

公益 概念의 法問題化: 行政法的 問題로서의 公益

崔 松 和*

I. 序論

公共性 또는 公益 개념은 一般 社會科學과 國家學 全般에 걸쳐 중요한 의미를 가지고 있을 뿐 아니라, 公法에 있어서도 핵심적인 의의를 가지는 개념이라고 할 수 있다.¹⁾ 그러나 우리나라의 경우 公法學에 있어서, 공공성 및 공익 개념의 숨意는 만족할 만큼 깊이 음미되지 못하였던 것이 사실이다.²⁾³⁾ 그리하여 공익 개념은

* 서울大學校 法科大學 教授

- 1) Lucian Hölscher, "Öffentlichkeit", in: Otto Bruner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, 413ff 참조.
- 2) 다만 獨逸의 경우 公益에 관한 법적 논의는 비교적 활발하였던 편이다. E. Krüger, *Die Lehre vom "öffentliche Interesse" in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1932; E. R. Huber, *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Band I, (1970); F. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, 1908; Lucian Hölscher, Öffentlichkeit, in: O. Brunner/ W. Conze/ R. Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* Bd. 4, 1978; M. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968; Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, *Grundriß der verstehenden Soziologie* 2. Halbband, 1956; Norbert Achterberg, Strukturen der Geschichte des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, *DÖV* 1979; R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955; v. Arnim, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977; Brugger, Konkretisierung des Rechts und Auslegung, *AöR* 119, 1994; Fach, Begriff und Logik des "Öffentlichen Interesses", *ARSP* 1974; Feindt, Zur Gemeinwohlbindung des öffentlichen Dienstes, *DÖV* 1975; Fleiner, *Einzelrecht und öffentliches Interesse* 2 Aufl.1925; Peter Häberle, "Öffentliches Interesse" als juristisches Problem, 1970; Peter Häberle, Die Gemeinwohlproblematik in Rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtstheorie* 14, 1983; Peter Häberle, "Gemeinwohlludikatur" und Bundesverfassungsgericht—Öffentliches Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG, *AöR* 1970 Heft 2; Krawietz, Unbestimmter Rechtsbegriff, öffentliches Interesse und gesetzliche Gemeinwohl-klausel als Entscheidungsproblem, *Staat* 1972; Krüger, E., *Die Lehre vom "öffentlichen Interesse" in der Verwaltungswissenschaft*, 1932; Walter Leisner, Privatinteressen als öffentliches Interesse, *Verw.* 1970; Walter Leisner, Erlangen, Privatinteressen als öffentliches Interesse, *DÖV*, April 1970; Link und Ress,

오히려 超法的인 차원의 국가권력의 正當化 根據로서, 論證의 대상이 아니라, 논증의 방향을 결정지워주는 사회적 국가적 公理로 기능하여 왔던 것이다. 그러나 오늘날의, 民主社會를 지향하는 민주 정부 하에서는 공익에 대한 이러한 수준의 이해는 더 이상 유지될 수 없다. 공익 개념을 支配의 政治 理念을 표현하는 법적 도구 정도로 이해하여 오던⁴⁾ 權威主義 정부 시대와 달리, 오늘날은 開放的, 民主的 社會를 지향하고 국가적 결정에서의 透明性이 요구되고 있기 때문에, 공익은 법적 논증의 대상이 되어야 한다. 따라서 공법학의 관점에서 공익 개념이 가지는 법적 함의가 충분히 구명되고 또한 그에 대한 적절한 법적 취급의 機制가 마련되어질 필요가 있다.⁵⁾

공법학에 있어서 공익 개념이 가지는 중요성은 특히 行政法의 분야에서 두드러진다. 憲法에 있어서도 公益 概念⁶⁾은 중요한 國家的 價値 概念으로 상정되어 있

Staatszwecke im Verfassungsstaat, *VVDStRL* 48, 1990; Martens W., *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969; Nelson, *Theorie des wahren Interesse*, 2 Aufl. 1936; Orth/Fisch, *Interesse*, in: Brunner/ Conze/ Kosellek(Hg.), *Geschliche Grundbegriffe* III, 1982; Ryffel, u.a., *Wohl der Allgemeinheit und öffentliches Interesse*(Speyer Schr.39) 1968; Schubert G., *The public interest*, 1962; Steiger, Zur Entscheidung kollidierender öffentlicher Interessen bei der politischen Planung als rechtlichem Problem, in: *FS Wolff*; Stettner, Gemeinwohl und Minimalkonsens, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 28, 1978; Stettner, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, *Verw-Arch* 15, 1974; v. Zezschwitz, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff (Diss. jur. Marburg), 1969; Thomas Läufer, "Gemeinwohl" und "öffentliches Interesse" summarische Wertsetzung oder unverzichtbare Rechtsprechungshilfe, *JuS* 1975 Heft 11; Peter Häberle, Besprechungen Das Gemeinwohl als Schrankenschanke, *AöR* 1970; Michael Stolleis, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, *Verwaltungsarchiv*, 65 Bd. Heft 1, 1974 등 참조.

- 3) 우리나라의 경우 公法學에서의 公益 論議는 주로 土地公概念 논의와 관련하여 이루어져 왔고 일반적 公益 자체를 학문적 관심의 대상으로 한 경우는 비교적 드물다. 徐元宇, '行政法에 있어서의 公益概念', *行政學의 諸問題*, 청계 박문옥 박사 화갑기념논문집, 신천사, 1986; 金南辰, '行政에 있어서의 公益', *行政法의 기본문제*, 경문사, 1989; 金文顯, '우리 헌법상의 토지공개념', *韓國土地開發公社, 土地開發* 1989. 4; 金相容, '土地公概念과 그 실천', *韓國土地開發公社, 土地開發* 1989. 4; 金鐵容, '토지의 공개념에 관한 검토', *대한변호사협회회지* 1978. 10; 李康嫻, '基本權과 公共利益', *고시연구*, 1978. 5; 이태제, '토지소유권의 특성과 토지공개념', *韓國土地開發公社, 土地開發* 1989. 4; 曹圭昌, '土地公概念의 모호성', *월간고시* 1985. 1; 허재영, '토지공개념의 확대도입방안', *大韓辯護士協會, 인권과 정의* 1989. 7, 許營, '土地公概念有感', *法律新聞* 1989. 5. 18. 등 참조.
- 4) Peter Häberle, *Die Gemeinwohlproblematik in Rechtswissenschaftlicher Sicht*, *Rechtstheorie* 14, 1983, S. 282 참조.
- 5) 이러한 변화된 상황하에서 비로소 公益은 法的 問題로서 적절히 논의될 수 있을 것이다. Michael Stolleis, *aaO*, S. 28.
- 6) 물론 憲法이 공익이라는 용어를 직접 사용하고 있는 것은 아니다. 그러나 헌법 제37조 제2항, 그리고 제23조 제2항의 公共福利, 제23조 제3항의 公共의 必要, 제77조의 公共의

다.⁷⁾ 그러나 공익 개념 일반이 가지는 法的 含意와 그와 관련된 문제의식이 가장 첨예하게 나타나는 분야는 역시 行政法 分野라 할 수 있다. 憲法이 공익 개념에서 가지는 문제상황은 다양한 행정상황이 공익 개념과 관련하여 가지는 변화무쌍한 法現象의 한 유형을 형성할 뿐이다. 憲法은 國家의 根本秩序를 규정하고 있으므로 헌법이 想定하는 공익 개념이 행정법적 공익 개념을 구속하고 규정지을 수 있다는 점에서 헌법적 공익 개념의 특성이 나타날 수도 있다. 그러나 이러한 차원의 憲法의 公益 概念의 특성도 헌법이 규정하는 바의 공익 개념이 一義的으로 해석될 수 있다는 前提 하에서 가능한 것이다. 이미 憲法 자신이 표현하고 있는 공익 관련 개념 상호 간에도 반드시 統合的 法解釋이 가능하다고 보여지지 않을 뿐 아니라 헌법상의 공익 관련 개념은 그것이 개념 규정상 이미 결정되어 있는 것이 아니라 그 概念의 適用과 관련되는 事實學的 所與와 관련하여 개방되어 있는 개념으로 관념하여야 할 것이다.⁸⁾ 憲法이 一義的인 공익 개념을 전제로 제정되었고 그것을 기준으로 각종의 行政法規 상의 공익 개념이 구속을 받는다고 하는 것은 비현실적일 뿐 아니라 부적절한 概念論理에 불과하다.⁹⁾

이렇게 이해할 때, 公益 概念의 究明은 오히려 구체적인 행정현실과 부딪히는 행정법학의 주된 임무라고 하지 않을 수 없다. 헌법을 行政法의 法源의 하나로 인식하는 보편적인 사고에 입각하더라도 공익 관념을, 헌법규범을 그 하나의 法源으로 포함하는 행정법의 지평에서 검토하는 것이 가장 적절한 態度가 아닌가 생각한다.¹⁰⁾

本稿는 이상과 같은 관점에서 공익 개념을 법문제화하고 그를 통하여 공익판단의 정당성을 확보하기 위하여, 행정법학의 차원에서 공익 문제의 논의의 방향을 정립하는 것을 목표로 하고 있다.

II. 公益 概念의 行政法的 含意

安寧秩序 등의 개념은 用語法의 차원을 넘어 공익 개념 그 자체를 말하고 있다고 보아도 무방할 것이다.

- 7) 나아가서 憲法 자신이 개방된 公益의 과정이라고 할 수도 있을 것이다. Thomas Läufer, *aaO*, S. 691.
- 8) Häberle는 공공성의 본질을 사실적 규범적 요소의 구속 즉, 소여(Gegebenheit)와 지향성(Aufgegebenheit)의 구속에 있다고 한다. Peter Häberle, "Öffentliches Interesse" als juristisches Problem, 1970, S. 21.
- 9) 이런 관점에서 보면 公益은 憲法的으로 전제되었다기보다는 具體化로의 과제가 부과된 것이다. Peter Häberle, Die Gemeinwohlproblematik in Rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtstheorie* 14, 1983, S. 284.
- 10) 사실 公益의 문제는 憲法과 立法 사이의 문제라고 할 수 있다. Peter Häberle, "Gemeinwohljudikatur" und Bundesverfassungsgericht—Öffentliches Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG, *AöR* 1970 Heft 2, S. 295.

行政의 가장 중요한 概念 徵表의 하나로 지칭되는 것이 행정의 ‘公益指向性’이라고 할 수 있다. 전통적인 三權分立理論 하에서 행정은 制定된 법을 집행하는 작용으로 觀念되고 있으나 立法이 언제나 公益을 명확한 형태로 제시하지 못하기 때문에 행정활동은 法解釋의 테두리 안에서 행정청의 公益判斷을 전제로 수행되게 된다. 다르게 말하면 행정법규의 해석에 있어서 公益合致的 解釋과 適用은 어느 경우에도 行政廳의 義務로 요구되는 사항이라고 할 수 있다. 또한 공익합치적 활동이 행정의 의무라고 할 때, 그 義務의 준수 여부는 행정법의 중요한 관심사항이 되며 나아가 그와 같은 행정청의 의무를 이행하지 못함으로 인하여 자신의 권익을 침해 받은 자는 자신의 權益을 지키기 위하여 公益 違反을 이유로 하는 爭訟을 제기할 수 있게 된다는 것을 의미한다.¹¹⁾

이렇게 보면 行政法的 判斷 즉, 행정법의 해석과 적용에 있어서의 公益指向은 행정법의 topos가 되며 따라서 이를 행정법의 일반원리라고 말할 수 있다고 생각한다.¹²⁾ 행정청에게 공익 지향의 義務가 있다고 보는 한, 公益判斷의 問題는 단순한 行政의 政策的 判斷의 問題가 아니라 法的 判斷의 問題가 되는 것이다. 그러므로 法律要件 규정에 있어서의 不確定法概念에서 公益 判斷을 그르친 경우에는 그것이 判斷餘地에 해당되지 않는 한, 公益 概念은 司法審査의 대상이 된다.¹³⁾ 또한, 法律效果 규정에 있어서 裁量領域에서의 行政法的 判斷에서 公益 指向이 실패한 경우 그것은 行政目的을 위반한 것이 되고 행정 목적 위반 행위는 소위 ‘不當’ 한 것으로 지칭되어 진다. 그런데, 目的違反(Unzweckmäßigkeit)이 재량영역을 벗어날 정도에 이른 경우에는 그것은 재량권의 逸脫·濫用으로서의 違法을 구성할 수도 있다.¹⁴⁾ 이러한 점에서 행정활동의 공익지향성은 중요한 規範의 意味를 가지는 것이고 그 규범적 의미를 고려하여 ‘公益의 原則’이라는 하나의 法的 一般原則의 존재를 인정할 수 있다고 보는 것이다.

이처럼 公益 問題는 행정법현상에 普遍的인 것이고 구체적으로 ‘公益’이라는 立法 文言이 채택된 경우에만 문제시되는 것은 아니다. 예컨대 公共機關의 情報公開에 관한 法律의 경우 公益이라는 용어가 널리 立法 文言으로 채택되어 있지 않다 하더라도 公開 및 非公開 여부의 결정은 公益判斷 사항에 해당하는 것이다. 그러므로 公益의 原則은 행정법의 ‘一般’原則의 하나라고 할 수 있을 것이다. 그러나 모든 行政的 判斷에서 고려되어야 할 보편적인 法的 規律要素로서의 ‘公益’이 아니라 구체적

11) 이러한 관점에서 公益은 法原理(Rechtsprinzip), 法規(Rechtssatz), 法토포스(Rechtstopos)의 성격을 가진다고 할 수 있다. Peter Häberle, Die Gemeinwohlproblematik in Rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtstheorie* 14, 1983, S. 281 참조.

12) Id.

13) Thomas Läufer, *aaO*, S. 690.

14) 金道昶, 一般 行政法論(上), 1994, 136면 註2 참조.

인 實體判斷要素로서 공익판단이 全面에 등장하는 경우도 행정법질서에서는 흔하게 나타난다. 이것은 公益 또는 공익과 類似한 개념을 표시하는 用語가 立法文言으로서 구체적인 법규에서 채택된 경우이다.

행정법의 一般原則으로서의 ‘公益의 原則’이 매우 보편적인 의미의 것이고 一般的 公益(allgemeine öffentlichen Interessen)의 의미를 가지기 쉬운 속성이 있을 뿐 아니라 그 規範拘束의 테두리를 넓게 잡고 있음에 반하여, 立法 文言으로 채택된 공익 또는 공익 관련 개념의 문제는 關聯 行政事案에 보다 직접적인 의미를 가짐과 동시에 구체적인 행정현상에서의 特殊的(또는 特殊한) 公益(besondere öffentliche Interessen)으로서의 성격이 강할 뿐 아니라 그 規範拘束의 性格 또한 直接的, 制限的인 것이다.¹⁵⁾

그런데 公益 또는 公益 關聯 概念(예컨대, 公共福利, 公共의 安寧秩序, 公共必要, 公共福祉 등)은 행정법규의 增大와 아울러 점차 늘어나고 있는 실정이다. 立法者로서는 행정적 판단에 완전히 맡겨버릴 수도 없고 그렇다고 하여 具體的인 規律을 하기도 어려운 公益判斷 事項에 대해 ‘公益에 適合’하게 하여야 한다는 등의 가벼운 規範的 베일을 가려 놓음으로써 行政廳에게 약한 規範的 拘束을 부여하고자 하는 경우가 많을 것이다.¹⁶⁾ 이와 같은 경우에 關聯 事案에 대한 公益判斷은 행정청의 몫이 되지만 ‘公益’이라는 法文言을 근거로 하여 司法的 判斷이 가능하게 된다. 물론 공익 또는 공익 관련 개념이 法文言上 명확히 등장하지 않는다고 하여 法院의 공익에 대한 司法的 判斷이 전혀 불가능한 것은 아니지만, 입법 문언에서 明白히 表現된 공익 또는 공익관련 개념은 그 context가 제공하는 論證的 所與로 인하여 더욱 구체적인 法判斷을 가능하게 한다.

이처럼 公益은 普遍的인 의미에서든 특별한 의미에서든 중요한 행정법적 판단의 대상이 됨에도 불구하고 지금까지의 法的 判斷의 過程에서 度外視되어 왔다.

III. 公益 概念의 意味와 用語法

1. 用語法의 概要

우리나라의 立法과 判例에 있어서의 ‘公益’개념과 관련된 用語로는 ‘公益’, ‘公共利益’, ‘公共福利’, ‘公共福祉’, ‘公共性’ 등이 있다. ‘公益’, ‘公共利益’, ‘公共福利’, ‘公共福祉’ 등은 廣義의 ‘公益’ 개념에 해당한다고 보아 무방한 것으로 이해되고 있으나 실제적인 용어법은 입법 또는 관례의 구체적인 맥락에 따라서 조금씩 다르다. 憲法 제

15) H. Wolff/O. Bachof/R. Stober, *Verwaltungsrecht* 1, 1994, SS. 341-343.

16) Peter Häberle, *Besprechungen Das Gemeinwohl als Schrankenschanke*, AöR 1970, S. 28.

37조, 제23조 등이 ‘公共福利’라는 용어를 사용하고 있는 것 등과 무관하지 않게, ‘公共福利’는 보다 一般的인 性格의 公益의 意味로 이해되고 있는 것 같다.¹⁷⁾ 한편 ‘公共福祉’는 ‘公共福利’에 비해 立法文言으로서는 드물게 사용되고 있는 편인데 대체로 그 용례는 ‘公共福利’와 유사하지만 때로는 ‘公益’이라는 문언보다도 特殊化된 意味로 사용되고 있는 경우도 없지 않다.¹⁸⁾ ‘公共의 福祉’라는 용어는 日本 憲法 제12조, 제13조에서 사용되고 있을 뿐 아니라 일본헌법에 있어서는 보편적인 용어로 사용되고 있는 것 같다.¹⁹⁾ 또한, 가장 普遍的인 用語로서의 ‘公益’은 매우 다양한 상황에서 사용되어, 하나하나의 ‘公益’이라는 문언은 그 추상성의 정도, 관련되는 공공성의 성격, 관련 영역 등이 다르기 때문에 統一的인 脈絡에서 사용되고 있다고 보기는 어렵다.

한편 行政法上的의 公益 概念의 연구대상은 입법과 관례에서 이러한 용어들을 사용하고 있는 경우만으로 국한시킬 수는 없을 것이다. 이들 용어를 사용하지 않았다고 하더라도 법적 판단에 있어서 公益觀을 背景으로 하는 경우는 헤아릴 수 없이 많다. 그런데 대개의 경우 ‘公益’概念의 認識과 깊은 관련이 있는 것은 ‘公共性’概念이라고 생각된다. 公共性 概念과 公益의 關係는 단순한 用語法의 次元을 넘는 문제이니 만큼 항목을 바꾸어 검토하기로 한다.

끝으로, 우리나라의 公益概念에 대한 用語法은 美國의 Public Interest Law에서 말하는 Public Interest²⁰⁾와는 다르고 오히려 獨逸式의 öffentliches Interesse에 유사하다고 보여진다. 英美의 公益法 논의에서 말하는 Public Interest는 사회적 약자의 보호라는 차원에서 논의되는 것으로 독일식의 공익개념 중 特殊的 公益의 하나로 이해될 수 있을 것이다. 다만 英美의 政治學·行政學의 문헌에 나타나는 공익(Public Interest) 개념은 Public Interest Law에서 말하는 공익과는 달리 一般的인 意味로 사용되고 있다.²¹⁾

2. 公共性和 公益 概念의 多樣性

17) 公衆衛生法 제1조, 交通安全法 제1조, 國土利用管理法 제1조의2, 都市計劃法 제1조 등 참조.

18) 남너고용평등법 제13조의 公共福祉施設 등의 用例에서 그 실례를 찾아볼 수 있다.

19) 日本法社會學會(編), 公共의福祉, 有斐閣, 1968, 179-181頁 참조.

20) 이러한 의미에서의 公益(Public Interest)에 대해서 미국의 Breyer와 Stewart는 다음과 같이 기술하고 있다. “公益이란, 행정기관의 여러 政策에 그들 相互 利害關係를 같이하여, 行政節次에 있어서 산업체, 노동조합 기타의 조직화된 경제적 제이익단체들과 같이 實效적으로 參與할 수 있을 만큼 충분히 組織化 되어 있지 못한 수많은 個人(소비자, 소수민족, 환경의 질과 관계있는 사람 등)들이 가지는 利益을 말한다” Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 2nd ed. (1985), p. 1185.

21) 예컨대, Richard A. Flathman, *The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics*(1966) 등 참조.

우리나라의 ‘公益’개념의 이해는 입법, 판례의 용어법에서 쉽사리 결정되어지지 않는다. 오히려 公益과 私益의 구분은 바로 어떠한 이익이 公共性을 가지고 있는가의 여부에 따라 이루어지는 것이 보통이다. 그러나 ‘公共性’이라는 말처럼 多義的인 用語도 그다지 흔하지 않을 것이다.²²⁾ 실제 입법과 판례의 용어 사용례에서도 ‘公共性’은 매우 多樣한 여러 가지 상황에서 사용되고 있다. 즉, 公共性은 國家目的이나 利益과 관련하여 사용될 때도 있고 국가보다는 하위단위인 地方自治團體의 目的이나 利益과 관련하여 사용될 수도 있으며 특별히 그러한 공동체를 전제하지 않고서 一般的인 不特定多數의 公衆과의 相關성만을 의미하는 때도 있다. 때로는 個人的 事案이라 할지라도 그것이 客觀的 社會秩序에 영향을 미칠 때에는 公共性이 있는 것으로 취급되는 경우도 있다. 또한, 오늘날의 公共性은 公共性의 밀도와 공공의 영역, 공공의 일반성의 정도 등에 따라 여러 가지 의미로 파악될 수 있다. 이와 같이 공공성이 多樣한 水準에서 언급되고 있는 것은, 사회의 분화, 발전에 따라 ‘公共’의 概念도 多樣化되고 또한 그 ‘公共’의 내용도 靜態的으로 前提되는 것이라기보다는 動態的으로 決定되어져 가는 국면이 많아지고 있다는 것을 의미한다.²³⁾

이처럼 公共性의 개념을 다양한 차원, 여러 수준에서 파악할 수 있다고 한다면 公益 역시 그러하다고 하여야 할 것이다. ‘公益’ 또는 그 類似用語로 표현되는 개념은 그 용어법의 맥락에 따라 여러 가지 차원에서 이해될 수 있다. 따라서 오늘날 ‘公益’은 반드시 ‘國益’만을 의미하는 것이 아니다. 이제 國家가 社會 全領域을 지배하던 시대는 지나가고 있다. 국가는 여전히 사회의 전영역을 조정하고 이끌어 가는 역할을 수행할 것이지만 社會 各領域의 自律性을 무시하고 國家的 利益을 강요할 수 있는 시대는 지나가고 있는 것이다. 따라서 ‘公益’은 여러 차원에서 논의되어지는 것이며 法的인 觀點에서 보면 이제 公益과 私益의 比較衡量만이 문제가 되는 것이 아니라 公益과 公益 간의 비교형량도 중요한 법적 문제가 된다.

이 때문에 公益 概念의 분류가 필요하게 된다. 公益判斷의 고려범위에 따라서 공익은 一般的 공익과 特殊的 公益으로 나눌 수 있을 것이다.²⁴⁾ 그러나 실제로는 公益의 一般化의 정도는 千差萬別일 것이다. 또 특수적 공익은 그 공익의 타당범위에 따라 다양한 部門別, 領域別 公益으로 나누어 질 수 있다. 또한 公益 가운데에는 보다 중요하게 여겨지는 것이 있는가 하면 다소 중요도가 떨어지는 공익도 있을

22) 公共性(Öffentlichkeit)이라는 말의 의미는 아마도 그 시대의 歷史的 狀況과 脈絡에 비추어 이해되어야 할 것이다. 예컨대 Smend, Habermas 등에 의한 公共性의 構造變化 논의는 公共性 概念에 관해 오늘날 가장 의미 깊은 시사점을 던져주고 있다. 유럽에서의 Öffentlichkeit의 概念史的 考察에 대해서 Otto Brunner(Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* Bd. 4 (1978), 413ff.

23) 徐元宇, “社會國家原理와 公法理論의 새로운 傾向—이른바 ‘公概念’論議의 展開와 관련하여”, 現代法學의 諸問題(徐燉珪博士華甲記念論文集), 1981, 103-125면 참조.

24) Wolff/Bachof/Stober, *aaO.* SS. 341-343.

수 있다. 이처럼 公益의 多樣性을 인정하게 되면 공익판단은 언제나 正當한 하나의 前提를 발견하는 것이 아니라 그 공익판단이 要求되는 狀況에서의 適切한 公益決定의 의미로 전화하게 된다.²⁵⁾ 물론 이 경우에 가장 抽象化되고 一般化된 공익이 특정 상황에서의 公益을 교정할 最終인 基準으로 존재하게 된다. 이렇게 보면 공익은 구체적으로 결정되기 전까지는 감추어진 것이요 具體的인 公益判斷을 통하여 그 모습을 세상에 드러내게 되는 것이다.

3. 眞正한 公益의 前提

앞에서 살펴 본 바와 같이 오늘날의 狀況이 潛在的 公益觀²⁶⁾의 등장을 자극하는 것이 사실이지만, 오늘에 있어서도 여전히 規準的 意味에서의 공익²⁷⁾에 대한 요구는 강하다. 공익이 具體的 利益狀況에 따라 결정된다고 할 때, 그러한 공익결정이 正當한 것인가 하는 문제는 여전히 남게 된다. 법질서의 단계구조가 헌법-법률-명령-자치법규 등으로 구성되는 것처럼 공익의 결정에 있어서도 이러한 법적 단계구조 안에서 이미 결정되어 있는 規範적 요소를 부인할 수가 없다. 따라서 공익결정의 正當성은 심사되어야 하고 심사될 수 있다. 이와 같이 공익결정의 正當성이 심사가능하다면 그 심사의 기준이 될 ‘오류없는 공익’을 전제할 필요성이 생긴다.²⁸⁾ 더구나 오늘날과 같이 매스미디어나 재벌 등 사회, 경제적 제세력들에 의한 공익결정구조에 대한 영향력이 큰 시대에 있어서 공익결정에 대한 規準的 判斷은 공익결정의 정치과정에서 소외된 소수자들의 보호를 위해 절대 필요하다.²⁹⁾ 그러나

25) 公益의 多樣性을 인정할 때, 利己的인 私益이 어떠한 과정을 통해 公益으로 認定될 수 있는가 하는 문제와 그것이 또한 진정한 多數利益을 代辯할 수 있는가 하는 것 그리고 組織化되지 않은 이익은 어떻게 대변되는가 하는 것이 문제점으로 제기된다. Virginia Held, *The Public Interest and Individual Interest*(1970), pp. 210-211.

26) 潛在的 公益觀이란, 公益을 先驗的으로 주어진 것으로 또는 規準的인 意味로 존재하는 것으로 前提하는 것이 아니라, 社會 諸利益의 比較衡量 가운데에서 公的인 것으로 승인된 이익으로 이해하는 공익관이다. Walter Schmidt, *Bürgerinitiativen —politische Willensbildung— Staatsgewalt*, JZ(1978), S. 295 Walter Schmidt, *Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung. Zur Lage der zweiten Gewalt*, VVDStRL 33 (1975), S. 195 참조.

27) 規準的 意味의 公益(Maßgebende öffentliche Interesse)이란 實體的 公益 觀念의 存在를 전제하고 그러한 實體的 公益 觀念의 明確化,純粹化를 중요과제로 삼는 公益觀에 입각한 공익을 말한다. Wolff/Bachof/Stober에 의하면 이러한 規準的 公益은 實定法 規定 안에서 발견할 수 있다고 한다. Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *aaO.* S. 344 참조. 이러한 공익관은 다분히 概念實在論의 경향을 가진다는 점이 중요한 의미를 가진다. 이에 비해 潛在的 公益觀은 唯名論의 입장과 一脈相通한다.

28) Wolff/Bachof/Stober, *aaO.* SS. 340-341 참조.

29) 이것이 바로 美國의 公益法의 주안점이며 美國行政法의 중요 테마이기도 하다. Weisbrod, *Public Interest Law*(1978), pp. 28-29; Stephen G. Breyer & Richard B. Stewart, *op. cit.*, Ch.10 Public Interest Administrative Law: Representation and

과연 ‘誤謬없는 客觀적이고 規準적인 公益’이란 존재하는 것인가? ‘普遍妥當한 公益’이란 존재하는 것일까? 이 문제는 중세시대의 普遍論爭 만큼이나 중대한 철학적 논의를 요구하는 것이다. 또한 마치 法實證主義와 自然法論의 대립만큼이나 해소되기 어려운 문제이다. 그러나 현실적인 측면에서 볼 때, 적극적인 의미내용을 가진 ‘誤謬없는 公益’ 또는 ‘眞正한 公益’의 존재 자체에는 논란의 여지가 있을지라도 消極적인 意味 즉, 어떠한 공익결정은 共同體의 普遍的 價値에 비추어 받아들여질 수 없다는 의미에서의 否定的인 普遍的 公益의 存在는 부인되기 어려울 것으로 본다. 요컨대 오늘날의 潛在的 公益觀에 입각한다고 하더라도 공익을 단순히 空虛한 形式 (Leerformel)에 불과한 것으로 이해할 수는 없는 것이다.³⁰⁾

4. 公益과 私益의 區分

公益의 多樣性을 極端적으로 인정하게 되면 한 개인의 私益도 그것이 共同體의 秩序와 연관되는 한 公益的 性格을 가질 수 있다.³¹⁾ 그러나 公益은 私益의 對立概念으로 존재하는 것이므로 공익과 사익의 구분 자체를 개념적으로 붕괴시키는 것은 오늘날의 法律思潮에서 비추어 보면 매우 위험하다.³²⁾ 오히려 公益概念은 私益과의 對立과 비교에서부터 그 개념적 존재의의를 가지는 것이고 또한 그의 유용한 개념 징표를 보여주게 된다.

직어도 法學의 觀點에서 보는 한, 公益은 범질서가 지향하거나 보호하거나 조장하는 團體的 利益이다. 직접, 또는 간접으로 客觀的 法秩序와 關聯되는 이익이 공익이라고 할 수 있다. 요컨대 公益은 객관적 범질서의 價値概念을 형성하고 있는 것이다. 이 점에서 범질서의 主觀的 側面에 중점이 두어져 있는 개인적 이익으로서의 私益과는 일응 구분된다. 따라서 특정한 私人에게는 동일한 이익상황이라 하더라도 그것을 주관적인 관점에서 파악하는가 아니면 객관적인 범질서의 관점에서 파악하는가에 따라, 私益의 範疇에 속할 수도 있고 公益으로 취급될 수도 있는 것이다.

그런데, 公益과 객관적 범질서 특히 司法的 秩序와의 관련은 단순하지 않다. 첫째로, 단순히 객관적 범질서의 목표로 설정된 공익개념은 司法的 機能의 측면에서 보면 간접적인 연관만을 가지는 것이다. 둘째로, 法的 保護對象으로 설정된 公益은

Disclosure 참조.

30) Wolff/Bachof/Stober, aaO., S. 341.

31) 이러한 맥락에서 W. Leisner는 ‘公益으로서의 私益(Privatinteressen als öffentliches Interesse)’을 논하고 있다. W. Leisner, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970, S. 217ff.

32) 私益의 無原則인 公益化는 법치국가적 예견가능성을 해치며 법치국가를 위태롭게 할 가능성이 있다. 따라서 私益의 公益化에는 일정한 法的 規律이 필요하며 이를 위해 立法과 判例는 명확한 기준제시를 하여야 할 것이다. 徐元宇, 前揭論文, 135-136면 참조.

法的 秩序와 보다 직접적인 연관을 가진다. 그것은 때로는 私益과는 다른 法的 特殊取扱을 의미하기도 하고, 私益에 대한 限界設定을 의미하기도 한다. 다만 첫 번째의 것과 두 번째의 것의 구별은 반드시 명확한 것은 아니다. 行政에 있어서 公益의 追求는 一般的인 法原理로서의 성격을 가지고 있기 때문에 법질서의 목표로 설정된 공익도 그 침해에 대해서는 법질서에 의해 보호되기 때문이다. 양자의 구별은 보호의 가능성에 있다기보다는 그 實際의인 機能에 있다고 보아야 할 것이다.³³⁾ 한편 公益이 法的 保護對象이 된다는 것의 의미는 私益이 法的 保護對象이 된다는 의미와는 다를 수 있다. 私益이 법적 보호대상이 된다는 것은 위법한 행정활동에 의한 사익침해에 대해 出訴權이 보장된다는 구체적인 의미가 있으나 공익이 법적 보호대상이 된다는 것은, 대개 行政訴訟上 原告適格이 보장된다는 의미의 訴訟法的 성격을 가지는 것은 아니다. 공익의 보호는 행정청의 행정작용 등 국가작용에 달려있는 까닭에 원칙적으로는 訴訟의 手段으로 보호받을 필요가 없기 때문이다. 그러나 國家 이외의 行政主體 예컨대 지방자치단체나 공공조합 등에 의해 대변되는 공익의 경우 국가의 행정권에 대해 그 보호를 위한 소송가능성이 부여되는 경우가 있다.³⁴⁾ 이 경우는 公益이 私益과 같은 의미에서 法的 保護의 對象이 될 수 있는 것이다.

5. 一般的 公益과 特殊한 公益

사회가 分化, 發展되고, 公共性 역시 여러 社會的 領域에서 인정될 수 있는 것이라고 한다해도 사회의 각 영역은 서로 깊은 연관을 가질 수밖에 없는 것이므로 統合的인 利益判斷의 필요성이 있게 된다. 따라서 特殊화된 公益이 있으면 그에 비해 보다 一般화된 公益이 있게 마련이다. 이러한 일반화와 특수화의 관계는 단일국가의 部分과 全體의 사이에서만 발견되는 것이 아니라 오늘날의 국제화 시대에 있어서 國際社會와 個別國家 사이에서도 존재할 수 있는 것이다. 또한 우리 시대 안에서의 일반화와 특수화만이 문제되는 것이 아니라 將來世代의 利益까지도 고려한 의미에서의 일반화와 특수화도 역시 가능한 것이다.

대체적으로 一般的 公益은 特殊的(또는 特殊한) 公益에 비해 우월적 입장에 서게 될 것이다. 局部的 領域에서 공익으로 인정받는 것은 보다 普遍的 次元에서 공익으로 인정받는 것에게 그 자리를 양보하여야 한다. 그러나 일반화된 공익이 언제나 특수화된 공익보다 優先的 位置를 차지하는 것이라고 斷言할 수는 없다. 마치 共同體 全體의 관점에서의 가치판단이 한 個人의 尊嚴과 價値를 언제나 앞지를 수 없는 것처럼 일반화된 공익은 때로는 특수화된 공익에게 그 優先順位를 양보하여야 할

33) Walter Leisner, Erlangen, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV, April 1970, 217ff.

34) 地方自治法 제157조 등.

경우도 있을 것이다. 各 領域의 自律性을 인정하는 民主社會에 있어서는 사회 각 영역간의 관계에서 그 타당근거를 가지는 一般의 公益을 개별영역에 타당한 특수적 공익에 優先시키는 것이 반드시 적절하지만은 않은 상황이 얼마든지 발견될 수 있는 것이다. 요컨대 사회 각 영역의 領域主權을 인정할 필요가 있는 範圍 안에서 일반적 공익은 특수적 공익의 뒷자리에 위치할 수도 있는 것이다. 이것은 公益과 私益이 대립되는 경우에 언제나 공익이 우선시되어야 하는 것은 아니라는 것과 같은 이치라고 할 것이다.

6. 公益의 主體

모든 利益에는 享有者가 있기 마련이다. 그렇다면 公益의 享有者 곧, 公益의 主體는 누구라고 할 수 있는가.³⁵⁾ 公益의 多樣性을 인정한다면 공익의 주체 역시 다양한 형태로 존재할 수 있음을 부인할 수 없다. 공익이 국익의 의미로 이해될 때, 공익의 주체는 國民全體가 될 것이다. 한편 공익이 特定 地方自治團體의 利益의 의미로 이해될 때, 공익의 주체는 특정 지방자치단체의 住民全體가 될 것이다. 이와 같이 공익의 주체를 어느 정도 확정할 수 있는 공익도 있지만 때로는 공익의 주체 자체가 概念上 明確히 特定化될 수 없는 경우도 있을 수 있다.

이렇게 공익의 주체를 따져보는 것은 公益 간의 衝突이 있을 때의 利益狀況을 분석하는데 도움을 준다. 特定 地方自治團體의 利益과 國家의 利益이 충돌할 수도 있고 特定 國家의 利益과 國際社會의 利益이 충돌할 수도 있다. 現在 世代의 이익과 將來世代의 이익이 충돌할 수도 있다. 이와 같이 공익 상호 간의 충돌이 있는 경우에는 政治的, 法的 過程에서의 利益衡量이 필요하게 된다.³⁶⁾

IV. 公益判斷의 性格과 內容

1. 公益은 認識의 對象인가 決定의 對象인가?

‘公益’개념은 法體系에 있어서 해명하기 쉽지 않은 근본적인 가치개념의 하나라고 사료된다. 어떻게 보면 國家의 存在 자체가 이미 ‘公益’指向性을 내포하고 있다고 하여야 할 것이다. 그러므로 이러한 本質的 概念으로서의 公益의 意味內容은 쉽사리 정의하기 힘들 뿐 아니라 相對主義 價値觀을 옹호하는 한, 一義的인 意味의 제시가 반드시 소망스럽지도 않다. 그렇다면 공익판단이란 도대체 어떤 의미가 있는 것인가? 客觀的 價値의 存在를 신봉하는 사람, 요컨대 絕對價値의 존재를 어떠한 형태로든 시인하는 사람의 경우, 공익에 있어서도 客觀的으로 認識할 수 있는 公益,

35) Wolff/Bachof/Stober, aaO. SS. 340-341 참조.

36) Ibid., S. 343 참조.

누구에게나 받아들여질 수 있는 客觀的 價値體系로서의 公益의 존재를 인정한다. 이러한 부류의 사람들에게 있어서는 공익판단의 문제는 認識論的인 문제로서 公益은 誤謬없는 認識의 대상이 되어야 한다고 할 것이다.³⁷⁾ 그러나 客觀的 價値의 존재에 대한 신뢰를 가지고 있지 않은 사람들에게 있어서는 ‘公益’과 같은 不確定的인 概念의 의미내용은 인식되어지기보다는 正當하게 決定되어져야 하는 것이라고 할 것이다. 마치 自然法思想과 法實證主義가 법철학에 있어서의 辨證法的 發展의 양계기로 작용해 왔던 것처럼 공익판단에 있어서의 認識論的 理解와 決斷論的 理解는 어느 쪽도 포기될 수 없는, 공익판단에 있어서의 양 축이라 할 수 있다. 그러나 오늘날과 같이 價値의 多樣性이 주요한 사회적 특징으로 등장하고 있는 시대에 있어서는 아 프리오리한 客觀的 公益에 대한 신념은 빛이 바래기 마련이다. 따라서 오늘날의 公益判斷이 결단론적인 공익이해에 傾倒하고 소위 潛在的 公益觀이 풍미하는 것은 충분히 이해할 만하다. 그러나 그렇다고 하여 오늘날의 공익판단에 있어서 客觀的 公益의 존재가능성을 도외시하여도 좋은 것인가? 요컨대 공익은 實證的으로 決斷됨에 그치는 것인가? 그렇지 않다. 공익판단이 결단에 의한 公益決定의 意味를 가진다고 하더라도 그 결정 역시 일정한 認識 및 考慮範圍의 토대 위에서 이루어지는 것이다. 사람들의 결단이 서로 상이한 것은 상당부분 사람들의 認識이 서로 다르기 때문이기도 하다. 요컨대 결단이 正確한 認識 및 妥當한 考慮範圍에 기초하고 있지 않다면 그 결단은 誤謬일 수 있는 것이다. 이러한 점에서 적어도 潛在的 公益觀 하에서 公益判斷의 부적절성을 지적하는 否定的 機能 또는 拒否機能을 가지는 객관적 공익의 존재를 완전히 부인하기 어려울 것이다. 하물며 인류 보편의 가치를 신봉하는 사람들에게 있어서는 객관적 공익은 그림자 아닌 實體로서 당당히 嚴存하는 것이며 이러한 가치관 하에서는 공익판단은 그러한 實體的 價値의 具現形態로서 발견되고 인식되어져야 할 문제로 대두된다.

2. 公益判斷에 있어서의 機能配分

전통적으로는 公益判斷은 行政過程에 관련되는 문제로만 이해되어 왔고 우리나라의 경우 法規가 ‘公益’이라는 文言을 사용하고 있는 때에는 실질적으로 공익판단을 法規를 執行하는 行政廳에 맡긴다는 의미로 이해하는 것이 보통이었다. 그러나 法理論的으로 보면 공익판단은 행정청에 의해 專斷될 사항이 아니라 立法府, 司法府, 行政府 모두의 기능과 관련되어 있다는 점을 쉽게 확인할 수 있다. 우선, 우리 憲法 제37조의 法律留保條項은 國民의 自由와 權利를 制限할 때에 그 制限의 根據가 되는 價値로 公共福利를 제시하고 있기 때문에 그에 관한 法規의 制定은 공공복리

37) Wolff/Bachof/Stober가 말하는 *Wahre öffentliche Gemeininteressen*과 같은 것이 바로 이러한 發想에서 나온 概念이라 할 것이다. *Ibid.*, S. 341.

라는 가치에 적합하게 이루어져야 한다는 점에서 立法作用에 있어서도 공익판단이 중요한 의의를 가진다는 점³⁸⁾을 쉽사리 확인할 수 있으며 또한 行政廳에 의한 잘못된 공익판단은 司法的 統制의 대상이 된다는 점에서 司法府도 공익판단에 있어서 일정한 기능을 하고 있음³⁹⁾을 알 수 있다.

이와 같이 법이론상 공익판단은 입법, 행정, 사법의 모든 작용과 관련을 가지고 있으나 각각의 경우 그 關聯性의 意味는 다소 相異한 측면이 있다. 먼저 입법작용은 憲法上의 價値判斷의 許容範圍 안에서 공익판단을 행한다. 입법에 의한 공익판단의 구체화의 정도는 각각의 경우에 따라서 다를 것이다. 대개 ‘公益’, ‘公共福利’ 등 추상적 용어가 사용될수록 공익판단은 추상적인 차원에서 머무르고 구체적 판단은 집행과정에 맡겨지게 된다. 입법작용에 의한 공익판단은 本質的으로 形成的이고 決斷論的 側面이 강하게 나타난다. 그러나 憲法의 테두리 안에서 그리고 事物의 本性의 범위 안에서 공익판단이 이루어져야 한다는 점에서 確認的, 認識論的 측면이 있음을 부인하기 어렵다.

다음으로 行政에 의한 공익판단은 입법에 의한 공익판단이 밝히지 못한 부분을 具體化하는 의미가 있다. 公益, 公共福利, 公共福祉 등의 입법문언이 채택된 경우의 대부분에 있어서 입법에 의한 공익판단이 거의 이루어지지 않은 것이 보통이다. 행정에 의한 공익판단에 있어서 행정청이 가지는 判斷餘地나 裁量의 幅은 입법적 공익판단에 있어서의 形成的 自由의 인정범위에 비해서 좁은 것이 사실이다. 하지만 행정적 공익판단에 있어서도 형성적, 결단론적 측면이 뚜렷이 존재한다.

마지막으로 司法 및 憲法裁判에 의한 公益判斷은 形成的, 決斷論的 側面보다는 헌법과 법률의 해석, 사물의 본성에 대한 추구 등 認識論的, 確認的 측면을 많이 가지고 있다고 생각된다. 司法作用에 의한 공익판단은 성질상 적극적으로 이루어지기는 어렵지만, 國法秩序에 비추어 당해 公益判斷이 적절하였는가에 대한 消極的 判斷을 내용으로 하는 것이다. 즉, 司法에 의한 공익판단은 적어도 입법적, 행정적 공익판단이 적절하지 못하다는 점을 論證할 수 있는 國家共同體 전체가 공유하는 客觀的 價値가 憲法, 法律 등의 해석에 있어서 도출될 수 있다고 전제하고, 입법, 행정에 의한 公益判斷이 이러한 객관적 가치에 비추어 합당한 것인가의 여부를 심사하는 것이다. 그러나 國家共同體의 客觀的 價値의 존재에 대한 신뢰가 퇴색되고 공익판단의 결단론적 측면이 부각되면, 공익판단에 대한 裁判統制의 重點은, 공익판단의 실제적 측면보다는 공익판단의 節次的 公正性 여부를 문제삼는 것으로 그 성격이 변화하게 된다. 그러나 어떠한 경우에도 司法作用에 의한 實體的 公益判斷이 완

38) Peter Häberle, “Gemeinwohljudikatur” und Bundesverfassungsgericht—Öffentliches Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 1970 Heft 2, S. 295.

39) Peter Häberle, aaO., S. 261ff.

전히 否認될 수는 없을 것이다. 만약 그렇게 된다면 우리 社會가 當然한 前提로 삼는 公同체적 가치는 존재하지 않는다는 결론이 될 것이기 때문이다.

3. 公益判斷의 法的 拘束性

우리나라의 法意識에 있어서 전통적으로는 公익을 規準的인 意味로 이해하면서, 한편으로는 公益判斷이 法的 拘束의 對象이라는 사실에 대해서는 별로 주의를 기울이지 않았다. 이러한 상황하에서 規準的인 公益의 판단자는 사실상 행정부이고, 행정부의 公익판단의 위법성 여부를 論斷하는 것은 감히 생각하기 어려웠던 것이다. 따라서 그간 ‘公益’은 無定型的인 형태의 私益制限을 위한 명분으로서 委意的으로 해석되기도 하였을 뿐 아니라 確立적이고 권위적인 社會질서를 상징하는 개념이었다.

그러나 오늘날에 이르러 행정권의 활동이 법적 구속의 범위를 벗어날 수 없듯이 행정권에 의한 公益判斷도 法的 拘束의 對象이 되어야 한다는 것이 여러 측면에서 요구되고 있다. 먼저 規準的 意味의 公익 개념을 상징한다 하더라도 행정청이 채택한 公익이 과연 公同체적 차원에서 정당하게 받아들여질 수 있는 ‘眞正한 公益’인가 아니면 行政廳 자신의 利害關係나 壓力團體의 利害關係를 代辯하는 것인가가 문제되기 때문에 公익판단은 법적 심사의 대상이 될 필요가 있다. 다음에 潛在的인 公益觀에 입각한 公익 개념을 상징한다 하더라도 잠재되어 있던 公익이 公同체적 차원에서 바람직한 모습으로 표현되고 결정되었는가 하는 것이 여전히 문제가 된다. 특히 潛在的인 公益觀에 의할 경우 公益이 實體的으로 바르게 결정되었는가 하는 것도 문제이지만 節次的으로 公익의 現출과정의 정당하였는가 하는 점도 법적으로 심사될 필요성이 있는 문제라 할 것이다.⁴⁰⁾

그러나 公益判斷의 법적 심사에는 技術的, 概念的 限界가 있음을 부인할 수 없다. 만약 하나의 상황하에서는 단 하나의 公익판단만이 정당하다고 한다면 行政活動은 크게 위축될 것이 틀림없을 뿐 아니라 경우에 따라서 그러한 命題는 技術的으로도 받아들이기 어려울 것이다. 하나의 選擇 또는 決定은 보는 각도에 따라 여러 가지 長短點이 혼재되어 있을 것이고 그러한 장단점을 事前에 정확히 평가한다는 것은 불가능할 경우가 많을 것이기 때문이다. 또한 법적 심사를 맡은 裁判機關이 행하는 公益判斷이 一義的인 意味에서 정당하다면 정치적 과정을 통하여 구성되지 않고 政治的 責任도 지지 않는 裁判機關이 고도의 정치적 결정을 최종적으로 담당하게 되는 결과가 되어 三權分立의 취지에도 반하는 것이 될 것이다. 그러므로 公익판단에

40) 이러한 관점에서의 行政法的 問題意識은 1970년대 美國行政法學界를 풍미하기도 했다. 이와 관련한 가장 代表的인 文獻으로 Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harvard Law Review* 1667(1975) Ch. 4 참조.

대한 법적 심사는 不確定概念의 해석에서 判斷餘地를 인정하고 法律效果의 決定이나 選擇에서 裁量을 인정하듯이 판단자의 形成의 餘地, 판단자의 認識의 基準을 일단 尊重하면서 일정한 범위를 逸脫한 잘못된 판단에 대한 위법성의 선언이 되지 않으면 안 될 것이다. 재판기관의 공익판단에 대한 지나친 介入도 소망스럽지 못한 것이며 또한 지금까지 그래왔듯이 재판기관이 지나치게 公益判斷의 법적 심사에 소극적이어서도 안 될 것이다. 요컨대 재판기관은 자신의 공익판단을 一義적으로 提示하는 방식보다는 行政廳 등에 의한 공익판단이 어떠한 점에서 共同體利益에 부합하지 못하였는가를 論證함으로써 공익판단의 법적 심사에 임하여야 할 것이다.

물론 公益判斷에 대한 법적 심사는 行政廳에 의한 공익판단에 대해서만 이루어질 것은 아니다. 立法의 형식을 통한 공익판단도 헌법의 취지에 어긋나서 一般의인 共同體利益에 적합하지 못하다고 한다면 위헌·위법으로 판단되어 마땅할 것이다. 한편 公益判斷은 法律要件判斷의 형태로도 이루어질 수 있을 뿐 아니라 法律效果 判斷의 형태로도 이루어질 수 있다. 判斷餘地와 裁量을 구별하는 입장에서는 法律要件判斷에 있어서의 公益判斷은 원칙적으로 법적 문제로서 違法·適法 次元의 문제이지만 法律效果判斷에 있어서의 공익판단은 裁量의 문제로서 원칙적으로 當·不當 이 문제될 뿐이고 재량권의 범위를 벗어날 경우에만 위법의 문제가 발생한다고 한다.

그런데, 이러한 차이점은 公益判斷의 段階의 차이로도 설명할 수 있다. ‘公益’ 또는 그 유사용어를 사용하든 사용하지 않든 간에 공익판단이 法規에 의해 要求(또는 具體化)되어 있는 경우 그 법규적 요구사항으로서의 공익판단은 원칙적으로 違法·適法의 문제를 야기하는 법적 문제이다. 그러나 ‘公益’判斷이 法規적으로 요구되는 것은 아니지만 一般적으로 행정활동에 있어서는 공익판단이 필수적이므로 법규상 요구되거나 구체화되지는 않았으나 一般的인 行政活動의 고려로서 행하는 公益判斷은 원칙적으로 위법·적법의 문제를 야기하지는 않는다고 하여야 할 것이다. 요컨대 공익판단에 法規的 指針이 주어진 경우와 그렇지 않은 경우의 공익판단은 성격이 다소 다르다는 것이다. 그러나 法規的 指針이 주어져 있지 않다 하더라도 條理法原則의 하나로서 행정활동에 있어서 公益追求性이 인정될 수 있는 것이므로⁴¹⁾ 법규적 지침이 주어져 있지 않은 공익판단이라 하더라도 법적 심사에서 완전히 자유로울 수 없다. 즉, 法の 一般原理로서의 公益追求의 원칙이 요구하는 정도의 正當性도 갖추지 못한 공익판단은 실사 법규적 지침이 주어지지 않은 경우라 하더라도 위법판단을 면할 수 없을 것이다.

한편 법규가 ‘公益’에 적합하도록 할 것만을 요구할 뿐 ‘공익’ 자체의 판단에 아무런 基準을 주지 않고 있는 경우에는 ‘公益’추구는 단순히 不文法 차원에서 요구되는

41) 公共福利性的의 요청을 行政作用法的의 準用法原則으로 명기하고 있는 견해로서 金南辰, “行政作用法的의 準用法原則”, 考試研究 1987/10, 22면이 있다.

정도의 法的 拘束力은 부여되고 있으나 법규적으로 기준이 주어질 정도로 세밀하게 규율되지는 않은 상태라고 보여진다. 이 경우의 公益判斷에 대한 法的 審査는 ‘公益’이라는 문언이 채택된 입법배경에 따라 법적 구속력의 정도를 달리하여야 할 것이다.

4. ‘事實上的 公益’의 純化

가장 理想的인 狀態를 전제한다면 공익판단은 해당 ‘公益’관념이 제시하는 수준과 범위 안에서 해당 공동체의 眞正한 利益을 가장 적절하게 반영하도록 이루어져야 할 것이다. 그러나 現實的인 公益判斷은 반드시 진정한 의미에서의 공익을 반영하지는 않는다. 오히려 현실적인 공익판단은 公益判斷者의 偏見이나 歪曲이 어느 정도 가미된 형태로 존재하는 것이 보통이다. 이와 같은 實效的이고 現實的인 公益을 일용 Wolff/Bachof/Stober의 개념구분을 좇아⁴²⁾ ‘事實上的 公益(Tatsächliche öffentliche Gemeininteressen)’이라고 지칭하기로 한다면, 公益判斷에 있어서 이 事實上的 公益이 眞正한 公益에 근사해지면 질수록 건전한 공익판단을 하는 셈이 된다. 건전한 공익판단은 (1) 공익판단의 근거되는 事實에 대한 正確한 認識, (2) 진정한 공익판단을 위한 節次遵守 등을 포함하는 의미에서의 論理的이고 健全한 判斷過程, (3) 偏見이나 歪曲의 排除 등을 요구하게 된다. 특히 (1)의 경우, 判斷에서 考慮되는 合理性의 範圍가 적절하여야 하며 事實判斷을 위한 資料認識의 均衡性 등이 요구되는데 예컨대, 기본적으로 國內的인 問題에서의 國際間的 利害關係 考慮나 현재 事案에서의 將來世代의 利益 고려, 局地的인 事案에서의 共同體 全域과 관련된 이해 고려 등은 현실적인 공익판단에서는 매우 어려운 문제가 된다.⁴³⁾

健全한 公益判斷을 위한 위의 전제조건들을 검토해 보면 ‘事實上的 公益’이 眞正한 公益을 純粹하게 반영한다는 것이 얼마나 어려운 것인가 하는 것을 여실히 발견할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 진정한 공익의 발견을 포기할 수는 없다. 설사 潛在的인 公益觀에 의한다고 할지라도 그러한 공익판단의 패러다임 하에서도 ‘바람직한 公益判斷 모델’은 존재할 것이기 때문에 사실상의 공익에 대한 순화장치를 마련하여 사실상의 공익판단이 眞正한 公益判斷에 近接할 수 있도록 하는 제도적 노력이 필요하다고 본다. 오늘날의 우리 사회를 보면 입법적 차원에서 이루어지든, 행정적 차원에서 이루어지든, 공익판단은, 判斷機關 스스로의 偏見이나 便宜追求를 위한 歪曲, 財閥, 言論 등 社會的 諸勢力에 의한 왜곡, 正確한 認識이나 이해대변절차의 缺如 등으로 인하여 진정한 공익의 추구에 全般的으로 많은 問題點을 노정하

42) Wolff/Bachof/Stober, aaO. SS. 340-341 참조.

43) 最近 우리나라에서도 原子力發電所 건설과 관련된 地方自治團體의 利益과 國益의 충돌과 같이 이와같은 問題狀況이 심심찮게 발생하고 있다.

고 있다. 행정기관은 해당기관 自體만의 目標追求와 財政維持를 위해 노력하기 마련이다. 예컨대, 國家財政을 담당하는 部處는 진정한 공익보다는 短期的인 財政確保를 위해 충력을 기울이기 쉬우며 치안담당행정기관은 눈에 보이는 治安行政指標의 유지·향상을 위해서 노력하기 쉬울 뿐이지 드러나지 않는 진정한 공익을 위한 활동을 하기는 어려운 것이다.⁴⁴⁾ 따라서 行政機關은 진정한 의미에서의 공익추구보다는 소위 ‘行政利益’을 추구하기 마련인 것이다. 더구나 오늘날 우리 사회에서는, 部處利己主義, 地域利己主義 등의 소집단이기주의가 국가적 문제점으로 등장하고 있어서 공익판단을 왜곡시키는 중요한 원인이 되고 있다.

이러한 문제점들은 물론 法的 過程을 통해서만 해결될 수 있는 사안은 아니다. 그러나, 궁극적으로 法的 審査過程을 통한 解決方案의 存在는 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 歪曲 또는 變質된 事實上的 公益判斷을 재판기관에 의해 다시 한번 심사하도록 하는 것은 헌법을 통하여 國家가 추구하여야 할 基本價値를 정하고 있고 그러한 가치를 궁극적으로 憲法裁判所와 大法院 등이 수호하도록 하고 있는 우리의 헌법적 결단에 근거하여 볼 때, 회피할 수 없는 것이라 할 것이다. 왜냐하면 진정한 立憲主義 정신에 의한다면 공익의 판단 역시 헌법의 근본적인 가치판단에 근거하여 이루어져야 할 것이기 때문이고 헌법의 근본적인 가치판단을 有權的으로 確定할 權限은 헌법재판소가, 그리고 부분적으로는 대법원이 가지고 있기 때문이다.

이와 같이 헌법, 법률 등의 規範的 價値判斷에 입각하여 사실상의 공익을 진정한 공익에 근사한 것이 될 수 있도록 純化시키는 작업은 공익판단과 관련된 社會統合性의 유지를 위해서도 반드시 필요한 것이다.

5. 公益判斷과 利益衡量

公益의 절대적 우월을 前提하지 않는 한, 공익 역시 私益과의 關係上 일정한 限界를 가질 수밖에 없다. 또한 公益의 多樣性을 인정하는 한, 하나의 특수적 공익은 다른 특수적 공익과 충돌할 수 있다. 이와 같은 利益衝突의 상황을 해결하기 위하여 이루어지는 것이 바로 利益衡量이다.⁴⁵⁾ 이익형량은 보다 普遍的인 一般利益의 觀點에서의 衝突利益의 調節이라 할 것인데, 엄밀히 말하면 이러한 이익조절은 이익형량보다는 넓은 의미를 가지고 있다. 이익형량 가운데, 특히 하나의 특수적 공익과 다른 특수적 공익의 사이에서 이루어지는 것은 ‘公益의 一般化’ 내지 ‘한 段階 더 一般化된 公益의 摸索’이라는 의미를 가질 수 있다.

公益과 私益의 관계에 있어서든, 하나의 특수적 공익과 다른 특수적 공익의 사이에 있어서든, 衝突利益의 조절에는 몇 가지 필수적인 考慮事項이 있다.

44) Wolff/Bachof/Stober, aaO., S. 341.

45) Walter Leisner, aaO., S. 217.

첫째로, 고려되는 利益들이 어떠한 領域에서 문제되는 것인가 하는데 대한 판단이 필요하다. 어떤 이익들은 그 이익이 추구되는 영역 밖에서는 전혀 의미가 없는 것도 있을 수 있다. 예컨대 施設의 危險防止를 위한 공익적 고려와 시설의 文化的 價値를 위한 공익적 가치의 衝突이 있을 때, 그 시설의 종류와 성격에 따라 문제되는 公益領域이 달라지게 된다. 따라서 하나의 利益衝突 상황이 주로 어떠한 利益領域에서 문제되는 것인가의 판단이 먼저 요구되는 것이다. 어떠한 이익도 그 事物關聯性의 범위를 넘어서 추구될 수는 없는 것이다.

둘째로, 이익들 간에는 優先順位가 문제될 수 있다. 대개 公益은 私益보다 우선적으로 추구되어야 하며, 特殊的 公益 가운데에서도 보다 중요시되는 공익과 등한시되는 공익이 있을 수 있다. 즉 重要的 公益, 덜 중요한 공익 사이의 區別이 필요한 것이다. 다시 말하면 이 문제는 公益 끼리의 序列의 문제이다. 그런데 공익간의 서열은 반드시 공익의 一般化의 程度나 公益의 妥當範圍의 普遍性의 정도에 의해서만 결정되는 것은 아니다. 때로는 보다 特殊한 公益이 더 一般화된 公益에 우선하여야 할 필요도 존재한다. 어느 것을 우선시킬 것인가에 대한 判斷은 가장 一般的이고 普遍的인 입장에서의 공익판단에 입각하여 이루어져야 할 것이다. 이러한 이익들 간의 서열문제는 또한 경우에 따라서는 利益의 妥當領域 간의 相互比較에 의해서, 요컨대 전체 사회에서 차지하는 해당 특수적 공익의 위치의 비교를 통해 해결될 수도 있다. 공익 상호간에 이익충돌이 발생하였을 때, 現實의인 서열매김은 該當領域의 主務行政機關 사이의 Power Game에 의해 결정되는 수가 많다.

셋째로, 더 보편적이고 일반적인 공익이 그보다 普遍性이나 一般성이 낮은 공익에 항상 우선할 수 없다는 점은 사실은 어떠한 이익추구도 一定한 限界를 가질 수밖에 없다는 사실에 기인한다. 이것은 比例의 原則과 긴밀한 관련을 가진다.⁴⁶⁾ 그 比例의 原則의 기준이 되는 척도는 엄밀히는 論理化되기 힘든 사회의 支配Ethos의 영향을 받는다. 이와 같은 비례원칙은, 이익형량에 있어서 一般化의 논리가 特殊 領域을 支配함이 적당하지 않은 경우가 있음을 천명한다. 특히 민주화된 자율사회에 있어서는 部分社會의 自律的 利益 追求가 보장될 필요성이 강하다. 이러한 경우에는 일반적 공익은 오히려 한 걸음 물러설 필요도 있는 것이다. 사익이나 一般化의 程度가 낮은 公益의 本質的 部分을 保護하기 위하여 공익 또는 보다 一般화된 公益의 추구가 制限되는 것도 이 경우에 해당한다.

넷째로, 이익 상호간의 이익조절은 단순한 比較較量의 차원에서만 이루어지는 것이 아니라 보다 次元높은 公益的 指向의 관점에서 目的的으로 결정되어야 하는 경우가 많다. 이 경우에는 이익조절을 위해 普遍的인 國家目標 또는 社會目標가 무엇인가에 대한 인식이 중요한 문제가 된다. 그러나 목표의 인식은 主觀性이 개입될

46) Wolff/Bachof/Stober, aaO., S. 343.

여지가 많아서, 공정한 이익조절의 장애물이 된다. 이런 차원에서의 판단은 普遍的인 管轄權을 가지는 행정기관에 의해 이루어지겠지만 裁判機關에 의한 監視·統制 역시 요긴하다.

다섯째로, 利益衡量的 과정에서 또는 보다 包括的 觀點에서의 利益調整의 과정에서, 관련이익이 正當하게 代辯되어야 한다. 이것은 절차적 관점에서의 진정한 공익의 추구라는 측면에서 節次法的인 次元에서 요구되는 것이다.

여섯째로, 衝突되는 利益은 반드시 相互矛盾의 관점에서만 이해되어서는 안 된다. 사익의 보호가 主觀的 次元에서가 아닌 客觀的 次元에서는 공익의 한 의미내용을 이루기도 하며 보다 特殊한 領域의 특수적 공익의 추구가 그보다는 다소 普遍的 領域의 特殊的 公益追求의 한 내용을 이루는 경우도 흔히 있을 수 있다. 넓게 보면 利益衝突 양상 자체가 全體 社會의 維持를 위해서는 서로 補完的인 意味를 가지고 있는 것이다.

일곱째로, 公·私益의 衡量이 존재한다는 사실에서 미루어 보면 가장 보편적이고 일반적인 의미에서의 공익(이러한 의미에서는 주로 憲法上 개념인 公共福利가 지칭되고 있다)도 窮極的인 價値判斷의 척도가 되지는 못한다. 따라서 공익 판단은 가장 高次元의 단계일지라도 궁극적인 국가판단을 의미하는 것이 아니라고 할 수 있다. 오히려 궁극적 국가판단은 國家와 個人, 社會와 國家, 社會와 個人 사이의 적절한 均衡維持의 관점에서 이루어지는 것이다.

여덟째로, 하나의 특수적 공익과 다른 특수적 공익간의 충돌에 있어서의 이익조절은 行政機關 사이의 衝突調整의 의미를 가진다. 국가기관과 국가기관 사이, 국가기관과 지방자치단체기관 사이 등 있을 수 있는 제상황은 公益 간의 利益衡量이 政治的, 行政的, 法的 意味關聯을 풍부하게 가진다는 점을 시사한다.

아홉째로, 理想的인 觀點에서 보면 이익조절은 眞正한 利益(公益이든 私益이든) 사이에서 이루어져야 할 것이다. 사실상의 이익은 때로는 왜곡된 것일 수 있는 것이다.

V. 公益判斷의 法過程化를 위한 問題提起

1. 概說

‘公益’觀念을 둘러싸고 전개되고 있는 오늘의 상황변화는 ‘公益’개념의 法概念化와 公益判斷의 法過程化를 불가피하게 요구하고 있다. 오늘날의 사회는 어떠한 공익판단이 정치적 판단과정을 통한 것이든, 관료적 결정과정을 통한 것이든, 그것을 논증이 요구되지 않는 公理로 받아들이기에는 너무나 복잡다양할 뿐 아니라, 오늘날의 의사결정과정에서의 民主化는 公益判斷도 일정한 民主的, 法治主義的 틀 안에서 이

루어지기를 강력히 요구하고 있는 것이다.

그러나 ‘公益’관념의 法概念化나 公益判斷의 法過程化는 아직 우리나라에 있어서 다소 生疎한 問題意識이라 할 것이다. 이러한 문제의식이 우리나라의 法學과 法實務에 전혀 찾아볼 수 없는 조류라고 할 수는 없을지라도 적어도 이러한 문제의식이 體系的인 觀點에서 조망되어 본 적은 거의 없다고 생각한다.

이러한 까닭에 아래에서는 이상의 논의에서 검토한, 공익판단의 문제상황과 성격에 대한 검토에 근거하여 ‘公益’개념의 法概念化 그리고 公益判斷의 法過程化와 관련된 논의가 지향하여야 할 점을 問題提起의 차원에서 제시해 보도록 한다.

2. ‘公益’개념의 法概念化

지금까지의 우리 立法과 判例에의 ‘公益’개념은 보다 과학적인 통찰과 인식 없이 사용되어 온 것이 사실인 것 같다. 그러나 위에서 검토한 것처럼 ‘公益’, ‘公共福利’ 등 넓은 의미의 공익을 표현하는 용어들은 具體的 法狀況과 脈絡에 따라 多様な 意味를 가지는 것이며 하나의 包括的인 概念으로 그 복잡한 상황과 맥락을 包攝한다는 것은 거의 불가능하다. 그러함에도 불구하고 ‘公益’개념의 機能과 領域에 따른 概念的 妥當範圍를 구분하지 않았던 것은 ‘公益’개념이 法概念으로 자리잡는데 상당한 장애를 가져왔던 것이다. 公益概念이 하나의 法概念으로서 行政活動과 私的 活動의 基準과 限界로서 기능하기 위해서는 보다 具體的인 法的 意味內容을 가지는 것으로 위치지워져야 할 것이며 그러기 위해서는 公益概念을 그 법적 기능과 타당 영역 그리고 判斷上의 考慮範圍에 따라 구분하는 法理論的 努力이 필수적이라고 본다. 公益概念의 特殊化 또는 領域化라고 할 수 있는 이러한 개념적 작업은 ‘공익’이 관련되는 행정상황 또는 국가 및 사회상황이 몹시 복잡다단하기 때문에 연역적으로 개념화되기는 쉽지 않을지도 모르지만 구체적 사례분석을 통해서 歸納的인 次元에서 지속적으로 개념적 구분이 시도되어야 하리라고 본다. 이러한 작업이 있어야 비로소 公益의 保護와 貫徹에 있어서의 法的 限界지움이 가능할 것이며 연후에 利益衡量의 適正化도 기할 수 있는 것이다. 이러한 개념적 작업의 결과는 궁극적으로 立法과 判例에 수용되어야 할 것이다.

3. 規準的 公益의 法規範化

오늘날의 사회가 潛在的 公益觀으로 傾倒될 수밖에 없는 상황을 연출하고 있지만 國家, 社會의 統合性의 維持를 위한 實質的인 觀點에서 規準的 公益의 존재를 완전히 부인할 수는 없다. 潛在的 公益觀에 철두철미하다면 규준적 공익의 존재 자체가 潛在된 公益의 顯出이라고 강변할지 모르나 이러한 입장은 극단적인 實證主義가 가지는 문제점을 회피할 수 없을 것이다.

현실적으로 公益概念은 法規範을 통하여 그 規準性을 획득한다. 그러나 법규범화 된 공익개념이 가지는 規準性이 완전히 實證的인 意味의 規準性이라 단언할 수 없는 것이다. 오늘날의 法體系의 基本을 이루고 있는 基本權 尊重의 사고는 법실증주의적 사고보다는 자연법적 사고에 더 의존하고 있다. 오늘날의 法의 一般原理 觀念 역시 實定法만이 規範이라는 사고에 대한 反證例이다. 마찬가지로 規準的 意味의 공익은 실정법규범에 실증적으로 規範化된 것을 포함하되 실정법규가 미처 제시하지 못한 의미도 社會의 支配Ethos의 관점에서 포용할 수 있는 것이다. 이렇게 본다면 規準적 공익은 成文, 不文의 모든 법규범 안에서 그 조화로운 해석을 통해서 발견되는 것이라 할 것이며 성문의 실정법 안에 내재되어 있는 ‘公益’관념은 自然法的 形態로 존재하는 공익관념에 의해 辨證法的 발전으로 유도된다. 이러한 변증법적 발전은 實定法化된 公益이 언제나 眞正한 意味의 公益을 대변하지는 못하고 있기 때문에 公益判斷과 관련된 法體系의 進展을 위해 반드시 필요하다.

法規範 안에 존재하는 공익 관념도 法秩序의 段階構造에 맞추어 단계적인 구조를 가질 수 있다. 憲法的 價值判斷이 제시하는 공익판단은 법률적 차원의 공익판단으로 부인되어서는 안되며 法律이 제시하는 공익판단을 命命이 위반해서도 안 되는 것이다.

한편 法規範 특히 실정법규범에 의한 規準的 公益의 提示는 가능한 한 具體化· 明確化할 것이 요구된다. ‘公益’이라는 관념을 입법이 채택하는 경우는 대체로 (1) 眞正한 의도에서의 ‘公益’이라는 의미추구의 경우와 (2) 立法技術上의 問題로 공익의 의미내용의 具體化가 어려운 경우로 나누어 볼 수 있는데 상당부분 立法의 不誠實이나 責任回避의인 차원에서 이루어진 경우가 있다. 이러한 경우의 공익판단은 規準缺如의 상황에 놓일 수 있다. 때문에 規準적 공익의 법규범화에 있어서는 입법자의 성실성이 무엇보다도 요구된다. 법규가 전체적으로 요구하는 수준의 規準적 공익의 법규범화가 이루어지지 못하는 경우, 明確性의 原則 등의 違反으로 관계법조의 효력이 헌법적 판단에 의해 부인될 수도 있다.

공익개념에 대한 規準性의 賦與는 ‘公益’이라는 문언을 사용한 법조 자체라기보다는 그러한 법조가 목표로 하고 있는 國家的, 社會的 目的, 그러한 법조가 前提로 하고 있는 狀況 등에서 유추되어 나오는 것이다. 물론, ‘公益’이라는 표현을 사용하지 않으면서도 관계 법조가 ‘공익’개념의 구체화를 立法하고 있는 경우도 있다.

4. 潛在的 公益의 節次法 構造化

오늘날 規準的 公益의 존재를 전면 부인해 버릴 수는 없다 하더라도, 多樣한 價值 多樣한 世界觀이 존중되는 상황에서 공익은 社會的 諸利益 간의 토론과 설득을 통해 결정되어져 간다는 점을 등한히 할 수 없다. 더구나 오늘날의 사회적 상황의

복잡성과 유동성은 하나의 規準的 意味의 公益의 선택적 존재를 마냥 승인할 수는 없는 형편이다. 따라서 潛在的 公益이 法規範化를 통해서 그 規準的 意味를 획득하게 된다 하더라도 그 決定過程은 잠재적 공익관에 의해 설명될 수밖에 없는 것이고 이러한 관점에서 보면 오늘날의 공익에 대한 해명은 잠재적 공익관의 관점에서 더욱 包括的으로 이루어질 수 있다고 본다.

이와 같이 公益이 經驗的으로 사회적 제이익 간의 이익대변과 토론·설득으로 형성·결정되어 간다는 입장에 서면 公益의 意味內容이 아니라 그 判斷過程 자체가 하나의 法的 問題로서 등장하게 된다. 요컨대, 公益判斷過程의 民主化가 요청되며 공익판단과정이 節次的으로 公正하게 이루어질 것이 요망되는 것이다. 따라서 公益判斷過程은 節次法構造化될 것을 요구받게 된다. 이러한 공익판단에 대한 절차법은 窮極的 公益判斷이 편파적으로 이루어지지 않도록 방지하는데 목표를 두는 것이며 나아가서 利益代辯을 위한 사회적 힘이 약한 사회적 약자와 소수자를 보호하는 防禦機制로서의 의미가 있다.

잠재적 공익관에 의할 때, 공익판단의 窮極的 主體는 문제되는 공익과 관련되는 공동체에 소속되는 사람들 전체가 되어야 할 것이다. 이것은 바로 民主主義 政治論理의 요청이기도 하다. 따라서 國益의 의미에서의 공익판단은 國民이, 地方自治團體와 관련되는 공익판단은 지방자치단체의 公民이 판단자가 되어야 할 것이다. 그러나 예컨대 주로 地方自治團體의 公益과 關聯되지만 부수적으로 國益과 관련되는 경우 등에 있어서는 공익판단의 궁극적 주체가 누가 되어야 할 것인가 하는 점이 다소 애매하게 된다. 개념적으로 보면, 이 경우에는 補充의 原理 등에 따라 地方自治團體의 公民이 일차적인 판단권자가 되어야 한다고 보지만 그 지방자치의 영역을 벗어나는 범위에서는 궁극적으로 전체국민의 입장에서 판단되어야 할 것이다. 그러나 실제상 이러한 原論的 觀點을 어떻게 적용·포섭할 것인가 하는 점은 여전히 어려운 문제라 할 것이다.

窮極的인 公益判斷者를 민주주의 원리에 따라 전체 공동체 구성원이라 할 때, 실제로 국민을 대신하여 공익판단을 행하는 法的 代理者 또는 法的 判斷機制는 어떠한가 하는가가 문제된다. 결론적으로 법과정으로서의 공익판단은 어느 機關이 獨占할 수 없는 것이고 三權分立의 原理 등에 따라 機能配分이 이루어져야 마땅하다. 따라서 立法, 行政, 司法 등 3권 모두가 타당한 공익판단을 위하여 나름대로의 機能領域을 가진다. 한편 공익판단의 法的 機制로서의 節次法構造化는 입법적 차원에서도 이루어질 수 있으나 司法的 次元에서도 이루어질 수 있다. 사법부 등의 재판기관이, 실정법규범이 명하지 않는, 공익판단에 대한 節次的 要件 또는 準節次的 要件을 부과하는 것은 현행 헌법질서 하에서 가능한 일이라 본다.

5. 法的 判斷으로서의 公益判斷의 目標

지금까지의 公益概念의 指向하는 바는 공익의 보호와 관철이었다고 하여야 할 것이다. 물론 公益의 保護와 貫徹이라는 고전적인 과제는 오늘날에 있어서도 여전히 중요한 의미를 가진다. 그러나 ‘公益’개념을 둘러싼 문제의식이 변화된 오늘날의 관점에서는 공익의 보호와 관철이라는 古典的인 公益論의 목표는 다소의 修正, 補完이 요구된다고 본다.

첫째로, 공익의 多樣性을 인정한다면, 그리고 公益追求의 限界를 인정한다면, 公益 상호간 그리고 公益과 私益 간의 利害調整이 중요한 문제로 제기된다.—義의인 공익관념을 신봉한다면 그리고 優越的인 公益觀念을 前提한다면 제기되기 어려운 문제이겠지만 오늘날의 잠재적 공익관의 입장에서는 이익형량을 비롯한 社會諸利益 간의 利害調節이 공익판단에 있어서 가장 핵심적인 문제로 대두되는 것이다.

둘째로, 공익판단은 이제 더 이상 行政主體의 입장에서만 행해져서는 안 된다. 公益은 行政活動의 목표이자 限界의 의미를 가진다. 공익추구를 벗어난 행정활동은 그 正當化 根據를 喪失한다. 따라서 ‘公益’개념은 행정활동의 한계와 관련되는 法的 判斷을 야기한다. 이러한 行政統制的 意味에서의 공익판단은 결과적으로 私權 또는 私益 保護의 指向性을 가진다. 이것은 위의 첫 번째의 측면과도 일맥상통하는 것이다.

6. 公益判斷에 대한 裁判統制

입법적 차원에서의 공익판단에서 空白으로 남는 것은 그 適用과 解釋의 문제이다. 또한 立法的 次元에서의 공익판단이 憲法的 價値判斷과 合致되는가 하는 것도 여전히 문제이다. 한편 행정적 차원에서의 공익판단은 입법적 공익판단을 具體化하고 解釋·適用하는 것으로 이루어진다. 그러나 行政機關은 固有의 管轄에 따라 부분적인 관점에서의 公益을 실현하려고 하기 쉽기 때문에 공익판단에서의 客觀性을 유지하기 어렵다. 실상은 立法的 次元에서의 공익판단에 있어서도 이러한 偏頗性은 존재할 수 있다. 우리나라의 입법과정이 거의 행정부에 의해 좌우된다는 것을 감안하면 더욱 그러하다.

이상의 상황을 고려해 볼 때, 公益判斷에 대한 客觀的인 檢證이 전체 법질서의 차원에서 필요하게 된다. 이러한 공익판단의 객관적인 檢證者로서 法院과 憲法裁判所 등의 재판기관을 들 수 있다.

공익판단에 대한 裁判統制의 觀點은 實體法的 次元에서 또 節次法的 次元에서 이루어질 수 있다.

實體法的 次元이라 함은 公益判斷에 관한 憲法, 法律, 命令 등의 규준적 요소를 해석·적용하여 입법적, 행정적 차원에서 이루어진 公益判斷의 合法性을 검토하는

것이다. 이러한 판단에 있어서는 공익판단의 實定法規에의 合致與否 및 比例의 原則, 補充의 原理 등 法의 一般原理에의 합치여부 등이 문제될 뿐 아니라 관련이익의 利害調整, 利益衡量도 중요한 문제가 된다. 또한 공익판단이 마땅히 준거하여야 할 合理性의 範圍에 속하는 모든 사항을 고려하였는가 또는 공익판단의 論證過程에 모순점은 없는가 하는 것도 재판통제의 기준이 될 수 있다. 그러나 공익판단이 실제로 多義的으로 이루어질 수밖에 없기 때문에 재판통제에서의 공익판단은 積極的인 공익관념의 提示보다는 입법적, 행정적 공익판단이 제시하고 있는 公益判斷의 不適切性을 지적하는 형태의 negative system으로 기능하게 된다.

節次法的 次元이라 함은 공익판단과 관련되는 절차법적 요구가 준수되었는가 하는 관점에서의 재판통제를 의미한다. 이러한 의미의 재판통제는 ‘公益’이라는 用語 자체가 채택되어 있는 法條만에 관련되는 것이 아니라 공익적 판단과 관련되는 모든 節次法的 狀況을 包括하는 것으로 이해되어야 한다.

〈Zusammenfassung〉

Zur Verrechtlichung des Begriffs des öffentlichen Interesses: Das öffentliche Interesse als verwaltungsrechtlichen Problem

Song Wha Choi*

Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ bzw. der „Öffentlichkeit“ hat nicht nur eine wichtige Bedeutung für die Sozialwissenschaften und die Staatslehre überhaupt, sondern stellt auch den Kern des öffentlichen Rechts dar. Er ist bisher als ein – als ein gesellschaftliches und staatliches Axiom funktionierender – außerrechtlicher Rechtfertigungsgrund der staatlichen Gewalt angesehen worden, was aber unter dem demokratischen Rechtsstaat nicht mehr gelten kann. Heute wird die Offenheit und Transparenz bei den staatlichen Entscheidungen gefordert, so daß auch das öffentliche Interesse ein Gegenstand der juristischen Argumentation sein muß. Seine rechtliche Implikationen müssen unter dem Aspekt des öffentlichen Rechts hinreichend geklärt werden, um Grundlagen für die juristische Handhabung bekommen zu können.

Die Bedeutung und der Inhalt des Begriffs des öffentlichen Interesses kann, da es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, nicht in einem abstrakten Niveau, sondern konkret, d.h. im Zusammenhang mit den faktischen Gegebenheiten, richtig erkannt und bewertet werden. Insofern bezieht sich die Problematik des öffentlichen Interesses, innerhalb des Bereiches des öffentlichen Rechts, nicht so sehr auf das Verfassungsrecht als auf das Verwaltungsrecht.

Bei der Auslegung und der Anwendung des Verwaltungsrechts stellt die Orientierung an das öffentliche Interesse ein Topos des Verwaltungsrechts dar. In diesem Sinne kann man das öffentliche Interesse als einen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts charakterisieren. Weil und soweit die Verwaltung verpflichtet ist, sich an das öffentliche Interesse zu orientieren, ist dessen Beurteilung keine politische Frage, die einfach der Verwaltung überlas-

* Professor of Law, Seoul National University

sen wird, sondern vielmehr eine verwaltungsrechtliche.

Angesichts der Geschichtlichkeit des Begriffs des öffentlichen Interesses und seiner Situationsbedingtheit kann sein Bedeutungsinhalt nicht eindeutig sein. Weil das öffentliche Interesse heute, unter der pluralistischen Demokratie, die vorgegebene Bezogenheit auf den Staat nicht mehr haben kann, ist sein Bedeutungsinhalt mehrdeutig sein. Seine Bedeutung ist unterschiedlich je nachdem, um welche Personengruppe, welchen Sachbereich und welche konkrete rechtliche Frage es dabei geht. Sie hängt also von den Elementen ab, die bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses berücksichtigt werden.

Bei der Konkretisierung des öffentlichen Interesses sind zwei Elemente großer Bedeutung: die Interessenabwägung und die Interessenvertretung. Weil das öffentliche Interesse kein vorgegebener, ontologischer Begriff, sondern ein zu erkennender oder zu entscheidender ist, steht bei dessen Beurteilung die Interessenabwägung im Vordergrund. Für die Interessenabwägung ist die Frage wichtig, wie die verschiedenen Interessen vertreten können.

Für die Konkretisierung des öffentlichen Interesses muß die Verwaltungsrechtsdogmatik versucht, es begrifflich richtig zu typisieren und zu differenzieren. Diese Typisierung und Differenzierung ist notwendig, um das Verfahren der Findung – seitens der Verwaltung – des öffentlichen Interesses rechtlich zu kontrollieren und dafür rechtliche Prinzipien zu entwickeln.

Schließlich muß die Rolle der Gesetzgebung und der Rechtsprechung bei der Konkretisierung des öffentlichen Interesses betont und verstärkt werden. Die Rolle darf nicht nur der Verwaltung überlassen werden. Die Justiz und das Verfassungsgericht dürfen das öffentliche Interesse nicht als eine außerrechtliche Frage vernachlässigen. Sie müssen vielmehr versuchen, die Technik der Nachprüfung der Findung des öffentlichen Interesses zu entwickeln. Dabei ist es erforderlich, zwischen dem Bereich, in dem das Gericht das öffentliche Interesse auch in der materiellen Hinsicht beurteilen kann und muß, und dem Bereich, in dem lediglich die Prüfung der Rationalität und der Transparenz des Verfahrens möglich und wünschenswert ist, zu unterscheiden.