

給付行政에 關한 研究

保健行政科 李 輔 泳
助 教 授

目 次

- | | |
|---------------|--------------------|
| I. 序 言 | VI. 給付行政의 基本原理 |
| II. 給付行政의 概念 | VII. 給付行政과 社會保障 |
| III. 給付行政의 種類 | VIII. 給付行政法關係의 法形式 |
| IV. 給付行政論의 發展 | IX. 結 言 |
| V. 給付行政과 法治主義 | |

I. 序 言

給付行政이라는 用語는 우리나라의 行政法學에서는 비교적 生소한 것이 사실이나 이는 第一次世界大戰 以後의 國家觀의 變遷 즉 종래의 秩序國家로부터 福利國家(welfare state) 에로의 變遷에 따라 秩序維持行政에 대한 觀念으로 淸트게 되었다.¹

現代國家의 行政作用은 個人主義의 自由主義의인 近代立憲國家에서와는 달리 社會公共의 安寧秩序의 維持라는 消極的인 警察作用外에 한걸음 더 나아가 社會公共의 福利의 增進이라는 積極的인 作用을 그의 重要한 部分으로 삼게 되었다. 自由로운 市民의 利益과 活動의 保障을 위한 近代法治國家는 19世紀 後半까지만 하여도 自由放任主義를 基本原理로 삼았고 그의 실천과 유지만을 最大의 美德으로 여겼다. 自由放任主義는 國家와 社會의 二元主義 및 國家目的 制限說을 자아내게 되었고 社會는 國家以前에 이루어진 既存秩序로서 國家는 社會 안에서 自由로운 經濟活動 등에는 관여하지 아니하고 오직 그 秩序維持의 機能만을 擔當하여야 한다는 것이었다.²

이러한 國家와 社會의 二元主義의 觀念은 19世紀의 市民的 自由主義의 法治國家인 獨逸에서 行政을 公權의 行政과 國庫의 行政으로 兩分하는 法理論 내지 制度의 바탕이 되었다. 즉 國家가 公權力의 主體로서 自律的인 市民社會에 개입하는 경우의 行政을 公權의 行政으로 보는 반면에 國家가 市民社會의 一員으로서의 地位에서 活動하는 경우의 行政作用을 國庫의 作用으로 파악하여 이들 중에서 公權의 行政만을 본래적인 行政으로 보아 行政法의 規律對象으로 삼았던 것이다. 다만 여기에서의 公權의 行政은 결코 19世紀의인 夜警國家的

¹ 徐元宇, “給付行政의 法理” 考試界, 1969. 6月號

² 李尙圭, 新行政論(下) p.271

警察作用에 局限되지 아니하고 國家의 市民社會에 대한 後見的인 立場에서의 保育機能을 포함하고 있었음을 否認할 수 없다.

그런데 現代産業社會(modern industrial society)에서 엿볼 수 있는 많은 社會·經濟 構造上的 矛盾에 効果的으로 대처하기 위하여 國家의 積極的인 作用이 要求되게 되었고 그에 따라 社會公共의 福利增進을 圖謀하기 위한 積極的 行政作用이 종래의 消極的 秩序行政이 차지하고 있던 寶位에 오르게 된 것이다. 이와 같은 福利國家觀에 입각한 行政領域의 擴大 및 行政作用의 重點의 變動은 程度의 差異는 있을지언정 모든 現代國家의 共通되는 現象이다. “프리드만”(W.Friedmann) 교수는 現代國家의 主된 機能으로 ① 保護者(protector)로서의 기능 ② 給付者(provider)로서의 기능 ③ 事業經營者(entrepreneur)로서의 기능 ④ 經濟規制者(economic controller)로서의 기능 ⑤ 仲裁者(arbitrator)로서의 기능의 다섯 가지를 들고 있는데³ 이는 現代國家에 있어서의 行政領域 및 福利行政기능이 차지하고 있는 비중을 가장 적절히 나타내는 것이라 할 수 있다. 즉 “프리드만”교수가 摘示하고 있는 現代國家의 機能 가운데에서 保護者로서의 기능을 除外하면 모두가 福利行政기능임을 알 수 있다.

給付行政論이 行政理論으로 확립된 것은 “폴스토프”(Forsthoff)의 “給付主體로서의 行政”에⁴ 依하여 成立된 것이지만 「國民에 對한 授益的 活動을 通하여 國民의 福祉를 積極적으로 向上 增進하시키기 위하여 하는 行政作用」이 給付行政이라고 그 概念을 定立할때 그 行政의 對象은 供給行政, 社會保障行政, 助成行政등과 같이 複雜多樣한 면모를 지니게 되는 것이다.

“우리나라는 現代國家의 共通의 理想인 福祉社會를 이룩할 것을 窮極의 目標로 하고 있는 것이며 그 目標達成을 위하여는 國家가 國民의 各種生活領域에 대하여 積極的인 配慮와 統制를 加할 필요가 점차 增大된다”라고 說示한 것(大判 1962년 2월 1일)도 우리나라에서의 福利行政機能의 增大를 단적으로 나타낸 것이다. 여기에 비슷한 性質과 目的을 가진 行政作用에 대한 法原理의 體系化를 위한 道具概念으로 秩序行政에 대한 관념으로서의 給付行政의 概念이 成熟되게 되었다고 할 수 있다.

우리나라에 있어서도 第四次 經濟開發計劃에 社會開發部分이 포함되어 있는 것은 周知의 事實로서 그간의 經濟開發에만 重點을 두었던 政府施策이 한걸음 나아가 그간 國民들의 念願이었던 社會福祉에 대해서도 計劃과 그 施策이 실시되고 있는 實情에 놓여 있다.

一般的으로 富強한 經濟力을 바탕으로 社會發展의 施策이 수반되어야 한다고 함은 異論의 여지가 없으나 우리나라도 이제 經濟力에 있어서 高度로 成長된 이마당에 있어서는 國民의 生存權의 基本權保障에 대한 社會保障의 施策은 오히려 늦은감이 없지 않다. 우리나라의 近代化作業의 중극적인 目的은 살기 좋은 福祉國家建設에 있음은 다시 말할 필요도 없을

³ W.Friedmann, Law in a Changing Society, 2nd ed, 1972, p.506.

⁴ Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

것이라는 意味에서 國民들의 人間다운 生活을 保障해주는 社會保障施策이 또한 時急한 課題가 아닐 수 없다. 여기에 給付行政에 대한 이론적 전개과정을 究明 하고 社會保障行政에 대해서 생각해 보기로 한다.

II. 給付行政의 概念

給付行政이란 實定法상의 개념이 아니라 學問상의 것으로서 學者에 따라 그 概念을 把握하는 태도에는 다소의 차이가 없지 아니하다. 그러나 給付行政으로서 一般的으로 認識되고 있는 바를 綜合하여 본다면 給付行政이란 國家 또는 公共團體등의 行政主體가 授益의 活動을 통하여 直接으로 社會公共의 福利를 증진하기 위하여 主로 非權力的 手段에 의하여 하는 作用을 뜻한다⁵고 할 수 있다. 그러므로 給付行政은 그 主體 目的 內容 및 手段의 점에서 다른 行政作用으로부터 구별될 수 있는 特性을 가진다.

1) 給付行政의 主體

給付行政을 하는 것은 國家 公共團體등의 行政主體이다. 원래 給付行政의 主體는 다른 行政作用의 경우와 마찬가지로 國家 또는 公共團體와 같은 본래의 行政主體인 것이 원칙이나 國家로부터 일정한 給付行政에 대한 特許를 받은 私人(法人, 自然人을 不問)이 行政主體의 地位에 서서 給付行政을 擔當하는 경우도 있다.⁶

私人이 特許에 의하여 行政主體(給付行政의 主體)가 될 수 있는 것과 같은 法的 現象은 警察·軍政등의 行政作用에서는 그 예를 흔히 보기 어렵다. 給付行政의 主體에 관한 이러한 특수한 현상은 給付行政은 秩序維持作用과는 달리 非權力的 手段을 主로 할 뿐만 아니라 軍事行政과 같은 國家目的的 行政에 속하는 것이 아니기 때문이다.

2) 給付行政의 目的

給付行政은 直接으로 社會公共의 福利를 증진시킴을 目的으로 하는 行政作用이다. 給付行政의 目的은 社會의 利益을 圖謀하는데 있는 것이기 때문에 그것은 秩序維持作用이나 規制作用의 目的과 같이 社會目的에 속한다. 給付行政은 같은 社會目的的 行政에 속하는 規制作用과는 그들이 모두 積極적으로 直接 社會公共의 福利增進을 圖謀하는 作用이라는 점에서 같은 目的을 가지는 것이나 소극적으로 社會公共의 安寧秩序의 維持를 目的으로 하는 秩序維持作用과는 그 目的에 있어서 구별된다.⁷

⁵ 金南辰, “給付行政의 意義 및 基本原理”, 考試界, 1972. 7月號
H. Wolf, Verwaltungsrecht III 3Aufl, 1973, s.154.

⁶ 李尙圭, 前揭書, p.273.

⁷ 李尙圭, 前揭書, p.273.

또 給付行政의 目的은 社會目的에 있다는 점에서 國家나 公共團體의 財力을 取得·管理하는 財務行政 및 國家의 存立을 유지하기 위하여 兵力을 取得 유지하는 軍事行政과 같은 國家目的的 作用과 구별된다.

給付行政의 目的은 위에서 본 바와 같이 적극적으로 社會公共의 福利를 증진시키는데 있기 때문에 종래의 消極的인 秩序國家에 대한 現代福利國家의 機能的 特徵을 나타내는 行政作用의 態樣이라고 할 수 있다.

3) 給付行政의 內容

給付行政은 授益的 活動을 그 內容으로 한다. 즉 給付行政은 社會公共의 福利증진에 이바지 할 手段(財貨·役務設備等)을 供給 提供하고 개인의 人間的 生活을 保障하며 개인의 活動을 뒷받침하는 것을 內容으로 하는 活動을 통하여 社會公共의 福利를 증진하려는 行政作用이다. 給付行政을 “주는 行政”이라고도 說明⁸하는 바탕도 바로 給付行政의 이러한 內容上의 特徵에서 우러난 것이라고 할 수 있다.

이러한 뜻에서 給付行政은 그와 目的을 같이하는 規制行政과 區別된다. 規制行政은 위에서 본 바와 같이 직접으로 社會公共의 福利增進을 圖謀하는 作用이라는 점에서 給付行政과 같은 目的을 위한 作用이나 規制行政은 個人의 社會經濟 活動에 대한 規制를 內容으로 하는 것인 점에서 給付行政과 規制行政은 서로 區別된다.⁹

4) 給付行政의 手段

給付行政은 非權力的인 手段에 의하여 행하여진다. 즉 公物이나 公共施設을 유지 관리하고 公益事業을 經營함으로써 財貨나 役務를 供給하고 社會保障을 통하여 개인의 生活유지를 위한 手段을 提供하며 개인의 일정한 社會·經濟 活動을 助成하기 위한 資金등의 供與로써 이루어지는 作用이 곧 給付行政이다. 그러므로 給付行政은 그 手段의 面에서만 본다면 그와 비슷한 內容의 私人的 行爲와 크게 다를 것이 없다. 그러나 給付行政이 非權力的 手段에 의한다는 것은 결코 給付行政은 非權力的 手段에만 의존하고 權力的 手段에 의하는 경우는 없음을 뜻하는 것은 아니다. 給付行政도 公物의 公用開始行爲나 使用의 許可 및 生活保護의 決定등의 경우와 같이 權力的 手段에 의하는 경우가 있으나 給付行政은 다른 行政作用과는 달리 非權力的 手段을 주로 한다는 것이다.¹⁰

給付行政은 그 手段이 非權力的인 行爲를 주로 하는 것인 점에서 權力的 行爲를 主된 手段으로 하는 秩序行政·規制行政·財務行政 및 軍事行政과 구별된다.

⁸ 金南辰, 前揭論文

⁹ 李尙圭, 前揭書, p.274.

¹⁰ 李尙圭, 前揭書, p.274

III. 給付行政의 種類

給付行政은 이를 보는 표준에 따라 여러가지로 나눌 수 있으나 그 중에서 중요한 것을 보면 다음과 같다.

1) 內容에 의한 分類

給付行政은 그 內容을 표준으로 하여 나누어 볼때 供給行政·社會保障行政 및 助成行政¹¹으로 분류할 수 있다.

(1) 供給行政

供給行政이란 公共의 生活關係에서 一般的으로 需要되는 物件을 유지 관리함으로써 公的인 利用에 提供한다거나 公益事業(public utility 水道, 電氣, 通信, 가스 등에 관한 事業) 또는 公共施設(public facility 圖書館, 學校, 養老院 등 施設)을 설치 관리함으로써 일정한 財貨나 役務를 供與하는 內容의 給付行政을 말한다. 그러므로 供給行政은 內容적으로 볼때 주로 種래의 公物 및 公企業 作用에 相當하는 것이 된다.

(2) 社會保障行政¹²

社會保障行政이란 개인의 최저한도의 人間的인 生活을 보장함으로써 社會正義를 實現하고 公共의 福利를 增進하기 위하여 개인의 生活關係에 적극적으로 參與하여 일정한 保護를 供與하는 行政作用을 말한다. 그러므로 이는 公的扶助社會保險 勤勞保險 特別保護 및 福利事業 등에 관한 作用으로 이루어진다.

(3) 助成行政

助成行政이란 社會公共의 福利를 증진하기 위하여 개인의 社會 經濟 活動에 적극적으로 參與하여 資金의 교부 및 技術의 提供 등 일정한 保護를 供與하는 作用을 말한다. 그러므로 助成行政은 公益性있는 企業이나 活動을 保護하기 위한 補助金의 교부 國·公有財産의 無償貸與 讓與 및 減·免稅 등에서 현저한 예를 찾아볼 수 있다.

2) 目的物에 의한 分類

給付行政은 具體的인 給付의 目的物이 무엇인지에 따라 (1) 金錢支給(補助金의 交付 등) (2) 物件의 供與(公共用物의 利用 提供, 電氣, 水道事業에 의한 電氣 물의 供給 등) (3) 役務 提供(電信, 電話事業, 公共施設의 利用 提供 등) 및 (4) 斡旋保護(職業輔導, 特殊融資推薦 등) 등으로 나눌 수 있다.

¹¹ 金道利교수는 이를 각각 配慮行政, 社會開發 行政 및 經濟助長行政이라 부른다(同교수의 前掲書, p.242)

¹² 社會行政이라 부르는 學者도 있음. 金南辰, 行政法, p.559.

3) 法形式에 의한 分類

給付行政은 그것이 行하여지는 法形式에 따라 (1) 公法的 給付¹³와 (2) 私法的 給付로 나눌 수 있다. 公法的 給付란 公法的 法律效果를 發生시키는 行爲形式 즉 行政行爲 또는 公法上의 契約 등에 의하여 行하여지는 給付行政을 말하며 私法的 給付란 私法的 行爲로 이루어지는 給付行政을 말한다. 다만 給付行政은 그 法形式이 公法的 또는 私法的인 形式中的 어느 하나로 確然히 分離되어 나타나는 것이 아니라 하나의 給付行政이 法形式을 달리하는 여러단계로 나누어 施行되는 경우(예: 公物의 公用開始行爲와 그 公物의 私法的 利用關係 등)가 적지 아니하다.

4) 法的 拘束 여부에 의한 分類

給付行政은 法律과의 관계에서 (1) 義務的 給付 (2) 裁量的 給付 (3) 法律로 부터 自由로운 給付로 大別할 수 있다.

IV. 給付行政論의 發展

1) 給付行政理論의 成立

給付行政論이 行政法理論으로서 確立된 것은 “나치”時代인 1938년에 發行된 “폴스토프”(E.Forsthoff)교수의 著書 「給付主體로서의 行政(Die Verwaltung als Leistungsträger)에 의하여 成立되었다고 할 수 있다. 그는 傳統的인 行政法學의 基盤이 되어 온 權力分立的 市民法治國家가 이미 그 妥當性を 잃었다는 점을 지적하고 給付行政論을 現代行政法學의 論題로 하여 다음과 같이 理論을 전개하고 있다. 즉 人口의 增加와 都市化경향은 社會的 現實의 變化를 가져왔고 그 結果는 人間生活의 모든 領域에 걸쳐 變化를 초래하였다. 첫째로 住宅 農地등 人間에게 完全히 귀속하는 領域이 줄어들고 둘째로 이와는 反比例하여 人間生活의 領域이 擴大되어 生活에 필요한 財貨를 自給自足에 의하지 않고 他人과 相互充當하여 획득하여야 할 社會的 必要가 증대하였다.

그리고 이 相互充當의 必要性을 充足시켜야 할 責任의 主體는 歷史적으로 볼때 個人으로부터 社會集團으로 社會集團에서 다시 政治權力으로 변천해 왔다. 여기서 第三의 단계 즉 政治權力이 相互充當을 充足시킬 責任을 지는 단계에서 政治權力이 수행하여야 할 機能은 ① 資金과 價格의 適正한 關係保障 ② 需要·生産·去來의 規制 ③ 現代의 集團生活樣式에 맞은 人間生活에 필요한 給付의 提供(生存配慮, Daseinvorsorge)등이다. 그리하여 이중 生

¹³ 公法的 給付를 高權의 給付라고도 부르나(金南辰, 前揭書, p.560; 徐元宇 “給付行政의 法理” 考試界, 1969. 6月號), 이 가운데에는 公權力의 行使形式인 行政行爲뿐만 아니라 公法上 契約이 포함되는 점 등에 비추어 볼때 公法的 給付라고 부르는 것이 타당할 것이다.

存配慮를 위하여 行해지는 行政이 給付行政이다.

그러면 이 生存配慮를 위한 給付行政이란 구체적으로 무엇을 의미하는가. 그것은 물, 電氣, 가스등의 供給, 交通手段 우편, 電話, 電報 또는 保健衛生保障, 老齡, 障碍, 疾病, 失業의 對策등이다.¹⁴

그런데 「폴스토프」는 生活配慮의 範圍를 결정짓는 基準으로서 ① 給付關係의 双面性과 ② 個人的 給付關係存續에의 依存을 들고 이러한 基準에서 위의 모든 供給事業과 交通事業을 生活配慮의 中心으로 파악하는 반면에 社會保障이나 또는 一面的 給付關係로서의 公的 扶助를 除外하고 있다.¹⁵

또한 個人的 地位도 市民的 自由主義的 法治國家時代의 그것으로부터 크게 變化하여 종래의 「基本權=自由保障」이라는 등식 대신에 「生存配慮에의 參與」라는 命題를 提唱하게 되었다.¹⁶

이같은 「폴스토프」의 給付行政論에 의하여 獨逸의 行政法學에 있어서 現代福利行政法의 理論的 基礎를 定立하게 되었다는 點에서 그의 理論은 높이 評價될 수 있다.

다만 「폴스토프」는 基本權은 歷史的인 것으로 보아 傳統的인 個人的 自由는 「配分에의 參與」로 代替되어야 한다고 主張한 것은 人權侵害를 正當化시키는 結果를 초래하여 自由保障의 基本權을 度外視한 點과 또한 「폴스토프」의 生活配慮概念에 있어서는 個人的 生活配慮請求權 즉 生存權의 基本權의 보장이 포함되지 않는다는 點에서 現代行政法論으로서 문제점을 안고 있다.

2) 給付行政論의 展開

앞에서 본 바와 같이 「폴스토프」의 給付行政論은 1938년 「나치스」時代에 成立하였으나 第2次世界大戰후에 理論構成上의 수정을 거쳐 오늘의 給付行政論에로의 發展을 보게된 것이다. 즉 「폴스토프」는 基本權에 대신하여 「配分에의 參與」를 指導理念으로 내세웠던 戰前理論을 修正하여 秩序行政分野에 있어서의 指導理念으로서 「自由」를 給付行政分野에 있어서의 指導理念으로서 「配分에의 參與」를 제시하고¹⁷ 이 配分에의 參與에 대하여 公法上의 保護를 부여하는 것에 生活配慮概念의 意味를 찾고 있다. 그러나 그의 이른바 配分에의 參與는 여전히 基本權의 對立概念으로서 國民의 權利라는 측면에서 다루어지지 않고 있다.

또한 「폴스토프」는 生活責任이 政治權力에 있다고 하면 戰前理論을 修正하여 그는 生活保障이 第一次의으로는 「現代產業社會에 의한 生活安定化」의 형태로 이루어지고 「國家에 의한 生活配慮」는 補完機能에 불과하다고 함으로써¹⁸ 生活責任을 政治權力에서 부터 社會로

¹⁴ 徐元宇, 崔松和, 行政法(Ⅱ), pp.168~169.

¹⁵ 金道程, 一般行政法論(下), p.240.

¹⁶ 徐元宇, 崔松和, 前揭書, p.169.

¹⁷ Forsthoff, Rechtsfragen, s.9

¹⁸ Ibid s.21

환원시키고 있다.¹⁹

이리하여 給付行政論은 第二次大戰後 西獨에서 現代國家의 理論으로서의 性格을 갖고 行政法學에 있어서 侵害行政과 나란히 獨自의인 行政領域으로서 그 地位를 굳혔으며 우리나라에서도 종래 「保育行政法」이라 하여 福利行政에 대하여 論議되어 왔으나 최근의 경향은 國家의 恩惠를 의미하였던 「保育行政」이라는 관념에 대치하여 20世紀 社會的 法治國家의 積極的 福利增進을 의미하는 「給付行政」 또는 「福利行政」이라는 점을 강조하고 있다.²⁰

이상과 같이 給付行政論의 成立과 그 展開과정에 대해서 고찰하여 보았다. 이제까지 보아 온 「폴스토프」의 給付行政論은 體系的으로 理解하기에는 複雜한 점이 없지 않아 다음에 그에 대한 整理를 해보기로 한다.

첫째 「폴스토프」의 給付行政論이 成立된 당시의 理論의 特徵을 본다면 個人에 대한 生活配慮의 責任은 國家權力이 져야한다는 것이고 生活配慮의 內容에 있어서는 集團生活의 필수적인 生活財의 給付提供을 主로 하고 그러한 生活配慮行政을 給付行政이라고 하여 供給事業과 交通事業을 生活配慮의 中心으로 把握하였다.

그리고 傳統的인 個人의 自由는 「配分에의 參與」로 代替되어야 한다고 主張함으로써 生活財의 「供給을 받는 自由에만 치중한 結果 精神的 身體的 自由등의 基本權保障을 度外視한 점은 「나치스」의 獨裁時代의 思想이라는 非難을 免치 못한 것이라고 볼 수 있다.

둘째 第二次大戰後의 「폴스토프」는 自身の 戰前理論을 修正하여 秩序行政에 있어서는 配分에의 參與를 指導理念으로서 각각 제시한 점은 自由權의 基本權의 保障을 歷史的 遺物로 보았던 過去理論에 대한 修正을 보아왔으나 여전히 個人의 「人間다운 生活權」이 保障된 給付行政論은 제시하지 못한 것이다.

다음으로 지적해야 될 점은 給付主體로서의 地位를 종전의 政治權力에만 인정했던 것을 社會集團으로 환원시켜 國家權力의 給付主體를 補完機能으로 把握하여 給付行政의 基本原理인 補充性的의 原理에 接近시키고 있다.

이와 같은 「폴스토프」의 給付行政論은 一面 問題點도 안고 있으나 他面 給付行政에 대한 理論的 基礎를 確立한 점은 現代行政法理論의 發展에 크게 寄與해준 것이라고 볼 수 있다.

V. 給付行政과 法治主義

위에서 給付行政論의 成立과 그 展開과정에 대해서 또한 그 概念定立과 그 類型에 대하여 살펴 보았다.

周知하는 바와 같이 給付行政이 現代行政의 總體中에 차지하고 있는 比重은 매우 높지만

¹⁹ 金道稔, 前掲書, p.241.

²⁰ 徐元宇, 崔松和, 前掲書, p.171.

이것을 어떻게 法理論的으로 構成하는가는 現代行政法學의 重要한 課題가 아닐 수 없다. 그 課題는 여러가지로 나누어 볼 수 있지만 여기서는 가장 基本的 課題라고 볼 수 있는 給付行政을 支配하는 給付行政과 法治主義 그리고 給付行政(福利行政)과 그 特色으로 나누어 고찰해 보기로 한다.

1) 給付行政과 法治主義 思想

法治思想은 모든 權力은 法の 支配下에 있어야 한다는 思想이거니와 이 思想은 일찍이 自由主義思想과 그 主張을 같이 한 것이다. 따라서 法治思想은 絕對制國家의 出現에 對하여 國家權力을 한정하려는 政治的 欲求를 만족시키는 데 利用되어 왔다. 다시 말하면 自由主義的 法治國家에서는 最大限의 個人的 自由活動을 인정하려는 主義 主張에서 個人에 對한 國家의 關與를 제한하고 國家社會의 存立의 필요한 최소한도의 權力作用만을 인정하려는 것이었다. 이러한 體制下에서는 法은 個人的 權利와 自由의 尊重을 第一主義로 하고 國家의 權力發動을 억제하는데 그 目的이 있었다. 따라서 社會公共의 秩序를 위한 個人的 權利와 自由의 侵害는 法律이 인정하는 경우에 限해서 그리고 그 目的을 위한 必要한 最小限度에 그치지 않으면 아니되었다. 말하자면 法은 國家活動에 對하여 消極的 抑制的 制限的 機能을 수행하는 것 만이 그 任務였다.

그러나 오늘과 같이 福利國家, 經濟國家라고 하는 時代에 와서는 國家 또는 公共國體의 權力이 關여하는 範圍가 날로 확대되어 가고 있는 것으로 볼 수 있다. 여기에 새로운 行政의 分野가 전개되는 동시에 行政의 性質 그 자체도 전환되고 있는 것으로 볼 수 있다.

行政作用은 다만 消極的 受動的인 일 수단 없고 오히려 積極적이고 능동적인 性質을 띠게 된 것이다. 따라서 法도 行政作用의 根據 또는 制限만을 能事로 하는 것이 아니라 行政의 目的 指針 또는 標準을 제시하고 그렇게 함으로써 行政作用에 對한 지도적 役割을 擔當하지 않으면 아니 되게 된 것이다. 다시 말하면 法은 行政作用에 依하여 實現될 目的을 提示하고 그 目的을 實現하기 위한 手段까지도 보장해 주는 것이 요청되고 있다. 法治思想은 福利國家에 와서 그만큼 변천된 것이다.

이러한 法治思想의 변천은 특히 英國에서 현저하였던 것이니 데닝卿(Sir A. Denning)에 의하면 現代의 英國法體制는 종래와 같이 個人과 國家에 消極的 義務(negative duty) 즉 禁止義務를 科함으로써 만족할 것이 아니라 積極的 義務(positive duty) 즉 作爲의 義務를 어떻게 科하고 이행 시키느냐에 重点이 있다는 것이다. 즉 「國家는 個人的 自由를 보장하기 위하여 他人의 自由와 權利를 侵害해서는 아니된다는 그러한 소극적 의무에서 만족할 것이 아니라 각 사람 의 福祉에 必要한 모든 必需品과 서어비스를 각자가 얻을 수 있도록 單반의 對策을 강구하는 積極적 義務를 지게 되었다」²¹는 것이다. Friedmann이 지적한 바

²¹ Denning, The Changing Law, "the Rule of law in Welfare State" pp71~72. 尹世昌譯, 法과 自由, p.80, p.85.

에 의하면 英國의 오늘의 각종 議會制定法(Law made by parliament)은 革命法(Legal revolution)의 所産이며 資本主義社會에서 소중히 여기던 市民法의 基本原則을 修正하는 結果라는 것이다.²²

요컨대 福利國家의 法治主義는 國家機能의 積極性까지도 保障해 주는 것이 되었지만 後進國에서는 일찌기 칼뢰벤슈타인(K. Löwenstein)이 지적한 바와 같이 近代化 및 産業化의 施策에 초조한 나머지 政權이 權威主義에 사로 잡히기 쉽고 따라서 公共福利란 美名下에 法治主義를 惡用하는 경우가 없지 않아 있다는 것이다.²³

近代立憲國家에 있어서의 基本的인 法原理의 하나인 法治主義 내지 法律에 의한 行政의 原理는 給付行政에 있어서도 그대로 妥當하는 것인지가 문제된다.

원래 法治主義는 行政作用은 法の 優位와 法律의 留保를 主된 내용으로 한다. 여기에서 문제되는 것은 法律의 留保의 부분이다. 그런데 法律의 留保에 관하여는 法律의 근거를 요구하는 行政作用의 性質 내지 範圍에 대하여 學說이 나뉘고 있는데 그 대표적인 것으로 侵害留保說 社會的 留保說 및 全部留保說을 들 수 있다.²⁴

(1) 侵害留保說은 行政作用 가운데 개인의 權益을 侵害하거나 義務를 課하는 등 個人에게 不利益을 가져오는 公權的 作用 즉 侵害行政을 하는 경우에만 法律의 근거를 필요로 하고 授益的인 行政作用이나 개인의 權利義務에 直接 關係되지 아니하는 行政作用에는 반드시 法律의 根據를 필요로 하는 것은 아니라는 것이다.

(2) 社會的 留保說은 侵害行政뿐만 아니라 社會國家의 理念에 따라 公정한 給付活動이 要求되는 社會保障의 性格의 行政作用의 분야에서도 法律의 留保를 필요로 한다는 견해이다.

(3) 全部 留保說은 行政權이 國民의 代表機關인 國會에 從屬되고 있는 憲法構造 아래에서는 모든 行政作用은 그 性質이나 내용에 관계없이 法律의 근거를 필요로 한다는 주장이다.

위의 侵害留保說의 입장에 선다면 給付行政은 일반적으로 授益的 性質의 非權力의 行政作用인 까닭에 法으로 부터 自由로운 상태에 있게 되는 것이나, 全部留保說에 따른다면 給付行政에도 法律의 留保의 要求가 그대로 적용되지 않을 수 없다. 그런데 당초에 法治主義의 原理에 따라 行政에 法律의 授權을 要求한 것은 個人의 權益을 保障하기 위하여 個人의 權利나 自由를 侵害하는 行爲 즉 侵害行政을 抑制하기 위한 것이었던 것이 사실이며, 近代立憲國家의 初期에 있어서는 소극적인 秩序維持를 위하여 행하여지는 侵害行政이 行政作用의 大案을 이루었기 때문에 侵害留保說이 從來의 通說을 이루었다는 것은 오히려 당연한 일이었을 것이다. 그러나 現代産業社會의 현실적 需要에 副應하기 위하여 個人의 生活을 配慮하는 福利行政이 발달되고 行政作用의 重點이 侵害行政으로부터 給付行政으로 轉移된 오늘에 와서는 侵害留保說은 그 妥當性의 地步를 상실한 것이 사실이다. 그렇다고 해서

²² W. Friedmann, Law and Social Change in Contemporary Britain, 1951 p. 80.

²³ K. Löwenstein, Political and Government pp. 149~151.

²⁴ 李尙圭, 前揭書, p. 278.

性質이나 內容의 如何에 關係없이 모든 行政作用에 대하여 法律의 근거를 要求하는 全部留保說은 行政의 伸縮性을 沮害하고 行政府를 단순한 國會의 펼쳐진 팔(extended arm)로 만듦을 우려가 없지 아니하다. 또 給付行政은 財貨나 役務의 供給으로 부터 社會保障 및 助成作用에 이르는 매우 다양하고도 異質的인 분야를 內包하고 있을 뿐만 아니라 使用되는 行政作用의 方式도 매우 구구하기 때문에 給付行政과 法律과의 關係를 一義的으로 파악하기는 매우 어려운 일이며 또한 타당하지도 아니하다. 다만 法律의 羈束의 정도는 給付行政의 各 분야의 특수성에 따라 한결같지 아니하나 균형있고 적정한 給付行政의 수행과 私益과 公益과의 合理的인 調整을 도모함과 동시에 個人의 權益保護를 위하여 社會的 留保說의 주장처럼 그 자체로 일정한 法律效果를 수반하는 給付行政에는 원칙적으로 法治主義가 적용된다고 보아야 한다.²⁵⁾²⁶⁾

給付行政중 특히 “法律의 留保의 要求가 強하게 나타나는 領域으로 일반적으로 들리우는 것을 보면 ㉠ 給付가 相對方의 負擔과 결부되어 행하여지는 경우 ㉡ 給付를 받을 權利를 法律上 公權으로 보호할 필요가 있는 경우 ㉢ 給付의 法形式 또는 組織을 高權的으로 구성할 필요가 있는 경우 및 ㉣ 利用者에 대한 利用強制 또는 提供者에 대한 利用提供義務를 명할 필요가 있는 경우²⁷⁾ 등이 있다.

2) 給付(福利)行政法의 特色

위에서 法治主義思想의 變遷을 보았거니와 이러한 法治思想下에서 福利行政法의 特色이 무엇인가를 살펴보고자 한다. 이에 관해서는 英國의 이에 關한 議會制定法의 理念을 소개하는 것이 우리에게 많은 參考가 될 것이다.

(1) 市民法秩序의 修正法

給付行政法은 19世紀의 市民法秩序의 修正法이라는 것이다. 즉 福利行政法은 市民法의 基本原則인 所有權의 絕對性과 契約自由의 原則을 修正하는 法이라고 볼 수 있다. 英國과 같이 個人主義的 思考方式이 強한 곳에서는 市民法秩序의 基本原則은 더욱 철저한 것이었다. 所有權의 絕對性과 契約自由의 原則에 관한 無수한 判例가 이를 증명하고 있다. 그러나 앞서 말한바와 같이 福利國家의 기능을 보장하는 議會制定法이 등장하면서부터 종래의 基本原則은 修正되지 않을 수 없게 된 것이다. Friedmann은 財產權의 使用, 收益, 處分의 絕對性을 制限하는 制定法으로서 土地를 收用하는 法律, 特許權의 効力を 제한하는 法律을 열거하고 특히 稅法이 所得의 再分配라는 見地에서 公共利益의 實現을 위하여 私所有權에

²⁵⁾ W.Friedmann The State and the Rule of Law in a Mixed Economy 1971, pp.95~98. 金道昶, 前掲書, p.245.

²⁶⁾ 朴鈺炳, 改正版, 最新行政法講義(下) p.273. (給付行政은 원칙적으로 法律留保의 대상밖에 있는 것으로 본다.)

²⁷⁾ 朴鈺炳, 前掲書, p.273. 徐元宇, 給付行政의 法理, 考試界, 1969년 6月號

여러가지 制約을 加하고 있다는 事實을 열거하고 있다.²⁸ 그리고 Friedmann은 標準契約(standard contract)과 國體契約(collective bargaining)에 관한 制定法이 오늘의 英國行政法의 重要部分을 차지하고 있다고 지적하면서 이러한 制定法은 契約自由의 原則을 修正하고 大企業主의 勤勞者 또는 消費者의 地位를 向上시키기 위한 國家의 積極적인 施策의 결과라고 말하고 있다.²⁹

(2) 受益權을 보장하는 法

給付行政法은 受益權(生存權)을 保障하는 法이라는 점에 特色이 있다. 現代憲法이 自由權의 基本權外에 生存權의 基本權을 소중히 여기고 있다 함은 위에서 說明한 바 있거니와 民主的 基本秩序가 확립된 英國과 같은 나라에서는 身體의 自由, 言論, 出版, 集會, 結社 등의 自由權이 어떠한 權利보다도 중요시 되고 있지만 이제 와서는 그러한 自由는 國民이 享有하는 당연한 法地位로 생각되기 때문에 國民이 國家에 대한 關係에서 가장 중요시되는 것은 受益者로서의 國民의 法地位인 것이다. 英國에서 受益者로서의 國民의 地位가 얼마나 중요시되고 또 그의 法的保障이 얼마나 확실한가를 C.J.Hamson 教授가 지적한 것을 다음에 要約해 보고자 한다.³⁰

現代民主社會에서는 近代的 意味의 自由의 概念은 대단히 중요하다. 그러나 民主的 基礎가 전고하고 올바르게 통치되는 幸運의 國家에서는 國家에 의한 犧牲者로서의 市民(the citizen as victim)이 아니라 受益者로서의 市民(the citizen as beneficiary)의 地位에 注意를 집중시키는 것이 더욱 현실적이다. 英國과 같은 國家에서는 이른 아침에 正當한 理由와 合法的인 節次없이 逮捕되는 일은 있을 수 없는 일이다. 그리고 그런 事件이 公衆의 監視와 指彈없이 발생할 수는 더욱 없는 일이다. 그러나 申請된 許可 또는 旅券의 發給을 拒否당하였다든가 不法하게 職場에서 추방되었다든가 또는 상당한 補償金을 받지 못하였다든가 하는 問題는 오늘날 흔히 일어나고 있다. 따라서 오늘날 英國市民은 制定法이 受益者로서의 國民의 地位를 어떻게 보장하고 있는가에 지대한 관심을 갖지 않을 수 없게 되었다는 것이다. 물론 後進國에서는 法律家들의 傳統的인 關心事 즉 逮捕 및 拷問을 받지 않을 自由, 結社의 自由와 같은 基本的인 法支配의 原則에 관심을 가져야 할 것이지만 상당한 水準의 文化生活에 도달하였다고 생각되는 國家에서는 그러한 基本原則이 제 아무리 중요하다 할지라도 그것이 國民生活의 당연한 部分을 차지하고 있는 것인 만큼 그에 대한 중태와 같은 관심은 사라지고 이제와서는 國家로부터 어떠한 惠澤을 받을 수 있는가 法으로 보장된 國家로부터의 受益이 어떠한 理由로 훼손되고 있는가에 더 많은 관심을 갖게 되는 것이다. 오늘날 英國에서 새로이 나타나는 각종 議會制定法(給付行政法)에 法律家들의 관

²⁸ W.Friedmann 前掲書, p.25.

²⁹ W.Friedmann 前掲書, p.44.

³⁰ C.J.Hamson, Background paper on judicial and other remedies against the illegal exercise or abuse of administrative Authority, pp.6~8.

심이 집중되는 것은 그 때문이라 하는 것이다.

(3) 特權을 排除하는 法

受益者로서의 國民의 地位를 보장하는 給付行政法은 종래 흔히 볼 수 있었던 特權(privileges)을 배제하고 누구나 누릴 수 있는 權利(Right)를 보장하는 法이어야 한다. 종래 國家에 의한 利益이 있었다면 그 利益은 特權者의 獨占物이었다는 것이 우리들의 常識이다. 教育 文化, 經濟의 각 方面에 이러한 特權이 해소되지 않고서는 無產大衆의 福利를 向上시키자는 福利行政은 緣木求魚格이 되지 않을 수 없다.

오늘의 國民 各者의 利益은 以前보다 훨씬 더 광범하게 그리고 직접적으로 公共의 利益과 同一視되고 있다. 예를 들면 以前에는 隣人이 요행이도 어떤 特權으로 稅金을 포탈하는데 성공한다 할지라도 거기에 별다른 관심이 없었지만 오늘에 와서는 그 隣人의 特權이 계속된다면 自己로부터의 보다 더 高率의 徵稅가 필연적으로 뒤따르게 마련이라는 것을 認識하게 될 것이다. 國家가 일정한 徵稅額을 確保하지 못하면 國家에 기대하는 利益을 分配할 能力이 없다는 것을 의미하는 것이다. 國家의 公共基金은 실로 個人이 받을 利益의 소오스이기 때문이다. 國家가 勞動의 利用者이며 地下資源의 開發者이기도 한 高度로 工業化된 國家에서는 그 社會의 一部 特惠는 동시에 다른 國民의 損害가 된다는 것은 누구나 쉽사리 알 수 있는 문제이다. 예를 들면 國家의 特許를 받은 公企業의 料金引上은 그 企業을 利用하는 모든 사람들의 使用料金引上을 초래하고야 마는 것이다. 이렇게 볼때에 公共의 利益과 個人의 利益은 不可分의 關係에 있는 것이니 個人은 公共의 利益을 부당한 侵害로부터 보호하는 것이 동시에 自己들의 利益이 된다는 것을 알게 될 것이다. 福利行政法은 이러한 特權을 배제하는 法이어야 한다는 것이다.

(4) 均等한 分配를 보장하는 法

受益者로서의 國民의 地位는 利益의 均等한 分配에 의하여 보장되는 것이다. 옛날에 不平等이 주로 國民의 自由權 行使에 대한 國家의 放任 또는 쓸데없는 干涉에서 발생하였지만 오늘에 와서는 國家가 生活必須品 및 서어비스를 國民에게 提供함에 있어서 不平等의 問題가 흔히 일어나고 있다. 平等原則은 受益者로서의 國民의 地位를 보장하는 福利行政關係에 있어서 철저히 준수되어야 할 基本問題인 것이다.

VI. 給付行政의 基本原理

給付行政을 支配하는 基本原理 즉 한편에서는 給付行政法의 解釋原理로 作用하고 다른 한편에서는 給付行政에 대한 制約原理로 기능하는 주요한 原理로는 다음의 여섯가지를 들 수 있다.³¹

³¹ 金南辰, 前掲書, p.561. 金道稔, 前掲書, pp.243~247.

1) 社會國家的 原理

社會國家란 社會的 正義의 立場에서 國民의 福利增進을 重要한 事項으로 삼는 國家를 뜻하는 것으로서 19世紀的인 自由國家에 대한 概念이다. 社會國家的 性格은 “바이탈” 憲法에서 그 始源을 찾을 수 있으며 現代國家는 程度의 差異는 있으나 모두 社會國家的 性格을 지니고 있다. 社會國家的 性格을 明文으로 憲法에 규정하고 있는 예로는 “본” 基本法을 들 수 있으나³² 우리나라 憲法도 社會保障에 관한 제32조 및 經濟秩序의 規制와 調整에 관한 제120조 제2항등에서 社會國家의 原理를 받아들이고 있다.

이러한 社會國家의 原理는 給付行政 특히 社會保障 및 助成行政의 方向을 제시하고 給付行政法의 解釋原理로서 작용한다.

2) 補充性的의 原理

補充性的의 原理란 私人的 生活手段의 확보나 利益의 追求는 원칙적으로 私人 또는 관계되는 單位生活共同體에 맡겨져야 하고 行政主體가 一般納稅者의 부담으로 하는 給付活動은 私人 또는 單位生活共同體의 힘만으로는 生活手段의 효과적인 확보가 어렵거나 그와 같이 맡기는 것이 성질상 적당하지 아니한 경우에 한하여야 한다는 法原理이다. 現代國家에 있어서 給付行政이 차지하는 비중은 매우 크고 또 능동적 적극적인 성질의 작용인 것은 사실이나 私人的 支配領域에 속함으로써 능히 관계인의 힘으로 처리될 수 있는 生活關係까지 給付行政을 通하여 行政主體가 關係하려는 것은 아니며 또 바람직한 일도 아니다. 여기에 給付行政에 있어서의 補充性的의 原理의 의의를 엿볼 수 있다. 生活保護法 第3條 第1項에서 “...다음 各號의 1에 해당하는 者로서 扶養義務者가 있어도 扶養할 능력이 없는 경우의 者에 限한다”라고 한 것은 결국 補充性的의 原理를 나타낸 예라고 할 수 있다.

3) 法適合性的의 原理

給付行政은 위에서 본바와 같이 “法治行政”의 원리에 따라서 수행되어야 하며 개인의 權益에 대한 侵害行政이 아니라고 하여 法으로부터 自由로울 수 없다는 것이다. 秩序國家로부터 福利國家에로의 進化는 “法律에 의한 行政”으로부터 “法律에 의하지 않는 行政”에로의 變化를 수반하는 것이 아닐 뿐만 아니라 수반할 수도 없다³³라고 하는 것은 곧 給付行政에 있어서의 法適合性的의 原理를 強調한 것이다.

4) 平等의 原則

給付行政은 그 法形式의 여하(公法的인 것이거나 私法的인 것이거나를 不問)에 관계없이

³² 獨逸聯邦共和國 基本法 20條 1項 (獨逸聯邦共和國은 民主的이고 社會的인 聯邦國이다.)

³³ 中村彌三郎 “給付行政에關係法的 統制의問題” 公法研究 28號 p.175.

모든 國民과 團體 등에 대하여 均衡 있게 시행되어야 할 뿐만 아니라 機會均等이 보장되지 않으면 아니된다. 大法院이 “被告市의 上水道事業이 社會公共의 福利를 위하여 이루어진 獨占의인 公企業이었다 할지라도 그 企業主인 被告市가 그 上水道를 利用하는 大衆의 利益을 위하여 給水에 대한 料率을 定함에 있어 사치성이 있는 多量給水의 需要者에 대하여 一般大衆에 대한 給水料에 비하여 高率의 給水料를 策定하였다 하여 그것을 憲法 第10條의 精神에 反하는 것이었다고는 할 수 없다”라고 한 것 (大判 1971년 6월 22일 71누 44, 46)은 給付行政에 있어서의 平等의 原則에 바탕을 둔 것이다.

더욱이 社會保障行政은 典型的인 社會福利國家의 理念을 具現시키는 中心의 行政이기 때문에 이런 領域의 行政에 있어서는 무엇보다 “人間의 尊嚴과 價値觀”에 입각한 平等原則이 더욱 要請되는 것이라 하겠다.

5) 過剩給付禁止의 原則

이는 위에서 說明한 補充性的의 原理와 相關關係에 있는 것으로서 給付行政의 內容과 程度는 具體的인 경우에 있어서의 個人의 生活關係 및 公益追求를 위하여 需要되는 적절한 範圍內의 것이어야 한다는 것이다. 給付行政은 一般的으로 授益的인 것이기는 하지만 過剩給付는 個人의 社會, 經濟活動에 대한 行政主體의 지나친 干渉을 가져올 뿐만 아니라 一般納稅者의 負擔을 加重시킬 우려도 없지 아니하기 때문이다.

6) 信義誠實의 原則

모든 사람은 社會共同生活의 一員으로서 서로 相對方의 신뢰를 헛되이 하지 않도록 誠實하게 行動할 것이 要求된다. 이 倫理的 規範을 法에서 존중하여 法律關係를 이에 적합하게 하여야 한다고 할 때에 이것을 法에 있어서의 信義誠實의 원칙이라 한다.

信義誠實의 원칙을 규정한 民法 第2條 1項의 規定은 私法의 規定이라고는 하더라도 法의 一般原理인 性質의 規定임에 비추어 公法關係에도 적용되는 것이며 給付行政도 원칙적으로 그 적용대상에서 除外될 수 없다. 특히 給付行政은 個人의 社會 經濟 活動에 대한 積極적인 給付 助成作用이기 때문에 그 手段과 계속성 등에 대한 一般의 信賴保護가 보다 強하게 要求된다.

돌이켜 보전대 秩序行政의 基本原理로서 “法에 의한 行政”의 原理가 그 中心을 이루고 있는 것이라고 한다면 그것은 國民의 自由權의 基本權을 保障하기 위한 19世紀的인 法治國家의 理念에 緣由하고 있다.

이와 마찬가지로 論理的인 立場에서 볼때 給付行政의 基本原理로서 “社會國家의 原理”가 中心的인 支配原理로 適用되고 있는 것이라고 한다면 그것은 말할 것도 없이 國民의 生存權의 基本權을 保障하기 위한 現代社會國家의 理念에서 緣由하고 있는 것이라 하겠다.

이러한 意味에서 볼 때 典型的인 社會國家의 理念을 現實할 수 있는 行政이란 社會保障을 통한 給付行政이라고 하여야 할 것이다.

VII. 給付行政과 社會保障

現代國家의 社會保障機能 내지 責任은 일찌기 바이말(Weimar)憲法 第15條의 「人間다운 生活」(Menschenwürdiges Dasein)에서 싹트기 시작하여 各국 憲法에 규정되기에 이르렀는데 우리나라 憲法 第32條는 「① 모든 國民은 人間다운 生活을 한 權利를 가진다. ② 國家는 社會保障, 社會福祉의 增進에 努力할 義務를 진다. ③ 生活能力이 없는 國民은 法律이 定하는 바에 의하여 國家의 保護를 받는다」라고 하여 우리나라에 있어서의 社會保障에 관한 基本的인 태도를 闡明하고 있다.

現代國家에 있어서의 社會保障作用은 한편에서는 國家가 個人의 「人間다운 生活」을 보장하기 위한 給付義務를 지고 다른 한편에서는 個人은 그에 대응하는 權利를 가지는 것을 內容으로 하여 수행된다.³⁴

다시 말하면 國家가 적극적으로 모든 國民의 最低限의 「人間다운 生活」을 보장하는 社會保障의 義務와 그에 대응하는 國民의 權利로서 生活權의 보장을 보기에 이르는 것이다.

生活權이란 個人의 生活을 國家의 적극적인 관여로 보장하여 줄 것을 요청할 수 있는 權利라고 볼 수 있다.³⁵

그런데 生活權이 어떠한 法的性質을 가지는지에 대해서는 學者들의 見解가 갈라지고 있는데 立法指針說과 法的權利說이 대립되고 있는바 우리나라에서는 立法指針說이 지배적이다. 그러나 現行 憲法 第32條의 규정 및 現代福利國家의 기능등을 종합하여 볼 때 生活權은 憲法이 보장하는 法的權利이기는 하되 그의 具體的 行使는 法律에 의존하지 않을 수 없는 것이라 하겠다.³⁶

그러므로 現代國家에서의 社會保障은 近代立憲國家의 初期에 볼 수 있었던 것과 같은 施惠의인 것이 아니라 國民에게 보장된 生活權에 대응하는 國家의 적극적인 給付義務의 內容을 이루는 것이라고 할 수 있다.³⁷

이상과 같이 現代國家의 社會保障은 모든 國民의 최저한의 「人間다운 生活」을 보장하는데 있으며 그 目的을 實現하기 위하여 國民에 대한 生活權을 法的으로 보장하는가 하면 國家에 대해서는 給付義務를 法的으로 부여하고 있다는 점에 오늘날의 社會國家의 理念을 具體的으로 實現하기 위한 給付行政으로서 우리나라 憲法秩序下에 있어서도 그러한 社會保障 制度를 채택하고 있다.

³⁴ 李尙圭, 前揭書, p.192.

³⁵ 文鴻柱, 韓國憲法, p.235. 金哲洙, 憲法學概論, p.275.

³⁶ 文鴻柱, 前揭書, p.241. 金哲洙, 前揭書, p.278.

³⁷ 李尙圭, 前揭書, p.193.

社會保障制度는 國家의 전면적인 財政負擔에 의하여 實現되는 것을 理想으로 하고 있다. 따라서 社會保障이란 막대한 費用負擔을 전제로 하는 것이지만 그 意義는 至大한 것이어서 資本家階層에서 본다면 勞災를 비롯한 生活危機에 대한 對策이 마련되는 것이며 國家에서는 福利國家의 實現手段이 되는 동시에 社會的 次元에서는 人道的 目的과 階層間的 差別的 解消라는 命題가 동시에 充足된다고 볼 수 있다.³⁸

특히 社會保障의 概念定立에 있어서는 多義的인 내용으로서 表現되고 있으며 個人의 人間다운 物質生活의 確保를 目的으로 하는 行政作用을 社會保障이라고 할 것이다. 이것은 國民의 生存權을 保障하는 法體系의 일부로서 國民 특히 低所得層의 物質的 貧困, 傷病, 不具, 廢疾, 老幼, 失業, 死亡등 生存을 위협하는 모든 危險에 대처하여 國家의 負擔으로 필요한 給付를 해야 하는 國家義務의 實現過程으로서³⁹ 대체로 國家的 扶助制度和 社會保險制度(年金)로 大別되는 것이다.⁴⁰

社會保障이라는 概念은 資本主義經濟의 發展 過程속에 歷史的으로 생겨나온 것으로서 매우 流動的이고 多義的인 內容의 것일 뿐만 아니라 여러부문의 法領域에 關係되는 하나의 目的的 統合概念인 것이다. 그러므로 行政主體가 個人의 최저한의 人間다운 生活를 保障함으로써 公共의 福利를 증진하기 위하여 하는 給付作用을 뜻하는 것이라고 할 수 있다.⁴¹

이러한 社會保障은 積極적인 授益的 作用이라는 점에서 公企業作用, 公物作用 및 助成作用과 함께 給付行政作用에 속하는 것이나 「人間다운 生活」을 保障하는 종합적인 生活配應를 內容으로 하는 것인 점에서 다른 內容의 給付行政과 區別된다.

社會保障行政에 있어서도 「法에 의한 行政」의 原理가 適用됨을 原則으로 한다는 것은 당연한 것이며 특히 憲法 第32條 第3項은 國家의 生活保護를 法律에 留保하고 있으며 個人의 生活權의 法的性質을 立法指針인 것으로 보는 견해가 강한 점등에 비추어 社會保障 行政은 원칙적으로 法律의 根據를 필요로 하는 것이다.⁴²

社會保障 중 특히 「法律의 留保」의 要求가 強하게 나타나는 분야로서는 社會保障이 相對方의 負擔과 결부되어 수행되는 경우(예, 社會保險에 있어서의 保險料) 社會保障을 받을 權利를 公權으로 보호할 필요성이 있는 경우(예, 社會保險의 受給權, 公的扶助를 받을 權利등) 社會保障의 法形式 또는 組織을 高權의으로 構成할 必要가 있는 경우등을 들 수 있다.

社會保障에 관한 주요한 法律로서는 社會保障에 관한 法律, 生活保護法, 産業災害補償保險法, 醫療保險法, 災害救護法, 軍事援護補償法, 國民福祉年金法등이 있다.

다음으로 社會保障의 法形式의 문제는 社會保障의 內容이 매우 광범하고 다양하기 때문

³⁸ 尹世昌, 行政法各論, p. 338.

³⁹ 金道稔, 前揭書, p. 331.

⁴⁰ 尹世昌, 前揭書, p. 338.

⁴¹ 李尙圭, 前揭書, p. 193.

⁴² 李尙圭, 前揭書, p. 194.

에 그의 法形式을 一元的으로 論하기는 어렵지만 現行 社會保障關係法을 중심으로 그 內容이 구체적으로 施行되어야 할 形式을 살펴보면 두가지 類型으로 나눌 수 있다. 즉 하나는 行政行爲의 形式에 의하는 경우로서 그것은 形成行爲에 의하는 경우와 確認行爲에 의하는 경우로 나눌 수 있고 다른 하나는 法定事實의 發生으로써 당연히 受給關係가 形成되는 경우인 것이다.

이와 같이 社會保障에 있어서도 法適合性의 原理가 適用되고 있으며 또한 위에서 말한 法形式으로 社會保障作用이 이루어질 때 國民에 대한 生活權의 法律關係가 形成 變更 또는 消滅되는 過程에서 社會保障行政이 遂行되고 있다는 점에 法適合性의 原理가 차지하는 比重이 크다고 하겠다.

以上에서 社會保障行政이 給付行政 原理에서 執行되고 있다는 점을 究明해 보았으며 다음에 給付行政에 對한 關係되는 法이 어떻게 되어 있는가를 고찰해 보기로 하겠다.

VIII. 給付行政法關係의 法形式

現代行政의 영역의 확대는 필연적으로 行政目的의 달성을 위한 手段 즉 法的 行爲形式의 多樣化를 초래하였다. 특히 給付行政은 行政의 目的 및 內容을 기준으로 파악한 行政作用의 영역인 것이며 行爲의 法形式을 基準으로 하여 定立된 개념이 아니기 때문에 그 法的 行爲形式은 매우 多樣하다. 그러므로 給付行政의 法形式은 각국의 給付行政의 구체적인 態樣 및 實定法의 態度에 따라 판단할 문제라 하겠으나 이를 一般的으로 본다면 크게 法的 行爲와 事實行爲로 나누어 볼 수 있고 前者 즉 法的 行爲는 公法行爲와 私法行爲로 나누이며 公法行爲는 다시 行政行爲(예, 公物關係의 特許)⁴³와 公法上的 契約(예, 交付金 交付契約)으로 나눌 수 있다. 또 後者 즉 事實行爲로는 行政指導(産業技術, 情報의 提供 등) 등을 들 수 있다.⁴⁴

그러나 給付行政의 法形式 내지 法律關係는 반드시 위에서 든 어느 하나의 것으로 뚜렷이 分辨되지 아니하고 複合的으로 나타나는 경우가 적지 아니하다.⁴⁵

즉 하나의 給付行政關係가 複合的인 法的 性格을 지니는 예가 많다는 것이다. 따라서 給付行政의 法律關係가 性質上 公法關係인지 私法關係인지를 구별하는 것이 매우 힘들게 되어 있다.

⁴³ 朴鈞沂, 前掲書, p.274.

⁴⁴ 給付行政의 法形式에 관한 學者들의 태도는 매우 구구한데 Siebert는 ㉠ 公行政主體의 國庫의 活動 ㉡ 公行의 手段으로서의 私法 ㉢ 非官憲의 高權 行政 및 ㉣ 官憲의 高權 行政을 드는가 하면 Wolff는 “지베르트”와 비슷하게 ㉠ 行政主體의 國庫의 活動 ㉡ 行政上的 私法 ㉢ 單獨高權의 行政 및 ㉣ 高權의 行政을 들고 있으며 Reuss 및 Zeidler는 ㉠ 公行政의 國庫의 活動 ㉡ 單純 高權의 行政 및 ㉢ 高權의 行政으로 나누고 있다.

⁴⁵ 成田稔明 非權力行政의 法律問題, 公法研究 28號, pp.161~162.

1) 公行政과 私法說

대체로 行政主體가 國民生活에 必需的인 電氣·水道等 生活財를 供給하거나 教育을 實施하고 生活能力이 없는 者에게 生活을 保護하거나 비교적 싼 값으로 國民住宅을 低所得層에 賃貸하는 등의 公行政的 給付行政은 公共性이 強하고 또한 納稅者인 國民의 負擔으로 뒷바라지 되는 것이기 때문에 私法의 규율에 放置하지 않고 特別한 公法的 規律을 하거나 그러한 特別規律이 없더라도 個個의 實定法解釋上 公法關係로 보아야 할 경우가 있다. (예, 學校와 學生사이의 教育關係, 專用水道供給者와의 關係 등)

그러나 公法關係인 경우에도 언제나 概括的으로 公法規定 公法原理에 의하여 規律된다고 보는 過去의 官僚의 通說 <公法說>과는 달리 給付行政은 最近의 通說 <私法說>에 의하면 本質的으로 私經濟主體로서의 行爲로서 私法關係와 同質的인 것으로 보고 그에 대하여 私法의 一般的 適用을 인정하면서 다만 行政目的達成에 필요한 한도 안에서만 公法的 規律을 認定한다.⁴⁶

2) 國庫行政과 行政私法

行政私法(供給事業, 運輸事業, 資金支援 등 분야)은 일정한 公法原則(예컨대; 平等原則(差別料金の 禁止), 契約強制, 解約制限, 經營義務, 契約內容의 一方的 決定, 押留禁止, 自力執行등)과 다른 바 獨, 佛, 日등에서는 이를 純粹 國庫行政과 구별되는 私法關係 즉 行政私法으로 보는 경향이 있으나 그 個別的 性質로 보아 公法關係로 보아야 할 것이다.

원래 종래의 전통적인 行政法學은 自由主義의 法治國家의 機能에 대응한 體系로 構成되고 秩序行政을 主된 對象으로 삼았던 것이기 때문에 給付行政이라는 새로운 行政作用의 法形式을 說明하기에는 적합하지 못한 점이 없지 아니하며 이는 앞으로 研究되지 않으면 안 될 行政法學의 當面課題로 남겨두고 結言을 맺고자 한다.

IX. 結 言

以上에서 주로 고찰한 「폴스토프」의 給付行政論은 一面 大陸法係의 給付行政論의 理論的 基礎를 定立해준 業績은 周知의 事實이나 他面 그의 理論은 문제점도 안고 있다는 것을 보아왔다. 여기서 그에 대한 整理를 해본다면 그가 제창한 「生活配慮」의 概念은 주로 人間生活에 필요한 生活財의 充足 供給하는 作用으로 定立하였으나 그러나 生活財의 「配分에의 參與」를 個人의 權利라는 측면에서 다루어 지지 않고 있다.

여기서 두가지 問題가 제시된다. 하나는 給付行政의 概念을 擴大하지 못했다는 점과

⁴⁶ 金道稔, 前揭書, p.247.

다른 하나는 「配分에의 參與」가 個人的 生活權의 保障이라는 측면에서 다루어진 것이 아니라 접이다.

그러므로 그의 給付行政論은 一面 供給行政이 中心이 된 反面에 社會保障이 제외된 것이고 他面 行政主體와 國民間의 生活配慮關係를 個人的 生存權의 基本權保障의 측면에서 權利, 義務關係로 부각시키지 못하였다는 점에 그의 理論의 문제점이 있다고 할 것이다.

獨逸의 行政法學에 있어 秩序行政論은 19世紀 自由放任主義 國家를 배경으로 한 個人的 「自由權의 基本權의 保障」理論으로 形成 發展된 것이나 給付行政論은 20世紀 福利主義 國家를 배경으로 한 個人的 「生活權의 基本權의 保障」理論으로 形成 發展되고 있음은 이미 앞에서 言及한 바와 같다.

이러한 大陸法系의 行政法理論이 秩序行政論에서 給付行政論으로 展開되어온 것은 적어도 1世紀의 時間이 所要된 것이라고 볼 수 있다. 그런데 우리나라의 경우에 있어서는 大陸法系의 秩序行政法論이 도입되어 體系化 되어온 것은 8.15解放後 政府가 樹立된 이후의 일로서 그 理論的 整理와 制度的인 土着化作業이 그 始發點에 놓여 있다.

그러므로 무엇보다 當面 課題로는 一面으로는 給付行政論의 原理에서 우리나라의 給付行政 즉 社會保障行政이 수행해 나가야만 될 것이고 다른 面으로는 醫療施惠와 같은 社會保障에 있어서 일어나는 문제점이 解決되어 나가야만 한다. 다시 말해서 社會保障을 하기 위한 客觀的 與件의 具備에 대한 施策이 時急히 수반되어 나가야 한다.

이러한 課題를 順調롭게 解決해 나갈때 우리나라의 給付行政의 基礎作業은 確立될 것이고 나아가서는 우리나라 給付行政의 後進性도 免할 수 있을 것이다. 先進國의 福利國家建設은 短時日內에 이룩된 것은 아니다. 巨視的인 政策을 바탕으로 한 給付行政의 發展을 통해서 이룩된 것이라고 본다. 그러한 意味에서 우리나라에 있어서도 巨視的인 政策을 바탕으로 한 給付行政의 發展없이 福利國家의 建設이 실현되기는 어려운 것이다. 여기에 給付行政의 發展을 위해서 모색해 본 本稿의 研究의 意義를 찾아볼 수 있지 않을까 한다.

參 考 文 獻

1. 康文用, 新版 行政法(下), 一潮閣, (1964)
2. 金南辰, 新正增補版 行政法, 華學社, (1978)
3. 金道稔, 全訂 一般行政法論(下), 青雲社, (1976)
4. 金哲洙, 憲法學概論, 法文社, (1978)
5. 文鴻柱, 韓國憲法, 海岩社, (1978)
6. 朴鉉炳, 改正版 最新 行政法講義(下), 國民書館, (1978)
7. 朴一慶, 新憲法, 博英社, (1972).
8. 尹世昌, 全訂版 行政法(下), 博英社, (1978)
9. 尹世昌, 判例中心例解行政法, 日新社, (1971)
10. 李尙圭, 改稿新行政法論(下), 博英社, (1979)
11. 李完永, 新行政法, 法政學會, (1979)

12. 李鍾極, 新行政法(下), 普文閣, (1950)
13. 韓國司法行政學會, 例解行政法, (1971)
14. 韓國行政科學研究所, 行政判例集 上, 中, 下, (1976)
15. 韓東燮, 憲法, 博英社, (1967)
16. 韓泰淵, 鄭熙彩, 行政法學(下), 法文社, (1963)
17. 田中三郎, 要說行政法(新版), (1972)
18. 成田賴明外, 行政法講議(上, 下), (1972)
19. 成田賴明外, 現代行政法, (1972)
20. 美濃部達吉, 行政法撮要(下), (1933)
21. Friedmann, Law in a Changing Society 2nd ed., (1972)
22. Hamson, C., Executive Discretion and Judicial Control, (1954)
23. Loewenstein, Political Power and Governmental Process, (1975)
24. Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1, 10 Aufl., (1973)
25. Wolff, H.J., Verwaltungsrecht, 3 Bde Bd. 1, 8 Aufl., (1971)

A Study on the Social Benefit Administration

Bo-Young Lee

Department of Health Administration

Gwang Ju Health Junior College

>Abstract<

This article is to study social benefit administration.

In nineteenth century, Laissez-faire states that maintained public order pursued the elementary right of freedom, But as you know, in nineteenth century, social welfare administration is tried to secure the elementary right to live.

Modern industrial society which is made of the ways of group life needs the product goods. So contemporary government must provide the citizen with products. That is social benefit administration. There are many factors that increase and promote the social welfare and protection of life. It is the factors that government administers for citizen interest positively, and that satisfies the people who demand the life goods, and that secures the elementary right to live. E. Forsthoff asserted that public welfare administration meant "formulating public administration theory from social benefit." When we endow social benefit administration theory with the meaning it stands for promoting, increasing, and orienting the welfare of people positively. The contents of the social benefit administration include social supply administration, social security administration, and development administration.

In the thesis, social benefit administration of the social security administration is studied to establish the security of the elementary right to live; which is the idea of modern society.

The social security of modern states hopes to secure the minimum "Menschenwürdiges Dasein" and to regulate the human existence right lawfully and to benefit for the citizen compulsorily. Therefore the Korean Constitution prescribes the social security. The many issues should be proved for better social security administration.

When these problems are pointed and solved, this thesis will contribute the better social security administration.