

프랑스 行政法에 있어서의 法의 一般原理

金 東 熙*

I. 序 論

프랑스 行政法에 있어서의 法의 一般原理는 본질적으로는 判例에 의하여 定立된 不文法源으로서 그 意義 또는 役割은 觀點에 따라서는 法律 기타의 實定法規에 못지 않은 중요성을 가지고 있는 것이라 할 수 있는 것이다. 이러한 法의 一般原理는 최근까지도 행정의 合法性 統制와 관련하여 Conseil d'Etat의 判例에 의하여 정립되어 왔던 것이다.

그러나 1958년의 第5共和國憲法에 의하여 법률의 合憲性統制機關으로서 憲法委員會(Conseil constitutionnel)가 설치되고 同委員會도 法律의 合憲性統制에 있어 주로 憲法前文과 관련하여 일정한 법의 일반원리를 援用하기에 이르렀던 결과, 현재는 법의 일반원리는 Conseil d'Etat와 憲法委員會라는 兩大 司法機關에 의하여 정립되고 있다고 할 수 있을 것이다.

法의 一般原理에 반하는 행정권의 행위는 위법한 행위로서 取消 또는 損害賠償의 原因事由가 되는 것이며, 또한 적어도 일정한 법의 일반원리의 경우는 국회에서 의결된 법률이 이를 위반하는 경우에는 당해 법률은 違憲인 것으로서 공포될 수 없는 것이다.

이러한 사실과의 관련에서는 法의 一般原理는 法律的 내지는 憲法的 효력을 가지고 있다고 할 수 있을 것이다. 이와같이 法의 一般原理는 그 통제대상과의 관련에서는 법률적 내지는 헌법적 효력을 가지는 것이라 할 수 있는 것이나, 그것은 또한 적어도 사실적 측면에서는 Conseil d'Etat와 헌법위원회의 판례의 소산임은 부인할 수 없는 것이다. 그러나, 이들 기관의 判例 그 자체에 위와 같은 효력을 직접적으로 부인할 수는 없다 할 것이다. 이러한 관점에서 법의 일반원리의 淵源이나 그 법적 성격의 문제가 제기되는 것이며, 또한 이론적 측면에서의 그 법적 가치 또는 효력의 문제가 제기되는 것이다.

다음에서는 먼저 법의 일반원리의 意義와 그 종류 또는 내용을 개관하고 다음에 이들 문제들을 검토하기로 한다.

* 서울大學校 法科大學 教授

II. 法의 一般原理의 意義 및 種類

A. 法의 一般原理의 意義

法의 一般原理은 이미 위에서 간단히 언급한 바와 같이 행정의 合法性統制 및 法律의 合憲性統制의 수단으로서의 중요한 法源인 것이나, 그 定義는 용이한 것이 아닌 바, 그것은 一面으로는 이들 原理는 종래와는 달리 Conseil d'Etat뿐만 아니라, 또한 憲法委員會의 判例에 의해서도 定立되고 있다는 점과 他面으로는 現行憲法前文의 내용을 이루는 1789年의 人權宣言이나 기타 一定法原理의 法的 性格과의 關係에서 논리적이라고는 볼수 없는 이들 判例의 태도에 기인하는 것이다.

Laubadère교수는 법의 일반원리를 “實定法에 규정되어 있지 아니하나, 判例上 行政이 그를 준수하여야 하는 것으로 인정하고 있는 것으로 그 위반은 違法事由가 되는 一定의 不文法原理”라고 정의하고 있다.⁽¹⁾

아마도 이것이 법의 일반원리의 일반적 정의방식인 것으로 볼 수 있는 것이 아닐까 한다.⁽²⁾ 그러나 이러한 定義에 있어서는 이들 원리의 法律에 대한 合憲性統制機能은 반영되어 있지 아니하다는 점에서는 만족할만한 것이라고 할 수 없을 것이다.

따라서 여기서는 법의 일반원리를 實定法上 구체적 명시적으로 규정되어 있지 아니하나 判例上(Conseil d'Etat 및 憲法委員會) 立法·行政作用에 있어 그를 준수하여야 하는 것으로 인정되고 있는 것으로, 그 違反은 違法 내지는 違憲事由가 되는 일정의 不文法原理를 지칭하는 것으로 정의하여 두기로 한다.

法의 一般原理은 기술한 바와 같이, 비교적 최근까지도 전적으로 Conseil d'Etat의 判例의 所産이었던 것으로 그를 인정한 최초의 行政判例로서는 Roubeau판결(CE 1911. 3. 7; 1913. 5. 9)을 들고 있다.

判例에 의한 不文法原理로서의 法의 一般原理의 정립의 필요성으로서는 프랑스 학자들은 대체로 다음의 몇가지 사실을 들고 있다. 먼저 일반적인 문제로서 行政法은 民法·商法 등과는 달리 法典化되어 있지 아니하고 개별적 법규만이 존재하는 결과, 행정법 전반에 걸친 기본적·지도적인 실정법적인 원리가 결여되어 있다는 것이다. 따라서 이들원리를 불문법으로서의 법의 일반원리에 의하여 補完하여야 할 필요성은 당연히 제기되는 것이다. 이러한 일반적인 이유 외에도 다음의 몇가지 시대적인 상황이 프랑스에 있어서 특히 법의 일반원리가 중요한 意義를 가지게 된 원인으로 지적되고 있다. 먼저 第3共和國憲法에는 당시의 정치사회의 기초로 되고 있던 基本原則을 실효적으로 보장해 줄 수 있는 基本權規定도 존재하지 아니하였고 또한 이들 原則은 憲法前文에도 표명되어 있지 아니하였다는 것이다.

(1) A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 1980, p. 259.

그런데 이미 제 3 공화국하에서 헌법적 관행으로서 授權法制度가 정립되었고 또한 行政判例上 제한적이기는 하나 행정권의 獨立命令 制定權이 인정되고 있었던 것이다. 그에 따라 행정권이 당시의 정치사회의 기초로 인정되고 있던 基本原則을 默過 또는 무시할 위험성은 적지 아니하였던 것이다. 法의 一般原理는 이러한 위험성을 방지하기 위한 안전판으로서의 기능을 수행했다고 할 수 있는 것이다. 다만 제 3 공화국은 정치적으로는 여러가지 취약점을 노정하고 있었으나, 그것은 자유주의적 원칙에 입각하고 있었다는 점에서 실제로 법의 일반원리에 기한 행정의 통제의 사례는 많지 아니하였던 것으로 보인다.⁽²⁾

그러나 1940년에 제 3 공화국이 붕괴되고 Vichy政權의 수립에 따라 다수의 人權侵害的인 非常立法이 제정됨에 따라 프랑스에 오랜동안 지속되어 온 전통적인 자유주의적 제도의 斷絶에 이르는 것같은 사태가 조성되었던 것이다. 프랑스의 해방과 더불어 Vichy 정권은 붕괴되고 법제도도 원칙적으로는 종전의 자유주의적인 法制에로 복귀했으나, 法技術上 Vichy 정권하에서 제정된 一定法律은 존속시킬 수 밖에 없었던 것이다. 또한 解放 직후의 여러가지 혼란사태는 국민의 權益保障과의 관련에서는 부정적인 요소로 작용하였다는 것도 또한 하나의 중요한 의미를 가지는 사실이라 하겠다.

이러한 1940년 이후의 상황과 관련하여 公的 自由의 衰退 내지는 프랑스의 전통적 제도의 基盤 그 자체까지도 위태롭게 할 수 있는 궁극적 부정적 사태를 방지하기 위하여 Conseil d'Etat는 종래는 다만 함축적으로만 인정하여 오던 태도를 변경하여 그 판례상 “實定法 規定이 없는 경우에도 적용되는 법의 일반원리(les principes généraux du droit applicables même en l'absence du texte)”의 존재를 명시적으로 선언하기에 이르렀던 것이다.⁽³⁾

B. 法의 一般原理의 種類

법의 일반원리는 기술한 바와 같이 전통적으로는 Conseil d'Etat의 판례에 의하여, 그리고 최근에 이르러서는, 구체적으로는 1969년 이후에는 또한 헌법위원회의 판례에 의하여 계속 정립되고 있는 것이므로, 이러한 판례상에 나타난 이들 원리를 전부 나열하는 것은 거의 불가능에 가까운 것이라 할 것이다. 그러나, 이들 원리는 그 내용적 관점에서는 대체로 다음과 같이 분류해 볼 수 있을 것이다.

1. 자유 개념에 결부된 諸原則

이에 속하는 것으로는 良心·宗教의 自由, 商工業의 自由 내지는 그 보다 일반적 형태로서의 職業(選擇)의 自由 등을 들 수 있을 것이다.

2. 平等原則

이에 속하는 것으로서는 다음의 諸原則을 들 수 있을 것이다.

(2) Georges Morange, Une categorie juridique ambiguë: Les principes généraux du droit, *Revue du droit public*, 1977.7.8, p.767.

(3) M. Letourneur, Les “principes généraux du droit” dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1951, p.22; Morange, *ibid.*, p.766-768.

- (1) 法律·命令 앞의 平等原則(Roubeau 판결 CE 9 mai 1913)
- (2) 租稅 앞의 平等原則(Guicysse 판결, CE 4 février 1944)
- (3) 公役務 앞의 平等原則(Société des concerts du Conservatoire 판결 CE 9 mars 1951)
- (4) 公共負擔 앞의 平等原則(Simonet 판결, CE 16 décembre 1949)
- (5) 公務擔任上의 平等原則(Bobard嬢 판결, CE 3 juillet 1936)

평등원칙에 관한 前記한 原則의 대부분은 그 내용상 法 앞의 平等原則에 밀접히 관련되어 있는 것으로 이들 원칙은 同原則의 하나의 구체적 예라고 볼 수도 있는 것이다. 그런데 法 앞의 平等原則은 現憲法 前文의 일부를 이루는 1789년의 人權宣言 제 6 조에 명시되어 있으며, 적어도 1971년의 憲法委員會의 판결 이후에 있어서는 헌법 전문에 규정되어 있는 諸原則에는 단순한 指導原理나 理念으로서의 성격이 아니라 實定憲法的 效力이 인정되고 있다는 점에서는 이들 원리는 不文法的 原理가 아니라, 말하자면 實定憲法規定으로서의 人權宣言 제 6 조의 직접적 적용형태가 아닌가라는 의문이 당연히 제기될 수 있는 것이다.

이러한 문제는 평등원칙과 관련된 법의 일반원리에 한정되는 것이 아니라, 憲法前文에 규정되어 있는 다른 모든 원칙과의 관련에서도 일반적으로 제기되는 것인 바, 이에 관해서는 법의 일반원리의 法的 性格에 관한 고찰 부분에서 구체적으로 검토하기로 한다.

3. 防禦權의 原理(Principe général des droits de défense)

이것은 行政權이 특정인에게 制裁的 措置를 취함에 있어서는 그에 앞서 그 당사자에게 스스로의 權益을 방어할 수 있는 기회가 부여되어야 한다는 것을 그 내용으로 하는 것이다. 이 原則은 그 초기에는 공무원에 대한 懲戒조치와의 관련에서 정립된 것이나, 현재는 모든 侵益的 行政措置에 적용되고 있는 것이다. 이에 관하여 Conseil d'Etat는 Maillou 판결(22 mai 1946)에서 “생각컨대, 成文規定이 없는 경우에도 적용되는 法の 一般原理에 의하면 당사자에게 효과적인 防禦기회가 부여되지 아니하고는 그에 대한 제재조치는 취할 수 없다고 할 것인 바…”라고 선언한 바 있다.

4. 裁判節次에 관한 原理

(1) 司法절차의 對審의 構造의 原則(Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne 판결 CE 13 décembre 1968)

(2) 裁判의 公開性의 原則(David 夫人 판결 CE 4 octobre 1974)

(3) 법원의 間接強制權(droit des juges de prononcer des astreintes): Barre et Honet 판결 CE 10 mai 1974)

(4) 재판의 二審制의 原理

5. 法文이 없는 경우에도 모든 행정행위에 越權訴訟이 인정된다는 원리(Lamotte부인 판결 CE 17 février 1950) 및 모든 행정재판에 대해 終審으로서의 파취소송이 인정된다고 하

는 원리(d'Aillières 판결 CE 7 février 1947).

6. 行政行爲의 效力의 不遑及의 原則

이에 관해서는 民法典 제 2 조의 法律은 將來에 向해서만 규정하고, 遑及的 效力을 가지지 아니한다”는 規定에서 이 原理가 도출되는 것으로 보는 견해도 있으나, 일반적으로는 이를 公法에 특유한 원리로 보고 있는 것이다.

7. 行政의 公正義務(L'obligation d'impartialité de l'administration): Commune de Clohars-Carnoet 판결 CE 9 novembre 1966

8. 行政財産의 無償處分禁止原則: Mergui 판결 CE 19 mars 1971

9. 妊娠中인 行政職員의 解雇禁止原則: Peynet 夫人 판결 CE 8 juin 1973

이것은 勞動法典에 명문으로 規定되어 있는 것이나, Conseil d'Etat는 공무원의 근무관계에 노동법의 직접적 적용을 부인하고, 이 규정상의 원칙은 公법상의 不文原理로 인정하였던 것이다.

10. 기타 法의 一般原理

(1) 不當利得의 原理(Principe général de l'enrichissement sans cause): Commune du Canari 판결 CE 17 octobre 1975

(2) 既得權의 尊重原理: Société du lotissement de la plage de Pampelonne 판결 CE 29 mars 1968.

(3) 營造物의 專門性의 原理(Principe de la spécialité des établissements publics)

(4) 공무원의 최소한의 俸給受給權(Principe du droit des agents à un traitement minimum): Toulon市 판결: CE 23 avril 1982

(5) 公役務繼續性의 原則

(6) 比例原則: 이 원칙은 재량통제와 關連하여 현재 일정판례에서 運用되고 있는 것은 사실이나, 이를 일반적 원칙으로 보기는 아직도 어려울 것으로 생각한다. (4)

이상에 열거한 것은 법의 일반원리 중에서 중요한 것이거나 또는 최근에 판례상 정립된 것을 주로 적어 본 것인 바, 이것이 현재 판례상 정립되어 있는 이들 원리를 전부 망라한 것이 아닌 것임은 물론이다. (5)

Ⅲ. 法의 一般原理의 淵源 또는 基礎

위에서 필자는 이 원리를 Conseil d'Etat 및 憲法委員會의 判例에 의하여 定立된 一定不

(4) A. de Laubadère, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du CE, *Mélanges Waline*, 1974, t. II, p.531.

(5) 보다 상세한 내용에 관해서는 참조: Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, p.7-120.

文法原理라고 정의한 바 있다. 이러한 定義는, 형식적 또는 현상의 확인이라는 관점에서는, 그 妥當性에 대하여 反論을 제기할 수 없을 것으로 본다. 그것은 이들 원리는, 憲法前文上의 一定原理와의 관련에서는 論難의 여지가 없는 것은 아니나, 적어도 그 대부분의 경우에는 객관적으로 존재하는 것은 아니고, 판례상 그러한 것으로서 인정되고 적용되는 경우에 비로소 실정법적 효력을 가지는 불문법원리로서 존재하는 것이기 때문이다.

그러나, 近代憲法의 基本原理인 權力分立原則과의 관련에서는 이러한 정의방식은 기본적인 문제점을 내포하고 있는 것이다. 그것은 司法機關은 다만 法을 해석하고 적용하는 기능만을 가지고 엄격한 의미의 法定立權은 없는 것이기 때문이다. 따라서 Conseil d'Etat는 法의 一般原理와 관련하여 同機關은 다만 이들 원리를 확인, 발견하는 데 그치는 것이며 그를 創設하는 것은 아니라는 입장을 취하고 있는 바, 이것은 權力分立原則 및 그에 기초한 現憲法 구조와의 관련에서는 당연한 것이라 할 것이다.⁽⁶⁾

그러나, 적지 않은 법의 일반원리는 그 판례상의 적용 이전 단계에 있어서는 어떠한 형태로도 구체화되어 있지 아니하다는 사실을 감안하면 전술한 Conseil d'Etat의 태도는 실제와는 반드시 부합되지 아니하는 측면이 있는 것임은 부인할 수 없다 할 것이다.

이러한 법의 일반원리의 성격에 관한 문제점은 그 淵源 또는 基礎에 관한 學說에도 반영되어 이를 實定法과의 관련에서 제한적으로 파악하려는 입장과, 그를 보다 넓게 파악하려는 견해가 대립되고 있는 바, 전자를 대표하는 것이 Morange교수의 견해이며, 후자를 대표하는 것이 Jeanneau교수의 견해이다. 다음에 이들을 구체적으로 살펴 보기로 한다.

A. Jeanneau의 見解

Jeanneau는 법의 일반원리와의 관계에서의 Conseil d'Etat의 기능을 단순히 그 발견·확인에 그치는 것이 아니고 일정한 한도에서의 그 창설적 기능도 인정하고 있다.⁽⁷⁾ 이러한 관점에서 그는 Conseil d'Etat에 의한 법의 일반원리의 生成 또는 定立 방식으로서 다음의 네가지를 들고 있다.

1. 一定實定法의 一般化의 결과로서의 法의 一般原理의 定立方式

이것은 實定法規定의 일반화에 의한 법의 일반원리의 정립방식이라 할 수 있는 것이다. 즉 다수의 個別法이 동일한 사항을 규정하고 있는 경우에는 법원은 그에 규정된 내용을 不文法原理로 파악하여 다른 영역에도 이를 적용하는 것이다. 이 경우에 있어서의 법원의 역할은 상대적으로 최소한도의 수준에 그치는 것이라 할 수 있는 것이다. 그것은 이 경우에 있어서는 당해 원리의 내용은 이미 실정법에 구체화되어 있는 것이며, 법원은 다만 그 적용범위를 확대하는 것에 그치는 것이기 때문이다.

이러한 방식에 의한 법의 일반원리의 정립은 防禦權의 原理의 정립과정을 살펴보면 잘

(6) Letourneur, *op. cit.*, p. 29 이 논문의 집필시 그는 Conseil d'Etat의 論告擔當官이었으므로, 그는 이 기관의 공식적 견해를 대변한 것이라고 보아도 무방할 것이다.

(7) Jeanneau, *op. cit.*, p. 123.

파악할 수 있는 것이다.

防禦權(droit de présenter les défenses)은 기본적으로는 聽聞節次를 그 내용으로 하는 것으로, 이러한 의미의 방어권은 今世紀初까지도 個別法에 의하여 一定公務員에 대한 懲戒조치와 관련하여서만 인정되고 있었던 것이다. 그러나, Conseil d'Etat는 Ledowski 판결(1903. 6. 19)에서 실정법상의 근거없이 모든 공무원에 대한 징계조치와 관련하여 이 방어권을 인정하였으며, 이후 다시 공무원이 아닌 자의 경우에도 당해 조치가 징계적 성질을 가지는 경우에는 방어권이 인정되는 것이라고 선언하였으며(Trompier-Gravier婦人 판결 1944. 5. 14) 궁극적으로는 모든 권익의 침해적인 행정조치에 대하여도 이 방어권을 인정하기에 이르렀던 것이다(Aramu 판결 1945. 10. 26).

2. 單一法律 또는 一定法律의 정신에서 도출되는 法의 一般原理

이것은 앞의 경우와는 달리 實定法상의 一定內容을 일반화하여 확대 적용하는 것은 아니고, 單一法律의 기초를 이루는 정신 또는 一定法律 내지는 특정부문의 관계법체의 전체의 종합적 고찰에 의하여 立法者의 의사를 탐구하여 그에서 불문법으로서의 법의 일반원리를 도출하는 것이다. 그에 따라 생성된 원리는 法院의 전적인 創作物이라고 할 수는 없는 것이겠으나, 때로는 법률상의 근거는 박약하고 立法者의 의사의 탐구는 실제로는 특정원리를 도출하기 위한 하나의 구실에 불과한 것으로 보이는 경우도 있는 것이다.

單一法律의 정신에서 도출되는 법의 일반원리로서는 재판의 二審制를 들 수 있다. 이 원리의 근거로서 판례는 1872. 5. 24의 법률 제 9조를 들고 있다. 그런데 同條는 “Conseil d'Etat는 行政訴訟에 관한 訴訟 및 행정청의 행위에 대하여 그 越權을 이유로 하는 取消請求에 관하여 終審으로서(souverainement) 판결한다”고 규정하고 있으나, 이 규정은 행정재판제도를 종래의 留保裁判(justice retenue) 制度에서 委任裁判(justice déléguée) 制度로 이행시키는 근거규정으로서의 의미만을 가지는 것이라는 것이 그 일반적 해석인 것이다. 따라서 이 규정은 裁判의 二審制의 직접적 근거가 될 수는 없는 것이므로, Conseil d'Etat는 이 규정의 정신 내지는 입법자의 의사의 탐구라는 과정을 통하여 이 원리를 정립한 것이라고 보아야 하는 것이다.

이러한 관계법률의 정신의 해석에 의한 법의 일반원리의 도출은 극단적인 경우에는 일정사항에 입법자가 개입하고 있다는 사실 그 자체가 법의 일반원리가 도출될 수 있는 충분한 의의를 가지는 것으로 인정되는 경우도 있는 것이다. 그러한 예로서 租稅, 裁判組織이나 개인의 基本權 등에 관한 사항은 법률에 유보되어야 한다는 원칙을 들 수 있을 것이다.

이러한 원칙은 그 정립 당시에는 헌법 또는 법률의 어느 규정에도 명시되어 있지 아니했던 것이다. 이 경우에 있어 同原理는 일정법률의 내용적 정신이 아니라, 일정사항은 법률에 의하여 규율되고 있다는 사실 그 자체가 법의 일반원리의 정립을 위한 기초를 이루고 있는 것이다.

3. 制度(institution)의 本質에서 도출되는 法의 一般原理

이 방법에 의하여 형성되는 법의 일반원리는 앞의 두가지 경우와는 달리 實定法에 기초를 두고 있는 것은 아니다. 여기서는 관계 제도의 고찰, 보다 구체적으로는 그 분석에 의한 歸納的 論理過程을 거쳐 일정한 법의 일반원리가 정립되는 것이다.

이러한 법의 일반원리에 속하는 것으로는 公役務繼續性의 原則을 들 수 있다. 이 원리는 Winkel 사건(CE 1909. 8. 7)에서의 Tardieu 論考擔當官의 견해에 의하면, 공역무의 계속성의 요구는 “공역무의 본질 그 자체인 것이다.” 公役務繼續性의 原則의 기초는 공역무제도 그 자체에서 찾을 수 있는 것이다.

4. 國民意識에 잠재적으로 존재하는 希求(aspirations) 또는 確信(convictions)에서 도출되는 法의 一般原理

이 부분에 관한 Jeanneau의 견해에 대해서는 혹은 이후의 판례의 변화와 혹은 그 내용 자체와의 관계에서 그 타당성에 관해서는 적지 않은 문제점이 있는 것이나, 일단 그 내용을 살펴 보기로 한다.

법관은 국민의식에 비교적 불분명하게 존재하는 여러가지 형태의 希求 또는 確信을 검토·분석하는 과정을 거쳐 일정한 법의 원리를 도출 정립하게 되는 것이다. 이 경우 다양한 국민 감정 또는 確信의 검토·분석은 항상 어려운 작업인 것만은 아닌 것이다. 대부분의 경우, “集團的 無意識(l'inconscient collectif)”은 철학적, 정치적 내지는 법적인 “記念碑(monuments)”의 형태로 “명확한 意識(conscience claire)”의 수준에서의 생생하고 쉽게 파악할 수 있는 자취를 남겨 놓는 것이다. 이 경우는 법관은 國民意識上의 잠재적인 希求 또는 確信에 대한 직접적인 분석을 하지 아니하고도 이들 “기념비”의 내용에 의하여 국민의식의 기본적 이념을 파악할 수 있는 것이다. 그러나 법관은 때로는 국민의식의 原初的인 검토·분석에 의해서만 그 기본이념을 파악할 수 있는 경우도 있는 것이다.⁽⁸⁾

전술한 “기념비”로서 Jeanneau는 現憲法前文의 일부를 이루고 있는 1789년의 人權宣言과 私法規定을 들고 있다.⁽⁹⁾

이 중에서 人權宣言의 경우 그에 포함되어 있는 諸原則은 실정법적 효력을 가지는 규범이 아니라 하나의 “指針(indications)”으로 본 것이 Conseil d'Etat의 전통적 판례의 입장이었던 것이다. 이와 관련하여서는 Dehaene 판결(CE 1950. 7. 7)에 있어서의 Gazier의 논고의 내용은 매우 시사적인 것이다. 즉 이 논고에서 Gazier는 “(프랑스) 公法은 人權宣言上의 諸規定 내지는 憲法前文을 헌법적 성질의 것은 물론이고 법률적 성질의 법규로서도 인정하고 있지 아니하다. …그러나 그것은 국민의사의 특별히 엄숙한 표현이라는 점에서는 立法 및 行政의 기초를 이루어야 하는 것이다.”

(8) *Ibid.*, p. 136.

(9) *Ibid.*

이러한 Conseil d'Etat의 판례의 태도와 관련하여 Jeanneau는 인권선언상의 제원칙은 국민의식의 일정상태를 구현하고 있다는 점에서만 意義를 가지는 것이라고 보고 있는 것이다.⁽¹⁰⁾

그러나, 학자에 따라서 어느 정도 견해를 달리하고 있기는 하나, Laubadère교수는 Conseil d'Etat도 1960년의 Eky회사 판결(1960.2.12)에 의하여 헌법 전문에 법적 효력을 인정하였다고 보고 있고⁽¹¹⁾, 적어도 헌법위원회는 1971년의 판결에서 헌법 전문에 명시적으로 헌법적 효력을 인정하였고 보면⁽¹²⁾, 적어도 1971년 이후에 있어서는 現憲法前文의 非法規性에 입각한 이상의 Jeanneau의 견해는 그 타당성을 상실하였다 할 것이다.

司法規定에 관해서는 프랑스에서도 公法·私法의 二元的 構造를 취하고 있는 결과 공법관계에 사법규정의 직접적 적용은 인정될 수 없다고 보는 일반적 견해를 소개하고 있다. 이러한 사실과의 관련하여서는 그는 사법규정은 사회구성원의 법관념의 구체적 반영이라는 한도에서만 그 의미를 가지는 것이고, 그러한 의미에서의 사법규정은 행정재판소에 의한 법의 일반원리의 기초가 되고 있다는 것이다.⁽¹³⁾

그러나 일정한 사법규정의 공법관계에의 적용문제는, 사법규정 자체의 성질과 사실관계의 성질이라는 두가지 관점에서 고찰하는 것이 보다 타당한 방법론일 것으로 생각한다. 일정한 사법규정은 公·私法 전반에 타당한 원리를 포함하고 있는 바, 이 경우는 엄격한 의미의 법의 일반원리로서 공법관계에도 적용되는 것이라고 하여야 할 것이다. 다음에 일정한 사법규정의 공법관계에의 적용은 법의 일반원리로서가 아니라, 공법관계에 있어서도 사법관계에서 규율되는 사실관계와 기본적으로는 동질적이라는 점에서 類推適用되는 것이라고 보아야 할 것이다.⁽¹⁴⁾

Jeanneau는 Conseil d'Etat의 판례의 분석에 기초하여 이상과 같은 네가지 법의 일반원리의 정립과정을 제시하고 나서 다음과 같은 결론을 내리고 있다. 먼저 다수의 법의 일반원리는 단일 淵源에서 도출되는 것은 아니라는 것이다. 예컨대, 防禦權의 原理는 실정법의 일반화의 소산이라고 할 수도 있으나, 그것은 衡平관념에 부응하는 원리라는 점에서는 오늘날의 法意識의 所産이라고 볼 수도 있다는 것이다.

다음에 법의 일반원리를 오로지 立法者의 意思의 解釋의 소산이라고 볼 수는 없는 것이고, 그 生成에 있어서의 法官의 일정한 법창조적 기능은 부인될 수 없다는 것이다.⁽¹⁵⁾

B. Morange의 見解

이상에서 검토한 바와 같이 Jeanneau는 法의 一般原理의 生成 과정에 있어 행정재판소의

(10) *Ibid.*, p. 137.

(11) Laubadere, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1980, p. 261.

(12) 憲法委員會 判決 1971.7.16.

(13) Jeanneau, *op. cit.*, p. 138.

(14) H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1983, p. 52; 金道昶, 一般行政法 1985, p. 192-198.

(15) Jeanneau, *op. cit.*, p. 141.

법창조적 기능을 인정하는 관점에서 그 연원 또는 기초를 상당히 광범하게 파악하고 있다. 이에 반하여, Morange는 법의 일반원리의 生成에 있어서의 법관의 법창조적 기능을 부인 하면서 이들 원리를(명령제정권자와 헌법제정권자를 포함하는) 廣義의 立法者의 意思의 解釋의 所産으로 보고 있다. 따라서 그는 이들 원리의 淵源 또는 基礎도 實定法에 한정하여 제한적으로 파악하고 있는 것이다.⁽¹⁶⁾

이러한 Morange의 견해를 검토함에 있어 한가지 특히 유의할 것은 위의 Jeanneau의 논문은 1954년에 발표된 것인데 반하여, Morange의 논문은 1977년에 발표된 것인 바, 그것은 憲法委員會가 1971년의 판결에서 憲法前文에 헌법적 효력을 인정한 이후라는 사실인 것이다.

Morange는 1875년의 헌법과는 달리 1946년과 1958년의 헌법에 있어서는 1789년의 人權宣言과 기타 일원원칙이 그 前文에 표명되어 있다는 점과 또 現憲法인 1958년의 憲法에 있어서는 法律과는 독자적으로 제정되는 獨立命令제도가 규정되어 있다는 사실로 인하여 法의 一般原理는 종래의 단일성을 상실한 것으로 보고 있다.⁽¹⁷⁾ 따라서 현재에 있어서는 법의 일반원리는 그 내용상 법적 성질과 효력을 달리하는 여러가지 원칙을 내포하고 있는 것이다.⁽¹⁸⁾

이러한 관점에서 그는 법의 일반원리를 헌법적, 법률적 및 명령적 성질의 법의 일반원리로 구분하고 있다.

1. 憲法的 一般原理(Les principes généraux constitutionnels)

現憲法前文은 세가지 범주의 原則을 규정하고 있는 바, Morange는 이들 원칙을 헌법적 일반원리로 보고 있는 바⁽¹⁹⁾, 이들 원칙은 (1) 1789년의 人權宣言에 규정되어 있는 諸原則, (2) 1946년 憲法前文에 표명되었으며 現憲法前文의 일부를 이루고 있는 一定原則 및 共和國의 諸法律에 의하여 승인된 諸原則이다. 이들 원칙 중에서 가장 문제로 되는 것은 제 3 범주에 속하는 것이다. 이에 관하여 Morange는 그것은 第 4 共和國의 諸法律에 표명되어 있는 원칙을 지칭하는 것으로 보고 있으나, 이러한 現憲法前文上的 規定은 1946년의 第 4 共和國 憲法前文에도 규정되어 있었다는 사실과의 관련에서는 Rivero교수가 주장하는 바와 같이, 그것은 第 3 共和國의 諸法律에 표명되어 있는 원칙으로 보는 것이 보다 타당한 해석일 것이다.⁽²¹⁾

(16) Morange, *op. cit.*, p.767, 770-778.

(17) *Ibid.*, p.770.

(18) *Ibid.*

(19) Morange는 이 부분에 관한 각주에서 현헌법 본문상의 공권력에 諸規定에서도 일정한 헌법적 법의 원리를 도출할 수도 있을 것이라고 하면서도, 그 규정의 간결성을 감안하면 이것은 현실성이 없는 하나의 이론적 명제에 불과한 것이라고 한다. *ibid.*, 각주 (14)

(20) *Ibid.*, p.772.

(21) J. Rivero, "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République": une nouvelle catégorie constitutionnelle? *Dallox chronique* 1972, p.267.

이들 諸原則에 관하여 Morange는 그것은 憲法制定權者의 意思의 產物(produits de la volonté du pouvoir constituant)이라는 점에서는 公權力에 관한 本文上の 諸規定과 동일한 효력 즉 헌법적 효력을 가지는 것이라고 주장하고 있다. 이와 관련하여 Morange는 Conseil d'Etat가 이들 원칙을 기초로 하여 법의 일반원리를 정립하는 경우에는 당해 원리는 憲法의 一般原理라고 명시해야 할 것이라고 부인하고 있다.⁽²²⁾ 이러한 Morange의 주장에 대해서는 이론적 측면에서는 論難의 여지가 없지도 아니하겠으나, 기술한 바와 같이 적어도 1971년의 헌법위원회의 판결 이후에 있어서는 이들 원칙에 대해 헌법적 효력을 부인할 수는 없다 할 것이다.

그러나 이들 원칙을 不文法으로서의 법의 일반원리로 볼 것인가에 대해서는 본질적인 문제점이 제기되는 것이다. 그것은 이들 원칙 그 자체에 대해서 헌법적 효력을 인정한 것이라면, 이들 원칙은 헌법상의 成文規定으로서 적용되는 것이지, 不文法으로서의 법의 일반원리로서 적용되는 것은 아니라고 보는 것이 그 당연한 귀결이 아닌가라는 의문이 당연히 제기되는 것이기 때문이다. Morange는 이 문제는 學論하고 있지 아니한 바, 이에 관해서는 다음의 법의 일반원리의 법적 성격에 관한 고찰 부분에서 검토하기로 한다.

(2) 法律的 一般原理(Les principes généraux législatifs)

이들 原則은 1958년 憲法 시행 이후에 제정된 諸法律에서 도출되는 것이며, 立法機關의 默示的 意思에 기초를 두는 것이므로 법률적 효력을 가지는 것이라고 할 수 있다. 이들 원칙은 現憲法 제34조에 의하여 立法事項이 제한적으로 규정되어 있는 결과, 차후에 있어서의 법률적 일반원리의 정립 범위도 또한 매우 제한적이라 할 것이다.

(3) 命令的 一般原理(Les principes généraux réglementaires)

이들 原則은 現憲法 제37조에 기하여 제정되는 獨立命令과 1958년 이전의 立法으로 現憲法上 獨立命令사항에 속하는 諸法律에서 도출되는 것으로 獨立命令과 같은 효력을 가지는 것이다. 따라서 이들 원칙은 獨立命令 制定權者(대통령 수상 및 예외적으로는 각부 장관)를 구속할 수는 없는 것이다. 現憲法에 의하면 제34조에 열거되어 있는 사항 이외에는 모두 독립명령사항으로 되어 있으므로, 앞으로 명령적 일반원리가 생성될 가능성은 매우 큰 것이라 하겠고. 이러한 원리가 정립될 수 있는 전형적 부문은 일반적으로 行政節次 및 行政訴訟節次的 영역인 것으로 보고 있다.

IV. 法의 一般原理의 法的 性格

A. Letourneur의 見解

Letourneur는 “Conseil d'Etat의 判例에 있어서의 法의 一般原理”라는 논문에서 Letourneur

(22) Morange, *op. cit.*, p. 767.

는 이 문제에 관하여 Bouffandeau 裁判長이 Conseil d'Etat의 150주년 기념식에서 행한 다음 다음의 演說文의 일부를 인용하고 있다. “本人은 법률적 효력을 가지는 것으로 法律上 달리 규정되어 있지 아니한 이상 法規명령 제정권자와 행정청을 구속하는 不文의 法原理가 존재한다고 생각합니다... 그러나 이러한 不文法原理는 그 대부분의 경우 행정재판소에 의한 그 존재의 확인은 비교적 최근의 것이기 때문에 이들은 公法上の 慣習法의 일부를 이루는 것으로 볼 수는 없을 것입니다. 실제에 있어서 이들 원리는 개인의 권리 보호라는 고차적인 衡平의 동기에 기하여 이룩된 判例의 소산인 것입니다.”

Letourneur는 이어서 이러한 법의 일반원리의 기본적 속성으로 다음의 세가지 사실을 들고 있다. “(1) 먼저 Conseil d'Etat는 이들 원칙을 선언하고 명백히 언급하면서 적용하고 있다. (2) 다음에 Conseil d'Etat는 적어도 간접적으로나마 成文法律에 그 기초를 두고 있는 일반원칙의 확인에 그치고 있는 것은 아니고, 현재는 成文法과는 전혀 결부되지 아니하고 그에서는 어떠한 기초도 찾을 수 없는 법원리를 정립하고 적용하는 것이다. (3) 法の 일반 原理는 實定法的 效力 즉 法律과 같은 효력을 가진다.”⁽²³⁾

Letourneur는 이와 같이 Conseil d'Etat는 실정법적 기초가 전혀 없는 경우에 불문법으로서의 법의 일반원리를 정립하고 적용하고 있다는 사실은 확인하면서 이들 원리의 根據(fondement)는 立法者의 묵시적 意思에서 찾고 있는 것이다. 이와 관련하여 그는 다음과 같이 주장하고 있다. “Conseil d'Etat가 不文法으로서의 法の 一般原理를 적용하고 그에 법률적 효력을 인정하는 것은 立法者의 의사의 해석에 입각해서인 것이다. 즉 Conseil d'Etat는 이들 不文法原理가 立法者의 意思에 副應하는 것으로 판단하기 때문인 것이다.”⁽²⁴⁾

이상의 Letourneur의 견해를 요약하면, 判例의 所産으로서의 법의 일반원리는 다수의 경우 實定法과는 전혀 무관한 것이나, Conseil d'Etat는 그 판례상 법률과 같은 효력을 인정하면서 적용하는 것이다. 그러나 이들 원리는 Conseil d'Etat의 創作物은 아닌 것으로서 Conseil d'Etat는 다만 立法者의 의사라는 객관적 형태로 존재하는 이들 원리를 다만 확인하고 발견할 따름인 것이다. 이러한 Letourneur의 견해에는 Jeanneau가 적절히 지적하는 바와 같이 상당히 人爲的인 측면이 없지 아니하나⁽²⁵⁾, Letourneur는 현재 Conseil d'Etat의 판사이며 Conseil d'Etat는 행정재판소로서 법에 기속되고 있다는 사실을 감안하는 경우에는 그 제한적 입장은 이해할 수 있을 것이다.

그러나, 이러한 견해는 현행 헌법구조와의 관계에서는 또한 필연적인 것이라 할 것인지도 모른다. 그것은 현행 헌법 구조하에서는 법원에는 엄격한 의미의 법정립권은 없는 것이기 때문이다. 그러한 관점에서 Morange 교수도 기술한 바와 같이 법의 일반원리의 근거는

(23) Letourneur, *op. cit.*, p. 23.

(24) *Ibid.*, p. 29.

(25) Jeanneau, *op. cit.*, p. 245-246.

한정적으로 입법자의 묵시적 의사에서 찾고있는 것이다.⁽²⁶⁾

B. Jeanneau의 見解

Jeanneau는 Conseil d'Etat의 判例와의 관련에서 法의 一般原理에 關於하여 다음과 같이 기술하고 있다. “법의 일반원리는 悖論적 상황에 있는 것이다. 그것은 실제로는 법원의 準立法權(pouvoir quasi-législatif)의 소산인메도 불구하고 법원에 대해서는 客觀적인 법의 源으로 表現되고 있는 것이다. 필자의 견해로는 이러한 外형적인 矛盾性에 이들 원리의 本質적인 特有性이 있는 것이다.”⁽²⁷⁾ 그는 이러한 觀點에서 법의 일반원리와 불문법원으로 서의 判습법 및 判례법과를 구분하고 있는 바, 다음에 그 내용을 구체적으로 살펴 보기로 한다.

1. 慣習法과의 區別

이 문제에 關於하여 Jeanneau는 먼저 법의 일반원리와 判습법은 一致하여 類似한 점이 있는 것이라고 하면서 그러한 것으로서 다음의 두가지 사실을 들고 있다.

먼저 법의 일반원리 중에서 국민 감정 또는 確信의 소산으로서의 법의 일반원리의 경우 기술한 바와 같이 법원은 그 대부분의 경우 그의 表現에 의하면 정치적, 澈학적 내지는 법적 “紀念碑”의 형식으로 表明되어 있는 국민의 일치된 감정을 해석·확인하는 데 그치는 것이다. 마찬가지로 判습법의 경우에도 법원은 이미 존재하는 법원리를 다만 확인할 따름인 것이다. 그러나 두가지 경우에 공히 법원은 이들 법원리에 현실적으로 법적효력을 부여하는 것으로, 그 이전 단계에 있어서는 이들은 다만 잠재적인 법원리로 남아 있는 것이다.⁽²⁸⁾

다음에 다수의 법의 일반원리는 오랜 세기 동안 형성되어 온 프랑스의 법적 전통의 所産임은 부인할 수 없는 것이다. 그러한 점에서는 그것은 判습법의 특징적 요소인 관행과 유사한 점이 있는 것이다. 이러한 점에서는 법의 일반원리는 判습법의 하나의 새로운 類型으로 파악할 수 있을지도 모른다.⁽²⁹⁾

그러나, Jeanneau는 통설적 견해에 따라 判습법의 구성요소로서 물리적(matériel) 요소로서의 지속적 관행과 심리적 요소로서의 법적 確信을 들면서, 법의 일반원리에는 전자가 結合되어 있으므로 이를 判습법으로 볼 수는 없다고 하고 있다. 즉 그에 의하면, 법의 일반원리의 形成에 있어서는 모든 법규범에 필요한 것으로서 判습법에 최소한도의 明確性(précision)을 부여하는 물리적, 구체적 요소가 結合되어 있는 결과, 判습법 관련 국민 감정 또는 確信은 불분명한 것으로 말하자면 原料的 狀態에 있는 것으로 그것이 법적 원리로 되기 위해서는 하나의 變形 과정을 거쳐야 하는 것이다. 즉 이 단계에서 법원은 집단적 잠재의식의 表現

(26) Morange, *op. cit.*, p. 787.

(27) Jeanneau, *op. cit.*, p. 245.

(28) *Ibid.*, p. 236.

(29) *Ibid.*

에 불과하던 것을 명확한 규범으로 정립하는 것이다. 그러나 이 단계에 있어 법관은 (일반) 판례의 정립에 있어서와 같은 정도의 자유를 향유하는 것은 아니다. 그에 있어서의 일정 요소는 그것이 개개인의 의식에 깊이 자리잡고 있는 확신에 부응하는 것이라는 점에서는 그것은 법관에게는 구속적 의미를 가지는 것이다.

따라서 법의 일반원리의 정립에 있어서의 법원의 역할은 완전히 자의적인 것이라고 할 수는 없는 것이나, 그것은 또한 기존 법원리의 단순한 확인작업에 그치는 것은 아닌 것이다. 이러한 점에서 법의 일반원리와 관습법의 기본적인 차이가 있는 것이다. 관습법은 법원과는 무관하게 존재하는 것이다. 이에 반하여 법의 일반원리는 독자적으로 존재하는 것은 아니고, 법원에 의한 그 정립단계에서 비로서 존재가 인정되고 법적 효력이 부여되는 것이다.⁽³⁰⁾

2. 判例法과의 구별

이 문제에 관하여 Jeanneau는 법의 일반원리도 법원의 법정립현상의 하나의 所産임은 인정하면서도 그것은 특유한 법정립현상이라는 점에서 일반판례법과는 구별하면서, 양자의 차이로서는 다음의 몇가지를 들고 있다.

(1) 법의 일반원리는 일반판례법과 동일한 과정을 거쳐 형성되는 것은 아닌 것으로, 전자의 정립에 있어서는 법관은 일정 사실 또는 요소에 보다 기속되는 것이다. 법의 일반원리는, 기술한 바와 같이, 관습법과는 달리 그것이 실정법원리로서 법적 효력을 발생하기 위해서는 법원에 의한 변형과정을 거쳐야 하는 것이다. 그러한 점에서는 이들 원리는 법원과는 무관하게 독자적으로 존재하는 것이라는 Conseil d'Etat의 주장에는 허구적인 요소가 있는 것이다.⁽³¹⁾ 그러나 이들 원리의 정립에 있어서의 법원의 자유는 매우 제한적이라는 사실이 浮刻된다는 점에서는 전술한 주장에는 타당한 측면이 있는 것이다. 그것은 법의 일반원리는 객관적으로 존재하는 법원리를 다만 법원이 확인하는 것은 아닌 것이나, 그것은 또한 법원이 無에서(ex nihilo) 창출하는 것도 아닌 것이다. 법원에 의한 이들 원리의 定立에 있어서는 확인적 요소와 창출적 요소가 並存하는 것이나, 전자의 比重이 보다 큰 것으로 보아야 하는 것이다.⁽³²⁾

전술한 바를 종합하는 경우, 관습법의 경우와는 달리 법의 일반원리의 형성에 있어서는 법원의 法創造의 측면이 개재되는 것이나, 그에 있어서의 법관의 재량성의 정도는 判例法의 정립과정에 비하여 훨씬 제한되어 있다는 점에서는 법의 일반원리는 관습법과 일반판례법의 중간지대에 위치해 있는 것이라고 할 수 있을 것이다.⁽³³⁾

(2) 판례법은 특별한 것인데 반하여 법의 일반원리는 일반적이다. 판례법도 일정한도에

(30) *Ibid.*, p. 237-238.

(31) *Ibid.*, p. 246.

(32) *Ibid.*, p. 241.

(33) *Ibid.*, p. 242.

있어서의 일반성은 부인할 수 없는 것이나, 그것은 특정 분쟁과의 관련에서 정립된다는 점에서는 특별한 것이라 할 것이다. 그러나, 법의 일반원리는 불특정한 경우에의 적용가능성을 그 속성으로 하는 것으로, 이것은 法앞의 平等原則을 상기하면 쉽게 이해될 수 있을 것이다.

(3) 판례법은 상대적으로 불안정한 것인데 반하여, 법의 일반원리는 항구적 속성의 것이다.

(4) 판례법은 실용적, 구체적인 것인데 반하여 법의 일반원리는 上向的(transcendant)屬性을 띠우고 있는 것이다. 여기서 上向的이라는 것은 대부분의 법의 일반원리는 법원을 구속하는 고차적인 도덕적, 윤리적 요청의 법적 표현이라는 의미인 것이다. 그것은 다수의 법의 일반원리는 인간과 그 존엄성의 존중과 밀접히 관련되는 것이며, 또한 다른 다수의 원리는 고차적인 사회적 요청에 부응하는 것이기 때문이다. 그러한 관점에서 Rivero교수는 법의 일반원리의 정립에 의하여 Conseil d'Etat는 프랑스의 전체 公的 活動으로 하여금 일정 倫理를 준수하게 하고 있다고 기술하고 있는 것이다.⁽³⁴⁾

C. Mescheriakoff의 見解

위에서 본 바와 같이 Jeanneau는 Conseil d'Etat가 표명하고 있는 것과는 달리 법의 일반원칙의 형성에 있어 행정판례에 대하여 법창조적 기능을 인정하고 있으나, 내용적으로는 상당한 제한을 가하고 있다.

이에 반하여 Mescheriakoff는 이러한 내용적 제한도 가하지 않고 행정재판소에 법의 일반원칙의 형성상에 있어 법정립기능을 인정하고 있다. 그는 이 문제의 검토에 있어 최근의 Conseil d'Etat의 판례와 관련하여 법의 일반원칙의 정립에 있어서의 두가지 客觀的 定立方法(technique objective de création de droit)와 主觀的 定立方法(technique subjective de création de droit)를 구분하고 있다. 객관적 정립방법은, 예컨대 1789년의 人權宣言의 理念을 구체적으로 적용하는 경우, 또는 시민의 平等觀念과 결부되는 法앞의 平等원칙이나 公役務앞의 平等原則 등을 도출하는 경우와 같은 것으로, 이러한 때에는 관계 법원칙은 프랑스法의 일반적 특성으로부터 도출되는 것이라고 할 수 있는 것이다.

Mescheriakoff는 이어서 이러한 淵源에 기초를 두지 아니하는 법의 일반원칙도 존재하는 것이라고 하면서 그러한 예로서 최근의 판례상 일반원칙으로 선언된 妊娠中の 女行政職員의 解任禁止原則과 법원의 金錢強制賦課權에 관한 원칙을 들고 있다. 이러한 원리는 관련 분쟁의 해결을 위한 준칙의 필요에 따라 법원이 정립하는 것이라고 하여야 할 것으로 이를 주관적 정립방법이라 할 수 있다는 것이다.⁽³⁵⁾

(34) Rivero, Le juge administratif: un juge qui gouverne? *Dallox chronique*, 1951, p. 21.

(35) A-S Mescheriakoff, La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récentes, *Actualité juridique de droit administratif*, 1976. 12, p. 601-602.

그러나 그는 이어서 이러한 법의 일반원리의 정립상의 두가지 방법의 구분은 그 연원과의 관련에서는 타당한 것이나, 그것은 실질적으로는 거의 意義가 없는 것이라고 주장하고 있다. “엄격한 법적 관점에서는 법관은 모든 종류의 법의 일반원리의 정립에 있어 동일한 자유를 향유하는 것이다. 일정한 법의 일반원리의 연원으로서의 국민의식상의 잠재적 希求가 법관의 의식에 의무감으로서 강력히 작용하는 경우는 있으나, 이러한 의무감은 입법자가 輿論의 壓力下에서 일정한 법률을 제정해야 하는 경우와 같은 도덕적, 심리적 성질의 것이다.”⁽³⁶⁾

이러한 관점에서 Mescheriakoff는 법의 일반원리는 기능적 범주(*catégorie fonctionnelle*), 즉 일정한 효과의 발생을 위한 방법에 불과한 것이라고 하고 있다.⁽³⁷⁾ 이러한 기능은 완전히 재판과정에서 결정되는 것이다. 법의 일반원칙을 원용하는 것은 개개의 사건에 있어 법원에 제기된 문제의 해결을 위한 재판규범을 정립하는 것이다. 보다 정확히는 법원에 의하여 정립된 법의 일반원리는 분쟁해결상의 三段論上의 大前提를 이루는 것이다.⁽³⁸⁾

이상이 법의 일반원리의 기본적 屬性에 관한 Mescheriakoff의 견해인 바, 그에 의하면 법의 일반원리는 요컨대 행정법원이 당해 분쟁을 해결하기 위하여 정립하는 범규범으로 그 정립에 있어 행정법원에는 어떠한 제한도 가하여 지지 아니한다는 것이다. 따라서 이 견해에 의하면 端的으로는 법의 일반원리는 판례상 정립되는 모든 재판규범으로서의 不文法原理를 지칭하는 것이라고 할 것이다.

이러한 Mescheriakoff의 견해는 현행 憲法구조에 있어서는 행정법원에 법정립권은 인정되어 있지 아니하다는 제도적 관점에서의 기본적 문제점은 차치하고라도, 실질적 관점에 있어서도 전통적인 법의 일반원리의 내용이나 또는 그에 관한 일반적 인식과는 전혀 부합되지 아니한다는 점에서는 이 견해의 타당성에 대해서는 적지 않은 의문이 제기되는 것이라 할 것이다. 먼저 적어도 판례상으로 정립된 전통적인 법의 원리는 그 내용상 프랑스法の 일반적 특성을 반영하는 것이라는 것은 전술한 바와 같이 Mescheriakoff 자신도 인정하고 있는 바이다. 다음에 법의 일반원리는 “행정판례의 기본을 이루고” “프랑스 政治文化의 기초가 되는 것이며” 또한 그것은 “哲學·道德·社會 및 經濟的 諸側面에서의 공통적 관념의 법적 표현”이라는 것이 이에 관한 일반적 인식임은 그 자신도 인정하고 있는 바이다.⁽³⁹⁾

그럼에도 불구하고 그가 이 법원리를 단순한 기능적 범주에 불과한 것으로 보는 것은 최근의 Conseil d'Etat의 Peyenet夫人 판결(1973. 6. 8), Barre 및 Honnet 판결(1974. 5. 10)과의 관련에서인 것으로, 이들 판결에서 Conseil d'Etat는 妊娠中の 女行政職員의 解任禁止原則 및 행정법원의 金錢強制賦課權을 각각 법의 일반원리로 선언하였던 것이다. 이들 법원

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*, p. 598.

(38) *Ibid.*

(39) *Ibid.*, p. 596 각주 (2, 3)

리에 관하여 Mecheriakoff는 이들 원리는 프랑스법의 일반적 특성의 반영으로 볼 수는 없는 것이므로 이들 원리는 다만 행정권에 새로운 법규범을 준수시키려는 행정법원의 意思의 산물이라고 보아야 한다는 것이다.⁽⁴⁰⁾

그러나, 이들 법원리가 과연 행정법원의 자의적 판단의 산물인가에 대해서는 적어도 의문이 제기될 수 있는 것이며⁽⁴¹⁾, 또한 Mescheriakoff의 해석이 타당하다고 보는 경우에도 극히 일부 판례와의 관련에서 법의 일반원리 전체의 속성을 규정하는 것은 균형을 잃은 것이라 할 것이다.

확실히 現憲法 구조와의 관련에서는 형식적으로는 판례에 의하여 정립되는 법의 일반원리는 그 법적 근거라는 점에서는 기본적인 문제점이 있는 것임은 부인할 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 법률적 내지는 헌법적 효력을 가지는 다수의 법의 원리가 정립되고 그것이 행정법의 기본적 부분을 구성할 수 있는 것은 이들 법원리가 정치·사회·경제 또는 문화적 측면에 있어서의 프랑스 사회의 공통된 인식 내지는 확신을 반영하고 있다는 점에 그 기본적 이유가 있다고 보아야 할 것이라고 생각한다. 그러한 관점에서는 이러한 국민의 인식 또는 확신은 판례에 의한 법의 일반원리의 정립에 있어서는 실질적 제한 요소라고 보아야 하는 것이다.

전술한 바에 따라 법의 일반원리를 단순한 기능적 범주에 불과한 법규범으로 보는 Mescheriakoff의 견해는 적어도 극단적 견해라 할 것이다.

V. 法의 一般原理의 法的 效力 또는 價値

법의 일반원리의 법적 효력의 문제는 1946년의 第4共和國 憲法下에서는 비교적 간단한 것이었다. 그러나 現憲法인 1958년의 第5共和國 憲法下에서는 獨立命令(règlement autonome)制度和 憲法委員會에 의한 法律의 違憲審査制度와의 관련에서 이 문제는 매우 복잡성을 띠우고 난잡한 문제로 등장하였던 것이다. 다음에서는 먼저 이에 관한 Conseil d'Etat와 憲法委員會의 판례의 실재를 간단히 살펴 보고 다음에 이에 관한 여러 학설을 검토하기로 한다.

A. 判例의 實際

1. Conseil d'Etat의 判例

이에 관한 Conseil d'Etat의 판례에 의하면 법의 일반원리는 실정법적 효력을 가지는 것으로 한다.

(40) *Ibid.*, p. 601.

(41) Le Mire는 원칙적으로 모두 직접적·간접적으로 헌법 전문상의 제원칙에 그 기초를 두고 있다고 주장하고 있다.

P. Le Mire, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit, Mélanges Charlier*, p. 176-178.

로서 이에 위반한 행정권의 행위는 위법한 행위로서 혹은 損害賠償의 원인 사유가 되고 혹은 取消 사유가 되는 것이다. 다음에 그 내용을 부연하면 다음과 같다.

(1) 이들 原理에 위반한 개별 處分이 취소될 수 있는 것임은 물론이다.

(2) 法規命令도 그 내용 여하에 관계없이 이 원리에 위반하는 경우에는 취소될 수 있는 것이다.

① 委任命令 및 執行命令 : Chemin de fer de l'Est 판결(CE, 6 décembre 1907)

② 獨立命令 : Syndicat général des ingénieurs-conseils 판결(CE, 26 juin 1959); de Laboulaye 판결(CE, 29 octobre 1960)

③ 法律命令(ordonnances): Fédération nationale des syndicats de police 판결(CE, 24 novembre 1961)

2. 憲法委員會의 判例

(1) 憲法委員會는 그 최초의 판결인 1969. 10. 24의 결정에서 법의 일반원리에 의하면 행정의 침묵상태는 거부처분에 해당하는 것이라고 선언하였다. 同委員會는 당해 원리에 법률적 효력을 인정하였던 바, 이 판결에서 특히 유의할 것은 이후의 다른 판결과는 달리 여기서는 법의 일반원리(principes généraux de droit)라는 용어가 명시적으로 사용되었다는 점이다.

(2) 憲法委員會는 이후의 일련의 판례에서는 憲法前文에 규정되어 있는 諸原則과 관련하여 이들 원칙에 반하는 法律은 違憲이라고 선언하므로써 이들 원칙에 憲法的 效力을 인정하였던 바, 판례상에 나타난 이들 원칙을 적어보면 대체로 다음과 같다.

① 結社의 自由原則(liberté d'association) : 1971. 7. 16 判決

② 防禦權의 原理 : 1972. 12. 21 判決

③ 法 앞의 平等原則 : 1973. 12. 23 判決

④ 裁判 앞의 平等原則 : 1975. 7. 23 判決

⑤ 公務員의 平等處遇原則 : 1976. 7. 15 判決

⑥ 公共負擔 앞의 平等原則 : 1980. 1. 9 判決

⑦ 公役務의 繼續性原則 : 1980. 7. 22 判決

B. 學說의 檢討

기술한 바와 같이 법의 일반원리는 전통적으로는 Conseil d'Etat의 판례에 의하여 정립되었던 것이다. 따라서 이들 원리의 효력의 문제에 관한 학설도 同機關의 판례상에 나타난 諸原理에 관한 것이었던 것임은 물론이다. 그러나 기술한 바와 같이 憲法委員會도 1969년의 판결에서 법의 일반원리를 명시적으로 원용하고 있으며, 특히 1971년 이후의 일련의 판례에서는 헌법적 효력을 가지는 일정 원리를 선언하기에 이르러서는 법의 일반원리의 효력의 문제 뿐만 아니라 그 속성 자체에 대해서도 문제가 제기되게 되었던 것이다. 따라서 여기

서도 먼저 Conseil d'Etat의 판례상 정립된 법의 일반원리의 효력의 문제를 검토하고, 이어서 憲法委員會의 판례와의 관련에서 제기되는 몇가지 문제점을 검토하기로 한다.

1. Conseil d'Etat의 判例에 의하여 정립된 法의 一般原理의 效力

(1) 法律的 效力을 인정하는 見解

이러한 견해의 대표적 主唱者로서는 Letourneur를 들 수 있을 것이다. 그는 이 문제에 관하여 Conseil d'Etat의 裁判長이었던 Bouffandeau의 演說文의 일부를 인용하면서 법의 일반원리는 법률적 효력을 가지는 것이라고 기술하고 있다. 이러한 그의 주장은 법의 일반원리의 근거를 입법자의 묵시적 의사에서 구하고 있는 그의 기본적 입장의 하나의 당연한 귀결이라 할 수 있을지도 모른다.⁽⁴²⁾

앞에서 검토한 바와 같이 Mescheriakoff는 법의 일반원리의 형성에 있어 행정법원에 法定立權을 인정하고 있다. 그러나 그도 이들 원리의 효력의 문제에 관해서는 Conseil d'Etat가 이들 원리에 법률적 효력을 부여하고 있다는 사실을 확인하는 입장을 취하고 있다. 다만 판례상 법률상의 명시적 규정에 법의 일반원리가 반하는 경우에는 법률이 우선하고 있다는 사실과의 관련에서는 그는 이들 원리와 실정법은 一般法과 特別法의 관계에 있는 것으로 보고 있다.⁽⁴³⁾

(2) 憲法的 效力을 인정하는 見解

이 견해는 기본적으로는 現憲法 제37조상의 獨立命令의 司法的 統制와 관련하여 주장된 것이라 할 수 있으므로, 관련 학설의 구체적 검토에 앞서 이 문제에 관하여 약술하여 두기로 한다. 現憲法 제37조에 의하여 행정권이 제정하는 법규명령은 전통적인 법규명령과는 달리 법률의 집행으로서가 아니라 고유한 명령사항에 관하여 행정권이 독자적으로 발하는 것이다. 그러한 점에서 이러한 독립명령은 법률과 대등한 지위를 가지는 것이라고 볼 수도 있는 것이다. 따라서 법의 일반원리에 기하여 이들 독립명령을 통제하기 위해서는 이들 원리에 헌법적 효력을 인정하여야 할 것이라는 결론이 나오는 것이다.

법의 일반원리의 헌법적 효력은 顧問技士組合 사건(CE, 26 juin 1959)에서 Fournier 論告擔當官이 최초로 주장한 것이다.

그는 이 사건의 論告(conclusion)에서 법의 일반원리는 그 내용상 두가지 범주로 구분하고 있다. 그 하나의 범주에 속하는 것은 1789년의 人權宣言 또는 1946년 헌법 전문에서 도출되는 원리들로서 이들은 시민의 자유, 평등 등에 관련된 실체법적 원리들이며, 이러한 법의 일반원리는 헌법적 가치를 가지는 것이다. 그다른 하나의 범주에 속하는 것은 불분명한 실정법규의 해석 또는 법률, 법규명령의 欠缺時에 그 補完的 機能을 수행하는 것으로, 이들 원리는 실정법의 暎結시에만 적용되는 것이다. 이들 원리는 관련 부문에 따라 법률적

(42) Letourneur, *op. cit.*, p.19, 24.

(43) Mescheriakoff, *op. cit.*, p.606-608.

또는 명령적 효력만을 가지는 것이다.⁽⁴⁴⁾

이러한 Fournier의 논고는 Conseil d'Etat에 의하여 일응 인용된 것으로 볼 수도 있는 것이다. 그것은 同法院은 그 판결에서 내용상 독립명령과 동일한 성격을 지니는 것으로서 대통령이 식민지에 대하여 독자적으로 발한 관련 大統領令에 대하여 “특히 헌법 전문에서 도출되는 법의 일반원리”에의 附屬 여부를 심사할 수 있는 것이라고 선언하였기 때문이다.

이러한 1959년의 顧問技士組合 판결과 관련하여 Braibant은 이 판례에 의하여 일정 법의 일반원리는 헌법적 원리로 승격되었다고 주장하고 있다.⁽⁴⁵⁾ 그러나, 헌법적 효력을 가지는 원리는 엄격한 의미의 법의 일반원리에 한정되는 것이라고 하면서, 이에 반하여 기타 원리는 실정법의 보완적 기능만을 수행하는 것으로 이들에 대해서는 Fournier와 마찬가지로 Braibant도 혹은 법률적, 혹은 명령적 효력만을 인정하고 있다.

이와 관련하여 Braibant은 그것이 항상 엄격히 준수되는 것은 아니나, Conseil d'Etat의 판례상 원칙적으로 전자에 대해서만 原理(principe)라는 표현을 쓰고 후자에는 準則(règles)이라는 표현이 사용되는 것이 그 일반관행이라는 것이다.⁽⁴⁶⁾

이러한 Fournier나 Braibant의 주장은 관련 판례에 의하여 명시적으로 인용되었다고 볼 수는 없는 것이다. 그것은 1959년의 顧問技士組合 판결은 “특히 헌법 전문에서 도출되는 원리”라는 문구를 사용하여 그 연원에 따라 법의 일반원리를 구분하였다고 볼 수는 있으나⁽⁴⁷⁾, 그 법적 효력에 관해서는 명시적으로 언급하고 있지 아니하기 때문이다.

현단계에서 확실히 말할 수 있는 것은 (광의)의 법의 일반원리는 법률에 의해서만 그 적용이 배제될 수 있는 엄격한 원리와 독립명령에 의해서도 배제될 수 있는 準則의 구분은 Conseil d'Etat 구성원 사이에서 일반적으로 인정되고 있다는 것이다.⁽⁴⁸⁾

법의 일반원리에 기한 독립명령의 통제를 위해서는 이들 원리에 헌법적 효력을 인정해야 할 법적, 논리적 필연성은 없다 할 것이다. 그것은 헌법법이 법규명령제정에 있어 일정한 독자적 영역을 인정하고 있으나, 그 외에 당해 독립명령이 법률과 대등한 지위로 格上되었다고 인정할 수 있는 헌법적 근거는 없는 것이다.⁽⁴⁹⁾ 그러한 점에서는 국민의 總意思(volonté générale)의 표현으로서의 법률은 독립명령에 대하여 上位規範性을 견지하고 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 법의 일반원리에 기한 독립명령의 통제의 목적과의 관련에서

(44) Syndicat général des ingénieurs-conseils (CE, 26 juin 1959) conclusion Fournier, *Recueil Sirey* 1959.

(45) Braibant, L'arrêt “Syndicat general des ingénieurs-conseils” et la théorie des principes généraux du droit, *EDCE* 1962, p. 68.

(46) *Ibid.*, p. 69-70.

(47) Le Mire, *op. cit.*, p. 171.

(48) *Ibid.*, p. 172; Le Roy 판결 (CE 5 avril 1974)에서의 Théry의 논고.

(49) Laubadère, *Traité de droit administratif*, p. 263.

는 진자에 법률적 효력만을 인정하면 충분한 것이다.

(3) 法下位的·命令上位的 效力

이것은 Chapus교수의 견해로서, 그는 법규의 효력은 그 제정기관의 법적지위에 의하여 결정되는 것이라는 견해에 立脚하고 있다. 그러한 관점에서 그는 Conseil d'Etat는 법률의 집행자이며 행정권의 통제자이므로 그 지위는 입법권과 행정권의 중간에 위치해 있다는 것이다. 따라서 이러한 법적 지위에서의 Conseil d'Etat의 판례상 정립되는 법의 일반원리도 당연히 法下位的·命令上位的 가치를 가지는 것이다.⁽⁵⁰⁾

그러나, 기술한 바와 같이 憲法委員會도 法律的 效力을 가지는 법의 일반원리를 정립하고 있다는 사실과의 관련에서는 Chapus의 견해는 그 상당 부분에서 논리적 타당성을 상실하였다고 할 것이다.

이상에서 Conseil d'Etat의 판례상 정립된 법의 일반원리와 관련하여 그 법적 효력에 관한 세가지 학설을 살펴 보았다. 이들 학설은 나름대로의 논거 또는 배경이 있는 것이나, 실질적 관점에서는 그 어느 학설에 의하든 그 결과에 있어서는 차이가 없는 것이라 할 것이다. 그것은 법의 일반원리에 법하위적, 명령상위적 효력을 인정하든, 법률과 대등한 효력을 인정하든, 더 나아가서는 헌법적 효력을 인정하든지 간에 어느 경우이나 이들 법원리에 위배된 법규명령은, 그것이 법의 집행으로서의 전통적인 것이든 또는 독립명령이든지 간에, 법의 일반원리에 위배되는 경우에는 위법한 것으로서 취소될 수 있는 것이기 때문이다.

2. 憲法委員會의 判例上の “原理”

기술한 바와 같이 憲法委員會는 法律의 違憲統制와 관련하여 1971년 이래 헌법적 효력을 가지는 일정 “原理”를 선언하고 있다. 따라서 이러한 헌법위원회의 판례와의 관련에서는 법의 일반원리는 그 내용상 헌법적 효력, 법률적 효력 및 명령적 효력을 가지는 세가지 원리로 일응 구분할 수 있을 것으로 볼 수도 있을 것이다. 앞에서 검토한 Morange의 법의 일반원리의 구분은 바로 이러한 관점에 입각한 것으로 일응 파악할 수도 있을 것이다. 이러한 관점에서는 법의 일반원리의 효력의 문제에 관한 論難은 헌법위원회의 판례에 의하여 일단 종결되었다고 할 수도 있을 것이다.

그러나 일면으로는 법의 일반원리는 불문법이라는 사실을 감안하고 헌법위원회의 관련 판례를 구체적으로 검토하는 경우에는 위와 같은 결론이 간단히 도출되지는 아니하는 것으로 보인다.

확실히 내용적으로는 헌법위원회는 법률적 효력을 가지는 법의 일반원리와 헌법적 효력을 가지는 “원리”를 그 판례상 선언하고 있다.

(50) Chapus, De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, *Dalloz chronique*, 1966, p.100.

그러나 전자의 경우에는 동위원회는 법의 일반원리라는 표현을 명시적으로 사용하고 있는데 반하여, 후자의 경우에는 이러한 명시적 표현을 하지 아니하고, 혹은 共和國의 諸法律에 의하여 승인된 법의 기본원칙, 혹은 헌법 전문, 특히 1789년의 人權宣言에 규정된 諸原則등의 표현을 사용하고 있는 것이 일반이고, 때로는 1975.1.15의 결정에서와 같이 “人權宣言 제 2조에 규정된 自由原則”의 경우와 같이 헌법 전문에 규정된 특정원칙을 명시하는 경우도 있는 것이다. 이러한 헌법위원회의 판례상의 표현과 관련하여, 현재 프랑스 公法學者들의 통설적 견해는 헌법위원회가 헌법적 효력을 인정한 것은 헌법 전문에서 도출되는 불문법으로서의 법의 일반원리에 대한 것이 아니라, 헌법 전문상의 제원칙 그 자체에 대한 것으로 보고 있다. 환언하면, 종전의 학설의 일반적 견해와는 달리 헌법위원회는 헌법 전문상의 제원칙에 헌법 규정으로서의 성격을 인정하였다는 것이다.⁽⁵¹⁾

이러한 통설적 견해에 따르는 경우 불문법으로서의 법의 일반원리의 범위는 매우 축소될 것이다. 그것은 Conseil d'Etat에 의하여 정립된 다수의 법의 일반원리는 헌법 전문, 특히 1789년의 人權宣言에서 도출되는 것이라고 볼 수 있는 것이기 때문이다.

진술한 통설적 견해에 입각하여 법의 일반원리는 다만 법률적 효력을 가지는 불문원리에 한정하려는 견해도 유력하게 주장되고 있다.⁽⁵²⁾

이러한 견해는 법의 일반원리의 연원이나 효력적 측면에서의 동질성의 보장이라는 측면에서는 바람직한 것일지는 모른다. 그러나 법의 일반원리의 기본적 속성을 판례상으로 정립되는 불문법원리에 둔다면 이 견해는 필연적인 것은 아닌 것이다.

헌법위원회의 판례의 해석에 대해 통설적 견해를 취하는 경우에도 헌법적 효력을 가지는 불문법으로서의 법의 일반원리의 판례상의 정립의 소지가 전혀 배제된다고 할 수는 없을 것이다. 그것은 헌법위원회도 Conseil d'Etat와 같이 헌법상의 흠결을 보완한다는 의미에서⁽⁵²⁾ 구체적으로는 헌법전문상의 일정원칙의 종합화 내지는 일반화에서 도출되는 원리 또는 측정원칙의 경우에도 그 정신의 필연적 귀결로 도출되는 원리 등을 정립할 수 있을 것으로 본다.⁽⁵³⁾ 이러한 헌법적 효력을 가지는 법의 일반원리는 그 내재적 속성으로서의 법 해석 기능과 적응능력으로 앞으로 확대 발전될 소지는 적지 아니하다 하겠다.⁽⁵⁴⁾

C. 法의 一般原理의 效力에 관한 하나의 試論

이상에서 본 바와 같이 법의 일반원리의 효력의 문제는 그 내용상 적지않은 難問題를 포함하고 있으나, 이에 관한 Morange의 견해는 하나의 유용한 준거틀을 제시하는 것으로 본다. 따라서 필자는 다음에 그 내용을 어느정도 수정 보완하면서 법의 일반원리는 그 연원

(51) Mescheriakoff, *op. cit.*, p. 608-609; Y. Gaudemet, *A.J.D.A.*, 1974, p. 240; Le Mire, *op. cit.*, p. 182; Laubadère, *op. cit.*, p. 261; G. Vedel, *Droit administratif*, 1984, p. 398-399.

(52) Le Mire, *op. cit.*, p. 182; Mescheriakoff, *op. cit.*, p. 608.

(53) Mescheriakoff, *ibid.*, p. 609.

(54) Le Mire, *op. cit.*, p. 186.

또는 내용과 관련하여 다음의 세가지로 구분할 수 있을 것으로 본다.

1. 헌법적 법의 일반원리

이에 속하는 원리는 Morange의 견해와는 달리 헌법 전문에 규정된 제원칙이 아니라 이들 원칙의 정신 또는 그 종합화 일반화 과정에서 도출되는 원리가 할 것이다. 이들 원리는 헌법위원회의 판례상 헌법적 효력을 가지는 헌법 전문상의 제원칙에서 도출되는 것이므로 그것은 헌법적 효력을 가지는 것이라 할 것이다.

2. 법률적 법의 일반원리

이들 원리는 Morange의 견해와는 달리 실정법과의 관련에서 뿐만 아니라 관련제도의 본질 또는 국민의 일정 의식 또는 확신에서 도출될 수 있을 것으로 본다.

3. 명령적 법의 일반원리

이들 원리는 기본적으로는 실정법으로서의 여러 독립명령과의 관련에서 정립될 것이나, 제한적으로는 또한 법률적 원리의 경우와 마찬가지로 제도의 본질이나 국민의 의식확신 등과의 관련에서도 도출될 수 있을 것으로 본다. 이러한 제도의 본질이나 국민의식과의 관련에서 도출되는 법의 일반원리가 법률적 효력 또는 명령적 효력을 가지는가의 문제는 당해 부분이 현헌법상 입법사항인가 법규명령 사항인가에 따라 결정될 문제로 본다.

VI. 結 語

이상에서 프랑스 公法上의 法의一般原理에 관하여 살펴 보았던 바, 이 글을 마치면서 필자 스스로도 그 내용이 상당히 조잡하고 거친 것이라는 느낌을 금하기 어렵다. 아마도 그것은 필자의 學問的 日淺에 주로 기인하는 것일 것이나, 他面, 그것은 프랑스의 관련 法制의 복잡성 내지는 불완전성에 기인하는 측면도 없지는 아니할 것으로 생각한다.

불문법 원리로서의 법의 일반원리는 특히 프랑스 행정법에 있어서는 그 比重은 매우 큰 것이라 할 것이다. 그것은 프랑스 행정법은 기본적으로는 판례법원리에 의하여 형성되어 있으며, 현재 이미 그 상당 부분은 이들 원리가 점하고 있기 때문이다. 국민의 권익보장의 관점에서는 이들 원리의 意義나 중요성은 보다 부각되는 것이라 하겠다. 그것은 행정상 손해배상제도의 근거 자체가 이러한 법의 일반원리로서의 公共負擔 앞의 平等原則에 있다는 점만 보아도 일단 납득할 수 있을 것이다. 특히 현헌법상의 독립명령의 통제와 관련하여서는 이들 원리의 중요성은 거의 절대적이라 할 것이다. 그것은 프랑스의 현헌법은 우리나라나 미국 독일 등의 헌법과는 달리 헌법 본문에 基本權에 관한 규정을 두고 있지 아니하므로 독립명령의 실제적 통제수단은 이들 원리에 의하는 것이 거의 유일한 것이라 해도 과언이 아닐 것이다. 기술한 바와 같이 憲法委員會는 憲法 前文上의 일정원칙에 헌법적 효력을 인정하고 있으나, 그 상당 부분은 구체성 명확성을 결하고 있는 것이므로, 앞으로 과연 이

들 원칙 전체를 실정법적 효력을 가지는 규정으로서 직접 적용할 것인가에 대해서는 의문이 제기되는 것이다. 또한 그러한 경우에도 憲法 前文上的 諸原則은 基本權的 規定이라는 관점에서는 매우 불완전한 것이므로, 차후에 있어서도 不文法原理로서의 법의 일반원리는 여전히 중요한 意義를 가질 것이며, 또한 이들 원리가 확대 발전될 소지는 여전히 큰 것이라 하겠다.

필자가 이 論文을 집필한 것은 프랑스의 중요한 하나의 법제도를 소개하려는 의도도 있는 것이었으나 동시에 앞으로 우리나라에서 이 문제가 거론되는 경우에 하나의 자료를 제공해 보려는 또 다른 하나의 바램이었던 것이다.

프랑스에서 특히 법의 일반원리가 판례상 중요한 의의를 차지하게 된 것은 기본적으로는 다음의 두가지 이유에 기인하는 것으로 본다. 그 하나는 1875년의 第3共和國 憲法에는 국민의 기본권이나 당시 정치사회의 기본원칙에 관한 규정은 그 本文이나 前文에 전혀 규정되어 있지 아니하였다는 점이다. 그러한 사실과의 관련에서 법의 일반원리는 과정상으로 이들 原則의 대체적 역할을 수행한 것은 사실이라 하겠다. 그러나 오늘날에는 이러한 意義는 상당히 약화되었다고 할 수도 있을 것이다. 다른 하나의 이유는 行政法은 法典化되어 있지 못하다는 것이다. 따라서 그에 있어서의 다수의 기본원리는 불문법으로서의 法の 一般原理의 정립에 의하여 충당되어야 했던 것이며, 이들 원리의 이러한 기능은 오늘날도 여전히 그 意義를 가지고 있는 것이라고 할 것이다.

법의 일반원리의 후자적 기능과의 관련에서는 프랑스에 있어서의 법의 일반원리의 내용이나 관련 판례 학설은 우리나라에서 앞으로 이 문제를 擧論함에 있어서도 시사해 주는 바가 크리라 생각한다.

앞으로 프랑스에 있어서도 특히 憲法委員會의 判例가 보다 집적되는 경우에는 법의 일반원리에 관한 판례 자체도 그리하거나와 관련 학설도 보다 정착되고 정리될 것으로 생각한다. 그러한 경우에는 이 論文 보다는 더 체계적이고 구체적인 글을 다시 써 볼 기회를 가져 보리라 생각한다.