

공동 국제학술대회

, 가

일시 : 2008년 6월 27일 ~ 28일

장소 : 서울교육문화회관 한강홀

한국법제연구원

한국공법학회

2008년 6월 27일(금)

12:30-13:00 등 록

13:00-13:20 개 회 식

사 회 - 최승원 교수(이화여대)

개 회 사 - 김해룡 한국공법학회 회장

축 사 - 박세진 한국법제연구원 원장

13:20-17:30 학술대회

[ 1 ] - ( )

### 제1세션 【한강홀】

13:20-14:30 【발제 1】 법치국가 확립의 요건: 독일에서의 논의 현황  
(Diskussionsstand für Rechtsstaat und dessen rechtliche Grundlage)

▷ 발표: Wolf-Rüdiger Schenke 교수(독일 Mannheim대)

통역·번역: 신옥주 박사(한국법제연구원)

▷ 토론: 이성환 교수(국민대)

14:30-15:40 【발제 2】 중국 법제 발전과정 속의 국제법 : 과거, 현재 및 미래

▷ 발표: 余民才 교수(中國 인민대학 법학원)

통역·번역: 최송자 교수(경남대)

▷ 토론: 우성기 교수(동국대)

15:40-16:00 Coffee Break

**제2-1세션 【한강홀】**

16:00-17:10 【발제 3】 민주, 법치, 선진화의 과제

▷ 발표: 최대권 교수(서울대 명예교수)

▷ 토론: 김형성 교수(국회 입법조사처장, 성균관대)

17:10-17:30 종합토론

[ 2 ]

17:30-18:30 정기총회

18:30 만찬

2008년 6월 28일(토)

**제2-2세션 【동강A홀】**

사 회 - 강경근 교수(숭실대)

08:30-09:30 【발제 4】 공사협동(PPP)를 둘러싼 일본법의 현상과 논점  
(公私協働(PPP)をめぐる日本法の現状と論点)

▷ 발표: 小早川光郎 교수(日本 東京大)

통역·번역: 이순태 박사(한국법제연구원)

▷ 토론: 김배원 교수(부산대), 김성수 교수(연세대)

**제3세션 제1분과 【남강A홀】 공법학의 체계 및 연구방법론**

사 회 - 강경근 교수(숭실대)

09:30-10:30 【발제 1】 공법의 규범체계

▷ 발표: 배영길 교수(부경대)

▷ 토론: 김중권 교수(중앙대), 유진식 교수(전북대)

10:30-11:30 【발제 2】 공법학의 연구 및 교수방법

▷ 발표: 조소영 교수(부산대)

▷ 토론: 남복현 교수(호원대), 박종수 교수(고려대)

**제3세션 제2분과 【남강B홀】 정부구조와 지방자치, 통일대비  
사 회 - 이경운 교수(전남대)**

09:30-10:30 【발제 1】 선진한국의 국가구조

- ▷ 발표: 이기우 교수(인하대)
- ▷ 토론: 김광수 교수(서강대), 김동건 교수(배제대)

10:30-11:30 【발제 2】 지방분권국가의 법적 토대

- ▷ 발표: 최환용 박사(한국법제연구원)
- ▷ 토론: 조성규 교수(전북대), 최우용 교수(동아대)

11:30-12:30 【발제 3】 남북한 헌법체제의 비교와 통일헌법의  
지향점 및 과제

- ▷ 발표: 장명봉 교수(국민대)
- ▷ 토론: 도희근 교수(울산대), 김민배 교수(인하대)

**제3세션 제3분과 【남강C홀】 국토·환경  
사 회 - 신봉기 교수(경북대)**

09:30-10:30 【발제 1】 토지재산권의 범위와 손실보상

- ▷ 발표: 정연주 교수(성신여대)
- ▷ 토론: 이동수 교수(대구가톨릭대), 이현수 교수(건국대)

10:30-11:30 【발제 2】 환경법제의 통합과제

- ▷ 발표: 송동수 교수(단국대)
- ▷ 토론: 정연만 박사(환경부 자원순환국장),  
정남철 교수(숙명여대)

11:30-12:30 【발제 3】 국토계획법제의 정비

▷ 발표: 정태용 교수(아주대)

▷ 토론: 정연호 과장(국회 건설환경법제과),  
정명운 박사(한국법제연구원)

**제3세션 제4분과 【동강B홀】 국제화 · 정보화**

사 회 - 이관희 교수(경찰대)

09:30-10:30 【발제 1】 행정작용의 유형(국제적 비교)

▷ 김민호 교수(성균관대)

▷ 토론: 황해봉 박사(국민권익위 행정심판총괄과장),  
김창조 교수(경북대)

10:30-11:30 【발제 2】 정보화시대의 법제동향

▷ 길준규 교수(아주대)

▷ 토론: 이인호 교수(중앙대), 김재광 교수(선문대)

11:30-12:30 【발제 3】 전자정부와 개인정보보호

▷ 김일환 교수(성균관대)

▷ 토론: 박정훈 교수(경희대), 최철호 교수(청주대)

## 제1세션

1. Sozialer Rechtsstaat und Grundgesetz ..... 13  
    [번역본]사회국가와 기본법 ..... 45
2. 中国法制进程中的国际法：过去、现在与未来 ..... 69  
    [번역본]중국 법제 발전과정 속의 국제법：과거, 현재 및 미래... 79

## 2

1. 민주, 법치 및 선진화의 과제 ..... 95
2. 公私協働(PPP)をめぐる日本法の現状と論点 ..... 119  
    [번역본]공사협동(PPP)를 둘러싼 일본법의 현상과 논점 ... 131

## 제3세션

1. 公法の 規範 體系 ..... 145
2. 공법학의 연구 및 교육방법 ..... 181
3. 선진한국을 위한 국가구조개편의 구상 ..... 199  
    - 연방제의 도입을 위한 기초적 논의 -

4. 지방분권국가의 법적 토대 .....	247
5. 남북한 헌법체제의 비교와 통일헌법의 지향점 및 과제 ...	283
6. 토지재산권의 범위와 손실보상 .....	315
7. 환경법제의 통합과제 .....	363
- 독일 통합환경법전의 제정과 그 시사점 -	
8. 국토계획법제의 정비 .....	385
9. 행정작용의 비교법적 고찰 .....	415
- 미국법과의 비교를 중심으로 -	
10. 정보화 시대의 법제동향 .....	447
11. 전자정부와 개인정보보호 .....	483



1

# Sozialer Rechtsstaat und Grundgesetz

Professor. Wolf-Rüdiger Schenke  
(Mannheim Universität)

I . Die Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens in Deutschland ...	15
II . Die grundgesetzliche Verankerung des Rechtsstaatsprinzips ..	17
III . Die Ausweitung des Grundrechtsschutzes .....	18
1. Grundrechtsschutz auch gegenüber der Gesetzgebung ...	18
2. Grundrechtsschutz auch im besonderen Gewaltverhältnis ...	19
3. Grundrechtsschutz vor faktischen Grundrechtseingriffen ...	20
4. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte .....	21
5. Schutz der Grundrechte durch die „Ewigkeitsgarantie“ ...	21
6. Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsschutz .....	22
7. Grundrechtliche Schutzpflichten .....	25
8. Grundrechte als Verfahrensrechte .....	26
9. Die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG .....	27
IV . Die Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes .....	32
V . Rechtssicherheit und Vertrauensschutz .....	36
1. Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte ...	36
2. Echte und „unechte“ Rückwirkung von Gesetzen ...	37
VI . Resümee .....	39

## **I. Die Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens in Deutschland**

Von den fünf Staatsstrukturprinzipien, welche die Art. 20 GG und Art. 28 GG ansprechen, gehört das Rechtsstaatsprinzip zusammen mit dem Bundesstaatsprinzip zweifellos zu den ältesten Grundsätzen, welche den Staatsaufbau in Deutschland bestimmen. Anders als das Demokratie-, das Republik- und das Sozialstaatsprinzip waren das Bundesstaats- und das Rechtsstaatsprinzip bereits in der in Deutschland bis 1918 bestehenden konstitutionellen Monarchie anerkannt. Die Einführung des Rechtsstaatsprinzips erfolgte in Deutschland im 19. Jahrhundert Hand in Hand mit der Ablösung des Absolutismus durch die konstitutionelle Monarchie. Freilich darf diese frühzeitige Anerkennung des Rechtsstaatsprinzips nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich das Rechtsstaatsprinzip seitdem – insbesondere seit der Schaffung des Grundgesetzes – erheblich weiterentwickelt hat und inhaltlich angereichert wurde. Dieser Wachstumsprozess hat keineswegs mit dem 1949 erfolgten Erlass des Grundgesetzes seinen Abschluss gefunden, sondern setzt sich seitdem – forciert durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber auch durch das staatsrechtliche Schrifttum – kontinuierlich fort.

Während das Rechtsstaatsprinzip des 19. Jahrhunderts noch im Wesentlichen formeller Art war und sich vornehmlich in der freilich begrenzten Herrschaft des unter Mitwirkung der Volksvertretungen zustande gekommenen Gesetzes und in der Anerkennung eines Gewaltenteilungsprinzips erschöpfte, ist das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip ein materielles Rechtsstaatsprinzip. Wesentliche Impulse für die Überwindung eines nur formell verstandenen Rechtsstaatsprinzips

ergaben sich vor allem aus den im Nationalsozialismus gemachten Erfahrungen mit dem Phänomen des Unrechts in Gesetzesform. Sie zeigten das Erfordernis einer Bindung des parlamentarischen Gesetzgebers durch übergeordnete Rechtsprinzipien, wie sie vor allem in den auch die Gesetzgebung bindenden Grundrechten ihren Ausdruck finden, mit aller Deutlichkeit auf. Zugleich wurde die Notwendigkeit zum Einbau bzw. zur Fortentwicklung institutioneller Sicherungen evident. Besondere Bedeutung kam in diesem Zusammenhang der Stärkung eines gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt sowie der Etablierung einer leistungsfähigen Verfassungsgerichtsbarkeit zu.

Eingewirkt hat auf den Inhalt des Rechtsstaatsprinzips aber auch das Sozialstaatsprinzip, das sowohl in Art. 20 GG wie auch in Art. 28 GG ausdrücklich erwähnt ist. In der in Art. 28 Abs. 1 GG verwandten Formel vom sozialen Rechtsstaat findet die Komplementärfunktion, die dem Sozialstaatsprinzip im Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip zukommt, ihren beredten Ausdruck. Das Sozialstaatsprinzip ist die grundgesetzliche Antwort auf ein zunehmendes Angewiesensein des Bürgers auf den Staat und den Verlust bürgerlicher Autarkie. Sie legt dem Staat eine besondere, in der Verfassung verankerte soziale Verantwortung auf. Dies macht die Verfehltheit eines in den ersten Jahrzehnten nach Schaffung des Grundgesetzes in der Staatsrechtslehre vielfach anzutreffenden Versuchs zu einer Abwertung des Sozialstaatsprinzips und seiner Herabstufung zu einem unverbindlichen Programmsatz deutlich. Freilich darf hierbei auch nicht in das Gegenteil verfallen werden und das Sozialstaatsprinzip übergewichtet werden. Dann drohte der Sozialstaat das Rechtsstaatsprinzip und den für ihn essentiellen Freiheitsschutz des Bürgers zu überwältigen. Akut wird diese Gefahr vor allem bei einem in der Staatsrechtslehre zuweilen anzutreffenden sozialstaatlichen Grundrechtsverständnis, das durch

eine allgemeine Koppelung von Leistungsrechten mit den Freiheitsgrundrechten gekennzeichnet ist. Darauf wird später noch näher einzugehen sein.

## **II. Die grundgesetzliche Verankerung des Rechtsstaatsprinzips**

Trotz der eminenten Bedeutung, die dem Rechtsstaatsprinzip für das grundgesetzliche Verfassungsgefüge zukommt, ist es merkwürdigerweise in Art. 20 GG nicht ausdrücklich angesprochen. Erwähnt werden in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG nur einzelne rechtsstaatliche Prinzipien, so in Art. 20 Abs. 2 GG das Gewaltenteilungsprinzip und in Art. 20 Abs. 3 GG die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung sowie der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Dies hat – übrigens teilweise sogar die Rechtsprechung des BVerfG<sup>1)</sup> – zu dem Fehlschluss verleitet, das Rechtsstaatsprinzip sei nicht in seiner vollen Breite durch das Grundgesetz gewährleistet, sondern nur hinsichtlich einzelner, in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG ausdrücklich genannter rechtsstaatlicher Konkretisierungen. Die Verfehltheit dieser Argumentation wird aber bereits daran deutlich, dass Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG unter anderem vorsieht, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des „sozialen Rechtsstaats im Sinne dieses Grundgesetzes“ zu entsprechen hat. Wenn nun aber Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG für die Länder die Grundsätze des sozialen Rechtsstaats verbindlich vorschreibt, so kann dies sinnvollerweise nur bedeuten, dass das GG als die Bundesverfassung auch, ja erst recht, für den Bund von der Geltung des sozialen Rechtsstaatsprinzips ausgeht. Für diese Auffassung spricht zusätzlich die in Art. 20 Abs. 3 GG besonders hervorgehobene Bindung

---

1) BVerfGE 30, 1, 24.

, 가

von Rechtsprechung und Verwaltung nicht nur an das Gesetz, sondern auch das Recht und damit an die für das Rechtsstaatsprinzip konstituierende Rechtsidee. Essentielle Bedeutung für das Rechtsstaatsprinzip kommt zudem den Grundrechten zu. Deren überragende Bedeutung spiegelt sich schon darin wider, dass sie der Verfassungsgesetzgeber ganz bewusst an den Anfang des Grundgesetzes gestellt hat. Er wollte damit ihre fundamentale Bedeutung für die grundgesetzliche Verfassungsordnung in besonderer Weise betonen. Neuorientierungen des sozialen Rechtsstaats sind vor allem auf dem Grundrechtssektor festzustellen. Sie äußern sich in einer Stärkung sowohl der materiellen Grundrechte wie auch in deren verfahrensmäßigem Schutz (dazu III). Signifikant ist aber auch eine sich in den letzten Jahrzehnten abzeichnende Extension des rechtsstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes (dazu IV) sowie der in der Rechtsidee angelegten Rechtssicherheit und hier speziell des Vertrauensschutzes des Bürgers (dazu V). Mit diesen für den heutigen Stand des sozialen Rechtsstaatsgedankens besonders charakteristischen Neuentwicklungen wird sich mein Vortrag schwerpunktmäßig beschäftigen.

### **III. Die Ausweitung des Grundrechtsschutzes**

#### ***1. Grundrechtsschutz auch gegenüber der Gesetzgebung***

Eine Besonderheit der durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte besteht darin, dass sie nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht nur gegenüber der Verwaltung, sondern auch gegenüber der Gesetzgebung als unmittelbar geltendes Recht anwendbar sind. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber früheren deutschen Verfassungen. Nach ihnen banden die Grundrechte – soweit man ihnen überhaupt normative Bedeutung beimmaß – nur die Verwaltung, nicht aber den Gesetzgeber. Diese Verfassungen

waren lange – insbesondere in der konstitutionellen Monarchie – von der Vorstellung getragen, dass dem beim Erlass von Gesetzen mitwirkenden Parlament die Funktion eines Hüters der Verfassung gegenüber dem Monarchen zukommen sollte<sup>2)</sup>, in dem man den eigentlichen Gesetzgeber sah. Schon mit dem in der Weimarer Republik 1919 vollzogenen Übergang von der konstitutionellen Monarchie zur Demokratie wurde die Problematik einer solchen Vorstellung freilich deutlich, da nunmehr das Parlament endgültig zum eigentlichen Gesetzgeber wurde und es deshalb galt, ihm gegenüber eine Kontrolle sicherzustellen. So hatte bereits das Reichsgericht<sup>3)</sup> in der Weimarer Republik für sich eine Prüfungskompetenz gegenüber vom Parlament erlassenen Gesetzen in Anspruch genommen und damit in gewissem Umfang einen Vorrang der Verfassung anerkannt. Freilich konnten sich damals weder die Rechtsprechung noch die herrschende Staatsrechtslehre dazu durchringen, allgemeine vor der Gesetzgebung schützende Grundrechte anzuerkennen<sup>4)</sup>. Erst die im Nationalsozialismus gemachte Erfahrungen mit dem „Unrecht in Gesetzesform“ und die damit zugleich offenbar werdende Schwäche des früher vorherrschenden staatsrechtlichen Positivismus bereiteten den Boden für die durch das Grundgesetz im Art. 1 Abs. 3 GG vollzogene Bindung auch der Gesetzgebung durch die Grundrechte.

## **2. Grundrechtsschutz auch im besonderen Gewaltverhältnis**

Die umfassende Bindung aller staatlichen Gewalt durch die Grundrechte zwang zugleich zur Aufgabe der in Gefolge der Impermeabilitätstheorie<sup>5)</sup>

---

2) S. hierzu näher mit Nachweisen des Schrifttums aus dem 19. Jahrhundert Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 105 ff.

3) RGZ 111, 320 ff.

4) Vgl. für die ganz h.M. Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 607, 609.

5) S. zur Impermeabilitätstheorie Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, Rdnr. 96.

vor Inkrafttreten des Grundgesetzes ganz herrschenden und auch in den ersten beiden Jahrzehnten nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes noch nachwirkenden Auffassung, derzufolge die Grundrechte in sogenannten besonderen Gewaltverhältnissen, wie dem Strafvollzugs-, dem Anstalts-, dem Schul- und dem Beamtenverhältnis, nicht gelten sollten. Der ideologische Hintergrund der der Impermeabilitätstheorie zugrunde liegenden begriffsjuristischen Konstruktion durch den nur scheinbar unpolitischen staatsrechtlichen Positivismus wurde zunehmend manifest. Für rechts- und grundrechtsfreien Räume war und ist in der grundgesetzlichen Verfassungslandschaft kein Platz mehr.

### **3. Grundrechtsschutz vor faktischen Grundrechtseingriffen**

Zu einem wirksamen Grundrechtsschutz gehört es auch – wie zunehmend anerkannt wird – , dass dieser nicht nur gegenüber klassischen, mit Befehl und Zwang operierenden staatlichen Handeln zum Tragen kommen muss, sondern ebenso gegenüber faktischen, mittelbaren Grundrechtsbeeinträchtigungen<sup>6)</sup> wie z.B. einer Wirtschaftslenkung durch Subventionen. Erst damit vermag die Grundrechtsdogmatik einem verfeinerten staatlichen Handlungsinstrumentarium, das sich nicht minder freiheitsgefährdend auswirken kann als klassische Grundrechteingriffe, in wirksamer Weise zu begegnen. Gefördert worden ist diese Ausdehnung des Schutzes der Grundrechte vor allem auch durch das Verständnis der Grundrechte als einer objektiven Wertordnung, wie es insbesondere in der Integrationslehre Rudolf Smends<sup>7)</sup> seinen Ausdruck fand. Dessen bereits in der Weimarer Republik entwickeltes, damals aber zunächst wirkungslos

---

6) S. hierzu die grundlegenden Arbeiten von Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980; W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994; s. dazu auch Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 42, Rdnrn. 118 ff.

7) Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.



gebliebenes verfassungstheoretisches Konzept hat im Bereich der Grundrechtsdogmatik schon bald wesentlichen Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genommen.

#### **4. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte**

Das Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung hat insbesondere den Weg zu einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte<sup>8)</sup> im Privatrecht geebnet, die sich über die Generalklausel des Privatrechts entfaltet und einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung dort enthaltener unbestimmter Rechtsbegriffe leistet. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte trägt zu einer rechtlichen Abschwächung privatrechtlicher Herrschaftsverhältnisse bei und erfährt dabei eine zusätzliche Abstützung durch das Sozialstaatsprinzip, dem es gleichfalls um die Bändigung privater Macht im gesellschaftlichen Raum geht.

#### **5. Schutz der Grundrechte durch die „Ewigkeitsgarantie“**

Eine Besonderheit des Grundgesetzes stellt es dar, dass hier bestimmte Grundrechte wegen ihrer engen Verbindung mit der menschlichen Würde aber auch mit den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, namentlich mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, gem. Art. 79 Abs. 3 GG einer Verfassungsänderung überhaupt entzogen sind. Unter diese, einer Verfassungsänderung entzogenen Grundrechte fallen dabei insbesondere die demokratischen Grundrechte der Meinungs- Presse- und Rundfunkfreiheit, aber auch die Versammlungsfreiheit. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem weit verstandenen Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit bot der Rechtsprechung im

---

8) Grundlegend hier BVerfGE 7, 198, 205 f.; s. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte näher Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Vorb. vor Art. 1, Rdnrn. 58 ff.; v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Vorb. Art. 1-19, Rdnrn. 31 ff.

, 가

Übrigen die Basis für die Schaffung neuer bzw. die Fortentwicklung schon anerkannter Grundrechte, die auf neuartige, durch die Informationstechnologie verursachte Bedrohungen des Bürgers in der modernen Informationsgesellschaft reagieren und den personellen Datenschutz verstärken. Kennzeichnend dafür ist das durch das Bundesverfassungsgericht kreierte Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung<sup>9)</sup> als der „magna Charta“ des Datenschutzes.

## **6. Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsschutz**

### **a) Sozialstaatliche Einwirkungen auf den Schutzgehalt einzelner Grundrechte**

Auch das Sozialstaatsprinzip muss den Grundrechtsschutz beeinflussen. So wird man aus Art. 1 GG trotz einer früher noch zu verzeichnenden Zurückhaltung der Rechtsprechung<sup>10)</sup> abzuleiten haben, dass die menschliche Würde auch die Gewährleistung eines Existenzminimums durch den Staat beinhaltet. Damit wird das objektivrechtliche Sozialstaatsprinzip wenigstens partiell grundrechtlich subjektiviert. Nicht zuletzt auf die Ausstrahlung des Sozialstaatsprinzips auf die Grundrechte ist es auch zurückzuführen, dass Art. 14 GG entgegen einem früheren vorherrschenden Eigentumsgrundrechtsverständnis auch öffentlichrechtliche Leistungsrechte gegenüber dem Staat als durch das Eigentumsgrundrecht geschützt ansieht, wenn sie auf eigener Leistung des Bürgers beruhen<sup>11)</sup>. Von Bedeutung ist dies etwa für den Schutz von Rentenansprüchen<sup>12)</sup> die typischerweise durch eigene Leistungen erworben werden und damit dem Eigentumsgrundrechtsschutz unterfallen. Daraus resultiert zwar kein

---

9) Grundlegend hierzu BVerfGE 65, S. 1 ff.; s. zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rdnrn. 44 ff.

10) S. früher BVerfGE 1,97, 104; anders aber nunmehr BVerfGE 110, 412, 433 ff.

11) BVerfGE 72, 175, 195.

12) Dazu eingehend Schenke, Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche und das Eigentumsgrundrecht, in: Festschrift für Egon Lorenz, 2004, S. 715 ff.,

absoluter Bestandsschutz hinsichtlich der Höhe von Rentenansprüchen, wohl aber deren relativer Bestandsschutz. Eine Schmälerung der Renten begründet damit für den Staat einen besonderen Rechtfertigungszwang. Dem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>13)</sup> früher unternommenen Versuch, allgemein Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat (z.B. Subventionsansprüche) dem Eigentumsgrundrechtsschutz zu unterstellen, haben sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die herrschende Rechtslehre aber meines Erachtens zu Recht widersetzt. Eine solche Extension des Eigentumsschutzes provoziert die Gefahr einer Paralisierung des Staates, indem periodisch gewährte staatliche Leistungen grundsätzlich auch zukünftig zu erbringen wären. Damit aber wäre der Staat in seiner politischen Handlungsfähigkeit in einer nicht mehr vertretbaren Weise eingeschränkt. Ein schwächerer grundrechtlicher Schutz von Leistungsansprüchen über den in weiterem Umfang einschränkbarer Art. 2 Abs. 1 GG wird hierdurch nicht ausgeschlossen. Sozialhilfeansprüche, welche zumindest das existentielle Minimum zu schützen haben, genießen nach richtiger Ansicht den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. GG und sind insoweit auch aus sozialstaatlichen Gründen unantastbar.

#### **b) Allgemeines sozialstaatliches Grundrechtsverständnis: Grundrechte als Leistungsrechte**

Problematisch ist allerdings ein im verfassungsrechtlichen Schrifttum immer wieder unternommener Versuch eines allgemeinen sozialstaatlichen Grundrechtsverständnisses<sup>14)</sup>. In dessen Konsequenz sollen die

---

13) BGHZ 6, 270, 278; so auch das Sondervotum Rupp-v. Brünneck, BVerfGE 32, 129, 142.

14) So z.B. Häberle, VVDStRL Bd. 30, S. 43 ff.; eingeh. Nachw. hierzu bei v. Münch, in: v. Münch/Kunig, Vorb. Art. 1-19, Rdnrn. 17 ff. mit eingeh. Nachw.

Freiheitsgrundrechte, denen nach herkömmlichem Verständnis nur die Funktion von Abwehrrechten zukommt, allgemein als Basis für Leistungsrechte dienen. Demnach ergäbe sich etwa aus dem in Art. 12 Abs. 1 GG verankerten Grundrecht der Berufsfreiheit nicht nur ein Recht auf Abwehr rechtswidriger staatlicher Beschränkungen beruflicher Tätigkeiten, sondern ebenso ein Recht auf Schaffung eines Arbeitsplatzes. So faszinierend ein solches sozialstaatliches Grundrechtsverständnis auch auf den ersten Blick anmuten mag, so provoziert es doch prinzipielle Bedenken. Sie gründen sich nicht nur darauf, dass hierdurch zwangsläufig die Abwehrfunktion der Freiheitsgrundrechte geschwächt werden müsste, denn die staatlichen Leistungen könnten naturgemäß nur im Wege einer Vermögensumverteilung zwischen den Bürgern erbracht werden. Problematisch erscheint vor allem, dass damit zwangsläufig schwerwiegende Verschiebungen des Kräfteverhältnisses zwischen der Judikative und der Legislative verbunden sein müssten, die zu einer unter rechtsstaatlichen wie auch demokratierechtlichen Gesichtspunkten problematischen Deformierung des Gewaltenteilungsprinzips nötigten. Würde man solche echte, grundrechtlich fundierte Leistungsrechte anzuerkennen haben, so müssten sie jedenfalls klagbar sein. Damit aber würden die Gerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, ohne eine hinreichend konkrete grundrechtliche Anbindung zu politischen Entscheidungen ermächtigt, zu denen sonst nur das unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament berufen wäre. Der Umschlag zum Richterstaat wäre unübersehbar.

Anzuerkennen ist deshalb eine sozialstaatliche Grundrechtsdimension, die in die Anerkennung grundrechtlich fundierter Leistungsansprüche einmündet, nur in eng begrenzten Ausnahmefällen. So kann sie sich, wie das BVerfG<sup>15)</sup> in seinem numerus-clausus-Urteil entschieden hat, aus

vorangegangenem grundrechtsbeschränkendem staatlichem Handeln dort ergeben, wo dem Staat in Bezug auf die für die Ausübung von Grundrechten erforderlichen personellen wie sächlichen Mitteln eine Monopolstellung zukommt. Selbst hier lässt sich aber ein Recht auf ein Handeln des Gesetzgebers nur in Extremfällen begründen. Von diesen Extremfällen abgesehen kann der Haushaltgesetzgeber aber nicht gerichtlich (auch nicht durch das Bundesverfassungsgericht) gezwungen werden, finanzielle Mittel zur Schaffung von Studienplätzen zur Verfügung zu stellen. Dagegen ist es bei vorhandenen staatlichen Kapazitäten, im Beispielsfall bei in ausreichendem Maße zur Verfügung stehenden staatlichen Studienplätzen, durchaus möglich, dem Bewerber um einen Studienplatz gegenüber der Universität einen in Art. 12 GG wurzelnden Anspruch auf Einräumung eines Studienplatzes zuzuerkennen.

## **7. Grundrechtliche Schutzpflichten**

Enge Verwandtschaft mit der gerade angesprochenen Frage des Bestehens grundrechtlich begründeter Leistungsansprüche weist auch die Frage nach dem Bestehen von grundrechtlichen Schutzansprüchen ab<sup>15)</sup>. Solche lassen sich zwar auch hier nicht allein aus den Grundrechten deduzieren: Da aber der Staat in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten bereits in den Polizei- und Ordnungsgesetzen gesetzliche Regelungen getroffen hat, um die Sicherheit der Bürger zu gewährleisten, und unter diese auch grundrechtlich geschützte Rechtsgüter der Bürger zu subsumieren

---

15) BVerfGE 33, 303, 330 ff.

16) Dazu näher Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; Di Fabio, VerwArch. Bd. 86 (1995, 220 ff.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983; H. H. Klein, DVBl. 1994, 489 ff.; BVerfGE 88,203, 254 ff.; s. zu grundrechtlichen Schutzpflichten auch Schenke, Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers bei der Verletzung staatlicher Versicherungsaufsichtspflichten – Zur Frage der Drittgerichtetheit von Versicherungsaufsichtspflichten, 1994, S. 473, 495 ff. mit eingeh. Nachw.

, 가

sind, ergibt sich hier aus den Grundrechten die Notwendigkeit, dem Bürger auch ein subjektives Recht auf ein Handeln der für die Gefahrenabwehr zuständigen staatlichen Verwaltungsbehörden einzuräumen. Den Bürger zum reinen Schutzobjekt staatlichen Handelns zu machen, ohne ihm eine entsprechende Subjektstellung einzuräumen, wäre in der Tat mit dem Menschenbild nicht vereinbar, wie es in den Grundrechten und hier speziell auch in Art. 1 Abs. 1 GG seinen Ausdruck gefunden hat. Funktionellrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung sind gegenüber einer solchen Subjektivierung schon vorhandener polizei- und ordnungsrechtlicher Normen nicht zu erheben. Deshalb geht die heute herrschende Meinung –abweichend von der vor Schaffung des GG allgemein vertretenen Ansicht – davon aus, dass die Polizeigesetze, soweit sie grundrechtlich abgesicherte Rechtsgüter schützen, nicht nur dem öffentlicher Interessen, sondern auch dem Interesse betroffener privater Grundrechtsträger dienen und diesen insoweit subjektive Rechte einräumen<sup>17)</sup>.

## **8. Grundrechte als Verfahrensrechte**

Eine Neuorientierung im Bereich der Grundrechtsdogmatik beinhaltet auch das durch das Bundesverfassungsgericht geförderte Verständnis der Freiheitsgrundrechte als (auch) Verfahrensgrundrechte. Dessen dogmatische Basis wurde nach Vorarbeiten der Staatsrechtslehre<sup>18)</sup> insbesondere in der Mühlheim-Kärlich-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>19)</sup> gelegt. In Verbindung mit der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens, das der

---

17) Dazu näher Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, Rdnrn. 103 ff. mit weit. Nachw.

18) Häberle, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 43, 86 ff., 123 ff.

19) BVerfGE 53, 30, 62 ff., s. zu den Grundrechten als Verfahrensrechten auch Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; Pietzcker, VVDStRL Bd. 41 (1983), S. 193, 207 ff.; Schenke, VBIBW 1982, 313 ff.; Wahl, VVDStRL Bd. 41 (1983), S. 151, 166 ff.

Genehmigung eines Kernkraftwerks diene, betonte das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung die essentielle Bedeutung, die der Einräumung von Verfahrensrechten bereits im Verwaltungsverfahren für einen effektiven Grundrechtsschutz zukommt. Die in den Freiheitsgrundrechten angelegten Abwehrrechte bedürfen demnach einer flankierenden Unterstützung durch einen den Freiheitsgrundrechten immanenten status activus processualis.

### **9. Die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG**

Neben den Rechtsschutz durch Verwaltungsverfahren tritt vor allem der gerichtliche Rechtsschutz. Er ist in Art. 19 Abs. 4 GG statuiert<sup>20</sup>). Nach dieser Vorschrift steht jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der gerichtliche Rechtsweg offen. Diese Vorschrift, die man vielfach als das formelle Hauptgrundrecht bezeichnet, markiert zweifelsohne eine der bedeutsamsten neuen Weichenstellungen, die das Grundgesetz mit sich gebracht hat. Sie verleiht dem grundgesetzlichen Gewaltenteilungsprinzip eine ganz besondere Note, die dieses wesentlich von früheren Ausprägungen des Gewaltenteilungsprinzips in den dem Grundgesetz vorangegangenen Verfassungen, aber auch von vielen ausländischen Rechtsordnungen unterscheidet. Die Bewertung der in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie in der deutschen Staatsrechtslehre fällt freilich sehr unterschiedlich aus. Überwiegend wird sie als eine wichtige grundgesetzliche Errungenschaft gefeiert und in ihr euphorisch eine

---

20) Dazu eingehend demnächst Schenke, in: Bonner Kommentar zum GG (Drittbearbeitung), 2008, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 1 ff. sowie ders., JZ 1988, 317 ff.; D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973; Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 2001, S. 467 ff.

, 가

„Krönung des Rechtsstaats“<sup>21)</sup> erblickt oder sie als ein „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“ gefeiert<sup>22)</sup>. Es fehlt aber auch nicht an kritischen Stimmen, die vor der Gefahr eines Richterstaats oder einer „Aristokratie der Robe“ warnen<sup>23)</sup>. Meines Erachtens stellt sich Art. 19 Abs. 4 GG nur als eine konsequente Fortsetzung des in den materiellen Grundrechten angelegten Schutzes des Bürgers dar. Er ist damit ein wichtiger und nicht weg zu denkender Bestandteil des grundgesetzlichen Verfassungsbaus.

### **a) Rechtsschutz gegenüber Gesetzen**

Aus der engen systematischen und teleologischen Verknüpfung des Art. 19 Abs. 4 GG mit den materiellen Grundrechten, wie sie sich bereits in der Stellung des Art. 19 Abs. 4 GG am Ende des Grundrechtsabschnitts und im unmittelbaren Anschluss an die vorangegangenen materiellen Grundrechte widerspiegelt, ergeben sich wichtige, meines Erachtens durch das Bundesverfassungsgericht bisher nicht immer ausreichend beachtete Anhaltspunkte für die Interpretation der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie. Aus dieser Stellung der verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzgarantie ist meines Erachtens im Widerspruch zur bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur<sup>24)</sup> zu folgern, dass Art. 19 Abs. 4 GG im Einklang mit seinem Wortlaut auch die Gesetzgebung als öffentliche Gewalt ansieht, gegen welche gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet wird<sup>25)</sup>. Wenn Art. 19 Abs. 4 GG dem Schutz der materiellen Grundrechte dienen soll, diese aber nach Art. 1 Abs. 3 GG

---

21) So Ebers, in: Festschrift für Laforet, S. 271.

22) So Thoma, Recht – Staat – Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 9.

23) S. hierzu die Nachw. bei Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 21.

24) BVerfGE 24, 33, 49 ff.; 45, 297, 334.

25) Eingehend dazu Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 28 ff.; ebenso heute die ganz h.M. in der Literatur, s. z.B. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 93 ff.



auch vor der Gesetzgebung schützen, dann ist es nur konsequent, die Gesetzgebung ebenfalls in die gerichtliche Rechtsschutzgarantie einzubeziehen. Allein dies trägt auch dem Umstand Rechnung, dass im modernen Sozialstaat das Gesetz anders als in seiner klassischen rechtsstaatlichen Ausprägung zunehmend zum Mittel politischer Gestaltung wird. Im Begriff des Maßnahmegesetzes als Ausdruck sozialstaatlicher Gesetzgebung findet diese mit einer Auflockerung des strikten Gegensatzes von Gesetz und Verwaltung einhergehende Entwicklung ihren auch formalen Ausdruck. An ihm wird besonders deutlich, dass dieser sozialstaatliche Typus des Gesetzes nicht nur das Bedürfnis nach gesteigerten materiellrechtlichen Bindungen provoziert, dem bei der für das Maßnahmegesetz charakteristischen Zielbezogenheit durch das rechtsstaatliche Übermaßverbot in ganz spezifischer Weise Rechnung getragen werden kann. Zum Schutz des Bürgers bedarf es auch einer ergänzenden prozessualen Flankierung durch Einbeziehung der Gesetzgebung in den Anwendungsbereich der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie.

Der durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene gerichtliche Rechtsschutz kann allerdings grundsätzlich auch im Rahmen inzidenter Normenkontrollverfahren erfolgen, also solcher Verfahren, bei denen nur vorfrageweise über die Gültigkeit eines Gesetzes befunden wird<sup>26)</sup>. Kommt ein Gericht im Rahmen einer solchen inzidenten Normenkontrolle zur Überzeugung, ein nach Erlass des Grundgesetzes ergangenes formelles Gesetz sei verfassungswidrig, so hat es im Hinblick auf Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des

---

26) S. zur Realisierung des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes auf der Basis der einfachgesetzlichen Verfahrensordnungen Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, Rdnrn. 1064 ff.

, 가

Verfassungsgerichts über die Gültigkeit des Gesetzes herbeizuführen. Nachdem das Bundesverfassungsgericht<sup>27)</sup> vor zwei Jahren erstmals anerkannt hat, dass Art. 19 Abs. 4 GG auch einen Rechtsschutz gegen untergesetzliche Rechtsvorschriften gewährleistet, ist es – wie durch mich an anderer Stelle näher ausgeführt wurde – nur konsequent, denselben Schritt auch in Bezug auf formelle Gesetze zu vollziehen<sup>28)</sup>. Die Ausdehnung des gerichtlichen Rechtsschutzes auch in diese Richtung durch das Bundesverfassungsgericht ist meines Erachtens nunmehr nur noch eine Frage der Zeit.

### **b) Rechtsschutz gegenüber Verwaltungshandeln**

Weitgehend anerkannt ist heute, dass Art. 19 Abs. 4 GG einen umfassenden Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln sichert und zwar unabhängig davon, ob es sich hierbei um einen Verwaltungsakt handelt. Der Umfang des nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Rechtsschutzes hat im Übrigen dadurch erheblich zugenommen, dass nicht zuletzt im Hinblick auf die Ausstrahlungen der Grundrechte auf das einfache Gesetzesrecht der Kreis der subjektiven Rechte erheblich zugenommen hat<sup>29)</sup>. Ein dem Schutz des Art. 19 Abs. 4 GG unterfallendes subjektives Recht liegt nämlich bereits dann vor, wenn ein Rechtssatz jedenfalls auch die Interessen eines Bürgers schützt. Zudem beinhalten die Grundrechte selbst subjektive Rechte, auf die beim Fehlen spezialgesetzlich begründeter unterverfassungsrechtlicher Rechte zurückgegriffen werden kann.

---

27) BVerfG, JZ 2006, 1021 ff.

28) S. dazu Schenke, JZ 2006, 1021 ff., wo darauf hingewiesen wird, dass es ohne große Eingriffe in das Prozessrecht mittels einer analogen Anwendung des §82 Abs. 2 BVerfGG möglich wäre, den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz zu realisieren.

29) Dazu z.B. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, RdNr. 495 ff.

### **c) Kein Rechtsschutz gegenüber Rechtsprechungsakten**

Nicht gesichert wird durch Art. 19 Abs. 4 GG ein Rechtsschutz gegenüber Rechtsprechungsakten der Judikative. Zwar spricht der Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG für einen derartigen Schutz. Seine Bejahung verbietet sich aber deshalb, weil sie in ihrer letzten Konsequenz zu einem unendlichen Rechtsschutz führen müsste und damit der befriedende Funktion, die der Rechtsprechung zukommt, nicht gerecht würde<sup>30)</sup>.

### **d) Effektivität des Rechtsschutzes**

Der nach Art. 19 Abs. 4 GG gewährte Rechtsschutz hat effektiv zu sein<sup>31)</sup>; deshalb muss auch vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz möglich sein. Der vorbeugende Rechtsschutz gegenüber Verwaltungshandlungen, der dort zum Tragen kommt, wo nachträglicher Rechtsschutz nicht effektiv wäre, kann dabei zu einem partiellen Rollentausch zwischen Verwaltung und Rechtsprechung führen. Dieser wäre unter Zugrundelegung des überkommenen Verständnisses der Gewaltenteilung problematisch, ist aber in einem wesentlich durch Art. 19 Abs. 4 GG geprägten Gewaltenteilungsprinzip nicht nur zulässig, sondern sogar geboten. In den Prozessordnungen bestehende Rechtsschutzlücken können unter unmittelbarem Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG geschlossen werden. Der nach Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Rechtsschutz erfordert grundsätzlich eine umfassende rechtliche und tatsächliche Prüfung des Handelns der öffentlichen Gewalt. Selbst durch die Verwaltung geltend gemachte Geheimhaltungsgründe, welche der Aufklärung eines

---

30) Eingehend hierzu Schenke, JZ 2005, 2005, 116 ff. sowie Hößlein, Rechtsschutz bei judikativem Unrecht, 2007; a.A. aber z.B. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

31) Zum Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes s. z.B. Ibler, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 IV, Rdnr. 167; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rdnr. 50; Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 135 f.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 4 und 229; BVerfGE 35, 401.

, 가

entscheidungserheblichen Sachverhalts entgegenstehen, müssen, wie das Bundesverfassungsgericht<sup>32)</sup> in seiner neueren Rechtsprechung deutlich gemacht hat, in einem sogenannten in-camera-Verfahren daraufhin gerichtlich überprüfbar sein, ob sie tatsächlich vorliegen

#### **IV. Die Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes**

Nicht nur im Grundrechtsbereich, sondern auch außerhalb desselben haben sich gegenüber früheren deutschen Verfassungen, aber z. T. auch noch nach Erlass des Grundgesetzes wichtige neue Entwicklungen ergeben. Deutlich wird dies an dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieses enthält neben dem Vorrang des Gesetzes auch den Vorbehalt des Gesetzes. Letzterer betrifft die Frage, in welchem Umfang die Verwaltung für ihr Handeln einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Dieser Vorbehalt des Gesetzes wurde bis in die Siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts in Anknüpfung an den aus der konstitutionellen Monarchie entwickelten Vorbehalt des Gesetzes bestimmt. Danach bedurfte es nur für Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers, das heißt für die den Untertanen belastenden Verwaltungsmaßnahmen, einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Diese Begrenzung des Vorbehalts des Gesetzes war Ausdruck des liberalen Rechtsstaats des 19. Jahrhunderts und ideengeschichtlich wesentlich durch die damals bestehende konstitutionelle Monarchie geprägt. Bei ihr bestand die Aufgabe des Parlaments als Hüter der Verfassung darin, den Bürger vor dem Zugriff der monarchischen Exekutive zu schützen. Eingriffe in Freiheit und Eigentum sollte daher nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung zulässig sein sollte, an

---

32) BVerfGE 101, 106 ff.; dazu näher Schüly, Das „in-camera“-Verfahren der Verwaltungsgerichtsordnung, 2006; s. auch Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rdnrn. 2 ff.

welcher das Parlament in seiner Eigenschaft als Hüter der Verfassung mitwirkte. Damit erstreckte sich der Vorbehalt des Gesetzes nur auf die Eingriffsverwaltung, nicht hingegen auf die Leistungsverwaltung. In Konsequenz des die deutsche Staatsrechtslehre lange beherrschenden staatsrechtlichen Positivismus wurde auch nach dem Wechsel der Staatsform und der Abschaffung der konstitutionellen Monarchie zunächst nicht erkannt, dass die Veränderung der verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien zugleich eine Neubestimmung des Umfangs des Vorbehalts des Gesetzes nahe legte, ja erforderlich machte.

So bedurfte es selbst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mehr als eines Jahrzehnts, bis sich die Erkenntnis durchzusetzen vermochte, dass die grundgesetzlich verankerten neuen Staatsstrukturprinzipien auch eine Neuorientierung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes erforderten. Bahnbrechend waren hier die Arbeiten von Jesch<sup>33)</sup>, Rupp<sup>34)</sup> und Götz<sup>35)</sup>, die mit jeweils unterschiedlicher Betonung aus dem Demokratieprinzip, dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip und dem Sozialstaatsprinzip eine Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes auch auf die Leistungsverwaltung ableiteten. Mit der von ihnen erhobenen Forderung, die Leistungsverwaltung vollumfänglich dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterstellen, vermochten sich diese Autoren freilich nicht durchzusetzen. Ein solcher Totalvorbehalt beruhte offensichtlich auf einer Überstrapazierung und Überinterpretation der für ihn ins Feld geführten verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien<sup>36)</sup>. Eine genauere Analyse musste zudem zeigen, dass sich die undifferenzierte Forderung nach einem auch die Leistungsverwaltung vollumfänglich einschließenden Vorbehalt des

---

33) Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 29 ff., 132 ff.

34) Rupp, Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre, 1965 und ders., JuS 1975, 609, 615 ff.

35) Götz, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, 281 ff.

36) S. hierzu und zum folgenden näher Schenke, GewArch. 1977, 313, 316 ff.

Gesetzes gemessen am Demokratie- und Sozialstaatsprinzip in praxi sogar als kontraproduktiv erweisen dürfte. Sie müsste nämlich bei ihrer Verwirklichung zu einer Überlastung des Parlaments führen und damit dem sich in der Gesetzgebungspraxis ohnehin schon vielfach abzeichnenden Phänomen des „parlamentslosen Parlamentsgesetzes“<sup>37)</sup> noch weiter Vorschub leisten. Bei ihm droht das Parlament nur noch als Abstimmungsautomat hinsichtlich der ihm von der Regierung vorgelegten Gesetzesinitiative zu fungieren und nicht mehr ausreichende Zeit für die Entscheidung wirklich bedeutsamer politischer Fragen zu besitzen. Überdies drohte eine umfassende Unterstellung der Leistungsverwaltung unter den Vorbehalt des Gesetzes den Staat bei der Erbringung von Leistungen zu lähmen, indem staatliche Hilfe auch dort, wo sie rasch benötigt wird, immer noch an den vorherigen Erlass eines Gesetzes gebunden wäre.

Richtig erkannt wurde aber durch die oben genannten Staatsrechtslehrer, dass es im Zeichen des Demokratie-, des grundgesetzlichen Rechtsstaats-, aber auch des Sozialstaatsprinzips nicht mehr haltbar ist, die Leistungsverwaltung ganz von der Geltung des Vorbehalts des Gesetzes auszunehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich denn auch in der Tat einer partiellen Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes auf die Leistungsverwaltung nicht verschlossen. Leistungen, die von wesentlicher oder grundlegender Bedeutung für die Effektuierung der Grundrechte sind, sollen demnach im Hinblick auf das Demokratie – und Rechtsstaatsprinzip einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen<sup>38)</sup>. Freilich begegnet dabei die Anknüpfung an das Wesentlichkeitskriterium wegen dessen Substanzarmut Bedenken. Zudem

---

37) S. dazu näher Quaritsch, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Aufl. 1961, S. 7 ff.

38) S. BVerfGE 98, 218, 251; 111, 191, 216 f. und dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rdnr. 46 mit weit. Nachw.

ist nicht einzusehen, weshalb das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung stets nur an das Kriterium einer Grundrechtseffektuiierung anknüpfen soll. Näher zu liegen scheint es mir hier – wie ich an anderer Stelle ausführlich begründet habe<sup>39)</sup> – darauf abzustellen, ob es sich um die für einen längeren Zeitraum erfolgende Erbringung von Leistungen an eine im vorhinein nicht feststehende Zahl von Personen handelt. Da die Erbringung solcher Leistungen im Hinblick auf den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung faktisch auf die Ausübung eines quasinormativen gesetzesunabhängigen Rechtsetzungsrechts der Verwaltung hinausläuft, droht sie zu einer Umgehung des Art. 80 GG zu führen. Der dieser Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgedanke verbietet aber ein gesetzesunabhängiges Normsetzungsrecht der Verwaltung und lässt eine exekutive Normsetzung nur dann zu, wenn hierfür eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht. Dieser mir vorzugswürdig erscheinende Ansatz würde einerseits der Verwaltung dort den nötigen Handlungsspielraum belassen, wo es um kurzfristige, eilig gebotene und nur für einen eng begrenzten Zeitraum vorgesehene staatliche Leistungen an Private (z.B. die Opfer einer Unwetterkatastrophe oder ein in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenes Großunternehmen mit dem drohenden Verlust vieler Arbeitsplätze) geht, zugleich aber auch dem Umstand Rechnung tragen, dass es im Sozialstaat nicht angeht, Leistungen, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer Grundrechtseffektuiierung aufweisen, generell aus dem Vorbehalt des Gesetzes auszuklammern.

---

39) Schenke, GewArch. 1977, 313, 319 ff.

## V. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

### **1. Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte**

Bedeutsame Impulse sind vom Rechtsstaatsprinzip aber auch unter dem Aspekt der in der Rechtsidee angelegten Rechtssicherheit und hier speziell aus dem der Rechtssicherheit immanenten Vertrauensschutz ausgegangen. Wichtige Neuorientierungen sind dabei durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>40)</sup> schon in den 50er-Jahren des letzten Jahrhunderts in die Wege geleitet worden und später durch den einfachen Gesetzgeber in dem 1976 erlassenen Verwaltungsverfahrensgesetz aufgegriffen worden. Es ging dabei um die Lösung der Frage, inwieweit die Verwaltung bei der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte verfassungsrechtlichen Begrenzungen unterliegt. Bis zu der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Rentenbescheids betraf, auf den die Betroffene eine wichtige, irreversible Lebensentscheidung gestützt hatte (Umzug von der früheren DDR nach Westberlin), wurde der sich hier stellende Konflikt zwischen dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns einerseits und dem gleichfalls im Rechtsstaatsprinzip angesiedelten Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes andererseits durch die ganz herrschende Meinung einseitig zugunsten des Prinzips der Gesetzmäßigkeit entschieden. Demgegenüber vertraten das Bundesverwaltungsgericht wie das OVG Berlin<sup>41)</sup> als Vorinstanz die Auffassung, dass beim Vorliegen eines besonderen schutzwürdigen Vertrauens, wie es im konkreten Fall zu befürworten war, die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts wegen des überwiegenden

---

40) BVerwGE 9, 251.

41) OVG Berlin, DVBl. 1957, 503.



Vertrauensinteresses des Begünstigten trotz der Rechtswidrigkeit des begünstigenden Verwaltungsakts ausgeschlossen sein kann. An diese Rechtsprechung knüpft auch die später erlassene und noch heute geltende Regelung des § 48 Verwaltungsverfahrensgesetz an<sup>42)</sup>, welche die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte zum Gegenstand hat.

## **2. Echte und „unechte“ Rückwirkung von Gesetzen**

Der Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes entfaltet aber nicht nur im Verhältnis zur Verwaltung, sondern auch zur Gesetzgebung Wirkungskraft. Hieraus hat das Bundesverfassungsgericht<sup>43)</sup> abgeleitet, dass die Rückwirkung eines belastenden Gesetzes nur in sehr eng begrenzten Fallkonstellationen zulässig sein kann, bei welchen das Vertrauen des Betroffenen keinen besonderen Schutz verdient. Während das Bundesverfassungsgericht es bei der sogenannten echten Rückwirkung von Gesetzen eine rückwirkende Belastung von Sonderfällen abgesehen grundsätzlich ausschloss, stellt sich die Situation in den Fällen einer sogenannten unechten Rückwirkung von Gesetzen (auch tatbestandliche Rückanknüpfung genannt) anders dar<sup>44)</sup>. Charakteristisch für die ihm unterfallenden Konstellationen ist, dass bei ihnen durch ein Gesetz für die von ihm Begünstigten ein Vertrauen auf den Fortbestand der gesetzlichen Regelung begründet wird, dieses Vertrauen aber durch den Gesetzgeber später enttäuscht wird, indem es –wenn auch nur (anders als bei der echten Rückwirkung) mit Wirkung für die Zukunft – zu einem Wegfall oder jedenfalls zu einer Schmälerung der Begünstigung kommt, durch

---

42) S. dazu Hubert Meyer, in: Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2004, § 48, Rdnr. 2.

43) BVerfGE 95, 64, 86; 114, 258, 300; Jarass/Piero, GG, Art. 20, Rdnrn. 70 ff.

44) Zu ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit BVerfGE 97, 271, 289; 109, 96, 122; Jarass, in: Jarass/Piero, GG, Art. 20, Rdnrn. 73 f.

welche ein schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers enttäuscht wird. Anwendungsfälle für solche „unechte Rückwirkungen“ ergeben sich vor allem im Bereich der Wirtschaftsplanung und werden hier unter dem Stichwort „Plangewährleistungsansprüche“<sup>45)</sup> diskutiert. Ein Beispiel hierfür liefert etwa ein Gesetz, das zur Förderung der Ansiedlung von Unternehmen in einem strukturschwachen Gebiet Unternehmen bei ihrer Ansiedlung für die Dauer von 20 Jahren zunächst jährlich einen Anspruch auf erhebliche Zuschüsse einräumt, aber schon nach wenigen Jahren wegen der schlechten Haushaltslage der öffentlichen Hand aufgehoben wird und damit zu einem ersatzlosen Wegfall der Zuschüsse an das Unternehmen führt. In Fällen dieser Art plädiert das Bundesverfassungsgericht dafür, dass hier in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Abwägung zwischen dem Vertrauensinteresse des Begünstigten am Fortbestand der Regelung und dem öffentlichen Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung stattzufinden hat. Zwar wird hierbei oft das öffentliche Interesse an der Änderung überwiegen, da dem Gesetzgeber zur Aufrechterhaltung seiner politischen Handlungsfähigkeit grundsätzlich eine Änderung der von ihm erlassenen Gesetze möglich sein muss. Bei besonderem schutzwürdigem Vertrauen kann aber etwas anderes gelten<sup>46)</sup>. So wäre etwa, wenn im gerade genannten Beispielfall schon nach ein oder zwei Jahren der Subventionsanspruch ersatzlos gestrichen würde, von der Verfassungswidrigkeit einer solchen gesetzlichen Regelung auszugehen, weil sie dem rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutz nicht in ausreichender Weise Rechnung trüge.

---

45) S. hierzu näher Schenke, AöR Bd. 101 (1976), 337 ff.

46) BVerfGE 68, 287, 307; 95, 64, 86; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rdnr. 73a.

## VI. Resümee

Fasst man die oben aufgezeigten Entwicklungen des sozialen Rechtsstaats zusammen, so zeigt sich, dass dieser sich in wesentlichen Punkten von früheren vorgrundgesetzlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips unterscheidet. Das ergibt sich nur aus den 1949 im Grundgesetz getroffenen diesbezüglichen Neuregelungen. Der soziale Rechtsstaat ist vielmehr auch nach Schaffung des Grundgesetzes durch die Rechtsprechung und das staatsrechtliche Schrifttum kontinuierlich fortentwickelt worden. Diese Fortentwicklung wurde von der Erkenntnis getragen, dass eine dynamische Fortentwicklung des sozialen Rechtsstaats unumgänglich ist, um neuen rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen in einer adäquaten Weise Rechnung zu tragen, damit das Grundgesetz auf der Höhe der Zeit bleibt. Nur so ließ sich das in einer schnelllebigen und in beständigem Umbruch befindenden Zeit mit besonderer Brisanz stellende Thema des Verhältnisses von „Verfassung und Zeit“<sup>47)</sup> in einer befriedigenden Weise bewältigen.

---

47) Dazu näher Schenke, AöR Bd. 103 (1978), 566 ff.

## **Zusammenfassung**

1. Anders als der formelle Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts ist der grundgesetzlich gewährleistete Rechtsstaat materiell geprägt. Ein wesentlicher Unterschied gegenüber früheren deutschen Verfassungen besteht hierbei vor allem in der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers sowie in einer Stärkung der dritten Gewalt, die in der verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sowie in der Schaffung einer mit weitreichenden Kompetenzen ausgestatteten Bundesverfassungsgerichtsbarkeit ihren deutlichsten Ausdruck findet.

2. Eine wichtige Komplementärfunktion im Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip erfüllt das gleichfalls als verfassungsrechtliches Strukturprinzip in Art. 20 und Art. 28 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip. Das Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat verpflichtet die Bundesrepublik zur Wahrung sozialer Gerechtigkeit und muss damit Hand in Hand gehend auch die Grundrechtsdogmatik beeinflussen. Rechtsstaatliche und sozialstaatliche Forderungen müssen hierbei aber ausbalanciert bleiben. Sonst droht das Sozialstaatsprinzip den Rechtsstaat und den für ihn essentiellen Freiheitsschutz zu überwältigen.

3. Eine bedeutsame Neuerung des grundrechtlich verankerten Rechtsstaatsprinzips ergibt sich aus der in Art. 1 Abs. 3 GG statuierten Grundrechtsbindung des Gesetzgebers als Antwort auf die im Nationalsozialismus gemachte Erfahrung des Unrechts in Gesetzesform. Eine Ausdehnung des Grundrechtsschutzes ist aber auch darüber hinausreichend zu verzeichnen. So schützen die Grundrechte nach heute

herrschender Meinung nicht nur vor klassischen, auf Befehl und Zwang gegründeten Grundrechtseingriffen, sondern auch vor mittelbaren (faktischen) Grundrechtsbeeinträchtigungen, die nicht weniger gravierend ausfallen können als klassische Grundrechtseingriffe.

4. Die Grundrechte beanspruchen auch in sogenannten besonderen Gewaltverhältnissen wie dem Strafvollzugs- und Anstaltverhältnis Geltung. Für rechts- und grundrechtsfreie Räume, wie sie in der konstitutionellen Monarchie durch die auf Laband zurückgehende Impermeabilitätstheorie behauptet wurden, ist unter der Herrschaft des Grundgesetzes kein Raum mehr.

5. Als Konsequenz des Verständnisses der Grundrechte als einer objektiven Wertordnung, wie es vor allem durch die Integrationslehre Rudolf Smends gefördert wurde, kommt den Grundrechten auch im Privatrecht eine mittelbare, über die privatrechtlichen Generalklauseln zu verwirklichende Drittwirkung zu. Sie verstärkt damit – flankiert durch das Sozialstaatsprinzip – den Schutz des Bürgers vor dem Missbrauch privater Macht im gesellschaftlichen Raum.

6. Aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich die verfassungsrechtliche Garantie eines ein menschenwürdiges Dasein ermöglichenden existentiellen Minimums und damit eine partielle Subjektivierung des Sozialstaatsprinzips. Dem Sozialstaatsprinzip trägt auch die Ausdehnung des Eigentumsschutzes auf subjektive öffentliche Rechte vermögenswerter Art Rechnung, sofern diese (wie etwa Rentenansprüche) auf eigener Leistung beruhen.

, 가

7. Abzulehnen ist hingegen ein allgemeines sozialstaatliches Verständnis der Freiheitsgrundrechte als Leistungsrechte. Es führte nicht nur zu einer erheblichen Schwächung der Abwehrfunktion der Grundrechte, sondern begegnete auch unter dem Aspekt der Gewaltenteilung wie des Demokratieprinzips schwerwiegenden funktionellrechtlichen Bedenken und müsste in seiner letzten Konsequenz in einen Richterstaat einmünden. Nicht ausgeschlossen ist allerdings in eng begrenzten Ausnahmefällen im Hinblick auf vorausgegangenes staatliches Tun, insbesondere bei einer staatlichen Monopolstellung bezüglich personeller und sachlicher Mittel, die Voraussetzung für eine Grundrechtsausübung darstellen.

8. Aus Grundrechten können sich aber staatliche Schutzpflichten ergeben. Sie erfordern die Subjektivierung polizei- und ordnungsrechtlicher Bestimmungen, die (auch) dem Grundrechtsschutz Privater dienen. Den Grundrechten sind ferner Verwaltungsverfahrensrechte zu entnehmen, da ohne deren Befürwortung ein wirksamer Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren häufig nicht möglich wäre.

9. Art. 19 Abs. 4 GG sichert einen umfassenden Grundrechtsschutz nicht nur gegenüber dem Verwaltungshandeln, sondern auch gegenüber der Gesetzgebung. Die in Bezug auf die parlamentarische Gesetzgebung vom Bundesverfassungsgericht bisher vertretene gegenteilige Auffassung ist sowohl mit einer grammatischen, wie auch mit einer systematischen und teleologischen Interpretation der Rechtsschutzgarantie unvereinbar. Nicht durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert wird dagegen ein Rechtsschutz gegen Rechtsprechungsakte der Judikative, da dieser in seiner letzten Konsequenz in einen unendlichen Rechtsschutz einmünden müsste.

10. Aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, aber auch aus dem Sozialstaatsprinzip ergibt sich ferner die Forderung nach einer Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes über den Bereich der Eingriffsverwaltung hinaus auch auf Teile der Leistungsverwaltung. Ein umfassender Vorbehalt des Gesetzes für die Leistungsverwaltung (sogenannter Totalvorbehalt) lässt sich auf diese Weise aber nicht begründen. Nach dem Bundesverfassungsgericht soll für staatliche Leistungen dann eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich sein, wenn diesen Leistungen wesentliche Bedeutung für eine effektive Ausübung von Grundrechten zukommt. Überzeugender erscheint mir demgegenüber eine Bestimmung des Vorbehalts des Gesetzes in Anknüpfung an den Rechtsgedanken des Art. 80 GG. Danach ist zur Vermeidung eines quasinormativen Rechtsetzungsrechts der Exekutive eine gesetzliche Ermächtigung für solche Leistungen zu fordern, die für einen längeren Zeitraum gegenüber einer im vorhinein nicht feststehenden Zahl von Personen erbracht werden.

11. Zum Rechtsstaatsprinzip gehören auch die Gewährleistung der Rechtssicherheit und hier insbesondere die Sicherung des Vertrauensschutzes des Bürgers. Daraus ergibt sich, dass rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte bei schutzwürdigem Vertrauen des Begünstigten nicht oder nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zurückgenommen werden können. Außerdem leitet sich hieraus ab, dass eine Rückwirkung belastender gesetzlicher Regelungen grundsätzlich unzulässig ist. Die Zulässigkeit einer unechten Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung), bei welcher durch eine neue gesetzliche Regelung in den durch eine bisherige gesetzliche Regelung begründeten Vertrauenstatbestand mit Wirkung für die Zukunft eingegriffen wird, ist

, 가

hingegen grundsätzlich zu bejahen; in besonders gelagerten Fällen ist aber auch hier denkbar, dass dem Vertrauensschutz des durch das bisherige Gesetz Begünstigten ein höherer Stellenwert beizumessen ist, als dem öffentlichen Interesse an der Aufhebung der Begünstigung.



# 가

발표: Wolf-Rüdiger Schenke 교수  
(독일 Mannheim대)

번역: 신 옥주 박사(한국법제연구원)

I. 독일에서 법치주의사상의 발전 .....	47
II. 기본법상 법치국가원칙의 확립 .....	48
III. 기본권보호의 확대 .....	50
1. 입법에 대한 기본권보호 .....	50
2. 특별권력관계에서의 기본권보호 .....	51
3. 실질적 기본권침해에 대한 기본권보호 .....	51
4. 기본권의 간접적인 제3자효력 .....	52
5. “영속보장(Ewigkeitsgarantie)”를 통한 기본권보장 ...	52
6. 사회국가원칙과 기본권보호 .....	53
7. 기본권상의 보호의무 .....	56
8. 절차법으로서의 기본권 .....	57
9. 기본법 제19조 제4항의 헌법상 권리보호에 대한 보장 ...	58
IV. 법률유보의 확장 .....	62
V. 법적안정과 신뢰보호 .....	65
1. 위법한 수익적 행정행위의 철회 .....	65
2. 법률의 진정 및 “부진정” 소급효 .....	66
VI. 결론 .....	68

## I.

기본법 제20조와 제28조에서 말하는 다섯 개의 국가구조원칙 중에서 법치국가원칙은 의심의 여지없이 연방국가원칙과 함께 독일의 국가구조를 결정하는 가장 오래된 원칙들에 속한다. 민주주의원칙, 공화주의, 사회국가원칙과 달리 연방국가와 법치국가원칙은 독일에서는 1918년까지 존재하던 입헌군주제에서 이미 인정이 되었다. 즉 독일에서 법치국가의 도입은 19세기에 입헌군주제를 통한 절대왕정의 해체와 함께 이루어졌다. 그러나 이와 같은 법치국가의 원리에 대한 조기의 인정 이후에 특히 기본법의 탄생이래로 법치국가원칙이 현저한 발전을 하였고, 내용적으로도 더욱 풍부해졌다는 사실을 간과해서는 안 된다. 법치국가의 이러한 성장절차는 1949년의 기본법의 제정과 더불어 종결된 것이 아니고, 그 이후에도 연방헌법재판소의 판결과 헌법적인 저작물을 통하여 한층 더욱 강화되어 계속적으로 진행되고 있다.

19세기의 법치국가원칙은 근본적으로는 형식적인 종류의 것이고, 우선적으로는 국민대표들의 공동작용 하에서 성립된 법률에 따른 제한적인 지배와 권력분립원칙의 인정에 주력한 반면, 기본법상의 법치주의원칙은 실질적인 법치주의원칙을 의미한다. 단지 형식적으로만 이해되었던 법치국가원칙을 극복하고자 하는 시도를 위한 근본적인 동력은 “나치사회주의(Nationasozialismus)”시기에 있었던 법률의 형식 안에서 발생한 불법현상에 대한 경험에서 나왔다. 이는 무엇보다도 입법을 구속하는 기본권에서 가장 선명하게 나타나는 것처럼, 우위에 위치하는 법원칙을 통한 의회입법자들에 대한 구속의 필요성을 보여주었다. 이와 함께 제도적인 보장의 구축 또는 계속적 발전의 필요성도 확실해졌다. 이러한 맥락에서 공권력 행사에 대한 법원의 권리보호 및 헌법재판소의 실행 능력 있는 결정권 확립 등에 특별한 의미가 부여되었다.

또한 기본법 제20조 및 제28조에 명시적으로 언급되어 있는 사회국가원칙이 법치국가원칙의 내용에 영향을 미쳤다. 법치국가원칙과 관련이 있는 기본법 제28조의 표현형식 속에서 법치국가원칙의 관계 안에서 사회국가원칙에 부여되는 보충적 기능이 발견이 된다. 사회국가원칙은 근본적으로 시민들이 점점 국가에 의존적이 되는 상태(ein zunehmendes Angewiesensein des Buergers), 즉 시민적 자주성의 상실에 대한 대답이다. 이것은 국가에게 헌법상 확보된 사회적 책임을 지우는 것이다. 기본법의 탄생 이후 처음의 십여년 동안 국가학이론 안에서는 사회국가원칙을 평가절하 하고 또한 동 원칙을 구속력이 없는 프로그램규정으로 하향조정하기 위하여 수차례 행하여졌던 시도와 같은 과오를 만들어 냈다. 그러나 이때에 역시 사회국가원칙을 평가절상하려는 다른 시도도 있었음을 간과해서는 안 된다. 사회국가를 평가절상하려는 시도는 사회국가원칙으로 법치국가원칙 및 법치국가의 핵심적인 내용인 시민의 자유를 제압하려고 위협했다. 이러한 위협은 국가학이론 안에서 가끔 만나게 되는 사회국가적인 기본권 이해 안에서 뚜렷하게 나타나는데 일반적으로 사회국가적인 기본권 이해는 무엇보다도 급부의 권리와 자유권의 결합으로 특징 지워진다. 이에 대해서는 이후에 자세히 논의하기로 한다.

## II. 가

법치국가원칙이 기본법상의 헌법적인 틀을 위해 가지는 중요한 의미에도 불구하고 이상하게도 기본법 제20조에 법치국가원칙이 명시적으로 표현되어 있지 않다. 이것은 단지 기본법 제20조 제2항과 3항에서 개별적인 법치국가적 원칙들에서 표현되어 있을 뿐인데, 기본법 제20조 제2항에서는 권력분립원칙, 그리고 기본법 제20조 제3항에서는 입법의 헌법에 대한 구속과 행정과 사법의 법률에 대한 구속이 언급되어 있는 것이다. 이것은 법치국가원칙이 기본법을 통해서 완전한

범위에서 보장되는 것이 아니고, 단지 개별적으로 기본법 제20조 제2항과 3항에서 명시적으로 언급된 법치국가의 구체화에서만 보장된다고 하는 잘못된 결론이 초래되었는데, 연방헌법재판소까지도<sup>1)</sup> 이러한 견해를 취하였다. 이러한 논리의 과오는 기본법 제28조 제1항 1문이 무엇보다도 지방에 있어 헌법에 적합한 질서가 “기본법상 의미의 사회적 법치국가”에 상응하는 해야 할 것을 예정하고 있는 점을 볼 때 이미 명확히 나타난다. 그러나 기본법을 연방헌법으로서 이해할 때 기본법 제28조 제1항 1문이 지방들에 대해 사회적 법치국가의 원리들을 구속력이 있다고 예정하고 있으면, 사회적 법치국가원칙이 연방에 대해서도 역시 효력을 갖는다고 보는 것이 의미가 있는 것이다. 여기에 더하여 이러한 주장을 위한 또 다른 한 논거는 기본법 제20조 제3항에서 특히 강조되고 있는 사법과 행정의 단지 법률에만 구속되는 것이 아니라 법치국가원칙을 위하여 정립된 법의이념(Rechtsidee)도 구속된다는 견해이다. 이와 함께 법치국가원칙을 위한 핵심적인 의미가 기본권에 대해 부여된다. 기본권이 갖는 월등한 의미는 헌법제정자가 의식적으로 기본권을 기본법의 서두에 위치 지웠다는 점에서도 이미 잘 반영되고 있다. 이러한 기본법상의 위치를 통하여 헌법제정자는 기본권이 기본법상의 헌법질서를 위하여 가지는 근본적인 의미를 특별한 방식으로 강조하고자 하였던 것이다. 사회적 법치국가의 새 방향성은 무엇보다도 기본권영역에서 확인될 수 있다. 이것은 실질적 기본권뿐만 아니라 절차에 적합한 보호에서도 강화되어 나타난다(III). 그러나 중요한 것은 최근 십여년동안 각인되어 나타나는 법치국가적인 법률유보의 확장(IV) 및 법의 이념 안에 자리 잡고 있는 법적 안정성과 법적 안정성에 특별한 시민의 신뢰보호의 확장이다(V). 이러한 사항들과 함께 오늘날 사회적 법치국가사상의 상황에 있어서 특히 중요한 새로운 발전상은 중요 정도에 따라 나의 발표에서 다를 것이다.

---

1) BVerfGE 30, 1, 24.

### III.

#### 1.

기본법을 통해서 보호되는 기본권의 특수성은 이들이 기본법 제1조 제3항에 따라 행정에 대해서 뿐만 아니라 입법에 대해서도 역시 직접적으로 효력이 있는 권리로서 적용된다는 점이다. 이점에 바로 이전의 독일 헌법들에 비하여 볼 수 있는 근본적인 차이가 있다. 이들(과거의 독일 헌법)에 따르면 기본권은 -사람들이 어쨌거나 의미를 부여하는 한- 단지 행정에 대해서만 구속력이 있을 뿐이고 입법에 대해서는 구속력이 없었다. 특히 입헌 군주국가의 이러한 헌법들은 오랫동안 하나의 관념(Vorstellung)에 의해 뒷받침되었는데, 이것은 의회 속에서 원래의 입법자를 발견하면서 법률의 제정에 협력 작용을 한 의회에게 입헌군주들에 대칭하는 헌법수호자의 역할을 부여해야 한다고 하는 견해이다<sup>2)</sup>. 1919년 바이마르헌법에서 입헌군주제도가 민주주의로 이행됨에 따라 이미 이러한 관념의 문제가 뚜렷하게 나타나게 되었다. 왜냐하면 의회가 이제는 최종적으로 고유한 입법자가 되었고, 따라서 이에 대한 통제를 확보해야 했기 때문이었다. 그리하여서 제국재판소(Reichsgericht)<sup>3)</sup>는 바이마르시절에 벌써 의회에 의해 제정된 법률에 대한 통제권을 주장하였는데, 이럼으로서 어느 정도 헌법의 우위를 인정했다. 확실한 것은 그 당시는 판결은 물론 국가학의 통설에서도 입법으로부터 보호되는 일반적인 기본권의 인정을 관철할 수가 없었다는 것이다.<sup>4)</sup> 나치사회주의에서 자행된 “법률형식 속의 불의

2) S. hierzu näher mit Nachweisen des Schrifttums aus dem 19. Jahrhundert Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 105 ff.

3) RGZ 111, 320 ff.

4) Vgl. für die ganz h.M. Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 607, 609.

(Unrecht in Gesetzesform)”로부터 얻은 경험들과 이를 통하여 동시에 나타난 초기에 지배적이었던 국가법 적극주의의 점진적 약화는 기본법 제1조 제3항에서 말하는 기본법에 의거하여 입법의 기본권을 통한 완전한 구속을 위한 토대를 마련하게 되었다.

## 2.

삼투압이론(Impermeabilitaetstheorie)<sup>5)</sup>에 따라서 기본법의 발효 이전에는 기본권을 통한 모든 국가권력의 구속은 소위 기본권이 형집행, 수용소, 학교, 공무원관계 등 소위 특별권력관계에는 유효하지 않아야 한다고 주장되었다. 그리고 기본법의 발효 이후 첫 십여년간 위 같은 견해는 후속적으로 영향을 끼쳐서 소위 특별권력관계에는 기본권이 유효하지 않다고 주장되었다. 단지 외관상으로만 비정치적인 국가법 적극주의가 삼투압이론의 근간을 이루는데, 이를 통한 개념법학적인 구조의 이데올로기적 배경이 점차로 명백해 졌다. 권리 및 기본권으로부터 자유로운 영역들은 기본법상의 헌법풍경에서 더 이상 자리를 찾을 수가 없었고 현재에도 찾을 수가 없다.

## 3.

점차 광범위하게 인정이 되는 것처럼 실질적인 기본권의 보호에는 또한 이것이 명령 및 강제를 가지고 실행되는 전통적인 국가 행위뿐만 아니라 보조금을 통한 경제의 조종 등과 같은 실질적이고 간접적인 기본권 침해<sup>6)</sup>도 속한다는 것이다. 이렇게 해야만 기본권 도그마는

5) S. zur Impermeabilitätstheorie Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, Rdnr. 96.

6) S. hierzu die grundlegenden Arbeiten von Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980; W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994; s. dazu auch Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 42, Rdnrn. 118 ff.

, 가

전통적인 기본권 침해보다 자유를 위협하는 정도가 덜하지 않은 매우 정치해진 국가적 행동수단에 대해 효과적으로 맞설 수 있는 것이다. 기본권의 이러한 확장은 무엇보다도 루돌프 스멘트<sup>7)</sup>의 통합이론에서 표현된 것처럼 객관적 가치질서로서의 기본권 이해를 통하여 더욱 촉진되었다. 이미 바이마르 공화국에서 발전을 시작했으나 그 당시에는 처음에는 영향을 끼치지 못하였던 스멘트 헌법이론의 컨셉은 얼마 지나지 않아 연방헌법재판소의 판결에 기본권 도그마의 영역에서 근본적인 영향력을 행사하기 시작했다.

#### 4. 3

객관적 가치질서로서의 기본권 이해는 특히 사법에서 기본권의 간접적인 제3자효력<sup>8)</sup>을 위한 길을 열어주었다. 이것은 사법의 일반조항을 통하여 전개되고 그곳에 존재하는 불확실한 법적개념의 구체화에 근본적인 역할을 수행한다. 기본권의 간접적인 제3자효력은 사법상의 지배관계의 법적인 약화에 일조하며 이것은 역시 사회에서 사적 권력에 대한 통제를 하려고 하는 사회국가원칙을 통해 부가적인 지원을 받는다.

#### 5. “ (Ewigkeitsgarantie)”

특정한 기본권들은 그들이 인간의 존엄 및 기본권 제20조의 국가구조원칙, 즉 민주주의·법치주의 원칙과 갖는 긴밀한 연관 때문에 헌법 개정과 관련한 기본법 제 79조 제3항에 따라서 개정이 불가능하다는

7) Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928.

8) Grundlegend hier BVerfGE 7, 198, 205 f.; s. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte näher Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Vorb. vor Art. 1, Rdnm. 58 ff.; v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Vorb. Art. 1-19, Rdnm. 31 ff.

점에서 기본권이 가지는 하나의 특수함을 상정한다. 이와 같이 헌법 개정이 불가능한 기본권에는 특히 언론, 출판, 통신의 자유와 같은 민주주의적인 기본권(demokratische Grundrechte)과 결사의 자유가 속한다. 일반적인 행동의 자유로서 광의로 이해되는 기본권 제2조 제1항과의 관계 속에서 기본법 제1조 제1항은 새로운 기본권의 창출을 위한 토대 또는 경우에 따라서는 이미 인정이 된 기본권의 계속적인 발전의 토대를 제공하는데, 이는 특히 현대 정보사회에서 정보기술의 발달을 통해 새롭게 야기되는 시민사회에 대한 위협에 대응을 하고 개인정보의 보호를 강화하기 위해서이다. 이러한 새로운 기본권을 위해 연방헌법재판소가 만들어낸 정보의 자기결정권<sup>9)</sup>이 정보보호의 “magna Charta”로서 대표적인 것이다.

## 6. 가

### a) 가

사회국가원칙 역시 기본권보호에 영향을 끼쳐야 한다. 그리하여 이전의 연방헌법재판소가 보였던 잘못된 소극적 태도<sup>10)</sup>에도 불구하고, 기본법 제1조로부터 인간의 존엄이 국가를 통한 최저생계(Existenzminimum)의 보장을 포함한다는 것이 도출되었다. 그럼으로써 객관적 권리인 사회국가원칙이 최소한 부분적으로나마 기본권상으로 주관화가 되었다. 사회국가원칙이 기본권에 미치는 영향은 특히 기본법 제14조를 이전에 폄하했던 재산권의 이해에 반하여, 시민 고유의 능력에 근거한 것이라면 공법상의 급부권(oeffentlichrechtliche Leistungsrechte)도 재산권을 통하여 국가에 대해 보호되는 것으로서 파악하는 것에서 볼 수 있다.<sup>11)</sup> 이

9) Grundlegend hierzu BVerfGE 65, S. 1 ff.; s. zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rdnrn. 44 ff.

10) S. früher BVerfGE 1,97, 104; anders aber nunmehr BVerfGE 110, 412, 433 ff.

11) BVerfGE 72, 175, 195.



, 가

것은 전형적으로 자신의 고유한 능력으로 획득한 것으로서 재산권 보호범위에 속하는 연금청구<sup>12)</sup>를 보호하기 위해 의미가 있다. 이를 통하여 연금청구의 최고액수와 관련해서 어떤 절대적인 (최고액수)존재의 보호(Bestandschutz)가 도출되는 것은 아니지만 그의 상대적인 존재의 보호는 도출이 되는 것이다. 이를 통하여 국가가 연금을 감소함에 있어서 이를 위하여 특별히 정당화하여야만 한다는 국가의 정당화강제화가 뒷받침된다. 연방재판소가 이전의 판결<sup>13)</sup>에서 국가에 대한 시민의 일반적인 급부권을(예컨대 보조금 청구) 재산권보호 하에 두려는 시도에 대해 반대를 했고 통설도 이를 부정하는데 나의 견해로는 연방헌법재판소와 통설의 이러한 반대는 정당한 것이다. 재산권을 이처럼 확장하는 것은 주기적으로 보장하는 국가의 급부를 원칙적으로 미래에도 제공할 수 있는 것으로 만들면서 국가가 마비될 위험을 유발한다. 이를 통하여 국가는 그의 정치적 행위능력 안에서 더 이상 정당화될 수 없는 방식으로 제한 받게 될 것이다. 그러나 광범위하게 제한될 수 있기는 하지만, 기본법 제2조 제1항상의 급부청구에 대한 약화된 기본법상의 보호가 기본권보호에서 제외되는 것은 아니다. 최소한의 생존을 보호하는 사회부조청구는 올바른 견해에서 보면 기본법 제2조 제1항과 기본법 제1조 및 사회국가원칙 하에서 불가침의 것이다.

b) 가 :

일반적 사회국가적인 기본권이해는 헌법저서에서 항상 재시도 되고 있는데 이는 물론 문제가 된다<sup>14)</sup>. 전통적인 이해에 따르면 단지 방어

12) Dazu eingehend Schenke, Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche und das Eigentumsgrundrecht, in: Festschrift für Egon Lorenz, 2004, S. 715 ff.

13) BGHZ 6, 270, 278; so auch das Sondervotum Rupp-v. Brünneck, BVerfGE 32, 129, 142.

14) So z.B. Häberle, VVDStRL Bd. 30, S. 43 ff.; eingeh. Nachw. hierzu bei v. Münch, in: v. Münch/Kunig, Vorb. Art. 1-19, Rdnrn. 17 ff. mit eingeh. Nachw.

권인 자유권이 사회국가적인 기본권 이해의 결과로 급부의 권리를 위한 일반적 토대로 사용된다. 그에 따르면 예컨대 기본법 제12조 제1항에서 정하고 있는 직업의 자유에 대한 권리는 직업활동에 대한 국가의 불법적인 제한으로 부터의 방어권뿐만 아니라, 일자리 창출에 대한 권리도 생겨난다고 하는 것이다. 이러한 사회국가적 기본권 이해가 일견 매우 고풍적인 것이라 할지라도, 이것은 원칙상의 의심을 불러일으킨다. 왜냐하면 이것은 자유권이 가지는 방어기능의 불가피한 약화에만 근거하지를 않기 때문이다. 즉, 국가의 급부는 당연히 시민들 사이에 재산의 재분배의 방법에서만 이루어질 수 있기 때문인 것이다. 이는 무엇보다도 법치국가적·민주적 관점에서 볼 때 문제가 있는 권력분립의 변형을 필요로 하며, 사법과 행정 사이의 세력관계에 어쩔 수 없는 변경을 가져와야만 한다는 것이 문제가 되는 것이다. 진정으로 기본법상 근거를 둔 급부권이 인정이 된다면, 이는 또한 제소가 가능한 것이어야 한다. 그러나 이와 더불어 법원들 특히 연방헌법재판소는 충분하고 구체적인 기본법상의 구속도 없이 정치적인 결정을 위한 권한을 부여 받게 될 것인데, 정치적인 결정은 원래 직접적이며 민주적으로 적법한 국회만이 내릴 권한이 있다. 법관국가로의 변혁은 간과될 수 없다.

그러므로 인정될 수 있는 것은 기본법적으로 근거가 있는 급부의 청구로 이어지는 사회국가적인 기본권의 차원인데, 이것은 단지 매우 제한된 예외적인 경우들에서만 가능한 것이다. 연방헌법재판소<sup>15)</sup>가 입학정원제한판결( Numerus-clausus-Urteil)에서 결정을 한 것처럼 이미 발생한 기본권 제한적인 국가의 행위에 대해 이러한 급부청구가 발생할 수 있는데, 이것은 기본권의 실현을 위해 요구되는 인적·물적 수단 관계에서 볼 때 국가에게 독점지위를 인정할 수 있는 경우에 한하여서만 인정되는 것이다. 여기에서 조차도 입법자에게 (입법)행위를

15) BVerfGE 33, 303, 330 ff.

, 가

주장하는 권리는 매우 극단적인 경우에만 가능하다. 이런 극단적인 예외의 경우들을 제외하고 예산법 입법자는 법원으로부터(연방헌법재판소로부터도 역시) 공부할 자리(Studienplatz)의 창출을 위하여 재정상의 수단을 준비하도록 강제될 수가 없다. 이와는 반대로 국가의 능력이 이미 존재하고 있으면, 예컨대 국립대학에 사용가능한 공부할 수 있는 자리가 충분히 존재하면, 지원자가 대학에 대해 기본법 제12조에 근거하여 공부할 자리의 인정에 대해 청구를 하는 것은 인정이 될 수 있다.

## 7.

이미 앞에서 언급된 기본법상 근거된 급부청구의 존재 문제와 매우 깊은 관련이 있는 것은 기본법상의 보호청구의 존재의 문제이다<sup>16)</sup>. 여기에서 논의되는 기본법상 보호청구의 존재여부 문제는 기본권 하나에서만 연역할 수 있는 것이 아니다: 국가는 기본권 보호의무의 충족을 위해서 이미 경찰 및 질서법들 속에 시민의 안전을 보장하기 위한 법률상의 규정들을 만들어 놓고 있고, 이들 안에 역시 기본권상으로 보호가 되는 시민의 법적 보호물(Rechtsgüter)이 포함되어 있다. 따라서 여기에도 위험 방어를 위한 담당 국가행정기관의 행위에 대한 시민들의 주관적 권리가 기본권으로부터 도출이 되어서 시민들에게 인정되어야 할 필요가 있다. 시민들에게 이처럼 알맞은 주관적 지위를 부여하지 않고 시민들을 국가 행위의 순수한 보호객체로

---

16) Dazu näher Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; Di Fabio, VerwArch. Bd. 86 (1995, 220 ff.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983; H. H. Klein, DVBl. 1994, 489 ff.; BVerfGE 88,203, 254 ff.; s. zu grundrechtlichen Schutzpflichten auch Schenke, Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers bei der Verletzung staatlicher Versicherungsaufsichtspflichten –Zur Frage der Drittgerichtetheit von Versicherungsaufsichtspflichten, 1994, S. 473, 495 ff. mit eingeh. Nachw.

만드는 것은 기본권 속에서, 그리고 특별히 이곳의 기본법 제1조 제1항에서 표현되고 있는 인간상(Menschenbild)과도 실제로 서로 맞지 않는다. 이미 존재하고 있는 경찰법 및 질서법적 규범들의 그러한 주관화에 대하여 기능법적인 항변(Funktionellrechtliche Bedenken)이 권력분립의 관점에서 부터 제기 될 수는 없다. 그렇기 때문에 기본법의 성립 이전에 주장되었던 견해와는 달리 오늘날의 통설은 경찰법이 기본법상 확보된 법적 보호물을 보호하는 한 공적인 이익뿐만 아니라 당해 사적 기본권 향유자의 이익에도 이바지해야 한다고 하며, 이러한 한도에서는 주관적 권리를 인정하고 있다<sup>17)</sup>.

## 8.

기본권 도그마의 영역에서 하나의 새로운 방향에는 연방헌법재판소를 통해 요구된 절차권으로서의 기본권 이해가 포함되어 있다. 국법학 이론<sup>18)</sup>에서의 사전작업이 이루어진 이후에 절차법으로서의 기본권의 도그마적인 토대는 특히 헌법재판소의 뮐헬름-캐얼리히-결정(Muehlheim-Kaerlich-Entscheidung)<sup>19)</sup> 안에서 이루어졌다. 원자력발전소의 허가를 위한 행정절차 실행과의 관계에서 연방헌법재판소는 판결을 통하여 효과적인 기본권 보호를 위해서는 행정절차 속에 이미 절차권을 인정해야한다는 주장이 가지는 핵심적인 의미를 강조하였다. 그에 따르면 자유권 속에 들어있는 방어권은 기본법에 내재하는 status activus processualis를 통한 추가적인 도움을 필요로 한다는 것이다.

17) Dazu näher Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, Rdnrn. 103 ff. mit weit. Nachw

18) Häberle, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 43, 86 ff., 123 ff.

19) BVerfGE 53, 30, 62 ff., s. zu den Grundrechten als Verfahrensrechten auch Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; Pietzcker, VVDStRL Bd. 41 (1983), S. 193, 207 ff.; Schenke, VBfBW 1982, 313 ff.; Wahl, VVDStRL Bd. 41 (1983), S. 151, 166 ff.

## 9. 19 4

행정절차를 통한 권리보호 이외에 무엇보다도 법원의 권리보호를 들 수 있다. 이에 관한 사항은 기본법 제19조 제4항에서 정하고 있다<sup>20)</sup>. 이 규정에 따라 공권력을 통하여 그의 권리를 침해당한 각 사람 (Jedermann)에게 사법적인 길이 열려 있다. 흔히 형식적인 최고기본권 (Hauptgrundrecht)이라고 불리는 이 규정은 의심의 여지없이 기본권이 가지는 매우 중요한 기본법의 조종장치(Weichenstellen)들 중의 하나로써 의미가 깊은 것이다. 이것은 기본법상의 권력분립체계에 특별한 특징을 부여하는데, 이점에서 기본법이전의 헌법 속에서 각인되어 나타났던 권력분립의 원칙 및 다른 많은 외국의 법질서와도 구분이 되고 있다. 독일의 국가법이론에서 기본법 제19조 제4항에 들어 있는 헌법상 권리보호에 대한 보장에 대한 평가는 매우 다양하다. 대부분은 이를 기본법상 중요한 획득물이라고 칭송하고 있고, 기쁨에 차서 이 속에서 “법치국가의 왕관(Kroenung des Rechtsstaats)”<sup>21)</sup>을 보기도 한다. 그리고 또한 법치국가 “국가조직의 막새(Schlussstein im Gewoelbe des Rechtsstaats)”라고 환영하기도 한다<sup>22)</sup>. 그러나 비판적인 견해도 있는데 이는 무엇보다도 법관국가의 위협이나 “법복의 귀족(Aristokratie der Robe)”<sup>23)</sup>에 대해 경고를 하는 견해들이다. 나의 견해로는 기본법 제19조 제4항은 실질적인 기본권보장 안에 위치하고 있는 시민보호의 측면에서 일관적인 연속성을 나타내는 것이다.

20) Dazu eingehend demnächst Schenke, in: Bonner Kommentar zum GG (Drittbearbeitung), 2008, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 1 ff. sowie ders., JZ 1988, 317 ff.; D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973; Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 2001, S. 467 ff.

21) So Ebers, in: Festschrift für Laforet, S. 271.

22) So Thoma, Recht – Staat – Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 9.

23) S. hierzu die Nachw. bei Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 21.

a)

기본권장의 맨 마지막에 있는 기본법 제19조 제4항의 위치와 먼저 선두에 위치지워진 실질적인 기본권에 대한 직접적인 연결에서 이미 반영이 되듯이, 기본법 제19조 제4항과 실질적 기본권과의 체계적이고 목적론적인 긴밀한 연결에 대해 연방헌법재판소는 아직까지 헌법상 권리보호에 대한 보장의 해석을 위하여 충분히 고려하고 있지는 않다. 하지만 나의 견해에 따르면 양자간의 이러한 긴밀한 연결은 헌법상의 권리보호보장의 해석을 위하여 아주 중요한 단초를 제공한다. 헌법재판소의 판결에 반대가 되기는 하지만 나의 견해로는 헌법상 권리보호에 대한 보장의 이러한 헌법적 위치로부터, 기본법 제19조 제4항은 그의 문구와 합치하여 입법도 또한 공권력으로서 볼 수 있고<sup>24)</sup>, 따라서 사법적인 권리보호가 보장된다고 하는 견해에 따를 수 있다<sup>25)</sup>. 기본법 제19조 제4항이 실질적 기본권보호에 일조하려면 이것은 기본법 제1조 제3항에 따라서 입법에 대해서도 또한 보호하는 것이어야 한다. 그래야만 입법도 사법적 권리보호보장 안으로 끌어 들이는 것이 일관성이 있다. 이것은 오로지 현대 사회국가에서 전통적인 법치국가의 견해와는 달리 점차적으로 법률이 정치적인 형성의 수단이 되었다는 상황 때문이다. 사회국가적 입법의 표현으로서의 처분법(Massnahmengesetz) 개념 속에서 법률과 행정의 엄격한 대치의 완화와 함께 결부되어 나타나는 발전이 형식적으로 표현되어 있음 볼 수 있다. 처분법에서는 사회국가적 입법의 유형이 단지 실질적 구속의 강화에 대한 욕구를 표명하는 것만은 아니라는 점이 더욱 명확해진다. 사회국가적 입법은 처분법상 특징적인 목적관련성에 있어 법치국

24) Eingehend dazu Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 28 ff.; ebenso heute die ganz h.M. in der Literatur, s. z.B. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 93 ff.

25) BVerfGE 24, 33,49 ff.; 45, 297, 334.

, 가

가적인 과잉금지를 통하여 특별한 방법으로 뒷받침되고 있다. 헌법상의 권리보호에 대한 보장의 영역에서는 시민의 보호를 위하여서 입법의 포함을 통한 보충적·절차적인 지원이 필요하다.

물론 기본법 제19조 제4항을 통하여 제시되는 사법적인 권리 보호는 원칙적으로는 단지 선결적으로 법률의 유효성에 대해 문의가 되는 부수적인 규범통제의 범위 내에서도 역시 일어날 수 있다<sup>26)</sup>. 법원이 그러한 부수적인 규범통제의 범위 내에서 기본법 제정 이후 만들어진 형식적 법률이 위헌이라는 신념에 도달하면, 기본법 제100조 제1항의 관점에서 재판절차가 중지되고 그러한 법률의 유효성에 대한 헌법재판소의 결정이 요구된다. 다른 곳에서 좀 더 자세히 살펴보는 것처럼 연방헌법재판소<sup>27)</sup>가 2년 전에 처음으로 기본법 제19조 제4항이 하위법규(untergesetzliche Rechtsvorschrift)에 대해서도 역시 권리보호를 보장한다는 점을 인정한 이래로 형식적 법률에 대해서도 역시 이와 같은 행보를 하는 것이 일관성이 있는 것이다<sup>28)</sup>. 나의 견해로는 헌법재판소를 통하여 이러한 방향으로 사법적인 권리보호를 확장하는 것도 이제는 시간의 문제일 뿐이다.

## b)

오늘날에는 기본법 제19조 제4항이 행정행위(Verwaltungsakt) 인지의 여부에 관계없이 행정청의 행위(Verwaltungshandeln)에 대해 포괄적인 권리보호를 확실히 한다는 점이 널리 인정이 되었다. 기본법 제19조 제4항에 따라 명령되는 권리보호의 범위는 현저하게 확장되었는데,

26) S. zur Realisierung des verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes auf der Basis der einfachgesetzlichen Verfahrensordnungen Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, Rdnrn. 1064 ff.

27) BVerfG, JZ 2006, 1021 ff.

28) S. dazu Schenke, JZ 2006, 1021 ff., wo darauf hingewiesen wird, dass es ohne große Eingriffe in das Prozessrecht mittels einer analogen Anwendung des § 82 Abs. 2 BVerfGG möglich wäre, den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz zu realisieren.

이는 특히 기본권이 단순한 법률상의 권리에 방사(Ausstrahlung)되어서 주관적인 권리범주가 확대됨으로서 일어났다<sup>29)</sup>. 즉, 기본법 제19조 제4항의 보호 안에 들어 있는 주관적인 권리는 한 법규(Rechtssatz)가 한 시민의 이익을 보호할 때에도 역시 존재하는 것이다. 여기에 부가하여 기본권 자체는 주관적 권리를 포함하고 있는데, 이것들은 특별히 법상 근거를 요하는 헌법 하위법상의(unterverfassungsrechtliche) 권리들이 부재할 때 사용될 수 있는 것이다.

## c)

기본법 제19조 제4항을 통하여 사법부의 판결에 대한 보호는 이루어 지지 않는다. 기본법 제19조 제4항의 문구가 그러한 보호를 얘기하고 있기는 하다. 그러나 이것은 결과적으로 끊임없는 권리보호를 초래할 것이고, 이럼으로서 “만족시키는 기능(die befriedende Funktion)”이라고 하는 판결에 부여되는 기능에 알맞지 않게 되기 때문에 인정 될 수가 없는 것이다<sup>30)</sup>.

## d)

기본법 제19조 제4항에 따른 권리보호는 효과적 이어야한다<sup>31)</sup>; 그러므로 예방적이고 임시적인 권리보호도 가능해야만 한다. 후발적인 권리보호가 효과적이지 못할 때, 힘을 발휘하는 행정청의 행위에 대한 예방적인 권리보호는 행정청과 사법부사이에 부분적인 역할교환을 초

29) Dazu z.B. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rdnrn. 495 ff.

30) Eingehend hierzu Schenke, JZ 2005, 2005, 116 ff. sowie Hößlein, Rechtsschutz bei judikativem Unrecht, 2007; a.A. aber z.B. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

31) Zum Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes s. z.B. Ibler, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 IV, Rdnr. 167; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rdnr. 50; Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 135 f.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 4 und 229; BVerfGE 35, 401.



, 가

래 할 수 있다. 이것은 전통적인 권력분립에 대한 이해를 기본으로 삼는다면 문제가 될 것이지만, 근본적으로 기본법 제19조 제4항을 통하여 각인이 된 권력분립의 원칙 하에서는 이것은 단지 허용되는 것이 아니라 명령되는 것이다. 절차규정에 존재하는 권리보호의 틈새는 기본법 제19조 제4항을 직접적으로 사용할 때 메워질 수 있다. 기본법 제19조 제4항에 따라 보장되는 권리보호는 원칙적으로 광범위한 공권력에 대한 법적·사실적 심사를 요구한다. 행정청이 그의 결정에 있어 매우 중요하며 사실관계에는 반대가 되는 비밀에 대해 비밀엄수의 근거들이 유효하다고 주장을 하여도 헌법재판소<sup>32)</sup>는 그의 최근의 판결에서 명확히 비밀 엄수의 근거들이 실제로 존재하는지의 여부를 소위 in-camera-Verfahren에서 사법적 심사할 수 있다고 하였다.

#### IV.

이전의 독일의 헌법에 비해, 그러나 부분적으로는 기본법의 제정 이후에도 기본권 영역에서 뿐만이 아니라 그 외 기타의 영역에서도 역시 중요한 새로운 발전이 생겨났다. 이것은 기본법 제20조 제3항안에 확립된 행정의 적법성원칙(das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung)에서 명확하게 나타나는데, 이것은 법률의 우위 이외에도 법률유보를 포함하는 것이다. 법률유보는 행정의 그들의 행위를 위하여 내용, 목적, 범위에 따라 충분한 법적인 수권을 어느 범위로 필요로 하는가의 문제이다. 이러한 법률유보는 1970년대까지 입헌군주제에서 발달된 법률의 유보와 연결되어 확정이 되었다. 이에 따르면 단지 시민의 자유와 재산에서의 침해를 위해서만, 즉 신민에게 부담적인 행정행위를 위해서만 법률상 수권 근거가 필요하다고 하는 것이었

---

32) BVerfGE 101, 106 ff.; dazu näher Schüly, Das 'in-camera'-Verfahren der Verwaltungsgerichtsordnung, 2006; s. auch Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rdnrn. 2 ff.

다. 이렇게 제한적인 법률 유보는 19세기 자유주의적 법치국가의 표현이었고 사상적으로 그 당시 존재했던 입헌군주제를 통하여 근본적으로 영향을 받은 것이었다. 여기에서 헌법의 수호자로서의 의회의 업무는 시민들을 군주적인 행정의 침해(Zugriff)로부터 보호하는 데에 있었다. 그리하여 자유와 재산의 침해는 단지 의회가 헌법의 수호자로서 공동의 작용을 한 법률상 규정의 근거 하에서만 허용이 되어야 한다는 것이었다. 따라서 법률의 유보는 침해행정에만 적용되는 것이었고 급부행정에까지 미치는 것은 아니었다. 독일의 국법학에서 오랫동안 성행했던 국가법적극주의의 결과로 국가형태가 바뀌어 군주제가 폐지된 이후에도 처음에는 헌법상 국가구조의 변경이 동시에 법률유보의 범위를 새로 결정할 필요가 있었다는 점을 인식하지 못하였다.

그래서 기본법 자체의 발효 이후에도 기본법상 확고화 된 새로운 국가구조의 원칙은 법률유보 이론의 새로운 방향설정도 요구한다고 하는 인식이 관철될 때까지는 십년 이상의 기간을 필요로 하였다. 민주주의 원칙, 기본법상의 법치국가 원칙, 사회국가 원칙으로 부터 각각 다른 강조점을 두고 법률유보를 급부행정에까지 확장을 시켰던 Jesch<sup>33)</sup>, Rupp<sup>34)</sup>, Goetz<sup>35)</sup> 등의 작업이 선구자적이다. 그러나 그들은 급부행정을 완전히 법률유보하에 두려고 했던 그들의 요청을 그들은 관철시킬 수가 없었다. 그러한 완전유보는 법률유보를 논의의 장으로 이끌었던 헌법의 구조원칙<sup>36)</sup>들의 과도한 혹사(Ueberstrapazierung)와 과도한 해석(Ueberinterpretation)에 근거한다. 더욱 자세히 분석해보면 급부행정도 역시 완전한 범위의 법률의 유보에 연결하려는 비차별적인 요청은 민주주의 및 사회국가원칙에 재어 볼 때 실제로는 반생산적인 것으로 증명되었다는 점이 드러난다. 급부행정을 완전히 법률유보에

33) Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 29 ff., 132 ff.

34) Rupp, Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre, 1965 und ders., JuS 1975, 609, 615 ff.

35) Götz, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, 281 ff.

36) S. hierzu und zum folgenden näher Schenke, GewArch. 1977, 313, 316 ff.

두려는 이러한 요청이 실현되면 의회의 업무과중을 초래할 것이고, 그럼으로써 입법작용에서 여러 차례 나타나는 “의회부재의 의회법률의 현상(Phaenomen des parlamentlosen Parlamentsgesetz)<sup>37)</sup>”에 더 한층 힘을 실어주게 될 것이다. 이것은 의회에 대해 정부로부터 제안된 법률발안의 단순한 의결자판기로서만 기능하도록 위협할 뿐 아니라 진정으로 중요한 정치적 문제의 결정을 위해 더 이상 충분한 시간을 갖지 못하게 위협한다. 뿐만 아니라 광범위한 법률유보에 급부행정을 복속시키는 것은 국가가 급부를 지급함에 있어서 국가의 도움이 시급히 요청되는 곳에 항상 먼저 법의 제정에 얽매어 있게 되면서 국가가 마비되도록 위협을 한다.

그러나 위에서 언급한 국가법 학자들을 통하여 민주주의원칙과 기본법상의 법치국가원칙 그리고 사회국가원칙의 표식 하에서 급부행정을 법률유보의 효력범위에서 완전히 제외하는 것은 더 이상 유지될 수 없다는 것이 분명해졌다. 실제로 연방헌법재판소는 사실상 법률유보를 행정급부에도 부분적으로 확장하는 것을 제외시키고 있지 않다. 이에 따르면 기본권의 발송(Effektuiierung)을 위하여 근본적이거나 기본적인 의미를 가지는 급부는 민주주의원칙과 사회국가원칙의 관점에서 충분히 확정된 법적인 수권근거를 가져야 한다<sup>38)</sup>. 이때에 그의 실체의 결핍(Substanzarmut) 때문에 본질규준(Wesentlichkeitskriterium)과 연결하는 것은 확실히 이론의 여지가 있다. 그러나 또한 여기에 왜 법적인 수권의 요청이 항상 단지 기본권발송(Grundrechtseffektuiierung)의 규준에만 연결되어야 하는지를 알 수가 없다. 나에게서는 -내가 다른 곳에서 자세히 설명한 것처럼<sup>39)</sup>- 이것은 불확정 다수에 대한 장시간 동안 이루어지는 급부제공에 관한 것인지의 여부에 초점을 맞추는 것이

37) S. dazu näher Quaritsch, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Aufl. 1961, S. 7 ff.

38) S. BVerfGE 98, 218, 251; 111, 191, 216 f. und dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rdnr. 46 mit weit. Nachw

39) Schenke, GewArch. 1977, 313, 319 ff.

좀 더 알맞은 것 같다. 왜냐하면 그러한 급부는 행정의 자기구속의 원칙의 관점에서 사실은 행정이 유사 규범적(quasinormativen)이며 법률에 따르지 않는(gesetzesunabhaengigen) 입법권(Rechtsetzungsrecht)을 실행하는 것으로 귀결이 되고, 이것은 기본법 제80조를 우회(Umgehung) 하는 위험이 있다. 그러나 이 규정(기본법 제80조)의 근처에 놓인 법적 사고이념은 행정의 법률에 따르지 않는 입법권을 금지하는 것이며 행정입법은 내용, 목적, 범위에 대한 충분히 특정한 법률상의 수권근거가 있을 때에만 허용되는 것이다. 나에게서는 우수하게 보이는 이 이론(Ansatz)은 한편으로는 행정에 대해 단기적이고 신속성이 요구되고 사인에 따라 제한된 시간을 위해 국가의 급부가 예정된 곳(예컨대 악천후 피해자, 대량의 작업장 손실의 위험이 있는 경제적인 어려움에 처한 대기업 등)에서는 행정에 필요한 행동의 여지를 준다. 그러나 동시에 기본권발송과 어떠한 직접적인 관계도 나타내지 않는 급부들을 일반적으로 법률유보에서 제외한다는 사회국가와는 무관한 것이라는 점을 고려한다.

## V.

### 1.

법치국가의 원칙과 법의 이념(Rechtsidee)속에 자리 잡고 있는 법적 안정성 및 특별히 법적 안정성에 내재하는 신뢰보호로 부터 의미가 깊은 동력들이 나온다. 중요한 새로운 방향성은 이미 1950년대에 연방행정재판소<sup>40)</sup>의 판결을 통하여 나타나게 되었고 이후에 1976년에 제정된 행정절차법에서 단순 입법자를 통하여 받아들여졌다. 이때에는 행정이 위법한 수익적 행정행위의 철회가 어느 정도로 헌법상의 제한에 놓이게 되는가에 관한 문제의 해결에 관한 것이었다. 당사자

40) BVerwGE 9, 251.

, 가

가 위법한 연금지급통지에 기초하여 매우 중대하며 되돌릴 수 없는 생애의 결정(구 동독에서 서독으로 이주)을 한 위법한 연금지급통지(Rentenbescheid)의 철회에 관한 사건에 대한 연방행정재판소의 판결이 있을 때까지 한편으로는 행정행위의 법의 적합성의 법치국가적 원칙과 다른 한편으로는 역시 법치국가원칙에 들어 있는 신뢰보호와 법적 안정성의 원칙사이에 존재했던 갈등은 당시 지배적인 견해를 통해 일반적으로 적법성의 원칙 쪽으로 결정이 되었다. 이에 반해 연방행정재판소는 전심 법원인 베를린 OVG<sup>41)</sup>와 마찬가지로 동 사건에서 볼 수 있는 것처럼 특별히 보호가 필요한 신뢰가 있으면 수익적 행정행위의 위법성에도 불구하고 수익자의 월등한 신뢰이익 때문에 위법한 행정행위의 철회는 불가능 하게 될 수가 있다는 견해를 나타냈다. 이후에 제정되었으며 오늘날에도 유효한 행정절차법 제48조 상의 위법한 수익적 행정행위의 철회도 또한 동 판결과 연관이 있다<sup>42)</sup>.

## 2. “ ”

법치국가적인 신뢰보호의 관점은 행정에 대한 관계에서만 전개되는 것이 아니라 입법에 대해서도 역시 영향력을 가진다. 이로부터 연방헌법재판소<sup>43)</sup>는 부담적인 법률의 소급효는 단지 당사자가 어떠한 특별한 신뢰도 얻을 수 없는 사건상황에서만 매우 협의로 제한되어 허용이 될 수 있을 것이라는 견해를 도출 하였다. 연방헌법재판소가 소위 법률의 진정 소급효에 있어서 특별사건들에서만 소급효를 예외적으로 인정한 반면에, 소위 법률의 부진정 소급효에 있어서 상황은 다르게 전개가 된다.<sup>44)</sup> 부진정 소급효에 속하는 상황은 특징적으로 법률의 수혜자를 위

41) OVG Berlin, DVBl. 1957, 503.

42) S. dazu Hubert Meyer, in: Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2004, § 48, Rdnr. 2.

43) BVerfGE 95, 64, 86; 114, 258, 300; Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rdnrn. 70 ff.

44) Zu ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit BVerfGE 97, 271, 289; 109, 96, 122; Jarass,

하여 법률상 규정의 지속적인 존속에 대한 신뢰가 법률을 통하여 근거 되어 있지만 후에 이러한 신뢰가 입법자를 통하여 깨지게 되는 점이다. 이것이 단지 장래효(진정소급효와는 달리)만을 가지고 있을 지라도 이는 우대조치(Begünstigung)의 제거 또는 협애화를 초래하면서 일어나게 되고 이를 통해 보호가치 있는 시민의 신뢰가 깨지게 된다. 소위 부진정 소급효의 적용 예들은 무엇보다도 경제계획의 영역에서 발생하였고 “계획보장청구(Plangewährleistungsansprüche)”<sup>45)</sup>라고 하는 핵심어 하에서 논의 되었다. 이를 위한 한 예를 다음의 법률이 제공한다. 즉 구조가 취약한 한 지역에서 사업주의 정착 촉진을 위하여 사업주에게 정착시 향후 20년간 매해 많은 보조금에 대한 청구권을 인정을 하였으나 몇 년 이 지나자 벌써 공공 기관의 열악한 예산상태 때문에 이것이 폐지가 되었고 이를 통해 다른 대책 없이(ersatzlos) 사업자에 대한 보조금이 없어지는 결과가 초래되는 것이다. 이런 종류의 사건들에서 연방헌법재판소는 비례원칙의 적용에서 규정의 지속적인 존속에 대한 수혜자의 신뢰이익과 그 규칙의 폐지나 변경에 대한 공적 이익 사이에 이익형량을 해야 한다고 주장했다. 여기에서는 규칙의 변경에 대한 공익이 자주 우세하기는 하다. 왜냐하면 입법자는 그의 정치적 행동의 자유를 견지(Aufrechterhaltung)하기 위해 기본적으로 그가 제정한 법률의 변경을 할 수 있어야 하기 때문이다. 그러나 특별히 보호가치가 있는 신뢰의 경우에는 다른 것이 유효할 수도 있다<sup>46)</sup>. 즉 방금 설명한 위의 사례에서 보조금청구권이 1-2년 후에 다른 대책 없이 없어진다면 그러한 법규의 위헌성을 생각해 볼 수 있는데, 왜냐하면 이것이 법치국가상 명령되는 신뢰보호를 충분한 방법으로 고려하지 않았기 때문이다.

---

in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rdnrn. 73 f.

45) S. hierzu näher Schenke, AöR Bd. 101 (1976), 337 ff.

46) BVerfGE 68, 287, 307; 95, 64, 86; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rdnr. 73a.

## VI.

위에서 살펴본 사회적 법치국가의 발전을 요약하면 법치국가원칙의 선기본법적인(vorgrundgesetzliche) 특징들과는 몇 가지 근본적인 점들에서 차이가 있음이 나타난다. 이것은 1949년 기본법에서 결정한 사회적 법치국가와 관련된 새로운 규정에서 발생된다. 그러나 사회적 법치국가는 또한 기본법의 생성이후에도 판결과 국가법이론적인 저술들을 통하여 꾸준히 계속 발전되어 왔다. 새로운 법적, 사회적, 경제적 변화를 적합한 방법으로 대응하기 위해 사회적 법치국가의 역동적·지속적 발전이 필수적이고, 이를 통해서 기본법이 시대의 정점에(auf der Höhe der Zeit) 머물러 있게 된다는 인식에서 근거한다. 이럴 때에만 모든 것이 존속하는 시간이 짧고 빨리 변화하는 현 시대에서 “헌법과 시대 (Verfassung und Zeit )”<sup>47)</sup>의 관계라는 특별한 폭발성을 가지는 주제를 만족할 만한 방법으로 해결할 수 있는 것이다.

---

47) Dazu näher Schenke, AöR Bd. 103 (1978), 566 ff.

# 中国法制进程中的国际法：过去、现在与未来

余民才 教授  
(中国人民大学法学院)

一、国际法在中国法制进程中的发展 .....	71
二、国际法在中国法制进程中的发展成就 .....	73
三、国际法在中国法制进程中存在的问题 .....	76
四、国际法在中国法制进程中存在问题的解决 ...	77
五、结论与前景 .....	78



## 一、 国际法在中国法制进程中的发展

当代中国的法制建设，基本上可以1978年为界，划分为前后两个阶段。第一阶段可称为法制初创期，其基本特征是实行社会主义的“人治”。第二阶段可称为法制复兴与繁荣期，其基本特征是实行社会主义的“法治”。<sup>1)</sup>伴随这一法制进程，国际法(国际条约和习惯)在中国国内法上的确立和发展经历了同样的过程。

中华人民共和国从其成立的一开始就承认国际法的存在和价值，也就是说，承认国际法是法律。1966年《国境河流外国籍船舶管理办法》第一个在国内法规中规定了条约的地位，其第16条规定：外国籍船舶所属国家政府已经同我国政府签订有商船通航协定的，可以仍按协定执行；协定中未规定的，按照本办法执行。但是，总的来说，在法制的初创阶段，国际法在国内法上并没有得到适当反映，没有一个由全国人民代表大会或其常务委员会通过的法律提到适用国际条约或国际惯例的问题，国际法主要是在国际层面发挥作用。1949年具有临时宪法性质的《中国人民政治协商会议共同纲领》确立了处理旧政府所订条约的原则，其第55条规定：对于国民党政府与外国政府所订立的各项条约和协定，中华人民共和国中央人民政府应加以审查，按其内容，分别予以承认，或废除，或修改，或重订。中央人民政府成立公告宣布，中央人民政府愿意与遵守平等互利及互相尊重领土主权等项原则的任何外国政府，建立外交关系。1954年《宪法》在全国人大常委会和国家主席的职权中虽然提到条约的批准或废除问题，但它也没有涉及到条约在国内法上的地位。因此，中国对国际法的利用集中于对外关系，在解决有关承认、继承、双重国籍、领土和条约等问题上广泛采用和适用国际法原则、规则。值得一提的是，中国还为国际法发展作出了积极贡献。一个显著例子是中国与印度共同倡导了有“亚洲国际法”之称的和平共处五项原则。

---

1) 李步云：中国法治历史进程的回顾与展望，《法学》，2007年第9期。

1978年中国共产党十一届三中全会开启了中国法制的全新发展阶段，国际法在国内法中的地位也开始发生质的变化。1982年《民事诉讼法(试行)》首次规定了对国际条约的适用，其第188条规定：对享有司法豁免权的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，人民法院根据中华人民共和国法律和我国缔结或者参加的国际条约的规定办理。第189条还规定：中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外。这种条款成为其他若干法律法规援引的标准模式，包括《民法通则》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《行政诉讼法》和《专利法》等一批基本法律都纳入了类似条款。

为确保国内机关，包括行政机关和司法机关执行国际法，国务院和最高人民法院还颁布了一系列行政命令和司法解释，如1980年国务院《关于我国加入海牙公约和蒙特利尔公约的通知》要求“各地区、各有关部门认真执行上述国际公约的有关条款”，最高人民法院1988年《关于执行中外司法协助协定的通知》指出，有关负责法院在收到外国法院司法协助的请求时，必须严格按照我国同请求国缔结的司法协助条约的规定办理。最高人民法院2002年《关于民事诉讼证据的若干规定》第11规定，当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。此外，中国还在国际场合郑重声明了对条约的适用。1990年禁止酷刑委员会审议中国政府提交的执行《禁止酷刑公约》的报告时，对于公约在国内的适用问题，中国代表回答说：“该公约的具体条款在我国可以得到直接适用。”<sup>2)</sup>

国际法在中国法制的第二阶段找到适当位置的原因不难发现。根本的有两个：一是改革开放政策带来了与外国交往和国际合作的崭新局面。中国缔结和参加了各种类型、数量众多的国际条约，大量涉外民商事、经济关系纷纷出现，国际司法合作要求与日俱增。这些需要在国内法上予以明

2) 王铁崖：条约在中国法律制度中的地位，《中国国际法年刊》，1994年，第9页。

确定位。二是国家领导人和最高立法机关重视。前国家主席江泽民曾要求领导干部特别是高级干部要注意学习国际法知识，努力提高运用国际法的能力。前全国人大常委会委员长李鹏曾强调了全国人大常委会组成人员学习、掌握国际法知识对于做好人大工作的重要意义。<sup>3)</sup>为此，中共中央政治局和全国人大常委会迄今各自举行了数次有关国际法的知识讲座。<sup>4)</sup>

## 二、国际法在中国法制进程中的发展成就

经过改革开放后30年的不懈努力，国际法在中国法制的发展中取得了重大成就。这主要表现在以下方面：

第一，国际法全面引入中国法律体系的各个法律部门。当代中国以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系主要由七个法律部门和三个不同层级的法律规范构成。七个法律部门是：宪法及宪法相关法，民法商法，行政法，经济法，社会法，刑法，诉讼与非诉讼程序法。三个不同层级的法律规范是：法律，行政法规，地方性法规、自治条例和单行条例。<sup>5)</sup>所有这七个法律部门的法律法规均包含有适用国际条约或国际惯例的条款(见下表)。而且，1998年《专属经济区和大陆架法》第13条第一次将“国际法”概念引入了中国法律体系。

序号	法律部门	法律法规	条款
1	宪法及宪法相关法	外交特权与豁免条例	第27条
2	民法商法	民法通则	第142条
3	行政法	海洋环境保护法	第97条

3) 《中共中央举行国际法知识讲座 江泽民主持并讲话》，《人民日报》，1996年12月10日，第1版；《李鹏在全国人大常委会第十四次法制讲座上强调要善于运用国际法处理国家关系和国际事务》，《人民日报》，2000年4月30日，第4版。

4) 从1994---2008年，中共中央政治局和全国人大常委会分别举行3次和5次集体学习国际法。

5) 国务院新闻办公室：《中国的法治建设》，2008年2月。

, 가

4	经济法	渔业法	第8条
5	社会法	红十字会法	第4条
6	刑法	刑法	第9条
7	诉讼与非诉讼程序法	民事诉讼法	第238条

第二，涵盖国际法的主题广泛。从民商事到知识产权保护，从刑事管辖权到执法与司法合作，从外交与领事关系到国防，从关税到运输，从资源利用到环境保护，从教育到法律服务，从测绘到无线电管理，凡是与个人权利和国家管理活动相关的法律法规都有适用条约或协定的条款。

第三，适用国际法的方式多样。中国法律基本上确立了两种在国内法上适用国际法的模式。一种是直接适用，另一种是转化适用。后者如《香港特别行政区基本法》第39条第1款。它规定：《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效，通过香港特别行政区的法律予以实施。但直接适用是主要的模式。它在立法中具体表现为不同形式，大致有如下几种：

(1)明文规定直接适用有关国际条约，即在有关事项上适用中国缔结或参加的国际条约或协定。这是最多的一类。如《商标法》第9条规定：外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对待原则办理。

(2)国际条约另有规定的，适用国际条约的规定。如《外交特权与豁免条例》第27条规定：中国缔结或者参加的国际条约另有规定的，按照国际条约的规定办理，但中国声明保留的条款除外。

(3)条约与相关国内法有不同规定的，适用国际条约的规定。如《民法通则》第142条第2款规定：中国缔结或参加的国际条约同中国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外。

(4) 有关国内法没有规定的事项，适用国际法。如《专属经济区和大陆架法》第13条规定：中国在专属经济区和大陆架享有的权利，本法未作规定的，根据国际法行使。

(5) 隐含适用，即没有明文提到国际法，而相关问题事实上需适用国际法。这主要体现在对外资的征收补偿上。“三资”企业法和对外合作开采陆上与海洋石油资源条例都规定对征收予以相应补偿。但如何补偿，没有法律规定。这显然应以国际法为依据。在我国与外国签订的双边投资保护协定中，往往有这样的条款：对征收予以充分、及时、有效的补偿。

第四，推动了中国法制的现代化和以人为本。中国不仅将有关国际条约和国际惯例纳入国内法体系，而且根据自己承担的国际义务，制定并完善了许多国内法律。尤其2001年加入世界贸易组织后，中国对国内法进行了较大规模地立、改、废运动，一批与国际义务不相符合的法律法规或条款被废除和修正，一批新的法律法规应运而生，如修订了《对外贸易法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》，新颁布了《反倾销条例》、《反补贴条例》和《反洗钱法》，新增恐怖主义罪和洗钱罪等。2004年中国首次将“国家尊重和保障人权”载入宪法，从宪法上确保了我国法律的以人为本思想。这一观念历史性地进入中国法律体系与中国参加了大量国际人权公约和国际人权合作不无关系。

第五，国际法在国内实践中得到切实执行。有关国际条约的条款或国际惯例在众多涉及知识产权、海事和国际贸易等方面的案件中直接被援引为裁判案件的法律依据，司法协助事务呈逐年上升趋势。大量民商事司法协助请求获得有效执行，并与一些国家和国际组织开展了有效的刑事司法合作，相互协助调取证据材料，冻结扣押并追回被非法转移的犯罪所得，引渡或者遣返在逃的犯罪嫌疑人。<sup>6)</sup>

---

6) 国务院新闻办公室：《中国的法治建设》，2008年2月。

### 三、国际法在中国法制进程中存在的问题

国际法在中国法制进程中也存在尚待解决的问题。主要有以下三个方面：

1. 国际法在国内法中没有明确的定位。国际法是不是中国法律的一部分，或者说，它是不是中国的法律渊源，这是不十分确定的。因为中国的宪法没有涉及，《立法法》也只字未提。尽管有像《民法通则》和《民事诉讼法》那样的基本法律规定了条约或国际惯例的直接适用，因而事实上承认了在各自规范领域内它们是中国相关法律的渊源，但不能就此认定国际法是整个中国法的渊源。或许正是这个原因，中国有些人并不把国际法当作法看待。

2. 缺乏解决国际法在国内适用的一般原则。世界通行的做法是就如何接受国际法在宪法上作出安排。中国宪法虽然历经数次修改，但仍然没有类似安排。在制定《立法法》时，本来有一种努力试图弥补这一缺陷，然而最终未有成效。中国现行采取的是逐案解决的原则，也就是根据具体情况，在相关法律法规中就是否可以直接适用条约或惯例予以明文规定。这种做法导致了认识上的混乱和不统一。前全国人大常委会委员长李鹏曾指出，中国是通过将国际条约的有关内容制定成国内法等方式，在国内适用中国缔结和参加的国际条约。<sup>7)</sup>这可视为有些国家所采用的“转化”做法。而按照上述中国代表对禁止酷刑委员会问题的答复，中国采取的则是“纳入”方法。同样在理论上，有的认为中国采取的是纳入方式，有的则认为是纳入与转化相结合的混合方式。实际上，中国并没有转化的实践，也没有将纳入作为一项普遍法治原则，因为诸如《对外贸易法》、《海关法》和《大气污染防治法》等基本法律根本没有提到相关条约在国内的适用问题。这种状况直接影响了有关国际条约在中国的适用。曾经对WTO协定和《公民权利和政治权利国际公约》是否可以在中国直接适用的讨论就是一个例子。

7) 《李鹏在全国人大常委会第十四次法制讲座上强调要善于运用国际法处理国家关系和国际事务》，《人民日报》，2000年4月30日，第4版。

3. 法院不当适用国际法。这主要表现在对条约的扩大适用和缩小适用上。前者是指在不应该适用条约的情况下以有关条约作为判案的法律依据。这方面的一个例子是北京“月球大使馆”诉北京市工商局违法行政案。北京市第一中级人民法院在该案中援引了1966年《关于各国探索和利用外层空间包括月球和其它天体的活动的原则条约》的有关条款(中国1983年批准)。但在这个案件中将它作为判决的一个依据可能是有疑问的。因为没有哪个法律法规对外空条约作出直接适用的安排。

缩小条约的适用是指在应该适用条约的情况下不以有关条约为法律依据。这方面的一个例子是涉及在中国专属经济区内一艘外国船舶为中国船舶加油的案件，中国某法院以违反刑法和海关法对该外国船舶船长提起刑事诉讼。这种做法同样有疑问。在本案中，焦点是海关法是否可适用于专属经济区。按照中国《专属经济区和大陆架法》第13条，中国在专属经济区的权利本法未作规定的，根据国际法行使。这里的国际法显然包括1982年《联合国海洋法公约》(中国1996年批准)。也就是说，海关法是否可适用应以1982年公约来定性。而根据公约，海关法不是可适用于专属经济区的法律。这一点为国际海洋法法庭1999年“塞加号”案的判决所证实。

## 四、国际法在中国法制进程中存在问题的解决

解决国际法在中国国内法上所面临问题的根本方法是在宪法中明确国际法的地位。这可通过在修改宪法时增列接受国际条约和国际惯例的条款来实现。只要宪法有了规定，而不管采取什么接受方式，国际法在中国法制体系中的地位问题就能得到彻底解决。

如果这一目标在短时间内不能实现，切实可行的方法是国家机关包括司法机关严格依照宪法和法律履行其职责。依法办事是中国法治的要求，这体现在国家机关的工作中就是他们要依据有关法律法规是否接受国际条约或国际惯例来决定是否适用国际法。换句话说，该适用国际法的应依据国际法来处理，不该适用的不要生搬硬套。而对于那些在国内法中没有明确地位的已

, 가

批准或加入条约，则应确保国内法与它们所赋予的义务相一致。为此应及时修订或完善有关法律法规，或制定新法。

要使依法办事和遵守国际义务得到有效落实，教育培训和宣传不可或缺。当前中国启动了对国家公职人员进行轮训的宏伟计划，各种类型的各级培训机构应该将国际法知识作为其培训内容的组成部分。同时，中国应该继续像2005年在《人民日报》上用1年时间来宣传人权法知识那样，进行国际法知识宣传。只有有计划、有系统地进行国际法知识培训和普及，国家机关的各级工作人员才能准确理解诸如国际法的性质、条约的国内适用等命题，牢固树立起国际法是法的观念。

## 五、结论与前景

改革开放的30年，也是国际法在中国法制进程中获得长足进步的30年。无论在涉及构成中国法律体系的法律部门和主题上，还是在条约适用方式与司法实践上，国际法在国内法中的地位都是前所未有的，充分展示了中国信守国际承诺的传统美德。虽然目前仍然存在某些不如人意的地方，但毕竟这是发展中的问题，相信中国会认真考虑并予以逐步解决。国际法在中国法制中的一个美好未来是可期待的。第一，“依法治国”是写入中国宪法的一项基本方略。随着这一方略的全面落实，中国法制将更加完备，国际法在其中的地位也将更加清晰。第二，“国家尊重和保障人权”的宪法条款将进一步推进中国对大量人权条约的适用作出反应。第三，运用国际法能力的日益娴熟和全民国际法意识的日益增强将奠定国际法在中国持续良性发展的基础。



: ,

발표: 여 민재 교수  
(중국인민대학 법학원)  
번역: 최 송자 교수(경남대)

I. 중국 법제건설 중 국제법의 발전 .....	81
II. 중국 법제건설 중 국제법의 발전성과 .....	84
III. 중국 법제건설 중 국제법의 문제점 .....	87
IV. 중국 법제건설 중 국제법 문제 해결 .....	90
V. 결론과 전망 .....	91

## I.

현대 중국의 법제건설은 기본적으로 1978년을 분수령으로 전후 두 개 단계로 나눌 수 있다. 첫 번째 단계는 법제 초창기로, 그 기본 특징은 사회주의 “인치(人治)”를 실현하는 것이다. 두 번째 단계는 법제 부흥 및 회복기로, 그 기본 특징은 사회주의 “법치(法治)”를 실현하는 것이다.<sup>1)</sup> 이러한 법제건설의 진척과 더불어 국제법(국제조약과 관례)은 중국 국내법상 확립 및 발전과정에서 동일한 과정을 거쳤다.

중화인민공화국은 건국 초기부터 국제법의 존재와 가치를 인정하였다. 즉 국제법이 법률임을 인정한 것이다. 1966년 “국경 하류 외국적 선박 관리방법”은 국내법 최초로 국제조약의 지위를 인정하였다. 동법령 제16조에서는 “외국적 선박 소속 국가 혹은 정부가 우리나라 정부와 상선 통항협정을 체결한 경우에 그 협정에 따라 집행할 수 있다. 협정에 규정이 없는 경우에는 동 방법에 따라 집행한다.”고 규정하고 있다. 그러나 총체적으로 볼 때 법제 초창기에 국제법은 국내법에서 적절하게 반영되지 못하였다. 전국인민대표대회 또는 그 상무위원회에서 통과된 법률에는 모두 국제조약 또는 국제관례 적용에 관한 언급이 없었고, 국제법은 주요하게 국제 차원에서 작용을 발휘하였다. 1949년에 제정된, 중국에서 임시헌법성격을 띤 “중국인민정치협상회의 공동강령”은 구 정부가 체결한 조약의 처리 원칙을 확립하였다. 공동강령은 제55조에서 “국민당정부가 외국정부와 체결한 각종 조약과 협정에 대해 중화인민공화국 중앙인민정부는 심사를 거쳐 그 내용에 따라 각각 승인, 폐지, 수정, 재체결을 하여야 한다. 중앙인민정부 수립 공고는 중앙인민정부는 평등호혜 및 상호 영토주권 존중 등 원칙을 준수하고자 하는 모든 외국정부와 외교관계를 건립하고자 함을 선포한다.”고 규정하고 있다. 1954년 헌법은 전국인민대표대회 상무위원회

1) 李步云, “中国法治历史进程的回顾与展望”, 《法学》, 2007年 第9期

와 국가주석의 직권관련 규정에서 조약의 비준 또는 폐지문제를 거론하였지만 여전히 조약의 국내법상에서의 지위에 대한 언급이 없었다. 따라서 중국에서 국제법 적용은 대외관계에 집중되어 있어 승인, 계수, 이중국적, 영토와 조약 등 문제 해결에서 국제법 원칙, 규칙을 광범위하게 채택 및 적용하고 있었다. 주목할 점은 중국은 이 시기에 국제법의 발전을 적극적으로 도모하였다. 전형적인 사례로 중국과 인도가 공동으로 창설한 “아시아국제법”이라고 하는 평화공존 5항원칙을 들 수 있다.

1978년 중국공산당 제11기 3중전회는 중국법제의 새로운 발전국면을 열어놓았다. 이때부터 국제법의 국내법상 지위에도 질적인 변화가 발생하기 시작하였다. 1982년 “민사소송법(시행)”은 처음으로 국제조약의 적용에 관한 규정을 두었다. 동 법은 제188조에서 사법면제권을 향유하는 외국인, 외국조직 또는 국제조직에 제기된 민사소송에 대해 인민법원은 중국의 법률과 중국이 체결 또는 가입한 국제조약의 규정에 따라 처리한다고 규정하고 있다. 제189조에서는 중국이 체결 또는 가입한 국제조약에 동 법과 다른 규정이 있는 경우 당해 국제조약의 규정을 적용한다고 규정하고 있다. 그러나 중국이 유보를 한 조항은 제외된다. 민사소송법의 국제법 적용관련 규정은 기타 법률·법규의 표준모델로 되어 “민법통칙”, “형법”, “형사소송법”, “행정소송법”, “특허법” 등 기본법률은 모두 유사한 조항을 도입하였다.

행정기관과 사법기관을 포함한 국내기관에서 국제법을 집행하도록 하기 위해서 국무원과 최고인민법원은 또 일련의 행정명령과 사법해석을 반포하였다. 예컨대, 1980년 국무원은 “우리나라가 海牙협약과 몬트리올협약에 가입하는데 관한 통지”에서 “각 지역, 각 유관 부서는 상술한 국제협약의 관련 조항을 잘 집행”할 것을 요구하였다. 최고인민법원은 1988년 “중·외 사법공조협약을 집행하는데 관한 통지”에서 관련된 담당법원은 외국법원의 사법공조 요청을 받은 경우에 반드시

엄격하게 중국과 요청국 간에 체결한 사법공조협약 규정에 따라 처리해야 한다고 하였다. 최고인민법원은 2002년 “민사소송증거에 관한 일부 규정” 제11조에서 당사자가 인민법원에 제출한 증거가 중화인민공화국 영토 밖에서 형성된 경우에 당해 증거는 반드시 소재국 공증기관의 공증과 당해 국가 주재 중화인민공화국 대사관 또는 영사관의 인증을 받거나 중화인민공화국과 당해 소재국 간에 체결한 관련 조약 중 규정한 증명절차를 이행하여야 한다고 규정하고 있다. 이외에도 중국은 국제적 장소에서 조약의 적용에 대해서 그 적용을 정중하게 천명하였다. 1990년 고문금지위원회에서 중국정부가 제출한 “고문금지 협약” 집행 보고서 심사 시 협약의 중국 국내에서의 적용문제에 대해 질의하였을 때, 중국대표는 “당해 협약의 구체적 조항은 우리나라에서 직접 적용이 가능하다.”고 대답한 바 있다.<sup>2)</sup>

국제법이 중국 법제건설의 두 번째 단계에 적절한 위치를 찾게 된 원인은 쉽게 해명할 수 있다. 근본적으로 두 가지 원인으로 귀결된다. 첫째, 개혁개방정책은 외국과의 교류 및 국제적 협력의 새로운 국면을 열어놓았다. 중국은 각종 유형의 국제조약을 대량으로 체결 또는 가입하였고 많은 섭외 민·상사, 경제관계가 출현하였으며 국제사법공조의 필요성이 날로 증가하였다. 이 모든 것은 모두 국내법에서 명확한 지위 확정이 필요하였다. 둘째, 국가 지도자와 최고입법기관의 중시이다. 전 국가주석 강택민은 지도간부 특히 고위층 지도간부는 국제법 지식을 배워 국제법 운용능력을 제고시켜야 한다고 요구한 바 있다. 전 전국인민대표대회 상무위원회 위원장 이 붕은 전국인민대표대회 상무위원회에서 인원을 조직하여 국제법 지식을 습득하도록 하는 것이 인민대표대회 사업을 잘 해나가는데 가지는 중요한 의의를 강조한 바 있다.<sup>3)</sup> 이 때문에 중국공산당 정치국과 전국인민대표대회

2) 王铁崖, “条约在中国法律制度中的地位”, 《中国国际法年刊》, 1994年, 第9页

3) “中共中央举行国际法知识讲座, 江泽民主持并讲话”, 《人民日报》, 1996年 12月 10日, 第1版; “李鹏在全国人大常委会第十四次法制讲座上强调要善于运用国际法处理国

, 가

상무위원회에서는 지금까지 여러 차례에 걸쳐 국제법 관련 세미나를 개최하였다.<sup>4)</sup>

## II.

개혁개방 후 30년간의 끈질긴 노력 끝에 국제법은 중국법제 발전과정에서 큰 성과를 거두었다. 이러한 성과는 아래 몇 개 분야에서 주로 나타난다.

첫째, 국제법은 중국 법률체계의 각 법률영역에 전면적으로 적용되었다. 현재 중국의 헌법을 핵심으로 하는 중국특색의 사회주의 법률체계는 주요하게 7개 법률영역과 3개 상이한 차원의 법률규범으로 구성되어 있다. 7개 법률영역에는 헌법 및 헌법관련법, 민법·상법, 행정법, 경제법, 사회법, 형법, 소송 및 비소송절차법이 포함된다. 3개 상이한 차원의 법률규범에는 법률, 행정법규, 지방성법규와 자치조례 및 단행조례가 포함된다.<sup>5)</sup> 7개 법률영역의 법률·법규에는 모두 국제조약 또는 국제관례 적용관련 조항이 포함되어 있다 (아래 표 참조). 또한 1998년 “배타적 경제수역과 대륙붕법” 제13조에서는 처음으로 “국제법” 개념을 중국 법률체계에 도입하였다.

둘째, 국제법에는 광범위한 주제가 포함된다. 민·상사로부터 지적재산권 보호에 이르기까지, 형사관할권으로부터 법 집행과 사법공조에 이르기까지, 외교와 영사관계로부터 국방에 이르기까지, 관세로부터 운송에 이르기까지, 자원이용으로부터 환경보호에 이르기까지, 교육으로부터 법률서비스에 이르기까지, 測繪로부터 무선전관리에 이르

---

家关系和国际事务”, 《人民日报》, 2000年 4月 30日, 第4版

4) 1994년부터 2008년까지 중국공산당 중앙정치국은 3차례에 걸쳐 집단적으로 국제법을 배웠고, 전국인민대표대회 상무위원회에서는 5차례에 걸쳐 집단적으로 국제법을 배웠다.

5) 国务院新闻办公室, “中国的法治建设”, 2008年 2月

기까지 무릇 개인권리와 국가관리활동과 관련된 법률·법규에는 모두 조약 또는 협정 적용관련 조항이 있다.

		•	
1			27
2	•		142
3			97
4			8
5			4
6			9
7			238

셋째, 국제법 적용 방식이 다양하다. 중국법률은 국내법에서 국제법을 적용하는 모델로 기본적으로 두 가지를 채택하고 있다. 한 가지는 직접적용이고, 다른 한 가지는 전환적용이다. 후자는 “홍콩특별행정구 기본법” 제39조 제1항을 예로 들 수 있다. 이 조항은 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약”, “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약” 그리고 국제노동협약의 홍콩 적용 관련 규정은 계속하여 유효하며 홍콩특별행정구의 법률을 통해 시행한다고 규정하고 있다. 그러나 직접적용은 국제법 적용의 주요한 모델이다. 직접적용은 입법에서 상이한 형태로 표현되는데 대체적으로 아래 몇 가지 형태가 있다.

(1) 관련 국제조약의 직접적용을 성문화하여 규정하는 것이다. 즉 관련 사항에서 중국이 체결 또는 가입한 국제조약 또는 협정을 적용하는 것이다. 이것은 가장 많이 채택되고 있는 유형이다. 예컨대, “상표법”은 제9조에서 외국인 또는 외국기업이 중국에서 상표등록을 신청하는 경우 그 소속국과 중화인민공화국이 체결한 협약 또는 공동으로 가입한 국제조약에 따라 처리하거나 대등원칙에 근거하여 처리하여야 한다고 규정하고 있다.

, 가

(2) 국제조약에 별도의 규정이 있는 경우 국제조약의 규정을 적용한다. 예컨대, “외교특권과 면제조례” 제27조에서는 “중국이 체결 또는 가입한 국제조약에서 별도의 규정이 있는 경우 국제조약의 규정에 따라 처리한다. 다만 중국에서 유보를 한 조항은 제외된다.”고 규정하고 있다.

(3) 조약과 관련 국내법에 서로 다른 규정이 있는 경우, 국제조약의 규정을 적용한다. 예컨대, “민법통칙” 제142조 제2항에서는 “중국이 체결 또는 가입한 국제조약에서 중국의 민사법률과 다른 규정이 있는 경우 국제조약의 규정을 적용한다. 그러나 우리나라가 유보를 한 조항은 제외된다.”고 규정하고 있다.

(4) 관련된 국내법에 규정이 없는 사항은 국제법을 적용한다. 예컨대, “배타적 경제수역과 대륙붕법” 제13조에서는 “중국이 배타적 경제수역과 대륙붕에서 향유하는 권리는 이 법에서 규정하지 않은 경우 국제법에 근거하여 행사한다.”고 규정하고 있다.

(5) 은유적인 적용이다. 즉 국제법을 명문으로 제시하지 않았지만 관련 문제는 사실상 국제법을 적용하여야 한다. 이것은 주로 외자 징수관련 보상에서 구현된다. “삼자기업법”과 “대외합작으로 육지와 해양 석유자원을 채굴하는 조례”에서는 징수 시 상응한 보상을 지급해야 한다고 규정하고 있다. 그러나 어떻게 보상할 것인지에 대한 법적인 규정이 없다. 이것은 엄연하게 국제법을 기준으로 하여야 하는 것이다. 중국과 외국 간에 체결한 쌍무투자보호협정에서는 일반적으로 “징수에 대해 충분하고 즉시적이며 유효한 보상을 제공”한다는 조항이 포함된다.

넷째, 중국법제의 현대화와 인간본위(以人爲本)의 원칙을 추진한다. 중국은 관련된 국제조약과 국제관례를 국내법체계에 수용하였을 뿐만 아니라 중국이 이행해야 하는 국제의무에 근거하여 많은 국내법을 제

정하고 개정하였다. 특히 2001년 WTO에 가입한 후 중국은 국내법에 대한 대대적인 제정, 개정, 폐지운동을 진행하여, 일부 중국의 국제의무에 부합되지 않는 법률·법규 또는 조항을 폐지하고 수정하였고, 일부 법률·법규들을 신규 제정하였다. 예컨대, “대외무역법”, “중외합자경영기업법”, “중외합작경영기업법”, “외자기업법”을 개정하였고 “반덤핑조례”, “반보조금조례”, “반세탁법”을 신규 제정하였으며 테러범죄와 세탁범죄를 증설하였다. 2004년 중국은 처음으로 “국가는 인권을 존중하고 보장한다.”는 조항을 헌법에 규정하여 헌법 차원에서 중국법률의 인간본위의 사상을 확보하였다. 역사적 의의를 지니는 이 관념이 중국 법률체계에 도입된 것은 중국이 국제인권 관련 협약에 대부분 가입하고 국제인권 협력사업에 많이 종사하는 것과 무관하지 않다.

다섯째, 국제법은 국내실천과정에서 확실하게 집행되고 있다. 국제조약의 관련 조항 또는 국제관례는 많은 지적재산권, 해사와 국제무역 등 방면의 사건에서 직접 사건재판의 법적 근거로 원용되고 있고, 사법공조는 해마다 증가하는 추세를 보이고 있다. 많은 민·상사 사법공조 요청은 유효하게 집행되고 있고 동시에 일부 국가 및 국제조직과 유효한 형사사법공조를 전개하여 상호 증거자료 수집을 협조하고 불법으로 전이된 범죄소득을 가압류 및 반환하며 도피중의 범죄용의자를 인도 또는 호송하고 있다.<sup>6)</sup>

### III.

국제법은 중국법제발전과정에서 아직도 해결해야 할 문제들이 존재한다. 아래 3개 방면의 주요한 문제가 존재한다.

첫째, 국제법은 국내법에서 아직 명확한 지위가 없다.

국제법은 중국법률의 일부분 또는 중국의 법원 여부가 명확하지 못

6) 国务院新闻办公室, “中国的法治建设”, 2008年 2月



하다. 중국 헌법에서 언급하지 않았고 입법법에서도 전혀 언급하지 않았기 때문이다. 민법통칙과 민사소송법 등 기본법률에서 조약 또는 국제관례의 직접적용을 규정하여 각자의 규범영역 내에서 국제법은 중국법의 법원임을 사실상 인정하고 있지만, 이로부터 국제법은 중국법의 법원이라는 결론을 도출해 낼 수는 없다. 이 원인 때문인지는 모르겠지만 일부 중국인들은 국제법을 법으로 간주하지 않는다.

둘째, 국제법의 국내 적용문제를 해결할 수 있는 일반원칙이 없다.

국제적으로 통용되는 방법은 국제법 수용방식에 대해 헌법에서 규정한다. 중국 헌법은 여러 차례에 걸쳐 개정되었지만 여전히 유사한 규정이 없다. 입법법 제정 시 이 문제 해결을 시도하였지만 결국엔 성공하지 못하였다. 중국이 현재 채택하고 있는 것은 사안에 따라 각각 해결하는 원칙이다. 즉 구체적인 상황에 근거하여 관련된 법률·법규에서 조약 또는 관례의 직접적용여부에 대해 명문으로 규정하는 것이다. 이러한 방법은 인식상의 혼선과 불통일을 초래한다. 전 전국인민대표대회 상무위원회 위원장 이 봉은 중국은 국제조약의 관련 내용을 국내법으로 제정하는 등 방식으로 중국이 체결하였거나 가입한 국제조약을 국내에서 적용한다고 언급한 바 있다.<sup>7)</sup> 이것은 일부 국가에서 채택하는 “전환(转化)”방법으로 볼 수 있다. 그러나 앞에서 소개한 중국대표가 고문금지위원회 문제에 대한 답변에 따르면, 중국에서 채택하고 있는 것은 “납입(纳入)”방법이다. 일맥상통하게 이론상 어떤 이들은 중국이 채택하고 있는 것은 납입방식이라고 판단하고, 어떤 이들은 납입과 전환이 상호 결부된 혼합방식이라고 판단한다. 실제로 중국에는 전환 실천이 없고 동시에 납입을 하나의 보편적인 법치원칙으로 인정하지도 않는다. 왜냐하면 “대외무역법”, “해관법”, “대기오염방지법” 등 기본법률에서는 근본적으로 관련된 조약의 국내 적용문제

7) “李鹏在全国人大常委会第十四次法制讲座上强调要善于运用国际法处理国家关系和国际事务”, 《人民日报》, 2000年 4月 30日, 第4版

에 대해 언급이 없기 때문이다. 이러한 상황은 관련 국제조약의 중국에서의 적용에 직접적인 영향을 초래한다. WTO 협정과 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약”이 중국에서 직접적용이 가능한지 여부에 대해 진행된 논쟁이 바로 그 사례이다.

셋째, 법원에서 국제법을 부당하게 적용하고 있다.

이것은 주로 조약에 대한 확대적용과 축소적용에서 나타난다. 전자는 조약을 적용하지 말아야 할 상황에서 관련된 조약을 재판의 법적 근거로 삼는 것이다. 이 방면의 사례로 북경 “달대사관”이 북경시 공상국을 대상으로 위법행정소송을 제기한 사건을 들 수 있다. 북경시 제1중급인민법원은 당해 사건 재판에서 1966년 “달과 기타 천체를 포함한 외기권의 탐색과 이용에 있어서의 국가활동을 규율하는 원칙에 관한 조약”의 관련 조항(중국에서는 1983년에 비준했음)을 원용하였다. 그러나 중국의 그 어느 법률·법규도 동 조약의 직접적용에 관한 규정을 하지 않았기 때문에 이 사건에서 동 조약을 판결의 근거로 하는 데에는 의문이 제기될 수 있다.

조약 적용의 축소는 반드시 조약을 적용해야 하는 상황에서 관련 조약을 법적 근거로 적용하지 않는 것이다. 이 방면의 사례로 중국의 배타적 경제수역에서 한척의 외국선박이 중국선박에게 주유한 사건을 들 수 있다. 중국의 모 법원은 형법과 해관법 위반으로 당해 외국선박 선장에 대해 형사소송을 제기하였다. 이러한 법률 적용은 마찬가지로 의문을 낳는다. 당해 사건에서 논점은 해관법이 배타적 경제수역에 적용될 수 있는지 여부에 맞추어져 있다. 중국의 “배타적 경제수역과 대륙붕법” 제13조의 규정에 따르면, 중국이 배타적 경제수역에서의 권리에 대해 동 법에서 규정하지 않은 경우 국제법에 따라 행사한다. 여기에서 말하는 국제법에는 당연히 1982년 “해양법에 관한 국제연합협약”(중국은 1996년에 비준하였음)이 포함된다. 다시 말해서 해관법의 적용여부에 대해 결정할 때 1982년 협약을 근거로 하여야 한

다. 1982년 협약에 근거하면 해관법은 배타적 경제수역에 적용될 수 있는 법률이 아니다. 이 점은 국제해양법재판소에서 1999년 “塞加号” 사건에 대해 내린 판결에서 입증되었다.

#### IV.

국제법이 중국 국내법에서 직면한 문제를 해결하는 근본적인 방법은 헌법에서 국제법의 지위에 대해 명확하게 규정하는 것이다. 이것은 헌법 개정 시 국제조약과 국제관례 수용관련 조항을 증설하여 해결할 수 있다. 헌법에 규정이 있으면 어떤 수용방식을 택하든 국제법의 중국법률체계에서의 지위문제는 완전하게 해결을 볼 수 있다.

만약 이 목표가 단기간에 달성될 수 없다면 실용적인 방법은 사법기관을 포함한 국가기관에서 엄격하게 헌법과 법률에 근거하여 직무를 수행하는 것이다. 법에 따라 일처리를 하는 것은 중국 법치의 요구이다. 이것이 국가기관의 업무 집행과정에서 공직자들이 관련 법률·법규는 국제조약 또는 국제관례를 수용하였는지 여부에 근거하여 국제법 적용여부를 결정하는 것으로 구현된다. 다시 말하면, 국제법을 적용해야 하는 경우 반드시 국제법에 따라 처리해야 하고 적용하지 말아야 하는 경우 억지로 적용해서는 안 된다. 중국이 이미 비준 또는 가입한 조약이 국내법에서 명확한 법조문이 없는 경우 국내법과 국제조약에서 부여한 의무의 일치성을 확보해야 한다. 이를 위해 관련 법률·법규를 제때에 개정하거나 신규 제정하여야 한다.

법에 따른 일처리와 국제의무 준수가 유효하게 실현되게 하려면 교육연수와 홍보는 불가결하다. 현재 중국에서는 국가공직자를 대상으로 순환연수 프로그램을 실시하고 있다. 각종 유형의 각급 연수기구는 국제법 지식을 연수내용의 일부분으로 하여야 한다. 동시에 중국은 2005년에 “인민일보”에서 1년이란 시간으로 인권법 지식을 홍보한 것처럼 국제법 지식을 홍보하여야 한다. 계획적이고 체계적으로 국제

법 지식 연수와 보급을 진행하여야만 국가기관의 각급 공직자들은 국제법의 성격, 조약의 국내적용 등 명제를 정확하게 이해하고 국제법도 법이라는 관념을 확고하게 수립할 수 있을 것이다.

## V.

개혁개방 30년은 국제법이 중국법제 건설과정에서 큰 성과를 거둔 30년이다. 중국 법률체계를 구성하는 법률영역과 주제와 관련하여 그리고 조약의 적용방식과 사법실천에서 국제법의 국내법상 지위는 모두 전례가 없는 것으로 중국의 국제약속을 지키는 전통적인 미덕을 충분히 보여 주었다. 현재 일부 부족한 점들이 있기는 하나 필경 이것은 발전과정의 문제점으로 중국은 앞으로 열심히 해결책을 고안하여 하나하나씩 해결해 나가리라고 믿는다. 국제법의 중국법제과정에서의 밝은 미래는 기대해도 좋을 것이다. 첫째, “의법치국(依法治國)”은 헌법에 기재된 하나의 기본방침이다. 이 방침의 전면적인 실천에 따라 중국법제는 더욱 완벽해 질 것이고 국제법의 중국법상 지위는 더욱 명확해 질 것이다. 둘째, “국가는 인권을 존중하고 보장한다.”는 헌법조항은 중국이 대다수의 인권조약 적용관련 규정을 제정하도록 할 것이다. 셋째, 국제법 원용능력이 날로 제고되고 전 국민의 국제법 의식이 날로 높아지면서 국제법이 중국에서 지속적으로 건전하게 발전할 수 있는 토대가 마련될 것이다.

2

,   
 최 대 권 교수  
(서울대학교 명예교수, 한동대학교 석좌교수)

[Empty Box]	
I. 머리말 - 민주주의 및 시장경제와 선진화 .....	97
II. 법치주의와 민주주의(및 시장경제)와의 문제 .....	100
1. 법치주의의 의의 .....	101
2. 법치주의의 필요불가결성 .....	103
3. 법치주의를 해(害)하는 사회문화적 요인 .....	111
III. 준법의 문제 - 준법정신의 고양은 법치주의 선진화의 관건 .....	114
IV. 맺는말 .....	117

## I.

공법학회로부터 부여받은 논문의 위 주제명에 충실하자면 우리의 논의의 내용과 범위를 한정하기 위하여 민주, 법치 및 선진화의 의미를 분명히 해두는 것이 순서라고 판단된다. 그리고 잠시 후에 정의하는 바와 같이 민주 및 법치는 선진화의 중요한 변수인 만큼 우선 선진화의 의미부터 살피는 것이 좋다고 생각된다. 그리고 우리가 정의하려는 선진화는 선진국화 내지 선진국으로 나아간다거나 선진국이 되는 것을 의미한다고 생각되기 때문에 선진국이 무엇이냐를 밝히는 것이 1순위의 작업이라고 생각된다. 선진국의 사전적 의미는 “학예·산업 기술 그 밖의 일반문화에 있어서 비교적 먼저 발달된 나라”(이회승)이고 이에 대비되는 나라가 후진국이다. 영어 advanced state 또는 developed country의 어의에 충실하자면, 앞선 나라를 의미할 뿐이다. 그리하여 어느 분야(예컨대 미술, 종교행위, 군사무기발달 등)에서 앞선 나라도 상정할 수 있다. 미술(예컨대 미적 표현)을 가지고 이야기한다면 아프리카의 미술이 프랑스의 미술보다 못하다고 말할 수 없다. 다만 미술시장을 가진 미술을 가지고 이야기한다면 프랑스가 선진국이라고 할 수 있을 것임에 틀림없다. 아마도 통상적으로 널리 쓰이는 선진국 개념의 함의는 대체로 민주주의와 시장경제가 앞선 나라를 중심으로 하는 것이 아닐까 생각한다.

오늘날 통상적으로 선진국으로 지목되는 나라들은 일본을 제외한다면 주로 서 유럽의 여러 나라와 미국을 중심으로 하는데, 우연히도 민주주의와 시장경제가 가장 앞선 나라들이다. 이렇게 정의되는 선진국 개념은 민주주의 및 시장경제에 각기 여러 발전의 단계가 있음을 포섭하는 개념임을 알 수 있다. 민주주의에서도 가장 앞선 민주주의로부터 독재가 아닐 뿐인 단계의 정체(政體: 이를 민주주의라 부를 수 있을지는 논쟁의 여지가 있을 수 있다)에 이르기까지 사이에

여러 발전단계의 민주주의를 상정할 수 있다<sup>1)</sup>. 가장 앞선 민주주의의 국가가 선진국으로 통한다. 경제발전에서도 가장 발전한 경제로부터 최빈곤국에 이르기까지 다양한 경제발전 단계가 있음을 우리가 알고 있다. 그리고 가장 발전한 경제는 한결같이 시장경제이고 그 정치체제는 가장 앞선 민주체제이다. 그리하여 여기서 가장 앞선 민주주의와 가장 앞선 시장경제의 필연적인 결합관계를, 그리고 가장 앞선 민주주의와 가장 앞선 시장경제가 선진국을 만드는 것(필수조건)이라고 말할 수 있다고 믿는다. 선진국인 소위 자본주의국가와의 경쟁체제에서 국가통제경제(command economy: 이 국가경제체제는 전체주의독재체제의 지지를 받았다)체제를 지냈던 소련권의 몰락은 민주주의와 시장경제의 필연적인 지지관계뿐만 아니라 시장경제(및 민주주의)와 선진국의 필연관계를 오히려 극적으로 증명해 주는 것이라고 생각된다.

나아가 설사 선진 민주주의와 선진 시장경제를 지닌 경우 그것으로 선진국의 필요조건은 충족하였다고 말할 수 있을지라도 충분조건까지 충족하였다고 말하기는 어렵지 않을까 하는 유보의 태도는 여전히 정당화될 수 있다고 생각된다. 왜냐하면 선진국은 선진 민주주의 및 선진 시장경제뿐만 아니라 선진 “학예” 등 다른 영역에 있어서의 선진화도 포함하는 개념이라고 생각되기 때문이다. 즉 졸부 선진 민주주의의 선진 시장경제도 가능할 것이기 때문이다. 그렇더라도 앞선 민주주의 및 앞선 시장경제는 문화 등 다른 영역의 선진화를 촉진하는 호의적인 요인으로 작용하기 때문에 선진 민주주의의 선진 시장경제의 나라는 선진 문화국일 경우가 많다고 생각한다. 다만 이곳에서의 논의의 편의를 위하여 선진 민주주의 및 선진 시장경제를 중심으로 하여 선진화의 문제를 다루려고 한다.

아무튼 우리나라는 자칭 타칭으로 중진국이다 혹은 선진국의 문턱

1) Giovanni Sartori, “Democracy” in *the International Encyclopedia of the Social Sciences*, 117-118면 참조.



에 와 있다고 말하고 있다. 그리하여 한 단계 더 도약하여 선진국이 되는 선진화가 지금 우리의 화두가 되고 있는 것이다. 그리하여 우리의 민주주의(및 시장경제)가 그리고 법치주의가 어떠한가 한 단계 더 나아가 선진화를 이룩할 수 있느냐가 이 선진화 화두의 핵심적 질문이 되고 있다. 일본의 경제가 선진 시장경제임은 의문의 여지가 없지만 그들의 민주주의가 앞선 민주주의인지는 의문이다. 법치주의의 외형에도 불구하고 그것은 화(和)로 표현되는 일본사회의 전월일치적 공동체결정의 존중의 결과일 뿐이라는 진단<sup>2)</sup>이라든지 극단적 사법소극주의, 소수자보호의 부재 등<sup>3)</sup>이 그렇게 생각토록 만든다. 민주주의의 발전단계의 시각에서 보았을 때 우리나라의 민주주의를 앞선 민주주의라고 말하기는 힘들 것이라고 판단된다. 앞선 민주주의 여부 판단의 잣대의 하나인 체제의 정치적 안정성(political stability)과 능률(performance)의 면에서 보았을 때, 우리나라의 민주주의는 아직은 선진 민주주의라고 말하기는 힘들 것이고, 겨우 헌법의 규정에 따라 정기적으로 선거가 행하여지고 정권교체가 이루어지는 입헌민주주의(constitutional democracy)의 단계라고 생각된다. 그러므로 어떻게 하여야 입헌민주주의로부터 한 단계 더 나아가 선진 민주주의에 이를 수 있을까 하는 민주주의 선진화의 과제를 안고 있다고 판단된다.

이곳에서 우리가 민주주의와 선진화가 어떠한 관계에 있느냐, 우리가 내린 주장(민주주의는 시장경제와 함께 선진화의 필수조건이다)과 달리 민주주의와 다른 정치체제의 길을 따라 선진국이 될 수는 없는 것이냐는 질문을 진지하게 던질 수 있다고 생각한다. 다만 그 길을 보여주는 역사적 사실이 없으며 옛 소련의 몰락도 우리의 주장을 옹호하는 자료가 된다고 생각하지만 동시에 다음과 같은 이론적인 차원

2) John Own Haley, *Authority Without Power: Law and the Japanese Paradox*, (Oxford University Press, 1991), 특히 186면 이하, 197면 이하.

3) 崔大權, “比較 社會·文化的 文脈에서 본 司法積極主義와 司法消極主義: 하나의 探索,” 서울대학교 法學, 19-39면(2005).

, 가

에서도 우리의 주장은 설득력을 갖는다고 생각한다. 한 나라 한 사회의 능력은 소수 정예의 능력 발휘에 의하여서 보다는 각 사람 각각의 능력이 최고도로 발휘될 수 있고 이 능력들이 결집되어 발휘될 수 있을 때 전체적 장기적으로 더 크게 발휘될 수 있다고 생각되는 것이 그것이다. 그렇다면 법치주의는 민주주의(및 시장경제)와, 그리고 선진국화와 어떠한 관계를 가지는 것이냐 하는 것이 우리의 다음에 던질 질문이 된다고 생각한다.

## II. ( )

우리나라에서 적어도 지식으로는 법치주의가 중요하다는 사실을 모르는 사람은 없다고 단언할 수 있다. 그리고 지식으로는 법치주의가 중요한 이유로서 다름 아닌 법치주의 없이 민주주의도 시장경제도 꽃피울 수 없다는 사실도 인지하고 있다. 그러나 법치주의가 왜 중요한지, 그리고 법치주의가 왜 앞선 민주주의 및 시장경제의 필수조건인지의 여부를 반드시 잘 알고 있다고 말할 수 없다. 왜냐하면 한편으로는 법이라면 되도록이면 멀리하고 싶어하는 정서(情緒)가 전통적으로 도사리고 있기 때문이다<sup>4)</sup>. “법 없이 살 사람”이라는 표현을 아직도 좋은 이웃을 지칭하는 표현으로 사용하기를 선호하는 문화가 존재하는 것이 그것이다. 그리하여 법치주의는 그 실천의 문제에 이르게 되면, 법을 되도록이면 멀리하고 싶어하는 정서에 편승하거나 이와는 별개로 법치주의 전개과정의 도처에 법 경시의 사상과 행동 내지 편의주의(便宜主義)가 나타나고 있음을 관찰할 수 있기 때문이다. 이처럼 법 경시의 사상과 행동이 나타나면 그만큼 법치주의는, 그리하여 민주주의 및 시장경제의 선진화는 좌절되거나 혹은 그 실현이 제약을

---

4) Dai-Kwon Choi, “A Legal Profession in Transformation: The Korean Experience,” in William L.F. Felstiner, ed., *Reorganization and Resistance: Legal Professions Confront Changing World*, (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005), 특히 193면 참조.

받을 것임에 틀림없다.

그렇다면 법치주의란 무엇이며, 어찌하여 민주주의 및 시장경제가 꽃피우고 선진국화하는데 꼭 필요한 전제조건일 수 있는지, 그리고 결국 법치주의를 좌절시키는 요인이 되는, 법을 멀리하고 싶어하는 정서 및 법 경시사상 내지 행동 또는 편의주의의 내지 법의 수단관(手段觀)은 어떻게 하여야 극복할 수 있을지 하는 문제를 아래에서 살펴보자.

## 1.

법치주의를 법이 통치의 중요한 수단이 되는 법에 의한 통치(rule by law)의 의미로 쓴다면 이 세상에 법치주의가 아닌 나라는 없다. 심지어 북한과 같은 일인 독재의 전체주의국가도 법치주의의 국가라고 할 수 있다. 그러나 우리나라 헌법을 비롯한 자유민주주의 국가 헌법의 바탕이 되고 있는 법치주의(the rule of law)는 다음과 같은 요소로 이루어져 있다<sup>5)</sup>. 첫째로 법치주의에서 말하는 법은 무엇보다도 자연법, 정의 등을 포함하는 이성에 기초한 법, 특히 기본적 인권에 기초한 법을 의미한다. 둘째로 법치주의에서 말하는 법이란 일반인이 아니라 국가권력담당자를 향하고 있다. 그리하여 법치주의 국가의 법은 법을 집행하는 국가기관(행정 및 사법) 뿐만 아니라 입법기관(국회)도 구속한다. 이 후자의 요소가 위헌법률심사제도임은 물론이다. 셋째로 국회가 제정하는 법(입법)은 모든 것을 구속한다. 넷째로 무엇이 법이냐의 판단은 정치적 권력으로부터 독립된 사법기관이 수행한다(사법권의 독립)는 점을 본질적 내용으로 한다.

---

5) 崔大權, 憲法學講義, 증보판, (서울: 博英社, 2001), 321-326면, 특히 322면; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, (Cambridge University Press, 2004), 특히 제7장 91면 이하; A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., (London: MacMillan, 1959), 183면 이하.

이러한 요소들을 본질적 내용으로 하는 법치주의의 국가에서 말하는 법은 원칙적으로 다음과 같은 형식적 원칙 내지 특징을 나타내고 있다. 법의 일반적 적용가능성(*generality*), 장래로 향한 미래효의 원칙 또는 소급효금지 원칙, 명확성(*clarity*), 공개의 원칙, 안정성(*stability*) 등의 형식적 원칙들이 그것이다. 가령 복지국가에서 요구되는 소위 처분적 법률이 일반적 추상적 법률의 입법원칙과 충돌하는 것이 아니냐의 이론문제를 일으키는 것도 법치주의에서 요구되는 이러한 형식적 법원칙에 어긋나는 것이 아니냐의 문제를 제기하기 때문이다. 입법으로 표출되는 조령모개(朝令暮改)가 법치주의에서 요구되는 법의 안정성의 원칙에 어긋나는 것임은 물론이다.

이러한 법치주의에서의 법의 형식적 특징들은, 후술하는 바와 같이, 민주주의와 시장경제의 필수적인 전제요건이 되는 법제도의 예측가능성(*predictability*) 및 법적 안정성(*legal stability*)의 기초가 된다. 법제도가 예측가능성 및 안정성을 주지 아니하고는 투자도 계약 및 재산권의 보호도 이루어지지 아니하기 때문이다. 막스 웨버가 자본주의의 축진요소로 거론하는 법제도의 소위 형식적 합리성(*formal rationality*)<sup>6)</sup>이란 법의 이러한 형식적 요소들로 이루어져 있다고 판단된다.

법치주의의 이 같은 형식적 원칙 내지 특징만으로는 법치주의는 결코 완결적이라고 말 할 수 없다. 이러한 형식적 원칙 내지 특징만으로는 법의 실질적 내용을 문제로 삼지 아니하기 때문이다. 즉 이러한 형식적 원칙 내지 특징을 갖추었다고 하더라도 법의 실체적 내용이 정의의 원칙이나, 자연법, 이성의 법에 어긋나거나 기본적 인권에 반하는 경우에는 독재에 봉사하는 법일 수 있기 때문이다. 말할 것도 없이 법치주의의 이러한 실체적 내용이 위헌법률심사제도의 기초를 형성한다. 자유민주주의는 법치주의의 형식적 원칙 내지 특징뿐만 아

6) Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, (London: MacMillan, 1978), 93aus 이하.

나라 그 실체적 정의의 원칙들을 내용으로 할 때 비로소 이루어진다. 이러한 의미에서 법은 자유의 수단이라고 할 수 있다.

## 2. 가

법치주의가 발전하면 시장경제체제에 바탕을 둔 경제의 발전을 가져온다는 명제를 모르는 사람은 없다. 그리고 이 명제의 근거를 법치주의가 가져오게 마련인 법제도의 예측가능성과 안정성에 두고 있다. 계약법, 재산법 등 법제도의 예측가능성과 안정성이 시장의 행위자들로 하여금 안심하고 계획을 세우며 투자를 행할 수 있도록 할 것이기 때문이다. 이러한 점은 시장경제가 앞선 나라들이 하나 같이 법치주의가 앞선 나라들이라는 사실에서도 알 수 있을 뿐만 아니라 우리나라가 중진국의 지위에서 선진국의 지위로 나아가면서 시행착오적으로 절실하게 체험하고 있는 바이기도 하다. 우리나라가 경제위기에서 단기적인 외채의 급증으로 일어난 것이라 하더라도 IMF 국제구제금융으로 회생하면서 절실하게 체험하고 있는 바이기도 하다. 구조조정, 투명성의 확보, 비자금의 문제, 파생소수주주권, 규제철폐, 회사파산 및 회생제도 등 많은 것을 체험해 오고 있다. 법치주의가 확립되지 아니하면 선진국으로의 한 단계 도약이 어렵다는 사실은 우리나라에서도 이제 상식이 되고 있다.

오늘날 미국을 중심으로 하는 서양의 문헌들은 거의 예외 없이 경제발전과 법치주의를 결부시키는 처방을 내놓고 있다<sup>7)</sup>. 더구나 최근

---

7) David M. Trubek and Alvaro Santos, ed., *The New and Economic Development: A Critical Appraisal*, (Cambridge University Press, 2006); D.M. Trubek, "Law and Development" in N.J. Smelser and Paul B. Baltes, eds., *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford: Pergamon, 2001); David M. Trubek and Marc Galanter, "Schlars in Self-Estangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States," *Wisconsin Law Review*, 1974, 1062-1102면; David M. Trubek, "Toward a Social Theory of law and Development," *Yale Law Journal*, 82권 1-82면(1972) 등 참조.

에는 신자유주의의 기치 하에 거침없이 경제발전을 위한 법치주의의 처방을 내놓고 있는 것이다. 그러나 우리나라 사람들의 집단기억 속에는 1960년대, 1970년대, 1980년대의 권위주의체제 = 국가주도 하의 빠른 경제성장의 체험을 아름답게 간직하면서, 그리고 경제에서의 국가의 역할에 대한 미련을 버리지 못하면서, 다른 한편 “세계화” “규제 철폐” “선진화”를 주문같이 외고 있다. 이때의 규제철폐는 반시장적인 규제입법의 철폐를 의미하는 것임은 물론이다. 그러한 만큼 지성적으로는 우리의 과거의 권위주의체제 = 법치주의 후퇴 = 급속한 경제성장의 체험과 경제발전(또는 도약)을 위한 법치주의의 처방을 어떻게 조화롭게 체계적으로 이해할 것인가의 문제를 가지고 있다.

우리 주변 지성인 사이에서 흔히 들을 수 있는 공식은 경제성장은, 적어도 도약단계(take-off stage)에서는, 독재(우리의 경우 권위주의)가 단연 낫고, 고도화 단계에서는 (자유)민주주의 = 법치주의일 수밖에 없다는 것이다. 우리(및 대만)의 경험은 확실히 이 공식을 지지한다. 지금의 중국을 보라고도 한다. 그러나 민주주의를 하면서 고도성장을 하고 있는 지금의 인도는 어떻게 설명할 것이냐의 문제를 제기한다. 또 우리나라의 발전을 부러워하면서 찾아오는 가난한 제3세계의 지성인 방문객들에게 너희나라도 경제발전하려면 독재하라고 차마 주문할 수는 없었다는 것이 개인적인 체험이다. 모든 독재체제가 다 경제성장을 가져오는 것이 아니라는 사실은 누구나 안다. 독재체제 외에도 정치지도자의 지도력<sup>8)</sup>, 낮게 살겠다는 성취의지<sup>9)</sup>, 정치적 안정성 등이 법치주의와 함께 중요한 요인들로 떠오른다.

나아가 법치주의의 발전이 가져다주는 예측가능성 및 안정성 자체는 아닐지라도 이에 상당하는, 시장경제 주체들에게 투자의 유인을

8) Yoo Se-Hee, ed., *Political Leadership and Economic Development: Korea and China*, (Seoul: Institute for Sino-Soviet Studies Hanyang University, 1983) 참조.

9) David C. McClelland, *The Achieving Society*, (New York: Free Press, 1961) 등 참조.

주기에 충분한 예측가능성 및 안정성을 장기 독재체제가 줄 수 있다면 경제성장은 가능해지는 것은 아닐까 하는 생각<sup>10)</sup>을 우리의 과거의 체험을 근거로 하여 행할 수 있다. 우리의 과거 권위주의체제 하의 경제성장은 확실히 이 명제를 지지한다<sup>11)</sup>. 중국의 경제성장도 이를 지지한다고 할 수 있다. 그러나 우리의 논의의 틀 속에서는 우리나라와 중국의 행태는 확실히 차별화된다. 우리의 경우에는 자유민주주의(및 법치주의)와 시장경제(지금에 비하면 사회주의적인 요소를 겸하고 있었지만)의 틀(1948년의 헌법체제)을 세워놓고 시작하였다. 그리고 권위주의는 이 기본체제를 다치지 아니하고 그대로 둔 채 이와 괴리되는 권위주의적인 정치관행(practice)의 모습으로 독재가 행하여 졌다. 그리하여 헌법학적으로 우리는 “헌법규범과 정치관행의 괴리”의 현상을 지적하곤 하였다<sup>12)</sup>.

우리나라 정부주도하의 경제성장은 민법, 상법, 사법권 독립의 원칙을 담은 법원조직법 등과 같은 법치주의의 기본틀의 바탕 위에서 잇따른 5개년 경제계획에 맞추어 경제성장을 촉진하고 유도하는 외자도입법, 외환관리법, 무역거래법, 수출진흥법, 자본시장육성법 등 그 때 그 때 필요한 수많은 각종의 수단적 입법(instrumental legislation)을 제정하고 이에 따라 우수 생산업체 수출업체들에게 세금면제, 특별자금(외환)지원, 포상 등과 같은 적극적 유도정책과 함께 면허나 특혜의 박탈 등의 소극적 유도정책을 시행하여 경제성장과 소득증대를 이루어 나갔다. 법치주의는 일반적으로 적용되는 법(민법 등)과 사후적으로 개입하는 사법부의 존재 및 시장행위자의 이니시어티브가 특징인

10) Trubek의 1972년 논문은 그 말미에서 아주 조심스럽게 이러한 생각의 일단을 Brazil의 경험에 비추어 개진하고 있음은 흥미롭다. 전제 “Toward a Social Theory of Law and Development,” 48-49면 참조.

11) Frederic C. Deyo, ed., *The Political Economy of the New Asian Industrialism*, (Ithaca: Cornell University Press, 1987) 등 참조.

12) Choi Dai-Kwon, “Constitutional Developments in Korea,” *The Review of Korean Studies*, v. 6 n. 2, 27-48면, 특히 29-38면(2003).

데 비하여 우리가 체험한 정부 주도의 경제성장 모델에서는 수단적 특별입법의 제정과 사전적인 행정부의 주도로 시장행위자의 이니셔티브를 촉진하는 법집행을 특징으로 하였다. 이러한 틀 속에서 소위 행정지도(行政指導)라는 개념이 중요한 역할을 행하였다. 행정지도를 포함하는 이러한 틀은 경제성장이 고도화되면서 경제에 오히려 비능률을 초래하기 시작하였다. 이러한 때에 등장하는 정치적 민주화 및 신자유주의사상의 유입과 맞물려 이제 규제철폐와 법치주의로의 고도화는 시대의 요청으로 작용하고 있는 것이다.

이같이 우리의 권위주의체제는 법치주의·민주주의의 바탕 위에서 이와 괴리되는 권위주의적 정치관행과 함께한 정부주도의 시장경제 중심의 성장경제정책의 집행을 통하여 경제성장을 이루었던 것이다. 그러나 중국은 공산주의 혁명의 결과로 등장한 전체주의+국가계획경제(command economy)체제로 시작하여 시장을 허용하는 공산당 1당지배의 권위주의체제로 이행하였을 뿐이다. 그리하여 중국은 아직도 1당 독재의 나라이며 정치적 자유나 경제적 자유의 면에서 헌법규범과 정치행태의 괴리현상은 처음부터 없었다고 말할 수 있다. 국가주도하의 경제성장으로 태어난 시장경제가 그 필요에 의하여 점차 법치주의의 성장을 불러오고 있다고 말할 수 있다. 다만 이 법치주의의 성장이 어디까지에 이를 것인지, 민주화에 이를 것인지의 문제는 관심포인트가 된다함은 잠시 후에 언급하는 바이다.

이러한 차이점은 그 후의 전개과정에서 정치적 자유화와 민주화-선진화의 점에서 중요한 차이점을 가져오고 있다고 믿는다. 그러므로 독재체제=경제성장면에서의 유사성으로부터 마치 우리의 독재나 중국의 독재(공산독재의 점에서 북한의 독재)나 다름없는 것으로 취급하는 것은 잘못이라고 생각한다. 우리의 경우에는 더러 위협받기는 하였지만 사법권(위헌법률심사제도 포함)의 독립을 비롯하는 법치주의의 틀이 처음부터 거기에 있었다. 그리하여 소위 독재체제 하에서도 멈추



지 아니하고 전개되었던 민주화운동·노동운동이 헌법이 규정하고 있는 기본적 인권을 바탕으로 하였다. 이를테면 1987년의 민주화는 헌법학적으로는 헌법규범과 정치관행 사이의 갭을 없앤 사건이라고 할 수 있다. 그러므로 이 갭을 없애는데 기여한 요인으로 자유민주주의 헌법의 존재와 억압이 역으로 자유사상의 교육효과를 가져온 이 헌법 하의 자유주의의 확산을 들어야 한다고 생각한다<sup>13)</sup>. 또 하나의 요인은 비록 독재체제 하에서이지만 경제성장이 가져온 자유주의적 효과, 특히 중산층의 성장<sup>14)</sup>이라고 생각한다. 의식주에 여유를 가지게 된 중산층의 성장은 자유의 희구(希求), 자유주의의 확산에 크게 기여하였다고 생각한다. 이렇게 하여 얻어낸 우리의 민주화는 그 후의 평화적 정권 교체를 포함하는 민주주의의 전개 및 1987년에 도입된 헌법 재판소의 사법적극주의와 함께 우리나라의 민주주의 및 법치주의의 진전을 가져왔다. 다만 그 선진국화를 위해서는 후술하는 바와 같은 또 한 단계 도약의 과제를 가지고 있다고 말할 수 있다.

아무튼 우리의 자유화 민주화의 경험에 비추어 중국의 빠른 경제성장은 우리의 지적 호기심을 유발하기에 충분하다. 중국의 헌법이 결코 자유민주주의 헌법은 아니지만 중국공산당 지도하의 빠른 경제성장은 의문의 여지없이 중산층의 성장을 가져올 것임에 틀림없다. 이 중산층의 성장이 중국 사회에 정치적 자유화의 효과를 가져올 것이냐, 내 배가 부르고 등 따뜻하면 정치야 어떻든 상관없다는 계층으로 머무르고 있을 것이냐, 요컨대 민주화가 전개될 것이냐 하는 점이 관전의 포인트이다. 나아가 우리나라가 그리하였듯이 중국도 권위주의 정부주도 하의 경제성장드라이브(외자도입-수입대체산업육성-수출주도 산업육성-외환관리 등)도 시장의 틀을 만들고 그 틀 위에서의 경제성

---

13) 전계 Choi, "Constitutional Developments in Korea," 34-35면; 전계 Choi, "A Legal Profession in Transformation," 180-182면.

14) Ibid.

장을 내용으로 하는 것이었다. 최근에 민법(물권법)을 제정·도입하는 등 법제도 정비 작업을 전개하고 있다. 시장경제 성장에 법치주의가 불가결하다는 점을 중국도 보여주는 모습이라고 할 수 있다. 그러나 중국에서는 이에 대응하듯 아직은 법치가 아니라 상향된 인치라 할 만한 덕치(德治)<sup>15)</sup>를 또한 거론하고 있다. 그러나 우리나라에서도 그러하듯이 경제성장이 어느 단계에 이르면 정부의 개입은 점차 비효율적 비시장적으로 작용하게 되고 좀 더 고도화된 법치주의를 요구하게 된다. 만약 선진화된 시장경제체제의 요구로 중국이 앞선 법치주의로 발전하게 된다면 인권의 보장 등 중국의 자유화의 방향으로 작용하게는 되지 않을까 하는 점이 또한 지적으로 궁금하다.

이상의 논의에 비추어 법치주의가 민주주의의 필수조건이라는 점은 충분히 증명되었다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 법치주의가 민주주의, 특히 자유민주주의의 필수불가결한 요인이라는 점을 우리나라 사회구조의 문맥에서 다시 설명해 보이는 일은 유익할 뿐만 아니라 필요하다고 생각된다. 사실 제2차 세계대전이 끝난 이후에 출발한 나라로서, 더구나 불과 그 몇 년 후에 겪은 한국전쟁의 참화와 폐허 위에서 시작하였으면서도, 민주화와 산업화를 동시에 이룩한 세계 유일의 나라로서 우리 스스로도 자랑스럽게 생각하고 또 다른 나라 사람들도 부러워하거나 놀랍게 생각하는 나라이지만, 우리 스스로를 되돌아보면서 미래를 전망하면 심사숙고, 면밀한 진단과 계획 및 결단을 요구하는 사안이 한 둘이 아니라는 사실을 깨닫게 된다. 그리고 그러한 사안의 중요한 하나가 우리의 법치주의의 문제임은 물론이다. 그리고 우리의 공동체 생활에서 차지하는 입법의 역할과 기능의 중요성에 주목하여야 하는데, 그 이유는, 첫째는 입법이 법의 연원(淵源)의

15) 2002년 필자가 중국을 여행하면서 만난 중국 법학교수들이 덕치를 논하는 것을 견문하였다. 경제성장에 따른 개방의 물결 속에서 법치주의-민주주의(평화적 정권 교체)가 아닌 공산1당의 지속적 지배를 지지케하는 방법의 하나로 주장되었겠구나 생각하였다.

하나로서 관습법에 대한 관계에서 가지는 절대적 중요성 때문이고, 이로 인하여, 둘째로 입법이 법치주의에 대하여 가지는 관계의 상대적 중요성 때문이다. 그러므로 법치주의 문제도 입법을 중심으로 하여 전개되는 것이라고 하여도 과언이 아니다.

사실 지난 반세기 동안 민주화와 산업화를 이루어 우리나라가 지금 세계의 열 한 번째 경제강국으로 개인국민소득 2만 불에 이른 나라가 되었다는 사실은 우리나라가 얼마나 빠른 사회변화를 겪어왔으며 또 세계화·선진화를 향하여 얼마나 빠른 길을 가고 있는가를 단적으로 보여주고 있다. 과학기술의 변화는 얼마나 폭발적으로 빠르게 진행되고 있으며, 우리를 둘러싼 세계 및 동북아 국제정세는 얼마나 숨가쁘게 변하고 있는가. 급속한 사회변화는 우리의 법률생활 속에서 입법 등 법치의 중요성을 증대시키고 있는 현상이기도 하다. 전통사회에서처럼 사회변화가 느린 사회에서는 법이외의 사회규범의 역할도 중요할 수밖에 없다. 그러나 새로운 사회규범이나 관습(법)이 생성되기에는 너무나 빠르게 변하는 사회에서는 인위적으로 형성하는 입법의 비중이 커질 수밖에 없는 것이다. 법의 연원으로서의 입법의 중요성은 입법이 법치주의에 대하여 남다른 중요성을 지닐 수밖에 없도록 만들고 있다. 왜냐하면 법치주의에서 문제 삼는 법의 일반적 적용가능성, 법적 안정성, 소급효 금지, 명확성, 정의의 원칙, 기본적 인권 등 “법과 원칙”의 문제는 거의 전적으로 입법 및 집행의 절차나 실체를 중심으로 하여 표출되고 있기 때문이다.

예컨대 수십명 수백명 수천명이 고용된 오늘날의 대규모 공장현장이나 현대 기업의 근로현장을 한번 상정해보자. 오늘날 노동법 등 입법으로 제정된 법률로 제정된 사용자-피고용자 사이의 근로규범을 제외하고 근로관계를 규율할 수 있는 어떠한 대안적 규범체계를 상정해낼 수 있는가? 사회주의혁명을 통한 노동관계의 설정을 꿈꾸지 아니하고 시장경제 및 민주주의의 틀 속에서의 노사관계를 상정하는 한.

결국 노동쟁의를 포함하여 통상의 노사관계는 절차적으로나 실제적으로나 노동법체계에 의하여 규율될 수밖에 없으며, 만약 어느 노동법 조항 자체의 문제와 관련하여 분쟁이 있다고 하는 경우에는 헌법의 절차적 실제적 틀 속에서 예컨대 입법이나 사법절차를 통하여 변경 또는 조정해나가는 길 밖에 없는 것이다. 이러한 사정은 여타의 집단이나 단체나 이해관계 사이에서도 전적으로 마찬가지이다. 지금으로부터 50년전, 100년전 수평적·수직적 이동을 포함하여 사회변화가 별로 없었던 비교적 안정되었던 시대의 이웃 사이, 마을 사이, 지역 사이의 관계를 규율하였던 규범들이 산업화·도시화된 오늘날의 이웃 사이, 마을 사이, 지역 사이의 관계, 이념간의 관계, 현대적 집단과 단체 및 기업체 사이의 관계를 규율할 수 있다는 것은 상상도 할 수 없다. 마을 어른이나 유지들, 그리고 그들의 역할을 상정할 수도 없다. 그렇다면 그 아름답던 인심 등 지나간 과거의 그리움과 아쉬움을 뒤로하고 이제는 법치에 의존하지 않을 수 없는 우리를 발견하게 된다.

한편 오늘날 유교부활론이라고 부를 만하게 과거 우리의 유교의 유산을 되돌아보며 유교경전을 다시 공부하려는 붐도 일어나고 있다<sup>16)</sup>. 그리고 유교규범이 산업화·도시화·국제화된 오늘날의 문맥에서도 알맞은 규범체계로 재해석되고<sup>17)</sup> 혹은 오늘날의 법규범을 여러 가지 방안으로 적어도 그 정신에 있어서는 유교규범화할 수 있다면 얼마나 좋으랴 만은, 거기에 이르지 못하고 유교이상론으로만 머물러있다면 아쉬움만 더하리라 생각된다. 오늘날의 우리의 정치생활 경제생활 등을 부득불 법치에 의할 수밖에 없다는 현실론은 우리나라가 그리고 우리나라의 경제가 세계화하면 할수록 더 심각해진다고 판단된다. 우리나라 사람의 인심이나 상식의 잣대로 우리의 국제관계 거래관계를 재단

16) 함재봉, *탈근대와 유교: 한국정치담론의 모색*, (서울: 나남출판, 1998) 등 참조.

17) 崔大權, “善한 社會의 조건: 法治主義를 위한 談論,” 서울대학교 법학, 40권3호, 62-87면(1999) 참조.

하고 처방한다고 가정해 보자. 혹시 개인이나 사 집단 사 단체 사이의 관계라면 통할지 몰라도, 냉혹한 국제정치관계·국제거래관계에서는 어림도 없다는 것을 금방 알 수 있다. 국제관계·국제거래관계에서는 우리의 이익을 지키고 우리의 생존을 위하여서도 법치에 의하지 않을 수 없음은 분명해진다.

이처럼 오늘날의 우리의 민주정치 및 시장경제를 위하여 법치주의가 필요불가결한 것이라면 우리의 선택은 우리의 법치를 더 정치(精緻)하게 하여 우리의 이상과 가치와 정의감이 법을 통하여 실현되는 체제를 만들어 나가야 한다. 법과 정의가 체제에 있어서나 내용이나 결과에 있어서 따로 따로 논다면 이것은 결코 우리가 주장하는 법치주의가 아니다. 이 양자가 따로 놀게 내버려둔다면 문제가 있는 것이다. 양자가 함께 놀도록 만들어야 하는 것이다. 따라서 이 주장은 소위 법만능주의를 주장하기 위하여 행하는 것이 결코 아니다. 법만능주의라고 하는 것은 법으로 무엇이랄도 할 수 있고 그리하여 악법도 법이라고 하는 주장이나 태도를 비웃는 말로서 다른 한편 우리가 비판해마지 않는 법을 멀리하고 싶어하는 전통적 정서에 업혀있다. 이러한 전통적 정서 자체가 문제가 되는 것은 아니다. 문제가 되는 것은 이러한 정서가 잠시 후 비판해 마지않는 법 경시사상 내지 태도나 법 편의주의에 업혀다니며 이용당하는 것이 문제이다. 법치주의를 비판한다는 명분으로 주장하는 법 만능주의 주장은 법 편의주의를 옹호하기 위하여 주장하는 일이 많다.

### 3. (害)

민주주의 및 시장경제를 위하여 법치주의가 필요불가결하다는 인식에도 불구하고 그 실현을 어렵게 만드는 사회문화적 요인이 있다. 법치주의의 실현을 어렵게 만드는 사회문화적 요인은 결국 우리나라의

선진국화를 어렵게 만드는 요인이라도 할 수 있다. 우리나라의 법치주의의 실현을 어렵게 만드는 중요한 사회문화적 요인으로 법 경시 사상 내지 태도, 이와 함께 가는 법 편의주의(便宜主義) 및 법 수단관(手段觀)을 들 수 있다고 생각한다. 사회에 편재해 있는 이러한 사회문화적 요인을 검토하여 보자.

법 경시의 사상과 행동은 여러 가지 모습으로 표출되고 있다. 법과 원칙의 견지 내지 준법을 당리당략이나 이념 내지 이익단체나 집단의 목적달성을 위한 수단이나 도구로 사용하고 자기의 시각에서 필요하다고 판단되는 경우에는 편법이나 불법, 탈법, 회피나 위법을 서슴치 아니하는 모습이 그 대표적인 예이다. 광우병쇠고기 촛불시위에서 시작하여 급기야 정권퇴진운동으로까지 변질하고 있는 최근의 시위는 그 단적인 예가 된다. 그러므로 법치주의의 문제를 법과 원칙의 문제로 접근하는 것이 아니고 나에게 유리하면 따르고 불리하면 따르지 아니하는 수단이나 도구로 활용하는 태도를 나타내고 있다. “법이 사람을 위하여 있는 것이지 법을 위하여 사람이 있는 것이 아니라”는 표현도 곧잘 활용된다. 정치국면을 전환하기 위하여 때만 되면 나오는 개헌론도 그러한 태도의 하나이다. 필자가 보기에는 이 같은 법 경시 사상 및 법을 수단으로 보는 법 수단관의 극복이 실은 대한민국 건립 60주년을 맞이한 오늘날 우리나라의 선진화로 향한 한 단계 도약을 위한 당면과제의 하나라고 생각한다.

한편 법을 싫어하거나 되도록이면 법을 멀리하고 싶어 하는 우리의 전통적인 법 정서(情緒)에도 주의할 필요가 있다고 생각한다. 위의 법 경시사상이나 법 수단관은 흔히 이 같은 법을 멀리하고 싶어 하는 전통적인 법 정서에 쉽게 편승하여 표출되기도 한다. 법을 멀리하고 싶어 하는 법 정서는, 발생사적으로, 인격도야와 조화를 강조하는 유교 사상을 배경으로 하고 있기는 하지만, 다른 한편 일제시대에 체험한

바와 같은 과거의 억압적인 법(repressive law)의 경험에서 연유한 것이  
 라 할 수 있는데, 아무튼 자기 이익에 따라 법을 따르기도 하고 혹은  
 멀리하거나 위반하기도 하는 편의주의가 주는 이익에 의하여 조장되  
 기도 한다고 판단된다. 법을 따르면 나만 손해라는 정서가 그러한 예  
 의 하나라고 생각된다. 그러므로 잠시 후 정의(定義)하는 바와 같은  
 정의(正義)를 내용으로 하는 법치주의의 원숙단계에 이르면 법을 멀리  
 하고 싶어 하는 법 정서는 살아진다고 할까 의미가 없어지는 운명에  
 서게 될 것이라고 생각된다. 그러므로 분석적으로 법을 멀리하고 싶  
 어하는 법 정서는 위의 법 경시사상이나 법 수단관으로부터 구별되어  
 야 할 필요가 있다.

이상의 논의에 비추어보면 “민주주의와 법치주의의 충돌”<sup>18)</sup>이란 잘  
 못 설정된 화두라고 말할 수 있다. 이러한 화두는 다분히 민주주의와  
 법치주의를 각기 어떻게 정의(定義)하느냐의 문제에 의존한다. 민주주  
 의를 다수의 지배 원리로 이해하고 법치주의를 위의 형식적 법치주의  
 로 이해하는 경우에는 이 양자는 충돌할 수밖에 없다. 민주주의를 자  
 유민주주의로, 그리고 법치주의를 사법권의 독립 및 위헌법률심사제  
 도를 포함하는 의미로 이해하는 경우에도 충돌이란 있을 수 없다. 다  
 만 헌법 명문으로는 위헌법률심사(사법심사)제도를 가지고 있지 아니  
 하면서 위헌법률심사제도를 운영하고 있는 미국에서는 헌법 명문으로  
 위헌법률심사제도를 가지고 있는 우리나라에서 보다는 설득력 있는  
 화두가 되리라 생각된다. 아무튼 민주주의를 다수의 지배 원리로, 그  
 리고 법치주의를 형식적 및 실체적 법치주의로 이해하는 경우에 비로  
 소 양자는 충돌한다고 말 할 수 있다. 이 경우에도 민주주의와 자유  
 주의의 충돌의 문제로 보는 것이 오히려 더 적절하리라 판단된다.

18) “법치주의와 법치주의”의 주제를 가지고 열린 서울대학교 법학연구소의 2008년  
 5월 30일자 학술대회의 화두가 민주주의와 법치주의의 충돌이었다.

### III.

마지막으로 준법사상 내지 준법정신을 논의하지 아니하고 행하는 법치주의의 논의는 공허한 논의로 끝나기 쉽게 된다는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 법치주의에 관한 서양의 정치사상가·법학자들의 논의를 보면 그 문헌 또한 한 두 개가 아닐뿐더러 법이란 지켜지는 것을 목시적 보편적 전제로 하여 그 논의를 전개하고 있다고 단언할 수 있다. 바로 그 때문에 그들의 문헌에서 법치주의와 법의 준수를 특히 결부시켜 논의하지는 아니한다고 생각된다. 그들에게 준법은 생활화가 되어 있기 때문이다. 그러나 준법 자체가 문제되는 우리나라에서는 준법정신이 더 고양되는 것을 전제로 하지 아니하고 행하는 법치주의의 논의는 법치주의의 실용적 가치를 반감케 한다고 생각된다. 법을 따르지 아니한다면 우리가 정의한 바 있는 그러한 법치주의는 무슨 의미가 있는가? 우리나라 언론에서 거론하는 법치주의는 실은 철저한 준법, 준법정신의 고양을 주장하는 논의인 경우가 대부분이라고 생각된다<sup>19)</sup>. 그러므로 우리나라 선진화의 관건으로 거론되는 법치주의는 실은 준법사상 내지 태도의 고양이라고 하여야 정확하리라 생각된다.

서양사람들의 일상의 사회생활을 우리와 비교하여 면밀히 관찰하여 보면 법의 노예라고 말할 수 있을 정도로 법의 준수가 생활화가 되어 있다고 생각된다. 미국사람, 특히 독일사람들을 살펴보면 그러하다. 가령 독일사람들의 경우에 법을 전통적으로 잘 지키니까 법의 내용을 어떻게 규정하느냐에 따라 독재도 될 수 있고 민주주의도 될 수 있다고 생각된다. 나치의 법도 잘 지켰고(법을 통한 독재라 할 수 있다) 2

19) 예컨대 2008년6월12일자 **조선일보** 칼럼 복거일, “이명박 정권의 최후 방어선”; 2008년6월19일자 **조선일보** 사설 “죽어버린 法治, 이 후유증을 어떻게 감당할 것인가” 및 동일자 **조선일보** 칼럼 김영봉, “얼어난 좌파, 앞드린 우파” 등 참조.



차 대전 후 민주화된 법도 잘 지키니까 거의 하루아침에 곧 민주주의가 될 수 있었던 것이라고 판단된다. 이미 언급한 바와 같이 우리나라의 경우에 꼭 60년 전에 자유민주주의의 헌법제도를 도입하였지만 헌법규범과 정치현실 사이의 괴리 속에서 수십 년 동안 살다가 1987년에 비로소 “민주화”라는 이름으로 이 괴리를 없앴다고 말할 수 있다. 헌법규범과 정치현실의 괴리의 시대를 몽똥그려 우리는 권위주의 또는 군사독재시대라고 부르고 있다.

그러나 과거 헌법규범과 정치현실의 괴리를 다른 측면에서 보면 서두에서 언급한 우리나라 사회의 뿌리 깊은 법 경시사상 내지 법 편의주의의 표출에 다름 아니라고 생각된다. 오늘날 광우병 쇠고기 촛불 시위가 출범한지 3개월에 불과한 정권에 대한 퇴진운동으로까지 변질하고 있는 불법시위 및 전국적 불법파업노동 등, 그리고 이에 대한 적법한 법집행을 포기하고 있는 듯한 정부의 태도나, 대통령 선거 때의 고소·고발사건의 취소로 응하는 여당의 대응태도를 관찰하여 보면, 이 또한 법을 멀리하고 싶어하는 전통적 법 정서에 편승하여 법 경시사상 내지 법 수단판 내지 법 편의주의가 표출된 것에 지나지 않는다고 판단된다. 법치주의의 반대개념이 인치주의인데, 법치주의의 장족의 발전에도 불구하고, 우리의 과거의 독재뿐만 아니라 민주화 이래의 오늘의 민주주의도 이렇게 인치의 다양한 모습을 아직도 표현하고 있는 것이 아닐까 생각된다.

그러므로 우리나라 사회의 준법정신의 확립은 법치주의의 실현을 위한 필수조건이 된다고 말할 수 있다. 문화적 정서 때문이든 정치적 편의 때문이든 법이 지켜지지 아니하고서야 법치주의의 이상은 그 실현이 어려우리라 판단된다. 그리고 법치주의가 이루어지지 아니하고는 민주주의도 시장경제도 선진국답게 원숙하게 활성화되기는 힘들 것이리라. 그리고 그 중심이 되는 요소 가운데 하나가 준법정신의 고양이라고 생각한다.

나아가 법치주의 실현의 중심에는 독립한 헌법재판소 등 사법부 못지 아니하게 입법부도 거기에 서 있다. 법치주의의 이상이랄까 내용이 입법에 담겨져 있어야 하기 때문이다. 위에서 언급한 일반적 적용 가능성 등 법의 형식적 요소와 정의 원칙, 기본적 인권과 같은 실체적 요소를 입법은 지녀야 한다는 것이 그것이다. 헌법재판소 등 사법부는 오직 2차적으로만 입법이 그러한 요소들을 지녔는가 여부의 판단을 행하게 된다. 아무튼 입법의 필수요소들을 갖춘 그러한 입법이 될 수 있게 하기 위하여서 입법이 절차적으로나 실체적으로 어떠한 원리에 의하여 움직여져야 하는지는 이상의 법치주의의 여러 원칙들에 비추어 자명하여진다. 그럼에도 불구하고 법 경시사상, 법 편의주의 내지 법수단관은 입법의 실체의 내용이나 절차의 도처에서 표출되고 있다. 불합리 하거나 졸속의 입법이 예사로 행하여지고 있는 것이다. 입법은 신중하게 행하여져야 하고 제정된 법은 잘 지켜져야 한다. 졸속으로 만들어진 법이 잘 지켜지지도 않고 돌아서서 곧 개정작업에 들어가기도 하는 현실을 우리는 늘 보고 있다. 이것은 결코 법치주의 적이지 아니하다.

법치주의에 어울리는 입법의 절차적 실체적 원리 원칙들을 간략히 들여보자. 입법은 신중하게 이루어져야 한다는 것이 가장 큰 원칙이라고 할 수 있을 것이다. 그러하기 위하여 입법상의 의사공개 원칙 등 적법절차의 원리라든지 실체적으로 헌법합치성, 상하위법단계간 및 같은 단계의 법(조문)간의 일관성·통일성, 조문의 명확성 등의 원칙 등이 그러한 예로서 대단히 중요한 원칙이 된다. 입법은 정부정책의 실현수단인 경우가 많은 까닭에 정책 목적 및 그 실현수단에 비추어 본 합리성(rationality)을 지니는 일이 또한 중요하다. 이를 위하여 사전적인 그리고 사후적인 점검이 필수적이다. 사후적인 점검의 문제가 입법재평가의 문제임은 물론이다. 입법재평가 feedback이 입법에 중요함은 말할 필요가 없다.

그러함에도 불구하고 지금까지의 입법은 다음과 같은 두 가지 점에서 민주적 및 법치주의적 이상에 미흡한 흠을 노정하고 있다. 이를 보여주는 한 가지 중요한 증거는 예컨대 일본의 그것과 비교한 엄청난 나게 큰 헌법소송을 포함하는 소송제기율이라고 생각한다. 첫째는 입법부의 대의기능(조화된 국민의사의 반영)이 입법에 잘 투영되어야 하는데 실제로 통과된 입법이 그러하지 못하니까 그 해결을 최후의 보루로 사법부에 부탁하지 않을 수 없게 만들고 있는 것이다. 이것이 높은 소송제기율로 표현되고 있는 것이다. 둘째로 대의정의 실패뿐만 아니라 졸속입법 등으로 인하여 법치주의에서 나오는 입법 원칙의 요청을 잘 충족시키지 못하고 있는 것이 또한 헌법소송 등 소송제기율 증가의 요인으로 작용하고 있는 것이다. 즉 입법의 실패가 소송율의 증가에 기여하는 것이다. 그것은 더 나아가 사법적극주의를 포함하는 헌법재판소 결정의 증가로 나타나는 것이다.

#### IV.

이상의 논의에 비추어 우리나라 선진화의 화두는 선진국화이며, 선진국은 선진국이 되기에 필요한 많은 요건 가운데 선진 민주주의 및 선진 시장경제를 중요한 관건으로 하고 있다. 그리고 선진 민주주의 및 선진 시장 경제의 달성은 법치주의를 한 단계 고양시키는데 있다. 그러나 고양된 준법정신을 전제로 하지 아니하고는 선진화된 법치주의에 도달할 수 없다는 사실도 우리는 거론하였다.

# 公私協働(PPP)をめぐる日本法の現状と論点 (公共部門の改革と民間参与)

小早川光郎 教授  
(東京大学法学部)

## 目 次

I. はじめに .....	121
II. 公私協働の行政法的位置付け	
1. 行政主体に関する概念枠組みと行政事業の民営化 ...	121
(1) 行政主体に関する概念枠組み .....	121
(2) 行政事業の廃止・民営化 .....	122
2. 公私協働の諸形態とその行政法的位置付け .....	123
(1) 公私協働の概念 .....	123
(2) 民間公益活動と行政の連携 .....	124
(3) 行政事務の民間委任 .....	125
III. 公私協働をめぐる行政法的課題 .....	127
1. 公私協働の限界 .....	127
2. 公私協働についての規律のあり方 .....	128

## I . はじめに

多くの国々で、行政(政府)と民間の役割関係の変化(いわゆる規制改革の動向を含めて)を前提として、いわゆる公私協働の現象の展開が見られる。本報告は、日本において、この公私協働の現象が行政法の理論枠組みとの関係でどのように位置付けられるかを考察し、一般行政法の観点から問題となる主要な論点について検討しようとするものである。

## II . 公私協働の行政法的位置付け

### 1. 行政主体に関する概念枠組みと行政事業の民営化

#### (1) 行政主体に関する概念枠組み

行政は、基本的には、行政主体の事務として行われる。ここにいう行政主体を構成するのは、現行法上、基本的には国および自治体(地方公共団体たる都道府県・市町村等)であり、行政のうちで国の事務に属するものは国の内閣、内閣府、各省(11省)等の組織によって、また、自治体の事務に属するものはそれぞれの自治体の組織によって、行われる。ただし、場合によっては、国・自治体の組織から一応区別され、国・自治体とは別の法人格を付与された組織が、本来的には国の事務または自治体の事務としての性質をもつ一定の事業を行うために設けられることがある。これらの法人は、行政としての一定の事業を行うことを目的とするという意味で、やはり行政主体に属するものであり、総称して行政事業法人と呼ぶことができる。現行法上は、独立行政法人(独立行政法人通則法参照)、地方独立行政法人(地方独立行政法人法参照)、いわゆる特殊法

人の一部(参照、総務省設置法4条15号、行政手続法4条2項1号)、いわゆる認可法人の一部(参照、行政手続法4条2項2号)などが、それに該当する。

このうち、独立行政法人の制度は、1999年に、いわゆる中央省庁等改革の一環として、政策に関する企画立案の機能と実施の機能とを分離し、組織上の分担体制と責任の所在を明確にする(中央省庁等改革基本法4条4号参照)などの目的のもとに立法化されたものである。この枠組みにより、それまで国の各省の組織の一部をなしていたものが、相当数、独立行政法人として括り出されることになった。また、従来から個別の法律にもとづく個別の制度として存在しているいわゆる特殊法人・認可法人についても、そのかなりの部分が独立行政法人に移行し、後者の制度への一元化が進行している。

独立行政法人は、いずれにせよ行政主体の一部であって行政としての一定の事業を行うもの(行政事業法人)である。ただし、一定期間ごとに「当該独立行政法人の業務を継続させる必要性」を含めて検討が行われることとされており(通則法35条)、歴代政権のもとでの運用としても、この独立行政法人の制度が、国の行政に属する各種の事業についての、次に述べる廃止・民営化へ向けての一ステップとして用いられている面があることは、否定できない。

## (2) 行政事業の廃止・民営化

行政事業の“民営化”(“公企業の民営化”)とは、行政主体である国・自治体または行政事業法人が行っていた事業であってそれ自体性質上は民間事業者も行えてしかるべきものにつき、それを行政主体の事業としては廃止し、行政の役割とされていたものを民間の役割に振り替えるということの意味する。そこでは、実際には、特別の立法によって設立され

た法人が国等の行っていた事業を引き継ぐこととされる場合も多いが(1987年に実施された国鉄分割民営化の場合や、2007年に実施された郵政民営化の場合、等々)、そのような場合でも、以後、当該事業分野は民間に委ねられ、事業主体としての行政はそこから撤退するのであり、こうして民間に委ねられた事業はもはや行政としての性質をもたない。

## 2. 公私協働の諸形態とその行政法的位置付け

### (1) 公私協働の概念

以上のように、一方で、行政主体は一定の組織により一定の事項(事務・事業)を担っているが、他方で、行政主体の組織によって担われる事項の範囲はいわゆる民営化によって狭められ、民間事業者に任される範囲が広がっている。これらのことを、それぞれ、理論的側面および実際の側面において認識したうえで、公私協働について検討すべき順序となる。

ここで、公私協働とは、大まかに言って、“行政主体の事務として実施され、または行政主体の事務としても実施されてしかるべき一定の事項につき、私人である民間事業者がその実施の任務を担当し、もって行政の目的の実現に寄与すること”を指すものとしておく。それには、当該民間事業者が以上の意味での公私協働の実現に係る行政主体の意思決定に参画することも含まれる(例、都市再生特別措置法37条所定の、都市再生事業を行おうとする民間事業者による都市計画提案)。

この意味での公私協働に関しては、そこでの民間事業者の活動が法的にいかに取り扱われるべきか、そして、その前提として、これらの活動に行政としての性質が認められるか否かが問題となる。以下、後者の点に焦点を絞って考えてみよう。

## (2) 民間公益活動と行政の連携

公私協働の諸事象のうちには、そこでの民間の活動が、公益に資するものであり、かつ、行政との連携の関係はあるにしても、もともと民間の発意による公益活動であってそれ自体を行政の一部とみるべきではない、という場合が種類のものが、多く存在する。現行法は、そのような意味で、公益に資するさまざまな種類の公益活動を、行政としての性質をもたず、したがって行政と同様の法的取扱いを受けるべきではない民間公益活動として、位置付けていると考えられる。

もちろん、これらの民間公益活動は、その事業運営において行政主体からの補助金その他種々の支援に依存する場合も多い(自治体が当該地域の産業振興等の事業を行う商工会議所に職員派遣の形で支援を与えたことが1998年4月24日の最高裁判決で違法とされ、それが契機となって“公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律”が制定されたことは、よく知られている)。また、たとえば社会福祉事業のように立法によって行政主体との連携の仕組みが定められていることもある。しかし、だからといって、それらの事業について行政の一部としてと同様の法的取扱いがされるべきだということにはならない。しばしば問題となる事例で言えば、児童福祉法による自治体行政庁の決定にもとづいて民間保育所に入園している園児が職員の過失により事故に遭った場合、民間保育所の業務は国家賠償法の適用対象たる“国又は公共団体の公務員の職務”にはあらず、したがって国家賠償法による自治体の責任は原則として生じないと解されよう(設置者である社会福祉法人の民法上の責任は生じうる)。



### (3) 行政事務の民間委任

以上とは異なり、行政主体としての国・自治体等の事務の一部が、そのような一定の組織の事務としての性質を維持したまま他の組織に委ねられ、後者は、もとの国・自治体等に代わってそれを行っているものとみるべき場合がありうる。これが、いわゆる“委任行政”(美濃部達吉・日本行政法40-41頁)、あるいは“行政事務の委任”である。そして、そのなかで、行政主体の事務の一部がその性質を維持したまま民間の個人または事業者委ねられる場合を、“行政事務の民間委任”と呼ぶことができる。ちなみに、国・自治体等が、行政主体としての事務の一部ではあるがそれだけをとれば行政としての性質をもつとは言えないような附属的・補助的業務(庁舎管理、データ処理、等々)について、それを民間事業者委託し、後者も、他の民間事業者からの受託と同種のものとして受託するという、単なる“一部業務の外注”は、これとは区別すべきものである。

この意味での行政事務の民間委任は、かつては、行政主体がみずからの組織により直接に当該事務を処理することが困難であるような特殊事情の存する場合に、例外的に認められるにとどまるものであったが(例、船長による戸籍事務の処理、等)、最近では、次第に増加していく傾向が見られる。

注目されるものの一つは、2007年1月25日の最高裁判決である。これは、民間の社会福祉法人が、児童福祉法上の児童養護施設、すなわち、保護者がいないかまたは保護者がいてもその適切な養育監護が期待できない子どもを行政の措置にもとづいて受け入れる施設を設置運営しており、その施設の入所児童が職員の過失によって怪我をさせられたという

場合に、行政(東京都)が国家賠償法による責任を負うかが問題となったものである。最高裁は、この種の施設がもつ特別の性質にてらし、施設の長は、本来行政が有する公的な権限を委譲されてそれを行政(東京都)のために行使するのだとして、国家賠償法の適用を肯定した。この判決は、上述のような民間活動と行政の単なる連携の場合と、行政事務の委任の場合との区別に関し、大きな意味を持つものである。

また、これとは別に、今日、給付行政およびその他の行政領域において、種々の形態での“行政関連業務の市場開放”が進行している。そのなかには、上述の一部業務外注の範囲にとどまるものもあるが、ここでいう行政事務の民間委任にまで至るものも含まれる。すなわち、①建築基準法やその他の立法による、指定を受けた民間事業者が規制行政の一環としての確認・検査等の行為を行政機関に代わって行うという“行政代行型指定機関”の制度の導入や、②2003年地方自治法改正による、指定を受けた民間事業者が自治体に代わって公の施設の管理者となる“指定管理者”の制度(1991年に設けられた“公の施設の管理委託”の制度をさらに進めたもの)の採用が、それである。また、③2006年に制定された公共サービス改革法(競争の導入による公共サービスの改革に関する法律—“市場化テスト法”とも呼ばれる)は、国または自治体の一定種類の業務に関しそれを民間事業者に行わせることとするかどうかを競争入札等の方法で決定し、民間事業者に行わせる場合については一定の必要な規制を課するという、同法の用語によれば“民間事業者による公共サービスの実施”の、ある程度汎用性をもつ仕組みを創設した。以上は、いずれも、行政事務の委任を内容とするか、または少なくとも行政事務の委任のための手法として用いられうるものである(それらは、場合によっては、いわゆるPFIの手法と組み合わせられることもある)。

### Ⅲ．公私協働をめぐる行政法的課題

#### 1. 公私協働の限界

以上のような公私協働の展開は、行政法に対してさまざまな課題を投げかけるものである。そこには、それぞれの制度に関する詳細設計のレベルの問題も多く存在するが、一般行政法の観点からは、何よりも、公私協働の法的限界が問題となる。この問題は、特に、行政事務の委任に関して生ずる。

これについて、日本では、“公権力の行使を含む事務を行政主体でない者に委任できるか”という形で議論が行われている。しかし、ここでは、法令上における“公権力の行使”の語の多義性に起因する混乱は避けなければならない。仮に“公権力の行使”の語を用いるとしても、ここで問題となるのは、行政手続法・行政不服審査法・行政事件訴訟法によって形成される行政処分一般法制の適用範囲を画するものとしての“公権力の行使”の概念とも、また、国家賠償法の適用範囲を画する“公権力の行使”の概念とも異なるものであろう。

行政事務の民間委任の限界として考えられるのは、一つには、国または自治体もつ立法その他の基本方針の決定権を、国民・住民に対し責任を負わない民間事業者に委譲してしまうのは、民主的統治の理念にてらして許されないということであろう。また、もう一つには、法治主義のもとで、人の権利義務に関わる一方的かつ裁量的な行為に関しては、それが法に反して行われる危険を制度的に抑止することが特に求められることから、その種の行為を行う資格は、そのような抑止機能を備えた行政主体の組織に属し、その組織の統制に服している公務員に限られるべきだと考えられる。

## 2. 公私協働についての規律のあり方

他方、国民・住民に対する関係で行政主体が担うべき役割の観点から眺めると、公私協働においては、行政主体は、直接の役務提供者である民間事業者にその役割を適切に果たさせる役割と責任を、負うのか、負うとすればどこまで負うのか、ということが問題となる。この問題は、民間活動と行政との単なる連携の場合にもまったく生じないとは言えないが、特に、行政事務の民間委任の場合には、かなり明確な形で現われる。すなわち、そこでは、行政主体は、もともと当該役務提供をみずから適正に実施すべき任務を国民・住民に対して負っていたのであるから、役務提供の実施の責任を免れたとしても、その代わりに、民間事業者に役務提供を適正に実施させる役割と責任(保証責任)を負うことになると考えられる。

このことを前提としたうえで、特に、行政事務の委任を含む場合に関し、そこでの公私協働のあり方を適正に規律するために何が必要であるかを明らかにしていくことが、行政法にとっての重要な論点となる。その内容に関してはすでに論者による種々の指摘があり、たとえば、①協働関係の設定にいかなる法形式を用いるか、特に、契約方式による個別的な取り決めを許容すべきか否か、②行政のパートナーとなる事業者の選定・指定等をいかなる方法・基準で行うものとするべきか、③事業者の事業運営についてのルールをどこまで課するか、また、行政による監視(モニタリング)をどのように位置付けるか、④事故により利用者が損害を受けた場合の責任を事業者および行政主体がどのように負担すべきか、などの論点が挙げられている。

以上は、行政事務の委任を含む公私協働の場合であるが、それに対し、行政事務の委任によってではなく単に行政との連携のもとで一定の

民間活動が行われているにとどまるのであれば、事情は異なる。そこでは、行政主体は、何らかの規制権限を与えられている場合には、その規制権限を適切に行使すべき一般的な任務を負っていると言うことはできるが、それ以上に、当該民間活動の主体である事業者がその役割を適切に果たすように国民・住民に保証する責任を負うことにはならないと考えられるのである。しかし、この場合にも、行政が何もしなくてよいというわけではない。そのことは、規制権限不行使の違法性に関する種々の裁判例に表われているところでもある。行政との連携のもとで行われている民間活動に対する関係で、行政がいかに行動すべきかの基準を明らかにしていくことは、もちろん、意味のあることである。

現象としての公私協働はさまざまな分野で進展しているのに対し、それについての法的規律の整備は遅れている。前述の公共サービス改革法は、賛否はともかく、いくつかの点で新たな方向を提示するものであるが、その実際の適用はきわめて限られた範囲にとどまっており、全体としては、立法で必要な法的規律が課されることのないまま現象のみが先行している場合が多いと言わざるをえない。私見では、上述のように、行政事務委任を伴う協働の場合と行政事務委任を伴わない協働の場合を明確に区別したうえで、それぞれいかなる規律が必要であるかについて、一定のスタンダードを形成・確立していくことが、今日、必要とされているものと考えられる。

最後に、公私協働の進展が、行政法理論にとって、従来の理論枠組みを大きく揺るがせる危機でもあり、新たなチャンスでもあることを指摘して、私の報告を終える。

(PPP)

( )

발표: 小早川光郎 教授(東京大学法学部)

번역: 이 순태 박사(한국법제연구원)

I. 들어가며 .....	133
II. 공사협동의 행정법적 위치설정 .....	133
1. 행정주체에 관한 개념과 행정사업의 민영화 .....	133
(1) 행정주체에 관한 개념 .....	133
(2) 행정사업의 폐지·민영화 .....	134
2. 공사협동의 제형태와 그 행정법적 위치 ...	135
(1) 공사협동의 개념 .....	135
(2) 민간활동과 행정의 연계 .....	135
(3) 행정사무의 민간위임 .....	136
III. 공사협동을 둘러싼 행정법적 과제 .....	138
1. 공사협동의 한계 .....	138
2. 공사협동에 대한 규율 .....	139

## I. 가

다수의 국가에서 행정(정부)과 민간의 역할관계의 변화(이른바 규제 개혁의 동향을 포함하여)를 전제로 이른바 공사협동의 현상이 전개되고 있다. 본 보고는 일본에서 발생하고 있는 공사협동의 현상을 행정법의 이론구조와의 관계에서 어떻게 위치지울 것인지 고찰하고, 일반 행정법의 관점에서 문제가 되는 주요한 논점에 대해 검토하고자 한다.

## II.

### 1.

#### (1)

행정은 기본적으로는 행정주체의 사무로서 집행된다. 여기서 말하는 행정주체를 구성하는 것은 현행법상 기본적으로는 국가 및 지자체(지방공공단체인 도도부현·시정촌 등)이며, 행정 중에서 국가의 사무에 속하는 것은 국가의 내각, 내각부, 각 省(11개 省) 등의 조직에 의해, 지자체의 사무에 속하는 것은 각 지자체의 조직에 의해 집행된다. 다만, 경우에 따라서는 국가·지자체의 조직으로부터 일응 구별되어, 국가·지자체와는 별도의 법인격을 부여받은 조직이 본래적으로는 국가의 사무 또는 지자체의 사무로서의 성질을 가진 일정한 사업을 수행하기 위해 설치되는 경우가 있다. 이러한 법인은 행정으로서의 일정한 사업을 수행하는 것을 목적으로 한다는 의미에서 역시 행정주체에 속하는 것이고, 이를 총칭하여 행정사업법인이라 부를 수 있다. 현행법상으로는 독립행정법인(독립행정법인통칙법 참조), 지방독립행정법인(지방독립행정법인법 참조), 이른바 특수법인의 일부(총무성설치법 제4조제15호, 행정절차법 제4조제2항제1호 참조), 이른바 인가법인의

일부(행정절차법 제4조제2항제2호 참조) 등이 이에 해당한다.

이 중, 독립행정법인 제도는 1999년에 이른바 “중앙성청 등 개혁”의 일환으로서 정책에 관한 기획입안기능과 실시기능을 분리하여 조직상의 분담체제와 책임의 소재를 명확히 하고자 하는 등의 목적(중앙성청등개혁기본법 제4조제4호 참조)으로 입법화된 것이다. 이러한 기본방향에 따라 종래 각省的 일부를 이루고 있던 조직이 상당수 독립행정법인이 되었다. 또, 종래부터 개별 법률에 따라 개별 제도로써 존재하고 있었던 이른바 특수법인·인가법인 중에서도 상당 부분이 독립행정법인으로 이행되어, 후자의 제도로 일원화되고 있다.

독립행정법인은 행정주체의 일부로서 행정으로서의 일정한 사업을 수행하는 법인(행정사업법인)이다. 다만, 일정기간마다 「당해 독립행정법인의 업무를 계속하게 할 필요성」 등이 검토되고(통칙법 제35조), 역대정권에서의 운용을 보더라도, 이 독립행정법인의 제도가 국가행정에 속하는 각종 사업에 대한 폐지·민영화를 향한 단계로서 활용되고 있다는 면도 부정할 수 없다.

## (2)

행정사업의 “민영화”(“공기업의 민영화”)란 행정주체인 국가·지자체 또는 행정사업법인이 수행하고 있던 사업으로서 성질상으로는 민간사업자도 당연히 수행할 수 있는 것을 행정주체의 사업으로서는 폐지하고, 행정의 역할이라고 여겨지고 있는 것을 민간의 역할로 전환한다는 것을 의미한다. 이러한 민영화에서는 실제로는 특별한 입법으로 설립된 법인이 국가 등이 수행하고 있던 사업을 인계하는 경우도 많지만(1987년에 실시된 국철분할민영화의 경우나 2007년에 실시된 우정민영화의 경우 등), 그러한 경우라 하더라도 이후, 당해 사업분야는 민간에 위임되고, 사업주체로서의 행정은 이러한 분야에서 탈퇴하



는 것이며, 이렇게 하여 민간에 위임된 사업은 더 이상 행정으로서의 성질을 가지지 않는다.

## 2.

### (1)

이상과 같이 한편으로 행정주체는 일정한 조직으로 일정한 사항(사무·사업)을 담당하고 있지만, 다른 한편으로는 행정주체의 조직이 담당하고 있었던 사항의 범위는 이른바 민영화에 따라 축소되고, 민간사업자에 위임되는 범위가 확대되고 있다. 이러한 것을 각각 이론적 측면 및 실제적 측면에서 인식한 다음, 공사협동에 대해 검토해야 할 것이다.

여기서 공사협동이란 “행정주체의 사무로서 실시되거나 행정주체의 사무로서도 실시되어야 하는 일정한 사항을 사인인 민간사업자가 그 실시를 담당하고, 따라서 행정목적의 실현에 기여하는 것”을 가리키는 것이라고 해 두자. 이에선 당해 민간사업자가 위와 같은 의미의 공사협동을 실현하는 행정주체의 의사결정에 참가하는 경우도 포함된다(예, 『도시재생특별조치법』 제37조 소정의 도시재생사업을 하고자 하는 민간사업자에 의한 도시계획제안).

이러한 의미에서의 공사협동에 관해서는, 민간사업자의 활동을 법적으로 어떻게 다루어야 할 것인지, 그리고 그 전제로서 이러한 활동에 행정으로서의 성질이 인정될 것인지가 문제된다. 아래에서는 후자에 초점을 맞추어 생각해 보고자 한다.

### (2)

다양한 공사협동의 모습 중에는, 공사협동관계에 있는 민간의 활동

가

이 공익에 이바지하는 것이며 행정과의 연계관계가 있다고는 하더라도, 원래 민간발의에 의한 활동으로서 그 자체를 행정의 일부로 보아서는 안되는 경우가 다수 존재한다. 현행법은 이러한 의미에서 공익에 이바지하는 다양한 종류의 활동을 행정으로서의 성질을 가지지 않는, 따라서 행정과 동일한 법적 취급을 받아서는 안되는 민간활동으로서 위치시키고 있다고 생각된다.

물론, 이러한 민간활동은 그 사업운영을 행정주체로부터 보조금 그 밖의 다양한 지원에 의존하는 경우도 많다(지자체가 당해 지역의 산업진흥 등의 사업을 수행하는 상공회의소에 직원파견의 형태로 지원한 것이 1998년 4월 24일 최고재판소 판결에서 위법한 것이 되어, 그것이 계기가 되어 “공익적 법인 등에 대한 일반직 지방공무원의 파견 등에 관한 법률”[公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律]이 제정된 것은 주지의 사실이다). 또, 사회복지사업과 같이 법률이 행정주체와의 연계구조를 정하고 있는 경우도 있다. 그러나, 그렇다고 하여 그러한 사업을 행정의 일부로서 법적으로 다루어야 하는 것은 아니다. 종종 문제가 되는 사례를 예로 들자면, 아동복지법에 의한 지자체 행정청의 결정으로 민간보육소에 입원하고 있는 아동이 직원의 과실로 사고를 당한 경우, 민간보육소의 업무는 국가배상법의 적용대상인 “국가 또는 공공단체의 공무원의 직무”에 해당되지 않고, 따라서 국가배상법에 의한 지자체의 책임은 원칙적으로 발생하지 않는다고 생각될 것이다(설치자인 사회복지법인의 민법상의 책임은 발생할 수 있다).

### (3)

이상과는 달리, 행정주체로서의 국가·지자체 등의 일부사무가 그러한 일정한 조직의 사무로서의 성질을 유지하면서 다른 조직에 위임되

고, 후자는 원래의 국가·자치체 등에 대신하여 이를 수행하고 있는 것으로 보아야 하는 경우가 있을 수 있다. 이것이 이른바 “위임행정” (美濃部達吉·日本行政法40-41頁), 혹은 “행정사무의 위임”이다. 그리고 그 중에서 행정주체의 일부사무가 그 성질을 유지하면서 민간의 개인 또는 사업자에게 위임되는 경우를 “행정사무의 민간위임”이라 할 수 있다. 게다가 국가·자치체 등이 행정주체로서의 사무의 일부 이기는 하지만, 그것만으로는 행정으로서의 성질을 가진다고 할 수 없는 부속적·보조적 업무(청사관리, 데이터 처리 등)에 대해 그것을 민간사업자에게 위탁하고, 후자도 다른 민간사업자로부터의 수탁과 동일한 것으로서 수탁한다고 하는, 단순한 “일부업무의 외부”는 이것과는 구별되어야 하는 것이다.

이러한 의미에서의 행정사무의 민간위임은 전에는 행정주체가 스스로의 조직으로 직접적으로 당해 사무를 처리하는 것이 곤란한 특수사정이 존재하는 경우에 예외적으로 인정될 수 있는 것에 한정되었지만 (예, 선장에 의한 호적사무의 처리 등), 최근에는 점차 증가하는 경향이 있다.

주목되는 것 중에 하나로서, 2007년 1월 25일 최고재판소판결이 있다. 이는 민간의 사회복지법인이 아동복지법상의 아동양호시설, 즉 보호자가 없거나 보호자가 있더라도 적절한 양육감호가 기대될 수 없는 아동을 행정조치에 따라 수용하는 시설을 설치운영하고 있고, 그 시설의 입소아동이 직원의 과실로 다치게 된 경우에, 행정(東京都)이 국가배상법에 의한 책임을 지는지가 문제가 된 것이다. 최고재판소는 이러한 종류의 시설이 가진 특별한 성질에 비추어, 시설의 장은 본래 행정이 가지는 공적인 권한을 위양받아 이를 행정(東京都)을 위해 행사하는 것이라고 하여 국가배상법의 적용을 긍정했다. 이 판결은 위에서 언급한 민간활동과 행정의 단순한 연계의 경우와 행정사무의 위임의 경우를 구별하는 데 있어 중요한 의미를 가지는 것이다.

또 이와는 달리, 오늘날 급부행정 및 그 밖의 행정영역에서, 다양한 형태의 “행정관련업무의 시장개방”이 진행되고 있다. 그 중에는 위에서 언급한 일부업무외주의 범위에 그치는 것도 있지만, 여기서 말하는 행정사무의 민간위임까지 이르는 것도 포함된다. 즉, ①건축기준법이나 그 밖의 입법에 의한 지정을 받은 민간사업자가 규제행정의 일환으로서의 인식·검사 등의 행위를 행정기관에 대신하여 수행하는 “행정대행형 지정기관”의 제도도입이나, ②2003년 지방자치법개정으로 지정을 받은 민간사업자가 지자체를 대신하여 공공시설의 관리자가 되는 “지정관리자”의 제도(1991년의 “공공시설의 관리위탁”의 제도를 더욱 발전시킨 것)의 채용이 그것이다. 또한, ③2006년에 제정된 「공공서비스개혁법」(競争の導入による公共サービスの改革に関する法律—시장화테스트법[市場化テスト法]이라고도 한다)은 국가 또는 지자체의 일정 종류의 업무에 관해 그것을 민간사업자에게 수행하게 할 것인지를 경쟁입찰 등의 방법으로 결정하고, 민간사업자에게 맡기는 경우에는 일정한 규제를 한다고 하는, 동법의 용어를 빌리자면 “민간사업자에 의한 공공서비스의 실시”라고 하는 어느 정도 범용성을 가진 구조를 창설했다. 이상은 모두 행정사무의 위임을 내용으로 하거나, 또는 적어도 행정사무의 위임을 위한 수법으로서 활용될 수 있는 것이다(경우에 따라서는 이른바 PFI의 수법과 조합되어 사용되는 경우도 있다).

### Ⅲ.

#### 1.

이상과 같은 공사협동의 전개는 행정법에 다양한 과제를 제기한다. 이러한 과제에는 각 제도의 상세한 설계라고 하는 차원의 문제도 다수 존재하지만, 일반행정법의 관점에서는 무엇보다도 공사협동의 법적 한계가 문제된다. 이 문제는 특히 행정사무의 위임에 관해 발생한다.

이에 대해, 일본에서는 “공권력의 행사를 포함한 사무를 행정주체가 아닌 자에게 위임할 수 있는가”라고 하는 문제로서 논의되고 있다. 그러나 문제의 논의에 있어서 법령상의 용어인“공권력의 행사”가 가진 다의성에 기인하는 혼란은 피해야 한다. 가령, “공권력의 행사”라는 용어를 사용한다고 하더라도, 여기서 문제가 되는 것은 행정절차법·행정불복심사법·행정사건소송법에 의해 형성된 행정처분일반법제의 적용범위를 획정하는 것으로서의 “공권력의 행사”의 개념과도, 또한 국가배상법의 적용범위를 획정하는 “공권력의 행사”의 개념과도 다를 것이다.

행정사무의 민간위임의 한계로서 생각되는 것 중의 하나로는, 국가 또는 지자체가 가진 입법 그 밖의 기본방침의 결정권을 국민·주민에 대한 책임이 없는 민간사업자에게 위양해 버리는 것은 민주적 통치의 이념에 비추어 허용되지 않는다고 하는 것이다. 또 다른 하나는 법치주의의 아래에서 인간의 권리의무에 관한 일방적이고 재량적인 행위에 관해서는 그것이 법에 반하여 행사될 위험을 제도적으로 억지하는 것이 특히 요구되기 때문에, 그러한 행위를 행사하는 자격은 그러한 억지기능을 갖춘 행정주체의 조직에 속하고, 그 조직의 통제에 따르고 있는 공무원에 한정되어야 하는 것으로 생각된다.

## 2.

한편, 국민·주민에 대한 관계에서 행정주체가 담당해야 할 역할이라고 하는 관점에서 보자면, 행정주체는 공사협동에 있어서 직접의 역무제공자인 민간사업자에게 그 역할을 적절하게 수행하도록 하는 역할과 책임을 부담하는가, 한다고 하면 어디까지 부담하는가라고 하는 것이 문제된다. 이 문제는 민간활동과 행정의 단순한 연계의 경우에도 전혀 발생하지 않는다고는 할 수 없지만, 특히 행정사무의 민간

위임의 경우에는 상당히 명확한 모습으로 나타난다. 즉, 행정주체는 원래 당해 역무제공을 스스로 적정하게 실시해야 할 책임을 국민·주민에 부담하고 있기 때문에, 역무제공의 실시책임을 면했다고 하더라도, 그 대신에 민간사업자에게 적정하게 역무를 제공하도록 하는 역할과 책임(보증책임)을 부담하는 것으로 생각된다.

이 점을 전제해 두고, 특히 행정사무의 위임을 포함한 경우에 관해, 공사협동의 본질을 적정하게 규율하기 위해 무엇이 필요할지를 명확히 밝히는 것이 행정법에 있어서의 중요한 논점이 된다. 그 내용에 관해서는 이미 다양한 지적이 있었던 바, 예를 들면, ①협동관계의 설정에 어떠한 법형식을 사용할 것인가, 특히 계약방식에 의한 개별적인 협상을 허용할 것인가, ②행정의 파트너가 되는 사업자를 어떤 방법·기준으로 선정·지정 등을 할 것인가, ③사업자의 사업운영에 대한 룰을 어디까지 과할 것인가, 또 행정에 의한 감시(모니터링)를 어떻게 위치시킬 것인가, ④이용자가 사고로 손해를 입은 경우에 사업자 및 행정주체가 책임을 어떻게 부담할 것인가 등의 논점이 열거될 수 있다.

이상은 행정사무의 위임을 포함한 공사협동의 경우이지만, 이에 대해, 행정사무의 위임에 의하지 않고 단순히 행정과의 연계 아래에서 일정한 민간활동이 이루어지고 있음에 불과한 것이라면, 사정은 달라진다. 행정주체에게 일정한 규제권한이 부여되어 있는 경우에 행정주체는 그 규제권한을 적절하게 행사해야 하는 일반적인 책임을 지고 있다고 할 수 있지만, 그 이상으로 당해 민간활동의 주체인 사업자가 그 역할을 적절하게 수행하도록 국민·주민에게 보증하는 책임을 지고 있다고는 생각되지 않는다. 그러나, 이 경우라도 행정이 아무것도 하지 않아도 좋다는 것은 아니다. 이는 규제권한불행사의 위법성에 관한 다양한 재판례를 통해서도 알 수 있는 바이기도 하다. 행정과의 연계 아래에서 이루어지는 민간활동에 대한 관계에서, 행정이 어떻게 행동해

(PPP)

야 할 것인지의 기준을 명확히 해 두는 것은 물론 의미있는 것이다.

현상으로서의 공사협동은 다양한 분야에서 추진되고 있음에 반해, 그에 대한 법적 규율의 정비는 지체되어 있다. 전술한 「공공서비스개혁법」은 찬부는 차치하고, 몇 가지 점에서 새로운 방향을 제시하는 것이긴 하나, 그 실제의 운용은 극히 한정된 범위에 그치고 있으며, 전체적으로는 입법으로 필요한 법적 규율이 이루어지지 않은 상태에서 현상만이 선행하고 있는 경우가 많다고 하지 않을 수 없다. 사견으로는 전술한 바와 같이 행정사무위임을 수반하는 협동의 경우와 행정사무위임을 수반하지 않는 협동의 경우를 명확히 구별하고서, 각각에 대해 어떠한 규율이 필요한지에 대해 일정한 기준을 형성·확립해 가는 것이 오늘날 필요하다고 생각한다.

마지막으로, 공사협동의 전개가 종래의 행정법이론구조를 크게 동요시킬 위기이기도 하며, 새로운 기회이기도 하다는 것을 지적하면서 보고를 마친다.

**3**



# 公法 規範 體系

배 영길 교수  
(부경대학교 법과대학)

I. 序 .....	147
II. 국내 학설의 현황 .....	149
III. 법규명령과 행정규칙의 구별 .....	156
1. 序 .....	156
2. 구별 방법론의 문제 .....	157
3. 대법원의 태도 .....	162
4. 결 - 양자의 구별 - .....	164
IV. 행정규칙의 법규성 .....	166
1. 법규 개념의 변화 .....	166
2. 행정규칙의 법규성 .....	168
V. 행정규칙의 효력 .....	169
1. 내부적 효력 .....	169
2. 외부적 효력 .....	171
VI. 행정규칙의 法源(Rechtsquelle)性 .....	173
VII. 특별명령의 문제 .....	177

## I. 序

공법의 규범체계는 주지하는 바와 같이, 헌법- 법률- 명령 - 조례 · 규칙 등, 상하위법 상호간에 계층적인 규범질서를 형성하고 있다. 그리고 이들 규범체계의 가장 중심에 서 있는 개념은 역시 의회가 제정하는 법률임은 더 말할 필요조차 없다.

근대 입헌국가는 군주로 대표되는 국가와 신흥 상공계층으로 대표되는 시민계급의 이원적 사회구조로 이루어졌으며, 국가행정작용을 규제하기 위해, 오직 시민의 대표로 구성되는 의회에서 제정하는 “법률”만므로, 시민의 자유와 재산에 대한 침해수단을 한정하려는 근대적 법치행정원리를 그 기본이념으로 삼아왔다.

그리고 오토 마이어(O.Mayer)에 의해 체계화된 “법률에 의한 행정의 원리”는 법률의 법규창조력, 법률의 우위, 법률의 유보 등 원칙을 그 핵심 내용으로 하고 있었으나, 동시에 이들 원리는 外見的 立憲君主制 하의 산물이었다는 점에서, 내재적 한계를 지니고 있었던 것도 사실이다.

그러나 미국은 물론, 제2차 세계대전 이후, 독일 · 일본 등에서도 최고규범으로서의 헌법에 기본권이나 자유주의적 민주국가의 기본원칙 등이 규정되기에 이르렀고, 또 이러한 헌법에 위헌법률심사제도를 규정함으로써, 선진 각국은 바야흐로 ‘實質的 法治國家’를 구현하고 있다.

그리고, 이러한 실질적 법치주의에 있어서, 그 핵심을 이루는 사항 중 하나가 바로 ‘행정입법’에 대한 법률의 (專權的) 法規創造力으로 나타나고 있다.

물론, 과거 독일이나 일본 등에서 인정되던 “獨立命令” 제도는 헌법에 의해 그 발령요건이 엄격히 통제되고 있으며(기본법 제80조a, 한국 헌법 제76조), 또 이들 독립명령을 제외한 행정권에 의해 제정되는 일반적인 법규명령도 원칙적으로 법률의 위임이 있는 경우에만 제한적

으로 인정되고 있는 것이 사실이다(기본법 제80조 제1항, 2항, 한국헌법 제75조, 제95조).

법치행정원리의 취지를 철저히 실현하려면, 의회가 행정의 내용을 미리 법률로써 최대한 상세하게 규정하는 것이 가장 바람직하다. 그럼에도 불구하고 다양한 법 기술적 이유로 오늘날 거의 모든 국가에서는 위임입법으로서 “행정입법”제도가 비교적 광범위하게 채택되고 있는 것이 현실이다.

이러한 이유로 공법이 전제하고 있는 규범체계에는, 고전적 법치행정의 원리 하에서 찾아볼 수 없었던 다양한 문제가 발생하게 되는 바, 그 중 대표적인 문제로 대두된 것이 이른바, “법규명령(Rechtsverordnung)”과 “일반 행정규칙(allgemeine Verwaltungsvorschriften)”의 구별에 관한 문제라 할 수 있다. 최근 미국산 쇠고기 수입문제와 관련하여, 장관 고시의 위헌성 문제를 제기한 법제처장의 발언 역시 행정규칙의 법적 성질 문제와 결코 무관하지 아니하다.

주지하는 바와 같이 “法規(Rechtssatz)” 개념의 정의는 行政規則 개념의 정의에 있어서도 하나의 기준(Merkmal)이 되고 있다.

즉 대다수 공법학자들이 ‘행정상 입법’의 제하에서 법규명령과 행정규칙을 다루면서 그 구별의 표준을 “法規性” 유무에서 구하고 있으나,<sup>1)</sup> 행정규칙의 법적 성질을 논함에 있어서는, 오히려 행정규칙에 대한 법규성 긍정설이 다수설이 되는 등, 매우 혼란스러운 모습을 보이

1) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 청운사, 1990, 284면; 서원우, 『현대행정법론(상)』, 박영사, 1983, 336면; 이상규, 『신행정법론(상)』, 법문사, 1996, 305면; 김동희, 행정법 I(13판), 박영사, 2007, 136면 이하; 김철용, 행정법 I, 박영사, 2006, 144면 이하; 석종현, 일반행정법(상), 삼영사, 2002, 159면; 천병태·김명길, 행정법총론, 삼영사, 202면 이하; 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2008, 141면 이하; 박균성, 행정법강의(제5판), 박영사, 2008, 131면 이하; 김성수, 일반행정법, 법문사, 2001, 327면; 일본의 경우에도 상황은 우리와 비슷하다. 田中二郎, 『新版行政法中卷 全訂 第2版』, 弘文堂, 1976, 166면; 廣岡隆, 『行政法總論(三訂版)』, ミネルヴァ書房, 1980, 102면; 藤田宙靖, 行政法 I (改訂版), 靑林書院, 1996, 276-7면; 原田尚彦, 『行政法要論(全訂第5版)』, 學陽書房, 2004, 109면; 南 博方, 行政法(第六版), 有斐閣, 2006, 101-2면;

고 있는 것이 현실이다.<sup>2)</sup>

이러한 혼란을 초래한 원인에는 여러 가지 이유가 있겠으나 무엇보다도 ‘法規’ 내지 ‘法規命令’이나 ‘行政規則’ 개념의 「성질」 및 「형식」에 대한, 학자들 상호간의 서로 통일되지 못한 인식에서 비롯된 것으로 짐작된다.

이하에서는 법규명령과 행정규칙의 「개념」은 무엇인지 또 이들 개념의 구별이 과연 실정법상 구별인지, (또는 강학상 구별인지) 여부를 살펴보고, 나아가 이들 개념에 과연 특별한 「형식」이 존재하는지 등 문제를 알아본다. 또 흔히 회자되고 있는, “법규명령 형식의 행정규칙”이나 “행정규칙 형식의 법규명령”의 문제, 나아가 행정규칙의 법적 성질(法規性 내지 法源性)에 대한 학설 및 판례의 태도를 살펴보고, 끝으로 “특별명령”개념의 인정 여부 등 문제를 차례대로 살펴보기로 한다.

## II.

우리나라 공법학에 있어서, 종래 主流를 형성해왔던 “법규”개념에 대한 견해는 법규를, 법령의 근거에 기초한, “국민의 권리·의무에 관한 규범”이라고 이해하는, 이른바 “전통적 법규개념”에 기초한 것이라고 말할 수 있다. 이러한 견해에 의하면, 규정의 형식에 상관없이 “상위법의 수권”이 있고, 그 내용이 국민의 권리·의무와 관계되든가 권리·의무에 관한 효력 변동을 생기게 하는 규범이면 法規로 되며, 그렇지 않은 경우는 非法規인 행정규칙이다.<sup>3)</sup>

그리고 행정규칙의 개념은 보통 법규개념으로부터 소극적·공제적으로 정의하여, 행정권에 의한 일반·추상적 명령 중에서, 법규명령을

2) 후술 III.2. 주 31) 참조; 拙稿, 법규명령 형식의 행정규칙과 행정규칙 형식의 법규명령, 공법연구 제22집 3호, 1994, 425면 이하 참조.

3) 김도창 ibid; 이상규, 전계서, 290면; 서원우, “법규개념의 재조명”, 『고시계』, 06년 2월, 116면; 김철용 ibid.

제외한 것으로 보는 것이 일반적이다.<sup>4)</sup>

김도창 교수는 법규의 개념을 “법이론적개념”(최광의)과 “법제도적 개념”으로, 후자는 다시 19세기적 “역사적·관습적 개념(협의)”과 “현대적 법규개념(광의)”으로 구분하는데, 법이론적 의미의 법규는, “인간의 외적 행동에 관한 성문·불문의 일반·추상적 규범으로서, 헌법 아래에서 실정법규로 타당하고 있는 규범 및 이들과 관련된 정의규정 또는 보충규정을 총칭한 것”이라 한다.

“법제도적의미의 법규”란, 권력분립적 법치국가에서 직접 입법부에 의하여 제정되거나 그 임의에 의하여 제정되어 법원에 의해 적용될 성문의 규범을 말하며 구체적으로 어떤 규범이 이러한 법제도적의미의 법규에 해당하느냐하는 것은 그때그때의 헌법상황 내지 헌법구조에 따라 가변적이라고 한다. 또 “역사적·관습적의미의 법규”는 시민의 자유와 재산에 대한 침해규범으로 보는 입장(Anschutz, Thoma)과 독립된 법주체간의 사회적 한계설정 규범으로 보는 입장(Laband, G. Jellinek)이 이에 속한다. 그리고 이러한 개념은 私法에 바탕을 둔 협소한 개념이기 때문에, 이를 현대적으로 수정 확대한 “현대적·법치국가적 법규개념(광의 법규)”이 타당하다고 하시면서, 법규는 “보통은 국가와 국민사이의 관계를 규율하는 일반·추상적 규범으로서, 행정과司法의 기준이 되는 것이며, 이른바 행정규칙 또는 그 일부인 특별명령은 포함하지 아니 한다”고 한다.<sup>5)</sup> 그리고 대통령령·총리령·부령을 법규(명령)의 형식으로, 또 고시·훈령·통첩을 행정규칙의 형식으로 이해하고 있다.

李鳴九 教授는, 상기 김도창 교수의 견해에 대하여, 전통적 법규개념이 가지는 법적 성질을 그대로 인정하면서도 “전통적 법규개념과 구별되는 독자적 법규개념(현대적·법치국가적 법규개념)을 정립하고 있음은 매우 독특한 입장인 것이며, 이 점에서 김도창 교수에 의한

4) 김도창, 전게서, 302면.

5) 김도창, 전게서, 65면.

행정규칙의 법규성 부인설은 다른 법규성 부인설과는 구별되는 것”이라 전제하고, 법규를 단순히 “일반적·추상적인 법 규정 또는 규범”이라고 정의한다. 그리고 이와 같이 정의할 때에는 행정규칙도 당연히 법규로 보아야 한다는 입장을 제시하고 있는데 그 이유로서, 행정규칙도 법의 일종으로서 도덕·종교와 같은 사회규범과 구별되며 둘째, 행정규칙이 현실적으로 일반국민에 대해 구속력을 가지는 경우가 많이 있다는 것(특히 재량준칙)을 들고 있다.<sup>6)</sup>

서원우 교수도 법규란 “국민의 권리·의무에 관한 효력을 가지는 규범”을 의미한다고 함으로써, 전통적 견해에 입각한 개념 정의를 내리고 있다.<sup>7)</sup>

그러나, 아울러 “법규개념은 이 개념이 가지는 것으로 종래 생각되고 있었던 기능을 가지고 있지 않거나, 혹은 극히 불충분하게 밖에 수행하고 있지 않는 것같이 생각 되어진다”<sup>8)</sup>고 하면서 조심스럽게 법규 개념의 확대를 주장하고 있다.

박윤훈 교수는 “넓은 의미의 법규개념은, 그 내용에 있어 국민의 자유와 재산에 관한 것은 물론이고, 그 이외의 사항(예, 행정기관의 설치 등) 이라도 그것이 국민과 행정기관을 구속하고 재판규범이 되면 법규로 본다. 따라서 종래의 좁은 의미의 법규개념은 규범의 내용에 중점을 둔 것인데 비하여, 넓은 의미의 법규개념은 규범의 효력에 중점을 둔 것이라 하겠다”<sup>9)</sup>고 하여, 규범의 ‘내용’과 ‘효력’을 구분하여 설명하였으나, 최근에는 “오늘날은 법규개념을 법이론적 입장에서 정한다”고 하고, 그 중에서도, “법규명령에서의 법규는 좁은 의미의 법규를 말한다”<sup>10)</sup>고 함으로써, 법이론적 법규 개념을 다시 광의와 협의의 개념으로 구분하여 설명하고 있다.

6) 이명구, “행정규칙의 재조명”, 고시연구, 83. 6, 38면.

7) 서원우, 전계논문, 118면.

8) 서원우, 전계논문, 126 면.

9) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 국민서관, 1992, 249면.

10) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004, 218면.

김철용 교수는 “법규명령이란 대외적으로 일반적 구속력을 가지는 법규범인 행정입법을 말한다”고 하면서<sup>11)</sup>, 동시에 법규명령과 행정규칙의 구별이 실정법상의 구별이 아닌 ‘강학상 구별’이라는 점을 분명히 지적하고 있다.<sup>12)</sup>

김동희 교수는, 법규명령이란, “행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 가지는 것”이라고 하고<sup>13)</sup>, 나아가 대통령령·총리령·부령 등을 법규명령의 ‘형식’으로 본다.<sup>14)</sup>

석종현 교수도, “법규명령은 법규로서 국가와 국민을 구속할 수 있는 일반적·대외적 구속력을 가진다”고 하고, 법규범의 성질을 판단함에 있어서는 이론의 혼란을 방지하기 위해 법형식을 존중하는 것이 타당하다고 하시면서, “법률·대통령령·총리령·부령 등은 그 내용에 관계없이 ‘법규’로 보아야 하지만, 행정규칙은 그 내용에 관계없이, 법규가 아닌 행정규칙으로 보아야 한다”고 한다.<sup>15)</sup> 법규개념에 관한 한, 상기 전통적 견해와 일치하는 것으로 보인다.

천병태·김명길 교수도 기본적으로 ‘법규성’ 유무를 기준으로 양자를 구별하는 점에서, 전통적 견해에 입각해 있으나, 다만 법규 개념에 있어서는 다소 진보적인 태도를 보이고 있다. 즉, “최근 법규(Rechtssatz) 개념의 의미와 기능에 대하여 비판적 검토가 행하여지고 있지만, ① 의회제정법에 의한 수권의 필요성은 법규명령이기 때문에 그 결과로서 오는 효과가 아니라 어디까지나 법규명령이 되기 위한 전제조건이라는 점과, ② 법규는 행정기관까지도 대외적으로 구속하고 재판기준이 될 수 있는 대외적 효력을 가진 규범으로서, 국민의 권리·의무와의 관련성만을 요건으로 하는 것이 아니라는 점을 유의할 필요가 있다”고 한다.<sup>16)</sup>

11) 김철용, 행정법 I (제9판), 박영사, 2006, 144면.

12) 김철용, 행정규칙론의 과제, 고시계 98. 11, 63면 참조.

13) 김동희, 행정법 I (제13판), 박영사, 2007, 136면.

14) 김동희, 157면 이하.

15) 석종현, 전게서, 159-60 면.

16) 천병태·김명길, 전게서, 202면.

박균성 교수는, “법규명령은 행정주체와 국민 간의 관계를 규율하는 법규범인 반면에 행정규칙은 행정조직 내부에서 적용되기 위하여 제정된 규범이다. 그리하여 법규명령은 양면적 구속력을 갖는 법규인 반면 행정규칙은 원칙상 행정기관만을 구속하는 일면적 구속력만을 갖는다”, “법규명령은 법규명령의 ‘형식’을 취하고, 공포가 효력발생요건이다”고 하여<sup>17)</sup>, 역시 상기 전통적 견해와 비슷 입장을 나타내고 있다.

한편, 김남진 교수는, “법규는 어디까지나 법이론적 개념인데 대하여 법률유보의 문제는 헌법해석상의 문제이다” 그리고, “전통적 법규 개념은 -- 독일의 19세기 입헌군주정의 역사적 산물이다. 그러나 현재는 그러한 전제가 무너진지 오래이다”고 함으로써, 한 동안 법규를 법이론적 개념으로 파악하였으나<sup>18)</sup>, 그 이후 “저자 자신도 과거에 행정규칙 가운데 법규 또는 법규적 성질을 가지는 것이 있음을 강조하는데 앞장선 바 있다. 그러나 행정규칙을 ‘법규의 성질을 가지지 아니하는 명령’으로 정의하는 것과의 모순을 극복하기 위해, 행정규칙의 대외적 효과(구속력)를 간접적·사실적 효과로서 기술하는 것이 현재의 태도이다”고 함으로써, 전통적 개념으로 회귀하고 있다.<sup>19)</sup> 그리고, 이러한 법규 개념에 입각하여 법규명령을 분석하게 되면,

① 법규명령의 제정에는 법령상의 근거를 필요로 한다 ② 일반국민에 대하여 직접구속력(대외적 효력)을 가짐이 보통이지만, ‘형식적 법규명령’(대통령령, 부령 등) 가운데 행정조직 내부에서만 구속력을 가지고, 직접 대외적 구속력을 가지지 않는 것(직제 등)도 많이 있기 때문에 대외적 구속력은 법규명령의 가능성(Möglichkeit) 또는 능력(Fähigkeit)이라고 할 수 있으며, 모든 법규명령이 일반국민에 대한 구속력을 현실적으로 지니고 있어야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>20)</sup>

17) 박균성, 전거서, 131-2 면.

18) 김남진, 행정규칙의 성질과 효력, 고시계 79. 12, 75면.

19) 김남진, 행정법의 기본문제, 경문사, 1990. 278-9면.

20) 김남진, 김연태, 행정법 I (제12판), 법문사, 2008, 142 면.



즉, ‘일반적 구속력’ 유무가 반드시 ‘법규성’ 유무의 징표가 될 수 없음을 인정하는 점에서 전통적 견해와 차이를 보이고 있으나, 아울러, ‘職制’를 (형식적) 법규명령으로 인정하는 점, 또 ‘규범구체화행정규칙’을 인정하는 점도 특징이다. 그리고, 대통령령, 총리령, 부령을 “형식적 법규명령” 내지 “법규명령의 형식”이라고 보고 이를 다시 “진정한 행정규칙으로서의 법규명령”과 “부진정한 행정규칙으로서의 법규명령”으로 二分하는 점도 특색이라 할 수 있다(후술 Ⅲ.2.(2) 참조).

홍정선 교수는, 법규명령이란 “법령상의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 규범으로서 국민과의 관계에서 통상적으로 법규성을 갖는 행정입법을 말한다”고 하면서, 여기서 “법령의 근거”는 필수요소이지만, 법규성은 통상적으로 요구되는 요소 즉 常素일 뿐, 필수요소는 아니라고 한다.<sup>21)</sup>

나아가 외부효 유무나 입법형식(대통령령, 총리령, 부령, 고시·예규 등), 또한 공포 절차·방식도 양자의 구분기준으로서 충분하지 아니하고, 양자의 구분은 헌법의 관점에서 수권여부를 기준으로 이루어져야 할 것이라고 한다(수권여부 기준설<sup>22)</sup>).

전통적 견해와의 분명한 차이를 드러내는, 돋보이는 견해이다. 다만, 훈령·고시의 형식으로 수익적 사항이 발령된 경우에는 ‘법령의 수권’이 없어도 법규명령이 될 수 있다거나<sup>23)</sup>, ‘법규명령의 형식’이란 표현 방식이 합당하지 못하다는 점을 지적하면서도<sup>24)</sup> ‘행정규칙의 형식’이

21) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2008, 198면.

22) 후술함. 법규명령과 행정규칙의 구별기준에 관한 필자의 주장과 기본적으로 같은 내용임. 拙稿, 전개논문, 434면 참조; 同, 오늘의 법률, 1999. 5 (통권 124호), 통/3940-1면; 同, 법규명령과 행정규칙의 구별, 고시계 99. 5, 33면 참조; 다만, 홍정선 교수는 김남진 교수의 견해를 ‘수권여부기준설’이라고 명명하나, 김남진 교수는 ‘상위법의 수권’이 있어도 고시·훈령 등은 법규명령으로 보지 아니하고, 오직 대통령령·총리령·부령만을 법규명령으로 보기 때문에, 엄격한 의미에서 ‘수권여부기준설’이라고 부르기 어렵다. 또 이 점에서 홍교수 자신의 주장과도 차이가 있다. 홍정선, 상계서, 234면.

23) 홍정선, 231면.

24) 홍정선, 233면, 주1) 참조.

란 표현을 쓰고 있는 점<sup>25)</sup>, 또 “법령의 수권 등” 有無의 기준을 ‘형식적’ 개념요소로 보지 아니하고, ‘내용적’ 개념요소로 받아들이고 있는 점 등은 다소 이해하기 어려운 점이라고 지적할 수 있다.<sup>26)</sup>

정하중 교수는, 법률의 위임에 의하여 또는 법률을 집행하기 위하여 행정권에 의하여 제정되는 법규명령은 국가기관은 물론 일반적으로 국민에 대하여 직접 구속력을 갖는 법규범으로서의 성격을 갖고 있다고 전제하고, 법규명령은 ① 법률이나 상위 법규명령에 그 근거를 두고 있다는 점 (그러나 집행명령의 경우 반드시 법령의 근거를 요구하는 것은 아니다) ② 일반성·추상성을 그 개념적 요소로 하고 있으나 행정조직 내부에서만 구속력을 갖고 있는 법규명령이 있을 수 있다는 점에서(예컨대 직제), 일반국민에 대한 구속력은 반드시 그 개념적 요소에 해당되지 않는다고 한다.<sup>27)</sup> 법규명령이 되기 위해서는 ‘상위법의 수권’은 필요하나, 일반적 구속력을 반드시 요하지 않는다는 점에서, 전통적 견해와는 차이가 있고, 홍정선 교수의 주장과 비슷하다.

나아가, “법규명령과 행정규칙을 법규성 유무에 따라 구별하는 것은 독일의 입헌국가시대의 법규개념의 잔영이라고 보아야 할 것이며, 행정규칙과 여타의 법규범은 오히려 내부법규와 외부법규로 구별하는 것이 바람직”하다고 하시나<sup>28)</sup>, 내부법규와 외부법규의 차이에 대한 구체적 언급이 없는 점은 다소 아쉽다.

우리 대법원도 법규명령과 행정규칙의 구별 문제와 관련하여, 후술하는 바와 같이 구속력의 유무로 별하는 전통적 견해와 비슷한 태도를 보여 왔으나, 몇 가지 점에서 차이가 있는 것도 사실이다. 판례의 태도에 대하여는 항목을 바꾸어 설명하기로 한다(후술 III.3. 참조).

25) 홍정선, 232면.

26) 법규명령은 법령의 수권 등을 개념요소로 하여 ‘내용적으로’ 파악된 개념이라고 한다. 홍정선, 198면.

27) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2007, 127면.

28) 정하중, 상계서, 145면.

, 가

국내 학설의 법규개념 사용에 있어서의 통일성의 결여는 법규명령과 행정규칙의 구별을 혼란스럽게 만드는 주요한 원인이 되었다고 말할 수 있다.

### Ⅲ.

#### 1. 序

국내 공법학계에 행정규칙의 성질 및 효력에 관한 활발한 논의가 시작된 것은 행정규칙의 효력에 대한, Ossenbühl의 학설(직접적 효력설)이 국내에 소개되면서, 행정규칙의 법규성 및 외부적 효력을 부인하는 김도창 교수와 이를 긍정하는 김남진 교수 사이의 논쟁에서 비롯된 것이라 말할 수 있다.<sup>29)</sup>

그동안 우리나라 공법학계에서는 행정권이 발하는 명령을 그 ‘법규성’의 유무에 따라, 법규성이 있는 ‘법규명령’과 법규성이 없는 ‘행정규칙’으로 구분하면서도, 행정규칙의 성질(및 효력)을 논함에 있어서는 오히려 법규성 긍정설이 다수설이 되는 등<sup>30)</sup>, 법리적으로 이해하기 어려운, 매우 혼란스러운 양상이 연출되었으며, 지금도 상황은 크게 달라진 것으로 보이지 아니한다.

특히, 법규 개념이 ‘전통적 법규개념’에서 ‘이론적 법규개념’으로 그 外延이 확대되면서, 행정규칙의 법규성 유무의 논의는 더욱 혼란스러운 양상으로 전개되고 있는 것으로 보인다.

이하에서는 이러한 혼란을 제공하는 요인들을 차례대로 살펴보고, 그 해결책을 모색해 보기로 한다.

29) 김도창, 행정규칙의 性質, 고시계, 1979. 7-9월호 : 김남진, 행정규칙의 類型과 效力, 월간고시, 1982. 2월호 참조.

30) 이러한 결과는 헌법상 평등원칙을 매개로 하는 행정규칙의 간접적 효력을, 일종의 법규적 효력으로 간주하면서 비롯되었다..

2.

(1) 가 가

먼저, 법규명령과 행정규칙의 구별이 실정법상 구별인가 강학상(학문상) 구별인가 하는 문제가 제기된다.

독일의 기본법 제80조 제1항에 의하면, “법률로써 연방정부, 연방장관 또는 주정부에 ‘법규명령(Rechtsverordnung)’을 발포하는 권한을 부여할 수 있다”고 규정함과 동시에, 동법 제84조 제2항에서는, “연방정부는.....‘일반행정규칙(allgemeine Verwaltungsvorschrift)’을 발할 수 있다”는 규정을 두는 등, ‘법규명령’과 ‘일반행정규칙’이라는 용어를 명확히 구분하여 규정하고 있는 반면<sup>31)</sup>, 우리헌법은 ‘법규명령’이나 ‘행정규칙’이라는 용어를 사용하고 있지 않으며, 국회법 등 실정법률에서도 사정은 비슷하다.<sup>32)</sup>

한편 행정규제기본법은, “규제는 법률에 직접 규정하되, 규제에 세부적인 내용은 - 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 「告示 등」으로 정할 수 있다”(동법 제4조 제2항)고 하여, 대통령·총리령·부령과 마찬가지로 「告示 등」에서도 규제(법규

31) 기본법 제85조 제2항, 제86조 등에서도 “행정규칙(allgemeine Verwaltungsvorschriften)”이란 용어가 사용되고 있다.

32) 다만, 舊국회법 제98조의 2(1997년 1월 13일 법5293호 개정)(대통령령 등의 송부)에 의하면, “중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령 및 훈령·예규·고시 등 ‘행정규칙’이 제정 또는 개정된 때에는 7일 이내에 이를 국회에 송부하여야 한다”고 규정하였다. 이례적으로 “행정규칙”이라는 용어가 등장하였으나 입법적 착오라는 주장이 제기되었고, 2000년 2월 16일 국회법 개정(법6266호)시, 이 용어는 바로 삭제되었다.

사항)를 규정할 수 있음을 인정하고 있다. 여기서 ‘告示’는 公示를 필요로 하는 행정조치의 표현형식이다. 사무관리규정(대통령령)에 의하면, 공문서의 종류로서 ‘공고문서’를 규정하면서, “고시·공고 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리기 위한 문서”라고 정의하고 있다 (동 규정 제7조 3호).

특이한 점은, 이와 같이 헌법을 포함한 대한민국의 실정법령이 ‘법규명령’이나 ‘행정규칙’이라는 용어를 별도로 사용하고 있지 아니함에도 불구하고, 의외로 많은 학자들이, 양자의 구별을 마치 실정법상의 구별인 것처럼, 행정권이 발하는 명령 중, 그 형식이 대통령령·총리령·부서의 형식으로 되어있으면 법규명령이고, 고시·훈령·예규 등 형식으로 되어 있으면 행정규칙이라는 식으로 매우 쉽고 간단하게 양자를 구분하고 있다는 점이다.<sup>33)</sup>

그러나, 양자의 구별이 이처럼 쉽고 간단한 성질의 문제라면 처음부터 “행정규칙 이론”의 혼란은 발생하지 않았을 것이다.

요컨대 법규명령과 행정규칙의 구별은 강학(학문)상의 구별이며<sup>34)</sup>, 후술하는 바와 같이 양자의 구별은 “상위법의 수권” 유무라는 ‘형식적 요건’<sup>35)</sup>에 의해 구별하는 것이 타당하다.

33) 그리고 이러한 전제 하에, 주지하는 바와 같이, 많은 학자들이, 이른바 “법규명령 형식의 행정규칙”과 “행정규칙 형식의 법규명령”의 문제를 다루고 있다. 판례도 마찬가지이다. 즉, 대판 1990. 6. 9, 97누19915판결에서는 “행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 경우”라든가, 헌재 1992. 6. 26, 91헌마25 결정에서도, “그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도”라는 표현에서도 알 수가 있다. 다만 실무가 중에도, 법규명령의 “일반적인” 형식 내지 행정규칙의 “일반적” 형식이라는 진일보한 표현을 사용하는 견해도 있다. 金東建, 대법원판례에 비추어 본 법규명령과 행정규칙, 고시계 98. 11, 42면 참조.

34) 同旨, 김철용, 행정규칙론의 과제, 고시계 98. 11, 63면 이하.

35) 전계 註 23) 참조. 이를 ‘내용적’ 요건 또는 ‘수권여부기준설’이라고 부르기도 한다. 홍정선, 전계서, 198면, 235면. 그러나 ‘일반적 구속력’ 유무라는 내용적 요건과 구별하기 위해, 본고에서는 ‘형식적 요건’이라고 命名한다.(후술 Ⅲ.4. 참조)

## (2) “法規命令” 二元的 展開

주지하는 바와 같이 P. Laband, G. Yellinek, Anschütz 등 독일의 국법학자들은 법률을 “실질적 의미의 법률”과 “형식적 의미의 법률”로 구분하고 시민의 자유와 재산을 규율하는 “실질적 의미의 법률”과 “법규(Rechtssatz)”를 동일시하였다.

그리고 법규 즉 실질적 법률은 의회의 규율에 해당하는 반면 법규에 해당하지 않는 행정 내부적 규율영역은 행정권의 규율영역에 속한다고 하는 법리가 이 속에 잠재해 있었다.<sup>36)</sup> 특히 Laband에 의하면 이원적 법률개념과 마찬가지로 명령개념도 “실질적 의미의 명령”과 “형식적 의미의 명령”이라는 이원적 구분이 가능하다고 한다.<sup>37)</sup> 그가 논하는 ‘형식적’ 내지 ‘실질적’ 의미라는 것은 서로 다른 별개의 기준(Merkmal)에 입각한 것으로서, 전자는 의사표명의 ‘형식’에, 그리고 후자는 의사표명의 ‘내용’을 표준으로 구별하는 방식이다. 이 방법에 의하면 형식적 의미의 법률과 형식적 의미의 명령이라는 두 개념의 상호관계는 서로 중복이 없는, 이른바 논리학상의 모순개념 관계에 속한다. 실질적 의미의 법률과 실질적 의미의 명령이라는 개념 상호간의 관계도 마찬가지이다.

그렇다면, 법규명령과 행정규칙이라는 두 개념의 상호관계는 어떠한가? 이 두 개념은, 다수설에 의하면, 상기 ‘형식적 명령’을 ‘법규성’의 유무에 따라 중복 없이 二分한 개념으로서, 명령의 형식을 취하는 점에서는 구별되지 않고 다만 법규성의 유무에 있어서 차이가 있을 뿐이다.

그렇다면, 법규명령 개념을 다시 형식적 내지 실질적 의미의 개념으로 이원화하는 것이 가능할 것인가?

일부 견해는 “아무런 단서 없이 법규명령이라고 할 때에는 그것은

36) 김유환, 법규명령과 행정규칙의 구별기준, 고시계 98. 11, 17면.

37) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5 Aufl. 2 Bd., 1911, S. 87.

, 가

‘형식적 의미의 법규명령’ 즉 ‘법령 등 공포에 관한 법률’에 열거되어 있는 대통령령·총리령·부령만을 의미해야한다”고 기술하고 있다.<sup>38)</sup>

이 견해는 대통령령·총리령·부령을 법규명령의 “형식”으로 보고, 아울러 告示·訓令·通牒을 행정규칙의 “형식”으로 보는 前提에서 출발하고 있다.

그리고 이러한 전제는 상술한 바와 같이, 국내에서 비교적 폭넓게 수용되고 있지만, 우리나라에 있어서 이러한 용어법의 시초는, 일본에 있어서 閣令·政令·省令을 형식상의 법규명령으로 보는 (또 告示·訓令·通達을 행정규칙으로 보는) 田中二郎 박사의 견해<sup>39)</sup>에서 비롯된 것이라고 말할 수 있다.

通常적으로 법규명령이 대통령령·총리령·부령의 형식을 취하는 경우가 많다고 하여 이들을 법규명령의 ‘형식’으로 간주하는 것은 정확한 학문적 태도가 아니다. 田中 박사의 견해가 정확한 학문적 자세가 아니라는 점은 이미 일본에서도 오래 전부터 지적되고 있다.<sup>40)</sup>

나아가 우리나라 일부 견해는 상기 형식적의미의 법규명령을, 다시 “진정한 행정규칙으로서의 법규명령”과 “부진정한 행정규칙으로서의 법규명령”으로 구분하고 있으나<sup>41)</sup>, 특별히 실익이 있는 것으로 보이지 아니한다. 법규명령이란 개념 자체가 실정법상 개념이 아닐 뿐더러, 처음부터 특별한 형식을 필요로 하지 아니하는 강학상 개념으로 출발했기 때문이다. 요컨대 법규명령의 “형식” 및 행정규칙의 “형식”이란, 정확한 이론적 표현이 아니며, 단지 존재하는 것은 행정권이 발하는 “명령”의 형식일 뿐이다.<sup>42)</sup>

38) 김남진, 규범구체화행정규칙, 월간고시, 89. 11, 222면.

39) 田中二郎, 行政法講義案 上卷 第一分冊, 有斐閣, 1949, 139면 363면 등 참조. 또 “행정규칙의 고유의 형식”으로서, 訓令·通達·告示를 들고 있는 것으로, 園部敏, 行政機關の立法(初出 1949) 同, 行政法の諸問題, 有信堂, 1952, 91면 참조.

40) 大橋洋一, 行政規則の法理と實態, 有斐閣, 1989, 13면; 森田寬二, 法規と法律の支配(一), 法學 40卷1號, 1976, 46-7면.

41) 김남진, *ibid.*

42) 拙稿, 전계논문, 433-7면 참조.

## (3) , ,

법규명령이나 행정규칙의 개념이 강학상 구별이며, 나아가 이들 개념을 다시 형식적 개념과 실질적 개념으로 이원화 하는 방법에 문제가 있음은 이미 지적한 바와 같다. 그러나, 상기 나) 문제의 연장선상에서, 상술한 바와 같이, 의외로 많은 학자들이 “법규명령 형식의 행정규칙” 내지 “행정규칙 형식의 법규명령”의 문제를 다루고 있는 것이 현실이다.

예컨대 훈령 형식으로 되어 있는 재산제세조사사무처리규정이나 물가안정에 관한 법률 제2조에 의한 최고가격의 고시 등과 같이, 국민의 권리·의무에 유관한 사항이 훈령·고시 등에 규정된 경우(이른바 “행정규칙 형식의 법규명령”), 또 이와는 반대로 행정사무처리기준 등을 정하고 있는 대통령령이나 부령 등(이른바 “법규명령 형식의 행정규칙”)의 법적 성질 문제가 그것이다.

전자의 경우, 다수설<sup>43)</sup> 및 판례<sup>44)</sup>는 이를 “법규명령”으로 이해하지만 소수설은 “규범구체화행정규칙”으로 이해한다.<sup>45)</sup> 이러한 현상은 전통적인 법률지배의 원리에 비추어 볼 때, 결코 바람직한 현상이 될 수 없을지 몰라도 동시에 그것은 무시할 수 없는 엄연한 현실로 존재한다.

특히 소수설에서는, 우리 대법원이 특정 행정규칙을 “규범구체화 행정규칙”으로 인정하여 그 대외적 구속력을 인정한 최초의 판결례로 받아들이며, 이 경우 그것을 “구태여 법규명령으로 부를 필요가 없다”고 함으로써, 결국 행정규칙도 대외적 구속력을 가질 수 있음을 시사하고 있다.

43) 김동희, 전거서, 165 면; 박윤훈, 전거서, 248면 : 류지태, 행정법신문(제8판), 2004, 222면.

44) 대판 87. 9. 29, 86누484.

45) 김남진, *ibid.*



, 가

한편, 후자의 경우, 즉, 部令 형식의 도로교통법 시행규칙 등, 일반적으로 제재적 사무처리의 기준을 정하는 시행규칙의 법적 성질과 관련하여서도, 학자들의 견해는 이를 법규명령으로 보는 적극설<sup>46)</sup>과 행정규칙이라는 소극설<sup>47)</sup>로 대립하고 있으며, 대법원은 원칙적으로 소극설을 지지하는 것으로 보인다.<sup>48)</sup> 이러한 견해 차이가 존재하는 이유는 무엇인가?

### 3.

그동안 대법원은 대통령령, 부령, 훈령 등의 형식에 구애받지 아니하고, “일반적 구속력”의 유무에 따라 법규명령과 행정규칙을 구별해 왔으며 이러한 대법원의 태도는 일응 정당한 것으로 평가돼왔다.

즉, 행정기관(국세청장, 장관 등)의 훈령 등이라 하더라도 법령의 명시적 위임에 기초한 것에 대해서는 법규성을 인정해 온 반면<sup>49)</sup>, 부령이나 대통령령이라 하더라도, 일반적 구속력이 없는 경우에는 그 법규성을 부정해 왔다.

그러나, 대법원은 이러한 종전의 태도와는 달리, 매우 이례적으로 행정청의 처분기준을 정한 대통령령에 대하여 그것이 대통령령이라는 이유만으로 법규명령이라는 판결을 내린 바 있다. 즉, 이 규정(주택건설촉진법 시행령 제10조의 3 제1항 [별표 1])은 “규정 형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙

46) 김도창, 전게서, 302면; 김동희, 전게서, 157면 : 홍정선, 전게서, 233면 : 박윤훈, 248면 : 석종현, 전게서, 184면 참조.

47) 류지태, 전게서, 221면 : 한건우, 현대행정법강의, 신영사, 2006, 361면 참조.

48) 대판 1984. 2. 28, 83누551; 대판 1991. 11. 8, 91누4973; 대판 1995. 10. 17, 94누 14148; 대판 1996. 9.6, 96누 914.

49) 대판 1987. 9. 29, 86누 484; 1993. 11. 23, 93도662; 1994. 3. 3, 92누1728; 1994. 4. 26, 93누21668. 다만, 매우 이례적으로, 상위법의 수권이 없는 훈령(건축사사무소의 등록취소 및 폐쇄처분에 관한 규정 - 건설부훈령 제447호)에 대하여 법규성을 인정 한 판결도 있다. 대판 1984. 9. 11, 82누166.

과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령(행정규칙 - 필자주)에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다”고 판시함으로써<sup>50)</sup>, 종전의 태도와는 판이하게, 규정 형식이 대통령령이면 법규명령이 되지만, 부령이나 훈령 등의 경우에는 법규명령이 될 수 없는 듯한 판결을 내림으로써, 상당한 혼란을 초래한 바 있다. 또 제재적 사무처리기준을 정한 시행령(대통령령)에 대해 법규성을 인정하면서도 다소 신축적으로 약한 구속력만을 인정한 판결도 존재 한다.<sup>51)</sup>

대체로 판결의 이 부분에 대하여는 비판의 소리가 높지만<sup>52)</sup>, 반대로 적극 환영하는 견해<sup>53)</sup>도 있어 눈길을 끈다. 그러나 그 후 대법원은 다시 태도를 바꾸어 “법규명령으로서의 훈령”이 일반적으로 존재할 수 있음을 인정함으로써 종전의 견해로 회귀하고 있음<sup>54)</sup>은 다행스러운 일로 생각된다.

다만 지금까지 대법원의 태도에 문제가 없는 것은 아니다. 즉, 그동안 대법원은 여러 차례에 걸쳐 部수인 자동차운수사업법 시행규칙, 공중위생법 시행규칙, 도로교통법 시행규칙 등이 정하는 제재적 사무처리기준과 관련하여, 이들 규정이 비록 部수의 형식으로 되어 있으나 규정의 성질과 내용은 사업면허의 취소처분 등 사무처리준칙을 규

50) 대판 1997. 12. 26, 97누15418.

51) 대판 2001. 3. 9, 99두 5207, “청소년보호법 제49조 제1항, 제2항에 따른 같은법 시행령 제40조 (별표 6)의 위반행위의 종별에 따른 과징금 부과처분기준은 법규명령이기는 하나, ... 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 과징금의 액수를 정하여야 할 것이므로 그 수액은 정액이 아니라 최고한도액이다”

52) 홍준형, 법규명령과 행정규칙의 구별, 법제 1998. 8, 51면 참조.

53) 김남진, 법규명령과 행정규칙의 구분 등, 법제 98. 5월, 72면 참조. 즉, “처분기준을 정한 위임명령을 법규명령으로 판시하였음은 획기적인 일이다”고 평가하신다.

54) 대판 1998. 6. 9, 97누19915. 판결이유 중에서 대법원은 “행정규칙도 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법규명령의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 당해법령의 위임명령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다 할 것이다”고 판시하였다.

정한 것에 불과하므로 그것은 행정규칙에 불과하고, 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것이 아니라는 점을 반복적으로 인정해왔으며, 이러한 태도가 대법원의 확립된 판례인 점을 대법원 스스로 밝히고 있다.<sup>55)</sup> 이외에도 의료법, 풍속영업의 규제에 관한 법률 등 제재적 재량처분의 기준을 정한 부령에 대해서도 비슷한 태도를 보여 왔다.<sup>56)</sup>

대법원의 시각에서 보아 부령 등이 정하는 행정처분의 기준이 불합리하다고 생각되는 경우, 그 법규성을 부정함으로써 재판에의 적용을 거부하는 것은 매우 쉽고 간편한 방법일지 모르나 그 정당성은 의심스럽다. 왜냐하면, 부령 등이 정하는 행정처분의 기준이 불합리하다고 생각되는 경우라 하더라도 ‘상위법의 수권’ 하에 제정된 것인 이상, 대법원은 원칙적으로 헌법이 규정하는 “위헌·위법명령심사제도(헌법 제107조 제2항)”를 통하여, 명령 중 어떤 부분에 잘못이 있는지를, 그 전원합의체에서 심사하여, 문제 있는 조항의 적용을 거부하도록 하는 것이 헌법의 요청이기 때문이다.

결론적으로, 제재적 재량처분기준을 정한 부령 형식의 시행규칙에 대하여, 단순히 대외적 구속력이 없는 행정규칙에 불과하다고 단정하여 그 구속력을 부정하는 대법원의 태도는, 자칫 행정의 재량권에 대한 침해인 동시에 아울러 헌법상 위임입법 체계에 대한 중대한 침해가 될 수 있음을 유의해야 할 것이다.<sup>57)</sup>

#### 4. - -

법규명령과 행정규칙의 구별이 강학상 구별이라는 전제에 설 때, 규범 논리상 두 개념의 外延과 內包는 학자에 따라 달라질 수 있으며,

55) 대판 1997. 5. 30, 96누5773 판결에서는 도로교통법 시행규칙인 운전면허행정처분 기준이 외부적 구속력이 없다는 것이 “대법원의 확립된 판례이므로”라는 대목이 명확히 나타나고 있다.

56) 대판 1996. 2. 23, 96누 16318; 대판1994. 4. 12, 94누 651

57) 同旨, 김원주, 법규명령과 행정규칙 구별의 실익, 고시계, 98. 11, 12면 : 홍준형, ibid. : 劉尙炫, 행정부에서 보는 행정규칙론, 고시계 98, 11, 35면 이하.

이러한 차이는 궁극적으로 “법규성”을 어떻게 인식하느냐 하는 문제와 연결되어지게 된다.

다수설 및 판례의 견해에 의하면, “법규(범)성”이란, “법규범으로서의 구속성”을 의미하고, 이러한 법규성을 가지기 위해서는 다음 두 가지 요건이 필요하다.

첫째, 형식적 요건으로서 법률 등 상위법의 수권이 있어야 하고 둘째, 실질적 요건으로서 일반적 구속력이 있어야 한다.

이들 중 특히, 형식적 요건의 존재는 개념상 당연한 것으로서 우리 헌법은 위임명령에 있어서, 상위법의 수권과 관련하여, ‘개별적·구체적 위임’이어야 함을 명시하고 있다(헌법 제75조).

문제는 두 번째 요건이라 할 수 있다. 판례 및 학설에 의하면, “일반적(외부적) 구속력”이 없는 법규명령(예컨대 행정사무처리기준을 정하는 부령 등)이 있는가 하면, 나아가 행정규칙 중에는 “구속력”이 있는 행정규칙이 존재하기 때문에<sup>58)</sup> 법규명령이 되기 위한 상기 두 가지 요건 중, 두 번째 요건은 그 구별기준으로서의 기능을 상실하고 말았다. 따라서 법규명령과 행정규칙을 구별하는 기준은 ‘상위법의 수권’ 유무라는 단일 기준에 의해 구별하는 수밖에 없다(형식설-수권유무기준설).

그리고, 당해 명령의 ‘실정법상 형식’(대통령령, 총리령, 총리명, 훈령, 고시, 예규 등)이나 ‘외부적 구속력’의 유무, ‘공포의 절차·방식’ 등도 엄격한 법적 의미에서의 구별기준이 될 수 없다.<sup>59)</sup>

대통령령·총리령·부령은 법규명령의 형식이 아니라 행정권이 발하는 ‘명령’의 형식으로 이해하는 것이 옳다. 훈령·고시·예규의 경우도 마찬가지이다.

법규명령의 ‘형식’이나 행정규칙의 ‘형식’과 같은 표현은 법리적으로 정확한 용어법이 아니다. 따라서 굳이 양자의 ‘형식적’ 차이를 논한다

58) 후술 V. 행정규칙의 효력 참조.

59) 同旨, 홍정선, 전게서, 196-7면 참조.

가

면, ‘상위법의 수권’ 유무뿐이며, 상술한 바와 같이 ‘법규성’이나 ‘일반적 구속력’의 유무를 기준으로 양자를 구별하는 것은 불가능하다.

따라서, 종래 “행정규칙 형식의 법규명령”의 성질문제와 관련하여, 소수견해는 이를 “규범구체화 행정규칙”으로 이해하지만, 상위법의 수권 하에 제정된 것이면, 비록 고시나 훈령 등 형식으로 제정된 것이라 하더라도 처음부터 법규명령으로 이해하는 것이 옳다(판례 同旨).

상술한 바와 같이, 소수설은 고시·훈령 등을 행정규칙의 ‘형식’으로 이해하여, 이를 ‘규범구체화 행정규칙’이라 부르고 있으나, 우리나라의 경우 법규명령이나 행정규칙에 실정법상 특별한 형식이 정해져 있는 것이 아니고 또 상위법의 수권 하에 제정된 보충명령은 강학상 처음부터 ‘법규명령’이기 때문에, 굳이 이를 (규범구체화) ‘행정규칙’이라고 부를 이유가 없기 때문이다.

또, 이른바 “법규명령 형식을 취하는 행정규칙”의 경우, 그 규정의 내용이 비록 행정청의 사무처리기준을 정한 것에 불과하더라도, ‘상위법의 수권’ 하에 제정된 것이면, 법규명령으로 이해함이 옳다. 왜냐하면, “법규가 그 내용에 따라 효력관계를 달리하는 것은 법규의 일반적 기능에도 반하는 것”이기 때문이다.<sup>60)</sup>

이하에서는 행정규칙의 “법규성” 내지 “일반적 구속력”의 유무 나아가, “法源性” 유무의 문제를 살펴보기로 한다.

## IV.

### 1.

독일의 전통적 학설에 있어서도 통일적인 법규개념이 존재하였던 것은 아니었으나 일반적으로 법규를 “법 주체의 의사영역의 한계를

---

60) 김도창, 전게서, 302 면.

설정하는 것”으로 정의하는 P.Laband, G.Jellinek의 「제한설정 방식(Schrankenziehungsformel)」과 “국민의 자유와 재산을 침해하는 것”으로 정의 하는 G.Anschütz, R. Thoma의 「자유·재산 방식(Freiheits und Eigentumsformel)」의 두 가지 방식으로 구별하는 것이 가능하다.<sup>61)</sup>

그리고, 이 두 견해의 공통점은 첫째, 외부·내부의 이분설에 입각하여 내부관계를 규율하는 규범은 법규로 인정하지 아니하였다는 점과 둘째, 일반권력관계와 특별권력관계 二分論에 입각하여 특별권력관계를 규율하는 규범 역시 법규로 보지 아니하였다는 점이다.

그리고 전통적 학설에 있어서 법규가 가지는 기능은 대략 다음 두 가지로 요약된다. 첫째, 행정권이 규범을 정립하는 경우 법률의 수권을 필요로 하는가 여부 둘째, 규범의 구속성 여부를 결정하는 기능이 그것이다.

그리고, 독일의 경우, 전통적 법규개념이 가지고 있던 이러한 기능은 1950년대 H.Krüger, O. Bachof 및 1960년대 G. Kampe, 1970 년대 E. Forsthoff를 통하여서도 기본적으로는 유지되고 있었으나, D. Jesch, W. Brohm에 이르러 전통적 법리로부터의 이탈의 경향을 보이다가, H. J. Wolff, H. H. Rupp, E. W. Böckenförde, F. Ossenbühl에 이르러서는 전통적 법규개념이 가지고 있었던 두 가지 기능은 완전히 부인된다.<sup>62)</sup>

환언하면 이들이 사용하는 법규개념은 순수한 법 이론상의 개념이며 전통적 법규개념이 가졌던 두 가지 기능은 찾아 볼 수 없다.

이들은 행정권이 정립하는 법적 구속력 있는 규범의 전부를 법규명령이라고 부르거나 그 정립에 법률의 수권을 요구하고 있는 것도 아니며, 또한 행정권이 법률의 수권 없이도 정립할 수 있는 규범의 전부를 행정규칙 개념으로 포괄하고 있는 것도 아니다. 또한 법규성의

61) 전자는 일명, 私法的 정의, 후자는 일명, 公法的 정의라고 부른다. Vgl. H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsecht I, 9. Aufl., 1974, S. 115.

62) 서원우, “행정규칙 법리의 재검토(하-II)”, 고시연구, 80. 6, 95-107면.

, 가

유무가 법규명령과 행정규칙의 구분을 위한 기준이 될 수 없음은 물론, 법규명령과 행정규칙의 개념은 법규 개념과는 그 차원을 달리하는 헌법 정책적 개념으로 인식한다.

## 2.

독일의 기본법이 법규명령과 행정규칙을 명시적으로 구별하고 있는 것과는 달리, 우리 헌법에는 이들 개념의 구별에 대한 명시적 규정이 없다.

양자의 구별은 어디까지나 ‘법규성’ 유무를 기준으로 하는 강학상 개념으로 성립·발전 되어 왔으며, 현재에도 기본적으로 이러한 사정에는 변화가 없다.

즉, 현재에도 다수설 및 판례에 의하면, 법규명령과 행정규칙의 구별기준을 법규성 유무에서 찾고 있으나, 단지 이 경우 ‘법규성’ 내지 ‘법규’의 개념이 무엇인지에 대해서는 상술한 바와 같이, 약간의 견해 차이를 보이고 있는 것이 사실이다.

그러나, 한 가지 분명한 사실은 ‘일반적 구속력’ 유무를 기준으로 양자를 구별하는 기능(실질적 기준)은 이미 그 의의를 상실하고 있다는 점이다.

그리고 일부 견해는 법규명령과 행정규칙을 외부법과 내부법으로 구별하고 있으며<sup>63)</sup>, 이 경우 내부법과 외부법의 구별기준이 정확하게 무엇인지 알기는 어려우나, 전통적 견해와 큰 차이는 없는 것으로 보인다.

전통적으로 행정규칙에 대해 인정되는 ‘내부적 효력’이란 행정조직이나 특별행정법관계 내에서만 인정되는 효력으로서 법원이나 일반인을 구속할 수 없기 때문에 재판규범성 내지 법규성도 부정되어야 한다고 주장되었다.

---

63) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2007, 145면 참조.

따라서, 행정규칙의 법규성 유무의 문제는 궁극적으로 양자의 구분 기준이 되고 있는 ‘일반적 구속력’이 무엇인지 또는 ‘외부법’과 ‘내부법’의 차이가 무엇을 의미하는 것인지를 문제로 귀착된다. 항목을 바꾸어 설명하기로 한다.

## V.

이하에서 행정규칙의 내부적, 외부적 효력의 내용 및 두 가지 효력의 상관관계에 대해 알아보기로 한다. 행정규칙에는 내부적 효력만이 있기 때문에 이를 위반하더라도 위법이 되지 아니하고, 또 법원이나 일반인은 이에 구속당하지 아니한다는 주장은 과연 타당성이 있는 것인가?

### 1.

행정규칙이 행정조직 내부나 특별행정법관계 구성원에 대하여 가지는 구속력을 전통적으로 ‘내부적 효력’이라고 한다.

행정규칙은 상급기관이 하급기관의 조직과 직무수행에 관하여 발하는 일반적·추상적 규율로서, 행정청 내부에서만 효력을 가지는 내부법의 성격을 가지기 때문에, 일반국민의 권리와 의무를 규율할 수 없으며 또 재판에 있어서도 법원을 구속하지 못하고, 이를 위반한 경우에도 위법의 효과를 발생시키지 아니하고, 단지 징계책임을 지는 법적 효과가 발생한다고 한다.

이러한 주장은 현재에도 독일, 일본, 우리나라를 막론하고 학설의主流를 형성하고 있으나 그 배경에는 19세기 독일 국법학을 지배했던 라반트와 옐리네크 등의 주장이 그 근거로 작용하고 있다.

당시 독일 국법학에 있어서는 공법관계에 민법적 개념이 넓게 침투되었으며, “국가는 곧 법인(juristische Person)”이라는 사상이 창설되었



다. 오랫동안 독일 국법학을 지배했던 Laband의 "불침성의 이론(Impermeabilitätstheorie)"을 요약하면 다음과 같다.

즉, “법은 개개 주체들의 권한과 의무의 구분을 그 내용으로 하는 것이다. 즉 법은 본질적으로 다수의 의사주체를 전제로 한다(.....). 한 개인이 스스로 설정하는 행위준칙은 결코 법규정(Rechtsvorschrift)이 될 수 없다. 어느 누구도 자신 스스로에 대해 법상의 청구권을 가지거나 의무를 부담할 수 없으며, 또 자신의 권리에 대해 스스로 침해할 수도 없다. 법질서는 단지 한 주체의 의사영역(Willenssphäre)이 명령, 금지, 허용을 통해 타인의 의사영역과 구분되어지는 경우에만, 또 청구권, 의무 부과, 침해·저항에 대한 보호가 타인에 대해 창설되는 경우에만 존재하게 된다. 이는 국가에 대해서도 마찬가지로 적용된다(....). 즉 국가의(행정기관의) 의사영역이, 법에 의해 승인된 어느 누군가의 의사영역과 접촉을 하는 곳에서만, 법규가 존재할 여지가 있고, 이에 반해 행정청의 내부에만 머물러 있고, 어떠한 방향에서도 행정청 외부에 위치하는 주체에는 제한이 가해지거나 권한이 수여되지 않으며, 어떠한 것도 부여되거나 박탈하지 않을 뿐 아니라, 어떠한 명령도, 금지도 하지 않는 규율은 법 규정(Rechtsvorschrift)이라고 할 수 없다.”<sup>64)</sup>

Jellinek는 이러한 불침투성이론을 토대로, 법규의 목적을 사회적 제한설정(soziale Schrankenziehung)에 있다고 봄으로써, 라반트와 거의 동일한 방법으로 법규를 특징 지웠다.<sup>65)</sup>

그러나 제한설정공식과 이에 기초하고 있는 불침투성이론은 국가를 일방적으로 “가상에 의해 창조된 시민적 개별인격체(zivilistische Figur einer erdichteten Einzelpersönlichkeit)”로 축소시킴에 따라, 국가의 내적 구조를 충분히 파악하고 있지 못하다.<sup>66)</sup>

64) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl., 1911, S. 181 f.

65) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 240: “Hat ein Gesetz den Nächsten Zweck, die Sphäre der freien Thätigkeit der Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anerkennung eines Rechtssatzes(....).”

66) Hansen, Fachliche Weisung und materielles Gesetz, 1971, S. 29-31; Rupp,

어쨌든 관청, 기관, 직무담당자들에게 일정한 의무를 지울 수 있는 의무 부과성(Verpflichtbarkeit)은 모든 국가 활동의 전제인 바, 만일 행정규칙이 법규범이 아니라면, 이러한 법률상 의무가 창설되는 것은 현실적으로 불가능하다.

私法的 시각에서 출발한 불침투성이론은 당시에도 많은 비판을 받았지만, 오늘날 국가 내 조직법적 법률관계에 이를 여과 없이 투영하는 방법은 지양되어야 할 것으로 판단된다.

중요한 것은 외부적 효력이냐, 내부적 효력이냐의 문제라기보다, ‘법적 효력’의 유무이다.

내부관계는 제일차적으로 내부관계법으로 규율하는 것이 당연하지만, 법률우위원칙 상 외부법이 내부법에 우선한다는 주장은 가능하다. 그러나 내부법은 내부적 효력밖에 없기 때문에, 일반인이나 법원이 이를 무시해도 좋다는 논거는 성립될 수 없다. 이는 마치 계약 당사자 사이의 분쟁에서, 당해 계약(규범)이 상위법에 위반되어 무효로 되지 않은 이상, 법원은 제일차적으로 이를 기초로 재판을 해야 할 구속을 받는 것과 같은 논리이다.

요컨대, 행정조직 내부적 효력도 법적 효력이며, 내부적 효력을 가지는 행정규칙도 무시할 수 없는 법규범인 점은 분명하다.<sup>67)</sup>

그리고, 구체적 재판과정에서 법원이 이러한 내부법에 어느 정도 구속되는지 여부의 문제는 헌법정책적으로 결정되어야 할 문제이다.

## 2.

다수설에 의하면, 행정규칙은 단지 ‘내부적 효력’만을 가지고 있음에 불과하지만, 경우에 따라서는 사실상의 ‘외부적 효력’을 발생시키는 경우가 있음을 인정하면서, 그 법리의 구성을 ‘헌법상 평등원칙’을

Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl., 1991, S. 24 f.  
67) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13 Auflage, 2000, § 24, RN. 3.

통한, 행정의 ‘자기구속의 법리’에 의해 설명한다. 즉 행정기관이 일반 국민에게 적용될 것이 예상되는 행정규칙을 위반하여 처분을 한다면, 헌법상 평등원칙의 위반을 이유로 위법성을 주장하게 된다는 것이다 (이른바, 간접적·외부적 구속력).<sup>68)</sup> 물론 이러한 자기구속의 법리는 모든 행정규칙에 적용되는 것은 아니고, 재량준칙, 법률대위적 행정규칙 등 일부 행정규칙에만 적용된다.<sup>69)</sup>

한편, 이와는 대조적으로, 독일의 유력한 학설에 의하면, 국가의 입법작용은 의회의 專有物이 아니라 행정부도 민주적 정당성과 헌법적 근거를 가지고 있기 때문에, 독자적인 始原的 입법권을 가질 수 있으며, 따라서 행정부도 직접 외부적 효력을 가지는 행정규칙을 제정할 수 있다고 한다(직접적·외부적 효력설).<sup>70)</sup>

즉 헌법 해석상 의회는 입법을 독점하는 것이 아니라 단지 입법우선권을 갖는 것에 불과하고, 특히 법률유보 영역 밖에서는 행정이 독자적으로 활동할 수 있으며, 그 활동형식은 일반적·추상적 규율의 형식이 될 수도 있으나, 다만 이 영역에서도 의회의 입법우선권은 인정되기 때문에 행정의 입법권은 의회의 개입 여부에 따라 좌우되는 잔류된 권한(Restkompetenz)을 의미한다.

다만 이 경우 인정되는 외부적 효력은 법률이나 법규명령처럼 확정적 구속력이 아니라, 합리적 사유가 있는 경우 구속력을 배제시킬 수 있는 유연한 효력이라는 점이 특징이다. 독일 연방행정법원은 유명한

68) 90 헌마 13, 헌재 1990. 9. 3, “ 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니다. 다만 행정규칙이 법령의 규정에 의해 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 바, 이 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다”

69) 정하중, *ibid.*

70) Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, S. 150; Krebs, *VerwArch* 70, S. 259; Beckmann, *DVB1* 1987, S. 616ff.

빌(Wyhl) 판결<sup>71)</sup>에서 이른바 환경 및 기술법 분야의 규범구체화행정규칙에 대하여 재판규범성을 인정함으로써, 행정규칙의 직접적 외부적 효력을 뒷받침하였다.

그러나 그 이후 연방행정법원은 규범구체화행정규칙은 단순히 ‘先取된 專門家の 鑑定’에 지나지 않는다고 하여 이 판결로부터 현저히 후퇴하였고, 아울러 그 재판규범성도 부정하였다.<sup>72)</sup>

생각건대, ‘직접적·외부적 효력설’은 독일에서도 아직 일반화되고 있는 견해라고 보기는 어렵고, 또 우리나라의 경우 규범구체화 행정규칙은 상술한 바와 같이 ‘법규명령’으로 이해되어야 할 것이므로 이러한 주장을 현실적으로 수용하기는 어렵다.

행정규칙에 대해 직접적·외부적 효력을 인정하는 것은 그 전제로서 헌법상 권력분립이나 법치주의에 대한 전면적 이론의 수정을 필요로 하는 만큼, 이러한 헌법적 문제의 해결 없이, 행정규칙에 대해 ‘직접적·외부적 효력’을 인정하는 것은 타당성이 없다.

## VI. 法源(Rechtsquelle)性

法源 내지 法源性이란 용어는 다양한 의미로 사용되고 있다. 일반적으로 法源은 法認識源(Rechtserkenntnisquelle), 法創造源(Rechtserzeugungsquelle), 法評價源(Rechtswertungsquelle)으로 구분되고 있다. 法認識源에는 현행법과 舊法상의 기록들이 해당된다.<sup>73)</sup> 法創造源은 한 법질서 생성의 원인과 전제이다.<sup>74)</sup> 法評價源은 법의 제정과 해석을 위한 기본적 척도(예컨대 정의나 조리)를 제공한다.<sup>75)</sup> 오버마이어는 이에 덧붙여 法因果源(Rechtskausalquelle)와 法根據源(Rechtsgrundlagen-quelle)의 두 가지를 추

71) BVerwGE 72, 300

72) BVerfGE 78, 214; BVerfGE 80, 257.

73) Esser, Grundsatz und Norm, 4. Aufl., 1990, S. 134f.

74) Liver(1955), in : ders., Privatrechtliche Abhandlungen, 1972, S. 31 (34f.).

75) ibid.

가하였다.<sup>76)</sup> 형식적 법원(formelle Rechtsquelle)과 실질적 법원(materielle Rechtsquelle)으로 나누는 것도 잘 알려져 있는 방법이다.

형식적 법원설에 의하면, 법원이란 통용되고 있는 법이 표출되어 있는 형체 내지 형태를 말하고, 실질적법원설은 법을 형성하는 요소만을 법원에 포함시키며, 이를 통해 ‘법의 根源(Wurzel des Rechts)’으로 파들어오고 있다.<sup>77)</sup> 이러한 요소는 매우 다양한 바, 예컨대 국민정신 내지 공공정신<sup>78)</sup>, 국민의 법의식<sup>79)</sup>, 자연법<sup>80)</sup>, 사물의 법칙인 조리<sup>81)</sup>, 기타 요소들<sup>82)</sup>이 여기에 해당한다.

그러나 법원 개념에 대한 이들 다양한 해석들은 단지 부분적으로만 타당한 해답을 줄 수 있을 뿐이다.<sup>83)</sup> 법학의 임무는 법의 형성에 참여한 모든 법외부적 요소들의 (공동)작용을 연구하는 것이 아니며, 법학의 제1차적 중심과제는 현행법의 문맥 체계 내에서 그 의미와 내용을 탐구하는 것이다. 따라서, 법학은 특히 ‘법규범의 구속성(Verbindlichkeit)’과 연관을 지니는 문제들에 대해 관심을 기울여야 한다.<sup>84)</sup>

행정규칙의 法規性 유무에 대한 논쟁은 행정규칙의 法源性 유무에 대한 논의와 상당부분 중복되고 있다.<sup>85)</sup>

즉, 행정규칙이 행정법의 法源이 될 수 있는가 하는 문제는, 행정규칙이 사법심사의 척도로 적용될 수 있는가 하는 문제로서, 종래 행정

76) Obermeyer, in : Maunz/Obermayer/Berg/Knemeyer, Staats-und Verwaltungsrecht in Bayern, 5. Aufl., 1988, S. 110.

77) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, 1892. S. 544 in Fn. 9.

78) Welzel, Die Frage nach der Rechtsgeltung, 1966, S. 18, 31.

79) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993, S. 228-231; Welzel, ibid.

80) Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1962, S. 226 f.

81) Ross, Theorie der Rechtsquellen 1929, S. 93.

82) Weitere Beispiele und Nachweise bei Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S. 51 f.

83) In diesem Sinne auch Ossenbühl, in Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 136.

84) T. Sauerland, Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, Duncker & Humboldt · Berlin. 2005, S. 97.

85) 법규의 총체가 法源이다. 법규에서 표현되는 규율의 내용이 법규범이다. 그리고 법규범은 법원을 통해서만 생성된다고 한다. 홍정선, 전거서 62면.

규칙의 법규성 유무의 문제로 다루어진 것과 실질적으로는 같은 내용의 문제로 이해할 수도 있다.

그러나 법규 개념의 변화에서 살펴보았듯이 행정규칙의 법규성을 긍정한다고 하여, 당연히 행정규칙의 대외적 구속력이 도출되는 것은 아니며, 따라서 행정규칙의 법규성 여부가, ‘법의 효력근거’로서의 法源, 즉 사법심사의 척도로서의 구속력을 가지는가 하는 문제와 직접적인 관련은 없어지게 되었다.<sup>86)</sup>

행정규칙의 法源性 인정 여부에 대해서도 견해가 갈라지고 있는 바, 이 문제에 있어서도, 결국 法源의 개념을 어떻게 인식하느냐에 따라서 결론을 달리하고 있다.

즉, 법원성을 ‘재판 규범성’으로 이해하여, 행정규칙의 경우 재판규범으로서 기능할 수 없다는 의미에서, 법원성을 부정하는 견해<sup>87)</sup>와 法源의 개념을 확대 해석하여 재판규범이 될 수는 없으나 행정사무처리의 기준이 될 수 있다는 의미에서, 法源性을 긍정하는 견해<sup>88)</sup>가 존재한다.

한편, 법규명령과 행정규칙의 구별을, ‘법규성’ 유무에 의하지 아니하고, 단지 외부법규냐 내부법규냐 하는 것으로 구별하는 견해에 의하더라도 결과는 비슷하다.

즉, 法源의 개념을 외부법에 제한하는 견해에 의하면, 행정규칙의 법원성을 부정하지만<sup>89)</sup>, 내부법을 포함하는 넓은 의미로 이해하면 그 법원성을 긍정하게 되는 바<sup>90)</sup>, 따라서 이러한 견해에 서게 되면 행정규칙의 법규성 내지 법원성 유무의 문제는 단지 용어상의 문제에 불

86) 同旨; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 124면 참조.

87) 김도창, 일반행정법론, 152면; 박정훈, 판례의 법원성, 법실천의 제문제(김인섭 변호사 화갑기념논문집), 1996, 2면 이하.

88) 박윤훈, 전계서, 63면; 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1996, 139면; 홍정선, 전계서, 61면; 류지태, 전계서, 32면 참조.

89) Wolf/Bachof/Stober, VerwR. S. 255.

90) Ossenbühl, ibid., S. 151.

과한 것으로 연결된다.<sup>91)</sup>

또, 다소 강도는 약하지만 행정규칙에 대해서도 외부효과를 인정함으로써 제한된 범위의 재판규범성을 긍정하는 견해가 존재 한다.<sup>92)</sup>

문제의 초점은 첫째, 행정청이 행정규칙을 위반하여 행정작용을 한 경우, 그 이유만으로 당해 행정작용을 위법한 것으로 판단할 수 있는가, 둘째, 반대로 행정청이 행정규칙을 준수한 경우, 법원은 당해 행정작용을 적법한 것으로 판단해야 할 구속을 받는가 하는 데에서 발견 된다.<sup>93)</sup>

전자의 문제는 설사 행정규칙에 대해 직접적인 대외적 구속력을 인정하지 않더라도, 다수 학설이 헌법상 평등원칙을 매개로 하는 간접적 구속력은 인정하고 있으므로(자기구속의 법리), 위법 판단에 큰 어려움은 없다.

둘째 경우가 문제인 바, 상술한 바와 같이, 법률우위원칙 상 외부법이 내부법에 우선한다는 주장은 가능하지만, 내부법은 내부적 효력밖에 없다는 이유로, 일반인이나 법원이 이를 무시해도 좋다는 논거는 성립될 수 없다. 행정조직 내부적 효력도 법적 효력이며, 내부적 효력을 가지는 행정규칙도 무시할 수 없는 법규범인 점은 분명하다. 또 내부관계는 제일차적으로 내부관계법으로 규율하는 것이 당연한 규범논리이기 때문에 법원이 이를 존중하는 것은 당연하다. 다만, 구체적인 재판과정에서 법원이 이러한 내부법에 어느 정도 구속되는지 여부의 문제는 궁극적으로 헌법정책적으로 결정되어야 할 성질의 문제이다. 상술한 바와 같이 대법원은 특히 시행령, 시행규칙 형식으로 제정된 행정청의 사무처리준칙 등의 효력과 관련하여, 분쟁해결의 기준(재판

91) 정하중, 전게서, 42면.

92) 김철용, 행정법 I, 44면; F. Ossenbühl, Autonome Rechtssetzung der Verwaltung, in : Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band, 65 Rn. 30 ff.

93) 박정훈, ibid.

규범)으로서 적용할 수 없다는 의미에서 그 법원성을 지속적으로 부정하고 있으나, 이러한 대법원의 태도에 문제가 있음은 이미 지적한 바와 같다.

또, 대법원은 훈령에 규정된 청문절차의 법적 효력을 인정함으로써, 훈령에 규정되어 있는 청문절차를 거치지 않아도 위법이 될 수 있다고 판시함으로써, 일응 행정규칙인 훈령에 법규성 내지 법원성을 인정할 적이 있으나<sup>94)</sup>, 그 이후의 판례에서는 청문절차의 이러한 성격을 부인한 경우도 있다.<sup>95)</sup>

## VII.

광의의 행정규칙 중에서, 특히 특별권력관계 내에 있어서의 구성원의 권리와 의무를 규율하는 일반적·추상적 규율 예컨대, 학칙이나 도서관 이용규칙 등은 법규명령과 같이 수범자의 권리와 의무를 규율하는 (외부적)효력을 가지고 있기 때문에 학설은 이들을 ‘법규명령’이나 ‘협의의 행정규칙’ 개념과 구별하여, ‘특별명령’이라고 명명해 왔다.

특별명령은 인격주체로서의 구성원의 지위를 규율한다는 점에서 전통적인 법규개념에 입각해서 보더라도 법규로서의 성질을 가지고 있으며, 이 점에서 행정조직 내부에서 상급행정기관이 하급행정기관의 조직·직무를 규율대상으로 하여 發令하는 ‘협의의 행정규칙’과는 확실히 구별된다.

특별명령이라는 특수한 규범 형식을 행정규칙 개념과 별도로 인정하는 이유로서는 첫째, 행정규칙이 행정기관이나 그 職責(Amt)을 그 대상으로 삼고 있는 데 대하여, 특별명령은 특정한 인간, 즉 자연인에 대해 그 자유와 권리를 제한한다는 점 둘째, 그 규율대상이 한정되어

94) 대판 1984. 9. 11, 82누166.

95) 대판 1994. 8. 9, 94누3414



있을 뿐만 아니라, 특수목적에 의해 그 관계가 제약되고 있다는 점에서, ‘법규명령’과도 서로 구별된다는 점을 들고 있다.<sup>96)</sup>

그리고 일부학설은 행정권에 의한 특별명령의 제정근거를 관습법<sup>97)</sup>이나 또는 始原的인 행정의 입법권<sup>98)</sup>에서 찾고 있으나, 다수설에 의하면, ‘실질적 의미의 법률’의 성격을 가지는 행정입법은 반드시 의회 법률의 수권 하에서만 제정될 수 있고, 또 오늘날에 있어서는 특별권력관계 내에서도 ‘법률유보의 원칙’이 적용되기 때문에 특별명령이라는 별개의 개념이 인정될 수 없다고 한다. 특히 법률의 수권 없이 실질적 의미의 법률을 제정할 권한을 행정권에 부여함은 법치국가원리와 권력분립주의에 위배된다는 비판이 있는 것도 사실이다.<sup>99)</sup>

생각건대, 특별명령에 대해서는 그 구성원인 사람을 수범자로 하고 있다는 점에서, 법규성 그 자체는 인정되어야 할 것이나, 역시 문제로 되는 것은 그 법적 근거의 문제라 할 수 있다. 근자에 들어 학교법 영역이나 在監關係 등, 특별권력관계 내에서도 명시적으로 법률의 수권을 요구하고 있기 때문에, 특별명령의 존재의의가 크게 위축된 것은 사실이나, 아직도 각종 영조물 이용관계(영조물이용규칙)를 중심으로, 법률의 공백상태가 완전히 해소된 것은 아니다. 이 경우 특별명령의 (규범적) 효력의 근거를 과연 어디에서 찾아야 할 것인가 하는 것이 가장 본질적이고 핵심적인 문제이다.

일반적으로 私法관계에서는 당사자 사이의 의사표시에 기초하여, 법률행위 규범(일명 계약규범)이라고 하는 규범 형성을 인정하고 있다.<sup>100)</sup>

특히 자치규범은 일반적인 법규범과 계약규범의 중간 형태로서, 그 구성원 사이의 법률관계의 해결에 있어서는, 제1차적 적용의 기준이

96) Böckenförde/Grawert, “Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse”, AöR 95, S. 20 f.

97) Wolf/Bachof, VerwR I, 1974, S. 135.

98) Böckenförde/Grawert, AöR 95, S.31.

99) Maurer, Allg. VerwR, 14. Aufl., 2002, S. 184; 정하중, 전게서, 146면 참조.

100) 金疇洙, 민법총칙, 삼영사, 1991, 46면; 張庚鶴, 민법총칙, 법문사, 1990, 61면 참조.

되는 法源으로서 기능하고 있는 것이 현실이다.

결국, 특별명령의 규범적 효력의 근거는, 당해 법률관계 성립의 근거가 되는 법률이 존재하지 않을 경우, 궁극적으로 당해 법률관계에의 편입을 결정하는, 당사자의 同意 내지 承認(의사표시)에서 그 정당성의 근거를 찾을 수 있을 것이다.

조 소영 교수  
(부산대학교 법과대학)

I. 시작하는 말 .....	183
II. 공법학 연구의 시각전환을 위한 논의 .....	184
1. 문제 간추림 .....	184
2. 공법학 연구의 방향과 내용의 변화 원인 검토 ...	187
III. 공법학의 교육방법 개선에 관한 논의 .....	191
1. 開 說 .....	191
2. 변증법적 교육방법(소크라테스 교수법) .....	193
3. 사례분석방법과 판례분석방법 .....	194
4. 임상실습적 교육방법(Clinic 교육) .....	196
5. 餘 論 .....	196
IV. 맺으면서 .....	197

## I .

19세기 말 서세동점의 와중에서 도입된 근대법학은 이제 100주년을 훨씬 넘어섰고, 한국공법학은 정부수립 이후의 격동하는 헌정사와 더불어 60년의 경륜을 쌓아 왔다. 그리고 그 세월 속에서 우리 공법학계의 선배교수들의 계속된 연구들은 지난 시간 동안 우리 공법학연구의 성과로 열매맺어 왔으며, 헌법재판을 통한 국민의 자유와 권리보장의 이론적 토대 구축·행정쟁송제도의 획기적 재정비·국가운영의 적법절차화·정보공개를 통한 행정의 투명성 확보 등의 실질적 성과들을 일구어 왔다고 하겠다.<sup>1)</sup> 하지만 우리 공법학자들의 恒常的인 반성은 더 나은 연구발전과 교육실현을 위해 여전히 필요한 것이며, 그 반성의 내용은 공법학이 과연 국민의 자유와 권리 그리고 인간다운 삶을 실현하기 위하여 어떠한 기여를 하고 있는가, 격변하는 국가상황 가운데 정부가 당면하는 과제들을 해결하고 법이 지배하는 사회를 구현하기 위하여 얼마나 의미 있는 역할을 하고 있는가와 같은 것들이어야 할 것이다. 그러므로 공법학은 개념적 사변만을 목적으로 하는 학문이어서는 안된다. 즉 공법학은 국가와 사회가 직면한 여러 문제에 대해 타당한 해결방안을 제시해 나갈 수 있어야 하는 것이기 때문에, 공법학의 문제해결 능력의 부족은 공법학을 상대적으로 왜소화하고 국가경영을 위한 포럼에서 소외시키는 결과를 가져올 수도 있는 것이다.<sup>2)</sup>

공법학을 전공으로 하고 있는 우리 공법학자들이 “법학자는 사회의 중요한 건축가가 되어야 한다. 또 법학자는 급격한 국가적 발전에 필요한 귀중한 보물이 될 수 있는 반면, 자신이 연구하는 법의 성질과

---

1) 최송화, 뉴 밀레니엄에 즈음한 한국공법학(회)의 회고와 전망, 공법연구 제28집 제4호 제1권(2000. 6), 2면.

2) 최송화, 상계논문, 6면.

기능에 대하여 그릇된 관념을 가지거나, 권력과 법적 작용 내지 법적 결과를 혼동하여 독선적 견해를 가지게 되면 국가발전에 최대의 장애물이 될 가능성도 있다. 그러므로 그릇된 법개념이나 법학교육이념은 국가의 발전과 그 목적 달성에 최대의 장애가 되고, 나아가 법학자를 불신하고 법학자를 대신하여 국가적 문제와 국가적 요청에 민감한 일반사회인의 지도를 받으려는 풍조가 조성될 것이다.<sup>3)</sup>”라는 한국의 법학교육에 대한 경고를 잊지 말아야 하는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

이러한 문제의식을 출발점으로 하는 공법학의 연구에 대한 논의는, 현 시점에서 공법학이 국가와 사회의 타당한 문제해결방안의 기준으로 기능할 수 있기 위한 연구시각의 전환에 대한 작은 의견을 제시해보고자 한다. 그리고 이어서 그러한 법학자의 연구 관련 태도의 전환을 바탕으로 하는 교육의 측면을 방법적인 면에서 이야기해 보고자 한다. 다만 공법학교육에 관한 논의는 그 교육의 목표를 어디에 두느냐는 것에서 출발해야 하는 것인데, 또한 이 문제는 누구에게 그 교육을 실시하는 것인가와 연관된다고 하겠다.

## II.

### 1.

기존의 우리 법학교육에 대한 문제점을 지적해온 근거에는 첫째, 법률문제에 대한 너무 이론적인 접근만을 주로 한다는 점, 둘째 실무경험이 뒷받침되지 않은 전문적으로 연구하고 가르치는 법학교수가 교육의 주체라는 점, 셋째 이렇게 배양된 법학은 산업화나 도시화, 정보화로 급속하게 변화하는 우리 사회의 변화와 부응되지 못하는 법적 접근이 되고, 베버의 형식적 합리성으로 성격지워질 만한 해석법학

3) 양승규·박길준, 한국법학교육(서울대학교 법학연구소; 1967), 8면.

또는 분석법학에 머물게 됨으로써, 이러한 법학교육을 받고 사회에 배출되는 법률가의 思考가 사회현실이나 변화와 동떨어진 법학일 수밖에 없었다는 점을 이유로 하였다. 법학이라는 것이 이론적인 것임과 동시에 실제적인 학문이어야 함에도 법학교수를 위주로 하는 법학이라는 학문의 연구가 이론적인 한 면에만 심하게 치우쳐서 전개되고 발전됨으로서, 법현실 속에서의 현장감이나 실제감을 상실했다는 지적인 것이다.

물론 헌법이나 행정법을 그 중심 내용으로 하는 공법학은 분명한 학문이며, 학문연구는 이론적인 영역을 벗어날 수 없고 벗어나서도 안된다. 따라서 여기에서의 논의는 원리나 원칙을 체계화하고 규명하는 학문의 본질을 탈피하자는 것이 아니며, 학문연구를 그 전문직업으로 영위하고 있는 우리들 공법학자의 또 다른 한면인 공법학교육을 위한 연구영역 또는 연구방법의 변화를 수용하자는 제안을 하고자 하는 것임을 우선 밝혀둔다. 공법학자들에게 연구와 교육은 불가분의 관련성을 갖는 것이며, 연구의 내용과 결과가 그대로 교육에 반영된다는 점에서 논의의 실익을 갖는다고 할 것이기 때문이다.

법학을 전공하는 학자들의 연구와 교육상의 시각과 태도를 바꾸어 보자는 움직임은 이미 1920년대의 미국에서 진행된 바 있었다. 미국에서 1920년대에 법학자들을 중심으로 했던 법현실주의운동이 그것이며, 이 운동은 그 당시의 미국 법학자들의 사고방식을 일대 전환시키는 계기가 되었고, 이 여파로 2차 대전 이후의 미국의 법학연구와 교육은 더 현실에 밀착된 형태로 발전되었다고 평가된다.<sup>4)</sup> 그리고 그 발전의 흐름 속에서 정책지향적인 과정법학이 탄생하였으며, 법적 판단을 단순히 법규범이나 법원리의 적용에 한정시키지 않고 법정책이나 전반적인 국가정책을 고려하며 보다 효율적인 사회체제를 형성하

---

4) 최봉철, 법현실주의, 미국학 제19집(1996), 59-102면.

는데 이바지하는 방향으로 발전해 왔다.<sup>5)</sup> 즉 미국에서의 법현실주의 운동은 사회 속에 살아 있는 법을 발견하려는 운동임과 동시에 법에 의한 사회변화에 주목하는 운동<sup>6)</sup>이었다고 할 것이다. 사법부 뿐만 아니라 법률가, 그리고 법률가를 양성하는 교육주체인 법학자들도 건설적이고 능동적인 역할을 수행하여야 하고 그로 인해 공동체 내에서 신뢰를 확보하게 될 것이라는 인식을 바탕으로 한 변화의 움직임이었다. 이러한 미국의 법현실주의 운동의 주류적 전환의지를 우리 공법학 연구에 담아내야 한다고 생각한다. 문제의식의 공유를 통한 전환의 수용은 우리 공법학 연구자들의 연구방향을 보다 현실적이고, 개방적이며, 미래지향적인 관점의 거시적이고 시대에의 적실성 있는 흐름으로 변화하게 할 것이기 때문이다.

다른 한편, 공법학 연구의 시각전환을 위한 또 하나의 이유는 우리 법학교육의 목표와 관련된다. “학생들에게 새로운 길을 안내하는 자는 법학교수이어야 하는데, 그는 과거에 그 길을 여행했기 때문에 학생들에게 안내할 그 길에 익숙한 사람이다. 그러나 법학을 가르치는 것이란 변호사사무실에서 얻은 경험도 아니고, 사람을 대하는 데서 얻은 경험도 아니고, 소송이나 사건의 줄거리에서 얻은 경험도 아니며 간단히 법을 사용함으로써 얻은 경험이 아니라, 법을 공부함으로써 얻은 경험인 것이다.”<sup>7)</sup>라는 말에서 볼 수 있듯이 법학자의 법공부는 교육의 바탕이자 전제적 요소이므로 양자는 불가분의 관계를 갖는 것이다. 우리 법학교육의 목표가 일반교양교육인가 전문교육인가와 관련된 이전에 있어왔던 적잖은 논의들<sup>8)</sup>은 법학전문대학원의 도입으로

5) 김정오, 세계화와 법학교육: 미국과 유럽의 대응, 법학연구 제7권(연세대학교 법학연구소, 1997. 10), 175면.

6) 최대권, 미국 사회에 있어서의 지적 흐름에 관한 연구: 법학교육을 중심으로, 미국학 제20집(1997), 168면.

7) Charles P. Irish(이동수 역), 미국의 법학교육사, 법학연구 제7권(연세대학교 법학연구소, 1997. 10), 59면.

8) 김철수, 한국법학교육·연구의 현황과 개선방향, 법학논총 1(한양대학교 법학연구소,

일단락되었으며, 그 단락의 내용이 바로 법학전문대학원에서의 법학 교육은 법률가 양성교육이라는 것이고 이로 인해 공법학 교육 또한 전문 내지 직업교육으로의 새로운 방향전환을 모색하게 되었기 때문이다. 법학교육의 목표와 방향이 전환되었다는 것은 법학교육을 위한 공법학 연구의 방향과 내용도 달라져야 한다는 것을 의미하는 것이고, 달라지는 방향성과 내용에 대한 검토는 꼭 필요한 사항이라고 할 것이다. 법학자들이 법학교육을 통해서 전문직업인으로서의 법률가를 양성함에 있어서, 우리 사회환경의 변화, 즉 후세대 법률가들이 직면하게 될 국내외적 상황이 어떠한 것인지 그리고 그러한 상황에 직면하여 법률가들이 자신들의 역할을 충실하게 수행하기 위해서는 어떠한 능력을 갖추어야 하는지를 파악해야만 하고, 그러한 능력을 배양케 하는데 필요한 항목들을 연구의 내용과 방법에 접합시켜 나가야만 하기 때문이다. 또한 현대 사회 속에서 상호복합적으로 얽히게 되는 현상들로 인해 앞으로는 법률가들이 법지식만을 가지고서 사태를 해결할 수 있는 영역은 점차 협소해질 것이라는 점도 학문연구의 체계를 급변하게 할 예상요소이고, 이러한 사회적, 학제적 변화는 법이론 연구 영역에 엄청난 파급효과를 가져오게 될 것이다. 인류학, 경제학, 역사, 철학, 사회학 등 다른 학문과의 긴밀한 교류연구가 더욱 강화되어야 하며, 법에 대해서 연구하고 사유하는 방식에서도 이러한 관점들은 적극적으로 수용되어야 할 것이다.

## 2.

### (1) 概 說

‘세계화(globalization)’로 특징되는 변화들은 점증하는 커뮤니케이션, 공동시장, 그리고 문화의 공유 등이 급속하게 이루어지고 있는 현상

---

1984. 2), 22-23면.



, 가

이다. 이 현상들은 커뮤니케이션 기술의 엄청난 발전에 의해서 주도되고 있는 현상이며, 이러한 발전을 통해서 세계는 점점 정치적, 경제적, 문화적으로 상호의존적인 관계가 강화되고, 궁극적으로는 하나의 지구촌이 형성되어 가는 과정이라고 할 수 있다. 세계가 더욱 좁아지고 상호의존적이 될수록 법의 중요성, 특히 법의 지배는 경제적인 상호의존성의 토대로서 그리고 국내 및 국제적 인권의 토대로서 그 역할을 강화하게 될 것이다. 이러한 변화가 법학자들의 연구태도를 전환해야 하는 필요성이 된다.<sup>9)</sup> 이하에서는 앞으로 공법학의 연구방향과 내용으로 수용되어야 할 새로운 공법학 연구의 필요영역 또는 이유에 대한 검토를 행한다.

## (2)

오늘날 공법학 문제는 이미 인류공통의 상호관련성을 부인할 수 없게 되었다. 특히 인터넷을 통한 정보화의 촉진은 가장 속지적이라고 하는 법영역에서조차, 지역과 국가간의 경계가 갖는 의미를 현저히 변화시켜서 국경을 초월한 공법적 논쟁거리들을 제공하고 있다. 첫째로, 새로운 인권의 흐름으로 인터넷을 통한 정보공간의 확보는 인권 문제를 더 이상 국가적이고 지역적인 문제로 남겨두지 않고 있는 바 이른바 인권의 국제화 현상을 초래하였다. 때문에 한 국가, 한 국민이라는 부분적이고 편향적인 가치기준에서가 아니라 인류공영에 기초한 인권가치의 정립에 의미를 두게 되었고, 이러한 현상들은 이전의 공법학 연구영역에서는 연구되지 않았던 쟁점이다. 그리고 둘째로 20세기 후반의 최대화두로 대두된 바 있었던 환경문제는 단순히 자신의 영역에 한정된 것이 아니라 인류 전체의 삶과 직결되는 문제로서 국경을 초월한 인류 공통의 관심사로 자리매김 되었다. 더군다나 환경

---

9) John Sexton, *The Global Law School Program at New York University*, 46 J Legal Education 329(1996).

문제에 대한 법학적 접근은 그 문제의 다양성과 복합성에 비추어 범법학적인 학제적 연구를 필수로 요하는 연구이다. 때문에 이와 같은 세계화 현상에 따른 지구촌 사람들의 삶의 공유는 주권국가의 공법질서가 더 이상 국가내적 관심사일 수만은 없다는 점을 부각시키고 있어서, 기존의 공법학 연구의 일반적이고 전형적인 연구주제를 적실성 있게 개선해 나갈 것을 요구한다고 하겠다.

물론 세계화 시대라고 해서 지역적 특성이 모두 무시되는 것은 아니며, 이러한 특성들을 얼마만큼 상대방에게 혹은 제3자에게 설득력 있게 주지시키는가가 더욱 중요한 것이라고 할 것이므로, 공법학자들은 이를 위한 특별한 지식과 기술을 갖추기 위해서 관련된 현대적 연구를 필요로 한다.

### (3)

인터넷의 비약적인 발전은 전통적인 공법학이론에 실제적인 변화와 영향을 미치고 있다. 전자민주주의의 시대는 전통적인 대의제 민주주의에 대한 변화를 발생하게 하고 있으며, 직접적으로는 각 선거현실 속에서 그 위력을 이미 우리들이 주지하고 있는 바 제도적 현실로 나타나고 있다. 또한 정보화사회의 도래를 통한 열린 공간의 확보로 인한 행정의 투명성 제고와 행정의 민주화 또한 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 반면에 정보화 사회의 진전에 따른 부정적인 측면으로서 정보의 편향성과 독점성은 사회의 불평등을 심화할 우려가 있으며, 고전적인 평등의 원리가 새로운 영역인 정보의 공유에서도 이루어져야 한다는 시대적 상황은 공법학에 대하여 연구의 현대화를 통하여 각종 법률과 제도, 정책의 디자인을 하도록 요구하고 있다. 개인의 정보를 관련 없는 타인들로부터 보호하기 위하여, 그 반면에 관련된 자신의 정보를 국가기관에 대해서도 요구할 수 있는 권리를 보장하기 위하

, 가

여, 또는 정보의 형식 자체는 그대로이지만 지식이나 정보가 경제적 이윤 추구의 대상으로 전환되고 있으며 그 대상과 범위는 이미 우리들의 평상적인 상상의 범위를 초월하고 있다는 점에서 새로운 공법학 연구의 개발 필요성은 몇백번을 강조해도 지나치지 않은 연구방향 전환의 계기가 될 것이다. 기존의 시간관이나 공간관이 적용되지 않는 인터넷의 세계 속에서 사람들은 이제 새로운 에티켓을 배워 나가고 있다. 그렇다면 과연 우리들은 이러한 신세계에서 어떻게 살아가야 할 것이며, 거기에 적합한 규범들을 어떻게 도출할 것인가? 그리고 공법학자로서 우리들이 이러한 문제들을 해결하는데 도움을 줄 수 있는 방법은 무엇이며, 정보화 시대에 어떻게 기여할 수 있겠는가? 기본적인 물음이어야 한다. 이렇게 변화하고 있는 세계에 연구와 교육을 통해서 대처할 수 있는 방안이 무엇인가를 생각해야만 한다.

#### (4)

우리나라와 같이 전통적 법요소 보다 외국법을 수용한 부분이 많은 경우에 비교법적 지식이 필요한 것은 말할 필요도 없다. 더군다나 수용된 법제라고 하더라도 점점 그 사회에서 토착화되고 상황화되어 이질화되는 것이므로, 더욱 비교법학의 과제는 커진다.<sup>10)</sup>고 할 수 있다. 상이한 법제와 법문화를 비교하기 위해서는 언어가 중요하고, 번역이 중요한 역할을 한다. 따라서 번역법학의 문제점들은 중단 없이 계속해서 수정되고 합의되어 가야만 한다. 무분별한 수입법학의 문제점만큼이나 수용된 외국법학에 대한 본질적인 이해 부족은 우리 공법학의 원초적인 문제가 될 것이다. 또한 비교공법학의 분야는 외국법제와의 비교 뿐만 아니라 다른 사회과학이나 인문과학 심지어는 자연과학에 이르기까지의 학제간 비교연구나 법사학, 법사회학, 법철학 등의

10) 최종고, 법학의 비교연구방법, 비교문화연구 제2호(서울대학교 비교문화연구소, 1995), 148면.

기타 관련성 있는 과목 간의 원칙적인 비교연구에까지 확대된 의미로 이해되어야 한다.

### Ⅲ.

#### 1. 開 說

교육방법을 광의로 정의하는 경우 교수방법, 교육과정방법, 교육상담방법, 교육평가방법 등을 모두 포함하게 되며, 협의로 정의하는 경우에는 법학교수방법만이 이에 해당한다. 교수방법은 교육의 설계, 개발, 관리, 적용, 평가를 모두 포함하는 개념으로 수업방법(Teaching Method)보다 포괄적이다.<sup>11)</sup> 하지만 이하에서의 논의는 교수방법으로서의 교육방법을 중심으로 한다.

법학교육에 관한 논의는 교육목표가 무엇이고 누구를 대상으로 하여 법학교육을 실시하느냐에 따라 답안구성이 달라지게 된다. 그런데 우리 법학자들의 현재적인 상황에서의 교육목표는 이제까지와는 달리 전문적인 법률가양성을 위한 전문직업교육으로 보아야 할 것이다.<sup>12)</sup> 따라서 지금의 학생들이 미래 세계에서 법률전문가로서 자신들의 기능을 수행해야 할 사회적 맥락이 무엇인가에 관심을 두어야 하고, 학생들의 장래 직업과 공동체의 필요에 따라 어떠한 교육과정이 어떤 교육방법을 통해서 강화되어야 할 것인지를 판단해야 한다.<sup>13)</sup> 반면에 이러한 전문직업성을 강조함에 따른 단순소송실무가 주가 되는 교육내용이어야 한다는 것에 대해서는 전문직(profession)의 개념<sup>14)</sup>을 파악

11) 이상윤, 허영, 김상용, 박상기, 김성태, 법학전문대학원의 설립추진 기획 및 방법 연구(1), 법학연구 제9권(연세대학교 법학연구소, 2000.12), 383면.

12) 물론 법학전문대학원의 도입은 여전히 대학에 잔존 법학부 교육과정으로 존치하고 있는 경우와는 달리 생각해 볼 수도 있을 것이다.

13) W. Michael Reisman, *Designing Law Curricula for a Transnational Industrial and Science-Based Civilization*, 46 J. Legal Education 322, 26(1996).

14) Eliot Freidson, *professionalism Reborn: Theory, Prophecy and Policy*(Chicago:

해 보는 것으로 반론이 될 수 있다. 즉 전문직은 첫째, 의사 등의 의료직의 경우에는 공공의 건강, 법조인의 경우에는 법과 정의를 세우야 하는 것과 같이 대단히 강한 공공의 이익이라는 요인을 그 개념 속에 내포하고 있다. 둘째, 전문직의 질을 높이고 그들의 업무를 청렴하게 하기 위하여 전문직의 교육, 자격증 부여, 징계문제 등의 통제문제에 대해서 공동체 또는 국가가 관여하거나 강한 이해관계를 보인다. 그리고 셋째, 전문직의 직업윤리가 특히 강조되며, 이것은 개념상 불가분의 필수요소이기도 하다. 때문에 전문적인 법학교육이란 것이 비록 실무교육의 요소를 지니고 있다 하더라도 결코 장사나 사업기법의 전수교육이 될 수는 없는 것<sup>15)</sup>이며, 이론적이고 원리적인 체계를 그 기본골격으로 해야 함은 당연하다고 하겠다.

다만 이러한 전문직업인으로서의 법률가들을 교육함에 있어서 방법론을 채택할 때 가장 유의해야 하는 것은, 더 이상 암기를 통한 평면적이고 일방적·주입식 교육이 아닌 사고할 줄 아는 쌍방적이고 이해위주식의 교육이 중요하다는 점이다. 과학교육의 경우 ‘과학을 아는 학생’이 아니라 ‘과학을 탐구할 줄 아는 학생’을 만드는 일에 집중되어야 하는 것으로서, 학문을 중심으로 하면서도 ‘과정’과 ‘방법’에 초점을 둔 이 동향은 학생들이 자유롭게 사고하고 사고한 결과에 따라 스스로가 실험기구를 조작하고 자기 나름대로의 실험을 해서 자신이 검증해 가도록 하는 것이며 교수의 지도는 주로 비지시적(indirective)인 방법으로 진행된다. 당연히 우리의 법학교육의 방법으로도 미국의 경우와 같이 법률가처럼 사고할 수 있도록 하는 훈련과정으로서의 교육과정과 그에 부합하는 교육방법이 도입되어야 한다. 따라서 해당 법영역의 전체 내용 중에서 가장 중요한 핵심영역을 골라내어 이를

University of Chicago Press, 1994) 참조.

15) 최대권, 미국의 학부교육 및 전문교육-전문법학교육을 중심으로, 서울대학교 법학 제37권 제1호(1996), 97면.

심층적으로 학습함으로써 학생들의 문제해결능력을 배양하는 방법을 모색해 보아야 할 것이다.<sup>16)</sup> 주의할 점은 어느 특정형태이든 그것이 또 다른 교수형태와 완전히 단절되어 고립해서 존재할 수는 없다는 것이다. 토론 중심의 교수형태라고 해서 필기식 강의나 설명이 전혀 배제될 수는 없는 것과 같다.<sup>17)</sup> 이하에서는 전통적인 강의식 교육방법을 제외한 다른 종류의 교육방법들을 생각해 보고자 한다.

## 2. ( )

교수방법론 가운데 수사학적 방법과 전혀 다른 방법으로 소크라테스의 교수법(변증법적 검수법)이 있다. 이 학습에 있어서 결정적인 것은 학습자가 그의 본래 생각이 틀렸다는 것을 알고 그 생각에 관하여 스스로 판단할 수 있는 순간이다. 이렇게 되면 학생은 자신의 지식과 함께 한단계 발전된 해석을 할 수 있게 된다. 이러한 소크라테스 방법론은 학생들이 그의 무지와 그 결과를 알도록 하는 사고방식과 감정에 의한 전개과정을 따른다.<sup>18)</sup> 때문에 소크라테스식 강의를 제대로 이루어지기 위해서는 대화의 기술이 필요하고, 교수와 학생 모두에게 사전의 충분한 수업준비를 전제적으로 요구하게 되는 교육방법이다.<sup>19)</sup> 수업준비를 위한 시간과 노력을 비교할 때, 교수들도 학생들 못지않은 공력이 요구된다고 할 것이며, 공법강의실 내에서 공법교수는 공법원리들의 정당성을 자신의 입으로 진술하지 않는 대신 문제더미들 속에서 ‘말이 되는’ 공법논리를 개발하도록 학생들을 몰아붙여야 하는 고약한 질문자의 역할을 맡아야 한다.<sup>20)</sup> 또한 가까스로 학생들

16) 이국윤, 법학전문대학원의 헌법교육, 어떻게 할 것인가?, 법과사회 제26권(2004), 23면.  
 17) 강신웅, 대학의 교육과정 및 교수방법개선을 위한 연구, 홍대논총 제14집(1982. 12), 118면.  
 18) 강신웅, 교수방법론의 고전적 고찰, 홍대논총 제12집(1981. 2), 261-262면.  
 19) 문재완, 공법학연구교수방법 및 공법학 커리큘럼, 공법연구 제36집 제1호(2007. 10), 316면.  
 20) 이국윤, 법학전문대학원의 헌법교육, 어떻게 할 것인가, 법과 사회 제26권(2004), 27-28면.

이 공법논리를 스스로 개발한 경우에도 그것을 가차 없이 격파하고 추궁하는 상대방 측의 악랄한 변호사 역할을 수행해야 할 것이다.

### 3.

사례분석방법은 대개의 경우, 헌법연습이나 행정법연습과 같은 연습 강좌의 형태로 운영되어 왔다. 공법적 쟁점을 사안 속에 포함하고 있는 다양한 사례들을 제시하고 공법의 기본원리들을 적용하여 공법적 논점들을 체계적이고 타당성있게 해결해 낼 수 있도록 훈련하기 위한 교육방법으로 진행된다. 이러한 연습과목들에 의한 교육방법에서 가장 중시되어야 하는 점은 이제까지의 우리나라의 법학교육이 교육은 있으되 훈련은 없었거나 부족했다는 비판의 요소이다. 따라서 법률개념이나 조문을 설명하는 것이 아니라, 가상의 사례를 제시하고 그 사례들을 헌법 또는 행정법의 원리나 이론들을 적용하여 실제적 문제점과 권리구제수단에 이르기까지 도출해 낼 수 있게 하는 교육방법으로 운영되어야 한다. 또한 사례의 정답은 교수에 의해서 정리되거나 제시되는 것이 아니라, 학생들 스스로가 각자의 논변을 충분히 단련할 수 있는 열린 마당으로 운영되어야 한다. 결코 헌법재판소의 판례 입장을 일방적으로 주입하거나 그에 대한 교수의 개인적인 평가를 주입하는 것이어서는 안된다. 사례분석방법은 교육과정에서의 훈련적 요소를 적절하게 실현할 수 있는 교육방법이지만, 해당 수업을 준비하기 위한 교수의 준비작업은 늘 현실문제 속에서 가능성 있는 공법적 쟁점을 연구해야 하거나, 기술한 바와 같이 관련된 전공법학 상호간의 법제적, 학제적 연관연구가 뒷받침되어야만 한다. 사례분석방법론을 교육방법으로 택하는 결과로 얻을 수 있 가장 중요한 영향은 법학교육의 시각을 실체법으로부터 절차법으로 옮기게 되는 것이고, 이러한 법적 절차에서 강조되는 점은 학생들을 마치 변호사가 생각하는 것처럼 훈련시키는 데에 있다고 하겠다.

판례분석방법론은 주된 내용이 가상의 공법적 사례가 아니라 헌법 재판소나 대법원에서 결정된 실제 판례를 엄선하여 판례 속에서의 사실개요, 이해관계인의 입장, 재판부의 결론과정, 다수의견과 소수의견의 내용, 판례평석 등을 통해서 공법적 논점과 해결구조에 대해 교육하는 것이다. 현실성 있는 공법교육이라는 점에서 교육방법으로서의 의미를 둘 수 있지만, 적재된 판례 중에서 공법교육을 위하여 선정하기 위한 기준이 마련되어야 하고 선정된 판례들을 통해서 학생들을 어떻게 교육하고 훈련시킬 것인가의 구체적인 교육방법이 개발되어야 한다. 또 하나 미국의 법학교육에서 주된 교육방법으로 실행되고 있는 이러한 판례분석방법이 실무교육 그 자체를 의미하는 것이 아니며, 판례라는 교육자료를 가지고 공법이론과 개념들을 훈련하고 있는 것임을 간과해서는 안된다. 반면에 판례분석방법을 적용하는 데 있어서 주의해야 하는 점은 판례에 나타난 사실관계나 법률관계들을 학생들이 스스로 분석하는 훈련을 위해 활용하는 것이 아니라 판례 자체를 또 하나의 규범으로 변형하는 위험성이다. 마치 법원에서 내린 판결이나 결정의 결론이 하나의 정답처럼 활용되거나 논쟁이 되는 공법이론을 뒷받침하는 근거로 활용함으로써 판례를 또 하나의 암기대상으로 변형시키는 우를 범할 수 있기 때문이다. 하버드 법대의 랑델 교수가 주장하였듯이, 재판부의 판결문이란 공법교육에 있어서 일종의 자료로서 이 자료의 분석을 통하여 자료에 담긴 진리를 탐구하는 과학이 바로 법학이라는 학문인 것이고, 때문에 자료에 불과한 판례를 맹목적으로 암기하거나 신성시할 수는 없다. 이런 인식이 전제된 교육환경 속에서 판례분석방법이 교육방법으로 실행되는 경우에, 학생들은 공법학으로 분류되는 과목들을 수강하면서 수백개의 판례들을 읽고 분석하고 이해하는 훈련을 쌓게 되며, 이러한 판례분석을 통해서 각 실정법 영역의 개념들과 법적 추론방법을 익히게 되는 것이다.



, 가

#### 4. (Clinic )

종래의 법학교육에서 가장 부족했던 교육방법이었지만, 법학교육의 목표가 전문법조인의 양성으로 확립된 이 시점에서는 반드시 도입되어야 하는 학생들의 변호사로서의 실무능력을 훈련하기 위한 교육방법이다. 학생들이 교수의 지도 하에 실제 진행 중인 사건을 처리하면서 의뢰인의 문제를 이해하고 법적 쟁점을 파악하고 필요한 법정비를 조사하고, 사실과 법에 바탕을 두고 당해 문제를 해결하는 방안을 창조적으로 모색하고, 이를 구두나 문서로 의사소통할 수 있는 능력을 배양시키는 방법이다.<sup>21)</sup> 흔히 현장에서의 실무적 경험이 풍부한 실무가 출신 교수들에 의한 교육방법론으로 채택되고 있지만, 실제로 공법학의 경우에는 민사나 형사, 상사 사건의 경우와 달리 이론과 실무의 경계가 모호하며 특히 헌법재판의 경우에는 훌륭한 심판청구서 작성의 관건이 문서 작성 형식 그 자체의 완결성 보다 헌법적 쟁점을 우리 헌법적 기본원리에 입각하여 논리있고 설득력있는 논증구조로 적시해내는 것에 있다고 할 것이므로, 실무담당학자와 이론담당학자간의 연계적 교육이 더 중요하다고 할 것이다.

#### 5. 餘 論

그 외에도 공법교육에 대한 교육방법론은 중단 없는 개발과 평가를 진행해야 한다. 그리고 그 구조의 중심적인 역할자는 우리 공법학자들이어야 하며, 그 중심가치는 법현실을 반영한 교육목표와 피교육자의 미래상과 관련되어야 할 것이다. 법과대학에서의 법학교육의 내용이나 방법을 종래의 case method가 아니고 기능 중심으로의 개편을 주장한 Oliphant의 보고서나, 사회공학적·사회정책학적 접근으로 과감

---

21) 문재완, 전제논문, 317면.

히 개혁할 것을 주장하는 법학교육개혁 제안<sup>22)</sup>은 이런 의미에서 경청할 만한 방법론의 연구라고 하겠다.

#### IV.

우리의 헌법체제는 자신의 정답을 적법절차에 따른 설득력 있는 논증 없이 타인에게 강요할 수 있는 권리를 어떤 개인이나 집단에게도 인정하지 않는다. 때문에 우리 공법학자의 연구와 교육에서의 가장 근본적인 명제는 ‘정답은 없다’는 것이 아니라, ‘정답은 강요될 수 없다’는 것이라고 생각한다. 제퍼슨의 평가처럼 법학교육이 민주정부의 안정성의 기반이 될 수 있기 위해서는<sup>23)</sup>, 공법학자들의 공법적 쟁점들에 대한 연구와 교육은 책임성을 지녀야 한다. 그리고 그 책임성의 의식과 구현과정에서 “당신은 당신의 정답을 가지고 있는가? 당신이 생각하는 정답으로 학생과 시민을 설득할 수 있다고 생각하는 근거는 무엇인가? 당신은 과연 그 설득과정을 책임질 수 있는가?”의 질문은 공법학자 스스로 던져야 하는 항상적인 질문이 되어야 할 것이다.

---

22) Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, Yale Law Journal vol. 2, 203-295(1943).

23) Paul D. Carrington, *The Revolutionary Idea of University Legal Education*, William and Mary Law Review vol. 31, 527-574(1990)

# 가

이 기우 교수  
(인하대학교 법과대학)

I. 서론 .....	201
II. 수직적 국가권력구조개편 .....	204
1. 시대적인 흐름 .....	204
2. 수직적인 국가권력구조의 유형 .....	204
3. 연방주의적 국가구조 .....	208
4. 선진적인 국가구조로서 연방주의모델의 도입 ...	215
III. 수평적 국가공간구조개편 .....	227
1. 외국의 사례와 논의 .....	228
2. 이명박 정부의 “5+2” 구상 .....	232
3. 수평적 국가공간구조개편 논의의 방향 .....	235
IV. 결 론 .....	238
참고문헌 .....	241

## I.

1991년 지방자치제도가 도입된 이후 지방자치단체는 주민의 복리증진을 위하여 적지 않은 기여를 하고 있다. 중앙정부에서는 추진하기 어려웠던 행정정보의 공개가 지방정부의 조례로 제정되기 시작하여 전국적인 확산을 가져오고 마침내 국가로 하여금 공공기관의 정보공개에 관한 법률을 제정하는 계기가 되었다. 중앙정부차원에서 불가능하다고 판단했던 화장실의 개선도 지방정부에서 시작하여 국가전체를 바꾸더니 해외로 수출되어 세계화장실문화를 선도하고 있다. 지방자치가 실시된 이후 적지 않은 문제점이 노출되었음에도 불구하고 풀뿌리에서 시작하여 국가전체를 바꾸어 국민전체의 복리와 생활의 질을 개선하는 성공사례가 축적되어가고 있다.

오늘날 세계화와 지식정보사회의 도래는 국가권력구조의 근본적인 혁신을 요구하고 있다. 과거에 분열과 비효율의 상징처럼 여겨졌던 지방분권 내지 연방주의가 국가의 경쟁력을 강화하기 위한 유력한 수단으로 등장하고 있다. 노무현 정부가 지방분권을 국정의 기본과제로 설정한 것은 이러한 세계적인 흐름과 맥락을 같이 한 것이었다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 노무현 정부는 전국이 골고루 잘사는 나라의 건설이라는 유토피안적 균형발전에 집착하였다. 지역간의 차등과 경쟁을 강화함으로써 보다 효율적이고 지역특성에 부합되는 주민복지의 향상을 위한 지방분권의 추진에는 주저하였다.

2007년 대통령선거를 통하여 선진한국의 건설을 위한 대전환에 대다수 국민이 공감대를 이루었다. 이를 위해서 무엇보다도 먼저 국민들의 자유롭고 창의적인 활동에 발목을 잡고 있는 족쇄들을 풀어주어야 한다. 그동안 규제완화를 강도 높게 추진하였지만 여전히 국민들과 기업의 손발은 불필요하게 묶여 있다. 이러한 대다수의 규제가 지역적인 특색을 무시하고 전국적으로 똑같은 처방을 하다 보니 생긴

것이다. 지방분권은 지역적인 특성을 바탕으로 지방정부간의 입지경쟁을 통하여 보다 주민이 생활하기 좋은 곳, 기업하기 좋은 곳으로 만들어 주민의 삶의 질을 높이는데 기여한다. 이는 무엇보다도 보다 나은 정책을 보다 낮은 비용으로 실현하는데 있다. 정책경쟁과 조세경쟁을 통하여 주민의 복리를 극대화하려는 것이다. 현재의 지방자치제도하에서 정책경쟁은 궁극적으로 자주입법권이 전제되어야 하고 조세경쟁은 자주과세권이 보장되어야 한다. 현행의 지방자치제도하에서 자주입법권, 과세자주권을 확대하기 위한 조례제정권확대<sup>1)</sup>와 법정외세도입<sup>2)</sup>의 논의를 십수년동안 전개하였으나 헌법상의 한계에 대한 논란으로 진전된 것이 없다. 현행 헌법에서 보장된 지방자치의 틀 속에서 앞으로 수십년 내에서 이론적인 해결을 보기도 어렵다. 시대적인 요구에 부응하는 자치입법권과 과세자주권을 확보하기 위해서는 단일국가에서 지방자치의 틀을 벗어나 새로운 국가의 구조를 구상할 필요가 있다. 이를 위하여 헌법 개정은 필요하고 정당화될 수 있을 것이다.

우리나라의 광역지방정부는 지방자치단체로서 역할을 하기에는 규모가 너무 크며 그 실제역할에 있어서도 대부분 기초지방정부와 중복되고 국가의 역할을 기초지방자치단체로 전달하는 매개자역할에 그치고 있다. 이에 도폐지론까지 등장하는 지경이 되었다. 또한 기초지방자치단체에는 이미 광역지방자치단체를 능가하는 지방자치단체도 적지 않게 되어 현행 광역지방자치단체의 규모와 역할을 유지하는 것이 적합한

- 
- 1) 이에 관한 최근의 논의로는 조성달, 국가와 지방자치단체간 입법, 사무권한 및 재원의 배분, 공법연구 제36집 제2권, 2007, 3-70; 이기우, 부담적 조례와 법률유보에 관한 비판적 검토, 헌법학연구 제13권 제3호, 2007, 353-389; 강수경, 지방자치단체의 조례제정권의 한계, 법학연구 제24집, 2006, 37-55; 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 — 조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로 —, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 371-399 등 참조
- 2) 이에 관한 최근 논의로는 이진오, 과세자주권의 확대방안에 관한 연구, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007, 349-372; 정수현, 지방자치단체의 재정자주권에 관한 연구, 공법학연구 제3권 제1호, 2001, 343-381

것인지에 대한 근본적인 의문이 제기된다. 이에 지역특성에 부합한 정책경쟁과 조세경쟁을 통하여 국가의 경쟁력을 높이기 위해서는 보다 큰 지방분권의 틀이 필요하다. 이를 위하여 거론되는 것이 연방제도의 도입이다. 그동안 연방제도는 북한의 고려연방제 통일방안에 얽매어 급기시되어 왔다. 하지만 이제 시대가 변하였고, 지구상에 있는 190개의 유엔 회원국에서 이미 25개의 국가가 연방제도를 이미 도입하고 있으며 세계인구의 40%가 연방제국가에서 살고 있다.<sup>3)</sup> 또한 스페인이나 이탈리아, 일본 등 선진국에서도 연방국가로 전환을 끊임없이 시도하고 있다. 이에 연방주의를 너무 특별한 제도로 보는 것은 바람직하지 않다. 선진국 진입의 문턱에서 그에 합당한 국가의 구조를 마련하기 위하여 연방주의를 포함하여 근본적으로 검토할 필요가 있다.

이를 위해서는 수직적인 측면에서 국가와 광역지방정부간의 역할배분의 틀로서 연방제도의 검토가 요구된다. 지방정부가 단순한 정책집행기관이 아니라 정책의 생산자로서 역할을 하고 이를 뒷받침하는 입법권과 과세권을 갖도록 하기 위하여 지방정부를 고유한 입법권을 가진 지방국가로 인정하는 연방제도의 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 특히 독일을 비롯한 연방국가에서도 연방국가개혁을 위한 대대적인 헌법개정이 이루어지는 만큼 선행연방국가의 시행착오를 되풀이하지 않기 위해 제대로 된 연방제도의 설계가 필요하다. 다음으로 광역지방정부의 역할을 강화하여 지방국가로 재편하는 경우에 그 역할을 수행하기 위한 지방정부의 규모가 적정한 것인지, 현재의 지방정부의 구역과 규모가 정책경쟁과 조세경쟁을 수행하는데 적합한 것인지도 검토할 필요가 있다. 마침 선진국인 일본이나 프랑스, 독일 등에서 광역구역의 개편이 논의되고 있음에 비추어 한국에서도 이를 근본적으로 검토할 필요가 있다. 전자가 중앙정부와 지방정부간의 수

3) Koller, Arnold, Renaissance des Föderalismus, in: Baus, Ralf Thomas/ Blindenbacher, Raul/ Karpen, Ulrich(Hrsg.), Competition versus Cooperation/Wettbewerb versus Kooperation, Baden-Baden, 2007, S. 38. 이에 는 인도, 미국이나 브라질과 같은 큰 국가도 포함되지만 스위스나 벨기에와 같은 작은 국가도 포함된다.

, 가

직적인 국가권력구조에 관한 문제라고 한다면 후자는 지방정부간의 공간단위의 재설정에 관한 수평적인 국가공간구조를 위한 논의이다.

## II. 가

### 1.

오늘날 적지 않은 나라에서 수직적인 국가권력구조의 개편이 이루어지고 있다. 과거에 단일국가를 유지하던 나라가 연방국가로 전환하였거나 이를 전환하려는 노력을 하는 곳이 있다. 단일국가내에서 지방분권적 국가구조로 전환하려고 한다. 또한 연방국가를 취하고 있던 나라에서도 지방분권적인 요소를 강화하거나 경쟁적인 요소를 강화함으로써 국가구조를 개선하려고 한다. 전자에 속하는 나라로서 벨기에(1993년)를 들 수 있다. 스페인이나 이탈리아에서는 단일국가지만 상당한 수준으로 분권화되어 있으며 연방국가로 전환이 시도되기도 한다. 영국은 단일국가형태를 여전히 유지하고 있지만 잉글랜드와 웨일즈, 북아일랜드, 스코틀랜드가 거의 국가처럼 작용을 한다. 일본에서도 도주제의 도입이 검토되고 있으며 연방국가로 전환하려는 움직임이 있으며 지방분권적인 개혁이 꾸준히 진행되고 있다. 이러한 일련의 움직임은 중앙정부의 권력독점에서 지방정부와의 권력분점으로 일정한 경향성을 가지고 있다. 그중에서 특히 선진국에서 진행되고 있는 수직적인 국가권력구조의 변천은 세계화 현상 속에서 국가의 경쟁력을 강화하려는 목적을 가지고 있다.

### 2. 가

#### (1)

중앙정부와 지방정부와의 관계는 먼저 중앙집권과 지방분권의 측면

에서 유형화할 수 있다. 중앙집권과 지방분권은 중앙정부를 중심으로 두고 지방정부의 독자적인 활동가능성을 기준으로 파악할 수 있다. 중앙집권은 중앙정부의 역할이 증대하고 지방정부의 활동이 중앙정부에 의존하는 경향을 의미한다. 지방분권은 반대방향의 관계로서 지방정부의 역할이 증대하고 지방정부의 활동이 중앙정부로부터 자유로운 경향을 의미한다.<sup>4)</sup> 비유적으로 말하면 지방분권은 중앙정부로부터 벗어나려는 원심력에 비유될 수 있으며 중앙집권은 중심으로 이끌리는 구심력에 준하여 생각할 수 있다.<sup>5)</sup>

중앙집권과 지방분권은 한편으로는 중앙정부와 지방정부가 수행하는 기능과 관계가 있으며 다른 한편으로 그 기능을 수행하는 지방정부의 자율성에 관련을 맺고 있다. 지방정부가 처리하는 기능이 많을수록 지방분권적이며 반대일 경우에는 중앙집권적이다. 또한 지방정부가 수행하는 기능에 대한 중앙정부의 간섭이 많을수록 중앙집권적이며 반대일 경우가 지방분권적이다. 지방정부의 기능이 중앙정부에 비하여 많고, 지방정부의 자율성이 높고 결정기능이 많을수록 지방분권의 정도는 높다. 반대로 지방정부에 비하여 중앙정부의 기능이 많고 지방정부에 대한 간섭이 늘어나고 결정기능이 줄어들수록 중앙집권적이라고 할 수 있다. 현실적으로 완전한 중앙집권화는 물리적으로 불가능하다. 왜냐하면 완전한 중앙집권화는 지방정부의 소멸을 의미하기 때문이다. 반대로 완전한 지방분권화도 불가능하다. 왜냐하면 완전한 지방분권이란 국가의 해체 내지 지방정부의 독립국가화를 의미하기 때문이다. 현실적인 국가구조는 완전한 분권국가와 완전한 중앙집권국가를 양극에 두고 중간의 어디엔가 혼합적인 유형으로 자리를 잡게 된다.

4) 집권화와 분권화의 개념에 대해서는 Schäfer, Peter, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1982, S.38는 행정법적, 정치학적, 경제학적, 경영학적, 조직사회학적, 사회생태학적인 관점에서 분권화와 집권화의 개념을 분석하고 있다.

5) Peters, Hans, Zentralisation und Dezentralisation, Springer, 1928 S.4



, 가

## (2) 가 , 가 가

중앙정부와 지방정부의 관계는 중앙정부와 지방정부의 법적지위에 따라 국가연합과 연방국가, 단일정부로 유형화할 수 있다. 국가연합은 중앙정부가 국가로서 성질을 갖지 않으며 지방정부만 국가로서 성질을 갖는 경우를 의미한다. 연방국가는 중앙정부도 국가로서 성질을 가지며, 지방정부도 국가로서 법적인 지위를 갖는 국가구조를 의미한다. 이에 대해서 중앙정부만 국가로서 성질을 가지며 지방정부는 국가로서 법적지위를 갖지 못하는 경우에 단일국가라고 할 수 있다. 이는 중앙정부와 지방정부의 법적인 지위에 따른 구분이다.

일반적으로 국가연합이 가장 지방분권적이고 다음으로 연방국가, 단일국가 순으로 지방분권의 정도를 나타내는 것으로 생각하는 경향이 있다. 국가연합이 독립적인 국가들의 느슨한 결합이고 중앙정부가 국가로서 지위를 갖지 아니하므로 연방국가나 단일국가에 비하여 분권적인 것은 사실이다. 하지만 연방국가중에는 인도, 브라질이나 아르헨티나 등 남미국가나 구소비에트연방 등과 같이 매우 중앙집권적인 국가가 있으며 단일국가 중에는 이탈리아나 스페인, 영국 등과 같이 매우 분권적인 국가도 있다.<sup>6)</sup> 따라서 모든 경우에 연방국가가 단일국가보다 분권적이라고 보는 것은 드물지 않게 부합하지 않는 경우도 있다.<sup>7)</sup>

중앙집권적인 연방국가를 지방분권적인 연방국가와 구분하기 위하여 유사 연방국가라고 표현하기도 한다. 연방국가의 개념요소가 학문

6) 이에 연방국가와 단일국가의 구분이 무의미하다는 견해도 있다(김성진. 러시아 연방관계 변화의 성격(1990-2001) - 벨기에, 스페인 연방화 과정과의 비교를 중심으로, 한국정치학회보 제37집 제1호, 2003, 363-385(367)쪽 참조).

7) 중앙집권적 연방국가가 지방분권적 단일국가에 비해 보다 집권적일 수 있다. 즉, 현실적으로는 단일국가가 연방국가보다 더 분권적일 수 있지만 연방국가는 단일국가보다 더 많은 분권을 수용할 수 있는 분권의 틀 내지 그릇이라고 할 수 있다. 이는 마치 큰 그릇이라고 하여 반드시 물이 많이 담겨 있는 것은 아니지만 더 많은 물을 담을 수 있는 가능성이 있다.

적으로 정립되어 있지 않기 때문에 어떤 국가가 연방국가에 속하는지 여부는 그 나라의 특성을 가지고는 판단하기 어렵고 헌법에서 연방국가임을 선언하는지 여부에 달렸다는 견해도 있다.<sup>8)</sup> 고도의 중앙집권 국가도 헌법에서 연방국가라고 규정하면 법적으로 연방국가가 된다는 것이다. 연방국가는 그 분권의 정도에 따라 분권적인 연방국가와 집권적인 연방국가, 연방과 주가 상호의존적이고 관여하는 협력적 연방국가로 나누어 볼 수 있을 것이다. 단일국가도 집권적인 단일국가와 분권적인 단일국가로 유형을 나누어 볼 수 있을 것이다. 이를 도표로 정리해보면 그림 1과 같다

<그림 1> 수직적인 국가권력구조의 유형

중앙집권적 단일국가	지방분권적 단일국가		
예) 북한, 쿠바, 그리스	예) 프랑스, 이탈리아, 스페인		
	중앙집권적 연방국가	협력적 연방국가	지방분권적 연방국가
	예) 아르헨티나, 브라질	예) 오스트리아, 독일	예) 벨기에, 스위스, 미국

← 집권화

분권화 →

8) Barschel, Uwe Die Staatsqualität der deutschen Länder, Heidelberg. Hamburg 1982, S.32. 그는 연방국가를 진정연방국가, 비진정연방국가, 유사연방국가(Echter-unechter-quasi-Bundesstaat)로 구분한다. 지방분권적인 측면에서 단일국가와 연방국가를 절대적으로 구분하는 것은 불가능하므로 양자의 구분을 명확하게 할 수 있는 방법은 분권의 정도가 아니라 실정헌법상의 규정이다라는 견해(김상겸, 연방주의와 한국의 지방분권, 박응격외, 서구연방주의와 한국, 인간사랑 2006,80쪽도 같은 의미로 해석할 수 있다.

## 3. 가

## (1)

연방주의의 의미가 반드시 명확한 것은 아니다.<sup>9)</sup> 서구에서 연방주의(Föderalismus, Federalism)는 어원적으로 동맹이나 신탁계약을 의미하는 라틴어인 “foedus“에서 뿌리를 찾고 있다. 사상적인 측면에서 연방주의 개념은 알투지우스, 푸펜도르프, 몽테스키외 등에 의하여 16세기 내지 17세기에 이미 논의가 이루어졌다. 해밀턴, 매디슨, 제이가 1788년에 출간함으로써 연방주의는 일반적인 정치적 논의로 확산되었다. 이는 영국으로부터 독립한 미국의 헌법을 기초함에 있어서 이론적인 기초를 제공하였다.<sup>10)</sup>

여러 개의 국가(주)들이 전체로서 하나의 국가를 이룰 때 혹은 하나의 국가안에 여러 개의 국가(주)가 있을 때 연방국가라고 부른다. 연방국가는 영토와 국민 주권을 가진 국가(주)들로 이루어진다. 연방주의의 개념요소로 연방국가와 주사이의 권한(입법, 행정, 사법)의 배분, 연방국가의 의사결정과정에서 주의 관여, 연방과 주사이의 수입의 배분 등이 포함된다.

9) 미국정치학자인 William Stewart에 의하면 최소한 495개 이상의 상이한 연방주의개념을 분류할 수 있다고 한다(Nef, Robert, Lob des Non-Zentralismus, 2002, S. 23 참조).

10) Zenithöffer, Jochen, Wettbewerbsföderalismus, Bremen, 2006, 36쪽 참조. 특히 매디슨은 반연방주의자들의 주장을 반박하면서 거대한 연방국가가 국가간, 국가내의 권력분립을 통하여 존립할 수 있음을 역설하였다. (이에 대해서는 손병권, ‘연방주의자 논고’에 나타난 매디슨의 새로운 미국국가: 광대한 공화국, 국제·지역연구, 제 13권 제4호, 2004, 25-50쪽 참조). 역사적으로 보면 자유주의자와 자유상인들이 민영화와 탈규제를 통해서 필요한 경제적 자유영역을 넓히기 위해 지방국가들의 보호장벽주의, 간섭주의에 대한 해독제로서 중앙집권주의를 선전해왔다(Nef, Robert, a.a.O., S.28). 이런 이유로 스위스의 자유주의자와 미국의 연방주의자들은 보다 많은 연방권한을 위해 노력했다. 연방주의하에서 노예제도가 백년간이나 존속한 것, 연방정부에 의하여 실현된 것 등을 든다.(Fischenich-Spengler, Elvira, Von den USA lernen: Partizipation lernen?, Wien 2007, 34 쪽 참조)

연방주의는 두 가지 모순된 방향을 목표로 추구한다. 한편으로는 주의 독자성과 다양성을 추구하기 위한 원심적인 목표, 다른 한편으로는 전체국가로서의 통합성과 생활조건의 동질성을 달성하려는 구심적인 목표를 동시에 달성하려고 한다.<sup>11)</sup> 이러한 원심력과 구심력은 항상 유동적인 변화속에서 조화를 이루게 된다.

어떤 상황에서 어느 방향의 목표를 추구하는지에 따라 연방주의는 서로 다른 경향을 표현하기도 한다. 예컨대 분리주의나 자치주의에 대한 대응논리로서 연방주의는 중앙집권주의를 의미한다. 반대로 중앙집권주의에 대응해서 주장되는 연방주의는 지방분권적인 경향을 의미하게 된다.<sup>12)</sup> 예컨대 독일에서 연방주의는 주의 권한과 자율성을 강화하고 중앙집권주의에 대한 반대논리를 의미한다. 미국이나 영국에서 연방주의는 분리주의자에 대응하여 전체국가로서 연방의 권한을 강화하고 통합성을 추구하는 의미를 가진다.<sup>13)</sup> 중앙집권적인 성향이 강한 한국에서는 연방주의는 독일과 마찬가지로 집권적인 경향에 대한 반대논리로서 지방분권적인 성향을 표현한다고 볼 수 있다. 이하에서 연방주의는 중앙집권주의에 반대논리로서 국가안에 지역적인 정치단위로서 지방국가의 존립과 자율성을 보장하는 지방분권적인 국가조직원리라는 의미로 사용하기로 한다.

연방국가가 탄생하게 되는 배경이나 동기는 다양하다. 이에는 크게 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 첫째, 스위스와 같이 지금까지 독립적인 국가들이 결합하여 기존 국가의 국가성을 인정하면서 하나의 연방국가를 형성하는 경우이다. 둘째, 스페인이나 벨기에처럼 중

11) Fischenich-Spengler, Elvira, a.a.O., 33쪽 참조

12) Nef, Robert, a.a.O., S.25

13) 유럽연합의 통합과정에서 마스트리히트조약에서 영국이 연방주의라는 표현에 강하게 반발한 것은 중앙집권적인 연방주의에 대한 부정적인 인식이 작용하였기 때문이라고 한다.(Fischenich-Spengler, Elvira, a.a.O, 37쪽

14) Frenkel, Max, Föderalismus und Bundesstaat, Bd.1, Föderalismus, Bern 1984, S.220 ff.참조.

, 가

양집권적인 단일국가의 권력을 지방정부에 분산시켜 연방국가를 만드는 경우가 있다.<sup>15)</sup>

한국에서 연방주의를 도입하게 되는 경우에 두 번째 유형에 속한다. 중앙집권적인 국가에서 지방분권적인 국가를 지향하면서 연방주의를 도입하는 것이 된다. 동시에 통일을 염두에 두고 대비하여 도입을 하게 된다면 첫 번째 유형에 접근하게 된다.

## (2)

연방주의가 어떤 장점을 가지는지, 어떤 단점을 가지는 지는 국가에 따라 동일하지 않으나 대체로 다음과 같은 장·단점이 거론된다.<sup>16)</sup>

### 1)

#### ①

연방주의는 경제적인 측면에서 다음 과 같은 측면에서 단일국가에 비하여 중앙집권적인 국가에 대해 유리한 것으로 설명되고 있다.<sup>17)</sup>

15) 벨기에는 독립한 1830년에 중앙집권적인 국가형태로 출발하였으나 민족과 언어가 다르고 경제적인 이해관계가 첨예하게 대립되었다. 벨기에 북쪽 플랑드르지역에는 전국민의 57%를 차지하는 네덜란드어를 사용하는 프랑드르인이 거주하고 남쪽에는 32%를 차지하는 프랑스인을 사용하는 왈로니인이 거주한다. 양민족간의 분쟁이 끊이지 않자 1970, 1980, 1988/1989, 1993, 2001년에 걸쳐 연방주의화 절차를 밟게 된다. 미국이나 독일, 스위스 등이 하나의 국가로 통합하기 위해 연방주의를 택한 반면에 벨기에는 중앙집권적인 국가가 내부적인 갈등을 해소하기 위한 방편으로 연방주의를 채택하였다는 점에 특색이 있다. 최근에 다시 남북간의 갈등이 심화되어 파국을 맞을 뻔하였으나 2008년 3월에 국왕의 중재로 연립 정부를 구성하였다. 벨기에 연방주의에 대해서는 Roctus, Dirk, Aspekte und Perspektiven des belgischen Föderalismus, in: Margedant, Udo(Hrsg.), Föderalismusreform, 2002, 9-29 [http://www.kas.de/db\\_files/dokumente/zukunftsforum\\_politik/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_1220\\_1.pdf](http://www.kas.de/db_files/dokumente/zukunftsforum_politik/7_dokument_dok_pdf_1220_1.pdf)

16) 연방주의의 기능에 대한 폭넓은 분석으로는 Frenkel, Max, a.a.O., Rdnr.390-654 참조. 여기서 거론되는 장단점은 연방주의에 한정된 것이라기보다는 지방분권과 관련된 것이다. 여기서 논의한 장점과 단점이 현실로 나타나는지 여부는 분권의 정도와 분권의 방법, 정치구조, 정치문화, 정치적인 성숙성 등에 따라 다르게 나타날 수 있다.

17) Frey, Bruno/ Kirchgässner, Gebhard: Demokratische Wirtschaftspolitik. Theorie und Anwendung, München. 1994, 60ff. 참조

첫째로, 연방주의는 주민근접적인 정부로서 각 지역의 정치적, 경제적, 문화적인 특성과 주민들의 요구와 기호를 반영한 의사결정을 할 수 있다. 둘째로, 공공급부를 생산함에 있어서 단일국가적인 국가형태보다는 연방국가에서 규모의 경제가 나타날 수 있다. 이는 시민근접적인 의사결정으로 정보비용, 계획비용의 절감과 탈관료주의적인 경향 등에 의한 것이다. 규모의 경제가 어느 정도로 나타날 것인지에 대해서는 처리하는 사무의 종류에 따라 상이하다. 셋째로, 연방주의적인 분권구조는 그 위험이 분산되므로 실험적인 정치적인 결정을 도입하는 것이 용이하다. 국가전체로는 그 위험성 때문에 도입하기 어려운 제도도 한 지방에만 영향을 미치는 경우에는 부담이 경감되어 정치체제의 혁신능력의 향상을 가져올 수 있다.<sup>18)</sup> 넷째로, 연방주의를 통한 주민근접적인 정치구조는 주민들이 지방정부의 결정에 대해 보다 많은 정보를 갖게 되고, 주민참여를 통한 통제가능성을 높인다. 이를 공공급부의 비용절감적이고 효율적인 공급을 가져올 수 있다. 다섯째, 지방정부간의 경쟁을 통하여 보다 나은 서비스를 보다 낮은 비용으로 처리하려는 노력을 유발하게 되고, 효율성과 혁신을 유발하는 효과를 가진다. 지방정부간의 입지경쟁은 세계화시대에 국경내에서 지역간의 경쟁에 그치지 않고 국경을 넘어 전개된다.

## ②

연방주의는 수평적인 삼권분립의 원칙을 보완하여 수직적으로 권력을 분립시켜 한 기구나 수준에서 권력을 집중시켜 남용하는 것을 방

18) 미국의 정치체제와 경제적 효율성을 실증적으로 분석한 논문으로는 최선근, 미국의 연방제도와 경제적 경쟁력, 한국정치학회보, 제28집 제2호, 1995, 727-746쪽 참조. 필자는 이 글에서 그 동안 연방주의가 분열과 비효율의 상징으로 간주되기도 하였으나 오늘날 미국의 경제적 경쟁력을 살리는 원동력이 되고 있다고 결론을 내리고 있다. Blankart, Charles, Föderalismus in Deutschland und in Europa, Baden-Baden 2007, S. 19 이하에서는 유럽에서 역사적으로 천재가 많이 배출된 것을 연방제도에 원인이 있다는 것으로 논증하면서 연방주의를 창조성의 근원이라고 한다.

지하는 자유주의적 법치국가구조를 형성한다. 전통적인 삼권분립론은 국가의 권력을 그 기능에 따라 수평적으로 입법, 행정, 사법으로 나누고 상호간에 견제와 균형을 취하게 함으로써 국가권력의 남용을 방지하기 위한 국가조직원리이다. 이에 대하여 연방주의는 국가권력을 수직적으로 분립시킴으로써 권력의 집중으로 인한 권력의 남용을 방지하는 기능을 한다. 이는 우선 연방과 주간의 권한배분을 통하여 권한의 남용가능성을 줄인다. 특히 입법권의 배분을 통하여 연방과 주에 각각 독자적인 입법권을 부여함으로써 권력을 제한한다. 또한 지방의 이익을 대변하는 제2원(상원)을 통하여 연방정부의 권한에 대한 견제권을 행사한다. 이를 통하여 연방주의는 국가권력의 남용으로부터 개인의 자유를 보호하는 자유의 질서원칙(Ordnungsprinzip der Freiheit)으로 표현하기도 한다.<sup>19)</sup> 이러한 장점은 다음에 보는 바와 같이 정치적인 교착과 의사결정의 지연을 초래할 수도 있다는 점에서 단점으로 거론되기도 한다.

### ③

연방주의를 통한 지방분권은 절대적의미의 민주주의 내지 획일적 민주주의에 대한 수정원리로서 기능한다. 절대적 민주주의는 국가의 모든 문제를 국가전체의 의사로 결정할 것을 요구하며 부분의사는 전체의사에 종속될 것을 요구한다. 집권적인 다수결정에 의하는 공공업무의 수가 증가할수록 필연적으로 다수에 복종하는 소수자의 숫자는 늘어나게 된다. 이로 인하여 소수자는 국가권력으로부터 소외되고 국가권력은 경직화되며 소수자가 다수자로 될 수 있는 가능성은 그만큼 제한되게 된다. 민주주의원칙이 포함하고 있는 다수결원칙의 이러한 폐단은 지방분권을 통하여 지역적인 수준에 다원적인 권력중심을 형

19) von Unruh, Georg-Christoph, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Freiheit, DVBl 1982, S.184f.

성하고 여기서 소수자가 다수로 될 수 있는 기회를 부여함으로써 극복되어 질 수 있다. 민족적 다원국가나 지방색으로 인한 지역적인 대립이 있는 경우에 연방주의는 소수자보호를 통하여 갈등을 풀어가는 해법이 될 수 있다.<sup>20)</sup>

## 2)

## ①

첫째, 한 지방정부의 공공급부의 효용과 비용은 종종 이웃 지방정부나 주민에게도 영향을 미치는 파급효과(spillover effect)나 긍정적 혹은 부정적인 외부효과(external effect)를 미치고 무임승차를 가져올 수 있다. 중심부지역주변의 주민들이 비용을 지불함이 없이 중심지역정부가 제공하는 급부를 향유하는 경우가 이에 속한다. 둘째, 공공급부 중에는 한 지방정부에서 처리하는 것이 규모의 경제를 달성하기 어려운 경우가 있다. 다수에 의한 평균비용의 절감효과를 거두기 어렵게 되는 경우가 있다. 셋째, 광역교통행정체제, 광역치안 등과 같이 한 지방정부가 해결하기 어려운 경우에 지방정부간의 의견조정이나 협의가 이루어지지 않는 경우에 해결방법을 찾기가 어렵게 된다.

## ②

연방주의적 정치질서는 정치적인 교착(politikverflechtung)과 의사결정의 지연으로 비효율적이라는 비판이 제기된다. 연방주의적인 정치체제는 다층적인 의사결정구조를 특징으로 한다. 상급정부와 하급정부간에 업무가 중복되는 경우에 서로 발목을 잡게 되어 효율적인 업무처리가 어렵게 되며 책임의 소재도 불분명하게 된다. 2006년 독일의 연방주의 개혁은 무엇보다도 정치적인 교착으로 인한 국가의 기능마비를 정치의 탈교착화를 통하여 해결하려는 시도라고 볼 수 있다.

20) Nef, Robert, a.a.O, S. 69



(3)

위에서 예시한 연방주의의 장점과 단점은 어떤 유형의 연방주의를 선택하는지에 따라 달리 나타날 수 있다. 연방주의는 여러 가지 기준에 의하여 유형화하는 것이 가능하겠으나 앞에서 설명한 장·단점과 관련해서는 협력적연방주의와 경쟁적연방주의의 구분하여 설명되고 있다. 특히 연방정부와 지방정부간의 역할배분과 재정배분 내지 재정조정과 관련해서 양자의 구분이 중요한 의미를 가진다.

1)

연방정부와 지방정부, 지방정부상호간에 협력과 조정에 중점을 두고 있는 연방주의 모델을 협력적 연방주의(kooperativer Föderalismus)라고 부른다. 정치적인 결정과정에서 상호간의 참여와 협력을 중요시 하고 합의지향적인 전략을 채택한다. 국가적인 과제를 경쟁적으로 처리하기 보다는 조정적으로 해결한다. 전국적인 균형과 비용의 분담을 통한 균질성을 보장하려고 한다. 2006년의 연방개혁이전의 독일연방주의를 이에 속하는 전형적인 예로 들 수 있다.<sup>21)</sup>

2)

지방정부간의 협력과 조정에 중점을 두는 협력적 연방주의에 비해서 정적인 입장을 취하면서 지방정부간 혹은 지방정부와 중앙정부간의 경쟁을 촉진하는 모델의 연방주의를 경쟁적 연방주의(Wettbewerbsföderalismus)라고 한다. 지역간의 조세경쟁, 입지경쟁 등이 이에 속한다. 이는 연방적인 질서를 시장질서에 유사하게 형성하려고 한다. 각

---

21) 이에 관해서는 Bauer, Hartmut, Der erschütterte Bundesstaat, in: Friedrich Ebert Stiftung, Föderalismus in Diskurs, Berlin 2004, S. 51-67, <http://library.fes.de/pdf-files/do/04241.pdf> 참조.

지방국가를 공공급부의 공급자로 본다. 다양한 공공서비스를 각각 상이한 가격(세금, 공과금)에 공급하는 것으로 본다. 주민은 수요자로 본다. 주민들은 지방정부가 제공하는 공공급부를 품질과 가격을 비교하여 선택한다는 것이다. 한 지방정부의 공공급부가 가격과 품질의 관계에 있어서 만족을 주지 못하면 다른 지방정부를 선택하게 된다는 것이다(발로 하는 투표: Voting by feet).<sup>22)</sup> 지방정부는 이러한 경쟁구조속에서 보다 효율적이고 주민에 특화된 공공급부를 제공하는 노력을 하게 된다는 것이다.

#### 4. 가

##### (1)

세계화와 지식정보사회의 도래로 중앙집권적인 권력구조로 대응하기 어렵다는 데는 오늘날 대체적인 공감대가 성립되어 있다. 지난 정부에서 지방분권정책은 행정권한의 지방이양에 한정되어 있었고 그나마 잘 추진되지 못하였다. 지역간의 정책경쟁을 통하여 국가와 지방의 효율성을 높이고 지역의 자생력을 높이기 위해서는 지역간의 정책경쟁과 조세경쟁이 가능하도록 하는 국가구조로의 개편이 필요하다. 지방자치제도를 강화하는 방법도 생각할 수 있으나 있으나 정책경쟁의 기초가 되는 입법권의 배분이 없이는 불가능하다. 그동안 조례제정권의 범위에 관한 10여년간의 논쟁을 통해서 한걸음도 진전되지 못

22) Tibout, Charles, A pure theory of local expenditure, Journal of political economy, Vol. LXIV 1956, 416-424. 이에 대한 시각적인 설명으로는 Bizer, Kilian, Föderalismustheorie, S.7ff. [http://wiwi.uni-goettingen.de/vwlseminar/bizer/Lehre/Vorlesungen/WiPo\\_Einf/WipoSS04/Unterlagen\\_Bizer\\_WipoE-04\\_VL\\_17.pdf](http://wiwi.uni-goettingen.de/vwlseminar/bizer/Lehre/Vorlesungen/WiPo_Einf/WipoSS04/Unterlagen_Bizer_WipoE-04_VL_17.pdf). 경쟁적 연방주의의 개념의 발전에 대해서는 Schatz, Heribert/Ooyen, Robert Chr. van/Werthes, Wettbewerbsföderalismus, Baden Baden 2000, S.15ff 참조. Zenithöfer, Wettbewerbsföderalismus, Bremen 2006 그는 오스트레일리아 연방주의를 경쟁적 연방주의적인 요소가 강하다고 하면서 독일의 연방개혁에 모범이 될 수 있다는 입장을 밝히고 있다. 특히 독일 연방주의의 단점을 보완하기 위한 구체적인 방안을 제시하고 있다.

한 것을 감안한다면 앞으로도 지방자치의 틀 속에서 조례에 대한 법률유보의 원칙을 극복하지 못하는 한 시대적 요구에 부응하는 지역간의 정책경쟁을 가능하게 하는 것은 기대하기 어렵다. 또한 현행 조세법률주의에서 벗어나지 못하는 한 지방간의 조세경쟁에 의한 효율성 향상도 기대하기 어렵다. 의 수준을 달성하는 것은 불가능하다. 이에 새로운 국가구조가 필요하며 그 틀로서 연방주의적인 국가구조가 고려될 수 있다.

더구나 한국이 분단국가라는 점을 감안하면 통일을 대비한 국가구조의 구상이 필요하다. 남한과 북한이 매우 60년이 넘게 매우 이질적인 정치체제하에서 기본적인 생활문제의 해결방식을 달리해 왔다는 점을 고려하면 하나의 획일적인 정치질서로는 통일의 충격을 흡수하기 어렵다. 통일을 위해서는 전체로서 국가의 동질성을 유지하면서도 지역문제에 관한 정치적인 결정을 자기책임하에 할 수 있는 정책결정권과 정치적 결과에 대한 위험을 부담하도록 함으로써 스스로 변화를 추구하는 국가구조의 도입이 필요하며 연방주의에서 그 모델을 발견할 수 있다.<sup>23)</sup>

통일이 예정된 시간적인 플랜에 따라 진행될 수 있는 것이 아니고 남한과 북한의 정치적인 상황변화에 따라 갑자기 찾아올 수도 있다는

---

23) 지금까지 연방주의에 관한 논의는 주로 통일방안으로서 연방주의에 대한 것이었다. 2000년 6월 15일 남북정상회담에서 합의된 '낮은 단계의 연방제' 그 이전에 북한에 의해서 제안된 '고려연방제'나 김영삼정부에 의해서 제안된 '한민족공동체안' 등은 실질적으로 국가연합을 의미하는 것이지 한국가의 조직형태로서 연방국가에 관한 것이라고 보기는 어렵다. 그동안 많은 논의가 한반도통일을 이루기 위한 방편으로서 연방제가 주로 논의되었다. 남북한의 통일방안으로서 주장된 것에 대해서 간결하게 정리한 글로는 성낙인, 통일헌법상 권력구조에 관한 연구, 공법연구 제36집 제1호, 2007, 453-489쪽 참고. 특히 463-474쪽 참조. 남한과 북한의 연방제비교에 대해서는 장수련, 한국의 '연방제'와 북한의 '연방제' 비교·분석, 북한학보 제26집, 2001, 71-102쪽 참조. 낮은 단계의 연방제안과 북한의 연방제안에 대한 비판으로는 제성호, 북한의 「낮은 단계 연방제안: 전략적 의도와 문제점, 북한학보 제31집, 2006, 129-162쪽 참조. 독일 및 예멘의 통일과 헌법에 대해서는 장명봉, 분단국가의 통일과 헌법, 국민대출판부 2001 참조.

점에서 통일을 대비한 국가구조를 미리 구상하고 실현가능한 범위내에서 정착시키는 것이 있다.

연방주의적인 국가구조의 실현시기에 대해서는 먼저 통일헌법수준에서 연방주의적인 국가구조를 마련해 놓고 통일이 된 이후에 도입하는 방안을 생각할 수 있으나 통일 후 정치적인 혼란속에서 근본적인 정치개혁에 해당하는 새로운 국가구조를 형성해 내는 것이 쉽지 않을 것이다. 이에 남한만이라도 먼저 통일에 대비한 국가구조를 담은 헌법을 실시하고 통일이 되면 통일헌법에 북한지역을 가입시키도록 하는 방식이 더 실현가능성이 높을 수 있다. 이러한 예는 독일의 통일에서 그 예를 찾을 수 있다. 독일의 통일은 서독이 동독을 흡수하여 통일하는 형식이 아니라 독일연방공화국에 동독의 주들이 가입하는 형식을 취하였다. 또한 정치적, 사회적, 문화적인 통합과정에서도 서독의 주정부와 동독의 주정부가 파트너십을 통하여 동독사회의 전환을 가져오도록 하고 또한 동독지역의 주정부에 의해서 파트너주인 서독의 주정부의 변화를 가져왔다는 점에서 많은 시사점을 얻을 수 있다고 본다. 이점에서 통일이전에 남한만이라도 통일 후에 실시할 수 있는 연방주의적인 헌법모형을 먼저 도입하고 안정화하는 것이 필요하다.<sup>24)</sup> 연방주의적인 국가구조를 도입하여 통일의 충격을 흡수하고 북한지역에 대한 특성을 살리면서 실질적인 통합에 이를 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

## (2) 가

국가의 경쟁력을 높이고 통일에 대비하여 연방주의를 도입한다고 할 적에 어떤 연방주의를 도입하는지가 매우 중요하다. 국가형태로서 연방

24) 만약 통일후에 비로소 연방제를 도입하려고 한다면 남북한 전체가 새로운 정치체제 때문에 혼란을 겪게 될 것이다. 독일 통일의 경우에 서독지역에 존재했던 독일연방공화국에 동독의 5개주가 가입하는 형식을 취함으로써 정치적인 혼란을 줄이고 정치를 안정화하는데 기여했다.

주의는 하나의 정형화된 틀이 있는 것이 아니라 수많은 선택가능한 모델이 연방주의라는 개념속에 포함되어 있다. 이에 어떤 연방주의모델을 국가형태로 채택할 것인지가 중요하다. 한국에 적합한 연방주의 모델이 무엇인지를 선택하는 일은 한국의 국가목적으로 무엇으로 설정하는지와 직결된 과제라고 할 수 있다. 21세기 한국의 진로를 국가구조에 투영하여야 한다. 이에 세계적인 동향과 한국의 특수한 상황이 함께 고려되어야 한다. 연방주의의 도입이 잘못하면 국가권력의 비효율과 마비를 가져올 수도 있고, 반대로 효율과 번영을 가져올 수도 있다.<sup>25)</sup>

세계적인 흐름은 정치시스템의 경쟁력을 높이는 방향에서 국가구조의 재편이 논의되고 있다. 최근에 독일연방주의 개편은 많은 시사점을 줄 것으로 본다. 다음으로 한국의 특수한 문제로서 한국이 1960년대 이후 비약적인 성장을 가져왔으나 1990년 이후 선진국의 문턱을 넘지 못하고 있다. 이에 선진국진입을 위한 촉진하는 국가구조를 모색할 필요가 있다. 이에 먼저 독일연방주의개혁을 통하여 세계적인 흐름을 살펴보고 한국에서 도입하게 될 연방주의의 방향을 찾아본다.

### 1)

과거 민족국가를 배경으로 한 연방주의는 세계화와 유럽화의 진정에 따른 경쟁체제속에서 충분한 경쟁력을 갖기 어렵다는 위기의식이 독일연방주의 개혁을 추진하는 원동력이 되었다. 한때 경제기적을 구가했던 독일은 2000년대 말에 접어들면서 “독일병(Deutsche Krankheit)”이라는 말을 일상화시켰다.<sup>26)</sup> 조직화된 무책임성이 국가전체의 기능과 효

25) 예컨대 스위스나 미국 등은 연방체제가 국가의 경쟁력을 높이는데 기여함에 비하여 아르헨티나 같은 나라는 소모적이고 제대로 조직화되지 못한 연방주의로 인하여 현재의 위기상황에 진짜 원인을 제공하고 있다. 독일이나 아르헨티나의 잘못된 연방주의가 국가적 위기의 원인이 된다고 하여 연방주의를 포기해야한다는 의미는 아니며 오히려 제대로 된 연방주의를 실시해야한다는 것을 보여주는 것이다 (디트마 되링, 독일연방주의와 개혁의 필요성, 박응격외, 서구연방주의와 한국, 인간사랑, 2006, 64쪽 참조).

26) Meyer, Hans, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?, in: von Arnim,

울성을 해한다는 인식이 폭넓게 확산되었다. 이러한 위기의식에서 독일연방주의에 대한 개혁을 모색하게 되었고 독일역사상 최대의 헌법개정을 가져왔다. 하지만 이러한 헌법개정은 아직 완성된 것이 아니라 진행 중인 개혁이다. 정부간의 업무와 재정책임은 교착으로 인하여 책임이 불명확하고 국가전체의 기능이 마비되는 현상을 극복하기 위한 연방주의 개혁은 2006년 헌법개정으로 1단계를 실현했을 따름이다.<sup>27)</sup> 기능에 대한 재편성에 그치고 그에 상응하는 재정체제의 정비는 제2단계 연방주의개혁으로 맡겨졌다.

개혁논의는 내부적인 독일통일과 외부적인 유럽화 및 세계화로 인한 경제적, 정치적인 환경의 변화에 기인한다.<sup>28)</sup> 독일이 통일되자 독일내부의 현격한 경제력의 차이는 주간의 분배투쟁(Verteilungskampf)을 가져왔다. 재정력과 사회생활여건의 균형을 달성하려고 하였으나 달성하지 못하였다. 이로 인하여 동서간의 이해갈등은 더욱 심화되었다. 또한 유럽화와 세계화의 진전은 독일연방국가질서에 많은 영향을 주었다. 유럽경제권과 통화권이 확장되게 됨에 따라 유럽의 다른 지역과 국제적인 입지경쟁(Standortwettbewerb)에서 불리하게 되었다.<sup>29)</sup> 과거에는 연방에 의한 통일적인 입법이 국내시장에서 경쟁기업들에게 동등한 경쟁조건을 제공하였다. 하지만 상품과 자본, 서비스의 이동이 국경을 넘어 자유롭게 됨에 따라서 국내기업은 외국으로부터 다양한 제안을 받을 뿐만 아니라 내국기업자체가 외국으로 나갈 수도 있게 된 것이다. 이러한 조건하에서 법제도 자체가 하나의 중요한 경쟁요소가 된 것이다. 지역적인 조건이 매우 상이한 독일에서 연방정부에 의한 획일적인 규

---

Hans Herbert, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?, Berlin, 2005  
 27) 일 단계 연방주의 개혁에 대해서는 Sturm, Roland, Die Föderalismusreform I, in: Andersen, Uwe(Hrsg.), Föderalismusreform, Schwalbach, 2008, 35-52; 보다 자세한 문헌으로는 Stark, Christian(Hrsg.), Föderalismusreform., München 2007 참조  
 28) Bertelsmann Stiftung, Diskussionspapier zum Föderalismus-Reformdialog, 17. März, 2004, Berlin, <http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/en/media/Foederalismusdialog.pdf>  
 29) Scharpf, Fritz W. Nicht genutzte Chancen der Föderalismusreform, MPIfG Working Paper 06/2, Mai 2006, <http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/workpap/wp06-2/wp06-2.html>

, 가

율은 지역의 장점을 특화하는데 불리하게 작용한다. 이에 주가 보다 많은 재량과 규율권을 가져야 한다는 주장이 증가되었다. 지역특화 발전을 가능하도록 하기 위해 주가 입법적인 지원을 할 수 있도록 함으로써 입지경쟁의 불리함을 극복할 수 있도록 하자는 것이다.<sup>30)</sup>

독일의 연방주의개혁은 궁극적으로 세계화속에서 독일의 국가경쟁력을 제고하기 위한 방편으로 시도된 것이라 볼 수 있다. 특히 그간 독일연방전체의 의사결정을 어렵게 해왔던 연방참의원의 동의권을 대폭 축소하여 의사결정의 효율성과 신속성을 높이려고 하였다. 또한 대강입법권을 폐지하고 주의 입법권을 강화하여 주간의 정책결정을 가능하게 하였다.

독일의 연방주의 개혁은 협력적 연방주의의 비효율성과 무책임성, 정치적인 기능마비를 극복하기 위하여 경쟁적 연방주의요소를 도입해야 한다는 주장이 선도하고, 경쟁적 연방주의를 비판하고 기존의 질서를 유지하려는 세력간의 타협속에서 어렵게 진행되고 있다. 이에 독일의 연방주의 개혁은 처음 기대하였던 수준에는 미치지 못하였다. 특히 잘사는 주와 못사는 주간의 대립, 연방과 주의 이해대립 등으로 인하여 연방개혁의 핵심적인 내용인 재정개혁은 2006년 개정에 반영되지 못하고 제2단계 연방주의 개혁에 맡겨졌다. 오랫동안 지역간의 경쟁을 통한 자생력을 키우는데 게을리 했던 주에서는 연방이나 다른 주에 의한 지원의 축소를 초래하는 연방주의개혁 II에 우호적이기만 한 것은 아니다.

2) 가

①

다양성과 통일성을 조화시켜 효율성과 통합성을 보장하는 연방주의 이상을 실현하기 위해서는 무엇보다도 중앙정부와 지방정부, 지방정

---

30) Scharpf, Fritz W. a.a.O.

부상호간, 정부와 사회단체, 정부와 민간간의 역할분담이 중요하다. 이들 역할분담을 위한 원리로 보충성의 원칙이 헌법상 명시적으로 규정된 국가도 있고, 헌법에 묵시적으로 보장되어 있다고 보는 나라도 있다. 보충성의 원칙은 오늘날 연방국가적인 정치질서를 형성하는 구성원리라고 할 수 있다.

정치조직원리로서 보충성의 원칙은 작은 공동체가 상위의 큰 공동체에 우선하여 공동의 문제를 해결해야 한다는 조직원리 내지 역할분담의 원리라고 할 수 있다. 상위의 큰 공동체는 하위의 작은 공동체가 도움을 필요로 하는 경우에만 활동해야 한다는 것이다.<sup>31)</sup> 이를 가장 잘 표현하고 있는 것으로 교황 피우스 11세가 1931년 발표한 교서를 들 수 있다, 그는 교서에서 “ 변화된 상황에서 이전에 작은 공동체에서 쉽게 수행되었던 많은 업무가 큰 공동체에 의해서 수행할 수 있게 되었다는 것은 인정할 수 있으나, 그럼에도 불구하고 개인이 스스로 주도하여 자력으로 해결할 수 있는 것을 그로부터 박탈하여 사회단체에게 배분해서는 안된다는 것은 항구불변의 사회철학적인 원칙으로 간주된다. 소규모의 하위 공동체가 잘 해결할 수 있는 문제를 큰 규모의 상급공동체에게 맡긴다는 것은 정의에 어긋난다. 동시에 그것은 불리하고 사회전체의 질서를 어지럽힌다. 모든 사회활동은 본질적으로 또한 개념적으로 보충적이다. 그것은 사회유기체의 수족을 지원해야지 이를 파괴하거나 흡수해서는 결코 안된다.”고 하였다.<sup>32)</sup>

보충성의 원칙은 원리 사적영역을 공적인 영역, 정치영역으로부터 구분하기 위한 원리, 즉, 민영화와 국유화의 현실적인 문제를 대응하

31) 보충성의 원칙에 대한 일반적인 설명으로는 홍성방, 헌법상 보충성의 원리, 공법연구 제36집 제1호, 2007, 601-623쪽. 그는 보충성의 원리를 자연법으로 보충성의 원칙을 인정하고 실정헌법은 이에 반할 수 없다는 입장을 밝히고 있다(612-613쪽). 정극원, 헌법상보충성의 원리, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006, 189 참조. 김기진, 보충성의 원칙에 관한 연구, 토지공법연구, 제24권, 2004, 143-158; 전훈, 보충성의 원칙에 관한 고찰, 성균관법학, 제16권 제2호, 2004, 349-369 참조. 지방분권적 질서와 관련하여 보충성에 대한 설명으로는 이기우, 지방자치이론, 학현사 1994, 223-250 참조.

32) Hendler, Reinhard, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln u.a. 1984, S. 340 f.



는데서 출발하였으나 오늘날은 다양한 계층의 연방적체하에서 정부간 권한과 업무의 배분원칙으로서 인정된다.<sup>33)</sup> 정치적 권한배분의 원칙으로서 보충성의 원칙은 작은 공동체, 최하위공동체를 위한 권한의 추정을 의미한다.<sup>34)</sup> 상급의 큰 공동체는 하위의 작은 공동체가 그 사무를 수행할 수 없고 자시만이 수행할 수 있음을 증명하여야 한다. 즉, 자신의 권한으로 주장하는 상급의 큰 공동체가 입증책임(Beweislast)을 갖는다.<sup>35)</sup> 이런 의미에서 보충성의 원칙은 집권화에 대한 제어장치로서 역할을 한다.<sup>36)</sup> 이러한 보충성의 원칙은 단순히 행정권한의 배분뿐만 아니라 입법권의 배분에 있어서도 존중되어야 한다. 연방국가에서 지방정부는 그의 능력이 미치는 업무영역에서 연방법률의 위임이 없이도 지방정부의 정책을 자신의 법률로 입법화할 수 있어야 한다. 연방의 배타적인 입법권에 속하지 않는 한 지방정부가 자신의 법률제정권을 행사할 수 있어야 한다. 이 경우에도 지방법률은 연방법률에 비하여 하위의 효력을 갖겠지만 연방정부가 입법권을 남용하는 경우에 지방정부는 입법권을 사실상 가질 수 없게 된다. 이를 방지하기 위하여 지방국가의 배타적인 입법권을 설정하는 것이 필요하다.<sup>37)</sup> 국가와 지방정부가 모두 입법권을 가지는 경합적인 입법권의 행사에 있어서

33) Nef, Robert, Lob des Non-Zentralismus, Sankt Augustin 2002, 38쪽 이하

34) Heckmann, Friedrich, Subsidiarität und Föderalismus-Subsidiarität als Schlüssel zur Europäischen Sozialpolitik in: Babke, Hans-Georg(Hrsg.), Die Zukunftsfähigkeit des föderalismus in Deutschland und Europa, Frankfurt am Main u.a., 2007, S.77

35) Blankart, Charles, Föderalismus in Deutschland und in Europa, Baden-Baden, 2007, S.68 참조

36) Heckmann, Friedrich, a.a.O., S.81 참조

37) 김병기. 미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법개정안, 최병선/김선혁, 분권헌법, EAI, 2007. 그는 광역지방정부를 위한 연방제정부형모델 헌법안을 제안하면서 입법권에 대해서는 연방정부의 입법권을 행사하지 않는 범위내에서 지방정부가 입법권을 가질 수 있다고 함으로써 경합적입법권만을 인정하고 있다. 독일의 경우 경합적 입법권에 있어서 연방정부가 거의 완벽하게 입법권을 행사해 버리기 때문에 주정부가 갖는 경합적인 입법권은 사실상 의미가 없다는 점을 감안하면 연방국가의 모델을 경합적입법권만 인정한다는 것은 지방국가의 정치적인 기능을 지나치게 위축시킬 우려가 있다.

연방정부의 입법권남용으로부터 지방정부의 입법권의 공동화를 방지하기 위해서는 연방정부가 입법권을 행사하고자 하는 경우에 그 입법권행사의 필요성을 입증할 수 있는 경우에 한하여 인정하거나 일정한 영역에서 지방법률로 연방법률의 규정과 상치되는 규정도 할 수 있는 이른바 일탈입법권(Abweichungsgesetzgebung)의 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

## ②

보충성의 원칙에 따라 상급공동체가 어떤 사무에 대한 권한을 갖기 위해서는 하위공동체가 그 사무에 관한 처리능력이 없음을 입증하여야 한다. 여기서 능력은 사무처리를 위한 인적, 물적, 정보적, 재정적인 능력을 모두 포괄하는 개념이다. 재정적인 능력을 예를 들면 중앙집권적인 조세구조하에서 지방정부의 재정능력은 그가 수행하는 사무를 감당할 능력을 갖추기 어렵게 한다. 상급공동체는 하급공동체가 재정능력을 결핍한다는 이유로 중앙집권화를 정당화할 수 있게 된다.<sup>38)</sup> 중앙정부가 조세입법권의 부적절한 행사로 지방정부의 재정능력을 약화시킨다든가, 지방정부의 규모를 영세화하여 큰 기능을 수행할 수 있는 규모나 인적·물적 능력을 갖지 못하도록 집권화시키는 경우에 보충성의 원칙은 적용되기 어렵다. 이에 보충성의 원칙은 상위공동체의 하위공동체의 지원기능을 동시에 고려하여야 한다. 중앙정부의 지원이 하위공동체의 예속을 촉진하지 않고 하위공동체의 자조를 위한 지원이 되도록 하여야 보충성의 원칙이 집권화의 제동장치로서 기능을 할 수 있게 된다.

## ③

또한 능력에 따른 사무배분을 하는 경우에 어떠한 연방주의를 채택하는지에 따라 보충성의 원칙에 따른 권한배분은 달라질 것이다. 사

38) Nef, Robert, a.a.O., S.39

무배분방식과 관련하여 균등적 연방주의(Symmetrischer Föderalismus)와 비균등적 연방주의(Asymmetrischer Föderalismus)로 구분할 수 있다.<sup>39)</sup> 균등적 연방주의는 지방정부의 권한이 모두 똑같이 배분되어 있는 국가를 의미한다. 예를 들어 스위스와 독일 등과 같이 연방국가 안의 모든 지방정부의 권한이 똑같은 경우이다. 이에 대하여 비균등적 연방국가는 지방정부의 권한이나 의무가 각각 다른 연방국가를 의미한다. 예컨대 러시아<sup>40)</sup>나 스페인 등이 비균등적 연방주의에 속한다. 만약 균등적 연방주의를 채택하게 되면 가장 열악하고 작은 지방정부를 기준으로 권한을 배분하기 때문에 크고 능력이 있는 지방정부로서는 사무처리 능력이 있음에도 불구하고 모든 지방자치단체가 동등한 권한을 가져야 한다는 전제 때문에 권한을 갖지 못하는 경우가 생긴

39) 연방주의를 균등적 연방주의와 비균등적 연방주의로 구분한 것은 미국의 정치학자인 Tarlton, Charles의 논문인 “Symmetry and Asymmetry as Elements of federalism”에서 비롯된다. 이 논문에서 그는 중앙정부와 지방정부와의 관계에서 지방정부가 중앙정부와 동일한 조건에서 동일한 관계를 맺고 있으면 균등적인 연방주의로 불렀다. 이에 대해 지방정부가 중앙정부에 대해서 각각 상이한 조건과 관계를 맺게 되는 경우에 비대등적 연방주의라고 불렀다. 필자에 따라서는 대칭적 연방주의, 비대칭적 연방주의라고 번역하기도 하나(예컨대, 김태환, 영토적·경제적 거버넌스로서의 신봉건주의, 한국정치학회보 제36집 제1호, 2002, 287-307) 그 의미를 명확하게 하기 위해 균등적 연방주의, 비균등적 연방주의로 번역하기로 한다.

40) 러시아의 비균등적 연방주의에 대해서는 김태호, 앞의 논문. Banzhaf, Lars, Auß enbeziehungen russischer reginen, Arbeitspapiere des Osteuropa-Instituts der Freien Universität Berlin, Bd. 37, 2002, S. 12 이하 참조. 러시아의 비균등적인 연방주의는 1992년에 체결된 연방조약과 1993년 제정된 헌법에 따라 연방정부와 각 주정부들 사이에 체결된 양자계약으로 구체화되었다. 이는 각주정부의 경제적규모나 연방에서 차지하는 지위에 따라 연방정부와 주정부사이의 관계, 자치권의 범위 정도가 차별화되는 것을 의미한다. 협약된 자치에 기반을 둔 계약적 연방주의에 속한다고 볼 수 있다고 한다(김태호, 앞의 논문, 294 쪽 이하 참조). 그의 논문에 의하면 러시아의 89개 지방정부(21개 공화국, 6개 지방(krai), 49개 주(oblast), 1자치주, 10개 자치구(okrug), 2 연방특별시(모스크바, 상페테르부르크) 등) 중에서 민족공화국은 폭넓은 자치권을 획득하여 사실상 국가연합의 상태에 있고, 대부분의 자치구는 사실상 연방국가에 복속되는 단일국가관계에 유사하며, 대부분의 주(오브라스찌)나 지역(크라이)는 연방정부와 집권적 혹은 분권적 연방국가관계를 이루고 있다고 한다. 스페인의 비균등적 연방주의에 대해서는 Messener, Verena, Verfassungsrechtliche Asymmetrien im spanischen Autonomienstaat, Wien 2008 참조.

다.<sup>41)</sup> 이에 대해서 크고 능력있는 지방정부에는 많은 권한을 주고, 그렇지 못한 지방정부는 권한을 적게 배정할 수 있는 비균등적 분권주의가 보다 지방분권 친화적이라고 할 수 있다.

## 3)

재정적인 측면에서 보면 지출과 수입에 관한 문제에 대해서도 보충성원칙의 원칙이 적용될 수 있다.<sup>42)</sup> 연방적 국가조직의 긍정적인 효과를 발휘하도록 하기 위하여 지출권한을 사무배분에 연계하는 것이 필요하다. 경제적인 예산집행을 위해 노력하게 되기 때문이다. 사무를 결정하는 권한을 가진 자가 지출도 하도록 하는 자기책임성을 보장하는 것이 견련성의 원칙(Konnexitätsprinzip)이다.<sup>43)</sup>

보충성의 원칙에 의하여 요구되는 하위공동체의 자기책임성은 각 공동체수준의 수입자율성을 전제로 한다.<sup>44)</sup> 재정적인 자율성을 보장하기 위해서는 사무수행주체가 사무수행에 필요한 수입을 결정할 수 있어야 한다. 즉, 지방정부가 공과금의 종류와 범위를 자유롭게 정할 수 있어

41) 예컨대 경기도와 서울 등은 사무처리 역량이 매우 높음에도 불구하고 가장 사무처리 역량이 열악한 제주도나 강원도의 능력을 기준으로 사무와 권한을 배분하게 된다.

42) 연방주의 체제에서 업무수행을 위해 지방정부에게 재정교부를 중앙정부가 인위적으로 결정하는 것은 최악의 상황이다. 이에 대해 지출과 수입을 분권화하여 지방정부로 하여금 결정하게 하는 것이 최상의 해결책이다. 이러한 고려를 못하게 되면 보충성원리의 파괴를 가져올 수 있다(네프, 로베르트, 스위스 연방주의와 지방정부 - 조세자율, 박용격외, 서구연방주의와 한국, 인간사랑 2006, 41쪽 참조).

43) 견련성의 원칙에 대해서는 Ammermann, Thomas, Das Konnexitätsprinzip im kommunalen Finanzverfassung, Würzburg 2007 참조; 문병효, 독일의 재정조정시스템과 재정헌법의 개혁, 외법논집 제22집(한국외국어대학교 법학연구소), 2006. 5, 119 - 152쪽 참조.

44) Meyer, Hans, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit ?, in: Arnim, Hans Herbert, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?, Berlin 2005, S.21f. 그는 독일의 주정부가 조세입법권을 갖지 않는 주정부가 연방법에 따라 정해지는 공동세에 참여하고, 수평적, 수직적인 재정조정제도에 의해 세수를 총당함으로써 조직화된 무책임성이 생겨난다고 한다.

, 가

야 한다. 이를 통하여 하위의 지방정부는 비로소 완전한 문제해결의 조건을 갖추게 된다.<sup>45)</sup> 수입고권과 사무권한을 긴밀하게 결합하는 것은 비용충당의 측면에서 뿐만이 아니라 주민들의 조세부담인식과 관련하여 의미를 가진다. 사무와 수입 및 지출이 연계되는 재정구조속에서만 주민들은 행정서비스가 자신의 비용부담으로 제공된다는 것을 인식하게 된다. 이를 통하여 절약적이고 효과적인 공공수단의 사용을 자극하게 된다.<sup>46)</sup> 재정자립성, 재정자율성의 보장을 통한 재정적인 자기책임성의 보장이 연방적 질서를 형성함에 가장 중요하다.

다른 지방이나 중앙정부에 대한 의존성을 탈피하여 자신의 경비로 자신의 사무를 처리하도록 하는 것이 연방제도를 통한 효율성을 높이는 데 핵심적인 요소이다.

#### 4) 가 ( )

지방국가가 연방정부의 권력남용을 방지하고 견제를 하기 위해서는 연방국가의 의사결정과정에 참여할 수 있는 권한과 통로가 있어야 한다. 연방국가의 형태를 취하는 많은 국가에서 양원제도를 채택하고 있다. 대개 하원이 전체국민의 이익을 대표하는데 비하여 상원은 지역의 이익을 대변하게 된다. 특히 지방의 이익에 관한 법률을 하원이 제정하고자하는 경우에 동의권을 행사한다든지 일정한 경우에 법률안 제안권을 가지는 등 지방의 이익을 연방정부에 대변하는 기능을 하게 된다. 한국에서도 상원의 필요성에 대한 다양한 논의가 이루어지고 있다.<sup>47)</sup> 이러한 상원을 구성하는 방법에는 독일과 같이 국민들이 직

45) 과세의 정당성에 대한 “No taxation without representation”도 중요하지만 동시에 자치권보장을 위해서는 “No representation without taxation”이 필요하다. 과세할 수 없는 정부는 진정한 자치를 한다고 볼 수 없다(Nef, Robert, a.a.O. S.77).

46) Döring, Thomas, Marktwirtschaftliche Ordnung und Föderativer Staatsaufbau, in: Mückel, Wolfgang(Hrsg.), Subsidiarität, Paderborn, 1999, S. 63-91 참조

47) 이에 대해서는 안성호, 지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상, 한국행정학보 제41권 제3호, 2007. 9, 117 - 142 참조.

접 선출하지 않고 주정부가 임명하는 형태가 있을 수 있으며 미국과 같이 국민의 직접선거에 의하여 구성하는 방식이 있을 수 있다. 독일의 경험에서 지방의 이익을 대변하는 연방의 기구로서 참의원(Bundesrat)의 경우에 거의 60%에 해당하는 연방법률에 동의권을 확대하여 주정부의 정당구조에 따라서는 연방정부의 기능을 마비시킬 수도 있게 되었다.<sup>48)</sup> 이러한 정치적 교착으로 인한 비효율과 국정교착을 개선하기 위해 동의권을 대폭 축소하는 헌법 개정이 2006년에 이루어 졌다. 이러한 경험에 비추어 한국에 상원제도를 도입한다고 하더라도 그 권한을 지나치게 확대하는 것은 바람직하지 않으며 정치적인 교착으로 인하여 국정에 발목이 잡히는 것은 피해야 한다.

### Ⅲ. 가

오늘날 적지 않은 나라에서 수평적인 국가공간구조개편이 시도되고 있다. 영국에서 지역정부가 도입되었고, 일본에서는 도주제도가 거론되고 있고, 프랑스와 독일에서도 초광역적인 지방정부의 논의가 전개되고 있다. 한국에서도 이명박정부에 들어서 “5+2 경제권”에 대한 논의가 전개되고 있다. 여기서 각 국가에서 전개되는 수평적인 국가공간구조개편논의를 살펴보고 한국에서 논의현황과 외국사례의 시사점을 살펴보기로 한다. 지난 정부에서 2005년 10월 19일 국회에서 지방행정체제개편 특별위원회를 개최하여 지방행정계층구조축소와 시·군 통합 등의 문제를 논의하였으나 학계와 시민사회, 국민들의 여론에 밀려 결론없이 종결하였다. 이 문제는 실현가능성이나 정책적인 합리성을 찾기 어렵기 때문에 여기서는 더 이상 언급하지 않기로 한다.<sup>49)</sup>

48) 독일 연방참의원을 통한 주정부의 관여에 대해서는 김도협, Bonn 基本法上 聯邦參事院의 協力權에 관한 考察, 공법연구, 제36집 제1호, 2006. 327 - 348 참조.

49) 이에 대한 비판문으로는 이기우, 지방행정체제개편에 관한 비판적 검토, 경기논단, 8권제1호, 2006.4, 37-50; 안성호, 2006, “자치계층 및 구역의 개편을 우려한다”, 부산분권혁신본부가 2006.2.10일 개최한 토론회자료집 『지방분권의 평가와 새로운

가

## 1.

### (1)

독일에서는 연방과 주정부간의 수직적인 국가권력구조에 관한 헌법 개정뿐만 아니라 수평적인 국가공간구조에 관하여 주재편에 대한 논의가 지속적으로 나오고 있다. 독일의 주개편논의는 이미 1950년대부터 최근에 이르기까지 지속적으로 제기되고 있으나 아직 합의된 것은 없다. 1950년대에는 루터위원회(Luther - Ausschuss)에 의해서, 1970년대에는 에른스터위원회(Ernst-Ausschuss)에 의하여 광범위한 주구역개편에 대한 제안이 있었다. 주구역개편으로 다양한 방법이 주장된다. 예컨대 주를 통합하는 방식과 주경계를 재설정하는 것 등이 이에 속한다. 전자에 속하는 것으로 1952년에 바덴-뷔르템베르크통합을 들 수 있고, 후자로는 린다우군(Landkreis Lindau)을 바이에른에 환원한 예를 들 수 있다. 대부분 주의 숫자를 줄여야 한다는 입장에서 주장되고 있다. 특히 많은 작은 주들이 과부하에 걸려 있으며, 취약한 주들은 정치적인 활동능력이 충분하지 않게 되고 점차 중앙집권적인 경향이 강화되고 연방주의는 약화되었다. 재정조정으로 약한 주에 대한 보장이 이루어져 왔지만 연방과의 힘의 균형은 현저하게 기울어져왔다. 또한 약한 주들이 결집하여 연방참사원의 다수를 차지하여 강한 주를 압박하고 의사결정을 주도하는 경우가 자주 발생하는 것도 주구역개편의 원인이 되기도 한다. 구역개편은 주간의 재정력의 편차를 줄임으로써 연방정부의 조정시스템의 부담을 줄이고, 연방정치의 교착을 해소하고 주정부의 업무수행역량을 강화하려고 하는 것이다. 통일후

---

도전』, 103-128. 지지론으로는 심익섭, 글로벌화시대의 지방자치행정체제개편방향, 국회행정자치연구회, 2005.8.31 최인기의원이 주최한 토론회자료집, 『글로벌시대의 행정구역개편과 효과적인 도시마케팅』 참조.

동독지역을 어떻게 재편할 것인지에 대한 논의가 있었다. 이에 4개 주 혹은 3개주, 2개주로 개편하는 방안들이 제안되었으나 급박한 통일정국의 상황에서 충분한 논의시간을 가질 수 없어 정치적인 타협의 산물로 5개주로 개편하는 방안이 채택되었다. 통일후에는 독일전체를 8개주로 개편하는 방안, 7개주로 개편하는 방안, 6개주로 개편하는 방안 등 다양한 방안이 제안되고 있다. 1996년에 베를린과 브란덴부르크를 통합하기 위한 국민투표가 있었는데 베를린에서는 찬성이 많았으나 브란덴부르크에서는 반대가 많았다.<sup>50)</sup> 2003년 연방주의개편론과 함께 주개편론은 새롭게 대두되었다. 독일에서 주구역개편논의의 직접적인 동기는 작은 주의 취약성을 다른 주와 통합하여 규모를 키움으로써 극복하고, 국내적으로나 국제적으로 경쟁력있는 지역단위를 만들어내려는데 있다.

## (2)

일본의 광역지방정부는 1888년 이래 47개로 구성되어 있다. 일본에서 도도부현의 개편논의가 일어난 것은 교통통신의 발달과 경제환경의 변화로 현재의 광역지방정부의 구역이 협소하다는 인식에서 출발하고 있다. 종전의 도도부현을 광역화하고 권한을 강화하여 도주제로 개편하려는 논의가 전개되고 있다. 개편되는 도주의 성격과 지위에 대해서는 국가의 행정기관, 중간적인 단체, 지방공공단체, 연방제의 주 등 다양한 논의가 진행되고 있다. 일본에서 도주제 논의는 무엇보다도 광역지방자치단체(도도부현)의 구역과 경제권의 불일치, 도도부현의 규모능력제고, 시정촌합병과 지방분권의 진전에 따른 새로운 정

50) 베를린에서는 찬성이 53.7%로 높았으나 브란덴부르크에서는 반대가 63.7%가 나왔다. 이에 대한 자세한 것은 Jung, Otmar, Die Volksabstimmung über die Länderfusion Berlin-Brandenburg, Was hat sich bewährt - wer ist gescheitert? In: Zeitschrift für Parlamentsfragen 1/1997, S. 13-20 참조.



부간 관계구축, 재정위기에 대한 대응, 광역·기초간의 중복행정축소 및 특별지방행정관의 기능이양필요성 등에 기인한다.<sup>51)</sup> 궁극적으로는 일본경제를 활성화하는 ‘회심의 카드’로서 도주제가 거론되고 있다.<sup>52)</sup> 2006년 제28차 지방제도조사회에서 ‘도주제에 관한 답신’이 제출되었고, 2008년 3월24일에는 내각관방 도주제비전간담회가 총무대신에게 중간보고를 제출하였다. 지방제도조사회의 답신에는 47개의 도도부현을 개편하여 9개의 도주로 개편하는 방안, 11개도주로 개편하는 방안, 13개도주로 개편하는 방안 등이 제시되어 있다. 도주제비전간담회가 중간보고 내용은 중앙집권이 일본을 쇠퇴시키고 있다는 점에서 출발하여 “메이지 이래의 『넓은 나라의 형태』인 중앙집권제를 해체하여 『새로운 나라의 형태』를 만드는 것이라고 한다.<sup>53)</sup> 중앙집권화의 폐단으로 도쿄집중화정책, 낭비와 거액의 재정적자, 중앙정부에 의한 과도한 관리와 수직적 행정으로 일본경제의 정체, 책임감과 자립심대신에 의존심이나 체념의 증가 등을 들고 있다. 도주제가 목표로 하는 새로운 국가의 형태로 다극화에 의한 경쟁의 촉진, 완결성을 가진 경제구조로 경제·재정기반의 확립, 주민본위 지역만들기, 관료주의를 극복하여 효율적·효과적인 행정과 책임있는 재정운용, 국가적 리스크분산으로 국가 전체의 안전성 증가 등을 들고 있다. 이를 위하여 국가, 도주, 기초자치체의 역할을 재검토하고, 기초자치체와 도주의 규모를 적정화하고, 국가의 역할을 한정하며, 주민의 역할강화, 국가 및 도주,

51) 이에 대해서는 채원호, 일본의 광역과제대응을 위한 도주제 구상, 한국지방자치학회 2008년도 춘계학술대회 자료집. 이명박정부의 광역경제권구상과 지방정부의 발전전략, 79- 95 참조.

52) 에구치 가즈히코, 지역주권형도주제- 일본의 새로운 국가형태, 한반도선진화재단, 일본PHP종합연구소, 조선일보가 2008년 5월6일 주최한 세미나 자료집, 21세기 광역분권형 국가운영, 237- 280쪽 참조. 특히 241쪽, 244쪽 참조.

53) 이하 내용은 일본 내각부 도주제비전위원회에 에구치 가즈히코 위원장이 2008년 5월 6일 서울에서 개최된 세미나에서 기조연설로 발표한 “일본이 추진하는 『지역주권형 도주제(道州制)』”, 한반도선진화재단, 일본PHP종합연구소, 조선일보가 2008년 5월6일 주최한 세미나 자료집, 21세기 광역분권형 국가운영, 5-21쪽을 요약한 것이다.

기초자치체의 조직개편, 지역특성에 대응하는 유연한 내부제도를 구축한다는 것이다. 특히 자주입법권, 자주과세권 등의 확립을 강조한다. 마지막으로 도주제를 도입하기 위한 여건의 조성 과 추진일전 등을 포함하고 있다.

### (3)

영국은 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드, 북아일랜드의 4개지역으로 구성되어 있다. 각지역의 국민적인 정체성이나 산업적 구조, 행정적인 구조가 매우 상이하다. 유럽에서 전통적으로 중앙집권적인 전통이 강했던 영국에서는 1997년 영국의 노동당정부가 집권하면서 분권화(Devolution)를 통하여 국가구조에 뚜렷한 변화를 가져왔다. 영국의 분권화는 지역적인 특성에 따라 의도적으로 차등적 내지 비균등적으로 이루어 졌다. 블레어 정부는 1997년 이후에 5가지의 상이한 정복구조를 도입하였다. 이에 속하는 것으로 스코틀랜드 의회(Parliament), 웨일즈 의회(Assembly<sup>54</sup>), 북아일랜드의회(Assembly), 대런던시, 잉글랜드지역에 8개의 지역개발청(RDA, 현재는 9개)의 도입 등이 이에 속한다. 입법권은 지역마다 상이하게 배분되었다. 스코틀랜드의회에만 광범위한 정치분야에서 독자적인 입법권이 부여되었다. 웨일즈의 경우에는 이차적인 입법권만이 주어졌다. 이는 “요구에 따른 분권”의 원칙(Principle of “devolution on demand”)에 의한 것이다.<sup>55)</sup>

스코틀랜드 의회는 보건, 교육, 사회복지, 주택과 공간계획, 지방자치, 법무와 내무, 경제발전, 교통, 농·임·수산업, 환경, 문화와 체육 등에 관한 일차적인 입법권한을 가지고 있다. 스코틀랜드는 입법권에 유사한 행정권도 가지고 있다. 이에 대하여 웨일즈는 일차적인 입법

54) 영국에서는 Parliament주권의 원칙에 따라 고유한 입법권이 있는 의회만 Parliament라고 부르고 그렇지 않은 의회는 Assembly라고 불러 구별을 하고 있다.

55) Wegener Alexander/Arbeit, Ute, Regionalisierungstendenzen in europäischen Staaten, 2006, Berlin, S.42

, 가

권은 갖고 있지 않으며 집행권과 일정한 경우에 집행명령을 제정할 수 있는 권한만 가지고 있다. 이러한 이차적인 입법권에 속하는 분야로는 경제발전, 교육, 보건, 농수산업, 지방행정, 주택, 사회행정, 교통, 환경, 문화와 체육, 관광, 웨일즈언어 등이다. 이 영역에 있어서도 실제로 어느 정도로 입법권을 갖는지는 영국의회의 입법권행사의 정도와 위임정도에 따라 각각 상이하다. 한국에서 “5+2”의 구상에 있어서 참고로 제시하고 있는 영국의 지역개발청(Regional Development Agency)은 지역의 경제성장, 국제경쟁력의 강화 등을 목적으로 설치되었다. 1997년 노동당집권 이래 런던지역에 9개가 설치되어 있으며 이에는 각각 지역의회의(Regional Assembly)가 구성되어 있다.<sup>56)</sup> 지역의회의는 런던을 제외하고는 모두 임명에 의한 의원으로 구성되며 런던지역의회의만 주민직선으로 구성된다. 지역개발청은 15인으로 구성되는 집행위원회가 중요한 의사결정을 하게 되는데 집행위원은 중앙정부의 주무장관에 의하여 임명된다. 대부분의 일상적인 업무는 지역개발청장에 의해 수행된다. 1998년 제정된 지역개발청법에 의하면 주요기능으로 지역경제개발, 비즈니스효율성과 경쟁력 증진, 고용증진, 고용에 적합한 기술의 발전 및 적용의 향상, 지속가능발전 등이다. 이들 권한은 원래 지방자치단체가 갖지 않은 권한으로써 지방개발청이 행사한다. 지역개발청이 중앙정부에 예속된기관임에도 원래 지방자치단체가 갖지 않았던 기능을 지역적인 차원에서 수행하고 지역의 기업인 등이 참여한다는 점에서 지방분권적인 것이라고 본다.

## 2. “5+2”

이명박정부는 광역경제권을 재편하기 위하여 “5+2”정책을 제안하였

---

56) 영국의 지역개발청에 대해서 자세한 것은 최영출, 영국의 광역과제 대응을 위한 행정시스템 - 지역개발청을 중심으로 -, 한국지방자치학회 2008년도 춘계학술대회 자료집, 이명박정부의 광역경제권구상과 지방정부의 발전전략, 2008. 31- 53쪽 참조.

다. 그 구체적인 내용에 대해서는 아직 밝혀지지 않고 있다. 여기서는 제17대 대통령인수위원회의 자료를 기초로 하여 그 내용을 정리하고 평가한다.

이명박 정부의 5+2 정책은 현재의 16개 광역지방정부의 구역과 경제활동권이 일치하지 않는다는 데서 출발하는 것으로 보인다. 인수위원회는 세계화·지식기반사회에서 국가경쟁력강화를 위해 “보다 많은 인력, 자본, 정보(기술) 등을 유치하기 위해 거대 지역경제권의 형성 등 장소경쟁(Competition of place)이 본격화되고 있는 것이다. 또한, 초고속 교통망·정보화의 진전으로 기업의 경제활동 및 국민생활의 공간적 범위가 급속히 확대되고 있다.”고 하면서 “세계적인 장소경쟁에 부응하고, 생활·생산 공간이 광대역화되는 추세에 부응해 글로벌 경쟁력을 갖출 수 있는 ‘창조적 광역발전전략’을 설정하게 됐다.<sup>57)</sup>”고 추진배경을 설명하고 있다.

그 추진 내용으로는 전국을 5대 광역경제권과 2대 특별광역경제권으로 구분하고 있다. 5대 광역경제권으로 수도권(서울, 인천, 경기), 충청권(대전, 충남, 충북), 호남권(광주, 전남, 전북), 대경권(대구, 경북), 동남권(부산, 울산, 경남)을 설정하고, 2대 특별광역경제권으로 강원도와 제주특별자치도를 설정할 계획이라고 한다.

인수위원회는 “광역경제권 발전을 위한 6대 전략을 수립해 창조적 광역발전을 추진할 계획”이라고 밝히고 있다. 그 중에서 광역행정과 관련된 부분은 여섯째 전략이다.

“광역경제권 발전을 지역 간 협력과 통합적 조정, 실질적 분권화 체제 속에서 효율적으로 이뤄질 수 있도록 광역 행·재정 시스템을 구축할 예정이다. 이를 위해 대통령 직속의 국가경쟁력강화위원회를 활용해 국가경쟁력특위 업무 중 광역경

57) 제17대 대통령직인수위원회, 성공 그리고 나눔(백서1), 2008, 68쪽

가

제권과 관련된 전반적인 국가정책을 논의토록 하고, 국가경쟁력강화위원회 내에 ‘광역경제권활성화추진단’을 운용해 국가차원에서 광역경제권 간 정책 기획·조정·모니터링을 해나갈 예정이다. 또한, 국가균형발전특별회계 재편과 관련 부처 보조금 일부 및 교부세 재원 일부, 신규재원 등으로 광역경제권 업무지원을 위한 광역경제권 특별회계 운영을 검토하고, 관련 법령 등을 종합·조정해 광역경제권 추진을 위한 근거 법률을 마련할 계획이다. 아울러, 각 권역별로 광역경제권 지역본부를 설치·운영해 기존 행정협의회와 조합의 실질적 권한 미흡에 따른 유명무실 문제를 해소하고, 시·도 간 실질적 협력을 이끌어낼 수 있도록 할 계획이다. 지역본부는 광역경제권 전략 및 사업 추진계획 수립, 지역 간 정책·사업 조정, 국내외 민간투자를 해당 광역경제권으로 신속 원활하게 유치하기 위한 원-스톱 행정 구현 역할 등을 하게 될 것이다.<sup>58)</sup>”

이명박 정부의 광역경제권이 무엇을 의미하는지는 명백하지 않으나 시·도의 구역을 넘는 광역경제권지역본부를 설치한다는 것이다. 지역본부에게 어떤 지위를 부여하고, 어떻게 구성할 것인지 아직 윤곽이 나오지 않고 있다.

지역본부를 설치하는 방법에는 영국의 지역개발청(Regional Development Agency: RDA)처럼 국가기관으로 구성하는 방법과 지방자치단체의 조합 형태, 혹은 초광역지방정부로 구성하는 방식이 검토될 수 있다. 어느 경우이든 시·도가 가지고 있던 경제관련 기능을 지역본부에서 회수하여 행사하게 되면 시·도의 반발에 부딪혀 원활한 진행이 쉽지 않을 것이다. 또한 국가기관으로 하는 경우에 특별지방행정기관을 폐지하거나 시·도에 통합하려는 노력과 모순되는 결과를 초래한다.<sup>59)</sup> 또한

58) 앞의 백서, 69쪽

59) 이명박정부는 노무현정부에서 국정과제로 설정하였으나 실현하지 못하였던 특별지

국가주도형 지방경제발전전략이라는 비난을 면하기 어려우며 반지방분권적인 정책이라는 비판이 제기될 수 있다.

5+2 정책은 초광역적인 지방정부를 형성하기 위한 정책이라기보다는 경제개발을 위한 구역적인 범위를 확대한 것이라 볼 수 있다. 따라서 이는 기존의 개발권에 대한 논의의 확대라고 보는 것이 오히려 타당하다. 정부에서도 이를 지금 당장 추진하기 보다는 지방정부에서 광역경제권사업으로 제안을 요구하고 있으며 이에 대응하여 광역경제권을 구체화시키려 하는 것으로 알려져 있다. 지방정부에서 초광역적인 경제개발사업을 제안하면 이에 맞추어 광역경제권행정체제를 형성하겠다는 발상이다. 지방정부에서 제안하는 사업의 종류에 따라 매우 다양한 행정체제가 적용될 가능성이 있다. 만약 제안되는 사업의 성격과 관계없이 행정체제가 결정된다면 광역경제권행정체제와 현실적인 수요가 각각 따로 걸돌 우려가 있다.

또한 지방정부의 사업제안을 기다려서 광역경제행정체제를 구성하는 경우에는 시간적인 여부가 없다는 점이다. 지방정부에서 제안되는 사업에 대한 평가와 실현가능성, 경제적인 타당성 등을 검토한 이후에 추진행정체제를 짜게 되면 이미 이명박정부의 임기 중반을 넘기게 된다는 점에서 실현가능성에 의문이 제기될 수도 있다. 만약 개발권 구성이라고 한다면 구태여 기존의 개발체제와 달리 별도로 행정체제를 구성할 필요가 있는지 여부에 대한 의문도 제기될 수 있다.

### 3. 가

#### (1) 가

수평적인 국가공간구조를 어떻게 재편하는지에 따라 앞에서 논의한 것처럼 수직적인 국가권력구조의 개편에도 영향을 미치게 된다. 광역

---

방행정기관의 정비를 주요지방분권과제로 설정하고 있다. 앞의 백서, 70쪽 이하 참조.

지방정부의 경제, 재정적인 면이나 인구, 면적 등에 있어서 현재의 상태를 유지하는 경우에는 중앙정부와 광역지방정부의 권한배분에 있어서 균등적인 배분을 하게 되는 경우에 가장 열악한 지방을 기준을 하지 않을 수 없게 된다. 이에 서울이나 경기도와 같은 지방정부로서는 권한을 과소하게 가지게 된다. 이에 대하여 서울이나 경기의 능력이나 여건을 기준으로 중앙정부의 권한을 배분하는 경우에는 제주도를 비롯한 대부분의 지역에서는 과도한 권한을 갖게 되어 수행능력에 무리가 올 수 있다. 이러한 경우에 고려될 수 있는 것은 스페인이나 영국처럼 비균등적 연방주의(Asymmetrischer Föderalismus) 내지 비균등적 지역주의(Asymmetrische Regionalisierung)를 채택할 수밖에 없게 된다. 하지만 비균등적 분권이나 연방주의가 지역간 갈등이나 정치적인 저항에 부딪히게 되는 경우에는 가장 열악한 지역의 능력에 부합하는 분권내지 권한배분에 만족할 수밖에 없게 된다.

이러한 정치적인 논쟁을 완화하고, 지역간의 대등성을 보완하기 위하여 고려되는 것으로 광역지방정부의 구역개편을 들 수 있다. 구역개편을 통하여 서울과 경기지역을 제외한 지역을 광역화함으로써 먼저 재정적, 행정적, 정치적인 수권능력을 향상시킴으로써 중앙정부와 지방정부의 권한배분에 있어서 지방정부의 권한을 강화할 수 있는 인프라를 구축할 수 있게 된다. 또한 광역지방정부로서 규모의 경제를 달성할 수 없었던 기능에 대해서 광역화를 통하여 효율성을 높일 수 있고, 지역경쟁력을 높일 수 있다. 지방정부의 광역화는 중앙정부를 위해서도 필요한 측면이 있다. 지방정부의 규모가 작은 경우에 자립적인 정부운영이 어렵게 되어 중앙정부가 지속적으로 행정적, 재정적인 지원을 하지 않을 수 없게 된다. 이러한 지원은 중앙정부의 부담으로 된다. 지방정부의 광역화를 통하여 지방정부의 능력과 효율성이 증대하게 되면 중앙정부는 그만큼 부담을 들 수 있고, 지방도 중앙정부에 대한 의존성이 줄어 들 것이다. 무엇보다도 중요한 것은 현재의

구조로는 지방정부간의 능력에 있어서 현저한 차이가 있기 때문에 지역간 경쟁을 유발하기가 불가능에 가깝다는 점이다. 이러한 상황에서 중앙정부의 지원에 의하여 지방정부가 연명하는 수준을 유지하게 된다면 빈부의 격차가 고착화되고, 열악한 지역은 현재 상황을 벗어날 수 있는 추진력을 얻기 어렵게 된다. 지방정부의 경쟁력을 키우기 위해서는 경기나 서울의 규모에 준하는 지역적인 단위를 다른 지역에도 만들기 위한 지방정부의 광역화가 필요하게 된다.

## (2) 가

수평적인 국가공간구조의 재편에서 전국의 모든 지역을 똑같이 기계적으로 재단하는 것은 타당하지 않다. 먼저 현재보다는 지방정부의 수권능력을 강화하는 방향으로 진행되어야 하지만 지역적인 사회적, 문화적인 정체성이 고려되어야 한다. 이를 고려함이 없이 전혀 이질적인 지역을 편입시켜 억지로 규모를 조정하게 된다면 정치적인 갈등 비용이 규모의 확대에 의한 효율성을 상쇄할 수도 있다. 이에 구역개편에는 전통적이고 문화적인 동질성을 충분히 고려하여 논의하여야 한다. 이상적으로는 전국의 모든 광역지방정부의 규모가 700만 이상이 될 때 각 지방정부가 핀란드나 스위스 등과 같은 강소국으로서 경쟁력을 가질 수 있으며, 지역간의 경쟁에 의한 혁신효과를 기대해 볼 수도 있을 것이다.<sup>60)</sup>

서로 이질적인 도와 도간의 개편이 쉽지 않다면 원래 하나의 도에 속했으나 중앙정부의 정치적인 이익을 위하여 분리되었던 광역시와

60) 신도철, 새로운 지역발전패러다임: 광역분권의 필요성과 제도개편방안, 한반도선진화재단, 일본PHP종합연구소, 조선일보가 2008년 5월6일 주최한 세미나 자료집, 21세기 광역분권형 국가운영, 41-79쪽은 인구 1000만 내지 1500만 명을 단위로 광역지방정부를 구성할 것을 제안하였다. 이에 의하면 가칭 서울주, 경강주(경기와 강원), 충청주(대전, 광주, 충남, 충북, 전북, 전남, 제주), 경상주(부산, 대구, 울산, 경북, 경남)의 4개 광역지방정부(통일후에는 북한의 평안주와 함경주를 포함하여 6개 광역지방정부)로 편성할 것을 주장하였다.



, 가

도의 통합문제를 우선 생각할 수 있을 것이다. 예컨대, 울산시와 경상남도, 전라남도와 광주시, 충청남도와 대전시, 경상북도와 대구시 등의 통합문제부터 논의를 할 수 있을 것이다. 나아가서 원래 하나의 지역으로서 전통이 강하였던 경상남북도, 전라남북도, 충청남북도 등의 논의를 동시에 혹은 순차적으로 할 수 있을 것으로 본다. 다만 이들 논의는 현재의 시·도 기능을 전제로 하는 논의가 아니라 현재 중앙정부가 수행하고 있는 기능을 이들 광역지방정부에 이양하여 국가적인 기능을 자치적으로 수행하는 연방국가적인 국가구조를 전제로 진행하는 것이 필요하다.

예컨대 제주도와 같이 어느 지역에도 통합하는 것이 적합하지 않거나 통합논의의 결과 지역의 범위가 다른 지역에 비하여 과소하게 되는 경우에는 무리하게 규모의 동질성을 유지하기 위해 노력하기 보다는 비균등적 연방주의제도를 병행하도록 절충적인 방법을 찾을 수도 있을 것이다.

#### IV.

지금까지 9차례의 헌법개정이 있었다. 대부분이 정변이나 정치적인 위기상황을 극복해야하는 급박한 상황에서 이루어진 것이라면 지금 거론되고 있는 헌법 개정은 통상적인 정치상황에서 전개될 수 있다는 점에서 시대적인 요구와 미래구상을 위한 근본적인 설계도를 허넉에 답할 수 있는 드문 기회라고 볼 수 있다. 현행 헌법이 민족국가를 바탕으로 농경사회에서 출발하여 산업화를 이룩하기 위한 시대적인 요구를 담은 설계도라고 한다면 지금시점에서는 미래를 과거에 의해서 재단하는 결과를 초래한다. 이제 세계화의 첨단에서 탈산업사회단계를 넘어선 대한민국이 지향할 미래를 과거의 틀에 가두어 둘 수는 없다. 이제 21세기 이 시점에서 대한민국에 맞는 미래를 향한 제도의 기본틀을 헌법으로 담아낼 필요가 있다.

이러한 미래의 설계로서 가장 먼저 고려해야 되는 것이 국가의 구조에 대한 것이다. 중앙집권적인 권력구조를 가지고는 21세기의 시대적인 파도를 탈 수가 없다. 그렇다고 하여 현행 헌법의 태두리안에서 법률개정을 통하여 맞추어 가기에는 우리의 법이론이 너무나도 완고하여 불가능하다. 예컨대 지방자치단체의 조례제정권을 강화하여 지역적인 정책수요를 충족시키려는 현실적인 요구에도 불구하고 연방국가이고 의원내각제 국가에서 정립된 본질사항 유보설이라든지, 죄형법적주의라든지, 법률유보이론이라든지, 유래를 알기 어려운 저세법률주의이론에 얽매어 현실적인 요구를 수용하는 것이 불가능하다. 이제 대한민국은 현행헌법의 틀에 갇혀 있기에는 너무 크다. 이는 마치 다 큰 어른이 유아시절에 입고 있던 옷을 걸치고 있는 격이다. 자유로운 활동을 방해할 뿐만 아니라 패션도 맞지가 않다. 이제 성인의 체격과 기호에 부합하는 옷으로 갈아 입어야 한다. 그 중에서도 각 지방정부가 자유로운 정책을 펴고 미래를 개척하도록 활성화하는데 족쇄를 채우고 있는 중앙집권적인 권력구조이다. 이는 마치 수백명의 마라톤 선수가 어떻게 호흡할지, 팔을 어떻게 움직일지, 보폭을 얼마로 할지, 어느 지점에서 얼마의 속도를 낼지 등을 일일이 지시하여 획일화하는 것과 다름없다, 선수마다 나름대로 최선의 방법을 찾는 것을 방해한다. 국경이 닫힌 시절에는 답답하긴 하지만 버틸수는 있겠지만 다른 나라의 지방과 경쟁해야 하는 세계화된 이 시점에서는 더 이상 유지되기 어려운 체제이다. 오늘날 국가의 경쟁력은 곧 지방의 경쟁력이다. 오늘날 입지경쟁은 나라간 경쟁은 점점 의미를 잃어가고 있다. 어느 지역, 어느 도시인지가 중요하다. 이제 지방정부가 세계를 향하여 뻗어 나가는데 팔다리를 묶어놓고 있는 족쇄를 풀어야 한다. 지역이 가진 역량을 총동원하여 세계를 향하여 큰 비상을 할 수 있게 하여야 한다. 이를 위하여 종전의 지방자치체제로는 시대적인 요구를 담기가 어렵다. 더구나 우리의 과거지향적인 법이론을 가지고는 도저히 감당

, 가

할 수가 없다. 법이론이 시대적 요구를 반영할 수 없는 상황에서는 법을 바꿀 수밖에 없다. 지금은 법률수준의 변화를 가지고는 시대적인 요구를 수용할 수 없으며 더구나 미래를 향한 설계를 하는 것은 불가능하다. 이에 국가의 구조를 근본적으로 새 틀로 갈아야 한다. 헌법 개정은 바로 지방정부의 활력을 살려 세계무대에서 우리의 지방을 우뚝 서도록 하기 위한 현실적인 요구에 의해 정당화된다. 이에 중앙정부와 광역지방정부의 관계에 있어서는 연방주의의 틀이 필요하다. 통일을 대비한 국가구조를 정착시키기 위한 포석이기도 하다. 매우 이질적인 북한지역을 담아내기 위한 국가구조를 미리 마련하여 적용해 있어야 통일시점의 혼란을 최소화할 수 있을 것이다.

또한 현행의 광역구역문제는 그 규모에 있어 지난 친 차이로 지역간의 경쟁을 논의하기 어려운 수준이다. 이에 군소지역의 정치행정역량을 높이기 위한 행정구역의 재편이 필요하다. 특히 정치적 목적으로 잘라 낸 광역도시문제도 차제에 바로잡을 필요가 있다.

- 강수경, 지방자치단체의 조례제정권의 한계, 법학연구 제24집, 2006, 37-55
- 김기진, 보충성의 원칙에 관한 연구, 토지공법연구, 제24권, 2004, 143-158
- 김도협, Bonn 基本法上 聯邦參事院의 協力權에 관한 考察, 공법연구, 제36집 제1호, 2006. 327-348
- 김병기, 미래를 위해 먼저 쓴 대한민국 헌법개정안, 최병선/김선혁, 분권헌법, EAI, 2007
- 김상겸, 연방주의와 한국의 지방분권, 박응격외, 서구연방주의와 한국, 인간사랑 2006,80쪽
- 김성진, 러시아 연방관계 변화의 성격(1990-2001) - 벨기에, 스페인 연방화 과정과의 비교를 중심으로, 한국정치학회보 제37집 제1호, 2003, 363-385
- 김태환, 영토적·경제적 거버넌스로서의 신봉건주의, 한국정치학회보 제36집 제1호, 2002, 287-307
- 디트마 되링, 독일연방주의와 개혁의 필요성, 박응격외, 서구연방주의와 한국, 인간사랑, 2006, 64
- Meyer, Hans, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit ?, in: Arnim, Hans Herbert, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?, Berlin 2005, S.21f
- 문병효, 독일의 재정조정시스템과 재정헌법의 개혁, 외법논집 제22집(한국외국어대학교 법학연구소), 2006. 5, 119-152
- 성낙인, 통일헌법상 권력구조에 관한 연구, 공법연구 제36집 제1호, 2007, 453-489

, 가

- 네프, 로베르트, 스위스 연방주의와 지방정부 - 조세자율, 박응격외,  
서구연방주의와 한국, 인간사랑 2006, 41
- 손병권, '연방주의자 논고'에 나타난 메디슨의 새로운 미국국가: 광  
대한 공화국, 국제·지역연구, 제13권 제4호, 2004, 25-50쪽
- 심익섭, 글로벌화시대의 지방자치행정체제개편방향, 국회행정자치연  
구회, 2005.8.31 최인기의원이 주최한 토론회자료집, 『글로벌  
시대의 행정구역개편과 효과적인 도시마케팅』
- 안성호, 지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상, 한국행정학보  
제41권 제3호, 2007. 9, 117 - 142
- 안성호, 2006, “자치계층 및 구역의 개편을 우려한다”, 부산분권혁신  
본부가 2006.2.10일 개최한 토론회자료집 『지방분권의 평가  
와 새로운 도전』, 103-128
- 에구치 가츠히코, 지역주권형도주제- 일본의 새로운 국가형태, 한반  
도선진회재단, 일본PHP종합연구소, 조선일보가 2008년 5월6일  
주최한 세미나 자료집, 21세기 광역분권형 국가운영, 237-280
- 이기우, 부담적 조례와 법률유보에 관한 비판적 검토, 헌법학연구  
제13권 제3호, 2007, 353 - 389
- 이기우, 지방자치이론, 학현사 1994
- 이기우, 지방행정체제개편에 관한 비판적 검토, 경기논단, 8권제1호,  
2006.4, 37-50
- 이전오, 과세자주권의 확대방안에 관한 연구, 토지공법연구 제37집  
제1호, 2007, 349 - 372
- 장명봉, 분단국가의 통일과 헌법, 국민대출판부 2001
- 장수련, 한국의 '연방제'와 북한의 '연방제' 비교·분석, 북한학보  
제26집, 2001, 71-102
- 전훈, 보충성의 원칙에 관한 고찰, 성균관법학, 제16권 제2호, 2004,  
349-369

- 정극원, 헌법상보충성의 원리, 헌법학연구 제12권 제3호, 2006, 189
- 정수현, 지방자치단체의 재정자주권에 관한 연구, 공법학연구 제3권 제1호, 2001, 343-381
- 제성호, 북한의 「낮은 단계 연방제안: 전략적 의도와 문제점, 북한학보 제31집, 2006, 129-162
- 신도철, 새로운 지역발전패러다임: 광역분권의 필요성과 제도개편방안, 한반도선진화재단, 일본PHP종합연구소, 조선일보가 2008년 5월6일 주최한 세미나 자료집, 21세기 광역분권형 국가운영, 41-79
- 조성규, 법치행정의 원리와 조례제정권의 관계 -조례에 대한 법률유보의 문제를 중심으로-, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 371-399
- 조성달, 국가와 지방자치단체간 입법, 사무권한 및 재원의 배분, 공법연구 제36집 제2권, 2007. 3, 3-70
- 채원호, 일본의 광역과제대응을 위한 도주제 구상, 한국지방자치학회 2008년도 춘계학술대회 자료집. 이명박정부의 광역경제권 구상과 지방정부의 발전전략, 79- 95
- 최선근, 미국의 연방제도와 경제적 경쟁력, 한국정치학회보, 제28집 제2호, 1995, 727-746
- 최영출, 영국의 광역과제 대응을 위한 행정시스템 -지역개발청을 중심으로-, 한국지방자치학회 2008년도 춘계학술대회 자료집, 이명박정부의 광역경제권구상과 지방정부의 발전전략, 2008. 31-53
- 홍성방, 헌법상 보충성의 원리, 공법연구 제36집 제1호, 2007, 601-623
- Ammermann, Thomas, Das Konnexitätsprinzip im kommunalen Finanzverfassung, Würzburg 2007
- Banzhaf, Lars, Außenbeziehungen russischer reginen, Arbeitspapiere des Osteuropa-Institutsder Freien Universität Berlin, Bd. 37, 2002

, 가

- Barschel, Uwe Die Staatsqualität der deutschen Länder, Heidelberg.  
Hamburg 1982
- Bauer, Hartmut, Der erschütterte Bundesstaat, in: Friedrich Ebert Stiftung,  
Föderalismus in Diskurs, Berlin 2004, S. 51-67,  
<http://library.fes.de/pdf-files/do/04241.pdf>
- Bertelsmann Stiftung, Diskussionspapier zum Föderalismus-Reformdialog, 17. März, 2004, Berlin,  
<http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/en/media/Foederalismusdialog.pdf>
- Bizer, Kilian, Föderalistentheorie, S.7ff.  
[http://wiwi.uni-goettingen.de/vwlseminar/bizer/Lehre/Vorlesungen/WiPo\\_Einf/WipoSS04/Unterlagen\\_Bizer\\_WipoE-04\\_VL\\_17.pdf](http://wiwi.uni-goettingen.de/vwlseminar/bizer/Lehre/Vorlesungen/WiPo_Einf/WipoSS04/Unterlagen_Bizer_WipoE-04_VL_17.pdf).
- Blankart, Charles, Föderalismus in Deutschland und in Europa,  
Baden-Baden 2007
- Döring, Thomas, Marktwirtschaftliche Ordnung und Föderativer  
Staatsaufbau, in: Mückel, Wolfgang(Hrsg.), Subsidiarität,  
Paderborn, 1999, S. 63-91
- Fischenich-Spengler, Elvira, Von den USA lernen: Partizipation lernen?,  
Wien 2007
- Frenkel, Max, Föderalismus und Bundesstaat, Bd.1, Föderalismus, Bern  
1984
- Frey, Bruno/ Kirchgässner, Gebhard: Demokratische Wirtschaftspolitik.  
Theorie und Anwendung, München. 1994
- Heckmann, Friedrich, Subsidiarität und Föderalismus-Subsidiarität als  
Schlüssel zur Europäischen Sozialpolitik in: Babke,  
Hans-Georg(Hrsg.), Die Zukunftsfähigkeit des föderalismus in  
Deutschland und Europa, Frankfurt am Main u.a., 2007

- Hendler, Reinhard, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln u.a.
- Jung, Otmar, Die Volksabstimmung über die Länderfusion Berlin-Brandenburg, Was hat sich bewährt - wer ist gescheitert? In: Zeitschrift für Parlamentsfragen 1/1997, S. 13-20
- Koller, Arnold, Renaissance des Föderalismus, in: Baus, Ralf Thomas/Blindenbacher, Raul/ Karpén, Ulrich(Hrsg.), Competition versus Cooperation/Wettweberb versus Kooperation, Baden-Baden, 2007, S. 38
- Messener, Verena, Verfassungsrechtliche Asymmetrien im spanischen Autonomienstaat, Wien 2008
- Meyer, Hans, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?, in: von Arnim, Hans Herbert, Die Deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?, Berlin, 2005
- Nef, Robert, Lob des Non-Zentralismus, 2002
- Peters, Hans, Zentralisation und Dezentralisation, Springer, 1928
- Rochtus, Dirk, Aspekte und Perspektiven des belgischen Föderalismus, in: Margedant, Udo(Hrsg.), Föderalismusreform, 2002, 9-29  
[http://www.kas.de/db\\_files/dokumente/zukunftsforum\\_politik/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_1220\\_1.pdf](http://www.kas.de/db_files/dokumente/zukunftsforum_politik/7_dokument_dok_pdf_1220_1.pdf)
- Scharpf, Fritz W. Nicht genutzte Chancen der Föderalismusreform, MPIfG Working Paper 06/2, Mai 2006,  
<http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/workpap/wp06-2/wp06-2.html>
- Schatz, Heribert/Ooyen, Robert Chr. van/Werthes, Wettbewerbsföderalismus, Baden-Baden, 2000
- Schäfer, Peter, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1982
- Stark, Christian(Hrsg.), Föderalismusreform., München 2007
- Sturm, Roland, Die Föderalismusreform I, in: Andersen, Uwe(Hrsg.), Föderalismusreform, Schwalbach, 2008, 35-52



, 가

Tibout, Charles, A pure theory of local expenditure, Journal of political economy, Vol. LXIV 1956, 416-424.

von Unruh, Georg-Christoph, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Freiheit, DVBl 1982, S.184f

Wegener Alexander/Arbeit, Ute, Regionalisierungstendenzen in europäischen Staaten, 2006, Berlin

Zenithöffer, Jochen, Wettbewerbsföderalismus, Bremen, 2006

# 가

최 환용 박사  
(한국법제연구원 행정법제연구부)

I. 들어가며 .....	249
II. 지방분권국가의 의의 및 기대효과 .....	250
1. 지방분권국가의 의의 .....	250
2. 지방분권의 필요성과 기대효과 .....	251
3. 지방분권의 추진방향에 대한 평가 - 관치분권과 자치분권의 구별 .....	252
III. 지방분권국가의 법적 토대 구축을 위한 전제 조건 ...	253
1. 지방자치의 헌법적 보장 강화 .....	253
2. 입법 및 사무권한의 포괄적 이양 및 재정권한의 배분 ...	261
3. 지방자치단체에 대한 국가감독의 완화와 국정참여 기회의 확보 .....	264
4. 주민자치의 실현을 통한 지방자치단체의 책임성 강화 ...	273
IV. 「지방분권촉진특별법」의 내용과 향후 과제 ...	278
1. 「지방분권특별법」의 전부개정 내용 .....	278
2. 「지방분권촉진특별법」에 대한 평가 .....	279
V. 글을 맺으며 .....	280

## I. 가

지방자치는 자신이 거주하는 지역의 문제를 주민 스스로 결정하여야 한다는 “자기결정권의 보장”을 의미하는 것이며, 이러한 자기결정권의 보장은 자기책임성을 전제로 할 때 성립할 수 있다. 1991년 우리나라에서의 지방자치의 부활은 자원과 정보의 중앙집권, 수도권에의 일극집중, 지자체행정의 중앙의존도의 심화 등 이른바 “집권과 집중”의 폐해를 시정하는 기제로 작용한다.

지방자치의 부활 이전에는 지역을 단위로 하는 지역행정만이 존재했으며, 이른바 “자치”행정은 존재하지 않았으며, 또 추상적 존재로서의 “국민”은 존재했으나 생활주체인 “주민”은 존재하지 않았다. 결국 중앙정부의 정책과 입법은 대한민국을 하나의 색깔로 색칠해 왔으며, 지역의 개성이나 특성은 획일성과 효율성에 가려져 빛을 발하지 못했다.<sup>1)</sup>

지방분권은 이러한 집권과 집중의 폐해를 시정함에 있어서 주민의 자기책임성에 기초한 자기결정권의 확대를 꾀함으로써 다원화된 사회에 걸 맞는 정치체제를 형성하려는 이른바 개혁의 논리로 설명할 수 있다.

본 논문에서는 이와 같은 인식 아래 지방분권국가의 의의 및 기본이념을 정리하고, 지방분권국가의 법적 토대 구축을 위한 전제조건으로서 헌법개정을 통한 지방자치의 보장 강화 논의, 입법 및 사무권한의 포괄적 이양 및 재정권한의 배분, 국가감독의 완화, 지방자치단체의 국정참여 문제 등 몇가지 사안에 대해서 그동안의 논의를 바탕으로 살펴

1) 중앙정부의 획일적 규제가 지방의 발전을 저해하는 요인이 되고 있는 사례로는 정부가 8.31부동산대책의 하나로 시행중인 기반시설부담금제의 경우 농촌지역에서는 300평규모의 축사 건축시에 950만원의 부담금을 납부해야 하는 사례, 임대주택을 건설하여 수도권 인구유입을 조장하면서 대학이나 공장 유치는 못하게 하고, 오히려 지역내의 공장들이 택지개발이라는 명목아래 다른 지역으로 이전하게 되는 결과를 초래하고 있다고 한다.

, 가

보고자 한다. 그리고 최근에 개정된 「지방분권촉진특별법」의 주요 개정사항을 소개하고 이에 대한 약간의 평가를 덧붙이고자 한다.

## II. 가

### 1. 가

지방분권국가란 분권화된 국가체제의 형성을 의미한다. 분권화는 집권화와 상반되는 개념으로 국가의 의사결정권이 하나의 정치조직에 집중되지 아니하고 수직적인 관계에 있는 각 정치단위에 분산되어 있는 정치조직원리이다.<sup>2)</sup>

이 경우 분권화란 지방자치의 실현을 통하여 중앙행정기관의 지시와 감독에 의한 획일적인 행정을 지방자치단체의 자치사무에 관한 한 차단하고 그 범위 내에서 지방적인 행정단위를 중앙행정기관과 병존하는 의사결정의 중심체를 형성케 함을 의미<sup>3)</sup>하는 것이다. 즉, 분권화란 단일화된 국가에 있어서 넓은 의미에서의 국가사무를 결정하는 ‘의사결정체’가 중앙에 집중되는 것이 아니고, 다수의 지방에 분산되는 것을 의미한다. 즉, 중앙집권체제의 국가에서 의사결정이 하나의 중심체에서 이루어진다면 지방분권적인 국가에서는 여러 개의 의사결정의 중심체에 의해 행사되는 것이다.

결국 지방분권국가의 형성은 지방자치의 확대, 강화를 지향하는 개념으로 파악될 수 있다. 이 때 지방자치는 「단체자치」와 「주민자치」의 두 요소로 구성되는 바, 지방분권국가란 국가와의 관계에서 자기결정에 대한 책임성을 본질적 요소로 하면서 주민이 참여하며, 주민의 의사가 적극적으로 반영되는 민주주의의 구현체로서의 지방자치단체를 확립하는 것을 의미한다.

2) 김명용, “참여정부의 지방분권정책의 공법적 과제”, 『공법학연구』 제5권 제3호, 100쪽.  
3) 이기우, “지방분권의 추진방향, 지방분권특별법 제정방향(제1차 지방분권 워크숍 발표문)”, 한국지방행정연구원, 2003. 5. 28, 10쪽

## 2.

지방분권은 중앙정부에 집중되어 있는 자원을 지역에 적절하게 분산시킴과 동시에 국가 전체적으로 균형을 이루게 하여 국가 경제 전체의 효율성과 생산성을 향상시키는데 기여하는 역할을 한다.<sup>4)</sup> 과거 국가중심주의의 경제운영방식은 더 이상 세계시장에서의 경쟁력을 확보하는데 한계를 가지며, 이를 극복하고 사회적 부를 창출하기 위해서는 보다 적극적인 지방분권을 추진함으로써 국가경제 전체의 효율성과 생산성을 향상시키는 것이다.<sup>5)</sup>

지방분권을 통하여 기대할 수 있는 효과는 다음과 같이 정리할 수 있다.<sup>6)</sup>

첫째, 정치권력구조의 개선을 꾀할 수 있다. 중앙집권으로 인하여 파생되는 권력의 남용을 지방분권을 통하여 권력의 균형 및 권력의 견제를 이룰 수 있고 결국 권력분립의 효과를 낳게 한다.

둘째, 주민중심의 민주주의를 실현할 수 있다는 것이다. 지방의 문제는 지방자치단체가 스스로 해결하도록 하는 것이 시간과 노력에 따른 비용을 절감할 수 있을 뿐만 아니라 당해 지역의 문제를 직접 처

4) 지방분권특별법 제3조에서 “주민의 자발적 참여를 통하여 지방자치단체가 그 지역에 관한 정책을 자율적으로 결정하고 자기의 책임하에 집행하도록 하며, 국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체간 상호간의 역할을 합리적으로 분담하도록 함으로써 국정의 통일성을 확보하고 지방의 창의성과 다양성이 존중되는 내실있는 지방자치를 실현함을 그 기본이념으로 한다”고 규정하고 있다.

5) 황상철·오정두, “국가균형발전을 위한 법·제도상의 고찰”, 『법제개선연구』 제11집 : 국가경쟁력강화입법지원반연구보고서, 법제처, 2005.12. 동 보고서에서는 과도한 수도권 집중은 “생산성의 저감과 주택난, 교통혼잡, 환경오염 등 각종 사회적 부작용을 초래하고 지방에는 인구유출과 상대적 경제침체를 유발하게 되어 국가전체의 경쟁력 약화와 국민분열을 초래하고 있다”고 지적하면서, 기술·정보부가가치의 원천이 되는 지식기반사회로 전환되면서 국가보다 역동적 혁신이 수월한 지역의 경쟁력 확보 등 지역의 역할이 더욱 중요해지고 있다고 진단하고 있다.

6) 최우용, “지방분권과 법제도개혁”, 『법과 사회』 제23호, 법과사회이론학회, 2002년 하반기, 65쪽

, 가

리함으로써 행정의 주민참여를 유도하고 행정은 주민의 요구에 따른 신속한 대응이 가능해진다.

셋째, 다원화된 사회에 있어서의 중앙집권은 더 이상 효율적으로 주민을 위한 행정을 수행할 수 없다. 지역의 독창성을 살린 다양한 행정을 통하여 지방자치단체의 혁신을 꾀할 수 있다.

넷째, 관료주의를 극복하고 주민에게 가까운 행정을 실현할 수 있다.

다섯째, 지역의 일은 그 지역의 지방자치단체에게 맡김으로써 스스로의 책임과 자율로서 행정을 수행할 수 있으므로 행정의 효율성을 극대화할 수 있다.

### 3. 가 -

분권의 개념은 자치분권(decentralization)과 관치분권(deconcentration)으로 구분할 수 있다.<sup>7)</sup> 이 때 관치분권은 하나의 조직내에서의 분권을 의미하며, 자치분권은 서로 다른 조직간의 분권을 의미한다. 즉 관치분권은 정책결정권한을 중앙행정기관에게 유보하고 지방자치단체는 결정된 정책을 집행하는 하부기관이 되며, 자치분권은 복수의 의사결정체가 정책결정권한과 집행권한을 모두 행사하는 구조가 된다. 이 두 가지 유형의 분권개념 가운데 어느 것을 선택할 것인가는 각 국가의 통치구조, 국가와 사회의 관계 등에 비추어 서로 다르게 나타날 것이다.

현재 우리나라에서 추진되고 있는 지방분권은 자치분권을 지향하고 있으나 여전히 관치분권적 요소가 다수 존재하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 예를 들어, 기관위임사무 폐지론에 대한 논의가 그러하다. 기관위임사무를 존치하는 경우 당해 사무에 관해서 지방자치단체는

---

7) 岩崎美紀子、二つの地方分権、自治論文集、自治省編、74-76쪽 참조.

국가의 하부기관으로서 존재하게 되며, 이는 기능적으로 관치분권이 유지되는 결과를 초래하기 때문이다. 이 경우 기관위임사무의 기능은 국가적으로 통일성을 유지하여야 하는 사무에 한정되어야 하나, 현실적으로 기관위임사무의 부분별한 확대를 방지할 장치를 갖추고 있지 않기 때문이다.

결국 지방분권국가의 형성을 위해서는 자치분권의 강화를 도모하면서 관치분권적 요소의 한계를 입법론적으로 구축해 가는 것이 필요할 것이다.

### Ⅲ. 가

#### 1.

##### (1)

우리 헌법 제117조 제1항에서는 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”, 제118조 제1항에서는 “지방자치단체에는 의회를 둔다”라고 규정하고 있으며, “지방자치단체의 종류(제117조 제2항)”, ‘지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항’(제118조 제2항)은 법률로써 구체화하도록 하고 있다. 지방자치를 최고규범인 헌법에 규정하는 것은 지방자치를 단순히 법률적인 제도를 넘어 헌법적 질서의 일부로 인정하여 그 보장을 강화하는데 주된 목적이 있다고 볼 수 있다.<sup>8)</sup>

8) 이기우, “지방자치 기반강화를 위한 헌법개정”, 한국지방자치학회보 제17권제4호(통권 52호), 2005. 12, 7쪽.

, 가

헌법은 국가의 최고가치질서로서 모든 국가기관을 구속하며, 특히 지방자치에 대한 헌법상의 보장은 입법자의 입법권 행사의 방향과 범위와 한계를 설정하는데 가장 큰 의미가 있다. 즉 우리 헌법 제117조와 제118조에서는 지방자치제도의 구체적 내용의 형성을 입법자에게 유보시키고 있으며, 이러한 헌법의 태도는 입법자에게 지방자치제도의 구체적 내용을 형성함에 있어서 지방자치제도가 가지는 현대적 가치, 즉 민주주의의 이념과 지방분권주의 및 자기책임성을 기초로 하면서 동시에 주민자치를 지방자치의 본질적 요소로 하는 실질적 의미의 지방자치를 구현하기 위한 방향에서 입법형성의무를 부여하고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나 현행 헌법의 지방자치 보장에 관한 규정은 고도로 추상화되어 있어 입법자에 의한 다양한 해석가능성을 열어두고 있는 바, 결과적으로 헌법에서 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용이 무엇인가에 대한 학설이 불일치되고 있다는 점에서 문제가 있다.

## (2)

### 1)

지방자치의 본질에 관해서는 종래 고유권설과 전래권설이 대립하고 있다. 여기서 고유권설이란 지방자치단체의 자치권은 국가이전부터 인정되고 있는 지방자치단체에 고유한 권리라고 한다. 그 논거는 역사적으로 지방자치단체는 국가 이전부터 지역공동체의 이익을 위하여 형성되어 지역공동체에 고유한 문제를 자율적으로 처리하여 왔다는 역사적 사실에 둔다.

이에 대해서 전래권설은 지방자치단체의 자치권은 국가의 통치권의 일부가 지방자치단체에 부여된 것이라고 한다. 그 논거는 연방제가 아닌 중앙집권국가에서는 국가의 통일성을 보장하여야 하므로 국가의



통치권으로부터 독립된 자치조직을 인정할 수 없으며, 모든 권력은 국가권력으로부터 나올 수밖에 없다는데 있다.<sup>9)</sup> 이러한 고유권설과 전래권설은 결국 국가와 지방자치단체의 관계를 어떻게 볼 것인가의 문제로 귀결된다.

오늘날 국가를 중심으로 한 국가법질서의 통일성이 요구되는 상황에서 국가의사로부터 완전히 독립된, 고유권을 가진 지방자치단체를 상정하기 어려운 바, 기본적으로는 전래권설의 입장이 타당하다.<sup>10)</sup>

## 2)

우리나라의 통설인 제도적 보장설은 지방자치권은 헌법에 의하여 승인되고 보장된 것으로 입법자에 의한 그 내용의 제한이 가능하기는 하나, 헌법상 제도로서 규정되어 있는 이상 입법자가 법률로써 폐지할 수 없고 또한 제한을 하더라도 그 본질적 내용은 침해할 수 없다고 본다. 이러한 제도적 보장설은 지방자치권이 국가로부터 전래된 것이라는 점에서 출발한 것으로 우리 헌법 제117조와 제118조가 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 존재의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장을 말한다.

그러나 제도적 보장설을 단지 입법권으로부터 지방자치의 본질적 내용을 침해하는 것을 방지하는 전통적인 의미에서 이해한다면, 오늘날 지방자치제도가 가지는 적극적 가치, 즉 민주주의와 권력분립원리의 현대적 구현 및 나아가 주민의 기본권보장의 강화 등에 기여할 수 있는 실질적인 지방자치제도의 설계가 어렵게 된다는 문제점이 지적될 수 있다.

이러한 제도적 보장설에 대한 대안으로 제기되는 것이 신고유권설이다. 신고유권설은 지방자치권의 본질을 국민주권원리와 기본권보장

9) 박균성, 『행정법강의(제5판)』, 박영사, 2007, 918쪽.

10) 최봉석, 『지방자치의 기본법리』, 한국법제연구원, 2007, 24쪽.

, 가

원리라는 관점에서 파악함으로써 지방자치단체를 헌법적으로 또는 정치적으로 국가와 병립하는 대등한 공권력의 주체로 이해한다.<sup>11)</sup> 신고유권설은 헌법의 기본원리인 국민주권원리와 기본권보장을 기본 전제로 하면서 지방자치의 가치와 현대적 기능을 중시하면서 자치행정에 대한 포괄적 보호를 시도하는 측면에서 긍정적인 평가를 받고 있으나, 국법질서의 통일성이라는 측면에 비추어서 지방자치의 본질을 국가 이전부터 인정되고 있는 고유한 권리로 파악하는 것은 무리가 따른다고 보여진다.

### (3)

#### 1)

최근 헌법의 지방자치에 대한 보장적 기능을 강화하기 위해서는 헌법에 지방자치의 본질적 내용과 발전의 지침을 규정하는 것이 필요하다는 논의가 활발해지고 있다.<sup>12)</sup>

우선 이기우 교수는 첫째, 헌법 제117조 제2항이 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다”고 함으로써 지방자치단체의 종류가 입법자의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있는 점을 문제점으로 지적하고 있다. 지방자치단체의 종류나 지방자치단체의 계층은 지방자치제도의 근간을 이루는 것으로 지방자치단체의 종류가 정치적 이유 등으로 존폐위기에 놓이기 되는 상황을 방지하기 위해서는 지방자치단체의 종류를 헌법에 규정할 필요가 있다고 한다.<sup>13)</sup>

---

11) 김영천, “한국에 있어서의 지방자치의 헌법적 기초”, 『지방자치법연구』 제2권 제2호, 한국지방자치법학회( 2002. 12), 11-12쪽.

12) 이기우, 앞의 논문, 8쪽.

13) 이기우, 앞의 논문, 13쪽 참조.

둘째 국가와 지방자치단체의 역할배분의 원리로서 보충성의 원칙을 헌법에 명문화할 필요가 있다고 한다. 현행 헌법 제11조 제1항의 “주민의 복리에 관한 사무”라는 규정은 전권한성의 원칙으로 해석되고 있으나 이는 국가와 지방자치단체간 사무배분의 원칙으로 보기 어렵다고 한다.<sup>14)</sup> 따라서 보충성의 원칙을 헌법에 명시함으로써 주민에게 가까운 정부에게 일차적인 관할권을 부여할 수 있도록 하는 취지라 생각된다.

셋째, 지방자치단체의 사무처리에 관한 자기책임성을 명문화하고, 넷째 지방자치단체의 자주재정을 보장하기 위해 세원의 합리적 배분 및 세율의 자율적 결정 및 사무처리를 위한 국가의 재정지원을 명문화하여야 한다고 한다.

다섯째 자치입법권강화를 위하여 법률유보사항을 조례유보사항으로 하는 헌법정책적 변화 및 조례입법권의 범위를 ‘법령의 범위안에서’를 ‘법률의 범위 안에서’로 개정할 필요성을 제기하고 있으며, 여섯째 지방자치단체의 기관구성과 관련하여 지방의회의 주민대표성기관성의 명문화 및 조직 및 권한의 자율적 결정 및 집행기관구성의 다양성 보장 필요, 일곱째 주민참여의 헌법적 근거의 제시 필요, 여덟째 국가와 지방자치단체의 쌍방향적 관계 형성을 위한 기본방향의 설정 필요, 아홉째 지방자치단체의 주관적 지위와 권리구제의 보장 필요성, 마지막으로 제주특별도의 특례를 규정할 필요를 제시하고 있다.

이와 관련하여서 김성호박사는 지방자치관련 우리 헌법의 쟁점사항으로 첫째, 입법권 특히 기본권침해 법령유보에 의한 지방자치의 위기, 둘째 행정권 특히 현행 헌법상 중앙집권적 사무배분의 문제점, 조세법률주의의 문제점, 국가감사권의 범위, 지방자치단체의 국정참여권의 규정 미비 등을 지적하면서 광범위한 분야에서의 헌법개정안을 제

---

14) 이기우, 앞의 논문, 14쪽

, 가

시하고 있다.<sup>15)</sup>

헌법상 지방자치의 보장을 강화하기 위한 헌법개정논의는 지방분권 국가의 법적 토대를 구축하는데 매우 중요한 역할을 한다. 그러나 헌법개정은 헌법이 가지는 가치와 이념 속에서 논의되어야 할 것이며, 지방자치의 헌법적 보장은 지방자치제도의 본질적인 내용에 그쳐야 할 것으로 생각된다.

2)

①

앞에서 살펴보았듯이 이기우교수는 지방자치단체의 종류를 헌법에 명문화함으로써 지방자치제도의 근간이 되는 지방자치단체의 종류와 계층제를 충실히 보장하고자 한다. 그러나 지방자치단체의 종류를 헌법에 규정하게 되면, 생활공동체의 지역적 범위가 확대되는 현실적인 측면을 고려할 때 좀 더 신중하게 검토할 필요가 있다고 보여진다. 즉, 지식정보화사회의 도래로 행정구역을 중심으로 한 종래의 생활공동체는 그 지역적 범위를 넘어서 사회적·문화적·경제적 생활을 공유하고 있는 상황을 고려할 때 행정구역의 개편을 통한 지방자치단체의 계층의 다양화 등이 논의될 가능성을 배제할 수 없다. 이러한 점에 비추어 현실에서 나타난 지방자치단체의 종류나 계층제를 그대로 헌법에 규정하게 되면 사회경제현상의 변화에 따른 탄력적 대응이 불가능해진다는 점에 유의하여야 할 것이다. 오히려 지방자치단체의 종류나 계층을 결정함에 있어서 주민의 역할에 관한 규정을 됴으로써 입법자의 정치적 이유에 의한 자의적인 입법재량권의 한계를 설정해 두는 것이 바람직할 것이다.

---

15) 김성호, “국가권력의 수직적 분권을 위한 헌법개정안 연구-경기도를 중심으로-”, 『한국지방자치학회보』 제19권 제4호(통권 60호), 2007. 12, 113쪽 이하 참조.

## ②

다음으로 사무배분의 원리로서 보충성의 원칙과 지방자치단체의 사무처리에 있어서 자기책임성의 명문화에 관한 제안이다. 이와 관련하여서 일본에서는 지방분권을 추진하면서 지방자치법을 개정하여 다음과 같은 규정을 추가하고 있다. 즉 일본 지방자치법 제1조의2에서는 “①지방공공단체는 주민의 복리의 증진을 도모함을 기본으로 하고 지역에 있어서 행정을 자주적이면서 총합적으로 실시할 역할을 널리 담당하는 것으로 한다. ②국가는 제1항의 규정 취지를 달성하기 위해서 국가에서는 국제사회에 있어서 국가로서의 존립에 관한 사무, 전국적으로 통일해서 정하는 것이 바람직한 국민의 제반 활동 혹은 지방자치에 관한 기본적인 준칙에 관한 사무 또는 전국적인 규모에서 혹은 전국적인 관점에 서서 행하지 않으면 아니되는 시책 및 사업의 실시 그밖에 본래 수행하여야 하는 역할을 중점적으로 담당하고, 주민에게 가까운 행정은 가능한 지방공공단체에 맡기는 것을 기본으로 하고 지방공공단체간에 적절하게 역할을 분담함과 더불어 지방공공단체에 관한 제도의 책정 및 시책의 실시에 있어서 지방공공단체의 자주성 및 자립성이 충분히 발휘될 수 있도록 하지 않으면 아니된다.”고 규정함으로써 보충성의 원칙과 자기책임성을 헌법이 아닌 법률의 차원에서 규정하고 있다.

이렇게 헌법이 아닌 지방자치법에 보충성의 원칙과 자기책임성의 원칙을 규정한 취지는 국가와 지방자치단체간의 사무배분의 원리로서의 보충성의 원칙과 자기책임성의 원칙을 헌법적 차원에서 지방자치의 본질적 내용임을 긍정하고 이를 법률적으로 확인한 것으로 보여진다. 우리나라의 경우에도 헌법적 차원에서의 지방자치의 보장은 지방자치의 본질적 내용에 대한 최소한으로 그쳐야 할 것이며, 이를 지방

, 가

자치법에서 확인하는 방안도 고려할 필요가 있다고 생각된다. 헌법에서는 국가의 기본질서를 정하고 이를 구체화하는 것은 법률로서 하는 것이 입법체제상 바람직할 것이기 때문이다.

③

지방자치권의 보장 강화를 위한 헌법 개정논의에서 가장 중요한 것은 자치입법권의 확대와 자주재정의 강화를 위한 제안이다. 자치입법권의 확대는 사무배분원리로서의 보충성의 원칙과 자기책임성의 강화, 주민참여제도의 확대라는 측면과도 관련성을 가진다.

지방분권이 궁극적으로 추구하는 가치를 “지역의 문제를 주민이 스스로 결정하고 스스로 책임지는 자기결정권과 자기책임성의 확대”로 본다면 자주입법권의 확대야말로 지방자치의 본질적 내용을 구성한다고 보아야 할 것이다. 특히 자치사무의 확대에 따른 재정 확보야말로 지방분권의 성패를 좌우하는 본질적 요소임은 말할 것도 없다.

이러한 측면에서 조례제정권의 범위를 “법령의 범위 안”에서 “법률의 범위 안”으로 개정하는 방안은 많은 시사점을 주고 있다고 생각된다. 종래 우리나라의 판례가 일관되게 취해왔던 법률선점론을 극복하기 위해서는 일본에서 논의되어 왔던 추가조례, 초과조례의 해석론적 변화로는 한계가 있다. 자치입법권의 확대를 통한 주민의 자기결정권과 자기책임성의 보장은 입법론적으로 해결해야 할 중요한 과제인 점에 대해서는 특별한 이견이 없다.

나아가서 자치입법권의 확대는 필연적으로 지방자치단체의 재정부담으로 연결되며, 따라서 중앙정부에 집중되어 있는 재정권한의 배분 또한 보충성의 원칙에 따라 배분되어야 함은 당연한 조치이다.

## 2.

## (1)

## 1)

“국정의 통일성을 확보하고 지방의 창의성과 다양성이 존중되는 내실 있는 지방자치를 실현”하기 위해서는 “국가와 지방자치단체간 또는 지방자치단체 상호간의 역할을 합리적으로 분담”하도록 할 필요가 있다(지방분권특별법 제3조). 지방자치의 실질적 가치를 구현하기 위해서는 국가에 집중되어 있는 행정권한과 사무를 대폭적으로 지방자치단체에 이양하여야 함은 그동안 계속 주장되어 왔던 점이다. 또한 입법적으로도 “중앙행정권한의 지방이양 촉진에 관한 법률”, “지방분권특별법” 등 지방분권관련법제에서 과도하게 집중되어 있는 국가의 행정권한과 사무를 지방자치단체에게 포괄적으로 이양하고, 기관위임사무 등 사무구분체계를 조정함으로써 국가와 지방자치단체의 관계를 권위적·통제적 관계에서 민주적·협력적 관계로 전환시킬 것을 끊임 없이 지적되어 왔다.

그러나 국가와 지방자치단체간, 지방자치단체 상호간 사무배분에 관한 문제는 여전히 해결해야 할 과제로 남아 있음은 부인할 수 없다. 학계에서는 지속적으로 국가의 행정권한과 사무를 포괄적으로 지방자치단체에 이양하도록 하는 특별법의 제정이 필요하다는 제안<sup>16)</sup>을 해왔으나 아직 실현되지 않고 있다.

또한, 2006년에 제정된「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성

16) 김명용, “참여정부의 지방분권정책의 공법적 과제”, 『공법학연구』 제5권 제3호, 한국비교공법학회(2004), 123면.

을 위한 특별법(이하 “제주특별법”이라 한다)』에서는 국가가 개별법령을 통해서 선점해 오던 350여건에 달하는 권한과 개별사무들을 “특례”라는 형식으로 포괄적으로 이양한 바가 있으나, 그 효과에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 즉 “제주특별법”에서 규정하고 있는 개별사무에 대한 특례규정들은 역시 각각의 사무를 규정하고 있는 개별법령과의 관계 속에서의 “특례”를 규정할 뿐으로 지방자치법 제22조의 자치입법권에 대한 일반적 제약을 배제하는 것이 아니라는 점<sup>17)</sup>, 그리고 “제주특별법”에 두어진 특례규정들은 다른 개별법률의 제정이나 개정시에 무용지물이 될 가능성이 있다는 점에서 그 실효성에 의문을 제기하지 않을 수 없다.

## 2)

일본의 입법례에서 보는 것처럼 현재 법령이 과도하게 선점하고 있는 권한과 사무의 포괄적 이양에 대한 필요성은 전체적으로 공감하는 바이다. 그러나 포괄적 이양 이후 발생할 수 있는 문제에 대해서도 제도적 장치를 마련해 둘 필요가 있다.

경우에 따라서는 포괄적 이양에 관한 특별법은 새로운 입법에 의해서 무용지물이 될 가능성이 있다는 점은 앞에서 살펴 본 바와 같다. 따라서 새로운 입법을 시도하는 전단계에서의 지방자치친화적 입법의 원칙을 창설할 필요가 제기된다. 이러한 지방자치친화적 입법의 원칙은 법제업무운영규정 등과 같은 입법과정을 규율하는 법체계를 개정함으로써 제도적으로 보장될 수 있으리라 생각된다.

## (2)

지방자치단체의 재정과정은 재정수입의 확보 문제, 재정운용상의 건

17) 김부찬, “제주특별자치도의 의의 및 자치입법권에 관한 고찰”, 『지방자치법연구』 제6권 제1호, 한국지방자치법학회(2006. 6), 37면.



전성과 적정성, 재정운영에 대한 평가와 환류로 파악할 수 있다.

우선 재정수입의 확보라는 측면에서 헌법의 개정을 통하여 지방자치단체의 과세자주권을 강화하고자 하는 견해는 일견 타당하다. 그러나 국가나 지방자치단체 모두 한정된 자원을 재정수입으로 하고 있으며, 과세자주권의 확대는 주민의 부담으로 연결된다는 점에서 신중한 검토가 요청된다. 지역간의 경제적 편차가 큰 우리의 지방자치단체의 현실을 감안한다면 오히려 국가의 재정조정권한에 관한 원칙과 한계를 설정함으로써 지역간 경제적 편차를 점차적으로 시정해 나가는 방안이 바람직할 것이다.<sup>18)</sup>

다음으로 재정운영상의 자율성 확보 문제이다. 재정운영의 적정성과 건전성을 확보하기 위해서는 재정이 소요되는 정책의 입안단계에 있어서 그 타당성과 필요성이 검증되어야 할 것이다. 또 재정투자의 우선순위 등에 대한 정책적 판단도 아울러 요청된다. 이러한 재정운영상의 정책적 판단을 위해서는 자율성이 확보되어야 하는 바, 현재의 국고보조금제도를 포괄적으로 운용할 수 있도록 하여 지방재정의 자율성을 확보할 필요가 있다.

마지막으로 재정운영에 대한 평가와 환류장치의 문제이다. 재정운영의 적정성·건전성에 대한 평가는 결국 지방자치단체의 정책 전반에 대한 평가와 연결된다. 지방자치단체의 정책 전반에 대한 평가는 우선 지방자치단체 스스로가 이를 시정할 기회를 가짐으로써 지방자치단체의 자율성을 확보할 필요가 있다. 따라서 지방의회 또는 주민에 의한 감사기능을 활성화할 수 있는 제도적 장치를 확보하는 것이 중요하다.

---

18) 同旨, 최봉석, 앞의 책, 108쪽 이하 참조

, 가

### 3. 가

#### (1) 가

##### 1) 가

국가와 지방자치단체는 하나의 동일한 목적을 추구하는 별개의 권력주체로 파악할 수 있다. 지방자치단체가 처리하는 업무는 종국적으로 국가의 이익과 무관한 것이 아니다. 국가는 국민전체의 이익을 보호하기 위해 지방자치단체의 업무수행에 감독권을 행사한다. 즉 보충성의 원칙에 의하여 지방자치단체가 공공사무에 대해 원칙적으로 일차적인 업무수행권을 갖고 자기 책임 하에 업무를 처리하나 국가는 지방자치단체의 자율성을 침해하지 아니하는 범위 내에서 감독권한을 가짐으로써 국가 전체의 통합적인 업무수행을 가능하게 한다.

지방자치단체에 대한 자치권의 보장은 지역적인 특수성을 존중하기 위한 국가로부터의 분리를 의미하는 원심력으로 작용한다면 지방자치단체에 대한 국가의 감독은 지방자치단체가 국가 속에서 다양성을 지니면서도 통합을 이루도록 구심력으로 작용한다. 국가의 지나친 감독은 지방자치단체의 자치행정의 존립을 위태롭게 하고 지나친 방임은 무정부상태를 초래할 수 있다는 점에서 양자의 균형을 유지할 필요가 있다.<sup>19)</sup>

지방자치단체에 대한 국가의 감독은 우선 지방자치행정이 헌법과 법률에 합치되도록 하여야 한다. 지방자치단체는 분권화된 국가의 행정단위로서 법치행정의 원칙에 구속된다. 국가는 전체 국민의 이익을 대표하여 지방자치행정의 합법성을 보장하기 위하여 지방자치단체를

19) 홍준현, “중앙정부의 지방자치단체에 대한 행정적 관여의 본질”, 한국지방자치학회 2005년도 하계학술대회, 212면.

감시하고 통제한다. 이런 의미에서 감독권을 행사하는 국가는 법질서의 수호자의 지위에 있게 된다. 또한 법률은 동시에 국민 전체의 의사를 표현하고 있으며 국민의 일반적인 공익을 보장하기 위한 기준이 된다. 따라서 지방자치행정의 적법성을 보장하는 국가감독은 동시에 전체 국민의 공동체인 국가의 이익을 보장한다.

또한 국가의 감독은 지방자치단체가 위법행위로 인하여 기능이 마비되는 것을 방지하고, 지방자치단체의 행정능력이 부족한 경우 이를 지원하여 지방자치행정이 원활하게 수행되도록 보장한다는 점에서 지방자치단체의 이익을 보호하는 기능도 수행한다. 즉 지방자치단체에 대한 감독자로서의 국가는 한편으로는 통제자로서, 다른 한편으로는 협력자로서의 지위에 있게 되는 것이다.<sup>20)</sup>

## 2) 가

지방자치단체에 대한 국가의 감독은 국가의 행정작용에 속한다. 따라서 국가의 감독청은 법치행정의 원칙에 따라 법률에 근거하여 법률의 범위 내에서만 감독권을 행사할 수 있다.

국가감독과 관련하여서 가장 문제가 되는 것은 감독의 기준이다. 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 자치사무를 자기 책임 하에 처리할 수 있으므로 외부의 간섭을 받음이 없이 무엇이 합목적적인지를 스스로 결정할 수 있다. 국가가 지방자치단체의 합목적성의 판단에 간섭하는 것은 지방자치단체의 자기책임성을 본질적으로 침해하는 것으로 허용되어서는 안된다. 국가에 의한 합목적성의 통제가 허용된다면 그것은 더 이상 자치행정이 아니라 위임행정을 의미한다. 따라서 지방자치단체의 자치사무에 관한 한 국가관여는 엄격히 합법성의 통제인 법적 감독에 한정되며, 감독의 기준은 법률이 된다.

20) 이기우, “정부간 관계의 모델설정”, 정세욱 편, 정부간 관계:이론과 실제, 법문사, 1997, 29-30면.

, 가

### 3) 가

개별법령에 근거하여 위임된 사무에 대해서는 각각의 개별법령에서 그 감독수단을 동시에 규정하는 것이 일반적이다. 이 경우 그 감독수단은 지방자치의 본질을 훼손하지 않으면서 그 목적을 달성할 수 있는 최소한의 것에 그쳐야 하며, 반드시 필요한 범위에 한해서 감독권이 발동될 수 있도록 그 요건과 절차, 효과 등을 상세하게 규정할 필요가 있다.

일본에서는 관여의 3대 원칙이라 하여 관여법정주의, 일반법주의, 관여의 적정절차의 규정을 지방자치법에 두고 있다.<sup>21)</sup> 여기서 관여법정주의라 함은 국가 또는 도도부현의 관여는 법률 또는 정령에 근거하여야 한다고 하여 종전의 기관위임사무에 대한 포괄적 지휘감독권을 부정한 것이다. 그리고 관여의 일반법주의란 지방자치법에서 규정하고 있는 관여의 유형을 벗어나 새로운 유형의 관여의 창설을 방지하는 기능을 하고, 관여의 기본유형마다 적정한 절차를 규정함으로써 자치단체의 자기결정권을 최대한 보장하고 있다.

우리의 경우에도 지방자치법에 국가 또는 시·도의 감독권을 유형화하여 규정하고, 개별법령에서 이를 준용하도록 함으로써 국가의 지방자치단체에 대한 “감독수단의 지방자치법으로부터의 도피”현상을 방지할 필요가 있다.

## (2)

### 1)

---

21) 일본 신지방자치법제245조의2(법정주의의 원칙), 제245조의3(일반법주의 원칙), 제247조 내지 제250조(관여의 적정절차에 관한 규정)을 관여의 3원칙이라 한다. 일본의 관여의 3대 원칙에 관해서는 최철호, “일본의 국가와 지방자치단체와의 관계에 관한 연구”, 중앙법학 제6권 제2호, 중앙법학회(2004), 43면-44면 참조.

## ①

지방자치단체의 국정참여는 국가와 지방자치단체의 상호 대등한 관계를 전제로 하며, 지방자치단체의 국정참여로 첫째, 중앙과 지방자치단체간의 유기적 협력관계가 형성되고 둘째, 행정예의 주민참여의 확대와 건설적 비판이 제공되고 셋째, 중앙정부의 정책결정에 있어서 지방자치단체의 의견이 사전에 충분히 존중될 수 있다는 기능을 기대할 수 있다. 따라서 지방자치단체의 국정참여는 지방자치단체의 제도 및 그 운영에 밀접한 관계가 있는 중앙정부의 법령·정책 등의 결정 및 집행과정에 지방자치단체 또는 그 연합조직이 일정한 제도상의 보장하에 직접 참여하여 지방자치단체의 의견을 국정에 반영하는 것이라 정의할 수 있다.<sup>22)</sup>

## ②

지방분권국가에서 지방자치단체는 국가의 의사결정에 의하여 영향을 받고 그 범위내에서 지방자치단체의 자치권은 제한을 받게 된다. 따라서 국가가 의사결정과정에서 지방자치단체의 참여를 배제하고 일방적으로 결정하는 경우에 지방의 이익은 고려되기 어려우며, 오히려 갈등과 분쟁으로 인한 사회적 비용이 증가하는 현상을 초래할 수 있다.

최근 들어 중앙정부가 직접 소관하는 국가공단, 핵발전소 및 핵폐기물처리장의 입지선정, 개발제한구역의 용도규제의 완화, 신도시건설과 사회간접자본의 유치, 상수원보호구역의 지정 등과 같은 지역규제나 혐오시설의 설치 등과 관련하여 중앙정부와 지방자치단체간의 분쟁이 증가하고 있다. 이러한 정부간 분쟁이 야기되는 많은 원인 중에서도 중앙정부가 지방자치단체의 의사를 무시한 채 독자적으로 결정함으로써 지방자치단체가 이에 반발하는 것이다. 한편 국가 전체적으로 반

22) 김영수, “중앙정부의 정책결정과정에 있어서 지방자치단체의 참여방안 연구”, 『지방정부연구』 제6권 제1호, 2000년 봄, 55면.

드시 필요한 사업과 정책이 지방자치단체의 비협조로 중앙정부와 지방자치단체간에 행정마찰을 겪으면서 국책사업의 원활한 추진에 중대한 차질을 빚고 있는 것도 현실이다.

2004년 참여정부 정책기획위원회의 한 보고서에 따르면, 중앙정부와 지자체간 갈등이 발생하는 원인에 대한 설문조사결과, 전체 응답자 중 53.4%가 정부의 권위적·독단적 정책추진을 들고 있으며, 22.9%가 정부정책의 불투명성·일관성 부족을 지적하고 있다. 또한, 중앙부처 공무원들 가운데 22.1%가 중앙정부의 권위적·독단적 정책추진을 정부간 갈등의 원인으로 인식하고 있으며, 광역 및 기초단체 공무원들은 정부의 권위적 정책추진을 그 원인으로 들고 있음을 알 수 있다.<sup>23)</sup>

따라서 국가와 지방자치단체간 갈등과 분쟁을 사전에 예방하고 이를 효율적으로 해결하기 위해서는 국가와 지방자치단체가 보다 적극적으로 창조적 상호 협력관계를 형성하여야 한다. 지방자치단체가 국가의 전체의사와 지역의 특수성 및 다양성을 조화시켜 국가 전체의 행정을 보다 효율적으로 추진하고자 하는 것이라고 본다면, 지방자치단체의 중앙정부 정책결정과정에의 참여는 지방자치의 존재가치를 실현하기 위한 중요한 수단이 될 수 있다. 왜냐하면 지방자치단체의 국정참여는 국가와 지방자치단체간의 유기적 협력관계를 형성하게 해 주고 행정의 주민참여의 확대와 건설적 비판 및 중앙정부의 정책결정에 있어서 지방자치단체의 의견을 사전에 반영시킴으로써 합리적인 정책결정이 가능해질 수 있기 때문이다.

## 2)

### ①

이 견해는 지방자치단체가 처리하는 행정사무가 점차 국가의 법령

23) 정책기획위원회, 『중앙-지방간 협력관계 증진방안 연구』, 2004.12, 53면.

에 의한 규율대상이 되어 감에 따라서 지방자치단체의 자유로운 판단 여지, 활동영역 및 자기책임의 범위가 좁아지는 현상에 대한 대상조치로서 지방자치단체의 국정참여를 인정해야 한다는 것이다.<sup>24)</sup>

그러나 이 견해는 헌법이 보장하는 지방자치단체의 자치권(사무처리 권한)이 축소되는 것에 대한 보상책으로 국가의 정책결정과정에서 지방자치단체를 참가시킨다고 하는 것으로 자치권을 단순히 참가권으로 대체 내지는 축소하려 한다는 점과 이 경우의 참가의 유형이 단순히 지방자치단체의 의견진술권 또는 청문권으로 축소될 우려가 있다는 비판이 있다.<sup>25)</sup>

## ②

다음으로 지방자치단체의 국정참가를 자치권의 절차적 보장으로 이해하는 견해가 있다.<sup>26)</sup> 이 견해에 따르면 참가의 유형을 세 가지로 나누는데 첫째는 방어적 참가론으로 국가의 사무가 지방자치단체의 행정에 큰 영향을 미치는 경우, 예를 들면 국가계획이 지방자치단체의 계획을 일정한 범위 내로 구속하거나 또는 국가의 대규모 프로젝트가 지방자치단체의 행정에 막대한 영향을 미치는 경우에는 국가행정의 자치영역에 대한 침해로 보고 지방자치단체에는 방어적 참가가 인정된다.

둘째는 보상적 참가론으로 지방자치단체의 사무가 국가로 집중됨으로서 야기되는 자치권의 박탈에 대한 보상적 의미를 가지는 보상적 참가가 있는데 이 경우의 국정참여는 실체적 자치권을 보장하는 의미를 가지는 것으로 해석되고 있다.

24) 成田頼明, “地方公共団体の国政参加-国の立法過程への参加を中心として”, 『ジュリスト増刊総合特集』 29号, 227면.

25) 김성호, 「지방자치단체의 국가정책결정 참여방안」, 한국지방행정연구원, 1997.2. 63-64면.

26) 塩野宏, 『国と地方公共団体』, 有斐閣, 2001, 19면 이하.

, 가

마지막으로 협동적 참가론을 들 수 있는데 이는 국가와 지방자치단체의 협동적 관계를 담보하기 위한 방법으로 인정된다고 하는 것이다.

### ③ 가

지방자치단체가 통치주체로서 국가와 대등한 지위에 있는 것을 근거로 하여 지방자치단체의 국정참여를 인정하는 견해가 있다.<sup>27)</sup> 이 견해에 따르면, 지역과 밀접한 관련이 있는 행정에 관해서는 지방자치단체는 국가의 지도와 감독을 받는 것만이 아니고 주체적으로 행정에 참여해 가는 “국정참가주체”로서의 입장도 가진다고 한다.

이 견해는 지방자치단체의 국정참여의 참가를 크게 두 가지로 나눌 수 있다고 한다. 하나는 전체 지방자치단체의 대표를 통해서 국가의 입법에 참여하는 경우로서 기관위임사무를 규정하고 있는 법령의 제정·개정에 있어서는 기관위임사무가 국가사무이기는 하지만 그 처리는 실질적으로 지방자치단체의 장이 집행하기 때문에 이 경우에는 지방자치단체의 장의 참여는 필수적이라 한다.

또 하나는 개별 지방자치단체가 이해관계를 가지는 국가의 행정결정에 참여하는 경우인데 이 경우는 주민의 생활이익을 대표하는 지역이익단체의 대표로서의 지방자치단체에게 자기 지역에 관한 국가의 행정에 절차적으로 참가하는 참가권이 보장되어야 한다는 것이다.

### ④ 가

이 견해는 특히 기초지방자치단체의 국정참여론의 근거로서 의의를 가진다고 할 수 있다. 국가가 수립, 집행하는 계획이 지방자치단체의 도시계획을 제한하거나 침해하는 경우 당해 지방자치단체가 가지는 계획고권의 침해 내지 제한에 대한 조정의 관점에서 지방자치단체에게 국정참여의 참여를 인정해야 한다는 것이다.<sup>28)</sup>

27) 兼子仁, 『自治体法学』, 学陽書房, 1988, 32면 이하

28) 宮田三郎, “計画策定手続と市町村の参加”, 『専修法学論集』 30号, 1면 이하.



## ⑤ 가

지방자치단체의 국정참여라는 관념은 관료기구의 독선적인 행정결정에 대한 이의신청 내지 행정과정의 민주화 요구로서 생성된 주민참여주의와 자치의식이 배경이 된 지방자치주의 내지 지방분권사상에 기초하여 나타난 제도라고 한다. 즉, 지역주민이 지방자치단체의 행정운영과정에 참여하는 것(주민참여)과 이 주민참여를 통하여 수립된 의사를 가지고 지방자치단체가 국정운영에 그 주민의사를 반영하는 것(국정참여)을 단계적으로 파악하고자 한다.<sup>29)</sup>

이 견해는 국가가 자기의 결정을 일방적으로 행하기 전에 가능한 이해관계가 있는 국민의 의견을 청취하는 것이 바람직한 것과 마찬가지로 지역의 이해와 관련 있는 정책을 국가가 수립할 때에도 국가정책결정의 사전참가절차로서 당해 지방자치단체의 의견을 청취하는 것이 바람직하다는 이론으로 전개된 것이다.

## ⑥

오늘날 지방자치단체를 국가의 분권화된 행정단위로 파악하는 견해에 따르면 지방자치단체의 국정참여는 앞에서 제시한 학설의 견해를 부분적으로 포함하고 있다고 한다.

특히 지역이익단체참가설은 기관위임사무라 하더라도 이를 집행하는 자치단체의 장에게 그 참가권을 인정하고 있으며, 주민의 생활이익을 대표하는 단체로서의 국정참여주체로서의 지위를 지방자치단체에게 인정하고 있다는 점에서 오늘날의 지방자치단체의 지위에 적합한 학설이라고 평가할 수 있다.

## 3)

앞에서 살펴본 것처럼 지방자치단체가 직접 또는 간접적으로 국정

29) 磯部力, “自治体の国政参加”, 『自治体の構想2(制度)』, 岩波書店, 2002, 40면.

에 참여하여 지방자치단체의 이익을 대변할 수 있는 제도적 장치를 보장하는 것은 매우 중요한 의의를 가진다. 이러한 지방자치단체의 국정참여 기회의 확보를 통하여 국정운영에 있어서 국가와 지역의 이익을 사전에 조정하고 갈등과 분쟁을 예방함으로써 통일성과 효율성을 담보할 수 있기 때문이다.

지금까지 지방자치단체의 국정참여기회를 제도적으로 보장하기 위한 몇가지 제안들이 제시된 바 있다. 우선 헌법상 지방자치단체의 국정참여기회를 보장하기 위하여 국회에 양원제를 도입하되 지방자치단체를 대표하는 지방원의 신설이 제안되어 있다.<sup>30)</sup> 또 지방자치법 제 165조의 지방자치단체 협의체 또는 지방자치단체연합체를 임의단체가 아닌 법정 단체로 하고, 국회법 등을 개정하여 지방자치단체의 이익을 대변할 수 있는 통로를 제공하자는 견해 등이 있다.

지방자치단체의 국정참여기회를 제도적으로 보장하는 것은 지방분권국가를 형성하는데 매우 중요한 의의를 가짐은 앞에서 설명한 바와 같다. 그러나 지방자치단체의 국정참여 기회를 보장하는 제도의 설계에 있어서는 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있다.

먼저, 사항적 제약이다. 지방자치단체들은 특정한 사안에 대해서 각각 다른 이해관계를 가질 수 있다. 따라서 지방자치단체가 국정에 참여하는 경우에 대변되어야 할 지방자치단체의 이익은 전체로서의 지방자치단체의 이익이어야 한다는 사항적 제약을 가진다.

다음으로, 누가 전체로서의 지방자치단체의 이익을 대표하는가의 문제이다. 즉 주체적 제약의 문제이다. 만약, 지방원을 신설한다고 가정했을 때 과연 전체로서의 지방자치단체의 이익을 대표할 수 있는가가 명확하지 않다. 또 지방자치단체의 전국적 협의체나 전국적 연합체가 전체 지방자치단체의 이익을 대표할 만한 정당성을 가지는가 하는 문

30) 김성호, 앞의 논문, 133쪽

제들이 선결되어야 할 것이다. 즉 제도적으로는 지방자치단체의 국정 참여의 범위를 어디까지 인정할 것인가하는 문제와 관련되어 있다.

#### 4.

##### (1)

주민참여제도는 지방분권특별법 제14조 제1항의 권고조항에 따라 주민투표, 조례의 제정 및 개폐청구, 주민의 감사청구, 주민소송, 주민소환제도 등이 지방자치법에서 보완되거나 새로이 신설됨으로써 괄목할 정도로 확대되었으며, 이를 구체화하기 위하여 주민투표법과 주민소환법 등이 제정되었다.<sup>31)</sup>

특히 1990년대까지 지방자치제도의 형성과 지방분권화가 급선무였기 때문에 상대적으로 소홀히 되어 왔던 주민참여는 지방자치제도의 정착을 기초로 하여 지방자치제의 효과의 극대화와 민주주의적 기능의 강화를 기치로 하여 본격적인 제도화의 단계로 접어들게 되었다. 다만, 주민참여는 그 참여에 수반되는 구속력의 강도와 범위와 함께 이른바 ‘대의민주제’와 ‘직접민주제’간의 갈등과 조화의 문제가 과제로 대두되었다.<sup>32)</sup>

주민참여법제의 확대경향은 정치·행정제도의 대표성과 정당성 제고, 주민의 능동적 참여를 통한 사회적 안정감 제공, 주민의 주권자로서의 지위 회복과 동질성 회복, 주민의 정치교육적 효과 및 정치적 효능감 제고, 공동체 정신과 협동의식의 고취, 행정책임성의 제고 등 순기능적인 측면이 있는 반면, 주민참여에 따른 이해집단간 이해조정

31) 박인수, “주민자치 확대 법제와 문제점”, 『공법학연구』 제8권 제1호, 한국비교공법학회(2007), 6쪽.

32) 최봉석, 앞의 책, 342쪽.

, 가

능력의 한계, 이기주의적 집단행동으로의 변질 가능성, 행정의 경제성 저해 및 행정책임의 회피 문제, 여론의 조작가능성, 주민의 대표성 및 정당성의 문제 등 역기능적인 측면을 동시에 가지고 있다고 지적되어 왔다.<sup>33)</sup>

1)

주민투표제도는 1994년 지방자치법 개정에 의해 도입되었으나 주민투표법이 제정된 2003년까지 약 10년간 사실상의 제도로만 존재하였다.<sup>34)</sup>

현재의 주민투표법은 2005년 7월부터 시행되고 있으며, 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 중에서 조례로 그 대상을 정하도록 하고 있다. 다만, 주민투표법 제5조에서는 예산 및 재산관리에 관한 사항, 조세에 관한 사항, 행정기구의 설치·변경에 관한 사항 등 주민투표에 회부하는 것이 부적합한 사항은 주민투표의 대상에서 제외하고 있다.

그밖에 지방자치단체의 폐지·분합, 주요 시설의 설치 등 국가정책의 수립에 대한 주민의 의견을 듣기 위하여 필요한 경우에는 중앙행정기관의 장이 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구할 수 있도록 하는 규정(동법 제8조)도 존재한다.

주민투표의 발의권자는 주민과 지방의회 및 지방자치단체장 모두를 상정하면서 지방자치단체장의 직권발의에 대해서는 지방의회의 과반수 동의를 요건으로 함으로써 투표결과의 효력을 전제로 하여 지방자

33) 최봉석, 앞의 책, 346쪽.

34) 주민투표법 제정 이전에 주민투표법의 제정방향에 관한 연구로는 박인수, “지방자치와 주민참여법제 강화방안-주민투표법의 제정방향 모색-”, 『지방자치법연구』 제2권 제1호, 한국지방자치법학회(2002.6), 87쪽 이하; 주민투표법 제정 이후의 연구로는 김동건, “주민투표의 법적 의미와 법적 문제점”, 『지방자치법연구』 제6권 제1호, 한국지방자치법학회(2006. 6), 103쪽 이하 등 참조.

치단체장의 독단과 월권을 방지하는 한편, 주민투표제가 가지는 “지방의회 의결대체적 결정”으로서의 제도적 위상을 반영한 것이라 할 수 있다.<sup>35)</sup>

주민투표제도에서 가장 쟁점이 되는 것은 투표결과의 효력에 관한 사항이나, 주민투표법에서는 주민투표의 결과를 “지방자치단체의 결정”에 해당하는 것으로 대응시키고 있다.(동법 제24조 제3항)

## 2)

주민의 조례제정 및 개폐청구제도는 1999년 8월 31일 지방자치법 개정을 통하여 신설된 제도이다. 조례의 제정 및 개폐권한은 지방의회에 부여된 전속적 권한이나, 조례제정과정에서의 주민참여를 확대함으로써 지방의회 기능의 활성화를 유도할 수 있고, 행정에 대한 주민들의 관심과 참여를 증대시키는데 기여할 것으로 기대를 모았다.

조례 제정 및 개폐청구제도는 주민의 조례의 제정·개폐를 지방자치단체의 장을 통하여 지방의회에 부의하는 것이며, 주민이 직접 조례를 결정하는 제도는 아니다. 지방자치단체장은 자신의 심리·결정을 통하여 부의여부를 결정할 수 있고 지방의회는 주민청구에 대하여 법적 구속을 받지 않고 자신에게 부여된 자치입법권의 범위 내에서 조례의 제정·개폐를 결정할 수 있다.(지방자치법 제15조)

## 3)

주민감사청구제도는 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 경우 시·도에서는 주무부장관에게, 시·군 및 자치구에서는 시·도지사에게 당해 주민들이 감사를 청구할 수 있는 제도이다.(지방자치법 제16조)

---

35) 최봉석, 앞의 책, 355면.

주민소송제도<sup>36)</sup>는 주민의 자격으로 감사청구한 사항 가운데 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 당해 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 그밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수의 해태에 관한 사항에 대해서 중지청구소송, 행정처분인 당해 행위의 취소 또는 변경을 구하거나 효력의 유무 또는 존재여부의 확인을 구하는 소송, 해태사실의 위법확인소송, 이행청구 또는 변상명령청구소송을 제기할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 재무회계상 위법행위에 대하여 법원에 그 금지 또는 시정을 구하는 사법제도라고 할 수 있다.<sup>37)</sup> 현행 지방자치법 제17조에서 제19조에서 주민소송제도를 규정하고 있다.

## 4)

주민소환제에 대해서는 지방자치제도의 시행과정에서 나타난 지방자치단체장의 위법·부당행위, 직무유기 또는 직권남용 등 지방자치제도의 폐해를 시정하기 위한 강력한 제도적 뒷받침이 필요하다는 배경 하에 그 도입여부가 자주 거론되어 왔다. 특히 주민소환제는 주민에 의한 소환의 대상인 지방자치단체장과 선출직 지방의회의원의 법적 지위를 박탈한다는 측면에서 제도의 도입 자체만으로도 주민들과 밀접하게 성실히 직무를 수행하게 할 수 있다는 강력한 예방수단으로 정치권에서 자주 거론되어 오다가, 2006년 5월에 지방자치법 개정과 주민소환법의 제정으로 도입되었다.<sup>38)</sup>

36) 주민소송제도의 상세에 관해서는 줄저, 『지방재정의 통제수단으로서의 주민소송 제도에 관한 연구-한국과 일본의 비교를 중심으로-』, 서울시립대학사학위논문, 2005.2.

37) 최봉석, 앞의 책, 365쪽.

38) 주민소환제도에 관한 연구는 김현준, “주민소환제의 의미와 과제”, 『공법학연구』 제7집 제3호, 한국비교공법학회(2006. 8), 177쪽; 길준규, “주민소환제의 법리적 검

주민소환제에 대해서는 제도도입에는 원칙적으로 찬성하지만 그 운용상 신중함이 요청된다고 하는 견해도 있다.<sup>39)</sup>

## (2)

주민참여제도의 확대경향에 대해서 학자들은 대체로 환영하는 분위기이다. 그렇지만 일부에서는 현행 헌법원리가 주민자치는 단체자치를 보완 또는 보충하기 위한 차원에서만 고려될 수 있는 것으로 단체자치를 대체하는 원리로 작용하게 된다면 헌법위반의 가능성이 높게 될 것이라는 우려를 표명하는 견해도 나타나고 있다.<sup>40)</sup>

그러나 현대 민주국가에서의 지방자치는 민주주의와 지방분권주의를 기초로 하여 주민자치와 단체자치의 요소가 통합된 민주적인 지방자치를 의미한다고 할 수 있다. 특히 지방자치를 지역의 문제를 지역 주민이 스스로 결정하고 그 결정에 대해서 책임을 지는 자기책임성의 원칙을 전제로 하는 것으로 이해한다면 지방자치의 실체는 주민들의 자기결정권의 보장을 핵심적 요소로 보아야 한다. 이러한 측면에서 비교적 짧은 기간 내에 주민직접참여제도를 도입한 점에 대해서는 환할 수 있겠지만, 제도 도입 과정에서 미처 해결하지 못한 과제들과 시행상에 나타나는 문제점들을 시정해 나가려는 노력은 계속되어야 할 것이다.

토”, 『공법연구』 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회(2006. 6); 신봉기, “지방자치에 있어서 직접민주제 방식의 도입-특히 주민소환제와 관련하여”, 『공법연구』 제33집 제1호, 한국공법학회(2004. 11), 181쪽 등 참조.

39) 고문현, “주민소환제의 바람직한 방향-‘주민소환에 관한 법률’의 평가를 겸하여-”, 『지방자치법연구』 제6권 제1호, 한국지방자치법학회(2006. 6), 171면; 최봉석, 앞의 책, 383쪽 등.

40) 박인수, 앞의 논문, 16쪽.

## IV. 「 지방분권촉진특별법 」

### 1. 「 지방분권촉진특별법 」

지방분권특별법은 2009년 1월 17일까지 5년 한시법으로 제정되었다. 그동안 지방분권특별법에 대해서는 여러 차례 비판적 견해가 제기되었다.<sup>41)</sup> 이러한 논의결과에 따라 동법은 2008년 2월 29일까지 기한을 5년 연장하면서 「지방분권촉진을 위한 특별법(이하 “지방분권촉진특별법”이라 한다)」으로 전부개정되었다.

지방분권촉진특별법은 기본적으로 종전의 지방분권특별법의 규정을 그대로 답습하고 있으나 몇 가지 점에서 진전된 규정을 담고 있다.

우선 지방분권 추진일정에 관한 규정이 신설되었다는 점이다. 즉, 지방분권촉진특별법제7조에서는 “국가 및 지방자치단체는 제10조부터 제16조까지의 지방분권의 추진과제를 수행하기 위하여 추진일정, 추진방법, 추진절차 등에 관한 정책을 수립하고, 추진실적을 연 2회 이상 공표하여야 하며, 이 법의 유효기간 내에 정책의 시행을 완료하도록 노력하여야 한다”고 하여 지방분권 추진정책 등의 투명성을 확보할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있다. 그리고 지방분권의 추진과제 가운데 권한이양 및 사무구분체계의 정비에 관한 제10조 제1항에 “국가사무 또는 시·도의 사무로서 시·도 또는 시·군·구의 장에게 위임된 사무는 원칙적으로 폐지하고 자치사무와 국가사무로 이분화하여야 한다”는 표현이 추가되었다. 즉, 종전의 “...기관위임사무를 정비하고”라는 애매모호한 표현을 삭제하고 기관위임사무의 원칙적인 폐지를 명문화함으로써 지방분권에의 의지를 명백히 표현하고 있다.

다음으로 제13조 제1항에서는 국가는 지방자치단체의 자치입법권을 강화하기 위하여 조례제정범위가 확대되도록 하는 등 필요한 “법적”

41) 김명용, 앞의 논문, 112쪽 이하 참조.



조치를 하여야 한다고 하여 종전의 “필요한 조치”라는 표현을 “필요한 법적 조치”로 명백하게 표현하고 있다. 또 같은 조 제2항에는 “국가 및 지방자치단체는 지방자치단체의 주요 정책사항에 관한 지방의회의 심의·의결권을 확대하는 등 지방의회의 권한을 강화하도록 하는 방안을 마련하여야 한다”는 규정을 신설함으로써 지방자치단체의 장에 대한 견제장치로서 지방의회의 권한 강화를 천명하고 있다.

가장 큰 변화로는 종전의 “정부혁신지방분권위원회”의 지방분권 기능과 “지방이양추진위원회”의 지방이양 기능을 통합한 지방분권의 총괄기구로서 「지방분권촉진위원회」를 설치한 점이다(동법 제17조). 동 위원회는 기획재정부장관과 행정안전부장관을 포함하여 대통령이 위촉하는 4명, 국회의장이 추천하는 2명, 협의체의 장이 추천하는 4명의 위원으로 구성되며(동법 시행령 제3조), 위원회의 업무를 효율적으로 지원하기 위하여 위원회에 지방분권촉진실무위원회를 두도록 하고(동법 제20조), 실무위원회는 위원장이 위촉하는 50명 내외의 위원으로 구성하도록 하고 있다(동법 시행령 제6조). 그리고 위원회업무를 지원하기 위한 사무기구로 지방분권지원단을 행정안전부에 두도록 하고 있다.

## 2. 「 」 가

우선 지방분권특별법이 5년 한시법으로 제정되어 시간적 제약을 받고 있었던 점이 해소되었다는 점이다. 물론 이번에 전부개정된 지방분권촉진특별법 또한 2003년을 시한으로 하는 한시법이라는 점에서 역시 시간적 제약을 가지고 있지만, 지방분권정책의 추진을 위한 법적 장치가 그대로 유지되었다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

다음으로 지방분권 추진기구의 일원화에 대한 기대이다. 종전의 지방분권과 지방이양의 기능이 이원화되어 있던 것을 “지방분권촉진위원회”로 일원화하고 이를 뒷받침하기 위한 실무위원회의 구성근거 및

, 가

사무기구의 설치근거를 같이 규정하고 있는 것은 향후 지방분권 정책의 강력한 추진의지로도 볼 수 있을 것이다. 또한 동 위원회의 법적 성격을 심의기구에서 심의·의결기구화하였다는 점이다. 종전의 정부 혁신지방분권추진위원회가 심의권한만을 가졌던 점에 비해서 의결권을 추가했다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있다. 그러나 의결된 사항에 대한 실효성을 확보할 수 있는 구체적인 장치가 마련되어 있지 못한 점은 아쉬움으로 남는다.

그리고 기관위임사무의 원칙적 폐지를 천명한 점이나 자치입법권의 강화를 위한 조례제정권의 범위 확대를 위한 법적 조치의 천명 등은 매우 긍정적으로 평가할 만하다고 보여진다.

전체적으로 이번 「지방분권촉진특별법」에 대해서는 추진일정을 명확히 하고, 지방분권추진위원회의 권한을 강화하고 실무위원회의 구성 근거를 두는 등 진전된 규정을 마련했다는 점에서 종전의 「지방분권특별법」보다는 진일보했다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있으나, 다른 한편, 지나치게 정치적 사항을 고려한 입법이며 그 내용에 있어서 포괄적이고 선언적이라는 문제점<sup>42)</sup>이 남아있다는 점에서 역시 한계가 있다고 평가할 수 있다.

## V.

이상으로 지방분권국가의 법적 토대를 구축하기 위한 몇 가지 논의 상황을 정리하고 이에 대한 개인적인 의견을 덧붙여 보았다.

지방분권을 적극적인 추진을 뒷받침하고 지방분권국가의 법적 토대를 형성해 나가는데 있어서 향후 논의되어야 할 과제는 산적해 있다. 우선 지방자치의 본질적 내용의 헌법적 차원에서의 보장과 같은 중장기적 검토과제를 비롯해서 단기적으로는 입법 및 사무권한의 포괄적

---

42) 김명용, 앞의 논문, 121쪽 참조

이양을 위한 법적 조치, 국가감독의 완화를 통한 지방자치단체의 자율성 확보, 지방자치단체의 국정참여 기획 확대와 같은 것들이 향후 지방분권국가 형성을 위해서 기본적으로 해결되어야 할 법적 과제들이다.

다행히도 최근 전부개정된 「지방분권촉진특별법」에서는 지방분권 추진일정 등의 공표의무, 지방분권 추진기구의 일원화와 실무위원회의 구성 근거를 마련하는 등 지방분권 정책의 적극적인 추진의지를 표명하고 있어서 향후 지방분권정책의 실효성 있는 추진이 기대되고 있다.

장 명봉 교수  
(국민대 명예교수, 북한법연구회 회장)

I. 머리말 .....	285
II. 南北韓 憲法體制의 比較 .....	286
1. 指導理念 .....	286
2. 規範的 目標 .....	288
3. 政治體制 .....	289
4. 經濟體制 .....	292
5. 社會體制 .....	293
III. 南北韓의 憲法 및 法制의 統合過程 .....	294
1. 和解·協力段階 : 既存 '南北合意'에 基礎 .....	295
2. 南北聯合段階 : 「南北聯合憲章」에 基礎 .....	295
3. 統一國家段階 : 「統一憲法」에 基礎 .....	296
IV. 독일과 예멘의 統一憲法體制(事例) .....	297
1. 독일의 統一憲法體制 .....	297
2. 예멘의 統一憲法體制 .....	300
V. 統一憲法の 制定方向과 基本秩序 .....	302
1. 統一憲法の 最高原理 .....	303
2. 統一憲法の 制定方向 .....	304
3. 統一憲法の 基本秩序 .....	307
VI. 統一憲法 基盤造成을 위한 課題 .....	309
VII. 맺음말 .....	313

## I.

통일을 위한 법적 준비는 동서독 및 남북예멘의 통일사례를 보더라도 매우 중요한 과제임을 알 수 있다. 통일의 완성은 구체적으로 법적 통합을 이루어야만 가능하다는 점에서 남북한의 법체계정비 및 법통합문제는 중요한 의제이다. 여기서 통일국가체제와 관련한 통일헌법체제의 연구는 무엇보다 중요하다.

현재 남북한은 서로 상이한 이념과 체제하에 각각의 헌법을 보유하고 있다. 남북한은 각각 자신의 체제유지와 정당화의 기반을 달리함으로써 서로 대립하는 관계에 놓여 있다. 그런데 남북한의 통일은 남북한의 헌법체제의 통합을 전제로 한다. 우리의 통일국가는 남북한의 이질적인 헌법체제를 극복하여 하나의 헌법체제 아래에 놓임으로써 가능하기 때문이다.

이 연구는 통일헌법에 의해 통일국가를 완성한다는 구도로 되어 있는 우리의 통일방안에 입각한 것이다. 우리의 ‘민족공동체 통일방안’에 따른 통일전략은 단계별 (화해·협력단계 - 남북연합단계 - 통일국가단계) 추진구도로 되어 있다. 이 가운데 통일의 중간단계인 남북연합단계에서 남북 협의에 의한 통일헌법의 기초를 예정하고 있다. 여기서의 통일헌법체제의 구상은 우리의 통일방안의 최종단계에서 통일국가를 형성하는 헌법을 대상으로 한다.

본고에서는 남북한 헌법체제를 비교하고 남북한 헌법통합의 방향을 모색해 보고자 한다. 먼저 남북한 헌법체제를 지도이념·규범적 목표·정치체제·경제체제·사회체제 면에서 비교함으로써 남북한헌법체제의 이질성을 이해하고, 다음에 남북한의 헌법 및 법제의 통합과정, 독일과 예멘의 통일헌법체제, 그리고 남북한 통일헌법의 최고원리, 제정방향, 기본질서에 관하여 논급하고자 한다. 끝으로 통일헌법기반조성을 위한 과제를 다루어보고자 한다.

## II. 南北韓 憲法體制 比較

통일을 위한 헌법통합은 남북의 헌법체제의 통합을 말하는 것이고, 우리의 통일은 결국 단일의 헌법체제하에 놓임으로써 달성될 수 있다는 점에서 반드시 남북한 헌법체제의 이질성은 극복되지 않으면 안된다. 따라서 헌법통합을 위해서는 남북한 헌법체제의 비교 고찰을 통해 양자의 헌법체제에 대한 이해를 넓혀야 할 필요가 있다. 이러한 점에서 여기서는 남북한 헌법체제를 총론적으로 부문별로 비교하되, 지도이념, 규범적 목표, 정치체제, 경제체제, 사회체제로 나누어 살펴본다.

### 1. 指導理念

남한체제의 지도이념은 자유주의와 민주주의가 결합된 정치원리로서 요약되는 자유민주주의이다. 자유주의는 개인주의를 바탕으로 하여 개인의 자유를 옹호하고 존중할 것을 요구하는 사상·이념이며, 넓은 의미에서 민주주의는 국민에 의한 지배, 또는 국가권력이 국민전체에게 귀속되는 것을 특징으로 하는 정치원리를 말한다. 이러한 자유민주주의가 남한헌법의 구성원리가 되는 만큼 남한헌법의 기본질서도 자유민주주의에 기초한다. 그리하여 남한헌법은 그 전문에서 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히”할 것을 밝히고 있다.

이에 대하여 북한체제의 지도이념은 한마디로 주체사상이다. 북한은 ‘조선로동당 규약’(1980년 당 6차대회에서 채택)은 전문에서 “조선로동당은 오직 위대한 수령 김일성동지의 주체사상, 혁명사상에 의해 지도된다”고 밝혔으며, 1992년 개정헌법에서 “사람중심의 세계관이며 인민대중의 자주성을 실현하기 위한 혁명사상인 주체사상을 자기활동의 지도적 지침으로 삼는다”(제3조)라고 규정함으로써 주체사상을 당 및 국가활동의 유일한 지도적 지침으로 삼고 있다.

또한 북한에서 김정일은 주체사상을 재해석·재구성하여 이론적으로 체계화함으로써 이른바 ‘북한식 사회주의’의 이상형을 제시하고 김정일지도노선을 구축함과 동시에 후계체제의 기반을 공고히 하였다.<sup>1)</sup> 이는 김정일의 ‘인민대중중심의 우리식 사회주의는 필승불패이다’(1991. 5. 5)라는 담화<sup>2)</sup>와 ‘사회주의 건설의 역사적 교훈과 우리당의 총로선’(1992. 1. 3)이라는 담화<sup>3)</sup>를 통해 이론적으로 제시되었다.<sup>4)</sup> ‘우리식 사회주의’는 여타 사회주의체제의 붕괴에 대응하여 북한식 사회주의의 우월성을 강조함으로써 여타 사회주의와의 차별성을 부각시킨 것이다.<sup>5)</sup> ‘우리식 사회주의’는 김일성에 의해 주체사상이 북한의 지도이념으로 창출된 것과 같이 김정일에 의해 새로운 이념으로 강조됨으로써 김정일의 유일지배체제를 위한 이데올로기로 강화되고 있음을 알 수 있다.

북한은 김일성 사후 비정상적인 국가운영체제에서 벗어나 김정일체제의 공식적인 출범을 계기로 정치체제의 수호와 경제회생이라는 과제를 이행하기 위한 법적·제도적 장치를 1998년 개정헌법에 마련하였다. 1998년 개정헌법은 김정일시대의 국정의 법적 토대를 형성하는 기본규범이라는 면에서 경제부문을 비롯한 여러 부문에서 김정일체제

1) 高性俊 外, 『轉換期の北韓社會主義』(大旺社, 1992), pp.46~50.

2) 김정일, “조선로동당 중앙위원회 책임일군과 한 담화(1991년 5월 5일)”, 『근로자』, 1991년 6호 (평양: 근로자사, 1991), pp.3~25.

3) 김정일, “조선로동당 중앙위원회 책임일군과 한 담화(1992년 1월 3일)”, 『조선중앙년감, 1993』 (평양: 조선중앙통신사, 1993), pp.33~48.

4) 두 談話에 관한 分析은 申一澈, “北韓의 ‘社會主義 挫折’論 - 소련·東유럽 社會主義 解體에 대한 北韓의 視角”, 徐鎮英 編, 『社會主義 改革과 北韓』 (高麗大 亞細亞 問題研究所, 1992), pp.149~191.

5) 김정일은 인민정권노선의 견지, 수령의 유일체제와 당의 영도적 역할의 보장, 중앙집권제 고수, 사적 소유 반대 및 중앙집권적 계획경제체제 유지, 당의 영도계승 보장, 3대혁명의 강화 등을 ‘우리식 사회주의’의 실현방도라고 하고, 사상에서의 자유, 정치에서의 다당제, 소유에서의 다양화의 불용과 지방분권화와 시장주의의 배격 등을 사회주의체제의 붕괴에 대한 교훈으로 강조하였다. 김정일, “사회주의 건설의 역사적 교훈과 우리당의 총로선” 담화, 1992. 1. 3.

의 향후 정책방향을 제시하고 있으나,<sup>6)</sup> 북한체제의 지도이념이라 할 수 있는 주체사상을 여전히 1998년 개정헌법에서도 명문화하고 있음을 알 수 있다. 1998년 개정헌법 전문 중의 내용을 보면, “김일성동지께서는 영생불멸의 주체사상을 창시하시고 그 기치밑에 항일혁명투쟁을 조직령도하시여 영광스러운 혁명전통을 마련하시고 조국광복의 역사적위업을 이룩하시였으며 정치, 경제, 문화, 군사 분야에서 자주독립국가건설의 튼튼한 토대를 닦은데 기초하여 조선민주주의인민공화국을 창건하시였다”고 하고 있으며, 제3조에서도 “조선민주주의인민공화국은 사람중심의 세계관이며 인민대중의 자주성을 실현하기 위한 혁명사상인 주체사상을 자기 활동의 지도적 지침으로 삼는다”고 명문화하고 있음이 이를 뒷받침해 주고 있다.

## 2. 規範的 目標

북한에서는 마르크스-레닌주의의 이론에서 출발하여 명확한 사회적 전망을 제시하고 있다. 즉, 북한은 현재의 사회주의사회를 점차 발전시켜 미래의 공산주의사회를 건설하려는 것으로, 그 목표는 명확히 일원적이고 이것과 다른 어떠한 목표도 배제한다. 북한의 노동당 규약은 “조선로동당의 면목적은 공화국 북반부에서 사회주의의 완전한 승리를 이룩하여 전국적 범위에서 민족해방과 인민민주주의의 혁명과업을 완수하는데 있으며, 최종목적은 온 사회의 주체사상화와 공산주의사회를 건설하는데 있다”(전문중)고 하고 있다. 북한의 헌법과 관련하여 살펴보면, 1972년 사회주의헌법에서 “전체 조선인민의 리익을 대표하는 자주적인 사회주의국가”(제1조)임을 천명하고, 1992년 개정헌법에서 “북반부에서 인민정권을 강화하고 사상, 기술, 문화의 3대혁명

6) 1998년 9월 5일 개정된 북한헌법의 분석에 관하여 상세히는, 張明奉, “最近의 北韓 社會主義憲法 改正(’98. 9. 5)의 分析 -背景·內容·評價 및 政策展望-”, 『統一研究論叢』, 제7권 2호(민족통일연구원, 1998), pp.1~39 참조.



을 힘있게 벌려 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 자주, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다”(제9조)라고 규정하고 있다. 그리고 북한은 “로동계급이 령도하는 로농동맹에 기초한 전체인민의 정치사상적 통일에 의거”하며, “국가는 사상혁명을 강화하여 사회의 모든 성원들을 혁명화, 로동계급화하며 온 사회를 동지적으로 결합된 하나의 집단으로 만든다”(제10조)고 규정함으로써 규범적 목표를 뒷받침하고 있다. 이러한 내용은 1998년 개정헌법에서도 여전히 규정되어 있음은 물론이다.

이에 비하여 남한에서는 다른 모든 서방 자유민주주의국가와 마찬가지로 명확한 일원적인 체제의 목표를 갖지 않는다. 남한체제는 북한체제보다도 확실히 다양한 목표와 수단에 의해서 특징지워진다. 그리하여 남한에서의 규범적 목표가 무엇이나 할 때 일원적인 목표를 제시할 수는 없으나 대체로 ‘자유민주주의체제’의 구축과 발전이라 할 수 있다. 남한의 헌법도 그 전문에서 ‘자유민주적 기본질서를 더욱 확고히’할 것을 다짐하고 있다. 이러한 체제는 ① 자유민주적 제원리의 유지, ② 인간의 존엄과 가치의 존중을 기초로 한 기본권의 보장, ③ 사회국가, ④ 법치국가 등의 원리를 전제로 하고 있다.

### 3. 政治體制

남한의 정치체제는 자유민주주의 정치체제로서 의회민주주의를 근간으로 하며, 권력분립제·복수정당제·사법권의 독립·다수결원칙·야당의 권리보장·법치주의 등을 특질로 들 수 있다. 특히 ‘권력분립’(separation of powers)의 원리는 사회주의국가의 통치조직의 원리인 ‘민주주의중앙집권제’(democratic centralism)와 대조를 이루는 것으로 국민의 자유와 권리를 보장할 수 있는 통치구조에 관한 기본원리이다.

이에 대하여 북한의 정치체제는 사회주의적 민주주의 정치체제로서

프롤레타리아 민주주의를 근간으로 하며, 이것은 프롤레타리아독재를 내실로 한다.

북한에서의 프롤레타리아독재는 구체적으로는 프롤레타리아의 전위인 공산당(조선노동당)에 의해 행하여진다. 북한의 정치체제의 구조는 ‘조선로동당’의 리더십에 의한 일원적 체계로 형성되어 있어, 북한의 정치체제를 ‘당-국가체제’(party-state system)라고 규정할 수 있다. 사실상 북한체제의 권력구조에 있어서 노동당은 모든 권력의 연원이요 중핵이며, 모든 국가기관 및 사회단체의 지도적 핵심(leading core)이 되므로 모든 국가기관과 사회단체는 노동당의 지도하에 당의 노선과 정책을 집행하는 도구에 불과하게 된다.

또한 북한의 정치체제의 구조의 특질적 요소로서 이른바 ‘민주적 중앙집권주의’ 내지 ‘민주집중제’를 들 수 있다. 북한에서 말하는 ‘민주주의중앙집권제’(democratic centralism)<sup>7)</sup>란 사회주의 국가기구의 조직과 운영 및 활동의 체계를 전면적으로 규제하는 기초원리인 것이다. 북한은 1972년 헌법에서 “조선민주주의인민공화국에서 모든 국가기관들은 민주주의중앙집권제 원칙에 의하여 조직되며 운영된다”(제9조)고 규정하고 있다. 그런데 북한은 민주주의중앙집권제란 본질상 중앙집권제하에서의 민주주의, 즉 ‘중앙집권제를 선행시키는 조건에서의

7) 북한의 민주주의중앙집권제에 대한 규정을 살펴보면, 1972년 헌법 제9조, 1992년 개정헌법 제5조, 1998년 개정헌법 제5조에서 명문화하고 있는 것을 찾아 볼 수 있으며, 『지방주권기관법』 제5조에서도 민주주의중앙집권제 원칙을 규정하고 있다. 구체적으로 민주주의중앙집권제의 내용을 보면, ① 최고국가권력기관 및 지방국가권력기관은 인민의 선거에 의하여 구성되고, ② 여타 국가기관은 이러한 국가권력기관에 의하여 구성되며, 그에 대하여 책임을 지고 또한 그 사업을 보고하며, ③ 국가권력은 궁극적으로 최고국가권력기관에 집중되고, 상급기관의 결정은 하급기관을 구속하며, ④ 각기관 내부에서는 소수는 다수에 복종하고, 지방은 중앙에 복종한다는 것을 의미한다. 북한의 1998년 개정헌법에서도 “조선민주주의인민공화국에서 모든 국가기관들은 민주주의중앙집권제 원칙에 의하여 조직되고 운영된다”(제5조)라고 관련 내용을 명문화하고 있다. 또한 1980년 제6차 당대회에서 채택된 「조선로동당 규약」에서도 “당은 민주주의중앙집권제 원칙에 의하여 조직한다”(제11조)라고 규정하고 있다.

민주주의'를 의미한다고 주장한다.<sup>8)</sup> 이것은 실제로 중앙집권주의적 요소가 민주적 요소를 지배하고 있으며, 따라서 여기서 민주주의란 중앙집권제를 보장·강화하는 한도내에서만 용인됨을 뜻하는 것이라 할 수 있다. 다시 말해 위로부터의 통일적인 지도와 밑으로부터의 창발성을 결합시키는 노동계급의 당과 국가기관 및 사회단체들의 조직과 활동 원칙을 말한다.<sup>9)</sup> 민주주의중앙집권제는 민주주의와 중앙집권제의 두 측면이 결합되어 하나의 통일체를 이루고 있다. 민주주의중앙집권제는 민주주의에 기초한 중앙집권제이며 중앙집권제하에서의 민주주의라고 한다. 민주주의와 중앙집권제의 결합에서 보다 중시하고 앞세워야 할 것은 중앙집권제이다. 중앙집권제를 우위에 놓고 강화하여야 사회에 대한 통일적 지도를 실현할 수 있으며, 근로인민대중의 정치적 자유와 권리, 행복한 생활을 보장할 수 있다고 한다. 민주주의중앙집권제는 인민민주주의독재체제건설의 기본원칙의 하나이며, 노동계급의 당과 국가기관, 사회단체들은 민주주의중앙집권제에 기초하여 조직되고 운영된다고 한다. 민주주의중앙집권제는 착취자국가기관의 조직과 활동의 기본원칙으로 되고 있는 관료주의중앙집권제와 근본적으로 대립된다고 한다.

결국 북한에서 모든 국가기관은 민주주의중앙집권제의 원칙에 의거하여 조직·운영되는 만큼 입법·행정·사법기관의 대립적 존재를 통치조직의 기본으로 하는 '권력분립'의 원칙은 확립될 수 없는 것이다. 북한에서도 국가기관은 입법·행정·사법기관으로 나뉘어 설치되어 있지만, 그들 상호간에 '견제와 균형'(checks and balances)에 입각한 권력분립은 존재할 수 없으며, 국가기관의 구분은 권력의 분립이 아니라 단지 기능의 분리에 의한 것이다.

8) 『조선민주주의인민공화국 사회주의헌법 해설』(평양: 인민과학사, 1973), pp.11~12.

9) 북한의 『조선말대사전(1)』을 보면, 민주주의중앙집권제는 “모든 문제 해결에서 개인은 조직에 복종하고 소수는 다수에, 하부는 상부에, 모든 성원과 조직은 중앙에 복종하는것은 민주주의중앙집권제의 중요한 요구이다”라고 설명하고 있다. 『조선말대사전(1·2)』(평양: 사회과학출판사, 1992), p.1232.

#### 4. 經濟體制

남한의 경제체제는 자본주의경제체제를 그 기본으로 한다. 그래서 남한헌법은 “대한민국의 경제체제는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”(제119조 제1항)고 규정하고 있다. 그러나 헌법은 현대적 사회국가의 원리에 입각하여 남한의 경제체제가 생존권적 기본권을 보장하여 모든 국민에게 인간다운 생활을 확보함으로써 ‘국민생활의 균등한 향상’을 기할 수 있도록 하기 위하여 사회적 시장경제체제에 근거하고 있음을 밝히고(제119조 제2항), 재산권의 행사에 있어서도 공공복리에 적합하도록 의무화하고 있다(제23조 제2항). 이것은 실질적 평등의 구현을 중요시하는 현대의 자유민주주의국가 헌법에서의 사회국가화(복지국가화) 경향에 따른 것이다.

이에 대하여 북한의 경제체제는 사회주의경제체제로서 자본주의경제체제를 청산하고 생산수단의 사적 소유를 부인하므로, 사유재산제와 자유경쟁의 원리에 입각한 자본주의경제체제와는 근본적으로 대립한다. 북한에서는 생산수단에 대한 사회주의적 소유와 사회주의적 생산관계를 토대로 한 국가에 의한 인민경제의 중앙집권적 지도와 계획이 행해지고, 따라서 경제체제의 유일한 가능성은 사회주의적 계획경제이다. 다만, 1992년 및 1998년 헌법에서 “조선민주주의인민공화국은 자기 영역안에 있는 다른 나라 사람의 합법적 권리와 리익을 보장한다”(제16조)라고 규정함으로써 외국인의 합법적인 권익을 보장하고 있다. 또한 외국법인 및 외국인과의 기업합영과 합작 장려를 위해 “국가는 우리 나라 기관, 기업소, 단체와 다른 나라 법인 또는 개인들과의 기업 합영과 합작, 특수경제지대에서의 여러가지 기업창설운동을 장려한다”(제37조)라는 규정을 두어 북한은 대외경제개방정책의 헌법적 근거를 마련하였다. 더욱이 북한은 1998년 헌법개정을 통해 경제부문에서 현실변화를 반영하여 부분적이거나 변화를 보이고 있다.<sup>10)</sup>

북한은 그동안 대외경제개방정책을 펴왔지만, 경제난의 극복을 위해서 서방의 자본과 기술 도입을 위한 대외경제개방정책을 확대할 필요성이 있었다고 할 수 있다. 북한은 나진·선봉지역을 ‘자유경제무역지대’로 설정하고 외국인 및 외국기업의 투자를 유치하기 위한 노력을 기울여 왔다. 이러한 ‘특수경제지대’를 통한 경제개방은 북한이 처한 경제난을 타개하기 위한 현실적 대안으로 제시된 것이라 볼 수 있다. 그래서 제한적이거나 자유경제무역지대를 확대함으로써 북한경제의 활로를 모색하려는 의지를 보여 왔다. 나아가 1998년 개정헌법에서는 경제부문에서 부분적이거나 실용주의노선으로 전환한 면을 엿볼 수 있다. 한 예로 1998년 개정헌법은, “국가는 경제관리에서 대안의 사업체계의 요구에 맞게 독립채산제를 실시하며, 원가, 가격, 수익성 같은 경제적공간을 옹계 리용하도록 한다”(제33조 제2항)는 조항을 신설하여 원가(cost), 가격(price), 수익성(profit)과 같은 시장경제 개념을 도입한 것은 큰 변화라 할 수 있다. 북한은 중국이나 베트남의 경제부문에서의 개혁·개방정책이 성공을 거두고 있다는 점에서 이를 모방하여 경제의 활력을 불러일으키는 효과를 얻고자 하는 것으로 보인다. 이것은 종래의 폐쇄적 민족경제의 틀에서 벗어나 실리를 추구하고자 하는 의도를 반영하는 것이라 할 수 있다.

## 5. 社會體制

남한의 사회체제는 개방된 다원적 사회체제로서, 인간의 존엄과 가치의 존중, 인격의 자유로운 발전, 불가침의 기본적 인권보장의 가치

---

10) 그 내용을 보면, 생산수단소유의 주체 확대(제20조), 국가소유의 대상 축소(제21조), 사회·협동단체의 소유대상 확대(제22조), 개인소유의 범위 확대(제24조), 자립적 민족경제의 개념 수정(제26조), 농업의 ‘현대화’ 개념 추가(제28조), 경제관리운영에서 원가·가격·수익성의 개념 도입(제33조), 대외무역주체로서 사회·협동단체 명기(제36조), ‘특수경제지대’에서의 다양한 기업창설·운영 장려 추가(제37조) 등을 들 수 있다. 이에 관해서는 張明奉, “最近의北韓 社會主義憲法 改正(1998. 9. 5)의 分析”, 앞의 論文, pp.16~27.

, 가

를 지향하는 체제이다. 체제이론적 면에서 남한의 체제는 ‘사회유지(발전)모델’로서 성격지워진다. 현체제를 유지·발전시켜 개량함으로써 그 구성원의 인권을 보장하고 생활을 안정·향상시키려고 하기 때문에 남한은 경제적으로는 ‘사회적 시장경제체제’를 취하고, 정치적으로는 ‘의회민주주의체제’를 취하고 있다. 남한사회에서는 정치적 주요방향으로서 여당과 야당세력, 재야세력이라든가 또는 보수집단과 진보집단이 상호경쟁하고 있고, 체제내부에서 국가와 사회를 구속하는 통일적 목표를 설정하는 것은 불가능하다. 이 체제는 다수의 집단의 권력과 이해의 대립을 긍정하고, 이들의 경쟁에 의하여 발전을 기대하는 체제이다.

이에 대하여 북한의 사회체제는 폐쇄된 일원적 사회체제이다. 북한은 혁명적 발전·변혁과정에 있어서의 사회주의국가로서 자기를 위치시키고 있다. 이 체제는 공산주의체제의 실현을 지향하고 있고, 따라서 체제이론적으로는 ‘체제목표(지향)모델’로서 성격지워진다. 북한은 프롤레타리아독재(실질적으로 노동당의 독재)하에 집단주의원리에 따라 집단에 대한 개인의 종속을 전제로 하고, 일정하고 명확한 목표(공산주의사회의 건설)를 갖는 체제이다. 이 체제에서 국가는 사회주의사회를 유지·발전시키고 공산주의사회를 건설하기 위한 수단이 된다.

### Ⅲ. 南北韓 憲法 法制 統合過程

남한의 역대정부의 통일방안 중 합리적이고 체계화된 통일방안으로서 국민적 공감대가 형성되어 있다고 볼 수 있는 것은 「민족공동체 통일방안」이라고 할 수 있다. 「민족공동체 통일방안」<sup>11)</sup>에 따르면, 남북통

11) 1982년(제5공화국 시기)에 ‘민족통일협의회’에서 마련한 통일헌법 초안을 민주적 방법으로 확정하고 이 통일헌법에 의거해 통일국가를 이룩한다는 구도로 된 「민족화합민주통일방안」이 나왔고, 이 방안을 보완하여 통일의 중간단계로 ‘남북연합’을 설정한 「한민족공동체통일방안」이 1989년(제6공화국 시기)에 나왔다. 이후 이 방안을 보다 발전시켜 통일에 이르는 과정을 ‘남북화해·협력단계’, ‘남북연합단계’,

일은 점진적이고 단계적인 접근을 통해 이룩될 것임을 상정하고 있다. 이 방식은 평화적 통일을 달성하고자 하는 우리의 공식적인 통일구도로 볼 수 있다. 이에 따라 남북한의 헌법 및 법제통합의 과정을 다음과 같이 살펴볼 수 있다.

### 1. 和解・協力段階：既存‘南北合意’ 基礎

이 단계에서는 남북의 정치적 화해, 군사적 신뢰구축, 경제적·사회적·문화적 교류와 협력을 통한 관계개선에 중점을 둔다. 여기서 이에 부응하는 법제도통합의 준비가 이루어져야 한다. 법제도통합의 준비단계로서 여기서 북한법에 관한 실태를 분석하고, 남북이 법제자료의 교환을 통한 상호 이해증진이 선행되어야 할 것이다.

남북은 이미 「남북기본합의서」를 채택·발효시켜(1992. 2. 19) 화해·협력단계의 구축을 위한 법적 기초를 마련하였다. 이에 의하면, 화해공동위원회의 산하기구로서 ‘법률실무협의회’를 구성하고, 이를 통해 「남북기본합의서」에 저촉되는 법률적·제도적 장치의 개정 또는 폐기 문제를 협의·해결하도록 합의하였다(화해부속합의서 제4조, 제26조).

### 2. 南北聯合段階：「南北聯合憲章」 基礎

이 단계에서는 남북한이 공존·공영과 평화정착을 통한 경제·사회공동체를 형성발전시켜나가는 데에 주력한다. 이 단계의 법적 기초로서 이른바 「남북연합헌장」이 남북의 합의에 의해 남북연합의 규범으

---

‘통일국가단계’ 등 3단계로 설정한 「한민족공동체 건설을 위한 3단계 통일방안」(간략하게 「민족공동체 통일방안」이라고 함)이 1994년(문민정부 시기)에 나왔으며, 이 방안은 이전 정부의 통일방안을 종합 체계화한 것이라 할 수 있다. 이후 국민의 정부와 참여정부에서는 구체적인 공식 통일방안을 천명하지 않았으나 통일접근 전략으로 「민족공동체 통일방안」에 따른 통일정책의 기초를 유지하고 있다고 할 수 있다. 따라서 본고에서의 남북한 헌법 및 법제의 통합과정에 관한 설명도 「민족공동체 통일방안」에 입각하여 기술하고자 한다.

, 가

로 마련된다. 여기서 법제도통합은 ‘남북연합단계’에서 설정된 목표달성을 위해 요청되는 부분에 중점을 두고 추진하여야 한다. 좀 더 구체적으로는 법제도통합의 진입단계로서 남북한의 법체계의 공통요소를 확대하고 북한의 법제도의 정비를 유도하는 과제를 추진하여야 할 것이다.

이를 위해 통일의 걸림돌로 작용하는 남북한의 법제도를 우선 정비하는 것이 필요하며, 나아가 남북한이 서로에게 적용할 수 있는 입법을 함으로써 법제통합을 위한 구체적인 작업을 추진하여야 한다. 이 단계에서 남북연합현장상의 남북연합기구의 운영이 정례화되고 민족공동생활권이 형성됨으로써 점차 정치적 통합을 위한 논의가 진전될 것이다. 그리고 남북의 정치적 통합을 위한 최종 규범으로서 통일헌법을 제정하기 위한 논의가 구체화되고, 이를 토대로 통일헌법안을 성안하고 남북이 합의한 절차를 거쳐 통일헌법을 확정하게 된다.

### 3. 統一國家段階 : 「統一憲法」 基礎

이 단계에서는 남북이 ‘1민족·1국가의 통일국가’를 수립하는 것으로서 여기서의 법제도통합은 무엇보다 통일헌법의 확정·시행이 관건이 된다. 이 단계는 통일법체계의 완성단계로서 바로 통일헌법을 기초로 하여 국가통일을 이루게 되는 것을 의미한다. 한편 여기서는 통일헌법과 함께 민사법, 형사법 등 부문법의 통합을 이룸으로써 법제도적인 통일을 완성하게 된다.

이러한 단계적인 통일의 추진구도 아래 남북관계의 진전에 따라 통일법체계를 정립해나가야 하는데, 이를 다음에 도식화해보기로 한다.



〈단계별 법제도 통합의 추진구도〉

‘ . , ’	‘ . , ’		. 가 .
‘ . , ’	「 」		. 가 .
‘ 가 , ’	「 」		. .

#### IV. 統一憲法體制(事例)

독일과 예멘의 통일사례에서 보면, 동서독의 헌법적 통합과 남북예멘의 통일헌법체제는 우리에게 시사하는 바가 크다. 알다시피 독일통일은 구동독의 체제전환 후 서독체제에 ‘편입’되는 평화적인 흡수통일의 방식으로 이루어졌고, 예멘통일은 남북예멘이 서로 대등한 위치에서 합의통일방식에 따라 이루어졌다. 우리는 남북한 헌법통합문제를 논의하는데 있어서, 독일과 예멘의 경우 평화적 통일을 위한 헌법체계의 통합이라는 점과 아울러 서로 다른 이념과 체제의 대립으로부터 단일의 헌법체제로 통합한 형태가 결과적으로 사회주의체제의 붕괴에 따른 민주주의와 시장경제체제로의 통합이라는 데에 주목할 필요가 있다.

##### 1. 統一憲法體制

동서독의 통일은 구서독기본법<sup>12)</sup> 제23조에 의해 구동독의 서독연방에로의 편입이라는 흡수적 방식으로 이루어짐으로써, 통일 조약에 따

라 개정된 서독기본법이 통일독일의 헌법으로 발전하였다. 따라서 서독기본법의 기본원칙 및 질서가 독일 통일헌법<sup>13)</sup>의 내용의 근간이 되었다. 다음에 독일의 통일헌법상 기본 원칙 및 질서에 관하여 간략하게 살펴본다.

첫째, 구서독기본법은 제20조 및 제28조에서 연방국가 원리와 공화적·민주적·사회적 법치국가 원칙을 명시하고 있었는데, 이는 여전히 통일헌법의 원칙으로 되어 있다. 이를 위해 「통일조약」<sup>14)</sup>은 전문에서 “법치국가적·민주적 및 사회적 연방국가에서 함께 평화와 자유를 누리며 살고자 하는 양독 국민의 염원에 따라…”라고 하여 통일을 성취했음을 선언하였다.

이에 따라 구서독기본법 제23조에 의거해 독일연방으로 동독이 편입하기 위해서는 헌법원칙에 기속되어야 하므로 구동독이 서독의 체제를 수용하여야 한다는 한계가 지적되었다. 이는 동독이 서독체제를 수용하는 헌법개혁을 이룸으로써 해결될 수 있었다. 즉, 동독은 1989년 12월 1일 헌법개정을 통해 1974년 헌법<sup>15)</sup> 제1조에서 규정하고 있었던 ‘마르크스-레닌주의’의 국가이념을 삭제하였다. 이로써 노동자계급과 공산당의 영도하에 운영되던 동독의 국가체제에 변화가 일어나 사회주의를 포기하고 정치적 다원주의가 도입되게 되었다. 동독의 국가체제의 변화는 1989년 시민의 평화혁명의 헌법적 정당성을 인정하는 것으로 국가체제의 지도이념으로서 마르크스-레닌주의의 사상을 폐기한 것이었다.

12) 구서독기본법의 전문은 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법 -독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료」(국민대출판부, 2001), pp.187~245.

13) 독일통일헌법 전문은 위의 책, pp.275~342.

14) 이 條約은 *Der Vertrag zwischen der BRD und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands-Einigungsvertrag*, *Bulletin*, Nr. 104(Bonn: Presse-und Informationsamt der Bundesregierung, 1990), S. 877~1120; *Die Verträge zur Einheit Deutschlands* (München : Deutscher Taschenbuch Verlag, 1990), S. 43~569.

15) 구동독(독일민주공화국)의 1974년 헌법 전문은 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법」, 앞의 책, pp.246~274.

둘째, 독일의 통일헌법상 정치적 기본질서는 이른바 자유민주적 기본질서에 입각한 민주주의에 토대를 두고 있다. 민주주의에 대한 개념은 다양하게 나타나지만 일반적으로 여기서의 민주주의 내지 민주적 기본질서는 인간의 생명 및 인격권의 존중, 국민주권, 권력분립, 다수의 지배, 복수정당제의 원칙, 법치국가적 지배 질서의 확립 등의 내용을 포함하는 것이다.

셋째, 독일 통일헌법의 중요한 정치이념으로서 사회적 법치국가 원칙을 들 수 있다. 독일의 통일헌법은 사회적 법치국가성을 규정하고 있다(제28조). 사회적 법치국가의 이념은 복지국가성과 사회적 정의의 실현을 그 목표로 한다. 이를 통해 독일은 사회적 안전화를 꾀하고 인간의 존엄성을 존중하며 자유로운 인격발전을 보장하려고 한다. 이에 따라 국가의 과제는 보호적·유지적·간섭적인 차원에서 나아가 기획적·조정적·급부적·분배적 사회생활을 가능하게 하도록 설정함으로써 보다 적극적인 기능을 하는 것으로 강조된다.

넷째, 독일 통일헌법상 경제적 기본질서로는 이른바 사회적 시장경제주의를 표방하고 있다. 사회적 시장경제는 경제재의 생산과 분배가 자유경쟁체제의 원칙에 의해 행해지되, 경제에 대한 국가의 통제가 정당한 권리일 뿐 아니라 사회정의를 실현하고 사회질서를 유지하고 사회적 약자를 보호하기 위한 범위내에서는 국가의 의무로 인정되어 있는 경제헌법체제를 말한다. 이러한 자유시장질서에 입각한 경제체제로의 전환을 위해 동독은 1990년 1월 12일 헌법개정을 통해 소유제도의 근본원리를 변경하여 사적소유를 인정하였다. 즉, 구헌법 제12조에서 사적소유를 금지하는 조항을 삭제하고, 새로운 소유형태로써 법률에 근거한 인민재산의 사적소유를 인정함으로써 자본주의 경제질서에 따른 소유권제도의 도입과정을 헌법에 명시한 것이다. 또 개정헌법은 제14a조를 신설하여 외국기업에 대해 설립의 자유를 보장하고 노동자의 경영참여권을 인정하였다. 이로써 동독은 사회주의적 경제

, 가

질서에 입각한 소유제도를 포기하고 자유시장경제원리를 실현하기 위한 법적조치를 취하였다.

다섯째, 독일의 통일헌법상 사회문화적 기본질서는 이른바 ‘사회복지주의’에 두고 있다고 볼 수 있다. 이는 모든 인간의 최저한도의 인간다운 생활을 보장하는 복지국가의 건설을 이념으로 하고 사회정의의 실현을 그 목적으로 삼는 것이다. 이를 위해 국가는 시민적 자유와 정치적 민주주의의 실현을 통해 전체주의를 방지하고 국민의 생존권을 보장하는데 역점을 둔다. 이 사회복지주의는 사회적 법치국가의 원리와 사회적 시장경제주의의 실현과 밀접한 관계가 있다.

## 2. 統一憲法體制

남북예멘은 일방의 힘에 의한 것이 아니라 실질적·평화적인 방법에 의한 합의통일을 모색하였다. 이와 같은 기본적인 통일원칙에 입각하여 남북예멘은 통일국가이념을 공화주의·민족주의·민주주의로 하였고, 정치체제를 대통령제·의회와 행정부 및 사법부로 구성하기로 하여 3권분립에 기초한 자유민주체제에 가까운 정부형태를 취하였다.

다음에 예멘 통일헌법<sup>16)</sup>에 규정된 내용을 중심으로 예멘공화국의 국가체제와 관련한 통일헌법의 기본질서에 관하여 살펴본다.

첫째, 예멘 통일헌법의 정치적 기본질서에 관하여 보면, 통일헌법은 제1부 제1장에서 「예멘공화국」의 정치기초에 관하여 규정하였다. 이에 의하면, 예멘 공화국은 독립주권국가로서 분리될 수 없는 단일국가임을 선언하고, 예멘국민은 아랍인 및 이슬람세계의 일부임을 밝혔다(제1조). 국교는 이슬람이며 공용어는 아랍어이고(제2조), 이슬람을 법(샤리아: Sharia)이 모든 입법의 근원이라 하였다(제3조). 그리고 “예멘국민은 정당성과 권력의 근원이다. 국민은 국민투표와 총선을 통해

16) 예멘통일헌법(예멘공화국헌법) 전문은 위의 책, pp.397~420.

주권을 직접 행사하거나 또는 입법·행정 및 사법기관과 선거로 구성된 지방기관을 통해 주권을 간접적으로 행사한다”(제4조)고 하여 국민 주권주의를 규정함과 동시에 대의제민주주의와 직접민주주의를 도입하였다. 이는 구 남예멘헌법<sup>17)</sup>이 국가가 모든 권력의 근원이라고 한 규정(제4조)에서 발전한 것이며, 남예멘헌법에서의 중앙집권적 민주주의, 즉 마르크스-레닌주의를 포기하였음을 나타낸 것이다. 그리고 통일헌법은 UN헌장, 국제인권선언, 아랍연맹헌장 및 국제법상 일반원칙의 준수를 규정하여(제5조) 국제법존중주의를 표방하였다.

둘째, 경제적 기본질서에 관하여 예멘통일헌법은 제1부 제2장에서 규정하였다. 먼저 국가경제원칙으로 ① 사회 및 생산관계에 관한 이슬람 사회 정의, ② 기본생산시설을 소유할 수 있는 공공부문의 설립, ③ 공공이익과 법률에 따른 공정한 보상없는 사유권 침해의 금지, ④ 강력하고 자립적인 국가경제의 건설 및 사회주의적 관계를 보장하여 포괄적인 성장을 실현할 수 있도록 하는 관계와 잠재성의 지표 등을 정하였다(제6조). 그리고 국가의 경제활성화 및 경제운용원칙(제7조~제11조), 조세법률주의(제12조, 제14조), 자연자원 및 공공산업개발권 부여의 법률주의(제17조) 등을 규정하였다. 통일헌법상의 경제원칙을 보면, 남예멘이 사회주의 계획경제체제(제15조~제17조)를 포기하였음을 알 수 있다. 이는 남예멘에서 민족의 열망과 분단 극복에 대한 열정과 함께 경제적 난국의 탈피라는 현실적 이유가 통일의 추진배경이 되었음을 보여주는 것이기도 하다.

셋째, 예멘공화국의 사회 및 문화적 기본질서에 관하여 통일헌법은 제1부 제3장에서 규정하였다. 여기서 국가는 헌법정신과 목적에 부합되는 과학 연구, 문학, 기술 및 문화적인 창작의 자유를 보장하고 이를 성취하기 위한 필요한 수단을 제공하며, 과학과 예술의 발전을 위해 모든 지원을 한다고 하였다(제18조). 또한 국가는 국민에게 정치·

17) 구 남예멘헌법(예멘인민민주공화국 헌법)의 전문은 위의 책, pp.369~396.

경제·사회·문화적으로 균등한 기회를 보장하며, 이를 실현하기 위한 법률을 제정하여야 한다고 하였다(제19조). 근로에 대해서는 권리이자 명예이며 사회발전을 위한 필수적인 것이라고 강조하고 법률의 범위내에서의 직업선택의 자유를 인정한다고 하였다(제21조).

## V. 統一憲法 制定方向 基本秩序

「민족공동체 통일방안」에 따르면, 남북연합단계에서 남북이 협의하여 통일헌법 초안을 마련해 이를 민주적 절차와 방법으로 확정하고 이 통일헌법에 의거해 통일국가를 이룩하는 구도로 되어 있다. 여기서는 통일헌법의 제정 방향과 기본질서에 관하여 논급해 보려고 한다.

무릇 헌법통합은 남북의 헌법체제의 이질성을 극복하여 두 헌법체제의 가치적 공감대를 형성하게 될 때 이를 수 있는 것이다.<sup>18)</sup> 헌법통합의 길은 남북이 이념과 체제의 차이를 극복하고 점차 서로의 공통범위를 넓혀나감으로써 열리게 되는 것이다. 남북의 헌법통합은 남북의 정치적 통합을 전제하는 것으로 남북의 상이한 이념과 체제의 통합을 이루어야 가능한 것이므로<sup>19)</sup> 서로 대립된 헌법체제하에서 하나의 가치체계에 합의하기란 쉽지 않다. 따라서 통일헌법에 관한 논의는 그 자체가 이상적으로 비쳐질 수 있고 그 현실적 필요성이 왜곡될 수도 있을 것이다. 그러나 이제 남북통일문제는 당위론을 벗어나 현실문제로 다가선 만큼 그에 대한 구체적이고 각론적인 준비가 필요한 때이다.<sup>20)</sup> 그런 준비의 일환으로 헌법통합문제와 함께 통일헌법체

18) 남북한 헌법통합의 구상에 관하여는, 張明奉, “南北韓 憲法體制的 眺望과 憲法統合 構想”, 정부수립 50주년 기념 학술회의, 북한연구학회, 동국대 90주년 기념문화관, 1998. 7. 3 참조.

19) 李相禹, “韓民族共同體 : 政治統合의 課題”, 『韓民族共同體의 摸索』, 제22차 전체 세미나 행사자료(大統領諮問 21世紀委員會, 1991. 9), p.15.

20) 統一憲法에 관한 制定論議의 必要性을 강조한 論文으로는 金哲洙, “통일헌법을 생각한다”, 『헌법이 지배하는 사회를 위하여』(考試界, 1986), pp.450~455; 같은 筆者, 『韓國憲法史』(大學出版社, 1988), pp.409~441; 張明奉, “統一憲法을 위한 南北韓

제에 관한 논의가 필요하다.

물론 이러한 통일헌법 문제는 매우 어려운 일임에 틀림없다. 조금 구체적으로 보면, 헌법통합을 위해서는 국호, 국가형태, 정치이념, 정부형태, 대내외정책의 기본방향, 권력구조 등에 대한 문제에 대해서도 합의가 도출되어야 한다. 합의도출과정에서 남북 양측의 첨예한 대립에 따른 많은 난관이 예상된다.

이를 염두에 두면서 여기서는 통일헌법의 최고원리와 제정방향, 기본질서를 간략하게 언급하고, 통일헌법의 기반조성을 위한 과제에 관하여 살펴보고자 한다.

## 1. 統一憲法 最高原理

헌법은 각기 특유한 이념과 가치질서를 내용으로 하고 있어 일정한 가치체계를 표현하고 있다. 오늘날 현대민주국가의 헌법에서는 그 최고의 이념 및 가치로서 인간의 존엄과 가치의 존중을 들 수 있다. 인간의 존엄과 가치는 사회구성원 모두의 공감대를 이루는 것으로 이른바 ‘가치의 세계’를 징표하고 있다. 인간의 존엄성은 초국가적인 자연법적 원리로서 양도하거나 포기할 수 없는 인간이 갖는 고유의 가치인 동시에 헌법상 최고원리이며, 인권보장의 이념적 출발점인 것이다. 오늘날 인간의 존엄과 가치존중은 현대민주국가에서 가치적 공감대를 이루며, 따라서 이를 헌법의 이념적 기초로 삼고 있다.

그리하여 통일헌법에 있어서도 최고의 가치는 인간의 존엄과 가치의 존중에 두어야 한다. 이는 우리의 「민족공동체 통일방안」에서 제시하고 있는 ‘자유·복지·인간존엄성이 보장되는 선진민주국가’라는 통일국가의 미래상과 관련하여 볼 때도 합당한 이념과 가치인 것이

---

憲法 比較”, 『北韓研究』, 제1권 2호(大陸研究所, 1990 겨울), pp.88~89; 같은 筆者, “南北韓 統一憲法の 原理”, 서원대 통일문제학술세미나 發表文(서원대 사회과학연구소, 1992. 5) 등을 들 수 있다.

, 가

다. 통일헌법은 인류문명의 기준에 입각한 보편성에 합치되어야 한다는 점에서도 인간의 존엄과 가치존중의 이념은 통일헌법의 최고원리가 되어야 할 것이다.

## 2. 統一憲法 制定方向

우리의 「민족공동체 통일방안」은 통일국가의 미래상으로 남북한의 민족구성원이 모두 주인이 되며, 민족구성원 개개인의 ‘자유’와 ‘복지’와 ‘인간존엄성’이 보장되는 선진민주국가를 제시하였다. 그러나 남한은 자유민주주의에 기초하고, 북한은 사회주의에 기반을 두어 남북이 서로 상반된 헌법질서하에 있는 상황에서 통일헌법체제의 합의점을 찾기란 쉽지 않지만, 통일국가의 바람직한 모습은 인류보편의 가치와 역사발전방향에 따라 그 지향하는 바가 결정되어야 할 것이다. 그런 의미에서 통일국가의 미래상은 ‘자유와 평등이 조화되는 민주복지국가’로 상정할 수 있다. 민주복지사회란 국가구성원간에 자유와 평등이 골고루 배분되도록 보장하는 사회를 말한다. 분단하에서 남한은 정치적 자유를 귀중한 가치로 삼았기 때문에 경제적 불평등을 필요악으로 당연시해 왔던 반면, 북한은 경제적 평등을 표방하고 표면상 평등을 배타적으로 추구함으로써 정치적 자유의 보장에 소홀하였다. 이 점에서 통일국가는 이러한 남북의 경험을 바탕으로 구성원 모두의 공감을 얻는 가치체계로서 민주복지국가를 바람직한 통일국가의 미래상으로 생각할 수 있다.<sup>21)</sup>

말할 나위없이 통일헌법의 제정작업은 남북의 정치적 통합을 전제로 하는 것이므로 많은 시간과 노력을 필요로 하는 지난한 일이다.

21) 張明奉, “統一憲法草案에 관한 試論”, 『한민족공동체 統一方案』의 理念과 實踐, 제4회 統一問題綜合 심포지움 結果報告書(國土統一院, 1990. 3. 30), p.187; 韓培浩, “統一韓國의 未來國家像”, 광복 50주년 기념 종합학술대회 발표논문(학술진흥재단, 1995. 8. 10), p.56.



기실 통일이란 남북한의 기존 이념과 체제의 상극성을 극복하고 정치적·경제적·사회문화적 공동체를 완성하여 하나의 민족공동체를 이룩하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 헌법통합의 방향은 남북간 이질화된 이념과 체제를 포용하는 방향으로 접근하여야 할 것이다. 상극적인 체제간에는 사회통합·경제통합·정치통합이 이루어질 수 없으므로, 두 체제간의 체제상용성을 높이기 위해 상이한 체제를 수용할 필요가 있다.

이런 면에 비추어 통일헌법의 제정방향에 관해 다음과 같이 언급할 수 있을 것이다.

첫째, 통일국가는 개인과 국가, 자유와 평등, 자율과 통제 등을 조화시키는 통합원리를 구현하여야 하며, 새로운 민족공동체의 삶에 필요한 가치체계를 창조하여야 할 것이다.<sup>22)</sup> 이에 따라 통일헌법은 이러한 내용을 추구하는 방향으로 모색되어야 한다. 다시 말해 통일헌법은 통일국가 수립이라는 새로운 시대상황에 상응하는 이념과 가치를 담아야 하며, 그러한 이념과 가치를 정립하는 일은 통일국가를 진정한 민족공동체로서 바람직한 삶의 터전으로 만드는 중요한 과제이다.

둘째, 남북한이 추구하는 통일국가의 목표와 과제는 인간의 존엄과 가치가 최대한 존중되고 인간다운 생활의 보장과 삶의 질의 향상을 도모하는 민주복지사회의 건설이라 할 수 있다. 이는 현대국가가 지향하는 이념인 동시에 인류보편의 가치구현인 것이다. 위에서 말한 바와 같이 『민족공동체 통일방안』은 통일조국의 모습을 하나의 민족공동체로서 민족구성원 모두의 자유·복지·인간존엄성이 보장되는 선진민주국가라고 밝히고, 또 통일국가형태는 ‘1민족·1국가·1체제·1정부’의 단일국가라고 하여 통일국가의 미래상을 제시하였다. 이것은 한마디로 ‘자유와 평등이 조화되는 민주복지국가’의 건설을 통일국가

---

22) 陳德奎, “이데올로기 統合의 課題”, 『한민족공동체의 모색』(대통령자문 21세기 위원회, 1991), pp.21~22.

의 미래상으로 정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 우리가 먼저 생각할 수 있는 통일헌법의 체제도 이러한 통일국가의 미래상을 구현할 수 있는 것이어야 한다.

셋째, 남북한의 통일은 한민족의 목표이며 전체민족의 평화와 번영을 위한 조건으로 추진되고 민족전체의 자유·평등·복지를 향상시키는 과정을 통해 한국민족주의의 틀 안에서 모색되어야 한다.<sup>23)</sup> 이 한국민족주의는 단순히 과거로 돌아가는 ‘복고적 통일’이 아니라 새로운 민족국가건설과정을 통해 미래의 역사를 창조하는 ‘미래지향적 통일’을 추구하는 통일이념으로 되어야 하고, 마땅히 이것은 통일헌법에도 반영되어야 한다. 결국 통일국가는 우리 민족의 미래를 가장 잘 보장할 수 있어야 한다.<sup>24)</sup>

넷째, 구소련 및 동구 사회주의국가들에서의 변혁과정에서 사회주의 체제의 모순은 역사적 경험을 통해 실증되었다. 또한 동서독통일과 남북예멘의 통일과정에서도 사회주의체제의 자본주의체제에로의 흡수통합방식으로 통일이 완성된 상황을 볼 수 있다. 이러한 점에서 보면, 통일국가의 체제는 현실적으로 상대적인 우월성이 입증된 자본주의체제에 귀결되는 형태를 띠는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 통일국가의 바람직한 체제유형으로는 합의에 의한 자유민주주의와 자본주의에로의 통일을 상정할 수 있다.<sup>25)</sup> 그러나 구소련 및 동구사회주의국가들의 붕괴가 바로 자본주의 내지 자유민주주의의 완전 승리를 의미하는 것이 아니라는 면에서 통일헌법이념은 자본주의의 모순과 자유민주주의의 한계를 극복할 수 있는 가치체계를 이루는 것이어야 한다.

23) 조 민, 「한국민족주의 연구」(민족통일연구원, 1994), pp.161~165.

24) 黃炳憲, 「통일한국의 정치이념」(민족통일연구원, 1994), pp.4~5.

25) 金榮作, “統一祖國의 未來像 : 體制觀에 關한 思想史的 考察을 中心으로”, 統一에 關한 韓·獨 比較研究세미나 發表論文(國民大 社會科學研究所·東北亞文化研究院, 1993. 11. 12), p.37; 黃炳憲, 위의 연구보고서, p.2.

### 3. 統一憲法 基本秩序

통일국가의 미래체제로서 상정한 기본이념에 상응하여 통일헌법의 기본질서는 설정되어야 한다. 여기서는 인간의 존엄과 가치가 최대한 존중되고 인간다운 삶이 충실히 보장되는 복지사회건설이란 목표가 지향점이 된다. 다시 말해 통일국가는 자유와 평등이 조화되는 복지국가로서 인간의 존엄과 가치가 최대한 보장되는 복지사회의 건설을 과제로 삼는 것이다. 이는 현대국가의 이상으로서 인류보편의 가치를 실현하는 것이기도 한 것이다. 이에 비추어 볼 때, 남북의 헌법체제의 차이에도 불구하고 통일헌법의 기본질서와 기본원리는 민족의 소망과 이익이라는 특수성과 인류문명의 기준에 입각한 보편성을 합치시킬 수 있는 내용에 중점을 둔다면 남북한의 공통점을 모색할 수 있을 것이다.

통일국가의 미래상으로서 ‘자유와 평등이 조화되는 민주복지국가’의 건설을 상정하고 앞의 통일헌법의 제정방향을 고려하여 다음에 정치적·경제적·사회문화적인 면과 국제적인 면에서의 기본질서에 관하여 살펴본다.

첫째, 정치적인 면에서의 기본질서로는 자유민주주의를 근간으로 하되, 형식적 자유주의의 한계를 극복하고 실질적 평등과 복지의 실현을 도모하는 것이어야 한다. 그것은 인권이 보장되고 모든 국민에게 동등한 민주적 참여의 기회가 보장되는 것으로서 정치적 다원주의에 입각한 것이다.<sup>26)</sup> 자유민주주의의 핵심적인 가치이념인 자유와 평등을 보장하기 위한 제도로써 국민주권주의와 기본권존중주의에 기초하여 의회주의, 법치주의, 권력분립주의 등을 채택하고 있다. 여기서는 다원주의와 민주주의를 옹호하고 권력분립을 통해 국민의 기본권 보호를 최우선의 가치로 삼는다. 이런 면에서 집단주의원리에 의해 ‘민주주의중

26) 李相禹, 앞의 論文, pp.18~19.

양집권제'에 입각하여 권력분립을 부정하는 1당지배체제와 수령의 1인 지도체제하의 북한체제는 통일국가의 정치체제로서 배격된다.

둘째, 경제적인 면에서의 기본질서로는 시장경제질서를 기초로 하고 사회주의경제체제의 장점을 가미하여 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 지향하는 것으로서 일종의 혼합경제체제를 취하는 것이 바람직하다.<sup>27)</sup> 오늘날 선진국가들과 동구 사회주의국가들의 경제개혁을 보면, 자본주의경제체제는 계획경제의 원리를 도입하여 활용하고 사회주의경제체제는 시장원리를 수용함으로써 양체제간의 조화 경향을 보이고 있다. 이런 면에서 통일헌법상 경제적 기본질서는 시장과 계획이 조화되는 경제체제로의 발전을 도모하여야 할 것이다. 여기서의 기본가치로는 경제적 자유보장, 분배적 평등의 실현, 복지경제체제의 구현 등이 될 것이다. 이러한 경제질서는 바로 '사회적 시장경제원리'를 그 이념적 기반으로 하는 것이다.<sup>28)</sup>

셋째, 사회·문화적인 면에서의 기본질서로는 통일국가가 남북의 이질적 체제의 결합임을 고려하여 전체주의를 배격하고 다원주의를 기반으로 다양성이 보장되는 가운데 선의의 경쟁을 통한 발전을 도모하는 것이어야 한다. 그것은 의회민주주의의 토대 위에서 실질적 평등의 실현을 위해 노력하며, 궁극적으로 인간의 존엄과 가치가 존중되고 민족구성원이 모두 민족사의 주체로서 개개인이 자신의 능력을 최대한 발휘할 수 있음을 의미한다. 이에 따라 통일헌법은 남북주민이 통일국가의 가치체계와 문화체계, 생활양식에 있어서 이질성을 극복

27) 成樂寅, “南北韓統一의 經濟秩序와 社會正義”, 『亞·太公法研究』, 제2집(亞細亞·太平洋公法學會, 1993), pp.139~141; 金性洙, “南北韓 統一憲法の 經濟秩序問題”, 『公法研究』, 제21집(韓國公法學會, 1993), pp.101~102; 김대환, “통일경제체제와 국가의 역할”, 『한반도 통일국가의 체제구상<경제부문>』(한겨레신문사·학술단체협의회, 1995. 7. 8), pp.20~21; 鄭重宰·黃炳惠, “統一韓國의 理想的 政治 및 經濟體制의 摸索”, 『統一韓國의 經濟體制와 政策基調』(成均館大學校 韓國産業研究所 심포지엄 發表論文, 1995. 11. 17), pp.39~45.

28) 金瑩允, 『統一韓國의 經濟體制』(民族統一研究院, 1994), pp.86~129.

하여 일체감을 이루도록 하여야 한다.<sup>29)</sup>

넷째, 국제적 기본질서는 국제평화주의와 국제협조주의를 확립하고, 국제법존중주의에 입각하여 세계의 모든 국가와 우호협력관계를 정립하는 것이다. 통일국가는 자주적 민족국가로서 대외관계에 있어 자주적 대외정책의 기본원칙하에 상호 주권존중 및 호혜평등의 원칙에 입각해 대외활동을 수행한다. 특히 통일국가는 한반도를 둘러싼 새로운 국제질서와 안보환경을 조성하게 될 것을 상정하여 동북아와 아태지역의 평화를 정착시키는 동시에 자주외교에 바탕한 국익을 도모하여야 할 것이다.<sup>30)</sup>

## VI. 統一憲法 基盤造成 課題

남북이 오랜 분단기간 서로 다른 이념과 체제로 대립하는 동안 그 이질성이 심화되어온 상황에서 통일헌법이 담아야 할 단일의 이념과 체제에 합의한다는 것은 매우 어려운 일이다. 그러나 그 합일점으로 설정한 통일국가의 미래상과 관련하여 통일헌법이 제정되기 위해서는 몇 가지 과제를 안고 있다. 다음에 통일헌법의 제정을 위한 과제에 관하여 언급하고자 한다.

첫째, 통일헌법은 통일국가의 미래를 지향하는 것으로 현실의 모순을 극복하는 발전지향적이어야 한다. 그것은 남북 모두의 변화와 발전을 의미하는 것으로서 세계사회의 발전추세와 문명사의 진행방향과 조화되고 보완되는 것이어야 한다.<sup>31)</sup> 여기서 북한의 변화는 중요하다.

29) 장경섭, “통일 한민족국가의 사회통합”, 『남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색』, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문(세종연구소, 1995. 8. 15), pp.16~17; 전상인, “남북한 체제내 사회갈등과 사회통합 비교연구”, 『남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색』, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문(세종연구소, 1995. 8. 15), pp.34~35.

30) 姜元植, 「統一韓國의 등장에 따른 東北亞 安保構造變化 對應策」(민족통일연구원, 1994), pp.88~104.

31) 안청시, “바람직한 統一韓國의 未來像 -理念과 體制問題에 대한 構想-”, 『南北合意書 調印 以後의 課題와 解決方案』, 1992 國內學術會議 發表論文(國民大 社會科學

통일헌법의 이념과 가치에 충족되려면 북한의 변화가 전제된다. 우리의 통일방안에 입각한 법체제통합의 추진구도를 보더라도 북한체제의 변화는 중요한 요소이다. 북한의 변화는 한마디로 사회주의적 법치주의, 사회주의적 입헌주의, 권력분립주의, 사회주의적 시장경제의 창출 등으로 요약할 수 있는 여타 사회주의국가들의 개혁내용과 같은 세계사의 발전방향으로 진행하는 것이어야 할 것이다. 이것은 구소련의 고르바초프가 페레스트로이카의 주요 목표로 삼았던 사회주의의 새로운 모습, 즉 ‘인간의 얼굴을 한 사회주의’(socialism with human face)<sup>32)</sup>를 실현하는 것으로, 북한체제는 그러한 역사의 흐름을 수용하여야 할 것이다. 이러한 변화의 방향은 ‘인간적이고 민주적인 사회주의’를 지향하는 것으로서 한마디로 ‘민주화·개방화·자유화·인간화’를 지향하는 여타 사회주의 국가들의 헌법개혁과 그 역사적 방향을 같이하는 것이다.

북한의 변화를 유도하기 위해서는 북한의 체제변화를 위한 남한의 노력과 자세변화가 필요하다. 그에 따른 정책적 과제는 북한에 대해 교류·협력을 통한 변화를 유도하는 일이다. 이를 위해 공존·공영과 민족복리증진의 도모를 대북정책의 기조로 하여 ‘접촉을 통한 변화’를 일관되게 추진하는 것이 요청된다. 독일의 경우 구서독이 교류·협력에 의한 구동독의 변화를 유도한 전략은 우리에게 좋은 교훈이 된다. 이러한 정책은 과거 냉전시각에 입각한 대결적 대북관에서 벗어나야 추진될 수 있다. 북한에 대한 화해와 협력의 자세를 견지하는 것은

연구소, 1992. 6. 19), p.116.

32) 고르바초프는 ‘인간의 얼굴을 한 사회주의’를 人間の 價値에 부합하는 生活權의 保障, 人間重視의 方向으로의 社會制度의 轉換, 모든 生活分野에서 人間の인 尺度의 優先 原則 實現, 그리고 社會主義的 法治國家의 建設, 人民의 社會主義的 價値와 代議制·議會民主主義에 입각한 權力分立主義의 結合, 政治制度의 根本的 民主化, 一黨體制에서 多元主義로의 發展 등을 내용으로 하는 ‘人間的이고 民主的인 社會主義’라고 하였다. Pravda, 1989년 11월 26일자에 掲載된 M. Gorbachev의 “사회주의사상과 혁명적 페레스트로이카”라는 論文. 이의 譯文은, 『中蘇研究』, 第13卷 4號 (漢陽大 中蘇問題研究所, 1989/90 겨울), pp.236~245.

바로 북한의 변화를 유도하는 첫걸음이라는 것을 인식하여야 한다.

둘째, 통일은 남북의 체제통합을 말하는 것으로 양체제의 이념적 대립을 극복하는 것으로서 남북 모두의 개혁에 의해서 달성될 수 있다.<sup>33)</sup> 여기서 체제우위를 확보하고 있는 것으로 평가되는 민주정치체제로의 통일을 이루기 위해서는 현재 남한이 안고 있는 모순을 해소하는 민주적 개혁이 요구된다. 그것은 형식적 평등과 절차적 민주주의에서 벗어나 실질적으로 발전되는 것이며, 사회·경제적 민주주의도 실질적 평등을 구현하는 방향에서 접근되어야 하는 것을 의미한다.<sup>34)</sup> 이를 통해 남한에서부터 국민이 모두 원하는 정치체제를 확립하고 이것이 북한으로 하여금 자발적으로 선택할 수 있는 체제의 모델로 만드는 것이 중요하다.<sup>35)</sup> 여기에는 통일시대를 대비하여 자본주의적 가치관을 중심으로 사회주의적 장점들도 수용하는 자세가 필요하다.<sup>36)</sup> 남북간 이념과 현실의 긴장관계가 지속되고 있는 상황에서 남북통합의 가능성을 모색하는 데에 있어서는 남한체제의 우월성을 강조하기 보다 남한체제의 이념적인 면에서의 자기 수정 내지 극복의 노력이 요청된다. 남한체제는 극복하여야 할 정치·경제·사회적 문제들을 안고 있으며, 이를 극복하지 않고 북한과의 체제선택의 문제에서 남한의 자유민주주의가 승리한 것으로 결론짓는 것은 경계할 일이다.<sup>37)</sup> 남한의 자유민주주의가 스스로 모순을 수정하고 문제점을 극복하지 않는다면, 통일국가에서 진정한 자유민주주의는 실현되기 어려울 것이다. 자유와 평등의 조화, 절차적 민주주의와 실질적 민주주

33) 김세균, “통일과정의 정당성과 남북한의 체제개혁”, 『통일한국의 새로운 이념과 질서의 모색』, 제3회 세계정치학술대회 발표논문(한국정치학회, 1993), p.31.

34) 黃炳憲, 앞의 연구보고서, pp.89~94.

35) 안청시, 앞의 論文, p.117.

36) 이종석, “남북한의 규범적 가치 비교 -정치경제분야를 중심으로-”, 『남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색』, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문(세종연구소, 1995. 8. 25), pp.27~28.

37) 장달중, “남북한정치체제의 이념과 현실”, 『남북한 체제비교와 통합모델의 모색』, (世宗研究所, 1995), pp.175~176.

의의 균형, 정치적 민주주의와 경제적 민주주의의 결합 등은 남한이 자유민주주의의 개혁을 통해 지향하여야 할 과제이다.

셋째, 통일국가의 경제체제는 경제적 자유 아래 분배적 평등과 복지 경제체제를 기본가치로 지향하는 것이라 할 수 있다. 이것은 바로 자본주의경제체제의 모순을 보완하는 것으로서 ‘사회적 시장경제주의’를 이념적 기반으로 한 것이다. 이는 바로 남한의 자본주의의 사회적·경제적 제모순을 제거하는 것으로서 일부 사회주의가치를 수용하는 것이다. 이러한 경제체제는 무엇보다 북한의 사회주의계획경제체제의 전환을 필수적으로 요청하게 되지만, 그와 함께 통일국가에서 단일의 경제체제를 실현하기 위해 남한경제체제가 안고 있는 문제점, 예컨대 부의 편중, 불로소득, 부정부패, 정부주도의 경제개발과 규제 등의 해결이 선행되어야 한다.<sup>38)</sup>

넷째, 우리의 통일이 단계적이고 점진적인 방법에 의해 민족공동체를 형성하여 실현됨을 전제로 하고 있는 만큼 통일국가에서의 사회적·문화적 통합은 통일국가완성에 필수적인 요소이다. 다시 말해 민족통일을 이루고 국가통일을 완성한다는 통일목표에 비추어 볼 때, 남북의 사회적·문화적 통합은 형식적 통일이 아닌 실질적 통일을 위한 필수적인 요소이다. 이러한 사회통합에서의 핵심은 바로 남북주민이 모두 한민족으로서의 공동체의식을 회복하는 일이다. 이러한 민족의식을 형성하기 위해서는 남북의 교류·협력이 활발하게 이루어져야 하며, 인간의 존엄과 가치존중정신에 입각한 인간존중사회를 실현하여야 한다.<sup>39)</sup> 이는 북한주민에게 공동체의식을 뿌리내리게 하는 출발점인 동시에 통일의 토대를 다지는 것이다.

38) 金瑩允, 前掲書, pp.50~160; 양운철, “南北韓 經濟統合의 摸索”, 『남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색』, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문(세종연구소, 1995. 8. 25), pp.16~17.

39) 배규한, “통일이후 남북한의 사회적 통합”, 『세계속의 한국 : 과거, 현재, 미래』, 광복 50주년기념 한·미국제학술회의 발표논문(國民大 社會科學研究所, 1995. 11. 2~3), pp.12~13; 이우영, “문화통합”, 광복 50주년기념 한미국제학술회의 발표논문(國民大 社會科學研究所, 1995. 11. 2~3), pp.13~14.



## VII.

무릇 통일의 완성은 궁극적으로 법의 틀 안에서 이루어지므로 통일의 법적 연구는 매우 중요하다. 이 가운데 통일헌법은 기본적인 남북 통일의 법적 기초가 되는 것이다. 이념과 체제가 다른 남북한이 단일의 법체계인 통일헌법에 합의하는 일은 매우 어려운 것이다. 우리는 독일과 예멘의 통일과정을 통해 통일입법이 방대하고 복잡한 것임을 알 수 있었다.<sup>40)</sup>

독일의 경우 구서독기본법 제23조에 의한 구동독의 구서독연방에로의 편입방식으로 급작스런 통일을 이루었지만, 통일이 있기까지 독일은 법적 절차를 충실히 따랐다. 동서독이 통일을 위해 맺은 조약 및 협정 등을 보더라도 이를 알 수 있는데, 특히 1990년 통일 직전에 체결된 「국가조약」(「동서독간 화폐·경제·사회통합에 관한 조약」, 1990년 7월 1일 발효)<sup>41)</sup>과 「통일조약」(「동서독간 독일통일의 완성에 관한 조약」, 1990년 10월 3일 발효)<sup>42)</sup>은 구동독의 법체계를 구서독의 기본법질서에 편입시킴으로써 통일을 완성하는 기본규범이 되었다. 이 두 조약은 동서독의 경제적·사회적 통합과 동시에 정치적 통합을 위한 법적 기초로서 방대한 내용을 포함하면서도 체계적인 통일의 방법과 절차를 규정하였으며, 동시에 구서독의 기본법의 개혁방향을 밝힘으로써 결국 독일의 통일헌법으로서의 독일기본법의 개혁방향을 제시하였다.

40) 獨逸과 예멘의 統一過程과 두 統一憲法의 成立過程 및 憲法體制에 관한 詳論은 張明奉, 「분단국가의 통일과 헌법 -독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료-」, 앞의 책, pp.1~186.

41) 이 條約은 *Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der BRD und der DDR : Erklärungen und Dokumente*(Bonn : Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, 1990), S. 73~96; *Die Verträge zur Einheit Deutschlands, a. a. O.*, S. 1~24.

42) 이 條約은 *Der Vertrag zwischen der BRD und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands-Einigungsvertrag, a. a. O.*, S. 877~1120; *Die Verträge zur Einheit Deutschlands, a. a. O.*, S. 43~569.

한편 예멘의 경우 남북예멘은 통일헌법을 제정하고 여기에서 정한 바에 따라 통일을 완성하였다. 규범적인 측면에서 보면 예멘통일은 매우 바람직한 통일을 이룬 셈이다. 예멘의 통일과정을 보면 법체계통합을 위해 꾸준히 노력해왔으며, 그 결과 통일규범으로서 통일헌법의 제정을 통해 통일을 달성하게 되었다. 예멘의 통일헌법은 남북예멘의 통일정신을 반영한 것으로 일찍이 통일예멘의 국가체제의 원칙을 정하였다. 이 헌법은 남북예멘의 이념과 체제의 대립을 넘어 통합을 위한 새로운 질서를 창출한 예멘국민들의 합의의 산물이라 할 수 있다.

이 두 분단국의 통일 사례를 볼 때, 비록 겉으로는 대내외적 환경변화에 따른 급작스런 통일을 이룬 것으로 보이지만, 그러한 통일이 가능하게 되었던 것은 통일에 대비한 착실한 법적 준비에 있었음을 알 수 있다. 이에 비추어 우리의 통일을 위한 법적 대비의 상황을 볼 때, 두 분단국의 경우와는 비교될 수 없는 실정이다. 우리에게 통일문제가 보다 구체적이고 현실적인 문제로 다가서고 있는 만큼 이제 통일법제에 관해 보다 많은 관심을 가져야 한다.

우리는 독일과 예멘의 통일헌법체제에서 사회주의와 전체주의의 이념이 퇴색되고 민주주의와 자본주의경제원리에 의한 통일체제확립이라는 공통점을 찾을 수 있다. 이는 사회주의체제를 고수하고 있는 북한의 변화방향을 가늠하게 하는 것이며, 우리의 통일헌법이 지향할 바를 가리키고 있다고 볼 수 있다.

끝으로 통일헌법의 논의는 국민적 합의를 바탕으로 하여야 한다. 따라서 그 제정절차와 방법은 민주적인 방식으로 이루어져야 하며, 그 내용에 있어서도 국민적 여론을 수렴하여 확정되어야 한다. 그러려면 통일헌법에 관한 논의의 활성화를 통해 통일의 목표가 그 과정에서도 적법성을 확보하고 법치적 관점에서 통일논의를 떠나갈 수 있는 통일환경을 만들어야 할 것이다.

정 연주 교수  
(성신여자대학교 법과대학)

I. 머리말 .....	317
II. 토지재산권의 범위와 공용침해 .....	317
1. 토지재산권의 사회적 기속과 공용침해 .....	317
2. 공용침해와 사회적 기속과의 구별기준 .....	318
3. 공용침해의 전제조건 .....	321
III. 손실보상 .....	350
1. 손실보상의 본질과 기능 .....	350
2. 비교형량의 원칙 .....	351
3. 정당보상의 내용 .....	353
IV. 맺는 말 .....	361

## I.

이 글은 토지재산권의 범위를 공용침해 및 이에 따른 손실보상 문제를 통해 고찰한 것이다. 재산권 보장에 관한 가장 중심적인 헌법규정인 제23조는 제1항에서 재산권의 내용과 한계를 법률에 위임했고, 제2항에서 재산권의 행사를 공공복리에 적합하도록 의무지웠으며, 제3항에서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상을 법률에 위임했다. 이에 따라 재산권은 공공복리에 적합하도록, 즉 사회적 기속의 범위내에서 그 구체적 내용과 한계가 법률로 정해지는 동시에, 그 법률로 보장된 재산권에 대한 공공필요에 의한 수용·사용·제한, 즉 공용침해 및 그에 대한 손실보상 역시 법률로 정해지도록 되어 있다. 따라서 재산권 관련 법률은 재산권형성적 법률유보조항과 재산권침해적 법률유보조항의 두가지 종류로 대별해 볼 수 있다. 결국 재산권의 보장범위는 이러한 재산권형성적 법률유보조항과 재산권침해적 법률유보조항을 통해 구체화되어지고, 이는 재산권의 범위가 보상을 요하지 아니하는 재산권의 사회적 기속과 보상을 요하는 공용침해를 통해 구체화된다는 것을 의미한다. 이러한 논리는 이 글의 주제인 토지재산권의 범위 문제의 경우에도 그대로 적용된다고 하겠다. 따라서 여기서는 먼저 토지재산권의 범위와 관련하여 그 제한과 사회적 기속의 문제 및 그에 대한 공용침해 문제를 다루고, 이어서 손실보상의 문제를 다루면서 아울러 관련 판례와 법령의 문제점도 다루고자 한다.

## II.

### 1.

위에서 언급한 바와 같이 재산권은 공공복리적합의무, 즉 사회적 기속의 범위내에서 법률로 내용과 한계가 정해진다. 그리고 이러한 재

, 가

산권의 사회적 기속 내지 제한에 대하여는 보상이 이루어지지 아니한다. 그러나 이러한 재산권의 보장범위에 대하여 공용침해가 이루어지면 보상이 지급된다. 이것이 헌법 제23조의 규범구조의 특성이라고 할 수 있고, 결국 제23조는 제1·2항과 제3항의 2중적 구조로 이루어져 있다고 할 수 있다.

따라서 토지재산권의 범위를 규명하기 위하여는 먼저 사회적 기속과 공용침해의 구별에 대하여 언급되어야 할 것이다. 그런데 공용침해의 세가지 유형 중 공용수용과 공용사용의 경우에는 보상을 요하지 아니하는 단순한 사회적 기속과 그 유형이 확연히 구별되고 실제로 보상규정이 마련되어 있고 보상이 이루어지고 있어서 양자의 구별에 문제가 없으나, 공용제한의 경우에는 단순한 사회적 기속과의 구별이 용이하지 아니하다. 즉 일정한 재산권에 대한 제한이나 규제가 일반희생(Allgemeinopfer)만을 야기하는 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따른 재산권에 대한 단순한 사회적 기속인지, 아니면 특별희생(Sonderopfer)을 야기하는 헌법 제23조 제3항에 따른 보상을 요하는 공용제한인지가 구별하기 매우 어려운 문제이다. 그런데 이 문제가 해결된 이후에야 비로소 보상규정이 필요한지의 여부가 정해지고 결국 토지재산권의 범위가 정해지기 때문에 먼저 양자의 구별기준에 대한 이론을 간단히 살펴보기로 한다.<sup>1)</sup>

## 2.

### (1)

#### 1) (Einzelakttheorie)

이 설은 침해행위가 일반적이냐, 개별적이냐 라는 형식적 기준에 따

---

1) 이 구별기준이론에 관하여 자세한 것은 정연주, 재산권의 사회적 기속과 공용침해, 연세법학연구 제2집, 1992, 95쪽 이하 참조.

르는 것으로 개별적 침해, 즉 특정인 또는 특정집단에 대한 침해를 특별희생을 야기하는 것으로 본다. 따라서 여기서는 행위의 성질이나 정도는 고려되지 아니한다. 그러나 이설에 따르면 재산권에 대한 일반적 제한이라 하더라도 그 제한의 강도가 매우 크기 때문에 특별희생을 야기하는 경우라도 사회적 기속에 속하게 되어 보상을 못한다는 모순에 빠지게 된다.

## 2) (Sonderopfertheorie)

이는 특정인 또는 특정집단에 대한 침해가 일반인과 비교했을 때 평등의 원칙을 깨면서 이루어진 경우 특별희생을 야기한 것으로 보는 견해로서 개별행위설에 평등원칙위반여부라는 또 하나의 기준을 추가한 것이다. 따라서 이를 수정된 개별행위설이라고도 한다. 그러나 이에 따르면 모든 관계되는 사람들 또는 집단들의 재산권을 획일적으로 평등하게 침해한다면 아무리 침해의 강도가 높아도 사회적 기속이 되며, 그 해당 집단내부에서는 평등원칙이 지켜진다는 점을 설명할 수 없다.

## (2)

### 1)

이는 침해행위의 강도와 범위라고 하는 실질적 기준에 따라 특별희생의 발생여부를 판단하는 것이다. 그러나 어느 정도의 강도와 범위가 기준이나 하는 것에 대한 해명이 없다.

## 2) 가 (Schutzwürdigkeitstheorie)

이는 재산권의 보호가치있는 실체에 대한 침해를 공용침해로 보는 견해이다. 보호가치있는 실체와 보호가치없는 실체의 구별은 역사, 일반적 세계관, 언어, 법률의 의미 등을 기준으로 정해야 한다고 한다.

, 가

그러나 그 기준이 너무 주관적이고 비법률적이기 때문에 객관적 기준이 될 수 없다는 비판이 제기된다.

3) (Privatnützigkeitstheorie)

이는 침해행위이후 재산권의 사적유용성(사용·수익·처분권)이 유지되고 있는지의 여부를 기준으로 특별희생의 발생여부를 판단하는 견해이다. 사적유용성 자체가 추상적이고 주관적이라 일반적·객관적 기준이 될 수 없다는 비판이 제기된다.

4) 가 (Zumutbarkeitstheorie)

이는 침해행위를 통해 재산권자에게 그 침해의 수인을 기대할 수 있는지의 주관적인 사정을 기준으로 특별희생의 발생여부를 판단하고자 하는 견해이다. 그 기대가능성여부의 기준은 침해의 경제적 범위와 정도, 일반적 세계관과 시대관, 일반법적 가치 등이 될 수 있다고 한다. 그러나 이 역시 그 기준이 추상적이고 주관적이라는 비판이 제기된다.

5) (Zweckentfremdungstheorie)

이는 침해행위를 통해 해당 재산권이 본래 사용되고 있었던 기능이나 목적과 다른 용도에 사용될 경우에는 특별희생을 야기하는 것으로 보는 견해이다. 그러나 목적에 위배되지 않는 한 아무리 수인의 기대가능성이 없는 강도 높은 침해라도 사회적 기속이 속한다는 모순에 빠지게 된다.

6) (Situationsgebundenheitstheorie)

이는 주로 토지의 이용제한과 관련한 이론으로, 해당 토지가 놓여있

는 상황과 위치 및 주변환경으로 인해서 토지의 일정한 이용이 제한 받게 되며, 그와 같은 제한은 재산권에 대한 사회적 기속으로서 보상의 대상에서 제외된다는 것이다. 이는 결국 그 재산권이 처해있는 상황과 재산권의 특성과 이에 따른 재산권자의 사회적 의무를 기준으로 판단하는 것인데, 토지와 관련해서는 매우 설득력있는 견해이긴 하나, 상황과 특성 및 재산권자의 재산권행사의무 자체가 너무 다양하고 주관적이고 그 기준이 모호하다는 비판이 가해진다.

### (3)

이상 간단히 살펴본 바와 같이 모든 이론이 나름대로의 일면적인 타당성은 있지만 어느 기준도 양자를 효과적으로 구별시켜주는 완전한 기준이 될 수 없음을 쉽게 알 수 있다. 따라서 그때그때의 구체적인 상황에 따라 여러 학설의 종합적인 조화를 통해 양자를 구별할 수밖에 없다는 견해가 독일과 우리의 통설이라고 할 수 있다. 이는 재산권의 종류와 내용의 다양성, 사회적 기속도의 차이, 상황과 위치의 차이, 추구되는 공익의 다양성 등으로 인해 필연적으로 발생하는 다양성에서 기인하는 불가피한 현상이라고 볼 수 있다.

## 3.

이상 공용침해와 사회적 기속과의 구별에 대하여 살펴봤다. 아래에서는 토지재산권에 대한 단순한 사회적 기속의 범위를 넘어서는 공용침해의 헌법상 전제조건을 살펴봄으로써 토지재산권의 범위가 어떻게 어떠한 조건하에서 합헌적으로 정해지는 지를 고찰해보고자 한다.

공용침해에 관한 헌법상의 근거규정인 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이에 따르



, 가

면 공용침해는 반드시 공공필요에 의해서만(공공필요의 원칙), 보상규정이 마련된 법률(불가분조항의 원칙)에 따라(법정주의), 정당한 보상의 조건하에서만(정당보상의 원칙) 이루어질 수 있다. 따라서 공용침해는 먼저 이러한 헌법상의 기본적 전제조건을 충족시켜야 하며, 나아가 모든 공권력작용에 요구되는 법치국가적 계율인 비례의 원칙과 그리고 공공필요의 원칙으로부터 도출되는 계속적 공익실현을 위한 보장책의 부과라고 하는 추가적 전제조건을 아울러 충족시켜야 한다.

### (1)

#### 1)

공용침해는 반드시 ‘법률로써’ 하도록 되어 있다. 즉 공용침해에 관한 근거가 반드시 법률에 규정되어 있어야 한다. 공용침해는 재산권이라고 하는 기본권에 대한 제한 내지 침해에 해당되므로 법치주의원리 내지 법률유보의 원칙상 이에 대한 근거가 당연히 법률에 마련되어야 하는 것이다.

#### 2)

앞서 언급한 바와 같이 공용침해는 ‘법률로써’ 이루어진다. 이에 따라 공용침해의 행위형식은 크게 두가지로 나누어질 수 있다. 법률에 근거한 행정작용의 형식으로 이루어지는 경우와 법률 그 자체에 의하여 직접 이루어지는 형식이 그것이다. 전자를 행정공용침해(Administrativenteignung), 후자를 법정공용침해(Legalenteignung)라고 명명하기로 한다.

#### ①

이는 법률에 근거한 행정작용의 형식으로 이루어지는 공용침해로서 행정행위가 가장 일반적인 형식이라고 할 수 있다. 예컨대 토지수용위원회에 의한 토지수용재결처분이 그것이다.

②

이는 법률 그 자체에 의하여 직접 이루어지는 공용침해의 형식이다. 즉 법률에 근거한 어떠한 행정작용이 매개됨이 없이 해당 법률이 직접 특정 재산권자의 특정 재산권을 침해하는 형식이다. 예컨대 입법자가 해당 법률에 침해되는 재산권자와 침해되는 재산권, 손실보상, 절차 등 공용침해에 관련된 제반사항을 직접 구체적으로 정함으로써 법률이 공포·시행됨과 동시에 공용침해가 이루어지는 일종의 처분적 법률의 형식과 해당 법률규정은 일반적·추상적이지만 재산권자에게 법률이 정한 일정한 사유가 발생하면 어떠한 행정작용이 매개됨이 없이 곧바로 해당 재산권자의 재산권에 대한 공용침해가 이루어지는 형식이 그것이다.

그런데 여기서 입법자가 일정한 공익사업의 실현을 위하여 일반적인 행정공용침해의 형식 대신에 법정공용침해의 형식을 아무런 제한 없이 자유로이 선택할 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 법정공용침해의 형식이 헌법상 허용되기는 하지만 극히 제한적으로만, 즉 공용침해의 목적인 일정한 공익사업이 법정공용침해의 형식에 의해서만 제대로 달성될 수 있는 극히 예외적인 경우에만 허용될 수 있다고 하겠다.<sup>2)</sup> 왜냐하면 법정공용침해의 경우 평등의 원칙과 권력분립의 원칙상 문제가 제기될 수 있을 뿐 아니라, 이에 대한 사법적 구제방법으로는 오로지 그 침해하는 공권력작용으로서의 법률을 대상으로 하는 헌법소원심판청구만이 고려될 수 있어 결과적으로 재산권자의 재판청구권을 현저히 제한하기 때문이다. 즉 일반적인 행정공용침해의 경우에는 행정작용을 대상으로 행정심판이나 행정소송 등 여러 심급에 걸친 다양한 구제절차가 마련되어 있고, 또한 행정쟁송의 경우에

2) Vgl. BVerfGE 24, 367(402f.); Badura, Eigentum, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 676; Schmidt-Aßmann, Formen der Enteignung, JuS 1986, S. 835; Kimminich, Eigentum-Enteignung-Entschädigung, Rdnr. 250.

는 사실심과 법률심 등 행정작용의 위법성여부판단과 관련한 다양한 심사가 이루어지는 반면, 헌법재판소에서의 헌법소원심판의 경우에는 그 심급이 일회적이라는 제한 이외에 심판과정에서 원칙적으로 해당 법률의 위헌여부판단이라고 하는 헌법심만이 이루어지기 때문에 재산권자의 권리구제의 측면에서 매우 제한적이고 불리하며, 따라서 재산권자의 재판청구권을 현저히 제한하는 결과를 초래한다.<sup>3)</sup> 따라서 법정공용침해의 형식은 이 형식에 의하지 아니하고는 해당공익사업의 실현이 불가능하거나 매우 어려운 예외적인 경우에만 허용될 수 있다고 할 것이다. 예컨대 전시나 천재지변 등으로 인하여 야기된 절박한 위협을 제거하는 등 급시를 요하는 긴절한 공익사업의 실현을 위하여서는 많은 시간과 절차를 요하는 일반적인 행정공용침해의 형식으로서는 도저히 그 목적을 달성할 수 없기 때문에, 이러한 예외적인 상황에서는 일거에 신속한 재산권에 대한 침해가 가능케 하는 법정공용침해의 형식만이 소기의 목적을 달성할 수 있고, 따라서 이러한 경우에만 입법자는 행정공용침해의 형식 대신에 재산권자의 재판청구권에 대한 현저한 제한을 초래하는 법정공용침해의 형식을 선택할 수 있는 것이다. 이는 공권력행사와 관련하여 재판청구권이라고 하는 기본권에 대한 최소한의 불가피한 침해만을 요구하는 비례의 원칙에도 부합되는 것이다.

## (2)

1) 헌법 제23조 제3항에 따라 공용침해는 오로지 공공필요에 의해서만 이루어진다. 따라서 모든 공용침해는 공공필요에 의한 일정한

3) 기본권을 법률이 직접 침해하는 경우, 특히 처분적 법률의 경우에 평등의 원칙, 권력분립의 원칙 및 재판청구권의 제한 등이 문제가 될 수 있는데, 이에 대하여 자세한 것은 정연주, 처분적 법률의 헌법적 문제, 미국헌법연구, 제18권 2호, 2007, 169면 이하 참조.

공익사업의 실현을 위하여 불가피할 경우에만 허용되는 것이다. 그런데 이 공공필요의 개념은 매우 추상적이고 다의적이며, 또한 정치·경제·사회·문화적인 제반상황 및 그 시대의 지배적인 국가정책적 목표와 밀접한 관련을 맺고 있기 때문에 이에 대한 획일적 개념정립은 거의 불가능하고, 따라서 공공필요의 개념은 그때 그때의 사안에 따라 입법자에 의해 구체화되어야 하는, 그리고 사법적 통제의 대상이 되는 법적 개념인 것이라고 할 수 있다. 따라서 입법자는 해당 법률에서 공공필요에 의한 사업의 종류를 헌법정신에 따라 구체적으로 규정하게 된다.

결국 공공필요 개념의 구체화라고 하는 것은 어떤 경우에 사익이 양보해야 하는 - 재산권침해를 정당화시키는 - 절대적으로 우월한 공익이 존재하는가를 파악하는 작업이라고 할 수 있으며,<sup>4)</sup> 이에 대한 헌법정신에 따른 엄격한 제한적 해석은 부당하고 자의적인 공용침해로부터 국민의 재산권을 보호하는데 기여할 수 있다고 하겠다. 왜냐하면 헌법상 재산권보장의 역할은 재산권에 징표된 금전적 가치의 보장(Wertgarantie)에서 끝나는 것이 아니고, 우선적으로 해당 재산권의 실체적 대상 그 자체의 보장, 즉 존속보장(Bestandsgarantie)에 그 목적이 있는 것이기 때문에<sup>5)</sup> 공용침해의 목적개념으로서의 공공필요라고 하는 허용조건은 보상의 확보라고 하는 소극적 의미에서보다는 위헌·부당한 재산권침해 그 자체를 미연에 방지한다는 적극적 의미에서 파악되어야 하기 때문이다.

2) 한편 여기서 공공필요가 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 일반적으로 통용되는 넓은 의미의 공익과 일치되는 개념이냐 하

---

4) Vgl. Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, S. 33; Schnur, Gemeinwohl und öffentliche Interessen in den Verfassungen und den Gesetzen des sozialen Rechtsstaates, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, 1968, S. 69.

5) BVerfGE 58, 300(323).

는 문제가 제기될 수 있는데, 국가·사회적으로 중요하다고 간주되는 모든 사업의 공익이 공용침해의 허용조건으로서의 공공필요에 해당된다고는 볼 수 없다.<sup>6)</sup> 왜냐하면 공공필요의 개념을 이처럼 넓게 이해할 경우 국가 등 공권력주체에 의하여 수행되는 모든 사업의 실시를 위하여 공용침해가 무제한적으로 허용될 것이며, 결국 공용침해제도는 국가 등에 의한 국민의 재산권획득을 용이하게 해주는 부당한 도구로 전락되고 국민의 재산권보장은 형해화되어 질 것이기 때문이다. 따라서 공공필요의 개념은 단순한 넓은 의미의 공익의 개념과는 달리 국민의 생존배려 등에서와 같은 매우 우월하고 긴절한 제한된 의미로 이해되어야 할 것이다.<sup>7)</sup> 그러므로 단순한 국가의 재정적 확충과 국고의 증진 등은 비록 이러한 재정적 강화를 통해 결과적으로 국가의 공적 과제의 수행이 용이해지고 국민의 납세부담이 줄어든다 하더라도 이러한 제한된 의미의 공공필요에 해당된다고 볼 수 없으며, 이를 위한 공용침해는 허용될 수 없다고 하겠다.<sup>8)</sup> 또한 단순한 국유 또는 공유재산의 확충을 위한 공용침해도 같은 이유에서 허용될 수 없는 것이다. 공용침해는 국가의 재정증진과 세제보완을 위한 보조 제도는 결코 아니며, 이는 조세증액의 방법 등으로 해결되어야 할 것이다.<sup>9)</sup>

결국 공권력주체나 공익사업주체에 의하여 정치·경제·사회적으로 중요하고 유익한 것으로 간주되는 모든 사업이나 계획이 공공필요에 해당되는 것은 아니고, 따라서 그를 위한 공용침해가 모두 정당화되는 것은 아니다. 만일 그렇지 않다면 앞서도 언급한 바와 같이 국가 등 공권력주체에 의한 모든 사업과 과제 수행을 위하여 공용침해가 허용될 것이며, 이는 결과적으로 공용침해의 헌법상 허용조건으로서

6) Vgl. BVerfGE 56, 249(274).

7) Vgl. Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, S. 87ff.; Kimminich, Eigentum-Enteignung-Entschädigung, Rdnr. 273; Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 505.

8) BVerfGE 56, 249(279); 66, 248(257).

9) Vgl. Weber, Eigentum und Enteignung, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 392.

의 공공필요의 원칙과 공용침해제도의 재산권보장기능을 형해화시킬 것이다.

(3)

공용침해 역시 공권력작용의 일종으로서 비례의 원칙을 준수하여야 함은 물론이다. 따라서 공용침해는 공공필요에 의한 일정한 사업, 즉 공익사업의 실현을 위해 적합한 수단이어야 할 뿐만 아니라, 그를 위해 불가피하게 요구되어야 한다. 다시 말해 공용침해는 공익사업의 실현을 위한 최후의 수단으로서만 고려되어야 한다. 따라서 만일 해당 공익사업이 다른 방법을 통해서도 실현될 수 있다면 이를 위한 공용침해는 허용될 수 없는 것이다.<sup>10)</sup> 예컨대 당해 재산권이 사법상의 매매행위나 협의 등을 통해 획득될 수 있거나, 또는 그 해당 사업이 국가나 공공단체에게 속해 있는 다른 재산권을 통해서도 실현될 수 있는 경우가 이에 해당된다.

또한 이러한 비례의 원칙은 공용침해의 방법과 정도에 있어서도 적용된다. 따라서 소기의 목적달성을 위해 가능한 여러 수단 중에서 재산권자를 최소한도로 침해하는 수단만이 선택되어야 한다. 이에 따라 완전한 재산권의 박탈을 의미하는 공용수용은 장기간 계속되는 공익사업을 위해서만 허용될 수 있으며, 일정한 공익사업이 재산권의 단순한 사용 또는 제한을 통해서도 실현될 수 있다면 재산권자에게 보다 큰 침해를 의미하는 협의의 공용수용은 허용될 수 없다고 하겠다.<sup>11)</sup> 아울러 재산권에 대한 침해의 정도는 사업시행을 위해 필요한 최소한도를 넘어서는 안된다. 따라서 사업수행을 위해 재산권의 일부분만이 필요한 경우 그 해당 부분에 대해서만 공용침해가 이루어져야 한다. 그러나 공용침해되지 않은 나머지 잔여 재산권만으로는 재산권

10) BVerfGE 45, 297(322).

11) BVerfGE 24, 367(407); 38, 175(180).

, 가

자가 그 용도에 맞는 사용을 더 이상 할 수 없거나 경제적 유용성을 상실하게 될 경우에는 그 잔여 재산권에 대한 공용침해의 확장을 요구할 권리가 재산권자에게 주어져야 할 것이다.<sup>12)</sup>

끝으로 비례의 원칙은 공용침해에 있어서 목적과 수단이 비례적일 것을 요구한다. 즉 공용침해를 통해 실현되는 공익이 침해된 재산적 손실보다 우월해야만 그 공용침해가 허용될 수 있는 것이다.<sup>13)</sup> 이를 위해 공용침해 허용여부의 결정과정에 있어서 그 공용침해와 관련된 모든 사익과 공익의 총체적 비교형량이 이루어져야 한다.<sup>14)</sup> 이 과정에서는 공용침해의 목적으로서의 공익뿐만 아니라, 이를 통해 상실되는 공익 - 예컨대 공익사업의 실현을 통해 필연적으로 야기되는 환경 오염 - 또한 고려되어야 한다. 따라서 공용침해를 통해 실현되는 공익은 그를 통해 상실되는 모든 사익과 공익의 총체보다 우월해야만 비로소 이를 위한 공용침해가 정당화될 수 있는 것이다.<sup>15)</sup>

#### (4) 가

##### 1)

헌법 제23조 제3항은 “공용필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정에 의하여 공용침해에 대한 보상은 반드시 법률로써 하여야 한다. 따라서 공용침해에 대한 허용근거 뿐 아니라, 그에 대한 보상의 기준과 방법, 그리고 그 범위에 대한 제반 사항도 반드시 법률에 규정되어 있어야 한다.

12) Vgl. Kimminich, aaO, Rdnr. 278.

13) Vgl. Weber, aaO, S. 383.

14) Breuer, DVBl 1981, S. 974.

15) Vgl. v. Brünnek, Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung, NVwZ 1986, S. 429.

그런데 여기서 한 가지 유의해야 할 점은 공용침해의 허용에 관한 규정과 이에 대한 보상에 관한 규정이 불가분이어야 한다는 것이다. 즉 공용침해의 근거법률에는 동시에 손실보상의 근거법률도 규정되어 있어야 한다. 이처럼 같은 법률 속에 공용침해에 관한 조항과 손실보상에 관한 조항이 함께 규정되어 있어야 한다는 원칙을 소위 불가분조항(Junktivklausel)의 원칙이라고 한다.

이러한 공용침해규정과 보상규정 상호간의 불가분조항의 원칙을 헌법상에 명시한 전형적인 예로서는 독일 기본법을 들 수 있다. 즉 독일 기본법 제14조 제3항 제2문은 “공용침해는 보상의 종류와 범위를 규정 한 법률로써 또는 법률의 근거하에서만 이루어질 수 있다.”라고 규정 함으로써 공용침해의 근거조항과 손실보상의 근거조항이 반드시 같은 법률에 동시에 규정되어 있어야 한다는 원칙을 명백히 하고 있다.<sup>16)</sup>

우리의 경우는 헌법 제23조 제3항이 단순히 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되...”라고만 규정하고 있어서 독일 기본법 제14조 제3항 제2문에서처럼 불가분조항의 원칙을 명백히 하고 있지는 않다. 따라서 우리의 경우 언뜻 보기에는 헌법이 보상에 관한 사항이 법률로써 정해질 것만을 요구하고 공용침해 근거법률에 보상조항이 동시에 규정되어 있는 것까지를 요구하는 것은 아닌 것처럼 볼 수도 있지만, 우리의 경우도 헌법 제23조 제3항이 독일의 경우처럼 불가분조항의 원칙을 요구하고 있는 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 첫째, 헌법 제23조 제3항에서의 ‘법률’은 논리필연적으로 공용침해에 관한 조항과 보상에 관한 조항을 ‘동시에 규정하고 있는 법률’을 의미한다고 해석되어지며, 둘째, 이 불가분조항의 원칙이 헌법상 요구되어질 때에 비로소 공용침해에 대한 보상의 확보라고 하는 헌법상 재산권보장의 2차적 내용인 가치보장이

16) Vgl. BVerfGE 46, 268(287); Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungsregelungen, S. 12f., 23f.; Nüßgens/Boujong, Eigentum-Sozialbindung-Enteignung, Rdnr. 372; Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie-Enteignung-Entschädigung, Rdnr. 55.



, 가

확립될 수 있고,<sup>17)</sup> 이것이 바로 헌법 제23조 제1항의 국민의 재산권 보장의 취지에 부합되기 때문이다. 그러므로 우리의 경우에도 헌법 제23조 제3항의 해석상, 그리고 그 입법취지와 재산권보장의 측면에서 불가분조항의 원칙이 헌법상 요구되는 원칙이라고 하겠다.

따라서 이 불가분조항의 원칙에 따라 입법자 스스로가 공용침해의 근거법률 제정시 그에 대한 손실보상의 종류와 범위 그리고 그 기준과 방법에 대하여 동시에 규정해야 하며, 이를 행정청이나 법원에 위임해서는 안된다.

## 2) 가

이러한 불가분조항의 원칙은 대체로 다음과 같은 세가지 기능을 가지고 있다.

### ①

먼저 불가분조항의 원칙은 재산권보장적 기능을 가진다.<sup>18)</sup> 즉 이 원칙은 공용침해의 경우 재산권자에 대한 확실한 손실보상을 보장해준다. 이 불가분조항의 원칙에 따라 입법자는 당해 법률속에 공용침해의 전제조건과 함께 반드시 그에 대한 손실보상의 방법과 종류 및 범위에 관한 조항을 규정해야 하고, 이러한 불가분조항의 원칙이 충족된 공용침해법률의 적용시에만 비로소 재산권자가 자신의 헌법상 보장된 기본권인 재산권에 대한 침해를 수인할 의무가 발생된다. 따라서 공용침해에 있어서 해당 법률에 동시에 규정되어 있는 보상조항에 의하여 재산권자에 대한 손실보상이 확실히 확보될 수 있으며, 이로써 재산권자가 안심하고 그 침해행위를 수인할 수 있는 것이다.

17) 이처럼 재산권보장적 측면에서 불가분조항의 원칙이 헌법상 요구된다는 점에 대해서는 다음에 언급하는 ‘불가분조항의 기능’에서 부연 설명된다.

18) BVerfGE 46, 268(287); Weyreuther, aaO, S. 23; Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr. 372; Leisner, Entschädigung falls Enteignung, DVBl 1981, S. 79f.

②

다음으로 불가분조항의 원칙은 입법자에 대한 경고적 기능을 가지고 있다.<sup>19)</sup> 이 원칙에 따라 입법자는 국민의 재산권에 대한 일정한 침해 를 허용하는 법률의 제정시 그 규율되는 상황이 헌법 제23조 제3항에 따른 공용침해에 해당되는지 아니면 헌법 제23조 제2항에 따른 단순한 재산권의 사회적 기속의 범주에 해당되는지의 여부, 그리고 이에 따라 국가의 재정적 부담을 의미하는 손실보상에 관한 조항도 함께 규정해 야 하는지의 여부를 결정해야 한다. 즉 공용침해의 근거법률을 제정하 려는 입법자는 동시에 재산권침해의 결과인 국가의 재정적 부담을 의 미하는 손실보상의 근거를 반드시 동시에 규정해야 하므로 공용침해 법률의 제정에 그만큼 신중을 기하게 되며, 이와 함께 외관상 단순한 재산권의 내용과 한계를 정하는, 즉 재산권의 사회적 기속의 범주에 속하는 단순한 재산권 제한법률의 형식을 띤, 따라서 보상규정이 없는, 그러나 사실상 특별희생을 수반하여 필연적으로 보상이 이루어져야 하 는 위헌적 공용침해법률의 제정이 저지될 수 있다.<sup>20)</sup>

③

마지막으로 불가분조항의 원칙은 의회의 고유한 전속권한인 예산특 권을 보장하는 기능을 가진다.<sup>21)</sup> 앞서 언급한 바와 같이 불가분조항 의 원칙은 입법자로 하여금 공용침해법률 제정시 국가의 재정적 부담 을 의미하는 보상규정을 함께 제정하게 함으로써 모든 공용침해의 경 우 반드시 재산권자에게 손실보상이 이루어지도록 하여 결과적으로 헌법상의 재산권보장을 실현시키는 기능을 가지지만, 이는 다른 한편

19) BVerfGE 46, 268(287); Weyreuther, aaO, S. 12., 23f.; Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 66f.

20) BVerfGE 4, 219(235); 46, 268(287); Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr. 373.

21) Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 486; Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr. 373.

, 가

보상규정이 없는 법률에 근거한 재산권의 침해 내지 제한의 경우에는 결코 보상이 이루어질 수 없도록 억제시키는, 즉 손실보상은 반드시 근거법률에 규정되어 있는 보상조항에 근거해서만 이루어질 수 있고 근거법률에 입법자 스스로가 보상조항을 규정하지 않은 경우에는 입법자의 의사에 반하는 결과를 의미하는 손실보상이 결코 이루어질 수 없도록 하는 기능을 가진다.<sup>22)</sup>

따라서 이 불가분조항의 원칙을 통해 다른 국가기관, 특히 법원이 의회를 대신해서 당해 법률에 근거가 없는 - 따라서 입법자의 의사에 반하는 - 보상을 허용해 줌으로써 야기될 수 있는 의회가 예측하지 못한 추가적인 국가의 재정적 부담이 저지될 수 있고, 이를 통해 결과적으로 의회의 예산특권과 권력분립의 원칙이 확립될 수 있다.

이상 언급한 불가분조항원칙의 세가지 기능 때문에 이 원칙은 입법자의 의도나 한 나라의 시대적·재정적 상황에 따라 좌우될 수 없는 헌법상의 원칙으로서 요구되어야 한다고 하겠다.

### 3) 가

불가분조항의 원칙에 따라 보상규정이 없는 공용침해법률은 위헌·무효이고, 이에 근거한 재산권 침해행위는 원칙적으로 취소되어야 한다. 따라서 이 경우 행정청이나 법원은 근거규정이 없는 보상을 직권에 의해서 또는 직접 헌법규정을 근거로 해서 허용해 줄 수는 없다. 결국 법원의 보상에 대한 심사의 범위는 실제로 이루어진 보상이 공용침해법률에 규정된 보상조항이 정한 기준에 부합되는지의 여부를 판단하는 데에 그친다고 하겠다.

이러한 견해는 헌법 제23조의 재산권규정의 내부적 체계로부터 직접 도출되는 것이다. 이에 따르면 재산권 관련법률은 다음 3가지의 경우로 분류될 수 있다.

---

22) BVerfGE 4, 219(235).

첫째, 헌법 제23조 제1항 제2문의 규정에 근거한 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률이다. 이는 재산권에 대하여 그의 실정법상의 형태를 부여한다.

둘째, 헌법 제23조 제3항의 규정에 근거한 공용침해법률이다. 이는 공공필요에 따른 재산권에 대한 수용·사용·제한의 근거가 되며, 따라서 그에 대한 보상규정을 필요로 한다.

셋째, 헌법 제23조 제1항 제2문에 따른 재산권의 내용과 한계를 정한 규정의 범위를 넘어선, 다시 말해 재산권에 대한 단순한 사회적 기속(헌법 제23조 제2항)의 한계를 넘어선, 따라서 보상을 필요로 하는, 그러나 입법자가 법률제정시 공용침해를 예견하지 못했거나 허용하지 않았고, 따라서 보상규정을 가지고 있지 아니한 법률이다. 이러한 법률은 그 적용을 통해 실제로는 재산권자에게 특별희생을 초래하게 되며, 따라서 반드시 보상을 규정하고 있어야 함에도 불구하고 그 보상규정을 가지고 있지 아니하므로 위헌이며, 따라서 이러한 위헌법률에 근거한 공권력 행사로 인해 자신의 재산권이 침해된 자는 원칙적으로 행정쟁송을 통해 침해행위를 취소시킴으로써 자신의 재산권을 회복할 수 있고 또 하여야 한다.

앞서도 언급했듯이 헌법 제23조의 재산권규정의 내부적 체계로부터 재산권의 보장내용으로서의 존속보장과 가치보장의 이중적 체계가 도출된다. 이에 따라 재산권보장의 내용은 일차적으로 재산권의 대상 그 자체의 존속보장, 즉 재산권에 대한 모든 침해행위로부터의 보장이다. 이러한 재산권의 존속보장은 모든 헌법상의 허용조건을 충족시킨 합헌적 공용침해의 경우에만 비로소 가치보장, 즉 손실보상의 보장으로 전환되는 것이다. 따라서 이러한 재산권보장 법리의 2중적 체계에 있어서 헌법은 재산권의 존속보장에 그 우선권을 부여하고 있는 것이고, 이 존속보장우선의 원칙에 따라 결국 불가분조항원칙의 위반에 대한 구제방법은 재산권 침해의 결과에 대한 보상이 아닌 해당 공용침해법률의 위헌·무효화와 침해행위 자체의 취소인 것이다.

, 가

4)

①

한편 헌법재판소는 1998.12.24, 89헌마214 등 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원사건에서 개발제한구역의 지정에 관한 구 도시계획법 제21조에 대하여 개발제한구역지정<sup>23)</sup>에 의한 재산권의 제한에 있어서 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 하면서 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것이 위헌이라며 헌법불합치결정을 내렸다.

주지하는 바와 같이 개발제한구역 문제는, 특히 그에 대한 손실보상과 관련하여 과거 끊임없이 논란의 대상이 되어왔는데, 정부는 과거 재산권행사의 공공복리적합의무의 대원칙하에서 개발제한구역 지정행위를 보상없이 수인해야 하는 합헌적 행위로 간주하고 따라서 보상규정이 없는 구 도시계획법 제21조를 합헌시해왔으며, 대법원<sup>24)</sup>도 대체로 같은 입장을 취해왔다. 한편 현재는 그동안 이와 관련한 사건들을 형식적 이유로 각하시킴으로써<sup>25)</sup> 본안판단을 유보해오다가, 이 사건에서 헌법불합치결정을 내린 것이다.

결국 구 도시계획법 제21조에 따른 제한은 특별희생을 야기하는 공

23) 현재 도시계획법은 폐지되어 개발제한구역의 지정문제는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제38조에 규정되어 있고, 이 조항에 따라 개발제한구역 및 변경에 관한 사항은 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법에서 정하고 있다. 이 특별조치법 제17조와 제18조에서 토지매수청구제도에 대하여 규정하고 있다.

24) 예컨대 대판 1990.5.8. 89부2.

25) 현재결 1991.6.3. 89헌마46;1991.9.16. 89헌마152;1991.9.16. 90헌마105.

용제한일 수 있고, 따라서 불가분조항의 원칙에 따라 반드시 보상규정이 동시에 마련되어 있어야 하는데, 보상규정이 없으므로 구 도시계획법 제21조는 위헌이라는 것으로 이해될 수 있다.

②

이 현재결정은 공용침해의 중요한 허용조건인 불가분조항의 원칙과 존속보장과 가치보장의 차이 및 재산권 보장의 측면에서 매우 전향적이고 진일보한 결정으로 환영할 만하다고 하겠다.

위에서 재산권의 제한과 관련하여 사회적 기속과 공용침해의 구별에 대하여 언급한 다양한 기준에 비추어 볼 때 개발제한구역지정행위는 사회적 기속일 수도 있고, 공용제한일 수도 있다. 즉 예컨대 상황구속성설이나 목적위배설 등에 비추어 보면 구역지정된 토지의 본래의 기능과 목적 등이 개발제한구역지정행위의 목적에 부합되면 사회적 기속에 해당한다고 볼 수 있으나, 강도설, 기대가능성설, 보호가치성설, 사적유용성설 등에 비추어 보면 이러한 제한이 수인의 기대가능성이 없는 특별희생을 야기하는 공용제한으로 볼 수도 있다. 결국 해당토지와 관련된 제반사항을 검토·형량하여 그때그때의 상황에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이나, 분명한 것은 개발제한구역지정행위가 사안에 따라 특별희생을 야기하는 공용제한에 해당될 수 있으므로 보상을 해줘야 하며, 따라서 일률적으로 사회적 기속으로 간주하여 보상을 거부하는 것은 위헌이며, 이러한 측면에서 현재의 결정은 기본적으로 타당하다고 본다. 만일 반대의견이나 그동안의 대법원의 견해처럼 재산권의 박탈이나 사용 또는 재산권의 이용·처분을 금지시키는데 이르지 아니하는 재산권에 대한 제한은 일률적으로 보상이 필요 없는 사회적 기속에 속하는 것으로서 공공의 복리를 위하여 감수해야 한다고 한다면 헌법 제23조 제3항에서 정한 공용수용·사용 이외의 보상을 요하는 공용제한은 사실상 존재할 수 없게

되고, 따라서 이 공용제한에 관한 헌법적 규정은 단지 장식적인 것에 불과하게 될 것이다.

그러나 다른 한편 현재결정에 따르면 구역지정 후 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 있는 원칙적인 경우에는 획일적으로 사회적 기속에 해당되어 보상이 필요없다고 하는데, 이 경우도 사안에 따라서는 수인의 기대가능성이 없는 특별희생을 야기할 수 있어 보상을 요하게 될 수 있으며, 따라서 이를 일률적으로 부정하고 오로지 구역지정 후 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 토지를 전혀 이용할 수 있는 방법이 없는 예외적인 경우에만 보상을 인정하는 논리는 앞서 언급한 이유로 문제가 있다고 본다.

한편 현재결정은 구 도시계획법 제21조가 헌법 제23조 제1항에 따른 합헌적 규정인데 단지 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 것은 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 하면서, 따라서 입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 이를 완화하는 보상규정을 두어야 하고 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이라고 판시함으로써 구 도시계획법 제21조를 헌법 제23조 제3항이 아닌 헌법 제23조 제1항 및 제2항의 범주내에서 비례의 원칙위반을 이유로 위헌시하고 있다. 그러나 이는 위에서 언급한 헌법 제23조의 규범적 구조와 특성 및 비례의 원칙의 내용 등에 부합되지 아니하는 논리이다.

앞서 언급한 바와 같이 헌법 제23조는 크게 제1·2항과 제3항의 2중적 구조로 이루어져 있다. 즉 재산권형성적 법률유보조항과 재산권

침해적 법률유보조항으로 이루어져 있는 것이다. 따라서 제1항과 제2항은 표리의 관계에 있는 조항으로서, 이는 재산권의 헌법적 한계 내지 제한을 규정함과 동시에 그 한계내에서의 재산권의 구체적 내용의 형성을 의미하는 것이다. 그러므로 이러한 법률은 재산권 제한적 법률이자 동시에 형성적 법률이며, 재산권은 이러한 사회적 기속이라는 헌법적 한계내에서 구체적으로 그 내용이 형성·보장되는 것이다. 그리고 다른 한편 만일 이러한 제한이 일반희생이 아닌 특별희생을 야기하는 경우에는 그러한 제한·침해는 - 이미 재산권(사용·수익·처분권)의 본질적 내용을 합헌적으로 침해하는 - 공용침해로서 보상을 요하게 되고, 이는 제1항의 내용과 한계를 정하는 기본권제한 및 형성적 법률이 아니라, 제3항의 공용침해법률에 해당되는 것이고, 따라서 불가분조항의 원칙에 따라 당연히 보상규정이 동시에 마련되어 있어야 하는 것이다.

이에 따라 구 도시계획법 제21조에 의한 제한이 일반적으로 수인할 수 있는 사회적 기속의 범주라면 보상이 필요없지만, 특별희생을 야기하는 경우라면 보상을 요하는 공용침해법률이며 따라서 보상규정이 존재해야 하는데, 이러한 제한(공용제한)의 경우에도 보상규정이 없으므로, 이는 불가분조항의 원칙위반이자 헌법 제23조 제3항 위반으로 원칙적으로 그 법률조항의 위헌·무효와 구역지정행위의 취소를 시켜야 한다. 따라서 보상을 하지 않으면 과도한 침해가 되어 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙위반이 된다는 논리구성은 잘못이다. 일반적으로 재산권제한이 비례의 원칙을 위반했다는 것은 사회적 기속법률에 따른 제한이 소기의 공익 실현을 위한 수단으로서 비례적이지 못했거나, 공용침해법률에 따른 제한이 필요 이상의 제한을 했다는 것을 의미하며, 이 경우 그 제한행위는 위헌·위법으로서 원칙적으로 취소되어야 하는 것이지 보상을 해준다고 합헌시되는 것은 아니며, 재산권의 본질적 내용을 침해했다면 이미 특별희생을 야기한 것으로



이는 공용침해에 해당되는 경우로서 - 불가분조항의 원칙 등 헌법 제 23조 제3항이 정한 공용침해의 합헌적 전제조건이 충족되었다는 전제 하에서 - 보상으로 그 존속보장의 파괴를 가치보장으로 보전시키는 것이다. 그런데 앞서도 언급했듯이 이 사건에서 문제되는 것은 구 도시계획법 제21조에 의한 제한이 특별희생을 야기하는 경우로서 이 경우에는 구 도시계획법 제21조가 헌법 제23조 제1항 및 제2항이 아닌 제3항의 공용침해법률에 해당하므로 당연히 보상규정이 있어야 하는데 없으므로 불가분조항의 원칙위반 및 헌법 제23조 제3항 위반으로 구 도시계획법 제21조가 위헌·무효가 되고, 구역지정행위는 취소되어야 하는 것이다. 다만 현실적 이유로 헌법불합치결정이 이루어지고, 이에 따라 잠정적으로 그 효력이 지속되는 것에 불과하다. 결국 비례의 원칙을 기준으로 구 도시계획법 제21조의 위헌성을 판단한 것은 헌법 제23조의 규범구조와 재산권보장의 법리 및 비례의 원칙에 대한 오해에서 비롯된 부당한 논리라고 하지 않을 수 없다.

### ③

지금까지 현재결정의 내용과 구 도시계획법 제21조의 위헌성에 대하여 살펴보았다. 이 현재결정은 그동안 부정되어왔던 개발제한구역 지정행위에 대한 보상문제를 헌법상의 재산권보장이론의 측면에서 심도있게 다루고 이를 예외적이거나 긍정하면서 구 도시계획법 제21조에 대한 헌법불합치결정을 내렸다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 그러나 첫째, 보상이 필요없는 사회적 기속과 보상을 요하는 공용제한과의 구별기준에 대한 논의가 미흡하고, 둘째, 구역지정 후 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 있는 원칙적인 경우에도 사안에 따라서는 수인의 기대가능성이 없는 특별희생을 야기할 수 있어 보상을 요하게 된다는 가능성을 일률적으로 부정하고 있으며, 셋째, 보상규정이 없는 구 도시계획법 제21조가 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반된

다고 하는 논리는 헌법 제23조의 재산권규정의 구조와 법리 및 불가분조항의 원칙과 비례의 원칙 등의 내용에 부합되지 아니하며, 넷째, 구역지정행위제도 자체는 토지재산권의 사회적 기속성을 구체화한 것으로서 합헌적 규정이므로 단순위헌이 아닌 헌법불합치결정을 내린다는 논리는, 지정행위가 사회적 기속 뿐아니라 공용제한에 해당할 수도 있으므로 당연히 불가분조항의 원칙에 따라 보상규정이 있어야 하는데 없으므로 구역지정행위 자체와 구 도시계획법 제21조가 이미 위헌이라는 점에 비추어보면 설득력이 없고, 다섯째, 입법촉구를 하면서 실지조사 등 많은 준비기간이 필요하다는 등의 이유로 입법자에게 보상법률제정에 대한 기한을 부과하지 않고 있는데, 이는 개발제한구역 지정행위와 관련한 문제들에 대하여 이미 많은 논의와 연구 및 조사가 이루어졌으며, 해당 토지소유자들은 이미 오랫동안 말할 수 없는 고통을 받아왔고, 그동안의 현재의 헌법불합치결정에 대하여 많은 경우 입법자가 아무런 개선조치를 취하지 않은 채 방치하고 있다는 사실 등에 비추어 볼 때 입법촉구의 효과를 반감시키는 결정유형이라고 아니할 수 없으며, 여섯째, 재산적 ‘손실’이 아닌 ‘손해’라는 용어를 사용함으로써 적법한 재산권 침해에 대한 전보로서의 손실과 불법(위법과 고의 또는 과실)한 침해에 대한 전보로서의 손해와의 구별을 모호하게 하는 등 많은 문제점을 현재결정은 지니고 있다.

(5)

헌법 제23조 제3항에 따라 공용침해의 경우 반드시 정당한 보상이 지급되어야 한다. 따라서 헌법상 요구되는 공용침해의 허용조건의 하나는 바로 정당보상의 원칙이다. 그런데 이에 대하여는 아래에서 항을 나누어 별도로 언급하고자 한다.

, 가

(6)

1)

①

위에서 언급했듯이 공용침해는 공공필요에 의해서만 허용된다. 그런데 이러한 공공필요의 원칙은 논리필연적으로 공용침해를 통해서 실현되는 공익사업이 공용침해 이후에도 항구적으로 또는 적어도 사안에 부합하는 일정기간동안 계속해서 원활히 수행되어질 것을 당연히 요구한다. 왜냐하면 공용침해는 공익사업의 주체가 공적과제를 수임하고 수행할 것을 의도했다는 이유만으로 허용되는 것은 아니고, 실제로 공익사업의 주체가 그 해당 공적과제를 계속해서 수행할 것을 전제로 해서 허용되어지는 것이기 때문이다. 그런데 공익사업의 주체가 공익사업의 실현을 해태하거나 포기하고, 이에 따라 공용침해의 궁극적 목적이자 정당화사유인 공익의 계속적 실현이 이루어질 수 없는 가능성은 항상 존재하고 있다. 따라서 공공필요의 원칙은 공익사업의 계속적 수행을 위한 보장책, 즉 공용침해된 재산권을 통한 계속적인 공익추구를 보장하는 특별한 법적·제도적 장치도 아울러 요구하고 있는 것이다.<sup>26)</sup>

②

이러한 계속적 공익실현을 위한 보장책에 대한 요청은 헌법 제23조 제3항으로부터 직접 도출된다. 왜냐하면 앞서 언급한 바와 같이 이 헌법규정은 공용침해에 있어서 그 침해된 재산권이 항구적으로 또는

26) 공익사업의 계속적 수행을 위한 보장책의 문제에 대하여 자세한 것은 정연주, 사인을 위한 공용침해, 현대공법이론의 전개, 석정 허영민박사 화갑기념논문집, 1993, 921쪽 이하 참조.

적어도 사안에 부합하는 일정기간동안 공익사업에 공여될 것을 논리 필연적으로 요구하고 있으며, 따라서 침해된 재산권을 통한 공적 과제 내지 공익사업의 계속적 수행을 위하여 공익사업의 주체를 지속시킬 법적 보장책이 마련되어 있을 것을 당연히 요구하고 있기 때문이다. 즉 이러한 법적 안전장치를 통해 해당 공익사업을 통한 계속적 공익실현이 보장되어 있을 때에 비로소 그 공용침해는 ‘공공필요에 의한’ 공용침해로서 헌법상 정당화되어질 수 있는 것이며, 재산권자에게 해당 공용침해에 대한 수인의무가 발생하는 것이다.<sup>27)</sup>

그러므로 공용침해의 경우 당해 행정청은 공용침해의 결정시 반드시 이러한 계속적 공익실현을 담보하는 보장책을 마련해야 하고, 이러한 보장책이 강구된 연후에야 비로소 그 공용침해는 헌법상 정당화되어질 수 있는 것이다.<sup>28)</sup> 반면에 이러한 보장책이 마련되어 있지 않고, 따라서 공용침해의 주체가 공익사업의 계속적 수행을 위한 어떠한 공적 기속도 받지 않는다면 계속적 공익실현은 보장되지 않은 것이며, 이는 헌법 제23조 제3항의 공공필요의 원칙에 정면으로 위배되는 것이다.

따라서 공용침해의 경우 계속적 공익실현을 위한 법적·제도적 보장책이 마련되지 않는다면 헌법 제23조 제3항은 그 존재의의를 상실할 것이고, 헌법상의 재산권보장제도 내지 사유재산제도는 형해화되어질 것이며, 결국 공용침해제도는 자의적인 재산권이전을 용이하게 하기 위한 부당한 헌법제도로 전락하게 될 것이다.<sup>29)</sup>

---

27) Vgl. Schmidbauer, Enteignung zugunsten Privater, S. 196.

28) Vgl. Papier, Anmerkung zum Urteil v. 24.3.1987 des BVerfGE, JZ 1987, S. 620; Zimmer, Flurbereinigung aus städtebaulichen Gründen und privatnützige Enteignung, DÖV 1986, S. 1009.

29) Vgl. Stummer, Die öffentliche Zweckbindung der enteigneten Sache, S. 19.

, 가

2)

①

이러한 공익사업의 계속적 수행을 확보하기 위한 보장수단의 일종으로 거론될 수 있는 것으로 환매권제도를 들 수 있다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘공토법’이라 함) 제 91조 제1항은 “토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 그 밖의 사유로 인하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우 취득일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인은 당해 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일부터 10년 이내에 당해 토지에 대하여 지급받은 보상금에 상당한 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항의 규정은 취득일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 당해 사업에 이용하지 아니한 때에 이를 준용하되, 이 경우 환매권은 취득일부터 6년 이내에 이를 행사하여야 한다.”라고 규정함으로써 수용된 토지가 공익사업에 본래의 목적대로 기여되지 아니할 때 환매권자는 그 토지를 환매할 수 있도록 하고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 헌법 제23조 제3항에 따른 공공필요의 원칙은 침해된 재산권을 통해 공용침해의 목적인 공익사업의 실현이 공용침해의 시점 이후에도 항구적으로 또는 적어도 사안에 부합하는 일정기간동안 계속해서 이루어질 것을 요구하기 때문에 만일 공용침해 이후 공익사업의 폐지 등으로 이러한 전제조건이 충족될 수 없다면 침해된 해당 재산권은 당연히 원소유자 등에게 반환되어야 할 것이다. 따라서 환매권제도는 토지소유자 등의 재산권보장적 기능과 공익사업의 계속적 수행을 담보하는 보장책으로서의 기능을 가진다고 할 수 있다.

②

가) 환매권자의 자격과 관련하여

이러한 환매권제도는 독일의 연방건설법(BauG) 제102조에서 규정하고 있는 재수용제도(Rückenteignung)와 비교해 볼 때 그 행사절차에 있어서는 차이가 있지만 그 기능과 목적에 있어서는 유사하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 재수용제도에 따르면 원재산권자는 공용침해된 토지가 본래의 정해진 기간내에 공용침해의 목적인 공익사업에 공여되지 아니하거나 그 기간의 경과전에 공익사업이 폐지된 경우에 그 해당 토지를 자신을 위해 재수용할 것을 요구할 수 있기 때문이다.<sup>30)</sup>

그런데 독일 연방건설법상의 재수용제도에 있어서는 침해된 토지의 원소유자나 그의 포괄승계인 뿐 아니라<sup>31)</sup>, 공용침해를 통해 상실된 토지상의 소유권 이외의 권리<sup>32)</sup>에 대한 재산권자도 - 원소유자가 연방건설법 제102조 제1항에 따른 재수용신청권을 행사하느냐의 여부에 관계없이<sup>33)</sup> - 재수용신청권을 행사할 수 있는데 반하여, 공토법 제91조에 따른 환매권은 오직 토지의 소유권만을 대상으로 원소유자나 그의 포괄승계인만이 행사할 수 있으며 해당 토지상의 소유권 이외의 권리에 대한 재산권자는 행사할 수 없도록 되어 있다. 이와 관련하여 일부 국내문헌<sup>34)</sup>에는 이러한 제한이 환매권제도가 본래 토지수용을

30) 환매권제도는 독일 연방건설법상의 재수용제도와 후술하는 바와 같이 여러 가지 면에서 차이가 있지만 그 기능면에서는 유사하다고 할 수 있다. 왜냐하면 양제도가 공통적으로 제재적 기능과 예방적 기능을 가지고 있기 때문이다. 즉 양제도는 일정한 기간의 경과 이후 - 당해 재산을 통한 공익실현이라는 - 소기의 목적이 달성되지 아니한 공용침해를 청산하고 침해된 재산을 원상회복시킨다는 점에서 제재적(repressiv)으로 기능한다. 아울러 양제도는 일반적으로 지리한 공용침해절차를 거쳐서 어렵게 획득한 재산을 다시 상실하지 않도록 하기 위하여 기업자로 하여금 공용침해의 본래의 목적인 - 해당 재산을 통한 - 공익사업을 성실히 수행하도록 심리적 압박을 가한다는 점에서 예방적으로(präventiv) 기능한다고 할 수 있다.

31) Vgl. §102 Abs. 1 BauGB.

32) Vgl. §102 Abs. 5 BauGB.

33) Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, §102 Rdnr. 3.

통해 침해된 원소유자의 감정을 치유할 목적으로 인정된다는 사실에 기인한다고 하는 견해가 있다. 이에 따르면 침해된 감정의 정도면에서 원소유자와 비교될 수 없는 기타의 권리자에게는 이러한 환매권을 인정할 필요가 없다는 것이다.<sup>35)</sup>

이러한 견해가 환매권에 대한 헌법적 근거를 간과한 그릇된 견해라고 하는 것은 다언을 요하지 아니할 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 공용침해의 목적인 공익사업 자체가 실현되지 않거나 이러한 공익사업에 침해된 재산권이 전혀 공여되지 않는다면 헌법 제23조 제3항으로부터 도출되는 공용침해의 전제조건인 공공필요의 원칙은 충족되어진 것이 아니며, 따라서 침해된 재산권자는 직접 헌법 제23조 제1항 제1문에서 규정하고 있는 재산권의 존속보장에 근거하여 그리고 이에 대한 관련 법률의 규정 유무에 관계없이 해당 재산권에 대한 원상회복을 요구할 수 있는 것이다. 이러한 재산권에 대한 존속보장은 침해된 토지의 원소유자나 그의 포괄승계인 뿐 아니라 그 토지상의 소유권 이외의 권리에 대한 재산권자에게도 동일하게 인정되어야 하는 것은 당연하다 할 것이다.<sup>36)</sup> 그러므로 공토법 제91조는 해당 토지에 대한 소유권 이외의 권리에 대한 재산권자나 그의 승계인도 해당 토지의 원소유자나 그의 포괄승계인이 환매권을 행사하느냐의 여부에 관

34) 예컨대 김원주, 고시계 1987.9, 52쪽 이하; 이상규, 신행정법론(하) 1990, 616쪽 이하; 박윤훈, 최신행정법강의(하), 2001, 630쪽.

35) 헌법재판소도 2005. 5. 26, 2004헌가10 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한 법률 제91조 제1항 위헌제청사건에서 환매제도와 관련하여 “... 토지에 대해서는 보상이 이루어지더라도 수용당한 소유자에게 감정상의 손실 등이 남아있게 되나, 건물의 경우 정당한 보상이 주어졌다면 그러한 손실이 남아있는 경우는 드물다. 따라서 토지에 대해서는 그 존속가치를 보장해 주기 위해 공익사업의 폐지·변경 등으로 토지가 불필요하게 된 경우 환매권이 인정되어야 할 것이나, 건물에 대해서는 그 존속가치를 보장하기 위하여 환매권을 인정하여야 할 필요성이 없거나 매우 적다. ... 입법자가 건물에 대한 환매권을 부인한 것은 헌법적 한계 내에 있는 입법재량권의 행사이므로 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.”라고 판시함으로써 환매권 인정여부와 관련하여 재산권자의 감정을 중요한 기준으로 삼고 있다.

36) Vgl. Battis, aaO, §102 Rdnr. 3.

계없이 환매권(실제적 내용은 소유권 이외의 권리의 재설정권이 될 것이다)을 행사할 수 있도록 개정되어야 할 것이다. 그렇게 되면 그 재산권자는 공익사업에 공여되지 아니한 토지 - 그 현재의 소유자가 누구냐에 관계없이 - 위에 소유권 이외의 본래의 재산권을 설정시킬 수 있을 것이다.

#### 나) 환매권의 행사 및 분쟁해결방법과 관련하여

한편 독일 연방건설법에 따른 재수용제도는 그 신청이 당해 행정청에게 제출되어야 하는 등<sup>37)</sup> 제반 행사절차가 관할 행정청에서 진행되고 이루어지는 반면, 공토법상의 환매권은 관할 행정청의 개입이나 협조없이 오로지 환매권자 자신에 의해서만 행사되어진다. 따라서 환매권행사의 상대방인 사업시행자가 환매권행사의 요건이 충족되어 있지 아니하다는 등의 이유로 해당 토지의 반환을 거부할 경우에는 환매권자와 사업시행자간의 당사자소송으로서 해결할 수밖에 없을 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 이러한 방법은 효과적이고 구속력있는 환매권의 행사와

37) Vgl. §102 Abs. 3 S. 1 BauGB.

38) 환매권의 법적 성격 및 환매권에 관한 분쟁해결방법과 관련하여 헌법재판소는 1994. 2. 24, 92헌마283 환매거부 위헌확인사건에서 “청구인들이 주장하는 환매권의 행사는 그것이 특례법 제9조에 의한 것이든, 수용법 제71조에 의한 것이든, 환매권자의 일방적 의사표시만으로 성립하는 것이지, 상대방인 사업시행자 또는 기업자의 동의를 얻어야 하거나 그 의사 여하에 따라 그 효과가 좌우되는 것은 아니다. 따라서 이 사건의 경우 피청구인이 설사 청구인들의 환매권행사를 부인하는 어떤 의사표시를 하였더라도, 이는 환매권의 발생 여부 또는 그 행사의 가부에 관한 사법관계의 다툼을 둘러싸고 사전에 피청구인의 의견을 밝히고, 그 다툼의 연장인 민사소송절차에서 상대방의 주장을 부인한 것에 불과하므로, 그것을 가리켜 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수는 없다.”라고 함으로써 환매권을 사권의 일종으로 보고 이에 대한 다툼은 민사소송에 의하는 것으로 판시하고 있으며, 대법원도 1992. 4. 24, 92다4673판결에서 “징발재산정리에관한특별조치법 제20조 소정의 환매권은 일종의 형성권으로서 그 존속기간은 제척기간으로 보아야 할 것이며, 위 환매권은 재판상이든 재판외이든 그 기간 내에 행사하면 이로써 매매의 효력이 생기고, 위 매매는 같은 조 제1항에 적힌 환매권자와 국가간의 사법상의 매매라 할 것이다.”라고 함으로써 역시 환매권이 사권이라는 전제하에 이에 관한 분쟁은 민사소송에 의하는 것으로 보고 있다.

그러나 첫째, 환매권은 근원적으로는 공공필요에 의한 토지수용이라는 공법상의 원



실현을 담보하기 어렵다고 할 것이다. 따라서 토지수용위원회 등 행정청에서(또는 행정청의 주관하에) 환매절차가 이루어지도록 개정되어야 할 것이다.

물론 재수용제도의 경우에는 토지등의 원상회복이 문자 그대로 수용의 형식으로 진행되기 때문에 그 신청 등 제반절차가 행정청에서 이루어지고, 환매권의 경우에는 매매의 형식으로 진행되기 때문에 행정청이 아닌 환매권자와 사업시행자라고 하는 당사자간에 이루어지기 때문에 행정청이 개입하지 않는 것은 당연하다고 볼 수도 있다. 그러나 양제도 공히 마찬가지로 원래 공익사업이라는 공적 목적을 위해 토지가 수용되었고, 그 후 본래의 목적이 달성될 수 없거나 그러한 목적에 당해 토지가 공여되지 않기 때문에 헌법상 당연히 원소유자들에게 본래의 재산권이 회복되어야 하는 것이며, 또한 이러한 모든 법적 관계가 공법상의 법률관계라는 점에서 양제도는 본질에 있어서 동일하다고 볼 수 있으며, 본래의 원인행위인 토지의 수용 등이 재결청 등의 행정청에 의하여 이루어지는 행정행위라는 점에서 이를 원상회복시키는 행위도 행정청에서 행정행위로 이루어지는 것이 논리적이고 보다 효과적 - 특히 재산권자의 입장에서 - 이라고 볼 수 있을 것이다.

#### 다) 공익사업변경에 따른 환매권행사의 제한문제

또 하나의 환매권제도의 문제는 공익사업의 변경에 따른 환매권행사의 제한이다. 공토법 제91조 제6항은 “국가·지방자치단체 또는 정

---

인에 의하여 야기된 것이고, 둘째, 환매권에 관한 법률관계의 한쪽 당사자는 필연적으로 사업시행자인 국가·지방자치단체·공무수탁사인 등의 실질적·기능적 의미의 행정주체 내지 공권력주체일 수밖에 없고, 셋째, 환매에 응할 의무 역시 반드시 실질적·기능적 의미의 행정주체 내지 공권력주체로서의 사업시행자에게 귀속되며, 넷째, 환매권의 근거는 헌법 제23조 제1항과 공법인 공토법이라는 측면에 비추어 볼 때 환매권은 당연히 공권이고, 이에 대한 법적 분쟁은 행정소송의 일종인 당사자소송으로 해결해야 할 것이다. 따라서 이러한 점을 간과한 헌법재판소와 대법원의 견해는 그릇된 것이며, 만일 그렇지 않다면 환매권의 근거인 공토법은 공법이 아닌 사법의 일종이라는 모순에 빠지게 될 것이다.

부투자기관이 사업인정을 받아 공익사업에 필요한 토지를 협의취득 또는 수용한 후 당해 공익사업이 제4조 제1호 내지 제4호에 규정된 다른 공익사업으로 변경된 경우 제1항 및 제2항의 규정에 의한 환매권 행사기간은 관보에 당해 공익사업의 변경을 고시한 날부터 기산한다. …”라고 규정함으로써 이 경우 원래의 공익사업의 폐지·변경 등을 이유로 원소유자가 환매권을 행사할 수 없도록 제한하고 있는데,<sup>39)</sup> 이러한 제한은 환매권 내지 재산권에 대한 위헌적 침해라고 볼 수 있다.

이와 관련하여 헌법재판소는 1997.6.26, 96헌바94 토지수용법 제71조 제7항 위헌소원사건에서 “이 사건 심판대상조항은 앞에서 본 바와 같이 협의취득 또는 수용의 목적이 된 공익사업이 그 후 사정변경에 의하여 폐지·변경되었음에도 불구하고 그 취득된 토지가 다른 공익사업을 위하여 필요한 경우 해당 토지를 별도의 수용절차를 거침이 없이 다른 공익사업에 그대로 사용하는 것이 가능하도록 공익사업의 변경을 인정하고 그로 인한 환매권 행사에 제한을 가하고 있는 것으로 이는 새로운 공익사업의 원활한 시행을 확보하려는 데 그 목적을 두고 있다. … 공공복리를 위한 공익사업의 시행과정에서 이미 수용되어 있는 토지에 대하여 당초의 사업이 폐지·변경되었다는 사유만으로 다른 공익사업을 위한 필요에도 불구하고 예외 없이 일률적으로 원소유자 등에게 당해 토지를 반환하게 한 후 다시 재수용절차를 밟도록 한다는 것은 공익의 관점에서 볼 때 과도한 시간과 노력 및 비용의 낭비이며 원활한 사업시행에 장애가 되는 것이다. 따라서 공공복리를 위하여 필요한 경우 예외적으로 공익사업의 변경을 인정하고 환매권 행사를 제한함으로써 공익사업의 원활한 시행을 확보하여 줄 필요가 있

39) 참고로 독일 연방건설법 제102조에 따른 재수용제도의 경우에는 사업주체의 변경에 따른 재수용신청에 대한 제한 - 그것도 원소유자가 적절한 기간내에 해당 토지를 본래의 공익목적에 위해 사용할 수 없을 경우에만 - 은 있으나, 우리의 환매권제도에 있어서와 같은 사업내용의 변경에 따른 제한은 없다(제2항 제2호 참조).

는 것이며, 그러한 점에서 이 사건 심판대상조항의 입법목적은 정당하다 할 것이다.”라고 판시함으로써 이러한 제한을 정당화하고 있다.

그러나 이러한 주장은 공익사업의 원활한 시행의 확보라는 행정편의만을 중시한 일방적인 견해로서 받아들이기 어렵다. 왜냐하면 국가공권력에 대한 통제와 국민의 재산권보장을 위해서는 이 사건 반대의 견도 지적하고 있듯이 새로운 공익사업 및 그의 실현을 위한 토지의 긴절한 필요성 등에 대한 심사절차와 해당 토지의 전용결정에 대한 불복절차 등의 적법절차가 마련되어야 하기 때문이다. 만일 그렇지 않다면 국가·지방자치단체 등의 공익사업의 주체는 본래의 공익사업을 언제든지 다른 공익사업으로 변경시킴으로써 당해 토지를 계속해서 보유하고자 할 것이며, 결국 환매권제도는 형해화될 것이다. 이는 더 나아가서 공익실현을 위한 최소한의 침해와 공용침해와 관련된 공익과 사익의 총체적인 정당한 비교형량을 요구하는 비례의 원칙에도 위배된다고 하겠다. 왜냐하면 공토법 제91조 제6항에 따르면 국가·지방자치단체 등의 사업시행자가 본래의 공익사업을 다른 공익사업으로 변경할 때 절차상 공익사업을 위해 필요한 토지의 범위, 위치, 적합성, 필요성, 달성되는 공익과 상실되는 사익과의 형량 등과 관련하여 비례의 원칙의 준수여부가 전혀 심사되어지지 아니하기 때문이다.

더욱이 이 조항을 종전의 수용토지에 대하여 여러 차례 계속해서 적용한다면 위에서 언급한 바와 같이 재수용의 적법절차가 없으므로, 수용토지의 원소유자들은 환매권을 취득할 기회를 영원히 상실하게 되는 결과가 초래될 것이며, 이 또한 공토법 제1항 및 제2항의 규정을 무력화시킬 것이다. 따라서 공토법 제91조 제6항은 환매권의 단순한 제한이 아니라, 수용된 토지를 해당 공익사업에 사용하지 아니하거나 그 기간이 10년 또는 5년의 기간이 경과됨으로 인하여 취득되는 것을 그 내용으로 하고 있는 환매권의 본질적인 내용을 침해하는 제한일 수밖에 없다고 할 것이다.

이러한 이유들 때문에 공토법 제91조 제6항을 폐지하든가, 아니면 비례의 원칙 등 제반 전제조건인 충족여부가 공익사업의 변경시 절차상 다시 심사되어질 수 있도록 동 규정을 보완·개정할 것이 요구된다. 공익사업의 변경이 헌법상 처음부터 금지되는 것은 아니라고 할지라도 어떤 경우든 법치국가원리상 요구되는 일련의 행정절차와 비례의 원칙 등의 헌법상의 원칙이 반드시 준수되어야 할 것이다. 따라서 공용침해의 목적 내지 공익사업의 변경은 본래의 공용침해와 동일한 절차와 형식에 따라 이루어져야 하는 것이다. 왜냐하면 원래 공용침해를 정당화시켰던 공익사업의 변경은 실질적으로 또 하나의 새로운 공용침해를 의미하기 때문이다.

### 3)

결론적으로 상기 언급한 방향으로 환매권제도가 개선되어야 할 것이다. 그러나 환매권제도는 위에서 언급한 문제점 이외에 근본적으로 그 요건과 시간적·내용적·대상적 제한 등에서 오는 특성 및 한계 때문에 공익사업의 계속적 수행을 담보하기 위한 보장책으로서는 불완전한 제도라고 하지 않을 수 없다. 따라서 공토법에 각각의 공익사업의 수행 및 그를 통한 계속적 공익실현을 담보하기 위한 적합하고 다양한 내용의 보장책이 마련될 것이 아울러 요구된다고 하겠다. 이것이 공익사업의 계속적이고 효과적인 수행과 국민의 재산권보장을 담보하기 위한 필수적인 요건이라는 점은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

일반적 개괄조항에 근거한 구체적인 보장책의 수단으로서는 법규명령이나 자치법규의 형식에 의한 경우와 행정행위나 행정행위의 부관 또는 공법상 계약의 형식 등이 고려될 수 있다. 이러한 행정행위의 부관이나 공법상의 계약의 형식을 통한 보장책의 부과는 직접 법률규정 자체에 의하여 정해진 내용의 보장책이 부과되는 방법과 비교해

, 가

불 때 법률에의 엄격한 기속으로부터 벗어나 그때그때의 구체적인 사안에 적합한 내용의 보장책을 부과할 수 있는 보다 효율적이고 유연한 수단이라고 할 수 있다.<sup>40)</sup>

### III.

헌법 제23조 제3항에 따라 공용침해의 경우 반드시 정당한 보상이 지급되어야 한다. 따라서 헌법상 요구되는 공용침해의 허용조건의 하나는 바로 정당보상의 원칙이다. 즉 이러한 정당한 보상의 종류와 범위를 통해 토지재산권의 범위가 정해지며, 이러한 정당보상이 이루어질 때 비로소 토지재산권의 가치보장이 확보되는 것이다. 그런데 이 정당보상의 내용에 대해서 그 해석과 의견이 다양하다. 예컨대 정당보상의 내용을 완전보상이라고 하거나 상당보상이라고 하는 등 다양하고, 그 범위에 있어서도 시가 이상의 보상도 있을 수 있고 시가 이하의 보상도 있을 수 있다고 하는 등 일정치가 않다. 결국 이 정당보상의 본질과 내용은 헌법속에서 찾아야 할 것이고, 따라서 헌법상 보장된 손실보상의 본질과 기능 속에서 그 해결의 실마리를 찾아야 할 것이다.

#### 1.

주지하는 바와 같이 재산권 보장의 내용은 일차적으로 해당 재산권의 구체적 대상 그 자체의 존속보장이며, 예외적으로 제23조 제3항에서 규정한 공용침해의 모든 전제조건이 충족되었을 경우에만 이차적으로 재산권의 대상 그 자체가 가지고 있는 가치의 보장으로 전환되는 것이다. 따라서 손실보상이란 공용침해에 의한 재산권의 존속보장의 파괴를 재산권의 가치보장을 통해 회복하는 것이며, 이에 따라 손

---

40) Vgl. Papier, JZ 1987, S. 620.

실보상의 본질은 공용침해로 야기된 재산권자의 특별희생에 대한, 재산권보장과 사회적 공평부담의 견지에서 조절적 의미를 가지는 사회적 상계라고 할 수 있다. 결국 손실보상은 특별희생의 사회적 공평부담이라고 하는 평등원칙과 재산권보장의 이차적 내용인 가치보장의 확보를 그 본질로 하고 있다.

이처럼 손실보상이란 평등원칙의 관철하에서의 침해된 재산권의 가치보장 확보를 통해 존속보장의 파괴를 치유하는 것을 그 이념으로 하며,<sup>41)</sup> 해당 재산권에 야기된 개인이 평균 부담해야 할 정도를 넘어선 특별희생을 사회적 공평부담의 견지에서 상계시키는 사회적으로 조절된 가치를 의미한다. 따라서 원칙적으로 해당 재산권에 내재된 일정한 사회적 기속에 의한 재산권의 일반희생을 넘어서는 특별희생 부분만이 보상을 통해 회복되는 재산적 가치의 기준이 될 것이다.<sup>42)</sup>

## 2.

이처럼 손실보상의 대상에 해당되는 공용침해된 재산권의 가치보장 부분에서 그 해당 재산권에 내재된 사회적 기속분이 공제되어야 할 것이고, 이는 헌법 제23조 제2항에 따른 모든 재산권이 가지는 사회적 기속성에서 도출된 법리라 할 것이다.

그런데 다른 한편 이러한 손실보상의 대상인 침해된 재산권의 가치보장부분에는 그 해당 공용침해로 직접 야기된 재산적 이익도 함께 고려되어야 한다. 예컨대 공익사업으로 인해 공용침해될 토지의 지가가 상승되는 등 공용침해로 인하여 직접 재산권자에게 일정한 재산상의 이익이 발생되었을 경우, 이러한 이익은 재산권자 자신의 노력과 관계없이 순전히 공익사업을 직접 원인으로 하여 발생한 것이므로 사회환원적 차원에서 마땅히 손실보상을 통해 회복되는 침해된 재산권

---

41) Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 511.

42) Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 523.

의 가치보장부분에서 마땅히 공제되어야 할 것이다.

아울러 손실보상을 통해 회복되는 이러한 재산권의 가치보장부분에는 재산권자 자신의 고의 또는 과실로 인해 야기된 손실의 증가분도 함께 고려되어야 할 것이다. 즉 공용침해로 인해 발생한 손실에 재산권자 자신의 책임으로 인해 야기된 일정한 재산상의 손실이 포함되어 있을 경우, 이 재산권자 자신의 책임영역에 속하는 재산적 손실부분은 손실보상을 통해 회복되는 재산권의 가치보장 부분에서 공제되어야 할 것이다.

이처럼 손실보상의 대상이 되는 공용침해된 재산권의 가치보장부분에는 해당 재산권에 내재된 사회적 기속분, 공용침해로 야기된 재산상의 이익, 재산권자 자신의 책임 등 공용침해와 관련된 제반사항이 고려되어야 하며, 아울러 재산권의 사회적 기속의 정도 자체가 해당 재산권의 종류와 성질, 그 침해있는 상황과 시대적 배경 등에 따라 달라지기 때문에 손실보상의 대상으로서의 재산권의 가치는 일률적이지 않고 이러한 다양한 요소에 따라 차별적일 수밖에 없다. 이것은 재산권보장의 정도와 범위의 차별성에 기인한다. 즉 재산권보장기능은 그 보장되는 재산권의 종류와 성질 및 상황과 사회적 기속도에 따라 차별적으로 작용하고,<sup>43)</sup> 이러한 재산권보장의 정도와 범위의 차별성이 필연적으로 재산권보장의 이차적 내용인 가치보장의 차별화를 초래하게 되며,<sup>44)</sup> 결국 가치보장의 차별화가 손실보상의 차별화를 초래하게 된다.

그러므로 손실보상의 내용과 범위는 이처럼 가치보장의 차별화를 초래하는 다양한 요소에 따라 달라지기 때문에 손실보상의 확정은 필연적으로 앞서 언급한 제반요소의 정당한 비교형량을 전제로 하고, 이러한 정당한 비교형량의 결과가 바로 손실보상인 것이다. 결국 이러한 공용침해와 관련한 공익 및 관계자의 이익의 총체적인 비교형량

43) Vgl. BVerfGE 53, 257ff.

44) Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 14, Rdnr. 526.

이 바로 헌법 제23조 제3항이 규정한 정당보상의 실현형식이며 내용인 것이다.<sup>45)</sup>

### 3.

#### (1)

보상의 종류는 입법자가 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 정한다. 이에 따라 보상의 종류로서는 현금보상과 더불어 토지(대토)나 토지에 대한 각종의 물권 등 현물보상과 각종의 권리에 의한 보상 등이 고려될 수 있을 것이다.

##### 1)

공토법 제63조 제1항은 현금보상을 원칙으로 하고 있다. 이는 현금이 그 유통에 있어서 가장 자유롭고 객관적 가치의 변동이 적기 때문에 보상의 완전성의 확보라는 측면에서 일반적으로 가장 정당보상의 이념에 부합되기 때문이라고 하겠다. 재산권자도 별단의 규정이 없는 한 원칙적으로 현금보상에 대한 권리만을 가진다고 하겠다.<sup>46)</sup>

##### 2)

손실보상의 관련법규들은 예외적으로 현금 이외의 다른 종류에 의

---

45) 현행 헌법 제23조 제3항은 단순히 “...정당한 보상을 지급해야 한다.”라고만 규정하고 있는 반면, 과거 제5공화국 헌법 제22조 제3항은 “...보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다.”라고 구체적으로 규정하고 있고, 이에 해당되는 독일 기본법 제14조 제3항은 “...손실보상은 이익 및 관계자의 이익의 정당한 형량하에 정해진다(Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen)....”라고 규정하고 있는데, 위에서 언급한 바와 같이 공익 및 관계자의 이익의 정당한 비교형량의 결과가 바로 정당보상이기 때문에 이 세가지 헌법규정은 표현형식만을 달리할 뿐 그 본질에 있어서는 대동소이하다고 하겠다.

46) Vgl. Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr. 391.



한 보상을 허용하고 있는 바, 구 도시재개발법 제31조 제1항에 따른 대지 또는 건축시설의 분양에 의한 보상과 공토법 제63조 제1항의 단서조항에 따른 토지에 의한 보상, 동법 동조 제6항과 제7항에 따른 채권에 의한 보상 등이 그 예이다. 앞서 언급한 바와 같이 공용침해된 재산권자는 별도의 규정이 없는 한 원칙적으로 현금보상에 대한 청구권만을 가지기 때문에 이러한 예외적 규정에서처럼 특별히 현금 이외의 종류에 의한 보상을 허용하는 한에서만 그 특정종류의 보상을 청구할 수 있을 뿐이며, 이러한 예외적 규정이 없는 한 현금 이외의 종류에 의한 보상을 청구할 수는 없다. 이는 보상의 종류를 정하는 것은 오로지 입법자의 권한에 속하는 문제이기 때문이다.

그런데 현금 이외의 종류에 의한 보상과 관련하여 유의해야 할 점은 이러한 특별한 종류에 의한 보상은 보상과 관련한 제반사항의 정당한 비교형량의 결과로 정해진 것으로서, 이것이 그 특수한 상황과 관계자 - 특히 재산권자의 - 의 이익을 고려할 때 재산권자의 측면에서 현금보상보다 더욱 정당보상의 이념에 부합되기 때문이라는 점이다. 즉 상실된 재산권에 대한 동종·동가치의 회복이라는 손실보상의 기능에 더욱 합치되는 것이기 때문이다. 예컨대 토지를 수용당한 재산권자가 인근에서 동종·동가치의 다른 토지를 획득함이 매우 어려운 상황을 고려해 볼 때 현금에 의한 보상은 재산권자에 대한 손실보상을 통한 존속보장의 회복가능성의 부여라는 면에서 적절한 기능을 할 수 없을 것이고, 대토에 의한 보상이 해당 피수용자를 위한 재산권보장과 정당보상의 측면에서 보다 적합한 방법이 될 수 있을 것이다.

이처럼 다른 종류에 의한 보상방법은 본질적으로 재산권자의 이익의 측면에서 고려되는 것이기 때문에 논리필연적으로 해당 재산권자, 즉 손실보상 청구권자의 신청이나 동의를 그 전제로 하며, 청구권자의 의사에 반하여 강제적으로 이루어질 수는 없는 것이다.<sup>47)</sup> 왜냐하

47) Vgl. Dietlein, Verfassungsrechtliche Probleme der Enteignungsschädigung, DÖV

면 다른 종류에 의한 보상이 청구권자의 의사에 관계없이 강제적으로 이루어진다면 이것은 오히려 재산권자의 이익과 정당보상의 이념에 역행하는 것이 되기 때문이다.

독일의 경우 대토(Ersatzland)에 의한 보상을 규정하고 있는 연방건설법 제100조 제1항은 “손실보상은 ‘재산권자의 신청에 따라’ 적절한 대토로써 이루어질 수 있는데, 이는 그 재산권자가 자신의 직업활동 내지 영업활동의 안정을 위하여 또는 자신에게 부과되는 과제의 수행을 위하여 대토에 의한 보상에 의존되어 있음을 … 전제로 한다.”라고 규정하고 있고, 토지에 대한 다양한 권리에 의한 보상을 규정하고 있는 동법 제101조 제1항은 “공용침해되는 토지의 소유자에게는 ‘자신의 신청에 따라’ 전부 또는 부분적으로 다른 토지에 대한 다음과 같은 각기 상이한 권리에 의한 보상 - 이러한 보상 방법이 ‘관계자의 이익형량의 결과 정당한 것이라면’ - 이 이루어질 수 있다.…”라고 규정함으로써 대토나 토지상의 다른 권리 등에 의한 보상방법은 공익과 관계자의 이익의 형량결과 재산권자의 이익을 위한 정당한 보상방법으로 간주되고 아울러 해당 재산권자의 신청이 있는 경우에만 - 즉 재산권자의 의사에 따라서만 - 허용됨을 명시하고 있다.

### 3)

이런 맥락에서 공토법상의 채권보상이 문제될 수 있다. 공토법 제63조 제6항은 “사업시행자가 국가·지방자치단체 그 밖에 대통령령으로 정하는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따라 지정·고시된 공공기관 및 공공단체인 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 제1항 본문에 불구하고 해당 사업시행자가 발행하는 채권으로 지급할 수 있다. 1. 토지소유자 또는 관계인이 원하는 경우 2. 사업인정을 받은 사업에 있어서 대통령령이 정하는 부채부동산소유자의 토

---

1973, S. 263; Kimminich, aaO, Rdnr. 314.

지에 대한 보상금이 대통령령이 정하는 일정금액을 초과하는 경우로서 그 초과하는 금액에 대하여 보상하는 경우”라고 규정하고 있고, 제7항은 “토지투기가 우려되는 지역으로서 대통령령이 정하는 지역 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공익사업을 시행하는 자 중 대통령령으로 정하는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따라 지정·고시된 공공기관 및 공공단체는 제6항에도 불구하고 제6항 제2호에 따른 부채부동산소유자의 토지에 대한 보상금 중 대통령령이 정하는 1억원 이상의 일정금액을 초과하는 부분에 대하여는 당해 사업시행자가 발행하는 채권으로 지급하여야 한다. 1. 「택지개발촉진법」에 의한 택지개발사업 2. 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 의한 산업단지개발사업 3. 그 밖에 대규모 개발사업으로서 대통령령이 정하는 사업”이라고 규정하고 있다. 그런데 이 규정은 정당보상의 원칙에서 볼 때 다음과 같은 문제점을 내포하고 있다.

첫째, 채권보상을 허용하는 목적과 취지가 위헌적이다. 이 규정이 채권보상을 허용하는 주된 이유는 국가나 지방자치단체 등의 불충분한 재정상태에 기인한다. 즉 수용·사용된 토지에 대하여 모두 현금에 의한 일시불로 보상을 지급하기에는 국가의 재정상태가 충분치 못한 것이다. 그러나 현금 이외의 종류에 의한 보상은 공익 및 관계자의 이익의 형량결과 재산권자의 이익의 측면에서 정당한 보상으로 간주될 경우에만 허용될 수 있는 것이지 국가의 재정적 이해관계 때문에 인정될 수는 없는 것이며, 더욱이 정당한 비교형량과정에서 고려되어야 할 공익의 내용에 국가의 재정보호나 국고증진 등의 목적이 결코 해당될 수 없음은 이미 위에서 살펴본 바와 같다. 만일 국가의 재정적 이해를 이유로 보상의 종류 등 손실보상의 내용이 달라진다면 국고증진을 위한 입법자에 의한 어떠한 종류의 보상내용도 헌법상 정당화되어질 수 있게 되고 공용침해 및 이에 대한 손실보상제도는 국고확충을 위한 자의적 도구로 전락될 것이며, 결국 정당보상을 통한

재산권보장의 기능은 형해화되어질 것이다. 국가재정의 문제는 공용 침해 및 손실보상과 관련한 수단을 통해서가 아니라 다른 수단, 예컨대 조세나 경제정책적 수단을 통해서 해결해야 할 문제인 것이다.

둘째, 채권에 의한 보상이 강제적이라는 점이다. 즉 본조항은 채권 보상이 허용되는 경우로서 제6항 제1호에서는 ‘토지소유자 또는 관계인이 원하는 경우’라고 규정함으로써 해당 재산권자의 의사에 따르도록 하고 있지만, 제2호에서는 일정한 조건하에서 재산권자의 의사에 관계없이 강제적으로 채권보상을 할 수 있도록 규정하고 있고, 제7항은 채권보상을 하도록 의무지우고 있다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 현금 이외의 종류의 보상은 공익 및 관계자의 이익, 특히 재산권자의 이익에 부합될 경우에만 인정될 수 있고, 따라서 재산권자의 의사에 반하여 강제적으로 이루어질 수 없음에 비추어 볼 때 정당보상의 이념에 역행하는 것이다.

셋째, 보상의 종류로서의 채권 자체가 정당보상의 종류로서 적합치 않다는 것이다. 채권은 현금의 경우와는 달리 유통이 자유롭지 못하고 그 객관적 가치가 안정적이지 못하다. 물론 채권을 자유롭게 양도하거나 담보에 제공할 수는 있지만, 제8항에서 규정하고 있듯이 일정한 상환기한이 경과되어야만 현금화시킬 수 있기 때문에 상실된 재산권의 동종·동가치의 회복이라는 손실보상의 기능면에서 볼 때 채권 보상은 정당보상의 이념에 부합된다고 보기 어렵다. 더욱이 일반물가의 폭등 및 채권의 실질가치의 하락의 경우를 고려할 때 채권에 의한 보상이 상실된 재산권의 가치의 명목적·형식적 보장으로 전락할 위험은 항상 도사리고 있는 것이다. 물론 제8항이 “제6항 및 제7항에 따라 채권으로 지급하는 경우 채권의 상환기한은 5년을 넘지 아니하는 범위안에서 정하여야 하며, 그 이율은 다음 각 호와 같다. 1. 제6항 제2호 및 제7항에 따라 부채부동산소유자에게 채권으로 지급하는 경우 : 3년 만기 정기예금 이자율(채권발행일 전월의 「은행법」에 따라

설립된 금융기관 중 전국을 영업구역으로 하는 은행이 적용하는 이자율을 평균한 이자율로 한다) 2. 부재부동산소유자가 아닌 자가 원하여 채권으로 지급하는 경우 : 3년 만기 국고채 금리(채권발행일 전월의 국고채 평균 유통금리로 한다)로 하되, 제1호에 따른 3년 만기 정기예금 이자율이 3년 만기 국고채 금리보다 높은 경우에는 3년 만기 정기예금 이자율을 적용한다.”라고 규정함으로써 채권보상이 정당한 보상이 될 수 있도록 만전을 기한 것처럼 보인다. 그러나 오늘날에 있어서의 현저한 물가상승과 폭등하는 토지가격을 생각해 볼 때 과연 이 규정을 통해 상실된 재산권의 실질적 가치의 보장이 확보될 수 있는지는 의심스럽고, 따라서 채권보상의 경우 헌법이 요구하는 정당보상 및 이를 통한 재산권보장의 기능이 형해화되어질 위험이 여전히 남아 있는 것이다.

이상 언급한 이유로 채권보상제도는 정당보상의 원칙의 측면에서 볼 때 문제의 소지가 있는 것이다. 물론 앞서 언급한 바와 같이 국가재원이 부족하다는 나름대로의 절실한 상황을 이해 못할 바 아니고, 또한 그 대상이 부재부동산소유자의 토지, 즉 소유자가 거주나 직업활동 등 현재 직접 긴절한 용도에 사용하는 토지가 아니라는 점에서 현금보상이 아닌 채권보상도 정당화될 수 있고, 아울러 이익형량이라는 측면에서 상실되는 토지소유자의 이익 내지 기본권보다 국가 재정 및 공익사업의 시행 등의 공익이 더욱 크다고 평가되어 채권보상을 규정한 것이 아닌가 생각된다. 그러나 아무리 국가재원의 부족도 이해가 되고 긴절한 공익사업의 신속한 시행도 중요하지만 헌법상의 정당보상의 원칙과 재산권보장정신에 비추어 볼 때 이러한 채권보상제도는 재고되어야 할 것이다.

## (2)

손실보상이란 공용침해로 인해 야기된 특별희생을 사회적 공평부담

의 견지에서 조절하는 사회적 상계이므로 보상의 범위란 재산권자에게 발생한 특별희생, 즉 회복되어야 할 가치보장의 범위를 의미한다. 그런데 손실보상의 범위는 공익 및 관계자의 이익의 정당한 비교형량의 결과 정해지는 것이므로, 보상범위의 확정에는 기본적으로 공용침해로 야기된 재산권의 상실과 공익 및 해당 재산권의 사회적 기속, 그리고 상황에 따라서는 공용침해로 발생한 재산상의 이익과 재산권 손실영역에서의 재산권자 자신의 책임 등의 제반사항이 고려되어야 할 것이다.

보상의 범위확정을 위해서는 먼저 공용침해로 상실된 재산권이 그 토대가 될 것이고, 여기에 공익 및 해당 재산권의 사회적 기속분,<sup>48)</sup> 그리고 공용침해로 발생한 재산상의 이익<sup>49)50)</sup> 및 재산권자 자신의 책임부분 등이 가치감소의 원인으로, 즉 보상범위의 축소요소로서 고려될 것이다.

그런데 여기서 유의해야 할 점은 보상의 범위확정의 기준이 되는 재산권자에게 발생한 손실은 반드시 공용침해로 인하여 ‘필연적으로’ 그리고 ‘직접’ 발생한, 헌법상 보장되고 있었던 ‘재산권’의 손실이어야 하며<sup>51)</sup>, 이러한 손실이 ‘객관적·합리적’인 범위내에서만 고려되어야

---

48) Vgl. Schulthes, Die Höhe der Enteignungsentschädigung, S. 77ff.

49) Vgl. auch Leisner, Sozialbindung des Eigentums, S. 128; Opfermann, Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz, S. 102ff.

50) 공토법 제67조 제2항이 “보상액의 산정에 있어서 당해 공익사업으로 인하여 토지등의 가격에 변동이 있는 때에는 이를 고려하지 아니한다.”라고 규정하고 있는 것도 바로 이러한 취지라고 볼 수 있다. 왜냐하면 당해 공익사업이 사업용지지가에 크게 영향을 미치는 경우에, 만일 이 경우까지도 재결 당시의 현실적인 시가에 의하여 보상액을 산정하게 되면 당해 공익사업으로 인한 - 재산권자 자신의 노력과 관계없는 일종의 불로소득으로서의 - 일종의 개발이익을 모두 해당 재산권자에게만 귀속시키는 결과가 되어 이는 공익 및 관계자의 이익의 총체적 비교형량 결과로서의 정당보상의 원칙에 반하는 것이며, 아울러 사회적 정의와 조리에도 반하기 때문이다. 따라서 공익사업의 시행으로 지가가 상승하여 피수용자에게 발생하는 개발이익을 환수하는 것은 이러한 정당보상의 원칙의 이념에 부합될 뿐 아니라, 평등의 원칙에도 부합된다고 할 수 있다.

51) Vgl. BGHZ 84, 223f.; 84, 230ff.; Nüßgens/Boujong, aaO, Rdnr. 394.

야 한다<sup>52)</sup>는 것이다. 따라서 공용침해로 인하여 단지 간접적으로 발생한 재산권의 손실, 예컨대 기대이익이나 장래의 가설적 이익 또는 공용침해가 없었더라면 발생할 수도 있었을 해당 재산권의 가격상승 내지 투기에 의한 예상되는 지가상승 등은 고려되어 질 수 없으며,<sup>53)</sup> 공용침해로 인해 직접 야기되었다 하더라도 헌법상 보장된 재산권 이외의 권리 내지 이익 또는 신체나 정신상의 침해 등은 손실보상에서 역시 고려될 수 없고, 아울러 공용침해로 직접 야기된 재산권의 손실이라 할지라도 객관적·합리적 범위를 넘어선 재산권자 개인의 특수한 주관적 상황에서 유래하는 손실부분은 고려될 수 없는 것이다.<sup>54)</sup>

또한 이 점이 바로 손해배상과 구별되는 손실보상의 특성인 것이다. 손해배상이란 일반적으로 공익과는 관계없는 불법행위에 의해 발생한 손해를 개인적 책임주의의 견지에서 배상하는 것으로서 그 위법한 침해가 없었던 상태로의 완전한 회복을 그 이념으로 하기 때문에, 해당 불법행위에 의하여 직접·간접 야기된 모든 재산적·비재산적 손해에 대한 완전한 배상을 원칙으로 한다. 따라서 직접 발생한 재산적 손해 이외에 상실된 기대이익이나 위자료 등이 아울러 손해배상의 대상으로서 고려될 수 있다.<sup>55)</sup> 반면에 손실보상은 앞서 언급한 바와 같이 공공필요에 의한 적법한 재산권침해로 인해 야기된 특별희생의 사회적 공평부담의 견지에서 조절적 의미를 가지는 사회적 상계이기 때문에 그 침해가 발생하지 않았던 상태로의 완전한 회복을 그 이념으로 하지 아니하며, 따라서 공용침해로 직접 야기된 재산상의 손실만이 보상의 대상으로서 고려될 수 있는 것이다.<sup>56)</sup>

52) Vgl. Kreft, aaO, Rdnr. 90.

53) Vgl. Kimminich, aaO, Rdnr. 315.

54) 공토법 제70조 제2항이 “토지에 대한 보상액은 가격시점에 있어서의 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자 또는 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 이를 고려하지 아니한다.”라고 규정하고 있는 것도 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

55) Vgl. BGHZ 57, 359(368); 59, 250(258); Kreft, aaO, Rdnr. 85.

56) Vgl. BGHZ 59, 250(258f.); Kreft, aaO, Rdnr. 86.

## IV.

이상 토지재산권의 범위를 토지재산권의 사회적 기속과 공용침해 및 손실보상 문제를 중심으로 고찰해 보았다. 아울러 관련 판례와 법령의 문제점도 지적하였다. 공토법 제1조가 “이 법은 공익사업에 필요한 토지등을 협의 또는 수용에 의하여 취득하거나 사용함에 따른 손실의 보상에 관한 사항을 규정함으로써 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있듯이 공용침해와 이에 따른 손실보상은 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모하기 위함이고, 이러한 공공복리와 재산권보장의 이념이 조화롭게 실현되기 위해서는 위에서 언급한 사항들, 특히 공용침해의 헌법적 허용조건이 준수되어야 할 것이다.



송 동수 교수  
(단국대학교 법과대학)

I. 머리말 .....	365
II. 통합환경법전의 필요성과 연혁 .....	366
1. 통합환경법전의 필요성 .....	366
2. 통합환경법전의 연혁 .....	371
III. 통합환경법전의 입법례 비교 .....	374
1. 프랑스 .....	374
2. 스웨덴 .....	374
3. 스위스 .....	375
4. 폴란드 .....	376
5. 핀란드 .....	376
IV. 통합환경법전의 내용 .....	376
1. 공통규정 .....	377
2. 통합적 사업허가(Integrierte Vorhabensgenehmigung) ..	380
V. 시사점 .....	383

## I.

최근 독일에서 논의되는 환경정책의 가장 큰 이슈는 통합환경법전의 제정에 관한 것이다. 전통적으로 환경을 중시하고 환경법이 발전하였던 독일이지만, 대기, 수질, 토양, 폐기물 등 환경매체를 중심으로 환경법이 발전하였고, 중앙집권국가가 아닌 연방국가인 관계로 환경법의 체계는 더욱 더 복잡화되고 분법화된 상태이다. 이러한 이유로 1980년대 이후 통합환경법전의 제정에 관하여 꾸준히 문제제기가 있어 왔었고 최근에는 이에 대한 구체적인 법제정의 현실화가 이루어진 상태이다. 독일이 이렇듯 단일 통합환경법전의 제정에 큰 노력을 기울이는 가장 큰 이유는 이를 통하여 그동안 유럽연합의 발전과정에서 발생된 환경법의 근본적인 문제점을 궁극적으로 해결하기 위해서이다. 그동안 독일의 환경법은 개별화된 세부법령의 복잡성으로 인하여 유럽연합의 환경법 정책의 수용에 많은 어려움이 있었는데, 단일 통합법전의 제정을 통하여 현대적인 유럽연합의 환경정책에 부합하고, 일목요연하고 체계적인 환경법체계를 구축하여 현실적인 환경실무에도 잘 적용시키려는 것이다. 즉 유럽연합이 추구하는 환경정책을 포괄할 수 있는 현대적인 환경법을 창출하는 것이 그 최종적 목표이다.

우리나라의 경우 경제개발에 수반하여 발생하는 환경오염 등에 대처하기 위한 대응방안으로 1963년 최초의 환경법인 공해방지법이 제정되었다. 하지만 소극적인 공해의 규제를 목적으로 하는 공해방지법 체계로는 다양하고 광역적인 환경문제에 효과적으로 대처하는데 한계가 있어, 이를 대체하는 환경보전법을 1977년 제정·공포하였다. 1990년 환경보전법은 환경정책기본법·대기환경보전법·수질환경보전법·소음·진동규제법·유해화학물질관리법·환경분쟁조정법 등 6개 법으로 분법화된다, 그 이후 우리의 환경법은 환경매체 중심으로, 그리고 구체적 환경문제에 대한 해결방안으로 분법화에 분법화를 거듭하여

가

2008년 현재 환경부가 관장하는 법률은 총 44개에 이르고 있다.

우리나라는 이미 2006년 9월 OECD의 환경성과평가(Environmental Performance Reviews)에서 효율적 환경관리를 위해 정기적(periodic)이고 매체 통합적 인·허가제(IPPC)의 도입방안 검토를 권고받은 바 있다.<sup>1)</sup> 우리의 경우 아직 통합환경관리시스템인 통합인·허가체제도 구축하지 못한 상태이기에 통합환경법전의 제정논의는 분명 시기상조임이 틀림없다. 하지만 보다 효율적인 환경보전의 목적을 달성하기 위해서는 언젠가는 궁극적으로 통합환경법전이 우리에게도 필요할 것이므로, 독일에서의 입법과정을 면밀히 검토해 봄으로서 그 시사점을 찾아보기로 한다.<sup>2)</sup>

## II.

### 1.

독일의 경우 통합환경법전의 제정논의는 과거 19세기 민법전(BGB)의 제정과정에서의 열띤 학술적 논쟁과 마찬가지로 열띤 찬반의견이 대립되었다. 특히 1990년대 초창기 반대론자의 대표적인 학자인 Breuer교수는 환경법의 실질적인 완전한 통합은 현실적으로 불가능하며 그러한 시도는 이상적인 환상에 불과하다며 통합환경법전의 제정을 강력히 반대하였었다.<sup>3)</sup> 그러나 최근에는 독일 환경법의 열악한 현주소로 인하여 대부분의 학자들이 통합환경법전의 제정을 찬성하는 분위기로 전환되었다.

1) 환경부, 보도자료, 2006년 9월 참조.

2) 독일 환경법전을 국내에 소개한 문헌으로는 김현준, 통합환경법전 : 독일의 이른바 “전문가위원회案”에 대한 검토를 중심으로, 법학논고 15('99.12), 경북대법학연구소, 261면 이하; 김세규, 독일 환경법초안의 구조와 내용, 독일학연구 14('98.12), 동아대독일학연구소, 119면 이하 참조.

3) Breuer, Das Umweltgesetzbuch - über das Problem der Kodifikation in der Gegenwart, UPR 1995, 365ff.

(1)

독일 환경법은 이미 오래전부터 여러 가지 복잡한 환경법적 문제에 봉착해 왔는데, 그 중 가장 큰 핵심적 문제는 대기, 수질, 토양, 폐기물 등 환경오염매체별로 영역을 분리하여 개별법적으로 환경법을 구성하고 있다는 점이었다. 이러한 형태의 법령체계에서 각각의 개별법은 많은 경우에 동일사안에 대하여 특별한 이유도 없이 서로 다른 개념정의와 법적 규율을 하고 있어 법집행의 혼란이라는 문제점을 야기해 왔다.

일차적으로 독일의 환경법령은 외적으로 그 분량이 너무 방대하다는 지적을 받고 있다. 각 주의 법령은 제외하더라도 연방정부의 현행 법령만 하더라도 그 숫자를 헤아릴 수 없을 정도로 방대하여,<sup>4)</sup> 1년 내내 관련법령의 개정만으로도 커다란 입법과제인 상태이다. 더 나아가 각 환경매체별로 미세하게 세분화되어 있는 입법상태는 독일환경법을 총체적으로 조망하는 것이 현실적으로 불가능한 결과를 낳고 있다. 사태가 이렇다 보니 당연히 독일환경법령을 총체적으로 시스템화(Systematisierung)시켜야 된다는 요구가 커지고 그 결과 통합환경법전의 필요성이 대두된 것이다. 통합법전의 제정이 이러한 독일의 환경법령의 외적, 내적 혼란의 문제점을 궁극적으로 해결할 수 있는 대안이라는 것이다.

독일 환경법의 이러한 구조적인 문제점은 근본적으로 역사적 배경에 그 뿌리를 두고 있다. 독일의 대표적인 환경법인 수자원관리법(WHG)은 전통적인 이론을 바탕으로 1950년대에 정립되었고, 그 이후 70년대에 들어서서는 현대적 환경법령이 홍수처럼 물밀듯이 제정되었으며, 90년대에 들어서서는 유럽환경법의 지대한 영향을 받으며 환경

---

4) 독일의 대표적인 휴대용 연방환경법령집(Kloepfer, Umweltschutz, Loseblattsammlung)의 경우 2008년 기준으로 6000페이지가 넘는 방대한 양을 지니고 있다.

, 가

법이 발전되었던 것이다. 이렇다보니 환경법의 다양한 법이론과 규제 수단이 그 필요성에 바탕을 두고 체계성을 갖추면서 차근차근 발전된 것이 아니라 시대적, 정치적 상황에 따라서 임기응변식으로 뒤죽박죽으로 발전되었던 것이다. 1986년의 Sandoz의 화학사고<sup>5)</sup>로 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz)이 제정되고, 체르노빌원전사고로 환경문제를 총괄할 정부조직이 필요하다고 판단되어 연방환경부를 창설한 것은 그 좋은 예이다.

이러한 이유로 인하여 독일은 통합환경법전의 제정을 통하여 방대하고 복잡한 개별환경법령을 전체적으로 용이하게 파악하고 산재된 법률들을 정돈하려고 하는 것이다. 이는 단순히 개별법령의 내부적인 모순을 수정하는데에 그치는 것이 아니라 관련 법령을 전체적으로 조화롭게 구성하려는 것이다. 특히 많은 법령 속에 동일한 내용이 중복되어 규정되어 있는 경우 이를 삭제함으로써 인하여 법령을 단순화시킬 수 있을 것이다.

## (2)

통합환경법전의 제정은 환경법의 집행과 관련된 관료주의(Bürokratie)를 극복하는 데에 큰 도움이 될 것이다. 환경매체별로 고착화된 기존의 환경조직은 궁극적인 환경발전에 큰 장애물이 되어 왔다. 실제로 환경부처 내에서도 각 사무실별로 개별적으로 분리되어 운영되고 있는 환경법령의 집행실태는 행정조직의 관료주의를 고착화시켜 왔으며, 궁극적으로 기업의 투자에 큰 장애물이 되어 왔다. 과거 독일은 유럽환경법의 선두 주자로 유럽환경법을 주도해 왔지만, 이러한 관료조직의 고착화로 인하여 어느덧 유럽내에서도 실효성없는 환

---

5) 1986년 11월 1일 스위스 Basel의 Sandoz화학공장에 화재가 발생하였고 진화과정에서 화학물질이 물에 흡수되어 라인강으로 흘러들어가 수 만마리 물고기가 죽는 등 라인강의 오염을 야기한 사건이다.

경정책과 성과없는 환경집행만을 강요하는 환경후진국으로 전락되어 버린 것이다. 더 나아가 독일이 전통적으로 강세를 보였던 일방적인 규제법적 환경수단만으로는 더 이상 완전한 해결책이 될 수 없으며 경제유인수단이 절실히 필요한 바, 이를 위해서도 근본적인 환경법령의 재정립이 필요하다는 인식을 하게 된 것이다. 통합환경법전의 제정은 이러한 관료주의의 문제점을 극복하고 궁극적으로 환경친화적인 투자를 촉진시키는 역할을 한다는 것이다.

### (3)

유럽연합의 법적 토대를 구축하고 있는 주요 입법수단은 유럽지침(Richtlinie)이다. 유럽지침은 도달해야 하는 목표에 있어서, 단지 최소한 기본적인 틀만을 규정하고 있을 뿐이며 이를 구체화시키는 것은 각 회원국의 몫이다. 즉 각 회원국은 일정기간 이내로 유럽지침의 내용을 국내법으로 전환(Umsetzung)시켜야 하는데, 이를 통해 구체적인 수단 및 조치의 내용이 국내법으로 규정된다. 그런데 그동안 독일환경법은 환경관련 유럽지침의 국내법으로의 전환과 관련하여 상호 이질적인 불명확한 규정으로 인하여 많은 어려움을 겪어 왔다. 통합환경법전의 제정은 이러한 문제점을 극복하여 그동안의 중심적인 환경법령을 광범위하게 포괄하면서도 상호간의 조화를 이루고 단순화시키는 단일법전을 창출하는데에 있는 그 목적이 있는 것이다.

### (4)

독일 환경법은 그동안 하나의 환경매체(Umweltmedien)를 그 중심대상으로 하여 규율하여 왔다. 즉 수자원관리법은 물을, 이미시온방지법은 대기를, 토양보호법은 토양을, 순환관리/폐기물법은 폐기물을 그 주된 규율대상으로 삼고 있다. 하지만 효율적인 환경정책을 위해서는

이러한 환경매체들을 종합적으로 파악하고 관리해야 한다. 이를 위해 1996년에 유럽지침인 “통합환경관리지침(IVU-Richtlinie)”이 제정되었다. 여기서 통합이란 의미는 환경매체의 총체적 규율이라는 뜻이다. 즉, 지금까지 환경보호 관련법규가 개별적 환경매체를 분리하여 규율하였던 것과는 달리 좀 더 고차원적인 환경보호를 위해 모든 환경매체에 대해 통합적으로 규율한다는 것이다. 이는 각 개별법으로 분리되어져 있던 기존의 환경법이 개별적 환경매체에 대한 해결책은 되었으나 또 다른 환경매체에 대한 오염을惹起시켰던 결과에 기인한 것이다(소위 전이효과). 결국 통합환경관리지침은 시설물로부터 환경오염원이 대기뿐만 아니라 물, 토양으로 배출되는 것을 방지하고 저감시키려는데 그 목적이 있다.

통합환경관리지침을 충실히 이행하려면 당연히 환경매체별로 분리되어 있는 기존의 허가시스템을 통합허가시스템으로 변환시켜야 되고 이를 위해서는 개별환경법의 전체적인 통합과 환경매체별로 분리되어 있는 환경조직을 전면 재편성하는 것이 근본적으로 필요하지만 독일은 기존의 개별환경법과 환경조직으로 미봉적인 환경정책만 시행하고 있다. 실제로 통합환경관리지침의 내용은 기존의 이미시온방지법, 수자원관리법, 폐기물법 등의 개정을 통해 국내법으로 전환되었는데, ① 통합의지의 실현, 즉 대기뿐만 아니라 물, 토양에 대한 환경영향의 심사와 결정, 그리고 그 절차에 대해 同等化(Koordinierung)시키는 작업, ② 최적실용가능기술의 적용, ③ 외국에서의 주민참여, ④ 허가의 내용, ⑤ 허가의 규칙적인 심사, ⑥ 기존 시설물에 대한 실체법적 요구사항 등의 내용이 새로이 추가되었다. 그 결과 당연히 환경정책의 집행결함(Vollzugsdefizit)현상이 여전히 누적하여 발생하고 환경목표의 성과는 제자리걸음만 하고 있는 상태이다. 이러한 통합환경관리의 근본적인 해결을 위해서는 환경법령을 통합화하는 작업이 필요하다고 주장되고 있다.

## 2.

### (1) Professorenentwurf, 1990/1994)

독일에서는 1970년대에 처음으로 환경문제가 사회적, 정치적으로 이슈가 되었으며, 그 결과 1976년 연방정부차원의 보고서인 “환경보고서 76”<sup>6)</sup>에서 환경에 대한 전반적인 내용이 논의되기 시작하였다. 이 환경보고서에서 연방정부는 환경관련 법령이 하나의 거대한 법률에 총체적으로 규정될 수 있는지, 만일 가능하다면 어떤 방법으로 해야 하는지를 연구하겠다고 하였다. 이를 바탕으로 하여 1988년에 환경부 내에 Klopfer교수를 위원장으로 하는 독립적인 교수위원회가 구성되어 통합환경법전을 연구하는 작업이 시작되었다. 그 결과 1990년에 통합환경법전의 총칙이 발표되었고, 1994년에는 각칙이 완성되었다.

교수안의 총칙은 11장, 169조로 구성되어 있었는데, 환경법전의 목적, 환경보호의 원칙, 환경의무와 환경권, 환경계획과 환경영향평가, 각종 환경규제수단, 환경정보, 환경책임 등의 내용이 규정되어 있었다. 그리고 8개의 장으로 구성된 환경법 각칙은 자연보호, 수자원관리, 토양보호, 이미시온방지, 핵에너지, 위험화학물질, 폐기물 등을 그 내용으로 하고 있었다.

### (2) 가 (Kommissionsentwurf, 1997)

독일의 연방환경부는 1992년 교수안의 각칙이 한참 작업중에 있던 시절, 교수들의 작업과는 별도로 환경문제에 대한 실무전문가들을 중심으로 하는 독립적인 전문가위원회를 구성하여 별도의 통합환경법전을 연구하도록 하였다. 전문가위원회는 전 연방행정재판소 소장인

---

6) Umweltbericht von 1976, BT-Drucksache 7/5684, S. 23.



가

Sendler교수가 위원장을 맡았으며 1997년에 초안을 완성되었다. 전문가위원회안은 총 17장 775개의 조문으로 구성되어 있었으며, 기존의 교수안에 비해 진일보한 내용들을 담고 있다.

### (3) (Referentenentwurf, 1999)

전문가위원회의 초안이 제출되고 난 이후 연방환경부는 이를 바탕으로 통합환경법전의 제정을 위한 구체적인 초안작업에 들어가고 1999년초 최초의 정부차원의 초안인 환경법전 제1편(Erstes Buch zum UGB, UGB I)이 발표되었다. 하지만 이 초안작업은 곧 중단되고 마는데, 그 이유는 헌법상의 입법관할권이 문제가 되었기 때문이다. 즉, 독일 헌법인 기본법규정에 의하면 수자원관리, 자연환경, 절차법 등의 환경관련 영역들에 대한 입법관할권이 주에 있고 연방에 없기 때문에 근본적으로 연방차원에서 통합법전을 제정하는 것이 불가능하였던 것이다. 그 결과 연방정부는 잠정적으로 통합환경법전의 초안작업을 포기한다고 선언한다.

### (4) (Koalitionsvertrag, 2005)

통합환경법전의 제정이 이미 물건너 갔다라고 여겨지던 2005년 큰 변화가 발생하였다. 의원내각제를 취하고 있는 독일의 경우 2005년 총선에서 전통적인 양대 정당인 CDU(기민당), SPD(사민당) 모두 독일 하원의 의석과반수를 차지하지 못하였고 결국 연립정부(Koalitionsregierung)를 구성할 수밖에 없게 되었다. 그리고 여러 정치적인 이해관계로 인하여 CDU와 SPD가 합동으로 연방정부를 구성하는 이른바 대연정(Groß Koalition)이 성립되었으며 연방수상으로는 CDU의 Angela Merkel이 선출되었다. 그리고 2005년 11월 18일 연립정부 구성에 관한 최종협정문이 발표되었는데, 여기에서 양대 정당은

2009년까지의 16대 국회 회기내에 독일 통합환경법전을 제정하겠다고 선언하였다. 이는 2차 세계대전 패전 이후 탄생된 독일연방공화국의 60년 헌정역사에서 가장 획기적인 입법계획의 발표로, 많은 사람들이 1896년 독일민법전(BGB)제정 이래 최대의 프로젝트라고 평하였다.

연방정부는 더 나아가 2006년 9월 연방개혁(Föderalismusreform)이라는 이름으로 대대적인 헌법개정을 단행하는데, 그 주된 내용은 그동안 연방에 입법관할권이 없던 환경분야영역에 대한 개정이었다. 즉 이른바 대강입법(Rahmengesetzgebung)이라 칭하는 기본법 제75조의 입법형태를 폐지함으로써 연방정부가 자연환경, 수자원관리, 토양 등에 대한 전속적인 입법관할권을 갖게 된 것이다.<sup>7)</sup> 이렇듯 모든 입법적 장애요인들이 제거됨으로 인해 통합환경법전의 제정속도는 박차를 가하게 된다.

#### (5) (Referentenentwurf, 2007)

교수안과 전문가위원회안 등 이미 상당한 누적된 연구가 존재하였기 때문에 이를 바탕으로 하여 연방환경부는 2007년 11월에 통합환경법전의 임시초안을 발표하였다. 그리고 최근인 2008년 5월 각 주정부와 환경관련 단체들이 참가한 청문회를 개최하여, 초안에 대한 의견을 수렴하였다. 이를 바탕으로 앞으로 연방정부의 내각회의(Bundeskabinett)의 최종결과와 연방하원(Bundestag)에서의 최종 법률안의결이 남아있는 상태이다. 그리고 늦어도 2009년 2월중으로 관보를 통한 공포를 할 예정으로 되어 있다.

---

7) 이러한 연방의 확장된 입법관할에도 불구하고 각 주가 연방법률에 위배되지 않는 범위내에서 지역 실정에 맞는 주법률을 제정할 수 있는 이른바 예외가능성(Abweichungsmöglichkeit)을 열어놓고 있다.

, 가

### III.

독일이 시도하고 있는 환경법령의 총체적인 통합과 같은 통합환경법전의 제정은 여지껏 어느 나라에서도 이루어지지 않았다. 하지만 다양한 형태의 환경법전의 통합노력이 유럽 각 국에서 시도되어 왔으며, 이러한 추세는 더욱 심해질 것으로 예상된다. 아래에서는 통합환경법전의 제정과 유사한 각 국의 입법례를 비교해 보기로 한다.

#### 1.

프랑스는 2000년 9월 18일 광범위한 환경법전(Code de l'environnement)<sup>8)</sup>을 제정하였는데 이는 독일이 시도하고 있는 통합환경법전에 버금가는 방대한 내용을 담고 있다. 프랑스 환경법전은 여타의 프랑스법률과 마찬가지로 국회입법編과 행정입법(비국회입법)編 2편으로 구성되어 있다. 7章으로 이루어져 있는 국회입법편은 기존의 14개의 법률을 통합하여 규정하고 있는데, 제1장의 주요 내용은 환경법의 일반원칙, 환경정보법, 환경단체의 인정과 재판청구권, 환경세 등이다. 제2장은 수자원관리법과 대기환경보전, 제3장은 자연환경에 관한 내용이 규정되어 있으며, 제4장은 수렵법과 어업법, 제5장은 화학물질관리, 폐기물 및 유전자공학법 등의 내용이 규정되어 있다. 제6장은 해외영토고권 그리고 마지막 제7장은 연구목적의 남극의 자유로운 이용에 관한 남극협약을 프랑스법률로 전환시킨 내용을 담고 있다. 비국회입법편은 법규명령 등의 행정입법으로 현재 제1장까지만 완성된 상태이다.

#### 2.

스웨덴 역시 1998년 이래로 독자이고 아주 특별한 통합환경법전

8) Ordonnance n° 2000-914, Journal Officiel vom 22. Sep. 2000.

(Miljöbalk)<sup>9)</sup>을 가지고 있다. 스웨덴정부는 90년대 초에 환경법전제정을 위한 특별위원회를 구성하여 작업을 하였고, 그 결과 1996년에 법률초안이 제출되었고 1998년에 최종적으로 통합환경법전이 공포되어 1999년 1월 1일부터 시행되고 있다. 스웨덴의 통합환경법전은 기존의 15개의 법률을 통합한 것으로 총 7편, 33장, 약 500개의 조문으로 구성되어 있으며, 세부적인 내용은 다시금 법규명령을 통하여 보충하여 규율하도록 되어 있다. 스웨덴 통합환경법전은 환경법 영역의 주요한 내용, 즉 기본원칙을 포함한 총칙적 규정, 자연환경, 수자원관리, 이미 시온방지, 유해화학물질, 폐기물 등을 망라하여 규정하고 있다.

### 3.

스위스의 경우 일찍이 1983년에 환경보호법(Umweltschutzgesetz: USG)<sup>10)</sup>을 제정하여 1985년부터 시행하고 있다. 스위스 환경보호법은 총 6장, 67개의 조항으로 구성되어 있는데, 환경법의 기본원칙, 환경영향평가, 환경오염기준의 한계, 유해화학물질, 환경단체의 재판청구권, 환경책임 등의 주요내용을 담고 있다.

스위스 환경보호법은 소규모의 부분적 법률로, 엄격한 의미에서 통합환경법전으로 보기 어렵다. 실제로 자연환경, 수자원관리, 방사능 등의 내용에 대해서는 별도의 특별법이 제정되어 있다. 하지만 스위스 환경보호법은 이른바 위임법률(Delegationsgesetz)의 성격을 가지고 있어, 법률에서는 기본원칙만 규정하고 세부적인 내용은 모두 행정권에 위임하도록 하는 특성을 지니고 있다. 그 결과 환경보호법에 관한 아주 광범위한 법규명령이 제정되어 있는 상태이다.

---

9) The Swedish Environmental Code, Source: ministry of the Environment, Ministry Publication Series Ds 2000: 61.

10) Bundesgesetz über den Umweltschutz(USG) vom 7. Oktober 1983.

, 가

#### 4.

유럽연합의 새로운 회원국이 된 폴란드의 경우 기존의 환경보호법을 유럽연합의 환경법체계에 맞추어 2001년 전면 개편하였다. 새로운 환경보호법(Umweltschutzgesetz: USG)<sup>11)</sup>은 총칙과 각칙으로 구성되어 있는데, 환경법의 전반적 내용을 포괄적으로 규정하고 있다.

하지만 아쉽게도 폴란드의 새로운 환경보호법은 폐기물, 수자원관리, 자연환경, 원자력 등의 주요 내용을 그 규율대상에서 제외하고 있어, 통합환경법전으로 칭하기에는 부적절하다고 본다.

#### 5.

핀란드에서도 기존의 환경관련 법률을 통합한 환경보호법(Ympäristönsuojelulaki)<sup>12)</sup>이 2000년부터 시행되고 있다. 환경보호법은 총 16장, 118개 조항으로 구성되어 있으며, 환경법의 주요 내용을 포함하고 있다. 이미시온방지법상의 주요사업에 대한 허가절차를 포함하여, 토양오염과 수질관리 등의 내용도 광범위하게 규정하고 있다. 그러나 핀란드 환경보호법에 포함되지 않는 광범위한 영역 - 예컨대 환경영향평가 -이 별개의 특별법에 규정되어 있는 상황이므로 환경보호법을 환경관련 법령을 총체적으로 규정하는 통합환경법전으로 평가하기에는 무리이다.

### IV.

독일은 통합환경법전의 내용이 워낙 방대하기 때문에 단기간에 그 모든 것을 달성하기 어렵다고 판단하여 단계적인 입법계획을 수립하였

11) Gesetz vom 27. 04. 2001 - Umweltschutzrecht, GBl. Nr. 62 Pos. 627.

12) Environmental Protection Act vom 4. 2. 2000, N: 86/2000.

다. 즉 핵심적이고 중요한 부분을 먼저 완성하고, 부수적인 내용을 추가적으로 제정하는 단계적 입법전략을 수립하였다. 이러한 전략은 이미 교수초안 작업과정에서 환경법전 총칙(UGB-AT)과 각칙(UGB-BT)을 순차적으로 정립하여 본 경험이 있었고 그러한 방법이 현실성이 크다고 판단되었기 때문이다.

1차적으로 2009년에 공포예정인 2009 통합환경법전(UGB 2009)은 총 6권으로 구성되어 있다. 제1권은 총칙편이고, 제2권은 물관리, 제3권은 자연보호, 제4권은 방사능, 제5권은 배출권거래 그리고 마지막 제6권은 신재생에너지에 관한 내용을 담고 있다. 그리고 부속서로 통합환경법전의 집행과 관련된 경과규정집과 환경관련사업과 환경관리사에 관한 법규명령이 포함되어 있다. 2009년 이후의 제17대 국회 회기년도에는 그 밖의 환경영역, 즉 유해화학물질, 순환관리 및 폐기물, 토양환경보전 등의 내용이 통합환경법전에 수록될 예정이다.

아래에서는 2009 통합환경법전의 제1권 총칙내용 중에서 핵심적인 것을 중심으로 살펴보기로 한다.

## 1.

### (1)

통합환경법전의 제1권 총칙내용의 가장 첫 번째 내용은 통합환경법전의 기초적인 목적을 서술하고 있는 제1절의 일반규정이다, 여기에서는 입법목적, 인간과 환경의 보호를 위한 기본원칙, 지속가능한 환경개발과 기후보호 등이 규정되고, 통합환경법전에서 사용되는 개념정의와 그 적용범위에 대하여 일반적으로 규정하고 있다.

통합환경법전에서 규정되고 있는 기본원칙은 기존 환경법에서 일반적으로 인정되고 있던 4대원칙인 사전배려의 원칙, 위험방지의 원칙, 원인자부담의 원칙, 협력의 원칙을 명시적으로 규정하고 있다. 이러한

, 가

기본원칙규정은 기존의 연방이미시온방지법 제5조에 기초한 것이다.

그리고 개념정의는 통합환경법전에서 기초적으로 사용되는 기본적인 개념인 환경, 대기오염, 수질오염, 토양오염, 침해적인 환경오염, 환경적 영향, 환경평가, 주민참여, 기술수준 등에 대하여 서술하고 있다. 특히 사전배려의무와 밀접한 관련이 있는 기술수준(Stand der Technik)의 개념에 대해 자세히 규정하고 있는데, 여기서 말하는 기술수준이란 環境汚染源의 大氣로의 배출(Emission)을 줄이기 위한 조치로 실제상의 적정성(Eignung)을 갖추고 있는 진보된 공정, 시설 또는 조업방법의 발달수준을 의미한다. 기술발전이란 원래 정지되어 있는 것이 아니고 끊임없이 발전되는 것이기 때문에, 이를 기준으로 하여 내용이 확정되는 사전배려의무 역시 항상 流動的(dynamisch)이다. 결국 환경오염원의 배출한계치 역시 고정되어 있는 것이 아니고 기술수준의 변화에 따라 변하게 되는 것이다. 이러한 立法技法을 사용하게 된 주 이유는 정제된 법률개념을 사용할 경우 환경보호라는 국가목표를 달성할 수 없기 때문이다. 기술수준으로 인정되기 위해서는 무엇보다도 먼저 그 기술이 “實現 가능한(technische Machbarkeit)” 것이어야 한다. 여기서 실현 가능하다 함은 이미 그 기술이 어느 사업장에서 성공적으로 실시되어, 다른 사업자에게 있어서도 큰 위험 부담 없이 대체될 수 있다는 것을 말한다. 이러한 의미에서 “기술수준”은 “一般的으로 인정된 技術規定<sup>13)</sup> (allgemein anerkannte Regeln der Technik)”과 “學問과 技術의 水準<sup>14)</sup>(Stand von Wissenschaft und Technik)”의 중간에 위치하는 개념이다.

## (2) 가(Strategische Umweltprüfung)

제2절에서는 전략환경평가에 대해 규정하고 있다. 독일은 1985년 유럽

13) 이는 기술이 일반적으로 대중화된 수준을 의미하는 것으로 舊 수질관리법(WHG a. F.) 제 7a조에 규정되어 있었다.

14) 이는 技術水準의 개념보다 진보된 개념으로 學問에서 주장하는 수준을 인정하고 있다. 특히 安全性이 강조되는 원자력법에서(§7 AtoG) 이 개념이 사용된다.

환경영향평가지침이 공포되자 이를 국내법으로 전환시키기 위해 1990년 「환경영향평가법(UVPG: Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung)」이라는 새로운 법률을 제정·공포하게 된다. 독일의 환경영향평가법은 2001년과 2005년 개정을 통하여 커다란 변화가 있었는데, 그 핵심은 2005년의 이른바 계획과 프로그램에 대한 전략환경평가(SUP: Strategische Umweltprüfung)의 도입이었다. 이미 유럽연합에서는 2001년 전략환경평가지침이 제정 공포되었으며, 독일은 이러한 전략환경평가를 독일 국내법으로 전환시켜야 할 상황이었다.<sup>15)</sup> 독일에서는 이와 관련하여 전략환경평가법이라는 새로운 법률을 제정할 것인지<sup>16)</sup> 아니면 기존의 환경영향평가법에 전략환경평가를 수용할 것인지에 대해 많은 논의가 있었지만 기존의 환경영향평가와 전략환경평가를 “환경평가”라는 이름하에 기존의 환경영향평가법에 통합하여 규정하기로 최종 결정을 보았다.<sup>17)</sup> 이처럼 전략환경평가가 독일에도 도입됨으로 인해 개발사업뿐만 아니라 프로그램과 계획에 대한 광범위한 사전통제가 가능해 졌다.

환경영향평가와 전략환경평가를 한꺼번에 규정하고 있는 2005년의 독일 환경영향평가법은 총 6장으로 구성되어 있다. 제1장은 「환경평가의 일반규정」이며 제2장과 제3장이 「환경영향평가」와 「전략환경평가」의 내용이다. 이렇듯 독일 환경영향평가법은 제2장과 3장에 환경평가의 핵심적 내용인 환경영향평가와 전략환경평가를 규정하고 있으며 시점상 우선순위인 전략환경평가보다는 내용상 더 중요하다고 판단하는 환경영향평가를 먼저 규정하고 있었던 것이 특징이었다.

독일은 이번에 통합환경법전을 제정하면서 기존의 환경영향평가법의 전략환경평가에 대한 내용을 이곳으로 옮겨 놓은 것이다. 그리고

15) 전략환경평가지침의 내용중 일부는 이미 2004년 연방건설법전(BauGB)과 국토계획법(ROG)의 개정을 통해 수용되었다.

16) 독일정부는 2004년 6월 전략환경평가법(SUPG) 초안을 제안하였다. Pressarchiv des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Nr. 184/04 v. 23. 6. 2004.

17) Hender, Das Gesetz zur Einführung einer Strategischen Umweltprüfung, NVwZ 2005, 978.



, 가

기존의 환경영향평가법에서의 편제와는 달리 계획단계의 환경평가인 전략환경평가를 총칙 제1편에 편제하고, 시점상 후순위에 실시되는 환경영향평가에 대해서는 제2편에 편제하는 형태를 취하였다.

전략환경평가의 적용대상이 되는 분야는 통합환경법전 별표 2에 열거되어 있는 자연경관과 산림, 교통, 에너지, 폐기물과 수자원, 관광, 국토개발과 토양개발 등과 같은 특정분야의 계획과 프로그램이 이에 해당한다(대부분 계획에 해당하고 프로그램의 경우는 아주 예외적이다). 여기서 전략환경평가가 필요한지 여부의 결정적 기준은 부정적인 것이든 긍정적인 것이든 가리지 않고 계획이나 프로그램이 “중대한 환경영향”을 지니고 있는지에 달려 있다.

## 2. 가(Integrierte Vorhabensgenehmigung)

통합환경법전 제1권 총칙편의 가장 핵심적인 내용은 통합적으로 일원화된 통합허가시스템이다. 환경오염을 유발시키는 각종 산업시설물이나 기타 환경관련 대형개발과 관련하여 그동안 개별적으로 분산되어 있던 별도의 허가절차를 통합적으로 일원화시키는 것이 가장 핵심적인 내용이다.

### (1) (IPPC)<sup>18)</sup> 가

유럽연합의 통합환경관리지침에 따르면 신규 산업시설물은 주민참여가 보장된 행정절차에서 허가를 받아야 한다고 규정되어 있지만, 일원화된 허가절차를 규정하고 있지는 않다. 통합환경관리지침은 다만 제7조에서 “각 회원국은 허가절차에 있어 여러 행정청이 관련될 경우, 허가절차의 완전한 同等化(Koordinierung)를 위한 필요한 제반 조

18) 영어로는 Directive concerning integrated pollution prevention and control (IPPC지침으로 약칭); 독어로는 Richtlinie über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU지침으로 약칭).

치를 취해야 한다”고 규정하고 있는데, 이는 시설물의 허가에 대해 예컨대 먼저 대기법상의 허가를 하고, 그 다음에 水法上的 허가를 하는 것을 금지한다는 것이다. 이런 방식을 통해서도 절차에서뿐만 아니라 사안결정에 있어서도 통합을 요구하는 통합환경관리지침의 목적이 달성될 수 없기 때문이다. 통합환경관리제도에 의한 허가절차는 통상 ① 허가신청, ② 관계행정청간의 협의 조정, ③ 구체적인 허가조건이 명시된 허가서의 발부 등의 과정을 거친다.

사업자가 시설물의 허가를 받기 위해서는 관할 행정청에 서면으로 허가신청을 해야 하며, 통합환경관리지침은 제6조는 이러한 허가신청에 관해 다음과 같은 기준을 자세히 규정하고 있다.

- 시설에 대한 敍述, 시설에서 사용되거나 제조되는 원자재 및 보조물질, 기타 물질 및 에너지에 대한 敍述, 배출원 및 시설부지상태
- 배출의 측면에서, 모든 환경매체에서의 배출의 종류 및 양에 대한 서술, 현저한 영향의 확정. 기타 예견되는 기술 및 배출의 방지나 저감을 위한 技術, 배출의 감시조치
- 폐기물의 측면에서, 폐기물의 방지나 재활용을 위한 조치에 대한 서술
- 제3조의 일반원리 및 기본원칙의 준수
- 비기술적인 요약문

허가절차에서 시설물이 통합환경관리지침의 요구사항을 충족한 것으로 판명되면 관할 행정청을 이를 허가한다. 통합환경관리지침 제8조에 따르면 각 회원국은 시설물의 허가를 羈束行爲(gebundene Entscheidung)로 하든지 裁量行爲(Ermessensentscheidung)로 하든지 선택할 수 있다.

## (2) 가

통합적 사업허가는 인간과 환경에 중대한 영향을 미치는 사업은 그

환경매체의 종류와 무관하게 일원화된 허가시스템이 필요하고 정기적으로 통제를 가해야 한다는 발상에 기초를 두고 있다. 통합적 사업허가의 절차는 일반적 허가, 계획과 관련된 허가, 주민참여 등의 여러 요인에 의해 다양하게 분류될 수 있지만, 그 중심에 흐르는 기본원칙은 현행 환경법상의 상이한 허가형태를 규율하고 있는 실질적이고 절차적인 여러 규정들을 하나의 통일적이고 일원화된 허가시스템으로 통합시킨다는 것이다. 이러한 통합허가라는 법적 수단은 기존의 다양한 법규정들을 통합할 뿐만 아니라, 법률규정을 조화시키고 단순화시키는 기능을 한다. 더 나아가 실무적으로 잘못된 중복규정으로 인하여 서로 괴리되고 혼란을 야기시켰던 여러 집행결함도 극복될 수 있을 것이다.

통합환경법전 제49조는 이러한 통합적 사업허가의 적용범위를 명확히 규정하고 있는데, 이에 의하면 유해한 환경영향 또는 공중, 인근주민에 대한 그 밖의 위험, 중대한 불이익 및 피해를惹起시키는 모든 사업이 그 대상이 된다. 이러한 통합적 사업허가는 기존의 이미시온방지법과 수자원관리법상의 여러 형태의 인·허가가 필요로 하는 사업, 쓰레기매립장, 도관시설 등에 적용되는 계획확정절차상의 사업 등에 모두 적용되는 것이다. 하지만 통합허가의 구체적 대상이 된 사업리스트는 법규명령의 별표에 구체적으로 규정되어 있다. 법규명령에 규정된 독일의 통합허가의 주요한 대상사업으로는 발전·광산·에너지사업, 채석·유리·요업사업, 철강사업, 화학·의약품·석유사업, 플라스틱제조, 목재·펄프사업, 식료품·음식물·농업생산물, 폐기물의 처리와 제거, 가스 등의 원료의 적재 및 조제, 기타의 공장시설, 원자력에너지, 폐기물처리장, 수자원의 이용과 설치와 관련된 수리사업, 교통개발사업, 광산, 경지정리, 산림개발사업, 건축개발사업, 송전, 가스 등의 도관시설 등의 사업이 열거되어 있다.

## V.

독일의 경우 통합환경법전의 제정과정에서 수많은 우여곡절이 있었으며 아직 최종적으로 법률안이 통과되지 않은 상태에서 우리나라에서 고려할 수 있는 시사점을 도출하는 것이 용이하지는 않다. 하지만 독일이 입법과정에서 겪었던 어려움은 우리에게도 마찬가지로 발생할 수 있기 때문에 그 시행착오과정에서의 경험을 바탕으로 예견할 수 있는 시사점을 도출해 보고자 한다.

첫째, 기존에 존재하였던 환경기준을 변경하는 내용은 통합환경법전의 논의과정의 대상이 되어서는 안된다는 점이다. 실제로 경제계와 많은 이익단체들은 환경법전의 제정을 의심스러운 눈으로 쳐다보고 있으며, 가능한 한 기존의 법체계를 유지하려고 하는 성향을 가지고 있다. 이런 상황에서 환경기준 또는 환경수준을 통합환경법전의 제정과 관련하여 과거보다 강화하겠다는 정부의 뜻이 밝혀지면 이들은 통합환경법전의 그 당위성과 무관하게 전면적으로 반대입장으로 돌아서며, 강력한 통합환경법전제정의 반대론자로 투쟁하는 경향을 가진다. 따라서 통합환경법전의 논의과정에서는 환경기준과 환경수준의 변경은 일차적으로 그 대상에서 제외하는 것이 전술적으로 필요하다.

둘째, 통합환경법전의 제정으로 인하여 환경부의 기존의 업무관할범위가 확장되어서는 아니된다. 통합환경법전의 제정에는 정부내의 타부처의 절대적 지지와 지원이 필요한데, 통합환경법전의 제정으로 인하여 타부처가 관할하던 업무가 환경부로 이관될 경우, 상호 협조는 이미 불가능하기 때문이다. 따라서 타부처의 업무관할의 이관이 절대적으로 필요한 경우를 제외하고는 가능한 한 기존의 범위를 유지하는 것이 전술적으로 필요하다.

셋째, 통합환경법전의 제정과 그 시행에 선두역할을 할 환경부의 조직을 가능한 한 빠른 시일 안에 기존의 매체별 행정조직에서 통합적

, 가

행정조직으로 탈바꿈하는 것이 필요하다. 통합환경법전의 핵심적 내용중의 하나는 이른바 통합허가시스템인데, 이는 기존의 매체별 인,허가를 집중효 효력을 가지는 통합허가체제로 전환시키는 것으로 이를 위해서는 필수적으로 통합행정조직이 필요하기 때문이다.

넷째, 통합환경법전의 제정과정에서 환경관련단체 NGO, 학계, 일반 시민 등의 광범위한 의견수렴이 필요하다. 독일에서도 마찬가지이지만, 우리의 경우에도 이미 여러 입법과정에서 볼 수 있듯이, 신속하고 급속한 입법추진과정은 사후에 많은 문제점을 야기하기 때문에, 설령 상당한 시일이 소요된다 할지라도 체계적이고 광범위한 선행연구와, 이에 대한 폭넓은 국민의견의 수렴과정을 거치는 것이 꼭 필요하다.

정 태용 교수  
(아주대학교 법과대학)

I. 국토계획법제의 체계 .....	387
II. 「국토기본법」과 「국토의 계획 및 관리에 관한 법률」의 통합 .....	390
III. 지역·지구 등의 관리 .....	392
1. 용도규제 중심의 국토관리 .....	392
2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 용도지역·용도지구 및 용도구역 .....	393
3. 다른 법률에 의한 지역·지구 등 .....	396
IV. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 「토지이용규제기본법」의 통합 .....	402
V. 개발사업에 관한 법률 .....	404
VI. 인·허가 의제제도에 의한 국토계획의 왜곡 ...	409
VII. 맺음말 .....	413
참고문헌 .....	414

## I.

「국토기본법」에서는 국토계획을 “국토를 이용·개발 및 보전함에 있어서 미래의 경제적·사회적 변동에 대응해서 국토가 지향해야 할 발전방향을 설정하고 이를 달성하기 위한 계획”으로 정의하고 있는데, 이 국토계획은 다음과 같이 국토종합계획·도종합계획·시군종합계획·지역계획 및 부문별계획으로 구분된다<sup>1)</sup>.

- 1) 국토종합계획: 국토전역을 대상으로 국토의 장기적인 발전방향을 제시하는 종합계획
- 2) 도종합계획: 도의 관할구역을 대상으로 당해 지역의 장기적인 발전방향을 제시하는 종합계획
- 3) 시군종합계획: 특별시·광역시·시 또는 군의 관할구역을 대상으로 그 지역의 기본적인 공간구조와 장기발전방향을 제시하고, 토지이용·교통·환경·안전·산업·정보통신·보건·후생·문화 등에 관해 수립하는 계획으로서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의해 수립되는 도시계획
- 4) 지역계획: 특정한 지역을 대상으로 특별한 정책목적을 달성하기 위해 수립하는 계획
- 5) 부문별계획: 국토전역을 대상으로 특정부문에 대한 장기적인 발전방향을 제시하는 계획

국토종합계획은 도종합계획 및 시군종합계획의 기본이 되며, 부문별계획과 지역계획은 국토종합계획과 조화를 이루어야 한다<sup>2)</sup>. 또한 국토종합계획은 다른 법령에 의해 수립되는 국토에 관한 계획에 우선하며 그 기본이 된다<sup>3)</sup>. 국토종합계획은 국토의 장기적인 “발전방향”을

---

1) 「국토기본법」 제6조 제1항 및 제2항.

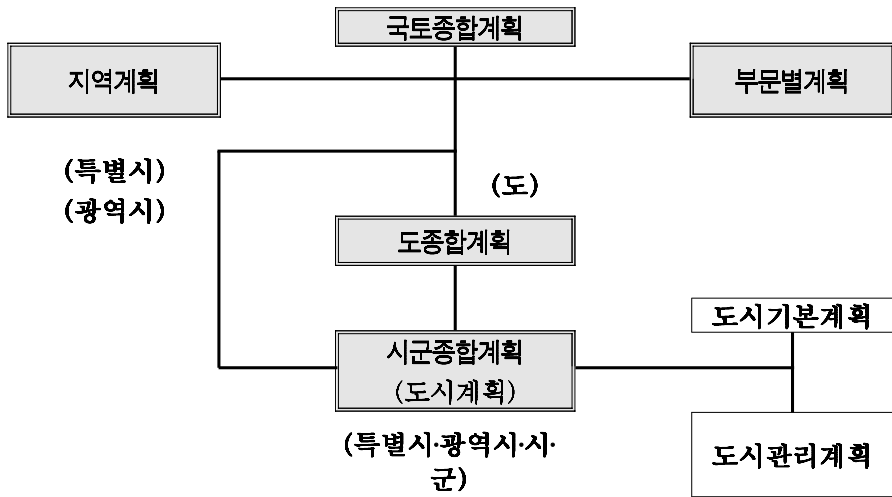
2) 「국토기본법」 제7조 제1항.

가

제시하는 계획이므로 일반국민에 대해 구속력을 갖지 않는다.

도종합계획은 그 관할구역 안에서 수립되는 시군종합계획의 기본이 된다<sup>4)</sup>. 도종합계획은 도의 장기적인 “발전방향”을 제시하는 계획이므로 일반국민에 대해 구속력을 갖지 않는다.

[표] 국토계획의 체계



시군종합계획은 도시계획을 말하는데, 도시계획은 도시기본계획과 도시관리계획으로 구분된다<sup>5)</sup>. 도시기본계획은 도시의 기본적인 공간 구조와 장기적인 발전방향을 제시하는 종합계획이며<sup>6)</sup>, 국토종합계획 및 도종합계획과 마찬가지로 일반국민에 대해 구속력을 갖지 않는다. 도시관리계획은 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위해 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·

3) 「국토기본법」 제8조.

4) 「국토기본법」 제7조 제2항.

5) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서는 도시계획(도시기본계획, 도시관리계획) 외에 따로 광역도시계획을 두고 있는데, 도시계획이 아닌데도 광역“도시계획”과 같이 도시계획이라는 명칭을 사용하는 것은 적절하지 못하다.

6) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제3호.



보건·후생·안보·문화 등에 관한 다음의 계획을 말한다.<sup>7)</sup>

- 1) 용도지역 또는 용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획
- 2) 개발제한구역·도시자연공원구역·시가화조정구역 또는 수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획
- 3) 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획
- 4) 도시개발사업 또는 재개발사업에 관한 계획
- 5) 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획

도시관리계획은 도시형성과 관련된 여러 가지 요인을 충분히 고려해서 도시의 토지를 그 기능과 적성에 따라 가장 적합하게 이용하고 각종의 기반시설을 합리적으로 배치함으로써 도시를 계획적으로 정비·개발하기 위한 계획이다. 도시관리계획은 특정도시의 정비·개발에 관한 계획 중에서 가장 핵심이 된다. 도시관리계획은 관계 행정기관은 물론 일반국민에 대해서도 직접 구속력을 가진다<sup>8)</sup>.

지역계획은 도종합계획 또는 시군종합계획(도시계획)의 공간적 제약을 벗어나 보다 광역을 대상으로 하는 계획이다. 지역계획의 예로는 「수도권정비계획법」에 의한 수도권정비계획을 들 수 있다. 수도권정비계획에 의해 수도권은 과밀억제권역·성장관리권역 및 자연보전권역의 3개 권역으로 구분되며<sup>9)</sup>, 그 지정목적에 따라 권역별로 인구집중유발시설의 설치와 대규모 개발사업의 시행이 제한된다<sup>10)</sup>. 수도권 안에서는 수도권정비계획이 다른 법령에 의한 토지이용계획·개발계획 등에 우선하며 그 계획의 기본이 된다<sup>11)</sup>.

부문별 계획은 중앙행정기관이 특정 소관업무를 대상으로 수립하는

7) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조 제4호.

8) 정태용, 국토계획법, 한국법제연구원, 2007년, 80쪽.

9) 「수도권정비계획법」 제6조.

10) 수도권 안에서는 「수도권정비계획법」에 의하여 권역별로 공장의 설치가 제한되는 외에, 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 의해서도 권역별로 공장의 설치가 제한된다.

11) 「수도권정비계획법」 제3조 제1항.

, 가

계획이다. 부문별 계획의 예로는 「주택법」에 의한 주택종합계획, 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」에 의한 산업집적활성화기본계획 등을 들 수 있다.

국토종합계획 및 도종합계획의 내용과 수립절차는 「국토기본법」에 규정되어 있고, 시군종합계획(도시계획)의 내용과 수립절차는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정되어 있으며, 지역계획과 부문별계획의 내용과 수립절차는 개별 법률에 규정되어 있다. 따라서 국토계획법제의 정점에는 「국토기본법」이 있고, 그 아래에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 있는 것으로 이해할 수 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시계획에 의해 「국토기본법」에 의한 국토종합계획 또는 도종합계획이 구체화된다. 개별법률에서는 지역계획 또는 부문별 계획을 수립해서 「국토기본법」 및 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 보완하고 있다.

## II. 「 국토기본법 」

국토계획에 관한 기본법을 들라고 하면 「국토기본법」을 드는 것이 일반적이다. 「국토기본법」에서는 국토관리의 기본, 국토계획의 체계, 국토종합계획 및 도종합계획의 내용과 수립절차, 국토조사 등에 관해 규정하고 있다. 이들 규정이 국토계획에 관한 기본적인 사항이라는 데 대해서는 이견이 없다. 그러나 이들이 추상적인 내용이 대부분이고, 일반국민들에게 구속력을 갖지 않는 사항이어서 실제로 다른 법률에서 국토계획에 관해 규정하는 경우 「국토기본법」의 영향을 받지 않는다. 「국토기본법」은 말 그대로 “기본법”일 뿐 실질적인 영향은 없는 법률이라고 할 수 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 그렇지 않다. 동법에는 용도지역·용도지구 및 용도구역, 지구단위계획,

개발행위허가, 기반시설부담금의 부과, 도시계획시설사업의 시행, 토지거래계약허가 등 국토관리에 관한 전반적인 사항이 규정되어 있어서 다른 법률에서 국토계획에 관해 규정하고자 하는 경우 동법에 부합되는지 여부를 살펴야 한다. 그래서 국민들에게는 「국토기본법」은 이미 잊혀진 법률이 되었으며, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 사실상 국토계획에 관한 기본법으로 여겨지고 있다.

지역계획과 부문별 계획과는 달리 국토종합계획·도종합계획 및 시군종합계획(도시계획)은 계층구조를 이루고 있다. 다만, 특별시 및 광역시의 경우에는 국토종합계획이 도시기본계획을 거쳐 도시관리계획에 의해 구체화되는데 반해, 시 및 군의 경우에는 국토종합계획이 도종합계획과 도시관리계획을 거쳐 도시계획에 의해 구체화된다는 점이 차이가 있을 뿐이다. 국토종합계획·도종합계획 및 시군종합계획(도시계획)은 계층구조를 이루고 있으므로 이들을 하나의 법률에 규정하는 것이 합리적일 수 있다. 지금과 같이 국토종합계획 및 도종합계획의 내용과 수립절차는 「국토기본법」에, 시군종합계획(도시계획)의 내용과 수립절차는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정되어 있는 것은 논리적인 귀결이 아니라 기존의 체계를 답습한 것에 불과하다. 국토건설종합계획(전국건설종합계획, 특정지역건설종합계획, 도건설종합계획, 군건설종합계획)은 「국토건설종합계획법」에서, 도시지역에 관한 도시계획은 「도시계획법」에서, 비도시지역에 관한 국토이용계획은 「국토이용관리법」에서 규정하고 있던 종전의 체계를 그대로 이어 받은 것이다. 2002년 「도시계획법」과 「국토이용관리법」을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」로 통합하여 도시지역과 비도시지역에 대한 계획체계를 일원화하면서, 「국토건설종합계획법」의 내용을 조금 손질한 후 그 명칭을 「국토기본법」으로 바꾼 것이다<sup>12)</sup>.

12) 동일한 계획이 「국토기본법」에서는 시군종합계획으로, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서는 도시계획으로 불리고 있는 것은 이 때문이다. 「국토기본법」 제2

국토계획체계가 크게 도시지역과 비도시지역으로 이원화되어 있던 시기에는 전 국토에 대한 공간계획을 다루는 법률을 따로 둘 필요가 있었겠지만, 도시지역과 비도시지역에 대한 계획체계가 일원화된 이상 전 국토에 대한 공간계획을 다루는 법률을 따로 둘 필요가 있는지 검토할 필요가 있다. 「국토기본법」을 제정할 때에 동법을 제정하고자 하는 근본적 이유는 “백년대계의 차원에서 국토개발과 보전에 대한 기본이념과 원칙 및 실천방향을 법률로서 규정할 필요가 있기 때문”이라고 설명하고 있는데<sup>13)</sup>, 「국토기본법」이 아닌 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정한다고 해서 그 목적을 이루지 못할 바는 아니라 할 것이다. 국토종합계획·도종합계획 및 시군종합계획(도시계획)을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 함께 규정하게 되면 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 국토의 계획에 관한 기본법으로서의 지위를 가지게 될 것이다.

### Ⅲ. .

#### 1.

국토관리방식은 크게 계획중심의 관리와 용도규제중심의 관리로 구분할 수 있다. 유럽에서 널리 활용되고 있는 계획중심의 관리는 토지이용계획을 사전에 수립하여 토지이용에 대하여는 기본적인 규제만을 가하되, 용도변경 및 건축행위가 일어날 때 토지이용계획에서 제시된 목표전략 및 내용에 적합한 경우에만 개발을 허가하는 방식이다. 반면에 미국과 일본에서 널리 사용되고 있는 용도규제중심의 관리는 미

조 내지 제5조에 규정되어 있는 “국토관리의 기본이념(국토의 균형 있는 발전, 경쟁력 있는 국토여건의 조성, 환경친화적 국토관리)”이 규정되어 있음에도 불구하고, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제3조에서 “국토이용 및 관리의 기본원칙”을 규정하고 있는 어색한 현상도 이 때문이다.

13) 건설교통부, 국토기본법 제정을 위한 기초연구 본보고서, 2001년.

리 규제내용과 규제수준이 결정된 용도지역을 대상지역에 배분하여 일단 각 용도지역 안에서 허용된 규제수준 안에서 모든 개발이 원칙적으로 가능하도록 하는 방식이다<sup>14)</sup>.

국토관리수단의 채택은 정치·행정적 구조, 계획체계의 형태 등 그 사회의 역사적·문화적 배경에 따라 나라마다 다소 상이하게 나타나는데, 우리나라는 일제의 식민지 지배와 미국의 경제지원 등의 영향으로 대륙법계의 계획중심의 관리보다는 일본과 미국의 용도규제중심의 관리를 기본틀로 해서 국토를 관리하여 왔다<sup>15)</sup>.

이 결과 우리나라의 국토계획법제는 용도규제를 주된 내용으로 하고 있는 것이 대부분이다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 용도지역·용도지구 및 용도구역을 중심으로 개별 법률에서 많은 지역·지구 등을 지정하고 있는데, 개별법률에 의한 용도규제가 서로 중복됨에 따라 토지이용에 혼란이 발생하고 있다.

## 2. 「 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 」

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서는 전국토를 대상으로 용도구분을 하고 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의해 전 국토는 토지의 이용실태 및 특성, 장래의 토지이용방향 등에 따라 도시지역·관리지역·농림지역 및 자연환경보전지역의 4개 용도지역으로 구분된다<sup>16)</sup>.

도시지역 및 관리지역은 도시관리계획에 의해 좀 더 규모가 작은 용도지역으로 구분된다. 도시지역은 주거지역·상업지역·공업지역

14) 정희남·최혁재, 국토이용체계개편에 따른 용도지역·지구·구역 등의 정비방안 연구, 국토연구원, 2001년, 2쪽.

15) 정희남·최혁재, 국토이용체계개편에 따른 용도지역·지구·구역 등의 정비방안 연구, 국토연구원, 2001년, 12쪽 및 13쪽.

16) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제6조.

및 녹지지역으로, 관리지역은 보전관리지역·생산관리지역 및 계획관리지역으로 구분된다. 주거지역·상업지역·공업지역 및 녹지지역은 도시관리계획에 의해 다시 세분된다<sup>17)</sup>. 각 용도지역 안에서는 그 지정목적에 따라 건축행위가 제한된다.

용도지역 보다 좁은 지역을 대상으로 용도지역에 의한 건축제한을 강화 또는 완화하여 적용하기 위하여 도시관리계획으로 용도지구를 지정할 수 있다. 현재 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 및 동법 시행령에 경관지구, 미관지구, 고도지구, 방화지구, 방재지구, 보존지구, 시설보호지구, 취락지구, 개발진흥지구, 특정용도제한지구, 위락지구, 리모델링지구의 12개 용도지구가 규정되어 있는데, 도시계획조례가 정하는 바에 따라 이러한 용도지구 외의 용도지구를 도시관리계획으로 결정할 수 있다<sup>18)</sup>.

용도지역 및 용도지구에 의한 건축제한을 강화 또는 완화하는 한편, 건축행위 외의 토지이용행위를 함께 규제하기 위해 도시관리계획으로 용도지역을 지정할 수 있다. 용도구역은 시가지의 무질서한 확산을 방지하거나, 계획적·단계적인 토지이용을 도모하거나, 수산자원을 보전하는 등의 목적으로 지정한다. 현재 개발제한구역·도시자연공원구역·시가화조정구역 및 수산자원보호구역의 4개 용도구역이 있다<sup>19)</sup>.

용도지역 및 용도지구의 지정과 건축제한에 관한 사항은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 및 동법 시행령에 규정되어 있다. 그러나 용도구역의 경우에는 시가화조정지구의 지정과 행위제한에 관한 사항만 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 및 동법 시행령에 규정되어 있고, 나머지 3개 용도구역의 지정과 관리에 관한 사항은 별도의 법률에 규정되어 있다. 개발제한구역의 지정 및 관리에 관해서는 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에, 도시자연공원구역의

17) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제36조.

18) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제37조.

19) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제38조, 제38조의2, 제39조 및 제40조.

관리에 관해서는 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」에, 수산자원보호구역의 관리에 관해서는 「수산업법」에 각각 규정되어 있다.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서는 용도구역은 도시관리계획결정에 의해 지정하도록 하고 있다. 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 및 「수산업법」에서는 도시자연공원구역과 수산자원보호구역의 지정절차에 관한 규정을 따로 두고 있지 않는데, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시관리계획결정절차에 의하게 된다. 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에서는 개발제한구역의 지정절차에 관한 규정을 따로 두고 있다. 그런데 문제는 동법에 규정된 개발제한구역의 지정절차가 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시관리계획결정절차와 다르지 않다는 점이다<sup>20)</sup>. 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 근거규정은 구 「도시계획법」 제21조이었는데, 이 규정이 1998. 12. 24. 헌법재판소에서 헌법불합치결정을 받았다. 이에 정부는 구 「도시계획법」을 전부개정하면서 개발제한구역의 관리에 관한 사항을 분리해서 별도의 법률안을 작성해서 국회에 제출하였다<sup>21)</sup>. 국회 건설교통위원회에서는 정부가 제출한 법률안과 이미 국회에 제출되어 있던 의원제안 법률안<sup>22)</sup>을 모두 폐기하고 건설교통위원회 대안을 의결하였는데, 의원제안 법률안에 있던 지정절차에 관한 사항이 건설교통위원회 대안에 들어 갔다. 굳이 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 사항을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정하지 않고 별도의 법률에 규정할 필요가 있는지도 의문이지만, 별도의 법률에 규정하는 경우에도 이미 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정되어 있는 사항과 중복되는 규정을 둔 것은 잘못이라 할

20) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제38조 제1항에 개발제한구역의 지정을 도시관리계획으로 결정하도록 규정되어 있으므로 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에서 지정절차를 달리 정할 수도 없다.

21) 정부제출법률안의 법률 명칭은 「개발제한구역의 관리에 관한 법률」이었다.

22) 의원제안법률안에는 개발제한구역의 지정절차에 관한 사항이 포함되어 있었는데, 법률 명칭은 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」이었다.

, 가

것이다. 또한 개발제한구역의 관리에 관한 사항은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 비롯한 다른 법률과 상충되는 사항이 아니다. 그러므로 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 사항을 규정하는 법률이 다른 법률에 대한 “특별법” 또는 “특별조치법”이 될 수는 없다 할 것이다. 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」 중 지정 절차에 관한 사항을 삭제하고, 법률의 명칭을 「개발제한구역의 관리에 관한 법률」로 바꾸는 것이 합리적이라 할 것이다. 나아가서는 동법을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 통합하는 방안도 검토할 필요가 있을 것이다.

### 3.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 외의 다른 법률에서도 국토의 효율적인 관리를 위해 여러 가지 목적으로 다양한 지역·지구 등을 지정하고 있다.

다음은 「토지이용규제기본법」 별표에 등재되어 있는 지역·지구 등 중에서 대표적인 것을 몇 개의 범주로 분류한 것이다<sup>23)</sup>.

#### 1) 공물 등 주요시설의 보호 및 관리

- 도로구역, 도로예정지, 접도구역(「고속국도법」, 「도로법」)
- 도로보전입체구역(「도로법」) - 하천구역, 하천예정지, 홍수관리구역(「하천법」)
- 소하천구역, 소하천예정지(「소하천정비법」)
- 철도보호지구(「철도안전법」)
- 공항구역, 공항소음피해지역(「항공법」)
- 항만구역, 임항구역, 항만배후단지, 임항지역(「항만법」)

23) 토지이용규제기본법 [별표]에 규정된 지역·지구 등이 개발제한구역 등 79개 법률의 199개 지역에 달한다.



- 어항구역(「어촌·어항법」)
- 군사기지 및 군사시설 보호구역, 통제보호구역, 제한보호구역, 대공방어협조구역, 비행안전구역(「군사기지 및 군사시설 보호법」)
- 무선방위측정장치보호구역(「전파법」)

## 2) 자연공원·문화재 등의 보호

- 자연공원, 공원보호구역, 공원자연보존지구, 공원자연환경지구, 공원자연마을지구, 공원밀집마을지구, 공원집단시설지구(「자연공원법」)
- 문화재보호구역, 문화재구역(「문화재보호법」)
- 전통사찰보존구역(「전통사찰보존법」)
- 특별보존지구, 역사문화환경지구(「고도보존에 관한 특별법」)

## 3) 농지·산림 등의 보전

- 농업진흥지역(「농지법」)
- 사방지(「사방사업법」)
- 초지(「초지법」)
- 자연휴양림구역, 채종림구역, 보안림구역, 산림유전자원보호림구역, 시험림구역(「산림법」)
- 보전산지, 산지전용제한지역, 채석허가제한지역, 토사채취허가제한지역(「산지관리법」)
- 국립수목원완충지역(「수목원조성 및 진흥에 관한 법률」)

## 4) 수질보호

- 상수원보호구역(「수도법」, 「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」)
- 수변구역(「한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법

가

를」, 「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」)

- 오염행위 제한지역(「한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률」)
- 건축 등 허가제한지역(「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」)
- 배출시설설치제한지역(「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」, 「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」)
- 폐기물매립시설 설치제한지역(「한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」)
- 지하수보전구역(「지하수법」)

#### 5) 자연환경보전

- 생태·경관보전지역, 생태·경관핵심보전구역, 생태·경관완충보전구역, 생태·경관전이보전구역, 자연유보지역, 자연휴식지(「자연환경보전법」)
- 습지보호지역, 습지주변관리지역, 습지개선지역(「습지보전법」)
- 야생동·식물특별보호구역, 야생동·식물보호구역(「야생동·식물보호법」)
- 백두대간보호지역(「백두대간 보호에 관한 법률」)
- 환경보전해역, 특별관리해역(「해양환경관리법」)

- 특별대책지역(「환경정책기본법」)
- 토양보전대책지역(「토양환경보전법」)
- 연안육역(「연안관리법」)
- 특정도서(「독도 등 도서지역의 생태계보전에 관한 특별법」)
- 절대보전무인도서, 준보전무인도서, 이용가능무인도서(「무인도서의 보전 및 관리에 관한 법률」)
- 절대보전지역, 상대보전지역, 관리보전지역(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」)

#### 6) 기 타

- 연구개발특구(「대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법」),
- 학교환경위생정화구역(「학교보건법」)
- 노외주차장설치제한지역(「주차장법」)
- 묘지 등 설치제한지역(「장사 등에 관한 법률」)
- 붕괴위험지역(「급경사지 재해예방에 관한 법률」)
- 온천원보호지구, 온천공보호구역(「온천법」)

문제는 위에 열거된 지역·지구 등이 토지이용규제를 하기 위한 지역·지구 등을 망라한 것이 아니라는 점과, 이와 같이 많은 지역·지구 등에 의한 토지이용규제가 그 내용이 복잡할 뿐만 아니라 서로 중복되기도 해서 어지간한 전문가가 아니면 그 내용을 제대로 파악하기 어렵다는 점이다.

현재와 같이 지역·지구 등이 많아지게 된 까닭은 우리의 국토관리 방식이 계획 중심의 관리가 아니라 용도규제 중심의 관리이기 때문이지만, 행정기관의 입장에서는 구체적이고 상세한 계획을 수립해서 이에 의해 토지이용행위를 규제하는 것보다는 지역·지구 등을 지정해서 일률적으로 토지이용행위를 제한한 후 인·허가절차를 거쳐 개별적으로 토지이용행위를 허용하는 방식을 선호하기 때문이다.

, 가

그 동안 지역·지구 등이 지나치게 많고 이로 인한 토지이용규제의 중복으로 국민생활이 불편을 야기한다는 문제가 끊임없이 제기되었고, 이를 해결하기 위한 다양한 대책이 제시되었다. 그러나 실제로 이러한 작업이 제대로 이루어진 적은 없으며, 앞으로도 쉽게 이루어지지 않을 것이다. 각 지역·지구 등이 나름대로의 지정목적이 있고 세부적인 점에서는 지역·지구 등의 성격과 토지이용규제의 내용이 달라서 통합에 어려움이 있으며, 그 지역·지구 등을 운영하는 부처가 이에 관한 권한을 쉽게 양보하지 않을 것이기 때문이다. 그러나 이러한 작업이 이루어지지 않는 한 토지이용규제의 중복현상은 시정되지 않을 것이다.

최근의 가장 두드러진 성과는 2005년 「토지이용규제기본법」을 제정한 것이다. 「토지이용규제기본법」에서는 지역·지구 등의 남발을 방지하기 위해 동법 및 그 하위법령의 별표에 기재된 목록에 올라 있지 않은 지역·지구 등은 신설할 수 없도록 하고<sup>24)</sup>, 지역·지구 등을 신설하는 법령이나 자치법규를 제·개정하고자 하는 경우에는 미리 국토해양부에 설치된 토지이용규제심의위원회의 심의를 받도록 하는 한편<sup>25)</sup>, 지역·지구 등의 운영실적을 5년마다 평가해서 지역·지구 등의 통·폐합 등 제도개선을 하도록 하고 있다<sup>26)</sup>. 동법을 제대로 운영하기만 한다면 앞으로 지역·지구 등을 신설하고자 하는 경우에는 그 지역·지구 등이 과연 신설할 만한 필요가 있는지, 기존의 지역·지구 등에 대해서는 이를 계속해서 존치할 필요가 있는지에 대한 검토가 이루어질 것이다. 그러나 이 정도로 지역·지구 등이 줄어들 것으로 기대하는 것은 성급한 결론일 것이다. 여태까지의 경험에 비추어 볼 때 각 부처의 이해관계에 의해 기존의 지역·지구 등은 여전히 존치될 것이

24) 「토지이용규제기본법」 제5조.

25) 「토지이용규제기본법」 제6조.

26) 「토지이용규제기본법」 제13조.

고, 새로운 지역·지구 등이 계속해서 생겨날 것이기 때문이다.

「토지이용규제기본법」에서는 일반 국민들이 지역·지구 등에 의한 토지이용규제의 내용을 제대로 알 수 있도록 하기 위해 국토이용정보체계를 구축하고, 토지이용계획확인서를 발급하고, 규제안내서를 제공하도록 하고 있다<sup>27)</sup>. 국토이용정보체계·토지이용계획확인서 및 규제안내서에 의해 개별 지역·지구 등의 지정 여부와 그에 의한 토지이용규제의 내용을 알 수 있겠지만, 여러 개의 지역·지구 등이 중복지정되어 있는 경우 그 토지이용규제의 내용을 종합적으로 파악하는 것은 전문가 수준이어야 가능하다. 예컨대, 수도권에 위치한 개발제한구역 안에 있는 농지를 소유한 자에게 「수도권정비계획법」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」, 「농지법」 등 관련법률에 규정되어 있는 복잡한 토지이용규제의 내용을 알려 준다고 해서 이들이 그 내용을 제대로 이해할 수 있을 것으로는 기대하기 어렵다. 결국 토지이용규제의 중복으로 인한 국민생활의 불편을 줄이기 위해서는 지역·지구 등의 수를 줄이는 것이 최선의 방안이라 할 것이다.

지역·지구 등의 수를 줄이기 위해서는 필요불가결하다고 인정되는 몇몇 지역·지구 등을 제외한 나머지 지역·지구 등에 대해서는 전면적으로 일몰제를 도입하는 방안을 생각할 수 있다. 지역·지구 등을 신설할 때에는 그 지역·지구 등의 존속기한을 정해 놓고, 이 기한이 만료되기 전에 운용실적을 분석해서 그 필요성이 입증되지 않는 한 그 지역·지구 등이 자동적으로 폐지되도록 하는 것이다. 보다 장기적으로는 국토관리방식을 용도규제중심의 국토관리에서 계획중심의 국토관리로 전환하는 것을 검토해야 할 것이다.

---

27) 「토지이용규제기본법」 제9조 내지 제12조

## IV. 「

## 」

「토지이용규제기본법」은 토지이용규제를 투명화하는 한편, 새로운 토지이용규제를 수반하는 지역·지구 등의 신설을 엄격히 제한하고, 기존의 지역·지구 등을 정기적으로 재평가해서 지속적으로 정비해 나가기 위한 것이다. 이를 위해 동법에서는 지역·지구 등을 규정하는 법령 또는 자치법규는 그 지정목적·지정기준·행위제한내용 등을 구체적이고 명확하게 규정하도록 하고<sup>28)</sup>, 지역·지구 등은 동법 및 그 하위 법령 별표의 목록에 기재된 것에 한해서 지정하도록 하고<sup>29)</sup>, 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장이 지역·지구 등이 신설되는 법령 또는 자치법규를 제·개정하고자 하는 경우에는 그 법령안 또는 자치법규안을 입법예고하기 전에 국토해양부에 설치된 토지이용규제심의위원회의 심의를 받도록 하고<sup>30)</sup>, 국토해양부장관이 지역·지구 등의 운영실적을 5년마다 평가해서 지역·지구 등의 통·폐합 등 제도개선을 요청할 수 있도록 하고 있다<sup>31)</sup>.

이는 그 동안 토지이용규제의 개선방안으로 제기되었던 것을 입법화한 것이다. 그런데 이러한 내용을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정하지 않고 별개의 법률을 제정했는지 그 이유를 이해할 수 없다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서도 다른 법률에 의한 지역·지구 등이 동법에 의한 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 지정목적에 위배되는 사례를 막기 위해 첫째, 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 다른 법률에 의해 토지이용에 관한 지역·지구 등을 지정하고자 하는 경우에는 당해 지역·지구 등의 지정목적이

28) 「토지이용규제기본법」 제4조.

29) 「토지이용규제기본법」 제5조.

30) 「토지이용규제기본법」 제6조.

31) 「토지이용규제기본법」 제13조.

국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의한 용도지역·용도지구 및 용도구역의 지정목적에 부합되도록 하는 의무를 지우고, 둘째, 다른 법률에 의해 일정면적 이상의 지역·지구 등을 지정하는 때에는 국토해양부장관과 협의하거나 그 승인을 받도록 하며, 셋째, 다른 법률에 의해 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 용도지역·용도지구 또는 용도구역을 의제하는 내용이 포함되어 있는 계획을 결정하는 때에는 미리 도시계획위원회의 심의를 받도록 하고 있다. 이와 같이 다른 법률에 의해 지역·지구 등을 지정할 때에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 기본법의 역할을 하고 있는 이상 토지이용규제에 관한 기본적인 사항을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정하는 것이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 기본법적인 지위를 강화하는 것이 될 것이다.

주민의견청취나 지형도면의 고시도 그렇다. 「토지이용규제기본법」에서는 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장이 지역·지구 등을 지정 또는 변경할 때에는 미리 주민의 의견을 듣도록 함으로써 토지이용규제에 대한 주민참여를 의무화하고, 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장이 지역·지구 등을 지정하는 때에는 반드시 지형도면을 고시하도록 함으로써 토지소유자가 그 토지에 지정된 지역·지구 등을 알 수 있도록 하고 있다<sup>32)</sup>. 동법에서는 주민의견청취절차와 지형도면의 고시절차에 대해서는 다른 법률의 규정에 불구하고 동법에 의하도록 하고 있다. 그러나 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 비롯한 다른 법률에 지역·지구 등의 지정에 따른 주민의견청취절차 또는 지형도면고시절차에 관한 규정이 그대로 남아 있으므로 혼란의 소지가 있다. 「토지이용규제기본법」에 이러한 규정이 있음을 모르는 경우에는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 비롯한 다른 법률에 규정된 내용을 그대로 따를 수 있고, 「토지이용규제기본법」에 이

32) 「토지이용규제기본법」 제8조

, 가

러한 규정이 있음을 아는 경우에도 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 비롯한 다른 법률에 규정된 내용이 「토지이용규제기본법」에 규정된 내용 보다 이해관계인에게 유리하게 되어 있는 경우에는 해석상 혼란이 생기게 된다.

그런데 동법에 규정되어 있는 내용은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정되어 있는 도시관리계획결정절차와 별로 다르지 않다. 그렇다면 다른 법률에서 지역·지구 등을 지정할 때에는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시관리계획결정절차상의 주민의견 청취나 지형도면고시절차를 준용하도록 하면 될 터인데, 굳이 별도의 법률을 제정하게 되었는지 이해할 수 없다.

그 밖에 국토이용정보체계의 구축, 토지이용계획확인서의 발급, 규제안내서의 발급 등 「토지이용규제기본법」에 규정되어 있는 나머지 사항도 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 규정하더라도 아무런 문제가 없다.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 이미 국민들에게 국토계획에 관한 법률의 기본법으로서의 역할을 하는 것으로 각인되어 있는데, 새삼스럽게 「토지이용규제기본법」이라는 생소한 법률을 제시하는 것은 친절한 입법은 아닐 것이다. 조만간에 「토지이용규제기본법」을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 통합해서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 국토계획에 관한 기본법으로서 기능할 수 있게 해야 할 것이다.

## V.

국토의 계획에 관한 법제의 중심에는 「국토기본법」·「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」과 「토지이용규제기본법」이 있지만, 국토계획을 실행하기 위한 개발사업의 시행에 관한 법제의 경우에는 이와 같이



중심을 잡고 있는 법률이 없다. 개발사업의 시행에 관해서는 그때 그때의 필요에 따라 법률을 제정해 왔기 때문이다.

현재 개발사업에 관한 법제의 기본이 된다고 할 만한 법률로는 고작 개발사업에 수반되는 토지 등의 수용에 관해 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 있다<sup>33)</sup>. 그러나 수용에 대비되는 공용환지에 관한 일반법은 없다<sup>34)</sup>. 토지이용규제를 하고 있는 지역·지구 등에 관해서는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 사실상 기본법으로서의 기능을 하지만, 개발사업의 시행에 관해서는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이 기본법의 역할을 하지 못한다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서는 도시계획시설사업의 시행에 관해 규정하고 있는데, 이는 기반시설의 설치에 관한 것이어서 지역개발사업과 같은 다목적 개발사업에 적용하기에는 부적합하다. 「토지이용규제기본법」에 사업지구 안에서의 행위제한에 관한 규정이 있지만, 그 내용은 개발사업에 지장을 초래할 수 있는 행위(건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위, 그 밖에 개발사업에 지장을 초래할 수 있는 행위)로서 관계 행정기관의 장의 허가를 받아야 하는 사항을 구체적으로 정하도록 하고 있을 뿐이다.<sup>35)</sup>는 사업, 즉 개발사업의 시행에 관해서는 다음과 같이 많은 법률에서 규정하고 있다.

- 1) 기반시설의 설치 : 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(도시계획시설사업)
- 2) 도시의 개발 : 「도시개발법」(도시개발사업), 「기업도시개발특별

---

33) 독일의 경우에는 수용에 관한 사항도 건설법전(Bauresetzbuch-BauGB)에 함께 규정하고 있다.

34) 현실적으로는 「도시개발법」이 공용환지에 관한 일반법으로서의 역할을 하고 있다. 독일의 경우에는 공용환지에 관한 사항 역시 건설법전(Bauresetzbuch-BauGB)에 함께 규정하고 있다.

35) 「토지이용규제기본법」 제7조 제1항.

- 법』(기업도시개발사업), 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법』(행정중심복합도시 건설사업), 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법』(혁신도시개발사업), 「도청이전을 위한 도시건설 및 지원에 관한 특별법』(도청이전신도시 개발사업)
- 3) 도시의 정비 : 「도시 및 주거환경정비법』(정비사업 - 주거환경 개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업), 「도시재정비 촉진을 위한 특별법』(재정비촉진사업), 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법』(시장정비사업)
- 4) 지역개발 : 「지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률』(개발촉진지구 개발사업, 특정지역 개발사업), 「신발전지역 육성을 위한 투자촉진 특별법』(신발전지역발전촉진지구 개발사업), 「지역특화발전특구에 대한 규제특례법』(특화사업), 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 법률』(경제자유구역 개발사업), 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법』(제주국제자유도시개발사업), 「연안관리법』(연안정비사업), 「동·서·남해안권발전 특별법』(동·서·남해안권개발사업)
- 5) 주택의 건설 : 「주택법』(주택건설사업 및 대지조성사업), 「국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법』(국민임대주택단지조성사업 및 국민임대주택건설사업), 「택지개발촉진법』(택지개발사업)에서 규정하고 있다.
- 6) 산업단지 등의 개발 : 「산업입지 및 개발에 관한 법률』(산업단지개발사업), 「물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률』(물류단지개발사업), 「관광진흥법』(관광지 또는 관광단지 조성사업), 「청소년활동진흥법』(수련지구조성사업)
- 7) 항만 및 공항의 건설 : 「항만법』(항만공사), 「신항만건설촉진법』(신항만건설사업), 「항만과 그 주변지역의 개발 및 이용에 관한

법률」(항만재개발사업), 「항공법」(공항개발사업), 「수도권신공항  
건설촉진법」(수도권신공항건설사업)

- 8) 재해위험지구의 관리 : 「저수지·댐의 안전관리 및 재해예방에  
관한 법률」(위험저수지·댐 정비사업), 「재해위험 개선사업 및  
이주대책에 관한 특별법」(재해위험 개선사업)
- 9) 기타 : 「전원개발촉진법」(전원개발사업), 「폐기물처리시설 설치  
촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률」(폐기물처리시설 설치사  
업), 「2012 여수세계박람회 지원특별법」(박람회장 조성사업), 「  
2011 대구세계육상선수권대회 및 2014 인천아시아경기대회지  
원법」(대회관련시설의 설치·이용 등에 관한 사업)

개발사업의 유형에 따라 서로 유사한 시행절차를 거치는 경향은 있  
다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시계획시설사업의  
경우에는 ① 시행자지정 ② 실시계획인가, ③ 토지수용, ④ 공사시행,  
⑤ 준공검사의 순서로 사업이 진행된다. 실시계획고시가 있으면 「공  
익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 사업인  
정이 있는 것으로 본다. 「항만법」에 의한 항만공사와 같이 시설의 설  
치를 목적으로 하는 개발사업의 경우에는 이와 유사한 방식에 의하는  
경우가 많다.

「주택법」에 의한 주택건설사업의 경우에는 ① 사업계획승인, ② 토  
지수용, ③ 공사시행, ④ 준공검사, ⑤ 분양의 순서로 사업이 진행된다.  
사업시행자는 사업계획승인을 신청하는 자가 되며, 사업계획승인고시  
가 있으면 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에  
의한 사업인정이 있는 것으로 본다. 「물류시설의 개발 및 운영에 관한  
법률」에 의한 물류단지개발사업과 같이 비교적 내용이 단순한 지역개  
발사업의 경우에는 이와 유사한 방식에 의하는 경우가 많다.

「도시 및 주거환경정비법」에 의한 정비사업의 경우에는 ① 정비구

역의 지정, ② 사업시행인가, ③ 토지수용, ④ 공사시행, ⑤ 준공검사, ⑥ 분양의 순서로 사업이 진행된다. 정비구역을 지정할 때에는 정비계획을 수립해야 하는데, 이 때 주민과 지방의회의 의견을 청취해야 한다. 사업시행자는 정비구역지정 후 사업시행인가를 신청하는 자가 되며, 사업시행인가고시가 있으면 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 사업인정이 있는 것으로 본다. 「도시개발법」에 의한 도시개발사업과 같이 사업지구지정 후 사업시행에 이르기까지 상당한 기간이 소요되는 대규모 지역개발사업의 경우에는 이와 유사한 방식에 의하는 경우가 많다.

「택지개발촉진법」에 의한 택지개발사업의 경우에는 ① 택지개발예정지구의 지정, ② 실시계획승인, ③ 토지수용, ④ 공사시행, ⑤ 준공검사, ⑥ 택지공급의 순서로 사업이 진행된다. 택지개발예정지구를 지정할 때에는 주민의견을 청취해야 하고, 택지개발계획을 수립해야 한다. 사업시행자는 택지개발예정지구를 지정할 때에 정해지며, 택지개발예정지구의 지정고시가 있으면 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 사업인정이 있는 것으로 본다. 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 의한 산업단지개발사업과 같이 수용권이 부여되는 시기를 앞당기고자 하는 대규모 지역개발사업의 경우에는 이와 유사한 방식에 의하는 경우가 많다.

위에서 예로 든 사업시행절차는 어디까지나 하나의 예에 해당될 뿐이다. 이들 중 어느 하나를 개발사업의 시행에 관한 모델입법으로 보기는 어렵다. 모두가 해당 개발사업의 특성에 따라 특화된 것이기 때문이다. 그러다보니 특정개발사업의 절차가 합리적인지 여부를 판단할 잣대가 기준이 없는 실정이다. 국토의 이용·개발 및 보전에 관한 계획을 수립하는 것도 중요하지만, 이를 실행하기 위한 개발사업을 합리적으로 시행하는 것도 중요하다. 개발사업시행의 기본적 사항에 대한 청사진을 제시할 필요가 있다. 어느 경우에 사업지구를 미리 지

정해야 하는지, 사업지구를 지정할 때에는 기본계획을 수립하게 할 것인지, 사업시행자는 어느 단계에서 지정하는지, 개발사업을 시행하기 전에 실시계획을 수립해야 하는지, 실시계획을 수립하는 경우 반드시 주민의견을 청취해야 하는지, 개발사업에 관련된 인·허가는 개별적으로 받아야 하는지, 토지를 수용하기 위한 사업인정은 어느 단계에서 의제되는지, 공공시설 등의 국가귀속은 어느 경우에 인정되는지 등에 대한 기준이 필요하다. 개발사업의 시행에 관한 기본적인 사항을 규정하는 법률이 필요하다. 이를 위해 별개의 법률을 제정하는 것도 한 방법이겠지만, 앞에서 언급한 바와 같이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」을 국토계획에 관한 기본법으로 하고자 한다면 이러한 내용을 동법에 규정하는 것이 바람직할 것이다<sup>36)</sup>.

## VI. 가

그리 눈에 띄는 사항은 아니지만, 국토계획법제와 관련해서 반드시 짚고 넘어 가야 할 사항이 하나 있다. 바로 인·허가의제제도이다. 개발사업의 시행에 관한 규정을 두고 있는 대부분의 법률에서는 개발사업에 관한 계획이 수립되거나 사업시행에 관한 인가가 있으면 관련 인·허가가 의제되도록 하는 규정을 두고 있다. 예컨대, 「주택법」에 의한 사업계획승인을 받으면 25개 법률에 의한 인·허가가 의제된다<sup>37)</sup>. 개발사업의 신속한 추진을 위해 인·허가의제제도는 필요하다.

36) 독일의 경우 건설법전(Bauresetzbuch-BauGB)에 토지구획정리, 재개발, 신개발조치 등에 관한 규정을 두고 있는 것이 참고가 될 것이다.

37) 「주택법」

제17조(다른 법률에 의한 인·허가 등의 의제 등) ①시·도지사가 제16조의 규정에 의하여 사업계획을 승인함에 있어서 다음 각호의 허가·인가·결정·승인 또는 신고 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항의 규정에 의한 관계행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 당해 인·허가등을 받은 것으로 보며, 사업계획의 승인고시가 있는 때에는 다음 각호의 관계법률에 의한 고시가 있는 것으로 본다.

1. 「건축법」 제8조의 규정에 의한 건축허가, 동법 제9조의 규정에 의한 건축 신고 및 동법 제15조의 규정에 의한 가설건축물의 건축허가 또는 신고

2. 「공유수면관리법」 제5조의 규정에 의한 점·사용허가, 동법 제6조 제1항의 규정에 의한 협의 또는 승인 및 동법 제8조의 규정에 의한 실시계획의 인가 또는 신고
3. 「공유수면매립법」 제9조의 규정에 의한 공유수면매립의 면허, 동법 제15조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제38조의 규정에 의한 협의 또는 승인
4. 「광업법」 제42조에 따른 채광계획의 인가
5. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조의 규정에 의한 도시관리계획(동법 제2조 제4호 다목의 계획 및 동호 마목의 계획중 동법 제49조 제1호의 규정에 의한 제1종지구단위계획에 한한다)의 결정, 동법 제56조의 규정에 의한 개발행위의 허가, 동법 제86조의 규정에 의한 도시계획시설사업시행자의 지정, 동법 제88조의 규정에 의한 실시계획의 인가, 동법 제118조의 규정에 의한 토지거래계약의 허가 및 동법 제130조 제2항의 규정에 의한 허가
6. 「농어촌정비법」 제22조의 규정에 의한 농업기반시설의 목적의 사용승인
7. 「농지법」 제34조의 규정에 의한 농지전용의 허가 또는 협의
8. 「도로법」 제34조의 규정에 의한 도로공사시행의 허가 및 동법 제40조의 규정에 의한 도로점용의 허가
9. 「도시개발법」 제3조의 규정에 의한 도시개발구역의 지정, 동법 제11조의 규정에 의한 시행자의 지정, 동법 제17조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제63조 제2항의 규정에 의한 허가
10. 「사도법」 제4조의 규정에 의한 사도의 개설허가
11. 「사방사업법」 제14조의 규정에 의한 토지의 형질변경 등의 허가, 동법 제20조의 규정에 의한 사방지지정의 해제
12. 「산지관리법」 제14조·제15조의 규정에 의한 산지전용허가 및 산지전용신고와 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제36조 제1항·제4항 및 제45조 제1항·제2항의 규정에 의한 입목벌채등의 허가·신고. 다만, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」에 의한 산림유전자원보호림·채종림 및 시험림의 경우를 제외한다.
13. 「소하천정비법」 제10조의 규정에 의한 소하천공사시행의 허가 및 동법 제14조의 규정에 의한 소하천의 점용 등의 허가 또는 신고
14. 「수도법」 제17조 또는 제49조의 규정에 의한 수도사업의 인가 및 같은 법 제52조의 규정에 의한 전용상수도설치의 인가
15. 「연안관리법」 제17조의 규정에 의한 연안정비사업실시계획의 승인
16. 「하수도법」 제34조 제2항의 규정에 따른 개인하수처리시설의 설치신고
17. 「유통산업발전법」 제8조의 규정에 의한 대규모점포의 등록
18. 「장사 등에 관한 법률」 제23조 제1항의 규정에 의한 무연분묘의 개장허가
19. 「지하수법」 제7조 또는 제8조의 규정에 의한 지하수개발·이용의 허가 또는 신고
20. 「초지법」 제23조의 규정에 의한 초지전용의 허가
21. 「측량법」 제25조의 규정에 의한 측량성과사용의 심사

문제는 이와 같이 의제되는 인·허가 중에 국토계획의 수립이 포함되어 있다는 점이다. 앞서 말한 「주택법」에 의한 사업계획승인에 의해 의제되는 인·허가 중에도 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 기반시설의 설치와 제1종지구단위계획에 관한 도시관리계획결정과 「도시개발법」에 의한 도시개발구역의 지정이 포함되어 있다.

국토계획에 관한 규정을 두고 있는 법률에서는 관련되는 이해관계를 조정하기 위해 국토계획을 수립할 때에 주민의견청취, 지방의회의 의견청취, 공청회개최, 위원회의 심의, 관계행정기관의 의견청취, 고시 등 다양한 형태의 절차를 거치도록 하고 있다. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의하면 도시계획시설결정의 경우 ① 기초조사, ② 주민의견청취, ③ 지방의회 의견청취, ④ 결정신청, ⑤ 관계 행정기관의 장과의 협의, ⑥ 도시계획위원회의 심의, ⑦ 고시의 절차를 밟아야 한다. 그러나 인·허가의제에 의하는 경우에는 이러한 절차를 거치지 않아도 된다. 예컨대, 「주택법」에서는 사업계획승인으로 도시계획시설결정을 의제하고 있는데, 사업계획승인권자가 도시관리계획결정권자와 협의하기만 하면 사업계획승인에 의해 도시계획시설결정이 의제된다. 이 경우 도시관리계획결정권자는 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시계획시설결정절차를 거치지 않아도 된다<sup>38)</sup>. 결과적

22. 「택지개발촉진법」 제6조의 규정에 의한 행위의 허가

23. 「하수도법」 제16조의 규정에 의한 공공하수도에 관한 공사시행의 허가

24. 「하천법」 제30조에 따른 하천공사 시행의 허가 및 하천공사실시계획의 인가, 같은 법 제33조에 따른 하천의 점용허가 및 같은 법 제50조에 따른 하천수의 사용허가

② (생략)

③ 시·도지사는 제16조의 규정에 의하여 사업계획을 승인하고자 하는 경우에 그 사업계획에 제1항 각호의 1에 해당하는 사항이 포함되어 있는 경우에는 해당 법률이 정하는 관계서류를 미리 관계행정기관의 장에게 제출하고 협의하여야 한다. 이 경우 관계행정기관의 장은 시·도지사의 협의요청을 받은 날부터 30일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 당해 법률에서 규정한 인·허가등의 기준을 위반하여 협의에 응하여서는 아니된다.

④ (생략)

으로 도시관리계획결정권자의 의견이 도시계획시설결정절차를 대체하게 된다. 이는 도시계획시설결정을 할 때에 관련 이해관계를 조정하기 위해 여러 단계의 절차를 거치도록 한 취지에 정면으로 반하는 것이다. 「주택법」과 같이 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시관리계획결정을 의제하고 있는 법률이 20여개에 달하는데<sup>39)</sup>, 그만큼 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 도시관리계획결정절차가 훼손되고 있다 할 것이다.

개발사업의 신속한 추진을 위해 관련 인·허가의 의제가 불가피하다는 점은 인정하지만, 그렇다고 해서 개별법률에 규정된 국토계획수립절차를 아예 무시할 수는 없다. 국토계획의 수립절차를 의제하고자

38) 건설부장관이 구 주택건설촉진법(1991. 3. 8. 법률 제4339호로 개정되기 전의 것) 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제 4 항의 허가·인가·결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없다(대법 1992. 11. 10. 선고, 92누1162 판결).

39) 도시관리계획결정이 의제되는 예로는 혁신도시개발사업의 실시계획승인(『공공기관지방이전에 따른 혁신도시건설 및 지원에 관한 특별법』), 관광지 또는 관광단지의 조성계획승인(『관광진흥법』), 교통체계지능화사업에 관한 실시계획의 승인(『교통체계효율화법』), 단지조성사업의 실시계획승인(『국민임대주택건설 등에 관한 특별조치법』), 기업도시개발사업 실시계획승인(『기업도시개발특별법』), 농어촌도로 노선지정(『농어촌도로정비법』), 특구개발사업 실시계획승인(『대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 법률』), 도로구역결정(『도로법』), 산업단지개발사업 실시계획승인(『산업입지 및 개발에 관한 법률』), 소하천정비시행계획 공고(『소하천정비법』), 수도권신공항건설사업 실시계획승인(『수도권신공항건설촉진법』), 신항만건설사업 실시계획승인(『신항만건설촉진법』), 행정중심복합도시건설사업 실시계획승인(『신행정수도후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시건설을 위한 특별법』), 아시아문화중심도시 조성사업의 시행승인(『아시아문화중심도시조성에 관한 특별법』), 외국인투자기업에 대한 공장설립관련허가(『외국인투자촉진법』), 물류단지개발사업 실시계획승인(『물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률』), 전원개발사업 실시계획승인(『전원개발촉진법』), 개발사업 시행승인(『제주특별자치도설치 및 국제자유도시조성을 위한 특별법』), 주택건설 또는 대지조성에 관한 사업계획승인(『주택법』), 주한미군시설사업 실시계획승인(『주한미군기지가 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법』), 사업계획승인(『중소기업창업지원법』), 지구개발사업 실시계획승인(『지역균형개발 및 지방중소기업육성에 관한 법률』), 철도건설사업 실시계획승인(『철도건설법』), 택지개발사업 실시계획승인(『택지개발촉진법』), 하천정비시행계획 고시(『하천법』), 공항개발사업 실시계획승인(『항공법』) 등이 있다.



할 때에는 그 법률에 국토계획수립절차에 상당하는 절차를 규정하거나, 의제대상을 국토계획수립절차를 규정하고 있는 법률에서 경미한 사항으로 규정하는 사항으로 한정해야 할 것이다.

## VII.

우리나라의 국토계획법제는 핵심이 되는 법률이 없는 상태에서 그때 그때의 필요에 따라 법률을 제정해 왔다. 그래서 국토계획에 관한 법률이 갖추어야 할 기본적인 사항이 무엇인지, 이러한 내용이 어느 법률에 규정되어 있는지를 알 수 없는 형편이 되었다. 그러므로 「국토기본법」·「토지이용규제기본법」 및 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」을 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 통합하고, 통합법에 개발사업의 시행에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 동법을 명실상부한 국토계획법제의 기본법으로 해야 할 것이다.

아울러 토지이용규제를 하고 있는 지역·지구 등에 대해 일몰제를 적용해서 지역·지구 등을 줄여 나가는 한편, 장기적으로는 국토관리 방식을 용도규제중심에서 계획중심으로 전환해서 지역·지구 등의 남발에 의한 피해를 제거해야 할 것이다.

, 가

- 건설교통부, 국토기본법 제정을 위한 기초연구 본보고서, 2001년
- 건설교통부, 국토기본법 제정을 위한 기초연구 자료집, 2001년
- 김중보, 도시계획의 수립절차와 건축물의 허용성에 관한 연구, 서울  
대학교 박사학위 논문, 1997년
- 류해웅, “토지이용계획제도의 개편방향에 관한 연구”, 국토연구 제  
27권, 1998년 10월
- 류해웅, “토지이용계획제도의 발전적 전개방향”, 부동산법학 제4권,  
1997년
- 류해웅·박상희, 일본과 독일의 도시계획법, 국토연구원, 1990년
- 박헌주·서순탁, “토지이용계획체계의 개선방안 연구”, 국토연구 제  
30권, 2000년 10월
- 정태용, 국토계획법, 한국법제연구원, 2007년
- 정태용, 건축법해설, 한국법제연구원, 2006년
- 정희남·최혁재, 국토이용체계개편에 따른 용도지역·지구·구역 등  
의 정비방안연구, 국토연구원, 2001년

-  
-  
김 민 호 교수  
(성균관대학교 법과대학)

I. 서론 .....	417
II. 규범정립작용(명령 또는 행정입법) .....	419
1. 미국의 Rule Making .....	419
2. 우리나라 행정입법과의 비교분석 .....	424
III. 허가작용(허가·특허 등) .....	426
1. 미국의 Licensing .....	426
2. 우리나라 허가·특허와의 비교분석 .....	429
IV. 행정강제작용 .....	430
1. 미국의 Enforcement .....	430
2. 우리나라 행정의 실효성 확보 수단과의 비교분석 ...	433
V. 비공식적 행정활동(비공식적 행정작용) ....	435
1. 미국의 Informal Agency Activity .....	435
2. 우리나라 비공식적 행정작용과의 비교분석 .....	439
VI. 결론 .....	442
참고문헌 .....	444

## I .

행정작용을 일정한 기준에 따라 분류하여 법적 관점에서 체계적으로 파악하려는 시도는 오래전부터 있어 왔는 바, 전통적으로 행정작용은 명령(행정입법), 행정행위, 행정강제 등으로 구분하여 파악해 왔다. 행정작용을 이처럼 구분하였던 까닭은 이들 각각의 행정작용이 법적 요건과 효과, 그리고 그에 대한 쟁송수단을 달리하는 데에 있었다.<sup>1)</sup> 그러나 오늘날처럼 사회현상과 행정의 목적과 기능이 다양해진 상태에서는 종래와 같은 행정작용의 분류는 그 체계적 한계를 드러내고 있다. 그렇다고 이러한 전통적 행정작용의 분류체계를 대체할만한 새로운 분류체계가 존재하는 것도 아닌 상황이다. 분류 기준에 따라 법적 행위와 사실행위, 공법행위와 사법행위, 의사작용과 사실작용, 일방적 행위와 쌍방적 행위, 일방·추상적 작용과 개별·구체적 작용, 대인적 작용과 대물적 작용, 공식적 작용과 비공식적 작용, 종국적 작용과 잠정적 작용 등 무수히 많은 분류체계가 도출될 수 있다. 결국 행정작용의 분류체계는 연구자가 분석하고자 하는 목적에 따라 그 기준을 설정하고 분류하는 방식을 취할 수밖에 없는 것이 현실적 상황이다. 따라서 필자는 우리나라의 행정작용과 선진 각국, 특히 미국의 행정작용을 비교 고찰하고자하는 까닭에 우선 비교가 용이한 분류방식을 취하고자 한다. 다시 말해서 법적 효과 발생 유무, 규율 범규범의 성질, 행정주체의 법적 지위, 규율대상의 성질, 법적 구속력의 유무 등과 같은 분류기준을 사용하기 보다는 현실적으로 비교 분석이 가능한 행정작용의 유형화를 시도해 보겠다는 것이다. 특히 우리나라와 법체계가 매우 상이한 미국법과의 비교분석을 위해서는 미국법상 존재하거나 적어도 미국의 법학자들이 중요하게 여기는 행정작용을

---

1) 김남진, 행정법 I, 법문사, 2000, 153면.

분석의 대상으로 삼을 수밖에 없다. 이러한 까닭에 본 연구에서는 행정작용을 특정의 성질상 기준에 따라 분류하지 않고 미국법상 행정작용의 분류체계를 차용하여 이들 분류체계에 우리나라 및 독일 등 대륙법계 국가의 행정작용체계를 대입하는 방법을 사용하여 비교법적 고찰을 하도록 하겠다.

Ronald A. Cass<sup>2)</sup>와 Lief H. Carter<sup>3)</sup>는 행정작용(Administrative Function)을 정책형성작용(Policy Formation), 재결작용(Adjudication), 행정강제작용(Enforcement), 허가작용(Licensing)으로 분류하고 있으며, Michael Asimow<sup>4)</sup>와 Jerry L. Mashaw<sup>5)</sup>는 규범정립작용(Rule Making), 재결작용(Adjudication)으로 분류하였으며, Richard J. Pierce<sup>6)</sup>와 William F. Funk<sup>7)</sup>는 규범정립작용(Rule Making), 재결작용(Adjudication), 조사·보고작용(Inspection & Report)으로, Steven J. Cann<sup>8)</sup>는 규범정립작용(Rule Making), 재결작용(Adjudication), 비공식적 행정활동(Informal Agency Activity) 등으로 각각 분류하고 있다. 대체적으로 규범정립작용과 재결작용을 중요한 행정작용으로 인식하고 있으며 부수적으로 비공식적 행정작용 또는 조사·보고작용 등을 행정작용의 체계로 분류하고 있는 것으로 보인다. 미국에서의 재결(Adjudication)은 특정한 법적 기준을 특정 사실에 적용시켜 특정 당사자의 권리와 의무를 결정하는 것으로서 형식적으로는 행정쟁송에 대한 판단작용처럼 보이지만 실질적으로는 당사자에 대하여 구체적 처

2) Ronald A. Cass, Administrative Law, 2nd ed., Little Brown & Company, 1994 참조.

3) Lief H. Carter, Administrative Law and Politics, 3rd ed., Longman, 2000 참조.

4) Michael Asimow, et, al, State and Federal Administrative Law, 2nd ed., West Group, 1998 참조.

5) Jerry L. Mashaw, et, al, Administrative Law-The American Public Law System, West Group, 1998 참조

6) Richard J. Pierce, JR., Administrative Law Treatise 4th ed., Aspen Law & Business, 2002 참조.

7) William F. Funk et, al, Administrative Procedure and Practice, West Group, 2001 참조.

8) Steven J. Cann, Administrative Law 2nd ed., SAGE Publications, 1998 참조.

분을 행하는 행정기관의 중요한 행정작용 중에 하나이다.<sup>9)</sup> 따라서 미국법상 재결작용과 우리나라의 행정심판에 있어서 재결을 수평적으로 비교하는 것은 어려울 것으로 판단된다. 다시 말해서 우리나라에서도 재결의 처분성을 인정하고는 있으나 이는 취소소송의 대상적격으로서 처분성을 인정하고 있을 뿐 미국처럼 행정의 행위형식 중의 하나로 이해하고 있지는 않다는 것이다. 결국 미국에서의 재결은 우리나라에서 말하는 이른바 행정행위의 일종으로 보는 것이 이해에 도움이 될 것이다. 따라서 위에서 살펴본 미국 행정법학자들의 행정작용 분류 중 우리나라의 법제와 비교분석이 가능한 영역은 규범정립작용(명령 또는 행정입법), 허가작용(허가·특허 등), 행정강제작용(행정의 실효성 확보 수단), 비공식적 행정활동(비공식적 행정작용) 등이다. 이하에서는 이들 작용에 대한 미국에서의 논의를 살펴 본 후 이들 작용과 유사한 우리나라의 행정작용을 대비하여 분석하고, 만약 시사점이 있으면 이를 도출하는 것으로 연구를 진행하도록 하겠다.

## II. ( )

### 1. Rule Making

#### (1) Rule

전통적으로 미국에서는 규범정립(rule making)과 재결(adjudication)을 행정청의 중요한 권한행사 수단으로 이해하여 왔다. 행정청이 rule making을 통해 제정할 수 있는 rule은 행정입법적 성질을 가지는 rule(legislative rule)과 해석적 rule(interpretive rule), 그리고 정책선언적 rule(statement of policy) 등이 있다.

---

9) William Burnham, Introduction To The Law And Legal System Of The United States, 3rd ed., West Group, 2005, p.199.

가

행정입법적 성질을 가지는 rule(legislative rule)은 행정청이나 그의 관할권에 복종해야 하는 자들 모두가 반드시 준수해야 하는 실체적이고 절차적인 법이 된다. 우리나라의 법규명령과 행정규칙을 포괄하는 개념과 유사하다.

해석적 rule은 법령상의 기준들을 해석하는 것이다. 따라서 Interpretive rule은 legislative rule에 적용되는 연방행정절차법(이하 ‘APA’라 함)상의 절차적 준수사항을 적용하지 않는다. Interpretive rule은 legislative rule과 같은 법조의 형식을 취하거나 Q&A의 형식을 취하기도 한다. 때로는 해석적 규칙과 새로운 입법적 규칙을 명확히 구분하는 것이 어려울 때가 있으나, 기본원리는 자명하다. 해석적 규칙에 만일 사실상 새로운 준수사항이 담겨 있다면 그것은 입법적 규칙으로 보아야 한다.<sup>10)</sup>

정책선언적 rule(statement of policy)은 어떠한 특정 형식이 없이 특정한 상황에서 행정청이 어떠한 강제력을 행사할 것인지에 관한 언급과 더불어 주로 행정청의 장래의 의도를 설명하는 것이다. 그러나 이러한 정책선언적 rule에 대하여도 이해관계인이 현행법에 대한 부적절한 해석이라 하여 이의를 제기하는 경우에는 이를 검토하여 당해 규칙을 이의를 제기한 당사자에게는 적용하지 말아야 하며, 다른 유사한 사례에 대비해서 그것들을 바꾸어야 하는 의무가 있다.<sup>11)</sup>

## (2) Rule Making 12)

앞에서 언급한 바와 같이 APA에 의해 절차적 통제를 받는 것은 입법적 규칙이다. APA에서 rule making의 절차는 공식적일 수도 있고 비공식적일 수도 있으나 훨씬 더 보편화된 방법은 비공식적 입법절차라 할 수 있다<sup>13)</sup>. 연방행정청은 연방관보에 입안된 입법에 대한 사전

10) William Burnham, op. cit., p.198.

11) ibid.

12) ibid., pp.199-204 참조

13) rule making의 방식에는 공식적(formal) 절차와 비공식적(informal) 절차가 있는데,

통지를 게재하여야 하고, 그 입안에 대한 국민들의 의견을 구해야 한다. 행정청의 사전통지는 이해관계인들이 의미 있는 의견을 개진할 수 있을 정도의 충분한 내용과 근거를 제공하여야 한다. 이러한 사전통지와 의견제출 기간이 도과하면 행정청은 rule의 최종안을 공표하고 이를 게재한다. rule을 공표하기에 앞서 행정청은 반드시 이러한 의견을 고려하고 검토하여야 하며 제출받은 의견을 검토하여 최종적으로 rule을 제정하였다는 근거를 표명하여야 한다<sup>14)</sup>. 이러한 과정에서 행정청은 반드시 이해관계인 등의 의견을 의미 있게 다루어야 하고, 어떠한 관점도 간과해서는 아니 된다. 행정청은 중요한 반대 의견에 대해 제안된 rule을 수정하거나 왜 그러하지 아니한지를 설명하는 등의 방법으로 명확하게 대응하여야 한다. 결국, 행정청은 합리적인 결정을 내리기 위하여 성실하게 노력해 왔음을 보여야 한다. 그렇지 않으면 심사법원에서 rule이 무효화될 수 있다.

의회는 거의 드물기는 하지만 공식적인 입법절차를 준수할 것을 요구하기도 한다. 공식적인 입법에서는, 최종 rule이 공포되기 전에 증언과 다른 증거들이 반드시 기록되어야 한다. 행정청이 규제하는 어떠한 산업에 있어서, 가격이나 이윤을 얼마로 정할 것인지 결정해야 하는 등급 책정 같은 문제의 경우에 주로 이러한 공식적 입법절차를 따르게 된다. 법원은 사전통지와 의견제출 절차보다 훨씬 더 공식적인 입법절차는 의회에 의해서만 부과될 수 있으며, 법원이 의회가 부과

---

전자의 경우에는 재판과 유사한 형태의 절차, 즉 사실심사형 청문(trial-type hearing)의 기회를 부여하고 그 기록에 의하여 규칙을 제정함을 의미하고, 후자는 notice and comment 등의 간단한 절차를 거치는 것을 말한다.

14) 연방행정절차법 상의 비공식적 입법과정에 관하여 동법 제553조 (c) 제1문, 제2문에서는 “본조에 의해 통지가 있는 후 행정청은 이해관계인에게 서면자료, 견해 혹은 구두변론을 통한 또는 통하지 않는 주장의 제출에 의하여 규칙제정절차에 참여하는 기회를 제공하여야 한다. 행정청은 제출된 관련자료를 검토한 후, 채택된 규칙에 그 근거와 목적에 관한 간략한 일반적 설명을 첨부하여야 한다.”고 규정하고 있다. 즉 ①prior notice②submission of written comments ③concise general statement of....basis and purpose 의 3단계 절차로 이루어진다고 할 수 있다.



, 가

한 것보다 더 엄격한 절차를 부과할 권한은 없다고 판시한 바 있다.

그러나 APA 또는 주의 행정절차법은 통상적인 사전통지 및 의견제출 절차에 있어서 충분한 이유가 존재하는 때에는 이를 생략할 수 있는 예외를 인정하고 있다. APA에서, ‘충분한 이유’란 ‘사전통지 및 의견제출이 불필요하거나, 실효성이 없거나, 공익에 반하는 경우’라고 규정하고 있다. 이는 일반적으로 규칙에 대한 일종의 긴급한 필요를 요구하는 것이라고 해석된다. 이러한 예외적 상황에 의거하여 채택된 규칙을 ‘임시적(interim) rule’이라 한다. 비록 이러한 임시적 rule이 공포와 동시에 효력을 발휘하는 것이기는 하지만, 행정청은 이를 최종적으로 확정하기 전에 의견제출 절차를 거쳐야 한다.

## (2) Rule

1)

15)

1996년부터 모든 연방행정청(독립행정청 포함)은 legislative rule 중에서 이른바 주요규칙(major rule)은 그 시행 전에 의회 또는 General Accounting Office(GAO)에 당해 rule의 시행으로 예상되는 효과와 시행 일 등을 구체적으로 분석한 요약보고서와 함께 제출하여야 한다.<sup>16)</sup> major rule이란 The Office of Information and Regulatory Affairs(OIRA), The Office of Management and Budget(OMB) 등의 집행에 관련한 규칙, 예산이나 비용이 현저히 증가되거나 공정거래·고용안정·생산·투자 등에 심각한 영향을 주거나 또는 줄 수 있는 규칙, 그리고 Executive Order §3(f)(1)<sup>17)</sup>에서 규정하고 있는 경제적으로 중요한 규칙을 의미한다.<sup>18)</sup> 의회는 당해 rule에 대하여 rule을 접수한 날로부터 60일 이내에

15) 자세한 내용은 김민호, 의회의 행정입법통제에 관한 연구, 헌법학연구 제4집 제3호, 1998 참조.

16) 5 U.S.C. Chapter 8 §801이하 참조.

17) Regulatory Planning and Review, Exec. Order No.12,866, 58 Fed. Reg. 51.735

불승인의 의결을 할 수 있다. 의회에 rule이 제출되면 불승인의결 여부를 본회의에 상정할 것인지의 여부를 심사하기 위해 양원 법사위원회(the committee of jurisdiction)에 회부된다. 위원회에 회부된 지 20일이 경과하여도 동위원회에서 상정여부를 의결하지 아니하는 경우에는 상원의원 30인 이상의 서명에 의한 청원으로 위원회의 심사권을 박탈할 수 있다.<sup>19)</sup> 만약 상·하원 중 하나의 원(院)이 rule에 대한 불승인의결을 한 경우에는 다른 원(院)은 법사위원회의 심사 없이 바로 본회의에 상정해야 한다.<sup>20)</sup>

양원의 불승인의결이 있으면 만약 당해 rule이 특별한 사유에 의해 이미 시행 중이었다라도 소급하여 처음부터 효력이 없었던 것으로 본다. 아울러 행정청은 불승인의결이 있는 rule을 수정함이 없이 원래의 rule 제정안을 또 다시 의회에 제출하여서는 안 된다.<sup>21)</sup> 뿐만 아니라 의회가 심사절차의 일환으로 행하는 조사, 결정, 작위, 부작위 등 어떠한 행위도 법원의 사법심사대상이 되지 아니하며, 법원과 행정청은 의회의 심사행위에 간섭할 수 없다.<sup>22)</sup>

## 2)

미국의 경우에는 rule에 대한 사법심사가 월권법리, 즉 행정입법의 실체적 내용이 근거법에 반하지 않는가? 라는 차원에서만 이루어지는 것이 아니라 행정입법이 과연 합리적 근거를 가지고 제정되었는지 여부에 대해서도 심사가 이루어진다는 점이 흥미롭다. 따라서 rule에 대한 사법심사는 이른바 월권심사(*ultra vires review*)와 합리적 근거심사(*rational basis review*)로 나누어진다.

---

18) Jeffrey S. Lubbers, *The Administrative Law Agenda for The Next Decade*, *Administrative Law Review*, Winter, 1997, pp.164~165

19) *Id.* §802(c)-(e)

20) *Id.* §802(f)(2)(A)-(B), 5 U.S.C.A. §802(f)

21) *Id.* §801(b)(2)

22) *Id.* §805

, 가

의회제정법은 행정기관에게 입법권을 위임하는 경우에 당해 행정기관의 직무와 목적, 그리고 당해 행정기관이 행정입법을 제정함에 있어서 고려해야 할 사항이나 기준을 미리 제시하는 경우가 많다. 그런데 만일 행정기관이 자신의 직무를 벗어나는 사항에 관해 행정입법을 제정하거나, 근거법에 의하여 고려하도록 되어 있는 사항을 고려하지 않고 행정입법을 제정한 경우, 그것은 모두 실체적 월권이 된다. 이를 심사하는 것이 이른바 월권심사이다.<sup>23)</sup>

합리적 근거심사(rational basis review)란, 비록 심사의 강도에 따라 차이가 있다고 할지라도, 행정기관의 행위가 사실적 정보(factual information)와 정책선택(policy choices)의 적절한 혼합에 기초되어 있고 동시에 전자와 후자 사이에 어떠한 가시적 관련성(discernible connection)이 있는가를 심사하는 것이다. 즉, 합리적 근거심사는 행정행위가 사실적 근거에 바탕을 두고 있고 또 합리적이라는 것을 확보하기 위한 것이라 할 수 있다. 이 심사는 행정기관의 결정에 의해 중대한 영향을 받게 되는 국민들에게 행정기관의 결정이 비합리적(irrational)이거나 부적합한(incompetent)것이 아니라는 것을 확신시켜준다.<sup>24)</sup>

이와 같이 미국의 법원은 법률의 수권에 의하여 또는 APA에 근거하여 행정입법을 심사하지만, 이 경우의 심사는 구체적 사건의 심사라는 형식을 취하므로 독일 등에서 인정되어지는 이른바 추상적 규범 통제는 없다 할 것이다.

## 2.

위에서 살펴본 바와 같이 미국의 rule making은 처분과 마찬가지로 행정권한의 행사(집행)의 한 수단으로 이해하고 있는 등 그 성질에 있어서 우리나라의 행정입법과 약간의 차이를 보이고는 있다. 그러나

---

23) 김종희, 미연방대법원에 의한 행정입법의 합리적 근거심사에 관한 연구, 경상대 논문집, 33(1), 1994, 56면.

24) 위의 논문, 58면.

기본적으로 의회가 제정한 법률의 위임에 의하여 행정권 스스로가 법규범을 정립한다는 점에서는 동일성을 발견할 수 있다. 반면에 우리나라의 행정입법과 뚜렷한 차이를 보이는 것은 의회에 의한 통제절차와 사법심사라고 할 수 있다.

주지하는 바처럼 우리나라는 행정입법에 대하여 의회가 직접적인 통제를 하는 제도가 마련되어 있지 않다. 미국 역시 1996년 이전까지는 우리나라와 마찬가지로 행정입법을 의회에 제출(단순한 보고의 의미)하는 절차만을 두고 있었다. rule making을 행정의 중요한 집행적 수단으로 인식하고 있는 미국에서 rule은 의회 제정법보다 국민의 생활에 더욱 직접적인 영향을 미친다는 것은 자명한 이치일 것이다. 따라서 의회가 rule에 대하여 직접적인 통제를 해야 한다는 주장이 끊임 없이 제기되었고, 마침내 Clinton대통령이 rule의 의회제출절차제도를 규정한 법안<sup>25)</sup>에 서명함으로써 미국에서도 영국<sup>26)</sup>과 매우 유사한 이른바 의회제출절차가 마련되었다. 그러나 우리나라는 여전히 국회가 일단 법률을 통하여 규범의 정립권한을 행정권에 위임한 이후에는 행정입법에 대하여 어떠한 사후적 통제도 할 수 없는 실정이다. 구체적인 사건을 매개로 하여 헌법재판소 및 법원 등 사법기관에 의해 합헌성 및 합법성의 판단을 받는 것과는 달리, 위임의 주체인 국회가 위임의 범위 준수 여부를 판단할 수 있는 제도적 장치가 조속히 마련되어야 할 것이다.

한편, 우리나라와 미국의 행정입법에 대한 사법심사에 관하여도 비교분석을 해 볼 필요가 있다. 주지하는 바처럼 우리나라와 마찬가지로 미국은 행정입법에 대하여 사법부가 추상적 규범통제를 하지는 않

25) The Contract with America Advancement Act, Pub. L. 104-121, 1996.

26) 영국은 1946년 Statutory Instrument Act를 제정하여 정부가 rule을 제정한 경우에는 반드시 의회의 의결절차를 거치도록 하였다. 의회제출대상이 되는 rule은 의회가 적극적으로 부인적 결의를 하지 않으면 그 효력이 발생하는 부인적 결의대상 rule과 의회에 제출되어 일정한 기간 내에 의회의 승인이 없으면 그 효력을 발생시킬 수 없는 승인적 결의대상 rule로 구분된다.

, 가

는다. 그러나 우리나라처럼 행정입법의 처분성을 문제 삼아서 행정소송의 대상적격 자체를 제한하고 있지는 않다. 우리나라는 법규명령이 “직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우”에는 처분성을 인정하고 있는 바<sup>27)</sup>, 이는 명령이 당사자의 법률관계에 ‘직접적이고 구체적인 영향’을 미치는 경우에만 제한적으로 명령의 대상적격을 인정한다는 것이다. 그러나 미국은 rule을 행정권의 집행적 수단의 일종으로 이해하고 있는 까닭에 rule의 대상적격 인정여부에 대해서는 따로 논의할 필요 없이 당해 rule로 인한 당사자(원고와 피고행정청)간의 다툼이 사건성(case)과 분쟁성(controversy)을 충족하기만 하면 소송를 제기할 수 있다.

우리나라 다수학자들의 견해는 개별적이고 구체적인 행위만을 행정 처분으로 이해하고 있는 까닭에 명령의 처분성을 인정하기 위해서는 당해 명령이 행정객체에 대해 ‘직접적이고 개별적인 관련성’을 가져야 한다. 일반적으로 모든 규범의 효과는 궁극적으로 개별적 관련성을 가지므로 직접적(또는 구체적) 관련성의 유무가 명령의 대상적격 인정여부의 핵심적 판단기준이 된다. 그러나 법률효과가 직접적이냐 아니면 간접적이냐 하는 것은 주관적인 판단에 좌우될 수 있는 문제일 뿐만 아니라 그 판단이 용이하지 않다. 따라서 명령에 대한 행정소송 대상적격 인정여부의 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 행정소송법, 행정절차법 등에서 ‘처분’의 정의 속에 명령을 포함시키든지 아니면 별도로 ‘명령에 대한 항고소송’을 도입할 필요가 있다.<sup>28)</sup>

### Ⅲ. 가 ( 가 . )

#### 1. Licensing

Licensing을 정확히 번역하기는 어렵다. 왜냐하면 Licensing은 행정청이

27) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

28) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 법문사, 2003, 102면.

일반 행정작용으로 행하는 면허(granting), 거부(denying), 정지(suspending), 철회(revoking), 갱신(renewing), 허가(permission) 등을 모두 포괄하는 개념으로 사용되기 때문이다.<sup>29)</sup> 다시 말해서 행정청이 행하는 건축허가, 간판설치허가, 공원에 공연무대의 설치허가, 오염물질의 배출허가, 라디오방송의 송출허가 등이 모두 Licensing에 해당한다. 따라서 미국에서의 Licensing은 수익적 처분뿐만 아니라 후술하는 행정의 실효성 확보수단으로서의 기능을 동시에 수행하고 있다. 이처럼 광의의 개념으로 이해되는 Licensing은 일반적으로 ‘직업적 Licensing(occupational licensing)’과 ‘영업적 Licensing(business licensing)’으로 나뉜다.

직업적 Licensing은 중세 guild system에서 뿌리를 찾을 수 있다. Guild의 구성원들은 다른 사람들이 자신들의 guild membership에 진입하는 것을 엄격히 제한하면서 자신들의 이익을 유지하여 왔으며, 이러한 진입제한의 수단으로 이른바 occupational licensing을 활용하였던 것이다. 그러나 유럽의 guild system이 미국에 계수되지는 않았다. 20세기 초까지 미국에서는 직업선택의 자유를 최대한 보장하고 국민들의 직업활동을 행정권이 통제하는 것을 극도로 자제하여 왔다. 그러다가 20세기 중반에 접어들면서 소비자보호라는 측면에서 occupational licensing에 대한 논의가 전개되기 시작하였다. 다시 말해서 함량 미달의 전문직업인들로 인하여 소비자의 피해가 발생하는 사례가 늘어나자 행정권은 전문직업인의 수준을 담보할 수 있는 제도적 장치를 고려하였고 이때에 논의된 것이 이른바 occupational licensing이었다.<sup>30)</sup> 따라서 occupational licensing은 특정의 직업을 영위하고자 하는 자들에게 일정한 시험, 실무수습, 자격요건에 대한 심사 등을 통하여 행정권이 license를 부여하는 것을 의미한다. 이처럼 소비자 보호라는 명분으로 시작된 occupational licensing은 시간이 흐를수록 직업단체들의 이익

---

29) Ronald A. Cass, *Administrative Law*, 2nd ed., Little Brown & Company, 1994, p.847.

30) Ronald A. Cass, *op. cit.*, p.849.

, 가

을 보호하는 수단으로 악용되기 시작하였고 급기야는 양봉을 하는 사람, 시신 방부처리사, 피뢰침 판매사, 이발사, 저수탱크 세척사, 박제사, 문신을 세기는 사람, 관광가이드 등 200여개가 넘는 직업에 대하여 licensing을 요구하게 이르렀다.<sup>31)</sup> 이에 대해 학자들은 행정권이 개인의 자유를 지나치게 제한하고 있다는 지적을 계속해서 제기하고 있고, 행정권은 허가의 대상 직업을 점차 축소해가려는 노력을 경주하고 있다.<sup>32)</sup>

한편 business licensing은 occupational licensing에 비하여 서비스의 수준, 가격 또는 이익, 소비자에 대한 거래조건 등 보다 광범위한 법령상의 규제를 받는다. 아울러 business licensing을 할 경우에는 당해 영업에 대한 licensing이 시장의 상황에 어떠한 영향을 미칠 것인지에 관하여도 평가를 하여야 한다. 특히 시장영향평가는 잠재적 영향도 고려하여야 한다. 대표적인 business licensing으로는 방송허가, 가스·물·전기·전화·통신의 허가 등이다. 1975년까지 미국에서는 항공, 자동차화물운송, 천연가스 등의 영업에 대한 business licensing이 기하급수적으로 늘어갔다. 그러나 business licensing의 확대는 시장의 경직화를 초래하였고 자유시장경제질서를 매우 중요한 헌법적 이념으로 인식하고 있는 미국의 국민 정서상 business licensing에 대한 부정적 시각이 팽배해져갔다. 이에 1978년 항공사에 대한 탈규제법<sup>33)</sup>을 필두로 business licensing의 축소를 단행하기 시작하였다. 그러나 여전히 건강, 안전, 환경, 자원 등의 보호를 위한 규제 필요성과 기업활동을 보장하기 위한 탈규제정책의 사이에서 미국의 학자들과 행정권은 깊은 고민을 하고 있다.<sup>34)</sup>

---

31) Walter Gelhorn, The Abuse of Occupational Licensing, 44 U. Chi. Law Rev. 6(1976); Ronald A. Cass, op. cit., p.850 재인용.

32) ibid., pp.847-851참조

33) The Airline Deregulation Act of 1978, Pub. L. No. 95-504.

34) Ronald A. Cass, op. cit., pp.974-975.

## 2. 가.

미국의 licensing과 우리나라의 허가 및 특허를 수평적으로 비교하기는 어렵다. 다만 occupational licensing은 우리나라의 면허제도와 매우 유사하다할 것이며, business licensing의 일부는 우리나라의 허가와 유사한 것도 있고 특허적 성질을 가지는 것도 있다. 우리나라나 미국 모두 국민들의 건강과 안전을 위해 특정의 전문적 직업활동을 영위하고자 하는 자에게 일정한 수준의 전문성을 담보하도록 통제하고, 특정의 영업활동에 대해 환경·자원 등의 보호와 시장질서 유지를 위해 행정적 통제를 할 필요성은 존재한다. 그러나 미국의 경우에는 우리나라처럼 허가과 특허를 강학상 구분하고 특히 허가를 명령적 행위로 특허를 형성적 행위로 이해하고 있지는 않다. 물론 이는 공사법을 구별하고 있는 우리나라와 법체계가 다른 탓도 있겠지만 미국은 licensing을 포함한 일체의 행정활동은 의회가 제정법(statutes)을 통하여 행정권에게 위임한 것들을 수행하는 것으로 이해하고 있기 때문에 licensing을 명령적 행위 또는 형성적 행위로 구분할 필요성이 없기 때문이다. 또한 미국은 행정소송의 원고적격(standing)을 우리나라처럼 법률상 이익이 침해당한 자로 한정하지 않고 이른바 ‘법적 이익(legal interest)’이 침해당한 자에게 넓게 인정하고 있으므로 더욱이 licensing의 법적 성질을 구별할 필요성이 없는 것이다.

미국에서는 법적 이익의 침해여부, 즉 원고적격의 인정여부에 관하여 이른바 3요소기준(three part test)이 판례를 통하여 정착되었다. 법적 이익의 인정여부, 즉 원고적격의 인정여부는 다음과 같은 3가지의 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 원고가 ‘사실상의 침해(injury in fact)’를 입었어야 한다. 여기서 ‘in fact’의 의미는 실제적(actual)이고 긴급한(imminent) 침해를 말한다. 따라서 추측적(conjectural)이고 가정적(hypothetical) 침해는 이에 해당하지 않는다. 둘째, 사실상의 침해가 피



, 가

고행정청의 행위와 ‘인과적 관련성(causal connection)’이 있어야 한다. 셋째, 당해 소송을 통하여 원고의 이익이 회복(redress)될 수 있는 가능성이 존재하여야 한다.<sup>35)</sup>

우리나라는 여전히 허가의 성질에 대하여 논의가 계속되고 있는 실정이다. 근래 많은 학자들이 허가를 형성적 행위로 이해하여야 한다는 주장을 제기하고는 있으나 여전히 판례의 태도는 허가를 명령적 행위로 볼뿐만 아니라 허가로 인하여 상대방이 얻고 있는 이익을 ‘법률상 이익’으로 인정하지 않고 있다. 물론 이른바 보호규범론을 통하여 경업자 또는 경원자 관계에 있는 자에게 제한적으로 원고적격을 확대해 가고는 있으나 판례가 취하고 있는 입장은 여전히 허가를 명령적 행위로 이해하고 있는 것으로 보인다.

Licensing 제도의 도입 취지가 소비자의 보호 등에 있었고, licensing의 도입으로 인한 직업단체의 독점적 이익을 경계하여야 한다는 주장이 끊임없이 제기되고 있음에도 불구하고 미국에서는 licensing으로 인하여 사실상의 법적 이익이 침해당하였다면 행정소송의 원고적격을 인정하고 있다. 이에 반하여 우리나라는 허가의 성질을 명령적 행위로 이해하고 아울러 취소소송의 원고적격을 법률상 이익으로 제한하여 처분의 적법여부를 따지기도 전에 원고의 소권부터 제한해 버리고 있는 실정이다. 허가의 성질에 대한 논의와 취소소송의 원고적격에 대한 논의가 편협한 이론에 얽매어서 미궁 속을 헤매기보다는 보다 생산적으로 이루어지기를 희망해 본다.

## IV.

### 1. Enforcement

미국에서 행정의 실효성을 확보하기 위한 강제수단은 행정청에 따

---

35) Michael Asimow, et, al, State and Federal Administrative Law, 2nd ed., West Group, 1998, p.656.

라 매우 다양한 형태를 보이고 있다. 후술하는 비공식적 행정작용의 대부분이 행정의 실효성 확보를 위한 수단들로 활용되고 있다. 이처럼 다양한 수단들을 유형화 하면 다음과 같은 5가지 정도로 분류할 수 있다.<sup>36)</sup>

### (1) (Consent Settlements)

행정처분의 수범자자 다수이거나 수범자가 처분의무를 이행하지 않을 경우 공익을 크게 해할 우려가 있는 경우, 또는 FCC(Federal Communications Commission) 등과 같은 대형 독립행정청이 처분을 행할 때에 주로 사용되는 수단이다. FCC의 예를 들면, FCC가 어떠한 결정(처분)을 행할 때에는 5명의 위원(commissioner) 전원이 합의하여 결정하여야 하는데, 이러한 결정을 하기 전에 위원 중 1인 또는 수인이 어떠한 결정안을 검토·보완·수정하여 가협정안(tentative agreement)을 작성하고, 이러한 가협정안과 이해관계가 있는 모든 자들을 참여시켜서 협의를 한 후 협정안(agreement)을 만들고, 협정안의 내용대로 처분을 행하는 것을 이른바 ‘동의를 의한 결정(Consent Settlements)’이라 한다. 이러한 결정은 공식적 재결절차를 통하여 확정된 재결과 동일한 법적 효력을 가진다.

동의를 의한 결정(Consent Settlements)을 행정강제의 일종으로 이해하는 까닭은 만약 협정에 참여하였던 당사자가 협정에 터잡은 행정청의 처분을 이행하지 아니하거나 위반할 경우 별도의 절차 없이 바로 제재(penalties)를 할 수 있기 때문이다. 다시 말해서 행정청은 의무위반자에 대하여 의견청취절차 등과 같은 절차를 거치지 아니하고 약식(summarily)으로 제재를 취할 수 있다.

---

36) 이하의 내용은 Lief H. Carter, Administrative Law and Politics, 3rd ed., Longman, 2000, pp.307-309의 내용을 요약 정리한 것임.

, 가

## (2) (Advisory Opinions)

행정청의 처분으로 인하여 어떠한 행정법상의 의무를 부담해야하는 자는 당해 의무를 이행하기에 앞서 자신의 행위가 처분의 목적에 부합하고 법령을 위반한 것은 아닌지에 대하여 행정청에게 질의할 수 있고, 이러한 질의를 받은 행정청은 당사자에 대하여 권고의견(Advisory Opinions)을 제시할 수 있다. 행정청은 자신의 권고의견에 스스로 구속된다. 이 역시 행정강제수단으로 이해하는 까닭은 상대방이 행정청의 권고의견 대로 의무를 이행할 경우 행정청은 어떠한 제재도 할 수 없도록 하여 상대방의 자발적 의무이행을 유도하기 때문이다.

## (3) Industry Guides( )

산업 지도는 APA에 의해 절차적 통제를 받는 notice나 comment와는 달리 절차적 구속을 받지 아니한다. 따라서 상대방이 반드시 행정청의 산업 지도를 준수해야할 필요는 없다. 그러나 상대방이 행정청의 산업 지도를 준수한 경우에 행정청은 상대방이 법적 의무를 이행한 것으로 보기 때문에 상대방에게 불이익 처분을 하거나 제재를 취하지 않지만, 반대로 산업 지도를 준수하지 않으면 까다로운 법적 통제를 받는다. 따라서 산업 지도는 사실상 행정법상의 의무를 강제하는 수단으로 활용되고 있다.

## (4) Cease and Desist Orders( • )

중지명령 또는 정지명령은 행정청이 행정법상의 의무위반자에게 장래에 향하여 특정의 행위를 중지 또는 정지할 것을 명하는 것을 말한다. APA 제551조(6)는 order(명령)<sup>37)</sup>이란 ‘행정청이 행하는 rule making을 제외한 일체의 적극적, 소극적, 수익적, 침익적, 선언적인 종국결정

(final disposition)을 말한다.’라고 규정하고 있으므로, 정지·중지 명령 역시 넓은 의미에 있어서는 order(처분)의 일종으로 소극적 처분에 해당하지만 상대방에게 장래를 향해 특정의 행위를 중지 또는 정지하게 하는 것은 궁극적으로 상대방으로 하여금 행정법상의 의무를 준수토록 강제하는 수단으로 활용된다 할 것이다.

(5) (Affirmative Disclosure and Corrective Orders)

특정의 영업을 영위하는 자가 광고 등을 통하여 소비자에게 잘 못된 정보를 제공하는 경우 또는 소비자에게 해로운 영업활동을 하는 경우에는 행정청이 이들의 잘못을 공표하거나 올바른 정보를 제공할 수 있는 바, 이를 Affirmative Disclosure이라고 한다.

한편, 소비자에게 올바른 광고 또는 정보를 제공하도록 또는 잘못된 영업활동을 시정하도록 영업자에게 명하는 것을 Corrective Orders라고 한다.

2.

우리나라에서는 일반적으로 행정의 실효성 확보수단을 행정상 강제와 행정상 제재로 구분하고 있고, 행정상 제재를 매우 중요한 행정의 실효성 확보 수단으로 인식하고 있다. 물론 미국의 경우에도 행정법상 의무위반자에 대하여 형벌을 부과하는 등의 행정상 제재를 하지 않는 것은 아니다. 그러나 우리나라처럼 이러한 행정상 제재를 행정의 실효성 확보수단으로 인식하지는 않을 뿐 아니라 위에서 살펴 본 바와 같이 행정강제작용도 강압적 수단 보다는 상대방이 행정법상의

---

37) 우리나라의 개념으로는 ‘처분’에 해당함.

의무를 스스로 이행하도록 유도하는 수단을 더욱 중요한 행정강제작용으로 이해하고 있다.

다시 말해서 미국의 경우 행정형벌을 포함한 제재의 문제는 행정작용의 영역이 아닌 일반 형사법체계로 인식하고 있음에 반하여 우리나라는 행정상 제재를 행정의 실효성 확보를 위한 매우 유용한 수단으로 인식하여 행정형벌권을 지나치게 남용하고 있다. 예를 들어 현행 건설산업기본법은 법령에 위반하여 건설공사를 시공함으로써 착공 후 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 자를 10년 이하의 징역에 처할 수 있도록 하고, 이로 인하여 사람을 사상케 한 자에게는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>38)</sup>

죄형법정주의 이념에 충실하기 위해서는 개별법령에 의하여 처벌되는 행정형벌을 가능한 없애고 일반형법에 포섭하는 것이 바람직하다. 개별법령에 의한 제재는 형벌보다는 과태료 등과 같은 행정질서벌로서 제재하는 것이 타당할 것으로 보인다. 행정법상의 의무위반자에게 의무의 이행을 강제하거나 제재를 통한 심리적 강제를 하는 것이 당장에는 행정의 실효성을 확보할 수 있을지 모르지만 행정형벌권을 지나치게 행사할 경우에는 도덕적 해이를 초래하여 오히려 행정의 실효성이 확보되지 못할 우려가 있다. 오히려 미국처럼 상대방이 행정상의 의무를 스스로 이행할 수 있도록 유도할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 장기적으로는 보다 커다란 효과를 거둘 수 있을 것으로 생각된다.

38) 건설산업기본법 제93조 (벌칙) ①건설업자 또는 제40조 제1항의 규정에 의하여 건설현장에 배치된 건설기술자로서 건설공사의 안전에 관한 법령에 위반하여 건설공사를 시공함으로써 착공후 제28조의 규정에 의한 하자담보책임기간내에 교량·터널·철도 기타 대통령령이 정하는 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ②제1항의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

## V. ( )

### 1. Informal Agency Activity

미국의 APA는 행정청의 결정(처분)을 통제하고 기준을 마련하기 위해 제정되었음에도 불구하고 행정청의 결정(처분)과 관련하여서는 단지 2가지의 사항만을 규정하고 있다. 첫째, 행정청이 준입법적 행위 또는 rule making을 하는 경우 이른바 사전통지와 의견제출(notice and comment) 절차를 준수하여야 한다는 제553조의 규정과, 둘째, 행정법관(Administrative Law Judge)이 준사법적 결정을 할 경우에는 청문 등의 절차를 거쳐야 한다는 제554, 556, 557조의 규정이다. 미국 행정법 학자들은 이러한 2가지 경우에 해당하는 작용을 이른바 공식적 행정작용(formal agency activity)으로, 이들 규정이 적용되지 아니하는 작용을 비공식적 행정작용(informal agency activity)으로 분류하고 있다.<sup>39)</sup> Gellhorn과 Levin 교수는 비공식적 행정작용을 9가지 영역으로 분류하였다.<sup>40)</sup>

#### (1) (settlement), (negotiation), ADR(Alternative Disputes Resolution)

행정청이 상대방과 분쟁 가능성이 존재하는 결정을 하기에 앞서 행정청이 법 외적 재량으로 이들과 합의를 도출하여 특정의 결정(처분)을 하는 것을 말한다.

Settlement는 행정청이 처분에 앞서 처분안을 제시하고 상대방 및 이해관계인들이 이를 수용하는 경우 처분을 행하는 것을 말한다. 예컨

39) Steven J. Cann, Administrative Law 2nd ed., SAGE Publications, 1998, p.193.

40) 이하의 내용은 Ernest Gellhorn/Ronald M. Levin, Administrative Law and Process, West Group, 1997, pp159-190을 요약 정리한 것임.

, 가

대 EPA가 오염배출자에게 오염제거비용을 부과하기에 앞서 오염제거에 필요한 총 비용 중에서 일부분을 Superfund<sup>41)</sup>에서 부담하고 오염배출자과에게는 어느 정도의 비용을 부과하려고 한다는 내용을 제시하고 오염배출자들이 이를 수용할 경우 결정을 내리는 것을 말한다.

Negotiation이란 면허 등의 신청인이 면허 등의 신청에 앞서 자신이 면허 등에 필요한 법정 요건을 갖추었음을 제시하도록 하고 행정청이 검토하여 문제가 있는 부분에 대해서는 시정을 권고하고 문제가 없으면 이를 수용하는 것을 말한다.

행정분쟁해결법<sup>42)</sup>의 제정으로 ADR의 기법이 행정작용의 수단으로 본격적으로 활용되기 시작하였다. ADR은 중립적 지위에 있는 조정자(mediator) 또는 중재인(arbitrator)에 의하여 행정청과 상대방의 협의를 도출해 내는 것을 말한다.

(2) (applications) (claims)

이는 주로 사회보험급여의 지급, 조세부과, 이민허가 등을 함에 있어서 당사자로 하여금 보험급여액이나 세액 등을 미리 신청 또는 요청하게 하고 행정청이 이를 검토하여 수용 가능할 경우 당사자가 신청 또는 요청한 대로 보험급여 등을 지급하는 것을 말한다.

(3) (test) (inspection)

예컨대 운전면허처분을 하기 전에 필기시험·주행시험·신체검사 등을 행하거나, 항공기운송허가를 하기 전에 항공기의 결함 유무를 조사하는 등 행정청이 처분을 행하기 전에 검사 또는 조사하는 일체의 작용을 말한다.

---

41) Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980, 42 U.S.C.A. §9601에 의하여 조성된 기금을 말한다.

42) Administrative Dispute Resolution Act of 1990, 5 U.S.C.A. §571.

(4) (suspension), (seizure), (recall)

이는 주로 소비자보호를 위하여 이루어지는 작용으로서 성분표시 등이 잘 못 기재된 공산품, 연령제한 표시가 잘 못된 영상물, 상표부착이 잘 못된 식품 등에 대하여 판매 및 유통 등을 일시 정지시키거나 영치 또는 리콜 등의 조치를 하는 것을 말한다. 물론 이러한 조치들이 항상 APA가 정하고 있는 청문 등의 절차를 거치지 않고 약식으로 행하여지는 것은 아니다. 공중의 건강·안전·복지 등을 위하여 이러한 조치가 불가피해야 하고, 이들 공산품이 가장 최소한의 기준을 위반하였으며, 정식의 절차를 거쳐서는 목적을 달성할 수 없을 때에 한하여 제한적으로 약식절차가 인정된다. 따라서 정지, 영치, 리콜 등이 언제나 비공식적 행정작용이 되는 것은 아니고 이처럼 약식절차에 의해서 이루어지는 경우만이 비공식적 행정작용의 범주에 포함된다 할 것이다.

(5) (supervision)

은행 등과 같은 피규제 대상 영업을 영위하는 자에 대하여 수시로 또는 정기적으로 행하는 감시(surveillance)활동 등을 말한다. 이러한 감시활동 중 은행의 예금자들을 보호해야할 급박한 필요가 있는 때에는 약식절차에 의한 거래의 정지 등을 명할 수 있다. 물론 약식으로 거래의 정지 등을 명하는 것이 항상 인정되는 것은 아니고 위에서 공산품의 유통정지 등을 명하는 경우처럼 급박성·필요성 등의 요건이 충족된 경우에 한하여 비공식적 작용이 허용된다.

(6) (publicity)

원래 행정청이 자신들의 결정내용이나 결정과정 등을 공표하거나



가

언론에 인터뷰를 하는 것은 APA의 적용을 받지 않는 비공식적 행정 작용이다. 그런데 행정청이 무언가를 의도적으로 흘림(leak)으로써 행정의 실효성을 확보하는 경우가 있다. 예컨대 위험한 공산품이나 부실한 영업자에 대한 정보를 공표함으로써 소비자를 직접 보호할 수도 있고, 행정청이 공산품의 결함을 의도적으로 흘림으로써 공산품의 생산자가 자발적으로 리콜을 하도록 유도할 수도 있다. 비공식적 행정 작용으로서의 publicity는 앞에서 살펴 본 사실의 공표(Affirmative Disclosure) 등과 같이 정식의 절차를 거쳐야 하는 경우를 제외한 것임은 당연하다.

#### (7) (Advice)

행정청의 정책, 절차, 법규해석 등이 불명확할 경우 민원인의 질의에 대하여 행정청은 의견을 제시할 수 있다. 이러한 의견제시 또는 권고는 전화상담, 대면상담, 또는 서신을 통한 상담 등과 같이 매우 다양한 형태로 행하여질 수 있다. 그런데 중요한 사안의 경우 당사자는 보다 공식적인 형식을 요구할 수 있다. 이때에 행하여지는 것이 이른바 선언명령(declaratory order)이다. APA 제554(e)는 ‘행정청은 용어 또는 개념 등의 불명확성을 제거하고 분쟁을 방지하기 위하여 선언명령(declaratory order)을 발할 수 있다.’라고 규정하고 있다. 이러한 선언명령은 청문 등과 같은 정식의 절차를 요하지 않는다. 그러나 이러한 선언명령을 적용하여 상대방에게 어떠한 구체적인 명령(처분)을 행할 때에는 다른 명령들과 마찬가지로 청문 등과 같은 정식의 절차를 거쳐야 한다.

#### (8) (procurement contract) (benefit grant)

물품이나 용역의 조달을 위한 계약체결, 학교·병원·도서관 등에

대한 보조금의 지급, 사회보험수익자들에 대한 급부 등의 행위는 비공식적 행정작용에 해당한다. APA 제553(a)(2)는 ‘정부가 대부·급부·계약 등에 관한 rule making을 할 때에는 notice and comment 절차를 거쳐야 하는 공식적 rule making의 대상에서 제외한다.’라고 규정하고 있다. 물론 연방의 일부 행정청 또는 일부 주정부의 경우에는 APA의 이러한 규정에도 불구하고 이들 행정작용에 대한 절차적 통제를 강화하여 공식적 행정작용으로 편입하려는 노력을 경주하고 있다. 특히 조달계약의 경우에는 ‘완전공개경쟁(full and open competition)’원칙을 입법화하여 절차적 통제를 하고 있다.<sup>43)</sup>

## (9) (management)

관리작용이란 정부가 국유부동산 등에 대한 소유자의 입장에서 국립공원에 레저시설을 설치하거나 국유림에 하이킹 트레일을 설치하여 일반인들에게 유상의 서비스를 제공하는 등의 활동을 말한다.

## 2.

종래 우리나라에서는 법적 형식을 벗어난 비공식적 행정작용에 관하여 그다지 관심을 가지지 않았으나 근래에 이른바 국민들의 참여 또는 협력에 의한 행정이 강조되는 시대적 분위기에 편승하여 이에 관한 논의가 활발해져 가고 있다. 그러나 여전히 비공식적 행정작용에 대한 정의와 형식 등에 대하여 명확한 결론을 도출하지는 못하고 있는 실정이다.

비공식적 행정작용이란 일단은 법적 형식을 제외한 일체의 행정작용을 말하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 법적 형식이란 법질

---

43) Competition in Contracting Act of 1984, 31 U.S.C.A. §§ 3551-56.

서에 의해 특히 행정절차법에 의해 절차방식·기능·권리보호의 관점에서 법적으로 준비되어 있는 행위형식을 말한다.<sup>44)</sup> 따라서 법적 형식을 제외한 비공식적 행정작용의 예로는 인·허가권을 가진 행정기관과 신청자간에 사전에 행하여지는 인·허가의 전망·요건 등에 관해 논의, 행정청의 처분에 앞서 신청인에게 처분안 또는 부관안의 사전제시, 허가 등의 신청에 대하여 그 결정을 유보하고 신청인을 적극적으로 지도하여 허가장애 사유를 사전에 해소하도록 하는 노력 등을 들 수 있을 것이다.

결국 비공식행정작용은 현대복지국가에서의 행정수요의 증대와 법률의 홍수현상에 따른 행정의 정체현상에 대처하기 위해 등장한 것으로서, 법령의 해석·적용상의 법적 불확실성을 제거하고, 당사자간의 사전논의나 상호협력력을 통해 법적 분쟁·대립을 회피하고 시간·비용을 절감케 함으로써 행정의 능률화를 기하며, 가변적 행정현실에 대응하여 행정의 강행성을 제고할 수 있는 것으로 평가된다.<sup>45)46)</sup>

이처럼 비공식행정작용은 현대 행정의 패러다임에서 그 존재의의가 분명함에도 불구하고, 그것이 법이 예정하지 아니한 행위형식이기 때문에 법치행정의 이념적 기초가 되는 자의성 배제, 법적 안정성과 예측가능성의 기능을 약화시킬 우려가 있다 또한 일반적으로 비공식행정작용은 업무담당자와 상대방 사이에, 즉 이해관계 당사자 사이에

44) 김삼룡, 독일에서의 비공식적 행정작용, 공법연구 제31집 제3권, 2003, 501면.; 송동수, 환경행정법상 새로운 행정작용형태, 환경법연구 제22집, 2000, 541면.; 김연태, 환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상, 공법연구 제23집 제3호, 1995, 235면.

45) 이광윤/김민호, 최신행정법론, 법문사, 2003, 327면.

46) 김삼룡 교수는 독일에서는 비공식적 행정작용의 존재의의를 법률의 사회조종력의 약화 내지는 결함에서 찾을 수 있으며, 1980년 독일의 보네(Bohne)는 법률적·정치적 프로그램의 관철을 위하여 행정행위, 행정계약 등과 같은 전통적 법적 형태를 사용할 뿐만 아니라 비공식적 전략들이 보충적·대안적으로 사용되어야 한다고 설명함으로써 이른바 비공식적 법치국가라는 개념을 소개하였다고 한다.; 김삼룡, 앞의 논문, 501면.

행해지는 까닭에 그 과정이 외부에 노출되지 않으며, 이러한 폐쇄성은 이해관계 있는 제3자에게 불리하게 작용될 가능성이 있다. 아울러 비공식행정작용은 여전히 법 외적인 작용인 까닭에 이러한 작용에 의하여 권익을 침해받은 상대방 또는 제3자가 취할 수 있는 적절한 행정구제수단이 존재하지 않는다는 한계를 가지고 있다.

그런데 이러한 한계들 중에서 가장 심각한 문제는 이른바 법치주의의 후퇴에 대한 우려일 것이다. 미국의 경우에도 전체 행정작용 중 비공식적 행정작용이 차지하는 비중이 90%에 달한다는 분석이 있으며,<sup>47)</sup> 이처럼 비공식적 행정작용의 비중이 커질 경우 APA의 입법취지가 몰각되는 것은 아닌가? 라는 우려의 목소리가 높다. 물론 협의 또는 협상 등의 비공식적 작용을 수용하더라도 법령의 범위를 넘어서거나 재량의 남용을 초래하는 경우까지를 인정하는 것은 아니므로 법치주의를 정면으로 배치한다고 단정할 수는 없다. 그러나 협의나 협상의 수단이 실효성을 거두기 위해서는 협의나 협상이 당사자 서로에게 이익이 되어야할 것이 바, 당사자에게 이익이 되는 것을 탓할 이유는 없으나 협의나 협상에 참여하지 못한 제3자의 이익이 훼손당하거나 오히려 공익을 해하는 경우에는 문제는 달라진다고 할 것이다. 이미 우리는 국민정서법이나 떼법이니 하는 신조어가 등장할 정도로 법률에 의한 행정정보는 힘으로 밀어붙이고 감정에 호소하여 적당한 수준에서 협상을 함으로써 문제를 법적이 아닌 정치적으로 해결하려는 분위기가 사회 곳곳에서 노출되고 있는 실정이다. 비공식적 행정작용의 유용성과 부작용을 면밀히 검토하여 비공식적 행정작용의 유용성은 살리면서 법치주의의 이념은 희석되지 않을 방안을 찾는 데 우리 모두 노력해야 할 것이다.

---

47) Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 1, 1978 p.14; Steven J. Cann, *op. cit.*, p.199 재인용.

## VI.

지금까지 미국의 행정법학자들의 행정작용 분류 중 우리나라의 법제와 비교분석이 가능한 영역인 규범정립작용, 허가작용, 행정강제작용, 비공식적 행정활동 등에 관하여 미국에서의 논의와 우리나라의 행정작용을 대비하여 분석하고 그 시사점을 도출하였다.

(1) 미국은 행정입법에 대하여 사법부가 추상적 규범통제를 하지는 않지만 우리나라처럼 행정입법의 처분성을 문제 삼아서 행정소송의 대상적격을 제한하고 있지는 않다. 우리나라 다수학자들의 견해는 개별적이고 구체적인 행위만을 행정처분으로 이해하고 있는 까닭에 명령의 처분성을 인정하기 위해서는 당해 명령이 행정객체에 대해 '직접적이고 개별적인 관련성'을 가져야 한다. 그러나 법률효과가 직접적이냐 아니면 간접적이냐 하는 것은 주관적인 판단에 좌우될 수 있는 문제일 뿐만 아니라 그 판단이 용이하지 않다. 따라서 명령에 대한 행정소송 대상적격 인정여부의 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 행정소송법, 행정절차법 등에서 '처분'의 정의 속에 명령을 포함시키든지 아니면 별도로 '명령에 대한 항고소송'을 도입할 필요가 있다.

(2) 미국에서는 Licensing 제도의 도입 취지가 소비자의 보호 등에 있었고, licensing의 도입으로 인한 직업단체의 독점적 이익을 경계하여야 한다는 주장이 끊임없이 제기되고 있음에도 불구하고 licensing으로 인하여 사실상의 법적 이익이 침해당하였다면 행정소송의 원고적격을 인정하고 있다. 이에 반하여 우리나라는 허가의 성질을 명령적 행위로 이해하고 아울러 취소소송의 원고적격을 법률상 이익으로 제한하여 처분의 적법 여부를 따지기도 전에 원고의 소권부터 제한해 버리고 있는 실정이다. 허가의 성질에 대한 논의와 취소소송의 원고적격에 대한 논의가 편협한 이론에 얽매어서 미궁 속을 헤매기보다는 보다 생산적으로 이루어져야 할 것이다.

(3) 미국은 행정강제작용을 강압적 수단 보다는 상대방이 행정법상의 의무를 스스로 이행하도록 유도하는 수단으로 이해하고 있다. 다시 말해서 미국의 경우 행정형벌을 포함한 제재의 문제는 행정작용의 영역이 아닌 일반 형사법체계로 인식하고 있음에 반하여 우리나라는 행정상 제재를 행정의 실효성 확보를 위한 매우 유용한 수단으로 인식하여 행정형벌권을 지나치게 남용하고 있다. 죄형법정주의 이념에 충실하기 위해서는 개별법령에 의하여 처벌되는 행정형벌을 가능한 없애고 일반형법에 포섭하는 것이 바람직하다. 개별법령에 의한 제재는 형벌보다는 과태료 등과 같은 행정질서벌로서 제재하는 것이 타당할 것으로 보인다.

(4) 미국은 전체 행정작용 중 비공식적 행정작용이 차지하는 비중이 90%에 달하며, 비공식적 행정작용의 비중이 커질 경우 연방행정절차법의 입법취지가 몰각될 것이라는 우려를 하고 있다. 물론 협의 또는 협상 등의 비공식적 작용을 수용하더라도 법령의 범위를 넘어서거나 재량의 남용을 초래하는 경우까지를 인정하는 것은 아니므로 법치주의를 정면으로 배치한다고 단정할 수는 없다. 그러나 협의나 협상의 수단이 실효성을 거두기 위해서는 협의나 협상이 당사자 서로에게 이익이 되어야할 것이 바, 당사자에게 이익이 되는 것을 타할 이유는 없으나 협의나 협상에 참여하지 못한 제3자의 이익이 훼손당하거나 오히려 공익을 해할 우려에 대해서는 충분한 검토가 있어야 한다. 비공식적 행정작용의 유용성과 부작용을 면밀히 검토하여 비공식적 행정작용의 유용성은 살리면서 법치주의의 이념은 희석되지 않을 방안을 찾는 데 우리 모두 노력해야할 것이다.

, 가

Ernest Gellhorn/Ronald M. Levin, Administrative Law and Process,  
West Group, 1997

Jerry L. Mashaw, et, al, Administrative Law-The American Public Law  
System, West Group, 1998

Kenneth Culp Davis, Administrative Law Treatise, 2nd ed., vol. 1,  
1978

Lief H. Carter, Administrative Law and Politics, 3rd ed., Longman,  
2000

Michael Asimow, et, al, State and Federal Administrative Law, 2nd ed.,  
West Group, 1998

Richard J. Pierce, JR., Administrative Law Treatise 4th ed., Aspen Law  
& Business, 2002

Ronald A. Cass, Administrative Law, 2nd ed., Little Brown &  
Company, 1994

Steven J. Cann, Administrative Law 2nd ed., SAGE Publications, 1998

Walter Gelhorn, The Abuse of Occupational Licensing, 44 U. Chi. Law  
Rev. 6, 1976

William Burnham, Introduction To The Law And Legal System Of The  
United States, 3rd ed., West Group, 2005,

William F. Funk et, al, Administrative Procedure and Practice, West  
Group, 2001

김남진, 행정법 I, 법문사, 2000

김민호, 의회의 행정입법통제에 관한 연구, 헌법학연구 제4집 제3호, 1998

김삼룡, 독일에서의 비공식적 행정작용, 공법연구 제31집 제3권, 2003

김연태, 환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상, 공법  
연구 제23집 제3호, 1995

김종희, 미연방대법원에 의한 행정입법의 합리적 근거심사에 관한  
연구, 경상대논문집, 33(1), 1994

송동수, 환경행정법상 새로운 행정작용형태, 환경법연구 제22집, 2000

이광윤/김민호, 최신행정법론, 법문사, 2003



길 준규 교수  
(아주대학교 법과대학)

I. 여는 말 .....	449
II. 정보화와 관련 법제 .....	450
1. 정보화의 개념 .....	450
2. 정보화 현황 .....	455
3. 정보화 법제 .....	459
III. 새 정부의 법제변화 .....	463
1. 정보통신부의 해체와 법령이관 .....	463
2. 산하기관 등의 소속변경 .....	466
3. 정보통신부 해체와 이관에 대한 평가 .....	467
4. 정보통신부 해체 및 이관에 따른 사후문제 .....	469
IV. 정보화법제의 발전방향 .....	470
1. 정보통신환경의 변화 - 미디어융합 .....	470
2. 정보법제의 발전방향 .....	472
3. 통신법제의 발전방향 .....	474
4. 정보통신산업법제의 발전방향 .....	475
V. 맺는 말 .....	475
참고문헌 .....	478

## I .

우리 사회는 20세기말부터 빠른 속도로 정보화되면서, 국가에 의한 IT기반시설과 기술개발 및 연구에 대한 막대한 지원을 한 끝에 ‘IT강국’으로 발돋움하였고, 특히 정보기술분야에서는 세계적인 국가경쟁력을 확보하였다. 이는 지표상으로도 전 가구의 90퍼센트가 초고속인터넷을 사용하며, 1인 휴대폰시대에 이어 디지털 기회지수 세계 1위를 3년째 유지하고 있다.<sup>1)</sup>

이러한 IT강국은 1994년에 설치된 정보통신부가 발전의 견인차를 담당하였다. 종래에 우정사업을 주로 취급하던 체신부에 재정경제부와 과학기술부 등의 인원을 합쳐서 만든 ‘정보통신부(MIC)는 십여 년에 걸쳐서 막대한 정보통신기금(구정보화촉진기금)이라는 특혜 등의 이리 저리한 논란에도 불구하고 ‘i-Korea’, ‘Broadband IT Korea Vision 2007’(2003), ‘IT-839’, ‘u-Korea’(2006) 등의 굵직굵직한 슬로건하에 전 산망갈기부터 시작하여 오늘날의 유비쿼터스시대까지 대한민국하면 종래의 현대자동차를 생각하던 시절에서 삼성의 애니콜을 비롯한 IT강국으로 발전시켜 왔다. 더욱이 세계적으로 정보사회가 ‘빛 좋은 개살구’라는 형식으로 ‘닷컴기업의 몰락’을 비롯한 IT산업의 침체에도 불구하고 세계적인 드문 IT호황을 가져왔다.

이러한 추진체계의 덕분으로 수치상으로도 보면, 2006년에 비IT산업은 381억 달러의 무역수지 적자를 기록했음에도 IT산업은 543억 달러의 무역수지 흑자를 기록할 정도로 우리 수출산업의 최대 효자로서 기능하였다.<sup>2)</sup>

이러한 성과에도 불구하고 새로운 정부가 들어서면서, 소위 ‘좌파청산’과 맞물리어 대통령직인수위원회에서 보고되면서 촉발된 정보통신

1) 한국정보사회진흥원, 『국가정보화백서2007』, 2008, 15쪽.

2) 한국정보사회진흥원, 『렛책』, 17쪽.

, 가

부의 폐지에 따라 종래의 수많은 정보통신법제와 정책이 갈길을 못 찾는 일대혼란을 맞고 있다. 따라서 그동안 정보통신부가 추진해온 십여년의 정보화에 대한 점검과 검토 그리고 평가, 나아가 정보통신부 해체이후의 정보화 관련법제의 향방 등을 검토하고자 한다.

## II.

### 1.

‘정보화’는 무엇인가 그리고 우리 사회에 어떠한 영향을 미쳤고, 법 제면에서는 어떠한 변화를 가져왔는가 하는 문제가 이 글의 첫머리일 수 있다.<sup>3)</sup>

#### 1)

우리 사회에서는 ‘정보화’ 내지 ‘정보화 사회’라는 용어가 일상적으로 사용되고 있다. 그러나 이러한 정보화 내지 정보화사회가 의미하는 바가 무엇인지는 명확하지 않다. 종전에는 ‘정보화사회’와 ‘정보사회’를 혼동하여 사용하였으나, 이제는 양자를 혼동하지는 않은 것으로 보인다.<sup>4)</sup> 따라서 ‘정보사회’(Informationsgesellschaft, information society)와의 관련성은 우선 배제하기로 한다.

우선 ‘정보화사회’라는 말의 핵심을 이루는 대상개념으로서의 ‘정보

---

3) 최근의 『정보화촉진기본법』에서는 이미 우리 사회에서는 ‘정보화’가 달성되었다고 봄으로써 시효가 지난 법률이라는 평가가 있었다. 그리고 이러한 정보화법에 대한 대안으로서 정보화법이 주로 사업자법이었다면, 앞으로는 소비자법으로 가야 한다는 주장도 있었다. 아울러 정보화법은 수명을 다하였으므로 IT전반에 대한 기본법으로서의 IT기본법 내지 정보통신산업기본법에 대한 논의가 있었다.

4) 이러한 문제의식에 따라서 필자는 이미 오래전부터 ‘정보화사회’가 아닌 ‘정보사회’라는 용어로 구별하여 사용하고 있다. 필자의 이러한 지적에 따라 최근에는 대부분 정보사회를 정보통신분야의 배경개념으로 사용하는 것으로 보인다. 길준규, “정보보호법의 체계와 그 구체”, 『개인정보연구』 제1권제1호(창간호), 2002.12, 60쪽; 길준규, 『정보사회에서의 개인정보보호』, 2004.2, 호남대출판부, 3쪽.

화'가 무엇인가를 우선 파악할 필요가 있다. 이러한 정보화의 개념에 대하여는 법적 정의가 존재한다. 즉 1995년 8월에 제정되었던 「정보화촉진기본법」<sup>5)</sup>상의 정보화에 대한 법적 정의에서 그 유래를 찾을 수 있다. 그 외에 '정보화'와 관련된 법령에는 존재하지 않는다.

한편 우리 판례에서도 '정보화사회'로 검색되는 것이 34건 정도인데, 이중에서 정보화사회가 사용된 용례를 보면, 정부의 '정보화사업'을 그대로 서술하였거나<sup>6)</sup>, '정보사회'를 의미하는 표현으로서 "산업사회에서 정보화사회로 이행된다"고 쓰거나 "정보화시대"라고 막연하게 쓰는 수준이다.<sup>7)</sup> 따라서 「정축법」을 제외한다면, 다른 법령이나 판례에서는 전혀 정보화의 개념에 대한 어떠한 단초도 찾을 수 없다.

## 2)

따라서 앞서 언급한 것처럼, 「정축법」<sup>8)</sup>상에서 '정보화'에 대한 법적 정의가 정보화의 개념에 대한 단초를 제공한다고 일단 생각할 수 있다. 즉 동법상에서는 "정보화라 함은 정보를 생산·유통 또는 활용하여 사회 각 분야의 활동을 가능하게 하거나 효율화를 도모하는 것을 말한다"고 규정하고 있다.<sup>9)</sup> 일부 문헌에서도 이러한 법적 정의를 반복하고 있거나<sup>10)</sup> 앞서 언급한 것처럼 정보사회의 기능을 반복하는 수준이어서 더 이상 논의의 진전이 어렵다.

---

5) 이하에서는 정보통신분야에서 일반적으로 사용되는 '정축법'이라고 약칭하기로 한다.

6) 대판 2007.12.14, 2006도2074

7) 대판 2003.7.8, 2001도1335; 헌재 2007.6.28, 2007헌가3; 2007.3.29, 2005헌바33; 2005.12.22, 2004헌마947; 2005.12.22, 2002헌마152; 2004.12.16, 2004헌마376; 2004.9.23, 2004헌가12 등. '지식정보화사회'라고 표현한 판례는 2006.5.25, 2004헌마744, '정보화'라고 표현한 판례 2005.12.22, 2003헌가5,6병합; 2005.5.26, 99헌마513, 2004헌마190병합 등. 한편 정보사회라는 표현도 사용하고 있다 헌재 1996.12.26, 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49병합; 2005.5.26, 99헌마513, 2004헌마190병합

8) 이하에서는 「정축법」으로 약칭한다.

9) 「정보화촉진기본법」 제2조 제2호.

10) 손상영외, 『국가사회 정보화법체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2001.12. 8쪽.

가

3)

한편 ‘정보사회’에 대한 정의를 살펴보면, 1962년에 마흐루프가 미국사회를 지칭하여 ‘인구의 1/3이상이 정보관련산업에 종사하거나 정보관련산업의 생산이 국민총생산의 1/3이상인 사회’라고 보았다. 물론 이러한 양적인 기준에도 불구하고 우리 사회는 종래의 산업사회(Industriegesellschaft)에서 정보(처리)와 통신망을 통하여 빠른 속도로 정보사회로 진입하고 있음을 피부로 느끼고 있다.

4)

따라서 위의 「정축법」상의 정보화에 대한 개념정의를 벗어난다면, 좀더 자유롭게 정의를 시도해 볼 수 있다. 일반적으로 생각할 수 있는 것은 정보화는 ‘정보사회에 진입하기 위한 노력’이라고 관념지을 수 있다. 그렇다면 정보사회에 진입하기 위한 노력은 어떻게 이루어질까. 정보사회에서는 정보고속도로인 광대역망의 가설이 중요하다. 그렇다면, 정보화는 단순한 ‘망갈기’(networking)만으로 한정지을 수 있을까 아니면, 정보처리를 위한 컴퓨터 등의 정보처리를 위한 기반시설설치로만 한정할 수 있을까.

이러한 논의에 대하여는 「정축법」상 정보화개념정의를 전제가 되는 ‘정보’의 개념을 살펴 볼 필요가 있다. 「정축법」정보개념은 다시 동법상에서 “정보라 함은 자연인 또는 법인이 특정목적을 위하여 광 또는 전자적 방식으로 처리하여 부호·문자·음성·음향 및 영상 등으로 표현한 모든 종류의 자료 또는 지식을 말한다”고 역시 법적 정의하고 있다.

그렇다면, 이러한 정보개념이 정보화관념의 단초가 될 수 있을 것이다. 즉 동법상의 정보는 자세한 수식어에도 불구하고 그 본질은 ‘정보

처리된 정보' 즉 전자정보 내지 '처리정보'(data, Daten)를 의미하는 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 동법상에서는 문서 내지 수기정보(Dokument)를 포함한 광의의 정보라고 할 수 있는 '정보'개념(Information)은 배제하고, 단지 '협의의 정보'개념이라고 볼 수 있는 처리정보만을 대상으로 하고 있음을 알 수 있다.

이러한 처리정보의 개념을 기반으로 하여 정보화의 개념을 도출하여 본다면, 정보화를 '처리정보를 생산, 유통, 활용하여 사회 각 분야의 활동을 가능하게 하거나 효율화를 도모하는 것'이라고 해석하는 경우에는, 정보화는 단지 '정보의 유용한 활용' 정도로 생각할 수 있다.

그러나 정보화가 단지 정보처리를 통한 활용으로만 정의할 수 있을 것인가에는 의문이다. 이는 일반적으로 정보의 활용이라고 이야기 할 수 있는 정보통신분야에서 생각할 수 있는 '망'(Network)과의 관련성이 부족하다고 볼 수 있다. 따라서 정보화의 개념에는 처리정보에 대한 '망화' 내지 '망연결'(Networking)을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

이러한 입장으로 정보화를 이해한다면, 정보화는 '기존의 문서(수기정보)를 정보처리하고, 망에 연결시키는 과정'이라고 생각할 수 있다.<sup>11)</sup> 즉 정보처리(Datenverarbeitung)와 망연결(Networking)의 개념을 포괄하여야 하는 것이다. 이러한 관념과 비슷하게 정보화를 이해하는 견해는 "정보화를 전산화(Computerization), 자동화(Automation) 및 네트워크화(Netowrking)"로 정의하는 방식이다.<sup>12)</sup>

그러나 정보화는 단순히 정보처리만을 의미하는 것으로 보여지는 '전산화'와는 구분되는 것으로 생각된다.<sup>13)</sup> 이러한 의미에서 「정축법」

11) 길준규, "의료정보상 개인정보보호방안", 『법과정책연구』 제6집 제1호, 2006.6, 118쪽 이하.

12) 주지홍외, 『지식정보사회에서의 정보화법제 재정립을 위한 법제도연구』, 정보통신정책연구원, 2002.12. 47쪽.

13) 문헌에서도 전산화는 "조직내에 컴퓨터 및 자료처리기술의 사용이 확대되는 과정"을 의미하지만, 정보화는 "정보에 대한 중요성을 깨닫는 것을 전제로 정보요구가 커지고 정보통신기술이 발달하면서 그 기술의 사용이확대되어 결국 의미있는 정

, 가

초기에는 정부의 전산시설 확보와 전산처리가 강조되었던 만큼, 『정축법』상의 정보화의 지원기관으로서 ‘한국전산원’(NCA)이라는 의미에서도 하나의 근거를 찾을 수 있다. 물론 이 기관은 정보통신법 연구가 진척되면서, ‘전산원’이라는 명칭이 문제되어 작년부터 ‘한국정보사회진흥원’(NIA)으로 바뀌었다.

## 5)

따라서 한국에서의 정보화는 위에서 언급한 개념대로 정보화의 2대 핵심인 정보처리와 망연결이 문제될 것이다. 물론 정보처리는 과거의 대형컴퓨터시대에 특별한 투자가 필요하였으나, 현대의 퍼스널컴퓨터 시대에는 일상적인 처리정보의 생산에 큰 경비가 소요되지 않으므로 예외적인 경우를 제외한다면 크게 문제되지 않을 것이다. 그러므로 정보화에서는 주로 망연결 내지는 망과 관련된 기반시설의 설치 등이 문제될 것이다.

한편 이러한 정보화는 국가에 의한 정보화라는 측면에서 본다면, 이미 선진국의 대열에 진입한 나라보다는 주로 근대화가 늦은 나라에서 문제될 것이고<sup>14)</sup>, 이러한 정보화는 민간영역과 공공영역을 나누어서 생각해 볼 수 있다.

물론 민간영역의 정보화는 학교와 같은 공공기관은 제외한다면, 굳이 국가가 정보인프라의 설치에 기여하는 면은 적은 것으로 보인다. 물론 기술의 발전에 따라 광대역망이라던가 광대역통합정보통신망의 설치 등은 문제될 수 있다.

그렇다면, 주로 정보화는 우리나라의 예에서 나타난 것처럼 일반적으로 공공분야에서의 정보화, 즉 공공정보화가 문제될 것이다. 따라서

---

보의 생산과 저장, 유통이 확대되는 과정”이라고 보고 있기도 하다. 김광웅/강성남, 『정보사회와 행정』, 개정판, 2008.1, 한국방송통신대학교출판부, 6쪽 이하.

14) 물론 예외적으로는 일본도 우리와 같은 정보화법제가 존재한다.

우리나라에서는 그동안 분야별로 공공정보화가 진행되어왔다. 한편 독일에서는 정보사회에 대하여 주로 연방내무부가 담당하고 있는데, 공행정을 현대화시키기 위하여 정보기술을 사용하는 것과 정보기술의 안전성확보에 그 핵심이 있다. 따라서 국가의 정보통신분야에의 투자는 행정현대화(Verwaltungsmodernisierung)와 관료주의해체(Bürokratieabbau)를 목표로 하고 있다. 특히 연방내무부는 연방행정내의 IT의 조화에 책임이 있다.<sup>15)</sup>

물론 정보화는 그동안 공공정보화외에도 ‘국가사회의 정보화’라는 표현외에도 ‘행정의 정보화’, 즉 전자정부라는 슬로건으로도 표시될 수 있다. 특히 정축법에서는 ‘국가사회정보화’라는 제호에 공공정보화를 포괄하고 있고, 견해에 따라서는 이러한 법규정을 근거로 ‘국가사회정보화’, ‘행정·공공정보화의 추진’, ‘전자상거래의 확산’, ‘정보화의 역기능방지’, ‘정보통신망의 건전한 이용’, ‘정보통신산업의 기반조성’과 ‘정보의 생산관리 등’, ‘초고속정보통신기반의 구축·고도화’ 등이라고 설명하기도 한다.<sup>16)</sup>

## 2.

### 1) 가

우리나라에서 정보화정책이 처음으로 추진된 것은, 1967년에 당시의 경제기획원 조사통계국에 최초의 컴퓨터가 도입되어 행정전산화사업을 시행한 것을 제외하고 본격적인 정보화사업으로 본다면, 1987년의 ‘국가기간전산망사업’부터라고 보고 있다.<sup>17)</sup> 이후 1980년대에는 ‘행정업무의 전산화’가 추진되었으면, 국가기간전산망사업은 행정, 금융, 교

15) 독일 연방내무부의 전자정부에 대한 소개이다. <http://www.bmi.bund.de>.

16) 손상영외, 『국가사회 정보화법체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2001.12. 34쪽 이하.

17) 김광웅//강성남, 『정보사회와 행정』, 개정판, 2008.1, 한국방송통신대학교출판부, 166쪽 이하.



육, 연구, 국방의 5대 분야의 전산망을 기반으로 구축되었다. 이러한 국가기간전산망사업에 따른 행정전산망사업은 주민등록관리, 부동산관리, 고용관리, 통관관리, 경제통계, 자동차관리 등의 6개 사업을 우선적으로 추진하였다.

이러한 국가기간전산망사업에 힘입어 1994년에는 정보통신부가 확대개편되었다.<sup>18)</sup> 1995년에 「정축법」의 제정에 따라 정보화추진위원회와 2001년에 전자정부특별위원회가 설치되어 정보화추진체계로서 기능하였다. 1991년말에는 1단계 행정전산망사업이 완료되었고, 1992년부터 제2차 행정전산망사업을 개시하였다. 당시의 주요 7대 우선추진사업은 산업재산권 정보관리(특허청), 우체국종합서비스(정보통신부), 기상정보관리(기상청), 통관자동화(관세청), 국민복지업무(보건복지부), 물품목록관리(조달청), 어선관리(수산청)이었고, 6대 중점지원사업은 경제통산업무(재경원, 통산부, 외무부), 농업기술정보관리(농촌진흥청), 환경정보전관리(환경부), 국세종합관리(국세청)이었다.

1996년부터는 정보화추진조직으로서 ‘정보통신부’가 핵심적인 주체가 되어 「정보화촉진기본법」에 따라 정부 각 부처별로 정보화계획을 취합하여 정보화촉진기본계획안을 작성하였고, 정보화추진위원회는 이를 확정하였다. 크게 보면, 정보화촉진기본계획은 기반조성단계(1996~2000), 정보활용확산단계(2001~2005), 정보활용고도화단계(2006~2010)로 구분할 수 있다.

아울러 행정조직적인 측면에서는 정보화추진위원회외에도 국민의 정부시절에는 전자정부특별위원회(2001~2002), 참여정부시절에는 정보혁신지방분권위원회 전자정부전문위원회도 등장하였다. 나아가 정보통신부는 초고속통신망 구축을 중심으로 하는 ‘cyber Korea 21’(199

18) 이러한 정보통신부의 확대개편과정에서 종래의 체신부 직원은 물론 재정경제부와 과학기술부의 공무원이 합류하면서 이들간의 산하기관장 쟁탈전이 한동안 지속되었고, 조직내의 반목이 계속되었다.

9)19), 지식정보사회구축을 목표로 국민의 정보이용을 중심으로 한 ‘e-Korea Vision2006’(2002, 제3차정보화촉진계획)20), ‘IT-839전략’21), ‘u-Korea’22) 등을 선보였으나, 역사의 뒤안길로 사라졌다.23)

## 2)

과거 정보화촉진기금이라고 불리는 통신사업자의 기여금으로 조성된 기금은 다양한 분야의 국가사회정보화에 기여하였다. ‘사법정보화’, ‘행정정보화’, ‘입법정보화’, ‘교육정보화’, ‘보건의료정보화’ 등이다. 물론 행정자치부 시절 ‘정보화마을’ 시범사업 등 다양한 사업도 있었지만, 여기서는 주로 이슈화되었던 교육정보화와 보건의료정보화만을 살펴보기로 한다.

우선 **교육정보화**를 보면, 교육정보화는 2001년에 ‘전자정부 구현 11대 중점추진과제’로서 교육부문의 전자정부구현사업으로 2001년 5월부터 추진되었다. 이러한 사업결과로서 종래에 정보처리하여 학교단위에서 보관하던 학생정보를 2003년에 16개 시·도교육청을 연결하고 자하는 교육행정정보시스템(NEIS)의 시행이 문제되었다.24) 이는 학생

---

19) 정보통신부, 『CYBER KOREA 21 - 창조적 지식기반국가 건설을 위한 정보화 VISION』 1999.3.31.

20) 정보통신부, 『글로벌 리더, e-KOREA 건설을 위한 제3차 정보화촉진기본계획(안) (2002~2006)』, e-KOREA VISION 2006, 2002.4.

21) IT-839전략이란 진대제 장관의 8대 신규서비스, 3대 첨단인프라, 9대 신성장동력을 말하는 것이다. 8대신규서비스는 와이브로(WiBro, 휴대인터넷) 서비스, 디지털멀티미디어방송(DMB)서비스, 홈네트워크 서비스, 텔레매틱스 서비스, RFID(전파식별) 서비스, WCDMA 서비스, 지상파 DTV, 인터넷 전화(VoIP)서비스이고, 3대 첨단인프라는 광대역통합망(BcN), U-센서 네트워크(USN), IPv6(인터넷주소자원)이며, 9대 신성장동력은 차세대이동통신, 디지털TV/방송, 홈네트워크, IT SOC, 차세대PC, 임베디드 소프트웨어, 디지털콘텐츠, 텔레매틱스, 지능형 로봇을 말한다. 이는 정보통신산업육성을 중점으로 두어서 기술과 통신망 그리고 산업을 연결시킨 것이다. 정보통신부, 『국민소득 2만불로 가는 IT839전략』, 정보통신부, 2007.

22) 정보통신부,

23) 그밖에 자세한 정보화에 관한 자료는 정보화추진위원회 자료실에서 볼 수 있다.

[http://www.ipc.go.kr/ipckor/etc/idata\\_manager.jsp](http://www.ipc.go.kr/ipckor/etc/idata_manager.jsp)

의 동의도 없고, 또 건강기록과 같은 민감한 정보도 포함하고 있다는 정보보호법상의 문제와 그동안 밝혀진 것처럼 매우 취약한 서버관리 수준에서 통신망으로 연결한다는 통신법적인 문제가 있다. 이는 여러 교육단체간의 논란이 있었지만 행정편의적인 교사측의 발상과 시행의 강행에 따라 특히 개인정보의 침해문제가 심각하게 논의되었다.<sup>25)</sup> 그러나 우리 법원은 이러한 논쟁에는 소극적이었다.<sup>26)</sup>

한편 보건의료정보화는 2003년에 「보건의료기본법」의 개정을 기화로 보건복지부가 ‘국가보건의료정보화(e-Health)사업’시행을 정점으로 시작되었다. 물론 이에 산업자원부도 국가핵심전략산업으로 지정하였고, 정보통신부도 IT839전략에 따른 9대 신성장전략산업으로서 홈네트 워크사업차원에서 Home-Healthcare사업을 추진하였다.<sup>27)</sup> 2006년 11월에는 건강정보보호법(안)(윤호중안)이 2007년에는 개인진료정보보호법(안)(정형근안)이 제안되었다. 이는 보건복지부에서 국가건강정보체계를 구축하려는 의도이었으나, 각종 보건의료직역단체에 반대에 밀려 무산되었다. 이는 개인의 민감한 정보를 네트워크로 구축하려는 위험천만의 발상이었다.

24) 길준규, “교육(개인)정보에 관한 판례검토”, 『작은법률』, 2004년 가을호, 2004.10, 60쪽 이하; 정소윤, 『교육개인정보의 정보보호법상 보호』, 석사논문(호남대), 2006.2, 72쪽 이하.

25) 국가인권위원회, 『국가인권위원회청문회자료집』, 2003.8; 심성보, “교육적 관점에서 본 NEIS의 세가지 위험성”, 『교육행정정보시스템(NEIS) 쟁점과 대안』, 국가인권위원회, 2003; 이인호, “학생의 정보프라이버시와 교육행정정보시스템(NEIS)”, 『인권과 정의』, 2003.7, 111쪽 이하; 정태호, “개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰 - 동시에 교육행정정보시스템의 위헌여부의 판단에의 그 응용”, 『헌법논총』 제14집, 2003, 401쪽 이하; 현대호, “교육정보에 관한 법제연구”, 『인터넷법률』 제21호, 2004.1, 62쪽 이하; 같은이, 교육정보와 입법과제, 『정보시스템의 구축·운영과 입법과제』, 한국법제연구원, 2005.11.18, 97쪽 이하; 김일환등, 『개인정보보호를 위한 법·제도개선연구』, 한국교육학술정보원, 2004; 손병길, “교육정보화 추진에 따른 관련 입법 정책의 문제점과 개선 방안”, 『헌법학연구』 제9권 제4호, 2003.12, 9쪽 이하.

26) 서울지법 2003.11.27, 2003카합3433; 헌법재판소 2005.7.21, 2003헌마282,425병합.

27) 보건의료정보화에 대하여 자세히는 길준규, “의료정보상 개인정보보호방안”, 『법과정책연구』 제6집 제1호, 2006.6, 117쪽 이하 참조.

이러한 교육정보화와 보건의료정보화 사업을 보면, 구 정보화촉진기금의 과도한 사용으로 인하여 정보화를 하지 말았어야 하거나 아니면 단순히 정보처리로 끝나고 망에 연결하지 말았어야 하는 것을 행정편의에 의하여 정보화가 되어서 개인정보침해 등의 문제를 야기하고 있음을 알 수 있다.

### 3)

민간정보화는 그 범위가 광범위하므로, 정보화 기반시설인 망을 중심으로 생각해보기로 한다. 우리나라는 한국통신이 민영화되면서, 독일처럼 독점망을 상호접속 등으로 임대하기 보다는 통신사업에 참여하는 모든 사업자가 각기 자기의 망을 설치하였다. 이러한 점에 따라 전력선망, 고속도로망 등의 다양한 형태의 유선망이 가설되었고, 일단은 2000년을 정점으로 광대역망이 거의 가설되었다고 볼 수 있다. 다만 최근에 시작한 광가입자망(FTTH)사업은 지지부진한 형편이다. 물론 정보통신부가 2007년에 ‘First 1 Mile Project’ 로드맵을 발표한 바 있다.<sup>28)</sup> 이러한 가운데 일본에서의 1기가 바이트 FTTH사업은 우리를 놀라게 한 바 있다.<sup>29)</sup>

## 3.

### 1)

정보화시대의 법제현황을 보기 위하여는 1994년의 정보통신부의 발족이후를 기준으로 하여 우선 정보통신부 소관법제를 중심으로 살펴보기로 한다. 이는 협의의 정보화법제라고 보기도 한다.<sup>30)</sup> 1995년에

---

28) 『eWeek』, 2007년 3월 26일

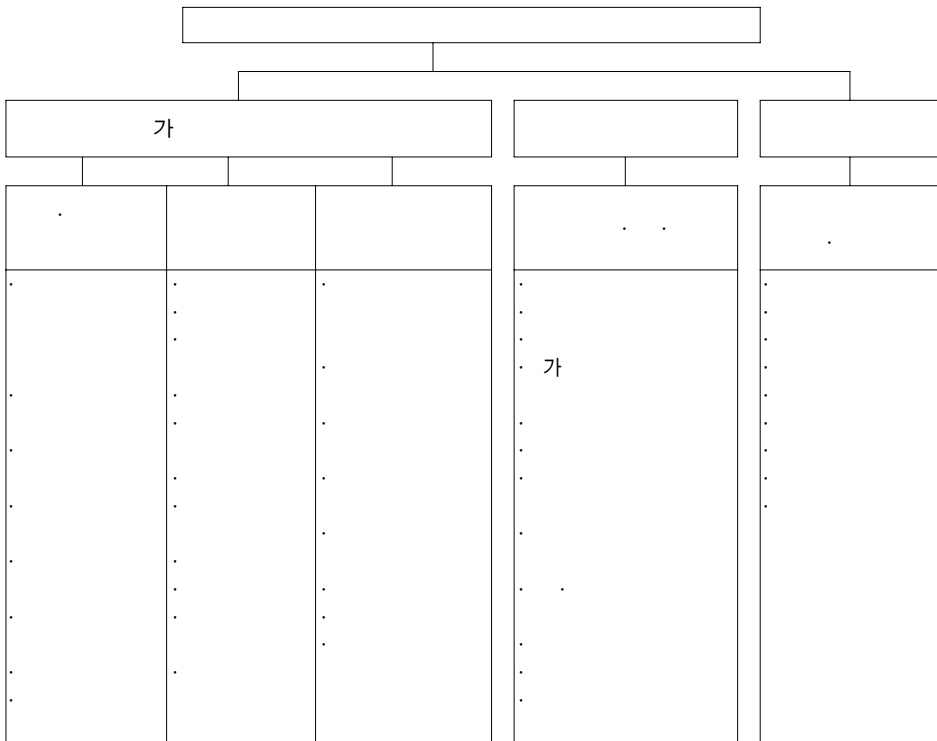
29) 『전자신문』, 2004년 11월 22일

30) 손상영외, 『국가사회 정보화법체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2001.12, 32쪽.

가

정보화를 위한 기본법으로서 「정보화촉진기본법」이 제정되었고, 이에 따라 제1차 정보화촉진계획이 수립되었다. 그리고 1999년도에 그간의 입법작업을 바탕으로 「전자거래기본법」과 「전자서명법」이 제정되었다. 이는 광의의 정보화의 일환으로서 전자거래분야와 전자정부를 밑받침하였다. 2000년에는 이어서 「소프트웨어산업진흥법」, 「국가지리정보체계의 구축 및 활용 등에 관한 법률」, 「지식정보자원관리법」 등이 제정되었다. 이는 당시에 문제되는 정보자원에 관한 법을 제정한 것이다. 따라서 이는 광의의 정보화법제에 속하는 것으로 볼 수 있다.

<정보화촉진법 관련법령 체계>



\* 출전: 손상영외, 『국가사회 정보화법체계 연구』, 2001.12, 31쪽 일부 수정

2001년에는 정보화가 어느 정도 진척되었다고 보아서 ‘정보격차’(Digital divide)를 해소하기 위한 「정보격차해소에 관한 법률」이 제

정되었고, 정보보안의 측면에서 우선 공공통신기반시설을 중심으로 「정보통신기반보호법」이, 민간분야의 정보통신사업자를 대상으로 한 (민간)정보통신망상의 보안을 비롯한 망관리와 개인정보의 보호를 위하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」이 제정되었다. 한편 전자정부를 위하여 본격적으로 「전자정부구현을 위한 행정업무등의 전자화촉진에관한법률」이 제정되었고, 2002년에는 「온라인 디지털콘텐츠산업발전법」(일명, 온디콘법), 「전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률」이 제정되었다. 2003년에는 전자정부로드맵이 수립되었고, 「인터넷주소자원관리법」이 제정되었다.

2004년부터는 광대역망의 설치가 어느 정도 매듭지어지면서, 차세대망(NGN, Next Generation Network)의 개념이 도입되면서, 매체융합을 포함한 광대역통합정보통신망(BcN, Broadband convergence Network) 구축계획이 수립되었다. 아울러 IT신성장동력산업과 차세대주소자원인 IPv6보급기본계획이 수립되었다. 「이러닝발전법」이 제정되었다. 2005년에는 정보보호중장기로드맵이 확정되었다. 2006년에는 u-Kora기본계획이 수립되었고, 「전자금융거래법」, 「게임산업진흥에 관한 법률」이 제정되었다. 2007년에는 드디어 통방융합의 꽃이라고 할 수 있는 IPTV를 규율하기 위한 「인터넷멀티미디어방송사업법」이 제정되었다.

한편 정보통신부의 소관법령은 아니지만, 정보화법제와 관련된 법률을 살펴보면 다음과 같다. 1995년에 재무부(현행 금융위원회)를 소관으로 하여 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」이 제정되었다. 그리고 교육정보화에 대한 많은 논란 끝에 슬그머니 2005년에 교육인적자원부령으로 「교육정보시스템의 운영 등에 관한 규칙」이 제정되었다. 한편 행정안전부는 1994년에 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」등을 제정하였고, 1996년에는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」, 2001년에는 「전자정부구현을 위한 행정업무등의 전자화촉진에

, 가

관한 법률』(현행, 전자정부법)등을 제정하였다. 한편 지식경제부(구 산업자원부)는 1999년에 「전자거래기본법」, 2004년에 「이러닝(전자학습)산업발전법」등을 제정하였다. 교육과학기술부(교육인적자원부)는 2000년에 「지식정보자원관리법」, 2005년에 교육정보화촉진기본법(안)을 제시한 바 있다.

## 2)

앞서 정보화라는 개념은 법적 개념으로 적당치 않음을 지적하였다. 따라서 정보화법제의 경우에도 역시 법리적으로 문제가 있을 수 있다. 왜냐하면, 외국의 예를 보면, 정보화법이라는 분야는 존재하지 않기 때문이다. 일반적으로 정보화법대신에는 ‘정보법’(Informationsrecht), ‘인터넷법’(Internetrecht), ‘온라인법’(Online-Recht), ‘사이버법’(Cyberspace-Recht), ‘컴퓨터법’(Computerrecht), ‘정보통신법’(Informations- und Telekommunikationsrecht) 등으로 사용되고 있다.<sup>31)</sup>

따라서 정보화법이라 용어보다는 ‘정보통신법’이 비교적 정확하다고 볼 수 있다. 물론 정보통신법을 정보법과 통신법의 결합으로만 이해할 경우에는 오해의 소지는 있지만, 정보화법 등을 포괄하는 법으로 이해한다면, 정보화법을 대신할 수 있을 것으로 보인다.

이러한 정보통신법이라는 관념하에서 정보통신법제는 크게 1) 정보화 및 정보통신산업, 전자정부 등에 관한 정보통신일반법 내지 정보화법, 2) 정보공개와 정보보호를 포괄하는 정보법, 3) 통신규제와 통신산업을 포괄하는 통신법, 4) 전자거래, 5) 정보사회에서의 지식재산권을 다루는 지식재산권법으로 구분해 볼 수 있을 것이다.<sup>32)</sup>

31) 길준규, “정보보호법의 체계와 그 구체”, 『개인정보연구』 제1권제1호(창간호), 2002.12, 62쪽 이하.

32) 길준규외, 『국내·외 IT법제 비교연구』, 프로그램심의회조정위원회, 2003.12, 3쪽.

### Ⅲ.

#### 1.

##### 1)

새로이 출범한 정부는 어찌한 영문인지 우리나라 수출산업의 효자이자 국가발전의 견인차를 담당하였던 IT산업을 담당하던 정보통신부를 공중분해하였다. 따라서 종래의 정보통신부는 2008년 2월 29일자의 개정과 동시에 시행한 「정부조직법」개편에 따라 ‘정보보안’을 포함한 ‘개인정보’와 정보화 기능은 행정안전부(정보화기획실)로 이관하였다.<sup>33)</sup>

한편 정보통신산업과 관련된 정보통신산업, 기술개발, 정보통신진흥기금, 우정사업 등은 지식경제부로 이관하였다.<sup>34)</sup> 따라서 정부조직법 외에도 실제로는 정보통신산업진흥과 관련하여 기술개발, 인력, 연구 및 투자, 국제협력, 표준, 기금 등의 사항이 이관되었다. 디지털 콘텐츠 등에 관한 부분은 문화체육관광부로 각기 이관하였다. 다만 종래의 정보통신부의 주요한 부분을 담당하였던 인터넷을 포함한 통신정책과 통신규제에 관한 부분은 2008년 2월 29일에 제정·시행된 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 의하여 종래의 독립민간 기구이었던 방송위원회와 통합하여 출범한 방송통신위원회로 이관하였다.<sup>35)</sup>

---

33) 「정부조직법」 제29조 제1항.

34) 「정부조직법」 제32조 제1항.

35) 방송통신위원회의 임무에 대하여는 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제11조의 위원회의 소관사무와 제12조의 위원회의 심의·의결사항을 보면 추론할 수 있다.



, 가

<부처별 이관사항>

	- ( 가) - - ( )
	- - - , , , -
	-
	- -

2)

종전에 정보통신부의 소관법률인 25개의 법률이 부처별 이관기준에 따라서 소관부처를 달리하게 되었다. 즉 행정안전부에는 정보화관련 법으로서 「정보시스템의 효율적 도입 및 운영 등에 관한 법률」, 「정보격차해소에 관한 법률」, 「지식정보자원관리법」, 「전자서명법」등이 이관되었다. 그리고 지식경제부에는 「소프트웨어산업진흥법」, 우정사업관련법으로서 「별정우체국법」, 「우정사업운영에 관한 특례법」, 「우체국보험특별회계법」, 「우체국예금보험에 관한 법률」, 「우편법」, 「우편대체법」, 「우편환법」, 「체신창구업무의 위탁에 관한 법률」 등이 이관되었고, 문화체육관광부에는 「온라인디지털콘텐츠산업발전법」과 「컴퓨터프로그램보호법」 등이 이관되었다. 물론 이러한 이관 외에도 대표적으로 중요한 법률인 「정보화촉진기본법」, 「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」등은 명확한 소관부처가 없이 각기 해당 조항별로 행정안전부와 지식경제부, 방송통신위원회에 권한이 부여되어 있다.

<정보통신부 소관 법률의 이관현황>

	- 2 - 2 2 가	
	- 3 - 5	
	- 4	
	- 4 - 4	
	- 2 - 68 2	
	- 5 - 6 - 7 - 68	
( ,)		
	- - ( 5 )	
,		
( ,		
,		
,		
	- ( 2 ) - ( 3 ), ( 4 ), ( 5 ), ( 6 )	
,		
,		
,		

\* 출전 : 『디지털데일리』 2008년 3월 13일자 표 변형

, 가

## 2.

법률이관에 따라서 종래에 정보통신부를 지원하던 산하 공공기관 15개도 각기 소속을 달리하게 되었다. 대표적으로는 정보화사업을 지원하던 한국정보사회진흥원과 한국정보문화진흥원 등은 행정안전부로, 정보보호를 담당하는 한국정보보호진흥원과 정보통신분야의 기금 관리와 연구지원을 맡은 정보통신연구진흥원, 한국소프트웨어진흥원, (재)우편사업지원단, (재)우체국예금보험지원단 등은 지식경제부로, 컴퓨터프로그램보호위원회(옛 컴퓨터프로그램심의위원회)는 문화체육관광부로 옮겨가게 되었다. 물론 이 중에서 한국정보사회진흥원, 한국정보보호진흥원 등은 해당 업무에 따라서는 여러 부처를 지원하고 있고, 향후 통합이 논의되는 기관도 있다.

### <산하 공공기관 이관 현황>

	(KADO) (NIA),	NIA BcN ( )
	(KIPA), (IITA), (ETRI), ( ) , ( ) , ( )	
	(PDMC)	
	(KORA), (NIDA), , (KISA)	KISA ( )

\* 출처 : 『디지털데일리』 2008년 3월 13일자 표 변형

한편 종래의 정보통신부의 25개 산하단체도 15개 단체가 다른 부처로 이관하면서 7개 단체로 줄고, 대신에 방송위원회가 관장하던 한국방송공사, 교육방송공사, 방송문화진흥회 등을 인수하여 10개 단체가 되었다.

### 법정단체 이관현황

부처	법정단체	비고
행정안전부	개인정보분쟁조정위원회	
지식경제부	한국정보보호산업협회, 한국소프트웨어산업협회, 소프트웨어공제조합, 유비쿼터스컴퓨팅사업단, (사)IT벤처기업연합회, (사)IT여성기업인연합회, (재) 부산정보산업진흥원, (재) 강원정보영상진흥원, (재) 광주정보문화산업진흥원, (재) 인천정보산업진흥원, 전산업협동조합, 전산자료처리업협동조합, 한국ASP협동조합, 컴퓨터시설관리업협동조합	
문화체육관광부	(재) 데이터베이스진흥센터, (사)콘텐츠산업연합회	

\* 출처 : 『디지털데일리』 2008년 3월 13일자 표 변형

## 3. 가

새정부에서 정보통신부의 해체와 분리는 이미 선거와 인수위원회 당시부터 예정된 바이었으나, 정부조직법의 개편과 더불어 나타난 결과는 매우 참담하였다. 아울러 가장 많은 산하기관은 거느렸던 정보통신부는 그 산하기관도 정보통신부와 운명을 같이 함으로써 여러 부처로 그 소속이 변경되었다. 이러한 조직개편뿐만 아니라, 정보통신법 제에도 많은 변화를 가져왔다. 이러한 변화에 대하여 정보통신부 등의 정보사회 정책기능이 분산되었다고 보기도 한다.<sup>36)</sup>

36) 김동욱, “정보사회 정책 추진체계와 법제 정립 방향”, 『선진국가정보화법 체계

이러한 새 정부 출범에 따른 정보통신부의 해체와 그에 따른 법령 등의 이관을 보면서, 앞으로의 정보통신(법)분야와 관련하여 쟁점사항을 검토해 보면 다음과 같다.

우선 행정안전부는 물론 종래에도 ‘공공분야의 개인정보’와 ‘전자정부’사업 그리고 일부의 공공정보화사업을 담당하였다. 이러한 이관을 통하여 원칙적으로는 종래에 정보통신부의 지원을 받던 전자정부사업과 정보통신부외의 다른 부처의 정보화촉진기금의 지원과 분배를 담당하던 정보화사업은 해당 사업 자체를, 공공분야의 정보보호를 담당하였던 정보보호분야는 개인정보보호통합법을 기치로 정보보호분야 전체를 인수하였다.

소위 굴뚝산업을 전담하던 산업자원부가 확대개편된 지식경제부는 종전에 정보통신부와 부처협의과정에서 치열하게 권한다툼을 하였으나, 비IT산업과 IT산업을 하나로 묶는다는 차원에서<sup>37)</sup> 정보통신산업 자체를 인수하였다. 따라서 산업과 관련된 기술개발, 연구투자, 인력, 국제협력 등을 포괄적으로 인수하였고, 여기에다가 정보통신진흥기금까지 인수하였다.

문화체육관광부는 종래에도 정보통신부와 콘텐츠 분야를 놓고 경쟁하였으나, 문화콘텐츠 외에도 컴퓨터콘텐츠사업을 일단 인수하였다.

아울러 정보통신부의 잔여사무와 조직의 대부분을 인수한 방송통신위원회는 처음부터 여러 문제를 노정하고 있다. 통방융합을 앞세워 종래의 민간조직인 방송위원회와 통신위원회를 중심으로 합작한 방송통신위원회는 철저한 통신규제기능만 남았다고 볼 수 있다. 이러한 방송통신위원회는 미국식의 통신위원회(FCC)를 모델로 한다고 본다 면, 어차피 통합된 것이 잘 된 것으로도 볼 수 있다. 그러나 방송위원회 자체가 대통령직속기관으로 됨에 따라 방송의 공영성에 매우 큰

모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 1쪽.  
37) 유사하게 평가하는 견해로는 김동욱, 윗글, 5쪽 이하.

흡집이 생겼으며, 나아가 위원장 인선에도 문제가 심각하였다. 그리고 통신규제행정청 역시 유럽 등에서는 독립기관으로 설치되는 추세에 역행하였다.

#### 4.

우선 정보통신부의 후신인 방송통신위원회의 법령제정권을 살펴 볼 수 있다. 이는 「정부조직법」 제2조상의 ‘중앙행정기관’이기는 하지만<sup>38)</sup>, 법규명령을 제정할 수 있는 헌법상의 ‘행정각부’에는 포함되지 않으므로, 부령제정권이 없는 것으로 보고 있다. 따라서 종래의 정보통신부 관련 법률의 시행규칙중에서 방송통신위원회에 이관된 법률의 시행규칙은 방송통신위원회의 출범전에 이미 관련법률의 ‘시행령’으로 상향조정되었다. 그리고 이러한 법규명령제정권의 흡결은 앞으로의 신속한 통신규제정책에 파란을 예고하고 있다. 더욱이 방송통신위원회는 위원장부터 방송측 사람이므로 전반적인 분위기가 방송쪽으로 가는 것이 문제되고 있다. 아울러 현재 대통령소속하로 되어 있기 때문에 방송의 공영성으로 인한 독립성 문제<sup>39)</sup>외에도 세계적인 추세인 통신규제청의 독립성도 문제되어야 한다.

두 번째의 정보통신법제의 문제는 종전에 정보통신법제의 소관부서이었던 정보통신부가 해체되면서, 하나의 법률에 다수의 소관부처가 생기는 해프닝이 발생하였다. 따라서 부처간의 협의 및 조정기능은 존재하지만, 정보통신전반에 대한 정책추진체계와 법제가 정비될 필요성이 있다.<sup>40)</sup> 이러한 현실적인 문제에서 행정안전부, 지식경제부, 방송통신위원회는 각기 법제연구반을 설치하여 현행 정보통신법제에서 각기 자기 부처로 이관할 법조항의 검토작업은 물론 지식경제부의

38) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제3조 제2항.

39) 지난 한국인터넷법학회의 학술대회에서 지정토론자인 전남대학교 정문식 교수가 지적한 바 있다.

40) 김동욱, 윗글, 2쪽.

경우에는 이러한 이관가능한 정보통신법령을 모아서 (가칭)「정보통신 산업법」을, 방송통신위원회는 (가칭)「정보통신기본법」과 「정보통신사업법」을 각각 제정하고자 하고 있다. 이는 마치 ‘땅따먹기’경쟁과 같이 치열하게 부처간에 전개되고 있다. 한편 행정안전부에 공공정보화 위원회를 설치하여 전자정부 및 공공정보화 관련 법령을 포괄하는 공공정보화법의 제정이 제안되기도 한다.<sup>41)</sup>

세 번째는 이러한 소관법령분담이 명확하게 획정되지 않은 경과기에 각 관련 부처들은 새로운 회기에 일단 소관법률제정작업에 몰두하고 있다.<sup>42)</sup> 이러한 예로 방송통신위원회는 종래에 추진해오던 소비자 보호, 품질관리, 안전진단 등의 다수 사업에서 필요한 근거법을 이번 법률정비작업에 포함하여 입법화하고자 하고 있다.

네 번째로는 방송통신위원회의 역할 축소이다. 종래의 인터넷 및 통신규제를 담당하던 기능이 방송통신위원회에 방송규제기능과 더불어 통합되었다. 종래의 통신정책을 담당하던 방송통신위원회가 과연 규제를 넘어서 정보통신분야에서의 과감한 연구투자를 할 수 있을 것인가의 문제이다. 왜냐하면 정보통신기금은 지식경제부로 이관하면서, 종래의 정보통신학술사업 마저도 거의 산업측면으로 전환하고 있기 때문이다. 따라서 기술과 산업, 정책(규제)를 정보통신분야에서 과연 분리하여 운용할 수 있을 것인가는 매우 의문이다.

## IV.

### 1.

새로운 정부는 정보통신분야에서는 종전부터 논의되었던 미디어융합의 시대에 들어서 있다.<sup>43)</sup> 이미 「정보화촉진기본법」에서도 ‘광대역

41) 김동욱, 7쪽.

42) 비슷한 입장으로는 김동욱, “정보사회 정책 추진체계와 법제 정립 방향”, 『선진 국가정보화법 체계모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 1쪽.

통합정보통신망'(Broadband convergence Network, BcN)이라는 이름으로 이러한 '미디어융합'의 기반이 법제상 반영되었고<sup>44)</sup>, 규제행정기관의 명칭도 '방송통신위원회'도 출범하였다.

특히 우리나라는 외국보다 훨씬 앞서서 광대역망이 거의 가설됨으로써, 패킷전송의 원칙을 기반으로 하는 외국에서의 꿈의 '차세대 망'(Next Generation Network)<sup>45)</sup>이 BcN망이라는 명칭으로 운용됨으로써 거의 대부분의 미디어융합서비스가 가능한 실정이다. 따라서 융합 서비스로서 VoIP는 '인터넷전화'로 서비스되고 있다. 그러나 융합서비스의 꽃이자 모든 멀티미디어서비스의 단초인 'IPTV'는 「인터넷멀티미디어방송사업법」이 올해초 제정되었으나, 아직도 법제연구는 매우 미약한 편이고<sup>46)</sup>, 미리 시작한 시범사업 역시 'TV다시보기'수준으로 낮은 단계에서 번들링을 허용한 'Triple Service'(전화, 인터넷, TV)의 스파운전화공세로 겨우 자리를 잡아가고 있는 실정이다.

그러나 이러한 새로운 정보통신분야의 변혁을 과연 계속해서 정보통신부 해체이후의 새로운 체제에서 받아들일 수 있을 지는 의문이다. 이러한 대표적인 예가 구 정권시절에 제정된 「인터넷멀티미디어 방송사업법」이다. 이는 미디어융합의 꽃으로서 앞으로의 정보통신의 혁신을 모두 담아낼 수 있는 통로인데도 불구하고, 현재는 단지 낮은

43) 우리나라에서는 흔히 통방융합이라고 말하는 것은 미디어의 접근과 융합을 말하는 것인데, 우리는 일방적으로 융합적인 측면만 강조하고 있다. 김준규, “유럽법과 독일법에서의 미디어의 전환과 법의 규율”, 『토지공법연구』 제25집, 2005.2, 189쪽 이하.

44) 「정보화촉진기본법」 제4장 정보통신기반의 고도화에서 제26조에서 제32조까지 규정되어 있다. 한편 동법 제2조 5의2호의 법적정의를 보면, “광대역통합정보통신망이라 함은 통신·방송·인터넷이 융합된 멀티미디어 서비스를 언제 어디서나 고속·대용량으로 이용할 수 있는 정보통신망을 말한다”이라고 규정하고 있다. 이는 종래의 초고속통신망을 대치하여 사용된 개념이다.

45) 이는 서비스와 전송과정의 분리를 의도하는 것이다. Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, 2008, S. 41.

46) 이러한 실정에서 지난 6월 11일에 한국인터넷법학회에서 “방송통신융합의 현실과 법적 과제 - IPTV 추진을 위한 법과 제도정비”라는 주제로 외국법제와 국내 법제정경과에 대한 학술대회가 있었다.



, 가

수준에서 이용되고 있기 때문에 제2의 정보혁명을 담보하기에는 어렵지 않을까 생각된다.

그 외에도 통신환경의 변화라고 이야기되는 ‘유비쿼터스컴퓨팅’의 문제<sup>47)</sup>는 우리 사회의 ‘모드’이기는 하지만, 이는 BcN망 차원에서 담보되므로 별도의 논의를 전개하지는 않겠다.

한편 견해<sup>48)</sup>에 따라서는 정보통신법제를 가칭 정보사회기본법, 공공정보화법, 개인정보보호기본법, 전자통신기본법 등으로 통폐합하는 견해를 제시하기 하지만, 이것은 법학의 학문분야별 경계설정과 이론으로는 적합하지 않으므로 아래에서는 각 학문분야별로 나누어서 살펴보기로 하겠다.

## 2.

정보법제는 크게 ‘정보공개법’(Informationsfreiheitsrecht)과 ‘정보보호법’(Datenschutzrecht)으로 나눌 수 있을 것이다. 정보공개법은 제한된 공개범위에도 불구하고 계속적으로 점차적으로 발전하고 있으므로<sup>49)</sup> 여기서는 논의하지 않는다.

---

47) 유비쿼터스컴퓨팅이 우리 사회에서 하나의 모드로 작용하면서, 이미 한국공법학회가 제117회 학술대회에서 “유비쿼터스컴퓨팅시대에서의 개인정보보호”로 학술대회를 2004년 6월에 개최한 바 있다. 홍준형, “유비쿼터스 환경에서의 개인정보 보호 - 법정정책적 고찰”, 『공법연구』 제32집 제5호, 2004.6, 195쪽 이하. 그 외에도 길준규외, 『유비쿼터스 사회의 역기능에 관한 법제도적 기초연구』, 한국전산원, 2004.12; 길준규/윤성의, “독일의 유비쿼터스사회에 대한 입법적 논의”, 『호남대논문집』 제25집, 2004.12, 151쪽 이하; 정준현, “유비쿼터스 컴퓨팅과 프라이버시보호”, 『성균관법학』 제16권 제1호, 2004.6, 463쪽 이하; 정극원/정성범, “유비쿼터스 정부에서의 행정의 효율성과 법적 문제점 검토”, 『공법학연구』 제7권 제3호, 2006.8, 339쪽 이하; 정필운/박선주, “유비쿼터스 도시(u-city) 구축을 위한 입법의 동향과 지향”, 『토지공법연구』 제37집 제2호, 2007.8, 585쪽 이하 등이 최근에 발표되었다.

48) 김동욱, “정보사회 정책 추진체계와 법제 정립 방향”, 『선진국가정보화법 체계 모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 11쪽.

49) 최근 아파트 분양원가 공개에 대하여 대한주택공사가 공개대상이 아니라고 일관하였는데, 최근에 공개하라는 획기적인 판결이 하나 있었다. 대판 2007.6.1, 2006두20587.

그러나 반대로 그동안 주목을 받아왔던 분야는 ‘정보보호법’이다. 개인정보보호법은 그동안 우리나라에서는 「공공분야의 개인정보보호를 위한 법률」과 「정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」에 의하여 공공분야와 민간분야를 이원화하여 규율하였다. 이에 대하여 지난 정부에서는 통합법논의가 강렬하였다. 즉 이미 참여정부시절에 일본의 통합개인정보보호법의 제정을 기화로 통합법제정논의가 있었다. 따라서 이은영, 이해훈, 노회찬 의원 등에 의한 법안이 제출된 바 있다.<sup>50)</sup> 물론 통합법이 만능인가에는 의문이 있지만, 현재는 **통합법**이 흐름을 타고 있다. 특징적으로는 노회찬의원안에서 ‘집단소송제도’가 규정되었는데, 집단소송외에도 징벌적 손해배상제도도 악의적이거나 고의적이면서 대량적인 개인정보침해에는 도입할 필요가 있는 제도라고 볼 수 있다.<sup>51)</sup> 그리고 규제기구로서 위원회형의 개인정보보호위원회가 논의되고 있는데, 이것도 여러 문제점이 존재할 수 있다.

현재 행정안전부의 통합개인정보법안이 곧 예고될 것이다. 그러나 이와는 별도로 방송통신위원회가 관장하는 「정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률」이 존속할 것으로 보여서, 소위 망법의 법적 성질을 중심으로 한 통합법과의 관계 모색이 있어야 한다.

한편 정부기관의 정보보안(Datensicherheit)은 그동안 국가정보원이 관장하였으나, 행정안전부의 정보화기획실로 이관이 논의되고 있다. 이관문제를 떠나서 정보보안의 문제에 대하여 국가정보원은 본연의 기능에 충실하고, 정보보안을 담당할 수 있도록 독일의 BSI처럼 단행법을 만들더라도 한국정보보호진흥원의 기반보호사업을 좀 더 강화할 필요가 있다.

50) 그동안의 입법경과에 대한 ‘재미있는’ 소회가 있다. 권현영, “개인정보보호법 입법을 다시 거론하며”, 『선진국가정보화법 체계모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 47쪽 이하.

51) 길준규, 『개인정보보호를 위한 징벌적 배상제도와 집단소송제도의 도입에 관한 연구』, 정보통신부, 2007.5.

## 3.

통신법제는 앞서 언급한 유비쿼터스에 의한 통신융합과 미디어융합의 환경하에서 새롭게 진보되어야 할 분야이다. 이러한 점에서 이미 유럽통신법은 2002년에 ‘전자통신법제’로 변신한 바 있다.<sup>52)</sup> 따라서 우리나라도 이러한 미디어환경과 통신융합에 따른 통신법체제를 변경하여야 한다.<sup>53)</sup> 이러한 변화의 예로서 현재의 일본법을 답습한 전기통신 2법체제에서 광대한 **통합통신법체제**로 체제정비를 제안한 바 있다.

이러한 문제는 종래의 통신사업자 등급제에 따른 수직규제에서 기술을 가진 누구나 통신사업을 영위할 수 있도록 동일규제의 환경하에 열어 놓는 수평규제체제로 가야한다는 것은 이미 여러번 주장한 바 있다. 따라서 사업자분류체제의 개편이 전제된다.

한편 이제까지의 정보통신법은 사업자위주의 법이었다고 볼 수 있다. 따라서 새로운 통신법제는 사업자위주에서 벗어나 품질관리를 포함한 **이용자위주의 법제**로 전환되어야 할 것이다. 이러한 수단으로는 품질관리제도, 품질평가제도, 이용자보호제도, 이용약관, 품질보증협약, 손해배상제도 등의 다양한 제도도입이 필요하다.<sup>54)</sup>

아울러 현재의 명목상의 상호접속을 넘어서 망과점을 열어 놓음으로써 망투자 등의 **기반시설투자**로 기간사업자를 유인하여야 할 것이다. 특히 망경쟁을 위하여는 유선텔레비전사업자를 적절하게 이용할 필요가 있다.<sup>55)</sup>

그리고 우리 통신법은 현재 유럽공동체법의 구분을 기준으로 한다

52) 전자통신법제에 대한 소개로는 길준규외, 『국내·외 IT법제 비교연구』, 프로그래밍의조정위원회, 2003.12.

53) 전자통신법에 따른 통신규제의 방향에 대하여는 길준규, “통신규제법 서론”, 『공법논총』 창간호, 광주전남공법학회10주년기념논문집, 2005.7, 51쪽 이하.

54) 길준규외, 『BcN 품질관리 법제도연구』, 한국전산원, 2005.12; 길준규, 『초고속 인터넷 품질관리법제도연구』, 한국정보사회진흥원, 2007.12.

55) Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht, 2008, S. 5

면, 아직도 통신시장의 완전한 자유화에는 이르지 못하였다. 따라서 현재의 허가체제를 일반허가로 전환하면서, 전면적인 경쟁법의 적용 문제를 진지하게 논의하여야 완전경쟁이후의 통신법으로 발전할 수 있을 것이다.<sup>56)</sup>

#### 4.

새로운 법제개편하에서는 지식경제부가 정보통신산업을 담당하게 되어있다. 따라서 정보통신산업과 관련된 기술, 인력, 표준화, 연구 및 투자, 기금을 망라하여 관장하고 있다. 그러나 종전에 부처협의의 상대방이었던 산자부계열에서 과연 정보통신산업을 하드웨어 외에도 소프트웨어까지 잘 끌고 갈 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면 이미 지경부로 이관된 조직을 구 산자부 출신들이 장악하면서, 생각보다는 정보통신에 대한 관심이 높지 않기 때문이다.

한편 정보통신부의 해체에 따라 종래의 융합산업까지 문제되고 있다. 예를 들면 유비쿼터스컴퓨팅 환경을 이용한 ‘u-City’와 ‘u-Health’에 관한 문제이다. 다행스러운 것은 방송통신위원회에서 u-Health를 포기하면서, 그동안 의료법 등의 법개정의 관건을 쥐고 있던 보건복지가족부가 가칭「u-Health산업특별법」을 제정하여 전면에 나설 계획이어서 다시 가동될 것으로 보인다. 그러나 종래의 사업시행에 장애가 되었던 「의료법」 등의 개정없이 특별법으로 기획하고 있어서 법발전은 있어 보이지 않는다.

### V.

그동안 말도 많고 탈도 많았던 정보화시대를 이끌어 오던 정보통신

---

56) 간단하게는 *Kühling/Elbracht*, a.a.O., S. 15 ff. 유럽통신법제에 대한 개관은 이번 7월 1일에 유럽헌법학회에서 필자가 다시 발표할 예정이다.

부가 2MB정부의 출범으로 해체되었다. 정보통신부가 해체되면서 그동안의 정보화 추진체계뿐만 아니라 관련 법령, 산하단체 등도 각기 산업, 규제, 콘텐츠 등에 따라 나누어졌다.

따라서 유비쿼터스컴퓨팅이라는 새로운 기술기반으로 하여 제2의 정보혁명을 꿈꾸었던 대한민국이 계속적으로 한국의 IT산업을 끌고 갈 견인차로서, 현재의 분할된 정부의 추진체계로서 가능할 것인가는 심각한 문제이다. 물론 분할된 정부부처로 운영해보고서 안 되면, 다시 정보통신분야를 아우르는 정부부처를 다시 만들 것이라는 추측도 떠돌고 있다.

그러나 정보통신분야에서 기술개발, 투자, 연구, 규제, 산업 등이 정부부처간 서로 분리되어서 상호 유기적으로 작동할 지는 의문이다. 더욱이 이러한 행정조직간의 협조체계는 그동안의 한국 공무원사회의 굳건한 관료주의와 복지부동으로 보아서는 쉽지 않을 전망이다. 물론 구 정보통신부 출신 공무원간의 유기적인 협조는 가능하다고 하지만, 계속적으로 정책이나 사업이 연결될 수 있 지는 의문이다.

따라서 유비쿼터스를 포함하여 새로운 정보통신융합산업을 통하여 새로운 대한민국의 도약을 꿈꾸었던 시절은 지나가는 것으로 보인다. 물론 산업을 전담하는 지식경제부에 의한 시도나 e-Health산업을 떠맡은 보건복지가족부는 의욕적이지만, 종래의 정보통신부만큼이나 통합적이고 종합적으로 추진할 수 있을 지는 의문이다. 특히 종래의 전자정부를 담당하였던 행정안전부도 정보보호와 정보보안, 정보화사업 전반을 떠맡은 것에 대한 과부하로 기술적인 문제를 중심으로 다시 방송통신위원회로 넘기려 하고 있기 때문이다.

새로운 정부부처하에서 정보통신 관련 법제의 경우에는 종래처럼 지속적이고 통합적인 차원에서 법발전을 이룩할 수 있을 지도 의문이다. 왜냐하면 그동안의 정보통신법분야의 법발전은 정보통신기금을 비롯한 많은 연구개발사업에 힘입은 바가 크기 때문이다. 따라서 정

보통신법을 연구하고 자문하는 입장에서는 부처다원화로 인하여 연구의 통합성이 저해될 수 있다.

물론 이러한 현실적인 문제를 포함한 부처의 다원화에 의한 문제에도 불구하고 정보통신법은 앞으로도 계속적으로 기술과 산업의 발전만큼이나 그림자법(Schattengesetz)로서, 계속적으로 발전해 나갈 것이다.

, 가

- 권현영, “개인정보보호법 입법을 다시 거론하며”, 『선진국가정보화법 체계모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 47쪽 이하.
- 길준규, “개인정보보호감독기구”, 『2002개인정보보호백서』, 한국정보보호진흥원, 2002.12.
- \_\_\_\_\_, “정보보호법의 체계와 그 구체”, 『개인정보연구』 제1권제1호(창간호), 2002.12, 59쪽
- \_\_\_\_\_, “독일연방행정절차법의 개정동향 - 디지털행정으로의 이행”, 『Clis Monthly』 2003년 3월호, 16쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “우리 전기통신법의 법체계적인 개정방향”, 『공법연구』 제31집 제5호, 2003.6, 157쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “독일통신법의 역사적 발전”, 『현대공법이론의제문제』(천봉석중현교수화갑기념), 2003.10. 10, 344쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, 『전기통신기본법의 개정방안 연구』, 정보통신정책연구원. 2003.12.
- \_\_\_\_\_, 『국내·외 IT법제 비교연구』, 프로그램심의조정위원회. 2003.12.
- \_\_\_\_\_, 『정보사회에서의 개인정보보호』, 2004.2, 호남대출판부.
- \_\_\_\_\_, “유럽공동체 통신법의 역사적 발전”, 『토지공법연구』 제21집, 2004.3, 105쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “교육(개인)정보에 관한 판례검토”, 『작은법률』 2004년 가을호, 2004.10, 59쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, 『유비쿼터스 사회의 역기능에 관한 법제도적 기초연구』, 한국전산원, 2004.12.

- \_\_\_\_\_/윤성의, “독일의 유비쿼터스사회에 대한 입법적 논의”, 『호남대논문집』 제25집, 2004.12, 151쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “유럽법과 독일법에서의 미디어의 전환과 법의 규율”, 『토지공법연구』 제25집, 2005.2, 189쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, 『전자통신시대의 우리 통신법의 개정방향 - 서울지법 2003 카합3433사건을 중심으로』, 정보통신부, 2005.
- \_\_\_\_\_, “통신규제법 서론”, 『공법논총』 창간호, 광주전남공법학회 10주년기념논문집, 2005.7, 51쪽 이하.
- \_\_\_\_\_외, 『BcN 품질관리 법제도연구』, 한국전산원, 2005.12.
- \_\_\_\_\_, “정보통신법상의 분쟁해결제도”, 『법과정책연구』 제5권 제2호, 2005.12, 1021쪽 이하.
- \_\_\_\_\_외, 『홈헬스케어 법제도 연구』, KT, 2006.5.
- \_\_\_\_\_, “e-Health 산업화와 의료행위“, 『토지공법연구』 제31집, 2006.5, 115쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “의료정보상 개인정보보호방안”, 『법과정책연구』 제6집 제1호, 2006.6, 117쪽 이하.
- \_\_\_\_\_, “공공정보법 제10조 해설”, 『전자정보법제연구』 창간호, 행정자치부, 2006.7, 229쪽 이하.
- \_\_\_\_\_외, 『e-Health 법제도연구』, 보건복지부, 2006.10.
- \_\_\_\_\_, 『개인정보보호를 위한 징벌적 배상제도와 집단소송제도의 도입에 관한 연구』, 정보통신부, 2007.5.
- \_\_\_\_\_, 『초고속인터넷 품질관리법제도연구』, 한국정보사회진흥원, 2007.12.
- 김광웅/강성남, 『정보사회와 행정』, 개정판, 2008.1, 한국방송통신대학교출판부.
- 김동욱, “정보사회 정책 추진체계와 법제 정립 방향”, 『선진국가정보화법 체계모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 1쪽 이하.



, 가

김재광, “전자정부 관련법제의 정비방안”, 『선진국가정보화법 체계 모색 - 전자정부와 정보보호』, 한국인터넷법학회, 2008.5.9, 13쪽 이하.

손상영외, 『국가사회 정보화법체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2001.12.

이규정, “신정부의 정보화 법체계 개편방향과 과제”, 『IT정책연구 시리즈』 제2호, 2008.3.

이인호, “한국 정보법의 발전동향”, 『공법연구』 제35집 제4호, 2007.6, 177쪽 이하.

정보통신부, 『CYBER KOREA 21 - 창조적 지식기반국가 건설을 위한 정보화 VISION』 1999.3.31.

\_\_\_\_\_, 『글로벌 리더, e-KOREA 건설을 위한 제3차 정보화촉진기 본계획(안) (2002~2006)』, e-KOREA VISION 2006, 2002.4.

\_\_\_\_\_, 『세계최초의 유비쿼터스 사회실현을 위한 u-Korea 기본계획』 2006.5.

\_\_\_\_\_, 『국민소득 2만불로 가는 IT839전략』, 정보통신부, 2007.

정소윤, 『교육개인정보의 정보보호법상 보호』, 석사논문(호남대), 2006.2.

주지홍외, 『지식정보사회에서의 정보화법제 재정립을 위한 법제도 연구』, 정보통신정책연구원, 2002.12.

한국정보사회진흥원, 『국가정보화백서 2007』, 2007.7.

Heun, Sven-Erik (Hrsg.) : Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Köln: Dr. Otto Schidt, 2007.

Holznapel/Enaux/Nienhaus : Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 2006.

Kühling/Elbracht : Telekommunikationsrecht, Heidelberg: C. F. Müller, 2008.

Spindler/Schuster : Recht der elektronischen Medien, München: C. H. Beck, 2008.

Wissmann, Martin (Hrsg.) : Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft, 2006.

김 일환 교수  
(성균관대학교 법과대학)

I. 문제제기 .....	485
II. 헌법상 전자정부의 의의와 추진현황 .....	488
1. 전자정부의 의의 .....	488
2. 전자정부의 특징 .....	489
3. 전자정부의 헌법적 의의 .....	490
4. 전자정부의 추진현황 .....	492
III. 전자정부구축에 따른 개인정보 공동이용의 의의와 구체적 분야 .....	495
1. 행정정보공동이용의 의의와 필요성 .....	495
2. 개인정보에 해당하는 행정정보 공동이용방식의 분류와 사례 ...	499
IV. 전자정부구축에 따른 개인정보 공동이용 통제필요성과 내용 .....	503
1. 정보사회에서 사생활보호의 강화필요성 .....	503
2. 전자정부의 등장에 따른 개인정보침해가능성의 증대 ...	505
3. '새로운' 기본권제한으로서 개인정보 공동이용의 인식필요성 ...	506
4. 개인정보보호에 터 잡은 행정정보공동이용의 확보 ...	507
5. 통제원칙으로서 규범명확성원칙과 목적구속원칙의 의의 ...	508
V. 전자정부구축에 따른 개인정보 공동이용 법제정비의 흐름과 방향 .....	511
1. 개인정보와 관련 없는 행정정보공동이용 관련 법제정비방안 ...	511
2. 개인정보 공동이용 관련 법제의 분석과 정비방향 ...	513
VI. 결 론 .....	523

## I.

정보사회의 발전으로 인하여 새롭게 등장한 전자정부는 정보통신기술을 기반으로 하여 정부업무의 전자적 처리와 유기적 연계로 행정의 효율성과 투명성을 제고하고, 국민과 기업이 원하는 정보와 서비스를 언제 어디서나 쉽게 접근하고 이용할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다.<sup>1)</sup> 그런데 이러한 전자정부의 핵심적 내용이 되는 새로운 행정시스템은 지금까지 행정시스템과는 전혀 다르다. 왜냐하면 이러한 새로운 행정시스템에서는 서류전달이 아니라 컴퓨터전산망의 연결을 통하여 정보교환이 행해지고 있기 때문에 국가기관 상호간에 업무와 과제를 구분하거나 특별히 ‘정보협조’를 구할 필요성이 없어지기 때문이다. 곧 행정정보 중에는 개인정보가 포함되어 있기 때문에 개인정보가 행정기관 간에 공동이용되면 자신에 관한 정보의 수집과 이용에 대한 정보주체의 동의의 범주를 넘어서거나 법률의 취지에 어긋나게 개인정보가 이용될 수 있는 위험을 증대시키게 된다. 이러한 우려는 전자정부법이 지향하는 정보의 형태가 전자화된 정보라는 점에서 더욱 커지게 된다.<sup>2)</sup> 왜냐하면 이러한 정보의 전자화로 인하여 행정정보의 공동이용이 신속하고 광범위하게 이루어 질 수 있기 때문이다.<sup>3)</sup> 결국

---

1) 전자정부에 관한 일반적인 설명으로는 김성태, 전자정부론, 法文社, 2004; 정충식, 전자정부론, 녹두, 1997; 권기현, 전자정부와 행정개혁, 커뮤니케이션북스, 1999 참조.

2) 전자정부법은 행정기관의 문서는 전자문서를 기본으로 하도록 하였으며(제16조), 이와 함께 행정기관이 취득·작성·유통·보관하는 종이문서 등을 최대한 감축하여야 한다는 원칙을 선언하고(제40조), 이 원칙을 실현하기 위하여 행정자치부장관 등 중앙사무관장기관의 장은 문서업무감축계획을 작성하고(제41조), 중앙행정기관 및 그 소속기관과 지방자치단체 소관의 문서업무 감축을 효율적으로 추진하고 이를 위한 제반 사항을 심의하기 위하여 행정안전부장관 소속하에 문서감축위원회를 두도록 하고 있다(제44조).

3) 우리나라는 2002년 11월부터 서비스를 개시한 전자정부 단일창구(www.egov.go.kr) 사업을 통해 주요 관공서가 보유하고 있는 주민등록, 부동산, 자동차, 세금, 기업 등 5대 분야의 주요 행정정보 20종에 대해 행정기관간 공동이용하게 함으로써 20종의

행정정보 공동이용을 통하여 각 행정기관이 보유하고 있는 정보들로부터 정보를 제공받는 것은 새로운 개인정보를 수집하는 것과 다를바 없다. 따라서 전자정부 구현과정에서 필수적으로 나타나게 되는 개인정보의 공동이용이 그 정당성을 입증해야하는 기본권의 제한임을 분명히 인식하고 그에 따른 법제정비를 강구하는 것이 중요한 과제로 대두된다.

물론 국민의 알 권리충족이나 사법개혁의 실현 등을 위하여 필요한 정보는 공개되어 잘못된 점을 시정하도록 해야 한다. 하지만 그와 동시에 오늘날 정보사회에서 개인정보의 보호가 얼마나 중요한지는 더 이상 설명이 필요 없을 것이다. 특히 컴퓨터를 통한 개인정보의 처리가 전산망과 전산망의 연결을 통하여 ‘공동이용’되고 있는 현실에서 개인정보가 침해되고 있는지조차 모르다가 피해를 본 이후에야 비로소 침해되었음을 알게 된다. 또한 오늘날 원래 수집된 목적과는 다른 목적으로 개인정보가 사용되고 있는 현실 속에서 이를 감독할 개인정

---

민원첨부서류가 폐지되었고, 국민연금, 건강보험, 산업재해보상보험, 고용보험 등 4대 사회보험 공단 간 정보연계로 보험자격관련 신고업무가 1회신고로 일괄처리 되고 있으며 세관, 출입국관리사무소, 검역기관 등 수출입관계 기관간 정보공동활용을 통해 1회신고로 관련 업무처리가 가능하게 되었다(정부혁신지방분권위원회, 참여정부의 전자정부 비전과 추진원칙(국무회의자료), 2003. 5. 4면). 또한 참여정부의 전자정부 계획에서는 행정정보공유확대사업을 통해 2005년까지 행정정보공유를 모든 공공기관까지 확대하고 2006년부터는 금융기관까지 확대한다는 목표를 설정해 두고 있다(정부혁신지방분권위원회, 전자정부로드맵, 정부혁신지방분권 로드맵, 2003. 8. 299면). 그 뒤 2006년 1월부터 ‘행정정보공유 기반구축사업’을 추진하여 행정정보 공유 대상 정보를 24종에서 34종으로 확대하는 등 행정기관에 대한 행정정보 공동이용 서비스 확대 사업을 추진하고, 국민연금관리공단·한국전력 등 5개 공공기관에 대하여 시범서비스를 실시하였다. 2006년 5월 ‘행정정보공유 기반구축사업’ 완료 후 그 후속사업으로 ‘범정부 행정정보공유체계 구축사업’을 추진하여 행정정보 공유 대상기관을 행정기관에서 42개의 공공기관과 2개의 시범금융기관으로 확대하고, 행정정보 공유 대상정보를 34종에서 42종으로 확대하는 등 행정정보 공동이용의 대상 정보 및 기관을 대폭 확대하였다.(이에 관하여는 행정정보공유추진위원회, 행정정보공동이용 백서(2007), 2007. 12, 197면 이하) 그리고 2008년도에는 공공기관 10 곳과 금융기관 14곳을 행정정보 공유 대상기관에 추가하고, 공동이용 중인 42종의 행정정보를 8월까지 66종으로 확대할 계획이라고 한다.(디지털타임스, 2008. 5. 8)

보보호기구조차 우리나라에는 없다. 지금 검찰, 경찰을 비롯하여 많은 국가기관들이 법적 근거가 없거나 충분하지 않은 상태에서 무수히 많은 개인정보를 다른 기관들에게 요구하고 있으며, 이러한 개인정보의 제공이나 이용이 필요하고 적법한지를 가려줄 기관이 없는데다가, 해당 개인은 수집된 원래 목적이 아닌 다른 목적으로 자신의 개인정보가 사용되고 있는지조차 모르고 있는 것이다. 하지만 기존의 물리적인 권리침해와는 달리 개인정보는 공개된 이후에 이를 ‘사후적으로’ 교정, 보호한다는 것이 어렵기 때문에, 침해되기 이전에 보호하고자 노력해야 한다.

이러한 관점에서 전자정부구축에 따른 개인정보침해가능성을 살펴보고 이에 관한 통제원칙과 기준을 제시한 다음에 관련 법제를 검토하고 정비방안을 도출하고자 한다.<sup>4)</sup> 결국 전자정부의 성공적 실현을 위한 개인정보보호원칙의 수립과 개인정보이용의 투명성 확보는 전자정부의 신뢰기반이라고 할 수 있다. 따라서 개인정보의 보호는 전자정부를 구현하는 기초가 되는 것이며, 전자정부의 구현 과정에서 주목해야하는 민주법치국가의 헌법적 과제이다. 이러한 상황에서 우리는 인간지향적이고 헌법합치적인 정보사회<sup>5)</sup>를 구축하기 위하여 전자정부의 효율적 추진과 개인정보보호를 동시에 추구해야만 한다. 따라서 개인정보의 보호 문제가 해결되지 않는 한 전자정부의 구현에 대한 사회적 합의를 도출하기는 어렵다고 할 것이며 따라서 전자정부의 구현은 개인정보의 보호에 기반을 두어서만 가능한 것이다.

---

4) 다만 이와 관련하여 이명박대통령의 실용정부는 정보화관련 주요 법률들을 통폐합하는 작업을 진행 중인 것으로 알고 있다. 이에 따라서 논문의 주제와 관련되는 현행 법률 및 관련 법안들의 문제점, 분석 등은 새로운 법제정과 관련된 논의에서 다루기로 하고, 이 논문에서는 기존 법률의 문제점을 간략하게 지적하고, 새로 제정될 법률의 원칙과 방향, 내용을 중점적으로 언급하고자 한다.

5) 이에 관하여는 金日煥, 憲法上 새로운 情報秩序確立을 위한 序說的 考察, 憲法學研究 제7권 제1호, 2001, 207면 이하 참조.

## II.

### 1.

전자정부(Electronic Government)라는 용어는 1993년 미국에서 처음 사용되었다.<sup>6)</sup> 우리나라에서 전자정부라는 용어는 1994년 말 초고속정보통신기반구축에 대한 논의와 함께 등장한다.<sup>7)</sup> 이러한 전자정부라는 용어는 1996년부터 정부에서 공식적으로 사용되기 시작한다. 정부는 1996년 6월 11일 정보화촉진기본계획을 확정하고 10대 중점과제를 선정하면서 그 첫 번째 과제로 ‘작지만 효율적인 전자정부 구현’을 제시

6) 1993년 미국 국가성과평가위원회(NPR)의 부속보고서인 ‘정보기술을 통한 리엔지니어링’에는 전자정부는 전자은행서비스(Electronic Banking)에서 대두된 개념을 확장한 것으로서 ATM과 플라스틱카드, 전국적 네트워크가 은행업무를 편리하게 해주었듯이 전자정부도 정부와 국민간의 의사소통을 신속, 용이하게 할 것이며 전자은행서비스에서와 마찬가지로 프라이버시 및 보안문제가 중요하게 다루어져야 한다고 서술되어 있다. 이처럼 미국에서 전자정부의 개념은 전자은행서비스개념에서 출발하여 이후 정부가 정부의 고객인 국민들에게 보다 편리한 정부서비스를 제공해야 한다는 차원에서 전자정부의 개념으로 발전한 것으로 보인다. 특히 2001년의 부시 대통령의 정부개혁안(President's Management Agenda)의 하나로 본격적인 전자정부가 추진되었는데, 국민의 정부서비스에 대한 접근, 정부기관과의 상호교류의 편의성 강화, 정부의 능률성과 효과성의 강화, 정부의 대국민 대응능력 개선 등의 목표를 제시하였다. 그리고 2002년에는 전자정부를 지향한 포괄적 입법으로 전자정부법이 제정되었다. 이 법은 연방정부가 인터넷을 비롯한 정보기술을 최대한 활용하여 정부의 효율성을 높이고, 전자정보를 보호하며, 행정서비스를 요구하거나 받을 때 국민에 대한 편리성 제공을 주목적으로 하고 있다. 또한 이 법은 동시에 정보공유와 보안, 프라이버시 보호를 추구하고 있다. 미국의 전자정부법의 입법배경 및 주요내용에 관하여는 권태웅, “미국의 전자정부법제와 추진전략”, 법제(통권 제 554호), 법제처, 2004. 2. 24면 이하 참조.

7) 곧 전자정부에 대해서 “초고속정보통신기반이 구축되면 정부가 제공하는 여러 행정서비스 분야에도 획기적인 변화가 일어날 수 있다. 정보중심의 전자정부가 곧 그것이다. 전자정부는 현재와 같이 수많은 종이더미 속에 휩싸여 국민에 대한 서비스가 지연되고 소홀하게 되는 비효율적이고 비능률적인 관료정부에 대한 획기적인 조치이다. 전자정부는 정부와 시민을 전자우편 및 전자민원 등으로 연결함으로써 신속하고 즉각적인 업무처리와 신속한 반응을 통하여 시민에 대한 봉사와 신속성을 극대화해 나가는 새로운 정부의 모습이다.”라고 설명되고 있다. 초고속정보통신기반연구반, 21세기의 한국과 초고속정보통신, 한국전산원, 1994.

하고 전자정부를 “고도정보사회에서 정부는 정보통신기술을 활용하여 최소의 비용으로 최고의 서비스를 생산하는 민주적 전자정부로 발전하게 된다. 정부 내에서는 행정문서의 전자교환 및 전자결재, 영상회의시스템의 도입, 정부정보의 공동활용 등이 촉진되어 조직 및 절차가 간소화되고 신속한 업무처리가 가능하게 됨으로써 생산성을 높일 수 있다. 그리고 민원인이 행정기관을 방문하지 않고도 정부의 민원서비스가 획기적으로 개선된다. 특히 정부와 국민 간에 자유롭게 정보를 주고받을 수 있는 기반이 구축됨으로써 국민이 필요로 하는 정부정보를 편리하게 제공받을 수 있고 국민들의 의사가 정책결정과정에서 신속히 반영되는 열린 정부가 실현된다.”고 설명하고 있다.<sup>8)</sup> 또한 행정안전부는 전자정부를 “정보기술을 활용하여 행정활동의 모든 과정을 혁신함으로써 정부의 고객인 국민과 기업에게 제공하는 각종 서비스와 정보를 손쉽게 이용할 수 있도록 하고, 행정 및 정책활동의 생산성을 향상시켜 한반도의 지식정보화를 선도할 수 있는 정부로 재창출되는 것”으로 정의하고 있다.<sup>9)</sup> 특히 전자정부법은 전자정부를 “정보기술을 활용하여 행정기관의 사무를 전자화함으로써 행정기관상호간 또는 국민에 대한 행정업무를 효율적으로 수행하는 정부”로 정의하고 있다(제2조 제1호). 이에 따르면 전자정부란 정책자료수집에서 의사결정까지 행정업무 전반을 전자화하고 행정기관간 및 행정기관과 국민간에 주고받는 모든 일을 전자적으로 수행하는 정부라고 할 수 있다.

## 2.

전자정부는 다양한 개념으로 정의되고 있으나 그 공통적인 요소는 정보기술의 이용과 행정업무의 혁신적 능률화, 그리고 대국민서비스의 향상으로 정리할 수 있을 것이다. 우선 ‘정보기술’은 전자정부가

8) 한국전산원, 정보화촉진 기본계획 해설서, 1996.

9) 행정자치부, 전자정부의 비전과 전략:21세기 전자정부로 가는 길, 1998.



, 가

성립할 수 있는 기반을 제공했을 뿐 아니라 전자정부를 구현하기 위한 수단임과 동시에 앞으로도 계속적인 변화의 원동력임은 의심의 여지가 없다. 곧 전자정부는 정보기술을 정부업무에 도입하는 정부이다. 또한 세계화와 더불어 복잡하고 다양하게 전개되는 국가업무는 필연적으로 조직의 비대화와 업무의 증대를 초래한다. 이러한 비대화와 그에 따른 비능률화를 극복하는 데에 정보기술의 활용은 결정적인 역할을 담당하고 있으며, 따라서 전자정부란 다양하고 또 신속성을 요구하는 행정업무를 능률적으로 처리하는 작고 효율적인 정부를 의미한다. 전자정부의 특징으로서 가장 중요한 것은 ‘고객지향적 정부’, ‘수요 중심의 정부’로 표현되는 대국민서비스의 향상이라고 할 것이다. 그러나 전자정부를 단순히 업무의 효율성을 증대시키고 공공기관과 관계에서 국민의 시간과 노력을 절감해주는 절차적·형식적인 면에서만 파악하는 것은 전자정부의 진정한 의의를 온전히 밝히는 것이라고 할 수 없다. 궁극적으로 전자정부는 국민의 다양한 요구를 적극적으로 수용하고 그 참여를 증대시킴으로써 국가권력구조의 혁신적 변화와 함께 새로운 시대 민주주의의 발전에 기여하는 정부로 인식되어야 한다. 다만 전자정부에 대한 이러한 인식이 전자정부가 어떠한 새로운 이념을 창출한다는 것을 의미하는 것은 아니며 결국 전자정부는 이제까지 민주주의를 위하여 국가와 사회가 지향해 온 바를 정보통신기술을 통하여 보다 강화하고 실질화하려는 노력의 하나로 보아야 한다.<sup>10)</sup>

### 3.

정보사회의 발전에 따라서 헌법적으로 여러 가지 논의를 불러일으키게 된다.<sup>11)</sup> 우선 통치구조와 관련하여 직접민주주의의 가능성을 제

10) 황승흠, 전자정부의 법과 국가, 법과사회 제20호, 법과사회이론학회, 2001, 101면.

11) 이에 관하여는 김형남, 電子政府 具現을 위한 憲法的 課題, 公法の 再照明 (志堂俞熙一博士華甲紀念論文集), 志堂俞熙一博士華甲紀念論文集刊行委員會, 2002, 354면

시함으로써<sup>12)</sup> 전통적인 대의제의 원리를 변화와 도전에 직면하게 하며 실질적인 법치주의의 구현에도 이바지하는 정부로 자리잡게 된다. 곧 전자정부는 정보의 개발과 효율적인 자원배분의 역할을 수행하고 다양한 문화영역을 포괄하는 정보사회의 기반을 구축하며 정책결정과정에 국민의 참여를 확대함으로써 민주주의를 더욱 발전시키는 역할을 할 수 있을 것이며, 입법과정과 입법자료가 전자적으로 공개되고, 대국민 의견수렴 과정이 공청회와 같이 제한된 공간에서 제한된 사람에 한정하여 일어나는 것에서 벗어나게 되면 입법과정에서부터 국민에 의한 통제가 이루어져 실질적 법치주의의 실현에 더욱 기여하게 될 것이다. 또한 국정에 관한 정보들이 인터넷공간을 통해 국민에게 신속하게 공개됨에 따라 국민에 의한 직접적인 비판과 감시 속에 권력이 행사될 수 있게 된다.

기본권과 관련하여서도 표현의 자유와 그의 한 내용으로서 알 권리의 범위와 실현방법에 변화가 초래되고<sup>13)</sup>, 평등권과 관련하여 모든 국민의 정보에 대한 평등한 접근과 이용, 그리고 사생활의 비밀과 자유의 내용으로서 개인정보의 자기관리와 보호의 문제가 중요하게 부각되는 것이다.<sup>14)</sup> 정보사회에서 정보가 가지는 중요성에 비추어 정보에의 접근과 정보의 이용에서 불평등이 생기지 않고 전자정부구현의 영향이 국민전체에 평등하게 미치도록 전자정부는 정보격차의 해소를 위한 노력을 계속하여야 할 뿐만 아니라 전자정부에서는 개인정보에 대한 통제권이 개인에서 정부로 이관되어 사생활의 비밀과 자유에 치명적인 침해를 야기 할 수 있다는 점에서 개인정보보호의 문제는 전

---

이하 참조.

12) 이에 관하여는 장용근, 전자민주주의의 도래와 직접민주주의의 도입의 검토, 憲法學研究 제10집 제2호, 2004 참조.

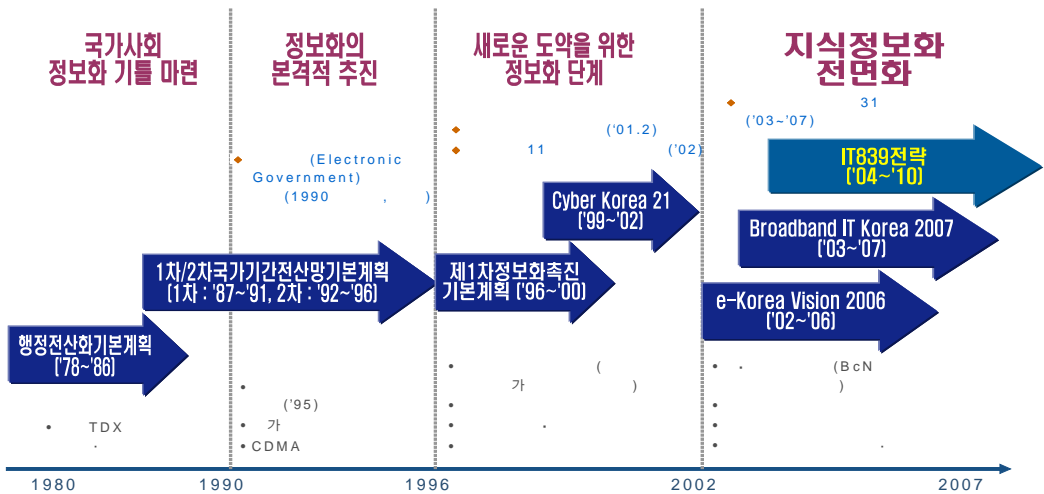
13) 이에 관하여는 鄭在冕, 사이버空間上의 表現의 自由와 그 規制에 관한 研究, 憲法裁判研究 第13卷, 2002. 84면 이하 참조.

14) 이에 관하여는 金日煥, 情報自己決定權의 憲法上 根據와 保護에 관한 研究, 公法研究 第29집 제3호, 2001, 87면 이하 참조.

자정부구현을 위한 필수적 전제조건이 된다. 이외에도 특히 전자정부는 대외적으로 이해관계인이 전자적 수단을 통하여 행정정보에 편리하게 접근할 수 있도록 하는 것을 한 내용으로 하는 정부로서 국민이 전자적 수단을 통해 행정정보에 편리하게 접근하도록 하여 표현의 자유와 표리일체의 관계를 이루는 알 권리를 신장하는 역할을 수행하게 된다. 이와 같이 전자정부는 전자적 수단을 이용하여 각종의 행정정보가 시간과 공간의 제약이 없이 보편적으로 공개됨으로써 투명한 행정에 더더욱 기여하게 된다는 점에서 국민의 알권리를 보다 철저히 보장할 수 있는 정부로서의 역할을 담당해야 하는 것이다.<sup>15)</sup>

4.

16)



<그림 1 국가정보화의 발전 모습>

15) 이에 관하여는 김일환, 헌법상 새로운 정보질서확립을 위한 서설적 고찰, 헌법학 연구 제7권 제1호, 2001, 207면 이하 참조.

16) 이에 관하여는 전자정부특별위원회 백서편집위원회, 전자정부백서, 35면 이하 참조.

우리나라 정부는 1978년에 시작된 ‘행정전산화사업’으로 각 부처별로 기존의 정부업무를 전산화하는 것으로부터 정보화사업을 시작하였다. 이후 1979년에 행정업무전산화추진에 관한 규정을 제정하였고 80년대에 들어서는 행정시스템의 전산화에서 민간부문의 전산화까지 전산화작업의 목표가 확대되어 국가기간전산망사업을 중심으로 행정전산화정책이 시행되었다. 곧 정보화를 본격화하기에는 기술면이나 사회적 수용면에서 아직 미흡한 시기였기에 산업사회와 정보사회를 동시에 연결이 가능하며 국가경쟁력의 기반으로 국가전산화를 구체적으로 실현시켜 나갈 수 있는 방법으로 제기된 것이 국가기간전산망사업이었다.<sup>17)</sup> 1984년에는 국가기간전산망조정위원회가 구성되어 행정전산화로부터 행정전산망으로의 정책변화의 기본체계가 조성된다.<sup>18)</sup> 1987년부터 1996년까지 제1, 2차 행정전산망사업을 추진함으로써 이전의 부처별 개별적인 전산화의 단계를 벗어나 전국가적인 수준에서 전산망의 개념을 도입하였다. 1996년에 정보화촉진기본법에 의거한 정보화촉진기본계획을 수립하여 21세기 세계일류국가로 도약하기 위한 제일의 국가전략으로서 정보화를 설정하고 특히 정보화촉진 10대 중점과제를 선정하였는데 그 첫 번째 과제가 ‘작지만 효율적인 전자정부의 구현’이다.<sup>19)</sup> 국민의 정부로 들어서 정부차원에서 전자정부를 가속화하기 위한 점검 및 조정기구로서 2001년 1월에 정부혁신위원회 산하에 전자정부특별위원회를 발족하여 이를 중심으로 국민편익의 증진과 정부의 생산성·투명성의 제고, 전자정부 기반강화 등을 위한 11대 중점사업을 선정하여 추진하였다.<sup>20)</sup> 참여정부 출범이후 제시된

17) 김성태, 전자정부론 : 이론과 전략, 법문사, 2004. 608면.

18) 황승흠, 전자정부의 법과 국가, 법과사회 제20호, 2001, 101면 이하

19) 이밖에 행정정보공동활용, 전자문서시스템, 열린정부 서비스 등 정부의 국가경쟁력제고를 위하여 명실상부 전자정부로의 진화를 꾀한 시기라고 할 수 있다.

20) 곧 정보화를 통한 민원서비스혁신(G4C), 4대 사회보험 정보연계시스템구축, 국가종합전산조달시스템(G2B)구축, 홈택스서비스시스템구축, 국가재정정보시스템(NAFIS)구축, 시/군/구 행정종합정보화, 교육행정정보시스템구축, 전자인사관리시스템구축,

전자정부의 비전은 정보기술을 활용한 행정개혁을 통하여 생산성 높고 국민위주의 질 높은 서비스를 제공하는 21세기 지식정보사회형 전자정부구현을 통한 온라인 열린 정부를 구현하는 것이었다.<sup>21)</sup> 이를 위하여 서비스전달의 혁신을 통한 네트워크 정부, 정보관리의 혁신을 통한 지식정부, 진정한 국민주권의 실현을 통한 참여정부를 이루고자 하는 것이었다.<sup>22)</sup>

이명박대통령의 실용정부는 기존 정보화관련 법률을 통폐합하는 법률개정작업을 추진중에 있다.

---

전자결재 및 전자문서유통 활성화, 전자서명 및 행정전자서명사업, 범정부 종합전산 환경구축 등을 시행하였다.

21) 이에 관하여는 정부혁신지방분권위원회, 참여정부의 전자정부 로드맵, 2003. 8. 5면 이하 참조.

22) 참여정부는 전자정부 추진방향과 목표로 “일하는 방식의 혁신과 대국민 서비스의 혁신, 그리고 정보자원 관리의 혁신을 통해 투명한 행정, 효율적인 행정, 참여하는 행정을 달성하고, 서비스 전달방법을 혁신하여 네트워크정부를 구현하며, 행정의 효율성과 투명성을 향상하여 지식정부를 구현한다. 또한 행정정보의 능동적, 개방적 제공으로 정책참여를 활성화하고, 개인정보에 대한 자기통제권을 강화하여 행정의 민주성을 제고, 진정한 국민주권의 실현으로 참여정부를 구현한다.”를 언급한다.(이에 관하여는 정부혁신지방분권위원회, 참여정부의 전자정부 로드맵, 2003 참조) 이에 따라서 참여정부는 ‘세계 최고 수준의 열린 전자정부’라는 기치를 내걸고 일하는 방식 혁신, 대국민서비스 혁신, 정보자원관리 혁신, 법제도 정비의 4개 분야 10개 아젠다 31대과제를 선정하고 2003년 8월에 전자정부 로드맵을 완성하였다. 첫째, 일하는 방식의 혁신에 있어 문서처리 전 과정의 전자화, 국가 및 지방재정의 종합정보화, 전자지방정부 구현, 전자감사체계 구축, 전자국회 구현, 통합형사사법체계 구축, 인사행정종합정보화, 외교통상정보화, 국정과제의 실시간 관리, 행정정보공동이용확대, 정보기능연계모델(BRM)개발을 추진하고, 둘째, 대국민 서비스 혁신을 위해, 인터넷민원서비스의 고도화, 국가안전관리종합서비스, 건축·토지·등기연계 및 고도화, 종합국세서비스 고도화, 국가복지종합정보서비스, 식·의약품종합정보서비스, 고용·취업 종합정보서비스, 행정심판인터넷서비스, 기업지원단일창구서비스, 국가물류종합정보서비스, 전자무역서비스, 외국인 종합지원 서비스, 전자정부 해외진출 지원, 온라인 국민참여 확대 등을 추진하며, 셋째, 정보자원관리 혁신을 위해, 범정부 통합전산환경의 구축, 전자정부 통신망 고도화, 범정부 정보기술 아키텍처(ITA)적용, 정보보호체계의 구축, 정보화 인력 및 운영조직 강화·정비, 전자정부 구현 및 안전성 관련 법제정비 등을 추진하는 것을 우선과제로 선정하여 시행하고자 하였다.(이에 관하여는 정부혁신지방분권위원회, 참여정부의 전자정부 추진전략과 현황, 2003 참조)

### Ⅲ.

#### 1.

23)

##### (1)

행정학 등에서 말하는 정보의 공동이용이란 특정한 목적을 위하여 한 기관이 보유하고 있는 정보를 동일하거나 유사한 목적 또는 여타의 목적을 위하여 타 기관과 함께 이용하는 것을 말한다. 이에 따라서 정보의 공동이용은 다른 기관이나 조직의 정보공개를 의미한다. 따라서 정보의 공동이용이란 정부 또는 공공기관이 업무수행을 목적으로 보유(또는 관리)하고 있는 정보를 부서와 부서, 기관과 기관, 공공부문과 민간부문, 그리고 기관·기업·개인 사이에 공동으로 활용하는 것을 의미한다.<sup>24)</sup> 그리고 정보공동이(활)용이라는 개념은 일반적으로 ‘공공DB의 공동이용’과 ‘행정정보의 전자유통’의 두 가지 측면을 포괄하고 있지만, 주로 공공DB의 공동이용의 측면이 강조되고 있다.<sup>25)</sup> 그리고 행정정보의 전자유통이란 인터넷 등을 통한 정부정보의 공개 및 제공을 의미한다.<sup>26)</sup>

##### (2)

다음으로 행정정보의 공동이용은 정부 및 공공기관이 업무수행을

---

23) 이에 관하여는 황주성 외, 공공정보자원관리의 혁신방안연구 : 정보공동활용을 중심으로, 정보통신정책연구원, 2007 참조.

24) 한국전산원, 인적정보의 공동활용에 따른 기술적·제도적 프라이버시 보호대책, 1997, 7면.

25) 김준한, 공공부문 기업정보의 공동 활용에 관한 연구, 한국행정연구 1998년 겨울호(제7권제4호), 177면 이하

26) 한국전산원, 정보공동활용의 경제성 분석 모델 개발, 1999, 8면.

가

목적으로 보유하고 있는 행정정보를 기관과 기관, 공공부문과 민간부문, 기관/기업/개인 사이에 공동으로 활용하는 것을 의미한다. 따라서 이러한 정보공동이용은 해당 정보에 접근, 해당 정보의 공유, 해당 정보의 사용을 포함한다.<sup>27)</sup>

전자정부의 구현과 발전을 위하여 핵심적인 것이 바로 ‘행정정보’<sup>28)</sup>의 ‘공동이용’이다. 여기서 행정정보의 공동이용이란 행정기관이 보유·관리하고 있는 행정정보를 다른 행정기관이 정보통신망에 의하거나 디스켓·테이프 기타 이와 유사한 매체에 의하여 제공받아 이용하는 것을 말한다.<sup>29)</sup>

### (3)

전자정부는 정보통신기술을 기반으로 하여 정부업무의 전자적 처리와 유기적 연계로 행정의 효율성과 투명성을 제고하고, 국민과 기업이 원하는 정보와 서비스를 언제 어디서나 쉽게 접근하고 이용할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다.<sup>30)</sup> 따라서 행정정보를 공동이용하고, 동일한 정보의 중복수집을 금지하며 행정기관간 확인가능한 민원첨부

27) 이에 관한 일반적인 설명으로는 한국행정연구원, 행정정보의 공동활용제도에 관한 연구, 1997 참조

28) 전자정부법 제2조 제4호에 따르면 행정정보란 행정기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 자료로서 전자적 방식으로 처리되어 부호·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된 것이다.

29) 행정자치부, 전자정부법의 이해와 해설, 2001, 53면. 이와 관련하여 정부에 의하여 국회에 제출된 「행정정보공동이용법안」에 따르면, 행정정보의 ‘공동이용’이라 함은 행정정보의 전부나 일부를 동법이 정한 절차에 따라 보유기관이 전자적 체계를 통하여 연계함으로써 이용기관이 조회하거나 전송받는 것을 말한다.(동 법안 제2조 제2호) 행정자치부가 2001년 개념정의했던 ‘행정정보공동이용’의 개념은 ‘디스켓·테이프 기타 유사한 매체에 의하여 제공받아 이용하는 것’을 함께 규정하여 오프라인 방식의 행정정보 제공 및 이용이 이에 포함되는 것으로 보았지만, 국회에 제출된 「행정정보공동이용법안」에서 개념은 ‘전자적 체계를 통하여 연계하는 것’만을 그 요소로 하여 ‘행정정보 공동이용’의 개념 범위를 축소하고 있다.

30) 강경근, 行政情報의 共同利用에 따른 法的 課題, 한국법제연구원, 2001. 12, 10면 이하.

서류의 제출요구를 금지하기 위하여 전자정부법상 규정하고 있는 것이 바로 행정정보공동이용의 원칙이다.<sup>31)</sup>

결국 정보통신망에 의한 행정정보의 공동이용은 컴퓨터시스템과 네트워크를 활용한 공동이용방법으로 정보전달의 신속성·정확성 확보, 지리적·시간적 한계의 극복, 종이문서 사용 절약 등의 효과가 있으므로, 전자정부구현을 위한 이상적이며 필수적인 수단이라 할 수 있다.<sup>32)</sup>

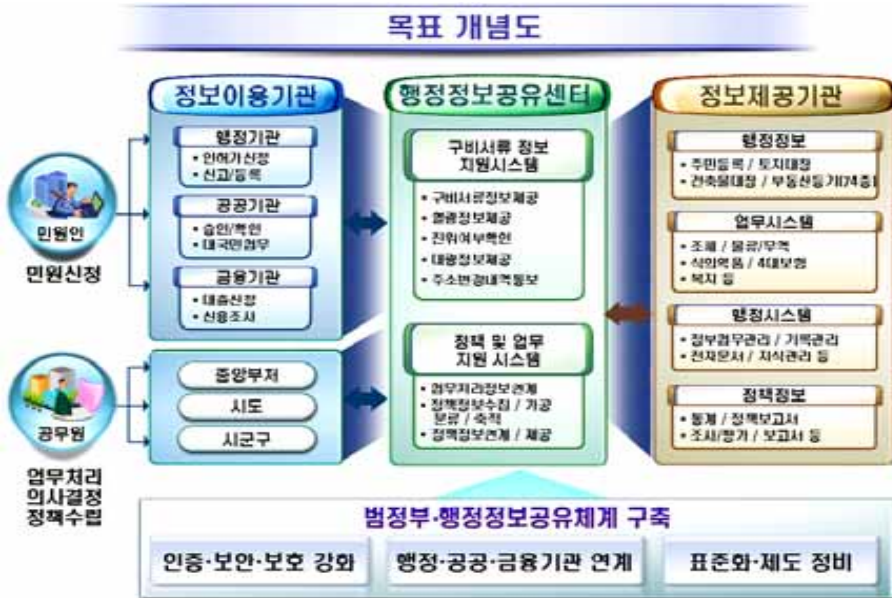
---

31) 행정정보공동이용의 구체적 분야로는 기관간 업무DB의 공동활용(유관기관간 전산정보를 공동으로 활용함으로써 전산개발에 따른 중복투자를 방지하고 국가 주요 정책의 수립에 필요한 정보를 지원하며 나아가 대민서비스를 개선하기 위한 기관간 업무DB의 공동활용은 범정부적인 차원에서 부처별로 보유하고 있는 정보를 공동으로 활용할 수 있도록 추진하여 왔다. 이와 관련하여 행정정보공동이용은 주민등록정보, 부동산정보, 자동차정보, 기업정보, 세금정보 등 5대 분야를 중심으로 논의되어 왔다.), 종합행정정보시스템의 구축(국가의 주요정책을 수립하고 시행하는데 지원 가능한 행정정보의 범정부적인 공동활용은 행정전산망의 총괄기관인 행정자치부와 정부전산정보관리소를 주축으로 하여 추진되고 있는데, 제2차 행정전산망사업에서는 정부전산정보관리소가 행정정보의 중심적인 센터로서 각 부처에서 개별적으로 개발관리하고 있는 행정정보를 행정정보유통센터의 네트워크를 통해 범정부적으로 공동활용 하고자 하였다.), 업무쇄신정책에 따라 행정업무 간소화 시행이 언급되고, 행정정보공동이용의 기대효과로는 국가기본정보 공동활용체계의 업무 및 대민서비스 개선효과, 국가기본정보 보유기관과 수요기관간 정보공동활용에 의한 국민 편의 증진, 국가기본정보를 활용하여 민원인에게 유용한 정보 제공이 언급된다. 이에 관하여는 박정훈, 국가정보화와 민간정보화의 실증연구, BK21 연구총서(Ⅲ-2), 서울대학교 2002, 8면 이하; 한국전산원, 국가기본정보 공동활용체계 구축방안 연구, 1999. 7; 한국전산원, 인적정보의 공동활용에 따른 기술적·제도적 프라이버시 보호대책, 1997, 23면 이하; 황주성 외, 공공정보자원관리의 혁신방안연구 : 정보공동활용을 중심으로, 정보통신정책연구원, 2007 참조.

32) 金日煥, 行政情報의 共同利用으로부터 情報自己決定權의 保護에 관한 憲法上 考察, 公法研究 第32輯 第4號, 2004, 118면.



가



〈그림 2 행정정보공유 목표 개념도〉



〈그림 3 행정정보공유센터 개념도(자료 : 행정자치부, 2005)〉

## 2.

### (1)

아래에서 설명한 것처럼 전자정부에서 개인정보보호문제를 다루기 위해서는 행정정보의 공동이용<sup>33)</sup>과 개인정보의 공동이용을 구별해야 하는지를 검토해야 한다. 왜냐하면 이러한 분류와 방식이 이를 규제하거나 적용되는 법규들과 연결되기 때문이다. 다음으로 이러한 구별에 더 잡아 행정정보의 공동이용을 규율하는 위 법규정들을 개인정보에 해당하는 행정정보의 공동이용에도 적용할 수 있는지를 계속해서 검토해야 한다. 곧 행정정보중에는 개인정보가 포함되어 있기 때문에 개인정보를 공동이용하는 경우는 곧 정보주체의 기본권인 정보자기결정권의 침해로 연결될 수 있으므로 문제가 되는 것이다. 개인정보가 행정기관간에 공동이용되면 자신에 관한 정보의 수집과 이용에 대한 정보주체의 동의의 범주를 넘어서거나 법률의 취지에 어긋나게 개인정보가 이용될 수 있는 위험을 증대시키게 된다. 결국 행정정보 공동이용을 통하여 각 행정기관이 보유하고 있는 정보들로부터 정보를 제공받는 것은 새로운 개인정보를 수집하는 것과 다를 바 없다. 따라서 전자정부 구현과정에서 필수적으로 나타나게 되는 개인정보의 공동이

---

33) 행정정보 공동이용의 다양한 방식과 분류에 대한 연구가 법학에서 그동안 충분하게 이루어지지 않았지만 앞으로 이에 관한 연구가 체계적으로 이루어져야만 한다. 왜냐하면 행정정보 공동이용의 방식과 분류에 관한 연구는 해당 행정정보의 공동이용을 규율하는 법제정비를 위한 선행연구에 해당하기 때문이다. 행정정보 공동이용방식은 (1) 이용방식 등에 따른 분류 (2) 물적 정보와 인적 정보의 분류 (3) 공동이용의 주체에 따른 분류 (4) 공동이용의 정도에 따른 분류 (5) 공동이용의 형태에 따른 분류 (6) Data의 가공여부에 따른 분류 (7) 서비스방식에 따른 분류 (8) 정보시스템 연계·통합방식에 따른 분류를 들 수 있다. 이에 관하여 자세한 것은 김일환, 전자정부구축에 따른 행정정보 공동이용의 방식과 유형에 관한 고찰, 成均館法學 第19卷 第1號, 2007, 1면 이하 참조.

가

용이 그 정당성을 입증해야하는 기본권의 제한임을 분명히 인식하고 그에 따른 법제정비를 강구하는 것이 중요한 과제로 대두된다.

(2)

34)

가) 먼저 공동이용되는 행정정보가 개인정보에 해당하느냐에 따라서 개인정보 관련성이 있는 행정정보와, 개인정보 관련성이 없는 행정정보(또는 물적 정보의 공동이용과 인적정보의 공동이용)로 구분할 수 있다.

나) 개인정보에 해당하는 행정정보의 공동이용은 다시 민감한 개인정보의 공동이용과 비민감(개인)정보의 공동이용으로 구분할 수 있다.

다) 개인정보에 해당하는 행정정보의 원래 수집된 목적 외의 이용 여부에 따른 분류

개인정보에 해당하는 행정정보를 원래 수집한 목적의 범위 내에서 공동이용하는 경우와 원래 수집한 목적의 범위를 넘어서서 이용하는 경우로 나눌 수 있다.

라) 정보의 이용주체에 따른 분류

공동 이용 주체에 따른 분류는 정보의 이용자가 공공기관이냐 민간 기관이냐에 따라 행해질 수 있다. 이는 다시 행정정보의 공동이용을 먼저 공공부문에서 ① 행정기관 내에서 해당 기관의 부서간(곧 행정 기관 내부간 공동이용)<sup>35)</sup>, ② 해당 기관과 유사한 업무를 담당하고 있

34) 이에 관하여 김일환, 전자정부구축에 따른 행정정보 공동이용의 방식과 유형에 관한 고찰, 成均館法學 第19卷 第1號, 2007 참조.

35) 이에 관하여는 다음 신문 기사를 참조 : “국민연금관리공단(이하 공단) 직원 수십 명이 돌아가며 한 국민연금 가입자의 개인신상정보를 열람해온 것으로 드러나 충격을 주고 있다. 공단은 이달 초 박씨의 ‘개인정보열람기록’을 공개했다. 그 내용은 충격적이다. 기록상 지난해 10월11일부터 올해 1월11일까지 3개월간 7개부서 41명의 직원이 74회에 걸쳐 박씨의 개인정보를 열람했던 것. 박씨는 “개인정보에는 가족관계는 물론 질병기록, 재산상황, 소득, 차량, 주민번호 등 나에 관해 없는 것이 없다”면서 “소중한 정보들을 그 많은 직원들이 돌아가면서 봤다니 소름이 끼친다”고 분노를 감추지 못했다. 그는 ““민원부서도 아닌 직원이 왜 봤냐”고 물었더니 ‘그냥 당신이 어떤 사람인지 궁금해서 봤다’고 하더라”면서 “어떻게 이런 일이 있을

는 유관기관간(곧 유관 행정기관 상호간 공동이용)<sup>36)</sup>, ③ 해당 기관과 다른 업무를 담당하고 있는 기관간<sup>37)</sup>, ④ 더 나아가 행정기관과 다른 국가기관간(법원 등)(곧 행정기관과 다른 국가기관 및 공공기관 상호간 공동이용) 공동이용으로 구별할 수 있다.

수 있느냐”고 분노했다. 그는 공단이 공개한 기록의 신빙성에 대해서도 의문을 제기했다. 그는 “정보를 봤다고 내게 고백한 직원들의 이름이 빠져있고, 열람기간도 3개월이 아니라 내가 안티 국민연금운동을 시작한 지난해 5월부터 최근까지 약 10개월간”이라며 “정보를 제대로 공개하면 개인정보 열람은 최소한 150회가 넘을 것”이라고 주장했다. 한편 박씨 이외에도 현재 10여명이 같은 이유로 행정심판을 청구한 상태라 파문은 더욱 확산될 것으로 보인다.“(동아일보 2005. 4. 12.)

36) “법무부는 11일 범죄 예방·수사 목적의 유전자 정보를 채취해 데이터베이스(DB)화할 수 있도록 하는 내용의 ‘유전자 감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안)’을 입법예고했다. 수사기관에서는 지금도 필요시 피의자의 DNA 시료를 제한적으로 채취하고 있지만 이번에 구체적인 근거법안이 마련되면 범죄자의 DNA 정보에 대한 체계적인 관리가 이뤄지게 된다. 법안에 따르면 수사기관은 살인·강도·강간·방화·특수절도·체포감금·약취유인·범죄단체조직·마약·특수상해 및 폭행 등 11개 강력사건 피의자나 수형자, 범죄현장의 유전자 정보를 DB로 관리하게 된다. 유전자정보 관리권한은 검·경에 분산돼 경찰은 구속 피의자로부터 ‘본인 동의나 법원 영장을 받아서’, 검찰은 형이 확정된 수형자로부터 ‘강제로’ 유전자 감식시료(구강점막 등)를 수집한다. 수사기관은 구강점막 채취나 간이채혈 등의 방식으로 얻은 시료를 분석해 부호화한 유전자 정보를 DB로 저장해 관리하다 범죄현장에서 수거한 혈흔·정액·모발 등과 대조하는 방식으로 범인을 식별한다. … 검찰은 현재 수형자중 1만5천~1만7천명이 유전자 정보 관리대상에 포함되고 피의자중 연간 3만여 명이 해당 범죄로 구속된다는 점을 감안할 때 법안이 시행되면 연간 2만~3만여 건의 유전자 정보 DB화가 이뤄질 것으로 예상하고 있다.“(중앙일보 2005. 11. 11.)

37) “국민연금관리공단이 국방부, 국가정보원, 경찰 등 복지업무와 관계없는 외부기관에 4천600여건의 가입자 정보를 제공한 것으로 드러났다. 국민연금관리공단이 1일 국회 보건복지위 소속 한나라당 심재철 의원에게 제출한 자료에 따르면 공단은 지난해 1월부터 올 5월까지 건강보험공단 등 외부기관에 총 3천288만1천403건에 달하는 가입자 정보를 제공한 것으로 밝혀졌다. 이 가운데 국방부 4만4천933건을 비롯해 국세청 923건, 대한변호사협회 203건, 국가정보원 24건, 서울지방 경찰청 6건, 서울지검 서부지청 1건 등 복지업무와는 무관한 기관도 다수 포함된 것으로 나타났다. 심 의원은 특히 “국정원이 신청한 24건은 재판이 종결된 하나의 국가보안법위반사건 연루자들에 대한 것으로, 이들을 관리할 목적으로 요청공문에 용도를 명기하지 않은 채 개인정보 제출을 요구했다”며 경찰 역시 수사목적이 아니라 경찰관의 이중직업 여부를 파악하려는 자체감사 목적이었다.”고 주장했다.“(조선일보 2002. 8. 1.)

다음으로 공공부문과 민간부문간 공동이용<sup>38)</sup>, 마지막으로 민간기관 간 공동이용으로 나눌 수 있다.

38) “올해 1월부터 새 도로교통법시행규칙에 따라 경찰청은 자동차운전학원이 수강생의 지문을 채취해 신분확인을 하도록 지문인식기 도입을 의무화했다. 지문인식기로 확인된 수강생들의 수업이수 상황은 실시간으로 경찰청에 전송되고 있다. 경찰청은 이를 “대리·허위 교육을 방지하기 위한 것”이라고 밝히고 있지만 시민단체들은 “국민의 생체정보를 이용해 수강생들을 예비범죄자 취급 하고 있다”고 비판하고 있다.“(문화일보 2005. 2. 11.) ”신용대출이나 주택대출 등을 받을 때 주민등록 등·초본을 뽑아 은행에 내야했던 불편이 사라질 전망이다. 또 주택청약저축 등을 가입할 때도 주민등록 등본을 미리 뽑아둘 필요가 없어져 시간과 비용이 크게 절약되게 됐다. 우리금융지주 계열 우리은행과 기업은행은 행정자치부와 `e하나로 민원서비스 협약'을 체결하고 시중은행중 최초로 행정정보 공동이용서비스를 올 22일부터 시행한다고 21일 밝혔다. 이 서비스는 본인 동의하에 은행에서 주민등록 등·초본을 열람, 확인할 수 있는 서비스다. 이로써 대출이나 청약저축 등을 이용할 때 미리 구청이나 동사무소 등에 일일이 방문해 관련서류를 출력해 들고 갈 필요가 없어진다는 것. 이른바 `서류없는 은행(Paperless Banking)' 시대가 더욱 가까워졌다는 설명이다. 다만 이 서비스는 은행 내부처리용이므로 직접 고객이 외부로 서류를 발급해 갖고 나갈 수는 없다. 우리은행 업무지원부 관계자는 “주택청약저축을 가입하거나 신용·주택대출을 받을 경우 주민등록 등초본 등을 은행에 내야했다”며 “이 서비스를 이용하면 빠르고 간편하게 관련업무를 볼 수 있다”고 설명했다. 그는 “관공서에 방문해 서류를 받는 시간과 비용도 크게 절감될 것”이라며 “은행 업무처리 시간도 많이 줄어들어 효율적”이라고 덧붙였다. 우리은행은 대출의 경우 고객 관련서류를 은행 내부단말기로 확인하고 대출이 실행되며, 관련자료는 자동으로 스캔돼 저장된다고 밝혔다. 주택청약저축 등의 경우에도 고객 관련서류를 내부에서 출력해 참고·확인하게 된다. 우리은행과 기업은행은 지난 2005년부터 행정정보 공동이용서비스를 시작하기 위해 행자부와 협의를 계속해왔다. 우리은행 업무지원부 관계자는 “처음 시작한 주민등록 등·초본을 포함한 12종의 서류를 이용하는 것”이라며 “향후 등기부등본과 휴·폐업서류 등도 은행에서 본인동의하에 확인처리할 수 있도록 추진할 계획”이라고 말했다. 한편 이날 행정정보 관련 협약식에는 박명재 행자부장관과 박해춘 우리은행장, 강권석 기업은행장과 우리·기업은행 관계자들이 다수 참석했다.“(이데일리 2007. 11. 21.) 이와 관련된 법적 근거로는 전자정부법을 들 수 있다.(제22조의2 (공공기관등의 행정정보 공동이용) ①행정기관은 그 기관이 보유하고 있는 행정정보를 공공기관과 「은행법」 제8조 제1항의 규정에 따라 인가를 받은 기관 등 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령이 정하는 법인·기관 및 단체(이하 이 조에서 “공공기관등”이라 한다)로 하여금 제22조 제4항의 규정에 따른 행정정보공동이용센터를 통하여 공동이용하게 할 수 있다. ②제1항의 규정에 따라 행정정보를 공동이용하는 경우에는 행정전자서명을 사용하여야 한다. ③제21조 제1항 및 제2항의 규정은 제1항 및 제2항의 규정에 따른 행정정보의 공동이용에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 “행정기관”은 “공공기관등”으로, “행정정보를 공동이용하여야 한다”를 “행정정보를 공동이용할 수 있다”로 본다.[본조신설 2007.1.3])

## IV.

### 1.

정보사회에서 왜 사생활자유가 더 침해될 가능성이 높은지는 정보 기술의 발전이 인간에 대하여 갖고 있는 위험성에 관한 토론을 배경으로 해서만 이해할 수 있다. 결국 컴퓨터의 등장이후에 ① 자동정보처리와 ② 정보의 끊임없는 연결을 통하여 국가가 모든 개인정보에 대하여 알 수 있다는 것에 대한 두려움이 증가하였다.

이에 따라서 국가는 자신에게 부여된 과제를 수행하기 위하여 당연히 필요한 지식과 정보를 조사·처리·저장해야만 하지만 그와 동시에 과제수행을 필요한 것 이상의 정보를 국가는 수집하거나 전달·저장해서는 안 된다. ‘인간친화적이고’ ‘헌법친화적인’ 정보사회<sup>39)</sup>가 되기 위한 가장 중요한 기준중 하나가 바로 정보사회에서 개인의 ‘사생활자유’를 어떻게 보호해야 하는 지라는 문제이다. 왜냐하면 정보사회에서는 정보소유자와 전자정보처리자가 지금까지 인식되지 않았던 정도로 막강한 권력을 행사하고, 이를 남용할 가능성을 갖게 되었기 때문이다. 이제 중요한 것은 두려움의 대상인 정보처리를 가능한 한 투명화함으로써, 기술적 발전에 관하여 ‘규범적으로’ 판단하고 예측함으로써 개인의 존엄성과 자율을 앞으로도 계속해서 보장해야만 한다. 여기서 정보자기결정권이란 개인정보의 사용과 공개에 대하여 원칙적으로 개인 스스로 결정할 권리이다.<sup>40)</sup> 이러한 권리는 개인정보의 공개와

39) 이에 관하여는 김일환, 헌법상 새로운 정보질서확립을 위한 서설적 고찰, 헌법학연구 제7권 제1호, 2001 참조.

40) 이에 관하여 자세한 것은 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001, 87면 이하; 권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사, 2005 참조.

이용에 대하여 결정할 개인의 권한을 보호하기 때문에 누가, 무엇을, 언제 그리고 어떠한 경우에 자기에 관하여 아는지를 시민들이 더 이상 알 수 없는 사회질서 및 이를 가능하게 하는 법질서는 정보자기결정권과 조화되지 못한다.<sup>41)</sup>

이러한 기준에서 각종 정보처리시스템 시행의 위헌성 존재여부를 판단하기 위해서는 먼저 이러한 시스템이 헌법상 보호되는 개인정보를 다루는지를 판단하여야 한다. 다음으로 이러한 시스템에서 개인정보를 처리한다고 해서 언제나 違憲인 것은 아니다. 따라서 이를 정당화하는 근거와 기준들이 충분하다면 해당 정보를 수집, 처리하는 게 헌법상 허용된다. 그렇다면 이러한 시스템에서 개인정보를 처리하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 따라서 이에 관한 근거법률이 존재해야 하는 바, 여기서 말하는 법률은 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률을 말한다. 다만 여기서 수집된 개인정보를 전자화하는 근거법률이 있다고 해서 이것이 곧장 수집행위의 근거법률이 될 수는 없음을 인식해야만 한다.

41) “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. … 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.”(2005.05.26. 2004헌마190) 그런데 헌법재판소는 헌법 제17조의 사생활자유를 긍정적이고 적극적으로 해석하면서도, 성적 자기결정권을 포함한 개인의 자기결정권을 헌법 제17조의 사생활자유가 아닌 헌법 제10조 - 물론 ‘인간의 존엄과 가치’로부터인지, ‘행복추구권’으로부터 인지는 정확하게 밝히고 있지 않지만 - 에서 모두 끄집어내어 왔다. 그런데 최근에 헌법재판소는 개인정보“자기결정권”에 대해서는 “자기결정권”에 관한 기존의 판례와는 달리 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권이라고 언급하였다. 이에 관한 비판으로는 金日煥, 性的自己決定權의 憲法上 導出根據에 관한 批判的 檢討, 憲法學研究 제12집 제2호, 2006, 107면 이하 참조.

곧 개인정보를 수집, 처리할 수 있는 법적 근거가 있는가라는 문제는 이렇게 수집된 개인정보를 手記로 처리하느냐, 電子化할 수 있는가는 다른 문제인 것이다. 그렇다면 이러한 시스템에서 개인정보를 처리하기 위한 근거법률을 요구하는 이유는 개인정보의 수집으로 인한 기본권의 제한이 있기 때문이지, 그 정보를 전자화하기 때문이 아니다. 다음으로 해당 개인정보를 수집, 처리할 수 있는 법적 근거가 마련된다면, 이러한 법적 근거가 비례성원칙, 특히 규범명확성원칙과 목적구속원칙을 준수하고 있는지, 해당 주체의 권리보호에 관한 규정 및 감독기구를 통한 통제가 이루어지고 있는지를 계속적으로 살펴보아야 한다.

## 2. 가

정보사회의 발전으로 인하여 새롭게 등장한 전자정부는 정보통신기술을 기반으로 하여 정부업무의 전자적 처리와 유기적 연계로 행정의 효율성과 투명성을 제고하고, 국민과 기업이 원하는 정보와 서비스를 언제 어디서나 쉽게 접근하고 이용할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다. 그런데 이러한 전자정부의 핵심적 내용이 되는 새로운 행정시스템은 지금까지 행정시스템과는 전혀 다르다. 왜냐하면 이러한 새로운 행정시스템에서는 서류전달이 아니라 컴퓨터전산망의 연결을 통하여 정보교환이 행해지고 있기 때문에 국가기관 상호간에 업무와 과제를 구분하거나 특별히 ‘정보협조’를 구할 필요성이 없어지기 때문이다. 정보사회에서 발전된 현대정보기술을 행정조직이 이용하는 장점은 무엇보다도 한 기관에서 다른 기관으로 ‘정보의 막히지 않은 흐름’이며, 이를 통하여 국가행정은 많은 절차들을 투명화하고, 효율적으로 국민에게 봉사할 수 있다. 다시 말하면 이러한 정보통신기술은 무엇보다도 비용인하, 신속한 결정보장, 행정절차의 합리화에 기여하나 바로



동시에 이것이 정보사회에서 개인정보의 침해, 정보자기결정권의 침해로 연결될 수 있다는 데에 결정적인 문제점이 있다.<sup>42)</sup>

이미 설명된 것처럼 결국 정보사회에서 우리가 가장 두려워하는 것이 개개인마다 고유번호를 부여한 상태에서 이들에 관한 각종 자료를 통합하여 수집·처리하는 중앙정보은행의 출현이라고 할 때<sup>43)</sup>, 이를 가능하게 하는 것이 바로 전산망연결을 통한 개인정보의 검색과 통합이다. 그렇다면 해커와 같은 외부인에 의한 전산망침투보다는 공무원에 의한 정보유출이나 법적인 통제 없이 개인정보가 함부로 전혀 다른 과제를 수행하는 국가기관들로부터 검색, 처리되는 것으로부터 더 심각하게 개인의 사생활이 침해된다.<sup>44)</sup>

### 3. ‘ ’

이제 정보사회에서도 국가나 사회를 통한 기술적, 법적 변화가 개인의 인간존엄 및 가치에 바탕을 두고 행해져야만 한다는 것이 확인되었

42) 이러한 양면성에 관하여는 다음 신문 기사를 참조 : “정부가 지난해부터 추진해 온 실업대책과 관련, 감사원이 지난해 11월부터 두 달간 공공근로자, 실업급여자, 직업훈련생 등의 명단을 전산대조한 결과 6천여명이 부정 또는 중복수혜자인 것으로 밝혀졌다. 감사원은 24일 공공근로를 하면서 실업급여도 받은 사람이 1천47명, 자영업자면서 실업급여를 받은 사람이 2백77명, 공공근로와 직업훈련 중복참여자가 3천1백90명 등 모두 6천2백49명이 중복수혜자로 드러났으며 이들에 대한 예산 중복집행만도 10억6천만원에 달했다고 밝혔다.”(중앙일 1999. 3. 24.) “구직등록, 실업급여, 실업자대부, 직업훈련, 공공근로 등 실업관련 5대 데이터베이스(D/B)의 통합 전산망이 곧 가동된다. 노동부 관계자는 5일 『구직등록, 실업급여, 실업자 대부 등 3대 데이터베이스에 이어 최근 직업훈련과 공공근로 데이터베이스의 전산입력 작업을 완료, 이들 5대 데이터베이스의 연계운영이 곧 가능해진다』고 말했다. 실업관련 5대 데이터베이스의 통합전산망이 가동되면 직업훈련을 받으면서 공공근로사업에 참여하는 등의 부정 및 이중 수혜가 즉각 확인돼 실업대책의 효율성이 높아질 것으로 기대된다.”(조선일보 1999. 5. 5.)

43) 이에 관하여는 김일환, 情報社會에서 個人識別番號의 수집 및 이용에 관한 憲法的 考察, 成均館法學 第17卷 第1號, 2005, 215면 이하 참조.

44) 이에 관해서는 고영삼, 전자주민카드와 개인정보침해의 일상화, 경제와 사회 1997 제35호, 175면 이하 참조.

다. 이에 따라서 국가는 자신에게 부여된 과제를 수행하기 위하여 당연히 필요한 지식과 정보를 조사·처리·저장해야만 하지만 그와 동시에 과제수행을 필요한 것 이상의 정보를 수집하거나 전달·저장해서는 안 된다.<sup>45)</sup> 결국 이러한 정보자기결정권을 바탕으로 하여 개인은 국가가 자기 자신에 관한 어떤 정보를 조사, 처리해도 되는지를 결정, 통제할 수 있는 권리를 갖고 있다. 따라서 국가를 통한 개인정보의 모든 조사, 저장, 전달은 정보자기결정권의 제한이므로 이에 관한 法的授權을 필요로 하는 것이다.<sup>46)</sup> 이러한 인식이 선행되어야 정보조사와 모든 정보처리는 관련자가 명시적으로 목적이 구체화된 정보처리에 동의하거나 중요한 공공복리에 따라 제정된 법률에 근거한 경우에만 허용됨을 알 수 있다. 이를 헌법- 및 기본권 이론적으로 이해하기 위해서는 기본권제한의 역할과 기능, 정보자기결정권의 보호를 위한 기본권제한개념의 확대필요성<sup>47)</sup>에 관하여 분명히 인식해야만 한다.

#### 4.

전자정부의 핵심적 내용이 되는 새로운 행정시스템은 지금까지 행

45) Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Nomos Verlag, 1987, 37면 이하 참조.

46) “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”(2005.05.26. 2004헌마190)

47) 金日煥, 情報社會에서 基本權制限概念의 擴大必要性에 관한 考察, 憲法學研究 제 9권 제3호, 2003. 10, 181면 이하 참조.

정시스템과는 전혀 다르다. 왜냐하면 이러한 새로운 행정시스템에서는 서류전달이 아니라 컴퓨터전산망의 연결을 통하여 정보교환이 행해지고 있기 때문에 국가기관 상호간에 업무와 과제를 구분하거나 특별히 ‘정보협조’를 구할 필요성이 없어지기 때문이다. 물론 모든 국가기관은 그들이 갖고 있는 자료나 정보를 갖고서 그들의 과제를 처리하기에 충분하지 않다면 그들의 과제를 이행할 수 있도록 기관 상호간에 원조해야만 한다. 문제는 이러한 국가기관 상호간 기관협조(‘행정응원’)가 전자정보처리시대에서도 헌법합치적으로 존재할 수 있도록 해야만 한다는 것이다. 이에 따라서 개인정보보호는 구체적이면서 정확한 법률상 근거없는 정보교환과 자료교환으로부터 시민을 보호한다. 이는 행정이 그 정당한 과제수행을 위하여 필요로 하는 것보다 더 많은 정보교환을 가능하도록 하는 그러한 법률로부터 시민을 보호한다. 하지만 이와 동시에 개인정보보호는 국가기관간 정보교환을 전면적으로 금지시키는 것이 아니라 이러한 정보교환이 규정된 범위 내에서 필요한 만큼만 행해질 것을 요구한다.

## 5.

위의 설명에 따라서 개인정보 수집 ‘자체’가, 전산망의 연결을 통한 개인정보의 ‘공동이용’이 정당성을 입증해야만 하는 ‘새로운’ 기본권제한임을 헌법상 인식하게 되었다. 곧 이는 헌법 제37조 제2항에 따라서 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여’ 개인정보의 공동이용이 ‘필요’함을 입증하는 ‘법적 근거’를 국가가 제시해야만 헌법상 그러한 기본권제한이 정당화될 수 있음을 뜻한다. 국가를 통한 개인정보의 공동이용과 관련하여 특히 강조되어야만 하는 것이 바로 ‘규범명확성원칙’과 ‘목적구속원칙’이다. 결국 법적 근거의 제시 및 내용의 정당성입

중 그리고 ‘비례성원칙’과 ‘목적구속원칙’ 등을 충족하는 경우에 한하여 국가의 개인정보 공동이용은 비로소 정당화될 수 있다.<sup>48)</sup>

먼저 개인의 정보자기결정권을 제한하는 법적 근거는 법치국가원칙으로부터 도출되는 ‘규범명확성’과 ‘구체성’원칙을 충족해야만 한다.<sup>49)</sup> 이것은 관련자가 어떤 구체적인 처리목적들을 위하여 자신의 정보가 필요한지를 명확하게 인식할 수 있어야만 한다는 것을 뜻한다.<sup>50)</sup> 따라서 두개의 서로 다른 목적의 결합을 통하여 개인정보의 연결을 허용하는 법규정은 관련자의 권리보호를 불확실한 쪽으로 이끌 수 있다.<sup>51)</sup> 그렇다면 이러한 규범명확성원칙은 관련자에게 국가정보처리의 투명성을 확실한 정도로 보장한다. 왜냐하면 자신에 관한 정보가 관련자의 동의와 인식없이 처리된다면 국가가 어떠한 목적으로 자신에 관한 정보를 제3자에게 전달하고 처리해도 되는지를 이 개인은 최소한 법규정에서 추측할 수 있어야 하기 때문이다. 그리고 법규정을 통

---

48) 이에 관하여는 金日煥, 行政情報의 共同利用으로부터 情報自己決定權의 保護에 관한 憲法上 考察, 公法研究 第32輯 第4號, 2004 참조.

49) Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, J. C. B. Mohr, 1986, 200면 이하.

50) “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(1990. 4. 2. 89헌가113); “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. 특히 법률이 형벌법규인 때에는 더욱 그러하다. 왜냐하면 법률이 규정한 용어나 기준이 불명확하여 그 적용대상자가 누구인지 어떠한 행위가 금지되는지의 여부를 보통의 지성을 갖춘 사람이 보통의 이해력과 관행에 따라 판단할 수 없는 경우에도 처벌된다면, 그 적용대상자에게 가혹하고 불공정한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 어떠한 행위가 범죄로 되어야 하는가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권력분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.”(1992. 4. 28. 90헌바27등)

51) 이에 관하여는 Spiros Simitis(Hrsg.), Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Nomos Verlag, 2003, 723면 이하 참조.

하여 관련자가 명확하게 인식할 수 없다면 이 관련자는 자신의 통제권과 설명권을 주장할 수도 없다.

다음으로 개인정보처리시 요구되는 목적구속원칙<sup>52)</sup>이 개인정보 공동이용을 통제하기 위한 중요한 원칙으로 등장한다. 이 원칙은 한편으로 정보처리목적을 확정하고 다른 한편은 정보처리의 범위를 한정한다. 따라서 정확한 목적결정 및 목적구체적인 개인관련정보의 이용 및 전달을 통하여 이러한 위험에 효과적으로 대처할 수 있다. 여기서 우선 정확한 목적설정 및 조사된 개인관련정보의 범위 내에 있도록 유지시키는 목적구속원칙이 모든 합법적 정보처리과정을 위하여 중요한 기준으로 작용하는 원칙이다.<sup>53)</sup> 따라서 정보처리의 합법성을 확정지을 수 있기 위해서는 먼저 어떤 목적을 위하여 개인정보가 조사되는 지에 대한 인식을 필요로 한다. 왜냐하면 개인정보가 처리되어도 되는지 여부는 정보처리목적과 정보조사목적이 동일한지라는 판단에 달려있다.<sup>54)</sup> 정확한 목적결정은 목적구속을 위한 필요한 전제조건으로서 제시된다. 정확한 목적없는 목적구속이란 공허한 것이다.<sup>55)</sup>

그렇다면 특정기관이 저장하고 있는 개인정보가 동시에 모든 다른 행정기관의 공통된 정보를 뜻하는 정보통일체란 존재해서는 안 된다. 결국 국가기관 상호간에 개인정보가 전달되는 한 이러한 정보권력분립원칙과 목적구속원칙을 통하여 시민이 이러한 정보전달을 알 수 있도록 그 정보이동과정이 투명해져야 한다.<sup>56)</sup> 결국 컴퓨터의 엄청난

52) 이에 관하여 자세한 것은 Alexander Roßnagel(Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, C. H. Beck, 2003, 1833면 이하 참조.

53) Bernhard Hoffmann, Zweckbindung als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzansatzes, Nomos 1991, 26면.

54) Bernhard Hoffmann, 전게서, 110면. 목적구속원칙이란 원래 정보조사를 통하여 수집된 개인정보들이 법률상 규정된 목적을 위하여 집행된다는 것을 보장하기 위한 것이다.

55) Bernhard Hoffmann, 전게서, 127면.

56) Bernhard Schlink, Datenschutz und Amtshilfe, NVwZ 1986, 249면.

저장가능성과 처리능력을 통하여 시민의 완전한 파악과 기록화로 이끌 수 있는 오늘날 정보기술의 위험성을 우리가 인식한다면 개인관련 정보의 목적구속적인 사용과 전달을 보장하는 것만이 이러한 위험의 실현을 막을 수 있다.<sup>57)</sup>

## V.

### 1.

58)

우선 개인정보와 관련 없는 행정정보의 공동이용을 위해서도 법적 근거는 요구된다. 그러나 개인정보와 관련 없는 행정정보의 공동이용은 개인정보 공동이용과는 다른 수준의 논의가 필요하다. 물론 개인정보와 관련 없는 행정정보 공동이용 또한 행정기관의 일하는 방식의 큰 변화를 가져오는 중요한 사항임을 고려해 볼 때 그 중요 내용은 법률상 근거를 필요로 한다고 판단된다.

개인정보와 관련 없는 행정정보의 공동이용을 위해서는 전자정부법 및 동시행령과 시행규칙을 행정정보공동이용의 행정수요에 맞게 정비하고 이에 따른 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률, 정보통신기반보호법, 전자거래기본법, 전자서명법 등 행정정보 공동이용에 적용되는 직·간접적 법률정비의 검토가 필요하다. 이와 관련하여 행정정보공동이용에 관한 법적 근거로는 행정절차법 제8조의 행정응원제

---

57) Bernhard Hoffmann, Zweckbindung als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzes, Nomos, 1991, 21면.

58) 행정정보 공동이용 관련 국내 법제에 관하여는 심현정, 행정정보 공동이용 제도에 대한 이해와 관련 법제의 발전방향, 법제, 2007, 1; 오용식, 정보의 공동이용 활성화를 위한 법제정비 현황과 과제 - 행정정보의 공동이용을 위한 최근의 입법조치를 중심으로 -, 법제, 2007, 7; 이민영, 행정정보 공동이용의 추진방향과 법적 과제, 정보통신정책 제18권 제5호(통권 389호), 2006 참조.

도<sup>59)</sup>를 들 수도 있다. 이 규정에 따라서 행정청은 다른 행정청에 필요한 서류나 전자화된 자료를 제공해주도록 요청할 수 있다. 결국 이러한 행정응원이란 도움을 구하는 기관의 과제수행을 가능하게 하거나 쉽게 하기 위하여 다른 국가기관에게 문의하고 찾아주는 국가기관의 활동을 말한다. 따라서 행정응원은 이를 구하거나 제공하는 기관에게 그 관할이나 권한의 확대나 이동을 뜻하지는 않는다. 그렇다면 도움요청이 없는 자발적인 행정응원은 법에 특별히 규정되어 있지 않는 한 허용되지 않으며 기관 내에서 지원행위는 원칙적으로 행정응원이 아니다. 그렇다고 한 기관 내에서 기관내부간 협조가 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 업무에 필요하고 사항적 관할영역 속에 있으며 사항결정을 위하여 필요한 경우에 허용된다.<sup>60)</sup> 이러한 행정응원은 현존하는 관할과 권한 내에서만 보충기능을 가진 것으로서 그 내용에 따라 정보제공뿐만 아니라 다양한 사실행위 또는 그 외 다른 행위도 포함한다. 이러한 행정응원은 원칙적으로 개개 경우 청구하고 요청하며 허용되어야만 한다. 따라서 장기간 또는 지속적인 협력이나 공동의 전자정보처리시스템운영은 더 이상 행정응원으로 표현될 수 없다. 그러한 협력형태를 위해서는 이에 관한 또 다른 법적 근거를 필요로 한다.<sup>61)</sup>

59) 행정절차법 제8조 (행정응원) ①행정청은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 다른 행정청에 행정응원을 요청할 수 있다. <개정 2002.12.30>

1. 법령 등의 이유로 독자적인 직무수행이 어려운 경우
2. 인원·장비의 부족 등 사실상의 이유로 독자적인 직무수행이 어려운 경우
3. 다른 행정청에 소속되어 있는 전문기관의 협조가 필요한 경우
4. 다른 행정청이 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·통계 등 행정자료가 직무수행을 위하여 필요한 경우
5. 다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우

60) Paul Stelkens / H. J. Bonk/ Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, 1993, 242면.

61) Paul Stelkens / H. J. Bonk/ Michael Sachs, *전게서*, 248면.

## 2.

### (1)

#### 1)

전자정부법은 전자정부 구현 및 운영의 원칙과 전자정부사업의 추진체계 등을 규정하고 있어 전자정부구현을 위한 기본법으로서의 성격을 가지며 행정관리의 전자화, 대민서비스의 전자화 및 문서감축에 관한 기본적이고 일반적인 규정을 두어 전자정부구현을 위한 일반법으로서의 성격을 가지고 있다. 다만 전자행정 구현과정에서 우선적으로 중요한 전자문서, 전자민원, 전자사무관리, 정보공동이용, 문서감축 등에 관한 사항만을 규정하며 전자적으로 처리되는 개인정보의 보호는 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’에 별도로 규정되어 있다.

#### 2)

전자정부법은 전자행정에 관한 모든 사항을 규정하고 있는 것은 아니고 전자행정의 구현에 있어 우선적으로 중요한 전자문서, 전자민원, 전자사무관리, 정보 공동이용, 문서감축 등에 관한 사항만을 규정하고 있을 뿐이다. 개인정보의 보호와 관련해서는 제12조에서 행정기관이 보유하는 개인정보는 법령이 정하는 경우를 제외하고는 당사자의 의사에 반하여 사용되어서는 안 된다는 개인정보보호의 원칙을 선언적으로만 규정하고 있다. 특히 전자정부법 제3조는 행정기관의 전자적 업무처리에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 다른 법률의 규정이 적용되도록 규정하고 있다. 결국 전자정부법에 근거하여 전자



정부를 추진하는 과정에서 발생하는 개인정보보호와 관련한 문제들의 해결장치 곧, 전자정부법에 의한 개인정보의 이용을 통제할 수 있는 장치는 역시 개인정보보호에 관한 일반법인 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 일임되어 있다고 할 수 있다. 따라서 현재 공공부문에 정보자기결정권이 어떻게 보장되어 있는지의 판단과 개인정보의 보호와 관련한 법제 정비방안의 검토는 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률의 규율체계와 내용을 분석하는 것에 달려 있다.<sup>62)</sup>

## 3)

공공기관의 개인정보보호에 관한 법률<sup>63)</sup>은 제10조에서 개인정보를 수집하는 목적은 그 수집 당시에 명확히 특정되어 있어야 하고 사전에 특정되어 공시된 개인정보화일의 보유목적이 아닌 다른 목적으로 개인정보를 이용하거나 제공하는 것을 금지하는 목적구속의 원칙을 구체화하고 있다. 이 규정에 의하여 개인정보를 공동이용하는 것에 대한 한계가 정해지게 된다. 그런데 이 법조항은 개인정보 공동이용에 따른 정보자기결정권의 보호라는 관점에서 본다면 예외인정의 범위가 지나치게 넓어서 문제가 된다는 지적을 받아왔는 바, 2007년 법 개정으로 인하여 일정부분 이러한 문제점을 해결하였다.<sup>64)</sup>

62) 이인호, 개인정보감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구, 2004, 한국전산원, 221면.

63) 이에 관한 전반적 검토로는 김일환, 개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰, - 특히 ‘공공기관의개인정보보호에관한법률안’을 중심으로-, 인터넷법률 통권 제27호, 2005. 1, 18면 이하 참조.

64) 이와 관련하여 헌법재판소는 “개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”고 인정하면서 동시에 동일한 판례에서 주민등록법상 지문날인을 합헌이라고 인정하고 주민등록법 시행규칙 제9조에 따라 경찰청에 지문자료를 송부하는 행위를 개정 전 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제10조와 5조, 경찰법, 주민등록법 등에 근거한 것으로 합헌이라고 인정하였다 : “경찰청장이 청구인 오오익 등의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관하는 행위에 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다. 경찰청장이 청구인 오오익 등의 지문정보를 보관하는 행위는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조, 제10조 제2항 제6호에

4)

이와 관련하여 개인정보보호에 관한 여러 기존 입법안들에 행정정보 공동이용 관련 규정들이 포함되어 있다.<sup>65)</sup> 행정안전부 또한 행정정보 공동이용법안을 제안하였는 바<sup>66)</sup>, 이 법안의 특징은 행정정보와 개인

근거한 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 경찰청장이 청구인 오○의 등의 지문정보를 보관하는 행위는 주민등록법 제17조의8 제2항 본문, 제17조의10 제1항, 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조에도 근거하고 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 경찰청장이 청구인 오○의 등의 지문정보를 보관하는 행위가 법률유보의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수는 없다. 나아가 경찰청장이 보관하고 있는 청구인 오○의 등의 지문정보를 전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위가 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다. 앞에서 본 바와 같이 공공기관의개인정보보호에 관한법률 제10조 제2항 제6호 등의 규정에 의하여 경찰청장에 의한 지문정보의 보관이 허용되는바, 개인정보화일의 보유를 허용하고 있는 같은 법 제5조에 의하여 지문정보를 컴퓨터의 자기테이프·자기디스크 기타 이와 유사한 매체에 기록된 개인정보화일로 변환하는 전산화도 허용되는 것이므로, 경찰청장은 자신이 업무수행상의 필요에 의하여 적법하게 보유하고 있는 청구인 오○의 등의 지문정보를 전산화할 수 있다고 할 것이다. 한편, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 것은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여 이용하기 위한 것이므로, 경찰청장이 청구인 오○의 등의 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제6호 등은 모두 경찰청장이 청구인 오○의 등의 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있을 것이다. 따라서 경찰청장이 보관하고 있는 청구인 오○의 등의 지문정보를 전산화하고 또한 이를 범죄수사목적에 이용하는 것이 법률의 근거가 없는 것으로서 기본권 제한의 법률유보원칙에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.”(2005.05.26. 2004헌마190) 헌법재판소의 이 판례는 주민등록법상 지문날인 요구에 따른 개인정보자기결정권의 침해, 원래의 목적과는 다른 목적으로 개인정보를 제공하는 개인정보 공동이용의 새로운 법적 근거 충족여부 등의 관점에서 본다면 많은 비판을 받아야 한다. 이에 관하여는 다음 기회에 논하기로 한다.

65) 개인정보보호에 관하여 제안된 법안중 이은영안에는 행정정보공동이용에 관한 별도의 법률규정이 없다. 노회찬안에 따르면 대량의 개인정보나 민감한 개인정보를 처리하려는 개인정보 보유자가 2개 이상의 개인정보 데이터베이스를 통합 또는 연동하는 경우에는 개인정보보호위원회에 개인정보 사전영향평가를 신청하도록 규정하고 있다. 다음으로 개인정보 데이터베이스는 법률에 규정된 경우를 제외하고는 결합하지 못하도록 규정하고 있다. 이혜훈안에 따르면 공공부문의 경우에는 개인정보사전영향평가를 받아야 하고(제27조) 개인정보파일을 다른 파일과 대조, 처리하는 경우에는 사전에 개인정보위원회와 협의하도록 규정하였다.

66) 행정자치부가 제시한 행정정보공동이용법안의 제안이유는 “지식정보사회에 상응하는 전자정부의 발전에 따라 행정업무의 효율성 제고 및 국민 불편의 해소를 위

가

정보를 모두 하나의 법에서 규율하는 특별법형태를 취하고 있다.<sup>67)</sup>

(2)

(68)

현재 이명박대통령의 실용정부는 이미 제안된 행정정보 공동이용법 안중 주요 내용을 전자정부법에 삽입하고, 공공과 민간을 아우르는 개인정보보호법을 제정하려고 준비중인 것으로 알고 있다. 이에 따라서 현행 법 및 제안된 법안들의 문제점, 분석 등은 새로운 법제정과 관련된 논의에서 다루기로 하고, 이 논문에서는 새로 만들어질 법률에 들어갈 내용을 중점적으로 언급하고자 한다.

1)

가

행정정보의 공동이용을 규율하는 법률과 개인정보의 공동이용을 규율하는 법률이 달라야만 한다는 인식에서부터 출발해야만 한다. 위에

---

해 행정정보공동이용의 필요성이 증대되고 있으나 이를 체계적으로 추진할 수 있는 법·제도적 체계가 구체적으로 정립되어 있지 않아 행정정보의 공동이용에 필요한 기관 간 협조 및 행정정보의 공유과정에서 유통되는 정보의 보안을 위한 법적 기반의 마련을 위하여 행정정보의 공동이용에 관한 기본원칙을 천명하고 공동이용의 대상정보·추진체계·절차 및 보안에 필요한 사항을 명확히 정하려는 것”이다. 이 법안의 내용을 보면 행정정보 및 이용기관의 개념 정의(안 제2조), 행정정보공동이용의 책무(안 제4조), 공동이용 행정정보의 범위(안 제5조), 개인정보의 보호(안 제6조), 공동이용의 절차(안 제8조 내지 제12조), 공동이용의 추진체계(안 제13조 내지 제16조), 행정정보의 보안(안 제17조 내지 제19조) 등을 규정하고 있다. 행정정보 공동이용 관련 국내 법제에 관하여는 심현정, 행정정보 공동이용 제도에 대한 이해와 관련 법제의 발전방향, 법제, 2007, 1; 오용식, 정보의 공동이용 활성화를 위한 법제정비 현황과 과제 - 행정정보의 공동이용을 위한 최근의 입법조치를 중심으로 -, 법제, 2007, 7 참조.

67) 결국 이러한 입법안은 독일식의 개인정보보호법을 통한 규율보다는 특별법을 통한 개인정보 공동이용 규율방식의 채택을 뜻한다. 따라서 개인정보 공동이용에 관한 독일과 미국의 법제를 비교분석하는 것은 우리에게 어느 정도 시사점을 제공해 준다고 판단된다. 이에 관하여 자세한 것은 김일환, 個人情報 共同利用의 統制와 監督에 관한 比較法的 考察, 憲法學研究 제13권 제2호, 2007, 407면 이하; 한국전산원, 행정정보 공동이용을 위한 법제전략연구, 2005 참조.

68) 이에 관하여는 한국전산원, 행정정보 공동이용을 위한 법제전략연구, 2005 참조.

서 설명한 것처럼 개인정보의 공동이용은 전자정부구축의 핵심이라고 할 수 있다. 전자화된 정보를 연속적으로 이용함으로써 정보처리자에게 효율성의 증대를 가져다주며 정보주체도 국가와의 관계에 있어 일면 편의를 도모할 수 있게 된다. 그러나 그 이익과 가치에 못지않게 개인정보보호에 치명적인 결함을 가져올 수 있는 것이 개인정보의 공동이용이기도 하다. 따라서 개인정보의 공동이용에 따른 이익과 개인정보 침해의 위험성간에 조화가 이루어지도록 법제정비작업이 이루어져야만 한다.

## 2)

모든 개인정보가 보호되어야 한다는 전제 하에서, 의료정보 등과 같은 민감한 개인정보를 공동이용하려고 하는 경우에는 이에 관한 별도의 법률규정 및 보호대책이 반드시 강구되어야 하고 이는 개인정보보호위원회와 같은 보호기구를 통하여 언제든지 확인, 통제될 수 있어야만 한다.<sup>69)</sup>

---

69) “정부가 국민건강보험공단이 보유한 개인 진료정보를 민간 보험사들에 제공하는 방안을 추진해 인권침해 논란을 불러일으키고 있다. 3일 국무총리실 규제개혁기획단에 따르면, 정부는 민간보험 신규 가입자와 기존 가입자의 의료보험 진료정보를 보험사들에 제공하는 계획을 추진하고 있다. 이 방안을 보면, 신규 가입자는 건강보험공단에서 고지의무 대상에 드는 자신의 과거 5년간 진료정보를 열람하거나 발급받아 보험사에 제출한다. 기존 계약자는 보험금 청구 때 보험 가입 이전의 정밀 검사·장기투약 경력을 보험사에 제공한다. 규제개혁기획단은 이런 정보를 쉽게 검색할 수 있도록 건강보험공단이 전산망을 구축하고, 보험사 직원 등이 열람하게 하는 계획도 짜고 있다. 다만 정신병이나 성병 등은 ‘사생활 민감질병’으로 간주해 확인 대상에서 제외하는 게 바람직하다고 규제개혁기획단은 밝혔다...2002년에는 경찰이 건강보험공단으로부터 정신과 치료 경력을 제공받아 운전면허 수시적성검사 자료로 이용하다 물의를 빚었다...일부에서는 규제개혁기획단이 민간 보험사들의 요구와 이익에 중점을 두고 있고, 개인 진료정보의 제공으로 보험 가입자의 이익이 커진다는 보장도 없다고 비판하고 있다. 또 현재 앓고 있는 병이 아닌 과거 질병을 이유로 한 계약 차별 문제가 불거지고, 건강보험공단 자료가 확정된 진단명과 다른 데 따른 부작용이 발생할 것이라는 우려도 나오고 있다.”(한겨레신문 2005. 7. 4.) 이에 관한 외국의 법제도내용에 관해서는 Privacy and data-sharing-The way forward for public services(2002.4), Performance and Innovation Unit in the

가

3)

개인정보의 공동이용이 필요한 경우에도 개인정보가 가장 적게 침해되는 방식으로 공동이용되어야 한다. 이 경우 공동이용의 방식은 전자적 방식에 의한 조회방식과 데이터 전송방식으로 나누어 볼 수 있다. 이중 전자조회방식에 의한 개인정보 공동이용이 개인정보의 이동이 없는 점에서 기본권 제한에 있어 지켜야할 침해의 최소성 원칙의 관점에서 바람직하다고 할 것이다. 따라서 개인정보를 전송하지 않을 수 없는 경우를 제외하고는 원칙적으로 전자조회방식에 의하여 개인정보를 공동이용하도록 하여야 한다.<sup>70)</sup> 개인정보의 유출 등으로 인한 개인정보침해를 최소화하기 위해서도 개인정보 자체의 이전을 최소화하고 다른 기관이 보유하고 있는 개인정보에 대해서는 내용조회와 같은 것으로 그 이용목적 달성할 수 있도록 하는 등의 조치가 필요하다. 또한 전송받은 개인정보는 계속 보유할 필요가 있는 경우를 제외하고는 이용을 마친 후 즉시 파기하도록 하여야 한다.<sup>71)</sup>

4)

개인정보보호에 충실하기 위해서는 공동이용하기 위하여 개인정보를 다른 행정기관에 송신을 하더라도 그 과정에서 발생할 수 있는 개인정보의 유출을 방지할 수 있는 송신방법을 사용하도록 해야 한다. 또한 정보주체에게는 어떠한 수단을 통해 자신의 정보가 이용되는지에 대하여도 알 수 있는 권리가 인정되어야 한다.

---

U.K.,(<http://www.piu.gov.uk/privacy/index.htm>) 참조

70) 박균성, 행정정보화의 행정법상 과제, 공법연구 제33집 제1호, 2004, 536면; 강경근, 행정정보의 공동이용에 따른 법적 과제, 한국법제연구원, 2001, 64면 이하.

71) 박균성, 전자정부법의 기본구조와 과제, 인터넷법연구 제2호, 한국인터넷법학회, 2003, 147면 이하.

5)

개인정보의 공동이용에 있어서 중요한 과제중의 하나는 정보제공기관과 이용기관간의 책임관계를 명확히 하는 것이다.<sup>72)</sup> 개인정보의 공동이용에는 여러 행정부처가 관여하게 된다. 그러므로 부정확한 정보의 제공과 그 사용으로 민원사무에 오류가 발생하고 이로 인해 국민에게 피해가 발생한 경우 정보주체가 그로 인한 피해의 구제절차를 용이하게 밟을 수 있도록 책임소재를 명확히 하여야만 정보주체의 권리를 충실히 보장하고 있다고 할 수 있을 것이다. 개인정보보호를 위해서는 우선 기관간의 정보제공의 방법 및 절차 등을 구체적으로 정하고 개인정보를 공동이용하는 행정기관이 책임감있게 공동이용하도록 할 수 있도록 그 책임관계를 명확히 하여야 할 뿐만 아니라 개인정보를 포함한 행정정보가 유출되는 것을 방지하고 그에 따른 책임소재를 명확히 하는 노력이 필수적이다.

6)

공공기관의 개인정보보호에 관한 법률은 정보주체에게 열람권과 정정권을 인정하고 있다.<sup>73)</sup> 그러나 개인정보의 공동이용으로 인한 권리침해의 위험을 방지하기 위해서는 단순한 열람권만이 아니라 왜 자신

---

72) 이규정, 행정정보공동이용법제의 문제점과 개선방안, 디지털시대의 법적 과제, 한국법제연구원, 2001. 12, 301면 참조.

73) 第12條 (處理情報の 閱覽) ①情報主體는 개인정보파일대장에 기재된 범위 안에서 문서로 本人에 관한 處理情報の 閱覽(文書에 의한 寫本의 受領을 포함한다. 이하 같다)을 保有機關의 長에게 請求할 수 있다. <개정 2007.5.17> ②保有機關의 長은 第1項의 規定에 의한 閱覽請求를 받은 때에는 第13條 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 請求書를 받은 날부터 10일 이내에 請求人으로 하여금 당해 處理情報를 閱覽할 수 있도록 하여야 한다. 이 경우 10일 이내에 閱覽하게 할 수 없는 正當한 사유가 있는 때에는 請求人에게 그 사유를 통지하고 閱覽을 延期할 수 있으며, 그 사유가 消滅한 때에는 지체없이 閱覽하게 하여야 한다. <개정 1999.1.29, 2007.5.17>

, 가

에 관한 정보를 제공하였는지, 누구에게 어떻게 전달하였는지에 관하여 설명을 들을 권리가 인정되어야 한다. 따라서 법률상 예외적으로 목적 외의 공동이용이나 타 기관에의 제공이 허용되는 경우라 하더라도 적어도 정보주체에게 그 제공에 관련된 사항을 통지하도록 하는 것이 필요하다.

7)

개인정보보호법에는 감독기관에 의한 개인정보의 공동이용에 대한 통제를 정한 규정이 없다. 개인정보 공동이용의 사유와 목적, 정보수령인, 전달되는 정보의 종류 등에 관하여 해당 기관이 이를 기록하고 이러한 기록을 개인정보보호위원회와 같은 독립성이 보장된 (외부적인) 통제기관이 감독할 수 있어야 한다.<sup>74)</sup> 마지막으로 개인정보 공동이용을 위한 제도적 장치이자 사전적 권리보호절차로서 개인정보사전영향평가제도의 도입여부도 검토해볼 필요가 있다.

8)

다음으로 개인정보의 보호와 유출을 방지하기 위한 정보보안대책이 병행되어야 할 것이다.

①

정보시스템의 안전 및 보안대책에 관하여 살펴보기 위해서는 우선 정보보호와 정보보안간에 구별해야만 한다. 우선 정보보호에 관한 규정이란 개인정보의 획득 및 처리와 관련되어서 존재하거나 규정되어야만 하는 법규정으로 이해되어야 한다. 이에 대하여 정보보안은 개

74) 김일환, 개인정보보호법제의 체계적 정비방안에 관한 고찰, - 특히 ‘공공기관의 개인정보보호에관한법률안’을 중심으로-, 인터넷법률 통권 제27호, 2005. 1, 36면 이하; 金日煥·金珉湖, 個人情報保護機構 法制整備의 原則과 方向에 관한 公法體系的 考察, 土地公法研究 제36집, 2007, 255면 이하 참조.

인정보를 보호하기 위한 법률들에 기여하기 위하여 결정되고 이러한 법률들의 준수와 유지를 확보, 보장해야 하며 개인정보의 남용이나 위조방지에 기여하는 기술적, 조직적, 절차합치적 보호예방조치라고 이해된다. 따라서 개인정보보호와 관련되어 정보보안은 개인정보보호에 기여하는 기능을 갖고 있다. 그렇다면 우선 어떤 사람이 특정정보에 관하여 통제할 권한을 갖고 있는지에 대하여 우선 법규정으로부터 확인되어야만 한다. 이것이 법률에서 충분히 보호된다는 것이 확인된 다음에 비로소 그 다음에 논리적으로 개인정보에 권한없는 침입으로부터 보호하는 기술적, 조직적, 절차합치적 정보보안이 언급될 수 있다. 그러므로 정보보안은 개인관련정보를 보장하기 위한 본질적인 전제조건으로서 이를 통하여 보호되는 정보에는 개인관련정보 뿐만 아니라 사항관련정보도 속하게 된다. 다시 말하자면 개인정보보호는 개인에 관한 정보처리시 개인의 정보자기결정권제한으로부터 관련개인의 보호<sup>75)</sup>를 뜻하는 반면에 정보보안은 개인정보를 처분할 개인의 능력보호, 이러한 정보에 권한없는 인식과 접근으로부터 보호, 정보처리 시스템내에서 이러한 정보의 권한없는 변경으로부터 보호를 보장해야만 하는 조직적, 기술적 조치라고 이해된다. 따라서 개인정보보호란 개인정보를 보호하기 위하여 무엇이 행해져야만 하는가에 관한 것이고 정보보안은 이러한 정보보호가 어떻게 실현되어야 하는가에 관한 것이다. 따라서 개인의 정보자기결정권을 침해할 수도 있는 어떤 절차나 기술도 투입되어서는 안 된다.

## ②

그동안 우리나라는 1990년대 중반부터 민·관의 협력아래 정보화촉진기본계획(1996) 및 Cyber Korea 21(1999)을 적극 추진하여 세계 최

75) 이에 관하여는 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001, 87면 이하 참조.



고수준의 정보통신인프라를 구축하여 왔다. 이에 따라 행정·국방·전력·금융·운송·산업 및 연구시설 등 사회기반시설의 운용과 관리에 관련되거나 국민의 일상생활과 관련된 제어·관리 시스템이나 정보시스템 및 통신망을 일컫는 정보통신기반시설의 보호대책을 수립 시행하는 것이 요구되고 있다. 이러한 보호대책을 통해 해킹이나 바이러스 등을 이용한 정보시스템의 교란·파괴·마비 등의 정보통신시스템 공격행위에 대비하고, 주요 정보통신기반시설의 안정적 운용을 확보하는 법제도의 마련은 정보사회의 안정적 구축을 위하여 매우 중요한 일이 아닐 수 없다. 이에 따라서 통신·금융·전력·국방 등 국가 주요기반시설에 대한 해킹이나 바이러스 등 사이버테러 위협에 대처하기 위하여 「정보통신기반보호법」을 제정한 것은 이러한 논의를 반영한 시의적절한 법제적 대응으로 분석될 수 있다. 그러나 정보환경의 변화에 따라 국가 차원의 정보보호인프라 완성이 강하게 요구되고 있으며, 이는 현행 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」의 정보보안 관련분야를 「정보통신기반보호법」의 내용과 결합하여 단일법으로 정비할 필요성을 제시하고 있다. 이에 더하여 우리나라에서 추진되고 있는 전자정부 하의 국가기반구조는 사이버테러 발생 시 국가운용체제 및 국민경제에 치명적인 위협요소로 작용할 뿐만 아니라, 각각의 시스템이 네트워크로 연계되어 있어 연쇄적 파급효과가 나타나게 되어 그 피해규모가 엄청날 수밖에 없다. 그런 까닭에 ‘사회기반시설’<sup>76)</sup>과 ‘정보통신기반시설’<sup>77)</sup>의 보호대책을 수립하여, 새로운 형태의 정보통신시스템 공격행위에 대비하고 주요 정보통신기반시설의 안정적 운용을 확보함으로써, 국가의 안전과 국민생활의 안정을 보장하는 법제를 구축하는 것이 필요하다. 곧 현재 우리나라의 핵심 기반구

76) 행정·국방·전력·금융·운송·산업 및 연구시설 등 국가안보나 국민생활에 중대한 영향을 미치게 되는 시설 및 업무

77) 국민의 일상생활과 관련된 제어·관리 시스템 혹은 정보시스템 및 통신망

조가 정보통신 인프라를 통해 운영되고 있으므로, 전방위적 정보보호 안전체계 강화를 위한 시책을 지속적으로 수립 추진하여 안전하고 건전한 정보사회의 구현을 달성하여야 한다. 그리고 이를 위해서는 제도적 뒷받침을 제공할 수 있도록 법제도의 정비가 반드시 필요하다.<sup>78)</sup>

이와 관련하여 이명박대통령의 실용정부는 정보보안 관련 각종 법규정들을 단일법으로 통합하고자 준비중에 있는 것으로 안다.

## VI.

1) 정보사회의 발전으로 인하여 새롭게 등장한 전자정부는 정보통신기술을 기반으로 하여 정부업무의 전자적 처리와 유기적 연계로 행정의 효율성과 투명성을 제고하고, 국민과 기업이 원하는 정보와 서비스를 언제 어디서나 쉽게 접근하고 이용할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다. 그런데 이러한 전자정부의 핵심적 내용이 되는 새로운 행정시스템은 지금까지 행정시스템과는 전혀 다르다. 왜냐하면 이러한 새로운 행정시스템에서는 서류전달이 아니라 컴퓨터전산망의 연결을 통하여 정보교환이 행해지고 있기 때문에 국가기관 상호간에 업무와 과제를 구분하거나 특별히 ‘정보협조’를 구할 필요성이 없어지기 때문이다. 따라서 전자정부 구현과정에서 필수적으로 나타나게 되는 개인정보의 공동이용이 그 정당성을 입증해야하는 기본권의 제한임을 분명히 인식하고 그에 따른 법제정비를 강구하는 것이 중요한 과제로 대두된다.

2) 전자정부의 성공적 실현을 위한 개인정보보호원칙의 수립과 개인정보이용의 투명성 확보는 전자정부의 신뢰기반이라고 할 수 있다.

---

78) 이에 관하여는 강경근, 행정정보의 공동이용에 따른 법적 과제, 한국법제연구원, 2001, 64면 이하; 김일환, 정보보안관련 법제정비의 기준과 내용에 관한 연구, 토지공법연구 제26집, 2005, 231면 이하; 박환일, 사이버보안 강화를 위한 법적 과제, 인터넷법연구 2004. 3, 12면 이하 참조.

개인정보의 보호는 전자정부를 구현하는 기초가 되는 것이며, 전자정부의 구현 과정에서 주목해야하는 민주법치국가의 헌법적 과제이다. 따라서 개인정보의 보호 문제가 해결되지 않는 한 전자정부의 구현에 대한 사회적 합의를 도출하기는 어렵다고 할 것이며 따라서 전자정부의 구현은 개인정보의 보호에 기반을 두어서만 가능한 것이다.

3) 전자정부는 정보통신기술을 기반으로 하여 정부업무의 전자적 처리와 유기적 연계로 행정의 효율성과 투명성을 제고하고, 국민과 기업이 원하는 정보와 서비스를 언제 어디서나 쉽게 접근하고 이용할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다. 따라서 행정정보를 공동이용하고, 동일한 정보의 중복수집을 금지하며 행정기관간 확인가능한 민원첨부 서류의 제출요구를 금지하기 위하여 전자정부법상 규정하고 있는 것이 바로 행정정보 공동이용의 원칙이다.

4) 모든 국가기관은 그들이 갖고 있는 자료나 정보를 갖고서 그들의 과제를 처리하기에 충분하지 않다면 그들의 과제를 이행할 수 있도록 기관 상호간에 원조해야만 한다. 문제는 이러한 국가기관 상호간 기관협조(‘행정응원’)가 전자정보처리시대에서도 헌법합치적으로 존재할 수 있도록 해야만 한다는 것이다. 국가를 통한 개인정보 공동이용과 관련하여 특히 강조되어야만 하는 것이 바로 ‘규범명확성원칙’과 ‘목적구속원칙’이다. 결국 법적 근거의 제시 및 내용의 정당성입증 그리고 ‘비례성원칙’과 ‘목적구속원칙’ 등을 충족하는 경우에 한하여 국가의 개인정보 공동이용은 비로소 정당화될 수 있다.

5) 관련 법제의 정비를 위해서는 먼저 행정정보의 공동이용을 규율하는 법률과 개인정보의 공동이용을 규율하는 법률이 달라야만 한다는 인식에서부터 출발해야만 한다. 위에서 설명한 것처럼 개인정보의 공동이용은 전자정부구축의 핵심이라고 할 수 있다. 전자화된 정보를 연속적으로 이용함으로써 정보처리자에게 효율성의 증대를 가져다주

며 정보주체도 국가와의 관계에 있어 일면 편의를 도모할 수 있게 된다. 그러나 그 이익과 가치에 못지않게 개인정보보호에 치명적인 결함을 가져올 수 있는 것이 개인정보의 공동이용이기도 하다. 따라서 개인정보의 공동이용에 따른 이익과 개인정보 침해의 위험성간에 조화가 이루어지도록 법제정비작업이 이루어져야만 한다.