법을 지배하는 대원칙 등 기본이 되는 내용에 대해서는 돌아보지 못했습니다. 이번 워크숍을 준비하면서 또 오늘 교수님의 발표를 들으면서 영미법의 기본 원칙, 영미법에서의 행정법 이론의 변천에 대해서 배우고, 앞으로 우리의 영미법 연구가 나아가야 할 방향을 생각해 볼 수 있는 소중한 시간을 가질 수 있었습니다. 그 점에 대해서도 감사 말씀 드립니다. 저는 교수님 발표내용에 대해서 코멘트보다는 몇 가지 질문을 드리고자 합니다. 말씀 드린 대로 제가 아는 게 많지 않아 질문이 초보적이더라도 넓은 마음으로 양해해 주시기 부탁드립니다.

첫째로, 발표문을 읽으면서 저는 개인적으로 법의 지배의 주관적 정당화 이론에 가장 공감을 했습니다. 현실에서 개인들이 어쩔 수 없이 법 또는 법적 절차와 맞닥뜨려야 하는 상황들이 전에 비해 많이 증가하는 추세를 감안해 볼 때, 공동체 내에서 법적·도덕적 선택에 대한 담론이 계속되어 개인도 법적 결정에 그 영향을 미칠 수 있는 권한을 가질 수 있다면, 국민의 법의식도 고취되고, 법이 현실적 변화에 유연하게 대처할 수 있을 것이라는 생각에서 주관적 정당화 이론에 공감을 했는데요. 교수님께서서는 우리나라의 행정 방식이 앞으로 어떤 이론을

반영하여 발전하는 것이 좋다고 생각하시는지 고견을 듣고 싶습니다.

둘째로, 교수님께서 현재 우리나라의 행정형태가 형식주의와 법 현실주의의 사이에 있는 것으로 생각된다고 말씀하셨는데요. 그렇게 생각하시는 이유를 말씀해 주셨으면 합니다. 그리고 우리 행정형태의 현재 위치를 판단할 수 있는 구체적인 사례를 들어주시면 더 수월하게 이해할 수 있을 것 같습니다.

셋째로, 우리 행정형태가 법 현실주의로 나아가고 있다고 가정할 때, 혹시 우리나라의 현실과 이론의 괴리가 심각하게 나타날 수 있는 부분으로는 어떤 게 있는지, 그리고 법 현실주의가 잘 발현되는 부분은 어떤 것이 있는지 궁금합니다.

넷째로, 교수님께서 공화주의적 참여를 설명하시면서 미국의 배심제를 언급하셨는데요. 배심제가 공화주의적 참여를 이해하는 데 좋은 예이기는 하지만, 배심제는 한국에 없는 제도이니까요. 한국의 제도에서 공화주의적 참여의 모습을 볼 수 있는 예로는 무엇이 있을지 궁금합니다. 그리고 교수님께서 주로 행정이나 사법 분야에 대해서 말씀을 해 주셨는데, 입법 과정에서 공화주의적 참여가 적용될 수 있을지도 궁금합니다.

마지막으로, 미국법의 영향과 관련하여 몇 가지 질문을 드리겠습니다. 요즘 여러 나라의 법이 미국법화 되고 있다고 할 정도로 다른 나라의 법에 미치는 미국법의 영향력이 커지고 있다고 보는데요. 우리나라의 경우도 예외는 아니라고 봅니다. 교수님께서도 미국법이 우리나라 법에도 영향을 미치고 있다고 생각하시는지, 만약 그렇다면 그 원인은 어디에 있고, 이런 현상이 바람직하다고 보시는지 궁금합니다. 그리고 우리나라의 법은 대륙법계이고 미국법은 common law 체계에 속하므로 본질적으로 달라서 우리나라법이 미국법의 영향을 받을 때에는 어쩔 수 없이 문제가 발생할 수 밖에 없다고 보는 견해들이 많은데, 교수님께서 이에 대해 어떤 의견을 갖고 계시는지도 여쭙보고 싶습니다.

이상으로 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

제 2 부

비교법제연구팀 사업계획

1. 2007년 사업주제

구 분	주 제	연구책임자
비교법제연구TF팀	비교법제연구사업(II) : 법의 세계화와 국내법의 대응(I)	- 류창호 부연구위원 - 팀장(총괄)
영미법제분과	영미법의 세계화와 국내법의 대응	- 박찬호 부연구위원 - 분과 간사
EU법제분과	유럽법의 통합과 국내법의 대응	- 이세정 부연구위원 - 분과 간사
국제기구법제분과	국제기구입법과 국내법의 대응	- 이채진 초빙연구원 - 분과 간사

2. 추진계획(총괄)

구 분	세 부 업 무	일 정	담당자
연구사업	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원내 단독연구 <ul style="list-style-type: none"> - 분과 주제별 수시연구보고서 집필 - 현안 주제별 수시연구보고서 집필 ○ 원외 공동연구 <ul style="list-style-type: none"> - 분과주제별 외부전문가와 공동연구 수행 - 현안주제별 외부전문가 단독 또는 원내 연구진과 공동연구 수행 	2월 ~ 10월	연구책임자/ 분과간사

제1차 영미법제연구분과 워크샵

	연구자료집 발간	○ 워크샵, 전문가회의, 자문회의 자료집 발간	2월 ~ 12월	연구책임자/분과간사
	비교법 학술지 발간	○ 연 1회 발간	9월	박찬호박사/이채진
분과운영	각 권역별 분과 운영	○ 영미법제분과, EU법제분과, 국제기구입법분과, 해외입법지원분과 ○ 원내 연구직, 파트너기관 전문가, 정부 실무자, 외부 전문가 참여 ○ 분과별 정기발표회 개최(격월) ○ 분과별 공동연구 수행(수시보고서)	2월 ~ 12월	분과간사
해외입법정보	해외법제 조사	○ 주요 국가별 유학생, 체류교수, 현지인 등을 법제조사원으로 위촉 ○ 각국별 입법정보 수집(매월) ○ 정부 및 주요기관 대상 맞춤형 입법정보 제공	3월 ~ 12월	이세정박사
	Issue Brief	○ 해외입법동향(Issue Brief) 발간(매월)	3월 ~ 12월	박윤정
네트워킹구축	MOU 체결	○ 신규 MOU 체결 ○ EU(EU center) 및 미국 Law School 1개교	1월 ~ 12월	박찬호박사/이채진
	교류협력 유지·강화	○ 국내 파트너기관과 공동학술대회 개최(연 1회) ○ 해외 파트너기관과 공동연구(수시) ○ 해외전문가 초청 포럼 개최(연	1월 ~ 12월	분과간사/이채진

		2회)		
학술 대회	국제학술 대회	○ 연 2회 개최	상반기 (1회) 하반기 (1회)	박찬호박사
	국내학술 대회	○ 국내 파트너기관과 공동학술대회 개최(기관별 연 1회) ○ 비교법 관련 학회 또는 기관과 공동학술대회 개최	1월 ~ 12월	이세정박사
해외 입법 지원	번역서 발간	○ 법제 관련 외국서적 및 국내서 적의 번역	1월 ~ 2월	분과간사
	법제지원	○ 국내 법제의 외국 소개 및 입법 지원 ○ 외국 주요 법령의 번역 및 국내 소개	1월 ~ 12월	분과간사

3. 연구보고서

■ 주제별 연구 vs. 단기 현안연구

● 사업팀 및 분과별 주제에 따른 ‘주제별 연구’와 주제와 관계없는 단기 ‘현안연구’로 구분하여 수행함

● 주제별 연구

- 국내 중장기 현안에 관한 주요 외국법제의 조사연구

- 원내 연구진의 단독연구(1과제 이상) 또는 원내외 공동·위탁연구 수행

● 현안연구

- 사업팀 또는 분과주제와 관계없이 단기현안 또는 외부요청과제를 수행
- 국내 단기현안과제 또는 각 분과별 현안과제의 비교법적 연구
- 선정된 연구과제에 대하여 내부 연구진 또는 외부전문가(파트너 기관 등 외부전문가)를 위촉하여 공동 또는 위탁연구(분과 간사가 공동연구진 참여)

■ 연구보고서는 하나의 주제에 대하여 각국별 시리즈로 발간함을 원칙으로 함

[2007년 비교법제연구팀 수행예정과제(안)]

구 분		연 구 주 제	비 고
분과 공통	주제별 연 구	1. 세계 법계(法系)에 관한 연구 2. 각국의 조약체결관련 법제연구 3. 주요국의 국가계약법제에 관한 연구	- 팀내 공동연구 - 내·외부 공동연구 - 내·외부 공동연구
	현 안 연 구	1. 주요국의 부동산법제 연구 2. 주요국의 비정규직 관련 법제연구 3. 각국의 이민법제 연구	- 내·외부 공동연구 - 내·외부 공동연구 - 내·외부 공동연구

영미 분과	주제별 연구	1. 각국 회사법의 미국 모델수립에 관한 연구 2. 미국의 입법·사법(司法)시스템에 관한 연구	- 내부 단독연구 - 내·외부 공동연구
	현안 연구	1. 미국의 교육법제 연구 (EU교육법제연구와 연계하여) 2. 미국의 이민법제 연구	- 내·외부 단독연구 - 내·외부 공동연구
EU 분과	주제별 연구	1. EU소비자법에 관한 연구 2. EU사법(私法)통일의 동향과 분석	- 외부 단독연구 - 내·외부 공동연구
	현안 연구	1. EU교육법제 연구(연구회 추천과제) 2. EU의 저출산대응제도와 법제	- 내·외부 공동연구 - 내·외부 공동연구
국제기구 분과		1. UNESCO 문화관련협약의 국내적 수용에 관한 연구 2. UNCITRAL의 국제상거래 통일규범 제정동향	- 내·외부 공동연구 - 내·외부 공동연구
기타 권역		1. BRICs의 FTA에 대한 법적 분석 2. 남아프리카공화국의 법제	- 외부 공동연구 - 외부 단독연구

--	--	--

※ 상기 연구주제는 가안으로서 분과별 발굴·심의과정에서 변경될 수 있음

4. 연구자료집 발간

■ 전문가회의 · 워크숍 · 자문회의 등의 각종 자료집 발간

■ 각국의 주요 법령의 번역자료집 발간

5. 학술지 발간

■ 학술지명(안)

● 국문제명 : 비교법제연구

● 영문제명 : The Journal of Comparative Legislation(1안)

The International Journal of Comparative Law(2안)

■ 발간 목적

● 비교법제에 관한 전문학술지를 발간함으로써 국내외 비교법연구의 역량을 집결하고, 세계 각국의 법제관련 시사적 이슈 및 입법동향에 관한 비교법적 연구의 집적을 통하여 세계 각국의 법제에 관한 이해를 높임과 더불어 우리나라의 입법정책에 대한 지원 및 입법 발전을 도모함

■ 편집·발간 체제

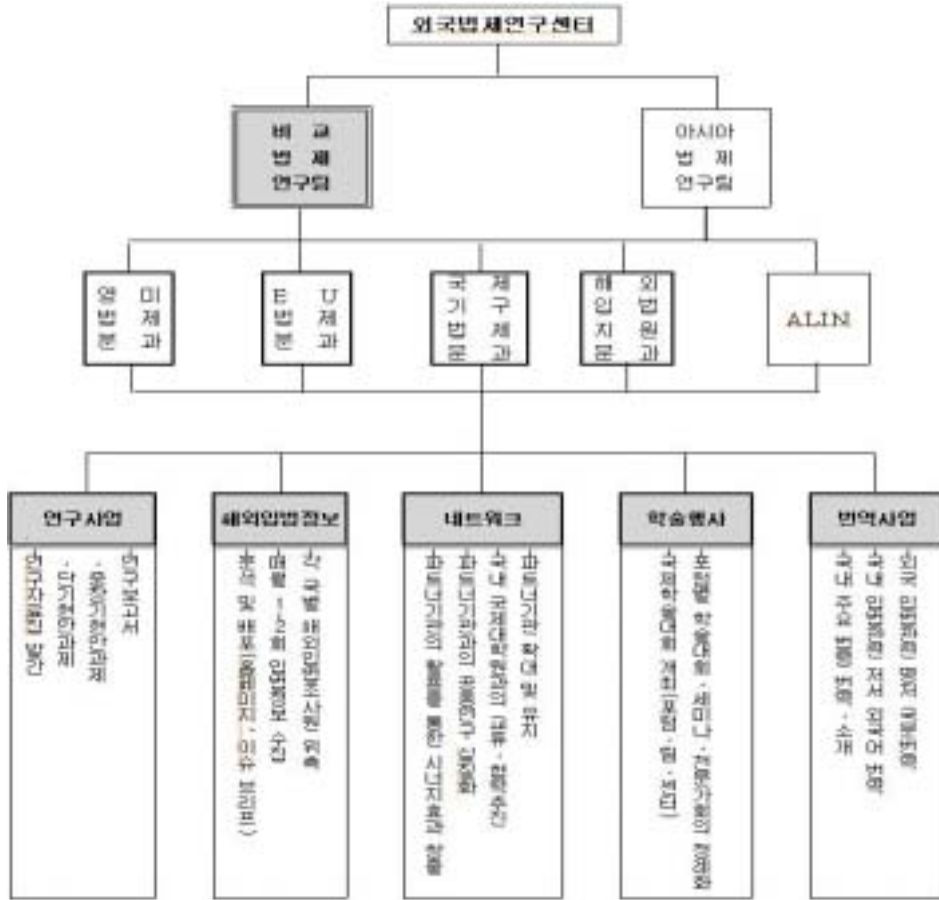
- 국내편 및 해외편으로 구분하여 국문논문 및 영문논문을 게재
 - 기본편재는 일반연구논문(Article), 소논문(Note), 강연(Lecture), 서평(Book Review), 입법동향(Current Issue Brief)으로 함
 - 편집위원회에서 특별한 주제를 선정한 경우에는 특집주제에 관한 논문, 국제학술대회를 개최한 경우에는 국제학술대회 발표논문을 기본편재와 함께 게재
 - 기본편수는 8편 내외, 크라운판으로 구성
 - 1단계로 연 1회 정기간행을 원칙으로 함(9월)
- ※ 2008년 사업계획 중 아시아법제연구TF팀과의 통합운영 여부에 따라 「Asia Law Review」와의 통합 여부 확정 후 발간계획 수정 예정

6. 해외법제연구분과 운영

■ 운영목적

- 주요 연구대상 국가를 권역별로 Grouping함으로써 연구수행체계의 체계화 및 연구대상지역의 확대를 도모
- 원내 전문가·파트너기관(MOU체결기관) 연구진 및 외부전문가와의 적극적 활용을 통한 Synergy창출
- 각 분과별 사업성과의 결집을 통한 연구팀 역량의 제고

■ 분과의 구성



■ 분과위원 구성

● 간사

- 당팀 연구진 1인이 1개 분과 간사 역할 수행

- 팀장 : 각 분과 총괄

● 원내 연구진

- 행정사회법제연구실, 산업경제법제연구실, 외국법제연구센터 소속 연구직 1인당 1~2개 분과를 선택하여 분과위원으로 참여할 것을 권장

● 외부 전문가

- 국내 파트너기관 소속 연구진(교수, 강사, 대학원생)을 전공에 따라 1인당 1분과에 참여
- 대학, 정부기관 등에 소속된 외부전문가 위촉

■ 분과활동

● 분과연구주제 선정

- 비교법제연구팀팀 연간 주제에 따른 분과별 세부주제 선정

● 분과별 정기 세미나 또는 워크숍 개최

- 분과 간사 책임 하에 분과별 정기회의 개최(연6회, 분과별 짝수 또는 홀수달 개최)
- 분과주제에 따라 각 회의별로 세부분야 또는 세부주제를 선정하여 발표 및 토론
 - 사회자 1인, 발표자 1~2인, 토론자 2~4인
- 발표 및 토론내용 발간(워크숍 자료집)
- 분과별 현안과제 발굴 및 수행 중인 수시과제에 대한 심의

● 분과별 공동연구

- 분과별 공동으로 수시과제 수행

- 분과별 연구자료집 또는 번역서 발간

7. 맞춤형 해외법제정보 제공

■ 목 적

- 해외법제정보의 신속한 조사 및 제공으로 인한 국내입법정책 및 법제연구 지원
- 정부·학계·원내 연구진이 필요로 하는 맞춤형 해외법제정보를 수집·제공
- 해외입법동향의 파악을 통한 새로운 입법과제 발굴

■ 운영체계

- 각 국별 해외법제조사원 위촉
 - 위촉대상자 : 각 국별 법학전공 유학생 및 체류 공무원·국내학자, 현지 법학자
 - 국가별 공법 및 사법분야 각 2~3명
 - 위촉절차 : 원내 연구직/파트너기관/기타 대학 추천
 - 외국법제연구분과별 취합
 - 비교법제연구팀에서 선정 및 위촉
- 운영방향
 - 해외입법정보 수집주기 : 매월 1회
 - 수집대상정보
 - 각국별 법령 제·개정정보, 입법적 쟁점, 제·개정 법령의 시행상의

문제점 및 효과

- 국내 현안에 대한 각국별 법제현황 및 내용
- 원내 연구과제(기본, 수탁, 수시) 수행 중 필요한 외국입법정보
- 각국별 법학 및 법제 관련 주요 신간도서 및 연구실적물 목록
- 정부기관 등(국회, 법원, 헌법재판소, 정부부처, 관련 기관, 법과대학 등)으로부터 수집의뢰를 받은 해외입법정보
- 1차 수집된 입법정보 중 추가검토가 필요한 사항은 상세내용 수집 의뢰

■ 맞춤형 해외입법정보제공 서비스 실시

- 정부기관 등에 매월 해외입법정보 수집추천 의뢰서 송부
- 해외법제조사원에게 정부기관 등으로부터 수집의뢰를 받은 특정 해외입법정보 수집 의뢰
- 수집된 해외입법정보를 Issue Brief로 발간하여 매월 관련 기관 송부
- 정부기관 등으로부터 추가조사를 의뢰받은 사항에 대하여는 별도 Issue Brief-수시연구보고서 제공 또는 수탁과제 수주
- 정부기관 등에 대한 연구사업 홍보 및 입법정책지원으로 인한 사업성과 확산

8. 네트워크 구축

■ 신규 교류협력체결을 통한 네트워크 확대

● 미국 : University of Washington Law School

● EU : EU 관련 기관

예) 독일 쾰른대학교 EU법 연구소

CEPS ; Center for European Policy Studies, 브뤼셀

ELPS ; European Public Law Center, 그리스

● 국내 : 국제대학원 또는 지역대학원 중 1~2개교

■ 파트너기관과의 공동연구 강화

● 수시보고서를 통한 파트너기관 전문가와의 공동연구 활성화

● 위탁과제 발주시 파트너기관을 우선적으로 고려

● 파트너기관 소속 연구진(교수, 강사, 대학원생)의 분과 참여

● 국내 입법현안에 대한 해외 파트너기관과의 공동연구 수행

● 파트너기관 연구진과 국내법의 해외소개를 위한 연구 수행

9. 학술대회

● 학술대회 개최기준

- 상반기 2회, 하반기 2회 개최 예정

- 국내 파트너기관별 연 1회 공동학술대회 개최 예정

- 해외 파트너기관과 연 1회 공동개최

- 기타 국내 학회 또는 대학과 공동개최

● 2007년 학술대회 개최계획(안)

구 분		주 제	시기	관련 기관	비고
국내	상반기	미정	4월 또는 5월	동국대 비교법문화연구소	공동 개최
	하반기	라틴아메리카법제의 동향과 과제	11월	부산외대 비교법연구소	공동 개최
국제	상반기	법의 세계화와 각국의 대응	미정	해외 파트너기관	공동 개최
	하반기	환경법학의 국제적 동향	10월	강원대 비교법학연구소	공동 개최

10. 해외입법지원

■ 국내 법령 또는 저서의 해외 홍보 및 소개

● 목적

- 국내 법제의 해외 홍보를 통해 국내 법제의 국제적 지위 강화
- 입법 수요국에 대한 입법자료제공을 통한 해외입법지원의 기반 마련

● 내용

- 국내의 주요 법령을 외국어로 번역하여 해외 소개 및 홍보
- 원내 또는 국내 법제관련 저서, 연구성과물을 외국어로 번역하여

해외 소개 및 홍보

■ 해외 법령 또는 저서의 국내 소개

● 목적

- 국내 현안과 관련된 해외 주요 법령을 번역하여 국내 소개함으로써 국내 입법자료로 활용
- 외국의 입법 또는 법제 관련 주요 저서를 국문으로 번역하여 국내 소개함으로써 국내 연구자료로 활용

● 내용

- 해외의 주요 법령을 국문으로 번역하여 제공(Issue Brief 또는 자료집 발간)
- 해외의 입법 또는 법제 관련 주요 저서를 국문으로 번역하여 출간(단행본 또는 자료집 발간)

영미법제연구분과 운영계획

2007년 영미법제 연구분과 운영 계획(안)

▣ 주제 : 영미법의 세계화와 국내법의 대응(I)

▣ 수행과제 예정 목록

	제 목	착수시기	비 고
1	미국의 비교법 연구방법과 유형화 이론에 관한 연구	7월	개인과제
2	미국의 입법시스템에 관한 연구	4월	외부 공동연구 (선행연구와의 차별성을 나타낼 필요 있음)
3	미국의 사법시스템에 관한 연구	5월	외부 공동연구 (선행연구와의 차별성을 나타낼 필요 있음)
4	미국의 이민법제에 관한 연구	4월	외부 공동연구
5	회사법의 미국모델 통일현상에 따른 우리나라 상사법제의 과제	4월	개인과제

□ 연구과제선정

- 영미법 분과에서는 2007년은 미국법을 중심으로 연구를 진행하며, 2008년부터 영국법 전문가와 함께 영국법 연구를 함께 추진할 계획임
- 연구주제는 법제연구원의 연구 방향과 조화를 이룰 수 있는 기초 분야 연구와 국내 입법정책에 도움이 될 수 있는 법역을 선정하여 체계적으로 연구를 수행할 예정임
- 위에 제시한 연구과제 목록은 분과 회의와 정책 수요에 따라 변동 될 수 있음

▣ 워크숍 개최 계획

월	내 용
3월 29일	1. 연구분과 운영에 관한 회의 2. 연구주제 선정 및 번역서 추천 3. 영국법과 미국법이 국내법에 미친 영향
6월초 (2분기)	1. 미국의 입법시스템에 관한 분석 2. 상사법에 있어서 미국법의 영향에 관한 분석 3. 계약법에 있어서 미국법의 영향에 관한 분석
9월초 (3분기)	1. 미국의 교육법제에 관한 분석 2. 미국의 사법시스템에 관한 분석 3. 금융법에 있어서 미국법의 영향에 관한 분석
12월초	권역별 통합에 따른 법제 통일화와 미국법의 영향에 관한 종합적 고찰 - 행정법의 통일화에 관한 분석과 비판(국내법의 대응) - 상사법의 통일화에 관한 분석과 비판 - 계약법의 통일화에 관한 분석과 비판 - 과학기술법의 수렴현상에 관한 분석과 비판 - 기타분석

■ 분과 구성원

□ 간 사

성 명	소속 및 직위	전 공
박찬호	비교법제연구팀 부연구위원	상사법
이채진	비교법제연구팀 초청연구원	상사법

□ 원내 참여자

성 명	소속 및 직위	전 공
강주영	재정법제연구팀 부연구위원	행정법
김두진	산업경제법제연구팀 부연구위원	경제법
문준조	산업경제법제연구팀 연구위원	국제법
이준우	행정사회법제연구실 연구위원	민사법
최성근	산업경제법제연구팀 연구위원	상사법
한정미	산업경제법제연구팀 초청연구원	상사법

□ 원외 전문가

성 명	소속 및 직위	전 공
권태웅	법제처 서기관(6월부터 참여가능)	행정법
김은집	금융감독원, 선임조사역	금융법
이우영	서울대학교 교수	헌법
이희정	동국대학교 교수	행정법
가정준	한국의국어대학교 교수	민사법
정영진	전남대학교 교수(변호사)	미국(기초법)
성선제	영산대학교 교수	헌법

※ 원외 구성원은 추후 확대할 예정임.

■ 개 요

- 비교법제 연구팀의 권역별 연구 분과 중의 하나로써, 영미법의 연구를 체계적으로 수행
- 영미법 분과는 연구사업과 연구시스템 구축사업을 병행해서 수행
- 연구 사업은 주제별 연구와 단기 현안으로 분리하여 시의성 있게 수행
- 영국과 미국의 협력기관 확대 및 기존 MOU체결기관과 실질적인 협력관계를 구축하여 영미법 연구의 효율성 배양

■ 영미법 연구의 필요성

- 영미법의 영향력이 날로 증대되고 있고, 많은 법제분야들이 영미법으로 수렴되어가는 현상이 나타나고 있음
- 국내 영미법 관련 선행연구는 해당 주제별로 각각 수행되어, 체계적으로 수행되지 못한 부분이 많음, 또한 법체계에 근간을 이루고 있는 영미법의 입법·사법 시스템은 우리나라 법제와 많은 차이가 있어 체계적인 분석이 필요한 상황임
- 특히 우리나라 선행연구는 각 법역별로 개론적인 분석에 한정하고 있기 때문에, 전체적인 측면에서 심도있는 연구가 수행되고 있지 못함. 또한 현재 영미법이 세계법화되고 있는 상사법제, 이민법제, 문화법제, IT법제 등에 대한 국내에서 연구가 체계적으로 수행될 필요가 있음

■ 연구 포럼 운영

- 비교법제팀의 연구 실원 1인이 간사를 담당하여, 연구 포럼 운영을 총괄
- 현안이 되는 주제와 기초연구주제를 선정하여 1년에 4회 원외 전문가와 워크숍 개최
- 연도말 포럼에서 발표된 논문을 주제별로 구분하여, 영미법제 포럼 집으로 출판
- 연간 분과 연구주제는 해당년도 비교법제팀 주제에 맞게 선정
- 분과는 간사(비교법제팀) 1인, 원내 관심 연구자, 외부 전문가로 구성하되, 외부 전문가는 해당분야 공·사법을 안배해서 구성
- 포럼 개최시마다 특정 주제에 대해서 발표와 토론을 진행하고, 자료집 발간

■ 연구협력 사업

□ 국제연구협력사업

- 비교법 연구영역의 효율성 배양을 위하여, 연구협력체제를 구축할 수 있는 기관을 확대
 - 미국의 TOP 10로스쿨 중 1개 로스쿨과 공동연구협력관계 구축
 - 영미권 중 한국법제연구원과 유사한 성격의 연구기관과 협력관계 구축

- University of Washington Asian Law Center와 교류 추진(2007년 추진)
- 인디애나 대학 학장 답방 및 전문가 회의 추진(상반기)
- 영국 비교법 연구소 소장 전문가 회의 개최(상반기)
- 영미 비교법 기초 분야 및 연구 주제에 대한 워크샵 및 학술회의 개최: 분과 워크샵과 연계하여 개최
- 인디애나 대학 로스쿨과 실질적 협력을 위한 공동시행계획작성 완료(상반기)
 - 공동학술회의 개최 협의
 - 공동연구주제 및 절차 협의
 - 인적 연구교류에 대한 시행계획협의
- 영국비교법연구소와 공동연구 및 시행계획 협의(상반기)

□ 국내연구협력 사업을 통한 영미법 연구 시스템 구축

- 국내 MOU체결 기관 중 최소한 한명의 연구인력(교수)을 포럼에 참여시켜 실질적인 협력관계를 구축할 수 있도록 함
- 연구원 연구과제 중, 영미법 연구협조가 필요한 경우 영미법 포럼 구성원을 활용
- 공동학술회의 및 워크샵 개최
- 연구과제에 필요한 경우, 위탁연구 의뢰

■ 연구사업

□ 연구과제 분리

- 연구 사업은 주제별 연구, 단기 현안연구로 분리해서 발간

1. 주제별 연구

- 국내에서 연구가 미비하고, 법제연구가 필요한 분야를 선별하여 연구과제 수행
- 정책반영도를 높이기 위하여, 입법 또는 법정비가 필요한 연구주제 선정
- 해외학자와 공동연구가 필요한 부분에 대해서 시행계획 및 주제 선정

2. 단기현안과제

- 중장기로 연구할 필요는 없으나, 시의적으로 단기 연구가 필요한 부분에 대한 연구
- 주제 선정은 영미분과 회의와 입법현황을 분석하여 선정

3. Issue Paper(외국 입법정보와 연계하여 추진)

- 국내법에서 연구수요가 높은 영미법의 입법현황에 대한 분석
- 신속한 법제정보 제공과 체계적인 입법현황데이터 구축

□ 번역서

1. 2006년 자문위원 의견

- 영미법 기초분야에 대한 연구가 전혀 진행되어 있지 않기 때문에 학제적 연구가 필요함
- 사례집 중심의 교과서에 대한 번역이 필요함

2. 원내 의견

- 국가 입법정책 및 입법수요에 적합한 번역서 선정이 우선되어야 함

3. 검 토

- 영미법의 영향력이 증대되고 있는 추세를 반영하여, 일본과 중국에서는 이미 많은 부분을 번역하였음. 그러나 한국법제연구원은 기관의 특수성으로 인해 기초 학제적 연구를 중심으로 수행할 수 없기 때문에, 입법 또는 개정 수요가 있는 법제에 한하여 선별하여 번역 사업을 수행
- 2007년은 공법과 사법 1개 과제를 선정하여 번역사업을 시범적으로 시행
 - 예시) Rulemaking, ABA
 - The Sarbanes-Oxley Act
- 연구 분과 회의와 원내 회의를 거쳐 번역서 선정

해외법제조사(위)원 제도의 개요

□ 목 적

- 해외법제정보의 신속한 조사 및 제공으로 인한 국내입법정책 및 법제연구 지원
- 정부·학계·한국법제연구원 내 연구진의 수요에 따른 맞춤형 해외입법정보를 수집·제공
- 해외입법동향의 파악을 통한 새로운 입법과제 발굴

□ 운영방향

- 각 국별 해외법제조사(위)원 위촉
 - 위촉대상자 : 각 국별 법학전공 유학생, 체류 공무원·국내학자, 교민, 현지 법학 전공자
 - 대상국가 : 제한 없음
 - 위촉절차 : 원내 연구직/파트너기관/기타 대학 추천 → 비교법제연구팀에서 선정 및 위촉

제1차 영미법제연구분과 워크숍

○ 운영방법

- 해외법제정보 수집주기 : 매월 또는 격월 1회
- 원고분량 : 5매 내외(A4 기준)
- 수집대상정보
 - 각국별 법령 제·개정 정보, 입법적 쟁점, 제·개정 법령의 주요 내용, 시행상의 문제점 및 효과 등
 - 국내 현안에 대한 각국별 법제현황 및 내용
 - 각국별 법학 및 법제 관련 주요 신간도서 및 연구실적물 목록
 - 1차 수집된 법제정보 중 추가검토가 필요한 사항은 상세내용 수집 의뢰

○ 수 당

- 조사(위)원에게 소정의 조사수당 지급(원고 작성시 지급)
- 원고분량별 원고료 지급(조사수당과 별도 지급)

□ 해외법제정보 발간 및 배부

- 매월 수집된 정보를 분석하여 한국법제연구원 홈페이지·News Letter(한국법제연구원에서 발간하는 월간지) 게재, Issue Brief 발간 및 정부기관 등에 배포
- 해외법제동향 자료집 발간(반기 또는 연간)

총 합 토 문

종합토론(1부)

이채진 연구원(한국법제연구원) : 교수님께서 지금 복지관련법(Welfare Act)이론 변천과정에서 우리나라의 경우는 형식주의와 법현실주의 사이에 있다고 보셨는데, 이렇게 생각하시는 구체적인 근거가 어떤 것인지 예시를 들어주셨으면 더 이해를 하기가 쉬울 것 같아요. 또 이 법이론의 단계를 우리나라의 이론에 적용을 할 때 우리나라와 맞지 않는다면 아니면 이런 점에서는 굉장히 적용하기가 어렵다면 그런 점도 좀 지적을 해주셨으면 좋겠습니다. 또 앞으로 행정행위방식이 나아가야 될 때 앞으로 어떤 이론으로 나아가는 게 좋은지 여기서 제시된 이론 중에서도 어떻게 수정되어서 나아가야 되는지 그런 것에 대한 교수님의 생각을 묻고 싶고 싶습니다. 그리고 제일 끝 단계 공화주의적 참여에서 배심제를 잠깐 언급하셨는데 배심제 이후에 행정재판에서의 배심제 이야기고, 사법제도의 이후의 행정이나 입법과정에서도 참여를 할 수 있는 기회가 어떤 것들이 있는지 미국이나 미국의 세계화가 있는데 이런 미국법이 아까 발표하신 주제는 거의 행정규제에 치중되어 있는데 행정뿐만 아니라 입법과정에서 우리나라에 미치고 있는 것들이 있다면 어떤 것들이 있는지 설명 부탁드립니다. 감사합니다.

이희정 교수(동국대학교) : 부족한 발표에 훌륭한 질문 정말 감사합니다. 우선 제가 할 수 있는 한 답변을 해보도록 하겠습니다, 우선 제가 아까 우리나라의 단계가 형식주의에서 법현실주의에서 넘어가고 있는 것이 아니냐 라고 말씀드렸는데요. 우선 아까 시간이 좀 부족했지만, 제가 좀 그걸 define하면, 아니 define이 아니라 refine이라고 해야 되겠네요. 좀 더 정확하게 말씀드리면 제 생각에는 우리나라는 경

제성장만 압축적으로 하는 것이 아니라, 법에 관한 법제도와 이윤이 전부다 압축적으로 여러 가지 단계적으로 다른 나라에서 역사적으로 천천히 발전되었던 부분이 동시에 나타나고 있는 부분들이 많다고 생각합니다. 그런데 우선 제가 첫째로 형식주의에서 법현실주의로 넘어가고 있는 것이 아니라고 생각되었을 때 그것은 제 생각엔 재판에 대한 부분들이 좀 그런 것이 있다고 생각합니다. 뭐냐하면 전에 물론 사람들이 인정하고 있건 안하고 간에 재판이란 걸 사람들에게 설명할 때 판사가 그 법조문을 거기다 적용을 하면은 그런 결론이 나온다는 그 이상의 설명이 없었다고 생각이 됩니다. 그래서 우리가 그것이 반영되는 것은 판결문의 논증과정 같은 것들이 굉장히 짧고 압축적으로 되었었고, 그 가운데에 구체적인 조문에 의하면 사실상황이 포섭되는가 여부가 불확정한 경우에도 왜 그것이 거기에다 포섭되어야 되고 되지 않는가에 충분한 설명이 그런 것들이 제시되었다는 하나의 반증으로 보인다고 말씀드릴 수가 있구요. 그러한 것들이 제 생각에는 법학자들 사이에 의해서도 조장이 되어왔다거나 비슷한 형태였다 라는 생각이 듭니다. 법학자들이 특히 다른 데에서 얘기를 하면 할 수 없는 문제이고 제 생각에는 행정법 같은 경우에도 그 과거를 보면 여러가지 논의적으로 봤을 때 예를 들면, 법률상의 이익이냐 아니냐 라든가 처분인가 아닌가 라든가, 이런 식으로 어떤 범주적인 사고를 가지고 많이 설명이 되어왔다고 생각합니다. 그런데 지금 보면 그러다 보니까 어떤 것이 법률상 효과와 사실상 효과 두 가지에 완전히 나누어져 있는 범주에 속하지 않은 경계선에 있든가, 아님 두 가지 성질을 다가지고 있는 그런 범주들에 대해서는 공평하게 취급하지 못했다고 생각이 듭니다. 그런데 지금은 보면은 법학논의 자체는 과거보다는 훨씬 더 그런 것들이 범주적 사고에서 정확하게 잡아내지 못하는 중간영역의 이런 것들에 대해서 많이 논의되었다고 생각이 되구요. 그 다음에 제 생각에는 그 사법제도에 대해서도 마찬가지로 예

를 들면 지난번에 그 석공사건이라고 하는 것이 가지고 있는 것이 여러 가지 의미가 있다고 생각이 드는데, 그것이 물론 지금의 사법불신의 개탄의 계기가 될 수 있지만 제 생각에는 그게 상당히 여러 가지 사람들에게 일깨워주는 그 사건에 관계된 분들은 개인적으로 상당히 불행이지만 그 사건이 가지고 있는 과정은 굉장히 크다고 생각이 듭니다. 그리고 그런 것들의 과정을 통해서 인터넷을 통해서 사람들이 재판이란 걸 논의를 하게 되었고 그 과정에서 전의 사람들이 막연하게 생각했지만 공식적으로 생각하지 않았던 부분, 즉 재판이라고 하는 것이 판사라고 하는 인간에 의해서 이루어지고 있고 그 사람이 하고 있는 여러 가지 인식작용이라던가 결론에 도출하고 있는 과정에 대해서 사람들이 비판할 수 있고, 그런 것들에 대해서 이렇게 그런 것들이 경험해 나가고 있는 과정이 아닌가, 우리나라의 지금 상황이 그래서 저는 그런 점에서 봤을 때는 과거에 법관이기 때문에 판결의 정당성을 인정하고 복종해야 된다 라고 하는 형식주의적인 그런 어떤 정당화의 근거에서 이제는 그 판결이 우리 보통사람들이 봤을 때 어떤 설득력이 있어야지만 정당화 될 수 있다고 하고 거기에 정말 내면적인 규범력까지도 거기에서부터 나온다 라고 하는 그런 인식하는 단계로 지금 나아가고 있다는 생각에서 법현실주의라고 하는 과정으로 나아가고 있는 게 아닌가 생각을 했었고, 사실 제가 이런 생각을 하고 난 다음엔 우연한 기회에 보니까 어떤 그 제 기억에 있는 교수님, 성함이 정확히 기억이 안나는데요. 미국법에 관한 법현실주의 운동에 관해 소개를 하시면서 그분이 우리나라에 지금 법현실주의적인 인식이 필요한 시기가 아니냐 이런 말씀을 하셨더라구요. 그래서 제 생각에는 그런 점에서 말씀을 드렸던 것입니다.

그래서 저는 법현실주의가 궁극적인 결론으로서는 타당하다고는 생각하지는 않습니다. 하지만은 기존에 광고한 합리적인 어떤 그런 여러 가지 논증이나 합리적인 사고를 통해서 정당화 되는 게 아니라 단

지 그 권위적인 그 기관의 존재들 때문에 정당화 돼 있던 것들이 어떤 합리적인 논증이나 아니면 그런 참여에 의해서 정당화되는 단계로 나가려면 그 권위자체가 한번은 깨져야 될 때가 있다고 생각이 됩니다. 그리고 그런 것을 깨었던 것이 미국에서는 법현실주의가 아니었으나 생각이 되고 독일에서는 그런 역할을 했었던 것이, 그리고 나치즘에 대한 자기 반성을 하게 됐었던 것이 바로 그런 자기 부정의 기회가 아니었으나 생각이 듭니다. 그래서 지금 우리나라에서는 민주화 과정에서 이러한 것들이 일어나기 때문에 제 생각에는 이것이 지금 결론으로서는 하기에 부족한 것이지만, 이번 계기를 잡아서 그것을 좀 더 나은 방향의 정당화 방식들을 채택하기 위한 과정으로 나가기 위해서는 반드시 필요한 과정이 아닐까 생각이 됩니다.

그 다음에 행정의 형식에 있어서 공화주의적인 참여를 말씀하셨는데, 하나 예를 들면 경주에 방폐장 후보지를 선정하는 과정을 생각해 보실 수 있을 것 같습니다. 제 생각에 다원주의적 참여 공화주의적 참여로 제가 나눠봤었던 것은 예를 들면 이렇게 생각하실 수 있을 것 같습니다. 불안같은 경우에 불안 사태가 있었던 경우에도 왜냐하면 그 방폐장이 실제로 설치되는 섬에 주민들에게는 어떤 경제적으로 개인들에게는 처음에는 보상금을 지급하는 그런 식의 방식까지도 얘기가 되었던 적이 있었고, 저는 다원주의적 참여라고 제가 말씀 드렸던 것은 그러한 어떤 결정과정에 참여를 하긴 하는데, 그 이해관계인을 가지고 있는 자기이익에 대한 개념을 그냥 그대로 인정한 상태에서, 다만 그 사람들이 자발적인 양보를 얻어내기 위해서 교환을 하려고 하는 방식으로 그 과정을 구성한다고 하면 그게 다원주의적 참여라고 제가 생각했던 것입니다. 그래서 이번에도 마찬가지로 “방폐장을 유치하면 그 지역에 보상을 해줄게” 이런 방식으로 가는 것이 그 지역주민들이 가지고 있는 이익이 과연 정당한 이익인지 그걸 주장할 수 있는 이익인지에 대한 검토가 제가 보기엔 충분히 없는 상태로 그것에

대해서 그냥 그대로 인정을 하고 거기에 대해서 어떤 교환적인 딜을 하려고 하는 그런 식의 참여라고 하는 것은 다원주의적 참여라는 말로 설명을 했었구요. 공화주의적 참여라는 얘기로 제가 생각했던 것은 뭐냐하면 과연 우리나라에 원자력이라고 하는 것이 에너지의 가장 말하자면 필연적인 대안이 되어야 되는지 만약 된다면 그 부담은 전체 공동체가 져야 되는데 그랬을 때 과연 어떤 지역이 그거를 하게 되고 하는 결정을 하는 논의에 있어서 단지 그 불이익을 당한다고 생각하는 주민들과 정부와의 사이의 갭(gap)이 아니라 좀 더 많은 그 다음에 결정의 초기 단계에서 과연 제 생각에는 원자력 에너지가 과연 필요한가에 대해서부터 일방적으로 홍보를 하는 그런 방식의 참여가 아니라 거기서부터 논의를 처음에 시작했어야 된다고 좀 생각을 하거든요. 그래서 그런 식의 문제에서부터 과연 공동체를 위한 공익을 발견한다 라고 하는 의식을 최대한 사람들이 좀 가질 수 있도록 하는 그러한 방식으로 참여를 하도록 해서 마지막에 보상이 있다 하더라도 그 보상이라고 하는 것이 단지 피해 입는 사람들과의 어떤 교환적인 거래가 아니라 좀 더 거기에 대해서 공익적인 의미를 부여하면서 어떤 그 공익을 위한 손실 분담이라든가 이런 차원에 그것으로서 사람을 생각할 수 있게끔 절차를 디자인해서 할 수 있다면 제 생각으로는 그것이 좀 더 공화주의적이거나 공동체주의가 시민민주주의적인 참여로서의 성격을 가질 수 있지 않을까 이런 생각을 한다고 답변을 그렇게 하도록 하겠습니다.

그 다음에 행정에 대한 참여제도는 가장 전형적으로 행정절차를 우리가 지금까지 많이 얘기해 왔다고 생각이 되는데요. 근데 저는 제 생각에 그런 점에서 봤을 때 우리 지금 행정절차에서 말하는 청문회 같은 것은 사실은 그냥 자기 개인의 이익을 위한 어떤 디펜스의 기회로서 자유주의적인 차원에서 정부의 역할로부터의 자기방어, 이런 정도로 밖에는 성분이 좀 의미가 갖고 있지 않은 게 아니었을까란 생각

이 좀 들고, 제 생각에는 행정절차의 문제를 넘어서 행정과정론이라고 하는 것의 차원에서 좀 더 많이 봐야 될 것 같습니다. 왜냐하면 아까 말씀 드린 예와 같이 방패장 입지설정을 한다 라고 하는 결정을 한다고 하면 그게 그때 공청회를 했나 안했나 라던가 그런 차원을 넘어서서 그 결정에 이르는 전체과정이 잘 디자인 됐느냐 이런 차원에서 우리가 봐야 될 것 같구요.

미국법의 세계화라는 차원에서 행정규제 외에 입법과정에 영향을 미치는 것들이라고 말씀을 하셨는데, 제가 그 관계에서 이것을 잘 알지는 못하지만 제가 이것저것 들은 것 중에는 예컨대 상법영역 같은 경우에 UCC를 예로 들 수 있을 것 같습니다. 그러한 경우에 상법의 영역에서 굉장히 영향을 많이 미치는 것 같고 그러한 것들이 현재 연구결과에 보면 많이 반영이 되는 것 같고요. 아까 말씀드린 것처럼 지적재산권법에도 많은 영향을 미치는 것으로 보입니다. 그리고 특히 새로운 과학기술 영역이나 이러한 영역에서의 변화들 같은 것도 많이 영향을 미치는 것 같은데 그런 면에서 보면 어떤 경우에도 좀 더 앞서나가기 때문에 오히려 그런 점에서 유럽법쪽의 것들이 훨씬 더 우리나라와의 정서나 이런 것들이 더 맞는 부분들도 있기는 한 것 같습니다. 그래서 여기에 대해서 제가 앞으로 좀 더 공부를 해서 답변을 드려야 될 것 같습니다. 이상입니다.

사회자(손희두 실장) : 수고하셨습니다. 그럼 다음 성선제 교수님 토론 들겠습니다.

성선제 교수(영산대학교) : 우선, 이희정 교수님께서 이 커먼로, 그리고 영국법과 미국법이 국내에 미치는 영향을 제가 읽었을 때에 느끼는 이 부분을 구체적으로 말씀하셨다가 보다는 어떠한 법 철학적 관점에서 법을 분석하신 것으로 보아서 우리가 어떤 문제들을 해결하

고자 할 때 지금은 그 기초가 무엇인가? 이런 것을 분석할 수 있는 아주 좋은 계재를 마련해 주신 것 같습니다. 그런 것을 바탕으로 해서 물론 저는 법철학은 정확하게 모르겠습니다마는 몇 가지 의견 질문을 드리겠습니다.

첫째, 여기에서 대부분의 어떤 내용과 분석의 경우에 따라서 놓았을 때 법철학적 분석이라고도 할 수가 있겠는데, 그 중에서 Dworkin 교수님의 견해도 보고 이 글을 말씀해주셨는데 이것에 대해서는 일부분에서도 이것이 말하기 어렵지 않느냐, 소수 의견으로는 이러한 주장도 있습니다. 그래서 이것에 대해서는 어떻게 생각하시는지 의견을 듣고 싶구요.

두 번째, 또 다른 말씀을 하셨는지 모르겠지만 제가 이 부분을 보았을 때 아마도 영미법분과 위원회에서 이러한 주제를 가지고 앞으로 발전시켜 나가려고 하는 것은 우리가 통상적으로 얘기할 때 영미법이 이렇다라고 얘기를 합니다. 그러나 또 영국법과 미국법이 같은 부분도 있고 다른 부분도 있고 그렇습니다. 그런데 여기에서 지금은 영국법에 대해서는 전혀 언급이 없었고, 이희정 교수님은 두 법이 같다고 하는 법철학적 기초에서는 그런 단점에서 말씀하신 것으로 제가 이해를 하겠습니다마는 영국법의 특성은 무엇이고 그것이 우리법에는 어떤 영향을 미치느냐 그것이 우리가 영국법과 미국법이라고 한다면, 분석이 필요한 것 같습니다. 왜냐하면 미국법과 영국법이 다른 부분 중에 하나가 영국에서는 의회 제도가 확실하기 때문에 여기 뒤에 분석을 하신 것 중에서도 사법모델에 있어서도 미국법을 기초로 하신 것 같은데 사법심사가 있습니다. 그런데 이 부분은 영국법부분에서는 적용하기가 좀 어렵지 않나 이런 생각이 듭니다. 그래서 영국에서의 법의 의미랄까 기능은 미국법에 있어서의 법의 의미나 특성 내지는 영향을 조금 배우고자 합니다.

그리고 세 번째는, Common Law라고 하는 것은 영국에서 초기에 출

발을 또 했고 많이 발전을 했습니다만, 또 미국에서 이런 것을 또 많이 전파시킨 대표적인 학자겸 법관으로서 올리브 웬델 홈스를 우리가 들고 있습니다. 올리브 웬델 홈스가 보통법 즉 Common Law라는 것을 통해서 그동안 그것은 미국에 있어서의 Common Law만을 얘기한 것이 아니라, 로마시대까지 미국에서 영국까지 모두 통틀어서 그러한 법의 형성과 발전을 얘기하고 있습니다. 여기에 의하면 법은 논리가 아니라, 또한 Logic이 아니라 법은 경험, experience라고 그렇게 서문에서 얘기했고 또한 본문에 있어서 그러한 부분을 자세히 소개하기 위해서 다른 나라 제도에 있어서 경험쪽으로 어떻게 되는지를 설명하고 있습니다. 그렇다면 우리가 Common Law를 지금 국내법에 어떻게 영향을 미치느냐 이런 것을 얘기한다고 했을 때 아마도 가장 주된 부분으로 했을 때 보면 우리와의 대비점은 아마 판례의 발전 내지 판례법의 형성이 아닌가 그래서 거기에 무엇인가를 해결, 모티브를 찾는 것이라고 보는데, 현재 이희정 교수님께서 발표하신 내용은 이러한 근본적인 물음에 대해서 어떠한 근본적인 물음에 견해 차이와 함께 그 발전, 이 부분들은 주로 하셨기 때문에 조금 더 저는 구체적인 부분에 있어서 판례법의 형식이라고 하는 것에 대해서는 이런 부분들은 어떻게 혹시나 설명하실 수 있나? 가능하시면 좀 더 여쭙고 싶고, 마지막으로 또 이것이 국내법에 미치는 영향이기 때문에 제가 여러 가지 견해를 봤을 때는 여기에 같이 참석해주신 같은 위원이신 가정준 교수님께서서는 불법 행위에 대해서는 많은 연구를 하셨는데 제가 볼 때 미국법의 보통법이라고 할까요? Common Law가 상당히 우리와 구조를 다르게 하여서 많은 부분 영향을 미치고 앞으로 영향을 미칠 부분, 이런 부분 중에 하나는 불법행위인 Torts 부분이라고 생각을 합니다. 그것이 우리하고는 구조가 다르게 굉장히 구체적이고 또한 구체적으로 분류가 되어 있고, 상당히 발전이 많이 되어 있습니다. 그래서 국내법의 어떤 영향을 미쳤느냐 이렇게 했을 때, 형사법분야나 이런

분야는 너무나 확연한 것들이기 때문에 그런 부분을 대비해서 우리 것으로 어떤 영향을 미쳤는지를 분석하기가 상대적으로 쉬울 수도 있고 또 없을 수도 있기 때문에 어려울 수도 있고 그래요. 그러면 또 민사법이나 공법은 또 다른 영역이기 때문에 영향을 미치기가 쉽지 않은 부분이고 그런데 민사법분야는 상당히 대부분의 것이 민사이기는 하지만, 분화되어서 답변을 하셨기 때문에 하지 않으셔도 되지만, 제가 못 듣고 미리 준비했던 것이기 때문에 이렇게 그중에 어떤 부분이 우리가 지금 영향을 받고 있다고 생각하고 또 앞으로 이런 것들이 많이 분화되어서 발전할 수 있을 것인가? 이런 부분에 있어서 혹시라도 또 견해가 있으시다면 같이 고견을 듣고 싶습니다. 이상입니다.

사회자 : 새로 논문 한편을 쓰셔야 되지 않을까란 생각도 드는데 답변해주시기 바랍니다.

이희정 교수 : 멀리서 오시는데 아무튼 훌륭하신 여러 가지 질문 주셔서 그중에서 제가 답변할 수 있는 것은 하고 아니면 연구를 더욱 열심히 해서 다음 연구주제로 삼기로 하겠습니다.

우선 첫째로, Dworkin의 법원리라는 것에 대해서 말씀을 해주셨는데요. 우선 제가 지금 성교수님께서 보신 이것은 앞으로 발전시켜야 될 일부분인 것 같습니다. 그래서 제가 아까 처음에 말씀드린 미국법의 영향에 사실은 해당이 된다 라고 말씀을 드려야 될 것 같습니다. 그런데 영미법에 아마 영미법에 묶어서 얘기할 수 있는 것 중에 하나가 제 생각에 영국에서, 예를 들면 Hart의 법 개념론이나 Dworkin의 법원리를 영미법이라고 하는, 묶어서 미국법의 영향을 미친 것으로 얘기할 수 있을 것 같습니다. 그런데 Dworkin의 법원리론을 제가 여기서 소개한 취지는 소개라기보다는 여기에 집어넣었던 취지가 무엇이나 하면, 이것이 다수의 견해나 소수의 견해는 아니겠지 라는 그런 식의

판단을 하지는 않았었구요. 취지는 무엇이나 하면 아까 말씀드린 것처럼 법 형식주의라고 하는 것에 대해서 현실주의적인 접근으로 그것들이 어떻게 하면 법이 왜 법적판단 왜 정당성을 가지는가 라는 것들을 설명하는 여러 가지 시도로서 예를 들면 법 현실주의가 그 공격한 부분 중에 한 부분은 제 생각에 꼭 이것은 법현실주의만의 문제는 아닐 것 같구요. 20세기에 언어에 대한 분석철학이나 이런데서 나온 여러 가지 논의 영향이라고 합니다. 예를 들면 언어자체가 불확정적인 것이다. 그 개념 자체다. 그런데 그러한 것이 특히 법형식주의가 언어로 구성된 법규범으로부터 확정적인 결론이 나온다는 것에 의제를 깨게 되는 치명적인 부분이었다고 하는데 예를 들면 Hart의 법 개념론이라고 하는 것에서 제가 이해한 부분은 예를 들면 언어개념의 불확정적인 부분이 있으나, 그것이 전부는 아니고, Core라고 하는 부분은 굉장히 확정적인 의미를 가지고 있는 부분이 있고, 어떤 주변부의 영역에 있어서는 그 의미의 영역에 사실 거기에 포섭되느냐가 불확정한 부분이 있다 라고 해서 뭔가 불확정적인 부분이다 라고 하는 것을 법 현실주의가 전면적으로 주장을 했을 때 하트는 그 불확정적인 것을 줄임으로서 방어하려고 했었다고 생각이 됩니다. 그래서 결국은 어떻게 보면 그 영역이 하드케이스라고 하는 것이 그런 영역에 해당이 되는 것 같구요. 정확히는 그 대신에 제가 읽은 바로는 정당화되기를 포기했다 라는 식으로 제가 읽었었거든요. 그런데 그 부분에서까지도 그 정당성을 뒷받침하기 위해서 Dworkin이 시도한 것은 그런 개념자체가 불확정하다고 해서 판사가 자의적으로 그것을 판단하는 것이 아니라 그 법개념의 나타나 있지 않은 여러 가지 법원리들로서 그것을 판단하는 것이기 때문에 그것은 정당하다 라고 하는 그런 식으로 하고 나왔을 때 나머지 부분들이 어떤 것이 정당화 할 수 있는 가능성 있는 설명들이 어떤 것이겠느냐는 것을 제가 열거하면서 역사적인 발전순서 라고 생각되는 것들로 이렇게 했는데 이 부분은 굉장히 사실

재미있었습니다. 그런데 이 부분이 제 개인적으로도 굉장히 재미있었던 부분은 예컨대 우리가 독일행정법에서 얘기하는 판단여지설이라고 하는 개념하구요. 그 다음에 우리가 요즘 보면 재판에서 행정법의 일반원칙, 신뢰보호원칙, 비례원칙 정말 많이 이용되고 있습니다. 행정법에서 우리 관례에서 법적기초로 이용되고 있는데 그런 판단 여지설의 내용을 가만히 보니까 이것이 Hart의 법개념론과 굉장히 대응이 됩니다. 판단여지설이 결국은 귀속행위, 재량행위라고 하는 것을 나누면서 유권해석시에 불확정 개념이 있을 때 그 불확정 개념에 대해서 설명을 하면서 역시 핵심부와 주변부를 나누어서 그렇게 설명하는 것으로서 저는 배웠었는데 그러한 것들이나 아니면 행정법의 일반원칙이라고 하는 것들로 이 판결의 어떤 준거를 심사의 척도로 삼으면서도 판단을 정당화한다 라는 이러한 것들이 제가 보기에는 행정법에서 결국은 어떤 하트의 법개념론이라든가 Dworkin의 원리론에 의해서 그것이 행정법에서 구체화되고 있는 사례가 아닐까라고 저는 개인적으로 생각을 했었습니다.

그래서 그 이후에 보면 사실 리갈프로세스, 저는 요즘에는 법과정론에 많이 관심을 가지고 있는데, 어떤 비판법학적인 사고나 이런 것들이 사실 우리나라 법에 구체적으로 그걸 가지고 분석해보면은 굉장히 많은 것들을 비춰줄 수 있다고 생각이 되어서 그런 점이 있구요.

그 다음에 영미법에서 영국법과 미국법이 다르다는 말씀은 정말 지당하신 말씀이구요. 아까 발표에서 구두로 그냥 보충했기 때문에 넘어가도록 하겠습니다. 그리고 영국법의 특성은 무엇이고 어떤 영향을 미치는가라고 말씀을 하셨는데 사실 이 특성 내지 경향에 대해서 제가 영국법 전체를 가지고 많이 연구를 못해 봐서 아주 취약한 부분입니다. 제가 지금까지 경험한 아주 작은 경험을 말씀 드리면 첫째는, 영국법에서 저는 법체비교연구로는 굉장히 어려운 점이 있는 것 같습니다. 왜냐하면 그것이 역사적으로 끊임없는 계속성이 영국법의 특성

이다 라고 하는데 영국법은 제가 보기에는 그냥 조각보같은 느낌이 들었습니다. 어떤 구체적인 사항에 대해서 법제를 쭉 연구하다보면 하나로 우리같이 개정이 되고 나면 새로운 것을 딱 갈리고 그런 것 아니라, 계속 그런 것들이 연결되어 붙여져 있어 현행법에 지금 어떠한 어떠한 것들이 정확하게 적용되느냐를 찾는데 굉장히 시간이 많이 걸린다는 제 개인적인 경험이 있구요. 그래서 그런 것들 속에서 그러면 이 사람들은 왜 이렇게 그냥 이대로 정리하지 않고 남겨두냐고 했을 때 제 생각에는 이 영국법의 전반적인 법학자가 하는 그런 식의 류의 표현은 아니라고 생각되지만 제 개인적인 느낌은 이 사람들은 불확정성 자체에 대해서 그렇게 두려워하거나 거부감이 없는 것 같습니다. 그래서 오히려 여러 가지 제도적인 불확정성을 열어 놓고 있음으로 해서 다음에 구체적인 어떤 사건이 왔을 때 거기에 적용될 수 있는 또 괜찮은 어떤 지혜를 찾을 수 있으면 꺼내어서 다시 사용할 수 있도록 항상 열려 있는 것 같다는 그런 느낌이 들었습니다. 그래서 그런 점에서 이해를 하고 그 영국법에서 봤을 때 저는 오히려 구체적으로 마지막으로 우리에게 적용되고 있는 것이 무엇인지 찾는데 아주 고통스러운 과정을 거치지만, 그 과정을 거치는 동안에 굉장히 여러 가지 넓은 시야를 얻게 한다 라는 점에서는 도움이 조금 되었다 라는 생각이 들구요.

그 다음에 영국법에서는 저는 굉장히 인상적인 것이 무엇이냐 하면, 의회에서 나오는 각종 보고서들이 굉장히 인상적이었습니다. 그래서 어떤 사실은 법제연구원에서도 그러한 역할을 해 주실 수 있을 것이라고 생각이 들고 지금도 이미 그런 역할을 많이 하신다고 생각이 되지만 예를 들면 중요한 어떤 법제가 제정되기 전에 나와 있는 중요한 의회보고서들을 봤을 때 그런 것들은 종합적이고 정책적으로 충분히 숙고를 하고 나서 검토하는 그러한 어떤 결단을 내린 결론들 이러한 것들에 대한 사고과정 같은 것들이 잘 볼 수 있어서 굉장히 그런 점

이 도움이 되는 것 같구요.

그 다음에 사법심사 모델에서의 쥬디셜리뷰(judicial review)는 미국에서의 전통은 또 독자적으로 세워져왔고 그런데 영국의 경우에는 물론 일단 성문헌법이라고 할 수 있는 것들이 말하는지는 잘 모르겠지만 제가 알기로는 유럽인권협약인가요. 그걸 2002년인가 채택을 하면서 거의 헌법상의 기본권 같은 기능을 한다 라는 정도만 제가 알고 있는데 그런 것에 비추어서 사법심사가 이루어진 측면이 있을 것이고, 그 다음에 행정에 대한 사법심사 같은 경우에는 여러 가지 과정을 거쳐서 AGI라고 하는 행정소송제도가 법제화 되어가지고 있는 그런 제도들이 있기 때문에 그것은 완전히 비교할 그런 내용은 아닌 것 같습니다. 그리고 제가 주로 발표문에서 말씀드렸던 것은 미국의 경우에 쥬디셜리뷰에 해당 되는 것이구요. 그 다음에 application for judicial review, 그러한 제도들은 행정소송에 대해서는 훨씬 더 뒤쳐져서 발전하기 시작한 측면이 있습니다. 그리고 영국에서의 법 기능의 의미, 이러한 것에 대해서는 아까 말씀드린 정도밖에는 제가 현재로서는 말씀드릴 수 없을 것 같구요. 근데 그런 것과 관련해서 제가 하나 이것은 꼭 영국이 아니라 미국의 경우에도 적용이 되는 것 같은데 저는 영국과 미국의 경우에서 얻을 수 있는 중요한 시사점을 얻을 수 있는 중요한 하나가 레머디(remedy)부분인 것 같습니다.

우리는 구제수단이라고 하는 부분에서 조금 더 분화가 덜 되어있는 것이 아닌가 라는 생각이 들고, 그런 측면에서 저는 여러 가지 인정현제도를 비롯해서 레머디부분에 좀 더 중점을 맞춘 소송제도를 행정소송제도 같은 것이 나가기 위해서 그런 부분에 대해서 개인적으로 좀 연구를 많이 해야겠다는 생각을 많이 하고 있고 그 다음에 아까 말씀드린 것처럼, 앞으로 우리나라에서도 공익소송 같은 것들이 많이 제기가 될거라고 생각이 드는데요. 이러한 경우에 보편은 특히 레머디가 중요하고 근데 레머디의 부분에서 연결되는 것이 바로 Common

Law에서의 데미지(damage)라고 하는 금전배상외에 형법법(Equity Law)에 의한 권한이 법원에 주어짐으로써 굉장히 다양한 레머디가 거기서 나올 수 있었다라고 하는 그러한 것들을 봤을 때 제 생각에는 형평성이라고 하는 개념하고 레머디에 관한 부분을 연결해서 좀 더 많은 것들을 좀 볼 수 있지 않을까란 생각이 듭니다. 그리고 Common Law의 국내법에 대한 영역을 아까 판례법의 형성에 대해서는 조금 말씀을 드렸기 때문에 제가 개인적으로 말씀을 드리는 것이 나올 것 같습니다. 그리고 불법행위법을 비롯하여 국내법의 영향을 미칠 수 있는 다른 영역들을 말씀하셨는데 이런 쪽에 대해서는 제가 과문하여서 더 이상 말씀을 안드리고 제 생각에는 다른 선생님들께서 말씀해 주시는 것이 더 나올 것 같구요. 다만 여기서 말씀드린 것처럼 어떤 구체수단에 관한 문제를 포함하여서 제 생각에는 영미법에서 얻을 수 있는 또 하나는 여러 가지 개별화하는 접근방법 그래서 어떤 사안에 대해서 구별하고, 입법화적인 접근에 있어서도 충분히 개별적인 어떤 구체적인 타당성을 살릴 수 있는 결정을 하도록 절차를 탄력적으로 열어두고 하는 그런 형태들 개별화함으로서 각각의 개별적인 사항에는 좀 더 기속적인 기준을 제시해 줌과 동시에 또 개별화의 여지를 더 열어줌으로서 탄력성을 유지하는 그런 양쪽의 어떤 역할을 같이 겸비하는 그러한 것들이 장점으로써 우리가 좀 더 배울 수 있지 않을까란 생각이 들었습니다. 이상입니다.

사회자 : 네, 수고하셨습니다. 성교수님 바로 하실 말씀 있으십니까?

성선제 교수 : 네, 좋은 답변 감사합니다. 우리가 영미법이 국내에 어떤 영향을 미치느냐 이렇게 할 때 영국과 미국도 최근에 상당히 많은 변화를 겪고 있잖아요. 대륙법적인 요소를 상당히 많이 받아들이고 있습니다. 그렇게 할 때 그렇다면 현재의 영미법 모습을 딱 봤을

때는 꼭 지금의 우리가 원래부터 알고 있던 전형적인, 아닌 전통적인 영미법의 모습이나? 그런 부분에서 현재를 분석해 볼 때 상당히 많은 부분들이 성문법으로 대체되고 있고 입법화가 되어 있습니다. 이럴 때 그렇다면 우리가 지금 연구를 할 때 어디를 기준으로 해서 초점을 해야 할 것이냐 이런 부분이 좀 시사하는 바가 있는 것이 바로 영국법의 아버지라고 할까요? 아니면 주로 공법이지만 영국법의 아버지로도 분류되는 현대의 영국법의 아버지로도 분류되는 사람이 다윗이라고 하는 사람이 있죠. 다윗이라고 하는 학자가 영국에서는 대륙법을 분석 비교해 보고 이 사람이 1800년대 말에서 1900년대 초에 그랬죠. 영국의 행정소송이 없는 것을 너무나도 자랑스럽게 생각한다. 좀 더 풀어서 설명하면 행정소송이 있는 대륙법에 특히 독일하고 프랑스 이런 경우를 보면서 수치스럽게 생각한다고 그렇게 자기가 영국법의 원류인가 하는 책에서 그렇게 모든 것을 하고 할 때, 행정을 지금 현재 이 부분에 있어서는 우리 미국법에 있어서는 특히 행정에 대한 부분에 있어서도 여러 가지 모델들을 많이 정당한 모델들을 이렇게 얘기하고 그랬었는데 영국에서는 애초에 어떤 전통 전형적인 부분에 있어서 행정을 별도로 강조한 것 같지 않고, 또 그 경우에 있어서 별도로 독립해서 다루지 않았던 것이 이제 전통이고 그러나 물론 2차 세계대전 이후에 서로 다른 부분들을 서로 받아들여서 이렇게 했습니다. 그래서 아마 국내법의 어떤 영향을 미치는 것을 본다 라고 하는 과정에서는 원래부터 있던 제도인가? 아니면 거기에 플러스 최근에 다른 법제를 받아들여서 더 부족한 부분들을 보충을 했기 때문에 거기에 있는 현행법 이런 것을 연구를 하고 했을 때에는 조금씩 다른 결과가 나올 수 있지 않을까? 그런 생각을 개인적으로 생각을 해보고 같이 이런 부분을 고민해 봐야 되는 것이 아닌가? 이런 차원에서 말씀을 드렸습니다.

사회자 : 주제 발표하신 분하고 토론하신 분들 모두 수고하셨습니다. 그럼 다른 분들 발표, 토론하신 분들 중에서 발언을 좀 들었으면 좋겠는데 먼저 이희정교수님이 답변 안하신 부분에 대해서 불법행위에 관해서 아까 가정준 교수님께서 말씀하신 부분이 있으시면 잠깐 다른 분들이 궁금하실 것 같아서 말씀해주시면 감사하겠습니다.

가정준 교수(한국의국어대학교) : 안녕하세요? 가정준입니다. 시간이 너무 오래 지체되어서 다들 피곤하신 것 같아서 간단하게 그냥 말씀드리자면 저는 왜 영미법에 대해서 우리가 어떤 분야에 대해서 연구해야 되느냐에 대해서 전 영국법을 잘 몰라서 말씀드리는데, 배심 제도를 통해서 판사가 어떠한 사실이 일어났을 때, 이러한 사실이 법률적인 문제에 해당 된다면 논리로 인정해주고 아니면 책임을 인정해주고하는 instruction을 주거든요. 그럴 때 배심원들은 판사가 아니라 일반 사람들이기 때문에 그 사람들을 이해시키기 위한 논리들이 발달되어야 됩니다. 그런 논리가 경제학에서는 합리성을 이야기하고 효율성을 이야기하고 어떤 법률적인 규정을 적용했을 때 그 이론도 굉장히 어렵지 않습니까? 그 이론들을 그 사람들에게 잘 설명해주고 그 사람들을 이해시켜서 판결을 잘 내릴 수 있게끔 도와주는 여러 가지 standard가 많이 발달했거든요. 그래서 그런 standard가 합리적인 어떤 standard라면 불법행위법만 아니라 다음 분야에서도 그런 standard, 법 제도가 다르다고 치더라도 합리성을 갖춘 거라면 전세계에서 통용될 수 있는 것이기 때문에 그럼 우리가 합리성을 연구함으로써 우리 법 제도에 있어서 합리적인 standard를 제공함으로써 풍요로운 법 소스를 제공할 수 있지 않을까란 차원에서 대답한다면 불법행위법도 결국 여러 가지 과정이 많이 있었거든요. 대표적인 제조물책임법 같은 경우는 거기서도 과실책임주의에서 어떻게 그렇게 변할 수 있었을까? 그것은 가끔 배심원들을 만들고 그러면서 나중에는 법까지도 바뀔 수

있는 그런 과정들을 통해서 우리는 어떤 입법과정을 통해서 그렇게 되기는 했지만 거기에는 사법과정에서 법을 바꿀 수 있었던 것은 결국 합리성이란 차원에서 다 같은데 그 제도차원에서 우리는 입법으로 법을 바꾸느냐 아님 사법제도의 법을 바꾸느냐 차이가 있을 뿐이기 때문에 미국법 연구의 어떤 의의는 이런데서 찾아야 되지 않을까 하여서 제 대답을 대신하려 합니다. 감사합니다.

사회자 : 수고하셨습니다. 시간이 많이 지체되었지만 지금 1부, 2부로 우리 워크샵이 나뉘어져 있는데 2부도 1부하고 별도로 떨어진 것이 아니라, 같은 내용으로 진행되는 것이라고 생각됩니다. 그래서 지금 이 토론에 대해서 오늘 발표나 토론에 대해서 다른 질문이 있으시면 다른 분 한분정도 하실 분 하시고 아니면 2부로 넘어가서 발언하시면 좋겠습니다.

강문수 박사(한국법제연구원) : 안녕하세요? 법제연구원의 강문수입니다. 저는 조금 전에 실장님께서도 소개하실 때 약간 당혹스러워하셨는데 전 다른 분과 소속인데, EU과 소속인데 오늘 영미법계에서 좋은 내용 특히 학회를 통해서 널리 알려진 우리 이희정 교수님의 명문장을 직접한번 접해보기 위해서 좋은 기회라고 생각해서 참가했습니다. 역시 기대를 저 버리지 않는 좋은 내용이었고 성선제 교수님 그리고 이채진 연구원님을 통해서 많이 배웠습니다. 지금까지 주로 발표나 토론을 통해서 우리가 배운 바로는 주로 사법적인 영역이 많았다고 생각합니다. 다만 공법적인 영역에 있어서 제 개인적인 사견으로서 영미법과 대륙법에 대해서 어떠한 구별 또는 구별실익을 찾자는 논의는 우리나라에 있어서는 제 기억으로는 2004년 아마 행정소송법 개정안이 나오면서부터 행정행위의 개념, 사실행위까지 포함시킬 것인지 말 것인지 대륙법계를 중심으로 한 독일기본법 19조 비교 등을

통해서 그리고 변함없는 우리 공법 학계에 있어서의 영미법계와 대륙법계 차이점인 재량통제라는 것 곧 사법권이라는 것과 행정권간에 충돌, 재량행위에 따른 과연 어디까지 사법부가 행정재량에 대해서 통제, 말씀해주신 행정통제의 범위를 어디까지 잡아줄 것이며 그렇다면 삼권분립하에서 신속한 구체적이고 실효적인 행정을 위한 행정권의 재량은 어디까지 과연 행정의 고유한 권한으로서 사법심사의 대상에서 제외 될 것이냐의 문제에서 제가 알고 있는 알팍한 생각으로는 영미법계, 말씀해주신 영국이나 미국 어느 법률인지 자세히 모르겠지만 주로 이러한 재량행위에 대한 문제 역시 사법심사의 통제 안에 들어온 것은 대원칙이고 그 안에서 따지는 요건으로서 위법성, 그리고 아까 말씀해주신 합리성이라는 문제, 이 두 가지가 행정권이 아닌 사법부가 관할하고 있다 라는 정도밖에 모릅니다.

다만 물론 프랑스는 다른 체제를 갖추고 있지만 독일 같은 경우에는 독일기본법 19조, 연방절차법 42조 규정에 의해서 우리나라와 비교했을 때 행정심판이라고 하는 내용 즉, 위법성에 대한 내용은 사법부가 대신 약간 설명하기 어려운 위법성적법으로 정확하게 구분되지 않는 약간 중간적인 요소는 부당의 개념으로서 행정권에게 거기에 대한 판단을 넘기고 있는 실정이라고 생각합니다. 이러한 유사한 것이 우리나라의 행정심판제도인데 만약에 아까 말씀해주신 것처럼 형식에서 현실로 넘어가는 이러한 한국적인 흐름에 있어서 과연 그렇다면 행정심판 전치주의라고 임의적인 내용으로 좀 바뀌긴 했지만 행정심판 전치주의에 대해서 그 존재여부에 대해서 한국의 현실에 대해서는 장래 어떠한 형식으로 나가시는게 과연 바람직하하다고 생각하시는지 한번 말씀을 여쭙보고 싶습니다.

이희정 교수 : 간단하게 하면, 제 생각에는 사법심사의 폭이 넓어진다고 하더라도 저는 영미법에서 행정법과 관련해서는 제가 보기에는

객관소송이라고 하는 측면의 시각이 굉장히 많다고 생각하고요. 강조되고 있다고 생각하고 그 다음에 저는 그런 점에서 봤을 때 우리 행정법의 예를 들면 헌법에서 기본권 논의보다 지금 기본권논의, 지금 행정법을 얘기하는 겁니다. 행정법 안에서 보면 권리에 대한 논의에 너무 집중해있다 라는 생각이 들고, 통치구조에 대한 논의로 가야 된다고 생각을 하고 있습니다.

앞으로 더 연구를 해봐야 되겠지만 결국 무슨 말씀이나 하면 지금 국민의 권익구제라는 사법심사가 강화되면 그게 늘어나겠지만 제 생각에는 여기서 항상 브레이크를 걸고 어느 범위까지 갈 것인가를 막아주는 것은 바로 권력분립의 원칙이라고 생각이 들구요. 그래서 그렇게 되면 결국은 아무리 주디셜리뷰의 범위가 넓어진다고 하더라도 사법부가 행정부와 결정을 존중해줘야 된다는 그것들이 늘 경계선을 그어주고 있다고 생각하거든요. 그래서 그러한 점에서 보면 사실 행정소송제도나 심판의 국민의 권익구제라는 측면을 보면 넓으면 넓을수록 좋지 라는 말밖에 나올 수가 없는데 그것은 권력분립이라고 하는 제도적인 그러니깐 통치구조의 장치로 봤을 때 저는 거기에 합당한 경계선이 그어질 수 있다고 생각이 되고, 그렇게 치면, 결국은 행정심판이라는 제도는 여전히 그 의의를 갖고 있어야 된다고 생각이 듭니다. 왜냐하면 사법심사가 행정권을 존중해주기 위해서 가질 못할 영역을 거기서는 해줘야 된다고 생각이 되구요. 그 다음에 다른 두 번째 측면에서 분쟁해결제도는 우리가 WTO나 FTA같은 제도가 꼭 설치강제되고 있지 않습니까? 그래서 결국 분쟁해결제도에 대해서 앞으로의 대세는 용이하고 간편하면서 신속한 분쟁해결제도가 대세가 되기 때문에, 행정심판은 제 생각에 그 자기고유의 영역을 가지고 있는 것은 트리뷰널할 제도가 굉장히 많다 라고 하는 것인데요. 저는 그러한 것들을 쪼개어서 현재 우리나라에 있는 행정부의 산하에 있는 여러 가지 행정조종위원회의 제가 보기엔 굉장히 ADR제도로서는 적

절치 못한 점들이 많이 있다고 생각이 되고 그렇기 때문에 그런 점들이 예컨대, 영국의 트리뷰날의 제도와 같은 것들과 비교를 해봐서 거기서 여러 가지 얻을 수 있는 제도적인 시사점이 있으면 이런 부분들까지 고칠 수 있다고 생각이 되는데요. 그래서 행정심판은 그렇게 말씀을 드리고 행정상 조정위원회까지의 사실을 제 생각에는 포괄해서 생각을 해야 되지 않을까란 생각이 듭니다.

사회자 : 오늘 참석하신 여러분들 수고하셨습니다. 오늘은 제가 예상하기는 영미법제의 문제제기정도로 생각했는데 오늘 결론까지 다 내려고 다들 시작하신 것 같습니다. 다음 앞으로의 여러분의 회의 그리고 내년 내후년 앞으로 계속적으로 영미법분과의 활동을 통해서 여러 가지 문제들과 문제들을 제기하고 또 거기에 관한 연구들이 진행되었으면 좋겠습니다.

종합토론(2부)

가정준 교수 : 안녕하세요? 가정준입니다. 이렇게 얘기를 들었는데, 우리가 무엇을 해야 될지 모르니까 그게 사실 질문입니다. 왜냐하면 계획은 이렇게 되어있는데 저희들이 그 계획안에서 어떠한 역할을 해야 되는지 구체적으로 주제선정에서부터 번역 아까 말씀하셨듯이, 우리가 할 수 있는 것들을 말씀해주시면 각 교수님들은 그걸 골라서 할 수 있는 것들과 할 수 없는 것들을 먼저 나누는 것이 좋고 어차피 이런 데서는 큰 계획은 연구원에서 해주시고 저희들은 그 분과에서 저희들 역할을 하는 것이니까, 일단 무엇을 저희가 해야 되는지 알려주시면 저희들이 어떤 것은 할 수 있다 없다를 말씀드리는 것이 순서인 것 같습니다.

사회자 : 일단 제가 먼저 말씀드리겠습니다. 방금 말씀하신 그 부분 까지도 오늘까지 자유롭게 말씀하실 수 있는 그런 부분인데 분과위원회 역할까지도 생각하신 것이 있으시면 또 말씀하실 수도 있는데 어쨌든, 아까 우리 류창호 팀장이나 박찬호 박사가 말씀드렸다시피 기본적인 계획은 우리가 비교법연구, 그 중 영미법제연구분과의 운영에 관한 기본적인 틀은 방금 보신대로이지만, 특히 분과에 관해서는 정해진 그런바가 없고 지난번 EU법제분과에서도 여러 가지 분과의원으로 참여할 수 있는 외부전문가들께서 여러 가지 말씀을 하셨고, 국가별로 어떻게 분류를 할 것인지를, 연구주제를 어떻게 분류할 것인지 현실적으로 우리나라 법제에 관한 연구까지 어떻게 연결시킬 것인지 번역하는 문제라든지 아주 다양한 의견들을 주셨고, 그런 의견들을 오늘이 첫 번째 회의기 때문에 어떤 내용이라도 말씀하시면 우리가 반영할 텐데 기본적인 계획은 아까 말씀하신 그대로 생각이 들구요.

그래서 지금 분과위원들께는 앞으로 이 분과운영에 관한 회의에 대해서 참여할 수도 있고 학술회의라든지 연구를 통해서도 다양한 방법으로 참여를 해 주시면 저희들로서는 대단히 고마운 일이라고 생각합니다.

류창호 박사(한국법제연구원) : 죄송합니다. 어떤 역할을 하실 지에 대해서 전혀 사전에 말씀도 안 드리고 시작을 해서 제가 생각하는 우리 분과위원님들의 역할, 제가 기대하는 역할이라고 말씀 드린다면, 일단 분과의 성격을 말씀드리면 폐쇄적인 하나의 연구모임 플러스 자문위원의 성격을 가질 수 있다 라고 생각합니다. 작년에는 이 비교법제의 연구사업에 대한 자문위원단이 따로 구성해 있었습니다. 상반기에 1회, 연말 하반기 1회 총 두 번의 자문회의를 가졌는데 여러 전공에 대한 비교법 연구가 여러 가지 전공으로 구성되어 있고 그 다음에 그 대상국가들도 아주 다양하게 되어 있는데 단순히 하나의 자문위원이라고 하나의 조직을 만들어서 자문을 받고 하다 보니까 하나로 조합되기 어려웠습니다. 큰 방향성을 잡기가 힘들고 또 각 자문위원님들 개인의 선호도와 관심도에 따라서 분산된 의견들이 나온다는 점 단순히 연초와 연말에 한 번씩 자문회의를 한다는 것이 크게 실효성이 많이 떨어진다는 점, 물론 연초에 있을 사업 방향을 세우는데 도움이 될 수 있고, 연말에 있어서 그 다음해 당해연도의 사업을 평가를 하고 그 다음해 사업계획을 수립하는데 물론 도움이 될 수 있겠지만, 그것보다는 조금 더 실질적인 자문과 조언들이 필요하다라는 점입니다. 그래서 그 폐쇄적인 연구모임이라는 성격에서는 수행과제를 예를 든다면, 저희들이 잠정과제안을 여기에다 기재를 했습니다마는 이런 과제에 대해서 필요성 여부라던가 아니면 추가적으로 수행해야 될 과제가 어떤 것이 있다든가 이것은 이제 분과위원님들 전공과 관계있는 것도 괜찮고 관계없는 것도 저는 상관없다고 생각합니다. 만

약에 전공과 관계있는 주제이면 우선적으로 분과위원님들께서 저희들이 위탁방식을 통해서 과제수행을 하는 것도 가능하고 번역서의 경우에도 분과위원님들께서 이것을 국내에 꼭 소개될 필요가 있는 책이라고 한다면, 우리 분과에서 분과위원님들이 중심이 되어서 그 책에 대한 공동번역작업을 수행하는 것도 가능하고 사정이 여의치 않을 때는 그것을 저희들한테 추천을 해주시면, 저희들이 또 다른 팀을 만들어서 하면 되고 얼마든지 가능하다 라고 생각합니다. 그리고 이런 정기적인 워크숍을 통해서 영미법제 연구에 대한 어떤 새로운 시각이라든가 착안점, 이런 것들도 물론 저희 내부에서도 토론들을 하고 있지만 또 외부의 시각에서 그 외부전문가님들 외부교수님들의 시각에서 그런 것들을 또 제안해주시고 문제제기를 해주시면 저희들이 또 연구사업에 반영될 수도 있고 이런 포괄적이면서도 유연한 틀을 저는 분과에서 가지려고 생각합니다. 그래서 점점 분과의 운영이 좀 더 체계화되고 발전됨에 따라서 인원도 조금 더 보강을 하고 외부에서도 조금 더 많은 인원들이 참석할 수 있도록 하고 점진적으로 발전시킬 예정입니다만, 일단 첫해년도에 얼마만큼 체계적으로 분과를 운영하느냐가 가장 중요하다고 생각합니다. 그래서 특히 올해 첫 회니까 첫회에 처음 참석하신 분과 위원님들이 굉장히 중요하다고 저는 생각합니다. 그래서 저희들은 외부분과위원님들께 많은 것을 기대하려고 하고 있습니다. 어떤 형식이나 내용에 관계없이 분과회의가 있을 때는 분과회의에서 말씀을 해주셔도 좋고, 아니면 두 달을 못 기다리겠다 라고 하시면 새로운 연구과제라든가 이런 내용들에 대해서 저희들한테 메일이나 아니면 다른 연락방법을 통해서 수시로 문제제기를 해주시고 조언을 해 주시면 저희들이 그때그때 바로바로 반영을 하도록 하겠습니다.

성선제 교수 : 처음에 이렇게 자세한 운영계획안까지 그래도 미리

이렇게 주셔서 감사합니다. 이 자리에 와서 보는 것보다 백배 준비된 모습인 것 같아서 저는 좋게 생각합니다. 우선 이렇게 영미법을 계속 연구할 수 있는 것을 구체적으로 테마로 해서 된다는 것에 대해서 상당히 반갑게 생각을 하고 여기에 먼저 일번의 제목에서 미국의 비교법연구방법에서 관한 테마가 하나 있는데 이것과 관련해서 아까 박찬호 박사님이 여기 기관으로서의 성격이 있기 때문에 그런 특수성을 말씀하셨는데 현 미국의 주로 미국으로 한정해서도 미국의 어떤 법제를 연구하는 방법이 정말로 다양하고 그리고 학자에 따라서 내지는 법조인분들도 보면 갔다 와서 보고하는 포인트를 소개하는 게 상당히 많이 하더라구요. 무엇이 맞고 무엇이 틀리다 라고 말하기는 어렵죠. 그 부분은 그게 맞는데 모든 것이 성문화되어 있는 것이 아니고 그 부분들을 운영하면서 또 다르게 할 수 있는 부분들도 많고 주법시스템으로 되어 있는 부분들도 많아서 모가 있다 없다라고 하는 것은 무슨 신동엽이 있다 없다 처럼 자세히 뒤져보면 어딘가에 또 있어요. 어딘가에 있는데 그것이 미국에 있다 라고 얘기하기가 참 어려운 경우들이 있더라구요. 미국의 특정한 주에 있는데, 그것을 또 없다 라고 할 수도 없고 그럼 그게 미국에 있는 거냐, 이런 부분 때문에 학문적인 기초적인 측면에 있어서 연구하는 것과 여기는 법제연구원이니까 법제연구원에서는 앞에 사업목적에서도 조금 전에 말씀하셨습니다마는 연구방법이 국내입법정책에 도움이 되도록 이렇게 하려고 하다 보면 여기 공부하신 분들 가교수님을 비롯해서 더 잘 아시겠지만 미국에서 최근에 많이 이슈가 되고 주제가 되는 부분들은 사실 보면 대부분 판례의 주류 경향하고는 그것을 뛰어넘어서 앞서가는 것이죠. 그것을 객관적으로 이야기하면 현재의 어떤 성문법적인 효과(이펙티브) 부분이나 했을 때는 아닌 부분도 많단 말이에요. 그건 꼭 틀렸다기보다 현재에 있는 제도를 비판하면서 새로운 이론들이 주장되고 있는 것이잖아요. 그게 굉장히 앞서가고 있는 부분인데 그렇기 때문에 주

제로 많이 잡히는 것 같더라구요. 실제로 거기서 그게 유권적이나 하면, 그런 경우에 있어서는 실제 적용되고 법적으로 되어있는 부분은 아직 거기까지 안간 현상들이 많더라구요. 그랬을 때 우리나라에서도 그런 것을 수평적으로 해서 최첨단이론이라고 할까 비평방법들이 소개되는데 그런 부분들은 학회에서도 주로 그렇게 하고 있는 것 같습니다. 그런데 아마 법제연구원에서 한다고 했을 때 그런 방법은 아마 원치 않으시는 것 같구요. 그리고 주 포인트는 아닌 것 같아서 그런 연구방법이 아니라 법제적으로 성문법이라든지 주로 성문법을 예상하시는 것으로 저는 알고 있습니다만 그리고 판례 구체적으로 있는 이런 부분들 그래서 객관적인 부분연구가 또 한편으로 달리 있고 그렇게 했을 때는 그런 객관적인 부분들을 하는 것이 여기에서는 뒤에 부분들이 우리나라 입법정책에 도움이 될 수 있게 하기 위해서는 그런 부분들이 필요한 것이 아닌가 그리고 잘 모르겠습니다만은 여기서 한다고 했을 때는 당연히 그쪽으로 주 포인트를 두어서 해야 되는 것이 아닌가?

그 예를 들면 최근에 사법개혁과 관련해서 미국의 법제도를 소개하고 많이 하면서 우리나라에서 미국의 징벌적 손해배상제도를 도입하자 이런 논의들이 많이 있고 할 때, 미국의 이런 제도들이 있다고 했을 때 그것은 또 소개하시고 발표하시는 분이 그걸 뛰어넘어서 미국에서도 그 제도의 잘못된 부분 때문에 비판이 지금 많이 있거든요. 비판이 실제로 있습니다. 그렇게 해서 일부 이루어지는 부분들이 있는데 그런 부분을 소개하고 또 그러다보니까 징벌적 손해배상이 실제적으로는 어떻게 구체적으로 되고 있느냐 그런 근거를 찾자고 해서 말하자면 구하고자 이루어졌는데 그것에 대한 비판이 주가 되고 이렇게 하다보니까 과연 그럼 우리가 얻고자 하는 것이 미국 국내에서 미국학자 내지는 그 중에서도 자기들의 법을 개선하고자 하는 그런 모임에서 이루어진 토론인지 우리가 그런 부분을 구체적으로 그중에서

현실의 법을 알고 거기의 장점을 수입하려고 해서 이루어진 것인지 나중에 이렇게 하다보니까 원하는 것을 못 얻잖아요. 그러다보니 끝나고 나서 결국 징벌적 손해배상이 구체적으로 어떻게 되는거야. 우리법에다 전혀 반영할 수 없어, 그래서 얘기하고 끝나 버리는 부분이 있는데 여기에서 만약 연구를 하신다면 그것이 아닌 것 같아서 다 그렇게 준비를 하셨고 뒤에도 아마 그것을 완화적으로 표현을 했지만 좀 더 객관적인 법률과 판례라든지 이런 부분들을 설명하는 것을 해야 현실적으로는 도움이 되지 않을까 이런 생각이 듭니다. 이런 관점에서 보았을 때 가장 중요한 부분부터 앞으로 계속적으로 좀 더 구체적인 주제로 나아간다는 것을 전제로 했을 때 그 분야별로 또 우리한테 현실적으로 필요한 부분에 해당하는 이러한 어떤 법이 말하자면 입법시스템에는 무슨 무슨 법이 있고, 그것에 구체적인 조항이 모가 있고 거기에 관련되서는 무슨 단계가 있었고, 이런 부분들이 사실 굉장히 약하거든요. 그리고 미국의 입법시스템을 비판하는 것은 다른 포인트로 해야 되지 않느냐 그런 부분들이 선행되어야 되고 개인적으로는 미국이 최소한 USC법률은 우리나라에 다 번역이 되어 있어야 되고 접근이 가능하고 그런데 아직 부분별로는 되어있지만 전부는 되어있지 않습니다.

이에 비해서 우리가 많이 쓰고 있지 않는 독일법 이런 경우는 거의 대부분이 번역이 되어 있어요. 그런데 영향력면이나 그런 면에 대해서는 미국의 성문법이 확실히 영향을 많이 미치고 있는데, 어떤 비교법연구에서 제일 먼저 “미국은 어떻게 되어 있어?” 이렇게 물을 때, 이게 제일 일번인데 그런 부분들이 안 되어 있습니다. 그래서 어떤 관련되는 것을 찾아보고 하면, 유권적인 근거없이 평가로 되어 있는 제도를 그냥 두루뭉실 해서 쓰고 거기에 대한 평가로 되어 있는 이런 것들은 사실 크게 도움이 안 되는 측면이 많습니다. 개별적인 깊이 있는 연구는 좀 다른 차원으로 하고 그래서 그런 부분을 좀 더 부탁

드리고 싶고 또 그렇게 가야 영미법제 연구원에서 연구하는 취지가 맞지 않느냐 그렇게 생각합니다. 그렇다면 거기에 덧붙여서 하나만 말씀드린다면 번역서 선택하는 것도 그렇고 사실은 영미법에서도 중요한 책들이 기초적으로 중요한 책들이 많이 있는데 그런 것이 우선적으로 해야 되는 것이 원칙이죠. 아마 어떻게 보면 그런 것들을 번역하기도 쉽지도 않고 거기에 있는 말 그대로 번역했을 때 잘 알기도 어렵고, 그리고 일부는 대우학술재단이나 신진교수재단의 번역사업에서는 그런 아주 기초적인 부분들을 신청해서 번역하고 있는 것 같아요. 그래서 거기에 있는 것과 중복이 되지 않도록 하고 그리고 여기에 있는 것을 보니까 굉장히 프랙티컬한 부분을 해서 행정절차에 관한 이런 부분들 이렇게 해서 다 배포해서 누구든지 보고 실무에 있어서 참고할 수 있도록 할 수 있으신 것 같은데 이러한 법령해설이라고 할까요? 그런 것을 보면 전반적으로 Law School에선 이런 것을 배우지 않으니까 보통 보면 헌법에 관한 것도 보면 대학에서 배우는 정치학과에서 대부분 많이 배우지만 정치학과에서 배우는 헌법책이 이런 것이 잘 나타나 있어요. Law School에서 배우는 헌법책에는 이런 것이 나와 있지는 않아요. 다 아규(논쟁)위주로 해 놓고 제도해설을 설명해 놓고 있지 않으니까요. 정치학부에서 배우는 것 보니까 그건 다 그렇게 쓰여 있더라구요. 같은 헌법인데 접근방법이 완전 다른거예요. 왜냐 일반 학부학생들이나 이런 학생들은 그걸 몰라도 된다 이거예요. 반대의견을 알면 헛갈리죠. Rule로 딱 되어있는 부분만 설명하더라구요. 그래서 그런 차원의 책들을 선정해서 몇 개 하신다면은 여기 소기성과를 달성하는데 좀 더 맞지 않을까 생각합니다. 구체적으로 어떤 책이 해당하는지는 딱히 생각해 보지 않아서 추후에 생각나면 말씀드리겠습니다.

사회자 : 대륙법에 비해서 영미법이 우리나라에 최근에 특히 외환위

기 이후에 많은 영향을 미치고 많은 혼란을 겪음에도 불구하고 아직도 영미법에 대해서는 우리사회에서 어떻게 접근을 해야 될 것인지? 또 어느 정도 영향을 끼치고 있었는지에 대해서 그렇게 큰 연구가 많이 되어 있지 않다는 생각이 듭니다. 그래서 앞으로 분과가 가야할 길이 많다, 또 해야 할일이 많다 라고 생각이 듭니다. 그런 점들을 오늘 두 분 말씀을 통해서 느꼈습니다. 아까 1부에서 발표하시면서 중요한 말씀들을 많이 해주셨다고 생각이 드는데, 그럼에도 불구하고 구체적으로 우리 연구분과에서 어떤 일을 해야 될 것인지에 관하여 이희정 교수님께서 말씀해주시면 감사하겠습니다.

이희정 교수 : 제가 여기서 이렇게 말씀드릴 만큼의 자격이 있지 않다고 생각이 들지만 개인적인 의견을 말씀드리자면 우선 첫째는 영미법제 비교연구가 지속적으로 계속되는 것이라면 올해 안에 체계적인 계획 외에 내년이나 내후년까지도 어떤 흐름을 가지고 간다 라고 하는 모양을 짜면 좋지 않을까란 생각이 들었는데요. 그런 점에서 보면 여기서 영미법기초분야라고 하시는 것이 여러 가지 법학이나 법철학도 가능하시겠지만 앞으로 영미법제에 대해서 각각의 각론적인 연구들을 하기 위해서 어떤 기초가 되는 것들이라는 의미로도 볼 수 있을 것 같고 그렇다 라고 한다면 예를 들면 이미 법제연구원에서 이미 기존에 선행 연구들이 많이 되어 있을 것 같아서 중복되는 이야기일지 몰라서 조금 두렵기는 합니다만 제 생각에 미국법제를 앞으로 볼 때 그것에 베이스를 이루는 것은 이게 연방에서 어느 정도 정부가 규율하고 있고 어느 정도가 주에 넘어가 있고 제 생각에는 각 분야마다 굉장히 차이가 있는 것 같거든요. 제 경험으로 봤을 때 교육법 같은 경우는 연방법제에서는 그냥 지원에 대한 보조금에 대한 법률만이 거의 있는 것 같고 나머지는 각주마다 다르게 하고 있는 것 같고 그 다음에 그것하고는 차원이 좀 다른 분류지만 예를 들면 행정법 같은면

또 연방법차원에서 실제적으로 많이 존재하고 또 다를 것 같습니다. 그리고 금융이든 뭐든 다른 분야에 따라서 다를 것 같은데 제 생각에는 앞으로의 그런 각론분야를 공부하려면 이 테마에 대해서는 주범으로 바로 들어가야 된다. 아니면 연방차원을 먼저 조사해보고 들어가야 된다. 이런 식의 기분들을 미리 기초조사로서 해 놓으면 이런 것도 굉장히 도움이 되지 않을까란 생각이 들거든요. 그래서 영미법의 기초분야라고 하는 분야에서 연방제를 연구하는데 연방제가 그냥 이렇게 되어있다 라는 제도라기보다는 구체적으로 그 분야마다 연방과 주의 권한이 어떤 식으로 분장되어 있고 제 생각에 요즘엔 Local Government까지 들어가 봐야 될 것 같아요. 그런 분야까지 해서 과연 어느 정도로 권한이 배분되어 있어서 어떤 법제 연구를 하기 위해서는 여기서는 어느 쪽의 레벨을 주로 봐야 된다는 이런 식의 기준들을 미리 세워질 수 있는 연구가 초기에 진행이 된다고 하면 앞으로 연구할 때 도움이 되지 않을까란 생각이 들었구요.

그 다음에 번역서의 선정에 대한 경우는 저는 잘 모르겠습니다만 사실 바다처럼 넓은 건데 제 생각에는 번역서 선정도 이왕이면 결국 비교법이라고 하는 것이 완전히 현실에서 의미를 갖고 다가오게 하기 위해서는 원리가 거기에 포함될 뿐만 아니라 굉장히 세부적으로 들어가야 될 것 같습니다. 그렇게 하려면 되도록이면 하나의 주제의 어떤 여러 가지 나누어진 사업들을 모아서 집중해서 이 부분에 대해서는 거의 A-Z까지 됐다는 이런 식의 느낌이 들게끔 하면 좀 더 인상적이라는 생각이 듭니다. 예를 들면 교육법제에 관한 분석을 연구과제로 하신다고 하면 이왕이면 번역서도 거기에 맞는 번역서를 하셔서 연계를 시켜주시는 게 어느 분야라도 조금씩 정복해 나가는 게 아닐까란 생각이 듭니다. 법제연구원에서 가지고 있는 기존의 틀이 있으실 것 같지만, 이것은 그냥 제 개인적인 생각입니다. 그리고 나머지 이슈페 이퍼나 저널 같은 것이 한꺼번에 나오는 것이 가능하신가요? 이런 것

을 장기적으로 우선순위를 가지고 하실 것인지 그런 것에 대해서는 말씀해주시고 그리고 제 생각에 이런 것을 한꺼번에 다 하실 수 없다고 하면 우선순위를 정해서 작은 것부터 정해서 큰 것으로 간다든가 그런 순차별 계획 같은 것도 있으면 좋지 않을까란 생각이 듭니다.

사회자 : 박찬호박사가 간단하게 답변하고 시작하겠습니다.

박찬호 박사(한국법제연구원) : 말씀 감사합니다. 연차별 계획에 대해선 수립하는 과정입니다. 근데 제가 말씀을 드릴 수 있는 것은 아까 말씀드렸듯이 연구분과에서 운영, 외부 전문가분들과 보고서로 약간 차별화 될 수 있는데, Workshop에서는 어떤 토론을 거쳐서 함을 원칙으로 하고 팀장님이 말씀 하셨듯이 보고서를 한다든가 번역사업을 한다든가 자문을 하거나 심의를 해주시는 그런 종합적인 역할을 맡아주신 건데, 일단 첫 번째, 워크숍 개최계획을 보시면 알 수 있겠지만 굉장히 브로드하게 잡았습니다. 이회정 교수님께 발표를 죄송스럽게도 급하게 부탁드릴 때도 굉장히 브로드하게 해달라고 말씀드렸던 이유가 올해 같은 경우는 국내법에 어떤 영향을 미치는지 우리가 문제제기를 하자는 겁니다. 그렇게 하고 어떤 큰 틀에서 검토를 하고 내년부터는 기초연구분야와 입법정책에 도움이 되는 분야를 하나하나씩 선별을 해서 오늘 연구분과 회원님들이 연구하시고 발표하시고 같이 토론을 했던 그런 부분들에서 이번 연말에는 내년부터는 국내법에 어떤 영향이 미쳤는데 이런 법분야가 필요하다 라고 했을 때 내년도 연구계획을 세분화해서 들어가고 조금씩 조금씩 펼쳐가는 방향으로서는 계획을 잡았고 올해 들어서 제목을 잡은 것은 우리가 여태까지 영미법에 대해 연구를 했지만, 상당히 일반적으로 소개하는 식으로 Common Law상에 아까도 말씀하셨다시피 객관적인 어떤 성문법을 소개하는 것보다는 Common Law상에 기본적인 것들을 각 법에 소개되

는 것으로 알고 있습니다.

올해는 이런 계획과 내년에는 이런 문제제기를 통해서 연구분과 위원님과 토론과 발표를 통해서 문제제기를 통해서 하나씩 세분화 들어가는 방향으로 잡았습니다. 그 계획은 저희들이 4번의 회의가 예정되어 있긴 하지만 중간 중간에 제가 자문을 구할 수도 있고 또 필요한 경우에는 같이 회의를 할 수 있다고 생각합니다. 그리고 이슈페이퍼 문제는 제가 기재를 해 놓고 있기는 했지만 아까 팀장님께서도 언급하셨지만 저희가 해외입법정보라는 것을 발행하고 있습니다. 그래서 그것이란 연계를 한다. 이슈페이퍼는 그 안에 올 한해 4월달에 나오게 된 것을 보시면 아시겠지만 그 안에 외국법제분석이 들어가 있습니다. 국내법 시사성에 있는 부분들이 거의 있을 것이고 이슈페이퍼는 아직까지 독자적으로 분과에서 발행하기는 필요에 의해서는 하겠지만 그 부분에 대해서는 솔직히 팀내 회의를 거쳐야 되는 상황입니다.

그 다음에 비교법저널 같은 경우는 작년에 계획을 수립을 다했고 해외편집연구원들이 선정이 되어 있습니다. 작년 같은 경우에는 영문으로 발행할 목적으로 해서 미국의 워싱턴 대학 교수님들 존헤리 교수님과 인디애나대학 교수님들하고 그 다음에 영국의 비교법연구소장 트릭스 교수님하고 독일의 클레퍼 교수님이 선정되어 있습니다. 그러나 저희들이 아시아 로리뷰라는 영문잡지가 나오고 있고 저희팀에서 두 개의 영문잡지가 나온다는 것이 너무 부담이 될 수 있어서 올해 조정에서 결정을 할 생각입니다. 아마 그 결정이 될 때 교수님들께 자문을 구하고 절차적으로 진행을 할 계획입니다. 이상입니다.

사회자 : 지난주에 말씀드렸다고 EU법제분과를 했고 이번 주에 영미법제를 하고 있는데 말씀하신 것을 보면 우리나라에서 EU법제와 영미법제 위상이 상당히 많이 다른 것 같습니다. 그래서 위상뿐만 아니라 연구를 어떻게 진행해야 될 것인지 또 연구분과를 어떻게 운영

해야 될 것인지에 관해서도 앞으로 많은 차별을 가지고 운영을 해야 되지 않을까 그런 생각을 했고 특히 EU자체는 성립된 지 오래되지 않았기 때문에 어쨌든 대륙법에 관해서는 우리가 많은 연구를 해왔지만 체계적으로 양적으로도 많은 연구가 되어 있고 그렇지만 영미법제는 비교적 최근에 우리한테 많이 도입되었고 그렇기 때문에 연구의 방향이라든지 주제라든지 이런 것들을 선정하는데 있어서도 보다 더 조심스럽게 많은 검토를 해서 진행을 해야 될 것 같고 그런 점에서 앞으로 분과위원회의 의견이 중요하다 라고 생각이 듭니다. 오늘은 그렇게 구체적인 말씀은 못하셨지만 앞으로 보다 구체적으로 의견을 들을 수 있는 기회가 있기를 바라구요. 그리고 아까 가교수님은 질문만 한번 하시고 답변은 별로 하지 않으셨는데 다른 말씀 있으시면 해주시죠.

가정준 교수 : 갑자기 생각이 난건데요 주제를 이렇게 계약법, 상법 이렇게 거기에 교수님 한분 여기에 안에 계신 분 한분 이렇게 하면 브로드하니까 오히려 미국의 입법 사법시스템에 관한 연구를 어떤 파트에서는 헌법에 관련된 것, 어떤 부분은 주디션에 관련된 것 또 어떤 부분은 배심원제도에 관련된 것, 시스템을 먼저 모든 교수님들이 공통적으로 참여할 수 있고 한 주제로 어떤 보고서를 내더라도 미국인지... 제가 이번에 놀랐던 것이 뭐였냐 하면 제가 FTA에 관련해서 어떤 통역을 했었는데요. 미국에서 FTA협상단이 왔을 때 이미 그 사람은 행정부에서 나오긴 했지만 이미 모든 권한을 의회로서부터 다 받고 왔습니다. 그 안에서만 협상을 해도 되기 때문에 협상을 받고 온 다음에는 의회통과는 문제가 아니라고 하더라구요. 왜냐면 우리는 행정부에서 통과를 해야 되지 않습니까? 그런데 거기는 아예 외국과 관련된 국회통제를 받기 때문에 미국의회부터 권한을 받아서 계약을 체결하기 때문에 그 얘기를 듣고 저도 몰랐었던 부분이었고 그리고 또

하나 왜 이번에 미국중간선거가 중간에 있느냐를 얘기했을 때 공화당 정부에서는 FTA를 원했지만 민주당정권에서는 원하지 않았기 때문에 그 계약 기간이 만료되는 이후에 민주당에서는 더 이상 FTA를 추진하지 않기 때문에 그게 문제가 된다고 발표하시더라고요. 그래서 그런 기본적인 의회의 권한 이런 것도 사실은 저도 잘 몰랐었던 것이기 때문에 기본적으로 아까 성교수님께서 헌법, 기본적인 케이스말구 기본적인 요소부터 접근해 나가면 아까 배심원제도도 얘기했는데 배심원제도의 연구는 우리나라에서 지금 배심원제도 도입하겠다는 얘기도 있고 그리고 생각했던 것이 미국에 있을 때 MPRE고 미국의 시험을 봤을 때 변호사들이나 판사, 검사들의 어떤 윤리기본 이런 것을 보여 줌으로 인해서 오히려 시사성문제도 많으니까, 그런 것 번역사업이라든지 시스템적인 것을 같이 한다면 주제별로 상법의 어느 부분하고 이런 것보다는 좀 더 다 같이 공동작업해서 한꺼번에 이렇게 하는 것이 어떨까 하나의 의견입니다.

사회자 : 방금 말씀하신 것이 맞는데요. 우리 연구원의 연구사업은 주로 정부입법에 관한 사업들이기 때문에 그 중에서도 법무부의 소관 사항들이나 또 대법원의 소관사항들에 대해서는 직접적인 부분들은 연구를 잘 안하는 경향이 있고, 따라서 사법제도 같은 경우에도 간접적으로 어떤 입법에 관련된 부분들은 물론 우리도 연구를 할 수 있지만 사법제도에 관련된 직접적인 연구라든지 이런 것은 연구수행을 잘 안하는 경향이 있습니다. 그렇지만 우리 연구원이 그렇다는 것이고 비교법제연구사업이나 영미법제분과에서는 그런 것을 굳이 나누어야 될 필요성은 없다고 봅니다. 물론 가급적이면 정부입법에 관련된 부분에 관련된 과제가 가장 좋지만은 그렇지만은 영미법제의 전반적인 부분도 관련되는 것이기 때문에 그런 부분도 굳이 우리가 배제할 필요성은 없다고 생각합니다. 외부에서 오신 분들은 말씀 다 하셨는데

내부에 다른 분 의견 내실 분 있으십니까? 시간이 너무 많이 지났기 때문에 오늘 참석하신 분들이 오늘 워크숍 성격을 정확하게 파악하지는 못하고 참석하셨다는 생각이 들고 그런 부분들은 저희들 책임도 있고 첫 번째 회의이기 때문에 그런 경향이 있었다고 봅니다. 다음번 회의 때는 좀 더 구체적으로 자유롭게 논의를 해서 우리 사업이나 법제발전을 기할 수 있기를 바라고 오늘 말씀 대단히 감사합니다. 수고하셨습니다.