

기본권론이 행정법학에 미친 영향

이계수
법학부 법학전공

<요약>

공법학=기본권 해석학이라는 등식이 성립할 정도로 기본권 해석이 공법학에서 차지하는 비중이 커져가고 있다. 이러한 변화는 행정법학에서 특히 두드러진다. 이 글에서는 바로 이러한 현상에 주목하여 전통적인 행정법 총론 체계를 수정할 이론적 자극원으로서 기본권과 행정법학의 관계에 주목하였다. 글의 말미에서는 행정법 총론의 개혁방향을 세 가지로 나누어 놓았다.

Auswirkungen der Grundrechte auf die Verwaltungsrechtslehre

Yi, Kyesoo
Professor of Law

<Zusammenfassung>

Traditionell war das Interesse an Grundrechte und Grundrechtstheorie in der koreanischen Verwaltungsrechtswissenschaft sehr gering. Sie war eher auf das Problem der Eigenständigkeit der Verwaltung eingegangen. Der koreanische Rechtsstaat hat diese Überlieferung in einem sehr stark auf das Eingriffs- und Schrankenschema beschränkten Denken bestätigt.

Jedenfalls ist es nicht nur eine Aufgabe der Staats- und Verfassungsrechtslehre, Grundrechte und Grundrechtstheorie in dem Mittelpunkt der öffentlich-rechtlichen Diskussion zu stellen. Auch die Verwaltungsrechtslehre kann dazu beitragen, durch einen grundrechtstreuen Ansatz die Rolle der Grundrechte zu stärken, weil auch das Verwaltungsrecht sehr stark auf das Funktionieren der Grundrechte bezogen ist.

Um einen Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtstopoi in der Verwaltungsrechtslehre zu leisten, ist diese Arbeit auf die Auswirkungen der Grundrechte auf die Verwaltungsrechtslehre näher eingegangen.

I. 행정법 해석에서 기본권적 관점의 수용이 갖는 의미

행정법은 행정에 관한 공법이라고 말한다. 그러나 사실 행정법은 시민의 법이라 할 수 있다. 다시 말해 행정법이란 행정에 대항하는 시민들의 '권리'와 그것의 행사방법에 관한 법체계이다. 법률의 유효원리를 생각해보자. 그것은 시민의 권리가 어떤 경우에, 그리고 어떤 방식으로 침해될 수 있는지를 확정한다. 학설에 따라 그 구체적인 내용은 달라지지만, 어느 경우에도 질문은 다음과 같다: '당해 행정작용은 법적 근거를 필요로 하는가?' 이 질문을 뒤집으면 또 다음과 같이 된다: '시민은 법적 근거가 없는 (위법한) 행정작용에 대해 어떻게 대항할 것인가?' 흔히 행정작용법이라고 부르는 영역이 전자에 대한 답변들을 담고 있다면, 행정소송법은 후자에 대한 답변을 축적하고 있다. 그리고 양자는 전체로서 통일된 행정법 도그마틱을 구성하고 있다.

한편 19세기 이래 서구법과 서구사회의 시금석(試金石)은 개인주의였다. 영국의 비교법 학자 거트리지는 '영국법은 무제약적인 이기심을 신성화하는 개인주의적인 권리이론에 승인을 부여하는 것을 망설이지 않았다'고 지적했다.¹⁾ 현행 행정법 체계가 서 있는 기반도 그와 같은 개인주의이다. 시민은 행정에 대항할 수 있지만, 그것은 시민 그 자체로서의 지위에서가 아니라, 권리의 주체로서 그렇게 할 수 있을 뿐이다. 바로 그 권리를 행정법학에서는 공권 혹은 법률상 이익 등으로 표현하고 있다. 도시의 변두리에서 돼지를 사육하고 있는 농부에게 내려진 돼지사육금지명령을 그 농부가 다투고자 한다면 그는 처분을 다룰 수 있는 자신의 법적 지위를 제시해야 한다.

시민들은 행정과 완전히 대등한 지위를 누리지는 못하지만, 과거 '경찰국가' 하에서와 달리 다른 시민에 대해서 주장하듯 행정에 대해서도 자기의 권리를 '일정 부분'까지는 주장할 수 있다. 공권 혹은 법률상 이익이란 따라서 행정을 상대방으로 하는 시민들의 '일정한' 권리라고 보면 된다. 그것은 그 본질에 있어서 민법상의 그것과 다를 바 없다. 다른 점이 있다면 권리주장의 상대방이 공권력 주체라는 사실이다. 예를 하나 들어보자. 일렬로 지어진 갑, 을, 병의 세 주택이 있다. 그런데 갑은 을과의 관계에서 건축법령(건축법 제53조, 시행령 제86조)이 정하고 있는 인접대지의 경계선과의 거리제한규정에 어긋나는 구조물의 건축을 행정청에 신청하여 이를 허가 받았다. 이 경우 을은 건축법령의 당해 규정이 비록 '건축물의 안전·기능 및 미관을 향상'시키기 위해 마련된 것이기도 하지만, 동시에 자신의 사익, 즉 일조권을 보호하기 위한 규정으로도 해석될 수 있다고 주장하며 행정청을 피고로 하여 갑에 대한 건축허가의 취소를 구하는 소송을 법원에 제기할 수 있다. 그러나 병은 그러한 소송을 제기할 수 없다. 갑의 불법 구조물 건축으로 인해 병의 그 어떤 '사익'도 침해되지 않았기 때문이다.²⁾

1) 로저 코터렐/ 김광수 외 옮김, 법사회학 입문, 터 1992, 153쪽.

2) Uwe Wesel, Juristische Weltkunde: eine Einführung in das Recht, Ffm 1993, 121-124쪽.

행정법이 시민의 권리에 관계된 법이라고 한다면, 시민의 권리 중에서도 가장 기본이 되는 기본권이 행정법에 영향을 미치게 될 것은 당연하다. 그래서 최근 우리 행정법 교과서들도 행정작용의 법적 구속성을 근거 짓는 논거로 점차 '기본권' 혹은 '기본권적 관점'을 강조하고 있는데, 그것은 행정법의 성격에 비추어보면 특별히 문제가 없어 보인다.³⁾

그러나 문제는 그것이 그렇게 간단하지 않다는 데 있다. 독일 학자 뵘켄포르데가 분류한 기본권이론 모델에 따르면 기본권의 의미·기능은 이른바 '기본권관'에 따라 판이하게 다름을 알 수 있다.⁴⁾ 즉 기본권이라는 표현은 대체로 주관적 방어권의 의미로 사용되고 있지만, 객관적 가치 혹은 가치질서를 의미할 수도 있고, 경우에 따라서는 제도적 기본권 이론의 관점에서 이해되기도 한다.⁵⁾ 이처럼 기본권의 의미·내용에 대해 일치된 견해를 찾을 수 없을진대, 기본권이 행정작용에 미치는 영향을 일률적으로 가늠하기란 쉬운 일이 아니다.

한편 행정작용의 법률적합성이 궁극적으로는 헌법에, 그것도 기본권에 비추어 판단되어야 하는 것은 타당하나, 그렇다고 해서 행정작용에 대한 규범적 판단에서 곧바로 기본권적 논증을 끌어들이 수는 없다는 사실을 간과할 수 없다. 행정소송과 헌법소송의 관계가 그렇듯이 기본권은 어디까지나 행정작용의 위법성을 판단하는 보충적 수단이다. 그 점에서 행정작용에 고유한 행정법 도그마틱은 여전히 존재의의를 가지며, 기본권론에 의한 행정법 총론의 단순대체는 자칫 '기본권 만능주의'를 초래할 수도 있다.

물론 그렇다고 하여 100년전에 만들어진 행정법 도그마틱의 낡은 틀을 오늘날 그대로 유지할 수도 없는 노릇이다. 익히 알려져 있듯이 현재의 행정법 도그마틱은 19세기 법치국가 단계의 '상황과 요청'을 반영하고 있다. 그것은 국가와 사회의 이원론에 기초하여 국가에 의한 '자유와 재산'—여기서 자유는 영업의 자유를 의미한다⁶⁾—의 침해를 방어하는 논리적 체계였다. 일례로 '행정작용형식론'은 개별행위로서의 행정행위를 중심으로 시민의 자유와 재산을 침해하는 행위형식을 범주화하였는데, 이는 행정작용을 일정한 형식적 틀 속에 집어넣으려는 법치국가적 요청에 맞아떨어졌다. 그러나 인프라스트럭처행정(계획 등 사회기반시설조성행정)을 통해 국부(國富)의 축적을 적극적으로 주도해 가는 현대행정국가에서 행정법 도그마틱은 침해행정을 전형으로 하여 구축한 낡은 사고 틀을 극복해야 한다는 과제를 안고 있다.⁷⁾ 국가에 의해서 뿐만 아니라 사적 단체나 조직 혹은 사인에 의해서도 각 개인의 자유가 위협받고 있는 현실에서, '행정 대(對) 처분을 받은 시민'이라는 양면적

3) 박정훈은 행정법해석에 기본권론적 관점이 침투하는 이른바 '행정법 발전의 제2단계'가 우리의 경우에는 1980년대 이후야 비로소 전개된다고 평가한다. 박정훈, "행정법"(대표저자 김문환, 법학의 이해, 길안사 1998, 203-272쪽 수록), 220-221쪽.

4) Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation"(같은 이, Staat, Verfassung, Demokratie, Ffm 1991, 115-145쪽 수록), 115쪽 아래.

5) E.-W. Böckenförde, 위의 논문, 124-129쪽; 홍성방, 헌법 I, 헌암사 1999, 208쪽 아래.

6) 영업의 자유라는 이름으로 주장된 정치적·경제적 요구는 봉건적 신분제·세습예속제의 폐기, 국가적 독점·배타적 영업특권의 폐기, 봉건적 부과(賦課)의 폐지, 노동의 자유·이동의 자유의 승인, 도시시민권(Bürgerrecht)의 획득의 간이화, 도시와 농촌의 차별의 철폐 등이었다. 宮崎良夫, "營業の自由と營業警察: ドイツにおける公權論争の諸前提"(高柳信一·藤田 勇, 資本主義法の形成と展開, 東京大學出版會 1972, 1-63쪽 수록), 1-2쪽.

7) Wolfgang Hoffmann-Riem, "Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe: Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes"(AöR 115 (1990), 400-447쪽 수록), 402쪽. 독일에서는 침해행정·급부행정 외에 인프라스트럭처행정을 제3의 행정영역으로 인정하여 그에 대한 법도그마틱을 개발해야 한다는 주장이 제기되었는데, 다수학설은 이러한 견해를 받아들이지 않았다. Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht I, 10판. München 1994, 17쪽. 다수학설이 배척한 것은 파버의 주장이다. Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 4판, Tübingen 1995.

관계에만 중점을 맞춘 이론체계는 재구성되지 않을 수 없다.⁸⁾

이러한 상황을 고려할 때 이제 다음과 같은 질문이 제기될 수 있다: 국가행정작용과 시민과의 관계를 규정한 법체계가 국법 혹은 공법이 아니라 반드시 행정법 혹은 행정법 일반이론이어야 할 당위성은 있는가? 다시 말해 행정에 '고유한' 공법으로서 행정법(행정법 일반이론)은 계속 존속해야 하는가—그것도 전통적으로 행정법 각론으로 묶였던 부분들이 각각 독립된 법영역으로 떨어져 나가면서 행정법 일반이론의 도그마틱적 기능이 점차 상실되고 있는 마당에 말이다. 아니면 통합 공법학이 되었건 무엇이 되었건, 기본권론 등을 중심으로 기존의 행정법 일반이론을 해체해야 하는가? 나아가 그것이 학문적 분업이라는 관점에서 볼 때 바람직한 것인가?

이러한 양자택일적 물음이 물론 한국 공법학의 현단계에서는 다소 성급한 것은 사실이다. 현재 우리 행정법학계에서는 행정법해석에서 기본권적 관점을 강화하는 것이 갖는 의미, 그리고 그것이 행정작용법론과 행정구제법론에 미칠 영향 등이 제대로 검토·평가되지 않고 있기 때문이다. 행정법 일반이론의 전체 틀을 반성적으로 검토하는 시도도 아직은 미약하다. 이는 독일과 일본의 행정법학이 각각 '행정법 일반이론의 개혁론'⁹⁾과 '행정과정론'¹⁰⁾을 통해 전통적인 행정법 도그마틱을 상당히 수정하고 있는 것과는 비교되는 모습이다.

그러나 다른 한편 이런 물음에 대해 답을 찾아 나설 유리한 상황도 전개되고 있다. 최근 한국공법학은 헌법이론과 행정법이론의 상호작용에 대해 보다 민감한 모습을 보이고 있다. 이러한 긍정적인 변화는 우선은 헌법재판의 활성화라는 새로운 법현실로부터 영향을 받고 있다. 공법상의 여러 쟁점들이 헌법재판의 이름으로 판단되기 시작하면서 헌법학과 행정법학 사이에 놓인 간격이 줄어들 수 있는 계기가 마련되었다. 헌법재판의 대상 중 많은 부분을 차지하는 '위임입법의 한계에 관한 문제' 등에서 양 분야의 연구자들은 똑같은 질문을 동시에 받고 있다. 동일한 문제에 대해 헌법학자들과 행정법학자들이 다르게 대답했던 부분의 차이점들이 보다 명확하게 부각될 수도 있게 되었다. 또한 애초부터 헌법재판의 대상이 된 공법상의 여러 쟁점들은 "이것은 헌법문제다, 행정법문제다"라고 더 이상 인위적으로 구분하기 어려운 양상이 전개되고 있다. 각종 영업규제입법에 대한 합헌성 심사에서 헌법학자들은 허가, 특허 등 전통적인 행정법 개념을 연구해야 하며, 행정법학자들은 영업의 자유 등 허가 등을 통해서 제한되는 기본권에 대해 검토해야 한다. 행정 '재판'에 대한 헌법소원이 인정되고 있지 않은 우리 현실에서 행정법적 쟁점이 헌법(특히 기본권)적으로 평가될 기회가 다른 나라에 비해 상대적으로 적은 것은 사실이지만, 헌법재판의 활성화로 인해 공법학의 이론적 지형이 바뀌고 있는 것만큼은 분명하다.¹¹⁾

8) 복효적 행정행위 개념이 최근에 특히 중요하게 취급되는 이유가 여기에 있다. 복효적 행정행위는 종래에도 없었던 것은 아니나 헌법구조의 변화에 힘입어 그 이론적 중요성을 더해가고 있다. 김철용, 행정법 I, 개정판, 박영사 1999, 156쪽.

9) 이에 대해서는 우선 각주 7번의 호프만-리엠의 논문을 참고하라.

10) 이에 대해서는 우선 塩野 宏의 교과서를 참고할 만하다. 시오노는 행정과정론이 행정의 법률적합성의 원칙(법치주의)의 요청을 기본적으로 이탈해보려는 시도가 아닌가 하는 비판에 대해, 자신이 생각하는 행정과정론은 법치주의에 대해 논리적으로 중립적이라고 답변한다. 그는 행정과정론을 통해서 종래의 고찰방법으로는 시야에 들어오지 않는 事象을 행정법적으로 설명하려고 했으므로, 이것이 법치주의에 오히려 도움이 된다고 보고 있다. 塩野 宏/ 서원우, 오세탁 공역, 일본행정법론, 법문사 1996, 73쪽.

11) 물론 헌법재판이 행정법학에 영향을 주고 있는 것은 부정할 수 없다. 이와 관련해서는 우선 다음 두 논문을 참고하라. 김유환, "헌법재판과 행정법의 발전"(공법연구, 제27집 제1호, 1998. 12., 83-119쪽 수록); 박정훈, "헌법과 행정법: 행정소송과 헌법소송과의 관계"(서울대학교 법학연구소, 법학, 제39권 4호, 1999. 2., 81-105쪽 수록).

II. 기본권적 관점을 강조하는 행정법해석들

기본권적 관점이 행정법규의 해석에 이용되면서 전통적인 행정법해석이 많이 수정되고 있다. 행정법학에 대한 기본권론의 영향이 어느 정도인가를 가능해보려면 기본권적 관점을 강조하는 행정법해석의 면면들을 먼저 살펴볼 필요가 있다.

1. 국가와 시민의 관계를 바라보는 시각이 변하고 있다.

현재 행정법 교과서는 여전히 행정주체와 행정객체라는 표현을 사용하고 있지만, 그러나 행정객체라 하여 “행정의 뜻대로 되는 존재라는 의미로 이해해서는 안된다”¹²⁾는 시각이 일반화되어 있다. 즉 종래 국민 또는 주민은 국가 또는 지방자치단체에 대한 관계에서 행정객체로서의 피동적 지위에 있었으나 오늘날에는 그렇지 않다. 민주주의의 발전에 따라 국민 또는 주민의 행정참여가 확대되고 있기 때문이다. 국민 또는 주민은 행정의 대상일 뿐만 아니라 행정에 직접 참여하고 또는 협력하는 지위에 있다.¹³⁾

헌법 제10조의 ‘인간의 존엄’은 인간은 단순히 국가권력의 객체나 어떤 목적을 위한 수단 이 아니라고 말한다. 이러한 헌법의 인간상에 부응하자면 시민은 행정의 대상·객체라는 관념은 극복되어야 한다. 전통적 ‘공권론’이 변화하고 있는 까닭도 ‘사인’의 지위향상과 무관하지 않다.¹⁴⁾ 행정계약이 널리 행정의 행위형식으로 이용되고, 당해 행정작용과 실질적 관련이 없는 수도·전기 등의 공급거부는 위법하다는 부당결부금지원칙이 강조되는 것도 같은 정신을 표현하고 있다.

이처럼 국민은 단순한 행정객체에서 점차 주체적·참여적 존재로 변화되고 있지만, 그렇다고 해서 행정과 국민이 완전히 대등해 진 것은 물론 아니다. 예를 들어 현행법은 의무이행소송을 인정하지 않고 있다. 국민은 행정에게 의무의 이행을 청구할 수 있는 대등한 지위에 있지 않다는 것이 그 논리적 근거이다.

2. 헌법의 규정으로부터 직접 행정법상의 청구권을 끌어내려는 시도가 이루어지고 있다.

전통적 견해에서는 기본권과 행정법상의 ‘개인적 공권’을 엄격하게 구별하였다. 별러는 행정의 법률적합성의 원칙상 행정은 법을 준수하고 적용하는 것을 원래의 의무로 하기 때문에 특별히 개인의 이익을 실현하기 위한 법규범이 존재하지 않는 한 그러한 원초적인 행정의 의무에 대응하여 헌법상의 기본권 목록으로부터 직접적으로 주관적 권리를 이끌어 낼 수 없다고 하였다.¹⁵⁾ 따라서 개인적 공권은 원칙적으로 법률의 규정에 의하여 성립하며, 개인적 공권의 성립여부는 관계법률을 기준으로 하여 판단하였다. 그러나 오늘날에는 특정한 개인의 이익보호가 절실히 요청됨에도 불구하고 기본권을 구체화하는 법률이 제정

12) 塩野 宏/ 서원우, 오세탁 공역, 앞의 책, 261쪽.

13) 박근성, 행정법총론, 박영사 1999, 70쪽; 또한 홍정선, 행정법원론(상), 박영사 1998, 173쪽(갓번호 513번).

14) 전통적 견해는 행정법상의 개인적 공권을 분류할 때 게오르그 엘리네크의 지위론에 맞추어 자유권·수익권·참정권으로 나누었다. 그러나 기본권의 분류가 5분법, 6분법 등으로 다양해짐에 따라, 기본권이 구체화된 개인적 공권의 분류도 다양해지고 있다. 김철용, 앞의 책, 61쪽.

15) Othmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, 66쪽 아래, 87쪽; 김성수, “주관적 공권과 기본권”(한국행정법연구회 편, 행정법연구회 2, 서울대출판부 1996, 7-22쪽 수록), 12-13쪽에서 재인용.

되지 않았을 때에는 예외적으로 직접 헌법상의 기본권 규정에 근거하여 구체적 공권이 성립할 수 있다고 본다.¹⁶⁾

즉 권리의 기초를 더 이상 법률에서 찾을 수 없는 경우에는 예외적이기는 하지만 헌법상의 권리가 개인적 공권을 형성하는 경우가 있다.¹⁷⁾ 헌법재판소가 정부보유정보개시청구권(政府保有情報開示請求權)을 헌법 제21조에 규정된 언론출판의 자유의 한 내용인 알 권리에서 직접 도출한 것은 그 대표적인 예이다.¹⁸⁾ 또한 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한에 대하여는 법률에 규정을 두고 있으면서 그로 인한 특별한 희생인 손실에 대하여 아무런 규정이 없는 경우에는 헌법 제23조 제3항에 의하여 손실보상을 청구할 수 있다는 이른바 직접적 효력설의 견해에 의한다면 헌법상의 손실보상청구권이 직접 개인적 공권을 형성하는 것이 된다.¹⁹⁾ 의무이행심판의 청구인적격을 헌법의 기본권 규정으로부터 끌어내는 해석이나, 손실보상 중 생활보상과 관련하여 그것의 근거를 헌법 제34조에서 찾는 해석도 그 예가 된다.²⁰⁾

한편 행정개입청구권은 국가의 기본권 보호의무(헌법 제10조 후단)로부터 도출해낼 수 있다. 동 청구권의 전형은 경찰개입청구권이지만 점차 소음·먼지·공기오염행위에 대한 규제권발동청구권으로 확대되었다.²¹⁾ 특히 후자는 국가의 기본권 보호의무가 단순히 '위험방지원칙'으로부터 도출되는 직접적인 위협에 대한 방지만이 아니라 '배려원칙'의 관점에 따라 장래적 위험(환경위해)의 방지에까지 미치고 있음을 보여준다.²²⁾ 다만 앞서 지적한 대로 현행법에서는 의무이행소송을 인정하지 않으므로 행정개입청구권의 의미는 반감되어 있다.

3. 행정작용에 대한 규범적 평가에서 기본권의 의미와 기능이 강조된다.

이와 관련해서는 먼저 본질성이론을 언급해야 한다. 동 학설은 법률유보의 대상이 되는 행정영역을 '기본권'에 연계시킴으로써, 질서행정·급부행정의 구별이라는 전통적 학설의 존립근거를 흔들어 놓았다. 즉 어떤 국가작용이 국민 일반이나 당사자 개인에 대해 중요한 의미를 갖는다면, 그것이 질서행정이든 급부행정이든 법률에 의해 규율되어야 한다고 말한다.

예를 들어 교육행정을 생각해 보자. 교육행정은 침해행정 뿐만 아니라 급부행정의 면모도 아울러 가지고 있다. 예전의 침해유보설에 따르면 급부행정(교과과정의 결정, 수업방식의 선정 등) 부분에 대해서는 법적 규율이 필요 없게 된다. 그러나 본질성이론에 따르면 교육행정은 그것이 침해행정이든 급부행정이든 일단은 법적 규율의 대상이 될 수 있다. 다

16) 류지태, 행정법신론, 제2판, 신영사 1996, 95, 98쪽

17) 김철용, 위의 책, 59쪽.

18) 김철용, 위의 책, 59-60쪽; 이 문제는 특히 공공기관의 정보공개에 관한 법률이 제정(1996. 12. 31.)·시행(공포후 1년 후)되기 이전에 논란이 되었다. 쟁점은 알 권리를 구체화하는 별도의 법률이 없는 경우 헌법해석만으로 국민에게 적극적인 정보공개청구권을 인정할 수 있는가 하는 것이었다. 헌재 1989. 9. 4, 88헌마22. 헌재 1991. 5. 13, 90헌마133 참조.

19) 김철용, 위의 책, 60쪽.

20) 김동희, 행정법 I, 제5판, 박영사 1999, 559쪽; 김철용, 위의 책, 351쪽.

21) 김동희, 위의 책, 98-99쪽.

22) Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 43쪽 아래. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III 1, München 1988, 945쪽 아래; 김동희, 위의 책, 98-99쪽.

만 그 경우에도 모든 사항을 법률로 규율해야 하는 것은 아니나, 적어도 국민의 권리 특히 기본권과 관련하여 중요한 부분만큼은 법률로 규율해야 한다. 입학·퇴학·시험·진급 등 학생의 법적 지위와 관련된 조치 등은 학생의 권리에 대해 중요한 의미를 갖고 있으므로 법률에 의해 규율되어야 하며, 교과과정도 그것이 학부모의 교육권 등과 관련하여 중요한 사항이면, 법률에 의해 그 결정과정이 기본적으로 규율되어 있어야 한다.

이처럼 본질성이론은 행정작용의 내용·목적과 관련 없이—즉 그것이 질서행정이든 급부행정이든 무관하게 ‘일정한’ 사항은 반드시 의회입법자에 의해 규율되어야 한다는 사실을 강조한다. 그와 동시에 이 학설은 또다른 제한을 하나 더 붙이고 있는데, 그것은 바로 규율의 강도이다. 즉 당해 사항이 국민 일반이나 당사자 개인에 대하여 가지는 의미나 중요성이 커지면 커질수록 그것은 입법자에 의해 구체적이고 세부적으로 규율되어야 한다는 사실이다. 이로써 위임입법의 법리에 대한 새로운 제한이 추가된 셈이다.

한편 우리 대법원과 헌법재판소도 본질성이론의 영향을 받아 위임입법의 한계를 점차 개별·구체적으로²³⁾ 그리고 기본권과 관련시켜 판단하고 있지만, 판단의 대상이 된 위임입법이 집행행정과 관련된 것인가 아니면 급부행정과 관련되어 있는가 하는 이분법적 도식만은 여전히 유지하고 있다.

헌법 제75조에 의하면 대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 시행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 발할 수 있는데 교육법 제8조의2는 중학교 의무교육의 대통령령에의 위임의 범위를 구체적으로 정하지 않고 있어 위헌이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 이러한 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라진다. 기본권침해영역에서는 급부행정영역에서보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다. 따라서 중학교 의무교육의 구체적인 실시시기와 절차 등을 하위법령에 위임하여 정하도록 함에 있어서는 막대한 재정지출을 수반하는 무상교육의 수익적 성격과 규율 대상의 복잡다양성을 고려하여 위임의 명확성의 요구정도를 완화하여 해석할 수 있는 것이다. 따라서 교육법 제8조의 2는 포괄적 위임금지를 규정한 헌법 제75조에 위반하지 아니한다.²⁴⁾ (이하 밑줄은 필자)

한편 행정작용법상의 개별 행위형식과 그것의 법적 효과에 대한 해석에서도 기본권적 논증이 점차 늘어나고 있다. 전통적 이론에서 허가·특허의 구별을 위한 기준으로 삼은 ‘자연적 자유’의 문제를 오늘날 헌법상 자유권적 기본권(신체의 자유, 직업선택·영업활동의 자유 등)으로 이해하여,²⁵⁾ 허가를 과거와는 다른 관점에서 해석하고 있는 것은 좋은 예이다.²⁶⁾

23) 법원과 헌법재판소는 위임입법의 한계를 판단할 때 이른바 ‘예측가능성’을 그 정표로 삼기도 한다: “...법률규정 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이며, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정될 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.” 대법 1996. 3. 21. 95누3640; 아올러 1994. 7. 21. 93헌가12 판결 참조. 같은 취지의 독일 연방헌법재판소의 판례로는 BVerfGE 29, 198 (211) 참조. 파버는 ‘예측가능성설’은 매우 개인주의적인 접근법이라고 비판한다. H. Faber, 앞의 책, 43쪽.

24) 1991. 2. 11. 90헌가27; 또한 1995. 11. 30. 93헌바32; 1993. 5. 13. 92헌마80; 대판1994.1.28. 93누17218 참고.

25) 박정훈, “행정법원 1년의 성과와 발전방향”(서울행정법원, 행정법원의 좌표와 진로: 개원 1주년 기념백서, 1999, 278-302쪽 수록), 293쪽.

허가는 이념적으로는 이처럼 인간의 자연적 자유를 대상으로 하는 것으로 파악될 수 있으나, 실정법과의 관련에서는 헌법상의 기본권으로서의 자유권이 그 대상이 되는 것이다. 따라서 허가는 단순히 자연적 자유의 회복에 그치는 것이 아니라, 헌법상의 자유권을 적절하게 행사할 수 있게 하여 주는 행위인 것이다. ...이처럼 허가도 단순한 자연적 자유의 회복이 아니라, 헌법상의 기본권을 적법하게 행사할 수 있게 하여 주는 행위, 즉 법적 지위의 설정행위라는 점에서는 오히려 형성적 행위로서의 성질을 가진다고 할 것이다. ...관계법상의 허가요건이 충족되는 경우, 그것은 당해 자유권의 행사에 공익상의 장해요인이 없다는 것을 의미하게 되므로, ...이러한 경우의 허가거부는 부당하게 헌법상의 자유권을 계속 제한하는 것으로서 허용되지 않는다...²⁷⁾

기부금품모집규제법상의 기부금품모집허가는 강학상의 허가에 해당하는 만큼 그에 대한 허가절차는 기부금품을 자유로이 모집할 수 있는 권리 자체를 제거해서는 아니 되고 허가절차에 규정된 법률요건을 충족하는 경우에는 국민에게 기본권행사의 형식적 제한을 다시 해제할 것을 요구할 수 있는 법적 권리를 부여하여야 하므로 특별한 사정이 없는 한 그 모집행위를 허가하여야 한다.²⁸⁾

철회에도 법률의 근거를 요한다고 본다. 그 논거로서는 일반적으로 법치주의원리(법률의 유보원리)가 제시되고 있는바, 특히 허가·특허 등의 행정행위는 기본권의 구체화행위로서의 성질을 가지는 까닭에, 그 철회는 기본권 침해 결과를 결과하는 것이므로, 철회에 있어서도 당연히 법률의 근거를 요한다고 본다."²⁹⁾

기본권의 행정권기속은 법률이 행정청에 재량권을 부여하고 있는 경우 특히 문제되는데, 행정청은 법률이 부여한 재량권을 행사할 때에도 기본권에 구속된다는 것이 널리 인정되고 있다. 평등원칙과 평등권이 일반적으로 재량통제의 근거로 제시되지만, 외관상 재량행위로 보이는 행위도 기속행위로 해석하고자 할 때 헌법상의 기본권을 끌어들인다. 행정청이 불확정법개념을 적용하는 경우에도 법원은 그에 대해 심사권을 갖게 되는데, 이 또한 기본권의 행정권기속과 관련되어 있다.

재량행위가 법적으로 허용되는 다수의 행위 중에서 행정청에 그 선택권이 부여되어 있는 행위라는 점에서, 법률이 그 효과규정에서 '(필요한) 처분을 할 수 있다'고 규정하고 있는 경우에는, 일단 행정청에 행위여부에 대하여 독자적 판단권이 부여되어 있는 것으로 판단될 수 있다. ...그러나 당해 처분의 성질, 특히 헌법상의 기본권과의 관련에서는 근거법상 '처분을 할 수 있다'고 규정되어 있는 경우에도, 그것은 다만 처분권한의 소재를 규정하고 있는 것에 불과한 것일 뿐 당해 처분 자체는 기속행위로 보아야 할 경우도 있다.³⁰⁾

행정청에게 과연 판단여지가 주어져 있는가를 심사할 때에는 개별기본권을 고려해야 한다. 예컨대 시험과 관련된 결정은 직업의 자유를 고려해야 한다. 그 결과 판

26) 김동희, 앞의 책, 255-256쪽.

27) 김동희, 위의 책, 255-256쪽.

28) 대판 1999. 7. 23, 99두3690 판결.

29) 김동희, 위의 책, 320쪽.

30) 김동희, 위의 책, 239-240쪽.

단여지설과 직업의 자유(기본법 12조)는 현재 행정에 대한 판단여지의 범위를 확정하는 문제에서 매우 중요한 논점으로 등장하고 있다.³¹⁾

그밖에 통치행위, 국고행위(國庫行爲), 사실행위 등과 관련하여 행정법 교과서, 헌법재판소 및 대법원의 판례는 기본권적 논증을 끌어들이고 있다.

통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다.³²⁾

사권을 규율하는 법률관계에 있어서는 그 권리주체가 누구냐에 따라 차별대우가 있어서는 아니 되며, 비록 지방자치단체라 할지라도 사경제적 작용으로 인한 민사관계에 있어서는 사인과 대등하게 다루어져야 한다는 것이 헌법의 기본원리이다.³³⁾

국립대학인 서울대학교의 '94학년도 대학입학고사주요요강'은 사실상의 준비행위 내지 사전안내로서 행정재송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이며, 이 경우 헌법소원외에 달리 구제방법이 없다.³⁴⁾

독일학설 중에는 행정행위의 하자가 단순히 절차상의 하자라도 그것이 기본권과 관련되어 있다면 흠의 치유 등이 제한되어야 한다는 주장도 있다.³⁵⁾ 행정절차가 '처분'과 관련하여 점차 중요해지고 있는 점,³⁶⁾ 행정기관에 의한 정보의 관리·이용에 대한 국민의 통제권이 강구되고 있는 점도 빠뜨릴 수 없다.³⁷⁾ 독일에서는 통계상의 목적을 위해 수집된 개인의 정보를 '기관간의 협력' 또는 '행정협력'이라는 형태로 다른 행정기관에게 넘겨주는 행위가 개인의 인격권(즉 자기정보결정권)을 침해한다고 보고 있다.³⁸⁾

31) Eberhard. Schmidt-Aßmann, "Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht"(Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, 225-243쪽 수록), 227-228쪽.

32) 현재 1996. 2. 29, 93헌마186; 김동회, 앞의 책, 14쪽.

33) 현재 1992. 10.1, 92헌가67 등 병합결정; 국유재산법 제5조 제2항에 대한 동지의 판결은 현재 1991. 5. 13, 89헌가97을 참고.

34) 1992.10.1. 92헌마68, 76(병합).

35) Friedrich Hufen, "Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler"(NJW 1982, 2160쪽 아래 수록), 2160쪽 아래 참고.

36) 헌법재판소는 적법절차의 원리상 명문규정의 유무를 불문하고 불이익처분시 청문의 기회가 보장되어야 한다는 입장을 취하는 것으로 보인다. 현재 1990. 11. 19, 90헌가48. 홍정선, 앞의 책, 420쪽; 반면 청문절차를 불문법 원리로 인정할 것인지 하는 문제에서 대법원은 부정적 태도를 취하고 있다. 김동회, 위의 책, 336-337쪽 참고.

37) 김동회, 위의 책, 427쪽 참고.

38) BVerfGE 65, 1; Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 11판, Heidelberg 1995 30쪽 참고.

4. 기본권적 논증은 행정조직법에도 중대한 영향을 미치고 있다.

기본권적 논증은 국가-시민간의 관계만을 변화시킨 것이 아니라, 국가의 내부구조에도 또한 영향을 미쳤다. 즉 한편으로는 공무원법, 학교법, 군인법, 형집행법 등이 기본권적 관점에서 조명되고 있으며, 다른 한편 지방자치단체와 지방자치단체조합, 국공립대학 및 공영방송국과 같은 공법상의 법인들에 대한 법적 평가도 달라지고 있다.³⁹⁾

전통적 견해는 행정법관계도 법주체간의 권리·의무관계이며, 그것은 법인적 상호간의 관계이므로 인격 내부에서는 어떠한 법률관계도 발생하지 않는다고 보았다. 이것이 이른바 내부관계 및 외부관계의 구별론이다. 이 학설은 국가법인의 내부영역과 외부영역을 구별하여 국가법인의 내부작용에 입법 및 사법이 개입하는 것을 차단하고자 했다(불침투성 이론). 내부관계 및 외부관계의 구별학설에 따르면 법률의 유효는 국가와 시민의 관계인 외부관계에서만 실현되고, 내부영역은 여전히 군주의 자율적인 규율영역으로 유효된다(넓은 의미의 군주의 조직대권). 시민의 자유와 재산을 침해하는 행위만이 의회에서 '제정된 법률'의 근거를 필요로 했고, 행정내부영역은 법적인 성격이 부인되는 행정규칙의 형식으로 규율되었다. 국가 및 영조물 등 행정주체는 일방적으로 행정규칙을 정하고 그를 통하여 행정내부의 절차 및 제재 등을 규율할 수 있었다. 또한 이들에 대하여는 사법적 심사가 미치지 않았다.⁴⁰⁾

그러나 행정활동의 기본권 침해가능성에 주목하는 '본질성이론' 등에 힘입어 법률유효론은 국가-국민 관계에 대한 실제법적 관계뿐만 아니라 행정조직 및 행정절차(특히 행정의 내부절차)에도 적용된다는 인식이 확산되었다.⁴¹⁾ 물론 이러한 발상의 전환에도 불구하고 조직권력의 담당자 문제, 즉 누가 조직권력의 주체인가=누가 행정주체와 행정기관의 설치·변경·폐지의 권능을 갖는가 하는 문제는 아직 분명하게 정리되어 있지 않다.⁴²⁾

한편 지방자치단체와 같은 공법인 들은 기본권 주체가 될 수 없다는 것이 아직은 일반적인 견해이나, 그렇다고 해서 이들이 예전처럼 일방적으로 국가의 감독 및 명령권에 예속되어 있지는 않다.⁴³⁾ 소송법적 문제로 최근 '기관소송'의 법리가 새롭게 검토되기 시작한 것도 지방자치단체 등 공법인의 법적 지위와 관련되어 있다.

5. 기본권의 영향으로 행정제도에 대한 이해가 변하고 있다.

행정작용 상의 행위형식들을 추상적·고립적으로 파악하지 않고, 행정과정이라는 동태적 시각에서 바라보게 되면 행정제도라는 개념을 사용할 수 있다.⁴⁴⁾ 행정법해석에서는 행정의

39) Michael Stolleis, "Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland"(Dieter Simon (편집), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Ffm 1994, 227-258쪽 수록), 244쪽.

40) 정하중, "민주적 법치국가에서의 특별권력관계", 고시계, 94/9, 120-121쪽.

41) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9판. München 1994, 109쪽(제6장, 갖번호 21번) 참고; 우리 행정법 통설은 행정절차를 좁게 외부절차로만 이해한다. 김동희, 앞의 책, 327쪽 참고. 그러나 행정절차를 외부절차로만 한정할 필요는 없다.

42) 류지태, 앞의 책, 532쪽.

43) 최근의 학설·판례는 공법인에게도 제한된 범위 내에서 부분적으로 기본권주체성을 인정하려고 한다. 권영성, 헌법학원론, 법문사 1998, 294쪽; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 371쪽; 헌재 1992. 10. 1, 92헌마68·76(병합).

44) 포르스토프는 법규의 해석은 제도의 내적 의미연관과 법질서 전체에서 제도가 갖는 위상으로부터 법규의 의미를 이해하는 일이라고 말한다. Ernst Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band:

행위형식 뿐만 아니라 각 행정영역에서 공통으로 이용 가능한 것으로 준비된 법적 장치인 행정상의 일반적 제도에 대해 관심을 둘 필요가 있다. 그러한 것으로 행정강제, 행정벌, 국가보상, 행정쟁송 등을 들 수 있다.⁴⁵⁾

기본권적 관점은 이들 행정제도에 대한 해석에도 영향을 미치고 있다. 우선 행정강제제도에 대해 행정법학이 최근 대단한 관심을 갖고 있는 상황을 상기하면 좋을 것이다. 즉 행정의 실효성 확보수단에 대해 활발한 논의가 생긴 것도 이 문제가 기본권 보장과 밀접한 관련이 있기 때문이다. 명령권은 당연히 강제권도 포함한다거나, 즉시강제는 국가의 일반적 긴급권에 근거하여 발동될 수 있다는 식의 넓은 프로이센적 관념은 ‘법치주의적’ 관점에 맞지 않을 뿐아니라, ‘기본권 보장론’에 비추어 볼 때 더 이상 타당할 수 없다.

행정상 즉시강제와 영장주의에 관한 논의는 인신보호의 ‘제도적 보장론’의 관점에서 이해할 수 있다. 영장제도가 형사사법권뿐만 아니라 행정상 즉시강제에도 적용되어야 한다는 것은 현행 헌법상의 적법절차는 행정작용에까지 미칠 때, 비로소 ‘최소보장’이 된다는 뜻을 밝힌 것으로 해석할 수 있다. 행정조사와 기본권의 관계에 대한 논의도 활발하다. 행정조사와 영장주의의 관계에 대한 검토 외에도 행정조사와 진술거부권 그리고 기타 개별기본권과의 관계가 새롭게 논의되고 있는 것은 매우 고무적이다.⁴⁶⁾

국가배상법 제2조의 직무행위에 대한 해석에서 점차 입법 및 사법작용으로 인한 손해부분이 중요하게 다루어지고 있는 대목에도 주목할 필요가 있다.⁴⁷⁾ ‘집행’작용이라는 좁은 울타리를 넘어 국가작용 전체로 시야를 넓히려는 국가배상법의 발전은 기본권론의 자극에 힘입은 바 크다. 재판청구권이라는 관점이 행정쟁송제도의 형성에 중대한 영향을 미치고 있다는 사실도 특기할 만하다.⁴⁸⁾

6. 기본권적 논증은 행정법 각론에도 영향을 주고 있다.

현재의 행정법 총론은 19세기 자유주의 단계에서 독일의 소유적 개인주의를 추상화-체계화한 것이고, 행정법 각론은 1차대전 당시의 독일의 전시경제체제하에서의 행정과, 2차대전 이후 전후 독일의 복구경제체제 하에서의 행정을 부문별로 나누어 법적으로 추상화-체계화한 것이라고 볼 수 있다. 행정법 각론은 항상 그 시대의 역사적 조건에 연관되어 있다. 오늘날 환경행정법 분야가 각론에서 점차 중요하게 다루어지고 있는 것은 좋은 예이다. 따라서 요즘 종종 듣게 되는 행정법 각론의 해체라는 화두는 단순히 각 개별 행정법영역의 분산적 서술이라는 의미 이상을 담고 있다.

어쨌건 행정기능적 관점—질서행정, 환경정서행정 등—에 따라 편성되어 있는 행정법 각론체계는 기본권의 조명을 받으면서 재조정되지 않을 수 없게 된다. 그것은 행정법 각론체계 전체와 관련될 수도 있고, 개별 행정법의 구체적 법개념, 법제도의 해석과 관련될 수도 있다. 급부행정법의 한 분야로 다루어지고 있는 공물법의 경우 이전에는 공물관리와 공물경찰 부분이 주된 관심사였다면 현재는 국민 및 주민의 공물이용권이 주요하게 다루어지

Allgemeiner Teil, 10판, München 1973, 165쪽.

45) 塩野 宏/ 서원우, 오세탁 공역, 앞의 책, 72쪽; 이미 오토 마이어도 시오노와 유사하게 행정제도 개념을 사용하였다. E. Forsthoff, 위의 책, 166쪽.

46) 특히 박운흔, 최신 행정법강의(상), 박영사 1998, 581-582쪽.

47) 김동희, 앞의 책, 469-470쪽 참고.

48) 대판 1995.10.17. 전원합의체판결 94누14148에서 반대의견 참고.

고 있다. 공물개념을 공공시설 개념으로 대체해야 한다는 견해도 같은 맥락으로 이해할 수 있다. 즉 종래에는 공공용물과 공용물을 한데 묶어 공물이라 하고 영조물은 그와 별개의 개념으로 고찰하는 것이 일반적 견해였으나, 공공용물과 공용물은 성립·소멸·관리·이용 관계 등에 있어서 서로 다르므로 공물이라는 하나의 개념으로 포괄하는 것이 거의 실익이 없다고 한다. 또한 공물법이든 영조물법이든 그것들의 중심적 과제는 일반공중의 이용관계에 놓여 있으므로 공공용물과 공공영조물을 포괄할 수 있는 공공시설개념을 공물개념에 대체시키는 것이 타당하다고 주장한다.⁴⁹⁾ 논자에 따라서는 공물법과 영조물법 그리고 공기업법을 공적 시설법이라는 상위개념으로 포괄하여 기존의 각론교과서와 다른 교과서 서술 태도를 보이고 있기도 하다.⁵⁰⁾

III. 기본권적 논증의 성과와 한계

1. 개관

행정법이론에서 기본권적 관점이 강조되기 시작한 것은 앞서도 지적한 것처럼 국가와 시민의 관계를 바라보는 시각이 변화했기 때문이다.⁵¹⁾ 한 나라의 정치질서가 기본권 보장을 위하여 존재한다면, 권력의 행사(행정작용을 포함하여) 또한 기본권적 관점에서 해석될 수 있다. 이 점은 어떤 기본권 이론을 취하더라도 마찬가지이다. 한 예를 들어보자. 흔히 기본권은 국가권력의 활동에 대한 '소극적 권한규범'이 된다고 한다. 즉 기본권은 그 행사 여부와 관계없이, 그것의 존재자체가 이미 국가의 행위 및 결정재량의 한계를 의미한다.⁵²⁾ 따라서 행정의 기본권 구속성이 강화되면 '법으로부터 자유로운 행정'의 범위는 크게 줄어들게 된다. 왜냐하면 행정을 규제하는 법률이 없는 경우에도, 기본권은 행정작용의 한계점이 되기 때문이다. 독일의 학설은 대개 이러한 기본권=소극적 권한규범이라는 사실을 '객관적 질서'로서의 기본권의 성격으로부터 도출해내고 있다.⁵³⁾ 그러나 기본권의 가치적 성격을 끌어들이지 않더라도, '국가의 침해권한은 제한적'이라는 자유주의적 기본권 이론에 의하더라도 그러한 사실은 논리적으로 입증된다.⁵⁴⁾

어쨌건 국가행정작용이 기본권의 관점에서 평가되어야 한다는 점, 그리고 그것의 제도적 장치로서 행정재판제도 외에 헌법소원제도가 마련되어 있다는 점은 국민의 권리보장과 관련하여 분명 하나의 진보임에 틀림없다.

그러나 문제도 있다. 각각의 일정한 수비범위(守備範圍, Schutzbereich)를 가진 기본권의

49) 박용훈, 최신 행정법강의(하), 박영사 1998, 426쪽. 이러한 견해는 이미 일본학자들에 의해 제시되었다. 田村悅一, "公物法總說"(雄川一郎 外 編, 現代行政法大系 9(公務員·公物), 有斐閣 1988, 239-262수록), 247-253쪽 참고.

50) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사 1998, 317쪽 아래

51) 행정법에 대한 기본권의 영향은 일찍이 논의되었다. 다만 독일의 경우 오토 마이어, 발터 엘리넥, 오토 마 빌러 등 행정법학의 초기 이론가들이 행정법학의 체계와 내용을 정립할 당시에는 기본권과 행정작용의 관계가 현재처럼 명시적으로 쟁점화 되지는 않았다. 기본권은 바이마르 헌법에서 처음으로 (연방헌법차원에서) 명문화되었고, 또한 바로 그 헌법에 근거해서 기본권의 의미와 기능에 대한 해석이 본격화되었기 때문이다.

52) B. Pieroth/ B. Schlink, 앞의 책, 22-23쪽.

53) 허영, 앞의 책, 354쪽.

54) E.-W. Böckenförde, 앞의 논문, 120쪽.

성질상, 또한 당해 사건에 대해서만 판단해야 하는 재판의 성질상, 기본권적 논증은 행정법 총론 상의 일반 개념을 해체하거나 모호하게 만든다. 예를 들어 기본권 제한과 관련하여 ‘이중기준의 원리’를 행정법상의 신고(申告)개념의 해석에 적용한다고 해보자. 법령이 똑같이 신고라도 표현하여도 그것의 해석은 경제적 자유(기본권)와 관련한 신고와 비경제적-정신적 자유(기본권)와 관련한 신고에서 각각 달라질 것이다. 전자의 경우 신고라고 하여도 대체로 허가에 가까운 쪽으로 해석될 여지가 크다.⁵⁵⁾ 그렇게 되면 이른바 ‘자족적 공법행위’로서 신고개념이 과연 성립할 수 있는 가라는 근본적인 의문이 제기되지 않을 수 없다.

이러한 사실을 염두에 두면서 이제 자유주의적 기본권 이론모델과 가치이론적 기본권 이론 모델을 중심으로 기본권이론이 행정법해석에 미친 영향을 각각 살펴보기로 한다.

2. 자유주의적 기본권 이론과 행정법해석

기본권은 대국가적 방어권으로서의 주관적 공권만을 의미하는가 아니면 ‘모든 법영역’을 관통하는 객관적 법원칙인가? 이에 대한 답변이 기본권 이론의 핵심을 이루고 있다. 뵉켄퍼르데는 기본권의 본질 및 기능과 관련하여 다섯 개의 이론모델을 설정하였다.⁵⁶⁾ 이중 자유주의적 기본권이론이 방어권으로서 기본권의 본질·기능을 강조한다면, ‘기본권의 가치이론’ 등은 기본권을 객관적 원리규범으로 해석한다.

자유주의적 기본권이론에 따르면 기본권은 국가권력에 대하여 방어적 또는 경계설정적 성격을 갖는다. 방어권이라고 해서 그것이 반드시 기본권의 소극적 측면만을 드러내는 것은 아니다. 국가권력에 대한 방어권으로 기본권을 해석한다고 하더라도 단순히 행정권력의 침해에 대한 방어라는 측면뿐만 아니라 침해가 이미 발생한 경우 그의 제거를 요구하거나(공법상 결과제거청구권), 그 침해가 예견될 때 그 부작용을 요청하는 측면을 강조하면(예 방적 부작용소송),⁵⁷⁾ 방어권으로서 기본권 또한 얼마든지 적극적인 측면을 나타낼 수가 있다.

나아가 침해개념의 확대를 통해 방어권으로서 기본권의 효력을 강화할 수 있다.⁵⁸⁾ 전통적으로는 침해를 다음과 같이 이해했다: 침해는 첫째, 종국적이어야 하며, 완전히 다른 목적에서 행해진 국가작용의 의도하지 않은 결과가 아닐 것. 둘째, 직접적이어야 하며, 의도는 했지만 그 의도와 직접 관계없는 결과를 발생시키는 행위가 아닐 것. 셋째, 법적 효과를 갖는 법적 행위(Rechtsakt)여야 하며, 단순히 사실상의 효과를 갖는 행위가 아닐 것. 넷째, 명령 및 강제에 의해 지시되고 집행되는 행위일 것.⁵⁹⁾ 한마디로 말해 침해란 ‘목적적이고 명령적이며 직접적인 효력을 갖는 국가의 법적 행위’이다. 그러나 확대된 침해개념은

55) 김동희, 앞의 책, 120쪽 참고.

56) E.-W. Böckenförde, 앞의 논문, 119-140쪽.

57) E. Schmidt-Aßmann, 앞의 논문, 229쪽; B. Pieroth/B. Schlink, 앞의 책, 19쪽; 이에 대한 자세한 설명은 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, § 66 III (671-687쪽).

58) 기본권 사례는 다음과 같은 두 가지 질문에 대답함으로써 해결될 수 있다. 첫째, 국가의 조치로 기본권이 침해되었는가? 예/아니오. 둘째, 그러한 침해가 헌법상 정당화되는가? 예/아니오. 첫 번째 질문은 보호범위와 보호범위에 대한 침해로 다시 나눌 수 있다. 기본권 보장을 최대화하려면 보호범위를 넓히거나 보호범위에 대한 침해의 범주를 넓히면 된다. 자유주의적 기본권 이론은 일반적으로 후자의 방식을 선택한다. 반면 가치이론적 기본권 이론은 전자의 방식을 택한다.

59) B. Pieroth/ B. Schlink, 앞의 책, 65쪽; 홍성방, 앞의 책, 287-288쪽.

‘기본권의 수비범위(보호범위)에 속하는 행위를 개인으로 하여금 행사하지 못하게 하거나, 그 행사를 현저하게 어렵게 만드는 국가행위⁶⁰⁾를 모두 침해로 이해한다. 즉 그 효과가 중 국적이건 비의도적이건, 직접적이건 간접적이건, 법적이건 사실적이건, 명령이나 강제에 의한 것이건 아니건 침해가 될 수 있는 것이다. 이렇게 해석하면 방어권으로서의 기본권의 ‘방어력’은 강화되지 않을 수 없다. 이러한 논리가 행정법해석에도 당연히 영향을 미치게 된다. 행정법이야말로 ‘침해개념’을 중심으로 사고하기 때문이다. 그래서 확대된 침해개념은 행정법상의 사실행위 등에 대한 법적 통제를 강화하는 논리를 제공할 뿐만 아니라,⁶¹⁾ 수용적 침해이론의 논리적 기초가 되기도 한다.

끝으로 방어권, 자유권으로서 기본권의 힘은 평등원칙과 결합하면서 한층 강화되었다는 사실을 지적해 둘 필요가 있다. 평등원칙에 근거한 행정의 자기구속원리는 행정청의 재량권을 제한하여 행정법 영역에서 자유권의 방어범위를 넓히게 된다.

그런데 자유주의적 기본권 이론의 한계 혹은 문제는 개인의 자유영역, 혹은 그 개인적 자유가 사용되는 방식을 아무런 제한 없이 방치하는데서 발생한다. 즉 이 이론의 입장에서 보면 개별 기본권에 의해 보장되는 자유는 자유 그 자체이지, 특정한 목표 혹은 목적(민주주의적-정치적 과정의 후원, 가치실현, 정치적 공동체의 통합 등)을 위한 자유는 아니므로, 자유의 행사를 위한 일반적 한계를 지키는 한, 기본권 주체는 자신의 자유를 행사할 것인지 여부, 그리고 한다면 어떠한 동기에서, 또한 어떠한 목표를 위해서 할 것인지를 스스로 결정할 수 있다.⁶²⁾ 기본권적 관점의 강화는 행정법해석에서 개인주의적인 관점을 강화시킨다는 비판은 바로 이러한 자유주의적 기본권 이론에 향해져 있다.⁶³⁾

사실 자유주의적으로 이해된 기본권을 행정작용에 대한 규범적 평가기준으로 일관되게 들어밀다 보면 행정의 제 기능은 훼손될 수 있다. 기본권 주체가 자유—특히 재산권 및 영업의 자유의 내용을 아무런 제한 없이 결정할 수 있다고 한다면, 개인의 자유와 권리에 사회적 구속성을 가하려고 하는 국가 측의 시도는 한계에 부딪치게 된다. 이러한 상황은 오늘날 일반적으로 인정되고 있는 행정의 임무와도 잘 부합하지 않는다.

행정이란 ‘공익실현을 목표로 행해지는 통일적이고 계속적인 사회형성작용’이라고 하고, 자신의 과제를 ‘장래에 향해 열어두고’ 있는 작용이라고도 한다. 그런데 행정작용에 대한 규범적 평가를 어떠한 목표도 확정되지 않은 개인의 자유라는 관점에서 내리라고 한다면, 통일적인 행정작용은 처음부터 가능하지 않다. 사인들은 틈만 나면 ‘신뢰보호’를 들고나올 것이고, 그렇게 되면 계속적이고 장래에 대한 능동적인 형성작용도 어렵게 된다. 물론 그것이 행정의 법률적합성을 침해할 위험도 있다.⁶⁴⁾

60) B. Pieroth/ B. Schlink, 위의 책, 66쪽; 또한 Dieter Grimm, “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats”(같은 이, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 159-175쪽 수록), 171쪽; 홍성방, 위의 책, 288쪽.

61) E. Schmidt-Aßmann, 앞의 논문, 234-237쪽; 관련논문: Hans-Uwe Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970. U. Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980.

62) E.-W. Böckenförde, 앞의 논문, 120쪽.

63) 박정훈, 앞의 논문(각주, 25번), 293쪽 참고; 실제로 이러한 비판은 독일의 헌법구조하에서는 설득력이 있어 보인다. 그러나 우리 나라의 경우 헌법 제37조 2항과 같은 일반적 법률유보 조항이 자유권으로서 기본권의 사용을 상당히 제약하고 있다는 점에서 독일에서의 비판이 우리 나라에도 그대로 적용될 수 있는가는 의문이다.

64) 이러한 위험은 이미 포르스토프도 지적한 바 있다. 그는 기본법 14조상의 재산권 조항 등을 근거로 한 신뢰보호원칙의 강화가 행정의 법률적합성원리를 침해할 수 있음을 경고했다. E. Forsthoff, 앞의 책, 262쪽.

3. 가치이론적 기본권 이론과 행정법해석

기본권=소극적 권한규범이라는 사실은 독일의 통설적 견해처럼 '객관적 질서'로서의 기본권을 끌어들이지 않아도 논증할 수 있다는 점은 이미 지적하였다. 그러나 이와 달리 기본권을 반드시 '객관적 가치질서'로 이해할 때에만 논증 가능한 기본권의 효력도 있다. '객관적 규범', '원리규범'으로서 기본권이 그것이다.

이에 따르면 기본권은 헌법적 근본결단으로서 모든 범영역에 타당하며, 입법·행정·사법에 대하여 기준과 활동근거를 부여하는 객관적 가치결단 또는 가치체계이다.⁶⁵⁾ 개별기본권은 객관적 가치결단으로 그리고 기본권 전체는 객관적 가치질서를 체화(體化)한 것으로 해석된다. 그것들은 가치체계, 가치척도이며 가치결정적이거나 객관적인 원리규범들이다.⁶⁶⁾ 국가에 대한 방어권이라는 측면만으로는 기본권이 '법질서', 특히 사법(私法)질서 내로 개입해 들어갈 수 없다. 그것은 기본권이 '가치'로 이해될 때 가능한 일이다. 이를 기본권의 객관법적 기능이라고 한다.

이러한 이해에 따르면 기본권은 그것이 주관적 공권인 것과는 관계 없이 '객관적 가치질서'로서 기능 한다. 따라서 기본권은 객관적 의미의 법이며, 이는 전체 법질서, 곧 자연인과 법인의 공동생활을 규율하는 모든 규정을 의미한다.⁶⁷⁾ 스펜트를 계승한 독일학자 헤세는 기본권을 이처럼 헌법의 객관적 규범으로 특징지었다.

헤세는 스펜트 기본권론의 연장선상에서 기본권의 객관적 성격에 주목했다. 또한 스펜트 기본권론에서 취약하게 다루어졌던 기본권의 주관적 권리성을 강화하여 이른바 기본권의 이중성(Doppelcharakter)을 강조했다. 헤세가 강조한 기본권의 이중성은 실상 독일법 전통에서는 그 뿌리가 깊다고 할 수 있다. 독일어에서 Recht라는 말은 두 가지 다른 의미를 갖고 있다. 그래서 이 단어를 우리말로 법, 권리로 각각 표현할 수 있는데, 이 Recht를 주관적 권리와 객관적 법 혹은 객관적 질서로 나누어 이해하는 것이 독일법의 전통이다. 따라서 '기본권의 이중적 성격'은 헌법이론적으로 표현된 Recht의 이중성이라고도 할 수 있다.

헤세에 의하면 자유는 헌법을 포함하여 법적으로 조직화된 자유일 수밖에 없다. 공동체 구성원으로서의 자유만이 현실적이기 때문에 국가에 대립된 개인의 지위보다는 공동체의 구성원으로서의 지위가 이제 기본권 이론의 중심에 놓인다. 따라서 헤세 기본권이론의 가장 핵심적인 표지인 소위 기본권의 이중성은 기본권의 객관법적 성격에 그 중점이 있다.⁶⁸⁾ 이제 기본권은 주관적 권리일 뿐만 아니라 법률의 해석과 적용에서의 기준이 되는 원리로—즉 민주주의, 법치국가, 사회국가 등과 나란히 헌법의 구성원리로 된다.

기본권의 객관법적 성격이 강조되면서, 기본권의 수비범위는 대폭 넓어진다. 즉 기본권은 국가의 보호의무를 근거 짓고, 국가적 시설(또는 국가기구)과 절차의 형성에서, 그리고 절차권, 참여권 및 급부청구권의 기준이 된다.⁶⁹⁾ 또한 "기본권 규정에는 모든 범영역에 적

65) 로버트 알렉시/박정훈 옮김, "법체계와 실천이성"(법철학과 사회철학 3 (1994), 87-107쪽 수록), 87-88쪽.

66) B. Pieroth/ B. Schlink, 앞의 책, 23쪽; 이에 대한 대표적인 비평은 뵈켄포르데의 논문을 참고할 만하다. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik"(같은 이, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2판, FfM. 1992, 159-199쪽 수록).

67) 홍성방, 앞의 책, 236쪽 참고.

68) 서경석, 스펜트학과와 기본권 이론, 인하대 법학박사 논문, 1999, 189쪽.

용되는 헌법상의 기본결단으로서 객관적인 가치질서가 포함되어⁷⁰⁾ 있으므로 기본권의 효력은 사법(私法)형식의 행정작용에 대해서도 미친다. 이것이 이른바 ‘행정사법론’인데, 이러한 접근은 민법상의 전형적인 주체들과는 다를 수밖에 없는 행정이 사법상의 계약자유라는 법적 형식을 남용하는 현실에 적절히 대처하는 방법을 제공한다. 즉 공적 과제를 수행하는 행정이 개인에 대해 우월한 의사를 갖는 주체로 등장한다면 그는 사법행위 상의 자유를 원용할 수 없다. 그 결과 사법형식적 활동에서도 행정은 고권적 과제수행에 통용되는 것과 동일하거나 유사한 구속을 받아야 한다.

독일 주류공법학에서 기본권의 객관법적 측면을 주장하는 이유는, ‘국가에 의한 침해와 그 방어’라는 자유주의적 논리 틀로 구성하기 어려운 사안을 해결하기 위해서라고 한다. 그 배경으로 다음의 네 가지 점이 지적된다. (1) 자유의 존립조건이라는 측면에서, 각인의 현실적인 자유는 국가의 침해부작위에 의해 실현되는 것이 아니라는 점; 국가의 최소가 자유의 최대가 아니라는 점. (2) 기본법의 기본권목록은 자유권 중심이며, 국가로부터의 자유이외의 존립조건에 직접적으로 대응하는 규정이 없다는 점. (3) 방어권이 미치는 범위와 관련하여, 방어권의 수비범위에는 자연히 한도가 있으며 현실적 자유의 보장을 방어권만으로 구성할 수는 없다는 점. (4) 현실적 자유의 보장은 민주적 정책결정기관이 대처해야 할 입법정책의 차원에서 의미를 갖는 것으로 그치는 것이 아니고, 기본권 해석의 문제로서 현실적 자유에 대처하지 않으면 안된다는 점 등이 그것이다.⁷¹⁾

실제로 행정개입청구권의 예에서 보이듯이 (1) 자유는 이제 국가의 침해부작위만이 아니라 적극적인 국가의 작위의무를 통해 실현될 수 있으며, (2) 오늘날의 사회적 법치국가에서는 국가로부터의 자유뿐만 아니라 국가의 배분에 참가할 권리가 중요해 진다. 또한 (3) 기본권을 방어권으로 이해하는 자유주의적 기본권 이론이 ‘침해’ 개념의 확대를 통해 방어권의 의미를 강화시켜놓기는 했으나, 기본권의 의미강화를 위해서 기본권의 수비범위를 확대시키는 작업이 뒤따라지 않을 수 없다. (4) 현실적 자유의 보장이 입법정책을 통해서도 이루어지지 않는다면, 사법권에 의한 기본권 해석이 이를 보완해야 한다는 사실도 부정할 수 없다. 그런데 이 (4)번째 지적과 관련해서는 좀더 생각해 볼 문제가 있다. 뵘켄피르데가 지적하듯이 가치이론에 입각한 기본권 해석은 결국 기본권의 내용형성을 입법자가 아니라 법관의 손에 맡기는, 그 결과 “법관에 의한 결정주의 혹은 해석에 의한 결정주의”⁷²⁾를 초래하고 마는 것은 아닐까하는 점 등의 문제가 있는 것이다. 항을 바꾸어 살펴보자.

4. 가치이론적 기본권론과 헌법의 구체화

프리츠 베르너는 ‘헌법의 구체화법으로서 행정법’(1959)이라는 논문에서 프리츠 베르너는 개별실정법이 범람하면서 행정법의 기본적 내용이 점점 그 특색을 잃어가고 있으므로, 이제 헌법이 행정작용의 규범적 토대로서 필요하게 되었다고 한다. 그는 행정법의 불변성이 헌법상의 기본정신(Grundvorstellungen)에 대한 고백을 통해 지지될 수 있다고 하며, 헌법의 기본이념(Leitbilder)을 구체화하는 것은 바로 행정의 과제라고 지적했다.⁷³⁾

69) B. Pieroth/ B. Schlink, 앞의 책, 23쪽.

70) BVerfGE 7, 198; 홍정선, 행정법 원론(상), 박영사 1988, 410쪽 각주 1번에서 재인용.

71) 小山 剛, “制度的基本權理論, その後(ジュリスト, 1089號 1965, 65-69쪽 수록); 서경석, 위의 논문, 214쪽에서 재인용.

72) E.-W. Böckenförde, 앞의 논문, 133쪽; 홍성방, 앞의 책, 221쪽.

그런데 그는 여기서 헌법을 ‘구체화’한다는 것의 정확한 의미를 밝히지는 않았다. 그것은 1950년대 말 이후 헷세 등 스멘트 학파의 이론에서, 그리고 독일연방헌법재판소의 판례를 통해서 비로소 분명해졌다.

통상의 용법에서 구체화(Konkretisierung)란 삼단논법 상의 포섭을 가능하게 하기 위하여 대전제인. 법규범으로부터 소전제를 만드는 작업으로 이해된다. 법규범이 통상 일반적 성격을 가질 수밖에 없다면 구체화는 법적용과정에서 필수적인 중간고리가 된다. 예를 들어 법규범이 타인의 동산을 훔치지 말라고 했다면, 법관은 수확전의 곡물이나 전기가 동산인지, 타인의 자전거를 일시 사용하는 것이 절취에 해당하는지에 대해서 판단해야 한다. 물론 입법자가 이런 모호한 문제를 해결할 답을 직접 법률에 규정할 수도 있지만 그런 경우에도 그것은 여전히 일반적 규범의 형태로 이루어지므로 그 규범의 적용과 관련하여 구체적인 사례에서 새로운 의문이 나타나게 된다.⁷⁴⁾ 그러므로 이러한 의문을 해결하기 위한 소전제는 법적용단계에서 필수적이게 된다. 베르너가 말한 ‘구체화’가 이런 의미라면 특별한 문제는 없다.

헌법에는 이러한 구체화가 필요한 일반조항적 성격의 규정들이 많이 있다. 헌법조문 중에서도 기한(제70조-대통령의 임기는 5년), 형식, 절차에 관한 것들은 비교적 그 의미가 분명하지만, 대개의 기본권 조항들은 그렇지 않다.⁷⁵⁾ 그러므로 철도죄의 구성요건 해석에서처럼, 기본권 조항을 개별사실에 적용하려면 일반조항을 구체화하는 작업이 필요하다. 헌법학의 입장에서 보면 이는 기본권의 ‘보호범위’를 확정하는 일이 될 것이다. 따라서 기본권의 보호범위를 구체화하는 개별 행정법규정이 있다면—예를 들어 집회및시위에 관한 법률이 ‘집회’의 의미를 일정하게 규정했다면, 그것을 이제 ‘헌법, 특히 기본권의 구체화’라고 부를 수 있다.

헌법의 구체화를 이처럼 통상적인 의미로 이해한다면, 이는 이미 오토 마이어 단계에서도 수행된 작업이었다고 할 수 있다. 그러나 베르너는 ‘헌법의 기본이념을 구체화’하는 것이 행정의 과제라고 하고 있으므로 그가 말한 구체화—물론 그가 이 점을 명시적으로 밝힌 것은 아니다—는 여기서 한 단계 더 나아가게 된다. 다시 간단히 헷세의 해석을 정리해 보자.

헷세는 입법은 기본권을 침해하는 것이 아니라 기본권의 내용을 형성하는 것으로 간주한다.⁷⁶⁾ 기본권적 자유는 헌법의 규범들에 의해 그 경계가 그어지고, 헌법에 의해 그어진 경계를 입법자가 법률로 규율하는 경우, 입법자는 스스로 그 자유의 경계를 획정하는 것이 아니라 단지 이미 그어져 있는 경계를 선언적으로 확인하는 것에 지나지 않는다. 이 경우 입법자는 헌법에 구속되어 있으므로 그 확인은 헌법재판소의 심사대상이 된다.⁷⁷⁾ 그런데 여기서 헌법재판소의 헌법해석은 일의적으로 확정되어 있는 규범을 적용하는 것에 그치지 않는다. 헌법조문은 간결한 형태를 띠고 있고, 그 내용은 불확정적이기 때문에 헌법조문을 해석함에 있어서는 그 규정과 관련되어 있는 구체적 생활관계의 특수성을 끌어들이어 확정

73) Fritz Werner, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”(DVBl, 1959, 527-533쪽 수록), 529쪽.

74) Ekkehart Stein, Staatsrecht, 15판, Tübingen 1995, 43쪽.

75) 비교적 그 의미가 분명한 기본권 조항의 대표적 예는 헌법 제12조이다. 인신보호에 관한 제반 사항을 규정한 이 조항은 이른바 ‘헌법적 형사소송법’으로 불린다.

76) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20판. Heidelberg 1995, 갓번호 303쪽 아래; 서경석, 앞의 논문, 216쪽에서 재인용.

77) K. Hesse, 위의 책, 갓번호 312; 서경석, 위의 논문, 같은 쪽에서 재인용.

하지 않으면 안된다.⁷⁸⁾ 이런 의미에서 헌법해석은 구체화이다.⁷⁹⁾

그러나 기본권을 구체화하는 헌법해석이란 기본권의 내용이 사법작용에 의해 형성된다는 것을 은폐하는 표현에 지나지 않는다.⁸⁰⁾ 단순화하면 해석은 이미 주어진 것의 내용과 의미를 탐색하는 작업이고 구체화는 방향이나 원리면에서만 확정되어 있는 것을 창조적으로 채워가는 작업을 의미한다. 여기서 말하는 구체화는 그래서 첫 번째 의미의 그것과 달리 원리로부터 적용 가능한 규범을 끌어내는 형성적-창조적 과정을 말하며, 규범의 의미해석(Sinndeutung)이 아니라 형성적으로 규범의 의미를 '부여'(Sinnggebung)하는 가치충전(充塡)작업으로 나타난다.⁸¹⁾ 구체화가 통상적인 헌법해석이 아니라 의미부여이고, 그로부터 형성된 것은 일종의 사례'법'과 같은 지위를 갖게 된다면, 기본권의 내용은 그때그때의 상황에 적합한(즉 사물의 본성에 입각한) 가치형량에 따라 형성된다.

5. 가치형량적 행정법학의 문제점

구체화의 새로운 의미를 추적하는 가운데 우리는 형량, 특히 법원에 의한 '형량실무'(Abwägungspraxis) 문제와 대면하게 되었다. 그것은 일찍이 하르니쉬페거가 지적했듯이 검증되지 않은, 법관의 주관적 가치관에 따른 '저울질'과 관련되어 있다.⁸²⁾ 그는 법관의 형량실무는 통제불능이며 합리적인 숙고 없이 이루어진다고 보았다. 이와 유사하게 프리드리히 뮐러는 형량은 규범의 명확성과, 방법의 안정성 그리고 법적 안정에 대한 법치국가적 요청을 충족시키지 못하고 있다고 비판했다.⁸³⁾ 헬무트 리더는 동원적인 자유권의 형태변경과 불구화를 가능케 하는 기술의 하나라고 지적했다.⁸⁴⁾ 개별 기본권은 그것이 가치와 맺는 관계에 따라 서열이 매겨지고, 개별 기본권의 내용은 기본권에 포함된 가치의 실현과 관련하여 확정된다고 보므로, 이른바 '공동체적 가치'의 실현을 위해 개인의 자유권이 희생될 수 있기 때문이다. 일찍이 칼 슈미트도 스펜트의 형량이론을 비판하는 곳에서 자유로운 의견발현이라는 법익의 절대적 가치를 쉽게 상대화시킬 수 있는 이익형량의 문제점을 지적하였다. 그는 자유권은 다른 법익과 이익형량을 할 수 있는 권리 또는 법익이 아니라고 하였다.⁸⁵⁾ 그러므로 형량메카니즘의 결과 기본권, 특히 자유권의 우월적 지위는 쉽게 포기될 수 있다.

이해의 편의를 위해 한 예를 들어보자. 학생운동을 했다는 이유로 형사처벌된 전력이 있는 갑이라는 사람이 판사 혹은 검사임용신청을 했다고 하자. 이 경우 대법원과 법무부는 어떤 판단을 내릴 것인가? 법상의 임용결격사유가 없고, 판사 혹

78) K. Hesse, 위의 책, 각번호 45; 서경석, 위의 논문, 같은 쪽에서 재인용.

79) K. Hesse, 위의 책, 각번호 60; 서경석, 위의 논문, 같은 쪽에서 재인용.

80) E.-W. Böckenförde, 앞의 논문(각주 66번), 184쪽; 서경석, 위의 논문, 같은 쪽에서 재인용.

81) E.-W. Böckenförde, 앞의 논문, 186-187쪽; 행정법학의 용어례에서도 규범해석규칙과 규범구체화행정규칙을 구별하는데, 이때의 '구체화'라는 표현도 본문에서 지적한 후자의 의미와 관련되어 있다.

82) Horst Harnischfeger, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten, Hamburg 1969. Volker Neumann, "Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976에 대한 서평"(DuR 1979, 219-222쪽 수록), 220쪽에서 재인용.

83) Friedrich Müller, Juristische Methodik, 4., Neub. Aufl. Berlin 1990, 59쪽 아래; 같은 이, Die Einheit der Verfassung: Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979, 197쪽 아래; V. Neumann, 앞의 논문, 같은 쪽에서 재인용.

84) Helmut Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975; V. Neumann, 위의 논문, 같은 쪽에서 재인용.

85) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 8판, Berlin 1993, 167쪽.

은 검사에 임용될 성적을 취득한 자라면 그의 임용을 거부할 이유는 없어 보인다.⁸⁶⁾ 자유주의적 기본권 이론에 따르면, 임용당국은 신청자의 내면적 신조가 아니라 공무를 수행할 자격에 초점을 맞추라고 할 것이다. 그러나 임용당국은 이 대목에서 헌법의 기본적 가치, 즉 우리 헌법상의 자유 민주적 기본질서를 떠올리고, 이를 이유로 임용을 거부한다. 물론 그것을 전면에 내세우지는 안은 채. 만약 이 경우 신청권자가 임용거부처분의 위법을 다룬다면 법원은 어떻게 판단할 것인가? 답은 내려져 있다. 신청권자가 임용을 받지 못해 받을 불이익과 '그런 자'를 임용하지 않음으로써 얻게 될 이익을 간단하게 '형량'하는 것이다. 그 기준은? 이른바 '헌법적 가치', 즉 대한민국 헌법이 지향하는 자유 민주적 기본질서이다. 자유 민주적 기본질서는 보다 정확히는 자유로운 민주주의적 기본질서(FdGO)를 말하며 이는 헌정부에 대해 비판적인 집단에 소속하거나 소속했던 자를 정치적 참여로부터 배제하는 전투적 민주주의의 다른 표현이다.⁸⁷⁾ 이러한 자유 민주적 기본질서는 가치이론적 기본권론에 따를 때, 기본권 해석의 지침이 되는 원리적 법규범이 되는데, '자민질서'가 전투적 민주주의로 이해되는 한 적어도 정치적 반대자·비판자들에게는 공무담임권이라는 헌법적 권리가 보장될 여지가 없다. 다시말해 임용관청은 '자민질서'가 표방하는 체제수호적 이데올로기를 내세워 임용관청의 눈으로 볼 때 반체제적이라고 판단되는 모든 이의 공무담임권을 부정하며, 법원은 이러한 임용관청의 판단이 '재량'에 따른 것이므로 합법적이라고 판단내린다.⁸⁸⁾

법원(헌법재판소를 포함하여)이 행하는 서로 다른 기본권간의, 기본권과 법률간의, 또한 기본권과 '공공의 이익'(헌법 제37조 2항 참조)간의 형량은 원칙적으로 개별사안에 맞추어져 있다. 그 각 개별사안에 대한 판단이 어떻게 내려질 것인가는 물론 사전적으로 확정되어 있지 않다. 그래서 프리드리히 뮐러는 법원에 의한 형량실무는 규범의 명확성과, 방법의 안정성 그리고 법적 안정에 대한 법치국가적 요청을 훼손할 수 있다고 보았다. 행정법원이 행정법해석에서 행하는 '형량실무'에 대해서도 대체로 그와 동일한 지적을 할 수 있다.⁸⁹⁾

행정법해석에서 형량적 관점은 계획재량과 형량원리 등에서 직접적으로, 그리고 개별 행정법해석에서 빈번히 사용되는 '보호가치 있는', '법에 의해 보호되는' 혹은 '개별·구체적으로 판단' 등등의 표현에서 간접적으로 나타난다. 그것들은 법원의 형량실무를 정당화·지지하는 공식으로 볼 수 있다. 또한 오늘날 행정법해석에서 빠뜨릴 수 없는 공식이 된 이른바 비례원칙, 그 중에서도 '협의'의 비례원칙의 이름아래 이루어지는 일도 다름 아닌 이익형량이다. 이런 관점에서 이제 아래 판결을 읽어보자.

행정소송법 제12조 후문이 규정하는 "처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익"의 유무는, 원래 항고소송의 목적·기능을 어떻게 이해하며 국민의 권익신장을 위하여 어느 범위에서 재판청구권의 행사를 허용할 것인가의 문제와 관련된 것으로서 이를 위 조항에 대한 일의적·문리적·형식적 해석에 의하여 판별할 수는 없고,

86) 법원조직법 제42조 2항은 다음과 같이 규정한다: 판사는 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 임용한다. 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자. 2. 변호사의 자격이 있는 자.

87) 자세한 것은 국순욱, "자유민주적 기본질서란 무엇인가"(민주주의법학연구회 편, 헌법해석과 헌법실천, 32-74쪽 수록) 참고.

88) 대판 1991. 2. 12. 90누5825; 법원은 재량이라고 표현하고 있지만, 불확정범개념과 판단여지라는 개념을 구분하는 입장에 따른다면 이는 행정청에게 판단여지를 인정한 것으로 보아야 한다.

89) 행정법은 기본권의 제한(헌법 제37조 2항)과 가장 밀접한 관련을 맺고 있다. 그러므로 기본권 해석방법론이 행정법에 영향을 주는 것은 당연하다.

구체적인 사안별로 관계 법령의 규정 및 그 취지를 살펴서 현실적으로 권리보호의 실익이 있느냐를 기준으로 판단되어야 할 것인바,... 소의 이익의 범위를 확대하여 국민의 권리구제 기회를 확대하려는 시도는 권리보호 범위의 확대경향과 또한 그에 대한 수요가 상존 하고 있는 현대사회의 상황에 맞는 적절한 태도로서 계속 유지되어야 할 것이다.⁹⁰⁾

이 판결은 ‘권리보호 실익의 유무’ 등이 법원의 구체적 판단에 달려있다고 말한다.⁹¹⁾ 다시 말해 예전과 달리 행정법해석을 ‘법치국가 원리가 우선하느냐 아니면 신뢰보호 원리가 우선하느냐’ 하는 식의 양자택일의 문제로 이해하지는 않는다. 그 대신 ‘상황을 고려한’ 비교형량이 행정법해석의 방법이 된다. 이러한 해결법은 일견 매우 유용해 보인다.⁹²⁾ 그래서 박정훈은 “일반행정법 내지 행정법총론상의 개념들을 모든 행정영역에 획일적으로 적용하는 것이 아니라 구체적 사안 내지 사안유형에서 당해 행정영역의 행정목적·행정수단·행정현실 등 제반사정을 고려하여 가능한 한 개별·구체적으로 문제를 해결하는 것이”⁹³⁾ 현대 행정법학의 기본적 방법론이라고 지적하고 있다.

실상 행정법해석과 관련하여 법원의 재판실무가 널리 채용하고 있는 것도 바로 이 ‘형량’이다. 구체적인 예를 몇 가지 더 찾아보자.

하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판결함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다.⁹⁴⁾

하자 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이고 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 할 것이다.⁹⁵⁾

수익적 행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에 있어서는, 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득의 권리 또는 이익을 침해하게 되므로 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활안정의 침해 등의 불이익을 비교교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다.⁹⁶⁾

90) 대판 1995.10.17. 전원합의체판결 94누14148에서 반대의견.

91) 법원은 행정소송에서 원고적격 등 소송요건을 예전보다 완화하여 해석하는 경향을 보이고 있다. 그 이유는 이를 통해 법원이 자신의 권한을 확대할 수 있기 때문이다. ‘소송이 허용된다’는 말은 ‘본 법원은 원고가 그 심사를 요청한 행정활동에 대하여 심사할 권한을 갖고 있다’는 말과 같다.

92) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 서울대학교 법학연구소, 행정소송·행정법 연구과정 교재 (1999. 3. 8), 37-38쪽 참고.

93) 박정훈, 행정법, 대표저자 김문환, 법학의 이해, 길안사 1998, 203-272쪽 수록, 263쪽.

94) 대판 1995. 7. 11, 94누4615.

95) 대판 1992. 5. 8, 91누13274.

96) 대판 1995. 11. 7, 95누2081.

도로의 설치 후 제3자의 행위로 인하여 그 본래 목적인 통행상의 안전에 결함이 발생된 경우에는 도로에 그와 같은 결함이 있다는 것만으로 성급하게 도로의 보존상 하자를 인정하여서는 안 되고, 당해 도로의 구조, 장소적 환경과 이용상황 등 제반의 사정을 종합하여 그와 같은 결함을 제거하여 원상으로 복구할 수 있는 데도 이를 방치한 것인지 여부를 개별적, 구체적으로 심리하여 하자의 유무를 판단하여야 할 것이다.⁹⁷⁾

법의 해석, 특히 재판의 형식으로 이루어지는 법의 해석은 이익의 대립을 포함한 분쟁을 법적으로 해결하기 위해 대립하는 이익과 가치에 대해 형량을 행하고 그것에 기초하여 일정한 결론을 이끌어내야 한다. 이러한 사실을 부정할 사람은 없다. 그러나 여기서 말하는 '이익형량론'은 법해석과정에 일반적으로 포함되어 있는 이익형량작업을 지칭하는 것이 아니라, 앞서 지적한 것처럼 권리와 법률 그리고 '이익들'을 상호적으로 유동화시켜 전체 법을 행정활동의 상황적응성에 맞는 '상황적 구조'로 바꾸어 놓는 형량실무, 헌법이 명시하고 있지 않은 (또는 보호하지 않는) 임의의 '우월한 공익'을 내세워 자유권을 제약하는 시도의 근거가 되고 있는 형량실무를 말한다. 이처럼 법해석의 근본적 기준을 헌법과 법률에서 찾지 않고 법규의 틀에 의해 포착되지 않는 적나라한 이익형량에서 찾는다면 그것은 법판에게 무제약적인 자유를 인정하는 결과를 초래하게 될 것이다.

취소소송의 원고적격에 관하여 현재 설득력있게 제기되고 있는 학설로 법률상 보호이익설과 보호가치이익설이 있다. 전체적으로 볼 때 학설과 판례의 경향은 전자에서 후자로 접근하고 있지만, 보호가치이익설의 전면적 수용에 대해서는 대체로 부정적이다. 보호가치이익설은 침해되고 있는 이익이 재판에 의하여 보호할 만한 가치가 있는지 여부에 관해 판단할 객관적 기준을 제시하지 못한다는 지적을 받고 있다.⁹⁸⁾ 객관적 기준이 없다 보니 결국 원고적격에 관해서는 개별적으로 법관의 재량적 판단에 맡기는 결과가 되고 만다.⁹⁹⁾

또한 그것은 공공복리 및 공적 이익을 우월하게 취급하는 사고에 기초하여 행정권력과 독점의 지배 내지는 이익을 옹호하는 해석을 가능하게 할 것이다. 그렇기 때문에 행정법해석에서 (이익)형량의 중요성을 강조하는 논자도 제반사정을 고려한 개별·구체적 해석은 "법적 안정성과 객관적 법적용을 해치지 않는 범위 내에서" 이루어져야 한다고 하여,¹⁰⁰⁾ 법판에게 무제약적인 자유를 인정하는 결과를 견제하고 있다.¹⁰¹⁾

요약하자면 행정법해석에서도 형량실무는 법도그마틱의 '안정화 기능'을 해칠 수 있다. 구체적으로 타당한 해결을 앞세우다 보면 법논리체계에서 벗어난 해석 또한 '현실의 필요

97) 대판 1992. 9. 14, 92다3243.

98) 김철용, 앞의 책, 438쪽; 김동희, 앞의 책, 625쪽.

99) 塩野 宏/ 서원우, 오세탁 공역, 앞의 책, 378쪽.

100) 박정훈, 앞의 책, 같은 쪽.

101) 그는 또한 행정법상의 법적 정의는 "문제되는 공익과 사익 간의 형량 및 공익과 사익을 각각 지지하는 가치들간의 형량이 정당한 것"을 의미하고, 이러한 이익형량 및 가치형량의 정당성을 방법론적으로 근거부여하기 위해서는 "형량되어야 할 이익들과 가치들을 모두 규명하고 그 형량에서 결정적으로 작용하는 형량요소들을 숨김없이 밝힌 다음 토론과 비판에 응할 준비를 갖추는 것"이 필요하다고 지적한다. 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 서울대학교 법학연구소, 행정소송·행정법 연구과정 교재(1999. 3. 8), 35쪽. 그러나 법원의 판사들이 그런 준비를 충분히 하고서 판단에 임하고 있는 지는 의문이다.

성' 때문에 정당화되는 사태를 막을 길이 없기 없기 때문이다.¹⁰²⁾ 그리고 그것은 공익을 과도하게 내세우는 '저울질'로 행정법의 시민적 권리보호기능을 훼손할 위험을 안고 있다.

끝으로 형량실무를 통해 이루어지는 '헌법의 구체화'는 행정법의 출발점인 권력분립과 권한의 위임의 법리에도 영향을 미치게 된다는 사실을 지적하지 않을 수 없다.¹⁰³⁾ 어떤 경우에도 완전한 권력분립적 법치국가라는 목가적 상태를 실현할 수는 없다. 그런 것은 이제 까지도 없었고 앞으로도 없을 것이다. 그러나 권력의 분산과 행정권에 대한 법적 통제가 강화된 상태로 나아가는 노력만큼은 포기할 수 없는데 그러자면 의회의 기능강화가 꼭 필요하다. 규율대상이 점차 복잡하게 되고 규율대상 상호간의 조정이 더욱 필요해 질수록 의회의 '정치적 조정' 역할은 커져야 한다. 그 역할을 법원이-그리고 결국은 행정이 과도하게 떠맡으려고 해서는 안된다. 형량실무는 그러나 법원의 형량으로 해결해서는 안되는 행정법 사안이 존재한다는 사실을 종종 망각한다. 법원이 법률에 의해 주어진 의미내용을 단순히 해석하는데 그치지 않고 형량과정을 매개로 스스로 그 의미내용을 형성·창조해가게 되면 행정에 대한 입법부의 '규율권한'은 점차 형식적인 것에 그치게 될 것이다¹⁰⁴⁾ 이러한 위험은 독일의 경우 연방헌법재판소의 이른바 '자갈채취판결'¹⁰⁵⁾에서도 이미 지적된 바 있다. 동법원은 이른바 '수용유사침해법리'를 둘러싼 논쟁을 일단락지으면서 비록 방론이기는 하지만, 개별사안을 중심으로 한 법원의 형량실무는 경제적·사회적·정치적 요소를 고려해 놓지 못하는 한계를 갖고 있다고 밝혔던 것이다.¹⁰⁶⁾

IV. 행정법 일반이론의 개혁방향

기본권론이 행정법해석에 침투하면서 행정법의 권리보호적 기능이 확대된 것은 사실이다. 그러나 행정법해석에서 기본권적 관점의 강화가 초래하는 문제점도 만만치 않음을 알 수 있다. 행정법 일반이론(=행정법 총론)의 개혁은 바로 이러한 상황에서 제기되고 있다.

이제껏 행정법 일반이론은 특별히 행정법의 독자성 혹은 고유성을 보장하는 논리적 체계로 기능해 왔다. 즉 그것은 이른바 '행정에 관한 공법으로서 행정법'이 사법, 특히 민법과 다른 특질을 갖고 있음을 보여주었다. 그러나 '행정법의 고유성'이라는 논리조차도 행정법의 헌법구속성이라는 논리 앞에서 설득력을 잃어가고 있다.

반면 행정법의 독자성·고유성이라는 논리가 행정법의 헌법구속성이라는 새로운 논리에 의해 대체된다고 하여 그것이 곧 행정법 일반이론의 종말을 의미하는 것은 아니다. 오히려 행정법 일반이론은 과거에 비해 더욱 더 분명히 자신의 존재증명을 해야 한다는 요청을 받고 있는 셈이다. 예컨대 시민의 권리보호체계에 관한 일반론인 기본권론과의 관계에서

102) 대통령령이나 부령의 형식으로 된 제재적 처분의 재량준칙을 그 실질에 따라 행정규칙으로 이해한 법원의 해석이 그 대표적인 예가 될 것이다. 이에 대해서는 근자에 많은 비판이 있었고, 그러한 비판을 의식하여 판례 또한 동요하고 있다.

103) 권력분립과 위임법리가 행정법에서 차지하는 중요성은 독일 행정법 교과서와 달리 미국 행정법 교과서에 잘 나타나 있다. 미국의 대표적인 행정법 교과서인 슈워츠의 저작을 보면 권력의 분리와 권한의 위임이 앞부분에서 자세하게 다루어지고 있다. Bernard Schwartz, Administrative Law, 제3판, Little, Brown and Company 1991, 41-107쪽 참고.

104) E. Schmidt-Abmann, 앞의 논문, 233쪽.

105) BVerfGE 58, 300.

106) 김철용, 앞의 책, 357쪽 참고.

행정법 일반이론은 어떤 특질과 독자성을 가질 것인가 하는 문제에 대해 이제 행정법학이 답해야 하는 것이다. 이 일이 물론 쉬운 것은 아니다. 그러나 앞서 지적했듯이 지금은 행정법학의 새로운 패러다임을 모색할 때임을 생각한다면 그 문제에 답하는 일을 결코 소홀히 할 수 없다. 아래에서는 그 작업을 위한 기본 방향을 정리해 두었다.

1. 행정법 일반이론과 기본권론 간의 이론적 협력관계를 구축하는 일이 중요하다.

행정법 일반이론이 법도그마틱으로 체계화 될 당시 독일에서는 민법전과 같은 통일된 행정법전이 없었다. 그래서 행정법 일반이론은 일종의 불문법으로서 개별 행정법의 해석을 지도하는 역할을 톡톡히 수행했다. 행정법 일반이론은 행정법의 해석에서 시민의 권리를 보호하는 ‘방어적 법치국가’ 이념이 관철되도록 했다.

행정법 총론이 행정법 해석에서 갖는 기능은 서양법, 특히 독일법을 계수한 (일 본과) 한국의 행정법학에서 보다 도그마틱적으로 나타났다고 할 수 있다. 독일에서 행정법 일반이론의 소재가 된 개별법률들이 우리에게도 아예 존재하지 않거나 존재한다고 하더라도 그 내용에서 상당한 차이가 있는 경우를 쉽게 발견하게 되는데, 이런 차이에도 불구하고 일반적인 설명들은 독일의 것을 사용했기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 학 문발전의 초기단계에서라면 어느 정도 허용되었을 이러한 상황이 앞으로도 지속된다면 문제가 아닐 수 없다.

그런데 이제 그 역할을 기본권이론이 상당부분 떠맡게 되면서 행정법 일반이론의 도그 마틱적 기능에 대해 재고해보는 분위기가 조성되고 있다. 반면 행정법해석에 기본권적 논 증을 동원하는 방법론에 대해서도 비판이 제기되고 있다. 이미 앞에서 살펴본 것처럼 개별 기본권에 집착하는 ‘개별화론’ 관점은 기본권의 의미를 종합적 시각에서 바라보지 못하여 법의 상호간의 관련성을 충분히 평가하지 못한다는 지적이 있다. 법해석이 개별 기본권의 문제에 집중하게 되면 될수록 행정법상의 개념 및 제도의 일반적·보편적 의미들을 유지 하기도 어려워지게 된다고 한다.¹⁰⁸⁾ 이 때문에 일부에서는 행정법해석에 대한 기본권론의 영향을 차단하려고 한다. 슈미트-아스만은 행정법학의 전통적인 논의 틀을 바꾸어버린 ‘기 본권이론의 지배’를 제거하고 행정법에 고유한 행정법해석 틀을 새롭게 재구성해야 한다고 주장한다.¹⁰⁹⁾

이런 비판적 시각에도 불구하고 기본권을 무시하고 혹은 기본권적 관점을 배제하고 개 별 행정법규들을 해석하였던 과거로 돌아갈 수는 없는 노릇이다. 한 공법사가(公法史家)의 관찰처럼 “모든 개별규범을 그 규범 뒤에 서 있는 기본권의 ‘관점에서’ 해석하는 법을 알게 되면서 헌법과 행정법은 다시금 하나가 되었다.”¹¹⁰⁾ 백여년전 게르버의 주장처럼 행정 법에 고유한 이론의 구축을 위해 “행정법이 자신의 독자성을 인식하고, 국법과 관계를 단 절”¹¹¹⁾할 수는 없다. 그렇다면 이제부터라도 양 영역의 상호관계에 대해서 보다 진지하게

107) 김종보, “행정법학의 새로운 과제와 건축행정법의 체계”, 고시계 99/11, 49-50쪽 참고.

108) E. Schmidt-Aßmann, 앞의 논문, 227-228, 240쪽.

109) E. Schmidt-Aßmann, 위의 논문, 240쪽.

110) M. Stolleis, 앞의 논문, 243쪽.

111) C. F. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, 236-237쪽. Hans J. Wolff/ Otto Bachof/ Rolf Stober, 앞의 책, 16쪽에서 재인용.

생각해보는 자세가 필요하다.

실제로 법실무적으로 볼 때 행정법은 기본권 이론의 중요한 시험무대(Bewährungsfeld)이다. 그 무대 위에서 새로운 인식들의 유용성이 검증될 수 있다. 법도그마틱적으로 볼 때 행정법은 기본권에 대해 두 가지 점에서 중요하다. 첫째, 행정법은 기본권의 보호범위, 기본권의 보호과제, (규범)충돌에 대한 해결, 기본권의 한계를 구체화하는 법이다. 그러나 둘째—특히 이것이 현재의 논의에서는 중요한데, 행정법 일반이론은 개별기본권으로부터 도출해 낸 결론이 일반화 가능한지, 그리고 법치국가적으로 보아 필요한 통일성과 신뢰성을 갖고 있는지를 검증할 수 있는 기회를 제공한다.

다행스럽게도 현재 한국의 공법학은 기본권론과 행정법학 간의 교류와 협력이 가능한 토대를 갖고 있다. 그것은 무엇보다도 헌법재판의 영향이기도 하지만, 공법학자들 사이에서 점차 공감대를 얻고 있는 상호보완적 연구태도 때문이기도 하다.

2. 사법권력(司法權力)에 지나치게 의존하는 행정법학에서 벗어나야 한다.

행정법 일반이론과 기본권론의 협력을 추진해나갈 때 주의해야 할 점은 앞서도 지적한 것처럼 기본권론의 의미와 파장에 대해서 생각하는 태도이다. 부르주아적 소유와 자유에 깊은 관심을 두는 ‘협소한’ 자유주의적 시각으로만 기본권을 해석한다거나, 행정과 법원에 자유로운 ‘가치형량’의 길을 열어주는 가치이론적 기본권론을 무비판적으로 수용해서도 안된다. 기본권의 해석에서는 기본권이 사회국가원리, 민주주의원리를 구체적으로 실현하는 매개물이 될 수 있다는 사실을 빠뜨리지 않는 것이 중요하다. 즉 공익 혹은 공익적 관점보다는 개인적 공권과 사적 이익을 지나치게 강조하는 이른바 ‘권리보호법학’도 문제이지만, 공동체적 가치라는 이름 아래 자본과 국가권력 쪽으로 현격히 기울어지는 ‘형량’을 정당화하는 이론도 극복의 대상인 것이다. 그 어느 이론모델을 택하던 국가의 사법권력(司法權力)에 과도하게 기대는 태도는 옳지 않다.

국가의 사법권력(司法權力), 즉 법원의 해석에 과도한 기대를 걸었던 것이 행정법학이었다. 최근에는 헌법학도 이 길을 따라가고 있다. 헌법재판소의 기능과 능력에 대한 지나친 기대, 그리고 헌법재판소 판례를 둘러싼 미시적-도그마틱적 논쟁이 헌법학의 ‘거대담론’을 유실(流失)시키고 있다.

호프만-리엠 같은 이는 행정법학이 ‘사후적인 권리보호법학’의 좁은 틀에서 벗어나 행정을 일정한 방향으로 끌고 가는 일종의 조종학(Steuerungswissenschaft)이 되어야 한다고 주장하였다.¹¹²⁾ 그래서 그가 ‘행정법학 개혁론’에서 제시하고 있는 내용들은 행정법 일반이론이 얼마든지 현재와 다른 모습으로 존재할 수 있음을 우리에게 시사하고 있다.¹¹³⁾

3. 새로운 행정법학의 모색은 진정한 의미의 ‘시민법학’을 정립하는 일에서 시작되어야 한다.

행정권력이든 사법권력이든 그것은 국가권력으로서의 자기본성을 갖고 있다. 공법학의

112) W. Hoffmann-Riem, 앞의 논문, 특히 404-407쪽. 이에 대한 자세한 내용 검토는 다음 기회로 미룬다.

113) 이에 대한 자세한 논의는 필자의 박사학위논문에서 찾아볼 수 있다. 이계수, 의회주의와 행정법, 서울대 박사학위논문 1997, 특히 275-281쪽 참고.

첫째가는 임무가 국가권력의 견제와 시민적 자유의 확대라고 한다면 공법학은 국가권력과 시민적 자유의 관계에 대한 근본적 주제를 놓쳐서는 안된다.

앞에서 나는 행정법이란 실상 시민법, 즉 행정법이란 행정에 대항하는 시민들의 '권리'와 그것의 행사방법에 관한 법체계라고 정의내렸다. 행정법은 시민의 자유와 권리의 관점에서 국가권력을 바라보고 있는 것이다. 그런데 그간 행정법학은 시민의 자유를 대체로 '부르주아적 시민사회'가 수호하고자 했던 경제적 자유와 등치시켰다. 즉 그것은 시민사회 내부의 다양한 이해관계, 시민 상호간의 대립하는 이해로 인해 발생하는 분쟁을 총체적 시각에서 조율해내지 못한 채 부르주아적-소시민적 자유에 대단히 집착해왔다. 그 결과 행정법학은 소유권과 영업의 자유 수호에 몰두하는 소자본가 계급(프티 부르주아 계급)의 이해를 충실히 반영하는 해석학으로 전락하고자 한다.¹¹⁴⁾ 시민사회가 수호해야 할 자유는 경제적 자유 하나에 국한되지 않는다. '질서자유주의(Ordo-Liberalismus)'를 주창한 발터 오이켄의 지적처럼 자유란 불가분적이다.¹¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 행정법학이 이러한 사실을 애써 무시했다면; 그래서 행정법학이 소유권과 영업의 자유에 집착한 소자본가 계급(프티 부르주아 계급)의 이해만을 충실히 반영하는 해석학이 되고자 했다면 오늘날 행정법학의 '위기'는 처음부터 어느 정도 예견되었던 셈이다.

널리 알려져 있듯이 (독일식) 법치국가적 행정법은 국가와 시민사회의 이원주의(Dualismus von Staat und Gesellschaft)와 개인주의에 기초해 있다. 행정법은 국가에 대한 시민사회의 방패막, 국가권력의 침해를 방어하는 논리체계였다. 그런데 여기서 말하는 시민사회와 시민은 대체로 소유적 개인주의의 관점에서 이해된 '부르주아적-자본주의적 상품생산자 사회'와 '부르주아지'로 이해되었다. 물론 '부르주아 시민사회'의 재산권 옹호노력이 적어도 형식적인 의미에서의 민주주의의 발달에 영향을 미쳤던 것은 부정할 수 없다.¹¹⁶⁾

위기를 극복하려면 위기의 본질을 알아야 한다. 그 본질을 안다면 답은 이미 나와 있다. 행정법 총론의 개혁이 필요하다는 주장은 그냥 나온 것이 아니다. 법치국가의 기능이 소자본가 계급의 재산과 자유의 보호에만 머무를 수 없는 사회적 법치국가는 당연히 그에 걸맞는 행정법 이론체계를 요구하고 있다.

행정법학의 새로운 이론들은 자유·평등·독립의 주체적 인간으로서 시민과 그 시민들의 네트워크로서 시민사회가 이른바 정치사회와 경제사회와 맺는 관계를 설정하는 방식을 설명해내는 이론적 능력을 배양해야 한다.¹¹⁷⁾ 그러자면 소유적 개인주의의 관점에서 이해된 전통적 시민사회론 및 시민개념, 그리고 그에 근거한 행정법학의 이론들은 극복되어야

114) 그것은 대외적 모습은 시민법학이지만 실상은 관료법학과 실상 계를 같이할 수밖에 없다. 시민의 자유 수호를 첫째가는 사명으로 내세운 행정법학이 비합리적 권력지배의 모순을 비판·극복하는데 관심을 두지 않고 단지 비합리적인 권력의 지배에 일정한 합리적 기초를 제공하여, 권력의 파탄을 막고 지배의 정당성을 근거짓는 데만 치중한 당연한 결과이다.

115) Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6판, Tübingen 1990, 131쪽; 유시민, "위장자유주의자 공병호의 비극"(인물과 사상, 12호, 개마고원 1999, 203-242쪽 수록), 226-227쪽에서 재인용.

116) 이에 대한 자세한 논의는 S. Bowles, H. Gintis/ 차성수, 권기돈 역, 민주주의와 자본주의: 재산공동체 그리고 현대 사회사상의 모순, 백산서당 1994; 한상희, "민주주의와 시민사회: 새로운 헌법독해를 위한 제언"(법대논총, 제5집, 1997, 67-87쪽 수록), 67쪽 각주 1번 참고.

117) 이른바 국가-경제-시민사회의 3분법에 대해서는 우선 다음 문헌을 참고하라. Jean L. Cohen, Andrew Arato, Civil Society and Political Theory, The MIT Press 1994; 유팔무·김호기 엮음, 시민사회와 시민운동, 한울 1995; 한상희, 앞의 논문, 81-84쪽.

한다. 그렇게 될 때 행정법학은 프티 부르주아적 시민법의 틀을 벗어나 진정한 ‘공법적 시각’을 펼쳐 보일 수 있게 될 것이다.