

〈특집: 법에 있어서의 공익〉

公益의 法問題化* **

崔松和***

I. 序論

아마도 오늘날의 법학의 가장 기본적인 개념을 말하라고 한다면 그것은 ‘권리’가 될 것이다. 근대 법학은 법철학, 공법학, 사법학을 불문하고 바로 이 권리 개념을 해명하고 한계지우며 그것을 실현하는 방법을 찾고자 하는 노력으로 일관하였다고 하여도 과언이 아닐 것이다.

그런데 법학이 국가를 비롯한 정치공동체의 규범에 관련된 것이라고 한다면, 개인을 위주로 구성된 권리개념만이 법학의 중심 주제가 될 수는 없다. 개인들로 구성된 사회를 단순히 개인들의 숫적 집합으로 볼 것인지 아니면 공동체 자체에 고유한 실체를 인정할 것인지에 대해 견해가 일치하지 않을지는 몰라도, 적어도 개인들의 권리만이 실현되고 공동체적 관심사가 다스려지지 않는 사회가 유지될 수 없다는 점에 대해서는 사람들의 의견이 일치할 것이다. 그 공동체적 관심사의 핵심에 바로 오늘 우리의 주제인 ‘공익’이 있다. 요컨대, 공익은 권리 개념에 필적할 만큼 본질적인 법학의 기본개념이라고 할 수 있다.

물론 공익개념은 법학의 전유물은 아니다. 공익 개념의 전제가 되는 공, 사의 구별은 그 자체가 중요한 사회철학적 함의를 가지고 있을 뿐 아니라 일반 사회과학과 국가학에서도 공익은 하나의 이념으로서 또는 가치로서 중요한 의미를 가지고 있다.

사회철학, 일반 사회과학 및 국가학에서의 공익과 그 관련 개념에 대한 논의의 발전은 법학적 공익 개념 형성의 기반을 이루는 것이라고 할 수 있다. 그러나 법

* 이 논문은 2006년 8월 23일 법학연구소가 개최한 晴潭 崔松和 教授 정년기념 학술회의 “법에 있어서의 公益”에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다.

** 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

*** 서울대학교 法科大學 名譽教授

학에서의 공익 개념의 논의는 이 개념을 단순히 분석의 관점이나 추상적 가치 개념으로서가 아니라 법학 도그마틱에 있어서의 중요한 위치를 차지하는 법이론적 개념으로 위치 지운다는 점에서 일반 사회과학에서 추구하는 관심보다 훨씬 실제적인 측면이 있다.

법학적 관점에서 ‘공익’을 어떠한 시각에서 바라 볼 것인가 라는 것은 우선 법철학적으로 개인과 사회의 관계를 어떻게 이해할 것인가 라는 것과 밀접하게 관련되어 있을 뿐 아니라, 개인이 중심이 되는 권리에 대한 제한과 한계가 어떠한 원리에 의해 이루어져야 하는가 라는 것과는 밀접한 관련이 있다. 또한 이것은 사실 공법학의 과제만도 아니요 사법에 있어서도 사법적 규율의 배경을 이루는 것 가운데 공익을 전제로 하는 개념이 적지 않다는 것을 부인할 수 없다.

이처럼 공익 개념은 법학 모두에 관련된 것이고 나아가서 정치학, 경제학 등 사회과학 일반과 철학의 논구의 대상이 되는 것이지만 그 실천적 의미는 공법학에서 가장 현저하게 드러난다. 공법학 그 중에서도 행정법학은 공익 개념을 법도 그마틱의 중요개념으로 삼지 않으면 안 될 본질적 방향성을 가지고 있다고 본다. 어쩌면 공익론은 Meta행정법이론이라고 할 수 있다고 본다. 행정법의 각 이론체계는 모두 개인권과 공익을 그 가치체계의 중심에 놓고 양자사이의 균형을 유지하려는 것으로 보아도 과언이 아니기 때문이다. 이것이 지난 세월 필자가 공익론의 탐구에 매진하였던 이유이다.

II. 共同體的 價値概念으로서의 公益: 그 歷史와 現實

공익은 공동체의 가치개념임에 틀림없다. 그러나 구체적으로 공익이 누구의 이익으로 관념되어야 할 것이며 어떻게 판단되어야 할 것인가 라는 것은 심한 논란의 대상이 되어왔다. 공익이 공동체 모두의 공동이익인지 아니면 지배세력의 이익인지, 또는 국가의 이익인지, 제사회영역에도 공익을 인정할 수 있는지 라는 것은 공익의 본질에 관한 문제이다. 그러나 사실은 이 문제는 사변적인 논구에 의해 해결되기보다는 인류의 시대정신에 의해 좌우되어 왔다고 본다. 또한 공익이 규범적으로 주어진 것으로 인식의 대상인가 아니면 공동체의 결단에 의해 내용이 결정되어질 수 있는 결정의 대상인가 라는 문제도 다분히 사회를 지배하는 사상과 철학 그리고 법제도에 따라 좌우되었다고 생각된다.

요컨대, 공익을 사변적으로만 논하는 것이 아닌한 공익은 공동체적 가치개념으로서 공동체에 대한 역사적 인식과 경험, 사회의 구성과 사상의 변천에 의해 달리 이해되었던 것이다. 바로 여기에 공익개념을 역사적 관점에서 검토해 볼 실익이 있다.

우리의 전통적인 공익관은 동양적인 公私論辯의 틀 안에서 형성되었다. 이 개념적 틀은 기본적으로 상대적인 것으로 인식되었다. 그러나 그러한 상대적인 이해가 公 개념에 규범적 요소가 존재한다는 것을 부인하는 것은 아니었다. 물론 우리 나라의 공사논변은 우리의 것만이라기보다는 그 과정에서 중국과 일본의 공사논변의 영향을 크게 받았다고 생각된다. 이미 대한민국 건국 이전에 사회의 지배적 에토스(Ethos)에 각인된 우리의 전통적인 公私 관념의 원형은 건국 이후의 급박한 국가적 상황 하에서 극도로 공동체 중심적, 국가중심적인 관념으로 경직화되었다. 그리하여 1960-70년대까지도 공익은 국가이익과 거의 동일시되면서 다른 모든 사익보다 우월한 것으로 관념되었다. 건국 이후 1960-70년대까지의 한국사회에 있어서의 공익관념은 행정활동의 목표이자 그의 정당화근거로서, 그리고 어떤 의미에서는 입법, 행정, 사법 등 국가영역 전반에 걸친 국가활동의 근거로서 기능하면서, 법개념으로서의 의미보다는 법관단 자체를 근거지워주는 정치적 이데올로기로서의 의미를 강하게 가지고 있었다. 그러나 1980년대에 와서 경제성장에 따른 사회의 분화, 발전이 이루어지고, 이에 따라 하나의 국가적 문제에 대해 서로 다른 이해방식을 가질 수밖에 없는 소집단적 정체성의 인식이 확산되면서 공익 관념은 변화되기 시작했다. 이것은 계층과 직업, 사회적 역할과 기능에 따른 사회분화에 기인한 현상이지만, 이러한 현상을 통해 사회는 이미 하나의 목표, 하나의 이상을 향하여서만 전진할 수 있는 단순한 단계를 벗어나고 있었던 것이다. 더구나 1980년대 후반에 결정적으로 이루어진 민주화의 진전은 이러한 다양화된 사회를 향한 사회적 욕구가 폭발적으로 분출하게 하는 중요한 계기를 이루었다. 이리하여 1980년대 후반 이후 우리 사회는 ‘집단이기주의론’의 등장 등 사회의 통합성의 와해를 우려하는 목소리가 커져 가게 되었다. 그러나 1980년대 이후의 일련의 변화는 마냥 부정적인 것으로 치부해 버릴 수는 없다. 그것은 사회구조의 변화를 반영하고 있는 것으로서 다양한 가치, 상이한 세계관을 포용하는 새로운 사회질서의 형성을 향한 출발일 수도 있기 때문이다.

그런데 위와 같은 사회변동은 필연적으로 지금까지 당연시되었던 국가적·사회적 가치관에 대한 회의와 논쟁을 불러올 수밖에 없는 것이다. 따라서 ‘公益’관

념도 더 이상 추상적 이해의 수준에서 하나의 전제로서 받아들일 수 있는 사항이 아닌 것으로 되었다. 다양한 입장, 복잡한 이해관계는 무엇이 공익인가에 대한 시각차이를 크게 벌려 놓았고, 이제 ‘公益’의 의미내용은 합리적 해명이 필요한 것이 되었으며, 무엇이 공익인가에 대한 판단과정에 있어서도 민주주의적 원리의 도입이 요청되는 시점에 이른 것이다. 즉, 종래의 일종의 규준적 의미의 공익관이 전통적인 형태로는 존속할 수 없는 상황, 요컨대, 공익을 선형적으로 주어진 것으로 또는 規準的인 의미로 존재하는 것으로 전제하는 것이 아니라, 사회제이익의 비교형량 가운데에서 공적인 것으로 승인된 이익으로 이해하는 潛在的 公益觀이 자연스럽게 영향력을 확대할 수밖에 없는 상황이 된 것이다.

Ⅲ. 公益의 法問題化와 行政法 Topos로서의 公益

1980년대 이후의 우리 사회의 현실에 비추어 공익은 이제 초월적 이데올로기도 아니고 규범적으로 이미 주어진 것도 아니라고 한다면 행정의 현실에서 이루어지는 공익판단은 법적으로 논증되고 정당화되어야 한다.

바로 여기에 공익이 법문제화하여야 될 사회적 현실이 있는 것이다.

법이론적 차원에서 말하면 공익은 행정의 가장 중요한 개념 징표의 하나이다. 전통적인 삼권분립이론하에서 행정은 제정된 법을 집행하는 작용으로 관념되고 있으나 입법이 언제나 공익을 명확한 형태로 제시하지 못하기 때문에 행정활동은 법해석의 테두리 안에서 행정청의 공익판단을 전제로 수행되게 된다. 다르게 말하면 행정법규의 해석에 있어서 공익합치적 해석과 적용은 어느 경우에도 행정청의 의무로 요구되는 사항이라고 할 수 있다. 또한 공익합치적 활동이 행정의 의무라고 할 때, 그 의무의 준수 여부는 행정법의 중요한 관심사항이 되며 나아가 그와 같은 행정청의 의무를 이행하지 못함으로 인하여 자신의 권익을 침해받은 자는 자신의 권익을 지키기 위하여 공익위반을 이유로 하는 재송을 제기할 수 있게 된다는 것을 의미한다.

이렇게 보면 행정법적 판단, 즉, 행정법의 해석과 적용에 있어서의 공익지향은 행정법의 토포스(topos)가 되며 따라서 이를 행정법의 일반원리라고 말할 수 있다고 생각한다. 행정청에게 공익 지향의 의무가 있다고 보는 한, 공익판단의 문제는 단순한 행정의 정책적 판단의 문제가 아니라 법적판단의 문제가 되는 것이

다. 그러므로 법률요건 규정에 있어서의 불확정법개념에서 공익판단을 그르친 경우에는 그것이 판단여지에 해당되지 않는 한, 공익개념은 사법심사의 대상이 된다. 또한 법률효과 규정에 있어서 재량영역에서의 행정법적 판단에서 공익지향이 실패한 경우, 그것은 행정목적에 위반한 것이 되고 행정목적 위반행위는 소위 '부당'한 것으로 지칭되어진다. 그런데 목적위반이 재량 영역을 벗어날 정도에 이른 경우에는, 그것은 재량권의 일탈·남용으로서의 위법을 구성할 수도 있다. 이러한 점에서 행정활동의 공익지향성은 중요한 규범적 의미를 가지는 것이고, 그 규범적 의미를 고려하여 '공익'에 관한 토포스를 하나의 법의 일반원칙으로까지 인정할 수 있는가 라는 것이 문제시된다.

공익은 위와 같은 일반적 의미에서도 범문제로 삼을 수 있는 것이지만 개별법규의 목표와 이념과 관련하여 구체적인 맥락에서도 그에 대한 판단이 필요한 경우가 있다

이러한 차원에서는 개별법규에 구체화된 공익은 과연 어느 정도의 타당범위를 가지고 있는가. 또 그 의미내용은 무엇인가 라는 점이 논증되어야 한다. 그러한 논증이 실패할 경우 그것이 아무리 공익의 이름으로 표방되었다 하더라도 그것은 진정한 공익으로서의 법적 취급을 받을 수는 없는 것이다. 그러므로 이러한 의미의 공익은 더 이상 법체계의 외연에 위치하는 것이 아니라 법체계 안에 내포되는 것으로서 규범초월적인 존재가 아니라 규범구성적인 존재로 전환되는 것이다.

개별법규에 있어서의 공익개념을 규범구성적 존재로 인식하게 될 때, 공익개념은 행정권에 의한 판단의 대상이 되는 것이 아니라 입법권에 의해 규정되고 사법권에 의해 최종적으로 해석되는 보통의 법규범과 같은 법적 취급을 받아야 할 것이다.

이러한 전제 하에서 공익판단은 더 이상 행정기관만의 독점사항이 될 수 없다. 국회는 스스로 공익개념의 의미내용을 명확히 정할 수 없다 하더라도 공익판단에 대한 재판통제가 가능할 정도의 공익판단의 향도를 시도하여야 할 것이고, 법원과 헌법재판소는 공익 판단을 범외적인 판단으로 치부할 것이 아니라 공익판단의 과정에 대한 재판 통제의 기법을 개발하고 한편 재판기관 스스로의 실체적 공익판단이 타당할 수 있는 영역과 재판기관 스스로에 의한 실체적 공익판단보다는 공익판단과정의 합리성, 논거의 명확성만을 심사할 수 있는 영역을 구분하기 위하여 애써야 할 것이다. 요컨대, 공익판단의 새로운 이념형하에서는 재판기

관의 공익판단 통제기능이 부각되고 행정기관의 자의적인 공익판단에 대한 다양한 관점에서의 통제가 모색되어질 필요가 있다.

IV. 立法에 있어서의 公益의 法問題化

입법상의 공익판단은 입법론과 법해석론의 양 측면을 가진다.

입법론의 차원에서는 가능한 한 관련 이익상황에서의 진정한 공익을 여하히 적절하게 입법문언으로 묘사할 수 있을 것인가 또는 최소한의 공익판단의 지침을 줄 수 있도록 규정할 수 있을 것인가 라는 것이 가장 일반적인 과제가 된다. 이러한 차원에서 입법자는 가능한 한 공익을 구체화하는 노력이 필요하다. 광범위한 의미영역을 가진 입법문언은 그 애매성으로 인하여 입법으로서의 가치를 희석화시킨다. 공익에 관한 입법은 법해석자가 그 공익의 판단에 있어서 입법상의 지침을 분명히 발견할 수 있도록 규정되어야 할 것이다. 그러나 공익개념을 지나치게 구체화해 놓은 것이 역으로 그 구체화개념의 적용범위를 제한할 수 있다는 점도 고려하여야 한다.

한편 법해석론의 차원에서는 해석을 위한 공익개념의 유형화·범주화가 가장 중요한 과제로 부각된다. 한편, 공익개념을 범문제화 한다고 하더라도 공익판단에 있어서 행정청의 판단의 여지 또는 재량을 전연 배제할 수는 없다. 그러므로 공익개념의 해석론에 있어서 행정청의 판단의 여지 또는 재량을 어느 범위까지 인정할 것인가. 즉 공익판단에 대한 재판통제의 범위를 어디까지로 할 것인가 라는 것이 매우 중요한 문제이다.

1. 公益 概念의 具體化와 抽象的 公益概念의 意味

공익개념의 범문제화를 관찰하기 위해서 공익개념은 법적 판단에서의 유용한 도구성과 기능성을 확보하지 않으면 안 된다. 공익이 하나의 국가목적으로만 존재할 때에는 공익개념에 대한 과학적 통찰이나 그것의 기능성에 대한 고찰은 큰 의의가 없을지 모르지만 공익개념을 둘러싼 법적 판단이 현실적인 범문제로 대두될 때 공익개념은 법적 기능성과 도구성을 획득하지 않으면 안 되는 것이다.

이처럼 입법상의 공익개념이 법체계 안에서 일정한 구체적 의미를 가지는 도구성을 가지기 위해서는 공익개념의 추상성이 어느 정도 극복되어야 할 필요성

이 있다. 공익개념이 초법적 의의를 가지고 법체계의 목적이나 한계로서의 의미를 가진다면 모르거니와 공익 개념이 법체계 안에서 법적 판단의 대상이 된다고 할 때, 마냥 추상적인 형태로 존재한다는 것은 법적 논증의 대상으로 되기에는 너무나 막연한 것이 된다. 물론 공익개념은 근본적으로 가치적 개념이므로 추상성을 어느 정도 용인하지 않을 수 없다. 그러나 입법기술상 부득이 한 경우가 아니라면 공익은 보다 구체화된 형태로 묘사되고 기술되어야 한다. 또한 입법적으로 규정된 공익 관념은 그 추상성이나 일반성에 있어서 어느 정도 단계적인 구분이 가능하다고 본다. 입법상의 공익관념은 때로는 높은 추상성과 광범위한 일반성의 전제하에서만 의미 있는 것일 수 있다. 그러나 추상성의 정도가 높을수록 일반성의 정도가 광범할수록 공익개념의 법적 기능은 약화되는 것이다. 따라서 입법상 공익규정이 하나의 개념적 도피나 이념규정으로서의 의미를 벗어나 실질적인 법적 규율성을 의미있게 가지기 위해서는 그 추상성은 가능한 한 완화되어야 하며 당해 공익규정이 지시하는 이익상황은 보다 구체적으로 적시될 필요성이 있는 것이다.

이러한 까닭에 입법상의 공익규정은 관련 이익상황을 보다 구체화할 수 있는 해석적 소지를 줄 수 있도록 고안되어야 할 것이다. 따라서 공익은 보다 구체화되고 제한된 의미로 그리고 그 이익상황의 영역이 지정된 상태에서 입법적으로 규율될 필요성이 있다. 이것은 입법상 등장하는 공익개념이 불필요하게 일반화·추상화되지 않도록 하는 공익의 분화·영역화, 한계지움의 방향을 가지는 것이다. 특정한 규준적인 공익의 존재를 인정하기 어려운 현대적 상황 하에서는 이러한 공익개념의 분화, 영역화, 구체화는 공익과 공익, 공익과 사익 등과 관련되는 이익상황에 있어서의 법적 판단의 합리화를 위하여 반드시 필요하다고 할 것이다.

이와 같은 공익개념의 구체화·분화·영역화 및 한계지움은 항상 입법론의 과제일 수만은 없다. 법해석론에 있어서도 관련 공익의 구체적 이익상황의 분석은 공익의 법문제화를 위해 필요 불가결하다. 이를 위해 이익상황의 유형화와 그에 따른 이익형량의 모델을 개발하는 것이 행정법학의 중요 과제가 될 수 있다고 본다. 이러한 까닭에 공익관념과 관련된 법해석학의 과제는 가능한 한 입법상 나타난 공익관념을 범주화하고 그러한 범주화된 공익관념의 일반적 이익상황을 분석함으로써 구체적인 공익관념의 해석에 필요한 이론적 지침을 제공하는 것에 있다고 할 것이다.

2. 利益衡量에 대한 立法的 基準

오늘날의 입법에서 나타나는 공익관념을 과거의 규준적·국가적 의미의 공익으로만 이해할 수 없다는 점은 이미 기술한 바 있다. 즉, 오늘날의 공익은 절대적인 의미를 가지는 것일 수는 없는 것이다. 요컨대, 어떠한 법규상 규정된 공익은 일정한 한계 안에서만 그 우월적 지위를 인정받는 것이지 무제한적, 절대적인 우월성을 인정받을 수는 없는 것이다. 따라서 어떤 공익은 다른 공익에 의하여 제한되어질 수 있고, 심지어 사익에 의해서도 공익의 한계가 결정되어질 수도 있다. 또한 국가이익의 절대 우월은 이제 인정할 수 없는 개념이라 할 것이며 공익이라 할지라도 사익에 대한 절대적 우월은 용인되기 어려운 것이다.

이와 같은 현실하에서 공익과 관련된 법적 판단에 있어서는 ‘이익형량’이 중요한 논증방법으로 부각되어지지 않을 수 없다. 특정 이익상황에서 취지를 달리하는 서로 다른 공익이 충돌할 수도 있다. 예컨대, 공적 부조를 위해 막대한 예산이 소요되는 경우 사회복지의 증진이라는 공익과 적절한 재정의 운용이라는 공익은 서로 충돌할 수 있는 것이고 이러한 공익의 충돌이 법문제화하는 경우 법적 판단에 있어서 양 공익의 이익형량은 필수적인 것이라 할 것이다. 이와 같은 공익 간의 충돌은 흔히 관련 행정관청 사이 또는 관련 지방자치단체 사이나 지방자치단체와 국가 사이의 분쟁의 양상을 띠 수도 있는 것이다.

공익을 단순한 행정집행상의 관심사로 이해할 때에는 이익형량 역시 법집행상의 재량에 맡겨지기 쉬웠다. 그러나 공익을 법문제로 인식한다면 이익형량은 단순히 법집행상의 문제가 아니라 입법, 행정, 사법 등 국가작용 전반에 걸치는 관심사가 된다. 따라서 오늘날의 상황에서 공익판단을 법문제화하기 위해서는 먼저 입법 단계에서부터 충돌하는 공익 상호간 또는 공익과 사익 간의 이익형량을 위한 고려가 필요하다고 할 것이다. 공익을 단순히 입법기술상의 도피처로 인식하고 이 점에 대한 고려를 소홀히 하게 되면 공익개념의 규정은 이익형량에 있어서 아무런 지침도 제공할 수 없게 되어 결과적으로 공익개념의 법문제화에 역행하게 된다. 한편, 법해석론에 있어서도 범주화된 공익개념 상호간 또는 공익과 사익 간의 이익형량을 위한 이론이 개발되어야 할 것이다.

3. 公益判斷의 節次的 正當化

오늘날과 같이 가치의 다양화, 가치상대주의가 풍미하는 시대상황에서는 보편적으로 인식되는 공익이 차지하는 비중은 현저히 줄어들 수밖에 없을 것이고 그

에 대체하여 그 판단과정과 절차의 공정성을 담보함으로써 그 과정 및 절차를 거쳐 결정되는 사항이 공익에 적합하다는 것을 인정하는 형태로 공익판단방식이 변화되어 가고 있는 것이다. 어떠한 판단이 공익에 적합한 것이기 위해서는 관련되는 이해관계자에게 공평하게 이익대변의 기회를 주어야 할 것이고 판단자는 제3자로서 편견이 배제된 상태에 있어야 할 것이며 또한 충분히 객관적인 판단을 할 수 있는 능력과 자질이 보장되어야 한다. 이러한 요소들은 영미법상의 자연적 정의(Natural Justice)의 원칙에서 도출되는 쌍방청문의 원칙, 편견배제의 원칙 등과 일맥상통하는 것이다.

이처럼 공익판단의 절차법구조화를 통한 민주적인 공익결정과정의 모색은 균준적인 보편적 공익의 존재에 대한 신념을 잃어가고 있는 오늘날의 우리 시대에 비교적 적합한 공익판단모델이라고 할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 우리 사회의 보편적 가치의 존재가 전체적으로 부정될 수는 없을 것이며 공익판단이 항상 특정한 절차구조 안에서 형식적으로 이루어짐으로써 족하다고 할 수만은 없다. 아무리 상대화된 가치관을 가지고 다양한 의견을 수용하는 사회라 할지라도 최소한의 보편적 가치는 공유하기 마련이고 또한 그러한 최소한의 보편적 가치의 공유를 통해서 사회통합을 유지할 수 있기 때문에 공익판단의 절차법구조화 자체가 지배적 명제로 부각되어서는 곤란하다고 본다.

공익판단의 절차법구조화를 위해서 입법상의 공익규정은 무리한 실체적 공익판단을 자제하고 공익판단에 있어서 고려되어야 할 요소나 절차에 대한 규정을 둠으로써 공익판단의 절차적 정당화를 도모함이 필요하다고 본다. 또한 해석론에 있어서도 공익판단과 관련되는 절차법적 요구를 만족시킨 경우에 공익판단의 정당성을 추인해 줌으로써 공익판단의 절차법적 측면을 만족시킬 필요가 있다고 본다.

V. 司法作用에 있어서의 公益의 法問題化

재판을 통해 공익판단을 범문제화하고자 하는 시도는 현대국가에 있어서의 공익판단이 맞이하는 문제상황의 변화에 기인하는 것이다. 공익에 대한 절차적 정당화의 요구의 증대, 공익에 대한 다원적 이해의 등장, 국익과 공익의 분화 등 공익관념에 대한 인식변화의 제양상은 공익판단의 구조를 근본적으로 바꾸어 놓

을 것을 요구하고 있다. 그리하여 새로운 상황하에서 재판기관은 더 이상 공익판단의 방관자가 아니라 공익판단에 깊숙이 관여하고 개별 이익상황하에서의 공익의 구체화에 규범적 차원의 방향제시를 담당할 것을 요구받고 있다. 이처럼 재판기관이 공익판단에 깊숙이 개입한다는 것은 우리 재판기관들에게 있어서는 새로운 경험일지도 모른다. 따라서 재판상의 공익논증이 어떠한 문제의식과 방향성을 가지고 전개되어야 할 것인가 라는 것이 공익개념의 범문제화를 위한 기본 테제로 등장하게 된다.

1. 公益判斷의 節次法構造化

공익을 더 이상 일의적으로 이해할 수 없는 현대국가의 상황에 있어서, 공익은 잠재적인 것으로 인식의 대상이라기보다는 관계 제이익의 참여에 따른 결정의 대상이라는 측면이 강하게 나타난다. 선형적인 공익, 보편적인 공익이 먼저 주어져서 오류를 용납하지 않는 인식의 대상이 되는 것이 아니라, 주어진 이익상황하에서 가장 공동체의 이익에 부합하는 것은 무엇인가 라는 것이 주어진 규범체계 하에서 민주적이고 법치주의적 원리에 따라 합법적으로 판단·결정되어야 하는 것이다. 이렇게 보면 공익의 판단에 있어서 공익의 실체적인 내용에 대한 법적 통제보다 공익결정과정에서 있어서의 절차적 민주성, 적법성이 더욱 더 중요한 문제로 대두하게 된다.

물론 구체적인 경우, 헌법, 법률, 명령 등의 형식으로 공익의 내용에 관한 실체적 판단이 내려져 있는 경우도 있을 것이지만, 실정법의 해석만으로 공익의 실체적 내용을 확인할 수 없는 많은 경우에 있어서는, 공익판단은 일정한 규범적 틀에 따른 이익대변의 과정에서 이익상황의 조절이라는 성격을 띠게 되는 것이다. 이렇게 될 때 재판기관은 공익판단에 있어서 절차적 적법성의 확보에 주의를 기울이지 않으면 안 된다. 재판기관은 실정법 규범이 실체적 공익의 내용을 제시하고 있지 않는 한 자신의 실체적 공익판단을 내놓기보다는 공익결정과정에서의 절차적 적법성을 검토하여 공익결정과정에서 관계 제이익이 공평하게 참여할 기회를 보장받았는가를 심사하는 데 역점을 둘 필요성이 있다

재판기관이 공익판단의 절차적 성격에 착안하게 되면 공익판단의 법과정은 실체적으로 절차법구조화하게 될 것이다. 이러한 절차법구조화는 실정법의 해석에만 의존하는 것이 아니라, 재판기관이 스스로 공익결정에서의 절차원칙을 창조해 나갈 수도 있으며, 입법이 제시한 절차원칙의 해석·적용에 있어서 재판기관이

적절한 의미부여를 행할 수도 있다는 점에서 재판기관의 재량에 크게 의존할 수도 있다.

2. 利益狀況에 대한 多次的 解明

현대국가의 공익은 다양한 원천과 타당영역을 가진다. 공익의 가장 전형적인 것으로 전통적으로 국익이 공익과 동일시되는 경우가 많았으나 공익의 전체가 되는 공공성은 국가영역에서만 발생하는 것은 아니다. 국가영역이 아닌 사회영역에서의 “사회적 공공” 역시 공익의 원천이 될 수 있다. 뿐만 아니라 국익이라 할지라도 구체적 이익상황에 따라서 추구하는 바가 상이할 수 있다. 환경부가 주장하는 국익과 건설교통부가 주장하는 국익은 차이가 있을 수 있으며, 같은 맥락에서 환경법규의 해석·적용상의 국익과 건설법규의 해석·적용상의 국익은 서로 모순될 수 있는 것이다. 또한 국가와 지방자치단체 사이에서도 각자의 “공익”이 모순·충돌될 수 있는 여지는 얼마든지 있다.

요컨대, 국익이라 할지라도 구체적인 이익상황 하에서는 그것이 특수공익으로 특징지어질 수 있는 것이고, 사회영역에서도 국익 등에 양보할 수만 없는 공동체의 이익이 존재한다. 각 사회영역은 국가의 단순한 일부가 아니라 각 영역 나름의 주권적 권역을 가지는 독립적인 존재로서 국가의 보호와 간섭을 받고 있는 것이다. 그리고 이와 같은 사정은 사익과 공익의 관계에서도 동일하다. 사익이 항상 공익에 의해 배척당하는 것은 아니다. 본질적인 중요성을 가진 사익은 공익에 우선하기도 하고, 무엇보다도 공익과 사익 사이에 이익형량을 통한 법적 조절이 이루어지기도 하는 것이다.

이상과 같이 공익이 가지는 다양한 함의는 공익의 타당영역, 공익의 강도, 중요성, 이익상황의 절박성, 이익상호간의 관련성 등에 의해 복잡한 구조 안에서 진지한 해석의 대상이 되고 있다. 이러한 상황 하에서 재판기관은 일반공익과 특수공익의 관련 구조, 국가영역과 각 사회영역 간의 관련 구조, 공익과 사익의 관련과 분리 등의 이익상황의 구조에 대한 나름의 해명방식을 가져야 할 것이다. 이러한 해명은 개별적인 공익판단이 맞이하는 구체적 이익상황에 대한 면밀한 분석하에서 이루어져야 할 것인데, 이와 같은 구조해명에는 재판기관 자신의 공익에 대한 법적 판단에 있어서의 문제의식이 투영될 것이다.

3. 公益概念의 具體化

입법의 형식을 통하여 규범적으로 주어진 공익판단은 대개 일반·추상적인 개념 형태로 존재하는 것이다. 따라서 개별적·구체적 상황에서의 공익판단은 행정권에 의해 이루어지는 것이 보통이라 할 것이다. 그러나 공익개념을 하나의 법적 관념으로 보고, 공익판단에 대한 소송적 통제를 활성화한다면, 구체적인 공익판단은 행정권의 임무만이 아니라 재판기관의 임무로서도 등장하게 된다. 이처럼 재판기관이 공익의 구체적 해석·적용에 관여하게 될 때, 재판기관은 각각의 이익상황에 따라 공익의 성격, 크기, 강도, 고려범위 등을 분석하고 그에 따른 공익 개념의 구체화·영역화·한정화를 도모할 필요성이 있다. 이러한 공익관념의 구체화·영역화·한정화는 이익상황에 대한 다차원적 해명이 주로 다양한 공익들 간의 관련과 중첩, 상호관계와 결부되어 있다면, 개별·구체적 상황에서의 적용을 위한 공익 개념의 구체화·영역화·한정화는 한 종류의 공익이 타당하는 범위와 관련되는 공공성의 성격 및 강도 등을 탐구해 나간다는 점에서 양자가 문제시하는 상황은 일응 구별된다.

이와 같은 공익개념의 구체화는 공익관념이 사용된 맥락에 따라 다소 상이한 양상을 나타낸다.

첫째로, 가장 흔하게는 공익개념의 구체화는 이익상황의 구체화와 밀접한 관련이 있다. 문제되는 사안에서 하나의 공익과 또 다른 하나 또는 여러 개의 공익이 충돌하거나, 공익과 사익이 모순·충돌하는 경우에 있어서 공익개념의 적용을 위한 구체화는 이러한 이익상황의 면밀한 분석 위에서만 가능하다. 이러한 이익상황의 분석에 있어서 추상적인 공익 관념은 다소간 특수화될 필요성이 있다. 그러나 때로는 그 반대로 특수공익 상호간의 모순·충돌의 합리화를 위해 모순, 충돌되는 양 공익 간의 일반화가 요구되는 경우도 있다. 이러한 관련은 공익과 사익 간의 관계에서도 나타나는 것이다.

이익상황의 구체화를 위해서 공익을 포함하여, 관련이익의 고려범위가 문제될 것이며, 이와 관련하여 공익의 추상성의 정도가 조정될 필요도 있다. 또한 관련되는 공공성의 성격에 대한 구체적인 해명이 요구되는 경우도 있을 것이며, 공공성의 강도나 밀도 등도 문제가 된다. 한편 궁극적인 공익판단을 위해서는 법질서가 추구하는 공익 자체의 구체화만이 문제되는 것이 아니라, 그에 대비되는 다른 공익이나 사익에 대한 구체적 해명, 그리고 문제 되는 공익에 대한 침해의 정도 등도 고려의 대상이 된다.

둘째로, 경우에 따라서 공익개념의 구체화는 행정목표의 구체화와 관련되는 경우가 있다. 법규상 공익개념이 행정목표로 설정되어 있거나 그에 준하는 취급을 받아야만 하는 경우가 그것이다. 이때 애매한 추상적 행정목표는 공익개념의 구체적 적용에 있어서 극복해야 될 장애요소가 된다. 이 경우에도 위에서 검토한 이익상황의 구체화와 관련되는 여러 가지 관점이 간과되어서는 안 될 것이다.

셋째로, 거부의 요건, 제한 및 한계의 근거로서의 공익개념도 역시 구체화되어야 한다. 그러한 거부, 제한 및 한계로서 공익이 일반적 사유로 명기되어 있는 경우 그 일반적 사유는 법이 명시하고 있는 구체적 사유와 동가치하게 판단될 수 있는 사유이어야 한다. 공익판단의 고려범위, 공공성의 성격, 추상성의 정도, 공공성의 밀도와 강도 등에 관련되는 문제는 여기에서도 동일하다.

넷째로, 지원이나 보호의 대상으로서의 공익 또는 기타 특별규율의 대상으로서의 공익은 더욱 강한 구체화의 요구에 직면한다. 예외취급 또는 특수취급의 정도가 강할수록 그 근거되는 공익은 구체화되어야 하기 때문이다. 어떠한 행정작용도 가장 추상적인 형태의 공익에는 그 근거를 둘 수 있기 때문이다. 앞에서 검토한 공익판단의 고려범위, 타당범위, 공공성의 성격, 추상성의 정도, 공공성의 밀도와 강도 등의 논의는 여기에도 타당하다.

4. 利益衡量的 基準의 體系化

구체적인 공법쟁송에서의 공익판단에서 실체적인 의미를 갖는 것이 이익형량이다. 공익에 대한 추구는 대체로 그와 모순, 또는 저촉되는 다른 이익의 포기 내지 조절과 관련을 맺는 것이므로 공익판단은 실제에 있어서 절대적이라기보다는 상대적이다. 따라서 문제 되는 공익에 대비되는 다른 이익(그것이 또 다른 종류의 공익이든 순수한 사익이든 간에)과의 비교와 형량이 공익판단의 핵심을 이루는 경우가 많다. 이러한 까닭에 재판기관은 공익판단에 있어서의 이익형량의 기준을 귀납적으로 마련하고 이를 체계화할 필요가 있다. 오늘날과 같은 다원공익, 잠재공익의 시대에 있어서는 막연히 어느 경우에 사익보다 공익이 우선한다든가, 또는 어느 경우에 적용되어야 할 공익은 이러한 성격의 것이라든가 라는 판단보다 그러한 판단을 가져오게 한 이익형량의 근거를 구체적으로 논증할 것이 요구된다. 그리고 이러한 구체적·개별적 논증방식이 쌓이면 이익형량의 기준의 체계가 수립될 수 있을 것이다.

그런데 구체적인 이익형량에 있어서는 무엇보다도 다원적 공익의 구조해명과

공익의 구체화가 요구된다. 형량의 대상이 되는 공익의 정체를 밝혀 놓지 않고서는 실질적인 이익형량이 불가능할 것이기 때문이다. 따라서 이익형량에 있어서는 공익판단의 고려범위를 적절하게 잡을 것, 문제 되는 관계이익의 강도나 밀도 또는 침해의 정도에 대해 충분한 고려가 이루어질 것 등이 요망된다.

이익형량에 있어서 관련이익이 다원적일 때에는 어느 이익이 보다 일반적인 관점에서 우선되어야 할 것인가 라는 점이 중요하다. 특히 어떤 하나의 공익과 또 다른 하나의 공익이 충돌할 때, 어느 공익이 보다 우선적인 가치가 있는 것인가가 평가되어야 할 것이고 충돌되는 양 특수공익이 보다 일반화되면서 변증법적 통일의 과정으로 대립을 해소시킬 방안은 없는 것인가에 대한 검토도 이루어져야 할 것이다.

그러나 문제는 어떠한 공익과 다른 이익 간의 우세관계 또는 우선 순위 관계가 명확하다고 하더라도 항상 우선적 공익이 법적 보호의 대상이 되지만은 않는다는 것이다. 하나의 특수공익과 다른 하나의 특수공익 사이에서는 말할 것도 없고 공익과 사익의 관계에서도 사익이 언제나 희생되지만은 않는다. 바로 그 까닭에 이익형량이 필요한 것이다. 이러한 때에 문제되는 것이 비례의 원칙이라 할 것이다. 공익의 추구하고 사익의 희생 또는 보다 우선적인 공익의 추구하고 보다 중요성이 떨어지는 다른 공익의 희생은 무한정 허용되는 것이 아니라 일정한 비례성의 범위 안에서만 허용되는 것이다. 따라서 이익형량에 있어서는 관련되는 이익의 본질적 특성도 문제 되지만 관련되는 이익의 침해정도 역시 중요한 판단의 기준이 되는 것이다. 재판기관에 의한 이익형량의 기준은 이러한 여러 관점을 포괄하여 형성되어질 것이 요망된다.

VI. 結語

이상에서 공익의 법문제화의 기본방향에 대한 소견을 제시하였다. 그러나 오늘날의 상황은 전통적인 공법학의 경우와는 다른 새로운 문제상황을 공익론 연구에 던져주고 있다.

오늘날 신자유주의 경제질서 하에서 행정기능은 엄청난 변화를 요구받고 있다. 이에 따라, 규제완화, 민영화, reinventing government, outsourcing 등 오늘의 행정의 변화는 우리 사회에 있어서의 공익판단과정을 크게 변모시키고 있다.

가장 우려되는 상황은 이러한 일련의 변화가 행정의 효율성과 경제성을 강조하는 나머지 법치주의나 민주주의, 기본권과 같은 공법의 근본적 가치를 도외시하지는 않는가 라는 점이다. 전통적인 행정질서 하에서도 공익의 법문제화가 중요하였다고 하면 오늘날의 변화는 변화 자체가 공익을 주요가치로 취급하지 않게 될 상황을 초래하고 있다. 이런 점에서 공익의 구체화, 규범화와 이익상황의 분석은 더욱 강하게 요청된다고 할 것이다. 공익보호가 요청되는 영역이면 규제 완화, 민영화, outsourcing의 영역에도 공익적 고려가 작용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 행정의 역할, 정부의 기능에 대한 이해방식의 변화가 공익의 추구와 보호를 주변화시키는 것은 결코 아니다. 오히려 민영화와 행정권한의 사인에 대한 위탁이나 outsourcing이 활성화될수록, 전통적인 행정청이 아닌 사적 기구에 의한 공익관련활동을 어떻게 법적으로 통제할 것인가가 더 심각하게 문제시되므로, 공익의 결정과 인식 그리고 그에 관련되는 법적 논증의 중요성은 더욱 커진다고 할 수 있다.

이런 까닭에 ‘공익’에 대한 법철학적, 사회과학적 해명과 아울러 실정법학 차원의 공익의 법문제화가 어느 때보다도 절실히 요구된다. 오늘의 논의가 이러한 우리 시대의 공익문제의 해명과 해결방안의 모색에 중요한 기여를 할 수 있기를 기대하여 마지 않는 바이다.

주요어: 메타 행정법이론, 공익의 법적개념, 행정법의 기본원리, 이익형량기준, 절차적 적법성

<Abstract>

Legal Argumentation of Public Interest

Song-Wha Choi*

The concept of public interest has been a much frequented topic, and has been examined from a range of different perspectives. Academic discourse is based not only on legal views but also on philosophical, political, economic views. And these multi-disciplinary and interdisciplinary studies have advanced the legal concept of public interest.

Even in the jurisprudence world, there is a wide range of views on the concept of public interest. In legal philosophy, understanding the relationship between a society and individuals as well as restricting individual rights in the light of the public interest is very important issue. Even in the field of private law, background knowledge of the concept of public interest is a norm in interpreting private contracts. Moreover, the concept of public interest has become a core concept in administrative law theories (*Rechtsdogmatik*). I have considered public interest theories in the field of administrative law as the Meta-Administrative law theories. This is why I have made efforts to understand the concept in a more relevant way in administrative law during my tenure of professorship.

The concept of public interest is a value concept, having many contentions around it. For example, whose interest is the public interest? Who should decide the public interest? Are public interest concepts in many societal spheres different from the state interest? Will we be able to find the normative concept of public interest and follow it or should we make choices based on our preferences? These are the questions that I had in my mind and in order to answer them, we should first look at historical development of the concept.

Until the Korean Civil Uprising of 1987 and following democratization of the nation, the public interest had been an ideological concept to justify governmental activities rather than a legal concept that requires reasoning.

* Professor Emeritus, Seoul National University

However, subsequently, small group identities have spread among the Korean people in response to the development of democracy. There has been no unitary understanding of the public interest concept since then. Under the circumstances, lawyers should analyze the concept of public interest in their legal reasoning. Also, public interest has become a legal *topos* and a general principle of administrative law in deciding legitimacy of administrative actions. Therefore, argumentation of the public interest is a problem of not only the Administration but also the Legislature and the Judiciary.

The legislature has to prescribe legislative clauses in a concrete way in terms of the concept of public interest. It should prepare a standard for balancing conflicting interests in confirming the public interest. Also, it should design the process of confirming public interests as a justifying procedure.

The Judiciary should change the process of confirming public interests as a justifying procedure as well. It needs to shift its reviewing points from content legitimacy to procedural legitimacy in decision-making process. Moreover, it should analyze multi-dimensional mechanisms of interests in terms of confirming relevant public interests. Finally, it should systematize standards for balancing conflicting interests.

The paradigm shift of public administration is an on-going process. 'Deregulation', 'reinventing government' and 'outsourcing' have been changing the process of public decision-making. However, in the process, only the efficiency and utility factors are being emphasized while democratic values, fundamental human rights and rule of law are sometimes left out. We have to develop more relevant legal argument based on the concept of public interest in order to protect the basic values of public law.

I hope today's discourse will contribute to the legal argumentation of the public interest and the effective resolution of contemporary interest conflicts.

Key words: the Meta-Administrative law theories, the normative concept of public interest, a general principle of administrative law, a standard for balancing conflicting interests, procedural legitimacy