

2022년 봄 정기 학술대회

# 행정절차에서의 민주주의와 절차적 정의

일 시 2022. 5. 20. (금) 13:30 - 18:00

장 소 충북대학교 법학전문대학원 N2동 723호 & zoom

주 최 충북대학교 법학연구소 · 민주주의법학연구회



민주주의법학연구회 2022년 봄 정기 학술대회

# 행정절차에서의 민주주의와 절차적 정의

- 일 시 : 2022. 5. 20. (금) 13:30 - 18:00
- 장 소 : 충북대학교 법학전문대학원 N2동 723호 & zoom
- 접속URL : <https://us02web.zoom.us/j/89170014599>
- 주 최 : 충북대학교 법학연구소 · 민주주의법학연구회

## 《 학술대회 일정 》

13:30 - 14:00  
(30분)

### 등 록

전체사회 : 김소진 학술부위원장(민주주의법학연구회)

14:00 - 14:10  
(10분)

### 개 회 사

이은희 회장(민주주의법학연구회)

14:10 - 14:20  
(10분)

### 축 사

오지용 소장(충북대학교 법학연구소)

14:20 - 14:50  
(30분)

**기조발제 법치국가, 민주주의, 사회국가와 행정절차법**

이계수 교수(건국대학교)

**<제1부>**

사 회 : 박병욱 교수(제주대학교)

14:50 - 15:30  
(40분)

**제1주제 최근 행정절차법 개정의 의의와 민주주의**

발 제 : 김정환 변호사(법무법인 도담)

토 론 : 맹지연 박사(환경운동연합 자연생태전문위원)

15:30 - 16:10  
(40분)

**제2주제 헌법의 인간상과 행정절차법의 과제**

발 제 : 이국현 교수(충북대학교)

토 론 : 여경수 박사(한국방송통신대)

16:10 - 16:20

**휴 식**

**<제2부>**

사 회 : 김명연 교수(상지대학교)

16:20 - 17:00  
(40분)

**제3주제 행정기본법의 규율내용에 대한 헌법적 평가**

발 제 : 신정규 교수(충북대학교)

토 론 : 박태현 교수(강원대학교)

17:00 - 17:50  
(50분)

**종 합 토 론**

참석자 전원

17:50 - 18:00  
(10분)

**폐 회 사**

이은희 회장(민주주의법학연구회)

## 【 차 례 】

### 기조발제 법치국가, 민주주의, 사회국가와 행정절차법

이계수 ..... 3

#### 〈제1부〉

#### 제1주제 최근 행정절차법 개정의 의의와 민주주의

김정환(발제문)..... 13

맹지연(토론문)..... 25

#### 제2주제 헌법의 인간상과 행정절차법의 과제

이국현(발제문)..... 29

여경수(토론문)..... 43

#### 〈제2부〉

#### 제3주제 행정기본법의 규율내용에 대한 헌법적 평가

신정규(발제문)..... 47

박태현(토론문)..... 69



기 조 발 제

# 법치국가, 민주주의, 사회국가와 행정절차법

이계수 교수(건국대학교 법학전문대학원)





# 법치국가(=법의 지배), 민주주의, 사회국가와 행정절차법\*

이계수

(건국대학교 법학전문대학원)

## A. 기존 논문의 결론을 이어받기

\* 이계수, “절차적 정의의 신자유주의적 변용 - 행정절차법의 입법사를 중심으로 -”, 민주법학, 제70호, 2019, 47-87쪽.

## V. 행정절차법의 민주주의적, 사회국가적 재구성

필자는 “자유주의와 한국행정법”<sup>1)</sup>이라는 선행논문에서 한국의 행정절차법은 민주주의의 기획보다는 자유주의의 요구에 충실하다고 주장한 바 있다. 위 논문에서 필자는 한국행정법의 역사(특히, 1987년 헌법 하에서의 역사적 전개)와 현재를 자유주의라는 키워드를 통해 들여다보았다. 여기서 말하는 자유주의는 신자유주의의가 신봉하는 자유지상주의(libertarianism)·시장자유주의이며, 이는 사회적 자유주의 혹은 뉴딜형 자유주의(embedded liberalism)와 대립한다. 자유지상주의로 이해된 자유주의는 시장의 자유 혹은 사적 자치의 이니셔티브를 중심에 놓으면서 ‘법의 지배’ 원리를 강화해 간다. 1996년의 행정절차법 제정은 바로 이런 자유지상주의를 구체화·제도화해나가는 프로세스로 이해할 수 있다. 동법이 행정계획 확정절차를 채택하지 않은 이유로 신자유주의의 세계화 국면에서 기존의 행정계획 확정절차마저도 간소화·신속화 하는 **독일의 변화된 현실**을 중요하게 고려하고 있는 점은 이런 사정을 반영한다. 개발을 신속하게 실행하고자 하는 관료는 물론이고, 기업과 시장 세력에게 그러한 절차는 반갑지 않았을 것이다.

→ 1990년 독일 재통일+1993년 마스트리히트 조약에 의한 유럽공동체의 성립을 계기로, 구동독의 부흥+유럽연합 역내의 입지경쟁력에서 승리하기 위해 투자환경의 개선에 의한 경쟁력 강화의 필요성이 주장됨. 1991년 교통계획신속화법<sup>2)</sup>은 동독 지구와 베를린에서의 교통 인프라 정비사업 등을 위한 계획확정절차에 대해 토의기일

---

\* 이 글은 발표용 초고이므로 전재나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

1) 이계수, “자유주의와 한국행정법”, 행정법연구, 제31호(행정법이론실무학회, 2011), 51-77쪽.

2) Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin (Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz) vom 16. 12. 1991, BGBl. I 1991 S. 2174.

(Erörterungstermin)의 실시를 임의화하고, 사업계획을 둘러싼 소송의 제1심 법원을 연방행정법원으로 하는 등 사업의 실현까지의 기간을 단축하기 위한 조치를 취했다. 이 입법에 의해 인프라를 위한 계획확정결정이 존속력을 얻기까지의 기간이 최단 1년 반까지 단축되는 등 절차의 신속화 효과가 입증되었다.<sup>3)</sup> 그래서 2006년에는 인프라 계획신속화법<sup>4)</sup>이 제정되어 1991년 법이 정한 절차신속화조치를 6개의 인프라 정비법률에 도입하게 된다.

++2013년 행정절차법 개정. 일정한 사업계획에 대해서는 허가 혹은 계획확정절차의 신청 이전에 사업자가 자주적으로 참가절차를 실시하게끔 행정청이 촉구하는 제도가 도입됨. 이 개정의 취지는?

### 제25조 제3항

Die Behörde wirkt darauf hin, dass der Träger bei der Planung von Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können, die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig über die Ziele des Vorhabens, die Mittel, es zu verwirklichen, und die voraussichtlichen Auswirkungen des Vorhabens unterrichtet (**frühe Öffentlichkeitsbeteiligung**). Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung soll möglichst bereits vor Stellung eines Antrags stattfinden.

(행정청은 다수의 제3자의 이익에 적지 않은 영향을 줄 수 있는 사업 계획의 주체가 이해관계 있는 公衆에 대하여, 조기에 계획의 목적, 그 실현 수단 및 예상되는 영향에 대해 설명하도록 노력한다. 이 조기 공중참가는 가능한 한 허가신청/계획확정절차의 개시신청 이전에 이루어져야 한다.)

Der betroffenen Öffentlichkeit soll Gelegenheit zur Äußerung und zur Erörterung gegeben werden. Das Ergebnis der vor Antragstellung durchgeführten frühen Öffentlichkeitsbeteiligung soll der betroffenen Öffentlichkeit und der Behörde spätestens mit der Antragstellung, im Übrigen unverzüglich mitgeteilt werden. Satz 1 gilt nicht, soweit die betroffene Öffentlichkeit bereits nach anderen Rechtsvorschriften vor der Antragstellung zu beteiligen ist. Beteiligungsrechte nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

3) "In den ostdeutschen Ländern wird die Planung von Verkehrswegen bis heute durch das Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz dadurch erheblich begünstigt, dass das Bundesverwaltungsgericht im ersten Rechtszug für alle Streitigkeiten zuständig ist, welche u. a. Vorhaben für den Bau oder die Änderung von Betriebsanlagen der Eisenbahnen des Bundes, von Bundeswasserstraßen, Bundesfernstraßen und Verkehrsflughäfen betreffen. Der Erfahrungsbericht der Bundesregierung verbindet dies mit einer Verkürzung des Zeitraums bis zur Bestandskraft des streitigen Plans von bis zu 1,5 Jahren." BT-Drs. 16/54. S. 27.

4) Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren Infrastrukturvorhaben (Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz) vom 9. 12. 2006, BGBl. I 2006 S. 2833.

## ⇒ 2022년 한국 행정절차법 개정 법률에 대한 평가는?

이러한 프로세스는 경제적·사회적 권력을 가진 소수의 자유는 확장하지만, 그렇지 못한 다수의 실질적인 자유는 오히려 축소한다는 점<sup>5)</sup>에서 ‘자유화의 모순’ 혹은 ‘자유화의 딜레마’에 해당한다. 그리고 이런 우려는 행정절차법이 적용되는 실제 사례에서 현실화하기도 한다.<sup>6)</sup>

행정결정이 적법절차에 따라 이루어져야 한다는 것은 모든 국민이 기대하는 바이지만 현실에서 모든 국민이 행정절차법을 원용할 수 있는 것은 아니다. 일방의 이익과 타방의 불이익 간에 상호구속성이 존재하는 삼면적 행정법 관계에서 행정절차법적으로 보장되는 이익은 제한되어 있다. 그래서 행정절차법이 “처분 및 행정지도의 상대방의 절차적 권리를 규정하는 데 주안”을 둬으로써 “난개발에 저항하는 주민들의 절차적 지위를 보장하는” 것이 아니라 “오히려 개발을 촉진하는 법”처럼 기능하고 있다는 비판도 나오고 있다.<sup>7)</sup> 행정법의 자유화가 반드시 행정법의 민주화를 의미하는 것은 아닌 셈이다. 오히려 자유의 과잉이 민주주의를 질식시키기에 이르렀다.

‘절차적 정의’가 특정 집단의 주관적 이익만을 보호하거나 민주주의의 결핍을 분식(粉飾)하는 알리바이로만 기능해서는 안 된다. 법의 지배가 법을 통한 시장과 자본의 지배로 전락하지 않고, 인민을 보호하는 수단으로도 기능할 수 있도록 민주주의·사회국가와 법의 지배의 관계를 새롭게 설정해나가야 한다. 이것을 일단은 행정절차법의 민주주의적, 사회국가적 재구성이라고 해두자.

그 구체적인 방안에 대해서는 지면관계상 여기서 더 이상 자세하게 다룰 수는 없지만, 두 가지 정도의 방향은 제시할 수 있다. 미국에서의 행정절차(법) 도입 논쟁에서도 알 수 있듯, 행정절차(법)의 등장은 사회경제권력을 강력하게 통제하려고 했던 독립 규제위원회의 지위와 권한을 빼놓고는 생각할 수 없다. 규제완화와 결합한 행정절차법 모델이 아니라, 정당하고 강력한 규제권한의 행사와 결합한 행정절차법 모델을 생각해야 한다는 뜻이다.

다른 하나는 “법적 수단을 이용해 자신의 이익을 확실하게 보호할 수 있는 사람의 범위를 꾸준히 확대”하고, “모든 시민을 평등하게 대우하는 이상적 정의”로서의 법의 지배를 쟁취해나가는 것이다.<sup>8)</sup> 또한 행정절차법이 평등과 사회정의를 구현하는 수단이 될 수 있도록 만들어야 한다. 이와 관련하여, 하나만 언급해 두겠다. 현행 행정절차법에 포섭되어있는 행정상의 법의 일반원칙 중 하나가 신뢰보호원칙이다(동법 제4조). 그런데 그간 이 원칙은 대의제 민주주의 하에서의 합법성 원칙마저 무너뜨리는

5) Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehre*(C. F. Müller, 1992), 256-257쪽.

6) 필자는, 행정절차법이 자본에게 얼마나 유리하게 작동하는지를, 그것이 실제로 어떻게 운영되었는지를 실증적으로 검증해보는 연구가 꼭 필요하다고 생각한다.

7) 石崎成也, “司法制度改革と行政訴訟: 最高裁の判例動向を踏まえて”, 法の科学, 제41호, 2010, 32쪽.

8) 아담 쉘보르스키/호세 마리아 마라발 외 지음, 안규남/송호창 외 옮김, 민주주의와 법의 지배, 76쪽. 이것은 루소적 이상이기도 하다.

자본의 무기로 활용된 경우가 많은 반면,<sup>9)</sup> 사회복지 수급자들이 동원할 수 있는 법원칙으로는 제대로 이용되지 못했다. 법원이 후자의 사례에서 소극적이었기 때문이다. 필자는 이런 재판실무를 교정하려면 신뢰보호원칙의 이론적 근거를 사회국가원리에서 찾아야 한다고 주장해왔다.<sup>10)</sup> 이러한 견해를 조금 더 발전시키면, 침익적 행정작용 중심으로 운용되어온 행정절차를 수익적 급부행정작용에까지 실효적으로 확대하는 제도 개혁이 필요하다는 주장도 해볼 수 있을 것 같다.<sup>11)</sup>

→ 행정절차법의 민주주의적, 사회국가적 기능을 강화할 것. 이제까지는 행정절차법의 법치국가적 측면만 강조됨.

## B. 논의해볼 쟁점

### 1. 절차법의 범위를 어디까지로 설정할 것인가?

광의와 협의

⇒ 절차를 통해 실체를 규제, 제어.

예비타당성검사, 재정건전성 기준(Austerity, 독일기본법 제109조), **입법평가**.

### 2. 행정절차법과 국가론

에스핑 앤더슨의 복지국가 유형론과 절차적 정의  
자유주의 레짐/사회민주주의 레짐/보수주의 레짐  
(절차법의 문제는 국가론과 연결된다.)

### 3. 왜 현재의 시점에서 행정절차법이 중요해지는가?

미셸 푸코의 통치성(Governmentalität) 개념을 이용한 행정절차법 분석.

통치(govern)와 사고방식(mentality)이 결합된 것.

신자유주의의 관철에서 남반부와 북반부의 차이. 전자는 강요의 방식. 후자는 푸코의 통치성 개념에 더 가까운 담론, **법률, 주체의 변용**을 통한 더욱더 교묘한 방식으로 확산.

감시와 안전은 신자유주의적 변용의 주체이자 대상이고, 이를 실행하기 위한 도구

9) 어떤 적법한 행정규제가 자본에 대해 '침익적'으로 작용할 경우 자본은 신뢰보호원칙을 동원하여 그 규제를 무너뜨리거나 우회할 수 있다. 특히 외국자본은 개별 국민국가정부가 행하는 기업과 시장에 대한 정당하고 민주적인 규제조차도 투자의 자유 보호, 신뢰보호를 앞세워 방어·봉쇄하고자 한다. 한 국에서 벌어진 일로는 '론스타' 사례가 대표적이다.

10) 강경선/이계수, 행정법 I, 74쪽.

11) 이를 구체화하려면 독일 사회법전(Sozialgesetzbuch; SGB)의 실무적 운용을 깊이 연구할 필요가 있다. 필자는 오래전부터 독일 사회법전상의 행정절차와 행정쟁송의 이론실무를 일반 행정절차와 행정쟁송의 그것과 비교해보아야 하며, 이를 통해 전자의 도그마틱적, 실무적 독자성을 발견해내야 한다고 생각해왔다.

는 소프트 파워. 신자유주의가 주체와 언어, 일상의 실천 및 의식에 더 깊이 뿌리내리고 있기 때문. 그래서 더 파악하기 어렵고 명확히 이해하기 어렵다. 북반부에서의 저항이 더 어려운 이유도 여기에 있을 것이다.

#### 4. 행정절차법과 행정심판법의 집행 실제의 통계학

행정절차법 시행 이후 행정소송의 승소 현황 통계 연구. 어떤 유의미한 변화를 관찰해낼 수 있는가?

행정심판절차에 대한 문제 제기 - 오색 케이블카 사건 등. 김앤장 등 변호사들의 침투로?

- 특히 1994년 행정소송법 개정에서 행정심판전치주의가 폐지되는 제도적 환경 하에서 1995년 행정심판법 개정이 중요함.<sup>12)</sup> 종전의 중앙행정기관 소속의 각 행정심판위원회를 모두 국무총리 소속기관인 법제처장이 위원장이 되는 국무총리 행정심판위원회로 통합. 이후 행정심판의 준사법화를 강화하기 위하여 국무총리행정심판위원회의 권한과 기능을 확대하는 데 개정의 주안점이 놓임.

- 행정심판법은 2008년 개정까지는 행정심판의 객관성과 공정성을 담보하기 위하여 심리·의결기능과 재결기능을 분리시켜, 전자의 기능을 재결청에 소속하는 행정심판위원회에 부여하고, 후자의 기능을 재결청에 부여하여 행정심판기관을 이원화하였다. 그런데 행정심판법 초안에서 재결청에 부여하였던 행정심판위원회의 의결에 대한 재의요구권이 삭제되었기 때문에, 재결청의 재결은 행정심판위원회의 의결에 따르는 형식적인 것에 불과하였고 행정심판의 실질적인 재결기관은 행정심판위원회였다. 2008년의 행정심판법 개정은 재결청을 없애고, 행정심판기관을 행정심판위원회로 일원화하였다.

→ 중앙행정심판위원회의 구성과 운영실태,

각급 행정심판위원회의 구성과 운영실태. 김앤장이 쉽게 침투할 수 있는 구조. 심판위원회에 대한 영향력 행사. 통계적 연구.

#### 5. 행정절차법과 민주주의

절차법은 민주주의를 보장하는가?

\*사립학교법 판례와 호모에코노미쿠스.

소의 이익을 인정한 2007년 경기학원 전원합의체 판결은 비리 재단에게 발언권, 절차적 권리를 보장하는 것. 반면 환경상 이익에 대해 법원은 그렇게 하지 않는다.

거부처분의 신청권도 모두 소유권자에게만 인정한다.

12) 왜 1994년인가? 김영삼 정부의 세계화 정책.

\*앙리 르페브르가 말하는 참여?

→ 이계수, “도시에 대한 권리와 주택 사회화를 위한 투쟁(1) - 베를린 사례를 중심으로 -”, 일감부동산법학, 제24호, 2022, 214-216쪽.

도시에 대한 권리의 제도화, 형식화에서 도시 정부, 인도주의 조직 및 비정부 기구들은 도시에 대한 권리 전략을 추구하면서 자신들의 목표를 분명히 한다. 즉, 그들은 사람들에게 도시에 대한 권리를 부여하더라도, 그 사람들이 특정 정치 행정 단위에 귀속되어 있음을 전제로 - 예컨대 도시에 등록된 주민 혹은 선거권을 가진 공민으로서 - 한다. 그러나 도시에 대한 권리의 이와 같은 형식적 법률적 제도화는 르페브르의 원래의 급진적 개념 구상, 비판적 도시연구자들의 개념 이해와 결을 달리한다. 르페브르에게 도시에 대한 권리는 소구(訴求) 가능한 법적 권리(ein einklagbares juristisches Recht)도 아니고, 자연권도 아니다.

첫째, 도시에 대한 권리의 법제화가 이루어지면서 주민의 일부는 이 권리에서 배제된다. 르페브르는 도시에 대한 권리는 도시 공간의 생산에 참여하는 것을 통해 정당화된다고 보면서, 이를 위해 제도적 형식화가 필요한 게 아니라고 말한다. 참여는 제도화 이전에 이미 일상 활동 모두에서 행해지는 것인데, 제도적 형식화가 오히려 참여를 제한하기 때문이다. 그러므로 도시공간에 대한 통제는 소유관계 혹은 형식적 시민권과 무관하게, 이 공간의 모든 주민(도시민)에게 맡겨져야 한다. 이것은 국민국가 혹은 국가연합의 공민의 권리에 기초하여, 법적 자격을 가진 사람들이 제도적으로 결정에 참여할 수 있는 ‘시민참여’와 구별되는 구상이다.

둘째, 도시에 대한 권리의 제도화는 이 권리구상의 (반자본주의적) 기본 사고를 의심스럽게 만든다. 도시에 대한 권리의 법제화를 주장하는 제도화론자들은 대부분 자원의 신자유주의적 배분 논리를 거부하지만, 자본주의 체제 그 자체를 의심하지는 않는다. 그들은 도시 공간을 돈으로 평가하는 자본주의적 시장 논리를 조직 원리로 맞지 않다고 보아 기각하는 것이 아니라, 그것을 순치할 수 있으며, 더 인간적인 방식으로 만들 수 있다고 믿는다. 도시에 대한 권리의 제도화는, 해방된 사회의 변화된 삶이라는 근본적으로 다른 미래를 그리며 도시의 현재 상태를 급진적으로 비판하는 대신, 현상(status quo)을 개선하는 개혁을 추구할 뿐이다. 이를 두고 도시에 대한 권리라는 슬로건의 (정신) 분열적 해석이라고 비판하는 견해도 있다.<sup>13)</sup>

셋째, 도시에 대한 권리의 과정적 성격은 참여를 제도적 형태로 만드는 것과 부합하지 않는다. 지금까지의 제도적 시도에서 참여는 대부분 도시계획절차에 시민이 단

13) 수자의 해석이다. 수자는 이러한 해석은 이 권리가 갖는 원래의 급진적 요구를 “식민화”한다고 비판한다. De Souza, “Which right to which city?”, in: Defence of political-strategic clarity, Interface: a journal for and about social movements, 2010, 2/1, 319쪽. 식민지에는 식민지 구성원의 계층화가 존재한다. 따라서 ‘식민화’란 도시에 대한 권리에 의해 보호되는 국가의 공식적인 시민과 그렇지 않은 일반 거주자 사이의 차등적 대우를 의미한다고 일단 이해하면 될 것이다.

순히 자문하는 것으로 끝나고 만다. 대의제 민주주의가 ‘이런’ 참여적 절차를 통해 개선되기는 하지만, 국가 및 대표자들의 권력은 온존된다. 르페브르가 원한 것은 대의제 민주주의가 필요로 하는 정치적 위임의 보강, ‘개선된’ 대의제 민주주의하에서의 ‘더 인간적인’ 삶이 아니라 도시의 삶을 변화시키기 위한 일상적 투쟁을 가능케 할 무기였다. 이것은 도시계획절차에 시민이 참여하는 구상을 뛰어넘는다. 르페브르는 민주주의적 의사결정을 제도적 절차에 한정하지 않고, 도시 공간의 생산에 공헌하는 모든 결정으로 확대한다. 그것은 사람들이 매일 자신의 자전거를 세워두는 벽을 그래피티로 채우겠다는 결정일 수도 있고, 빈집을 점거하자는 결정일 수도 있다.

결국 르페브르가 말한 도시에 대한 권리는 부르주아 사회에 익숙한 법의 범주로는 파악하기 힘든, 사회적 삶의 급진적 전환을 향한 집단적 요구로 이해해야 한다. 그러나 현실은 도시에 대한 권리의 형식화-제도화-법제화가 압도하는 상황이다. 이런 모습을 목격하면서 르페브르의 ‘도시에 대한 권리’ 구상을 영어권에 처음 소개했던 하비는 점차 이 권리가 텅 빈 기표(시니피앙)로 전락하고 있다고 비판했다.





제1주제

# 최근 행정절차법 개정의 의의와 민주주의

김정환 변호사(법무법인 도담)



# 최근 행정절차법 개정의 의의와 민주주의\*

김정환\*\*  
(법무법인 도담)

## [목차]

- I. 들어가며 - 민주주의에 대한 의문
- II. 행정절차에 대한 의문
- III. 2022년 1월 개정된 행정절차법의 주요내용
- IV. 개정 행정절차법의 내용 분석
- V. 민주주의와 행정절차법이 지향해야 하는 방향성에  
비추어본 개정 행정절차법
- VI. 결론

## I. 들어가며 - 민주주의 의미에 대한 의문

새로운 학년에 진급하여 새로운 교실을 배정받으면 환경미화라는 이름으로 대청소를 하고 교실을 아기자기하게 학생들이 꾸미던 시절의 이야기. 우리는 학급회의를 하면서 환경미화의 아이디어를 결정했지만 다음 날 선생님은 우리의 아이디어와 상관없이 어디선가 멋진 족자를 구해와 벽에 걸었다. 그 족자에 적혀있던 경구를 아직도 기억한다. 뭔가 멋있는 족자였고 학생들 그 누구도 이의를 제기하지 않았지만 어렴풋이 그런 생각을 했었다. ‘그럼 우리가 회의는 왜 한거지?’

이와 비슷한 경우는 많이 있었다. 뭔가 내 의견을 묻는 것 같았지만 결국 부모님이나 선생님, 선배님들의 의견으로 결정되던 순간들. 민주주의가 무엇인지 전혀 의식하지 않았지만 ‘그럼 나한테 왜 물어본거지?’ ‘내 의견을 듣는 척만 하신건가?’ 이런 의문을 가졌던 시간. 시간이 지나고 나서야 그 의문은 내가 ‘지금의 상황이 비민주적이라고 느끼고 있다는 것’임을 알게 되었다. 의사결정 과정의 합리성과 참여 가능성, 의사결정 과정에서 정확한 정보를 얻을 수 있어야 한다는 것, 이번에는 내가 양보하지만 다음에는 내 의견대로 무엇인가 결정될 가능성이 열려있어야 한다는 것. 그러한 것이 단순하지만 민주주의의 핵심 가치임을 알게 되었다.

\* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

\*\* 변호사, 법학박사

발표자에게 대한민국 차원에서 우리나라의 민주주의의가 어떤 의미를 가지는지 인생에서 최초로 다가온 것은 1987년의 대통령선거였다. 내가 살던 동네까지 매캐한 최루탄 냄새가 퍼지던 그 시절. 내 주변의 어른들은 올림픽을 앞두고 대학생들이 데모를 너무 많이 한다고 걱정을 하는 분들이 많았다. 그러던 어느 날 아버지가 ‘양복을 입고 넥타이를 매시고’ 대통령선거를 하러 가시면서 “오늘은 대통령을 직접 뽑는 정말 중요한 날이다.” 라고 하셨다. 특별한 날이 아니고서는 넥타이를 거의 매지 않는 아버지가 넥타이를 매고 투표장에 가던 모습이 중학교 1학년 학생이었던 발제자의 뇌리에 남아있다. 나에게 선거는, 그리고 민주주의는 넥타이를 매지 않던 아버지도 넥타이를 매고 참여하게 되는 그런 절차에 대한 존중과 기쁨, 그런 의미로 처음 다가왔던 것이다.

‘그럼 나한테 왜 물어본거지?’ 라는 푸념과 같은 감정과 ‘넥타이를 매고 투표를 하러 가는 아버지의 모습’은 발표자에게 민주주의에 대한 가장 중요한 느낌으로 남아있다. 이후 민주주의에 대해 공부하고 권리와 권리구제절차에 대한 공부를 하는 것을 업으로 삼게 되었지만 민주주의의 여러 어려운 관념을 넘어 위의 두가지 관념은 민주주의에 대한 발표자의 가장 핵심적 화두이자 선입견이 되었다. 즉 당사자에 대한 실질적 참여 보장과 그 참여의 절차와 결과에 대해 당사자가 수궁할 수 있도록 하는 것이 중요하다는 점, 그리고 어쩌면 민주주의는 중요한 상징으로서 집단 구성원에게 어떠한 원동력을 주게 되는데 그 지향이 어떤 방향으로서의 상징이어야 하는가 라는 것을 끊임없이 고민해야 한다는 것. 발표자는 민주주의라는 단어를 만날 때 마다 이 두가지를 떠올린다.

행정절차법의 개정과 민주주의라는 무거운 주제의 발제를 권유 받고 발표자의 지적 수준을 넘어선 무거운 주제이지만 발표를 해보겠다고 수락했을 때도 발제자는 발제자가 가진 위 두가지 선입견과 편견에 대해 이야기를 해보고 싶었다. 즉 행정절차법이라는 법이 현실에서 당사자의 실질적 참여와 권리실현을 위해 작동하는가? 행정절차법의 규정에 따른 참여를 한 사람에게 ‘그런데 이거 참여해서 뭘 얻은거지?’ 라는 푸념은 발생하지 않는지, 절차규정의 취지를 몰각하는 어떤 내용이 행정절차법에 존재하는지, 절차규정의 취지상 당연히 존재해야함에도 존재하지 않는 것들에 있는지 그런 것들에 대하여 비판적으로 살펴보고 싶었고 행정절차법이 민주주의와 관련한 취지가 있다면 공법 영역에서 국민들에게 행정절차법은 어떠한 안도감과 만족감, 효능감을 줄 수 있어야 하는가라는 점을 살펴보고 싶었다.

‘민주주의’ 단어는 국회도서관 검색으로 2022년 5월 현재 약 2만 4천여건의 도서자료와 학위논문, 학술논문이 검색되며 최근 5년의 문헌으로 한정하여도 약 4400건의 문헌이 검색된다. 전문 학술 영역에서 그러하네 민주주의를 언급한 칼럼 등 글까지 포함하면 민주주의 용어의 사용은 무한대에 가까울 것이다.<sup>1)</sup> 민주주의는 다른 사회적

가치를 가지는 단어와 결합하여 그 개념 규정의 변용도 널리 이루어지는데 가장 대표적인 것이 우리가 자주 접하는 자유민주주의라는 개념이다. 본 발제문에서 자유민주주의의 의미를 살필 것은 아니지만 그만큼 민주주의는 열린 개념으로 다른 가치와 접목되어 해석되는 것이 보편적이다.

변용의 예를 살펴보면 동네민주주의(Neighborhood Democracy)라고 하여 주민들이 주체가 되어 정치 제도(행정, 입법)와 함께 지역적, 국가적, 세계적으로 연결될 수 있는 지역의 일상의 문제들에 대해 대의제 선거 때뿐만 아니라 일상적으로 자발적 참여와 자치를 통해 민주주의와 삶의 질을 향상시키는 제도와 과정이라고 정의하는 경우<sup>2)</sup>, 일터민주주의라 하여 직장민주주의(workplace democracy)개념의 도입을 주장하고 이는 경제민주주의, 산업민주주의의 한 차원 또는 연관 개념이며 “모든 사람들에게 영향을 미치는 것은 반드시 모든 사람들에 의해 결정되어야 한다.”는 민주주의 원리가 주로 정치영역에서만 논의되었지만 이제는 직장에서 적용되어야 한다는 것을 근거로 일터민주주의는 직장에서의 근로자 참여와 소외 문제를 해결하고 근로자들의 권리를 보장하며, 보다 나은 시민적 의식을 발전시키고, 나아가 또 다른 인간적인 사회로 이행해 갈 수 있는 수단을 제공하는 것, 그리고 근로자들이 민주적 수단을 통해 기업 운영에 대해 목소리를 낼 수 있는 권리를 가지고 있는 것이라 정의하는 경우<sup>3)</sup> 등 사회과학에서 어떠한 현상과 그 방향성을 제시함에 있어 민주주의는 마치 민주주의 단어 없이는 현대사회를 설명할 수 없는 것 처럼 여겨질만큼 빈번하게 등장한다. 이처럼 민주주의는 보편적인 관념이며 결국 민주주의원리는 이상과 현실적 적응사이 에 놓인 규범적 척도로서 보다 나은 현실을 위해서 나아가는 미완성적인 개념인 까닭에<sup>4)</sup> “민주주의는 민주주의란 무엇인가하는 것에 대한 토론(debate)이다”라고 표현(B.Barber)하기도 한다.<sup>5)</sup>

그렇다면 행정절차와 민주주의 관계에 대하여서 ‘행정절차민주주의’라는 개념을 구상해 볼 수도 있지 않을까? 행정의 과정에 대하여 개인의 능동적 참여를 통한 민주적 통제가 필요하고 또 실현되어야 하는 것이 현대 행정의 방향성임은 분명하기에 충분히 보편적인 민주주의 관념에 행정절차를 결합한 ‘행정절차민주주의’ 개념을 정립할 수 있을 것이다. 발제자의 부족함으로 행정절차민주주의를 개념 구성하는 것은 이루어 두지만 아래의 발제를 통해 행정절차와 민주주의에 대한 발제자의 견해를 간단하게나마 제시하고자 한다.

1) 2022년 5월 구글 검색으로 약 19,700,000개의 글이 검색결과로 제시된다.

2) 이태동 외 2, 동네민주주의 개념과 적용연구, 한국정치연구 제27권 제2호, 서울대학교 한국정치연구소, 143쪽 이하 참조.

3) 박귀천, 일터민주주의를 위한 노동법적 과제, 노동법학 제75권, 한국노동법학회, 141쪽 이하 참조.

4) 박진완, 민주주의개념의 전개와 인정의 문제, 공법학연구 제3권 제1호, 한국비교공법학회, 2001, 39쪽 참조.

5) 박진완, 앞의 논문, 39쪽에서 재인용.

## II. 행정절차에 대한 의문

민주주의에 대한 발제자의 선입견을 잠시 언급했지만 행정절차에 대한 발제자의 선입견도 잠시 언급하고자 한다. 행정법이 거의 모든 국가시험에서 필수과목이라 그런지 우리나라 행정법 교과서는 대부분 유사한 내용을 담고 있다. 물론 교과서마다 목차의 순서는 조금씩 다르다. 민법 교과서가 민법의 편제대로 쓰여져 거의 모든 교과서의 목차가 동일한 것과는 달리 행정법 교과서는 저자의 관점에 따라 목차가 다른 것이다. 이제 2021년에 행정기본법이 제정되어 행정법의 실체법적 원리에 대한 기본 목차가 마련되었다고 할 수 있으니 교과서들의 순서도 비슷해질지는 모르겠다. 하지만 목차를 제외하고 내용은 모든 교과서가 비슷하다. 행정절차와 행정절차법, 절차의 하자의 의미를 설명하는 교과서들의 내용은 거의 같다. 그리고 대개의 교과서는 행정절차법의 의미를 설명하며 민주주의를 실현한다고 기술하고 있다.<sup>6)</sup> 행정절차가 민주주의가 가지는 가치를 실현하는데 역할을 한다는 것은 명확해 보인다. 즉 민주주의 체제 하에서 행정절차의 존재 이유는 행정의 민주화에 있는 것이다. 그런데 행정절차를 규범으로 정립하고 성문화한 그 자체가 민주주의에 기여하는가?

우리는 자유를 누릴 때는 자유의 소중함을 알지 못한다. 점심시간 1시간이 보장된 직장에서 근무하는 사람들은 근로기준법에 명시된 휴게조항의 필요성과 중요성을 알지 못한다. 그러나 지금도 점심시간 1시간을 얻어내기 위하여 단식투쟁을 하는 사람들이 있다.<sup>7)</sup> 그들에게는 휴게시간의 보장이라는 성문화된 법률 조항의 존재 자체도

6) 홍정선 교수는 행정절차법 제1조(목적) '이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.'를 인용하며 이 조항의 의미는 행정의 민주화를 의미하는 것이라 설명한다. 홍정선, 행정법원론(상) 제29판, 박영사, 2021, 601쪽.

홍준형 교수는 행정절차법은 '행정에 대한 국민의 능동적 참여를 통한 민주적 통제'를 위한 것이라 설명하며 행정절차의 존재 이유는 '행정의 민주화'에 있다고 하며 행정의 민주화의 내용을 행정의 예측가능성, 접근가능성, 이익대변의 기회 및 참가의 보장, 절차를 통한 정당성 및 행정능률로 설명한다. 홍준형, 시민을 위한 행정법입문, 박영사, 2018, 256쪽.

김성수 교수는 행정절차는 민주주의원리를 실현하는 것으로서 행정절차의 핵심적 내용은 행정적 결정에 대하여 이해관계를 가지는 국민의 의사를 반영하는 것이고 따라서 행정절차는 행정부의 의사결정과정의 편견과 독선을 막고 국민의 광범위한 의사를 반영하는 것이라 하며 행정절차는 국민의 참여를 통하여 행정적 결정의 민주적 정당성을 실현하는 법적 구조라 설명한다. 김성수, 일반행정법 제9판, 홍문사, 2021, 598쪽.

강경선·이계수 교수는 행정절차의 기능을 다른 교과서에 비해 상술하고 있는데 오늘날 행정참여절차는 행정권 역제의 제도라는 측면보다는 다원적 이해관계를 조정하고 충돌하는 이익상황에 농민자들 간의 합의를 도출하는 방안으로 이해되고 있다고 하며 이 점에서 오늘날의 행정절차는 종래의 행정절차법과는 그 이념적 기초를 달리하고 이를 '행정절차의 민주적 기능'이라 설명하고 있다. 강경선·이계수 교수의 행정법I 교과서는 다른 행정법 교과서와는 구별되는 생략해보기/토론하기 항을 두어 본문의 내용 심화학습 및 주요 논쟁점을 제시하고 있는데 발제자가 아는 행정절차가 가지는 정치적 의미를 고려해보아야 한다는 내용이 교과서 중에는 거의 유일하게 들어가 있다. 지금은 절판되었으니 아쉬울 따름이다. 강경선·이계수 행정법I, 한국방송통신대학교 출판부, 2008, 252쪽 이하 참조.

7) "목숨 걸었는데.. 파리바게뜨 눈 하나 깜짝 안 해", 오마이뉴스, 박정훈, 2022. 5. 18. 기사 참조. 기사의 내용 中 : 임종린 화성식품노조 파리바게뜨지회장의 단식 농성이 52일째를 맞았다. 임 지회장은 SPC에 파리바게뜨 가맹점에서 일하는 노동자의 ▲월 6회 휴가와 병가 보장 ▲점심시간 1시간 보장 ▲임신 노동자 보호 등의 '노동환경 개선', 나아가 민주노총 산하 노조인 파리바게뜨지회에 대한 탄

중요한 의미가 되고 그 실천적 적용도 중요하다. 결국 행정절차도 아직까지 행정절차로 강제되지 않은 영역이 어떠한 영역인지 파악하는 것(법률조항의 존재 자체)과 그 절차에 위반된 행위가 있는 경우에 대한 처리 문제(실천적 적용)가 중요할 것이다.

그런데 우리나라 행정법 교과서는 절차의 하자에 대해서 거의 같은 설명을 하는데 절차의 하자가 독자적 위법성 사유로 인정되는지에 대하여 부정설과 긍정설을 소개하고 부정설의 논거로는 절차를 거치면 어차피 동일한 행정처분이 나올 경우 절차의 하자 인정이 무용하다는 것을 제시하고 긍정설의 논거로는 절차를 거치는 경우 실제적 결정의 결론이 달라질 가능성이 있다는 것을 논거로 제시한다. ‘절차를 거쳐도 결론은 마찬가지’라는 논리는 행정절차를 인정하는 이념에 정면으로 배치된다.<sup>8)</sup> 그런데 아래와 같은 판례는 절차 규정의 실효성에 대해 의문을 가지게 한다.

대법원 2001. 6. 29. 선고 99두9902 판결 [경부고속철도서울차량기지정비창건설사업실시계획승인처분취소]

구 환경영향평가법(1997. 3. 7. 법률 제5302호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제4조에서 환경영향평가를 실시하여야 할 사업(이하 '대상사업'이라 한다)을 정하고, 그 제16조 내지 제19조에서 대상사업에 대하여 반드시 환경영향평가를 거치도록 한 취지 등에 비추어 보면, 법에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니다

물론 아래와 같은 판례도 존재한다.

대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결 [국방군사시설사업실시계획승인처분무효확인]

구 환경영향평가법(1999. 12. 31. 법률 제6095호 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법 부칙 제2조로 폐지) 제1조, 제3조, 제9조, 제16조, 제17조, 제27조 등의 규정 취지는 환경영향평가를 실시하여야 할 사업(이하 '대상사업'이라 한다)이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 당해 사업과 관련된 환경공익을 보호하려는 데 그치는 것이 아니라, 당해 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 보호하려는 데에 있는 것이다. 그런데 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이

압을 중단해달라고 요구하며 단식에 나섰다.

8) 김성수, 앞의 책, 608쪽.

이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이라고 하지 않을 수 없어, 이와 같은 행정처분은 당연무효이다.

이 판례들은 행정절차법을 직접 다룬 판례는 아니지만 절차규정에 대한 우리 법원의 태도를 알 수 있는 중요한 판례이다. 즉 판례에 따르면 절차규정을 전혀 거치지 않은 경우는 위법하고 심지어 그것은 무효사유가 될 수도 있지만 부실하게 거친 경우는 입법취지를 몰각시킬 정도가 아니라면 그 부실로 인하여 직접 위법성이 인정되는 것은 아니라는 것이다. 위 판례를 공부하며 발제자는 절차규정을 ‘부실하게’ 거쳤더라도 입법취지를 몰각시킬 정도가 아니라는 것이 도무지 예측가능한 것인지 의심이 들었다. 실제로 많은 청문회와 공청회가 의견을 수렴하는 것이 목적이 아니라 현수막을 걸고 사진찍기 위해 존재한다고 한다. 이런 판례가 그런 청문회와 공청회를 적법하게 해준다. 이런 상황에서 절차규정의 존재와 그 존재의 실천적 의미가 있는 것일까?

장애인들이 장애인등급제와 장애인 이동권 보장을 위해 시위를 하며 보건복지부가 있는 세종시 정부종합청사 앞 도로에 장애인의 권리를 보장하라는 페인트 낙서를 하는 집회를 했다. 세종시는 그 페인트 낙서를 지우는데 수천만원의 비용이 들었다면서 대집행을 하고 장애인단체에 비용청구를 했다. 그런데 이 문제를 상의하던 발제자가 기록을 살펴보니 이상한 점이 보였다. 행정대집행의 절차로 수험생들이 ‘계통실비’로 외우는 그 첫 단어. ‘계고’가 없었던 것이다. 즉 아무런 사전 절차 없이 행정청은 비용청구를 한 것이다. 그렇다면 절차의 하자는 명백하다. 재판에서 절차의 하자를 주장한 장애인단체에 대하여 행정청은 자신들은 행정대집행법 제3조 제3항 ‘비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 전2항에 규정한 수속을 취할 여유가 없을 때에는 그 수속을 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있다.’는 규정을 근거로 계고 없이 한 것이므로 계고를 생략한 대집행이 적법하였음을 주장했다. 도로의 안전에 관한 부분이기 때문에 위험이 절박한 경우라는 것이다. 그러나 도로위에 낙서가 있다고 차선이 지워진 것도 아니었고 신호등이 사라진 것도 아니었다. 그러나 법원은 행정청의 주장을 받아들여 대집행은 적법한 것으로 판단했다.<sup>9)</sup> 발제자가 놀랐던 부분은 행정청의 소송수행자가 보여준 태도였다. ‘대집행이 절차 하자로 위법하다고 인정되면 저희는 민사 손해배상이나 부당이득 반환청구 할겁니다.’ 페인트칠을 한 것은 잘못이라지만 그 잘못 이상의 큰돈을 변상하게 된 장애인 단체에게 절차규정은 아무런 도움이 되지 못했다. 심지어 절차규정이 있음에도 지키지 않은 행정청에게 절차규정은 큰 강제력이 없어보였다.

9) 당해 사건은 제1심 장애인단체 패소 후 2022. 5. 현재 항소심이 진행 중이다.



행정절차는 그렇다면 상징에 그칠 수도 있는 내용만을 담고 있는 것인가? 앞에서 민주주의에 상징의 의미가 있다고 하였지만 그것은 일본의 천황제를 ‘상징천황제’라는 용어로 사용하는 것과 같이<sup>10)</sup> 형식과 실질이 분리된다는 의미로 사용한 것이 아니다. 상징은 사회구성원들의 정치적 동원화에 결정적인 역할을 수행하며<sup>11)</sup> 인간은 상징적 관념화를 통해 자기 자신과 자신을 둘러싸고 있는 세상 사이에 하나의 형태를 부여하고 그 형태를 통해 세상을 이해하고 의미를 부여한다.<sup>12)</sup> 행정절차가 민주주의 실천의 상징으로서 긍정적으로 작용하려면 적어도 행정절차의 준수에 대한 강제력과 행정절차를 위반한 경우의 불이익은 더 강력해야 하는 것이 아닐까? 벌칙규정을 마련해서라도 절차의 강제성을 강화할 필요가 있는 것 아닐까?<sup>13)</sup> 발제자는 행정절차를 공부하며 행정절차는 뭔가 민주주의 실현을 위해서도 부족하고 특히 절차의 하자에 대한 인정이 실천적 의미가 매우 약하다는 선입견을 가지게 되었다. 물론 법원이 절차적 하자만을 이유로 처분을 취소하게 되면 법원의 업무부담이 경감되고 원고도 행정청이 다시 절차하자를 보완하여 동일한 처분을 하더라도 그 때까지 처분이 유예되는 효과를 얻을 수 있으며, 또한 절차적 요건을 위반한 공무원에 대해 징벌적 효과를 거둘 수 있다고 하며 절차 하자에 대한 현행 판례의 태도를 긍정적으로 평가하면서 다만 행정절차의 중시가 행정결정의 실체적 정당성에 대한 책임을 회피하는 계기로 남용되어서는 안되기에 행정소송을 통하여 행정의 실체적 적법성을 통제하여야 할 필요성이 더욱 크다는 견해<sup>14)</sup>도 수긍할 수 있지만 ‘절차법’의 독자적 존재 필요성과 이유를 뒷받침하기에는 조금 부족한 느낌이고 결국 교과서를 벗어난 실무에서 실질적으로는 절차 규정의 독자적 의미가 너무 약한 것이 아닌가 하는 생각을 지우기는 힘들다.

### III. 2022년 1월 개정된 행정절차법의 주요내용

본 발제는 2022년 1월 개정된 행정절차법(이하 ‘개정 행정절차법’이라 한다.)을 평가해보기 위한 것이다. 2022년 1월 개정된 행정절차법은 2020. 11. 18. 허종식 의원 대표발의 법률안, 2020. 11. 25. 윤영덕 의원 대표발의 법률안, 2021. 3. 12. 서영교 의원 대표발의 법률안, 2021. 4. 9. 정부 대표발의 법률안을 각 폐기하며 이를 통합 조정하여 2021. 11. 행정안전위원회에서 법안심사 제1소위원회가 마련한 대안을 행정

10) 이성환, 상징천황제와 전후 일본의 민주주의, 일본사상 제30호, 한국일본사상학회, 2016, 241쪽 이하 참조.

11) 조현수, 상징과 정치 - 민주주의체제와 전체주의체제의 상징에 대한 비교분석, 한국정치연구 제19권 제3호, 서울대학교 사회과학연구원, 202쪽 참조

12) 조현수, 앞의 논문, 205쪽 참조

13) 행정절차법에 벌칙규정이 필요하다는 주장은 김성수, 앞의 책, 605쪽 참조. 김성수 교수는 행정지도가 당사자의 의사에 반하여 이루어지는 경우, 불이익처분에 통지 및 의견청취 기회를 부여하지 않는 경우, 행정상 입법예고에 있어서 의견을 제출한 자에게 그 제출된 의견의 처리결과를 통지하지 않는 경우 등을 벌칙 규정이 필요한 예로 제시하고 있다.

14) 박정훈, 행정소송과 행정절차(1): 비교법적 고찰 및 네 개의 접점문제, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2008.

안전위원장을 제안자로 발의하여 국회가 통과시킨 것으로 개정 이유와 주요 내용은 아래와 같다.<sup>15)</sup>

#### ◇ 개정이유

행정의 공정성·투명성을 제고하고 국민의 권익을 보호하기 위하여 인허가 등의 취소 등 국민에게 불이익한 처분을 하는 경우 당사자 등의 신청이 없는 경우에도 청문을 하도록 청문의 대상을 확대하고, 공정하고 전문적인 청문을 위하여 다수 국민의 이해가 상충되는 처분 등을 하는 경우에는 청문 주재자를 2명 이상으로 선정할 수 있도록 하며, 코로나바이러스감염증-19의 장기화 등으로 인하여 온라인 중심으로 빠르게 변화하는 행정환경을 반영하여 종전에는 오프라인 공청회와 병행하여서만 온라인 공청회를 개최할 수 있도록 하던 것을, 온라인 공청회를 단독으로도 개최할 수 있도록 하는 한편,

행정청이 법령에 따른 의무를 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실 등을 공표하는 경우에 필요한 공통 절차를 정하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

#### ◇ 주요내용

가. 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈 등의 처분을 하는 경우에 당사자의 신청이 없는 경우에도 청문을 실시하도록 함(제22조제1항제3호).

나. 공정하고 전문적인 청문을 위하여 다수 국민의 이해가 상충되는 처분이나 다수 국민에게 불편이나 부담을 주는 처분 등을 하는 경우에는 청문 주재자를 2명 이상으로 선정할 수 있도록 함(제28조제2항 신설).

다. 국민의 생명·신체·재산의 보호 등 국민의 안전 또는 권익보호 등의 이유로 오프라인 공청회를 개최하기 어려운 경우 등에는 온라인 공청회를 단독으로 개최할 수 있도록 함(제38조의2제2항 신설).

라. 위반사실 등의 공표에 관한 공통 절차를 마련함(제40조의3 신설).

마. 행정청이 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 계획을 수립하거나 변경·폐지할 때에는 관련된 여러 이익을 정당하게 형량하도록 함(제40조의4 신설).

바. 행정예고기간은 예고 내용의 성격 등을 고려하여 정하되 20일 이상으로 하며, 행정목적 달성을 위하여 긴급한 필요가 있는 경우로서 행정예고기간을 단축하는 경우에도 단축된 행정예고기간이 10일 이상이 되도록 함(제46조).

## IV. 개정 행정절차법의 내용 분석

우선 개정 행정절차법은 청문규정을 정비하며 청문신청권 개념을 없애고 청문강제를 규정하였고 확약규정을 신설하고 행정계획의 형량규정을 신설하는 등 여러 변화가 있었다. 그러나 2020. 11. 18. 허종식 의원 대표발의 법률안에 제시되었던 행정 전 과정에 국민 참여를 보장하고 행정청의 국민 참여 활성화를 위한 노력 의무를 규정하는 내용은 반영되지 않았으며 민원처리법 등에 분산 규정되어 있는 국민 참여와 관련된 원칙·방법 등의 내용을 일괄적으로 정비하고자 하는 내용도 삭제되었다. 2020. 11. 25. 윤영덕 의원 대표발의 법률안과 2021. 3. 12. 서영교 의원 대표발의 법률안은 감염병 위기라는 시대상황을 반영한 행정절차법이 필요하다는 점을 강조한 개정안

15) 법제처, 행정절차법 개정이유 참조.

인데 결국 이를 반영하여 온라인 공청회는 도입이 되었다. 그러나 행정안전부가 2020. 10. 14. 보도자료를 통해 행정절차법 개정을 추진한다고 하며 밝혔던 내용 중 대표적으로 ① 정책의 제안·집행·평가 등 행정 과정에서의 국민 의견 적극 청취 및 반영, 국민제안, 국민 참여 창구 등 참여의 원칙과 방법을 통합적으로 규정하여 국민의 능동적 참여를 보장하고 참여 확대 기반도 마련한다는 것과 ② 행정계획 수립시 공통절차를 규정한다는 내용은 전혀 반영되지 않았다.

## V. 민주주의와 행정절차법이 지향해야 하는 방향성에 비추어 본 개정 행정절차법

행정법이 소유권과 자유의 과잉을 견제하는 민주주의적 규제수단으로 발전할 수 있어야 한다는<sup>16)</sup> 논의는 타당하면서도 논쟁적이다. 자유지상주의가 보편적인 자유주의로 둔갑<sup>17)</sup>한 현실에서 자유지상주의자들은 이 논의를 자유권의 핵심인 소유권을 제한하는 선동이라 해석할 수도 있을 것이다. 그런데 잘 생각해 보면 ‘공법’의 원리가 존재하고 공법이 사법과 구별되는 의미를 가진다는 관념에는 행정주체가 법률이 부여한 정당하고 강력한 규제권한을 행사할 수 있고 또 그러한 규제권한이 어떻게 통제되어야 하는지 해석하는 독자적인 법원리가 필요하다는 것이 전제되어 있다. 국가와 지방자치단체는 국민 또는 주민으로서의 사람들이 공공적 문제나 쟁점에 자신의 의사를 반영할 수 있도록 참여의 기회를 제공해야 한다는 것도 당연한 원리로 수긍할 수 있다. 그렇다면 행정절차법은 결국 다수에게 행정절차에 대한 참여의 기회를 실질적으로 제공하며 그 기회를 통하여 공공선에 반하고 사익을 극단적으로 추구하는 자본을 견제할 수 있어야 할 것이다. 그러나 그러기 위해 핵심적인 내용이 되어야 할 행정계획 확정절차와 같은 것은 구체적인 절차규정 자체가 행정절차법에 존재하지 않았다. 이에 대한 비판적 견해를 의식해서인지 개정 행정절차법은 제40조의 4를 아래와 같이 신설하였다.

**행정절차법 제40조의4(행정계획)** 행정청은 행정청이 수립하는 계획 중 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 계획을 수립하거나 변경·폐지할 때에는 관련된 여러 이익을 정당하게 형량하여야 한다.

그러나 이 규정을 처음 확인하고 발제자는 조금 의아함을 느꼈다. 2021년 제정된 행정기본법은 다음과 같은 조항이 있다.

**행정기본법 제21조(재량행사의 기준)** 행정청은 재량이 있는 처분을 할 때에는 관련 이익을 정당하게 형량하여야 하며, 그 재량권의 범위를 넘어서는 아니 된다.

16) 강경선·이계수, 행정법I, 한국방송통신대학교출판부, 2008, 43쪽.

17) 둔갑이라는 표현을 쓴 이유는 자유주의는 자유지상주의와 구별되어야 함에도 현대에 와서 우리나라 언론 및 각종 글에서 자유주의가 자유지상주의와 구별 없이 사용되는 것이 너무 일반적이기 때문이다. 이에 대한 논의는 김만권, 자유주의에 관한 짧은 에세이들, 동명사, 2001. 참조.

행정계획에 대한 절차적 조항을 신설하면서 행정기본법 제21조의 내용과 차이가 없는 조항을 신설해두고 학계가 논의하던 계획확정절차는 도입되지 않았다. 물론 학계의 보편적 논의인 ‘형량명령의 법리’를 성문화한 점에서는 의미를 찾을 수 있겠지만 구체적인 경우에 제40조의4 조항이 어떻게 활용될 수 있을까? 아마도 아래의 판결에 근거조문으로 적시될 정도의 변화만 있을 것이다.

대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결 [도시계획시설결정처분무효확인등]

행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개량 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것으로서, 도시계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다고 할 것이지만, 행정주체가 가지는 이와 같은 형성의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 행정계획에 관련되는 자들의 이익을 공익과 사익 사이에서는 물론이고 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교교량하여야 한다는 제한이 있는 것이고, 따라서 행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.

비례원칙을 판례가 계속 인정하여 왔지만 누구나 성문법전을 통해 비례원칙을 이해하고 원용할 수 있도록 행정기본법 제10조에서 비례원칙을 규정한 것은 긍정적으로 평가할 수 있다. 다수의 학자들이 행정기본법을 제정하는 것에 대하여 반대의견을 가지거나 불필요한 것이라 주장하기도 했지만 발제자는 일반국민에게 ‘성문화된 법’으로 어떠한 원리를 제시하는 것이 중요하다 생각한다. 즉 법과 판례를 아는 전문가 집단의 법이 비전문가에게 더욱 가까이 다가가기 위하여 성문화가 필요하다고 본다. 그런데 행정절차법의 행정계획 조항에 위와 같은 규정을 신설하여 형량명령의 법리를 신설한 것도 같은 평가를 받을 수 있을까? 오히려 중요 법리를 성문화 했다고 보다는 행정계획에 대한 내용의 행정절차법 반영 요구가 높으니 생색을 내기 위하여 계획의 일반론을 한 줄 넣었다는 느낌으로 다가온다. 행정계획에 관한 절차적 규정은 대표적으로 기업과 시장세력에 반갑지 않은 규정일 것이다.<sup>18)</sup> 개정된 행정절차법에서도 행정계획 확정절차를 채택하지 않은 것은 우리 행정절차법의 한계를 보여주는 것이다.

## VI. 결론

18) 이계수, 절차적 정의의 신자유주의적 변용 - 행정절차법의 입법사를 중심으로, 민주법학 제70호, 민주주의법학연구회, 2019, 79쪽 이하 참조. 이계수 교수는 행정절차법의 제정을 자유지상주의의 구체화로 평가하며 행정계획의 확정절차를 채택하지 않은 이유에 대해 개발을 신속하게 실행하고자 하는 관료는 물론 기업과 시장 세력에게 그러한 절차가 반갑지 않을 것이라 평가한다.

행정절차법 개정에 대해 내용상의 위법을 가져다주지 않을 절차·형식의 하자의 불고려 조항이 신설되어야 하고 절차적 정의의 강조도 중요하지만 절차가 국가작용에 대한 무분별한 불복의 출발점으로 기능할 수 있고 ‘지나치게 촘촘한 절차의 철조망으로 국가가 피투성이 되는 것은 결코 온당하지 않다’는 비유로 신속화 효율화를 강조하는 견해도 있다.<sup>19)</sup> 행정절차를 규정하고 이에 대해 규범력을 부여하는 것은 현대사회의 수많은 행정작용에 있어 그 행정작용의 정당성을 확보하기 위한 것이고 행정작용의 정당성 확보는 인간의 존엄성을 실현하는 것이라는 주장도 일면 타당하다. 그러나 ‘행정의 정당성 확보’와 ‘행정의 능률’이라는 취지는 “더 많은 사람들이 정당하고 강력한 규제권한을 행사하여<sup>20)</sup> 공익을 실현해야한다는 민주주의 원리”에 앞설 수는 없다.

19) 김중권, 행정법, 법문사, 2021, 593쪽 이하 참조.

20) 이계수, 앞의 논문, 47쪽 이하 참조. 이계수 교수는 정당하고 강력한 규제권한의 행사와 결합한 행정절차법 모델의 수립이 필요하다고 설명한다.



## [제1주제]최근 행정절차법 개정의 의의와 민주주의: 토론문\*

맹지연 박사

(환경운동연합 자연생태전문위원)

우리는 나라는 그동안 경제성장 중심의 과도한 사유재산권의 보호와 자유시장주의가 팽배하여왔다. 이로 인해 환경의 훼손과 사회적 양극화 문제가 극에 달했고, 그 결과 우리는 심각한 기후변화를 겪고 있으며, 22년 대선 결과에서 들어난 것처럼 국민들이 정확히 두 동강이가 났다.

우리 시민들의 일상생활은 행정을 통해 구현된다. 물론 행정은 정치적 중립과 입법권 사법권의 분리를 통해 민주주의를 구현한다지만, 현실은 행정입법이 주를 이루고 있어 입법부의 독립도 의심되기는 마찬가지이다. 하물며, 마지막 구제수단이라 할 수 있는 사법부 역시 행정부와 입법부의 한계를 넘어서지 못하고 오히려 사유재산권의 보호와 자유시장주의를 강화하여 왔다. 물론 아주 일부는 그렇지 않다. 하지만 대부분이 그렇다는 것을 부정할 수는 없을 것이다. 소송의 결과가 이를 입증하고 있기 때문이다.

우리 행정과 사법부는 생태계의 마지막 보류라 할 수 있는 국립공원을 대상으로 한 대규모 개발업에 대해서도 환경의 공익적 가치를 실체적 국민의 권리로 인정하지 않고 환경영향평가서의 허위 거짓 부실작성에 대해 논란에도 소극적으로 해석하였으며, 이해당사자의 손을 들어주기 일쑤였다. 뿐만아니라 행정은 이로 인한 사회적 갈등을 경제적 손실로 치부하면서 실제 본 사업에 대한 예타 등의 경제성 분석은 매우 부실했다. 그리고 이러한 개발사업은 보호할 곳과 이용할 곳을 구분하고 있는 국립공원 관련 법적취지를 무색하게 했다. 즉 지나치게 촘촘한 절차의 철조망으로 국가가 피투성이 되는 것을 막아야 한다는데 그 실체가 무엇인지 오리려 의문이다.

이는 우리가 행정절차법에 주목할 수밖에 없는 이유가 된다. 행정절차법은 절차적 정당성을 넘어 내용적 정당성을 검증할 수 있는 근본적인 구조적 보완이 절실히 필요한 이유다. 오늘날의 행정은 매우 전문화되고 고도화된 기술적 판단이 요구되지만 이는 많은 비용을 수반하고 의도된 가치에 따라 그전문성과 기술이 얼마든지 다른 결과를 낳을 수 있기 때문이다. 따라서 공정한 판단을 위해서는 그 전문성과 기술에 대한 검증은 일방이 아닌 쌍방이 다룰 수 있는 기반을 행정절차법에서 보장하여야 한다.

---

\* 이 토론문을 필자의 허락 없이 전제나 인용하는 것을 삼가주시면 감사하겠습니다.





제2주제

# 헌법의 인간상과 행정절차법의 과제

이국현 교수(충북대학교 법학전문대학원)



# 헌법의 인간상과 행정절차법의 과제\*

이국현

(충북대학교 법학전문대학원)

## [목차]

- I. 서론
- II. 헌법의 인간상
- III. 행정절차법의 과제
- IV. 결론

## I. 서론

본고는 ‘실체적으로 올바른 결론에 도달하기 위한 절차’, ‘기본권이 위법·부당하게 침해되는 것을 방지하기 위한 절차’라는 관점만으로는 ‘헌법적으로 정당화되는 절차가 무엇인지’를 판단하는 기준으로 다소 부족하다는 문제의식에서 출발한 것이다. 다시 말해, 절차적 정의는 무엇인지,<sup>1)</sup> 절차적 정의는 행정작용절차에 관한 기존 법리에 어떠한 의미를 가질 수 있는지에 관한 초보적 모색이라고 할 수 있다.

아래에서는 먼저 헌법의 인간상(II.)을 검토하고 나서, 헌법의 인간상을 그 상대방으로 한다고 보았을 때 행정작용절차는 어떠한가 하는가라는 관점에서 행정절차법의 과제(III.)를 간략히 살펴본 후, 결론(IV.)을 맺는다.

## II. 헌법의 인간상

### 1. 논의의 출발점

가. 헌법의 인간상이 헌법에 명시되어 있지는 않다. 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있다. 헌법의 인간상은 기본적으로 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 의미를 밝힐 때 논해지는 것이다. 즉, 사람(‘인간’)이라는 지위에 해당하면(‘으로서’) 그 속성으로 갖게 되는(‘의’) 감히 범할 수 없을 정도로 높고 엄숙한 지위(‘존엄’)와 사람이 사

\* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

1) 이에 관하여는, 정태욱, 법절차의 정의가치, 법철학연구 제1권, 1998, 53-84면 참조.

람과의 관계에 의하여 지니게 되는 중요성(‘가치’)이 무엇인지를 밝힐 때 다루어진다.

다시 말해, 당연해 보이는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 헌법규범으로서 무엇을 말하는지를 아는 것은 쉬운 일이 아니다.<sup>2)</sup> 독일의 헌법학자 요제프 이센제(Josef Isensee)는 “실제적인 확신 - 해석론적 불확실성”이라고 하여 이를 적확하게 지적하였다.<sup>3)</sup> 특히, ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 “기본권의 이념적·정신적 출발점이며 모든 기본권의 가치적인 핵심규정”이라는 “최고 규범성”을 갖는다<sup>4)</sup>는 측면에서 더욱 그러하다.<sup>5)</sup> 헌법은 다양한 이해관계나 정치적 이해관계를 가진 사람들이 공존하기 위한 절충 또는 타협의 결과이기 때문에 ‘최고규범성’과 ‘정치규범성’을 갖는다.<sup>6)</sup> 그런데 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄과 가치’는 그중에서도 최고의 규범성을 갖는바 이를 유지하고자 한다면, 헌법의 정치규범성에 따른 유동성, 추상성, 개방성, 미완성성은 더욱 커질 수밖에 없다. 이센제가 “인간존엄성의 확장에 따라 그 헌법적 보장은 천박해진다.”<sup>7)</sup>라고 말한 것은 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 헌법 제10조의 최고규범성으로 인해, ‘인간의 존엄과 가치’는 그 규범적 내용이 ‘최소한’에 그치고 ‘형식적’이고 ‘추상적’이기 쉽다. 다시 말해, ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 규범적 내용을 실제적·구체적으로 정하고 확장하려는 경우에는 그 정당화를 위한 논증의 부담이 다른 헌법규범에 비해 훨씬 더 크다고 할 수 있다.<sup>8)</sup>

그럼에도 헌법재판소 결정례에서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 그 논증의 근거로 사용되는 경우가 많은데, 그 의미가 모호하여 기본권을 보장하는 측면에서도 기본권을 제한하는 측면에서도 논거가 되는 모순성이 있으며 이는 순기능과 역기능을 가질 수 있지만, 현재로서는 과용되고 남용되고 있다는 평가<sup>9)</sup>는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에 관한 헌법규범상 논의가 처해 있는 상황을 잘 보여준다. 나아가 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 갖는 개방성은 법해석학이 아니라 정치적 논쟁 또는 투쟁을 통해 해결하여 그 의미를 확정하고 인간존엄이 보장되도록 하여야 한다는 견해<sup>10)</sup>는 상당히 논쟁적인 주제를 던지고 있음을 알 수 있다.

나. ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 무엇인지를 적극적으로 규정하기 어렵기 때문에 그 기본적 특성을 ‘헌법의 인간상’으로 정리하여 묘사한 것으로 이해할 수 있다. ‘헌

2) 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2002, 175면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2022, 348면; Josef Isensee, “인간의 존엄성”, 언어와 헌법 그리고 국가, 133면, 133-142면 (이덕연/강태수 편역, 신조사, 2013).

3) Josef Isensee, 앞의 글(주 1), 133-135면.

4) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 결정; 허영, 앞의 책(주 1), 350면.

5) Josef Isensee, 앞의 글(주 1), 139면.

6) 허영, 앞의 책(주 1), 24-26면.

7) Josef Isensee, 앞의 글(주 1), 253면.

8) 이러한 측면에서 보면, 구치소 내 과밀수용행위가 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 침해하여 헌법에 위반된다고 하여 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 기본권으로 인정하면서도 그 내용과 인정 근거에 대한 별다른 논증을 하지 아니한 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정의 문제점을 지적한 비판적 견해(조소영, 기본권 규범구조에서의 ‘인간의 존엄성’의 지위-현재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에 대하여-, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 119-135면)는 타당하다.

9) 이상수, 헌법재판소 결정문을 통해서 본 인간존엄의 의미-존엄개념의 과용과 남용-, 서강법률논총 제 8권 제1호, 2019, 150-153면.

10) 이계수, 인간존엄과 민주법학-노동, 젠더, 장애, 민주법학 제63호, 2017, 27면, 32면.

법의 인간상'도 '인간으로서의 존엄과 가치'를 규정하기 위한 시도의 일환인 것이다. 인간상, 즉 인간을 어떻게 이해하느냐에 따라 인간의 존엄성이 달라진다<sup>11)</sup>거나, '인간으로서의 존엄과 가치'는 "인격의 내용을 이루는 윤리적 가치"이고 헌법은 이를 통해 존엄성을 가진 인간은 자주적이고 사회적인 인간이라는 인간상을 표현하고 있다<sup>12)</sup>거나, 인간존엄성은 인간을 존엄하게 하는 근거가 무엇인지와 같은 인간의 특성과 본질에 의해 밝혀질 수 있고 그러한 본질에 따라 헌법의 인간상을 파악<sup>13)</sup>하거나, '인간으로서의 존엄과 가치'는 인간으로서 존엄하고 가치 있는 존재가 되기 위한 '조건들의 집합'으로 구성된다고 보고 독일연방헌법재판소가 인간존엄의 구상으로 정리한 인간상은 위 조건을 이해하는 지침이 된다<sup>14)</sup>고 하는 것은 모두 논의의 순서나 관점을 달리하였을 뿐 '인간의 존엄성'을 '헌법의 인간상'이라는 더 구체적인 모습으로 형상화하여 파악하려는 시도라고 할 수 있다. 그렇다면 헌법의 차원에서 인간의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 사람이 가지는 고유한 특성인 존엄과 가치, 즉 '인간으로서의 존엄과 가치'가 무엇인지를 정할 수 있다고 말할 수 있다.

## 2. '자주적 인간'이자 '사회적 인간'

가. 헌법의 인간상은 다른 인간과 교류하지 않고 사회에서 홀로 떨어져 있는 '개인주의적 인간상'이나 순전히 사회가 결정하는 바에 따르는 '집단주의적 인간상'이 아니라 '인격주의적 인간상'이라는 데 특별히 다른 견해는 없어 보인다.<sup>15)</sup> 다시 말하자면, 헌법 전문(前文)의 "자유와 조화를 바탕으로 ... 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여"라는 부분을 통해 알 수 있듯이 헌법의 인간상은 자기 스스로 정한 바에 따르는 '자주적 인간'이자 사회공동체에 속해 있는 '사회적 인간'이다.<sup>16)</sup>

헌법재판소도 헌법의 인간상을 "우리 헌법의 인간상"<sup>17)</sup>, "우리 헌법질서가 예정하는 인간상"<sup>18)</sup>, "우리 헌법이 지향하는 바람직한 인간상"<sup>19)</sup>이라고 칭하면서, 이는 "자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민"<sup>20)</sup> 또는 "자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민[으로] ... 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지

11) 계희열, 앞의 책(주 1), 176면.

12) 허영, 앞의 책(주 1), 348-349면; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2021, 486면.

13) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2019, 535-536면.

14) 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2019, 392-393면.

15) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2013, 405면; 계희열, 앞의 책(주 1), 177면; 허영, 앞의 책(주 1), 349면; 한수웅, 앞의 책(주 12), 536면; 이준일, 앞의 책(주 13), 393면.

16) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2022, 153-154면. 이렇듯 헌법의 인간상은 헌법 제10조 외에도 다양한 기본권 보장, 기본권의 사회적 기속성, 헌법 제37조 제2항, 헌법 제119조 등에서도 그 근거를 찾을 수 있다(한수웅, 헌법 제10조의 인간의 존엄성, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 247면).

17) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.

18) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정.

19) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 결정.

20) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.

만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체”<sup>21)</sup>라고 한다. 그렇기 때문에 국민이 “스스로 결정하고 이에 대한 책임과 위험을 지게끔 하는 것이 헌법의 정신에 부합[하고] … 자기결정과 자기책임을 생활의 기본원칙으로 하는 [것이] 헌법의 인간상”<sup>22)</sup>이라고 한다. 다만 헌법재판소 결정례에서 헌법의 인간상이 논증에 사용된 경우는 많지 않다. 헌법재판에서는 기본적으로 ‘인간의 존엄과 가치’나 ‘헌법의 인간상’보다 더 구체적인 내용을 가진 개별적 기본권이나 명확성의 원칙과 같은 객관적 헌법원칙이 우선 적용<sup>23)</sup>되는 것임을 고려하면, 기왕 ‘인간의 존엄과 가치’나 ‘헌법의 인간상’을 추가적 논증으로 사용하여야 하는 마당이라면 ‘헌법의 인간상’의 원천이자 더 추상적인 ‘인간의 존엄과 가치’를 사용하게 되기 때문이 아닐까 싶다.

나. ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 기본적 특성을 묘사한 헌법의 인간상이 헌법재판소 결정례에서 어떻게 사용되었는지를 보는 것은 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 무엇인지 파악하는 데 도움이 될 수 있다. 왜냐하면 ‘인간으로서의 존엄과 가치’와 ‘헌법의 인간상’ 사이에서는 순환논증에 불과할 수 있으나, ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 구체적으로 형상화한 ‘헌법의 인간상’이 실제 사례에 어떻게 적용되는지 보는 것은 귀납적으로 이를 파악하는 데 도움이 될 수 있기 때문이다.

헌법의 인간상에서 자주적 인간과 사회적 인간 중 어떠한 측면을 논증에 사용하였는가에 따라 헌법재판소 결정을 분류하면 아래와 같다. 헌법의 인간상을 논증에 사용한 13개의 의견 중 10개가 자주적 인간에 주목하였고, 자주적 인간에 주목한 10개의 의견 중 8개는 헌법에 위반된다는 논증에 헌법의 인간상을 사용하였다. 이러한 경향과 아래 헌법재판소 결정의 내용을 함께 보면, 헌법의 인간상에서 주된 의미를 갖는 것은 ‘자기결정’, ‘자율’의 특징을 갖는 자주적 인간인데, 이러한 자주적 인간은 다른 사람들과 어울려 살 수 있도록 자신의 이익만이 아니라 다른 사람과 사회공동체 전체의 이익을 위한 사회공동체의 질서를 존중하는 사회적 인간이라고 할 수 있다.

#### 1) ‘자주적 인간’에 주목하여 헌법에 위반된다고 한 경우

① 기부금품 모집행위 목적을 제한한 기부금품모집금지법의 위헌(국민의 기부행위에 대한 자기결정)<sup>24)</sup>, ② 과외교습을 금지한 학원의 설립·운영에 관한 법률의 위헌(학부모의 자녀교육에 관한 자기결정)<sup>25)</sup>, ③ 형법상 혼인빙자간음죄의 위헌(혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와의 성관계에 대한 여성의 자기결정)<sup>26)</sup>, ④ 형법상 자기낙

21) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정.

22) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16, 98헌마429(병합) 결정.

23) 이는 ‘효력’이 아니라 ‘적용’의 순서에서 우선한다는 의미이다.

24) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.

25) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16, 98헌마429(병합) 결정.

26) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 결정. 한편, 혼인빙자간음죄에 대한 종전의 합헌결정{헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 결정}에서 재판관 주선

태죄 및 의사낙태죄의 헌법불합치에서 재판관 이석태, 이은애, 김기영의 단순위헌의견(임신한 여성의 임신상태 유지 및 출산에 대한 자기결정)<sup>27)</sup>이 있다.

또한 ⑤ 특정범죄가중처벌등에관한법률의 뇌물죄 합헌에서 재판관 전효숙, 이상경의 반대의견(형벌은 자기결정에 상응하는 책임에 비례하여야 함)<sup>28)</sup>, ⑥ 인터넷게임 관련 본인인증제에 관한 게임산업진흥에 관한 법률의 합헌에서 재판관 김창종, 조용호의 반대의견(인터넷게임 과몰입에 대한 국가의 직접적 규제는 개인의 자율적 영역에 대한 지나친 후견적 개입에 해당함)<sup>29)</sup>, ⑦ 학교교과교습학원 및 교습소의 심야교습을 제한한 서울특별시 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 조례 등 합헌에서 재판관 김창종, 강일원, 조용호의 반대의견(사교육에서의 과열경쟁으로 인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주고 국민이 가급적 균등한 정도의 사교육을 받도록 하려는 입법목적의 정당성에는 의문이 있음)<sup>30)</sup>, ⑧ 형법상 자기낙태죄 및 의사낙태죄의 헌법불합치에서 재판관 조용호, 이종석의 합헌의견(성관계라는 원인을 선택한 이상 그 결과인 임신·출산에 대한 책임을 지는 것이 헌법 정신에 부합하므로 사회적·경제적 사유로 인한 낙태는 정당화될 수 없음)<sup>31)</sup>이 있다.

## 2) ‘자주적 인간’에 주목하여 헌법에 위반되지 않는다고 한 경우

① 1세대 1주택에 대한 양도소득세 비과세에서 임대사업을 하기 위하여 여러 채의 주택을 매입한 자와 그와 같은 목적 없이 매입한 자를 같게 취급한 소득세법의 합헌(임대주택에 대한 소유권을 취득할 것인지에 대한 자기결정에 따른 책임)<sup>32)</sup>, ② 통합진보당에 대한 정당해산결정에서 재판관 김이수의 반대의견(과거의 전력을 직접적인 기준으로 하여 현재의 사상을 재단할 수 없음)<sup>33)</sup>이 있다.

## 3) ‘사회적 인간’에 주목하여 헌법에 위반되지 않는다고 한 경우

자동차 운전자에게 좌석안전띠를 매도록 하고 이를 위반했을 때 범칙금을 납부하도록 통고하는 도로교통법은 합헌(좌석안전띠를 착용하지 않는 행위는 행위자 자신의 이익만이 아니라 다른 사람과 사회공동체 전체의 이익과 관련됨)<sup>34)</sup>이라고 하였다.

## 4) 교육과 관련하여 ‘사회적 인간’과 ‘자주적 인간’을 모두 주목한 경우

회의 반대의견도 헌법의 인간상 중 자주적 인간의 측면에 주목하여 위헌이라고 하였다.

27) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정.

28) 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고 2003헌바118 결정.

29) 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2013헌마517 결정.

30) 헌법재판소 2015. 5. 26. 선고 2014헌마374 결정.

31) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정.

32) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌바80 결정.

33) 헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 결정.

34) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마518 결정.

① 교사의 학생 체벌에 대한 기소유예처분의 취소 청구에 대한 기각결정에서 재판관 권성, 김효종, 조대현의 반대의견(미성년의 학생들이 사회공동체의 질서를 존중하며 자신의 행위에 대하여 책임지고 다른 사람과 어울려 살도록 그 인격을 올바르게 육성하여야 함)<sup>35)</sup>, ② 초·중등학교의 교육공무원은 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 한 정당법 및 국가공무원법 합헌 사건의 재판관 이석태, 김기영, 이미선의 반대의견(헌법의 인간상에 맞는 자질을 갖추게 하는 것이 교육임)<sup>36)</sup>이 있다.

### 3. 최고의 객관적 헌법원리로서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’

가. 헌법 제10조에 규정된 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에서 ‘존엄’과 ‘가치’의 관계, ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 헌법규범으로서 무엇을 말하느냐에 대하여는 다양한 견해가 있다. 예를 들어, ‘인간으로서의 존엄과 가치’에서 ‘가치’는 기본적으로 인간은 가치 있는 존재이고 그 존엄성도 가치개념이라는 확인적 의미를 가질 뿐이고 인격성에 근거하여 존엄성이 인정되며 “존엄은 인간의 윤리적 가치”라는 견해<sup>37)</sup>, ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 “인격의 내용을 이루는 윤리적 가치”라는 견해<sup>38)</sup>, ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 “인간이면 누구나가 독자적 인격체로서 그의 인격을 근거로 지니는 고유한 가치”라는 견해<sup>39)</sup>가 있다. 그런데 그 핵심적 내용을 보면 ‘인격’과 ‘존엄’을 연결하는데 공통점이 있어 일부 표현상의 차이에도 불구하고 본질적으로는 크게 다르지 않다고 할 수 있다.<sup>40)</sup> 이는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 더 구체적으로 형상화한 ‘헌법의 인간상’이 무엇이나에 관하여, 이는 ‘인격주의적 인간’이라는 데 별다른 견해가 없는 것으로도 알 수 있다. 그럼에도 그 실체적·구체적 내용은 알기 어려운바, 이는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에 관한 아래의 헌법재판소결정으로도 확인할 수 있다.

헌법 제10조에서는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 하여 모든 기본권의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는바, 이는 인간의 본질적이고도 고유한 가치로서 모든 경우에 최대한 존중되어야 한다.<sup>41)</sup>

헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치는 헌법이념의 핵심으로, 국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하며, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 조항이다. 따라서 자유와 권리의 보장은 1차적으

35) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2005헌마1189 결정.

36) 헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2018헌마551 결정.

37) 계희열, 앞의 책(주 1), 178-181면.

38) 허영, 앞의 책(주 1), 348면.

39) 한수웅, 앞의 책(주 12), 536면.

40) 한수웅, 앞의 책(주 12), 536면; 계희열, 앞의 책(주 1), 178면; 허영, 앞의 책(주 1), 348면.

41) 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 2000헌마546 결정(유치실에 수용되어 있는 동안 차폐시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 강제한 행위가 헌법 제10조에 의하여 보장되는 인격권을 침해한다고 판단한 사례).



로 헌법상 개별적 기본권규정을 매개로 이루어지지만, 기본권제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해한다거나 기본권형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면, 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 할 것이다.<sup>42)</sup>

나. 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 주관적 권리로 인정될 수 있는지에 대하여는 견해가 나뉜다,<sup>43)</sup> 객관적 원리에 해당함에는 특별한 이견이 없어 보인다.<sup>44)</sup> 최고의 객관적 헌법원리로서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 국가작용의 지향점이자 그 한계가 되는데, 국가와 인간의 관계에 관하여는 국가는 인간을 위해 존재하는 것이지 인간이 국가를 위해 존재하는 것이 아니고,<sup>45)</sup> 국가작용의 한계에 관하여는 국가의 이익과 국민의 이익이 서로 반대되거나 어긋나는 경우에는 “국민이익우선의 원칙”에 따라야 함을 명백히 하고 있다.<sup>46)</sup>

제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 ‘제2장 국민의 권리와 의무’에 규정되어 있고 다른 기본권의 규정 방식(예를 들어, 제12조 제1항 제1문의 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”)와 마찬가지로 제10조에는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 규정되어 있다는 것은 그 독자적 기본권성을 인정하는 설득력 있는 근거가 된다.<sup>47)</sup> 그러나 그 주관적 권리성을 인정하더라도 보호범위는 ‘침해되는 경우’를 통해 소극적 방식으로 파악될 수밖에 없고,<sup>48)</sup> ‘침해되는 경우’는 개별적 기본권의 침해로 구성할 수 있으므로 독자적 기본권으로서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 헌법재판에서 독자적 역할을 하기는 어렵다.<sup>49)</sup> ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 독자적 기본권으로 인정하여 개별적 기본권 침해 여부를 심사하지 않는다면, 동어반복으로 순환 논법에 빠지기 쉽고 이는 남용으로 이어지기 쉽다. 헌법재판소가 구치소 내 과밀수용 행위는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 침해하여 헌법에 위반된다고 하면서 아래와 같이 판시한 부분을 보면, ‘인간의 존엄과 가치를 침해하면 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다’는 동어반복을 확인할 수 있다.

따라서 자유와 권리의 보장은 1차적으로 헌법상 개별적 기본권규정을 매개로 이루어지지만, 기본권 제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 기본권 형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다

42) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌마216 결정(사형제도는 생명권을 침해하지 않고, 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에 위배되지 아니하여 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 사례).

43) 이에 대하여는 조소영, 앞의 글(주 7), 127-129면 참조.

44) 계획열, 앞의 책(주 1), 184-185면; 허영, 앞의 책(주 1), 349-351면; 한수웅, 앞의 책(주 1), 532-533면; 조소영, 앞의 글(주 7), 123-125면.

45) 계획열, 앞의 책(주 1), 185면; 한수웅, 앞의 책(주 1), 531면.

46) 허영, 앞의 책(주 1), 350면.

47) 한수웅, 앞의 글(주 16), 243-244면.

48) 한수웅, 앞의 책(주 1), 542면; 계획열, 앞의 책(주 1), 182-183면.

49) 한수웅, 앞의 글(주 16), 270면.

이에 더하여 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 갖는 최고규범성과 해석론적 불확실성까지 고려하면, 헌법에서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 주된 의미를 갖는 법적 성격은 주관적 권리보다는 객관적 헌법원리라고 할 수 있다.<sup>50)</sup>

#### 4. ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 형식적 측면

가. 이상의 논의를 정리하면, 객관적 헌법원리에 해당하는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 무엇인지를 파악할 때 핵심이 되는 것은 ‘인격’과 ‘존엄’이고, ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 구체적으로 형상화한 헌법의 인간상은 인격주의적 인간인데 그 주된 특징은 ‘자기결정’, ‘자율’이라고 할 수 있다. 그렇다면 헌법상 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 구체적으로 무엇을 말하는지는 이러한 핵심적 단어와 특징에 기초하여 파악해야 할 것인데, 여전히 그 내용을 확실히 규정하기 어렵다.

그런데 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 어떠한 경우에 침해되는지를 판단하는 기준으로 사용되는 귄터 뒤리히(Günter Dürig)의 ‘객체공식’이 칸트(Immanuel Kant) 철학에 기초한 것이고, ‘자율’, ‘인격’, ‘존엄’은 칸트 철학과 밀접한 연관성이 있음을 고려하면, 칸트 철학이 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 내용을 독점할 수는 없을지라도 그 논의의 출발점은 될 수 있다.<sup>51)</sup>

나. 칸트 철학에 대한 필자의 이해 수준이 매우 제한적이므로 최소한의 범위에서 간략히 이에 관해 논해 본다.

(1) 칸트에 의하면, 이성적 존재로서 인간은 자연의 법칙에서 벗어날 수 있는 소극적 자유를 가질 뿐만 아니라 보편적 법칙을 수립하고 그에 따라 행위할 수 있는 적극적 자유를 가진다.<sup>52)</sup> 인간이 자연의 법칙이 아닌 어떠한 법칙에 따라 행위할 수 있는 능력인 의지<sup>53)</sup>는 자유를 그 속성으로 갖는다.<sup>54)</sup> 인간은 자연의 법칙에서 독립하고 상대적 가치를 갖는 수단인 물건<sup>55)</sup>에서도 벗어나서,<sup>56)</sup> 그 존재 자체가 절대적 가치를 갖는 목적으로서 일정한 법칙의 근거가 될 수 있는 인간<sup>57)</sup>들을 위한 보편적 법칙을 수립하고 그에 따르는 의지의 자율성을 갖는다.<sup>58)</sup>

인간들이 자율성에 따라 자유 의지를 사용하여 수립하고 종속되는 보편적 법칙에

50) 한수웅, 앞의 글(주 16), 270면.

51) 독일의 경우 종래에는 칸트 철학에 따라 인간존엄의 개념을 파악하려는 것이 지배적이었으나, 이제는 인간의 이해관계나 필요와 같은 현실적인 측면에 중점을 둔 시도들도 다수 등장한다고 한다(김영환, 인간의 존엄에 대한 논의의 재구성: “형이상학 없는 인간의 존엄”, 법철학연구 제23권 제1호, 2020, 9-11면).

52) I. Kant, 윤리형이상학 정초, 179-180면 (백종현 옮김, 아카넷, 2007).

53) 위의 책, 144면, 205면

54) 위의 책, 179-183면.

55) 위의 책, 146면

56) 위의 책, 169면

57) 위의 책, 145-146면

58) 위의 책, 154-156.

의해 체계적으로 결합되고 연결된 것이 목적들의 나라이다.<sup>59)</sup> 이를 가능하게 하는 최상의 실천 원리로서 인간의 의지에 관한 정언명령이 “네가 너 자신의 인격에서나 다른 모든 사람의 인격에서 인간(성)을 항상 동시에 목적으로 대하고, 결코 한낱 수단으로 대하지 않도록, 그렇게 행위하라”는 것이다.<sup>60)</sup> 이성적 존재인 인간들은 모든 인간들을 ‘결코 한낱 수단으로서가 아니라 항상 동시에 목적 그 자체로서 대해야 한다’는 법칙을 따라야 하고, 이러한 공동의 객관적 법칙들은 목적이자 수단인 인간들 상호간의 관계를 의도하고 있기 때문에, 공동의 객관적 법칙들에 의한 인간들의 체계적 결합인 목적들의 나라가 생긴다.<sup>61)</sup>

이성적 존재인 인간은 그 자체로 목적에 해당하고 한낱 수단으로 사용할 수 없는 존경의 대상이 되기 때문에 인격이라 칭한다.<sup>62)</sup> 인간은 목적들의 나라에서 자신이 수립한 공동의 객관적 법칙들에 따르는 자율성을 가지며, 행위 따른 이익이나 유용함이 아닌 정언명령에 따라 공동의 객관적 법칙들에 따라 행위할 의무를 이행하는 윤리성을 가지므로 존엄성을 갖는다.<sup>63)</sup> 인간은 의지의 자율성을 갖기 때문에 절대적 가치인 존엄성을 갖는바 자율은 인간 존엄성의 근거이다.<sup>64)</sup>

(2) 요컨대, 목적들의 나라를 구성하는 목적이자 이성적 존재인 인간은 자연의 법칙에서 벗어나서 행위할 수 있는 자유를 가질 뿐만 아니라, 행위의 결과나 이익을 고려하지 않고 오로지 정언명령에 따라 공동의 객관적 법칙을 수립하고 이를 준수할 수 있는 자율성과 윤리성을 갖는다. 인간은 자율성과 윤리성을 가지기 때문에 존경의 대상으로서 인격이라고 불리며 존엄성을 갖는다. 한편 자율성과 윤리성이 존엄성의 근거가 된다는 것은 자율적으로 또는 윤리적으로 ‘행위할 수 있는 능력’이 있어 존엄하다는 것이므로, 타율적으로 혹은 비윤리적으로 행위하였다고 하여 그 존엄성이 박탈되는 것은 아니다.<sup>65)</sup> 한편 이는 경험적 차원의 헌법을 넘어서는 형이상학 차원의 논의인바, 칸트가 한 아래의 설명과 같이 형이상학 차원의 결론은 경험적 차원에서는 그 상황에 맞추어 결론이 도출된다.

첫째로, 자기 자신에 대한 필연적인 의무의 개념에 따라, 자살하려는 사람은, 과연 자신의 행위가 목적 그 자체로서의 인간성의 이념과 양립할 수 있는가를 스스로 물을 것이다. 만약 그가, 힘겨운 상태에서 벗어나기 위해 그 자신을 파괴하는 것이라면, 그는 자신의 인격을, 생이 끝날 때까지 견딜 만한 상태로 보존하기 위한, 한낱 수단으로 이용하는 것이다. 그러나 인간은 물건이 아니고, 그러니까 한낱 수단으로 사용될 수 있는 것이 아니며, 오히려 그의 모든 행위에 있어 항상 목적 그 자체로 보아야 한다. 그러므로 나는 나의 인

59) 위의 책, 156면.

60) 위의 책, 148면.

61) 위의 책, 156-157면.

62) 위의 책, 146면.

63) 위의 책, 158-159면.

64) 위의 책, 161면.

65) 강현정, 칸트 철학에서 인간 존엄성의 문제, 칸트연구 제20집, 2007, 10면; 최호림, 칸트의 인격 개념에 대한 고찰, 철학논구 제36집, 155-156면.

격 안에서 인간에 대해 아무것도 처분할 수 없으니, 인간을 불구로 만들거나, 훼손하거나 죽일 수 없다. (모든 오해를 막기 피하기 위한 이 원칙에 대한 더 상세한 규정은, 예컨대 나를 보존하기 위한 지체의 절단, 나의 생명을 보존하기 위해 나의 생명을 위험에 내맡기는 일 등에 대한 상세한 규정은 여기서는 지나칠 수밖에 없다. 그것은 본래의 도덕에 속하는 것이다.)<sup>66)</sup>

(3) 인간의 존엄성은 인간들 상호간의 ‘관계’를 전제로 한다. 존엄성의 근거가 되는 자율성과 윤리성은 나 외에도 나와 관계를 갖는 다른 사람이 존재함을 상정하여야 성립된다. 다시 말해, 인간이 존엄하다는 것은 인간들은 ‘서로’ 목적이 되고 존경의 대상이 되는 관계에 있다고 할 수 있다. 이러한 측면에서 보면 인간의 존엄성은 인간이 ‘인간을 대하는 태도’라는 관계성에 관한 것이다. 다시 말해, 인간의 존엄성은 인간이 파악해야 하거나 파악할 수 있는 대상으로서 독자적으로 존재하는 실체적인 것은 아니다. 인간의 존엄성은 각자가 이성적 존재로서 자율성을 가진 주체인 인간들이 서로를 대하는 태도라는 측면에서 ‘형식적’이라고 할 수 있다.

(4) 헌법은 기본적으로 국민과 국가의 ‘관계’에 관한 것이다. 그렇다면 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 무엇을 말하는지를 파악할 때에도 국가가 ‘국민을 대하는 태도’라는 형식적 측면에 주목할 필요가 있다. 다시 말해, 헌법 제10조가 ‘모든 국민’은 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 갖는다고 규정한 것은 ‘국가는 국민을 목적으로 대해야 한다’고 말하는 것이다. 그리고 구체적으로는 국가가 국민을 대할 때 어떠한 태도를 갖추어야 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 근거가 되는 자율성과 윤리성을 보장할 수 있는냐라는 관점에서 그 내용을 파악하여야 한다.

이러한 관점에서 국가는 자기목적적인 것이 아니라 국민을 위해 존재하므로 국가의 이익과 국민의 이익이 서로 반대되거나 어긋나는 경우에는 국민의 이익이 우선되어야 한다는 “국민이익우선의 원칙”을 도출할 수 있다. 또한 국가가 국민을 대하는 태도라는 형식적 측면에 해당하는 ‘민주주의의 형식원리(법질서, 선거제도, 다수결원칙 등 국민의 정치참여를 실효성 있게 보장하기 위한 기술적 수단)’<sup>67)</sup>와 ‘법치주의원리의 절차적·형식적 내용(국가작용은 명확성·특정성·가측성·예측가능성·객관성·안정성 등의 절차적·형식적 요건을 갖추어야 한다는 ‘법우선의 원칙’)<sup>68)</sup>에서도 국민의 자율성과 윤리성을 보장할 수 있게 하여야 한다.

특히 국가작용의 형식적 측면과 관련하여서는 헌법상 적법절차원리가 중요한 의미를 가지며, 행정작용의 국면에서는 더욱 그러하다. 예를 들어, 오늘날 행정처분은 국회가 확정적·기속적으로 제정한 법률을 기계적으로 집행하는 것이 아니다. 행정행위의 근거가 되는 법률에는 수많은 불확정개념과 재량행위를 인정하는 규정이 포함되어 있어 행정청에게 많은 재량을 부여하고 있다. 또한 법률에는 행정계획과 행정입법이 다

66) I. Kant, 앞의 책(주 51), 148-149면.

67) 허영, 앞의 책(주 11), 212면.

68) 허영, 앞의 책(주 1), 165면.

수 포함되어 있어 행정청이 많은 재량을 행사하게 된다. 나아가 오늘날에는 행정행위가 아닌 공법상 계약이나 협약과 같은 행위형식을 택할 수 있는 재량도 행정청이 가질 수 있다. 그런데 행정입법의 경우는 물론이고, 행정청이 위와 같이 법률에 의해 부여된 재량을 행사하는 것은 사실상 입법작용에 해당한다고 볼 수도 있다.

예를 들어 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 아래와 같은 규정을 보면, 다양한 불확정개념, 재량행위, 행정입법으로 행정청에게 많은 재량이 부여되어 있기 때문에 실제로 그 재량이 행사되어야 ‘어떠한 행위가 부당하게 거래를 거절하는 행위’에 해당하는지, ‘그 밖에 필요한 시정조치는 무엇이고 어떠한 경우에 그러한 시정조치를 받게 되는지’, ‘어떠한 위반행위를 하였을 경우에 어느 정도의 과징금을 받게 되는지’를 구체적으로 알 수 있게 된다. 다시 말해, 구체적인 행정작용이 있기 전에는 행위 규범을 분명히 알 수 없어 자율성이 제한되는 것이다.

제45조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로써 공정한 거래를 해칠 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니 된다.

1. 부당하게 거래를 거절하는 행위

④ 공정거래위원회는 제1항을 위반하는 행위를 예방하기 위하여 필요한 경우 사업자가 준수하여야 할 지침을 제정·고시할 수 있다.

제49조(시정조치) ① 공정거래위원회는 제45조제1항·제2항, 제46조, 제47조 또는 제48조를 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자(제45조제2항 및 제47조의 경우에는 해당 특수관계인 또는 회사를 말한다)에게 해당 불공정거래행위, 재판매가격유지행위 또는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 해당 보복조치의 금지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표, 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다.

제50조(과징금) ① 공정거래위원회는 제45조제1항(제9호는 제외한다), 제46조 또는 제48조를 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에게 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 4를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우등에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다.

그렇다면 국민이 선거제도·대의제도 등을 통해 국회의 입법작용에 참여하여 자율성을 누리듯이, 행정절차를 통해 행정청의 행정작용에 참여하여 자율성을 보장받을 수 있어야 할 것이다. ‘관계’는 서로 생각이나 감정을 교환하는 ‘의사소통’이라는 형식으로 맺어지고 국가는 국민을 위해 존재하는 것이므로, 행정작용에서 의사소통은 상호적이되 국민이 우선되어야 하며 그 자율성을 보장할 수 있어야 한다.

## 5. 소결론

따라서 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 인간의 존엄성과 그 절대적 가치를 규정한 것이다. 그 내용은 국가는 국민을 목적으로 해야 한다는 형식적 측면에서 파악하여야 한다. 이는 객관적 헌법원리에 해당하므로 기본권 제한 여부를 불

문하고 모든 국가작용에 적용된다. 특히, 행정작용에서는 헌법상 적법절차원칙을 통해 행정작용절차가 국민의 자율성을 보장할 수 있어야 한다는 의미를 갖는다. 이때 행정작용을 비롯한 국가작용의 상대방으로 헌법의 인간상을 두는 것이 헌법 제10조의 의미를 구체화하는 데 직관적인 측면에서 도움을 줄 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 행정절차법의 과제

#### 1. 헌법상 적법절차원리

헌법상 적법절차의 원칙은 기본권 제한 여부를 불문하고 행정작용에도 적용된다.<sup>69)</sup> 헌법상 적법절차원칙에 따르면 어떠한 절차에 의하여야 하는가에 관하여, 헌법재판소는 아래와 같이 판단한 바 있다.

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지(告知)를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 11; 헌재 1996. 1. 15. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 634 참조), 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.<sup>70)</sup>

이는 미연방대법원 형량심사기준의 아래와 같은 형량요소와 유사한데, 헌법재판소는 달리 미연방대법원은 이유제시도 중요한 절차적 요청으로 본다.<sup>71)</sup>

첫째 공무집행으로 인해 영향을 받는 사익, 둘째 현행 절차에 의할 경우 잘못된 박탈에 이를 위험과 만약 추가적 또는 대체적 절차에 의할 경우 잘못된 박탈에 이를 위험, 셋째 추가적 또는 대체적 절차에 의할 경우 수반되는 재정상·행정상의 부담과 해당 처분과 관련된 정부의 이익<sup>72)</sup>

그런데 미연방대법원의 형량심사기준에는 인간존엄의 가치가 제대로 반영되지 못하고 있다며, 이처럼 효용성만을 고려한 공리주의에 따른 절차가 아니라 인간존엄을 고려한 절차를 위한 이론을 구성하기 위하여 칸트와 존 롤즈(John Rawls)를 검토한 비판적 견해도 있다.<sup>73)</sup> 이는 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 갖는 형식적

69) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

70) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정.

71) 이에 관하여는, 졸저, 적법절차원리에 의하여 요구되는 행정처분절차의 절차적 요건-미국법에서의 논의와 그 시사점을 중심으로-, 저스티스 통권 제144호, 2014, 359-389면 참조.

72) Mathew v. Eldridge, 424 U.S. 319(1976).

73) Jerry L. Mashaw, The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in Mathews v. Eldridge: Three Factors in Search of a Theory of Value, The University of Chicago Law Review, Vol.11(1976), pp.28-59; Jerry L. Mashaw, Administrative



측면을 고려할 때 수긍할 수 있는 것이다.

‘인간으로서의 존엄과 가치’는 국민의 자율성을 보장하기 위한 것이고 ‘국민이억우 선의 원칙’을 그 내용으로 함을 고려하면, 헌법상 적법절차원칙은 행정작용에서 최소한의 절차적 요건으로 사전통지, 청문, 이유제시<sup>74)</sup>를 요청하고, 그 예외를 정당화하는 책임은 국가에게 있다고 보아야 한다.

## 2. 행정절차법의 과제

헌법상 적법절차원칙에 관한 위 검토 결과에 따라, 행정절차법의 개정과 법해석이 이루어져야 한다. 예를 들어, 신청에 대한 거부처분의 경우<sup>75)</sup>에도 사전통지의무가 있는 것으로 해석하거나(그 입법 연혁과 법체계를 고려하였을 때 행정절차법 제21조 제1항의 ‘권익을 제한하는 처분’에는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제5호의 고충민원 정의를 고려하여 ‘행정기관등의 위법·부당하거나 소극적인 처분으로 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항’이 포함된다고 보거나, 행정절차법 제17조 제5항에 따른 흠 있는 신청에 대한 보완요구의무가 사실상 사전통지 의무에 해당하도록 하는 해석론) 행정절차법을 개정하여야 한다. 사전통지의 예외(행정절차법 제21조 제4항), 의견청취의 예외(제22조 제4항), 이유제시의 예외(제23조 제1항 각호), 행정절차법 적용의 예외(제3조 제2항)는 제한적으로 인정하여야 한다.

## IV. 결론

헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 무엇인지는 ‘국민을 대하는 국가의 태도’라는 ‘형식적’ 측면에서 파악하여야 한다. 특히, 행정작용에서는 헌법상 적법절차원칙을 통해 행정작용절차가 국민의 자율성을 보장할 수 있어야 한다. 행정절차법도 이러한 관점에서 해석되고 개정되어야 한다. 이때 행정작용의 상대방으로 자율을 주된 특성으로 하는 헌법의 인간상을 상징하는 것은 행정절차법이 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’라는 최고의 객관적 헌법원리에 더욱 부합할 수 있게 직관적 도움을 줄 수 있을 것이다.

Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, Boston University Law Review, Vol.61(1981), pp.885-932.

74) 이유제시에 관하여 미연방대법원의 마셜(John Marshall) 대법관은 “이유가 있으면 이유를 제시하는 것은 어렵지 않다”고 한 바 있다. Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U.S. 564 (1972) (Masrshall, J., dissenting).

75) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결은 신청에 대한 거부처분의 경우에는 행정절차법상 사전통지의무가 없다고 한다.





## [제2주제]헌법의 인간상과 행정절차법의 과제: 토론문\*

여경수 박사

(한국방송통신대학교 법학과)

『헌법의 인간상과 행정절차법의 과제』 논문을 잘 읽었습니다. 발표문의 의도는 우리나라 헌법상 인간의 존엄과 가치의 의미를 재해석하면서, 헌법의 인간상에 맞도록 우리나라 행정절차법의 과제를 도출하는 것으로 보입니다.

발표자가 글의 앞부분에서 밝힌 것처럼, “기존의 적법절차의 의미를 ‘기본권이 위법·부당하게 침해되는 것을 방지하기 위한 절차’라는 관점을 뛰어넘어, ‘헌법적으로 정당화되는 절차가 무엇인지’를 판단하는 기준”을 연구한 것은 의미가 있습니다. 특히 최근 행정기본법의 제정과정에서, 적정한 행정절차의 궁극적인 목적이 무엇인지에 관한 의미를 다시 한 번 생각할 수 있는 계기가 되었습니다.

발표자는 발제문에서 ‘헌법의 인간상을 자율성을 지닌 자주적 인간’으로 보고, 그 개념을, “다른 사람들과 어울려 살 수 있도록 자신의 이익만이 아니라 다른 사람과 사회공동체 전체의 이익을 위한 사회공동체의 질서를 존중하는 사회적 인간”으로 정리하고 있습니다. 또한 이러한 헌법의 인간상을 보장하기 위해서는, 행정절차법상 “사전통지의 예외(행정절차법 제21조 제4항), 의견청취의 예외(제22조 제4항), 이유제시의 예외(제23조 제1항 각호), 행정절차법 적용의 예외(제3조 제2항)는 제한적으로 인정”할 것을 주장하고 있습니다.

본 토론자도 발표자가 주장하는 근본적인 취지에는 동감을 합니다. 특히 행정절차에서, 단순히 국가가 국민에게 행하는 행정처분을 형식적인 측면만이 아닌, “행정작용에서는 헌법상 적법절차원칙을 통해 행정작용절차가 국민의 자율성을 보장할 수 있어야 한다”는 최종적인 주장에도 동감을 합니다. 또한 발표자는 행정절차법상의 예외적인 조항에 관한 문제점을 지적하였는데, 토론자 역시 헌법의 인간상을 구현하기 위해서는 행정절차법상 사전통지와 의견청취 그리고 이유제시와 같은 경우에는 예외를 최소화하는 방안에 관한 주장에도 동감합니다.

본 토론자가 발제문을 읽고, 궁금하게 여기는 내용은 다음과 같은 두 가지입니다.

첫 번째로는, 행정절차법상 제22조 제4항에서 의견청취의 예외 사유로는, “1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, 2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우, 3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”입니다. 발제자가 예외사유를 제한적으로 인정하는 내

---

\* 이 토론문을 필자의 허락 없이 전제나 인용하는 것을 삼가주시면 감사하겠습니다.

용은 위의 내용을 의미하는 것 같지만, 행정절차법상 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다는 규정이 있습니다. 그렇다면, 헌법의 인간상을 자율성을 지닌 자주적 인간으로 본다면, 의견청취를 포기하는 것도 자율성을 지닌 인간의 행위로 볼 수 있는지의 여부와, 의견청취를 포기하는 것이 ‘기본권의 포기’로 볼 수 있는지가 궁금합니다.

두 번째로는, 발제자는 “신청에 대한 거부처분의 경우에도 사전통지의무가 있는 것으로 해석”하여야 한다고 지적했습니다. 우리나라의 행정절차법 제21조 제1항은 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 원칙적으로 미리 일정한 사항을 당사자 등에게 통지하도록 규정하고 있으므로, 토론자 역시 발제자의 생각에는 동의합니다. 그렇다면, 발제가 지적한 기존의 “신청에 대한 거부처분의 경우에는 행정절차법상 사전통지의무가 없다고 밝힌 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결”은 대법원 전원합의체에서 선례를 변경해야하는 것인지에 관한 질문을 드립니다. 그리고 만약, 기존의 판례가 변경되어야 한다면, 헌법의 관점에서는 발제자가 밝힌 “헌법의 인간상에 근거한 행정절차”의 법리로 해결해야하는지도 궁금합니다. 감사합니다.

제3주제

# 행정기본법의 규율내용에 대한 헌법적 평가

신정규 교수(충북대학교 법학전문대학원)



# 행정기본법의 규율내용에 대한 헌법적 평가\*

-법치국가원리와 적법절차원리를 중심으로-

신정규\*\*

(충북대학교 법학전문대학원)

## [목차]

- I. 들어가는 글
- II. 「행정기본법」의 제정과정, 주요내용 및 특징
- III. 헌법상 법치국가원리와 적법절차원리
- IV. 「행정기본법」에 대한 헌법적 평가
- V. 맺는 글

## I. 들어가는 글

로크와 몽테스키외가 ‘시민정부론’과 ‘법의 정신’에서 제시한 권력분립론은 현대적 의미의 국가에 있어서는 가장 기본적인 통치구조 구성원리가 된다. 초창기 권력분립론은 다소 국가기관 간의 견제와 균형의 실질적 의미에서 사법부의 역할을 과소 평가한 점은 근본적인 한계로 지적되나, 19세기 시민적 법치국가 실현에 있어서 제일 먼저 요청되는 사항이라는 점을 고려할 때 사법부의 역할을 충분히 반영하지 못한 초창기 권력분립론의 헌법적 의의를 간과할 수 없다.<sup>1)</sup> 법치국가원리의 한 내용인 권력분립원리의 의미가 다소 부분적으로 달라질 수 있다고 하더라도 입법부와 행정부는 법의 제정과 이에 기반을 둔 정책집행을 통해서 적극적인 공익실현의 역할을 하는 국가기관이라는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 이와 같은 점을 고려한다면 국가의 기능 확대와 더불어 행정부의 역할은 그 중요성이 점점 더 커질 수밖에 없다. 따라서 행정부의 역할이 헌법과 법률이 정한 범위 내에서 최대한의 공공선을 이룰 수 있도록 해주는 법제적 가이드라인은 그 의미가 크다고 할 수 있으며, 2021년에 제정된 「행정기본법」은 그러한 법제적 가이드라인의 역할을 하는 것으로 볼 수 있다.<sup>2)</sup> 그러나 이와 같은 긍정적인 평가에도 불구하고 「행정절차법」,

\* 이 글은 발표용 초고이므로 전제나 인용을 삼가주시면 감사하겠습니다.

\*\* 충북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(Dr.iur. LL.M Göttingen)

1) 초창기 권력분립론에서 사법부의 역할이 주목받지 못한 이유는 현대의 행정소송이나 심판제도, 헌법소원심판제도, 위헌법률심판제도와 같은 규범통제수단의 부재와 분쟁의 해결이라는 소극적 목적에 국한된 사법부의 역할에 기인한 바가 크다. 이를 위해 한수웅, 헌법학(제11판), 법문사, 2021, 246-247면 참조.

2) 행정법의 근간이 되는 행정법통칙의 제정 필요성에 대한 선행연구로 김중권/김영수, “21세기 국가모델을 위한 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 「공법연구」제41집 제3호, 2013, 29

「행정규제기본법」등과 같은 기본의 행정법제와의 관계에 있어서 제기되는 문제점에 대한 비판이 제기되고 있는 실정이다.<sup>3)</sup> 또한 「행정기본법」에 대한 최근의 비판적 시각은 행정법학의 관점에서 제기된 부분이 상당부분을 차지한다는 점에서 헌법적 관점에서의 평가도 「행정기본법」의 지속가능성을 담보하기 위해 반드시 필요한 과정의 일부라고 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 이에 본 발제문에서는 우선 「행정기본법」의 규율내용의 개관과 그 특징을 살펴보고(Ⅱ.), 이어서 헌법상 법치국가원리 및 적법절차원리의 내용을 검토하기로 한다(Ⅲ.). 이상의 내용을 바탕으로 「행정기본법」에 대한 헌법적 평가를 내리면서 글을 마무리하기로 한다(Ⅳ.와 Ⅴ.).

## Ⅱ. 「행정기본법」의 제정과정, 주요내용 및 특징

### 1. 제정과정과 주요내용

#### 1) 제정과정

「행정기본법」은 법제처의 주도로 ‘정부입법’의 형태로 추진되었다. 2019년 2월 문재인 대통령의 지시에 따라 5개월만인 7월에 「행정기본법」 제정계획을 국무회의에 보고가 이루어지고 난 이후, 관련 위원회와 추진단이 9월에 설치되고, 이후 5개월만인 2020년 2월에 「행정기본법」의 초안이 마련되었다. 이후 5개월 동안의 입법예고와 공청회 등을 거쳐 2020년 7월에 국회에 법안이 제출되고, 2021년 2월 25일에 법사위를 통과하면서 총 4장 43조의 정부안이 국회 심의과정에서 총 4장 40조의 법제사법위원회의 수정안으로 수정 가결되었다.<sup>5)</sup> 법제사법위원회에서의 수정 가결 다음 날인 2020년 2월 26일에 국회 본회의를 통과하였고, 3월 23일 법률의 공포와 더불어 시행하기로 하되, 「행정기본법」부칙 제1조<sup>6)</sup>에 따라 일부 조문에 대해서는 공포 후 6개월 또는 2년이 경과한 날로부터 시행하도록 하였다. 전체적인 제정과정을 살펴볼 때 「행정기본법」의 공포, 시행까지는 대략 13개월 정도가 소요된 것으로 볼 수 있다.<sup>7)</sup> 비교적 길지 않은 기간에 이루어진 「행정기본법」 제정과정에 대한 비판적 의견이 제기되었다. 이러

면 이하 참조.

- 3) 김현준, “행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제”, 저스트스 통권 제188호, 한국법학원, 2022, 238-264면 참조. 특히 입법과정과 체계정당성의 관점을 기초로 한 입법평론의 관점에서의 「행정기본법」에 대한 비판적 평가로 홍완식, “「행정기본법」에 대한 입법평론”, 국가법연구 제17집 제3호, 한국국가법학회, 2021, 3면 이하 참조.
- 4) 행정법적 접근 이외에 「행정기본법」의 위헌성 여부에 대한 선행연구로 김현준, 앞의 논문, 251면 이하 참조. 그리고 헌법적 관점에서 전체적인 평가를 내린 선행연구로 홍종현, “행정기본법의 제정의 헌법적 의미와 발전방안”, 「공법학연구」제22권 제2호, 한국비교공법학회, 2021, 75면 이하 참조.
- 5) 홍완식, 앞의 논문, 4면; 이 외에 「행정기본법」의 입법과정을 다룬 연구로는 김은영, “「행정기본법」의 제정 과정”, 「법연」(제71호) 특집이슈, 한국법제연구원, 2021, 6면 이하; 홍종현, 앞의 논문, 67면, 70면 이하 참조.
- 6) 「행정기본법」부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제22조, 제29조, 제38조부터 제40조까지는 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고, 제23조부터 제26조까지, 제30조부터 제34조까지, 제36조 및 제37조는 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행한다.
- 7) 홍완식, 앞의 논문, 4면.

한 비판이 제기된 원인은 우선 「행정절차법」의 경우 1987년이 최초로 입법예고가 이루어진 이후 1996년 제정. 공포되기까지 10년간의 논의과정을 거쳐 이루어진 점과 비교된다는 점<sup>8)</sup>에 있다. 이외에도 네덜란드의 일반행정법전 제정과<sup>9)</sup>이나 미국과 독일의 연방행정절차법의 제정과<sup>10)</sup>에 근거하여 비판이 제기되기도 한다.<sup>11)</sup>

## 2) 주요 내용

「행정기본법」의 주요 내용은 다음과 같이 정리할 수 있다.<sup>12)</sup> “첫째, 행정기본법에 그 동안 불문법으로 인정되어 온 행정법의 일반원칙을 명시하여 국민의 권리보호를 강화하고자 하였다. 첫째, 헌법적 원칙인 법치행정·평등·비례의 원칙과 학설·판례로 확립된 신뢰보호 및 부당결부금지 원칙 등을 “행정의 법 원칙”으로 명문화해, 행정법 집행의 기준이 될 수 있도록 했다(제8조~제13조). 그리고 판례로 정립된 위법·부당한 처분의 취소권 행사와 적법한 처분의 철회권 행사의 요건과 한계를 명확히 규정했고(제18조·제19조), 행정의 예측가능성 제고 및 국민의 법적 지위 안정을 위해 영업소 폐쇄 등 제재처분의 처분가능 기간(제척기간)을 5년으로 제한했다(제23조). 둘째, 행정법령의 개정 시 신법과 구법의 적용기준을 분명히 규정했다. 원칙적으로 신청에 따른 처분은 처분할 당시의 법령을, 제재처분은 위반행위 당시의 법령을 따르도록 한 것이다(제14조). 그리고 인허가의제(제24조~제26조), 과징금(제28조~제29조), 이행강제금(제31조) 등 개별법에 흩어져 있는 제도의 공통사항에 대해 통일된 기준을 마련하여 행정의 통일성을 도모하였다. 셋째, 빠르게 변화하는 시대 상황에 대응하여 적극행정 및 규제혁신을 촉진하고자 하였다. 행정은 공공의 이익을 위해 적극적으로 추진되어야 하고, 국가와 지방자치단체는 적극행정의 활성화를 위한 시책을 추진할 의무가 있음을 명시해 공직사회의 인식과 행태를 전환하는 법적 토대를 마련했다(제4조). 이와 함께 신고는 원칙적으로 자기완결적신고로 보고, 법률에 수리(受理)가 필요하다고 명시되어 있는 경우에만 행정청이 수리해야 효력이 발생하도록 그 효력 발생시점을 명확히 하였으며(제34조), 인공지능(AI) 기술의 발전에 따른 미래행정 수요에 대비하기 위해 법률에 근거를 두면 자동화된 시스템으로 처분을 할 수 있도록 규정했다(제20조). 넷째, 국민의 권익보호 수단을 확대하기 위해 개별법에 한정

8) 국회 법제사법위원회, 행정기본법안 검토보고서, 2020.9. 10면; 홍완식, 위의 논문, 5면 재인용.

9) 이를 위해 윤강욱 / 박훈민, “네덜란드「일반행정법전」(Allgemeine wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고”, 「행정법연구」제50호, 2017, 111-112면 참조.

10) 이를 위해 김현준, 앞의 논문, 246-248면; 홍완식, 위의 논문, 4-5면.

11) 그러나 이에 대해서는 미국과 독일의 경우와 달리 비교적 신속하게 「행정기본법」의 제정이 이루어진 점을 긍정적으로 평가하는 입장도 존재한다. 이를 위해 이진수, “「행정기본법」의 제정의 의미와 평가”, 「법연」(제71호) 특집이슈, 한국법제연구원, 2021, 14면; 동지, “「행정기본법」의 제정의 의미와 평가”, 「법제연구」제59호, 2020, 22면 참조.

12) 주요내용에 대한 내용은 홍종현, 앞의 논문, 67-68면 내용 중 일부를 발췌한 것임을 미리 밝히는 바입니다.

적으로 도입되어 있었던 이의신청 제도의 일반적 근거를 행정기본법에 마련하고, 행정심판이나 행정소송과는 별개로 처분에 대한 이의를 제기할 수 있도록 규정했다(제36조). 그리고 사법적 쟁송을 통해 처분을 다룰 수 없게 된 경우에도, 일정한 경우 그 처분의 재심사를 청구할 수 있도록 하여 새로운 유형의 권익보호수단을 추가했다(제37조).<sup>13)</sup>

## 2. 특징

위에서 「행정기본법」의 주요내용을 살펴보면 행정작용의 형식과 내용을 직접적으로 규정하는 부분도 있지만(제3장 행정작용), 같은 법 제16조 제2항, 제22조 제1항, 제31조 제1항, 제38조의 경우 행정처분이나 행정관련 법률의 입법지침을 내용으로 하는 규정도 존재한다. 이러한 내용상의 특징뿐만 아니라 법률의 제명에서 알 수 있듯이 ‘기본법’이라는 점도 법제형식상의 특징으로 볼 수 있지만, 기본법의 법제형식에 대한 비판도 존재한다.<sup>14)</sup> 법제형식적인 비판점을 논외로 하고 내용적인 관점에서 본다면 행정작용에 대한 통칙적 규정을 담고 있는 것으로 볼 수 있으며, 이와 같은 관점에서 ‘통칙의 법전화’라는 열매를 맺게 된 것으로 평가할 수 있다고 본다.<sup>15)</sup>

## Ⅲ. 헌법상 법치국가원리와 적법절차원리

### 1. 법치국가원리

#### 1) 법치국가원리의 의미와 내용

가. 법치국가원리(Rechtstaalichkeitsgrundsatz)의 의미

##### (1) 일반적 의미

법치국가원리는 ‘인치(人治)’가 아닌 ‘법률에 의한 통치로서 법치(法治)’를 핵심내용으로 하는 헌법적 일반원칙이라 할 수 있다. 법치국가원리의 내용을 법치라고 하는 것은 국가와 국민 그리고 국가기관 간의 영역과 관계가 법률에 의한 규율이 이루어지는 것을 의미하기 때문에 모든 국가권력을 법률의 구속을 받는다는 것을 뜻한다.<sup>16)</sup> 다만 여기서의 ‘법’ 또는 ‘법률’이라 함은 헌법의 내용과 가치에 부합하는 합헌적 법규범임을 전제로 한다. 헌법이 국가법규범 체계에서 최고의 규범적 서열 내지 지위를 갖고 있고, 국

13) 홍종현, 위의 논문, 67-68면.

14) 김현중 앞의 논문, 240면 이하; 홍완식, 앞의 논문, 10면 이하; 김용섭, “행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제”, 「경희법학」 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021, 67면 이하 참조.

15) 이진수, “「행정기본법」의 제정의 의미와 평가”, 「법연」(제71호) 특집이슈, 13면.

16) 한수웅, 앞의 책, 238면; 김학성 / 정희수, 헌법학원론(전정 6판), 피앤씨미디어, 2022, 239면



가공동체의 근본규범이 된다는 점에서 특히 법률의 헌법합치적 요청은 지극히 당연한 요구라 할 수 있다.<sup>17)</sup> 법치국가원리의 이러한 의미는 ‘법에 의한 통치(규율)’이 국가존립의 기본이 된다는 점과 동시에 인적 지배를 기초한 국가의 통치질서를 부정하고 법치 또는 ‘법의 지배’를 통해 국가권력의 자의적 행사와 지배를 방지하여 공권력행사의 예측가능성을 보장하고 이를 통해 법적 안정성과 정의에 기여하는 헌법적 원리임을 표상(表相)하는 것이다.<sup>18)</sup> 요컨대 법치국가원리의 헌법적 의미는 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄과 가치의 실현에 이바지 하는 국가권력의 제한 및 통제원리라는 점에 있다고 할 것이다.<sup>19)</sup>

## (2) 법치국가원리와 법치주의, 법의 지배

독일 기본법 제23조 제1항은 제1문<sup>20)</sup>은 EU(Europäischen Union)의 발전과 통일된 유럽의 실현을 위한 독일 연방공화국의 참여를 규정하고 있다. 동 규정은 독일의 헌법적 질서에 부합하고 본질적으로 비교 가능한 기본권 보호를 전제로 한 EU의 발전과 통일된 유럽의 실현에 대한 독일 연방공화국의 참여를 그 내용으로 규율하면서 헌법적 질서의 내용으로 민주주의, 법치국가적 그리고 사회적 및 연방주의적 원칙을 언급하고 있다. 이와 달리 현행 헌법에는 법치국가원리에 대한 명문의 규정이 존재하지 않는다. 이와 같은 점을 고려할 때 법치국가원리라는 표현은 다분히 독일의 국법학 내지 헌법학적 사유의 결과물이라 할 수 있다.<sup>21)</sup> 좀 더 중립적인 표현을 하자면 ‘법치주의’라고 할 수 있으나<sup>22)</sup> 근본적으로 ‘법치국가원리’와 ‘법치주의원리’에 대한 내용적 설명에서 큰 차이가 없다는 점을 고려할 때, 단지 전문용어의 차이가 날 뿐 실질적인 내용적 차이가 있는 것으로 보기 어렵다.<sup>23)</sup> 오

17) 이와 같은 관점에서 성낙인, 헌법학(제22판), 법문사, 2022, 269면.

18) 이와 같은 입장에서 헌법재판소 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 118 [인용(위헌확인)]-공권력 행사로 인한 재산권침해에 관한 헌법소원 “. 공권력이 아무리 명분이 좋아도 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하는 일은 예측가능한 법률에 근거를 두어야 할 것이고, 이것은 기업의 경영권에 개입하고 제한할 때에도 마찬가지로 이미 보았거니와, 이 점에서 법률상 근거 없는 이 사건 공권력의 행사는 법치국가적 절차를 어긴 것이며, 또 법률상 무권한의 자의적인 공권력의 행사였다는 점에서 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙의 파생인 자의금지의 원칙도 위반한 것이다.”

19) 한수웅, 앞의 책, 239-241면 참조.

20) Art. 23 Abs.1 GG in der geltenden Fassung (1) Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.

21) 한편 독일 기본법 제20조 제1항은 독일 연방공화국의 국가조직원리로서 민주주의원리와 사회국가원리에 기초한 연방국가원리를 규정하고 있다. Art. 20 GG in der geltenden Fassung (1) “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

22) 법치국가원리를 ‘법치주의원리’로 설명하는 견해로는 성낙인, 앞의 책, 269면 이하 및 김학성 / 최희수, 앞의 책, 239면 이하 참조.

23) 이와 같은 이유로 이하의 논의에서는 법치주의원리 또는 법치국가원리를 동일한 개념적 범주를 가지는 원칙으로 전제하고 법치국가원리의 관점에서 서술하기로 한다.

히려 법치국가원리라 표현 대신에 법치주의라고 할 때 그 용어상의 차이에 중점을 두기 보다는 그 생성배경에 관심을 가지는 것이 더 옳다고 본다. 법치국가원리는 대륙법계 국가인 독일을 중심으로 논의된 결과라고 할 때 법치주의의 내용을 언급하는 ‘법의 지배 또는 법에 의한 지배’는 영미법계의 사유물이라 할 수 있다. 법의 지배(Rule of law)원리는 영국에서 출발하며 다이시(A.V. Dicey)이 이론을 통해 정립된 것으로 영국식 민주주의 발전과정에서 발전된 원리를 말한다.<sup>24)</sup> 영국에서의 법의 지배(Doctrine of Rule of Law)는 전제군주의 권력에 대한 보통법(Common law)의 우위를 전제로 하고, 일반법원을 통한 재송절차를 관습헌법에 기초하여 정립한 원리로 볼 수 있다.<sup>25)</sup> 이와 같은 영국의 법의 지배는 미국에 영향을 주게 되었고, 영국과 달리 미국은 성문헌법으로 출발하여 헌법의 우위성에 기초한 입법권에 대한 위헌법률심사제도를 통해 보장되게 되었다.<sup>26)</sup>

#### 나. 법치국가원리(Rechtstaalichkeitsgrundsatz)의 내용

법치국가원리의 내용이라 하면 법치국가원리 또는 법치주의 원리의 실현요소 내지 구성요소로 볼 수 있다. 다수결 원리의 절대적 우위성과 헌법의 법률에 대한 우위성을 인정하지 않던 형식적 법치국가론에서 위헌법률심사제도의 채택을 통한 헌법의 법률에 대한 우위, 다수결 원리에 따른 주권적 결정의 헌법예외의 귀속에 기초한 입법권에 대한 규범통제 등을 내용으로 하는 실질적 법치국가원리 또는 법치주의로 이행한 점은 주지의 사실이다. 이와 같은 입장에서 볼 때 법치국가원리 또는 법치주의의 구성요소 또는 실현요소를 보는 시각은 다양하게 전개 된다. 성문헌법주의, 기본권과 적법절차의 보장, 권력분립의 확립, 위헌법률심사제도의 채택, 포괄적위임입법금지원칙, 행정의 합법성과 사법적 통제, 공권력 행사에 대한 예측가능성의 보장과 신뢰보호의 원칙으로 보는 견해<sup>27)</sup>, 기본권 보장, 권력분립제도, 입법작용의 헌법 및 법에의 기속, 법치행정의 보장, 효과적인 권리구제제도, 신뢰보호 내지 소급효 금지 및 명확성의 원칙, 과잉금지원칙으로 보는 견해<sup>28)</sup>, 자유권의 보장과 과잉금지원칙, 권력분립원리, 국가권력의 법구속성, 법률에 의한 행정(법치행정)의 내용으로서 법률우위와 법률유보의 원칙, 법적 안전성의 요청으로서 법률명확성의 원칙, 소급입법금지원칙과 신뢰보호원칙, 권리구제절차의 보장, 형법에서의 법치국가적 요청으로서 죄형법정주의, 형법상의 책임원칙<sup>29)</sup>, 이중처

24) 성낙인, 앞의 책, 269면.

25) 성낙인, 위의 책, 269면.

26) 성낙인, 위의 책, 269면. 한편 미국의 법률체계와 사법제도에 대한 소개로 김범준, “미국의 법률체계와 사법제도”, 최신 외국법제정보 비교현안분석, 한국법제연구원, 2017, 181면 이하 참조. 이 외에 프랑스에서의 법치주의 전개에 대한 간략한 소개로 성낙인, 위의 책, 270면 참조.

27) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 150-151면.

28) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 147-150면.

29) 헌법재판소는 법정형의 범위와 종류를 정하는 입법자의 입법형성권에 관하여 실질적 법치국가의 관점에서 그 한계를 제시한바 있다. 헌법재판소 2002. 11. 28. 2002헌가5, 판례집 14-2, 600, 606 [위

별 및 연좌제 금지를 법치국가원리의 내용으로 보는 견해<sup>30)</sup>, 헌법의 우위, 기본권과 실질적 적법절차의 보장, 권력분립과 포괄적 위임입법의 금지, 규범통제와 권리구제의 제도화, 파생원칙으로서 신뢰보호원칙, 소급입법금지원칙과 체계정당성의 원리로 보는 견해<sup>31)</sup>가 존재한다. 부분적인 차이가 존재하나 내용상에 큰 차이는 존재하지 않는다.<sup>32)</sup> 다음에서는 「행정기본법」의 규율내용과 밀접한 관련성을 가지는 법치국가원리의 내용을 살펴보기로 한다.

## 2) 「행정기본법」내용과 법치국가원리

앞서 언급한 「행정기본법」의 내용 중 법치국가원리의 구성요소와 관련 있는 규정으로는 제2장의 행정의 법원칙 중 제5조(다른 법률과의 관계), 제8조(법치행정의 원칙), 제10조(비례의 원칙), 제12조(신뢰보호의 원칙), 제14조(법적용의 기준), 제34조(수리여부에 따른 신고의 효력), 제35조(수수료 및 사용료), 제37조(처분의 재심사), 제38조(행정의 입법활동)를 그 예로 들 수 있다. 다른 법률과의 관계를 규정한 제5조의 경우 ‘기본법’이라고 하는 법제형식의 특성과 법적 효력에 대한 명확하고 일의적인 견해가 존재하지 않는 상황에서 동일한 규범서열을 가지는 법률임에도 불구하고 법률효력의 관점에서 「행정기본법」의 우선적 또는 우위적 효력을 인정할 수 있는지가 문제된다.<sup>33)</sup> 또한 ‘기본법’의 법적 규율형식과 효력에 대한 독자성과 우위성을 전제로 하지 않는다고 하더라도 단순히 「행정기본법」 제5조의 내용만 놓고 본다면 ‘체계적합성’ 또는 ‘체계정당성’의 문제(Problem der Systemgemäßigkeit oder -gerechtigkeit)로 접근할 수 있다.<sup>34)</sup> 다만 「행정기본법」의 기본법적 특성을 전제로 할 경우 발생하는 법률 상호간의 효력의 우위의 문제를 법치국가원리 및 평등원칙에 근거하는 체계정당성

헌]-국가보안법 제13조 위헌제청 “우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다. 입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다. 법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만, 국회의 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없다. 즉 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.”

30) 한수웅, 앞의 책, 238-307면.

31) 성낙인, 앞의 책, 269-280면.

32) 다양한 견해서 언급된 법치국가원리 또는 법치주의의 실현요소 중에서 기본권보장, 사법적 구제절차의 보장, 국가배상제도는 헌법 제10조에서부터 제23조까지의 규정과 제6장의 헌법재판제도 및 제29조에 규정되어 있으며, 재산권과 참정권에 대한 소급입법금지원칙과 죄형법정주의는 헌법 제13조에 수용되었다. 이러한 내용들은 헌법 스스로 규정한 법치국가원리의 구성요소(내용)로 볼 수 있다.

33) 이러한 논의는 현행 우리법제에서 소위 ‘기본법’이라는 법제형식에 대한 특별하고 우위성 있는 법적 효력을 부여할 수 있는가의 문제이다.

34) 이와 같은 입장으로 홍완식, “「행정기본법」에 대한 입법평론”, 「국가법연구」제17집 제3호, 한국국가법학회, 2021, 10면 이하 참조.

또는 적합성 원칙의 위반문제로 볼 수 있다고 보기 어려우나, 「행정기본법」의 기본법적 특성을 전제로 하지 않고 동일한 행정법적 법률관계나 행정작용과 절차에 대한 사항을 「행정기본법」과 「행정절차법」, 「행정규제기본법」등의 다른 행정법제에서 다르게 규정하는 것이 가능한가라는 ‘체계정당성(적합성)’의 문제가 발생할 수 있다.<sup>35)</sup> 「행정기본법」 제8조, 제10조 및 제12조는 법률유보원칙, 과잉금지원칙(비례의 원칙), 법적 안정성에 대한 요청이라 할 수 있는 소급입법금지원칙과 연관성 있는 신뢰보호원칙의 해당하는 내용을 담고 있다. 「행정기본법」 제14조의 경우 행정법의 적용대상과 이들 대상에 적용되는 행정법규 적용의 기준을 밝히고 있다. 이들 내용은 새로운 법령이 제정된 경우 적용대상이 되는 법률관계 또는 사실관계와 당사자의 신청에 따른 처분이 있을 경우나 법령 등<sup>36)</sup>의 위반행위성립과 제재처분에 적용되는 행정법규의 기준을 제시하는 것으로 그 예외의 사유를 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우로 규정하고 있으므로 이는 명확성의 원칙 또는 포괄위임입법금지원칙과 관련이 있다. 「행정기본법」 제34조 명확성의 원칙과 관련된다. 이들 내용에 대한 상세는 IV. 「행정기본법」에 대한 헌법적 평가에서 자세히 다루기로 한다.

## 2. 적법절차원리

### 1) 적법절차원리의 의미와 내용

가. 적법절차원리(Grundsatz des ordentlichen Gerichtsverfahrens)의 의미  
적법절차원리(principle of due process of law)의 적법절차(due process of law)의 기원은 “자유인 국법에 의하지 아니하고는 체포·구금·추방 … 되어서는 안 된다.”고 선언한 1215년 영국의 대헌장(Magna Charta)이다. 1791 미국 수정헌법 제5조는 “누구라도 대배심의 고발이나 공소 제기에 의하지 아니하고는 사형에 해당하는 죄나 중죄에 대하여 심문당해서는 아니된다. 다만 전쟁시나 공공의 위험이 발생했을 때에 육해군이나 민병대에 현실적으로 복무중인 경우는 예외로 한다. 또한 어느 누구도 동일한 범죄에 대하여 생명이나 신체의 위험에 두 번 처해져서는 아니되고, 어느 형사 사건에서도 자신의 증인이 될 것을 강요받아서서는 아니되며, 적법절차에 의하지 아니하고 생명이나 자유 또는 재산이 박탈당해서는 아니된다. 또 사유재산권은 정당한 보상 없이 공익 목적을 위하여 수용되어서는 아니된다.”고 규정하였고 1868년 미국 수정헌법 제14조는 “미국에서 태어나거나, 귀화한 자 및 그 사법권에

35) ‘기본법’이라는 법제형식에 대한 선행연구로 박영도, “기본법의 법제상의 위치”, 「법제연구」제5호, 한국법제연구원, 1993, 273면 이하; 박정훈, “입법체계상(立法體系上) 기본법의 본질에 관한 연구 -일본의 기본법을 중심으로-”, 「법조」제58권 제12호, 법조협회, 2009, 273-317면 및 최근 연구로 우기택, “기본법과 체계정당성에 관한 연구- 인권기본법 제정의 필요성을 중심으로”, 「법제」2016년 9월호, 법제논단, 법제처, 2016, 38면 이하 참조.

36) 여기서 ‘법령등’의 의미는 「행정기본법」 제2조 제1호 가목과 나목에 규정된 법규범을 의미한다.

속하게 된 사람 모두가 미국 시민이며 사는 주 시민이다. 어떤 주도 미국 시민의 특권 또는 면책 권한을 제한하는 법을 만들거나 강제해서는 안 된다. 또한 어떤 주에도 법의 적정 절차 없이 개인의 생명, 자유 또는 재산을 빼앗아서는 안 되며, 그 사법권 범위에서 개인에 대한 법의 동등한 보호를 거부하지 못한다.”고 규정하여 적법절차조항의 모든 주로 확대 적용될 수 있도록 하였다. 그리고 1947년 일본헌법이 적법절차원리를 수용하였고 우리 헌법은 1987년 헌법개정으로 도입되었다.<sup>37)</sup> 헌법 제12조에 규정된 적법절차원리는 헌법 제10조의 ‘행복을 추구할 권리’와 함께 영미법적 요소로 우리 헌법체계에서는 다소 이질적인 요소로 볼 수 있다.<sup>38)</sup>

나. 적법절차원리(Grundsatz des ordentlichen Gerichtsverfahrens)의 내용

#### (1) 절차적 및 실체적 적법절차원리

##### ① 절차적 적법절차원리

보통법의 우위성을 전제로 한 법의 지배를 핵심적인 영미법계에 적법절차는 절차적 적법성에 중점을 둔 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리로 하나로 발전하였으나, 미연방대법원은 적법절차조항을 절차의 준수만을 의미하는 절차적인 원칙으로 해석하지 아니하고 국가권력행사의 실체적 한계로서 파악하였다. 이에 따라 적법절차원칙은 ‘절차적 공정성’뿐만 아니라 법률의 실체적 내용까지도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 원리로 발전하게 된 것이다. 이와 같이 확장된 적법절차원리의 헌법적 의미에도 불구하고 절차적 적법성과 공정성에 대한 요구는 적법절차원리의 기본적인 요구사항이 된다. 미국 수정헌법 제14조에 성문화되면서 성문법상의 헌법원리가 된 적법절차원리는 ‘절차적’ 적법절차원리의 관점에서 행정작용에 대한 사법적 심사의 보장, 행정절차에서의 청문 및 고지절차의 보장, 형사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리 및 공판절차에서의 반대신문권의 보장 등을 포괄하는 것으로 이해된다.

37) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876 [위헌] -형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판- “ 현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데 이는 개정전의 헌법 제11조 제1항의 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다.”라는 규정을 1987.10.29. 제9차 개정된 현행헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다.”

38) 한수웅, 앞의 책, 646-647면.

이와 같은 절차적 적법절차원리의 이해를 기초로 할 때 절차적 적법절차원칙의 핵심적 내용은 ‘청문’의 보장<sup>39)</sup>이라고 할 수 있다. 청문의 보장을 통해 적법절차원칙은 국가공권력이 국민에 대하여 불리한 결정을 내리기 전에 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 대하여 영향을 미칠 수 있어야 한다는 원리로 기능한다.<sup>40)</sup> 또한 이러한 청문절차는 사법절차뿐만 아니라 행정절차 및 입법절차에도 준수되어야 한다. 특히 재판절차에서의 청문의 기회 보장은 공정한 재판을 받을 권리인 ‘재판청구권’에 의해 보장된다.<sup>41)</sup>

## ② 실체적 적법절차원리

적법절차원리를 미국연방대법원과 같이 ‘실체적’관점에서 이해를 하게 되면 법률의 실체적 내용까지도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 하므로 국가권력행사의 실체적 한계를 요구하는 헌법적 원리로 수용할 수 있게 된다. 헌법재판소도 실체적 적법절차의 원리를 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로서 해석되고 적용되는 중요한 원칙으로서 일반적인 법치국가원리 또는 기본권 제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다는 점을 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 그러나 적법절차원리를 이와 같이 이해를 하게 된다면 실질적 법치국가원리의 내용으로 볼 수 있는 과잉금지원칙 또는 비례의 원칙과의 구분을 어떻게 할 것이냐가 문제된다. 이에 대해서는 (2) 적법절차원리와 과잉금지원칙의 구분에서 상세히 논의하기로 한다.

## (2) 적법절차원리와 과잉금지원칙의 구분

### ① 과잉금지원칙(비례의 원칙)의 의미

39) 헌법재판소 2006. 5. 25. 2004헌바12(형사기소된 국가공무원의 임의적 직위해제), 판례집 18-1 하, 58, 66 “적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나 … .”

40) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌바190, 판례집 28-1상, 345, 353 [합헌,각하]-전투경찰대 설치법 제5조 등 위헌소원-“헌법 제12조 제1항은 “ …… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하여 적법절차원칙을 선언하고 있는데, 이 원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 할 것이므로(헌법재판소 2003. 7. 24. 2001헌가25), 전투경찰순경의 인신구금을 그 내용으로 하는 영창처분에 있어서도 헌법상 적법절차원칙이 준수될 것이 요청된다. 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청으로는 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것 등을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌법재판소 2006. 5. 25. 2004헌바12).”

41) 헌법재판소 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17 [위헌]-반국가행위자의처벌에관한특별조치법 제2조 제1항 제2호 등 위헌제정-; 헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 232 [위헌]-소송촉진등에관한특별조치법 제23조 위헌소원-.

42) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8(중형구형 시 석방제한), 판례집 4, 853, 876 [위헌] -형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판



헌법학에서 ‘비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙’은 기본권제한의 한계원리로서 기본권 제한의 심사기준으로 작용하는 것에 반하여 행정법학에서는 행정의 재량적, 정책적 판단을 하는 경우에 공익과 사익이 충돌하는 상황을 해결하는 일반적인 법의 원리로 사용된다. 같은 맥락에서 과잉금지 원칙은 구속력 있는 헌법원리로서 모든 국가권력(입법, 사법, 행정)을 구속하고, 입법자에게는 입법작용의 지침으로, 행정청에게는 법규범의 해석과 적용에 있어서 준칙 내지 기준으로서 그리고 헌법재판기관에게는 위헌심사기준으로 작용하게 된다.<sup>43)</sup> 이처럼 모든 국가작용에 대한 실체적 행위기준 또는 심시기준으로 작용하는 과잉금지원칙(비례의 원칙)은 독일에서의 경우 처음에는 행정청<sup>44)</sup>에 의한 기본권 제한에 관한 법원칙(행정작용에 의한 기본권 제한의 일반원칙)으로 기능하였다. 이와 관련하여 1794년 프로이센 일반법(Preußisches Allgemeines Landesrecht) 제정 참여자 스바레츠(C. G. Svarez)는 “개인의 자유에 대한 제한을 통하여 방지하고자 하는 손해는 자유의 제한으로 인하여 개인에게 발생하는 손해보다 현저하게 중대해야 한다.”<sup>45)</sup>고 하여 비례의 원칙의 내용을 밝힌바 있으며, 이후 독일 연방헌법재판소는 비례의 원칙을 기본권제한의 일반원칙으로 수용하게 된다.<sup>46)</sup>

## ② 실체적 적법절차원리와 구분

실체적 적법절차원리와 과잉금지원칙이 상호 구분되기 위해서는 적용대상

43) 홍종현, 앞의 논문, 91면; 장영수, 헌법학(제13판), 홍문사, 2021, 490-491면.

44) 현행 행정관련법상 ‘행정청’의 정의로 들 수 있는 예는 「행정절차법」 제2조 제1항 제1호에 따른 정의이다.

「행정절차법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "행정청"이란 다음 각 목의 자를 말한다.

가. 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관

나. 그 밖에 법령 또는 자치법규(이하 "법령등"이라 한다)에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)

45) Conrad / Kleinheyer(Hg.), *Vorträge über Recht und Staat von C. G. Svarez*, 1960, S. 39, “오로지 전체를 위한 중대한 법익의 달성만이 개인의 덜 중대한 법익의 희생을 요구하는 공권력의 조치를 정당화 할 수 있다.”; “우위가 명백하지 않다면, 개인의 자연적 자유는 유지되어야 한다.”; 한수웅, 앞의 책, 234면 주 1) 재인용.

46) EU 행정법상 ‘비례의 원칙’에 대한 소개로는 장경원, “EU 행정법상 비례원칙 - 그 적용과 기능을 중심으로-”, 「행정법연구」제34호, 행정법이론실무학회, 2012, 27-47면 참조.

47) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876 [위헌] -형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판-. 한편 동 결정에서 헌법재판소는 적용대상(영역)측면에서 구분된다는 전제하에 적법절차원리와 과잉금지원칙을 위헌성 심사기준으로서 별도로 적용 가능한 것으로 보았다. 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876 [위헌] -형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판 “더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 그러므로 법 제331조 단서의 규정은 이러한 적법절차의 원칙에 입각한 해석원리에 따라 그 적정성과 위헌여부를 판단하여야 할 것이고 그 다음에는 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 비례의 원칙 내지 과잉입법금지의 원칙이 지켜지고 있는

“현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되는 관련되지 않은 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다.”<sup>47)</sup>

의 측면에서 구분이 되어야 한다. 과잉금지원칙의 적용이 주로 입법영역에 국한된 기본권 제한의 일반원리로만 이해한다면 적용영역 또는 대상의 관점에서 전체 국가작용의 제한원리인 적법절차원리와 구분가능 한 것으로 볼 수 있다. 그러나 과잉금지원칙을 단순히 입법권에 의한 기본권 제한의 한계원리로 보지 않는다면 실질적 법치국가원리와 과잉금지원칙은 절차적·실체적 적법절차원리의 내용과 동일성을 가지게 되고, 결국 실체적 적법절차원리와 과잉금지원칙은 상호 동일한 내용을 가지는 것으로 파악할 수 있게 된다. 이와 같이 보게 된다면 위헌성 심사기준으로 실체적 적법절차원리와 과잉금지원칙은 동일한 심사구조와 내용을 가지게 될 수 있다. 헌법재판소는 「형사소송법」 제331조 단서에 대한 위헌심판사건에서 실체적 적법절차원리와 과잉금지원칙의 관계에 대해 다음과 같이 판시하였다.

그러나 헌법재판소의 이러한 입장은 실질적 법치국가원리에 기초한 비례의 원칙 또는 과잉금지원칙의 의미를 간과한 것이며, 동시에 헌법 제37조 제2항의 의미를 의도적으로 축소시키는 결과를 가져오게 한다는 점에서 동의하기 어려운 입장이며 오히려 실질적 적법절차원리와 과잉금지원칙을 동일한 국가권력의 한계기준으로 파악하되, 헌법 제12조 제1항과 제3항의 ‘적법한 절차’의 고유한 의미가 적법절차원리의 관점에서 무엇이지를 파악하는 것이 더 중요한 의미를 가진다.<sup>48)</sup>

지 여부에 관한 문제로 돌아가 함께 판단하여야 된다고 할 것이다.”; 이외의 결정에서도 헌법재판소는 일련의 결정에서 적법절차원리와 과잉금지원칙을 구속력이 미치는 범위에 따라 구분 가능한 것으로 보고 별도로 심사를 행한바 있다. 이를 위해 헌법재판소 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17 [위헌]-반국가행위자의처벌에관한특별조치법 제2조 제1항 제2호 등 위헌제청-; 헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 232 [위헌]-소송촉진등에관한특례법 제23조 위헌소원-. 참조.

- 48) 현행 헌법구조나 체계에서 다소 이질적인 내용으로 볼 수 있는 적법절차원칙은 법치국가원리에 비추어 볼 때 ‘공정한 절차에 관한 법치국가적 요청’을 기본적인 내용으로 한다고 볼 수 있다. 또한 적법절차원리가 내용적 관점에서 볼 때 실질적 법치국가원리와 동일성을 가질 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 헌법 제12조 제1항과 제3항의 ‘적법한 절차’의 고유한 의미는 절차적 적법절차원리에서 찾아야 할 것으로 보인다. 다시 말해 절차적 적법성의 보장과 이를 통한 기본권의 보호라는 헌법적 방향성을 헌법 제12조 제1항과 제3항은 수용하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 의미를 헌법 제12조 제1항과 제3항이 가진다고 할 때 실체적 의미의 적법절차원리가 헌법상 부정된다거나 수용될 수 없다는 점을 내포하고 있는 것으로 보기는 어렵다.



## 2) 「행정기본법」내용과 적법절차원리

전술한 바와 같이 적법절차원리를 실체적 그리고 절차적 적법절차원리로 이해할 경우 「행정기본법」의 내용 중 어떠한 것이 적법절차원리와 관련이 있는지를 검토할 필요가 있다. 두 원칙이 국가작용의 한계원리로서 모든 국가작용에 미치는 헌법적 요청이나 원리로 본다면 위헌성심사기준으로서 헌법재판소나 대법원 뿐만 아니라 행정청의 행정작용을 위한 기준으로도 작용가능하기 때문이다. 행정에 있어서 국가와 지방자치단체의 책무를 규정한 「행정기본법」 제3조는 같은 조 제1항에서 “국가와 지방자치단체는 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 적법절차에 따라 공정하고 합리적인 행정을 수행할 책무를 진다.”는 규정하고 있다. 동 조항의 규율내용은 행정작용에 있어서 국가와 지방자치단체가 지는 책임을 적법절차에 따라 이행할 것을 요구하고 있는 것으로 이는 위헌성 심사기준으로 적법절차원리를 규정하였다기보다는 국가나 지방자치단체의 행정작용을 준수하여야 할 원칙으로서 적법절차원리를 규정한 것으로 보인다. 그러나 이러한 해석에 따르더라도 「행정기본법」 제10조에서 비례의 원칙을 규정하고 있기 때문에 두 조항의 관계가 문제된다. 이에 대해서는 IV. 2. 적법절차원리의 관점에서 평가라는 항목에서 상세히 논하기로 한다.

## IV. 「행정기본법」에 대한 헌법적 평가

## 1. 법치국가원리의 관점에서 평가

## 1) 「행정기본법」 제5조(다른 법률과의 관계)

「행정기본법」 제5조는 제1항에서 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 행정에 관하여 「행정기본법」이 정하는 바에 따르도록 하고 있으며, 제2항에서는 행정관련 법률의 제정 또는 개정시 「행정기본법」의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합하도록 노력하여야 한다고 정하고 있다. 제2항의 경우 행정관련 법률의 제정과 개정시 「행정기본법」의 기본적인 내용을 준수할 것을 요구하는 것으로 이는 「행정기본법」에 기초한 행정관련 법률의 입법지침 준수노력을 규정한 것으로 볼 수 있다. 제1항의 경우 제2항의 경우와 달리 「행정기본법」과 이미 제정되어 시행 중인 「행정절차법」, 「행정규제기본법」등과의 관계를 규율하고 있다. 그러나 동 조항은 「행정기본법」의 절대적인 우위적 효력을 인정하기 보다는 「행정기본법」이외의 다른 행정관련 법률에 특별한 규정을 둔 경우 「행정기본법」의 적용이 배제될 수 있음을 명시적으로 인정하고 있다. 이와 같은 규율 내용에 있어서 법제의 명칭이 ‘기본법’이라는 점에 비추어 체계정당성의 원칙 또는 체계적합성의 원칙이라는 관점에서 비판적인 시각이 존재한다.<sup>49)</sup> ‘기본법’의

49) 이러한 비판이 제기되는 근본적인 이유는 「행정기본법」 제5조 제1항과 제2항이 규범내용적 구조로 볼 때 서로 상반된 입장을 취하고 있기 때문이다. 가령 같은 조 제1항은 다른 행정관련 법률의 적용을 배제하지 않는다는 명시적인 유보조항의 내용을 담고 있는 반면에 제2항에서는 「행정기본법」의 목

근원과 규범적 성격을 효력 상의 우위를 가지는 법제형식으로 보거나<sup>50)</sup>, 독일 기본법 제75조에 규정된 대강입법(Rahmengesetzgebungskompetenz)로 보는 입장<sup>51)</sup>이 존재하는데, 전자의 경우 ‘기본법’ 자체에 동일한 법규범인 법률간에 효력상에 차등을 부여하는 것은 헌법적 근거를 두지 않고서는 인정될 수 없다.<sup>52)</sup> 이미 헌법재판소는 아직까지 헌법제정론이나 개정론에 의거하여 헌법규정 상호간에 효력의 우위를 인정하지 않는 입장을 밝힌 바 있으며, 법률 간의 효력의 우위는 ‘특별법 우선의 원칙’ 또는 ‘신법우선의 원칙’에 근거하여 개별적으로 판단할 문제이기 때문이다.<sup>53)</sup> 후자의 경우는 이미 기본법 제75조는 연방주의개혁(Föderalismusreform)과정에서 주의 입법관할권을 침해할 소지가 높다는 이유로 폐지되었고<sup>54)</sup>, 대강입법의 경우 입법영역 자체가 헌법에 근거를 두고 있었으며<sup>55)</sup>, 대강입법자체가 연방국가적 입법관할권 배분원칙의 내용으로 입법관할의 위반은 헌법위반의 문제를 발생시키기 때문에 위헌무효가 된다는 점을 감안할 때 ‘기본법’의 규범적 실체를 대강입법으로 보기 어렵다고 본다. 또한 기본법 제106조 제3항에 규정되어 있는 바와 같이 헌법상의 원칙(Grundsätze)을 구체화할 수 있는 원칙입법(Grundsatzgesetzgebungskompetenz)의 경우 대강입법과 유사한 측면이 없지 않으나 원칙입법의 경우 해당 원칙의 내용이 직접 헌법에 규정되어 있다. 이상과 같은 이유로 「행정기본법」을 효력상의 우위가 인정되거나 독일의 대강 또는 원칙입법으로 보는 것은 동의할 수 없으며, 같은 법 제5조 제1항에 따라 다른 행정관련 법률의 적용유보를 인정한다는 전제하에 다른 법률과의 관계를 규정한 것으로 보되, 제2항은 단지 선언적이거나 훈시적인 규정으로 이해를 한다면 체계정당성이나 체계적합성 원칙에 따른 비판을 면할 수 있을 것으로 판단된다.<sup>56)</sup>

적과 원칙, 기준 및 취지에 부합하는 행정관련 법률의 제정과 개정이 이루어지도록 노력하라는 내용을 담고 있다. 이와 같은 상반된 구조는 다른 행정관련 법률과의 관계에 대한 근본적인 물음을 전개하게 하고, 동시에 ‘기본법’이라는 법제형식에 대한 비판도 야기하게 되는 원인이 된다. ‘기본법’ 형식의 법제 남용에 대한 비판으로는 김현준, 앞의 논문, 240면 이하 및 홍완식, 앞의 논문, 10면 이하 참조

- 50) 김홍균, “통합물관리를 위한 법제 정비방향”, 「환경법연구」제43권 제1호, 한국환경법학회, 2021, 218면; 윤태영, “물관리위원회의 운영에 관한 제언”, 「물 정책. 경제」제32권, 한국수자원공사, 2019, 13면
- 51) 정남철, “행정기본법의 재정 의미와 주요 내용”, 「법제」(통권 제693호), 법제처, 2021, 48면.
- 52) 같은 입장으로 김현준, 앞의 논문, 243면; 홍종현, 앞의 논문, 82면.
- 53) 한편 이와 같은 두 가지 원칙에 의할 경우 「행정기본법」 제5조와 「행정절차법」 제3조 제1항과의 관계가 문제된다고 한다. 이에 따르면 신법우선의 원칙에 따른다면 「행정기본법」이 우선되나, 특별우선의 원칙을 적용하게 되면 「행정절차법」이 우선될 수 있다고 한다(김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 「법제」제71호, 한국법제연구원, 2021, 17-18면).
- 54) 이를 위해 <https://www.lexexakt.de/index.php/glossar/rahmengesetzgebungskompetenz.php> 참조(최근 검색일: 2022.05.15.).
- 55) 기본법 제75조는 제1항에서 대강입법을 규율할 수 있는 사유를 제1호에서부터 제6호까지 규정하였다. 대강입법으로 규율될 수 있었던 사항은 기본법의 개정과정에서 기본법 제74조의 경합적 입법관할 및 차별적 입법관할(Konkurrenz- und Abweichungsgesetzgebungskompetenz)영역으로 변경되었다. 독일의 연방국가적 입법관할에 관한 내용에 대해 신정규, “독일 기본법 제72조 제2항 및 제125a조 제2항의 해석- 독일연방헌법재판소의 결정을 중심으로 -”, 「법학논고」제55집, 경북대학교 법학연구원, 2016, 25면 이하 참조.

2) 「행정기본법」 제8조(법치행정의 원칙)와 제10조(비례의 원칙)

「행정기본법」 제8조와 제10조는 각각 법치행정의 원칙과 비례의 원칙을 규정하고 있다. 좀 더 구체적으로 보자면 행정작용에 있어서 준수되어야 할 법률우위와 유보원칙 및 법익형량의 구체적인 준거로서 과잉금지원칙(비례의 원칙)을 명시하고 있다. 「행정기본법」 제8조의 법치행정의 원칙은 본질성 이론에 기초한 의회유보원칙에 입각<sup>57)</sup>한 법치행정의 원리를 담고 있다.<sup>58)</sup> 헌법학에서 입법권의 규율영역이 무엇인지에 대한 논의 차원에서 다루어지는 본질성 이론에 입각한 의회유보이론은 의회가 법률로써 반드시 정해야 할 사항이 무엇인지에 대한 답인과 동시에 현대국가의 특징이라 할 수 있는 규범정립기관의 분권화에 따른 규범정립 주체의 영역구분에 대한 기준이 될 수 있다. 따라서 의회가 반드시 법률로 정해야 할 사항인 일반적인 기준과 내용은 행정작용의 내용 중 법률로 반드시 규율하여야 할 사항의 범위와 내용에 대한 기준이 된다.<sup>59)</sup> 헌법재판소는 본질성 이론에 기초한 의회유보를 수용하면서 의회가 법률로 정해야 할 본질적인 사항을 “국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역”으로 보고 있다.<sup>60)</sup> 헌법재판소의 이러한 관점은 의회의 법률적 형식에 담아야 할 본질적인 사항을 규율대상의 기본권적 중요성에 따라 판단하는 것이나, ‘기본권적 중요성’이라는 기준은 ‘어느 정도’의 기본권적 관련성이나 중요성이 존재해야만 하는가에 대한 선결문제가 해결되지 않

56) 좀 적극적인 법제개선안이라고 한다면 「행정기본법」 제2항을 삭제하거나 기존의 다른 행정관련 법률을 하나의 법률로 통합하는 것도 하나의 방법이 된다.

57) 이와 동지로 홍종현, 앞의 논문, 86면.

58) 법치행정의 원리는 「행정기본법」 이외에도 「행정규제기본법」 제4조에 규정되어 있다.

59) 침해유보의 관점에서 단순히 국민에게 침익적인 공권력 작용에 대한 형식적인 합법성을 요구하는 것이 아니라 국민에게 또는 국가공동체의 중요한 사항에 대해서 의회가 결정해야 한다는 의회유보사상에 따를 경우 법률적 규율사항은 국민의 권리와 의무 또는 국가공동체의 중요한 사항이라 할 수 있다. 결국 본질성이론에 기초한 의회유보의 법리는 법치국가와 민주주의 요청의 결과로 볼 수 있으며, 이는 더 나아가 의회의 입법과 행정부의 입법이 규율할 수 있는 입법범위의 경계를 확정하는 기준이 될 수 있다.

60) 헌법재판소 2011. 8. 30. 2009헌바128 등, 판례집 23-2상, 304, 322 [위헌,합헌]-도시 및 주거환경정비법 제8조제3항 등위헌소원 “헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙). 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 여기서 “법률로써”라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다.”

는 한 본질적인 것과 비본질적인 것의 구분을 불확실하게 할 수 있다는 측면에서 비판의 여지가 존재한다.<sup>61)</sup> 이에 본질성 이론의 한계를 극복하기 위한 보완적 개념지표로 헌법재판소는 2002학년도 대전광역시 공립중학교 교사임용후보자 선정경쟁시험 시행요강 취소결정에서 “의회에서 공개를 통한 이익조정의 필요성”을 판시한바 있다.<sup>62)</sup> 「행정기본법」 제10조의 비례의 원칙은 적극적인 공익의 실현자로 행정부(청)의 행정작용시 이루어지는 법익형량의 준칙이라 할 수 있다. 비례의 원칙은 「행정기본법」 제10조 이외에도 「행정절차법」 제48조(행정지도의 원칙), 「행정조사기본법」 제4조(행정조사의 기본원칙), 「행정규제기본법」 제5조(규제의 원칙)에서 실정법상 근거를 가지고 있다. 비례의 원칙과 법치행정의 원리로서 의회유보이론이 행정작용에 적용되는 법원칙으로 헌법실현적 기능을 실현하기 위해서는 구체적인 개별 행정작용에서 「행정기본법」 제8조와 제10조의 취지와 내용에 대한 종합적이고 적극적인 고려가 이루어져야 한다. 결국 이는 행정실무에서 어느 정도로 적극적인 활용을 할 수 있는지 또는 하는가에 달린 문제이다.

### 3) 「행정기본법」 제12조 (신뢰보호의 원칙)

「행정기본법」 제12조는 법치국가원리의 한 내용인 법적 신뢰보호의 요청을 규정하고 있다. 헌법학에서 논의하는 신뢰보호의 요청은 소급입법금지원칙과 연관성이 있는 내용이다. 진정소급입법의 경우 원칙적인 금지를 의미하는 것으로 이러한 예로 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 참정권 또는 재산권에 대한 침해금지이다. 진정소급입법의 경우 원칙적인 금지를 의미하기 때문에 예외적인 허용사유가 있는 경우에 진정소급입법은 허용될 수 있다.<sup>63)</sup> 이에 반해 부진정소

61) 의회유보이론에 대한 비판적인 입장에 대한 소개로 홍종현, 앞의 논문, 86면 참조.

62) 헌법재판소 2004. 3. 25. 2001헌마882, 판례집 16-1, 441, 441-442 [인용(위헌확인)]-2002학년도 대전광역시 공립중등학교 교사임용후보자 선정경쟁시험 시행요강 취소- “헌법 제75조는 입법의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 해야 한다는 한계를 제시하고 있는바, 적어도 국민의 헌법상 기본권 및 기본 의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책 형성 기능만큼은 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 수행해야 하지, 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는 안 된다. 국회의 입법절차는 국민의 대표로 구성된 다원적 인적 구성의 합의체에서 공개적 토론을 통하여 국민의 다양한 견해와 이익을 인식하고 교량하여 공동체의 중요한 의사결정을 하는 과정이다. 일반국민과 야당의 비판을 허용하고 그들의 참여가능성을 개방하고 있다는 점에서 전문관료들만에 의하여 이루어지는 행정입법절차와는 달리 공익의 발견과 상충하는 이익간의 정당한 조정에 보다 적합한 민주적 과정이라 할 수 있다. 그리고 이러한 견지에서, 규율대상이 기본권적 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 내지 상충하는 이익간 조정의 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성 및 그 규율밀도의 요구정도는 그만큼 더 증대되는 것으로 보아야 한다.”

63) 헌법재판소 2005. 6. 30. 2004헌바42, 판례집 17-1, 973, 981-982; 헌법재판소 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 27, 43; 헌법재판소 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276, 277 “이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하지만, 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우와 같이 소급입법이 정당화되는 경우에는 허용될 수 있다. 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통 계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서는 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었고, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다. 따라서 이 사건 귀속조항은 진정

급입법의 경우 원칙적으로 허용되는 입법형식으로 부진정소급입법이 허용되더라도 과도한 신뢰이익의 제한 내지 침해가 발생한 경우에는 신뢰보호원칙에 따라 일정한 경과규정을 두어야 한다.<sup>64)</sup> 이러한 헌법학에서의 신뢰보호원칙의 내용은 입법작용에 있어서 신뢰보호를 의미하는 것으로 이를 행정작용에 있어서 신뢰보호요청에 그대로 적용할 수 없다. 그러나 「행정기본법」 제12조 제2항에서 “그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유”와 “공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우”에는 행정작용이 상대방의 신뢰를 보호하기 위해 권한을 행사하지 않거나 행사하여야 한다. 이러한 권한행사금지사유와 예외적 허용사유의 명확성 정도는 행정청이 행하고자 하는 권한의 성격이 침익적인가 수익적인가에 따라 그 정도를 달리할 수 있을 것이다.<sup>65)</sup> 그러나 이와 같은 명확성의 정도에 대한 유연성을 감안한다고 하더라도 행정작용의 통칙법을 제정하는 것이 「행정기본법」의 목적이라면 좀 더 구체화할 수 있는 기준이 법률에 반영될 필요가 있으며, 아울러 ‘장기간’의 어느 정도의 기간을 의미하는지 애매하나 「행정기본법」의 실제운영과정에서 구체화를 할 수 있는 여지가 있을 것으로 보인다.<sup>66)</sup>

4) 「행정기본법」 제14조(법적용의 기준)과 제34조(수리여부에 따른 신고의 효력) 「행정기본법」 제14조는 행정관련 법률의 적용 기준에 대한 사항을 정하고 있다. 같은 조 제2항과 제3항은 문제되는 행정법률관계 또는 사실관계에 적용될 법령 등에 대한 기준을 예외를 같이 규정하는 형식으로 정하고 있어 비교적 명확하게 적용될 법령 등에 대한 기준을 제시하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그런데 제1항의 “법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외”하고는 해당 법령등이 발효되기 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 적용되지 않는 것으로 정하고 있다. 이는 헌법학에서 법률의 적용대상이 되는 사실관계 또는 법률관계의 완성 및 종료여부에 따라 소급입법금지의 종류와 효과를 구분하는 것과 유사한 방식의 입법이라고 할 수 있다. 그렇다면 사실관계 또는 법률관계의 종료 또

소급입법에 해당하나 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다.”

64) 헌법재판소 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276, 305 [합헌]-친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 등 위헌소원 등- “소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다(헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 88; 헌법재판소 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 193-194 참조).”

65) 헌법재판소 2017. 4. 27. 2014헌바405, 판례집 29-1, 71, 79-80 [합헌]-가축전염병 예방법 제43조 제3항 제3호 등 위헌소원

66) 홍종현, 앞의 논문, 94면.



는 완성 여부에 따라 소급입법의 효과와 방식을 구분하는 경우에 발생하는 문제가 동일하게 발생할 소지가 높다.<sup>67)</sup> 헌법재판소도 이러한 점을 조세감면규제법 부칙 제13조등 위헌소원에서 인정한 바 있다.<sup>68)</sup> 처분과 관련된 행정관련 신규 법령등의 적용대상이 법령등에 특별한 규정이 있는 경우에 따라 달라질 수 있도록 규정한 점은 법적 안정성과 예측가능성의 담보라는 실질적 법치국가원리의 본질적 내용에 반할 수 있으며, 구체적으로는 명확성 원칙과 포괄위임입법금지 원칙에 반할 수 있다. 같은 맥락에서 「행정기본법」 제34조에서 규정하고 있는 자기완결적 신고의 경우 행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우에 자기완결적 신고의 효과를 인정하지 않는 것도 법적 안정성과 예측가능성의 담보라는 실질적 법치국가원리의 본질적 내용에 반할 수 있다. 일반 국민의 입장에서 자신이 행한 신고가 수리를 요하는 여부를 단지 행정기관 내부의 업무 처리 절차로 결정할 수 있다면 일반국민의 경우 그러한 해당 내부업무처리절차를 다 알 수가 없으며, 어느 정도 알 수 있을지도 분명하지 않기 때문이다. 따라서 「행정기본법」 제14조 제1항과 제34조는 이러한 문제점을 고려하여 좀 더 면밀한 검토가 요구된다.

## 2. 적법절차원리의 관점에서 평가

행정에 있어서 국가와 지방자치단체의 책무를 규정한 「행정기본법」 제3조는 앞서 언급한 바와 같이 위헌성 심사기준으로 적법절차원리를 규정하였다기보다는 국가나 지방자치단체의 행정작용을 준수하여야 할 원칙으로서 적법절차원리를 규정하고 있는 것으로 파악된다. 그렇다면 「행정기본법」 제3조가 ‘적법절차’를 규정한 것의 규범적 의미를 고민한다면 그리고 과잉금지원칙과 적법절차원리의 내용에 대한 전술한 내용들이 실마리가 될 수 있다. 만약 「행정기본법」 제3조의 ‘적법절차’를 헌법 제12조 제1항과 제3항의 경우처럼 절차적 적법성만을 의미하는 절차적 적법절차로 이해를 할 경우, 적법절차에 따른 공정하고 합리적인 행정수행의 책무를 「행

67) 헌법재판소와 학계의 다수적 견해가 지지하는 법적 규율대상이 되는 사실관계나 법률관계의 지속성과 종료 여부에 따른 구분은 항상 명확하다고 할 수 없다. 왜냐하면 법적 규율대상에 관련된 효과발생요건이나 구성요건의 판단시기를 역년(曆年)이나 사업연도 단위와 같은 일정한 기간을 기준으로 판단할 경우 입법기술적인 형성에 따라 상당히 자의적으로 판단될 수 있다. 따라서 사실관계 내지 법률관계의 종결에 의한 기준에만 의존할 것이 아니라 개인의 보호가치 있는 신뢰이익이 헌법적으로 허용될 수 없는 방법으로 침해되었는지의 관점을 실질적인 기준으로 삼자는 견해가 있다(한수웅, 앞의 책, 272면). 그러나 이와 같은 견해의 입장에 따르면이라도 진정소급효(입법)의 경우도 예외적인 허용가능성이 존재하고 부진정소급효(입법)의 경우는 원칙적으로 허용될 수 있기 때문에 개인의 신뢰보호관점에서 판단하자는 실질적인 기준론도 관련 심판대상규범의 위헌성을 판단하는데 있어 기존에 헌법재판소 입장과 학계의 다수적 견해와 큰 차이점을 발견할 수 없다고 본다.

68) 헌법재판소 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447 [한정위헌]-조세감면규제법 부칙 제13조 등 위헌소원 “이 사건에서 문제된 규정과 같이 세법에 있어 과세연도 도중에 세법이 개정된 경우 이를 불진정(不眞正) 소급입법(溯及立法)으로 나누는 척도는 개념상으로는 쉽게 구분되나 사실상 질적 구분이 아닌 양적 구분으로, 단순히 법기술적 차원으로 이루어질 가능성이 있으나 현재로서는 이를 대체할 새로운 대안을 찾기 어려우므로 종전의 구분을 유지하도록 한다. 다만, 부진정(不眞正) 소급입법(溯及立法)의 경우, 일반적으로 과거에 시작된 구성요건사항에 대한 신뢰는 더 보호될 가치가 있는 것이므로, 신뢰보호의 원칙에 대한 심사는 장래 입법의 경우보다 일반적으로 더 강화되어야 한다.”

정기본법」에서 규정할 필요가 있을까라는 의문이 든다. 내용적인 관점에서 본다면 오히려 「행정절차법」 제1조(목적)에 규정하는 것이 오히려 더 적합하다.

[「행정절차법」 제1조(목적)의 적법절차 수용]

**제1조(목적)** 이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.

→ (개정) 제1조(목적) 이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 적법절차에 따라 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.

이와 반대로 「행정기본법」 제3조의 ‘적법절차’를 ‘실체적’적법절차의 개념으로 이해를 하더라도 문제가 있다. ‘실체적’적법절차원리가 모든 국가작용의 한계원리로 작용하는 것처럼 과잉금지원칙도 실질적 법치국가론에 따라 입법을 통한 기본권 제한의 한계원리로 그치지 않고 모든 국가작용을 통한 기본권 제한의 한계원리로 본다면 「행정기본법」 제3조의 ‘적법절차’는 「행정기본법」 제10조의 ‘비례의 원칙’과 같은 의미를 가지게 된다. 왜냐하면 「행정기본법」 제10조의 각 호는 행정작용의 실체적 내용에 대한 헌법적 요청을 법률로 명문화 것이며, 이러한 내용은 「행정기본법」 제3조 제1항의 ‘적법절차’에 따라 공정하고 합리적인 행정수행 책무의 내용을 비례의 원칙에 부합하는 법익형량의 과정을 거쳐 행정작용의 공정성과 합리성을 도모할 책임을 국가에게 부여한 것으로 해석할 수 있기 때문이다. 그러므로 「행정기본법」 제3조의 ‘적법절차’를 ‘실체적’적법절차의 개념으로 본다면, 「행정기본법」 제10조의 ‘비례의 원칙’ 규정에 비추어 볼 때 규정할 필요가 없는 조항이다. 더군다나 「행정기본법」 제10조는 같은 조 각호의 요구에 부합하는 행정작용의 행사를 필요한 사항을 규정하고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 한편 「행정기본법」 제38조 제1항에서는 행정의 입법활동(국가나 지방자치단체가 법령등을 제정, 개정 및 폐지하고자 하거나 그와 관련된 활동을 말하는 것으로 법률안의 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함)의 헌법과 상위법령에 위배되지 않고 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다고 규정되어 있다. 동 조항의 경우 내용적 관점에서 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다는 부분이 절차적 적법절차의 의미를 내포하고 있고, 「행정절차법」의 내용 중 행정의 입법활동과 관련된 규정이 없다는 점에서 크게 문제가 되지 않는 것으로 보인다.

## V. 맺는 글

이상으로 법치국가원리와 적법절차원리를 중심으로 최근에 제정된 「행정기본법」에 대한 평가를 해보았다. 행정작용에 대한 통치규범의 제정 필요성과 그 실효성은 부정할 수 없다. 오히려 국민의 입장에서 볼 때 정책형성과 집행이라는 관점에서 적극적인 역할을 수행하는 행정부의 기능을 고려한다면 행정작용에 대한 통치규범의 제정은 분명 국민의 법규범 준수에 대한 예측가능성과 법적 안정성에 기여를 할 것으로 본다. 그러나 이러한 긍정적인 전망과 「행정기본법」의 규범적 기능을 고려할 때

미래지향적인 관점에서 더욱더 요구되는 것은 행정실무와 이론에 있어서 더욱 적극적인 「행정기본법」의 적용이 이루어져야 하며, 아울러 「행정기본법」의 실제 운영과정에서 헌법이론과 실무의 유기적인 협력도 중요할 것으로 판단된다. 행정법과 헌법은 공법의 큰 울타리 속에서 공익의 실현과 사익과의 조화를 추구하는 법학의 한 분과이다. 따라서 「행정기본법」의 조화로운 운용과 국민의 법생활에 있어서 중요한 부분을 차지하기 위해서는 행정법학과 헌법학의 협력과 소통이 중요한 의미를 가질 것으로 보인다. 이에 「행정기본법」의 지속가능한 발전과 헌법합치적 운용과 적용을 기대하며 본 글을 마무리하고자 한다.



## [참고문헌]

### I. 단행본

김학성 / 정희수, 헌법학원론(전정6판), 피엔씨미디어, 2022.

한수웅, 헌법학(제11판), 법문사, 2021.

성낙인, 헌법학(제22판), 법문사, 2022.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2015.

장영수, 헌법학(제13판), 홍문사, 2021.

### II. 논문

김은영, “「행정기본법」의 제정 과정”, 「법연」(제71호) 특집이슈, 한국법제연구원, 2021

김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 「법제」 제71호, 한국법제연구원, 2021

김용섭, “행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제”, 「경희법학」 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021

김범준, “미국의 법률체계와 사법제도”, 최신 외국법제정보 비교현안분석, 한국법제연구원, 2017

홍완식, “「행정기본법」에 대한 입법평론”, 「국가법연구」 제17집 제3호, 한국국가법학회, 2021

박영도, “기본법의 법제상의 위치”, 「법제연구」 제5호, 한국법제연구원, 1993

박정훈, “입법체계상(立法體系上) 기본법의 본질에 관한 연구 -일본의 기본법을 중심으로-”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009

신정규, “독일 기본법 제72조 제2항 및 제125a조 제2항의 해석- 독일연방헌법재판소의 결정을 중심으로 -”, 「법학논고」 제55집, 경북대학교 법학연구원, 2016

우기택, “기본법과 체계정당성에 관한 연구- 인권기본법 제정의 필요성을 중심으로”, 「법제」 2016년 9월호, 법제논단, 법제처, 2016

정남철, “행정기본법의 재정 의미와 주요 내용”, 「법제」(통권 제693호), 법제처, 2021

장경원, “EU 행정법상 비례원칙 - 그 적용과 기능을 중심으로-”, 「행정법연구」 제34호, 행정법이론실무학회, 2012

이진수, “「행정기본법」의 제정의 의미와 평가”, 법연(제71호) 특집이슈, 한국법제연구원, 2021

\_\_\_\_\_, “「행정기본법」의 제정의 의미와 평가”, 「법제연구」 제59호, 2020

윤강욱 / 박훈민, “네덜란드 「일반행정법전」(Allgemeine wet bestuurrecht)상 행정절차에 관한 소고”, 「행정법연구」 제50호, 2017

김홍균, “통합물관리를 위한 법제 정비방향”, 「환경법연구」 제43권 제1호, 한국환경법학회, 2021

윤태영, “물관리위원회의 운영에 관한 제언”, 「물 정책 경제」 제32권, 한국수자원공사, 2019



# [제3주제]행정기본법의 규율내용에 대한 헌법적 평가: 토론문

박태현 교수  
(강원대학교 법학전문대학원)

발제자의 의견에 전반적으로 공감한다. 아래에서 몇 마디 사족을 붙이고자 한다.

## 1. 법치국가원리의 관점에서 평가 관련

### 1) 제5조(다른 법률과의 관계)

기본법의 규범적 성격에 관한 논의와 관련하여 이를 효력상 우위를 가지는 법제형식으로 보는 견해나 대강입법으로 보는 견해 등은 기본법이라는 법제형식의 특성과 법적 효력 등에 관하여 일반적으로 받아들여지는 견해가 확립되지 아니한 상황에서 (가급적 우리가 피해야 할) “범주론적 사고”라고 본다. 토론자 또한 발제자의 의견과 마찬가지로 이러한 견해에 동의하지 않는다.

이 법은 행정의 기본사항을 정하고 있으므로 제5조 제2항에서 다른 법률이 이를 존중할 것을 요구하고 있다. “법률간 효력(지위)은 원칙적으로 동등하다”는 일반원칙을 고려하면 이러한 존중 요구는 반드시 따라야 하는 것으로 명시적으로 요구하지 않는 한 이를 따르지 않고 기본법과 달리 정하는 것이 허용되는데 제1항에서 이 점을 명시하고 있다.

행정기본법 해설서(법제처, 2021) 73면에서 “행정기본법은 다른 법률과 동등한 지위에 있는 법률로서 행정기본법이 다른 법률에 비해 실체법적으로 우선적 효력이 있는 것은 아니므로 행정기본법은 선언적 규정에 불과하여, 행정기본법 제5조 제2항에 위반된다고 하더라도 개별법의 효력에는 영향이 없고, 오히려 행정기본법 제5조 제1항에 따라 개별법에 특별한 규정이 있는 경우로 보아 개별법이 적용된다”고 한다.

### 2) 제8조(법치행정의 원칙)

제8조에서 법률우위 및 유보원칙을 정하고 있다. 발제자는 법률유보원칙과 관련하여 입법권의 규율영역 관련하여 의회유보이론의 문제를 다루고 있다.

---

\* 이 토론문을 필자의 허락 없이 전제나 인용하는 것을 삼가주시면 감사하겠습니다.

사법심사 기준으로 법률유보원칙이 어떤 의미가 있을지 검토할 필요가 있을 것이다.

예컨대 국민 생활에 중요한 영향을 미친다고 인정됨에도 법률적 근거 없이 행정행위를 한 경우 그 행위는 법 제8조의 위반으로 하자 있는 행정행위가 될까? “**국민 생활에 중요한 영향**”이라는 기준은 해석에 절대적으로 의존할 수밖에 없는 기준이다. 학설과 헌법재판소 결정례를 참고하여 법원이 해석 기준을 형성해나갈 수 밖에 없다.

### 3) 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력)

발제자는 “행정기관의 내부 업무 처리절차로서 수리를 규정한 경우에 자기완결적 신고의 효과를 인정하지 않는 것도 법적 안정성과 예측가능성의 담보라는 실질적 법치국가원리의 본질적 내용에 반할 수 있다.” 고 한다(발제문, 15쪽). 그런데 제34조에서 수리가 행정기관의 내부 업무 처리절차로 규정된 경우라면 자기완결적 수리로서 효과를 부정하지 않고 있다.

## 2. 적법절차 원리의 관점에서 평가 관련

### 1) 적법절차 원리의 이해

헌법 제12조 제1항과 제3항의 ‘적법한 절차’의 고유한 의미는 절차적 적법절차 원리에서 찾아야 한다는 발제자의 의견에 동의한다. 적법절차 원리의 고유성을 거기서 찾을 수 있기 때문이다. 실체적 원리성은 이러한 절차성 원리를 형해화하여 ‘가치적’으로 절차성 원리의 훼손과 동등하게 평가할 수 있는 상황에서 적법절차 원리의 고유성을 지키기 위하여 발동되어야 한다. 이럴 때 실체적 적법절차 원리는 다른 실체적 헌법원리와 각자 고유성을 지키며 공존을 꾀할 수 있다.

대법원은 “환경영향평가법령에서 정한 환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 그러한 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 하였다면 그 처분은 위법하다 할 것이나, 그러한 절차를 거쳤다면, 비록 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도, 그 부실의 정도가 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상, 그 부실은 당해 승인 등 처분에 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단하는 하나의 요소로 됨에 그칠 뿐, 그 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것이 아니” 라는 입장이다.<sup>1)</sup>

환경영향평가법은 기본적으로 절차법이다. 따라서 평가절차를 거치지 않았다면 당

1) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 [정부조치계획취소등]

연히 해당 처분은 위법하게 된다. 그러나 일단 이 절차를 거쳤다면 영향평가법상 절차위반의 문제는 떠나고, 평가내용의 문제점은 이제 재량권 일탈·남용의 법리에 따라 판단하게 된다. 다만 예외적으로 평가내용의 부실성이 현저하여 평가절차를 거치지 아니한 것과 동가치적으로 볼 수 있는 상황이라면 평가내용의 부실성을 절차위반과 같이 다룰 수 있다. 이는 어디까지나 평가제도의 고유한 절차성 원리를 지키기 위하여 다루는 것이다.

## 2) 제3조(국가와 지방자치단체의 책무)

행정기본법 제3조 제1항은 행정의 ‘목적성’ (국민의 삶의 질 향상)과 ‘절차성’ (적법절차) 및 ‘실체성’ (공정·합리성)을 정하고 있다.여기서의 적법절차도 절차적 적법절차 원리로 이해해야 할 것이다.

발제자는 “이러한 의미에서라면 행정절차법이 있는데 굳이 규정할 필요가 있을까” 라는 의문을 제기하고 있다. 법 제3조는 “국가와 지방자치단체의 책무”에 관한 조항이다. 굳이 이를 잉여(redundant)로 보기보다 기본사항을 정하고 있는 법에 들어갈 수 있는 일반적인 내용 정도로 받아들이면 족하지 않을까 한다.