

박정훈 교수의 주제발표(헌법과 행정법)에 대한 지정토론문

權 五 坤*

오늘과 같은 영광된 자리에서 지정토론을 하게 되어 영광스럽게 생각한다. 헌법이나 행정법 분야에 관하여 학문적 깊이가 별로 없는 본인에게 지정토론을 시킨 것은 실무적 차원에서의 언급을 기대한 것이겠으나, 주제발표자의 논문이 법학방법론과 같은 이론적인 분야의 큰 줄거리에 관한 것으로, 그 취지도 기본적으로 찬동할 만한 것이어서, 별로 논평할 것이 없다. 다만 몇 가지만 지적하고자 한다.

1. 헌법과 행정소송법의 합치

주제발표자의 일관된 주제와 결론은 “헌법과 행정소송법의 궁극적 합치”라는 점에 있다. 그러나 주제발표자가 사용하는 “합치”라는 용어가 구체적으로 어떠한 의미인지 실무가의 입장에서는 다소 모호하게 보인다.

주제발표자가 지적하고 있듯이, 기본법 이전의 과거의 독일에서는 바이마르 헌법을 포함해서 헌법이 실체적 규범력을 가지지 못하였으나, 그 이후의 독일이나 미국에서는 헌법이 실체적 규범력을 가지게 되고, 따라서 행정소송에 있어서 중요한 심사기준이 되고 있다. 이와 같이 “헌법조항이 실체적 규범력을 가지고, 행정소송의 심사기준이 되는 것”을 “헌법과 행정법의 합치”로 이해하는 것인지, 아니면 “헌법과 행정법의 합치”가 그 이상의 그 무엇을 의미하는 것인지 분명하지 않다.

주제논문의 각주 (2)에서 언급하고 있듯이, 헌법과 행정법이 합치되어 있다고 하는 미국에서도 행정법의 독자적 영역이 있다.¹⁾ 또한 주제발표자 자신도 헌법과 행

* 헌법재판소 연구부장

1) 다만, 주제발표자는 미국에서 헌법과 행정법의 분리는 「규율대상」 차원이 아니라 처음부터 「규율원리」 차원에서 이루어졌다고 하고 있으나, 이 규율원리라는 것이 무엇인지 명확하지 않고, 발표자 자신도 법의 개별영역을 구별하는 요소로서 규율목적, 규율대상, 규

정법이 합치된다고 하더라도 행정의 자율성과 책임성에 비추어 “행정법이라는 개념이 결코 헌법으로 해소되어서는 아니 된다는 것이 주제발표자의 소견”이라고 밝히고 있어, 헌법과 행정법의 각자의 독자적 영역이 있음을 전제로 하고 있다고 볼 수도 있다. 그렇다면, “헌법과 행정법의 합치”라는 것이, 헌법과 행정법이 상위규범과 하위규범으로서의 관계가 정립된 다음, 심사기준으로서의 헌법의 실제적 규범력이 확보되는 것 이상의 다른 그 무엇을 의미한다고 하면, 그 내용에 관해서 좀 더 구체적인 언급이 있어야 할 것이라는 생각이 든다.

이와 관련하여 한가지만 더 언급을 하면, 헌법은 개방적이고 불확정적이라는 규범적 특징을 갖고 있고, 이는 헌법이 담당하는 기능에 비추어 불가피할 뿐만 아니라 바람직하다고도 할 수 있다. 그런데 헌법의 이러한 개방성, 불확정성으로 인하여 헌법규범을 직접 행정실무, 재판실무에 적용함에는 적지 않은 어려움이 따른다. 행정소송에 있어서의 원고적격이나 소의 이익을 지금보다 광범위하게 인정하여야 한다는 점에는 기본적으로 찬동하는 바이지만, 예컨대 행정소송에 있어서의 처분의 상대방이 아닌 제3자에 대한 원고적격 인정 여부의 문제를 곧바로 헌법 차원의 기본권을 기준으로 평가하려 한다면, 누구든 조그마한 불이익을 입게 되는 경우에는 기본권 제약으로 인한 원고적격을 인정받을 수 있게 될 것인데(일반적 행동의 자유, 평등권 등 포괄적 기본권), 이는 원래 보다 중대한 이해관계를 갖고 있는 당사자의 권리보호를 방해하거나, 불필요한 분쟁의 확대를 초래할 우려가 없지 않다. 결국 헌법의 구체화로서의 행정법 고유 영역(예컨대, 기본권 외에 행정법상의 공권 개념 인정)을 인정하되, 헌법원리에 의하여 이를 통제하는 여러 수단(위헌법률심사, 헌법합치적 법률해석, 헌법의 법률에 대한 방사효 등)을 강구하는 것이 법적 안정성과 헌법규범의 실효성을 동시에 확보하는 방법이 될 수 있을 것이라고 보는 시각도 있을 수 있음을 지적하고자 한다.

2. 독일식 모델과 미국식 모델

주제발표자는 마지막 결론 부분에서 우리 나라로서도 장차 독일식 제2단계 모델을 도입하는 것이 방법론적 장점을 갖는다고 할 수 있다고 하면서도 다른 한편, 보다 장기적인 관점에서 보면, 독일식 제2단계 모델은 과도기적 형태라고 하면서, 결국 미국식 모델로 나아가게 될 것이라고 하고 있다.

율의 척도, 강제적 실현의 장소라는 네 가지만을 들고 있을 뿐, 규율원리는 언급하지 않고 있다.

그러나 독일식 제2단계 모델은, 특수한 독일 역사에 비추어, 기본권의 규범력을 강화하고, 이를 철저히 보장하기 위하여 생성된 것이었다. 우리의 현실을 고려해 볼 때 이러한 독일식 제2단계 모델이 더 적합하다는 주장도 있을 수 있다. 그렇다면, 결국 미국식 모델로 가야 한다고 하는 주제발표자의 결론에는 좀 더 깊은 논증이 있어야 하지 않을까 생각한다. 그리고, 오히려 지금 더 시급하고, 중요한 문제는, 주제발표자도 지적하고 있듯이 우리의 모델에서 “현재와 같은 헌법재판소와 대법원 사이의 사회적 갈등을 해소할 수 있는 구체적 방법을 모색하는 것”이라 할 것인데, 정작 논문에서는 이 문제에 관하여 별 언급을 하고 있지 않은 것은 아쉬운 점이다.

3. 미국식 모델의 실패의 원인

주제발표자는 제3공화국 헌법 하에서 미국식 모델이 결국 실패로 돌아간 이유에 관하여, 이는 당시의 정치적 상황 때문도 아니고 대법원의 용기 부족 때문도 아니라, 본질적으로 우리 나라 헌법과 행정법의 생성 모델이 미국과는 판이하게 다르다는 데에 있다고 분석하고 있는데, 위와 같은 결론에 이른 논증제시가 부족하다고 보이고, 주제발표자가 상정하고 있는 모델이론에 지나치게 집착한 것이 아닌가 생각한다.

4. 고찰할 헌법소송의 범위

마지막으로 주제발표자는 각주 (1)에서 언급하고 있듯이 “헌법소송”을 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원과 위헌법률심판을 의미하는 것으로 한정하여 고찰하고 있는데, 앞으로 그 활용빈도가 점점 많아질 것으로 예상되고 그 중요성도 크다고 할 수 있는 권한쟁의심판과 행정소송과의 관계에 대하여서도 언급을 하였으면 더욱 좋았을 것이라는 것을 첨언하면서 지정토론을 마치고자 한다.