

# 토론문

김대인(이화여대 법학전문대학원 교수)

## 1. 법치주의의 개념

이민행정과 법치주의를 논의함에 있어서는 위와 같은 다양한 법치주의의 개념들을 염두에 둘 필요가 있다. 우리나라 행정법 학계에서는 독일에서의 논의를 토대로 하여 형식적 법치주의와 실질적 법치주의를 구분하여 논의하는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 형식적 법치주의와 관련해서는 독일의 오토 마이어에 의해서 체계화된 세 가지의 원리인 ① 법률의 법규창조력, ② 법률의 우위, ③ 법률의 유보를 든다. 그런데 법률의 실질적 내용은 문제되지 않고, 다만 행정권의 발동이 형식적으로 법률에 의거해야 한다고 하는 국가목적 실현의 형식, 절차만이 문제가 되는 형식적 법치주의의 문제점에 대한 비판과 반성이 제기되었고, 이에 따라 실질적 법치주의가 일반화, 보편화되었다고 기술하고 있다. 그리고 이러한 실질적 법치주의의 내용으로는 ① 행정입법에 대한 법률의 법규창조력, ② 합헌적 법률의 우위, ③ 법률의 유보범위의 확대 등을 들고 있다.

헌법재판소도 형식적 법치주의와 실질적 법치주의의 용어를 사용하면서 다음과 같이 판시하고 있다.

“오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다.”(헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 93헌바9 결정).

우리나라에서는 이처럼 주로 독일공법사를 배경으로 하여 형식적 법치주의와 실질적 법치주의가 소개되어 있으나, 이와 유사한 개념을 영미학계에서 사용하고 있는 것을 볼 수 있다. 예를 들어 Peerenboom은 ‘연한 법치주의’(thin rule of law)와 ‘진한 법치주의’(thick rule of law)의 개념을 사용하고 있는데,<sup>1</sup> 여기서 ‘연한 법치주의’는 형식적 법치주의와, ‘진한 법치주의’는 실질적 법치주의와 유사한 개념이라고 볼 수 있다.

‘연한 법치주의’(thin rule of law)는 법치주의의 형식적 또는 수단적 측면을 강조하는 것으로서, 당해 국가의 법시스템이 민주주의적이든지 아니든지 상관없이 법체계로서 효율적으로 작동하기 위해 필수적으로 가져야 하는 특질들을 의미한다고 보고 있다. 이러한 연한 민주주의의 내용으로는 행정권력의 적절한 제한 이외에도 다음과 같은 것들이 들어간다.<sup>2</sup>

- 어느 기구가 법을 제정하는가에 관한 규칙이 제정되어 있어야 한다.
- 법이 유효하기 위해서는 그러한 규칙에 따라 제정되어야 한다.
- 법은 공개되어야 하고 누구든지 접근가능해야 한다.
- 법은 일반적으로 적용되어야 한다. 법은 특정인을 상대로 제정되어서는 안 되며, 같은 상황에 있는 사람을 같게 취급해야 한다.
- 법은 비교적 분명해야 하며, 전체적으로 일관성이 있어야 하고, 비교적 안정적이어야 하

<sup>1</sup> Peerenboom, Randall, Varieties of rule of Law: an Introduction and Provisional Conclusion, in: Peerenboom, Randall ed., Asian Discourses of Rule of Law, Routledge, 2004, p. 2 참조

<sup>2</sup> Peerenboom, 앞의 글, p. 2-3 참조.

며, 일반적으로 장래효를 가져야 하고 소급효를 가져서는 안 된다.

- 법은 제대로 집행되어야 한다. 법규범과 법현실간의 간격은 비교적 좁아야 한다.
- 법은 그 법의 적용을 받는 다수의 사람이 합리적으로 수용가능해야 한다.

이러한 연한 법치주의에 대해서는 위와 같은 요소들이 어느 나라든지 완벽하게 이루어지는 힘들다는 점, 그리고 위 요소들 상호간에 충돌이 이루어질 수 있다는 점이 지적되고 있다. 그러나 이러한 한 국가의 법시스템이 위와 같은 요소들을 현저히 결여하게 될 때에는 법시스템이 제대로 기능하기 힘들다고 볼 수 있다고 한다.<sup>3</sup>

‘진한 법치주의’는 ‘연한 법치주의’에서 출발하기는 하나, 여기에 더해 특정의 경제체계, 정부의 형식, 인권의 개념들을 포함한다. 이러한 ‘진한 법치주의’의 가장 대표적인 형태라고 볼 수 있는 것은 시장경제와 자유민주주의를 기반으로 하는 법치주의라고 할 수 있다. 세계은행이나 국제통화기금(IMF)등에서 이러한 자유민주주의적인 법치주의의 확산을 위해 노력하고 있는 것에 대해서는 서구적인 헤게모니를 장악하고자 하는 의도가 있다는 비판을 받고 있기도 하다.<sup>4</sup>

## 2. 외국인의 기본권 주체성

긴급보호 및 보호명령 집행행위 등의 위헌성이 문제된 사례에서 헌법재판소는 다음과 같이 판시한 바 있다.

“ 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권의 주체이어야만 청구할 수 있는데, 단순히 ‘국민의 권리’가 아니라 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다. 나아가 청구인들이 불법체류 중인 외국인들이라 하더라도, 불법체류라는 것은 관련 법령에 의하여 체류자격이 인정되지 않는다는 것일 뿐이므로, ‘인간의 권리’로서 외국인에게도 주체성이 인정되는 일정한 기본권에 관하여 불법체류 여부에 따라 그 인정여부가 달라지는 것은 아니다.

청구인들이 침해받았다고 주장하고 있는 신체의 자유, 주거의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등은 성질상 인간의 권리에 해당한다고 볼 수 있으므로, 위 기본권들에 관하여는 청구인들의 기본권 주체성이 인정된다.“(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2008헌마430 결정)

따라서 이민행정과 관련해서 전면적으로 법치주의의 적용이 배제되거나 유보된다고 보는 것은 헌법정신에 반하는 것으로 보아야 하며, 인간의 권리로 볼 수 있는 부분에 대해서는 원칙적으로 법치주의가 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

## 3. 행정절차법상 적용배제

행정절차법 제3조 제1항 제9호에서는 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 대하여는 행정절차법이 적용되지 않는다고 규정하고 있으나, 위에 해당할 경우 당연히 행정절차법의 적용이 배제된다고 볼 것은 아니다. 다음의 대법원 판례를 고려하면 인간의 권리와 관련되는 행정절차의 경우, 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 보아야 한다.

“구 행정절차법(2012. 10. 22. 법률 제11498호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령(2011. 12. 21. 대통령령 제23383호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호의 내용을 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하

<sup>3</sup> Peerenboom, 앞의 글, p. 3 참조.

<sup>4</sup> Peerenboom, 앞의 글, p. 3. 참조.

는 행정절차법의 입법 목적에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항이라 하더라도 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라, 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 보아야 하고, 이러한 법리는 ‘공무원 인사관계 법령에 의한 처분’에 해당하는 별정직 공무원에 대한 직권면직 처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다.’(대법원 2013.01.16. 선고 2011두30687 판결)

#### 4. 기타