



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

영국 인권법이 사법심사청구소송에
미친 영향에 대한 연구

2018년 2월

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
한 성 민

영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향에 대한 연구

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

한 성 민

한성민의 석사 학위논문을 인준함

2017년 12월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

영국은 전통적으로 의회주권과 법의 지배를 토대로 하여 의회 중심의 헌정 구조가 발달하였다. 이는 행정에 대한 사법적 통제로서 사법심사청구소송을 정당화하면서도, 법원이 소극적·제한적으로 심사하도록 하여 개인의 권리구제 측면에서는 미흡한 문제가 있었다.

20세기 후반 유럽인권협약 체계와의 상호작용은 영국 사법심사청구소송이 권리구제 측면에서 부족하다는 점을 더욱 드러나게 하는 계기가 되었다. 영국 법원은 판례의 발전을 통해 유럽인권법원의 기준을 맞추고자 시도하였으나 권리구제가 아닌 적법성 통제 중심의 제도로는 한계가 있었다. 이에 영국은 1998년 영국 인권법을 제정하여 유럽인권협약을 수용하였다.

영국 인권법은 성문의 협약상 권리를 인정하여 모든 국가권력이 협약상 권리에 기속됨을 선언하고 공적 기관으로부터 협약상 권리를 침해받은 개인에게 사법심사청구소송을 비롯한 구제절차를 제공한다. 인권법 사법심사청구소송은 권리침해 자체를 위법성의 사유로 인정하고, 그 심사척도로서 종래의 웬즈베리 원칙 대신 비례원칙을 적용하며, 문서제출명령과 증인신문과 같은 증거조사도 이전보다 적극 활용한다는 점에서 일반 사법심사청구소송보다 권리구제를 강화한 것으로 평가된다.

우리나라의 경우 행정작용에 대한 구제절차가 형식적으로는 항고소송과 헌법소원으로 이원화되어 있지만 실질적으로 항고소송이 거의 유일한 구제절차로 운용되고 있음에도 불구하고, 항고소송에서 기본권에 대한 고려는 충분히 이루어지지 못하고 있다. 개인의 실효적 권리구제는 물론 현행 법제의 정당성을 위해서도, 항고소송이 단순히 법률상 권리의 침해 여부를 판단하는 절차가 아니라 기본권의 침해 여부까지 판단하는 절차라는 점에 대한 더 큰 관심과 연구가 필요하다.

주요어 : 영국 인권법, 사법심사청구소송, 유럽인권협약, 의회주권, 항고소송, 헌법소원

학 번 : 2013-23345

목 차

국문초록

연구의 목적	1
연구의 범위	5
제1장 예비적 고찰	7
제1절 Dicey의 전통적인 공법사상	7
I. 의회주권	8
1. 의회의 입법전능	8
2. 의회의 입법독점	10
II. 법의 지배	11
II. 일원화된 자기교정적 민주체제	13
제2절 영국 사법심사청구소송 제도의 형성	14
I. 대권행정기관과 법정행정기관의 이원화	14
II. 통상적 구제와 대권적 구제의 혼화	15
III. 사법심사청구소송 제도로의 일원화	17
제3절 인권법 이전 사법심사청구소송의 특징	19
I. 객관소송적 요소	19
1. 적법성 통제와 권한유일 법리	19
2. 넓은 원고적격	20
II. 소극적·제한적 심사	22
1. 배경적 요소	22
가. 엄격한 문언해석	22
나. 사법심사와 전면심사의 구분	23
2. 실체적 측면	24
가. 주관적 재량 논쟁	24
나. 웬즈베리 비합리성 원칙	26
다. 잔여적 자유 개념	27

3. 절차적 측면	28
가. 사법심사배제조항	28
나. 사실인정과 증거조사의 제한	30
제2장 유럽인권협약과 영국 인권법의 제정	31
제1절 유럽인권협약으로 인한 변화 및 한계	32
I. 의회주권의 완화	33
II. 유럽인권협약에 대한 법원의 대응	36
1. 사법적 수용의 거부	36
2. '근본적 권리'의 인정	38
3. 심사척도 및 심사강도의 강화	41
III. 발전의 한계	43
제2절 영국 인권법의 제정 및 메커니즘	44
I. 영국 인권법의 제정	44
II. 영국 인권법의 주요 메커니즘	46
1. 협약상 권리의 도입	46
2. 협약합치적 해석과 협약불합치선언	48
3. 협약상 권리의 침해와 구제	51
제3장 인권법 사법심사청구소송	53
제1절 원고적격	53
I. 원고적격의 요건	53
II. 좁아진 원고적격의 보완	56
1. 제3자 참가제도	57
2. 인권위원회의 독립 제소 및 참가 권한	58
제2절 대상적격	59
I. 대상적격의 요건	59
II. 공적 기관의 의의 및 범위	61
1. 공적 기관의 확장 및 구분	61
2. 핵심 공적 기관	62

3. 혼합 공적 기관	64
4. 외주화 부문에 대한 논쟁	66
제3절 심사척도 및 심사강도	69
I. 비례원칙	69
1. 유럽인권법원의 비례원칙	69
2. 영국 법원의 비례원칙	71
3. 비례원칙에 대한 논쟁들	74
가. 비례원칙의 적용방법	74
1) 단계적 판단과 전체적 판단	74
2) 필요성 원칙의 판단방식	76
나. 비례원칙 심사의 법적 성격	79
다. 비례원칙과 웬즈베리 원칙의 관계	82
II. 행정존중 법리	83
1. 유럽인권법원의 판단여지 법리	83
2. 영국의 행정존중 법리	84
제4절 증거조사	86
제4장 평가 및 시사점	89
제1절 영국 사법심사청구소송의 발전과 변화	89
I. 권리구제의 강화	89
II. 공법소송의 특수성 유지	91
III. 일원화된 공법적 권리구제체계의 완비	92
제2절 우리나라에의 시사점: 항고소송에서의 기본권 고려	93
I. 배경 : 행정작용에 대한 이원화된 권리구제체계	93
II. 항고소송에서의 기본권 고려의 현황	96
III. 항고소송에서의 기본권 고려의 필요성	99
1. 항고소송의 제도적 장점	100
가. 심리절차	100
나. 제소기간	102
2. 항고소송의 일반성 · 종국성	103

가. 원칙적 구제수단으로서 항고소송	103
나. 종국적 구제수단으로서 항고소송	103
3. 소결	104
IV. 항고소송에서의 기본권 고려의 방향	105
1. 원고적격의 확대	105
2. 기본권합치적 법령해석을 통한 권리구제	107
3. 비례원칙의 체계화	110
V. 소결	112
제5장 요약 및 결론	113
제1절 요약	113
제2절 결론	115
참고문헌	117
Abstract	122

연구의 목적

행정소송의 기능과 목적을 어떻게 이해할지, 즉 행정의 적법성 통제를 위한 것인지, 개인의 권리구제를 위한 것인지에 대한 논의¹⁾는 오래되었다. 우리나라의 경우 종래 공법소송으로서 행정소송을 민사소송·주관소송과 다르지 않게 이해하면서 행정에 대한 사법적 통제가 완결성을 갖추지 못함은 물론 개인의 권익 보호에서도 부족한 측면을 드러내었다. 따라서 우리나라에서 행정소송의 발전에 대한 논의는 주로 주관소송에 치우친 이해를 극복하고 객관소송적 요소들을 재발견하는 방향으로 이루어졌다.²⁾

행정소송의 적법성 통제 이념과 권리구제 이념은 상호 결합하여 행정소송 발전을 견인해 왔다. 민사소송과 달리 국가의 행위를 통제한다는 행정소송의 객관소송적 측면이 원고적격이나 심리의 범위를 넓히면서 행정소송의 외연을 확장하는 데 기여하였고, 국가의 내부적 통제를 넘어서 개인의 권리를 실현하는 과정이라는 주관소송적 측면이 심사강도와 심리절차를 실질화하면서 행정소송의 중심을 강화하는 데 기여해 왔다고 볼 수 있다. 후자의 경우 행정소송을 통하여 주권자이자 기본권의 주체인 국민이 기본권의 수범자인 행정에 대하여 권리를 실현하다는 측면이 법원으로 하여금 권력분립이라는 한계를 넘어 행정의 판단에 일정 정도 이상으로 개입할 수 있도록 하는 정당성을 제공한다.

행정소송의 권리구제 측면에서 중요한 것은, 행정작용에 의해 권리를 침해받아 구제받고자 하는 개인에게 공법적 권리구제체계를 통틀어 실효적인 권리구제절차가 제공되는지 여부이다. 어떤 절차에서, 어떤 권리를, 누구에게

1) 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 539-540면, 649면 참조.

2) 朴正勳, 인류의 보편적 지혜로서의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 116면 이하; 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰 : 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 74면; 최계영, 항고소송에서 분안판단의 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로, 행정법연구, 2015. 7., Vol.40, 110면 이하 참조.

주장할 수 있으며, 권리침해 작용의 위법성을 어떤 기준에 따라 어떤 강도와 방식으로 심사받을 수 있는지 여부의 문제는 개별국가의 법체계나 정치적·역사적 배경에 따라 다를 것이다. 다만, 하나 또는 복수의 절차를 통하여 법치주의 이념에 부합할 수 있는, 절차적·실체적 측면에서 완결된 형태의 권리구제절차가 제도적으로 완비되어야 한다는 점은 분명하다.

영국은 우리나라의 항고소송에 상응하여 사법심사청구소송(claim for judicial review; CJR) 제도를 두면서 그 주된 기능과 목적이 행정의 적법성 통제에 있다는 입장을 견지해 왔다. 이는 영국의 전통적인 공법사상인 의회주권과 법의 지배에 따른 것으로, 사법심사청구소송을 행정이 의회의 의지의 산물인 법을 준수하는지 여부를 감독하기 위한 것으로 본 것이다. 이러한 맥락에서 사법심사청구소송의 원고적격은 매우 넓게 인정되었으나, 본안심사에서 행정작용의 위법성을 심사함에 있어서 권리침해에 대한 고려가 상대적으로 적게 이루어지고 심사강도 또한 낮게 형성되었다. 때때로 권리 자체를 인정받지 못하는 경우도 있었다. 그러나 20세기 후반 행정작용의 양적·질적 증가와 개인의 권리의식 성장에 따라 종래의 사법심사청구소송은 권리구제 측면의 한계를 드러내었고, 비판받았다. 특히 유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 체계와 상호 작용하면서 영국은 의회주권의 전통에서는 상상하기 어려웠던 '근본적 권리'(fundamental right)의 개념을 서서히 받아들이기 시작했고, 그러한 권리를 충분히 보장할 수 있는 방향으로 사법심사청구소송이 변화되어야 한다는 주장이 대두되었다.

위와 같은 종래의 사법심사청구소송 제도의 한계를 극복하기 위하여, 1998년 영국은 「인권법」(Human Rights Act 1998³⁾, 이하 '인권법')을 제정하여 유럽인권협약을 국내법으로 수용하기에 이르렀다. 인권법은 협약상 권리에 기본권 유사의 지위를 인정하고, 개인이 협약상 권리를 침해받은 경우 사법심사청구소송을 비롯한 구제절차를 이용할 수 있도록 하였다. 또한 권리침해

3) 정식명칭은 「An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights」이다.

자체를 종래의 권한유월과는 별도의 독립된 위법사유로 주장할 수 있고, 그 위법성 여부는 종래의 낮은 강도의 웬즈베리 비합리성 원칙이 아닌 강화된 심사척도인 비례원칙에 따라 심사받을 수 있게 되었다. 이로써 영국의 사법심사청구소송 제도는 종래 운용되어 오던, 적법성 통제에 초점을 둔 사법심사청구소송(이하 '일반 사법심사청구소송')과 더불어 인권법에 기초한, 상대적으로 권리구제를 중요시하는 사법심사청구소송(이하 '인권법 사법심사청구소송')이라는 병렬적인 형태를 갖게 되었다.

우리나라에서 객관소송의 관점을 통해 행정소송의 외연을 확장하는 것도 공법소송으로서 행정소송의 정체성을 확립하는 데 필수적이지만, 사인(私人) 간의 권리의무관계에 기초한 민사소송과 달리, 기본권의 수범자인 행정에 대한 공법적 권리구제수단으로서 행정소송을 완비하는 것도 행정법의 중요한 과제일 것이다. 특히 의견상으로는 항고소송과 헌법소원으로 이원화되어 있으나 항고소송이 사실상 유일하다고 평가할 수 있을만한, 원칙적·종국적 권리구제절차로 운용되고 있는 상황에서, 항고소송에서 기본권에 대한 고려와 보호가 충분히 이루어지고 있는지를 재검토해 볼 필요가 있다. 이러한 관점에서 영국의 인권법 제정과 인권법 사법심사청구소송의 운용은 우리나라의 공법적 권리구제체계를 되돌아보고 나아갈 방향을 제시해 주는 하나의 사례가 될 수 있을 것이다. 더욱이 인권법은 그 자체로 영국의 사법심사청구소송 제도에 상당한 실무적·이론적 변화와 논쟁을 가져왔음에도 불구하고⁴⁾, 우리나라에서는 헌법, 민법, 형법 분야에서 연구가 진행되었을 뿐⁵⁾, 행정법 분

4) 인권법은 영국 행정법에 가장 광대하고 심도 깊은 영향을 미친 법제 개혁으로 평가받고 있다(H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p.147 참조).

5) 민법 영역에서는 윤진수, 영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향, 서울대학교 법학, 2002, Vol.43(1), 125-158면; 이노홍, 기본권의 새로운 논의 ; 영국 기본권의 수평적 효력이론에 관한 고찰, 홍익법학, 2014, Vol.15(1), 57면 이하 등, 헌법 영역에서는 김광수, 영국의 인권법과 인권기관, 유럽헌법연구, 2011, Vol.9, 33-60면; 김연식, 영국 인권법 도입 이후 사법심사의 현재와 전망, 성신법학, 2014, Vol.14, 73-92면; 임종훈, 영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제 -2000년 인권법 시행 이후의 변화, 세계헌법연구, 2010, Vol.16(3), 833면 이하; 김대순, 영국의 의회주권: 변화가

야에서는 아직 본격적인 연구가 이뤄진 적은 없다.

이러한 배경에서 이 글은 영국 인권법이 사법심사청구소송에 미친 영향을 인권법 이전 사법심사청구소송 제도의 특징과 한계, 인권법의 제정 배경과 메커니즘, 인권법상의 사법심사청구소송의 제도적 특징을 중심으로 소개하고, 영국의 사례에 비추어 우리나라 현행 항고소송이 기본권 고려·보호의 관점에서 공법적 권리구제수단으로서 충분한 완결성을 갖출 수 있도록 보완할 필요가 있음을 검토해보고자 한다.

보이나?, 법학연구, 2015, Vol.25(4), 263면 이하 등, 형법 영역에서는 김한균, 형사사법개혁의 인권적 차원 -1998년 인권법이 영국형사사법체계에 미친 영향, 민주법학, 2006, Vol.31, 247면 이하 등의 연구가 이루어졌다.

연구의 범위

이 글은 인권법 사법심사청구소송에 대한 연구이자, 영국 사법심사청구소송의 발전, 특히 행정의 적법성 통제의 관점으로부터 개인의 권리구제의 관점에서의 이동에 대한 연구이다. 논의는 크게 인권법 제정 전 영국의 전통적인 공법사상이 영국의 사법심사청구소송을 어떤 모습으로 발달시켰는지, 그리고 영국이 유럽인권협약 체계에 들어간 이후 종래의 일반 사법심사청구소송이 어떤 한계를 드러냈는지, 인권법 제정 이후 인권법 사법심사청구소송은 어떻게 운용되고 있는지로 나누어 이루어질 것이다. 그 후 영국의 경험을 통해 우리나라의 항고소송을 권리구제의 관점에서 재검토해본다.

제1장에서는 인권법에 따른 변화를 이해하기 위한 전제로서, 영국의 전통적인 공법사상의 내용과 그에 따른 사법심사청구소송 제도의 특징을 살펴본다. 제1절에서는 Dicey가 주장한 의회주권과 법의 지배로 구성된, 의회 중심의 일원화된 자기교정적 민주체제 모델의 내용과 특징을 소개한다. 제2절에서는 사법심사청구소송 제도의 발전과정을 간략히 정리하고, 제3절에서는 Dicey의 전통적인 공법사상으로 인하여 사법심사청구소송이 적법성 통제에 중점을 둔 소극적·제한적 심사로 발달하였음을 밝힌다.

제2장에서는 인권법의 제정 과정과 주요 메커니즘에 대하여 살펴본다. 제1절에서는 영국 법원이 인권법의 모체인 유럽인권협약에 부합하기 위하여 사법심사청구소송에서의 권리구제를 강화하고자 보인 변화와 한계를 정리한다. 제2절에서는 위 내용과 더불어 인권법의 제정 배경 및 과정을 소개하고, 인권법상의 사법심사청구소송의 제도적 특징을 이해하기 위하여 인권법의 전체적인 메커니즘, 즉 협약상 권리에 대한 기본권 유사 지위의 인정, 협약합치적 법률해석과 법률에 대한 협약불합치 선언판결, 공적 기관의 협약상 권리 준수 의무와 침해에 대한 구제수단 등을 개관한다.

제3장에서는 인권법 사법심사청구소송 제도의 주요 요소로서 원고적격, 대상적격, 심사척도와 심사강도, 증거조사에 대하여 살펴본다. 제1절에서는 협

소해진 원고적격 요건인 '피해자'의 의미와 원고적격의 제한을 보완하는 제도적 장치들을 소개한다. 제2절에서는 대상적격의 요건인 '공적 기관'의 의미와 구체적인 범위를 현대의 인권 침해 양상의 특수성 내지 공적 기능의 수행방식의 변화의 관점에서 검토한다. 제3절에서는 새로운 심사척도로 주목받은 비례원칙이 정착되는 과정, 비례원칙의 구체적인 의미에 대한 논쟁, 비례원칙과 함께 나타난 행정존중 이론을 다룬다. 제4절에서는 인권법 사법심사청구소송에서 법원의 역할 강화와 함께 나타난 증거조사의 강화로서 문서제출 명령과 증인신문의 활성화에 대하여 설명한다.

제4장에서는 인권법이 사법심사제도에 가져온 변화를 평가하고, 영국의 사례가 우리나라에 주는 시사점을 살펴본다. 제1절에서는 인권법 제정으로 영국 사법심사청구소송의 권리구제 기능이 강화되었다는 점, 그러나 공법소송으로서의 특수성은 여전히 유지되고 있는 점, 일반적인 위법성과 기본권 침해 여부를 한 번에 심사받을 수 있는 일원화된 공법적 권리구제체계를 완비한 점에 대하여 설명한다. 제2절에서는 우리나라의 항고소송이 원칙적·종국적 권리구제절차임에도 상대적으로 기본권에 대한 고려가 부족함을 보이고, 항고소송에서 기본권에 대한 고려가 어떤 측면에서 이루어질 수 있는지에 대하여 검토해본다.

제5장에서는 이 글의 전체적인 논의를 요약하고 연구의 결론을 도출한다.

제1장 예비적 고찰

Dicey는 영국에는 프랑스의 'le droit administratif'와 같은 행정법이 존재하지도 않고 영국의 전통에 부합하지도 않는다고 주장하였지만⁶⁾, 그럼에도 그는 오늘날까지 영국 행정법 교과서의 이론적 전개의 출발점이 되고 있다.⁷⁾ Dicey가 정리한 영국의 의회주권과 법의 지배라는 공법사상은, 한편으로는 근거로서 다른 한편으로는 극복의 대상으로서 영국의 행정법과 사법심사청구소송의 형성과 발전의 한가운데에 위치해 왔다. 따라서 영국의 행정법의 과거와 현재를 이해하기 위해서는 먼저 Dicey의 전통적인 공법사상을 이해하여야 한다.⁸⁾ 이 chapter에서는 제2장과 제3장에서 설명할 변화를 이해하기 위한 전제로서, 영국의 전통적인 공법사상의 내용이 무엇인지, 그 사상이 우리나라의 항고소송에 상응하는 영국의 사법심사청구소송을 어떤 모습으로 발달시켰는지 살펴본다.

제1절 Dicey의 전통적인 공법사상

Dicey의 공법사상은 영국의 헌정(憲政) 전통에 대한 '한 학자의 설명' 수준에 그치지 아니하고 영국의 법학 및 법실무에서 '규범, 법원(法源), 기본도구'로서 기능해 왔다.⁹⁾ 성문의 헌법전을 갖지 않은 영국이었기 때문에, Dicey의

6) A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.198 참조.

7) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, Administrative Law, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p.17 이하; Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.4 이하; Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.4 이하; Peter Cane, Administrative Law, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.35 이하 참조.

8) Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.4 참조.

9) A. V. Dicey, 안경환 · 김종철 역, 헌법학입문, 경세원, 1993, 로저 미세너 서문 8-9면 참조.

이론의 힘은 그만큼 더 강력할 수 있었다. Dicey는 역사적 분석을 통하여 영국의 헌정제도의 2가지 주요한 특징으로 의회주권¹⁰⁾과 법의 지배¹¹⁾를 꼽았다.

I. 의회주권

1. 의회의 입법전능

영국에서 국가의 최고권력인 주권은 바로 의회에 있다고 하는 원칙을 바로 '의회주권'(parliamentary sovereignty)이라고 한다.¹²⁾ Dicey는 의회주권의 내용을 첫째, 의회는 어떤 법이든 제정하고 폐지할 권한을 갖고, 둘째, 의회가 아닌 다른 사람·기관은 의회의 제정법을 무효로 만들 수 없다는 점으로 설명하였다.¹³⁾ Craig는 이와 같이 의회가 법률 제정에 대하여 내·외적으로 제한 없는 권한을 갖는 점을 '입법전능'(legislative omnipotence)으로 지칭한다.¹⁴⁾

¹⁰⁾ A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.37 참조.

¹¹⁾ A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.179 참조.

¹²⁾ 다만, 이때의 '의회'는 우리가 통상 이해하는 의회와는 다른, 영국의 헌정 전통의 특수성을 반영한 개념이라는 점에 유의하여야 한다. 즉, 시민혁명을 통해 국왕의 주권을 의회가 넘겨받은 역사적 현실을 반영하여 이때의 의회는 'King(Queen) in Parliament', 즉 국왕(King/Queen)과 상원(House of Lords)과 하원(House of Commons)이 결합된 개념이다(A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.37 참조). Dicey는 국왕의 율령, 상원 또는 하원의 단독 결의 등은 의회의 제정법과 다르고, 전자들은 의회의 주권에 대적할 수 없는 것으로 분석하였다(A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.48-58 참조).

¹³⁾ A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.37-38 참조.

¹⁴⁾ Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, pp.13-14 참조.

의회가 아무런 제한 없는 입법권을 갖는다는 점은 성문헌법을 가진 우리나라의 시각에서는 선뜻 이해하기 힘든 부분이다. 성문헌법을 가진 우리나라의 경우 의회의 입법권도 헌법제정권력이 만든 헌법으로부터 비로소 도출되고 입법권의 행사는 헌법의 내용에 구속된다. 의회가 다른 국가기관에 비해 민주적 정당성을 강할지라도, 의회 또한 삼권으로 분리된 국가권력의 한 부분으로 헌법적 통제 하에 놓인다. 또한 국가의 주권은 의회가 아닌 국민에게 있고, 의회는 독립된 주권체가 아니라 국민의 의사결정을 대신하는 대의기관에 그친다.

그러나 Dicey는 영국의 헌정 전통에 비추어 영국의 주권이 의회에게 있다는 점은 — 적어도 법적으로는 — 명백한 사실이라고 보았다.¹⁵⁾ 의회가 국왕의 왕위계승에 관한 1701년 「왕위계승법」(Act of Settlement)을 제정하고 나아가 스스로 자신의 임기 연장에 관한 1715년 「7년법」(Septennial Act)을 제정하였다는 역사적 사실에 비추어 볼 때, 의회는 유권자의 대리인 내지 수탁자에 그치는 것이 아니라 국가의 최고입법기관이라는 것이었다.¹⁶⁾

이러한 의회의 입법전능은 의회 대 정부/국왕, 의회 대 법원의 관계에서만 적용되는 것이 아니라 당대의 의회 대 후대의 의회의 관계에도 영향을 미친다. 따라서 어떤 의회도 특정 법률을 통하여 다른 의회의 입법권을 구속할 수는 없다.¹⁷⁾ 특정 의회나 특정 법의 다른 의회나 다른 법에 대한 우월성이 인정되지 않기 때문에, 의회는 선재하는 법률의 내용이 무엇이든 법률을 개정할 수 있고, 법률들의 내용이 중요성 측면에서 다소 간의 차이가 있을지라도 그들 사이에 헌법과 법률과 같은 효력의 차이는 인정되지 않는다.¹⁸⁾ 따라서 헌법상의 기본권 규정과 같이 의회를 포함하여 국가기관의 권한행사를 한계지우는, 의회가 폐지할 수 없는 성질의 규정을 상정할 수 없다. 이와 더불어 의회가 제정한 법률을 다른 기관인 법원이 무효화할 수도 없기 때문

15) A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.66 참조.

16) A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.39-46 참조.

17) A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.62-65 참조.

18) A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.84-86 참조.

에¹⁹⁾ 우리나라와 같은 위헌법률심사제도 또한 존재할 수 없다.

2. 의회의 입법독점

영국의 의회 중심적인 헌정 전통의 영향력은 단지 입법 측면에만 국한되지 않았다. 의회가 단순한 대의기관, 입법기관에 그치는 것이 아니라 주권자였기 때문에 국가의 모든 공권력 행사는 의회로부터 정당성을 부여받고 감독되어야 했다. 즉, “의회는 입법부 이상의 것이며, 국민의 가장 심원한 확신의 표현이며, 국민의 기반에 놓여 있는 통일성을 현시한다.”²⁰⁾ Craig는 이러한 특징을 의회의 '입법독점'(legislative monopoly)으로 설명한다.²¹⁾

우리나라에서도 법치주의에 따라 국가의 공권력 행사는 그 정당성을 법으로부터 획득하고 동시에 법에 의해 한계를 부여받는다. 그러나 성문헌법과 삼권분립에 따라 행정이 의회에 대해 기속되는 것에 앞서 의회를 포함한 모든 국가권력 헌법에 기속되고, 행정이 기속되는 법에는 의회가 제정한 법률 외에 헌법도 포함된다. 행정처분을 다투는 항고소송에서도 법치주의에 따른 법률적합성 원칙, 법률유보 원칙 등이 중요한 기능을 담당하지만, 항고소송을 의회의 뜻을 지키기 위한 것이라고 설명하는 것은 이례적이다.

그러나 영국 의회의 입법독점은 삼권분립구조에서의 입법부보다 의회에 더 강한 지위를 부여하고, 입법·행정·사법의 관계도 의회 중심으로 형성되게 하였다. 행정은 의회의 뜻을 집행하는 기관으로서 행정이 권한을 부여받는 이유 또한 여기에 있고, 따라서 행정은 의회의 뜻을 어기지 않고 올바르게 집행하여야 한다.²²⁾ 행정의 권한행사를 법원이 통제하는 사법심사의 정당

19) A. V. Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.86-87 참조

20) Chrimes, 이세구 역, 영국헌정사, 1974, 일조각, 73면(양승두·이동과·김영삼·전형성, 영미공법론, 길안사, 1997, 119면에서 재인용)

21) Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, p.20 참조.

22) Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, p.21 참조.

성 또한 의회가 행정에게 권한을 부여하면서 함께 부과한 한계를 행정의 준수하도록 '감독'(police)하는 것으로 설명된다.²³⁾ 그러나 사법적 통제는 결코 행정에 대한 통제의 주된 방식이 아니다. 행정에 대한 통제의 주된 권한은 행정에게 직접 권한을 부여한 의회에게 있다. 즉, 행정에 대한 정치적 통제가 사법적 통제에 우선한다.²⁴⁾

II. 법의 지배

Dicey는 법이 없다면 왕도 명령도 존재하지 않는다는 법의 지배를 영국의 헌정 전통의 두 번째 특징으로 제시하였다.²⁵⁾ 이는 크게 3가지의 하위 원칙으로 구분된다.²⁶⁾

첫째, 누구도 일반법원(ordinary Court)에 의해 정립된 법을 위반하지 아니하는 한 형사처벌을 받거나 신체·재산상의 손해를 부담하지 아니한다.²⁷⁾ Dicey는 1789년 프랑스혁명 이전에 이미 영국이 유럽대륙의 국가들에 앞서 법의 지배를 통해 전제군주의 자의적인 권한행사를 제한하고 개인의 권리를 보호해 왔기 때문에 법의 지배가 영국 헌정제도의 특징이라고 생각하였다.²⁸⁾ 의회와 법원이 함께, 왕으로 대표되는 행정에 대항하는 것은 영국의 전통적

23) Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, pp.21-22 참조.

24) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law - Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts und des Human Right Act 1998, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S. 35 참조(이하 부제는 생략하고 본제 목만 표시한다).

25) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.179 참조.

26) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.183 참조.

27) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.183 참조.

28) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.183-188 참조.

인 '균형된 정체'(balanced constitution)의 모습이다.²⁹⁾

둘째, 누구나 지위·신분에 상관없이 일반법(ordinary law)을 따르고 일반법원의 관할 하에 놓인다.³⁰⁾ Dicey는 프랑스에서 공무원이 공무원법에 의하여 일반법 및 일반법원의 관할의 적용을 받지 않는 것과 달리 영국의 공무원은 일반 국민들에게 적용되는 법에 더하여 추가적으로 공무원법을 적용받고 권한을 벗어난 위법행위에 대하여는 일반 국민과 동일하게 민·형사책임을 부담함으로써 법 앞의 평등이 실현된다고 보았다.³¹⁾ 이러한 관점에서 Dicey는 프랑스의 행정법의 중점이 공무원의 위법한 행위에 대한 보호에 있다고 이해하였고³²⁾, 이러한 의미의 행정법은 공무원의 권한행사도 일반법원의 심사대상이고 만약 법의 수권범위를 벗어나 위법하다면 공무원도 책임을 면할 수 없는 영국의 전통상 받아들일 수 없는 것일 뿐만 아니라 개인의 보호 측면에서 바람직하지 못한 것이었다.³³⁾ 그러나 Dicey가 자랑하던 '법 앞의 평등'의 적용범위는 어디까지나 지방에 산재하는 행정기관에 한정되었고, 왕을 중심으로 하는 중앙정부에 대해서는 1947년 「국왕소추법」(Crown Proceeding Act) 제정 이전까지는 재판관할이 인정되지 않았다는 점에 유의할 필요가 있다.³⁴⁾

셋째, 헌법의 일반원칙이 선재하고 이로부터 개인의 권리가 도출되는 것이 아니라, 법의 지배에 따라 국민들의 개별 사건에 대한 일반법원의 판결의 결과로서 헌법의 일반원칙이 정립된다.³⁵⁾ Dicey는 헌법원칙에 의한 대륙식·연

29) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.405 참조

30) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.189 참조.

31) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.189-191 참조.

32) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.325 참조.

33) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.382-389 참조.

34) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 643-645면 참조.

35) A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), p.191 참조.

역적 권리보장방식과 개별 판결에 의한 영국식·귀납적 권리보장방식을 역사적으로 비교할 때, 전자의 경우 허울뿐인 권리의 선언에 그치거나 쉽게 권리를 유보할 수 있는 위험이 있는 반면, 후자의 경우 권리의 구체와 불법의 시정에 실제적인 초점을 두고 있기 때문에 후자가 권리보호 측면에서 낮다고 평가하였다.³⁶⁾

III. 일원화된 자기교정적 민주체제

Craig와 Baum은 Dicey가 그려낸, 의회주권과 법의 지배에 기초한 영국의 헌정체제를 '일원화된 자기교정적 민주체제'(unitary, self-correcting democracy)로 표현한다.³⁷⁾ 일원화되어있다는 것은 의회가 공권력의 원천이 되는 기관으로 기능하고 다른 공권력을 통제함으로써 권력구조가 의회로 일원화되었다는 것을 의미하고³⁸⁾, 자기교정적이라는 것은 전제정에서와 달리 국민을 대표하는 의회가 법을 제정하고 행정은 그 법에 따라 권한을 행사하며 나아가 의회가 행정을 통제함으로써 국민들의 뜻에 따라 국가를 운영하고 만일 괴리가 발생하는 경우 스스로 반영·교정한다는 뜻이다.³⁹⁾

지금까지 의회주권과 법의 지배에 대한 설명을 사법심사청구소송을 중심으로 정리하면 다음과 같다. 첫째, 행정은 의회의 의사를 집행하기 위하여 의회로부터 권한을 수여받는다. 따라서 행정의 권한행사는 의회의 의사를 준수하여야 한다. 행정에 대한 주된 통제기관은 권한을 부여한 의회가 된다.

³⁶⁾ A. V Dicey, Introduction of the Law of the Constitution, 8th Ed., Macmillan, 1915(1924), pp.193-197 참조.

³⁷⁾ Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, p.15, 21; Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.34 참조.

³⁸⁾ Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, p.21 참조.

³⁹⁾ Paul Craig, Paul Craig, Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, pp.15-16 참조.

둘째, 법원은 의회가 행정에 권한을 수여하면서 설정한 한계를 준수하였는지 여부를 감독하는 사법적 통제 기능을 수행한다. 그러나 권한 내의 결정에 대하여는 의회의 의사에 따라 법원이 행정의 판단을 대체할 수 없고, 법원의 사법적 통제보다 의회의 정치적 통제가 우선시된다. 셋째, 성문의 기본권 규정은 의회주권을 침해하는 것으로 받아들일 수 없는 개념일 뿐만 아니라 권리를 자칫 명목적으로 만들 위험이 있어 바람직하지도 않다.

Dicey가 그린 모습은 이상적인 대의민주주의의 상(像)이었다. 이상적으로 작동했다면 개인의 권리보호에 부족함이 없었을지 모른다. 그러나 후술하듯이 현대국가에서 의회가 행정을 통제하기보다 정당정치제도 하에서 의회와 행정이 혼화되는 현상이 나타나면서 Dicey의 모델은 개인의 권리보호에 충분치 못한 문제가 나타났고, 그 공백을 법원이 채우도록 요청되었다.⁴⁰⁾ 이러한 관점에서 후술하는 사법심사청구소송과 인권법의 발전과정을 의회주권의 문제점을 법의 지배를 통해 보완·극복해나가는 과정으로 이해할 수도 있을 것이다.

제2절 영국 사법심사청구소송 제도의 형성

I. 대권행정기관과 법정행정기관의 이원화

영국에서 행정에 대한 사법적 통제는 당초 왕의 대권에 기초한 중앙행정기관(이하 '대권행정기관')과 그 외 법률에 기초한 지방의 행정기관(이하 '법정행정기관')의 구분에 따라 이원화된 모습으로 발전하였다.⁴¹⁾ 법정행정기관에 대하여는 사법(私法)상의 사건과 동일하게 통상적 구제인 '손해배상'(damages), '명령판결'(injunction), '선언판결'(declaration)을 구할 수 있었다. 다만, 원고가 원한다면 절차적 불이익을 감수하고 대권적 구제절차를 이용하

⁴⁰⁾ Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), p.24 참조.

⁴¹⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.138-139 참조.

는 것도 불가능한 것은 아니었다. 반면, 대권행정기관의 권한행사는 통상적 구제절차를 통해서 다룰 수는 없었고, 별도의 대권적 구제인 '기록이송명령'(certiorari), '금지명령'(prohibition), '직무집행명령'(mandamus)을 구할 수 있을 뿐이었다. 통상적 구제절차는 민사소송의 형식으로 이루어진 반면, 대권적 구제절차는 형식·절차에 있어서 일반 민사소송과는 다소 구분되는 특징을 가졌는데, 예를 들면 관할의 제한, 소 제기에 대한 법원의 허가, 단기의 제소기간, 문서제출명령 및 증인신문의 제한, 넓은 원고적격 등이었다. 본안판단에 있어서는 권한유일의 법리보다 한층 더 협소한 '기록상 명백한 오류'(error on the face of the record)가 요구되었다.⁴²⁾

이러한 이원화된 모습은 의회주권과 법의 지배가 대권행정기관에 대하여도 미치기는 하였으나, 그 정도가 법정행정기관에 비하여는 부족하였다고 평가할 수 있을 것이다.

II. 통상적 구제와 대권적 구제의 혼화

20세기 행정의 역할이 확대되고 행정에 대한 통제의 필요성이 증가하면서 법정행정기관에 대한 통제와 대권행정기관에 대한 통제는 상호 접근하였다. 우선 대권행정기관에 대한 사법적 통제가 강화되었다. 1911년 *Dyson v Attorney-General* 판결⁴³⁾은 법무부장관의 행위에 대해서도 선언판결에 한하여 통상적 구제를 구할 수 있다고 판시하였고, 이러한 판례의 변화는 1947년 「국왕소추법」이 대권의 핵심이자 원천인 국왕의 행위에 대하여도 민사소송의 형식으로 선언판결을 구할 수 있음을 명시적으로 규정함으로써 법률로 재확인되었다.⁴⁴⁾ 비록 명령판결은 허용되지 않았지만, 권한유일의 선언판결은 통일된 사법심사청구소송 제도 도입 이전까지 대권에 대한 실효적인 통제수단으로 기능하였다.⁴⁵⁾

42) 이 단락의 법정행정기관과 대권행정기관에 대한 구제의 내용에 관하여 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 643-646면 참조.

43) *Dyson v Attorney-General* [1911] QB 410, [1912] Ch 158.

44) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 647면 참조.

45) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 647면 참조.

또한 법원은 대권행정기관의 행위 중 법정권한과 같은 심사척도, 즉 비합법성, 절차적 불공평, 비합리성에 따라 심사될 수 있는 범위를 확장시켜 나갔다. 1967년 *Lain* 판결⁴⁶⁾은 종전까지의 태도, 즉 법원은 단지 대권의 존재 및 작용범위에 대해서만 판단할 수 있고 대권의 행사가 합리적으로 또는 절차적으로 공평하게 이루어졌는지 여부에 대해서는 심사할 수 없다⁴⁷⁾는 입장을 버리고, 대권행정기관인 형사피해보상위원회의 결정일지라도 합리성 또는 절차적 공평의 관점에서 심사될 수 있다고 선언하였다.⁴⁸⁾ 위 판결은 권한의 근거와 무관하게 행정의 권한행사를 통일된 사법심사 하에 놓을 수 있는 기틀을 마련하였다.⁴⁹⁾ 대권에 근거한 행정작용에 대한 사법심사의 확대 내지 강화는 1977년 통일된 사법심사청구소송 제도의 도입 이후에도 정보기관인 정보통신본부의 공무원은 노동조합에 가입해서는 안 된다는 중앙정부의 결정에 대한 심사를 인정한 1985년 *GCHQ* 판결⁵⁰⁾, 여권의 발급 및 연장에 대한 심사를 인정한 1989년 *Everett* 판결⁵¹⁾ 등을 통해 계속되었다.⁵²⁾⁵³⁾

다른 한편으로, 법정행정기관에 대한 통제에서는 민사소송과 구별되는 공법의 독자성이 나타나기 시작하였다. 종래 법정행정기관에 대한 손해배상청구 소송일지라도 민사소송과 동일한 관점에서 행정작용이 법령상 권한에 따라 이루어졌어도 비합리적으로 행사된 경우에는 과실이 있다고 보아 손해배상책임을 인정하였다.⁵⁴⁾ 그러나 1970년 *Dorset Yacht* 판결⁵⁵⁾에서 법원은 중

46) *R v. Criminal Injuries Compensation Board, ex parte Lain* [1967] 2 QB 864.

47) *Chandler v. Director of Public Prosecution* [1964] AC 763.

48) Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.139-141 참조.

49) Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.141 참조.

50) *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

51) *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Everett* [1989] QB 811.

52) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.272-273 참조.

53) 이 단락의 대권행사에 대한 사법심사 확대에 관하여 또한 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 655-656면 참조.

54) Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010. pp.195-198 참조.

래의 비합리성에 따른 과실 개념에 반대하면서, 법원의 심사사항은 오직 행정작용이 법령상 규정된 제한의 범위를 벗어나는지 여부에 한정되는 것이라며, 행정에 대한 손해배상청구소송에 있어서는 사법상의 과실 개념이 아니라 공법상의 '권한유월'(ultra vires) 개념이 적용되어야 한다고 판시하였다.⁵⁶⁾

III. 사법심사청구소송 제도로의 일원화

엄격한 구분에서 완화된 혼화로 향해온 두 제도는 1977년 「최고법원규칙」(The Rules of the Supreme Court) 제53편, 1981년 「최고법원법」(Supreme Court Act)을 통해 '사법심사청구소송'(application for judicial review; 現 claim for judicial review) 제도로 일원화되었다.⁵⁷⁾ 현재는 「민사소송규칙」(Civil Procedure Rules) 제54편과 위 「최고법원법」을 통해 규율되고 있다.

현 사법심사청구소송 제도는 종래 이원화되었던 구제절차의 각 부분을 선택·통합하였다. 첫째, 대상적격에 따른 구제수단·구제절차의 구분을 폐지하였다. 대권행정기관과 법정행정기관의 구별 없이 행정의 모든 권한행사에 대하여 사법심사청구가 가능하고, 사법심사청구소송에서 구할 수 있는 구제수단 또한 대권적 구제인 취소명령(quashing order; 구 기록이송명령), 금지명령(prohibiting order), 이행명령(mandatory order; 구 직무집행명령)과 통상적 구제인 명령판결과 선언판결을 포함한다.⁵⁸⁾ 다만, 후자의 경우 원고에게 민사소송과의 절차적 선택권을 인정하고 있다.⁵⁹⁾ 손해배상은 위 청구들에 대한 부가적 청구의 방식으로 사법심사청구 절차로 진행할 수는 있으나, 독자적 청구로는 사법심사청구가 허용되지 않는다.⁶⁰⁾ 둘째, 법정행정기관에 대한 사

55) Home Office v Dorset Yacht Co Ltd [1970] AC 1004.

56) Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.202 참조.

57) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 650면; 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사청구제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 31-32면 참조.

58) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.154-155 참조.

59) Peter Cane, Administrative Law, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.250 참조.

법심사청구에도 소 제기에 대한 허가제도, 단기간의 제소기간과 같은 절차적 제한이 적용된다.⁶¹⁾ 셋째, 대권행정기관에 대한 사법심사청구에도 문서제출 명령과 증인신문이 허용될 수 있다.⁶²⁾ 그러나 사실인정과 관련된 위 제도들의 활용은 드문 편이다.⁶³⁾ 넷째, 행정소송으로서 사법심사청구소송과 민사소송은 절차적으로 분리되었다. 1983년 *O'Reiley v Mackman* 판결⁶⁴⁾이 “공적 기능의 행사와 관련된 법제정 또는 결정의 합법성의 심사를 구하는”⁶⁵⁾ 사법심사청구를 구하는 경우에는 설령 그 구제수단이 종래 통상적 구제였던 명령판결, 선언판결일지라도 사법심사절차를 따라야 하고, 일반 민사소송절차를 따르는 것은 절차의 남용에 해당한다고 판시하였다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾⁶⁸⁾

60) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.250 참조.

61) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.251-254 참조.

62) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.254-255 참조.

63) Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.155; Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.255 참조.

64) *O'Reiley v Mackman* [1983] 2 AC 237.

65) 「최고법원규칙」 제54편 1.(2).(a).

66) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.250, 256 참조.

67) 그러나 이러한 엄격한 절차적 구분은 오늘날 상당 부분 폐기되었다고 한다 (Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.203 참조.; *Clark v University of Lincolnshire and Humberside* [2000] 1 WLR 1988).

68) 이 단락의 현행 사법심사청구소송의 제도적 특징에 관하여 또한 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 650-653면; 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사청구제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 64-69면 참조.

제3절 인권법 이전 사법심사청구소송의 특징

인권법 제정에 따른 사법심사청구소송의 변화 및 그보다 앞선 전통적인 사법심사청구소송의 한계를 이해하기 위해서는, 우선 인권법 이전의 전통적인 사법심사청구소송이 어떠한 특징을 가졌는지를 파악할 필요가 있다. 이節에서는 앞서 논의한 Dicey의 전통적인 공법사상을 바탕으로 사법심사청구소송의 객관소송적 측면과 소극적·제한적 심사 측면을 살펴본다.

I. 객관소송적 요소

1. 적법성 통제와 권한유월 법리

앞서 살펴본 영국의 의회주권 전통에 따르면 사법심사청구소송의 목적은 일차적으로 개인의 권리에 대한 침해 확인 및 구제에 있는 것이 아니라 행정이 의회가 수권한 범위를 초과하여 권한행사를 하지 못하도록 하여 의회주권을 보호하는 데 있다.⁶⁹⁾ 만약 수권 범위 내에서 권한행사가 이루어졌다면 법원은 행정의 판단에 개입할 수 없다. 이때 사법적 개입이 가능한지 여부를 판단하는 기준, 즉 사법심사청구소송의 심사기준이 '권한유월'(ultra vires) 법리이다. 행정이 권한을 초과하여 행동해서는 안 된다는 의미의 권한유월 법리는 행정법과 사법심사청구소송의 핵심 원리로 기능해 왔다.⁷⁰⁾ 본래 회사법의 대표권 제한 법리에서 출발한 것이나, 행정이 의회가 위임한 권한을 의회를 대신하여 행사할 때 법적 제한의 범위를 일탈하는지 여부를 판단한다는 측면에서 사법심사청구소송의 심사기준으로 자리를 잡았다.⁷¹⁾

영국 헌정제도상 행정작용이 '권한 내'(intra vires)에 있다면 이는 의회에 의해서 이미 승인된 것으로서 법원이 이를 위법하다고 판단할 수 없었기 때

69) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.17 참조.

70) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p.30 참조.

71) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.6 참조.

문에, 법원이 사법심사 권한을 확장할 수 있는 유일한 수단은 권한유월 법리의 확장이었다.⁷²⁾ 따라서 법원은 법에 명시되지 않은 실체적·절차적 조건들을 — 비합리성, 부적절한 동기, 절차적 정의 위반, 법적 오류 등 — 내세워 권한유월에 해당하는 경우를 넓혀 나갔다.⁷³⁾

현대적 요청에 부응하기 위한 권한유월 법리의 변용에 대하여 위법한 행정작용이 모두 권한의 바깥에서 이루어지는 것이 아니고 권한 내에서 이루어지는 경우도 있다거나 권한유월 법리만으로 실제로 적용되는 다양한 법리를 포괄할 수 없다는 비판이 제기되기도 한다.⁷⁴⁾ 나아가 위와 같은 권한유월 법리의 발전은 실제로는 의회의 뜻에 전혀 기초하고 있지 않고 오히려 법원이 판례를 통해 독자적으로 발전시켜온 것으로 보아야 한다는 분석도 있다.⁷⁵⁾

2. 넓은 원고적격

영국은 사법심사청구소송은 전통적으로 행정작용이 의회의 뜻에 따라 적법하게 이루어졌는지를 감독하는 적법성 통제에 목적을 두고 있는 객관소송으로 발전해왔기 때문에 원고적격이 상당히 폭넓게 인정되어 왔다.⁷⁶⁾ 민사소송에서와 달리 행정소송으로서 사법심사를 청구하기 위해서는 본안 전 적법요건으로서 원고적격이 요구되지만, 원고적격을 청구와 관련된 문제에 충분한 이익⁷⁷⁾이 있으면 인정하는 것으로 규정함으로써 개인적인 목적에 기한 원고적격을 넓게 인정하는 것은 물론, 공익적인 목적에 기한 원고적격도 관

72) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p.31 참조.

73) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p.31 참조.

74) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.6-7 참조.

75) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.17-18 참조.

76) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 660-661면 참조.

77) 'a sufficient interest in the matter to which the claims relates'.

대하게 인정하고 있다.⁷⁸⁾

개인의 원고적격의 경우 일반적으로 원고의 건강, 안전, 재산에 대한 불리한 영향이 있다면 충분한 이익이 인정된다.⁷⁹⁾ 판례는 경쟁관계에 있는 다른 사업자에 대한 인가를 다투는 사업자⁸⁰⁾, 경쟁관계에 있는 다른 사업자에 대한 세금 우대 조치를 다투는 납세자⁸¹⁾, 특정 생물종의 보호조치를 다투는 해당 종으로 인해 불리한 영향을 받는 사람⁸²⁾ 등에 대하여 충분한 이익이 있다고 보아 원고적격을 인정하였다.⁸³⁾

공익적 원고적격의 경우, 판례는 특정 사건에 대하여 치안판사의 이름을 공개하지 않는 정책을 다투는 언론인⁸⁴⁾, 유럽연합에 대한 납입금을 승인하는 추밀원의 결정을 다투는 납세자⁸⁵⁾, 마스트리히트 조약의 비준을 진지하게 걱정하며 이를 다투는 시민⁸⁶⁾, 형사피해보상액을 변경하는 내무부장관의 결정을 다투는 노동조합⁸⁷⁾, 말레이시아에 댐 건설 자금을 지원하는 결정을 다투는 시민단체⁸⁸⁾ 등의 원고적격을 모두 인정하였다.⁸⁹⁾ 공익적 원고적격은 오늘날 의회가 행정을 통제하기보다는 오히려 행정이 의회에게 영향력을 행사

78) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.281-290 참조.

79) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.289 참조.

80) R v Thames Magistrates' Court, ex p GreenBaum [1957] 55 LGR 129.

81) R v Attorney-General, ex p Imperial Chemical Industries Plc [1987] 1 CMLR 72.

82) R v Poole BC, ex p Beebee [1991] COD 264.

83) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.289 참조.

84) R v Felixstone Justice, ex p Leigh [1987] QB 582.

85) R v Her Majesty's Treasure, ex p Smedley [1985] QB 657.

86) R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Rees-Mogg[1994] QB 522.

87) R v Secretary of State for the Home Department, ex p Fire Brigades Union [1995] 2 AC 513.

88) R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p World Development Movement Ltd [1995] 1 WLR 115.

89) 朴正勳, *영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능*, 박영사, 2007, 660면; Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.286 참조

하고 있는 상황에서 행정에 대한 대안적 통제수단으로서 사법심사청구소송의 기회를 확대한다는 점에서 의의가 있다.⁹⁰⁾

II. 소극적·제한적 심사

1. 배경적 요소

가. 엄격한 문언해석

사법심사도 일반 사법(司法)의 영역에 포함되고 사법의 권한은 법률의 해석 및 적용에 있다. 따라서 법원이 법률 해석에 있어서 어느 정도의 권한을 갖는지 여부는 필연적으로 사법심사청구소송 제도에도 영향을 미치게 된다. 이에 관해서는 판사는 선재하는 문언의 의미를 밝히는 것에 불과하다는 선언이론과 판사도 일부 입법적 기능을 수행한다는 현실주의 이론이 대립하는데, 의회주권을 중시하는 영국은 문언에 충실한 법률해석을 오랜 기간 고수하여 왔다.⁹¹⁾ 법원의 적극적인 해석은 자칫 의회가 만든 법률의 본래 의미를 변경하여 의회주권을 훼손할 염려가 있다고 보았기 때문이다.⁹²⁾

전통적인 문언해석은 생각보다 더 엄격한 것이어서, 문언의 정확한 의미를 탐구하기 위하여 — 의회주권에 따라 의회의 뜻을 밝히는 것이 법원의 임무임에도 불구하고 — 입법자의 의도를 추측하거나 의회의사록을 참조하는 것조차 허용하지 않았다. 1913년 *Vacher · Sons, Ltd v London Society of Compositors* 판결⁹³⁾은 목적론적 해석은 자칫 판사에게 입법적 기능을 부여할 수 있다는 맥락에서 판사의 임무는 입법자의 의도를 추측하는 것이 아니라 입법자가 결정한 법문언을 해석하는 것에 그친다고 판시하였다.⁹⁴⁾ 또한

⁹⁰⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.285-286 참조.

⁹¹⁾ Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.26 참조.

⁹²⁾ Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.35-36 참조.

⁹³⁾ *Vacher · Sons, Ltd. v. London Society of Compositors* [1913] AC 107.

법원이 의회의 내부절차에 침범하는 것을 꺼려했기에 1993년 Pepper v Hart 판결⁹⁵⁾ 이전까지는 입법과정을 기록한 의회의사록(Hansard)은 법률해석의 보조 자료로 사용되지 않았다.⁹⁶⁾

이러한 배경에서 1960년 미국의 Kenneth Culp Davis는 영국의 판사들이 사건의 정책적 요소에 대한 판단은 의회의 몫이라고 회피하면서 오직 법을 소극적·기계적으로 적용하는 데 그치고 있다고 영국의 사법제도에 대한 관찰평을 남긴 바 있다.⁹⁷⁾

나. 사법심사와 전면심사의 구분

사법심사는 법원이 의회가 행정에게 부여한 권한을 의회의 의사에 부합하게 행사하고 있는지를 '감독'하는 것일 뿐, 법원이 그 권한을 '대체'하고자 하는 것은 아니라는 점에서 '전면심사'(merits review)로서 '행정심판'(appeal)과 구별되어 왔다.⁹⁸⁾ 즉, 법원은 계쟁 행정결정을 다시 내리는 것이 아니라 행정의 이미 내린 결정의 적법성을 법적 관점에서 판단하는 데 그친다.⁹⁹⁾ Cane은 행정 영역에서 문제되는 쟁점을 법문제, 사실문제, 정책문제로 구분하는데¹⁰⁰⁾, 법원의 사법심사는 행정작용의 법문제에 중점을 두고 있고 법원이 사실문제와 정책문제에 관한 행정의 판단에 동의하지 않는다는 이유만으로

⁹⁴⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.36 참조.

⁹⁵⁾ Pepper v. Hart [1993] AC 593.

⁹⁶⁾ Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.146 참조.

⁹⁷⁾ K. C. Davis, The future of judge-made public law in England: A problem of practical jurisprudence, (1961) 61, Col. Law Rev., pp.201-202(Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.95에서 재인용).

⁹⁸⁾ Peter Cane, Administrative Law, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011,, p.248 참조.

⁹⁹⁾ Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.3 참조.

¹⁰⁰⁾ Peter Cane, Administrative Law, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.58-66 참조.

로는 행정작용을 위법하다고 결정할 수는 없다고 한다.¹⁰¹⁾ 즉, 법원의 사법 심사 권한은 법문제에 있어서는 완전하나, 사실문제, 정책문제에 있어서는 제한적이다. 왜냐하면 후자의 문제에 대한 결정권한은 의회가 행정에게 준 것이기 때문이다. 반면, 전면심사인 행정심판은 오직 법률상의 근거가 있는 경우에 한하여 허용되는데¹⁰²⁾, 의회의 수권이 있기 때문에 사법심사와 달리 전면심사와 대체적인 권한행사가 가능하다.¹⁰³⁾ 즉, 행정심판에서는 행정심판소가 법문제 뿐만 아니라 사실문제와 정책문제에 대해서 완전한 판단권한을 갖고 자신의 결론에 따른 결정을 내릴 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 제도적 구분에 따라 사법심사는 어디까지나 전면심사에 이르지 않는 것이어야 했다.

2. 실체적 측면

가. 주관적 재량 논쟁

의회가 법률을 통해 행정에게 권한을 부여하면서, 예를 들어 그 문언이 '장관이 적절하다고 생각하는 경우'(If the minister thinks fit...)와 같이 어떤 권한의 행사 여부를 행정기관의 판단에 따라 결정할 수 있도록 의회가 정해 놓은 경우에 행정재량의 법적 성격 — 주관적 재량 또는 객관적 재량 — 이 무엇인지가 행정에게 판단의 정당성을 법원 앞에서 논증할 의무가 있는지 여부와 함께 문제되기도 하였다.

제2차 세계대전 중 1942년 *Liversidge v Anderson* 판결¹⁰⁵⁾에서는 1914년 「국토방위법」(Defence of the Realm Act)상 내무부장관이 어떤 사람을 적국 출신이라고 '믿을 만한 합리적인 이유가 있는'(he had reasonable cause to

¹⁰¹⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.59, 61, 65 참조.

¹⁰²⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.316 참조.

¹⁰³⁾ Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.148 참조

¹⁰⁴⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.248-249 참조.

¹⁰⁵⁾ *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206.

believe) 경우에는 그 사람을 재판 없이도 구금할 수 있도록 한 것이 문제되었는데, 법원은 「국토방위법」의 문언상 내무부장관의 권한은 주관적 재량이므로 법원 앞에서 그 정당성을 논증할 필요가 없다고 판단하였다.¹⁰⁶⁾ 의회가 국가안보를 고려하여 법문언상 개인의 자유를 제한하는 결정을 내렸으므로 이는 사법적 통제의 대상이 아니라 정치적 통제의 대상이 되는 것이 타당하다는 근거에서였다.¹⁰⁷⁾ 제2차 세계대전 이후인 1947년 *Robinson* 판결¹⁰⁸⁾ 또한 전쟁피해지역 복구를 위한 수용결정이 문제된 사안에서 '필요한'(requisite) 또는 '충분히'(satisfactorily)라는 법문언을 근거로 그 권한행사에 대한 통제는 법원이 아닌 의회의 몫이라고 판단하였다.¹⁰⁹⁾

그러나 1968년 *Padfield* 판결¹¹⁰⁾은 주관적 재량 이론을 폐기하고 모든 재량은 사법심사를 통하여 객관적으로 논증되어야 한다는 원칙을 선언하였다. 위 판결에서는 1958년 「농업시장법」(Agricultural Marketing Act)상의 '장관이 그와 같이 지시한 경우'(if the Minister in any case so directs)와 '조사보고서를 검토한 후 적절하다고 생각하는 경우'(if he thinks fit so to do after considering the report)라는 문언의 의미가 문제되었는데, 법원은 종전의 판례를 뒤집고, 모든 재량은 법적으로 제한되며 행정의 법정권한은 법률의 정책적 목적에 부합하는 방향으로 행사되어야 한다고 판시하였다.¹¹¹⁾ 따라서 「농업시장법」의 체계상 낙농업자의 권리구제를 위한 조사위원회 회부를 장관이 거부한 것은 해당 법체계의 취지에 훼손하는 것으로서 위법한 것이었다.¹¹²⁾

위 *Padfield* 판결에 따라 이제 모든 재량은 원칙적으로 — 심사척도 및 심

¹⁰⁶⁾ Carol Harlow · Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, pp.96-97 참조.

¹⁰⁷⁾ Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.143 참조.

¹⁰⁸⁾ *Robinson v Minister of Town and Country Planning* [1947] 1 KB 702.

¹⁰⁹⁾ Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.144 참조.

¹¹⁰⁾ *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997.

¹¹¹⁾ Carol Harlow · Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.101 참조.

¹¹²⁾ Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.145-146 참조.

사강도는 차치하더라도 — 사법적 통제의 대상으로 포섭되었다. 그러나 주관적 재량 이론을 지지하였던 Austin의 판결에 대한 비판, 즉 법률상 행정의 재량이 전혀 제한되거나 구조화되지 않았음에도 행정의 권한행사에 대하여 판사가 자신의 주관적 판단을 객관적 기준으로 삼아 재단해서는 안 된다는 비판¹¹³⁾은 오늘날 사법심사청구소송의 기능과 한계에 대한 논의에서도 여전히 유효하다.

나. 웬즈베리 비합리성 원칙

행정이 일응 법정의 권한 내에서 권한을 행사한 경우에도 법원이 행정의 판단을 심사하여 위법하다고 결정할 수 있는지 여부가 1948년 *Wednesbury* 판결¹¹⁴⁾에서 문제되었다. 해당 사안에서 행정청은 1932년 「일요오락법」(Sunday Entertainment Act)상 스스로 적절하다고 판단되는 내용의 조건을 부과할 수 있는 재량을 부여받았고, 이에 따라 영화관 영업을 허가하면서 15세 미만의 어린이는 어른을 동반하더라도 일요일에 출입할 수 없다는 조건을 부과하였는데, 법원은 의회의 수권이 있었을지라도 권한행사가 '어떠한 합리적인 행정청도 이르지 않을 정도로 극도로 비합리적인 경우'(so unreasonable that no reasonable authority could have come to it)에는 법원이 행정의 결정에 개입할 수 있다고 하여 사법적 개입의 가능성에 대한 일반론을 설시하였다.¹¹⁵⁾

웬즈베리 원칙은 형식적·절차적 심사를 넘어 행정작용의 실체적 측면에 대한 심사로 나아간 것으로 20세기 후반 행정법과 사법심사청구소송의 발전에 큰 기여를 하였다.¹¹⁶⁾ 그러나 한편, 웬즈베리 원칙은 위법성의 문턱을 지

¹¹³⁾ R. Austin, *Judicial review of subjective discretion : At the Rubicon : whither now?*, 1975, 28, CLP, p.150, 154(Carol Harlow · Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.102에서 재인용)

¹¹⁴⁾ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] KB 223.

¹¹⁵⁾ Carol Harlow · Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, pp.42-43 참조

¹¹⁶⁾ H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New

나치게 높게 설정하여 사법심사청구소송을 통해 개인의 권리를 충분하게 구제하지 못하는 원인도 되었다.¹¹⁷⁾ 웬즈베리 원칙의 이와 같은 소극적·제한적 측면은 사법심사는 어디까지나 행정작용의 적법성에 대한 감독적 기능을 수행할 뿐이고 사실문제·정책문제에 대한 전면심사에 이르지 않는다는 것을 반영한 것이다.¹¹⁸⁾ 개별사안을 평가·판단하여 일정 범위의 결정 중 하나를 선택하는 것은 행정의 재량권에 속하는 것이기 때문에, 법원은 그 결정이 지나치게 비합리적이어서 위법한지 여부만을 심사하는 데 그치고 그 결정이 '정확한지'(correct) 여부에 대해서는 판단할 권한은 없다.¹¹⁹⁾

다. 잔여적 자유 개념

영국은 전통적으로 의회주권의 원칙에 따라 권리를 고정적·적극적인 개념으로 이해하지 않고, 가변적·소극적인 개념으로 파악하였다. 개인이 누리는 것은 연역적으로 도출되어 그 자체로 정해진 보호영역을 갖는 '권리'(right)가 아니라, 의회가 정하는 바에 따라 금지되지 않고 남은 영역에서 누리는 '자유'(freedom)에 불과하였다.¹²⁰⁾¹²¹⁾ Dicey는 이러한 자유는 의회의 —

York : Oxford University Press, 2009, p.295 참조.

¹¹⁷⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.134 참조.

¹¹⁸⁾ Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.387 참조.

¹¹⁹⁾ Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.387-388 참조.

¹²⁰⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.101; John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.2 참조

¹²¹⁾ 1985년 Wheeler v Leister CC 판결의 설시는 영국의 잔여적 자유의 개념을 단적으로 잘 보여준다 : “개인의 자유와 표현의 자유와 같은 이 나라의 기본적인 헌법적 권리는 권리를 부여하는 명시적 규정이 아니라 법에 의해 금지되지 않은 범위 내에서 그가 원하는 바대로 행동할 수 있는 자유에 기초하고 있다. (...) 따라서 이러한 근본적 자유는 '적극적 권리'(positive right)가 아

자유를 향유하는 바로 그 국민들에 의해 선출되는 의회 — 제정법의 명시적인 표현에 의하지 않는 한 박탈되지 아니하고 구체적인 사건에서 법원의 판결에 의해 보장되기 때문에 명문의 권리 목록 없이도 개인에 대한 충분한 보호가 이루어진다고 믿었다.¹²²⁾ 그러나 현실은 Dicey의 기대와 달리 의회가 개인의 권리를 — 특히 소수자의 경우 — 부당하게 침해하는 내용의 법률을 제정하고 의회의 행정에 대한 통제기능 역시 제대로 작동하지 않는 모습이었고, 이러한 상황에서 성문의 고정적·적극적 권리 목록을 갖진 못한 영국 법원은 개인의 권리보호에 무능력할 수밖에 없었다.¹²³⁾

1979년 Malone 판결¹²⁴⁾은 잔여적 자유로 이해되는 권리의 법적 성격이 갖는 한계를 잘 보여준다. 해당 사안에서는 사생활의 자유와 관련하여 국가가 도청을 통해 획득한 전화통화기록을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있는지 여부가 문제되었는데, 법원은 첫째, 프라이버시권이라는 권리를 인정할 수 없는 점, 둘째, 도청의 근거법률이 없더라도 이를 금지하는 명시적인 법률 또한 없으므로 국가의 도청이 위법하다고 할 수 없는 점을 근거로 도청으로 얻은 증거의 사용을 합법하다고 판단하였다.¹²⁵⁾

3. 절차적 측면

가. 사법심사배제조항

사법심사청구소송을 법원이 행정의 의회로부터 부여받은 권한을 적법하게

나라 다른 이의 '개입에 대한 면제'(immunity from interference)이다.”(Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.9에서 인용).

¹²²⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.3-4 참조

¹²³⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.9-10 참조.

¹²⁴⁾ Malone v Metropolitan Police Commissioner [1979] Ch 344.

¹²⁵⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.101-102, 243-244 참조.

행사하는지 여부를 감독하는 제도로 이해할 때, 의회가 법률에서 행정의 권한행사를 최종적인 것 또는 사법심사로부터 배제되는 것으로 정한 조항이 있는 경우 이와 같은 '사법심사배제조항'(ouster clause)의 유효성이 문제되어 왔다.¹²⁶⁾¹²⁷⁾

사법심사배제조항은 크게 세 가지 종류로 구별할 수 있는데, 첫째, 행정결정 전체에 대하여 사법심사를 완전히 배제하는 조항, 둘째, 사법심사는 허용되지만 오직 특정한 절차를 거쳐서만 사법심사를 청구할 수 있도록 하는 조항, 셋째, 행정결정에 대한 사법심사를 일반적으로 허용하면서 다만 행정결정의 일부 측면에 대해서만은 사법심사를 허용하지 않는 조항이다.¹²⁸⁾

이에 대하여 법원은 관련 조항이 사법심사배제조항에 해당하는 요건을 엄격히 해석하는 방식으로 대응하여 왔다. 즉, '이 법에 따른 결정은 의회가 법으로 정한 것과 같은 효과를 갖는다'는 조항¹²⁹⁾, '이 결정은 행정심판(appeal)의 대상이 되지 않는다'는 조항¹³⁰⁾ 등은 사법심사를 배제하는 의미가 아닌 것으로 새겼다.¹³¹⁾ 나아가 1969년 *Anisimnic* 판결¹³²⁾에서는 명시적으로 사법심사를 배제하는 조항이 있는 경우임에도 불구하고, 입법자가 행정결정에 '

126) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 664-665면 참조.

127) 사법심사청구소송을 의회주권에 따라 의회의 의사와 연결하여 설명하기 이전부터 사법심사청구소송의 원형은 발전해왔다. 사법심사청구소송의 본래의 목적·기능은 중앙법원의 하급법원에 대한 우위를 확보하고 위법한 대우를 받은 사람을 구제하고자 하는 것이었다. 그런데 그 과정에서 법원과 의회가 충돌하는 경우가 생기면서 의회가 사법심사배제조항을 두는 경우도 함께 생기기 시작하였다(Paul Craig, *Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990, p.22 참조). 본문에서는 의회주권에 따라 사법심사청구소송의 기능을 설명하는 전제에서 논의한다. 그러나 어느 쪽이든 사법심사배제조항의 가능성이 의회주권에 뿌리를 두고 있는 점은 변함없다.

128) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.36-37 참조.

129) *Minister of Health v R (on the Prosecution of Yaffe)* [1931] AC 494.

130) *R v Medical Appeal Tribunal, ex p Gilmore* [1957] 1 QB 574.

131) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.278 참조.

132) *Anisimnic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

권한의 오류(jurisdictional error)가 있는 경우까지 사법심사를 배제하려는 의도는 아니었다는 이유로 권한의 오류가 있는 경우에는 사법심사가 가능하다고 판단하였다.¹³³⁾

나. 사실인정과 증거조사의 제한

앞서 설명한 바와 같이 사법심사청구소송은 전통적으로 행정작용의 적법성을 법문제를 중심으로 검토하는 절차였고, 사실문제에 대한 판단은 법원이 아닌 행정의 몫으로 여겨졌다.¹³⁴⁾ 따라서 사법심사청구소송에서 사실인정이 문제되는 경우도 드문 편이었고 사실인정의 오류는 그 자체로 사법심사의 사유를 구성하는 것이 아니라 일정한 예외적인 경우에 한하여 심사사유가 될 수 있었다.¹³⁵⁾¹³⁶⁾ 이러한 배경에서 사법심사청구소송은 기본적으로 「민사소송규칙」 제7편의 일반 민사소송에 관한 기본절차가 아니라 제8편의 실제적 다툼이 없는 사안에 관한 간이절차에 기초하고 있다.¹³⁷⁾ 또한 정확한 사실인정을 위해 필요한 구술심리, 증인신문, 문서제출명령이 법률상 제도화되기는 하였지만, 실무상 민사소송보다 제한적으로 운용되어 왔다.¹³⁸⁾

¹³³⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.278-279 참조.

¹³⁴⁾ Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.451 참조.

¹³⁵⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.255 참조.

¹³⁶⁾ 사실인정의 오류가 '법적 오류'(error of law)를 구성하여 심사사유가 되는 경우는 크게 3가지로 나뉜다. 첫째, 행정의 판단이 증거에 의하여 뒷받침되지 않아 결론이 비합리적인 경우, 둘째, 잘못된 사실인정이 불공평함을 야기하는 경우, 셋째, 쟁점이 되는 사실인 '선결적 문제'(precedent fact)로서 법원에 게 판단권한이 인정되는 경우이다(Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.452 참조).

¹³⁷⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.254 참조.

¹³⁸⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.255; Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.155 참조.

제2장 유럽인권협약과 영국 인권법의 제정

제1장에서는 영국이 전통적으로 최고기관인 의회를 중심으로 한 헌정구조를 발달시켜 왔고, 의회주권에 의하여 행정에 대한 사법적 통제로서 사법심사청구소송이 정당화되면서 동시에 이로 인하여 사법심사청구소송이 객관소송적·소극적·제한적인 모습으로 형성되어 왔음을 살펴보았다. 그러나 20세기 후반 일원화된 자기교정적 민주체제 모델에 기초한 이와 같은 헌정구조와 사법심사청구소송의 역할은 현실적인 타당성을 잃어갔다.¹³⁹⁾ 행정의 권한이 양적·질적으로 팽창하는 반면 의회는 점차 약화되면서 행정의 감시자로서 의회라는 전제가 흔들리게 되었기 때문이다.¹⁴⁰⁾ 이론과 달리 실제에 있어서 당시 정부가 제출한 입법안에 대한 의회의 견제·반대는 극히 적었고, 개인의 권리를 침해할 소지가 큰 내용의 법률들조차도 수시간~수일의 검토만에 통과되는 현실이었다.¹⁴¹⁾

기존의 헌정구조와 사법심사청구소송이 개인의 권리보호 측면에서 갖는 문제점은 유럽인권협약 체계와의 상호작용을 통해 더욱 부각되었다. 이에 종래의 소극적 자유, 제한적 사법심사를 넘어 적극적 기본권, 강화된 심사가 필요하다는 주장 내지 유럽인권협약을 국내법으로 받아들여자는 주장이 오랫동안 제기되었다.¹⁴²⁾ 그리고 30여년의 지난한 논쟁 끝에, 1998년 영국 인권법이 유럽인권협약의 이행법률로서 제정되어 2000년부터 시행되고 있다. 후술하듯이 인권법은 유럽인권협약상의 협약상 권리에 기본권 유사의 지위를 부여하고 의회의 입법을 포함한 모든 공적 기관의 행위가 협약상 권리에 합치되는 방향으로 이루어져야 한다고 천명하며, 사법심사청구소송에서 행정

¹³⁹⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.217 참조

¹⁴⁰⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.10 참조.

¹⁴¹⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.217-218 참조.

¹⁴²⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.6 참조.

작용을 협약상 권리침해 그 자체를 이유로 다룰 수 있게 하였다.

이 장에서는 영국 인권법 제정 전과 후로 나누어, 유럽인권협약이 영국의 사법심사청구소송에 어떤 영향을 미쳤는지를 밝히고, 그 결과로 제정된 인권법의 전체적인 메커니즘에 대하여 살펴본다.

제1절 유럽인권협약으로 인한 변화 및 한계

유럽인권협약은 인권법의 제정을 통해 비로소 영국의 국내법체계에 수용되어 완전하고 직접적인 법적 효력을 갖게 된 것이지만, 그 이전에도 유럽인권협약은 영국의 법체계, 특히 행정법 부문에 많은 영향을 미쳤고, 영국 법원은 판례의 발전을 통하여 스스로 사법심사청구소송에서 유럽인권협약 체계가 요청하는 수준의 권리구제를 시민들에게 제공하기 위하여 노력하였다.¹⁴³⁾

그러나 영국은 전통적으로 국제조약은 행정부의 대권으로 체결되어 의회의 관여가 없으므로 의회의 이행법률에 의하여 수용되지 않는 한 국제조약 위반을 이유로 의회의 제정법을 다룰 수 없는 것은 물론 국제조약이 국내법원에서 법적 효력을 갖지도 못한다고 보았다.¹⁴⁴⁾ 즉, 영국은 의회주권의 전통에 따라 국제법과 국내법을 엄격히 구분하는 '이원주의'(dualism)의 태도를 견지해 왔다.¹⁴⁵⁾ 이러한 의회주권과 이원주의의 문제는 유럽인권협약에 대해서도 마찬가지로 적용되었다.¹⁴⁶⁾

따라서 유럽인권협약에서 인권법의 제정으로 이어지는 과정은, 한편으로는 직접적인 요인으로서 유럽인권협약으로부터 영향을 받은 영국 판례의 발전과 한계가 유럽인권협약의 수용이 필요하다는 점을 부각시킨 것으로 이해할

¹⁴³⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.261 참조.

¹⁴⁴⁾ Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.7-9 참조.

¹⁴⁵⁾ Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.10 참조.

¹⁴⁶⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.4 참조

수 있고, 다른 한편으로는 간접적인 배경으로서 전통적으로 엄격하던 의회주권이 완화되는 경향이 나타나면서 유럽인권협약을 수용할 수 있는 토대를 제공한 것으로 이해할 수 있다. 이節에서는 위와 같이 인권법 제정의 배경이 된 두 가지 흐름, 의회주권의 완화 경향과 영국 법원의 유럽인권협약의 사법적 활용에 따른 변화 및 한계를 살펴본다.

I. 의회주권의 완화

영국은 유럽인권협약의 최초 가입 및 비준 그룹이자 협약의 작성에 주도적인 역할을 했지만, 유럽인권협약의 권리보호가 기존 영국 법체계상의 권리 보호와 아무런 차이가 없는, 선언적인 내용에 불과하다고 보아 협약을 국내 법체계로 수용하기 위한 이행법률을 별도로 제정하지는 않았다.¹⁴⁷⁾ 그러나 20세기 후반에 걸쳐 불문헌법 하에서 법원의 판결, 즉 '커먼로'(common law)를 통한 권리보호가 충분하지 못하다는 점이 점차적으로 드러났다.¹⁴⁸⁾ 이에 유럽인권협약을 국내법체계로 수용하자는 주장이 대두되었으나, 문제는 유럽인권협약상의 권리보장방식이 — 특히 권리의 '각인'(entrenchment) — 의회주권의 전통과 충돌한다는 점이였다.¹⁴⁹⁾

하지만 Dicey가 생각했던 엄격한 의미의 의회주권은 다양한 사건들을 통하여 인권법 제정 이전에 이미 변하고 있었고, 이러한 의회주권의 완화로 인하여 의회의 입법전능은 실제로는 이론만큼 강력하게 작동되지 않았다.

우선, 20세기 중반 영연방 국가들에서 입법권에 대한 형식적 제한을 인정하는 경우가 생겼다. 호주 법원은 1931년 Threthowan 판결¹⁵⁰⁾에서, 상원이 법률을 제정하는 경우 국왕 재가 이전에 국민투표에 회부되어야 하며, 이는

¹⁴⁷⁾ Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.32-33 참조

¹⁴⁸⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.5 참조.

¹⁴⁹⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.12-13 참조.

¹⁵⁰⁾ A.-G. for New South Wales v Threthowan [1931] 44 CLR 394.

당해 조항을 폐지하는 경우에도 마찬가지로는 법률 조항이 실제로 의회를 구속하는지 여부에 관하여, 입법자는 입법권에 대한 제한을 없앨 수 있는 권한을 갖지만 그 권한의 행사는 적법한 절차에 따라 행사되어야 한다며 구속력을 인정하였다.¹⁵¹⁾ 또한 영국 추밀원(Privy Council)도 1965년 *Bribery Commissioner v Ranasinghe* 판결¹⁵²⁾에서 추밀원령의 내용을 변경하는 법률을 제정하는 경우에는 의원 2/3 이상의 동의사실에 관한 증명서를 기탁하여야 함에도 이를 누락한 채 제정된 스리랑카 법률의 유효성을 인정하지 않았다.¹⁵³⁾ 이러한 판결들은 법률로 창조된 영연방국가들의 자치의회에 대한 것이었으므로 시원적 주권자인 웨스트민스터 의회에 직접 적용될 수는 없었지만, 간접적으로 웨스트민스터 의회가 스스로 입법권에 대한 형식적·절차적 제한을 설정하는 것이 가능한지 여부에 대한 질문을 던졌다.¹⁵⁴⁾

입법권의 제한가능성에 대한 질문은 1972년 영국이 유럽공동체에 가입하면서 현실화되었다. 유럽공동체에의 가입은 필연적으로 의회주권에 따른 영국 국내법의 우위와 유럽공동체의 운영을 위한 유럽공동체법의 우위 간의 충돌을 가져올 수밖에 없었다.¹⁵⁵⁾ 이러한 문제를 해결하기 위하여 영국 의회는 1972년 「유럽공동체법」(European Community Act, 이하 'ECA')¹⁵⁶⁾을 제정하였다. ECA는 첫째, 유럽공동체법상의 권리의무가 추가적인 입법 없이도 영국에서 법적 효력을 갖는다고 규정함으로써(제2조 제1항) 이원주의를 완화하여 유럽공동체법의 직접 효력을 보장하고, 둘째, 영국의 국내법령은 유럽공동체법을 조건으로 해석되고 효력을 가진다고 규정함으로써(제2조 제4항) 의회주권을 완화하여 유럽공동체법의 우위를 인정하였다.¹⁵⁷⁾ 그러나 이러한 변화는 결국 영국 의회의 의사에 의한 것이고 의회는 언제나 ECA를 폐지할

151) Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.44-46 참조.

152) *Bribery Commissioner v Ranasinghe* [1965] AC 172.

153) Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.48-49 참조.

154) Marius Baum, *Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.50 참조.

155) 김대순·김민서, *EU법론*, 제2판, 삼영사, 2015, 243면 참조.

156) 용어의 혼동을 피하기 위하여 영국 법률인 「유럽공동체법」은 'ECA'로, 유럽공동체의 법령은 '유럽공동체법'으로 표기한다.

157) 김대순·김민서, *EU법론*, 제2판, 삼영사, 2015, 244-246면 참조.

권한을 보유하고 있으므로, 의회주권의 기본 틀을 벗어난 것은 아니었다.¹⁵⁸⁾

ECA 제정 이전에도 이미 영국 법원은 이른바 '국제법 존중 추정'의 법리 '(international treaty presumption)를 통하여 — 의회가 국제법과 관련된 법률을 제정한 경우 의회는 국제법상의 의무를 이행하려는 의도였을 것으로 추정하는 — 엄격한 이원주의를 완화해 왔다.¹⁵⁹⁾ 1967년 Salomon 판결¹⁶⁰⁾은 대표적인 사례로, 국내법이 국제법상의 의무를 이행하기 위해 제정된 것으로서 법문언이 모호한 경우에는 국내법의 해석은 국제법을 준수하는 방향으로 이루어져야 한다고 판시하였다.¹⁶¹⁾

그러나 ECA에 관한 영국 법원의 태도는 이보다 더 나아간 것이었다. 1979년 Macarthy's 판결¹⁶²⁾에서 Lord Denning의 소수의견은 ECA에 의하여 유럽공동체법이 직접적인 효력을 가지므로 국내법은 유럽공동체법의 내용에 반하는 명시적·의도적인 문언이 없는 한 유럽공동체법의 취지에 따라 해석되어야 한다고 판시하였고¹⁶³⁾, 1983년 Garland 판결¹⁶⁴⁾에서 법정의견인 Lord Diplock 또한 — Lord Denning의 견해보다는 약하지만 1967년 Salomon 판결¹⁶⁵⁾의 태도와는 구별되는 입장으로서 — 법문언이 모호하지 않더라도 국내법이 문언상 합리적으로 해석될 수 있는 범위 내에서는 유럽공동체법의 취지에 부합하는 방향으로 해석되어야 한다고 판시하였다.¹⁶⁶⁾

이와 같은 유럽공동체법의 영국 국내법에 대한 우위와 의회주권의 완화는 1989년 Factortame 판결¹⁶⁷⁾에서 1988년 「상선법」(Merchant Shipping Act)에

158) 김대순·김민서, EU법론, 제2판, 삼영사, 2015, 247면 참조.

159) Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.14 참조.

160) Salomon v Commissioner of Customs and Excise [1967] QB 116.

161) Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.14 참조.

162) Macarthy's Ltd v Smith [1979] 3 All ER 325.

163) Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.72-74 참조.

164) Garland v British Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751.

165) Salomon v Commissioner of Customs and Excise [1967] QB 116.

166) Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.18, pp.76-78 참조.

167) R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. [1990] 2 AC 85; (No.2) [1991] 1 AC 603; (No.3) [1992] QB 680; (No.4) [1996] QB 404; (No.5)

따라 영국 수역에서 상선 운용이 금지된 원고의 가구제 신청에 대하여 당초 법원이 의회주권에 따라 제정법을 적용하지 않을 수 없다는 이유로 가구제를 거부하였다가 유럽공동체법에 상충되는 국내법은 법원에 의하여 무효화되어야 한다는 유럽재판소의 판결에 따라 가구제를 최초로 허용하면서 재차 확인되었다.¹⁶⁸⁾

II. 유럽인권협약에 대한 법원의 대응

1. 사법적 수용의 거부

영국은 1951년 유럽인권협약을 비준하였지만 1966년에야 비로소 개별적 제소권을 인정하였기 때문에 1970년대부터 비로소 유럽인권협약 체계와 본격적인 상호작용이 시작되었다.¹⁶⁹⁾ 그러나 유럽인권협약에 대해서는 여전히 유럽공동체법에 대한 ECA와 같은 이행법률이 제정되지 않은 상황이었기 때문에 유럽인권협약의 국내법적 지위·효력은 불분명한 상태였다. 1967년 Salomon 판결¹⁷⁰⁾의 취지에 따르자면 유럽인권협약은 오직 국내법의 문언이 모호한 경우에만 해석의 보조제로 사용될 수 있을 뿐이었다.

그러나 1970년대 중반 영국 법원의 일부 판결은 유럽인권협약이 사안과 관련성이 있는 경우 국내법 해석에 있어서 반드시 이를 고려해야 한다는 입장을 — 특히 국제인권규범의 발원지인 이민 분야에서 — 보이기도 했다.¹⁷¹⁾ 불법입국자가 유럽인권협약상의 권리를 주장하며 인신보호를 청구한 1976년 Birdi 판결¹⁷²⁾, 추방 전 구금대기 중이던 불법입국자가 유럽인권협약 제12조

[1999] 3 WLR 1062 (HL)..

¹⁶⁸⁾ H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, Administrative Law, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, pp.167-168 참조..

¹⁶⁹⁾ Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.133 참조.

¹⁷⁰⁾ Salomon v Commissioner of Customs and Excise [1967] QB 116.

¹⁷¹⁾ Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.133-134 참조.

¹⁷²⁾ Birdi v Secretary of State for Home Affairs (unreported) (reported only at [1975] SJ 322)

의 혼인의 권리를 주장한 1976년 *Bhajan Singh* 판결¹⁷³⁾, 본국에서 귀화에 필요한 서류를 지참해오지 않았다는 이유로 이뤄진 입국거부조치에 대하여 유럽인권협약 제8조의 가족생활을 존중받을 권리가 주장된 1976년 *Phansopkar* 판결¹⁷⁴⁾에서 법원은 유럽인권협약이 국내법의 해석에 있어서 적극 고려되어야 하고 협약상의 권리를 증진하는 방향으로 법해석이 이루어져야 한다는 취지로 판시하였다.¹⁷⁵⁾

그러나 위와 같은 흐름은 1976년 *Salamat Bibi* 판결¹⁷⁶⁾에서 법원이 유럽인권협약에 대한 사법적 고려는 종래의 모호성 요건이 충족되는 경우에 한하여 가능하다는 입장으로 회귀하면서 차단되었다.¹⁷⁷⁾ 역시 이민법 사안이었던 위 판결에서 원고는 첫째, 이민공무원이 유럽인권협약 제8조의 가족생활을 존중받을 권리를 고려하지 않고 재량을 행사하여 위법하고, 둘째, 1971년 「이민법」(*Immigration Act*)은 위 유럽인권협약상의 권리와 합치되게 해석되어야 한다고 주장하였으나, 법원은 개별 공무원에게 유럽인권협약을 고려하도록 하는 것은 지나친 부담을 지우는 것이라는 이유로 첫 번째 주장을 배척하고, 나아가 유럽인권협약은 영국법의 일부가 아니므로 모호성이 없는 한 상충되는 법률 규정을 뒤집을 수 없다는 이유로 두 번째 주장 또한 받아들이지 않았다.¹⁷⁸⁾

이러한 유럽인권협약에 대한 사법적 거부의 태도는 1991년 *Brind* 판결¹⁷⁹⁾에서 다시 한 번 명백히 드러났다.¹⁸⁰⁾ 1981년 「방송법」(*Broadcasting Act*)상 아

¹⁷³⁾ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bahjan Singh* [1976] QB 198

¹⁷⁴⁾ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Phansopkar* [1976] QB 606

¹⁷⁵⁾ Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.134-137 참조.

¹⁷⁶⁾ *R v Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Salamat Bibi* [1976] 1 WLR 979.

¹⁷⁷⁾ Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.140, 143 참조.

¹⁷⁸⁾ Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.140-141 참조.

¹⁷⁹⁾ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

무런 제한 없는 재량권을 부여받은 내무부장관의 방영금지조치를 다투는 원고는 다양한 논리로 — 의회가 협약에 위반되는 재량행사를 허락하지 않으려고 했다거나 무제한의 재량에 대한 묵시적 제한이라는 모호함을 해석하는 데 협약이 고려되어야 한다거나 영국 정부의 협약 비준에 의하여 모든 국가권력이 협약을 준수할 것이라는 신뢰가 생겼다는 등 — 유럽인권협약 제10조의 표현의 자유에 의한 재량권의 제한을 주장했지만, 법원은 법문언상 재량권 행사에 대한 조건이 부과되어 있지 않은 것은 명백할 뿐만 아니라 이른바 '뒷문으로의 수용'(backdoor incorporation)은 의회의 이름을 빌려 의회주권을 침해하는 해석법으로서 허용될 수 없다는 입장을 분명히 하였다.¹⁸¹⁾

다만, 특기할 점은, 유럽인권협약에 대한 거부는 행정법 영역에 국한된 것이었고, 비(非)행정법 영역에서는 유럽인권협약 합치적 해석이 활용되는 것은 물론, 영국 커먼로와 유럽인권협약 사이의 동일성까지 주장되기도 하였다는 것이다.¹⁸²⁾

이처럼 유럽인권협약에 대한 영국 법원의 태도는 적어도 행정법 영역에서는 의회의 이행법률 없이 사법적으로 수용될 수는 없는 것으로 정리되었다. 그러나 유럽인권협약이 행정법 영역에서 직접적인 효력을 갖지 못했다는 것이 간접적인 영향조차 미치지 않았다는 것은 아니다. 특히 보수당 정부가 유럽인권협약을 입법적으로 수용하려고 하지 않았기 때문에, 어쨌든 법률가들은 사법적 통로를 통하여 유럽인권협약을 실현하는 데 관심을 기울일 수밖에 없었다.¹⁸³⁾

2. '근본적 권리'의 인정

¹⁸⁰⁾ Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.154 참조.

¹⁸¹⁾ Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.154-159 참조.

¹⁸²⁾ Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, p.146, 151 참조. 이에 관한 상세한 내용은 Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford : Hart Pub., 1997(2002), Hart Publishing, 1997, pp.143-151 참조.

¹⁸³⁾ Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.16 참조.

비록 행정법 영역에서 유럽인권협약상의 권리가 직접적으로 인용되지는 못했지만, 영국 법원은 종래의 자유와 권리 중 일부에 대하여¹⁸⁴⁾ — 특히 '법원에 접근할 권리'(right of access to a court)를 중심으로 — '근본적 권리'(fundamental right)로서의 지위·효력을 인정하는 태도를 발전시켜 나갔다.¹⁸⁵⁾

1983년 Raymond v Honey 판결¹⁸⁶⁾에서는 수감자인 원고가 교도소장의 서한 열람 및 발송 거부 조치를 다투기 위해 변호사에게 소장을 보내자 교도소 내부 사건은 교도소에서 조사한다는 내용의 1964년 「교도소규칙」(Prison Rules)을 근거로 그 소장마저도 발송을 거부한 교도소장의 결정이 문제되었는데, 법원은 비록 1952년 「교도소법」(Prison Act)이 「교도소규칙」에 수감자의 규율과 통제에 관한 사항을 정할 수 있도록 위임하였을지라도, 이는 오직 통신의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있을 뿐, 법원에 자유롭게 접근할 수 있어야 한다는 '기본원리'(basic principle)까지 제한할 수는 없다고 판단하였다.¹⁸⁷⁾ 또한 1984년 Anderson 판결¹⁸⁸⁾에서는 교도소 내부 문제에 대한 소제기를 자유로이 허용하되 소송 목적으로 변호사와 상담하기 전에 반드시 교도소 내부 조사를 거치도록 하는 내용의 「교도소규칙」이 다뤄졌는데, 법원은 소송의 가망을 판단하기 위하여 변호사와 상담할 수 있는 권리 또한 법원에 접근할 권리와 불가분적 일체를 이루는 '근본적 권리'라고 보았다.¹⁸⁹⁾ 나아가 수감자와 인터뷰하는 언론사에게 외부발표 금지에 대한 서면 보증을 요구하는 내용의 「교도소규칙」이 쟁점이 된 1999년 Simms 판결¹⁹⁰⁾에서, 수

184) Hickman은 인권법 시행 전에 이미 영국 법원은 표현의 자유, 명예, 자유, 법원에 접근할 권리를 커먼로상의 헌법적 권리로 인정하는 상태에 이르렀다고 평가한다(Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.18-19 참조).

185) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.237, 293 참조.

186) Raymond v Honey [1983] 1 AC 1.

187) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.238-239 참조.

188) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Anderson [1984] 1 QB 778.

189) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.239-240 참조.

190) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [1999] 3 All

감자는 유럽인권협약상의 표현의 자유를 법원에 접근할 권리와 함께 주장하였고, 법원은 표현의 자유는 오직 급박한 사회적 필요에 의해서만 제한될 수 있으므로 「교도소규칙」은 수감자의 표현의 자유와 조화되는 방향으로 해석되어야 한다고 판시하였다.¹⁹¹⁾

법원은 법원에 접근할 권리를 '근본적 권리'로 인정하면서 크게 두 가지의 법적 효과를 부여하였다. 첫째, '근본적 권리'인 법원에 접근할 권리를 제한할 수 있는 권한은 명백한 법률 문언에 의해서만 도출될 수 있다고 해석하였다.¹⁹²⁾ 기초생활수급자의 소송비용을 더 이상 면제해 주지 않는다는 내용의 개정 「최고법원규칙」의 합법성이 문제된 1998년 Witham 판결¹⁹³⁾에서, 법원은 개정 「최고법원규칙」은 기초생활수급자의 법원에 접근할 권리를 제한하는 것이고, 이러한 '근본적 권리'는 의회의 법률에 의해 이를 제한할 수 있는 것이 명시적으로 표현되어야 하는데, 「최고법원법」은 단지 대법원장에게 법원 수수료를 정할 권한을 부여한 것에 불과하고 법원에 접근할 권리에 대한 제한을 명시적으로 허락한 것이 아니므로 개정 「최고법원규칙」은 법률의 수권 범위를 벗어난 것으로 위법하다고 결정하였다.¹⁹⁴⁾ 둘째, '근본적 권리'인 법원에 접근할 권리를 제한하는 행정작용에 대한 사법심사는 웬즈베리 원칙이 아닌 최소 침해 원칙에 의하여 이루어져야 한다고 보았다.¹⁹⁵⁾ 1994년 Leech 판결¹⁹⁶⁾은 일괄적으로 수감자의 모든 서신에 대하여 열람 및 발송 거부를 허용한 「교도소규칙」은 일반 서신과 변호사에 대한 서신을 구분하지 않고 교도소장의 판단에 따라 발송을 하지 않을 수 있도록 한 점에서 최소 침해만을 수권한 법률의 취지에 반하는 위법한 규칙이라고 판단하였다.¹⁹⁷⁾

ER 400.

¹⁹¹⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.300-301 참조.

¹⁹²⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S. 294 참조.

¹⁹³⁾ R v Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] QB 575.

¹⁹⁴⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.294-296 참조.

¹⁹⁵⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.298 참조.

¹⁹⁶⁾ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech [1994] QB 198.

3. 심사척도 및 심사강도의 강화

영국 사법심사청구소송의 심사사유는 크게 비합법성, 절차적 불공평, 비합리성으로 나뉘는데¹⁹⁸⁾, 이 중 비합리성의 심사척도로서 웬즈베리 원칙은 앞서 살펴본 바와 같이 행정결정의 실체적 부분에 대한 사법적 개입의 주요 도구로서 기능해왔다. 그러나 웬즈베리 원칙은 행정작용에 대한 사법적 개입을 몹시 자제하는 공식이었기 때문에 인권침해에 대한 구제 측면에서는 충분하지 못하였다.¹⁹⁹⁾ 이러한 문제를 해결하기 위하여 영국 법원은 인권 내지 '근본적 권리'와 관련된 사안의 경우에는 행정에게 보다 강한 정당성 논증의무를 부과하는 방향으로 웬즈베리 원칙을 — 이른바 '엄격심사'(anxious scrutiny/most rigorous examination) — 수정·발전시켜 나갔고, 그 결과 인권법 시행 즈음에는 권리의 중요성에 따른 단계별 심사구조가 어느 정도 정착되었다.²⁰⁰⁾

이러한 변화는 주로 이민법 영역에서 나타났다. 종래 1980년 Zamir 판결²⁰¹⁾은 「이민법」상의 강제추방 권한은 그 체계와 성질상 사법심사에 적합하지 않은, 주관적인 재량이라고 하면서, 강제추방 결정을 뒷받침하는 근거가 제출되지 않거나 극도로 비합리적이라는 점을 증명한 경우에 한하여 위법하다고 판단하였다²⁰²⁾. 그러나 1984년 Khawaja 판결²⁰³⁾은 위 Zamir 판결과 같이 완화된 심사는 행정의 권리침해에 대한 사법적 권리구제를 박탈하는 것이라며, 법원은 행정이 만연한 추측으로 개인을 구금하지 않도록 사법기능을 적극적으로

197) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.298-300 참조.

198) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 662면 참조.

199) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.134 참조.

200) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.135, 151 참조.

201) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Zamir [1980] AC 930.

202) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.171 참조.

203) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Khawaja [1984] AC 74.

행사해야 할 의무가 있으므로 행정결정의 전제가 되는 사실적인 요건들의 존부에 대하여 높은 강도로 심사해야 한다고 판단하였다.²⁰⁴⁾

수정된 웬즈베리 원칙의 대표적인 사례로 꼽히는 1987년 Bugdaycay 판결²⁰⁵⁾에서 우간다 출신인 원고는 제3국인 케냐로 추방명령을 받아 자신이 케냐에서도 생명의 위협을 받을 수 있음에도 불구하고 담당 공무원이 이를 올바르게 고려하지 않았다는 이유로 추방명령을 다투었고, 이에 대하여 피고 내무부장은 케냐가 제네바 난민협약의 당사국이므로 케냐에서 우간다로 재차 추방되어 생명의 위협을 받지 않을 것이라고 항변하였다.²⁰⁶⁾ 이에 대하여 법원은 가장 근본적인 인권으로서 생명권을 위협에 놓이게 하는 결정은 가장 엄격하게 심사되어야 한다고 선언한 후, 추방명령은 케냐에서의 연쇄적인 추방의 가능성을 뒷받침하는 증거들에 대하여 충분한 고려하지 않았으므로 위법하다고 판시하였다.²⁰⁷⁾²⁰⁸⁾

1996년 Smith 판결²⁰⁹⁾ 또한 — 사안의 결론에 있어서는 원고의 주장을 받아들이지 않았지만 — 해당 사안은 '근본적 권리'가 침해되는 사안이므로 법원은 행정결정의 과정에 오류가 있는지 여부를 꼼꼼하게 심사하여야 하며, 이때 법원의 심사강도 내지 행정의 논증의무는 인권에 대한 제한의 정도가 클수록 강해진다는 일반론을 판시하였다.²¹⁰⁾

204) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.171-173 참조.

205) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay [1987] AC 514.

206) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.173 참조.

207) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.174 참조.

208) 1984년 Khawaja 판결이 권한행사의 요건사실에 대하여 심사강도를 높였다면, 1987년 Bugdaycay 판결은 권한행사의 법적 결과를 더 엄격히 심사한 것으로 평가할 수 있다(Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.173 참조).

209) R v Ministry of Defence, ex parte Smith [1996] QB 517.

210) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.304-305 참조

III. 발전의 한계

살펴본 바와 같이 영국 법원은 유럽인권협약을 사법적으로 수용하는 것은 거부하면서도, '근본적 권리'의 개념을 인정하고 심사척도와 심사강도를 강화하면서 종래의 사법심사청구소송의 부족한 권리구제 측면을 보완하고자 하였다. 그럼에도 불구하고 몇몇 사례를 통하여 여전히 영국의 법체계가 권리 침해에 대한 심사의 정도가 느슨하여 권리구제에 충분하지 못하다는 점이 드러났다.

1980년대 후반 Spycatcher 사건²¹¹⁾에서는 출판이 금지된 전직 정보요원이 출판한 회고록에 대하여 보도금지명령을 받았던 원고 언론사들이 보도금지명령을 위반하여 제기된 '법정모독죄'(contempt of court) 재판에서 위 회고록이 미국 등 다른 나라에서 출판되었다는 사정변경을 이유로 보도금지명령을 다투었으나 — 유럽인권협약 없이도 영국의 커먼로가 표현의 자유에 대한 충분한 보호를 제공해왔다고 믿었던 Lord Brigde의 설사와 달리 — 받아들여지지 않았다.²¹²⁾ 이에 대하여 Barendt는 표현의 자유에 대하여 헌법적 지위가 인정되었다면 다른 결과가 나왔을 것이라고 비판하였다.²¹³⁾ 실제로 유럽인권협약에 기초하여 심사를 행하는 유럽인권법원에서는 같은 사안에 대한 후속절차에서 유럽인권협약 제10조 제2항의 표현의 자유에 대한 제한의 요건을 고려할 때 미국에서의 출판 이후에는 보도금지명령을 더 이상 유지될 수 없다고 판시하였다.²¹⁴⁾

1991년 Brind 판결²¹⁵⁾에서 원고 언론사는 내무부장관의 북아일랜드 테러

211) Attorney-General v Guardian Newspaper [1987] 3 All ER 316.

212) Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.249-252 참조.

213) E. Barendt, Spycatcher and Freedom of Speech, PL 1989, p.212(Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.252 참조.)

214) The Observer and the Guardian v. United Kingdom (1992) 14 EHRR 153.(Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, S.255 참조).

215) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696.

단체의 담화에 대한 방영금지조치를 다투었는데, 앞서 살펴본 바와 같이 법원은 유럽인권협약의 원용 또는 고려를 배척하면서도 — 커먼로는 유럽인권협약 없이도 '근본적 권리'에 대한 보호를 이미 제공하고 있다는 입장에서 — 위 방영금지조치는 엄격한 심사의 대상이 되고 표현의 자유의 제한은 중대한 공익에 의해서만 정당화할 수 있다고 판시하였다.²¹⁶⁾ 그러나 사안의 결론은 테러리즘에 대한 대응은 중대한 공익으로, 방영금지조치는 합리적인 장관이라면 하지 않을 정도로 비합리적이지 않다는 것이었다.²¹⁷⁾

인권법 제정 직전, 동성애자인 사실을 이유로 한 군 전역명령을 다룬 1996년 Smith 판결²¹⁸⁾ 또한 앞서 살펴본 바와 같이 일반론에 있어서는 엄격한 심사와 인권침해 정도에 비례한 심사강도가 필요하다고 실시하였지만, 사안의 결론에 있어서는 해당 조치는 국가방위라는 공익을 위하여 의회와 전문가의 적절한 조언에 따라 이루어진 것이므로 비합리적으로 볼 수 없다는 것이었다.²¹⁹⁾ 유럽인권법원은 1999년 Smith and Grady 판결²²⁰⁾에서, 이와 같은 영국 법원의 태도는 웬즈베리 원칙에 따라 행정작용을 위법하다고 보아 취소할 수 있는 문턱을 지나치게 높게 설정하여 유럽인권협약 제13조의 실효적 구제를 받을 권리를 위반하는 것이라고 판단하였다.²²¹⁾

제2절 영국 인권법의 제정 및 메커니즘

I. 영국 인권법의 제정

제1절에서 살펴본 유럽인권협약을 반영한 영국 판례의 발전과 한계는 모

²¹⁶⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.255-259 참조.

²¹⁷⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.260-261 참조.

²¹⁸⁾ R v Ministry of Defence, ex parte Smith [1996] QB 517.

²¹⁹⁾ Marius Baum, Der schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, SS.304-306 참조.

²²⁰⁾ Smith and Grady v UK (1999) 29 EHRR 493.

²²¹⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.135-136 참조.

두 유럽인권협약의 수용의 분위기를 무르익게 하는 데 기여하였다. 이와 함께 정치/법이론 영역에서의 변화 또한 권리의 중요성과 법원의 권리구제기능 강화를 뒷받침하였다. Rawls는 공동체의 구성원 모두에게 동등하게 최소한의 권리들이 보장되어야 한다고 주장하였고, 이를 이어받은 Dworkin은 종래의 의회의 의사 실현의 도구로서 법원의 역할을 비판하고 법원이 권리를 인정할 수 있는 독자적인 권한을 가져야 함을 논증하였다.²²²⁾ Dworkin은 '법원리'(principle)와 '정책'(policy)을 구별하여 사회적, 경제적 판단이 관련된 공익의 문제는 정책의 문제로서 정치과정에서 결정되어야 할지라도, 법원리는 정의와 공평의 문제로서 개인의 권리에 관한 것이고 이는 독립된 기관인 법원에서 판단되어야 한다고 주장하였다.²²³⁾ Rawls와 Dworkin의 논의는 Allan, Jowell, Lord Lester 등에 의하여 영국에 도입되어 영국 공법이 '권리기반형'(right-based)으로 발전하는 데 기여하였다.²²⁴⁾ 특히 Allan은 행정법을 공법적 권리의 집합체로 파악하면서 사법심사청구소송의 기능과 법원의 임무는 그러한 권리를 정의하고 실현하는 데 있다고 보았다.²²⁵⁾

유럽인권협약의 수용에 대한 구체적인 논의는 1968년 Lord Lester의 '민주주의 개인의 권리'라는 저서를 통해 시작되었다. Lord Lester의 주장은 1974년 Lord Scarman의 의회주권보다 우위에 있는 권리장전을 통해 권리를 보호해야 한다는 주장을 거쳐 1976년 Lord Wade의 권리장전 입법안의 제출까지 이어졌다. 전통적인 헌정구조의 상(像)에 대한 집착으로 인하여 법안은 통과되지 못하였다. 그러나 영국의 기존 법체계가 권리구제에 충분하지 못하다는 점과 유럽인권법원으로 이어지는 절차가 시간과 비용을 증대시킨다는 점은 지속적으로 비판받았고, 유럽인권협약의 수용 또는 권리장전의 제정의 필요

222) Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.16-17 참조.

223) Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.109 참조.

224) Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.17 참조.

225) T. R. S. Allan, Law, Liberty and Justice: The legal foundation of British constitutionalism, Oxford University Press, 1993, p.7(Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.109에서 재인용).

성은 점점 더 공감대를 얻었다. 유럽인권협약의 수용 운동은 종래 성문의 권리목록의 제정에 반대했던 노동당이 입장을 바꾸면서 전환점을 맞이하였다. 노동당은 1990년대 초반부터 유럽인권협약의 수용을 당의 주요 정책으로 내세웠고, 1997년 총선 승리 후 1998년 유럽인권협약의 이행법률로서 영국 인권법을 제정하였다.²²⁶⁾

II. 영국 인권법의 주요 메커니즘

영국 인권법은 총 9장 22개조로 구성되어 있는데, 그 중 중요한 것은 제1장의 협약상 권리의 정의(제1조), 협약기관의 결정에 대한 고려 의무(제2조), 제2장의 법률의 협약합치적 해석 의무(제3조), 불합치 법령에 대한 협약불합치선언 권한(제4조), 제3장의 공적 기관의 협약상 권리 준수 의무(제6조), 협약상 권리침해에 대한 구제절차(제7조) 및 구제수단(제8조), 제4장의 협약불합치선언 법률에 대한 개정명령(제10조), 제5장의 기존 권리보호의 병존, 제8장의 법률안 제출 시 수반되는 협약합치 여부 보고 제도(제19조) 등을 꼽을 수 있다. 이러한 메커니즘을 통하여 영국 인권법은 의회-행정 연합에 맞서 개인이 협약상 권리에 근거하여 국내 법원에서 효과적으로 권리를 구제받을 수 있도록 하면서도, 사법절차가 정치적 과정을 대체하지 않도록 하여 고전적인 헌정구조의 균형 내지 의회의 우위를 유지하려고 노력하였다.²²⁷⁾

1. 협약상 권리의 도입

영국 인권법은 영국의 독자적인 권리목록을 작성하면서 단지 유럽인권협약을 참조한 것이 아니라, 법의 정식 명칭인 'An act to give further effect

226) 이 단락의 인권법 제정과정의 연혁에 관하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.6-8 참조.

227) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, Administrative Law, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, pp.143-144 참조.

to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights'(유럽인권협약상 보장되는 권리와 자유에 실제적인 효력을 부여하기 위한 법)와 슬로건이었던 'Bringing Rights Home'(권리를 본국으로 가져오기)에서 알 수 있듯이 유럽인권협약 체계가 제공하는 권리 및 보호 그 자체를 국내에서도 동일하게 보장받을 수 있도록 하는 것을 목표로 하였다.²²⁸⁾ 이러한 맥락에서 영국 인권법은 유럽인권협약 제1장이 보장하는 12개의 권리²²⁹⁾, 제1의정서가 보장하는 3개의 권리²³⁰⁾, 제6의정서가 보장하는 2개의 권리²³¹⁾를 “협약상 권리”(Convention Rights)로 정의하였다(제1조 제1항). 각 권리들의 성질은 유럽인권협약에서 채택하고 있는 삼분론에 따라 생명권, 고문 등을 받지 않을 권리 등과 같이 어떤 경우에도 권리에 대한 침해가 정당화될 수 없는 절대적 권리, 신체의 자유와 안전에 대한 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 혼인 및 가정구성에 대한 권리 등과 같이 유럽인권협약에 구체적·한정적으로 규정된 예외적인 상황에 한해서만 권리에 대한 침해가 허용되는 제한적 권리, 사생활의 자유, 사상, 양심, 종교의 자유, 표현의 자유, 집회 및 결사의 자유와 같이 민주사회의 필요성을 기준으로 한 일반유보 조항을 두고 있는 조건부 권리로 구분된다.

인권법상의 권리보호는 기존의 권리보호를 전면적으로 대체하는 것이 아니라 이와 병존하는 추가적인 성격을 갖는데(제11조), 이때 협약상 권리와 관련된성이 기존의 보호와 인권법상의 보호, 특히 일반 사법심사청구소송과 인권법 사법심사청구소송의 적용을 가르는 기준이 된다. 당사자가 침해받았다고 주장하는 권리의 내용이 협약상 권리에 해당한다면 인권법상의 보호를

228) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.66 참조.

229) 생명권(제2조), 고문과 비인도적 처우를 받지 않을 권리(제3조), 노예와 강제 노역을 하지 않을 권리(제4조), 신체의 자유와 안전에 대한 권리(제5조), 공정한 재판을 받을 권리(제6조), 법률에 의하지 아니하고 처벌받지 않을 권리(제7조), 사생활, 가정생활, 주거, 통신을 존중받을 권리(제8조), 사상, 양심, 종교의 자유(제9조), 표현의 자유(제10조), 집회 및 결사의 자유(제11조), 혼인 및 가정구성의 권리(제12조), 차별받지 않을 권리(제14조)

230) 재산권(제1조), 교육받을 권리(제2조), 자유선거권(제3조)

231) 사형의 폐지(제1조), 전시 사형의 제한(제2조)

받게 되지만, 그렇지 않은 경우에도 기존의 법제도를 통하여 권리를 보호받는 것은 얼마든지 가능하다. 그러나 후술하듯이 그 보호의 강도에는 차이가 있다.

2. 협약합치적 해석과 협약불합치선언

영국 인권법은 앞서 설명한 바와 같이 Dicey가 상정한 고전적인 의회주권 중심의 헌정구조가 현실에서는 이상적으로 '자기교정'하지 않아 개인의 권리가 위협에 노출되는 상황을 대응하고자 제정된 것이었기 때문에, 의회의 행위, 즉 법률에 대한 사법적 통제를 함께 도입하였다. 인권법에 따라 이제 법원은 법률을 협약상 권리에 합치되도록 해석할 수 있는 권한(제3조)과 그러한 해석이 불가능한 경우 법률이 협약상 권리에 합치되지 않는다고 선언판결을 내릴 수 있는 권한(제4조)을 갖게 되었다.²³²⁾ 협약합치적 해석과 협약불합치 선언판결은 인권법상 규정된 내용이지만 후술하는 인권법 사법심사 청구소송과 달리 당사자가 인권법상의 피해자 요건을 충족하지 못하는 경우에도 가능하다는 특징이 있다.²³³⁾²³⁴⁾

²³²⁾ 법률뿐만 아니라 행정입법도 인권법에 따라 협약합치적 해석과 사법적 통제의 대상이 되나, 영국은 종래부터 행정입법에 대해서 직접 사법심사를 청구할 수 있도록 해왔기 때문에(朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 655면 참조), 인권법 제3조와 제4조에 의해 도입된 새로운 커니즘이 행정입법에 대해 갖는 의의는 상대적으로 약하다. 따라서 여기서는 의회의 법률을 중심으로 서술한다.

²³³⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.49, 86 참조

²³⁴⁾ 다만, 이와 같이 피해자 요건이 요구되지 않는 점에 대하여, 영국 법원은 2005년 Lancashire County Council v Taylor 판결에서 방론으로 원고가 해당 법률에 의해 개인적으로 영향을 받지 않는 경우까지 협약불합치 선언판결을 허용하는 것은 타당하지 않다고 판시하였고, 2004년 Rusbridger and Toynbee v Attorney General 판결에서도 이러한 권한의 행사는 제한되어야 한다고 경고하였는바(John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.71), 이러한 가능성을 엄격

우선, 법원은 해당 법률을 해석하였을 때 협약상 권리를 침해할 가능성이 도출되는 경우에는 협약상 권리에 부합하는 대안적인 해석이 가능한지를 검토한 후 '가능한 한'(so far as it is possible to do so)²³⁵⁾ 협약합치적 해석을 따라야 한다. 우리나라의 합헌적 법률해석과 일응 비슷해 보이지만 해석의 가능성이 우리나라보다 광범위하게 허용된다. 즉, 문언의 일반적·자연적 의미가 다의적이지 않은 경우에도 이러한 해석이 가능하다고 보며, 대안적인 협약합치적 해석이 설령 단어의 일반적인 의미로부터 벗어나거나 입법자의 의도로부터 벗어나는 것도 허용된다고 본다.²³⁶⁾ 기술적인 측면에서, 법원은 협약과의 불합치성을 제거하기 위하여 법문언에 존재하지는 않는 특정 내용을 포함하여 '확장해석'(reading in)하거나 법문언에 존재하는 특정 내용을 배제하여 '축소해석'(reading down)할 수 있다.²³⁷⁾ 그러나 협약합치적 해석을 통해 법원이 의회를 대신하여 입법기능을 행사할 수 있는 것은 아니다. 따라서 법원의 해석은 법률이 구성한 제도와 주요 원칙에 위반되지 않는 범위 내에서만 가능하다.²³⁸⁾

법률의 내용이 협약상 권리에 합치되지 않고 이를 협약합치적으로 해석하는 것도 불가능하다고 판단되는 경우, 법률의 효력을 사법심사청구소송으로 직접 다룰 수 없는 것은 종래와 마찬가지로 인권법 하에서도 허용되지 않는

하게 인정하려는 태도로 보인다.

235) 인권법 제정과정에서 법원의 해석권한을 제한하기 위하여 '그러한 해석이 합리적인 한'(so far as it is reasonable to do so)이라는 문구로 변경하려는 시도가 있었으나 원안인 현 내용으로 유지되었다(John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.48 참조).

236) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.49 참조.

237) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.49 참조.

238) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.50 참조.

다(제6조 제3항). 다만, 인권법은 법원이 사법심사청구소송을 비롯한 모든 소송절차에서 법률에 대한 협약불합치 선언의 판결을 내릴 수 있도록 규정하였다(제4조). 법원의 협약불합치 선언판결은 그 자체만으로는 법률의 효력 및 적용에는 영향을 주지 않고[제4조 제6항 (a)] 해당 계쟁 사건의 당사자에 대한 구속력도 인정되지 않는[제4조 제6항 (b)] 점에서 우리나라의 계속적용 헌법불합치 판결과 유사하다. 다만, 독립된 헌법재판절차가 아니라 일반 소송절차, 즉 사법심사청구소송은 물론 모든 소송절차에 수반하여 이루어질 수 있는 점(제4조 제1항)에서 우리나라의 위헌법률심판 제도와는 다르다. 또한 협약불합치 선언판결을 받은 법률의 개정을 강제할 방법이 존재하지 않는다는 점도 유의할 부분이다. 인권법은 제10조에서 해당 법률의 주무부처 장관의 행정입법을 통한 신속처리절차를 규정하고 있으나 이는 장관이 '강력한 이유'(compelling reason)가 있다고 생각하는 경우에 '할 수 있다'(may)는 것일 뿐 이러한 시정조치가 의무적인 것은 아니다. 그 외에는 의회의 처분에 맡겨져 있는 것이다.²³⁹⁾

우리나라의 위헌판결과 달리 영국 인권법상의 모든 협약불합치 선언판결은 법률의 효력·적용에 영향을 주지 않고 소송당사자에 대한 구속력도 인정되지 않기 때문에, 이는 법률의 협약불합치성을 장래에 제거하여 적법성의 회복한다는 점에서는 의의가 있으나 당해 시점에서 개인의 권리구제 측면에서는 도움이 되지 못한다.²⁴⁰⁾ 따라서 사법심사청구소송을 제기한 원고에게는 협약불합치 선언판결보다는 법률의 전체적인 취지를 훼손하지 않는 한도에

²³⁹⁾ 실제로 2011. 6. 1.까지 총 19건의 협약불합치 선언판결이 이루어졌는데, 그 중 14건은 법률의 형식으로, 2건은 위 장관의 시정명령의 형식으로 개정되었다. 3건에 대해서는 아무런 조치도 취해지지 않았다. 이에 따라 협약불합치 선언판결의 효력을 강제할 방법이 없다는 점에 대한 문제가 제기되고 있다(John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.90-91 참조.).

²⁴⁰⁾ 이러한 맥락에서 유럽인권법원 역시 협약불합치 선언판결이 협약상 권리침해에 대한 실효적인 구제수단이 되지 못한다고 평가한 바 있다((John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.89 참조.).

서 협약합치적 해석이 이뤄지는 것이 유리하다.

협약합치적 해석과 협약불합치 선언판결은 상보적이면서도 긴장관계에 있다. 법원은 협약불합치 선언판결에 앞서 협약합치적 해석의 가능성을 검토하여야 하고, 후자의 가능성이 없는 경우 전자의 결론에 이르게 된다. 그런데 협약합치적 해석은 의회가 제정한 법률에 대한 직접적인 판단인 협약불합치 선언판결을 피한다는 점에서 의회주권에 대한 강한 존중의 표시이나, 한편으로는 법률의 내용을 법원의 해석을 통하여 직접적으로 변경시킨다는 점에서 — 심지어 문언의 언어적 범위를 벗어나서까지 — 의회주권을 침해하는 통로가 될 수 있다.

3. 협약상 권리의 침해와 구제

인권법상 공적 기관이 협약상 권리에 합치되지 않는 방식으로 행동한 경우 그 행위는 위법하다(제6조 제1항). 즉, 모든 공적 기관은 협약상 권리를 준수할 의무를 부담한다. 공적 기관에는 행정과 사법이 포함되나 의회는 포함되지 않는다(제6조 제3항).²⁴¹⁾ 또한 공적 기관의 행위가 협약상 권리를 침해하였더라도 그 행위가 법률에 의하여 강제되는 경우에는 — 행정입법에 따른 경우는 해당되지 않는다 — 위법하지 않은 것으로 본다(제6조 제2항). 2005년 R(Wilkinson) v Inland Revenue Commissioners 판결²⁴²⁾에서 법원은 여성에게는 남편사별 수당을 지급하면서 남성에게는 아내사별 수당을 지급하지 않는 것은 유럽인권협약 제14조의 차별받지 않을 권리 위반이라는 원고의 주장에 대하여, 차별지급이 유럽인권협약 제14조에 위배되기는 하지만 관련 법률의 내용상 차별적으로 지급할 수밖에 없었으므로 인권법 제6조 제2항에 따라 위법하다고 볼 수는 없다고 판시하였다.²⁴³⁾ 이러한 규율 또한 의회주권에 대한 존중이 반영된 것이다.

241) 공적 기관의 범위에 대한 구체적인 내용은 제3장에서 후술한다.

242) R(Wilkinson) v Inland Revenue Commissioners [2005] UKHL 30, [2005] 1 WLR 1718.

243) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.68-69 참조.

공적 기관으로부터 협약상 권리를 침해받은 개인은 소송절차를 통하여(제7조) 사법적으로 구제받을 수 있다(제8조). 협약상 권리 준수 의무를 부담하는 주체는 공적 기관이므로 협약상 권리를 침해받은 개인이 제기하는 소송은 통상 사법심사청구소송의 형태로 이루어지게 된다. 한편 협약상 권리의 침해 및 구제 주장은 반드시 소 제기 방식에 의할 것은 아니고, 공적 기관 등 상대방이 제기한 소송에서 항변으로 주장하는 것도 가능하다.²⁴⁴⁾ 다만, 후자의 경우에도 사법심사청구소송의 경우와 동일하게 인권법에서 요구하는 피해자 요건을 충족하여야 한다[제7조 제1항 (b)]. 이러한 사법절차를 통하여 개인은 사법심사청구소송에서 이뤄지는 취소판결 등, 이와 수반 또는 독립된 손해배상판결, 법률에 대한 협약불합치선언 등의 방식으로 구제받을 수 있다.

인권법상의 손해배상은 협약상 권리침해 그 자체로 당연히 인정되는 것이 아니라, 정당한 배상이 필요하다고 인정되는 경우에 한정되는 재량적 성격을 갖는다는 점에서 일반 손해배상과는 구별된다. 이때 정당한 배상이 필요한지 여부는 다른 구제수단의 가능성을 비롯한 제반 사정을 고려하여 정해지는데, 다른 구제수단으로 실효적인 구제가 이루어져 배상이 필요하지 않다고 판단되는 경우에는 배상이 허용되지 않기 때문에 보충적 성격을 갖는다.²⁴⁵⁾ 따라서 인권법상 손해배상을 구하는 개인은 다른 구제수단을 모두 소진하거나 그러한 구제수단이 실효적이지 않음을 보여야 한다.²⁴⁶⁾ 손해배상 여부는 물론이고 손해배상액에 있어서도 법원은 유럽인권법원의 배상 원리를 고려하여야 한다(제8조 제4항). 손해배상은 원상회복을 원칙으로 하며, 징벌적 손해배상은 허용되지 않는다.²⁴⁷⁾

²⁴⁴⁾ Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.584 참조.

²⁴⁵⁾ *Dobson v Thames Water Utilities* [2009] EWCA Civ 28.

²⁴⁶⁾ *Anufrijeva v Southwark London Borough Council* [2003] EWCA Civ 1406, [2004] QB 1124.

²⁴⁷⁾ 이 단락의 인권법상의 손해배상에 관하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.80-83 참조.

제3장 인권법 사법심사청구소송

제2장에서 살펴본 바와 같이 Dicey의 전통적인 공법사상에 기초한 사법심사청구소송은 현대국가에서 행정의 권한 확대와 의회의 기능 약화, 유럽인권협약 체계와의 상호작용과 권리담론의 성장에 따라 권리구제에 충분하지 못하다는 비판에 직면하였고, 이러한 문제점을 극복하기 위해 협약상 권리 개념에 기초한 인권법을 제정하고 권리구제 측면을 강화한 인권법 사법심사청구소송을 도입하게 되었다. 2003년의 한 연구결과는 조사대상으로 선정한 사법심사청구소송 사건 중 약 50%가 인권법을 원용하고 있다고 밝힐 정도로 인권법 사법심사청구소송은 사법심사청구소송 영역에서 빠르게, 많은 비중을 차지하게 되었다.²⁴⁸⁾ 이 chapter에서는 인권법 사법심사청구소송의 특징을 원고적격, 대상적격, 심사척도 및 심리강도, 증거조사로 나누어 살펴본다.

제1절 원고적격

I. 원고적격의 요건

인권법 사법심사청구소송은 원고가 공적 기관의 위법행위의 '피해자'(victim)인 경우에 한하여 청구할 수 있다(제7조 제1항 단서, 제3항). 이는 일반 사법심사청구소송에서 원고적격을 '충분한 이익'(sufficient interest)으로 광범위하게 인정하면서 공익적 원고적격까지 긍정하는 것과는 확연히 대비되는 모습이다.²⁴⁹⁾ 피해자 요건은 인권법 사법심사청구소송이 권리구제 중심의 주판소송적 성격이 강화된 결과로 도입된 것으로 볼 수 있으나, 가장 직접적인 이유는 인권법의 모체인 유럽인권협약이 개별적 제소에 대하여 그 개인이 피해자일 것을 요구하고 있기 때문이다(유럽인권협약 제34조).²⁵⁰⁾ 따

²⁴⁸⁾ Tom De La Mare · David Pievsky, Impact of the Human Rights Act 1998 on judicial review, *Judicial Review*, Dec, 2003, Vol.8(4), p.221 참조.

²⁴⁹⁾ Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.584 참조.

라서 인권법에서 피해자가 되기 위해서는 유럽인권협약의 개별적 제소의 피해자 요건을 충족하여야 한다(제7조 제7항). 다만, 원고가 피해자 요건을 갖추지 못한 경우라 할지라도 권한유월 법리에 기초한 일반 사법심사청구소송은 제기할 수 있다는 점은 앞서 설명한 바와 같다.

유럽인권법원은 피해자의 의미를 해당 행위로부터 '직접적인 영향을 받은'(directly affected) 사람으로 새기고 있다.²⁵¹⁾ 따라서 공익과의 일반적인 관련성을 바탕으로 한 민중소송은 허용되지 않는다.²⁵²⁾ 다만, 유럽인권법원은 피해자 요건을 지나치게 좁게 해석하고 있지는 않다. 첫째, 실제적인 '손해'(prejudice)가 있을 것을 요구하지 않는다. 실제적인 손해의 유무는 피해자 요건에서 판단하는 것은 아니라 정당한 보상을 제공할 필요가 있는지 여부와 관련하여 고려될 뿐이다.²⁵³⁾ 둘째, '현실화된'(suffered) 피해를 요구하지 않고 잠재적인 피해의 '위험'(risk)만으로도 충분하다. 예를 들어, 동성애에 대한 형사처벌 조항이 제정된 경우 해당 개인에 대한 기소 여부와 무관하게 그 자체로 피해자로 인정될 수 있다.²⁵⁴⁾ 다만, 그 위험은 실제적인 것이어야 하고, 단순한 이론적인 가능성만으로는 부족하다.²⁵⁵⁾ 셋째, 생명권과 관련된 사안에서는 사망한 피해자의 가까운 친척들을 피해자로 인정하고 있다.²⁵⁶⁾

영국 법원 또한 인권법 사법심사청구소송에서의 원고적격을 유럽인권협약과 유럽인권법원 판례상의 피해자 개념에 따라 일반 사법심사청구소송보다 명백히 좁게 인정하고 있다. 조합원이 직접적인 피해를 받는 경우일지라도

250) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.290-291 참조.

251) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.70 참조.

252) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.809 참조.

253) *JM v. The United Kingdom* [2010] ECHR 136.

254) *Norris v Ireland* (1989) 13 EHRR 186.

255) *Marckx v Belgium* (1979) 2 EHRR 330.

256) 이 단락의 유럽인권법원의 피해자 요건의 의미에 대하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.70 참조.

노동조합 자체는 피해자가 될 수 없고,²⁵⁷⁾ 여우사냥을 금지하는 내용의 법률을 다투는 경우 적극적인 활동 없이 단순히 여우사냥 동호회에 가입하였다는 이유만으로는 피해자로 인정받을 수 없다.²⁵⁸⁾ 나아가 영국 법원은 일반 사법심사청구소송과 구별되는 인권법 사법심사청구소송의 피해자 요건의 기능·목적에 대하여, 이는 단순히 개인이 협약상 권리와 합치되지 않는다고 여기는 법률을 개정하기 위한 목적으로 인권법을 사용하는 것을 막고, 그들이 불리한 영향을 받았을 때 권리를 구제받기 위한 목적으로 사용하도록 하기 위한 것임을 분명히 하였다.²⁵⁹⁾

한편, 영국은 협의의 소의 이익 개념까지 피해자성 유무에 포함하여 판단하고 있는데, 침해의 종료 여부가 아니라 구제의 완료 여부 관점에서 침해행위가 종료되었다는 이유만으로 피해자성을 부정하지 않고 권리침해를 확인받아 상응하는 구제수단이 제공된 경우에 한하여 피해자성을 상실한다고 보아 소의 이익을 다소 넓게 인정하고 있는 것으로 보인다.²⁶⁰⁾ 개별적 제소를 통하여 유럽인권법원에서 일부 구제를 받은 경우 국내에서 인권법상 구제절차를 이용할 수 있는지 여부에 대하여 원칙적으로 긍정하는 입장이지만,²⁶¹⁾ 더 이상 피해자성이 인정되지 않는다는 이유로 이를 거부한 사례도 있다²⁶²⁾

한편, 정부를 비롯한 공적 기관도 인권법 사법심사청구소송의 원고적격을

257) Re Medicaments and Related Classes of Goods(No4) [2001] EWCA Civ 1217, [2002] 1 WLR 269(John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.71 참조)

258) Adams v Lord Advocate (2003) S.L.T. 366(Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.810 참조.).

259) Lancashire County Council v Taylor [2005] 1 W.L.R. 2668(Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.810 참조.).

260) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.542 참조.

261) Re Mckerr [2004] UKHL 12(Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.809 참조.).

262) Director General of Fair Trading v Proprietary Association of Great Britain [2002] 1 W.L.R 269(Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.809-810 참조.).

인정받을 수 있는지 문제된다. 유럽인권협약 제34조는 개인, 비정부기관, 개인집단에 대해서만 개별적 제소권을 인정하므로, 정부는 유럽인권법원에 제소할 수 없다. 이에 대해서는 후술하는 핵심 공적 기관과 혼합 공적 기관의 구분에 따라, 전자에 대해서는 전적으로, 후자에 대해서는 공법상 행위의 경우에 한하여 원고적격을 부정하여야 한다고 해석하고 있는 것으로 보인다.²⁶³⁾ 영국 법원은 지방행정기관에 대하여 인권법을 원용할 수 있는 비정부기관²⁶⁴⁾ 또는 피해자²⁶⁵⁾로 볼 수 없다고 판시한 바 있다.²⁶⁶⁾

II. 좁아진 원고적격의 보완

인권법 사법심사청구소송이 일반 사법심사청구소송보다 원고적격을 좁게 인정함에 따라 본래 의도하였던 개인의 권리침해에 대해 실효적인 구제수단 제공이라는 인권법의 목적이 온전히 달성될 수 없을 것이라는 우려도 제기되었다.²⁶⁷⁾ 이에 대하여 영국은 '법정조언자/의견서'(amicus curiae/amicus brief) 제도²⁶⁸⁾, '제3자 참가'(intervention) 제도, 나아가 '인권위원회'(Equality and Human Rights Commission)의 독립된 제소권을 통하여 원고적격 제한에 따른 문제점을 보완함과 동시에 공법소송의 특수성을 유지하고 있다.²⁶⁹⁾

²⁶³⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.291 참조.

²⁶⁴⁾ R(Westminster City Council) v Mayor of London [2002] EWHC (Admin) 2440.

²⁶⁵⁾ Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank [2003] UKHL 37, [2004] 1 AC 546.

²⁶⁶⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.71 참조.

²⁶⁷⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.291-292 참조.

²⁶⁸⁾ 당사자의 주장이 불충분하여 사안의 불편부당한 판단을 위해 필요하다고 판단하는 경우 법원은 법무부장관에게 법정조언자를 임명하도록 요청할 수 있고, 법정조언자는 의견서로 관련 주장을 제출할 수 있다(Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.548 참조).

²⁶⁹⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed.,

1. 제3자 참가제도

일반 민사소송의 경우 양면적 권리의무관계가 문제되므로 일반적으로 이해관계 있는 제3자가 소송에 개입할 필요가 없는 반면, 원고와 피고 이외에도 다양한 이해관계인을 두고 있는 것이 통상인 공법상 분쟁을 다루는 사법심사청구소송에서는 인권법 제정 이전부터 제3자의 의견을 듣는 것이 공익에 대한 고려나 전문성 보완을 위해 바람직하다고 보아 제3자의 참가를 허용해 왔다.²⁷⁰⁾²⁷¹⁾ 참가인은 증거와 주장을 제출할 수 있는데, 주로 서면으로 이루어지고 있다.²⁷²⁾²⁷³⁾

Oxford : Oxford University Press, 2011, p.69 참조.

270) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.292-293 참조.

271) 참가의 유형은 크게 공익참가, 정부기관 참가, 이해관계 있는 개인 참가로 구분되고 있는데, 이 중 가장 큰 비중을 차지하는 것은 이하에서 설명하는 공익참가이다(Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.546 참조).

272) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.294 참조.

273) 우리나라의 행정소송법상 참가제도는 참가요건으로서 소송결과에 따라 권리 또는 이익의 침해 받을 것을 요구하고(행정소송법 제16조; 강수경, *취소소송에 있어서 제3자의 소송참가*, 원광법학, 2015, Vol.31(4), 110-113면 참조), 행정소송법상 준용되는 민사소송법상의 참가제도 또한 적어도 소송결과에 대한 이해관계를 요구하는(민사소송법 제71조; 이시윤, *신민사소송법*, 제11판, 박영사, 2017, 786면 이하 참조) 반면, 영국은 법령상 참가요건을 제한하지 않고 다만 제3자 참가가 다면적·전문적 성격을 갖는 행정법상의 분쟁을 해결하는 데 있어서 법원에게 도움을 줄 수 있는지 여부를 고려하는 것으로 보인다(Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.547 참조). 또한, 영국은 「민사소송규칙」 제54편 제17조에서 법원의 허가를 받아 사법심사청구소송에서 참가하여 증거 및 주장을 제출할 수 있다고 간단히 규정하고 있을 뿐, 우리나라의 행정소송법에 의하여 준용되는 민사소송법상의 소송참가에 따른 참가인이 할 수 있는 소송행위의 범위 및 참가인에 대한 판결의 효력 내지 참가적 효력에 — 보조참가의 경우 피참가인이 패소한 경우 판결의 내용이 부당하다고 주장할 수 없다는 참가적 효력을 받

인권법은 법원이 법률에 대한 협약불합치선언을 고려할 때 요구되는 왕과 장관에 대한 통지 및 참가 절차 외에는 명시적으로 제3자의 참가에 대해서 규정하고 있지 않으나(제5조 제1항, 제2항), 영국 법원은 위와 같이 일반 사법심사절차에서 허용되는 제3자 참가제도를 인권법 사법심사절차에서 적극적으로 활용하며 공익단체의 참가를 폭넓게 허용하고 있다. 공익단체의 참가가 원칙적인 모습으로 평가될 정도이다. 법원이 참가제도를 널리 활용하는 이유는 공법상의 권리구제수단으로서 사법심사는 일반 민사소송과 달리 단순히 양자적 권리의무관계에 대한 고려 이상을 요구하기 때문에, 공익단체가 외국 사례, 국제인권기준, 판결에 따른 사회적 영향에 대해 양질의 자료를 제공하는 것이 법원의 판단에 큰 도움을 줄 수 있기 때문이다. 공익단체의 참가는 수 개의 공익단체의 공동참가 형식으로 이루어지기도 하는데, Human Rights Watch, Amnesty International 등 14개 국제인권단체들이 권소시움을 구성하여 참가한 사례도 있다.²⁷⁴⁾

2. 인권위원회의 독립 제소 및 참가 권한

영국의 인권위원회는 인권법의 직접적인 창조물은 아니고, 이후 2006년 「차별금지법」(Equality Act)에 따라 설립된 법정기관이다. 인권위원회는 「차별금지법」에 따라 평등 및 인권관련 사안을 조사하여 조사 결과에 따라 상대방에게 시정을 권고할 수 있고, 침해행위의 금지명령을 법원에 구할 수 있으며, 나아가 스스로 원고적격과 무관하게 소송을 제기하거나 진행 중인 소송절차에 참가할 수 있다.²⁷⁵⁾ 이러한 제소 및 참가 권한은 사법심사청구소

고, 그 외 공동소송적 보조참가·독립당사자참가·공동소송참가의 경우 기판력 등 당사자와 동일한 내용의 판결의 효력을 받는다(이시윤, 신민사소송법, 제11판, 박영사, 2017, 786면 이하 참조) — 대응되는 규정은 없고, 이에 대한 구체적인 논의도 영국 행정법 교과서에서 발견되지 않는다.

²⁷⁴⁾ 이 단락의 인권법 사법심사청구소송에서의 제3자 참가 제도 운용에 관하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.75-76 참조

²⁷⁵⁾ 김광수, 영국의 인권법과 인권기관, 유럽헌법연구, 2011, Vol.9, 53-58면 참조.

송에도 마찬가지로 적용된다.

인권위원회는 인권증진을 위한 '전략적 소송'에 대한 의지를 여러 번 표명했지만, 실무적으로는 독립하여 사법심사청구소송을 제기하는 것보다는 기존 절차에 참가하는 방식을 선호하는 것으로 보인다.²⁷⁶⁾ 실제로 인권위원회의 독립 제소는 2011년에서야 비로소 처음 이루어졌다.²⁷⁷⁾ 반면, 참가의 경우 초기부터 상당히 적극적으로 활용되어 왔고, 2011년까지 법원이 인권위원회의 참가를 거부한 사례는 없다. 이때 인권위원회의 참가는 당사자 중 일방을 지원하기 위한 것이 아니라 공법소송에 있어서 인권에 대하여 독립하여 전문적인 주장을 제공하려는 것임을 유의하여야 한다. 인권위원회는 수사기관의 DNA 보유에 대한 유럽인권법원 판결의 이행²⁷⁸⁾, 영국 군인의 인권보호에 대한 관할권 적용²⁷⁹⁾, 유럽인권협약 제14조의 '기타 신분'에 무주거자가 포함되는지 여부²⁸⁰⁾ 등이 문제된 사안들에 참가하여 의견을 제출한 바 있다.²⁸¹⁾

제2절 대상적격

I. 대상적격의 요건

일반 사법심사청구소송의 경우 「민사소송규칙」 제54편 제1조 제2항 (a)에

²⁷⁶⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.72 참조.

²⁷⁷⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.72 참조.

²⁷⁸⁾ R(GC·C) v The Commissioner of Police of the Metropolitan Police [2011] UKSC 21.

²⁷⁹⁾ R(Smith) v Secretary of State for Defence [2010] UKSC 29, [2011] 1 AC 1.

²⁸⁰⁾ R(RJM) v Secretary of State for Work and Pensions [2008] UKHL 63, [2009] 1 AC 311.

²⁸¹⁾ 이 단락의 인권위원회의 참가에 관하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.76 참조.

서 '(i) 법령 제정 또는 (ii) 공적 기능의 행사와 관련된 작위 또는 부작위'²⁸²⁾ 라고 규정하여 '공적 기능'이라는 단일 개념을 통해 대상적격을 규정하고 있는 반면, 인권법 사법심사청구소송의 경우 법 제6조 제1항, 제3항, 제5항에서 '공적 기관'²⁸³⁾, '공적 기능', '사적 행위'라는 3개의 요건을 사용하고 있다.²⁸⁴⁾ 인권법의 대상적격에 관한 범조항을 종합한다면 '그 기능이 공적 성질의 기능에 해당하는 자(공적 기관)의 행위, 다만, 그 행위의 성질이 사법(私法)적인 경우는 공적 기관에 해당하지 않는다'고 해석될 수 있을 것이나, 구체적으로 일반 사법심사청구소송의 대상적격과 인권법 사법심사청구소송의 대상적격이 어떻게 같고 다른지에 대해서는 아직 논의가 정립되지 않았다.²⁸⁵⁾ 한편, 인권법의 대상적격은 — 원고적격과 마찬가지로 — 비단 사법심사청구소송에만 적용되는 것이 아니라, 인권법 전체의 작용범위의 기준이 된다.

인권법 사법심사청구소송의 대상적격은 후술하듯이 전형적인 정부기관의 행위뿐만 아니라 공적 기능을 담당하는 혼합형 민간기관의 행위까지 포함한다. 이는 오늘날 인권침해 및 보호의 문제가 전통적인 국가기관의 영역을 뛰어넘어 나타나고 있으므로 공적 기관·기능의 범위를 현대적·현실적으로 확장하여 인권에 대한 공법적 보호를 충실히 제공하기 위함이다.²⁸⁶⁾ 이러한

282) (i) an enactment; or (ii) a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function.

283) 앞서 설명한 바와 같이 의회주권에 대한 존중의 결과로서 의회와 의회의 의사절차와 관련된 기능을 행사하는 자는 공적 기관에 해당하지 않는다(제6조 제3항 단서). 따라서 의회의 행위의 결과물인 법률은 공적 기관의 행위로서 인권법 사법심사청구소송의 대상적격이 인정될 수 없다. 다른 공적 기관의 행위에 대하여 인권법 사법심사청구소송 등의 소송을 제기한 후, 그 소송절차에서 관련 법률에 대하여 협약불합치선언을 구할 수 있을 뿐이다(제4조).

284) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.270 참조.

285) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.270 참조.

286) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.56 참조.

광범위한 공적 기관의 범위를 어떤 방법으로 설정할지에 대하여, 2000년 「정보공개법」(Information Act)이 일일이 해당되는 공적 기관을 열거한 것과 달리²⁸⁷⁾, 인권법은 별도의 공적 기관의 목록을 마련하지 않고 법원의 해석을 통하여 공적 기관의 범위를 점진적으로 발전시키는 방식을 택하였는데, 유연성 측면에서 장점이 있으나 공적 기관에의 해당 여부에 대한 확실성 측면에서는 실무상 혼란을 야기하는 원인이 되고 있다.²⁸⁸⁾

공적 기관의 개념 및 범위에 대한 정립되지 않는 논의의 해결과정에서 중심축이 되는 것은 결국 국가, 공익, 그리고 행정법이 각기 무엇이고 어떠한 역할을 하는지에 대한 고민이 될 것이다. 그에 따라 어떤 기관, 기능, 행위를 특수한 공법적 규율 하에 놓고 사법심사청구소송의 대상으로 삼을지 결정하게 되기 때문이다.

II. 공적 기관의 의의 및 범위

1. 공적 기관의 확장 및 구분

앞서 설명한 바와 같이 대상적격에 관한 영국 인권법의 정의는 일반 사법심사의 대상적격에 관한 「민사소송규칙」의 정의와 다소 다른데, 이는 종래 판례에서 발전되어 온 비전형적 국가기관에 대한 공법적 규율²⁸⁹⁾의 필요성을 인권보호 영역에서도 받아들인 것으로 보인다.²⁹⁰⁾ 실제로 인권법 제정과정에서 상원의장은 인권법 제6조 제3항 (b)에 대하여, 안전규제와 관련된 영역에서 철도회사, 교도소와 관련된 영역에서 보안업체, 국가건강보험과 관련된 영역에서 의사 등과 같이 전형적인 공적 기관은 아닐지라도 그 기능 중

²⁸⁷⁾ Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.560 참조.

²⁸⁸⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.139 참조.

²⁸⁹⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.266 참조.

²⁹⁰⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.139 참조.

일부가 공적 성질을 갖는 경우를 포함하는 것으로 설명하였다.²⁹¹⁾ 이러한 맥락에서 인권법상의 공적 기관은 공적 행위·사적 행위 불문하고 인권법의 적용을 받는 핵심(core) 공적 기관과 공적 행위의 경우에 한하여 인권법의 적용을 받고 사적 행위의 경우 적용에서 제외되는 혼합(hybrid) 공적 기관으로 구분된다.²⁹²⁾

2. 핵심 공적 기관

핵심 공적 기관은 넓은 의미에서 정부기관으로 볼 수 있는 기관을 의미하는데, 중앙정부, 지방자치단체, 국민건강보험, 경찰 등이 대표적인 예이다.²⁹³⁾ 핵심 공적 기관을 혼합 공적 기관으로부터 구분하고 그 범위를 설정하는 것은 두 가지 측면에서 의미가 있다.²⁹⁴⁾ 첫째, 핵심 공적 기관은 행위의 성질을 불문하고 인권법의 적용을 받는 반면, 혼합 공적 기관은 공적 행위의 경우에 한하여 그러하다. 둘째, 핵심 공적 기관, 즉 정부기관으로부터 분류되는 경우 유럽인권협약의 피제소자가 될 수 있고, 동시에 그 귀결로 협약상 권리를 원용할 수 없게 된다. 이러한 차이로 인하여 양자를 어떤 기준으로 구분할지 여부는 상당히 중요한 문제이다. 2004년 *Aston Cantlow* 판결²⁹⁵⁾은 어떤 기관을 핵심 공적 기관으로 판단할 수 있는 근거요소의 예시로 “특별한 힘의 보유, 민주적 책임성, 전적인 또는 부분적인 공적 자금 지원, 공익을 위해 행동할 의무, 구성의 법적 근거”등을 언급하였다.²⁹⁶⁾ 그러면서 위 판결

291) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.56 참조.

292) Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.569-560 참조.

293) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.56 참조.

294) 핵심 공적 기관과 혼합 공적 기관의 구별의 의의에 관하여 Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.571 참조.

295) *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2004] 1 AC 546.

은 일반 사법심사청구소송의 공적 기능에 대한 기존의 판례에 대하여 일반 사법심사청구소송과 인권법 사법심사청구소송의 목적이 다르기 때문에 후자에 기계적으로 적용될 수는 없다고 판단하였다.²⁹⁷⁾

한편, 핵심 공적 기관을 판단함에 있어서 유럽재판소가 채택한 '국가개념'이 그대로 적용될 수 있는지 여부도 문제된다. 유럽재판소는 “법적 형태와는 상관없이, 국가의 조치에 따라 국가의 통제 하에서 공적 서비스를 제공하는 것을 책임지며, 그 목적상 개인 간의 관계에 적용되는 일반적인 규칙상의 힘을 초과하는 특별한 힘을 갖는 기관”으로 국가를 정의한 바 있다.²⁹⁸⁾ 그러나 영국 법원은 위 2004년 *Aston Cantlow* 판결에서, 유럽재판소가 제시한 국가개념은 유럽공동체법상의 지침이 집행될 대상을 결정하기 위한 것으로 개인의 인권보호를 목적으로 하는 인권법상의 국가 및 핵심 공적 기관 개념과는 그 기능·목적상 분명한 차이가 있기 때문에 그대로 적용될 수 없고²⁹⁹⁾, 오히려 이러한 유럽재판소의 정의는 혼합 공적 기관과 순수 사적 기관의 경계를 정하는 데 고려될 필요가 있다고 판단하였다.³⁰⁰⁾

혼합 공적 기관에 비해서는 명백할 것 같은 핵심 공적 기관이지만 실제로 어떤 기관이 여기에 해당하는지 여부를 판단하기가 쉽지 않다. 2004년 *Aston Cantlow* 판결³⁰¹⁾에서 문제가 되었던 것은 영국국교회 교구교회 의회의 법적 성격이었는데, 항소법원은 타인의 행동방향을 결정할 수 있는 특별한 권한을 가진 점, 법정기관인 점을 근거로 핵심 공적 기관으로 인정한 반면, 대법원은 해당 기관이 부분적으로 공적 기능을 수행한다는 것만으로 공적 기관이 되는 것이 아닌 점, 정부의 기능을 분배한 적이 없는 점을 이유로

296) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.571 참조.

297) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.571-572 참조.

298) *Foster v British Gas Plc* [1990] 2 CMLR 833, 857(Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.271 참조).

299) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.572 참조.

300) Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.271 참조.

301) *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2004] 1 AC 546.

핵심 공적 기관은 물론 혼합 공적 기관의 지위조차 인정하지 않았다.³⁰²⁾ 다만, 영국 법원은 핵심 공적 기관의 범위를 비교적 협소하게 인정하려는 태도로 평가된다.³⁰³⁾

3. 혼합 공적 기관

혼합 공적 기관은 전통적인 국가기관의 범주에는 해당되지 않는 사적 기관이지만 일정한 경우에 공적 기능을 담당하는 기관을 말한다. 혼합 공적 기관은 비전형적 국가기관이기 때문에 핵심 공적 기관과의 구별보다는 어떤 경우에 사적 기관이 아닌 인권법상 공적 기관의 범주에 포함되는지가 더 중요하고, 이는 공적 기능의 유무 및 공법적 규율의 필요성 문제로 귀결된다. 혼합 공적 기관의 경우 그 범주를 지나치게 축소할 경우에는 공적 기관의 범위를 확대하여 인권 침해의 현대적 상황에 대응하려는 법의 취지가 훼손되고, 그 범주를 지나치게 확장할 경우에는 협약상 권리의 주체인 사인(私人)이 오히려 부당하게 정부기관과 같은 협약상 권리 준수 의무를 부담하게 된다는 점에서 그 범위 설정의 어려움이 있다.³⁰⁴⁾

혼합 공적 기관의 판단기준 내지 공적 기능의 의미에 대해서 아직까지 명확한 기준은 정립되지 못하고 있는 실정이다. 2004년 *Aston Cantlow* 판결³⁰⁵⁾은 “공적 자금의 지원, 법정권한의 행사, 중앙·지방정부의 대체, 공적 서비스의 제공”을 판단 요소로 제시하였고³⁰⁶⁾, 2007년 *YL v Birmingham City Council* 판결³⁰⁷⁾은 고려요소로서, “국가의 역할과 책임, 해당 기능이 갖

³⁰²⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.140-142 참조.

³⁰³⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.56 참조.

³⁰⁴⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.148 참조.

³⁰⁵⁾ *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2004] 1 AC 546.

³⁰⁶⁾ Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.572 참조.

³⁰⁷⁾ *YL v Birmingham City Council* [2007] 3 WLR 112.

는 공익의 성질과 정도, 해당 기능과 관련된 법정 권한·의무의 성질과 정도, 국가가 직·간접적으로 해당 기능의 수행을 규율, 감독, 조사하는 정도와 그에 따른 벌칙 부과 여부, 해당 기능에 대한 국가의 직·간접적인 지불 의사, 해당 기능의 부적절한 수행이 개인의 협약상 권리를 침해할 위험의 정도”를 언급하였다.³⁰⁸⁾ 비슷한 취지로 Cane은 정부가 해당 기관의 기능을 필요 시 대신할 준비를 하고 있는지 여부와 해당 기관이 공적 규제·서비스의 필수적인 부분인지 여부, 즉 필요성과 통합성에 따라 판단하자는 입장이다.³⁰⁹⁾ 판례상의 기준에 대하여 Leigh는 공적 서비스를 기준으로 삼는 것은 순환 논리라는 점, 공적 자금의 지원의 비율이 기능·기관마다 상이하다는 점, 자율규제적 기능의 경우 정부로부터 민영화된 기능과 달리 반드시 정부를 대신한다고 단언하기 어려운 점, 법정권한의 수권 역시 그 스펙트럼이 다양하다는 점에서 문제점이 있다고 지적하고 있다.³¹⁰⁾

판례는 변호사협회(Law Society)와 변호사징계심판소(Solicitors' Disciplinary Tribunal)³¹¹⁾, 지방정부의 주택사업 부문을 대신하는 공공주택협회(Housing Association)³¹²⁾, 보건당국의 위탁을 받은 사립정신병원³¹³⁾, 시 의회(council)에 의하여 법정권한에 따라 설립된 후 해당 부문에 관하여 시 의회를 대신하고 시 의회로부터 지원을 받은 기업³¹⁴⁾에 대해서는 혼합 공적 기관의 지위를 인정한 반면, 보험시장에서 독점적 지위를 가진 런던로이드(Lloyds of London)³¹⁵⁾, 요양보호소(residential care)를 제공하는 자선재단³¹⁶⁾, 토지소유

³⁰⁸⁾ Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.572-573 참조.

³⁰⁹⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.268 참조.

³¹⁰⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.142 참조.

³¹¹⁾ *Pine v Law Society* [2001] EWCA Civ 1574; [2002] UKHRR 81.

³¹²⁾ *Poplar Housing and Regeneration Community Association Limited v Donoghue* [2001] EWCA Civ 595, [2001] WLR 183.

³¹³⁾ *R(A) v Partnership in Care Ltd* [2002] EWHC 529 (Admin), [2002] 1 WLR 2610

³¹⁴⁾ *Hampshire County Council v Graham Beer (T/A Hammer Trout Farm)* [2003] EWCA Civ 1056, [2004] 1 WLR 233.

³¹⁵⁾ *R(West) v Lloyd's of London* [2004] EWCA Civ 506, [2004] 3 All ER 251.

³¹⁶⁾ *R v Leonard Chesire Foundation · anr ex p Heather* [2002] EWCA Civ 366.

자에게 교회의 수선 책임을 집행할 수 있는 교구교회 의회(Parochial Church Council)³¹⁷⁾에 대해서는 혼합 공적 기관의 성격을 부정하였다.³¹⁸⁾

현대 국가가 담당하는 방대한 역할과 기능으로 인하여 공적 기관에 대한 보편적인 기준을 설정하는 것은 어려울 수밖에 없다. 다만, 유럽인권법원은 1995년 Costello-Roberts v UK 판결³¹⁹⁾에서 국가는 공적 기능을 사인에게 위임하는 방식으로 유럽인권협약상의 책임으로부터 벗어날 수 없다고 판시하였는데³²⁰⁾, 영국 인권법이 유럽인권협약 체계가 제공하는 보호를 국내로 가져오려는 목적을 갖고 있는 점, 인권법 제2조에서 협약기관의 결정을 고려할 의무를 부과하고 있는 점까지 고려한다면³²¹⁾ 적어도 그 방향성은 넓게 공적 기관의 범위를 인정하는 쪽이 되어야 할 것이다.

4. 외주화 부문에 대한 논쟁

앞서 설명한 바와 같이 인권법 제정과정에서 인권법의 취지는 최소주의적 국가 개념을 탈피함으로써 인권을 충실히 보호하기 위한 것으로 설명되었고, 백서에서도 민영화 부문 기업에 대해서 같은 맥락에서 언급한 바 있다.³²²⁾ 그러나 인권법 제정 이후의 실무에 있어서, 기능의 성질은 공적 측면을 갖고 있으나 그 수행 방식이 사적 기관에게 외주화된 경우에 그 사적 기관도 인권법의 적용을 받는지에 대해서는 아직 뚜렷하게 정립된 바 없다. 오히려 영국 법원의 태도는 후술하듯이 부정하는 쪽에 가깝다.

317) Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank [2003] UKHL 37, [2003] 3 WLR 283.

318) 이 단락의 혼합 공적 기관에의 해당 여부 관련 판례에 관하여 Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.140-142 참조.

319) Costello-Roberts v United Kingdom (1995) 19 EHRR 112.

320) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.56 참조.

321) Peter Cane, Administrative Law, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.270 참조.

322) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.144 참조.

정부기관이 공적 기능을 외주화하였더라도 정부기관은 해당 부문에 대하여 여전히 법적 책임을 부담한다. 그러나 공적 기능이 외주화되어 수행되는 경우 법률관계에 있어서 개인의 직접 상대방은 사적 기관이므로, 사적 기관에게 직접 협약상 권리를 주장할 수 있는지 여부가 공적 서비스의 이용자인 국민의 권리보호 측면에서 중요해진다. 만약 인권법이 적용되지 않는다면 외주기관과 개인의 관계는 사법관계로서 계약 자유의 원칙이 적용되므로 협약상 권리의 주장할 수 없기 때문이다. 설령 정부기관이 외주기관을 계약을 통해 통제하더라도 이는 개인이 직접 외주기관에게 인권법의 준수를 요구할 수 있는 것만큼 효과적일 수 없다.³²³⁾

영국 법원은 2002년 Donoghue 판결³²⁴⁾에서 지방자치단체가 공공주택협회를 설립하고 지방자치단체가 보유하는 주택의 상당 부분에 대한 운용을 협회에게 이전한 사안에 관하여, 공적 기관의 업무를 대신한다는 사실 그 자체만으로는 해당 협회의 기능을 공적 기능이라고 판단할 수는 없지만, 해당 협회는 지방자치단체가 설립한 점, 지방자치단체의 공무원이 협회의 이사회에 포함된 점, 지방자치단체의 지도에 따라야 하는 점을 이유로 공공주택협회에게 공적 기관의 지위를 인정하였다.³²⁵⁾

반면, 2002년 Leonard Cheshire 판결³²⁶⁾에서는 지방자치단체가 법령상 요양보호소를 스스로 제공하거나 제3자와의 외주계약을 체결하여 제공할 수 있는 상황에서 후자의 방식으로 권한을 행사하여 요양보호소의 피보호자들을 해당 요양보호소에 맡기고 관련비용을 지불하고 있을지라도, 해당 요양보호소를 운용하는 재단에게 공적 자금이 지원된다는 점만으로는 부족하고 해당 재단이 별도로 법정권한을 행사하는 것도 아니므로 공적 기관의 지위를 인정할 수 없다고 보았다.³²⁷⁾

323) 이 단락의 외주화 민간기업에 대한 인권법 적용의 의의에 관하여 Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.145 참조.

324) *Poplar Housing and Regeneration Community Association Limited v Donoghue* [2002] QB 48.

325) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.574-575 참조.

326) *R v Leonard Cheshire Foundation (A Charity)* [2002] All ER 936.

327) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson

외주화된 요양보호 서비스를 수행하는 기관에 대하여 공적 기관의 지위를 인정할 수 있는지 여부는 2007년 YL 판결³²⁸⁾에서 재차 논쟁의 대상이 되었다. 피고 시의회가 1948년 「국민부조법」(National Assistance Act)에 따라 알츠하이머 병을 앓는 노인인 원고에게 부담하는 주거 제공 의무를 민간 기업에게 외주하여 이행한 사안에서, 대법원 법정의견은 지방자치단체가 직접 주거를 제공하는 것과 민간기업이 지방자치단체와의 계약에 따라 주거 서비스를 제공하는 것을 같게 볼 수 없는 점, 공적 자금의 보조라기보다는 상업적 거래에 가까운 점을 이유로 해당 기업의 공적 기관의 성격을 부정하였다.³²⁹⁾

혼합 공적 기관에 대한 영국 법원의 태도는 '기능적'(functional) 요소보다는 '기관적'(institutional) 요소를 중시하여 공적 기관에 해당하는 범위를 좁게 해석하는 것으로 평가되고 있다.³³⁰⁾ 그러나 이러한 태도는 공적 기능에 대한 판단은 '기관의 형식과 법인격이 아닌 행위의 실질과 성질에 따라야 한다'는 인권법 제정과정에서의 내무부장관의 설명에 반하는 것으로서, 의회합동인권위원회(PJCHR)로부터 인권법의 취지를 몰각시킨다고 비판받았다.³³¹⁾ 비슷한 맥락에서 위 2007년 YL 판결의 반대의견은 「국민부조법」에 따른 취약계층에 대한 국가의 보호책임이 핵심이라고 밝힌 후, 요양보호 서비스의 제공 의무의 이행이 중요한 것이지 그 구체적인 이행방식은 본질이 아니라는 점, 최근의 민영화 현상을 충분히 고려할 필요가 있다는 점을 근거로 위 요양보호 기업에 대하여 공적 기관의 지위를 인정하여야 한다고 판시하였다.³³²⁾

Reuters, 2008(2010), p.575 참조.

³²⁸⁾ YL v Birmingham City Council [2007] 3 WLR 112.

³²⁹⁾ Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.575-576 참조.

³³⁰⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.57 참조

³³¹⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.57-58 참조.

³³²⁾ Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.576-577 참조.

제3절 심사척도 및 심사강도

인권법 제정에 따른 사법심사청구소송의 가장 큰 실체적 측면의 변화는 비례원칙이라는 새로운 심사척도의 도입과 그에 따른 심사강도의 강화이다.³³³⁾ 의회주권에 기초한, 적법성 통제에 중점을 둔 소극적 심사가 권한유월 법리로부터 출발하여 웬즈베리 원칙, 나아가 수정된 웬즈베리 원칙까지 발전하였으나 개인들에게 충분하게 실효적인 구제수단이 되지 못해왔음은 앞서 살펴본 바와 같고, 이를 극복하기 위하여 심사구조에 명백하게 개인의 '권리'를 포함하고 있는 비례원칙을 받아들이게 되었다. 그러나 동시에 영국 법원은 법원이 의회가 행정에 권한을 수여한 의사를 무시하거나 행정이 행사한 판단권한을 대체하지는 않도록 법원의 심사권한을 사안에 따라 자제하여 행사하는, 행정존중의 법리를 함께 발전시켰다.

이節에서는 유럽인권법원의 비례원칙을 영국이 어떠한 모습으로 받아들였는지, 그리고 그 과정에서 비례원칙과 행정존중 법리에 대하여 전개된 영국의 논쟁들을 살펴본다.

I. 비례원칙

1. 유럽인권법원의 비례원칙

영국 인권법의 모체인 유럽인권협약은 제8조부터 제11조까지 각 제2항에서 '민주사회에서 필요한 경우'(necessary in a democratic society)에만 해당 권리에 대한 제한이 가능하다고 규정하고 있다. 유럽인권법원은 1979년 *Sunday Times v UK* 판결³³⁴⁾에서 '필요한'의 의미에 관하여 이는 '급박한 사회적 필요'(pressing social need)를 말하는 것으로서, '필수불가결'에 이르러야 하는 것은 아니지만, '허용될 수 있는', '유용한', '합리적인', '바람직한'과 같이 신축성 있게 해석될 수 있는 것도 아니라고 판시한 바 있다.³³⁵⁾

³³³⁾ H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, pp.147-148 참조.

³³⁴⁾ *Sunday Times v UK* (1979) EHR 245.

비례원칙에 관한 유럽인권법원의 태도를 구체적으로 살펴보면, 첫째, 급박한 사회적 필요는 정당한 목적과는 구분되는, 그 이상의 요건이다. 유럽인권법원은 1981년 *Dudgeon v UK* 판결³³⁶⁾에서 청소년을 동성애로부터 보호한다는 동성애 처벌 입법에 정당한 목적은 인정될지라도, 급박한 사회적 필요는 인정되지 않는다고 판시한 바 있다. 둘째, 급박한 사회적 필요의 핵심 개념을 비례성으로 파악하며, 비례성을 공익의 요청과 개인의 인권보호의 필요 사이의 균형으로 이해한다.³³⁷⁾ 목적이 정당할지라도 과도한 수단을 사용해서는 안 된다(“호두 깨는데 망치를 쓰지 마라”)는 것이다. 셋째, 비례원칙 심사에 있어서 권리의 본질에 대한 침해 정도와 선택된 수단의 성격을 고려한다. 예를 들어, 정치적 표현의 자유에 상업적 표현의 자유보다 우위를 부여한다거나 해당 조치가 일괄적 조치(blanket theory)인지 여부, 대안 수단이 존재하는지 여부 등을 고려한다. 유럽인권법원은 범죄의 경중을 고려하지 않은 일괄적인 DNA 채취³³⁸⁾나 내용에 대한 추론 없이 일괄적으로 이루어지는 수감자의 서신 열람³³⁹⁾은 비례적이지 않다고 판단한 바 있다.³⁴⁰⁾

다만, 유럽인권법원은 비례원칙의 적용원칙 내지 적용단계를 엄격하게 정립하기보다는 전체적인 조망을 통하여 균형이 지켜졌는지를 판단하는 것으로 평가된다.³⁴¹⁾³⁴²⁾

335) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.585-586 참조.

336) *Dudgeon v UK* (1981) 4 EHRR 149.

337) *Soering v UK* (1989) 11 EHRR 439.

338) *S and Marper v UK* [2008] ECHR 1581.

339) *Campbell v UK* [1992] 15 EHRR 137.

340) 이 단락의 유럽인권법원의 비례원칙에 대한 태도에 관하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.31-33 참조.

341) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.30 참조.

342) 한편, 인권법 제정 이전부터 유럽공동체법과 관련된 영역에서 영국은 유럽 재판소의 비례원칙의 영향을 받아 왔다. 로마조약 제5조는 유럽공동체의 행위는 조약상의 목적을 달성하는 데 필요한 한도 내에서 이루어져야 한다고 규정하고, 제42조(국가안보와 노동자 이동), 제120조(수지 불균형에 대한 조

2. 영국 법원의 비례원칙

웬즈베리 원칙과 구분되는 비례원칙의 구조화된 심사방식을 채택한 최초의 판결은 추밀원의 2001년 *de Freitas* 판결³⁴³⁾이다.³⁴⁴⁾ 위 판결은 첫째, 법률의 목적이 기본권 제한을 정당화할 만큼 충분히 정당한지 여부, 둘째, 선택된 수단이 법률의 목적을 실현하는 데 적합한지 여부, 셋째, 선택된 수단이 목적 실현에 필요한 것 이상으로 권리를 침해하지 않는지 여부라는 3단계 심사방식을 제시하였다.³⁴⁵⁾ 이는 우리나라의 비례원칙 구조에 따르자면, 각기 목적의 정당성, 수단의 적합성, 필요성(침해의 최소성)에 해당하는 것이다. 협의의 비례성으로 이해되는 공·사익의 직접적인 형량은 이루어지지 않았다.

이어서 2001년 *Daly* 판결³⁴⁶⁾에서 Lord Steyn은 비례원칙이 웬즈베리 원칙과 다르지 않다는 견해를 정면으로 반박하며 비례원칙은 웬즈베리 원칙과는 실제적으로 구분된다는 점을 주장·논증하였다.³⁴⁷⁾ 그는 비례원칙에 따른 심사가 대체로는 웬즈베리 원칙에 따른 심사와 동일한 결과를 낳을지라도 비례원칙 심사는 웬즈베리 심사와는 두 가지 측면에 명백히 다르다고 보았는데, 즉 비례원칙에 따른 심사는 첫째, 정책이 합리적인 범위 내에 있는지 여부를

치) 등에서 회원국의 행위에 대하여 필요성 조건을 부과하였고, 이에 따라 유럽재판소는 회원국의 정책상의 조치들에 대하여 비례원칙 심사를 해 왔기 때문이다. Margit Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, *The American Journal of Comparative Law*, 1 July 2010, Vol.58(3), pp.609-610 참조. 유럽재판소의 판례를 중심으로 한 EU 행정법상 비례원칙에 관한 자세한 내용으로는 장경원, *EU 행정법상 비례원칙*, *행정법연구*, 2012. 12., Vol.34, 27-47면 참조.

³⁴³⁾ *de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture* [1999] 1 AC 69.

³⁴⁴⁾ Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.179 참조.

³⁴⁵⁾ Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.179 참조.

³⁴⁶⁾ *R(Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 2 WLR 1622.

³⁴⁷⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, *Making Rights Real*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.153 참조.

판단하는 것에 그치지 아니하고 행정기관이 판단한 균형에 대하여 법원이 직접 평가하고, 둘째, 제반 관련 이익들을 잘못 고려 또는 누락하였는지 여부를 넘어 법원 스스로 관련 이익들의 상대적 비중을 고려하기 때문에 웬즈베리 원칙보다 강화된 심사라는 것이었다.³⁴⁸⁾ 이러한 맥락에서 그는 해당 사건에서 수감자의 서신을 열람함에 있어서 수감자의 참관을 배제하는 정책은 비록 웬즈베리 심사는 통과할 수 있을지라도 비례원칙 심사는 통과하지 못한다고 판단하였다.³⁴⁹⁾ 다만, 사법심사의 본질과 관련하여 비례원칙 심사가 전면심사 (merits review)에 해당하지 않는다는 점을 분명히 하였다.³⁵⁰⁾

새로운 비례원칙이 기존의 웬즈베리 원칙과는 구분되는, 강화된 심사여야 한다는 2001년 Daly 판결³⁵¹⁾의 태도는 2004년 Shayler 판결³⁵²⁾, 2006년 Denbigh High School 판결³⁵³⁾ 등에서 승인·적용되며 일견 확립된 원칙으로 이어지는 것 같았으나³⁵⁴⁾, 종종 웬즈베리 원칙에 기초한 전통적인 사고가 잔존하는 모습도 나타났다.³⁵⁵⁾ 예를 들어, 2003년 Ismet Ala v Secretary of State for the Home Department 판결³⁵⁶⁾은 불법입국자에 대한 내무부장관의 추방명령의 심사에 있어서 효과적인 이민통제의 필요와 유럽인권협약 제8조의 가정생활을 존중받을 권리가 공평한 균형을 이루고 있는지 여부 또는 그 결정이 '합리적인 대응 범위를 초과하는지 여부'를 기준으로 삼았고, 2004년 M v Croatia 판결³⁵⁷⁾ 또한 추방명령에 대하여 '어떠한 합리적인 장관도 하지

348) Paul Craig, Administrative law, 6th Ed., London : Sweet·Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.591-592 참조.

349) Julian Rivers, PROPORTIONALITY AND VARIABLE INTENSITY OF REVIEW, The Cambridge Law Journal, 2006, Vol.65(1), p.202 참조.

350) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.154 참조.

351) R(Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 WLR 1622.

352) R v Shayler [2003] 1 AC 247.

353) R(Begum) v Governors of Denbigh High School [2006] UKHL 15, [2007] 1 AC 100.

354) Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.173-174 참조.

355) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.152 참조.

356) Ismet Ala v Secretary of State for the Home Department [2003] EWHC 521.

357) M v Croatia [2004] INLR 327.

않을 정도로' 비례적이지 않은지 여부를 기준으로 심사하였는데, 이들 판결은 형식적으로는 사회의 공익과 개인의 권리가 '공평한 균형'(fair balance)을 이루고 있는지 여부를 심사한다고 하였지만, 그 실질은 웬즈베리 원칙의 적용과 다름없었다.³⁵⁸⁾

위와 같은 비례원칙의 적용상의 혼란에 대하여, 영국 대법원은 2007년 Huang 판결³⁵⁹⁾에서 비례원칙 심사에 대한 일부 판례의 일탈에 대하여 비례원칙의 독자성을 재확인하며 입장을 정리하였다.³⁶⁰⁾ 또한 위 판결에서 대법원은 독일식 비례원칙의 3번째 요소이자 우리나라의 상당성 원칙에 해당하는, 해당 행정작용에 의해 실현되는 공익과 이로 인하여 침해되는 사익의 비교형량이 영국의 비례원칙 심사에서도 간과해서는 안 될 요소임을 밝혔다.³⁶¹⁾ 이러한 완성된 형태의 비례원칙은 이후 2008년 Re E 판결³⁶²⁾ 등을 비롯하여 널리 적용되고 있는 것으로 평가되고 있다.³⁶³⁾³⁶⁴⁾ 위 2007년 Huang 판결의 태도는 중국적으로 법원의 심사 강도를 한층 더 강화하는 것이었는데, 2010년 Manchester City Council v Pinnock 판결³⁶⁵⁾은 수용결정(order for possession)이 비례적인지 여부를 심사하는 법원은 전통적인 사법심사에서의 태도 — 사법심사는 법문제에 관한 것이고 사실문제는 행정의

358) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.152 참조.

359) Huang v Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167.

360) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.165 참조.

361) Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.189 참조.

362) Re E [2008] UKHL 66, [2008] 3 WLR 1208.

363) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.98 참조.

364) 영국의 대표적인 행정법 교과서인 H.W.R. Wade · C.F. Forsyth의 Administrative Law에서도 비례원칙에 관하여 명시적으로 하위 4단계 요소를 구조화하여 설명하고 있다(H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, Administrative Law, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, pp.306-307 참조).

365) Manchester City Council v Pinnock [2010] UKSC 45, [2010] 3 WLR 1441.

몫이라는 — 벗어나 관련 '사실'의 다툼에 대해서도 결정할 권한을 갖는다고 판시하였다.³⁶⁶⁾

결과적으로 적어도 인권법 사법심사청구소송 부문에서 비례원칙은 웬즈베리 원칙을 대신하여 행정결정의 위법성 판단에 있어서 주요한 심사기준으로 자리매김한 것으로 여겨지고 있다.³⁶⁷⁾

3. 비례원칙에 대한 논쟁들

살펴본 바와 같이 인권법에 따라 영국 법원도 유럽인권법원의 비례원칙을 뚜렷하게 받아들이고 그 의의와 구조를 판례를 통해 정립해나가고 있으나, 아직 실제적인 의의와 적용방법은 확실히 정립되어 있지 않은 것으로 평가되고 있다.³⁶⁸⁾

가. 비례원칙의 적용방법

1) 단계적 판단과 전체적 판단

법원이 비례원칙에 따라 행정작용의 적법성을 심사함에 있어서 2001년 de Freitas 판결³⁶⁹⁾과 2001년 Daly 판결³⁷⁰⁾이 제시한 3개의 원칙 또는 2007년 Huang 판결³⁷¹⁾에서 보완된 4개의 원칙을 단계적으로 적용하여야 하는 것인

³⁶⁶⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.98-99 참조.

³⁶⁷⁾ Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.179 참조.

³⁶⁸⁾ Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.174; John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.97; Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.154 참조.

³⁶⁹⁾ de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture [1999] 1 AC 69.

³⁷⁰⁾ R(Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 WLR 1622.

지 또는 '전체적인 균형'(fair balance) 여부만을 판단하면 족한 것인지 문제된다. 앞서 살펴본 바와 같이 2007년 Huang 판결³⁷²⁾ 이후 4단계 구조에 따라 심사한 판결들도 있으나, 영국 법원은 대체로 독일처럼 단계별로 비례원칙 위반 여부를 심사하기보다는 유럽재판소나 유럽인권법원에서 적용하고 있는 통합적인 고찰에 가까운 모습을 보인다고 한다.³⁷³⁾ 예를 들어 2004년 Razgar v Secretary of State for the Home Department 판결³⁷⁴⁾이나 2007년 Miss Behavin' Ltd 판결³⁷⁵⁾에서 법원은 비례원칙에 따른 심사를 하면서 협약상 권리를 제한하는 해당 조치가 공·사익간 균형을 이루고 있는지 또는 비례적인지만을 기준으로 판단하였을 뿐, 비례원칙의 하위원칙에 대하여는 개별적·구체적으로 언급하지는 않았다.³⁷⁶⁾ 2004년 Wilson v First County Trust (No 2) 판결³⁷⁷⁾에서도 영국 법원은 침해의 최소성 기준에 따라 대안을 검토할 필요 없이 단지 해당 법조항이 개인에게 지나치게 불공평한지 여부를 판단하면 족하다고 판단하였다.³⁷⁸⁾

그러나 2001년 Daly 판결³⁷⁹⁾에서 언급된 바와 같이 비례원칙이 웬즈베리 원칙과 구별되는 점 중 하나는 그 심사기준이 훨씬 구조화되고 정밀하다는 점에 있다. 단계적 구조를 따르지 않는 '전체적인 균형' 판단방식에 대하여, 비례원칙이 갖는 규범성·예측가능성을 저해하고 나아가 법원이 자신이 내

371) Huang v Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167.

372) Huang v Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167.

373) Margit Cohn, Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom, The American Journal of Comparative Law, 1 July 2010, Vol.58(3), p.622 참조.

374) Razgar v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 27, [2004] 2 AC 368.

375) Belfast City Council v Miss Behavin' Ltd [2007] UKHL 19, [2007] 1 WLR 1420.

376) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.410 참조.

377) Wilson v First County Trust (No 2) Ltd [2004] 1 AC 816.

378) Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.186 참조.

379) R(Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 WLR 1622.

린 결론으로 행정의 판단을 임의로 대체하면서 이를 단지 비례원칙이라는 이름으로 정당화할 수 있다는 비판과³⁸⁰⁾ 비례원칙에 따른 심사는 단순히 행정에게 비례원칙에 위반되지 않는 행위를 하도록 하는 것에 그치는 것이 아니라 법원에게도 그에 따라 정확히 논증할 의무를 부과하는 것이라는 비판이 제기되고 있다.³⁸¹⁾

2) 필요성 원칙의 판단방식

비례원칙의 하위 원칙으로서 필요성(침해의 최소성) 원칙은 행정이 실현하려는 목적을 달성할 수 있는 수단 중 개인의 권리를 가장 적게 침해하는 수단을 선택할 것을 요청하고, 법원은 해당 조치가 최소 침해적 수단인지를 심사한다. 행정작용이 비합리적이지만 않으면 적법하다고 여기던 소극적 판단에서, 적법한 행위가 되기 위해서는 최소 침해적인 수단의 영역에 해당될 것을 적극적으로 요구하는 것이다. 그러나 문제는 실제에 있어서는 행정이 실현하고자 하는 목적을 달성할 수 있는 여러 수단들이 효과성 측면에서 동일하지 않은 경우가 일반적이라는 점이다. 즉, 개인의 권리를 덜 침해하는 수단은 대체로 행정목적의 실현에 어느 정도는 덜 효과적이다. 따라서 특정한 행정목적의 달성할 수 있는 여러 수단들이 모두 효과성 측면에서 상이한 상황에서라도 침해의 최소성 요건을 문언 그대로 적용할 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 크게 행정목적의 실현효과와 개인의 권리침해 정도의 '상쇄관계'(trade-off)를 인정하는 견해와 부정하는 견해가 나뉘고 있다.³⁸²⁾

상쇄관계를 부정하는 입장의 주요 요지는 덜 침해적인 수단은 덜 효과적이므로 법원이 침해의 최소성을 이유로 함부로 행정의 판단을 변경해서는

³⁸⁰⁾ Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.193; Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.403, 410 참조.

³⁸¹⁾ Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.108 참조.

³⁸²⁾ 이 단락의 필요성 원칙의 실제 적용상의 난점에 대한 문제의식에 관하여 Tom Hickman, Public law after the Human Rights Act, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.180 참조.

안 된다는 것이다.³⁸³⁾ 예를 들어, 2008년 *Smith v Secretary of State for Trade and Industry* 판결³⁸⁴⁾에서는 집시인 원고가 거주하던 지역에 대한 수용결정(compulsory purchase order)이 문제되었는데, 법원은 수용결정의 목적을 2007. 6. 중순까지 2008년 런던 올림픽을 위하여 런던개발기구가 해당 지역의 토지 소유권을 확보할 수 있도록 하기 위한 것이라는 전제 하에 수용 외의 다른 대안은 이러한 목적을 실현할 수 없으므로 침해의 최소성에 어긋나지 않는다고 판단하였다.³⁸⁵⁾ 2007년 *Countryside Alliance* 판결³⁸⁶⁾에서도 사냥개를 이용한 여우 등 포유류 등의 사냥을 금지한 2004년 「수렵법」(Hunting Act)이 비록 유럽인권협약 제8조의 사생활 존중의 권리를 제한할지라도, 해당 정책의 목적은 해당 동물들을 고통을 줄이는 것이 아니라 사냥개를 이용한 사냥이라는 잔인한 행위 자체를 방지하려는 것이므로 직접적인 금지 외의 다른 조치는 비교 가능한 대안이 될 수 없다고 판단하였다.³⁸⁷⁾ 이러한 판례의 태도에 대하여는, 이처럼 해당 행정작용을 통하여 달성하려는 목적을 지나치게 협소하게 인정할 경우 해당 수단과 동일한 정도로 해당 목적을 달성할 수 있는 수단이 없기 때문에 해당 수단은 그 자체로 비례원칙을 충족하게 되어 비례원칙을 사실상 무용지물로 만든다는 비판이 있다.³⁸⁸⁾

한편, 필요성 원칙에 부합하는지 여부는 효율성 내지 파레토 최적에 따라

383) 침해의 최소성을 일차적 기준으로 삼아 상쇄관계를 인정하지 않고 엄격하게 적용할 경우 법원이 행정의 공익 판단에 대한 재량권을 대체하고 사실상 유일한 결정을 강요할 수 있다는 우려도 있으나(*R (Clays Lane Housing Coperation Ltd) v Housing Corp* [2005] 1 WLR 2229; Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.181 참조), 침해의 최소성 기준은 최소 침해 여부를 판단하기에 앞서 동일한 효과를 가진 수단의 후보군을 선정하여 그들 간 사익에 대한 침해 정도 비교하는 것이므로 다소 적절하지 않은 지적으로 보인다.

384) *Smith v Secretary of State for Trade and Industry* [2008] 1 WLR 394.

385) Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.182 참조.

386) *R(Countryside Alliance) v A.-G.* [2007] QB 305, [2008] 1 AC 719.

387) Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, p.183 참조.

388) Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.183-184 참조.

서 판단되어야 한다는 Rivers의 견해도 비슷한 결론에 이른다. 즉, 해당 행정작용의 어떤 대안도 공익이나 다른 사람의 권리를 저해하지 않고서는 침해적 효과를 받고 있는 개인의 권리를 더 보호할 수 없는 경우에 그 행정작용은 파레토 최적상태에 놓여 필요성을 충족하며, 파레토 최적의 기준으로서 어느 수준의 공익을 실현할지 여부는 정치 부문에서 결정되어야 할 일이지 법원이 결정할 일은 아니라는 것이다.³⁸⁹⁾

반면, 상쇄관계를 인정하자는 Hickman은 행정이 추구하는 공익적 목적 자체에 대해서는 다소 덜 효과적일지라도 개인에게 덜 침해적인 수단을 선택할 수 있는 가능성을 법원에게 허용하여야 한다고 본다. Hickman은 비례원칙 심사에서의 비례성을 '전체적 비례성'(overall proportionality)와 '상대적 비례성'(relative proportionality)라는 두 가지 단계로 구분한다. 전체적 비례성은 개별 수단 내에서의 비용편익 분석에 따른 균형성 판단을 의미하고, 상대적 비례성은 여러 수단 간의 비용편익 분석에 따른 균형성 판단을 의미한다. 전자가 협의의 비례성에, 후자가 필요성에 상응한다고 볼 수 있다. 최소 침해 여부를 이와 같이 판단할 경우 달성하려는 공익에 대한 효과의 수준이 일정 정도로 고정되어 이를 충족하는 수단들만이 비교범주로 설정되는 것이 아니라 달성하려는 목적에 대해 효과를 갖는 여러 수단마다 공익에 대한 효과성과 개인의 권리에 대한 침해성을 산정하여 양자의 합을 비교하는 방식으로 침해의 최소성을 판단하게 되므로 효과와 침해 사이의 상쇄를 인정할 수 있다.³⁹⁰⁾

한편, 이러한 논의는 비례원칙 심사에 있어서 행정작용을 통해 달성하려는 '목적 설정'의 중요성을 보여준다.³⁹¹⁾ 달성하려는 목적을 넓게 설정할수록, 해당 행정작용 외에 동일한 효과를 갖는 수단들도 많아지고, 따라서 법원의 심사권한도 확장된다. 반면, 달성하려는 목적을 좁게 설정하다면, 해당 행정작용 외에는 동일한 효과를 갖는 수단은 적거나 없게 되고, 법원의 비례원칙

389) Julian Rivers, PROPORTIONALITY AND VARIABLE INTENSITY OF REVIEW, *The Cambridge Law Journal*, 2006, Vol.65(1), pp.196-197 참조.

390) 이 단락의 Hickman의 견해에 관하여 Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.190-193 참조.

391) Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.182-185 참조.

에 따른 심사권한은 제한된다.

나. 비례원칙 심사의 법적 성격

2001년 Daly 판결³⁹²⁾에서 Lord Steyn은 법원이 비례원칙에 의거하여 행정의 제1차적 결정에서 이루어진 이익형량을 평가할 수 있다고 하여 법원의 실제적 심사를 인정하면서도 이러한 심사가 전면심사에 이르는 것은 아니라고 보았다.³⁹³⁾ 그러나 행정의 판단을 대체하는 전면심사에 이르지 않으면서도 행정결정의 실체에 대하여 심사한다는 것은 일응 충돌되는 요청으로 보인다. 바로 여기에 비례원칙 심사의 딜레마가 있다. 이러한 맥락에서 Hunt는 비례원칙이 종전보다 강화된 심사강도인 점을 받아들이면서도 '완전전면심사'(full merit review)와 구별하는 것이 장래 영국 공법의 과제 중 하나라고 지적한 바 있다.³⁹⁴⁾ 그러나 사법심사와 전면심사의 스펙트럼 사이에서 비례원칙 심사가 어떤 유형의 심사에 해당하는지에 대하여는 인권법 제정과정이나 백서에서 별도로 논의되지 않았고, 영국 실무와 학계에서도 활발히 논의되고 있지는 않은 것으로 보인다.³⁹⁵⁾

이에 대하여 Hickman은 법원이 비례원칙에 따라 행정의 제1차적 결정을 심사하는 경우 행정이 행한 이익형량과 그 이익형량의 근거의 적법성을 평가하면서 행정의 판단권을 대체하게 되므로 그 한도 내에서는 전면심사에 해당한다고 본다.³⁹⁶⁾ 그러나 한편, 행정의 판단은 공익을 실현하는 데 중점

³⁹²⁾ R(Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 WLR 1622.

³⁹³⁾ Carol Harlow · Richard Rawlings, Law and Administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009, p.120 참조.

³⁹⁴⁾ Murray Hunt, Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference', in N Bamforth and P Leyland (eds), Public Law in a Multi-Layered Constitution, Oxford : Hart Pub., 2003, p.342(Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008 p.169에서 재인용)

³⁹⁵⁾ Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008 p.149, 169 참조.

³⁹⁶⁾ 이때 심사과정에서 행정의 제1차적 판단에 어느 정도의 비중을 둘 것이냐는 후술할 행정존중의 문제이다.

을 두고 있고, 법원의 판단은 그 판단이 단지 비례원칙에 부합하는지를 검토하는 것에 초점이 맞춰져 있다. 즉, 행정과 법원이 동일 대상에 대하여 판단할지라도 그 과정에서 던지는 질문이 다르고, 법원의 심사는 행정이 내린 결정의 일부분에 대해서만 이루어진다. 또한 법원의 판결은 행정에게 특정 결정을 강요하는 것이 아니라 오직 해당 결정이 비례성을 충족하는 복수의 결정 범주에 해당하는지 여부를 판단한 결과이다. Hickman은 이러한 점에서 법원과 행정의 전통적인 역할 구분은 유지된다고 본다. 2003년 *Alconbury Development Ltd* 판결³⁹⁷⁾에서 지적했듯이 공익과 관련된 결정은 어디까지나 민주적 선출성·책임성을 지닌 주체의 몫이고, 법원은 무엇이 공익에 부합하고 어떻게 공익을 증진하는지에 대해서는 권한이 없다. 따라서 법원이 비례원칙에 따라 행정의 판단 중 비례성 부분에 대하여 다시 판단을 할지라도 행정심판쟁송에서 이루어지는 '완전전면심사'(full merits review)와는 여전히 구분된다는 것이다.³⁹⁸⁾

Leigh 또한 비슷한 취지에서 행정작용이 비례원칙을 위반하는지 여부의 문제는 전면심사의 대상이거나 비례원칙에 따른 판단은 사실 및 정책문제가 아닌 법원의 완전한 권한 하에 있는 법문제라고 한다. Leigh는 인권법에 따른 사법심사청구소송에서 법원이 종전과는 다른 성격의 심사를 할 수 있는 근거를 크게 세 가지로 제시한다. 첫째, 인권법 제6조 제1항은 같은 조 제2항에서 의회에 대한 명시적인 자제와 달리 행정에 대하여는 법률상 강제되는 경우가 아닌 한 협약상 권리를 보호할 것을 강하게 요구하고 있으므로 종래의 사법적 자제와는 다른 태도가 필요하고, 둘째, 인권법이 법원과 행정을 별도로 구분하지 않고 동일한 협약상 권리 준수 의무를 부과하고 있으므로 상급 법원이 하급 법원의 결정을 심사하는 것처럼 법원이 행정의 결정을 심사할 수 있으며, 셋째, 인권법 제6조가 명시적으로 행정작용이 개인의 협약상 권리를 침해해서는 안 된다고 규정하였으므로 이는 새로운 위법성의 사유로서 법문제라는 것이다.³⁹⁹⁾

³⁹⁷⁾ *R(Alconbury Development Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2003] 2 AC 295.

³⁹⁸⁾ 이 단락의 비례원칙 심사의 법적 성격에 대한 Hickman의 견해에 관하여 Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010, pp.175-178 참조.

위와 같은 맥락에서, 법원은 강제치료 결정의 적법성이 문제되었던 2002년 R(Wilkinson) v Broadmoor Special Hospital Authority and others 판결⁴⁰⁰⁾에서 웬즈베리 원칙에 따른 심사로는 부족하고, 법원은 환자에게 동의능력이 있는지 여부와 협약상 권리에 대한 제한이 비례원칙을 위반하였는지 여부에 대해서 '독자적인 판단'을 해야 한다고 판시하고, 이를 위하여 피고의 반대에도 불구하고 교차신문도 허용하였다.⁴⁰¹⁾ 2000년 B v Secretary of State for the Home Department 판결⁴⁰²⁾ 또한 성범죄로 복역한 자에 대한 강제추방 명령의 적법성이 문제된 사안에서, 웬즈베리 원칙에 따른 제한된 심사에 국한되지 않고 이민청의 판단을 대체하는 '독자적인 판단'을 할 수 있어야 한다고 판시하였다.⁴⁰³⁾

비례원칙을 법문제로 모든 비례원칙의 판단구조의 특성상 전면심사를 인정하든, 비례원칙에 따른 심사가 종래의 사법심사청구소송에서 이루어진 심사에 비해 법원이 행정의 판단에 훨씬 더 강하게 개입한다는 점은 분명하다. 이는 인권법의 제정 취지이기도 하다. Lord Bingham은 2004년 Belmarsh 수감자 판결⁴⁰⁴⁾에서 “법원의 결정을 비민주적이라고 폄하하는 것은 잘못된 것이다. 왜냐하면 인권법은 법원에게 매우 구체적이고, 완전히 민주적인 임무를 주었기 때문이다”고 판시하여 인권법에 따라 법원이 강화된 심사권한을 가질 수 있음을 뒷받침하였다.⁴⁰⁵⁾

399) 이 단락의 비례원칙 심사의 법적 성격 및 근거에 대한 Leigh의 견해에 관하여 Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.149-150, p.157 참조.

400) R(Wilkinson) v Broadmoor Special Authority and others [2002] 1 WLR 419.

401) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.155 참조. 한편, 유럽인권법원은 2004년 HL v UK 사건에서 R(Wilkinson) v Broadmoor Special Hospital Authority and others 판결을 영국법원이 인권법 이전보다 심사강도를 강화한 증거로 언급하였다(Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.157 참조).

402) B v Secretary of State for the Home Department [2000] Imm AR 478.

403) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.157 참조.

404) A(FC and Others) v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.

405) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. :

다. 비례원칙과 웬즈베리 원칙의 관계

인권법과 비례원칙의 도입 이후 비례원칙이 웬즈베리 원칙을 대신하여 일반적인 심사기준이 되는지 또는 웬즈베리 원칙이 여전히 일정한 기능을 수행하고 있는지 문제된다. 몇몇 하급심 판례에서는 강화된 심사기준인 비례원칙이 적용되는 이상 웬즈베리 원칙을 유지할 이유가 없다고 입장을 보이기도 하였다.⁴⁰⁶⁾ 같은 맥락에서 '웬즈베리 장례식'(Wednesbury)을 치러야 한다는 주장이나⁴⁰⁷⁾ 심지어 웬즈베리 원칙은 판결 당시부터 잘못된 원칙이었다는 주장도 제기되었다.⁴⁰⁸⁾

그러나 비례원칙은 원칙적으로 유럽공동체법 또는 유럽인권협약을 매개로 하여 관련 영역에만 적용되므로 그러한 관련성이 인정되지 않는 사안에 대해서는 여전히 웬즈베리 원칙이 적용된다.⁴⁰⁹⁾ 나아가 Taggart는 웬즈베리 원칙은 애초부터 전형적인 심사기준으로는 포섭되지 않는 사유들을 모두 담을 수 있는 '안전망'(safety net)으로 탄생한 것이므로 오늘날에도 여전히 의의가 있고, 특히 비례원칙은 권리를 매개로 하여서만 적용되므로 권리와 관련된성이 존재하지 않는 사안의 심사기준으로서 독자적인 역할을 할 수 있다고 주장한다.⁴¹⁰⁾ Craig 또한 웬즈베리 원칙의 현대적 활용에 관하여 권리와 관련된성이

Hart Pub., 2008, p.158 참조.

⁴⁰⁶⁾ Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.386. 그러한 판결로는 R(Alconbury Development Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295; R(Association of British Civilian Internees: Far East Region) v Secretary of State for Defence [2003] EWCA Civ 473, [2003] QB 1397 등.

⁴⁰⁷⁾ Harrison, *The New Public Law: A New Zealand Perspective*, (2003) 14 Public L Rev p.56(Michael Taggart, Proportionality, deference, Wednesbury, New Zealand Law Review, June, 2008, Issue 3, p.426에서 재인용).

⁴⁰⁸⁾ Sedley, *The Last 10 years' Development of English Public Law*, (2004) 12 Australian Journal of Administrative Law, p.15(Michael Taggart, Proportionality, deference, Wednesbury, New Zealand Law Review, June, 2008, Issue 3, p.426에서 재인용).

⁴⁰⁹⁾ Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.404 참조.

⁴¹⁰⁾ Michael Taggart, Proportionality, deference, Wednesbury, New Zealand Law

없는 사안, 사회적·경제적·정치적 선택에 관한 사안으로서 심사강도를 낮춰야 하는 사안 등에 웬즈베리 원칙이 적용될 수 있다고 설명하고 있다.⁴¹¹⁾

II. 행정존중 법리

1. 유럽인권법원의 판단여지 법리

유럽인권법원은 비례원칙에 의해 당사국의 작용이 개인의 권리를 침해하는지 여부를 판단하면서도 일정한 자제가 필요하다는 법리를 발전시켜왔는데, 이를 '판단여지'(margin of appreciation) 법리라고 한다. 판단여지 법리는 유럽인권법원의 초국가적 성질로부터 유래하는 것으로, 국제법원의 판사보다 실제 현장에 가까이 위치해 있는 당사국이 개별사안에 대하여 더 정확하게 판단할 수 있다는 점과 해당 행정작용이 급박한 사회적 필요를 충족시키는 지 여부가 당사국의 상황에 따라 달라질 수 있다는 점에 이론적 근거를 두고 있다.⁴¹²⁾

판단여지 법리는 1976년 *Handyside v UK* 판결⁴¹³⁾에서 시작되었다. 원고는 아동을 대상으로 한 출판물에 성(性)에 관한 내용이 포함되었다는 이유로 책을 압수·몰수한 것은 표현의 자유를 제한하는 것이라고 주장하였고, 영국 정부는 도덕관념의 보호를 위해 필요한 제한이라고 항변한 사안에서, 유럽인권법원은 개별국가가 실제 현장과 훨씬 밀접한 위치에 있기 때문에 국제법원보다 행정조치의 필요성을 더 잘 판단할 수 있다고 판단하였다.⁴¹⁴⁾

당사국에게 주어지는 판단여지의 범위는 구체적인 사안에 따라 다르다. 유럽인권법원은 2008년 *S and Marper v UK* 판결⁴¹⁵⁾에서 문제되는 협약상 권

Review, June, 2008, Issue 3, p.427, pp.451-453 참조.

411) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), pp.616-620 참조

412) Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet-Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010), p.586 참조

413) *Handyside v UK* (1976) 1 EHRR 737.

414) John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.35-36 참조.

리의 성질, 해당 권리가 개인에게 갖는 중요성, 권리를 제한하는 행위의 성질, 해당 조치를 통해 달성하려는 목적 등에 따라 판단여지의 범위가 달라질 수 있다고 하면서, 해당 권리의 중요성 또는 해당 조치의 권리에 대한 침해 정도가 큰 경우 여지는 좁아지고, 당사국간에 권리의 중요성이나 최선의 보호방안에 대하여 합의에 이르지 못한 경우에는 여지가 넓어진다고 판시하였다.⁴¹⁶⁾ 다만, 2006년 *Hirst v UK* 판결⁴¹⁷⁾은 당사국간 합의에 이르지 않은 사안이라는 이유만으로 해당 정책이 판단여지의 범위에 해당하는 것은 아니라고 판시하였다.⁴¹⁸⁾

2. 영국의 행정존중 법리

영국 법원이 비례원칙을 도입하면서 판단여지 법리도 함께 받아들일 것인지 여부가 문제되었다. 그러나 영국 법원은 2000년 *R(Kebilene) v DPP* 판결⁴¹⁹⁾에서 판단여지 법리는 유럽인권법원이 개별국가에서 유럽인권협약이 반드시 동일하게 이행되어야 하는 것은 아니라는 취지로 인정하는 것이기 때문에, 국내 법원이 협약상 권리와 관련된 국내 사건을 심사함에 있어서는 적용될 수 없다고 판단하였다.⁴²⁰⁾

그러나 영국 법원이 어떠한 자제도 없이 비례원칙에 따른 심사를 엄격하게 적용한 것은 아니다. 유럽인권법원이 판단여지 법리를 통해 비례원칙 심사에서 당사국과의 균형을 잡으려고 했다면, 영국 법원은 '행정존중'(deference) 법리를 통해 의회 및 행정과의 균형을 유지하고자 했다. 2003년

⁴¹⁵⁾ *S and Marper v UK* (2008) 25 BHRC 557.

⁴¹⁶⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.35 참조.

⁴¹⁷⁾ *Hirst v UK* (2006) 42 EHRR 41.

⁴¹⁸⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.35 참조.

⁴¹⁹⁾ *R(Kebilene) v DPP* [2000] 2 AC 326.

⁴²⁰⁾ John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.99-100 참조.

Roth 판결⁴²¹⁾은 의회주권과 '근본적 권리' 사이의 긴장을 해소하기 위하여 일정한 자제는 필수적이라면서, 행정 또한 의회의 수입인으로서 의회가 수권한 법률상의 권한을 행사하므로 법원은 행정의 권한행사도 존중하여야 한다고 판시하였다.⁴²²⁾ 의회주권의 전통에 따라 행정에 대한 사법적 자제 또한 의회와 연결하여 설명하는 것이다.⁴²³⁾ 이러한 맥락에서 2002년 Farrkahn 판결⁴²⁴⁾에서 법원은 1999년 「이민난민법」(Immigration and Asylum Act)상 '공익'(public good)상의 이유로 행해진 내무부장관의 입국거부조치에 대하여 행정심판이 금지되어 있는 것은 법체계가 내무부장관에게 넓은 재량여지를 부여하려는 취지임을 이유로 해당 입국거부조치에 대한 심사를 자제하였다.⁴²⁵⁾ 또한 2002년 Prolife Alliance 판결⁴²⁶⁾에서는 낙태 장면이 포함된 선거홍보영상에 대한 BBC의 방영거부조치가 문제되었는데, 항소법원은 선거기간 중 정당의 표현의 자유는 최대한 보장되어야 한다는 전제 하에 해당 방영거부조치는 표현의 자유를 침해한다고 판단한 반면, 대법원은 의회가 방송거부조치의 근거법률을 제정하면서 이미 거부조치와 관련된 제반 이익에 대한 형량이 이루어졌으므로 항소법원의 독자적인 이익형량은 잘못된 접근법이라고 판단하였다.⁴²⁷⁾

법원이 행정에게 보이는 존중의 정도는 개별사안에 따라 달라지는데, 문제되는 협약상 권리가 중요성이 낮을수록, 공적 기관이 그 성질상 민주적 정당성 내지 책임성이 클수록, 해당 문제가 사회적·경제적·정치적 이슈를 많이

421) International Transport Roth GmbH and others v Secretary for the Home Department [2002] EWCA Civ 158; [2003] QB 728.

422) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.161; John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.100 참조.

423) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.162 참조.

424) Farrakhan v SSHD [2002] QB 1391.

425) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, p.162 참조.

426) R(Prolife Alliance) v BBC [2002] WLR 1080.

427) Ian Leigh · Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008, pp.162-163 참조.

포함할수록, 법원이 해당 문제에 대한 전문적이 능력이 부족할수록, 해당 권리에 대한 침해의 정도가 낮을수록, 공적 기관이 결정과정에서 협약상 권리를 충분히 고려했을수록 높아진다고 보고 있다.⁴²⁸⁾

행정존중 법리의 이론적 근거로는 크게 '헌법적 정당성'(constitutional legitimacy)과 '기관적 전문성'(institutional competence)가 제시된다. 전자는 비선출기관인 법원은 선출기관인 정부에 비하여 사회적으로 민감한 쟁점을 결정할 수 있는 헌법적 정당성이 상대적으로 결여되어 있다는 견해인 반면, 후자는 전자처럼 법원이 일반적으로 사회문제를 결정할 헌법적 정당성이 부족하다고 보는 것은 법원의 책무를 방기하는 것이라며 반대하고, 단지 구체적인 사안에 따라 행정의 판단역량이 더 뛰어난 경우에 행정의 판단을 존중하는 것이라는 견해가 있다. 그러나 두 번째 견해에 대해서도 '존중'(deference)이라는 용어를 사용할 필요 없이 비례원칙의 구조화된 판단과정에서 법원이 스스로의 전문성과 능력을 고려하면 족하다며 행정소송 특유의 법리로서 행정존중 법리의 필요성을 부정하는 견해도 있다.⁴²⁹⁾

제4절 증거조사

비록 현행 사법심사청구소송의 토대를 마련한 1977년 「최고법원규칙」 제 53편이 종래 대권적 구제절차에서 허용되지 않던 증인신문과 문서제출명령을 사법심사청구소송에 전면적으로 도입하였지만⁴³⁰⁾, 앞서 살펴본 바와 같이 여전히 사법심사청구소송은 법문제에 관한 심사에 초점을 두었고 사실문제에 관하여는 법적 오류로 일정한 경우를 제외하면 관여하지 않았기 때문에 사실인정과 관련된 증인신문과 문서제출명령 제도의의 활용도 드문 일이었

428) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.416-417 참조.

429) 이 단락의 행정존중 법리의 이론적 근거에 대한 논의에 관하여 John Wadham · Helen Mountfield QC · Elizabeth Proschaska · Christopher Brown, *BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998*, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, pp.101-102 참조.

430) 朴正勳, 영국의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 2007, 651면 참조.

다.⁴³¹⁾ 그러나 인권법의 도입 이후 사법심사청구소송에서 법원의 심사강화는 증인신문과 문서제출명령의 활성화를 요청하고 있다.⁴³²⁾

먼저 문서제출명령의 경우, 종래 사법심사청구소송에서 문서제출명령이 허용되기 위해서는 원고가 피고가 제출한 증거가 정확하지 않다는 점을 밝혀야 했기 때문에 그 범위는 상대적으로 제한되었으나, 2007년 *Tweed v Parades Commission of Northern Ireland* 판결⁴³³⁾은 제반정황에 비추어 문서제출명령이 구체적인 제반 사정을 고려할 때 사안의 공정한 해결을 위하여 필요하다고 판단되는 경우에 문서제출명령이 가능하다고 판시하여 그 기준을 완화하였다.⁴³⁴⁾ 특히 인권법 하에서 협약상 권리에 대한 제한을 비례원칙에 따라 심사하는 경우에는 법문제를 넘어서 구체적인 사실인정·평가가 요구되므로 문서제출명령의 필요성도 높다고 인정되고 있다.⁴³⁵⁾

또한 증인신문의 중요성도 높아지고 있다. 이는 한편으로는 협약상 권리침해 사안의 경우 웬즈베리 원칙이 아니라 비례원칙이 적용되면서 사실에 관한 다툼에 있어서도 법원이 정확한 판단을 내려야 하는 경우가 많아졌기 때문이고, 다른 한편으로는 유럽인권협약 제6조의 공정한 재판을 받을 권리에 따라 충분한 강도로 심사될 것이 요구되기 때문이다. 유럽인권협약상 생명권과 고문받지 않을 권리가 문제된 2009년 *R(Al-Sweady) v Secretary of State for Defence* 판결⁴³⁶⁾에서 법원은 사실에 관한 다툼에 대한 결론에 따라 판결

431) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.653, 658 참조.

432) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, pp.558-559; Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.653-658, 670-671 참조.

433) *Tweed v Parades Commission of Northern Ireland* [2006] UKHL 53, [2007] 1 AC 650.

434) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, *Judicial review : principles and procedure*, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.653-654 참조./

435) H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p.558 참조.

436) *R(Al-Sweady) v Secretary of State for Defence (No 2)* [2009] EWHC 2387

의 결론이 달라지는 경우에는 증인신문을 할 것인지에 대하여 고려하여야 한다고 판시하였다.⁴³⁷⁾

다만, 인권법 사법심사청구소송에서도 문서제출명령과 증인신문은 여전히 원칙보다는 예외에 가깝다.⁴³⁸⁾

(Admin)

437) 이 단락의 인권법 사법심사청구소송에서 증인신문의 중요성 증가에 관하여 Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, pp.670-671 참조.

438) Jonathan Auburn · Jonathan Moffett · Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013, p.654, 671 참조.

제4장 평가 및 시사점

제1절 영국 사법심사청구소송의 발전과 변화

I. 권리구제의 강화

인권법이 영국의 사법심사청구소송에 가져온 가장 큰 변화는 사법심사의 중심축을 종래의 적법성 통제에서 개인의 권리구제로 일정 수준 이동시켰다는 점에 있다.

첫째, 종전에 커먼로를 통해 발전되어 오던 가변적·소극적 권리 개념을 넘어 협약상 권리라는 고정적·적극적인 권리목록을 마련하였다. 이로써 종전에 귀납적으로 인정되어 오던 권리를 연역적으로 도출될 수 있도록 하여 권리의 법적 지위에 안정성을 부여하고, 적어도 명문으로 보장된 협약상 권리의 범위 내에서는 1979년 *Malone* 판결⁴³⁹⁾처럼 권리 자체를 부인당할 일이 없도록 하였다. 협약상 권리는 의회에 대하여는 간접적으로, 행정과 사법에 대하여는 직접적으로 행위의 지도이념으로 기능한다는 점에서 헌법상의 기본권과 유사하나, 그 근거를 의회주권에 따라 법률보다 상위법이 아닌 일반 법률에 두고 있다는 점에서 준-헌법적 권리⁴⁴⁰⁾라고 할 수 있을 것이다.

둘째, 행정작용은 여전히 위법해야 다룰 수 있으나 협약상 권리의 침해를 독자적인 위법사유로 인정하였다. 종래 사법심사청구소송에서는 세 가지 위법사유, 즉 비합법성, 절차적 불공평, 비합리성에 따라 심사하였는데 이때 위

439) *Malone v Metropolitan Police Commissioner* [1979] Ch 344.

440) 인권법은 형식적 측면에서 헌법과 같은 일반 법률에 대한 상위법이 결코 아니다. 의회주권에 따라 의회는 여전히 언제든지 인권법을 폐지할 수 있다. 실제로 인권법은 제정 이후 보수당에 의해 지속적인 폐지 주장·운동에 시달려 왔다. 그러나 인권법은 모든 국가권력을 기속하는 원리이자 가치로서 협약상 권리를 규정하고 그 침해에 대한 구제를 제공하고 있으며, 인권법상의 메커니즘은 법의 지배의 핵심 기제로 작동하고 있다(인권법의 법적 지위에 관하여 Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010. pp.48-49 참조). 이러한 점에서 인권법상의 협약상 권리를 준-헌법적 권리라고 볼 수 있을 것이다.

법성 판단의 초점은 행정의 결정 그 자체에 있었다. 내부적 관점에서 행정작용이 권한 내에서 이루어졌는지, 절차에 따라 이루어졌는지, 그리고 합리적인 결과의 범위 내에 있는지를 판단하고, 그렇지 않았다면 위법하므로 부수적으로 개인의 권리에 대한 제한도 정당화될 수 없을 뿐이었다. 이와 달리 인권법은 행정작용이 외부적으로 개인의 협약상 권리를 침해하는 것 자체가 행정작용이 위법한 이유가 될 수 있도록 하였다. 이제 사법심사청구소송에서 원고가 주장하는 이익이 무엇인지, 그 이익이 협약상 권리에 포함되는지, 행정작용이 협약상 권리를 제한하는지, 그 제한의 정도가 비례원칙 등에 위반되어 협약상 권리에 대한 침해를 구성하는지가 심사의 핵심이 되었다.

셋째, 종전의 웬즈베리 원칙 대신 비례원칙을 심사척도로 사용하면서 권리를 제한하는 행정작용을 위법하다고 판단할 수 있는 문턱을 낮추었다. 이성적인 사람이라면 하지 않을 정도의 비합리적인 경우에 한하여 행정작용의 위법성을 인정한 웬즈베리 원칙은 오랫동안 유럽인권법원은 물론 국내의 학자 및 실무가로부터도 위법성의 기준을 지나치게 높게 설정한다는 비판을 받아 왔음을 앞서 살펴본 바와 같다. 특히 법원이 사안의 구체적인 이익형량에 개입하는 것을 허용하지 않았다. 그러나 인권법 도입 이후 종전의 권리 중 상당수가 협약상 권리에 편입되었고, 이와 함께 비례원칙이 행정작용의 권리에 대한 제한이 위법한지 여부에 관한 판단기준이 되었다. 이전과 달리, 설령 행정의 판단이 합리적인 범위 내에서 이루어졌을지라도 권리 제한의 정도가 비례원칙을 위반하여 과도한 경우에는 그 판단을 다룰 수 있고, 심사를 위하여 법원은 사안의 이익상황을 스스로 분석하고 평가할 수 있다.

넷째, 개인의 권리가 침해되었는지 여부를 판단하기 위하여 법원이 보다 꼼꼼하게 사실을 심리하고 증거를 조사하게 되었다. 종래 사법심사청구소송에서 법원의 주된 심사대상이 법문제에 국한되었고 사실문제에 대한 판단은 일반적으로 행정의 권한이라고 여겼기 때문에, 권리를 침해받은 개인은 소송절차에서 사실문제에 관하여는 충분히 검토를 받을 수 없었다. 그러나 인권법 사법심사청구소송에서 심사강도가 강해지고 특히 비례원칙 위반 여부의 판단과정에서 사실에 관한 다툼이 중요해지면서 법원이 정확하게 사실관계를 파악하는 것 또한 중요해졌다. 이에 따라 사실인정을 위한 증거조사의 방법으로서 문서제출명령과 증인신문의 활용도도 종전보다 증가하게 되었다.

이와 같은 일련의 변화는 종래 법원의 기능·역할이 의회주권 하에서 사법적 과정과 정치적 과정의 구분에 따라 소극적·제한적으로 새겨지던 것과 달리 국민의 권리실현이라는 이념을 매개로 하여 적극적인 방향으로 발전한 것으로 평가할 수 있다.⁴⁴¹⁾

II. 공법소송의 특수성 유지

인권법은 사법심사청구소송의 권리구제 측면을 강화하면서도, 행정작용의 심사기준을 '협약상 권리침해' 자체가 아니라 그로 인한 '위법성'으로 설정하여 행정의 적법성 통제 관점을 견지하는 등 공법소송으로서 사법심사청구소송의 특색을 여전히 유지하고 있다.

첫째, 민사소송과 달리 제3자 참가와 인권위원회의 독립 제소권을 인정하고 있다. 양자적 권리의무관계에서 권리의 실현 자체만이 중요한 민사소송과 달리 사법심사청구소송은 분쟁의 구조부터 다양한 이해관계인이 연관되어 있는 다극적 구조를 보이고, 나아가 행정 및 법원의 결정이 사회에 미치는 공익적 영향도 고려하지 않을 수 없다. 이러한 이유로 소송당사자가 아닐지라도 이해관계 있는 제3자와 인권·공익 관련 시민단체의 참가를 널리 허용하고 있으며, 인권위원회에게 권리의무관계와 무관하게 참가 및 제소권한을 부여하고 있다.

둘째, 협약상 권리침해가 인정되더라도 손해배상을 인정하지 않을 수 있으며, 사법심사청구소송에서 이뤄진 법률에 대한 협약불합치 선언은 당해 소송에 대하여 효력을 갖지 않는다. 인권법이 협약상 권리를 국내로 가져오기는 했지만, 의회주권을 중심으로 형성된 영국의 헌정 구조와 사법심사청구소송을 본질적으로 변화시킨 것은 아니다. 인권법이 제정된 해인 1998년 Sedley LJ 또한 한 판결⁴⁴²⁾에서 행정법은 '권리'(right)가 아닌 '위법'(wrong)에 관한

⁴⁴¹⁾ 그러나 여전히 영국 법원이 인권법상의 사법적 구제의 허용 여부를 지나치게 재량적인 것으로 판단하는 등 인권법을 소극적으로 적용하고 있다는 비판도 있다(John Wadham·Helen Mountfield QC·Elizabeth Proschaska·Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.102 참조).

⁴⁴²⁾ R v Somerset CC, ex p Dixon [1998] Env LR 111.

것이라고 판시하였다.⁴⁴³⁾ 이러한 맥락에서 협약상 권리를 침해한 위법행위를 시정했다면 손해배상이 없더라도 개인에 대한 구제가 충분히 이루어졌다고 보며, 협약불합치선언이 해당 사건의 원고의 권리구제에 기여하지는 못할지라도 이후 법률의 개정 또는 시정명령을 통하여 위법한 상태를 제거하면 족하다고 본다.

셋째, 법원과 의회·행정의 관계를 고려하여 심리범위와 심리강도를 제한한다. 민사소송에서 법원의 판단대상은 국가기관에 의한 법적용을 거치지 않은 자연 그대로의 법률관계인 반면, 행정소송인 사법심사청구소송은 행정 이미 제1차적으로 사실관계에 관계법령을 적용한 제2차적 법률관계를 대상으로 한다. 즉, 사법심사청구소송의 심사대상은 '날 것의 법률관계'가 아니라 행정의 권한행사의 결과물이다. 특히 영국의 의회주권 전통 하에서 행정의 권한은 주권자인 의회가 법원이 아닌 행정에게 위임한 것으로 이해되기 때문에, 위와 같은 차이는 더욱 중요하다. 이러한 배경에서 사법심사청구소송에서 법원은 민사소송처럼 법원이 제1차적 판단권을 갖는 것이 아니라 행정의 제1차적 판단에 대한 제2차적인 감독권을 가질 뿐이다. 따라서 원칙적으로 법문제를 제외한 사실문제와 정책문제는 행정의 권한에 속한 것으로 보아 법원의 개입을 자제하고, 행정존중의 법리를 통하여 법원이 비례원칙 심사 등에 의하여 행정의 권한을 대체하지 않도록 유의하고 있다.

III. 일원화된 공법적 권리구제체계의 완비

인권법은 종래의 사법심사청구소송과는 다소 다른 유형의 사법심사청구소송을 인정하면서도 두 소송 모두 단일한 사법심사절차에 따라 이뤄지도록 하고 있다. 행정작용을 위법성을 기준으로 다투는 일반 사법심사청구소송을 우리나라의 항고소송에 비견한다면, 준-헌법적 지위를 갖는 협약상 권리의 침해 여부를 기준으로 하는 인권법 사법심사청구소송은 헌법소원에 가깝다고 볼 수 있다. 그러나 두 소송은 기본적으로 동일한 절차에 따라 이뤄지고 다만, 원고적격, 심사척도 등에 있어서 다소 차이가 있을 뿐이다.

⁴⁴³⁾ Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011, p.292 참조

이러한 일원화된 공법소송제도의 가장 큰 특징은 행정작용을 다투고자 하는 개인의 입장에서 사안에 따라 일반 사법심사청구소송과 인권법 사법심사청구소송으로 나누어 제기할 필요 없이, 하나의 사법심사청구소송을 제기하고 일반 위법사유와 인권법 위법사유를 같이 주장할 수 있다는 점이다. 항고소송을 제기하면서 처분의 위법성뿐만 아니라 위헌성 내지 기본권 침해도 함께 다룰 수 있는 셈이다. 더불어 사법심사청구소송에서 법률이 직접적인 계쟁물은 아닐지라도 법원은 해당 절차 내에서 협약상 권리에 합치되지 않을 가능성이 있는 법률의 의미를 협약합치적인 내용으로 변경 해석할 수 있으며, 협약상 권리에 합치되지 않는 것으로 확정된 법률에 대하여는 협약불합치선언을 내릴 수 있다. 이러한 측면에서 인권법 이후 영국의 공법소송제도는 국민에게 공법적 분쟁에 대한 윈스톱 서비스를 제공하고 있다고 평가할 수 있다.

제2절 우리나라에의 시사점: 항고소송에서의 기본권 고려

I. 배경 : 행정작용에 대한 이원화된 권리구제체계

인권법 이후 영국의 사법심사청구소송은 심사기준으로서 준-헌법적 권리로써 협약상 권리를 인정하고, 강화된 심사척도로서 비례원칙을 받아들였으며, 심리절차에 있어서 사실인정을 위한 증거조사를 강화하였다는 점에서 종전의 사법심사청구소송에서 나타나던 권리구제 측면의 흠결을 보완하고 일원화된 공법적 권리구제체계를 완비하였다.

우리나라의 경우 헌법 제5장에서 법원에 관한 사항을 정하면서 행정작용의 위법성뿐만 아니라 위헌성에 대한 심사권도 법원에게 부여하고(제107조 제2항), 일반법원의 재판의 준거로서 법률 외에 헌법까지 명시(제103조)하고 있다. 제6장에서 헌법재판소에 관한 사항을 따로 정하면서 법률의 위헌성 판단(제111조 제1항 제1호)과 더불어 법률이 정하는 헌법소원심판(제111조 제1항 제6호)을 헌법재판소의 관장사항으로 두었다. 위 헌법 조항의 위임에 따라 헌법재판소법은 행정작용을 포함한 공권력의 행사·불행사의 기본권 침

해성에 대한 판단을 헌법소원의 심판사항으로 정하였다(제68조 제1항 본문). 다만, 항고소송을 비롯한 법원의 재판에 대하여는 헌법소원을 할 수 없고, 행정소송법을 비롯한 다른 법률의 구제절차를 모두 거친 후에 한하여 보충적으로 헌법소원을 이용할 수 있도록 하였다(제68조 제1항).

이러한 구조는 행정작용에 의하여 공법적 권리를 침해받은 개인에게 이원적인 권리구제체계를 제공한다.⁴⁴⁴⁾ 원칙적으로 개인은 항고소송을 통하여 행정작용에 의한 권리침해로부터 구제받을 수 있으나, 항고소송에 의한 구제가 허용되지 않는 경우에는 — 처분적 행정입법 외의 행정입법이나 처분성이 인정되지 않는 사실행위가 주로 문제된다 — 헌법소원을 통해서 구제받을 수 있는 것이다. 그런데 우리 행정소송법이 항고소송의 대상이 되는 처분을 다소 좁고 불분명하게 정의하고(제2조 제1항 제1호), 헌법재판소법이 헌법소원의 대상을 포괄적으로 행정작용을 포함한 공권력의 행사·불행사로 규정하고 있기 때문에, 항고소송과 헌법소원의 관계에 대한 논의는 주로 절차적으로 분리된 두 소송의 대상적격의 측면에 — 어떤 행정작용이 일반법원이 관할을 갖는 항고소송의 대상인지 또는 헌법재판소가 관할을 갖는 헌법소원의 대상인지 — 집중되었다.⁴⁴⁵⁾

⁴⁴⁴⁾ 우리나라의 항고소송은 독일, 일본과 같이 개인의 권리구제에만 초점을 두고 있는 주관소송이 아니라, 오히려 행정작용의 적법성 통제를 목표로 하는 객관소송에 가깝다(朴正勳, 인류의 보편적 지혜로서의 행정소송, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 116면 이하; 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰 : 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 74면; 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로, 행정법연구, 2015. 7., Vol.40, 110면 이하 참조). 민사소송과 동일하게 권리의무 개념만을 중심으로 행정소송을 이해할 경우 공법적 쟁송의 다면적 특성, 공익 관련성을 충분히 고려할 수 없는 것은 물론, 원고 적격과 심사범위를 지나치게 좁게 설정함으로써 행정의 적법성을 감독하고 이를 통해 국민의 권익을 보장한다는 행정소송의 이념을 실현할 수 없게 된다. 따라서 공법적 쟁송체계의 완비는 권리구제 측면에서만 검토되어야 할 것이 아니라 적법성 통제, 행정에 대한 통제·지도·예방 기능 측면에서도 살펴져야 한다. 다만, 이 글에서는 '소극적/적법성 통제'에서 '적극적/권리구제'로 나아간 영국의 변화양상을 바탕으로 논의를 전개하는 것이므로, 권리구제 측면을 중심으로 살펴본다.

그런데 헌법이 위와 같이 행정작용에 대한 사법적 심사의 기준으로 위법성뿐만 아니라 '위헌성'까지 명시하고 있는 반면, 행정소송법은 '위법한' 행정작용에 의한 국민의 권익 침해를 구제하는 것을 행정소송의 목적이라고 규정하면서(제1조), 항고소송 중 취소소송을 '위법한' 행정작용을 취소·변경하는 소송으로, 부작위위법확인소송을 행정의 부작위의 '위법성'을 확인하는 소송으로 정의하고 있다(제4조). 이러한 행정소송법의 문언과 항고소송·헌법소원의 이원적인 구조는 항고소송에서는 오직 행정작용의 위법성 내지 법률상 권리 침해 여부만을 심사할 수 있을 뿐 위헌성 내지 기본권 침해 여부는 판단할 수 없고 후자는 헌법소원의 몫이라는 결론에 이르게 하거나⁴⁴⁶⁾ 공법상 쟁송 중 헌법적 쟁송은 헌법재판의 대상이 되고 그 외 나머지 쟁송이 행정소송의 대상이 된다는 방식으로 헌법재판과 행정재판을 구분하게끔 하고⁴⁴⁷⁾, 설령 그렇지 않더라도 후술하듯이 항고소송에서 기본권의 실제적인 기능과 공법적 권리인 기본권의 보호수단으로서 항고소송의 실효성에 대한 의문을 갖게 한다. 항고소송에서 기본권이 심사기준으로 작동하고 있는지, 기본권 침해를 원고적격과 행정작용의 위헌성의 근거로 제시할 수 있는지, 기본권 보호를 위하여 합헌적 법률해석을 할 수 있는지, 기본권 침해 여부에 대한 심사는 어떤 기준에 따라야 하는지는 불분명한 채로 남아 있다.

이하에서는 영국의 사례를 바탕으로, 우리나라의 항고소송과 헌법소원의 관계 및 실재를 검토하여 항고소송을 통한 기본권 보호가 필요한 이유를 밝히고, 기본권에 대한 고려가 항고소송의 발전에 기여할 수 있는 점을 생각해

445) 항고소송과 헌법소원의 대상적격·관할에 대한 논의로는 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립, 공법연구, 2015, Vol.44(1), 242-246면; 함인선, 헌법소원과 항고소송 - 심판대상을 중심으로 하여, 공법연구, 2007, Vol.35(4), 56-70면; 정호경, 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 63-67면; 최완주, 헌법재판제도(憲法裁判制度)의 재구성 -사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로-, 법조, 2006, Vol.55(3), 23-29면; 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구, 2008, Vol.37(2), 203-220면 등 참조.

446) 김민호·김일환, 헌법재판의 발전으로 인한 행정소송상 문제점에 관한 서설적 고찰, 성균관법학, 2002, Vol.14(2), 83-84면 참조.

447) 정호경, 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 64면 참조.

보고자 한다.

II. 항고소송에서의 기본권 고려의 현황

먼저, 항고소송에서의 기본권에 대한 학술상의 논의는 대체로 기본권 자체에 대한 것보다는 헌법과 행정법의 관계에 대한 논의의 차원에서 이루어지고 있는 것으로 보인다. 오늘날 헌법 또한 행정법의 법원(法源)이 되어 기본권과 헌법원리가 헌법이 아닌 '행정법의 일부분'으로서 적용된다거나⁴⁴⁸⁾ 헌법과 행정법이 중첩·혼화되는 상황에서 헌법재판과 행정재판의 이원적 쟁송체계의 해결이 필요하다거나⁴⁴⁹⁾ 헌법재판에서 나타난 판례상의 발전이 행정법질서의 발전에 긍정적인 자극이 되어왔다는⁴⁵⁰⁾ 것이다. 이와 달리 항고소송에서 기본권의 작용·기능에 대한 구체적인 논의, 특히 원고적격 및 심사기준에 있어서 기본권과 법률상 이익의 구체적인 차이에 대하여는 — 행정작용에 대한 적용규범으로서의 헌법이 행정법으로 포섭되었음에도⁴⁵¹⁾ — 본격적인 논의는 아직 발견되지 않는다.⁴⁵²⁾ 다만, 행정법상 개인적 공권과 관련하여 기본권 중 자유권은 곧바로 개인적 공권에 해당하지만 사회권과 참정권은 법률이 구체적으로 권리의 내용을 형성하기 전에는 개인적 공권으로 인정할 수 없다는 논의⁴⁵³⁾, 원고적격과 관련하여 구체화되지 않은 헌법상 환경권만으로는 원고적격이 인정될 수 없다거나⁴⁵⁴⁾ 헌법소원상의 기본권이 취소소송의 법률상 이익보다 넓다면 헌법재판의 보충성의 원칙이 확대될 것이라는⁴⁵⁵⁾ 논의, 심사기준으로서 기본권과 관련하여 기본권 규정의 추상성·포

448) 朴正勳, 헌법과 행정법 -행정소송과 헌법소송의 관계-, 서울대학교 법학, 1999, Vol.39 No4, 94면 참조.

449) 김유환, 헌법재판과 행정법의 발전, 공법연구, 1998, Vol.27(1), 85-87면 참조.

450) 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다, 공법연구, 2013, Vol.41(4), 67면, 88면 참조.

451) 朴正勳, 헌법과 행정법 -행정소송과 헌법소송의 관계-, 서울대학교 법학, 1999, Vol.39 No4, 95면 참조.

452) 이와 같은 지적으로는 정호경, 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 69면 참조.

453) 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 94-96면 참조.

454) 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 745면 참조.

괄성으로 인해 통제의 강도 및 정밀성이 부족하다는 논의⁴⁵⁶⁾ 등이 전개되고 있는 것으로 보인다.

실무상으로도 항고소송의 판단과정에서 기본권을 직접 원용하거나 간접적으로 고려되는 경우는 많지 않은 것으로 보인다.⁴⁵⁷⁾ 판례에서 가장 많이 나타나는 기본권은 재산권인데, 사건 중 대부분이 세금부과처분에 대한 취소소송⁴⁵⁸⁾이며, 그 외에는 보험료⁴⁵⁹⁾·사용료⁴⁶⁰⁾부과처분, 보상금신청에 대한 거부처분⁴⁶¹⁾, 건축·도시계획·수용 등과 관련된 처분⁴⁶²⁾을 다투는 경우들이다. 그 다음으로 평등권의 경우에는 일정한 유형의 사건과 연관되기보다는 제재 처분 전반에 있어서 활용되고 있는 것으로 보인다.⁴⁶³⁾ 또한 직업의 자유나 공무담임권도 종종 원용되고 있는데, 영업허가거부처분⁴⁶⁴⁾, 영업정지처분⁴⁶⁵⁾,

455) 김유환, 헌법재판과 행정법의 발전, 공법연구, 1998, Vol.27(1), 104면 참조.

456) 정호경, 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 73면 참조.

457) 종합법률사이트 로앤비(www.lawnb.com)를 통한 판례검색 결과(검색범위 - 사건종류 : 행정으로 설정)는 다음과 같다. 먼저, 사건명 중 취소(취소소송에 대하여), 무효(무효등확인소송에 대하여), 위법(부작위위법확인소송에 대하여)이 들어간 경우를 검색한 결과 총 사건 수는 54,179건(순서대로 52,011건, 1,997건, 171건)으로 확인되었다. 다음으로 '기본권'으로 검색한 결과 판시사항 11건, 재판요지 87건(이하 판시사항, 재판요지 순), 재산권의 경우 각 66건, 287건, 평등권/평등원칙의 경우 각 24건, 62건/27건, 25건, 직업의 자유의 경우 각 23건, 36건, 거주·이전의 자유의 경우 각 3건, 27건, 주거의 자유의 경우 각 1건, 8건, 신체의 자유의 경우 각 0건, 13건, 표현의 자유의 경우 각 0건, 15건, 학문의 자유의 경우 각 0건, 6건, 재판 받을 권리의 경우 각 2건, 27, 양심의 자유의 경우 각 1건, 11건 등으로 나타났다.

이러한 검색결과는 검색방식의 한계로 인하여 정확한 통계가 될 수는 없지만, 항고소송에서 기본권에 대한 직접적인 언급이나 고려가 극히 드물다는 전체적인 경향을 보여준다.

458) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014두7565 판결.

459) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두44479 판결.

460) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013두2013 판결.

461) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두23501 판결.

462) 서울행정법원 2014. 7. 11. 선고 2013구합64967 판결.

463) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두14695 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두16933 판결, 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두13586 판결.

464) 대법원 2008. 4. 11. 선고 2008두2019 판결.

465) 서울행정법원 2006. 8. 17. 선고 2005구합38024 판결.

임용시험불합격처분⁴⁶⁶⁾, 보호구역설정처분⁴⁶⁷⁾을 다투는 사안에서 발견된다. 그 외에도 성범죄자에 대한 치료감호 가중료 심사에서의 불합격처분을 다투는 사안⁴⁶⁸⁾에서 신체의 자유가, 정보공개거부처분 사안⁴⁶⁹⁾이나 영화에 대한 청소년관람불가 등급분류결정처분 사안⁴⁷⁰⁾에서 표현의 자유가, 대도시 지역 주민에 대하여 중과세된 등록세부과처분을 다투는 사안⁴⁷¹⁾에서 주거의 자유가, 북한 고위직 출신 탈북인사의 미국 방문 목적 여권 발급 신청에 대한 거부처분을 다투는 사안⁴⁷²⁾과 HIV 바이러스 감염을 이유로 한 외국인 대한 출국명령을 다투는 사안⁴⁷³⁾에서 거주·이전의 자유에 대한 언급이 발견된다. 사립대학의 재임용 거부결정의 적법성과 관련하여 사립학교법 규정에 반하여 정관보다 단기의 계약기간을 약정한 것이 문제된 사안⁴⁷⁴⁾에서 학문의 자유가, 세금부과처분과 관련하여 납세자의 여러 곳의 송달장소 중 일부 장소에서 수취인이 부재하자 곧바로 납세고지서를 공시송달한 것이 문제된 사안⁴⁷⁵⁾에서 재판받을 권리가, 종교단체에 대한 세금부과처분⁴⁷⁶⁾ 또는 교육기관폐쇄명령처분⁴⁷⁷⁾을 다투는 사안에서 종교의 자유를 논증의 근거로 제시하기도 하였다. 종래 사회안전법상 보안감호처분을 다투는 사안⁴⁷⁸⁾과 최근 여호와 증인 신도가 공익법무관 교육소집입영처분을 다투는 사안⁴⁷⁹⁾에서 양심의 자유가, 구속된 피고인·피의자에 대한 접견신청을 거부한 처분을 다투는 사안⁴⁸⁰⁾에서 인간의 존엄과 가치, 변호인접견권이, 새만금 소송⁴⁸¹⁾에서 원고 적격과 관련하여 환경권이 다뤄지기도 하였다.

-
- 466) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두6759 판결.
 467) 서울행정법원 2006. 12. 5. 선고 2006구합17383 판결.
 468) 서울행정법원 2015. 6. 4. 선고 2014구합20261 판결.
 469) 대법원 1999. 9. 21. 선고 97누5114 판결.
 470) 서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2010구합5974 판결.
 471) 대법원 1985. 5. 14. 선고 85누1 판결.
 472) 대법원 2008. 1. 24. 선고 2007두10846 판결.
 473) 서울행정법원 2008. 4. 16. 선고 2007구합24500 판결.
 474) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2016두52545 판결.
 475) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015두43599 판결.
 476) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두17984 판결.
 477) 대법원 2001. 2. 23. 선고 99두6002 판결.
 478) 서울고등법원 1987. 9. 30. 선고 86구677 판결.
 479) 부산지방법원 2011. 9. 30. 선고 2011구합2140 판결.
 480) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91누7552 판결.
 481) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결.

그러나 이와 같이 판결에서 명시적으로 기본권에 대한 언급을 발견할 수 있는 경우는 전체 사건 수와 비교하였을 때 매우 적은 편이며, 특히 그 중에서도 대다수 사안은 원고가 처분의 근거법률이 기본권을 침해하여 위헌이라고 주장한 것에 대하여 법원이 유효한 법률이라고 해명한 후 해당 법률을 해석·적용하는 과정에서 이루어진 것으로 확인된다. 이와 같이 항고소송에서 기본권의 비중이 크지 않은 이유는 - 항고소송과 헌법소원의 이원적 구조와 더불어 - 법률유보 원칙에 따라 침해적 행정작용의 경우 대체로 법률상 근거를 두고 있기 마련이므로 침해적 행정작용의 위법성을 다투기 위해서는 선결적으로 근거법률에 대한 위헌법률심판이 필요하기 때문으로 보인다.⁴⁸²⁾

III. 항고소송에서의 기본권 고려의 필요성

비록 행정소송법이 행정작용의 심사기준을 위법성으로 표현하고 위와 같이 항고소송에서의 기본권에 대한 고려가 이론적·실무적으로 충분히 이루어지지 않고 있지만, 헌법 제107조 제2항이 처분이 기본권을 침해하는지 여부에 대한 심사까지 항고소송에서 이루어지도록 명령하고 있는 점을 고려할 때, 적어도 규범적으로는 행정소송법의 위법성은 헌법상의 기본권 침해를 포함한 포괄적인 의미의 위법성으로 새기는 것이 타당하다.

⁴⁸²⁾ 그러나 항고소송에서 위헌법률 관련 주장이 있는 경우에만 기본권에 대한 고려가 이루어진다면 이는 결국 행정소송에서 기본권에 대한 쟁점을 헌법재판에서 다뤄져야 할 문제로 인식하는 것과 다름없고, 기본권을 포함한 공권에 대한 원칙적인 구제제도로서 항고소송의 임무를 헌법소원 또는 위헌법률심판과 같은 헌법재판으로 — 헌법의 의도와 달리 — 떠넘기는 셈이 된다. 이러한 태도는 기본권과 법률상 권리 내지 이익에 대한 이분법적 구분으로부터 비롯되는 것으로 판단된다. 이러한 문제를 극복하기 위해서는 기본권, 헌법적 권리, 법률상 권리, 법률상 이익, 법적 이익, 사실상 이익 등 중첩된 개념을 구분·정의하고 개념 간의 이동(異同)을 분석하는 노력이 필요하다. 즉, 모든 기본권이 법률상 이익으로 인정될 수 있는지, 그렇지 않다면 법률상 이익으로 치환될 수 있는 기본권의 종류와 범위가 어떻게 되는지, 법률상 이익 중 헌법적 중요성 내지 근본성을 가진 것으로 인정할 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우가 어떻게 되는지, 법률상 이익으로 인정받지 못하는 기본권과 법적 이익·사실상 이익의 구분 등에 대한 행정법상의 연구가 본격적으로 이루어져야 한다.

항고소송에서 기본권이 충분히 고려되어야 하는 이유는 아래와 같이 첫째, 항고소송이 헌법소원에 비하여 충실하고 완비된 소송절차로서 개인에게 유리하고, 둘째, 항고소송과 헌법소원의 관계상 항고소송에서 기본권에 대한 고려를 충실히 하지 않을 경우 개인이 재판제도를 통하여 기본권 침해 여부를 판단받을 수 있는 가능성이 차단되기 때문이다.

1. 항고소송의 제도적 장점

가. 심리절차

영국의 발전과정을 통해서 드러나듯이 기본권의 침해 여부의 심사, 특히 비례원칙에 따른 구체적인 이익형량은 필연적으로 사실에 관한 다툼으로 이어지고, 정확한 사실인정을 요구한다. 나아가 항고소송이나 헌법재판과 같은 공법적 쟁송은 민사소송과 달리 개별적 정의를 넘어서 국가권력 일반에 대한 지도 기능까지 목표하기 때문에 법치주의 실현을 위하여 실체적 진실발견의 중요성이 한층 더 부각된다.⁴⁸³⁾

심리방식에 관한 구술심리와 서면심리를 대비할 때, 구술심리는 법정에서 출석한 당사자와 증인으로부터 직접 선명한 인상을 받으며 모순점 및 의문사항에 대하여 즉문즉답을 할 수 있어 진상과 쟁점을 파악하기 용이하다는 측면에서 서면심리보다 장점이 있다.⁴⁸⁴⁾ 따라서 공법적 쟁송에 요구되는 정확한 사실인정을 위해서는 서면심리만으로는 부족하고 구술심리가 필요한데, 여기에 항고소송과 헌법소원의 차이가 있다.

먼저 변론기일의 경우, 항고소송은 민사소송법을 준용하여(행정소송법 제8조 제2항) 원칙적으로 당사자가 참석하는 변론기일을 열고 필요에 따라 당사자신문, 증인신문 등을 통해 사건의 진상을 파악하는 반면, 헌법소원은 위헌법률심판과 마찬가지로 원칙적으로 서면심리만으로 진행되고, 다만, 필요

483) 최계영, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화-자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로-, 서울대학교 법학, 2013, Vol.54(4), 27면, 32면 참조.

484) 이시윤, 신민사소송법, 제11판, 박영사, 2017, 313면 참조.

성이 인정되는 경우에는 변론기일을 열 수 있도록 하고 있다(헌법재판소법 제30조 제2항). 특히 헌법재판소의 실무적 경향은 헌법소원에서 변론기일을 열 것인지 여부를 사실인정을 위하여 증거조사가 필요한지에 의해서만 결정하는 것이 아니라, 그 외에 국민이 높은 관심을 갖고 있는 사안인지, 국가와 사회에 큰 영향을 미치는지, 해당 사건에 대한 재판을 홍보할 필요가 있는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하고 있다.⁴⁸⁵⁾ 위헌법률심판 등 다른 헌법 재판까지 통틀어 1988년부터 현재까지 헌법재판소의 총 처리 사건 수가 32,211건인 데 반하여 변론기일을 연 총 횟수는 271회에 불과하다는 점⁴⁸⁶⁾은 헌법재판에서의 변론기일의 예외성을 수치적으로 잘 보여준다.

또한 증거조사에 있어서도, 항고소송의 경우 변론기일에 당사자가 제출하는 물적·인적 증거를 자유롭게 조사하고 필요에 따라 보충적으로 직권조사까지 이루어지는 반면, (행정소송법 제26조), 헌법소원의 경우 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 증거조사를 할 수 있다고 하면서도 '사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우'라는 조건을 부과하고 있고(헌법재판소법 제31조 제1항) 실무적으로도 헌법소원에서 사실인정을 위하여 증거조사를 하는 경우는 많지 않다.⁴⁸⁷⁾

위와 같이 항고소송은 헌법소원과 달리 구술 중심의 변론기일을 열고 직접 증거조사를 한다는 점에서 헌법소원보다 정확한 사실인정이 가능하다.⁴⁸⁸⁾ 정확한 사실인정이 반드시 개인의 권리구제에 유리한 결과를 가져온다고 볼 수는 없지만, 이는 구체적인 사실관계 파악을 통해 행정의 판단을 심사하기 위한 기본 전제다. 그때서야 비로소 실효적인 권리구제절차 내지 재판 받을 권리의 보장이 이루어진다고 말할 수 있는 것이다.⁴⁸⁹⁾

485) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 제1개정증보판, 2008, 448면(최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구, 2008, Vol.37(2), 221-222면에서 재인용)

486) 헌법재판소 홈페이지, 한 눈에 보는 사건 통계

<https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/newinfo/newEventStaticBoard1.do>

487) 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 2008년, 196-199면(최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구, 2008, Vol.37(2), 222면에서 재인용).

488) 朴正勳, 취소소송의 성질과 처분개념, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 178면; 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구, 2008, Vol.37(2), 221-222면 참조.

나아가 단심제로 운영되는 헌법소원과 달리 항고소송은 3심제로 운영되기 때문에 위와 같은 사실심리를 2번, 법률심리를 3번 거칠 수 있으며, 각 심급의 판결결과에 따라 개인이 공격방어방법을 변경하며 실효적인 권리구제를 도모할 수 있다는 장점이 있다.⁴⁹⁰⁾ 또한 전국 각지에 위치하고 있는 지방법원, 5개 대도시에 위치하고 있는 고등법원, 서울의 대법원이라는 조직 및 시설을 갖추고 있는 일반법원에 비해 헌법재판소는 서울에 1개소가 위치하고 있을 뿐이므로, 일반 시민들의 접근성 측면에서도 일반법원에서 진행되는 항고소송이 바람직하다.⁴⁹¹⁾

나. 제소기간

제소기간에 관하여 항고소송 중 취소소송과 헌법소송은 모두 해당 행정작용이 있음을 안 날로부터 90일, 해당 행정작용이 있는 날로부터 1년을 제소기간으로 두고 있다(행정소송법 제20조, 헌법재판소법 제69조 제1항). 항고소송 중 취소소송이 대부분을 차지하고 있다는 점을 고려하면 항고소송과 헌법소원이 제소기간 측면에서 개인에게 미치는 영향은 동일하다고 볼 수도 있다. 그러나 항고소송 중 무효등확인소송의 경우 헌법소원과 달리 제소기간을 따로 정하고 있지 않다. 특히 무효등확인소송은 행정작용의 위법성이 중대하고 명백한 경우이므로 취소사유의 위법성이 있는 경우에 비하여 구제의 필요성은 더욱 크므로, 기본권에 대한 고려가 항고소송에서는 이루어지지 않고 헌법소원에서만 이루어질 경우 기본권을 침해하여 무효인 행정작용에 대하여 헌법소원의 제소기간으로 인하여 권리구제의 기회가 박탈될 가능성이 있다.⁴⁹²⁾

489) 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구, 2008, Vol.37(2), 222면; 최완주, 헌법재판제도(憲法裁判制度)의 재구성 -사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로-, 법조, 2006, Vol.55(3), 47면 참조

490) 朴正勳, 취소소송의 성질과 처분개념, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 178면 참조.

491) 朴正勳, 행정소송법 개정의 주요쟁점, 공법연구, 2003, Vol.31(3), 75면 참조.

492) 다만, 무효와 취소사유의 구별기준에 관한 중대명백설에 따른다면 기본권 침해 내지 헌법위반의 행정작용의 경우 하자가 명백한 경우가 많지 않아 무효로 인정받을 수 있는 경우가 많지 않을 것이다. 그러나 제3자의 이해관계

2. 항고소송의 일반성·종국성

가. 원칙적 구제수단으로서 항고소송

2016년 기준 행정소송은 총 접수건수 36,799건, 처리건수 18,664건, 승소건수 9,392건의 수치를 보이고 있는 반면,⁴⁹³⁾ 헌법소원은 총 접수건수 1,379건, 처리건수 약 1,300건, 승소건수 78건의 수치를 보이고 있다.⁴⁹⁴⁾ 헌법소원 중 일부는 비행정작용에 관한 것이고, 행정작용에 대한 것 중 대다수는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원인 점⁴⁹⁵⁾까지 감안한다면 실질적으로 행정소송이 행정작용에 대한 원칙적 구제수단이고 항고소송에서 포섭하지 못하여 헌법소원 절차를 이용하는 경우는 극히 예외적이라고 볼 수 있다. 이는 헌법소원의 보충성을 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에도 부합하는 결과이다.

이처럼 행정작용에 의해 권리를 침해받은 개인이 권리구제 목적으로 소를 제기하는 경우 거의 모든 경우에 항고소송 절차를 이용하므로, 항고소송에서의 기본권 고려는 행정작용에 대한 기본권 내지 헌법적 통제의 핵심을 이룬다.

나. 종국적 구제수단으로서 항고소송

가 없는 등 법적 안정성을 크게 저해하지 않는 경우에는 명백성 요건을 요구하지 않는 명백성보충설에 따른다면 위와 같은 제소기간의 차이는 실익이 있다. 최근 대법원은 사인의 공범행위인 취득세 납세의무자의 신고행위에 대하여 명백성보충설의 입장에서 무효로 판단한 예가 있다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두11716 판결). 무효와 취소사유의 구별기준 및 판결례에 관하여는 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 341-345면 참조.

493) e-나라지표 홈페이지, 법무부-행정소송 사건 수.

http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1724

494) 헌법재판소, 찾기 쉬운 주요 정보-일반통계.

<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do#>

495) 1998년부터 2008년까지의 누적기준으로 헌법소원 사건 중 약 9,500건이 불기소처분을 대상으로 한 것이었고 행정작용에 대한 헌법소원은 약 1,200건이었다(정호경, 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 59-61면 참조).

공법적 권리구제수단으로서 항고소송의 일반성은 항고소송이 행정작용에 대한 '종국적' 구제절차라는 점과 결합하여 더욱 중요해진다. 즉, 현행 법제상 재판에 대한 헌법소원이 원칙적으로 금지되는 것은 물론, 항고소송을 거친 원행정처분에 대해서도 헌법소원 심판을 청구할 수도 없다.⁴⁹⁶⁾ 따라서 항고소송 절차에서 단순히 법률상 권리의 침해 및 법률 위반 여부만이 판단대상이 된다면, 개인은 공법적 권리구제체계 전체에 걸쳐서 기본권 침해 및 헌법 위반에 대해서는 판단받을 기회를 전적으로 상실하고 만다.

특히 기본권을 고려한 합헌적 내지 기본권합치적 법률해석과 한정위헌판결의 문제에 있어서, 비록 헌법재판소는 일반법원이 한정위헌결정을 포함하여 위헌결정이 내려진 법률을 적용하여 재판을 하였다면 그 재판은 기본권을 침해하므로 헌법소원의 대상이 된다는 입장을 보이고 있지만,⁴⁹⁷⁾ 대법원은 일관되게 헌법재판소의 한정위헌 결정이 구속력을 갖지 않고 재심사유도 될 수 없다는 입장을 고수하면서 그 이유를 법령의 해석·적용 권한은 헌법재판소가 아닌 대법원에게 속하는 것이기 때문이라고 설명하고 있다.⁴⁹⁸⁾ 대법원의 입장대로 일반법원의 항고소송에서 법령의 해석, 특히 기본권합치적 해석에 대한 권한을 전유(專有)하는 것이라면, 항고소송에서 기본권을 충실하게 고려할 필요성은 더욱 커진다.

3. 소결

현행 항고소송은 행정작용의 위법성 내지 법률상 이익 침해 여부뿐만 아니라 위헌성 내지 기본권 침해 여부까지 심사하여야 함에도 불구하고 실제 판단과정에 있어서 기본권이 직접적으로 원용·고려되는 경우는 많지 않은 것으로 보인다. 그러나 항고소송이 개인이 기본권 침해 여부를 다투고 판단받기에 더 적절한 절차임은 물론, 그 일반성과 종국성으로 인하여 기본권 침해 여부를 주장할 수 있는 사실상 유일한 절차임을 고려한다면, 항고소송 절차에서의 기본권에 대한 고려는 지금보다 충분히 이루어질 필요가 있다. 무

496) 성낙인, 헌법학, 제16판, 법문사, 2016, 827-829면 참조. 헌법재판소 2001. 2.

22. 99헌마409 결정 등.

497) 헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172, 173(병합) 결정

498) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012재두299 판결 등.

엇보다 그러한 전제 하에서만 재판 및 원행정처분에 대한 헌법소원을 금지하고 있는 현행 법제의 정당성을 유지할 수 있을 것이다.

IV. 항고소송에서의 기본권 고려의 방향

1. 원고적격의 확대

행정소송법은 원고에게 행정작용을 취소할 법률상 이익이 있을 것을 항고소송의 원고적격으로 정하고 있다(제12조). 학설의 주류적 견해와 판례는 법률상 이익의 구체적인 의미를 법률상 보호되는 이익으로 새기면서, 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 행정작용의 근거법률에 의하여 보호받는 이익이 있다면 원고적격이 인정될 수 있으나 다만, 공익보호의 결과에 따른 일반적 이익이나 반사적 이익과 같은 사실적 이익만 관련 있는 경우는 제외된다는 본다. 이에 따르면 원고적격의 범위는 근거법률의 범위와 근거법률상 사익보호성이 도출되는지 여부에 따라 정해지는데, 판례는 해석을 통하여 근거법률과 사익보호성의 범위를 확장하는 방식을 통해 협소한 원고적격의 한계를 극복하고 있다.⁴⁹⁹⁾

이러한 사법적(司法的) 해석을 통한 원고적격의 확대에 있어서 헌법상의 기본권이 어떠한 역할을 했는지는 판례상 분명하지 않다. 헌법재판소의 경우에는 헌법상 기본권인 경쟁의 자유를 근거로 국세청장의 경영자에 대한 납세병마개 제조자 지정처분을 다룰 수 있는 원고적격을 인정한 예가 있으나,⁵⁰⁰⁾ 종래 대법원은 오히려 새만금 소송에서 환경권을 근거로 원고적격을 인정할 수 없다고 판시하였을 뿐이다.⁵⁰¹⁾⁵⁰²⁾ 원고적격 판단에 있어서 기본권에 대한 고려의 부족은 원고적격 이론의 원형인 독일의 주관적 공권론이 추상적인 헌법상 기본권으로부터는 공권을 도출할 수 없다는 입장을 취했기 때문이다.⁵⁰³⁾ 즉, 주관적 공권론에 따르면 '보호규범'(schutznorm)인 법률이

499) 이 단락의 원고적격의 의의 및 내용에 관하여 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 738-744면 참조.

500) 헌법재판소 1998. 4. 30. 97헌마141 결정.

501) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결.

502) 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 745면 참조.

제정되어야 개인의 권리를 인정할 수 있고, 그러한 권리가 인정되어야 원고적격이 인정될 수 있다.⁵⁰⁴⁾ 그러나 주관소송적 항고소송의 뿌리인 독일에서도 지나치게 좁은 공권·원고적격의 개념에 대하여 기본권으로부터 공권이 직접 도출될 수 있음을 인정해야 한다거나 사실적 이익 관련성에 근거해서도 원고적격을 인정해야 한다는 비판이 제기되었고⁵⁰⁵⁾, 독일의 판례 또한 헌법합치적 해석을 통해 보호규범의 범위를 확대하는 것은 물론, 이른바 건축인인소송에서 인근주민이 중대하고 수인할 수 없는 수준의 피해를 받는 경우 기본권인 재산권에 근거하여 원고적격이 인정될 수 있다는 등의 발전된 모습을 보여 왔다.⁵⁰⁶⁾ 이러한 논리는 기본권의 국가권력에 대한 기속력을 규정하고 있는 기본법 제1조 제3항 — 이는 우리나라 헌법 제10조에 상응한다 — 에 근거하고 있는 것으로 보인다.⁵⁰⁷⁾

물론 자유권·수익권·참정권 등과 같은 기본권의 다양한 성질과 공법적 분쟁의 다극적 분쟁구조를 고려할 때 기본권을 이유로 직접 원고적격을 인정하는 것이 항상 가능한 것은 아닐 것이다. 다만, 근거법률의 범위를 정하고 관련조항의 해석을 통하여 사익보호성의 유무를 판단하고 '논증'하는 데 있어서 헌법상 기본권에 대한 고려가 충분히 이루어질 필요가 있다.⁵⁰⁸⁾ 근거법률 조항들을 언급한 후 곧바로 사익보호성 내지 원고적격의 유무를 판단하기보다는 관련 있는 기본권에 기초한 일련의 검토 후 판단한다면 결론의 설득력을 높이면서도 원고적격을 확대할 가능성을 높일 수 있을 것이다.

이러한 맥락에서 최근 대법원이 교육부장관의 사립대학 이사선임처분 취소소송에서 헌법 제31조 제4항의 교육의 자주성과 대학의 자율성을 고려하

503) 이상학, 행정법상 주관적 공권의 기본문제: 독일에서의 논의를 중심으로, 법학연구, 2015. 2., Vol.56(1), 35면 참조.

504) 朴正勳, 취소소송의 원고적격(1), 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 190-191면 참조.

505) 朴正勳, 취소소송의 원고적격(1), 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 192-193면 참조.

506) 朴正勳, 朴正勳, 취소소송의 원고적격(1), 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007, 192면, 198-199면 참조.

507) 이상학, 행정법상 주관적 공권의 기본문제: 독일에서의 논의를 중심으로, 법학연구, 2015. 2., Vol.56(1), 37-38면 참조.

508) 이상학, 행정법상 주관적 공권의 기본문제: 독일에서의 논의를 중심으로, 법학연구, 2015. 2., Vol.56(1), 39-40면 참조.

여 사립학교법령을 해석하여 교수협회의와 총학생회의 원고적격을 인정한 사례⁵⁰⁹⁾, 국가보훈처장의 독립유공자서훈취소결정 취소소송에서 독립유공자의 유족에게 인격권을 근거로 원고적격을 인정한 사례⁵¹⁰⁾ 등은 큰 의의가 있다. 원고적격의 판단에 있어서 기본권의 고려는 기본권의 다양한 성질과 추상성으로 인하여 판단이 어렵고 법적 안정성을 저해할 수도 있으나⁵¹¹⁾, 이는 오히려 기본권에 대한 본격적인 논의와 체계화의 필요성을 의미할 뿐 원고적격의 판단에 있어서 기본권이 무용하거나 유해하다는 결론으로 이어질 수는 없다.

2. 기본권합치적 법령해석을 통한 권리구제

헌법과 기본권은 법질서의 최고규범으로서 헌법재판뿐만 아니라 항고소송을 비롯한 모든 일반재판의 재판규범이 된다. 일반재판의 경우 통상적으로 법률과 행정입법의 해석과 적용에 의해 이루어지나 그 경우에도 법령의 해석과 적용은 헌법상 기본권에 합치되어야 한다. 이른바 합헌적 해석, 기본권합치적 해석이다.

기본권합치적 해석은 항고소송 특유의 문제는 결코 아니지만 항고소송에서 일반재판의 경우와 달리 고려되어야 하는 이유들이 있다. 첫째, 항고소송에서 기본권합치적 해석이 문제되는 경우는 그 특성상 일반적으로 의회가 행정에 수여한 재량권과 관련될 가능성이 높는데, 이때 법원의 기본권합치적 해석은 단순히 의회의 법률과의 관계에서만 문제가 되는 것이 아니라 행정의 재량권과의 관계까지 고려할 필요가 있다는 점에서 권력분립 원칙과의 이중으로 충돌하게 된다. 둘째, 사회의 복잡화·행정의 전문성으로 인하여 재량권과 관련된 법령은 다른 경우보다 해석의 여지가 넓다는 점에서 기본권합치적 해석이 개입할 여지 또한 크다. 셋째, 기본권의 대사인효가 적용되는 정도에 그치는 민사소송의 경우와 달리 항고소송은 기본권의 직접적인

509) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두19496, 19502 판결.

510) 대법원 2014. 9. 26. 선고 2013두2518 판결.

511) 박동열, 서훈취소를 중심으로 본 행정행위의 성립 내지 효력발생요건과 법률상 이익으로서의 인격권- 대상판결: 대법원 2014. 9. 26. 선고 2013두2518 판결, 저스티스, 2015, Vol.148, 277면 참조.

수범자로서 강한 구속력을 받는 행정의 작용에 대하여 판단하는 것이므로 기본권합치적 해석 역시 강하게 요청된다. 넷째, 오늘날 법률유보 원칙에 따라 행정작용의 상당 부분에 대하여 법률상 근거를 찾을 수 있기 때문에 항고소송에서 문제되는 개인의 권리를 단순히 법률의 차원에서만 만연히 생각할 경우 기본권합치적 법률해석을 통한 구제의 가능성을 놓칠 수 있으므로 주의를 요한다.

기본권합치적 해석은 법해석과 법형성의 경계에 있기 때문에⁵¹²⁾ 법원의 신중한 접근을 요하는 것은 사실이나 지나치게 소극적인 태도는 사법부의 기본권 보호의무를 지연·방기하는 결과로 이어질 수 있다. 출퇴근재해가 산업재해보상보험법상의 업무상 재해에 해당하는지 여부가 문제된 유족급여등부지급처분에 대한 취소소송 사안⁵¹³⁾에서, 대법원은 공무원연금법이 시행규칙을 통해 출퇴근재해를 업무상재해에 포함시킨 것과 달리⁵¹⁴⁾ 산업재해보상보험법은 시행규칙에서 이를 명시하지 않은 점, 사회권에 대해서는 넓은 입법재량이 인정되는 점, 막대한 재정이 소요되는 점, 법령 개정이 진행 중인 점을 이유로 출퇴근재해를 업무상재해에 해당된다는 해석을 받아들이지 않았다. 그러나 해당 법령은 이후 헌법재판소에서도 합헌결정이 내려졌고⁵¹⁵⁾, 고용노동부의 법령 개정 시도는 대법원 판결로부터 10년이 지난 2017년에야 비로소 성공에 이를 수 있었다.⁵¹⁶⁾ 한편, 적극적인 해석으로 나아간 경우로는, 지방자치단체장이 지방공무원법 규정에 따라 다른 지방자치단체장의 동의만을 얻은 채 소속 공무원 본인의 동의 없이 인사발령처분을 내린 사안⁵¹⁷⁾에서, 법문의 해석상 — 기본권에 대한 명시적인 언급은 없지만 — 타

512) 기본권합치적 해석의 체계적 층위에 관하여는 김하열, 법률해석과 헌법재판 : 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석, 저스티스, 2008. 12., Vol.108, 13-16면 참조.

513) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결. 이 사안의 내용에 관하여는 김영란, 판결을 다시 생각한다, 창비, 2015, 253-261면 참조.

514) 출퇴근재해도 공무상재해로 일관되게 인정하는 대법원 1993. 6. 29. 선고 92누19309 판결 등.

515) 헌법재판소 2013. 9. 26. 2012헌가16 결정.

516) 2017. 9. 28.자 연합뉴스 《"근로자 출퇴근사고도 업무상재해" 산재보험법 개정안 통과(종합)》

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/09/28/0200000000AKR20170928198451001.HTML>

지방단치단체로의 전출명령에는 본인의 동의가 전제되어야 한다고 판시한 사례가 있다.

한편, 기본권을 침해하는 내용의 법률에 근거하여 이루어진 행정작용의 위법성에 관하여는 영국 인권법이 오직 법령이 그러한 행정작용을 '강제한' 경우에 한하여 위법성을 배제하고 있다는 점(제6조 제2항)을 위법성 개념의 기본권합치적 해석의 맥락에서 생각해 볼 필요가 있다. 이는 특히 항고소송은 아니지만 행정구제절차 중 하나인 국가배상에서 법령상 근거를 둔 작용에 대한 위법·과실의 인정 여부에 대한 실마리가 될 수 있다.

항고소송과 권력분립을 정적인 관점에서 이해할 경우 기본권합치적 해석에 소극적일 수밖에 없다. 그러나 민사소송에서 판결 이후 당사자 간의 관계가 정리되는 것으로 끝나는 것과 달리, 공법소송으로서 항고소송의 경우 '...주무부처의 법률안 작성 및 제출 → 법률안 통과 → 주무부처의 행정입법 제정 → 구체적인 행정작용 → 항고소송 → 행정작용의 행사방식·내용의 변경 또는 행정입법·법률의 개정 ...'이라는 연속적인 국가작용의 흐름 속에서 이해될 필요가 있다. 이러한 동적 관점에서 항고소송에서의 기본권합치적 해석을 비롯한 법원의 판단은 '종국적'인 것이 아니라 '잠정적'인 것이다. 법원의 판단이 옳지 않다고 생각하는 행정과 의회는 얼마든지 고유의 권한을 통해 법원의 판단을 장래에 향하여 변경시킬 수 있기 때문이다.⁵¹⁸⁾ 이와 관련하여, 영국 인권법의 제3조에 따른 법원의 협약합치적 해석에 대하여, 법원은 의회에게 해당 법률에 협약상 권리에 합치되지 않는 요소가 있다는 점을 알리고 의회는 법원의 해석결과가 의회의 의도와 상반되는 경우에는 법률을 개정할 수 있는 것이라며, 법원의 협약합치적 해석을 법원의 의회에 대한 '신호'(signal) 또는 법원과 의회의 '대화'(dialogue)라고 이해하는 점은 참고할 만하다.⁵¹⁹⁾

⁵¹⁷⁾ 대법원 2001. 12. 11. 선고 99두1823 판결.

⁵¹⁸⁾ 행정법에서의 법해석의 특수성에 관하여 朴正勳, 행정법과 법해석 - 법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계 -, 행정법연구, 2015. 11., Vol.43, 34면 참조.

⁵¹⁹⁾ Alison Young, Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act, 2009, Hart Publishing, p.10, 26, 116(Christopher Crawford, Dialogue and Rights-Compatible Interpretations under Section 3 of the Human Rights Act 1998, King's Law Journal, April 2014, Vol.25(1), p.36에서 재인용).

3. 비례원칙의 체계화

공공복리 등을 위하여 '필요한 경우' 개인의 기본권을 제한할 수 있다고 규정한 헌법 제37조 제2항은 비례원칙을 규정한 것으로 해석된다. 비례원칙은 행정작용이 목적을 실현하는 데 적합한 수단이어야 한다는 적합성의 원칙, 선택 가능한 여러 수단 중 개인의 권리를 가장 적게 침해하는 수단을 선택하여야 한다는 필요성의 원칙, 행정작용에 의한 권리의 침해 정도와 실현되는 목적이 균형을 잃지 말아야 한다는 상당성의 원칙으로 구성되며, 헌법 재판뿐만 아니라 행정소송인 항고소송에서도 심사척도로 일반적으로 활용되고 있다.⁵²⁰⁾ 다만, 헌법재판소가 위 3단계 구조를 모두 따르는 반면, 대법원은 상당성의 원칙을 기준으로 전체적인 불균형 여부만을 심사하는 경향이 있다.⁵²¹⁾

이러한 내용 이외에 비례원칙이 어떤 내용이고 어떻게 적용하여야 하는지는 열린 채로 남아 있다. 이에 대한 우리나라의 논의는 — 영국에서의 논의와 비슷하게 — 단계적 또는 전체적 심사에 관하여 행정재판은 구체적인 사실관계를 전제로 행정작용의 위법성을 심사하기 때문에 법원이 헌법재판에 서와 달리 전체적 심사방식을 채택하고 있다는 경우⁵²²⁾, 필요성의 원칙이 파레토 최적화 이론과 비용편익분석을 소개하는 경우⁵²³⁾, 필요성의 원칙은 해당 행정작용보다 기본권을 덜 제한하면서 목적 달성에 적절한 수단을 모두 검토하여야 한다는 경우⁵²⁴⁾, 상당성의 원칙에서 말하는 불균형은 현저한 수준의 불균형을 의미한다는 경우⁵²⁵⁾ 등이 발견된다. 한편으로는, 비례원칙이 이처럼 파악·적용하기 어려운 공허한 명제에 불과함에도 법원이 비례원칙을 과도하게 적용하여 법원이 행정의 권한을 대신 행사하고 다양한 법문제를 비례원칙의 문제로 환원시켜 법질서를 훼손한다는 비판도 제기되고 있

520) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결. 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016, 57면 참조.

521) 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 92면 참조.

522) 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 99면 참조.

523) 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 94면 참조.

524) 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스, 2013. 6., Vol.136, 14면 참조.

525) 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 51면 참조.

다.⁵²⁶⁾

이러한 비판들은 비례원칙의 실제에 대하여 타당한 비판이지만, 행정작용을 통제하고 개인의 권리를 구제하는 데 일반적으로 사용할 수 있는 도구적 개념으로서 비례원칙은 여전히 필요하다. 비례원칙 심사로 인한 법원의 행정의 판단대체 문제의 경우 영국의 논의에서 볼 수 있듯이 비례성 문제에 한하여는 전면심사로서 행정의 판단을 대체하지만 행정의 판단의 모든 측면을 대체하는 것은 아니며 설령 취소되더라도 특정한 내용의 결정을 강요하는 것이 아니라 비례관계가 유지되는 일정한 범위에서 행정의 재량에 따라 다시 판단할 수 있다. 나아가 비례원칙에 따른 심사는 행정재량만을 제한하는 것이 아니라 그 구조화된 특성 덕분에 행정작용을 심사하는 법원의 사법재량 또한 제한하여 남용을 방지하기도 한다.

따라서 비례원칙에 대한 비판은 비례원칙의 적용에 대한 무조건적인 제한보다는 비례원칙의 내용을 구체화·체계화하는 작업으로 이어져야 할 것이다.⁵²⁷⁾ 이를 통해서 비례원칙을 통해 법원이 지나친 자유를 갖는다거나⁵²⁸⁾ 비례원칙을 위장용 도구로 사용하고 있다는⁵²⁹⁾ 비판을 극복할 수 있을 것이다. 그러한 논의 과정에서 입법과 행정의 특성을 고려할 때 적어도 헌법재판에서 법률심사에 대하여 적용하는 비례원칙보다 항고소송에서 행정작용에 대하여 적용하는 비례원칙이 일반적으로 더 꼼꼼하고 높은 강도여야 한다는 점이 기본적으로 고려될 필요가 있을 것이다.

한편, 비례원칙의 대응물로서 행정존중 내지 사법자제의 법리의 경우, 그 이론적 정당성이 헌법상의 권력분립 원칙에 있다기보다는 법원과 행정의 기관상의 능력 차이, 특히 행정의 전문성에 대한 존중에 있는 것으로 보는 것

⁵²⁶⁾ 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 96면; 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 57-58면; 안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위, 행정법연구, 2012, Vol.34, 3면, 17-18면 참조.

⁵²⁷⁾ 김태호, 행정법상 비례의 원칙, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 112면; 성정엽, 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스, 2013. 6., Vol.136, 23면 참조.

⁵²⁸⁾ 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 58면 참조.

⁵²⁹⁾ 안동인, 비례원칙과 사법판단권의 범위, 행정법연구, 2012, Vol.34, 18면 참조.

이 바람직하다. 왜냐하면 법원의 임무는 '충실한 재판'에 있기 때문이다. 권력분립이라는 미명 하에 충실한 재판을 포기하는 것이 아니라, 충실한 재판을 위하여 의사, 감정인 등의 전문성을 존중하는 것과 마찬가지로 행정의 전문성을 존중할 필요가 있다고 이해하는 것이 법원의 재판을 통한 기본권 보장의 이념에 부합할 것이다.

V. 소결

행정작용에 대한 규율의 측면에서 헌법과 행정법은 본질적으로 다르지 않으므로 헌법소송과 행정소송을 '헌법과 법률' 또는 '자유와 공익'으로 도식적으로 구분하는 것은 타당하지 않고, 헌법상 기본권에 근거하여 행정작용을 다투는 것이든 행정법상 개인적 공권에 근거하여 행정작용을 다투는 것이든 제도적 합치가 필요하다.⁵³⁰⁾ 항고소송에서의 기본권의 의의에 대한 인식의 전환, 기본권에 대한 적극적인 고려는 그러한 합치를 위한 첫걸음이 될 것이다. 물론 기본권에 대한 고려로 인하여 현재와 다른 결론이 도출되는 경우는 많지는 않을 것이다. 그러나 2001년 Daly 판결⁵³¹⁾에서 Lord Steyn이 웬즈베리 원칙과 비레원칙을 두고 말한 것처럼, 두 관점의 결론에 있어서 대체로 같다고 할지라도 두 관점이 동일한 것은 아니며, 나아가 결론이 달라질 소수의 사안의 당사자들에게는 하늘과 땅의 차이를 가져다 줄 것이다. 따라서 공법적 권리구제체계가 완결성을 갖출 수 있도록 원칙적·종국적 권리구제절차인 항고소송에서 기본권을 충실히 고려하고 보호할 것이 절실히 요청된다.

⁵³⁰⁾ 朴正勳, 헌법과 행정법 -행정소송과 헌법소송의 관계-, 서울대학교 법학, 1999, Vol.39 No4, 84-85면 참조.

⁵³¹⁾ R(Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 WLR 1622.

제5장 요약 및 결론

제1절 요약

영국의 공법사상은 의회주권과 법의 지배에 근거한 의회 중심의 일원화된 자기교정적 민주체제 모델에 기반을 두고 있다. 의회주권은 첫째, 행정에게 의회의 수권 범위 내에서 행동할 것을 요구하여 행정에 대한 사법심사를 정당화하고, 둘째, 행정에 대한 정치적 통제를 사법적 통제보다 우선시하여 사법심사의 발전을 저해하며, 셋째, 의회의 입법전능을 제한하는 기본권 개념을 인정하지 않아 권리구제에 난점을 야기하였다. 법의 지배에 따라 종래 공·사법 구별 내지 행정법의 독자성을 부정하기도 하였으나, 행정작용의 현실적 확대에 따라 민사소송과 구별되는 사법심사청구소송 제도가 마련되었다. 행정의 적법성 통제에 초점을 둔, 인권법 이전 영국의 사법심사청구소송 제도는 원고적격은 넓게 인정하되 본안심사에 있어서 권리구제에 대한 고려가 미흡하고 심사강도·심리방식이 제한적이었던 특징이 있다.

20세기 후반 행정작용이 개인에게 미치는 영향이 늘어나는 데 반하여 의회가 이론적으로 요구되는 행정에 대한 통제기능을 점차 상실하면서 종래의 사법심사청구소송이 갖는 권리구제적 측면의 한계 또한 더 부각되었다. 특히 유럽인권협약과 유럽인권법원의 기준에 미달하는 문제가 종종 발생하였고, 권리구제의 강화를 위하여 유럽인권협약을 수용하자는 주장이 제기되었다. 영국 법원은 유럽인권협약을 사법적 방식으로 수용하는 것을 거부하면서도 '근본적 권리' 개념을 인정하고 심사척도 및 심사강도를 강화하는 방향으로 변화하였다. 그러나 이러한 발전에도 불구하고 행정이 주장하는 공익과 개인이 주장하는 권리가 첨예하게 대립하는 사안에서 법원이 충분히 심사할 수 없는 한계는 여전했다. 이에 영국은 1998년 인권법을 제정하여 기본권 유사의 지위를 갖는 협약상 권리를 도입하고, 모든 법령은 협약상 권리에 합치되는 방향으로 해석될 것과 모든 공적 기관은 협약상 권리를 준수할 의무는 부담하는 것을 규정하고, 협약상 권리의 침해에 대한 원칙적인 구제절차로서 사법심사청구소송을 이용할 수 있도록 하였다.

인권법 사법심사청구소송은 종래의 사법심사청구소송과 동일한 절차·제도 이면서도 몇 가지 다른 특징을 갖는다. 첫째, 원고적격을 종래의 충분한 이익을 가진 자에서 피해자로 축소하였다. 다만, 원고적격의 제한에 따른 부작용을 소송참가 제도, 인권위원회의 독립 제소 및 참가 권한을 통해 보완하고 있다. 둘째, 대상적격을 종래의 공적 기능의 행위에서 공적 기관의 행위로 변경하였다. 공적 기능과 공적 기관의 이동(異同)은 아직 분명하지 않으나, 공적 기관의 행위에 해당되는 범위에 정부기관의 사법(私法)상 행위는 물론 사적 기관이 수행하는 공적 기능까지 포함하여 사법심사청구소송에서 현대적 국가 개념과 인권 침해의 특수성을 반영하고자 하였다. 셋째, 심사강도를 종래의 웬즈베리 원칙에서 비례원칙으로 강화하였다. 형식적·절차적 심사에 집중하고 실체적 심사는 제한하였던 종래의 사법심사청구소송과 달리 실체적 측면에 대해서도 적극적인 판단을 가능하게 하였다. 이와 함께 행정작용의 위법성의 기준 또한 상대적으로 낮아졌다. 다만, 영국 법원은 행정존중의 법리를 발전시켜 비례원칙의 적용이 행정의 권한을 침해하는 수준에 이르지 않도록 유의하고 있다. 넷째, 법원이 비례원칙을 통한 사안의 구체적인 이익 형량에 필요한 사실인정의 중요성이 높아져 문서제출명령과 증인신문 같은 증거조사가 종전보다 활성화되었다.

인권법의 제정과 인권법 사법심사청구소송은 우선 '협약상 권리' 개념의 인정, 권리침해의 독자적 위법사유화, 심사척도·심사강도·심리절차의 강화를 통하여 사법심사청구소송에서의 권리구제를 강화하였다. 그러나 동시에 제3자 참가 제도, 인권위원회의 독립 제소 및 참가 권한, 재량적 손해배상, 당해 사건에 대한 효력을 배제한 협약불합치선언, 행정존중 법리 등을 통하여 공법소송으로서 사법심사청구소송의 특수성을 유지하고 있다. 인권법 사법심사청구소송은 종래 사법심사청구소송 제도에 존재하였던 심사기준, 심사척도 및 심사강도의 흠결을 보완하고 공법적 권리를 침해받은 개인이 이용할 수 있는 일원화된 권리구제체계를 완성하였다.

우리나라의 경우 행정작용에 의한 권리구제절차가 항고소송과 헌법소원으로 이원화되어 있는 탓에 항고소송에서 기본권이 어떤 의의를 갖는지 분명하지 않고, 이론적으로도, 실무적으로도 관심이 적은 것으로 보인다. 그러나 항고소송이 헌법소원에 비하여 훨씬 충실한 심리절차를 제공하고 위법성이

중대·명백한 경우에는 제소기간에서도 유리한 점은 물론, 현실적으로 항고소송이 사실상 유일한 구제절차이자 최후의 구제절차인 점을 고려할 때 항고소송에서의 기본권 고려의 해태는 기본권 보호의무의 방기로 이어질 수 있다. 본안전 심사에서 원고적격을 판단함에 있어서, 본안심사에 있어서 관계법령의 의미를 밝히고 권리를 제한하는 행정작용의 비례성 여부를 판단함에 있어서 기본권에 대한 보다 적극적인 고려와 보호가 요청된다.

제2절 결론

의회 중심의 전통적인 공법사상에 의해 정당화되고 또 제한되었던 영국의 사법심사청구소송은 반세기의 논쟁 끝에 인권법을 제정함으로써 분명하게 권리구제적 측면을 보완·강화하는 방향으로 발전하였다. 그 과정에서 법원의 실질적인 심사권한 또한 증가하면서, 국가권력구조상 의회와 행정의 권한이 지나치게 법원으로 이동하여 민주주의 이념을 훼손하는 것은 아닌지에 대한 의문과 비판도 지속적으로 제기되었다. 그러나 개인의 권리보장의 최후의 보루로서 법원이 개인의 권리, 특히 기본권 침해 여부를 성실하게 고민하고 판단하는 것과 법원이 사법권력을 남용하는 '사법전제정'(juristocracy)은 구별되어야 할 것이다. 또한 민주주의 이념이 모든 개인의 권리와 자유의 실현에 있다는 점에서 정치과정을 통해 충분히 대변되지 못하는 파편화된 개인들의 권리가 사법절차를 통해 실현되는 것은 오히려 민주주의의 발전에 기여하는 것으로 이해되어야 한다. 따라서 행정소송에서 지나친 사법자제를 경계할 필요가 있다.

우리나라의 이원화된 공법적 권리구제체계의 흠결로 인하여 나타나는 예외적인 권리구제의 실패는 수치적으로 미미할 것이기에 크게 체감하기는 쉽지 않을 것이다. 그러나 해당 사건의 당사자에게 있어서는 언제나 그 사건이 전부이기에, 일반적으로 항고소송에서 충분한 권리구제가 이루어지고 있다는 사정은 항고소송과 헌법소원의 이원화로 인하여 기본권에 대하여 충분한 고려를 받지 못한 채 패소한 당사자에게는 아무런 의미가 없다. 행정도, 사법도 근원적으로는 개인의 기본권을, 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위한 제

도이고 작용이라는 점을 — 그것은 현대의 민주적 법치국가의 존재의의이기도 하다 — 돌아볼 필요가 있다. 기본권이 추상적이라는 이유로 기본권의 의의를 항고소송에서 배제하기보다는 항고소송에서 기본권의 중요성을 고려하여 관련 법리를 체계화할 수 있도록 노력하여야 한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김동희, 행정법 I, 제22판, 박영사, 2016.
김대순·김민서, EU법론, 제2판, 삼영사, 2015
朴正勳, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2007.
_____, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2007.
성낙인, 헌법학, 제16판, 법문사, 2016.
양승두·이동과·김영삼·전형성, 영미공법론, 길안사, 1997.
이시윤, 신민사소송법, 제11판, 박영사, 2017.

2. 개별논문

- 김광수, 영국의 인권법과 인권기관, 유럽헌법연구, 2011, Vol.9, 33-60면.
김민호·김일환, 헌법재판의 발전으로 인한 행정소송상 문제점에 관한 서설
적 고찰, 성균관법학, 2002, Vol.14(2), 73-89면.
김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다, 공법연구, 2013, Vol.41(4),
65-93면.
김유환, 헌법재판과 행정법의 발전, 공법연구, 1998, Vol.27(1), 83-119면.
김하열, 법률해석과 헌법재판 : 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석,
저스티스, 2008. 12., Vol.108, 5-53면.
박동열, 서훈취소를 중심으로 본 행정행위의 성립 내지 효력발생요건과 법률
상 이익으로서의 인격권, 저스티스, 2015, Vol.148, 271-292면.
성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스, 2013. 6., Vol.136, 5-26면.
朴正勳, 행정법학의 과제와 임무-행정법학의 미래 : '民主'의 및 '민주적 함의'
의 자각-, 한국공법학회 2016년도 공법학자대회 및 정기총회 2016.

12. 16. 발표문, 61-76면.
- _____, 헌법과 행정법 -행정소송과 헌법소송의 관계-, 서울대학교 법학, 1999, Vol.39 No4, 81-105면.
- _____, 행정소송법 개정의 주요쟁점, 공법연구, 2003, Vol.31(3), 41-102면.
- _____, 행정법과 법해석 - 법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계 -, 행정법연구, 2015. 11., Vol.43, 13-46면.
- 안동인, 영국법상의 공·사법 이원체계에 관한 연구 : 사법심사청구제도와 관련하여, 서울대학교 박사학위논문, 2009.
- _____, 비례원칙과 사법판단권의 범위, 행정법연구, 2012, Vol.34, 1-34면.
- 이상학, 행정법상 주관적 공권의 기본문제: 독일에서의 논의를 중심으로, 법학연구, 2015. 2., Vol.56(1), 33-62면.
- 정호경, 행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로, 행정법연구, 2008. 12., Vol.22, 55-80면.
- 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구, 2008, Vol.37(2), 201-234면.
- _____, 법치주의 구현을 위한 행정소송 심리절차의 강화-자료제출요구 제도의 도입 논의 및 독일의 자료제출의무 제도를 중심으로-, 서울대학교 법학, 2013, Vol.54(4), 25-60면.
- _____, 항고소송에서 본안판단의 범위 - 원고의 권리침해가 포함되는지 또는 원고의 법률상 이익과 관계없는 사유의 주장이 제한되는지의 문제를 중심으로, 행정법연구, 2015. 7., Vol.40, 107-134면
- 최완주, 헌법재판제도(憲法裁判制度)의 재구성 -사법분열 방지를 위한 방안을 중심으로-, 법조, 2006, Vol.55(3), 19-60면.
- 최정일, 독일과 한국에서의 비례원칙에 의한 행정작용의 통제, 공법연구, 2009, Vol.37(4), 45-87면.

3. 번역서

A. V. Dicey, 안경환·김종철 역, 헌법학입문, 경세원, 1993.

4. 기타

김영란, 판결을 다시 생각한다, 창비, 2015.

II. 외국문헌

1. 단행본

(독어)

Marius Baum, Der Schutz verfassungsmäßiger Rechte im englischen common law, - Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts und des Human Right Act 1998, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004.

(영어)

Albert Venn Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, London : Macmillan, 1915(1924).

Carol Harlow·Richard Rawlings, Law and administration, 3rd Ed., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009.

H.W.R. Wade · C.F. Forsyth, Administrative Law, 10th Ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009,

Ian Leigh·Roger Masterman, Making Rights Real, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2008.

John Wadham·Helen Mountfield QC·Elizabeth Proschaska· Christopher Brown, BLACKSTONE'S GUIDE TO The Human Rights Act 1998, 6th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011.

Jonathan Auburn·Jonathan Moffett·Andrew Sharland, Judicial review : principles and procedure, Oxford : Oxford University Press, 2013.

Murray Hunt, Using Human Rights Law in English Courts, Oxford : Hart

Pub., 1997(2002)

Peter Cane, *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford : Oxford University Press, 2011.

Paul Craig, *Administrative law*, 6th Ed., London : Sweet · Maxwell/Thomson Reuters, 2008(2010).

_____, *Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1990.

Tom Hickman, *Public law after the Human Rights Act*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2010.

2. 개별논문

Christopher Crawford, *Dialogue and Rights-Compatible Interpretations under Section 3 of the Human Rights Act 1998*, *King's Law Journal*, April 2014, Vol.25(1), pp.34-59.

Julian Rivers, *PROPORTIONALITY AND VARIABLE INTENSITY OF REVIEW*, *The Cambridge Law Journal*, 2006, Vol.65(1), pp.174-207.

Margit Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, *The American Journal of Comparative Law*, 1 July 2010, Vol.58(3), pp.583-629.

Michael Taggart, *Proportionality, deference, Wednesbury*, *New Zealand Law Review*, June, 2008, Issue 3, pp.423-481

Tom De La Mare·David Pievsky, *Impact of the Human Rights Act 1998 on judicial review*, *Judicial Review*, Dec, 2003, Vol.8(4), pp.221-227.

Varda Bondy, *The impact of the Human Rights Act on judicial review*, *Judicial Review*, Oct, 2003, Vol.8(3), pp.149-156.

Ⅲ. 기타 자료

e-나라지표 홈페이지, 법무부-행정소송 사건 수

http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1724

헌법재판소, 찾기 쉬운 주요 정보-일반통계

<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do#>

헌법재판소 홈페이지, 한 눈에 보는 사건 통계

<https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/newinfo/newEventStaticBoard1.do>

2017. 9. 28.자 연합뉴스 《"근로자 출퇴근사고도 업무상재해" 산재보험법
개정안 통과(종합)》

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/09/28/0200000000AKR20170928198451001.HTML>

Abstract

A Study on the Influence of Human Rights Act 1998 on Judicial Review in the UK

HAN SEONG-MIN

School of Law, Administrative Law

The Graduate School

Seoul National University

The United Kingdom has traditionally developed parliamentary constitutional structures based on the parliamentary sovereignty and the rule of law. This view of Dicey has justified the claim for judicial review as the judicial control of the administration, but it had been criticized in terms of remedies for individuals since the courts had been allowed to review administrative decisions only in a passive and limited way.

with the system of the European Convention on Human Rights in the latter half of the twentieth century had made it more clear that the judicial review in the UK was lacking in terms of remedies. Although the UK courts had attempted to meet the standards of the European Court of Human Rights through the development of judicial precedents, there had been a limitation since the judicial review system was based on the idea of control of lawfulness, not of remedies for individuals. In 1998, the UK

adopted the Human Rights Act 1998('HRA') and implemented the European Convention on Human Rights in the UK.

HRA recognizes the written quasi-constitutional rights and provides remedies, including the claim for judicial review, to individuals who are infringed Convention rights from public authorities. The HRA judicial review recognizes the infringement of rights itself as a ground of review, applies the principle of proportionality instead of the traditional Wednesbury unreasonableness as the standard of review, and makes use of disclosure and witness examination more actively than before. The HRA judicial review seems to have been strengthened in terms of the remedies for individuals than the ordinary judicial review.

In the case of Korea, the remedies proceedings for administrative decisions are formally divided into appeal litigation and constitutional petition and in practice, the appeal litigation is virtually the only possible remedial proceedings. But the consideration of constitutional rights in the appeal litigation has not been sufficient yet. It is necessary to keep in mind that the appeal litigation is not merely a proceeding to judge the infringement of the statutory rights but also to judge the infringement of the constitutional rights.

Keywords : Human Rights Act 1998, judicial review, European Convention on Human Rights, parliamentary sovereignty, appeal litigation, constitutional petition

Student Number : 2013-23345