

(사)한국공법학회 · 헌법재판연구원 공동학술대회
(사)한국공법학회 2024년 정기총회

공법학에서 비교법 연구의 어제, 오늘 그리고 내일

- 일시: 2024년 12월 13일 (금) 13:00~19:00
- 장소: 헌법재판소 대강당
- 주최: 사단법인 한국공법학회, 헌법재판연구원



사단
법인 韓國公法學會
Korean Public Law Association



헌법재판소
헌법재판연구원

프로그램

- ~13:00 등록
- 13:00~13:20 개회식 ▶ 전체사회: 김영진 교수(한국공법학회 총무이사, 인천대학교)
▶ 개회사: 김재광 회장(한국공법학회)
▶ 환영사: 지성수 원장(헌법재판연구원)
- 13:20~14:20 기조강연
[기조강연 I] **한·독학술교류의 회고와 전망**
▶ 강연 : 석종현 한국공법학회 고문(한국토지공법학회 회장)
[기조강연 II] **헌법재판과 민주주의**
▶ 강연 : 김문현 한국공법학회 고문(학술원 회원)
- 14:20~14:30 기념촬영
- 14:30~16:00 **제1세션 유럽 공법학의 전개와 한국 공법학**
▶ 사회 정태호 교수(경희대학교)
[제1주제] **독일 공법학의 전개와 비교법적 의의**
— 행정법을 중심으로 —
▶ 발표: 임 현 교수(고려대학교)
[제2주제] **프랑스 공법학의 전개와 비교법적 의의**
— 헌법을 중심으로 —
▶ 발표: 한동훈 책임연구원(헌법재판연구원)
▶ 토론: 정광현 교수(한양대학교)
정재도 연구교수(서강대학교)
김지영 교수(대구대학교)
- 16:00~16:20 중간휴식

16:20~18:00 제2세션 미국·일본 공법학의 전개와 한국 공법학

▶ 사회 유진식 교수(전북대학교)

[제1주제] 미국 공법학의 전개와 비교법적 의의

— 최근 연방대법원의 헌법 관련 주요 판결들에 대한 검토를 중심으로 —

▶ 발표: 박종현 교수(국민대학교)

[제2주제] 일본 공법학의 전개와 비교법적 의의

— 행정법을 중심으로 —

▶ 발표: 최철호 교수(청주대학교), 이혜진 교수(안동대학교)

▶ 토론: 민병로 교수(전남대학교)

정하명 교수(경북대학교)

소은영 책임연구원(헌법재판연구원)

18:00~19:00 정기총회

19:00 만찬

개회사

존경하는 회원 여러분! 그리고 내외 귀빈 여러분! 안녕하십니까?

연말이라 바쁘신 와중에도 학술대회에 참석해 주셔서 진심으로 감사드립니다. 오늘은 제43대 집행부의 마지막 정기 학술대회라서 더욱 뜻깊게 느껴집니다.

오늘 학술대회는 헌법재판연구원과 공동으로 개최합니다. 한국공법학회와 헌법재판연구원과의 학술교류가 시간이 지나면서 더욱 심화되고 있는 점에 대해 매우 기쁘게 생각합니다. 오늘 학술대회를 위해 많은 배려를 해주신 헌법재판연구원 지성수 원장님께 감사인사를 드립니다.

올 연말은 반헌법적인 비상계엄 선포와 해제, 대통령 탄핵소추 등으로 이어지는 국가적 위기 속에서 한치 앞을 알 수 없는 상황 속으로 빠져들고 있습니다. 전국민이 지혜를 모아 하루빨리 국정이 정상화되고 국민들의 일상이 온전하게 회복되기를 간절히 소망합니다.

오늘 학술대회의 대주제는 “공법학에서 비교법 연구의 어제, 오늘 그리고 내일”입니다. 그동안 프랑스, 독일, 미국, 일본 등 우리나라의 공법학에 심대한 영향을 미치고 있는 주요 국가들의 공법학의 과거, 현재, 미래에 대한 비교법적 논의의 필요성이 강하게 제기되고 있음을 감안하여 대주제를 정하였습니다. 이 문제는 향후 우리나라 공법학의 자리매김과 방향성을 가늠한다는 측면에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다고 생각합니다. 한가지 아쉬운 것은 시간관계상 국가별로 헌법과 행정법을 함께 다루지 못하고 독일은 행정법, 프랑스는 헌법, 미국은 헌법, 일본은 행정법을 중심으로 다루었다는 점입니다. 회원 여러분의 심심한 양해를 구합니다.

오늘 기조강연을 맡아주신 석종현 고문님과 김문현 고문님께 감사드립니다. 고문님들의 훌륭한 기조강연은 후학들에게 많은 귀감이 될 것으로 생각합니다. 그리고 오늘 학술대회의 좌장을 맡아 수고해주실 정태호 교수님, 유진식 교수님께 감사드립니다. 또한 발제를 맡아 수고해주실 임현 교수님, 한동훈 교수님, 박종현 교수님, 최철호 교수님, 이해진 교수님께 감사드립니다. 아울러 토론을 맡아 수고하실 정광현 교수님, 정재도 교수님, 김지영 교수님, 민병로 교수님, 정하명 교수님, 소은영 교수님께도 감

사드립니다. 그리고 전체사회를 맡아 수고해주실 김영진 총무이사님께도 감사드립니다.

오늘 공동학술대회를 준비하기 위해 수고해주신 헌법재판연구원의 김태호 부회장님, 소은영 책임연구원님, 신호은 책임연구원님과 한국공법학회의 김지영 연구이사님, 홍종현 연구이사님, 주동진 연구간사님, 배효성 총괄총무간사님과 사무국장인 김진용 박사님께도 깊이 감사드립니다.

정국도 뽕뽕 얼어붙었지만 겨울속 한파도 지속되어 몸을 움츠리게 합니다. 겨울은 추워야 하고 봄은 따뜻해야 하는게 자연의 이법이자 순리입니다. 엄동설한에도 활력과 활기를 회복하길 바랍니다. 명심보감에 “순천자(順天者)는 흥(興)하고 역천자(逆天者)는 망한다”는 구절이 있습니다. 깊이 새겨들어야 할 만고의 진리라고 생각합니다.

오늘은 학술대회에 이어 정기총회가 있습니다. 정기총회에도 한분도 빠짐없이 참석해주시길 바랍니다. 이 자리에 참석하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원하면서 개회사를 마치고자 합니다. 감사합니다.

2024년 12월 13일

사단법인 한국공법학회 제43대 회장 김재광

환영사

안녕하십니까, 헌법재판연구원장 지성수입니다.

한국공법학회와 헌법재판연구원이 “공법학에서 비교법 연구의 어제, 오늘 그리고 내일”을 주제로 공동학술대회를 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

한 해를 마무리하느라 여러모로 바쁘실 터인데 오늘 학술대회에 참석해 주신 한국공법학회 회원 여러분 및 내빈 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 특히 기조연설을 통하여 후학들에게 공법학 연구의 방향을 제시해 주실 한국공법학회 석종현 고문님과 김문현 고문님께도 깊이 감사드립니다.

외국의 법제도와 사례를 연구하는 것은 공법 연구에서 핵심적인 연구방법론의 하나입니다. 특히 대륙법계를 들여와 법체계를 정착시킨 우리나라에서는 매우 일반적이고 보편적인 연구방법이라 할 수 있습니다. 그런데 우리 법체계가 비록 외국의 법체계를 기반으로 하였지만, 이제는 다른 나라에 귀감이 될 만큼 모범적이고 선진적인 법체계로 확립되어 가고 있습니다. 법제 선진국이라 할 수 있는 독일이나 미국 등에서도 우리의 판례와 법제를 소개하는 비교법적 연구가 활발하게 이루어지고 있다고 들었습니다. 최근에는 우리 제도를 참고하려는 외국의 방문도 이어지고 있습니다. 이러한 일련의 사례들에서 우리의 법체계가 얼마나 눈부신 발전을 이루었는지를 미루어 짐작할 수 있습니다.

과거 법체계 정착단계에서 비교법적 연구가 매우 유용하였듯, 보다 발전적인 법체계 확립을 위해서는, 현재는 물론 미래에도 여전히 이러한 연구방법은 필요하다 생각됩니다. 비교법적 연구는 끊임없이 변화하는 사회상을 반영해야 할 법체계 재정비에 있어 시행착오를 줄여주는 중요한 역할을 합니다.

모쪼록 오늘 학술대회에서 풍성하고 활발한 논의가 이루어져, 비교법적 연구가 우리의 공법 이론과 실무, 나아가 법체계 확립에 미치는 영향에 대해 깊이 이해하고, 이러한 방식의 연구 활동이 더욱 활성화되기를 희망합니다.

끝으로 오늘 학술대회의 공동 주최를 헌법재판연구원에 제안해 주신 한국공법학회 김재광 회장님과, 값진 발표와 토론, 그리고 사회를 맡아주신 여러 선생님들, 학술행

사의 준비를 위해 노고를 아까지 않으신 한국공법학회와 헌법재판연구원의 관계자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2024년 저물어가는 한 해 마무리 잘하시길 바라며, 참석하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원하겠습니다.

2024년 12월 13일
헌법재판연구원 원장 지 성 수

목 차

[기조강연] 한·독학술교류의 회고와 전망 석 중 현 1
[기조강연] 헌법재판과 민주주의 김 문 현 51

제1세션

[제1주제] 독일 공법학의 전개와 비교법적 의의
— 행정법을 중심으로 — 임 현 71

[제2주제] 프랑스 공법학의 전개와 비교법적 의의
— 헌법을 중심으로 — 한 동 훈 93

- ▶ 토론 정 광 현 119
- ▶ 토론 정 재 도 121
- ▶ 토론 김 지 영 127

제2세션

[제1주제] 미국 공법학의 전개와 비교법적 의의
— 최근 연방대법원의 헌법 관련 주요 판결들에 대한 검토를
중심으로 — 박 중 현 135

[제2주제] 일본 공법학의 전개와 비교법적 의의
— 행정법을 중심으로 — 최 철 호·이 혜 진 179

- ▶ 토론 민 병 로 211
- ▶ 토론 정 하 명 215
- ▶ 토론 소 은 영 219

【기조강연】

한·독학술교류의 회고와 전망

석종현*

- I. 머리말
- II. 학술대회 참가·발표를 통한 학술교류
- III. 독일학자들의 논문기고를 통한 학술교류
- IV. 한독 비교행정법 정기학술대회
- V. 평가와 전망

I. 머리말

2024년은 한국공법학회가 창립 68주년이 되는 해이다. 한국공법학회는 1956년 7월부터 한국법학원의 산하단체로서 현민 유진오 박사를 초대 회장(1957.07-1970.05)으로 발족하여 활동하였으나, 1960년대에는 그 활동이 부진하여 공법연구자들이 가칭 공법연구회라는 모임을 만들어 월례발표회를 가져 오다가, 1970년 해엄 문홍주 박사에 의해 학회가 재건되었고, 1999년 10월 9일 사단법인 한국공법학회 창립 총회를 거쳐 2000년 3월 15일에 사단법인 한국공법학회 법인설립을 승인받아 오늘에 이르고 있다. 2024년 현재는 제43대 집행부가 활동을 하고 있다. 제43대 집행부는 3월 신진학자 발표의 장, 6월 정기학술대회, 8월 한국공법학자대회, 12월 정기총회를 겸한 마지막 학술대회까지, 한국공법학회의 전통적인 4번의 정기 학술대회의 개최는 물론, 그 외에도 정부기관·국회·감사원·법제처·한국법제연구원·헌법재판연구원·중앙선거관리위원회 등의 공법학 유관기관을 비롯한 관련 학술단체들과의 교류의 장을 만들어 다양한 연구

* 한국공법학회 고문, 한국토지공법학회 회장

발표회를 적극적으로 개최하고 있다¹⁾.

이번 학술대회에의 대주제는 『공법학에서 비교법 연구의 어제, 오늘 그리고 내일』이며, 제1세션 유럽 공법학의 전개와 한국 공법학에서는 제1주제 독일공법학의 전개와 비교법적 의의, 제2주제 프랑스 공법학의 전개와 비교법적 의의를 다루며, 제2세션 미국·일본 공법학의 전개와 한국공법학에서는 제1주제 미국공법학의 전개와 비교법적 의의, 제2주제 일본 공법학의 전개와 비교법적 의의를 다루고 있습니다. 우리의 법체계가 대륙법계에 속하기 때문에 독일, 프랑스, 미국, 일본 등의 국가를 비교법 대상국가로 하고 있다. 그러나 최근의 연구동향을 보면 비교법 대상국가가 매우 다양해지고 있다. 예컨대 행정기본법 제정과 관련하여 네덜란드 일반행정법, 대만행정절차법, 몽골 행정기본법, 스페인 공공행정의 일반절차에 관한 법률을 비교법 대상으로 삼기도 하였는데, 이는 비교법 대상국가가 필요나 입법사안에 따라 확대되는 경향에 있음을 알 수 있다. 그 외에도 선행연구를 분석해 본 결과 영국, 오스트레일리아(호주), 오스트리아, 유럽연합, 스위스, 중국, 북한, 캐나다, 뉴질랜드, 네팔, 싱가포르, 필리핀, 베트남 등의 비교법적 연구도 많았다.

필자는 1978년에 독일 슈파이어대학(Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)에서 E. Forsthoff교수의 수제자인 Willi Blümel 교수(당시 Blümel 교수의 조교는 Forsthoff교수의 마지막 박사 제자인 M. Ronellenfitsch²⁾)의 지도로 박사학위를 취득하였다. 필자보다 선배학자 중에 행정법 분야의 논문으로 학사학위를 받은 분이 있었으나, 귀국후에는 헌법학 전임교수로 활동하였기 때문에 독일대학에서 행정법을 전공하고 귀국후에 행정법학자로 활동하는 경우는 필자가 처음인 것으로 알고 있다³⁾.

한독 학술교류는 인적 교류를 시작으로 학술대회에서의 논문발제나 정기학술대회에서 논문발제를 통해 이루어지는 것이 보통이기 때문에 본고에서는 필자의 학술교류의

1) 한국공법학회 홈페이지 회장 인사말 참조.

2) M. Ronellenfitsch교수는 베르린대학교, 본대학교의 교수를 거쳐 Tübingen 대학교 정교수(Lehrstuhlinhaber)로 재직하다가 정년퇴직하였다. Tübingen 대학교 재직 중에도 2003년부터 2022년까지 Der Hessische Datenschutzbeauftragter로 겸직하거나 봉직하였다. 필자는 2005년 13. Wiesbadene Forum Datenschutz에서 Genanalysen in Korea를 주제로 발제하였다. 이 포럼의 발제문들은 단행본으로 출간되었다. Herausgegeben vom Hessischen Datenschutzbeauftragten und dem Präsidenten des Hessischen Landtags, Genanalysen und Datenschutz, 2005.

3) 석중현, 한독학술교류를 생각한다, 공법학회보[June 2011.Vol.02(제2호)], 20-25쪽(20쪽).

실적을 보고하는 것을 중심으로 언급하고자 한다.

II. 학술대회 참가·발표를 통한 학술교류

1. 1995년 슈파이어대학 학술대회

필자는 슈파이어대학 Rainer Pitschas 교수와 공동으로 1995년 9월 25일부터 9월 27일 제4회 법과 행정공동작업 포럼을 개최하였습니다. 학술대회의 주제는 「한국과 독일에서의 국가 및 행정법의 발전」(Die Entwicklung des Staats-und Verwaltungsrechts in Südkorea und Deutschland)이 었으며, 슈파이어대학은 석종현 교수(단국대), 김남진 교수(고려대), 박수혁 교수(서울시립대), 김효전 교수(동아대)등 4명의 한국학자를 항공비, 체재비 등 모든 경비를 부담하면서 발제자로 초청하였다. 위 학술대회는 독일, 한국, 미국, 중국, 인도 등의 6개국의 공법학자들이 참여하였다. 독일 슈파이어대학측이 주최하고 모든 행사비를 부담하면서도 학술대회 주제를 「한국과 독일에서의 국가 및 행정법의 발전」이라고 정한 것은 행사를 주관 주최한 Rainer Pitschas 교수⁴⁾의 한국공법학에 대한 관심과 배려의 결과이기 때문에 그의 관심과 배려에 심심한 사의를 표한다. 학술대회의 발제문등은 단행본⁵⁾으로 출간되었다.

이 학술대회에 발제자로 참가하였던 김남진 교수(한국공법학회 고문, 한국학술원 회원)는 필자의 화갑기념논문집⁶⁾ 賀書에서 “석종현 교수님의 그와 같은 국제적인 넓은 인맥과 교분 덕분에 이 사람은 1995년 9월에 석종현교수의 모교이기도한 독일 국립 슈파이어대학에서 개최된 심포지움에 석종현교수님과 다른 두분의 학자(김효전 교수 및 박수혁 교수)와 더불어 참석하여 주제발표를 하는 기회를 가진 바도 있습니다. 교통비와 체재비는 물론 논문발표 수당까지 독일대학이 부담하는 조건하의 국제적 학회

4) 필자는 개인적으로는 Pitschas 교수와 오랜 교분을 쌓으면서 친구처럼 지내고 있다.

5) Rainer Pitschas(Hrsg), Entwicklungen des Staats-und Verwaltungsrechts in Südkorea und Deutschland, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 127, Duncker & Humblot·Berlin, 1995

6) 천봉 석종현박사 화갑기념논문집, 현대공법이론의 제문제, 화갑기념논문집 편찬위원회, 삼영사, 2003, 7면 이하 참조.

모임에 한국학자가 참석할 수 있었다는 것에 대해 저는 지금까지 큰 자랑으로 여기고 있으며,....”라고 지적하면서 큰 의미를 부여한 바 있었다.

학술대회를 개최하면서 라인란트 팔츠주 법무부의 차관인 Gerhard Hofe 박사의 축사가 있었고, 주최측에서 Rainer Pitschas교수의 환영사와 학술대회의 개최취지에 대한 설명이 있었다.

학술대회의 제1세션은 개관과 현황(Einführung und Grundlage), 제2세션은 비교적 및 지역적 관점에서의 헌법발전(Verfassungsentwicklung in vergleichender und regionaler Perspektive), 제3세션은 비교적 관점에서 행정법과 행정절차법의 발전방향(Entwicklungslinien des Verwaltungs-und Verwaltungsverfahrenrechts im Vergleich)이었다.

제1세션에서 독일측 Peter Häberle(Bayreuth대) 교수가 『시민적 시각에서 본 문화학 문적-비교법적 헌법학의 쟁점 - 과도기에 있어 사회를 위한 공동책임』⁷⁾을 주제로, 한국측 석종현 교수(단국대)가 『한국에서의 국가 및 행정법의 발전』⁸⁾을 주제로 발제하였다,

제2세션에서는 Thomas Vesting(Augsburg대학교) 교수가 『위험사회 및 유럽통합에 대한 과도기에 있어 독일 국법학의 발전방향』⁹⁾을 주제로, 김효진 교수(동아대)가 『산업국가적 발전을 하는 한국의 현재와 미래에 있어서의 헌법의 역할』¹⁰⁾을 주제로, 인도측 R.B. Jain 교수(Delhi대학교/Indien)가 『한국의 헌법발전: 인도와 관련된 남아시아에 있어 무역 및 환경정책의 구현』¹¹⁾을 주제로 발제하였다,

제3세션에서 독일측 Rainer Pitschas 교수(슈파이어대학)가 『독일과 유럽연합에 있

7) Peter Häberle, Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichenden Verfassungslehre in weltbürgerlicher Absicht -die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 25-56.

8) Jong Hyun Seok, Die Entwicklung des Staats-und Verwaltungsrechts in Südkorea, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 57-96.

9) Thomas Vesting, Entwicklungslinien des deutschen Staatsrecht im Übergang zur Wissensgesellschaft, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 107-126.

10) Hyo Jeon Kim, Die gegenwärtige und künftige Rolle der Verfassung in der industriestaatlichen Entwicklung in Korea, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 127-140.

11) Rhandir B. Jain, Constitutional Development in South Koea; Implications for Trade and Enviromental Policy in South Asia with Special Reference to India, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 141-162.

어 사회 생태적 행정절차법의 발전단계』¹²⁾를 주제로, F. Hufen 교수(Mainz 대학교)가 『독일에서의 일반 행정법의 최근 발전동향』¹³⁾을 주제로, 한국측 김남진 교수(동아대)가 『행정법과 행정현대화의 구현에 있어 행정정인들의 역할』¹⁴⁾을 주제로, 독일측 Rolf Stober 교수(Dresden대학)가 『독일에서의 경제행정법적 발전방향과 유럽연합의 법제내에서 경제지원의 기본조건』¹⁵⁾을 주제로, 미국측 Thomas J. Schonenbaum 교수(국제 및 비교법을 위한 딘 루스크센터, 조지아대학교, 미국)가 『헌법적 및 행정적 구조에 관한 신 세계무역기구의 영향』¹⁶⁾을 주제로, 박수혁 교수(서울시립대)가 『한국의 환경보호 영역에 있어 행정절차의 역할』¹⁷⁾을 주제로 발제하였다.

제4세션에서 중국측 Zhang Chengye 소장(인사부 부설 공행정연연구소, 인사업무를 위한 중국 아카데미 부총재, Beijing/Volksrepublik China)가 『행정법과 행정현대화에 있어 행정인들의 역할』¹⁸⁾을 주제로 각각 발제하였다.

2. 2001년 슈파이어 대학 경제포럼

독일 슈파이어대학의 Rainer Pitschas교수와 Jan Ziekow교수는 2001년 9월 26일부터

-
- 12) Rainer Pitschas, Verwaltungrecht im funktionalen Wandel des spätmodernen Staats, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 171-186.
- 13) Friedheim Hufen, Aktuelle Entwicklungstendenzen des Allgemeines Verwaltungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 187-190.
- 14) Nam Jin Kim, Die Rolle des Verwaltungsrechts im staatlichen Wandel am Beispiel Südkoreas, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 191-202
- 15) Rolf Stober, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Entwicklungslinien in der Bundesrepublik Deutschland und rechtliche Rahmenbedingen der Wirtschaftsförderung unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Europäischen Union, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 205-246.
- 16) Thomas J. Schoenbaum, The Impact of the New World Trade Organization(WTO) on Constitutional and Adminstative Structure, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 247-252.
- 17) Soo Hyuk Park, Die Rolle des Verwaltungsrechts im Bereich des Umweltschutzes in Südkorea, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 257-276.
- 18) Zhang Chengye, Die Rolle des Verwaltungspersonals bei der Entwicklung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsmodernisierung in der Volksrepublik China, in: Rainer Pitschas(Hrsg), aaO. Entwicklungen, S. 287-294.

9월 28일까지 슈파이어 경제포럼(Wirtschaftsforum)을 공동으로 개최 주관하였다. 경제 포럼의 대주제는 『유럽의 경제- 및 화폐통합의 도전에 직면한 은행시스템과 은행감독』(Bankensystem und Bankenaufsicht vor den Herausforderungen der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion). 필자는 슈파이어대학측의 초청으로 경제포럼에 참가 하여, 『한국에서의 금융감독제도를 중심으로 한 은행제도의 발전과 변화』(Entwicklung und Veränderung des Staatsbanksystem im Spiegel der Bankenaufsicht in Korea)을 주제로 발표하였다.

첫째날(2001.9.26.) 제1세션은 경제감독의 일부로서의 은행감독을 주제로 Pitschas교수가 사회를 맡았고, Rolf Stober 교수가 『경제감독과 은행감독』을 주제로 발제하였다. 제2세션은 은행업무의 국제화가 은행감독에 미친 영향을 주제로 Pitschas교수가 사회를 맡았고, 제1주제 『은행업무와 은행감독의 국제화』에 대해서는 독일 연방은행의 수석경제팀장인 Norbert Walter가 발제하였고, 제2주제 『은행국제화가 중소 은행들에 미치는 영향』에 대해서는 국민- 및 라파이센은행 로이트링겐(Volks-und Raiffeisenbank Reutlingen) 은행장인 Rainer Märklin이 발제하였다.

둘째날(2001.10.27.) 제3세션은 은행감독의 국제화를 주제로 Jan Ziekow교수가 사회를 맡았고, 제1주제 『바젤위원회의 설치와 그 효과』에 대해서는 오스트리아 우편저축은행의 사무총장인 Stephan Koren 박사가 발제하였다. 제2주제 「EU-위원회의 정치영역에서의 은행감독」에 대해서는 EU-위원회의 역내시장 총국의 Jürgen Baum이 발제하였다.

제4세션은 독일과 국제적 토론과 관련해서는 Rainer Pitschas 교수가 사회를 맡았고, 연방재무성의 실무자가 「독일에서의 감독의 변형과 연방은행의 역할」에 대해서 토론하였고, 일본 교수 Agata가 「일본은행제도의 발전의 문제점과 관점」에 대해서 발제하였고, 필자는 「한국의 국가은행제도의 발전」(Entwicklung des Staatsbanksystems in Korea)에 대해서 발제하였다.

3. 2004년 비스바덴 데이터보호 포럼

헤센주 의회의장(Der Präsident des Hessischen Landtags)과 헤센주 데이터 보호청(Der Hessische Datenschutz-Beauftragte)은 제13회 비스바덴 데이터보호 포럼

(Wwiesbadner Forum Datenschutz)을 2004년 6월 3일 데이터보호청사에서 개최하였다.

포럼의 대주제는 「유전자분석과 데이터보호」(Genaanlysen und Datenschutz)이었다. 제1주제 「유전자분석의 의미」에 대해서는 Jörg Schmidtke 교수(하노버대학교), 제2주제 「유전자분석의 법적 범위」에 대해서는 Jürgen Simons 교수(Lüneburg대학교)가, 제3주제 「유전자분석의 데이터보호법상의 한계」에 대해서는 Peter Schaar(연방 데이터보호관)가 발제하였고, 필자는 「한국에 있어서의 유전자 분석」에 대하여 발제하였다.

발표논문들은 아래와 같이 책자로 출간되었다.

Der Hessische Datenschutzbeauftragte/Der Präsident des Hessischen Landtags, Genanalysen und Datenschutz, 13. Wiesbadener Forum Datenschutz, 2005

헤센주 데이터 보호청(Der Hessische Datenschutz-Beauftragte)은 2004년 7월 16일 「독일과 한국의 데이터보호 컨퍼런스」(Deutsch-Koreanische Datenschutz Konferenz)를 헤센주 데이터보호청사에서 개최하였다. 한국학자로는 석종현 교수(단국대), 박수혁 교수(서울시립대), 김해룡 교수(한국외국어대), 류지태 교수(고려대), 김현준 교수(협성대)가 발제자로 참가하였다.

석종현 교수는 「한국에서의 개인관련 데이터보호」(Der personenbezogenen Datenschutz in Korea), 박수혁 교수는 「한국에서의 개인관련 데이터보호의 법체계」(Rechtssystem des personenbezogenen Datenschutz in Korea), 김해룡 교수는 「한국에서의 토지계획법 체계에 대한 비판적 검토」(Kritische Bewertungen zum neuen Landesplanungssystem Koreas), 류지태 교수는 「한국의 정보통신법」(Telekommunikationsrecht in Korea), 김현준 교수는 「데이터보호에 있어 선택적 쟁송제기」(Alternative Streisbeilegung beim Datenschutz) 등에 대하여 각각 발제하였다.

4. 2005년 슈파이어대학 항공교통법대회

독일 슈파이어대학 Ziekow교수는 2005년 3월 9일부터 3월 11일까지 슈파이어대학에서 항공교통법대회를 「항공, 전문계획- 및 자연보호법의 현안문제」를 주제로 주관 개최하였다. 발제문들은 단행본¹⁹⁾으로 출간되었다.

¹⁹⁾ Hrsg. Jan Ziekow, Aktuelle Fragen des Luftverkehrs-, Fachplanungs-und Naturschutzrechts, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 179, Duncker Humblot·Berlin, 2006.

M. Ronellenfitsch교수(Tübingen대학교)는 「새 항공안전법 - 일부 위헌인가?」²⁰⁾, Lutz Eiding 박사는 「신공항건설에서의 합법적 및 위법한 비축계획」²¹⁾, P. Wysk 판사(노드라인 베스트팔렌주 고등법원)는 「허용된 항공에 대한 관청의 개입과 개인적 보호청구권」²²⁾, Norbert Kämper 변호사는 「공항의 폐쇄」²³⁾, V. Gronefeld 변호사는 「환경적 사안에 있어 권리구제 - 환경법구제법률의 초안」²⁴⁾, J. Ziekow 교수(슈파이어대학)는 「환경적 사안에 있어 권리구제」²⁵⁾, W. Durner 교수는 「계획법에서의 판사법의 역할. 연방행정재판소 제4부의 관례의 사례를 중심으로」²⁶⁾, E. Hofmann 박사(함부르크 대학교)는 「추측 또는 계산: 방법론적인 도전」²⁷⁾, P. Schütz 변호사는 「전문계획에서의 변경금지와 선매권」²⁸⁾, 석종현 교수(단국대)는 「한국에서의 교통도로계획의 현안문제」²⁹⁾, A. Guckelberger 교수(자브뤼켄대학교)는 「전문계획과 공용수용」³⁰⁾, D.R. Anders 변호사는 「지역계획에서의 형량결정에 있어 정형화와 종속」³¹⁾, J.M. Soria 교수(케팅겐대)는 「국내법과 유럽법과의 긴장관계에 있어서 초경계적 공간계획」³²⁾, A. Steffen 국장

-
- 20) M.Ronellenfitsch, Das neue Luftverkehrsrecht - teilverfassungswidrig?, in: Ziekow, aaO, Aktuelle Fragen, 2006, S.9-18.
- 21) Lutz Eiding, Rechtsmässige und rechtswidrige Vorratsplanung bei Flughafenneubauten, in: Ziekow, aaO., aktuelle Fragen, S. 19-40.
- 22) Peter Wysk, Behördliches Einschreiten und individuelle Schutzansprüche gegen zugelassenen Luftverkehr, in: Ziekow, aaO, Aktuelle Fragen, S. 41-80.
- 23) N. Kämper, Schliessung von Flughäfen, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S.81-99.
- 24) V. Gronefeld, Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten -Der Entwurf des Umweltschutzbehelfsgesetzes-, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S. 99-108,
- 25) J.Ziekow, Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S.109-116.
- 26) W. Durner, Die Rolle des Richterrechts im Planungsrecht, dargestellt an Beispielen der Rechtssprechung des Vierten Senats des BVwerwG, in: Ziekow, a.a.O. aktuelle Fragen, S. 117-154.
- 27) E. Hofmann, Raten und Rechnen:Planungsverfahren als methodische Herausforderung, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, 153-195.
- 28) P. Schütz, Veränderungssperre und Vorkaufsrecht in der Fachplanung, in: Ziekow, aaO., aktuelle Fragen, S. 195-220.
- 29) Jong Hyun Seok, Aktuelle Probleme der Verkehrswegeplanung in Korea, in: Ziekow, aaO., aktuelle Fragen, S. 221-236.
- 30) A. Guckelberger, Fachplanung und Enteignung, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S. 237-268.
- 31) Dieter R. Anders, Typisierung und Unterstellung bei Abwägungsentscheidungen in der Regionalplanung, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S.269-284.

(브란덴부르크 州농업, 환경보존 및 공간기획 부)은 「전문계획법에 있어 토지- 및 조차풀제」³³⁾ 등의 주제에 대하여 발제하였다³⁴⁾.

III. 독일학자들의 논문기고를 통한 학술교류

필자의 화갑기념논문집에 독일학자, 즉 Günter Püttner교수(Tübingen 대학교), Hans-Werner Laubinger 교수(Mainz대학교), Wolf-Rüdiger, Schenke(Mannheim대학교), Michael Ronellenfitsch(Tübingen대학교), Rainer Pitschas(Speyer 대학), Heritt Manssen (Regensburg대학교), Johannes Rux 박사(Fern Universität in Hagen) 등이 논문을 투고해 주었다.

Püttner교수는 「생활배려의 변화에 따른 독일 지방자치행정」(Deutsche kommunale Selbstverwaltung unter dem Wandel der Daseinsvorsorge³⁵⁾), Laubinger 교수는 「행정행위의 발령의 신청」(Der Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts³⁶⁾), Schenke교수는 「독일에서의 행정재판권의 발전과 오늘날의 현황」(Enwicklung und heutiger Stand der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland³⁷⁾), Ronellenfitsch교수는 「독일과 유럽적 법치국가에 있어 교통정책」(Verkehrspolitik in Deutschland und der Europäischen Rechtsstaat³⁸⁾), Pitschas교수는 「동반자적 법치국가에 있어 새로운 행정법」(Neues

32) J.M. Soria, Die grenzüberschreitende Raumplanung im Spannungsverhältnis zwischen nationalen und europäischem Recht, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S. 285-308.

33) A. Steffen, Flächen-und Massnahmenpools im Fachplanungsrecht, in: Ziekow, aaO, aktuelle Fragen, S. 309-318.

34) 한편, 한일행정법무학회는 2005년 7월 30일-7월 31일 「행정과정상 재량론의 재구축」을 주제로 토론회를 개최하였다. 이 토론회에는 석종현(단국대), 김규하(경기대), 김춘환(조선대), 김광수(서강대), 김해룡(한국외대), 조태제(한양대), 은승표(신라대), 강구철(국민대), 유진식(경희대) 교수등이 참석하였다.

35) G. Püttner, Deutsche kommunale Selbstverwaltung unter dem Wandel der Daseinsvorsorge, 석종현화갑 기념논문집, 2003, 51-64면

36) Hans-Werner, Laubinger, Der Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts, 석종현화갑기념논문집, 2003, 65-109면.

37) Wolf-Rüdiger, Schenke, Enwicklung und heutiger Stand der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 석종현화갑기념논문집, 2003, 110-144면

38) Michael Ronellenfitsch, Verkehrspolitik in Deutschland und der Europäischen Rechtsstaat,

Verwaltungsrecht im partnerschaftliche Rechtsstaat³⁹⁾), Manssen교수는 「행정법상의 사무 관리」(Die verwaltungsrechtliche Geschäftsausführung ohne Auftrag⁴⁰⁾), Rux 박사는 「한국과 독일의 교육법- (무엇을) 독일이 한국으로부터 배울것인가?」(Bildungsrecht in Deutschland und Korea -(was) kann Deutschland von Korea lernen?⁴¹⁾) 등이다.

또한 필자의 정년기념논문집에도 독일학자들, 즉 Hans-Werner, Laubinger 교수(Mainz대학교), Wolf-Rüdiger, Schenke 교수(Mannheim대학교), Rainer Pitschas·Karrin Schoppa(Speyer대학), Michael Ronellenfitch교수(Tübingen대학교), Jan Ziekow 교수(Speyer대학), Gritt Manssen교수(Regensburg대학교), Peter Baumeister교수(SRH Hochschule Heiderlberg), Johannes Rux 박사(Privat Dozent)등이 논문을 투고하였다.

Laubinger교수는, 「공무원관계에 있어 경쟁소송의 새로운 발전」⁴²⁾, Schenke 교수는 「사법적 통제밀도(법적 효과재량, 계획재량, 규범적 재량, 판단여지)」⁴³⁾, Pitschas 교수와 연구원 Schoppa는, 「독일에서의 지방 기업경제의 법적 형식」⁴⁴⁾, Ronellenfitch교수는, 「법치국가에 있어 자유, 안전 및 데이터보호」⁴⁵⁾, Ziekow 교수는 「항공교통법상의 계획확정의결의 집행의 배제」⁴⁶⁾, Manssen 교수는, 「국가로부터 수입받은 사인(私人)의 초경계를 초월하는 범칙금의 징수권」⁴⁷⁾, Baumeister 교수는 「하자있는 행정절차와

석종현화갑기념논문집, 2003, 145-164면.

39) Rainer Pitschas, Neues Verwaltungsrecht im partnerschaftliche Rechtsstaat, 석종현화갑기념논문집, 165-187면.

40) Heritt Manssen, Die verwaltungsrechtliche Geschäftsausführung ohne Auftra, 석종현화갑기념논문집, 2003, 188-202.

41) Johannes Rux, Bildungsrecht in Deutschland und Korea -(was) kann Deutschland von Korea lernen?, 석종현화갑기념논문집, 203-234면.

42) Hans-Werner, Laubinger, Neue Entwicklungen der Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 1-48면

43) Wolf-Rüdiger, Schenke, Die gerichtliche Kontrolldichte(Rechtsfolgeermessen, Planungsermessen, nomatives Ermessen, Beurteilungsspielraum), 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 49-72면,

44) Pitschas/Schoppa, Rechtsformen kommunaler Unternehmerswirtschaft in Deutschland, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 73-94면.

45) M.Ronellenfitch, Freiheit, Sicherheit und Datenschutz im Rechtsstaat, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 95-104면.

46) Jan Ziekow, Die Aussetzung der Vollziehung luftverkehrsrechtlicher Planfeststellungsbeschüsse, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 105-120면.

47) G. Manssen, Grenzüberschreitendes Inkasso von Geldbussen durch vom Staat beauftragte

행정행위에 대한 의미」⁴⁸⁾, Rux 교수는, 「인격의 핵심영역에 있어 데이터수집」⁴⁹⁾ 등이다.

IV. 한독 비교행정법 정기학술대회

1. 2005년 제1회 학술대회

한국토지공법학회와 만하임대학교 법과대학은 2005년 7월 5일부터 7월 6일까지 독일만하임(Mannheim) 대학교에서 「국가의 고권행위에 대한 권리구제- 특히 행정작용을 중심으로 - (Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte, insbesondere gegen Verwaltungshandlungen)를 주제로 하는 한독비교행정법 국제학술대회를 개최하였다.

이 한·독학술대회는 한국의 공법학자와 독일의 공법학자들이 공동관심사를 학술대회의 주제로 정하고, 발표주제 역시 공동관심사 중에서 선정하여 동일주제에 대하여 한국학자는 한국학자의 시각에서 독일학자는 독일학자의 시각에서 각각 발표하고 토론함으로써 한독 학술교류의 새로운 장을 마련한 것이라는 점에서 매우 의미가 크다고 할 수 있다. 한국학자로는 석종현 교수(단국대), 김해룡 교수(한국이국어대), 조홍석 교수(경북대), 김희곤 교수(우석대), 류지태 교수(고려대), 김춘환 교수(조선대), 송동수 교수(단국대), 강현호 교수(성균관대) 등이 발제자로 참가하였다. 학술대회 발표논문들은 단행본으로 묶어 Duncker & Humblot 출판사에서 Wolf-Rüdiger, Schenke와 Jong Hyun Seok을 공편저자로 하여 출판되었다⁵⁰⁾.

필자는 「한국의 행정소송제도의 발전동향에 관한 소개」⁵¹⁾, Schenke교수(만하임대)는

Private, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 121-128면.

48) P.Baumeister, Das fehlerhafte Verwaltungsverfahren und seine Bedeutung für den Verwaltungsakt, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 129-144면.

49) J. Rux, Datenerhebung im Kernbereich des Persönlichkeits, 토지공법연구 제43집제1호(2009.2.25.), 145-162면.

50) Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea, Schriften zum Internationalen Recht, Band 160, Duncker & Humblot·Berlin, 2006.

51) Jong Hyun Seok, Einführung in die Entwicklungstendenzen der Koreanischen

「독일에 있어 국가적 고권행위에 대한 권리구제의 헌법적 보장」⁵²⁾, 조홍석 교수(경북대)는 「한국에 있어 고권적 행위에 대한 헌법재판적 통제」⁵³⁾, Thomas Württemberg 교수(프라이부르크대)는 「독일에 있어 행정소송의 종류」⁵⁴⁾, 김해룡 교수는 「한국의 행정소송의 종류」⁵⁵⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「한국의 행정소송법상의 임시 권리구제」⁵⁶⁾, Josef Ruthig 교수(마인츠대)는 「독일에 있어 주관적 권리구제 및 객관적 권리통제」⁵⁷⁾, 류지태 교수(고려대)는 「한국에 있어 원고적격」⁵⁸⁾, 김춘환 교수(조선대)는 「한국에 있어 집단소송」⁵⁹⁾, Hans-Werner, Laubinger 교수(마인츠대)는 「독일에 있어 고권적 행위에 대한 사법적 심사의 한계」⁶⁰⁾, 송동수 교수는 「한국에 있어 고권적 행위에 대한 사법적 심사의 한계」⁶¹⁾, 강현호 교수(성균과대학교)는 「한국에 있어 통치행위」⁶²⁾, Kurt Graulich 판사(독일연방행정재판소)는 「독일에 있어 행정법상의 기관쟁송」⁶³⁾ 등에 관

Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 9-30.

- 52) Wolf-Rüdiger Schenke, Die verfassungsrechtliche Garantie des Rechtsschutz gegenüber staatlicher Hoheitsakten in Deutschland, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 31-52.
- 53) Hong Suck, Cho, Die verfassungsgerechliche Kontrolle staatlicher Hoheitsakte in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 53-66
- 54) Thomas Würtemberger, Die verwaltungsgerichtlichen Klagearten in Deutschland, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 67-80.
- 55) Hae Ryoung, Kim, Die verwaltungsgerichtliche Klagearten in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 81-96.
- 56) Hee Gon, Kim, Vorläufiger Rechtsschutz im koreanischen Verwaltungsprozessrecht, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 91-116.
- 57) Josef Ruthig, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle in Deutschland, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 117-146.
- 58) Jee Tai, Ryu, Die Klagebefugnis in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, Rechtsschutz, 147-162.
- 59) Choon Hwan, Kim, Kollektivklagen in: Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 163-176
- 60) Hans-Werner, Laubinger, Grenzen der gerichtlichen Überprüfung von Hoheitsakten in Deutschland, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 177-204.
- 61) Dong Soo, Song, Grenzen der gerichtlichen Überprüfung von Hoheitsakten in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 205-220.
- 62) Hyun Ho, Kang, Justizfreie Hoheitsakte, insbesondere Regierungsakte in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok, aaO, Rechtsschutz, S. 221-230.

하여 발표하였다.

학술대회의 공동주관자인 Schenke교수는 학술대회 준비와 관련하여 학술대회 뿐만 아니라 연방헌법재판소의 방문, BASF 공장 견학, 주정부 방문 및 하이델베르크 관광 등 자상하고 세심한 배려는 물론 한국학자들을 동료학자로 극진히 대접해 주셨다. 한국학술진흥재단은 한국학자들의 왕복항공료를 지원하였고, 체제비는 DAAD가 부담하였다. DAAD 지원비만으로는 경비가 부족하게 되자 Schenke교수는 개인의 인맥을 활용하여 BASF로부터 필요한 경비를 후원을 받아 충당하셨다.

우리 한국공법학회 등이 독일교수를 초청하여 했었던 환대와 대접을 뛰어 넘어 극진한 환대와 예우를 받았고, 이는 한국교수들이 독일학자들의 극진한 대접을 받은 최초의 사례가 아닌가 싶다.

이와 같은 학술교류와 인적 교류를 통한 학술대회의 공동개최가 가능했던 것은 필자가 한국공법학회 회장때 Schenke교수를 초청하여 발제의 기회를 부여하고, 개인적으로 극진히 환대해 드림으로써 만든 인간적 교류가 그 바탕이 된 것이라는 생각이 든다.

아전인수인지 모르겠지만, Schenke 교수는 필자의 행정법 저서가 베스터셀러의 반열에 있다는 사실, 독일에서 2개의 박사 학위(1978년의 슈파이어대학, 1991년의 튀빙겐대학교)를 취득한 사실, 필자의 한국공법학회 회장의 직과 한국토지공법학회 회장으로서 왕성한 연구활동과 그 연구업적 등을 알고 그에 대한 감동을 받아 필자를 동료 공법학자로 평가해 예우한 것이라는 생각이 든다⁶³⁾. 학술대회를 마치고 한국학자와 독일학자들은 만하임학술대회의 성과를 매우 의미있고, 성공적이었다는 점에 의견을 같이 하였고, 한국과 독일과의 학술교류를 위해 매년 정기적으로 개최하기로 합의하였다. 이에 만하임 학술대회는 제1회 한독비교행정법 학술대회가 되었고, 그 이후 2024년 9월 19일에는 제11회 한독학술대회를 「행정법에 있어 인공지능 사용의 법적 문제」(Rechtsfragen des Einsatzes von KI im Verwaltungsrecht)를 주제로 독일 Julius-

⁶³⁾ Kurt Graulich, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger, Schenke/Jong Hyun Seok,aaO, Rechtsschutz, 231-256.

⁶⁴⁾ 2005년 제1회 한독비교행정법 국제학술대회 개최 이후 지속된 필자와 Schenke교수의 인적 및 학술교류의 결과 Schenker교수는 한독학술교류에 대한 필자의 노력과 업적을 높게 평가하여 2019년 만하임대학교 명예박사수여위원회에 필자를 추천하여 명예법학박사[Doctor iuris honoris causa(Dr.iur.h.c.)], 2019.12.12.]를 수여받게 하였다.

Maximitians –Universität Würzburg에서 개최로 계속되었다.

2. 2006년 제2회 학술대회

제2회 한독비교행정법국제학술대회는 「리스크사회에 있어서의 공법적 과제」(Die öffentlich- rechtlichen Fragen in der Risikogesellschaften)를 주제로 2006.8.29.-30 서울교육문화회관에서 개최되었고, 한국토지공법학회와 독일만하임대학교와 한국법제연구원) 공동개최하였다. 석종현 교수의 기조연설에 이어 Schenke 교수(만하임대학교)는 「경찰법에 있어서의 외관적 위험과 위험혐의」⁶⁵⁾, 송동수 교수(단국대)는 「한국환경법에 있어서의 사전배려」⁶⁶⁾, Hans-Werner Laubinger 교수(마인츠대학)는 「임미씨온방지법에서의 위험, 불이익, 부담, 리스크」⁶⁷⁾, 김남철 교수(부산대)는 「리스크사회에서의 환경보호」⁶⁸⁾, Jan Ziekow 교수(슈파이어대학)는 「행정에 있어서의 결과평가와 결과관찰」⁶⁹⁾, 김병기 교수(아주대)는 「새로운 도전으로서의 비공식적 행정작용」⁷⁰⁾, 은승표 교수(신라대)는 「위험사회에서의 금융정책」⁷¹⁾, P. Baumeister교수(만하임대)는 「위험사

65) W.R.Schenke, *Anscheinungsgafahr und Gefahrenverdacht im Recht der öffentlichen Sicherheit(Polizeirecht)*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 5-21면. 이 발제문의 번역문은 손재영, 공공의 안녕에 관한 법(경찰법)에서의 외관상 위험과 위험혐의, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 23-37면.

66) Dongsoo, Song, *Vorsorge im koreanischen Umweltrecht*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 41-55면. 이 발제문의 번역문은 송동수, 한국환경법에서의 사전배려, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 56-57면 참조.

67) H.W.Laubinger, *Gefahr, Nachteil, Belästigung und Risiko im Immissionsschutzrecht*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 70-102면. 이 발제문에 대한 번역문은 김현준, 임미씨온방지법에서의 위험·불이익, 부담, 리스크, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 103-131면 참조.

68) Nam-Cheol, Kim, *Umweltschutz in der Risikogesellschaft*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 135-149면. 번역문: 김남철, 위험사회에 있어서의 환경보호와 법적 과제 -환경친화적 도시개발의 문제를 중심으로-, 토지공법연구 제32집(2006.9.),131-168면 참조.

69) J. Ziekow, *Folgenabschätzung und Folgenbeobachtung durch die öffentliche Verwaltung*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 171-185면. 번역문: 오세민, 행정에 있어서의 결과평가와 결과관찰, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 187-199면 참조.

70) Byung-Ki, Kim, *Informales Verwaltungshandeln als eine Herausforderung am koreanischen Verwaltungsrecht*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 201-216면. 번역문: 김병기, 새로운 도전으로서의 비공식적 행정작용, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 217-218면 참조.

71) Soong-Pyo, Eun, *Die staatliche Geldpolitik in der Risikogesellschaft*, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 221-241면. 번역문: 은승표, 위험사회에서의 금융정책, 토지공법연구 제32집

회에서 국가책임법적 문제」⁷²⁾, 강현호 교수(성균관대)는 「한국에 있어서 공법상의 위험책임」⁷³⁾, 강문수 박사(한국법제연구원 부연구위원)는 「리스크사회에서의 입법」⁷⁴⁾ 등을 발표하였다. 지정토론자로는 신봉기 교수(경북대)⁷⁵⁾, 김희곤 교수(우석대)⁷⁶⁾, 김현준교수(영남대)⁷⁷⁾, 이종영교수(중앙대)⁷⁸⁾, 조홍석 교수(경북대)⁷⁹⁾, 길준규 교수(아주대)⁸⁰⁾, 이동식 교수(경북대)⁸¹⁾, 손재영 교수(계명대)⁸²⁾, 조인성 교수(영산대)⁸³⁾, 김경제 교수(동국대)⁸⁴⁾ 등이 참가하였고, 김해룡 교수(한국외국어대) 및 김성수 교수(한양대)는 좌장으로 참가하였다. 행사사회는 조태제 교수(한양대)가 맡아 수고하였다.

(2006.9.), 244-258면 참조.

- 72) P. Baumeister, Staatshaftungsrechtliche Fragen in der Risikogesellschaft, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 261-272면. 번역문: 최승필, 위험사회에서의 국가책임법적 문제, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 273-282면 참조.
- 73) Hyun-Ho, Kang, Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung in Korea, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 285-299면. 번역문: 강현호, 한국에 있어서 공법상의 위험책임, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 301-315면.
- 74) Mun-Soo, Kang, Die Gesetzgebung in der Risikogesellschaft, in: 토지공법연구 제32집(2006.9.), 322-337면. 번역문: 강문수, 위험사회에서의 입법, 토지공법연구 제32집(2006.9.), 341-354면 참조.
- 75) 신봉기 교수의 W.R.Schenke교수의 발제문에 대한 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 38-40면 참조.
- 76) 김희곤 교수의 송동수 교수의 발제문에 대한 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 58-68면 참조.
- 77) 김현준 교수의 H.W. Laubinger 교수의 발제문에 대한 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 132-133면 참조.
- 78) 김남철 교수의 발제문에 대한 이종영 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 169-170면 참조.
- 79) J.Ziekow교수의 발제문에 대한 조홍석 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 200면 참조.
- 80) 김병기 교수의 발제문에 대한 길준규 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 219-220면 참조.
- 81) 은승표 교수의 발제문에 대한 이동식 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 259-260면 참조.
- 82) P.Baumeister교수의 발제문에 대한 손재영 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 283-284면 참조.
- 83) 강현호 교수의 발제문에 대한 조인성 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 316-319면 참조.
- 84) 강문수 박사의 발제문에 대한 김경제 교수의 지정토론문은 토지공법연구 제32집(2006.9.), 355-356면 참조.

3. 2007년 제3회 학술대회

제3회 한독비교행정법 국제학술대회는 「공적 책무의 수행에 사인의 관여」를 대주제로 2007.9.12.-15.까지 독일 슈파이어대학에서 개최되었다⁸⁵⁾. 필자(단국대)는 「한국행정법의 최근 발전동향」⁸⁶⁾, J.Ziekow교수는 「공적 책무의 수행에 있어 공행정과 사인간의 관계에 있어 새로운 발전 동향」⁸⁷⁾, 김성수 교수(연세대)는 「공적 책무수행의 새로운 형식으로서의 공사협력관계」⁸⁸⁾, P.Baumeister교수(만하임대)는 「공적 책무 실현의 새로운 형식으로서의 공사협력관계」⁸⁹⁾, U. Stelkens 교수(슈파이어대)는 「국가적 생존배려에 있어 사경제적 활동형식으로서 경제적 활동에 대한 규율」⁹⁰⁾, 김해룡교수(한국위국어대)는 「국토 및 환경자원 활용에 대한 국가의 책임」⁹¹⁾, A. Guckelberger교수(Saarbrücken대학)는 「지역관련 계획과정에 있어 공적 참여를 통한 사인의 관여」⁹²⁾, 강기홍 박사(지방행정연구원)은 「지방자치단체의 자치입법의 주민참여 가능성 및

85) 학술대회 발표논문들은 단행본으로 출간되었다. Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, Die Einbeziehung Privater in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 193, Duncker & Humblot·Berlin, 2008.

86) Jong Hyun Seok, Neue Entwicklungstendenzen des koreanischen Verwaltungsrechts, in: Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S.11-22.

87) Jan Ziekow, Neue Entwicklungstendenzen im Verhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Privaten bei der Erfüllung öffentliche Aufgaben, in: Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 23-36

88) Sung Soo, Kim, Public Private Partnership als neue Form der Erfüllung staatlicher Aufgaben?, in: Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 37-64.

89) Peter Baumeister, Public Private Partnership als neue Form der Erfüllung staatlicher Aufgaben?, in: Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 65-76.

90) U.Stelkens, Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeit als Form der Einbeziehung privatwirtschaftlicher Tätigkeit in die staatliche Daseinsvorsorge- am Beispiel der Telekommunikation, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 77-96.

91) Hae-Ryoung, Kim, Staatliche Verantwortung für die Inanspruchnahme von Raum-und Umweltressourcen, in:Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 97-110.

92) A. Guckelberger, Die Einbeziehung Privater durch Öffentlichkeitsbeteiligung in raumbedeutsame Planungsprozesse, in:Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 111-158.

그 경계」⁹³⁾, H.W. Laubinger교수(마인츠대학교)는 「지방자치법에 있어 주민참여」⁹⁴⁾, W.R.Schenke교수(만하임대학교)는 「사인의 국가적 책무와 관련있는 책무수행에 있어 하자에 대한 국가의 책임」⁹⁵⁾, 송동수 교수(단국대)는 「공적 책무를 실현하는 사적 기업의 정보에 대한 접근」⁹⁶⁾, A. Windoffer교수(슈파이어대)는 「공적 책무를 실현하는 사적 기업의 정보의 접근」⁹⁷⁾ 등에 대하여 발표하였다.

4. 2009년 제4회 학술대회

제4회 한독비교행정법 국제학술대회는 「공법영역에서 갈등조정 수단과 방법으로서의 조정」을 주제로 2009.9.8.-13까지 독일 슈파이어대학에서 개최되었으며, 학술대회 발제논문들은 단행본⁹⁸⁾으로 독일출판사에서 출간되었다.

석종현 교수(한국대)는 「변천하는 국가성의 관계에 있어 조정」⁹⁹⁾, Jan Ziekow교수(슈파이어대)는 「변천하는 국가성의 관계에 있어 조정」¹⁰⁰⁾, 김상겸 교수(동국대)는 「한국헌법상의 법치국가명령과의 관계에 있어 조정」¹⁰¹⁾, Franz-Joseph Peine 교수(프랑크

⁹³⁾ Kee-Hong, Kang, Möglichkeiten und Grenzen der Bürger zur Teilnahme an der Ortsrechtsgesetzgebung der koreanischen Gemeinden, in: Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 159-172.

⁹⁴⁾ H.W.Laubinger, Bürgerbeteiligung im Kommunalrecht, in: Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 173-198.

⁹⁵⁾ W.R.Schenke, Staatliche Haftung für Fehlverhalten von Privaten, die in die Erfüllung staatlicher Aufgaben einbezogen sind, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 199-212.

⁹⁶⁾ Dongsoo, Song, Zugang zu Informationen privater Unternehmen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, in: Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 213-222.

⁹⁷⁾ A. Windoffer, Zugang zu Informationen privater Unternehmen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, in: Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Die Einbeziehung Privater, S. 223-238.

⁹⁸⁾ Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 297, Duncker & Humblot·Berlin, 2010.

⁹⁹⁾ Jong Hyun Seok, Mediation im Kontext sich wandelnder Staatlichkeit, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S. 1-9.

¹⁰⁰⁾ Jan Ziekow, Mediation im Kontext sich wandelnder Staatlichkeit, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.19-32.

푸르트대학)은 「민주국가와 법치국가 명령과의 관계에 있어 조정」¹⁰²⁾, 은승표 교수(신라대)는 「권리구제의 탈국가성·국가적 권리구제 보장에 앞선 조정」¹⁰³⁾, M. Ronellenfitsch 교수(튀빙겐대학교)는 「권리구제의 탈국가성·국가적 권리구제 보장에 앞선 조정」¹⁰⁴⁾, M. Martini 교수(뮌헨대학교)는 「조정과 공공복리, 관계분석」¹⁰⁵⁾, 강현호교수(성균관대)는 「한국행정심판법상의 조정과 행정심판」¹⁰⁶⁾, P. Baumeister교수(하이델베르크대학)는 「독일에서의 조정과 행정심판」¹⁰⁷⁾, 김성수 교수(연세대)는 「조정과 행정소송」¹⁰⁸⁾, W.R.Schenke교수(만하임대)는 「조정과 행정소송의 절차」¹⁰⁹⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「조정과 행정소송」¹¹⁰⁾, R.Pitschas 교수(슈파이어대학)는 「보조적 거버넌서의 작용틀에 있어 조정의 법적 효력」¹¹¹⁾, 송동수 교수(단국대)는 「환경법에 있어 조정」¹¹²⁾, A.

¹⁰¹⁾ Sang-Kyum, Kim, Mediation im Kontext der Rechtsstaatsangebot der koreanischen Verfassung, in: Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.33-44.

¹⁰²⁾ F.J.Peine, Mediation im Kontext von Demokratie-und Rechtsstaatsgebot, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.45-56.

¹⁰³⁾ Eun Soong Pyo, Entstaatlichung des Rechtsschutzes? Mediation vor der Garantie staatlicher Rechtsschutzgewährung, in:Hrsg. Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.57-70.

¹⁰⁴⁾ M. Ronellenfitsch, Entstaatlichung des Rechtsschutzes? Mediation vor der Garantie staatlicher Rechtsschutzgewährung, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.71-80.

¹⁰⁵⁾ M.Martini, Mediation und Gemwinwohl –eine Beziehungsanalyse, in: Hrsg.Jong Hyun Seok und Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.81-104.

¹⁰⁶⁾ Hyun Ho Kang, Mediation und Vorverfahren nach koreanischen WVfG, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.105-120.

¹⁰⁷⁾ P.Baumeister, Mediation und Vorverfahren, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.121-136.

¹⁰⁸⁾ Sung-Soo Kim, Mediation und Verwaltungsgerichtsbarkeit –unter besonderer Berücksichtigung der koreanischen Erfahrung, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.137-154.

¹⁰⁹⁾ W.R.Schenke, Mediation und verwaltungsgerichtliches Verfahren, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.155-170.

¹¹⁰⁾ Hee-Gon,Kim, Mediation und Verwaltungsgerichtsbarkeit –insbesondere zu der Möglichkeit der Einführung und deren Aufgabe, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.171-198.

¹¹¹⁾ R. Pitschas, Die Rechtswirkungen der Mediation im Bewirkungsspektrum kollaborativer Governance, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.199-214.

¹¹²⁾ Dongsoo Song, Mediation im Umweltrecht –unter besonderer Berücksichtigung des koreanischen Umweltsmediationsgesetzes, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO,

Guckelberger교수(Saarbrücken대학)는 「환경법에 있어 조정」¹¹³⁾, 김해룡 교수(한국외국어대)는 「한국의 계획에 있어 조정」¹¹⁴⁾, T. Siegel박사(슈파이어대)는 「계획절차에 있어 조정」¹¹⁵⁾ 등에 대한 주제로 각각 발제하였다.

5. 2012년 제5회 학술대회

제5회 한독비교행정법 국제학술대회는 「경제주체 및 규제자로서의 국가」을 대주제로 2012.8.24. 영남대학교 법학전문대학원 204호실에서 YU-EU세터와 공동으로 개최하였다. 학술대회 발제논문들은 단행본¹¹⁶⁾으로 독일출판사에서 출간되었다.

J. Ziekow교수(슈파이어대학)는 「강한 및 약한 규제 -독일에서의 규제수단」¹¹⁷⁾, 김해룡/최승필 교수(한국외국어대)는 「한국의 경제규제의 동향과 그 쟁점」¹¹⁸⁾, J. Ruthig 교수(마인츠대)는 「유럽의 금융시장감독의 최근 동향」¹¹⁹⁾, 김성수 교수(연세대)는 「중소상인 보호를 위한 입법의 헌법적 근거와 한계」¹²⁰⁾, H.W. Laubinger 교수(마인츠대)는 「경영수탁자를 통한 경제기업의 국가적 감독의 보충」¹²¹⁾, P. Baumeister 교수(SRH

Mediation als Methode,S.215-234.

¹¹³⁾ A. Guckelberger, Mediation im Umweltrecht, in:Hrsg.Jong Hyun Seok und Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S. 235-272.

¹¹⁴⁾ Hae-Ryoung Kim, Mediation bei der Planung in Korea, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.273-282.

¹¹⁵⁾ T.Siegel, Mediation in Planungsverfahren, in:Hrsg.Jong Hyun Seok/Jan Ziekow, aaO, Mediation als Methode,S.283-302.

¹¹⁶⁾ Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und -regulierer, Schriftenreihe der Deutschen Universität Speyer, Band 218, Duncker & Humblot·Berlin, 2013

¹¹⁷⁾ J.Ziekow, Harte und weiche Regulierung -Instrumente der Regulierung, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.1-9.

¹¹⁸⁾ Hae Ryoung Kim/Seung Pil Choi, Tendenzen der koreanischen Wirtsschaftsregulierung und deren Streitpunkte, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.25-42.

¹¹⁹⁾ J.Ruthig, Aktuelle Entwicklungen der Finanzmarktaufsicht in Europa, in: Hrsg. Jan Ziekow /Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.43-82.

¹²⁰⁾ Sung-Soo Kim, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Schutzgesetze für kleine Handlungsgeschäfte, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.83-98,

¹²¹⁾ H.W.Laubinger, Die Ergänzung der staatlichen Beaufsichtigung von Wirtschaftsbereichen

전문대학 하이텔베르크는 「독일에서의 지방경제법의 발전」¹²²⁾, 송동수 교수(단국대)는 「한국에서의 지방기업법의 발전」¹²³⁾, A.Guckelberger 교수(Saarbrücken대학)는 「독일에서의 사유화되었던 급부의 재지방화」¹²⁴⁾, 길준규 교수(아주대)는 「우리나라에서의 민영화된 사무의 재지방화에 관한 비판적 고찰 - 독일법과의 비교법학적인 평가를 포함하여-」¹²⁵⁾, W.R.Schenke 교수(만하임대학교)는 「독일에 있어서 지방자치단체의 경제 활동에 대한 사인의 권리보호」¹²⁶⁾, 강현호 교수(성균관대)는 「한국에 있어서 지방자치 단체의 경제적 활동에 대한 권리보호」¹²⁷⁾ 등의 주제에 대하여 각각 발제하였다.

6. 2013년 제6회 학술대회

제6회 한독비교행정법 국제학술대회는 「시스템위기와 시스템신뢰」를 주제로 2013.10.17.부터 10.19까지 독일 슈파이어대학교에서 개최되었다. 한국학자로는 석종현 교수(단국대), 김성수 교수(연세대), 신옥주 교수(전북대), 최승필 교수(한국외국어대), 강현호 교수(성균관대), 임현 교수(고려대), 김희곤 교수(우석대), 문병효 교수(강원대) 등이 참가하였다. 학술대회 발제논문들은 단행본¹²⁸⁾으로 독일출판사에서 출간되었다.

durch Betriebsbeauftragte, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.99-148.

¹²²⁾ P.Baumeister, Entwicklungen im Kommunalwirtschaftsrecht in Deutschland, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.149-166.

¹²³⁾ Dongsoo Song, Entwicklungen des kommunalen Unternehmensrecht in Korea, in:Hrsg. Jan Ziekow und Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.167-178.

¹²⁴⁾ A. Guckelberger, Die Rekommunalisierung privatisierte Leistungen in Deutschland, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.179-222.

¹²⁵⁾ Joon Kyu Kil, Eine kritische Betrachtung über die Rekomunalisierung privatisierter Leistungen in der Republik Korea einschliesslich rechtsvergleichender Bewertungen mit denen im deutschen Recht, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.223-238.

¹²⁶⁾ W.R.Schenke, Rechtsschutz Privater gegen wirtschaftliche Betätigung der kommunen, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.239-250.

¹²⁷⁾ Hyunho, Kang, Rechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Selbstkörperschaften in Korea, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Der Staat als Wirtschaftssubjekt, S.251-270.

¹²⁸⁾ Herausgegeben von Jan Ziekow und Jong Hyun Seok, Systemkrise und Systemvertrauen, Schriftenreihe der Deutschen Universität Speyer, Band 226, Duncker & Humblot·Berlin, 2014.

J. Ruthig 교수(마인츠대)는 「독일에서의 법률문제로서의 재정 및 경제위기」¹²⁹⁾와 김성수 교수(연세대)는 「한국에서의 법률문제로서의 재정 및 경제위기」¹³⁰⁾, 신옥주 교수(전북대)는 「개정논의 중인 헌법상 경제질서에 관한 연구」¹³¹⁾, W.R.Schenke 교수(만하임대)는 「재정위기 방지에 관한 수단으로서의 은행감독」¹³²⁾, 최승필 교수(한국외국어대)는 「한국에서의 은행규제의 경향과 그 구조」¹³³⁾, P.Baumeister 교수(SRH 대학 하이델베르크)는 「재정 및 경제위기에서의 법치국가」¹³⁴⁾, 강현호 교수(성균관대)는 「한국에서의 재정 및 경제위기의 국면에서 사회적법치국가적 쟁점」¹³⁵⁾, H.W.Laubinger 교수(마인츠대)는 「직업공무원제도의 체계안정화적 기능」¹³⁶⁾, 임현 교수(고려대)는 「직업공무원제도의 현안 문제」¹³⁷⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「체계안정적 기능과 직업공무원제도의 책무」¹³⁸⁾, A. Guckelberger 교수(Saarbrücken대학)는 「자립적 옴부스만」¹³⁹⁾,

129) J.Ruthig, Finanz-und Wirtschaftskrisen als juristisches Problem, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Systemkrise, 1-9.

130) Sung Soo Kim, Wirtschafts-und Finanzkrisen als juristisches Problem- Krisenstaat und seine rechtsstaatliche Kontrolle, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, Systemkrise, aaO, S.33-44; 김성수, 토지공법연구 제63집(2013.11.), 329면 이하.

131) Okju Shin, Eine Studie über die verfassungsrechtliche wirtschaftliche Ordnung unter Berücksichtigung der Novellierungsdiskussion, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.45-62.

132) W.R.Schenke, Die Bankenaufsicht als Mittel zur Bekämpfung vom Finanzkrisen, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.63-78

133) Seung-Pil Choi, Tendenzen und Strukturen der südkoreanischen Bankenregulierung, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.79-108; 최승필, 한국에서의 은행규제의 구조와 동향 및 쟁점에 대한 검토, 토지공법연구 제63집(2013.11.), 381면 이하.

134) P. Baumeister, Der Sozialstaat in der Finanz-und Wirtschaftskrise, in:Hrsg. Jan Ziekow /Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.109-126.

135) Hyun Ho, Kang, Sozialstaatliche Streitpunkte hinsichtlich der Finanz-und Wirtschaftskrise in Korea, in:Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.127-142; 강현호, 경제위기에 있어서 사회국가, 토지공법연구 제63집(2013.11.), 311면 이하.

136) H.W.Laubinger, Die systemstabilisierende Funktion des Berufsbeamtentums, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.143-170.

137) Hyun Im, Aktuelle Fragen des Berufsbeamtentums, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.171-180.

138) Hee-Gon Kim, Die systemstabilisierende Funktion und die Aufgabe des Berufsbeamtentums, in:Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.181-200; 김희곤, 직업공무원제도의 체계안정적 기능과 책무, 토지공법연구 제63집(2013.11.), 345면 이하.

139) A.Guckelberger, Unabhängige Ombudsleute, in: Hrsg. Jan Ziekow und Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.201-222.

J.Ziekow교수(슈파이어대)는 「의회민주주의의 체계안정화 요소로서의 주민참여」¹⁴⁰⁾, 문병효 교수(강원대)는 「자주적 옴부즈만과 주민참여」¹⁴¹⁾ 등에 관한 주제로 각각 발제하였다.

7. 2015년 제7회 학술대회

제7회 한독비교행정법 국제학술대회는 「도시공간의 형성」을 대주제로 2015.3.14. 연세대학교 광복관 별관 국제회의장에서 연세대학교 법학연구원, 독일슈파이어대학교(Deutsche Universität Speyer)와 공동개최하였다. 독일학자로는 Jan Ziekow교수(슈파이어대학), Annette Guckelberger교수(Saarbrücken 대학), Josef Ruthig 교수(마인츠대학교), Wolf -Rüdiger Schenke교수(만하임대), Ralf P. Schenke교수(Würzburg대학), Hans-Werner Laubinger교수(마인츠대) 등이 참가하였다. 한국학자로는 석종현 교수(한국토지공법학회 회장), 김남진 교수(한국학술원 회원), 김성수 교수(연세대), 문병효 교수(강원대), 신옥주 교수(전북대), 강현호 교수(성균관대), 서보국 교수(충남대), 송동수 교수(단국대) 등이 참가하였다. 좌장으로는 신봉기 교수(경북대)와 김남철 교수(부산대)가 수고하였고, 지정토론자로는 길준규 교수(아주대), 김철 교수(숙명여대), 김희곤 교수(우석대), 임현 교수(고려대), 현준원 박사(한국법제연구원), 손재영 교수(경찰대), 정남철 교수(숙명여대), 김현준 교수(영남대) 등이 수고하였다. 학술대회 발제논문들은 단행본¹⁴²⁾으로 독일출판사에서 출간되었다.

석종현 교수의 개회사¹⁴³⁾에 이어 Jan Ziekow교수(슈파이어대)는 「도시 거버넌스 - 참여적 네트워크에 있어 미래계획」¹⁴⁴⁾, 문병효 교수(강원대)는 「도시 거버넌스:참여적

¹⁴⁰⁾ J.Ziekow, Bürgerbeteiligung als systemstabilisierendes Element der parlamentarischen Demokratie, in:Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.223-234.

¹⁴¹⁾ Byoung Hyo Moon, Unabhängige Ombudsleute und Bürgerbeteiligung, in:Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO., Systemkrise, S.235-242; 문병효, 옴부즈맨제도와 시민참여, 토지공법연구 제63집(2013.11.), 369면 이하.

¹⁴²⁾ Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, Gestaltung des städtischen Raums, Schriftenreihe der Deutschen Univerität Speyer, Band 231, Duncker & Humblot·Berlin, 2017.

¹⁴³⁾ Jong Hyun Seok, Einleitung, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO.,Gestaltung des städtischen Raums, S.9-12.

¹⁴⁴⁾ J. Ziekow, Urban Governance:Zukunftsplanung in partizipativen Netzwerken, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 13-24.

네트워크에 있어 도시공간의 형성」¹⁴⁵⁾, Annete Guckelberger교수(자브리켄대)는 「도시 계획 및 도시계획사업의 맥락에서 주민투표의 가능성」¹⁴⁶⁾, 신옥주 교수(전북대)는 「원 자력발전소 관련 주민참여의 실제적 보장에 관한 연구」¹⁴⁷⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「건축기본계획과 계획사업에 있어 주민투표의 가능성」¹⁴⁸⁾, W.R.Schenke 교수(만하임대)는 「도시계획의 안전장치로서의 변경금지 및 건축신청의 유보」¹⁴⁹⁾, 서보국 교수(충남대)는 「독일과 한국에서의 도시계획의 안전장치의 수단」¹⁵⁰⁾, R.P.Schenke교수(뷔르츠 부르크대)는 「건설계획법에서의 하자결과 및 계획유지의 원칙」¹⁵¹⁾, 김성수 교수(연세대)는 「도시관리계획의 적법성에 대한 내용적 판단과 헌법적 함의」¹⁵²⁾, 정남철 교수(숙명여대)는 「건설계획법에 있어 하자결과 및 계획유지의 원칙」¹⁵³⁾, H.W.Laubinger 교수(마인츠대)는 「마인츠시의 예로 본 소음방지계획수립」¹⁵⁴⁾, 김현준 교수(영남대)의

¹⁴⁵⁾ Byoung-Hyo Moon, Urban Governance: Gestaltung des städtischen Raums in partizipativen Netzwerken, in: in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 25-38.

¹⁴⁶⁾ A. Guckelberger, Abstimmungsmöglichkeiten der Bürger/-innen im Kontext von Bauleitplänen und Planungsvorhaben, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 39-56.

¹⁴⁷⁾ Okju Shin, Eine Studie über die tatsächliche Garantie der Bürgerbeteiligung hinsichtlich Kernkraftwerksfragen, in: in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 57-68.

¹⁴⁸⁾ Hee-Gon Kim, Abstimmungsmöglichkeiten der Bürger/-innen im Kontext von Bauleitplänen und Planungsvorhaben, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 69-84.

¹⁴⁹⁾ W.R.Schenke, Veränderungssperre und Zurückerstellung eines Baugesuchs als Mittel zur Sicherung der Bauleitplanung, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 85-100.

¹⁵⁰⁾ Bo Cook Seo, Mittel zur Sicherung der Bauleitplanung in Deutschland und Korea, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 101-108.

¹⁵¹⁾ R.P.Schenke, Fehlerfolgen und Grundsatz der Planerhaltung im Bauplanungsrecht, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 109-122.

¹⁵²⁾ Sung Soo Kim, Inhaltliche Beurteilung der Rechtsmässigkeit von Bebauungsplänen und ihre verfassungsrechtliche Implikation –unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinwohlerfordernisses von Bebauungsanlagen, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 123-136.

¹⁵³⁾ Namchul Chung, Fehlerfolgen und Grundsatz der Planerhaltung im Bauplanungsrecht, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 137-146.

¹⁵⁴⁾ H.W.Laubinger, Lärmschutzplanung, veranschaulicht am Beispiel der Stadt Mainz, in:

Laubinger 교수의 발제문에 대한 지정토론문¹⁵⁵⁾ 등이 발제되었다.

8. 2018년 제8회 학술대회

제8회 한독비교행정법 국제학술대회는 「한국과 독일에서의 법정립작용의 문제점」을 주제로 2018.3.15. 성균관대학교 법학관 201호에서 성균관대학교 법학연구원, 독일 슈파이어대학교(Deutsche Universität Speyer)와 공동개최하였다. 학술대회의 발표논문들은 단행본¹⁵⁶⁾으로 독일에서 출간되었다.

독일학자로는 Annette Guckelberger교수(Saarbrücken 대학), Josef Ruthig 교수(마인츠 대학교), Wolf-Rüdiger Schenke교수(만하임대), Ralf P. Schenke교수(Würzburg대학), Hans-Werner Laubinger교수(마인츠대) 등이 참가하였다.

한국학자로는 개회사 석종현 교수(한국토지공법학회 회장), 환영사 배병호 교수(성균관대 법학연구원 원장), 축사 김유환 교수(한국공법학회 회장)등이 참가하였고, 발제자로는 정남철 교수(숙명여대), 문병효 교수(강원대), 신옥주 교수(전북대), 송동수 교수(단국대), 강현호 교수(성균관대), 김성수 교수(연세대) 등이 참가하였고, 지정토론자로는 김희곤 교수(우석대), 김병기 교수(중앙대), 서보국 교수(충남대), 임현 교수(고려대), 권영호 교수(제주대), 정극원 교수(대구대), 최승필 교수(한국외국어대), 김현준 교수(영남대), 김남철교수(연세대), 신정규 박사(한국법제연구원), 정선균 박사(동국대), 정문식 교수(한양대), 손재영 교수(경찰대), 계인국 박사(사법정책연구원) 등이 수고하였고, 김해룡교수(한국외국어대)와 신봉기 교수(경부대), 김중권 교수(중앙대, 한국공법학회 고문)등은 좌장을 맡아 수고하였다.

석종현 교수(단국대)의 개회사¹⁵⁷⁾, A. Guckelberger교수(자브뤼켄대학교)는 「독일에

Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 147-187.

¹⁵⁵⁾ Hyun Joon Kim, Kommentar zum Beitrag von Hans-Werner Laubinger über das Thema Lärmschutzplanung, veranschaulicht am Beispiel der Stadt Mainz, in: Hrsg. Jan Ziekow/Jong Hyun Seok, aaO, Gestaltung des städtischen Raums, S. 189-190.

¹⁵⁶⁾ Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung in Korea und Deutschland, Schriften zum Internationalen Recht, Band 224, Duncker & Humblot·Berlin, 2019.

¹⁵⁷⁾ Jong Hyun Seok, Eröffnungsrede anlässlich des 8. Koreanisch-Deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok,

서의 법규명령」¹⁵⁸⁾, 신옥주 교수(전북대)는 「강화된 의회참여 필요성의 관점에서 한국 법제도에서의 법규명령에 관한 검토」, J.Ruthig 교수(마인츠대학교)는 「독일과 유럽 행정법에서의 행정규칙」¹⁵⁹⁾, 강현호 교수(성균관대)는 「한국에 있어서 행정규칙」¹⁶⁰⁾, H.W. Laubinger 교수(마인츠대학교)는 「독일에서의 기술에 관한 규율 및 기술표준」¹⁶¹⁾, 송동수 교수(단국대)는 「한국에서의 기술에 관한 규율 및 기술표준」¹⁶²⁾, R.P.Schenke 교수(뷔르츠부르크대학교)는 「규범제정과 신뢰보호」¹⁶³⁾, 김성수 교수(연세대)는 규범의 불진정 소급효. 법치국가의 공개적 측면으로서 신뢰보호」¹⁶⁴⁾, W.R.Schenke 교수(만하임대)는 「법률하위규범에 대한 권리보호」¹⁶⁵⁾, 정남철 교수(숙명여대)는 「지방자치단체의 조례제정과 행정소송에 의한 통제」, 정남철 교수(숙명여대)는 「한국에서의 지방의 조례입법권 및 행정소송적 통제」¹⁶⁶⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「조례 및 법규명령」¹⁶⁷⁾, 문병호 교수(강원대)는 「한국에서의 법률결과 평가」¹⁶⁸⁾ 등에 관한 주제로 각각 발제하

Probleme der Rechtssetzung, 9-20.

- 158) A.Guckelberger/K.V.Gluding, Rechtssetzung als untergesetzliche Normen, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 21-42.
- 159) J.Ruthig, Verwaltungsvorchriften im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 65-84.
- 160) Hyun Ho Kang, Die Verwaltungsvorschriften in Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 85-98.
- 161) H.W.Laubinger, Regeln der Technik und Technische Regelwerke, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 99-120.
- 162) Dongsoo Song, Regeln der Technik im koreanischen Umweltrecht, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 121-140.
- 163) Ralf P.Schenke, Normsetzung und Vertrauensschutz, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 141-160.
- 164) Sung Soo Kim, Unechte Rückwirkung vom Normen. Vertrauensschutz als offene Flanke des Rechtsstaates?, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 161-174.
- 165) W.R.Schenke, Rechtsschutz gegen untergesetzliche Rechtsnormen, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 175-196.
- 166) Nam Chul Chung, Kommunale Satzungsgebung und verwaltungsrechtliche Kontrolle in der Republik Korea, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 197-210,
- 167) Hee Gon Kim, Satzungen und Rechtsverordnungen. Diskussionsbeitrag zum Vortrag von W.R.Schenke über Rechtsschutz gegen untergesetzliche Rechtsnormen, in: Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 211-226.
- 168) Byoung Hyo Moon, Gesetzesfolgenabschätzung in Korea, in; Hrsg. Wolf-Rüdiger Schenke/

거나 토론하였다.

9. 2019년 제9회 학술대회

제9회 한독비교행정법 국제학술대회는 「한국과 독일에서의 경찰법의 새로운 동향」을 주제로 2019.6.24.-6.27. Johannes-Gutenberg-Universität Mainz에서 한국토지공법학회와 Mainz대학교와 공동개최하였다. 학술대회의 발표논문들은 단행본¹⁶⁹⁾으로 출간되었다.

한국학자로는 석종현 회장(한국토지공법학회), 배병호 교수(성균관대), 이광윤 교수(성균관대), 김광수 교수(서강대), 송동수 교수(단국대), 강현호 교수(성균관대), 김희곤 교수(우석대), 신옥주 교수(전북대), 성봉근 교수(서경대) 등이 참가하였다. 학술대회의 발표문은 단행본¹⁷⁰⁾으로 독일 출판사에서 출간되었다.

W.R.chenke교수의 환영사¹⁷¹⁾, 석종현 회장(한국토지공법학회)의 개회사¹⁷²⁾에 이어 J.Ziekow 교수(슈파이어대)는 「안전법적 규율의 실효성 심사」¹⁷³⁾, 이광윤 교수(성균관대)는 「한국에서의 안전규칙들의 실효성 심사」¹⁷⁴⁾, A.Guckelberger교수(자브뤼켄대학교)는 「전자적 체류심사의 헌법적 문제」¹⁷⁵⁾, 배병호 교수(성균관대)는 「한국에서의 전

Jong Hyun, Seok, Probleme der Rechtssetzung, 227-238.

¹⁶⁹⁾ Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, Neue Entwicklungstendenzen des Polizeirechts in Deutschland und Korea, Schriften zum Internationalen Recht, Band 241, Duncker & Humblot·Berlin, 2024.

¹⁷⁰⁾ Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, Neue Entwicklungstendenzen des Polizeirechts in Deutschland und Korea, Schriften zum Internationalem Recht, Band 241, Duncker & Humblot·Berlin, 2024.

¹⁷¹⁾ W.R.Schenke, Begrüßungsrede des 9. koreanisch-deutschen Symposiums zum Verwaltungsrechtsvergleich, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.9-10.

¹⁷²⁾ Jong Hyun Seok, Eröffnungsrede, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.11-16.

¹⁷³⁾ J.Ziekow/A.Piesker, Die Überprüfung der Wiwrksamkeit sicherheitsrechtlicher Regelungen, in:Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.17-24.

¹⁷⁴⁾ Kwangyoun Lee, Die Überprüfung der Wiwrksamkeit von Sicherheitsvorschriften in Korea. Mit Schwerpunkt auf der Feinstaubregelung, in:Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.25-32.

¹⁷⁵⁾ A. Guckelberger, Verfassungsrechtliche Probleme der elektronischen Aufenthaltsüberwachung,

자적 감시시스템의 헌법적 문제」¹⁷⁶⁾, W.R.Schenke교수(만하임대)는 「위해방지를 위한 경찰의 함정 조치」¹⁷⁷⁾, 김광수 교수(서강대)는 「한국에서의 경찰조사의 문제점」¹⁷⁸⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「새로운 유형의 위험상태에서의 위해방지를 위한 경찰의 함정 조치」¹⁷⁹⁾, R.P.Schenke 교수(뉘르츠부르크대학)는 「예상 위험: 법치국가적 경찰법의 위협인가?」¹⁸⁰⁾, 송동수 교수는 「한국에서의 전통적 위해개념에서 예상 위험」¹⁸¹⁾, J.Ruthig교수(마인츠대)는 「경찰법상의 책임」¹⁸²⁾, 강현호 교수(성균관대)는 「공기청정을 위한 화학약품의 시용에 따른 국가의 책임」¹⁸³⁾, M.Bäcker교수(마인츠대)는 「해외활동과 기본권」¹⁸⁴⁾, 신옥주 교수(전북대)는 「한국의 국자정보원법의 위헌성」¹⁸⁵⁾ 등의 주제로 각각 발표하였다.

in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.33-50.

- ¹⁷⁶⁾ Byung Ho Bae, Verfassungsrechtliche Probleme der elektronischen Überwachungssysteme in Korea, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.51-62.
- ¹⁷⁷⁾ W.R.Schenke, Verdeckte polizeilichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr, in:Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.63-78.
- ¹⁷⁸⁾ Kwang Soo Kim, Probleme der polizeilichen Ermittlungen in Korea, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.79-88.
- ¹⁷⁹⁾ Hee Gon Kim, Verdeckte polizeiliche Massnahmen zur Gefahrenabwehr bei neuartigen Gefahrenlagen, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.89-106.
- ¹⁸⁰⁾ R.P.Schenke, Die “drohende Gefahr”:Gefährdung eines rechtsstaatlichen Polizeirechts?, in:Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.107-124.
- ¹⁸¹⁾ Dongsoo Song, Vom klassischen Gefahrenbegriff zur drohenden Gefahr in Korea, in:Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.125-142.
- ¹⁸²⁾ J.Ruthig, Die polirechtliche Verantwortlichkeit, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.143-158.
- ¹⁸³⁾ Hyun Ho Kang, Die staatliche Verantwortlichkeit wegen der Verwendung von Biozideb für Luftbefeuter, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.159-178.
- ¹⁸⁴⁾ M.Bäcker, Auslandsaufklärung und Grundrechte, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.179-198.
- ¹⁸⁵⁾ Okju Shin, Zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes über dne nationalen Nachrichtendienst Korea, in: Hrsg. Josef Ruthig/Jong Hyun Seok, aaO.,Neue Entwicklungstendenzen, S.199-214.

10. 2022년 제10회 학술대회

제10회 한독비교행정법 국제학술대회는 「코로나 상황에서의 법치행정과 공법적 과제」를 주제로 2022.11.18.-11.20. 고려대학교 하나스케이 멀티미디어룸에서 한국토지공법학회와 한국법제연구원, 독일슈파이대학교 공행정연구소와 공동개최하였다.

석종현 회장(한국토지공법학회)의 개회사¹⁸⁶, 김계원 원장의 환영사¹⁸⁷, J.Ziekow 교수(독일슈파이어대학)의 환영사에 이어 제1주제 「코로나 팬데믹 속에서의 법치주의의 보장과 도전」¹⁸⁸에 대해서 J. H. Klement 교수(독일 프라이부르크대)가 발제하고, 방승주 교수(한양대)와 계인국 교수(고려대)가 지정토론했다. 한국측 제1주제 「코로나 상황에서의 법치주의 위축과 과제」¹⁸⁹에 대해서는 신정규 교수(충북대)가 발제하고, 김동균 부연구위원(한국법제연구원)이 지정토론했다. 제2주제 「한국에 있어 팬데믹 투쟁수단으로서의 법규명령과 과제」¹⁹⁰에 대해서 임현 교수(고려대)가 발제하고, 박원규 교수(군산대)가 지정토론했다.

제3주제 「팬데믹 상황에서의 법치국가의 이론 - 국민보호와 4차산업혁명 -」¹⁹¹에 대해서 J. Ruthig 교수(마인츠대)가 발제하고, 선지원 교수(광운대)와 홍선기 박사(대한민국도지사협의회)가 지정토론했다. 한국측 제3주제 「한국에서의 새로운 시대에 대한 4차산업혁명의 법적 과제」¹⁹²에 대해서는 성봉근 교수(서경대)가 발제하고, 길준규 교수(아주대)가 지정토론했다.

독일측 제4주제 독일에 있어 「팬데믹 투쟁수단으로서의 행정행위와 기타의 행정작

¹⁸⁶) Jong Hyun Seok, Eröffnungsrede, in: 제10회 한독비교행정법 국제학술대회 자료집 (2022.11.18.-22.20), vii-ix 참조.

¹⁸⁷) Kye-Hong Kim, Begrüssungsrede, in: 상계 자료집, xi-xiv 참조.

¹⁸⁸) Jan Henrik Klement, Herausforderung und Bewährung des Rechtsstaats in der Corona-Pandemie am Beispiel des Grundrechtsschutzes), in: 상계 자료집, 1-17면.

¹⁸⁹) Junggyu Shin, Einschränkungen und Aufgabe für die Rechtsstaatliche Verwaltungs-Prinzip durch die Corona Lage, in: 상계 자료집, 23-39면 참조.

¹⁹⁰) Im Hyun, Rechtsordnungen als Mittel zur Bekämpfung einer Pandemie und Aufgabe in Korea, in: 상계 자료집, 49-61면 참조.

¹⁹¹) J. Ruthig, Rechtsstaatliche Lehren aus der Pandemie - Bevölkerungsschutz und Industrie 4.0., in: 상계 자료집, 65-83면 참조.

¹⁹²) Bong Geun Sung, Rechtsstaatliche Aufgabe mit Industrie 4.0. zur Vorbereitung auf die neue normale Ära in Korea, in: 상계자료집, 91-152면

용」¹⁹³⁾ 등에 대해서는 J.Ziekow 교수(슈파이어대)가 발제하고, 김희곤 교수(우석대)와 박종욱 박사(한국공정거래조정원)가 지정토론했다. 한국측 제4주제 「한국에 있어 팬데믹의 투쟁수단으로서의 행정행위의 과제」¹⁹⁴⁾에 대해서는 강현호 교수(성균관대)가 발제하였고, 김봉철 박사(사법정책연구원)가 지정토론했다. 「제5주제 팬데믹 투쟁수단으로서의 한국에서의 행정강제와 행정상 제제 및 과제」¹⁹⁵⁾에 대해서는 신옥주 교수(전북대)가 발제하였고, J.Ziekow 교수(슈파이어대)가 지정토론했다.

11. 2024년 제11회 학술대회

제11회 한독비교행정법 국제학술대회는 「행정법에 있어 인공지능 사용의 법적 문제」(Rechtsfragen des Einsatzes von KI im Verwaltungsrecht)를 주제로 2024.09.19.-09.23. 독일 Julius-Maximilians-Universität Würzburg 대학교에서 개최되었다. 한국학자로는 석종현 교수(한국토지공법학회 회장), 김희곤 교수(우석대), 강현호 교수(성균관대 법전원), 문병효 교수(강원대 법전원), 신옥주 교수(전북대 법전원), 서정범 교수(경찰대)가 발제자로 참가하였다. 다만 서정범교수는 발표논문만 제출하고 사정상 행사에는 참가하지 못했다.

석종현 회장(한국토지공법학회)의 환영사¹⁹⁶⁾이여, 한국측 강현호 교수(성균관대)는 「한국의 행정에 있어서 인공지능과 그에 대한 법치국가적 요청들」¹⁹⁷⁾, 독일측 E. Hilgendorf 교수(뷔르츠부르크 대학)는 「자율 주행」¹⁹⁸⁾, J. Ruthig 교수(마인츠대)는 「법에 대한 도전으로서의 인공지능: 유럽연합적, 헌법적 및 비교법적 관점」¹⁹⁹⁾, 김희곤 교수(우석대)는 「유럽연합과 미국에서

¹⁹³⁾ J.Ziekow, Verwaltungsakte und andere Handlungsformen der Verwaltung als Instrument zur Mittel zur Bekämpfung einer Pandemii in Deutschland, in: 상계 자료집, 153-169면.

¹⁹⁴⁾ Hyun Ho Kang, Verwaltungsakte in Korea als Mittel zur Bekämpfung in der Pandemie und Aufgabe, in: 상계자료집, 179-206면.

¹⁹⁵⁾ Okju Shin, Verwaltungsvollstreckung und Verwaltungssanktionen in Korea als Mittel zur Bekämpfung einer Pandemie und Aufgabe, in: 상계자료집, 211-231면.

¹⁹⁶⁾ Jong Hyun Seok, Begrüßungsrede, in: Tagungsmappe des 11. Deutsch-Koreanisches Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich(19.-23. Sep. 2024), S. 3-4.

¹⁹⁷⁾ Hyun Ho Kang, Künstliche Intelligenz und derer rechtsstaatlichen Anforderungen in der koreanischen Verwaltung, in: aaO., Tagungsmappe, S. 5-32.

¹⁹⁸⁾ E.Hilgendorf, Autonomes Fahren, in: aaO, Tagungsmappe, S. 33-48.

¹⁹⁹⁾ J.Ruthig, Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Recht. =unionsrechtliche,

의 인공지능 규율이 한국에 미친 영향」²⁰⁰⁾ 서정범 교수(경찰대)는 「한국에서의 자동화된 정보 수집 및 처리의 자동화 - 경찰의 자동화된 정보수집의 현황과 법적 타당성을 중심으로 -」²⁰¹⁾, 독일측 R.P.Schenke교수(뷔르츠부르크대)는 「통계상의 차별 -문제 설명과 가능한 규율전략에 대한 스케치」²⁰²⁾, 문병효 교수(강원대)는 「자동화 결정과 차별 -자동화된 데이터분석과 차별」²⁰³⁾, 신옥주 교수(전북대)는 「건강 및 의료정보의 이용에 있어 헌법적 시각에서의 개선방안 제안」²⁰⁴⁾등의 주제에 대하여 각각 발제하였다.

V. 평가와 전망

한독 학술교류의 초기에는 대체로 독일 유학파들이 독일법과 이론들을 한국에 소개하고, 학술단체들이 독일학자를 발제자로 초청하는 등 일방적인 교류가 보통이었고, 비교법연구 역시 그와 같은 범주를 크게 벗어 나지 않았다. 필자 역시 독일에서 공부하였기 때문에 귀국후 행정법학자로서 연구논문을 집필함에 있어 독일문헌들을 많이 인용하거나 참조하는 연구활동을 하였었다. 이와 같은 일방적 학술교류임에도 불구하고, 이는 독일학자들이 한국의 공법학 및 그 발전에 대해서 관심을 갖는 계기를 마련하였다는 점에서는 그 의미가 매우 크다고 할 수 있다.

일방적 학술교류의 틀을 벗어나 쌍방적 학술교류의 장을 열게된 것은 2005년 독일 만하임대학교에서 개최한 제1회 한독비교행정법 국제학술대회가 전기가 되었다고 할

verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, in: aaO., Tagungsmappe, S. 49-67.

200) Hee Gon Kim, Implikationen auf Korea von der KI-Regulierung in der Europäischen Union und USA, in: aaO., Tagungsmappe, S. 69-91.

201) Jung Bum Suh, Automatisierte Erhebung und Verarbeitung von Informationen in Korea -polizeiliche Einsatzszenarien und rechtliche Zulässigkeit-, in: aaO., Tagungsmappe, S. 93-99.

202) R.P.Schenke, Statistische Diskriminierung -Problembeschreibung und Skizze möglicher Regulierungsstrategien -, in: aaO., Tagungsmappe, S. 101-115.

203) Byoung Hyo Moon, Automatisierte Entscheidungen und Diskriminierung -Automatisierte Datenanalyse und Diskriminierung-, in: aaO., Tagungsmappe, S. 117-132.

204) Okju Shin, Verbesserungsvorschläge bei der Nutzung von Gesundheits- und Medizininformationen aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: aaO., Tagungsmappe, S. 133-159.

수 있다. 당시 학술대회를 준비하면서 대주제를 결정하고, 소주제를 결정함에 있어 동일주제에 대하여 독일학자와 한국학자가 각각 발표하고 토론하는 방식을 취함으로써 발표주제에 대한 양국의 학자들이 독일측의 입장에서 또는 한국측의 입장에서 발표하고 논의를 통해 상호의견과 열띤 토론을 진행하면서 한국학자들이 독일학자의 발표논문에 대하여 지적하고 비판을 하였다. 한국학자들의 비교법적 관점에서의 지적과 비판에 대해 독일학자들이 경청하면서, 한독학술교류의 필요성을 독일학자들이 긍정²⁰⁵⁾ 하면서 한독국제학술대회의 정기적 개최를 추진하기로 합의를 하게 되는 계기가 되었고, 2024에는 제11회 한독학술대회를 독일 뷔르츠부르크대학교에서 개최하는 것으로 지속되었다. 동일주제에 대한 한국학자와 독일학자들의 발표, 한번은 독일에서 개최하고, 그 다음해는 한국에서 개최하는 방식²⁰⁶⁾ 및 학술대회발표논문들을 묶어 독일법학서적(Duncker & Humblot) 출판사에서 단행본²⁰⁷⁾으로 출간하는 등의 전통을 세워서 유지하고 있다. 이와 같이 단행본으로 출간된 학술대회의 자료집²⁰⁸⁾은 독일 주요 법과대학 도서관에 납품되고 서점에서 시판되고 있어 한국의 공법학에 대하여 관심을 가진 독일 공법교수들이 참조하거나 인용하는 자료로 활용되고 있는 것으로 알고 있다.

위에서 언급한 바와 같이 한국과 독일의 공법학자들간의 학술교류는 일방적 관계에서 이제는 쌍방적 학술교류의 관계로의 발전에 정기적 한독국제학술대회의 개최가 견인적 역할을 한 것으로 평가할 수 있기 때문에 이와 같은 정기적 학술교류가 향후에도 지속되어야 한다고 본다. 이 기회를 빌어 자비부담으로 독일에서 개최한 한독학술대회에 발제자 또는 지정토론자로 참가해 주신 한국학자들의 관심과 학구적 열정에 심심한 사의를 표한다. 한국공법학회와 회원들의 관심과 적극적인 참여를 촉구한다.

205) 독일 행정법제도에서는 인정하지 않고 있는 「私人의 공용수용제도」에 대한 설명을 들은 Ziekow교수는 독일에 소개하는 논문집필을 요청하였다. Jong Hyun Seok, Die Enteignung zu Gunsten des privaten Unternehmer in Korea, in: VerwArch 97. Jahrgang, 2006, S. 611-625.

206) 2005년에 제1회를 개최하였으나, 2024년에 제20회 학술대회가 되어야 했지만, 한국측의 사정 또는 독일측의 사정 또는 코로나 사태 등으로 인해 개최하지 못한 경우가 많았다.

207) 한국에서 개최한 제2회, 제10회의 경우는 단행본으로 출간하지 못하였다.

208) Schriften zum Internationalen Recht, Band 160, Band 224, Band 241, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 193, Band 207, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Band 218, Band 226, Band 231 등 모두 8권이다.

<부 록> 비교법 관련 문헌

I. EU법과 독일법 관련 문헌

1. EU법 관련 비교법연구 문헌

- 함인선, EU 사법재판소의 개인정보관련 판례에 대한 고찰, 공법연구(2013.12.), 42(2), 299-329
- 김종우, 한국과 유럽연합의 미세먼지 대응에 관한 비교법적 연구, 유럽헌법연구(2023.04.), 41집, 533-566
- 송인옥/송동수, 드론 안전성 확보를 위한 한국-EU 비교법적 연구, 법학논집(2021.03.), 53-92, 단국대법학연구소
- 이종교, 배출권 거래에 대한 부가가치세 과세에 관한 연구 - EU입법례와의 비교법적 고찰을 중심으로 -, 저스티스(2013.04.), 135, 243-271, 한국법학원
- 신옥주, EU의 해양 유류오염방제 법제에 관한 연구, 환경법과 정책(2008.12.), 1권, 1-46, 강원대 비교법학연구소
- 선지원, 공공조달영역에서의 민관협력 사업에 대한 유럽 보조금법과 조달법상의 통제, 공법연구(2019.06.), 47(4), 239-268

2. 독일법 관련 비교법연구 문헌

- 조인성, 독일 유전공학법 20년 회고와 시사점, 강원법학(2011.06.), 33권, 113-141
- 오준근, 지방자치단체의 계획자치권에 관한 독일과 한국의 비교법적 연구, 지방자치법연구(2016.03.), 16(1), 3-29
- 신옥주, 선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 - 독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -, 공법연구(2017.02.), 45(3), 1-33
- 이기춘, 코로나 시대 독일 경찰비용법제와 우리나라 위험방지법상 행정비용의 상환법제의 비교법적 연구 - 「감염병예방 및 관리에 관한 법률」 제72조의2에 따른 손해배상청구권 규정의 검토를 계기로 하여 -, 공법연구(2022.02.), 50(3), 213-242
- 남복현, 독일 연헌재법 제79조 제2항과 한국 헌재법 제47조 제2항의 비교법적 연구, 공법연구(1997.06.), 25(4), 435-462
- 김현준, 법률과 행정입법의 관계 - 독일 의회의 행정입법 관여의 비교법적 검토 -, 공법연구(2016.10.), 45(1), 107-136
- 송동수, 감사제도의 독립성에 관한 비교법적 연구 -한국 감사원과 독일 연방회계검사원(BRH)을 중심으로-, 공법연구(2003.05.), 31(4), 323-343

- 김도협, 국민참여재판제도의 문제점과 그 대안으로서의 참심제 도입방안에 관한 연구 - 독일 참심제와의 비교법적 고찰을 통하여 -, 공법연구(2011.06.), 39(4), 151-174
- 김남철, 도로교통법상 범칙금 및 벌점 부과에 관한 법적 과제 - 독일 도로교통법과의 비교를 중심으로 -, 공법연구(2019.06.), 47(4), 369-397
- 명재진, 민주화운동관련자명예회복 및 보상등에 관한 법률의 헌법적 문제점 - 독일 동독불법청산법과의 비교연구 -, 공법연구(2005.11.), 34(1), 175-197
- 오준근, 오스트레일리아의 행정심판제도에 관한 비교법적 연구, 공법연구(2012.06.), 40(4), 273-291
- 김진곤, 독일의 의무교육 관철을 위한 법적 체계와 수단, 공법연구*2017.02.), 45(3), 147-172
- 김남철, 개편된 계획법제에 따른 공간계획의 체계와 법적 문제점 -독일 법제와의 비교를 중심으로-, 공법연구(2002.05.), 30(4), 455-475
- 강현호, 한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들, 공법연구(2019.10.), 48(1), 447-473
- 김형섭, 독일의 지방자치단체에 대한 재정통제 수단에 관한 법적 고찰, 공법연구(2016.12.), 45(2), 65-95
- 김수용, 독일의 사후적 입법평가제도와 우리나라 헌법재판소의 위헌법률심판제도, 헌법학연구(2014.03.), 20(1), 375-401, 한국헌법학회
- 오준근, 독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구, 공법연구(2008.10.), 37(1), 289-312
- 한국부동산원, 행정법 일반원칙으로서 부당결부금지원칙에 관한 소고 - 독일 행정법에서의 역사적 전개 및 적용영역을 중심으로 -, 공법연구(2022.10.), 51(1), 243-276
- 김수진, 독일 지방자치단체의 사무배분기준과 사무수행주체 변경에 관한 연구 - 독일 연방헌법재판소의 관련판례(BVerfGE 138, 1 f.와 BVerfG -2 BvR 2177/16)를 중심으로 -, 공법연구(2019.10.), 48(1), 475-501
- 김형섭, 독일의 지방자치단체에 대한 재정통제 수단에 관한 법적 고찰, 공법연구(2016.12.), 45(2), 65-95
- 이세주, 독일 연방헌법재판소의 헌법재판실무상의 시사점에 대한 고찰, 공법연구(2016.10.), 45(1), 263-301
- 조인성, 지방자치단체의 경제활동에 관한 최근의 법적 문제 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구(2014.02.), 42(3), 317-342
- 김수진, 독일 공무원관련법 개정에 따른 직업공무원제의 도전에 관한 연구, 공법연구(2011.12.), 40(2), 361-383
- 김삼룡, 독일 기본법에서의 '일반적 평등권'에 대한 연방헌법재판소의 해석 변화, 공법연구(2011.10.), 40(1), 63-98

- 오준근, 독일법체계상 민간투자사업과 행정계약법의 관계에 관한 연구, 공법연구(2008.11.), 37-1-2), 289-312
- 정혜영, 2001년 제정된 독일연방국정조사위원회법과 그 시사점 - 우리나라 국정조사제도의 개선방안 모색, 공법연구(2006.02), 34(3), 311-341
- 조인성, 生命工學 施設物概念에 관한 法的 考察 - 獨逸 聯邦임미시온保護法과 遺傳工學法을 中心으로-, 공법연구(2006.02.), 34(3), 443-469
- 윤정인, 자유권 보호영역의 광협논쟁 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구(2012.12.), 41(2), 433-457
- 이기우, 대학법인화와 대학경쟁력 - 독일의 재단형대학과 사단형대학을 중심으로 -, 공법연구(2011.12.), 40(2), 197-228
- 김봉철, 독일에서의 법관징계에 관한 연구 - 비교법적 시사점을 중심으로 -, 비교법연구(2024.04), 24(1), 1-35
- 송동수, 환경법제의 통합과제 - 독일 통합환경법전의 제정과 그 시사점 -, 공법연구(2008.10.), 37(1-1), 243-291
- 공진성, 독일 연방헌법재판소의 사실인정에 관한 연구 - 우리 헌법재판소의 사실인정에 관한 제도적 개선을 위한 비교법적 시사점 도출을 중심으로 -, 외법논집(2024.02.), 48(1), 325-351
- 공진성, 독일과 우리나라의 헌법연구관제도에 관한 비교법적 연구 - 신속한 재판을 위한 헌법연구관제도의 효율적 운영방안을 중심으로 -, 외법논집(2023.02.), 47(1), 53-88, 한국의 대법학연구소
- 신옥주, 헌법적 관점에서 살펴본 한국의 저출산 대응정책 개선 방안 연구- 독일 가족정책에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 - , 헌법재판연구(2023.06.), 10(1), 103-148, 헌법재판연구원
- 김연진, 국가의 손실보상법에 관한 비교법적 고찰 - 독일과 한국의 비교를 중심으로 -, 유럽헌법연구(2022.08.), 39집, 111-152, 유럽헌법학회
- 한용제/김일환, 통신제한조치에 관한 비교법적 고찰 - 독일법과의 비교를 중심으로 -, 법과정책(2021.08.), 27(2), 257-284
- 김태호, 기후변화 헌법소송의 논리 - 독일 현재 위헌결정 법리의 비교법적 함의를 중심으로 -, 저스티스(2021.10.), 186, 7-39, 한국법학원
- 차진아, 독일의 입법절차에 관한 비교법적 고찰, 의정연구(2008.06.), 14(1), 131-172, 한국의 회발전연구회
- 류지웅, 스위스와 독일의 지방자치단체의 입법참여에 관한 고찰, 유럽헌법연구(2023.04.), 41, 567-592
- 문병효, 법원조직에 관한 비교법적 고찰 - 독일 및 프랑스를 중심으로 -, 강원법학(2009.12.), 29, 227-445, 강원대비교법학연구소

- 이기준, 코로나 시대 독일 경찰비용법제와 우리나라 위험방지법상 행정비용의 상환법제의 비교법적 연구 - 「감염병예방 및 관리에 관한 법률」 제72조의2에 따른 손해배상청구권 규정의 검토를 계기로 하여 -, 공법연구(2022.07.), 50(3), 213-242
- 김일환, 독일의 헌법재판 운영실태에 관한 비교법적 고찰, 헌법학연구(2009.06.), 15(2), 197-227
- 이희훈, 독일의 연명치료중단 판례와 입법에 대한 비교법적 고찰, 토지공법연구(2014.02.), 64집, 423-444
- 정하중, 행정법학에 있어서 거버넌스 - 독일에서 논의를 중심으로 -, 강원법학(2023.05.), 71, 155-193
- 오준근, 영국과 독일의 행정심판제도 개혁 경과에 관한 비교법적 연구, 경희법학(2013.03.), 48(1), 405-432
- 송동수, 행정상 강제집행제도의 비교법적 검토 - 독일과 한국을 중심으로 -, 토지공법연구(2014.02.), 64집, 257-275
- 이기준, 독일과 한국 경찰·질서법상 기본개념들의 비교법적 발전에 관한 연구- 경찰법과 경찰개념, 공권력수권근거, 위협, 경찰책임 개념을 중심으로 -, 법학연구(2021.02.), 62(1), 1-41, 부산대법학연구소
- 신우주, 난민법 개정을 위한 독일의 망명법제에 대한 비교법적 연구, 헌법재판연구(2018..12.), 5(2), 209-249
- 오준근, 지방자치단체의 조직자치권에 관한 독일과 한국의 비교법적 연구, 경희법학(2014.09.), 49(3), 377-404
- 김현준, 법률과 행정입법의 관계 - 독일 의회의 행정입법 관여의 비교법적 검토 -, 공법연구(2016.10.), 45(1), 107-136
- 문중흠, 독일 행정법에 있어 ‘조종학적 방법론’ 논의에 관한 소고, 행정법연구(2023.08.), 71, 59-97, 행정법이론실무학회
- 김형섭, 독일과 오스트리아의 회계감사원의 재정통제 권한과 기능에 관한 비교법적 고찰, 법과정책연구(2016.06.), 16(2), 143-181, 한국법정책학회
- 이중수, 협치를 위한 규범적 조건에 관한 비교법적 연구 - 독일의 사례를 중심으로 -, 헌법학연구(2017.12.), 23(4), 31-77, 한국헌법학회
- 김무열, 사립 박물관 및 미술관 관련 세제의 비교법적 고찰 - 독일과 한국을 중심으로, 조세법연구(2016.11.), 22(3), 417-448, 한국세법학회
- 김현준/탁영남, 식품소비자의 식품정보액세스의 공법적 문제* - 독일법과의 비교법적 고찰을 중심으로 -, 토지공법연구(2009.08.), 45집, 25-48
- 최성근, 비거주자의 과세소득 원천기준에 관한 비교법적 고찰 - 독일과 미국을 중심으로 -, 조세학술논집(2007.02.), 23(1), 97-117, 한국국제조세협회
- 박진애, 헌법에 합치하는 사면제도의 모색 - 독일 사면제도와 비교법적 연구를 중심으로

- 로 -, 헌법학연구(2009.09.), 15(3), 321-355, 한국헌법학회
- 이로리, EU조정지침의 이행입법에 대한 비교법적 검토와 시사점 - 영국, 독일, 프랑스를 중심으로 -, 법제연구(2016.06.), 50, 221-257, 한국법제연구원
 - 김도협, 第2共和國 國務院에 관한 研究- 독일연방정부와의 비교법적 고찰을 중심으로 -, 헌법학연구(2008.06.), 14(2), 465-505
 - 권형돈, 비밀정보기관의 직무활동 범위 및 한계 설정과 국민의 기본권 보호방안 - 독일과의 비교법적 연구를 중심으로-, 법학논문집(2020.04.), 44(1), 5-37, 중앙대법학연구원
 - 이종수, 최근의 제한적 이중국적 허용 논의에 관한 비교법적 시론 - 독일의 경험을 중심으로 -, 토지공법연구(2009.02.), 43(1), 523-538
 - 김봉철, 한국과 독일의 지방자치법상 지방의회의 통제권의 비교법적 고찰과 그 시사점, 지방자치법연구(2014.03.), 14(1), 27-42, 한국지방자치법학회
 - 황동혁, 독일의 연동형비례대표제에 관한 비교법적 분석 - 20대 총선결과 시뮬레이션을 중심으로 -, 법학연구(2019.02.), 30(1), 225-265, 충남대학교 법학연구소
 - 한명진, 독일 금융감독원에 대한 정보공개청구 판례 동향의 비교법적 검토-이른바 “Baumeister” 판례를 중심으로, 은행법연구(2019.05.), 12(1), 237-261, 은행법학회
 - 송동수, 감사제도의 독립성에 관한 비교법적 연구- 한국 감사원과 독일 연방회계감사원(BRH)을 중심으로 -, 공법연구(2003.05.), 31(4), 14-24
 - 정남철, 土壤汚染에 대한 淨化責任과 公法上 權利救濟手段 - 독일 연방토양보전법과의 비교법적 고찰을 겸하여 -, 토지공법연구(2017.05.), 78집, 95-120
 - 김도협, 국민참여재판제도의 문제점과그 대안으로서의 참심제 도입방안에 관한 연구 - 독일 참심제와의 비교법적 고찰을 통하여 -, 공법연구(2011.06.), 39(4), 151-174
 - 정남철, 문화재보호(文化財保護)와 재산권보장(財産權保障)에 관한 소고(小考) - 특히 기념물보호와 관련된 독일 입법례와의 비교법적 고찰을 중심으로 -, 헌법논총(2017.11.), 28, 253-299, 헌법재판소
 - 한명진, 독일의 집단에너지사업 지원에 관한 법·정책적 소고 - 「열병합발전촉진법」의 내용을 중심으로 -, 법학연구(2022.03.), 25(1), 43-76, 인하대학교 법학연구소
 - 최용진/김도협, 한·독 입법지원제도 비교 연구, 국가법연구(2022.08.), 18(3), 189-207, 한국국가법학회
 - 김영수, 독일 연방물관리법상 홍수 예방(방지) 법제에 관한분석 및 시사점, 환경법과정책(2021.09.), 27, 309-340, 강원대 비교법학연구소
 - 김지희, 사전배려의 원칙의 실현도구인 전략환경평가의 개선방향- 독일과 한국 법의 비교를 바탕으로 -, 법학논총(2017.12.), 34(4), 53-83, 한양대 법학연구소
 - 변무웅, 독일의 공법상 사단 - 법정정책 활용을 위한 비교법학적 고찰 -, 법과정책연구(2014.09.), 14(3), 1269-1317, 한국법정책학회
 - 정남철, 建築申告와 隣人保護 - 獨逸 建築法制와의 比較法的 考察을 겸하여 -, 법조(2010.06.),

59(6), 62-94, 법조협회

- 김일환, 個人情報 共同利用의 統制와 監督에 관한 比較法的 考察 - 미국과 독일의 법제를 중심으로 -, 헌법학연구(2007.06.), 13(2), 407-440
- 신정규, 독일의 제정조정법 및 기본법의 최근 개정 방향과 개정의 헌법적 의미, 강원법학(2020.10.), 61, 27-72
- 정남철, 獨逸 行政法方法論의 發展과 變化 - 독일 행정법학의 성립부터 신행정법론의 등장까지 -, 저스티스(2020.12.), 181, 45-79, 한국법학원
- 최희수, 헌법 안에서의 동물의 위치와 국가의 의무 - 독일 동물헌법조항의 규범적 의미를 중심으로 -, 환경법과 정책(2017.09.), 19권, 1-30, 강원대 비교법학연구소
- 김성수, 독일의 新思潮 행정법학 사반세기 - 평가와 전망, 강원법학(2017.06.), 51권, 321-353, 강원대 비교법학연구소
- 최희수/김주환, 독일 연방참사원의 지위와 권한, 강원법학(2017.06.), 51권, 279-320, 강원대 비교법학연구소
- 권영호/송서순, 한국 정당의 과제와 발전방안-독일정당과의 비교법적 고찰-, 국제법무(2011.05), 3(1), 37-66, 제주대학교 법과정책연구원
- 조인성, 독일 ‘CO2 영구 저장의 실험과 연구에 관한 법’의 주요 내용 및 시사점, 강원법학(2014.10.), 43권, 651-678, 강원대 비교법학연구소
- 홍일선, 독일 기본법상 연방과 주의 입법권한 연구, 강원법학(2015.06.), 45권, 29-64
- 오승규, 프랑스 원전 거버넌스와 그 시사점, 환경법과 정책(2015.02.), 강원대 비교법학연구소
- 문병효, 독일 환경손해법(Umweltschadengesetz)의 주요내용과 시사점, 환경법과 정책(2010.12.), 5권, 233-249, 강원대 비교법학연구소
- 한상운, 서구유럽의 배출허가체계에 관한 연구 - 독일, 벨기에, 스웨덴을 중심으로 -, 환경법과 정책(2008.12.), 1권, 109-145, 강원대 비교법학연구소
- 계인국, 最近(2015) 獨逸 行政判例의 動向과 分析, 행정판례연구(2016.12.), 21(2), 403-429, 한국행정판례연구회
- 계인국, 最近(2013) 獨逸 行政判例의 動向 및 分析 研究, 행정판례연구(2014.12.), 19(2), 343-371, 한국행정판례연구회
- 윤진아, 독일의 감염병 예방 및 관리 법제 고찰, 법과정책연구(2018.12.), 18(4), 255-288, 한국법정책학회
- 한명진, 스마트전력플랫폼에 대한 법적 연구 - 독일의 계량기운영법의 내용을 중심으로-, 중앙법학(2022.09.), 24(3), 161-191, 중앙법학회
- 신옥주, 선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 - 독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -, 공법연구(2017.02.), 45(3), 1-33

II. 프랑스 관련 비교법연구 문헌

- 차상봉, 재정법상 위임과 변상책임의 법리 - 프랑스·일본법제와의 비교법적 관점에서, 공법연구(2006.10.), 35(10), 637-664
- 성낙인, 프랑스 제5공화국헌법과 유신헌법상 대통령의 국가긴급권에 관한 비교 연구, 공법연구(2000.10.), 28(4-2), 151-171
- 김대인, 프랑스 행정계약상 불가항력에 대한 연구, 공법연구(2023.02.), 51(3), 507-536
- 김대인, 행정계약이론의 초기형성사에 대한 연구 - 19세기부터 20세기 전반까지 프랑스와 독일을 중심으로 -, 공법연구(2020.06.), 48(4), 293-322
- 김지영, 지방자치단체의 자치재정권 확립을 위한 법적 검토 - 프랑스의 논의를 중심으로 -, 공법연구(2018.02.), 46(3), 135-166
- 김철우, 프랑스 행정계약에 관한 법제의 변화 및 이론적 동향, 공법연구(2022.06.), 50(4), 209-235
- 정재황, 프랑스법에서의 개인정보의 보호에 관한 연구, 공법연구(2006.06.), 34(4-1), 251-286
- 안문희, 프랑스와 한국의 아동보호에 관한 비교법 연구, 법학연구(2019.02.), 60(1), 167-193, 부산대법학연구소
- 최인화, 헌법재판소의 권한 확대방안에 관한 연구 - 프랑스 헌법재판제도와 비교를 중심으로 -, 법제(2023.03.), 700, 163-187, 법제처
- 김현희, 프랑스와 한국의 건축허가제도에 관한 비교법적 검토 - 허가제도의 근거법과 허가요건을 중심으로 -, 토지공법연구(2009.08.), 45집, 181-200
- 김현희, 프랑스와 한국의 건축허가제도에 관한 비교법적 검토 - 허가제도의 근거법과 허가요건을 중심으로 -, 토지공법연구(2009.08.), 45집, 181-200
- 김철우, 프랑스 행정계약에 관한 법제의 변화 및 이론적 동향, 공법연구(2022.06.), 50(4), 209-235
- 송시강, 프랑스법상 행정제재에 관한 연구, 행정법연구(2022.11.), 69, 1-42, 행정법이론실무학회
- 최인화, 선거관련 프랑스 헌법재판소의 권한과 그 시사점, 헌법학연구(2021.12.), 27(4), 403-436, 한국헌법학회
- 전 훈, 프랑스에서의 부패방지 법제, 강원법학(2016.02.), 47, 65-93
- 전 훈, 프랑스의 행정권한의 지방이양 내용과 원칙의 검토-1982년 지방분권법에서 2019년 헌법개정안까지의 변화, 지방자치법연구(2020.12.), 20(4), 80-104, 한국지방자치법학회
- 황남석, 프랑스세법상의 조세법률주의, 조세법연구(2019.11.), 25(3), 243-266, 한국세법학회
- 강명원, 프랑스 헌법상 권리의 수호자에 관한 평가 -차별금지(discrimination prohibé)영역을 중심으로-, 강원법학(2019.10.), 58, 275-303

- 강명원, 프랑스의 기본권 보호에 관하여-사전적 규범통제제도와 최근 심판 현황을 중심으로-, 강원법학(2019.02.), 56권, 253-284, 강원대비교법학연구소
- 김택수, 사법경찰관제도의 구조에 관한 비교법적 고찰 - 프랑스, 일본, 한국을 중심으로 -, 경찰법연구(2012.06.), 10(1), 3-29, 한국경찰법학회
- 변해철, 한국과 프랑스의 의원의 면책특권에 관한 비교법적 고찰, 외법논집(201.02.), 38(1), 3-16
- 전훈, 항고소송의 대상에 관한 비교법적 검토 - 프랑스 행정소송을 중심으로 -, 공법학연구 (2012.05.), 13(2), 319-334
- 유주성, 프랑스의 법조인 양성제도의 현황과 비교법적 함의, 법조(2015.10.), 64(10), 241-275, 법조협회
- 이은선, 사회적경제 거버넌스에 대한 비교법적 검토- 스페인과 프랑스를 중심으로 -, 법학 연구(2021.08.), 32(3), 215-256, 충남대법학연구소
- 유주성, 프랑스, 미국, 일본의 자치경찰제와 비교법적 검토, 동아법학(2018.08.), 39-78, 동아대법학연구소
- 정다영, 프랑스와 한국의 사무관리법제에 관한 비교법적 연구, 법과정책연구(2018.06.), 18(2), 539-580, 한국입법정책학회

III. 중국, 일본 및 동아시아 국가법 관련 비교법연구 문헌

1. 중국법 관련 비교법연구 문헌

- 이한주, 개인의료정보 활용 가능성에 대한 비교법적 고찰: 한국과 중국을 중심으로, 아태 연구(2023.09.), 30(3), 95-124, 국제지역연구원
- JIN YAN(김연), 행정상 강제집행에 대한 한·중 법제의 비교법적 연구- 대집행을 중심으로 -, 원광법학(2018.06.), 34(2), 169-190, 원광대법연구소
- 김은환, 중국의 해양공간관리계획에 대한 법적 고찰, 강원법학(2018.02.), 53권, 271-309, 강원대 비교법학연구소
- 김중철/심민섭/최지원, 극지역에 관한 한국과 중국의 활동과 법제 비교, 동북아법연구 (2023.07.), 17(2), 147-170, 동북아법연구소
- 정연부, 법규명령·재량준칙에 대한 비교법적 연구 -중국의 授權立法·規範性文件과의 비교를 중심으로-, 성균관법학(2009.08.), 21(2), 399-427
- 손한기, 중국 개인정보보호법제 고찰, 강원법학(2018.02.), 53권, 75-101, 강연대 비교법학 연구소
- 최은석, 북한과 중국의 행정처벌법에 관한 비교 고찰, 공법연구(2008.10.), 37(1), 389-418
- 오동호, 중·한 국가배상제도의 비교연구

- 신찬호, 중국의 건축문화재보호에 관한 법제 연구, 비교법연구(2019.04.), 19(1), 57-92, 동국대비교법문화연구소- 국가배상책임의 성립요건에 대한 고찰 -, 법학연구(2007.06.), 17(2), 215-237, 연세대 법학연구원
- 전찬희/신경직, 손실보상제도의 한·중·일 비교법적 연구, 아시아연구(2012.06.), 15(2), 135-183, 한국아시아학회

2. 일본법 관련 비교법연구 문헌

- 채우석, 일본의 지방창생법과 국토개혁, 토지공법연구(2016.02.), 73(1), 109-129
- 채우석, 일본의 빈집정비대책특별조치법과 지방자치단체의 역할, 강원법학(2018.10.), 55권, 59-94, 강원대 비교법학연구소
- 석호영, 사업인정제도에 있어 공익성 판단에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구(2019.02.), 85집, 21-42
- 조병선, 원자력 안전규제 법규의 개정-미국, 유럽, 일본, 한국의 경험을 근거로 한 비교법적 고찰-, 환경법연구(2002.09.), 24(1), 14-52
- 김지훈, 일본과 한국의 무인기(드론) 관련 규제에 관한 비교법적 연구, 법학연구(2017.12.), 27(4), 379-416, 연세대학교 법학연구원
- 함인선, 행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제 -취소소송을 중심으로 한 韓·日 비교법적 검토-, 공법연구(2005.06.), 33(5), 509-544
- 함인선, 행정정보화와 주민참여의 법제에 관한 연구 - 한·일 비교법적 연구 -, 지방자치법연구(2005.12.), 5(2), pp.335, 한국지방자치법학회
- 석호영, 우리나라와 일본에서의 드론 이용 규제에 관한 비교법적 검토, 토지공법연구(2017.11.), 80집, 167-191
- 윤기중, 일본의 신고제도 - 우리나라의 신고제도와 비교법적 고찰 -, 경희법학(2017.06.), 52(2), 131-167
- 윤익준, 국가와 지방자치단체 상호간 사무 배분에 관한 법적 고찰 - 일본 폐기물처리법상 사무 배분에 대한 비교법적 검토를 중심으로, 법과정책연구(2021.09.), 21(3), 29-63, 한국법정책학
- 서보건, 재정헌법상 예비비의 비교법적 고찰 - 일본을 중심으로 -, 공법학연구(2015.02.), 16(1), 187-211, 한국비교공법학회
- 함인선, 행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제 - 취소소송을 중심으로 한 韓·日 비교법적 검토 -, 공법연구(2005.06.), 33(5), 509-544
- 함인선, 규제개혁의 법과 경제 -한·일 비교연구-, 공법연구(2003.06.), 31(5), 181-223
- 손형섭, 예산제도 통제에 관한 법적 연구 - 일본의 예산제도를 중심으로 -, 공법연구(2012.10.), 41(1), 111-137

- 박용광, 일본 행정사건소송법상 의무이행소송 - 의무이행소송의 유형 구분을 중심으로 -, 공법연구(2014.06.), 42(4), 1-28
- 손형섭, 일본 개정 개인정보보호법과 우리법의 나아갈 방향, 공법연구(2017.12.), 46(2), 295-329
- 박현숙, 도로의 설치·관리의 하자에 관한 비교법적 고찰 - 일본과 한국의 판례를 중심으로 -, 법학연구(2015.02.), 56(1), 63-89, 부산대학교 법학연구소
- 김현준, 處分性 없는 行政作用에 대한 行政訴訟으로서의 確認訴訟 - 2004년 일본 행소법 개정상황에서의 확인소송 활용론을 단초로 하여 -, 공법연구(2009.02.), 37(3), 335-358
- 김동련, 한국과 일본 CCUS 법률의 비교법적 연구. 토지공법연구(2024.08.), 107집, 529-548
- 황지혜, 공공의료기관에서의 민간투자 활용에 관한 비교법적 연구 - 한국과 일본의 법제 비교를 중심으로 -, 토지공법연구(2024.08.), 107집, 483-508
- 노기현, 사회복지행정에 있어 계약화 현상에 관한 공법적 검토 - 한·일 간의 비교법적 검토를 중심으로 -, 공법학연구(2023.11.), 24(4), 207-228, 한국비교공법학회
- 황지혜, 장기미집행 공원 문제 해결 방안에 관한 비교법적 연구 - 일본의 공모설치관리제도(Park-PFI)를 중심으로 -, 토지공법연구(2023.05.), 102집, 145-173
- 황지혜, 민간투자법제에서 국가의 보장책임을 실현하기 위한 비교법적 연구- 일본 민간투자법제와의 비교를 중심으로 -, 토지공법연구(2018.08.), 83집, 1-23
- 황지혜, 일본 민간투자법제에서의 불가항력에 관한 비교법적 연구, 토지공법연구(2022.08), 99집, 209-232
- 황지혜, 한국과 일본의 민간투자사업 관리통제방안에 관한 비교법적 연구-사업종료후 관리기관 설정방안을 포함하여-, 토지공법연구(2019.08.), 87집, 81-110
- 황지혜, 일본의 신재생에너지 전력 유통 및 공급 법제에 관한 비교법적 연구, 토지공법연구(2022.11.), 제100집, 407-434
- 황지혜, 공공의료기관의 노후화 해결에 관한 비교법적 고찰 -일본의 민관협력법제를 중심으로-, 국가법연구(2022.05.), 18(2), 71-109, 한국국가법학회
- 황지혜, 운영형 민간투자사업에 관한 비교법적 고찰- 공공시설 등 운영권 제도를 중심으로 -, 토지공법연구(2017.02.), 77집, 231-257
- 황지혜, 민간투자사업 관리체계 확립에 관한 비교법적 연구 - 일본의 지정관리자 제도를 대상으로 -, 외법논집(2016.05.), 40(2), 41-55, 한국외국어대학교 법학연구소
- 황지혜, 재난관리법제에서의 안전 확보에 관한 고찰 - 한국과 일본의 재난안전관리계획 비교를 중심으로 -, 유럽헌법연구(2021.12.), 37, 65-108
- 황지혜, 한국과 일본의 COVID-19 대응 법제 비교— 국내 확산 방지 및 의료체계 대응을 중심으로 —, 법학논총(2021.06.), 38(2), 27-55, 한양대법학연구소
- 노기현, 빈집 정비사업의 공익성과 공법적 재검토 - 한·일간의 비교법적 검토를 중심으로

- , 공법학연구(2022.08.), 23(3), 197-225, 한국비교공법학회
- 김경덕, 일본에서 외국인의 공민권 및 주요 개별법상의 외국인의 법적 지위, 법학연구(2024.09.), 24(3), 1-26, 한국법학회
- 최철호, 한국과 일본의 중앙지방협력회의법의 비교연구, 국가법연구(2024.08.), 20(3), 한국 국가법학회
- 이혜진, 민주주의의 발전과 주관적 공권의 확대 경향 - 일본의 ‘평온생활권’을 글감으로 하여 -, 공법연구(2023.02.), 51(3), 79-106
- 김봉철/심민섭/양하은, 극지활동에 관한 한국과 일본의 법제 비교, 한국사회과학연구(2023.04.), 42(1), 211-234, 계명대학교 사회과학연구소
- 조연팔/최철호, 건축법상 지정도로에 관한 비교법적 연구- 한일간의 비교를 통한 그 시사점을 중심으로 -, 법학논총(2017.01.), 통권 37호, 247-271, 숭실대학교 법학연구소
- 김상태, 행정소송법 상 화해의 허용성에 관한 연구-우리나라와 일본에서의 논의에 대한 비교법적 고찰을 중심으로-, 원광법학(2007.08.), 23(2), 243-266, 원광대학교법학연구소
- 조연팔, 일본의 선하지보상 제도 - 송변전설비건설에 의한 피해와 적절한 보장방법에 대한 研究를 中心으로 -, 토지공법연구(2011.11.), 55집, 213-242
- 함인선, 일본 지방자치법상의 쟁송제도와 시사점 - 특히 심급문제를 중심으로 하여 -, 법학논총(2014.08.), 43(2), 403-436, 전남대학교법학연구소
- 김철수, 漁業損失補償制度에 관한 比較法的 考察- 韓國·日本·中國을 中心으로 -, 법학연구(2019.02.), 60(1), 84-107, 부산대학교 법학연구소
- 길용원, 일본에서의 선거운동의 규제에 관한 고찰, 비교법연구(2019.08.), 19(2), 7-42

3. 동아시아 국가 관련 비교법연구 문헌

- 최용현/김상진, 토지수용절차에서 사익수용과 생활보상제도에 관한 법적 검토 - 각국의 토지수용제도 특히 동아시아 국가의 비교를 중심으로 -, 법이론실무연구(2023.02.), 11(1), 263-308, 한국이론실무학회
- 류지웅/김민철, 한-베트남 저탄소 녹색성장분야 법제협력방안 연구 - 폐기물 관리 및 자원재활용 법제도의 분석 및 적용 가능성을 중심으로 -, 토지공법연구(2022.05.), 98집, 225-245
- 황동혁, 뉴질랜드의 연동형비례대표제에 관한 비교법적 분석- 20대 총선결과 시뮬레이션을 중심으로 -, 공법학연구(2019.02.), 20(1), 181-209, 한국비교공법학회
- 윤성현, 호주 지방자치법제의 특징과 시사점 - 입법절차에의 주민참여와 지방정부 명시 헌법개정 국민투표를 중심으로 -, 강원법학(2020.02.), 59, 359-400, 강원대비교법학연구소
- 백윤철/정성범, 대만에서의 공공부조에 관한 연구, 토지공법연구(2023.02.), 101집, 349-366
- 김영삼, 소청심사제도에 관한 비교법적 고찰 - 한국, 일본, 중국 및 싱가포르를 중심으로 -,

토지공법연구(2008.02.), 39집, 235-255

- 이기영/김민철, नेपाल의 환경보호법에 관한 연구, 비교법연구(2020.04.), 20(1), 147-167, 동국대비교법문화연구소
- 고영미, 폐기물자원순환에 관한 비교법적 연구 - 싱가포르 환경서비스 규제샌드박스를 중심으로 -, 환경법연구(2021.08.), 29-62
- 김두수/이상민, 탄소중립시대의 नेपाल 고형폐기물관리법제에 관한 연구, 비교법연구(2021.08.), 21(2), 113-146, 동국대 비교법문화연구소
- 홍완식, 규제와 입법 - 동아시아 국가와의 비교법적 고찰, 저스티스(2017.02.), 158(3), 168-185, 한국법학원
- 오준근, 오스트레일리아의 행정심판제도에 관한 비교법적 연구, 공법연구(2012.06.), 273-291
- 홍선기, 뉴질랜드 환경법제의 주요내용과 시사점, 비교법연구(2017.12.), 17(3), 41-88
- 유주성, 프랑스, 미국, 일본의 자치경찰제와 비교법적 검토, 동아법학(2018.08.), 39-78, 동아대법학연구소
- 이재삼, 한국과 필리핀의 법치주의 실현에 대한 비교법적 연구, 유럽헌법연구(2011.06.), 9, 215-270

IV. 영·미국법 관련 비교법연구 문헌

- 김중현, 가짜뉴스의 규제에 관한 비교법적 연구 - 미국의 논의를 중심으로 -, 서울대학교법학(2019.09/), 60(3), 61-102
- 김민호, 행정작용의 비교법적 고찰 - 미국법과의 비교를 중심으로 -, 공법연구(2008.10.), 37(1), 287-310
- 이상경, 생체인식정보의 활용과 개인정보보호에 관한 비교법적 고찰 - 미국의 법제를 중심으로 -, 서울법학(2018.11.), 26(3), 103-148, 서울시립대학교 법학연구소
- 이준범, 미국 연방법관 탄핵에 관한 연구, 성균관법학(2020.06.), 32(2), 1-31
- 정희성/김민호, 법률유보와 위임입법에 대한 재평가 - 미국 Delegation Doctrine과의 비교법적 연구를 중심으로 -, 성균관법학(2009.08.), 21(2), 429-453
- 최명지, 코로나19 위기대응과 미국의 행정관례동향, 외법논집(2022.02.), 46(1), 한국외대법학연구소
- 정인영, 미국 행정법의 금전적 제재(Civil Penalty), 행정법연구(2022.11.), 69, 71-133, 행정법이론실무학회
- 최봉철, 미국의 법률해석론 개관, 저스티스(2020.02.), 176, 204-236, 한국법학원
- 박시원, 미국의 환경책임과 생태손해, 환경법과 정책(2019.02.), 22, 31-65, 강원대비교법학연구소

- 이상경, 미국 연방 대통령의 예산법률안 거부권과 연방 의회의 쪽지 예산에 대한 비교법적 연구, 서울법학(2024.08.), 32(2), 서울시립대학교법학연구소, 481-514
- 김민호, 행정작용의 비교법적 고찰 - 미국법과의 비교를 중심으로 -, 공법연구(2008.10.) 37(1-1), 287-310
- 박정훈, 인터넷서비스제공자의 관리책임 - 미국의 통신품위법 제230조와 비교법적 관점에서 -, 공법연구(2012.12.), 41(2), 511-544
- 김배원, 미국·일본·한국의 「정보공개법」 비교 고찰, 공법연구(2000.10.), 28(2), 337-360
- 한국부동산원, 우리나라 행정절차법과 미국 연방행정절차법의 비교연구, 공법연구(1998.06.), 27(1), 403-427
- 임규철, 각 국의 개인정보보호법제 비교연구 -미국과 유럽연합의 개인정보보호법제를 중심으로-, 공법연구(2008.11.), 37(1-2), 389-418
- 허순철, 한국과 미국의 공적 관심사안의 비교, 공법연구(2017.10.), 46(1), 27-55
- 최윤영, 미국법상 공직자의 주식백지신탁제도에 관한 고찰, 공법연구(2015.12.), 44(2), 509-532
- 김재선, 행정입법제정절차 통제방안에 관한 미국 행정법학계의 논쟁과 시사점 - 미국 행정절차법 제553조 공고 및 의견제출 절차 논의를 중심으로 -, 공법연구(2023.02.), 51(3), 481-506
- 채영근, 우리나라 토양환경보전법과 그 개정안의 내용과 문제점 - 미국의 CERCLA와 비교하며 -, 공법연구(2001.05.), 29(2), 369-390
- 김재선, 위법한 재정활동에 대한 국민소송제도에 관한 공법적 고찰 - 미국 연방부정청구방지법 및 납세자 소송 법제 연구를 중심으로 -, 공법연구(2018.10.), 297-322
- 임종훈, 영국 대법원의 독립과 그 헌법적 함의, 공법연구(2015.02.), 43(3), 233-253
- 허성욱, 행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고 - 미국 행정법상 쉘브론 원칙 (Chevron Doctrine)과 해석규범(Canon)의 기능과 상호관계를 중심으로 -, 공법연구(2013.02.), 41(3), 527-551
- 문재완, 허위사실의 표현과 표현의 자유 - 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로 -, 공법연구(2011.02.), 39(3), 113-142
- 정하명, 미국법에서의 공법과 사법의 구별, 공법연구(2008.11.), 37(2), 261-287
- 김광수, 영국 행정심판제도의 운영현황, 공법연구(2010.06.), 38(4), 159-181
- 안동인, 英國의 行政審判制度 改革에 관한 小考, 공법연구(2009.10.), 38(1-2), 237-263
- 나채준, 영국의 상가 임차권에 대한 손실보상제도에 대한 연구 - 영국의 영업 손실보상제도와 상가 권리금보상에 대한 논의를 중심으로 -, 공법연구(2009.06.), 37(4), 287-310
- 고민수, 방송사업자의 공정성의무에 관한 헌법적 고찰 - 미국에서의 공정성 규범에 관한 논의와 이에 대한 비판적 분석을 중심으로 -, 공법연구(2009.02.), 37(4), 117-143
- 최인호, 미국 정보공개법상 공개거부사유로서의 사생활보호, 공법연구(2008.06.), 36(4),

541-573

- 노기호, 미국의 교육복지정책과 법제의 동향, 공법연구(2007.10.), 35(3), 27-55
- 박중현, 헌법재판에서 선례변경의 판단기준: Ramos 판결에서 드러난 미연방대법원의 논의를 중심으로, 비교법연구(2022.08.), 22(2), 319-362, 비교법문화연구소
- 오석진, 탄소중립 실현 및 ESG 가치 제고를 위한 미국 내 탄소자산 내부거래 규제 방안 — 미국-EU 규제 비교법 연구를 중심으로 —, 법학논총(2023.12.), 40(4), 317-380, 한양대법학연구소
- 이순자, 영국의 이산화탄소 포집 및 저장과 평가에 관한 연구, 유럽헌법연구(2018.12.), 28, 227-265, 유럽헌법학회
- 박정연, 미국 행정청의 집행재량(enforcement discretion)에 관한 법리와 시사점 — 부집행(non-enforcement) 행정작용을 중심으로 —, 공법연구(2017.02.), 45(3), 221-248
- 최환용, 미국의 손실보상기준(Relocation Act)에 관한 연구; 특히 이주대책과 생활재건조치를 중심으로, 부동산연구(2005.06.), 15(1), 25-44, 한국부동산연구원
- 감재선, 영국 행정심판 통합사례에 관한 연구, 공법학연구(2018.02.), 19(1), 491-512, 한국비교공법학회
- 김재선, 행정심판제도의 독립성과 전문성 향상을 위한 공법적 고찰 - 미국 행정심판제도와 비교법적 검토를 중심으로 -, 법조(2022.10.), 71(5), 265-289
- 심민석, 미국의 지역권 수용에 관한 연구, 법학논총(2013.04.), 20(1), 177-212, 조선대 법학연구원
- 박현정, 最近(2018) 프랑스 行政判例의 動向과 檢討, 행정판례연구(2019.06.), 행정판례연구(2019.06.), 24(1), 355-393, 한국행정판례연구회
- 황의관, 미국 행정법상 법규명령에 관한 연구, 공법학연구(2014.11.), 15(4), 197-242, 한국비교공법학회
- 김봉철, 영국의 EU탈퇴(Brexit) 관련 법적 과제 및 전망, 강원법학(2017.02.), 50권, 125-145, 강원대 비교법학연구소
- 김성배, 영국의 토양오염법제와 그 시사점, 환경법과 정책(2013.05.), 10권, 59-104, 강원대 비교법학연구소
- 조성자, 미국 주헌법상 환경권에 관한 연구 — 주헌법 환경권 규정과 판례들을 중심으로 —, 강원법학(2013.02.), 38권, 669-693
- 박종보, 미국헌법상 정부행위이론의 법리와 그 대안, 강원법학(2017.02.), 50권, 349-390, 강원대 비교법학연구소
- 오준근, 부동산 개발사업 허가의 부관과 개발협약에 관한 한국과 미국의 비교 법적 고찰, 토지공법연구(2008.05.), 40집, 97-115
- 최경호, 미국헌법상 지방자치 보장의 방법으로서 지방정부 기관 구성 다양화, 강원법학(2021.11.), 65, 143-168, 강원대 비교법학연구소

- 이기한, 美國의 市民訴訟 執行의 比較法的 考察, 세계헌법연구(2016.12.), 22(3), 89-111, 세계헌법학회한국학회
- 김시철, 언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토 - 미국의 언론·출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여 -, 저스티스(2015.04.), 147, 53-116, 한국법학원
- 이은기, 한국과 미국의 에너지 관련법제의 변화 - 기후변화에 대응한 최근 에너지입법을 중심으로 -, 환경법연구(2012.08.), 34(2), 117-157
- 안동인, 영국법상 경찰권 행사의 근거와 한계 - 「경찰관직무집행법」의 비교법적 검토와 관련하여 -, 공법학연구(2016.11.), 17(4), 315-344, 한국비교공법학회
- 김유라, 지방분권 논의와 지방의회 역할강화 방안 모색 -미국 지방의회제도와의 비교법적 검토를 통하여-, 법학논총(2018.12.), 42(4), 233-270, 단국대학교법학연구소
- 이진구/김일환, 통신비밀의 보호범위와 한계에 관한 비교법적 연구 - 미국의 통신비밀보호 법제를 중심으로 -, 미국헌법연구(2016.04.), 27(1), 213-244
- 석인선, 환경영향평가절차상 주민참여 : 미국과 우리나라의 경우에 관한 비교법적 고찰을 중심으로, 환경법연구(2018.08.), 30(2), 437-471
- 박정훈, 도시계획체계상의 합치성원칙에 관한 비교법적 연구 - 미국 도시계획법제를 중심으로 -, 토지공법연구(2005.02.), 25집, 101-139
- 이인수, 사립학교 교원의 법적 지위에 대한 비교법적 고찰: 한국과 미국의 사례를 중심으로, 교육법학연구(2017..12.), 29(4), 147-176, 대한교육법학회
- 백수원, 국가유공자제도에 대한 헌법적 고찰 - 미국, 캐나다, 호주와의 비교법적 검토를 겸하여 -, 법학논고(2015.11.), 52, 23-45, 경북대학교 법학연구원
- 이우영, 공기업의 지배구조와 운영에 관한 비교법적 검토 : 미국의 연방 공기업 법제, 경제규제와법(2015.11.), 8(2), 35-54, 서울대학교 법학연구소
- 김재광, 도시재생 관련법제의 현황과 법적 과제- 영국, 일본과의 비교법적 고찰을 중심으로 -, 토지공법연구(2014.02.), 64집, 105-132
- 조수혜, 헌법재판에서의 가치분배에 대한 비교법적 연구 - 한국과 미국을 중심으로 -, 미국헌법연구(2012.12.), 23(3), 307-342
- 이재희, 미국헌법의 평등보장 체계에 대한 비교법적 검토: 한국헌법에의 시사점, 저스티스(2016.06.), 154, 58-95, 한국법학원
- 임채홍, 공무원의 정치적 중립의무 비판 - 미국 공무원법제와의 비교법적 고찰, 민주법학(2006.12.), 32, 247-275, 민주주의법학연구회
- 이환경, 미국 정부의 독립규제위원회에 관한 연구, 강원법학(2023.11.), 73, 86-106
- 김병록, 사면 제도에 관한 비교법적 고찰 - 미국의 제도를 중심으로 -, 법학논총(2018.04.), 25(1), 165-204, 조선대법학연구원
- 김재원, 법조윤리의 교육과 시험 - 한국과 미국의 비교법적 고찰 -, 성균관법학(2010.12.),

22(3), 1123-1146

- 황희관, 미국 연방행정절차법상 정책의 일반적 설명과 재량준칙의 비교법 연구, 토지공법연구(2015.02.), 68집, 431-466
- 박종보, 계엄제도에 관한 비교법적 고찰 - 미국을 중심으로, 법학논총(2006.10.), 23(2), 77-104, 한양대법학연구소
- 김성배, 비교법적 관점에서 도시계획의 발전과 지방자치단체의 계획권의 이해- 미국법을 중심으로 -, 토지공법연구(2021.08.), 95집, 95-124
- 김연진, 징벌적 손해배상책임에 관한 비교법적 고찰 - 미국과 한국의 비교를 중심으로 -, 미국헌법연구(2021.12.), 32(3), 151-186
- 임혜현, 경찰국 설치의 행정법적 쟁점 - 입법의도 해석과 미국식 웨브론·선점주의 논의를 중심으로 -, 비교법연구(2022.08.), 22(2), 455-485, 비교법문화연구소
- 김연진, 사면에 대한 비교법적 고찰 - 미국과의 비교를 중심으로 -, 미국헌법연구(2022.04), 33(1), 267-296, 미국헌법학회
- 김중우, 한국과 영국의 탄소중립을 위한 위원회의 비교법적 연구, 토지공법연구(2022.11.), 제100집, 533-555
- 염지애, 다문화사회에서의 이주민의 종교의 자유에 대한 비교법적 검토 - 미국과 캐나다 연방대법원 판결을 중심으로 -, 외법논집(2023.02), 47(1), 151-176, 한국의대법학연구소
- 김형남, 캐나다·미국·한국의 헌법재판기준에 관한 비교법적 연구, 성균관법학(2007.12.), 19(3), 131-146, 성균관대학교 법학연구원
- 강성용, 경찰에 대한 통제- 한국과 영국의 시민에 의한 경찰 외부통제기구에 대한 비교법적 연구 -, 외법논집(2018.05.), 42(2), 371-396, 한국의대법학연구소
- 이민영, 미국 AI 행정명령의 라벨링에 관한 연구, 미국헌법연구(2024.08.), 35(2), 61-96, 미국헌법학회
- 하민경, 미국의 정보통신재난법제 변화와 전담기구의 창설, 비교법연구(2020.04.), 20(1), 305-341
- 이상현, 우리 대법원 판례에 대한 미국 연방법원 판례의 영향에 관한 비교법 연구, 홍익법학(2012.10.), 13(3), 411-434, 홍익대법학연구소
- 나채준, 미국과 우리나라의 통신감청법률에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구(2011.02.), 52집, 329-356
- 나채준, 간접손실보상과 영국의 공익사업의 시행으로 인한 침해적 영향에 대한 손실보상의 비교법적 고찰, 공법연구(2009.12.), 38(2), 465-492
- 남정아, 캐나다 헌법상 언론의 자유와 방송·통신 심의기구의 내용 규제에 대한 비교법적 연구, 유럽헌법연구(2024.04.), 44, 221-268
- 유주성, 프랑스, 미국, 일본의 자치경찰제와 비교법적 검토, 동아법학(2018.08.), 39-78, 동아대법학연구소

V. 기타 비교법 관련 문헌

- 안정민, 비교법적 관점에서 본-기업의 사회적 책임 활성화를 위한 법의 후견적 역할과 시사점, 공법연구(2015.10.), 44(1), 493-517
- 신우철, 비교법적 방법론을 동원한 헌법변론-변호사법 제81조 4항 등의 위헌성 논증-, 공법연구(2001.05.), 29(4), 265-181
- 배영길, 사무배분에 관한 지방자치법의 개정방향 - 비교법적 고찰을 중심으로 -, 공법연구(29(1), 401-422.
- 박 민, 민사재판의 공공정책결정기능에 관한 비교법적 연구, 공법연구(2005.12.), 34(2), 235-256
- 조연홍, 민중소송의 비교법적 연구, 공법연구(1995.06.), 23(3), 257-316
- 나채준, 간접손실보상과 영국의 공익사업의 시행으로 인한 침해적 영향에 대한 손실보상의 비교법적 고찰— 공법연구(2009.12.), 38(2), 465-492
- 이시우, 대학운영체제에 관한 비교법적 분석, 공법연구(2000.10.), 28(4-2), 23-54
- 조병선, 은행업 인허가제의 헌법적합성 검토를 위한 비교법적 고찰, 공법연구(1996.06.), 24(4), 157-203
- 화전영부, 헌법재판-비교법제도적 입장에서-, 공법연구(1988.06), 16, 235-253
- 박정훈, 韓國 行政法學 方法論의 形成·展開·發展, 공법연구(2015.12.), 44(2), 161-191
- 우미형, 행정입법절차의 민주적 정당성 강화를 위한 논의, 공법연구(2023.02.), 51(3), 169-197
- 김태호, 법치주의의 시험대에 선 코로나 방역 대응, 공법연구(2021.06.), 49(4), 201-234
- 최은석, 북한과 중국의 행정처벌법에 관한 비교 고찰, 공법연구(2008.11.), 37(1-2), 389-418
- 김원주, 자동차교통사고를 줄이기 위한 한·일 도로교통법의 비교연구, 공법연구(2000.10.), 28(2), 413-432
- 김용훈, 국제인권법의 국내 도입에 있어서의 쟁점 소고 - 양심적 병역거부 인정과 관련한 한국과 대만 내 상황을 중심으로 -, 공법연구(2021.06.), 49(4), 55-79
- 임 현, 권한쟁의심판과 기관소송 및 「지방자치법」상의 소송간의 관계에 관한 소고, 공법연구(2019.07.), 47(3), 91-117
- 이창훈/차종엽, 감염병으로 인한 영업제한조치와 그 보상에 관한 비교법적 연구 -코로나19 상황을 중심으로-, 성균관법학(2023.06.), 45(2), 177-218
- 배병호/양은영, 국내외 기부채납제도의 비교법적 검토, 토지공법연구(2016.11.), 76집, 283-310
- 최정윤/김형섭, 공무원의 행정법상 책임에 관한 비교법적 연구, 법과정제연구(2021.03.), 21(1), 201-234, 한국법정정책학회

- 김중우/김상겸, 기후변화에 대한 사법적 구제방안의 비교법적 연구, 토지공법연구 (2021.08.), 제95집, 273-298
- 박창석, 징벌적 손해배상에 관한 비교법적 검토, 환경법연구(2013.04.), 35(1), 75-106
- 강재규/김상희, 주민참여예산제도의 비교법적 연구- 우리나라와 브라질 포르투 알레그레 (Porto Alegre)시사례를 중심으로 -, 지방자치법연구(2011.12.), 11(4), 267-302
- 고기복, 개인정보보호를 위한 비교법적 연구, 유럽헌법연구(2019.12.), 31, 427-458
- 고기복, 스포츠권의 보장을 위한 비교법적 연구, 스포츠엔터테인먼트와 법(2019.11.0, 22(4), 123-144
- 김남진, 위임입법과 행정입법절차의 비교법적 고찰, 미국헌법연구(2007.09.), 18(2), 1-1
- 최봉석, 외국의 지방자치제도에 관한 비교법적 연구, 헌법재판연구(2019.12.), 6(2), 107-147
- 신옥주, 우편선거제도 확대를 통한 보통선거원칙의 실현에 관한 비교법적 연구, 헌법학연구(2020.12.), 26(4), 101-136, 한국헌법학회
- 성중탁, 부담금제도에 대한 비교법적 검토와 개선방안, 토지공법연구(2017.08.), 79집, 467-491
- 한명진, 위원정당 소속 의원의 자격상실에 대한 비교법적 검토, 공법학연구(2018.08.), 18(3), 109-140, 한국비교공법학회
- 오준근, 공용물에 관한 법제개선을 위한 비교법적 연구, 토지공법연구(2010.02.), 48집, 113-130
- 양충모, 조세소송상의 입증책임론에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구(2014.11.), 67집, 201-221
- 고헌환, 행정입법에 대한 행정적 통제에 관한 비교법적 고찰, 유럽헌법연구(2015.04.), 17, 601-638
- 손형섭, 변상금제도의 비교법적 검토와 합리적인 운용방안, 토지공법연구(2011.08.), 54집, 313-332
- 김일환/김민호, 민간영역에서 개인정보의 처리와 이용에 관한 비교법적 고찰, 토지공법연구 (2009.11.), 46집, 291-318
- 이희훈, 영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰, 일감법학 (2014.02.), 27., 704-737, 건국대법학연구소
- 박철규, ADR법 발전과정에 관한 비교법적 연구 - 미·영·독·불·일을 중심으로 -, 미국법 연구(2015.04.), 27(1), 113-149
- 성봉근, 스마트시티와 행정계획의 현대적 변용연구, 공법연구(2023.10.), 52(1), 65-109
- 김해룡/김재호, 團體訴訟制度의 導入에 관한 고찰- 유럽법상의 단체소송제도와 비교법적 관점에서 -, 환경법연구(2005.12.), 27(4), 123-148, 한국환경법학회
- 김중천, 야간 옥외집회 및 시위에 관한 법규정의 공백에 따른 방향 설정을 위한 비교법적

고찰, 법학논문집(2012.04.), 36(1), 31-68, 중앙대학교 법학연구원

- 이상경, 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사원의 감사에 관한 소고 - 우리나라와 미국의 비교법적 고찰 -, 세계헌법연구(2012.04.), 18(1), 327-352, 세계헌법학회한국학회
- 박훈민, 남북한의 재난대비 분야 행정협력의 가능성과 그 공법상의 문제에 대한 소고 - 비교법적 검토와 법제화 방안을 중심으로 -, 행정법연구(2020.05.), 61, 29-56, 행정법이론실무학회
- 김지영, 법률유보의 비교법적 고찰, 한양법학(2023.02.), 34(1), 한양법학회, 55-87

헌법재판과 민주주의

김 문 현*

- I. 서
- II. 국민입헌주의와 헌법재판
- III. 민주주의와 헌법해석방법
- IV. 다단계 위헌심사기준문제
- V. 맺는 말

I. 서

1. 헌법재판과 민주주의문제는 헌법재판의 근거에 있는 가장 기본적 문제로서¹⁾ 헌법재판이 민주주의와 상용할 수 있는가 하는 근원적 문제부터 헌법해석방법, 헌법재판기관의 구성, 타국가기관과의 관계, 위헌심사기준, 사법적극주의-소극주의, 통치행위 등 헌법재판제도 전반에 걸친 문제라 할 수 있다.

사실 헌법재판과 민주주의의 문제는 미국연방헌법이 제정되고 *Marbury v. Madison* 판결을 계기로 사법심사제가 도입된 이래 지속적으로 문제되어 온 것으로²⁾ 이미 초기 공화주의자들은 사법심사제가 민주주의에 배치된다는 입장을 가지고 있었다. 예컨

* 한국공법학회 고문, 이화여자대학교 명예교수

1) 이에 관해서는 이명웅, 민주주의와 헌법재판, 헌법논총 18집, 2007, 243-272면; 김종철, 한국의 헌법재판과 민주주의 -입헌민주주의의 공화주의적 재해석을 중심으로-, 헌법재판연구 제5권 제2호, 2018, 3-43 참조

2) Barry Friedman은 미국에서의 사법심사에 관한 논쟁은 다수지배와 미국통치체제에 내재하는 입헌주의 간의 불가피한 긴장관계를 반영한 것이라 한다(Barry Friedman, *The Will of the People*, 2009, p.367).

대 T. Jefferson은 하나의 기관이 유권적·최종적으로 헌법을 해석할 권한을 가진다면 이는 전제정을 의미한다고 한 바 있고, Van Buren은 미국정치는 민주주의와 귀족정간의 투쟁으로 규정된다고 하였는데 Larry Kramer교수같은 사람은 사법최고성을 주장하는 자들은 현대판 귀족주의자라고 비판하고 있다.

우리나라에서도 정치학계에서 2004년의 대통령 탄핵심판과 신행정수도 이전에 관한 법률위헌결정을 계기로 이러한 결정이 민주주의와 상용할 수 있는가를 둘러싸고 논쟁이 전개된 바 있다.³⁾ 일부정치학자는 1987년 헌법의 커다란 결함의 하나로 ‘사법기능의 역할, 특히 현재의 역할이 엄청나게 비대해진’ 점을 들면서,⁴⁾ 2004년 5월 대통령 탄핵심판사건과 10월의 신행정수도 이전에 관한 심판사건을 예로 들어 이러한 판결은 민주주의의 규범과 원리에 정면으로 배치된다고 주장한 바 있다.

2. 오늘날 민주주의국가는 성문헌법을 두고 민주적 절차와 제도를 규정함과 동시에 민주주의의 한계를 규정하면서 헌법재판제도를 두어 그 한계를 넘지 않도록 통제하고 있다. 2차대전전후 세계의 80%이상의 국가가 헌법재판제도를 도입하고 있을 뿐 아니라 헌법재판기관의 역할이 확장되었다.⁵⁾

그런데 칼 슈미트가 헌법재판을 ‘사법의 옷을 걸친 정치’라 하였듯이 헌법재판은 비록 재판소의 결정형식을 취한다 하더라도 불가피하게 정치적 사법으로 나타나게 되는 것은 ⁶⁾ 필연적이라 할 수 있다. 그런 점에서 일찍이 미국의 홈즈대법관이 미연방 대법원을 일컬어 ‘정치 태풍의 중심’이라 부른 것처럼 헌법재판기관은 정치적 중심에서 비켜 있을 수는 없다. 특히 정치의 사법화가 가속화 됨에 따라 헌법재판소나 법원이 정치의 중심에 있는 일이 빈번해지고 있다.⁷⁾ 이러한 현상은 현대민주주의의 필수

3) 이에 관해서는 최장집, 민주주의와 헌정주의: 미국과 한국, 로버트 달 지음, 박상훈·박수형 옮김, 미국헌법과 민주주의, 2007; 박명립, 헌법, 헌법주의, 그리고 민주주의: 2004년 노무현 탄핵사태를 중심으로, 한국정치학회보 제39집1호, 2005, 253이하 및 정준표, 사법심사, 입헌주의와 민주주의, 대한정치학회보 제20집3호, 2013, 97면 이하 등 참조

4) 최장집, 전개논문, 57면.

5) Louis Roberto Banoso, Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Role of Constitutional Courts in Democracies, 67 Am. J. Comp. L.109, 111 (2019).

6) 에른스트-볼프강 비켄회르데, 김효전역, 헌법재판권의 구조문제·조직·정당성, 에른스트-볼프강 비켄회르데, 김효전역, 국가와 헌법Ⅱ, 산지니, 2024, 1143,1148

7) 정치의 사법화에 관해서는 김종철, 정치의 사법화의 의의와 한계, 공법연구 제33집 제3호, 2005, 229-251 및 박종현, 정치의 사법화의 세가지 유형-미국을 중심으로 한 비교헌법적

요소로서 기본권과 법의 지배를 보장하기 위한 강력하고 독립적인 사법부의 중요성의 인정, 다수지배정치에 대한 환멸, 의회나 정부가 도덕적·정치적으로 분열된 사안에 대한 콘센서스를 도출할 수 없게 된 현실, 그리고 이러한 정치적 불확실성속에 정치엘리트들의 정치적 헤게모니를 유지하기 위한 방법으로 헌법재판기관의 권한강화 등이 요인으로 지적되고 있다.⁸⁾

그러나 이러한 현상은 자칫 국민에 의해 선출되지도, 책임지지도 않는 법관에 의한 과두지배라는 우려를 낳게 된다. Alexander M. Bickel교수가 “사법심사의 근본적 문제는 ---반다수적 권한이라는 것”⁹⁾이라고 지적한 것처럼 사법부가 국가의 중요정치문제를 최종결정하는 것에 대해서는 과두지배, 또는 법조엘리트에 의한 지배로 민주주의에 배치된다는 지적들이 계속 있어 왔다.

3. 특히 헌법이 가지는 추상성과 개방성과 관련하여 자칫 헌법재판은 헌법을 빙자하여 법관이 자신의 가치선택을 실현하는 것이 아닌가 하는 비판이 있을 수 밖에 없다. 법관 스스로도 예컨대 2015년 *Obergefell v. Hodges* 판결에서는 A. Scalia 미연방 대법관은 동판결의 반대의견에서 “나를 지배하는 자가 누구인가는 대단히 중요한 문제이다. 오늘의 판결은 나와 32,000만 명의 미국시민의 지배자가 대법원의 9명의 법관 중 다수의견을 가진 법관이라는 것을 말하고 있다.”고 비판한 바 있다.¹⁰⁾ 이러한 헌법재판과 민주주의간의 긴장관계는 헌법재판 전반에 걸쳐 영향을 미치는데 여기서는 그 중 어떻게 헌법재판을 하는 것이 민주주의에 부합하는 것인가 하는 점에 초점을 두어 국민입헌주의문제, 헌법해석방법문제, 그리고 다단계위헌심사문제에 대해 간략히 말씀드리고자 한다.

사례연구, 세계헌법연구, 2010 참조

8) Louis Roberto Banoso, 전계논문, 113 .

9) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch - The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale Univ. Press, 2nd ed. 1986, 16.

10) *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct.2584, 2627 (2015).

II. 국민입헌주의와 헌법재판

1. 헌법재판과 민주주의와 관련하여 최근 미국헌법학계의 가장 논쟁적 문제의 하나가 되고 있는 국민입헌주의(popular constitutionalism) 문제는 비록 헌법재판제도는 다르지만 우리에게도 흥미로운 주제가 아닐 수 없다.¹¹⁾ 미국의 경우 2000년의 *Bush v. Gore* 판결¹²⁾을 계기로 헌법해석에 있어 사법의 최고성에 대한 의문을 제기하는 학자들의 목소리가 커졌고 특히 2004년 Larry Kramer 교수의 ‘The People Themselves-Popular Constitutionalism and Judicial Review’라는 저서를 계기로 논쟁이 본격화되었다.

2. 국민입헌주의는 미국연방헌법상 최종적·유권적 헌법해석기관이 누구인가에 대한 하나의 관점으로서, 이에 관한 지배적 견해가 되고 있는 사법최고성(judicial supremacy)에 대한 반론이자 헌법해석에 있어 국민과 국민대표기관의 적극적 참여와 역할을 강조하는 주장이라 할 수 있다. 국민입헌주의는 기본적으로 민주주의-국민주권적 관점에서 국민이 최고의 유권적 헌법해석권자라고 보고 국민과 그에 의해 선출된 의원들이 헌법의 해석과 형성에 지속적인 역할을 하여야 한다고 주장하면서 사법최고성은 민주주의에 맞지 않다고 주장한다.

대표적 국민입헌주의자인 Larry Kramer 교수는 국민입헌주의와 사법최고성 간의 구별은 궁극적으로는 민주주의에 대한 기본적 관점의 차이에 있다고 한다. 즉 사법최고성은 민주주의에 대한 불신에 기초하고 있으며 보통의 정치는 매우 위험해서 어떤 독립한 기관에 의해 그 과도성이나 부정을 통제하지 않으면 안되는 것으로 본다는 것이다. 그는 국민입헌주의는 헌법을 해석하고 실행하는 권한이 법원에 배타적이거나 최종적으로 부여되는 것이 아니라 정치와 국민 스스로에 있다는 아이디어이며 달리 표현하면 국민이 나날의 근본법 운영에 관한 권한을 가진다는 것이라 한다.¹³⁾ 그런 점에서 국민입헌주의는 헌법의 의미를 결정하는 것은 국민 자신의 기본의무라고 한다. 그래서 사법최고성을 지지하는 자들을 현대판 귀족주의자라고 비판하고, 사법최고성은 사법엘리트에 의한 지배를 초래하여 민주주의에 배치된다고 주장한다.

11) 이에 관해서는 김문현, 헌법해석-해석방법과 해석기관, 법원사, 2024, 115 이하 참조

12) 531 U.S.98 (2000).

13) Larry D. Kramer, Popular Constitutionalism, CIRCA, 92 Cal. LRev. 959(2004)의 각주 3.

국민입헌주의는 기본적으로 민주주의- 국민주권에 기초하고 있다. 그래서 헌법을 해석하고 실행하는 권한은 법원이 아니라 국민 스스로에 있다고 한다. 또한 국민입헌주의자들은 헌법은 일반법률과 다르다고 주장한다. 즉 헌법은 정부를 규율하고 제한하기 위해 국민에 의해 제정된 법으로서, 국민을 규율하고 제한하기 위해 정부에 의해 제정된 일반법과는 다르다는 것이다. 그래서 일반법의 경우 법이 일단 제정되면 일반 국민은 정부공무원의 법해석과 부과된 제재에 따라야 하지만 헌법의 경우 이러한 관계가 역전된다고 한다. 즉 헌법의 목적은 공무원을 통제하는 것으로 공무원의 헌법해석은 유권적이 아니며 최고권한을 가진 국민 그 자신에 의한 감독과 수정을 받아야 한다고 주장한다.¹⁴⁾ 또한 국민입헌주의는 헌법해석에서 국민의 헌법의식이나 문화를 반영함으로써 헌법을 시대적·사회적 흐름에 부응하게 한다고 한다. 그들은 사법최고성은 역사적 사실에 맞지 않다고 주장한다. 즉 사실상 대부분의 헌법해석과 실현이 법원밖에서 이루어지며, 역사적으로 보면 헌법의 변화가 법원의 판결에 반영되나 그 판결이 변화를 창시하는 것은 드물고 미국민의 지지가 없으면 어떤 경우에도 지속되지 못하였다고 하고, 결국 헌법의 의미를 결정해야 하는 것은 국민이라고 한다.

3. 그러나 국민입헌주의에 대해서는 여러 가지 측면에서의 비판이 가해지고 있다. 1)국민입헌주의에 대한 주요 비판 중에 하나는 그 개념과 실체가 모호하다는 것이다. 2) 또한 국민입헌주의는 애초 헌법을 제정하여 정치권력을 통제하려는 취지에 반한다는 지적이 있다. 즉 Lawrence Tribe 교수는 “헌법이 특정시기의 국민이 말하는 것—그 것이 무엇이든—을 의미한다는 견해는 헌법의 목적 자체를 무시하는 것이다. 만약 헌법이 어떤 특정시기에 국민이 자신이 그 속에 담기를 원하는 것이면 무엇이든 담을 수 있는 그릇이라 한다면 헌법을 제정하는 모든 취지가 상실되는 것이 아닌가?”¹⁵⁾라고 한 바 있다. 3)국민입헌주의의 가장 큰 문제점의 하나는 ‘국민 스스로’의 실체가 무엇인가 하는 점이다. Kramer는 국민입헌주의에 있어 ‘국민 스스로(the people themselves)는 독립된 행위와 의사표현을 할 수 집합체’라고 한다.¹⁶⁾ 그러나 국민이 하나의 의사를 가진 통일체라 하는 것은 하나의 픽션이며, 국민은 다양하고 많은

¹⁴⁾ Larry D. Kramer, Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint, 100 California Law Review 621, 622f (2012).

¹⁵⁾ Lawrence Tribe, The People’s Court, N.Y. Times, Oct. 24, 2004, 7

¹⁶⁾ Larry D. Kramer, Popular Constitutionalism, CIRCA, 92 Cal. L. Rev. 959, 962(2004)

수의 사람의 집합으로서 그 의견도 다양하고 통일되어 있지 않다는 비판이 제기 된다.¹⁷⁾ 4) 국민입헌주의는 그 주장의 당위성에 비해 그것이 현실적으로 어떻게 적용되고 기능하는지에 대한 해명이 미흡하다는 비판이 있다. 5) 국민입헌주의는 다수지배 민주주의를 강조함으로써 소수자의 인권보장을 위협할 수 있다는 비판을 피하기 어렵다. 6) 또한 국민입헌주의가 말하는 국민은 헌법해석기관으로서 적합하지 않다는 비판적 견해가 있다. E. Chemerinsky 교수에 의하면 헌법은 모든 공권력을 통제하기 위해 존재하는 것이며, “사회가 자신으로부터 자신을 방어하려는 의도의 표현이다.”¹⁸⁾ 그런 점에서 누가 유권적 헌법해석기관이어야 하는가는 정치적 다수의 의사에 대한 헌법적 제한을 가장 잘 실현할 수 있는 기관이어야 할 것인데 정치적 압력으로부터 가장 독립적 기관이라 할 수 있는 연방법원이 그에 적합한 기관이라 한다. 19) 7) 사법의 최종성은 민주주의가 기능하는 데 필수적인 법의 지배의 핵심적 요소라 할 수 있다. Larry Alexander & Frederick Schauer 교수는 입헌주의의 목표는 모두를 구속하는 하나의 유권적 헌법해석기관을 가질 때 실현될 수 있으며 연방대법원이 이 역할을 할 수 있다고 하고 여러 헌법해석 중 최종적 유권적 해석을 하는 하나의 기관이 없다면 헌법의 주된 존재 의미가 상실될 것이라 한 바 있다.²⁰⁾

4. 미국에서의 이러한 국민입헌주의 논쟁은 헌법재판제도를 명문으로 규정하고 있는 우리헌법에 그대로 적용할 수는 없다. 그럼에도 국민입헌주의 논쟁의 배경에 깔려 있는 기본적 문제는 헌법재판에 내재하는 보편적 문제를 띄고 있어 우리에게도 의미 있는 시사를 준다고 할 수 있다.

사실 우리나라에서도 국민입헌주의와 유사한 의견이 없는 것은 아니다. 일부정치학자는 ‘사법부의 정치적 결정’의 사례의 증가와 특히 2004년 5월 대통령 탄핵심판사건과 10월의 신행정수도 이전에 관한 심판사건을 예로 들어 헌법재판소가 행정부와 입

17) Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Popular? Constitutionalism? The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, By Larry D. Kramer, 118 Harv. L. Rev. 1594, 1621 (2005)

18) E. Chemerinsky, *In Defence of Judicial Supremacy*, 58 William & Mary Law Rev. 1459, 1465 (2017).

19) E. Chemerinsky, 상계논문, 1470.

20) Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 Harvard L. Rev. 1359, 1381 (1997).

법부를 압도하는 ‘제왕적 사법부’가 되었다고 비판하였다. ‘민주주의를 인민주권, 정책과 법의 결정과정에 대한 인민의 참여, 다수지배를 중심원리와 규범으로 이해한다면, 이는 사법부가 민주주의의 제일의 가치와 규범을 무시한 것이라’고 하면서 ‘대중의 민주적 통제로부터 멀리 떨어져 있는 소수의 법전문가와 엘리트들의 판결이 인민 다수의 의사위에 균립할 수 있다는 것을 실증하고 있기 때문’이라고 하였다.²¹⁾ 그는 갈등사안을 다루고 조정해가는 것은 기본적으로 법이 아니라 정치의 영역에서 이루어져야 한다고 하고 ‘인민 다수 혹은 그 대표에 의해 의회에서 정치적으로 결정되어야 할 문제가 9명 재판관들의 다수결에 의한 결정으로 환원될 수는 없는 것’이라 하였다.²²⁾

그러나 이러한 주장속에는 정책론과 헌법해석론이 섞여 있고, 기본적으로 헌법재판제도 자체가 민주주의 규범과 원리에 배치된다는 입장에 기초하고 있어 헌법해석론으로는 수용하기 어렵다. 그러나 정치의 사법화는 자칫 ‘제왕적 헌법재판소’, ‘제왕적 사법부’라는 비판이 따르게 되고 후견주의(guardianship), 또는 귀족정, 과두지배 등으로 비난받게 된다. 그런 점에서 온건국민입헌주의는 우리헌법 해석에 있어서도 의미가 있다고 생각한다. 우선 1) 고도의 정치적 판단이 요구되는 사항에 대해서는 국민대표기관인 국회나 정부의 판단을 존중하는 것이 타당하며 통치행위나 기능적 한계 등을 모두 부인하는 헌법재판지상주의도 경계해야 한다. 또한 2) Felix Frankfurter 대법관이 법관으로서의 경력과 (헌법재판을 담당하는) 연방대법관의 적격성간에는 상관관계가 전혀 없다고 한 것처럼²³⁾ 헌법재판은 민·형사·행정재판과는 성격이 다른 재판이다. 소수법조엘리트의 지배라는 비판을 완화하기 위해서라도 헌법재판관의 자격요건 및 임명절차는 개정할 필요가 있다. 3) Barry Friedman 교수의 지적처럼 헌법재판은 헌법을 변화시키는 촉매제이나 국민의 의사나 법감정과 유리된 헌법해석은 유지되기 어렵다. 그런 점에서 헌법재판소나 대법원이 헌법재판을 할 때 국민여론이나 현실, 국회·정부 등 국민대표기관의 의견에 귀기울여야 한다. 헌법재판이 일시적으로 가지는 계몽적 기능도 있지만²⁴⁾ 헌법재판도 국민과 함께여야 한다는 것이 국민입헌주의

21) 최장집, 전계논문, 60-61면.

22) 최장집, 상계논문, 65면.

23) H.J, Abraham, The Judicial Process, 1998, 56에서 인용

24) Louis Roberto Banoso에 의하면 헌법재판을 하는 법원은 가) 선출된 기관의 행위를 무효화하는 경우 반다수주의적 역할, 나) 정치적 과정을 통하지는 않으나 사회적 요구에 부응하는 경우에는 대의적 역할, 다) 정치적 다수에 관계없이 사회적 진보를 촉진하는 경우에

의 가장 큰 함의라 할 수 있다.

Ⅲ. 민주주의와 헌법해석방법

1. 과거 미국에서 헌법해석방법에 있어 원의주의-비원의주의논쟁의 기폭제가 된 것은 비원의주의에 바탕한 1973년 *Roe v. Wade* 판결이었다. 그런데 최근 2022년 *Dobbs* 판결에서 미연방대법원 다수의견은 *Roe* 판결이 “ 순전히 ‘적나나한 사법권력(raw judicial power)’을 휘둘러 헌법이 분명히 국민들에게 남겨둔 심오한 도덕과 사회적 중요성에 관한 문제를 표명할 권한을 강탈하였다. ’(slip opinion 44)²⁵⁾고 하여 *Roe* 판결을 비판하였다

헌법은 국가의 최고법으로서 추상성과 개방성, 대강성을 가지지 않을 수 없다. 이러한 규범적 특성은 헌법해석기관이 자신의 주관적 가치선택을 헌법이라 주장하는 현실을 피할 수 없다. 그런데 휴즈미연방대법원장이 연방대법원이 헌법이라 하는 것이 헌법이라고 한 것처럼 헌법재판기관의 헌법해석이 헌법이 되므로 자칫 헌법재판관에 의한 지배를 초래할 위험이 있다. 그런 점에서 어떻게 헌법을 해석하는 것이 헌법재판기관의 자의적 헌법해석을 막고 민주주의에 부합할 수 있는가가 문제되지 않을 수 없다.²⁶⁾

2. 원의주의자들은 사법심사가 민주주의에 부합하기 위해서는 법관은 원의주의에 따른 헌법해석을 하여야 한다고 주장한다. 그들은 법적용기관으로서 법원은 법으로서 헌법에 따라야 하는데 헌법텍스트가 법이므로 법관이 헌법텍스트의 원래의 의미를 따르지 않고 자신이 선택한 가치나 원리에 따른다면 이는 헌법의 지배가 아니라 법관에 의한 지배가 될 것이라 하면서 비원의주의는 법의 지배 자체를 무너뜨리는 것이라 비판한다. 일찍이 *Bork* 판사는 ‘원의주의적 접근만이 헌법적 판결에 대한 어떤 이론이든 그것이 민주적 정당성을 가지기 위하여 갖추어야할 기준에 부합한다.’²⁷⁾고 주장하

는 계몽적 역할을 한다고 한다(Louis Roberto Banoso, 전계논문, 142 이하

²⁵⁾ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. -(2022)(slip opinion, 44)

²⁶⁾ 이에 관해서는 김문현, 전계서, 50 이하 참조

였고, Antonin Scalia 대법관도 원의주의가 보다 더 민주체제의 헌법의 본질이나 목적에 부합한다고 하면서 원의주의가 덜 해악적이라고 하였다.²⁸⁾ Ely 교수는 원의주의가 설득력을 가지는 중요한 이유로 비원의주의는 근본적으로 민주주의와 조화되기 어렵다는 점에서 찾고 있다. 그에 의하면 다수지배민주주의는 미국법전체체계의 핵심인데 비원의주의철학에는 부정할 수 없는 다수지배민주주의와의 불일치가 있다는 점이 큰 약점이라 지적한다.²⁹⁾

이러한 원의주의자들의 주장은 1) 민주국가에서 주권자는 국민이며, 헌법은 주권자인 국민의 영속적 의사의 표현으로서 국민의 의사의 표현인 헌법은 국민의 대표자의 의사의 표현인 다른 법령보다 우월적이며, 2) 법원은 이렇게 헌법으로 표현된 국민의 의사를 집행하도록 고안된 기관이고, 3) 일정 영역에서는 다수지배가 미치지 않는 것에 대한 사회적 동의가 헌법에 규정되어 있다고 보아야 하는 바, 법원은 국민이 헌법 제정시 동의한 원리를 객관적으로 적용함으로써만 이러한 권한을 행사할 수 있으며, 만약 원의주의를 포기한다면 법원이 자신의 권한을 넘어 헌법이 부여하지 아니한 가치선택(value choices)을 할 수 있도록 허용하는 결과가 되어 민주주의에 배치된다는 논리에 바탕하고 있다.

3. 그에 대하여 비원의주의-살아있는 헌법주의자들은 헌법의 의미는 고정된 것이 아니라 그때 그때 변화하는 국민의 의사를 반영하는 것이며 그것이 민주주의에 부합하는 것이라고 한다. 단순히 민주주의에 부응하기 위하여 원의주의를 택하여야 한다는 주장은 왜 과거의 민주적 결정(헌법제정)이 그 후의 민주적 결정보다 우선하여야 하는지에 대한 설명을 할 수 없다고 지적한다.³⁰⁾ 그래서 살아있는 헌법주의자들은 헌법제정당시의 이미 죽은 세대가 현세대를 통제하는 것을 부인하고 헌법이 오늘날 살아있는 자에 대해 구속력을 가지려면 시대에 맞게 업데이트되어야 한다고 주장한

27) Robert H. Bork, *The Tempting of America - The political Seduction of the Law* - 1990, 143.

28) Scalia, Antonin, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cin. L.Rev. 849,862(1989).

29) John H. Ely, *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. 7.

30) J. O. McGinnis & M. B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, Harvard University Press, 2013, 4.

다.³¹⁾ 그들은 헌법은 어느 한 시점(헌법제정 당시)에 내린 주권자의 명령이 아니라 세대를 거쳐 연면하게 이어지는 과정을 통해 생성, 변화하는 것이며, 헌법의 효력은 헌법의 진화와 이어지는 세대에 의한 수용가능성에 있다고 주장한다. 따라서 헌법규정의 해석에 살아있는 현세대의 견해와 기대가 반영되어야 하고, 헌법규정과 원리에 대한 현세대의 동의를 결합하여야 하며, 헌법규정해석에 있어 원래의 의미의 구속으로부터 풀어주어야 한다고 한다. 이렇게 헌법전은 현세대의 동의가 있을 때 완전히 허구적인 것이 아닌, 우리만의 것이 될 수 있다고 주장한다.³²⁾

4. 원의주의와 비원의주의는 개념필연적으로 사법소극주의와 사법적극주의와 연결되는 것은 아니다.³³⁾ 원의주의는 헌법에 대한 충실성에 주된 초점이 있지, 사법적 억제에 초점을 둔 것은 아니었다.³⁴⁾ 그럼에도 원의주의가 살아있는 헌법이 법관의 가치적 선호를 실현하고 헌법해석의 객관성과 중립성을 침해한다고 비판하여 사법적 자제 내지 소극주의와 연결되는 반면, 살아있는 헌법주의는 사회적 변화에 따른 헌법의 변화를 인정하고 그에 대한 법관의 판단을 인정하므로 사법적극주의와 연결되는 것이 보통이고 역사적으로 위렌 법원이나 버거 법원의 경우 그러하였다.

5. 우리헌법재판소에서 헌법해석방법을 둘러싼 논의는 찾아보기 어려우나 헌법재판소판례는 기본적으로 비원의주의에 바탕한 것으로 판단된다. 특히 헌법에 명문으로 규정하지 아니한 기본권을 적극적으로 넓게 인정하는 것은 헌법재판소가 위헌법률심판이나 헌법소원심판을 통해 국정에 광범위하게 개입할 수 있는 여지를 인정하는 것이다. (예컨대 우리헌법재판소는 낙태권을 임신부의 자기결정권에 포함되며 ‘여성의 인격권의 핵심을 이루는 매우 중요한 기본권’이라 한 바 있다. (헌재 2019.4.11.2017헌

31) Ethan J. Leib, The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism, 24 Constitutional Commentary, 353, 358ff (2007)

32) Ethan J. Leib, 상계논문, 360.

33) John Ely, 전제서, 1.

34) Thomas B. Colby & Peter J. Smith, LIVING ORIGINALISM, 59 Duke Law Journal 239,266 (2009); 실제 원의주의자라 할 수 있는 Scalia 대법관과 Thomas 대법관이 연방입법에 대한 위헌판결에서 매우 적극적 입장을 나타내고 있는 것은 그 예이다(Frank B. Cross, Cross, Frank B., The Failed Promise of Originalism, Stanford University Press 2013, 12).

바127결정; 2012.8.23.2010헌바402결정) 낙태권은 헌법적 권리가 아니며, 주의회의 입법사항이라고 본 미연방대법원의 2022년 Dobbs판결과는 대비되는 결정이다.) 그러나 J. Ely 교수의 지적처럼 비원의주의는 다수지배민주주의와 조화되기 어렵다는 점을 유념할 필요가 있다.

사실 헌법해석에는 헌법해석자의 관점을 배제한 유일한 해석은 있을 수 없다. 그럼에도 헌법재판기관의 헌법해석의 객관성의 확보는 사법에 의한 과두지배를 막고 입헌민주주의를 실현하는 중요과제가 아닐 수 없다. 그런 점에서 헌법해석기준을 분명히 할 필요가 있다.

헌법해석에는 a) 헌법텍스트, b) 외적 요소 - 헌법현실과 가치의식, c) 헌법해석자의 관점이라는 요소가 존재한다.

헌법텍스트는 개정되지 않는 한 고정되어 있으며 변하지 않는다. 성문헌법을 두는 것은 국가질서의 안정성을 확보하고 권력을 제한하여 국민의 자유와 권리를 보장하고자 하는 것이다. 그러기 위해서는 헌법은 고정적 내용을 가지지 않으면 안된다. 그런 반면 헌법이 규범으로서 기능을 수행하기 위해서는 헌법현실과 국민의 헌법의식의 변화를 수용하지 않으면 안된다. 그런 점에서 헷세가 "개방성과 구속적 고정이라는 양자는 헌법의 과제를 수행하기 위한 전제"³⁵⁾라고 지적한 것이나, Jack M. Balkin이 살아있는 원의주의(living originalism)-기본구조원의주의(Framework Originalism)³⁶⁾을 주장한 것에서 볼 수 있듯이 헌법에는 고정성과 변동성이 공존한다고 할 것이다.

그래서 가) 헌법의 기본가치나 기본질서, 기본제도, 변화를 수용하는 민주적 절차, 개별조항의 명백한 문언적 의미 등은 고정되어 있다고 할 것이다. 그 내용은 현실의 변화나 국민의 의식의 변화에도 해석을 통해 그 내용을 변경할 수는 없고, 헌법개정이나 새로운 헌법제정을 통해서만 그 변화가 가능하다. 그래야 국가질서가 유동적인 생활의 변화와 다양한 정파적 대립속에서도 안정성을 가질 수 있고, 헌법이 권력을 제한하고 국민의 자유와 권리를 보장하는 기능을 수행할 수 있다. 만약 이러한 내용까지 유동적이라 한다면 국가질서는 현실속에 해체되어 버릴 것이며, 성문헌법을 두어 입헌주의를 실현하려는 의미는 상실될 것이다.

35) 콘라드 헷세저, 계획혁명, 헌법의 기초이론, 1981, 9

36) Jack M. Balkin, Abortion and Original Meaning, 24 Const. Comment. 291, 292f (2007); Jack M. Balkin, Framework Originalism and the Living Constitution, 103 Northwestern University Law Review 549(2009); 이에 관해서는 김문현, 전게서, 105이하 참조

나) 그러나 헌법조항의 구체적 의미는 그것과 연결되어 있는 구체적 맥락(context)을 떠나서 이해될 수는 없다. 그러한 구체적 맥락에는 역사적 현실과 가치의식이 포함되어 있다. 그에 따라 헌법의 구체적 의미는 변화한다고 할 것이다. (예컨대 성별에 의한 차별금지규정은 성에 의한 차별을 금지해서는 안된다고 하는 의미는 그대로 유지되나 구체적 적용, 예컨대 남성에게만 병역의무를 부과하는 것이 성별에 의한 차별인가 여부는 현실과 국민의식의 변화에 따라 변화하는 것이다. 또 인간다운 생활을 할 권리의 기본의미는 그대로 유지되나 현재 1997.5.29.선고,94헌마33결정에서 문제되었듯이 문제가 된 생계보호기준이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하였는지 여부는 당시의 사회적 급부능력과 국민의 생활수준에 따라 달라지는 것이다.)

다) 이 때 헌법의 고정된 내용은 변화하는 내용을 지도하고 또 제한한다. 말하자면 헌법이 정한 기본틀이라 할 수 있는 기본가치나 질서, 제도, 변화를 수용하는 민주적 절차, 명시적 규정과 같은 고정된 내용은 제정후 변화하는 현실에 따른 구체적 내용의 변화를 지도하고, 또 그 변화가 벗어나서는 안되는 한계를 규정한다고 할 것이다. 그런 점에서 Jack M. Balkin교수가 ‘과거에 만든 규정과 현세대와의 대화’가 헌법해석의 핵심이라 한 지적은³⁷⁾ 타당하다 할 수 있다.

라) 헌법의 해석·적용이 불변적 헌법조항에 의하여 변화하는 현실과 지배적 가치의식을 통제하는 일방적 관계라 보아서는 안된다. 변화하는 현실과 지배적 가치의식도 헌법규정의 구체적 의미변화에 영향을 미치는 쌍방적 관계라 할 수 있다. 헌법현실과 국민의 가치의식을 판단할 때 헌법재판기관은 종래의 판례나 관습, 국민의식변화, 세계적 추이 등에 대한 면밀한 검토가 있어야 할 것이며, 특히 기존의 헌법판례를 변경할 경우 그러한 변화에 대한 충분한 검토와 논증이 있어야 할 것이다. 이를 통해 해석자의 주관적 관점과 그에 따른 가치선택을 통제할 필요가 있다.

6. 헌법해석과 헌법구성의 구별문제

1) 헌법재판기관의 헌법해석과 관련하여 매우 흥미로운 것은 최근 신원의주의자들이 주장하는 헌법구성(constitutional construction)의 문제이다.³⁸⁾ 헌법재판기관은 헌법을 해석·적용하는 것이지 헌법해석이란 명분으로 새로운 헌법을 만들어내는 것은 아

³⁷⁾ Jack M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, 24 *Const. Comment.* 291, 352 (2007).

³⁸⁾ 이에 관해서는 김문현, *전거서*, 43이하 참조

니다. 그런데 종래 헌법해석이라는 범주로 논의된 사항 중에는 성질상 헌법해석이라 볼 수 없는 것을 포함시키고 있지 않는가 하는 의문이 있다. 이러한 문제의식에서 근래 미국의 Keith E. Whittington, Randy E. Barnett, Laurence B. Solum과 같은 신원의 주의자들이 헌법해석(constitutional interpretation)과 헌법구성(constitutional construction)을 구별한다.³⁹⁾

이들은 헌법해석은 이미 존재하는 있는 헌법규정의 의미를 발견하는 것인 반면, 헌법구성은 헌법규정상으로는 그 의미를 발견할 수 없는 경우의 활동, 또는 그 의미를 특정한 사실적 상황에 적용하는 활동이라 하거나⁴⁰⁾, 또는 헌법해석은 헌법텍스트의 전달된 내용(communicative content)(언어적 의미)를 발견하는 활동인 반면, 헌법구성은 헌법상의 원칙(constitutional doctrine)의 내용과 헌법텍스트의 법적 효력을 결정하는 활동이라 한다. ⁴¹⁾

이처럼 헌법해석과 헌법구성을 구별하는 학자들 중에는 헌법해석은 법원의 영역이지만 헌법해석에 의해 의미가 명확하지 않은 경우 헌법구성에 관해서는 정치기관의 의사를 존중하여야 한다는 주장이 있다. ⁴²⁾ Whittington교수는 헌법해석은 이미 존재하고 있는 헌법규정의 의미를 발견하는 것이며, 해석과정을 통한 결과는 헌법으로 인식될 수 있고 법원에 의해 적용될 수 있다고 하고 그런 점에서 헌법해석은 법리적(legalistic)이라 한다. 반면 헌법구성은 헌법규정상으로는 그 의미를 발견할 수 없는 경우를 전제로 하는 바, 헌법해석에 의해 그 의미를 발견할 수 없는 경우 해석이 아닌 창조적 활동이 필요하게 되는데 그러한 활동이 헌법구성이라 한다. 그런 의미에서

39) 해석과 구성의 구별은 E. Allan Farnsworth교수의 논문 “Meaning” in the Law of Contracts, 76 Yale L.J. 939, 940(1967)에서 영향받은 것이다. 동논문에서 해석(interpretation)은 법원이 언어의 의미를 결정하는 과정으로 이에겐 해석후 계약문구를 무효로 한다거나 계약문구의 흠결을 보완하는 것과는 무관하며 오로지 계약문구와 그 의미만 관련된 작용이다. 반면 구성(construction)은 계약의 법적 작용- 법원과 정부기관의 행위에 대한 효과를 결정하는 -을 말한다고 한다. (Lawrence B. Solum, Originalism and Constitutional Construction, 82 Fordham L.Rev. 454, 455(2013)에서 인용)

40) Keith E. Whittington, Constitutional Interpretation - Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review, university Press of Kansas, 1999, 7; Randy E. Barnett, Interpretation and Constuction, 34 Harvard Journal of Law & Pubic Policy 65, 66 (2011).

41) Lawrence B. Solum, Originalism and Constitutional Construction, 82 Fordham L.Rev. 453, 469ff(2013)

42) 이러한 입장을 L. Solum은 The Originalist Thayerian Theory라고 부르고 있다.(Lawrence B. Solum, 상계논문, 473)

헌법구성은 선존하는 것을 발견하는 것이 아니라 창조적인 것이며, 본질적으로 순수히 법적 형태로 파악할 수 없는 정치적인 것이라 하고 헌법구성은 이러한 정치적 영역에서의 헌법의미의 구체화방법이라 한다.⁴³⁾ 그래서 헌법해석과 달리 헌법구성의 내용이 헌법이 되는 것은 아니며, 따라서 법원의 관할의 문제도 아니라 한다. 그는 이 양자의 구별이 입헌정체에서의 사법심사의 역할과 헌법이론상 원의주의의 특정기능을 분명히 하고 원의주의의 한계를 명확하게 한다고 한다.⁴⁴⁾

2) 이론이 있긴 하나 헌법해석은 헌법을 만드는 것이 아니라 이미 존재하는 헌법을 발견하는 것이다. 그래서 원의주의자들은 ‘헌법해석자는 헌법텍스트에 대한 헌법제정자의 이해에 구속되어야 하며 그런 점에서 헌법제정 당시의 세대의 헌법텍스트에 대한 이해가 그 뒤의 세대의 이해와 다른 경우 언제나 우선적이다.’라고 주장하게 되는 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 헌법해석 속에는 헌법의 의미인식뿐 아니라 헌법규정에는 나타나 있지 않는 사항에 대한 구체적 의미에 대한 판단과 구체적 사안에의 적용문제도 포함되어 있었고 그러한 것은 헌법제정 당시의 의미 확인에 의해 인식될 수 없는 것들이라 할 수 있다. 사실 헌법조항은 때로는 애매모호하며, 때로는 흠결되어 있을 수 있는데 이런 경우 헌법의 의미를 구체화함에 있어 헌법해석만으로는 결코 충분할 수 없으며 이를 보충할 필요가 있는데 이처럼 헌법구성은 헌법해석을 보충하여 헌법적 의미를 구체화하는 과정이라 할 수 있으며 이를 통해 헌법적 의미상의 흠결을 해결하고 간극을 메울 수 있다. 이러한 헌법구성은 헌법해석에 의해 발견될 수 없는 의미를 발견하는 것으로 창조적 활동이라 할 수 있다. 그런 점에서 헌법해석과 헌법구성을 구별하고 원의주의는 헌법해석의 방법이지 헌법구성의 방법은 아니라고 하는 주장을 이해할 수 있다.

이처럼 신원의주의자들이 헌법해석과 헌법구성을 구별하고 헌법해석에만 원의주의가 적용된다고 주장하는 것은 기존의 원의주의가 가진 한계를 극복하기 위한 것으로 상당히 설득력이 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 논리는 몇 가지 문제를 가지고 있다. 우선 헌법해석과 헌법구성의 구별 자체에 대해 논란이 있으며⁴⁶⁾, 현실적으로

43) Keith E. Whittington, 상계서, 1.

44) Keith E. Whittington, 상계서, 5 이하.; 이에 관해서는 김문현, 전계서, 42이하 참조

45) D. Goldford, 전계서, 91.

헌법재판에서 문제되는 헌법해석은 거의 헌법구성에 해당한다는 것이다. (예컨대 사형제도가 헌법 제37조 제2항의 ‘본질적 내용’을 침해하는가 여부를 판단하는 것은 헌법구성의 문제이다.) 다음으로 헌법구성의 영역에서 올바른 헌법구성의 방법이 무엇인가에 대해서 그 기준제시가 불분명하여 원의주의자들 사이에도 논의가 분분하다. 그런 점에서 이러한 헌법해석과 헌법구성의 구별주장은 논리적으로는 납득할 수는 있으나 실질에 있어서는 원의적 해석이 가지는 한계를 인정하고 있는 것이라 생각한다. 그런 점에서 Jack M. Balkin교수는 헌법해석과 헌법구성의 통합이론을 주장하면서 살아있는 원의주의로서 ‘텍스트와 원리의 방법(the method of text and principle)’을 제시한 바 있다.⁴⁷⁾

IV. 다단계 위헌심사기준문제⁴⁸⁾

1. 헌법재판기관이 법률 등의 위헌 여부를 심판할 때 결정적 의미를 가지는 것이 심사기준의 문제이다. 즉 이는 심사의 엄격성과 합헌성추정, 위헌 여부에 관한 입증책임의 문제로서, 현실적으로 문제된 입법의 위헌 여부의 판단결과에 중대한 영향을 미친다. 이러한 다단계 위헌심사기준의 문제는 그 밑바탕에 국회 및 정부와 헌법재판소와의 관계, 민주주의와 헌법재판의 조화, 헌법재판기관의 적정한 기능, 사법적극주의와 소극주의, 기본권의 성격, 소수자보호 등 매우 복잡하고 다양한 측면의 문제가 깔린 사안이라 할 수 있다.

2. 다단계 위헌심사기준의 문제는 과거 미연방대법판례를 통하여 발전하여 왔다. 미연방대법원의 다단계심사기준(multi-level system of scrutiny)은 *United States v. Carolene Prods. Co.*사건(1938)의 각주 4에서 유래한다. Stone대법관에 의해 제시된 동

46) 이에 관해서는 Lawrence B. Solum, 전계논문, 475ff

47) Jack M. Balkin, *Living Originalism*, The Belknap Press of Harvard University Press(2011), 4-5.; 이에 관해서는 김문현, 전게서, 47-48 참조

48) 이에 관해서는 김문현, 違憲審査基準에 관한 小考 -헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로-, 금량 김철수교수 8순 기념논문집 및 김문현, 평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가, 미국헌법연구 제17권 제2호, 2006, 97-130면 참조

사건 각주 4는 ‘헌법상 가장 유명한 각주’라⁴⁹⁾ 불리울 정도로 미국헌법사상 많은 영향을 주었고 ‘사법심사와 민주주의를 어떻게 조화할 수 있겠는가 하는 까다로운 문제에 대한 지금까지의 가장 만족스러운 해법이라 할 수 있다.’고 평가하는 학자도 있다.⁵⁰⁾

동각주에서 합헌성추정이 배제되고 엄격심사가 인정되는 경우로 가)증보 제1조-제 10조의 기본권을 제한하는 입법, 나)통상적으로 바람직하지 않은 입법을 배제할 수 있을 것으로 기대되는 정치적 과정을 제한하는 입법으로서, 선거권을 제한하는 입법, 정보의 자유를 제한하는 입법, 정치적 조직을 규제하는 입법, 평화적 집회를 금지하는 입법, 다)종교, 국적, 인종에 있어 분리되고 고립된 소수를 겨냥한 입법의 세가지를 들고 있다. 동각주에서 나타난 2단계모델(two-tiered model)은 그 뒤 Warren법원에서 적용되었고 1960년대까지 유지되었다. 그러다가 Burger법원에 와서 2중심사기준의 경직성에 대한 비판에 따라 1976년 *Craig v. Boren* 사건⁵¹⁾ 이래 중간심사기준이 등장하여 삼중심사기준이 확립되었고 이러한 단계별심사기준에 대한 비판에도 불구하고 아직도 유지되고 있다.

2) *United States v. Carolene Prods. Co.* 사건(1938)의 각주 4에서 미연방대법원이 엄격 심사를 하여야 할 사항으로 언급된 3단락의 문장은 전체적으로는 논리적 일관성을 가진 것이 아니고, 세 단락 중 첫 번째 단락은 다른 두 단락과는 그 근거를 달리하는 것이다.⁵²⁾ 그런데 이 세 단락과 관련하여 미연방대법원의 다단계심사기준을 정당화하는 근거에 대해서는 크게 보면 세가지 해석이 있다.⁵³⁾ 즉 가)헌법규정에 바탕한 이론, 나)우월적 자유인가 여부에 기초한 가치이론(Value -Based Theory of Judicial Review), 그리고 다)민주적 과정이론(Political Process Theory of Judicial Review)⁵⁴⁾이 그것으로

49) Felix Gilman, *The Famous Footnote Four: A History of The Carolene Products Footnote*, 46 S. Tex. L. Rev. 163, 168 (2004) 참조; 그러나 동각주의 의미가 과대평가되었다는 주장도 있다.

50) Felix Gilman, *전계논문*, 165

51) 429 U.S. 190

52) 당시 Stone 대법관의 law clerk으로 실제 각주 4를 작성한 것으로 알려진 L. Lusky에 의하면 첫 번째 단락은 당시 대법원장이었던 Hughes의 요청에 의해 추가되었다 한다. (Louis Lusky, *Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence*, 82 Columbia L. Rev. 1093, 1097, 1099f (1982)

53) 이에 관해서는 Lynn A Baker/Ernest A. Young, *Federalism and the Double Standard of Judicial Review*, Symposium - *The Constitution in Exile*, 51 Duke L. J. 75, 85ff, (2001); Felix Gilman, *전계논문*, 173ff

54) 이 이론은 Felix Gilman에 의하면 각주 4에 표현된 명확하지 않은 문장에서 보다는 John

그 중에서도 주로 나) 다)가 주장되어 왔다. 가)이론은 Hughes대법원장이 제시한 의견이다. 나)이론은 우월적 자유를 제한하는 입법에 대해서는 엄격심사를, 사회·경제적 자유를 제한하는 입법에 대해서는 합리성심사를 주장한다. 다)오늘날의 가장 유력한 해석은 정치과정이론(a political theory of judicial review)이라 할 수 있다.⁵⁵⁾ 이 이론은 사법심사제도가 민주주의에 맞게 운영되어야 한다는 점에서 출발하고 있고 그런 점에서 법원은 실체적 가치의 문제가 아니라 참여의 문제에 관심의 초점을 두어야 한다고 한다. 이 이론은 각주 4의 두 번째 단락과 세 번째 단락에 바탕하고 있다. 그래서 이러한 이론의 대표적 학자라 할 수 있는 J.H.Ely는 *United States v. Carolene Prods. Co.* 사건 각주 4는 ‘참여(participation)’와 연관되며 이는 사법심사에 있어 어떤 실체적 가치가 특히 중요하다거나 기본적인가거나 하는 문제가 아니라 그러한 가치가 적절하게 확인되고 조정되는 과정이나 그 과정을 통해 도달하는 타협에의 참여의 기회가 부당하게 축소되지 않았는가에 초점을 맞추어야 함을 의미하는 것이라 하였다.⁵⁶⁾

3. 과거 미국에서도 일찍부터 다단계심사기준에 대한 비판이 있었는데 비판은 심사기준이 가지는 지나친 단순성과 경직적 접근방법에 주로 모아진다. 말하자면 미연방대법원이 3단계의 심사기준을 설정하였지만 실제적용에 있어 심사기준은 일련의 연속선상에 있다는 점, 이처럼 경직된 심사기준을 적용하는 경우 위헌 여부가 사실상 심사기준의 선택에 의해 결정되어 버려 분석의 범위를 부당하게 제한한다는 것이다. ⁵⁷⁾ 그래서 최근 미연방대법원도 구체적 사안에 따라 엄격심사, 완화된 엄격심사(loose strict scrutiny), 강화된 중간심사(heightend intermediate review), 기본적 중간심사(basic intermediate review), 합리성심사, 강화된 합리성심사(reasonable balancing, heightend reasonable balancing 등) 등으로 세분화하거나 엄격심사나 중간심사를 포괄하여 ‘엄밀

H. Ely의 'Democracy and Distrust'라는 책에서 영향받은 바 크다고 한다. (Felix Gilman, 전계논문, 173)

⁵⁵⁾ F.Gilman에 의하면 오늘날 각주 4는 거의 사법심사의 민주적 과정이론으로 이해되고 있다고 한다.(F.Gilman, 전계논문. 173ff) ;같은 취지로 K.M.Sullivan/G.Gunther, *Constitutional Law*, 6th ed., 2007, 378-379

⁵⁶⁾ John H. Ely, 전계서, 77

⁵⁷⁾ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies*, 2006, 542-543

한 심사(exacting scrutiny)'라는 말로 충칭하여 이러한 경직성에 대처하고 있다. 58) 또한 최근 경제입법에 대한 합리성심사에서 위헌결정하는 경우도 늘었다는 지적도 있다.59)

그래서 단계별 심사보다는 통일적 기준에 의한 심사를 주장하는 견해도 있다. 예컨대 과거 Mashall대법관도 다단계심사기준은 '경직화된 접근(rigidified approach)'라 비판하고 Chicago Police Department v. Mosley사건(1972)⁶⁰⁾에서 '문제가 된 정부의 행위에 의해 적절하게 실현된 적정한 정부이익이 있는지(whether there is "an appropriate governmental interest suitably furthered" by the governmental action in question) '여부라는 하나의 기준에 의해 판단할 것을 주장하였다. 이 기준도 정부의 이익과 개인의 이익을 교량·평가하는 점에서는 같으나 단계별 심사와 달리 심사정도를 문제가 된 차별의 성격과 그로 인해 영향받는 개인과 주의 이익의 상대적 중요성을 고려하여 결정하는 하나의 '연동적 척도(sliding scale)'을 주장하는 것이 다르다. 61) 최근 Breyer미연방대법관은 일부사건에서 비례성(proporptinality)심사를 주장하고 있는 것은 흥미롭다.62)

4. 이처럼 미국에서 발전한 다단계심사기준은 내용은 좀 달라도 독일연방헌법재판소나 우리헌법재판소에서도 수용되고 있다.

우리헌법재판소는 기본권제한입법에 대한 위헌심사기준으로 과잉금지의 원칙을 적용하면서 또 다단계심사기준을 언급하고 있다. 즉 헌법재판소 2002.10.31. 99헌바76등 결정에서 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)관련법률과 사회·경제정책적 법률을 나누어 이중심사기준을 제시하였고, 2004.8.26.2002헌가1 결정에서는 “달성하고자 하는 공익의 비중이 클수록, 개인의 기본권의 행사를 통하여 타인과 국가공동체에 영향을 미칠수록 즉, 기본권행사의 사회적 연관성이 클수록

58) 이에 관해서는 R.Randall Kelso, Clarifying The Four Kinds of “Exacting Scrutiny” Used in Current Supreme Court Doctrine, 127 Penn. St. L.Rev. 375, 381ff(2023); 최근 경제입법에 대한 합리성심사에서 위헌결정하는 경우도 증가하였다고 한다. (Todd W. Shaw, Rationalizing Rational Basis Revoew, 112 Nw. U. Rev. 487,488(2017)

59) Todd W. Shaw, 상계논문,488

60) 408 U.S. 92(1972)

61) Jeffrey M. Shaman, Cracks in The Structure : The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny, 45 Ohio State Law Journal 161, 177ff(1984)

62) 이에 관해서는 R.Randall Kelso, 전계논문, 401ff; 비례성심사도입에 관해서는 Richard H. Fallen Jr., Strict Judicial Review, 54 UCLA L.Rev., 1267(2007)

입법자에게는 보다 광범위한 형성권이 인정”된다 고 하였다. 평등관련입법에 관해서는 헌법재판소는 현재 1999. 12. 23. 98헌마363결정이래 다단계심사기준을 채택하였는데 엄격심사가 적용되는 영역으로 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시한 경우, 그리고 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 63) 들었다. 그 뒤 헌법재판소는 2001.2.22.2000헌마25결정에서 완화된 비례성심사를 인정하고 있다.

이러한 헌법재판소가 제시한 심사기준은 체계적이고 통일적 내용을 확립하고 있지는 못하고 그것도 적용과정에서 일관되게 적용되고 있지 않는 문제가 있다고 생각한다.64)

5. 1) 먼저 헌법재판소가 다단계심사기준을 채택한 것에 대해서는 과연 다단계심사기준을 적용하는 것이 타당한 것인지에 대한 논란이 있을 수 있다. 다단계심사기준에 대한 비판에도 불구하고 기본적으로 헌법재판소가 해야 될 적정한 역할과 관련하여 심사단계를 정하는 것은 매우 중요한 의미가 있다고 생각한다. 말하자면 모든 사안에 대하여 헌법재판기관이 엄격심사를 한다면 거의 위헌결정을 하게 되어 헌법재판기관에 의한 지배가 될 것이고, 모든 사안에 대하여 완화된 심사를 하면 헌법재판은 무용한 것이 될 것이다. 또한 헌법재판의 대상이 되는 사안이 다양하여 헌법재판소가 나서야 할 사항도 있으나 국회나 정부의 의사를 존중해 주어야 할 사항도 있다. 민주주의와 헌법재판의 조화와 관련한 헌법재판소의 지위와 적정한 역할, 국회및 정부와의 관계라는 측면에서 다단계심사기준을 두는 것이 타당하다 할 것이다.

2) 엄격심사할 사항과 완화된 심사를 할 사항의 구별기준을 정하는 것은 대단히 어려운 문제이다. 기본적으로 심사단계를 인정하는 기본취지와 관련하여 헌법이 당시의 다수지배에 맡긴 사항과 그에 의해서 침해되어서는 안되는 것으로 정한 사항을 기준

63) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787-789; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749; 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 181; 2002. 4. 25. 98헌마 425등, 판례집 14-1, 351, 367

64) 이에 관해서는 김문현, 違憲審査基準에 관한 小考 -헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로-, 금강 김철수교수 8순 기념논문집 및 김문현, 평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가, 미국헌법연구 제17권 제2호, 2006, 97 이하 참조

으로 심사기준을 정하는 것이 타당하지 않을까 한다. 그런 점에서 다수지배에 맡겨둘 수 없는 문제인 국민의 의사형성과정-다수의 결정과정의 문제, 소수자의 권리문제, 정신적·신체적 자유 등에 대해서는 엄격심사를 하여야 할 것이고, 반면 사회경제적 사항이나 헌법이 입법으로 정할 것을 규정한 사항 등은 국회나 정부의 판단을 존중하여야 할 것이다. 또 인종이나 신앙, 가문 등에 의한 차별적 처우에 대해서는 엄격심사를 하여야 할 것이나, 성에 의한 차별의 경우 엄격심사보다는 중간심사를 하는 것이 타당하지 않을까 생각한다. 성은 인종과 달라 차별적 처우에 대한 정책적 판단의 필요성이 어느 정도 인정되고, 엄격심사하는 경우 여성을 위한 보호조치가 위헌이 될 가능성이 높아지게 될 것이다.

V. 맺는 말

민주주의가 무제한적 다수의 지배를 의미할 수는 없다. 성문의 헌법을 두어 민주적 기본질서에 바탕하여 민주적 절차와 제도를 규정하면서 또 한편으로 다수지배민주주의에 의해서 넘어설 수 없는 한계를 규정하고 헌법재판제도를 두는 것은 이를 보장하기 위한 것이다. E. Chemerinsky교수의 말처럼 헌법은 ‘사회가 자신으로부터 자신을 방어하려는 의도의 표현’이라 할 수 있다. 헌법재판기관은 헌법을 수호하고 보장하는 역할을 하며, 최종적 유권적 헌법해석을 한다. 그런 점에서 뢰케회르데교수의 말처럼 헌법재판기관은 제한된 주권을 가지고 있다고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 그런 만큼 민주주의국가에 있어 헌법재판에 대해 민주적 정당성의 요구가 강력하지 않을 수 없고 헌법재판소의 구성과 그 운영, 헌법해석과 결정이 민주주의에 부합하지 않으면 안된다.

그런 점에서 우리나라 헌법재판제도 및 운영에는 되돌아보아야 할 사항들이 많다고 생각한다. 재판관의 주관적 가치선택을 막기 위해 헌법해석이 어떤 기준에 따라 행해져야 하는지, 어떤 사항에 대해서는 헌법재판소나 대법원이 적극적으로 나서야 하고 어떤 사항에 대해서는 국회나 정부의 결정을 존중할 것인지에 관해 보다 체계적이고 정밀한 기준을 가져야 할 것이다.

⁶⁵⁾ 에른스트-볼프강 뢰케회르데, 김효전역, 헌법재판권의 구조문제·조직·정당성, 전개역서, 1147

【제1세션 1주제】

독일 공법학의 전개와 비교법적 의의

— 행정법을 중심으로 —

임 현*

- I. 시작하는 말
- II. 독일 행정법과 행정법학의 전개
- III. 독일 행정법과 행정법학의 당면과제
- IV. 비교법 연구의 의의

I. 시작하는 말

독일의 공법과 공법학은 초기에는 일본을 거쳐 우리에게 많은 영향을 주었으며, 현재에 이르기까지 비교법 연구의 주된 대상이 되고 있다. 독일의 공법(öffentliches Recht)은 국가법(Staatsrecht), 헌법(Verfassungsrecht), 행정법(Verwaltungsrecht)을 모두 포괄하나, 광범위한 내용을 모두 다루기에는 능력의 한계가 있어 이 발표에서는 독일 행정법과 행정법학을 검토의 대상으로 한다.

구체적으로는 19세기 자유주의적 법치국가를 기반으로 현대적 의미의 행정법과 행정법학이 시작된 이후 바이마르공화국과 제2차 세계대전을 거쳐 20세기 사회적 법치국가에 이르기까지의 행정법과 행정법학의 전개와 현재 독일 행정법의 당면과제를 살펴보고자 한다. 행정법의 헌법화와 유럽화를 특징으로 행정임무의 민영화, 디지털화에 따른 과제, 기후변화, 팬데믹, 개인정보보호 등 사회 변화에 따른 현재의 다양한 당면과제를 간략히 살펴보고, 독일 행정법과 행정법학에 대한 비교법 연구의 의의를 찾아

* 고려대학교 행정학과 교수

보고자 한다.

II. 독일 행정법과 행정법학의 전개

1. 19세기 자유주의적 법치국가: 현대적 행정법과 행정법학의 시작

독일에서 현대적 의미의 행정법의 시작은 19세기 독일 각 주의 입헌주의 헌법에 따른 행정의 법률 구속(Gesetzesbindung der Verwaltung)으로 거슬러 올라간다. 남부 독일의 바이에른(Verfassung des Königreichs Bayern von 1818), 바덴(Badische Verfassung von 1818), 뷔르템베르크(Verfassung des Königreichs Württemberg von 1819), 헤센-다름슈타트(Verfassung des Großherzogtums Hessen von 1820)에서 시작된 각 주의 헌법에 마련된 군주와 의회의 권력분립 및 기본권의 보장으로부터 행정의 법률 구속이 요청되었다.¹⁾

18세기의 행정에 관한 학문은 행정이론(Verwaltungslehre)과 행정정책학(Verwaltungspolitik), 즉, 행정의 사실관계와 행정의 합목적성 및 효과성을 지향하는 연구가 주를 이루었으며, 행정에 관한 법제화가 행해지고 난 이후에 행정법학이 형성되었다. 당시의 행정법학은 이른바 국가학적 방법론(staatswissenschaftliche Methode)에 따라 행정조직과 다양한 행정분야의 과제와 활동에 대한 법령의 입법과 체계화 및 그에 대한 해석을 내용으로 하고, 특별(개별) 행정법(besonderes Verwaltungsrecht)을 주된 대상으로 하였다. 또한 행정법은 주로 헌법과 행정법의 두 영역으로 구성된 주 차원의 국가법(Staatsrecht) 교과서의 일부로 다뤄졌다.²⁾ 이후 19세기 후반 여전히 국가학적 방법론에 근거하지만, 이른바 일반론(allgemeine Lehre)을 담은 행정법 교과서들이 출간되었다.³⁾

¹⁾ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2017, S. 18.

²⁾ Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2 Bde., 1. Aufl., 1829/1832 (1. Teil: Verfassungsrecht, 2. Teil: Verwaltungsrecht); Schmelzing, Staatsrecht des Königreichs Baiern, 2 Bde., 1. Aufl., 1820/1821 (1. Teil: Staatsverfassungs-Recht, 2. Teil: Staatsverwaltungs-Recht). 프로이센 헌법(Verfassung für den Preußischen Staat) 제정 이후 Rönne, Das Staats-Recht der Preußischen Monarchie, 2 Bde., 1. Aufl., 1856/1863 (1. Teil: Verfassungsrecht, 2. Teil: Verwaltungsrecht) 등.

19세기 후반에는 종래의 국가학적 방법론이 이른바 법학적 방법론(juristische Methode)으로 대체되기 시작하였다.⁴⁾ 법학적 방법론은 단순한 법령의 종합과 평가에 그치지 않고 행정법에 있어 일반 개념, 종합적인 관점과 일관된 체계의 형성을 다루는 것을 내용으로 하였고, 이를 통해 일반 행정법(allgemeines Verwaltungsrecht)이 정립되었다. 1895년과 1896년에 출간된 오토 마이어(Otto Mayer)의 행정법 교과서(가)⁵⁾ 선구적인 역할을 하였는데,⁶⁾ 그의 교과서는 국가의 침해행정(Eingriffsverwaltung)에 대한 법률유보(Gesetzesvorbehalt)와 행정행위를 중심으로 하는 자유주의적 법치국가(liberaler Rechtsstaat)의 행정법을 내용으로 하였다. 행정법은 규율대상의 광범위함과 이질성을 특징으로 하는데, 오토 마이어는 프랑스 행정법을 모델로 하고⁷⁾ 민법에서 발전한 법학적 방법론을 활용하여 개별 행정 분야의 백과사전식 배열을 일반 행정법과 특별 행정법의 구분으로 극복하였다.⁸⁾ 개념의 명확성과 체계성으로 인해 오토 마이어 행정법학의 기본구조는 오늘날까지 남아 있다.⁹⁾

3) Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2 Bde., 1883/1885, Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1886.

4) 국가학적 방법론은 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz von Stein)을 통해 19세기 후반에 다시금 성행 하였으나(Stein, Verwaltungslehre, 8 Bde., 1865~1884, ders., Handbuch der Verwaltungslehre, 3 Bde., 1888), 행정법학에 있어서는 곧 법학적 방법론이 우위를 점하게 되었다.

5) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 1. Aufl., 1895/1896.

6) 오토 마이어 이전 행정법에 있어 법학적 방법론을 적용한 저서로 Friedrich Franz von Mayer, Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens, 1857, ders., Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, 1862, Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884. 프리드리히 프란츠 폰 마이어를 독일 행정법에 있어 법학적 방법론의 창시자로 평가하기도 한다(Ishikawa, Friedrich Franz von Mayer. Begründer der juristischen Methode im deutschen Verwaltungsrecht, 1992). 프리드리히 프란츠 폰 마이어의 “경찰에 의한 국민의 자유 및 재산에 대한 모든 제한은 일반적으로 법적 근거를 요한다”는 언급이 독일 행정법학에 있어 법률유보 개념을 처음으로 밝힌 것으로 이해되고 있다(Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 77).

7) 오토 마이어는 독일 행정법의 발간 이전인 1886년에 프랑스 행정법의 이론(Theorie des französischen Verwaltungsrecht)을 발간하였는데, 프랑스 행정법의 자유주의적 권력분립사상에 많은 영향을 받았으며, 행정행위, 공소유권 등 프랑스 행정법의 법개념을 도입하였다.

8) Battis, Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform, Bonner Rechtsjournal 1/2011, 2011, 41.

9) 오토 마이어에 대한 국내의 연구로 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2004, 박정훈, 오토 마이어(1846-1924)의 삶과 학문, 행정법연구 제18호, 2007, 김성수, 오토 마이어: 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가, 공법연구 제45집

19세기 후반 행정법학의 발전에 있어 또 다른 중요한 점은 행정소송제도(Verwaltungsgerichtsbarkeit)의 정립에 있었다. 19세기 중반까지 행정 활동을 독립적인 법원에서 심사하는 것은 허용되지 않았고, 행정 결정으로 영향을 받는 개인은 오늘날의 행정심판절차와 유사하게 직근 상급 행정청의 심사를 받을 수 있을 뿐이었으며, 이러한 심사는 공무원에 의해 행해져서 독립적인 법관에 의한 심사에 비견할 수 없었다.¹⁰⁾ 독일에서 독립적인 행정법원의 기원은 1863년 10월 5일 바덴 대공국(Großherzogtum Baden)의 칼스루에(Karlsruhe)에 설치된 행정법원(Verwaltungsgerichtshof)¹¹⁾으로 거슬러 올라가며, 이후 1875년 7월 3일 프로이센 고등행정법원(Preußisches Oberverwaltungsgericht)이 설치되었으나,¹²⁾ 제국 차원의 일관된 권리구제 제도는 마련되지 않았다. 프로이센의 법학자이자 정치가인 그나이스트(Rudolf von Gneist)는 보편적으로 수용 가능한 고유하고 독립적인 행정소송제도의 마련에 몰두하였고, 현재 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)의 중앙홀(Kuppelhalle)에는 그나이스트의 흉상이 있다.¹³⁾

1868년에는 공법 분야 학술지인 Archiv des öffentlichen Rechts(이하, AöR)가 파울 라반트(Paul Laband) 등에 의해 계간지로 창간되어 현재에도 3개월마다 발간되고 있다. AöR는 공법의 모든 주제와 헌법 및 행정법 실무를 논문(Abhandlung), 입법과 판례에 대한 소개(Bericht) 및 최신 문헌에 대한 서평(Rezension)으로 구성된다.¹⁴⁾

제2호, 2016, 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구: 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의 비교를 중심으로, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2018, 임현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1998 등.

10) Niedersächsisches Landesjustizportal, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Überblick(https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/gerichte_und_staatsanwaltschaften/verwaltungsgerichtsbarkeit/verwaltungsgerichtsbarkeit_im_ueberblick/).

11) Trauner, Baden in Europa 1806–1918, S. 269.

12) 헤센(Hessen)은 1875년에, 뷔르템베르크(Württemberg)는 1876년에, 바이에른(Bayern)은 1879년에 행정법원을 설치하였고, 다른 주들은 그 이후에 행정법원을 설치하였다.

13) Bundesverwaltungsgericht, Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit(<https://www.bverwg.de/rechtsprechung/verwaltungsgerichtsbarkeit/geschichte-der-verwaltungsgerichtsbarkeit>).

14) <https://www.mohrsiebeck.com/zeitschrift/archiv-des-oeffentlichen-rechts-aoer/aktuelles-heft/>

2. 바이마르공화국과 나치스 하의 행정법

1919년 바이마르공화국(Weimarer Republik) 헌법을 통해 군주제의 붕괴와 의회민주주의의 도입이라는 헌법적 변화가 있었고, 1차 세계대전 이후 사회법(Sozialrecht)에 따른 행정임무의 확대 등에도 불구하고 오토 마이어는 1924년 출간된 그의 독일 행정법 제3판¹⁵⁾ 서문에 “헌법은 사라져도 행정법은 남아 있다”라는 명제를 남겼다. 이러한 오토 마이어의 언급은 독일 행정법 제3판을 저술할 때 비로소 떠오른 것이 아니며, 혁명을 거치면서도 헌법상 권력분립원리에 기반하여 행정법의 계속성이 유지되었던 프랑스 행정법의 영향에 따른 것이었다고 설명하고,¹⁶⁾ 헌법에 대한 행정법의 독자성을 나타내는 측면이 있지만 바이마르 헌법의 제정으로 새로운 헌법상 기본원리로 대두된 민주주의와 행정임무의 확대라는 사회 현실을 고려하지 않은 한계가 있다.¹⁷⁾ 이 시기에도 주목할만한 행정법 저서들이 계속해서 출간되었다.¹⁸⁾

각 주에 설치된 행정법원은 1919년 바이마르 헌법(Weimarer Reichsverfassung)하에서도 유지되었다. 바이마르 헌법은 각 주와 공화국에 행정법원을 설치할 의무를 부여하였으나, 공화국 차원의 행정법원에 대한 입법은 마련되지 않았다.¹⁹⁾

이후 나치스의 이른바 지도자원리(Führerprinzip)로 인해 전체 공동체와 관련이 없는 주관적 공권과 법치국가원리는 형해화되었으며,²⁰⁾ 국가법 연구는 정치적 위협성으로 인해 행정으로 연구의 대상을 축소하였다.²¹⁾ 행정 또한 더 이상 법규범에 근거하지

15) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924.

16) Bühler, Finanzgewalt im Wandel der Verfassungen, Festschrift für Richard Thoma, 1950, S. 3.

17) 임현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1998, 158면. 이러한 한계로 당시의 법과대학 교육에서 노동법이 행정법보다 더 중요한 비중을 차지했다고 한다(Battis, Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform, Bonner Rechtsjournal 1/2011, 2011, 42).

18) Jellinek, Verwaltungsrecht, 1. Aufl., 1927, Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928 등.

19) Bundesverwaltungsgericht, Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit(<https://www.bverwg.de/rechtsprechung/verwaltungsgerichtsbarkeit/geschichte-der-verwaltungsgerichtsbarkeit>).

20) Battis, Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform, Bonner Rechtsjournal 1/2011, 2011, 42.

21) 당시의 교과서는 행정법이 아닌 행정을 서명으로 하였다. Köttgen, Deutsche Verwaltung, 1935, Maunz, Verwaltung, 1937 등.

않았으며, 정권의 이데올로기적 기준에 따라 행해졌다.²²⁾ 한편, 나치스 하에서 에른스트 포르스트호프(Ernst Forsthoff)는 1938년 저서인 급부주체로서의 행정(Die Verwaltung als Leistungsträger)을 통해 철학·사회학·행정학의 논의로부터 “생존배려(Daseinsvorsorge)”²³⁾를 행정의 과제이자 법적 개념으로 제시하였다. 포르스트호프는 침해행정을 중심에 두었던 기존의 행정법학에서 행정의 경제적 활동을 행정법의 영역에 포함시키고 엄격한 법실증주의에서 벗어나 사회 현실에 대한 수용을 위해 인접 학문에 대한 개방성을 추구하였으나,²⁴⁾ 포르스트호프가 나치스에 협력했던 전력이 있고 의회민주주의에 반대하였으며 생존배려가 법적 개념으로 인식될 수 있는지 등의 문제로 인해 당시에 많은 비판을 받았다.²⁵⁾ 그러나 생존배려는 오늘날에 있어서도 사회국가원리 하에서 급부행정의 핵심 개념으로 인식되고 있다. 나치스는 1941년 제국 행정법원(Reichsverwaltungsgericht)을 설치하였으나, 행정소송을 통한 권리구제는 이미 상당히 제한되어 있었다. 1939년 8월 28일 상급 행정청 또는 감독 행정청에 의한 심사가 행정소송을 대체할 수 있게 되었고, 1944년에 이르러서는 행정소송제도가 전면적으로 폐지되었다.²⁶⁾

3. 20세기 사회적 법치국가

(1) 헌법과 행정법

22) Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, S. 351ff.

23) 포르스트호프의 생존배려 개념을 상세히 다룬 국내의 연구로는 이은선, 생존배려(Daseinsvorsorge)개념에 관한 연구: 에른스트 포르스트호프(Ernst Forsthoff)의 이론을 중심으로, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 양천수, 생존배려 개념의 기원 -법철학의 시각에서 본 포르스트호프(E. Forsthoff)의 사회보장법체계-, 영남법학 제26권, 2008, 길준규, 포르스트호프의 생애와 생존배려사상: 한 나치스 법학자의 생애와 사상, 공법연구 제37집 제4호, 2009, 정남철, 생존배려영역에서의 민영화와 보장책임 -특히 보장책임의 실현가능성을 중심으로-, 법조 제65권 제6호, 2016.

24) 이은선, 생존배려(Daseinsvorsorge)개념에 관한 연구: 에른스트 포르스트호프(Ernst Forsthoff)의 이론을 중심으로, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 5~8면.

25) 정남철, 생존배려영역에서의 민영화와 보장책임 -특히 보장책임의 실현가능성을 중심으로-, 법조 제65권 제6호, 2016, 182면.

26) Niedersächsisches Landesjustizportal, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Überblick(https://justizportal.niedersachsen.de/startseite/gerichte_und_staatsanwaltschaften/verwaltungsgerichtsbarkeit/verwaltungsgerichtsbarkeit_im_ueberblick/).

제2차 세계대전 이후 1949년 기본법(Grundgesetz)의 제정에 따라 헌법은 행정법 전반에 영향을 미치게 되었다.²⁷⁾ 기본권과 그 밖의 헌법 규정 및 헌법원리(법치국가원리, 사회국가원리 등)는 모든 국가권력에 적용되고, 헌법으로부터 자유로운 영역은 더 이상 존재하지 않게 되었다. 기본법 체계 안에서 행정은 민주적 정당성을 갖춘 국가 권력으로서 자리매김하였고(기본법 제20조 제2항), 의회 법률에 종속되며(제20조 제3항), 법원에 의한 통제가 행해지게 되었다(제19조 제4항, 제92조 이하). 프리츠 베르너(Fritz Werner)는 헌법의 구체화법으로서의 행정법을 강조하였는데,²⁸⁾ 베르너는 과거 헌법에 대한 회의적인 태도를 경고하고 새 헌법하에서 사회적 법치국가원리 및 민주주의원리가 행정법을 통해 구체화될 필요가 있음을 역설하기 위해 구체화된 헌법으로서의 행정법을 강조했던 것으로 보인다.²⁹⁾

행정의 유형(성질)에 있어서는 침해행정이 중심이 되었던 19세기 자유주의적 법치 국가의 행정법과 달리 급부행정(Leistungsverwaltung)과 유도행정(Lenkungsverwaltung)이 사회국가의 실현에 적합한 행정법적 도구라는 측면에서 발전되었다. 또한 헌법상 존엄과 자유의 주체인 인간을 독립적인 권리·의무의 주체로서의 성숙한 시민으로 상정하였고, 이로부터 사회보장행정에 있어 주관적 공권의 성립, 행정과 사인간의 계약, 행정의 재량결정에 있어 기본권의 보호범의 확대에 대한 고려, 청문이나 문서 열람과 같은 절차적 권리의 보장, 개인정보의 보호와 행정정보의 공개 등이 중요하게 논의되었다.³⁰⁾ 헌법 규정과 헌법원리로부터 행정법의 일반원칙이 도출되었는데, 예컨대, 법치국가원리의 내용인 법적 안정성과 기본권 보장에 근거하여 신뢰보호원칙(Vertrauensschutzprinzip)이 성립하였다.³¹⁾ 무엇보다 행정법의 헌법화(Konstitutionalisierung)에 있

27) Schönberger, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Stolleis(Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 53.

28) Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl 1959, 527ff.

29) 임현, 오토 마이어 행정법학의 현대적 해석, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1998, 52면.

30) Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 23.

31) 제2차 세계대전 직후의 중요 행정법 교과서로 Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1950, Wolff, Verwaltungsrecht I, 1956 등이 있다. 교수자격청구논문(Habilitation)으로 행정소송의 유형과 재량 통제 등에 관한 내용을 담은 Bachof, Die verwaltungsrechtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung 등도 중요한 저술로 들 수 있다.

어 중요한 결실로 1976년 연방행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)의 제정을 들 수 있다.³²⁾ 또한 일반 행정법은 헌법이 행정법 전반에 영향을 미침에 있어 헌법의 요구 사항을 특별 행정법에 전달하고 전환하는 중간 지점의 역할을 수행하였다. 일반 행정법은 공법의 전체 구조에서 일반 행정법은 중심인 동시에 헌법과 특별 행정법의 매개자 역할을 담당한다고 할 수 있다.³³⁾

제2차 세계대전 이후 국가에 대한 시민의 포괄적인 권리구제가 독립적인 법원에 의해 행해져야 한다는데 합의가 이루어졌고, 연방의회는 1952년 9월 23일 연방행정법원에 관한 법률(Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht)을 제정하여 연방행정법원을 설치하였으며, 1960년 4월 1일에는 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung)이 시행되어 연방 및 주 차원의 행정법원의 조직 및 절차를 규정하였다.³⁴⁾ 연방행정법원은 베를린(Berlin)의 구 프로이센 고등행정법원에 소재하였으나, 독일 통일 이후 2002년 8월 26일 라이프치히(Leipzig)의 구 독일연방대법원 건물에 자리잡게 되었다. 행정소송이 활성화됨에 따라 행정법은 더 이상 국가성(Staatlichkeit)에서 비롯되는 상위의 법이 아니라 행정과 개인의 주관적 권리에 대한 법으로 전환되었고, 행정법학은 점점 더 판례의 분석에 중점을 두게 되었다.³⁵⁾

사회국가의 실현을 위해 국가(행정)의 역할은 계속해서 확대되었고, 이에 대한 행정법의 대응도 필요하게 되었다. 기본법의 제정 이후 새로운 국가의 임무로 계획(Planung), 환경보호(Umweltschutz), 리스크(Risiko), 민영화(Privatisierung), 규제완화(Deregulierung)와 촉진(Beschleunigung) 등이 언급되었다.³⁶⁾

(2) 유럽연합법과 독일 행정법

독일 기본법 하에서 행정법의 전개는 앞서 살펴 본 헌법화와 함께 유럽화

32) Battis, Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform, Bonner Rechtsjournal 1/2011, 2011, 42.

33) Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 38.

34) Gmür, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl., 2018, S. 220.

35) Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 38.

36) Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 45~94.

(Europäisierung)·국제화(Internationalisierung)를 특징으로 들 수 있다.³⁷⁾ 유럽연합집행위원회의 첫 위원장이었던 발터 할슈타인(Walter Hallstein)은 유럽공동체가 법의 공동체로 설계되었다는 점을 강조하였으며,³⁸⁾ 유럽공동체법이 가입국의 국내법에 우선한다는 것을 명확히 한 1964년 코스타 판결³⁹⁾ 이후 독일 행정법의 유럽화는 더욱 분명해졌다. 독일 기본법은 1992년 제23조를 신설하여 유럽통합을 가능하게 하는 근거를 명확히 하는 동시에 주권 이양의 한계와 의사결정에 있어 연방의회(Bundestag), 연방참사원(Bundesrat) 및 주(Bundesländer)의 지위를 강화하였다.⁴⁰⁾

이러한 유럽화는 행정법에 대한 헌법의 영향을 상대화하는 측면이 있다.⁴¹⁾ 독일법과 유럽연합법은 각각 고유하게 존재하지만 많은 측면에서 상호 연계되어 있다. 특히 행정법의 경우 양적으로, 질적으로 유럽연합법의 영향이 계속해서 확대되고 있다.⁴²⁾ 유럽연합 체제하에서 유럽연합법과 회원국법 간에는 다층적 규범구조가 형성되어 있고, 다층적 규범구조 하에서 유럽연합법은 회원국법보다 적용상 우위에 놓이게 된다. 이는 유럽연합법이 유럽 전역에서 통일적으로 집행되지 않아서 발생하는 문제를 해결하기 위한 규범적 메커니즘이며,⁴³⁾ 유럽연합법은 직접적 또는 간접적으로 회원국의

37) Battis, Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform, Bonner Rechtsjournal 1/2011, 2011, 42.

38) Mayer, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halterm (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 249.

39) Rs. 6/64 Slg.1964, 1254/1269.

40) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2017, S. 33. Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 97~101.

41) Ludwigs, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht -Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, NVwZ 2015.

42) 이에 대한 국내의 연구로 장경원, EU행정법의 작동원리로서 보충성의 원칙, 행정법연구 제17호, 2007, 강기홍, 회원국 헌법의 유럽화 -독일 연방헌법재판소에 의한 기본법의 유럽화 노력-, 유럽헌법연구 제2권, 2007, 김중권, 독일 행정절차법의 유럽화에 관한 소고, 법조 제11호, 2008, 문병호, 최근 독일행정법의 변화와 시사점 -유럽화, 민영화, 규제완화를 중심으로-, 고려법학 제52권, 2009, 김중권, 독일 행정소송법에 대한 EU행정법의 영향에 관한 소고, 공법학연구 제17권 제2호, 2016, 김지희, 독일법의 유럽화에 따른 권리구제의 확대 -특히 환경단체소송과 관련하여, 유럽헌법연구 제24권, 2017, 강현호, 독일 행정절차법의 최신 동향 -독일 행정절차법에 미치는 유럽 행정절차법의 영향과 관련하여 등, 행정법학 제16호, 2019.

43) 이재훈, EU 다층적 규범구조와 독일 연방헌법재판소의 기본권심사 - 잇힐 권리에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로 -, 공법연구 제49권 제1호, 2020, 247면.

국내법에 영향을 미친다.⁴⁴⁾ 그러나 유럽연합법의 일방적인 영향만이 존재하는 것은 아니며, 회원국이 공동체법에 영향을 주는 경우, 즉 회원국의 행정법 체계에서 유사한 방식이나 내용이 공동체로 수용되는 경우도 종종 존재한다.⁴⁵⁾ 유럽연합법의 영향은 개별 법령에만 미치는 것이 아니라 점차적으로 새로운 법적 구상이나 원칙 등을 통해 독일 행정법의 체계와 원칙에도 미치게 된다. 효과성 원칙(Effektivitätsgebot)과 차별금지 원칙(Diskriminierungsverbot)이 이에 해당한다. 쇼흐(Schoch)는 일반 행정법 영역에서 유럽연합법의 중요한 영향으로 주관적 공권의 성립에 있어 종래의 보호규범이론(Schutznormtheorie)에서 기능적 주관화(Funktionale Subjektivierung)로의 문제, 행정행위의 취소에 있어 신뢰보호의 문제, 국가책임의 요건 문제를 들었다. 행정절차법에 있어서는 독일과 유럽연합의 행정절차에 대한 기본 구상의 차이, 즉, 실체에 봉사하는 기능을 하는지, 고유한 의의를 갖는지의 차이와 이에 연계하여 절차법과 실체법의 관계의 문제, 절차 하자의 치유 문제를 들었다. 행정소송법에 대해서는 원고적격, 객관소송, 가구제의 문제를 제시하였다.⁴⁶⁾ 또한 특별 행정법 분야에서는 유럽화가 훨씬 더 진전되어 있다고 언급하였다. 특별 행정법 분야에서 특히, 환경법과 위험 개념을 중심으로 한 기술법의 발전에 많은 영향을 주었다.

Ⅲ. 독일 행정법과 행정법학의 당면과제

1. 새로운 개혁 논의: 신행정법학

1990년대 이래 이른바 “신행정법학”(neue Verwaltungsrechtswissenschaft)이라는 표어

44) 이에 대해 상세히 다룬 국내의 연구로 이재훈, 유럽연합 규범체계에 대한 체계적 고찰을 위한 소고, 성균관법학 제30권 제4호, 2018.

45) Mann, Gibt es ein Europäisches Verwaltungsrecht?, Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik, 2011. Mann은 유럽연합재판소가 독일의 비례성 원칙에 따라 판단한 것을 들었다(EuGH, Urt. vom 11.07.1989, Rs 265/87, Slg. 1989, 2237 (2269), Tz. 21 - "Schräder"). Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 101~103. Wahl은 국내법과 공동체법의 상호 영향(wechselseitige Einwirkung)이라고 표현하였다.

46) Schoch, Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, Public Administration and Law, 2014.

아래 새로운 개혁 논의가 행해져 오고 있다. 민영화와 민영화에 따른 규제완화의 결과 및 규제법이라는 주제에 대한 공법의 관심이 커졌고, 이로부터 신행정법학의 논의가 시작되었다. 이러한 논의는 11년에 걸친 9개의 학술대회를 거쳐 9권으로 구성된 “행정법 개혁”(Reform des Verwaltungsrechts)이라는 출판물로 정리되었다.⁴⁷⁾ 신행정법학은 학문적이고, 학제적이며, 입법에 정향된 법정책적인 행정법학을 강조하며, 더 이상 행정관례에 초점을 맞추지 않고 미래의 입법에 대한 담론을 형성하고, 법은 활동을 제한하는 것 뿐만 아니라 이를 가능하게 하는데 기능해야 한다고 보았다.⁴⁸⁾ 특히 신행정법학은 조종학(Steuerungswissenschaft)⁴⁹⁾적인 행정법학을 강조하고 행정현실의 반영 및 학제적 연구를 통해 행정과 행정법의 새로운 과제에 대한 대안을 모색하려는 목적을 갖는다.⁵⁰⁾ 조종학에서 조종이란 수직적 통제의 규제방식이 아니라 국가가 시장의 자율성을 보장하면서 일정한 방향으로 유도하는 것을 뜻하며, 행정법학이 법 적용에 관한 해석학에서 법제정을 지향하는 행위학으로 발전해야 한다는 점을 강조한다. 또한 지금까지 행정법 도그마틱이 해석이나 평가 문제에 정향하여 법적 문제에만

47) Schriftenreihe „Reform des Verwaltungsrechts“: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ Schuppert (Hrsg.): Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Reformbedarf und Reformansätze, 1993; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungsrechts, 1994; Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998; Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, 1999; Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000; Verwaltungskontrolle, 2001; Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002; Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechts- wissenschaft, 2004.

48) Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2005, S. 89~90.

49) 신행정법학에서의 조종 개념과 조종학에 대해 상세히 다룬 국내 연구로 문중흠, 독일 행정법에 있어 ‘조종학적 방법론’ 논의에 관한 소고, 행정법연구 제71호, 2023.

50) 신행정법학에 대한 국내의 연구로 김성수, 독일의 신사조 행정법학 사반세기 -평가와 전망, 강원법학 제51권, 2017, 김중권, 21세기 국가모텔을 위한 행정법의 현대화와 개혁, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 정남철, 독일 행정법방법론의 발전과 변화 -독일 행정법학의 성립부터 신행정법론의 등장까지-, 저스티스 통권 제181호, 2020, 배상준, Otto Mayer와 신사조행정법학자들의 대화 -“행정법의 기초(Grundlagen des Verwaltungsrechts)” 제3판(3. Aufl. 2022)의 논의를 중심으로-, 저스티스 통권 제199호, 2023, 정남철, [서평] Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung(Mohr Siebeck, 2023), 행정법학 제27호, 2024 등 다수.

고착되어 있었으며, 앞으로 사실에 많은 주의를 기울여야 한다고 주장한다.⁵¹⁾ 신행정법학의 핵심 개념은 조종, 협력, 민영화, 거버넌스 등이며, 신행정법학의 논의가 시작된 계기인 행정임무의 민영화에 대한 보장국가(Gewährleistungsstaat) 내지 보장행정(Gewährleistungsverwaltung) 및 규제 논의와 밀접한 관련을 가진다.⁵²⁾

1990년대부터 시작된 행정 임무의 민영화의 흐름 속에서 독일 공법학은 보장국가론을 탄생시켰다.⁵³⁾ 보장국가에 대한 논의는 통신서비스의 민영화로부터 비롯되었다고 할 수 있는데, 기존의 국가 임무영역의 민영화와 공사협력을 통한 국가임무 수행의 경향에서 새로운 국가의 모습으로 논의되었다.⁵⁴⁾ 보장국가의 구상은 공공임무의 실현에 관한 역할분배에 기초한 것이며, 이는 곧 책임분배를 의미하고 나아가 역할과 책임분배를 실현할 협력의 장을 마련하는 것을 내포한다. 책임을 분배함으로써 국가가 임무 실현에서 물러나는 것이 아니고, 국가권력 행사의 형식이 변화하는 것이며, 사회적 자율과 정책적 조종의 협동과 조합이 이루어지는 것이다.⁵⁵⁾ 이러한 급부행정의 제공방식의 변화는 국가 역할의 변화를 야기하게 되었으며, 국가 스스로 급부를 제공하는 형식에서 벗어나 사적 주체들간의 공정한 경쟁을 보장하고 급부제공의 보장체제를 구비하여야 한다. 또한 공적 임무를 수행하는 사적 주체는 영리추구라는 원래의 이해관계와 공공복리의 실현이라는 주어진 이해관계를 조화시켜야 한다. 즉 민영화와 공

51) 정남철, [서평] Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung*(Mohr Siebeck, 2023), 행정법학 제27호, 2024,

52) 신행정법학을 주장하는 학자들이 보장국가 논의에 다수 참여하고 있다. Hoffmann-Riem, Wolfgang, *Das Recht des Gewährleistungsstaates*, in: Schuppert(Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat- Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee - Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2006, Franzius, *Der Gewährleistungsstaat*, *VerwArch* 98, 2008 등.

53) 독일의 보장국가와 규제 논의에 대한 국내의 비교법적 연구로 홍석한, 보장국가론의 전개와 공법적 의의, 헌법학연구 제15권 제1호, 2009, 김남진, 자본주의 4.0과 보장국가·보장책임론, 학술원통신 221, 2011, 조태제, 공사협동 시대에 있어서의 보장국가, 보장행정 및 보장행정법의 전개, 한양법학 제38권, 2012, 계인국, 보장행정의 작용형식으로서 규제, 공법연구 제41집 제4호, 2013, 박재운, 보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제, 행정법연구 제41호, 2015 등 다수.

54) 행정임무의 민영화에 따른 보장국가, 보장행정 및 규제에 관한 논의는 임현, 보장국가론의 이해를 위한 소고, 정부학연구 제22권 제1호, 2016의 일부 내용에 기반하였음.

55) Ziekow, "Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschland: From deregulation to smart regulation, 법학논집 제19권 제4호, 2015, 88면.

사협력은 결과적으로는 오히려 국가의 규제를 필요로 하게 되었으며, 국가의 역할은 ‘급부제공의 주체에서 규제의 주체로’ 변화되었다.⁵⁶⁾

보장국가의 구상이 사적 주체의 자율성과 합리성을 존중하고 그로부터 공공복리를 실현하는데 있다면, 보장국가의 규제도 이러한 구상을 실현할 수 있는 방식으로 이루어져야 할 것이다. 보장국가에서의 규제의 방식은 다양하게 논의될 수 있는데, 보장국가의 대표적 규제전략으로 규제된 자율규제(regulierte Selbstregulierung)가 제시되며,⁵⁷⁾ 이는 행위자 스스로의 자율규제와 국가에 의한 규제를 구분하고, 행위자의 자율규제를 통해 규제의 수용도와 효과를 제고하고자 하는 규제모델이다.⁵⁸⁾ 보장국가가 공공복리를 저렴하게가 아니라 더 낮게 실현하고, 따라서 더 나은 규제를 필요로 한다면, 규제의 질을 확보할 수 있는 방안에 대한 논의가 이루어지는 것이 필요하다.⁵⁹⁾

2. 행정법과 행정법학의 당면과제

현재 독일 행정법과 행정법학의 당면과제를 검토함에 있어서는 최근 개최되었던 2개의 학술대회에서 어떠한 주제에 대한 논의가 있었는지 소개하는 것으로 같음하고자 한다.

(1) 행정법과 행정법학의 당면과제

2022년 슈파이어 행정대학(Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)의 75주년 기념 학술대회의 발표문을 모은 논집이 출간되었다.⁶⁰⁾ 이 논집은 행정법의 당면과제(Herausforderungen für das Verwaltungsrecht)를 제목으로 하여 13개의 논문으로 구성되었는데, 행정절차, 행정조직, 행정의 디지털화와 자동화, 기후보호,

56) 류지태, 통신행정에서의 국가의 역할, 공법연구 제30집 제2호, 2001, 95~96면.

57) Schuppert, The Ensuring State, in: Giddens(ed), The Progressive Manifesto, 2003, pp. 65~66.

58) Ziekow, “Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschland: From deregulation to smart regulation, 법학논집 제19권 제4호, 2015, 91~92면.

59) 임현, 보장국가론의 이해를 위한 소고, 정부학연구 제22권 제1호, 2016, 47면.

60) Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer Band 241, 2023.

팬데믹, 소셜네트워크 등 행정법의 확장된 주제를 다루고 있다. 현재 독일 행정법과 행정법학의 과제를 잘 보여주는 저서라고 생각되며, 논집의 각 논문의 제목은 다음과 같다.

- 도입: 행정법의 당면과제
- 행정절차의 당면과제
- 조직의 유연화
- 행동행정(behavioral administration)의 개념, 넛지, 효과적 관리, 입지선정법
- 전자정부와 행정절차법
- 클라우드 서비스의 행정절차법적 관련성
- 다층적 시스템 행정에서의 인공지능
- 국가의 디지털 책임
- 기후보호행정법의 전개
- 지속가능성과 리질리언스. 행정법의 당면과제- 생태 및 보건
- 행정법의 작용형식에 대한 팬데믹의 영향
- 소셜네트워크에 대한 행정작용
- 생활환경의 변화에 따른 행정작용과 행정법

① 일반 행정법과 특별 행정법

이 학술대회에서는 특별 행정법의 다양한 논의를 다루면서 어떠한 내용을 일반 행정법적 내용으로 인식하고 어떻게 이를 수용할 것인지의 문제를 중요하게 고려하고 있다.⁶¹⁾ 행정절차의 당면과제를 다루는 논문에서는 행정학에서 주로 논의되고 정치적으로도 자주 언급되는, 2021년 연정협약에도 반영되었던 애자일(agile, Agilität) 행정을 행정절차에서 어떻게 수용할 수 있을지를 검토한다.⁶²⁾

⁶¹⁾ Mehde, Einführung: Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, in: Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, 2023, S. 9, 14ff.

⁶²⁾ Siegel, Herausforderungen für das Verwaltungsverfahren, in: Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, 2023, 23 ff.

② 행정조직과 거버넌스

행정조직의 유연화에서는 행정현대화와 관료제의 축소라는 과제를 유연성과 관련하여 검토하는데, 유연성과 안정성, 행정의 효과성과 효율성의 문제를 다루고 있다.⁶³⁾ 조직심리학에서 유래하는 행동행정의 개념, 넛지, 효과적 관리, 입지선정법에서는 행동행정의 의미와 이를 넛지와 효과적인 거버넌스 측면에서 검토하고, 특히 부지선정법에서 행동행정의 특성과 부지선정절차의 문제를 논한다.⁶⁴⁾

③ 행정의 디지털화·자동화

독일 연방정부는 디지털 아젠다 이행의 일환으로 2014년 9월 17일 “디지털 행정 2020”(digitale Verwaltung 2020) 프로그램을 채택했다.⁶⁵⁾ 이 프로그램은 행정의 디지털화를 통해 모든 시민과 기업이 장소와 시간에 구애받지 않고 접근할 수 있는 사용자 친화적이고 간소화된 행정을 실현하는 것을 목적으로 하였고, 전자정부법의 시행이 중요한 의미를 갖는다.⁶⁶⁾

전자정부와 행정절차법에서는 행정의 디지털화·자동화와 관련하여 전자정부 관련 법제화를 행정절차법, 연방전자정부법, 각 주의 법률을 분석하고 디지털 행정의 법적 근거에 대해 일반 행정법과 특별 행정법과의 관계를 전망하고 있다.⁶⁷⁾ 클라우드 서비스의 행정절차법적 관련성에서는 클라우드 서비스와 이에 대한 행정절차법, 행정조직

63) Berger, Flexibilisierung der Organisation, in: Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, 2023, 39 ff.

64) Smeddinck, Behavioral Administration. Begriff, Nudging, Wirksam Regieren, Standortauswahlgesetz, in: Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, 2023, 51~52.

65) 독일의 행정의 디지털화·자동화에 대한 비교법적 연구로 박훈민, 전자정부와 자동화된 행정결정에 대한 법도그마틱상 검토 필요성 -독일과 네덜란드에서의 법제와 논의를 중심으로 한 시론-, 행정법연구 제52호, 2018, 김중권, 인공지능시대에 자동화에 적합한 입법의 문제 -독일에서의 논의를 중심으로-, 공법연구 제52권 제3호, 2022, 김중권, 디지털화에 대한 독일 행정절차법의 대응과 그 시사점, 공법연구 제52권 제1호, 2023, 조인성, 디지털 행정 전환 시대 독일 온라인접근법(OZG)상 ‘디지털 전용(digital only)’ 및 ‘디지털 우선(digital first)’과 시사점, 일감법학 제57권, 2024 등.

66) Die Bundesregierung, Verwaltungsdigitalisierung(https://www.verwaltung-innovativ.de/DE/Verwaltungsdigitalisierung/Verwaltungsdigitalisierung_node.html).

67) Guckelberger, E-Government und Verwaltungsverfahrensrecht, in: Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, 2023, 73ff.

법, 개인정보보호법, 조달법 등의 대응을 다루고 있다.⁶⁸⁾ 다층적 시스템 행정에서의 인공지능에서는 행정에서 인공지능 활용의 한계에 대해 검토하고, 유럽연합법과 국내법의 내용을 다룬다.⁶⁹⁾ 국가의 디지털 책임에서는 기업의 사회적 책임(CSR) 담론의 기업의 디지털 책임을 참고하여 디지털 전환에 있어 국가의 디지털 책임을 다루며, 이는 윤리적 책임이면서 동시에 헌법적 책임일 수 있다는 점을 주장한다.⁷⁰⁾

④ 기후보호와 환경법

기후보호행정법의 전개에서는 기후보호법이라는 법 영역은 정립되었다고 볼 수 있지만 기후보호행정법은 그렇지 않은데, 기후보호법의 목적을 달성하기 위해서는 기후보호행정법의 체계화가 필요하다는 점을 강조하고 있다.⁷¹⁾ 지속가능성과 리질리언스. 행정법의 당면과제- 생태 및 보건에서는 지속가능성과 리질리언스는 행정법의 목표가 아니라 행정법을 통해 달성해야 하는 사회적 목표라고 보고 사전예방의 중요성을 지적한다.⁷²⁾

⑤ 팬데믹과 행정작용, 법률유보

행정법의 작용형식에 대한 팬데믹의 영향에서는 위기상황에서의 행정의 행위형식과 규범근거에 대해 검토하고 있다.⁷³⁾ 감염병 위기에 대한 현행법제와 대응이 헌법의 기본원리인 민주주의, 법치주의원리의 실현과 국민의 기본권 보장에 충실한 내용인지에 대한 검토가 필요하며, 이에 대해서는 행정작용의 법률유보원칙과 명확성 원칙 및 비

⁶⁸⁾ Schulz, *Verwaltungsverfahrenrechtliche Relevanz von Cloud-Leistungen*, in: Hill/Mehde (Hrsg.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht*, 2023, 95ff.

⁶⁹⁾ Ruschemeier, „Künstliche Intelligenz“ in der Verwaltung im Mehrebenensystem, in: Hill/Mehde(Hrsg.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht*, 2023, 111ff.

⁷⁰⁾ Wischmeyer, *Die digitale Verantwortung des Staates*, in: Hill/Mehde(Hrsg.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht*, 2023, 133ff.

⁷¹⁾ Schlacke/Köster, *Entwickelt sich ein Klimaschutzverwaltungsrecht?*, in: Hill/Mehde(Hrsg.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht*, 2023, 149ff.

⁷²⁾ Lewinski, *Nachhaltigkeit und Resilienz. Herausforderungen für das Verwaltungsrecht- Wie geht das Verwaltungsrecht mit ökologischen und gesundheitlichen Herausforderungen um?*, in: Hill/Mehde(Hrsg.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht*, 2023, 165ff.

⁷³⁾ Barczak, *Der Einfluss der Pandemie auf die Handlungsformen des Verwaltungsrechts*, in: Hill/Mehde(Hrsg.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht*, 2023, 177ff.

례성 원칙과 기본권 제한에 관한 내용이 중요한 의미를 갖는다.⁷⁴⁾ 독일의 경우 코로나가 확산되던 초기 감염병예방법(Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen: Infektionsschutzgesetz)상 예방조치(Schutzmaßnahme)에 관한 일반조항(제28조 제1항)을 근거로 외출금지, 집합금지, 출입제한조치 등이 행해지자 의회유보 및 본질성 이론의 관점에서 법률유보의 문제에 대한 다수의 비판이 다수 있었다.⁷⁵⁾ 2020년 10월 20일 연방의회 의장은 일반조항인 감염병예방법 제28조 제1항에 근거한 조치에 대한 헌법적 우려를 담은 연방의회의 평가서를 첨부하여 감염병 위기 대응이 행정부와 사법부 간의 문제라는 인상을 피하기 위해서는 의회의 보다 적극적인 역할이 필요함을 의원들에게 촉구하였다.⁷⁶⁾ 곧이어 2020년 11월 5일 바이에른 행정법원(Bayerische Verwaltungsgerichtshof)은 음식점이나 숙박시설의 폐쇄조치가 의회유보 및 명확성 원칙에 부합하는지에 관해 현저한 의구심이 있다는 입장을 취하였다.⁷⁷⁾

이후 독일은 2020년 11월 제28a조(코로나 감염병의 확산방지를 위한 특별 예방조치)를 신설하여 코로나 감염병의 확산방지를 위한 특별 예방조치들을 구체적으로 규정하였다. 코로나 감염병의 확산을 방지하기 위해 감염병예방법 제28조 제1항 제1문 및 제2문에서 정한 필요한 예방조치는 제5조 제1항 제1문에 근거하여 연방의회가 확정한 ‘국가 전역의 감염병 상황(epidemische Lage von nationaler Tragweite)’에서 행해질 수 있으며, 18가지의 예방조치를 규정하였다. 2021년 4월에는 제28b조(연방 전역에 통일적인 코로나 감염병의 확산방지를 위한 특별 예방조치 및 법규명령 권한), 제28c

74) 독일의 감염병예방법에 관한 논의는 임현, 감염병 위기에 대한 국가의 역할과 행정법의 대응, 공법연구 제51집 제2호, 2022의 일부 내용에 기반하였음.

75) Dreier, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, Die Öffentliche Verwaltung 2021, 230~234; Papier, Corona-Krise als Herausforderung für den Rechtsstaat, Deutschland & Europa, Heft 81, 2021; Lichdi, Die Geltung des Parlamentsvorbehalts in der Corona-Pandemie, Sächsische Verwaltungsblätter 2020, 275~277; Guckelberger, Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbote anlässlich der Corona-Pandemie, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020, 607; Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen ein Widerspruch, NJ 2020, 281 ff.

76) Deutscher Bundestag, Schäuble: Rolle als Gesetzgeber in der Pandemie-bekämpfung deutlich machen, 2020. 10. 20.(<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw43-parlamentsbeteiligung-corona-800010>).

77) VGH München COVuR 2020, 884 Rn. 11.

조(접종자, 검사자 및 이에 준하는 사람에 대한 특별한 규율에 관한 법규명령 권한)의 신설을 통해 계속해서 법률유보와 입법위임의 문제를 해소해갔다. 그러나 법률에 신설된 예방조치의 내용이 그동안의 조치나 법규명령의 내용을 반영하는 정도이고 의회에서의 충분한 논의는 이루어지지 않았다는 비판 또한 제기되었으며, 과잉금지의 원칙은 충분히 고려하고 있지 않다는 지적 또한 있었다.⁷⁸⁾

⑥ 소셜네트워크, 생활환경의 변화

소셜네트워크에 대한 행정작용에서는 행정청이 소셜네트워크에 개입할 수 있는지, 어떻게 개입할 수 있는지, 개입하는 경우 고려해야 할 사항과 개입하지 않을 경우 발생할 문제를 검토하는데, 소셜네트워크의 작동방식과 소셜네트워크 제공자의 기본권 구속을 중심으로 살펴본다.⁷⁹⁾ 생활환경의 변화에 따른 행정작용과 행정법에서는 격변하는 사회 상황에 대응하기 위해 협업적 거버넌스, 행정절차의 유연성과 애자일, 리더십과 의사결정의 문제 등을 논의한다.⁸⁰⁾

(2) 좋은 행정

2023년 독일 국법학자대회에서는 “좋은 행정의 결정요인”(Bestimmungsfaktoren "guter Verwaltung")⁸¹⁾을 주제로 하여 네 개의 주제발표가 있었는데, 각 주제는 다음과 같다.

- “좋은 행정”에 대한 헌법적 이해의 전개에서 역사적 지속성과 새로운 동인
- 행정의 시간적 한계- 위기관리, 장기적 계획, 시스템의 일관성

78) Kingreen, Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 2766~2771.

79) Seckelmann, Verwaltungshandeln in sozialen Netzwerken, in: Hill/Mehde(Hrsg.), Herausforderungen für das Verwaltungsrecht, 2023, 203ff.

80) Hill, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrecht vor dem Hintergrund der Veränderung der Lebenswelt.

81) 유럽연합의 좋은 행정에 대한 국내 연구로 장경원, EU법상 좋은 행정의 의미, 행정법연구 제25호, 2009, 박진완, 유럽연합의 기본권 헌장 상의 좋은 행정에 관한 권리, 법학논고 제 59권, 2017, 성봉근, 좋은 행정에 대한 시간적·공간적·상황별 검토와 좋은 행정규제, 행정법학 제27호, 2024 등.

- 행정작용의 전제요건으로서의 정보
- 초국가적 및 국경 간 행정- 주권 행사의 새로운 형태

좋은 행정에 대한 헌법적 이해의 전개에서 역사적 지속성과 새로운 동인을 다룬 발표에서는 유럽연합의 좋은 행정 개념을 행정에 대한 헌법적 기대의 역사적 전개와 관련지어 살펴본다.⁸²⁾ 행정의 시간적 한계에서는 좋은 행정을 위한 시간의 의미를 살펴보고, 이를 위기관리, 장기적 계획, 시스템의 일관성 측면에서 검토한다.⁸³⁾ 행정작용의 전제요건으로서의 정보에서는 정보를 좋은 행정의 요건으로 보고, 특히 정보생성의 법적 근거와 한계를 살펴보았다.⁸⁴⁾ 초국가적 및 국경 간 행정에서는 유럽연합의 행정법 영역에 있어 효과적인 권리구제의 문제를 다루었다.⁸⁵⁾

IV. 비교법 연구의 의의

1. 법체계의 유사성

독일 행정법이 한국 행정법에 미친 영향은 설명이 필요하지 않을 만큼 크다고 할 수 있다. 오늘의 발표 내용에 대해서도 각주에서 소개하고 있는 바와 같이 이미 국내에서 많은 연구가 행해진 것을 알 수 있고, 독일 행정법의 입법과 학설 및 판례의 동향과 방법론에 대해 우리 행정법학계와 실무계 모두 많은 관심을 가지고 있다. 행정법에 있어 일반법적 지위를 가지는 행정기본법⁸⁶⁾과 행정절차법뿐만 아니라 특별 행정

⁸²⁾ Unger, Historische Konstanten und neue Impulse in der Entwicklung des verfassungsrechtlichen Verständnisses von "guter Verwaltung", in: Schorkopf(Hrsg.), Bestimmungsfaktoren "guter Verwaltung", S. 9ff.

⁸³⁾ Zeithorizonte von Verwaltung - Krisenmanagement, langfristige Planung und Systemkohärenz, in: Schorkopf(Hrsg.), Bestimmungsfaktoren "guter Verwaltung", S. 132ff.

⁸⁴⁾ Müller-Terpitz, Information als Voraussetzung des Verwaltungshandelns, in: Schorkopf(Hrsg.), Bestimmungsfaktoren "guter Verwaltung", S. 278ff.

⁸⁵⁾ Gundel, Supranationale und grenzüberschreitende Verwaltung - neue Formen der Ausübung von Hoheitsgewalt, in: Schorkopf(Hrsg.), Bestimmungsfaktoren "guter Verwaltung", S. 398ff.

법 영역에 있어서도 독일 행정법에 대한 비교법 연구는 꾸준히 계속되고 있다. 이는 역사적으로 우리 행정법의 성립 초기부터 일본을 통해 독일의 영향을 받게 되었고, 대륙법계 국가로서 법체계의 유사성으로 인해 많은 시사점을 얻을 수 있다는 데 기인하는 것이라고 할 수 있다.⁸⁷⁾

그러나 비교법 연구가 무조건적인 외국법의 수용이 되지 않기 위해서는 비교법 연구의 방법론에 대한 관심이 필요하다고 생각된다. 이에 대해 일차적으로 차이점을 인식·이해하고(1단계), 차이점에도 불구하고 공통된 요소나 원리가 있는지를 규명해야 하며(2단계), 해당 외국법을 포괄적 또는 부분적으로 도입할 수 있는지, 나아가 여러 국가의 상이한 법을 통일시킬 수 있는지(3단계)를 검토해야 하고, 한 국가에만 편향되지 않은 다원적인 비교법 연구가 필요하다는 방법론이 제시된 바 있다.⁸⁸⁾ 법철학적 관점에서 비교법 연구를 검토한 논문에서는 외국법을 이해하는 것이 가능한지, 그리고 외국법을 이해한다는 것은 무엇인지라는 인식론적 문제에서 출발하여, 외국법을 이해하려는 시도가 실용적 유용성을 갖는지라는 실용론적 문제와 마지막으로 외국법을 보다 잘 이해하려는 목적을 달성하는데 적절한 방법론의 문제를 제시하면서, 외국법 체계의 배경을 이루는 사상과 철학의 이해와 상이한 법체계를 비교할 보편적인 기준의 존재에 대한 해명이 중요함을 설명하고 있다.⁸⁹⁾ 비교법 연구의 방법론에 대한 연구도 함께 행해지는 것이 필요하다고 생각된다.

86) 최근 제정된 행정기본법에 관련된 독일 행정법에 대한 비교법 연구로 김영수, 행정법 일반 원칙으로서 부당결부금지원칙에 관한 소고 -독일 행정법에서의 역사적 전개 및 적용영역을 중심으로-, 공법연구 제51집 제1호, 2022, 최승필, 공법상 계약의 활용을 위한 법적 기반의 검토 -독일 연방행정절차법상 공법상계약과 그 활용을 중심으로-, 외법논집 제47권 제2호, 2023, 박원규, 독일의 소송 외 권리구제제도에 관한 연구 : 「행정기본법」상 이의신청제도에 대한 함의를 중심으로, 공법학연구 제25권 제4호, 2024 등 다수.

87) 법계와 비교법 연구에 대한 상세한 논의로 김대인, 비교행정법의 연구동향 및 과제 -박정훈 교수의 연구를 기초로 하여-, 서울대학교 법학 제64권 제3호, 2023, 85~89면.

88) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 -무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가, 심현섭 박사 75세 기념 논문집 간행위원회(편), 법철학의 모색과 탐구, 심현섭 박사 75세 기념논문집, 2011, 499~501면.

89) 김도균, 법철학자의 관점에서 바라본 비교법 방법론 -‘비교되는 법’의 중층성 및 복잡성과 관련하여-, 법사학연구 제34호, 2006.

2. 인접학문에의 개방성

독일의 행정법학은 성립 초기부터 국가학적 방법론과의 관련성을 가졌고, 특히 행정학과 관계가 꾸준히 이어져 왔으며,⁹⁰⁾ 사회과학으로서의 법학을 표방하며 교육프로그램을 모색한 바도 있다.⁹¹⁾ 사회과학과의 교류가 충분하다고는 볼 수 없으나, 신 행정법학에서 학제적 연구의 필요성을 강조하였고, 앞서 살펴 본 슈파이어 행정대학에서 다루어진 발표에서 애자일, 리질리언스, 행동행정, 넛지, 디지털 책임, 협력적 거버넌스 등 인접학문에서 유래한 개념과 성과를 행정법에 어떻게 수용할 것인지를 지속적으로 논의해오고 있다. 법해석학과 판례에 대한 연구는 여전히 행정법학의 중심적인 내용에 해당하나, 과학으로서의 행정법학으로 더욱 성장하고 입법의 중요성을 고려할 때, 관련 학문분야의 논의에 대한 관심과 교류가 요청된다고 하겠다. 이러한 점에서 독일의 공법학계가 다른 학문 영역의 성과를 어떻게 행정법 체계에 수용하고 교류하는지에 대한 관심과 연구는 의미가 있다고 생각된다.

3. 유럽연합법과의 상호 영향과 행정법 및 행정법학의 세계화

유럽연합과 회원국 간의 상호 영향으로 인해 독일 행정법에 대한 비교연구는 유럽 연합법에 대한 검토를 제외하고는 가능하지 않게 되었다. 유럽연합의 규범 중 개인정보보호규정(General Data Protection Regulation)과 같이 우리 국민들에게 직접적인 영향력을 갖기 때문에 이해가 필요한 경우도 다수 있겠지만, 유럽연합과 회원국의 행정법은 공동체에 의해 수용됨으로써 글로벌 스탠더드로서의 의미를 갖는 측면이 있다. 이에 우리 행정법과 행정법학의 현 주소를 가늠함에 있어서도 비교법 연구의 의의가 있다고 생각된다.

90) 법학자들이 저술한 행정학 교과서에서도 이러한 면을 찾아볼 수 있다. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, 1989; Schuppert, *Verwaltungswissenschaften*, 2000; König, *Moderne Öffentliche Verwaltung*, 2008 등.

91) 이러한 교육모델은 효과가 없어서가 아니라 높은 비용 때문에 중단되었다고 평가되기도 한다. Battis, *Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in der Reform*, *Bonner Rechtsjournal* 1/2011, 2011, 44.

【제1세션 2주제】

프랑스 공법학의 전개와 비교법적 의의

— 헌법을 중심으로 —

한 동 훈*

- I. 들어가는 말
- II. 프랑스 제5공화국 헌법의 제정과정과 특징
- III. 1958년 프랑스 제5공화국 헌법의 명시적 및 실제적 변화
- IV. 프랑스 제5공화국 헌법의 영향과 국내의 선행연구의 일반적 경향
- V. 맺음말 - 향후 프랑스 헌법 연구의 방향과 관련하여

I. 들어가는 말

법학 분야에서 한국과 프랑스의 만남은 로랑 크레마지(Laurent Crémazy, 1839-1909)¹⁾가 대한제국의 법률고문으로 활동한 시기(1900. 5. 28. - 1901. 5. 28.)로 거슬러 올라갈 수 있다. 그렇지만 로랑 크레마지의 활동은 한국과 프랑스의 외교사적인 의의에도 불구하고, 비교법 연구의 대상으로서의 프랑스 헌법학의 관점에서는 큰 의미를 찾

* 헌법재판연구원 책임연구원, 법학박사

1) 로랑 크레마지(Laurent Crémazy)의 출생 및 사망시기와 관련하여 김효전 교수는 1837년 출생, 1910년 사망으로 기록하고 있으나(김효전, 프랑스 헌법이론의 초기수용(1), 인권과 정의 통권 342호, 2005, 179면), 프랑스 국립도서관은 1839년 출생, 1909년 사망으로 기록하고 있다(<https://data.bnf.fr/fr/ark:/12148/cb10390944n>). 로랑 크레마지에 대한 국내의 선행연구로는 홍순호, 대한제국 법률고문 L. Crémazy의 임명과정 분석 - 프랑스 외무성 미간행회교문서에 의하여 -, 한국문화연구원논총 제36집, 1980; 최종고, 법학을 통한 한불관계 100년사, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 1986; 김효전, 프랑스 헌법이론의 초기수용(1), 인권과 정의 통권 342호, 2005.

기는 어려울 것으로 판단된다.²⁾

국내에서 프랑스법에 대한 본격적인 소개는 해방 이후 시작되었지만,³⁾ 근대입헌주의를 대표하는 국가인 프랑스의 헌법학에 대한 본격적인 연구는 1970년부터 시작되었다. 이는 1972년 헌법(유신헌법)과의 관련성을 부인할 수 없으며, 한국 헌정사의 특수한 사정은 프랑스 헌법학에 대한 평가와 관련하여 부정적 선입견을 가지는데 기여한 것으로 판단된다.⁴⁾

그런데 1970년부터 국내에서 본격화된 프랑스 헌법에 대한 연구는 1789년 프랑스 대혁명 이후 프랑스 헌정사에 등장한 여러 헌정체제에 대한 연구가 아니라, 주로 1958년 10월 4일에 제정된 ‘프랑스 제5공화국 헌법’(Constitution du 4 octobre 1958)에 대한 연구라고 판단된다.

따라서 아래에서는 프랑스 헌법에 대한 주된 연구대상인 ‘프랑스 제5공화국 헌법’의 제정과정, 특징, 개정 및 헌정실제의 특징적인 모습을 우선 살펴본 다음에 국내의 프랑스 헌법에 대한 전체적인 연구방향을 검토하고자 한다.

II. 프랑스 제5공화국 헌법의 제정과정과 특징

1. 프랑스 제5공화국 헌법제정의 배경

프랑스 제5공화국 헌법은 외국과의 전쟁을 직접적 배경으로 하였던 프랑스 제3공화

-
- 2) 최종고 교수는 로랑 크레마지의 업적을 i) 국제법 지식의 보급, ii) 한국 재판제도의 개선에 기여, iii) 황제 및 내각의 직제 및 의장에 대한 조언, iv) 법관양성소에서의 서양법 교육, v) 대한제국의 「형법대전」의 프랑스어 번역 등으로 평가하고 있다. 최종고, 법학을 통한 한불관계 100년사, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 1986, 126-127면.
 - 3) 전학선, 우리나라에서 프랑스 공법의 연구동향 - 헌법과 행정법을 중심으로 -, 유럽헌법연구 제33호, 2020, 583면.
 - 4) 성낙인 교수는 “아무런 관심을 가지지 아니하던 프랑스 헌법과 헌법학은 역사의 굴곡 곧 1972년 박정희 대통령이 유신을 선포하면서 대통령 권력의 인격화를 기한 유신헌법을 통하여 그 이념적 원천으로서의 프랑스 제5공화국 헌법 속칭 드골(Charles de Gaulle) 헌법이 새로운 각광을 받게 된다. … 유신헌법의 제정에 있어서 헌법이론을 제공한 것으로 알려진 한태연 교수와 갈봉근 교수가 각기 프랑스 헌법학에 기초한 이론을 제공한다.”고 평가한다. 성낙인, 한불수교 130주년과 한불법학의 미래, ‘한국과 프랑스 스포츠법상 주요 법적 쟁점’, 한불법학회 2019 제1차 정기학술대회 자료집 2019. 6. 1, 8-9면.

국 헌법(즉 Guerre franco-allemande de 1870, 1870년의 프로이센-프랑스 전쟁)과 프랑스 제4공화국 헌법(즉 Seconde Guerre mondiale, 제2차 세계대전)과 다른 상황에서 제정되었다. 1958년 10월 4일에 제정된 ‘프랑스 제5공화국 헌법’은 탈식민지화의 위기 (crise de la décolonisation)로 평가될 수 있는 알제리에서 벌어진 일련의 사태(Guerre d'Algérie 또는 événements d'Algérie)와 프랑스 제4공화국 정부의 불안정 또는 무능을 그 배경으로 한다.

가. 프랑스 제4공화국 헌법의 제정 및 헌정실제

1946년 프랑스 제4공화국 헌법은 제1차 헌법제정 국민회의의 헌법안에 대해서 프랑스 국민들이 거부한 후, 제2차 헌법제정 국민회의의 헌법안이 국민투표를 통해 채택된 헌법이다. 헌법제정 과정의 특징적인 점은 헌법제정 국민회의에서 다수파의 지위를 누리고 있었던 좌파 정당(공산당과 사회당)이 헌법제정 작업을 주도하였으며, 제2차 세계대전 동안 프랑스의 독립을 위한 일련의 임시정부 활동으로 프랑스 국민의 상당수의 지지를 받고 있었던 드골이 헌법제정작업에 관여하지 않았다는 점이다.⁵⁾ 1946년 프랑스 제4공화국 헌법제정과정에서 드골은 심지어 프랑스 국민들에게 제2차 헌법제정 국민회의의 헌법안을 거부하도록 유도하였다. 따라서 프랑스 제4공화국 헌법은 제정과정에서부터 그 당시 프랑스 국민의 의사가 광범위하게 반영되지는 않았다.⁶⁾

혼란스러운 상황 속에서 제정된 프랑스 제4공화국 헌법은 규범적인 측면에서 i) 하원 우위의 양원제, ii) 집행권의 하원에 대한 종속을 특징으로 한다.⁷⁾ 그러나 프랑스 제4공화국의 헌정실제는 안정적인 의회 다수파의 부재와 프랑스 제3공화국의 정치적 관행이 지속됨으로 인하여 정부의 불안정이라는 프랑스 제3공화국의 병폐가 반복

5) 이 당시 ‘자연인’으로 돌아간 드골은 Grand Est 레지옹(région)에 속하는 Colombey-les-Deux-Églises 꼬뮌에 위치한 자신의 사저인 ‘La Boisserie’에 기거한다. ‘La Boisserie’는 드골이 제5공화국 대통령이 되기 전과 1969년의 국민투표의 실패 이후에 계속 기거한 사저이다. <https://www.charles-de-gaulle.org/les-lieux-gaulliens/la-boisserie/>

6) 이에 대한 자세한 설명은 한동훈, 1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2024, 9-30면 참조.

7) 프랑스 제4공화국 헌법은 제3공화국의 실패를 반복하지 않기 위해서 ‘합리화된 의원내각제’의 구현을 위한 규정(프랑스 제4공화국 헌법 제45, 제49조, 제50조, 제51조)을 설치하기는 한다. 이에 대한 소개로는 정재도, 프랑스 제4공화국 헌법상 합리화된 의원내각제에 관한 연구, 서강대학교 박사학위논문, 2014, 172-197면.

되게 된다.⁸⁾

나. 알제리 전쟁과 드골의 권력 장악

프랑스 제4공화국 정부의 취약함은 알제리 전쟁을 대처하는 것과 관련하여 자신의 무능력을 드러내었고, 알제리에서 발발한 위기적 상황을 해결하기가 불가능했던 프랑스 제4공화국 정부는 일종의 타협을 통해서 드골에게 권력을 이양하고자 하였다. 그러나 프랑스 제4공화국 헌법의 제정과정에서 참여하지 않고, 자연인으로 지내고 있었던 드골은 타협안을 거부하고 자신의 권력 장악을 기정사실화하는 태도를 취했다.⁹⁾

이후 드골은 프랑스 제4공화국에 대한 단지 최소한의 존중을 표시하는 차원에서 프랑스 제4공화국의 마지막 정부수반의 직을 맡으면서, 1946년의 ‘바이유 연설’(discours de Bayeux)¹⁰⁾을 통해 공표된 바 있는 권력구조에 대한 구상을 새로운 헌법(즉 프랑스 제5공화국 헌법)을 통해 구체화하는 작업을 진행하게 된다.¹¹⁾

8) 한동훈, 프랑스 제4공화국의 헌정체제 및 헌정실제, 헌법학연구 제16권 제1호, 2010, 435-439면.

9) 프랑스 제4공화국의 정부수반인 플림랭(Pierre Pflimlin)은 1958년 5월 26일 자정에 파리 근교에서 드골과 비밀회담을 하였다. 이 회담에서 프랑스 제4공화국 정부 측은 드골이 군부의 준동을 거부하는 성명을 발표할 경우 합법적인 절차를 통해 권력을 이양하겠다는 의사를 전달했다. 그렇지만 드골은 정부 측의 타협안을 거부하고 다음날 “나는 어제 공화국 정부의 수립에 필요한 합법적인 과정에 착수하였다.”는 대국민담화를 발표하여 자신의 권력 장악을 기정사실화하였으며, 군부와 드골과의 공세에 밀린 플림랭 정부는 1958년 5월 28일에 사퇴하였다. 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 14면.

10) 드골(général de Gaulle)은 1946년 6월 16일 바이유 연설(discours de Bayeux)을 통해 i) 의회 절대주의를 파괴하기 위한 국민주권 및 권력분립의 원칙, ii) 국가의 연속성을 강조할 수 있는 대통령에게 부여된 국가적 중재권이라는 기본적 원칙을 주장하였다. 특히, 정부의 통일성, 일관성 및 내부적 규율을 보존하기 위하여, 의회를 초월하는 확대된 선거인단에 의해 선출된 국가원수가 각료와 수상을 임명해야 하며, 하원해산권과 조국에 위기가 있을 때 구조자로 나설 수 있는 권한(예를 들면 프랑스 헌법 제16조의 국가긴급권)은 중재자인 국가원수에 속해야 한다고 주장하였다. 이와 같은 드골의 바이유 연설은 1946년 당시에는 반헌법적(anticonstitution)인 것으로 평가받았으나, 1958년에는 1958년 프랑스 제5공화국의 기본방향을 미리 제시한 헌법(préconstitution)으로서의 성격을 가진다. 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 18-19면; 바이유 연설(discours de Bayeux)에 대한 자세한 분석으로는 정재도, 프랑스 제4공화국 헌법상 합리화된 의원내각제에 관한 연구, 서강대학교 박사학위논문, 2014, 149-152면 참조.

11) 정부수반인 플림랭(Pierre Pflimlin)은 1958년 5월 28일 사임서를 대통령에게 제출하였으며, 드골 정부는 1958년 6월 1일에 취임하게 된다. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la->

2. 프랑스 제5공화국 헌법의 제정과정

드골의 프랑스 제5공화국 헌법의 제정작업은 프랑스 제5공화국 헌법의 내용적 및 절차적 지침으로서의 성격을 가지는 ‘1958년 6월 3일의 헌법적 법률’¹²⁾(Loi du 3 juin 1958 CONSTITUTIONNELLE PORTANT DEROGATION TRANSITOIRE AUX DISPOSITIONS DE L'ART. NO 90 DE LA CONSTITUTION ET PREVOYANT UN REFERENDUM)에 따라 진행되었다.

프랑스 제5공화국 헌법의 제정은 i) 1958년 7월 29일 정부측 초안 결정, ii) 1958년 8월 14일 헌법자문위원회의 자문의견 전달, iii) 1958년 9월 3일 정부의 최종적 헌법안 확정, iv) 1958년 9월 28일 헌법안에 대한 국민투표, v) 1958년 10월 4일 프랑스 제5공화국 헌법 공포의 순으로 신속하게 진행되었다.

프랑스 제5공화국 헌법의 제정과정과 관련된 특징적인 점은 다음과 같다. 첫째로, 프랑스 제5공화국의 헌법의 제정작업은 헌법제정과 관련된 이전의 전통 - 프랑스 제3공화국 및 제4공화국 헌법의 경우 헌법제정 국민의회를 통해 제정되었음 - 과 달리 정부 주도로 진행되었다. 둘째로, 프랑스 제5공화국 헌법의 제정작업은 이전의 공화국과 달리 투명성이 부족하며, 신속하게 진행되었다. 프랑스 제5공화국 헌법의 제정작업과 관련된 전체 자료는 즉시 공개되지 않았으며, 정부측 초안(avant-projet gouvernemental), 헌법자문위원회(Comité consultatif constitutionnel)의 토론사항을 포함한 보고서 및 의견만 공개되었다. 그리고 정부초안의 확정(1958년 7월 29일)에서 국민투표를 통한 1958년 제5공화국 헌법의 확정(1958년 9월 28일)의 과정이 비교적 촉박하게 이루어졌다.¹³⁾

특히, 프랑스 제5공화국 헌법의 제정과정의 투명성이 부족한 점은 프랑스 제5공화

[constitution/la-constitution-de-la-ve-republique-comment-est-elle-nee](#), 2024. 11. 20. 방문.

12) ‘1958년 6월 3일의 헌법적 법률’은 절차와 관련하여, 의회 주도가 아닌 정부 주도의 헌법 개정절차를 규정하였으며, 구체적으로 정부에 의한 초안 작성, 헌법자문위원회와 국사원의 의견 청취 그리고 국민투표를 거칠 것을 규정하였다. 그리고 내용과 관련하여 i) 보통선거 원칙, ii) 행정권과 입법권의 실질적 분리, iii) 정부의 의회에 대한 책임, iv) 사법권의 독립, v) 프랑스 본토와 해외령 주민들과의 관계를 포함해야 한다고 규정하였다.

13) 프랑스 제5공화국 제정과정을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. i) 1958년 7월 29일 정부측 초안 결정, ii) 1958년 8월 14일 헌법자문위원회의 자문의견 전달, iii) 1958년 9월 3일 정부의 최종적 헌법안 확정, iv) 1958년 9월 28일 헌법안에 대한 국민투표, v) 1958년 10월 4일 프랑스 제5공화국 헌법 공포.

국 헌법에 대한 연구에도 영향을 미치게 된다. 프랑스 학계에서도 프랑스 제5공화국 헌법의 제정과 관련된 연구는 이전의 헌정체제에 대한 연구와 달리 상당히 오랫동안 공식적인 문서가 아닌 특정한 개인의 연구에 의존하지 않을 수 없었던 것으로 판단된다.¹⁴⁾¹⁵⁾

3. 프랑스 제5공화국 헌법의 특징

프랑스 제5공화국 헌법은 프랑스 제3공화국 및 제4공화국의 하원의 절대적 우위를 특징으로 하는 프랑스적 의원내각제를 수정하기 위해서 대의제의 전면적 수정, 집행권의 우위, 입법부의 약화를 기본방향으로 삼았다.¹⁶⁾

-
- 14) 특히, Jean-Louis Debré, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, L.G.D.J, 2015; 2007년에서 2016년 사이에 프랑스 헌법재판소장의 직을 역임한 바 있는 Jean-Louis Debré는 제4공화국 말기의 드골정부 하에서 법무부장관을 역임하면서 제5공화국 헌법의 제정작업에서 중요한 역할을 한 바 있으며, 제5공화국에서는 수상의 직을 역임한 Michel Debré의 아들이다
- 15) 1984년 6월 8일의 테크레에 따라 비로소 제5공화국 헌법제정과 관련된 문서의 공개를 담당하는 위원회가 구성되었고, 프랑스 제5공화국의 헌법제정과 관련된 전체문서는 4권의 책으로 1987년, 1988년, 1991년, 2001년에 각각 간행되었다. 4권의 책의 서지사항은 다음과 같다. Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume 1, des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Documentation française, 1987; Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume 2, le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Documentation française, 1988; Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume 3, du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, Documentation française, 1991; Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume 4, Commentaires sur la Constitution, 1958-1959*, Documentation française, 2001.
- 16) 프랑스 제5공화국 헌법제정자들이 원한 정부형태가 수정된 의원내각제라는 점은 미셸 드브레의 1958년 8월 27일의 국사원 연설을 통해서도 확인할 수 있다. 이 국사원 연설에서 미셸 드브레는 “회의정체도 아니고, 대통령제도 아니며, 우리 앞에 놓인 선택지는 명확하다. 이는 바로 의원내각제이다.”라고 함으로써 제5공화국 헌법이 지향하는 정부형태는 영국식

사법권에 대한 문제는 프랑스 제3공화국 및 프랑스 제4공화국의 경우와 동일하게 프랑스 제5공화국 헌법제정자들의 주된 관심사가 아니었으며, 이는 프랑스 제5공화국 헌법 규범상 사법권의 독립을 규정하지 않은 점을 통해서도 확인할 수 있다.¹⁷⁾

가. 대의제의 전면적 수정

프랑스 제5공화국 헌법제정자들은 프랑스 제3공화국 및 제4공화국의 대의제가 헌정 실제에서 국민주권이 의회주권으로 전환된 점을 하나의 병폐로 진단하였다. 따라서 이에 대한 해결책으로 나폴레옹주의자들의 통치수단으로 부정적으로 평가된 바 있었던 국민투표제도(référendum) 도입하였다(프랑스 헌법 제3조¹⁸⁾, 제11조¹⁹⁾, 제89조 제2항²⁰⁾).

나. 집행권의 우위

프랑스 제5공화국 헌법의 집행권 우위의 특징은 대통령과 정부의 지위를 통해서 확인할 수 있다.

1) 대통령의 새로운 지위

입법부에 대한 집행부의 자율성과 분리는 우선 국가 원수가 더 이상 의회에서 선출

의 의원내각제라는 점을 주장하였다. Ferdinand Mélin Soucramanien/Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, 2019, pp. 345-346; Olivier Duhamel 교수는 드골도, 미셸 드브레도, 제5공화국 헌법을 제정하는 데 참여한 어떤 사람도 프랑스에 미국식 체제를 도입할 것을 생각하지 않았다고 지적한다. Olivier Duhamel/Guillaume Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2016, pp. 560-561.

- 17) 성낙인 교수는 “사법권의 의미를 일반적으로 권력분립 혹은 삼권분립의 차원에서 입법권·행정권·사법권으로 정립시킨다면 그러한 의미에서의 사법권은 프랑스에서는 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.”고 평가한다. 성낙인, *프랑스 헌법학*, 법문사, 1995, 680-681면.
- 18) 프랑스 헌법 제3조 “① 국민주권은 인민에게 있고, 인민은 대표자와 국민투표를 통하여 그 주권을 행사한다.”
- 19) 개정전 프랑스 헌법 제11조 “대통령은 의회회기 중 관보에 공표된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직에 관하거나, 공동체의 결정의 승인을 필요로 하거나, 헌법에 위반하지는 않으나제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 붙일 수 있다.”
- 20) 개정전 프랑스 헌법 제89조 제2항 “개정안은 동일한 조문으로 양원에서 가결되어야 한다. 개정은 국민투표에서 승인된 후에 확정된다.”

되지 않고, 80,000명으로 확대된 선거인단에 의해 선출되는 점에서 확인할 수 있다. 뿐만 아니라, 국가원수는 헌법 제5조²¹⁾의 규정에 따라 헌법의 존중, 공권력의 정상적 기능 및 국가의 계속성에 대한 책임을 지는 중재자(arbitre)로서의 모습을 가진 정치적 행위자가 되었으며, 국가원수의 의지는 각료의 부서가 필요 없는 국가원수의 고유한 권한을 통해 표현할 수 있게 되었다(헌법 제19조²²⁾). 그리고 대통령은 수상임명권(제8조 제1항²³⁾), 의회에 대한 교서권과 양원합동회의 소집권(헌법 제18조²⁴⁾), 헌법재판소 재판관 임명권(헌법 제56조²⁵⁾), 조약 및 법률에 대한 위헌심판제청권(제54조²⁶⁾와 제61조²⁷⁾) 등의 권한을 가지게 되었다.

특히 1962년 헌법개정에 따른 대통령 직선제로의 변경은 대통령의 권한을 실질적으로 더욱 강화시켰다.

2) 정부의 새로운 지위

프랑스 제5공화국 헌법은 프랑스 제4공화국 헌법상의 새로운 정부에 대한 의회의

-
- 21) 프랑스 헌법 제5조 “① 대통령은 헌법의 준수를 감시한다. 대통령은 그의 중재를 통하여 공권력의 정상적 기능과 국가의 영속성을 보장한다. ② 대통령은 국가의 독립, 영토의 보전 및 각종 조약의 준수를 보장한다.”
- 22) 프랑스 헌법 제19조 “제8조(제1항)·제11조·제12조·제16조·제18조·제54조·제56조·제61조에서 정한 대통령의 행위 이외의 행위에 대해서는 수상이 부서하고, 경우에 따라 관계 장관이 부서한다.”
- 23) 프랑스 헌법 제8조 “① 대통령은 수상을 임명한다. 정부에 의하여 수상의 해임원이 제출되면 대통령은 수상을 해임한다.”
- 24) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제18조 “① 대통령은 양원에 교서를 전달하여 낭독하게 함으로써 의회와 연락하고, 당해 교서는 어떠한 토론의 대상도 되지 아니한다. ② 회기 중이 아닌 경우에는, 의회는 특별히 소집된다.”
- 25) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제56조 “① 헌법재판소는 9명의 재판관으로 구성되고, 그 임기는 9년이며 연임할 수 없다. 헌법재판소는 3년마다 3분의 1이 갱신된다. 대통령·하원의장·상원의장이 각각 3인의 재판관을 임명한다. ② 제1항에서 규정한 9인의 재판관 외에 전임 대통령들은 당연직 종신재판관이 된다. ③ 헌법재판소장은 대통령이 임명한다. 헌법재판소장은 가부동수인 경우 결정권을 가진다.”
- 26) 프랑스 헌법 제54조 “대통령·수상·양원 중 한 원의 의장·60인의 하원의원·60인의 상원의원이 청구하여 헌법재판소 특정한 국제협약이 헌법에 위배되는 조항을 포함한다고 선언하면, 당해 국제협약의 비준 또는 승인은 헌법개정 이후에만 허가될 수 있다.”
- 27) 프랑스 헌법 제61조 “① 헌법재판소예로 심판회부는 조직법률의 경우에는 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안의 경우에는 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙의 경우에는 그것이 시행되기 전에 한다.”

신임을 표명하는 정부임명절차(프랑스 제4공화국 헌법 제45조)²⁸⁾를 삭제하고, 대통령이 정부를 대표하는 수상을 임명하는 규정을 설치하였고(헌법 제8조²⁹⁾), 정부의 각료직과 의원직 간의 겸직을 금지하였다(프랑스 헌법 제23조³⁰⁾). 하원은 내각불신임을 할 수 있지만, 각료의 책임은 합리화된 의원내각제(parlementarisme rationalisé)의 적용에 따라 엄격하게 제한되었다(헌법 제49조³¹⁾).

수상의 권한 하에 있는 정부는 집행권을 실질적으로 행사하게 되었으며, 국가 정책의 결정권은 의회가 아닌 집행부가 담당하게 되었다. 특히 “정부는 국가정책을 결정하고, 진행한다.”고 규정하고 있는 헌법 제20조는 의회주권의 종말을 확인하였다. 나아가 정부는 1789년 이래 처음으로 입법절차를 장악 및 지배하였으며, 자신의 고유한 영역도 가지게 되었다(예를 들면, 프랑스 헌법 제37조³²⁾ 및 제21조³³⁾). 또한 정부는

-
- 28) 1946년 프랑스 제4공화국 헌법 제45조는 “각 입법부의 임기가 시작될 때에, 공화국의 대통령은 관례적인 자문들을 거친 뒤에 국무회의 의장을 지명한다. 국무회의 의장은 시정방침과 그가 구성할 것을 제안하는 내각의 정책을 국민의회에 제출한다. 국무회의 의장과 장관들은 국민의회에서 공개투표와 의원들의 절대 다수에 의하여 국무회의 의장이 국민회의의 신임을 부여받고 난 뒤에야만 임명될 수 있다. 다만, 국민회의의 소집을 방해하는 불가항력의 사태에는 예외로 한다. …”라고 규정함으로써 수상의 임명에 대한 신임부여절차를 규정하고 있다. 따라서 프랑스 제4공화국의 수상 후보자는 비록 대통령이 지명하지만, 그가 홀로 의회 앞에서 출석하여 선거를 통하여 확인되는 의회의 다수파로부터 정부의 수장의 지위를 부여받음으로써 비로소 집행부의 수반이 될 수 있다. 1946년 프랑스 제4공화국 헌법상 수상의 임명에 대한 신임부여에 관한 자세한 내용은 정재도, 프랑스 제4공화국 헌법상 합리화된 의원내각제에 관한 연구, 서강대학교 박사학위논문, 2014, 173-178면 참조.
- 29) 프랑스 헌법 제8조 “① 대통령은 수상을 임명한다. 정부에 의하여 수상의 해임원이 제출되면 대통령은 수상을 해임한다. ② 대통령은 수상의 제청에 따라 다른 정부구성원을 임명한다.”
- 30) 프랑스 헌법 제23조 “① 국무위원은 의원직·전국적인 직능 대표·공직·직업 활동을 겸할 수 없다.”
- 31) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제49조 “① 수상은 국무회의의 심의를 거친 후 국민의회에 대하여 정부의시정방침 또는 경우에 따라서는 일반정책의 선언에 관하여 정부의 책임을 진다. ② 국민의회는 불신임동의를 함으로써 정부의 책임을 추궁한다. 이러한 동의는 국민회의원의 10분의 1이상이 서명한 경우가 아니면 이를 수리할 수 없다. 그 표결은 동의안 제출 후 48시간이 경과한 후라야만 할 수 있다. 불신임 동의에 찬성하는 투표만이 계산되며, 국민의회를 구성하는 의원의 과반수에 의하여서만 동의는 이를 채택할 수 있다. 불신임 동의가 부결된 경우, 그 서명자는 다음 항에서 정하는 경우를 제외하고는 동일한 회기 내에 동일한 동의를 제출할 수 없다. ③ 수상은 국무회의의 심의를 거친 후 의안의 표결에 관하여 국민의회에 대하여 정부의 책임을 결 수가 있다. 이러한 경우, 의안제출 후 24시간 이내에 제출된 불신임 동의가 전항에서 정하는 바에 따라 가결된 경우를 제외하고 이 의안은 채택된 것으로 간주한다. ④ 수상은 상원에 대하여 일반정책선언에 대한 승인을 요구하는 권한을 가진다.” 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 898-899면.

입법절차에 있어서 실질적인 책임자가 되었다. 정부는 재정분야의 발의권(헌법 제40조34), 의사일정의 확정(제48조35), 수정안(제44조36), 법률의 가결(제45조37)와 제49조38)과 관련된 권한을 가지게 되었으며, 법률명령(ordonnance)을 통해 법률사항을 규

-
- 32) 프랑스 헌법 제37조 “① 법률의 소관사항 이외의 사항은 행정입법의 성격을 가진다. ② 행정입법에 속하는 사항을 규율하는 법률은 국사원의 의견청취 후 명령을 발하여 개정할 수 있다. 헌법재판소가 본 헌법의 발효 이후에 제정된 법률이 전항의 규정에 의해 행정입법의 소관사항에 속한다고 선언하는 경우에 한해 명령으로써 개정할 수 있다.”
- 33) 프랑스 헌법 제21조 “① 수상은 정부의 활동을 지휘한다. 수상은 국방에 대한 책임을 진다. 수상은 법률의 집행을 보장한다. 제13조에 따라 수상은 행정입법 제정권을 행사하며, 일반공무원 및 군공무원을 임명한다. ② 수상은 그 권한의 일부를 장관에게 위임할 수 있다. ③ 수상은 대통령을 대리하여 제15조에서 규정된 국방최고회의와 국방최고위원회를 주재할 수 있다. ④ 수상은 명시적인 위임을 받아 특정한 의사일정에 한하여 예외적으로 대통령을 대리해서 국무회의를 주재할 수 있다.”
- 34) 프랑스 헌법 제40조 “공공재원의 감소 또는 공공부담의 신설 내지 증가를 수반하는 의원 발의법률안·수정안은 접수될 수 없다.”
- 35) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제48조 “① 양원의 의사일정은 정부가 결정한 순서에 따라 정부제출의 법률안과 정부가 수락한 의원제출의 법률안을 우선적으로 심의한다. ② 매주 1회의 회의는 국회의원의질문과 정부의 답변을 위하여 우선적으로 할애된다.” 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 898면.
- 36) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제44조 “① 국회의원과 정부는 수정권을 가진다. ② 심의가 개시된 후 정부는 그 이전에 위원회에 회부되지 아니한 모든 수정안의 심의를 반대할 수 있다. ③ 정부가 요구할 경우 심의 중의 의원은 정부가 제출한 또는 수락한 수정안만을 놓고, 심의 중의 법률안의 전부 또는 일부에 대하여 1회의 표결에 의하여 이를 심의한다.” 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 897면.
- 37) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제45조 “① 모든 법률안은 동일한 조문의 채택을 위하여 양원에서 차례차례로 심의된다. ② 양원간의 의견불일치의 결과 법률안이 각원에 의하여 2회의 심의 후에 채택되지 못한 경우, 또는 각원의 1회의 독회 후 정부가 긴급을 선언한 경우, 수상은 의견의 일치를 보지 못한 조항에 대하여 의안을 제출하는 책임을 지는 양원합동위원회의 소집을 요구하는 권한을 가진다. ③ 양원합동위원회에서 작성된 의안은 승인을 얻기 위하여 정부에 의해 양원에 부의될 수 있다. 어떠한 수정안도 정부의 동의 없이 이를 수리할 수 없다. ④ 양원합동위원회에서 이 의안을 채택하지 못하는 경우 또는 이 의안이 전항에서 정하는 조건에서 채택되지 않는 경우, 정부는 국민의회 및 상원에 의한 새로운 독회를 거친 후, 국민의회에 최종적으로 의결할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 국민의회는 양원합동위원회에서 채택한 의안 또는 경우에 따라서는 상원에 의하여 채택된 일회 또는 수회의 수정안에 의하여 수정된 국민회의의 최종법률안을 재심의할 수 있다.” 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 897면.
- 38) 2008년 개정전 프랑스 헌법 제49조 “① 수상은 국무회의의 심의를 거친 후 국민의회에 대하여 정부의시정방침 또는 경우에 따라서는 일반정책의 선언에 관하여 정부의 책임을 진다. ② 국민의회는 불신임동의를 함으로써 정부의 책임을 추궁한다. 이러한 동의는 국민회의회원의 10분의 1이상 이 서명한 경우가 아니면 이를 수리할 수 없다. 그 표결은 동의안

정할 수 있게 되었다(헌법 제38조³⁹⁾ 및 제47조⁴⁰⁾).

다. 입법부의 약화

1958년 프랑스 제5공화국 헌법은 입법권과 관련하여 법률을 통해 규정할 수 있는 영역을 열거적으로 규정할 뿐만 아니라(헌법 제34조), 정부가 예외적인 수단을 사용하여 법률이 가결될 수 있는 절차를 도입하였다(헌법 제49조 제3항). 또한 법률명령(헌법 제38조)이나 국민투표(헌법 제11조⁴¹⁾)를 통해서 법률을 대신할 수 있는 수단 또한 도입하였으며, 사전적 위헌법률심사제도 또한 입법권에 대한 감시적 성격을 가지는 수단으로 도입되었다(헌법 제61조⁴²⁾).

제출 후 48시간이 경과한 후라야만 할 수 있다. 불신임 동의에 찬성하는 투표만이 계산되며, 국민의회를 구성하는 의원의 과반수에 의하여서만 동의는 이를 채택할 수 있다. 불신임 동의가 부결된 경우, 그 서명자는 다음 항에서 정하는 경우를 제외하고는 동일한 회기 내에 동일한 동의를 제출할 수 없다. ③ 수상은 국무회의의 심의를 거친 후 의안의 표결에 관하여 국민의회에 대하여 정부의 책임을 질 수가 있다. 이러한 경우, 의안제출 후 24시간 이내에 제출된 불신임 동의가 전항에서 정하는 바에 따라 가결된 경우를 제외하고 이 의안은 채택된 것으로 간주한다. ④ 수상은 상원에 대하여 일반정책선언에 대한 승인을 요구하는 권한을 가진다.” 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 898-899면.

- 39) 프랑스 헌법 제38조 “① 정부는 국정수행을 위하여 법률의 소관사항에 속하는 조치를 일정한 기간 동안 법률명령으로써 행할 수 있도록 승인해줄 것을 의회에 요구할 수 있다. ② 법률명령은 국사원의 의견청취 후 국무회의에서 발한다. 법률명령은 공포 즉시 발효된다. 그러나 수권법률에서 정한 기한 내에 이를 승인하는 법안이 의회에 제출되지 아니하면 폐기된다. ③ 본조 제1항의 기한이 만료되면 법률명령의 법률 소관사항은 법률에 의해서만 개정될 수 있다. 법률명령은 명시적인 방법으로만 비준될 수 있다.”
- 40) 2008년 개정된 프랑스 헌법 제47조 “① 국회는 조직법이 정하는 바에 따라 예산법률안을 제출한다. ② 법률안의 제출 후 40일의 기간 내에 국민의회가 제1회 독회에서 의결하지 아니하는 경우, 정부는 상원에 이를 부의하고, 상원은 15일의 기간 내에 이를 의결하여야 한다. 그 후에는 제45조에 정하는바에 따라 절차가 행하여진다. ③ 국회가 70일내에 의결하지 아니하는 경우 법률안의 모든 조항은 법률명령에 의하여 이를 실시할 수 있다. ④ 1회 계연도의 세입과 세출을 정하는 예산법률이 그 회계연도의 개시 전에 공포되기 위한 적당한 시기에 제출되지 아니하는 경우, 정부는 징세의 허가를 국회에 대하여 긴급히 요구하고, 가결된 역무에 관한 경비를 명령으로써 지출한다. ⑤ 국회가 회기중이 아닌 경우 본조에서 정하는 기간은 중단된다. ⑥ 심계원은 예산법률의 시행에 관한 통제에 있어서 국회와 정부를 보좌한다.” 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 898 면.
- 41) 프랑스 헌법 제11조 “① 대통령은 의회 회기 중에 공화국 관보에 공표된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직, 국가의 경제·사회 또는 환경정책에 관한 개혁과 이에 기여하는 공역무에 대한 개혁, 또는 헌법에 위반되지 않는 제도 기능에 영향을 미칠 조약의 비준동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 부칠 수 있다.”

Ⅲ. 1958년 프랑스 제5공화국 헌법의 명시적 및 실제적 변화

1958년 10월 4일에 제정된 ‘프랑스 제5공화국 헌법’은 현재까지 25번 개정되었으며, 입법권과 집행권의 관계의 실제적 모습 또한 프랑스 제5공화국 초기의 헌정실제와 다른 다양한 모습을 발견할 수 있다.

특히 프랑스 제5공화국 헌법제정자가 공권력 간의 조정자로 설계한 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 자신의 의지와 일련의 헌법개정을 통해 기본권 보장 기관으로서 변화되었고, 나아가 프랑스 제5공화국을 헌법재판을 통한 입헌민주주의 국가로 그 성격을 변화시켰다.

1. 프랑스 제5공화국 헌법의 개정

프랑스 제5공화국 헌법은 1958년 10월 4일에 제정된 이후 현재까지 25차례 개정되었다.

※ 프랑스 제5공화국 헌법상 헌법개정⁴³⁾

차수	헌법개정일	주요 내용
1	1960년 6월 4일	- 프랑스와 과거 식민지와의 관계에 대한 헌법개정
2	1962년 11월 6일	- 헌법 제11조를 통해 대통령 직선제로 변경하는 헌법개정
3	1963년 12월 30일	- 헌법 제28조의 정기회 개시일 및 폐회일을 변경하는 헌법개정
4	1974년 10월 29일	- 사전적 위헌법률심판의 제소권을 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장에서 60인 이상의 하원의원, 60인 이상의 상원의원으로 확대하는 헌법개정
5	1976년 7월 18일	- 헌법 제7조의 대통령입후보자의 사망 또는 유고에 관한 규정의 흠결을 보충하기 위한 헌법개정
6	1992년 6월 25일	- 마스트리트 조약의 비준을 위한 헌법개정(프랑스 헌법재판소는 1992년 4월 9일의 결정을 통해 마스트리트 조약의 비준을 위해서는 헌법개정이 필요하다고 하였음) - 프랑스어를 프랑스 공화국의 언어로 인정하고, 국제협정에 대한 위헌심사제청권을 60인 이상의 하원의원 및 60인 이상의 상원의원으로 확대하는 헌법개정

42) 프랑스 헌법 제61조 “① 헌법재판소에 심판회부는 조직법률의 경우에는 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안의 경우에는 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙의 경우에는 그것이 시행되기 전에 한다.”

43) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/quand-la-constitution-a-t-elle-ete-modifiee>, 2024. 11. 20. 방문.

7	1993년 7월 27일	- 최고사법관회의의 개혁과 정부구성원의 재판을 담당하는 공화국 법원(Cour de justice de la République)의 창설에 관한 헌법개정
8	1993년 11월 25일	- 프랑스가 유럽국가들과 망명요청을 심사할 수 있는 권한에 대한 협정을 체결할 수 있도록 허용하는 헌법개정
9	1995년 8월 4일	- 단일회기 도입 - 헌법 제11조의 국민투표영역의 확대 - 의원의 형사상 특권의 제한
10	1996년 2월 22일	- 사회보장자금조달에 관한 법률을 도입하는 헌법개정
11	1998년 7월 20일	- 해외령인 뉴칼레도니아의 자치권의 인정과 관련된 헌법개정
12	1999년 1월 25일	- 암스테르담 조약의 비준을 위한 헌법개정(프랑스 헌법재판소는 1997년 12월 31일 결정을 통해 암스테르담 조약의 비준을 위해서는 헌법개정이 필요하다고 하였음).
13	1999년 7월 8일	- 국제형사재판소의 관할권의 인정을 위한 헌법개정(프랑스 헌법재판소는 1999년 1월 22일의 결정을 통해 국제형사재판소의 지위를 규정하는 조약의 비준을 위해서는 헌법개정이 필요하다고 하였음)
14	1999년 7월 8일	- 선거직 공직에 남녀의 동등한 참여를 보장하기 위한 헌법개정(프랑스 헌법재판소는 1982년 11월 18일 결정을 통해 기초자치단체의 선거에서 여성 쿼터제를 도입하는 것을 반대하는 결정을 내린바 있음)
15	2000년 10월 2일	- 대통령 임기를 7년에서 5년으로 단축하는 헌법개정
16	2003년 3월 25일	- 유럽체포영장 도입을 위한 헌법개정
17	2003년 3월 28일	- 지방자치를 강화하기 위한 헌법개정
18	2005년 3월 1일	- 유럽헌법조약의 비준을 위한 헌법개정(프랑스 헌법재판소는 2004년 11월 19일 결정을 통해 유럽헌법조약을 비준하기 위해서는 헌법개정이 필요하다고 하였음)
19	2005년 3월 1일	- 2004년 환경현장을 합헌성 블록(헌법전)에 편입하기 위한 헌법개정
20	2007년 2월 23일	- 뉴칼레도니아의 선거인단에 관한 헌법개정
21	2007년 2월 23일	- 대통령의 형사책임에 대한 헌법개정
22	2007년 2월 23일	- 사형폐지를 헌법규범화하는 헌법개정
23	2008년 2월 4일	- 리스본 조약의 비준을 위한 헌법개정(프랑스 헌법재판소는 2007년 12월 20일 결정을 통해 리스본 조약의 비준을 위해서는 헌법개정이 필요하다고 하였음)
24	2008년 7월 23일	- 집행권에 대한 통제 강화, 의회의 권한 강화, 시민들에게 새로운 권리보장을 기본방향으로 기존 헌법전의 50%이상을 변경한 헌법개정
25	2024년 3월 8일	- 법률을 통해 여성의 낙태에 관한 권리행사의 조건을 규정할 수 있다는 점을 헌법 제34조에 규정하기 위한 헌법개정(“법률은 낙태에 관한 여성에게 보장된 자유를 행사하는 조건을 정한다.”)

이 가운데 대통령 직선제를 도입한 1962년 11월 6일의 헌법개정, 사전적 위헌법률심판의 제소권을 60인의 하원의원 및 60인의 상원의원에게로 확대한 1974년 10월 29일의 헌법개정, 프랑스 제5공화국 헌법전의 절반 이상을 개정한 2008년 7월 23일의 헌법개정은 프랑스 제5공화국 헌법상 권력구조의 전체적 모습을 상당히 변화시킨 헌

법개정으로 평가할 수 있다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

(1) 1962년 11월 6일의 헌법개정

1958년 프랑스 제5공화국 헌법제정자들은 원래 대통령을 직선이 아닌 간선으로 선출되도록 규정하였다(1958년 제정 당시의 프랑스 헌법 제6조46). 이와 같은 대통령의 선출방법은 의원들이 선출하는 전통(프랑스 제3공화국 및 제4공화국의 경우)과 국민이 직접 선거하는 전통(프랑스 제2공화국의 경우)의 절충적 성격을 가진다.⁴⁷⁾

그러나 대통령이 된 후 드골은 이와 같은 헌법제정자들의 의사에도 불구하고, 보다 강력한 집행권이 설계된 헌법을 프랑스에 남기기 위해서 1958년 프랑스 제5공화국 헌법을 개정하고자 하였다. 드골은 비록 합리화된 의원내각제를 지향하는 1958년 프랑스 제5공화국 헌법이 하원에 대하여 강한 통제를 하고 있지만, 하원만이 국민의 민주적 정당성을 직접적으로 대표한다는 점은 변함이 없으며, 이를 근거로 하원은 언제나 지 대통령과 대적하고, 대통령의 지위를 위협할 수 있다고 판단하였다.

따라서 드골은 헌법개정을 통해서 민주적 정당성에 대한 하원의 독점을 파괴하고자 대통령 직선제를 도입하였으며, 그 방법도 프랑스 헌법학계에서 논란이 되었던 국민투표에 관한 규정인 프랑스 헌법 제11조⁴⁸⁾를 사용하였다. 드골은 1962년 10월 2일 드

44) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-texte-a-t-il-change-depuis-1958>, 2024. 11. 20. 방문.

45) 또한 동거정부라는 불편한 상황을 막기 위해 대통령의 임기를 5년으로 단축한 2000년 10월 2일의 헌법개정 또한 입법권과 집행권의 관계의 측면에서 그 의미가 적지 않은 헌법개정으로 볼 수 있다. 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 37면.

46) 1958년에 제정된 프랑스 제5공화국 헌법 제6조는 “대통령은 7년 동안 국회의원과 도의회, 해외령 의회 및 시의회에서 선출된 대표자를 포함하는 선거인단에 의해 선출된다. …”라고 규정하였다. 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 46면.

47) 의회에 의한 선출방법이 채택되지 않은 점은 프랑스 제5공화국 헌법제정자들이 집행부의 회복을 필수적 조건으로 생각하였다는 점과 의원들에 대한 드골의 개인적 불신에 근거한다. 그리고 국민에 의한 직선이 채택되지 않은 점은 프랑스 연맹을 구성하는 프랑스 식민지 국가들에 대한 거부감과 1958년 프랑스 제5공화국 헌법제정 당시에 공산당이 국민으로부터 상당한 지지를 받고 있었던 점과 관계가 깊다. 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 47면.

48) 2008년 헌법개정 전의 프랑스 헌법 제11조는 “① 대통령은 의회회기 중 관보에 공포된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라 공권력의 조직에 관하거나, 공동체의 결정의 승인을 필요로 하거나, 헌법에 위반되지는 않으나 제도의 기능에 영향을 있을 조약의 비준동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 부칠 수 있다.”라고 규정하였다. 드골 대통령

골 대통령은 교서(message)를 통해 의회에게 자신의 의도를 알리고, 유권자들이 1962년 10월 28일에 예정된 국민투표에서 찬성하지 않을 경우 자신은 더 이상 대통령직을 수행하지 않겠다고 하면서 자신의 정치적 운명을 대통령 직선제를 내용으로 하는 헌법개정에 결부시켰다. 이에 대해 프랑스 국민의 62%는 1962년 10월 28일 국민투표에서 드골 대통령의 헌법개정안을 승인하였다.⁴⁹⁾

(2) 1974년 10월 29일의 헌법개정

1974년 10월 29일의 헌법개정은 프랑스 헌법 제61조를 개정하는 것을 목적으로 하였다. 원래 프랑스 헌법 제61조는 사전적 위헌법률심판의 제소권자로 국가원수, 수상, 하원의장 및 상원의장만을 규정하고 있었지만, 1974년 10월 29일의 헌법개정을 통해서 60인의 하원의원, 60인의 상원의원도 사전적 위헌법률심판을 제기할 수 있게 되었다.

1974년 10월 29일의 헌법개정에 따라 프랑스 헌법재판소는 공권력의 조직자적 역할에서 규범통제를 담당하는 기관으로서의 성격이 강화되었으며, 특히 의회의 소수파는 입법절차에서 새로운 무기를 획득하게 되었다.⁵⁰⁾

은 대통령 직선제로의 헌법개정이 프랑스 헌법 제11조 제1항의 “공권력의 조직”에 해당할 수 있다고 판단하여, ‘대통령 직선제에 관한 정부제출법률안’(Projet de loi relatif à l’élection du Président de la République au suffrage universel)을 국민투표에 회부하였다. 이와 같은 프랑스 헌법 제11조에 의한 헌법개정은 비정상적인 헌법개정으로 평가되고 있다. 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 33-34면.

49) 하지만 그 당시 상원의장인 가스통 모네르빌(Gaston Monnerville)은 프랑스 헌법 제61조 제2항에 근거하여 이 사건을 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 제청하였다. 그러나 이에 대해 프랑스 헌법재판소는 1962년 11월 6일 결정(Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962)에서 “(판시이유 2.) 비록 헌법 제61조가 헌법재판소에게 조직법률 및 일반법률이 헌법에 합치하는지에 대해서 판단할 임무를 부여하였지만, … 헌법재판소를 공권력 활동의 조정자적 기관으로 설립한 프랑스 제5공화국 헌법의 정신에 따르면, 헌법이 제61조에서 대상으로 하고자 한 법률은 단지 의회가 가결한 법률만이며, 국민투표를 통해 국민주권을 직접적으로 표현한 법률은 결코 아니다.”라고 판시하면서, 국민투표를 통해 채택된 법률이 헌법에 합치하는지에 대한 판단 권한이 자신에게는 없다고 판단하였다. 한동훈, 1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2024, 53-55면.

50) https://www.vie-publique.fr/eclairage/268331-revisions-constitutionnelles-sur-les-institutions-de-1960-1996#_974---saisine-du-conseil-constitutionnel, 2024. 11. 20. 방문.

(3) 2008년 7월 23일의 헌법개정

2008년 7월 23일의 헌법개정은 프랑스 제5공화국의 제도를 현대 민주주의의 새로운 요청과 조화될 수 있게 하겠다는 사르코지(Nicolas Sarkozy) 대통령의 선거공약의 실천으로서의 성격을 가진다.

2008년의 헌법개정은 i) 집행부에 대한 보다 나은 통제, ii) 의회의 권한 강화, iii) 시민들에게 새로운 권리를 보장하는 것을 기본방향으로 삼았으며, 특히 프랑스 헌법 재판소에 사후적 위헌법률심판권(Question prioritaire de constitutionnalité, QPC)을 부여하였다.⁵¹⁾

2. 프랑스 제5공화국 헌법상 권력구조의 실제적 적용

(1) 드골 대통령 시기

1958년 프랑스 제5공화국 헌법의 제정자들은 처음부터 강력한 대통령제를 규정하고자 한 것이 아니라, 강력한 집행권을 위한 새로운 의회제(régime parlementaire rénové)를 설계하고자 하였다.

그렇지만, 드골 대통령 재임시기는 강력한 대통령제적 특징을 확인할 수 있으며, 반면에 권력으로부터 배제된 의회는 자문적 역할을 하는 것에 그치게 되었다. 이와 같이 프랑스 제5공화국 초기의 헌정체제가 변화한 점은 다음과 같은 원인에 기인한다. 우선, i) 드골체제는 알제리 전쟁(guerre d'Algérie)이라는 중요한 역사적 문제를 해결해야 할 숙명에 처해 있었으며, 이에 따라 국민 및 의회는 드골에게 전폭적인 지지를 하지 않을 수 없었다. 그리고 ii) 헌법규범적인 측면에서 국가원수의 직선제를 규정하는 1962년 11월 6일의 헌법개정을 들 수 있다. 1962년 11월 6일의 헌법 개정⁵²⁾은

51) 집행권과 관련하여, 대통령직의 연임제한, 임명권의 제한, 국가긴급권의 행사의 제한, 사면권 행사의 제한 등의 규정을 설치하였고, 입법권과 관련하여, 상원의원 및 하원의원 수를 헌법에 규정하고, 입법기능 및 통제기능을 강화하는 규정을 설치하였다. 마지막으로, 시민들의 권리보장을 강화하기 위해서 최고사법관회의(Conseil supérieur de la magistrature)의 조직 및 권한을 개정하였다. 구체적인 사항은 한동훈, 프랑스 헌법상 권력구조, 헌법재판연구원, 2020, 37-40면 참조.

52) 1962년 헌법개정은 다음과 같은 특징이 있다. 첫째로, 향후의 대통령에게 제2차 세계대전에서 드골이 수행하였던 역사적 역할에서 비롯된 권위 및 명예의 일부분을 부여하였으며, 둘째로, 제5공화국 헌법제정자들이 공식적으로 추구한 의회제와 멀어지면서, 제5공화국 체

1958년에 제정된 프랑스 제5공화국 헌법에 대통령제(présidentialisme)를 가미하였으며, 이에 따라 대통령은 의회에 대한 강력한 행동수단(예를 들면, 의회해산권(droit de dissolution), 국민투표회부권(référendum))을 잃지 않은 채, 헌법 제3조⁵³⁾의 의미의 국민주권의 수탁자가 되었다. iii) 마지막으로, 1962년 11월의 하원선거에서 드골의 지지자들이 승리함에 따라 하원도 대통령을 지지한 점을 들 수 있다.⁵⁴⁾

(2) 드골 대통령 이후의 시기

드골 대통령 이후의 시기는 하원 다수파의 지지 여부에 따라 다양한 실제적인 모습을 확인할 수 있다.

가.蓬피두(Georges Pompidou) 대통령 시기(1969-1974)

蓬피두 대통령 시기는 드골 시기와 동일하게 대통령제적인 성격이 강한 시기였다. 드골 대통령 시기와의 차이점은 개인적 카리스마가 특징적이 아니라 제도적으로 대통령의 우월성이 지속되고, 정착된 시기로 평가된다. 특히蓬피두 대통령은 1973년 하원선거의 승리를 통해 의회의 지지를 확보하고, 의회 다수파의 수장으로서의 지위도 가지게 되었다.

나. 지스카르 데스탱(Valéry Giscard d'Estaing) 대통령 시기(1974-1981)

지스카르 데스탱 대통령 시기는 정치적으로 하원의 강력한 지지를 확보할 수 없었기 때문에 대통령 우월적인 헌정실제는 사라졌으며, 드골 대통령과蓬피두 대통령 시기와 달리 좌파와의 협력을 추구하였다.

제의 민주적인 성격을 강화시켰다. Ferdinand Mélin-Soucramanien/Pierre Pactet, Droit constitutionnel, Dalloz-Sirey, 2019, p. 391.

53) 프랑스 헌법 제3조 “① 국민주권은 인민에게 있고, 인민은 그 대표자와 국민투표를 통하여 그 주권을 행사한다.”

54) Mélin-Soucramanien 교수와 Pierre Pactet 교수는 드골 대통령 시기가 대통령제적으로 운영된 이유를 i) 드골의 역사적 측면 및 개인적 카리스마, ii) 드골이 국가정책의 방향을 정하고, 이끌었다는 사실, iii) 수상의 자발적 복종, iv) 다수파의 충성에서 찾는다. Ferdinand Mélin-Soucramanien/Pierre Pactet, Droit constitutionnel, Dalloz-Sirey, 2019, p. 391.

다. 미테랑(François Mitterrand) 대통령 시기(1981-1995)

미테랑 대통령은 재선에 성공하였기 때문에 14년 동안 대통령직을 수행하였다. 첫 번째 7년 임기와 두 번째 7년 임기를 구분하여 살펴보면 다음과 같다.

(가) 첫 번째 7년 임기(1981-1988)

1981년 5월 10일에 대통령으로 선출된 미테랑은 즉각 하원을 해산하였고, 이를 통해 좌파가 하원의 다수파를 차지하게 되었다. 그 결과 1981년에서 1986년까지 헌정실제는 대통령제적으로 운영되었다.

그러나 1986년 3월 16일 우파가 하원선거에서 승리함에 따라 미테랑은 대통령으로서의 자리만 지키며, 수상과의 2두 정치를 받아들여야만 했다(제1차 동거정부). 구체적으로 국내 분야는 수상을 중심으로 하는 정부가 권한을 우월적 권한을 행사하였으며, 국외 분야는 대통령이 우월적 권한을 행사하였다. 즉 미테랑 대통령은 헌법 제5조⁵⁵⁾와 관련된 권한을 확보하고자 하였으며, 따라서 대통령은 군사분야에 관한 기본적인 결정을 하였고, 외교정책 또한 대통령의 뜻이 계속 유지되도록 하였다.

(나) 두 번째 7년의 임기(1988-1995)

1988년에서 1993년의 경우, 1988년 미테랑 대통령이 재선에 성공하였고, 1981년의 경우와 동일하게 즉각 하원을 해산하였다. 그 결과 사회당이 근소한 다수의 지위를 확보하고, 이에 따라 대통령제적으로 운영되었다.

그렇지만, 1993년에서 1995년의 경우, 1993년 3월 28일의 하원선거에서 우파가 승리함에 따라 두 번째 동거정부가 출현하여, 1995년까지 지속되게 되었다.

라. 시락(Jacques Chirac) 대통령 시기(1995-2007)

시락 대통령의 재임 시기는 3시기로 구분할 수 있다. 우선 1995년에서 1997년의 시기는 대통령과 의회다수파가 일치하는 시기이며, 1997년에서 2002년은 세 번째 동거정부가 출현한 시기이며, 2002년에서 2007년 사이에는 대통령과 의회다수파가 다시

55) 프랑스 헌법 제5조 “① 대통령은 헌법의 준수를 감시한다. 대통령은 그의 중재를 통하여 공권력의 정상적 기능과 국가의 연속성을 보장한다. ② 대통령은 국가의 독립, 영토의 보전 및 각종 조약의 준수를 보장한다.”

일치하는 시기이다.

우선, 1995년에서 1997년 사이의 경우, 1995년 5월의 결선투표에서 대통령으로 선출된 시락은 하원에서 다수파를 차지하고 있었던 의회의 지지도 받았다.

그리고 1997년에서 2002년 사이의 경우, 시락은 1997년 4월 21일 하원을 해산했지만, 선거에서 좌파가 승리함에 따라 세 번째 동거정부가 출현하게 되었다. 세 번째 동거정부의 전체적 구도는 헌법재판소의 중재 하에, 정부 및 하원이 좌파에 속하게 되었고, 대통령과 상원이 우파에 속하게 되었다.

마지막으로, 2002년에서 2007년 사이의 경우, 2002년 5월 5일 시락이 다시 대통령으로 선출되었고, 2002년 6월에 있었던 하원선거 또한 우파가 승리하게 되었다. 이에 따라 이 시기는 대통령제적인 경향이 강하게 나타났다.

마. 사르코지(Nicolas Sarkozy) 대통령 시기(2007-2012)와 올랑드(François Hollande) 대통령 시기(2012-2017)

사르코지 대통령 시기는 대통령이 의회 다수파를 장악하고, 수상의 권한 또한 상당 부분 흡수하였다. 따라서 전체적으로 강력한 대통령제로 기능하였다.

이에 반해, 올랑드 대통령 시기는 제5공화국의 헌법제정자들의 본래의 의도인 의원 내각제적 헌정체제로 복귀한 시기로 평가할 수 있다.⁵⁶⁾

3. 프랑스 헌법재판소의 지위 및 역할의 변화

(1) 프랑스 제5공화국 헌법제정자들의 의사

프랑스 제5공화국 헌법제정자들은 프랑스의 정치적 전통⁵⁷⁾에 반하는 진정한 헌법

⁵⁶⁾ 현재 재임 중인 마크롱 대통령은 첫 번째 임기(2017-2022) 초기 하원 다수파의 지지로 강력한 대통령제적 성격을 보여주었지만, ‘베날레 게이트’(affaire Benalla)와 코로나 19의 영향으로 두 번의 헌법개정시도가 좌절되는 등 무능한 모습 또한 보여주었다. 두 번째 임기(2022-)의 경우 대통령 자신이 첫 번째 선거보다 약한 지지를 받고 대통령으로 당선되었을 뿐만 아니라, 하원 선거 결과 또한 첫 번째 임기보다 좋지 않았다. 그 결과 의회에서 새로운 입법을 통한 개혁은 헌법 제49조 제3항을 사용하지 않고서는 불가능했다. Ferdinand Mélin-Soucramanien/Pierre Pactet, Droit constitutionnel, Dalloz-Sirey, 2024, pp. 397-399.

⁵⁷⁾ 프랑스는 전통적으로 독립된 사법기관에 의한 규범통제제도의 도입에 대해서 부정적이었으며(한동훈, 프랑스의 위헌법률심사제도, 헌법재판연구원, 2012, 3-7면 참조), 일부의 사람

재판소를 설치하는 것을 원하지 않았으며, 헌법재판소는 단지 프랑스 제4공화국 헌정 실제의 병폐로 평가되는 의회 - 특히 하원 - 의 독단과 주도권을 막고, 주요한 국가 기관들 간의 다툼을 해결하는 임무를 수행하는 보조적 장치로 기능하기를 원했다.

이와 같은 프랑스 제5공화국 헌법제정자들의 의사에 대해서 프랑스 헌법재판소는 드골 대통령이 집권하였던 1960년에는 소극적으로 순응하는 태도를 취했으며, 자신의 권한을 다른 헌법기관들이 인정하고, 존중하도록 하는 것에 만족하였다. 이와 같은 프랑스 헌법재판소의 초기의 태도는 1961년 9월 14일 결정(Décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961)⁵⁸⁾과 1962년 11월 6일 결정(Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962)에서 확인할 수 있다. 특히, 프랑스 헌법재판소는 1962년 11월 6일 결정에서 “판시이유 2. 비록 헌법 제61조⁵⁹⁾가 헌법재판소에게 조직법률 및 일반법률이 헌법에 합치하는지에 대해서 판단할 임무를 부여하였지만, ... 헌법재판소를 공권력 활동의 조정자적 기관으로 설립한 프랑스 제5공화국 헌법의 정신에 따르면, 헌법이 제61조에서 대상으로 하고자 한 법률은 단지 의회가 가결한 법률만이며, 국민투표를 통해 국민주권을 직접적으로 표현한 법률은 결코 아니다.”라고 판시하면서, 국민투표를 통해 채택된 법률이 헌법에 합치하는지에 대한 판단 권한이 자신에게는 없다고 판단하였다.

들은 1958년 프랑스 제5공화국 헌법에 헌법재판소를 규정하는 것을 구체제 하의 고등법원(Parlement)에 대한 복귀와 법률의 우위성의 원칙에 근거한 공화주의적 전통과의 단절로 평가하였다. 그리고 이와 같은 헌법재판소에 대한 평가는 사전적 위헌법률심판에 대한 헌법재판소의 권한을 규정한 1958년 프랑스 제5공화국 헌법 제61조 - 제소권자로 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장만을 규정함 - 에서 확인할 수 있다. Dominique Rousseau/Pierre-Yves Gahdoun/Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2023, p. 37.

58) 프랑스 헌법재판소는 프랑스 헌법 제16조에 근거한 국가긴급권이 발동된 기간 동안 정부 불신임(motion de censure)안을 접수받을 수 있는지에 대한 하원의장의 질의에 대해서 헌법재판소는 이와 같은 질의에 대한 답변을 할 권한이 없다고 판시하였다.

59) 프랑스 헌법 제61조 : “① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다.

② 이와 같은 목적을 위해 대통령·수상·하원의장·상원의장은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 청구할 수 있다.

③ 제1항과 제2항에서 규정한 경우 헌법재판소는 1개월 내에 결정하여야 한다. 단, 정부의 요구에 따라 긴급한 경우, 그 기간은 8일로 단축된다.

④ 제1항, 제2항, 제3항의 경우, 헌법재판소에 대한 청구는 공포기간의 진행을 중단시킨다.”

(2) 기본권 보장자로서의 지위 변화

1958년 프랑스 제5공화국 헌법이 제정된 이후 1960년대까지 지속된 프랑스 헌법재판소의 소극적 태도는 강력한 대통령제로 평가될 수 있는 드골의 재임 시기(1959-1969)가 끝나고, 상원의 저항이 가능하게 된 1970년대부터 점진적으로 변화되게 된다.

특히 프랑스 헌법재판소는 1971년 7월 16일 결정(Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971)을 통해 자신의 지위 및 역할의 변화를 위한 헌법적 토대를 마련하였다. 즉, 프랑스 헌법재판소는 1971년 7월 16일 결정에서 “헌법 및 **특히 헌법 전문에 비추어** ; … 판시이유 2. 공화국 법률에 의해 인정되고, 헌법전문에 의해 엄숙하게 재확인된 기본 원칙 가운데, 결사의 자유 원칙이 포함된다. 그리고 결사의 자유 원칙은 ‘결사 계약에 관한 1901년 7월 1일 법률’의 전체 규정의 토대이다. 이와 같은 결사의 자유 원칙에 근거하여 결사는 자유롭게 조직되며, 사전 신고서를 제출하기만 하면 공표될 수 있다. …”고 판시하였다.

이 결정을 통해서 프랑스 헌법재판소는 사전적 위헌법률심판권의 행사와 관련하여 처음으로 1958년 프랑스 제5공화국 헌법 전문을 심사기준으로 인정하였다.⁶⁰⁾ 그 결과 프랑스 제5공화국 헌법 전문에 규정되어 있는 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’과 ‘1946년 헌법전문’ - 공화국 법률에 의해 인정된 기본원칙이 포함됨 - 은 프랑스 헌법재판소가 향후 위헌법률심판권을 적극적으로 행사할 수 있는 도구로 기능할 수 있게 되었다.⁶¹⁾

그리고 1971년 7월 16일 결정을 통해서 프랑스 헌법재판소는 프랑스 법의 전통적 원칙인 법률 주권(souveraineté de la loi)과 결별하였다. 프랑스 헌법재판소는 1971년 7

60) 보다 구체적으로 살펴보자면, 1958년 헌법 전문을 심사기준으로 최초로 사용한 것은 1970년 6월 19일 결정(Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970)이었지만, 이 결정의 심판대상은 ‘법률’(loi)이 아닌 ‘조약’(Traité)이었다. Dominique Rousseau/Pierre-Yves Gahdoun/Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2023, p. 40; Louis Favoreu/Patrick Gaïa/Richard Ghevoitian/Jean-Louis Mestre/Otto Pfersmann/André Roux/Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2023, pp. 154-155.

61) 1971년 7월 16일 결정에서는 ‘공화국 법률에 의해 인정된 기본원칙’이, 1973년 12월 27일 결정(Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973)에서는 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’ 제6조가, 1975년 1월 15일 결정(Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975)에서 ‘1946년 헌법전문’이 심사기준으로 사용되었다. Louis Favoreu/Patrick Gaïa/Richard Ghevoitian/Jean-Louis Mestre/Otto Pfersmann/André Roux/Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2023, p. 155.

월 16일 결정 이전까지 주로 입법절차나 의회와 집행부 간의 권한배분의 문제에 대한 판단을 하였다. 그러나 1971년 7월 16일 결정 이후부터 법률의 내용이나 입법자의 선택을 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’과 ‘1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문’의 관점에서 판단하게 되었으며, 이를 통해 프랑스 헌법재판소는 단순히 공권력 활동의 조정자에 그치는 것이 아니라, 국민의 권리 및 자유도 보장하는 기본권 보장기관으로서의 성격이 강화되었다.⁶²⁾

1971년 7월 16일 결정을 통해 시작된 프랑스 헌법재판소의 지위 및 역할의 강화는 사전적 위헌법률심판의 제소권자를 확대한 1974년 10월 29일의 헌법개정과 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판권(Question prioritaire de constitutionnalité, QPC)을 부여한 2008년 7월 23일 헌법개정을 거쳐 현재와 같은 모습이 완성되게 되었으며, 그 결과 프랑스는 의회주의 전통이 강한 국가에서 헌법재판에 의한 입헌주의 국가로 변화되었다.

이와 같은 변화된 지위에 근거하여 프랑스 헌법재판소는 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’과 ‘1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문’을 규범통제권의 행사에 적극적으로 활용하고 있으며, 또한 비록 헌법전문에 나중에 편입되기는 하였지만 규범적 효력보다는 교육적 목적이 있는 것으로 이해된 ‘2004년 환경헌장’(Charte de l’environnement de 2004)을 근거로 환경문제와 미래세대의 권리 등의 문제를 적극적으로 심사하고 있다.⁶³⁾⁶⁴⁾

62) Dominique Rousseau/Pierre-Yves Gahdoun/Julien Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ, 2023, p. 41.

63) 프랑스 헌법재판소는 ‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 법률’(Loi portant mesures d’urgence pour la protection du pouvoir d’achat)에 대한 2022년 8월 12일 결정(Décision n° 2022-843 DC du 12 août 2022)에서 환경헌장의 개별조항 이외에도 환경헌장의 전문을 사전적 위헌법률심판의 심사기준으로 인정하였으며, 환경보존은 국가의 다른 기본적 이익만큼 중요하며, 환경과 관련된 입법이 현재 세대의 필요와 미래 세대의 필요 간의 균형을 추구해야 함을 판시하였다(헌법재판연구원, 세계헌법재판 조사연구보고서, 2023 제5호(통권 제62호), 107-119면). 그리고 2023년 10월 27일 결정(Décision n° 2023-1066 QPC du 27 octobre 2023)에서 입법자가 미래 세대의 권리를 보호해야 한다는 점을 처음으로 인정하였다(헌법재판연구원, 세계헌법재판 조사연구보고서, 2024 제1호(통권 제64호), 74-83면).

64) 특히 프랑스 헌법재판소는 과거와 달리 최근에 기관 자체를 국민들이 접근하기 쉽게 개방적으로 운영하고 있다. 즉 프랑스 헌법재판소는 2010년에 QPC가 시행되는 것에 발맞추어 일반국민, 청구인, 청구인의 변호사 및 학계에 대해 헌법재판소를 개방하는 정책을 채택한다. 프랑스 헌법재판소는 QPC 제도의 성공은 QPC 운영의 투명성과 소송수단으로서의 매력과 관계가 있다는 점을 인식하고 이를 위한 많은 노력을 기울인다. 대표적인 예로, 프랑스 헌법재판소는 홈페이지를 개편하여 QPC를 이용하는데 필수적인 정보(QPC의 근거 법

IV. 프랑스 제5공화국 헌법의 영향과 국내의 선행연구의 일반적 경향

프랑스 헌법학은 우리 헌법학에 직접적이며, 광범위한 영향을 미친 것으로 평가하기는 어려울 것으로 판단된다. 그렇지만 국내의 프랑스 헌법학에 대한 연구는 어려운 여건에도 헌법 이론, 의회, 대통령 및 행정부, 사법권, 헌법재판, 정부형태, 선거, 기본권, 재정, 헌법소송 등 여러 세부적인 분야에서 확인할 수 있다.⁶⁵⁾

따라서 이와 같은 프랑스 헌법의 영향 및 관련된 국내의 선행연구의 상황을 전제하면서 프랑스 헌법학의 영향 및 관련된 국내의 선행연구를 평가할 때 다음과 같은 특징적인 모습을 발견할 수 있다.

우선, 1789년 프랑스 대혁명 이후 형성 및 발전된 프랑스의 헌법이론 및 정치사상은 현행 한국헌법의 기본원리 가운데 국민주권주의, 성문헌법주의, 민주주의, 권력분립의 원리, 기본권 보장 등에 일반적인 차원에서 영향을 미친 것으로 평가된다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

그렇지만, 프랑스 헌법학이 우리 헌법에 가장 직접적 그리고 실질적인 영향을 미친 계기는 바로 1972년 유신헌법이라는 점은 부인할 수 없다. 대통령 권력의 인격화를 헌법규범화한 1972년 헌법은 그 이념적 원천을 1958년에 제정된 프랑스 제5공화국 헌법에서 찾고자 하였기 때문이다.

규정, 관련 논문, 결정문 해설 등)를 공개하며, 대학의 학술행사를 정기적으로 조직하며, 헌법재판소장이 미디어에 자주 출연하며, 페이스북(Facebook)과 트위터(Twitter)도 활용한다. Dominique Rousseau/Pierre-Yves Gahdoun/Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020, p. 396. 각주 78). 최근에는 지방에 거주하는 시민들에 대한 QPC에 대한 관심을 제고하기 위해서 지방에서 공개변론을 개최하기도 한다.

65) 프랑스 공법학에 대한 종래의 연구업적에 대한 정리와 관해서는 전학선, 우리나라에서 프랑스 공법의 연구동향 - 헌법과 행정법을 중심으로 -, 유럽헌법연구 제33호, 2020, 605-648면 참조.

66) 박인수, 한국 헌법상에서의 프랑스 헌법의 영향, 세계헌법연구 제14권 제3호, 2008, 173면; 이외에도 박인수 교수는 948년 대한민국 건국헌법이 대통령제를 기본적인 정부형태로 하면서도 대통령제 정부형태에서는 생소한 국무총리제도와 국무원제도 등 것도 프랑스 헌법의 영향이라고 평가하고 있다. 박인수, 한국 헌법상에서의 프랑스 헌법의 영향, 세계헌법연구 제14권 제3호, 2008, 171-172면.

67) 프랑스의 고전적 헌법이론 및 정치사상에 대한 대표적인 국내연구와 관련하여 Jean Morange 교수의 'La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen'를 번역한 변해철 교수의 '1789년 인간과 시민의 권리선언'(탐구당, 1995)과 박인수 교수의 Emmanuel-Joseph Sieyès의 'Qu'est-ce que le Tiers-État?'를 번역한 박인수 교수의 E. J. 시에예스 '제3신분이란 무엇인가'(책세상, 2003)를 언급할 수 있다.

이와 같은 그 당시의 현실적 필요성에 따라 1970년대까지 큰 관심을 받지 않았던 프랑스 헌법학은 새로운 각광을 받게 되고, 특히 프랑스 제5공화국 헌법 - 특히 대통령의 권한 부분 - 에 대한 본격적인 연구가 이루어졌다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

이후 국내의 프랑스 제5공화국 헌법에 대한 주된 관심은 프랑스 제5공화국의 정부 형태 - 즉 이원정부제 - 에 관한 문제였다. 정부형태에 관한 문제는 권력분립의 구체적 실현형태라는 점에서 헌법학의 가장 기본적 연구대상이라는 점과 여러 번 시도되었던 개헌 논의에서 프랑스 제5공화국의 이원정부제는 대통령제와 의원내각제 이외의 선택의 대상이라는 점과 관계가 있는 것으로 판단된다.⁷⁰⁾

최근에는 프랑스 헌법재판소의 권한 및 그 구체적 활동에 대한 관심 및 연구도 적지 않다. 이는 대한민국 헌법재판소의 성공적 운영과 프랑스의 1974년 및 2008년 헌법개정으로 프랑스 헌법재판소가 사전적 및 사후적 위헌법률심판권을 적극적으로 행사하게 된 사정과 관련이 있는 것으로 판단된다.⁷¹⁾

68) 성낙인 교수는 유신헌법의 제정에 있어서 헌법이론을 제공한 것으로 알려진 한태연 교수와 갈봉근 교수가 각기 프랑스 헌법학에 기초한 이론을 제공하였으며, 관련된 대표적인 저작으로 한태연 교수의 ‘헌법학’(법문사), 갈봉근 교수의 ‘유신헌법론’(한국헌법학회 출판부)과 ‘대통령의 비상대권론’(삼화출판사, 1972)을 언급하고 있다. 성낙인, 한불수교 130주년과 한불법학의 미래, ‘한국과 프랑스 스포츠법상 주요 법적 쟁점’, 한불법학회 2019 제1차 정기학술대회 자료집 2019. 6. 1., 8-9면.

69) 성낙인 교수의 ‘프랑스 헌법학’(법문사, 1995)는 프랑스 제5공화국 헌법을 종합적으로 연구한 국내의 가장 대표적인 연구서이다.

70) 프랑스 제5공화국의 정부형태에 대한 대표적인 연구로는 박인수, 현행 프랑스 정부형태에 관한 소고, 심곡정광용교수화갑기념논문집, 1991; 성낙인 프랑스 제5공화국 헌법체제하의 동거정부론의 전개, 법조 제387호, 1988; 성낙인, 프랑스 이원정부제(반대통령제)의 현실과 전망, 헌법학연구 제4권 제2호, 1992; 성낙인, 한국헌법과 이원정부제, 헌법학연구 제5권 제1호, 1999; 전학선, 프랑스의 정부형태, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006; 전학선, 이원정부제의 도입가능성에 관한 연구, 토지공법연구 제41집, 2008; 전학선, 프랑스 이원정부제의 실체와 현황, 헌법학연구 제21권 제3호, 2015; 정재황, 프랑스 혼합정부제의 원리와 실체에 대한 고찰, 공법연구 제27집 제3호, 1999; 정재황, 프랑스에서의 동거정부에 대한 헌법적 일고찰, 공법연구 제27집 제1호, 1998; 정재황, 프랑스의 혼합정부제의 한국적 적실성, 성균관법학 제29권 제3호, 2017. 등

71) 프랑스 헌법재판제도에 대한 대표적인 연구로는 박인수, 프랑스에서의 법률의 합헌성 통제, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004; 박인수, 프랑스 헌법재판소의 규범통제, 토지공법연구 제43집 제3호, 2009; 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022; 정재황, 프랑스에서의 헌법재판제도에 관한 헌법개정, 성균관법학 제20권 제3호, 2008; 정재황, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구, 성균관법학 제22권 제3호, 2010. 등

V. 맺음말 - 향후 프랑스 헌법 연구의 방향과 관련하여

1958년에 제정되어 현재까지 65년 이상 존속한 프랑스 제5공화국 헌법은 프랑스 헌정사에서 가장 오래된 헌법이다. 그렇지만 프랑스 제5공화국 헌법은 지금까지 25차례 개정되었으며, 드골 대통령 이후 전개된 헌정실제 또한 다양한 모습을 확인할 수 있다. 특히 프랑스 제5공화국 헌법제정자가 공권력 간의 조정자적 역할을 부여한 프랑스 헌법재판소는 자신의 의지 및 헌법개정을 통해 기본권 보장기관으로 변화시켰으며, 프랑스 제5공화국을 헌법재판을 통한 입헌민주주의 국가로 변모시켰다.

따라서 프랑스 제5공화국 헌법에 대한 비교법적 연구는 프랑스 제5공화국 헌법 자체의 변화 및 프랑스 제5공화국 헌정의 전체적 상황을 고려하여 이루어질 필요가 있으며, 구체적으로 다음과 같은 점을 고려할 필요가 있다.

첫째로, 실질적으로 프랑스 헌법으로 인정되고 있는 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’, ‘1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문’ 및 ‘2004년 환경헌장’의 개별 조문에 대한 보다 체계적인 분석이 필요할 것으로 판단된다. 물론 프랑스 헌법의 기본권 조항에 해당하는 규정에 대한 종래의 연구가 없었던 것은 아니지만, 프랑스 헌법재판소가 사전적 및 사후적 위헌법률심판권을 행사하면서 이들 헌법문서를 심사기준으로 어떻게 활용하였는지 관련된 결정례를 중심으로 체계적으로 검토할 필요가 있으며, 특히 최근 ‘2004년 환경헌장’과 관련된 프랑스 헌법재판소의 입장도 주의 깊게 분석될 필요가 있다.

둘째, 프랑스 제5공화국상 헌법의 권력구조에 대한 연구도 보다 종합적으로 이루어질 필요가 있다. 물론 프랑스 제5공화국 헌법상 권력구조에 대한 연구와 관련하여, 유신헌법의 정당화 및 개헌과 관련된 논의를 위해서 프랑스 제5공화국 초기의 권력구조 및 헌정실제, 동거정부론 등에 대한 상당한 연구가 진행된 바 있다. 그러나 종래의 연구는 현재의 관점에서는 프랑스 제5공화국 헌법의 일부분에 대한 연구에 그치고 있다고 볼 수도 있다. 따라서 향후 프랑스 헌법에 대한 연구는 프랑스 제5공화국 헌법제정과 관련된 프랑스 학계의 그 동안의 학문적 성과를 정리하고, 25차례 있었던 헌법개정 - 특히 입법권과 집행권의 관계에 대한 상당한 개정을 하였던 2008년 헌법개정 - 을 헌법규범적 및 헌정실제적으로 종합적으로 분석하는 방향으로 전개될 필요가 있다.

마지막으로, 1789년 프랑스 대혁명 이후 전개된 프랑스 헌정사에 대한 체계적 연구 또한 진행될 필요가 있다. 프랑스 헌정사에 대한 연구는 현재와 무관한 과거 사건에 대한 정리가 아니라 현행 헌법에 대한 보다 충실한 이해에 도움이 되기 때문이다. 예를 들면, 1958년 프랑스 제5공화국 헌법상 대통령의 임기가 7년으로 규정된 점, 프랑스에서 대통령의 교서권이 가지는 의미, 그리고 의회의 입법절차의 상당 부분이 헌법 규범화된 점 등은 헌정사적 이해를 통해서 보다 충실한 의미를 찾을 수 있다.

【토론】

지정도론문

정 광 현*

존경하는 한동훈 책임연구원님, 임현 교수님, 조예 깊은 발표 잘 들었습니다. 두 분의 발표를 들으면서 프랑스와 독일의 공법학 발전사를 전반적으로 조망할 수 있게 되었고, 그래서 저로서는 여러 모로 참 유익하였습니다. 또한 한국공법학회와 헌법재판 연구원이 2024년 한 해를 마무리하는 공동학술행사라는 뜻깊은 자리를 마련하고 제게 이렇게 토론할 기회까지 허여해 주신 데 대해서도 정말 감사합니다.

아시다시피, 비교법 연구는 단지 해외의 법상황에 관한 정보 제공에서 그치지 않고, 우리의 법상황이 과연 다른 법체계의 국가들에게는 어떻게 비칠까 하는 객관화된 관점에서 우리나라 법학의 현주소를 재인식하고 이에 기초해 앞으로의 발전 과제를 설정할 수 있게 도와 주는 점에서 그 자체로 매우 유의미합니다. 특히 근대 이래로 우리나라는 해외의 선진적인 법체계를 본받는 데 정말 열정을 아끼지 않았던 것 같습니다. 처음에는 일본을 통해 간접적으로 서구의 법계를 계수하다가 점차 우리 학계의 연구역량이 쌓이면서 독일, 프랑스, 미국 등에서 직접 우리가 도입할 만한 법제나 판례, 이론을 찾아서 발굴하는 식으로 발전해 왔습니다. 그런 면에서 보면, 이제껏 우리나라 법학의 발전사는 상당 부분 비교법 연구사였다고 말해도 과언은 아닐 것입니다.

하지만 간과해서는 안 될 것은, 외국의 법체계는 그 나라의 특수한 사정에 맞게 형성되어 온 것이기에 그것이 항상 우리에게도 잘 맞으리라는 법은 없다는 점입니다. 또한 외국의 선진적 법체계라고 해서 반드시 완전무결한 것도 아닙니다. 그러므로 외국의 것을 그냥 맹목적으로 추종하기보다는, 학자적 안목으로 옥석을 가려 취사선택하는 지혜가 필요하다고 생각합니다. 이는 그 나라 법체계와 학계의 논의상황에 대한 포괄적인 이해가 전제되어야 하기에, 여기서 다시금 비교법적 연구의 필요성이 제기

* 한양대학교 법학전문대학원 교수

되게 됩니다. 다만, 그동안 우리나라는 사례수집에 큰 비중을 둔 비교법 연구를 해 왔다고 한다면, 앞으로는 외국 학계가 자신의 법체계에 대하여 어떻게 비판하고 개선하려고 하는지 그 다양한 견해들을 심도깊게 연구하는 쪽에 더 커다란 비중을 실어 주어야 하지 않나 생각합니다. 물론, 이것은 하루아침에 성과를 거둘 수 있는 게 결코 아니며, 상당히 장기간의 연구를 안정적으로 이어나갈 수 있게끔 제도적으로 뒷받침해 줄 때에만 비로소 만족할 만한 성과를 기대할 수 있게 될 것입니다. 단기간에 상당수의 연구실적을 내놓을 것을 강요하는 현행 시스템은 바로 그런 점에서 개선될 필요가 있다고 봅니다. 혹시 두 분 발표자께서도 이에 동의하시는지, 실제로 이와 관련해 우리 연구시스템의 아쉬운 점을 경험하신 바가 있는지 여쭙고 싶습니다.

한편, 우리 헌법의 기본권조항만 해도 각각 상이한 나라에서 유래한 것들이 한데 모여 있다는 인상을 줍니다. 가령, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 독일 기본법에서, 행복추구권은 미국 버지니아 권리장전에서, 헌법 제12조 제1항, 제3항의 적법절차조항은 미국 수정헌법에서 유래를 찾을 수 있습니다. 이는 유사한 취지의 규정들의 중복적 도입 내지 이질적인 법관념의 혼재 가능성을 시사합니다. 헌법의 규범력이 지금보다 훨씬 약하던 시절에 우리 헌법을 장식하기 위해 이 나라 저 나라에서 일견 좋아 보이는 조항들이라면 죄다 모아놓은 결과가 아닐까 합니다. 이런 식으로 외국의 법제를 별다른 교통정리 없이 다소 잡다하게 수입함으로 인하여 헌법의 해석·적용에 있어 체계정합성을 확보하기가 구조적으로 상당히 까다로운 상황입니다. 예컨대, 적법절차원칙은 과잉금지원칙과는 별개인 독자적 헌법원칙인지 아니면 과잉금지원칙 위반 여부 판단을 할 때 하나의 고려요소가 되는 데 불과한지는, 제가 과문한 탓인지 몰라도, 매우 혼동스럽습니다. 우리 스스로 헌법해석상 체계정합성을 확보할 방안을 고민하지 않은 채 일부 개별 규정의 유사성에만 기초해 외국의 법이론을 그대로 차용하려고 할 경우에는 자칫 합성의 오류에 빠질 우려도 있다고 보는 이유입니다. 물론, 체계정합성을 유지할 수만 있다면, 다수의 법계로부터 장점만 따옴으로써 당초 법이론의 수출국들보다 오히려 더 나은 법체계를 구축해낼 가능성도 완전히 배제하진 못할 것입니다. 결국 비교법 연구는 우리나라의 특수한 법상황 전반에 대한 이해를 전제로 할 때 더 가치가 있다고 생각합니다. 혹시 발표자들께서도 이와 유사한 의견이신지, 우리 실무나 이론이 그동안 해석·적용상의 체계정합성 확보에 미진함을 보인 구체적 사례를 염두에 두신 게 있다면 그것은 무엇인지 말씀해 주시면 감사하겠습니다.

【토론】

“프랑스 공법학의 전개와 비교법적 의의”에 대한 토론문

정 재 도*

독일과 프랑스 공법학의 변화와 비교법적 연구의 의의에 대해 함께 이야기 나눌 수 있는 자리를 마련해 주신 한국공법학회와 헌법재판연구원에 깊은 감사의 인사를 드립니다. 또한 바쁘신 중에도 독일과 프랑스 공법학에 대한 옥고를 준비해 주신 발표자들에게 감사를 드립니다. 개인적으로는 프랑스 헌법 연구자의 한 사람으로서 헌법재판 연구원의 한동훈 책임연구관님의 발표를 듣고 함께 토론할 수 있는 기회를 갖게 되어 무척이나 기쁜 마음입니다. 오늘 저는 프랑스 헌법학에 대한 발표문을 중심으로 프랑스 헌법학에 관한 비교법적 연구가 갖는 의미에 대해 토론하려고 합니다.

헌법은 한 국가의 정치, 경제, 사회, 문화 그리고 역사와 분리하여 생각할 수 없습니다. 그리하여 공화국으로서의 프랑스 및 프랑스 헌법에 대한 연구는 헌법학계뿐만 아니라 정치학계, 역사학계에서도 그동안 꾸준히 진행되어 왔습니다.¹⁾ 이러한 연구성과들은 오늘 소개해 주신 우리 헌법학계의 주요 연구성과들과 함께 지금의 프랑스 헌법을 이해하고 앞으로의 프랑스 헌법의 변화를 전망하는데 있어 중요한 연구자료가 된다고 생각합니다.

아울러 발표자께서 말씀하셨듯이, 프랑스 헌법학은 우리 헌법학에 직접적이고 광범위한 영향을 미친 것으로 평가하기는 어렵지만, 우리 헌법의 기본원리를 이루는 주요

* 서강대학교 법학연구소 연구교수, 헌법전공

1) 프랑스 헌법을 연구하는 과정에서 접하게 된 정치학계 내지 역사학계의 연구성과로서 토론자에게 개인적으로 인상 깊었던 것으로는 홍태영, 「국민국가의 정치학 : 프랑스 민주주의의 정치철학과 역사」, 후마니타스, 2008; 이용재·박단 외 지음, 한국프랑스사학회 기획, 「프랑스의 열정 : 공화국과 공화주의」, 아카넷, 2011; 주명철, 「프랑스 혁명사 제10부작」, 여문책, 2017~2019 등을 들 수 있습니다.

헌법이론과 정치사상의 상당 부분이 1789년 프랑스 대혁명 이후 형성되고 발전되어 온 프랑스의 헌법이론 및 정치사상과 밀접한 관련을 갖고 있는 것이 사실입니다. 여기에 더해 현재 전 세계에서 이루어지고 있는 과학기술의 발전과 급격한 사회적 변화 속에서 권력구조 및 사회변화 그리고 기본권의 변화에 대해 먼저 고민하고 실천하고 있는 국가 중 하나가 또한 프랑스입니다.²⁾ 이런 점에서 프랑스의 공법학의 변화의 추이를 살펴보고 연구하는 것은 헌법과 행정법의 영역에서 관련된 우리 법 제도의 변화가능성을 진단하고 전망하는데 많은 도움이 되고 있다고 생각합니다.

이러한 프랑스 헌법에 대한 비교법적 연구의 의의에 더해, 다른 국가의 헌법에 있어서도 마찬가지겠지만, 프랑스 헌법을 이해하고 연구하는데 있어서 생각해야 할 부분은 프랑스 헌법상의 법제도에 대한 분석뿐만 아니라 법제도의 변화과정과 그로 인한 결과에 대한 이해가 또한 중요하다는 점입니다. 이 점은 발표문의 마지막에서 말씀하셨던 “프랑스 헌정사에 대한 체계적 연구”의 필요성과 같은 맥락이라고 할 수 있습니다.

이에 관한 예로는 우리 헌법상의 정부형태에 관한 개정논의에 있어 주요하게 다루어지고 있는 프랑스 제5공화국 헌법상의 정부형태가 프랑스 제3공화국과 제4공화국의 의원내각제의 경험을 근거로 하여 마련되었으며, 헌법과 함께 선거제도의 개편을 통해서 이루어진 점을 들 수 있습니다.

다당제 국가로 알려져 있는 프랑스는 제3공화국과 제4공화국을 거치면서 의회주권 (souveraineté parlementaire)이 강조된 국가이었습니다. 그리고 제3공화국과 제4공화국

2) 2002년 6월 24일 미국 연방대법원이 ‘Dobbs v. Jackson Women's Health Organization’ 판결을 통해 여성의 임신 중단 권리를 인정한 ‘Roe v. Wade’ 판결(1973)을 폐기한 것과 달리, 프랑스는 발표문에서 언급한 바와 같이, 2024년 3월 8일 헌법개정을 통하여 세계 최초로 헌법에 여성의 낙태권을 보장하였습니다(Article 34. La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse. 법률은 자발적으로 임신을 중단하려는 여성에게 보장된 자유를 행사할 수 있는 조건을 정한다).

또한 프랑스는 디지털 시대를 맞이하여 정보 및 지식기반 경제로의 전환 및 디지털 사회로의 전환을 위한 법적 토대로서 2016년에 「디지털 공화국에 관한 2016년 10월 7일 제 2016-1321호 법률」(LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique)을 제정하였습니다. 특히 이 법률은 온라인 클라우드소싱 플랫폼에 기반하여 시민이 직접 법률안의 작성에 참여하였다는 점을 특징으로 합니다. 이에 대해서는 정제도, “온라인 클라우드소싱 플랫폼에 기반한 프랑스 시민공동입법 사례 연구”, 「공법연구」 제 49집 제3호, 한국공법학회, 2021, 169-198면 참조.

의 의원내각제에서는 내각에 대한 의회의 빈번한 불신임과 그로 인한 정부의 불안정 문제가 헌법상 중요한 문제가 되었습니다. 특히 프랑스 제4공화국 헌법은 이러한 문제를 해결하기 위해서 의회와 정부의 관계를 합리적으로 규율하여 양자 간의 권력의 균형을 실현할 수 있는 구체적인 제도들을 헌법에 직접 도입하였고, 이를 근거로 제4공화국(1946년~1958년)의 헌법상의 정부형태를 일반적으로 ‘합리화된 의원내각제’(Parlementarisme rationalisé)라고 불렀습니다.³⁾ 그러나 이러한 시도에도 불구하고 이념적 성향이 강한 다당제 정당구조와 비례대표제 선거제도로 인하여 의회 안에서 안정적인 정치적 다수세력이 형성되지 못하였으며, 헌법규정을 사문화시키고 의회권력을 강화시키기 위하여 ‘선별적 투표’(votes calibrés)와 같은 헌법적 관행들이 나타남에 따라⁴⁾ 프랑스 제4공화국 헌법의 합리화된 의원내각제는 결국 실패하고 말았습니다.

프랑스 제4공화국의 헌정의 실패를 바탕으로, 프랑스 제5공화국에서는 정부의 불안정 문제를 해결하고 국가운영의 안정적 유지를 위하여 1958년 10월 4일의 헌법을 통해서 강력한 권한을 가진 국가원수로서 대통령을 두는 한편,⁵⁾ 대통령이 임명한 수상이 의회의 다수파와 협력하여 국정을 운영하되, 만일 정부가 의회 다수파의 신임을

3) 프랑스 제4공화국 헌법, 즉 1946년 10월 27일의 프랑스 헌법은 ‘내각의 구성에 대한 의회의 신임부여의 합리화’, ‘의회에 대한 내각의 책임의 합리화’, ‘정부의 의회해산권 행사의 합리화’를 그 내용으로 하였습니다. 구체적으로는 첫째, 수상(Premier ministre)은 하원인 국민의회(Assemblée nationale)에서 의원들의 절대 다수에 의하여 신임을 부여받은 뒤에만 임명될 수 있게 하였습니다(제45조). 둘째, 내각은 국민의회에 대해서 직접 자신에 대한 신임문제를 제기할 수 있으며, 내각에 대한 신임은 국민의회 의원들의 절대다수로만 거부될 수 있게 하였습니다(제49조). 셋째, 국민의회는 의원들의 절대다수에 의해서만 내각불신임안을 채택할 수 있게 하였습니다(제50조). 넷째, 18개월 동안에 2번의 내각의 사퇴가 발생하면 내각은 국민의회 해산을 결정할 수 있게 하였습니다(제51조).

4) 선별적 표결(votes calibrés)은 국민의회 의원들이 정부의 신임문제가 결부된 법률안에 대한 표결에 있어서 법률안을 ‘상대다수로 기각하는 관행’을 뜻합니다. 이를 위해서 의원들은 정당들 차원에서 먼저 협의를 거친 뒤에 투표의 결과가 국민의회 의원들의 절대다수에 이르지 않도록 그들의 투표의 내용을 선별하면서(en calibrant) 표결을 하였습니다. 선별적 표결에 의해서 국민의회는 절대다수에 이르지 않은 반대표를 행사하여 정부가 제출한 법률안을 부결시킴으로써 표결에서 패배한 정부를 사퇴시키는데 반해서, 헌법 제51조에서 규정한 국민의회 해산의 조건들의 충족은 의도적으로 방해하였습니다. 자세한 것은 정제도, “프랑스 제4공화국 헌법에 나타난 합리화된 의원내각제에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016, 347-348면 참조 .

5) 프랑스 제5공화국 헌법이 국민이 직접 선출한 대통령에게 인정한 강화된 권한으로는 ‘국가긴급권’(헌법 제16조), ‘국민의회 해산권’(헌법 제12조), ‘주요 정부제출법률안에 대한 국민투표회부권’(헌법 제11조)등이 있습니다.

않게 되면 의회가 불신임발의(motion de censure)를 통해서 정부를 퇴진시킬 수 있게 하였습니다.⁶⁾

다만, 헌법은 의회의 정부에 대한 불신임의 남발을 방지하기 위하여 불신임 요건을 엄격히 제한하였습니다.⁷⁾ 그러나 이러한 헌법규정만으로 문제가 곧바로 해결된 것은 아닙니다. 이에 더해서 프랑스 헌법은 국민 다수의 지지를 받는 대통령을 선출하고 의회 내에 안정적인 다수파를 형성할 수 있도록 선거제도를 개편하였습니다. 그리하여 발표문에서 소개해 주신 바와 같이, 1962년에 국회의원과 지역대표들로 구성된 선거인단에 의한 대통령 선출을 국민의 직접·보통선거에 의하여, ‘2회제 다수대표제’(scrutin majoritaire à deux tours), 즉 결선투표제로 선출하는 헌법개정을 실시하였습니다. 그리고 하원인 국민의회의원 선거에도 법률에 의해⁸⁾ ‘2회제 단기다수대표제’(scrutin uninominal majoritaire à deux tours)를 채택하였습니다. 그리고 이러한 선거제도의 변화는 정당들간의 선거연합을 가능하게 하여 프랑스 제5공화국의 정당제도는 다당제를 유지하면서도 ‘지배적 정당을 갖춘 연합시스템’(system of coalitions with a dominant party)으로 변화하였습니다. 특히 대통령 선거에 있어서 대통령을 지지하는 다수파, 즉 ‘대통령의 다수파’(majorité présidentielle)가 형성됨에 따라, 좌파와 우파에서 지배적 지위를 차지하고 있는 주요 정당들의 지도자를 중심으로 정당들이 작동하는 ‘대통령중심주의화’(présidentialisation)가 나타나게 되었습니다. 결과적으로 대통령 선거와 국민의회 선거제도의 변화로 인하여 대통령의 다수파에 대응하여 의회에서도 ‘의회 다수파’(majorité parlementaire)가 형성될 수 있게 되었고, 특히 대통령이 의회 다수파의 수장이 되어 자신의 권력을 수상으로 하여금 행사할 수 있게 됨에 따라 의

6) 2024년 12월 4일에는 2025년 예산안을 두고 정부와 의회의 갈등 끝에 바르니에(Michel Jean Barnier) 수상이 이끄는 정부에 대하여 야당이 불신임안을 제출하여 국민의회에서 불신임안이 가결되었다. 언론보도에 의하면 프랑스 정부가 하원인 국민의회의 불신임안 가결로 붕괴한 것은 1962년 조르주 포피두 정부 이후 62년 만이라고 한다. “프랑스 하원, 예산 대치 끝 정부 불신임 의결... 62년만”, 연합뉴스, 2024년 12월 5일. <https://v.daum.net/v/20241205050140649> (최종검색일: 2024년 12월 10일).

7) 프랑스 헌법은 불신임제도의 남용을 막기 위해서 제49조 제2항에서 하원인 국민의회는 불신임 동의안이 제출되면 그로부터 48시간이 경과한 후에만 표결할 수 있도록 하고, 특히 불신임 동의안에 찬성하는 투표만 집계하고 국민의회 재적의원 과반수 이상의 찬성이 있을 경우에만 가결되도록 하여 남용방지대책을 헌법에 두었습니다.

8) 「국민의회의원 선거에 관한 1958년 10월 13일의 제58-945호 오르도낭스」(Ordonnance n°58-945 du 13 octobre 1958 relative à l'élection des députés à l'Assemblée nationale).

회 다수과의 지지를 받은 정부의 활동이 가능하게 되었습니다.⁹⁾ 결국 제3공화국부터 이어진 정부의 불안정 문제는 헌법상의 권력구조의 개편뿐 아니라 그와 관련된 정당 제도와 선거제도의 변화를 통해서 비로소 일정한 성과를 거둘 수 있게 된 것입니다.

이상의 예에서 알 수 있듯이, 프랑스 헌법에 대한 연구는 프랑스 제3공화국부터 제5공화국으로 이어지는 공화국 헌정의 연속성 속에서 프랑스 헌법이 겪었던 제도적 변화의 과정과 그로 인한 결과를 살펴보는 것이 중요하다고 할 수 있습니다. 그리고 이것은 발표문에서도 지적했듯이 “프랑스 제5공화국 헌법 자체의 변화 및 프랑스 제5공화국 헌정의 전체적 상황을 고려한 연구”에 해당한다고 할 수 있을 것입니다. 아울러 연구인력이 충분하지 않은 것이 현실이지만, 가능한 범위에서는 연구의 범위를 더욱 확대하여, 권력구조 및 기본권과 관련된 프랑스 헌법의 헌법이론과 제도에 대해서 1789년 프랑스 대혁명 이후부터 현재까지 진행된 헌정사에 기반한 통사적 연구가 이루어진다면 우리 헌법의 기초가 되는 헌법원리 및 주요 제도를 이해하는 데에도 많은 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각합니다. 이상으로 제 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

9) 보다 자세한 것은 정재도, “프랑스 제5공화국의 대통령·국민회의의원 선거제도와 정당”, 『입법학연구』 제17집 2호, 한국입법학회, 2020, 114-132면 참조.

【토론】

“프랑스 공법학의 전개와 비교법적 의의”에 대한 토론문

김 지 영*

오늘 이렇게 뜻깊은 자리에서 토론의 기회를 가질 수 있어서 김재광 한국공법학회 회장님, 지성수 헌법재판연구원 원장님, 이번 학회를 위해 힘써 주신 공법학회 임원분들께 감사의 말씀을 드립니다. 아울러, 프랑스 공법학의 전개에 대한 비교법적 검토를 발제 주제로 맡아 쉽지 않은 발표문을 통해 공부의 기회를 주신 한동훈 박사님께 감사의 말씀을 드립니다. 이번 학술대회 기획에 참여한 저로서는 발제자와 토론자 섭외에 있어서 비교법적 연구를 수행하고 있는 연구자를 모시고, 전공이 각각 헌법과 행정법으로 하여 해당 국가의 공법적 체계와 특징, 비교법적 관점에서의 의미에 대해서 발제와 토론의 장을 가지고자 의도하였습니다. 이러한 기획 취지에 비추어, 토론문의 구성은 프랑스 공법학의 특징 및 체계, 비교법적 접근방법에 있어서 곤란성과 필요성, 발제문에 관한 토론으로 하고자 합니다.

1. 프랑스 공법 체계의 특징

1-1. 짧은 지면으로, 프랑스 공법 체계 전부를 소개하는 것은 어려운 작업일 것입니다. 제가 생각하는 특수성 몇 가지를 소개하면 다음과 같습니다.

첫째, 프랑스 규범체계는 우리나라와 달리 몇몇 특수성을 가지고 있습니다. 프랑스 규범체계는 헌법-조직법·국제법-법률-명령-규칙으로 구성되어 있습니다. 여기에서 ‘조직법(loi organique)’은 우리 법체계에서는 낯선 개념입니다. 헌법과 일반법 중간에 위치하는 조직법은 헌법이 명문으로 규정한 사항에 대해서 조직법으로 정하는 경우에만

* 대구대학교 경찰학부

제정될 수 있습니다. 조직법은 ‘헌법의 구체화법’으로서 기능합니다. 1959년 독일의 법학자 프리츠 베르너(Fritz Werner)가 “행정법은 헌법의 구체화이다.”라고 한 이후에, 행정법은 헌법의 구체화법으로써 인식되고 있다는 점에서, 조직법도 이와 같은 것으로 인식할 수도 있을 것입니다. 그러나 조직법은 헌법 조문의 내용을 단순히 구체화하는 것이 아니라, 헌법에서 모든 사항을 다 규율할 수 없으나, 일반법보다는 상위의 규범적 효력이 인정되는 사항에 대해 규율하는 특징을 가지고 있습니다. 조직법의 개념적 규정은 “헌법 조문의 구체화법”으로 인식될 수 있을 것입니다. 실제 프랑스에서는 헌법보다 하위에 있지만, 개별법보다는 상위법으로서 조직법을 인식하고 있습니다. 다음으로, 주지하다시피, 의회의 승인을 얻은 조약이나 일반적으로 승인된 국제조약의 규범적 효력을 국내법과 동일한 것으로 파악하는 우리나라와 달리, 프랑스는 국제조약의 효력을 국내법보다 상위의 효력이 인정됩니다. 법률과 행정입법의 관계도 우리의 관념에서 이질적인 요소가 있습니다. 우리나라에서 법규명령은 법률대위적 법규명령과 법률종속적 법규명령으로 구분하고, 전자는 국가 비상사태에 인정되는 등 헌법이 정한 엄격한 요건 하에서만 가능하지만, 프랑스는 법률대위적 법규명령인 ‘오르도넝스(Ordonnance)’가 보편화되어 있습니다. 의회의 사전적 위임과 사후적 승인이 있으면, 행정부도 법률과 동등한 효력이 인정되는 오르도넝스를 제정할 수 있습니다.

둘째, 법률의 존재 형식에서도 특수성이 있습니다. 중요한 사항에 대해 일반적인 법전(Code)이 존재하지만, 법전이 모든 법률을 포함하고 있지는 않습니다. 법전에 포함되어 있지 않은 법률도 존재합니다. 대부분 주요 사항은 법전에 포함되어 규율되고 있지만, 경우에 따라서는 별도의 근거법을 찾아 연구해야 할 필요성도 있습니다. 법전의 구성도 의회의 의무적 법률유보사항을 정하고 있는 헌법 제34조와 행정입법에 관한 헌법 제37조에 따라 입법편 부분과 행정입법편 부분으로 구성되어 있는 것이 특징입니다.

셋째, 주지하시다시피, 프랑스 공법에서 특수성은 헌법재판소와 행정법원, 일반법원의 사법적 구조에서도 발견할 수 있습니다. 프랑스 헌법재판소의 기능과 역할은 한동훈 박사님의 발제문에서도 잘 나타나 있듯이, 제5공화국 초기에는 제한적 의미와 기능을 수행하였지만, 점차 그 역할을 확대하였습니다. 1972년 헌법재판소 결정을 통해 헌법재판소의 기본권 보장기능 확인, 1974년 헌법개정을 통한 규범통제의 청구인 적격을 확대한 것이 그 예입니다. 나아가 2008년 헌법개정에서는 사후적 규범통제

(Question prioritaire de constitutionnalité: QPC)까지 도입하여, 헌법재판소의 기본권 보장자로서의 역할을 확대하고 있습니다. 행정법원과 관련하여서는 우선 일반법원과 행정법원이 분리된 이원적 사법 체계를 프랑스는 갖고 있습니다. 행정사건은 파기원(Cour de cassation)의 관할이 아니며, 행정사건은 행정법원이 전담하고, 상고심은 쁘세이데따(Conseil d'État)가 됩니다. 일반사건과 행정사건을 결정하는 관할결정법원(Tribunal des conflits)의 존재도 특수하다고 볼 수 있습니다. 독일의 연방헌법재판소는 사후적 규범통제만 하고, 추상적·구체적 규범통제가 가능하고, 재판소원이 가능하지만, 프랑스 헌법재판소는 사전적·추상적 규범통제가 원칙이고, 2008년 이후에는 사후적·구체적 규범통제가 가능하지만, 여전히 재판소원은 인정되지 않습니다. 우리나라에서는 권한쟁의심판이 일반적으로 헌법상 인정되지만, 프랑스에서는 일반적인 권한쟁의심판은 규정되어 있지 않고, 프랑스 헌법 제41조에서 입법권에 관한 특수한 형태의 권한쟁의심판만 인정되고 있는 것으로 보입니다. 행정재판의 경우에는 “월권소송(recours pour excès de pouvoir)”을 통한 객관적 통제가 중심이고, “완전심판소송(Recours de plein contentieux)”을 통한 주관적 권리구제가 가능한 구조입니다. 객관소송으로서 행정의 합법성 통제기능이 강한 월권소송의 특징상 “원고적격(intérêt pour agir)”의 인정 범위가 넓습니다. 또한 행정법원이 행정규칙을 월권소송을 통해 위법성을 확인한다는 점도 특징적입니다.

1-2. 프랑스 공법의 특수성은 법원(法源)에서도 발견할 수 있습니다. 현재 프랑스 “1958년 10월 4일 헌법”과 제4공화국 헌법 전문, 1789년 프랑스 인권선언, 2004년 프랑스 환경헌장이 성문법원으로서 헌법적 규범체계(Bloc de constitutionnalité)를 형성하고 있으며, 불문법원으로서 법의 일반원칙도 헌법적 규범체계에 포함되어 있습니다. 또한 프랑스 공법체계에서는 독일이나 우리나라와 달리, 판례의 법원성이 인정된다는 특징이 있습니다. 판례의 법원성을 인정된다는 점은 프랑스 헌법재판소나 쁘세이데따 모두 재판기관으로서의 역할도 수행하지만, 국가정책결정에 대한 자문, 권고를 통한 재판 이외의 기능 수행과 밀접한 관련성이 있는 것으로 보입니다. 이원적 사법체계와 관할결정법원의 존재는 우리나라 공법학에서 주요한 문제인 공·사법 구별, 행정행위의 효력의 문제와 관련하여, 보다 신중하고 면밀한 연구가 필요함을 의미합니다. 특히, 우리나라에서 논의되는 행정행위의 효력에 있어서, 행정행위의 공정력 문제 나아

가 구성요건적 효력, 행정행위의 강제력 부분은 프랑스 행정법학에서는 다르게 접근하고 있는 것으로 보입니다. 이미 관할결정법원을 통해 구성요건적 효력 부분은 행정행위의 효력 유무 또는 위법성 확인을 둘러싼 행정법원과 민사법원 및 형사법원의 접근 방식은 다르게 나타나고 있으며, 행정행위 공정력 문제도 월권소송을 통한 행정행위의 취소 시까지 유효하게 잠정적으로 행정행위가 유효하게 인정되는 것과 달리, 법원의 취소 결정 시까지 적법성이 추정되는 것으로 이해되고 있습니다. 최근에 우리나라에서 행정행위의 위법성과 국가배상소송에서 위법성 문제를 다르게 판단하여, 이로 인한 국민의 권리구제 체계의 미흡한 점에 대한 공법적 논의가 활성화 되고 있는데, 프랑스는 완전심판소송을 통해 이를 해결하고 있습니다. 행정행위의 집행력 부분도 즉시강제 영역에서 예외적으로 인정되는 경우를 제외하고는, 프랑스는 행정행위의 집행력은 법원의 결정을 매개로 이루어진다는 점에서, 법률관계의 당사자 일방에게 특별한 힘을 부여하는 방식에 대해 소극적인 것으로 판단됩니다.

2. 비교법적 연구방법론의 필요성과 곤란성

2-1. 비교법적 연구방법론의 필요성은 무엇인지 생각해 볼 필요가 있습니다. 우리나라 법제의 미흡한 부분을 비교법적 연구를 통해 개선 사항을 발견하는 데에 있는 것인지, 아니면 보다 근본적으로 우리 법제의 정확한 상황을 진단하고, 앞으로 나아갈 방향을 모색하는 데에 있는지에 대해 생각해 보아야 합니다. 서울대 박정훈 교수님이 일찍이 비교법적 연구 방법은 단순히 외국 법제 도입에 국한되어서는 안되고, 비교법적 연구방법론이 개념적 정의에 천착할 것이 아니라, 그 기능에 주목할 필요가 있다고 지적한 것과 맥락을 같이 한다고 생각합니다.

보다 한정하여, 프랑스 공법에 대한 비교법적 연구방법론의 필요성은 우리나라 공법체계가 독일법의 영향을 많이 받은 것과 무관하지 않습니다. 법치국가의 원리, 실질적 법치국가, 기본권 제한에 있어서 비례원칙 등이 강조되며, 행정작용의 주체와 형식을 강조하는 독일공법에서는 주관적 권리구제가 강조됩니다. 그러나 프랑스 공법체계에서는 생각보다 법치국가원리에 대한 논의가 비교적 늦게 발전하였으며, 행정작용의 실질이 강조되며, 행정의 적법성 통제를 강조됩니다. 독일과 프랑스의 강조점은 그 어느 하나 포기할 수 없고, 양자가 상호 보완적 관계에 있다 할 것입니다. 독일 공법에

대해서는 연구자들의 많은 연구 결과가 있지만, 프랑스의 논의에 대해서는 여전히 연구가 활발하지 않습니다. 행정쟁송의 기능이 주관적 권리구제와 객관적 합법성 확보에 있는 것처럼, 양자를 조화롭게 하기 위해서는 프랑스의 사례도 필요하다고 생각합니다. 국가 임무의 다변화, 조직의 다양화, 현실에서의 행정의 실효적인 작동이 가능하기 위해서는 법적 안정성이 확보되는 독일의 접근 방식도 당연히 중요하지만, 기능과 실질에 초점 맞추어져 있는 프랑스의 접근 방식도 고려되어야 합니다.

2-2. 비교법적 연구 방법의 필요성에도 불구하고, 프랑스 공법연구자 입장에서는 사실 연구 수행의 현실적인 어려움이 있습니다. 상술한 바와 같이, 법체계가 우리와는 상당히 다르며, 판례가 공법연구에 있어서 중요한 부분을 차지하는 프랑스는 외국인으로서 접근하는 데에 많은 장애가 있습니다. 최근에는 많이 개선되기는 하였지만, 헌법재판소나 콩세이데따의 결정 및 판례가 우리 기준에서는 법리적 쟁점에 대한 상세한 소개 없이 이루어지는 경우가 많으며, 인터넷을 통한 판례 접근도 쉽지 않은 현실적인 어려움이 있습니다. 또한 헌법과 법률이 체계적 정합성을 갖추고 있는 독일과 달리, 프랑스는 앞서 살펴본 바와 같이 특정 사항에 대한 법적 체계를 파악하는 것이 어렵습니다. 나아가 판례를 통해 축적된 판례이론들은 관련 분야에서 꾸준히 연구하지 않으면, 그 내용 자체를 이해하는 데에 상당한 어려움을 주고 있는 것도 사실입니다. 도그마의 정립, 법령의 해석을 통해 사안을 해결하는 독일식 접근은 외국의 연구자들이 이해하는 데에 쉬운 측면이 있지만, 프랑스는 전반적으로는 독일과 유사하면서도 판례를 통한 사안의 해결이 강조되기에 외국의 연구자들에게 친절하지 않은 측면이 있습니다. 최근에는 판례이론들이 헌법이나 법률에 수용되고 있으며, 법률에 정의 조항을 두고 있는 사례가 프랑스 법제에서도 발견되기는 하지만, 여전히 많은 부분에서는 개념적 정의조차 발견하기가 쉽지 않습니다.

이와 같은 측면에서, 다른 나라 법제에 대한 비교법적 접근에서도 당연히 필요하겠지만, 프랑스 공법 체계의 이해를 위해서는 많은 연구자들의 협력과 노력이 필요할 것입니다.

3. 발제에 관한 토론

발제자께서는 프랑스 헌정사의 발전과정을 특히 제4공화국 헌법, 제5공화국 헌법을 위주로 자세히 설명하고 계시며, 현행 헌법인 제5공화국 헌법 제정 당시의 시대적 상황, 헌법개정의 시기별 특징을 잘 설명해 주고 계십니다. 많은 공부가 되었습니다.

프랑스 헌법을 이해하기 위해서 전제되어야 할 사항은, 공화국이 성립한 이후 지금까지 입법부와 집행부는 프랑스 국민을 배반한 적이 없다는 사실입니다. 이와 같은 공화국에 대한 시민의 신뢰와 믿음은 프랑스 헌법의 바탕이 될 것입니다. 그리고 이것은 1789년 인권선언, 1946년 헌법 전문이 현행 제5공화국 헌법과 함께, 헌법적 규범의 총체를 이루는 원인으로 볼 수 있을 것입니다.

프랑스 헌법을 연구하다 보면, 자주 접하게 되는 질문이 있습니다. 프랑스의 권력구조는 대통령제인지 의원내각제인지입니다. 이러한 질문에 공부가 부족하여 선뜻 답할 수는 없지만, 적어도 헌법의 규정 체계상은 의원내각제를 기반으로 하였다는 것이 저의 답이었습니다. 제5공화국 헌법에서 대통령이 규정되어 있지만, 여러 가지 측면에서 프랑스 헌법은 의원내각제를 기반으로 설계되었습니다. 현행 헌법의 규정 체계가 대통령의 권한은 외교, 국방, 주요 인사의 임명, 법률안 공포권, 내각회의 주재권, 의회 해산권, 국가비상사태 시에 긴급조치권을 인정하고 있지만, 국정 운영은 행정부가 담당하고, 행정부 수반은 수상으로 되어 있습니다. 수상은 의회에 대해 책임을 지지만, 대통령의 의회에 대한 책임에 관한 규정은 프랑스 헌법은 침묵하고 있습니다. 프랑스 현행 헌법이 대통령, 정부, 의회, 의회와 정부 간의 관계를 규정하고 있다는 점, 대통령제 국가에서는 인정되지 않는 행정부의 법안제출권이 인정된다는 점, 의회의 내각 불신임이 인정된다는 점은 모두 프랑스 권력구조는 의원내각제를 바탕으로 설계되었다는 점을 반영한 결과로 보여집니다. 제5공화국 헌법은 분명 대통령제를 도입하였지만, 그 바탕은 의원내각제였습니다. 따라서 의원내각제의 전형적인 방식 즉, 민주적 정당성을 가진 의회에 의한 행정부 구성이 초기 헌법의 규정이었으나, 1962년 헌법개정을 통해 대통령 선출방식을 간선제에서 직선제로 변경한 결과, 민주적 정당성을 획득한 대통령의 정치적 영향력이 커지게 되었습니다. 이는 프랑스 헌법이 미처 예상하지 못했던 것이고, 이와 같은 측면에서 대통령의 실질적 영향력이 강화된 의원내각제라는 다소 혼합적인 권력구조를 가지게 된 것입니다. 대통령제와 의원내각제 권력구

조의 장점 및 단점을 모두 가지고 있는 이러한 혼합적 형태에 대한 근본적인 개선요구가 2008년 헌법개정 시에 논의되었지만, 여전히 근본적인 부분에 대한 답은 유보되어 있는 것으로 보입니다.

3-1. 발제자께서는 프랑스 헌법 제20조의 행정부의 국정 운영 및 결정권을 언급하셨는데, 헌법 제24조 의회 권한과의 관계에서 어떤 의미가 있는지 여쭙고 싶습니다. 2008년 헌법개정을 통해 헌법 제24조도 개정되었는데, 그 개정의 이유와 취지에 대한 설명을 해주시면 좋을 듯 합니다.

3-2. 발제문에서 헌법 제34조의 의회의 입법권 규정과 제37조의 행정입법권 규정이 언급되어 있는데, 발제자께서 생각하시는 헌법 제34조와 제37조의 의미를 말씀해 주실 수 있으신지요? 아울러 입법권과 관련하여 프랑스 오르도낭스에 대한 발제자의 의견을 듣고자 합니다.

【제2세션 1주제】

미국 공법학의 전개와 비교법적 의의

— 최근 연방대법원의 헌법 관련 주요 판결들에 대한 검토를 중심으로 —

박 종 현*

- I. 들어가며: 미국헌법의 한국헌법에 대한 영향 관련 학계와 실무에서의 그간의 논의
- II. 헌법적 쟁점과 관련된 최근 연방대법원의 주요 판결 정리: 트럼프 재임 중 혹은 포스트 트럼프 시기의 연방대법원 주요 판결
- III. 최근 연방대법원을 중심으로 한 미국헌법 논의의 변화 및 특징 검토
- IV. 나오며: 현 시점에서 미국헌법 연구의 비교법적 의의

I. 들어가며: 미국헌법의 한국헌법에 대한 영향 관련 학계와 실무에서의 그간의 논의

미국의 헌법 제도를 미국의 대표적인 수출상품으로 꼽은 로렌스 프리드만(Lawrence M. Friedman)의 언급¹⁾처럼, 미국헌법의 기본권 목록, 권력분립원리에 기반하여 고안된 삼권분립의 정부형태(특히 대통령제), 그리고 기본권 보장의 보루 역할을 수행해 온 사법심사(judicial review) 제도와 그 결과물인 연방대법원의 판결들은 전 세계 많은 국가의 헌정질서에 상당한 영향을 미쳐왔다.²⁾ 범세계적으로 보편적 영향력을 발휘해

* 국민대학교 법과대학

1) Lawrence M. Friedman, 서원우 안경환 역, 미국법입문, 대한교과서, 1987, 260-262면.

2) 안경환, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, 미국학 16권, 1993, 1-2면.

은 미국헌법 고유의 특징을 헌법제정회의 제도, 헌법의 성문화, 기본권 보장, 사법심사제, 권력분립주의, 연방주의 정도로 요약하기도 하는데,³⁾ 이러한 특징들이 우리 헌법에서도 상당히 드러난다는 점에서 비록 비중과 정도의 차이는 있겠지만 우리 헌법제도 역시 이러한 미국헌법의 영향을 받은 것으로 평가되어 왔다.⁴⁾ 다만 미국헌법이 정립한 근대적·민주적 가치를 토대로 그 영향을 논의하는 경우 사실 미국헌법의 영향으로부터 완전히 자유로운 헌법을 찾아보기는 어려울 것이라는 점에서 보다 실증적이고 구체적인 차원에서 미국헌법이 우리에게 어떠한 영향을 미쳤는지에 대한 비교법적 연구들의 필요성이 강조되기도 하였다.⁵⁾ 그에 따라 미군정기 입법이 헌법제정에 영향을 미쳤다는 기록이나 개헌과정에 미국의 헌법학자들이 검토를 했다는 기록에 대한 분석을 통해 미국헌법과 우리헌법 사이의 직접적 연관성을 발견하고 미국헌법의 영향을 보다 실증적으로 논의하는 연구도 등장하였다.⁶⁾

그런데, 미국헌법과 관련하여 구체적으로 어떠한 내용이 어떠한 과정을 통해 우리에게 영향을 미쳤는지를 논하는 작업은 헌정사 자료에 대한 종합적이고 세심한 검토를 수반하는 난해한 작업임에도 불구하고 그 실익이 불분명하다는 비판도 제기되었다.⁷⁾ 특히 헌법적 문제들에 대한 해결책을 구하는 과정에서 우리는 고유의 문제의식과 방법론을 활용해 왔고, 무엇보다 1988년 개소한 헌법재판소가 활발하게 활동하면서 우리의 정치·사회적 상황을 고려한 고유한 판단을 수행해 왔다는 점을 고려하면, 미국과 같은 외국의 헌법이 우리에게 미친 영향을 찾는 작업은 그저 과거의 희미한 계보를 발굴하려는 고상한 학술적 취미에 불과할 수도 있는 것이다. 하지만 현재 우리 헌법의 이해를 위해 그 근본을 찾는 것은 분명 의미가 있을 것이고 또한 계보를 찾아가는 과정에서 우리 헌법을 둘러싼 논의와 미국헌법 등 외국헌법 관련 논의를 비

3) 권영설, 미국헌법의 사상적 및 역사적 기초, 미국헌법연구 제10권, 1999, 144면 이하.

4) 대표적으로 안경환, 앞의 논문; 권영설, 앞의 논문.

5) 비판적이며 실증적인 검토를 통해 1948년 제정헌법에 미국헌법이 영향을 미치지 못했다는 분석은 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보, 2006, 110-119면 참조.

6) 김철수, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설, 한국공법학회(편), 미국헌법과 한국헌법, 1989, 63-78면. 참고로 제헌과정에서 외국헌법이 미친 영향을 정량적으로 분석하여 미국헌법이 가장 영향력을 발휘했음을 실증적으로 증명한 연구로는 신우철, 대한민국헌법(1948)의 형성에 외국 헌법이 미친 영향 -그 기본원리,기본가치,기본제도의 비교법적 연원, 사회와 역사 101권, 2014, 67-140면.

7) 박종보, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, 법학논총 24권 2호, 2007, 59-60면.

교하여 유사점과 차이점을 망라적으로 검토하는 작업은 향후 문제상황에서 보다 사려 깊고 신중한 헌법적 결단을 내리는데 있어 레퍼런스를 축적한다는 의미를 가지기 때문에 그 의의를 함부로 부정할 수는 없을 것이다.

어쨌든, 그간 헌법학자들은 미국에서 특유한 헌법적 논의 혹은 미국에서 특히 심도 있게 전개된 헌법적 논의가 우리 헌정에서도 유사하게 전개되는 경우 미국헌법의 우리헌법에 대한 영향의 사례로 정리하여 왔다. 그러한 연구들을 살펴보면, 먼저 기본권 보장과 관련해서 연방대법원 등 미국에서의 논의는 우리 헌법학과 헌법재판소 실무에 많은 영향을 미쳐 온 것으로 흔히 평가된다. 신체의 자유, 평등권, 표현의 자유 등 우리의 건국헌법의 다양한 기본권 보장 내용을 비롯하여 아홉 차례의 개헌과정에서 등장한 새로운 기본권들이 미국헌법상의 다양한 기본권 목록의 영향을 받은 것이라 평가된다.⁸⁾

보다 구체적으로 신체의 자유의 절차적 보장 내용이라 할 수 있는 적법절차보장, 영장제도, 구속적부심사제, 구속이유 등을 고지받을 권리, 변호인 조력권 등은 영미법적 영향을 받은 것이라 평가되는데 미국헌법의 수정(증보)조항 제4조 내지 제8조의 내용 그리고 그에 관한 연방대법원의 판결들, 특히 영장 없는 압수 수색의 증거능력을 부정한 *Mapp v. Ohio* 판결⁹⁾, 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 *Gideon v. Wainwright* 판결¹⁰⁾, 변호인 입회권과 묵비권을 보장한 *Miranda v. Arizona* 판결¹¹⁾이 형사절차에서 신체의 자유 보장에 관한 헌법 실무에 지대한 영향을 미쳤다는 연구가 있다.¹²⁾

또한 표현의 자유와 관련해서는 표현에 대한 사전적 통제의 위헌성을 강하게 추정 하면서 합헌성 여부를 엄격하게 판단해야 한다는 ‘사전억제금지의 원칙(prior restraint doctrine)’이 연방대법원의 판결들을 통해 정립되어 왔음을 강조하면서 이것이 우리의 제3차 개헌에서 표현에 대한 허가 검열금지의 원칙의 명문화에 영향을 미쳤으며 나아

8) 이재명, 미국헌법상 기본권보장과 한국헌법에 미친 그 영향, 헌법학연구 제3권, 1997, 477-508면.

9) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

10) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

11) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

12) 이명구, 미국헌법상 위헌법률심사제에 관한 연구 -미국의 위헌법률심사가 우리에게 미친 영향을 중심으로-, 법학논총 제16권, 1999, 220-221면.

가 헌법 제21조 제2항의 규정을 토대로 한 헌법재판소의 사전검열금지의 원칙의 광범위하고 적극적인 활용에도 영향을 미쳤다는 연구가 있다.¹³⁾ 그리고 연방대법원에서 표현의 자유를 규제하는 법률의 위헌성을 판단하는 기준으로 활용하고 있는 ‘막연하므로 무효의 원칙(vagueness doctrine)’은 우리의 경우 명확성의 원칙으로 활용되고 있음을 밝힌 연구도 있다.¹⁴⁾ 또한 우리 헌법재판소가 연방대법원과 유사하게 최소한의 명확성을 갖추었는지 여부를 중심으로 법문의 위헌 여부 판단을 하고 법관의 보충적 해석을 통해 위헌의 소지를 줄일 수 있다고 강조하고 있다는 점에서 미국의 논의에 우리가 상당한 영향을 받은 점을 보여주는 연구도 있다.¹⁵⁾ 그리고 미국의 우월적 지위 이론, 명백하고 현존하는 위협의 범리들이 이미 헌법재판소의 결정례에 반영되어 오고 있음을 보여주며 표현의 자유에 관해서는 우리 헌법재판소가 미국의 판례이론을 그대로 수용한다고 강조하는 연구도 있다.¹⁶⁾

또한 미국에서의 프라이버시권 논의와 평등권 심사 기준 역시 우리에게 상당한 영향을 미쳐 헌법 제17조의 사생활 비밀과 자유 조항의 창설과 헌법재판소의 평등권 심사기준 정립을 이끌었다는 지적도 있다.¹⁷⁾ 특히 1973년의 *Roe v. Wade* 판결¹⁸⁾에서 연방대법원은 헌법에 명시적으로 언급되지 않은 여성의 낙태권을 수정 제9조 및 수정 제14조(적법절차조항)에 대한 적극적 해석을 통하여 헌법상 권리로 인정하였고, 나아가 태아라는 잠재적 생명을 보호해야 하는 정부의 공적 이익과 여성의 자기 신체에 대한 결정의 헌법적 이익을 형량하면서 임신 기간을 삼분하여 낙태 규제의 허용 여부를 정하는 삼분기 기준(trimester framework)까지 제시하였는데,¹⁹⁾ 이는 우리의 경우

13) 임지봉, 미국헌법상 표현의 자유 범리가 한국헌법에 미친 영향, 미국헌법연구 제24권 제2호, 2013, 309-323면.

14) 임지봉, 미국헌법상 표현의 자유와 과도한 광범성의 원칙 및 막연하므로 무효의 원칙, 미국헌법연구 제23권 제3호, 2012, 278-304면.

15) 장호순, 표현의 자유와 명확성 원칙, 한국언론정보학보 통권 55호, 2011, 7-9면.

16) 안경환, 앞의 논문, 17-20면.

17) 이명구, 앞의 논문, 15-17면; 안경환, 앞의 논문, 10-14면 및 21-22면.

18) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

19) 삼분기 기준에 따르면 임신기간을 균등하게 삼분하여 임신 첫 삼개월 동안에는 여성의 프라이버시권이 강하게 보호되어야 하고 그에 따라 정부가 낙태를 규제할 수 없으며, 그 다음 삼개월 동안에는 여성의 건강을 보호하기 위해서만 낙태를 규제할 수 있고, 임신 마지막 삼개월 동안에는 기본적으로 태아의 이익을 위해 낙태를 규제하거나 금지할 수 있는데 다만 여성의 생명이나 건강을 보호하기 위해 낙태가 필요한 경우는 예외로 한다. *Roe* 판결에서의 삼분기 기준의 내용과 유래를 자세히 분석한 연구로는 Randy Beck, “Self-Conscious

낙태권을 헌법상 인정하게 되는데 상당히 큰 영향을 미친 것으로 흔히 평가된다.²⁰⁾

정부형태 및 정치제도 논의와 관련해서는 미국의 대통령제의 출현 과정과 그에 대한 개선 논의를 정리하고 우리의 경우 헌정사에서 이를 어떻게 수용해왔는지를 밝혀 미국헌법이 우리헌법의 정부형태론에 미친 영향을 분석한 연구가 있다.²¹⁾ 특히 사법제도와 관련해서는 제헌부터 매 개헌과정에 대한 실증적 검토를 통해 위헌법률심사의 도입이 배제된 적이 없다는 점을 찾아내어 결국 미국의 사법심사제도가 우리 헌정에 상당한 영향을 미쳤다고 논하는 연구²²⁾, 우리의 헌정사 자료들에 대한 분석을 통해 헌법개정 과정에서 미국의 사법심사제도를 어떻게 반영할지 상당한 논의가 있었음을 실증적으로 밝힌 연구²³⁾를 비롯하여 사법심사제의 형태와 상관없이 위헌심사가 필요하다는 일반적 관념이 우리에게 자리잡혔으며 국민참여재판이라 칭해지는 한국식 배심제 역시 도입하였다는 점에서 미국헌법의 영향을 찾을 수 있다는 관점의 연구²⁴⁾들이 우리 헌법에 대한 미국헌법의 영향을 강조하고 있다.

이러한 연구들은 비교헌법적 연구를 통하여 우리 헌법상의 논의의 연원을 밝히고 그 진정한 의미를 탐구하며 외국의 헌법발전의 과실을 우리도 취하여 우리헌정의 발전을 도모하고자 하는 목적을 가지고 있기 때문에, 비록 그 연구의 방식이 평면적 비교를 통한 유사점 찾기 과정 혹은 사료 검토를 통한 계보 추적처럼 보이는 면이 있더라도 분명히 학술적 의의를 가진다고 할 수 있다. 나아가 헌법재판소의 결정례들을 구체적으로 검토해보면, 이상의 연구들이 강조하듯이, 연방대법원 판결을 비롯한 미국헌법의 논의들이 우리 헌법 실무에 상당한 영향을 미쳤음을 확인할 수 있다.²⁵⁾

Dicta: The Origins of Roe v. Wade's Trimester Framework”, American Journal of Legal History Vol.51, 2011, p. 505 참조.

20) 김문현, 임산부의 낙태의 권리, 인권법평론 제24호, 2020; 최희경, 미국의 낙태규제에 대한 사법심사기준, 헌법학연구 26권 3호, 2020.

21) 윤명선, 미국 연방헌법: 어떻게 수용할 것인가?-미국헌법이 한국헌법에 미친 영향-, 비교법연구, 제13권 2호, 2013, 11-38면.

22) 이명구, 앞의 논문, 207-225면.

23) 이상돈, 미국회 헌법제도가 우리 나라의 헌법발전에 미친 영향, 공법연구 제14집, 1986, 49-80면.

24) 김명식, 미국헌법상 사법제도가 한국헌법에 미친 영향, 미국헌법연구 제24권 제2호, 2013, 1-31면; 김운용, 사법심사, 한국에서의 미국헌법의 영향과 과제, 한국공법학회, 1987, 220면 이하.

25) 이하의 내용은 헌법재판소 홈페이지의 판례 검색 창에서 ‘연방대법원’이라는 검색어로 검색된 108건의 결정례들의 내용 중 미국헌법의 구체적인 내용을 논거로 활용한 결정례들을

무엇보다 표현의 자유와 관련된 헌법적 논의에서 헌법재판소는 미국헌법의 논의를 결정례에 종종 인용하여 왔다. 음란표현을 헌법 제21조의 보호영역에 놓인다고 판단한 결정례²⁶⁾에서 헌법재판소는 음란표현을 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라 정의하였는데, 직접적인 인용은 없지만 이는 연방대법원의 Miller 심사기준²⁷⁾을 수용·활용한 것이라 할 수 있다.²⁸⁾ 또한 국가보안법의 찬양고무죄에 대한 위헌여부를 판단한 사건²⁹⁾의 반대의견(재판관 김이수)에서는 반국가단체 등의 활동에 ‘동조’하였다는 이유로 처벌하는 예를 찾아보기 어렵다면서 미국의 경우 연방형법 제18편 제2385조(18 U.S.C. §2385)에서 정부 등에 대한 전복이나 파괴에 대하여 지지(advocate)하는 행위를 처벌하고 있지만 연방대법원은 위 규정이 물리력에 의한 정부 전복을 위한 구체적인 행동을 지지하는 경우에 적용되는 것인지 추상적인 원리를 지지하는 것에 적용되는 것이 아니라고 판단한 바 있다고 강조하였다.³⁰⁾ 특히 반대의견은 연방대법원의 상기 판결의 동조의견에서 블랙(Hugo Black) 대법관이 언급한 부분, 즉 이러한 방식으로 표현의 자유를 침해하면 거의 헌법의 보호를 필요로 하지 않는 ‘안전한’ 또는 정통적인 견해 이외에는 다른 표현을 보호하지 않는 결과를 초래할 수 있다는 경고를 직접 인용하기도 하였다.³¹⁾ 그리고 형법 제311조 모욕죄의 위헌 여부 판단과정에서 위헌의견(재판관 박한철, 김이수, 강일원)도 연방대법원의 판결들을 근거로 제시하는데 먼저 말하는 자가 공직자나 공적인물에 대하여 ‘실제적 악의’를 가지고 ‘허위’ 진술을 한 경우가 아닌데도 명예손상을 이유로 명예훼손죄를 적용하여 처벌하는 것은 비판과 자

정리하고 분석한 것이다.

26) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109.

27) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973). Miller 심사기준에 따르면 평균인이 느끼기에 호색적 흥미에 호소하는 표현이고, 성적 행위를 명백히 거슬리는 방법으로 묘사하며, 표현물에 문학적·예술적·정치적·과학적 가치가 결여되어 있는 경우 음란표현으로 판단한다.

28) 이 결정례에 의해 변경된 선례인 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16에서도 음란표현은 동일하게 정의되었었다.

29) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95.

30) Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957) 참조.

31) 연방대법원 판결에 대한 이러한 소개는 위 사건과 같은 심판대상을 판단한 헌재 2023. 9. 26. 2017헌바42에서도 동일하게 이루어졌다. 재판관 김기영, 문형배, 이미선의 위헌의견 참조.

유로운 토론을 막기 때문에 위헌이라는 판결을 제시하였고, 다음으로 ‘평화파괴를 초래하는 경향이 있는 무례한 말과 욕설’을 처벌하는 규정과 ‘위협적, 모욕적, 명예훼손적, 모독적인 언어를 사용하여 다른 사람을 욕한 자’를 처벌하는 규정에 대해 그 적용 범위가 너무 넓어 헌법상 보호되는 표현에도 적용될 가능성이 있어 위헌이라는 판결을 제시하였다.³²⁾ 준법서약제의 위헌 여부를 판단한 사건³³⁾에서 반대의견(재판관 김효중, 주선회)은 폭력적으로 정부전복을 하지 않겠다는 것을 서면으로 제출한 제대자에 대해서 재산세 면세 혜택을 주도록 한 법규정은 표현의 자유를 제한한다고 판시한 *Speiser v. Randall* 판결³⁴⁾을 언급하며 준법서약제의 위헌성을 강조하였다. 야간옥외집회를 금지한 집시법 제10조의 위헌여부를 판단한 사건³⁵⁾에서 합헌의견(재판관 김희옥, 이동흡)은 시간, 장소, 방법에 대한 규제로 내용 차별적이지 않다면 집회에 대한 사전허가제가 인정된다고 판단한 연방대법원 판결을 주장의 근거로 제시하였다.³⁶⁾ 또한 합헌의견은 야간에 가두행진을 금지하도록 한 것을 합헌이라 결정한 연방항소법원의 판결 및 ‘일몰 시각’을 시간적 규제의 합리적 기준으로 제시한 연방항소법원의 판결³⁷⁾ 역시 근거로 활용하였다.

자기결정권과 관련해서는 낙태권을 인정한 *Roe v. Wade* 판결이 형법 제269조 제1항 자기낙태죄 위헌소원에서 헌법불합치의견 및 합헌의견 모두에서 언급되기도 하였다. 즉, 헌법불합치 결정에서는 미국의 경우 이 판결의 취지에 따라 태아가 독자적 생존능력(viability)을 갖추기 전의 일정한 시기에 일정한 요건을 갖춘 낙태를 형사처벌하지 않는 주들이 있음을 강조하였고, 합헌의견에서는 이 판결 이후로 낙태를 둘러싼 논란이 미국에서 더욱 증폭되고 있고 많은 주들에서 이에 대한 규제가 여전하다는 점을 지적하였다. 덧붙여 게임산업진흥에 관한 법률의 본인인증 조항이 개인정보자기결

32) 위헌의견에서는 언급한 연방대법원 판결을 구체적으로 특정하지는 않았지만 전자는 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) 후자는 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)으로 보인다.

33) 현재 2002. 4. 25. 98헌마425.

34) *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).

35) 현재 2009. 9. 24. 2008헌가25.

36) *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969); *Forsyth County, Georgia v. The National Movement*, 505 U.S. 123 (1992).

37) *Arbernathy v. Conroy* 429 F. 2d 1170; *Joan Beckerman v. City of Tupelo* 664 F. 2d 502.

정권을 침해하는지에 관한 결정례³⁸⁾에서 반대의견(재판관 김창중, 조용호)은 폭력 비디오게임이 청소년들의 공격적 행위의 원인이 된다는 점을 기존의 심리학적 연구들이 증명하지 못한다고 지적한 연방대법원 판결을 근거로 활용하기도 하였다.³⁹⁾

신체의 자유와 관련하여 먼저 보안관찰법 제2조에 대한 위헌소원⁴⁰⁾에서 헌법재판소 재판관들은 일치하여 우리 헌법 제12조 제1항에서의 적법절차주의는 연방헌법 수정 제5조 및 제14조에 규정된 적법절차(due process of law)의 보장을 받아들이는 것이라 명시하였다. 특히 미국헌법상 적법절차 법리의 전개는 절차적정성 내지 절차의 정의합치성을 뜻하는 절차적 적법절차에 그치지 아니하고, 입법내용의 적정성을 뜻하는 실체적 적법절차로 발전되어 왔다는 점에서 우리 헌법조항의 적법절차 역시 절차가 형식적 법률로 정하여져야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 함을 요구하는 것으로 이해되어야 한다고 강조하였다. 다음으로 강제퇴거명령을 받은 사람을 국외로 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 보호하도록 규정한 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 위헌 여부 판단⁴¹⁾에서 합헌의견(재판관 김창중, 안창호, 서기석, 조용호)은 구금기한의 상한을 설정하지 않는 다른 입법례로 미국을 언급하며 연방대법원 판결을 인용하였다. 미국의 경우 강제퇴거명령이 확정된 외국인을 90일의 퇴거기간 이내에 퇴거시켜야 하고 그 기간 동안 해당 외국인을 구금하여야 한다고 규정하고 있는데, 특정한 경우 퇴거기간 이후에도 구금할 수 있으며 퇴거기간 이후의 구금기간의 상한은 법률에서 규정하고 있지 않다. 그런데 연방대법원은 퇴거기간 경과 후 무제한 구금이 허용되는 것이 아니라 그 합리적 기간은 6개월로 추정된다고 하면서도, 합리적으로 예측 가능한 미래에 강제퇴거가 될 가능성이 현저히 적다고 판단될 때까지 외국인을 구금할 수 있다고 하였다.⁴²⁾ 합헌의견은 이를 토대로 구금기한의 상한이 없는 우리 제도가 문제 없음을 지적하였다. 그런데 위헌의견(재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석)은 같은 판결을 언급하며 6개월의 구금기한 상한이 있다고 연방대법원이 판시하였다고 하였다.⁴³⁾ 위헌정

38) 현재 2015. 3. 26. 2013헌마517.

39) *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786 (2011).

40) 현재 1997.11.27. 92헌바28.

41) 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29.

42) *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).

43) 이와 같은 취지로 연방대법원 판결을 언급한 예로는 현재 2016. 4. 28. 2013헌바196에서

족수에 미치지 못하여 합헌판단이 이루어진 이 결정례는 2023년 결정례⁴⁴⁾를 통하여 파기되는데 반대의견(재판관 이은애, 이종석, 이영진)은 다시 연방대법원 판결을 언급하며 구금기한 상한을 명시하고 있지 않는 것이 문제가 되지 않는다고 하였다. 다만, 다수의견에서는 앞선 결정례들과 달리 미국의 사례에 대해서는 언급하지 않으며 구금기한 상한을 명시한 유럽연합 사례를 비교헌법적 근거로 제시하였다.

형사법 및 형사절차와 관련된 연방대법원의 다양한 판결 역시 헌법재판소에 의해 인용되었다. 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리가 피의자에게도 인정되는지 여부에 대한 결정례⁴⁵⁾에서 반대의견(재판관 김종대)은 이 권리가 피고인에게만 인정되는 것이 아니라 피의자에게도 인정되어야 한다고 강조하였고 그 근거로 *Miranda* 판결을 언급하였다. 또한 청소년 성매수자에 대한 신상공개제도의 위헌 여부를 판단한 사건⁴⁶⁾에서 합헌의견(재판관 윤영철, 하경철, 김효종, 김경일)은 이 제도가 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다면서 우리의 제도의 모델인 메간법(*Megan's Law*)의 신상공개가 수치형이나 명예형에 해당하지 않는다는 연방대법원 판결을 언급하였다.⁴⁷⁾ 이중처벌금지 원칙과 관련하여 연방헌법 수정 제5조의 이중처벌(*double jeopardy*)금지 원칙은 동일한 위법행위를 이유로 복수의 형사처벌(*criminal punishments*)을 가하는 것만을 금지할 뿐이지 억지 효과를 갖는 비형벌적 제재의 추가적 적용을 금지하지는 않는다고 판단한 연방대법원의 판결들⁴⁸⁾을 언급한 결정례도 있다.⁴⁹⁾ 구치소 내 과밀수용행위 위헌확인 사건⁵⁰⁾에서 위헌의견에 대한 보충의견(재판관 박한철, 김이수, 안창호, 조용호)은 과밀수용행위가 연방헌법 수정 제8조의 ‘잔혹하고 이상한

의 재판관 이정미, 김이수, 이진성, 강일원의 반대의견 참조.

44) 현재 2023. 3. 23. 2020헌가1.

45) 현재 2008. 9. 25. 2007헌마1126.

46) 현재 2003. 6. 26. 2002헌가14.

47) 명확하게 연방대법원 판결을 특정하고는 있지 않지만 *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003) 판결을 언급한 것으로 추정된다.

48) *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391, 399 (1938); *United States ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537, 548-549 (1943); *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519, 528 (1975); *Department of Revenue of Mont. v. Kurth Ranch*, 511 U.S. 767, 777, n.14 (1994); *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 284-285, n.2 (1996); *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 102 (1997). 이 결정례에서는 당시 기준으로 비교적 최근의 연방대법원 판결까지 다양하게 소개한 것이 눈길을 끈다.

49) 현재 2003. 7. 24. 2001헌가25.

50) 현재 2016. 12. 29. 2013헌마142.

형벌(cruel and unusual punishment)의 금지'원칙에 위배될 수 있다고 하면서 수용공간의 넓이별로 위헌 여부를 판단한 연방대법원 및 항소법원의 판결들을 언급하였다.⁵¹⁾

선거와 관련해서는 먼저 선거구 획정 결정례를 들 수 있는데 여기서 헌법재판소는 미국 연방대법원은, 연방하원의 경우와 주(州) 상·하원의 경우 그 기준을 달리하여, 연방하원의 의원정수배분에 관하여는 매우 엄격한 기준을 적용하지만 주 상·하원의 의원정수배분에 관하여는 평등의 원칙을 적용하되 선거구 평균인구수로부터 상하 10% 미만의 편차는 일응 합헌인 것으로 보고 있다고 하였다.⁵²⁾ 또한 수형자의 선거권을 제한하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인 사건에서 기각의견(재판관 이공현, 조대현, 이동흡)은 연방대법원이 수정 제14조 제2항을 근거로 각 주에서 수형자의 선거권을 박탈하는 것은 인종차별의 의도가 없다면 정당하다는 취지로 판시하였다고 강조하였다.⁵³⁾

이처럼 우리 학계뿐만 아니라 실무에서는 미국헌법, 연방대법원 판결에 대한 비교헌법적 논의를 통하여 미국헌법의 영향을 확인하고 미국헌법을 활용하여 현재의 문제를 해결하려는 노력을 계속해오고 있다. 다만, 학계와 실무에서의 비교헌법적 검토가 동시대의 미국헌법 논의보다는 상당히 오래전에 확립된 미국헌법의 논의, 연방대법원 판결을 중심으로 이루어져 왔다는 점은 지적할만하다. 물론 전 세계에 엄청난 영향을 미친 연방대법원의 주요 판결 등 판례법과 미국헌정질서에 녹아 내려져 있는 헌법적 원리와 가치, 그리고 이를 둘러싼 미국헌법에 대한 거대담론은 시간과 장소에 구애되지 않는 영속적 가치를 가진다고 할 수도 있다. 하지만 헌법의 정치성·사회성을 고려할 때, 미국헌법에 대한 논의 역시 과거의 영광에만 머물지 않고 사회의 빠른 변화에 조용하여 새롭게 전개되고 있을텐데 이에 대한 고려 없이 여전히 주로 50-70년대 논의에 집중하여 미국헌법의 영향력을 논의하는 것은 시대착오적일 수 있다. 우리 헌정과 사회 역시 빠르게 발전하여 미국 등 세계 여러 국가들과 동시대의 사회·국가적

51) 그에 따르면 약 6.3㎡에 2인을 수용한 것이 헌법의 위반에 이르는 정도가 아니라고 연방대법원은 판단 하였는데(Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337, 1981), 제7연방항소법원은 1인당 수용면적이 2.2㎡인 경우(실제 사용가능면적은 그 절반이었음) 위헌이라고 판단하였고(French v. Owens, 777 F.2d 1250, 1985), 제8연방항소법원은 1인당 2.5-3㎡의 경우 그 수용조건이 위헌적이라고 판단하였다(Cody v. Hillard, 799 F.2d 477, 1986)고 한다.

52) 현재 1995.12.27. 95헌마224.

53) 현재 2009. 10. 29. 2007헌마1462.

고민을 나누고 있는 실정을 고려하면 미국헌법에 대한 비교헌법적 연구가 학술적 의의와 실무적 이익을 갖추기 위해서는 미국헌법에 대한 비교법적 논의의 시간대를 현재로 맞출 필요가 있어 보인다.⁵⁴⁾

54) 물론 최근의 미국헌법 논의, 연방대법원 판결을 연구한 작업을 찾을 수 없는 것은 아니다. 전수 조사를 수행하지는 못했지만 필자가 검색할 수 있는 한도에서 최근 5년간 그러한 연구를 수행한 대표적인 연구로는 다음과 같은 글들을 들 수 있다. (1) 대통령제 관련하여서는 송백석, 미국 전직대통령 면책특권 모델의 한국에 대한 함의 - 연방대법원 *Trump v. United States* 판례 연구, 법학논총 41권 3호, 2024; 정하명, 미국 대통령의 대통령지시에 관한 연방대법원의 최근 판결례: *Dep't of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of Cal.*, 법학논고 71권, 2020; 정하명, 연방의회의 국정조사권의 한계에 관한 미국 연방대법원 최근 판결례 - *Trump v. Mazars* -, 법학논고 75권, 2021; 이광진, 미국헌법상 대통령의 행정명령에 관한 연구, 법과 정책연구 22권 1호, 2022를 들 수 있고, (2) 낙태권 관련하여서는 최희경, 미국 연방대법원의 낙태에 관한 *Dobbs* 판결의 의미와 영향, 이화젠더법학 제16권 제2호, 2024; 남정아, 미국 연방대법원 *Dobbs* 판결과 그 함의에 대한 소고 - 우리 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정과 향후 입법 개선 방안 -, 유럽헌법연구 제43호, 2023; 최지연, 미 연방대법원 *Roe v. Wade* 판결폐기의 함의와 향후 주별 입법 전망, 미국헌법연구 제33권 제2호, 2022; 문재완, 미국 낙태죄 논쟁 - 미국 보수주의 법률가들은 *Roe v. Wade* 판결을 어떻게 뒤집었나? -, 세계헌법연구 28권 2호, 2022를 들 수 있으며, (3) 평등 관련하여서는 송지우, 어퍼머티브액션(affirmative action)의 종말과 적극적 조치의 미래: 미국 연방대법원 *SFFA* 대 하버드(Harvard) 판결의 쟁점과 여파 분석, 미국학논집 55권 2호, 2023; 유은정, 미국연방대법원의 고등교육 입학정책으로서의 소수인종 우대조치 위헌 결정에 관한 몇 가지 생각 - *SFFA v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE* 사건을 중심으로 -, 아주법학 제17권 제2호, 2023; 김연진, 지성우, 최근 미국 연방대법원의 변화된 엄격심사기준에 관한 고찰 - 적극적 평등실현조치에 대한 적용을 중심으로 -, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023; 김병록, 어퍼머티브 액션(Affirmative Action)에 관한 고찰 - 아시아계에 의한 문제 제기를 중심으로 -, 미국헌법연구 제34권 제3호, 2023; 공영호, 소수인종 우대정책과 미국 대학 입시제도의 변화 - *Students for Fair Admission v. Harvard* 판결 분석을 중심으로 -, 법학연구 제34권 제4호, 2023; 김영진, 성소수자의 성적지향에 따른 고용차별 - 미국 연방대법원 *Bostock v. Clayton County* 판결의 평석을 중심으로 -, 외법논집 45권 1호, 2021; 최효원, 직장 내 LGBT 차별을 금지한 미국 연방대법원 판결(*BOSTOCK v. CLAYTON COUNTY, GEORGIA*)을 중심으로 살펴본 ‘법의 해석’, 이화젠더법학 통권 30호, 2020; 이상경, 임신에 따른 장애 인정의 필요성과 성차별성의 위헌심사 기준으로서의 성역할의 반고정관념화 원칙에 대한 헌법적 고찰 - 미국 연방대법원의 임신한 피고용인의 해고에 대한 차별심사기준의 함의와 시사점을 중심으로 -, 서울법학 27권 4호, 2020을 들 수 있고, (4) 종교의 자유 관련하여서는 이형석, 미국 헌법상 종교적 실현 자유의 규제와 심사기준에 관한 연구 - 연방대법원 판결을 중심으로 -, 국제법무 16권 1호, 2024를 들 수 있으며, (5) 헌법해석 관련하여서는 김해정, 헌법해석의 정치도구화 -미국연방대법원 *둑스* 대 *잭슨* 판결을 중심으로 -, 연세 의료 과학 기술과 법 13권 2호, 2023; 전상현, 미국연방대법원의 *둑스* 판결에 나타난 헌법해석 논쟁, 세계헌법연구 28권 2호, 2022를 들 수 있고, (6) 신뢰보호원칙, 적법절차 등과 관련하여서

최근 연방대법원은 상당히 중요한 함의를 갖는 판결들을 내리며 미국에서의 헌법논의에 큰 변화를 일으키고 있다. 무엇보다 트럼프(Donald Trump) 대통령에 의해 임명된 세 명의 대법관들⁵⁵⁾의 등장으로 연방대법원에서 그간 유지되었던 보수 5, 진보 4라는 나뉠의 이념적 균형이 깨지고 강력한 신념으로 무장된 보수진영 대법관 6인이 연방대법원을 장악하면서 미국헌법의 논의는 완전히 새로운 국면을 맞이하고 있다. 특히 헌법의 해석론 및 헌법 관련 주요 법리와 관련하여 지적·이론적 토대를 제공했던 안토닌 스칼리아(Antonin Scalia), 스테판 브레이어(Stephen Breyer), 루스 베이더 긴즈버그(Ruth Bader Ginsburg) 등의 대법관들이 은퇴하고 나뉠의 새로운 이론을 제시하는 소장 대법관들이 등장하고 논의를 주도하면서 헌법 전반에 대한 이해나 관련 이론에도 큰 변화가 이루어지고 있다. 그러한 상황에서 우리에게 대한 미국헌법 논의의 영향을 분석하기 위해서는 우선 이러한 변곡점을 명확히 파악하고 미국헌법 논의의 새로운 전개 과정을 미시적이면서도 거시적인 관점에서 정리할 필요가 있을 것이다. 앞서 미국헌법 논의 전반에 대한 망라적인 검토를 통해 미국헌법이 우리헌법에 미친 영향을 연구한 선배학자들에 경의를 표하며 그러한 연구 흐름에 일조하기 위해 이 글에서는 최근의 미국헌법논의의 전개를 연방대법원의 주요 판결들을 중심으로 정리하여

는 김라은, 법령의 개폐와 신뢰보호원칙에 대한 사법적 심사기준의 변화 - 미국연방대법원 *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 591 U.S. (2020)판결과 한국법상 신뢰보호원칙, 미국헌법연구, 제33권 제3호, 2022; 남정아, 공법상 적법절차 원칙의 재조명 - 미국 연방대법원 *Department of Homeland Security et al. v. Regents of University of California et al.* 판결을 중심으로-, 공법연구 제49집 제1호, 2020를 들 수 있으며, (7) 표현의 자유 관련하여서는 송현정, 미국 연방대법원의 혐오표현 관련 법리와 판단기준, 미국헌법연구 제33권 제1호, 2022; 최희경, 국가의 기금지원 조건과 표현의 자유 - 미국 연방대법원 판례를 중심으로 -, 법학논집 27권 1호, 2022; 박용숙, ‘익명 표현의 자유’의 보호 - 미국 연방대법원 판결을 중심으로 -, 외법논집 45권 1호, 2021; 전제철, 학생의 표현의 자유에 관한 연구 - 미국 연방대법원 판례에서의 시사점을 중심으로 -, 법과인권교육연구 제13권 3호, 2020; 최희경, 미국 헌법상 학생의 표현의 자유에 관한 연구, 법학논집 28권 1호, 2023; 노명훈, 소셜미디어 플랫폼의 편집재량권과 수정헌법 제1조, 언론중재 171호, 2024; 문재완, 이적표현물과 명백하고 현존하는 위협의 원칙, 언론과법 제22권 제2호, 2023을 들 수 있다. 다만, 이러한 연구들은 개별 판결 및 주제에서의 논의에 한정하여 비교헌법적 연구를 수행하고 있을 뿐 미국헌법 논의의 최근 전개에 대한 전체적인 조망을 시도하지는 않고 있다.

55) 2017년 4월에 임명된 닐 고서치(Neil Gorsuch) 대법관, 2018년 10월에 임명된 브렛 캐버노(Brett Kavanaugh) 대법관, 2020년 10월에 임명된 에이미 배럿(Amy Coney Barrett) 대법관을 지칭한다.

미국헌법의 영향에 대한 적절한 분석·평가가 가능할 수준의 기초자료를 쌓아보려 한다. 그에 따라 이하에서는 먼저 최근 수년간의 연방대법원의 헌법관련 주요 판결들을 소개하고 그것들이 갖는 헌법학적 함의를 종합적으로 분석하고 나아가 이러한 논의가 우리에게 가질 수 있는 의의 그리고 우리가 향후 주목해야 할 부분을 제시해보려 한다. 글에서 주된 작업은 최근의 연방대법원 판결들에 대한 소개가 될텐데, 대체로 트럼프가 임명한 대법관 3인이 활약하게 된 시기부터 2024년 현재까지의 판결들 중 기존 헌법논의에 큰 변화를 가져왔다고 보여지는 판결들을 선별하여 쟁점별로 묶어서 정리해 볼 것이다.

II. 헌법적 쟁점과 관련된 최근 연방대법원의 주요 판결 정리: 트럼프 재임 중 혹은 포스트 트럼프 시기의 연방대법원 주요 판결

1. 수정 제1조 관련 판결 (표현의 자유, 종교의 자유, 국교설립금지 조항)

(1) 303 Creative LLC v. Elenis 판결

2023년 6월 30일 연방대법원이 선고한 303 Creative LLC v. Elenis 판결⁵⁶⁾에서는 사업자로 하여금 고객의 성적 지향을 이유로 상품 서비스의 평등한 제공을 거부하지 못하도록 한 콜로라도 주 차별금지법이 사업자의 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다. 사건에서 상고인은 결혼을 앞둔 커플들을 축하하기 위한 웨딩 웹사이트 제작 관련 사업을 하는데 자신의 종교적 신념에 따라 동성 커플은 축복할 수 없어 그들을 위해서는 서비스 제공을 하지 않기로 하고 있었다. 그런데 콜로라도 주 차별금지법에서는 업체가 고객의 성적 지향을 이유로 상품이나 서비스의 제공을 거부하지 못하도록 하였고 이에 상고인은 표현의 자유가 침해되었다고 주장하였다. 고서치 대법관이 집필한 법정 의견에는 보수진영의 대법관 6인이 모두 참여하였는데 무엇보다 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유에서는 개인의 표현이 좋은 의도를 가지고 있든 혹은 잘못되어 고통을 야기할 것이든 상관없이 그에 정부가 관여하지 않고 강요하지 않아야 한

⁵⁶⁾ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023).

다는 점을 강조하고 있다고 하였다. 웨딩 웹사이트는 순수한 표현에 해당될 수 있는데 차별금지법의 강제가 개인이 믿지 않는 내용을 양심에 반하여 그대로 표현하는 결과를 야기한다면 이는 표현의 자유를 침해하는 것이라 볼 수 있다고 법정의견은 밝혔다. 소토마요르(Sonia Sotomayor) 대법관이 작성한 반대의견에서는 사건 법률이 표현이 아니라 상품을 대상으로 하며 차별행위는 수정 제1조의 보호대상이 되는 표현이 아니라는 점에서 법정의견에 반대입장을 밝혔다. 특히 상거래나 상행위에 대한 제한이 표현에 대한 부담을 주는 것을 막지 않는다는 선례들의 입장을 고려해야 하며 이 사건에서는 더 나아가 LGBT 운동에 미칠 (악)영향에 대해서까지 충분히 고려해야 한다면서 법정의견을 비판하였다.

(2) Kennedy v. Bremerton School District 판결

2022년 6월 27일 연방대법원이 선고한 Kennedy v. Bremerton School District 판결⁵⁷⁾에서는 공립고등학교의 미식축구 코치가 선수들과 경기 후 무릎을 꿇고 침묵기도를 한 것에 징계를 부여한 교육구의 조치가 종교의 자유, 표현의 자유를 침해한다고 판시하였다. 고서치 대법관이 작성한 법정의견에는 보수진영 대법관 6인이 참여하였는데, 교육구의 징계는 자유로운 종교활동(종교적 신념을 물리적으로 표현하는 행위)에 대한 제한이라는 점에서 종교의 자유와 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 있다고 하였다. 그리고 교육구가 그러한 기도 관행을 금지시키지 않음으로써 특정 종교를 정부가 지지하는 모습을 보이는 것은 헌법상 국교설립조항에 위반하는 것이 아니냐는 의문에 대하여 법정의견은 정부가 특정한 교회, 종교행사에 일반 시민들의 참여를 강요하는 것을 막는 것이 헌법 조항의 진정한 의미이며 사건에서는 그러한 강요가 없었다는 점에 주목해야 한다고 강조하였다. 다원주의 사회에서 타인의 종교적 표현이나 기도를 용인하는 것은 상식이라면서 법정의견은 이 문제에 대한 선례의 심사기준인 Lemon test는 폐기되어야 한다고 강조하였다. 정부의 행위가 국교설립금지 조항에 위반되지 않으려면 정부 정책의 목적이 세속적이어야 하고, 주요 효과가 특정 종교를 발전시키거나 금지시키는 것이 아니어야 하며, 종교와 정부의 과도한 연관성을 조성해서는 안 되어야 한다는 Lemon v. Kurtzman 판결⁵⁸⁾의 원칙(심사기준)은 지난 50여년간 하급법

⁵⁷⁾ Kennedy v. Bremerton School District, 597 U. S. 507 (2022).

⁵⁸⁾ Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).

원에서 이러한 심사기준을 어떻게 활용하는지에 있어 오히려 혼란만 가중하였다고 비판하면서 법정의견은 사건과 같은 문제상황에서는 국가기관이 개인의 종교적 표현에 검열을 하지 않아야 한다는 것이 가장 합리적인 심사원칙이라 밝혔다. 하지만 소토마요르 대법관이 작성한 반대의견에서 3인의 진보진영 대법관들은 사건의 경우와 같은 종교적 행위가 공립학교에서 벌어지는 것을 미국헌법이 수용하지는 않는다는 점을 분명히 하며 그간의 선례가 일관성 있게 같은 입장을 취해왔음을 강조하였다. 그리고 공립학교에서는 학생들에게 특정한 종교적 관점을 주입시키는 교육이 이루어지지 않을 것이라는 믿음에 기반하여 학부모들이 학생들의 교육을 맡긴다는 점을 지적하며 반대의견은 사안에서 명백히 드러나지는 않았지만 그 존재가 당연히 의심될 수 있는 코치에 의한 ‘기도의 강요 상황’으로 인해 학생들의 자유가 침해될 수 있음 역시 고려해서 판단할 필요가 있다고 역설하였다.

2. 수정 제2조 관련 판결 (무기소지권)

(1) New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen 판결

2022년 6월 23일 미국 연방대법원은 New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen 판결⁵⁹⁾을 통해, 공공장소에서 무기를 은닉하여 휴대하는 행위에 허가(면허)를 요구하는 뉴욕주의 법은 위헌이라고 결정했다. 2008년 District of Columbia v. Heller 판결⁶⁰⁾을 통해 총기를 집 안에 보유하는 것이 헌법적 권리의 내용이라고 선언했던 연방대법원은 이제는 총기를 집 밖으로 가지고 나가는 행위 역시 헌법적 권리로 보장됨을 천명하였다.⁶¹⁾ 뉴욕주 총기규제법에 따르면 총기 소유를 원하는 자는 면허(license)를 취득해야 하고 면허에서 명시된 사용 범위 내에서만 총기 이용이 가능하다.⁶²⁾ 그런데 만약 공공장소에서 총기(특히 피스톨이나 리볼버 등의 권총)를 ‘은닉하여 휴대

⁵⁹⁾ New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. 1 (2022).

⁶⁰⁾ District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

⁶¹⁾ 자세한 검토는 박종현, 미국 연방헌법 수정조항 제2조의 무기소지권과 총기규제에 대한 연방대법원의 논의, 공법학연구 제24권 제1호, 2023, 61면 이하 참조.

⁶²⁾ N.Y. Penal Law § 265.01-04. 뉴욕주 총기규제법은 1911년 제정된 Sullivan 법을 전신으로 하며 Bruen 사건에서 문제가 된 ‘적절한 이유’ 조항은 1913년 법개정으로 법에 편입되었다.

(concealed carry)’하고 싶다면 이를 위해 별도의 면허가 필요한데, 이러한 면허를 발급 받으려면 연령, 국적, 중범죄혐의유무 관련 기본 기준을 충족해야 함과 동시에 총기휴대에 대한 ‘적절한 이유(proper cause)’가 있음을 소명해야 한다.⁶³⁾ 이러한 뉴욕주 법이 일반 시민의 총기휴대를 사실상 금지하고 있다는 문제 제기에 대하여 토마스(Clarence Thomas) 대법관이 집필하고 보수진영 대법관들이 모두 참여한 법정의견에서는 만약 정부가 총기규제를 마련하려 한다면 이러한 규제가 수정 제2조의 원의(original meaning)에 따라 무기소지권의 범주를 한정하는 역사적 전통의 일부임을 적극적으로 증명해야만 한다고 강조하였다. 법정의견은 소위 ‘문언-역사-전통 심사방식(text-history-tradition approach)’에 따라 1200년대부터 1900년대 초반까지 거의 7세기 동안의 역사적 자료들을 검토한 후, 비록 공공장소에서 총기를 소지할 권리에 대해 ‘잘 정의된 제한(well-defined restriction)’이 때때로 존재하기도 하였지만, 공공장소에서 총기를 소지하는 것을 광범위하게 금지하는 전통은 없었다고 결론지었다. 하지만 브레이어 대법관이 집필한 반대 의견에서는 헌법해석에서 이러한 심사방식에 지나치게 의존하는 것은 문제가 있다고 하면서 지금의 심각한 사회문제를 해결하기 위해 총기규제를 하려는 입법자들의 업무를 수정 제2조의 역사를 근거로 사법부가 방해해서는 안된다고 강조하였다.

(2) Garland v. Cargill 판결

2024년 6월 14일 선고된 Garland v. Cargill 판결⁶⁴⁾에서 연방대법원은 범프 스톡(bump stock)에 대한 연방차원의 금지조치를 폐기하였다. 범프 스톡이라 함은 반자동화기의 반동을 활용하여 총기의 연속적 발사가 가능하도록 보조하는 개머리판을 의미한다. 2017년 라스베이거스에서 열린 야외 음악 행사에서 58명의 사망자를 낸 총기난사 사건이 벌어졌는데 당시 총격범이 총기에 범프 스톡을 부착한 것으로 알려진 후 몇몇 주들에서는 이를 사용하지 못하도록 법규정을 정비하였다. 그리고 연방차원에서도 주류, 담배, 총기 및 폭발물 관리국(Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms, and Explosives)이 범프 스톡을 부착한 총기는 기관총에 해당하므로 범프 스톡을 이용하는 것은 불법이라는 규정(83 Fed. Reg. 13442)을 발표하였다. 하지만 6명의 보수진영 대

⁶³⁾ N.Y. Penal Law § 400.00(1) 및 (2)(c)-(f).

⁶⁴⁾ Garland v. Cargill, 602 U.S. 406 (2024).

법관이 참여한 위헌의견에서 토마스 대법관은 범프 스톡이 있는 반자동 소총을 사용하여 여러 발의 총알을 발사하려면 방아쇠를 당기지 않는 손으로 소총의 전면 그림에 적절한 양의 전방 압력을 지속적으로 유지해야 하므로 이러한 추가조치의 필요성 때문에 범프 스톡을 사용하더라도 반자동 소총이 바로 기관총이 되는 것은 아니라 하였고 그에 따라 범프 스톡 부착 총기를 기관총으로 보아 무조건 불법화하는 것은 적절하지 않다고 연방 규정을 폐기하였다. 덧붙여 법정의견에서는 규제 이전에 범프 스톡을 구매한 일반 시민들이 자신도 모르게 범죄자로 기소될 수 있다는 우려 역시 고려할 필요가 있다고 강조되었다. 소토마요르 대법관이 집필한 반대의견에서는 기관총의 일반적이고 통상적인 의미에 비추어볼 때 범프 스톡을 부착한 총기는 계속적 발사를 위해 방아쇠를 빠르게 당길 필요성을 제거하므로 기관총에 해당할 수밖에 없기 때문에 법정의견은 법문의 문맥과 목적에 부합하지 않는 결정을 내렸다고 비판하였다.

3. 수정 제6조 관련 판결 (배심원 평결 방식): Ramos v. Louisiana 판결

2020년 4월 20일에 선고된 Ramos v. Louisiana 판결⁶⁵⁾에서 연방대법원은 수정 제6조의 해석상 형사 배심의 유죄평결에서는 배심원의 만장일치가 필요하고 이는 연방과 모든 주의 형사배심 운영에 동일하게 적용된다고 판시하였다.⁶⁶⁾ 수정 제6조에서는 배심재판을 받을 권리를 명시하면서 무엇이 공정한 배심을 구성하는지 그 요건들에 대해서는 함구하는데,⁶⁷⁾ 평결방식에 대해서도 그러하여 결국 비만장일치 방식의 유죄평결 제도가 몇몇 주들(루이지애나 주, 오레곤 주)에서 유지되어오고 있었다. 하지만 고서치 대법관이 집필한 법정의견은 원의주의(originalism) 헌법해석 방법론⁶⁸⁾을 활용하여 형사배심 유죄평결의 만장일치제가 수정 제6조의 채택 당시 법문의 본래적 의미에

⁶⁵⁾ Ramos v. Louisiana 590 U.S. 83 (2020).

⁶⁶⁾ 자세한 내용은 박종현, 미연방헌법 수정조항 제6조의 원의주의 해석에 대한 검토 — 형사배심 유죄평결에서 비(非) 만장일치제 인정 여부 논의를 중심으로 —, 세계헌법연구 제28권 제1호, 2022 참조.

⁶⁷⁾ J J Gobert, In Search of the Impartial Jury, *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol.79(2), 1988, pp. 269-327.

⁶⁸⁾ 원의주의는 헌법의 의미가 헌법의 제개정시기에 고정되었으므로 헌법문언이나 헌법제개정권자의 본래적 의도에 따라 헌법을 해석해야 한다는 입장이다. 이에 대한 자세한 소개 및 평가는 Eric J. Segall, *Originalism as Faith*, Cambridge University Press, 2018 참조.

해당되고 역사적 상황에 대한 자료를 통해 이것이 확인된다고 논증하였다.⁶⁹⁾ 덧붙여 법정의견은 루이지애나 주의 비만장일치 방식의 유죄평결제도의 합헌성을 인정한 1972년의 *Apodaca v. Oregon* 판결⁷⁰⁾의 선례로서의 가치를 아예 인정하지 않으며 설사 이의 선례성을 인정하더라도 이 판결은 부당한 결정이므로 변경되어야 한다고 강조하였다. 법정의견에는 보수진영의 토마스, 캐버노 대법관뿐만 아니라 진보진영의 긴즈버그, 브레이어, 소토마요르 대법관이 참여하였다. 다만 법정의견에 참여한 대법관들 중 선례변경의 방식, 기준에 대해서는 고서치 대법관과 캐버노 대법관이 의견의 분기를 보이기도 하였다.⁷¹⁾ 반면, 알리토(Samuel Alito) 대법관이 집필하고 로버츠(John Roberts) 대법원장, 케이건(Elena Kagan) 대법관이 참여한 반대의견에서는 *Apodaca* 판결이 40년간 선례로서 유지되어 왔고 이를 변경할 특별한 이유가 보이지 않는다는 점을 지적하며 법정의견을 비판하였다.

4. 수정 제14조 관련 판결 (적법절차, 평등보호)

(1) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 판결

2022년 6월 24일 연방대법원은 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 판결⁷²⁾을 통해 임신 15주 이후의 낙태(임신중절)를 금지한 미시시피주의 재태연령법(*Gestational Age Act*)⁷³⁾의 합헌성을 인정하면서 낙태를 선택할 수 있는 자유는 헌법

69) 고서치 대법관은 스스로를 스칼리아의 전통을 잇는 원의주의자라고 칭한다. Neil M. Gorsuch, *Why Originalism Is the Best Approach to the Constitution*, *TIME* (Sept. 6, 2019, 8:00 AM); Judge Neil M. Gorsuch, *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, 2016 Sumner Canary Lecture at Case Western Reserve University School of Law, *Case W. Res. L. Rev.* Vol.66, 2016, p. 909; Adam Liptak, *In Judge Neil Gorsuch, an Echo of Scalia in Philosophy and Style*, *N.Y. Times* (Jan. 31, 2017).

70) *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972).

71) 고서치 대법관의 경우 선례에서의 논증의 질적 수준, 유관 판결들과의 일관성, 선례 이후 법리의 발전(변화), 선례에 대한 신뢰의 보호 등을 중심으로 선례변경 여부를 판단해야 한다고 하였다. 캐버노 대법관의 경우 선례가 단순히 틀린 것을 넘어 중대하게 혹은 터무니없을 정도로 극심하게 잘못되었는지, 그리고 선례가 법이론적으로나 실제 사회에 상당히 부정적인 결과를 야기하는지, 마지막으로 선례변경이 선례에 대한 신뢰이익을 부당하게 뒤엎지는 않는지 여부를 판단하여 선례변경을 결정해야 한다고 하였다.

72) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

상 보장된 권리가 아니라고 밝혔다. 이러한 판단과정에서 연방대법원은 미국헌법사에서 가장 중요한 선례 중 하나로 꼽히는 *Roe v. Wade* 판결⁷⁴⁾을 폐기하였고 그와 더불어 *Roe* 판결을 선례로서 확인하였던 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 판결⁷⁵⁾ 역시 폐기하였다.⁷⁶⁾ 알리토 대법관이 작성한 법정의견에는 보수진영 대법관들이 모두 참여했는데, 의견의 대부분을 주로 *Roe* 판결 폐기의 정당성에 대한 논증을 수행하는데 할애하였다. 법정의견에서는 선례에서의 오류의 성질(the nature of the Court's error), 선례에서의 논증의 질적 수준(the quality of the reasoning), 선례의 실행가능성(workability), 법의 다른 영역에 미치는 영향(effect on other areas of law), 선례에 대한 신뢰이익 (reliance interests)이라는 판단요소(기준)들에 따라 선례변경 여부를 판단하였다. 먼저 법정의견은 비록 수정 제14조의 적법절차조항이 절차적 권리 외에 실체적 권리들을 보호하며 나아가 열거되지 않았지만 헌법질서에 근본적이라 볼 수 있는 권리들을 보호한다고 해석될 수 있더라도, 이 조항이 실제 보호하려는 것과 사람들이 단순히 소망하는 바를 혼동해서는 안된다고 강조하였고 조항의 정상적인 해석을 통해서 낙태권이 인정될 수 없다고 지적하였다. 특히 법정의견은 먼저 원의주의 해석방법을 활용하여 역사적인 측면에서 살펴보았을 때 낙태에 대한 권리가 헌법적 권리라 볼 수는 없다고 판단하였다. 법정의견이 보기에 *Roe* 판결의 논증은 역사적 탐색을 잘못 수행한 것이며, 삼분기 기준은 입법적 작업에 가깝고 심지어 이것이 헌법에서 어떻게 도출되는지에 대해 *Roe* 판결은 침묵하였다고 비판하였다. 이러한 논증상의 문제들에 대해서 낙태에 대한 헌법적 권리를 인정하는 입장에서조차 비판을 해왔다는 점, 그리고 그간 연방대법원이 인정한 프라이버시권의 구체적 내용들은 자녀 교육이나 혼인, 피임기구의 사용과 연관되어 있을 뿐 잠재적 생명에 영향을 미치는 낙태와 연결되기는 어렵다는 점, 나아가 생존능력(생존가능성)이라는 개념이 법학자를 비롯하여 철학자나 윤리학자들에 의해서도 지지받지 못하였다는 점 등을 법정의견은 지적하며 *Roe* 판결이 오류를 범한 것이라 강조하였다.⁷⁷⁾ 이러한 법정의견에 대하여

73) Miss. Code Ann. §41-41-191 (2018).

74) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

75) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

76) 자세한 내용은 박종현, 헌법해석 논증의 질적 수준을 이유로 한 선례변경의 문제, 미국헌법연구 제34권 제1호, 2023 참조.

77) 실제로 낙태에 대한 헌법적 권리를 인정하는 입장에서조차 *Roe* 판결의 삼분기 기준에 대

브레이어 대법관이 집필한 반대의견은 Roe 판결 등의 선례들은 여성을 자율적 주체로 존중하고 여성에게 완전한 평등을 부여하며 일생에서 가장 사적이며 중대한 결정을 내리는데 있어 실질적 선택권을 여성에게 부여하는 중요한 의미를 가진다고 강조하였다. 다만, 낙태를 둘러싼 도덕적 논쟁을 연방대법원이 적절히 인식하였기에 상충하는 이익들의 균형을 맞추기 위한 노력을 수행해왔고, 결국 이들 선례를 통해 나름의 합리적인 낙태 규제 기준을 제시하여 왔다고 반대의견은 정리하였다. 하지만 Dobbs 판결에서 법정의견은 수정이 이루어진 순간부터 여성은 이에 대해 발언하고 선택할 수 있는 권리를 전혀 갖지 못한다고 보았고 그에 따라 가장 낮은 심사기준인 합리성 기준만 충족하면 낙태 규제가 허용되도록 하여 그간의 균형을 한번에 무너뜨렸다고 반대의견은 비판하였다. 무엇보다 반대의견에서는 여성의 자기결정권(선택권)이 보장되지 않던 시기에 만연하던 낙태에 대한 규제의 틀에서 벗어나 수정 제14조의 적극적 해석을 시도한 선례들에 기반하여 여성의 자유와 평등을 보호하였다는 점에서 Roe 판결은 분명히 옳은 결정이라고 강조하였다. 선례들에 대한 폐기는 엄청난 혼란을 유발할 것이라 지적하며, 피임에 실패하거나 불가능한 경우, 혹은 임신 중에 낙태를 결심할 사유가 발생하는 상황에서 여성은 인생의 중요한 결정을 내려야 하는데 낙태권을 폐기하는 것은 이러한 개인적 계획과 기대를 파괴하는 결과를 낳을 것이라 반대의견은 우려를 표명했다.

(2) Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College 판결

2023년 6월 29일 연방대법원이 선고한 Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College 판결⁷⁸⁾에서는 하버드 대학교와 노스캐롤라이나 대학교의 인종 고려적(race-conscious) 입학 정책이 인종 요소의 사용을 정당화할 만한 목적을 갖추지 못하여서 수정 제14조 평등보호조항에 위반된다고 판단하였다.

해 비판적이었는데, 관련된 대표적 연구로는 John Hart Ely, “The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade”, Yale Law Journal Vol.82, 1973, p. 924; Lawrence Tribe, “Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law”, Harvard Law Review Vol.87, 1973, p. 4.

⁷⁸⁾ Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. 181 (2023).

하버드 대학교의 학생 선발의 경우 1차 사정관 검토 과정, 그 이후 이어지는 소위원회 심사 및 대위원회 회의 과정, 그리고 마지막 단계의 추가 선별과정 모두에서 인종을 고려할 수 있게 하였고, 노스캐롤라이나 대학교의 경우에도 입학사정관의 심사 단계 및 그 뒤의 검토위원회의 심사단계 모두에서 지원자의 인종을 고려하여 당락을 결정할 수 있게 하고 있었다. 로버츠 대법원장이 집필한 법정의견에는 보수진영 대법관 6인 모두가 참여했는데, 인종기반적 학생 선발방식은 엄격심사를 통과해야 하고 인종을 고정관념이나 감점요인으로 사용해서는 아니 되며 설사 그 방식을 사용하더라도 이는 비상적 운용에 불과하므로 종료 시점이 명확해야 한다고 강조하였다. 그런데 법정의견이 판단하건데, 두 입학 전형 모두 인종의 사용을 정당화할 만한 충분히 측정 가능하고 초점이 맞춰진 목적을 갖추지 못하였고, 인종요소를 감점요인 방식으로 채택하였고, 인종적 유형화를 포함하고 있고, 유의미한 종료 시점을 두지 않았다는 문제가 있다고 보았다. 반면에 소토마요르 대법관이 작성한 반대의견에서는 연방대법원이 이미 선례들을 통해 다양한 학생 구성의 달성을 긴절한 이익(compelling interest)으로 인정하였다는 점에서 대학입학에서 인종요소를 사용하는 적극적 평등 실현조치(affirmative action)는 여전히 유효하다고 볼 수 있다고 하였다. 그리고 인종적 불평등이 예측가능한 시간 내에 종료할 것이라는 믿음은 환상에 불과하다는 점에서 종료 시기의 설정을 요구하는 것은 실현 불가능한 요청일 뿐이라고 하였다. 법정의견은 오히려 미달대표된 소수인종의 미국 대학 진입을 더욱 어렵게 만들 것이고 이는 인종적으로 다양한 졸업생이 사회에 나가는 파이프라인을 없애는 치명적인 결과를 낳을 것이라고 반대의견은 비판하였다.

(3) Bostock v. Clayton County, Georgia 판결

2020년 6월 15일에 선고된 Bostock v. Clayton County, Georgia 판결⁷⁹⁾에서 연방대법원은 6대 3 결정으로 민권법 제7편(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)의 고용차별금지조항이 성적 지향이나 성 정체성에 기한 고용차별을 금지하는데 적용될 수 있다고 판시하였다. 상기 조항에 따르면 “고용인이 피고용인의 인종, 피부색, 종교, 성(sex), 국적을 이유로(because of) 고용을 거부하거나 해고 또는 고용에 따른 보수, 기

⁷⁹⁾ Bostock v. Clayton County, Georgia, 590 U.S. 644 (2020).

간, 조건 또는 특권에 대해서 차별하는 것은 불법이다.”⁸⁰⁾라고 되어 있는데 동성애자, 성전환자가 성적 지향으로 인해 직장에서 해고된 사안에 이를 적용할 수 있는지가 사안에서 문제되었다. 6인의 대법관이 참여한 법정의견을 집필한 고서치 대법관은 문언주의(textualism) 해석 방법을 활용하여 because of 라는 어구는 조건적 인과관계를 의미하며 특정한 행위가 없었다고 가정할 때 특정 결과가 발생하지 않는다면 인과관계는 없는 것이라 해석하였다. 그에 기초하여 보았을 때, 성을 이유로 하는 차별함 없이 동성애자나 성전환자를 차별하는 것은 불가능하다는 점을 강조하며⁸¹⁾ 사안에서의 차별은 민권법 제7편에 의해 금지된다고 하였다. 동성애와 관련된 문제임에도 불구하고 보수진영의 고서치 대법관과 로버츠 대법원장이 법정의견에 참여했다는 점에서 세간에 놀라움을 안겨준 이 판결에서는 보수적 재판관들 사이에서도 법해석의 올바른 방법에 대한 입장 차이, 의견 분기가 있을 수 있음을 보여주며 그들이 강조하는 문언주의에 대해서도 서로 다른 이해가 있을 수 있음을 보여주었다.⁸²⁾ 성(별)이라는 분명한 문구에도 불구하고 성정체성을 이에 포함시키는 것은 법문의 일상적 의미에 반하는 반문언주의적 해석이고 사법을 가장한 입법이라는 반대의견에는 알리토, 토마스, 캐버노 대법관이 참여하였다.

5. 행정부의 권한 관련 판결 (권력분립원리)

(1) West Virginia v. Environmental Protection Agency 판결

⁸⁰⁾ It shall be an unlawful employment practice for an employer— (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin)

⁸¹⁾ 예를 들어, 남성에게 끌린다는 공통점을 갖는 남성 직원과 여성 직원 중에 이를 이유로 남성 직원만을 해고하는 것은 여성 직원과 다르게 취급한 것이며 개인의 성별에 따른 차별로 볼 수밖에 없다는 것이다. 이들의 성별이 여성으로 동일했으면 당하지 않을 차별을 남성이라는 이유로 당했기 때문에 결국 동성애자에 대한 고용주의 해고조치는 조건설에 따라 성을 이유로 하는 차별에 해당한다는 것이 고서치 대법관의 논리였다. 성전환자의 경우에도 이는 마찬가지로 예를 들어 출생 시 남성이었던 여성 트랜스젠더와 출생 시 여성인 직원들 중 전자를 차별하는 것은 출생시 남성인 자를 남성이라는 성별을 이유로 차별한 것에 해당한다고 보았다.

⁸²⁾ 박종현, 미연방대법원에서 문언주의 전통의 균열 - 닐 고서치 대법관과 브렛 캐버노 대법관의 문언주의 논의의 의의와 한계 -, 미국헌법연구 제33권 제1호, 2022 참조.

2022년 6월 30일에 선고된 *West Virginia v. Environmental Protection Agency* 판결⁸³⁾에서 연방대법원은 ‘중요문제 원칙(법리)(major questions doctrine)’을 적용하여 환경보호청(Environmental Protection Agency)에는 탄소배출량을 광범위하게 규제할 권한이 없다고 판단하였다. 이를 결정할 권한은 연방의회에게 있으며 그러한 권한을 연방의회가 환경보호청에 위임한 바도 없음을 분명히 하였다. 로버츠 대법원장이 작성한 법정의견에는 보수진영 대법관들 모두가 참여하였는데, 환경보호청의 규제 근거가 되는 청정대기법(clean air act)에서 미리 언급되지 않은 대기오염물질이나 규제대상을 법상의 일반적이고 모호한 용어들에 기대어 규제하려고 하는 것은 입법부의 권한을 침해하고 권력분립원리를 깨뜨리는 문제라고 지적하였다. 법상 환경보호청의 역할은 개별 배출원에서의 효율적인 대기오염 규제 실적을 달성하는 것에 제한되어 있음에도 불구하고, 그 실적에 과도하게 집착한 나머지 폭넓고 급진적인 접근을 통해 아예 전력생산에서 이산화탄소의 영향력을 줄이고 나아가 석탄을 이용한 발전을 전면 중단하도록 하는 수준까지 나가려는 것은 법의 위임을 벗어난 것이라 법정의견은 강조하였다. 국가정책상 정치적으로 경제적으로 중요한 문제들은 국민들의 대표인 입법부에 의해 전적으로 규정되어야 한다는 중요문제 원칙에 비추어볼 때 사안에서처럼 전력 공급시스템의 국가적 변화를 도모하는 환경보호청의 규제 시도는 법상 명백한 권한위임을 받지 않은 채 이루어진 위헌적인 행태라고 법정의견은 지적하였다.

하지만 케이건 대법관이 집필한 반대의견에서는 기후변화의 재앙에 대응하는 핵심 기관이 환경보호청이고 새롭고 거대한 문제들에 적절하게 대응하기 위해서는 이 기관이 폭넓은 위임을 의회로부터 받았다고 보아야 한다는 점에서 전문기관인 환경보호청이 탄소배출 규제를 하고 발전소들에 대해 규제를 하는 것은 당연하다고 보았다. 또한 건국 시부터 지금까지 긴급한 문제들을 해결하도록 의회는 행정부에 전면적 권한을 부여해왔고 중요 정책 사안에 대하여도 그래왔는데 이는 연방의회가 스스로 모든 것을 하는 것은 비합리적이며 오히려 입법행위와 행정행위의 협력을 통해 좋은 정책을 만들 수 있다는 믿음이 확고하였기 때문인 것이라 반대의견은 강조하였다. 그럼에도 불구하고 이러한 의회의 고유의 판단을 사법부의 것으로 대체하려 했다는 점에서 그리고 청정대기법이 의회가 아닌 사법부의 의도대로 적용되게 하여 법원을 기후정책의 의사결정자로 만들었다는 점에서 법정의견은 비판받아야 한다고 반대의견은 밝혔다.

⁸³⁾ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. 697 (2022).

(2) Loper Bright Enterprises v. Raimondo 판결

2024년 6월 28일 선고된 *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* 판결⁸⁴⁾에서 연방대법원은 소위 쉘브론 판결⁸⁵⁾에서 제시되었던 ‘쉘브론 원칙(Chevron doctrine)’을 폐기하였다. 법률의 의미에 대해 의회의 의도가 분명하지 않은 경우 행정기관의 법해석이 법률의 허용가능한(permissible) 해석이라 판단된다면 설사 법원이 다른 해석을 할 수 있더라도 행정기관의 해석을 따라야 한다는 것이 쉘브론 원칙의 내용인데, 연방대법원은 40년만에 선례를 변경한 것이다.

미국 해안 근처의 공해에서 무분별한 남획을 방지하고 건전한 어업자원 관리를 위해 제정된 매그너스 스티븐스 어업보존관리법⁸⁶⁾에 따르면 미국 관할인 배타적 경제수역 내에서 어업을 하는 경우 어업의 보존 관리에 필요한 데이터의 수집을 위해 1인 이상의 감시인(observer)이 선박에 탑승해야 하는데 그 비용은 국립해양수산청(National Marine Fisheries Service)이 부담하도록 하였다. 그런데 법에서는 법의 적용대상을 크게 세 분류로 열거하면서 대서양에서 청어잡이를 하는 어선의 경우에 대해서는 감시인 관련 비용 부담에 관한 규정을 두지 않았다. 다만, 정부는 법에 대한 나름의 해석에 따라 이러한 경우 어선이 직접 감시인 비용을 부담하도록 하여 왔다. 이에 대해 대서양 청어잡이에 종사하던 사건의 청구인들은 자신들에게 감시인 비용을 부담시킬 권한이 정부에 없다는 문제 제기를 하였고 1심(544 F. Supp. 3d 82, 107 (DC 2021) 및 항소심(45 F. 4th 359 (2022)에서는 쉘브론 원칙에 따라 정부가 승소하였다. 즉, 법률문언의 모호성이 존재하더라도 행정기관의 해석이 허용가능할 정도로 합리적이라면 그 해석에 대해 법원이 존중을 해온 관행을 따른 것이었다.

하지만 로버츠 대법원장이 집필하고 보수진영 대법관들이 모두 참여한 연방대법원의 법정의견의 결론은 하급심의 결론과 달랐다. 법정의견에서는 먼저 법이 무엇인지 말하는 것은 사법부의 영역이라는 마셜(John Marshall) 대법원장의 언급을 인용하며 행정부의 해석을 사법부가 반드시 존중해야 하는지 의문을 표하였다. 철도회사는 유연탄법(Bituminous Coal Act of 1937)의 적용대상인 ‘석탄 생산자’가 아니라고 판단한 행정기관의 결정을 존중한 *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941) 판결, 신문배달원이

⁸⁴⁾ *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. ____ (2024).

⁸⁵⁾ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

⁸⁶⁾ *Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act*, 16 U. S. C. §1801.

노동관계법(National Labor Relations Act)상의 ‘피고용인’(employee)이라고 판단한 행정기관의 결정을 존중한 *NLRB v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944) 판결들을 토대로 행정기관의 법해석에 대한 사법부의 존중이 관행이라는 주장도 있지만, 법정의견은 그와 반대로 특정 참고는 일반최고가규제(Administrator’s General Maximum Price Regulation)를 면제받을 수 있는 ‘공공사업’(public utility)에 해당된다는 행정기관의 결정을 받아들이지 않은 *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U.S. 144 (1944) 판결도 있었다는 점을 강조하며 그러한 ‘행정부(의 해석에 대한) 존중’이라는 관행의 부존재를 명확히 하였다. 그리고 1946년 제정된 행정절차법⁸⁷⁾에서는 모호한 법률의 해석을 포함한 모든 법문제를 행정기관이 아니라 법원이 결정하도록 하고 있고 법률에 부합하지 않는 행정작용을 법원이 파기하도록 하고 있다는 점에서 법률에 대한 행정기관의 해석에 법원이 구속될 필요 없음을 법정의견은 분명히 하였다. 그런데 웨브론 판결은 이러한 행정절차법의 내용을 고려하지 않은 채 법률의 모호성을 행정기관이 해소하도록 하고 사법부는 법률에 대한 해석을 직접 수행하지 않고 행정기관의 법해석이 법률의 허용가능한 해석범위에 있는지만 판단하는 방식으로 행정기관의 법해석을 존중해야 한다는 원칙을 제시하였다는 점에서 문제가 있다고 법정의견은 지적하였다. 무엇보다 법률의 모호성이 반드시 행정기관에 대한 법해석 위임이라고 이해될 수는 없으며, 행정기관이 갖는 전문성에 근거한 법해석이 반드시 법률의 정확한 해석을 보장한다고도 할 수 없다는 점을 법정의견은 강조하였다. 특히 이후의 판결들에서 연방대법원은 웨브론 원칙을 제한하거나 우회하려는 시도를 꾸준히 해왔고 2016년 이래로는 이를 아예 적용을 하지 않아 이는 강학상의 주제에 불과해졌다고 언급하며 법정의견은 웨브론 판결의 선례로서의 가치를 부정하였다. 특히 웨브론 원칙 자체의 모호함으로 인해 법집행에 대한 신뢰이익이 파괴되고 예측가능성의 확보가 어려워지는 상황은 이 원칙이 선례로서 가치가 없고 법치주의에 대한 위협일 뿐임을 보여준다고 법정의견은 강조하였다.

별개의 보충의견을 작성한 토마스 대법관은 웨브론 원칙 자체가 법관들로 하여금 법해석권한 및 사법권을 포기하도록 하고 행정부가 스스로에게 부여되지 않은 법해석권한을 행사하도록 허용한다는 점에서 헌법상 권력분립에 위반된다는 지적을 하였다. 비슷한 취지의 논증을 전개한 고서치 대법관의 보충의견에서는 웨브론 원칙이 헌법에

⁸⁷⁾ Administrative Procedure Act, 5 U. S. C. §706.

반할뿐만 아니라 문언주의에도 위배되며 선례구속의 원칙은 사법부의 겸양의 발로이 어야지 사법부의 오만을 위한 도구가 되어서는 안되므로 잘못된 선례를 과감하게 변경해야 한다고 강조하였다.

반면에 진보진영의 세 명의 여성 대법관들이 참여한 케이건 대법관의 반대의견에서는 행정기관이 법률의 허용범위 내에서 재량권을 행사하여 법해석을 한 경우 이를 무시하고 법원이 의사결정을 하는 경우 이것이야말로 사법부의 오만이라고 비판하였다. 특히 선례로서 쉐브론 원칙은 오랫동안 존중받아 왔고 수범자들은 이에 의존해왔으므로 이를 파기하려는 경우 ‘특별한 정당화 이유’가 필요할텐데 법정의견은 이를 보여주지 못했다고 반대의견은 지적하였다. 그리고 이러한 법적 모호성의 문제가 단순히 법률적 문제라기 보다는 정책적 문제라는 점을 고려할 때, 행정기관의 전문성을 당연히 존중할 필요가 있고 복잡한 규제 체제에 대한 행정기관의 경험을 따를 필요가 있다고 반대의견은 강조하였다. 나아가 반대의견은 법치주의의 초석인 선례구속의 원칙에 비추어 볼 때 다수의견은 문제가 있다고 지적하였다. 즉, 헌법의 직접적 해석과 무관한 사건에서 연방대법원의 선례가 잘못된 경우 연방의회가 입법을 통해 이를 해결할 수 있음에도 불구하고 쉐브론 원칙을 연방의회가 40년 동안 유지해왔다는 것은 행정절차법의 내용에도 불구하고 쉐브론 원칙이 갖는 함의를 연방의회가 인정한 것으로 볼 수 있고, 선부른 선례 폐기는 선례를 중심으로 이루어졌던 여러 행정작용들의 기반을 위협할 수 있음을 지적하였다. 결과적으로 법정의견의 입장에 따르면 국가의 모든 규제 영역에 사법부가 개입하여 주도적 역할을 수행해야 하는데 이것이 과연 헌법상 법원이 부여받은 역할인지 반문하며 반대의견은 쉐브론 원칙을 존중할 필요가 있음을 역설하였다.

6. 트럼프 대통령 관련 판결 (연방주의, 대통령 권한)

(1) Trump v. Anderson 판결

트럼프 전 대통령이 2024년 대선에 재출마하는 것과 관련하여 그의 사법리스크가 계속 문제되어 왔는데 이 과정에서 연방대법원은 결정적인 두 건의 판결을 통하여 결과적으로 그의 대선 출마를 가능하게 하였다. 그 중 첫 번째 판결은 2024년 3월 4일 선고한 Trump v. Anderson 판결⁸⁸⁾인데, 이 판결에서는 2021년 1월 6일의 연방의회 의

사당 난입 폭동 사건에 대한 선동과 방관의 혐의를 받는 트럼프 후보가 수정 제14조 제3항의 ‘insurrectionist clause(반역자 조항)’에 따라 대통령직을 수행할 자격을 갖추지 못하게 되는 것인지가 쟁점이 되었다. 이 조항에서는 연방공직자가 내란이나 반란에 관여하는 경우 이후 모든 공직에 취임할 수 없도록 하였는데, 그에 따라 콜로라도 주 대법원에서는 트럼프 전 대통령이 이에 해당한다면 콜로라도 주에서 진행되는 대통령 예비선거 투표용지에서 트럼프를 제외하도록 하였다. 하지만 연방대법원은 콜로라도 주 대법원의 판결을 파기하였다. 보수진영의 대법관들이 모두 참여한 법정외견에서는 먼저, 상기 헌법조항의 집행을 위해서는 연방의회의 구체적인 입법이 필요하다는 점과 (이 의견에 대해서는 배릿 대법관은 참여하지 않음), 나아가 연방헌법의 어떠한 조항도 주가 연방공직자에 대해 상기조항의 권한을 행사할 수 있도록 위임하고 있지 않다는 점을 들어 콜로라도 주 대법원의 판결을 파기하였다. 이에 대해 소토마요르 대법관을 포함한 진보진영의 대법관들은 별개의견을 내어 주가 이 문제에 관여하는 것은 남북전쟁 이후 재건(reconstruction)조항이라 불리는 상기 헌법조항의 취지에 비추어 볼 때 문제가 있을 수 있지만, 이 쟁점을 넘어 상기 조항을 어떻게 집행해야 하는지에 대한 새로운 규칙(연방의회의 입법을 통한 집행)을 법정외견이 제시하는 것에는 반대한다는 입장을 밝히며 법정외견의 결론에만 동의한다고 하였다. 이로 인해 각 주 단위의 예비선거 등 공화당 대통령 후보 경선 과정에서 트럼프 후보를 배제할 수 없게 되었고 결과적으로 트럼프 전 대통령이 공화당 대선 후보로 확정될 수 있었다.

(2) Trump v. United States 판결

나아가 2024년 7월 1일 연방대법원은 Trump v. United States 판결⁸⁹⁾을 통해 대통령이 재임 중 저지른 범죄 혐의에 대해 면책 특권을 누릴 수 없다는 연방항소법원의 판결을 파기하였다. 즉, 연방대법원은 대통령이 행정부의 책임을 수행하는 경우 의회는 대통령의 행위를 범죄화할 수 없다고 밝혔다. 로버츠 대법원장은 6명의 보수진영 대법관들이 참여한 법정외견서에서 삼권분립의 구조하에서 대통령 권한의 본질은 (전직) 대통령이 재임 중 공식적(official) 행위에 대한 형사 기소로부터 일정 부분 면책될 것을 요구한다고 강조하며 특히 잠재적 기소라는 두려움 없이 직무를 수행하기 위해

⁸⁸⁾ Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024).

⁸⁹⁾ Trump v. United States, 603 U.S. 593 (2024).

대통령이 헌법상 핵심권한을 행사하는 경우에는 절대적인 면책특권을 가진다고 하였다. 그렇다고 대통령이 법 위에 군림하는 것은 아니며, 대통령의 행위가 사실관계에 따라 공식적인 행위라 밝혀지는 경우에 비로소 대통령은 면책된다고 하였다. 결국 법정의견에 따르면, 2020년 트럼프 대통령이 선거결과를 뒤집으려 하고 국가보안법을 위반했는지에 대한 법적 판단은 대통령이 법무부 장관 권한대행에 가한 모든 지시나 압력 그리고 펜스 부통령에게 2020년 대선 결과를 무시하도록 압력을 가한 행위가 공식적인 것인지 아니면 비공식적·사적인 것인지에 대한 판단을 1심 법원에서 구체적이고 엄밀하게 수행해야 비로소 결정될 수 있게 되었다. 그에 따라 트럼프 대통령 후보에 대한 형사 판결이 2024년 대선 전에 매듭지어지는 것은 사실상 불가능해졌고 트럼프는 사법리스크를 덜고 대선에 임하여 당선에 이르게 되었다.

하지만 소토마요르 대법관은 반대의견에서 대통령이 권력을 행사함에 있어 어떠한 형사소추로부터도 자유로워지는 경우에 대통령은 개인적 이익이나 사악한 목적을 위해 공권력을 사용할 수 있고 법 위에 군림하는 왕이 될 수 있다고 지적하며 법정의견에 반대하였다.

III. 최근 연방대법원을 중심으로 한 미국헌법 논의의 변화 및 특징 검토

1. 원의주의의 지배와 연방대법원의 급진적 보수화

2018년 말 트럼프 대통령이 오바마 대통령 재임 시절 임명된 특정 연방법관을 오바마 판사(Obama Judge)라 칭하며 공개적으로 비난하자, 사법부의 수장인 로버츠 대법원장은 사법부의 중립성을 강조하며 오바마 판사나 트럼프 판사는 존재하지 않는다고 반박하였다.⁹⁰⁾ 그런데 사법부의 독립이라는 규범적 가치에도 불구하고 실제에서 연방법관은 임명자인 대통령의 정치적 지향을 수용할 수밖에 없다는 점에서 트럼프의 조어가 년센스에 불과하다 치부하기는 어려워 보인다.⁹¹⁾ 그러한 측면에서 오히려 트럼

⁹⁰⁾ Adam Liptak, Chief Justice Defends Judicial Independence After Trump Attacks 'Obama Judge', N.Y. TIMES (Nov. 21, 2018),

⁹¹⁾ Jeffrey F. Addicott, Reshaping American Jurisprudence in the Trump Era - The Rise of Originalist Judges, 55 Cal. W. L. Rev. 341, 359-360 (2019). 법관이 임명자의 정치적 지

프가 활용한 용어는 그가 임명한 세 명의 연방대법관들에게도 동일하게 적용될 수밖에 없을 것이고 그들을 트럼프 대법관들(Trump Justices), 그리고 그들이 맹활약하는 현재의 연방대법원을 트럼프(혹은 공화당)의 정치이념을 사법적으로 실현하는 트럼프(혹은 포스트 트럼프) 대법원(Trump Court)이라 칭해도 무리는 아닐 것이다. 무엇보다 트럼프와 공화당은 헌법방법론적으로 원의주의에 경도된 법률가들을 연방법관으로 임명하기 위해 노력하였고 이로 인해 트럼프 대법원은 원의주의가 지배하는 대법원(originalism court)이라는 특징을 가지게 되었다. 헌법해석 방법론에 있어 원의주의와 살아있는 헌법(living constitution) 이론 간의 대립은 헌법해석의 엄밀성, 객관성, 타당성 확보를 위한 이론적 대립의 외견을 가지고 있지만 정치현실에서는 이데올로기 스펙트럼을 그대로 반영하며 보수진영과 진보진영의 대립으로 치환되는데,⁹²⁾ 원의주의를 맹신하는 법률가들이 계속적으로 연방대법원에 입성했다는 것은 연방대법원의 보수화를 의미하기도 하였다.

원의주의의 출현은 1970년대로 거슬러 올라가는데, 원의주의는 워런(Earl Warren) 및 초기 버거(Warren E. Burger) 법원의 사법 적극주의와 진보적 결정들을 비판하면서 등장하였다.⁹³⁾ 특히 연방대법원이 프라이버시권을 인정한 *Griswold v. Connecticut* 판결⁹⁴⁾에 이어 낙태 문제에 대한 진보적 결정인 *Roe v. Wade* 판결을 내놓자 보수주의 진영에서는 사법부의 헌법해석방식에 대한 불만이 폭발하였다. 이러한 판결들에서 연방대법원은 헌법에 열거되지 않은 새로운 권리를 헌법해석을 통하여 인정하였는데, 이는 헌법 명문이 아닌 연방대법관의 정치적 신조 및 성향에 따른 정책적 결정에 불과하다며 보수진영은 비판하였다.⁹⁵⁾ 그에 따라 헌법해석의 과정에서 적극주의로 포장된 사법부의 재량 일탈을 통제하기 위해 헌법제정자의 의도에 충실한 해석을 강조하

향을 따른다는 사법행태론에 대한 자세한 설명은 리차드 포스너 저, 백계문·박종현 옮김, 법관은 어떻게 사고하는가, 한울, 2016, 제1부 참조.

⁹²⁾ Richard F. Duncan, Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. The Living Constitution 29 REGENT U. L. REV. 9, 14 (2016).

⁹³⁾ Johnathan O'Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins University Press, 2005, p. 131. 다만 원의주의라는 용어 자체는 Paul Brest, The Misconceived Quest for Original Understanding, *B.U. L. Rev.* Vol.60, 1980, p. 204에서 처음 등장한다.

⁹⁴⁾ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁹⁵⁾ Robert C. Post·Reva B. Siegel, Democratic Constitutionalism, Jack M. Balkin·Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 29.

는 원의주의라는 방법론이 보수진영을 중심으로 제기된 것이다.⁹⁶⁾ 이러한 원의주의에서는 연방 및 주의 법이 헌법제정자의 원래의 의도(original intent)에 명백히 위배됨을 보여주지 않는 한 연방대법원이 당해 법률을 무효화해서는 안된다고 하였다.⁹⁷⁾ 그러나 이후 스칼리아 대법관으로 대표되는 새로운 원의주의(신 원의주의)에서는 원의의 근거를 법전의 조문에서 찾는 법전주의(textualism)를 활발하게 활용하였다. 새로운 원의주의자들은 헌법제정자들의 의도가 아니라 헌법문언의 본래적 의미를 파악하는 것이 헌법해석의 핵심작업이 되어야 한다고 강조한다.⁹⁸⁾ 그리고 지나치게 엄격하고 한정된 방법론을 구사했던 초기의 원의주의와 달리 신 원의주의에서는 해석의 합리성을 확보하기 위해 유연한 해석을 제시하며 유연성의 정도와 이를 구사하는 방법들의 다양화로 인하여 다양한 양태의 원의주의가 등장하게 되었다.⁹⁹⁾ 사법부의 재량을 통제하고 객관적이며 타당한 해석을 제시하겠다는 신 원의주의의 목표에 공감하던 자들에게 유연하고 포괄적인 방법론이라는 선택지가 주어지면서 원의주의에 대한 지지 세력의 확장이 가능해졌다. 특히 원의주의 세력의 확산은 학계에서만 이루어진 것이 아니라 연방대법원에서도 일어났다. 블랙 대법관이나 렌퀴스트(William Rehnquist) 대법관장과 같은 초기 원의주의자들의 논의를 보다 세련되고 체계적으로 가공한 스칼리아 대법관의 원의주의는 동료인 토마스 대법관에 영향을 주었고 나아가 최근에 임명된 대법관들인 고서치, 캐버노, 배럿 모두에게 강력한 영향을 미치고 있다.¹⁰⁰⁾

96) Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, *Ind.L.J.* Vol.47, 1971, pp. 1-36. 초기의 원의주의에서는 소위 비(非) 원의주의 입장과 차별화를 시도하며 원의주의를 다음의 특징들로 설명하였다. 첫째, 원의주의에서는 헌법문언의 의미가 비준 시기에 고정되었다고 전제한다. 둘째, 원의주의에 따르면 법관들은 헌법해석에서 헌법문언의 비준 시기의 의미를 주로 고려해야 한다. 셋째, 원의주의 헌법해석에서는 현재 시점에서 실제 벌어지고 있는 일들이나 판결의 예측되는 결과 등은 헌법에서 발견될 수 있는 원의보다 우선될 수 없다고 본다. Mitchell N. Berman, *Originalism Is Bunk*, *N.Y.U. L. Rev.* Vol.84, 2009, pp. 18-20; Thomas B. Colby·Peter J. Smith. *Living Originalism*, *Duke LJ* Vol.59, 2009, p. 239.

97) Stephen M. Griffin, *Rebooting Originalism*, *U. Ill. L. Rev.*, 2008, p. 1188.

98) Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Amy Gutman ed., Princeton University Press, 1997, p. 38; Michael C. Dorf, Book Review *The Undead Constitution*, *Harvard L. Rev.* Vol.125, 2011.

99) 다양한 원의주의 양태를 상세하게 보여주는 연구는 Mitchell N. Berman, 앞의 논문, pp. 9-27.

100) 신 원의주의의 확산에도 불구하고 이에 대해서는 다양한 비판이 제기되어 왔는데, 무엇보다도 해석자가 현재 시점의 배경과 지식으로부터 절연되어 헌법 문언의 본래적 의미를 온

원의주의 해석방법의 득세는 최근 판결에서 쉽게 발견될 수 있는데 대표적으로 총기규제 관련 연방대법원의 판결을 그 예시로 삼을 수 있어 보인다. 무기소지권과 관련된 중요 선례인 Heller 판결에서 브레이어 대법관이 활용한 이익형량심사 방식(비의주의적 해석방법)은 헌법상 무기소지권에 대한 제한이 수용가능한지 여부에 관하여 비용편익분석을 활용하였는데, 이러한 분석을 적용하는 경우 총기규제법에 우호적인 사법심사 결과가 발생하는 경향이 나타났다. 즉, 주 정부가 총기규제의 필요성을 어느 정도 제시하는 경우 법원은 규제의 공익에 비추어 그 정당성을 인정하였고, 심지어 연방 제9항소법원에서는 Heller 판결 이후 50건의 수정 제2조-총기규제 관련 사건에서 모두 정부(규제기관) 측이 승소하기도 하였다.¹⁰¹⁾ 하지만 Bruen 판결에서 법정 의견은 이익형량심사 방식의 사용을 공식적으로 거부하였다. 법정의견은 이익형량(비용편익분석)은 정책결정자들이 수행할 역할이지 법원의 역할은 아니라고 하였다. 법정 의견은 문언-역사-전통 심사방식을 제시하며 헌법 문언의 원의를 중심으로 헌법을 해석하고 적용해야 한다는 원의주의가 총기규제에 대한 사법심사의 유일하고 배타적인 기준이 되어야 한다고 강조하였다. 결국 이익형량 심사방식의 열렬한 지지자였던 브레이어 대법관마저 Bruen 판결 이후 퇴임한 상황에서 총기규제의 위헌성 판단에서는 이러한 규제가 수정 제2조 도입 당시에 수용되던 총기규제 방식의 범주에 포함될 수 있는지를 살펴보는 심사방식이 관성적으로 활용될 것으로 예측된다.¹⁰²⁾

전혀 찾아낼 수 있는지 의문이 제기되어 왔다. David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, p. 18. 또한 원의주의가 특정한 정치적 가치, 즉 보수주의를 객관적인 방법론이라는 가면을 통해 연방대법원과 그의 헌법해석 과정에 안착시킨다는 지적도 제기되었다. Robert C. Post·Reva B. Siegel, 앞의 논문, p. 29.

¹⁰¹⁾ David B. Kopel, “Data Indicate Second Amendment Underenforcement,” 68 *Duke L.J. Online* 79 (2018); *Duncan v. Bonta*, 19 F.4th at 1165-66 (VanDyke, J., dissenting).

¹⁰²⁾ Mark W. Smith, “NYSRPA v. Bruen: A Supreme Court Victory For The Right To Keep And Bear Arms—And A Strong Rebuke To “Inferior Courts”,” *Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam* Vol. 24 (2022), p. 7. 문제는 이러한 심사방법론이 결국 현실에 부합되는 좋은 정책을 마련해야 하는 정책결정권자에게 잘못된 신호를 주어 적절한 정책 마련에 방해가 될 수도 있다는 것이다. 원의주의 방법론하에서는 현행 규제와 유사성을 갖는 역사 속의 규제가 있다면 현행 규제는 합헌성을 인정받을 수 있으므로, 결국 규제당국은 현행 규제의 위헌성이 문제되는 상황이 발생하는 경우 역사 속의 유사한 사례를 찾는 작업에 대한 책임, 즉 입증책임을 수행해야 할 것이다. 이러한 입증책임의 부담으로 인하여 규제당국은 현실의 문제상황에 최선인 정책을 찾는 작업에 몰두하는 것이 아니라 과거로 눈을 돌려 수정 제2조의 채택 당시 인정되던 총기규제의 범주에 포섭될 수 있는 정책을 설정하는 작업을 수행해야 하며 이는 정책결정과정에서 본말의 전도를 유발할

Bruen 판결에 대해 미국 언론에서는 입법부가 시도해 온 그간의 총기규제의 근간을 무너뜨리는 판결이라 비판하며 연방대법원의 보수화의 결과라는 평가가 제기되었다.¹⁰³⁾ 200년도 지난 사료에 의거하여 지금의 헌법적 문제를 판단하려는 원의주의는 그 자체로 보수적·반동적이며 나아가 지금의 보수적 가치를 실현하는 법기술자들의 도구일 뿐이라는 의심이 제기될 수밖에 없는데, 실제로 쉘브론 원칙을 폐기한 2024년의 Raimondo 판결에서는 원의주의가 보수적 가치를 실현하는 도구에 불과함을 연방대법원 스스로 보여주었다고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이 판결에서 활용된 원의주의는 기존의 원의주의 방법론에서 판단 근거로 중시하였던 ‘선례’마저 거침없이 과기하였는데, 결국 트럼프 대법원은 대법관들이 제시하는 헌법해석 방법론은 허울뿐인 것이고 지금의 대법관들이 옳다고 생각하는대로 판결이 이루어질 것이라는 비판법학 및 법현실주의의 염세적 주장이 타당함을 입증하고 있는 것이다. 헌법원리, 방법론으로 포장하여 그 객관성을 확보하려던 원의주의 논의는 사법의 정치화를 실현하는 수단일 뿐임이 드러난 것이다.¹⁰⁵⁾ 스칼리아로 대표되는 이전 세대의 원의주의자, 보수주의자들은 사법부의 진보적 적극주의자들로부터 행정부를 보호하는데 중점을 두었고 이를 사법자제적인 원의주의 방법론을 통해 달성하려 하였다. 즉, 대통령과 관료들을 자유주의적 판사의 행동주의로부터 보호하려고 하였다.¹⁰⁶⁾ 그러나 트럼프 대법원의 원의주의자들은 보다 적극적으로 사법과정에서 보수적 가치를 실현하려 하며 이를 통해 시대를 초월하여 적용할 수 있는 영구적 선례를 확립하려 한다.¹⁰⁷⁾ 이와 같은 급진적 보수주의 혹은 과격한 반동주의 대법관들은 원의주의에 맹목적인 지지를 보이고 있지만, 비원의주의적·목적론적 헌법해석에 대한 강력한 지지가 여전히 존재하고 원의주의적 헌법해석의 한계에 대한 비판 역시 상당하다는 점에서 특정 헌법해석 방법론만을 옳은 것으로 단

것이다. 이러한 비판은 박종현, 미국 연방헌법 수정조항 제2조의 무기소지권과 총기규제에 대한 연방대법원의 논의, 공법학연구 제24권 제1호, 2023 참조.

¹⁰³⁾ Eric Lach, What the Supreme Court’s Gun Ruling Means for New York, The New Yorker, June 24, 2022.

¹⁰⁴⁾ 마찬가지로의 비판적 주장이 Dobbs 판결에도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

¹⁰⁵⁾ Craig Green, Deconstructing the Administrative State: Chevron Debates and the Transformation of Constitutional Politics, 101 B.U. L. Rev. 619, 699-701, 2021.

¹⁰⁶⁾ Craig Green, 위의 논문, p. 682.

¹⁰⁷⁾ Cynthia Boyer, The Supreme Court and Politics in the Trump Era, 12 Elon L. Rev. 215 (2020).

정하여 재판에 임하는 것은 사법적 오만에 불과할 것이다.

2. 선례구속 원칙의 약화와 배타적·독단적 헌법해석

선례구속의 원칙을 의미하는 ‘stare decisis’라는 라틴어 표현은 결정된 것을 따르라는 뜻으로, 보다 구체적으로는 법원 구성의 변화와 상관없이 사법부의 기존 결정을 따르라는 법원칙이라 할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 특히 이 원칙은 판례법 중심의 코몬로(common law) 체계에서 법관의 자의적인 판단을 방지하여 법적 안정성을 구현하고 법체계의 일관성과 정합성을 확보하며 국민의 법에 대한 신뢰를 보호한다는 측면에서 의의를 가진다.¹⁰⁹⁾ 선행 판결의 결론(result)과 이유(reasoning)에 대한 구속¹¹⁰⁾을 의미하는 선례구속의 원칙은 하급법원에 대한 상급법원 판결의 구속을 의미하는 수직적 선례구속의 원칙(vertical stare decisis)과 동일 심급 법원의 선행 판결에 대한 구속을 의미하는 수평적 선례구속의 원칙(horizontal stare decisis)으로 흔히 구분되어 설명된다.¹¹¹⁾ 하급심에 대한 기속력으로 이해될 수 있는 수직적 선례구속의 원칙과 달리 수평적 선례구속의 원칙은 상대적으로 유연하게 적용될 수 있다고 인정되어 왔으며, 그에 따라 (수평적) 선례구속의 원칙은 절대적으로 준수해야 할 명령(inexorable command)이 아니고 그 예외를 인정할 수 있음이 연방대법원에서 강조되어 왔다.¹¹²⁾

¹⁰⁸⁾ James C. Rehnquist, “The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution, and the Supreme Court”, Boston University Law Review Vol.66, 1986, p. 345.

¹⁰⁹⁾ Lawrence M. Friedman, A History Of American Law, Touchstone, 2005, p. 21; Graham Hughes, “Common Law Systems”, Alan B. Morrison ed., Fundamentals of American Law, Oxford University Press, 1996, pp. 9-18; Stephen R. Perry, “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, Oxford Journal of Legal Study Vol.7, 1987, p. 215.

¹¹⁰⁾ 구속의 대상이 되는 선례가 무엇인지에 대해서는 대체로 선행 판결에서의 다수의견(법정 의견)의 결론 혹은 이유를 들며 이유 중에서도 방론(dictum)이 아닌 주론(holding)이 선례로서 의미를 갖는다고 한다. 자세한 논의는 Michael J. Gerhardt, The Power of Precedent, Oxford University Press, 2011, p. 3.

¹¹¹⁾ Frederick Schauer, “Stare Decisis—Rhetoric and Reality in the Supreme Court”, Supreme Court Review, 2019, pp. 124-125. 특히 연방대법원으로 대표되는 최고법원에서 선판례가 후속 사안을 구속하는 경우를 수평적 선례구속의 원칙의 대표적 사례로 꼽는다.

¹¹²⁾ Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 406-407 (1932)에서의 브랜다이스(Louis D. Brandeis) 대법관의 반대의견 참조.

연방대법원은 특히 헌법적 사안에 대한 선례의 경우 헌법개정이라는 특별한 상황 외에 입법부의 일상적 활동에 의해서는 후속적인 교정이 불가능하다는 점에서 다른 법분야의 선례들보다 그 변경 가능성을 상대적으로 높게 인정해오고 있다.¹¹³⁾ 다만 헌법 선례의 구속력이 상대적으로 약화되더라도 선례변경이 자의적으로 이루어지면 오히려 헌법 질서의 불안정을 초래할 수 있으므로, 선례변경 판단의 기준이 사전에 합리적이고 명확하게 제시되고 그러한 기준에 따라 엄밀한 판단이 이루어져야 한다는 점 역시 연방대법원이 강조해오고 있다.¹¹⁴⁾

이러한 기준정립의 논의가 본격화된 것은 렌퀴스트 대법원에서부터인데, 특히 선례의 변경에는 선례에 대한 단순한 반대를 넘어 선례변경에 대한 특별한 정당화·이유 (special justification)가 필요하다는 원칙이 이 시기에 정립되었다.¹¹⁵⁾ 소위 ‘특별한 정당화 원칙’은 오코너(Sandra O'Connor) 대법관이 1984년의 *Arizona v. Rumsey* 판결¹¹⁶⁾에서 처음으로 언급하였는데, 이에 따르면 첫째, 선례에 대한 신뢰이익 존재 여부, 둘째, 선례의 실제에서의 실행가능성 여부, 셋째, 법원칙의 발전에 따른 선례의 법리적 근거의 약화 여부, 넷째, 선례의 사실적·환경적 기초의 변화 여부 등을 고려하여 선례변경이 특별하게 정당화되는 경우에 비로소 선례의 변경이 가능하다고 하였다.¹¹⁷⁾

이러한 다인자적이며 복합적인 선례변경 판단기준은 로버츠 대법원에서도 계승되었는데, 다만 2018년 선고된 *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees* 판결¹¹⁸⁾에서 연방대법원은 선례의 논증의 질적 수준 역시 선례변경 판단에서의 고려사항임을 공식적으로 선언하였다.¹¹⁹⁾ 그런데 *Janus* 판결은 선례

¹¹³⁾ Colin Starger, *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*, Christopher J. Peters ed., *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer, 2013, p. 22. 이러한 기준에 따른 대표적 판결로는 *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995) 참조.

¹¹⁴⁾ Randy E. Barnett, *Trumping Precedent With Original Meaning: Not As Radical As It Sounds*, *Constitutional Commentary* Vol.22, 2005, p. 261.

¹¹⁵⁾ 렌퀴스트 대법원 시기까지의 선례변경에서의 고려사항(판단기준)을 통시적으로 고찰한 연구로는 이동민, *영미법상 판례변경의 법리-법원칙모델을 중심으로-*, 서울대학교 박사학위 논문, 2012, 76-77면 참조.

¹¹⁶⁾ *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984),

¹¹⁷⁾ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 854-858 (1992).

¹¹⁸⁾ *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ___, 138 S. Ct. 2448 (2018).

¹¹⁹⁾ John O. McGinnis, *How Janus Weakens Stare Decisis*, *Law & Liberty*, 2018. <https://www>

구속의 원칙을 상당히 약화시켰다고 흔히 평가된다.¹²⁰⁾ 왜냐하면 선례가 빈약하고 서투른 논증에 근거하였다는 점은 선례에 대한 강력한 반대의견만으로도 충분히 지적될 수 있고, 그에 따라 선례를 둘러싼 사회적·법적 변화를 면밀하게 추적하거나 선례에 대한 신뢰이익 보호 필요성 여부에 대한 종합적인 검토를 수행하지 않고도 선례에 반대하는 대법관들이 연방대법원의 다수를 점하기만 하면 언제든지 헌법적 선례의 변경을 감행할 수 있기 때문이다. 이렇게 논증의 질적 수준을 선례변경의 판단기준으로 활용하는지 여부에 따라 선례구속의 원칙의 적용 강도가 달라질 수 있다는 점에서¹²¹⁾ Janus 판결은 향후 선례변경이 보다 용이하게 그리고 보다 빈번하게 이루어질 수 있음을 연방대법원이 예고한 것이라 평할 수도 있다.¹²²⁾

이렇게 선례구속의 원칙을 약화한 연방대법원의 입장은 선례변경 관련하여 또 다른 중요 판결인 Ramos 판결에서도 반복되었다.¹²³⁾ 법정의견을 집필한 고서치 대법관은 논증의 질적 수준, 선례 이후 법리의 발전 상황, 선례에 대한 신뢰의 보호라는 기준들을 활용하여 선례변경 여부를 판단하였는데, 여기서 주목할 점은 논증의 질적 수준과 관련된 판단에서 선례의 논증이 ‘심각하게 잘못된(gravely mistaken)’ 경우에 한해서 비로소 선례변경이 인정될 수 있다고 강조한 점이다.¹²⁴⁾ 논증의 질적 수준이라는 기

w.lawliberty.org/2018/06/29/how-janus-weakens-stare-decisis.

120) Michael Gentithes, “Janus-Faced Judging: How the Supreme Court Is Radically Weakening Stare Decisis”, *William & Mary Law Review* Vol.62, 2020, p. 87.

121) 그러한 측면에서 일부 학자들은 선례변경에 대한 특별한 정당화 사유 중에서 선례의 논증의 오류만으로도 선례를 변경할 수 있다는 입장을 약한 선례구속 원칙 관점(weak/weaker version of stare decisis)이라 부르고 선례가 잘못되었다는 믿음 이상의 특별한 정당화가 필요하다는 입장을 강한 선례구속의 원칙 관점(strong/stronger version of stare decisis)이라 칭한다. Caleb Nelson, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, *Virginia Law Review* Vol.87, 2001, pp. 52-53; Colin Starger, 앞의 논문, pp. 19-29.

122) 논증의 질적 수준이라는 기준의 활용이 선례변경의 합리화보다는 선례구속의 약화를 초래할 뿐이며, 특히 트럼프 정부에서의 연방대법원의 보수화와 맞물려 이러한 기준의 정립 및 활용은 연방대법원이 과거의 진보적 결정에 대한 폐기를 준비하는 과정이라는 지적은 박종현, 헌법재판에서 선례변경의 판단기준 : Ramos 판결에서 드러난 미연방대법원의 논의를 중심으로, *비교법연구* 제22권 2호, 2022, 321면 참조.

123) Janus 판결의 약한 선례구속의 원칙은 Ramos 판결 이전에도 *Knick v. Twp. of Scott*, 588 US ___, 139 S. Ct. 2162 (2019) 및 *Franchise Tax Bd. of Ca. v. Hyatt*, 587 US ___, 139 S. Ct. 1485 (2019) 판결에서 활용되기도 하였다.

124) 형사배심의 유죄평결에서 만장일치가 아닌 다수평결제를 채택한 루이지애나주 법령이 공

준에 의해 선례구속의 원칙이 약화되고 선례변경의 가능성이 지나치게 넓어질 수 있다는 우려를 고려하여 선례에 ‘중대한’ 오류가 있는 경우에만 선례변경을 할 수 있다는 점을 분명히 한 것이다.

최근 선례변경의 대표적 판결인 *Dobbs* 판결의 법정의견에서도 선례의 논증의 질적 수준을 선례변경의 판단기준으로 활용하였는데 주목할 점은 헌법해석 논증에 대한 질적 평가가 선례변경 판단의 가장 핵심적인 요소로 강조되었다는 점이다. 그에 따라 이전의 판결들에서 선례변경 판단 시 적극 활용되었던 선례의 실행가능성이나 선례에 대한 신뢰이익 등의 기준은 부수적이고 형식적인 수준에서 활용되었다. *Dobbs* 판결에서 드러나는 이러한 변화는 로버츠 대법원에서 헌법해석 관련 선례변경 판단기준의 중심이 선례를 둘러싼 변화와 신뢰를 토대로 한 이익형량에서 선례의 헌법해석에 대한 평가로 이동했음을 보여준다.¹²⁵⁾

그런데 선례가 그릇된 것이라는 판단에 의문이 제기될 수 있는 상황에서 선례의 논증의 오류를 이유로 오랜 기간 선례로 확립된 판결을 폐기하는 것은 헌법질서의 정합성과 안정성을 크게 해할 수도 있다. 헌법상 대부분의 중요 선례들은 헌법적 난제에 있어 지난한 사법절차를 통해 여러 관점들을 종합적으로 검토하며 내려진 축적된 지혜인데,¹²⁶⁾ 다른 관점이 존재할 수 있다는 이유로 선례를 변경하게 된다면 어렵게 이루어진 합의가 무너지고 헌정질서의 근간을 이루는 주요 선례들은 구속력을 확보하지 못해 결국 헌법적 안정성이 무너질 수도 있다.¹²⁷⁾ 즉, 대법관마다 다를 수 있는 헌법

정한 배심재판을 받을 권리를 규정한 미연방헌법 수정 제6조에 위반되는지 여부를 판단한 *Ramos* 판결에서 법정의견은 이러한 제도가 남북전쟁 이후 흑인들 역시 배심원으로 재판에 참여하면서 흑인 피고인들에 대한 유죄평결이 어려워지자 도입된 인종차별적 요소가 강한 제도라 역설하며 그러한 부분을 제대로 파악하지 못한 채 제도의 합헌성을 인정하였던 선례는 심각하게 잘못된 판결이라 지적하였다.

125) 약한 선례구속의 원칙에서의 잘못된 논증에 대한 판단 부분이 다른 판단기준들을 삼켜버릴 것이라는 지적은 Michael Gentithes, 앞의 논문, p. 123 참조.

126) David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, p. 41.

127) Michael Gentithes, “Concrete Reliance on Stare Decisis in a Post-Dobbs World”, *ConLawNOW* Vol.14, 2022, p. 5; Derigan Silver·Dan V. Kozlowski, “Preserving the Law’s Coherence: Citizens United V. FEC and Stare Decisis”, *Communication Law & Policy* Vol.21, 2016, pp. 83-84. 관련하여 선례를 뒷받침하는 법원리가 법체계의 통합성(integrity)의 근간이 된다는 점에서 선례에 대해서는 신의(good faith)에 따른 온건한 변화를 시도해야 한다는 주장 역시 주목할 필요가 있다. Ronald Dworkin, “Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled”, *The University of Chicago Law*

적 관점에 연계하여 헌법적 선례의 구속력에 대한 인정 여부를 결정하는 것은 ‘해석적 다원주의(interpretive pluralism) 하에서 어렵게 합의된 결론’이라는 선례가 갖는 독립적인 가치를 박탈해버릴 수 있다.¹²⁸⁾ Dobbs 판결의 법정의견에서처럼 원의주의 방법론에 의해 수정 제14조의 의미에 대한 협소한 해석을 인정하는 경우 수정 제14조에 기초한 수많은 선례들의 존립이 위태로워질 것이다.¹²⁹⁾ 특히 사회의 발전과 시민의식의 성장에 따라 새로운 기본권 보호에 대한 요청이 발생하고 이에 사법적으로 응답하며 기본권을 헌법해석적으로 형성한 일련의 과정을 단순히 오류라고 단정하는 것은 그간 확립된 기본권 보호 체계, 헌법질서를 위협하는 결과를 낳을 수 있다.¹³⁰⁾

특히 선례의 논증의 질적 수준을 중심으로 한 선례변경의 판단은 사법의 정치화를 가속할 수도 있다는 지적도 가능하다. 대법관의 헌법적 견해에 선례의 운명이 전적으로 좌우되는 상황에서 대법관의 임명과정은 정치적으로 중요한 함의를 갖는 선례들의 향방을 결정하려는 정치 세력들에 의해 더욱 정치적으로 진행될 수밖에 없다.¹³¹⁾

3. 소결: 제약적 대법원의 탄생

상기의 논의를 고려해볼 때, 지난 몇 년간 연방대법원에서의 판결의 흐름을 토대로 제약적 대법원(Imperial supreme court)이 출현했다고 지적한 연구는 상당히 주목할만

Review Vol.59.1, 1992, pp. 417-418.

¹²⁸⁾ Randy J. Kozel, 앞의 책, pp. 99-103; Michael J. Gerhardt, “The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory”, *George Washington Law Review* Vol.60, 1991, p. 113. 같은 맥락에서 선례구속의 원칙은 확실성(certainty)을 강조하지만 논증의 질적수준을 평가하는 방식은 이러한 확실성을 떨어뜨린다는 지적도 있다. Daniel F. Carola, “Janus (in)Decisis: The Role of (Purportedly) Poorly-Reasoned Precedent in the Stare Decisis Calculus”, *Seton Hall University eRepository @ Seton Hall* 2020, p. 38.

¹²⁹⁾ 원의주의 해석론의 한계에 대한 일반론은 박종현, *미연방헌법 수정조항 제6조의 원의주의 해석에 대한 검토*, *세계헌법연구* 제28권 제1호, 2022, 185-218면.

¹³⁰⁾ 공익을 이유로 이미 정립된 권리라는 으뜸패를 함부로 침해해서는 안된다는 주장은 Ronald Dworkin/염수균 옮김, *법과 권리*, 한길사, 2010, 354-359면 참조. 선례구속의 원칙상 선례변경 여부를 판단하는데 활용되는 요소들은 실제 세계에 제약적 결과를 유발할 수도 있는 지나친 변경으로부터 선례를 지켜주는 방어선인데 특히 선례의 논증의 질적 수준에 대한 검토는 오히려 선례의 변경을 용이하게 하여 선례의 가치를 공격하는 무기가 될 수 있기 때문에 조심스러운 접근이 필요한 것이다. Thomas Healy, 앞의 논문, p. 1219; Michael Gentithes, 앞의 논문, p. 122.

¹³¹⁾ Michael Gentithes, 앞의 논문, p. 89.

하다.¹³²⁾ 이에 따르면 이전에 있었던 변화들과 달리 최근의 연방대법원의 태도는 연방 대 주의 권력, 의회 대 사법권, 사법적극주의 대 사법자제의 논의 틀에서 어느 한 쪽의 경향으로 설명되기 어려우며 오히려 다양한 방법론을 활용하여 의회, 행정부, 연방하급법원, 주정부의 권한을 전방위적으로 제한하고 연방대법원의 권력을 확대하는 모습으로 설명된다는 것이다. 나아가 이 연구에서는 지금의 연방대법원은 대법관의 정치적 성향과 일치하는 기관에 권력을 부여하는 것이 아니라 대법관이 좋아하지 않는 일을 할 수 있는 기관의 능력을 약화시킴으로써, 즉 권력을 박탈함으로써 대법원의 보수적 다수파의 정책적 선호를 이행하고 있다고 지적한다.

이처럼 사법부와 연방대법원의 권한을 확대하는 식으로 새로운 선례를 형성하고 그 과정에서 방해가 되는 기존의 논의는 거침없이 파기하는 모습은 뉴딜 법원 출현 이후 보수진영이 계속 비판해오던 사법적극주의의 양태를 넘어 사법독재의 출현의 징후를 보인다. 사법부는 본래 군대(무기)나 예산도 없는 가장 덜 위협한 기관이었지만 현재의 대법원은 스스로를 통제해 온 선례구속의 원칙을 거부하고 원의주의에만 매몰되어 헌법의 다원적 가치를 전혀 실천하지 못하고 자의적인 결론에 이르기 위해 사실상 사법절차를 포기하는 위협한 모습을 보이고 있다. 특히 이러한 방식으로 결국 권력분립 원리에 기반한 정치제도를 해체하고 그간 확장되어 왔던 개인의 권리를 제한하거나 철회하고 있다는 점에서 제왕적 대법원의 위험은 명백하다고 할 수 있다. 6인의 보수진영 대법관들은 차별적 표현을 가능하게 하고 종교적 표현에 대한 국가의 간접적 지지를 인정하며 총기규제를 약화하고 적극적 평등실현조치와 낙태권 논의를 아예 존재하지 않던 상태로 돌려버린 일련의 작업들을 보수적 가치의 실현을 위한 필수불가결의 과정이라 단순하게 이해할 수도 있지만, 이러한 작업이 그간 정립된 기본권 체계를 무너뜨리고 헌법의 시간을 뒤로 돌려 헌법을 그저 예전에 작성된 역사적 문서로 전락시킬 수 있다는 점에서 상황의 심각성에 대한 인식이 요구된다. 게다가 Raimondo 판결에서 드러났듯이 법에 대한 해석권을 가졌다는 이유로 분립된 삼권에서 가장 우월한 지위를 차지하려는 연방대법원의 야심찬 계획을 인지하는 순간 그간의 판결들, 특히 원의주의에 입각하여 보수적 가치를 실현하며 기존의 진보적 선례를 폐기한 논증 과정은 더이상 사법적 판단이 아니라 연방대법원의 절대적 위상을 공고히 하려는 정치적 프로파간다였음이 명백해질 뿐이다.

¹³²⁾ Mark A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, 136 Harv. L. Rev. F. 97 (2022).

우려되는 점은 미국헌정에서 강조되는 견제와 균형의 원리를 실현하여 연방대법원의 폭주를 막는 것이 당장 가능할지 의문이라는 점이다. 트럼프 대법원을 창설했던 트럼프가 다시 대통령에 당선되면서 오히려 트럼프 2기 대법원은 더욱 보수적이며 더욱 강력해질 것이라 예측된다.¹³³⁾ 연로한 토마스, 알리토 대법관이 사퇴의 결단을 내리는 경우 트럼프는 두 번째 집권 중에 2인의 대법관을 임명하게 될 것이고 자신의 정책 방향에 절대적 지지를 보이는 법률가를 대법관에 앉힐 것이 분명하기 때문이다. 이들이 합류하게 될 대법원은 그나마 미약하게 존재하던 로버츠 대법원장의 통제를 완전히 벗어나 극단적인 방향으로 움직일 확률이 높고, Raimond 판결 등에서 드러나는 경향에 비추어 볼 때 트럼프(행정부)와 공화당(입법부)조차 다루기 어려운 무소불위의 권력이 될 가능성도 상당히 보인다. 임기에 있어 종신보장을 받는 대법관들은 대통령보다 오래 권력에 머무르게 되어 일정 순간부터는 본인의 입장을 고스란히 드러내기 마련인데, 재임인-다시 당선될 수 없는- 트럼프 집권기에는 그 시점이 더욱 빨리 찾아올 것이고 그 과정에서 정치적으로 극단적인 입장의 법률가가 모든 헌법적 문제들을 손쉬운 방식으로 다급하게 마음대로 풀어가다 보면 합리성, 균형, 사려깊음 그리고 자제와 같은 사법의 전통적 미덕을 완전히 상실할 수도 있기 때문이다. 향후 연방대법원이 대법관의 개인적 신념에 따른 자의적 결정으로 판결을 내리는 것이 아니라 사회의 요구에 따른 공적 이익을 실현하기 위해 계획적으로 판결을 내리고 있음을 합리적 논증을 통해 제시하지 못한다면, 결국 지금의 제왕적 대법원은 민주당을 넘어 공화당 혹은 의회나 행정부에 의해서도 언젠가 견제를 받을 수밖에 없을 것이고 제2의 court packing 안의 등장도 충분히 가능해 보인다. 결국 원의주의 해석론과 과감한 선례변경에 의존하여 제왕적 지위를 확보하려는 연방대법원의 노력은 당장은 정치적 문제에 대한 사법의 적극관여를 통해 정치의 보수화를 신속하게 진행하는 가시적 결과를 낼 수 있지만, 오히려 장기적으로는 연방대법원이 그간 축적해 온 성과와 평판, 권위를 한순간에 상실하는 결과를 낼 수 있고 사법의 암흑기를 초래할 수도 있는 것이다.

¹³³⁾ John Kruzal, Trump could bolster US Supreme Court's conservative majority, Reuters, November 7, 2024
<https://www.reuters.com/world/us/trump-could-bolster-us-supreme-courts-conservative-majority-2024-11-06/>

IV. 나오며: 현 시점에서 미국헌법 연구의 비교법적 의의

미국 독립과 건국의 과정에서 보여준 건국의 아버지들(founding fathers)의 정치적·법적 논의는 국가의 기초를 최고규범으로 성문화한다는 전례 없는 실험을 거쳐 현재까지 전 세계적으로 영향을 미치고 있는 미국헌법의 탄생에 이르렀다. 그 탄생 과정은 영국의 의회혁명, 프랑스의 시민혁명에서 등장한 정치철학적 구호와 이론에 상당히 의존했지만 이후 미국헌법은 연방대법원의 판결들을 중심으로 오히려 서구를 비롯한 전 세계의 헌법적 논의를 이끌어 왔다. 제헌 시기의 오래된 활자에 머물지 않고 그 활자의 일상적 의미에 안주하지도 않고 때로는 엄밀한 논증으로 때로는 기발한 상상력에 의해 시대의 변화와 시민들의 요구에 연방대법원이 조용해 왔기에 미국헌법의 생명력과 영향력은 계속 이어져 왔던 것이다. 인종차별 문제로 인해 내전도 겪고 경제대공황의 중심에 있었음에도 미국은 이러한 문제를 (헌)법적 논의로 극복해왔다고 해도 과언이 아닌데 그 중심에는 연방대법원의 판결들이 있었다. 전 세계는 자유와 평등에 대한 새로운 위협이 등장할 때마다 연방대법원이 어떻게 그러한 문제를 헌법적 논의로 해결하려 하는지 귀기울여 왔고 이는 우리 역시 마찬가지였다. 실제로 많은 (헌법)학자들이 미국헌법을 공부하여 왔고 특히 뉴딜 이후 근 40년간 펼쳐진 연방대법원의 진보적 흐름 - 권리담론의 확장과 소수자 보호를 위한 적극적 사법개입 - 에 열광하며 여전히 낭만적으로 미국헌법과 연방대법원을 찬양하고 있다. 그리고 최근에도 표현의 자유의 확장 및 형사절차에서 인권보장, 팬데믹 등 국가비상상황에서의 개인의 자유의 보장, 그리고 IT와 과학기술의 발전 등에 따른 헌법적 이슈와 관련한 연방대법원의 논의는 범세계적인 헌정 논의에서 핵심적인 레퍼런스가 되고 있다. 그러한 측면에서 미국헌법에 대한 비교법적 연구는 여전히 중요한 함의를 가진다.

하지만 현재의 미국헌법이 위기상황이라는 점을 비교헌법연구에서는 고민할 필요가 있어 보인다. 다른 법률학과 달리 헌법학에 유독 자유와 상상력, 유연성을 부여하였던 미국헌법의 낭만적 논의는 최근 들어 사실상 퇴행·소멸의 길을 겪고 있고 이제 미국헌법은 기본권보장과 권력분립원리 실현을 위한 매력적이고 참신한 비교헌법론의 절대적 전거의 위상을 지키기 어려워 보인다. 헌법에 명문화되어 있지 않지만 새로운 사회에서 요구되는 기본권 보장에 적극적이었던 연방대법원이 스스로 이 문제에 눈을 가리면서 이제 반동적 퇴행은 가속되고 있다. 새로운 권리의 창출 및 기존 권리의 확

장이라는 임무를 훌륭하게 소화해오던 연방대법원은 이제 타임머신을 타고 제헌 당시로 돌아가 당시의 헌법적 논의만을 탐구하는 역사학자들의 소모임이 되어가고 있다. 원의주의라는 헌법해석 기법으로 명명된 이러한 방법론은 해석자의 주관을 배제하고 실증적 자료에 따라서만 헌법을 해석하는 객관적이고 과학적인 방법론처럼 보이지만 제헌시점으로부터 200년이 넘는 현시대의 헌법적 문제들을 해결하는데 과연 도움이 될 수 있을지는 의문이다. 특히 선례라는 이름으로 스스로 확립한 권위, 그리고 그 이후 시민들에게 받은 추인을 완전히 무너뜨리면서 선례를 파기하고 선례보다 더 예전 시점으로 돌아가 제정헌법의 진의를 찾으려는 연방대법원의 시도는 높은 탑에 갇혀 현재의 미국 사회와 고립하기를 희망하는 라푼젤 연방대법관들의 지적 유희처럼 느껴지기도 한다. 소위 보수진영의 대법관들이 6인이나 포진된 연방대법원이 그간의 진보적 흔적을 말끔히 지우고 진정한 보수적 가치의 실현을 위해 노력하는 정화와 회복의 과정이라 이 상황을 규정할 수도 있지만, 선례보다 원의를 우선시하는 것, 즉 상대적으로 조금 더 과거로 소급해서 헌법을 이해하는 것이 과연 진정한 보수적 가치의 실현인지 의문스러우며 선례 역시 역사, 전통, 문화의 산물이라는 점에서 이와는 결별이 보수주의 틀에서 수용될 수 있는 것인지도 의문스럽다. 어찌 보면 지금의 연방대법원의 반동적 행태는 보수주의의 탈을 쓴 채 공화당과 트럼프의 정략적 입장 혹은 대법관들 개개인의 입장을 법의 문법으로 실천하고 영구화하려는 우익 기회주의로 설명하는 것이 적절해 보인다. 정략적 이익을 위해서라면 방해되는 무엇이든 없애고 모든 것을 새로이 구상하는 것은 사실 규범적 논의의 영역의 속성 또는 양태가 되기는 어려움에도 불구하고 연방대법원은 자신의 앞길을 방해할 수 있는 여러 장애물(선례 및 법원칙)들을 즉각적으로 부수어가면서 급진적인 반동적 변화를 이끌고 있다. 이는 어찌 보면 트럼프의 등장 이후로 미국 사회에서 흔히 통용되는 정치적 문법이나 관행이 일시에 깨져버리고 정략적 이익을 위해서는 수단과 방법을 가리지 않고 무엇이든 하게 된 정치적 상황과 맞물려 있을지도 모른다. 독불장군 대통령이 등장하여 야당뿐만 아니라 여당 인사들과도 각을 세우며 본인의 이익을 위해 매진하는 모습은 극단적인 대립과 불소통의 시대에 자신의 이익을 우선시해야 한다는 선택지를 모든 국가 기관으로 하여금 필수적으로 택하게끔 한 것 같다. 이처럼 이익극대화에 매몰된 기업가(월스트리트)의 논리가 워싱턴(백악관)의 문법이 되고 이것이 연방대법원에 의해 받아들여지고 있다고 지금의 상황을 평하는 것도 가능해보일 지경이다.

그런데 이러한 정치권의 극한대립과 불소통의 양태는 우리에게도 익숙하다. 5년 단임 대통령제를 취하고 있는 우리의 경우 잦은 정권변동의 가능성이 미국보다 상대적으로 높는데, 정권변동시 겪게 되는 이전 정부에 대한 단죄와 흔적 지우기는 이제 의례적인 정치행사가 되어 가고 있다. 특히 보수와 진보 정치세력이 팽팽히 맞서고 분점정부 출현도 빈번해지면서 정치의 중요문제들에 대해 여야간의 혹은 입법부와 행정부간의 합의가 점점 요원해지고 그에 따라 이에 대한 최종적 결정(판단)을 사법부에 맡기는 현상, 정치의 사법화가 가속되고 있는 우리 현실에서 정치적 문제에 사법부(헌법재판소)의 개입은 일상이 되었다.¹³⁴⁾ 검사에서부터 대통령에 이르는 고위공무원들에 대한 탄핵심판, 국회 논의 과정에서의 절차적 하자에 대한 다툼부터 중앙행정기관 내 혹은 중앙과 지방 행정기관간의 분쟁에 대한 해결, 위헌적인 정당의 해산 등 매우 정치적인 결정을 할 수 있는 권한까지 부여받은 우리의 헌법재판소는 정치적 교착상태를 해결할 헌법적 의무로 인해 이제는 정치의 중심에 놓이게 되었다. 이 경우 결국 최종적 판단의무를 수행하기 위해 헌법재판소는 문제에 대한 개입을 결정하게 되는데, 이러한 상황에서의 판단은 결국 특정한 정치집단에 대해 승리 혹은 패배를 안기는 정치적 선택으로 독해될 수밖에 없다. 그러한 상황에서 우리는 재판관들의 선택이 그들의 배경, 신조, 정치적 입장과 완전히 괴리되어 객관적이고 중립적인 시점에서 이루어지기를 기대하고 있다. 하지만 판단과정에서 개인적 배경이나 정치적 입장이 영향을 미칠 가능성은 존재하며 그에 따라 재판관 임명과정에서 임명권자는 그들의 정치적 성향을 고려할 수밖에 없고, 비록 재판관 후보에 직업 법관 출신이 대부분이지만 그간의 판결들과 법원 내부에서의 활동들에 대한 검토 등을 통해 어떻게든 그들의 정치적 성향을 파악하려 하는 것이다. 비록 연방대법관들처럼 종신제에 힘입어 임명권자 퇴임 이후에도 그의 가치정향을 지속적으로 구현할 수는 없을지라도 일정 기간 든든한 우군으로서, 정치권에서 합의되지 않는 정책사안에 대해 임명권자의 편을 들어줄 수 있기 때문이다. 이러한 경우 문제는 정치의 사법화가 심화되면 될수록, 반드시 필연적은 아니라 할지라도, 대체로 사법의 정치화도 진행될 수밖에 없다는 것이다. 사법의 정치화 상황에서는 법의 영역에서 논의의 핵심 근거가 되어야 하는 법원칙은 정치적으로 취사선택되고 재단되고 이용될 뿐이다. 이 상황에서 과거의 판단은 이제

¹³⁴⁾ 정치의 사법화 전반에 대한 논의는 박종현, 정치의 사법화의 메커니즘 - 헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가-, 법학연구 제27권 제1호, 2017 참조.

참조도 되지 않을 수 있고 특히 선례구속의 원칙을 명확하게 채택하지 않는 우리의 경우 과거와 절연하고 새로운 (정치적) 판단을 하는데 있어 재판관이 느낄 부담은 상당히 가벼워질 것이다. 작금의 우리 현실상 이러한 상황이 충분히 벌어질 수 있고 심화될 것이라 예측하는 것을 지나치다고 치부할 수 없어 보인다.

이와 같은 평행이론적인 상황을 고려하면 미국헌법에 대한 비교법적 논의는 우리에게 있어 반면교사의 과정을 통하여 최악의 헌정 상황을 예방하기 위한 노력으로서의 가치를 가진다고 평할 수 있을 것이다. 분점정부 출현이 일상이 되고 보수와 진보 세력 간의 대립이 교착상태에 놓이고 그에 따라 정치의 사법화가 심화되고 있는 우리의 상황에서 정치의 사법화를 빌미로 하여 사법부의 권한이 과도하게 비대해져 삼권분립의 균형을 깨뜨리고 헌정에 위협이 되는 상황을 막고 재판관들이 그간의 법원칙과 선행판결을 무시한 채 새로운 개념이나 원리로 포장된 스스로의 정치적 입장에 따라 자의적인 판단을 내리는 것을 막기 위한 방법을 미리 논의하는 것은 나름의 의의를 가질 것이다. 물론 헌법재판관의 일반적인 경력, 재판관의 임기 및 임명방식, 결정을 위한 정족수의 차이 등의 제도적 차이 그리고 정치문화적 차이를 고려했을 때, 제왕적 재판소의 출현을 걱정하는 것은 지나치다고 평할 수 있다. 하지만 현재 제왕적 연방대법원에서 논란이 되고 있는 세부적인 쟁점들, 즉 특정 해석방법론에 대한 고집, 선례의 잦은 변경, 기본권 범위의 재확정 등의 문제는 시차를 두고 우리에게 벌어질 가능성이 있어 보인다. 진영논리가 일반적인 정치문제에서뿐만 아니라 법률이나 헌법의 해석에 관해서도 영향을 미치는 상황, 즉 정치적으로 입장에 차이를 보이는 쟁점에 있어 유리한 결론을 이끌기 위해 헌법을 도구화하고 고집스럽고 배타적인 주장들이 성행하는 상황이 요즘의 우리의 현실임을 부정하기는 어려워 보인다. 그런데 이러한 다툼을 해결해야할 헌법의 최고 유권해석기관이 적절한 헌법관, 해석방법론을 지키지 못하여 헌법의 근본적 문제들에 대한 합당한 답안을 유지하지 못하고 진영논리에 휩싸이게 되는 우리 역시 헌정 위기상황에 직면하게 될 것이다.

그런데 여기서 주목할 점은 연방대법원의 급진적 보수화 과정이 헌법해석론이나 사법부의 역할과 같이 헌법학의 근본적·핵심적 주제에 대한 이견의 제시에서부터 시작하여 전개해 왔고 그로 인하여 지금의 연방대법원의 판결들에 대한 사회적 논의 역시 각 사례·쟁점에 있어 결론에 대한 단순한 지지나 반대의 논의를 넘어 헌법관, 헌법방법론, 헌법원리, 권력분립, 사법부의 역할 등에 대한 헌법적 거대담론 차원에서 전개

되고 있다는 점이다. 그리고 연방대법원 역시 그러한 논의에 재대응하여 헌법철학적이며 이론적인 논의를 심화하고 이에 근거하여 사건을 해결하는 입장을 취하는 환류의 과정을 겪을 가능성이 높아 보인다. 그렇다면 미국에서의 작금의 헌법적 위기 상황이 당장은 혼란스러울 수 있어도 헌법에 대한 근본적 논의를 더욱 활성화하고 풍부하게 하여 결과적으로 민주적 헌정을 강화하는 계기가 될 수도 있을 것이다. 결국 연방대법원 판결 및 그에 대한 논의에 대한 정리·분석은 헌법의 본질, 해석론, 권력분립 원리, 국가와 개인 간의 관계, 가치(이익) 형량과 같은 헌법의 핵심적인 주제들에 대한 다양한 이론들을 살펴보고 평가하는 작업으로서 가치를 갖게 될 것이고 이는 관련된 우리의 논의에서 중요한 참고자료가 될 것이다. 그러한 맥락에서, 미국헌법이 여전히 선도하는 논의, 즉 표현의 자유의 보장, 형사절차에서 인신보장, 과학기술발전에서의 인권보장과 관련하여 연방대법원의 최근 판결의 쟁점과 결론을 구체적으로 검토하는 것은 당연히 비교헌법론적 가치를 가지겠지만, 연방대법원 판결 전반에서 근간을 이루는 헌법관, 헌법해석론 등 헌법이론적 논의를 거시적이면서도 심도 있게 살펴보는 것도 상당한 비교법적 연구의 함의를 가질 것이다. 그러기에 여전히 미국헌법의 논의는 주목할 필요가 있고 연방대법원을 중심으로 한 변화와 논란에 대해서도 더욱 관심을 기울일 필요가 있는 것이다.

【제2세션 2주제】

일본 공법학의 전개와 비교법적 의의

— 행정법을 중심으로 —

최 철 호* · 이 혜 진**

- I. 들어가며
- II. 일본공법의 시작과 전개
- III. 일본 행정·사법개혁의 영향
- IV. 우리나라 공법·공법학에의 영향
- V. 나오며

I. 들어가며

법의 계수와 변용은 한 국가의 법체계와 공법학이 형성되고 발전하는 과정에서 결정적인 역할을 한다. 일본은 근대화 과정에서 중국, 독일, 프랑스, 미국 등 여러 국가의 법제를 수용하며, 독특한 법문화와 공법 체계를 형성해 왔다. 특히 메이지 시대부터 전후 민주화 시기에 이르기까지 헌법과 입법의 변화는 일본 사회의 정치적·경제적·사회적 전환을 이끄는 원동력이 되었으며, 이는 공법학의 발전에도 깊은 영향을 미쳤다.

이러한 일본의 공법학 발전사는 한국 공법학의 형성과 발전에도 적지 않은 영향을 미쳤다. 일제강점기 동안 일본 법체계는 식민지 통치의 도구로 사용되었으며, 광복 이후에도 한국 공법학은 일본 공법과 그 이론의 영향을 직·간접적으로 받으면서 독자적

* 청주대학교 교수

** 안동대학교 교수

인 법학 체계를 구축하기 위한 노력을 지속해 왔다. 오늘날에도 일본의 법제 변화와 공법학 이론은 한국의 법제와 비교법적 연구에서 중요한 참조점으로 작용하고 있다.

일본법은 일본 고유법과 계수한 외국법이 혼합되어 형성된 혼합법(mixed law)이라 할 수 있다. 기본적인 법전에 있어서는 외국법이 전체적으로 무수정으로 계수되는 일은 거의 일어나지 않았고, 그 실질적인 의미와 내용에 변경이 더해졌기 때문에 입법 과정의 연구가 필요하다. 입법된 후에는 그 계수된 법의 실무에서의 적용과정이나, 계수된 법의 판례에의 영향, 학설의 변천 등에 대해서도 연구가 필요하다. 일본의 경우, 초기 외국법이 공법체계를 형성하고 난 다음에는, 사회·경제제도의 성숙에 따라 발생한 다양한 수요와 문제상황들을 해결하기 위하여 국가주도의 행정개혁을 중심으로 공법체계가 전개되었다. 물론 그 과정에 학계 연구와 재판실무가 계속적인 상호작용을 통해 반영되어 들어가는 형태로 기여해 왔다.

본 연구는 일본 헌정 및 행정의 주요 변곡점을 헌법 및 입법의 제·개정을 중심으로 살펴보고, 특히 일본 행정법학의 전통적 이론과 현대적 변화가 한국 공법학에 줄 수 있는 시사점을 논의하며, 행정재판제도의 발전사를 통하여 공법적 구제 수단의 개선 방향을 모색하고자 한다. 법제와 공법학은 시대적 요구와 사회적 변화를 반영하는 동시에, 국가 간 상호작용을 통해 발전한다. 일본 공법학의 전개과정을 개관하는 것은 한국 공법학의 과거와 현재를 재조명하고, 미래의 발전 방향을 모색하는 데 있어 중요한 비교법적 자원을 제공한다. 본 연구는 이러한 관점에서 일본과 한국 공법학의 연결고리를 탐구하며, 양국의 법제적 공통점과 차이점을 통해 법체계 발전의 새로운 가능성을 제시하고자 한다.

II. 일본공법의 시작과 전개

1. 일본의 외국법 계수

일본은 법 계수 과정에서 특정 국가의 법안이나 법전, 학설에 한정되지 않고 복수 국가의 법제를 참고하고 있다. 일본 역사상 외국법의 큰 영향을 받은 시기는 세 번 있었다. 첫 번째는 7세기의 중국대륙법, 두 번째는 19세기의 유럽대륙법, 그리고 세

번째는 제2차 세계대전 이후의 영미법이다.¹⁾

근대화 이전 일본은 중국법의 영향을 주로 받았고 에도시대(1603-1868)에는 중국의 율령을 기반으로 한 행정법과 형사법을 통치규율의 기본 구조로 삼았다.²⁾ 법체계는 주로 행정과 경찰 분야에 초점이 맞춰져 있었으며 ‘율령(律令)’과 ‘무가법(武家法)’이 핵심적인 법체계로 자리 잡았다.³⁾

일본에서 율령과 무가법 위주로 법체계가 정비되었다는 사실은 통치의 편의를 우선 시하여 공법중심의 입법이 이루어졌다는 것을 의미한다. 근대적 법전 편찬에 이르러서는 민법전과 같은 사법 분야가 중심이 되었지만, 법전 정비의 주도권은 항상 일본 정부에 있었다.⁴⁾ 당시 일본 정부의 목적은 외국법을 참고하여 일본어로 법전을 완성하는 것이었으나, 국민에게 권리의식을 심어주거나 법전을 실질적으로 활용하도록 하는 것까지 고려하지는 않았다. 유신정부는 서구열강이 일본의 근대적 법체계와 사법제도의 부재를 이유로 ‘미일수호통상조약(1958)’과 같은 불평등조약을 강요하자, 이를 극복하기 위하여 형식적으로나마 근대적 육법을 정비해야 한다고 생각한 것이 직접적인 계기라고 할 수 있다.⁵⁾ 결국, 근대 일본에서 ‘법의 계수’란 근대적 법전과 재판소제도를 만들어 내는 과정이었으며, 이를 통해 탄생한 ‘계수법’은 서양과 일본의 법과 법문화가 교차하는 지점이었다고 평가할 수 있다.⁶⁾

-
- 1) 山中永之佑, 明治期日本の西歐法繼受に關する研究, 1972, 161頁. 외국법이 들어오기 전의 고유법시대, 중국법계승시대, 서구법계승시대로 구별하기도 한다. 고유법시대는 쇼토쿠태자가 604년 헌법17조(憲法十七條)를 제정하고 645년의 다이카개혁(大化改新)으로 본격적인 당나라의 율령제를 도입하기 전 시기를 말하며 외국법의 영향이 크지 않았던 시기라고 할 수 있다. 滝沢正, 比較法学からみた日本法のアイデンティティ, 早稲田大学比較法研究所叢書32号, 成文堂, 2005, 182頁.
 - 2) 木下毅, 日本法と外国法: 法繼受論(2), 北大法学論集46(4), 1995, 1121頁.
 - 3) ‘율’은 형법을 ‘령’은 행정법(관료제, 토지제도, 조세제도, 군역 등) 및 민법을 의미한다. 조직법 및 신분법적 성격이 강한 ‘무가법’은 무사 계층의 지위와 권리, 그 조직적 운영에 관한 것이다.
 - 4) 滝沢正, 위의 글, 191면.
 - 5) 滝沢正, 위의 글, 191면. 이러한 시각에서 서구에는 법의 핵심에 사법이 있고 법은 사법을 중심으로 발달했지만, 일본에서는 육법의 배열, 커리큘럼의 순서, 법률학전집의 정렬 순서를 보아 공법우위에 있음은 분명하다고 평가하고 있다. 같은 글, 192면.
 - 6) 利谷信義, 西洋法と日本法の接点-「法の繼受」を中心として-, 法哲学年報1986卷, 1987, 106頁. 피인용글에서는 계수법은 단순히 조약개정을 위한 장식물이 아니라 열강국가의 법과 일본사회를 매개하는 역할을 하면서 동시에 일본사회 자체의 변화를 유도하고 완충하는 역할을 하였다고 평가한다. 같은 글, 116-117면.

(1) 메이지 시대(明治, 1868-1912)의 법계수

1) 법계수과정

메이지 정부는 1868년 3월 ‘5개조 서약문(五箇条の御誓文)’을 공포하고 이를 구체화한 ‘정체서(政体書)’를 통해 국가권력을 ‘태정관(太政官, 내각)’에 집중시켰다. 당시 메이지 정부는 미국헌법의 대통령제를 본떠 국가 권력을 입법·집행·사법으로 분립하는 구조를 도입했으나 정체서에 나타난 미국 통치기구의 영향은 곧 사라졌다.⁷⁾ 대신 영국식의 의원내각제를 채택하는 방향으로 나아갔다. 또한, 독일이 통일된 법전을 갖 추기 전이었기 때문에 법전법주의 서양법제를 따르기 위해 프랑스법제를 수용할 수밖에 없었다. 이를 위해 프랑스법학자인 브아소나드(Boissonade)를 초청하여 각종 법전을 기초하도록 했으며, 프랑스의 관료적 사법제도도 도입하였다.⁸⁾ 특히 유럽대륙법의 도입은 매우 포괄적이었을 뿐 아니라, 메이지시대 이후 일본 사회의 근대화에 있어서 중대한 역할을 했기 때문에 다른 법계수보다도 큰 의미를 가진다.

① 헌법

초기의 사법(私法)은 프랑스법을 모델로 하였으나 최종적으로는 독일법을 중심으로 하되 프랑스법의 요소를 많이 포함하는 형태로 법전편찬이 이루어졌다.⁹⁾ 이러한 변화에는 여러 가지 요인이 있었는데, 그 중에서도 삿초번벌(薩長藩閥)에 의한 일본 정치 지배구조의 확립과 독일형 입헌군주제를 천황제의 모델로 삼아 흡정헌법인 메이지헌법(大日本帝国憲法, 1889-1947)을 제정한 점이 중요한 영향을 미쳤다. 보불전쟁의 결과 프랑스는 제정(帝政)에서 공화정으로 돌아선 반면 독일은 프로이센에 의해 통일되며 제정을 수립하였고, 당시 이토 히로부미(伊藤博文)는 민주주의가 정착된 영국이나 프랑스가 아닌 프로이센으로 유학을 떠나 헌법제도를 습득한 것이었다.¹⁰⁾ 이 과정에서 일본은 프랑스법에서 독일법으로 중심을 옮겨 비교법적 입법을 수행하게 되었다. 그 즈음 일본의 헌법학자들은 독일 법실증주의에 영향을 받아 국가법인설을 전개하였

7) 木下毅, 위의 글(2), 1119-1120면.

8) 木下毅, 위의 글(2), 1119면.

9) 滝沢正, 比較法学からみた日本法のアイデンティティ, 早稲田大学比較法研究所叢書32号, 成文堂, 2005, 184頁.

10) 滝沢正, 위의 글, 185면.

으며,¹¹⁾ 개념법학의 색채가 강했던 독일 법학은 관료들에게 선호되어 관료법학이 형성되는 등 독일법은 일본 법체계에 큰 영향을 미쳤다.¹²⁾

1889년 메이지헌법의 공포를 기점으로 1899년까지 민법과 상법 등의 법전화 사업이 집중적으로 진행되었으며, 이 과정에서 서구법의 기술적 계수가 이루어졌다.¹³⁾ 1920년대 말까지 일본은 국제학회에서의 보고나 기관지·법률 잡지 등을 통하여 유럽 학문 네트워크와 연결되었으며, 일본의 입법 상황도 자주 소개되었다.¹⁴⁾ 그러나 1930년대 후반부터는 제1차 대전에서 독일과의 대립이 심화되며 유학이 어려워지기도 하고 점차 국제적 네트워크와 단절되었다. 이로 인해 일본의 고유법 연구로 관심이 옮겨지기도 했다.

② 행정제도

행정재판소는 대심원을 정점으로 하는 통상 법원(사법재판소)에서 완전히 분리된 1심제 재판소로서 메이지헌법 제61조¹⁵⁾에 근거하여 1890년에 설립되었다. 메이지헌법이 제정된 해에 설립되었기 때문에 행정재판소도 ‘프로이센형’으로 분류하는 것이 교과서와 학계에서 거의 공통된 견해로 보이나, 프로이센의 행정법원은 3심제로 구성되어 있고 1·2심을 지방행정조직이 겸하는 등 그 실질적으로는 오스트리아 제도에 가깝다는 견해도 있다.¹⁶⁾ 이에 따르면, 그럼에도 불구하고 일본에서는 행정재판소를 프로

11) 國分典子, 公法学と法思想史-東アジアの視点から, 公法研究第73号, 有斐閣, 2011, 100頁.

12) 五十嵐清, 現代比較法学の諸相, 信山社, 2002, 72頁.

13) 山中永之佑, 위의 글, 167-168면. 1860-1890년대를 법계수의 준비단계·편찬과정이라고 하며, 법문화적인 측면은 접어두고라도 범구조적으로는 중국법계에서 유럽법계로 넘어간 시기라고 평가하기도 한다. 木下毅, 위의 글(2), 1116-1117면.

14) 宇野文重·林真貴子, <要約>日本における法継受・法創造についての研究の現状と課題, 2007, 1頁.

15) 메이지헌법 제61조 행정 관청의 위법한 처분으로 인해 권리가 침해되었다고 주장하는 소송 중, 별도로 법률로 정해진 행정재판소의 관할에 속하는 것은 사법재판소에서 받아들이지 않는다.

16) 山田洋[執筆], 高橋滋·只野雅人(編), 東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来, 国際書院, 2012, 97頁. 그 근거로, 행정재판소의 설치근거인 메이지헌법 제61조는 프로이센헌법 규정에서는 찾아볼 수 없으며 당시의 오스트리아 헌법에서 유래된 것이라는 점, 최종적으로는 행정재판의 대상을 열기주의로 채택하고 있지만, 초안에서는 개관주의로 채택하고 있었다는 점, 그리고 1심제로서 활동 행정조직과는 완전히 분리되어 있다는 점 등에서 볼 때 오스트리아법의 영향이 분명하다고 한다.

이센형 제도로 이해해 왔기 때문에 행정소송 이론에서도 프로이센학파가 압도적인 영향력을 갖게 되었고, 이로 인해 제도와 이론 사이에 뿌리 깊은 ‘왜곡’이 발생하게 되었다고 한다.¹⁷⁾ 예컨대, 개괄주의를 예정하고 있는 헌법규정과 열기주의를 기반으로 한 실정법 사이의 불일치를 해소하기 위하여 소송대상으로 인정되지 않는 처분의 존재를 정당화하는 이론이 구축되었다. 이 과정에서 프로이센 학파의 행정행위의 ‘적법성추정’이나 ‘자기확인설’이 일본에서 본국보다도 더 강조되었다. 이것은 일본 특유의 행정행위 이론인 ‘공정력’ 개념으로 발전하여 오늘날까지도 영향을 미치고 있다. 또한, 메이지헌법이 ‘위법한 처분’에 대한 소송을 행정소송의 대상으로 규정하고 있음에도, 프로이센학파의 공법관계소송 이론을 수용함으로써 행정처분과 관계없는 공법관계 소송도 행정소송의 대상으로 포함시키게 되었고 이 문제는 오늘날까지도 이어지고 있다고 한다.

2) 계수법과 일본 고유의 비법적 전통

1880년대를 전후로 일본에서 서구법에 대한 학습열기가 확산되었고, 법학 이수자에 대한 수요도 증가하였다. 이에 따라 사법성(司法省) 법학교, 제국대학의 관학(官學)에서의 법학교육 외에도 여러 사립 법률학교가 설립되었다.¹⁸⁾ 이 시기 일본의 권위 있는 법학자들은 태정관부(太政官符), 울령제, 도쿠가와(徳川) 막부법 등을 학문적 주제로 연구했으나, 민중 사이에 자연적으로 형성된 사법적 관습법은 연구 대상으로 삼지 않았다. 젊은 법학생들 역시 일본 고유의 법은 학습할 가치가 없다고 여기는 경향이 있었다.¹⁹⁾ 메이지 초기에는 프랑스법과 영국법이 교육의 중심이었으며, 법전이 정비되지 않았던 시기에는 프랑스법이나 영국법의 내용을 ‘조리’로 삼아 재판에서 적용하기도 했다.²⁰⁾

17) 山田洋[執筆], 위의 글, 100-101면.

18) 山中永之佑, 위의 글, 167면.

19) 福島正夫, 法の継受と社会=經濟の近代化(二), 比較法学4卷, 1968, 12頁. 메이지유신에서의 수용은 유학으로 실체험자를 많이 배출하고, 유학파가 귀국하여 교수를 통하여 학습시키고, 이를 위한 사전과 번역어를 이용한 번역서 작성이 중요하게 여겨졌다. 참고로 미쓰쿠리 린쇼(箕作麟祥)가 ‘Constitution’을 ‘헌법(憲法)’으로 번역한 것은 1873년이었지만, 이후에도 ‘국헌, 근본율, 국제, 조강, 건국법’ 등으로 다양하게 번역되다가 정착한 것은 1881년에 이르러서였다. 石村修[執筆], 高橋滋·只野雅人(編), 東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来, 国際書院, 2012, 22頁.

한편, 일본은 특정 모델국가를 정해 입법을 통해 법화를 추진했지만, 전통사회의 강한 비법적 문화로 인해 일본 특유의 변용을 피할 수 없었다. 특히 공법에 영향을 미친 주요 요인에 한정해 보면, 충·효를 기초로 하는 천황제, 법외적 분쟁해결선호(비법화현상),²¹⁾ 전통적 가치를 법외적 실무관행의 형성으로 온존시키는 (행정절차법상의) 행정지도 등을 들 수 있다.²²⁾ 또한, 재판소의 판단에 반영되는 법외적 사정으로서 정부의 행위(행정재량)를 인정하는 ‘통치행위론’에 관한 행정판례 등도 그러한 예로 들어지고 있다.

(2) 제2차 세계대전 후

이상에서 본 것처럼 일본은 대륙법계에 속하는 여러 모법을 가지고 있었지만, 1945년 8월 패전 이후부터 1950년대 초까지는 독일 개념법학이 주류였던 이전과 달리 미국과 영국 법계를 모범으로 삼는 법제도 크게 확산되었다. 특히 공법 영역에서는 미국법의 영향을 강하게 받았다.²³⁾

연합군 점령기에 영미법계수가 이루어지면서 1946년에 「일본국헌법」이 제정되었다. 이 헌법은 ‘천황제’, ‘국회제’, ‘의원내각제’를 영국의 불문헌법에서, ‘기본적 인권’과 이를 보장하는 ‘사법제도’는 미국헌법에서 그 모형을 가져와 기초되었다.²⁴⁾ 헌법 제76조에서 헌법재판소와 행정재판소와 같은 특별재판소의 설치를 금지한 것은 영미공법의 영향을 반영한 것이다. 이로 인해 메이지헌법 시대의 ‘행정재판소(1890-1947)’가 폐지되었고, 행정기관을 중심으로 재판하는 것도 금지되었다. 대신, 일반 법원에 법령과 행정처분에 대한 사법심사권을 부여하며, 이는 미국형 부수심사제를 채택한 것으로 볼 수 있다.

20) 五十嵐清, 現代比較法学の諸相, 信山社, 2002, 70頁.

21) 민사 분쟁의 압도적 부분이 법정 밖에서 중재와 화해를 통해 해결되었고 정부도 이를 장려하였다. 福島正夫, 위의 글, 12면.

22) 木下毅, 위의 글(2), 1121면. 해당 글에서는 그 외에도 (혼인동의권, 거소지정권 등의 가장의 호주권에 나타난) 가부장제적 가족제도, 실체형법의 주관주의적 경향, 기소편의주의관행 등을 들고 있다.

23) 吉永柴助, 継受・比較法的方法論序説, 一橋論叢第69卷第4号, 1973, 297頁; 木下毅, 日本法と外国法: 法継受論(1), 北大法学論集46(2), 1995, 427頁. 헌법 외에도 형사소송법, 상법, 경제법, 노동법이 미국법의 영향을 강하게 받았다.

24) 木下毅, 위의 글(2), 1113면.

한편, 미국 행정법은 듀·프로세스(duo process)에 기반한 ‘고지(notice)’와 ‘청문(hearing)’과 같은 행정절차와 ‘행정행위에 대한 사법심사’가 중심을 이루고 있고, 일본의 행정법도 이러한 행정절차 문제의 영향을 받게 된다.²⁵⁾ 특히 1946년 미국에서 제정된 ‘행정절차법(Administrative Procedure Act)’의 영향을 받아, 일본 점령정책 안에 행정절차 규제가 도입되었다. 다만, 일본의 1993년 「행정절차법」은 독일법과 프랑스법을 참고하면서 미국법의 약식절차에 상당하는 부분만 일부 반영하는데 그쳤다.²⁶⁾

또한, 행정조직법 분야에서는 독일식 관청 개념에 더하여 미국식의 기관 개념이 도입되었다. 이로 인해, 처분권 외에도 규칙제정과 같은 준입법적 권한, 쟁송 심결과 같은 준사법적 권한을 병유하는 미국의 ‘독립규제위원회(independent regulatory commission)’를 본떠 ‘공정거래위원회’, ‘증권거래위원회’, ‘인사원’등의 합의제 행정기관인 행정위원회제도가 도입되었다.²⁷⁾ 헌법에서 행정기관은 중심으로서 재판할 수 없다고 규정하고 있어, 행정절차와 사법심사 관계에서 준사법적 권한의 사정범위의 문제가 있다.

한편, 각론적으로는 ‘사적 독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律)’은 1947년에 제정되었으며, 이는 미국의 Sherman Act(1890), Clayton Act(1914), Federal Trade Commission Act(1914) 등의 주요 반트러스트법과 그에 대한 판례해석을 체계적으로 통합한 형태였다.²⁸⁾

증권거래분야에서는 미국의 Securities Act(1933)와 Securities Exchange Act(1934)를 모델로 ‘증권거래법’이 제정되었고, 이를 운용하기 위하여 미국의 SEC를 본떠 ‘증권거래위원회’가 설치되었다. 그 외에도 조세법, 교육법, 환경법, 정보공개조례, 개인정보조례 등에서 영미법의 영향을 확인할 수 있으며, 특히, 행정조사의 적정절차화(영장주의), 새로운 행정실효성확보수단(행정상의 공표, 과징금), 정부계약(일반경쟁입찰원칙) 등도 많은 영향을 받았다.²⁹⁾ 다만, 이러한 영미법의 수용이 기존 일본법제의 대륙법 체계를 근본적으로 변화시켜 영미법 중심으로 완전히 전환시킨 것으로 평가하기는

25) 木下毅, 위의 글(2), 1112면.

26) 木下毅, 위의 글(2), 1111면.

27) 木下毅, 위의 글(2), 1111면.

28) 다만, 형사소송·징벌적 손해배상·금지명령에 의한 집행이 이루어지는 미국과 달리, 일본은 ‘행정지도’를 중심으로 하는 관주도형 내지 관민협조형 경고·주의 등에 의한 집행이 일반적이며, 행정기관이 법의 집행을 독점하려고 하는 관료제도에 기인하는 현상이라고 한다. 木下毅, 위의 글(2), 1110면.

29) 木下毅, 위의 글(2), 1110-1111면.

어렵다.³⁰⁾

2. 행정법예의 영향

(1) 헌법의 행정법예의 투영

근대적 법정비 과정에서 공법 중심의 통치 제도가 확립되었으며, 이는 천황중심의 통치기구를 규율하는 메이지헌법 제정과 중앙집권적인 행정조직의 구성으로 이어졌다. 이러한 법제도는 율령제 이래의 공법 중심의 법체계와 통치기술의 법전통을 바탕으로 형성된 것으로 평가된다.³¹⁾

전후 일본에서는 새로운 헌법이 제정되면서 큰 전환이 이루어졌다. ‘법치주의’에서 ‘법의 지배’(실질적 법치주의)로, ‘행정국가’에서 ‘사법국가’로, ‘입헌군주제’에서 ‘민주국가·책임행정’으로, 그리고 ‘중앙집권’에서 ‘지방자치’로 변화한 것을 의미한다.³²⁾ 천황통치의 대원칙이었던 ‘국체’, ‘신권천황제’는 소멸되고 ‘천황주권’에서 ‘국민주권’으로 전환되었다. 새 헌법의 제정은 일본 행정법 전 분야에 전례없는 변혁을 가져 왔다. 특히 민주주의, 민주화의 요청은 행정조직법, 행정작용법, 행정구제법, 지방자치제도 등에서 광범위한 변화를 이끌어냈다. 행정법의 원리도 이에 영향을 받아, 메이지헌법 시기의 ‘중앙집권주의’에서 ‘지방분권주의’로, ‘관료행정주의’에서 ‘민주행정주의’로 ‘경찰국가주의’에서 ‘법치국가주의’로 ‘행정국가주의’에서 ‘사법국가주의’로 전환되었다.³³⁾ 메이지헌법 하에서는 ‘법률에 의한 행정원리’가 충분히 관철되지 못했지만, 전 후에는 이러한 원리가 철저히 요구되었다. 메이지헌법 시대에는 행정실체법을 법률로 정하는 것만으로 충분하다고 여겨졌으나 새로운 헌법은 미국법의 절차적 보장 법리를 수용하며 행정절차의 중요성을 강조하였다. 위법한 행정권 행사에 대한 국민의 구제 방법이 정비되었고, 국민의 지위에도 변화가 생기면서 이른바 ‘참여’라는 개념이 자리

30) 五十嵐清, 現代比較法学の諸相, 信山社, 2002, 73頁.

31) 滝沢正, 위의 글, 192-193면. 해당 글에 따르면, 당시 국민들의 대다수는 서구적인 법화사회를 경험해 보지 못했고, 법제도가 자신의 장래와 관련이 있다는 의식을 거의 갖지 못했기 때문에 조속한 법전편찬을 완성시킬 수 있었다고 한다.

32) 江利紅, 現代行政法學理論の發展について(1)－比較法的視點から－, 比較法雜誌48(3), 2014, 218頁.

33) 橋本公巨, 憲法理念の行政法への投影, 公法研究第40号, 有斐閣, 1978, 134-135頁.

잡기 시작했으며, 복지행정·계획행정과 같은 새로운 행정작용에 대한 인식도 확산되었다.³⁴⁾

앞에서도 언급한 것처럼, 전후 일본 행정법 개혁 중 가장 큰 변화 중 하나는 미국 법적 행정절차의 도입이었다. 헌법의 제31조의 절차적 보장 원리는 헌법상 권리 자체라기 보다는 입법의 지도원리로서 작용하는 경향이 강했다.³⁵⁾ 이러한 개혁과정에서 미국의 고지·청문을 받을 권리(right to notice and hearing)에서 영향을 받은 고지·청문 규정이 다수 마련되었다.³⁶⁾ 이 규정들은 행정처분 전 단계에서 상대방에게 고지하고, 주장·입증의 기회를 부여하는 ‘사전절차’와 행정처분 후 불복심사 단계에서 주장·입증 기회를 보장하는 ‘행정구제절차’를 모두 포함한다. 이에 이어 행정집행제도, 행정소송제도, 행정불복심사제도 등의 행정법제도들의 근본적인 제·개정이 이루어졌다.

(2) 행정법학

1) 전통적 행정법학 이론 - 행정행위론을 중심으로-

일본의 행정법연구는 초기부터 비교연구를 기반으로 이루어졌다.³⁷⁾ 일본 학자들은 유럽의 행정법 전통을 분석하여 다음과 같은 특징을 파악하였다. 프랑스 행정법은 행정권의 보호를 취지로 하며, 독립적인 행정기관인 행정법원의 존재를 강조하는 것이고, 독일의 행정법은 행정권의 한계를 설정하고 그 권한을 제한하는데 초점을 둔다는 것, 영국은 행정에 관한 별도의 법을 제정해야 한다는 사고가 희박하다는 것이 그 특징이고, 이런 관점에서 일본의 행정법학은 독일의 행정법을 본받아 그 기본원리 계승해야 한다고 여겼다.³⁸⁾

34) 橋本公巨, 위의 글, 138면.

35) 우리 헌법의 제12조 제1항에 해당하는 ‘적법절차’를 규정한 것이며, 행정절차에 어떤 의미를 가지는가에 대해서는 해석이 달라질 수 있지만, 사안의 성질상 판단하여 정당절차가 인권보장상 없어서는 안되는 것인가에 따라 결정된다고 한다. 橋本公巨, 위의 글, 142면.

36) 橋本公巨, 위의 글, 140면. 다만, 이로 인해 바로 행정절차에 혁명적 변화가 일어났다고 보기는 어려웠다고 할 수 있고, 시간이 지나면서 소수이기는 하나 행정절차에 대하여 호의적인 판례가 나타나게 되었다고 한다.

37) 행정법학 초창기에 발간된 ‘행정법학의 장래’(佐々木惣一, 行政法学ノ将来, 1908)라는 논문에는 ‘일본의 행정법규는 전적으로 유럽행정법규의 수입에서 나온 것이므로 … 필연적으로 유럽학자들의 논의를 참고하지 않을 수 없다. 이는 진정 필수 불가결한 연구 방법이다’라고 하고 있다.

38) 人見剛[執筆], 高橋滋·只野雅人(編), 東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来, 国際

제2차 세계대전이 끝난 후, 일본은 모든 재판권을 통상법원(사법재판소)이 관할하는 영미식 사법시스템을 도입했지만, 개별 행정법들은 여전히 대륙법에 기반을 두고 있었다. 또한 일본 행정법학의 학문적 계보는 전후에도 전통적인 공사법이원론을 유지하였다. 독일 전통 행정법학 이론은 공사법 이원론을 전제로 공법, 공권력행사, 행정행위, 행정주체와 같은 기본 개념을 법치주의라는 원칙에 따라 해석하고 발전시켰다. 특히 당시 독일 행정법학에서 중심을 이루는 ‘행정행위론’은 일본 행정법학에도 영향을 미쳐 병행적으로 전개되었다.³⁹⁾ 행정행위의 개념을 중심으로 행정행위의 유형론·효력론·부관론·하자론·재량론 등이 체계적으로 구성되었으며, 일본에서도 이러한 체계를 바탕으로 연구가 진행되었다. 독일의 ‘행정행위’와 ‘처분’ 개념은 일본에서도 주요한 용어로 자리잡았다. 이를 본격적으로 도입한 일본의 체계서는 1895년의 오다(織田万)의 「일본행정법론(日本行政法論)」이며, 그는 ‘행정행위’를 ‘행정명령’(각령, 성령, 부현령, 군경찰규칙, 시정촌조례·규칙), ‘계약’(민법적용을 받는 채권·채무관계 형성하는 계약), ‘행정처분’(행정기관이 권력으로 행하는 특정 사실에 대한 특정행위)로 정의하였다.⁴⁰⁾ ‘처분’이라는 용어 자체는 1889년의 대일본제국헌법 제61조, 1890년의 행정재판법 제17조, 1900년의 행정집행법 제5조에 실정법상 개념으로 정착되었다.

한편, 독일 유학에서 돌아온 미노베(美濃部達吉)는 엘리네크(G.Jellinek)가 제시한 ‘행정작용’과 ‘행정행위’를 근사한 개념으로 보는 이론과 마이어(O.Mayer)가 주장한 행정권의 ‘권력적 의사표시’로서의 협의의 행정행위 개념을 일본에 소개하였다. 그는 마이어의 행정행위론을 지지하며, 마이어의 이론 중에서도 판결의 대응물로서의 행정행위가 아닌, 민법의 법률행위론에 상응시키는 행정행위론을 주장하였다.⁴¹⁾ 미노베의 이론은 그의 후계자인 다나카(田中二郎)에게도 영향을 미쳤으며, 이는 독일의 오토마이어 학파의 이론에서 크게 영향을 받은 것이었다. 독일에서는 행정작용 전반을 포괄하는 광의의 행정행위 개념이 점차 사라지고 행정법학에서 ‘처분’개념이 ‘행정행위’개념으로 완전히 대체되었다. 그러나 일본에서는 ‘행정행위’라는 용어는 입법화되지 않

書院, 2012, 66頁.

39) 人見剛[執筆], 위의 글, 67면.

40) 人見剛[執筆], 위의 글, 69면. 이러한 이해는 그의 제자인 佐々木惣一에게 계승되었고 그를 중심으로 한 교토학파에서는 이러한 광의의 ‘행정행위’개념과 그에 포함된 ‘행정처분’이라는 개념을 2차 세계대전 후까지 이어갔다.

41) 人見剛[執筆], 위의 글, 73면.

왔고, 실정법상으로는 여전히 ‘처분’이라는 용어가 사용되고 있다.⁴²⁾ 1950년대에 들어서면서부터 통설적인 행정행위론에 대한 비판이 제기되었다. 특히 민법의 의사표시 개념을 가져와 법률행위론을 원용하는 사법학적 접근방식에 의문이 제기되었지만 이러한 비판은 통설을 흔들 정도에까지 이르지 못하는 못하였고, 이러한 통설적 행정행위론은 오늘날까지도 이어지고 있다.

2) 현대 행정법학 이론 - 행정과정론을 중심으로-

전통적인 행정법학은 행정과정을 개별적인 행정행위로 분해하여, 그 법적 성질, 법률요건, 법효과에 주목한다. 전통적 행정법률관계론은 공사법 이원론에 입각하여 행정상의 법률관계를 공법관계와 사법관계로 나누고, 그중 공법관계를 주요 연구 대상으로 삼았다. 그러나 새로운 헌법의 도입과 현대 행정의 이념 변화에 따라, 행정의 대상과 영역이 확대되고, 행정주체가 다양해 졌으며 행정행위의 형식도 기존의 틀에 꼭 들어맞지는 않는 것들이 나타났다. 이러한 변화에 대응하기 위하여 새로운 접근 방식을 통한 행정법이해가 이루어졌다. 즉, 행정과정을 동태적으로 분석하는 ‘행정과정론’(遠藤博也·塩野宏), 행정법체계전반을 재구성하는 ‘행정법체계론(小早川光郎)’, 법과 정책의 연관성에 주목하는 ‘법정책론(阿部泰隆)’ 등을 들 수 있고, ‘행정행위론’에 대해서는 ‘행위형식론(高木光·大橋洋一)’, ‘행정수법론(手島孝)’, 행정주체·사인의 이원적 관계에 대해서는 ‘대화형행정법(大橋洋一)’, ‘공사협동론(山本隆司·角松生史)’ 등이 제안되었다.⁴³⁾

특히 일본에서는 1970년대를 전후하여 미국의 행정학이론, 독일의 2단계이론 및 법동태적 고찰론 등의 영향을 받아 ‘행정과정론’이 주목받았다. 이 이론은 ‘행정행위’에만 분절하여 행정법을 바라보는 것이 아니라, 행정행위의 법효과 발생 프로세스 및 각 행위형식 간의 상호관계를 분석하며, 행정법현상을 전면적이고 동태적으로 고찰해

42) 1948년의 「행정사건소송특별법」에서는 ‘행정청의 위법한 처분의 취소 또는 변경과 관련된 소송…’(제1조)이라고 정하고 1962년의 「행정불복심사법」(제1조제1항)과 「행정사건소송법」(제3조)은 불복신청과 항고신청의 대상을 ‘행정청의 처분’과 ‘공권력의 행사’라고 규정하였다. 판례도 ‘행정청의 처분이란, … 공권력 주체인 국가 또는 공공단체가 하는 행위 중 …’이라 하여 ‘처분’이 거의 확실상의 ‘행정행위’에 상당한다는 이해가 정착되었다고 한다. 高橋滋·只野雅人(編), 위의 글, 83-84면.

43) 江利紅, 現代行政法學理論の發展について(2·完)-比較法的視點から-, 比較法雜誌48(4), 2015, 159-160頁.

야 한다는 점을 강조한다.⁴⁴⁾

‘행정과정’이라는 용어는 원래 행정학에서 사용되던 것이지만, 일본에서 이 개념을 도입한 선구자로 평가받는 소노베(園部逸夫)는 ‘행정과정’을 ‘행정권이 헌법 아래에서 행정목적 달성을 위해 법령 및 관례에 따라 구사할 수 있는 모든 수단을 강구하는 일련의 절차의 연쇄’라고 정의하였다.⁴⁵⁾ 엔도(遠藤博也)는 전통적 행정행위론이 행정주체와 사인의 관계에만 초점을 맞추는 점을 비판하며 행정과정에서 다수 당사자의 이해관계를 고려하여야 한다고 하면서, 행정행위의 법률적합성뿐 아니라 ‘전체적인 행정과정의 정상성’을 검토해야 한다고 강조하였다.⁴⁶⁾ 시오노(塩野宏)는 서독 행정법학의 동향을 소개하며, 전통적 행정행위론은 ‘현실의 법현상과 동떨어진 이론’이라고 비판하고, 행정과정의 각 행정형식을 동태적으로 고찰할 필요가 있다고 주장하였다.⁴⁷⁾

야마무라(山村恒年)는 시오노와 엔도의 행정과정론을 발전시켜 행정의 의사결정 과정을 ‘목적설정→행위규범의 인식→사실인정→예측→평가→선택→결정’의 단계로 분석했다.⁴⁸⁾ 그는 행정과정과 행정소송과의 관련을 중시하며, 행정과정의 ‘각 단계에서 어떤 쟁송이 허용되는지’를 검토하여야 한다고 주장하였다. 이를 통해 하나의 의사결정 과정을 ‘정책 과제’, ‘정책적 계획’, ‘행정계획’, ‘행정처분’의 각 단계로 분해하고, 각 단계의 규범론을 논했다. 이 외에도 행정과정의 사법심사 시점에서 주목한 하라다(原田尚彦), 행정절차론적 시점에서 행정과정론을 도출한 와다(和田英夫), 행정과정론 자체가 ‘끊임없는 변혁을 필요로 하는 법’이라는 동태성에 기인하여 시민을 주역으로 한 대화형 행정시스템을 구상한 오오하시(大橋洋一) 등이 행정과정론에 기여하고 있다.⁴⁹⁾

44) 江利紅, 行政法学における行政過程論の提唱およびその課題, 比較法雑誌第47卷第3号, 2013, 103頁.

45) 園部逸夫, 行政手続, 雄川一郎(編)『岩波講座現代法 4 現代行政』, 岩波書店, 1966, 99頁; 江利紅, 위의 글, 104면.

46) 遠藤博也, 複数当事者の行政行為—行政過程論の試み(1)(2)(3), 『北大法学論集』, 20卷1-3号, 1969; 江利紅, 위의 글, 105면.

47) 江利紅, 위의 글, 107면.

48) 山村恒年, 現代行政過程論の諸問題(1-14), 自治研究, 58卷9号-62卷11号, 1982-1986; 山村恒年 『行政過程と行政訴訟』, 信山社, 1995; 江利紅, 위의 글, 109면.

49) 原田尚彦, 行政過程の司法審査, 『訴えの利益』, 弘文堂, 1979, 181頁; 和田英夫等, 『現代行政法概説』, 三和書房, 1982, 33-34頁; 大橋洋一, 『行政法 I 現代行政過程論』[第5版], 有斐閣, 2023; 江利紅, 위의 글, 109-112면.

일본에서는 행정지도, 정책형성, 협의와 합의 과정 등을 전통적인 행정행위론에는 포괄하기 어렵다는 문제제기가 꾸준히 있어왔다. 이러한 문제의식에서 볼 때, 행정이 국민과 상호작용하는 방식, 행정행위에 이르기까지의 의사결정과정, 행정행위 이전 과정에서의 행정절차의 공정성과 투명성, 그리고 국민의 참여 보장이라는 측면에서 행정과정론은 그에 대한 이론적 근거를 제공하고 있다고 평가할 수 있다.

Ⅲ. 일본 행정·사법개혁의 영향

1. 일본 행정개혁의 영향

한편, 법학의 주류는 오랫동안 관료의 입법과 재판관의 법해석에 의존해 왔으며, 서구법을 계수하여 법전화된 이후에는 주석학적 경향이 강했다. 특히 모법국의 법학 이론을 무조건적으로 흡수하는 법학 성격이 지속되었다.⁵⁰⁾ 이로 인하여 법학이론이 실무에 큰 영향을 미치지 못하고, 행정관료나 사법관료가 실무를 주도하였으며, 대학은 관료양성 기관에 머물렀다. 결과적으로 실무와 학설이 별개의 길을 걷게 되었다는 점이 제2차 세계대전 후 일본 공법의 특징이라고 할 수 있다.⁵¹⁾ 한편, 이후 일본국헌법은 제정 이후 단 한 번도 개정되지 않아, 헌법이 행정법에 미친 영향을 명확히 평가하기는 어렵다.

다만, 이후 급격한 사회경제적 변화에 대응하기 위하여 내각총리대신은 다양한 행정개혁을 추진하였다. 예컨대, 임시행정조사회(제1·2차 임조)와 임시행정개혁추진심의회(제1-3차 행혁심)를 설치하여 3대공사의 민영화·규제완화·지방분권·공무원제도·사회보장·특수법인 등 여러 조직·제도의 개혁 및 각종 정책의 입안과정에 관여하였다. 이러한 개혁과정은 일본 특유의 정치적 맥락, 즉 자민당의 장기집권에 기반한 내각주도의 일관적인 정책수행으로 이루어졌다. 내각은 상기의 자문기구 형태의 조사회 및 심의회에서 나온 보고서(答申)라는 형식의 권고안을 바탕으로 필요에 따라서는 국회에 법안을 제출하는 식으로 운영되었다. 조사회와 심의회의 위원들은 주로 학계·경

50) 山中永之佑, 위의 글, 167면.

51) 三宅雄彦, 公法学史方法の日独比較, 社会科学論集第151号, 2017, 25頁.

계·법조계·전문가나 정치인, 주요 관료 등으로 구성되었기 때문에 학계의 논의도 자연스럽게 이러한 행정개혁의 쟁점으로 집중되었다. 때로는 제출된 법안에 대하여 학계에 검토를 의뢰하는 방식으로 법률제정 과정이 진행되기도 하였다.⁵²⁾

(1) 임시행정조사회(臨時行政調査會, 임조, 1962-1983)

1962년 2월, 이케다(池田) 내각은 고도 경제성장기에 따른 사회변동에 대응하기 위하여 ‘제1차 임조’를 발족했다. 이 기관은 미국의 후버위원회(Hoover Commission)를 모델로 하여 ‘초당파적인 권위있는 행정체제개선을 위한 강력한 (임시)진단기관’을 표방하며 설립되었다.⁵³⁾ 1964년에 제출된 답신에서는 16개의 과제가 검토되었다.⁵⁴⁾ 그 중 15항 검토과제인 ‘행정의 공정확보를 위한 절차개혁에 관한 의견’도 권고되었는데, 이는 국민이 행정처분의 사전·사후 절차에서 충분히 의견을 주장할 수 있도록 청문과 공청회 절차를 도입하여 행정권의 자의적 행사를 배제하여야 한다는 내용이었다. 또한, 1962년에 제정된 행정불복심사법(行政不服審査法)이 사후적 구제절차에 머물러 있다는 점을 지적하며, 처분절차, 사후구제절차, 고충처리절차, 행정입법절차 등을 포괄하는 통일적인 행정절차법 제정이 바람직하다는 권고가 이루어졌으나 실현되지는 못했다.⁵⁵⁾

52) 공법학회에서 행정사건소송특례법 개혁안을 검토하게 되었는데, 학회에는 일정하게 정비된 일반적·추상적 규정의 초안이 제출되었고, 그 고찰방식은 개혁안에 담긴 정부의 가치판단을 대전제로 부분적 수정문을 펴는 것으로서 약간의 법기술적인 설명이 이루어지는데 그치는 방식이라 언급하고 있다. 下山暎二, 公法学において法社会学の意味するもの-その理論形成のために-, 法社会学 1961卷11号, 1961, 176頁.

53) 이하의 내용은 총무성행정관리국(総務省行政管理局)이 작성한 일본 내각부 자료 “これまでの行政改革の経緯と理念”; 伊藤正次·河合晃一, 「オンライン版 行政改革: 臨調と行革審」解題, J-DAC, 2021; 佐々木晴夫, 臨時行政調査会の活動の経過と成果, The Annals of the Japanese Society for Public Administration 1985(19), 1985를 정리하여 기술함.

54) 일반적인 심의회와 달리 행정기관과 지방공공단체 등에 대하여 자료제출·의견개진·설명을 요구하고, 이에 근거하여 행정개혁안을 작성할 권한을 가지며, 140명 정도의 구성원으로 이루어져 있었다. 검토된 항목은 ①내각의 기능 ②중앙부처 ③공관경합사무 ④행정사무의 배분 ⑤인허가 등 ⑥행정기구의 통폐합 ⑦공사·공단 등 ⑧수도행정 ⑨광역행정 ⑩청소년행정 ⑪소비자행정 ⑫과학기술행정 ⑬사무운영 ⑭예산·회계 ⑮행정의 공정성 확보절차 ⑯공무원

55) 室井力·芝池義一(編), コメントール 行政法1 行政手続法·行政不服審査法[第2版], 日本評論社, 2008, 5-6頁. 일본에서 행정절차에 관한 일반법 제정을 향한 움직임은 이보다도 40년 가까이 거슬러 올라가는 1952년 제13회 국회에 의원제안된 ‘국가행정운영법안’이다.

1981년 3월, 스즈키(鈴木) 내각은 ‘제2차 임조’를 출범시켰다. 이는 1970년대 석유 파동으로 인한 재정적자와 고도 경제성장의 종언에 대응하기 위한 것으로 ‘증세 없는 재정재건’을 슬로건으로 내걸고 5차에 걸친 답신을 제출하였다. 제2차 임조는 영국 대처 정부의 개혁과 유사하게, 세계 여러 국가가 직면한 행재정 개혁과제를 일본에서도 적극적으로 추진한 사례로 평가된다. 심각한 세수부족과 적자국채까지 발행된 상황에서 허가·보조금·특수법인 등의 정리합리화에 들어갔고, 행정기구의 개혁 및 세개의 공사(일본국유철도(JR), 일본전신전화공사(NTT), 일본전매공사(JT))의 민영화가 제안되었다. 결과적으로는 총무청만 창설(1984)되었지만 각 분야의 행정시책에 관한 구체적 개혁방안이 제안되었고, 행정절차제도, 정보공개제도도 검토되었다.

(2) 임시행정개혁추진심의회(臨時行政改革推進審議會, 행혁신, 1983-1993)

1983년 7월, ‘제1차 행혁신’이 설치되어 제2차 임조의 답신에 대한 정부의 대응을 감시하고, 개혁의 구체적 추진방안을 조사·심의하는 기관으로 활동하기 시작했다.⁵⁶⁾ 이 심의회는 규제완화분과회를 설치하는 한편, 특히 지방행정개혁과 관련하여 기관위임사무 등에 관한 소위원회를 구성하였다. 이에 따라 1984년 「지방공공단체에 대한 국가의 관여·필치규제의 정리·합리화에 관한 답신(地方公共団体に対する国の関与・必置規制の整理合理化に関する答申)」을 정부에 제출하였으며, 이를 바탕으로 정부는 1985년 「지방행혁신기본방향(地方行革大綱)」을 수립하여 지방공공단체에 행정개혁을 요청하기 시작하였다. 이 외에도 규제완화분과회, 민간활력추진방안연구회, 과학기술분과회, 내각기능등분과회를 설치하여다양한 활동을 이어갔으나 1986년에 폐지되었다.

‘제2차 행혁신’은 1987년 발족하여 ‘제1차 행혁신’의 과업을 이어받았다.⁵⁷⁾ 1990년 폐지될 때까지 특히 내수주도형 경제로의 전환을 목표로 활동하였다. 1983년경부터 지가의 이상 급등이 사회적 문제로 대두되자, 정부요청으로 1987년 7월 ‘토지대책 검토위원회’를 설치하여 과제를 수행하였다.⁵⁸⁾ 또한, 1985년의 플라자합의(Plaza Accord)

56) 臨時行政改革推進審議會設置法, 昭和58年5月23日法律第52号.

57) 臨時行政改革推進審議會設置法, 昭和61年12月26日法律第107号.

58) 같은 해 10월에 「간급토지답신(当面の地価等土地対策に関する答申)」으로 ①토지거래의 적정화, ②구국철용지·국공유지의 처분, ③세제상의 조치, ④도시 재개발, 주택·택지의 촉진 등의 네 가지를 중심으로 하는 제안이 이루어졌으며, 최종적으로는 1988년 6월 「토지기본 답신(地価等土地対策に関する答申)」이 제출되었다.

등 세계화에 대응하여 시장접근성 개선, 금융·자본시장의 자유화, 경제구조조정 등을 위한 공적 규제검토를 정부로부터 요청받아 1988년 「공적 규제완화 등에 관한 답신(公的規制の緩和等に関する答申)」을 제출하였다. 같은 해 12월에는 국가와 지방 문제를 검토할 것을 요청받아 소위원회를 설치하였고, 1989년 「국가와 지방의 관계 등에 관한 답신(国と地方の関係等に関する答申)」을 제출하였다.⁵⁹⁾

‘제3차 행혁신’은 1990년 발족하여 1993년 폐지될 때까지 주로 국제화대응, 소비자·국민생활 중시형 행정 실현이라는 개혁과제를 중심으로 활동하였다.⁶⁰⁾ 그 성과는 1991년 「국제화대응·국민생활 중시 행정개혁에 관한 답신(国際化対応・国民生活重視の行政改革に関する答申)」으로 제출되었으며, 동시에 「공정·투명한 행정절차법제의 정비에 관한 답신(公正・透明な行政手続法制に関する答申)」도 함께 제안되었다.⁶¹⁾ 이러한 활동의 결과로 1993년 5월에 행정절차법안과 관계 법률의 정비에 관한 법률안이 각의에서 결정되었고 같은 해 제128회 국회에서 법률제88호로 「행정절차법」이 제정되었다.

한편, 호소카와(細川) 총리의 개인 자문기관인 경제개혁연구회(일명, 平岩研究会)는 1993년 중간보고서로 「규제완화에 대하여(規制緩和について)」를 발표하여 ‘경제적 규제는 원칙자유·예외규제, 사회적 규제는 필요최소한’이라고 하는 오늘날까지도 유효한 개혁의 기본원칙을 처음으로 제시하였다. 이후 최종보고서로 「경제개혁에 대하여(経済改革について)」를 제출하였으며,⁶²⁾ 이 결과를 토대로 1995년 「규제완화추진계획」이 수립되었다.

59) 동 답신에서는 국가·지방의 기능 분담 등의 재검토와 국가·지방간의 조정 등, 지방 행정 주체의 정비·다양화, 광역 행정에 대한 대응, 지방 재정의 제도·운용의 개혁과 단체간 재정 격차의 시정, 보조금 등의 제도·운용 개혁 등에 대해 개혁 방책이 기술되어 있으며, 또한 각 부처가 개별적으로 구체적인 사무 권한을 이양하거나, 국가가 관여·필치 규제를 폐지·완화하는 등, 보조금 등 정리 합리화 등에 대해 142개 사항을 제안하고 있다.

60) 臨時行政改革推進審議会設置法, 平成2年7月3日法律第75号.

61) 행정절차의 상대방인 국민의 권리의익과 직접 관련된 분야에 대한 절차법제 정비를 우선 시하고, 신청에 대한 처분이나 불이익처분, 행정지도에 관한 공통적인 규제에 대하여 검토한 것을 법률화 할 것을 제안하고 있다.

62) 齊藤徹史, 規制改革の経験から何を学ぶか, NIRAモノグラフシリーズ38巻, 2013, 8頁.

(3) 행정개혁위원회(行政改革委員會, 1994-1996)

1994년, 정부는 행정개혁을 효과적으로 추진하기 위해 제3차 기관을 설치하였다. 이 기관은 3차에 걸친 행혁신회의의 취지를 바탕으로 규제완화와 행정개혁의 실시상황을 감시하고, 행정정보의 공개에 관한 조사와 심의를 수행하였다. 1995년에 「규제완화추진 5개년계획(規制緩和推進5ヵ年計画)」의 재검토보고서를, 1996년에 「정보공개법제에 관한 의견(情報公開法に制に関する意見)」을 제출하였다. 이러한 활동의 결과로 1999년 「정보공개법」이 제정되었다.

(4) 지방분권추진위원회(地方分権推進委員會, 1995-2001)

1995년 지방분권추진위원회가 내각총리대신의 자문기관으로서 별도로 발족하였다.⁶³⁾ 이 위원회는 1996년 중간보고를 통하여 ‘국가와 지방공공단체의 관계를 상하·주종이 아닌 대등·협력 관계로 전화’하고, ‘지방공공단체의 자기결정권·자기책임의 영역을 확대’할 것을 제안하였다. 이러한 논의의 결실로 1999년 「지방분권일괄법(地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律)」이 제정되었고, 그 내용은 2000년 개정된 「지방자치법」에 반영되었다. 이에 따라 ‘기관위임사무’는 폐지되었다(제1차 분권개혁).

이후, 2007년 지방분권개혁추진위원회가 「지방분권개혁추진법」에 근거하여 발족하였으며, 2010년에 해산될 때까지 활동을 이어갔다.⁶⁴⁾ 이를 기반으로 2009년 ‘지방분권개혁추진계획’이 각의에서 결정되었고, 이후 4차에 걸친 「지방분권일괄법」이 성립되었다. 이를 통해 지방에 대한 규제완화와 사무·권한 이양을 위한 지방자치법 개정이 이루어졌다(제2차 분권개혁).

(5) 중앙성청등의 개혁 (1996-2000)

글로벌화, 저출생·고령화, 고도정보화의 급속한 진행으로 이러한 변화에 대한 대응이 시급해졌으나 행정의 효율성을 저해하는 부처 이기주의가 심각한 문제로 지적되었다. 국내 재계에서는 행정개혁의 필요성을 강력히 주장했으며, 이는 1996년 ‘경단련

63) 地方分権推進法, 平成7年5月19日法律第96号.

64) 地方分権改革推進法, 平成18年法律第111号.

(日本經濟団体連合会)'이 작성한 「매력있는 일본 - 창조에의 책임(魅力ある日本-創造への責任)」 보고서에 나타나 있다. 이 보고서는 국제적 관점을 바탕으로 국익을 추구하는 강력한 리더십을 가진 총리가 필요하다고 강조하며, 탈중앙화·작은 정부의 실현을 주요 과제로 제시했다. 또한, '행정절차와 행정입법 절차의 투명화, 행정정보 공개' 제도 도입을 통해 민주적 행정의 추진을 제안하였다.⁶⁵⁾

한편, 당시 내각총리대신이 임명한 위원들로 구성되어 1996년에 설립된 '행정개혁회의'는 1997년 최종보고서를 통해 행정개혁의 이념과 목표를 제시하였다. 이 보고서는 급변하는 대내외 환경과 다양하고 상호모순되는 정책과제에 적응하기 위하여 국정 전반과 국제사회를 조망하며, 대담한 가치판단과 정책입안이 가능한 행정시스템의 필요성을 강조했다. 특히, 내각총리대신을 중심으로 내각의 기능 강화를 주장하며, 내각총리대신은 '정치적 기본방침 내지 일반정책'을 공유하여 국정을 책임지는 핵심존재라고 명시했다. 보고서는 '내각의 기능강화'를 위한 구체적 유의 사항으로 "일본의 규제완화추진, 행정의 불투명한 사전규제 폐지, 사후감시·구제형 사회로의 전환, 그리고 국제사회의 신뢰획득을 하는데 있어 '법의 지배'가 필수불가결의 기반이 된다는 점"을 꼽았다. 정부는 사법의 인적 및 제도적 기반의 정비를 향하여 본격적인 검토를 조속히 개시할 필요가 있다고 언급하며, 법치주의의 중요성을 재차 강조하였다.

이러한 대내 환경하에서 1998년 「중앙성청등개혁기본법」(법률 제103호)이 제정되었다. 이 법은 '내각은 국무를 총리한다(헌법 제73조)'는 헌법 조항에 따른 내각의 고도의 통치·정치적 기능을 강화하고, 내각의 종합 조정력을 높이기 위하여 '내각의 중요 정책에 관한 기본방침'(대외정책 및 안전보장정책의 기본행정 및 재정운영의 기본, 경제전반의 운영 및 예산편성의 기본방침, 행정기관의 조직 및 인사 기본방침 등)에 대한 총리발의권, 내각·내각총리대신의 보좌·지원체제를 강화시켰다(동법 제4조·제6조).

동시에 '행정개혁회의'의 최종보고서에서 강조된 바와 같이 '사전규제'에서 '사후감시·구제형 사회'로의 전환을 이루기 위해 관련 법제도 정비가 촉진되었다. 즉, '사전규제'의 '투명성 향상'(행정절차법 제1조)과 '설명책임'(정보공개법 제1조)을 강화하기 위한 행정절차법(1993년)과 정보공개법(1999년)의 정비를 촉구했다.⁶⁶⁾ 또한 '사후감시'

65) 社団法人經濟団体連合会, 魅力ある日本-創造への責任-経団連ビジョン2020, 1996 (<https://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/vision/part2-2.html> :최종접속 2024.11.30)

66) 蔡秀卿(編), 東アジアにおける行政法の生成と展開: 一基本原則の比較研究及び共通原則試論 ([執筆]稲葉一将), 法律文化社, 2021, 39-40頁.

기능을 강화하고, 국민이 행정으로부터 용이하게 구제받을 수 있도록 사법개혁을 촉구하였고, 이는 행정사건소송법 개정(2004년)과 행정불복심사법 개정(2014년)으로 이어졌다.

한편, 중앙성청을 행정 목적별로 재편성하기 위하여, 2001년 정부의 부성(府省)을 1부 22성청에서 1부 12성청으로 크게 개편하였다. 또한 행정의 감량효율화를 위하여 독립행정법인화와 공사화 등을 추진하였고, 그 결과 특수법인 등의 개혁(2001), 독립행정법인제도창설(2001), 우정사업의 공사화(2003), 국립병원의 독립행정법인화(2004), 국립대학의 법인화(2004)가 이루어졌다. 한편, 행정의 투명성 확보를 위하여 ‘정책평가제도’를 2001년 도입하였다.

(6) 행정개혁추진법 등의 개혁(2000-)

대규모 경기부양책으로 인해 재정상황이 급격하게 악화되었고, 이른바 잃어버린 10년을 거치며 사회 전반에 경기정체가 만연하게 되었다. 이러한 상황을 극복하고자 일본 정부는 2000년 ‘행정개혁기본방침(行政改革大綱)’, 2001년 ‘경제재정운영과 경제사회의 구조개혁에 관한 기본방침(經濟財政運営及び経済社会の構造改革に関する基本方針)’⁶⁷⁾, 2004년 ‘금후의 행정개혁방침(今後の行政改革の方針)’, 2005년 ‘행정개혁의 중요방침(行政改革の重要方針)’을 각각 각의에서 결정하며 행정개혁을 본격적으로 추진하였다.

행정개혁을 체계적이고 종합적으로 추진하기 위하여, 1994년에 설치된 「행정개혁추진본부」는 폐지하고, 2006년 내각총리대신을 본부장으로 하는 5년 기한의 새로운 「행정개혁추진본부」를 발족하였다. 특히 2005년에 제시된 ‘행정개혁의 중요방침’은 우정민영화, 정책금융개혁, 국가로부터 지방에의 개혁, 시장화테스트의 본격적 도입으로 관업의 철저한 민간개혁, 공무원 총인건비개혁 등을 제안하고 있다. 2006년 「간소하고 효율적인 정부를 실현하기 위한 행정개혁추진에 관한 법률」이 성립하였고,⁶⁸⁾ 도로공단민영화(2005), 우정민영화(2007), 정책금융기관의 통폐합·민영화, 그리고 공공서비스개혁법(시장화테스트법)의 시행이 이루어졌다. 행정개혁추진본부는 2013년 다시 설치

67) 소위 기본방침(骨太の方針)이라 불리는 것으로, 우리나라의 ‘국가재정운용계획’에 유사함. 2001년 책정된 이래 매년 발표되어 올해까지 총 24회 책정되었음.

68) 簡素で効率的な政府を実現するための行政改革の推進に関する法律, 平成18年法律第47号.

되어 행정개혁에 관한 중요사항의 조사·심의 등을 실시하기 위하여 내각총리대신을 의장으로 하고 관계 각료 및 전문가들로 구성된 행정개혁추진회의를 최근까지 개최하고 있다.⁶⁹⁾

2. 일본 사법제도개혁의 영향

(1) 1999년 사법제도개혁

위에서 살펴 본 것처럼, ‘행정개혁회의’의 최종보고서에서 제안된 ‘사전규제’에서 ‘사후감시·구제형 사회’로의 ‘전환’에 부응하기 위하여 1997년 당시 정권을 잡고 있던 자민당은 ‘사법제도특별조사회’를 발족하였다. 이 조사회는 이듬해인 1998년 6월 ‘21세기 사법의 확실한 지침(21世紀の司法の確かな指針)’이라는 보고서를 발표하며, 사법제도 개혁의 필요성을 제기하였다. 이에 따라 1999년 2월 일본 정부는 ‘사법제도개혁심의회설치법안’을 국회에 제출하였고, 이에 근거하여 설치된 심의회는 2001년 고이즈미(小泉純一郎) 총리에 ‘사법제도개혁심의회 의견서(司法制度改革審議會意見書)’를 제출하였다. 이 의견서는 ‘사법의 입법·행정에 대한 통제기능의 충실·강화 필요성을 강조하였으며, 특히 최고재판소 재판관 임명과정의 투명성문제를 지적하였다. 의견서는 출신 분야별 사람 수 비율의 고정화현상을 재검토하고, 적절한 조치를 강구할 것을 제안하였다.

이러한 논의를 바탕으로 일본 정부는 2001년 「사법제도개혁추진법(司法制度改革推進法)」(법률제109호)을 제정하고, 이를 근거로 내각에 ‘사법개혁추진본부’를 설치하였다. 동 본부는 ‘사법제도추진계획’을 작성하여 2002년 각의에서 이를 결정하였고, 이를 통하여 2004년의 행정사건소송법 개정, 법학전문대학원제도 도입, 재판원(裁判員)제도 도입이 이루어졌다. 특히 2004년의 행정사건소송법 개정은 제정 이후 42년 만에 이루어진 것으로 이전까지 비교적 엄격하게 해석되었던 처분성 및 원고적격과 같은 소송요건의 판단 기준을 완화하고자 한 것이다. 이는 현대 행정의 양적·질적 확대에도 불구하고, 행정분쟁에 대한 대응체계가 미흡하다는 문제를 해결하기 위해 다각적인 검토 끝에 이루어진 개정이었다.

⁶⁹⁾ 상세는 수상관저홈페이지 ‘政府の行政改革’ 참조(<https://www.gyokaku.go.jp/singi/gyokakusuisin/honbu.html>)

(2) 사법제도개혁에 따른 행정쟁송법제 개정

1) 행정사건소송법의 개정 경과

현행 헌법 하에서 행정사건에 대해서도 일반법원이 재판권을 가지게 되었지만, 초기에는 1947년 「일본국헌법의 시행에 따르는 민사소송법의 응급적 조치에 관한 법률(日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律, 법률제75호)」이 적용되어 행정사건이 제소기간 규정을 제외하고는 민사소송과 동일하게 취급하되었다. 이는 당초 연합국총사령부(GHQ)가 민사소송과 별개의 체계로서 행정사건소송 제도를 도입하는 것에 부정적이었기 때문이다.⁷⁰⁾

그러나 1947년 중의원 선거에 출마한 히라노(平野力三) 의원이 공직추방령에 따른 자격심사 신청조사표에 기재를 누락했다는 이유로 공직에서 추방된 사건, 이른바 ‘히라노사건’⁷¹⁾을 계기로 일본정부와 GHQ는 행정사건의 특수성을 인정할 필요성을 인식하게 되었다. 이에 따라 1948년의 「행정사건소송특별법(行政事件訴訟特別法, 법률제81호)」이 제정되었다. 이 법은 민사소송법에 대한 특별법의 성격을 가지며, 소원전치주의(제2조), 가처분의 배제와 집행부정지원칙, 내각총리대신의 이의제도(제10조) 등을 규정하였다. 이후 1962년에 현행 「행정사건소송법(법률제139호)」이 제정되면서 일본의 행정체계는 보다 체계화되었다. 구헌법 하의 행정재판법제와 비교하면 다음과 같은 특색이 있다.⁷²⁾ 첫째, 단심제가 아닌 3심제가 인정되며, 둘째, ‘행정사건소송’의 유형이 다양화되었고, 셋째, 취소소송에 대해서도 열거주의가 아닌 개괄주의가 취해졌고, 넷째, 소원전치주의는 포기되고 자유선택주의가 도입되었다.

현재는 1999년의 사법개혁의 일환으로 부분적이기는 하나 비교적 크게 개정된 행정

70) 蔡秀卿(編), 위의 글, 34면.

71) 히라노의원은 공직추방처분을 받자 처분에 대한 무효확인소송을 제기하는 한편, 그 신분을 유지하기 위하여 효력발생을 정지시키는 가처분신청을 동경지방법재판소에 하였고 가처분이 인용되었으나(東京地裁1948年2月2日, 行月2号83頁) 정부가 ‘사법권에 의한 행정권의 찬탈’이라는 내용의 성명을 냈고, GHQ도 최고재판소 소장에게 이 사안과 관련한 ‘지적’을 하였다. 최종적으로는 동경지재가 가처분결정을 취소하였다(東京地裁1948年2月5日, 行月2号89頁). 이후 미국에서는 대통령의 권한행사에 대한 재판소의 금지명령은 자제된다는 관행이 있다는 GHQ의 주장도 참조하여 집행부정지에 대한 내각총리대신의 이의제도를 도입한다.

72) 室井力·芝池義一(編), コメントール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法[第2版], 日本評論社, 2006, 6-15頁.

사건소송법(行政事件訴訟法の一部を改正する法律, 법률제84호)이 시행되고 있다. 개정된 내용은 첫째, 구제범위를 확대하기 위하여 ① 의무이행소송 및 금지소송이 신설되었고(제3조제6항·제7항, 제37조의2~제37조의4) ② 확인소송이 당사자소송의 한 유형으로 명시되었으며(제4조) ③ 취소소송에서 원고적격이 확대(제9조제2항)되어 보다 많은 당사자가 행정소송을 이용할 수 있게 하였다.

둘째, 행정소송 이용의 편의성을 도모하기 위하여 ④ 항고소송의 피고적격 간명화 하였으며(제11조) ⑤ 항고소송의 관할법원이 확대되었다(제12조). 더불어 ⑥ 취소소송의 제소기간이 연장되었고(제14조) ⑦ 제소기간 등에 대한 정보제공(교시)(제46조)를 통하여 행정소송 절차에 대한 접근성을 개선하였다.

셋째, 구제의 실효성 확보를 위하여 ⑧ 취소소송에서 집행정지의 요건이 완화되었으며(제25조) ⑨ 의무이행소송 및 금지소송에서의 가구제제도가 정비되었다(제37조의5). 마지막으로 심리의 충실·촉진을 위해 ⑩ 석명처분 제도가 신설되었다(제23조의2).

2) 행정불복심사법의 개정경과

처분을 한 행정기관을 통하여 상급기관에 직접 제소를 하도록 하고 있는 일본의 「소원법」은 메이지시대에 제정된 법률로, 「행정재판법」을 초안한 독일인 Hermann Roesler (1834-1894)에 의해 기초되어 1890년에 제정되었으며, 독일과 프랑스의 영향을 강하게 받은 것이었다.⁷³⁾ 1948년 잠정적인 것으로 제정된 「행정사건소송특례법」이 소원전치주의를 유지했기 때문에 소원법의 개정이 필요하다는 요구가 높아졌다. 이에 따라, 1954년 ‘소원제도조사회’가 설치되었고 1960년에는 ‘소원제도개선요강’이 내각총리대신에게 답신으로 제출되었으며 1962년에 「행정불복심사법」이 제정되었다.

사법제도개혁 당시 검토되지는 않았지만, 행정사건소송법이 2004년 개정에서 제소기간을 연장하는 개정도 있었기 때문에 행정불복심사법에 대한 재검토도 촉구되기 시작했다. 그래서 제정으로부터 약 50년만인 2014년에 전면 개정된 「행정불복심사법」(법률제68호)이 시행되고 있다. 개정된 내용은 ① 이의신청의 폐지, 심사청구로 일원화 ② 행정처분에 관여하지 않은 직원에 의한 ‘심리원’제도 창설 ③ 제3자 기관의 자문(재결검토)절차도입 ④ 불복신청기간을 현행 60일에서 3개월로 연장 ⑤ 불복신청

73) 轟明, 明治行政裁判制度成立史に関する考察: 行政裁判法の成立課程と井上毅, 本郷法政紀要 No.1, 1993, 250頁.

전치 재검토 ⑥ ‘처분 등의 요구’(법령위반행위시정에 관한 절차) 및 ‘행정지도 중지 등의 요구’에 관한 절차도입 등이다.

(3) 행정사건소송법 개정의 영향

1) 개정 행정사건소송법 시행 후 판례 변화

개정된 법 시행 이후 판례의 변화에 대해서는 대체로 긍정적인 평가가 많으며, 신설된 규정으로 인해 행정소송의 이용빈도도 증가한 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 행정사건소송법은 제9조 제2항⁷⁵⁾을 신설하여 원고적격 판단 시 고려사항을 명시하였는데, 이는 기존의 판단 틀을 유지하면서도 구제의 관점에서 원고적격을 긍정하는 방향으로 나아가고 있다. 예컨대 ‘오다큐판결(2005)’⁷⁶⁾은 법개정에 부응하여 원고적격을 확대하고 인근주민의 원고적격을 인정한 사례로 평가받는다.⁷⁷⁾

한편, 2004년 개정을 통해 처분성 개념을 변경하는 대신, 처분에 해당하지 않는 다양한 행위로 인한 분쟁에 대해 공법상의 법률관계에 관한 소가 활용될 수 있다는 것을 명확히 하기 위하여 당사자소송에 ‘공법상의 법률관계에 관한 확인의 소’를 명시하였다. 이후 확인소송이 활용된 사례도 점차 나타나고 있다.⁷⁸⁾

의무이행소송의 활용도는 취소소송에 비해 여전히 낮은 편이나, 2010년대 이후에는 의무이행소송에 대한 인지도가 상승한 점도 있어, 환경·건축·복지 분야 등에서 활용

74) 牛嶋仁, 改正行政事件訴訟法施行後10年の歩み, 比較法雜誌第50卷第3号, 2016, 117頁.

75) 행정소송법 제9조(원고적격) ② 재판소는 처분 또는 재결의 상대방 이외의 자에 대하여 전항에서 규정하는 법률상 이익의 유무를 판단할 때는 해당 처분 또는 재결의 근거가 되는 법령규정의 문언에만 근거할 것이 아니라, 해당 법령의 취지 및 목적과 해당 처분에서 고려되어야 할 이익의 내용 및 성질을 고려한다. 이 경우에, 해당 법령의 취지 및 목적을 고려하는데 있어서는 해당 법령과 목적을 공통으로 하는 관계법령이 있을 때는 그 취지 및 목적도 참작하고, 해당 이익의 내용과 성질을 고려함에 있어서는 해당처분 또는 재결이 그 근거인 법령에 위반하여 이루어진 경우에 침해되게 되는 이익의 내용과 성질 및 이것이 침해되는 태양 및 정도도 감안하는 것으로 한다.

76) 小田急線高架化判決, 最大判平成17·12·7 民集59卷10号2645頁.

77) 다만, 이후에 나온 판결(最一小判平成21·10·15 民集63卷8号1711頁(サテライト大阪事件))에서는 ‘주변환경조화기준’에는 인근주민 등의 개별적 보호이익이 부정된다고 판단하였고, ‘오다큐대법정 판결이 확대했을 가능성을 강하게 제한하려는 자세’를 나타냈다고 평가받고 있기는 하다. 野口貴公美, 위의 글, 48면.

78) 대표판례로, 最判平17(2005)·9·14 民集59卷7号2087頁(在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件).

되고 있다.⁷⁹⁾ 금지소송은 2004년 개정 전에는 범정외항고소송으로서 극히 제한적으로 인정되었으나, 범정소송으로 자리잡은 이후에도 여전히 사후 소송을 원칙으로 하는 행정사건소송법 체계 내에서 예외적으로 사용되고 있다. 그럼에도 불구하고 향후 그 활용가능성에 대한 기대는 높다.⁸⁰⁾

2) 재판소의 행정법해석 변화

행정법에 관한 최근 최고재판소 판례는 기존에 없던 새로운 논리나 개념을 제시하는 경향을 보이고 있다. 이러한 변화의 원인으로는 행정절차법의 제정과 사법제도개혁 등의 외재적 요인도 지목되지만, 재판소의 행정법 해석방법과 관점에 변화가 있었을 가능성도 제기되고 있다.⁸¹⁾ 최고재판소를 비롯한 재판소들이 사법제도 개혁 흐름 속에서의 「행정사건소송법」 개정 취지를 반영하여, 적극적으로 행정판단을 통제하려는 입장을 취하고 있다는 평가도 있다.⁸²⁾ 예컨대, 평등원칙과 비례원칙은 헌법에서도 출할 수 있는 법의 일반원칙으로서 과거에는 주로 암묵적으로 활용되고 현재도 명시적으로 인용된다고 하기 어렵다. 이는 이러한 법원칙을 굳이 명시하지 않아도 설득력 있는 결론을 도출할 수 있고, 법원칙을 명시함으로써 향후 이에 구속되는 것에 대한 거부감이 작용했기 때문으로 보인다.⁸³⁾ 반면, 민법 제1조에서 유래하는 ‘신의칙’과 ‘권리남용금지’는 행정작용을 규율하는 일반원칙으로서 명시적으로 자주 활용되며, 이를 근거로 재량권의 일탈·남용을 판단하거나 국가배상을 인용하는 판례도 증가추세에 있다.⁸⁴⁾

또한, ‘심사기준·처분기준과 이유제시’와 관련하여 최근 판례는 행정절차법상의 개별 규정에 한정되지 않고, 여러 제도 간의 관계를 고려하여 적정절차 보장의 취지를 제대로 구현하려는 방향으로 나아가고 있다. ‘재량심사의 밀도와 방법’에 관해서는 종래의 ‘사회통념’에 의한 심사밀도가 낮은 재량심사에 ‘판단과정통제형’ 심사를 가미한

79) 대표판례로, 最判平21(2009)·12·17 判事2068卷28頁(公文書非開示処分取消等請求事件).

80) 芝池義一, 行政救済法, 有斐閣, 2022, 198頁. 대표판례로, 最判平24(2012)·2·9 民集66卷2号 183頁(都立学校国旗国歌訴訟), 最判平28(2016)·12·89(厚木基地[第4次訴訟])

81) 巨理格, 最高裁の行政法解釈学-解題と試論, 法律時報90卷8号, 日本評論社, 2018, 4頁.

82) 高橋滋, 争訟制度と行政法学 国·自治体の実務を導く行政法の理論, 第一法規株式会社, 2024, 148頁.

83) 巨理格, 위의 글, 7면.

84) 巨理格, 위의 글, 4면.

방법에 관심이 모아지고 있다.⁸⁵⁾

2004년 개정에서 ‘처분성’에 대한 직접적인 개정은 이루어지지 않았지만, 개정 전후로 유연한 구조적 해석을 통해 처분성을 확장하는 다양한 판례가 등장하였다.⁸⁶⁾ 원고 적격과 관련하여 최고재판소는 전술한 제9조제2항에 제시된 지침을 충실히 따르는가 하면, 관계법령의 차이에 따라 개별적 보호이익성의 존재여부를 달리 판단하기는 모습을 보이기도 했다.

변호사 출신으로 대법관을 역임한 타키이(滝井繁男, 재임:2002-2006) 재판관은 원고 적격과 처분성에 관한 일련의 최고재판소 판례 및 당사자소송으로서의 공법상 확인소송의 활용 사안을 평가하면서, 행정소송의 무대가 확대된 것은 분명하며, 사법제도 개혁의 영향을 받은 행정사건소송법 외에도 재량심사, 주민소송, 정보공개소송, 조세소송 등의 영역에서 국민의 구제범위를 넓히고 있다고 언급했다.⁸⁷⁾ 행정법을 전공한 학자 출신의 후지타(藤田宙靖, 재임:2002-2010) 대법관은 재판관의 관점에 변화가 생겼다는 것을 지적한다. 그리고 그 원인으로, 재판관이 의거할 수 있는 법의 일반원칙과 같은 법규범을 행정사안에 원용할 기회가 증가하고 있다는 점과 개별사안의 구체성에 입각한 법해석의 중요성을 인식하게 되었다는 점을 들었다.⁸⁸⁾ 과거에는 고려요소가 지나치게 다양하고 복잡할 경우 1차적 판단권자의 재량을 존중하는 경향이 강했으나, 지금은 개별·구체적 사실관계에 대한 실체적 파악이 재판소 판사들에게 중요되고 있다는 점을 강조했다. 한편 행정법학자인 우가(宇賀克也, 재임: 2019-2025) 재판관은 특히 정보공개법과 국가배상법, 행정절차법 분야를 전문으로 하여 괄목할 만한 판결을 내고 있으며, 이러한 행정법전공 학자 출신의 대법관의 존재도 이러한 변화에 기여하고 있다고 할 수 있을 것이다.⁸⁹⁾

85) 巨理格, 위의 글, 5면.

86) 榊原秀訓, 日本における抗告訴訟の処分性の動向, 서강법학 제12권 제1호, 2010, 47면.

87) 滝井繁男 最高裁判所は変わったか, 岩波書店, 2009, 102·132頁; 巨理格, 위의 글, 5면.

88) 巨理格, 위의 글, 6면. 후지타 재판관은 보충의견이긴 하지만 입법재량심사에 ‘판단과정심사’라는 행정재량심사 기법을 도입하거나, 일명 ‘청사진판결’(最大判 平成20年9月10日 民集62卷8号2029頁)에서 토지구획정리사업의 사업계획에 처분성을 인정하여 이를 부정한 기존의 판결을 42년 만에 변경을 하는 대법정판결을 이끌어내기도 했다.

89) 이혜진, 최근(2020-2021) 일본 행정판례의 동향과 검토, 行政判例研究X XVII-1, 2022, 227·246면.

(4) 판례가 입법에 미치는 영향

위에서 언급한 행정사건소송법의 개정 중 ‘원고적격의 확대’는 기존의 판례 내용을 입법화한 사례로, 행정절차법 역시 판례를 통해 축적된 법리가 입법화된 부분이 많다. 이하에서는 행정절차법에서의 ‘이유제시’와 ‘행정지도’, 행정사건소송법의 ‘원고적격’을 살펴본다.

① 이유제시

행정절차법 제정 이전에 형성된 이유제시(이유부기)와 관련된 판례법리⁹⁰⁾는 개별법이 요구하는 이유의 내용과 그 정도를 해석하는 과정에서 발전해 왔다.⁹¹⁾ 이러한 판례의 내용은 행정절차법 제8조⁹²⁾와 제14조⁹³⁾로 입법화되었으며, 이는 행정법 관계에서 이유제시의 일반화를 가능하게 했다. 입법화 이전에는 개별 법령에 따라 이유제시가 요구되었지만, 입법화 이후에는 사전 행정절차에서 이유부기의 중요성이 행정법 관계 전반에 정착되었다. 이후에는 사전행정청·일반화⁹⁴⁾되었고, 판례법리가 쌓임으로써 사전행정절차에서의 이유부기의 중요성을 행정법관계에 정착시켜 일반법으로서의 입법화의 기초를 마련하게 되었다.⁹⁴⁾ 제8조와 제14조는 이유제시를 지시하고 있을 뿐 어느 정도 구체적으로 제시해야 하는지는 나타내고 있지 않은데, 이것은 판례법리에

90) 最二小判昭和37・12・26民集16卷12号2557頁, 最二小判昭和38・5・31民集17卷4号617頁, 最三小判昭和43・9・17訟月15卷6号714頁, 最三小判昭和47・12・5民集26卷10号1795頁, 最一小判昭和49・4・25民集28卷3号405頁, 最三小判昭和60・1・22民集39卷1号1頁. 각 판결에 대한 상세한 연구는 山崎広道, 処分理由として求められる附記理由の内容, 税法学(576), 2016.

91) 野口貴公美, 行政判例と立法化・法的安定性の観点から, 法律時報93卷8号, 2021, 45頁.

92) 행정절차법 제8조(이유제시) ① 행정청은 신청된 허인가 등을 거부하는 처분을 하는 경우는, 신청자에 대해 동시에, 해당 처분의 이유를 제시하여야 한다. 다만, 법령에 규정된 허인가 등의 요건 또는 공개된 심사기준이 수량적 지표 기타의 객관적 지표로 명확하게 정해져 있는 경우로, 해당 신청이 이에 적합하지 않다는 것이 신청서 기재 또는 첨부서류 기타의 신청내용에서 분명할 때는 신청자의 요구가 있었을 때에 이를 제시하면 충분하다.

93) 행정절차법 제14조(불이익처분의 이유제시) ① 행정청은 불이익처분을 할 경우에는, 그 상대방에 대하여 동시에, 해당 불이익처분의 이유를 제시하여야 한다. 다만, 해당 이유를 제시하지 않고 처분해야 할 급박한 필요가 있는 경우는 그렇지 않다. ② 행정청은 전항 단서의 경우에는 해당 상대방의 소재가 분명하지 않게 된 때 기타 처분 후에 이유를 제시하는 것이 곤란한 사정이 있을 때를 제외하고, 처분 후 상당한 기간 내에 동항의 이유를 제시하여야 한다.

94) 野口貴公美, 위의 글, 45면.

형성되어 있던 ‘이유의 구체성’은 입법화되지 않은 것이라고 하며, 대신 판례법리에 형성되어 있는 이유제시의 구체성의 정도는 통달(通達)을 통해 지시되고 있다.⁹⁵⁾

② 행정지도

행정절차법 제33조⁹⁶⁾는 행정지도에 관련된 규정을 포함하고 있으며 이는 1985년 최고재판결(最三小判昭和60年7月16日民集39卷5号989頁)의 취지를 입법화한 것이다. 이 조항은 애정지도에 대한 법적 틀을 마련하여 행정행위의 투명성을 높이는데 기여하고 있다.

③ 행정소송법상 원고적격

행정사건소송법 제9조제2항은 제3자의 원고적격을 판단할 때, 법원의 고려사항에 관하여 형성되어 있던 판례법리를 행정소송법 개정에 반영하여 법원해석의 ‘일반화’를 가져왔다. 본 조항은 일종의 ‘해석지침’이기 때문에 이러한 법개정의 취지를 재판소에서 어떻게 운용할 것인가에 대해 관심이 모아졌다.

IV. 우리나라 공법·공법학에의 영향

메이지 시대의 법 계수는 일본 공법학 발전의 중요한 전환점이었다. 당시 일본은 독일의 법실증주의와 프랑스의 법전 체계를 도입하며, 공법과 사법의 이원론적 체계를 확립했다. 이 과정에서 프로이센의 입헌군주제를 모델로 한 메이지헌법이 제정되었고, 행정재판소를 설립하여 독자적인 행정소송 제도를 구축하였다. 그러나 이 시기의 일본 공법학은 주로 관료 중심의 법체계와 통치 기술에 초점을 맞췄으며, 국민의

95) 이 통달은 ‘신청된 허인가 등을 거부하는 처분을 하는 경우에 제시하는 이유에 대해서는 ...어떤 사실을 바탕으로 거부처분이 이루어지는지 신청자에게 충분히 인식될 수 있을 정도로 나타낼 것’(第二一五-1, 불이익처분은 第三-三-1)이라는 내용을 담고 있다. 野口貴公美, 위의 글, 44면.

96) 행정절차법 제33조(신청에 관한 행정지도) 신청의 취하 또는 내용변경을 요구하는 행정지도에 대하여, 행정지도를 하는 자는 신청자가 해당 행정지도에 따를 의사가 없다는 취지를 표명했음에도 불구하고 해당 행정지도를 계속하여 해당 신청자의 권리행사를 저해하여서는 안된다.

권리 보장이나 참여는 상대적으로 소홀히 다루어졌다.

한편, 한국도 일본과 마찬가지로 오랫동안 중국의 영향을 받아왔다. 근대적 의미의 행정법학이 한국에 처음 소개된 것은 대한제국 말 개화기에 일본에서 유학한 관비유 학생 장헌식이 집필한 『행정법대의』(1907 혹은 1908)가 출간되면서였다.⁹⁷⁾ 그러나 1910년 일제강점기가 시작되면서 행정법학은 식민통치의 수단으로 전락하였고, 일본 법이 조선의 실무에 적용되었다. 1920년대 일본의 행정법학이 비약적으로 발전했지만, 이는 조선에 충분히 반영되지 않았다. 일본인에 의해 한국의 관습법이 무시되는 경우도 많았으며, 한국인이 법을 배우기 위해서는 일본의 대학으로 유학하거나 경성 제국대학 법문학부에 입학하는 것 외에는 별다른 방법이 없었다. 이 시기의 행정법은 식민지시대 일본 행정법의 경향을 따랐으며, 오늘날에도 여전히 독일행정법의 영향을 강하게 남기고 있다.

제2차 세계대전 이후 일본 공법학은 미국과 영국의 민주적 법치주의 모델을 적극적으로 수용하며 큰 전환을 맞이하였으나, 기존의 대륙법 체제를 대체할 정도는 아니었다. 한국 역시 비슷한 상황으로 일본행정법과 유사한 점이 여전히 많았다. 1945년 일본의 패전과 한반도의 광복이라는 시점에서 당시에 존재했던 행정법은 독일행정법을 계수한 일본행정법이었다.⁹⁸⁾ 1948년 대한민국 정부수립 전후로 민주적 성격의 행정법학을 구축하려는 시도가 있었고, 행정법교과서가 출간되기도 하였다. 하지만, 1950년의 한국전쟁과 1961년의 5·16 군사정변을 통한 군사독재 정권의 성립으로 인해 기존의 식민지 행정법을 완전히 벗어나지는 못했다. 예컨대, 1951년에 제정된 「행정소송법」은 일본에서 1948년에 제정된 「행정사건소송특례법」을 상당부분 모방한 것이었다. 한국전쟁과 그 이후 30여 년간의 군사독재 하에서 일본의 전통적 행정법의 영향은 여전히 강하게 남아 있었다.

새로운 일본국헌법은 국민주권과 기본적 인권의 보장을 중심으로 삼았으며, 헌법 제76조를 통해 특별재판소 설치를 금지하고 일반 법원에 사법심사권을 부여하였다. 이러한 변화는 일본이 중앙집권적인 통치 구조에서 벗어나 지방자치와 권력 분립을 강화하는 방향으로 나아가는 계기가 되었다. 특히 행정절차법 제정은 행정 투명성과

97) 蔡秀卿(編), 위의 글, 119면.

98) 市橋克哉, 《書評》東アジアにおける行政法の生成と展開: 基本原則の比較研究及び共通原則試論, 立命館アジア・日本研究學術年報第3号, 2022, 210頁.

국민 참여를 확대하는 데 중요한 역할을 했으며, 이는 한국의 행정절차법 제정에도 영향을 미쳤다. 일본의 행정법학은 초기에는 독일과 프랑스의 영향을 받아 행정행위론과 공사법 이원론을 중심으로 발전했으나, 전후에는 미국의 행정법 원리를 도입하여 절차적 정의와 법치주의를 강조하는 방향으로 변화하였다. 이러한 변화는 전통적 행정법학 이론의 한계를 극복하고, 행정과정론과 같은 새로운 접근 방식을 도입하는데 기여하였다. 행정과정론은 행정법 체계를 동태적으로 분석하며, 행정행위의 법적 성격뿐만 아니라 전체 행정과정의 적법성과 합리성을 검토하는 데 중점을 둔다. 이는 국민의 권리를 보다 폭넓게 보호하고 행정의 투명성을 강화하는 데 기여하였다.

이와 같은 일본 공법학의 발전은 한국 공법학에도 큰 영향을 미쳤다. 한국은 일본의 법학적 영향을 받으며 초기 근대 행정법학을 도입하였고, 이후 독일과 미국의 법학 이론을 수용하면서 독자적인 체계를 발전시켰다. 일본의 사례는 한국이 민주화와 함께 행정법의 개혁을 추진하는 과정에서도 중요한 참고자료가 되었으며, 특히 행정소송법과 행정절차법의 개정 과정에서 그 영향을 엿볼 수 있다. 일본이 지방분권 개혁을 통해 지방자치권을 강화한 사례는 한국의 지방자치 발전과 분권 논의에서도 유의미한 비교 사례로 활용되고 있다.

V. 나오며

일본법은 폐쇄적이지 않고 개방적이며, 자기완결적·고정적이 아니라 타자수용적·발전적이라는 것을 특징으로 하고 있지만, 외국의 법제도라도 보편적이지 않은 것은 도입하지 않았다고 한다.⁹⁹⁾ 그리고 이러한 일본법의 ‘혼합법’적 성격이 일본법을 다시 특징지우는 것이라 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 이런 관점에서 각국 행정법에 남아있는 공통점과 특수성을 확인하는 것은 보편성과 고유성을 확인하는 작업이기도 하다. 광복으로부터 80여년이 지난 지금 각국의 행정법은 어느 정도의 공통점과 특수성이 있는 것일까. 여전히 그 잔재도 남아있지만, 독자적인 발전을 이루고 있는 부분도 분명히 존재한다.

일본 공법학은 다양한 법제도를 계수하면서 독자적인 법체계를 구축하였고, 이를

99) 田口一, 日本法の中の外国法, 早稲田大学比較法研究所叢書41, 2014, 5頁.

100) 田口一, 위의 글, 5-6면.

통해 현대적 법치주의와 민주주의를 실현하려는 노력을 이어왔다. 행정을 통제와 규제의 대상으로 삼지만, 행정행위론 중심의 전개가 국민들 권리와 이익에 분명한 한계로 존재한다는 인식하에, 행정전체를 일련의 행정과정 안에서 행정작용을 절차화하려는 이해가 다양하게 전개되었다는 점, 그래서 절차의 충실화와 그를 위한 이론들이 발전하게 되었다는 점은 주목할만하다. 사법개혁도 행정개혁을 진행하는 모멘텀에서 이루어진 경향이 있으나, 그 실질적 내용은 학계와 재판실무에서 논의된 사항이 많이 반영되었다. 관례의 내용이 입법화되는 경우도 있었고, 입법(개정)의 취지가 재판에서 판단의 지침이 되는 경우도 있었다. 본문에서는 미처 다루지 못했지만, 정보공개조례의 사례에서 보는 것처럼 지방의 주도로 이루어지는 경우도 없지는 않았다. 또한 경제의 고속성장기의 이면에서 발생한 환경문제의 심각성 때문에 1970년대에는 소위 4대 공해소송이 일어나 그에 대한 법리가 많이 개발되었고, 일본의 자연적·지리적 특성 때문에 일어나는 잦은 재난 때문에 국민의 생명권, 국가의 보호의무, 국가긴급권, 사전예방원칙, 국가책임법 등과 같은 분야에서도 많은 연구가 이루어졌다. 현재의 행정 개혁은 초고령화와 인구감소, 지방소멸문제에 대응하는데 초점이 맞춰져 있다.

한국은 일본 공법학의 영향을 받으며 발전하였지만, 오늘날에는 독일, 미국, 일본 등 여러 국가의 법제도를 참고하여 독창적인 공법학 체계를 구축하고 있다. 이 글에서는 특히 일본의 행정법의 전개과정을 살펴, 공통점과 보편성이 주로 확인되었다고 생각하며, 간접적으로나마 양국가의 독자성과 특수성을 알 수 있었다고 생각하나, 구체적으로 살펴보는 못하였다. 향후과제로 남기며 이를 토대로 보다 실효성 있고 발전적인 법체계를 마련하는 데 도움이 되었으면 한다.

【토론】

“일본 공법학의 전개와 비교법적 의의”에 대한 토론문

민 병 로*

발제자는 일본의 근대화 과정에서 최근에 이르기까지 외국법제의 수용과 공법 체계의 형성 과정에 대해 광범위하게 분석하고 소개하고 있다. 일본에서는 명치유신과 전후개혁에 이은 ‘제3의 개혁’이 1980년대부터 시작되어 90년대에 들어서면서 본격적으로 정치개혁, 행정개혁, 지방제도개혁, 사법제도개혁, 경제구조개혁 등의 제반 개혁이 광범위하게 이루어지기 시작하였다. 명치유신과 전후 시기를 포함하여 80년대 이후의 개혁과 관련하여 발제에서도 행정개혁과 사법제도개혁에 대해 상세히 소개하고 있다.

그런데 발제문의 서론에서 비교법적 관점에서 법제적 공통점과 차이점을 통해 법체계 발전의 새로운 가능성을 제시한다고 했는데, 본문에서는 일본의 제도의 변천 내용만 있지 우리에게 세부적으로 어떤 영향을 미쳤는지도, 그리고 시사점은 무엇인지 친절한 설명이 필요해 보인다. 즉 발제문에서는 “일본의 사례는 한국이 민주화와 함께 행정법의 개혁을 추진하는 과정에서도 중요한 참고자료가 되었으며, 특히 행정소송법과 행정절차법의 개정과정에서 그 영향을 엿볼 수 있다.”고 기술하고 있는데 좀더 구체적으로 2004년 일본의 행정사건소송법의 개정 중 원고적격의 확대, 의무이행소송 등이 우리의 행정소송법 개정에 어떤 영향을 주었는지 설명을 해주었으면 한다. 나아가 1995년 지방분권추진위원회가 발족하여 2010년 해산할 때까지 추진한 지방에 대한 규제완화, 기관위임사무 폐지, 사무·권한 이양 등 지방분권개혁이 우리에게 미친 영향과 시사점이 무엇인지 궁금하다.

마지막으로 일본의 사법제도의 개혁과 관련하여 보충적으로 소개하고 마치고자 한다. 일본의 사법제도 개혁은 1980년대부터 시작된 신자유주의의 기조 하에 추진된 정

* 전남대학교 교수

치개혁, 행정개혁 등의 제반 개혁의 결과, 1990년대 말에는 그때까지 행정에 의존한 사전규제·조정형사회로부터 사후감시·구제형사회로의 전환이 진행됨으로써 사회기반으로서의 사법제도의 정비가 필수불가결하게 됨으로써 사법 전반에 걸쳐 이루어진 것이다. 이와 같은 신자유주의적·규제완화적 사법개혁의 특징은 재판이라는 국가작용을 포함한 사법을 법관, 검찰, 변호사 등에 의한 법률서비스의 제공으로 간주하고, 사법의 수요자인 국민이나 특히 기업의 관점에서 개혁을 추진하였다. 즉 당시의 사법에는 양적 불충분성, 비신속성, 고비용성, 불투명성, 비전문성 등의 관점에서 문제가 있을 뿐만 아니라, 일본경제의 국제경쟁력이나 일본의 국제공헌 능력에도 악영향을 미칠 우려가 있으므로 사법제도 개혁의 필요성이 제기되었던 것이다.

이런 인식 하에 ‘법의 지배’와 ‘헌법상의 개인의 존중과 국민주권’의 실현이라는 이념 하에 그 실현이 개혁의 근본적인 과제로 된 것이다. 먼저 법의 지배의 실현을 위해서는 법조인구의 증가를 비롯한 사법의 규모나 기능의 확대·강화가 필요한데, 이를 위해 사법제도 개혁을 통해서 법조인 증원, 법조양성전문기관으로서 법과전문대학원의 도입, 지적재산고등재판소의 설치, 점진적 법조일원화 등을 추진하였다. 다음으로 헌법상의 개인의 존중과 국민주권의 실현을 위해서는 국민이 ‘통치객체’라는 의식으로부터 ‘통치주체’라는 의식으로 전환이 필요하다는 것인데, 이를 위해 사법제도 개혁을 통해 재판원 제도 등과 같은 국민의 사법참여 제도를 도입하였다. 위와 같은 배경과 이념 속에 진행된 일본의 사법제도 개혁이 우리에게 시사해주는 바를 적시해보면 다음과 같다.

첫째, 사법제도 개혁이 행정개혁, 정치개혁 등의 제반 개혁과의 연결선상에서 헌법상의 기본원리인 ‘법의 지배’와 ‘헌법상의 개인의 존중과 국민주권’의 실현이라는 이념 하에 “국민에게 기반을 둔 사법”을 표방하고 있다는 점이다. 이것은 제도의 성공적인 설계를 위해서는 반드시 그 본질적 요소라 할 수 있는 “이념”이 필요하다는 것을 말해 준다. 그런데 위와 같은 사법제도 개혁 중에서 ‘법의 지배’를 확립하고 담보하는데 있어서 가장 중요하고 시급하다고 할 수 있는 위헌심사제의 활성화에 대한 구체적인 논의나 중심재판소인 최고재판소 기구 개선 등에 대한 방안은 보이지 않았다.

둘째, 국민의 사법참가의 목적은 본래적으로 비민주화 기관인 ‘사법의 민주화’가 아니라, 사법의 국민적 기반을 강고하게 하면서 국민의 사법참가를 확충하기 위한 방안이라는 것이다. 이것은 ‘국민에 기반을 둔 사법’을 ‘사법의 민주화’와는 동일시 할 수

는 없다는 것을 말해 준다. 즉 사법과 국민주권을 연결시킴으로써 정치적 다수자가 국민주권의 이름 하에 사법권을 조작할 위험도 있다는 것이다. 따라서 국민의 사법참가나 법관 임용 등의 개혁에 있어서는 사법의 민주화라는 관점이 아닌 국민주권의 실현으로서의 국민에 기반을 둔 사법을 실현시키기 위한 사법의 투명성과 객관성을 제고한다는 입장에서 접근해야 한다.

셋째, 시민의 형사재판참여 제도인 재판원제의 성공적인 시행을 위해서는 형사소송법 등의 정비를 통한 철저한 준비작업이 필요하다는 점이다. 비전문가인 시민이 생계 활동을 하면서 참여하는 제도인 만큼 재판원에게 부담이 과중되지 않고, 재판원이 그 직책을 충분히 수행할 수 있도록 심리를 신속하고 알기 쉽게 배려해야 한다. 이를 위해 일본의 사법개혁에서는 형사소송법 등의 개정을 통해 재판의 신속화를 위한 연일 개정 및 공판전정리절차 등을 도입하였으며, 지속적으로 제도적 정비작업을 해나갈 것을 예고하였다.

이상으로 우리보다 먼저 사법제도 개혁을 추진하고 그것을 구체화한 일본의 사법제도 개혁의 성과와 과제, 그리고 시사점을 보충적으로 기술해보았다. 향후 보다 세부적인 비교법적 분석이 이루어지길 기대한다.

【토론】

“미국 공법학의 전개와 비교법적 의의”에 대한 토론문

정 하 명*

외국의 헌법 혹은 공법이 우리에게 미친 영향을 찾는 작업은 과거의 희미한 계보를 발굴하려는 고상한 학문적 취미에 불과한 것이 아니라 현재 우리 헌법의 이해를 위해 그 근본을 찾는 것은 물론 우리 헌법을 둘러싼 문제점에 대한 해결책을 찾고 향후 문제 상황에서 보다 신중한 헌법적 결단을 내리는 중요한 자료를 축적하고 올바른 해결책을 도출하기 위해 반드시 필요한 작업이라 할 것이다.

발제자가 주장하는 바와 같이 우리나라 기본권의 발전에 미국 연방수정헌법의 영향력은 지대했다고 할 것이며 이는 비단 몇몇 법조문의 문제나 미국 연방대법원 판결례에 한정된 것이 아니라 전반적이고 망라적인 성격을 가지고 있고 미국 헌법의 대통령제를 비롯한 통치기구론 역시 우리 헌법에 미친 영향도 부정할 수 없을 것이다.

우리나라 헌법재판소의 여러 결정례들에서 미국 연방대법원의 판결에서 제시한 기준들이 명시적으로 인용되거나 명시적으로 인용되지는 않더라도 논리적 유사성으로 깊은 영향을 미친 사례들이 많은 것도 사실인 것으로 파악된다. 그러한 현상은 미국 연방대법원의 판례가 우리나라만이 아니라 세계적으로 거의 비슷한 영향을 미치고 해당 부분에 중요한 준거로 작용하는 경우가 많아서 일어나는 현상이 아닌가한다. 예를 들면 음란표현에 관한 Miller 심사기준¹⁾은 단순히 미국 연방대법원의 심사기준이라기 보다는 보편적 심사기준의 성격을 가지는 것으로 보인다.

우리 헌법 제12조 제1항의 적법절차주의는 미국 연방수정헌법 제5조 및 제14조에서 규정하고 있는 Due Process of Law의 개념을 받아들인 것이라고 하겠지만 우리나라에

* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(S.J.D.)

¹⁾ Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

서는 절차적 적법성을 강조하는 측면이 있고 미국에서는 절차적 적법성과 더불어 실체적 적법성을 강조하는 측면이 있는데 이는 미국 헌법에서 따로 비례의 원칙에 관한 규정이 없기 때문이 아닌가하는 분석도 가능할 것으로 보인다.

우리나라에서 미국 헌법에 대한 논의가 1950-70년대에 집중되어 있다는 비판도 어느 정도 수긍이 되지만 미국 연방대법원의 경우 1950-70년대가 워렌 대법원장(C.J. Earl Warren)과 버거 대법원장(C.J. Warren Burger) 시기로 소위 헌법혁명기(Constitutional Revolution)라고 불릴 정도로 자유권과 평등권을 보장하는 혁신적인 연방대법원 판례가 많았던 시기이며 미국연방대법원 판례 중 우리나라에서 자주 인용되는 판례가 기본권과 관련된 사례가 다수였던 것도 어느 정도 영향을 미친 측면이 있다고 하겠다.

발제자가 구체적으로 언급하지는 않고 있지만 미국 헌법의 영향이 미친 사례는 우리나라 헌법재판소 결정례에만 찾아볼 수 있는 것이 아니고 여러 입법례에서도 무수히 찾아볼 수 있을 것이다. 구체적 사례로는 국회법 제98조의 2)에서 에 대한 개정 논의와 개정과정에서 미국 연방 대법원의 Immigration and Naturalization Service v. Chadha 판결³⁾과 연방의회의 의회심사법률(the Congressional Review Act (CRA))⁴⁾이 많은 참조가 되었다고 할 것이다.

최근 미국 연방대법원 대법관에 공화당계열의 보수인사들이 다수 임명되는 과정을 거치면서 보수계열과 진보계열 대법관을 6:3으로 보고 있고 숫자적 우위를 차지하고 있는 보수파 대법관들에 의해서 연방대법원에서 확고한 것으로 파악되었던 선례들이 파기되는 사례가 많아지고 있다.

2023년 6월 29일 연방대법원은 Students for Fair Admission, Inc. v. President and Fellow of Harvard College⁵⁾에서 미국에서 오랜 기간 동안 인정되었던 소수인종 출신 대학신입생을 위한 배려정책(Affirmative Actions)이 위헌이라는 판결을 하였다.

미국 연방대법원은 2024년 6월 28일 선고된 Loper Bright Enterprises v. Raimondo

2) 국회법 제98조의2(대통령령 등의 제출) ④ 상임위원회는 제3항에 따른 검토 결과 대통령령 또는 총리령이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니한다고 판단되는 경우에는 검토의 경과와 처리 의견 등을 기재한 검토결과보고서를 의장에게 제출하여야 한다. <신설 2020. 2. 18.>

3) 462 U.S. 919 (1983),

4) 5 U.S. Code Chapter 8 - CONGRESSIONAL REVIEW OF AGENCY RULEMAKING.

5) 600 U.S. 181 (2023).

판결⁶⁾에서는 40년 동안 미국 행정법 분야에서 확고히 자리잡은 것으로 여겨졌던 이른바 “쉐브론 원칙(Chevron doctrine)”⁷⁾을 폐기하는 판결을 하였다.

이러한 연방대법원의 판례 변경은 미국에서 채택하고 있던 특정정책에 대한 견해의 변화로 시대상황, 경제상황, 문화적 특이성 등 여러 가지를 고려할 때 우리 헌법학이나 공법학에 미치는 영향은 비교적 제한적이라고 할 수 있을 것이다.

미국 연방대법원이 2022년 6월 24일에 선고한 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 판결⁸⁾과 같이 우리나라에 헌법 법리에 깊은 영향을 미쳤던 신체에 대한 여성의 자기결정권을 인정했던 *Roe v. Wade* 판결⁹⁾을 변경하는 판결은 앞으로 우리나라 헌법학 내지는 공법학에 미치는 영향이 상당할 것으로 예상된다.

미국을 비롯한 선진외국의 사례를 맹목적으로 동경하고 받아들이는 시대는 이미 지나갔고 비록 외국에서 성공했던 법제도라도 우리의 제도로 받아들였을 때 우리가 당면한 문제들에 대한 해결책을 제시해줄 수 있는지에 대한 보다 세심한 연구가 정보의 홍수 시대에 진정으로 필요한 것이 아닌가한다. 외국의 제도를 전체와 부분으로 종합적으로 고려하지 않은 채 특정사건의 해결을 위해서만 도입했을 때 전혀 예상하지 못한 결과로 이어지는 사례도 종종 찾아볼 수 있는 것이 현실이다.

어려운 주제에 대한 발제자의 방대한 분석과 최신 미국 연방대법원 판례의 소개 등을 통하여 많은 배움의 계기가 되었다. 발제자는 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* 판결¹⁰⁾이 앞으로 우리나라 헌법학에 어떤 영향을 미칠 것이라고 예상하는지 질문하면서 미흡하나마 토론에 임하고자 한다.

6) 603 U.S. __ (2024).

7) *Chevron U.S.A. Inv. v. Natural Resources Council, Inc.*, 487 U.S. 837 (1984).

8) 597 U.S. 215 (2022).

9) 410 U.S. 113 (1973).

10) 597 U.S. 215 (2022).

【토론】

토론문

소 은 영*

1. 머리말

헌법과 행정법의 관계가 긴밀하다는 점에는 누구도 이의를 제기할 수 없을 것이고, 일본에서도 공법학이라는 우산 아래 헌법학과 행정법학이 상호 깊이 연관되어 있다는 점도 주지의 사실입니다. 오늘 ‘일본 공법학의 전개와 비교법적 의의-행정법을 중심으로’라는 두 분 교수님의 발제문은 일본 공법학에 관한 역사적 배경과 더불어, 일본에서의 행정개혁과 사법개혁의 영향으로 행정법이 변화·발전해 온 과정과 특징을 잘 짚어주고 계십니다. 그리고 우리나라의 공법(학)에 대하여 특히 행정절차법 제정에 영향을 주었다는 점이 강조되어 있습니다.

발제문에서는 헌법과 행정법 발전과정이 모두 언급되어 있지만, 주로 행정법이 정부의 행정개혁에 맞추어 계속 변화해 온 내용을 개관하고 있습니다. 행정법이 사회변화에 따른 정부의 행정·사법개혁에 의해 점차 변화해 왔던 반면, 헌법은 1948년 일본국헌법이 제정된 이래 개정되지 않고 계속 유지되어 왔기 때문에(Ⅲ.1.), 얼핏 보기에 일본의 헌법학은 비교연구에 매몰되어 있고 일본 헌법을 토대로 한 헌법학은 정체되어 있는 것이 아닌지, 일본의 헌법 또는 헌법학은 이제 비교법 연구의 대상으로서 의의가 미약한 것은 아닌지에 대한 의문이 제기될 법도 합니다.

이에 대하여 일본 헌법의 비교법 연구와 관련하여 일본 헌법의 특징과 헌법학의 동향, 비교법 대상으로서의 일본헌법학, 또는 일본공법학, 행정소송과 헌법소송의 관련성에 관하여 간략히 의견을 말씀드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

* 헌법재판연구원

2. 일본 헌법의 특징과 비교헌법연구의 발달

일본에서 근대 법체계는 메이지유신 당시 독일, 프랑스의 영향을 깊이 받고, 2차 대전 패망 후에는 영미법의 영향이 더해진 것으로 이해하는 것이 일반적입니다. 헌법이 전형적으로 그에 해당하는 사례임은 발제문에도 잘 소개되어 있습니다. 지금도 일본 헌법학에서는 독일, 프랑스, 미국, 영국을 중심으로 일본 헌법과의 비교가 활발히 이뤄지고 있고, 비교헌법연구의 큰 축을 담당합니다. 주지하다시피 1948년 일본국헌법은 제정된 이래 개정된 바가 없고, 독립된 헌법재판소 없이 최고재판소가 법률의 위헌심사권을 갖지만 부수적 규범통제에 그치고 적극적인 위헌심사를 하지 않는 것으로 이해되어, 헌법학의 역동적 변화·발전을 견인하는 계기로는 미약하다고 평가됩니다. 이러한 점은 일본 헌법학자들이 비교헌법연구에 천착하는 계기가 되기도 합니다. 여기에 한 가지 연구주제를 오랜 시간 동안 연구하여 헌법학 중에서도 어떤 한 테마의 전문성을 갖는 연구자가 많은 풍토를 감안하면, ‘좁고 깊게’ 연구대상 국가의 사정과 자신의 연구주제에 대하여 장기간 탐구하는 연구 저작이 축적되어 있습니다.

한편, 90년대 중반 이후 일본에서 말하는 표현으로 ‘글로벌화’의 진전에 따라 헌법학계의 전통적인 비교헌법 방법론도 점차 변화하고 있는 듯합니다. 냉전의 종식과 국제질서의 재편 등에 따라 전통적 비교법 탐구 대상이었던 독일과 프랑스에 더하여 EU 특히 유럽인권재판소의 결정을 탐구하거나,¹⁾ 국제인권규범의 실질적 규범력에 관하여 연구하는 헌법학자들이 증가하고, 혹은 일본 헌법상의 권리와 국제인권규범을 접목하는 연구를 수행하는 학자들도 적지 않습니다. 한편, 비교법 대상을 확장하여 일정 부분 정치적·지리적·문화적 공통점을 갖는 아시아 국가들, 특히 한국과 대만의 헌법학과 판례를 연구하고자 하는 움직임도 볼 수 있습니다.²⁾

3. 비교법 대상으로서의 일본헌법학

방법론으로서의 비교법학은 주로 ‘선진’ 외국의 논의를 배워 국내 학문적 논의를

1) 우선 단행본으로 戸波江二외 편, ヨーロッパ人權裁判所の判例Ⅰ・Ⅱ, 信山社, 2019 참조.

2) 山元一教授講演録, 今、憲法裁判所が熱い!?, 自由人權協會, 憲法の現在, 信山社, 2005 : 欧流と韓流と「日流」と?; 駒村圭吾·待鳥聡史(編), 「憲法改正」の比較政治学, 弘文社, 2016 등.

풍부하게 하고 더 발전시키기 위하여 탐구되고, 인용되는 것이라고 이해되어 왔습니다. 그런 점에서 보면, 적어도 헌법학에서 일본 헌법학 연구는 어쩌면 과거 영향을 받았던 기억을 ‘극복’해야 할 대상이거나, 혹은 이제 효용을 다하였다는 평가를 받을 수도 있습니다.

그러나 관점을 달리해 보면, 헌법학의 연구대상이 성문헌법전으로 국한되는 것만은 아닙니다. 그리고 이제 우리의 비교공법학 연구도 우수한 선진 사례를 흡수하고 배우는 것에 머물러 있지는 않다고 생각합니다. 과거뿐만 아니라 현재도 여타 국가에 비하여 유사한 법체계와 법률이 다수 존재하고, 역사적, 문화적, 지리적 조건이 가깝다는 배경은 개별 법률의 헌법적 비교에 상당한 유용성을 제공할 수 있습니다. 예를 들면, 헌법소송에서 심판대상법률과 유사한 법률의 입법과정을 탐색하는 것은 해당 법률의 입법목적은 분명히 하는 데 도움을 줄 수 있으며, 관련 법률을 둘러싼 적용 및 관련 논의를 검토하는 것도 일정한 의의를 가질 수 있을 것입니다. 헌법재판소 결정례에서 간혹 언급되는, 해외에 심판대상조항과 같은 입법례가 있다거나 혹은 해외에서는 그러한 예를 발견할 수 없다는 설시는 각국의 사정에 대한 이해가 전제될 때 의미가 있다고 생각합니다.

구체적으로 몇 가지 사례를 살펴보면, 선거제도의 연구는 자민당 장기집권 체제와 신규세력의 진입이 극히 어려운 일본의 정치 특성에 일본의 선거제도가 적지 않게 기여하고 있다는 점을 근거로, 더러 일종의 반면교사로서의 시사를 얻을 수 있겠습니다. 한일 양국의 사회현상이 시간차를 두고 유사하게 발생하거나 동시대의 문제 상황을 공유하면서, 초고령화, 인구감소, 지방소멸 대책을 위한 입법의 검토(발제문의 V. 참조), 지방자치법, 개인정보법 등의 시행 현황 및 헌법적합성에 대한 연구를 통한 시사점을 발견할 수 있습니다. 한편, 사법정책의 일환으로 재판제도연구, 형사절차에 관한 비교연구는 공법학에서 활발하게 이루어지지 않는 것으로 보이는데, 절차법 연구로서 행정소송법이 중요하게 다루어지는 만큼, 헌법소송과 더불어 재판제도연구의 일환으로 비교 검토할 수 있을 것입니다. 이때의 연구자료는 학술논문이나 판례에 국한되지 않고 발제문에서도 언급하신 정부 위원회 보고서, 입법자료 등이 광범위하게 활용될 수 있습니다.

한편, 헌정사 연구에서 일본 문헌 연구의 가치가 있음은 긴 설명을 요하지 않을 것입니다. 한국 헌정체제가 성립되는 과정에 관한 자료의 발굴과 이해를 통해, 근대적

의미의 헌법과 법률 성립 과정을 탐구하는 데 도움을 줄 수 있습니다.

4. 헌법학과 행정법학, 헌법소송과 행정소송

일본에서 헌법과 행정법은 함께 공법학 안에 자리잡고 있지만, 일본의 헌법학과 행정법학의 사이에는 작지 않은 간극도 존재하는 것으로 여겨집니다. 물론 일본헌법 제정 과정의 특수성이나 연구대상 및 접근방법의 차이도 있겠지만, 발제문에서 한 가지 주목하고 싶은 것은 “평등원칙이나 비례원칙은 헌법에서 도출할 수 있는 법의 일반원칙으로서 과거에는 주로 암묵적으로 활용되고 현재도 명시적으로 원용된다고 하기 어렵다”는 부분입니다.(Ⅲ.2.3) 이는 헌법에서 도출된다고 설명하는 “법원칙을 명시하지 않아도 설득력 있는 결론을 도출할 수 있고, 법원칙을 명시함으로써 향후 이에 구속되는 것에 대한 거부감이 작용했기 때문으로 보인다”고 분석하고 있습니다.

그 이유는 짐작컨대 행정소송에서 ‘처분이 위법하다’는 결론을 얻기 위해서 굳이 헌법학에서 말하는 ‘비례원칙(협의의 비례원칙)’이나 ‘덜 침해적인 수단이 존재하는가’와 같은 기준을 적용할 필요가 크지 않기 때문인 듯합니다. 2004년 행정사건소송법의 개정으로 발제문에서 언급되었듯이 구체수단이 확충되고 행정소송의 이용빈도도 증가하였으며, 법원이 실질적으로 행정재량통제를 하게 되었다는 의의는 평가할 만하다고 보입니다. 그러나 이러한 개정으로 위헌심사를 심도 있게 할 수 있게 되었느냐 하면 그것은 별개의 문제로 생각됩니다.

행정처분으로 인하여 헌법상 기본권이 과도하게 제한되는지 여부를 판단하는 것이 적합한 사례의 예를 들어봅니다. 초등학교 입학식에서 교장의 기미가요를 반주하라는 직무명령을 거부한 교사에 대한 징계처분이 문제되었던 사안입니다. 최고재판소는 징계처분 취소청구를 기각하고 위 직무명령은 일본 헌법 제19조(사상 및 양심의 자유)에 위반하지 않는다고 판단하였습니다.³⁾ 그러나 당해 처분을 한 사유를 검토하면서 헌법상 보호되어야 할 사상 및 양심이란 어떤 것인가의 논의가 선행되었어야 했다는 후지타 재판관의 반대의견은 헌법학에서 의의가 있다고 할 것입니다.

일본의 행정법학에 과문하여, 혹시 비례원칙과 같은 헌법상의 원칙이 행정소송에서 활발히 원용되지 않고 있는 다른 이유가 있는지, 일본의 행정법학계에서 행정소송에

3) 最高裁(第三小), 2007年2月27日, 平成16(行ツ)328, 民集 第61卷1号291頁.

헌법상 원칙을 활용할 필요성이 논의되고 있는지 궁금하였습니다.

5. 맺음말

비교법 연구의 어제, 오늘 그리고 내일이라는 오늘의 주제를 돌아볼 때, 일본 공법학의 비교연구는 과거 일본법의 영향이 지대했던 시기를 지나 이제 한국 공법학을 구축하고 있으며, 앞으로도 여러 국가와의 비교연구를 활발히 할 것이라고 생각합니다. 외국과 한국의 문제 발생의 시간차가 거의 없는 연구주제들도 적지 않으며, 비교법 연구를 통하여 타국 법체계의 계수가 아닌 지식과 논의의 상호 교환도 증가할 것으로 예상됩니다. 앞으로 공법학과 공법실무에서 비교연구 주제와 유형이 다양하게 전개되기를 기대합니다.