



---

현안분석  
2017-09

---

# 행정법·자주법(自主法)·「행정법」을 활용한 전문영역의 통제를 향하여

Rie YASUDA



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



# 행정법·자주법(自主法)·「행정법」을 활용한 전문영역의 통제를 향하여

Toward Regulating Professional Spheres by Administrative Law,  
Autonomous Law of the Profession and “Administrative Law” *avant la lettre*

연구자 : 야스다 리에(나고야대학교 법학박사)

Rie YASUDA

2017. 11. 30.



## 요 약 문

### I. 배경 및 목적

#### ▶ 본 연구의 배경

##### ○ 행정법의 한계

- 행정법은, 국가법으로서 생성되었다. 하지만 오늘날 국가법으로서의 행정법은 일정한 행정활동에 대하여 유효한 법적 규율을 하기에는 곤란한 국면을 맞이하고 있다. 예를 들자면 ①공적 주체(행정기관)가 아닌 사적 주체에 의한 「행정」 활동, ②그 자체가 프로세스로서의 행정활동, ③사람, 사물, 정보 등의 국경을 초월한 이동에 관한 행정활동이 그것이다.

##### ○ 행정법의 과제

- 행정법이 이 새로운 행정활동들에 대하여 어떻게 수권하고 어떻게 통제할 것인가(행정법의 재흥) 하는 문제가 오늘날 논의되고 있다.

#### ▶ 본 연구의 목적

- 본 연구의 대상은 미국의 의료제공을 규율하는 영역에서 행정법 및 전문직 자주법이 접합하여 상호 대립·보완·침투하는 프로세스이다.
- 본 연구의 과제는 이런 프로세스에서 구성되어 있는 통일된 포괄적인 법시스템 구조를 명확히 하는 것에 있다. 이를 바탕으로 본 연구는 종전의 구조를 초월한 포괄적인 새 행정법의 모델을 제시하고자 한다.

## II. 기대효과

### ▶ 학문적 기여도

- 행정법, 전문직 자주법 속에서 생성되는 행정법」이라는 세 가지 법에 착안한 포괄적인 새 행정법 모델의 제시

### ▶ 정책적 기여도

- 의료나 법 등, 특정 전문영역에서 법적 규율을 유효하게 하기 위한 제도설계 및 법해석에의 공헌
- 특히 전문직 단체에 의한 자주규제와 행정규제와의 협동

### ▶ 기타 기여도

- 상이한 법이 상호보완하며 상호 법에 침투하는 구조를 분석하기 위한 분석론의 제시

- ▶ Key Words : 자주규제/행정규제, 자주법/행정법, 비국가법/국가법, 전문적 정통성/민주적 정통성, 의료, 전문직

# Abstract

## I. Background and Purpose

### ▶ Background of this study

#### ○ Limitations of Administrative Law

Administrative law was developed as State law. However, administrative law as State law, at present, confronts difficulties in effective legal regulation on certain administrative activities. For example, there are: (1) “administrative“ activities by private entity, not by public entity (administrative agency); (2) administrative activities themselves as a process; and (3) administrative activities related to transboundary movement of people, things, information, etc.

#### ○ Task of Administrative Act

The question as to how administrative law should authorize and control these new administrative activities (the revival of administrative law) is now being discussed.

### ▶ Purpose of this study

○ The object of this study is the process through which administrative law and autonomous law of the profession articulate with, conflict with, supplement, and permeate each other in the sphere where such laws regulate medical services in the United States of America.

○ The task of this study is to clarify the uniform and comprehensive structure of the legal system established through this process. Based on the findings therefrom, this

study aims to present a comprehensive new model of administrative law, which will transcend the existing structure.

## II. Expected Effect

### ▶ Scholarly contribution

- This study presents a comprehensive new model of administrative law, based on three categories of law—that is, administrative law, autonomous law of the profession, and “administrative” *avant la lettre* law created in the afore-mentioned law.

### ▶ Policy contribution

- This study will contribute to designing a system enabling effective legal regulation and interpreting of law in specific professional sectors, such as medical services and law.
- In particular, this will contribute to cooperation between self-regulation by professional association and administrative regulation.

### ▶ Others contributions

- This study presents a framework for analyzing the structure within which different laws supplement and permeate each other.

- ▶ Key Words : Self regulation/Administrative regulation, Autonomous law/ Administrative law, Non-State law/State law, Professional legitimacy/Democratic legitimacy, Medical service, Expertise



# 목차

행정법·자주법(自主法)·「행정법」을 활용한  
전문영역의 통제를 향하여

korea legislation research institute

요 약 문 ..... 3  
 Abstract ..... 5

## 제1장 머리말 / 9

제1절 국가법으로서의 행정법의 한계 ..... 11  
 1. 행정법의 한계 ..... 11  
 2. 행정법의 과제 ..... 12  
 제2절 비국가법으로서의 전문직 자주법 ..... 13  
 1. 본고의 검토대상 ..... 13  
 2. 본고의 과제 ..... 15

## 제2장 미국 행정법의 범주 밖에 있는 법 / 17

제1절 미국 행정법이 정립하는 범주 ..... 19  
 1. 행정법의 생성 ..... 19  
 2. 미국 행정법의 특유한 구조 ..... 22  
 제2절 미국 행정법이 경시한 행정법 ..... 25  
 1. 행정조직법·행정작용법 중심의 행정법 ..... 25  
 2. 주의 ‘행정의 결정’에 대한 사법심사 ..... 26  
 제3절 의료직 집단의 전문직 자주법에서 구성되는 주 행정법 ..... 28  
 1. 전문직 자주법의 생성과 주 의사면허법의 실패 ..... 28  
 2. 전문직 자주법이 구성하는 주 의사면허법의 ‘권력’ 통합적 구조의 등장 ..... 29  
 3. 주에 의한 ‘행정의 결정’에 대한 사법심사에 관한 법의 생성 ..... 30

# 목차

행정법·자주법(自主法)·「행정법」을 활용한  
전문영역의 통제를 향하여

korea legislation research institute

## 제3장 의료직 집단의 전문직 자주법과 행정법의 접합 / 31

- 제1절 조직 및 법정요건에 있어서의 접합 ..... 33
  - 1. 지정형 접합 ..... 34
  - 2. 법정설치형 접합 ..... 37
  - 3. 위탁계약형 접합 ..... 37
- 제2절 조직 및 법정요건에 있어서의 접합에 대한 사법심사 ..... 38
  - 1. 지정된 의료직 집단에 의한 요건심사 ..... 38
  - 2. 법정설치의 의료직 집단에 의한 요건심사 ..... 39
  - 3. 위탁계약에 근거하는 의료직 집단에 의한 요건심사 ..... 39
  - 4. 접합의 사법심사에서의 재판소의 시점 ..... 40

## 제4장 전문직 자주법과 행정법과의 접합·침투 / 41

- 제1절 행정법 중심 어프로치 : ‘전문직 자주법을 구성하는 행정법’ ..... 43
- 제2절 전문직 자주법 중심 어프로치 : ‘행정법을 구성하는 전문직 자주법’ ..... 46
- 제3절 전문직 자주법 속에 생성되는 ‘행정법’의 징후 ..... 48

## 제5장 맺음말 / 51

korea  
legislation  
research  
institute

# 제1장 머리말

제1절 국가법으로서의 행정법의 한계  
제2절 비국가법으로서의 전문직 자주법



# 제1장

# 머리말

## 제1절 국가법으로서의 행정법의 한계

### 1. 행정법의 한계

행정법은 국가법으로서 생성되었다<sup>1)</sup>. 하지만 오늘날 국가법으로서의 행정법은 새로운 행정활동에 대하여 유효한 법적 규율을 함에 있어 어려움을 겪고 있다. 예를 들어, ① 행정기관이 아닌 사적 주체에 의한 「행정」 활동, ② 그 자체가 프로세스로서의 행정활동, ③ 사람·사물·정보 등의 국경을 초월한 이동에 관한 행정활동 등이다.

이런 새로운 행정현상에 직면했지만 여전히 행정법은 행정법이 그 생성 시에 지정한 구조(행정법이 생성되는 전제조건) 속에 있는 행정을 보고 이를 규율하고 있다. 즉 (a) 국가 범주 내에 있는 행정, (b) 행정주체(국가, 지방공공단체 등)의 범주 내에 있는 행정, (c) 행정입법·행정행위·재결과 순차, 단선적으로 진행되는 개별 행정에 의한 결정(이하, 행정입법, 행정행위 및 재결을 통칭하여 ‘행정의 결정’이라고 한다.)의 프로세스 내에 있는 행정에 초점을 맞추고 있다.

위에서 기술한 새로운 행정현상은 이 세 개의 범위 밖에서 정립되는 것이다. 따라서 행정법은 이들 행정에 대하여 유효한 법적 규율을 적용함에 있어 어려움을 겪고 있는 것이다.

---

1) Bernard Sordi, *Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 23 (Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth & Blake Emerson eds. 2nd ed. 2017). 美濃部達吉『日本行政法上卷』(有斐閣、1936年) 41면, 田中二郎『新版行政法上卷』(弘文堂、1974年) 24면.

## 2. 행정법의 과제

이런 상황 속에서 오늘날의 행정법은 ‘새로운 행정현상에 대하여 이를 어떻게 수권하고 통제할 것인가’ 하는 것이 문제로 되고 있다. 이 문제에 관하여 행정법의 새로운 모델의 구축을 시도하고자 하는 학문적 연구가 이미 존재한다. 즉 종전의 행정법의 범주((a), (b) 및 (c))를 벗어나 지금까지와는 차원이 다른 다층적, 다극적인 각종 공간(글로벌, 국민(원어는 관민이 아닌 公私이다.), 협동, 법정비(지원 등) 속에서 행정법을 새로이 지정하고자 하는 시도이다.

예를 들어 유럽에서는 Otto Mayer 등 행정법의 창시자들이 사용한 어프로치를 다시금 논의하고 있다<sup>2)</sup>. 오늘날의 행정법이 정립하는 상술한 세 개의 구조는 행정법 생성 시, 행정법의 창시자들이 구축한 새로운 구조이었다. 행정법의 창시자들은 사법이나 커먼·로 등 기존 시민법 시스템이 대응하지 못하는 사회현상을 법적으로 정립하여 민주적으로 이를 통제하기 위하여 시민법을 모방하여 행정법 원리나 규제 이념을 구성하는 어프로치로 행정법을 생성하였다<sup>3)</sup>. 이 때 그들이 구축한 구조가 상기 세 개의 구조 및 범위이다. 그리고 오늘날 다시금 동일한 어프로치를 통한 학문적 영위가 반복되려 하고 있다.

또한 20세기에 들어와 행정법으로 인식되기 시작한 미국 행정법에서는 그 생성시에 조정된 구조가 있었다는 것이 지적되고 있다. 즉 미국 행정법은 ‘연방이라고 하는 범위’와 ‘사법심사 및 행정절차가 만드는 법’이라는 구조 속에서 생성된 것이다. 하지만 현재 행정법의 과제를 극복하기 위해서는 미국 행정법이 행정법으로 확립되기 ‘전’의, 생성기의 ‘행정법’(“administrative law” *avant la lettre*)<sup>4)</sup> 속에 행정법의 재흥을 위한 길이 있음을

2) Sabino Cassese, *New paths for administrative law: A manifesto*, Int'l J. Const. L., Vol.10, Issue 3, 603 (2012).

3) 鵜飼信成 『行政法の歴史的展開』(有斐閣、1952年) 158-224면.

4) 국가법은 의회제정 또는 재판결정의 형식으로 존재한다. 행정법은 국가법으로 생성되었다. 따라서 행정법도 의회제정법 또는 재판결정의 형식으로 존재한다. 하지만 행정법이 생성되는 과정을 보면 의회제정법 또는 판결형식이 아닌 법이 존재한다. 이 법은 비국가법이다. 이 비국가법의 내용을 보면 국가법인 행정법에 존재하는 기능을 가지며 실체법 및 절차법도 존재한다. 본고가 말하는 ‘행정법’---이름이 붙여지기 전의 행정법(“administrative law” *avant la lettre*) 이라는 법---이란 비국가법(행정법 생성과정에 존재하는 것에 한정되지 않는다.) 속에 존재하고 국가법인 행정법과 행정법과 동등한 원리, 절차, 실체법 및 절차법을 가지는 법이다.

인식해야 한다<sup>5)</sup>. 게다가 일본에서도 최근 행정법의 대상을 확대하고자 하는 논의, 법 목적(정책)을 실현하는 행정수법이라는 새로운 시각에서 행정법을 재검토하는 논의가 전개되고 있다<sup>6)</sup>.

## 제2절 비국가법으로서의 전문직 자주법

본고도 새로운 행정현상에 직면하는 행정법은 위기에 있다는 문제의식 하에서 행정법의 재흥이라는 과제를 논의하고자 하는 것이다. 본고의 과제 및 검토대상은 이하와 같다.

### 1. 본고의 검토대상

본고는 공적 주체가 국가법(제정법 및 판례법)으로서 정립한 행정법과 더불어 사적 주체인 전문직 집단이 비국가법으로서 자주적으로 정립한 집단의 내부의 ‘법’(이하 ‘전문직 자주법’이라 한다.)도 검토대상으로 한다. 전문직 자주법은 행정법이 그 생성의 전제로 한 세 개의 범주 ‘법’에 있는 ‘법’, 즉 국가의 존재를 전제로 하지 않더라도 존재하고 국가의 존재를 전제로 하더라도 국가법과 병립하여 존재하는 ‘비국가법’이다<sup>7)</sup>. 전문직 자주법은 당해 전문영역의 관계자가 속하는 ‘공간’에서 국경과 국민의 경계에 관계없이 그 공간에 통용되고 그 공간에 통일적인 법적 규율을 적용함이 가능한 ‘법’이다. 그리고 동시에 당해 전문 영역의 관계자가 속하는 공간 속에서 비국가법인 전문직 자주법은 국가

---

이하 비국가법으로 존재하는 법은 의회제정법 또는 재판판결로서 존재하는 국가법과 구별하기 위해 ‘법’이라고 칭한다.

- 5) JERRY L. MASHAW, CREATING THE ADMINISTRATIVE CONSTITUTION—THE LOST ONE HUNDRED YEARS OF AMERICAN ADMINISTRATIVE LAW 3 (2012). 또한 본고 II B1도 참조.
- 6) 山本隆司「私法と公法の〈協働〉の諸相」法社会学66号(2007年) 31면 이하, 角松生史「決定・参加・協働—市民／住民参加の位置づけをめぐって」新世代政策学研究4号(2009年) 7면 이하, 市橋克哉「行政法整備支援とその行政法学への示唆」国際開発研究20卷2号(2011年) 35면 이하以下, 前田雅子「行政法のモデル論」磯部力他編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』(有斐閣、2011年) 39면 이하, 浅野有紀・原田大樹・藤谷武史・横溝大編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年) 등.
- 7) ‘법을 정의함에 있어서는 우리들은 반드시 국가에서 출발할 필요는 없지만 일정한 “사회”(society)에서 출발해야 한다’. SIR PAUL VINOGRADOFF, COMMON SENSE IN LAW 37 (H. G. Hanbury ed., 3rd ed. 1959)(1913).

라는 범위 속에서 정통성을 가지는 국가기관에 의해 정립되고 집행되는 국가법과 접합하여 상호 보완·침투도 가능한 ‘법’이다.

이 같은 특징을 가지는 전문직 자주법 중, 본고는 미합중국(이하 ‘미국’이라고 한다.)의 의료 전문직의 associations, societies(이하 ‘의료직 집단’이라고 한다. 의사협회, 의료학교, 병원, 전문의학회 등의 집단이 만드는 제3자 평가인정기관 등이며 그 구성원은 전문직이다.)가 정립한 전문직 자주법을 검토대상으로 한다. 이를 검토대상으로 하는 이유는 두 가지 이유에서이다.

첫째 연방제를 취하는 미국에서 의료제공을 규율하는 법 및 ‘법’을 형성하는 ‘사회’는 다원적이며 다층적이라는 점을 들 수 있다. 즉 법 및 ‘법’을 형성하는 사회는 의료직 집단(associations 등), 각 주(states), 합중국(the United States)이라는 세 종류가 존재한다. 이 세 종류의 다원적 ‘사회’ 속에는 다층적으로 하나의 국가(합중국) 속에 50개의 국가(주) 속에 복수 의료직 집단이 존재하고 있다. 나아가 그 하나의 국가(주)의 경계를 넘어 복수의 국가(주)를 횡단하는 형태로도 의료직 집단이 존재한다. 이를 통해 오늘날 의료직 집단은 합중국이라는 하나의 국가의 경계를 넘어 존재하게 되었다<sup>8)</sup>. 이 같은 사회현상은 미국을 검토대상으로 하는 것만으로 그 국가의 내부에 각종 국가(주) 간의 법적 규율의 조합이나 관민에 의한 법적(‘법’적) 규율의 협동 현상을 발견할 있다.

둘째 미국 의료영역에서는 역사적으로 전문직 자주법이 국가법을 주도하는 형태로 의료제공을 법적으로 규율해 온 점을 들 수 있다. 그 결과 미국에서는 비국가법인 전문직 자주법과 국가법인 행정법과의 접합 및 상호보완·침투관계는 국가주도로 의료제공을 법적으로 규율하는 국가와는 달리 전문직 자주법이 행정법보다 지배적인 ‘법’으로 나타나고 이 같은 현상에 따라 양자가 접합하게 되어 하나의 구조를 만들고 있다.

8) 예를 들어 그 전신이 1910년에 설립된 the Joint Commission은 설립 당초부터 지금까지 미국 각 주의 주 경계를 넘어, 미국 국경을 넘어, 의료시설의 질에 대한 제3자 평가인정 활동을 행하고 있다.

<http://www.jointcommission.org/>(last visited Nov. 15, 2017. 이하 동일.).



따라서 본고가 검토대상으로 하는 법은 미국 의료제공을 규율하는 ‘공적 주체가 국가법으로서 정립되는 행정법’ 및 ‘행정법이 그 검토대상으로 하지 않는 사적 주체인 의료직 집단이 비국가법으로서 정립되는 전문직 자주법’이다.

## 2. 본고의 과제

상기와 같이 검토대상으로 하는 법을 설정한 후 본고는 ‘상기 두 가지 법이 각각 독립하면서 다양한 관계성을 가지며 상호 대립·보완·침투함으로써 구성되는 하나의 통일된 포괄적 법 시스템의 구조를 명확히 밝히고 그 의의를 검토하고자 한다.

본고는 이 의료제공의 범영역에 관해서 종전 행정법이 그 생성 시에 만든 구조를 제외하는 어프로치를 이용하고 종전의 구조를 초월한 포괄적인 새로운 행정법 모델을 제시함으로써 행정법의 재흥이라는 과제에 답하고자 한다.



## 제2장 미국 행정법의 범주 밖에 있는 법

제1절 미국 행정법이 정립하는 범주

제2절 미국 행정법이 경시한 행정법

제3절 의료직 집단의 전문직 자주법에서 구성되는 주 행정법



## 제2장

# 미국 행정법의 범주 밖에 있는 법

이 장에서는 다음 장 이하에서 행정법의 종전 구조를 제외시키고 지금까지와는 다른 차원에서 행정법을 구상하기 위한 전제작업을 하고자 한다. 첫 번째로 행정법의 탄생이란 무엇을 의미하는지를 검토한 후 미국 행정법이 그 속에서 생성되고 전개되는 구조를 파악한다. 두 번째로 이 구조 밖에 있기 때문에 미국 행정법이 경시한 행정법이 무엇인지를 명확히 하고자 한다. 세 번째로 이 행정법의 구조 밖에 있는 전문직 자주법과 미국 행정법이 경시한 행정법이 편성하는 법이 무엇인지를 명확히 밝히겠다.

## 제1절 미국 행정법이 정립하는 범주

### 1. 행정법의 생성

행정법이 생성된다는 것은 무엇을 지칭하는 것인가.

‘행정법은 행정권이 자율적으로(autonomous) 행사될 때에 탄생한다’고 Bernard Sordi는 언급하였다<sup>9)</sup>. 물론 행정법 생성의 원리는 국가형성의 과정이나 그 국가의 헌법사에 의존하기 때문에 동일한 시스템으로 형성되지는 않는다. 하지만 행정권을 행사하는 자율적인 제도적 주체와 동시에 행정법이 탄생한 것은 프랑스, 독일, 영국 그리고 미국 행정법 모두 공통적이라고 Sordi는 말한다<sup>10)</sup>.

9) Sordi, *supra* note 1, at 27.

10) Sordi, *supra* note 1, at 23, 27.

그럼 행정권의 자율적 행사라는 것은 어떤 것인가.

권력분립 원리에 의해 국가권력의 하나로 창출된 행정권은 그 내부에 다시 국가권력의 각종 권력을 통합하는 제도를 가지게 된다. 이 때 행정권의 자율적 행사가 가능하게 되고 볼 수 있다. 이 메커니즘은 이하와 같다. ①분리되지 않는 국가권력이 존재한다. ②이 국가권력을 입법권, 행정권(또는 집행권), 사법권으로 분립함으로써 행정권이 국가권력의 하나로 창출된다. ③국가권력의 분립을 전제로 정립되는 행정권은 그 내부에 다시 국가권력의 각종 작용 --- 입법작용·행정작용·사법작용 --- 이 통합된 구조를 취한다. 즉 헌법 및 / 또한 의회제정법이 행정기관을 설치하고 이에 규칙제정권·결정권·재결권이라는 세 가지 권한을 수권한다(이하에서는 ‘각종 권력’ 통합적 제도라고 한다.)<sup>11)</sup>. ④여기에 ‘각종 권력’ 통합적 제도를 행정기관에 수권하는 법이 등장한다. ⑤이 수권법을 근거로 행정재판소를 포함한 행정기관은 ‘행정의 결정’을 한다. 이런 행정권의 행사는 자율적으로 이루어진다. ⑥그리고 이 ‘행정의 결정’을 재판소(또는 행정기관 자신)가 통제하는 법도 등장한다. 따라서 행정법이 생성된다는 것은 ‘행정의 결정’에 필요한 ‘각종 권력’ 통합적 제도를 행정기관에 수권하는 법의 생성을 지칭한다.

자율적 행정권의 궁극적인 발전 형태로서 나타나는 것은 ‘행정의 결정’에 대해서 타 국가권력이 개입하지 않는 제도, 즉 행정법상의 분쟁을 재단하는 행정재판 제도이다. 행정재판소는 ‘사법재판소로부터 구별된 개별기관이며 ……’, 이 경우 오히려 권력분립 원리를 철저히 함으로써 행정사건에 관해 행정권 스스로가 재판 한다<sup>12)</sup>. 행정재판소의 결정에 대해서 사법재판소는 개입하지 않는다. Pound에 따르면 행정재판 제도의 근본적인 성격은 ‘정부의 각 부문이 스스로의 권한의 심판자’이라는 점에 있다<sup>13)</sup>. 프랑스에서는

11) 행정권 내부의 국가권력작용의 재통합인 점에서 각종 권력이라고 칭한다.

12) 鶴飼·전계 주석(3) 77면.

13) ROSCOE POUND, ADMINISTRATIVE LAW: ITS GROWTH PROCEDURE AND SIGNIFICANCE 15 (1942).

행정활동의 법 적합성을 사법재판소가 심사하지 않는 제도인 행정재판 제도는 사법권과 행정권이 대등하다는 것을 이유로 한다. 사법권과 행정권을 대등하게 봄으로써 달성되는 것은 행정주체와 사인과의 불대등이라고 高柳信一은 논한다. 高柳信一 『行政法理論の再構成』(岩波書店、1985年、初出 『現代の行政講座 現代法4』(岩波書店、1966年)) 181-183 면.

행정재판의 판례 축적에 의해 행정법이 생성되었다. 그리고 행정법의 탄생은 행정재판소를 가지는 대륙법계의 여러 국가가 영미법계 국가보다 선행되었다. 행정재판 제도는 행정권 내부에 분쟁재단행위인 ‘사법’기능을 지니고 있다. 행정재판 제도는 행정권의 자율성의 모습을 보여주는 하나의 형태라고 할 수 있을 것이다.

그럼 이 같은 행정재판 제도가 없는 미국의 경우에는 행정법은 어떻게 생성되었을까.

미국에서는 ‘행정의 결정’에 대해서 타 국가권력이 개입하는 제도(사법재판소에 의한 사법심사)가 존재한다. 미국에서는 법의 지배 원칙에 근거한 제약으로 행정권의 행상에 대해서 사법권이 개입하는 것이 원칙으로 되어 ‘누구라도 자신의 사건에서 재판관이 될 수 없다’<sup>14)</sup>고 해석하고 있다.

하지만 ‘Common Law에 있어서도 “행정법의 근원(origin)은 자유민주적인 입헌헌법의 영역 속에서 자율성이 주어졌다” 고 인식하기 시작했다’<sup>15)</sup>. ‘영미에 있어서도 새로운 제도로써 행정절차가 제정되어 소위 준사법적, 준 입법적 내지 행정법적인 기능이 행사’되었다. 즉 영미 행정권의 내부에도 ‘준’을 이용한 사법권 및 입법권을 동시에 가지는 ‘각종 권력’ 통합적인 제도가 마련된 것이다.

그리고 미국의 이 자율적 행정권의 궁극적인 발전형태로서 ‘그 작용이 있는 것은 행정에서의 심사가 최종적이어서 그 후 사법재판소에서 심사 받는 일은 없다고 하는 소위 administrative finality 원리가 전개되어 독일과 프랑스에서 행정법 체계와 상당히 가까운 체계를 만드는 기반으로서의 행정절차 제도를 확립하게 되었다’고 한다<sup>16)</sup>.

또한 행정에서의 심사가 최종(final)적이지 않더라도 재판소에 의한 개입은 행정기관의 결정을 제1심으로 보는 상소심에의 유추(analogy)로 이해되었다. 高柳信一에 따르면 ‘행정행위를 제1심 재판판결로 보는’ 것은 ‘행정행위의 공정력’ 문제로 이어지는 것이며 그

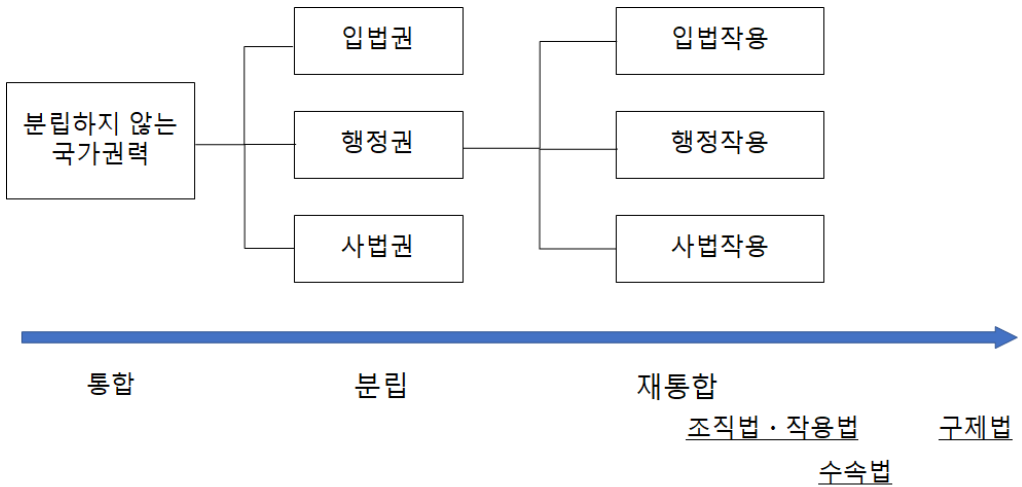
14) POUND, *supra* note 13, at 81.

15) Sordi, *supra* note 1, at 27.

16) 鶴飼·전계 주석(3) 79면.

연장상에 ‘행정재판소 제도를 요청한 사법권과 행정권의 대등성’이 있다고 할 수 있다. 이 경향은 현재까지 유지되고 있다<sup>17)</sup>. 이처럼 사법재판소가 ‘행정결정’을 ‘다시’ 심사(review)할 때에 배려할 점, 즉 사법개입을 절제하는 것에서 행정권의 자율성을 볼 수 있다.

따라서 ①권력분립 원칙에 근거해 행정권이 생겨나고 ②이 행정권 내부에 다시 ‘각종 권력’(규칙제정, 결정, 재결)을 통합하는 제도가 더해져 ③이 제도에 근거한 ‘행정의 결정’이 행정기관에 의해 자율적으로 행사될 때 이를 규율하기 위한 독자적인 법으로서 행정법은 생겨나는 것이다.



## 2. 미국 행정법의 특유한 구조

상술한 바와 같이 미국에서도 ‘행정의 결정’이 행정기관에 의해 자율적으로 행사될 때 이를 규율하기 위한 독자적인 법으로 행정법은 정립되어 왔다. 하지만 미국 행정법은 특유한 두 개의 구조를 가지고 있다. 즉 사법심사 중심주의와 연방법 중심주의이다.

17) 中川丈久 「行政訴訟に関する外国法調査——アメリカ(下)3·完」 ジュリスト1248号(2003年) 85면.



### (1) 사법심사 중심의 행정법

미국에서는 ‘행정의 결정’을 법적으로 통제하는 것은 사법재판소라고 하는 ‘법의 지배’ 원칙이 확립되어 있다. 따라서 20세기 초두의 미국에서는 각 주 의회 및 연방 의회의 수권에 근거한 행정기관에 의한 ‘의회가 쓰지 않은 법의 형성’ 및 ‘재판소가 재심사(revision)하지 않는 재결(adjudication)’<sup>18)</sup>에 관해서 이를 사법심사의 대상으로 해야 할 것인가 여부가 논쟁되었다. ‘행정의 결정은 최후(final)가 아니라 사법심사를 최후 수단으로 확보해야 하는가’, 아니면 ‘행정의 결정은 최후(final)’의 판단이므로 사법심사를 배제해야 하는가’하는 논쟁이었다.

이 대립하는 두 견해를 해결할 수 있는 것은 행정절차 이론이었다<sup>19)</sup>. 행정절차는 사법심사를 배제하고 ‘행정의 결정’이 최종적이기 위한 정당화의 근거가 될 수 있고 제한적인 사법심사(restricted review)를 정당화 하는 근거로도 될 수 있다. 하지만 이 논쟁을 해결함에 있어 그 방향을 제시하는 것은 행정절차 이론이 아닌 연방재판소의 판례였다<sup>20)</sup>. 즉 재판소는 행정절차가 최종적으로는 사법심사에 구속된다고 하였다. 한편 절차상 재판소는 ‘행정의 절차’를 제1심으로 보고 사법심사를 상소로 간주함과 동시에 ‘행정의 결정’에 대해서 defer 한다는 논리를 적용한 것이다. 그리고 사법심사의 defer의 조건으로서 요구된 행정절차의 필수요소는 주지의 히어링(공청회, 청문회 등)이었다<sup>21)</sup>.

이상에서 미국 행정법은 사법심사 중심주의 속에서 생성되었다는 점을 확인할 수 있다. 미국 행정법은 궁극적으로는 ‘행정의 결정’을 규율하기 위해 재판소가 사법심사에 의해 구축한 법으로 생성되었다. 하지만 동시에 이를 대체하고 또한 이를 제한할 수 있는 재판 유사 절차 = 행정절차에 의해 행정기관이 정립하는 법으로서 생성되었다는 점 또한 확인할 수 있다.

18) Felix Frankfurter, *The Task of Administrative Law*, 75 U.P.A. L. REV. 614 (1927).

19) JAMES LANDIS, *THE ADMINISTRATIVE PROCESS* 46 (1938); POUND, *supra* note 13 at 26.

20) *Morgan v. United States (Morgan I)*, 298 U.S. 468 (1936); *Morgan v. United States (Morgan II)*, 304 U.S. 1 (1938).

21) BERNARD SCHWARTZ & H. W. R. WADE, *LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT* 107 (1972). See also KENNETH C. DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 40 (vol.1 1958).

## (2) 연방법 중심의 행정법

미국 행정법의 두 번째 특유한 구조는 행정법이 연방의 법이라는 틀 속에서 등장한 것이라는 점이다.

미국 행정규제의 기점이 19세기 후반 이후 경제적 자유에의 통제를 위해 각 주 의회가 제정한 농민옹호운동 관련법이었다는 것에 대해서는 이론이 없다. 미국 자본주의의 산업구조의 변화와 발전 결과, 사기업이라는 사실상의 권력이 등장하였다. 이 사실상의 권력(사기업의 전횡)을 억제·대응하기 위해서 국가권력의 개입(경제규제)이 필요하게 되었다<sup>22)</sup>.

연방제를 취하는 미국에서는 우선 상술한 바와 같이 주가 경제규제를 실시하였다. 하지만 주는 주 경계를 넘어 활동하는 경제단체에 대해서는 유효한 규제를 할 수 없었다. 이로 인해 주제 통상 권한을 가진 연방이 경제규제를 할 필요가 생긴 것이다. 하지만 연방 헌법은 국가권력으로서 입법권, 집행권, 사법권을 구성하는 것뿐이므로 행정권 및 그에 속하는 행정기관을 설치하지는 않았다. 이에 연방의 개별법령이 우선 이런 주 경계를 넘는 ‘사실상의 권력’을 규제하기 위해서 연방 행정기관을 만들고(조직법) 이 연방행정기관에게 ‘행정결정’을 할 수 있는 권한을 수권하였다고(작용법) 해석할 수 있다.

이상과 같이 미국 행정법은 연방법이라는 구조 속에 등장하였다. 대륙법계 행정법과 다른 점은 행정권이 국가권력이 아닌 사실상의 권력억제를 목적으로 한 점 및 헌법이 아닌 법률을 근거로 창설된 점이다.

22) OSCAR KRAINES, THE WORLD AND IDEAS OF ERNST FREUND: THE SEARCH FOR GENERAL PRINCIPLES OF LEGISLATION AND ADMINISTRATIVE LAW 8 (University of Alabama Press 1974).

## 제2절 미국 행정법이 경시한 행정법

미국 행정법은 상술한 바와 같이 사법심사 및 행정절차가 정립하는 법 시스템 그리고 연방법에서 생성, 전개된 행정법이었다. 이하에서는 이들 시스템 밖에 있음으로써 미국 행정법이 경시한 행정법이 무엇인지를 명확히 하고자 한다.

### 1. 행정조직법·행정작용법 중심의 행정법

미국 행정법의 주류는 본고가 주목하는 ‘각종 권력’을 통합한 행정권의 자율성을 중시하지 않았다. 물론 미국 행정법이 ‘각종 권력’ 통합적 시스템을 가지는 행정권의 등장을 간과한 것은 아니다. 단지 ‘어떤 행정기관에, 어떤 범위의 규제적 권한을 부여해야 하는가’라는 문제는 미국 행정법에서는 사법심사를 통해 ‘처분이 부당 또는 위법인 경우에 어떻게 구제해야 할 것인가, 특히 위법처분에 대한 사법심사의 형태와 범위는 어떤 것인가’ 하는 문제로 논의되었다<sup>23)</sup>. 따라서 조직설치 및 권한배분의 문제는 권력분립 원리와 그 귀결로서의 위임금지 법리의 문제로 사법심사를 통해 논의되었다. 미국 행정법은 사법심사를 통해 생성되는 행정법이고 행정조직법·행정작용법을 직접 분석대상으로 하지 않는 행정법이라고 할 수 있다<sup>24)</sup>.

최근 Jerry Mashaw는 사법심사 중심주의가 행정권 자신의 내부법에 있는 법적 통제의 유효성을 간과하게 된다고 지적하였다. Mashaw는 19세기 미국 연방정부에 관한 분석을 통해 그 내부법의 형성과 자율적인 집행(*agency self-regulation*)을 분석해 이 행정 내부법(*internal administrative law*)이야말로 국가제정법이나 재판소가 기능을 발휘하지 못하는 영역에서도 행정에 대한 법적 통제를 가능하게 한다고 지적하였다. 그리고 이 행정 내부

23) 鵜飼信成 「はしがき」 鵜飼信成編 『行政手続の研究』 (有信堂、1961年) 序 2면. 행정법이 사법심사를 통한 재판판결에서 생긴 룰들의 축적이라고 하는 점, 즉 분쟁이 생긴 후의 권리구제를 위한 룰이라는 점은 특히 생성기의 행정법과 관련해서 그 통용범위가 분쟁사실의 범위에 한정됨을 이끌어 낸다. 鵜飼는 다음과 같이 설명한다. 국민적 이익의 보호라는 것도 추상적 일반적인 관념이 아니라, …… 구체적인 사회관계를 전제로서만 논의되어 왔다고 한다.

24) SCHWARTZ & WADE, *supra* note 21, at 3.

법을 행정법으로 인식하는 것이 21세기 미국 행정법이 직면하고 있는 과제를 극복할 답을 제시한다고 주장하였다<sup>25)</sup>.

미국 행정법은 재판소와 행정기관의 절차(=형태)가 만드는 법을 중시하였다. 미국 행정법은 ‘각종 권력’을 통합한 시스템을 가지는 자율적인 행정권의 존재 및 이 자율적인 행정권을 만드는 행정조직의 법 및 그 권한행사를 수권하는 행정작용의 법을 경시해 왔다. 하지만 후자에 초점을 맞출 때 여기에도 사법심사 중심의 행정법이 아니라 행정조직법·행정작용법 중심의 행정법이라는 또 하나의 행정법의 생성을 볼 수 있다.

## 2. 주의 ‘행정의 결정’에 대한 사법심사

미국 행정법이 경시한 것으로 그 두 번째는 주에서 생성되어 전개된 행정법이었다. 상술한 바와 같이 행정규제는 19세기 후반 연방에 앞서 행정권의 자율성을 체현하는 주 행정위원회로부터 시작되고<sup>26)</sup> 주 행정위원회와 연방 행정위원회는 양자 모두 그 공통된 특징(hallmark)으로서 행정권한 외에 입법권한 및 사법권한을 가지고 있다<sup>27)</sup>.

Schwartz는 법률가의 학술상 ‘관심은 연방 행정법에 있었다. 그들은 이 나라에 51의 행정법 시스템—— 하나의 연방정부와 50의 주 정부 ——가 있다는 사실을 간과하고 있다’고 하였다<sup>28)</sup>.

미국 행정법에서는 주 행정법을 왜 논의하지 않은 것일까.

25) Jerry L. Mashaw, *Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age*, 119 YALE L.J. 1362, 1470-1471 (2010). See also, Elizabeth Magill, *Agency Self-Regulation*, 77 GEO. WASH. L. REV. 859, 861 (2009).

26) 철도, 곡물창고, 그 외 자연독점에 대한 요금 규제이다. STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY PROBLEMS, TEXTS, AND CASES 19 (2002).

27) Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure 7 (1941).

28) BERNARD SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 3 (1976). See also, SCHWARTZ & WADE, *supra* note 21, at 8-10. 사실 행정법 교과서는 거의 연방 행정을 검토대상으로 하고 있다.

Stephen Breyer는 다음과 같이 논한다. 미국 행정법은 1929년 대공황에 대한 뉴딜 정책을 계기로 진행된 행정국가화를 배경으로 극적으로 발전하였다. 헌법제정 시 구상의 주된 부분이었던 연방주의 하에서 전통적으로 주에 의해 행사된 권한 대부분은 급속하게 연방 정부로 이행되었다. ‘주와 연방’이라는 소위 수직관계의 권력분립에서의 주의 존재는 행정국가화 시대에서는 오히려 장애가 되었다고 볼 수 있다. 주 정부 권력을 보완함에 그치는 연방정부 권력은 행정국가화 시대를 배경으로 한 때 특히 주제 통상 권한의 확대를 연방 재판소가 인정함으로써<sup>29)</sup> 주 정부권력보다 우위에 서게 되었다. 이 점이 연방에서의 ‘행정의 결정’을 주목하게 했다고 해도 좋을 것이다. 하지만 주 정부 권력은 그 자체보다 중요한 역할을 수행하고 있었고 현재에도 수행하고 있다. 전형적으로는 police power를 근거로 한 공중위생이 있다<sup>30)</sup>.

그 후 Schwartz는 주 정부의 역할을 보고 주 행정법이 가지는 중요성을 지적하였다. ‘대부분의 본질적인 정부기능(essential governmental functions)은 각 주 및 그 하부에 속한다. 이 점은 특히 social services의 영역에 해당한다. 우선 연구대상이 해야 할 것은 주 행정법이지 연방 행정법이 아니다’<sup>31)</sup>. 본고가 고찰하는 의료제공에 대한 전문직 자주법에 의한 규제, 주 행정기관에 의한 규제 그리고 이에 대한 사법심사도 Schwartz가 주목한 주 행정법의 영역이다.

29) Barry Cushman, *The Great Depression and New Deal*, in *THE CAMBRIDGE HISTORY OF LAW IN AMERICA* 270, 294-308 (M. Grossberg & C. Tomlins eds., vol.3 2008).

30) Leslie J. Reagan, *Law and Medicine*, in *THE CAMBRIDGE HISTORY OF LAW IN AMERICA* 247-251 (M. Grossberg & C. Tomlins eds., vol.3 2008).

31) SCHWARTZ, *supra* note 28, at 24. See also, SCHWARTZ & WADE, *supra* note 21 at 9.

### 제3절 의료직 집단의 전문직 자주법에서 구성되는 주 행정법

여기에서는 다음 장 이하에서 분석하는 행정법과 전문직 자주법과의 접합 및 그 관계성에 관한 분석을 위한 전제 작업을 하고자 한다. 의료제공을 규율하는 법은 미국에서 어떻게 생성되었는가, 이는 행정법이라고 할 수 있는가를 검토하고자 한다.

#### 1. 전문직 자주법의 생성과 주 의사면허법의 실패

미국의 의료제공에 관한 법 시스템의 제도변화를 보면 다음과 같은 특징을 발견할 수 있다. ①식민지 시대 이후 의료는 자유롭게 제공되고 있었다. ②그 후 전문직 자주법과 주법(각 주 의사면허법)이 동시에 등장하고 의료제공에 대한 규제를 시작하였다<sup>32)</sup>. 이 면허제라는 규제형식은 주법이 규정하고 그 취득요건 등 규제내용은 전문직 자주법이 규정하는 시스템이었다<sup>33)</sup>. ③하지만 주법이 폐지되고 다시 행정규제가 없는 시대로 돌아간다<sup>34)</sup>. ④단 이는 자유로운 의료제공이라는 구시대로 돌아간다는 의미는 아니다. 주법의 규제는 없어졌지만 여기서는 의료직 집단이 그 전문직 자주법에 의한 독자적 규제를 계속하고 이를 발전시켰다<sup>35)</sup>. 즉 의료직 집단은 전문직 자주법의 정립을 통해서 의료직

32) 가장 오래된 미국의 의사회는 매사추세츠 왕령 식민지로 1735년에 창설된 보스턴 의사회이다. 그리고 1766년에는 뉴저지 의사회가 창설되었다. 후자는 미국 독립(1776년)을 거쳐 지금까지 남아 있는 유일한 의사회이다. Medical Society of New Jersey, <http://www.msnj.org/>

의사자격에 대한 법적 규율의 시작은 1649년의 매사추세츠만 식민지 의회(General Court)가 제정한 법률(the original Massachusetts' Act of 1649)에서 시작되었다. 하지만 이는 실효성이 없었고 의료는 사실상 자유롭게 제공될 수 있었다. RICHARD H. SHRYOCK, MEDICAL LICENSING IN AMERICA 1650-1965, 14 (1967); PAUL STARR, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN MEDICINE 30 (1982).

33) 1781년 매사추세츠 의사회(the Massachusetts Medical Society. 이하 이사회라고 한다.)가 임의가입 조직으로 창설되고 매사추세츠주의 법인법(1781 Mass. Acts 15)에 근거해서 동의사회는 주 의회로부터 법인 인허증(charter)을 부여 받았다. 주의 법인법은 동의사회에게 법인 인허증과 관련해 의사면허 부여권한을 수권하였다고 한다.

34) 1830년까지 동부 10주에서는 의사면허법이 제정되었는데 1830년대의 잭슨·민주주의의 평등주의(반 엘리트주의나 자유시장 사상)를 배경으로 의사면허 제도를 가지는 모든 주에서 의사면허법은 폐지되었다.

35) 1847년 교육을 받은 의사(educated physicians)에 의해 전미에 걸쳐 임의가입 조직으로 창설된 미국 의사회(The American Medical Association: AMA)는 의사자격에 관한 인정기준을 정립하고 전미에 걸쳐 의사자격에 관한 인정제도를 실시하였다.

집단 내부에 의사자격이나 병원기능을 인정하기 위한 조직을 만들고 인정하기 위한 기준을 규정하였다. 그리고 그 조직에 인정의 기준 접합성 심사권한 및 인정권한을 부여하였다. ⑤이 같은 전문직 자주법과 그 자주규제의 존재를 전제로 다음으로 주법(의사면허법)이 다시 등장하였다<sup>36)</sup>. 주법은 전문직 자주법과 마찬가지로 독자적인 법으로서 등장하였다.

이 전문직 자주법의 존재를 전제로 등장한 주 제정법은 기존의 전문직 자주법을 참고하였다. 반대로 말하면 전문직 자주법은 주 제정법에 적용된 것이다. 전문직 자주법이 처음 만든 의료제공을 규율하는 법 시스템은 그 속에 주 제정법이 적용되고 전문직 자주법과 접합함으로써 이 두 개의 법이 상호 대립·보완·침투하는 프로세스를 거쳐 오늘날의 의료제공에 관한 통일적이며 포괄적인 법 시스템으로 변화해 온 것이다.

## 2. 전문직 자주법이 구성하는 주 의사면허법의 ‘권력’ 통합적 구조의 등장

이처럼 재등장한 주법(의사면허법)은 미국 행정법이 경시한 조직법 및 작용법에서 구성되는 행정법이라고 하는 의미에서의 행정법이라 할 수 있다. 예를 들어 메사추세츠주는 1894년 주법 458장이 의사면허(registration) 제도를 만들고<sup>37)</sup> 이를 소관하는 주 행정위원회로서 의사면허 등록위원회(Board of Registration in Medicine, 이하 위원회라고 한다.)를 설치하였다(1조). 동법은 세 개의 의사면허 법정기준을 규정하고 동위원회에 대해 이 법정기능의 적합성 심사권한 및 메사추세츠주 의사면허 부여권한을 수권하였다(8조). 그리고 주는 1917년 주법 218조에 근거해서 동위원회에게 의사면허 정치 또는 취소권한을 수권하고(1조) 위원회에서의 공청회 및 청문회 규정을 두었다(2조). 또한 형벌에 의한 실효성 확보로서 1894년법은 무면허 개업에 대해 100달러 이상 500달러 이하의 벌금 또는 3개월 이하의 징역에 처함을 규정하였다(10조).

36) 의사면허법은 1860년대부터 1900년대에 걸쳐 각 주에서 정비되었다.

37) 1894 Mass. Acts 458. 조문은 이하를 참조.<http://archive.org/stream/actsresolvespass1894mass#page/458/>

즉 주법(의사면허법)은 행정기관(의사면허 위원회)을 설치하고(조직법) 당해 행정기관에 면허부여 기준의 설정권(규칙제정 권한), 개별 결정권(면허부여의 허가여부, 취소 등의 권한) 및 재결권(면허거부·취소 등에 대한 불복에 관한 재결권한)을 수권하고 있다(작용법). 따라서 주에 있어서도 제정법이 행정권을 만들고 그 내부에 각종 권력(규칙제정, 결정, 재결)을 통합하는 구조가 만들어져 있음을 확인할 수 있다. 여기에 연방 행정법과 동등한 위치에 있는 주 행정법이 존재하고 있음을 확인할 수 있다.

### 3 주에 의한 ‘행정의 결정’에 대한 사법심사에 관한 법의 생성

게다가 주법(의사면허법)은 사법심사와 행정절차가 만드는 행정법이라는 의미에서도 행정법이다. 예를 들어 의사면허 제도의 합헌성이 쟁점이 된 *Dent v. West Virginia*, 129 U.S. 114 (1889) 판결에서 연방 최고재판소는 주법인 의사면허법을 행정법으로 판단하고 주 헌법의 police power를 근거로 그 합헌성을 인정하였다. 그리고 *Lawrence v. Board of Registration*, 239 Mass. 424 (1921) 판결, *Davis v. Board of Registration in Medicine*, 251 Mass. 283 (1925), *Dugdale v. Board of Registration in Medicine*, 270 Mass. 65 (1930) 판결 등은 연방 행정법과 마찬가지로 의사면허 위원회의 절차에서 공정하고 충분한 히어링(공청회, 청문회 등)을 하도록 하였다. 이처럼 주에서도 연방과 같이 사법심사와 행정절차를 정립하는 행정법이 존재하고 있다.



## 제3장

# 의료직 집단의 전문직 자주법과 행정법의 접합

제1절 조직 및 범정요건에 있어서의 접합

제2절 조직 및 범정요건에 있어서의 접합에 대한 사법심사



## 제3장

# 의료직 집단의 전문직 자주법과 행정법의 접합

이하에서는 미국 행정법이 가지는 기존의 틀, 즉 연방 사법심사에 관한 행정법이라는 틀을 제외한 결과 발견할 수 있는 법을 검토하고자 한다. 즉 앞서 검토한 주 및 연방 제정 법령(행정조직법 및 행정작용법)과 의료직 집단의 전문직 자주법과의 접합 및 이에 대한 사법심사에 관해 분석한다<sup>38)</sup>.

## 제1절 조직 및 법정요건에 있어서의 접합

여기서는 전문직 자주법과 행정법이 접합해서 의료제공을 규율하는 법 시스템과 관련하여 이를 구성하는 양자의 접합 형태를 추출해서 구분하고자 한다. 이 때 본고는 이 법 시스템을 주·연방 행정법 측에서 보는 관점, 특히 조직(행정기관·의료직 집단), 법정요건(면허기준 등) 및 법효과(면허의 부과여부 등)에서 의료직 집단의 조직, 인정요건 및 효과를 고찰하는 관점에 선다.

38) 본고가 말하는 접합이란 각각이 각각의 고유성을 가지는 요소인 전문직 자주법과 행정법(제정법령 및 재판판결)이 대립적임과 동시에 상호보완적이고 한편으로는 다른 한편을 필요로 하는 관계성을 지칭한다. 그리고 이 구성요소는 대립이 상대적인 것이고 양극은 분할을 표현하듯이 혹은 이들 자신이 통일된 것을 구성하듯이 서로 기능(작용)한다. G·도울러스, F·가타리(宇野邦一他訳) 『千のプラトー』 (1994년, 河出書房新社) 407면. Edward Rubin은 articulation(본고에서는 접합이라고 번역한다.)의 용어에는 두 가지 있다고 설명한다. 하나는 개개의 구성요소(elements)가 독립해 그 고유성(identities)을 가지는 형태로 가시적으로 결합(ligature or joint)함으로써 생기는 관계성이다. 또 하나는 명확한 언어형태로서의 사실 표현이다. 접합(articulation)이라는 용어를 전자의 의미에서 사용한다고 GILLES DELEUZE & FÉLIX GUITTARI, A THOUSAND PLATEAUS 39-74 (1974) Rubin은 설명한다. EDWARD L. RUBIN, BEYOND CAMELOT: RETHINKING POLITICS AND LAW FOR THE MODERN STATE, 24-25 (2005). 본고는 접합(articulation)을 전자의 의미에서 사용하고자 한다.

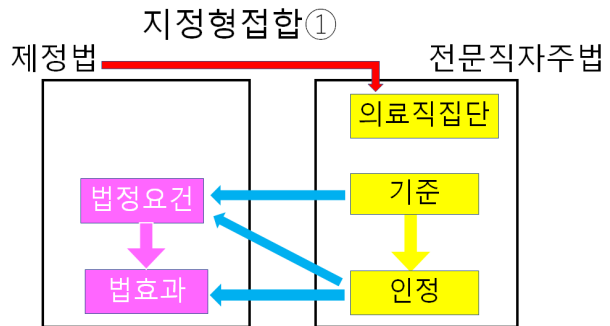
전문직 자주법과 제정법령과의 접합의 관계성은 제정법령의 규율 방식에 따라 다양한 형태로 나타난다. 하지만 어떤 접합의 경우에도 전문직 자주법(법정요건 및 법효과) 자체가 아니라 이를 정립하는 의료직 집단(조직)의 당해 접합의 의미를 고찰하는 것부터 시작한다. 즉 제정법령과 전문직 자주법과의 접합은 조직에서 ① 제정법령에 근거한 의료직 집단의 지정, ② 의료직 집단의 제정법령에 의한 설치 혹은 ③ 제정법령에 근거한 행정기관과 의료직 집단과의 위탁계약<sup>39)</sup>에 따라 생긴다.

## 1. 지정형 접합

접합의 첫 번째 형태는 ‘지정형 접합’이다. 이 형태는 다시 세 가지로 분류할 수 있다.

### (1) 제정법이 행정기관을 설치하지 않고 의료직 집단만을 지정하는 경우 [지정형 접합①]

우선 주·연방 행정법이 행정기관을 설치하지 않고 기존 의료직 집단을 지정하고 당해 집단이 정립하는 전문직 자주법의 기준 및 설정을 그대로 주·연방 행정법의 법정요건 및 법효과로 하는 형태이다(지정형 접합①). 이 예로서



미국의 건국 전후에 메사추세츠주에서 등장한 의사면허법을 그 예로 들 수 있다. 당해 주 의사법은 면허부여 요건을 규정하지 않았다. 따라서 지정의료직 집단이 행하는 의사자격의 인정기준의 정립 및 그 기준의 개별적용(인정)이 면허부여 요건의 정립 및 면허부여 심사로 된다. 이 점에서 지정의료직 집단이 ‘행정의 결정’을 하게 되었다<sup>40)</sup>.

39) 제정법령의 근거가 없더라도 행정기관이 의료직 집단과 사무위탁 계약을 체결하는 것은 가능하다.

40) 이하에서는 행정기관이 아닌 의료직 집단이 실시한 것으로 간주하는 행정결정을 행정의 결정이라 한다.

## (2) 제정법이 행정기관을 설치하고 의료직 집단을 지정하는 경우 [지정형 접합②]

다음으로 주·연방 행정법이 행정기관을 설치하고 이와 동시에 기존 의료직 집단을 지정하는 경우가 있다. 이는 다시 다음 세 가지 형태로 분류할 수 있다.

### 1) 자주법 단독 규제형 접합

행정기관의 설치와 의료직 집단의 지정이 이루어짐과 동시에 전문직 자주법의 기준 및 인정에 관해 이들 행정기관 스스로의 법정요건 및 법효과를 가지는 결정으로 하는 것(지정형 접합②—자주법 단독 규제형)이다. 이 경우 《행정기관에 의한 면허부여, 급부결정 등》이라는 법효과의 허용여부는 《제정법이 지정하는 의료직 집단에 의한 인정(법정요건)》만에 있다. 이는 지정의료직 집단의 자주법이 행정법(제정법)과 접합함으로써 행정법상의 법효과를 가지게 되고 결과적으로 자주법이 독자적으로 규제하는 것이다.

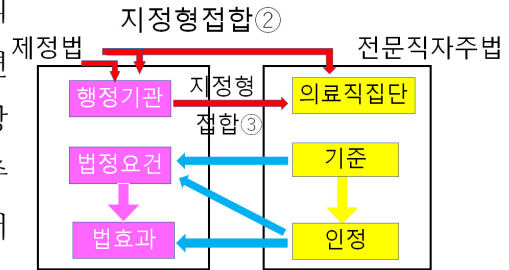
### 2) 자주법 요건·법정요건 병합형 접합

유사한 조직이 설치되고 전문직 자주법의 기준 및 인정과 주·연방 행정법이 법정요건 및 법효과가 병용된 것(지정형 접합②—자주법 요건·법정요건 병용형)이다. 이 경우 《행정기관에 의한 면허부여, 급부결정 등》이라는 법효과의 허용여부는 《제정법이 지정하는 의료직 집단의 자주법이 규정하는 요건에 근거한 인정》 양쪽 모두를 대상으로 한다. 이 경우 자주법 요건과 법정요건이 병용되어 접합되어 있음을 확인할 수 있다.

### 3) 자주법 요건·법정요건 선택형 접합

유사한 조직이 설치되고 자주법 요건과 법정요건 중 하나가 선택되는 것(지정형 접합②—자주법 요건·법정요건 선택형)이다. 이 경우 《행정기관에 의한 면허부여, 급부결정 등》이라는 법효과의 허용여부는 《제정법이 지정하는 의료직 집단의 자주법이 규정하는 요건에 근거한 인정》 또는 《그 외 행정기관에 의한 법정요건 해당성 심사》와 관련된다. 이는 자주법의 요건과 법정요건이 선택되는 형태로 접합한다.

제정법이 행정기관을 설치하고 동시에 의료직 집단을 지정하는 제도는 각 주의 의사면허법 및 의료시설 설치허가법, 연방 의료보장법(의료보험법(메디케어 법))<sup>41)</sup> 및 연방과 주에 의한 의료부조법(메디케이드 법)<sup>42)</sup> 등에서 볼 수 있다.



### (3) 제정법이 행정기관을 설치하고 당해 행정기관이 위임명령에 의해 의료직 집단을 지정하는 경우 [지정형 접합③]

마지막으로 주·연방 행정법이 행정기관을 설치하고 이 행정기관이 의료직 집단을 지정하고 주·연방 행정법의 법정요건 및 법효과와 전문직 자주법보다 상세한 기준 및 인정이 병용되는 방식이다(지정형 접합③). 이 경우 《행정기관에 의한 면허부여, 급부결정 등》이라는 법효과의 허용여부는 《제정법이 지정하는 의료직 집단의 자주법이 규정하는 요건에 근거하는 인정》 또는 《그 외 행정기관에 의한 법정요건 해당성 심사》와 관련된다. 이는 자주법의 요건과 법정요건이 선택되는 형태로 접합된다(자주법 요건·법정요건 선택형 접합. 이하 ‘선택형 접합’이라고 한다.).

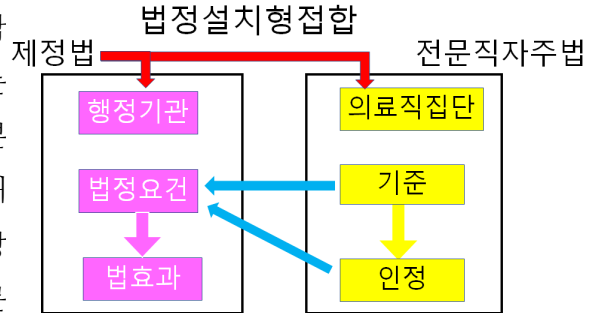
현재 미국 모든 주에서 각 주가 규정하는 의사면허 교부요건 속에 이 형태의 접합이 포함되어 있다.

41) 42 U.S.C. § 1395 *et seq.*

42) *Id.* § 1396 *et seq.*

## 2. 법정설치형 접합

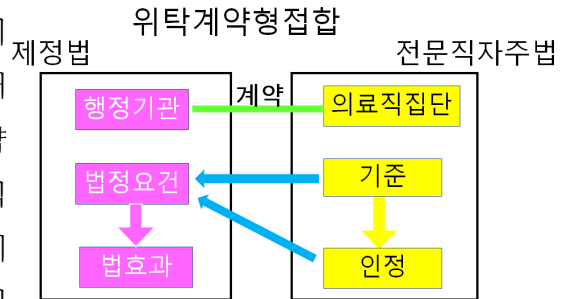
지정형 접합에 이어 두 번째 접합 형태는 ‘법정설치형 접합’이다. 이는 주·연방 행정법이 행정기관을 설치뿐만 아니라 새로운 의료직 집단에 대해서도 이 설치를 의무화 하고 주·연방 행정법의 법정요건 및 법효과와 전문직 자주법의 기준 및 인정이 병용되는 것이다.



이 접합형태는 연방과 주에 의한 의료부조법(메디케이드 법)에 근거한 의료부조급부 요건심사에서 볼 수 있다.

## 3. 위탁계약형 접합

세 번째 형태는 ‘위탁계약형 접합’이다. 이는 주 행정법 및 연방 행정법에 대해 의료직 집단과의 사이에서 위탁계약을 체결하는 시스템이다. 이 경우 의료직 집단은 기존 조직이든 새 조직이든 관계 없다. 이 접합에서는 주·연방 행정법의 법정요건 및 법효과와 전문직 자주법의 기준 및 인정이 병합된다.



이 접합 또한 연방과 주에 의한 의료부조법(메디케이드 법)에 근거한 의료부조급부 요건심사 속에서 그 존재를 확인할 수 있다.

이 다양한 접합 형태를 분석함으로써 이하 몇 가지를 지적할 수 있다. ‘지정형 접합①’을 제외하면 지정, 법정 및 계약이라는 접합 시에 이용되는 행위형식의 차이에도 불구하고 모든 형태에서 주·연방 행정법은 우선 행정기관을 설치하고 있다. 그리고 주 행정법 및 연방 행정법은 형식상 법정요건 및 법효과를 규정하고 행정기관에게 이를 심사·판단하게 한다. 하지만 동시에 내용상은 전문직 자주법이 규정하는 기준설정 및 인정을 통해 행해지는 의료직 집단의 전문적 판단·결정에 주 행정법상 연방 행정법상의 법정요건과 법효과에 관한 실질심사가 맡겨지는 경우가 많다.

## 제2절 조직 및 법정요건에 있어서의 접합에 대한 사법심사

### 1. 지정된 의료직 집단에 의한 요건심사

#### (1) 제정법이 행정기관을 설치하지 않고 의료직 집단만을 지정하는 경우

제정법이 행정기관을 설치하지 않고 의료직 집단만을 지정해 이 의료직 집단에 대해 낙태죄의 위법성 조각사유 해당성 심사를 위임하고 있는 것에 관해서(따라서 이는 주 행정법이 아닌 주 형법상의 문제이다.) 이 제도를 위헌이라고 한 연방최고재판소 판결로서 *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973)가 있다.

#### (2) 제정법이 행정기관을 설치함과 동시에 의료직 집단도 지정하는 경우

제정법이 행정기관을 설치함과 동시에 특정 및 기존 의료직 집단을 지정하는 의료보험 제도에 있어서의 의료직 집단의 결정에 대한 합헌성을 논한 연방 공소 재판으로서 *Cospito v. Heckler*, 742 F.2d 72 (1984), cert. denied 471 U.S. 113 (1985) 판결이 있다. 쟁점은 사인인 의료직 집단에 대한 의회 및 정부권한 위임의 해당성 및 당해 의료직 집단의 행위에 대한 스테이트 액션 해당성이었고 양자를 부정하였다.



### (3) 제정법이 행정기관을 설치하고 당해 행정기관이 위임명령에 의해 의료직 집단을 지정하는 경우

제정법이 행정기관을 설치하고 당해 행정기관이 위임명령에 의해 의료직 집단을 지정하는 경우의 이 제정법령과 전문직 자주법이 접합하는 것에 대한 사법심사에 관해 검토하고자 한다. 이 구조에 근거한 인정에 대해 그 합헌성을 논한 연방 지방재판소 판결로서 *St. Agnes Hospital v. Riddick as Chairman of ACGME*, 668 F. Supp. 478(1987), 748 F. Supp. 319(1990)가 있다. 쟁점은 사인인 의료직 집단에 대한 의회 및 정부권한의 위임의 해당성 및 당해 의료직 집단이 행한 행위가 스테이트 액션에 해당하는지 여부였고 양자를 긍정하였다. 하지만 본 판결과 같이 이 해당성을 긍정하는 케이스는 극히 드물다.

## 2. 법정설치의 의료직 집단에 의한 요건심사

법정설치 의료직 집단인 위원회(URC)를 내부에 설치하는 시설이, 위원회가 행한 요건심사를 받아 행한 결정의 합헌성을 연방 최고재판소가 판단한 판결로서 *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982)가 있다. 쟁점은 사인인 의료직 집단의 결정이 스테이트 액션(state action)에 해당하는지의 여부이었으나 당해 재판소는 이를 부정하였다.

## 3. 위탁계약에 근거하는 의료직 집단에 의한 요건심사

메디케이드를 소관하는 주 행정기관은 메이케이드 법에 따라 제정된 주법에 근거해서 메디케이드 급부가 의학상 필요 또는 이용상황을 통제하는 절차에서 볼 때 이가 적절한지 여부를 결정하는 사무의 위임계약을 의료직 집단과 체결한다. 의료직 집단에 의한 이 결정이 연방 및 주 법령이 규정하는 절차에 위반하는지를 연방 지방재판소가 판단한 사건으로서 *J. K. v. Dillenberg*, 836 F.Supp. 694 (1993) 판결이 있다. 쟁점은 사인인 의료직 집단의 결정에 대한 스테이트 액션 해당성이며 당해 재판소는 이를 긍정하였다. 하지만 본 판결과 같이 이 해당성을 긍정하는 케이스는 극히 드물다.

#### 4. 접합의 사법심사에서의 재판소의 시점

사법심사에서는 세 가지 형태의 접합 모두 우선 위임금지 법리 해당성 및 스테이트 액션(state action) 해당성을 심사하는 것이 통상적이다. 그리고 이에 해당할 경우에는 의료직 집단의 결정에 있어서의 절차의 적정성이 심사된다.

위임금지 법리는 의회 및 정부권한이 어디에 소속되는가(소속이 국가기관에 한정되지 않으며 사인도 포함한다.)를 묻는 것이며 스테이트 액션 법리는 사인활동이 국가활동과 동일시 볼 수 있는가를 묻는 것이다. 따라서 재판소는 의회 및 정부 권한의 소재나 정부 행위와의 동질성에 착안해서 전문직 집단 및 그 결정이 국가 측에서 볼 때 어느 정도 유사한가 하는 국가중심적 관점에서 서 있다는 점을 지적할 수 있다.

첫 번째로 의료직 집단에 의회나 정부권한이 위임되어 있음과 동시에 그 위임이 합헌인 경우 및 / 또는 의료직 집단의 결정이 스테이트 액션에 해당할 경우에는 의료직 집단의 결정은 공법——헌법 및 제정법(정보공개법, 행정절차법, 공무원의 불법행위에 의한 손해배상 등)——에 의해 통제되게 된다. 따라서 의료직 집단은 행정기관 속으로 내면화됨과 동시에 전문직 자주법과 이에 근거한 결정은 헌법 및 제정법과 이에 근거한 ‘행정의 결정’ 속에 침투해 내면화 된다.

두 번째로 의료직 집단에 의한 결정이 의회 및 정부권한의 위임에 해당되지 않음과 동시에 스테이트 액션에도 해당하지 않을 경우에는 제정법령이 규정한 전문직 자주법과 제정법령과의 접합은 사법심사에서 위헌헌법으로 판단되지 않고 헌법 및 제정법령상 그대로 용인된다. 이 경우의 접합은 오픈 스페이스가 있고 논리적으로 생각해 보면 세 가지 발전의 방향성이 있다. 즉 의료제공의 법적 규율에서 전문직 자주법과 제정법령과는 독립적으로 존재하고 접합하면서 ①제정법령에 의한 법률이 중심이 되어 발전하는 방향, ② 제정법령이 아닌 전문직 자주법에 의한 법률이 중심이 되어 발전하는 방향 또는 ③어느 쪽도 중심이 되지 않은 채 발전하는 ——양자를 포함한 네트워크 속에서 이해한다—— 방향이다.

## 제4장

# 전문직 자주법과 행정법과의 접합·침투

제1절 행정법 중심 어프로치 :

‘전문직 자주법을 구성하는 행정법’

제2절 전문직 자주법 중심 어프로치 :

‘행정법을 구성하는 전문직 자주법’



## 제4장

# 전문직 자주법과 행정법과의 접합·침투

앞 장에서 검토한 바와 같이 행정법(제정법령)과 전문직 자주법은 의료제공을 규율하는 하나의 법 시스템에 있어서 각각 자율적인 구성요소이면서 동시에 접합·침투를 통해 하나의 구성체로 통일된 법구조를 정립하고 있다.

이 같은 구조를 가지는 법 구성체를 어떻게 작동시킬 것인가 혹은 어떻게 제어할 것인가를 고찰할 때 우선은 두 가지 관점을 생각해 볼 수 있다. ‘행정법 중심 어프로치’와 ‘전문직 자주법 중심의 어프로치’이다.

### 제1절 행정법 중심 어프로치 : ‘전문직 자주법을 구성하는 행정법’

Ⅲ장에서 분석한 바와 같이 다양한 접합 형태에서 공통된 점은 다음과 같다. 우선 제정법령이 의료제공을 규율하는 제도를 정립하고 있다. 즉 제정법령이 행정기관을 설치하고 규제요건 및 효과를 규정한다. 다음으로 제정법령은 전문직 자주법에 대해 법정요건의 심사를 맡긴다. 따라서 제정법령이 규정하는 행정법 규제는 전문직 자주법을 구성요소로 한다고 할 수 있다.

접합 형태에 관한 상기 설명은 제정법령 측에서 전문직 자주법을 보는 관점이다. 제정법령이 만든 구조 속에 어떤 형식으로 그리고 어떤 내용으로 전문직 자주법에 근거한 결정이 흡수되는지 즉 내면화 하는지 하는 문제가 있다. 제정법령인 행정법은 전문직 자주법을 행정법 목적 실현을 위한 요소로 행정법 내에서 재구성 되고 있다.

하지만 전문직 자주법은 행정법과 접합하는 다양한 관계를 가짐으로써 의료제공과 관련된 법 영역에 있어서 행정법 이상으로 큰 역할을 수행하는 법이다. 반대로 말하면 이 경우 행정법은 작은 역할 밖에 하지 못 하는 법으로 되는 것이다. 특히 주·연방 행정법이 행정기관을 설치하지 않고 기존 의료전문직 집단을 지정하는 ‘지정형 접합①’의 경우에는 당해 집단의 전문직 자주법의 기준 및 인정이 그대로 주·연방 행정법의 법정요건 및 법효과로서 통용된다. 전문직 자주법은 제정법령을 매개로 해 ‘민주적 정통성’을 획득함으로써 행정법으로 통용되고 있다.

이 때 예를 들어 가령 의사자격을 판단하기 위한 전문직 자주법상의 기준 적합성심사가 전문직으로서의 자질판단이라는 명목 하에 실제로는 인종이나 신앙을 이유로 신청자를 당해 의료직 집단에서 자의적으로 배제하였다면 이 의료직 집단의 자의나 전횡을 어떻게 제어할 것인가.

이처럼 경우에 따라서는 행정법보다 강력한 법인 전문직 자주법을 제어하는 첫 번째 방법은 ‘행정법 중심 어프로치’이다. 즉 행정주체가 행하는 의료직 집단이라는 ‘사적 주체의 활동에도 행정법을 확장’해서 당해 활동을 제어하는 어프로치이다.

미국 행정법에서의 이 어프로치의 대표적인 예는 판례법리인 위임금지 법리 및 state action법리를 전문직 자주법의 결정에도 적용하고 이를 ‘행정의 결정’과 동등한 가치로 봄으로써 적정절차를 확보하는 방식이다. 이 방식을 사용할 때의 재판소의 판단의 핵심은 사적 주체인 의료직 집단의 활동이 국가의 그것과 동일시 가능한가 하는 점이다. 환언하자면 재판소는 ‘전문직 자주법이 제정법령을 매개로 “권력·권한(power)”<sup>43)</sup>이 유입되어 행정법으로서 통용되고 있는가’를 판단하고 있다. 그리고 여기에 권력·권한(power)이 보이는 경우에는 공법에 의한 구제가 가능하게 된다.

행정법(제정법령 및 재판판결)에서 의료제공의 법 시스템을 고찰하는 ‘행정법 중심 어프로치’는 행정법이 전문직 자주법에 대해 ‘밖으로부터의’ 행정권력·권한을 유입시킴

43) RUBIN, *supra* note 38, at 76-77.

로써 전문직 자주법에 민주적 정당성을 부여하는 것에 특징이 있다. 권력·권한이라는 시각에서 전문직 자주법과 행정법과의 접합을 고찰할 때 행정법은 전문직 자주법을 구성하고 있다고 할 수 있다. 이 점에서 행정법 중심주의가 만드는 행정법은 ‘전문직 자주법을 구성하는 행정법’이라고 할 수 있다.

하지만 III장에서 분석한 바와 같이 이 어프로치를 채택한 판례에 있어서 전문직 자주법의 결정을 ‘행정의 결정’과 동등하게 판단한 사례는 많지 않다. 게다가 행정법 중심의 어프로치는 그 어프로치가 권력(power)에 초점을 맞추으로써 본래 분리되어 있음에도 불구하고 그 분리된 현상이 보이지 않게 된다<sup>44)</sup>. 이 점, 재판소도 또한 전문직 자주법과 행정법과의 접합형식에 관해서는 전혀 관심을 보이지 않았다. 이 접합으로 사적 주체가 자유롭게 정립한 물(전문직 자주법)이더라도 형식적으로는 행정법으로(행정법 이름을 빌려서) 통용됨에도 불구하고 학문적 관심을 전혀 보이지 않았다. 권력·권한(power)에 초점을 맞춘 행정법 중심의 어프로치에서 보이는 ‘전문직 자주법’은 일률적이면서 획일적으로 밖에 전문직 자주법을 정립·운용하는 의료직 집단이라는 권력을 제어할 수 없는 것이다. 한편 사적 주체에 대해서도 공법에 의해 통제하고자 하는 이 어프로치는 사적 주체가 이런 공법상의 통제를 받지 않기 때문에 가지는 경험, 정보, 능력을 저하시키는 결과를 초래하기도 한다<sup>45)</sup>.

기존의 행정법은 국가법인 제정법령에서 민주적 정통성이, 그리고 판례에서 법적 정통성이 부여됨으로써 공적 권력이나 사실상의 사적 권력을 제어해 왔다. 하지만 본고가 대상으로 하는 의료제공과 관련된 법 영역에서는 행정법은 전통적인 이 정통성 부여기능만으로는 충분한 힘을 발휘할 수 없다.

44) RUBIN, *supra* note 38, at 77-78.

45) Jody Freeman, *The Role in Public Governance*, 75 N.Y.U.L. REV. 543, 586-87 (2000). Freeman은 거버넌스의 주체를 관민으로 구분하는 것보다 오히려 양자간에 존재하는 ‘일련의 교섭하는 관계(a set of negotiated relationships)’에 초점을 맞추고 이 관계를 특히 계약 개념을 이용함으로써 절차적 또는 실체적으로 법적인 규율을 미치게 함을 주장했다. *Id.* at 592-664.

## 제2절 전문직 자주법 중심 어프로치 :

### ‘행정법을 구성하는 전문직 자주법’

경우에 따라서는 행정법보다 강력한 법이 되는 전문직 자주법을 제어하는 두 번째 방법이 ‘전문직 자주법 중심 어프로치’이다. 전술한 행정법 중심 어프로치와는 반대로 전문직 자주법 측에서 양자가 접합하는 법 시스템을 고찰하는 것이다.

전술 한 바와 같이 의료제공에 관한 법은 행정법과 전문직 자주법이라는 두 가지 법양식이 서로 독립하면서도 상호보완·침투함으로써 하나의 통일된 법 시스템을 구성하고 있음을 확인하였다. 이 시스템에 있어서 행정법과 전문직 자주법과의 상호보완·침투 프로세스에 관해 전술한 ‘행정법 중심 어프로치’는 행정의 권력 및 권한이 행정법에서 전문직 자주법으로 이동하는 것에 초점을 맞추는 것이었다. 이에 대해 또 하나의 ‘밖에서의’ 제어인 ‘전문직 자주법 중심 어프로치’는 ‘전문성’이 전문직 자주법에서 행정법으로 유용되는 것에 초점을 맞춘 것이다.

전문직 자주법은 전문성을 가지고 있다. 이 전문성을 법목적(정책)을 실현하는 행정절차에 이바지하는 것으로 행정법 속에 명확히 규정한다. 그리고 재강화된 행정법을 통해 의료 전문직의 잘못된 활동을 제어하는 것이 ‘전문직 자주법 중심 어프로치’이다.

본고가 검토대상으로 하는 의료제공 법 시스템 속에서 전문직 자주법이 가지는 전문성은 행정법에 대해 전문적 정통성을 부여하고 있다. 이 전문적 정통성은 어떤 메커니즘으로 행정법에 도달하는가.

Rubin은 타인에 대해 시그널을 발신, 수신 또는 변환하는 기능·작용을 ‘기능(authorization)’이라는 개념에서 언급하였다. 그리고 이 기능개념은 통치에 관해 네트워크·모델을 관념화 할 수 있다고 언급하였다<sup>46)</sup>.

46) RUBIN, *supra* note 38, at 98.



본고의 시론은 다음과 같다<sup>47)</sup>. ①의료직 집단의 결정은 그 원천에 있어서 그 결정이 가지는 전문성에 의해 정당화 된다. ②전문성에 의해 정당화 된 결정은 ‘정보(시그널)로서 의료직 집단의 외부로 ‘발신’된다. ③이 정보를 행정기관이 ‘수신’한다. ④행정기관은 이 정보를 스스로의 것으로 내부화 한다.

이와 관련해서 몇 가지를 지적할 수 있다. 행정기관이 수신한 정보를 내부화 하는 것은 정보가 가지는 전문성 때문이다. 전문적 정당성을 가지는 정보는 의료직 집단과 행정기관 양자가 공유한다. 따라서 여기에 정보공유 네트워크가 형성되는 것이다. 이 네트워크의 구성주체는 비정부 부문이자 전문성을 가지는 의료직 집단과 정부 부문이자 권력성을 가지는 행정기관이다. 이 두 구성주체는 정보전달 및 공유라는 면에서 보면 병렬·대등한 관계에 있다<sup>48)</sup>.

이상으로 기능(authorization)이라는 관점에서 전문직 자주법과 행정법과의 접합을 볼 때 병렬·대등한 주체로 구성되는 네트워크 그리고 거기에 있는 정보공유 네트워크 모델을 발견할 수 있다<sup>49)</sup>. 이 네트워크는 의료제공과 관련된 법적 규율을 전문성으로 관념화 함에 그치지 않고 기존 행정법 속에서 전문직 자주법을 가시화 할 수 있다. 이로써 행정법의 만능은 회복된다.

전문직 자주법을 중심으로 어프로치 하게 되면 전문직 자주법이 행정법에 대해 ‘밖에서’, ‘전문성’이라고 하는 기능을 유입시켜 행정법에 전문적 정당성을 부여하는 모습을 발견할 수 있다. 여기에는 전문직 자주법을 구성하는 모습 즉 ‘행정법을 구성하는 전문직 자주법’에 의해 재강화되는 행정법이 존재하는 것이다. 새로운 힘을 얻은 행정법이 전문직 자주법과 상호보완·침투하는 프로세스 속에서 재등장함으로써 행정법이 전문직 자주법을 제어하는 길이 열릴 것이다.

47) 또한 安田理恵 「情報共有に基づく公共調達契約からの排除のネットワーク」名古屋大学法政論集263号(2015년) 81-116면도 참조.

48) 이에 대해 권력·권한(power)은 구성주체의 계등적(階等的) 모델을 관념화 한다. 이 계등적 모델에 있어서는 행정기관이 상위에 의료직 집단이 하위에 위치되게 된다.

49) 이 네트워크 구성주체가 두 가지로 한정될 필요는 없다. 또한 정보는 몇 번이든 어떤 물이든 구성주체간을 오갈 수 있다.

### 제3절 전문직 자주법 속에 생성되는 ‘행정법’의 징후

하지만 ‘전문직 자주법을 구성하는 행정법’에 의해서도 ‘행정법을 구성하는 전문직 자주법에 의해 재강화 되는 행정법’에 의해서도 초월할 수 없는 전문직 자주법 제어에 관한 한계는 여전히 존재한다. 이는 두 가지 행정법이 기존 또는 재강화된 것이라는 차이는 있지만 행정법인 점, 그리고 행정법은 전문직 자주법의 ‘밖에서’의 제어인 점에 기인한다. 따라서 예를 들어 행정법상의 의사면허 제도가 공공 이익을 보호함과 동시에 실제로는 특수 이익(시장의 명칭 독점·직업 독점 등)을 보호하는 것도 가능한 것이다.

따라서 본고는 전문직 자주법을 제어할 세 번째 방법으로서 자생적인 자기제어 어프로치를 제기하고자 한다. 이는 전문직 자주법 그 자체를 보고 그 속에 ‘국가법인 행정법과 기능적으로 등가의 원리, 실체법 및 절차법을 가지는 비국가법인 “행정법(“administrative law” *avant la letter*. 명명되기 전의 행정법)’의 생성을 발견하는 것이다.

‘의료직 집단이 정립한 전문직 자주법 속에 ‘각종 권력’ 통합적 구조 —— 규칙 제정권·결정권·재결권이라는 세 가지 권한 —— 의 등장을 발견할 수 있을까’, 이 같은 시점에서 전문직 자주법을 볼 때 우리는 실제로 그 징후를 관찰할 수 있을 것이다. 즉 이 때 우리는 여기에서 ‘행정법’의 생성을 볼 수 있다.

전문직 자주법 속에서 생성되는 ‘행정법’은 당해 전문직 자주법을 정립한 의료직 집단 내부에서 국가내부의 행정법(국가법)과 동양의 기능을 가진다. 국가법인 행정법은 사회관리기능(공동사무의 창설과 실시) 및 사인의 권리보호기능(국가권력의 억제)을 가진다<sup>50)</sup>. 이런 관점에서 보면 의료직 집단이 정립하는 전문직 자주법이 행하는 기준적합성 심사 속에 권리보호와 공공목적에 이바지하는 제도를 구축할 수 있는 길이 열릴 것이다.

50) 행정 및 행정법이 가지는 사회관리 기능에 관해서는 예를 들어 遠藤博也 『行政法Ⅱ 各論』(靑林書院新社, 1977年) 8 17면. 본고가 검토한 바와 같이 사회관리 기능은 행정 및 행정법만이 담당하는 것이 아니다.

‘행정법’은 전문직 자주법의 정립주체인 의료직 집단이라는 사회내부를 관리하고 동시에 의료직 집단내부의 권력(사실상의 권력)을 억제하는 기능을 가지게 된다. 의료직 집단은 자의적인 기준정립·적용을 제약함으로써 구성원(의사, 의료직원, 환자 등)의 권리를 보호·실현할 의무를 가지고 있다. 이 기능이나 의무를 완수하기 위해서 의료직 집단이 스스로 정립하는 전문직 자주법 속에 본래 이런 기능이나 의무를 완수하는 제도인 ‘행정법’을 그 ‘내부에서’ 정립하는 것, 발견하는 것이 가능하다.

‘행정법’은 사적 자치 하에서 구성원에게 공통의 가치(공공적 가치)를 실현할 수 있다. 이 ‘행정법’은 하나의 의료직 집단이라고 하는 사회내부만이 아니라 그 사회외부에 그리고 나아가 국가라는 경계를 넘어 다수의 의료직 집단(associations)이나 다수의 국가(states)로 구성되는 글로벌적인 의료공간 전체에 통용된다.



korea  
legislation  
research  
institute

## 제5장

### 맺음말



## 제5장

## 맺음말

오늘 날 행정법은 그 재흥을 목표로 하고 있다. 왜냐 하면 기존 행정법에서는 대응할 수 없는 새로운 현상들이 등장하고 있기 때문이다. 새로운 행정법 모델 구축을 시도하는 본고는 기존 행정법이 정립하는 틀을 제외함으로써 확인할 수 있는 법 공간에 초점을 맞추었다. 즉 행정법과 전문직 자주법이 접합하고 상호 대립·보완·침투하는 프로세스 속에서 통일된 법 시스템을 구성하는 미국의 의료제공에 관한 법 공간이다.

이 공간에는 지금까지 검토한 바와 같이 다음의 세 가지 행정법이 등장하였다. 그 하나가 ‘전문직 행정법을 구성하는 행정법’이다. 이는 ‘행정법 중심 어프로치’가 만드는 기존의 행정법이다. 하지만 의료제공을 규율하는 행정법은 권력분립 원칙에 근거하는 국가법으로서 오직 일원적으로 편성된 형태를 가지는 행정법과는 상이하다. 즉 의료제공을 규율하는 행정법은 의회나 행정기관이 창조하는 행정법으로서만이 아니라 전문직 자주법이 창조하는 법에 의해서도 생성되었음을 밝혔다. 기존 행정법이 의료직 집단이 정립·적용하는 전문직 자주법으로 확장됨으로써 행정법은 전문직 자주법을 제어하게 되었다. 두 번째는 ‘행정법을 구성하는 전문직 자주법’에 의해 쇄신·강화된 행정법이다. 이는 ‘전문직 자주법 중심 어프로치’가 그리는 행정법이다. 이 행정법은 기존 행정법이 쇄신되어 그 능력을 회복한 것이다. 전문직 자주법은 이가 가지는 ‘전문성’을 기존 행정법에 유입시킨다. 전문성은 ‘정보’로서 의료직 집단이 발신하고 행정기관이 수신한다. 이에 정보공유라는 네트워크가 구성된다. 이 네트워크 속에 있는 행정법은 전문직 자주법의 의한 ‘전문성’이라는 기능을 흡수함으로써 제정법에서 유래하는 민주적 정통성 및 재판소 판결에서 유래하는 법적 정당성과 더불어 전문적 정당성이 부여 되는 것이다.

세 번째 행정법은 전문직 자주법 속에서 생성되는 ‘행정법’이다. 이는 전문직 자주법과 유사한 형태로 자생하는 ‘행정법’(“administrative law” *avant la letter*)이다. 전문직 자주법 속에서 생성되는 ‘행정법’은 당해 전문직 자주법을 정립한 의료직 집단의 ‘내부’에서 국가 내부의 행정법(국가법)과 유사한 기능을 가진다.

이 세가지 행정법, 즉 ‘전문직 자주법을 구성하는 행정법’, ‘행정법을 구성하는 전문직 자주법에 의해 쇄신·강화된 행정법’ 및 ‘전문직 자주법 속에 생성되는 “행정법”’은 의료 제공을 규율하는 법 시스템 속에서 트리아데(triade)를 형성하고 있다. 여기에 포괄적인 새 행정법이 나타난다<sup>51)</sup>.

51) 또한 본고는 安田理恵 「行政法を構成する専門職自主法(1)(2)(3)(4·完)」名古屋大学法政論集 248号、249号、251号(2013年)、253号(2014年)를 정리한 것이다. 본고는 기존 행정법뿐만 아니라 기존 행정법의 틀을 제외한 후 보이는 두 가지 법에 주목하고 이들의 관계를 분석·검토한 결과 고찰 가능하게 된 새로운 행정법 모델은, 예를 들어 국경을 초월한 의료 질(수준)의 인정활동을 법적으로 컨트롤할 가능성이나 부분사회론에 근거하는 사법심사의 한계를 초월할 가능성을 가지는 등, 기존 행정법이 가지는 과제를 해결할 수 있는 가능성을 부여하는 것이다. 또한 본고는 미국법 연구, 비교법 연구 혹은 의료법 연구라는 기존의 법률학의 범위를 넘어서 새로운 행정법 현상을 분석하는 하나의 관점을 제시하는 것이기도 하다.



현안분석 2017-09  
행정법·자주법(自主法)·「행정법」을 활용한  
전문영역의 통제를 향하여

2017년 11월 30일 인쇄  
2017년 11월 30일 발행

발행인 | 이 익 현

발행처 | 한국법제연구원  
세종특별자치시 국책연구원로 15  
(반곡동, 한국법제연구원)  
전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 7,000원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-824-9 93360

현안분석 2017-09  
행정법·자주법(自主法)·「행정법」을 활용한  
전문영역의 통제를 향하여

2017년 11월 30일 인쇄  
2017년 11월 30일 발행

발행인 | 이 익 현

발행처 | 한국법제연구원  
세종특별자치시 국책연구원로 15  
(반곡동, 한국법제연구원)  
전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 7,000원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-824-9 93360

**KLRI** KOREA LEGISLATION  
RESEARCH INSTITUTE



값 7,000원