



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

프랑스 행정법상 ‘법의 일반원칙’의 위기와
현대적 역할에 관한 연구

— 헌법과의 관계를 중심으로 —

2015년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

강 화 연

프랑스 행정법상 ‘법의 일반원칙’의 위기와
현대적 역할에 관한 연구

— 헌법과의 관계를 중심으로 —

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2015년 4월

서울대학교 대학원

법 학 과

강 화 연

강화연의 석사 학위논문을 인준함

2015년 7월

위 원 장 _____

위 원 _____

위 원 _____

국문 초록

프랑스 행정법상 ‘법의 일반원칙’의 위기와 현대적 역할에 관한 연구

— 헌법과의 관계를 중심으로 —

강 화 연

成文法主義를 취하는 국가에서 不文法은 보충적 法源으로서의 역할만 담당하는 것이 보통이다. 그런데 특이하게도 프랑스 행정법상 ‘법의 일반원칙’은 不文의 法源임에도 불구하고, 전통적으로 콩세유·데따 판결문에서 자유권, 평등원칙, 월권소송에 관한 원칙 등 프랑스 사회의 기초가 되는 기본권적 원리를 판결문에 적용하는 근거로서 주된 역할을 담당해 왔다. 법의 일반원칙은 그 형성기관인 콩세유·데따와 더불어 1960년대에 전성기를 누리다가, 헌법재판소가 등장한 이후로 1970년대에 존폐 위기를 맞는다. 그 원인은 헌법재판소가 판결문을 통해 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文에 적극적으로 헌법적 효력을 부여하는 것을 통해, 성문법에서 직접 기본권을 도출하기 시작하였기 때문이다.

1970년대 이후 일부 학자들 사이에서는 헌법재판소에 의해 권리가 成文化됨에 따라, 성문법주의를 표방하는 프랑스는 더 이상 콩세유·데따는 불문법적 성격을 갖는 법의 일반원칙을 활용하지 말고, 이를 성문법 규정으로 전부 대체하자는 주장까지 등장하였다. 실제로 콩세유·데따는 1970년대 이후부터 판결문에서 특정한 헌법 규범을 명시하면서, 해당 규범으로부터 어떠한 권리가 ‘도출’된다고 하거나, ‘선언’되었다는 표현을 사용하는 경우가 발견되고, 이러한 경향은 2000년대 이후 더욱 빈번한데, 이를

두고 콩세유·데따가 기존 법의 일반원칙 중 일부를 성문법 규정으로 대체하고자 한다는 해석도 있다.

이와 동시에, 헌법재판소가 판결문을 통해 ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙’(Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), ‘우리 시대에 필요한 정치, 경제, 문화 원칙’(Les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps), ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’(Les principes de valeur constitutionnelle) 등 독자적인 원칙을 실시하기도 하고, 국제사법재판소와 유럽공동체법에 의해 ‘EU법의 일반원칙’이 국제 재판소의 판결문을 통해 만들어지고 있다. 현대의 콩세유·데따는 이러한 유사 원칙과 어떻게 조화를 이루면서 법의 일반원칙을 통해 어떠한 새로운 역할을 감당해야 하는지가 화두로 떠올랐다.

그러나 이러한 시대적 변화로 인해 법의 일반원칙이 갖는 역할이 퇴색되는 것은 아니다. 콩세유·데따는 여전히 법의 일반원칙을 판결문에서 적극 활용하고 있으며, 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文, 1958년 헌법 前文, EU법 등 새로운 기본권 관련 규정들을 법의 일반원칙의 원천으로 적극적으로 포용하고 있다. 오히려 이러한 규정들로 인해 법의 일반원칙의 내용이 다양하고 풍성해졌다고 할 수 있는 것이다.

법의 일반원칙은 역사 속으로 사라져야 할 낡은 개념이 아니다. 도리어, 새로운 시대에 프랑스 행정법이 국내·외적으로 더욱 발전하도록 하기 위해 새로운 역할을 담당하여야 한다. 그 새로운 역할은 두 가지로 구분되는데, 우선 현대적 요구에 맞춰 법의 일반원칙의 내용을 공고화하는 것이다. 최근 프랑스에서 성문 헌법 규범이 정비된 것은 사실이나, 현실적으로 모든 요구를 반영하거나, 문제되는 영역들을 세세히 담을 수는 없는 노릇이다. 헌법 기타 기본권 관련 법 규범은 그 본질상 추상적이고 모호하게 규정될 수밖에 없기 때문이다. 반면, 법의 일반원칙은 개별 사안에 따라 유연하게 변형이 가능하다는 장점이 있다. 또한 시대 변화에 따라 성문법 규정이 개정되더라도 법의 일반원칙을 통하여서는 일관성 있는 법원칙을

적용할 수 있다. 따라서 법의 일반원칙은 현대에서 법적 안정성과 구체적 타당성을 보장하는 데 중요한 역할을 할 것으로 기대된다.

다음으로, 법의 일반원칙은 국제법과 서로 영향을 주고받으며 국제 사회에서 세계 행정법 발전에 일조할 수 있다. EU법 시대가 도래하며 프랑스 국내법과 국제법의 경계는 점차 모호해지고, 각기 다른 국가, 지역 간 법원 판결도 상호 영향을 끼치며 함께 발전하고 있다. 국제법의 불문법적 특성을 고려하면, 오랜 역사를 거쳐 법의 일반원칙을 행정법 영역에서 활용해 온 프랑스의 사례는 국제사회에서 모범이 되기에 충분하다. 이와 동시에, EU 법원과 국제 재판소에서 새로이 정립되는 내용들이 법의 일반원칙을 풍성하게 해 줄 것으로 기대된다.

이렇듯, 2000년대 이후에도 법의 일반원칙은 특유의 역할을 수행하면서, 위기 이후에 새로운 도약을 꾀하고 있다. 이는 비단 프랑스만의 현실은 아닐 것이며, 우리나라를 포함 성문법주의를 취하는 나라라면 어디에서나 존재하는 위기이자 새로운 역할인 것이다. 행정 영역에서의 최고 기관으로서 전 세계적인 권위를 지닌 콩세유·데따가 이러한 새 시대의 요구에 어떻게 부응하면서 법의 일반원칙을 발전시켜 나갈지 앞으로의 귀추가 주목된다.

주요어: 법의 일반원칙, Les principes généraux du droit, 콩세유·데따, Conseil d'État, 법의 일반원칙의 위기, 법의 일반원칙의 현대적 역할

학 번: 2011-21374

개 요

연구의 목적

연구의 범위

제1장 법의 일반원칙의 발전

제1절 법의 일반원칙의 개념과 그 등장

제2절 법의 일반원칙의 종류와 법적 성격

제3절 법의 일반원칙의 법적 효력

제2장 법의 일반원칙의 위기

제1절 권리의 헌법화

제2절 유사한 법 원칙들의 등장

제3절 헌법재판소 판례와의 충돌

제4절 EU법과의 조화

제3장 법의 일반원칙의 현대적 역할

제1절 개설

제2절 법의 일반원칙의 공고화

제3절 국제법 이론의 반영

제4장 우리나라에의 시사점

제1절 개설

제2절 행정법의 일반원리의 법적 지위

제3절 행정법의 일반원리의 규범적 역할

제4절 소결

제5장 요약 및 결어

참고문헌

Abstract

목 차

국문 초록

약어표

연구의 목적	1
연구의 범위	6
제1장 법의 일반원칙의 발전	9
제1절 법의 일반원칙의 개념과 그 등장	9
제2절 법의 일반원칙의 종류와 법적 성격	12
I. 법의 일반원칙의 종류	12
II. 법의 일반원칙의 법적 성격	14
제3절 법의 일반원칙의 효력	17
제2장 법의 일반원칙의 위기	20
제1절 권리의 헌법화	20
I. 개설	20
II. 전부대체설의 대두	22
1. 이론적 배경과 내용	22
2. 평가	24
III. 풍세유·데파의 입장 변화	26
1. 신규 법의 일반원칙의 경우	27
2. 기존 법의 일반원칙의 경우	32
IV. 소결	40

제2절 유사한 법 원칙의 등장	41
I. 개설	41
II. 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙	42
1. 의의	42
2. 요건	42
3. 내용	43
III. 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙	45
1. 의의	45
2. 내용	46
IV. 헌법적 가치를 지니는 원칙	47
1. 의의	47
2. 내용	48
V. 소결	49
제3절 헌법재판소 판례와의 충돌	50
I. 개설	50
II. 내용	51
1. 공무원의 평등한 대우에 관한 법의 일반원칙	51
2. 공공부담의 평등원칙	52
III. 소결	53
제4절 EU법과의 조화	54
I. 개설	54
II. 내용	56
1. ‘나폴거 해운회사’ 판결	56
2. ‘아까론’ 판결	58
3. ‘보댕’ 판결	59
III. 소결	59

제3장 법의 일반원칙의 현대적 역할	61
제1절 개설	61
제2절 법의 일반원칙의 공고화	62
I. 쾨세유·데따의 입장	62
1. ‘뿔루즈 시’ 판결	62
2. ‘자유주의 의료윤리 국제 연합’ 판결	63
3. 평가	64
II. 법의 일반원칙의 현대적 의미	65
1. 실질적 법치주의의 보장수단	65
2. 헌법재판소에 대한 견제수단	67
제3절 국제법 이론의 반영	68
제4장 우리나라에의 시사점	70
제1절 개설	70
제2절 행정법의 일반원리의 법적 지위	72
제3절 행정법의 일반원리의 규범적 역할	75
제4절 소결	78
제5장 요약 및 결어	80
참고문헌	84
Résumé	86

약어표

AFDI	Annuaire française de droit international
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
CC	Conseil consitutionnel
CE	Conseil d'État
RDP	Revue du droit public et de science politique en France et à l'étranger
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
TC	Tribunal des conflits
NCC	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

연구의 목적

우리나라에서 행정법의 法源으로서는 크게 成文法源으로서 헌법, 법률, 명령, 자치법규 및 국제법규가, 不文法院으로서는 행정관습, 판례, 행정법의 일반원리(또는 조리)가 일반적으로 열거된다. 이 중 행정법의 일반원리는 많은 행정법 교과서에서 ‘조리’라고 언급되는데, 헌법의 기본규정·헌법원리·행정법 규정·판례법 등에서 도출되는 정치적·법적 기본규범을 의미하는 개념이다. 행정법의 일반원리의 내용을 이루는 대표적인 법원칙으로는 평등원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호원칙이 열거되고, 최근에는 과잉금지금지원칙·부당결부금지원칙 등이 검토되고 있다.¹⁾

그런데 우리나라가 성문법주의를 취한다는 점에서 착안한다면, 비례의 원칙에 관해서는 헌법 제37조 제2항²⁾ 및 행정규제기본법 제5조 제3항³⁾에서, 평등원칙에 관해서는 헌법 제11조⁴⁾가 있듯이 행정법의 일반원리와 유사한 취지의 규정이 이미 헌법 또는 행정법에 성문법 형태로 삽입된 경우가 많으므로, 재판관은 불문법의 일종인 행정법의 일반원리를 원용하기보다는 이러한 성문법 규정을 판결문에 직접 폭넓게 활용해 사안을 해결해야 한다는 주장이 가능해 보인다.

행정법에 관한 오랜 역사와 전통을 자랑하는 프랑스에서는 실제 이러한 논의가 있어 왔는데, 이에 관해 2003년 달로즈 출판사에서 장-마크 마요(Jean-Marc Maillot)⁵⁾가 쓴 『법의 일반원칙에 관한 행정 중심적 이론-영속

1) 김동희, “행정법 I”, 박영사, 제20판, 2014, 52-55면 참조.

2) “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”

3) “규제의 대상과 수단은 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.”

4) “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”

성과 현대성』(La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité)이라는 책이 출판되었다. 이 책은 헌법과 대립되는 개념으로 ‘행정(법) 중심적’(administrativist)적인 접근법을 사용하여, 현대적 관점에서 ‘법의 일반원칙(les principes généraux du droit)’이 대면한 위기와 새롭게 부여된 현대적 역할을 중점적으로 논의하고 있어 흥미롭다.

프랑스 행정법에서 법의 일반원칙은 법관이 법을 해석하여 발견하는 法源이라는 개념적 특징과 프랑스 헌정사의 특유한 흐름이 그대로 반영되었다는 역사적 특징이 한데 어우러져, 프랑스 학자들에 의해 예전부터 프랑스 法源의 ‘가장 아름다운 꽃(le plus beau fleuron)’이라고 칭해지며 높은 지지를 얻어 왔다.⁶⁾

프랑스 행정법의 法源은 크게 세 단계로 구분되어 논의된다. 행정 체제 외부에서 제정된 성문법(헌법, 헌법 前文, 국제조약, 유럽공동체법), 재판관이 형성하는 불문법(판례, 법의 일반원칙), 행정 체제 내에서 자체적으로 마련한 성문법(행정규칙, 개별 결정, 계약)이 그것이다.⁷⁾

법의 일반원칙은 1911년 콩세유·데따(Conseil d'État)의 ‘루보’ 판결⁸⁾에서 본격적으로 등장한 이래, 100여 년에 걸쳐 콩세유·데따와 헌법재판소(Conseil constitutionnel)의 양대 사법기관에 의하여 정립되어 왔다.⁹⁾ 1875년경 제3공화국 시절에는 행정법 총칙도 없거니와 기본권이나 기본적 통

5) 공법 박사, 법원 소속 변호사, 몽페이유 대학 법과대학 조교수.

6) J. Droit administratif, 13e éd., 2013, p. 267 참조.

7) J. Morand-Deville, 전게서, pp. 235-274 참조.

8) CE, 9 mai 1913, *Roubeau*.

9) 1958년 헌법에 의하여 설치된 프랑스 헌법재판소는, 1969년 판결문에서 ‘법의 일반원칙’이라는 용어를 최초로 명시한 이후로 잠시 법의 일반원칙의 정립기관으로서의 면모를 보였다. 이후 1970년에서 1980년 사이 헌법재판소는 헌법 前文에 직접적인 헌법적 효력을 인정하면서 이에 위반되는 법률을 위헌으로 선언하는 일련의 판결을 내리게 된다. 그 이후로 헌법재판소가 판결문에 성문헌법 규범을 바로 원용하고, ‘법의 일반원칙’을 별도로 언급하거나 이에 기초하여 판단을 내리는 경우는 거의 찾아볼 수 없다. 이에 현대 시점에서의 법의 일반원칙에 초점을 둔 본고에서는, 혼란을 방지하고자 법의 일반원칙의 정립기관을 콩세유·데따에 한정하여 논의하고자 한다.

치원리에 관한 성문법 규정이 전혀 마련되어 있지 아니하였는데, 이러한 상황에서 법의 일반원칙은 헌법과 유사한 역할을 수행하였다.¹⁰⁾

프랑스 학자들 사이에서는 법의 일반원칙을 어떻게 보아야 하는지에 관해 기존에 많은 논의가 있었다. 특히 1954년 버누와-잔노(Benoît Jeanneau) 교수에 의하여 이루어진 법의 일반원칙에 관한 연구는 기존의 이론을 집대성하였다고 평가된다.

잔노 이후에 프랑스에서 법의 일반원칙에 관한 논의는 다음과 같이 전성기, 정체기, 르네상스기를 거쳐 발전했다. ① 전성기 : 1958. 10. 4. 제 5공화국 헌법과 함께 시작된 1960년대 초반은 법의 일반원칙의 전성기로, 모랑주(Morange), 로쉬(Roche), 샤푸(Chapus) 등에 의하여 쟁세유·데따가 판례를 통해 법 창설적 권능을 보유한다는 인식이 널리 받아들여졌다. ② 정체기 : 1960년대 말부터 1970년대까지, 법의 일반원칙은 메셰리아코프(Meschieriakoff), 제노브아(Genoëvois), 리노뜨(Linotte) 등의 신랄한 비판을 맞으며 잠시 정체기를 맞게 된다. ③ 르네상스기 : 1970년대 말 국민의 기본권 및 정치사회의 기본원칙에 대한 성문법 규정이 체계적으로 규율되었다. 이러한 법현실의 변화를 반영하여 다시 법의 일반원칙에 관한 논의가 활성화되어 현재에 이르는데, 모데르느(Moderne), 뒤부아(Dubouis) 등이 그 주역이다. 최근에는 유럽연합법과 국제법의 등장으로 법의 일반원칙은 새로운 변화의 시대를 맞았다.¹¹⁾

국내에서는 1980년대에 프랑스 행정법상 법의 일반원칙에 관한 연구가 있었는데¹²⁾, 그 이후 시대적 변화를 반영한 법의 일반원칙에 관한 논의가

10) 박정훈, “행정법의 일반원리와 헌법원리-법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력우선과 적용우선-”, 한국공법학회·대법원 헌법연구회 공동학술대회(2014. 5. 31.) 발표문(미공간), 5면 참조.

11) J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 4-5 참조.

12) 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제28권 제1호, 1987; 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 ‘Rechtsgrundsätze’이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사

새로 필요해진 시점인 것으로 보인다. 본 연구에서는 기존의 연구 성과를 토대로 21세기에 프랑스 행정법상 법의 일반원칙의 현대적 역할과 발전 방향에 관한 연구를 시도하면서, 특히 헌법과의 관계에 주목하여 보고자 한다. 이러한 접근 방식은 다음의 점에서 연구 가치가 있다고 판단된다.

첫째, 프랑스 헌법재판소가 1970년대 말 이후부터 본격적으로 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文, 1958년 헌법 前文 등에 헌법적 효력을 부여하는 판결을 선고하기 시작하였다는 점이다. 프랑스는 성문법주의를 취하고 있으므로, 콩세유·데따도 더 이상 판결문에서 불문법적 성격의 법의 일반원칙을 원용할 것이 아니라 헌법 규범에 직접 의거해서 판결을 내려야 하는 것이 아닌지, 그렇다면 현대 사회에서 법의 일반원칙 개념은 그 존재의 위기를 맞고 있는 것이 아닌지 점검해볼 필요성이 있다.

둘째, 콩세유·데따 판례상 법의 일반원칙과 프랑스 헌법재판소 판례상 유사 원칙과의 조화 및 상호 보완이다. ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본적인 원칙’(Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), ‘우리 시대에 필요한 정치, 경제, 문화 원칙’(Les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps), ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’(Les principes de valeur constitutionnelle) 등 헌법재판소가 판결문에서 실시하는 독자적인 원칙들이 콩세유·데따의 입장과 충돌하는 경우가 발생하면서, 이러한 간극을 어떻게 해결하고 조화할지에 관한 논의가 필요하다.

셋째, EU 시대가 본격적으로 개막하면서 프랑스 행정법이 유럽법 체제 내에서 가지는 지위와 그 의미에 대한 논의가 활발한데, 법의 일반원칙은 일반적으로 적용되는 행정법 규정이 없는 국제법의 영역에서 중요한 역할을 담당할 것으로 기대된다.¹³⁾ 국제사법재판소 규정 제38조는 “문화민족

학위논문, 1989 참조.

13) 박정훈, “행정법의 일반원리와 헌법원리-법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력 우선과 적용우선-”, 한국공법학회·대법원 헌법연구회 공동학술대회(2014. 5. 31.) 발표문, 6면 참조.

에 의해 승인된 법의 일반원리”가 동 재판소의 판결의 기준이 된다는 점을 명시하고 있다. 이는 유럽공동체법에서도 마찬가지인데, 유럽공동체조약 제288조 제2항은 공동체의 불법행위 책임은 “회원국들의 법체계에 공통된 일반원칙”들에 의거한다고 규정하고 있다.

우리나라에서도 행정의 자기구속의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙 등 행정법의 일반원리가 행정에 대한 사후심적인 기능을 수행하는 행정재판에서뿐만 아니라 행정행위의 방향을 사전에 결정짓는 행위규범으로서도 광범위하게 활용되고 있다. 프랑스 행정법에서의 법의 일반원칙에 대한 연구가 현재 대한민국의 법현실에서 행정법의 일반원리에 요청하는 새로운 역할 모델을 모색하고 발전 방향을 제시하는 데 있어, 사고의 단초를 제공할 수 있으리라 기대한다.

연구의 범위

프랑스 행정법에서 법의 일반원칙은 영미법의 자연법 개념, 우리나라 행정법에서 행정법의 일반원리와 대응되는 개념으로, 성문법주의를 취하는 프랑스 법제에서 불문법적 특성을 가지면서 특유의 기능을 수행하고 있다.

장-마크·마요는 그의 저서 『법의 일반원칙에 관한 행정 중심적 이론-영속성과 현대성』에서 법의 일반원칙이 2000년대 이후에 새로 맞게 된 위기상황을 기술하고, 이러한 위기를 맞아 법의 일반원칙을 고수해 온 콩세유·데따의 기존 입장이 이를 폐기하는 쪽으로 변경된 것이 아니냐는 각종 의혹에 대응하여 강한 부정으로 응수한다. 이에 대한 근거로 그는 콩세유·데따의 최근 판례들의 분석 결과를 제시한다. 마요는 현대에 들어와 법의 일반원칙 개념이 위기를 맞게 된 원인을 크게 두 가지로 제시한다. 첫째는 헌법재판소에 의해 진행된 기본권의 헌법화이고, 둘째가 유럽연합의 발전으로 인한 EU법 시대의 도래다. 마요는 이러한 변화 속에서도 법의 일반원칙이 갖는 의미는 여전히 존재할 뿐만 아니라, 나아가 향후 이러한 위기를 훌륭하게 극복한 법의 일반원칙은 르네상스기를 맞이할 것이라고 장담한다.

위 저서에 논의의 출발점을 둔 본고는, 법의 일반원칙에 관해 내려진 일련의 최신 콩세유·데따 판결의 동향을 살펴보고 그것이 갖는 의미를 평가하여, 최근 프랑스에서 법의 일반원칙 개념이 맞이한 위기상황을 진단하고 그것이 우리나라에 갖는 의미를 도출하여 본다. 본고는 법의 일반원칙에 대한 개념과 특성에 대한 기존 우리나라의 연구 성과를 바탕으로, 프랑스 행정법에서 법의 일반원칙이 지니는 현대적 의미와 그 발전 방향에 관하여 헌법 및 EU법의 관계를 중심으로 논의하고자 한다.

제1장에서는 예비적 고찰로서 프랑스에서 전통적으로 콩세유·데따에 의해 법의 일반원칙이 어떻게 발전하여 왔는지에 관해 살펴본다. 법의 일

반원칙의 개념과 그 등장, 종류 및 법적 성격, 법적 효력에 관한 기존 행정법 학자들의 논의를 요약하여 소개하도록 하겠다.

제2장에서는 법의 일반원칙이 2000년대 이후에 들어와 본격적으로 어떠한 위기를 맞게 되었는지에 관하여 다룬다. 그 위기의 원인으로 첫째로 헌법재판소에 의해 이루어진 권리의 헌법화, 둘째로 유사한 법 원칙의 등장, 셋째로 헌법재판소 판례와의 충돌, 마지막으로 EU법 시대의 도래가 꼽힌다. 우선, 권리의 헌법화와 관련해 최근 프랑스에서 등장한 일명 ‘전부대체설’, 즉 법의 일반원칙을 전부 성문 법규로 대체하여야 한다는 주장에 관해 살펴본 다음, 최신 쟁세유·데따 판결을 분석해 권리의 헌법화 경향 이후에 쟁세유·데따가 새롭게 법의 일반원칙을 수립하거나, 예전부터 존재해 온 법의 일반원칙을 판결문에 새로 원용하는데 있어서 어떠한 태도 변화를 보이는지에 관해 본다. 이러한 작업은 쟁세유·데따가 헌법재판소에 의해 주도되어 온 권리의 헌법화 경향을 어떻게 수용하고 있는지에 관해 살핀다는 점에서 큰 의의가 있을 것이다.

다음으로, 헌법재판소에 의해 정립된 법의 일반원칙과 유사한 법 원칙들의 내용을 살펴보고, 법의 일반원칙 개념과 비교하는 작업을 시도하고자 한다. 헌법재판소에서 판결문에서 성문법 규범 없이도 ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙’, 또는 ‘우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙’이라는 등의 표현을 사용하면서 각종 不文의 원칙을 제시하고 있다. 이러한 유사개념과 법의 일반원칙을 비교하여 인식하는 것은 법의 일반원칙의 특성과 법체계 내에서의 위치를 파악하는데 도움이 될 수 있을 것이다.

이어서, 헌법재판소 판례와 상충하는 내용의 쟁세유·데따 판결을 분석한다. ‘공무원의 평등한 대우에 관한 법의 일반원칙’이나, ‘공공부담의 평등원칙’에 관한 판결을 내리면서 쟁세유·데따는 익히 헌법재판소 판례에서 판시되었던 내용과 충돌되는 듯한 판시를 하였는데, 이러한 부조화 현상을 어떻게 바라보아야 하는지에 관해 논의해 본다.

마지막으로, EU법 시대를 맞이하여 EU법과 프랑스법이 조화를 이루어

야 한다는 국내·외의 요구에 쾡세유·데따가 어떤 태도를 취하고 있는지에 관해 살펴본다. 이를 논하기 위해, 최근에 판결 내용 중에 EU법을 언급하며 판단한 쾡세유·데따 판결 사례를 연구하여 본다.

제3장에서는 제2장에서 서술된 각종 위기상황에서 현대 프랑스 사회에서 법의 일반원칙에 어떠한 현대적 역할이 기대되는지에 관하여 논의한다. 각종 위기에도 불구하고, 법의 일반원칙이 여전히 프랑스 행정법에서 존재 이유가 있다는 점을 살펴보면, 나아가 법의 일반원칙이 새로운 시대에 어떠한 역할을 감당하여야 하는지에 관하여 논한다. 더불어 최근의 쾡세유·데따 판결을 분석하여, 쾡세유·데따가 어떻게 스스로 시대적 요구에 발맞춰 법의 일반원칙을 공고화하고 있는지에 관해 고찰한다.

제4장에서는 프랑스에서의 법의 일반원칙에 대한 논의가 우리나라 행정법에서 갖는 시사점을 모색해 본다. 이와 관련해서, 행정법의 일반원리가 갖는 우리 행정법 체계 내에서의 지위를 재검토한다. 이와 동시에, 행정법의 일반원리가 재판규범으로서의 역할뿐 아니라 행위규범적 역할도 담당할 수 있는지에 관해 살펴본다.

제1장 법의 일반원칙의 발전

제1절 법의 일반원칙의 개념과 그 등장

법의 일반원칙은 영미법계의 자연적 정의(natural justice)와 대응되는 개념으로, “실정법에 명시적으로 규정되어 있지는 아니하나, 재판관들에 의하여 도출되고 인정된 것으로, 행정의 제반 활동에 있어서 이를 준수하여야 하는 것”¹⁴⁾, “실정법에 규정되어 있지 아니하나, 판례상 행정의 그를 준수하여야 하는 것으로 인정하고 있는 것으로 그 위반은 위법 사유가 되는 일정의 불문법원리”¹⁵⁾, “실정법상 구체적·명시적으로 규정되어 있지 아니하나 판례상(퐁세유·데따 및 헌법재판소) 입법, 행정작용에 있어 그를 준수하여야 한다고 인정되고 있는 것으로, 그 위반은 위법 내지는 위헌사유가 되는 일정의 불문법원리”¹⁶⁾이라고 정의된다.

법의 일반원칙의 胎動期라고 할 수 있는 1875년 제3공화국 당시, 프랑스는 성문법주의를 표방함에도 불구하고 행정법 전반을 규율하는 실정법이 마련되지 아니함은 물론 헌법에도 정치사회의 기초로 되는 기본원리를 실효적으로 보장해 줄 수 있는 기본권 규정이 명시되어 있지 아니하였다. 이러한 상황에서, 퐁세유·데따의 판례를 통하여 형성된 법의 일반원칙은 행정법의 法源으로서 중요한 역할을 수행하여 왔다. 법의 일반원칙이 갖는 프랑스 행정법에서의 지위는, 다른 法源과의 관계에 있어서 법의 일반원칙을 어떻게 바라보아야 하는지에 관하여 오랜 기간 동안 논의의 대상이 되기도 하였다. 오랫동안 법의 일반원칙은 프랑스에서 행정법의 일반원리뿐 아니라 기본권에 해당하는 내용까지 포함된, 상당히 광범위한 내

14) Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, p. 253.

15) André de Laubadère, *Traite de droit administratif*, vol. I, 8^e éd., 1976, p. 259.

16) 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제28권 제1호, 1987, 61면.

용을 포괄하면서 관례에 의하여 정립되었다.¹⁷⁾

프랑스 콩세유·데따 판결문에 법의 일반원칙이 본격적으로 등장한 것은 1945년경이다. 물론 그 이전에도 콩세유·데따는 수십 년 동안 판결이유에서 별다른 설명 없이, 필요한 경우 판결문에 다양한 형태로 ‘不文의 원칙’을 언급한 후 이를 기반으로 판결을 내려 왔다.¹⁸⁾ 그 결과, 不文의 원칙은 콩세유·데따 판결에서 다양하게 등장했는데, ‘평등원칙’, ‘징계 절차에서 징계 대상자의 방어권을 보장하여야 한다는 원칙’ 등이 그 예이다. 콩세유·데따는 不文의 원칙이 法源이라고 명시적으로 판시한 바는 없지만, 필요한 경우마다 판결문에 不文의 원칙을 적시한 후, 해당 원칙을 적용하여 사안을 해결했다. 콩세유·데따가 판결문에 不文의 원칙을 설시하는 경우에는 어떠한 성문법 조항에 근거하여 그 不文의 원칙이 도출되는지도 함께 설명하였다. 가령, ‘다엔’(Dahaene) 판결¹⁹⁾에는, “1946년 헌법 前文에서 不文의 원칙의 일종인 과업권이 도출된다.”고 설명되어 있는 식이다.²⁰⁾

1940년에 비시 정권이 등장하면서 프랑스 혁명 이후 새롭게 만들어진 사회의 근본 원칙들을 폐기하고 왕정 시기로 회귀하고자 하는 전반적인 분위기가 형성되었다. 이러한 상황에서 제2차 세계대전에 따른 혼란까지 더해지자, 콩세유·데따는 더 이상 전처럼 不文의 원칙을 개별 사건마다 적용하는 정도만으로 행정법 전반을 법으로 규율하고, 기본권을 실효적으로 보장하기 어려운 상황에 빠지게 되었다.²¹⁾ 이에, 콩세유·데따는 1944

17) 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 1989, 176면 참조.

18) 초기 판결 중 하나로 꼽히는 것이 관할재판소(Tribunal des conflits)에서 1873년 내린 결정(TC, 8 février 1873, *Dugave et Bransie*)인데, 이는 프랑스 행정법에서 역사적인 ‘블랑꼬’(Blanco) 판결과 같은 날 선고되었다는 점에서 그 역사가 유원함을 알 수 있다.

19) CE, 7 juillet 1950, *Dahaene*.

20) Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, p. 267 참조.

21) 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제28권

년의 ‘뜨롱피에-그라비에’ 판결²²⁾을 거쳐 1945년의 ‘아라무’ 판결²³⁾에서 법의 일반원칙의 존재를 공식적으로 인정하기에 이르렀다.

‘아라무’ 판결은 콩세유·데따가 법 규정이 없는 경우에 적용될 수 있는 개념으로서 ‘법의 일반원칙’을 최초로 명시하였다는 데 의의가 있다.²⁴⁾ 위 판결의 사실관계를 살펴보면, 전직 경찰이던 아라무는 1941. 5. 4.자 행정법령(데끄레)로 당시 수행 중이던 경찰 직무에 대한 정직처분을 받았고, 연금이나 퇴직금도 박탈되었다. 그런데 아라무에 대한 징계 절차를 진행하는 와중에, 징계 당국은 당사자인 아라무에게 징계 절차의 진행 사실을 알리지 아니하였고, 그 결과 아라무는 징계 절차에서 자신의 의견을 진술할 권리를 얻지 못하였다. 이에 아라무는 징계절차에서 스스로 방어할 권리를 충분히 보장받지 못하였다고 주장하면서, 1941. 5. 4.자 데끄레는 행정청의 징계권을 남용한 것이므로 위법하다는 내용의 취소소송을 제기하였다. 위 청구에 대해 콩세유·데따는, 징계대상자가 당해 징계절차에서 스스로 방어할 기회를 충분히 보장받지 못하였다고 하더라도 대상자에게 내린 징계처분이 바로 위법한 것은 아니라고 판단하였다.

콩세유·데따는 ‘아라무’ 판결의 판결이유에서 방어권이 “법 규정이 없는 경우에 적용되는 법의 일반원칙”이라는 것을 명시적으로 선언하였다. 이 판결을 통하여 콩세유·데따는 최초로 법의 일반원칙의 존재를 인정하였다고 평가를 받는다. ‘아라무’ 판결 이후에 법의 일반원칙은 프랑스 학계에서 확고한 지지를 얻으며 자리를 잡게 되었다.

한편, 헌법재판소 판결에서 법의 일반원칙이 처음 등장한 것은 헌법 前文에 헌법적 효력이 인정되기 전인 제4공화국(1946년-1958년) 이후부터이다. 헌법재판소는 1969년 “행정의 침묵상태는 거부처분과 같다.”고 하면서 법의 일반원칙을 명시적으로 인정하는 결정을 내리면서, 당해 판결문에서

제1호, 1987, 63-65면 참조.

22) CE, 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier*.

23) CE, 26 octobre 1945, *Aramu*.

24) 프랑스 원문에는 “Les principes généraux du droit applicables même en l’absence de texte”라는 표현이 사용되었다.

“성문법 문언이 없더라도 불구하고 적용 가능한 원칙”의 개념을 최초로 실시하였다.²⁵⁾ 1971년에는 ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’(Les principes de valeur constitutionnelle)을 선언하면서 법의 일반원칙의 새로운 형성 기관이 되었다.²⁶⁾ 헌법재판소 판례를 통해 정립되는 법의 일반원칙은 행정활동에 직접 적용된다는 점에서, 풍세유·데따를 통해 선언된 법의 일반원칙에 비해 규범적 성격이 강하다.²⁷⁾

제2절 법의 일반원칙의 종류와 법적 성격

I. 법의 일반원칙의 종류

법의 일반원칙은 풍세유·데따와 헌법재판소에 의하여 매 사건마다 새롭게 정립되고 있어, 그 종류가 매우 다양하다. 아래에서는 모랑-드비에(Morand-Deville) 교수가 법적 성격 및 법체계 내에서의 우열관계에 따라 법의 일반원칙을 분류한 방법에 따라 이를 소개하겠다.²⁸⁾

제1유형은, ‘프랑스 인권 선언에 근거한 전통적 자유 개념에 관한 법의 일반원칙’(les principes exprimant la tradition politique libérale des droits de l’homme et du citoyen)이다. 이 유형에 해당하는 법의 일반원칙 중 대표적

25) 원문으로는 “les principes applicables même en l’absence de texte”라는 표현이 사용되었다.

26) 1969년 이후로 헌법재판소는 판결문에서 ‘법의 일반원칙’이라는 표현을 사용하지 아니한다. 이는 풍세유·데따에 의해 정립되며 법률적 효력을 갖는 법의 일반원칙과, 헌법재판소에 의해 판시되며 헌법적 효력을 갖는 원칙을 구별하기 위한 노력의 일환으로 파악되는바, 본고에서는 헌법재판소에 의해 판시되는 법의 일반원칙은 ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’으로 구분하여 별도로 다룬다. 헌법적 가치를 지니는 원칙에 관해서는 후술한다.

27) Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, p. 268 참조.

28) Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, pp. 268-269 참조.

인 것으로는 거주 이전의 자유, 상공업의 자유, 평등원칙, 공역무 이용의 자유, 법 앞에서 시민의 평등이 있다.

제2유형은 ‘사법기능 및 국민 보호를 위해 필수적인 법의 일반원칙’(les principes essentiels du fonctionnement de la justice et de la protection des administrés)이다. 모든 행정행위는 월권소송의 대상이 된다는 원칙²⁹⁾, 하급심에서 선고된 모든 판결은 파훼소송의 대상이 된다는 원칙³⁰⁾, 행정행위 효력 불소급의 원칙³¹⁾, 재판당사자의 방어권 보장의 원칙 등이 이에 속한다.

제3유형은 ‘경제·사회적 형평에 관한 법의 일반원칙’(les principes d'équité économique et sociale)이다. 이에 관하여는 콩세유·데따가 1980년 선언한 공역무 계속성의 원칙이 있는데, 헌법재판소는 익히 이를 1979년 헌법적 가치를 지니는 원칙이라고 선언하기도 하였다. 이외에도 공무원의 최소한의 봉급수급권³²⁾, 프랑스 내에서 외국인 체류에 관한 원칙 등이 대표적이다.

2000년대 이후로 최근에 새로 등장하고 있는 법의 일반원칙들은 과거와 비교하여 점차 세분화되고 있다. 이 중 대표적인 콩세유·데따 및 헌법재판소의 판례를 나열하면 다음과 같다.

- (1) 범죄인 인도를 거부하여야 할 중대한 예외사유가 있는 경우, 특히 인도 대상자의 나이, 지위, 건강상의 이유가 있는 경우 범죄인 인도 요청을 받은 국가는 범죄인 인도를 거부할 수 있다는 원칙 : ‘꼬지

²⁹⁾ CE, 17 février 1950, *Dame Lamotte*.

³⁰⁾ CE, 7 février 1947, *d'Aillières*.

³¹⁾ 참고로, 프랑스에서 형벌 불소급의 원칙은 1789년 인권 선언 제8조에 규정되어 있으며 헌법적 효력을 갖는다. 형벌을 제외한, 일반적인 법률이 불소급한다는 원칙은 민법 제2조에서 도출되는 것으로, 법률적 효력을 갖는다. 한편, 행정행위의 효력이 불소급한다는 원칙은 콩세유·데따 판결에서 법의 일반원칙으로 판시되었으며(CE, 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*), 명령적 효력을 갖는다.

³²⁾ CE, 23 avril 1982, *Toulon*.

레브’ 판결³³⁾

- (2) 공정한 재판을 받을 권리 : ‘디디에’ 판결³⁴⁾
- (3) 고용주는 직장에서 요구되는 역할을 수행하는 것이 신체적으로 부적합한 피용자로 하여금 다른 직장으로 이직하도록 하거나, 불가피한 경우에는 그를 해고할 수도 있다는 원칙 : ‘피르뜨-에-모젤’ 판결³⁵⁾
- (4) 개발업자에게는 개발대상이 된 지역의 자연환경을 개발행위 전 30년 수준으로 복원할 의무가 있다는 원칙 : ‘알뤼쉬스’ 판결³⁶⁾

II. 법의 일반원칙의 법적 성격

법의 일반원칙은 성문법주의를 채택한 프랑스에서 쾅세유·데따 판례를 통하여 정립된다는 점에서 불문법적인 성격이 짙다. 이러한 특유한 특성 때문에, 법의 일반원칙의 법적 성격에 관해서 프랑스 학자들 사이에서 견해의 대립이 있었다. 법적 성격에 관한 논의는, 한편으로 법의 일반원칙이 재판관에 의하여 새로 창설되는 판례법으로 실정법의 한계를 초월하는 것인지, 아니면 실정법에 내재한 입법자의 의사를 해석하는 것이므로 실정법에 규정된 범위 내에서 한계를 갖는지에 관한 논쟁으로 이어진다.

특히 법의 일반원칙의 법적 성격은 권력분립원칙과 관련하여 문제가 되는데, 사법기관에는 원칙적으로 법을 해석하고 적용하는 기능만 있지 엄격한 의미의 법 형성권이 없음에도 불구하고, 실제로는 재판관이 법의 일반원칙 개념을 판결문에 설시하고 이를 적용함으로써 사실상 입법권에 준

³³⁾ CE, 13 octobre 2000, *Kozirev*.

³⁴⁾ CE, 3 décembre 1999, *Didier*.

³⁵⁾ CE, 2 octobre 2002, *CCI Meurthe-et-Moselle*.

³⁶⁾ CE, 8 juillet 2005, *Soc. Alusuisse*.

하는 권능을 행사하기 때문이다.³⁷⁾

(1) 쾨세유·데따가 법 창설적 기능을 수행할 수 있다고 인정하는 견해는 잔노, 메쉴리아코프가 대표적이다. 잔노는 쾨세유·데따가 법의 일반원칙을 정립하는 방식 또는 과정을 다음의 네 가지로 설명한다. ① 다수의 개별 실정법의 일반화된 원리로서의 법의 일반원칙, ② 단일법률의 정신에서 도출되는 법의 일반원칙, ③ 제도의 본질에서 도출되는 법의 일반원칙, ④ 국민의식에 잠재적으로 존재하는 희구 또는 확신에서 도출되는 법의 일반원칙이 그것이다.³⁸⁾

잔노가 상당한 내용적 한계 내에서 재판관이 법의 일반원칙의 형성에 있어서 창조적 기능을 수행한다고 인정함에 비해, 메쉴리아코프는 이러한 내용적 제한 없이 쾨세유·데따가 법 정립 기능을 수행할 수 있다고 주장한다. 그는 재판관은 모든 종류의 법의 일반원리를 정립함에 있어서 동일한 자유를 갖는다고 하면서, 법의 일반원칙의 정립에 있어서 객관적 방법과 주관적 방법을 구분하고, 법의 일반원칙은 개개의 사건에 있어서 법원에 제기된 문제 해결을 위한 재판규범을 정립하기 위한 방법에 불과한 것이며, 분쟁해결을 위한 삼단론 상의 대전제를 이루는 것이라고 설명한다.³⁹⁾

(2) 법의 일반원칙의 생성에 있어서의 재판관의 법 창설적 기능을 부인하고, 이를 실정법에 한정하여야 한다는 견해에 의하면 법의 일반원칙은

37) 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제28권 제1호, 1987, 65면; Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, p. 245 참조.

38) 자세한 내용은 김동희, 전게서, 65-68면 참조.

39) A-S Mescheriakoff, *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récentes*, AJDA 1976. 12, pp. 601-602. 자세한 내용은 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제28권 제1호, 1987, 65면; Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, pp. 74-75 참조.

입법자의 의사 해석의 소산이다. 콩세유·데파는 입법자의 의사라는 객관적 형태로 존재하는 법의 일반원칙을 확인하고 발견하는 역할만 수행한다.⁴⁰⁾ 콩세유·데파는 실정법적 기초가 전혀 없는 경우에 불문법으로서 법의 일반원칙을 정립하고 적용하면서 법률과 같은 효력을 인정하나, 이는 입법자의 의사에 근거한 것이다. 이러한 견해는 결국 법률실증주의와 결부되는 것이다.⁴¹⁾ 루뚜르네, 모랑주 등이 이러한 견해를 취한다.

모랑주는 법의 일반원칙을 헌법적 일반원칙, 법률적 일반원칙, 명령적 일반원칙으로 구분하여 설명한다. ① 헌법적 일반원칙은 인권 선언에 규정되어 있는 여러 원칙, 1946년 헌법 前文에 표명되고 현행 헌법 前文의 일부를 이루고 있는 일반원칙, 공화국의 여러 법률에 의하여 승인된 여러 원칙으로 구성된다. ② 법률적 일반원칙은 1958년 헌법 시행 이후에 제정된 여러 법률에 의해 도출된 것으로 입법기관의 묵시적 의사에 기초를 두는 것이므로 법률적 효력을 가지는 것을 의미한다. ③ 명령적 일반원칙은 현행 헌법 제37조에 기하여 제정된 독립명령(*la règlement autonome*), 1958년 이전 법으로 현행 헌법상 독립명령사항에 속하는 제반 법률에서 도출되는 것을 의미한다. 따라서 이들 원칙은 독립명령 제정권자(대통령 수상 및 각 부 장관)을 구속할 수 없다.⁴²⁾

이에 관해서는, 프랑스에서 법의 일반원칙의 법적 성격에 관한 학설들이 서로 다른 것은, 구체화 정도에 있어서 서로 다른 차원의 법률 내용들을 모두 ‘법의 일반원칙’라는 하나의 개념에 포함시켜 그 법적 성격을 논하기 때문이라는 설명이 유력하다.⁴³⁾

40) M. Letourneur, *Les "principe du droit généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Etudes et document du Conseil d'État, 1951, p. 23, 29(김동희, 전게서, 65면; Benoît Jeanneau, 전게서, 71면에서 재인용).

41) 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 1989, 180면 참조.

42) G. Morange, *Une catégorie juridique ambiguë : Les principes généraux du droit*, RDP, 1977, pp. 771-778 참조.

43) 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'”

퐁세유·데따와 헌법재판소에 의하여 법의 일반원칙이라고 판시된 것들은 그 중요도에 따라 여러 단계 별로 분류될 수 있다. 그리고 각 단계에 속하는 법의 일반원칙은 상위 단계에 속하는 법의 일반원칙을 보장하는 기능을 한다. 상위 단계로 올라 갈수록 법관의 확인적 요소가 커지고, 하위 단계로 내려올수록 창조적 요소가 커지는 것이다. 예를 들어, 상위 단계의 법의 일반원칙인 평등원칙은 오로지 법관에 의하여 창조된 것이라 할 수 없고, 하위 단계의 법의 일반원칙인 ‘거부처분 취소판결의 효력을 확보하기 위한 법원의 강제권’이 해당 판시 이전부터 그 내용 그대로 이미 법 관념으로 존재하고 있었다고 할 수 없는 것이다.⁴⁴⁾

지금까지 법의 일반원칙에 대한 프랑스에서의 학설을 살펴보았다. 정리하면, 프랑스 법학자들은 메셰리아코프를 제외하고는, 모두 법의 일반원칙이 판례에 의해 정립되는 것이기는 하지만 법관이 이를 완전히 자유롭게 창조하는 것이 아니라 일정한 요소에 구속된다는 점을 시인하고 있다.⁴⁵⁾

제3절 법의 일반원칙의 효력

퐁세유·데따의 판결을 통하여 선언된 법의 일반원칙이, 헌법재판소 결정과의 관계를 고려하여 볼 때, 어떠한 법적 효력 또는 법체계 내에서의 지위를 갖느냐는 것에 대해 프랑스 학자들 사이에서는 견해가 대립하고 있다. 이를 대략적으로 구분하면, ① 법률적 효력설(르뚜르네, 메시리아코프), ② 헌법적 효력설(모랑주), ③ 법률하위적 효력설(샤뫼)로 정리된다.⁴⁶⁾

이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사학위논문, 1989, 187면 참조.

44) 박정훈, 전제논문, 188면 참조.

45) 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’: H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze' 이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사학위논문, 1989, 186면 참조.

특히 독립명령(*la réglementation autonome*)의 경우, 1958년부터 시행된 현행 프랑스 헌법 제37조47)에서 상위법의 위임 없이도 행정부에 직접 입법권을 부여하면서, 행정입법의 성격을 갖는 독립명령이 법률에 준하는 지위를 갖게 되었다. 그렇다면 콩세유·데따가 독립명령에 대한 사법통제의 일환으로, 법의 일반원칙에 근거하여 독립명령을 취소할 수 있도록 하려면 법의 일반원칙에도 법률 우위에 있는 헌법적 효력을 부여하여야 한다는 주장이 일응 논리적으로는 일관성 있어 보인다.

그러나 만일 헌법적 효력설에 의할 경우, 콩세유·데따가 헌법적 효력을 갖는 법 규범인 법의 일반원칙에 의거하여 판단을 내리게 되는데, 콩세유·데따와 헌법재판소가 전통적으로 상호 구별 및 공존의 기준으로 삼아 온, 심사기준과 심사대상의 개념이 통째로 흔들리는 위험을 낳게 될 수 있다. 콩세유·데따는 개별 법률을 심사기준으로 삼고 개별 행정행위의 위법성을 주로 심사하는 반면, 헌법재판소는 헌법을 심사기준으로 하면서 법률의 위헌 여부를 주된 심사대상으로 삼는다. 그런데 헌법재판기관이 아닌 행정의 최고판단기관인 콩세유·데따가 독립명령을 취소하면서 헌법적 효력을 갖는 기준에 근거할 경우, 거꾸로 심사기준이 심사대상에 영향을 미쳐 법체계에 혼란이 올 수도 있는 것이다. 이러한 점을 감안해 보았을 때, 독립명령이 법률에 준하는 성격을 갖는다고 하더라도 결국 독

46) 각 학설에 관한 자세한 내용은 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제28권 제1호, 1987, 65면; Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, 76-80면; 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 1989, 190-195면 참조.

47) 프랑스 헌법 제37조

- ① 법률의 소관사항 이외의 사항은 행정입법(*le règlement*)의 성격을 갖는다.
- ② 행정입법의 소관사항에 관한 법률은, 콩세유·데따의 의견 청취 후 데끄레를 통하여 개정할 수 있다. 본 헌법이 발효된 이후 제정되는 법률은, 헌법위원회가 전 항의 규정에 의해 행정입법의 소관사항에 속한다고 선언한 경우 데끄레로 개정할 수 있다.

립명령의 입법이 행정부에 의한 행정활동의 일환으로 수행되므로, 법의 일반원칙은 법률적 효력을 갖는다고 보는 것이 보다 현실에 부합한다.

퐁세유·데파는, 법의 일반원칙의 효력에 관한 특별한 언급 없이 법의 일반원칙에 위반한다는 사유로 법규명령을 취소할 수 있다는 입장을 견지하고 있다. 1959년 퐁세유·데파는 ‘자문기사조합’ 판결⁴⁸⁾에서, “법의 일반원칙에 의하여 실정법 문언이 없는 경우에도 헌법 前文이 모든 독립명령에 적용되는 것”이라고 판시하여, 법의 일반원칙 위반을 이유로 한 독립명령 취소가 가능하다는 점을 최초로 명시하였다.⁴⁹⁾ 또한, 포괄수권명령 (l’ordonnance)에 관해서도, 법의 일반원칙이 법률명령보다 우월적 지위에 있고, 법의 일반원칙 위반을 이유로 한 법률명령의 취소가 가능하다는 퐁세유·데파의 태도가 유지되었다.⁵⁰⁾

요컨대, 퐁세유·데파는 판결문에서 일관하여 법의 일반원칙에 위반한 행정행위는 위법한 것이고, 취소 가능하다고 판시한다. 따라서 법의 일반원칙에 위반한 행정행위는 위법하므로 손해배상의 사유가 되고, 취소될 수 있는 것이다.

법의 일반원칙은 개별 행정행위에 대하여는 우월적 지위에 있는 것으로, 모든 처분과 명령은 법의 일반원칙에 부합하여야 한다. 그러나 퐁세유·데파의 입장이 입법자까지 구속하는 것은 아니므로, 입법부는 법의 일반원칙과 상치하는 내용의 법률을 제정할 수 있다.

48) CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-consels*.

49) Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, p. 269 참조.

50) CE, 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*.

제2장 법의 일반원칙의 위기

제1절 권리의 헌법화

I. 개설

퐁세유·데따가 애초에 법의 일반원칙이라는 개념을 창안하게 된 것은, 성문 헌법이 부재하는 상황에서 퐁세유·데따가 특정 법원칙을 판결문에서 근거규범으로 삼을 필요성이 있는데도 이를 규정하는 실정법 규범이 존재하지 아니하였기 때문이었다. 그런데 1970년대부터 헌법재판소에 의해 점차 기본권에 관한 내용이 성문 헌법으로 규정되기 시작하면서 상황이 점차 변화하게 된다. 즉, 1971년 ‘결사의 자유’ 판결 이후에 헌법재판소는 점차 판결문을 통해 1789년 인권 선언과 1946년 헌법 前文에 적극적으로 규범적 효력을 부여하면서, 위 문언에서 직접 기본권을 도출하는 경향을 보이는 것이다. 이러한 현상을 두고 파브되는 일명 ‘권리의 헌법화’(la constitutionnalisation du droit)라고 설명한다.⁵¹⁾

1958년 제5공화국 헌법 前文에서는 1789년 인권 선언과 제4공화국 헌법 前文을 인용하고, 제4공화국 헌법 前文은 1789년 인권 선언을 다시 인용하였다.⁵²⁾ 동 헌법은 헌법재판소가 설치되는 근거규범이 되기도 하였는데,

⁵¹⁾ L. Favreau, *La constitutionnalisation du droit*, in *Mélanges Drago*, 1996, p. 25(J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 28에서 재인용).

⁵²⁾ 현행 제5공화국 헌법 前文에서 “프랑스 국민은 1789년 인간과 시민의 권리선언에서 규정되고 1946년 헌법 前文에서 확인·보완된 인권과 국민주권의 원리, 그리고 2004년 환경헌장에 규정된 권리와 의무를 준수할 것을 엄숙히 선언한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 1946년 제4공화국 헌법 前文에서는 “1789년 인간과 시민의 권리선언에서 확인된 권리와 자유 및 공화국의 법률에 의해 승인된 기본 원칙을 엄숙히 재확인한다.”고 규정하고 있다. 즉, 현행 헌법의

위 헌법으로 설치된 헌법재판소는 초기에는 쑹세유·데따의 기존 판결 태도와 유사하게 ‘법의 일반원칙’ 개념을 차용하는 판결을 내리는 경향을 보인다. 이후 헌법재판소는 1971년 ‘결사의 자유’ 판결 이후로 1946년 헌법 前文, 1789년 인권 선언, 환경 헌장, 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙 등을 ‘헌법적 효력을 갖는 규범’이라고 선언하면서, 일명 ‘헌법 규범체’(le bloc de constitutionnalité)⁵³⁾를 정립하기 시작하였다. 이 역시 권리의 헌법화 경향에 따른 것이다.

1970년대부터 헌법재판소가 판결문에서 기본권의 근거로 1789년 인권 선언과 1946년 헌법 前文을 직접 적시하기 시작하면서, 위 시기부터 쑹세유·데따도 이러한 헌법재판소의 경향을 반영하여 기본권을 법의 일반원칙에 따라 도출하기보다는 헌법재판소에 의하여 천명된 헌법적 효력을 갖는 규범, 특히 1946년 헌법 前文을 직접 인용하여 판결을 내리는 경향을 보이기 시작한다. 그 대표적인 사례가 1973년의 ‘빼예’ 판결⁵⁴⁾, 1978년의 ‘GISTI’ 판결⁵⁵⁾ 등이다.

반면, 쑹세유·데따는 이미 헌법재판소 결정에 의해 1789년 인권 선언이나 1946년 헌법 前文에서 도출된다고 판시된 권리를 판결문에 언급하면서, 헌법재판소의 선례에 따르지 아니하고 여전히 법의 일반원칙에서 그 근거를 찾는 경우도 발견된다.

이러한 쑹세유·데따의 이중적인 태도를 감안하여 볼 때, 1970년대 이후부터 헌법재판소에 의해 주도되어 온 권리의 헌법화 흐름 속에서, 쑹세유·데따에 의한 법의 일반원칙의 적용영역이 점차 축소되는 것인지에 관하여 논의될 필요성이 있다. 이에 관하여 일부 프랑스 학자들은 쑹세유·

전문은 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文을 망라하는 것이다.

53) 헌법학계에서는 원문을 직역하여 ‘합헌성 블록’이라고 종종 번역하기도 하는 것으로 보인다. 본고에서는 헌법적 효력을 갖는 규범의 총체라는 의미에서 ‘헌법 규범체’라는 용어를 사용하였다. 헌법 규범체의 자세한 내용에 관해서는 제2장 제2절에서 다시 설명한다.

54) CE, 8 juin 1973, *Dame Peynet*.

55) CE, 8 décembre 1978, *GISTI*.

데따가 판결의 근거규범으로 삼아 왔던 법의 일반원칙이 헌법 등 실정법에 의해 전부 대체될 수 있다고까지 주장하여(일명 ‘전부대체설’), 법의 일반원칙은 그야말로 위기를 맞고 있다.

II. 전부대체설의 대두

1. 이론적 배경과 내용

1980년대의 헌법재판소로부터 시작된 권리의 헌법화 흐름 속에서, 일부 헌법학자들은 법의 일반원칙이 전부 실정법으로 대체될 수 있다고 주장한다. 대표적인 전부대체론자인 르 미르, 브텔은, 판결문에서 근거규범이 되는 권리가 헌법에서 직접 도출되는 경우가 많아지고 있으므로, 콩세유·데따는 더 이상 판결문에서 법의 일반원칙을 언급하여서는 아니 된다는 주장을 펼쳤다.⁵⁶⁾ 샤튀는, “법의 일반원칙이 점차 실정법 규정으로 대체되어 가므로, 콩세유·데따 판결에서 법의 일반원칙이 필요한 영역범위는 앞으로 점차 축소일로를 걷게 될 것이고, 법의 일반원칙 대신 실정법인 헌법 규정에 따라 판결을 내리는 경우가 많아지게 될 것이다. 그 결과, 행정행위의 취소소송 판결의 구속력이 더욱 강해질 것”이라고 설명하기도 한다.⁵⁷⁾

실정법으로 법의 일반원칙이 전부 대체될 수 있다고 주장하는 이른바 전부대체론자들은, 콩세유·데따가 기존에 판결문에서 법의 일반원칙을

⁵⁶⁾ Pierre Le Mire, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit*, 1981, p. 182(J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 29에서 재인용); Georges Vedel, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1992, p. 664 참조.

⁵⁷⁾ René Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd, 2001, pp. 115-116 참조.

원용해온 것은 권리의 헌법화가 아직 진행되기 전 상황에서 헌법 규범의 부재 상황에 임기응변으로 대응한 것이므로, 헌법적 효력을 갖는 성문법 규범이 마련되고 있는 현대에 들어서는 문제되는 사실관계에 직접 적용되는 실정법 규정을 판결의 근거로 삼아야 한다고 주장한다.⁵⁸⁾

전부대체설의 주된 논거는 크게 두 가지로, 쾨세유·데파는 개별 사안에 대해 판결을 내림에 있어서 근거규범을 일관성 있게 적용해야 한다는 것과, 판결문에 사용되는 용어나 개념이 통일되어야 법적 안정성이 확보되는데 법의 일반원칙 개념은 개별 사안에 따라 다르게 표현되므로 예측 가능하지 못하다는 것이다. 즉, 쾨세유·데파가 판결문에서 법의 일반원칙을 원용하게 되면 판결의 근거규범을 미리 예측하는 것이 매우 어렵고 용어 간의 통일성을 보장하기도 어려우므로, 이제 헌법재판소에 의해 권리의 헌법화가 이루어진 이상, 쾨세유·데파도 판결문에 더 이상 추상적으로 법의 일반원칙을 막연하게 실시할 것이 아니라, 명확하고 일관된 근거규범인 1789년 인권 선언이나 제4공화국 헌법 前文을 직접 적용하여야 한다고 전부대체론자들은 주장한다.

일각에서는 이에 관해 쾨세유·데파가 헌법재판소의 판결에 순종하여 헌법화된 성문법 규범을 판결문에 원용할 경우, 쾨세유·데파와 헌법재판소가 서로 독립된 별개의 재판기관으로서 수행해 온 견제와 보충의 기능이 무너질 수 있다는 우려도 있는데, 이에 대해서 전부대체론자들은 애초에 쾨세유·데파와 헌법재판소는 서로 별개의 영역에서, 별개 법률에 의해 설립되어 상호 대등하게 독립적으로 운영되는바, 재판에서의 판단기준이 다소 혼용된다고 하더라도 상호 간의 관계는 이미 위와 같이 고착화되어 있으므로 크게 영향을 받을 리 없다고 응수한다.⁵⁹⁾

58) J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 29-30 참조.

59) L. Favoreu, *Sources et portée du principe d'égalité devant l'impôt dans les territoires d'outre-mer*, note sous CE, Ass., 30 juin 1995, *Gouvernement du Territoire de la Polynésie française*, RFDA 1995, p. 1242 참조.

2. 평가

공세유·데따와 헌법재판소는 별개의 독립된 재판기관이라는 전부대체설의 입장은, 최근의 공세유·데따와 헌법재판소가 상호 간에 밀접하게 영향을 끼치며 하나로 수렴되어 가는 법 현실을 다소 간과한 것으로 보인다. 실제로 공세유·데따와 헌법재판소의 판단이 서로 정면으로 충돌되는 경우는 그리 많지 않으며, 오히려 서로 다른 재판소에서 내려진 선례에 이후의 판단이 상당히 구속되고, 서로 간의 판단에 있어 영향을 끼치기 때문이다.⁶⁰⁾ 양 기관은 서로 긴밀한 영향을 주고받으며 사실상 하나로 수렴되어 간다는 것이 보다 일반적인 견해이며, 이러한 상황을 행정법과 헌법의 통일 현상으로까지 바라보는 견해도 상당히 유력한 것이다.⁶¹⁾

예컨대, 공세유·데따가 제공한 법률안에 대한 유권해석의견(les avis)이 추후 법률로 제정되었는데, 당해 법률이 다시 헌법재판소의 위헌심사 대상이 되는 경우, 헌법재판소가 공세유·데따의 유권해석의견에 구속되지 아니하고 이와 반대되는 판단을 내리는 경우는 극히 찾아보기 어렵다. 나아가 헌법재판소 판결 중에서는 대상 법률이 그 제정과정에서 공세유·데따의 자문을 거치지 아니하였다는 이유만으로 위헌이라고 선언한 경우도 발견된다.⁶²⁾

다음으로, 전부대체설이 대체물로 제시하는 헌법 규범체가 과연 법의 일반원칙을 전부 대체할 수 있을 정도로 상세한 것인지도 의문이 제기된다. 기존 법의 일반원칙은 그 수가 상당히 다양하고 해당 판례마다 법의 일반원칙이 미치는 영향력 역시 강력하다. 그런데 이러한 다양한 수요를 일대일로 대처하기에 1789년 인권 선언이나 헌법 前文이 과연 충분한지는

⁶⁰⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 31-33 참조.

⁶¹⁾ Bernard Stirn, *Constitution et droit administratif*, NCC n° 37(Dossier : Le Conseil constitutionnel et le droit administratif), 2012 참조.

⁶²⁾ CC, 3 avril 2003, *Élection des conseillers régionaux*.

의문이며, 추후 이를 모두 성문화하는 것도 현실적으로 불가능하다.⁶³⁾

가령, 콩세유·데파는 1994년 ‘가족결합(l’unité de la famille)에 관한 일반원칙’을 법의 일반원칙으로 선언한 바 있다. 이는 프랑스 행정청이 외국인을 난민으로 인정하는 결정을 내릴 경우, 대상 난민이 가족과 함께 있을 권리를 보장하기 위해, 해당 외국인이 인정받은 난민에 관한 지위는 외국인의 직계가족에까지 인정되어야 한다는 원칙이다. 이를 만일 성문 헌법 규정으로 대체한다면 1946년 헌법 前文은 “국가는 개인과 가족에게 그 발전에 필요한 조건을 보장한다.”고 규정한 제10행이 가능해 보이는데, 보다시피 위 제10행의 규정은 상당히 추상적인바, 여기에서 가족결합에 관한 일반원칙의 구체적인 내용이 바로 도출하기는 어렵다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

한편, ‘대표권에 관한 법의 일반원칙’(Le principe de représentativité)⁶⁶⁾은, 노동자가 대표자(노동조합)를 통해 자신의 노동 관련 권리를 행사할 수 있다는 내용의 원칙으로, 콩세유·데파는 1995년 이를 처음으로 실시한 이래 구체적인 사안에 따라 변형된 형태로 적용해 오면서, 그 범위를 확대해 왔다.⁶⁷⁾ 이를 대체할 수 있는 성문 헌법 규범은 “모든 노동자들은, 그들의 대표자를 통하여, 근로조건의 결정과 회사의 경영에 함께 참여한다.”는 내용의 1946년 헌법 前文 제8행으로, 구체적인 사안을 세밀히 규율하기에는 다소 포괄적이다.⁶⁸⁾

또한, “모든 인간은 자유를 위한 활동을 이유로 박해받는 경우 공화국의 영토에서 망명권을 갖는다.”는 1946년 헌법 前文 제4행 역시 난민에게 기존에 법의 일반원칙으로 인정되어 온 다양한 권리들을 대체할 수 있는

63) J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 31-33 참조.

64) CE, 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*.

65) J-M Maillot, 전거서, pp. 31 참조.

66) CE, 22 mars 1995, *Union des syndicats des cadres de La Poste et de France Télécom*.

67) 가령 CE, 30 décembre 2009, *Union syndicale Solidaires*에서 대표권에 관한 법의 일반원칙이 노동조합연대에까지 확장된다고 실시하였다.

68) J-M Maillot, 전거서, pp. 31-32 참조.

수단으로 제시되고 있으나, 위 조항에서 다양한 기존 법의 일반원칙이 실제 사안에서 제 역할을 다하는 것이 다소 어려울 것이다.⁶⁹⁾

행정재판소와 헌법재판소의 이론이 서로 영향을 끼치며 입장이 통일되어 가는 것이 전 세계적 흐름이다. 헌법재판소는 헌법을 해석하는 최고 권위 기관이고, 행정재판소는 헌법재판소에 의해 도출된 헌법상의 권리를 구체적인 사안들에 적용하는 기관이라고 할 수 있기 때문이다. 그러나 행정법에 관하여 최고 권위를 갖는 사법기관인 콩세유·데따가 별도로 존재하고, 성문 헌법의 부재 하에서 고유한 역할을 해 온 프랑스의 특수한 법 현실상, 전부대체설을 그대로 프랑스에서 적용하는 것은 어렵지 않을까 생각된다. 또한, 헌법재판소에 유일하게 헌법에 대한 해석권을 독점하도록 하는 것보다는 콩세유·데따라는 강력한 외부기관에 의해 이를 견제하고 통제하는 것이 필요하다는 현실적 필요성도 존재한다.

III. 콩세유·데따의 입장 변화

전부대체설이 지적하는 대로, 콩세유·데따가 최근 판례에서 법의 일반원칙의 적용범위에 관하여 기존 입장과 뚜렷하게 변화된 태도를 보이고 있다는 것은 사실이다.

이러한 변화는 크게 두 가지로 구분하여 설명된다. 우선, 신규 법의 일반원칙에 관하여, 콩세유·데따는 새로 법의 일반원칙을 수립하지 아니하고 해당 사안에 적용 가능한 성문화된 헌법 규범을 적용하는 경향을 보인다. 다음으로, 기존 법의 일반원칙의 경우에, 기존 콩세유·데따 판결을 통해 법의 일반원칙이 형성된 상황에서도 콩세유·데따는 법의 일반원칙을 적용하지 않고 성문법을 판단의 근거로 삼는다.

⁶⁹⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 32 참조.

1. 신규 법의 일반원칙의 경우

2000년대 이후 쾅세유·데따는 특정 사항에 관한 법의 일반원칙이 존재하지 않는 상황에서 이에 적용되는 성문 헌법 규범이 있는 경우에는, 새로 법의 일반원칙을 수립하여 해당 사안에 이를 적용하기보다는 1946년 헌법 前文, 1789년 인권 선언 등 헌법 규범체를 직접 적용하려는 태도가 관찰된다. 이러한 쾅세유·데따의 변화를 대표적으로 반영하는 판례들을 아래에서 살펴본다.

(1) ‘데엔느’ 판결⁷⁰⁾

1950년 ‘데엔느’ 판결은 쾅세유·데따가 최초로 공무원의 파업권을 천명하면서, 이를 “파업권은 이를 규율하는 법률의 범위에서 행사된다.”는 1946년 헌법 前文 제7행에서 도출한 판결이다. 당시 학설은 쾅세유·데따가 공무원의 파업권을 법의 일반원칙에서 근거지울 것이라고 예상하는 입장이 많았다.⁷¹⁾ 이는 쾅세유·데따가 1946년 헌법 前文 문언에서 직접 공무원 파업권을 도출할 경우, 사회권에 관련된 헌법 前文에 관한 규정 전반에 권고적 효력이 아닌 강제력을 인정하는 결과가 되어, 사회권이 지나치게 확장되어 적용될 수 있다고 우려했기 때문이다.

그런데 이 판결에서 쾅세유·데따는 공무원 파업권을 인정하면서, 이를 법의 일반원칙으로 선언하는 대신에 1946년 헌법 前文 제7행에서 직접 이를 원용하였다. 이후 일련의 쾅세유·데따 판결⁷²⁾에서 공무원의 파업권의

⁷⁰⁾ CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*.

⁷¹⁾ M. Clapié, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse, 1992, p. 127(J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 34에서 재인용).

⁷²⁾ 예를 들어, CE, 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de radio et de télévision*이 있다.

근거로 위 헌법 조문이 적시되어, ‘데엔느’ 판결이 확고한 선례로 자리잡았다.⁷³⁾

(2) ‘뻐띠에’ 판결⁷⁴⁾

1987년 ‘뻐띠에’ 판결은 콩세유·데따는 ‘왕래의 자유’, 즉 국가 영토를 자유롭게 떠날 수 있는 자유를 최초로 인정한 판결로서 중요성을 갖는다. 위 판결에서 왕래의 자유는 “1789년 인권 선언에서 인정된 원칙”이라고 설명되었다. 콩세유·데따가 판결문에서 1789년 인권 선언을 직접 인용한 것이다.

그런데 ‘뻐띠에’ 판결의 경우 사실관계가 특수하다는 점 때문에 콩세유·데따가 1789년 인권 선언을 어쩔 수 없이 인용하게 되었다는 해석도 가능하며, 이것이 왕래의 자유에 대한 콩세유·데따의 확고한 태도 변화인지는 단언하기 어렵다. 그 이유는, 1심인 스트라스부르 행정재판소에서 당초 “합법적으로 국가의 영역 내에 있는 모든 사람은 그 영역 내에서 이전의 자유와 주거선택의 자유에 관한 권리를 가진다.”는 내용의 유럽인권협약 제4추가개정서 제2조 제1항을 원용하여 왕래의 자유를 도출했기 때문이다.⁷⁵⁾

위 유럽인권협약 내용에 비추어볼 때, 왕래의 자유에 관해서는 당해 사안에 유럽인권협약이 직접적이고 구체적으로 적용됨에도 불구하고, 콩세유·데따 재판관은 EU법을 판결문의 근거규범으로 직접 원용하는 것에 대해 부담을 느끼고 임시방편으로 인권 선언을 원용하게 된 것일 수 있기 때문이다.⁷⁶⁾ 따라서 왕래의 자유에 대한 추후 콩세유·데따 판결의 귀추

⁷³⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 34 참조.

⁷⁴⁾ CE, 8 avril 1987, *Ministre de l'interieur et de la decentralisation et Peltier*.

⁷⁵⁾ J-M Maillot, 전게서, pp. 40-41 참조.

⁷⁶⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit -*

가 주목된다.

(3) ‘노동자총연맹’ 판결⁷⁷⁾

위 ‘빨띠에’ 판결과 같이, 1988년 ‘노동자총연맹’ 판결에서는 1789년 인권 선언을 판결문에 명시적으로 언급하였다. ‘노동자총연맹’ 판결의 청구인이었던 노동자총연맹은, 노동부 장관이 1978. 12. 12.자로 발령한 공문 (la circulaire)이 권한을 남용한 것이므로 위법하여 취소되어야 한다고 주장했다.

퐁세유·데따는 위 청구인들의 주장에 관해 판단하면서, 1789년 인권 선언 제15조에 규정된 “사회는 모든 공직자들에게 그들의 행정에 대한 책임을 물을 권리를 갖는다.”는 원칙에 위배되는지 여부도 심사의 대상으로 삼았고, 그 과정에서 위 1789년 인권 선언 제15조를 판결문에 직접 언급하였다.⁷⁸⁾

(4) ‘알제리 국립학교 학부모단체’ 판결⁷⁹⁾

퐁세유·데따는 무상교육의 원칙에 관해 일련의 태도 변화를 보이는데, 이러한 태도를 대표적으로 반영하는 판결이 바로 1981년 ‘트라베섹’ 판결, 1987년 ‘알제리 국립학교 학부모단체’ 판결이다. 위 판결의 흐름을 살펴보면 신규 법의 일반원칙을 관시하는 데 부담을 느끼는 퐁세유·데따의 태도를 잘 알 수 있다.

Continuité et modernité, 2003, p. 41 참조.

77) CE, 24 février 1988, *Confédération générale du travail*.

78) J-M Maillot, 전게서, p. 35 참조.

79) CE, 27 avril 1987, *Association laïque des établissements de l'office universitaire et culturel français pour l'Algérie et Trarversac*.

무상교육의 원칙을 전통적으로 인정하지 않았던 콩세유·데따는 1972년 경부터 해당 사안이 쟁점이 되는 판결문에서 청구인이 무상교육의 원칙 위반을 주장했었다는 점만 기록할 뿐, 무상교육의 원칙이 법의 일반원칙인지 아닌지에 관해 아무런 언급을 하지 아니하면서 침묵해 왔다.⁸⁰⁾

그러다가 1981년 ‘트라베섹’ 판결에서 콩세유·데따는 무상교육의 원칙을 법의 일반원칙으로 보아야 한다는 취지의 설시를 하였다.⁸¹⁾ ‘트라베섹’ 판결에서는 알제리 교육문화청이 산하 학교의 학생들에게 학비를 부과한 처분이 적법한지가 다루어졌는데, 이에 관해 콩세유·데따는 청구기각 판결을 내리면서, 판결이유에서 대상 처분이 “헌법 기타 법의 일반원칙에 반하지 않는다”고 판시한 것이다.

즉, 콩세유·데따가 ‘트라베섹’ 판결에서 무상교육의 원칙을 바로 인정한 것은 아니나, 만일에 무상교육의 원칙이 존재한다면 이는 법의 일반원칙의 형태로 존재한다는 것만큼은 인정한 것이다.⁸²⁾ 이러한 태도를 감안한다면, 추후 콩세유·데따가 무상교육의 원칙을 판결문에 적시한다면 이를 법의 일반원칙으로 판시할 것이라는 점이 충분히 예상되는 상황이었다.

그러나 이후 1987년 ‘알제리 국립학교 학부모단체’ 판결에서 콩세유·데따는 이러한 예상을 뒤집고 그 근거를 1946년 헌법 前文에서 찾았다. 위 사안에 무상교육의 원칙은 여전히 인정되지 아니하였다. 그러나 판결이유에서 법의 일반원칙 대신 “1946년 헌법 前文에서 도출되는 무상교육 원칙”이라는 표현이 사용되었으므로, 무상교육의 원칙이 직접 1946년 헌법 前文에서 도출된다는 점은 분명하게 인정되었다고 할 수 있다.⁸³⁾

⁸⁰⁾ CE, 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la Faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*.

⁸¹⁾ CE, 14 décembre 1981, *Traversac et a.*

⁸²⁾ J-L. Autin이 위 판결에 대한 평석으로 이렇게 설명하고 있다(J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 35.에서 재인용).

⁸³⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit -*

‘알제리 국립학교 학부모단체’ 판결은 기존에 무상교육을 실시하여 오던 알제리 국립학교들이 학비를 징수하기로 결의하자, 해당 학교의 학부모들이 이에 반발해 행정소송을 제기한 사안에 관한 것이다. 청구인인 학부모단체는, 국립학교에서 학비를 징수하기로 하는 결정이 무상교육원칙에 위배된다고 주장하면서, “1946년 헌법 前文에서 도출되는 무상교육원칙”이라는 표현을 사용하였다.

퐁세유·데파는 청구를 기각하면서, 청구인의 1946년 헌법 前文 관련 주장에 대해서는, 학교는 학비에 관한 1951. 5. 24.자 법률에 의거한 새로 학비를 징수하는 것이므로, 본 사안에는 1946년 헌법 前文이 아닌 위 법률이 직접 적용된다고 설명하였다. 이는 특정 사안을 직접 규율하는 개별 법률이 마련되어 있는 경우에는 헌법이 아닌 개별 법률이 우선하여 적용된다는 ‘법률의 장막’ 이론에 따른 결론이라고 할 수 있다.⁸⁴⁾

따라서 이 판결은 퐁세유·데파의 법의 일반원칙에 대한 입장 변화를 반영한 일종의 ‘중간 단계’의 판결로서의 의미가 있다. 이러한 점에서 1981년 ‘트라베섹’ 판결 이후에 무상교육의 원칙이 1946년 헌법 前文에서 도출될 수 있다는 점을 인정한 1987년 ‘알제리 국립학교 학부모단체’ 판결은 퐁세유·데파 태도의 근본적 변화를 반영하고 있으며, 향후 무상교육의 원칙을 인정하는 판결을 내릴 경우 그 근거를 어떻게 판시할 것인지 그 추이가 주목된다.⁸⁵⁾

(5) ‘제네쏘’ 판결⁸⁶⁾

Continuité et modernité, 2003, p. 35 참조.

84) ‘법률의 장막’(l'écran législatif)에 관하여, René Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., 2001, pp.33-35; Jean Waline, *Droit administratif*, 25^e éd., 2014, pp.333-335 참조.

85) J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 35 참조.

86) CE, 16 octobre 1987, *Gennessaux*.

1987년 ‘제네쏘’ 판결은, 학교에서 사용되는 생활기록부의 기재사항 및 용도를 변경하는 내용의 교육부장관 아레떼(l’arrêté)가 적법한지를 다투는 사건이었다. 이 판결에서 콩세유·데따는 “국가는 아동과 성인의 교육, 직업훈련, 문화에 대한 평등한 접근권을 보장한다. 모든 단계에서의 일반, 무상, 공공 교육을 실시하는 것은 국가의 의무이다.”는 내용의 1946년 헌법 前文의 제13행에 근거하여, ‘아동의 교육, 직업훈련, 문화에의 평등한 접근권’을 새롭게 실시하였다.⁸⁷⁾

2. 기존 법의 일반원칙의 경우

2000년대 이후 콩세유·데따가 헌법 규범을 직접 적용하여 판결을 내리는 경향은, 기존 법의 일반원칙이 없는 상황에서 새로 판단을 내리는 경우 뿐 아니라, 나아가 기존에 법의 일반원칙이 존재하는 상황에서 이를 대체하는 경우까지 확대되고 있다. 그 대표적인 사례가 평등원칙이다. 평등원칙은 종래 법의 일반원칙으로 판시되어 왔으나, 이제는 다양한 헌법 규범⁸⁸⁾을 통해 판결문에 원용된다. 또한 가족적인 삶을 영위할 권리도 헌법 규범으로 대체하는 듯한 판례가 발견되는바, 이에 관한 콩세유·데따의 입장 변화를 반영하는 판결을 아래에서 살펴본다.

(1) 평등원칙의 경우

1) ‘브렁’ 판결⁸⁹⁾

⁸⁷⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 35 참조.

⁸⁸⁾ 마요에 의하면, 평등원칙은 헌법 규범 중 1958년 헌법 제2조, 제3조, 제4조, 1946년 헌법 前文 제1행, 제3행, 제12행, 제13행, 제16-18행, 1789년 인권 선언 제1조, 제6조, 제10조, 제11-13조와 관련된다고 한다.

⁸⁹⁾ CE, 14 octobre 1987, *Mme Brun et autres*.

1987년 ‘브링’ 판결에서, 콩세유·데파는 기혼 남성과 기혼 여성을 차별하는 표현이 포함되었다는 이유로 1947. 6. 16.자 아레떼 제3조, 제4조, 제11조, 제12조를 취소하였다. 위 조항은 난방수당의 지급에 관한 것이었는데, “家長”(chef de famille)⁹⁰⁾인 수급자를 우대한다는 내용이다.

청구인들은 위 표현에 여기에는 가족을 부양하는 기혼 남성이라는 의미가 내포되어 있어, 동일한 난방수당의 수급자인 기혼 여성과 노동 능력이 없는 기혼 남성을 차별한다고 주장했다.

위 판결에서 콩세유·데파는 양성평등의 원칙을 1946년 헌법 前文과 1958년 헌법 前文에서 도출하였다. 판결문에 평등원칙이 헌법의 어느 특정 조항에서 도출되는지는 언급되지 않았지만, 콩세유·데파는 위 헌법을 언급하면서 암묵적으로 “법률은 모든 영역에서 여성의 권리를 남성과 평등하게 보장한다.”고 규정한 1946년 헌법 前文 제3행에서 평등원칙을 도출한 것이라고 평가된다.⁹¹⁾

2) ‘국가 교육연구기관 노동조합’ 판결⁹²⁾

1989년 ‘국가 교육연구기관 노동조합’ 판결에서 콩세유·데파는, 1937. 5. 11.자 데끄레 제7조와 1938. 10. 27.자 데끄레 제6조가 학교 징계위원회를 구성하는 교사 및 외부인사인 감독위원을 선발함에 있어 성차별적인 표현을 포함하고 있으므로 이를 개정하라는 청구인의 요청에 교육부 장관이 무응답한 것은 묵시적 거부에 해당한다고 보아 이를 취소하였다.

판결문에서 콩세유·데파는, 평등원칙이 “1958. 10. 4.자 헌법 前文에 인

90) 과거 프랑스 민법에서는 기혼 남성에게 ‘가장’의 지위를 부여하여, 가족부양자로서 각종 권리와 책임을 지도록 하였는데, 성차별 논란으로 현재는 폐지되었다.

91) J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 36 참조.

92) CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*.

용된 1946. 10. 27.자 헌법 前文에서 도출되는 원칙”이라고 실시하면서, “법은 모든 영역에서 여성에게 평등한 권리를 보장한다.”고 규정한 1946년 헌법 前文 제3행을 언급하였다.⁹³⁾

이 판결에서 쑹세유·데따는 최초로 평등원칙의 근거를 1946년 헌법 前文에서 명시하였다는 점에 그 의의가 있다.

3) ‘블레통’ 판결⁹⁴⁾

1988년 ‘블레통’ 판결은 평등원칙의 일종인 ‘공직에의 평등한 접근권’에 관한 판결이다. 이 판결에서는 특정 인물을 도서관 책임관⁹⁵⁾으로 임용한 1986. 2. 13.자 테끄레가 편파적으로 이루어져 위법하다고 다투어졌다. 쑹세유·데따는 위 테끄레의 문언상 의미를 해석하면서 “1789년 인권 선언 제6조⁹⁶⁾에서 도출되는 규칙”이라는 표현을 직접 명시하였다. 또한 쑹세유·데따는 위 테끄레에 의한 임용의 대상인물이 도서관이나 과학기술과 관련된 업무 경험이 전혀 없는데도 그를 도서관 책임관으로 임용한 것에 관하여, 이는 해당 직무를 수행하기 위해 요구되는 능력을 현저히 갖추지 못한 자를 도서관 책임관으로 임명하였으므로 테끄레는 위법하다고 하여 취소하였다.

그런데 위 표현은 1984년 헌법재판소 판결문에서 익히 판시되었던 것으

⁹³⁾ J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 36 참조.

⁹⁴⁾ CE, 16 décembre 1988, *Bleton et a. c/ Sarrazin*.

⁹⁵⁾ L'inspection générale des bibliothèques(IGB). 프랑스 고등교육·연구청과 문화청의 공동 산하에서 국·공립 도서관의 관리 감독을 수행하는, 고급 행정관료직이다. 조직은 총 10명으로 구성되며, 그 중 장관으로부터 임명되는 1인이 수석이 된다.

⁹⁶⁾ “모든 시민들은 법 앞에 평등하므로, 그들의 능력에 따라서 또 그들의 덕성과 재능 이외에는 어떠한 차별도 없이 평등하게 모든 공적인 위계, 지위, 직무에 오를 수 있다.”

로,⁹⁷⁾ 같은 논리가 이번 쑹세유·데따 판결에서 그대로 반복되었다는 점을 주지할 필요가 있다. ‘블레퉁’ 판결에서 쑹세유·데따가 유사한 사안에 관해 헌법 최고 권위기관으로 판단한 헌법재판소의 선례를 무시하기 어려웠을 것이라는 점을 짐작하여 볼 때, ‘블레퉁’ 판결만을 근거로 쑹세유·데따가 평등원칙의 근거로 1789년 인권 선언을 직접 원용하는 것으로 입장을 전환한 것이라고 해석하기에는 다소 무리가 있을 수 있다.

또한 위 판결과 비슷한 시기인 1988년에 있었던 쑹세유·데따 재정심의 부 유권해석의견에서도 ‘공직에의 평등한 접근권’을 법의 일반원칙으로 선언하였는바, 위 ‘블레퉁’ 판결이 쑹세유·데따가 평등원칙을 더 이상 법의 일반원칙에서 도출하지 아니하기로 태도를 전면적으로 변경하였다고 해석하기는 어렵다.⁹⁸⁾

4) ‘생-끌루드 고등사범학교⁹⁹⁾ 동창회와 국립행정학교¹⁰⁰⁾ 동교회’ 판결¹⁰¹⁾

1990년에 내려진 ‘생-끌루드 고등사범학교 동창회와 국립행정학교 동교회’ 판결은 평등원칙의 일종인, ‘공무수행권의 평등한 부여에 관한 원칙’에 관한 판결이다. 이 판결에서 청구인들은, 국립행정학교가 고등사범학교 3학년 과정을 마친 학생들만 대상으로 별도의 입학제도를 만드는 것을 내용으로 하는 1985년 데끄레가 위법하다고 주장했다.

쑹세유·데따는 해당 데끄레를 취소하는 판결을 내렸다. 위 판결에서

97) CC, septembre 12 1984, *Limites d'âge des fonctionnaires*.

98) J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 42 참조.

99) 원문으로는 École Normale Supérieure(E.N.S.)이다.

100) 원문으로는 École nationale d'administration(E.NA.)이다.

101) CE, 21 décembre 1990, *Amicale des anciens élèves de l'Ecole normale supérieure de Saint Cloud et autre et Association des anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration*.

근거로 ”고등사범학교 졸업생만을 대상으로 국립행정학교에 입학하는 특권을 부여하는 것은 1789년 인권 선언 제6조에서 규정한 공무수행권의 평등한 부여에 관한 원칙에 어긋난다.“고 판시하였다. 즉, ‘생-끌루드 고등사범학교 동창회와 국립행정학교 동기회’ 판결은 공무수행권의 평등한 부여의 원칙을 1789년 인권 선언에서 근거지웠다는 데 그 의의가 있다.¹⁰²⁾

5) 평가

멜린-수크라마니엥(Mélin-Soucramanien)은 전부대체설을 주장하는 입장인데도, “이제는 쩡세유·데따가 더 이상 법의 일반원칙을 원용하지 말고 실정법을 바로 판결문의 근거로 삼는 입장 변화를 보이는 것이 마땅하나, 쩡세유·데따는 여전히 평등원칙에 관해 성문 헌법 대신에 법의 일반원칙을 원용하는 경우가 있다.”고 하고 있다.¹⁰³⁾

멜린-수크라마니엥의 지적대로, 과거 오랫동안 쩡세유·데따는 평등원칙을 법의 일반원칙의 일종으로 판시하였던 영향이 여전히 남아있어, 이제는 위 ‘국가 교육연구기관 노동조합’ 판결에서 쩡세유·데따가 평등원칙이 1946년 헌법 前文에서 도출되는 헌법원리라고 선언하였음에도 불구하고, 평등원칙은 여전히 법의 일반원칙처럼 인식되고 있는 것이 사실이다.¹⁰⁴⁾

또한, 위 ‘국가 교육연구기관 노동조합’ 판결 이후에 내려진 일련의 쩡세유·데따 판결들을 보더라도, 쩡세유·데따가 항상 평등원칙을 1946년 헌법 前文에서 도출하는 것은 아니며, 다소 혼재된 입장을 보인다는 점을 알 수 있다.

¹⁰²⁾ J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 43 참조.

¹⁰³⁾ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1997, p. 652.

¹⁰⁴⁾ J-M Maillot, 전제서, p. 42 참조.

가령, 쾨세유·데파는 1991년 ‘몽’ 판결에서는 “공무원의 일반적 지위에 관한 1959. 2. 4.자 포괄수권명령(l’ordonnance) 제7조에 명시된 양성평등 원칙”이라는 표현을 사용하였다가,¹⁰⁵⁾ 약 한 달 뒤에 선고된 1991년 ‘크레머’ 판결에서는 양성 평등에 관한 법의 일반원칙에서 근거를 찾았다.¹⁰⁶⁾ 한편, 1997년 내려진 판결에는 1946년 헌법 前文 제3행과 양성평등에 관한 법의 일반원칙에서 동시에 평등원칙을 도출하여, 일관되지 못한 입장을 보인다.¹⁰⁷⁾

이와 같이, 앞서 평등원칙에 관해 변화된 입장을 반영하는 몇 가지의 판례들을 두고 쾨세유·데파가 더 이상 평등원칙을 법의 일반원칙으로 보지 아니하고, 이를 1946년 헌법 前文으로 대체하기로 근본적인 결정을 내렸다고 보기는 어렵다.

(2) 가족적인 삶을 영위할 권리의 경우

1) ‘전국가족협회연맹’ 판결¹⁰⁸⁾

평등원칙과 함께, ‘가족적인 삶을 영위할 권리’(le droit de mener une vie familiale normale)는 과거 오랫동안 법의 일반원칙으로 판시되어 왔다가 최근에 들어 헌법 규범으로 대체되고 있는 것처럼 보인다.

즉, 가족적인 삶을 영위할 권리는 1978년 ‘이주노동자 지원단체’(GISTI) 판결¹⁰⁹⁾에서 법의 일반원칙으로 최초로 천명된 이래, 굳건한 법의 일반원칙으로 자리잡고 있었다. 그런데 1990년 ‘전국가족협회연맹’ 판결에서 쾨

¹⁰⁵⁾ CE, 15 février 1991, *Mont*.

¹⁰⁶⁾ CE, 13 mars 1991, *Commune de Woippy c/ Mme Kremer*.

¹⁰⁷⁾ CE, 30 avril 1997, *Association “L’enfant et son droit”*.

¹⁰⁸⁾ CE, 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales(U.N.A.F.)*.

¹⁰⁹⁾ CE, 8 décembre 1978, *Groupe d’information et de soutien des travailleurs immigrés et autres(GISTI)*.

세유·데파는 기존의 태도를 변경하여, 가족적인 삶을 영위할 권리가 1946년 헌법 前文의 제10행에서 직접 도출되는 권리라고 판시하였다. 위 ‘전국가족협회연맹’ 판결문에서 콩세유·데파는 가족적인 삶을 영위할 권리가 “국가는 개인과 가족에게 그들의 성장에 필요한 조건을 제공한다는 1946년 헌법 前文에 명시된 원칙”이라고 선언하였다.¹¹⁰⁾

2) 평가

1980년대 이후 가족적인 삶을 영위할 권리에 관한 일련의 콩세유·데파 판결의 변화과정을 살펴보면, 콩세유·데파는 1946년 헌법 前文, 유럽인권 협약 제8조 등 다양한 헌법 규범에 근거하여 위 권리를 도출하면서 수 차례의 입장 변화를 보이다가, 결국 법의 일반원칙으로 회귀하는 태도를 보인다.¹¹¹⁾

당초 콩세유·데파는 1986년 ‘공무원 노동조합’ 판결¹¹²⁾에서처럼, 가족적인 삶을 영위할 권리를 법의 일반원칙으로 판시하여 왔다. 이 판결에서 콩세유·데파는 “국가는 가족 발전에 필요한 조건을 보장하며, 특히 여성과 아동에게, 모성의 보호를 제공하여야 한다는 법의 일반원칙”이라는 표현을 사용하였는데, 이는 1946년 헌법 前文 제10행 문언 및 제11행 문언 일부와 동일한 것이다.¹¹³⁾

이 판결이 있는 뒤 약 4년 후, 콩세유·데파는 입장을 바꾸고 ‘전국가족

¹¹⁰⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 40 참조.

¹¹¹⁾ J-M Maillot, 전게서, 2003, p. 39 참조.

¹¹²⁾ CE, 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires et agents publics de la fonction publique*.

¹¹³⁾ 1946년 헌법 前文

제10행 : 국가는 개인과 가족에게 그 발전에 필요한 조건을 보장한다.

제11행 : 국가는 모든 사람들에게, 특히 아동, 여성, 노인들에게, 건강, 모성 보호, 휴식 및 여가를 보장한다...

협회연맹’ 판결에서 1946년 헌법 前文 제10행에만 근거해 가족적인 삶을 영위할 권리를 도출했다. 그런데, 이후 1991년의 두 건의 판결에서 쾡세유·데따는 1946년 헌법 前文이 아닌 유럽인권협약 제8조¹¹⁴⁾에서 이를 도출하여 또 한 번 입장 변화를 보인다.¹¹⁵⁾

결국 1996년 ‘생 베나르 교회’에 관한 유권해석의견¹¹⁶⁾에서, 쾡세유·데따는 가족적인 삶을 영위할 권리를 “법 원칙”(le principe du droit)이라고 명시하면서, 그 근거로 앞서 언급된 것을 모두 종합하여 열거하였다. 보다 구체적으로는, 가족적인 삶을 영위할 권리는 유럽인권협약 제8조에 ‘명시’되었고 헌법재판소 판례에서 (1946년 헌법 前文으로부터) ‘도출’되었다는 점이 판결문에서 모두 인정되었는데, 이는 기존의 쾡세유·데따가 보여 온 다소 혼란스러운 변화를 정리하는 의견이었다는 점에서 의미가 있다.¹¹⁷⁾

정리하면, 현재 단계에서 쾡세유·데따는 일부 몇몇 판결에서 1946년 헌법 前文이나 1789년 인권 선언 등 헌법재판소에 의해 성문화된 헌법 규범을 원용하는 태도를 보이다가도, 법의 일반원칙을 완전히 판결문에서 폐기하지는 아니한다. 따라서 쾡세유·데따가 법의 일반원칙을 완전히 과거의 개념으로 취급하여 이를 성문법으로 대체하거나 폐기한 것이라고 하기는 어렵다.

114) 유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

115) CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*; CE, 19 avril 1991, *Belgacem* 참조.

116) CE, Avis du 22 août 1996, *Le Monde* 24 août 1996, p. 6(J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 39에서 재인용).

117) J-M Maillot, 전제서, p. 39 참조.

IV. 소결

프랑스 학계에서는 2000년대 이후에 들어와 콩세유·데따가 법의 일반 원칙을 원용하는 것에서 성문 헌법 규범을 적극적으로 판결문에 실시하는 쪽으로 방향을 전환한 것 자체는 긍정적으로 받아들여지고 있다.¹¹⁸⁾ 그러나 이러한 변화를 반영하는 개별 판결문에 관하여는, 판결이유가 정확하게 기술되지 못하였다는 비판이 가능해 보이는바, 향후 콩세유·데따의 입장이 논리적으로 체계화될 필요성이 지적될 수 있다.¹¹⁹⁾

특히 평등원칙과 가족적인 삶을 영위할 권리에 관한 콩세유·데따의 판례 입장을 살펴보면, 콩세유·데따가 법의 일반원칙을 전부 성문 헌법 규범으로 대체하는 것은 아니라는 점이 분명해진다. 가령 평등원칙의 경우, 콩세유·데따는 기존에 법의 일반원칙을 통해 이를 정립해 온 데 비해, 최근에는 실정법 규정에서 그 근거를 적시하고자 하는 경향이 있음은 사실이다. 그러나 이러한 태도와 동시에, 콩세유·데따는 여전히 새로 법의 일반원칙을 판시해 나가기도 하여, 법의 일반원칙에 대한 기존의 입장을 완전히 버렸다고 해석하기는 어렵다.

그러나 헌법재판소에서 헌법 규범체에 헌법적 효력을 부여하는 태도를 계속해서 유지하고 있는 이상, 성문 헌법의 부재 상황을 보완하기 위해 도입된 법의 일반원칙의 초기 존재 이유가 다소 약화된다는 점은 부인할 수 없다. 권리의 헌법화 경향은 분명히 진행되고 있는 프랑스 행정법의 흐름이며, 콩세유·데따는 이러한 현실을 반영하여 법의 일반원칙에 관한 판결의 태도 흐름에 반영하지 아니할 수 없을 것인바, 앞으로 새롭게 이

¹¹⁸⁾ D. Turpin, *Droit Constitutionnel*, 2^e éd., 1994, p. 105.; B. Mercuzot, *L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative*, *Le droit administratif en mutation*, 1993, p. 185(J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 38에서 재인용).

¹¹⁹⁾ J-M Maillot, 전개서, p. 38 참조.

러한 요구가 어떻게 콩세유·데따 판결문에 반영될지 기대되는 바이다.

제2절 유사한 법 원칙의 등장

I. 개설

프랑스에서 법의 일반원칙은 그 불문법적 특성 때문에, 고정된 개념이 아니라 시대 변화를 반영하면서 진화하고 움직이는 개념으로, 프랑스 법제 내에서 다른 법 개념이나 법 원칙과 유기적으로 서로 영향을 주고받으며 발전해 왔다.

최근에는 콩세유·데따에 의해 선언되는 법의 일반원칙 외에도, 헌법재판소를 통해 ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙’(Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), ‘우리 시대에 필요한 정치, 경제, 문화 원칙’(Les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps), ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’(Les principes de valeur constitutionnelle)이 판례를 통해 정립되고 있다. 법의 일반원칙과 위 유사한 법 원칙들 간의 근본적인 차이는, 법의 일반원칙이 사실상 성문법과는 아무 관계없이 독자적으로 형성되는 데 비해, 다른 법 원칙들은 주로 헌법적 효력을 갖는 법 문언에 근거해 형성된다는 데 있다.¹²⁰⁾

콩세유·데따가 사용하는 개념인 법의 일반원칙이, 헌법재판소에 의해 판결문에 등장한 유사한 법 원칙들이 어떻게 다르며 구별되어야 하는지에 관해 아래에서 살펴본다.

¹²⁰⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 17 참조.

II. 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙¹²¹⁾

1. 의의

공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙은 1946년 헌법 前文 제1행에서 비롯된 개념이다. 헌법 前文 제1행에서는, “프랑스 인민은 1789년의 권리 선언과 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙에 의해 규정된 인간과 시민의 권리와 자유를 엄숙히 재천명한다.”라고 규정하고 있다.

1954년 헌법 前文이 위 1946년 헌법 前文을 인용하였고, 헌법재판소가 1971년 “결사의 자유” 판결¹²²⁾에서 헌법 규범체(le bloc de constitutionnalité)에 관해 판시하면서 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙에 헌법적 효력을 인정하여, 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙은 헌법 규범체의 구성요소로 자리잡았다.

법의 일반원칙이 쾨세유·데파와 헌법재판소 판례를 통해 새로 정립된다는 것과는 다르게, 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙은 성문법인 1946 헌법 前文 문언에서 바로 도출되는 것이라는 점에서 구별된다.¹²³⁾ 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙은 헌법 규범체의 구성요소 중 하나이므로, 그 자체로 헌법과 동일한 효력이 인정된다.

2. 요건

헌법재판소는 어떠한 권리를 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙이라고 선언하기 전에 일반적으로 아래 네 가지 요건이 충족되었는지 심사

¹²¹⁾ 약어로 ‘PFRLR’로 표시한다.

¹²²⁾ CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

¹²³⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 17 참조.

한다. ① 그 원칙이 공화국 체제에서 법률로 인정되었을 것, ② 그 원칙의 입법화 작업이 1946년 제4공화국 출범 이전에 이루어졌을 것, ③ 그 법률이 현재 시점에서도 계속 적용되고 있을 것, ④ 해당 권리가 한시적으로 적용되는 것이 아니라, 일반적인 법원칙일 것 등이 그 요건이다.

그 밖에 2013년 동성결혼에 관한 판결¹²⁴⁾에서, 헌법재판소는 기본적 자유권, 정부 조직 또는 국가 주권에 관한 내용만이 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙이 될 수 있다고 판시하였다. 해당 사안에서 헌법재판소는 위와 같은 일반 원칙을 실시한 후, 혼인이 ‘남성과 여성의 결합’이라고 규정한 법률은 기본적 자유권, 정부 조직, 국가 주권에 관한 내용이 아니므로, 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙이라고 할 수 없다고 판시하였다.¹²⁵⁾

3. 내용

헌법재판소는 현재까지 총 11개의 원칙을 공화국 법률에 의해 인정된 기본 원칙이라고 명시하였다.

- (1) 결사의 자유¹²⁶⁾
- (2) 방어권¹²⁷⁾
- (3) 자유권¹²⁸⁾
- (4) 교육권¹²⁹⁾
- (5) 양심의 자유¹³⁰⁾

¹²⁴⁾ CC, 17 mai 2013, *Mariage entre personnes du même sexe*.

¹²⁵⁾ Louis Favoreu et al, *Droit Constitutionnel*, 16^e éd., 2013, pp.134-135 참조.

¹²⁶⁾ CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

¹²⁷⁾ CC, 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail*.

¹²⁸⁾ CC, 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*.

¹²⁹⁾ CC, 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*.

- (6) 행정재판권 독립의 원칙¹³¹⁾
- (7) 대학 교수의 독립성¹³²⁾
- (8) 공권력의 행사에 따른 처분의 취소 및 변경에 관한 행정재판소의 독점 관할권¹³³⁾
- (9) 사유 부동산에 관한 수호권¹³⁴⁾
- (10) 12세 미만 미성년자가 행한 범죄에 대한 형사사법권의 존재¹³⁵⁾
- (11) 법 규정으로 대체되거나 보완되지 아니한 경우, 기존의 알자스와 모젤 지방 자치법규를 적용하는 것¹³⁶⁾

헌법재판소가 판결문에서 공화국 법률에 의해 인정된 기본 원칙을 명시적으로 언급하면서 그 존재를 확인하는 것과는 별도로, 쾅세유·데따는 1996년 ‘꼬네’ 판결¹³⁷⁾에서, 정치적 이유로 범인 인도를 요구하는 것이 금지된다는 원칙은 공화국 법률에 의해 인정된 기본 원칙으로 헌법적 효력을 갖는 것이라고 판시하였다. 위 판결은 쾅세유·데따도 공화국 법률에 의해 인정된 기본 원칙의 존재를 인정하는 듯한 판시를 한 것으로 해석된다.

실무적으로는, 특정 원칙이 쾅세유·데따 또는 헌법재판소의 판결문에서 법의 일반원칙으로 판시되었다가, 다시 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙이라고 판결문에서 등장하는 경우가 종종 있다. 가령 방어권이 그 예이다. 이러한 현상은 재판관이 사안에 따라 해당 원칙이 성문법인 1946년 헌법 前文에서 도출된다는 점을 강조하는 것이 적절하다고 판단하

¹³⁰⁾ CC, 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*.

¹³¹⁾ CC, 8 juillet 1999, *Loi d'orientation agricole*.

¹³²⁾ CC, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*.

¹³³⁾ CC, 22 juillet 1980, *Conseil de la concurrence*.

¹³⁴⁾ CC, 25 juillet 1989, *TGV Nord*.

¹³⁵⁾ CC, 29 août 2002, *Justice des mineurs*.

¹³⁶⁾ CC, 5 août 2011, *Somodja*.

¹³⁷⁾ CE, 3 juillet 1996, *Koné*.

는 경우 그 원칙에 공화국 법률에 의해 인정된 기본 원칙의 지위를 부여하고, 오랜 기간 동안 정립되어 온 불문법이라는 점이 중요한 경우에는 법의 일반원칙으로 판결문에 원용하기로 하는 재량에 의한 결과로 보인다.¹³⁸⁾

이러한 현상은 쾨세유·데파와 헌법재판소 판례 모두에서 발견된다. 방어권 외에도, 집회 및 결사의 자유, 정치적 목적에서 비롯된 범죄인 인도요구의 금지 원칙이 기존에 법의 일반원칙으로 판시되었다가 공화국 법률에 의해 인정된 기본 원칙으로 다시 판결문에 등장한 사례들이다.

III. 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙¹³⁹⁾

1. 의의

우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 1946년 헌법 前文 제2행에서 사용된 개념이다. 헌법 前文 제2행에서는, “그들(프랑스 국민)은, 우리 시대에 필요함에 따라, 아래와 같이 정치·경제·사회 원칙을 천명한다.”라고 선언하며, 이하에 노동권과 사회권과 관련된 다양한 원칙을 실시하였다. 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 최초로 1975년 헌법재판소 판결에 의해 헌법 규범체를 구성하는 요소로 선언되었다.¹⁴⁰⁾

1789년 인권 선언에서는 자유권, 평등권 등 개인의 권리를 국가 등 제3자에 의해 침해받지 않을 권리를 보장하고 있는데, 이를 소위 전통적 권리라고 한다. 그리하여 1789년 인권 선언의 내용은 개개인에게 적용되며,

¹³⁸⁾ J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 17 참조.

¹³⁹⁾ 약어로는 ‘PPNT’로 표시된다.

¹⁴⁰⁾ CC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse* 참조.

가족, 직장 등 개인이 속한 집단에까지 확장되지는 아니하는 것이다.

그런데 1848년 이후 인권에 대한 의식이 개인을 넘어 사회 영역에까지 확장되었고, 새롭게 노동에 관한 권리 개념이 형성되었다. 여기에서 출발하여, 개인이 국가로부터 자신의 권리를 방어하는 것뿐만 아니라, 국가를 상대로 자신에게 수익적 의미의 공권력을 행사해줄 것을 요구할 수 있다는, 일명 ‘적극적 청구권’에 대한 인식이 생겨났다. 이러한 인식의 변화가 반영된 것이 바로 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙이다. 그 결과, 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 주로 가족, 직장 등 사회적 영역과 관련되며, 집단적·청구권적 성격을 띠는 경우가 많다.¹⁴¹⁾

2. 내용

우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 1946년 헌법 前文으로부터 도출되며, 이를 구성하는 권리 중 대표적인 것들은 아래와 같다.¹⁴²⁾

- (1) 직업과 사회적 지위에 남녀가 평등하게 접근할 수 있는 권리
- (2) 망명권
- (3) 노동조합을 조직할 권리
- (4) 파업권
- (5) 노동조건을 결정하는 데 참여할 권리
- (6) 건강을 보호받을 권리
- (7) 교육권
- (8) 경제민주주의에 관련된 원칙

¹⁴¹⁾ Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 27^e éd., LGDJ, 2013, p. 109 참조.

¹⁴²⁾ Louis Favoreu, *Droit Constitutionnel*, 16^e éd., 2013, p. 133 참조.

우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 법의 일반원칙과는 다소 상이한 법적 근거에 기초하는 개념이다. 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙이 1946년 헌법 前文에서 우리 시대에 필요하다고 인정되는 원칙들에 기초하고 있는 데 비하여, 법의 일반원칙은 법 문언의 공백에서 비로소 생겨나는 것이기 때문이다.

한편, 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙들로부터 법의 일반원칙이 파생되는 경우가 실무상 발견되기도 한다. 가령, ‘데엔느’ 판결에서 쾅세유·데따는 파업권에 관해 판시하면서, 1946년 헌법 前文 제7행에서 이 권리를 도출하고 있다. 즉 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 쾅세유·데따에 의해 법의 일반원칙과 긴밀한 관계를 맺으면서 판결문에서 인용되며, 결과적으로는 법의 일반원칙의 근거를 풍부하게 해 주는 역할을 수행하고 있다.¹⁴³⁾

IV. 헌법적 가치를 지니는 원칙¹⁴⁴⁾

1. 의의

법 문언이 존재하는지 여부와는 상관없이, 헌법재판소는 판결문에 어떠한 법 원리와 원칙들을 설시하면서, 해당 원리와 원칙들에 헌법적 효력을 부여하여 법률의 위헌성 판단에 있어 근거규범으로 삼는다. 이를 ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’이라고 하며, 이는 헌법 규범체를 구성하는 요소이다.

프랑스에서 1958년 헌법에 의해 처음 설치된 헌법재판소는 등장 초기에는 쾅세유·데따 판례의 입장을 상당 부분 참고하면서 의존하는 입장을

¹⁴³⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 18 참조.

¹⁴⁴⁾ 약어로 ‘PVC’로 표시한다.

보였는데, 이는 법의 일반원칙에 관해서도 마찬가지였다. 헌법재판소는 1969년에 판결문에서 1946년 헌법 前文으로부터 법 원칙을 도출하면서, 쫘세유·데따와 동일하게 ‘법의 일반원칙’이라는 용어를 사용하기도 했다. 이후 1970년에서 1980년 사이에 헌법재판소는 헌법 前文에 헌법적 효력을 직접 인정하고, 이들 원칙에 반하는 법률이 위헌이라고 판단하는 일련의 판결을 내려 법의 일반원칙의 정립기관으로서의 면모를 보였다. 그러나 현재 헌법재판소 판례에서는 성문 헌법이 직접 원용되는 경우가 대부분이며, 법의 일반원칙에 기초하여 판단을 내리는 경우는 사실상 거의 찾아볼 수 없다.

헌법재판소는 1971년 ‘결사의 자유’ 판결¹⁴⁵⁾에서 결사의 자유는 1946년 헌법전문에 의거한 원칙으로서 헌법적 효력을 갖는다는 점을 천명하였다. 이 판결을 통해, 헌법재판소가 정립한 헌법적 가치를 지니는 원칙들이 헌법적 효력을 가진다는 점이 분명해졌다. 이후 헌법재판소는 헌법 前文에 규정되어 있는 원칙들에 반하는 법률에 대하여 일관되게 위헌선언을 하면서, 법의 일반원칙들이 헌법적 효력을 갖는다는 점에 관해 견해의 일치를 보았다고 평가되고 있다.¹⁴⁶⁾

2. 내용

헌법재판소에 의하여 헌법적 효력이 인정된 법의 일반원칙은 방어권, 공역무 계속성의 원칙, 인간 존엄성에 대한 권리, 사생활을 보호받을 권리 등 자유권과 평등권에 관한 것이 대부분이다.¹⁴⁷⁾

헌법재판소는 1980년대 이후 판결문에서, 쫘세유·데따가 정립한 법률

¹⁴⁵⁾ CC, 16 juillet 1971, *la Gauche prolétarienne* 참조.

¹⁴⁶⁾ 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 1989, 191면 참조.

¹⁴⁷⁾ Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, p. 269 참조.

적 효력을 갖는 법의 일반원칙 개념과, 헌법적 효력을 가지는 원리를 구분하여, 전자의 경우에는 명시적으로 ‘법의 일반원칙’이라는 표현을 사용하는 데 비해, 후자의 경우에는 이러한 표현을 사용하지 아니하고 ‘공화국의 법률에 의해 인정된 기본적 원칙’ 등의 표현을 사용한다.

V. 소결

지금까지 법의 일반원칙과 유사한 법 원칙으로서 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙, 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙, 헌법적 가치를 지니는 원칙에 관하여 살펴보았다.

공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙, 우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙은 법의 일반원칙이 관시하는 법 원리 및 법 원칙들과 결국엔 상당히 흡사한 내용들을 다루고 있으면서, 다만 그것이 도출되는 근거가 1946년 헌법 前文이라는 점에서 기본적으로 성문법에 뿌리를 내리고 있는 개념이라고 할 수 있다. 한편, 헌법적 가치를 지니는 원칙은, 헌법재판소가 애초부터 썩세유·데따가 오랜 기간 사용하여 온 ‘법의 일반원칙’ 개념을 의식하면서 그와 유사한 기능을 수행하면서도 이와 대비되는 개념으로서 사용하기 시작한 표현으로, 헌법재판소에 의해 정립되는 법의 일반원칙으로서의 의미를 갖는다고 할 수 있다.

이러한 유사 원칙들은 썩세유·데따의 법의 일반원칙과 그 내용상으로 전면적으로 충돌하지 아니하고 서로 조화를 이루는 경우가 많다. 그 이유는 썩세유·데따와 헌법재판소가 서로 대치하는 관계라기보다는 상대방 기관의 선행 판결을 의식하고 이에 조응하는 판결을 내리는 현재의 분위기가 반영된 결과로 보인다. 그 결과, 위와 같은 유사한 법 원칙들은 법의 일반원칙을 보완하면서, 법의 일반원칙의 발전을 도와 그 내용을 풍부하게 해주는 기능을 수행하고 있다.

제3절 헌법재판소 판례와의 충돌

I. 개설

헌법재판소는 1958년 제5공화국 헌법에 의해 창설되어 헌법의 최고해석 기관이자 법률의 합헌성 통제기관으로서의 역할을 수행하면서 빠른 시간 내에 권위를 보유하게 되었다. 이러한 과정에서, 헌법재판소가 쟁세유·데따와 유사한 문제에 관해 다른 판단을 내리면서 충돌하는 경우가 종종 발견되는 것도 사실이다.

쟁세유·데따와 헌법재판소가 프랑스 공법에 대한 최고 권위기관으로서 각자의 영역에서 공존하는 이상, 공법 분야에서 이 두 기관 간에 부조화 또는 충돌은 현실적으로나 이론적으로나 응당 예상 가능하다고 할 것이다. 그런데 실제 프랑스 법 현실에서는 쟁세유·데따와 헌법재판소가 서로의 권위를 존중하면서 특정 사안에 관해 이미 내려진 판결이 있을 경우 이를 최대한 이와 유사한 판단을 내리는 경향을 보인다. 이를 두고 쟁세유·데따와 헌법재판소가 점차 서로의 입장을 반영하면서 하나의 태도로 통일되어 간다고 해석할 수도 있겠다.

자주 찾아볼 수는 없지만, 쟁세유·데따와 헌법재판소 간의 판례가 서로 충돌하는 경우도 존재한다. 이에 관한 대표적인 사례로, 공무원의 평등한 대우에 관한 법의 일반원칙, 공공부담의 평등원칙을 들 수 있다. 쟁세유·데따와 헌법재판소의 판례가 서로 충돌하는 경우로 어떠한 것들이 있는지 아래에서 살펴본다.

II. 내용

1. 공무원의 평등한 대우에 관한 법의 일반원칙

우선 ‘공무원의 평등한 대우’(L'égalité de traitement dans la fonction publique)에 관한 법의 일반원칙에 관해 살펴본다. 헌법재판소는 예전부터 이를 “모든 시민은 법 앞에 평등하므로 그 능력에 따라서, 그리고 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 평등하게 공적인 위계, 지위, 직무 등에 취임할 수 있다.”는 1789년 인권 선언 제6조에서 도출하여 왔다.¹⁴⁸⁾ 그러나 쾅세유·데따는 과거부터 유권해석의견¹⁴⁹⁾ 뿐 아니라 판결문¹⁵⁰⁾에서도 이를 1789년 인권 선언이 아닌 법의 일반원칙이라고 판시하는 태도를 고수하고 있었다.

이러한 대치상황에서, 쾅세유·데따는 1997년 ‘조브’ 판결¹⁵¹⁾에서 공무원을 직무에 따라 다르게 대우하기로 하는 내용을 규정한 1987. 12. 30.자 테끄레 및 이 테끄레에 따라 기존 공무원과 파견근무 공무원을 다르게 대우한 처분의 위법성에 관해 판단을 내렸다. 그 판결이유에서, 쾅세유·데따는 공무원을 평등하게 대우하여야 한다는 원칙을 법의 일반원칙으로 파악하는 기존의 태도를 그대로 고수하였다.

그 결과, 쾅세유·데따는 이 1997년 판결에서 “위 처분이 동일 기관 또는 부서의 공무원을 평등하게 대우하여야 한다는 ‘법의 일반원칙’에 위반되지 않는다.”고 판시하기에 이르렀다. 해당 판결이유에는 종전과 동일하

¹⁴⁸⁾ 가령, CC, 15 juillet 1976, *Dossier des fonctionnaires* 참조.

¹⁴⁹⁾ 가령, CE, Ass., Avis du 2 mars 1989 및 CE, Ass., Avis des 2 mai et 7 juin 1990 참조.

¹⁵⁰⁾ 이러한 태도는 CE, 6 mars 1959, *Syndicat général de l'administration centrale du ministère des finances*부터 시작되었고, CE, 13 mai 1960, *Molina et Guidoux*에서도 반복되었다.

¹⁵¹⁾ CE, 14 mars 1997, *Mme Job* 참조.

게, 헌법재판소의 입장과는 다르게 1789년 인권 선언문이나 1958년 헌법이 전혀 언급되지 아니한 것이다. 따라서 여전히 공무원의 평등 대우에 관한 원칙에 있어서, 쾨세유·데따와 헌법재판소의 입장은 서로 다르다고 할 수 있다.

2. 공공부담의 평등원칙

다음으로 공공부담의 평등원칙(Le principe d'égalité devant les charges publiques)에 관해 살펴본다. 헌법재판소와 쾨세유·데따는 판결문에서 각각 다른 근거에 기하여 판단을 내려 서로 상충하는 모습을 보인다.

1987년부터 헌법재판소는 공공부담의 평등원칙을 판결문에서 인정하는 경우에, 이를 “공공 무력의 유지를 위해, 그리고 행정의 제 비용을 위해 일반적인 조세는 불가결하다. 이는 모든 시민에게 그들의 능력에 따라 평등하게 배분되어야 한다.”는 내용의 1789년 인권 선언 제13조에 근거하여 도출하여 왔다.¹⁵²⁾ 1992년에 쾨세유·데따는 공공부담의 평등에 관해 판단을 내리게 되었는데, 1789년 인권 선언에 근거하지 아니하고, ‘공공부담의 평등원칙’이라는 법의 일반원칙을 원용하여 판단하였다.¹⁵³⁾ 이러한 태도는 1995년에 내려진 후속 판결에서도 그대로 반복되었다.

정리하면, 공공부담의 평등원칙이 1789년 인권 선언에서 도출되는 법원칙인지, 아니면 법의 일반원칙인지에 관해 쾨세유·데따는 헌법재판소와 서로 충돌하는 판결을 내린 바 있다. 파보되는 공공부담의 평등원칙에 관한 쾨세유·데따 판결에 대한 평석에서, “쾨세유·데따는 공공부담의 평등원칙에 모든 공권력에 적용되는 법의 일반원칙으로서의 자격을 부여하였다.”고 평가하기도 하여 주목된다.¹⁵⁴⁾

¹⁵²⁾ 가령, CC, décision n. 87-237 DC du 30 décembre 1987 참조.

¹⁵³⁾ CE, 22 avril 1922, *Syndicat picard des industriels de la métallurgie et de la mécanique*.

¹⁵⁴⁾ CE, 30 juin 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*; J-M

III. 소결

공세유·데따와 헌법재판소의 판례는 많은 경우에 입장을 같이 하고 있는 것이 사실이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 공무원의 평등한 대우에 관한 원칙, 공공부담의 평등원칙에 관해 공세유·데따는 기존에 헌법재판소 판례가 내린 판결과 충돌되는 판시를 하였다. 이러한 것처럼, 여전히 법의 일반원칙이 성문법의 존재에도 불구하고 공세유·데따 판결에서 자유롭게 사용되는 사례도 발견된다.

공세유·데따와 헌법재판소 판례가 충돌하는 경우 이것이 어떻게 해결될 수 있을지에 관해 아직 유권해석이 내려진 바는 없다. 그런데, 묵시적 거절결정의 원칙에 관한 양 기관 간의 판례 대치 상황이 결국 신규 입법으로 마무리된 전례는 있는데, 아래에서 간단히 살펴본다.

1969년 헌법재판소는 행정청이 국민의 신청행위에 대해 장기간 침묵하는 것이 거절결정으로 간주한다는 ‘묵시적 거절결정의 원칙(La règle de la décision implicite de rejet)’을 법의 일반원칙이라고 판시하였다. 그런데 이듬해인 1970년, 공세유·데따는 행정청이 국민의 건축허가 신청행위에 대해서 장기간 무응답한 경우 묵시적으로 이를 허가한 것으로 간주된다고 규정한 법규명령이 법의 일반원칙에 위배되지 아니한다고 판시하면서, 위 헌법재판소 판례를 동 사안에 적용하지 아니하였다.¹⁵⁵⁾ 판결문에서 공세유·데따는 위 헌법재판소 판례에서 선언된 묵시적 거절결정의 원칙은 법의 일반원칙이 아니라고 설명하였다.

2000년에서 입법부에서 묵시적 처분에 관한 법률을 새로 마련하여 공세유·데따와 헌법재판소 판례의 충돌 상황은 마무리되었다. 즉, 묵시적 처분에 관해 규정한 2000. 4. 12.자 법률에서 행정청이 장기간(가령, 두 달)

Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 49 참조.

¹⁵⁵⁾ CE, 27 février 1970, *Commune de Bozas*.

에 걸쳐 의사결정을 지체하는 것은 묵시적으로 허가한 것으로 간주한다고 규정한 것이다.¹⁵⁶⁾

제4절 EU법과의 조화

I. 개설

1950년대 이후 유럽 대륙에서 유럽공동체법과 EU법이 마련되면서, 프랑스에서 행정법의 法源이 갖는 형태는 점차 다양해졌고, 그 이후로 이를 반영하여 프랑스 행정법은 변천을 거듭하여 왔다. “프랑스 행정법 법원의 변화”의 서문에서 디디에 트루세는 “1960년대 후반에 학생 시절을 보낸 사람들은 당시 행정법의 최고 법원이 헌법재판소나 유럽공동체재판소가 될 수 있다는 논의를 들어 본 기억이 없을 것이다. 오늘날 행정법 교육에 있어서는 그와 같은 논의를 하지 않고 넘어간다는 것은 상상할 수가 없다.¹⁵⁷⁾”고 말하였다.¹⁵⁸⁾

현대의 법의 일반원칙은, 헌법 규범과 국제법 규범이 규율하는 영역과의 충돌 문제를 맞고 있다. 즉, 동일한 문제를 프랑스 헌법과 EU법 등 국제법이 모두 규율하는 경우가 발생하면서, 동일한 사안에 관해 서로 다른 관할 체계 내에서 다른 해석을 내리며 마찰을 빚는 경우가 발생하는 것이다. 이러한 점에 관한 문제제기는 프랑스에서 1990년대부터 서서히 등장하고 있었는데, 콩세유·데파, 파기원(Cour de cassation), 헌법재판소, 유럽

¹⁵⁶⁾ Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., 2013, p. 238 참조.

¹⁵⁷⁾ D. Truchet, Préface, in T. Larzul, *Les mutation des source du droit administratif*, 1994, p. 7(J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 23에서 재인용).

인권법원(La cour européenne des droits de l'homme), 유럽공동체법원(La cour de justice des communautés européennes)간의 관할 충돌 및 해당 법원들이 판결의 근거로 삼는 규범 간의 체계와 우열에 관한 문제가 발생한 것이다. 이러한 새로운 변화로 인해, 콩세유·데따는 과거 프랑스 내에서 행정법에 관한 최고 사법판단기관으로서 절대우위적 권력을 누려 왔으나, 지금은 다른 법원으로부터 일부 영역을 침범당하고 있는 것이 사실이다.¹⁵⁹⁾

특히 EU법의 경우, EU법에서도 법의 일반원칙과 유사한 개념이 있으니, 바로 ‘EU법의 일반원칙’이다. 국제사법재판소 규정 제38조는 ‘문명국에 의하여 인정된 법의 일반원칙’을 法源 중 하나로 인정하면서, 특정한 법 문제에 관하여 이를 관장하는 법률이나 조약이 없는 경우에 국제재판소가 법의 일반원칙을 정립하여 문제를 해결할 수 있도록 권한을 부여하고 있다. 이에 기하여, 유럽재판소 재판관들은 1990년대 이후로 판결문에서 상당수의 EU법의 일반원칙을 새롭게 정립하고, 이에 근거하여 개별 사안을 해결해 왔다.

EU법의 일반원칙은 크게 두 가지로 구성되는데, 첫째는 회원국 국가에서 인정된 법의 일반원칙이고, 둘째는 국제법 질서 내의 국제법규 및 국제조약에서 도출되는 법의 일반원칙이다.¹⁶⁰⁾ 그리하여, 유럽인권법원이 매 사건에서 국제법을 해석하여 도출하는 법의 일반원칙과, 각 나라의 일반재판소에서 도출되는 법의 일반원칙이 모두 불문법의 일종인 EU법의 일반원칙으로서 EU법 체계를 구성해 나가는 것이다.

한편, 콩세유·데따는 전통적으로 프랑스 국내법이 규율하는 영역으로서의 프랑스 영역과, EU법, 국제관습법 등 국제 법규가 규율하는 영역으

¹⁵⁹⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 23-24 참조.

¹⁶⁰⁾ 이러한 구분은 다수의 국제법 학자에 의해 통상적으로 받아들여지고 있다고 한다. 대표적으로 P. Reuter, *Droit international public*, 6^e éd., 1983(J-M Maillot, 전게서, p. 148에서 재인용).

로서의 유럽연합 영역을 엄격히 구별하면서, 쩡세유·데따가 스스로 담당하는 사건에서 국제관습법 등 국제적인 불문법규에 관해 심사하는 것을 상당히 조심스러워 하는 태도를 보였다. 이러한 태도는 1957년 ‘미툰 증기선 회사’ 판결¹⁶¹⁾에서 분명하게 나타난다. 위 판결은 국제관습법인 선박징용권¹⁶²⁾에 관한 문제가 다루어진 사안이었는 데, 쩡세유·데따는 이에 대해 “국내 재판소들은 어떠한 행정행위의 적법성이나 손해배상에 관한 소송의 관련법규가 오직 국제관습법밖에 없는 경우에는 이를 심사할 수 없다.”고 판시하면서 이에 관한 판단을 거부하였다.¹⁶³⁾

그런데 최근 EU 체제가 자리를 잡으면서, 쩡세유·데따의 이러한 기조에도 변화가 관측되고 있다. 쩡세유·데따의 일부 판결문에서 EU법의 일반원칙으로부터 상당한 영향을 받는 판시를 내리고 있다. 아래에서는 EU법의 입장을 일부 수용한 쩡세유·데따 판결을 제시하고 이를 분석한다.

II. 내용

1. ‘나폴거 해운회사’ 판결¹⁶⁴⁾

쩡세유·데따는 1987년 ‘나폴거 해운회사’ 판결에서 최초로 “국제법의 원칙”이라는 표현을 명시적으로 사용하며 이를 법의 일반원칙으로 원용하여 의미가 있다.

1974. 10. 4. “암머세”(l’Ammersee)라는 이름의 키프로스공화국 선박을

¹⁶¹⁾ CE, 22 novembre 1957, *Myrtoon Steamship Company*.

¹⁶²⁾ 전쟁 시에 교전국이 자국 영해 내에 있는 중립국의 선박을 징발하여 사용할 수 있는 권리를 뜻한다.

¹⁶³⁾ J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 150 참조.

¹⁶⁴⁾ CE, 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Company Limited et a.*

물고 프랑스 영해를 향해하던 선장과 선원 일동은 향해 도중 선박이 파손되어 침몰 위험이 발생하자 모두 선박을 떠나 대피하였다. 프랑스 영해상에 200톤의 폭발물과 다이너마이트가 실려진 선박이 좌초되어 있는 상황에서, 프랑스는 그 선박을 인양할 적당한 방법을 찾지 못하자 1974. 10. 6. 해군 선박을 통해 선박을 해상에서 파괴하였다. 이에 해운회사 및 보험회사들은 프랑스를 상대로, 선적물 멸실로 인해 나폴거 해운회사 및 보험회사 측에 발생한 손해를 국가가 배상할 것을 주장하며 소송을 제기하였다.

퐁세유·데파는, 선적물의 위험성을 감안하여 불 때, 프랑스 영해 내에는 중대하고 긴급한 위험이 발생한 상황이었고 달리 이 위험을 해결할 방법이 없었다는 점에서, 선박을 파괴할 것을 명한 행정행위는 “어떠한 국제법의 원칙도 위반하지 아니하였다.”고 실시하였다. 또한, 해당 선박에 위험물을 운반하면서도 침몰 위험에 대한 기술적 안전장치를 충분히 구비하지 않은 청구인의 책임도 존재한다는 점, 선박이 선적물의 파괴행위 이전에 이미 해상에 좌초되어 있는 이상, 그 선적물이 멸실된 것이 반드시 프랑스 해군에 의해 발생하였다고만 할 수 없는 점 등을 이유로 청구인들의 배상청구를 기각하였다.

이 판결 사안에는 직접 적용되는 프랑스 국내의 성문 법규가 존재하지 아니하였다. 이러한 상황에서, 퐁세유·데파는 프랑스 영해에 관한 법의 일반원칙을 도출하여야 할 필요성이 있었다. 퐁세유·데파는 새로운 법의 일반원칙을 도출하기 위해, 당시 적용되던 1961. 12. 26.자 데끄레 제5조를 동 사안에 적용하는 것을 고려할 수 있었을 것이다. 그런데 이 사안에서 문제된 “암머세” 선박의 경우 항구로부터 상당히 떨어진 원양에서 좌초되었는데, 위 데끄레는 항구 또는 항구의 입구 등 연안에서 좌초된 선박에만 적용되는 것이므로, 위 데끄레가 정확히 들어맞는 경우는 아니라는 문제점이 있었다.

프랑스 국내법에 비해, 국제법규는 해상법 분야에 이미 풍부하게 존재하였는데, 해상에서의 분쟁의 경우 주로 국내에서보다는 국가와 국가 간

에 문제되는 경우가 많아, 해양사고의 발생지가 원양인 경우에 적용되는 국제법규는 상당히 풍부하게 마련되어 있었기 때문이다. 당시 1969년 브뤼셀 조약이나 1982년 몬티고만 조약이 이 사안에 적용될 수 있었다.

이러한 상황들을 고려하면서, 쩡세유·데따는 결론적으로 그동안 국제법의 불문 법규를 판례에 직접 적용하는 데 있어 소극적인 입장을 유지해 왔음에도 불구하고, 국제법류의 일종인 ‘국제법의 일반원칙’을 직접 원용하여 판결을 내린 것이다.¹⁶⁵⁾ 따라서 ‘나폴거 해운회사’ 판결은 국제법의 일반원칙이 쩡세유·데따에 의해 최초로 받아들여진 사례로서의 중요성을 갖는다.

2. ‘아까론’ 판결¹⁶⁶⁾

1997년 ‘아까론’ 판결은, 국제관습법과 프랑스 국내법이 충돌하는 경우, 국제관습법이 프랑스 법규보다 국내법 체계 내에서 우선하여 적용되도록 하는 프랑스 헌법 규정은 존재하지 않는다는 점을 확인한 판결이다.

이 판결에서는 청구인인 아까론은 2심 판결이 국제법의 일반원칙을 위반하였으므로, 쩡세유·데따에서 2심 판결을 파기되어야 한다고 주장하였다. 동 사안에서는 프랑스 조세법과 조세에 관한 국제관습법규이 서로 충돌한다는 점이 문제되어, 프랑스 내에서 어떠한 법규가 우선 적용되어야 할 것인지가 문제되었다. 쩡세유·데따는 프랑스 조세법이 우선 적용되어야 한다는 결론을 내리면서, 판결이유에서, “1958년 헌법 제55조 및 어떠한 헌법적 효력을 갖는 법 조항에도, 국제관습법이 프랑스 국내법에 우선하여 적용된다고 정하고 있지 않다.”고 실시하였다.¹⁶⁷⁾

‘아까론’ 판결은, 쩡세유·데따가 국제법의 일반원칙을 프랑스 국내법

¹⁶⁵⁾ J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 165-167 참조.

¹⁶⁶⁾ CE, 6 juin 1997, *Aquarone*.

¹⁶⁷⁾ J-M Maillot, 전제서, pp. 173-179 참조.

체계 내에서 어떻게 바라보는지에 관한 입장을 확인시켜 주는 사례라고 할 수 있다. 즉, 국제법의 일반원칙이 국내법 체계 내에서는 프랑스 국내법에 우선할 수 없다는 것이다.¹⁶⁸⁾

3. ‘보댕’ 판결¹⁶⁹⁾

퐁세유·데따는 기존에 평등원칙을 법의 일반원칙으로 포섭해 왔다. 그런데 퐁세유·데따는 1998년 ‘보댕’ 판결에서 유럽인권협약 제14조에서 규정한 성별에 근거한 차별 금지 원칙을 직접 적용하여 판결을 내려 입장 변화를 보였다.¹⁷⁰⁾

이 판결은 권리의 헌법화 현상에 따라서 퐁세유·데따가 기존 법의 일반원칙이 있는 상황에도 이에 직접 적용되는 성문 헌법 규범이 있는 경우에, 이제는 헌법 규범을 새로운 법 원칙의 근거로 판시하는 현상을 반영하는 것이다. ‘보댕 판결’은 이러한 경향이 직접 적용될 수 있는 성문 규범이 국내법일 때만이 아니라 국제법인 경우에 마찬가지로 태도를 확인하게 한다.

III. 소결

EU법 시대의 도래는 이제 프랑스 퐁세유·데따가 행정법의 최고 권위 기관으로서 누려온 독점적 지위를 어느 정도 변화시키고 있는 것이 사실이다. 유럽 법원은 법의 일반원칙을 도출하여 사안에 적용하는 데 적극적

¹⁶⁸⁾ J-M Maillot, 전거서, p. 173 참조.

¹⁶⁹⁾ CE, 13 mars 1998, *Mme Bodin*.

¹⁷⁰⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 37 참조.

인 태도를 보이고 있다.

가령, 유럽 법원은 EU법으로부터 비례원칙과 신뢰보호원칙과 같은 일반적인 법원리를 법의 일반원칙으로 인정하는 판결을 내렸다. 비례원칙은 1990. 11. 13. 내려진 ‘Fedesa’ 판결에서 비례원칙이 EU법의 일반원칙이라는 점을 확인되었다. 또한, 신뢰보호 원칙의 경우 1973년 유럽공동체명령의 적법성 심사의 척도로 이를 적용하면서 이미 EU법 판례에 등장한 적 있으며, 1981년 판결에서도 유럽공동체의 기본원리 중 하나로 이를 인정된 것이다.¹⁷¹⁾

이러한 추세를 감안하여 볼 때, 풍세유·데따와 EU법 간의 조화는 현재보다 앞으로도 더욱 문제가 될 것으로 예상되는 바이다. 이러한 상황에서, 풍세유·데따가 EU법의 일반원칙을 어떻게 반영할지에 관하여 그 귀추가 주목된다. 프랑스에서 법의 일반원칙이 그 동안 수행했던 고유한 역할과 그 권위를 고려하여 볼 때, 풍세유·데따의 태도는 EU 공동체에 속한 다른 나라의 행정 최고재판소의 입장에도 큰 영향을 미칠 것이라고 기대된다.

¹⁷¹⁾ V. Götz(박정훈 역), “유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙”, 서울대학교 법학 제38권 제3호, 1997, 32-33면 참조.

제3장 법의 일반원칙의 현대적 역할

제1절 개설

현대의 콩세유·데파는 헌법재판소의 등장, EU법의 시행 등으로 변화의 시대를 맞아 새로운 역할의 수행을 요구받고 있다. 법의 일반원칙에 관해서도, 권리의 헌법화로 이제 헌법적 효력을 갖는 성문법이 갖추어졌으므로 콩세유·데파는 법의 일반원칙 이론을 폐기하여야 한다는 주장까지 등장하였다. 이러한 상황에서, 콩세유·데파가 기존에 행정 분야의 최고사법기관으로서 누린 절대 우위적 권력이 위협받고 있는 것이 사실이다.

이러한 상황에서, 콩세유·데파에 요구되는 현대적 역할은 크게 두 가지 방향으로 생각해 볼 수 있겠다. 첫째는 법의 일반원칙 이론을 현대적 요구에 맞추어 재정비하여, 법의 일반원칙의 행정법의 法源으로서의 지위를 공고화하는 것이다. 성문화된 법 규범이 기본권에 관해 규정하고 있다고 하여도, 법이 모든 영역을 모두 규율하기란 불가능에 가깝다. 따라서 구체적이고 개별적인 사안에 보다 밀착하여 적용될 수 있고, 필요에 따라 변형이 용이한 법의 일반원칙이 필요하다.

둘째는 국제법, 유럽공동체법 체계가 점차 자리를 잡으면서, 국제사회의 각종 법원에 의해 새로이 마련되는 ‘국제법의 일반원칙’과 서로 조화를 이루면서 상호 발전해 나가는 것이 요구된다. 국제법 사회에서도 회원국에 의해 승인된 국내 일반원칙이 프랑스의 법의 일반원칙이 서로 활발히 영향을 주고받으면서 상호 발전해 나가는 것이다.

제2절 법의 일반원칙의 공고화

I. 쾅세유·테따의 입장

앞의 제2장에서는 쾅세유·테따가 판결문에서 법의 일반원칙을 원용하지 않고 성문법에 근거해서 판결을 내리는 등 쾅세유·테따가 법의 일반원칙을 헌법 규범으로 대체하고자 하는 태도를 표명한 일련의 판례를 제시하고 이를 분석하여 보았다.

그러나 이러한 판례들이 기존의 쾅세유·테따의 입장에서 다소 변화된 것이므로 입장을 모두 대변한다고 하기는 어려울 것이다. 예외적인 것이고, 쾅세유·테따가 전부대체설의 주장처럼, 법의 일반원칙을 헌법 규범으로 대체하고자 한다고 해석할 수. 앞서 제시된 판례는 다소 예외적인 경우이고, 일반적으로 쾅세유·테따는 법의 일반원칙을 수호하고 이를 오히려 공고화하고자 하는 의지를 판결문에서 드러내고 있기 때문이다.

1. ‘뿔루즈 시’ 판결¹⁷²⁾

1982년 ‘뿔루즈 시’ 판결에서 쾅세유·테따는 ‘비정규직 공무원의 최저 임금 수령권’에 관한 법의 일반원칙을 도출하면서, 이에 관한 적절한 실정법이 없는 상황에서도, 비정규직 공무원에게 지급되는 임금은 프랑스 법에서 규정한 최저임금보다 낮아서는 아니 된다고 판시하였다.

이 사안에서 쾅세유·테따는 프랑스 근로자에게 적용되는 최저임금에 관해 규정한 노동법 제141-2조를 원용하거나, 1946년 헌법 前文 제10행 및 제11행에서 ‘경제적 안정에 관한 권리’를 규정한 데서 위 일반원칙을 도출할 수 있었을 것으로 예상된다. 1946년 헌법 前文 제10행은 “가족의

¹⁷²⁾ CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*.

발전을 위한 필요조건”에 관해 언급하고¹⁷³⁾, 제11행에서 휴식권 및 여가권을 각각 규정하고 있는데¹⁷⁴⁾, 여기에서 ‘경제적 안정에 관한 권리’가 인정될 수 있고, 다시 ‘경제적 안정에 관한 권리’로부터 ‘비정규직 공무원의 최저임금 수령권’이 도출될 수 있기 때문이다.¹⁷⁵⁾ 그럼에도 불구하고 쑹세유·데따는 아무런 실정 법규를 원용하지 아니하고 이를 법의 일반원칙으로 선언하였다.

2. ‘자유주의 의료윤리 국제 연합’ 판결¹⁷⁶⁾

1997년 ‘자유주의 의료윤리 국제 연합 등’ 판결에서, 청구인들은 1946년 헌법 前文 제11행에서 환자가 전문의를 자유롭게 선택할 수 있다는 원칙이 도출된다고 주장한 바 있다. 그런데 이 사안에서 쑹세유·데따는 이러한 청구인의 주장을 기각하고 해당 법의 일반원칙의 존재를 인정하지 아니하였다. 그러나 몇 달 뒤 ‘의사협회 남태평양지부’ 판결¹⁷⁷⁾에서, 쑹세유·데따는 1946년 헌법 前文 제11행을 언급하지 아니하면서, ‘환자의 의사선택권’이 법의 일반원칙으로 존재한다는 점을 최초로 인정하였다.

만일 쑹세유·데따가 향후 판결문의 근거규범을 법의 일반원칙에서 실정법으로 대체하고자 하였다면, 환자의 의사선택권에 관한 법의 일반원칙을 최초로 판시할 때, 이미 이전 사건에서 주장된 위 1946년 헌법 前文 제11행을 근거로 삼았을 것임이 충분히 예상 가능하다. 그럼에도 쑹세유·데따는

173) “국가는 개인과 가족에게 그 발전을 위해 필요한 조건을 보장한다.”

174) “국가는 모두에게, 특히 아동, 여성 및 노인에게, ...휴식과 여가권을 보장한다.”

175) J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 50-51 참조.

176) CE, 30 avril 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale et autres*.

177) CE, 18 février 1998, *Section locale du Pacifique sud sud de l'Ordere des médecins*.

이를 새로 법의 일반원칙으로 판시하였다는 점에서, 이 판결은 법의 일반원칙을 수호하고자 하는 콩세유·데따의 의지를 드러낸다고 할 수 있다.

3. 평가

콩세유·데따는 특정한 법 조항을 개별 판결에 法源으로 적용하기에 앞서 상당히 조심스러운 태도를 보이며, 해당 법 조항을 임의적으로 해석하여 이를 적용하기보다는 그 법 조항의 내용이 입법부 또는 행정부의 결정으로 명확하게 확립된 해당 조항의 의미가 명확해진 이후에 이를 적용하는 경우가 많다. 예를 들어, 1968년 ‘탈라그랑’ 판결¹⁷⁸⁾에서, 법원은 해당 사안에 1958년 헌법 前文이 적용될 수 있는지에 관해 부정적으로 판시하면서, 그 이유에 관해 “손해배상청구에 관해 1958년 10월 4일자 헌법 前文의 ‘국가는 국가 비상사태에서 비롯된 각종 책임 앞에서 프랑스 국민 모두의 연대와 평등을 선언한다.’는 규정이 적용될 수 있다고 하는 명시적인 법문이 없는 이상, 위 1958년 헌법 前文은 본 손해배상 청구소송의 근거규정이 될 수 없다.”라고 설명하였다.¹⁷⁹⁾

2000년 이후에도 콩세유·데따는 여전히 판결문에서 ‘일반원칙’, 또는 ‘원칙’이라는 표현을 사용하면서 사실상 법의 일반원칙을 근거로 판단하는 사례가 다수 발견된다.¹⁸⁰⁾ 예전부터 콩세유·데따는 1989년경 위법한 명령의 폐지청구를 심사할 권한이 있다는 ‘원칙’이라는 표현을 판결문에 사용하고,¹⁸¹⁾ 1948년에 익히 행정행위의 효력은 소급하지 않는다는 ‘원칙’이라는 표현을 사용하여, 일명 행정행위 불소급에 관한 법의 일반원칙을

¹⁷⁸⁾ CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*.

¹⁷⁹⁾ J-M Maillot, *La théorie administrative des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 52 참조.

¹⁸⁰⁾ 가령, 평등의 원칙에 관한 CE, 22 janvier 1982, *Ah Won*; CE, 8 juin 1962, *Gibaut* 참조.

¹⁸¹⁾ CE, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*.

판시하는 등 '원칙'이라는 표현을 사용한 바 있다. 이 경우 누구도 이러한 원칙들이 법의 일반원칙으로서의 가치를 지닌다는 점에 관하여 이의를 제기하지 아니하였다.¹⁸²⁾

이러한 점에서 알 수 있듯이, 쾅세유·데따는 법의 일반원칙을 판결문에 기술할 때 다양한 표현을 사용해 왔다. 따라서 쾅세유·데따가 2000년 이후에 법의 일반원칙을 실시하면서 실정법을 함께 언급한다고 해서 기존 태도가 완전히 변경된 것이라고 하는 것은 지나친 확대해석이 될 수 있다.

만일 쾅세유·데따가 법의 일반원칙을 대체하기 위해 실정법을 언급하였다고 가정해보면, 판결문에서 분명 “해당 1946년 헌법 前文 (또는 1789년 인권 선언문) 몇째 줄(혹은 몇 항)에서 ...라는 원칙을 실시한 것을 고려하였을 때...”라는 방식으로 실정법을 원용했을 것이다. 그러나 쾅세유·데따 판결문에는 어떠한 원칙이 헌법 前文이나 인권 선언문에서 ‘언급되었다’는 정도로 실정법을 원용하면서, 결국 이와 함께 언급되는 해당 법의 일반원칙에 근거하여 판단을 내린다. 이러한 점들을 감안하여 보면, 최근 쾅세유·데따가 판결문에서 실정법을 언급하는 것은 쾅세유·데따가 실정법 문언과 헌법재판소 판례에 관해 상당한 관심을 두고 있다는 사실만 반영하는 정도로 해석하는 것이 타당하다.¹⁸³⁾

II. 법의 일반원칙의 현대적 의미

1. 실질적 법치주의의 보장수단

현대 법의 일반원칙의 상당수 내용은 헌법 및 헌법 효력을 갖는 규범에

¹⁸²⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 52 참조.

¹⁸³⁾ J-M Maillot, 전게서, p. 53 참조.

수용되어 성문화되어 있지만, 여전히 법의 일반원칙은 본질적으로 성문법에 비해 안정적이면서도 구체적인 사안에 탄력적으로 적용될 수 있어, 성문법보다 법의 일반원칙을 적용하여야 하는 사안이 분명 존재한다.

먼저, 성문화된 법률은 시대의 흐름에 따라 개정을 거치면서 얼마든지 변할 수 있는 것이지만, 법의 일반원칙은 영속적으로 적용되므로 안정적이다. 일반적으로 한국을 비롯한 다른 국가에서 성문법이 불문법보다 법적 안정성이 있다고 받아들여지는데, 프랑스에서 유독 성문법이 불안하고 개변 가능하다고 인식되는 이유는 프랑스의 고유한 역사적 특수성 때문인 것으로 파악된다. 수차례의 헌법 개정을 통해 변화무쌍했던 프랑스 헌정사를 통해, 프랑스 국민 사이에서는 헌법은 개정을 통해 변할 수 있으므로 가변적이고, 오히려 여러 헌정 체제 내에서 일관되게 적용되는 구체적인 법률이 지속적이라고 인식하게 된 듯하다.¹⁸⁴⁾

이러한 인식을 반영하듯이, 리베로(Rivero)는 “프랑스 법제사는 법이 헌법보다 더 지속성이 있다.”고 주장한다.¹⁸⁵⁾ 브델(Vedel)은 “역사적으로 프랑스에서는 행정 체제가 안정적이고 지속적으로 운영되어 온 데 비해, 헌정 체제는 불안정적이고 가변적으로 이루어져 왔다.”고 말한다.¹⁸⁶⁾ 역사적으로, 법의 일반원칙은 여러 헌정 체제를 거치면서도 일관되게 적용되어 왔으므로, 앞으로 현행 헌법이 부재하는 상황이 발생하더라도 콩세유·데파는 법의 일반원칙을 통하여 헌법적 가치를 갖는 원리를 관철시킬 수 있다.

망명권을 예로 들어 살펴본다. 종래 1946년 헌법 前文 제4행에는 “자유를 위한 자신의 행동 때문에 박해받는 모든 인간은 프랑스 영토에서

¹⁸⁴⁾ J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, p. 54.

¹⁸⁵⁾ Jean Rivero, *Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français*, RIDC 1977, p. 22(J-M Maillot, 전게서, p.54에서 재인용).

¹⁸⁶⁾ George Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge*, in *Mélanges Waline LGDJ*, 1974, p. 777(J-M Maillot, 전게서, p.55에서 재인용).

망명권을 가진다.”고 규정되어, 망명권은 개인에 부여되는 권리로 규정되어 있었다. 그런데 1993. 11. 19.자 개정을 통해, 헌법 제53조에는 “공화국은 자유를 위한 그의 활동 기타 다른 이유로 박해를 받는 외국인이 공화국의 보호를 필요로 하는 경우 언제나 망명을 허가할 수 있다.”는 조항이 신설되었다. 즉, 헌법에 규정된 망명권이 과거 1946년 헌법 前文에 규정된 것처럼 개인적 권리가 아닌, 국가의 특권으로 그 법률적 지위가 근본적으로 변화한 것이다. 이러한 상황에서, 망명권을 헌법 규범에서만 도출할 경우 더 이상 개인은 망명권을 행사할 수 없게 되지만, 법의 일반원칙으로 여전히 존재한다고 인정할 경우에는 헌법 개정에도 불구하고 개인에게 망명권을 인정할 수 있는 법적 근거가 확보된다.

2000년대 이후에 헌법재판소의 헌법재판 기능이 안정화되고, 이에 따라 성문화된 헌법 규범이 프랑스 헌정 체제 내에 정착했다고 할 수 있으므로, 과연 과거 역사가 반복되듯이 프랑스에서 성문 헌법이 부재하는 상황이 현실적으로 가능할지는 의문이다. 그러나 현대 사회에서도 성문법이 모든 영역을 규율할 수는 없으며, 해당 문제 상황에 적용되는 법 규정이 이미 마련되어 있더라도 새롭게 제기되는 법적 쟁점까지 미리 예측하여 이에 대한 해결책을 내놓을 정도로 상세히 규정되지는 않고 미비한 경우가 있을 수 있으므로, 법의 일반원칙은 중요한 의미를 갖는다.¹⁸⁷⁾

2. 헌법재판소에 대한 견제수단

헌법재판소가 헌법적 효력을 갖는 규범을 선언하는 유일한 최고 재판기관이 되었을 때 도래할 수 있는 권한 남용의 문제를 인지할 필요가 있다. 이러한 권한 남용의 문제를 해결하고 헌법재판소에 대한 견제 수단으로서 기능하기 위해, 쾰세유·데따가 법의 일반원칙의 정립 권한을 보유하여

¹⁸⁷⁾ 이상의 논의는 J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, 2003, pp. 54-56 참조.

헌법 대체적 기능을 수행하는 법 원리를 계속해서 형성해 나가는 것도 필요하다

프랑스에는 행정소송에 관한 규정이 없지만, 행정소송 제도가 헌법적 가치를 갖는 ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙’으로 인정되어, 콩세유·데따는 행정활동이 법을 준수할 수 있도록 하기 위해 적극적으로 재판적 통제를 수행하고 있다. 최근에 들어 콩세유·데따의 권력이 강화되고, 월권소송과 완전심판소송의 구분이 확립되어, 콩세유·데따는 행정 행위, 행정계약 등 전방위적 영역에 관해 사법적 통제를 가하고 있다.¹⁸⁸⁾

이렇게 콩세유·데따가 행정법 영역에서의 법치주의를 실질적으로 실현하기 위해 강력한 힘과 수단을 보유하고 있다는 점을 감안하여 보면, 헌법재판소에 대한 견제 기관으로서의 역할을 감당할 수 있는 대체 불가능한 사법기관이라는 것에 자연스럽게 수긍하게 된다. 이러한 점에서, 콩세유·데따가 헌법재판소를 견제하고 법에 의한 통치를 보장하기 위해서는 법의 일반원칙의 존재가 반드시 필요한 것이다.

제3절 국제법 이론의 반영

EU 시대를 맞아, 유럽 내 국가가 통합되는 과정에서 경제, 환경 기타 여러 문제에 대해 수많은 법규가 새로 제정되었다. 이러한 작업과 동시에, 유럽사법재판소와 유럽인권재판소는 활발하게 판결문에서 새로운 일반적 법원칙을 개발하여 역동적으로 이를 정립해 나가고 있다. 이 중에는 EU 법의 일반원칙에 관한 내용도 상당수 포함되어 있다. 이러한 상황에서 위 법원칙들이 실제 각 EU 회원국 내에서 강제성 있는 규범으로서 적용됨으

188) 윤성운, “프랑스 행정법상 ‘행정으로서의 행정재판’에 관한 연구 - 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로 -”, 서울대학교 법학석사학위 논문, 2014, 28-32면 참조.

로써, 다수 국가들의 법질서가 하나로 결합되어 가고 있다는 것이 현실이다. 유럽공동체의 최종 목표가 각 회원국들이 서로 통합을 이루는 것이기도 하다.

프랑스도 EU의 회원국 중 하나이므로, EU 회원국의 국내 최고 법원으로서 쾅세유·데파도 새로이 정립되고 있는 국제법 이론들과 EU법의 일반원칙을 판결문에 반영하여야 한다는 요구를 받고 있는 것이 사실이다. 예를 들어 비례의 원칙은 독일 행정법에 근거를 둔 개념이고 프랑스에서는 전통적으로는 없던 개념인데, 비례의 원칙이 EU법의 일반원칙으로 인정됨에 따라, 위 원칙이 쾅세유·데파에 의해 프랑스에서도 법의 일반원칙의 내용으로 편입되어야 한다는 요구가 커진 것이다.¹⁸⁹⁾

국제법 시대의 도래는 법의 일반원칙이 불문법의 일종이라는 점을 감안하여 볼 때, 새로운 도약의 기로가 될 수 있다. 성문법을 기반으로 하는 프랑스 법제와는 다르게, 국제법에서는 관습 등 불문법이 중심이 되기 때문이다. 법의 일반원칙은 국제법 영역에서 일반적으로 적용되는 법원리를 발견하는 데 있어 중요한 역할을 수행해 왔고, 앞으로 그 역할은 더 확대될 수 있을 것으로 예상된다. 실제로 EU법의 일반원칙의 많은 내용이 프랑스에서 오랫동안 실시되어 온 법의 일반원칙을 참고하고 있다. 반대로, 법의 일반원칙 자체가 다양한 국제법 이론을 반영하여 더욱 풍성해질 수 있을 것이다. 이렇듯, 현대에 들어 국제법 이론과 법의 일반원칙은 상호 긴밀히 교류하면서 유기적으로 발전해 나갈 것으로 기대된다.

¹⁸⁹⁾ Volkmar Götz (박정훈 역), “유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙”, 서울대학교 법학 제38권 제3호, 1997, 32면 참조.

제4장 우리나라에의 시사점

제1절 개설

평등원칙, 비례원칙, 신뢰보호원칙, 부당결부금지원칙 등을 ‘행정법의 일반원리’라고 불리우며, 이는 행정법의 法源을 구성하는 요소이다. 행정법의 일반원리라는 용어는 종래 프랑스 행정법에서의 법의 일반원칙 개념을 반영한 것은 아니고, 독일에서 연원한 개념이다. 즉 독일행정법에서 19세기 말 일반행정법의 정립 과정에서 오토·마이어가 자신의 일반행정법 체계를 수립함에 있어 이를 뒷받침할 만한 실정법률이 없는 상태에서 이를 뒷받침하기 위해 ‘행정법의 일반원칙’ (allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts)을 사용한 데서 시작하여, 헌법의 기본규정·헌법원리·행정법 규정·판례법 등에서 도출되는 정치적·법적 기본규범을 의미하게 되었다. 행정법의 일반원리를 구성하는 내용으로는 국가형태, 통치구조, 문화·경제·사회제도 등에 관한 규정이 있다. 행정법의 일반원리의 내용을 이루는 대표적인 법 원칙으로는 평등원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호원칙·과잉금부금지원칙·부당결부금지원칙 등이 있다.¹⁹⁰⁾

행정법에 있어 법률실증주의 및 이에 의거한 형식적 법치주의를 극복하여 실질적 법치주의로 발전하여 가는 과정에서 예전에는 행정법의 일반원리가 중요한 역할을 하였다. 그런데 이제 헌법의 규범력이 확보되어 실질적 법치주의가 완성되면 그 과도기적 역할이 종료되고, 이러한 역할을 헌법 및 헌법원리가 직접 수행하는 것이 타당하고, 이제는 헌법이 직접 적용되어야 한다는 주장이 가능해 보인다. 즉, 평등원칙은 헌법의 평등권 조항인 제11조에서, 비례원칙과 부당결부금지원칙은 법치국가 원리, 헌법 제

190) 김동희, “행정법 I”, 박영사, 제20판, 2014, 52-55면; 박정훈, “행정법의 일반원리와 헌법원리-법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력우선과 적용우선-”, 한국공법학회·대법원 헌법연구회 공동학술대회(2014. 5. 31.) 발표문, 3면 참조.

37조 제2항¹⁹¹⁾ 및 행정규제기본법 제5조 제3항¹⁹²⁾에서, 신뢰보호원칙은 법치국가 원리에서 도출되는 법적 안정성에서 각각 도출되는 것으로 대체할 수 있다는 것이다.¹⁹³⁾

법이론 뿐만 아니라 실무상으로 보아도, 헌법재판소 판례와 대법원 판례가 서로 다른 관점에서 판단하면서, 프랑스에서 헌법재판소와 콩세유·데파 간의 판례가 충돌하는 상황과 상당히 유사한 대치상황도 우리나라에서 반복되고 있다. 예컨대, 신뢰보호원칙에 관하여, 헌법재판소와 대법원이 서로 다른 법적 지위를 부여하고 있는 상황을 살펴본다. 헌법재판소는 신뢰보호원칙을 헌법원리라고 파악하면서 이에 헌법상의 지위를 부여하여 왔다. 반면 대법원은 신뢰보호 원칙을 예전부터 ‘법의 일반원리’라고 판시해 오면서¹⁹⁴⁾, 신뢰보호 원칙을 직접 사안에 적용하고 이에 위반하는 행정처분을 위법하다고 판단하면서 취소판결을 내려 왔다.¹⁹⁵⁾

191) “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”

192) “규제의 대상과 수단은 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.”

193) 이상의 내용은 박정훈, 행정법의 법원, 행정법의 체계와 방법론, 133면 참조.

194) “실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미한다.” (대법원 1988.04.27. 선고 87누915 판결).

195) 참고로 대법원은 신뢰보호원칙이 적용되기 위한 요건을 다음과 같이 실시한다. “일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정

그러나 법적 혼란과 영역 간의 충돌을 막기 위하여, 행정법의 일반원리를 헌법 규범으로 대체하여, 우리나라 행정 관례에서도 행정법의 일반원리가 아니라 헌법과 헌법원리를 직접 적용하여야 한다는 주장은 행정법의 일반원리와 헌법원리의 체계상의 지위 및 규범적 역할을 감안하여 볼 때 타당하지 않다고 판단된다.

제2절 행정법의 일반원리의 법적 지위

우리 법의 체계는 헌법, 개별 법률, 명령으로 구성되고, 헌법은 개별 법률에, 개별 법률은 명령에 우선하여 우열관계를 형성하고 있다. 이러한 체계 내에서, 행정법의 일반원리와 헌법은 각기 다른 법적 지위를 점하며 각기 다른 역할을 수행해 왔다.

행정법의 일반원리는 법률적 효력을 가지고 개별 처분의 위법성을 판단할 수 있도록 하는 척도이다. 행정법의 일반원리에 위반하는 행정처분은 원칙적으로 취소 대상이 된다. 따라서 행정법의 일반원리는 행정법 체계 내에서 개별 법률과 유사하게 취급된다. 한편, 헌법과 헌법원리는 개별법의 위헌성을 판단하는 척도로서, 개별법이 헌법이나 헌법원리를 위반한 경우 해당 법률의 효력은 소급해서 무효가 된다. 따라서 헌법은 법 규범 체계 내에서 최상위적 지위를 점하고 있으며, 이와 동일한 기능을 수행하는 헌법원리에도 같은 지위가 부여된다고 할 수 있다.

그런데 최근 행정법 사안에서도 행정법의 일반원리가 아닌 헌법이 직접

청이 그 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다.” (대법원 2002.11.08. 선고 2001두1512 판결 등).

적용되어야 한다는 분위기가 형성되고 있다. 전통적으로, 행정법의 관점에서는 행정청이 행사할 수 있는 재량의 한계를 바로 그 재량을 부여한 법률규정에서 찾고, 당해 법률규정이 행정청에 재량을 부여한 취지는 행정청으로 하여금 구체적인 의무위반의 정도에 따라 그에 알맞은 제재처분의 종류와 정도를 결정하도록 하기 위한 것이며, 이것이 바로 재량의 한계로서 비례원칙인데, 이는 곧 행정법의 일반원리의 일종이라고 이해되어 왔다.¹⁹⁶⁾

그런데 최근에는 비례원칙은 헌법 제37조 제2항에 의거한 ‘헌법원리’이기 때문에, 법률에 의해 부여된 재량의 범위를 헌법적 지위에서 제한하는 것이고, 따라서 비례원칙에 위반된 재량권남용은 결국 헌법에 위반되어 위법한 것이 된다고 생각하는 경향이 늘어나고 있다. 다시 말해, 법률이 행정청에 재량을 부여한 이상 그 재량의 범위 내의 어떠한 처분도 법률적으로는 적법한 것인데, 헌법적 지위를 갖는 비례원칙이 적용됨으로써 비로소 위법이 된다는 것이다.¹⁹⁷⁾

이렇듯 행정법의 일반원리와 헌법은 법체계 내에서 점하는 법적 지위가 엄연히 다르므로, 개별 처분의 위법성 판단에 있어 성급하게 헌법을 원용하면서 해당 처분이 위법하다고 선언한다면, 판결의 구체성을 상실하고, 재판관이 헌법을 어떻게 적용하는지에 따라 판결의 결과가 달라질 수 있어 일반 국민에게는 예측 불가능해진다는 위험이 발생할 수 있다. 즉, 법률적 효력을 가지는 행정법의 일반원리가 개별 처분의 위법성 판단의 척도로서 제 역할을 할 수 있어야 개별 사안과 밀접하면서도 구체적으로 타당한 판단이 가능할 수 있는데, 개별적이고 구체적인 사안에 보편·추상적인 헌법을 직접 적용하게 되면 헌법이 일상적인 개별 사안까지 과도하게 규율하는 부작용이 생길 수 있는 것이다.

196) 박정훈, “행정법의 일반원리와 헌법원리-법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력우선과 적용우선-”, 한국공법학회·대법원 헌법연구회 공동학술대회(2014. 5. 31.) 발표문, 1-2면 참조.

197) 대표적으로 헌법과 행정법의 통일적 인식에 관한 정종섭, “헌법연구”, Vol. 1, 2004, 23-24, 40면; 김남진, “행정법의 기본문제”, 1989 참조.

즉, 전형적인 행정법적 쟁점인 재량의 한계에 관해서도 법률의 문제해결능력을 부정하고 바로 헌법에 호소하는 것은 헌법만능 내지 헌법과잉의 부작용을 낳을 수 있다. 행정법에 있어 합리성과 민주적 정당성에 의해 법치주의가 실현되는 것이 아니라, 법질서의 안정성과 탄력성이 동시에 희생될 위험에 노출되는 것이다.¹⁹⁸⁾

또한, 행정소송이 결국 헌법재판화될 수 있다는 우려도 존재한다. 행정소송의 근거규범이 행정법 아닌 헌법이 된다면, 헌법을 해석하고 사안에 맞게 적용하는 것이 행정소송의 주된 내용이 되기 때문이다. 예컨대, 비례원칙, 신뢰보호원칙 등의 위반으로 처분의 재량권남용이 문제되는 사안을 들어 생각해 본다. 만일 재량권 남용이 헌법 내지 헌법원리의 적용을 통해 비로소 인정될 수 있는 것이라면, 헌법의 적용이 헌법재판소의 독점적 권한에 속한다는 전제 하에, 행정소송에서는 이를 심리할 수 없게 되고 결국 헌법재판소에 위헌법률심사제청을 하여 한정합헌, 한정위헌 등의 판단을 받아야 한다거나, 심지어 보충성의 원칙이 적용되지 않기 때문에 바로 헌법소원 청구를 할 수 있다는 주장이 제기될 수 있다.¹⁹⁹⁾

행정법의 일반원리가 독일에서 유래한 개념이라는 점에 착안하여, 독일로 눈을 돌려 본다. 행정법의 일반원리의 적용을 자제해야 한다는 점에 관한 논의는 그 원류인 독일에서도 이미 프랑스에서의 법의 일반원칙에 관한 논의와 유사하게 있어 왔고, 그렇다면 행정법의 일반원리를 둘러싼 최근의 논쟁에 관한 답도 독일에서 사고의 단초를 얻을 수 있을 것이기 때문이다.

독일도 1945년 이전까지 실질적 규범력을 갖추지 못한 헌법을 적용해 오다가 최근에 들어 헌법에 규범적 효력이 인정되어 프랑스와 유사한 문제상황이 있었는데, 독일에서는 이러한 ‘행정법의 일반원리의 위기 유사상황’을 법률의 적용우선의 관점에서 극복하고 있는 것으로 파악된다. 독일에서는 ‘효력우선’(Geltungsvorrang)과 ‘적용우선’(Anwendungsvorrang)을

198) 박정훈, 전계 발표문, 1면 참조.

199) 박정훈, 전계 발표문, 1면 참조.

구별하여, ‘효력’에 있어서는 헌법이 우선하지만 ‘적용’에 있어서는 법률 및 하위법령이 우선한다고 본다.²⁰⁰⁾ 즉, 특정 법령의 효력을 증명하기 위해서는 가장 높은 헌법을 동원하여야 하는 반면, 구체적 사안에 적합한 해결을 위해서는 가능한 한 그 사안과 더 가까운 법률을 적용하여야 한다는 것이다. 특정 사안에 직접 적용 가능한 법률 및 하위법령이 없을 때 비로소 헌법이 최후로 보충적으로 적용된다.²⁰¹⁾

위와 같은 법률의 적용우선의 관점에서 보면, 행정법의 일반원리는 원칙적으로 ‘법률원리’로서 적용되고, 개별 사안에 구체적으로 적용될 때 법률적 효력을 가지므로, 헌법적 지위를 갖는, ‘헌법원리’는 보충적으로 적용되고, 일반적인 개별 사안에는 법률적 효력을 갖는 행정법의 일반원리가 적용되는 것이 마땅하다. 사안에 직접 적용될 수 있는 법 원리를 법률이나 명령에서 이끌어낼 수 있는 가능성이 전혀 없는 경우에 비로소 헌법을 적용하여야 하는 것이다. 헌법, 개별 법률, 명령·규칙으로 이어지는 법 체계를 유지하기 위해서는 각자의 영역과 역할을 보전하고 존중하는 것이 중요하기 때문이다. 오히려 헌법이 지나치게 개별 행정법 사안에 적용되는 것은 헌법의 과잉 우려를 낳을 수 있으며, 최고규범으로서의 헌법의 위상과 역할이 훼손될 수 있을 것이다.

제3절 행정법의 일반원리의 규범적 역할

지금까지의 행정법학은 행정의 입법권 및 사법권에 대한 관계의 측면에서, 특히 사법심사에 있어서 재판규범이라는 관점에서의 논의를 중심으로 이루어져 왔다. 즉, 행정소송의 소송요건, 원고적격, 사법심사의 강도 등에

200) 대표적으로 Hartmut Maurer, Franz Reimer 등이 이러한 견해를 취한다고 한다 (박정훈, 전계 발표문, 11면에서 재인용).

201) 박정훈, 전계 발표문, 11면 참조.

지금까지 행정법은 일반적으로 어떻게 개별 처분의 적법성을 사후적으로 심사할 것인지에 관한 대상적격, 심사기준 등 소송요건에 관한 논의가 행정법에서 많은 비중을 차지했다.

그런데, 행정법을 사법심사에 있어서의 재판규범이라는 관점에서만 고찰하는 방법론은, 현대 행정에 있어서의 행정법은 반드시 사법심사를 전제로 하지 아니하는 경우도 있다는 비판이 가능하다. 즉, 행정의 정책수립과 실현과정을 초점으로 하여 행정법은 이러한 행정과정에서 준수되어야 할 규범으로 파악하여야 한다는 것이다. 따라서 현대 행정법에서는 행정법의 ‘재판’규범의 성격보다는 행정활동의 ‘행위’규범적 성격이 강조되어야 한다.²⁰²⁾

이러한 관점에서 볼 때, 행정법의 일반원리는 현대적 의미에서 더욱 중요성을 띤다고 할 수 있다. 행정법의 일반원리는 기능적으로 재판규범뿐 아니라 행위규범으로서의 역할도 수행하면서 개별 행정행위에 대한 방향을 제시하는 데 적합한 수단이기 때문이다. 가령, 수익적 행정행위의 취소·철회 시에 적용되는 신뢰보호의 원칙의 경우, 법원에서 일련의 판례를 통하여 아래와 같은 법리를 각각 정립하였다.

(1) 위법한 수익적 행정행위의 취소 제한

행정처분에 하자가 있음을 이유로 처분청이 이를 취소하는 경우에도 그 처분이 국민에게 권리나 이익을 부여하는 처분인 때에는 그 처분을 취소하여야 할 공익상의 필요나 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 취소할 수 있다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두5286 판결 등).

(2) 적법한 수익적 행정행위의 철회 제한

행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었

²⁰²⁾ 행정법의 행위규범으로서의 성질과 재판규범으로서의 성질에 관하여는 박정훈, “행정법의 체계와 방법론”, 2005, 18-20면 참조.

고, 또 그 처분 후에 이를 취소할 별도의 법적 근거가 없다고 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 취소할 수 있다(대법원 1995. 2. 28. 선고 94누7713 판결).

위 위법한 수익적 행정행위의 취소 제한에 관한 행정법의 일반원리와, 적법한 수익적 행정행위의 철회 제한에 관한 행정법의 일반원리는 그 정립 과정에서는 재판규범으로서 기능하였다. 가령, 위 2001두5286 판결 사안에서는 허위의 고등학교 졸업증명서를 제출하는 사위의 방법에 의해 하사관을 지원한 자에 대한 하사관 임용처분을 임용 후 33년이 지나 취소한 행위의 적법성이 문제되었는데, 법원은 위법한 수익적 행정행위의 취소 제한에 관한 행정법의 일반원리를 재판규범으로 활용, 적법하다는 판결을 내렸다.

또한, 위 94누7713 판결에서는, 법원은 적법한 수익적 행정행위의 철회에 관한 행정법의 일반원리를 재판규범으로 삼았다. 법원은 특례보충역에 편입된 자가 국외여행허가를 받아 출국한 자가 오랜 기간 귀국을 지연한 경우, 지방병무청장이 별도의 법적 근거 없이 해당 대상자에 대하여 특례보충역 편입처분을 취소한 것이 적법하다고 판시하였다.

그러나 위 행정법의 일반원리가 일단 일반적 법원칙으로 굳어지고 난 이후에는, 행정청을 구속하는 행위규범으로서의 성질이 강조된다고 할 수 있다. 위법한 수익적 행정행위의 취소 제한에 관한 행정법의 일반원리와 적법한 수익적 행정행위의 철회 제한에 관한 행정법의 일반원리는 개략적으로 “처분청은 특정 처분을 행한 이후에 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 이를 비교 교량하여 원 처분을 취소할 수 있다.”는 내용으로, 그 규정 형식을 살펴보면 법원이 아닌 처분청을 상대로, 특정 처분에 대한 취소 또는 철회를 적법하게 할 수 있는 방법을 제시하고 있다. 즉, 위 원칙들은 법원에 의해 재판규범으로 사용되면서 정립되었으나, 행위규범의 형태로 존재하고 있는 것이다. 또한, 실제로 행정청이 개별 처분을 내리기에

앞서 위 원칙들에 따라 취소 또는 철회 여부를 결정하게 되므로, 행위규범으로 역할을 실무적으로도 담당하고 있는 것이 사실이다.²⁰³⁾

이러한 면모는 비단 신뢰보호원칙에 관해서만 관찰되는 것이 아니다. 비례의 원칙, 평등원칙, 부당결부금지 원칙도 행정청에 대한 행위규범의 형식으로 규정되고, 처분권자가 당해 처분을 내리기에 앞서 이러한 비례 원칙, 평등원칙, 신뢰보호원칙, 부당결부금지 원칙을 준수할 것이 요구되고 있다. 처분권자는 합법적인 행정 처분을 내리기 위한 지침으로, 행정법의 일반원리를 활용하게 된다. 이를 통해 사후 통제적인 법치주의에서 나아가 사전 단계에서의 법에 의한 통치가 이루어져, 법치주의가 완성될 수 있게 된다. 따라서 현대에 들어와 행정법의 일반원리의 행위규범적 성질이 더욱 강조되는 것이다.

그런데, 헌법과 헌법원리의 경우 구체적인 행정 사건에 직접 적용되는 것이 아니고, 헌법재판소에서 위헌 여부를 심사하는 기준으로 사용되는 것이다. 따라서 행위규범적인 역할에 비중을 둔다면 행정법의 일반원리를 헌법원리로 대체하는 것은 매우 어렵다고 할 수 있다.

제4절 소결

지금까지 행정법의 일반원리가 헌법원리에 대비하여 현대 사회에서 어떠한 고유한 역할과 기능을 담당하여야 하는지에 관해 논하였다.

행정법의 일반원리는 법률적 효력을 갖는 불문법적 법원으로서, 개별 행정처분의 효력 판단에 있어서 상세하고 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 특정 사안에 헌법을 직접적으로 적용하는 것이 아니라, 이를 상세하

203) 공적 견해표명에 관한 신뢰보호 원칙의 적용에 관해서는 최계영, “신뢰보호 원칙의 적용요건-공적 견해표명을 중심으로 -”, 대법원 특별실무연구, 2013 참조.

고 구체적으로 규율할 수 있는 행정법의 일반원리를 적용하는 것이 바람직하다. 헌법은 법체계 내에서 행정법의 개별 법률에 효력 면에서 우선하는 법질서의 기동과도 같은 존재라고 할 수 있는데, 이를 특정한 개별 행정법 사안에까지 우선하여 적용하게 되면, 헌법이 갖는 고유한 지위와 의미가 퇴색될 수 있다는 우려가 있기 때문이다. 행정법의 일반원리가 특정 사안에 직접 적용될 수 있는 요건을 상세하게 갖추고 있는 만큼, 이것이 적용될 수 있는 영역에는 행정법의 일반원리를 적용하고, 아직 규범 체계가 마련되지 못한 영역에 관해서 보충적으로 헌법이 적용되는 것이 바람직하다.

다음으로, 행정법의 일반원리는 행정의 직접 수행 과정 및 행정재판에 있어서 동시에 적용될 수 있는 규범으로서, 개별 행정행위를 규율하는 사전적 행위규범과 사후적 재판규범으로서의 역할을 동시에 수행해 왔다는 점에서 고유한 의미가 있다. 또한 앞으로 현대사회에서 법치주의를 발전시키고 실현해 나가는 데 있어서 행위규범으로서의 역할이 강조되고 있다. 개별 행정청이 행정행위를 결정하기에 앞서 자신의 개인적 판단에 좌우되는 것이 아니라, 행정법의 일반원리에 상세히 실시된 일정 요건에 따르고, 이를 준수한다면 법에 의한 통치가 가능하기 때문이다. 이러한 점에서, 행정법의 일반원리는 법치주의를 위한 일종의 가이드라인으로서 역할이 강조된다고 할 수 있다.

따라서 행정법의 일반원리를 전부 헌법원리로 대체하는 것은 불가능하며, 행정법의 일반원리는 현대에 들어와 행정의 적법성과 정당성 확보를 위하여 앞으로 더 발전되어야 할 개념이라고 할 수 있다.

제5장 요약 및 결어

지금까지 2000년대 이후 프랑스 행정법에서 쾅세유·데따와 법의 일반 원칙이 맞이한 위기를 살펴보고, 그 원인을 분석한 다음, 이러한 상황에서 법의 일반원칙에 부여되는 현대적 역할과 우리나라에 대한 시사점에 관하여 논의하였다.

쾅세유·데따에 의해 독자적으로 형성되는 法源으로, 프랑스에서 전통적으로 불문법적 성격을 가지며 공고한 지위를 누려오던 법의 일반원칙은 2000년대 이후에 들어와 본격적인 위기를 맞게 된다. 그 위기의 원인은 다음의 네 가지로 요약될 수 있다.

첫째, 1971년 ‘결사의 자유’ 판결 이후 헌법재판소에 의해 진행된 권리의 헌법화 경향이다. 헌법재판소는 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文 등에 적극적으로 헌법적 효력을 부여하고, 위 법문을 판결문에 직접 근거 규범으로 원용하기 시작하였다. 이에 따라, 쾅세유·데따 판결문에서 헌법 규범을 명시하면서, 해당 규범으로부터 어떠한 권리가 ‘도출’된다고 하거나, ‘선언’되었다고 판시하는 경우가 왕왕 발견된다. 쾅세유·데따가 “인권 선언에서 도출된 원칙”이라고 판시한 왕래의 자유, “1946년 헌법 前文에서 인정된 원칙”이라고 실시한 무상교육의 원칙, “1789년 인권 선언 제 6조에 의해 선언된 것”으로 판단한 공역무 평등의 원칙 등이 대표적 사례이다.

둘째, 헌법재판소에 의한 유사한 법 원칙들이 등장한 것이다. 헌법재판소는 판결문을 통해 ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙’, ‘우리 시대에 필요한 정치·경제·사회 원칙’, ‘헌법적 가치를 지니는 원칙’ 등 특유의 법 원리와 법 원칙들을 실시하고, 이를 적용하여 사안을 해결하고 있다. 이 원칙들은 방어권, 결사의 자유 등을 내용으로 하여, 쾅세유·데따에 의해 확립되는 법의 일반원칙과 동일한 내용을 규정하는 경우가 있

다.

셋째, 헌법재판소 판례와의 충돌이다. 헌법재판소가 익히 판결문에서 1789년 인권 선언에서 도출한 법 원리들과 동일한 내용에 관해 판시하는 경우, 쾅세유·데따는 이를 법의 일반원칙으로 판단하면서 1789년 인권 선언을 언급하지 아니하여, 헌법재판소의 선례와 쾅세유·데따의 후속 판결이 충돌하는 경우가 발견된다. 공무원의 평등한 대우에 관한 법의 일반원칙, 공공부담의 평등원칙이 예이다.

넷째, EU법과의 조화이다. 국제사법재판소 규정 제38조에는 ‘문명국에 의하여 인정된 법의 일반원칙’을 국제법의 법원으로 인정하고, 유럽공동체법에도 이와 유사한 취지의 규정이 있어, 유럽인권재판소와 유럽사법재판소는 EU법의 일반원칙을 판결문을 통해 만들어 나가고 있다. 이러한 EU법의 일반원칙을 쾅세유·데따가 어떻게 프랑스 국내법에 적용하고 받아들여야 하는지가 문제되는데, ‘나폴거 해운회사’ 판결에서 쾅세유·데따는 직접적으로 “국제법의 원칙”이라는 표현을 판결문에 등장시키면서, 직접 국제관습법에 따라 국내 사안을 해결한 바 있다. 그러나 이후의 ‘아카론’ 판결, ‘보댕’ 판결에서는 다소 소극적인 태도를 보였다.

이러한 상황에서, 기존에 성문 헌법 규범이 부재하는 상황에서 임시방편으로 활용되어 온 법의 일반원칙은 현대에 들어와 헌법재판소에 의해 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文 등에 바로 헌법 규범으로서의 효력이 부여되었으므로, 성문법주의인 프랑스 행정법 체계 내에서 더 이상 法源으로서 활용되어서는 안 된다는 전부대체설까지 등장하여, 법의 일반원칙은 존폐 위기를 맞게 된 것이다.

그러나 최근 쾅세유·데따 판결의 동향을 살펴보면, 쾅세유·데따는 여전히 판결문에서 법의 일반원칙을 적극적으로 활용하며, 1789년 인권 선언, 1946년 헌법 前文, 1958년 헌법 前文, EU법 등을 새로운 법의 일반원칙의 기반으로 적극적으로 포용하였고, 오히려 이 규정들은 법의 일반원칙의 내용을 다양하고 풍성하게 하는 기능을 수행하고 있다.

오히려, 현대에 들어 법의 일반원칙에는 프랑스 행정법을 발전시키는 데 있어 새로운 역할이 기대되는데, 이는 아래와 같이 두 가지로 정리된다.

우선, 법의 일반원칙의 공고화이다. 현대 사회에서도 성문법이 모든 영역을 규율할 수는 없으며, 해당 문제 상황에 적용되는 법 규정이 이미 마련되어 있더라도 미비한 경우가 있을 수 있다. 헌법 규범은 매우 일반적이고 포괄적이기 때문이다. 이러한 상황에서, 시대를 막론하고 지속적으로 적용되는 법의 일반원칙은 법적 안정성을 확보하는 중요한 수단으로 작용할 수 있다. 또한, 헌법재판소가 헌법적 효력을 갖는 규범을 선언하는 유일한 최고 재판기관이 되었을 때 도래할 수 있는 권한 남용의 문제를 우려한다면, 전략적으로도 쟁세유·데파가 법의 일반원칙의 정립 권한을 보유함으로써 헌법재판소를 견제하는 역할을 수행할 수 있다는 점도 중요한 강점이다.

다음으로, 국제법 이론의 반영이다. EU법 시대가 도래하며 프랑스 국내법과 국제법의 경계는 점차 모호해지고, 서로 다른 법원 간의 판결도 유기적으로 소통하고 영향을 끼치며 함께 발전하고 있다. 불문법적 성향이 강조되는 국제법의 성격상, 오랫동안 법의 일반원칙을 행정 영역에서 활용해 온 프랑스의 사례는 훌륭한 귀감이 될 수 있을 것이다. 또한 프랑스 내에서도 법의 일반원칙은 성문법처럼 처음 만들어지면 더 이상 변화하지 않는 개념이 아니라, 사회 현실과 새로운 요구를 반영하면서 끊임없이 변용 가능한 개념이므로, 국제법 시대에서 새롭게 등장하는 문제를 반영하면서 더욱 풍성해질 것으로 기대된다.

프랑스의 법의 일반원칙에 관한 논의는 우리나라에서 시사하는 바가 크다. 우리나라는 행정법의 일반원리가 행정법의 법원으로 제 역할을 수행하고 있는데, 헌법과 헌법원리와 내용의 거의 유사하여, 행정법의 일반원리 대신에 헌법과 헌법원리를 적용하여야 한다는 주장이 있기 때문이다.

그러나 행정법의 일반원리는 법체계상 헌법과는 달리 법률적 효력을 갖고 개별 처분에 바로 적용된다는 점, 사후적 위헌성 판단을 위주로 하는 헌법과는 다르게 행정법의 일반원리는 처분 이전에 그 방향성을 제시하는 행위규범으로 작용할 수 있다는 점 등에서, 행정법의 일반원리는 여전히 대체 불가능한 역할을 보유한, 행정법의 法源이라고 할 수 있다.

이렇듯, 2000년대 이후에 들어 콩세유·데따는 법의 일반원칙이 프랑스 행정 체계 내에서 특유의 역할을 수행할 수 있도록 시도하면서, 위기상황에서 한 차례 도약을 꾀하고 있다. 이는 비단 프랑스만의 현실은 아니요, 우리나라와 같이 성문법주의를 택하는 여느 나라에서도 충분히 가능한 상황일 것으로 예상된다. 행정법의 최고 권위기관으로서 전 세계적인 명성을 보유한 콩세유·데따가 이러한 새시대적 요구에 어떻게 부응하면서 기존의 법의 일반원칙에 새로운 역할을 부여해 나가는지에 관해 앞으로의 귀추가 더욱 주목된다고 할 것이다.

<참고문헌>

1. 국내문헌 (가나다 순)

(1) 단행본

- 김동희, 『행정법 I』, 제20판, 박영사, 2014.
- 박균성, 『행정법강의』, 제12판, 박영사, 2015.
- _____, 『행정법론(상)』, 제13판, 박영사, 2015.
- 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.
- _____, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006.
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 제23판, 박영사, 2015.

(2) 논문

- 김동희, “프랑스 행정법에 있어서의 법의 일반원리”, 서울대학교 법학 제 28권 제1호, 1987, 60-83면.
- _____, “행정법의 일반원리에 관한 고찰”, 서울대학교 법학 제30권 제1-2호, 1989, 59-106면.
- 박정훈, “행정법의 불문법원으로서의 ‘법원칙’ : H. J. Wolff의 'Rechtsgrundsätze'이론에 대한 분석과 검토를 중심으로”, 서울대학교 법학석사학위논문, 1989.
- _____, “행정법의 일반원리와 헌법원리-법원론의 차원과 방법론의 차원, 효력우선과 적용우선-”, 한국공법학회·대법원 헌법연구회 공동학술대회(2014. 5. 31.) 발표문(미공간).

박근성, “프랑스의 행정법원과 행정재판”, 현대법의 이론과 실제: 금강 김철수교수 화갑 기념 논문집 (1993. 10), 박영사, 1993.

윤성운, “프랑스 행정법상 ‘행정으로서의 행정재판’에 관한 연구 - 행정의 재판적 통제와 행정임무 수행의 관계를 중심으로 -”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2014.

2. 외국문헌 (알파벳 순)

R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., Montchrestien, 2001.

V. Götz(박정훈 역), “유럽법의 일반원칙으로서 비례원칙과 신뢰보호원칙”, 서울대학교 법학 제38권 제3호, 1997, 31-43면.

L. Favoreu et al., *Droit Constitutionnel*, 16^e édition, Dalloz, 2013.

B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954.

M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, EDCE 1951.

J-M Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit - Continuité et modernité*, Dalloz, 2003.

P. Marchal, *Principes généraux du droit*, Bruylant, 2014.

A. -S. Mescheriakoff, *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente*, AJDA 1976.

F. Moderne, *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA 1998.

J. Morand-Deville, *Droit administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2013.

G. Morange, *Les principes généraux du droit sous la V^e République*, RDP 1960.

J. Waline, *Droit administratif*, 25^e éd., Dalloz, 2014.

Résumé

Une étude sur la crise et le rôle nouveau des principes généraux du droit en droit administratif français - axée sur la relation avec la Constitution

Hwayeon KANG

Généralement, il est usuel que le droit oral fonctionne comme une justice supplémentaire dans les pays qui adoptent le droit écrit. Cependant, « les principes généraux du droit » jouent un rôle assez majeur pour appliquer les principes fondamentaux à la société française comme les libertés civiles, le principe d'égalité, et les principes sur les recours pour excès de pouvoir dans les jugements du Conseil d'État bien qu'ils soient une justice du droit oral. Les principes généraux du droit jouissaient pendant l'Age d'or avec le Conseil d'État qui les construit dans les années quatre-vingts.

Néanmoins, les principes généraux du droit ont fait face à la crise de confiance après les années soixante-dix où le Conseil constitutionnel est apparu. C'est pour cette raison que la validité constitutionnelle a positivement attribué à la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et au préambule de 1946 dans les jugements du Conseil constitutionnel.

Depuis les années soixante-dix, le Conseil d'État essaie de remplacer

une partie des principes généraux du droit par les règles du droit écrit. En même temps, les propres principes établies par le Conseil constitutionnel, comme 'les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République', 'les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps', 'les principes de valeur constitutionnelle' sont apparus.

Pourtant, les principes généraux du droit ne sont pas une conception démodée. Ils sont indispensables pour le droit administratif français afin de développer encore à l'intérieur et à l'extérieur du pays et demandés à jouer un nouveau rôle à la nouvelle époque. Ensuite, les principes généraux du droit peuvent assister au développement du droit administratif mondial dans la communauté internationale en s'influençant mutuellement avec le droit international.

Les principes généraux du droit jouent un rôle propre et cherchent ses sauts après la crise. Ce sont à la fois la crise et le nouveau rôle des principes généraux du droit pas seulement en France, mais aussi aux pays qui adoptent le droit écrit comme nous. C'est pour la raison que le Conseil d'État qui a de l'autorité universel comme l'appareil suprême des lois se fait remarquer comment il développe les principes généraux du droit en répondant à l'attente d'une ère nouvelle.

Mots-clés : principes généraux du droit, Conseil d'État, crise des principes généraux du droit, rôle actuel des principes généraux du droit, droit administratif français, Constitution

N° étudiant : 2011 - 21374