

공공성과 공공복리*

조 한 상

청주대 전임강사

< 目 次 >

- I. 문제의 제기
- II. 사회적·민주적 법치국가 헌법과 공공성
- III. 재화의 정당한 분배와 공공복리
- IV. 공공성을 매개로 한 공공복리의 의미 구체화
- V. 결 론

I. 문제의 제기

21세기 초반 대한민국에서 공공성이라는 말만큼 자주 사용되고, 또 그만큼 모호한 개념도 없을 것이다. 사람들은 공공성을 반(反)시장주의, 반(反)민영화의 상징으로 여기기도 한다. 때로는 공공성은 공개성의 의미를 갖기도 한다. 어떤 사람들은 공공성을 통하여 단지 사적인 것이 아닌 공식적이고 국가적인 어떤 것을 연상하기도 한다.

반면에 공공복리는 오래전부터 법적 용어로 사용되어왔다. 우리 헌법 역시 이 개념을 사용하고 있다(헌법 제23조 제2항, 제37조 제2항 참조). 따라서 공공복리라는 개념을 둘러싼 법학적 논란의 역사는 매우 길다고 하겠다. 그러나 공공복리라는 말 역시 모호하기는 마찬가지이다.

그런데 재미있는 것은 이처럼 모호한 공공성과 공공복리는 서로 유사한 개념

* 심사위원 : 김종서, 은승표, 양천수

으로 인식되고 있는 경우가 많다는 것이다.¹⁾ 물론 양자의 개념이 완전히 일치하는 것인지, 서로 다른 것인지, 서로 다르면 어느 부분이 어느 정도 다른 것인지 명확한 해명은 이루어지고 있지 않다. 두 개의 모호한 개념은 서로 합쳐져서 마치 마법의 탄환과 같은 신비로운(?) 수사력을 보여주고 있는 것이 우리 현실이다.

현실에서의 개념상의 혼란은 어느 정도 감수한다고 하여도, 학문적 논의에 있어서 불명확한 개념사용은 결코 바람직한 것이 아니다. 하물며 객관적이고 엄격한 개념사용을 생명과 같이 여기는 법학과 법 실무에서는 치명적인 문제를 야기할 수도 있다.

본 논문은 일단 공공성과 공공복리 개념을 각각 해명하고 그 모호성을 최대한 극복하는 데에 논의의 초점을 맞추고자 한다. 그리고 공공성과 공공복리는 어떠한 관계를 맺고 있는 개념인지, 양자의 관계 하에서 그 의미가 구체화될 수 있는 가능성은 있는지를 검토해 보고자 한다.

II. 사회적·민주적 법치국가 헌법과 공공성

1. 공공성에 대한 이해의 혼란

공법(Öffentliches Recht), 공익(Öffentliches Interesse) 등의 개념에서 사용되는 '공'이라는 특성, 즉 공공성(Öffentlichkeit)은 얼마 전까지만 해도 주로 국가적이고 고권적인 것을 의미하는 말이었다.²⁾ 그리고 오늘날에도 그러한 뉘앙스는 남아 있다.³⁾ 하지만 언제부터인가 공공성이라는 말에는 여러 가지 다양한 의미들이 부지불식간에 추가되어 왔다. 앞서 언급한 바와 같이 이 개념에 대한

1) 예를 들어 “도마 위에 오른 ‘국민연금의 공공성’은 국민연금이 켄끄러워하는 단어다. ... 1800만 명의 돈으로 만들어진 곳인 만큼 공익성을 외면할 수 없지만 공익성만 가지고 움직일 수는 없다.

2) 이것을 공공성의 형식적 이해라고 이름붙일 수 있다. 자세한 설명은 조한상, 헌법에 있어서 공공성의 의미, 공법학 연구 제7권 제3호, 2006, 251-275(259이하)쪽 참조.

3) 예컨대 다음의 기사를 보면 이러한 사실을 알 수 있다. “서울시는 반포지구 남단에 설치될 인공섬 조성 및 운영 우선협상대상자로 ‘소울 플로라(Soul Flora)컨소시엄’을 선정, ... 이번 사업자의 컨소시엄에는 ㈜대우건설, ㈜씨앤유방 등 8개 업체가 참여했으며 공공성 확보를 위해 서울시 투자기관인 SH공사도 19.9%의 지분율로 사업에 참여한다.”

이해의 혼란은 심각한 상황에 이르고 있다.⁴⁾

이러한 사정은 독일어에서도 유사하다. 독일어의 Öffentlichkeit라는 말은 사전에 따르면 Öffentlichkeit는 ‘사람들(die Leute)’, ‘국민(das Volk)’, ‘공중(das Publikum)’을 의미하는 것으로 되어 있다.⁵⁾ 그리고 논자에 따라, 또 글의 맥락에 따라 ‘공개성’, ‘여론’, ‘공공영역(공론장)’⁶⁾ 등의 의미로 새겨지기도 한다. 이렇게 공공성이라는 개념은 번역되기 이전부터 여러 가지 의미를 동시에 내포하고 있다.⁷⁾

2. 공공성의 기본적 의미와 의의

1) 공공성 개념의 역사

공공성의 기본적 의미를 고찰하기 위하여 독일어의 Öffentlichkeit라는 말의 역사를 검토해 보는 것이 유용하다. 이 말의 어원은 중세 독일어 offanlih, öffentlich에서 찾을 수 있다. 이 말은 비밀 내지 내밀함(Verborgen)과 대립되는, 일반적인 인식가능성 또는 접근가능성을 의미하는 것이었고, 실제적으로 개방되어 있는 상태를 나타내었다고 한다.

하지만 이 단어는 대략 몇 단계에 거쳐 그 의미가 확대되었다. 첫 번째 단계로 ‘öffentlich’는 형식적인 개방의 의미를 넘어서, 일정한 상징적인 의미를 내포하게 된다. 즉 이 단어는 ‘진실한(wahr)’, ‘정의로운(gerecht)’ 등의 의미를 포괄하게 된 것이다. 이것은 “올바른 무엇인가로서 가능하기 위해서는 어떠한 것도 감추어진 채로 존재할 수 없다.”는 생각이 성립했기 때문이다.

그리고 17세기 이래로 ‘öffentlich’가 “공동의(gemein)”(그리스어로는 koinos,

4) 공공성 개념의 이해를 둘러싼 혼란에 관하여는 조한상, 앞의 논문 각주2, 251-253쪽.

5) Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 1970, S. 474.

6) 특히 최근에는 Öffentlichkeit를 공론영역 또는 공론장 등으로 번역하는 경우가 많다. 실제로 독일어에 있어서 Öffentlichkeit는 일정한 특성(Eigenschaft) 또는 영역(Bereich)을 나타내는 표현이라는 설명을 발견할 수 있다(R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und Öffentlichkeit, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., Duncker & Humblot, 1994, S. 462-474[463]).

7) 예컨대 “의미가 뒤엉켜 있는(Beziehungsgeflecht)”이라고 표현되고 있다(A. Rinken, Geschichte und heutige Valenz des Öffentlichen, in: G. Winter[hrsg.], Das Öffentliche heute, Nomos, 2002, S. 7-74[10]).

라틴어로는 communis)라는 형용사의 의미를 내포하게 되었다. 이를테면 공적 복리, 공적 유용함, 공적 질서, 공적 안정성 등의 용어가 사용되기 시작한 것이다. 이로써 'öffentlich'라는 말에는 정치적 공동체가 공공복리라는 목적을 지향함으로써 스스로 정의된다는 규범적 의미요소가 수용되었다.⁸⁾

세 번째 단계에서, 즉 18세기 무렵에 'öffentlich'는 오늘날의 표현인 Öffentlichkeit로 자리 잡게 된다. 그런데 이 단계에서 Öffentlichkeit는 라틴적 및 앵글로 색슨적 용어인 publicus, publicité, publicity등의 말을 순수 독일어로 번역하는 과정에서 생성된 개념이라고 설명되고 있다.⁹⁾¹⁰⁾

2) 불가결한 의미요소로서 '의사소통'

한편 이러한 공공성의 의미 확장 과정에 대하여 한 가지 의문이 제기될 수 있는데, “개방성은 언제나 올바른을 담보하는가.”라는 의문이다. 생각하기에 따라서는 개방되어 있기 때문에 오히려 더 많은 오류가 발생할 것이라고 보는 입장도 가능하기 때문이다.

일단 개방되어 있다는 것은 어떠한 사실이 보편적인 올바름이 되기 위해서 반드시 갖추어져야 하는 기본적 전제라고 할 수 있다. 그러나 누구나 지켜 볼 수는 있지만, 지켜보는 사람이 수동적인 관망만을 하고 있는 상황이라면, 이것도 그다지 큰 의미는 없다. 소수의 사람들이 올바름을 주장하고 다른 사람들은 말없이 그것을 따르기만 한다면, 개방에 의한 보편적 올바름의 획득은 불가능하다. 심지어 소수의 사람들이 자신의 이익을 위하여 선동을 일삼는다면, 개방은 오히려 올바름의 왜곡을 야기하는 위험요인이 될 수도 있다.

이러한 위험을 막기 위해서는 개방의 요청에 의하여 참여하는 사람들이 공개된 정보를 바탕으로 적극적으로 사고하고, 검증할 수 있어야 한다. 즉 참여자 간에 자유롭고 평등한 대화가 필요하다. I. Kant가 공적 이성의 자유로운 교환

8) A. Rinke, aa.O., Fn. 7, S. 10ff 참조.

9) 하지만 Öffentlichkeit의 의미는 publicus라는 말의 의미와 정확하게 일치하지는 않았다고 평가되고 있다. 이 때문에 R. Smend는 공공성이라는 말이 “기껏 150년 정도 된, 번역 상 부득이하지만 잘못된, 부적절한 번역용어이다.”라고 평가하고 있다(R. Smend, aa.O., S. 463).

10) 기타 Öffentlichkeit의 어원과 의미 확장에 관한 보다 상세한 고찰로는 W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, Gehlen · Bad Homburg, 1969, S. 24ff; 우리말로 된 관련 연구로는 최송화, 공익론, 서울대 출판부, 2002, 56-57쪽 참조.

과 대화를 강조한 것이나,¹¹⁾ J. Habermas가 대화를 통한 의사소통적 합리성을 강조한 것은 이와 같은 맥락이라고 이해할 수 있다.¹²⁾

따라서 공공성이라는 개념에도 대화나 의사소통이라는 가치가 중요한 것일 수밖에 없다. 즉 근대 초기부터 공공성이라는 말의 의미에는 ‘열려져 있음’과 ‘올바름’ 등의 의미 외에, 이를 연결해 주는 ‘의사소통’이라는 의미가 핵심적으로 내포되어 있다고 할 수 있다.

3) 근대적 정치질서의 핵심 상징으로서 공공성

그런데 공공성은 근대라는 시대와 밀접한 관련을 맺고 있는 개념임을 주목해야 한다. 특히 18세기 말 이래 독일에서는 계몽적·이성적 사고방식에 있어서 모든 국가적 삶이 근대적인 정치질서가 되어야 한다는 요청이 공공성이라는 개념을 통해 공식화되기 시작하였다. 예컨대 I. Kant가 정의로운 법의 본질적이고 구조적인 요소를 공공성에서 찾은 것을 보면 이 점을 알 수 있다.¹³⁾

사실 지역을 불문하고 근대 초기 서구에서 공공성이라는 말은 중세 귀족과 성직자에 의하여 이루어졌던 비밀스럽고 의식(儀式)적인 정치질서를 세속화하고, 시민과 대중들이 접근할 수 있게 만드는 것을 의미하는 것이었다. 나아가 시민과 대중의 의사에 의하여 국가질서가 정당화되도록 하는 근대적인 정치기획의 핵심을 표현하고 있다고 말할 수 있다. 따라서 근대가 성립되는 과정에서 공공성은 중세와 근대를 구분 짓는 결정적인 근거 중 하나로 기능한 것이다.¹⁴⁾

11) I. Kant는 일반의지가 오직 이성의 공적 사용을 통해서 가능하다는 J. J. Rousseau의 의견을 수용하면서, 공적으로 사용된 이성 또는 답론은 모든 사람들에게 공유되고 교환되어야 한다는 점을 강조한다(박성수, 공공영역의 이념: 역사적 소요, 문화과학 제23권, 2000, 19-24쪽 참조).

12) 의사소통적 합리성의 의미에 대하여는 J. Habermas, Faktizität und Geltung, Suhrkamp, 1992, S. 17f; J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 2. Aufl., Suhrkamp, 1997, S. 385 참조.

13) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kant Werke in zehn Bänden, Bd. 6, Wissenschaft Buchgesellschaft, 1956, S. 11-102(59ff.).

14) 참고로 J. Locke는 선과 악의 판단은 근본적으로 사적인 집단을 이루고 있는 개인들의 평판과 여론, 즉 공적 의견에 의해서 수행된다고 하였으며, 여론을 ‘철학적 법(Philosophical Law)’이라고 지칭하였다(J. Locke, An Essay Concerning Human Understanding, e-book : <<http://www.netlibrary.com/>>, pp. 254-255). 또 J. J. Rousseau는 “공적 활동이 시민들의 주요한 관심사가 되는 것을 멈추고 그들이 그들 자신의 신분보다 재물에 보다 힘을 기울이게 되자마자 국가는 벌써 멸망에 가까워진다.”고

3. 공공성 개념의 체계화

이러한 공공성 개념에 대하여 법학에서는 R. Smend 이후 본격적인 연구가 진행되어 왔다.¹⁵⁾ 하지만 여전히 공공성은 매우 다의적이고 광범위한 개념으로 남아 있는 것이 사실이다. 현실에서 공공성과 관련된 문제가 매우 구체적으로 발생하고 있는데, 자칫하면 이러한 문제를 설명하기는 커녕 모호하게 만들 여지도 있다. 따라서 오늘날의 헌법질서를 배경으로 한 공공성 이해의 체계화가 필요하다.

공공성 이해의 체계화는 공공성 개념에 내재되어 있는 것으로 알려진, 이른바 공공성의 3요소(Die Trias des Öffentlichen)에서 출발하는 것이 적절하다고 본다. 공공성의 3요소는 *populus*, *salus publica*, *Publizität*이라고 정리할 수 있다.¹⁶⁾

*populus*는 우리말로써 대중을 의미하는 개념으로 하겠으며, 수적 제한이 없는 자유롭고 평등한 주체를 나타내는 것이라고 할 수 있다. 공공성이 소수의 권력자에 의한 지배가 아닌, 국민 내지 시민에 의한 지배를 의미하는, 근대 이후 정치질서의 상징과 같은 개념이라는 점에 비추어 보면 이 말의 의미를 이해할 수 있다. 결국 *populus*는 공공성의 '주체'의 측면을 나타내는 개념이라고 본다.

다음 *salus publica*는 우리말로 직역하자면 '건전한 공동체'를 의미한다고 하겠다. 공공성과 관련하여 이해해 보면, 대중이 공개적 토론·공개절차를 통해 공동체 영역에 있어서의 올바른 것을 추구할 수 있다는 의미와 연결되는 것이다. 따라서 *salus publica*는 공공성이 추구해야 하는 '과제'의 측면을 지칭하고 있다고 볼 수 있다.

마지막으로 *Publizität*도 역시 매우 폭넓게 이해되는 개념이므로 번역 상 어려움이 있지만 이를 개방성이라고 번역할 수 있을 것이다. 이것은 공공성의 의미

하면서 공공성의 의미를 강조하였다(J. J. Rousseau, 이태일 역, 사회계약론(외), 범우사, 1994, 121쪽). 심지어 로베스피에르의 자코뱅 혁명정부 헌법 초안은 제14조에서 "사회는 힘이 닿는 한 공적인 이성의 진보를 촉진해야 하며, 모든 시민에게 교육의 기회를 제공해야 한다."는 조항을 두기도 하였다(박성수, 앞의 논문, 17-31(22-24)쪽 참조).

15) R. Smend의 연구는 K. Hesse, P. Häberle, H. Plessner, W. Martens, U. K. Preuß, 심지어 J. Habermas의 연구와도 연관성이 인정되는 것으로 평가된다(A. Rincken, a.a.O., Fn. 7, S. 8f.).

16) A. Rincken, a.a.O., Fn. 7, S. 34.

내용 중 공개성, 공공연합, 공개적 토론 등의 의미와 밀접하다고 하겠다. 즉 Publizität는 단순한 개방성을 넘어서 공공성을 실현하고 구체화하는 개방적인 의사소통 절차의 의미를 표현하는 것이라고 이해할 수 있다. 다시 말해 공공성의 '절차'의 측면을 나타내는 개념이라고 본다.

이로써 현대적 헌법질서를 배경으로 할 때 공공성은 “한정되지 않은 자유롭고 평등한 주체(populus)가 개방적인 의사소통 절차를 통하여(Publizität) 건전한 공동체(salus publica)를 추구”하는 속성이라고 의미부여 할 수 있다.

4. 현행 헌법에서 공공성의 의미와 비중

1) 공공성의 비중에 대한 입장차이

그런데 오늘날의 헌법질서에서 공공성의 비중을 평가하는 입장들은 일치되지 않고 있다. 현행 헌법체계에서의 공공성의 의미를 정확하게 파악하기 위해서는 이러한 입장의 차이도 검토하는 것이 필요하다. 공공성의 비중에 대한 입장 차이는 크게 두 가지 측면에서 발생하고 있는 것으로 보인다.

첫째 근대 초기의 헌법질서의 공공성이 오늘날 현대 헌법에도 여전히 계승되고 있는지 여부에 대한 견해의 대립이다. 이러한 이해의 차이는 오늘날의 사회국가원리, 매스미디어, 대중정당 등의 역할과 문제점, 가능성에 대한 현실적인 진단의 차이를 배경으로 하고 있다.

일부 의견은 한편으로는 산업사회의 비약적 발전과 사회국가원리의 확장 때문에,¹⁷⁾ 다른 한편으로 매스미디어의 발달과 거대화 및 정당정치와 이익집단의 발달 때문에 대중에 의한 자유롭고 평등한 의사소통, 그것을 통한 건전한 공동체의 추구라는 근대 초기의 공공성의 본래 취지는 붕괴되었다고 진단한다.¹⁸⁾ 이러한 입장을 공공성의 '붕괴이론'이라고 지칭할 수 있다.¹⁹⁾

반면 이러한 붕괴이론의 진단은 잘못된 것이라고 보는 입장도 존재한다. 이 입장에 따르면 첫째, 이른바 붕괴이론은 근대 초기의 정치 현실만을 모범적인

17) J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuauflage, 1990, Suhrkamp, S. 225ff.

18) J. Habermas, a.a.O., Fn 17, S. 267ff.

19) P. Häberle는 이를 붕괴적 사고(Verfalldenken)라고 하고 있다(P. Häberle, Öffentlichkeit und Verfassung, ZfP 16, 1969, S. 273ff, wieder abgedruckt in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, Duncker & Humblot, 1978, S. 225-245[231]).

형태로 한정시켜 놓고 있다는 점에 오류가 있다.²⁰⁾ 예컨대 언론매체의 전횡은 오늘날에만 존재하는 것이 아니며, 근대 초에도 이미 존재하고 있었다는 것이다.²¹⁾ 둘째, 오늘날 사회국가 현실은 반드시 공공성의 의미를 축소시키지만은 않았다고 본다. 예컨대 각종 복지정책은 대중들이 고르게 생존의 여건과 정치적 의식을 함양하는 데에 도움이 될 수 있으며, 이들은 더욱 비판적인 공중으로 발전할 수 있다. 아울러 대중정당의 발전에 따라 시민들은 자신이 가입한 정당의 틀 내에서 이전보다 더욱 활발한 논의를 할 수 있으며 공공성을 더욱 활발하게 구현할 수 있는 계기가 될 수도 있다.²²⁾

두 번째 견해의 대립은 오늘날 헌법질서에서 공공성은 전면적이고 핵심적인 가치인지 여부에 대한 것이다. 이러한 이해의 차이를 낳는 중요한 원인 중 하나가 이론상 자유주의적 법치국가를 전제하는지 아니면 사회적 및 민주적 법치국가를 전제하는지의 차이이다.

시민적 법치국가 또는 자유주의적 법치국가는 19세기에 쟁취된 개인주의, 자유와 소유권 보장, 위험 방어, 국가의 분리와 불개입을 강조하는 국가라고 할 수 있다.²³⁾ 이에 따르면 국가권력은 사회 내의 사사로인 이해관계에 휩싸이지 않는 중립성을 확보하는 것이 중요시된다. 따라서 어떠한 근본적이고 도덕적인 문제가 제기되었을 때, 이러한 불일치를 조정할 수 있는 가치를 추구하려는 국가권력의 노력은 오히려 중립성의 요청에 반하게 된다. 이에 따라 현실에서 벌어지는 많은 문제에 대한 국가 차원의 돌파구는 “대화의 억제”에 있다는 결론이 도출될 수 있다.²⁴⁾ 다만 한편으로는 이미 공유하고 있는 도덕적 이상향을 대화적 의제로 설정해야 하거나, 다른 한편으로는 보다 실용적이고 생산적인 목적을

20) 이러한 지적은 봉괴이론이 대중민주주의에 대한 회의와 부르주아 세력에 의한 엘리트 민주주의로의 회귀를 주장하려는 보수적 의도를 가지고 있다는 비판으로 연결되기도 한다. 특히 Negt와 Kluge 등의 부르주아 공공영역에 대한 비판적 논의에 빌미를 제공할 수 있다(O. Negt/ A. Kluge, *Öffentlichkeit und Erfahrung*, 1972, Suhrkamp, S. 102ff).

21) P. Häberle, a.a.O., Fn. 19, S. 231.

22) 이것은 정당의 헌법상 지위를 말하면서 매개체로서의 기능(이른바 중개체설)을 언급한다면 논리적으로 당연히 도출되는 요청이라고 본다(장영수, *헌법학*, 홍문사, 2006, 267쪽 참조).

23) E. Schmidt-Aßmann, *Rechtsstaat*, in: J. Isensee/ P. Kirchhof[hrg.], *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl., C. F. Müller, 2004, S. 541ff, Rn. 20.

24) 이것을 이른바 재갈물림의 법칙(gag rules)라고도 지칭하기도 한다(S. Holmes, *Gag rules or the politics of omission, Constitutionalism and Democracy*, Cambridge Univ. Press, 1988, pp. 19-58 참조).

위한 대화를 실시해야 한다고 주장한다. 이러한 견해에 따를 때 공공성은 그 의미가 상당히 축소될 가능성이 있다.²⁵⁾

반면 사회적 법치국가는 생존배려, 사회적 관계의 형성과 개혁을 적극적으로 고려하는, 경제를 그것의 고유한 법칙에 따르도록 방임하지 않고 오히려 그것을 정서하고 조종하는 국가를 말한다.²⁶⁾ 이에 따르면 국가권력은 자율성의 영역으로 이해되었던 사회의 영역에 깊숙이 개입하게 된다. 결국 자유주의적 법치국가에서와는 달리 국가와 사회의 구별은 모호해지게 된다. 더 많은 국가적 개입을 정당화하기 위해서는 국가권력의 민주적 정당성 확보 요청이 더욱 강조될 수밖에 없다. 민주적 선거는 물론이고 각종 국가적 사안에 대한 국민들의 광범위한 참여와 통제가 더욱 요청된다. 다시 말해서 국가적 사안이 개방되고 공개되며, 국민들의 자유로운 대화와 토론을 통해 통제되고 정당화 되어야 하는 것이다. 즉 사회적 법치국가는 민주적 법치국가를 더 적극적으로 전제하여야만 정당할 수 있는 것이고, 따라서 이러한 헌법에서 공공성은 매우 포괄적인 의미로서 부각되게 된다.

2) 사회적 법치국가 질서와 공공성

이상 고찰한 오늘날 헌법질서에서 공공성의 비중 논의는 - 맥락에 있어서의 상이함이 존재하지만 - 대체로 사회적·민주적 법치국가의 현실을 긍정적으로 파악하느냐, 비판적으로 파악하느냐에 따른 입장 차이라고 말할 수 있다. 사회적·민주적 법치국가를 긍정적으로 평가하는 입장에서는 오늘날의 헌법질서에서도 공공성의 가치는 면면히 계승되고 있으며, 그 비중 또한 전면적이고 핵심적이라고 평가하게 될 것이다. 그러나 이를 비판적으로 바라볼 경우 오늘날 공공성은 붕괴되어 있으며, 그 비중은 비교적 제한적이라고 평가하게 된다.

25) 이른바 자유주의 이론에서의 공공성 개념에 관하여는 S. Benhabib, *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas*, in: ed. C. Calhoun, *Habermas and the Public Space*, MIT Press, 1992, pp. 73-98(81-85).

26) 일부견해는 때때로 또한 19세기의 국가 실무가 그 모델에 상응하는 것 보다 덜 소극적이었다는 것이 무시된다고 한다. 자유주의적 법치국가의 행정 일상에서 복지 국가적 규율 전통이 연관이 없지 않고, 새로운 규율 임무(도시건설 및 연금법)가 전체적으로 인식되고 승인된다. 종종 동의어로 적용되는 형식적 및 실질적 법치국가의 개념 상에 있어서와 마찬가지로 그러한 징표에는 안티테제가 중요한 것이 아니라 단지 구별되는 강조점이 중요한 것이라고 한다(E. Schmidt-Abmann, aa.O., Rn. 20).

적어도 현행 헌법이 지향하는 현실은 사회적 그리고 민주적 법치국가라는 점에 특별한 이견이 존재하지 않는다.²⁷⁾ 따라서 현행 헌법과 공공성의 관계는 여전히 중요하며, 부분적인 것이 아닌, 전면적이고 포괄적인 것이 된다. 이로써 공공성은 사회적 법치국가 및 민주적 법치국가 헌법으로서 우리 헌법에 있어서는 핵심 요소 중 하나라고 정리할 수 있다.²⁸⁾

III. 재화의 정당한 분배와 공공복리

1. 공공복리에 대한 이해의 혼란

이제 본 논문의 두 번째 고찰대상인 공공복리의 의미에 대하여 검토하고자 한다. 공공복리를 검토함에 있어서도 역시 이 개념에 대한 이해의 혼란을 우선적으로 언급하지 않을 수 없다.

공공복리라는 말을 문자 그대로 보면 특정 개인의 복리가 아닌 공동체 구성원 모두의 복리, 특수한 복리가 아닌 일반적 복리라고 말할 수 있을 것이다. 하지만 공공복리라는 개념에는 얼핏 생각해 보아도 수많은 의문점들이 얹혀 있다. 즉 공공복리는 구체적인 의미가 대폭 생략된, 지나치게 추상적인 개념이다. 이러한 개념이 법적 용어로 사용될 경우 추상성은 위험성으로 바뀌기도 한다. 자칫하면 자의적 법해석과 적용의 빌미를 제공할 여지가 있고, 실제로도 그러했기 때문이다.

이 때문에 종래 공공복리를 바라보는 상당수의 시선은 좋지 않으며, 냉소적인 때로는 험악한 표현으로 수식되고 있다.²⁹⁾ 이러한 부정적 인식들은 공공복리라

27) 예컨대 헌재 1996.4.25. 선고, 92헌바47 결정; 장영수, 앞의 책, 295쪽 이하; 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2002, 352쪽 이하; 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 2003, 211쪽 이하; 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 2003, 160쪽 이하 참조.

28) A. Rinke, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, Duncker & Humblot, 1971, S. 214ff; 한편 이러한 점에서 헌법 자체를 공적 과정이라고 정의내린 P. Häberle의 주장은 이해될 수 있다. 1978년 발간된 그의 논문집의 제목이 “공적 과정으로서 헌법(Verfassung als öffentlicher Prozess)”이다. 물론 이러한 의견이 사회국가질서의 문제점에 눈감고 막연히 정당화한다는 의미는 아니다(조한상, 앞의 논문 각주2, 268쪽 참조).

29) 예컨대 공공복리는 “전가의 보도”, “국가 이데올로기 관철의 유용한 도구(지성우, 법학적

는 개념을 깊이 고찰하기도 전에 이 개념에 대한 거부감을 주기까지 한다.

하지만 우리 헌법을 비롯한 다양한 법률들은 이미 공공복리를 법적 용어로 수용하고 있다. 특히 헌법은 제23조 제2항과 제37조 제2항에서 직접 공공복리라는 개념을 언급하고 있다. 다른 나라 헌법의 경우도 마찬가지이다.³⁰⁾ 결국 공공복리가 아무리 추상적이고, 아무리 부정적 인식의 대상이었다고 하여도 이 말을 명확하게 해명하는 것은 피해갈 수 없는 숙제이다.

공공복리는 법적 용어이지만, 법이 스스로 공공복리의 의미를 밝히고 있지 않다. 따라서 이 개념에 대한 법 이론적 규명이 필요하다. 물론 이미 국내·외 수많은 학자들은 공공복리라는 개념에 대하여 해명을 시도하고 있다.³¹⁾ 그러나 백인이 백가지 주장을 하고 있는 상황이고, 따라서 공공복리에 대한 이론들을 일목요연하게 정리하기조차 어려운 상황이다.³²⁾

의미에서의 ‘공익’ 개념에 대한 고찰, 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 211-233[212쪽].” “블랙박스(서원우, 현대 행정법과 공공성 문제, 월간고시 제139호, 1985, 12-23[13쪽].”, “국가의 만병통치약”, “국가의 마패 내지 모든 것을 흡입하는 블랙홀(이기철, 공공복리 내지 공익의 개념, 토지공법연구 제18집, 2003, 147-189[149쪽 참조].” 등의 말로 설명되어 왔다.

30) 조한상, 헌법 제37조 제2항 “공공복리” 개념에 관한 고찰, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006, 83-111(86이하)쪽.

31) 참고로 현행 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 관한 우리나라의 학설만 보아도, 이를 일목요연하게 정리하기조차 어려운 실정이다. 다만 다음과 같은 몇 가지 형태로 유형화할 수 있을 것으로 본다. 첫 번째 유형에는 공공의 복리는 일반적 복리 또는 공공의 이익을 의미한다는 견해, 개인의 이익에 상위하는 불특정다수인의 이익을 말한다는 견해, 사회생활을 하는 만인공통의 공존공영의 이익을 의미한다는 견해 등이 해당된다. 두 번째 유형에는 공공복리 개념의 자구해석보다는 기본권 제한의 목적상 한계를 헌법의 통일성에 입각해서 기능적이고 본질적인 측면에서 접근하면, 이 경우 개념해석은 그 속에서 당연히 나온다는 보는 견해가 속한다. 세 번째 유형에는 기본권 제한의 목적을 다시 소극적 의미와 적극적 의미로 나누어 이를 바탕으로 공공복리의 의미를 파악하는 견해가 속한다. 이를테면 공공복리란 소극적인 질서유지를 넘어서 국가구성원의 공공의 행복과 이익을 말한다고 보는 견해, 공공복리란 현대적 복지국가의 이념을 구현하는 적극적인 의미를 갖는 것이라고 보는 견해 등이다. 네 번째 유형에는 국가 절대주의적, 전체주의적 공공복리 개념과 사회국가적 공공복리 개념을 구분하여, 현행 사회국가 헌법에서 공공복리는 기본적으로 개인의 이익을 인정하지만 공동체 전체의 입장에서 이를 사회정의에 맞게 조정한 국민 공동의 이익으로 이해하는 입장이 해당된다(조한상, 앞의 논문 각주30, 90쪽 참조).

32) 결국 공공복리를 이해하기 위한 토대가 우리에게 마련되어 있다고 말할 수 없다. 한편으로는 서로 다른 초점을 가진 이론들을 학자별로 나열하고 있는 것이 우리나라 공공복리 논의의 양상이다. 이 때문에 서로 다른 것을 동일차원에서 비교하는 오류가 발생하고 있다. 다른 한편으로는 가장 기본적인 개념의 정립조차 이루어지고 있지 않다. 어떤 학자는 공공복리가 공익을 포괄하는 전체집합이 되는 개념이라고 보고 있지만(이기철, 앞의

여기에서는 공공복리를 둘러싼 복잡한 논의들을 일단 세 가지 유형으로 구분하여 정리해 보고자 한다. 이러한 정리를 통하여 공공복리를 논증함에 있어서 반드시 피해야할 점들을 생각하고, 공공복리를 밝힘에 있어서 초점을 두어야 할 사항은 무엇인지에 대하여 검토할 수 있을 것이다.

2. 공공복리에 대한 다양한 논증방식

1) 공공복리의 추상적 논증 경향

종래 공공복리와 관련하여 가장 대표적인 태도는 공공복리를 사적 이해관계와 단절되어 있는 추상적인 차원의 어떤 것으로 이해하여, 이를 설명하거나 사용하는 경향이다. 그리고 이 유형에는 구별되는 두 가지 경향이 포함된다.

첫 번째, 이른바 전체주의적 공공복리 이해를 말할 수 있다. 전체주의 성향의 정권들은 공공복리를 국가 또는 민족의 이익과 같은 추상적인 차원의 것과 연결하여 이해하려 하였다. 공공복리를 추상적인 차원에서 설명하려 했기 때문에 구체적인 논증은 어려워지게 마련이고, 따라서 종종 별다른 논증 없이 손쉽게 공공복리라는 개념을 사용하는 경향을 보였다.

예컨대 나치는 그 정강에 “공익은 사익보다 앞선다(Gemeinnutz geht vor Eigennutz).”라고 선언하면서³³⁾ 알 수 없는 차원의 공공복리를 강요하였다. 우리의 경우도 사정은 비슷하여 다음과 같은 언급을 흔히 발견할 수 있다. “그간 한국에서는 공익은 그 개념과 실질적 내용을 밝혀야 하는 ‘논증의 대상’이라기 보다는 분쟁과 갈등을 종결시키는 역할을 하는 암묵적이고 전제된 개념으로만 여겨져 왔다.”³⁴⁾

논문, 188쪽), 다른 학자는 공공복리, 공공복지, 공공성 등의 용어들은 모두 광의의 공익 개념에 속한다고 해도 무방하다고 보고 있다(지성우, 앞의 논문, 218쪽). 여기에서는 독일어의 Gemeinwohl과 Öffentliches Interesse 등의 개념이 거의 동의어로 사용되는 것처럼(P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl., BWV, 2006, 1970, S. 38; J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: J. Isensee/ P. Kirchhoff[hrg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., C. F. Müller, 1996, S. 3ff, Rn. 2에서도 공공복리와 공적 이익이 동의어처럼 사용되고 있다.) 공공복리와 공익 등의 개념을 구분하지 않고 사용하기로 하겠다.

33) 이기철, 앞의 논문, 148쪽 참조.

34) 지성우, 앞의 논문, 212쪽; 같은 취지로 최송화, 앞의 책, 머리말 5쪽.

두 번째, 공공복리의 규범 체계적 지위를 밝히기 위하여 선험 논리적이고 정언법적인 공공복리의 의미를 설정하는 경향이 있다. 이 입장은 전체주의적 공공복리 이해와는 달리, 실제로 공공복리를 실현하는 과정에서는 사적 이해관계의 구체적인 조정문제가 수반됨을 설명하고 있다.³⁵⁾ 하지만 이 역시 분명히 추상적인 차원의 공공복리를 상정하고 있다.

이러한 경향에는 공공복리를 국가목적과 연결하여 설명하려는 입장이 해당한다. 이 입장은 국가의 조직과 권한과 절차에 관한 규정 등 국가에 관한 모든 헌법규정은 빠짐없이 일정한 목적에 정향되어 있어야 하는데, 이것이 공공복리라는 것이다.³⁶⁾ 즉 모든 실제적인 국가목표(*Staatsziel*) 이면에 존재하고 그것들의 포괄하는, 이른바 모든 정당한 국가목표의 진수(*Inbegriff*), 즉 국가목적(*Staatszweck*)이 공공복리라는 것이다.³⁷⁾

이 입장은 기본권과 공공복리의 이원적 분리모델이 극복되어야 하고, 공공복리는 기본권 행사를 통하여 실현되어야 할 적극적 과제가 된다고 한다. 결국 공공복리는 기본권 질서의 상위에 존재하는, 추상적인 의미의 절대가치로서의 성격을 갖게 된다.³⁸⁾

한편 공익을 일반 공익과 특수 공익으로 구별하고 이들을 다시 사실적 공익과 진정 공익으로 나누어, 공공복리를 다층적이고 복잡한 것으로 파악하는 입장 역시 이러한 경향에 포함된다. 이 입장도 진정공익의 실현은 국가구성원 모두의 진정한 이익을 말하기 때문에, 진정한 공익과 진정한 사익 사이에 모순이 야기될 수 없다고 한다.³⁹⁾

2) 공공복리의 조화 이론적 논증 경향

추상적 논증방식과는 정반대의 출발점에서 공공복리를 논증하려는 경향이 존

35) J. Isensee, a.a.O., Rn. 88 이하 참조.

36) J. Isensee, a.a.O., Rn. 1, 2 참조.

37) J. Isensee, a.a.O., Rn. 116 참조.

38) 김명재, 헌법상 공공복리의 개념과 실현구조, 공법학연구 제8권 제2호, 2007, 3-35(9-12)쪽 참조.

39) 이를 Wolff의 객관주의적 공익론이라고 설명한다. Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht, Bd. I, 11. Aufl., C. H. Beck, 1999, § 29, Rn. 8; Wolff의 이론에 대한 우리말 설명으로는 최송화, 앞의 책, 102쪽 이하; 지성우, 앞의 논문, 222쪽 등 참조.

재한다. 즉 공공복리를 추상적으로 설정하는 것이 아니라 개인적 경향 내지 사회적 이해관계만을 설정하고, 이를 통하여 직접 공공복리를 논증하는 경향이다. 여기에도 서로 다른 두 가지 경향이 포함된다.

첫 번째, 사람들이 그의 행위를 공공복리에 지향되도록 하는 개인적인 관심 또는 개인적인 경향을 - 예컨대 자연, 사랑과 같은 방식으로 - 자명한 것으로서 주어져 있다고 간주하는 경향이 있다.⁴⁰⁾ 공공복리의 문제를 자연적인 '도덕 감각'으로부터 출발하여 이해하는 18세기 이론들이 대표적이라고 한다.⁴¹⁾

두 번째, 공공복리가 개인이 스스로의 복리를 이기적으로 지향함으로써 곧바로 달성된다고 이해하는 경향이다.⁴²⁾ 이를테면 시장에서의 자유로운 경제활동만 보장되면, '보이지 않는 손'에 의하여 공공복리가 자동적으로 달성된다는, 이른바 시장경제원칙에 입각한 설명이 이에 해당한다.⁴³⁾

이 두 경향 중, 전자는 인간의 이타심, 후자는 인간의 이기심이라는 전혀 다른 지점에서 출발하고 있다. 따라서 양자는 전혀 공통점이 없는 것으로 보일 수 있다. 하지만 공공복리를 논증하는 방식에 있어서, 양자는 결정적인 유사성이 있다.

전자의 경향은 공공복리를 개개인의 자연적인 '도덕 감각'의 문제로 치환해 버림으로써 공공복리에 근거하여 공동체의 문제를 적극적으로 해결하는 것은 거의 불필요한 일로 만들어 버린다. 후자의 경우 공공복리의 달성을 위해서 공공복리에 대한 최소한의 도덕 감각조차도 필요하지 않게 된다. 오로지 이기적인 개인들과 자유로운 시장만 있으면 공공복리는 자동적으로 달성되게 된다.

이처럼 공공복리는 자동적으로 달성될 수 있으며, 따라서 이를 적극적으로 추구하지 않아도 된다고 보는 입장들을 총칭하여, 이른바 조화 이론적 논증 경향

40) K. Seelmann, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., C. H. Beck, 2004, S. 202.

41) Hutcheson, An Inquiry into the Original of our Ideas of Beauty and Virtue, S. 107ff(K. Seelmann, a.a.O., S. 202에서 재인용).

42) K. Seelmann, a.a.O., S. 202f; 오늘날의 이른바 신자유주의 역시 이러한 논증 경향에 해당한다고 할 수 있다. 예컨대 미세스는 "자유주의는 언제나 어떤 특정 집단이 아닌 전체를 위하여 좋은 것이 무엇인지를 생각해 왔었다."(L. v. Mises, 이지순 역, 자유주의, 한국경제연구원, 1995, 40쪽)고 하면서 부의 불균등 분배의 긍정적 역할을 주장하고(같은 책, 73쪽 이하), 시장에 대한 정부의 간섭을 비판(같은 책, 132쪽)하는 등 시장을 통한 공공복리 달성이라는 취지를 주장하고 있다.

43) 예컨대 A. Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, The Modern library, 1937, Book IV ch. II.

이라고 이름 붙일 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

3) 공공복리의 구체적 논증 경향

오늘날 제기되고 있는 상당수의 공공복리의 논증 방식은 구체적인 사적 이해관계 속에서 어떻게 하면 공공복리를 인식하고 추구할 수 있는가의 문제에 집중하고 있다. 이를 공공복리의 구체적 논증 경향이라고 이름 붙일 수 있을 것이다.

예컨대 일부 학자는 구체적인 상황에 따라 공공복리와 사익은 상반될 수도 있고, 서로 일치할 수도 있는 복잡한 관계에 있음을 인정하는 전제에서, 공공복리의 형성과 국가적 의사형성 사이의 관계를 논하고 있다. 이 의견은 민주주의에서 일반의사는 다수의 의사이고, 일반적 이익 즉 공익도 다수의 이익이라고 하며, 공공복리를 도출하기 위한 가장 좋은 절차는 국민투표라고 한다.⁴⁵⁾

한편 다른 학자는 객관적 이익은 존재하지 않으며, 국가의 이익이라는 것도 언제나 인간의 이익으로 환원될 수 있어야 하고, 민주주의에서는 모든 국민의 이익으로 환원될 수 있어야 한다는 전제에서 논의를 한다. 그리고 오늘날 대의제 민주주의 하에서 어떤 목적을 공익의 지위로 격상시킬 수 있는 권한은 입법자에게 부여되어 있으며, 이러한 입법의 기준은 비례의 원칙이라고 주장하고 있다.⁴⁶⁾

유사한 취지의 입장은 이외에도 다수가 존재한다. 국가현실에서 공공복리를 구체화하는 양상을 분석하면서 입법부, 사법부, 행정부 모두가 공익을 결정하는 주체로서 각각 헌법과 법률에 근거하여 공익 구체화 기능을 수행하고 있다거나,⁴⁷⁾ 입법과 행정과 사법이 형식적으로는 그 기능이 다른 것처럼 보이지만 실질적으로는 공익을 형성하고 구체화한다는 점에서 동일한 지향점을 가지는 것

44) 김비환, 영미 자유주의사상의 공익 개념과 한국에서의 함의, 철학과 현실 제50권, 2001, 36-48(44)쪽.

45) G. Düring의 입장으로서 직접 민주주의적 공익론이라고 표현된다. 자세한 설명으로는 최송화, 앞의 책, 95쪽 이하; 지성우, 앞의 논문, 221쪽 이하; 이기철, 앞의 논문, 177쪽 이하 참조.

46) W. Martens의 입장으로서 대의제 민주주의적 공익론이라고 표현된다. 자세한 설명으로 최송화, 앞의 책, 107쪽 이하 참조.

47) R. Uerpmann의 입장으로서 기능이론적 공익론이라고 표현된다. 자세한 설명으로 최송화, 앞의 책, 134쪽 이하 참조.

으로 이해할 수 있다는 입장⁴⁸⁾ 등이 제기되고 있다.

4) 공공복리 논증의 기본 방향 : 구체적·적극적 개념으로서 공공복리

이처럼 공공복리에 관한 논증은 다양한 차원에서 복잡하게 이루어지고 있다. 이러한 각각의 논증 경향들은 일정한 문제점을 가지고 있지만, 현대에 있어서도 여전히 유용한 이론 틀을 제공하고 있음을 부인할 수 없다. 그런데 이러한 검토를 통하여 공공복리를 논증함에 있어서 금기시해야 할 몇 가지 사항을 발견하게 된다.

첫 번째로, 공공복리의 내용적 토대를 지나치게 추상적이고 선형적 가치에서 찾는 것은 위험하다는 점이다. 권력자가 공공복리의 내용을 일방적으로 정의내리고 이에 대한 국민들의 일방적인 복종을 강요할 가능성이 높다. 극단적인 경우 이러한 권력자의 자의는 공공복리를 통해 정작 그 공동체 구성원과 기타 사람들에게 무참한 인권침해를 가할 수 있다.

이러한 위험성은 전체주의적 공공복리 이해에서 가장 잘 드러난다. 하지만 그에 한정된 것만은 아니다. 예컨대 공공복리의 규범 체계적 지위를 설정하기 위하여 이를 추상적으로 논증하는 입장도, 그것의 본래 의도와는 다를 지라도, 권력자의 자의에 의하여 악용될 위험은 있다.⁴⁹⁾

뿐만 아니라 공공복리의 조화 이론적 논증 경향 역시 이러한 위험성을 일부 공유하고 있다. 개인의 도덕감각을 공공복리 문제의 핵심에 둔다면, 공공복리는 일종의 선형적 가치와 가까워질 것이다. 자유로운 시장의 작용을 통해 공공복리가 당연히 달성될 것이라는 믿음도 현실에서는 존재하지 않는다⁵⁰⁾ 자유시장이라는 가치를 공공복리의 미리 주어져 있는 선형적 내용으로 간주하게 될 위험이 있다.

두 번째로, 이른바 공공복리에 대한 규범적 회의주의가 극복되어야 한다. 이 문제점은 공공복리의 적극적인 규범적 기능을 상정하지 않는, 이른바 조화 이론적 논증 경향에서 두드러진다고 할 수 있다.⁵¹⁾

48) P. Häberle, aa.O., Fn. 32, S. 240ff.

49) 최송화, 앞의 책, 107쪽 참조.

50) K. Polanyi, 홍기빈 역, 전 세계적 자본주의인가 지역적 계획경제인가 외, 책세상, 2002, 53쪽 이하 참조.

51) 한편 규범의 기능 일반에 대한 본질적 회의를 가지고 있는 이른바 수사(Rhetoric)이론은

그러나 조화 이론적 논증 경향에서 말하는 것과는 달리, 현실에 있어서 개인들이 도덕감각을 발휘하기 보다는 극단적인 이기심을 추구하고, 시장은 공공복리와 관계없이 끝없는 경제적 이해갈등만이 만연해 있는 현상을 쉽게 관찰할 수 있다. 이러한 상황에서 공공복리의 의미를 거의 무의미한 것으로 축소시키는 것은 적절하지 않다.

우리 헌법 역시 제37조 제2항 등에서 입법자가 제정한 법률을 매개로 공공복리가 적극적인 기능을 담당할 것을 예정하고 있다. 동 조항의 규범력을 부인하지 않는 이상 공공복리가 기본권을 정서함으로써 사적 이해관계의 적극적 조정 역할을 수행함을 부인할 수 없을 것이다.

결국 공공복리는 추상적으로가 아닌 구체적으로, 소극적으로가 아닌 적극적으로 논증되어야 한다. 따라서 공공복리에 관한 세 번째 논증 경향, 즉 구체적인 논증 경향이 가장 타당한 논증방식이라고 이해할 수 있다.

3. 공공복리의 기본적 의미

이상의 검토를 기초로 하여 공공복리의 기본적 의미를 생각해 보면 다음과 같다. 우선 공공복리를 말함에 있어서 일정한 공동체라는 관념을 전제하지 않을 수 없다. 하지만 공공복리는 추상적인 공동체 자체를 위한 이익이 결코 아니다. 공동체와 결합되어 있는 공동체 구성원의 - 기본권이라는 말로 대표되는 - 구체적인 이익과 관련하여 이해되어야 한다.

그리고 공공복리는 기본적으로 공동체 구성원 일부가 아닌 일반의 이익을 의미한다. 하지만 이것은 지나치게 막연한 정의이다. 실제로 있어서 공동체 구성원 모두에게 일률적으로 이익이 되는 어떤 것을 말하는 것은 불가능에 가깝다. 공동체 내의 모든 재화는 언제나 구성원 모두를 만족시킬 수 있을 정도로 충분한 것은 아니기 때문이다.

이 때문에 공공복리는 불가피하게 공동체 내의 한정되어 있는 재화를 구체적으로 분배하는 문제와 연결될 수밖에 없다.⁵²⁾ 특히 공공복리는 공동체 내 재화

불변의 도덕적 원리들에 기반 한 법의 “최종근거”에 대한 추상적인 논증을 수용하기를 거부한다. 이러한 이론경향에 따르면 공공복리의 규범적 기능에 대하여도 본질적인 회의가 발생될 것이다. 수사이론에 대한 설명으로는 J. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, Univ. of Pennsylvania Press, 1996, pp. 62-72 참조.

52) “공공복리는 우선적으로 특정 계급의 이익 또는 욕구와 똑같이 취급되는 것은 아니다.

의 '정당한 분배'와 연결되어 있는 개념이다.

물론 재화를 정당하게 분배한다는 것은 좀처럼 완성될 수 없는, 마치 시시포스의 노동과 같은 일이다. 따라서 공공복리는 재화가 정당하게 분배되어있는 '상태'가 아닌, 정당하게 분배해야 한다는 '과제'를 의미하는 개념이라고 이해할 수 있다. 바로 이 점 때문에 공공복리에 관한 논의는 그것의 개념 정의보다는 그것을 실현하는 과정 및 방법에 집중될 수밖에 없는 것이다.

IV. 공공성을 매개로 한 공공복리의 의미 구체화

1. 공공성과 공공복리의 관계 : 공공성의 개념요소로서 공공복리

이상 검토한 것만 종합해 보아도 공공성과 공공복리를 막연히 동의어로 생각하는 것은 무리가 있다는 것을 쉽게 알 수 있다. 일단 공공성은 공개성을 출발점으로 삼는 개념이지만, 공공복리는 공동체 구성원의 재화 분배에 초점을 맞추고 있는 개념이기 때문이다.

하지만 그럼에도 양자는 매우 밀접한 관계를 맺고 있는 개념이다. 특히 앞서 공공성 개념을 체계화 하면서 그것의 과제의 측면을 *salus publica*라는 용어로 설명하였다. 이 용어를 신중하게 생각해 보면 공공성과 공공복리의 밀접한 관계를 이해할 수 있다.

salus publica, 즉 건전한 공동체란 그 공동체 내부의 구성원들 사이에 정당한 기준에 의한 재화의 분배가 이루어지고, 따라서 공동체 구성원들이 그 공동체의 정당성을 승인하는 공동체라고 말할 수 있다. 즉 공공복리가 인식되고 추구되는 공동체라는 말과 다르지 않다고 본다. 이 때문에 키케로는 정당한 국가(*res publica*)는 공공복리 위에서 형성된다고 말한 것이다.⁵³⁾

대략 모든 시민 복리의 동등한 촉진 그리고 대략 부담의 동등한 배분이 원칙적으로 추구된다(BVerfGE 5, 85[197f.])."; K. Seelmann, a.a.O., S. 201 참조; 참고로 공공복리가 국가의 선험적 목적에 해당하는가, 아니면 재화의 분배와 관련되어 있는가의 문제는 이미 오래전부터 고민되어 온 것으로 보인다. 예컨대 "국가의 이성은 분배적 정의보다 상위에 위치한다. 인민의 안녕이야말로 최상의 법이며 이를 위해 군주는 공공선이 요구할 경우 개인의 이익을 희생시킬 수 있는 것이다(Sorbière, réflexions politiques sur la sagesse du Roy, et la fidélité de ses ministres, faites en sept. 1664 à Nantes(임승휘, 절대왕정의 탄생, 살림, 2004, 57쪽에서 재인용))"라는 표현을 보면 짐작할 수 있다.

따라서 공공성의 세 가지 개념요소 중 하나인 *salus publica*의 실체는 공공복리에 있다고 할 수 있다. 이로써 공공복리는 공공성의 개념 요소 중 하나가 된다. 결국 수적 제한이 없는 자유롭고 평등한 시민이 개방적인 대화와 토론을 통하여 달성하려는 것은 바로 공공복리이다.

2. 공공복리를 실현하는 원칙적인 방법

앞서 공공복리에 관한 논의가 그것을 실현하는 과정 및 방법에 집중될 수밖에 없음을 언급하였다. 그런데 공공성 개념 안에서 공공복리를 검토함으로써 공공복리를 실현하는 원칙적인 방법에 대하여 말할 수 있게 된다.

공공성의 세 개념요소, 즉 *populus*, *salus publica*, *Publizität*는 서로 간에 우월관계나 선후관계가 있는 개념이 아니며, 서로 분리될 수도 없는 개념이다. 공공성의 주체, 과제, 절차는 서로가 서로를 규정짓고 설명함으로써 공공성이라는 포괄적 개념의 의미를 그려 낸다.

따라서 수적 제한이 없는 자유롭고 평등한 시민이 개방적인 대화와 토론을 통하여 달성하려는 것이 공공복리라는 말이 가능하다면 다음의 말도 성립할 수 있게 된다. “공공복리는 수적 제한이 없는 자유롭고 평등한 시민이 개방적인 대화와 토론을 통하여 실현될 수 있다.”⁵⁴⁾

공공복리가 이러한 방법으로 실현될 수 있다는 설명이 지나치게 이상적이라는 지적이 가능하다.⁵⁵⁾ 하지만 이러한 지적은 공공성의 의미가 현실을 정당화하는 데에 있는 것이 아니라는 점을 간과한 것이다. 즉 공공성 개념을 기초로, 공공복리를 실현하는 과정에서 나타나는 문제가 무엇인지 확인하여 정리하고, 일관된 해결책을 모색하는 것이 우리의 과제가 된다.⁵⁶⁾

53) Cicero, *De re publica*, I, 25(J. Isensee, a.a.O., Rn. 4에서 재인용).

54) 조한상, 앞의 논문 각주30, 101-102쪽.

55) 특히 이것은 Habermas 이론의 이상적 성격에 대한 지적과 같은 맥락의 것이다. 이 점에 대하여는 장명학, 하버마스의 공론장 이론과 토의민주주의, 한국정치연구 제12집 제2호, 2003, 1-35(32)쪽; 이남석, 차이의 정치: 이제 소수를 위하여, 책세상, 2001, 50쪽 이하 참조.

56) 이것은 공공성이 사실적 개념을 넘어서서 규범적인 성격을 가지고 있는 개념이라는 점에 기초하여 이해할 수 있다(R. Smend, a.a.O., S. 470f).

3. 공공복리의 기본적 실현구조

1) 공공복리 실현구조 검토의 필요성

결국 다음과 같은 수많은 문제들이 제기될 것이다. “소수자만이 참여하는 의사결정과정을 어떻게 하면 많은 시민의 참여에 의하여 가능하게 할 수 있는가?” “부자유하고 불평등한 시민들을 어떻게 하면 자유롭고 평등하게 할 수 있는가?” “폐쇄적인 의사결정 과정을 어떻게 개방적인 것으로 만들 수 있는가?” 등의 질문들이 그 예이다.

그러나 이러한 질문들에 일일이 대답하는 방식으로는 공공복리의 의미를 구체화하는 작업을 성공시키는데 한계가 있으며, 오히려 이해의 혼란을 가져올 여지도 있다. 따라서 공공복리의 실현구조를 개략적으로나마 그려 보는 시도가 필요하다.

2) 기본적 실현구조의 개관

(1) 출발점 : 이익의 다원성

공공복리를 둘러싼 재화의 분배과정에서는 언제나 다양한 이해관계가 주장되고 갈등이 수반된다. 공공성은 수적 제한이 없는 자유롭고 평등한 시민들의 참여를 말하고 있다. 따라서 원칙적으로 모든 이해 주장은 존중되어야 하며, 처음부터 배제되어서는 안 된다.

특히 이 점은 우리 헌법상 민주주의 원리가 내포하고 있는 다원주의가 말하는 취지와 동일하다. 다원주의란 “자신의 입장에 대해 상대적 정당성만을 주장하며 서로를 관용하는 가치상대주의”가 정치의 영역에서 발현된 것이라고 할 것이며, “다원적 이해관계가 자유롭게 표현되며, 또 그것이 정당화되는 정치과정”을 의미한다고 정의되기 때문이다.⁵⁷⁾

(2) 민주적 의사형성을 통한 이해의 조정

57) 다원주의의 의미에 대하여 장영수, 앞의 책, 167-168쪽; E. Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, 1964 참조.

이러한 재화의 분배가 정당한지 여부는 발생한 이해의 갈등이 정당하게 조정되었는가에 달려 있다. 공공성 개념은 개방적인 대화와 토론을 통하여 공공복리가 추구되어야 함을 말하고 있다. 따라서 이해 조정의 기준 역시 선형적으로 주어져 있는 것이 아니며, 개방적인 대화와 토론이라는 공공성의 절차에 의하여 구체화되어야 한다.

우리 헌법상 공동체의 의사소통 과정은 민주적 의사형성이라는 말로 표현된다.⁵⁸⁾ 민주적 의사형성을 통하여 정당한 재화 분배의 기준이 마련되고 추구되며, 아울러 이에 따라 국가는 구체적인 작용을 하게 된다. 이러한 이유 때문에 앞서 언급한 공공복리의 구체적 논증 경향의 많은 이론들은 직접민주제적 방식으로 아니면 민주적 입법자를 통하여, 아니면 여러 국가기관의 기능에 근거하여 공공복리가 인식되며, 추구되고 있음을 주장하고 있는 것이다.

다만 이러한 이론들에는 몇몇 문제점이 제기된다는 것을 알 수 있다. 예컨대 직접민주제적 방식에 의하여 공공복리가 확인되고 추구된다는 견해는 직접민주제가 빈번하게 독재자에게 악용된다는 비판에 직면하게 될 것이다. 대의제적 방식이 중요하다고 보는 견해 역시 오늘날 의회가 공공복리를 대변하고 있다고 자신 있게 말하기는 어려울 것이다.

이러한 문제를 해결함에 있어서 공공성 개념이 말하는 대화와 토론은 이른바 담론적 의사소통이라는 점이 실마리가 될 수 있다. 이 때문에 시민사회에서 이루어지는 적극적인 대화와 토론, 그를 통한 검증과 통제는 기존의 민주적 의사형성 과정의 문제점의 대표적인 보완책으로 여겨지고 있는 것이다.

(3) 법치주의에 의한 보완

공공성의 절차 또는 민주적 의사형성에 따라 이루어지는 대화와 토론 역시 일정한 규율 안에서 이루어져야 한다. 그렇지 않을 경우 이해의 주장은 이해의 강요가 될 수 있고, 설득의 과정은 끝없이 맴돌기만 할 수도 있다. 만약 그렇게 되면 공공복리가 아닌 무질서와 혼란만이 야기될 수 있다. 이러한 주장과 설득 과정에 대한 기본적인 규율은 헌법상 법치주의 원리가 근거 짓는다.⁵⁹⁾

58) 민주적 의사형성의 의미에 대하여는 장영수, 앞의 책, 154쪽 이하 참조.

59) 법치주의의 의미에 대하여는 장영수, 앞의 책, 182쪽 이하 참조.

한편 공공성은 끝이 없는 대화와 토론 과정을 가장 이상적인 것으로 여기지만, 이것이 현실에서 언제나 관철될 수는 없다. 이 때문에 민주적 의사형성은 불가피하게 다수결에 의한 결정을 원칙으로 삼는다. 이것이 자유와 평등의 이념에 비추어 그나마 최선의 방법이기 때문이다.

물론 이러한 다수결 역시 충분한 대화와 토론, 설득과 납득을 전제로 이루어져야 하지만, 언제나 그러한 것은 아니다. 따라서 민주주의에 대하여 다수에 의한 소수의 지배로 전락할 위험이 있다고 늘 경고되고 있다. 법치주의에 근거한 규율은 공공복리를 가장한 다수의 횡포를 막고, 소수자를 보호하는 역할을 해야 하는 것이다.⁶⁰⁾

V. 결 론

지금까지 공공성의 개념을 고찰하였고, 공공성이 우리의 사회적 법치국가 헌법 하에서 전면적이고 핵심적인 비중을 갖고 있음을 밝혀 보았다. 아울러 공공복리의 개념, 여러 가지 논증 방법과 올바른 논증 방향 등에 관하여 살펴보았다. 공공복리를 추상적·소극적이 아닌 구체적·적극적인 방법으로 논증해야 함을 주장하였다.

그리고 공공성과 공공복리는 매우 밀접한 개념으로서, 공공복리가 공공성의 세 가지 개념 요소 중 하나라는 것을 해명하였다. 나아가 공공성 개념 안에서 공공복리의 개략적인 실현구조가 밝혀질 수 있음을 말하였다.

물론 이상의 고찰은 일정 부분 시론적 차원에 머물러 있다. 특히 공공복리의 의미 해명 작업은 실마리를 제공하는 수준에 머물렀고, 또 그럴 수밖에 없었다. 이처럼 공공성과 공공복리 개념은 개관조차 하기 힘든, 복잡하고 난해한 개념이다. 이러한 사실을 확인하면서, 이 개념을 깊은 고민 없이 사용하고 있는 우리 현실이 다시 한 번 놀랍게 여겨진다.

공공성과 공공복리 개념을 단지 수사적인 수준에서 벗어나게 하고, 장차 법학적 논증과정에서도 생산적 기여를 할 수 있는 개념이 되도록 하는 것은 분명 우리에게 주어진 시급한 과제이다. 앞으로 공공성과 공공복리의 의미와 내용에

60) 법치주의와 공공복리의 관계에 대하여는 A. Rincken, a.a.O., Fn. 7, S. 36ff 참조.

관하여 보다 깊이 있는 고찰이 이어지기를 기대한다.

주제어 : 공공성, 공공복리, 공익, 의사소통적 합리성, 민주적 의사형성

참 고 문 헌

- 계희열, 헌법학 상, 박영사, 2002.
- 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 2003.
- 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 2003.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2006.
- 최송화, 공익론, 서울대 출판부, 2002.
- L. v. Mises, 이지순 역, 자유주의, 한국경제연구원, 1995.
- J. J. Rousseau, 이태일 역, 사회계약론(외), 범우사, 1994.
- K. Polanyi, 홍기빈 역, 전 세계적 자본주의인가 지역적 계획경제인가 외, 책 세상, 2002.
- 김명재, 헌법상 공공복리의 개념과 실현구조, 공법학연구 제8권 제2호, 2007.
- 김비환, 영미 자유주의사상의 공익 개념과 한국에서의 함의, 철학과 현실 제 50권, 2001.
- 박성수, 공공영역의 이념: 역사적 소묘, 문화과학 제23권, 2000.
- 서원우, 현대 행정법과 공공성 문제, 월간고시 제139호, 1985.
- 이기철, 공공복리 내지 공익의 개념, 토지공법연구 제18집, 2003.
- 장명학, 하버마스의 공론장 이론과 토의민주주의, 한국정치연구 제12집 제2호, 2003.
- 조한상, 헌법 제37조 제2항 “공공복리” 개념에 관한 고찰, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006.
- , 헌법에 있어서 공공성의 의미, 공법학 연구 제7권 제3호, 2006.
- 지성우, 법학적 의미에서의 ‘공익’ 개념에 대한 고찰, 성균관법학 제18권 제3호, 2006.
- P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl., BWV, 2006, 1970.
- J. Habermas, Faktizität und Geltung, Suhrkamp, 1992.
- , Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 2. Aufl., Suhrkamp, 1997.

- _____, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuauflage, Suhrkamp, 1990.
- J. Herget, Contemporary German Legal Philosophy, Univ. of Pennsylvania Press, 1996.
- S. Holmes, Gag rules or the politics of omission, Constitutionalism and Democracy, Cambridge Univ. Press, 1988.
- J. Locke, An Essay Concerning Human Understanding, e-book : <<http://www.netlibrary.com/>>.
- W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, Gehlen · Bad Homburg, 1969.
- O. Negt/ A. Kluge, Öffentlichkeit und Erfahrung, Suhrkamp, 1972.
- A. Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, Duncker & Humblot, 1971.
- K. Seelmann, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., C. H. Beck, 2004.
- A. Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, The Modern library, 1937, Book IV ch. II.
- Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht, Bd. I, 11. Aufl., C. H. Beck, 1999.
- S. Benhabib, Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas, in: ed. C. Calhoun, Habermas and the Public Space, MIT Press, 1992.
- P. Häberle, Öffentlichkeit und Verfassung, ZfP 16, 1969, S. 273-287, wieder abgedruckt in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, Duncker & Humblot, 1978.
- J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: J. Isensee/ P. Kirchhof[hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl., C. F. Müller, 1996.
- I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kant Werke in zehn Bänden, Bd. 6, Wissenschaft Buchgesellschaft, 1956.
- A. Rinken, Geschichte und heutige Valenz des Öffentlichen, in: G. Winter(hrsg.), Das Öffentliche heute, Nomos, 2002.
- E. Schmidt-Aßmann, Rechtsstaat, in: J. Isensee/ P. Kirchhof[hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., C. F.

Müller, 2004.

- R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und Öffentlichkeit, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., Duncker & Humblot, 1994.

[Abstract]

The Public and Common Good

Cho, Han-Sang

Professor, Cheongju Univ

The Public(Öffentlichkeit) is a concept used frequently in our society and our learned circles of law. Such jurisprudence as constitutional law, administrative law, and criminal law etc. have hitherto been called as 'public' law. Like this, the public is a focal concept in law. But previous researches - especially, legal researches - on this concept were very insufficient. In this report, I tried to clarify systematically the meaning of the public in law.

The common good(Gemeinwohl) is also one of the concepts that are used frequently, but not definite. Originally, this concept is related to a political community and its members. This concept has been considered as general interest. However, there are three way to describe the common good. Among them, the so-called concrete reasoning trend is most suitable. The common good therefore has to be proved as just distribution of political and social property. On the strength of this consideration, I tried to clarify the basic meaning of the public in the law.

Lastly, I considered relations between the public and the common good. The common good is a constituent of the public. In conclusion, the common good is decided and materialized through free, equal and open discours. According to this consideration, I tried to make a sketch of the common good's basic materialization structure.

The public and the common good have to get out of a rhetorical level and become productive devices in the law and the legal study. I anticipate that these concepts are studied more deeply and prudently.