

헌법재판과 신당사자주의

서 원 우

헌법재판소 자문위원

서울대학교 법대 명예교수

- 목 차 -

I. 머리말

II. 재판당사자와 재판절차과정

III. 사실과 법의 결합으로서의 소송활동행위

IV. 가치로서의 「대화」의 도덕성·법리성

V. 맺는말 - 세 가지 방향의 시사점

I. 머리말

1. 헌법재판의 목적·기능을 논하는 경우, 거기에는 사권보장형과 헌법보장형의 두 가지 경우를 생각할 수 있다.¹⁾ 그러나 특히 환경재판과 같은 현대형재판이라 불리우는 재판류에서 흔히 볼 수 있는 것과 같이 그것이 패소판결로 끝나버린 어떤 사례 가운데는 재판을 제기한 측의 당사자의 사적권리는 보호되지 않고, 또한 위헌상태아래 놓여진 불특정 다수인의 권리·자유가 보호된 것으로 볼 수 없음에도 불구하고 소송당사자에 대하여 어떤 일정한 만족감을 주고 있는 것이 아닌가 생각되는 경우를 종종 엿볼 수가 있다.

알기 쉬운 예로 이른바 혐연권재판에 있어서는 종국판결에 나타난 이론만에 의하는 한, 혐연권의 법적권리성은 부정되며 금연차량설치청구는 배척되어 위생행정의 태만은 방치됨으로써 전면패소가 되고 있는데도 불구하고 소송외에서는 금연권활동이 높아짐으로써 유형무형의 정치적 압력이 생겨 금연차량설치 등과 같은 행정조치가 사실상 비약적으로 진정되었기 때문에 원고 내지 청구인측은 재판의 목적은 달성된 것이나 다를 바 없는 실질승소를 선언하는 예가 없지 않다.

이러한 경우, 당해 재판에 직접 종사하고 있는 당사자의 인식 속에 있는 헌법재판상은 헌법전의 해석으로부터 도출된 헌법재판상과는 사뭇 다른 것이 아닌가 생각된다. 즉 전자가 헌법이라는 것을

1) 허영저, 한국헌법론, 1994, 798 - 800면; 권령성저, 헌법학원론, 1996, 990면; 芊澤信義저, 憲法訴訟의現代的展開, 1981, 4면 이하 등 참조.

헌법재판당사자(헌법을 분쟁의 현장에서 적극적으로 원용하고 있는 자)의 내적관점에서 관찰한 결과라고 한다면, 후자는 법의 지배·인권보장·권력분립 등과 같은 기본적인제적가치원리에 입각한 규범적 구성물이라 할 수 있는 것이다. 그리고 이른바 헌법재판이라는 것이 권리장전의 정치한 재판규범적재구성과 그 현실화를 위한 제 기술(소송요건론·위헌심사기준 등)을 추궁함으로써 국가권력의 자의적행사를 통제해야 할 규범체계의 제시를 위한 시도인데 대하여 헌법재판당사자가 실제로 종사하고 있는 헌법재판의 모습은 보다 주관적·직관적 혹은 사실상의 것이며, 그것은 규범으로부터의 효과로서 법이론적으로 논하기 어려운 면을 지니고 있는 것이다.

2. 확실히 「실질승소」라고 하는 결과를 가져오게 한 절차로서의 헌법재판이라고 하는 명제가 의미하는 바는 규범적 사유와는 분리되어 별도로 평가되어야 할 사실적·정치적인 현상에 불과할지는도 모른다. 그러나 법이론적으로는 아무런 적극적인 인권보장적 효과를 야기시킴이 없이 끝나 버린 당해 헌법재판 속에 헌법규범논리체계의 연원·중심인 개인=인격적존재 자신이 스스로의 재판행동을 통하여 거기에서 어떤 상당한 가치(더욱이 헌법재판에 의해서 밖에는 실현될 수 없는 가치)의 실현을 얻을 수 있었다면, 그것은 국가행위의 취소나 피침해이익의 회복과는 상이한 재판당사자 개인의 인격과 밀접하게 관련된 헌법적가치가 이 경우에 충족되어 있는 것으로 볼 수는 없을 것인가. 만약 그렇다고 할 것 같으면, 이러한 헌법적가치의 형수를 나타내는 개념으로서의 「실질승소」가 가지는 의미는 법이론적으로도 논해질 수 있는 것이 아닌가 하는 생각이 들게 되는 것이다.

이 경우, 분석의 대상이 되는 것이 헌법재판당사자의 재판행동이

라 할 수 있다. 법적으로는 그야말로 패소판결이라 할 수 있는 것에 헌법적가치의 실현이라는 점에서 무엇인가를 논할 수 있는 실질이 있을 수 있다고 한다면, 그것은 그들이 헌법재판이라고 하는 법적분쟁과정에 있어 무엇을 어떻게 생각하며, 어떻게 행동함으로써 헌법적론점과 대치하였는가라고 하는 과정 그 자체의 해명으로부터 밖에 얻을 수 없는 것이 아닌가 생각된다.

헌법재판당사자는 규범이 사실로 되고, 사실이 규범으로 되어지는 공간에서 살고 있다. 기존의 헌법재판론을 규범의 현실화·사실화를 도모하는 이론이라고 규정한다고 할 것 같으면, 재판당사자에 착안하는 헌법재판론은 주관적인 현실·사실이 보편적인 가치·규범으로 전환해 가는 조치를 그 대상으로 하는 것이다. 재판당사자란 전자의 헌법재판관에 있어서는 규범의 적용을 받고 보호되어야 하는 객체이지만, 후자에 있어서는 단순한 객체에 머물지 않고 행동하는 가치 그 자체, 규범 그 자체라 할 수 있다. 전자는 보다 경고하게 제도화되고 규범화되고 안전화된 정태적체계를 지향하는데 대하여 후자의 관심사는 헌법재판의 규범적통제보다는 오히려 기존의 재판제도가 가지는 의미가 당사자의 사실적현실적재판활동의 전개에 의하여 새로운 가치가 부여되며 가치적변모를 이룩해 가는 동태를 올바로 평가하는 것이다.

이와 같이 「헌법재판에 있어서의 당사자」라고 하는 시각으로부터 헌법재판을 검토한다는 것은 헌법재판을 사권보장·헌법보장과 같은 헌법규범이 예정하거나 혹은 헌법규범으로부터 추론되는 효과발생의 장치로서가 아니라, 말하자면 재판 내지 소송당사자=인격적존재로서의 개인 스스로의 손에 의한 헌법적가치의 창출의 장으로서 파악하려는 것이다. 이것은 거꾸로 말하자면, 이러한 가치 혹은 장을 보장한다고 하는 종래 그다지 주목되어 오지 못한 보장기능을

헌법재판으로부터 끌어낼 수 있는 가능성까지도 내포한 시각이라 할 수 있다.

II. 재판당사자와 재판절차과정

1. 재판당사자라고 하는 개념을 헌법재판론과 연관시키기 위한 이론적인 포석으로 우선 먼저 최근의 민사소송법학계의 유력한 이론의 하나인 「절차보장의 제3의 물결」 이론을 검토해 보기로 한다.²⁾

그것은 「제3의 물결」 이론(이하 이렇게 부르기로 한다)이 제도적·이론적인 안전성·확실성·형식성으로의 지향이 강한 절차법의 영역에 있어서 그 주관성·동태성 때문에 이론화가 방치되어 온 소송당사자의 행동을 소송절차이론의 핵을 이루는 규범적명제로서 구성하는 것에 성공하고 있는 것으로 생각되기 때문이다.

2. 이 「제3의 물결」 이론에 의하면, 소송목적론을 둘러싼 이제까지의 여러 학설에는 판결이라고 하는 결과에 의하여 무엇을 달성할 것인가라고 하는 판결결과만을 염두에 두어 소송의 목적·기능을 생각하는 경향(결과지향적사고)이 강하고, 소송의 프로세스 자체에 착안하여 소송과정에 있어서의 당사자간의 대응관계가 이룩할 기능·가치를 올바르게 평가한다고 하는 시각(과정지향적사고)에 아

2) 「제3의 물결」 이론에 관해서는 정동윤저, 민사소송법, 1995, 159면 이하 ; 강현중저, 민사소송법, 1993, 27-36면 ; 井上治典, 「手續保障の第3の波」 法學教室28, 29號(1983) ; 同 「紛爭過程における裁判の役割」 講座民事訴訟, 1984 ; 田中成明著, 現代法理論, 1984, 264면 이하 동참조.

쉬움이 있었다. 거기에서는 당사자 상호간에서 어떠한 역할과 이니셔티브를 작용함으로써 대화·논쟁을 전개하고, 합의도달에로 향해서 소송 절차를 수행해 나가는 거라고 하는 소송과정 자체의 모습·역할·고유의 가치 등은 거의 돌보아지지 아니하였던 것이다.

그러나 소송이 실제로 수행하고 있는 역할, 예컨대 소송을 제기하고, 어느 정도까지 원칙(rule)에 상응한 논쟁을 전개함으로써 쌍방의 엷힌 주장에 대하여 그것을 풀어헤칠 전망이 서고, 재판외의 교섭도 촉진되어 화해·협약이 성립되어 소송이 취하되는 사례라든가, 분쟁 사항의 기본적인 부분만을 소송 절차에서 다루게 하여 그 귀추를 살펴본 다음, 파생적인 권리 의무 관계에 대해서는 조정·화해·협약 등과 같은 다른 분쟁 처리 절차에 의한 최종적 해결을 도모하는 사례 등도 정당한 평가의 대상으로 고려에 넣은 소송목적론을 확립하기 위해서는 소송 절차의 결과로서의 중국판결만이 아니라 그것에 이르기까지의 절차의 프로세스 전체가 가지는 가치에 대해서도 조명해 보지 않으면 안 된다.

그리하여 이러한 시각에 입각할 경우에는 소송 내지 재판의 역할이란, 중국 판결의 제공이라기보다는 오히려 소송절차과정에 있어서의 당사자의 실질적인 대등화를 도모하는 가운데 마땅히 있어야 할 원칙(rule) 아래에서의 이론적인 대화를 행하게 함으로써 소송 전·소송외에서 파탄을 본 사적자치를 새로이 실현시키는 것에 있다고 생각할 수 있는 것이다. 소송절차는 당사자간의 분쟁과정의 한 부분에 지나지 않으며 일정한 원칙(rule)에 합당한 항쟁절차가 보장되고 당사자간의 엷히고 설킨 관계를 풀어헤칠 수 있는 어떤 단서만 줄 수 있다면 그것만으로 충분한 것이라 할 수 있다.

3. 이상이 이른바 「제3의 물결」 이론에 대한 나름대로의 골자라

할 수 있거니와, 이러한 민사소송법학상의 발상은 헌법학적으로찰과의 관련에서는 어떠한 의미를 가지는 것인가가 문제이다. 그것은 아마도 소송당사자의 행위라고 하는 것이 이론상 크게 부각된다는 점, 소송당사자의 행위를 법적이론으로 재구성하는 계기를 시사하고 있다는 점으로 집약될 수 있지 않나 생각된다. 「제3의 물결」 이론은 당사자에게는 「내려지는」 중국적판결이라고 하는 통념에 대하여 당사자에 의해 「이용되는」 소송 절차 과정이라고 하는 개념을 새로이 대비시킴으로서 그러한 전환을 가능케 한 것이라 할 수 있다.

그렇다면 「제3의 물결」 이론의 도입에 의해 그 이론적포석이 마련된 당사자주의적·프로세스지향적인 헌법재판론에 대해서는 과연 어떠한 논의가 제기될 수 있는 것인가에 관해 검토해 보기로 한다.

여기에는 소극적인 면과 적극적인 면의 두 가지 방향을 생각할 수 있는 것이다. 중국판결에 제시된 헌법판단만을 고려하여 평가하는 것으로부터 헌법재판절차의 프로세스 전체가 가지는 헌법이론적 함의에 독자적인 헌법재판절차의 프로세스 전체가 가지는 헌법이론적 함의에 독자적인 법이론적인 의의를 찾아내어 그 쪽 방향으로 헌법재판론의 중점을 옮겨가게 하는 것은 헌법재판(위헌판단)회피·(인권옹호파에의)패소판결 등을 구사하여 사법소극주의적경향이 강한 우리 나라의 사법풍토에 있어서는 일종의 역설적인 유효성이 있는 것으로 생각할 수도 있는 것이다. 즉, 「형식패소」를 초월한 「실질승소」의 법이론적의미는 소송 절차의 전개 과정 자체가 내포하는 의미를 추구함으로써 밝혀질 수 있다고 할 것 같으면, 예컨대 패소판결 때문에 헌법제10조·제35조·제36조 등에 의거한 헌연권의 주장이 배척되었더라도 현실에 있어서는 여러 가지 정력을 경주하여 전개한 헌법재판이 소송당사자의 인격적가치를 사회정치적

으로는 어쨌든간에 법이론적으로도 충족시키고 있는 것으로 볼 여지가 생길 수 있는 것이라 할 수 있다.

이러한 경우, 헌법재판과정으로부터 어떤 의미를 발생시키는 것은 소송당사자에 의한 소송 활동 행위라 할 수 있거니와, 「제3의 물결」이론이 밝힌 바에 의하면, 그 내실은 당사자간의 실질적인 대등성이 보장된 자율적이며 이성적인 합리적 대화라 할 수 있다. 소송활동이 「대화」라고 하는 철학적사고의 원형양식에 의해 영위된다고 하는 것은 그러한 영위 자체가 하나의 인간의 정신적가치의 발현으로서, 그 결과로서 내려진 중국 판결에 대한 평가여하와는 상관없이, 중시되어야 함을 암시하는 것이라 할 수 있다. 인권보장이라고 하는 적극적인 태양이 아니라 패소판결의 경우에도 당해 헌법재판의 헌법재판으로서의 존재 의의를 유지한다고 하는 소극적인 기능이라 할 수 있다.

또한 「제3의 물결」이론은 소송의 목적·역할을 원칙(rule)에 합치된 항쟁의 장(소송절차과정)을 제도적으로 실제로 보장한다는 점에서 찾고 있다. 이러한 생각을 헌법재판의 목적·역할에 반영시키는 경우 헌법재판의 목적·역할로서 절차보장기능이라고 볼 수 있는 개념이 성립될 수 있는 것으로 생각된다. 그리하여 이제까지의 고찰에서 서서히 그 윤곽을 나타낸 바 있는 인격적가치를 적극적으로 보호하여야 할 것이라고 하는 규범적요청이 중시되는 경우 그러한 의미에서의 적극적인 측면도 논할 수 있게 될 것이다.

4. 여하튼간에 이상과 같은 모습으로 보장되어지는 것의 실체가 앞서의 암시와 같은 소송활동행위를 영위하는 이익, 즉, 이성적 · 합리적인 대화를 대등하게 나누게 하는 이익이라고 하는 일종의 인격권과 비슷한 이익이라고 할 것 같으면 우리들은 여기에서 다음과

같은 문제를 검토해 보지 않으면 안될 것이다. 그것은 사실로서의 장, 질서로서의 소송절차과정의 존재·유지·보장이라는 것이 어떠한 장치에 의해 어떠한 조건아래에서 소송당사자의 인격적가치에 걸맞는 것의 충족으로 이어질 수 있는가를 그 매개구조의 성격을 보다 파고 들어가서 검토해 볼 필요성을 의미하는 것이다. 이러한 검토를 위한 새로운 실마리가 되는 것으로 생각되는 것이 다음에서 검토할 「잠정적제안으로서의 법」 이론이다.

Ⅲ. 사실과 법의 통합으로서의 소송활동행위

1. 가치상대적환경을 단순한 무질서나 혼란으로 끝내지 않고 거기에 될 수 있는 한의 질서를 만들어 내려고 하는 인간의 정신적영위 그 자체에 조명을 맞춘 것이 「잠정적제안으로서의 법」이라고 하는 이론이다.³⁾

이 이론에 의하면, 사회적분쟁해결과정에 있어서의 타당한 원칙(rule)의 형성은 일회전, 이회전, 삼회전, ……으로 이어지는 연속적인 과정 속에서 몇 번인가의 잠정적인 사법판단이 시행착오적으로 제시됨으로서 행해져야 한다는 것이다. 개개인은 이러한 장치에 걸친 지속적인 시행착오를 통하여 자기와 충돌하고 있는 다른 신념의 존재를 허용한다고 하는 심리적긴장에 견디며 끈기있게 의론을 시도하지 않으면 아니되며, 이러한 「몇 회전의 관용」이야말로 자유사회에 있어서는 계속적으로 발생하는 사회의 변화와 발전을 질서적으로 유지하기 위한 사회기법으로서 최대한 중시되지 않으면 안

3) 「잠정적제안으로서의 법」에 관한 이론에 대해서는 柱木降夫著, 自由社會の法哲學, 1990, 107면 이하 참조.

된다는 것이다.

법이라 하는 것은 부분적으로 이기적이고 부분적으로 이성적이기도 하는 인간이 착오나 혼란을 거듭하면서도 여하간 만들어 낸 최저한의 공유가능한 틀을 잠정적으로 보호하는 것이다. 법이 정의를 지향하는 것이라고 할 것 같으면, 그리고 불완전한 인간이 정의라는 이름아래 개인의 자의나 사건을 억제하기 위해 복수의 정의를 경합시키고 있는 것이 자유사회의 질서라고 할 것 같으면, 정의에 대하여 이러한 복수의 가치 공존의 용인 이상의 실질적·적극적인 의미를 부여하는 것이 어려운 이상, 법의 본질적요소는 이 최저한의 질서를 붕괴하지 못하도록 하는 점에 있다고 하지 않을 수 없는 것이다.

다양한 생활방식이 자유로이 추구되며 부단히 변화하면서 질서가 보존되고 있는 자유사회에 있어서의 법은 법적안정성을 달성하기 위한 단순한 권위적명령일 수는 없고, 오히려 법은 다원적인 생활의 질서 있는 공존을 위한 권위있는 제안으로서의 역할을 자각하는 것이어야 할 것이다. 그러한 의미에서 현대형소송 등과 같은 새로운 형태의 어려운 사안에 있어서 법관은 자기의 경험과 책임에 의거하여 용기를 가지고 판결을 내려야 할 것이기는 하지만 동시에 사회적으로 타당한 원칙(rule)형성이라고 하는 관점에서 볼 경우에는 그 판단은 어디까지나 잠정적인 성격의 것이며, 다른 선택지로서의 판단도 있을 수 있다는 점을 명시하여야 할 것이다(예컨대 보족의견이나 소수의견의 중시 등). 그것은 자유사회에 있어서의 「몇 회전의 관용」을 국민 사이에 육성하는 것이 되는 것이다.

2. 이상과 같은 「잠정적제안으로서의 법」이론과의 관련에서 여기에서 가장 주목되어야 할 점은 사실적·현상적인 인간의 시행

착오적인 영위자체가 법의 본질적개념을 모색하는 맥락에서 하나의 중요한 가치론으로 파악되고 있다는 점이다.

폐소판결로 끝나 버린 헌법재판에서도 어떤 법적가치를 발견하기 위해서는 앞서 검토한 바와 같이 소송당사자의 행위(헌법적문제를 둘러싼 공방, 즉 법정 내에서의 대화)에 그 원천을 찾는 것이 타당한 것으로 생각되거나와, 「잠정적제안으로서의 법」 이론은 이러한 소송활동의 동태가 가지는 법적합의·가치의 성질을 다분히 밝혀 주고 있는 것이 아닌가 생각된다.

그것은 어디까지나 형식적·구조적·방법적·탈목적적인 성질의 것이며, 또한 언제나 구체적·실천적·동태적·현재적인 맥락에서 밖에 존재할 수 없는 것이라 할 수 있다. 즉 자유사회가 다양한 가치 가운데서 유일의 올바른 것을 정확하게 선택하는 분석적 또는 선형적인 기준을 가지지 못하는 이상, 자유 사회가 단순한 혼란이 아니라 하나의 질서로서 지켜져야 할 승인될 수 있는 근거는 상호간의 이질성·다양성을 보지하면서도 부단한 시행착오를 거듭하면서 문제의 해결을 모색해 나간다고 하는 영위를 구성원이 함께 하고 있다고 하는 현실적으로 행해지고 있는 공존적실천 속에서밖에 존재할 수 없는 것이다. 이러한 의미에서 이러한 영위의 가치의 성질은 구체적·실천적·동태적·현재적인 것이라 할 수 있다. 그리고 이러한 영위는 특정한 목적을 위해 행해지는 것이 아니라 단지 그 자체가 행해질 따름이라는 데에 그 의의가 있는 것이다. 굳이 목적이라고 하는 것을 논할 수 있다고 한다면, 그것은 각자의 자유에 맡겨져 있다. 서로 이질적이고 다양한 목적을 품으면서 오로지 의논·대화·시행착오라고 하는 양식·방법을 공통으로 한다고 하는 형식에 있어서 결합하는 것이다. 그러한 의미에서 이러한 영위의 가치의 성질은 또한 형식적·구조적·방법적·탈목적적이라 할

수 있다. 그리고 이들 특색은 또한 공시성·즉자성이라 성격지위도 상관 없을는지 모른다.

불완전한 인간에 의한 가능한 한의 시행착오적 행위를 헌법재판에 있어서의 법정변론과 대치시켜 볼 것 같으면, 「잠정적제안으로서의 법」 이론은 헌법재판이 당사자에 의한 전술한 것과 같은 영위를 포함한 과정으로서 일정한 시간을 점유할 것 같으면 그만큼 헌법재판은 독자적인 가치를 지니게 된다(즉자성). 그리고 그 가치는 그러한 과정의 계속과 함께 존재한다(공시성)고 하는 인식을 가능케 한다. 환경권소송·정권분리소송·생존권소송·의원정수소송 등은 그에 관한 중국판결의 결과도 중요하겠지만 이러한 종류의 소송이 제기 되었다고 하는 사실 자체가 독자적인 정치적·사회적 영향을 야기한다고 하는 예가 헌법재판에 있어서는 빈번하게 나타나는 것도 이상과 같은 인식의 메리트(merit)를 상당 정도 뒷받침하고 있는 것이 아닌가 생각된다.⁴⁾

3. 패소판결로 끝나 버린 헌법재판이 남겨 줄 수 있는 것은 예컨대 혐연권소송에 관해 말하자면 그러한 소송이 행해졌다고 하는 사실뿐이라 할 수 있다. 그러나 이들 사실이 「실질소송」의 근거가 되고 있으며 더구나 그 「실질소송」가 헌법재판이라고 하는 규범적사명을 지닌 법적제도의 작동을 계기로 하여 가져다준 것이며, 또한 그것이 소송 당사자라고 하는 헌법규범의 중핵인 인격적가치에 어떤 일정한 만족을 부여하는 것인 이상, 그러한 사실적인 것이

4) 필자는 다른 기회에 국가배상에 관한 소송유형에는 공무원의 불법행위에 대한 금전적보전을 목적으로 하는 이른바 「원형타이프」에 속하는 소송유형 이외에 현대사회에서는 「신뢰과괴형」 내지 「신의칙위반형」의 소송, 그리고 승소자체의 목적보다 행정활동의 위법성자체에 대한 사회적고발을 목적으로 하는 이른바 「위법적발형」의 소송이 있음을 지적한 바 있다. 줄고 「국가배상책임에 대한 새로운 시각」 현대공법론의 연구(이규석교수정년기념논문집 1992) 4~6면 참조.

가치적·법적인 것과 완전히 차원을 달리하는 무관계한 것이라 할 수는 없는 것이며, 어떤 형태로든 연속성을 지니고 있는 것으로 볼 수도 없지 않은 것이다.

「잠정적재판으로서의 법」 이론은 이러한 연속성이 시행착오적의논이라고 하는 인간의 정신적영위의 형태로 달성되고 있다는 것, 즉 「사실로서의 정신적영위」가 그대로 「가치로서의 정신적영위」일 수 있다는 것을 말해 주는 것이라 할 수 있다.

그렇다면, 이상에서 논해 온 바 있는 약간 특수한 성격의 가치는 과연 법적인 혹은 도덕적인 근거를 갖춘 것인가, 그리고 그것은 오늘날의 헌법질서속에서 어떠한 위상을 차지하는 것인가가 문제라 할 것이다.

IV. 가치로서의 「대화」의 도덕성·법리성

1. 헌법재판에 있어서의 법적의논이라 함은 궁극적으로는 헌법적론점을 테마로 하는 국가권력과 개인과의 「대화」라 할 수 있다. 법규범이나 정치경제정책의 전문화·기술화가 현저히 진행하고 있는 현대의 적극 국가에 있어서는 정치적·사회적·경제적 실력이나 정보 수집 능력의 차이가 너무나도 다른 이 양자의 「대화」는 크게 어려워지고 있고, 또한 약자인 개인측으로부터의 폐쇄상황타개의 유일한 방법이 소송의 제기라고 하는 행위라는 점을 감안할 때 이러한 「대화」가 가지는 가치는 현대의 적극 국가에 매몰되어 버린 개인의 존엄성의 구출이라고도 볼 수 있는 것이다.

2. 그리고 「대화」에는 어떤 시대적조건에 좌우되지 아니하는

보편적인 가치도 포함되어 있다. 「대화」라는 것은 인간 존재의 근원적 가치로서 어떠한 가치를 가지는 것인가. 「대화」라는 것은 당사자 쌍방의 생각이 전적으로 잘못된 것이 아니고, 적어도 부분적인 진리의 단편을 간직하고 있다는 것을 서로 승인하면서 자기가지고 있지 아니한 다른 부분의 진리, 진리의 단편을 쌍방이 의사소통의 과정에서 섭취·교환하면서 진리에 대한 자기의 이해를 다각도로 확대·심화시켜 나가는 정신적 영위를 가능케 하는 것이다.

이러한 생각은 J. S. 밀(Mill)에서 시사되는 바가 크며 그의 사상·언론의 자유의 근거를 재구성한 것이라 할 수 있다. 이제 밀의 견해를 검토하면서 어찌하여 「대화」가 인간 존재의 근원적 가치의 구체가 될 수 있는가를 추구해 보기로 한다.

3. 밀은 편의상 고찰의 대상을 사상·언론의 자유에 한정하고 있거니와⁵⁾ 이러한 한정이 가능한 것은 거기에서 성립하는 기초 이론이 다른 광범한 범위의 문제에의 서론이 되기 때문인 것으로 이해되고 있다.

그에 의하면 사상·언론의 자유의 근거는 인간이 잘못을 저지르기 쉽다는데 있다. 즉, 첫째로 「우리들이 침묵시키려 노력하고 있는 의견이 잘못된 것이라는 것에 대하여 결코 우리들은 확신을 가질 수 없다.」 억압되려고 하고 있는 의견이 진리라고 할 것 같으면 우리들은 어떤 의견에 귀를 기울이는 것을 거부하고 또한 「토론을 침묵시키는 것은 모두」 자기의 「무류성을 생각하는 것」이며 인간이 잘못을 저지르기 쉽다는 것을 잊고 있는 것이다.⁶⁾

그러나 여기서 주의해야 할 것은 자기의 무류성에 대한 맹신과

5) John Stuart Mill, On Liberty, The Holerth Press 1883, p. 28.

6) Ibid., p. 31.

자기의 양심적확신에 의거한 판단과는 상이하다는 것이다. 「자신의 지성이 어떠한 결론에 도달하든간에 그 지성에 따르는 것이 사상가로서의 제일의 의무라는 것을 인식하지 못하는 자는 위대한 사상가일 수 없다. …… 적절한 연구와 준비를 하여 스스로 생각한 오류에 의해서 진리는 더욱 발전되는 것이다. 사과의 자유가 필요한 것은 위대한 사상가들을 탄생시키는 데에 있는 것이 아니다. …… 그것은 보통 사람들로 하여금 그들이 성취할 수 있는 정신적 성장을 달성하기 위해 불가결한 것이다.」⁷⁾

둘째로 억압받는 의견이 비록 진리가 아니라 할지라도 여전히 사상·언론의 자유는 인정되어야 할 것이다. 왜냐하면, 억압됨으로써 자유로운 토론이 결여된다면, 진리라 일컬어지는 의견의 근거가 망각될 뿐만 아니라 의견 그 자체의 의미가 망각되어 버리기 때문이다.⁸⁾

어떤 주제나 지식이 지식의 이름에 값할 만한 것인가의 여부는 반대자와의 활발한 논쟁을 행함에 있어 그에게 요구되었을 것과 동일한 정신적과정을 그가 다른 사람들에게 강요되어 가지고 있었는가 혹은 스스로가 자발적으로 통과하였는가의 여부에 달려 있는 것이다.⁹⁾

의견 그 자체의 망각은 그 의견을 「영원히 효과가 없는 단순히 형식적인 고백」으로 만들며 「이성 혹은 개인적경험에 의해 진정으로 마음으로 느낀 확신의 장소를 막고 성장을 저해하는 것이다.」¹⁰⁾

끝으로 억압되려 하고 있는 의견이 일부 진리인 경우, 즉 한쪽이

7) Ibid., p. 48.

8) Ibid., p. 49.

9) Ibid., p. 61.

10) Ibid., p. 70.

진리이고 다른 쪽이 허위라는 것이 아니라 각각이 진리를 나누어 가지고 있는 경우에 있어서도(실제로 상술한 제1, 제2의 경우보다 이 마지막의 진리분유의 경우가 대부분을 차지한다) 사상·언론의 자유는 보장되어야 한다. 왜냐하면, 일반적으로 행해지고 있는 의견은 그것이 「진실한 바탕에 의거하고 있는 경우까지도 …… 부분적 성격」의 것이고, 이러한 의견이 제외하고 있는 진리 부분의 얼마간을 포함하는 모든 의견은 …… 얼마나 많은 오류나 혼란이 「섞여 있더라도 귀중한 것으로 간주되어야」 하기 때문이다.¹¹⁾

4. 이상이 밑에 의한 사상·언론의 자유의 근거이다. 신앙·도덕의 자유 등 다른 종류의 자유에의 「최선의 서론」이라는 것, 그리고 사상, 언론의 자유가 「인류의 정신적 복지」라고 하는 「다른 모든 복지가 그것에 의존하는」 가치를 위해 필요하다고 하는 밑의 기본적 입장¹²⁾에서 생각할 것 같으면 그의 견해는 거의 그대로 헌법상의 자유권일반(혹은 인권개념일반)의 도덕적기초론·원리론·가치론으로 통용된다고 생각할 수 있는 것이다. 거기에서 아직 인권이라고 하는 범형식(그릇)은 만들어지지 못한 단계에 있어서의 내실(알맹이) 그 자체로서의 일반적인 인간존재의 근원적가치가 어찌하여 부정되어서는 아니되는가 라고 하는 소극적인 문제설정아래 논해지고 있는 것이다. 그 내실을 독자적인 가치로서 보장되어야 할 가치로서 적극적으로 재구성하고, 그것이 「대화」에 의해 생성되며 형수되는 것이 어떠한 헌법적의의를 가질 수 있을 것인가라고 하는 문제의식으로부터 헌법재판에 있어서의 「대화」라고 하는 것에 눈을 돌린다고 할 것 같으면, 그것은 헌법적가치를 나누어 갖는

11) Ibid., p. 62.

12) Ibid., p. 70.

인격적존재 상호간의 오류성의 승인과 정정의 시도라고 말할 수 있을 것이다.

「대화」는 밑의 「토론」에 관해 논하고 있는 것을 빌리자면 「인간정신의 하나의 특질」이며 「지적존재로서 그리고 도덕적존재로서의 인간에게 있어 존경할 만한 모든 것의 근거, 즉 그가 제 오류를 정정할 수 있다」고 하는 것에 의해 뒷받침된 가치를 지니고 있는 것이다.¹³⁾

헌법적가치에 대한 진리를 나누어 가진 헌법재판당사자는 서로간의 진리의 부분성·단편성을 승인하고, 상호작용적인 시행착오나 지적실험을 행하면서 스스로의 오류를 정정해 나가는 것이라 할 수 있거니와, 그것을 가능케 하는 「대화」라는 것은 내적인 그것, 즉 자문자답과 외적인 그것, 즉 법정변론이라 할 수 있다. 전자는 침해된 개인적 이익이라고 하는 사적·구체적인 것과 헌법적가치체계라고 하는 보편적·추상적인 것과의 이론적관련성을 진지하게 고찰하는 행위이며, 후자는 자문자답에 의하여 얻어진 지견을 타자와의 법정변론에서 맞설 수 있도록 이론구성하고, 납득할 수 있는 이유제시를 통해 상대방에 합리적으로 대처하는 노력을 다하는 행위이다. 「대화」를 구성하는 이들 행위가 「지적」이며 「도덕적」인 것임을 두말할 나위도 없는 것이다.

그리하여 이상과 같은 「대화」의 가치를 담보하는 것이 재판절차과정 고유의 속성, 즉 당사자 쌍방이 자기에게 유리한 판결을 얻기 위한 증거나 이유에 뒷받침된 논거의 제시를 통한 이성적인 변론의 시도이며, 판결생성과정에서의 상대방과의 대등한 입장에서의 주체적인 참가기회의 공정한 보장이라고 하는 제도적장치의 존재라 할 수 있는 것이다. 바꾸어 말하자면 협연권재판의 예의 경우, 일반

13) Ibid., p. 28.

시민, 담배 생산업자, 공공시설, 보사부 등과 같은 호환성을 완전히 상실한 관계당사자들에 대하여 대등한 지위에서의 이성적·합리적인 대화의 장을 국가권력을 배경으로 한 강제장치인 재판절차에 의하여 성립시킨다는 것이다.

헌법재판은 그 재판절차과정에 있어서 생성·전개되는 「대화」 그 자체를 가지고 인간존재의 근원적 가치라고 하는, 본래일 것 같은 승소판결에 의한 인권형식의 승인(협연성의 이익에 협연권이 라는 인권형식을 부여하는 등)을 통해서 보호되어야 할 것을 정치한 이론적가공을 받기 이전단계인 형식을 결한, 말하자면 벌거숭이 채로의 생생한 원형질의 상태에서 소송당사자에게 누리게 하는 것이라 할 수 있다.

인격적존재로서의 인간의 정신이 「대화」라고 하는 양식에 있어서 가치라 부르기에 값할 만한 형태로 최고도로 약동할 때에 그것은 실질승소가 실현되게 되는 것이다. 그리고 그것은 헌법재판절차과정의 존재·전개 그 자체가 만들어 내는 효과인 것이다. 헌법질서아래 인권이라고 하는 범형식에 의해 실현·유지되어야 할 인간존재의 근원적 가치가 패소판결·헌법판단회피 등으로 말미암아 그 형수가 허용되지 아니하였다고 하더라도 「대화」라고 하는 범적형식에 의해 존재 가능할 인간 존재의 근원적 가치는 소송당사자 자신이 수중에 넣을 수 있는 것이다. 헌법재판은 승소판결의 경우는 물론이고, 패소판결의 경우에 있어서도 인간존재의 근원적가치의 보장을 제도로서의 재판(승소)절차의 장치의 제약 아래 확실히 달성하고 있는 것이라 할 수 있다.

V. 맺는말 - 세 가지 방향의 시사점

1. 절차과정정보장으로서의 헌법재판 혹은 「대화」로서의 헌법재판이라고 하는 명제는 종래의 헌법상의 논점의 고찰과 관련하여 적지 않은 시사점을 제공하는 것이 아닌가 생각된다.

첫째로 이 명제는 재판 내지 소송절차는 당사자간의 분쟁해결 과정의 일부분에 지나지 않으며, 그것은 소송외의 분쟁처리절차에 발전적으로 개방된 구조를 지니고 있다고 하는 인식을 전제로 하고 있거니와, 이러한 점은 이른바 사법심사권의 한계에 관한 논의와의 관련에서도 중요한 시사점을 제공하는 것이다.

헌법재판소는 정치부문의 행위에 관한 합법성의 판단을 내리는 경우에는 흔히 그러한 행위에 대하여 광범위한 재량권을 인정함으로써 억제권·소극적태도를 취하는 경우가 적지 않거니와 이러한 경향의 배후에는 「의회는 주권자인 국민의 선거를 통해 국정이 맡겨준 민주적인 제도이므로 국민의 다수 의견의 표현인 법률을 무효로 하는 것에는 극히 신중이 기해지지 않으면 아니 된다」고 하는 견해에서 대표되는 것과 같이 사법부에 의한 가치판단을 입법부에 의한 그것에 우선시키는 것에 대한 불신이라든가 「건강하고도 문화적인 최저한도의 생활이라는 것의 구체적인 내용은 그때 그때 문화의 발달의 정도, 경제적 사회적 조건, 일반적인 국민생활의 상황, 나라의 재정사정 …… 등의 …… 여러 가지 방면에 걸치는 복잡다양한 …… 고도의 전문기술적인 고찰과 …… 정책판단을 필요로 한다」는 표현에 나타나 있는 것과 같은 사법부의 재판능력, 권력분립원리상의 삼권의 역할분담이라는 관점에서의 우려가 뿌리깊게 존재하고 있음은 주지하는 바와 같다.

그러나 여기서의 명제에 있어서는 재판 내지 소송은 분쟁의 종국적, 일회적해결을 전제로 하는 것이 아니라 소송외의 분쟁처리절차(헌법재판의 경우에는 입법과정, 행정과정 등과 같은 정치과정이 주

된 것이 될 것이다)에 대해서도 개방되어 있으므로 이러한 관점에서도 헌법재판의 역할을 재고해 볼 것 같으면 헌법재판의 목적은 쟁점에 독자적인 입장에서 정책형성을 행하는 것은 아니며, 별도의 보다 중립적, 기본적인 기능을 수행하는 것이라고 말할 수 있고 이러한 시각에서는 전술한 사법의 자기억제의 논리는 그 근거가 붕괴될 계기에 직면하게 될 수도 있다. 이러한 의미에서 절차과정의 의의에 중점을 두는 헌법재판론은 민주주의나 권력분립원리와의 충돌의 회피하면서 헌법재판 독자의 가치를 실현하는 길을 열어주는 것이라 할 수 있다.

2. 다음으로 둘째의 시사점에 관해 논하자면, 이 명제에 있어서는 헌법재판은 「대화」의 장을 보장하는 것이지만, 그 방법이나 순서에 관해 일일이 개입하지는 아니한다, 그들은 모두 소송 절차 과정에 있어서의 행위 규범·행위 책임으로서 소송 당사자에 대하여 실질적 공평이라는 관점에서 분배되게 된다.¹⁴⁾ 소송의 개시로부터 종료에 이르는 당사자간의 대응은 어떠한 것이며, 소송절차과정의 구체적인 국면에서 각각의 당사자가 무엇을 행하여야 하는가, 일반 당사자가 어떤 것을 하면 상대방 당사자는 그것에 어떻게 대응해야 하는가라고 하는 상호작용적연쇄관계의 문제는 소송당사자 자신의 손으로 처리하지 않으면 아니 된다.

따라서 절차과정정보장으로서 헌법재판 혹은 「대화」로서의 헌법재판은 소송 당사자에게 법적론의의 장을 제공하는 기능을 수행하면서, 동시에 고유의 헌법재판절차라고도 할 수 있는 준칙을 관습법적으로 생성시키는 기능을 가지는 것이 아닌가라고 생각되기도 한다. 종래의 그것은 주로 헌법의 수호자로서 위헌심사라고 하는

14) 鄭東潤著, 전계서, 16면 ; 井上治典, 「手續保障の第3の波」(전계주:2) 참조.

행위에 임하는 재판관을 위한 판단준칙, 행위준칙이었기 때문에 개인이 헌법재판을 통해 침해된 소박하고도 절실한 구체적 사익과 헌법규범이라는 추상적 체계와의 논리적 접속관계를 설득력있는 이유와 법논리구성을 시도하면서 고찰하고 법정변론을 시행착오적으로 추진해 나간다고 하는 헌법과 개인과의, 법과 인간과의 자각적·주체적인 교섭이라는 의미에서 거의 아무런 논리적 관심도 베풀어지지 아니하였다고 할 수 있다. 그런데 개인에게 「대화」에 대해, 그리고 소송절차과정에 고찰의 중심이 옮겨진 헌법재판들은 헌법재판에 있어서의 당사자의 행동을 고찰해 나가는 가운데서 개인에 의한, 개인을 위한 헌법재판절차법의 생성가능성을 생각할 수 있게 하는 것이다.

3. 이상과 같은 둘째의 시사점과도 관련되지만, 헌법재판절차과정의 본질—즉 대화—의 유지가 소송 당사자의 책임아래 이루어져야 하는 것이라 할 것 같으면, 절차보장과정이라는 것은 주장·입증의 기회가 주어져, 하고 싶은 말을 마음대로 할 수 있는 「장미 빛에 물들여진」 안이한 것이 아니라, 당사자간의 공평한 역할분담·행위책임의 분배를 중축으로 하며 논쟁절차를 한말자국 한말자국씩 전진시킴으로써 쟁점을 명확화·구체화해 나가야 할 힘겨운 의무의 루적과 표리일체의 개념이라는 것에 유념하지 않으면 아니된 것이다.

서양 사람들이 오랜 유흥과 고통의 과정을 거쳐 획득하게 된 서구의 근대헌법이념을 자력으로 획득하지 못했던 우리들로서 과연 우리 헌법의 기본정신에 충실한 운용을 기대할 수 있을 것인가, 적어도 자유·평등·개인의 존엄과 같은 기본적인 가치에 대하여 고뇌를 하면서 사색하며 서구에서의 근대헌법이념의 유흥과 고통에

넘친 생성 과정을 스스로의 정신 속에 모험적으로 체험해 보는 지적고역을 필요로 하는 것이 아닌가 생각되는 것이다.

이 글에서는 이러한 지적고역에 종사하는 인격의 전형으로 헌법재판에 있어서의 당사자라고 하는 개념을 설정하고, 그 행위양식으로서 「대화」라고 하는 것에 착안한 바 있다. 그들은 헌법재판절차과정에서의 「대화」에 의하여 지적고역이라는 체험을 하게 되는 것이다.

개인이 사적이익의 침해를 계기로 하여 헌법과 진지하게 마주 앉게 되지만, 점차로 사적이해관계를 초월하는 보다 보편적인 문제에 부닥치게 되어 가는 과정이라는 것은 개인이 법질서의 가장 근본적인 차원에서 헌법을 수용·운용·비판·거절 등을 해 나간다고 하는 헌법에 대한 개인측으로부터의 적극적인 관여라 평가할 수 있으며, 이러한 능동성·작위성이야말로 헌법제정과정에서 있어서의 타율성·수동성을 사후적으로이기는 하지만 극복함과 아울러, 헌법제정행위·헌법승인국민투표에 필적할 만한 가치를 원리적으로 간직하는 것이라 말할 수 있을 것이다.

끝으로 한가지 지적할 것은 이상에서와 같은 패소판결에 끝나버린 헌법재판에서도 재판 절차 과정 보장이라는 형태로 이른바 「대화」적 인격가치가 어느 정도 실현되고 있다고 하는 견해에 대해서는 그것이 결과적으로는 패소판결이나 사법소극주의적풍토의 추인·정당화를 가져오는 보수적인 이데올로기로 화해버리는 것은 아닌가, 혹은 헌법학적인 규범론으로서는 성립될 수 없는 것이 아닌가 하는 비판도 충분히 있을 수 있다는 점이다.

이 글에서는 이러한 비판에 대하여 충분하고도 설득력 있는 반론을 행할 겨를이 없다. 그러나 한가지 점만을 지적할 것 같으면, 헌법재판절차과정에서의 재판당사자의 영위는 국민 개개인과 헌법규

범과의 내적인 접촉의 시도로서 우리 헌법의 유효성확보를 위한 하나의 진지한 모색이기도 하다는 점이다.

자기결정권과 그 제한

(좌석안전띠 및 승차용안전모 착용의무와 paternalism)

김 주 현

헌법연구관

서울고등법원 판사

- 목 차 -

I. 서 론

1. 밀(J. S. Mill)의 명제와 기본권으로서의 자기결정권
2. 자기결정권과 도로교통법상 운전자의 특별 준수사항의 강제
3. 논점의 정리

II. 자기결정권의 개념과 근거

1. 자기결정권의 의의
2. 자기결정권의 인정 필요성
3. 성숙한 판단능력을 결여한 자와 자기결정권
4. 자기결정권의 헌법적 근거

Ⅲ. 자기결정권의 범위

1. 개 론
2. 대립되는 두 견해
3. 각 견해의 검토

Ⅳ. 자기결정권의 제한

1. 기본권의 제한 사유
2. 기본권 제한의 정당화 사유
3. 공권력에 의한 강제의 정당화 근거
4. 형벌권 행사의 정당화 사유

Ⅴ. 안전벨트 등 착용강제와 가부장주의(paternalism)

1. 도로교통 환경의 변화와 정부의 규제
2. 위험 여부에 관한 제견해
3. 결 론

I. 서론

1. 밀(J. S. Mill)의 명제와 기본권으로서의 자기결정권

밀(J. S. Mill)은 그의 ‘자유론(On Liberty)’에서 공권력 행사의 정당화 근거로 다음과 같은 명제를 제시했다.

“문명 사회의 구성원에 대하여 그의 의사에 반하여 권력을 행사하는 것이 정당화되는 유일한 목적은 타인에 대한 위험을 방지하는 데에 있다. 육체적인 것이든, 정신적인 것이든 그 자신의 행복은 권력행사의 충분한 근거가 아니다. 그에게 있어서 어떻게 하는 것이 보다 좋든지 혹은 그것이 그를 행복하게 한다든지, 또는 타인의 생각으로는 그렇게 하는 것이 보다 현명하고 정의에 합치하기 때문이라고 하여 그렇게 하도록 또는 하지 말도록 강제하는 것은 정당하지 않다”.¹⁾

위 명제를 제시하는 까닭은 그것이 헌법 제10조와 관련한 자기결정권과 국가 공권력행사의 한계를 검토함에 있어서 논의의 출발점으로서 의의를 갖기 때문이다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의

1) 김형철 역, 자유론(J. S. Mill, On Liberty의 번역서), 서광사, 23쪽; 원문은 다음과 같다.

“The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilized community against his will is to prevent harm to others. His own good either physical or moral is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will better for him to do so, because it will make him happier, because in the opinions of others, to do so would be wise or even right.”

기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하고 있고, 한편 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 규정하고 있는바, 헌법 제10조와 제37조 제1항의 관계 및 그 법적 성격 등에 관하여는 학설상 많은 논란이 있지만 학설은 헌법에 열거되지 아니한 기본권 가운데 자신의 문제를 자신의 자유의사에 따라 결정할 수 있는 권리, 즉 자기결정권이 포함됨을 인정²⁾하고 있고, 헌법재판소의 판례도 이를 긍정³⁾하고 있다. 그렇다면 자기결정권과 밀(J. S. Mill)의 명제를 결합시킬 경우 자기결정권에 포함된 영역의 문제 중에서도 자기 자신에게만 관련된 문제에 대하여는 국가의 간섭을 받지 않을 권리가 있다고 생각할 수 있다.

2. 자기결정권과 도로교통법상 운전자의 특별 준수사항의 강제

그런데 도로교통법 제48조의2는 다음과 같은 운전자의 특별한 준수사항을 규정하고 일정한 경우에는 처벌⁴⁾을 하도록 하고 있다.

도로교통법 제48조의2 【운전자의 특별한 준수사항】 ① 내무부령이 정하는 자동차의 운전자는 그 자동차를 운전할 때에는 좌석안전띠를 매어야 하며, 그 옆좌석의 승차자에게도 좌석안전띠(유아인 경우에는 유아보호용장구를 장착한 후의 좌석안전띠를 말한다. 이하

2) 권영성, 신판 헌법학원론, 1994, 법문사, 334쪽 ; 김철수, 전정신판 헌법학개론, 박영사, 327~328쪽

3) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정

4) 도로교통법 제113조 【벌칙】 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

1. ……48조의2 제1항 및 제3항 ……의 규정을 위반한 차마의 운전자

같다)를 매도록 하여야 한다. 다만, 질병 등으로 인하여 좌석안전띠를 매는 것이 곤란하거나 내무부령이 정하는 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

② 자동차의 운전자는 그 옆좌석 외의 좌석의 승차자에게도 좌석안전띠를 매도록 주의를 환기시켜야 한다.⁵⁾

③ 2륜자동차(원동기장치자전거를 포함한다)의 운전자는 내무부령이 정하는 인명보호장구⁶⁾를 착용하고 운행하여야 하며, 승차자에게도 이를 착용하도록 하여야 한다.

위 법률이 정한 의무 중 자동차나 2륜자동차의 운전자로 하여금 좌석안전띠(이하 ‘안전벨트’라고 한다)를 매거나 승차용안전모(이하 ‘헬멧’이라고 한다)를 착용하도록 하는 이유는 운전 중 일어날 수도 있는 사고로부터 운전자의 생명·신체의 안전을 보호함을 기본적인 목적으로 하는 것이라고 이해되므로 직접적으로는 타인에 대한 위해의 방지 또는 선량한 풍속(이른바 도덕률)의 유지⁷⁾와는 관계가 없는 것으로 보인다.

5) 고속도로 등의 경우 특칙(도로교통법 제62조)이 있고 이에 위반한 경우에는 운전자를 처벌한다(도로교통법 제113조 제5호).

도로교통법 제62조 【운전자 및 승차자의 특별한 준수사항】 ① 고속도로 또는 자동차전용도로를 운행하는 자동차 중 내무부령이 정하는 자동차의 운전자는 제48조의2 제2항의 규정에 불구하고 모든 승차자에게 좌석안전띠를 매도록 하여야 한다. 다만, 질병 등으로 인하여 좌석안전띠를 매는 것이 곤란하거나 내무부령이 정하는 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

도로교통법 제113조 【벌칙】 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

5. …… 제62조 제1항의 규정을 위반한 사람

6) 승차용 안전모, 즉 오토바이용 헬멧을 말한다.(도로교통법 시행규칙 제24조 제3항)

7) 도덕률의 법적 강제의 허용여부에 대하여는 뒤에서 살핀다. 헌법재판소는 특별한 사정이 있는 경우에는 도덕의 수호를 위한 법의 강제도 허용되는 것으로 보고 있다. (헌법재판소 1990.

9. 10. 선고, 89헌마82 결정)

3. 논점의 정리

그렇다면, 오로지 개인의 안전 또는 행복을 위하여 국가가 특정 행위를 계도하고 권장하는 정도를 넘어서 형벌로 이를 강제하는 것이 정당화되는가 하는 의문이 생긴다. 이에 대하여는 국가가 국민의 생명과 신체에 대한 안전을 그의 의사에 반하여서라도 보살펴야 할 가부장적인 책임이 있다는 생각(paternalism)도 있을 수 있다.

그렇다면, 국가가 개인의 건강을 위하여 일정한 운동을 할 것, 또는 음주나 흡연 나아가서는 부부간의 지나친 성행위를 하지 말 것을 법으로 강제하고 처벌하는 것도 허용되는가?⁸⁾ 그러한 개인의 내밀한 사생활에까지 공권력에 의한 간섭이 허용된다면 헉슬리(Aldous Huxley)가 경고한 “멋진 신세계”가 이루어져도 좋은 것인가? 그렇지 않다면 그 허용 여부를 결정짓는 기준은 무엇인가? 등 많은 의문이 잇따른다. 이는 ‘안전벨트나 헬멧을 착용하지 아니할 자유’도 헌법상의 기본권이라 할 수 있는가, 즉 헌법에서 도출되는 자기결정권이 미치는 영역은 어디까지인가(자기결정권의 범위 문제), 이를 헌법상의 기본권으로 파악할 수 있다면 어떠한 경우에 어느 한도에서 위 자유가 제한될 수 있는가(국가의 공권력 행사의 한계 또는 자기결정권 제한의 정당화 사유)의 문제라고 할 것이므로

8) 걸리버여행기 중에는 “현 국왕의 할아버지가 소년이었을 당시 전통적 방법대로 계란의 넓고 둥근 쪽을 깨다가 손가락을 베는 사건이 일어나자 당시의 국왕이던 그의 아버지가 새로운 법을 만들어 모든 사람들에게 계란을 깰 때에는 좁은 방향의 끝부분을 깨도록 명령하고 이를 어기는 자에게는 엄한 벌을 내리기로 하였습니다. 이에 화가 난 국민들이 반란을 일으켜……”라는 부분이 있다(신현철 역, 걸리버여행기, 문학수첩사, 55쪽). 계란을 어떻게 깨어 먹는가 하는 것은 개인의 사적 영역에만 속하는 문제임에도 국왕은 안전을 이유로 특정방법으로 계란을 깨도록 강제하고 있다. 이 문제와 도로교통법상의 좌석안전띠, 승차용안전모 착용 강제는 어떻게 다른가?

이하에서 이 점을 살펴보기로 한다.

II. 자기결정권의 개념과 근거

1. 자기결정권의 의의

가. 개념

(1) 자기결정권이란 자기의 사적인 사항, 즉 ① 결혼·리혼·출산·피임·낙태 등 인생의 전반에 걸친 설계에 관한 사항, ② 생명 연장치료의 거부·존엄사·자살·장기이식 등 삶과 죽음에 관한 사항, ③ 머리 모양·복장·등산·수영·흡연·음주 등 개인의 생활 방식(life style)이나 취미에 관한 사항, ④ 혼전성교·혼외성교·동성애 등 성인간의 합의에 의한 성적 행동에 관한 사항 등에 관하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리⁹⁾를 말하는바, 뒤에서 검토할 안전벨트나 헬멧을 착용하지 아니할 권리도 “위험한 생활방식으로 살아갈 권리(Risk-Taking)”¹⁰⁾라는 개념으로 위 ③에 포함된다.¹¹⁾

9) 권영성, 전거서 334쪽; 김철수, 전거서 327쪽; 戶波江二, 自己決定權の意義と範圍, 法學教室 No.158 36쪽; 우리 나라에서는 자기결정권을 헌법적 측면에서 다룬 논의는 거의 찾아 볼 수 없고 환자의 자기결정권(치료를 받을지 여부, 치료의 방법이나 시기 등)과 관련하여 민법적 측면에서 논의된 자료를 찾아 볼 수 있다(김천수, 환자의 알 권리와 자기결정권, 대구대 법정 논총 93.12 103쪽 이하; 전상훈, 의료과오에 있어서 환자의 자기결정권, 부산대학교 법학논집 1, 52쪽 이하).

10) L. H. Tribe, American Constitutional Law 2nd ed. 1371쪽 이하, 山田卓生, 私事と自己決定, 113쪽 이하 참조.

11) 다만 뒤에서 보는 바와 같이 자기결정권의 적용영역에 대하여는 학설에 따라 다름이 있으며 인격적이익설에 의하면 Risk-Taking은 자기결정권의 적용영역에 포함되지 않는다.

(2) 일본에서는 佐藤幸治교수와 山田卓生교수 사이에 자기결정권의 개념, 성격 등을 둘러싸고 논쟁이 있었는데,¹²⁾ 위 개념 정의는 山田卓生교수류의 정의에 따른 것이다. 이에 비하여 佐藤幸治교수는 자기결정권을 행복추구권의 일부로 설정하고, 이를 인권체계 전반을 통합하는 원리로 파악하는 입장을 취한다. 즉, 자기결정권을 첫째, ‘인격적, 자율적 존재로서 자기를 주장함에 있어 필요불가결한 모든 자유와 권리-자유권이나 참정권, 사회권 모두-를 포함하고 통합하는 포괄적, 주관적 권리’를 뜻하는 기간적 인격적자율권, 둘째, ① 인격가치에 해당하는 권리(명예권, 프라이버시권, 환경권) ② 최협의의 자율권(자기결정권) ③ 적정절차의 보호를 받을 권리 ④ 참정권적 권리로 유형화할 수 있는, 일본 헌법 제13조¹³⁾에서 도출되는 개별적 자율권의 총칭, 셋째, ‘자기의 생명·신체의 처분에 관한 사항(치료거부나 존엄사)’, ‘가족의 생성·유지에 관한 사항’, ‘생식 등에 관한 사항(생식·임신·출산·양육)’, ‘그 밖의 사항(복장, 성적 자유, 흡연, 음주, 스포츠 등)’을 내용으로 하는 최협의의 자율권(자기결정권)이라고 하는 3층 구조 내지 유기적 관계로 구성한다. 이와 같은 佐藤幸治교수의 ‘자기결정권’이론은 자기결정의 관념을 불가결로 하는 개별적 인권의 존재를 확인함과 동시에 자기결정권의 이념을 인권체계 전체의 기초에 위치시킨 것으로 평가받고 있다.

12) 山田卓生교수와 佐藤幸治교수간에 벌어진 자기결정권의 개념 및 성격에 관한 논쟁에 관하여는 佐藤幸治, 日本國憲法と自己決定權-その根據と性質おめぐって、法學教室 No.98, 6쪽 이하 및 山田卓生, 自己決定權おめぐって、- 佐藤教授に答えて、法學教室 No.102, 63쪽 이하 각 참조

13) 제13조 【개인의 존중, 생명·자유·행복추구의 권리의 존중】 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 대하여는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 그 밖의 국정에 있어 최대의 존중을 필요로 한다.

佐藤幸治교수의 자기결정권 체계 중 최협의의 자기결정권과 山田卓生교수가 말하는 자기결정권은 실질적으로 같거나 근사하다고 할 수 있다.¹⁴⁾

나. 일반적 행동자유권과의 관계

우리 나라와 일본에서는 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 하나로써 위와 같은 내용을 가지는 권리를 ‘자기결정권’이라는 개념으로 파악하고 있으나, 미국에서는 이를 ‘프라이버시권’의 개념으로, 독일에서는 ‘일반적 행동자유권’이라는 개념으로 파악하고 있는 듯하다. 그런데 우리나라나 일본에서는 ‘자기결정권’과는 다른 권리로 ‘일반적 행동자유권’을 인정하는 견해도 있으므로¹⁵⁾ 위 양 권리의 관계를 살펴본다.

먼저 자기결정권에 관하여는 ‘…… 결정할 수 있는 권리’로 보는 견해¹⁶⁾와 ‘…… 결정하고 이에 따라 행동할 수 있는 권리’로 보는 견해¹⁷⁾가 있는바 후자의 견해에 의하면 자기결정권은 일반적 행사자유권과 실질권으로 같은 내용의 권리가 될 것이다. 그러나 전자의 견해를 취한다고 할지라도 자기결정권을 일반적 행동자유권과 다른 권리라고 이해하여야 할 것인지는 의문이다.

14) 大久保史郎, 「自己決定」論と人權論の課題, 법률시보 1995. 5. 114쪽

15) 권영성, 전계서, 334쪽은 “자기결정권”을 “자신의 문제를 자신의 자유의사에 따라 결정할 수 있는 권리”로, “일반적 행동자유권”을 “자유롭게 행동하거나 행동하지 아니할 권리”로 설명하고 있으며, 戶波江二, 自己決定權の意義と範圍, 법학교실 1993. 11., 42쪽은 “인격적 생존과 결부되어 있지 아니한 자유를 인권으로 보호하기 위하여는 자기결정권의 규범내용을 일반적 자유에까지 미치게 하는 외에 자기결정권과는 따로 일반적 행동자유권을 일본 헌법 제13조에서 도출한다는 논리도 생각될 수 있다”고 한다.

16) 권영성, 전계서 334쪽, 輿平康弘, 헌법Ⅲ, 109쪽 등

17) 戶波江二, 校則と生徒の人權, 法學セミナー 1993. 4., 76쪽(자기결정권의 내용에 대하여 일반적자유권은 개인의 자유로운 행동을 널리 보장); 山田卓生, 私事と自己決定, 3쪽(타인에게 관계없는 사항에 대하여는 자기에게 결정권이 있고, 스스로 책임을 지고 행위하는 것이 가능하다.)

생각건대, 위 양 권리는 모두 헌법에 열거되지 아니한 권리의 하나로써 ‘스스로의 문제를 스스로의 의사에 따라 결정하고 타인, 특히 국가의 간섭을 받음이 없이 자유롭게 행동할 수 있는 권리’를 가리키는 것으로 자기결정권은 결정의 측면을, 일반적 행동자유권은 행동의 측면을 강조하는 것에 불과하다고 본다.¹⁸⁾ 결정한 대로 행동할 수 없다면 그 결정은 공허한 것이 될 것이고, 자의적 결정에 근거한 것이 아닌 행동이라면 그 행동 또한 아무런 의미를 가질 수 없을 것이기 때문이다.¹⁹⁾ 따라서 자기결정권과 일반적 행동자유권은 동전의 양면과 같은 권리라고 할 것이다. 일본의 경우에는 인격적 생존에 불가결한 영역에서의 결정·행동의 자유인가 여부에 따라 자기결정권을 일반적 (행동)자유권과 구별하는 견해²⁰⁾가 있는데 이는 뒤에서 보는 바와 같이 자기결정권이 인정되는 생활영역을 어떻게 파악할 것인가에 관한 입장 차이에서 오는 개념설정의 차이에 불과하다고 본다.²¹⁾ 즉, 인격적권리설을 취할 경우에는 자기결정권의 보호영역 밖에 위치하는 행동의 자유를 헌법상 보호하기 위하여 일반적 행동자유권을 별개의 기본권으로 개념설정할 필요가 있지만 일반적자유설을 취하는 경우에는 자기결정권과 일반적 행동자유권의 보호영역이 같아지는 것이다.

우리 헌법재판소의 판례상으로는 ‘일반적 행동자유권’이라는 용어를 사용한 결정²²⁾과 ‘자기운명결정권’이라는 용어를 사용한 결정²³⁾

18) 戶波江二, 自己決定權の意義と射程, 菅部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開 상 327쪽 이하 및 성전환사건에 관한 독일 연방헌법재판소의 판결(BVerfGE 49,286) 참조

19) 문창욱 역, 사회철학(Joel Feinberg의 Social Philosophy의 번역서), 종로서적, 80쪽 참조

20) 阪本昌成, 헌법이론II, 240~258쪽, 256~258쪽 등

21) 일본에서는 이 밖에도 자기결정권을 “인격적 자율권” 또는 “사사수행권”이라고 하는데 위 용어도 자기결정권이 미치는 영역을 어떻게 파악할 것인가에 관한 입장과 관련하여 달리 사용되는 것으로 보인다.

22) 헌법재판소 1992. 4. 14. 선고, 90헌바23 결정; 1991. 6. 3. 선고 89헌마 204 결정; 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 92헌바33 결정(재판관 김진우, 재판관 이시윤의 의견); 1995. 12. 28. 선고,

이 각각 있는데 결정권에 중점을 두느냐 행동권에 중점을 두느냐에 따라 달리 사용된 듯하다. 헌법재판소의 결정 가운데 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 결정은 “이른바 계약 자유의 원칙이란 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기 의사로 결정하는 자유뿐만 아니라, 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유를 말하며, 이는 헌법상의 행복추구권 속에 함축된 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다”라고 판시하여 자기결정권과 일반적 행동자유권이 밀접한 관계에 있음을 보여주고 있다고 생각한다.²⁴⁾

다. 보충적·포괄적 권리로서의 자기결정권

자기결정권은 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 헌법에 열거된 개별적·구체적 기본권에 비하여 보충적²⁵⁾·포괄적 기본권이

91헌마80 결정(재판관 김문희, 황도연, 이재화 조승형의 의견); 1993. 5. 13. 선고, 92헌마80 결정

23) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정

24) 독일 연방헌법재판소의 판례 가운데 “기본법 제1조 제1항이 보호하는 인간의 존엄성은 인간이 자기 자신의 문제를 스스로 결정하고 자신의 운명과 생활관계를 스스로의 책임 아래 형성해 나갈 수 있는 권리를 포함하고 있다. 기본법 제2조 제1항의 규정은 이같은 제1조 제1항과의 관계에서 결국 인간 개개인에게 주어진 능력과 역량을 자유롭게 신장시킬 수 있는 길을 열어주고 있다고 할 수 있다”라는 판결(성진환판결, BVerfGE 49,286)도 마찬가지로 자기결정권과 일반적 행동자유권의 관계를 잘 나타내고 있다고 본다. 이 판결은 일반적 인격권을 판시한 것으로 이해되지만 일반적 인격권도 그 형성과정에서 비추어 보면 광의의 일반적 행동자유권으로부터 파생된 권리이다.

25) 헌법이 규정하는 모든 자유권의 근거 또는 핵에는 자기결정권이 포함되어 있다. 예컨대, 어느 직업을 선택하여 이에 종사할 것인가 하는 직업의 자유에도 이미 자기결정이 전제되어 있는 것이다. 이처럼 개별적 기본권의 전제가 되는 자기결정권은 당해 개별적 기본권조항에 의하여 보호되므로 자기결정권이 독자적 기본권으로서 기능하는 영역은 개별적 기본권으로 보호되지 아니하는 영역이라 할 것이고, 이를 자기결정권의 보충성이라고 한다.

(竹中勳, 個人の自己決定とその限界、ジュリスト No.1022, 33쪽; 山田卓生, 私事と自己決定、

라 할 수 있다.²⁷⁾ 다만 자기결정권이 보충적 기본권이라고 하여 기본권 보장의 정도가 헌법에 열거된 개별적 기본권보다 약하여도 좋다는 의미는 아니다. 헌법에 나열된 기본권 목록은 역사적으로 중요성이 인정되는 것만을 모아 놓은 것에 불과하므로 모든 기본권을 망라한 것이라거나 열거되지 아니한 기본권을 무시하여도 좋다는 의미는 결코 아니기 때문이다.²⁸⁾

라. 일본의 경우에는 자기결정권을 인권론에서뿐만 아니라 “국민 각자는 자기결정권의 행사의 일환으로서 정치에 참가한다”고 함으로써 국민주권을 자기결정권의 관점에서 파악하려는 견해와 같이 정치기구론에까지 확대하여 논하는 견해²⁹⁾도 있고, 독일의 경우에는 일반적 행동의 자유는 공권력에 의한 침해로부터의 자유(Eingriffsfreiheit)를 의미하여 일반적 행동자유권을 매개로 모든 공권력에 의한 위법한 침해에 대한 헌법소원을 제기할 근거가 됨과 동시에 특히 “법치국가원리의 주권화”로서 권한분배규정과 같은 객관적 헌법규정 위반을 다룰 근거로 되는 등 헌법보장에 있어 중요한 역할을 하지만³⁰⁾ 우리 나라의 경우에는 자기결정권을 이와 같이

343쪽)

26) 이 문제를 생각함에 있어서 우리가 헌법상 권리라고 하는 것 중 ‘자유(liberty, right)’와 ‘보장(protection)’을 구별할 필요가 있다. ‘자유’라는 개념은 적극적 자유와 소극적 자유(적극적 자유와 소극적 자유에 관하여는 生松敬三 등 譯, 自由論2, みすず書房, 295쪽 이하 참조)를 포함하는 것이므로 항상 결정의 문제를 전제로 하고 있음에 반하여 ‘보장’(이른테면, 영장주의, 죄형법정주의 등)은 ‘권리’라고 불리더라도 선택을 전제하지 않으므로 자기결정권과는 친하지 않다. (John H. Garvey, Freedom and Choice in Constitutional Law, Harvard Law Review V.94 No.5, 1757~1758쪽 참조)

27) 권영성, 전계서 395~396쪽; 김철수, 보정판 신고 헌법학 개론 314쪽; 佐藤幸治 편, 헌법Ⅱ, 성문당, 99쪽

28) 김선택, “행복추구권”과 “헌법에 열거되지 아니한 권리”의 기본권체계적 해석, 안암법학 창간호, 189쪽; 일본 최고재, 소회33. 9. 10. 민집 12권 13호 1969쪽

29) 佐藤幸治 「憲法學において自己決定權をいうことの意味」법철학연보 1989년 93쪽 이하; 大久保史郎, 「自己決定」論と人權論の課題, 법률시보 1996, 5. 114쪽

넓은 의미로 이해하는 견해는 없는 듯하다.³¹⁾

2. 자기결정권의 인정 필요성³²⁾

가. 자기결정권 존중의 근거

(1) 자기결정권은 먼저 인간의 존엄·독립성의 존중정신, 즉 이성적이고 책임감있는 인간이라면 자기에 관한 사항은 스스로 처리할 수 있을 것이라는 생각으로부터 출발한다. 충분한 판단력을 가지지 아니한 자에 대하여는 보호의 필요가 있겠지만³³⁾ 그렇지 않은 한 스스로가 자기 운명의 형성자가 되어야 한다. 이러한 자기결정의 자유가 보호되고 발휘됨으로써 개성이 풍부한 인격의 발전이 기대되는 것이다.³⁴⁾

(2) 다음으로 개인의 선택의 자유를 보다 넓게 인정하는 것에 의하여 보다 좋은 선택이 행하여 질 것이라는 믿음에 근거한다. 선택의 여지가 넓다고 하여 반드시 보다 현명한 선택을 할 수 있다는 점을 논증할 수는 없지만 무엇이 최선인가에 대한 객관적인 기준이 존재하는 예외적인 경우는 별론으로 하고 그렇지 않은 한 자기의 이익에 대하여는 스스로가 최선의 판단자라고 할 수 있다. 따라서,

30) BVerfGE 80,137; BVerfGE 6,32 등

31) 위 독일 헌법재판소의 판례와 대비하여 우리 헌법재판소는 “헌법소원청구과정에서 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인지 여부를 판단함에 있어서 국민주권주의, 법치주의, 적법절차의 원리 등 헌법의 기본원리를 그 기준으로 적용할 수는 있으나 공권력의 행사 또는 불행사로 헌법의 기본원리가 훼손되었다고 하여 그 점만으로 국민의 기본권이 직접 현실적으로 침해된 것이라고 할 수는 없다”라고 판시하여(헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 91헌마231; 같은 날 선고, 90헌마125 결정 참조) 법치국가원리의 주관화를 부정하고 있다.

32) 이하 山田卓生, 私事と自己決定權, 335~338쪽 참조

33) 성숙한 판단능력을 가지지 아니한 자에게는 자기결정권이 인정되지 않는다는 취지로 이해할 것은 아니다. 이에 대하여는 이론이 있는바 뒤에서 살핀다.

34) 전제 자유론 77~100쪽 참조

본인에게 판단능력이 있는 한 선택을 강제하거나 선택의 폭을 제한하는 것을 인정할 수는 없다.

(3) 복지국가를 지향하는 현대사회에 있어서는 비대하여진 행정권이 국민의 거의 모든 생활영역에까지 관여하게 되고 행정상의 편의나 능률 위주의 획일적 취급을 위하여 개인의 자유를 제한하는 경향이 강하여지므로 현대사회에 있어 자기결정의 의미는 더욱 더 중요하다.³⁵⁾ 또한 업무상 영역에서의 자기실현이 곤란한 관리사회에 있어서는 자기정체성을 가질 수 있도록 사생활에 있어서 개인의 자기결정권을 인정하여야 할 필요가 더욱 커진다.

나. 자기결정권에 대한 반론과 비판

(1) 스테펜(J. F. Stephen)과 데블린(L. Devlin)의 견해에 의하면, “자기결정권을 인정하고 각자에게 판단을 맡기면 오히려 좋지 않은 결과를 낳고 무법과 혼란을 야기할 뿐이다. 따라서, 개인적 사항이라고 하더라도 국가에 의한 교화적, 가부장적(paternalistic)인 지도가 필요하다. 사인에게 선택의 자유를 주면 종종 잘못되고 부당한 행동을 한다. 그러므로 사인에게 행동의 기준을 제시하고 지도적 조치를 하는 것이 국가 또는 지도자가 할 일이다.”라고 한다. 그러나, 자기결정권이란 기존의 관념에 얽매이지 않고 다른 선택을 할 수 있는 것이야말로 개인의 자기신장과 사회의 발전에 필수적이라는 신념에 기초하고 있는 것이고 이러한 의미에서 자기결정권은 잘못된 판단을 할 자유를 전제하고 있는 것이다. 위와 같은 반대론은 경찰국가 시대의 법이 상정한 인간상을 전제로 한 것으로 인간의 자율을 존중하는 현대사회에서 그대로 채용할 바 못된다. 즉, 경찰국가 시대의 법은 리기주의적 인간을 전제하기는 하나 아직 법주체의 미숙한 판단력을 믿지 않았으며 따라서 국가는 그 신민들에 대

35) 戶波江二, 自己決定權の意義と射程, 平部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開 상 354쪽

한 당연직 후견인으로서 그들의 의사에 반하여서라도 교시하여 보호를 베풀고 그들을 행복하게 해 주어야 하는 것을 그 임무로 여겼다. 그러므로 신민이 이미 국가와 같은 방향의 선택을 하고 있는 경우라도 그 선택에 따라 행위하는 것은 신민의 권리일 뿐 아니라 의무로 보았고, 금지되지 아니한 것은 허용되는 것이면서 명령되는 것이기도 하였다. 법질서의 수명자, 즉 신민은 오로지 자기의 이익에 의하여서만 지배될 만큼 이기적이기는 하지만 이러한 이익을 스스로 인식할 만큼 이해력을 갖추지는 못한 존재로 이해되었던 것이다.³⁶⁾

(2) 자기결정권이라는 것이 현실적으로는 괴팍한 자나 기행을 일삼는 자에게 자유를 주는 것이 될 뿐이고 무엇인가 적극적인 의미를 갖지는 못한다는 비판도 있을 수 있다. 그러나 자기결정권에 의하여 전통적 의미의 기행(동성애, 장발이나 삭발 등의 모발형태, 이상한 복장)이 보호될 수 있다고 하더라도 그것이 자기결정권을 부정할 근거로는 될 수 없는 것이고, 오히려 자기결정권의 인정에 의하여 사생활에 대한 국가의 부당한 공권력 행사를 차단함으로써 개성을 신장할 수 있다는 점에서 적극적 의미를 갖는다고 할 수 있으며, 이에 의하여 비로소 상호간의 다양한 개성을 존중하는 문화적 상대주의가 가능한 것이다.

3. 성숙한 판단능력을 결여한 자와 자기결정권

가. 위에서 본 바와 같이 자기결정권이란 개인의 성숙한 판단

36) 손지열, 황우여 역, 법에 있어서의 인간(Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht의 번역서), 육법사, 22~23쪽

능력을 전제로 한 것이다. 그렇다면 성숙한 판단능력을 갖추지 못한 자, 이를테면 미성년자나 심신장애자에게도 자기결정권을 인정할 수 있는가 하는 점이 문제된다.

나. 이에 대하여는 자기결정권은 성숙한 판단능력을 가진 성인에게만 인정된다는 견해도 있다. “이 이론이 단지 성숙한 능력을 가진 성인에게만 적용된다는 사실은 새삼 말할 필요가 없을지 모른다. 우리는 어린아이나 법률로 정한 성년의 나이에 이르지 못한 청소년을 말하고 있지 않다. 타인의 보호를 여전히 필요로 하는 상태에 있는 사람들은 자신의 행동으로부터나 외부의 해악으로부터 보호되어야 한다.”³⁷⁾는 견해나 “자기결정권은 모든 개인에게 인정되는 것이 아니라 성숙한 판단능력을 가진 자에 대하여만 인정된다는 점에서 권리로서는 특수하다.”³⁸⁾³⁹⁾는 견해가 이에 해당할 것이다. 실제로 각종 법률에 의하여 미성년자나 심신장애자의 (자기결정을 전제로 하는) 기본권이 제한되어 있는 예도 적지 않다. 선거권,⁴⁰⁾ 노동권,⁴¹⁾ 결혼권,⁴²⁾ 정당참여권,⁴³⁾ 자동차운전권⁴⁴⁾ 등을 예로 들 수 있다.

다. 그러나 미성년자나 심신장애자에게 자기결정권이 인정되지

37) 진계, 자유론, 23쪽

38) 山田卓生, 진계서 344쪽; 다만 山田卓生, 自己決定權おあぐって,一 佐藤教授に答えて, 법학교실 No.102, 66~67은 달리 보는 것 같다.

39) 이 견해에 따르면 어린이의 자기결정권은 성년이 되는 순간에 갑자기 생겨나는 것이 되므로 불합리하다. 이에 대하여는 ① 어린이의 자기결정권은 부모의 도움 아래 형성되어 가는 과정에 있는 것이라는 견해와 ② 민법상의 성년연령은 모든 영역에서의 자기결정권이 완성되는 시점을 가리키는 것이고 그 이전에도 자기결정권이 완성되는 개개의 생활영역이 있을 수 있다는 견해 등이 있다.

40) 국민투표법 제7조, 공직선거 및 선거부정방지법 제15조

41) 근로기준법 제50조 제1항, 제51조

42) 민법 제800조

43) 정당법 제6조

44) 도로교통법 제70조 제1항 제1호

않는다고 할 것은 아니다. 인권을 인간이 단지 인간이라는 이유 때문에 당연히 가지는 권리로 이해하는 한 성숙한 판단능력을 흠결한 단계·상태의 개인에게도 헌법상 자기결정권이 인정되는 것이다.⁴⁵⁾ 다만 미성년자나 심신장애자는 판단능력이 불완전한 탓에 잘못된 판단을 함으로써 자기 자신을 해하고 타인에게도 해를 끼칠 우려가 높으므로 그들 스스로 기본권을 행사함에는 상당한 제한을 받는다. 그런데 권리의 목적이 스스로 책임을 지는 자유로운 행동 즉, 자기결정인 경우에는 타인에 의한 권리행사라고 하는 것은 자기결정의 본질에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 그러나, 국공립학교에서의 어린이 선거 등에서 보듯이 타해나 자해의 위험이 비교적 적은 분야에서 그들의 자기결정권이 행사되는 예도 있으며, 또한 성숙한 판단능력이 없는 자에게도 자기결정권이 존재함을 인정함으로써 보호자(친권자나 후견인)에 의한 자기결정권이 존재함을 인정함으로써 자기결정권의 제한에도 스스로의 한계를 부여할 수 있으므로 미성년자 등에 대한 자기결정권의 인정은 실질적 의미를 갖는다고 할 것이다. 즉, 보호자에 의한 자기결정권의 대행은 피보호자의 보호를 위하여 ① 미성년자의 경우에는 성숙한 판단능력을 흠결한 행동의 결과 장기

45) 竹中勳, 자기결정권, 阿部照哉 등 편, 법학ガイド 헌법Ⅱ(인권) 67쪽

미국의 경우에는 연소자의 낙태권 등을 둘러싸고 어린이에게도 성인과 같은 정도의 기본권이 있는가에 관한 논의가 있었다. 이에 관하여는 State v. Koome, 84 Wash, 2d. 901, 530 P.2d. 260 [일용, 프라이버시권을 포함한 어린이의 권리는 성인의 그것과 같은 범위에 미치는 것 (coextensive)이다] ; Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503(학생은 학교밖에서 뿐 아니라 학교내에서도 헌법하에서의 시민이다. 그들은 주에 대한 의무를 존중해야 하는 것과 마찬가지로 주로부터 존중받아야 하는 기본권을 가지고 있다.); Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503(대법관 Stewart의 의견-수정 제1조에 의한 어린이의 기본권은 성인의 그것과 같은 영역에 미치지 않는다) 등 참조

적으로 보아 미성년자 자신의 목적달성 재능력을 중대하고 영속적으로 약화시킬 가능성이 보이는 경우 또는 어린이의 자율적 성장을 도와주기 위한 목적의 한도에서 ② 심신장애자의 경우에는 후견인의 대행판단이 피보호자의 최선의 이익(best interest)에 부합하는 경우에만 인정된다는 등의 제한을 가할 수 있는 것이다.⁴⁶⁾ 그 밖에 미성년자나 심신장애자에게도 자기결정권이 인정된다는 점 및 이에 대한 보호자의 자기결정권 대행의 제한을 논한 다양한 견해가 있으나 상론하지 않는다.⁴⁷⁾

4. 자기결정권의 헌법적 근거

가. 프라이버시권에서 찾는 견해

미국의 경우에는 자기결정권이 문제되는 낙태, 죽음, 성적 행위, 생활방식 등을 프라이버시권의 문제로 논의한다. 우리 나라나 일본에서는 프라이버시권을 자기에 대한 정보를 통제할 수 있는 권리라고 이해하는 것이 일반적이지만, 미국에서는 프라이버시권을 Louis Brandeis 대법관의 표현과 같이 “타인으로부터 간섭받지 않을 권리(the right to be let alone)이고, 가장 포괄적이며 문명인의 가장 고귀한 권리”,⁴⁸⁾ 또는 Stevens 대법관의 기술과 같이 “개인적 사항을 공개당하지 아니할 일반적인 사적 이익과, 어

46) 芹部信喜, 廣義のプライバシー權(4), 법학교실 133호 74쪽, 및 주 47 기재 문헌 참조

47) Garvey 전계 논문, 米澤廣一, 子どもの權利論, 人權の現代的諸相, 42쪽 이하; 横田守弘, 未成年者の基本法上の行為能力について、人權の現代的諸相, 63쪽 이하; ジュリスト 増刊總合特輯・子どもの人權 참조

48) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928)

“The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. …They conferred, as against the Government, the right to be let alone—the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized man”

띤 종류의 중요한 결정을 함에 있어 타인의 간섭을 받지 아니할
 (independence in making certain kinds of important decisions)
 일반적 이익”⁴⁹⁾으로 파악하고 있으므로 자기결정권의 헌법적 근
 거를 프라이버시권에서 찾게 되는 것이다. 다만 프라이버시권의
 헌법적 근거를 어디에서 구할 것인가에 관하여는 격렬한 논의가
 있으며 두 가지의 접근법이 있다. 먼저 미국 헌법의 수정 조항은
 제1조부터 제8조에서 구체적인 권리를 보장하고 있지만 “이 헌법
 에서 특정의 권리를 열거하고 있다고 하여 국민이 보유하는 그
 밖의 권리들을 부정하거나 경시하는 것으로 해석하여서는 아니된
 다”⁵⁰⁾라고 규정하고 있는 수정 제9조는 열거된 권리뿐 아니라 열
 거되지 아니한 권리도 존재하고 그 권리도 보장한다는 취지에서
 해석되므로 이에 의하여 프라이버시권이 보장된다는 것이다. 다
 음으로 “주는 적법절차없이 누구로부터도 그의 생명, 자유 또
 는 재산을 박탈할 수 없다”⁵¹⁾라고 규정하고 있는 수정 제14조 제
 1항의 “자유” 가운데 프라이버시권을 비롯한 제권리가 포함되어
 있다고 해석할 여지가 있다고 하며, 구체적 적법절차(substantial
 due process)의 문제로 논하고 있다.⁵²⁾

프라이버시권의 헌법적 근거와 헌법에 열거되지 아니한 권리에
 관하여 깊게 논하여진 판결의 하나인 Griswold 판결⁵³⁾ 중 관련
 부분은 다음과 같다.

49) Whalen v. Roe , 429 U.S. 589 (1977)

50) Amendment IX(1791) Rights Retained by the People

The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be constructed to deny or
 disparage others retained by the people.

51) Amendment X IV (1868) Civil Rights Section 1. Privileges of Citizens

…… nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due
 process of law …….

52) J. A. Barron 등, Constitutional Law 2nd ed, WEST 162~177쪽

53) Griswold v. Connecticut, 381 US 479; 14 L ed 510

“헌법이나 권리장전은 개인간의 교제권에 관하여 언급하고 있지 않다. 부모가 선택하는 학교-공립이든, 사립이든 그 밖의 것이든-에서 자녀를 공부시킬 권리에 관하여도 마찬가지이다. 특정한 과목이나 외국어를 배울 권리에 관하여도 같다. 그러나 수정 제1조는 그러한 권리를 어느 정도 포함하고 있다고 해석되어 왔다. …… 수정 제1조는 정부의 간섭으로부터 개인의 프라이버시가 보호되는 반영부(penumbra)를 제공하고 있다. …… 수정 제1조, 수정 제3조, 수정 제4조, 수정 제5조, 수정 제9조에 의하여 프라이버시대(zones of privacy)가 형성되고 각 조문의 반영(penumbra)으로서 프라이버시권이 보장되는 것이다.”

일본의 경우에도 헌법상의 프라이버시권을 “개인이 공권력에 대하여 자기의 사생활에 관한 자주적 결정을 주장하고 공권력의 간섭을 거부할 권리”로 정의하고 “이 권리의 기본적인 내용은 개인은 타인의 간섭을 받음이 없이 자기의 사생활의 영역 가운데 어떤 종류의 영역에 대하여 스스로 결정할 수 있다고 하는 것”이라고 하며 프라이버시권과 자기결정권(일반적 자유권)은 중복한다는 견해⁵⁴⁾가 있다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾

54) 橋木公巨, 일본국헌법(개정판), 219, 426~427쪽

55) 일본의 경우 그 밖에 자기결정권을 프라이버시권과 연결시키는 견해로 奥平康弘, 헌법 III, 109~110쪽 참조;

독일의 경우 연방헌법재판소는 1964년의 일기판결(BVerfGE 18,146) 이후 “일반적 행동자유권”과는 다른 권리로서 “일반적 인격권” 및 이로부터 파생하는 정보에 관한 자기결정권, 자기의 출생에 관하여 알 권리 등을 도출해 내고 있는바 이는 프라이버시권과 유사한 면이 있다. 김철수, 전정신판 헌법학개론 327쪽은 ‘자기결정권’을 설명하며 ‘독일에서는 정보에 대한 자기결정권이 관례상 확립되었다’라고 기술하고 있으나(반면 동 329쪽은 정보에 대한 자기결정권을 ‘알권리, 읽을 권리, 들을 권리’에 포함시키고 있기도 하다), 정보에 대한 자기결정권은 독일에서는 일반적 인격권의 하나로 인정되고 있고 독일의 일반적 인격권의 상당부분은 우리 헌법상 사생활이 비밀 보장 조항(제17조)의 보호영역에 흡수되는 것이다.(김선택, 전제 논문 192쪽 주33 참조)

나. 행복추구권 내지 인간의 존엄과 가치에서 찾는 견해

독일의 경우에는 “모든 사람은 타인의 권리를 침해하지 않고, 헌법적 질서 또는 도덕률에 위반하지 아니하는 한 자기의 인격을 자유로이 발전시킬 권리를 가진다.”는 기본법 제2조 제1항이 ‘일반적 행위자유권’을 규정하고 있다고 해석함이 연방헌법재판소의 판례⁵⁷⁾이며, 다수 학설의 지지를 받고 있다.⁵⁸⁾

그 중 자기결정권을 직접 언급하고 있는 “성전환 사건” 판결(BVerfGE 49,286)의 요지는 다음과 같다.

“기본법 제1조 제1항의 보호하는 인간의 존엄성은 인간이 자기 자신의 문제를 스스로 결정하고 자신의 운명과 생활관계를 스스로의 책임 아래 형성해 나갈 수 있는 권리를 포함하고 있다. 기본법 제2조 제1항의 규정은 이 같은 제1조 제1항과의 관계에서 결국 인간개개인에게 주어진 능력과 역량을 자유롭게 신장시킬 수 있는 길을 열어 주고 있다고 할 수 있다.”

일본의 경우에는 “모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명·자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 대하여는 공공의 복지에 반하지 아니하는 한 입법 그 밖의 국정에 있어서 최대의 존중을

56) 佐藤幸治, 日本國憲法と自己決定權-その根據と性質おあくって, 법학교실 No.98, 6쪽, 14쪽은 “미국에서는 이 권리(자기결정권)도 프라이버시권의 일종으로 해석하지만 일본국 헌법의 해석상으로는 적절치 않다”, “자기정보control권과 자기결정권은 기초를 같이 하는 것이기는 하지만 그 내용·성질에 있어서 상당히 다른 점이 있고 권리는 원래 특정·명확한 규범유형이어야 하는 것이므로 양자는 별개의 관념으로 생각되어야 할 것이다. 이런 의미에서 프라이버시권은 자기정보control권의 의미로 한정하고 자기결정권은 별개 범주의 권리로 생각해야 할 것이다”라고 한다.

57) BVerfGE 6,32(Elfes 판결); 20,150(집회법 판결); 47,46(성교육 판결); 49,24(미결구금자의 접견면회권 판결); 49,286(성전환 판결); 54,1433(비둘기에게 모이 쫓 자유에 관한 판결); 80,137(삼림 승마권 판결) 등 다수

58) 戸波江二, 自己決定權の意義と射程, 芋部信喜先生古稀祝賀, 現代立憲主義の展開 상 327쪽 이하에서 독일에서의 학설 및 판례의 전개과정을 소개하고 있다.

필요로 한다.”라고 규정하고 있는 헌법 제13조에서 자기결정권의 헌법적 근거를 찾고 있다.

우리 나라의 경우에는 ① 헌법 제10조 제1항 전문의 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 것이면 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 기본권이라 할 수 있고 그 가운데 자기결정권이 포함된다.⁵⁹⁾ ② 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에는 자기결정권이 포함된다.⁶⁰⁾ ③ 협의에 있어서의 행복추구권은 일반적 행동자유권 등을 포함하는 권리라고 하겠다. 자기 신체의 복장을 마음대로 형성할 권리 등도 이에 포함될 것이다.⁶¹⁾ ④ 헌법 제10조 제1항 후단의 행복추구라는 개념 하에는 기본권 목록안에 독자적인 자기 자신의 자리를 주장할 수 있을 정도로 역사적, 사회적 중요성을 확보할 수 없었던, 그러나 개개인이 삶을 영위함에 있어서는 결코 무시할 수 없는 넓은 행동영역이 포함될 수 있다. 오늘날과 같이 고도로 분화된 후기 산업사회에 있어서는 개개인은 ‘- 위에서 아래로 내려다 볼 때- 사소한 일’을 자기 스스로 자유롭게 해 가는 것의 중요성을 매우 진지하게 받아들일 수 있다.”⁶²⁾는 제견해에서 보는 바와 같이 자기결정권(또는 일반적 행동자유권)을 헌법 제10조 제1항 후문의 행복추구권과 연결시키는 것이 일반적이다. 다만 헌법 제10조 제1항 후문의 ‘행복추구권’ 규정을 헌법 제10조 제1항 전문의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’ 규정 및 헌법 제37조 제1항과의 관계에서 어떻게 이해할 것인가에 대하여는 헌법 제10조 제1항의 기본권적 성격을 부인하고 동 조항을 헌법이 추구하는 최고 이념적 지표로 이해하

59) 권영성, 전거서 333~334쪽

60) 김철수, 전정신관 헌법학개론, 325쪽

61) 김철수, 보정판 신고 헌법학개론, 314쪽

62) 김선택, 전계 논문 192~193쪽

는 견해(따라서 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권이라는 목적을 구현하기 위한 수단으로서 헌법 제37조 제1항으로부터 도출될 것이다), 행복추구권을 독자적 권리로 인정하되 인간의 존엄과 가치 규정에 대하여는 권리성을 부인하는 견해, 인간의 존엄과 가치 규정을 행복추구권과 묶어 이를 하나의 기본권으로 이해하는 견해(헌법에 열거되지 아니한 기본권은 헌법 제10조 제1항에서 도출되고 헌법 제37조 제1항은 이를 확인하거나 주의적으로 규정한 것으로 본다), 헌법 제10조 제1항 후단의 행복추구권은 ‘일반적 인격권’이나 ‘일반적 행동자유권’이라는 독자적 기본권을 보호영역으로 하는 기본권조항임과 동시에 헌법 제37조 제1항과 관련하여 그 밖의 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 도출근거가 된다는 견해 등으로 다양하게 나뉘어져 있다.⁶³⁾

헌법재판소는 ① 헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라고 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있다.(헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정) ② 구 국가보안법 제9조 제2항 소정의 “편의제공”은 그 문언해석상 그 적용 범위가 넓고 불명확하므로 헌법 제10조 소정의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권을 위축시킬 수 있다. (헌법재판소 1992. 4. 14. 선고, 90헌바23 결정) ③ 이른바 계약 자유의 원칙이란 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어

63) 상세한 내용에 대하여는 김선택, 전제논문 참조

떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기 의사로 결정하는 자유뿐만이 아니라, 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유를 말하며, 이는 헌법상의 행복추구권 속에 함축된 일반적 행동 자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다.(헌법재판소 1991. 6. 3. 선고, 89헌마204 결정) ④ 적법한 단결권의 행사 및 단체교섭행위에 제3자가 개입하는 경우까지 형사제재를 과한다면 헌법 제10조 후문의 행복추구권의 파생인 일반적인 행동자유권의 침해이다.(헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 92헌바33 결정 중 재판관 김진우, 재판관 이시운의 의견) ⑤ 경찰의 순수한 치안업무인 집회 및 시위의 진압의 임무는 결코 국방의무에 포함된 것이라고 볼 수 없으므로, 이 진압 명령은 곧 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 함축하고 있는 헌법 제10조 소정의 행복추구권을 침해한 것이다.(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고, 91헌마80 결정 중 재판관 김문희, 황도연, 이재화, 조승형의 의견) ⑥ 당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 소년에 대하여 당구를 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적인 행동자유권의 침해가 될 수 있을 것이다.(헌법재판소 1993. 5. 13. 선고, 92헌마80 결정)라는 제결정에서 보는 바와 같이 자기결정권(또는 일반적 행동자유권)의 헌법적 근거를 헌법 제10조 제1항의 행복추구권⁶⁴⁾에서 찾고 있다.

Ⅲ. 자기결정권의 범위

64) 다만 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정(위 ①결정)은 행복추구권 외에 인격권으로부터도 자기결정권을 도출하고 있다.

1. 개 론

자기결정권이 미치는 행위의 범위에 관하여는 개인의 인격 발현과 무관한 행위까지도 헌법에 의하여 보장되는가의 여부에 따라 다음과 같이 견해가 나뉘는바, 일반적자유설에 의하면 이를테면 머리 모양의 자유⁶⁵⁾나 흡연의 자유⁶⁶⁾, 오토바이를 탈 자유⁶⁷⁾, 새에게 모이를 주거나⁶⁸⁾ 삼림에서 승마를 할 자유⁶⁹⁾ 따위도 헌법

- 65) 미국의 경우 경찰관의 머리카락 길이를 규제하는 법령이 개인이 privacy를 침해한 것이 아니라는 Kelly v. Johnson 판결, 425 U.S. 238 (1976); 공립학교 학생의 머리 모양을 규제하는 규정이 위헌이 아니라는 Karr v. Schmidt 판결, 460 F.2d 609 (5th Cir. 1972); 독일의 경우 머리 및 수염 모양에 대하여도 기본권을 가지지만 수사목적상의 규제가 합헌이라는 판결, BVerfGE 47,239; 일본의 경우 머리모양에 대한 기본권과 관련하여 熊本地判 昭和 60. 11. 13.(判例時報 1174호 48쪽), 東京地判 平成 3. 6. 21.(判例時報 1388호 3쪽) 및 山田卓生, 전게서 21쪽 이하 참조
- 66) 일본 최대판 소45. 9. 16. 민집 24-10-1310은 “흡연의 자유가 일본 헌법 제13조가 보장하는 기본적 인권에 포함된다고 하더라도 ……”라고 판시하고 있다.
협연권에 대하여는 ①일반론으로서 수동적연을 강요당하지 아니할 이익을 법적 보호가치가 있다고 한 동경지방법관소 판결(소62. 3. 27. 판례시보 1226호 33쪽), ②신체의 건강에 관한 사항인 이상 수동적연을 강요당하지 아니할 이익은 충분히 보호되지 않으면 아니된다고 하면서도 끄연의 기호 및 관습도 사회적 승인을 받아 개인적 선호의 문제로서 타인으로부터의 간섭을 좋아하지 않는 상당수의 사람이 존재하고 있음을 들어 결론적으로 인격권의 침해가 되지 않는다고 한 명고옥지방법관소 판결(평3. 3. 22. 판례시보 1394호 154쪽) 및 山田卓生, 전게서 155쪽 이하 참조
- 67) 학생의 신분으로 오토바이 운전면허를 취득할 자유도 일본 헌법 제13조 소정의 인권에 포함된다고 한 高松高判 平2. 2. 19.(판례시보 1362호 44쪽) 참조, 일본에서는 1970년 오토바이사고의 증가와 이를 우려한 학부모의 탄원 때문에 1980년대에 이르러서는 “학생들은 오토바이를 타지도, 사지도, 운전면허를 취득하지도 않는다”는 삼불원칙을 채택한 교칙이 각 교교에 널리 확산되어 헌법논쟁이 있었다. 이에 관한 판례로는 고지지판 소화 63. 6. 6.(판례시보 1295호 50쪽), 동경지판 평성3. 5. 27.(판례타임즈 764호 206쪽), 동경고판 평성4. 3. 19.(판례타임즈 783호 151쪽) 각 참조
- 68) BVerfGE 54,143 : 비둘기에게 모이를 주는 행위를 금한 시조례의 위헌성을 다루는 사건에서 “기본법 제2조 제1항이 보장하는 일반적 행동의 자유는 도로나 공원에서 비둘기에게 모이를 주는 자유를 포함하지만 이 행위는 사적인 생활형성에 있어 절대적으로 보호되는 핵심에 속하는 것이 아니고, 개인은 공동체와 관계하고 구속되는 시민으로서 비례원칙의 엄격한 유

상 보장되어 있다고 해석할 것이지만, 인격적이익설에 의하면 이들을 포함하지 않게 될 것이다.⁷⁰⁾

2. 대립되는 두 견해

가. 인격적이익설

인격적이익설은 자기결정권의 내용은 개인의 인격적 생존의 핵심영역, 또는 인격의 발전에 관계되는 행위와 관련된 영역에 한정된다고 한다.

독일의 경우를 보면 ① “기본법 제2조 제1항은 인격의 핵심으로서 높은 수준의 것을 보장하는 것이고 그 내용은 윤리적 의미에서의 인격발현의 핵심, 즉 유럽 문화사회에서의 의미로 참된 인간성의 성취에 한정해야 할 것이다”⁷¹⁾, ② “기본법 제2조 제1항이 보장하는 자유는 자기의 인격적인 생활영역-순수하게 정신적이고 윤리적인 발전에 한정하는 것은 아니다-의 보장을 위한 한도에서 인정되는 것이다”⁷²⁾, ③ “기본법 제2조 제1항으로부터는

지 아래에서 우월적 일반이익을 위하여 행하여진 국가의 조치를 받아들이지 않으면 아니된다고 하여 비둘기에게 모이를 주는 행위의 규제가 도시의 오염방지를 위한 합리적 조치”라고 판시하였다.

69) BVerfGE 80,137 ; 삼탑내에서 승마할 수 있는 사도를 한정한 주 경관법(Landschaftgesetz)의 규정이 기본법 제2조 제1항에 적합한지가 다투어진 사건에서 다수의견은 “승마는 인간의 행위형태로서 기본법 제2조 제1항의 보호영역에 속하는 것이기는 하지만 원칙으로서 법률에 의한 제한으로부터 면제되는 사적인 생활형성의 핵심영역에는 속하지 아니한다”고 판시하였다.

70) 다만 머리모양의 자유에 대하여는 후설을 취하는 입장에서도 자기결정권의 범위에 속한다고 하는 견해도 있다.(菅部信喜, 廣義のプライバシー權(4), 법학교실 133호 75쪽)

71) H. Peters, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Festschrift für Laun, 1953 S. 673ff (戶波江二, 전계 주 12. 논문 329쪽에서 재인용)

72) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1990. Rdnr. 428. (戶波江二, 전계 주 12. 논문 342쪽에서 재인용)

일반적 행위의 자유가 아니라 인격형성의 최종적인 핵심영역의 보호를 위한 무명 자유권만이 도출될 수 있는 것이고 그러한 특정 자유권의 침해에 대하여만 헌법소원을 제기할 수 있다”⁷³⁾는 제견해가 이에 해당하고, “삼림에서의 승마는 기본권의 보호를 받지 않는다. 기본권은 개인의 완전성, 자율 및 커뮤니케이션을 보호하고 있는 점에서 다른 권리와 구별되고 공권력에 대하여 특별한 보장을 받는다. 기본권은 역사적으로나 기능적으로나 인간의 모든 행동을 특별한 보호 아래 두고 있지는 않다. 오히려 특별한 기본권의 보장이 없기 때문에 기본법 제2조 제1항의 보호를 요구하는 행위는 다른 기본권의 보호이익과 비교할 수 있을 정도로 강한 중요성을 가지지 않으면 안 된다. 엘페스(Elfes)판결이 인격핵심성을 택하지 않은 것은 정당하지만 그렇다고 일반적 행동자유설을 택할 필요는 없었다. 양자 사이에는 개별적 기본권의 보호는 미치지 않지만 인격발전을 위하여 중요한 활동영역이 있고 그것이 기본법 제2조 제1항의 보호가 미치는 영역이다. 기본법 제2조 제1항에 의하여 보장받는 기본권이 개별적 기본권 규정의 구성요건에 해당하지 않는 사항에 대하여 그 간격을 메우는 개방적·수용적 기본권이기는 하지만 인격의 구성적 요소만을 보호할 뿐이다. 판례는 기본법 제2조 제1항의 보호법익으로서 일반적 인격권과 더불어 일반적 행동자유권에 집착하고 있지만 그 가운데 일반적 인격권만이 기본권이라고 불릴 가치가 있고 일반적 행동자유권은 기본권의 보호에 친하지 않다.”⁷⁴⁾는 견해도 이 부류에 속한다.

일본의 경우에는 “인격이라는 실체적 가치에 있어서 필요한 인

73) W. Schmitt, AöR 91, 1966 S. 42ff, 73ff. (戶波江二, 전계 주 12. 논문 341쪽에서 재인용)

74) “삼림에서의 승마”사건(BVerfGE 80, 137)에서의 그림(Grimm)재판관의 반대의견

간의 이익(또는 개인의 중대한 사적 사항, 인격적 생존에 있어 불가결한 사항)만이 헌법 제13조에 의하여 보장되는 것이다. 이때 인격의 실체적 가치가 애매한 만큼 제13조의 보장의 범위와 정도는 사회일반의 통념상 보호의 가치가 있거나 합리적 인간이라면 그러한 선택을 가치있는 것으로 생각하는가에 의하여 결정될 것이다”라는 견해⁷⁵⁾ 등이 이에 해당하며, 미국의 경우 “헌법 수정 제14조 제1항은 ‘주는 누구로부터도 적법절차에 반하여 그의 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다’라고 규정하고 있고 이 항은 위의 자유의 박탈에 대한 절차적 보장만이 아니라 주에 의한 위헌적인 자유의 제한을 실질적인 측면에서도 보장하는 것이다. 그러나 이 사건에서 문제된 머리 모양과 같은 외관에 대한 결정의 자유는 생식, 결혼, 가정생활에 대하여 다른 사건들에서 문제된 바와 같은 어떤 기본적 문제(certain basic matters)에 관한 개인의 선택의 자유와는 구별되는 것으로 일반적으로 시민이 수정 제14조의 범위 안에서 외관에 관한 결정의 자유를 가지는지 의문이다.”는 견해⁷⁶⁾가 이에 해당한다.

나. 일반적자유설

일반적자유설은 자기결정권 내지 행복추구권이 개인의 자유로운 행동을 넓게 보장하고 있다고 해석함에 따라 개인의 인격발현과는 무관하게 모든 생활영역에서 자기결정권을 갖는다고 한다.⁷⁷⁾

75) 阪本昌成, 헌법이론Ⅱ, 256~258쪽, 이 견해는 머리모양을 결정할 자유 등은 “자기결정권”과는 다른 “일반적자유”에 속하는 것이고 동 자유의 침해 여부를 판단함에 있어서는 본인에게 있어서의 중요도나 불가결성을 제3자 평가하여 결정할 것이 아니라 규제하는 측의 규제목적과 수단이 결정적인 무게를 가진다고 한다.

76) Kelly v. Johnson, 425 US 238, 244 (1976)

77) 大須賀明, JURIST No.935, 13쪽; 戸波江二, 校則と生徒の人権, 法學セミナー No.460, 76쪽

우리 나라의 경우 “협회의 행복추구권은 헌법이 규정하고 있지 않은 일반적 행동자유, 먹고 싶을 때 먹고, 놀고 싶을 때 놀고 자기 멋에 살며, 자기 멋대로 옷을 입고 몸을 단장하는 자유 등을 포함하며 자기의 설계에 따라 인생을 살아가고, 자기가 추구하는 행복관념에 따라 생활하는 자유도 포함한다”는 견해⁷⁸⁾를 이에 포함시킬 수 있을 것으로 생각된다.

독일의 경우를 보면 기본법 제2조 제1항의 기본권을 개인의 일반적 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit)로서 모든 생활영역에서의 행위의 자유를 포괄적으로 보장하는 것이라고 하는 설이 학설의 다수를 점하고 있고,⁷⁹⁾ 연방헌법재판소는 1957년의 ‘엘페스(Elfes) 판결’⁸⁰⁾에서 기본법 제2조 제1항이 일반적 행동의 자유를 보장하고 있다고 판시한 이래 일반적자유설을 취하고 있는 바, ‘엘페스(Elfes) 판결’ 및 ‘삼림승마(Reiten im Wald) 판결’ 중 관련 부분의 요지는 다음과 같다.

· 엘페스(Elfes) 판결 : “인격의 자유로운 발전의 권리는 인격의 핵심영역 내부에서의 발전만을 보장하는 것이 아니다. 도덕률, 타인의 권리, 헌법적 질서라고 하는 3가지의 제약은 사회의 일원으로서의 개인에게 과하여진 제약이지만, 그것이 인격의 핵심영역에서의 발전을 규제한다고는 도저히 생각할 수 없고, 오히려 그것은 기본법 제2조 제1항이 일반적 행동의 자유를 보장하고 있다는 것을 시사하고 있다. 인격의 자유로운 발전의 권리는 기본법 제정 과정에서 “각자는 그가 의욕하는 바를 하거나 하지 않을 자유를 가진다”고 하는 문언을 달리 표현한 것에 지나지 않는다.

78) 김철수, 보정관 신고 헌법학개론, 318쪽

79) 戸波江二, 자기결정권의의의와사정, 法学信喜선생고회축하 현대립헌주의의전개 상 329쪽

80) BVerfGE 6,32

기본법이 열거하는 개별적 기본권에 의하여 보호되지 않는 생활 영역에 대하여 공권력의 침해가 있는 경우에 기본법 제2조 제1항을 채용할 수 있다.”

· 삼림승마(Reiten im Wald) 판결 : “중래의 판례에 의문을 보이는 학설은 판례의 해석에 의하면 인간의 모든 활동이 기본권의 보호영역에 포괄적으로 포함되어 다른 기본권의 보호영역과 비교하여 볼 때 가치체계적으로 고양된 보호를 받게 되고, 보호영역의 확대와 함께 광범한 제한이 가능하게 되므로 기본권의 보호가 공동화한다고 비판한다. 그러나 기본법 제2조 제1항의 보호영역을 좁히는 것은 타당하지 않다. 그것은 기본법의 제정사에 모순될 뿐 아니라 인간의 행위의 자유를 넓게 보호하는 것은 자유의 보장에 있어 중요한 기능을 가지기 때문이다. 보호영역을 가치적으로 한정하려고 하는 어떤 시도도 시민의 자유 영역의 상실을 가져오게 된다. 일반적 행동자유권을 인격적인 생활영역의 보장에 한정한다면 인격적인 생활영역과 그렇지 않은 생활영역의 경계획정이라는 사실상 해결할 수 없는 곤란한 문제에 부딪치게 된다.”

미국의 판례 중에는 Kelly v. Johnson⁸¹⁾ 사건에서 Marshall 대법관이 밝힌 다음과 같은 반대 의견이 이에 해당한다고 볼 수 있다.

“수정 제14조에서 보호되는 자유(liberty interest)는 개인이 자유롭게 추구할 수 있는 모든 행위 영역(full range of conduct)에 미치는 것이고, 위의 ‘모든 행위 영역’에 그의 취향에 따라 머리를 다듬는 행위가 포함됨은 명백하다. …… 수정 제14조에 의하여 보호되는 자유에 개인의 외관(personal appearance)에 대한 자유는 포함되

81) 425 U.S. 238, 250~253 (1975)

지 않는다는 견해는 프라이버시, 자기정체성, 자기완결성에 대한 가치를 보장하는 헌법과 기본적으로 조화되지 않는다. …… 이 법원은 1958년 시행의 자유에 대한 판결⁸²⁾에서 다음과 같이 외관의 자유가 헌법상 보장된다고 실시한 바 있다. ‘시행의 자유는 적법질차 없이는 박탈될 수 없는 시민의 자유의 한 부분이다. …… 그것은 무엇을 먹고, 무엇을 입고, 무엇을 읽은 것인가에 대한 선택과 마찬가지로 개인의 핵심적 문제이다.’”

3. 각 견해의 검토

가. 인격적이익설의 문제점

인격적이익설은 헌법의 기본권 개념을 인격과 결부시켜 그에 의하여 기본권의 의미와 보장을 확정하려고 하는 것이고 기본권의 기초를 이루는 개인의 존엄의 원리를 판단의 요소로 하는 점에서 이론적으로 타당한 면이 있지만, 자기결정권의 범위를 인격적 생존에 불가결한 것으로 한정함으로써 기본권이 보장되는 영역을 좁힌다고 하는 점에 중대한 결함이 있다. 예를 들면 오토바이를 탈 권리가 기본권이 아니라고 하면 학생의 오토바이 승차를 규제하는 교칙은 학생의 인권을 규제하는 것이 아니므로 교칙의 위헌성은 문제삼을 수 없게 되어 현실적으로 생긴 기본권침해에 유효하게 대처할 수 없게 되는 것이다. 그런데 이를 기본권으로 파악하지 않은 입장에서도 오토바이를 탈 권리에 대한 규제가 위헌 내지 위법으로 판단될 경우가 있는 점은 인정하고 있다. 즉, 卍部信喜교수는 미결구금자의 흡연의 자유제한에 대하여 흡연의 자유가 헌법의 자기결정권

82) Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 125~126 (1958)

에 포함되지 않는다고 하더라도 “일반 국민에게 허용되어 있는 자유를 박탈한 점에 대하여 실질적인 합리적 근거가 있지 않으면 아니된다”고 하고, 오토바이를 탈 자유에 대하여는 “오토바이를 탈 자유까지 기본권의 하나로 생각할 수는 없고, 흡연의 자유의 경우와 같이 교칙에 의한 규제의 필요성·합리성을 판단하는 접근방법이 타당하다”고 한다.⁸³⁾ 위 견해는 특수한 법률관계 아래에서의 권리 제한은 그 권리가 헌법상의 기본권이 아니더라도 그 당부가 문제되고 합리적인 이유가 없는 경우에는 위법으로 판단된다는 취지로 이해되지만, 교도소나 학교 등에서 권력주체가 개인의 자유로운 활동을 억압하고 있는 현실을 무시한다는 점에서 문제가 있고, 앞서 본 바와 같은 문제가 헌법문제로 되지 않는다는 것 자체도 문제라고 생각한다.⁸⁴⁾

佐藤幸治교수도 인격적 생존에 불가결하지 않은 사항의 자기결정에 대하여 “그 자체는 단적으로 헌법상 보장된 인권이라고 할 수 없다고 하여도 헌법상의 인권보장을 완전하게 하기 위하여 일정한 헌법상 보호가 미치게 해야 할 경우가 있을 수 있고 또 주관적인 권리침해라고까지는 말할 수 없어도 평등원칙이나 비례원칙의 관념으로부터 헌법상 문제로 될 경우도 있을 것이다.”⁸⁵⁾ 또는 “생활방식이나 취미 등에는 복장·흡연·음주·등산·요트 등이 포함된다. 이러한 사항은 사람에 따라서는 큰 의미를 가질 수도 있지만 그 자체가 바로 인권이라고 하기는 어렵다. 그러나 이러한 양태의 사항은 인격의 핵심영역을 둘러싸고 있고 전체로서 각자의 개성을 형성하고 있다. 따라서 이러한 사항에도 인격적 자유를 완전하게 하기

83) 菅部信喜, 廣義のプライバシー1권(4)-포괄적기본권(6·완), 법학교실 133호 74~76쪽

84) 戸波江二, 自己決定權の意義と範圍, 법학교실 1993, 11., 37쪽

85) 佐藤幸治, 日本國憲法と自己決定權-その根據と性質おぐって, 법학교실 98호 6쪽

위한 수단으로 일정한 헌법상 보호가 미치게 해야 할 필요가 있는 경우가 있다.”⁸⁶⁾라고 한다.

그러나 위 견해에 의하면 헌법상의 기본권이 아닌데도 헌법상의 보호가 미치는 근거가 명확하지 않고 어떠한 경우에 보호가 미치는 가도 명확하지 않다. 헌법상의 기본권이 아니더라도 인격에 관계하고 있기 때문에 경우에 따라 헌법상 보호가 미치는 것이라면 그러한 권리를 기본권에 포함시키는 것이 오히려 타당하다. 또한 헌법상의 기본권이 아닌 것에 대한 제한이 평등원칙이나 비례원칙의 관점으로부터 헌법상 문제로 되는 경우도 있을 수 있지만 객관적 헌법원칙으로부터 헌법상 문제로 되는 경우도 있을 수 있지만 객관적 헌법원리에 의하여도 구제될 수 없는 경우도 많아 결국 위 견해에 의하더라도 충분한 대처를 할 수 없다는 점도 위 견해의 문제점이다.

그 밖에 인격적이익설에는 인격적이익과 그 이외의 것의 구별이 명확하지 않아 무엇이 헌법상 보호되는 권리인가의 결정이 매우 곤란하고⁸⁷⁾ “기본권의 정의에 의한 기본권의 제한”이라고 하는 사태가 생기는 문제점이 있다.

또 “오토바이를 탈 권리”가 인격적 생존에 관계없어 기본권이라고 할 수 없다면 그 밖의 기본권규정에 대하여도 인격적 생존에 관계없는 것, 예를 들면 경제적 자유 가운데 기업의 영리활동의 자유

86) 佐藤幸治, 헌법[제3판], 461쪽

87) 이 점에 대해서 Grimm 재판관은 “인격의 자유로운 발전에 있어서 중요한 자유와 그렇지 않은 자유의 경계를 획정하는 것이 곤란하다고 하더라도 그것이 일반적 이익설을 취하여야 할 이유로는 될 수 없다. 경계결정은 모든 기본권의 영역에서 필요하고, 중대한 곤란을 가져오기 때문이다”라고 한다(전계 ‘삼립에서의 승마’ 사건 판결). 참고로 독일의 기본권론에서는 기본권의 보호영역과 기본권제한의 구별이 강조된다(이른바 영역이론). 보호영역이라는 것은 기본권의 보호를 받는 인간의 행위영역을 말한다. 따라서 헌법소송에서는 문제가 된 특정행위가 그에 대응한다고 하는 기본권의 보호영역에 포함되는가 어떤가가 먼저 문제된다.

는 인격적 생존에 불가결한 것이라고 할 수 없으므로 기본권이라고 할 수 없어 헌법의 보호를 받을 수 없다고 해석해야 하는가 하는 의문이 생긴다. 이에 대하여 인격적 생존에 불가결한 것이 아니더라도 개별적 기본권의 경우에는 보호된다고 해석한다면 그 해석은 자기결정권의 경우와의 균형을 상실한 것이라고 할 수 있을 것이다.

나. 일반적자유설에 대한 검토

(1) 일반적자유설에 대하여는 우선 헌법상 기본권이라고 불리기에 적당하지 못한 권리까지도 기본권이라 함으로써 기본권의 인플레이션을 가져왔다고 비판할 수 있다. 그러나 이에 대하여는 이를테면 ‘장발을 할 권리’나 ‘담배를 피울 권리’ 따위를 하나의 기본권으로 파악할 필요는 없고 이를 자기결정권 행사의 한 형태로 파악하면 족한 것이므로 위 비판이 반드시 옳다고 할 수 없다는 반론이 있다.⁸⁸⁾ ‘대중 앞에서 연설할 권리’를 하나의 기본권으로 파악하는 것이 아니라 ‘표현의 자유’ 행사의 한 형태로 파악하면 족한 것과 같다는 것이다.

생각건대 종래 헌법규범으로서의 기본권과 위 기본권에 의하여 보호되는 영역 내에서의 행위형태로서의 헌법현실의 구별은 별로 문제되지 않았고 오히려 이를테면 ‘대중 앞에서 연설할 권리’가 표현의 자유에 포함되는가 아닌가 하는 규범의 수준에서 논의되어 왔다. 그러나 논리적으로는 ‘대중 앞에서 연설할 권리’는 하나의 독자적인 헌법상 기본권으로서가 아니라 표현의 자유의 행사의 한 형태로서 헌법상 보장되는 것으로 파악하면 족하다. 이와 같이 이해하면 규범 차원에서의 자기결정권은 개인의 자유로운 자기결정 전반을 보호하고 있고 따라서 ‘오토바이를 탈 자유’와 같은 것도 독자적

88) 戶波江二, 自己決定權の意義と範圍, 법학교실 1993. 11., 38~39쪽

인 기본권으로서가 아니라 자기결정권 행사의 한 형태로서 헌법상의 보호를 받게 되는 것이다. 이처럼 ‘오토바이를 타는 행위’에 대하여도 헌법상 보호가 미치게 하기 위하여 헌법규범의 차원에서 자기결정권의 범위를 인격적 생존에 관한 사항만이 아니라 널리 모든 생활영역에 미치게 할 필요가 있는 것이다.

(2) 일반적자유설에 대하여는 다음으로 자기결정권의 범위가 넓어짐에 비례하여 기본권제한의 허용성도 넓어져 전체적으로는 기본권보장이 약화된다는 비판이 있다. 그러나 인격적 생존에 관계없는 자유·권리에 대하여는 그 제한이 필요성·합리성을 완화할 수 있지만, 인격적 생존의 핵심영역에 대한 제한에 대하여는 엄격한 심사를 유지한다면⁸⁹⁾ 일반적자유설이 인격적이익설에 비하여 기본권제한을 용이하게 한다는 비판은 설득력이 없다.⁹⁰⁾ 오히려 인격적 생존과는 무관한 일반적 자유에까지 기본권보장이 미친다는 것은 “일반적 자유까지도 보장되는 것이므로 인격적 자유는 더욱 강하게 보장되는 것이다”라는 논리에 따라 기본권보장의 강도를 전체로서 높여주는 것이라고 할 수 있다.

다. 결론 - 일반적자유설의 평가

(1) 이상 살펴본 바와 같이 일반적자유설은 일반적 생활영역에서의 자기결정에도 헌법상의 보호를 가능하게 하는 것으로 인격적이익설에 비하여 기본권보장을 강화하는 것이 분명하고, 특히 특별권력관계로 규율되는 생활관계에서의 권리구제에 유용하다. 즉, 인격적 생존과 무관한 자기결정권에 대한 침해는 통상의 사회생활에서

89) 福岡高判 昭和61. 12. 26. (판례タイムズ 625호, 259쪽) : “사생활의 자유는 생명의 유지에 필요한 수면, 식사를 하는 것으로부터 운동, 산보, 흡연에 이르기까지 지극히 광범한 것을 포함한다고 해석되므로 그 계약을 받는 자유의 성질에 응하여 구체적으로 계약이 허용되는 한계를 검토할 필요가 있다.”

90) 戸波江二, 自己決定權の意義と範圍, 법학교실 1993. 11., 40쪽

가 아니라 군대나 교도소와 같이 특수집단내에서 일어나는 경우가 많고 이러한 곳에서는 일반 사회에서는 아무런 규제가 없어 기본권이라는 의식조차 갖기 어려운 ‘머리 모양의 자유’나 ‘흡연·음주·면회의 자유’ 등이 규제되는바, 자기결정권에 의하여 이들 자유가 보호되는 것으로 파악할 경우에도 합리적 이유가 없는 제한을 단순히 위법의 문제가 아니라 위헌의 문제로 다룰 수 있게 되는 것이다.

(2) 자기결정권을 일반적 자유의 보장으로 이해하는 것은 인권의 기본이념에도 적합하다. 근대인권선언은 개인의 자유를 최상의 가치로 전제하였고, 이에 의하면 인권은 개인의 영역에 대한 공권력의 개입이 허용되는 한계선이므로 국가의 개입이 금지된 내부영역에서는 개인은 타인의 권리를 침해하지 않는 한 자유롭게 활동할 수 있었다. 위와 같은 사상은 “자유는 타인을 해하지 않는 한 모든 것을 할 수 있는 것이다”라는 프랑스 인권선언 제4조로 대표된다. 물론 이와 같은 이해 아래에서의 개인의 자유, 특히 경제활동의 자유가 실질적인 부자유·불평등을 가져와 그 후 자유에 대한 책임이 강조되고, 이기적 개인주의를 억제해야 한다는 자유관이 우세해진 것은 사실이다. 그러나 그렇다고 하여 인격적 생존에 불가결하지 않은 생활영역에 대한 국가의 개입을 헌법의 보호밖에 방치하여도 좋다는 것은 아니다. 그러므로 자유의 기본이념을 ‘하고 싶은 것을 할 자유’라고 이해하는 것은 현대에 있어서도 중요하고, 개인의 자유로운 결정에 맡겨져야 할 것은 인격적 생존에 관계있는가와 무관하게 자기결정권의 내용으로서 보호되어야 할 것이다.

(3) 이와 관련하여 우리 헌법이 상정하고 있는 구체적 인간상을 살펴보는 것도 유용하다. 독일 연방헌법재판소는 투자조성판결⁹¹⁾에

91) BVerfGE 4,7

서 “기본법이 상정하고 있는 인간상은 고립되고 독립된 개인이 아니라 공동체에 관련하고 공동체에 구속되는 인격이라는 의미에서의 개인이다.”라고 독일 기본법이 상정하는 인간상을 제시하고 여기에 기본권의 한계가 있다고 판시한 바 있으며, 학설은 일반적으로 기본법은 개인주의와 단체주의의 양극단을 배제한 인격주의적 인간관을 그 전제로 하고 있다고 하는바, 이 점은 우리 나라에서도 마찬가지인 듯하다. 즉, 우리 헌법이 개인주의적 인간상을 상정하고 있다는 견해⁹²⁾도 없는 것은 아니나 일반적으로는 ①우리 헌법질서加里상으로 하고 있는 인간상은 윤리적 가치에 의해서 징표되는 자유적 인간상이다. 그것은 역사성이나 사회성에서 탈피된 유리된 개인으로서의 개인주의적 인간도 아니고 또 그렇다고 해서 현대적 복합사회의 단순한 구성분자로서의 집단주의적 인간도 아니다. 그것은 불가양, 포기불능의 고유한 윤리적 가치의 주체이면서 동시에 사회공동생활을 책임있게 함께 형성해 나갈 사명을 간직한 자주적 인간을 뜻한다. 우리 헌법이 보장하고 있는 각종 기본권은 결국 이와 같은 헌법상의 인간상을 전제로 하고 또 그러한 인간상을 가진 국민이 함께 살아가기 위한 윤리적 행위규범이라고 보아야 할 것이다.⁹³⁾ ②우리 헌법은 극단적인 개인주의나 집단주의를 거부하고 있기 때문에 현행 헌법의 인간상은 양자의 중용을 의미하는 인격주의에 대응하는 인간상(사회 속에서의 인간)에 해당한다. 따라서 헌법 제10조의 인간의 존엄성 존중 조항이 예정하는 인간상은 고립된 개체로서의 인간상이 아니라 개인 대 사회의 대립관계에서 인간 고유의 가치를 훼손당하지 아니하면서 사회관계성과 사회구속성을 수용

92) 문홍주, 제6공화국헌법, 221쪽; 박일경, 신헌법학원론, 222쪽; 김기범, 한국헌법, 123쪽(김철수 보정판 신고 헌법학개론, 304쪽에서 재인용)

93) 허영, 한국헌법론, 박영사, 322쪽

하는 인간상을 말한다.⁹⁴⁾ ③우리 헌법의 인간상은 독일 연방헌법재판소가 판시한 바와 같은 인간상을 전제로 하고 있으므로 개인주의를 채택하고 있다고 하여야 할 것이다.⁹⁵⁾라는 제견해와 같이 우리 헌법은 공동체에 구속되는 인격주의적 인간상을 전제하고 있다고 이해한다.

그렇다면, 개인은 모든 사적 생활영역에서 자유롭게 결정하고 행동할 수 있다는 일반적 자유설은 헌법이 상정하는 인간관과 조화되지 않는 듯하고 이러한 점에서는 인격적이익설이 타당한 면을 가진다고 하겠다. 그러나 그러함에도 불구하고 복지국가, 행정국가의 특징을 가지는 현대국가에서 가능한 한 공권력의 간섭으로부터 자유로운 영역을 넓게 확보하기 위한 수단으로서 일반적자유설은 평가되어야 한다. 더구나 서구제국과는 달리 19세기적 절대자유를 구가한 경험도 없이 급격하게 산업사회로 전환하여 단체·공동체지향적 경향 아래에 있는 우리의 현실에 비추어 개인의 자유로운 행동을 널리 보호해야 할 필요성은 더욱 크다. 그러므로 기본권의 인격적·윤리적 측면을 강조하기보다는 권력에 의한 제한에 대하여 민감하게 기본권을 주장하는 것이 우리 나라의 기본권 상황에 맞는 이론이 아닐까 생각한다.

IV. 자기결정권의 제한

1. 기본권의 제한 사유

94) 권영성, 전게서, 386~387쪽

95) 김철수, 보정판 신고 헌법학개론, 박영사, 304쪽

자기결정권도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한될 수 있는 것은 당연하다.⁹⁶⁾ 우리 헌법상 기본권 제한을 정당화하는 사유로 위 3가지 사유 외에 기본권의 ‘내재적 한계’를 인정할 것인가에 관하여는 견해가 나뉘어져 있는 것 같다. 긍정설은 “타인과의 접촉을 전제로 하는 국가적·사회적 공동생활에 있어서는 개개인은 타인의 생활영역을 존중하지 아니하면 안 된다. 타인의 생활영역에 대한 방해나 위협 여부가 국가생활이나 사회생활에 있어서 모든 행위의 준칙이 되고 행동의 자유를 제약하는 사유가 된다. 기본권이 불가침이라는 것도 타인에게 해악을 끼치지 아니하는 범위 내에서만 그러한 것이다. …… 이렇게 본다면 타인의 생활을 방해하거나 위협하는 행동에 대하여는 국가적·사회적 공동생활을 위하여 필요한 규제가 가해져야 한다. 개인의 자유의 영역은 전국가적이지만 사회적 구속을 받지 아니한다는 의미에서의 전사회적인 것은 아니다. 량심이나 신앙과 같은 순수한 내심의 작용을 제외한 그 밖의 자유와 권리는 헌법류보나 법률류보가 없다고 하여 절대적·무제한적으로 행사될 수 있는 것이 아니다.⁹⁷⁾”라고 함에 대하여 부정설은 ①“우리 헌법은 ‘국가안전보장·질서유지·공공복리’를 위하여 필요 불가피한 경우에 한해서 그리고 기본권의 본질적 내용을 다치지 않는 범위 내에서 모든 기본권을 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 독일 기본법에서와 같은 ‘절대적 기본권’을 우리 헌법이 인정하고 있다고 보기는 어렵다. 따라서 ‘절대적 기본권’이 규정되고 있는 헌법질서내에서 그 기본권의 제한가능성을 둘러싸고 전개되는 ‘기본권의 내재적 한계’에 관한 논쟁은 우리 나라에서는

96) 권영성, 전게서 397~398쪽 참조

97) 권영성, 전게서 362쪽

현실적으로 제기될 수 있는 이론상의 소지가 희박하다고 보아야 한다. …… ‘기본권의 내재적 한계’를 일반화시켜서 이를 모든 기본권에 확대적용시키려고 하는 것은 적어도 ‘일반적인 법률류보 조항’과도 조화되기가 어려울 뿐 아니라 자칫하면 법률에 의한 기본권제한의 최후적 한계로 명시되고 있는 ‘본질적 내용의 침해 금지’를 공허한 것으로 만들어 버릴 위험성마저 갖게 된다. …… 법률에 의한 기본권의 제한은 기본권의 내재적 한계를 그 이념적인 기초로 하고 있는 것은 사실이지만 모든 기본권의 제한이 기본권의 내재적 한계에 의해서 정당화되는 것은 아니라는 점을 명심할 필요가 있다.”⁹⁸⁾ ②“우리 헌법은 절대적 기본권을 규정하지 않고 모든 기본권을 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률로써 제한할 수 있기 때문에 이 내재적 한계론은 주장될 필요성이 없는 것처럼 보인다. 그 대신 기본권제한의 한계문제가 중요시되게 된다.”⁹⁹⁾ ③“내재적 한계라는 개념은 이론적 아름다움을 가지고 있다. 그러나 내재적 한계의 뜻이나 범위에 관하여 견해가 갈릴 수 있을 뿐만 아니라 가령 어느 입장에 서서 내재적 한계의 뜻을 분명히 하더라도 구체적 사례를 놓고 이야기할 때 내재적 한계인지 (제5공화국 헌법) 제35조 제2항에 따른 제한으로 보아야 할 것인지를 판단하는 것은 그렇게 쉽지 아니할 것이다. 이 같은 실천적 어려움이나 혼란을 가져올 내재적 한계의 개념을 인정하거나 논하여야 할 실익이 무엇인지 알 수 없다. 결국 우리 나라 헌법의 좀 더 나은 실천을 위하여는 헌법유지, 내재적 한계, 법률류보의 개념은 헌법 제35조 제2항의

98) 허영, 한국헌법론, 274~275쪽, 단, 동 275쪽은 우리 헌법상 ‘양심과 신앙의 자유’처럼 법률에 의한 외부적인 제약을 가하는 것이 부적당한 기본권이 다른 기본권 또는 헌법에 의하여 보호되고 있는 다른 헌법적 가치와 충돌을 일으키는 경우 그 구체적 문제를 해결하기 위한 수단으로서 ‘기본권의 내재적 한계’를 원용할 수 있을 것이라고 한다.

99) 김철수, 보정판 신고 헌법학개론, 270~271쪽

해석 및 실현 속에 해소되어야 한다고 생각한다”¹⁰⁰⁾라고 한다.

이와 같은 우리 나라의 학설은 일반적으로 기본권의 제한 사유로서의 ‘내재적 한계’를 부정하지만 한편으로는 “기본권의 내재적 한계는 그 헌법이론적인 테마성 때문에 헌법해석적인 기본권제한의 이념적인 바탕이 되는 것이라고도 볼 수 있다.”¹⁰¹⁾ 또는 “내재적 한계의 개념은 (제5공화국 헌법) 제35조 제2항의 해석 속에 해소되어야 한다.”라고 하고 있다.

2. 기본권 제한의 정당화 사유

“기본권의 내재적 한계가 기본권제한의 이념적인 바탕이 되는 것이고, 포괄적 기본권 제한 사유로서의 헌법 제37조 제2항의 해석 속에 해소되어야 한다.”는 것은 다음과 같은 의미를 갖는 것이라고 이해될 수 있을 것이다.

“간섭행위는 국가의 안전보장을 위하여 필요하므로 제한되고, 절도는 질서유지를 위하여 필요하므로 제한된다. 그런데, 국가의 안전보장이나 질서유지를 위하여 기본권에 제한되는 것은 다음과 같은 기본권의 내재적 한계 때문이다. 인간은 사회공동체 속에서 타인과 관련을 맺는 존재로서만 의미를 갖는 것이고, 기본권도 이를 전제로 하는 것이므로 개인의 행위가 사회공동체나 타인의 이익을 해한다면 이와 같은 기본권의 전제에 반하는 것이 되고, 따라서 국가는 개인의 행위에 개입하여 이를 제한할 수 있는 것이다. 이것이 기본권의 내재적 한계 또는 공권력에 의한 강제의 정당화 근거로서 일반적으로 승인되어 있는 ‘타해금지의 원리(harm principle)’이다. 따

100) 최대권, 기본권의 제한 및 한계에 관한 한 연구, 서울대학교 법학 제22권 3호 163~164쪽

101) 허영, 전게서, 270~271쪽

라서 비록 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한 사유에 해당하는 것처럼 보이더라도 공권력에 의한 강제의 정당화 근거가 결여되어 있다면 공권력의 강제는 정당화될 수 없는 것이다.”

이와 같이 이해할 경우에는 무엇을 기본권의 내재적 한계(또는 공권력 개입의 정당화 근거)로 파악할 것인가는 매우 중요한 문제가 된다. 이를테면, 기본권의 내재적 한계로 타해금지만을 거론하고 자해금지는 거론하지 않는 것이 우리 나라의 일반적 견해인바, 이러한 견해에 안전벨트 미착용은 기본적으로 타인에게 해를 미치는 행위가 아니라 이해¹⁰²⁾를 결합시키면 비록 안전벨트 착용의 강제가 공공복리 또는 질서유지를 위하여 필요하다도 할지라도 타해금지에 해당하지 않는 이상 국가 공권력이 개입하는 것(더구나 형벌로 이를 강제하는 것)¹⁰³⁾은 위헌이라는 결론에 이르기 쉬울 것임에 반하여 자해금지도 기본권의 내재적 한계라고 이해한다면 반대의 결론에 이를 것이기 때문이다.

그러므로 공권력 개입의 정당화사유 및 나아가서는 공권력 개입 중 가장 적나라한 형태인 형벌권에 의한 강제의 정당성 기준에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 물론 이 문제는 시대와 국가에 따라, 그리고 인생관과 세계관에 따라 결론을 달리할 수 있는 것¹⁰⁴⁾이기는

102) 물론 안전벨트 미착용은 자기에게만 관계되는 문제가 아니라는 입장도 있을 수 있는바, 이에 대하여는 뒤에서 상론한다.

103) 오늘날과 같은 사회에서는 타인에게 영향을 미치지 않는 행위란 있을 수가 없는 것이므로 사실상 국가는 국민의 모든 생활영역에 개입할 수 있다. 국가의 이러한 개입 전부를 감시와 의혹의 눈으로 지켜보아야 할 필요는 없을 것이다. 문제가 되는 것은 국가의 제재적, 강제적 간섭이다. 일반적으로 말하면 개인의 행위가 타인의 이익에 영향을 미치는 정도(또는 미칠 가능성의 정도)에 비례하여 국가의 제재적, 강제적 간섭의 정도가 높아져야 할 것이고 이 비례관계에 어긋나는 간섭은 과잉금지 원칙에 반하는 공권력의 개입이라고 할 수 있을 것이다.

104) “어느 두 시대에서도, 어느 두 국가에서도 집단이 개인의 독립성에 정당하게 간섭할 수 있는 한계에 대하여 동일한 결정이 내려진 적이 없었다. 한 시대에서, 한 국가에서 내려진 결정은 다른 시대에서, 다른 국가에서 사는 사람들에게는 이해하기 어려운 일이다. 그러나 어

하지만 널리 논의된 점을 중심으로 살펴보기로 한다.

3. 공권력에 의한 강제의 정당화 근거

가. 타해금지의 원리(harm principle)

타인에게 해¹⁰⁵⁾를 끼칠 위협이 있는 행위에 대하여 공권력이 개입할 수 있다¹⁰⁶⁾는 것을 ‘타해금지의 원리’라고 하며 타해금지의 원리는 일반적으로 널리 승인되어 있는 공권력 개입의 정당화 사유이다. 이 원리는 다시 두 형태로 나누어진다.¹⁰⁷⁾

첫째는 특정의 사람에게 해를 끼치지 못하도록 한 사람의 자유를 제한하는 것은 정당하다는 것으로 이를 ‘사적 해의 원리’라고 할 수 있다. 둘째는 공공이익의 유지에 필요한 제도적 수단이나 통제 체제를 손상시키는 행위에 대하여는 공권력이 개입할 수 있다는 것으로 이를 ‘공적 해의 원리’라고 할 수 있다.

타인에게 해를 끼치는 행위는 해 자체를 목적으로 하는 행위, 이를테면 살인, 절도와 같은 것 뿐 아니라 그 자체로는 타인에게 해를 끼칠 것을 목적으로 하는 것이 아니지만 행위 과정에서 타인에게 해를 끼칠 우려가 높은 행위, 이를테면 운전, 의료행위와 같은

는 시대와 어느 국가에 사는 사람들도 - 마치 그 문제에 대하여 인류가 항상 의견의 일치를 보여 왔던 것처럼 - 그 문제에 내포된 어려움을 전혀 인식하지 않는다. 그 자신들 사이에 존재하는 규범은 그들에게는 자명하고 자체적으로 정당성을 가진 것으로 보인다.” (전계, 자유론 18쪽)

105) 해(harm)의 개념을 어떻게 파악하는가에 따라서 ‘타해금지의 원리’의 내용이 달라질 수 있다. 이에 대하여는 C.M.V.Clarkson 등, Criminal Law: Text and Materials, 2nd ed. London, 83쪽 이하 및 전계, 사회철학, 41쪽 이하 참조

106) 그러나 막연히 사회에 해악을 끼친다는 이유로 기본권을 제한하는 법률을 제정하는 것은 우선 목적적 시각에서 기본권제한의 한계를 넘어서는 일이라고 할 수 있다.(허영, 전계서, 282쪽; 山田卓生, 전계서 345쪽)

107) 전계 사회철학, 42쪽

것도 포함된다.

‘타해금지의 원리’는 그 내용이 자명한 것 같지만 반드시 그렇지는 않다. 무엇보다도 상호 의존을 특징의 하나로 하는 현대사회에서 개인의 행동은 그것이 아무리 개인적인 것일지라도 그 자신에게 영향이 미치는 것이 아니라 (좋은 의미에서건 나쁜 의미에서건) 어떤 형태로든 타인에게 영향을 미치기 마련이기 때문이다. 그러므로 타인에게 영향을 미치는 행위와 자기에게만 영향을 미치는 행위를 구별할 기준이 필요하지만 이에 대하여 정설은 없는 것 같다. ‘자해금지의 원리’가 적용되는 영역이 어떤 형태로 ‘타해금지의 원리’로 변모하는지에 대하여는 뒤에서 자세히 살핀다.

나. 도덕률의 침해(legal moralism)¹⁰⁸⁾

도덕률의 침해에 대하여도 국가가 관여할 수 있다는 것은 일반적으로 승인되어 있다.¹⁰⁹⁾ 우리 헌법재판소는 “간통죄의 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다. 그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리·공중도덕·사회윤리·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며 …… 선량한 성도덕 …… 의 수호를 위하여, …… 간통행위를 규제하는 것은 불가피한 것이며”라고 판시하여 특별한 사정이 있는 경우에는 도덕의 수호를 위한 법의 강제도 허용

108) 자세한 내용에 대하여는 차용석, 형법권 남용으로부터의 자유, 교육과학사, 93~135쪽; 加茂直樹 譯, 法と道徳 その現代的 展開(Simon Lee, Law And Morals의 번역서), 世界思想社, 60~76쪽; 井上茂, 法律による道徳の強制(上),(下), JURIST No.262 26~35쪽, No.263 68~76쪽; H. L. A. Hart, Law, Liberty and Morality, Oxford University Press; 전계, 사회철학, 59~68쪽 참조

109) 헌법 제21조 제4항은 언론출판의 자유에 관하여 “... 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”라고 규정하고 있는바, 이를 기본권의 내재적 한계의 확인조항으로 본다면(권영성, 전계서 363쪽) 우리 헌법은 도덕률의 수호를 강제의 근거로 승인하고 있다고 할 수 있을 것이다.

되는 것으로 판시¹¹⁰⁾한 바 있으며, 일본 최고재판소도 “상당다수 국민층의 윤리적 감각이 마비되어 있고 진실로 외설적인 것을 외설로 인정하지 아니하여도 재판소는 양식을 가진 건전한 인간의 관념인 사회통념의 규범에 따라 사회를 도덕적 퇴폐로부터 지키지 않으면 아니된다. 법과 재판은 사회적 현실을 반드시 항상 긍정할 것이 아니라 병폐타락에 대하여 비판적 태도로서 임하여 임상의학적 역할을 하지 않으면 아니 된다.”라고 판시¹¹¹⁾한 바 있다.

‘도덕률의 침해’에 대한 국가의 개입을 정당화하는 논거로 다음과 같은 이론들이 제시된다.

(1) 데블린(Patrick Devlin)의 견해 - 일종의 ‘타해금지의 원리’

형법의 목적은 단지 개인에 대한 해뿐 아니라 사회에 대한 해까지도 방지하는 데에 있다. 공유된 도덕적 법규는 공동체의 존속을 위한 필요조건이다. 공유된 도덕적 신념은 개개인의 구성원들을 질서있는 사회 속에 결속시키는 ‘보이지 않는 끈’으로 작용한다. 거기다가 것처럼 구성원들을 하나로 묶어주는 근본적인 도덕성은 ‘이음새없는 그물(seamless web)’과 같은 것이다. 한 부분에서 그것을 손상시키는 것은 그것을 망가뜨리는 것이 된다. 따라서 사회는 법적인 강제에 의하여 도덕적 법규를 수호하는 데에 있어, 필수불가결한 정치적 제도들을 수호하는 데에 있어서와 똑같은 권리를 가진다.

(2) 스테펜(J. S. Stephen)의 견해 - 순수한 도덕주의

아주 야비하고 난폭해서 그로부터 타인을 보호하는 것은 별개로 하고 어떤 대가를 치러서라도 방지되어야 하며 일단 저질러졌을 경우에는 본보기가 되도록 엄격하게 처벌되어야만 하는 그런 사악한

110) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정

111) 일본 최고재판소 소화 32. 3. 13. 판결 집11-3-997

행위들(도덕적 죄악)이 있다. 도덕적인 죄악을 처벌하는 것은 그 이상의 어떤 사회적 목적을 위한 수단으로서 정당화되는 것이 아니라 그 자체가 목적이다.

(3) 파인버그(J. Feinberg)의 견해 - 일탈의 원리

종파, 정파, 인종, 나이, 성별 등에 관계없이 거의 모든 사람들이 협약, 당황, 수취심을 느낄 수 있는 도덕적 일탈행위(보편성의 기준)로서 부당한 노력이나 불편을 겪지 않고서는 이러한 일탈행위의 침해로부터 회피할 수 없는(적절한 회피가능성의 기준) 경우에는 공권력의 개입이 정당화된다.

다. 자해금지의 원리(legal paternalism, Protect an Individual from Himself)

(1) ‘자해금지의 원리’와 가부장주의(paternalism)

미성년 자녀에 대한 교육·양육권은 부모에게 위임되어 있다. 자식에게 무엇이 최선의 이익인가는 부모가 판단할 것이고 자식은 부모의 판단에 따라야 한다.¹¹²⁾ 이처럼 “아버지가 가장 잘 안다”는 점을 근거로 해서 자식들의 생활에 대한 부모의 간섭이 정당화되듯이 국가가 국민 개개인의 이익을 그 개인 스스로보다 더 잘 알고 있는 경우¹¹³⁾가 종종 있기 때문에 국가는 아버지의 입장에서 그런 이익

112) 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있으며 이를 위하여 필요한 경우에는 정계를 할 수도 있고 미성년인 자는 부모의 친권에 복종하여야 한다.(민법 제909조 제1항, 제913조, 제915조); 친권은 가부장권으로부터 발전된 권리이다. 가부장권은 자녀에 대한 보호·양육권의 개념인 친권에 비하여 자녀에 대한 가부장의 지배권으로서의 성격이 짙었다.(임정평, 한국 친족상속법, 247~248쪽)

113) 개인이 국가의 권위에 복종해야 하는 이유의 하나로 “어린이가 어떻게 행동해야 할 것인가에 대하여 부모가 보다 잘 알고 있는 것과 같이 사람들이 직면하고 있는 문제에 대하여 국가가 사인보다 뛰어난 지식을 가지고 있는 경우 - 문제의 전문성, 기술성을 이유로 행정기관의 판단이 존중되어야 할 경우”를 드는 견해가 있다. 위 주장은 쉽게 ‘자해금지의 원리’와 결합할 것이다. 그러나 위 견해는 다음과 같은 제한도 부가하고 있다. “그러나 많은 문제에 대하여 국가가 사인보다도 뛰어난 지식, 경험을 가지고 있다고 생각하여야 할 이유는 명확하지

의 영원한 보호자가 될 수 있다는 것을 전제로 부모와 자녀의 관계를 국가와 국민의 관계에 대입한 고찰법을 ‘가부장주의(legal paternalism)’라고 한다. 즉, 국민이 합리적인 판단을 하지 못하여 스스로를 해칠 우려가 있으면 국가는 부모와 같은 입장에서 개인의 행동에 관여할 수 있다는 생각(자해금지의 원리)이다.¹¹⁴⁾ 가부장주의(legal paternalism)는 사람들로 하여금 자학행위를 못하게 하거나 극단적으로는 사람들이 원하는 원치 않는 그들에게 선이 되는 방향으로 그들을 인도하는 국가의 강제적 조치를 정당화시켜준다.

(2) 법적 인간상과 가부장주의

법주체의 미숙한 판단력을 믿지 않았던 경찰국가 시대의 법은 가부장적인 국가의 간섭을 국가의 당연한 의무로 받아들였으나,¹¹⁵⁾ 개인의 자율과 합리적 판단능력을 최대한 존중하는 자연법사상이 지배하던 시대에는 가부장주의란 개인의 영역에 대한 국가의 부당한 간섭에 지나지 아니하였다.

그런데 현대법은 계몽주의 내지 자연법사상이 지배하던 시대의 “모든 사회적 구속으로부터 자유롭고 법률적 구속에 대하여는 단지 잘 이해된 개인적 이익에 따라 스스로 그것을 수인하였기 때문에 이에 복종하는 대단히 이기적일 뿐 아니라 자기의 이익추구에 있어 아주 영리한 합리적이고 개인적 인간” 대신에 “항상 자기의 이익을 인지하고 이익을 추구하며 이익만에 따라 행동하는 합리적 인간이

않다. 우수한 지식을 가지고 있다는 것이라면 먼저 그 지식을 개시하여 어떻게 그것이 우수한지를 주장·입증하여야 하고 그것이 보여지지 않음에도 불구하고 추상적으로 전문적·기술적 지식의 존재가 주장되고 있는 것을 이유로 권위를 인정함에는 신중하여야 한다. ……국가가 우수한 지식을 가지고 있다는 이유로부터 권위를 요구하고 있는 경우에는 법령의 근거가 되는 지식이 주장된 바와 같은 타당한 지식이 아니라면 이에 복종할 필요는 없는 것이 된다.” - 通口陽一 편, 강좌 헌법학 3, 49~50쪽, 54~55쪽

114) 전계, 사회철학 75쪽 이하

115) 전계, 법에 있어서의 인간, 22~23쪽

아니라 국가와 사회의 보호를 필요로 하는 공동체 속의 집합적 인간”을 그 법적 인간상으로 전제하고 있다. 따라서 현대법은 개인을 사회적 존재로 이해하면서 개인적인 법률관계라 할지라도 이를 당사자들의 개인적 문제로 뿐만 아니라 하나의 사회적 관계로 파악함으로써 국가가 일종의 후견인으로서 간섭할 준비를 갖추고 자주 간섭을 행하기도 하는 것을 하나의 특징으로 하고 있다.¹¹⁶⁾ 이처럼 법에 있어서의 인간을 집합적 인간으로 생각하는 것은 궁극에 있어 인간 속에 일편의 단체적 품성을 끌어들이고 가부장적 법 시대의 사상을 다시 채용하게 된다.¹¹⁷⁾ 그러나, 공공정책의 한 가지 원리로서 가부장주의를 전면적으로 도입할 경우 정부의 폭정에서 빚어지는 심각한 위험들을 야기 시킬 것이므로 그 적용에 있어서는 신중을 기하여야 할 것이다.¹¹⁸⁾

(3) ‘자해금지의 원리’의 적용 영역

(가) 성숙한 판단능력을 가지지 아니한 자

성숙한 판단능력을 가지지 아니하는 자는 미성년자¹¹⁹⁾와 심신장애자로 대별할 수 있다. 이들은 판단능력의 불완전성을 공통으로 하므로 그 사회적 행동에 있어 타인의존성을 갖는다. 또한 판단능력의 불완전성으로 인하여 스스로에게 해를 끼치는 결정을 할 가능

116) 전계, 법에 있어서의 인간, 57~58쪽

117) 전계, 법에 있어서의 인간, 22~31쪽

118) 전계, 사회철학, 85쪽

119) 다만, 미성년자라고 할지라도 성인 못지 않은 판단력을 갖고 있는 경우도 있고 성인이라고 할지라도 아둔한 자도 있기 마련인데 나이만으로 이를 구분하여 성인과 달리 취급하는 것이 타당한가에 대하여 논의가 있다. 이에 대하여는 ①위와 같이 불합리한 점이 있다고 하더라도 연령에 의한 구분은 그 법적 안정성과 객관성을 위하여 불가피한 것이므로 일반적 성인연령 및 개별사항에 대한 개별적 성인연령을 설정함으로써 불합리를 극복하려는 설 ②미성년자와 성인간에 차이를 두지 말자는 설 ③개개 미성년자의 판단능력 차이에 응하여 개별적으로 결정하자는 설 등이 있다. [Freeman, *The Rights & Wrongs of Children*, 48~49쪽(未澤廣一, 子どもの權利論, 人權の現代的諸相, 58에서 재인용)]

성이 높으므로 자해금지 원리가 적용될 가능성도 높아진다고 할 수 있다. 그러나 국가는 이들과 그 보호자(친권자 또는 후견인), 특히 부모와 자식의 관계(그 내부에서는 전형적인 가부장적 간섭이 행하여진다)에 대하여는 공권력에 의한 개입을 자제하는 경향을 띠고 있어¹²⁰⁾ 사실상 국가가 이들 자신의 이익을 위하여 개입하는 경우는 드물다. 미성년자의 경우에는 뒤에서 보는 바와 같은 미성년자보호법에 의한 개입, 심신장애자에 대하여는 강제치료와 관련한 개입 등이 사실상 문제될 뿐이다.

(나) 성숙한 판단능력을 가진 자

성숙한 판단능력을 가진 성인에 대하여 자해금지의 원리를 무제한적으로 적용하려는 논의는 일반적으로 없다. 문제가 되는 것은 삶과 죽음에 관한 문제(자살)¹²¹⁾에 대한 국가의 가부장적(paternalism) 개입이 허용되는가 정도이다.

이에 대하여는 다음과 같이 견해가 나뉘어져 있다.

1) “자기가해를 이유로 하는 공권력에 의한 개입은 원칙적으로 허용되지 않지만, 인격적자율을 회복불가능할 정도로 영속적으로 해하는 경우에는 예외적으로 개입할 수 있다. 생과 사에 관한 자율권을 철저히 적용하면 적극적 안락사를 받을 권리, 자살의 권리까지도 인정할 수 있겠지만 이와 같이 불가역적인 행위에 한정하여 자해금지의 원리를 적용(한정된 가부장주의)할 수 있을 것이다. 자율권의 행사라고 하여도 그때그때의 자율권의 행사와 사람의 인생

120) 다양한 개성을 가진 국민의 육성을 위하여 부모의 양육, 교육권을 절대적인 것으로 보고 어린이의 권익이 부모에 의하여 침해되는 경우가 아닌 한 국가는 이에 개입하지 않는다. 부모에 의한 미성년자의 본인의 이익을 위하여 개입하는 문제는 친권의 남용 및 그 제한의 문제로 다루어진다.

121) 이 밖에 생명유지치료의 거부 및 안락사의 문제와 관련하여 자기결정권의 대행(substituted judgement)이 허용되는가 하는 점에 관한 논의가 있지만 본고에서는 언급하지 않는다.

설계 전반에 미치는 포괄적 내지 설계적 자율권의 행사로 나눌 수 있고 후자의 관점으로부터 전자가 억지되는 것이 예외적으로 인정되기 때문이다.”¹²²⁾ 생명보호를 이유로 자기결정권의 제약을 인정하는 견해¹²³⁾도 이 범주에 넣을 수 있을 것이다.

2) “생명권의 구체적 내용의 하나인 생명·신체에 관한 자기결정권에는 자기의 생명에 대한 처분권이 포함된다. 개인의 존엄을 궁극목표로 하는 국가는 장래에 있어 본인의 자율적 생존 가능성을 보호하기 위하여 개인이 만에 하나라도 잘못된 판단에 근거하여 자신에게 불이익을 가하는 것에 무관심할 수 없다. 자살관여죄는 바로 행위자 자신을 위하여 국가가 가부장적 간섭을 하는 것이고 자기결정권 행사의 일반적 불완전성을 추정하게 하는 것이다. 그러나 이러한 국가의 가부장적 간섭에도 한계가 있는바, 장래에 있어 그의 자율적 생존이 불가능하고, 죽을 의사의 진실성이 합리적으로 담보되는 경우에는 국가는 본인 자신의 이익을 위하여 가부장적 간섭을 중단하여야 한다. 본인은 스스로 선택한 바에 따라 죽음을 결정할 자유가 보장되는 것이다.”¹²⁴⁾

3) “사람의 생명은 사회, 국가의 기본적인 구성요소로서 그에 대한 사회, 국가의 법익이 존재하긴 하지만 생존의 희망을 잃은 자가 스스로 생명을 포기하는 것에 국가가 형벌로써 간섭하는 것은 개인의 존엄을 무시하는 결과를 초래한다. 자살은 국가나 사회 특히 가족에게 유해한 행위이고 일반적 범질서의 견지에서 보아도 위법한 행위이지만 개인의 존엄을 우월하게 보고 이를 보장하기 위하여 형법상 방임¹²⁵⁾되어 있는 것이다.¹²⁶⁾

122) 佐藤幸治, 헌법[제3판], 405~406쪽, 460쪽

123) 山田卓生, 전게서 344~345쪽

124) 福田雅之, 안락사, 251~252쪽 (竹中勳, 生命に對する權利と憲法上の自己決定權, 人權の現代的諸相, 32~33쪽에서 재인용)

(4) ‘자해금지의 원리’의 제유형

(가) 협의의 자해금지의 원리와 완화된 자해금지의 원리¹²⁷⁾

타인의 행위에 개입함에 있어 ‘타해금지의 원리’를 그 정당화 사유로 내세우기 곤란한 경우에 본인의 동의 또는 추정된 동의를 내세울 수 있다. 타인의 행위에 대한 개입이 본인의 의사에 반하는 것처럼 보이더라도 그의 진실한 의사에 부합하는 경우에는 개입의 정당성 여부가 문제되지 않을 것이기 때문이다. 행위자가 충분한 정보를 가졌더라면 스스로를 해하는 행위를 하지 않았을 것이고 이것이 그의 진의라는 가정하에 (그 자신에게만 영향이 미치는) 행위에 대한 개입을 정당화하는 것이 ‘완화된 자해금지의 원리’이다. 이는 ‘자해금지의 원리’라기 보다는 의사해석의 문제에 더 가깝다고 할 것이지만 본인의 추정된 의사를 지나치게 의제할 경우에는 결국 ‘자해금지의 원리’가 문제될 수 있다. 이에 반하여 그의 진실된 의사가 무엇이든 간에 그 자신을 보호하기 위하여 그의 행위에 개입할 수 있다는 주장을 ‘협의의 자해금지의 원리’라고 한다. “공공복지란 안전과 건강에 대한 제약없는 간섭을 허용할 정도로 넓기 때문에 밀(J. S. Mill)의 원리는 쓸모 없게 된 것이다”라는 견해¹²⁸⁾나 “정부의 긍정적인 책임이라는 개념의 승인에 따라 개인의 건강과 복지에 대한 정부의 증대하는 관심이 허용되어 심지어는 전 같으면 오로지 감정적인 면에서만 타인에게 영향을 미치는 행위로서 정부

125) 방입행위안에는 법이 규율할 수 없는 영역, 법이 규율하는 것이 가능하지만 아직 규율하지 않는 영역, 법이 규율하는 것이 적당하지 아니한 까닭에 규율하지 않는 영역이 있다고 한다.

126) 大谷實, 형법강의 각론(제2판), 20쪽

127) 島津格, 法的パターナリズムと自由, 법학교실 No.100, 128~129쪽

128) Bruce, The Private Stock of Liquor and the Inherent Right of Self-Destruction, 20Ill. L. Rev. 757 - Note, Limiting the State's Police Power: Judicial Reaction to John Stuart Mill, The University of Chicago Law Review V.37:605 (이하 Note라고 인용한다) 613쪽에서 재인용)

의 관여가 금지되었을 위험을 자초하는 행위에까지 정부의 강제적 관여를 용인하게끔 되었다. 따라서 밀(J. S. Mill)의 명제로 정부의 관여를 제한하려는 생각은 그 유용성이 감소되었다”는 견해¹²⁹⁾는 이에 가깝다고 할 수 있을 것이다. ‘협회의 자해금지의 원리’를 전적으로 수용하는 견해는 거의 없다.¹³⁰⁾ 그것은 자율을 바탕으로 하는 헌법질서에 배치되기 때문이다.¹³¹⁾ ‘자해금지의 원리’를 공권력 행사의 근거로 주장하는 견해도 특별히 이를 정당화할 사유를 필요로 한다고 하고 있다.

파인버그(J. Feinberg)는 ‘자해금지의 원리’의 적용에 있어 고려하여야 할 사항으로 ① 문제의 행위로부터 자신이 해를 입을 가능성의 정도(그 전제로 자살과 같이 자해 자체를 목적으로 하는 행위와 음주와 같이 자해 자체를 목적으로 하지는 않지만 부수적으로 자해가 발생하는 행위를 구별하여야 한다) ② 자해의 위험을 무릅쓰지 않을 경우에 상실될 수 있는 가치의 심각성 ③ 위험한 행위를 통하여 추구하는 가치가 달성될 가능성의 정도 ④ 행위자에 있어서 위험한 행위를 통하여 추구하려는 가치의 중요성 ⑤ 보다 덜 위험한 대안의 존재 여부 등을 들고 있다.¹³²⁾

(나) 변형된 자해금지의 원리 - 타해금지의 원리로의 가장¹³³⁾

129) Tribe, 전계서 1305쪽

130) 미국의 일부 판례는 이를 긍정적인 것을 평가된다. - State v. Mele, 103 N.J. Super. 353, 247 A.2d 176(주는 주민의 부주의로부터 일어날 나쁜 결과로부터 그들을 보호하려고 시도할 이익을 갖는다); People v. Carmichael, 56 Misc. 2d. 388, 288 N.Y.2d. 931(주는 건강하고 강건한 주민을 보유할 이익을 갖는다)

131) Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 참조(……주는 타인에게 영향을 미치는 경우를 제외하고, 오로지 행위자 자신에게만 영향을 미치는 모든 문제에 대하여 간섭할 수 없다. 그것은 개인 주의와 시민의 지성에 근거한 헌법에 반한다.)

132) 전계, 사회철학 77~78쪽

133) 이에 관하여는 C.M.V.Clarkson 등, Criminal Law : Text and Materials, 2nd ed. London, 86~88쪽에 소개된 J. Kaplan의 견해 및 전계 Note 참조

자해금지의 원리는 밀(J. S. Mill)이 반대한 공권력 행사 근거의 하나이며, 자해금지의 원리를 타해금지의 원리와 같은 정도로 공권력 행사의 일반적 근거로 주장하는 견해도 없다. 따라서 자해금지의 원리에 해당하는 문제에 대하여 국가가 개입하는 경우에도 자해금지의 원리에 근거한 개입이 허용된다고 정면으로 인정하기보다는 다음과 같이 이를 ‘타해금지의 원리’가 적용되는 영역인 것처럼 이론적 의제를 하는 경향을 보이고 있다. 이들 이론은 타인에게 영향을 미치지 않는 개인의 행동이란 있을 수 없는¹³⁴⁾ 현대사회에서 개인 행동의 타인에 대한 영향을 극대화하여 파악하는 것이라고 할 수 있을 것이다.

1) 공적 침해론(public-ward harm justification)

이는 주로 안전벨트나 오토바이용 헬멧 착용의 강제와 관련하여 주장되는 것이다. 즉, 운전자가 안전벨트나 헬멧을 착용하지 않는 탓에 중대한 상해를 입고 길가에 쓰러진 경우 국가는 이를 방치할 수 없고 많은 비용을 들여 그를 구호하고 완치 또는 사망에 이르기까지 치료하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 안전벨트나 헬멧을 착용하지 아니한 탓에 사고시 운전자로서 요구되는 적절한 조치를 하지 못함으로써 제2차 사고를 유발할 수도 있고, 헬멧이나 안전벨트를 착용하지 않고 오토바이나 차량을 운전하는 자 또는 이를 착용하지 않은 탓에 크게 다치거나 사망한 자를 바라보는 타인으로 하여금

134) 밀(J.S.Mill)도 이러한 사실을 인식하고 다음과 같이 자기에게만 영향을 미치는 행위를 정의하고 있다. “개인과 구별되는 것으로서의 사회가 어떤 이익을 가진다고 할 때 다만 간접적으로만 이익을 가지는 행위의 영역이 있다. 내가 ‘그 자신만’을 말할 때 나는 ‘직접적이고 일차적인 것’을 의미한다. 왜냐하면 자기 자신에게 영향을 미치는 모든 것은 그 자신을 통하여 타인에게도 영향을 미칠 수 있기 때문이다.”(전계, 자유론 25쪽) 그는 나아가 있지도 아니한 공공의 이익을 내세워 ‘자신의 이익에 대한 침해’에 간섭할 것은 아니라고 한다. (전계서 107~110쪽)

불안감이나 정신적 충격¹³⁵⁾을 줄 수도 있다. 그러므로 안전벨트나 헬멧을 착용하지 않음으로써 죽거나 다치는 것은 자신에 대한 침해로 그치는 것이 아니라 공적 침해에까지 이르게 되므로 국가가 그 착용을 강제할 수 있는 것이다. 이러한 주장은 음주¹³⁶⁾나 흡연, 위험한 스포츠를 금하는 조치에도 그대로 채용될 수 있을 것이다. 그러나 위 주장은 안전벨트나 헬멧 착용이 운전자의 보호를 주목적으로 한 것이고 위 주장과 같은 공적 관련은 오로지 부수적인 것에 지나지 않는다는 점을 외면한 것으로 솔직한 논리 구성이라고는 할 수 없으며, 이처럼 공적관련을 확대한다면 개인의 영역에 대한 국가의 무제한적인 관여를 허용하게 될 것이다.

2) 부양의무 해태론(non-support justification)

다음으로 인하여 알콜중독상태에 이르거나 안전벨트나 헬멧 미착용으로 인하여 중상, 사망에 이를 경우 그는 가족 등 피부양자에 대한 부양의무를 다하지 못함으로써 그들의 이익에 영향을 미치게 된다. 또한 그와 같은 경우에는 국가가 국민의 부담으로 운영되는 사회보장제도에 의하여 피부양자들의 생계를 떠맡을 수밖에 없으므로 결국 그의 행위는 전국민에게 해를 끼치는 것이 된다. 밀(J. S. Mill)은 그의 자유론에서 “만일 나태함이나 다른 원인에 의하여 어떤 사람이 타인에 대한 법적 의무를 이행하지 않는다면, 예를 들어 자식을 부양하는 경우에서와 같이 다른 수단이 없다면, 강제로동을 통해서 그가 그 의무를 이행하도록 강제하는 것은 독재가 아니다”라고 하는바,¹³⁷⁾ ‘부양의무 해태론’은 위와 같은 밀(J. S. Mill)의 주

135) 이러한 정신적 충격은 공공장소에서의 나체행위를 처벌하는 근거로도 주장된다.(전계, 사회철학, 72쪽)

136) *Samuels v. McCurdy*, 267 U.S. 188은 심지어 “주류소지자의 개인적 사용(반주용)에 그치는 것이 명백한 경우라도 다른 사람이 그 술에 접근할 가능성이 있다”는 사실만으로 공적 침해를 인정하였다.

장에 기댐으로써 공권력의 과도한 개입이라는 비난을 면하려는 것이라 하겠다.

3) 나쁜 본보기론(modeling justification)

과음이나 안전벨트 미착용 운전과 같은 바람직하지 못한 행위를 어떤 사람이 하게 되면 다른 사람들, 특히 판단능력이 성숙하지 않은 어린이들이 이를 모방할 우려가 있고, 이러한 나쁜 행위의 모방을 예방함에 대하여 사회는 이익을 가진다는 것이다. 이에 대하여 밀(J. S. Mill)은 다음과 같이 반론한다. 즉, “자기 자신을 해하는 나쁜 행위를 함으로써 그는 고통스럽고 비천한 결과도 동시에 보여주고 있는 것이다. 그것이야말로 타인에 대한 유익한 본보기이다. 타인은 자기 자신을 해하는 나쁜 행위의 결과를 보고 자신은 그러한 행위를 하지 않는 쪽으로 결정할 것이다.”¹³⁸⁾

4) 지상명령론(categorical imperative justification)

소수의 사람만에 의하여 행하여질 경우에는 그들 자신만을 해할 뿐인 행위라도 사회 구성원들 거의 모두에 의하여 행하여질 경우에는 그들 자신만의 문제가 될 수 없는 경우가 있다. 동성애나 마약 사용과 같은 것들이 그 예로서 이러한 행위에 대하여 국가는 사회 보전을 위하여 개입할 수 있다는 것이다.

(다) 자해금지의 원리로 가장된 타해금지의 원리

1) 강제입원치료 등

전염병예방법은 제1종전염병환자는 격리수용치료를 받아야 하고 이를 거절하는 경우에는 처벌하도록 규정하고 있으며(동법 제29조 제1항, 제55조 제2호),¹³⁹⁾ 향정신성의약품관리법은 향정신성의약품

137) 전계, 자유론 130쪽

138) 전계, 자유론 112쪽 참조

의 사용을 원칙적으로 금하고 이에 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있다(동법 제3조 제1항, 제41조 제1항 제1호).¹⁴⁰⁾

이들 규정은 얼핏 가부장적인(paternalism) 규정 - 즉, 치료의 강제 또는 마약류의 사용금지를 통하여 전염병감염자 자신 또는 마약에 중독될 가능성이 있는 국민 본인을 보호하기 위한 규정으로 보인다. 그러나, 이들 법률의 제1차적 목적은 수범의무자 본인을 보호함에 있는 것이 아니라 질병의 감염 또는 마약에 중독되어 이성을 상실한 국민의 범죄행위로부터 사회의 이익을 지키기 위한 것¹⁴¹⁾이다. 따라서 이들 법률을 자해금지의 원리를 규정한 것으로 볼 것은 아니다.¹⁴²⁾

2) 사회보험 등

국민연금법 제8조, 제10조는 국민연금에의 당연가입¹⁴³⁾을, 의료보험법 제4조도 의료보험에의 당연가입을 규정하고 있다. 이러한 사회보험적 성격을 갖는 제도에의 가입강제는 자해금지의 원리적 성

139) 유사규정 : 향정신성의약품관리법 제31조, 제43조 제2항 제1호; 마약법 제50조, 제65조 제1항 제2호; 대마관리법 제12조의3, 제21조 제2항 제1호; 후천성면역결핍증예방법 제14조 제1항, 제15조 제1항, 제27조; 결핵예방법 제25조, 제43조

140) 유사규정 : 마약법 제6조 제1호, 제62조 제1항 제1호; 대마관리법 제4조 제4호, 제20조 제1항 제3호

141) 금주법(Prohibition Act) 당시 미국에서는 양조나 음주 자체를 이와 같은 근거에서 처벌하였다. - “미국 전역에서 발생하는 범죄의 50%는 술로 인한 것이다.” “주류산업은 그 자체로 약이라는 것은 일반적으로 승인되어 있다. 그것은 범죄, 비도덕, 질병, 나태, 가난, 낭비의 원천이고 사회, 경제, 도덕, 복지 모든 면에서 중대한 침해의 원인이 되는 것이다.” (전개 Note 612~613쪽)

142) 전개 Note 607쪽 주9. 참조(강제예방접종도 같은 유형으로 들고 있다, Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11). 수돗물에 불소를 첨가하는 조치의 합헌성에 대하여는 Chapman v. Shereveport, 225 La. 859, 74 So. 2d 142; Paduano v. New York, 45 Misc. 2d. 718, 257 N.Y.S. 2d. 531; Kraus v. City of Cleveland, 163 Ohio St. 559, 127 N.E. 2d. 609 참조

143) 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교원연금법도 그 적용대상자의 강제가입을 규정하고 있다.

격을 갖는다는 견해가 있다.¹⁴⁴⁾ 그러나 이에 대하여는 년금이나 의료보험과 같은 것은 그 제도의 특성상 다수가 가입하지 않으면 그 누구도 제도의 혜택을 받을 수 없다는 특수성에 근거하여 ‘집단적인 선’과 ‘상승효과’로 이를 이해하려는 견해도 있다.¹⁴⁵⁾

(라) 사범영역에서의 자해금지의 원리

‘계약자유 원칙’은 자기결정권의 사범적 영역에서의 구현이라 할 것이므로 이를 관철하는 경우에는 ‘자신을 노예로 파는 계약’ 등도 허용되어야 할 것이다. 그러나, 민법은 이러한 계약의 구속력을 배제한다. 그 이유는 여러 가지로 설명될 수 있겠지만¹⁴⁶⁾ 자해금지의 원리도 그 배경에 있음을 부인하기 어렵다.¹⁴⁷⁾ 그 밖에 현대법의 사회주의적 경향에 따라¹⁴⁸⁾ 특히 노동법이나 경제법의 영역에서 국가의 광범한 후견적 개입을 허용하고 있는바, 이것도 역시 자해금지의 원리와 관련하여 이해되어야 할 것이다.¹⁴⁹⁾

4. 형벌권 행사의 정당화 사유

형벌권은 그 주체인 국가의 입장에서 보면 다양하게 전개되는 공권력 중 적나라한 힘의 행사로 최후수단적인 성격을 갖는 것이며 객체인 국민의 입장에서 보면 행위자의 사회윤리적 반가치성을 표

144) 전계 Note 607쪽 주15

145) 전계, 사회철학 86~90쪽

146) 밀(J. S. Mill)은 그 이유를 “자기결정권은 그의 선, 그의 자유를 위하여 인정되는 것인데 노예계약은 그 전체 자체에 위배되기 때문”이라고 하며 그 밖에 ‘이혼하지 않기로 하는 계약’의 문제를 예로 들고 있다.(전계, 자유론, 135~137쪽)

147) 전계, 사회철학, 75쪽

148) 일본에서는 ‘사회법적인 제약’을 자기결정권의 제한사유로 드는 견해가 있다.(竹中勳, 個人の自己決定とその限界, JURIST 1022호, 35쪽)

149) ○津格, 法的パターナリズムと自由, 법학교설 No.100, 128쪽

현하는 것일 뿐 아니라 그의 자유·재산·인격에 대한 현저한 침해
를 뜻하므로 극히 예외적으로 행사되어야 할 것이다. 그러므로 다
양한 국가 공권력 중 형벌권의 행사, 즉 범죄화(criminalization)는
어떤 경우에 정당성을 가지는지 살펴볼 필요가 있다.

가. 헌법재판소의 판례

(1) 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하
는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의
시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와
죄질 및 보호 법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여
결정하여야 할 국가의 입법 정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법
재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범
죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에
비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을
잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평
등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 분
배의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌
법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의
원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌
법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정
형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위
반의 문제는 아니라 할 것이다.¹⁵⁰⁾

(2) 어떤 행정법규 위반 행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행
정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행

150) 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고, 91헌바11 결정; 1995. 11. 30. 선고, 94헌가3 결정; 1990. 9.
10. 선고, 89헌마82 결정 등

정 질서벌인 과태료를 과할 것인가 아니면 직접적으로 행정 목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법 재량에 속하는 문제라고 할 수 있다.¹⁵¹⁾

(3) 특정의 인간 행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리 할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다. 단순히 도덕률에 맡겨야 할 사항에 대하여 국가가 이를 형사 처벌의 대상으로 삼아 형벌권을 행사하여 개입하는 것은 헌법에 위반된다. 왜냐하면 국가가 국민을 도덕적으로 개선시키려는 의도만을 가지고 형사적 제재조치를 하는 것은 헌법상 정당성을 가지지 못하기 때문이다.¹⁵²⁾

나. 일반적인 이론

(1) 당벌성(strafwürdigkeit)과 필벌성(strafbedürftigkeit)

(가) 개념

사회적으로 유해한 행위로 평가되는 것(즉 ‘벌받을 것’으로 평가되는 것)을 당벌성이라고 한다. 그러나, 당벌성이 있는 모든 행위에 대하여 형벌권이 행사되는 것은 아니다. 형벌권은 당벌적인 행위로부터 사회를 보호하고 법질서를 유지한다는 형벌목적에 비추어 불

151) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 91헌바14 결정

152) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정 중 재판관 조규광, 재판관 김문희의 보충의견

가결하고 합목적적일 경우에만 행사되는바, 이와 같이 형벌이 범죄에 대처함에 있어 적합하고도 유효한 수단으로 평가되는 것(즉, ‘벌받지 않으면 안 되는 것’으로 평가되는 것)을 필벌성이라고 한다. 어떠한 행위가 당벌성 및 필벌성이 있는가 하는 것은 그 시대의 문화와 사회의 가치관에 의존하는 바가 크지만¹⁵³⁾ 다음과 같은 일응의 기준을 정할 수는 있다.

(나) 당벌성의 인정 기준

1) 형벌은 객체인 국민의 기본권에 중대한 침해로 가져오는 것이기 때문에 그 행위가 사회의 기본적 공영조건을 침해하거나 침해할 우려가 명백한 경우에만 허용되어야 한다. 행위가 단순히 불쾌하다든지 폐가 된다든지 불안감을 준다든지 부도덕하다는 것만으로는 당벌성을 갖추지 못한다.¹⁵⁴⁾ 현대의 자유롭고 다원적으로 조직된 사회에서의 형벌규정은 17~18세기 계몽주의사상의 전통으로 인하여 이성적으로 검증할 수 있는 근거를 필요로 하고, 형벌의 기본권침해성, 최후수단성으로 인하여 다른 어떠한 공권력 행사보다도 더욱 충실히 헌법의 기본권보장정신을 준수할 것을 요구한다. 이러한 정신에 기초하여 현대 형법학은 범죄화의 관문으로서 ‘법익침해’와 ‘사회적 유해성’이란 기본적 개념을 도입함으로써 범죄를 기본적 사회윤리적 의무에 대한 위반으로 파악하는 소위 ‘형벌기능의 사회윤리규범보호설’에 반대하고 법익을 침해하거나 위태롭게 하는 경우 즉, 결과불법까지 갖춘 경우만을 범죄로 구성하기에 이르렀다. 물론 형벌은 ‘도덕의 등뼈’이므로 범죄화의 조건으로 행위불법이 불가결하기는 하지만¹⁵⁵⁾¹⁵⁶⁾ 이것만으로 충분하다고 할 수는 없고 형

153) 김상호 역, Günther Kaiser, 형법과 형사정책에 있어서의 범죄화와 비범죄화, 동아법학 제 10호, 178쪽; 임웅, 비범죄화론의 의의와 근본사상, 유기천박사 고회기념 법률학의 제문제, 227쪽

154) 임웅, 전계 논문, 226쪽

벌의 최후수단성이라는 관점에서 다시 법익침해(또는 침해의 위험성)라는 결과불법이 더하여질 경우에만¹⁵⁷⁾¹⁵⁸⁾ 범죄화가 정당화되는 것이다.

2) 당벌성의 판단에 있어 행위에 의하여 침해되는 법익의 내용이나 정도, 법익의 중요성, 법익침해행위의 양태와 강도는 중요한 요소가 된다. 이들 요소에 대한 평가는 궁극적으로 헌법의 가치질서 내에서 내려져야 한다. 예컨대 헌법의 가치질서 중 상위에 위치하는 법익(이를테면 생명·신체에 대한 법익, 정신적 자유에 대한 법익)에 대하여는 사소한 침해행위가 있다고 하더라도 당벌성을 갖게 되는 반면 하위의 법익에 대하여는 어느 정도 현저한 침해가 있어야만 당벌성이 있다는 판단을 받게 될 것이다.

(다) 필벌성의 인정 기준

상식적으로 보면 당벌성이 있는 행위는 곧바로 처벌해야 할 것으로, 즉 필벌성이 있는 것으로 생각하기 쉽다. 그러나 당벌성이 있는 행위라도 그에 대한 대처방법으로는 ① 사회내에서의 자율적 해결

155) 필요조건으로서의 행위반가치 : Hyman Gross의 견해에 의하면 '타인에게 해를 끼치지 말아야 한다'는 것은 하나의 도덕률이고 따라서 모든 범죄화의 필요조건은 도덕성의 침해, 즉 행위반가치에 있다고 한다. (전개 Criminal Law 78~79쪽)

156) 따라서 도덕적으로 중립적인 행위에 대하여 형벌강제를 사용할 경우에는 법집행관은 잠재적으로 그들의 활동에 소극적이 되고 일반인들도 그들의 행동지침으로서의 법률의 기능에 대하여 혼돈을 느낄 것이라고 한다.(H. Packer의 견해 - 전개 Criminal Law 79쪽)

157) 충분조건으로서의 결과반가치 : 다만 법익침해가 일어날 위험이 있다는 이유로 어떤 행위를 금지할 경우 어느 선(remoteness)에서 형벌을 과할 것인가에 대하여 주의하여야 한다. 법익침해(또는 위험성)로부터 지나치게 먼 선에서부터 제재를 가한다면 사소한 행위에 대하여도 형벌권이 개입할 위험이 있고, 지나치게 가까운 선에서 제재를 가한다면 범죄예방이라는 측면에서 문제를 가져올 것이다. 이에 관한 논의에 대하여는 전개 Criminal Law, 90~92쪽 (H. Packer의 견해) 참조

158) 이에 비하여 행위반가치(immorality)를 범죄화의 충분조건으로 파악하고 다만 비도덕적 행위 중 올바른 마음을 가진 사람이라면 역겨워할 행위에 대하여 형벌권이 발동되어야 한다는 견해가 있다.(Devlin의 견해, 전개 Criminal Law 80~83쪽)

을 기대할 수도 있고, ② 손해배상 등 사법적 방법에 의하여 해결될 수도 있으며, ③ 형벌권보다는 덜 침해적인 행사권의 행사에 의하여 문제를 해결할 수도 있으므로 ④ 최후수단으로 형벌권이 동원되어야 한다.¹⁵⁹⁾ 따라서 만일 형벌 이외의 국민에게 보다 가벼운 침해를 가져오는 수단으로도 형벌과 동일하거나 보다 나은 결과를 기대할 수 있는 경우에는 필벌성을 갖추지 못하므로 범죄화의 정당성에 의심을 받게 되는 것이다.

(2) 입법재량권과 ‘의심스러울 경우에는 자유의 이익으로’의 원칙

입법자는 공공의 이익을 보호하고 사회를 범죄로부터 방어하기 위하여 어떤 조치를 취할 것인가에 관하여 고도의 입법재량권을 갖는다. 그런데 이러한 입법재량권을 사법권이 지나치게 존중하게 되면 당벌성 및 필벌성을 구비하였는지 여부가 애매한 경우에는 현저한 입법재량권의 일탈이 없는 한 이를 긍정하는 경향을 띠게 될 것이다. 그러나, 국민의 기본권을 최대한 존중하는 헌법정신 및 보충적(최후수단적), 최소한으로 행사되어야 하는 형벌권의 한계로부터 ‘의심스러울 경우에는 자유의 이익으로(in dubio pro libetate)’의 원칙이 도출되므로 형벌권행사의 정당화에 관하여 의심이 있으면 형벌에 의한 개입을 중지하는 쪽으로 해석하여야 할 것으로 본다.¹⁶⁰⁾

다. 과범죄화(overcriminalization)와 비범죄화(decriminalization)

(1) 과범죄화

형법의 역사는 자기제한의 역사라는 표현에 어울리지 않게 지난 100여년간 형사제재규정이 엄청나게 증가하여 현저한 과범죄화의

159) 임용, 전계 논문 227쪽, 전계 Criminal Law, 93쪽 참조

160) 임용, 전계 논문 237쪽, Günther Kaiser, 전계 논문, 177쪽; 같은 취지로는 전계 Note 618~620쪽 참조

현상을 보여 주었다.

그 원인으로는 무엇보다도 사회윤리, 관습 등 다른 사회통제규범의 현저한 기능저하를 들 수 있는데 이 기능저하현상은 산업화와 이에 따른 도시화, 주민의 빈번한 이동성과 익명화에 기인하는 것이다. 그 밖에 행정국가화 경향과 함께 행정형벌이 급격히 팽창한 것도 그 원인의 하나이다. 이러한 새로운 사회적 상황은 법을 통한 사회통제나 규범해결 및 형벌적 수단에 의한 사회질서 보장을 불가피하게 함으로써 교통범죄, 환경범죄, 경제범죄, 사회적 강자의 범죄, 테러와 같은 국가의 안전에 관한 범죄, 컴퓨터범죄, 생명공학관련범죄 등이 양산되게 된 것이다.

그러나 위와 같은 과범죄화는 우선 형벌의 일반예방효과와 관련하여 그 실효성에 의문이 있다.¹⁶¹⁾ 일반예방효과는 무수한 형벌의 경고로 말미암아 국민의 규범수용력이 과도한 부담을 지지 않고 개인의 가치정립이 법률에 의하여 표명된 가치질서와 부합하는 경우에만 달성되는 것인데, 비대한 형벌규정은 국민의 규범수용력을 넘어서 가벌적 행동영역에 대한 인식에 혼란을 가져오고 새로운 명령·금지가 있더라도 이에 대한 국민의 불감증을 가져옴으로써 그 결과가 범경시 및 법적대풍조가 초래되고¹⁶²⁾ 심지어 일부 규정의 경우에는 규범위반행위가 일상화되어 버리기 때문이다.¹⁶³⁾

다음으로 특히 경미·대량범죄 분야에서의 과범죄화는 형사사법

161) 임용, 전계 논문 215~216쪽; Günther Kaiser, 전계 논문, 180~182쪽; 전계 Criminal Law 92~93쪽(S. Kadish의 견해) 참조

162) 다음과 같은 시민의 의견 참조 : “연일 짜증나는 더위가 계속되기 때문인지 도로 곳곳에서 오토바이의 유일한 안전장치인 헬멧을 착용하지 않은 모습을 발견한다. …… 어떤 경우는 단속을 하고 어떤 경우는 단속을 하지 않는다면 일반시민들은 그 법을 우습게 여길 것이다. 기왕에 철저하게 지켜지지 않을 법규라면 애초에 실행도 하지 말았어야 할 것이다.”(조선일보 1996. 8. 10. 25면 독자여론 - 손영철)

163) 임용, 전계 논문 228~230쪽

경제측면에서 문제를 가져온다. 형벌의 실효성은 엄벌이 아니라 범행이 발각될 위협성의 정도나 형사소추와 같은 법집행력의 강도에 좌우된다는 것은 주지의 사실인바,¹⁶⁴⁾ 경미·대량범죄나 지극히 사적인 영역 내에서 일어나는 범죄¹⁶⁵⁾의 경우에는 일반적, 포괄적 처벌이란 사실상 불가능하고 우연적 또는 선별적(합정단속 등)으로 처벌이 행해질 수밖에 없어 형벌적용의 공평성, 엄결성의 측면에서 실효성보다 더 큰 문제를 야기하는 것이다.¹⁶⁶⁾

(2) 비범죄화

비범죄화란 ‘법정책상의 변화로 말미암아 국가형벌권행사의 범위를 축소시킬 의도로 일정한 형사제재규정의 폐지 또는 부적용이 일어나거나 형사제재를 보다 가볍게 하려는 모든 시도’를 의미한다. 앞서 본 바와 같은 과범죄화 현상으로 인한 인권의식의 위기와 과범죄화가 형사사법제도에 과중한 업무 부담을 주어 제대로 기능을 발휘할 수 없다는 실무상의 필요성에 형법의 인도화, 자유화 사상이 더해져 비범죄화가 논의되게 되었다. 비범죄화가 주로 논의되는 분야는 첫째, 동성애·간통·도박·마약사용 등과 같이 직접적인 피해자를 찾기 어렵거나(victimless crimes) 보호법익과 행위와의 관계가 지나치게 소원한 경우(즉, 법익침해 및 당벌성과 필벌성에 의심이 있는 경우), 둘째, 단순한 교통사범 등과 같이 경미·대량범죄, 셋째, 과실죄와 같이 일반예방범죄가 발휘되기 어려운 범죄 등이다.

(3) 형벌의 정당성과의 관계

164) 임웅, 전계 논문 229쪽

165) 후천성면역결핍증예방법 제19조 제1호, 제25조 제2호는 ‘대통령령이 정하는 감염의 예방조치 없이 감염자가 행하는 성행위’를 처벌하도록 규정하고 있는데 위 관점에서 보면 문제가 있다.

166) 전계, 사회철학 60~61쪽

지나친 비범죄화는 사회질서의 유지 곤란 등 문제를 가져오겠지만 과범죄화의 피해 역시 큰 것이므로 형벌 규정의 입법에 있어서는 이러한 문제점을 인식하여야만 할 것이고, 형벌권의 행사가 과범죄화에 해당하는 경우에는 그 정당성 부정의 한 근거로 평가되어야 할 것이다.

라. ‘자해금지의 원리’와 형벌권의 행사

(1) 법률의 규정

미성년자보호법은 ‘미성년자의 음주·흡연 및 선량한 풍속을 해하는 행위를 금지하고, 아울러 미성년자의 보호에 필요한 사항을 규정함으로써 미성년자의 건강을 보호하며 그들을 선도육성함을 목적으로 하며(제1조) 미성년자에게 흡연·음주, 유흥업소 등에서의 출입행위, 숙박업소 등에서 성도덕을 문란하게 하는 행위, 미성년자 출입제한구역 출입행위 등을 금지하고 있다(제2조). 또한, 국민건강증진법은 국민에게 건강에 대한 가치와 책임의식을 함양하도록 건강에 대한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강을 증진함을 목적으로 하며(제1조) 흡연과 음주 등에 관한 규정을 두고 있다(제7조, 제8조 등).

미성년자들로 하여금 음주·흡연이나 도덕적으로 유해한 행위를 금지하고, 국민들에게 지나친 음주·흡연 등을 삼가도록 하며 건강에 대한 책임성을 강조하는 위 법률들의 규정은 ‘자해금지의 원리’를 공권력 개입의 근거로 한 것이다. 그러나, 위 법률에 반하여 금지된 행위를 한 미성년자나 건강을 해친 국민 스스로를 처벌하는 규정은 없다. 오로지 미성년자들에게 금지된 행위를 할 수 있도록 해 준 자(술이나 담배를 판매한 자 등, 미성년자보호법 제6조, 제6조의2), 국민의 건강 증진을 위하여 부과된 법 소정의 의무를 위반한 제3자(국민건강증진법 제31조 이하)를 처벌할뿐이다. 자살의 경우도 마찬가지로

가지이다.

(2) 자해금지의 형벌로 강제할 수 없는 이유

이상의 예로 보아 우리 법질서는 공익에 직접 관련되지 않는 한 자해행위는 처벌하지 않는 태도를 취하고 있다고 할 수 있으며, 그 이유는 다음과 같다고 생각한다. 첫째, 스스로를 해하는 행위가 정당한 것은 아니지만 타인에게 해를 끼치지 않는 이상 그의 자율을 존중한다는 것이다. 자해행위에 대하여 공권력이 개입할 수는 있지만¹⁶⁷⁾ 공익에 직접 관련되지 않는 이상 형벌로써 이에 간섭하는 것은 그의 존엄을 침해하는 것으로 보는 것이다. 둘째, 자해행위에 대하여는 형벌의 일반예방효과가 미약하다는 것이다. 타해행위의 경우는 그로 인하여 통상 행위자가 이익을 얻음에 반하여 그 스스로는 양심의 가책 외에는 해를 입지 않으므로 형벌이라는 수단을 통하여 그 같은 행위를 억제할 필요가 있다. 그러나 자해행위의 경우에는 설사 그가 자해행위를 통하여 얻는 이익이 있다고 할지라도 스스로가 피해자이기도 하므로 형벌로 그 행위를 억제하는 것보다 더 효과적이라고 할 수 있을 것이다. 합리적인 인간이라면 형벌의 강제가 없더라도 스스로에게 해가 되는 행위를 하지는 않을 것이고 그럼에도 불구하고 자해행위를 감행하는 자는 형벌로도 이를 억제하기 곤란하다고 할 것이기 때문이다.

V. 안전벨트 등 착용강제와 가부장주의 (paternalism)

167) 자살을 시도하는 자를 경찰이 만류하고 제압하였다고 하더라도 자살시도자의 자살권을 불법적으로 침해한 것이라고 할 수는 없을 것이다.

1. 도로교통 환경의 변화와 정부의 규제

자동차는 문명의 리기이기도 하지만 반면 타인에게 피해를 미칠 가능성 또한 무한히 가지고 있다. 따라서 도로교통법을 비롯한 법률은 자동차 운전자에 대하여 타인에 대한 피해를 방지하기 위하여 엄격한 규제를 하고 있다. 그런데 도로교통법은 약간 이질적인 두 개의 규정을 두고 있다. 하나는 이륜자동차운전자는 헬멧을 착용하지 아니하고 운전하여서는 아니된다는 것이고, 다른 하나는 자동차 운전자는 안전벨트를 매지 않고 운전하여서는 아니된다는 것이다. 위 규정들을 이질적이라고 하는 것은 위 두 의무 모두 도로교통법의 다른 대부분 규정과는 달리 타인에의 피해방지를 직접적인 목적으로 하는 것이 아니라 운전자 자신의 보호를 직접적인 목적으로 하면서도 위반시 형벌을 부과한다는 점 때문이다. 즉, 밀(J. S. Mill)이 말한 바와 같이 타인에 대한 피해를 방지하기 위한 경우에만 공권력행사가 정당하다면 이러한 규정은 정당하지 않고, 본인이 스스로의 판단에 따라 결정할 사적인 사항이 아닌가라고 생각되기 때문이다.

앞서 살펴 본 바와 같이 ‘안전벨트나 헬멧을 착용하지 아니할 자유’도 헌법상 기본권의 하나로 파악할 수 있는 것이라면 위와 같은 국가의 가부장적(paternalistic) 개입에 의한 형벌권 행사가 정당화되는가 하는 점이 문제가 되는바, 이러한 점을 주된 쟁점으로 하여 이미 미국과 독일 등에서는 수차례 위헌 논쟁이 있었으므로 외국의 판례와 학설을 중심으로 이를 살펴보기로 한다.

2. 위헌 여부에 관한 제견해

가. 미국에서의 헌법논쟁¹⁶⁸⁾

(1) 개 론

미국에서는 약 30개 주에서 오토바이 탑승자에 대한 헬멧의 착용 강제와 관련하여 운전자 자신에 대한 위험을 방지하기 위하여 주가 개인의 활동을 규제할 권한이 있는가를 둘러싸고 헌법문제로 다투어졌는바, 합헌이라고 한 판결¹⁶⁹⁾이 주류를 이루기는 하였지만 위헌이라고 한 판결¹⁷⁰⁾도 몇 건 있다. 이 논쟁은 1966년 뉴욕주에서 오토바이 운전자와 동승자는 운전 중, 보호헬멧(protective crash helmet)을 착용하여야 한다는 법률을 제정한 것으로부터 비롯되었다. 이러한 내용의 법률의 제정은 미시간, 매사추세츠 등 몇 개의 주를 거쳐 곧 전국적 경향으로 되었다. 이는 물론 오토바이 탑승자의 안전을 위하여는 헬멧착용이 효과적이라는 통계에 근거한 것이다. 그런데 오토바이 운전자들은 헬멧착용으로 인하여 시각과 청각에 장애가 오고 얼굴에 습기가 차 답답하고 끔찍할 수 없다는 등의 주장을 하고, 나아가 입법부가 채택한 헬멧착용의 강제라고 하는 수단이 과연 운전자의 안전이라는 목표를 달성할 수 있는지에 대하여도 의문을 제기하며 다음과 같은 법률론을 전개하기에 이르렀다. 즉, 헬멧강제법은 사고시 오토바이 운전자가 입는 위험을 줄이기 위하여 헬멧착용을 의무화하고 있지만 이 법률에 의한 의무부과에 의하여 오토바이에 타지 아니하는 일반공중은 어떤 의미의 영향도

168) 미국의 판결례에 대하여는 山田卓生, 전게서, 116~121쪽, K. M. Royalty ; Motorcycle and the Constitutionality of Self-protective Legislation, 30 Ohio St. L. J. 355(1969) 및 전게 Note 614쪽 이하 참조

169) Commonwealth v. Howie, 288 N.E.2d. 373(1968); People v. Bielmeyer, 282 N.Y.S.2d. 797(1968) 등

170) American Mtorcycle Association v. Davids, 158 N.W.2d. 72(1968) ; People v. Fries, 250 N.E.2d. 149(1969) 등

받지 않고 따라서 어떠한 공공의 이익도 증진되지 않는다. 또 개인의 자유가 중요한 가치로 인정되는 사회에서는 입법적 개입을 정당화할만큼 타인의 이익과 상충하지 않는 한 개인에게는 스스로의 판단에 따라 행동할 자유가 있다. 따라서 자기의 보호를 목적으로 하는 위 주법은 권한외의 것이라는 것이다.

(2) 위헌이라고 한 판결

헬멧강제법이 위헌이라는 입장을 밝힌 판결 중 가장 유명한 것으로 미시간 주의 American Motorcycle Association v. Davids사건¹⁷¹⁾으로, 쟁점은 오토바이 운전자와 동승자에게 헬멧착용을 의무화한 법률이 미시간주 헌법과 미합중국 헌법의 적정절차(due process)조항, 평등조항, 프라이버시권을 침해한 것인지 여부였다.

이에 대하여 미시간주 순회재판소에서는 합헌결정이 내려졌으나 항소법원에서 원고의 주장이 받아들여졌는바, 그 이유의 요지는 다음과 같다. “자동차법정개정법(Amendment to Motor Vehicle Code Public Act 1966 No. 207)은 ‘오토바이 운전자 또는 동승자는 주경찰이 승인하는 헬멧을 착용하지 않으면 아니된다’고 규정하고 위반시 형벌을 부과하도록 하고 있다. 항소인은 이 법률은 오토바이 운전자의 안전에만 관련되어 있고 일반공중의 이익과는 관계가 없다고 주장하면서 밀(J. S. Mill)의 ‘개인의 자기 외의 자에게 관련이 없는 사항에 대하여는 사회에 대한 책임을 부담하지 아니한다’라는 구절을 채용하는바, 이는 ‘남을 해치지 않는 방법으로 스스로를 이용하라’¹⁷²⁾라는 격언과도 일치한다. 본 건에 있어서 헬멧의 착용은 공공의 건강·안전·복지와 직접 관계가 있을까. 이 법률의 목적으

171) 158 N.W.2d 72(1968), 이 판지는 그 후 People of the City of Adrian v. Poucher, 240 N.W.2d. 298 (1976) 판결에 의하여 번복되었다.

172) Sic utere tuo ut alienum non laedas - 자신의 재산을 사용함에 있어 이웃의 재산을 해치지 않도록 하라.

로서는 오토바이는 바퀴가 두 개밖에 없어 운전자가 운전 중 넘어지는 등 사고를 일으키기 쉬운데 헬멧은 운전자의 머리를 비산하는 돌등으로부터 보호하여 사고를 방지할 수 있다는 점등을 들고 있다. 살피건대, 주는 도로의 안전에 중대한 관심을 갖고 있기는 하지만 위 법은 그 목적의 면에서 운전자의 보호 외에 공공의 이익과는 무관한 것이고, 상상력을 확대하지 않고는 공공의 이익과 관련을 찾아볼 수 없다. 헬멧을 착용하였다면 피할 수 있었을 중상을 입음으로써 그나 그 가족이 공적인 부담이 될 수 있으므로 위 법령은 공공의 이익과 관련된 것이라는 주장이 있을 수 있고, 그 가능성을 부인하는 것은 아니다. 그렇다면 같은 논리로 사망이나 불구를 유발할 수 있는 심각한 병환을 방지하기 위하여 모든 사람에게 금연을 명할 수도 있을 것이고 모든 국민들로 하여금 건강을 위하여 밤 10시 이전에 취침하도록 명할 수도 있을 것이다.¹⁷³⁾ 헬멧 강제나 금연, 이른 취침이 공공복지와 무관하다고는 말할 수 없지만 그렇다고 문제가 해결되는 것은 아니다. 이 사건에서 위 공공의 이익론이 타당하다면 타인이나 공공복리에 영향을 미치지 않는 행위란 거의 찾아볼 수 없는 오늘날의 복잡한 사회에서는 위와 같은 종류의 법은 거의 모두 정당화될 것이다. …… 이 사건 헬멧착용 강제는 직접적으로는 운전자 자신을 보호하기 위하여 그리고 간접적으로 헬멧미착용으로 인한 중대한 부상에서 오는 사회적 부담의 회피를 그 목적으로 하는 것이다. 이 사건 강제는 헬멧미착용이 타인에게 미치는 간접적 효과에 근거하여 행해지고 있고, 운전자에 대한 직접

173) 이에 대하여는 다음과 같은 견해 참조 : “우리가 모든 위험행위-등산, 스키, 흡연, 일광욕, 커피나 아이스크림-로부터 안전한 삶을 누릴 수 있도록 이를 금지시켜 주길 바라는 사람은 거의 없을 것이다. 그리고 민주적 선거와 국민투표가 있는 한 그럴 위험에 처하지도 않을 것이다.”(Tribe, 전게서 1372쪽)

적 효과에 근거하여서는 정당화되지 않는다. 위와 같은 간접적 효과만으로 헬멧 착용 강제가 정당화될 것인가에 대하여 이 법원은 이를 부정한다. …… 국민의 자유는 극악한 지배자에 의해서 보다는 지나치게 (국민의 복지에) 열정적인 지배자에 의하여 침해되는 경우가 더 많다. 위 법은 무효라고 할 것이다.”

(3) 합헌이라고 한 판결

(가) People v. Bielmeyer 사건¹⁷⁴⁾

피고인들은 헬멧미착용 상태로 오토바이를 운전한 사실로 기소되었는바, 법원은 다음과 같이 판시하였다. “피고인들은 뉴욕주 차량교통법 제381조 제6항 위반으로 기소되었는바, 피고인들은 당해 법률이 위헌이므로 피고인들은 무죄라고 다룬다. 이 사건의 쟁점은 헬멧의 착용을 의무화하는 것이 주 경찰권의 범위 내에 속하는 것인가의 여부이다. 경찰권은 주민의 보호와 공공복지의 증진을 위하여 법률을 제정·집행하는 주의 본래적 권능인바, 타인에게 해가 되지 않는 개인적 행위나 재산이용을 규제하기 위하여 정부가 경찰권을 행사할 수 없다는 견해도 있긴 하지만 나는 경찰권을 사회·경제·정치문제 모두를 규율할 수 있을 정도로 포괄적이고 융통성이 있는(flexible) 것으로 생각한다. 근년에 오토바이의 급증에 따라 새로운 도로안전문제가 생겨났는바, 도로이용의 규제는 주에게 전권이 맡겨진 사항이다. 그런데, 오토바이 탑승자가 헬멧을 착용하지 않을 경우에는 다른 시민에 대하여도 ‘현실적인 위험’을 가져오므로 주는 (경찰권의 정의와는 무관하게) 이를 유효하게 규율할 수 있는 것이다.”

(나) People v. Kohrig¹⁷⁵⁾ 사건

174) 282 N.Y.S.2d. 797 (1967)

175) 113 Ill. 2d. 384, 498 N.E. 2d 1158 (1986)

프라이버시권은 고속도로에서 안전벨트를 하지 않을 자유를 포함한다는 주장에 대하여 “법은 운전자로 하여금 안전벨트를 착용함으로써 자기 차에 대한 통제를 할 수 있게 하여 다른 운전자들을 보호하며, 사고로 인한 부상에 관련된 사적, 공적 비용부담을 경감시켜 주므로 주가 안전벨트 착용을 강제하는 것은 정당하다”고 판시하였다.

(다) State v. Eitel¹⁷⁶⁾ 사건

“오토바이 탑승자는 법을 준수하여야 한다. 우리는 원고들의 대리인이 플로리다주가 원고들의 자기결정권(right to be let alone)을 위협적으로 침해하였다고 주장하며 이 법원을 설득하기 위하여 채용한 밀(J. S. Mill)의 자유론에 나타난 견해를 존중한다. 그러나 밀은 ‘어느 누구도 사회에서 전적으로 고립된 존재가 아니다. 한 개인이 그에게 심한 상처를 입히고도 적어도 그와 가까운 관계에 있는 사람, 때로는 훨씬 먼 관계에 있는 자들에게까지 나쁜 영향을 입히지 않는다는 것은 불가능하다’라고 기술하고 있다. 오토바이 운전자가 길가에 쓰러져 있는 것을 보고도 그가 죽도록 방치해 둘 수는 없다. 아마도 입법자는 헬멧은 착용하지 아니할 운전자의 자기결정권보다는 구급차 운전자, 간호사, 신경 외과 의사의 대립된 권리를 더 존중하였을 것이고 이는 합헌적이다.”

(4) Tribe 교수의 견해

‘위험스럽게 살 권리’라는 개념은 헬멧이나 안전벨트의 착용을 강제하는 규정에 대한 반대의 근거가 되어 왔다. 한때 몇몇 법원이 운전자의 안전은 그 외에는 어느 누구와도 무관하고 이를 강제하는 것은 허용될 수 없는 가부장적(paternalistic) 관여라고 판시한 바도 있다. 국가는 개인을 그 자신으로부터 안전하게 보호하기 위하여

176) 227 So. 2d. 489(1969)

개입할 수 없다는 주장은 상당히 직관적인 설득력을 갖고 있고, 매 사추세츠 주에서 ‘안전벨트착용법(the Commonwealth’s seat belt law)’이 제정되고 얼마 되지 않은 1986년 그 폐지를 위한 국민투표 운동의 이념적 근거로 되기도 하였다. 자기결정권이라는 개념은 쉽게 무시될 수 있는 것이 아니다. 그러나 안전벨트나 헬멧법에 반대하는 일반적 주장들은 ‘자기에게만 관계되는 일’에서 제외되는 행위의 의미를 간과하고 있다. 고속도로에서 피를 흘리고 쓰러져 있는 육신들을 방치할 수 없는 현 사회에서 스스로를 위협에 빠뜨린 운전자들은 필연적으로 타인에게 부담을 주게 된다. 적어도 합리적인 정부라면 확신을 가지고 헬멧법을 제정할 것이다.¹⁷⁷⁾

나. 독일에서의 헌법논쟁¹⁷⁸⁾

(1) ‘오토바이 헬멧’ 사건¹⁷⁹⁾

독일 도로교통법 제24조와 동법시행령 제49조는 오토바이 운전자와 동승자에 대하여 헬멧 착용을 의무화하고 이를 위반하는 경우에는 형벌을 부과하고 있는바, 이에 대한 헌법소원 사건에 관하여 독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

“청구인들은 이 사건 심판대상 규정에 의하여 기본법 제2조 제1항이 정하는 기본권을 침해당하였다고 하며 ‘청구인들은 헬멧 착용의 유용성은 인정하지만 국가가 국민들의 이익을 위하여 합리적으로 보인다는 이유만으로 국민들의 행동을 강제할 수는 없다. 성년인 국민은 자신에게 미칠 위험에 관하여 스스로 판단하고 그에 따라 행동할 수 있어야만 한다. 헬멧 미착용으로 인하여 오토바이 운전자 이외의 다른 사람의 권리가 침해되는 것은 아니며, 그 밖에

177) Tribe, 전게서 1372쪽

178) 독일의 논의에 관하여는 아래 판결들 외에 NJW 1985, 3053; NJW 1986, 267 각 참조

179) BVerGE 59, 275

두부손상을 가져오는 중대한 교통사고로 인하여 사회가 부담을 지게 된다는 것만으로는 이 사건 심판대상 규정이 정당화될 수 없다. 그렇지 않다고 한다면 같은 논리에 따라 위험한 스포츠나 음주·흡연을 금할 수도 있을 것이다. 오토바이 운전자로 하여금 바람직한 행동을 하도록 하기 위함이라면 운전자에 대한 교육, 홍보 내지 보험법상 불이익으로도 충분하다.’고 주장한다. …… 살피건대, 심판대상규정은 청구인들의 기본권을 침해하고 있지 않다. 도로교통법시행령은 헬멧착용의무에 대한 레외를 규정하고 있으므로 이를 통하여 헬멧착용으로 인한 심각한 신체적 부자유는 극복될 수 있고 규범적용의 과도한 경직성도 피할 수 있다. 그렇다면 헬멧착용으로 인한 단순한 불편함이나 불쾌감의 문제가 남는데 이에 대하여는 그러한 불편함 등이 있다고 하여 기본법 제2조에 의한 청구인들의 기본권이 침해되었다고 말할 수 있는지 조차 의문스럽다. 그러나 여하튼 기본법 제2조 제1항에 의한 일반적 행동자유권은 헌법에 합치하는 법규의 범위 내에서 보장되고 있는 것뿐이므로 그 제한도 가능한 것이다. 그런데 이 사건 심판대상 규정은 그 형식과 실질에서 헌법에 합치하며 특히 법치국가적 비례원칙에 부합한다. 헬멧착용의 유용성은 일반적으로 인정되고 있고 청구인들도 이를 인정한다. 오토바이 운전자에 대한 이러한 보호가 특별히 언급할 만한 단점으로 가지고 있다고 볼 수도 없다. 헬멧착용을 의무화한 후 지금까지의 경과를 보면 계몽이나 운전자의 이성에 대한 호소 및 민사적 책임만으로는 이 의무가 일반적으로 준수될 것을 기대할 수 없었다. 그러므로 벌금부과규정은 운전자를 보다 더 보호하기 위하여 필요하고도 적절한 조치로 보인다. 또한 헬멧착용의무에 대한 레외가 인정되고 벌금액을 정함에 있어 광범한 재량이 허용되므로 청구인들이 과도한 의무를 지고 있다고 볼 수도 없고, 이 사건 심판대상

규정이 국민을 무능력자로 취급하고 있다고도 할 수 없다. 인간으로서의 자립성이 침해되지 않는 한 개인은 입법자가 사회공공에 대한 배려에서 ‘주어진 상황에서 일반적으로 기대될 수 있는 범위’ 내에서 개인의 행동자유권을 제한하더라도 이를 감수하여야만 하는 것이고 이 사건 심판대상 규정은 위 범위를 벗어난 것이 아니다. 헬멧을 착용하지 아니하고 운전함으로써 교통사고로 중한 두부손상을 입은 오토바이 운전자는 자신에게만 피해를 주는 것이 아니다. 사고를 당한 오토바이 운전자가 헬멧을 착용한 덕에 의식을 가지고 있게 되면 많은 경우에 사고에 뒤따르는 부수적인 손해를 피할 수 있음이 명백하기 때문이다. 청구인들에게 자유와 용기의 느낌을 주는 헬멧미착용 운전은 그것이 도로, 즉 일반 공중에 중요하고 국가가 특별히 관리책임을 맡고 있는 영역에서 행하여진다는 점에서 스포츠와 같이 위험성을 가진 다른 행동과는 구별되는 것이다. 공공도로에서 일어난 사고로 인하여 일반 공중에 광범한 부담(구조 반투입·의료·요양·간호 등)을 주게 된다면 국가가 이러한 부담을 제거하기 위한 간단한 처분(헬멧착용의 의무화)을 할 것이라는 점은 개인으로서도 예측가능한 일이다.”

(2) ‘안전벨트’ 사건¹⁸⁰⁾

안전벨트 미착용으로 인하여 벌금형을 부과받은 헌법소원청구인들이 차량 탑승자들로 하여금 주행 중 안전벨트를 착용할 것을 의무화하고 있는 도로교통법 제6조 제1항 제3호 및 동법시행령 제21a조 제1항, 제49조 제1항 제20a호는 기본법 제2조 제1항 및 제2조 제2항 제1호가 보장하는 청구인들의 기본권을 제한하고 있다고 주장한 사건에 관하여 독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

180) BVerfG(3. Kammer des Ersten Senats), NJW 1987, Heft4, 180쪽

“이 사건 심판대상 법규는 기본법 제80조 제1항이 정하는 수권법률의 한계를 지키고 있다. 또 교통사고시 안전벨트가 사고로 인한 손해를 경감시킴에 매우 유용하다는 사실은 이미 입증된 것이고 이에 비하여 안전벨트 착용으로 인하여 사고시 손해의 확대 등 불이익을 입을 가능성은 0.5~1%로 매우 낮다. 따라서 운전자의 안전이라는 입법목적과 이로 인하여 운전자가 입는 불이익을 비교하여 보면 심판대상 조항은 비례의 원칙에도 합치한다. 청구인들은 안전벨트를 착용할 것인가 여부에 관한 결정은 차량 탑승자에게 맡겨야 할 사항이라고 주장하지만 안전벨트 착용은 착용자의 이익만을 위한 것이 아니다. 안전벨트를 착용한 경우에는 사고시 적절한 조치를 취할 수 있게 됨으로써 다른 교통관여자의 피해를 방지할 수 있게 되고 안전벨트 미착용으로 인한 다른 승객과의 충돌로 인한 피해도 막아준다. 따라서 심판대상 법규는 기본법 제2조 제2항 제1호의 기본권을 제한하고 있지 않다. 나아가 심판대상 법규가 기본법 제2조 제1항의 기본권을 침해한 것인지의 여부에 관하여는 헬멧 사건의 판결(BVerfGE 59,275)을 채용한다. 따라서 심판대상 법규는 기본법에 합치한다.”

다. 프랑스에서의 위헌론¹⁸¹⁾

행정권이 경찰권한을 행사하는 경우에 그것이 적법하기 위하여는 질서의 유지가 목적으로 되지 않으면 아니 된다. 질서의 유지라는 것은 프랑스법의 전통에 의하면 사회적 평온·공중위생·공중의 안전 중 어느 하나에 해당하여야만 한다. 안전벨트의 착용은 아마 ‘공중의 안전’에 해당한다고 보는 것 같다. 그런데, 공권력이 의무자 자신의 안전만을 도모하는 것이 ‘공중의 안전’에 해당할 수 있을까?

181) 高橋康之, 安全ベルト不着用と過失相殺, 관례타임즈 No.378, 34쪽에 게재된 Morange 교수의 의무화반대론 참조

타인의 안전에 관계없이 자신의 안전에만 관계되는 사항에 관한 명령을 ‘공중의 안전’에 관한 것이라고 할 수는 없으므로 안전벨트의 착용을 강제하는 법률은 공권력 행사의 한계를 넘어선 부적법한 것일 뿐 아니라, 1798년의 인권선언 제4조(자유는 타인을 해하지 않는 한 모든 것을 할 수 있는 것이다) 및 제5조(법은 사회에 해를 가하는 행위만을 금지할 권리를 가진다)의 규정에 위반한다. 무릇 자유사회라는 것은 타인에게 위해를 주지 아니하는 한 각자가 스스로에게 위협한 행위도 할 수 있는 사회이고, 타인에게 위해를 미치지 않는 안전벨트의 부착용을 별하는 것은 전체주의국가에서나 있을 수 있는 일이다.

라. 山田卓生교수의 견해¹⁸²⁾

안전벨트나 헬멧을 착용할 것인가 여부에 대한 결정은 타인에게 관련이 없는 것이므로 개인의 자유라고 하더라도, 착용과 불착용의 우열에 대하여는 전혀 이의의 여지가 없는 것이다. 착용의 경우에는 단순한 불편 이외에 착용에 다른 어떠한 불이익도 없고 착용하지 않는 행위에 어떤 적극적인 의미를 부여할 수도 없는 것이다. 개인의 영역에 대한 간섭을 허용할 수 없다고 하는 밀(J. S. Mill)의 주장의 근거는 간섭이 잘못된 것일 수 있다는 데 있다. 그렇다면 헬멧 등을 착용하지 아니할 자유라고 하는 것은 자유라고 할지라도 매우 사소한 것이고 그 간섭의 방법이나 장소에 비추어 그 폐해를 우려할 필요는 없는 것이라고 생각된다. 뿐만 아니라 헬멧 등의 불착용으로 인하여 사고의 확대에 따른 사회의 부담을 보면 그것을 단순한 개인의 문제라고는 할 수 없다.

182) 山田卓生, 전계서 126~127쪽

3. 결 론

가. 위 제견해에 나타난 안전벨트·헬멧 착용강제에 대한 합헌성의 근거¹⁸³⁾는 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. ① 헬멧을 착용하지 않고 운전하면 비산물이나 나무가지에 맞아 자기 오토바이에 대한 통제를 잃고 다른 차량의 운행에 위협을 주게 되고, 안전벨트 미착용으로 인하여 차 밖으로 튕겨나갈 경우에는 다른 차량의 운행에 심각한 장애를 가져오게 된다. ② 공도에의 통행권은 권리라기 보다는 특권이라고 할 것이므로 국가는 적당한 규제를 할 수 있다. 그 특권은 국가에 의하여 주어진 것이기 때문에 국가가 이를 제한하거나 폐지할 수 있는 것은 당연하다. ③ 안전벨트나 헬멧을 착용하지 않았기 때문에 신체상의 피해를 입거나 피해가 확대되어 스스로의 생활능력을 상실한 경우 국가에 생존을 의존할 수밖에 없어 복지비용의 증가를 가져오게 된다. 따라서 이 문제는 타인과 관련된다. ④ 인간의 생명에 대하여 높은 가치를 두고 있는 법의 정신에 비추어 이를 강제할 수 있다. 단순히 불편하다거나 귀찮다는 이유만으로 헬멧이나 안전벨트를 하지 아니할 자유를 주장할 수는 없다. ⑤ 교통사고는 개인적인 비극에 그치지 않으므로 도로에서의 사고를 감소시키는 것은 공공의 관심사이다.

나. 그러나 이상의 이유 어느 것도 각기 타당한 면을 갖고 있지만, 문제가 없는 것은 아니다.¹⁸⁴⁾ 즉, ②의 점에 대하여는 공도에의 통행이 특권이라는 전제 자체를 수긍하기 어렵고, ①, ③, ⑤의 각 점에 대하여는 그와 같은 면이 입법목적과 전혀 관계없다고는 할 수 없지만 그것은 법이 직접 목적인 바가 아니라 단지 간접적이고

183) 山田卓生, 전계서, 121쪽 이하 참조

184) 山田卓生, 전계서, 122쪽 이하 참조

파생적인 것에 지나지 않으며 그러한 의미에서라면 인간사에서 타인과 관련이 없는 문제란 찾아볼 수가 없을 것이며, ④의 점에 대하여는 안전벨트나 헬멧 착용강제의 위헌성을 논함에 있어 쟁점은 법이 추구하는 목적 자체가 정당하더라도 개인의 행복을 국가가 강제할 수 있느냐 하는 것이므로 결국 문제에 대하여 문제로 답하는 것에 지나지 않는다는 비판이 있을 수 있는 것이다.

다. 살피건대, 위헌론과 합헌론의 어느 견해도 모두 타당한 일면을 갖고 있음을 부인할 수 없다. 결국 이 문제는 그 시대와 개인이 가진 가치관에 따라 결정할 문제이기는 하지만, 현 시대는 국가의 국민에 대한 복지책임이 강조되고 있는 시대이고 현금의 복잡한 교통상황은 국가의 간섭을 반드시 필요로 하고 있고 국민의 생활에 교통이 미치는 영향도 지대함에 비하여,¹⁸⁵⁾ 안전벨트나 헬멧의 착용 여부라는 것이 국민에게 큰 부담을 주는 것도 아니고 그의 인격실현에 중대한 문제라고 볼 수도 없으므로 어떠한 형태로든 국가의 간섭을 허용하지 않을 수 없을 것이다.¹⁸⁶⁾ 따라서 국가의 간섭을 일체 허용할 수 없다는 주장에는 의문이 있다. 그러나 국가의 관여가 허용된다고 하더라도 형벌권을 발동하는 점에 관하여는 문제가 있을 수 있다. 국가의 관여방법으로서의 의무위반에 대한 형벌부과를 바로 생각할 수 있고 앞서 본 독일의 판례도 의무이행의 실효성 확보라는 측면에서 형벌권 발동의 불가역성을 강조하고 있기는 하지만 관여의 방법에는 형벌만 있는 것이 아니다. 위반에 대하여 형벌 이외의 불이익과 제재를 과하는 것도 일종의 강제방법으로 생각될

185) 淺野信二郎, 道路交通と刑罰, 現代刑罰法大系 3, 99쪽 참조(교통환경의 변화가 형벌권행사에 미친 영향에 대하여 술하고 있다.)

186) 현대의 시대적 조류는 제한적 paternalism을 수용하고 있고, 더구나 우리 나라는 역사적으로 군주나 정부의 가부장적 개입에 익숙하여져 있어(오히려 이를 국가의 의무로 보고 있지 않나 생각한다) 쉽게 '자해금지의 원리'에 의한 공권력 행사를 수긍할 것이다.

수 있다. 예를 들면 위반에 대한 도로교통법상의 벌점부과, 손해배상액 산정에 있어서의 불이익 부과¹⁸⁷⁾, 보험법상의 불이익 등도 있을 수 있는 것이다. 안전벨트나 헬멧을 착용하지 않음으로 인하여 얻는 이익이라는 것이 편하다는 점 정도에 불과한데 비하여 그 불이행으로 인하여 얻는 불이익이 사고로 인한 생명·신체의 위험, 운전면허의 정지·취소, 보험료의 인상, 손해배상액 산정의 불이익에 이르면 합리적 판단을 하는 개인이라면 당연히 안전벨트를 착용할 것이라고 기대하여야 할 것이다. 형벌이라는 수단을 통하여 그 이행을 확보하겠다는 발상은 결국 행정편의적이고 국민을 유아 취급하겠다는 것에 다름 아니다. 안전벨트 등 착용문제와 관련하여 자기결정권을 논한 이유는 이와 같은 국가의 무분별한 관여를 견제할 하나의 경계선을 긋자는 데에 있다.

187) 헬멧이나 안전벨트를 하지 않은 탓에 사고를 당하였다면 그것으로 이미 자기결정에 따른 불이익을 받은 것이므로 나아가 손해배상액의 산정에 있어서까지 불이익을 과하는 것은 자기결정권에 대한 침해라는 주장도 있을 수 있지만, 스스로 초래한 손해의 확대에 대하여 가해자의 부담으로 넘기는 것은 공평한 손해의 분담이라는 정의에 반하는 것이고 오히려 자기가 한 행위에 대하여 책임을 진다는 의미에서 자기결정 그 것이라고도 할 수 있으므로 이를 자기결정에 대한 간섭이라고는 할 수 없다.(山田卓生, 전제서 13쪽, 148쪽; 전제 Note 609쪽 주 24 각 참조)

행정지도와 헌법소원

이 경 민

헌법재판소

서울지방법원남부지원 판사

- 목 차 -

I. 서 언

II. 행정지도의 의의

1. 행정지도의 개념

III. 행정지도의 기능과 문제점

1. 행정지도의 순기능

가. 법령의 시행원활화 및 보완적 기능

나. 권력성의 완화와 행정절차적 기능

다. 새로운 시책의 실험적 기능

라. 임시응급대책기능

마. 이해의 조정·통합기능

2. 행정지도의 역기능

- 가. 법치주의의 공동화
- 나. 법령적용의 회피(공익목적실현의 경시)
- 다. 비권력적 수단의 한계
- 라. 기준의 불명확성·불안정성
- 마. 행정책임의 불명확성
- 바. 행정상의 구제수단의 결여
- 사. 국제적 대항력의 결여
- 아. 비정식적인 행정수단에서 오는 역기능

IV. 법치주의와의 관계

1. 행정지도의 법적 근거의 요부

- 가. 원칙적으로 근거를 요하지 않는다는 견해
- 나. 규제적·조정적 행정지도에 근거를 요한다는 견해
- 다. 원칙적으로 근거를 요한다는 견해
- 라. 판례
- 마. 사건

2. 행정지도의 법적 한계

- 가. 법규상의 한계
- 나. 조리상의 한계
 - (1) 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)
 - (2) 평등원칙
 - (3) 신뢰보호의 원칙
 - (4) 부당결부금지원칙
 - (5) 행정절차법상의 한계

V. 행정지도의 실효성 확보수단

VI. 행정지도에 대한 권리구제

1. 일반법원에서의 구제

가. 행정 쟁송에 의한 구제

나. 손해배상

다. 직접 상대방이 아닌 제3자의 지위

라. 기 타

2. 헌법재판(헌법소원)에 의한 구제

가. 구제가능성 여부

나. 공권력성의 판단기준

다. 위헌성의 판단기준

라. 자기관련성과의 관계

마. 보충성과의 관계

바. 현재관련성의 문제

사. 권리보호의 이익과의 문제

VII. 결 어

I. 서 언

오늘날 국가 기능의 확대와 아울러 행정 기능의 양적·질적 확대는 행정주체가 그 임무 수행을 위하여 사용하는 수단의 다양화를 가져왔는데, 이로 인하여 전통적인 공행정작용인 행정행위, 행정입법, 행정강제 등의 권력적 행정작용 이외에 종래 행정법의 연구대상에서 제외되었던 행정지도, 협상, 조정, 합의 등과 같은 비권력적 행정작용이 관심의 대상이 되고 있다. 특히 종전에는 행정지도라는 행위형식이 우리 나라나 일본 등 동양에서만 존재하고 있었고 이해되어 왔으나, 1980년대에 들어와서 독일에서도 비공식적 행정작용(informales oder informelles Verwaltungshandeln)¹⁾에 대한 관심을 가지고 행정의 상당한 부분의 비공식적 행정작용에 의하여 이루어진다는 현실에 주목하기 시작하여 최근의 독일 행정법교과서는 이를 사실 행위에 속하는 행정의 행위 형식의 하나로서 다루고 있다²⁾. 따라서 비공식적 행정작용은 결코 새로운 현상이 아니며 행정법학에서의 발견과 논의만이 새로운 것이다³⁾. 이러한 비공식적 행정작용은 오늘날 경제법·환경법·지역정서행정의 영역에서 공식적인 행정결정 이전에 또는 그에 갈음하여 많이 행해지고 있다.

그러나 비공식적 행정작용은 그것이 가지는 여러 가지 효용과 리

1) 이를 비공식 행정작용(김남진, 행정법 I, 제5판, 1995, 371면; 김세규, 비공식 행정작용의 문제점, 공법연구 제22집 제3호, 1994. 6. 325면), 비정식적 행정작용(서원우, 비정식적 행정작용에 대한 법적 통제, 고시연구, 1989. 9. 23면), 또는 비정형적 행정작용(박수혁, 행정법에 있어서의 협력의 원칙, 고시계, 1992. 8. 151면)이라고 번역하기도 한다.

2) Hans-Uwe Erichsen u. Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1992, 419면; Hans J. Wolff u. Otto Bachofm Verwaltungsrecht I, 1994, 847면; Harmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994, 378면 등 참조.

3) H. Maurer, 379면.

점에도 불구하고 법치주의의 원리가 약화되거나 희생되는 예가 적지 아니하고 이러한 행정작용으로 인하여 국민의 기본권 내지 권리가 침해되는 경우 행정 쟁송이나 국가 배상 등 종래의 권리구제 절차로는 그 보호가 충분하지 못하다는 단점을 내포하고 있다. 일본에서는 이에 대한 법적 통제에 관하여 여러 가지 새로운 이론적 시도를 하고 있으나⁴⁾ 아직 그 이론 체계가 정립되지 아니하고 있는 실정이다.

이 논문은 비권력적 행정작용 가운데 상당한 부분을 차지하면서 현재 행정 실무에서 커다란 중요성을 가지고 있는 행정지도에 대한 법적 통제의 하나로서 헌법 소원에 의한 통제 가능성 여부를 다루고자 한다. 행정지도는 경제정책(대외무역, 임금, 물가 등)을 포함한 거의 모든 행정 실무에서 빈번히 사용되고 있는 행정 수단이지만 그것이 비권력적 수단에 의한 것이고 상대방의 임의적 협력을 전제로 한다는 이유로 법원은 그것이 가진 사실상의 강제력을 법적 통제하에 두려고 하지 않았다. 한편 헌법 소원은 우리 나라에서 1988. 9. 헌법재판소가 발족한 이래 마련된 국민의 기본권 보장수단의 새로운 양식으로서 아직 그 기능이나 헌법 소원의 보호범위에 관하여 명확한 한계가 설정되어 있지 아니하나, 기존의 사법제도가 구제하지 못한 각종 공권력에 의한 기본권 침해행위를 통제할 수 있는 수단으로서 국민의 지지를 받고 있다. 따라서 행정지도와 같이 종전

4) 이에 관하여는 서원우, 행정지도와 법치주의원칙(상)(하), 월간고사, 1992. 8, 10월호; 김세규, 전개논문; 大橋洋一, インフォーマルな法治國, 公法研究, 第57號, 1995. 10. 201면 이하; 納谷廣美, 行政指導の司法審査, -日本の行政勸告にもとづく合意による紛争解決, 和田英夫 編著, 訴訟制度と -日美比較司法制度論研究序說-, 1989, 113면 이하; 藤田宙靖, 行政指導の法的位置付けに關する一試論, 行政法學の現狀分析, 高柳信一先生古稀記念集, 1991, 167면 이하; Michael K. Young, Judicial Review of Administrative Guidance : Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan, Columbia Law Review, Vol. 84 No.4(1984) p.925 등 참조

의 행정구제절차가 미치지 못하였던 기본권의 사각지대를 과연 헌법소원이 구제할 수 있으며 그것이 가능하다면 어느 정도로 보호할 수 있는지가 문제로 된다. 이 문제를 해결하기 위하여는 우선 헌법소원이 행정쟁송과 마찬가지로 공권력의 행사를 그 심판의 대상으로 하고 있지만 과연 행정 쟁송의 대상과 헌법 소원의 대상은 어떠한 차이가 있으며 헌법 소원의 요건으로서 행정 쟁송이 가지지 아니한 특성은 무엇인가 하는 점이 검토되어야 한다. 이러한 점을 감안하여 이 논문에서는 먼저 행정지도에 대한 법적 문제점 - 법적 한계, 처분성, 위법성의 근거, 국가 배상 - 등에 관하여 판례를 중심으로 살펴보고 헌법 소원에서의 구제 가능성 여부 및 이와 관련한 헌법 소원의 적법 요건에 관하여 논의하기로 한다.

II. 행정지도의 의의

1. 행정지도의 개념

가. 원래 행정지도의 법률상의 개념이 아니고 행정실무상 지도·조언·요망·경고·권고·권장·권유·알선·지시·장려 등의 용어로 사용되고 있는 개념이며,⁵⁾ 실정법상이나 행정법학상의 용어로도 아직 확립된 용어는 아니다. 또한 행정지도에 해당하는 활동은 행정의 모든 영역에서 볼 수 있고, 그 기능도 다양하여 이를 하나의 개념으로 정의한다는 것은 지극히 어려운 일이다. 그러나 학자들의

5) 김도창, 일반행정법론(상) 신고 제4전정판, 청운사, 1993, 523면; 박윤훈, 최신행정법강의(상), 국민서관, 1995, 541면; 김성원, 경제행정과 행정지도, 현대 공법이론의 전개, 석정 허영민, 박사 화갑기념, 1993, 39면 주 5)

정의나 현실적으로 행하여지는 내용으로부터 귀납적으로 하나의 유형적인 개념을 정립할 수 있는바,⁶⁾ 그 공통적 요소로서 ① 비권력적·비강제적인 행위라는 점, ② 사실 행위라는 점, ③ 일정한 행정목적 또는 행정 질서를 실현시킬 목적하에 이루어진다는 점, ④ 행정객체, 즉 국민을 상대로 한다는 점, ⑤ 행정주체가 행하는 사실행위라는 점 등을 지적할 수 있다.⁷⁾ 따라서 위와 같은 공통 개념을 종합하여 보면, 행정지도는 “행정기관이 일정한 행정목적의 실현을 위하여, 행정객체에 대하여 협력적 행위(작위·부작위)를 요청하는 희망의 표시인 비강제적인 사실행위”라고 정의할 수 있을 것이다.

행정지도는 원래 일본에서 행정의 행위 형식으로 각광받았던 것으로서⁸⁾ 일본의 영향을 많이 받는 우리 나라에서도 보편화되고 있

6) 학계에서는 “행정지도가 스스로의 의도하는 바를 실현하기 위하여 상대방의 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적인 사실행위(김도창, 전게서, 523면)”, “행정주체가 일정한 행정목적 을 실현하기 위하여 행정객체를 상대로 임의적, 비강제적 수단을 사용하여 상대방의 자발적 협력 내지 동의하에 행정상 바람직하다고 생각되는 일정한 질서의 형성을 유도하는 비권력 적, 비법률적 행정활동(서원우, 현대행정법론(상), 1984, 536면)”, “행정주체가 일정한 행정질 서를 형성하기 위하여 행정객체를 일정한 방향으로 유도할 의도 아래 하는 비권력적 사실행 위(이상규, 신판 신행정법론(상), 1993, 479면)”, “행정기관이 그가 의도하는 행정질서를 실현 하기 위하여 특정한 행정객체에 대하여 행하는 희망의 표시로서의 비권력적 사실행위(김남 진, 전게서, 378면)”, “행정기관이 일정한 행정목적의 실현을 위하여, 특정의 개인 또는 법인 이나 기타의 단체에 대하여, 협력적 행위(작위·부작위)를 요청하는 희망의 표시인 비강제적 인 사실행위(박윤훈, 전게서, 541면)”, “행정청이 행정목적 달성을 위하여 조인, 지도, 권 장, 장려와 같은 비권력적 수단으로 국민에게 임의적 협력을 구하면서 국민을 유도하여 행정 청이 의욕하는 바를 실현하는 행위형식(천병태, 행정법 I, 1994, 428면)”, “행정주체가 조인· 권고 등의 방법으로 국민이나 기타 관계자의 행동을 유도하여 그 의도하는 바를 실현하기 위 하여 행하는 비권력적 사실행위(김동희, 행정법 I, 1991, 161면)”, “행정주체가 일정한 공행정 목적을 실현하기 위해 사인 등 행정의 상대방에 대하여 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 유도하는 비권력적 사실행위(홍정선, 행정법원론(상) 제4판, 1995, 373면)” 등으로 정의하고 있다.

7) 양승두, 행정지도, 고시계 1985. 11. 92면; 김남진, 전게서, 378면.

8) 행정지도의 존재를 일본사회에 널리 알리게 된 것은 통산성의 산업행정지도로서 특히 행정법 학에서 주목을 받게된 것은 1965년의 이른바 주급사건 이후라고 한다. 주급사건이란 일본 통

는 것이다.⁹⁾ 서양에서는 최근까지 그러한 행위 형식의 존재 여부를 차치하고라도 이에 대한 관심이 별로 없었다. 따라서 일본의 특수한 풍토에서 자라난 행정지도의 본질과 특성을 존중하여, 행정지도를 독일어로 Verwaltungsleistung 또는 Verwaltungsempfehlung으로 하거나 영어로 administrative guidance라고 하는 대신, 일본음 그대로 “Gyoseishido”라는 용어를 사용하고 있는 경우가 많다고 한다.¹⁰⁾

한편 일본의 행정절차법(1994. 10월 시행)¹¹⁾은 제2조 제6호에서 행정지도를 “행정기관이 그 임무 또는 소관업무의 범위 내에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정한 자에 대하여 일정한 작위 또는 부작위를 구하는 지도, 권고, 조언 기타의 행위로서 처분에 해당하지 않는 행위를 말한다”고 정의하고 있다.¹²⁾

나. 행정지도의 개념을 구체적으로 보면 다음과 같다.

(1) 행정지도는 비권력적 또는 비강제적인 행위이다. 즉 행정지도를 받아들일 것인지 여부는 오로지 행정객체의 자유의사에 달려있다.¹³⁾ 따라서 행정객체가 법률상으로 복종할 의무를 지게 되는 행

산성이 불황을 이유로 철강업계에 조강의 감산(조업단축)을 지도하였으나, 주유금속이 이에 따르지 않으려 하자 통산성이 조강생산에 관계된 원료탄 수입을 위한 외화할당의 삭감 등의 조치를 취함으로써 감산지시량을 준수하게 된 사건이다.

이 사건은 행정권한을 부당하게 결부하는 방식의 카르텔을 행하는 관민협조의 이른바 일본 주식회사를 부상시켰다고 한다. 阿部泰隆, 行政の法システム(上), 유비각, 1993, 366면 참조.

9) 우리 나라에서는 1960년대 후반부터 농촌 근대화의 추진과정에서 조언, 지도, 권장, 장려 등 표시행위의 일종인 행정지도가 실시되었다고 한다. 천병태, 전계서, 427면

10) 아부태강, 전계서, 365면; Wolfgang Pape, Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan, 1980, S.7, 김남진, 전계서, 378면 주 4)에서 재인용

11) 오준근·김명연, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 한국법제연구원, 1994. 2. 57면 이하에 전문 번역, 소개되어 있다.

12) 일본에서의 행정지도의 개념도 우리 나라의 그것과 거의 동일하므로 별도로 논하지 아니한다. 일본의 행정지도의 개념에 관한 학설 및 판례에 대하여 자세한 것은 關 哲夫, 行政指導, 現代行政法學全集 5, きょうせい, 1991, 3면 이하 참조.

정주체의 의사표시는 이를 행정지도로 볼 수 없는데, 그 이유는 이에 대한 의무불이행에 대하여는 행정강제나 행정벌이 부과되기 때문이다. 상급행정청이 하급행정청에 대하여 행하는 훈령이나 공무원에 대하여 행하는 직무 명령 등은 그 복종 여부가 행정기관이나 공무원이 임의로 결정할 수 없는 것이며 그 위반은 징계사유가 되기 때문에 행정지도라고 할 수 없다.¹⁴⁾

그러나 실제로는 행정객체가 심리적인 압박감을 느끼게 된다든지 또는 행정지도에 복종할 결과 얻게 될 이익을 상실하게 될 우려 때문에 사실상 행정객체는 행정지도에 복종할 수밖에 없는 경우가 흔히 일어난다. 이와 같이 상대방에 대한 상당 정도의 수인을 강요한다는 사실상의 강제력이 있기 때문에 그 한계가 문제로 되며 사회통념상 타당하다고 인정되는 범위 안에서 허용된다고 할 것이나, 결국 판례 등 사례의 집적에 맡기는 수밖에 없다.¹⁵⁾

행정지도는 비권력적이며 또한 강제적이 아닌 행정객체의 자발적인 복종이라는 특성을 가지며 이러한 특성은 행정주체가 행정지도를 함에 있어서는 행정객체에 비하여 우월한 위치에 있음을 전제로 한다. 행정지도는 그 성질상 “지도”이기 때문에 지도를 하는 자가 지도를 받는 자보다 정보, 지식, 기술 등 여러 가지 측면에서 우월한 위치에 있을 때에 자연히 복종의 임의성이 도출된다는 것이다. 따라서 행정주체의 단순한 요망이나 희망의 표시 등은 행정주체가 행정객체와 동등한 위치에서 행하는 행위이므로 행정지도라고 볼

13) 일본에서는 이러한 성격을 복종의 임의성이라고 한다. 山内一夫, 행정지도, 홍문당, 1979, 6~9면, 양승두, 전계논문, 92면에서 재인용.

14) 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 지휘감독권의 발동이 아닌 조언 또는 권고를 하는 경우, 이를 행정지도로 볼 것인가에 대하여는 이론이 있다. 김도창, 전게서, 525면은 긍정설을, 박윤훈, 전게서, 544면, 이상규, 전게서, 480면, 석종현, 일반행정법(상), 1995, 425면, 홍정선, 전게서, 374면 등은 부정설을 각 취한다.

15) 박윤훈, 전게서, 542면.

수 없다.

(2) 행정지도는 사실 행위이다. 행정지도는 행정행위와 달리 상대방에 대하여 구속력을 발생하는 의사표시도 아니며, 또한 법령의 규정에 의하여 법률적 효과를 발생하는 것도 아니다. 그러나 비권력적 사실 행위이기 때문에 권력적 사실 행위인 행정강제와는 구별된다.

다만 예외적으로 법률의 규정에 의하여 일정한 법률적 효과가 발생하는 경우가 있다. 권력적 규제를 행하기에 앞서 일정한 행정지도를 행하도록 규정하고 있는 경우라든지(중소기업사업조성법 제6조, 제8조), 행정지도의 수락에 대하여 일정한 법률적 효과를 인정하고 있는 경우(예컨대 노동쟁의조정법은 관계당사자가 알선을 수락한 때에는 알선서의 내용은 단체협약과 동일한 효과를 갖는다(동법 제21조 등))가 그러한 경우에 해당된다.¹⁶⁾ 또한 행정지도를 계기로 행정기관과 개인간 또는 분쟁당사자간에 일정한 내용의 계약(예컨대 개발지도요강에 따른 부담에 관한 증여계약, 공해방지협정, 행정기관이 제시한 조정안의 수락 등)이 체결되는 경우가 있다.

(3) 행정지도는 일정한 행정 목적 또는 행정 질서를 실현시킬 목적으로 이루어지는 행위¹⁷⁾이고, 행정객체에게 일정한 행위를 하도록 하게 하는 행위이므로, 행정지도에 임하는 행정주체는 행정객체로 하여금 작위 또는 부작위를 하도록 하는 의사의 적극성을 필요로 한다. 따라서 이러한 의사의 적극성이 결여된 행위, 예컨대 법령 해석의 제시(법령질의회신), 확인적 판단의 표시,¹⁸⁾ 일정한 정보 또는 자료의 단순한 제공행위는 행정지도가 아니고 사인에게 편의를

16) 박윤훈, 전게서, 542면.

17) 이상규 교수는 이를 방향지향적인 협력을 구하기 위한 행위라고 표현한다 이상규, 전게서, 480면.

18) 예컨대 비영리법인 등의 해산에 주무관청의 허가를 받도록 하는 경우이다.

제공하는 서비스 활동에 불과하다.

한편 행정지도의 목적 내지 대상에 관하여는 공행정에 관한 사무에 한정하는 견해와 넓게 행정기관의 관장업무로 해석하여 사경제작용에 관한 사항도 포함하는 견해가 나뉘지만,¹⁹⁾ 현대 행정에 있어서 권력적 활동에 대한 비권력적 활동의 증대, 비권력적 활동과 사경제작용의 경계 설정이 어려운 점등을 고려하면 후자의 견해가 타당하다 할 것이다.

(4) 행정지도는 행정객체에 대하여 행하는 행위이다.²⁰⁾ 그 상대방은 개인, 법인, 기타의 법인이다. 법인에는 사법인뿐만 아니라 공법인(지방자치단체, 공공조합, 정부투자기관)도 포함된다.

(5) 행정지도는 행정주체가 행하는 행위이다. 행정주체가 아닌 자가 내용적으로 행정지도와 같은 행위를 하는 경우에도 그것은 행정지도에 해당하지 아니한다. 다만 행정주체가 하는 지도이면 충분하고 그것이 행정주체의 발의에 의한 것인지 상대방이 발의에 의한 것인지는 불문한다.²¹⁾

행정주체는 행정 각 분야에서 전문적, 기술적인 지식과 정보 등을 다른 사람보다 많이 가지고 있으며, 또 이러한 전문적, 기술적으로 우월한 위치에서 국민의 복리 증진, 질서 유지 등 행정 목적을 원만히 그리고 효율적으로 성취하여야 할 책임을 가지고 있다. 때로는 행정주체 스스로가 권력적인 수단을 원용하여 목적 달성을 하는 것이 효율적인 경우도 있겠으나, 때로는 국민의 자발적인 복종

19) 이에 관하여는 關 哲夫, 전계서, 11면 참조.

20) 關 哲夫, 전계서, 10면은, 행정지도의 주체가 행정기관이라는 설과 행정주체라는 설이 있는데, 후자에는 행정권한을 가진 각종 특수법인(공단, 공공조합 등)을 포함하려는 견해이지만 위와 같은 특수법인이 행정권한을 행사하는 경우에 그 기관을 행정기관의 개념에서 배제하지 않는다면 양설의 차이는 표현의 차이에 불과하다고 한다.

21) 關 哲夫, 전계서, 12면.

과 협력을 얻어서 강제력을 원용하지 아니하고 행정 목적을 성취하는 것이 바람직한 경우가 있을 수 있으며 이러한 경우에 행정지도가 동원되는 것이다.

Ⅲ. 행정지도의 기능과 문제점²²⁾

행정지도가 행정 운영 전체에 있어서 현실적으로 수행하는 역할에 따라 여러 가지 기능으로 파악할 수 있다. 물론 다양한 행정지도의 기능을 일반적인 형태로 설명하기에는 어려운 점이 있지만 이는 행정지도의 존재이유와 공과를 이해하는데 매우 중요한 것이다. 그러나 행정지도의 순기능과 역기능은 때때로 표리일체의 관계를 이루고 있는 경우가 많다는 점²³⁾을 유의하여야 할 것이다.

1. 행정지도의 순기능²⁴⁾

22) 행정지도의 순기능과 역기능에 대하여 자세한 것은 서원우, 행정지도의 공과와 평가(상)(하), 고시연구, 1983. 6.7월호; 成田頼明, 行政指導の機能と功罪, JURIST, 1981. 6. 1호, 39면 이하 등 참조.

23) 서원우, 전계논문(상), 45면.

24) 독일에서 최근 연구의 대상이 되고 있는 비공식적 행정활동(informale Verwaltungstätigkeit)의 존재이유에 대하여는, ① 당사자의 양해에 따라 사후 집행상의 문제를 야기하지 아니한다는 점, ② 당사자가 비공식적으로 정규의 기준을 변경할 수 있다는 점, ③ 결정상황의 복잡성, ④ 법원의 개입 회피 가능성, ⑤ 조기의 분쟁해결, ⑥ 행정조직간의 대립 완화, ⑦ 법정 감독제제조치에서의 입증의 곤란, ⑧ 법정 제제조치가 가지는 강력한 대국민적 충격 등이 거론되는바, 이는 우리 나라나 일본에서 행정지도의 기능과 유사한 점이 많다. 정준현, 행정지도의 비교법 연구 ②, 순간 법제, 통권 제310호 22-23면 참조. (위 논문은 대교양일, 행정지도의 비교법연구, 행정연구 제56권 제3-4합병호 소수를 번역한 것인데 정준현, 행정지도의 비교법 연구 ①②, 순간 법제 1990. 7. 31. 통권 제309호 25면 이하 및 1990. 8. 10. 통권 제310호 제20면 이하에 소개되어 있다.)

가. 법령의 시행원활화 및 보완적 기능

(1) 행정지도는 표준례의 설정, 법령규정의 세목 설정 및 해석(예컨대 훈령, 표준약관 등의 작성·공고), 법령규정의 구체화(인·허가 등의 기준 작성), 법령의 운용 방침의 설정 등을 통하여 법령을 원활하게 시행할 수 있도록 하는 기능을 가진다.²⁵⁾

(2) 행정지도가 법령의 보완적 기능을 하는 이유로서는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째는, 법령에 의한 규율과 현실에서의 행정의 필요간에 괴리가 생긴다는 점이다. 일반적으로 법령이나 조례는 일단 제정되면 그 후에 객관적 사정에 변화가 생겨도 언제나 반드시 그것에 잘 대응하도록 개정하기가 쉽지 않고, 그 개정을 위해서는 막대한 노력·경비·시간을 필요로 하는 경우가 많다. 행정지도는 이와 같이 법령의 집행에 의해서는 대처할 수 없는 새로운 행정수요에 능동적·적극적으로 대처함으로써 법령과 현실간의 괴리를 시정하고 법령을 사실상 보완하는 기능을 하고 있는 것이다. 예컨대 도시계획법이나 건축법에 의해서는 대응할 수 없는 무질서한 개발이나 환경파괴 등 새로운 사태에 대응하기 위하여 지방자치단체가 개발지도요강을 마련하여 그것에 의하여 개발자에 대해 행하고 있는 행정지도가 그 현저한 사례이다. 법적으로 보자면 이러한 종류의 행정지도의 기준은 법규라 할 수 없지만, 실질적으로는 주민의 기본권보장(환경권, 행복추구권)의 측면에서 법률이 현실에 적용할 수 있도록 개정될 때까지의 잠정적인 조치로서 그 효용과 정당성이 사회적으로 시인되고 있는 것이다.

둘째는 법령에 의한 확실적인 규제의 탄력성이다. 일반적으로 법령에 의한 규제는 확실성에 흐르기 쉽고 지역이나 개별 사안의 특

25) 박윤훈, 전계서, 545면.

수 사정에 자세하게 대응하기가 곤란하다. 우리 나라에서도 국민이나 주민들이 점차 행정의 정치성을 요구하는 풍조가 강해져 가고 있거니와 이러한 요망에 대응하기 위하여서는 행정지도에 의하여 다양성·개별성·지역성의 확보를 기하도록 하는 경향이 나타나게 된다. 예컨대 인·허가에 있어서 행정처분의 부관이라는 형식이 아닌 각서·확약서 기타의 형식으로 상대방에게 법령이 예정하고 있지 아니한 사항에 대하여 일정한 요구를 하거나 법령에 의한 규제 대상 기준을 하회하는 대상의 시설 등에 대하여 현실의 행정상의 필요성에 대응하여 행정지도에 의한 사실상의 규제를 행하거나 하는 예가 이에 해당한다.

나. 권력성의 완화와 행정절차적 기능

법령에 의한 하명·금지·행정처분의 부관 등의 조치는 처벌·행정강제 등에 제재가 따르는 것이 보통이므로 그것이 발동되면 그 권력성으로 말미암아 행정청 및 상대방 양자에 대하여 모두 결정적인 의미를 가지게 된다. 우리 나라에 있어서의 국민성의 특색으로서 권리 의무 관계를 결정적인 법적 수단으로 처리하는 것을 바라지 않는 성향이 있기 때문에 행정청도 법적 조치는 될 수 있는대로 회피하려고 하며 상대방도 법적 조치에 의하여 일방적으로 강제되기보다는 행정청과의 타협에 의하여 해결하려고 한다. 행정지도는 바로 이와 같은 쌍방의 욕구에 적합한 방식인 것이다. 법령위반자에 대하여 법령상으로는 막바로 권력적인 조치를 발동할 수 있는 경우라도 실제의 행정 운영에 있어서는 막바로 그것을 발동하지 않고 먼저 경고나 권고를 행하고 그것을 몇 번인가 거듭한 다음 명령, 인·허가의 취소, 고발 등을 단행하는 경우가 많다. 또한 인·허가의 신청시에도 최종적인 결론을 내리기 전에 상대방을 불러 사전심사로서의 행정지도를 행하는 경우가 적지 않다. 이러한 형태로

행해지는 행정지도는 법령에 의거한 조치의 권력성을 완화함으로써 상대방과의 납득과 합의 아래 원활하게 행정 목적을 달성할 수 있을 뿐만 아니라 분쟁을 사전에 처리 내지 회피하는 장점을 가지고 있는 것이다.²⁶⁾ 행정절차제가 아직 제대로 정비되어 있지 못한 우리 나라에서는 실질상 이러한 종류의 행정지도가 상대방에 대한 관계에 있어서 정보의 제공, 교시, 논의 등의 과정에 있어서의 합리적 해결방법의 발견, 부당한 권리이익의 침해의 예방 등과 같은 행정절차적 기능을 담당하고 있는 측면도 있다.

다. 새로운 시책의 실험적 기능

새로운 시책을 전개하기 위하여 장기적으로는 입법 조치에 의한 제도화가 바람직하지만, 여러 가지 사정으로 말미암아 입법화가 시기상조라고 판단되는 경우 제도화를 위해서는 시행착오적인 실험적 조치가 필요하다고 생각되는 경우에 그 예비실험으로서 행정지도가 활용되는 경우가 있다. 이러한 종류의 행정지도는 새로운 제도의 준비활동으로서의 의미를 가지는 것이라 할 수 있다. 신규정책의 전개를 위해서 필요한 자료를 수집하고 제도화에 따르는 문제점을 검토하는 것은 현실적응성 있는 법 제도를 만드는데 있어 매우 중요한 일이라 할 수 있다. 절수와 수자원의 효과적인 활용을 위한 잡용수 이용의 행정지도, 환경영향평가적 내용의 행정지도, 고용면에서의 남녀간의 차별해소의 행정지도, 정년 연장의 행정지도, 식품의 제조일자 및 유통기한의 표시의 행정지도 등이 그 예이다.

라. 임시응급대책기능

현대의 행정수요 가운데는 획일적인 법적 규제에 적합하기 어려운 사항들이 적지 않다. 예컨대 과학적·기술적으로 아직 미해명인 분야가 많은 사항이라든가 경제활동처럼 법이라는 틀 속에 끼워 넣

26) 김성원, 전계논문, 1993, 42면.

으면 도리어 탄력성·유동성을 해치는 사항, 관계자의 자발적인 개선·노력에 기대하여야 할 만한 사항, 특정한 지역에서만 발생하고 있는 사항 등이 그것이라 할 수 있다. 오늘의 행정의 임무는 단순한 법령의 집행에 있는 것이 아니라 사회형성적 임무를 수행하지 않으면 아니되기 때문에 법령의 규제에 친숙하지 아니한 사항이라 할지라도 행정 목적에 비추어 대응하여야 할 필요가 있는 것에 대하여는 행정지도의 수단을 써서라도 대처하여야 하는 경우가 있다. 대상사항이 일과적인 것이기는 하지만 사태의 중요성에 비추어 응급 대책을 필요로 하는 경우 등에 대해서도 행정지도가 활용되는 경우가 있다. 특히 우리 나라에서는 어떤 커다란 사회적 사건이 발생하게 되면 행정기관에 법적인 의무가 없는 경우에도 행정의 책임을 추구하는 풍조가 강하여 행정기관으로서도 사태를 그냥 방치할 수 없기 때문에 우선 행정지도로 대처해 놓아야 하는 사례가 적지 않다.

마. 이해의 조정·통합기능

경제 분야의 행정지도에는 업계내부나 경쟁업종간의 이해대립을 조정하여 그것을 일정한 방향으로 정서·통합하는 기능을 담당하는 것이 많다. 사업자는 경쟁사업자에 대한 불신감이 강하여 기업주체 상호간이나 사업자단체가 주목적인 이해조정을 행하기 어려운 경우가 많다.²⁷⁾

한편 우리 나라에서는 그 동안 감독관청이 강력한 인·허가권이 나 재정적 수단을 통하여 경제계에 대한 강한 지배력을 행사하여

27) 예컨대 우리 나라 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의하면 공정거래위원회는 주무부장관의 협의를 거쳐 산업합리화 또는 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합을 예외적으로 인정할 수 있게 규정하고 있는바(제7조 제1,2항, 제12조 제1항), 기업결합에 참가하고 싶어하지 않는 기업이 있게 되면 이상과 같은 방법에 의할 수 없게 된다.

은 전통이 있고, 감독관청과 사업자 및 사업자단체간에는 사실상의 특별권력관계가 성립되어 있다고 해도 지나친 과장은 아니며, 이러한 한국적 풍토하에서는 앞으로도 행정지도가 필요악으로서 업계의 이해의 조정·통합기능을 담당하는 역할을 계속할 것이다.²⁸⁾

2. 행정지도의 역기능

가. 법치주의의 공동화

위에서 본 행정지도의 적극적 기능은 그 관점을 바꾸게 되면 동시에 역기능과 관련되기도 한다. 지금까지 지적되는 행정지도의 최대 결함은 행정지도의 관행화에 따른 법치주의(법률에 의한 행정)의 붕괴라는 점이다. 법령시행원활화기능이나 법령보완적 기능은 분명히 하나의 순기능으로 평가될 수 있지만, 다른 한편으로는 행정권이 입법권을 갈음하거나 입법권에 의한 수권의 범위를 넘어서 행정권이 실질적으로 규범을 정립하거나 범규범을 변경하는 폐단이 생기게 된다. 행정지도를 위한 일반적·추상적 기준(요강)은 앞에서 본 바와 같이 그 자체 범규범은 아니며, 행정지도로서 행해지는 주의·경고·지시 등의 조치도 그 자체로는 임의적·비권력적인 조치 이기는 하지만 실제로는 그에 따를 것인가 아닌가에 대한 자유가 상대방에게 없는 경우가 많고, 행정기관의 다른 국면에서의 보복이나 불이익처분을 두려워하는 나머지 사실상 복종하지 않을 수 없는 경우, 즉 사실상의 강제력을 가지는 경우가 적지 않다. 그렇다면 행정은 행정지도라는 이름하에 법령의 규정을 독자적인 입장에서 확대·완화하여 법이 요구하고 있지 아니하는 사항을 국민에게 강요

28) 서원우, 전계논문, 49~50면; 박윤훈, 전계서, 546면 주 1) 등.

함으로써 상대방의 법적 지위를 불확정한 권리로 방치하는 등 법률로부터 유리된 자의적인 활동을 할 위험성을 안고 있는 것이다. 나아가 국회에 제출된 법안이 여러 가지 사정에 의하여 심의미진으로 폐기되었음에도 불구하고 그 법안과 동일한 내용을 통칙으로 정하여 행정지도로서 사실상 제도화하는 사례도 없지 않거니와 이러한 사례는 입법부의 권위와 기능을 유명무실한 것으로 하는 것이라 할 수 있다. 종래 법치 행정과의 관계에서 이른바 통칙행정의 폐해가 문제되고 있는바, 이와 비슷한 상황이 행정지도에도 그대로 적용될 수 있다. 이러한 사태는 행정지도에 대한 법적 구제 수단의 결여와 함께 법치주의를 실질적으로 공동화시키게 된다.

나. 법령적용의 회피(공익목적실현의 경시)

행정지도는 전술한 바와 같이 법령에서 정한 금지·하명·처벌 등의 권력성을 완화하고 저항이 없는 완만한 법령의 적용을 가능케 하며 행정절차적 기능을 담당한다고 하는 장점이 있는 반면, 그로 말미암아 법령의 엄격한 적용을 회피하고 온정적·타협적 방법으로 사태를 적당히 처리하여 법률이 예정한 본래의 목적이 실현되지 못할 위험성을 안고 있다. 사안에 따라서는 법령의 권력적 수단을 발동함으로써 의연하게 대응하는 것이 요청되는데도 불구하고 안이한 타협을 도모하는 나머지 행정과 업계의 유착이라는 비난을 받는 경우도 적지 않다. 그리고 법령상의 강제조치의 발동을 삼가한 결과 행정당국을 가볍게 여겨 위반 행위가 태연히 감행되는 사례도 있다.

다. 비권력적 수단의 한계

행정지도는 상대방이 납득하여 그에 따를 경우에는 소기의 행정목적이 달성되지만 상대방이 그것에 따를 것을 끝내 받아들이지 않을 경우에는 행정측으로서는 법령의 강제 조치를 취할 수 있는 경

우는 별도로 하더라도 그 이상의 것은 할 수 없다. 상대방이 정치적으로 강한 힘을 가지는 단체이거나 불특정 다수의 일반 대중일 때에는 행정지도는 효과를 발휘할 수 없는 경우가 많다. 때로는 행정지도의 본질이 드러남으로써 그것이 비권력적 수단이라는 인식이 높아지게 되어 행정지도를 따르지 않는 경우도 생기게 된다. 행정지도에 위반한 자에 대해서 그 위반 사실을 공표하는 방법이 법률이나 조례에 규정되는 경우도 있지만 위반사실공표의 방법은 상대방에게 따라서는 아무런 자극이나 영향을 주지 않는 경우도 있어 반드시 유효한 제재 수단이 되는 것은 아니다.

라. 기준의 불명확성·불안전성

행정지도 가운데에는 요강·통칙 등의 문서의 형식으로 미리 기준을 정하여 행하는 것도 있지만 대개는 일반적 기준을 미리 정함이 없이 구체적인 사안마다 이루어진다. 이는 적시성·탄력성이라는 장점이 되는 반면, 담당자의 교체에 의하여 방침이 변경되거나 담당자의 개인적인 취향에 따라 기준이 변경되기도 하기 때문에 안정성과 예측가능성이 결여되어 있다. 미리 일정한 기준을 정해서 하는 경우라 할지라도, 그 기준이 상대방에게 충분히 알려져 있지 않기 때문에 일방적인 운용이 되거나, 기준 자체가 애매모호하기 때문에 담당직원의 재량의 폭이 넓어 정치적 압력이나 매수에 의하여 그 결과가 좌우되는 등 음성적인 운용이 이루어질 위험성이 높다.

마. 행정책임의 불명확성

행정지도는 법령의 근거에 의거하여 행해지는 경우는 별도로 하고 비정식적인 형태로 행해지는 경우가 많다. 행정기관의 정식적인 활동은 보통 관계 직원이 기안해서 상사에 결재를 받아 이루어지므로 그 책임의 소재가 명확하지만, 행정지도는 비정식적인 형태로

구두로 이루어지는 경우가 많기 때문에 이러한 의사 결정의 과정을 거치지 아니한다. 따라서 그것이 행정기관의 공식적인 의사 결정인지 아니면 담당공무원 개인의 견해인지가 명확하지 않고 책임의 소재도 불명확한 경우가 적지 않다. 또한 책임을 추구하고 하어도 그 증거가 남아 있지 않기 때문에 손을 쓸 수 없게 되기도 한다.

바. 행정상의 구제수단의 결여

행정지도로서 행해지는 권고·경고·주의·요망 등의 수단은 그 자체가 법적인 의미에서의 강제력을 가지는 것이 아니고 그것을 따를 것인가의 여부는 형식상으로는 적어도 상대방의 자유의사에 달려 있다. 따라서 그것이 위법한 경우에도 국민이 일단 그것에 따른 경우에는 법률적으로는 자발적으로 받아들인 것이 되어 행정구제의 기회를 상실하는 경우가 있다. 더욱이 위와 같은 비권력적 수단은 일반적으로 행정처의 처분 기타 공권력의 행사, 즉 이른바 처분성이 인정되는 행위에 해당되지 않고 따라서 행정심판법이나 행정소송법이 규정하는 항고소송의 대상이 되지 않는다고 해석된다.²⁹⁾ 그렇기 때문에 상대방은 행정지도로서 행해진 조치에 불복한다 하더라도 행정상의 쟁송수단을 가지고서는 구제받을 수 없게 된다. 이것은 행정지도를 행하는 행정관청에 상급행정관청이나 법원에 의한 재심사가 이루어지지 않는다는 안도감을 주게 되고, 나아가 상대방에게 무리를 강요하는 동기를 주기도 한다.

사. 국제적 대항력의 결여

국제화 사회에서 우리 나라는 국제 단체나 여러 국가와 깊은 연관관계에 있는데, 그 중에 상대국이 우리 나라 정부의 일정한 자주적인 규제를 요망해 오는 경우 우리 나라가 그 의향을 받아들이지

29) 항고소송의 대상인 처분에 관하여는 조룡호, 항고소송의 대상인 행정처분(판례를 중심으로), 행정소송에 관한 제문제[상], 법원행정처, 재판자료 제67집, 1995, 91면 이하 참조.

않으면 안 되는 사안이 종종 발생하게 된다. 대미섬유수출의 자주 규제가 그 전형적인 예라고 할 수 있다. 이러한 경우 외국의 상식으로는 국가간의 합의에 의거한 조치를 실행에 옮김에 있어서 국내 법상의 입법 조치를 강구하여 처리하는 것이 도리인데도 불구하고, 우리 나라에서는 입법 조치를 통하지 않고 행정지도로 대응하는 경우가 종종 있다. 그러나 행정지도는 특히 서양 여러 나라에는 생소한 행정 수단이기 때문에 상대국에서는 잘 이해하지 못하고 이를 비난하는 예가 있다. 이 경우 국제사회에서 우리 나라의 신용을 실추시키는 결과를 초래한다.

뿐만 아니라, 우리 나라에서 활동하고 있는 외국인에게는 경제활동이나 건축 행위에 대하여 법령에서는 찾아 볼 수 없는 여러 가지 사실상의 규제가 통첩이나 행정지도의 형식으로 이루어지는데 대하여 많은 의문을 가지게 한다고 한다.³⁰⁾

아. 비정식적인 행정수단에서 오는 역기능

행정지도는 흔히 법령에서 의거한 정식적인 규제조치로서가 아니라 비정식적인 규제조치로서 제도적으로 인지된 형태로 행해지고 있기 때문에 규제와 관련된 조성·완화조치로서 세법상의 혜택이나 공적 자금에 의한 완화조치를 강구하려고 하더라도 제도상·운영상 그것이 인정되지 않는 경우가 있다. 이러한 점도 법적으로 본 역기능의 하나라고 할 수 있을 것이다.

IV. 법치주의와의 관계

‘법률에 의한 행정의 원리’를 중심으로 하는 전통적인 행정법의

30) 서원우, 전계논문(상), 54면.

제도의 이론의 틀만으로 현대 국가의 행정 활동을 규율한다는 것은 국민의 실질적인 이익 구제라는 견지에서 결코 충분하지 못한 것은 엄연한 현실이라 할 수 있고, 따라서 행정지도에 대하여도 그것을 통제하는 범규범의 소재의 유무와 그 내용 여하를 추구한다는 것은 소극적인 접근 방식일 수도 있다.

1. 행정지도의 법적 근거의 요부

행정지도에 법률의 근거를 필요로 하는가의 여부에 관하여, 행정기관을 구성하고 권한을 분배하는 조직법에 의한 수권은 모든 행정활동에 필요한 것이기 때문에 행정지도에도 조직법상의 근거를 요한다는 것에 관하여는 학설상 다툼이 없다.³¹⁾ 그러므로 행정지도에 법적 근거가 필요한가의 문제는 한결같이 작용법적 근거의 존재 여부에 관한 것이다.

법치 행정의 원리 가운데 법률 유보의 원칙의 적용 범위에 관하여는 종래부터 침해유보설과 전부유보설을 기준으로 하여 여러 견해의 대립이 있는데, 행정지도에 관하여도 몇 가지 견해가 나뉘어져 있다.³²⁾

가. 원칙적으로 근거를 요하지 않는다는 견해

행정지도의 법적 성질과 그 존재이유, 필요성으로부터 원칙적으로 법률의 근거를 요하지 않는 견해이다. 그 근거로서는 행정지도는 상대방의 임의적·자발적인 협력을 전제로 하며, 그 자체로서는

31) 김도창, 전게서, 527면; 이상규, 전게서, 484면; 박윤훈, 전게서, 552면; 석종현, 전게서, 430면; 홍정선, 전게서, 377면; 한건우, 제2판 행정법(Ⅰ), 1995, 315면 등.

32) 김성원 교수는 침해유보설과 전부유보설의 대립은 일반적으로 권력적 행정활동에 관계되는 것으로, 비권력적 사실행위인 행정지도에 관한 학설의 대립은 반드시 그와 같은 형태를 취하는 것이 아니라고 한다. 김성원, 전계논문, 17면 이하.

국민의 권리·의무에 아무런 직접적인 법적 효과를 발생하지 아니한다는 점, 만약 법률의 근거를 요한다고 하면 행정청이 법률의 불비를 보완하여 새로운 행정 수요에 기민하게 대처함으로써 행정 책임을 다할 수 있다고 하는, 행정지도의 장점을 살릴 수 없다는 점, 행정지도는 가변적인 행정 수요의 대처를 법률의 범위 내에서 한다는 것이 곤란한 경우의 행정 책임을 위한 행위형식이므로 이것에 법률의 근거를 요구하는 것은 행정의 실상에 반한다는 점 등이다.³³⁾ 이 견해에 의하면, 현실적으로 법률에 규정을 둔 경우는 행정지도에 법률의 근거가 필요하다는 이론상 요구 때문이 아니라, 법률의 규정을 돕으로서 행정지도에 법적 권위를 부여하고 행정청이 취할 수단 또는 행정청의 책임을 명백하게 하려는 입법 정책적 고려에서 비롯된 것으로 이해한다.

나. 규제적·조정적 행정지도³⁴⁾에는 근거를 요한다는 견해

수익적 행정의 일환으로서 행해지는 조성적 행정지도에는 법률의 근거를 요하지 아니하나, 규제적·조정적 행정지도는 비록 상대방의 동의와 협력 하에 행하여진다고 할지라도 공권력을 배경으로 하기 때문에, 실질적으로 상대방의 임의성을 제약하고 그 의사와는 관계없이 이에 따르도록 하는 권력적 규제와 다름없으므로 여기에는 법률의 근거를 필요로 한다는 견해이다.³⁵⁾ 침해유보설을 기초로

33) 우리 나라에서는 이상규, 전게서, 484면; 박윤훈, 전게서, 552면; 한건우, 전게서, 315면; 천병태, 434면; 홍정선, 전게서, 377면; 김동희, 전게서, 165면; 석종현, 전게서, 430면 등 다수설이다. 일본에서는 成田頼明, 行政指導(現代法(4), 現代の行政), 岩波書店, 1966, 149면; 山内一夫, 行政指導, 141면; 原田尚彦, 地方自治體の指導行政, ジュリスト 713호, 91면; 鈴木鋪夫, 행정지도를 둘러싼 판례의 동향, ジュリスト 714호, 45면 등이 이 견해를 취하고 있다.

34) 행정지도는 그 기능에 따라 ① 규제적(억제적) 행정지도, ② 조정적 행정지도, ③ 조성적(촉진적·형성적) 행정지도로 분류하는 것이 보통이다. 이에 관하여 자세한 것은 한건우, 전게서, 314면 참조.

35) 변재욱, 행정법강의(1), 1990, 421~422면; 김원주, 행정지도와 법적구제, 고시연구, 1977. 10. 47면; 양승두, 전게논문, 126~127면 등. 일본 학자로는 田中二郎, 行政指導と法の支配, 司法權

하고 있다.

그러나 조성적 행정지도와 규제적 행정지도의 분류는 상호 배타적인 것이 아니고 상대적인 것이며, 동일한 행정지도라도 보는 관점에 따라서 규제적인 경우가 있고 조성적인 경우가 있을 수가 있는 것이다.³⁶⁾ 또한 행정지도에 관하여 법적으로 규율하는 경우에도 관계 규정은 행정지도의 속성으로 인하여 추상적·개괄적인 것에 그칠 수밖에 없는 까닭에 법적으로 규율하는 실질적인 의의는 별로 없다. 더욱이 행정지도에 법률의 근거를 요한다고 한다면, 상당수의 경우에 행정지도는 공개되지 아니하고 은밀하게 행하여질 위험성이 있다는 비판이 제기된다.³⁷⁾

다. 원칙적으로 근거를 요한다는 견해

모든 공행정은 법률의 수권없이 행해질 수 없다는 전부유보설의 입장에서, 행정지도의 경우에도 그 사실상의 구속적 기능에 착안하여 원칙적으로 법률의 근거를 요한다는 것이다.³⁸⁾ 다만 이 견해를 취하면서도 상대방의 임의성을 해치지 않는 행정지도에 대하여는 상당히 엄격한 법률에 의한 행정의 원리를 요청하면 오히려 법치주의의 본래의 목적을 잃어 버릴 수 있기 때문에 법률의 근거를 요하지 않는다고 하는 입증이 가능한 경우에는 그 예외를 인정하자는 견해가 있다.³⁹⁾

의限界, 1976, 288면; 鹽野 宏, 行政指導 - 其の法的側面 -, 행정법강좌 제6권, 1981, 24면 이하 등.

36) 이에 관하여는 서원우, 전계논문, 86면 이하와 천병태, 전게서, 429면 및 千葉勇夫, 行政指導에對する法的統制, 公法研究, 第40號, 1978, 195~196면 등 참조.

37) 김동희, 전게서, 165면; 천병태, 전게서, 434면.

38) 村上義弘, 行政指導と法律の根據, 大阪府立大學, 경제연구, 제16권 2호, 1976, 46면 이하; 고전 민, 행정지도와 법률에 의한 행정의 원리, 법학교실, 2기 5호, 88면, 이상; 김성원, 전계논문, 55면 주 26)에서 재인용.

현재 우리 나라에서는 이 견해를 취하는 학자는 없는 것 같다.

39) 高田 敏, 전계논문, 89면.

그러나 전부 유보설은 민주적 헌법구조론으로부터의 형식론에 치우침으로써 법률의 유보에 있어서 민주적 헌법구조의 탄력적 효과는 고려하고 있지 않다. 현대 국가에서는 복리행정 기능의 수행을 위한 책무가 증대되고 복잡하고 유동적인 행정 현실에 임기응변적으로 대처하여야 하기 때문에 행정의 탄력성이 요구되는 점에서 현실을 도외시한 공상이란 비판을 면할 수 없을 것이다.⁴⁰⁾

행정지도에 대해 광범위하게 법률의 유보를 요구하는 견해는 독일에서도 존재하지 아니한다고 한다.

라. 판례

(1) 일본의 판례는 행정지도에 법령의 근거(작용법상)가 필요하지 않다는 것이 지배적이다. 최고재판소는 1984. 2. 24. 판결에서 “석유업법에 직접적 근거가 없는, 가격에 관한 행정지도라 할지라도 이를 필요로 하는 사정이 있는 경우 이에 대처하기 위하여 사회 통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 이루어지고, ‘일반 소비자의 이익을 확보함으로써 국민경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다’고 하는 독점금지법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉하지 아니하는 한, 이를 위법이라고 하여야 할 이유는 없다.”⁴¹⁾고 판시하고 있으며, 동경지방법원 1979. 10. 8. 판결은 “법률상 명문이 존재하지 않는다는 한 가지 사실만으로 바로 어떠한 행정지도도 허용할 수 없다고 생각하는 것은 경솔한 생각이다. 어떠한 목적에서 어떠한 방법·정도의 행정지도가 허용 또는 위법이 되는가는 법질서 전체의 입장에서 판정하여야 할 것이다.”⁴²⁾라고 하였으며, 동경지방법원 1983. 10. 12. 판결은 “행정지도에 필요한 법령의 규정에 관하여는

40) 김성원, 전계논문, 57면.

41) 판례체계(제이기관) 행정법총칙 (5), 3863의 52면.

42) 위 판례체계, 3919면.

여러 가지 논의가 있으나 적어도 본 건의 경우에는 권력적 조치에 의하여 일정한 행정 목적을 달성할 권한이 부여되어 있는 행정기관이 이를 배경으로 비권력적·임의적 수단에 의하여 동일한 목적을 달성하려고 하는 경우이므로 위 권력적 조치를 취할 권한을 부여하는 법령의 규정 이외에는 별도의 규정이 없어도 행정지도를 할 수 있다고 해석된다. 즉, 본 건에서 운수대신은 사업계획변경인허가 권한을 정한 항공법의 규정 이외에 아무런 법령의 근거가 없이도 행정지도를 할 수 있는 것이다.”⁴³⁾라고 좀더 구체적으로 판시하고 있다. 이밖에 동경고등법원 1986. 1. 29. 판결도 “이른바 행정지도는 법률의 근거가 없는 경우에도 이를 행할 상당한 이유가 있는 경우에는 이를 행할 수 있는 것이고, 건축확인신청의 처리에 있어서 행정지도를 행한 경우에도 당해 건축신청에 관한 분쟁이 존재하고 당해 분쟁을 조정하는데 상당한 이유가 있으며 당해 분쟁의 내용, 분쟁의 조정에 대한 당사자의 대응상황, 조정기간의 장단 등 제반 사정을 종합하여 당해 행정지도가 건축확인신청자의 권리를 부당하게 침해하는 것이라고 인정되지 아니하는 한, 위 행정지도를 무조건 위법한 것이라고 할 수는 없다.”⁴⁴⁾고 하고 있다.⁴⁵⁾

반면에 선대고등법원 추전지부 1985. 3. 26. 판결은 조정적 행정지도의 법적 근거에 관하여, “원유처리의 수량에 관한 것과 같은 이른바 조정적 행정지도는, 실질적으로는 그 상대방인 정제업자의 자유인 생산활동을 제약하고 시장에 대한 경쟁제한적 효과를 가져오기 때문에 공정한 자유경쟁의 확보를 목적으로 하는 독점금지법의 정책과 상반되는 면이 있으므로 법률의 근거없이 허용되지 않

43) 위 판례체계, 3863년의 47~49면.

44) 위 판례체계, 3897의 19면.

45) 동지 동경지방법원 1977. 9. 21. 판결.

는다고 해석하여야 할 것이다.”⁴⁶⁾라고 판시하였다.⁴⁷⁾

(2) 독일에서도 비공식적 행정작용과 관련하여 특히 법률 유보의 문제가 논의의 중심을 이룬다고 한다.

연방행정법원은 특정한 약품의 효과에 관한 공적인 고시(Verlaubarung)의 경우, 당연히 특정한 제품의 구매에 궁극적으로 영향을 미치는 행정청의 이러한 평가(Beratung)와 경고는 침해적 행정행위와 다르지 않기 때문에 단지 행정청에게 약품검사의 직무(Aufgabe)를 지정하는 수권규범만으로는 충분하지 아니하고 그러한 침해에 대한 법률상의 수권이 있는 경우에만 가능하다고 판시하면서, 이러한 직무상의 평가는 이러한 평가의 내용상의 타당성 여부와 관계없이 법률상의 근거를 결여하였으므로 위법하고 그 효력이 없다고 하였다.⁴⁸⁾

그러나 연방정부가 법률상의 수권 없이, 공적인 검증을 토대로 특히 정신적으로 기형을 가져올 수 있는 영향을 배제하기 위한 경고를 특정한 청소년층에 대하여 고시한 경우, 연방행정법원은 특정한 청소년층과 같은 주민들에게 그러한 위험을 경고할 권한이 연방정부에게는 없다고 판시하기를 주저하면서, 이러한 종류의 의사표시의 근거가 되는 법률상의 수권이 없으며 아울러 민주주의에서는 공개활동에 대하여 연방정부가 의무를 가진다고 판시하여 오히려 행정기관의 경고를 정당하다고 하였다.⁴⁹⁾ 한편 불순한 포도주의 수입과 판매를 방지하기 위하여 연방보건부가 법률의 수권없이 이른바 건강을 해치는 포도주의 목록을 공포한 사안에서, 이는 건강을 위한 위험 방지라는 국가의 보호의무로 정의될 수 있기 때문에 위

46) 위 판례체계, 3863의 58면.

47) 동지 동경고등법원 1980. 9. 26. 판결. 이 판결의 상고심은 최고재판소 1984. 2. 24. 판결이다.

48) BverfGE 71, 183(187f) 참조, 김세규, 전계논문, 332면에서 재인용.

49) BverfGE 82, 76, 김세규, 전계논문, 333면에서 재인용.

협의 방지에 대한 연방보건부의 지시는 결코 국민의 영업의 자유의 보호 영역을 침해하는 것이 아니고 따라서 이 경우 법률유보의 원칙은 적용되지 아니한다고 판시하였다.⁵⁰⁾

학설의 경우에도, 조직법(권한법)에서 직무의 인지에 의하여 위험과 장해를 방지할 임무나 일정한 직무에 특정한 직무의 지정(Zuweisung)을 부가하는 행위 등을 승인하고 있는바, 이와 같은 부가적 권한은 경찰법의 본질이며, 조정하는 의사표시로서의 비공식적 행정작용, 즉 위험의 방지 및 장해의 제거를 통하여 공공의 안녕과 질서를 보장하고 이에 대하여 필요한 조치를 취할 수 있는 국가의 권한은 특히 법치국가에 있어서 행정권의 최소한의 직무에 속하는 것이고, 경찰법상의 처분이 법적 정당성을 위하여 필요한 것은 수권규범의 존재 및 그 올바른 적용뿐만 아니라 비례의 원칙과 같이 행정법의 일반적인 법치국가의 원칙을 고려한 정당성까지를 요구하며, 이와 같은 대체적 수단은 사실의 영역에서 위험방지의 사실상의 처분에 대하여 필요한 권한을 부여하며, 이 권한은 조직규범을 통하여 내용상 한정된다고 한다. 또한 계속되는 기술적 혁신 및 사회적 사정과 관념의 신속한 변화에 직면하여 모든 위험상태와 장해의 종류를 사전에 인식하고 특정한 사태에 그 전제조건과 법 효과에 따라 만족할 만큼 정확히 결정하는 것은 불가능하므로 행정기관의 법률에 근거하지 아니한 일반적 권한은 불가피하다고 한다.⁵¹⁾

마. 사 견

결국 행정지도에 법률의 수권이 있어야 하는가의 문제는 행정지도가 공행정상의 행위형식의 하나이므로 되도록 구체적인 근거가

50) BverfGE 87, 37(49). 김세규, 위 논문에서 333면에서 재인용.

51) 김세규, 전계논문, 335면 참조.

있어야 한다는 것이 바람직하다는 관점과 비권력성을 고려하면서 행정권의 자의를 억제·방지하여 그의 객관적인 공정을 도모하고 국민의 권리·자유를 보장한다는 법치 행정의 원리의 취지·목적에 관련하여 볼 때 개개의 행정지도의 존재목적·기능 및 그것이 행하여지는 행정 영역에 관한 구체적인 가치 평가에 기하여 판단되어야 한다고 생각한다.⁵²⁾ 예컨대 행정지도가 행정처분 등의 규제적 권한을 배경으로 하여 상대방이 자유의사를 가질 수 없을 정도로 강한 사실상 강제력을 가지고 있는 경우라든지, 임금 동결이나 가격 협정 등을 촉진하는 행정지도와 같이 다수 국민의 경제적 이익에 커다란 영향을 미칠 객관적 가능성이 있는 경우에는 작용법상의 근거가 필요하다고 생각한다.⁵³⁾

한편 ‘법률에 의한 행정의 원리’를 중심으로 하는 전통적인 행정법의 제도의 이론의 틀만으로 현대 국가의 행정 활동을 규율한다는 것은 국민의 실질적인 이익 구제라는 견지에서 결코 충분하지 못한 것은 엄연한 현실이라 할 수 있고, 따라서 행정지도에 대하여도 그것을 통제하는 범규범의 소재의 유무와 그 내용 여하를 추구한다는 것은 소극적인 접근 방식일 수도 있다. 이와 관련하여 일본이나 독일에서 법과 사실을 준별하는 전통적인 접근 방식을 벗어나 행정실무의 실태파악과 실제 복합적인 행정 과정을 분석하여 법치주의의 동요 현상과 관련한 법치주의의 감도(die Sensibilität)를 제고하는 주장이나 행정법학내지 행정법총론의 재구성을 검토하는 경향이 나타나고 있는 사실에 주목하여야 할 것이다.⁵⁴⁾ 그러나 아직은 이러한 시도가 확립된 것이 아니므로 충분한 검증과 이론적·실증

52) 김성원, 전계논문, 57면.

53) 동지 關 哲夫, 전게서, 46면.

54) 이에 관하여는 대교양일, 전계논문, 204면 이하 참조.

적 연구가 뒷받침되어야 할 것이다.

2. 행정지도의 법적 한계

가. 법규상의 한계

(1) 행정지도가 그에 대한 개별적인 법률의 근거를 요하지 아니한다 하더라도 행정기관의 모든 작용은 법령에 위배되어서는 아니된다는 점(법률의 우위)에서, 행정지도도 자신의 소관 사무, 즉 권한의 범위 내에서만 허용되며(조직 규범), 그 범위를 넘는 경우에는 위법의 문제가 발생한다.⁵⁵⁾

또한 법률이 행정지도의 기준·절차·형식 등을 규제하고 있을 때에는(규제 규범) 그에 따라야 한다. 그리고 직접적으로 행정지도를 규제하는 법령이 없는 경우에도 헌법이 보장하는 국민의 기본권을 부당하게 침해하거나 현행 법령의 규정을 위반하여서는 아니된다.⁵⁶⁾

(2) 위법성조각 여부

(가) 이와 관련하여 특히 논의되는 것 중의 하나는 위법한 행정지도를 받은 상대방이 그에 따라 위법한 행위를 한 경우에 위법성이 조각되는가 하는 문제이다. 이는 신뢰 보호의 원칙과도 관련되는 문제이다.

일반적으로 행정지도는 강제가 아니라 상대방의 임의적인 협력에 기한 것이므로 명문의 정함이 없는 한 위법성이 조각된다고 할 수

55) 이상규, 전게서, 486면은, 행정지도의 절차 등에 관하여 정한 법령이 자문절차와 같이 행정지도의 내용적인 적정을 도모하기 위한 것에 그치는 것일 때에는, 그에 대한 위반은 부당의 문제를 발생함에 그친다고 한다.

56) 박윤훈, 전게서, 553면.

없을 것이다.⁵⁷⁾

(나) 이에 관한 판례를 보면, 대법원은 “행정관청이 국토이용관리법 소정의 토지거래계약신고에 관하여 공시된 기준지가를 기준으로 하여 매매가격을 신고하도록 행정지도를 하고, 피고인이 그에 따라 허위신고를 한 것이라고 하더라도 이와 같은 행정지도는 법에 어긋나는 것으로서 피고인이 그와 같은 행정지도나 관행에 따라 허위신고행위에 이르렀다고 하여도 이것만 가지고서는 그 범법행위가 정당화될 수 없다고 할 것이다.”⁵⁸⁾라고 판시하여 위법성이 조각되지 않음을 명백히 하고 있다. 또한 대법원 1994. 12. 12. 선고, 93다49482 판결⁵⁹⁾은 “적법한 행정지도로 인정되기 위하여는 우선 그 목적이 적법한 것으로 인정될 수 있어야 할 것이다. 그런데 이 사건의 경우에는 피고 주장에 의하더라도 정부가 원고들에게 주식의 매각을 종용한 것은 …… 원고들에 대한 제재를 목적으로 하는 것이 명백하고, …… 결국 이러한 주식매각의 종용은 정당한 법률적 근거 없이 자의적(자의적)으로 원고들에게 제재를 가하는 것이어서 이 점에서 벌써 행정지도의 영역을 벗어나 것이라고 보아야 할 것이다. 만일 이러한 행위도 행정지도에 해당된다고 한다면 이는 행정지도라는 미명하에 법치주의의 원칙을 파괴하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 더구나 원고들이 위와 같은 주식매각의 종용을 거부한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 불구하고, 앞에서 본 바와 같이 집요하게 위협적인 언동을 함으로써 그 매각을 강요하였다면 이는 위법한 강박 행위에 해당한다고 하지 않을 수 없으니, 위 매각종용행위가 행정지도에 해당되어 위법성이 조각된다는 논지는 어

57) 홍정선, 전게서, 378면; 천병태, 전게서, 437면.

58) 1994. 6. 14. 선고, 93도3247 판결, 법원공보 제972호, 118면; 동지 1922. 4. 24. 선고, 91도1609 판결, 법원공보 제922호, 1770면 등.

59) 법원공보 제984호 468면 이하.

는 모로 보나 이유 없음이 명백하다.”고 판시 하고 있다.

한편 하급심 판결로는 일반 잡화의 구매비율유지와 가맹점제명 등 일련의 행위가 불공정거래행위에 해당한다고 하여 공정거래위원회가 시정명령을 내린 경우에 “일정한 주류취급비율의 유지는 한국 생필체인의 존립을 위해 필요하고 …… 상공부와 국세청 등이 행정지도 등을 통해 주류의 취급비율유지를 사실상 강제해 온 사정, 연쇄화사업의 건실한 발전과 건전한 유통 질서의 확립을 위하여서는 원고회사의 위와 같은 조치의 필요성이 인정되는 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 원고의 위와 같은 일반잡화의 구매비율 강제는 정당한 이유가 있는 것이어서 공정거래법 소정의 불공정거래행위의 해당성이 조각된다.”⁶⁰⁾고 판시하여 구성요건해당성에 조각된다고 한 사례가 있다.

(다) 일본에서도 위법성이 조각되지 않는다는 데 학설과 공정거래위원회의 심결⁶¹⁾이 일치하였으나, 최고재판소는 통산성이 석유수급조절을 위하여 석유사업자단체에 대하여 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(이하 독금법이라 약칭)에 위반되는 공동행위를 하도록 행정지도를 하고 석유사업자가 공동 행위를 행한 사안{일본에서는 이를 석유카르텔(가격협정)사건이라고 한다}⁶²⁾에서

60) 서울고등법원 1993. 6. 24. 선고, 92구20257 판결, 법률신문 2231호(1983. 7. 8.), 12~13면.

61) 공정거래위원회 1952. 4. 4. 심결. 보통 야전장유사건이라고 한다. 장유의 가격을 업자가 1되당 80엔씩 인상하려고 하였는데 물가청이 70엔으로 억제시켰기 때문에 업자는 75엔에 협정하였다. 최고가격협정이기 때문에 일견 가격상승을 억제하는 것처럼 보이나, 경쟁상태를 없애기 때문에 독금법에 위반한다고 하였다.

62) 이른바 석유카르텔사건의 사실관계는 다음과 같다. 석유연맹은 석유정제업자, 석유제품의 판매업자 등으로 구성되어있는 사업자단체로서 일본에서 당해 제품 총판매량의 대부분을 차지하고 있었는데, 1970년과 1971년에 걸쳐 외국의 원유업체가 위 석유연맹의 회원에게 원유의 판매가격을 인상한다고 통지하자 1971. 2. 22. 원유 1배럴당 평균가격인상액 약 1,080엔을 제품환산한 가격 1,113엔에 기하여 석유제품의 품목별 가격인상을 검토한 결과 석유제품의 판매가격을 1킬로리터당 휘발유와 등유는 각 2천엔, 중유는 900엔 등을 목표로 인상할 것을 결

“가격에 관한 사업자간의 합의가 형식적으로 독금법에 위반하는 것처럼 보이는 경우라도 그것이 적법한 행정지도에 따르고 이에 협력하여 행한 것인 때에는 그 위법성이 조각된다고 해석함이 상당하다. …… 원판결이 인정한 바에 의하면, 본건에 있어서 통산성의 석유제품 가격에 관한 행정지도는 …… 원유가격의 비정상적인 폭등이라는 긴급사태에 대처하기 위하여 가격의 억제와 민생의 안정을 목적으로 하여 행하여진 것인바, 이러한 상황하에서는 표준가격제도 등 석유업법상 정식으로 인정된 행정지도에 의하여서는 동법외도모하는 행정 목적을 달성하는 것이 곤란하다고 하여야 할 것이

정하였다. 그리고 석유제품원매업자는 위 결정에 기하여 각각 제품의 가격인상액을 정하고 이를 실시하였다. 그런데 석유제품가격의 폭등을 우려한 통산성이 석유제품원매회사에 대하여 원유가격인상분 1배럴당 10퍼센트를 업계에 부담시키는 것을 내용으로 하는 이른바 ‘10퍼센트 부담’의 행정지도 및 이를 전제로 한 유종별가격인상폭의 제시를 행하고, 원매회사에 가격인상을 하기 위하여는 업계 전제로 한 유종별가격인상폭의 제시를 행하고, 원매회사에 가격인상을 하기 위하여는 업계 전체의 자료에 의한 설명을 하여 사전에 통산성의 양해를 얻도록 하였다. 이리하여 통산성은 1972년 이후의 여러 차례의 석유제품의 가격인상시 업계의 가격인상안 작성단계에서 기본적인 방침을 제시하여 업계를 지도하고 이로써 업계가 작성한 가격인상안에 통산성의 의향을 반영하였다. 한편 공정거래위원회는 1973. 11. 석유업계에 대하여 립검을 실시하고 1974. 2. 초순경 생산조정과 가격에 관한 가격협정의 파기를 석유연맹 및 각 원매회사에 권고하였던 바, 위 권고를 받아들여 석유연맹 및 각 원매회사는 같은 해 2. 15. 이를 응낙하였으나 공정거래위원회는 같은 달 19. 위와 같은 석유연맹의 행위가 사업자단체에 의한 경쟁의 실질적 제한행위를 금지하는 독금법 제8조 제1항 제1호에 위반된다는 이유로 14개의 석유제품원매회사의 영업담당인원들을 검찰에 고발하여 검찰이 독금법위반으로 기소하기에 이른 사건으로서, 일본에서 카르텔 행위에 대하여 독금법 소정의 벌칙이 적용된 최초의 사건이다. 이에 대하여 동경고등법원은 1980. 9. 26. 생산조정은 무죄, 가격협정사건은 유죄라고 판결하였다(고등법원재판례집 제33권 제5호 1면 이하 및 153면 이하).

한편 위 공정거래위원회의 권고에 대하여는 권고심결취소소송이 제기되었으나 1975. 9. 25. 동경고등법원에서 청구기각되었고 상고심인 최고재판소 1978. 4. 4. 판결에 의하여 확정되었다. 또한 위와 관련한 별개의 권고취소소송이 제기되어 동경고등법원이 1977. 8. 15. 청구기각 판결을 선고하였는데 최고재판소도 1982. 3. 9. 이에 대한 상고를 기각하여 확정되었다(이에 대하여는 근안 철, 행정지도と가격カルテル, 별책ジュリスト, 행정관례백선 I(제3판), 1993, 204면 이하 참조).

다. 또한 본 건에 있어서 통산성이 행한 행정지도의 방법은 앞에서 인정한대로 소화46년(1971) 가격인상시 설정된 유종별 가격의 상한을 전제로 하여, 가격 인상을 업계만의 판단에 맡기지 않고 사전에 상담을 하게 하여 그 납득을 시킨다든지 기본 방침을 제시하여 이를 가격 인상에 반영시킨다든지 함으로써 가격의 억제와 민생의 안정을 보호하려고 하는 것이고, 그것이 결코 약한 것이었다고는 할 수 없어도 기본적으로는 가격에 관한 적극적·직접적 개입을 가능한 한 회피하려고 하는 태도가 엿보이며, 그것이 앞에서 본 비상사태에 대처하기 위한 사회통념상 상당하다고 인정되는 한도를 일탈하여 독금법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉한다고는 인정되지 아니 한다. 따라서 본건 당시에 통산성의 행정지도가 위법한 것이었다고는 할 수 없다. 그렇지만 본 건에 있어서 피고인들은 석유제품의 유종별 가격인상폭의 상한에 관한 업계의 희망안에 대하여 합의한 것에 그친 것이고, 위 희망안에 대하여 통산성이 납득할 것을 전제로 하여 일정 기일부터 위 납득의 최대한도까지 각사가 일제히 가격을 인상한다는 취지에 합의를 한 것이고, 그것이 행정지도에 따라 이에 협력하여 행한 것이라고 평가될 수 없는 것은 명백하다. 따라서 본 건에 있어서 피고인들의 행위는 행정지도의 존재를 이유로 그 위법성이 조각되는 것은 아니라고 하여야 할 것이고, 이와 같은 취지로 귀착하는 원판단은 정당하다.”⁶³⁾고 판시하여 예외적으로 위법성이 조각되는 경우를 인정하면서도 당해 사건은 이에 해당하지 아니하여 위법성이 조각되지 아니한다고 하였다.

(라) 한편 일본에서는 정부의 대외무역에 관한 행정지도와 외국

63) 1984. 2. 24. 판결, 판례타임즈 520호 1984. 5. 1. 88면, 위 판결에 대한 비평으로는 本間重紀, 石油カルテル(價格協定) 最高裁判決の問題點 - 獨占禁止法と行政指導との關係を中心に-, 經濟學會年報 第6號(通卷28호), 石油カルテル最高裁判事判決, 1986, 19면 이하 참조.

의 독점금지법과의 관계가 논의되고 있다.⁶⁴⁾

1) 단순한 행정지도에 의한 경쟁 제한

일본 정부의 행정지도에 의하여 수출 기업이 외국에 대한 수출 카르텔을 결성하는 경우가 있는데, 이는 서독의 경쟁제한금지법에 위반될 여지가 많다(1972년 서독카르텔청 연차보고서)고 한다.

미국에서도 국가행위론(act of state doctrine)이나 외국정부강제(foreign government compulsion)이론에 의하여 외국 정부의 행위나 외국 정부의 강제에 의한 개인의 행위를 독점금지법상 면책되는 것으로 인정하지만, 일본의 행정지도는 법률상 강제가 아니라고 명백히 하고 있어 면책되지 아니한다고 한다(1962년 미국연방해사위원회).

2) 공권력의 행사 또는 사실상의 강제를 배경으로 한 행정지도에 의한 경쟁 제한

a. 일본가전사들이 수출카르텔을 결성하여 미국가전사에게 타격을 입히자 제니스사와 NUE사가 일본가전사를 상대로 독점금지법 위반을 이유로 손해배상을 청구하였는데(이른바 일본 가전사 덤핑 사건), 일본 통산성은 이에 대하여 위 수출카르텔은 통산성의 지시(행정지도)에 의한 것이며, 수출 기업이 위 지시에 따르지 아니하는 경우에는 수출무역관리령을 발동하여 위 지시의 내용을 공권력의 행사로써 실현하겠다고 선언하였다.

이와 같은 사실상 강제력이 있는 행정지도로는 2차대전후 통산성이 선방업계에 대하여 감산을 지시하고 이에 따르지 아니할 경우 원선의 수입 할당을 하지 않는다는가, 감산지도에 따르지 아니한 제철회사에 대하여 원료탄의 수입용 외화를 할당하지 아니하는 경

64) 이 부분에서 소개되는 학설이나 판례는 松下滿雄, 行政指導に關する外國の法律問題, ジュリスト 741號, 1981. 6. 1. 73면 이하에서 재인용하였다.

우가 있다. 이러한 불이익을 행정청이 사전에 “명백히” 선언하는 경우 사실상 강제력을 띠게 된다. 수출의 경우에는 수출카르텔을 결성하지 않는 업체에 대하여 연구조성금을 정지하거나 용자의 추천을 하지 않는 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 경우는 단순한 행정지도와는 달리, 공권력의 행사나 사실적 강제력에 의하여 당해 행정지도를 따르지 않을 수 없거나 따르지 않는 것이 극히 곤란한 경우이다. 이러한 경우에는 서독의 경쟁제한금지법에 위반되는 것으로 되지 않을 가능성이 많다고 한다(위법성 조각사유; 아래 로쉬사 판결 참조). 미국의 독점금지법에서도 국가 또는 외국 정부에 의하여 강제된 행위(여기에는 법률상 강제와 사실상 강제가 포함된다)는 면책이라는 판례 원칙이 확립되어 있다.

이에 대하여는 수출무역관리령은 카르텔의 결정을 명하는 것이 아니라 수출 가격 또는 수량 등에 관하여 명령하는 것에 불과하므로 카르텔이 불가피한 것은 아니라는 반론이 있을 수 있으나, 수출무역관리령이 발동되면 수출 기업은 행정지도에 따라 수출카르텔을 결성한 경우 동일한 기업 활동이 불가피하기 때문에 경쟁적행동을 취할 법적 가능성이 없게 되어 비경쟁적 활동을 강제하는 것이 된다.

다만 위와 같은 면책을 위하여는 일본정부의 강제력 발동의사가 명백히 선언된 경우이어야 하며, 단순히 기업의 그러한 강제조치가 있으리라고 추측하여 행정지도에 따른 것만으로는 면책된다고 볼 수 없다.

3) 개별적 행정지도에 기한 수출자제

일본 정부가 개개의 수출 기업에 대하여 별도로 행정지도를 하여 수출 수량 등에 관하여 자제시키는 것을 말한다(수출 수량의 상한 설정). 개개의 기업이 다른 기업의 행동에 대한 정보가 전혀 없고

오로지 독자적으로 행정지도에 따라 수출 행동을 결정한다면 외국의 독점금지법에 저촉되는 문제는 발생하지 않는다. 그러나 수출기업이 다른 기업도 이와 같은 행정지도에 따를 것이라는 신뢰하에 행동한다면 문제가 될 여지가 있다.

복수기업이 각각 직접적인 담합이나 협정이 없더라도 이러한 기업이 다른 특정한 자에게서 각각 다른 기업의 활동에 관한 정보를 입수하여 이에 따라 통일적인 행동을 하는 경우에는 그러한 복수기업간에 공모가 있다고 볼 수 있다고 한다 [Interstate Circuit, Inc. v. U. S., 208(1936)].

4) 독점금지법과 관련된 외국 정부의 규제에 관한 판례로는 다음과 같은 것이 있다.

a. 미국에서는 임금 물가 안정 위원회의 활동은 법률적 강제력이 없다고 한다(American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization v. A. E. Kahn, Council on Wage and Price Stability, et al., U. S. Court of Appeals for the District of Colombia Circuit, 1979. 6. 22. 판결).

또한 유명한 소비자연합(Consumers Union) 사건도 있다. 이 사건은, 미국 행정부가 보호무역의 견지에서 일본과 유럽의 철강산업계로 하여금 1970년부터 1974년에 이르기까지 대미 수출을 자주적으로 규제하는 방식으로 철강 수입을 규제하자 미국소비자연합은 위 약정이 국제카르텔로서 미국 독점금지법(서면법)에 위반된다는 이유로 일본기업과 유럽의 기업을 상대로 소송을 제기한 사건이다.

1심 [(Consumers Union of U. S., Inc. v. Rogers, 352 F. supp 1155(D.D.C. 1973)]에서는, 소비자연합측의 청구가 일부 인용되었으나, 항소심[Consumers Union of U. S., Inc. v. Kissinger, 506 F. 2d 136 (1974)]은, ① 미국 정부의 수출자제교섭과 이에 수반하는

조치는 대통령의 외교권의 범위 내의 조치이다. ② 수출자제조치에 의하여 실현된 철강의 감소는 의회가 가지는 국제통산규제권한을 침해하는 것이 아니고 미국 헌법에 의해 인정되는 것이다 라는 원칙을 선언하면서, 미국 정부와 외국업체와의 수출자주규제의 교섭은 반드시 통상확대법의 절차를 거쳐야 하는 것은 아니지만 본건에 있어서 수출자주규제의 협정은 미국의 국내법에 의한 강제가 되는 것은 아니고 외국 기업과 기업 단체에 의한 수출 규제의 의도의 표명에 불과한 것이며, 여기에서 이루어진 것은 단지 정부가 업체에 대하여 일정한 것을 자발적으로 행하도록 권고하고 있는 데 불과하고 그 자체는 정부의 행위로서는 극히 정상적인 것이라고 판시하였다.

b. 독일의 판례 중에는 호프만 라 로쉬(Hoffmann La Rosch)사건(이하 로쉬사 사건이라고 한다)을 들 수 있다.

<사안> 로쉬사가 약품을 판매하면서 독일에서의 독점적 지위를 이용하여 고가로 설정하고 네덜란드에서는 낮은 가격을 설정하였던 바, 서독카르텔청이 독일내의 고가격설정을 시장지배적 지위의 남용으로 보아 서독경쟁제한금지법 22조에 위반된다고 하면서 가격인하를 명령하였다.

이에 대하여 로쉬사는 위 두 가지 가격을 비교하는 것은 부당하다고 주장하면서 베를린고등법원에 제소하였다. 독일에서의 가격은 정부가 통제하지 아니하는데 반하여 네덜란드의 가격은 정부의 규제에 의한 것이어서 임의성이 없다는 이유이다. 네덜란드의 경제경쟁법에 의하면 경제장관은 독점위원회(자문기관)의 권고를 얻어 기업에 대하여 가격의 인하를 명령할 수 있다. 위 권고를 위하여 독점위원회는 사안을 상세히 검토하여 보고한다. 그러나 이 사건에서 네덜란드의 경제 장관은 가격인하지시에 의하지 아니할 경우 위 권

고 없이 가격인하 임시명령을 하겠다고 선언한 것에 불과하였다. 로쉬사는, 위 명령에 대하여 다룰 방법이 없고, 독점위원회가 동일한 의견을 보고할 우려와 임시명령에 의한 인하 가격이 자주적인 인하가격보다 낮을 수 있다는 우려 등 때문에 자발적으로 가격 인하한 것이었다.

<판결> 1976. 1. 5. 베를린고등법원은, “외국에서 직접적으로 또는 압력에 의하여 기업의 결정에 대하여 가격통제를 가하는 한, 그 결과로 책정된 가격을 비교 기준으로 할 수는 없다.”고 판시하면서 로쉬사의 네덜란드 가격은 법률에 의한 강제 권한의 발동을 시사함으로써 임의성 내지 자발성이 없어, 양자를 비교하는 것은 타당하지 아니하다고 하여 원고승소판결을 선고하였다. 위 판결 후 1977. 7. 14. 네덜란드 정부는 로쉬사에 대하여 가격 인하를 명령하였다. 이는 법률발동의 사전조치로서의 조치에 해당한다.

나. 조리상의 한계

행정지도도 행정작용의 일부를 이루는 것인 이상, 비례의 원칙, 평등원칙, 신뢰보호의 원칙 등 조리상의 제약을 받는다.

(1) 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)

행정지도는 행정 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하고, 달성하고자 하는 행정 목적에 적합하게 행사하여야 하며, 이 경우에도 상대방을 강제하거나 부당한 불이익을 주는 것이면 비례의 원칙에 위배된다.

(2) 평등원칙

합리적 이유가 없는 한 특정의 상대방에 대하여만 행정지도에 의하여 이익을 부여하거나 행정지도에 따르지 아니하였다고 하여 불이익을 주는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 일본 하급심 판결 중에는 경품표시법위반행위에 대하여 공정거래위원회가 스스로

조사하여 행정지도로서의 경고를 하는 대신 지구협의회에 조사와 엄정한 조치 및 결과 보고를 요구한 조치가 공정거래위원회가 취한 배제명령이나 경고의 사례에 비추어 평등 원칙에 반한다고 할 수는 없다고 판시한 것⁶⁵⁾, 원고가 드라이브 인(drive in)건축에 필요한 도시계획법에 의한 허가 신청에 있어서의 행정지도가 원고가 건축확인을 신청한 점포와 제3자가 건축 확인을 신청한 점포는 그 설치목적, 이용 대상자, 건물의 구조, 용도, 입지조건 등이 상이하고, 전자는 위 제반 사정에 비추어 건축확인의 가능성이 없어 그 신청을 취하지키도록 행정지도한 것이므로 후자에 대하여 수정지시 후 허가하였다고 하여 평등의 원칙에 위반한 위법이 없다고 한 것,⁶⁶⁾ 건축사가 과거에 악질적인 비위행위를 저질렀고 그 위법상태가 제거되지 않았다는 이유로 시공무원이 위 건축사가 대리인으로서 신청한 별개의 사안에 대하여 그 신청의 내용이나 당부를 묻지 아니하고 절차를 정치 또는 지연한 것은 행정지도의 한도를 넘어 위법한 것이므로 시는 위 건축사에 대하여 손해배상책임이 있다고 한 것⁶⁷⁾ 등이 있다.

(3) 신뢰보호의 원칙

(가) 신의칙을 바탕으로 법적 안정성의 확보를 도모하기 위한 신뢰 보호의 원칙은 행정지도에 있어서도 준수되어야 한다. 이는 영미법의 금반언(estoppel)과 관련이 되는데, 위법한 행정지도에 대하여 금반언의 법리를 전면적으로 허용하면 행정의 법률적합성의 원칙이 침해될 우려가 있으므로 당해 사항의 성질, 상대방의 선의여부, 행정지도의 형식, 행정지도를 한 자(상급직원·하급직원), 상대

65) 김택지방법원, 1988. 8. 2. 판결, 위 판례체계 3914의 5면.

66) 신호지방법원, 1989. 11. 28. 판결, 위 판례체계 3863의 61면 이하.

67) 대판고등법원, 1983. 2. 28. 판결, 판례체계 1088호, 81면.

방이 받는 불이익의 정도 등 제반 사정을 고려하여야 한다.

(나) 우리 나라의 판례 중에는 공업장려지구가 정식으로 건설부장관에 의하여 개발장려지구로 지정되기 이전에 이미 정부 또는 지방행정당국의 선전과 권고에 호응하여 동 지구 안으로 공장을 이전하여 사업 개시한 회사에 대하여도 조세감면규제법상의 조세감면혜택을 받을 수 있다고 한 사례⁶⁸⁾, 서울특별시 항공대의 권고로 자기 소유건물 옥상에 슬래브를 불법증축한 경우 그 공사로 말미암아 생긴 공간은 다른 용도로 사용할 수 없으며, 그 증축 부분을 대집행으로 철거할 경우 많은 비용이 들고 건물의 외관을 손상시킬 뿐 아니라 오히려 헬기의 안전 이착륙에 지장이 있게 된다면, 원고가 이를 그대로 방치한다고 하여도 심히 공익을 해하는 것이라고는 볼 수 없으므로 관할관청인 피고의 계고처분이 위법하다고 본 원심의 판단은 정당하다고 한 사례⁶⁹⁾ 등이 있다.

(다) 일본의 판결에로서 신뢰보호의 원칙을 인정한 것으로는, 호텔건설을 계획한 자가 현의 자연보호과 직원과 상담하여 건축이 가능하다고 교시받고 이를 신뢰하여 부지를 매수하여 건설을 개시하였으나 현지사가 위 부지는 국립공원특별지역안이어서 호텔건설은 허가할 수 없다는 이유로 원상회복명령을 한 경우에 현은 위 호텔건설자에 대하여 손해배상책임이 있다고 한 사례,⁷⁰⁾ 촌이 행정시책으로서 특정 기업에 대하여 공장 입지를 구체적으로 권유하여, 위 기업이 이를 신뢰하여 상당한 경비를 들여 준비활동을 하였으나, 촌장이 교체되어 이에 협력을 거부함으로써 위 기업의 공장건설이 불가능하게 된 경우, 그것이 어쩔 수 없는 객관적인 사정에 기한

68) 대법원 1978. 4. 25. 선고, 78누51 판결, 법원공보 제588호, 10830면.

69) 1990. 12. 7. 선고, 90누5405 판결, 법원공보 제889호, 490면.

70) 조취지방법원 1980. 1. 31. 판결.

것이라든가 또는 위 기업에 대하여 손해보상조치가 강구되지 아니하는 한, 위 협력 거부는 위 기업에 대하여 촌의 불법행위책임을 야기하며, 지방자치단체의 시책결정의 기반을 이루는 정세변화만으로는 위와 같은 불가한 객관적 사정에 해당하지 아니하고 상대방의 신뢰를 보호하여야 한다고 판시한 사례,⁷¹⁾ 시가 관광행정과 지방산업진흥을 목적으로 유료수업지구를 설정하여 도시에서 업사를 유치한다는 계획을 세우고 시의 담당 과장이 특정인에 대하여 평양식사업을 할 것을 지도하고 그 자가 다액의 자금을 투자하여 위 사업에 착수하였으나 주민과 시의회의 반대로 사업계획이 폐지됨으로써 손해를 입은 경우 시는 그 투자자에 대하여 손해배상의무가 있다고 한 사례,⁷²⁾ 시가 주택단지의 건설을 계획하여 특정인에 대하여 위 단지내에 공중목욕탕을 설치할 것을 구체적으로 권유하고 동인이 이를 신뢰하여 부지를 매수하여 그 건설에 착수한 후 위 계획이 중지되었음에도 시가 동인에 대하여 하등 보상조치를 강구하지 아니한 것은 신의칙 내지 금반언의 법리에 비추어 허용되지 아니하며 동인에 대하여 위법성이 있다고 한 사례⁷³⁾ 등이 있다.

한편 신뢰의 원칙을 인정하지 아니한 것으로는, 세무 서장이 법령상의 근거 없이 농협에 대하여 그 소속조합원에게서 소득세를 한 데모아 일괄 납입하도록 권장하여, 대부분의 조합원들이 그 권장에 따라 농협에 세금 납부를 위임하였던 바, 농협이 그 임무에 위배하여 세금을 납입하지 않고 위 조합원들에게 손해를 입혔다고 하더라도 위 손해와 권장행위와는 하등 인과관계가 없으므로 위 조합에 대하여 국가의 손해배상책임이 없다고 한 사례,⁷⁴⁾ 세무 서장이 재

71) 최고재판소 1981. 1. 27. 판결, 판례시보, 994호, 26면.
 72) 고지지방법원 1982. 6. 10. 판결, 위 판례체계, 3877면.
 73) 웅분지방법원옥명지부 1969. 4. 30. 판결, 판례시보 574호, 60면.
 74) 성강지방법원 1955. 9. 13. 판결.

단법인의 학교용 토지·건물에 대하여 비과세 취급할 것을 결정하였다는 취지를 위 법인에게 통지하고 약 8년이 지난 후 위 건물에 대하여 과거 5년분의 고정자산세를 소급 부과한 처분이 금반언의 원칙에 위반하여 무효라고 한 사례,⁷⁵⁾ 일반적·추상적인 납세상당에 관한 지도에 대하여는 금반언의 법리가 적용되지 않는다고 한 사례,⁷⁶⁾ 선박의 내용연수를 납세자가 오신한 것에 대하여 세무관청의 행정지도가 충분하지 않았다고 하더라도 이를 법규가 정한 내용연수로 시정하여 과세한 것이 신의칙에 위반한다고는 할 수 없다고 한 사례,⁷⁷⁾ 세무서 직원이 잘못 지도하였더라도 납세자가 과세감면 규정의 적용을 받을 실제적 요건을 구비하지 아니한 경우에는 납세자에게는 위 규정에 의하여 보호될 법적 이익이 없고, 그와 같은 납세자에 대하여 과세를 감면하는 것은 오히려 조세평등의 원칙에 반하기 때문에 당해 납세자는 소송상 위 규정의 적용을 부정하여 과세처분이 신의칙 또는 금반언의 원칙에 위반된다고 주장할 수 없다고 한 사례,⁷⁸⁾ 소득세 확정신고나 수정신고의 내용이 법률의 규정에 따르지 아니한 것일 때에는, 가사 신고 내용이 납세자의 주장과 같이 세무 직원의 지시에 의한 것이고 납세자가 이를 신뢰하였으며 조사관이 위 신고를 시인하는 듯한 고지를 하였다고 하더라도, 위 신고가 적법한 것으로 될 수 없다고 한 사례,⁷⁹⁾ 모의충기제

75) 동경지방법원 1965. 5. 26. 판결, 판례시보 411호, 29면. 그러나 항소심인 동경고등법원 1966.

6. 6. 판결은, 일반론으로서 세법관계에 대한 금반언의 법리 적용을 시인하면서도, 도세무서장이 종래 당해 재단법인에 대하여 그 소유의 각종 학교부지에 대한 고정자산세를 비과세 처리하였고, 위 법인은 위 부지가 비과세물건이라고 오해하고 있었으며, 세무서장이 비과세통지를 하였기 때문에 위와 같은 오해를 하게 된 것은 아니므로, 그 후 세무서장이 비과세취급이 잘못되었음을 알고 법이 허용하는 범위내에서 위 법인에 대하여 과세한 것은 금반언의 법리에 위반하여 무효라고는 할 수 없다고 판시하여 원심판결을 취소하였다. 판례시보 461호, 31면.

76) 부산지방법원 1974. 5. 31. 판결, 위 판례체계, 3873면 이하.

77) 복강지방법원 1978. 3. 17. 판결.

78) 대판지방법원 1979. 3. 29. 판결.

조판매업계에 대하여 자율규제를 내용으로 하는 행정지도를 하다가 업계의 자율규제방법만으로는 개조총기에 의한 범죄발생을 방지할 수 없게 되었고 그 후 국회에서도 이에 관한 법률을 개정하기에 이르렀다면, 종전 방침을 변경하여 업계에 대하여 모의총기의 제조법에 관한 행정지도를 하였다고 하여도 위법이 아니라고 한 사례,⁸⁰⁾ 법규에 적합한 과세처분에 대하여 신의칙을 적용하여 위법한 것으로서 취소할 수 있기 위하여는 납세자의 공평 취급의 요청을 희생하더라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호하지 않으면 정의에 반한다고 할 수 있는 특별한 사정이 존재하는 경우에 한한다고 한 사례⁸¹⁾ 등이 있다.

(4) 부당결부금지원칙⁸²⁾

부당결부금지원칙(Koppelungsverbot)이란 공권력을 행사함에 있어서 실질적 관련성이 없는 상대방의 반대급부와 결부시키거나 의존해서는 안 된다는 원칙을 말한다.⁸³⁾ 독일의 판례·학설에 따르면 ① 사법상의 전기·가스 공급 계약의 체결 내지 계속을 이용자의 주택관계법규의 준수에 의존시킨다든가, ② 식량관리시대에 있어서 경찰상의 의무위반자에 대한 식권의 교부를 거부하는 것, ③ 행정청에 대한 어떤 의무 이행을 담보하기 위하여 여권 등 증명서의 교부를 거부하는 것 등을 위법한다고 한 반면, ① 시노동국이 직업소개에 있어서 시당국의 거주증명서의 제출을 요구하는 것, ② 자동차장제보험의 체결과 자동차운전면허를 결부시키는 것은 적법하다고 하였다.⁸⁴⁾

79) 동경지방법원 1987. 11. 27. 판결.

80) 동경지방법원 1990. 7. 11. 판결, 위 판례체계, 387면 이하.

81) 최고재판소 1987. 10. 30. 판결. 재판시보 1262호, 91면.

82) 이 원칙은 김남진 교수가 거론하고 있다. 동교수, 전게서, 382면. 위 원칙에 관하여 자세한 것은 위 책, 178면 이하 및 한건우, 전게서, 55면 이하 참조.

83) 한건우, 전게서, 55면.

(5) 행정절차법상의 한계

행정지도의 폐해를 막기 위하여 일정한 법적 규제가 필요하다는 견해가 대두되고 있으며,⁸⁵⁾ 법령에서 행정지도의 권한을 가지는 기관을 명시하고 행정내부에서의 행정지도의 행사 절차를 정할 필요가 있고, 행정절차법의 제정을 통하여 행정지도의 형식·내용을 명백히 하고, 이해관계인의 권익을 보장하고 내용의 적정을 기하며, 여론에 의한 감시·비판체계의 체계화, 행정지도의 내용 공표 등이 그 구체적인 대응책으로 거론되고 있다.⁸⁶⁾

1987. 7. 7. 입법예고된 행정절차법안에 의하면 “행정지도는 그 목적에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 지도받는 자의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다”(제67조 제1항)고 하여 비례의 원칙을 규정하고 있다. 또한 행정지도의 형식에 관하여도 “행정청이 그 소관 사무에 관련된 사항에 관하여 특정인에 대하여 일정한 행위 또는 불행위를 권고하는 행정지도를 구술로 하였을 경우에 지도받는 자가 문서의 교부를 요구하는 때에는 행정청은 이에 응하여야 한다.”(제67조 제2항)고 행정지도의 방식을 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 그밖에 “행정지도를 받는 자는 의견 제출을 할 수 있으며, 의견제출을 받은 행정청은 이에 회신하여야 한다.”(제68조)고 하여 그 절차에 관한 규정을 두고 있다. 행정청의 회신은 원칙적으로 문서로 하는 것이 행정지도에 따르는 책임의 불명확성을 보충하기 위하여 바람직하다. 나아가 책임행정의 구현이라는 취지에서 문서로 회신함에 있어서 이유를 부기하고 기명날인하는 것이 필요하다는 견해

84) 한건우, 전계서, 56면 주 72)에서 재인용.

85) 박윤훈, 전계서, 554면; 김도창, 전계서, 527면.

86) 이에 대하여 자세한 것은 박윤훈, 전계서, 554~556면 참조.

87) 총무처의 1996년도 행정절차법시안에도 유사한 규정을 두고 있다. 홍준형, '96행정절차법시안의 내용적 문제점, 인권과 정의, 1996. 6. 제238호, 94면 참조.

도 있다.⁸⁸⁾

한편 일본의 행정절차법은 행정지도의 일반 원칙(제32조)⁸⁹⁾ - 행정기관의 조직법적 한계와 평등의 원칙 -, 신청 또는 인허가 등의 권한에 관련된 행정지도(제33조, 제34조),⁹⁰⁾ 행정지도의 방식(제35조),⁹¹⁾ 복수자를 대상으로 하는 행정지도(제36조)⁹²⁾ 등의 규정을 두고 있다.

V. 행정지도의 실효성 확보수단

88) 한건우, 전게서, 317면; 동지 천병태, 전게서, 434면.

89) 제32조 ① 행정지도를 함에 있어 행정지도에 관계하는 자는 적어도 당해 기관의 임무 또는 소관업무의 범위를 이탈하여서는 아니된다는 것과 행정지도의 내용은 어디까지나 상대방의 임의의 협력에 의하여서만 실현된다는 것에 유의하여야 한다. ② 행정지도에 관계하는 자는 그 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 취급을 하여서는 아니된다.

90) 제33조 신청의 취하 또는 내용의 변경을 구하는 행정지도를 함에 있어 행정지도에 관계하는 자는 신청자가 당해 행정지도에 따른 의사가 없다는 뜻을 표명하였음에도 불구하고 당해 행정지도를 계속하는 것 등에 의하여 당해 신청권자의 권리행사를 방해하여서는 아니된다.

제34조 인허가 등의 권한 또는 인허가 등에 근거한 처분권한을 가진 행정기관이 당해 권한을 행사할 수 없거나 또는 행사할 의사가 없는 경우임에도 불구하고 행정지도를 함에 있어 행정지도에 관계하는 자가 당해 권한을 행사할 수 있다는 뜻을 특별히 표시하여 상대방에게 당해 행정지도에 따르게 하여서는 아니된다.

91) 제35조 ① 행정지도에 관계하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지, 내용 및 책임자를 분명하게 제시하여야 한다. ② 행정지도가 구두로 이루어지는 경우 상대방이 전항의 사항을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도에 관계하는 자는 행정상 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다. ③ 전항의 규정은 다음에 열거한 행정지도에는 적용하지 아니한다.

1. 상대방에게 현장에서 완료되는 행위를 요구하는 경우 2. 이미 문서(전항의 문서를 포함한다)로 그 당사자에게 통지한 사항과 동일한 내용을 요구하는 경우

92) 제36조 동일한 행정목적을 실현하기 위하여 일정한 조건에 해당하는 복수의 자를 대상으로 행정지도를 하고자 하는 때에는 행정기관은 미리 사안에 따라 이러한 행정지도에 공통되는 내용의 사항을 정하고 또한 행정상 특별한 지장이 없는 한 이를 공표하여야 한다.

1. 행정지도가 상대방의 임의적 협력을 전제로 한다고 하더라도 그것이 행정기관의 적극적인 의사에 기한 행정작용이라는 점에서 그 실효성을 담보하기 위하여, 행정기관의 의사에 대한 존중 의식, 여론, 각종 억제 및 장려적 조치 등 여러 가지 방법을 동원하고 있다. 행정기관은 행정지도 전에 미리 위와 같은 억제 및 장려적 조치를 행할 것을 선언·공표하는 경우도 있고, 그렇지 아니한 경우도 있다.

억제조치로는 상대방이 행정지도에 따르지 아니할 경우에 그 위반사실이나 위반자의 명단을 공개하거나(예; 부동산투기자 명단공개), 세무사찰, 공공시설의 이용거절, 인·허가의 류보, 수도·전기·가스 등의 공급거부, 정부금융기관에서의 융자정지 등의 수단이 있다.

한편 장려적 조치로는 행정지도에 따르는 상대방에게 일정한 이익을 제공하는 방법으로서, 주로 조성적 행정지도에서 사용된다. 구체적으로는 경제적 지원(보조금 지급, 저리융자 알선, 원자재의 알선 등), 기술적 지원(새로운 기술지도, 연수 원조, 기술개발을 필요로 하는 제품의 발주 등), 기타의 편의제공(국·공유지의 우선매각, 인·허가상의 특별지원 등) 등이 있다.⁹³⁾

행정기관은 행정지도를 하면서 위와 같은 조치 중 하나만을 선택하는 경우도 있으나, 억제 또는 장려적 조치를 병용하는 경우도 있다. 최근 문제된 총액임금제의 실시와 관련하여 재정경제원장관과 노동부장관은 사전에 신문지상을 통하여 각종 불이익 조치와 이익 조치를 선언한 바 있는데, 불이익 조치로는 각 금융기관의 운전자금 대출시 여신심사 강화 및 사후관리 철저, 국유재산 신규사용 허가(대부) 배제, 정부발주공사나 물품제조계약 체결시 선급금 지급률

93) 이러한 확보조치에 관하여 자세한 것은 關 哲夫, 전계서, 67면 이하 참조.

을 관련 규정에서 최저치 적용, 공단입주 제한, 할당관세 추천심사 시 적격자 여부 심사 강화, 도로점용허가시 허가우선순위에서 배제, 적정임금 초과분을 가격인상요인으로 불인정하는 조치 등이고, 우대 조치로는 회사채 발행 평점시 가산점 부여, 은행대출 또는 정책자금 지원시 우선지원 및 대출금리 차등적용, 적정임금선 미만으로 인상한 기업에 대하여 적정임금선과의 차액만큼 여신관리상 자구노력으로 인정, 신용보증 지원 우대, 일정기간 세무조사 면제, 적정임금선 이하의 임금인상으로 인한 분규발생업체에 대하여 세금납기연장·징수유예·납기유예 등의 조치가 선언되었다.

2. 불이익 조치의 위법성 여부

가. 위와 같은 불이익 조치가 위법한가에 관하여, 행정지도와 직접적 관련이 없는 억제 내지 유보 조치를 탈법적 조치로서 권한남용으로 보거나 부당결부금지의 원칙에서 위법하다고 보는 견해와 행정목적의 실효성 있는 달성이라는 측면과 행정의 전체로서의 통일성 보장이라는 종합 행정을 지향하는 견지에서 위법하지 않다는 견해가 나뉘어 있다.⁹⁴⁾

나. 인·허가 유보의 적법성

인·허가 유보의 적법성 내지 임의성의 판단기준에 대하여는 다음과 같은 세 가지 견해가 대립되고 있다.

(1) 주권설

허가신청자의 행정지도(대부분 인근 주민과의 갈등의 해소를 위한 행정기관의 협의요망인 경우가 많다)에 대한 불복종 또는 불협력의 의사를 기준으로 하는 견해이다. 위와 같은 의사를 명백히 표시한 경우에는 당해 건축이나 영업의 허가 보류는 거부 처분으로 볼 수 있고, 그러하지 아니한 경우에는 허가처리기간이 지나도 위

94) 박윤훈, 전계서, 551면.

법한 것은 아니라고 본다. 동경고등법원 1979. 12. 24. 판결⁹⁵⁾은 “당해 건축계획을 둘러싸고 건축주와 인근주민간에 이른바 건축분쟁이 발생하여 이를 해결하기 위하여 관계 지방자치단체 또는 행정기관이 행정지도를 행한 경우에, 그 행정지도에 대하여 당해 건축주가 임의로 협력, 복종하고 있다고 인정되는 한, 건축주사가 형식적으로 확인하는 것이 가능하더라도 응답을 유보하는 것은 (건축기준법) 법 제6조 제4항에 준하는 정당한 이유가 있다고 해석함이 상당하다. 건축확인에 관한 행정지도에서 당해 건축주가 행정지도에 임의로 복종할 의사의 유무가 이와 같이 중시되는 것은, 결국 건축주사의 응답기간에 관한 규정이 가지는 목적·취지가 이미 판시한 바와 같은 이상, 위 의사가 결여된 경우에는 법의 취지·목적에 부합한다고 할 수 없고 법 제6조 제4항에 준하는 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없기 때문이다.”⁹⁶⁾라고 판시하여 주관설을 취하고 있다.

(2) 객관설

행정지도에 의한 분쟁의 객관적 가능성이나, 행정지도의 상대방의 불복종의 반사회성, 행정지도의 필요성·공익성이라는 객관적 사정을 기준으로 하는 견해⁹⁷⁾이다. 동경지방법원 1979. 10. 8. 판결은 소규모 택지상의 무분별한 개발억제를 위한 행정지도에 관한 사안에서 “개인과 공공의 이해충돌을 조정하기 위한 권고, 설득, 계발 활동이 행정지도의 방법인 이상, 상당한 정도의 시간이 이에 할당되어 있다고 하여 당연히 행정지도가 위법이 되는 것은 아니고, …… 행정지도의 개제에 의하여 상대방인 원고가 입을 사실상의 불

95) 이 판결은 후술하는 최고재판소 1985. 7. 17. 판결의 원심판결이다.

96) 위 판례체계, 3897의 2~5면.

97) 關 哲夫, 地方行政と争訟, 勁草書房, 1982. 111면.

이익과 행정지도에 의하여 실현하려고 하는 목적의 공익성, 복지성 또는 사회적 필요성을 비교 교량한 경우에, 후자가 명백히 우월하고, 당해 행정지도의 방법·정도가 이를 상대방인 원고에게 수인하게 하여도 불의, 불공평하지 않다는 사회적 타당성을 가진 것일 때에는 그 행정지도는 적법한 것으로 보아야 할 것이다. …… 당해 행정청은 행정지도에 따르지 않는다는 취지의 상대방의 의사표시가 어떠한 이유·근거에 기인하는가, 또한 어느 정도의 기간 동안 그 의사가 지속하고 어떻게 구체적인 행위로써 표명하였는가 등을 종합적으로 판단하여 행정지도를 종료하여야 할 시기를 결정하여야 한다.”⁹⁸⁾고 판시하였다. 또한 행정지도의 적법요건으로서 분쟁의 원만한 해결가능성을, 그 내용으로서 건축계획의 변경가능성을 들면서 그 가능성의 존부는 단지 신청인의 주관에만 기초하여 판단하는 것이 아니라 그 당시 행하여진 행정지도의 경위, 이에 대한 당사자의 대응, 기타 제반 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다고 한 판결⁹⁹⁾도 객관설의 입장에 선 것이라고 하겠다.

(3) 절충설

일차적으로는 허가신청자의 주관적 의사를 기준으로 하여야 할 것이지만, 허가보류가 사회적 상당성을 가지는 경우에는 허가보류가 적법하다고 하는 견해이다.¹⁰⁰⁾ 최고재판소 1985. 7. 16. 판결(이를 품천건축확인유보사건이라 한다)은, 건축주에게 행정지도를 하였음을 이유로 건축확인신청에 대한 처분을 유보하는 경우, “건축주

98) 판례시보 952호, 18면.

99) 동경지방법원 1977. 9. 21. 판결, 판례시보 886호, 15면 이하.

100) 南川詒弘, 判例批評, 民商法雜誌 94권5호 401면; 領木庸夫, 行政指導をために建築確認留保, 法學教室, 62호 101면; 荒秀, 行政指導による建築確認の留保, 行政判例百選Ⅰ(第3版), 別冊ジュリスト 122호, 1993. 4., 206면 이하; 阿部泰隆, 行政指導による建築確認の留保,ジュリスト 845호, 1985. 10. 1. 87면.

가 행정지도에 협력할 수 없다는 취지의 의사를 진지하고 명확하게 표명하고 당해 확인 신청에 대하여 직접 응답할 것을 요구하는 때에는 당해 건축주가 입을 불이익과 위 행정지도가 목적으로 하는 공익상의 필요성을 비교형량하여 위 행정지도에 대한 건축주의 불협력이 사회통념상 정의의 관념에 반한다고 할 수 있는 특단의 사정이 존재하지 아니하는 한, 행정지도가 행하여졌다는 이유만으로 확인처분을 유보하는 것은 위법하다.”고 판시하였다. 위 판결이 절충설을 채택하고 있다는 견해¹⁰¹⁾가 있는 반면에 주관설로 이해하는 견해¹⁰²⁾도 있다.

VI. 행정지도에 대한 권리구제

1. 일반법원에서의 구제

행정상의 구제방법으로는 위법·부당한 행정상의 처분을 바로잡기 위한 행정쟁송과 위법한 행정작용에 의하여 발생한 손해에 대한 손해배상(국가배상), 그리고 적법한 행정작용의 경우에 입은 특별한 희생에 대한 손실보상 등의 방법이 있다. 행정지도에 대한 구제제도도 이와 같은 세 가지 구제 방법을 생각할 수 있다.

가. 행정쟁송에 의한 구제

(1)(가) 행정쟁송, 그 중에서도 특히 항고소송의 대상은 행정청의 처분 등이나 부작위를 대상으로 하고 있는바(행정소송법 제3조 제1호), 처분이란 행정청이 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력

101) 荒 秀, 전개논문; 廣岡 隆, 判例建築基準法, 54면. 阿部泰隆, 전개논문.

102) 久保茂樹, 建築確認と開發指導要綱, 行政法の争點(新版), 290면.

의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다 (행정심판법 및 행정소송법 제2조 제1항 제1호).

(나) 행정처분(Verwaltungsverfügung) 또는 처분이란 개념은 주로 실정법상의 개념으로서, 강학상으로는 행정행위(Verwaltungsakt)라는 용어가 사용되고 있다. 원래 행정행위의 개념은 행정재판의 대상을 정하기 위하여 정립한 도구 개념인데, 현대 복리국가에서 행위형식의 다양화에 대응하여 행정행위 개념의 재구성 필요성에 관하여 견해의 대립이 있다.¹⁰³⁾ 즉, 학문적 의미의 행정행위와 쟁송법상의 처분을 같은 것으로 보아 처분을 국민의 권리 의무에 법적 효과를 미치는 행위에 한정하는 전통적 견해(실체법상 개념설, 행정행위일원설)¹⁰⁴⁾와 현대행정의 적극화·다양화와 더불어 행정소송의 권익구제기능을 중시하여 쟁송법상의 처분개념을 실체법상의 행정행위개념과 별도로 정립하고 처분을 국민 개인의 범익에 대한 사실상의 지배력을 가지는 행위에까지 확대하는 입장(쟁송법상 개념설, 형식적 행정행위설, 행정행위이원설)¹⁰⁵⁾이 있다.

대법원은 “항고 소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, …… 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 되는 행정

103) 이에 대하여는 김향기, 실체법상의 행정행위와 쟁송법상의 처분개념, 월간고시, 1993. 3. 37면 이하; 조용호, 전계논문, 100면 이하 등 참조.

104) 석종현, 전게서, 195면; 홍정선, 전게서, 244면; 강구철, 전게서, 331면; 신보성, 취소소송의 대상과 범위, 고시행정, 1991. 10. 17면 등.

105) 김도창, 전게서, 752면; 김동희, 전게서, 463면; 박윤훈, 전게서, 925면; 이오구, 행정법원론, 1992, 205면; 서원우, 행정처분개념소고, 월간고시 1991. 1., 21면; 김남진, 행정법 I, 721면 등.

처분이 아니다.”¹⁰⁶⁾라고 판시하여 원칙적으로 실체법상 개념설을 취하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 대법원 판결 중에는 “어떤 행정청의 행위가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는가는 그 행위의 성질, 효과 외에 행정소송제도의 목적 또는 사법권에 의한 국민의 권리 보호의 기능도 충분히 고려하여 합목적적으로 판단되어야 한다.”¹⁰⁷⁾라고 하거나 “행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리 의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체·내용·절차·형식에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력 요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 하며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고, 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법치행정의 정도와 국민의 권리의식수준 등은 물론 행위에 관련된 당해 행정청의 태도 등도 고려하여야 한다.”¹⁰⁸⁾고 판시하여 실체법상 개념설에 따른 한계를 극복하고 국민의 권리구제에 충실하려는 움직임도 보이고 있다.

106) 1996. 3. 22. 선고, 96누433판결, 법원공보 1996. 5. 15. 1418면; 1995. 11. 21. 선고, 95누9099 판결, 법원공보 1996. 1. 1. 88면 등 다수.

107) 1984. 2. 14. 선고, 82누730 판결; 동지 1991. 8. 13. 선고, 90누9414 판결 등.

108) 1993. 12. 10. 선고, 93누12619 판결, 법원공보 제961호, 374면; 동지 1989. 9. 12. 선고, 88누8883 판결, 법원공보 1989년, 1487면; 1992. 1. 17. 선고, 91누1714 판결, 법원공보 1992년, 916면.

(다) 그런데 행정지도는 그 자체로서는 국민의 권리 또는 의무에 영향을 미치지 아니하며, 따라서 아무런 법적 효과도 미치지 아니하는 비권력적 사실행위이기 때문에 행정 쟁송의 대상이 될 수 없다는 것이 지배적인 견해이다. 더구나 행정지도에의 순응 여부는 상대방의 임의적인 의사에 달려있기 때문에 공권력의 행사라고 보기 어려우며, 다만 행정지도에 따르지 않은 것을 이유로 하여 어떤 다른 처분, 예컨대 허가나 특허의 취소, 신청의 각하, 보조금의 불교부결정 등이 행하여진 경우 또는 행정지도를 전제로 하여 일정한 처분이 행하여진 경우에는 행정지도의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다룰 수 있다고 한다.¹⁰⁹⁾

그러나 이원설의 입장에서는 행정지도에도 충분히 처분성을 인정하는 것이 가능하다는 견해도 있다.¹¹⁰⁾ 특히 위법한 계고나 경고 등의 행정지도에 의하여 명제·신용 등을 침해받은 경우에 행정지도 자체의 위법성을 다투는 적절한 소송형식이 없는 상황 아래서는 행정지도를 처분으로 보아 항고소송의 제기를 허용하여야 한다는 견해¹¹¹⁾도 유력하다. 또한 행정지도를 다투지 아니하면 시기를 잃거나 회복하기 어려운 손해를 입는 등 충분한 구제 목적을 달성할 수 없는 경우라든가, 법률상 사실상 행정처분의 선행 행위로서 행하여지는 처분과 동일한 내용의 행정지도에 대하여는(예컨대 식품위생법상의 위생지도 및 개선명령) 처분성을 인정하는 것이 합리적이고 합목적적이라는 이유로 처분성을 인정하자는 견해¹¹²⁾도 있다.

(2) 판례

109) 박윤환, 전게서, 556면; 석종현, 전게서, 431면.

110) 兼子 仁, 행정쟁송법, 1973, 278면.

111) 천병태, 전게서, 435면; 山内一夫, 전게서, 159면; 原田尙彦, 訴えの利益, 행정법강좌 3권, 165면.

112) 김성원, 전계논문, 62면.

(가) 우리 나라

1) 처분성을 인정한 사례

우리 나라의 판례 중에도 행정지도에 관한 것이 상당히 있으나 행정지도에 직접 처분성을 인정한 대법원 판례는 없는 것 같다. 다만 공장설립신고가 구 공업배치 및 공정설립에 관한 법률(1994. 1. 7. 법률 제4720호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1항, 공업배치 및 공장설립에 관한 법률시행령 제19조 제1항, 같은 법 시행규칙 제6조 제1항 소정의 형식적 요건을 갖추었다면 시장, 군수, 구청장은 일단 이를 수리하여야 하는 것이고, 만일 신고한 사항이 같은 법 소정의 입지기준에 적합하지 아니하다고 판단된다면 같은 법에서 정한 바에 따라 공장입지의 변경을 권고하거나 입지기준에 적합하도록 시설의 설치를 권고할 수 있고, 이러한 권고를 받은 자가 권고응낙의 통보를 하면 시장, 군수, 구청장은 공장설립신고확인서를 교부하고, 이에 응하지 아니한다면 공장입지의 변경 또는 공장설립계획의 조정을 명할 수 있을 뿐이지 공장설립신고서의 수리 자체를 거부할 수는 없다고 하여 행정지도에 의한 거부를 거부처분으로 본 사례¹¹³⁾가 있고, 토지 일대에 대한 건축제한 및 개발행위 억제조치가 그 구역 안에서 시행할 도시계획을 입안하는 과정에서 행정지침이나 행정지도에 의해서 이루어졌다면, 토지소유자가 그 토지에 관하여 용도에 맞게 이용하기 위한 인·허가 신청을 한 적이 없었고 구역내 다른 토지에 관한 인·허가가 일부 있었다고 하더라도 토지초과이득세법 제8조 제3항 및 같은 법 시행령 제23조 제1호의 소정의 “토지의 취득 후 법령의 규정에 의하여 사용이 금지되거나 제한된 경우에 해당하지 않는다고 단정할 수 없다고 하여 당해 토지에

113) 1992. 6. 26. 선고, 92누1674 판결, 법원공보 제92면, 2301면; 1994. 6. 28. 선고, 93누15922 판결, 법원공보 1994. 8. 1. 973면.

대한 토지초과이득세부과처분을 취소한 사례,¹¹⁴⁾ 행정청이 원고와 농업협동조합중앙회가 토지거래계약신고를 한 데 대하여 농업협동조합중앙회에 대하여 토지등 거래계약체결의 중지를 권고하면서 이를 매수하겠다는 의사를 통보하였고 위 중앙회는 원고에게 그와 같은 중지권고가 있어 계약 체결을 할 수 없으니 납부한 대금을 수령해 가라고 통보를 하였다면 행정청은 원고의 신고에 대하여 직접적으로 신고필증교부의 거부의사를 표명하지는 아니하였으나 계약체결중지권고의 사유 등에 비추어 위 중지권고문의 송달 및 매수의사 통보로써 신고필증을 교부하지 아니하겠다는 종국적인 의사를 표시한 취지임이 명백하다고 할 것이고 이로써 거부처분이 있는 것으로 보는 것이 옳다고 한 사례¹¹⁵⁾ 등이 있다.

2) 처분성을 부정한 사례

판례는 행정지도의 처분성을 인정하지 아니하는 것이 지배적이다. 구체적인 예를 보면, 알선·권유·사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 변동을 일으키지 않는 행위 등은 항고소송의 대상이 될 수 없다고 한 사례,¹¹⁶⁾ 동장이 담장공사의 신청서에 첨부되어야 할 서류가 미비되었다고 그 보완을 요망하고 그 서류의 보완시까지 담장공사를 중지하여 달라는 권고를 한 취지의 담장공사중지 공문을 행정처분이라고 할 수 없다고 한 사례,¹¹⁷⁾ 도지사의 자동차등록번호표와 검사증 반납요구는 관념의 통지이며 권고에 지나지 않으므로 이를 법적 효과를 내

114) 1994. 10. 11. 선고, 93누22326 판결, 법원공보 1994. 11. 15. 980면; 1994. 1. 25. 선고, 93누2995 판결, 법원공보 1994상, 848면; 1994. 3. 25. 선고, 93누17591 판결, 법원공보, 1994상, 1367면.

115) 1992. 9. 14. 선고, 91누8807 판결, 법원공보 1992 제931호, 2907면.

116) 1967. 6. 27. 선고, 67누44 판결.

117) 1974. 12. 26. 고지, 74두5 결정.

는 행정처분이라고 할 수 없으므로 행정소송의 대상으로 삼을 수 없다고 한 사례,¹¹⁸⁾ 해운관청이 선박소유자에게 선원법에 의하여 진정서 처리결과 통보라는 형식으로 그 소속선원들이 선원법 제52조 소정 사유가 아닌 퇴직의 경우에도 선원법 제128조에 의하여 준용되는 근로기준법 제28조에 의거한 퇴직금을 지급할 것을 지시하였다면 그 처분은 선박소유자의 구체적인 권리 의무에 직접 변동을 초래하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 볼 수 없고 퇴직금지급에 관한 권고적 성질을 가진 처분이라고 한 사례,¹¹⁹⁾ 세무당국이 소외 회사에 대하여 원고와의 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 권고 내지 협조를 요청하는 권고적 성격의 행위로서 항고소송의 대상이 될 수 없다고 한 사례,¹²⁰⁾ 상대농지전용허가를 받음이 없이 상대농지를 육우 및 양계를 위한 시설의 용지로 전용하였다는 이유로 피고 군수가 원고에게 원상복구명령과 계고처분을 하고 그 후 앞서의 계고처분에 의한 원상복구의무의 이행기한을 같은 해 유예한 다음 다시 원고에게 통지한 “원상복구촉구”의 공문은 선행된 원상복구명령 및 계고처분에 의하여 부담하고 있는 원상복구의무의 이행을 촉구 내지 권고하는 취지로서 그 자체로서는 원고에 대하여 어떤 법률적 의무를 부담시키는 법적 효과가 발생하는 것이 아니므로 이를 독립된 행정처분이라고 할 수 없다고 한 사례,¹²¹⁾ 노동부 서울지방사무소장이 여행사를 상대로, 관광안내업을 종전과 달리 자동차여객운수업으로 분류 변경하여 차액의 보험료를 부과하니 양해하고 납부하기 바란다는 내용의 보험료율 일률적용통지를 한 경우, 이는 산업재해보상보험법시행령 소정의 보

118) 1978. 9. 26. 선고, 78누265 판결, 법원공보 597호, 11093면.

119) 1980. 10. 14. 선고, 78누379 판결, 법원공보 제646호, 13330면.

120) 1980. 10. 27. 선고, 80누395 판결, 법원공보 제647호, 13374면.

121) 1981. 10. 13. 선고, 80누158 판결, 법원공보 제669호, 14446면.

협료 조사징수통지를 함에 있어서 그 통지를 하게 된 경위를 설명하고 원고의 이해와 납부를 바라는 이른바 사실상의 통지 내지 권고행위에 지나지 않는 것으로서 행정소송의 대상이 되지 않는다고 한 사례,¹²²⁾ 근로기준법상의 재해보상에 관한 사항에 대한 노동위원회의 심사나 중재에 관한 결정은 행정처분이 아니고 권고적 성질을 가진 행위에 불과하다고 한 사례,¹²³⁾ 구청장이 도시재개발구역내의 건물소유자에게 건물의 자진철거를 요청하는 내용의 공문을 보냈다고 하더라도 그 공문의 내용이 철거명령이 아님이 분명하고 재개발사업에의 협조를 요청함과 아울러 자발적으로 협조하지 아니하면 법에 따른 강제집행이 행하여짐으로써 건물소유자가 입을지도 모를 불이익에 대한 안내로 되어 있고, 구청장이 위 공문을 발송한 후 건물소유자로부터 취소요청을 받고 위 공문이 강제철거지시가 아니고 자진철거의 협조를 요청한 것이라고 회신한 바 있다면 법치행정의 현실 및 일반적인 법의식수준에 비추어 볼 때 외형상 행정처분으로 오인될 염려가 있는 행정청의 행위가 존재함으로써 상대방이 입게 될 불이익 내지 법적 불안도 존재하지 않는다고 볼 것이므로 이를 행정소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다고 한 사례,¹²⁴⁾ 공무원이 범법행위를 저질러 수사기관에서 조사를 받는 과정에서 사직을 조건으로 내사종결하기로 하고 수사기관과 소속행정청의 직원 등이 당해 공무원에게 사직을 권고, 중용함에 있어 가사 이에 불응하는 경우 형사입건하여 구속하겠다고 하고 또한 형사처벌을 받은 결과 징계파면을 당하면 퇴직금조차 지급받지 못하게 될 것이라고 하는 등 강경한 태도를 취하였더라도 이는 범법행위에 따른

122) 1982. 9. 14. 선고, 82누161 판결, 법원공보 제692호, 971면.

123) 1982. 12. 14. 선고, 82누448 판결, 법원공보 제698호, 297면.

124) 1989. 9. 12. 선고, 88누8883 판결, 법원공보 제859호, 1487면.

객관적 상황을 고지한 것에 불과하고 공무원 자신이 그 범법행위로 인하여 징계파면이 될 경우 퇴직금조차 받지 못하게 될 것을 우려하여 사직서를 작성, 제출한 것이라면 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 사직중용사실만으로는 사직의사결정이 강요에 의한 것으로 볼 수 없다고 한 사례,¹²⁵⁾ 공무원이 소속 장관으로부터 받은 “직상급자와 다투고 폭언하는 행위 등에 대하여 엄중 경고하니 차후 이러한 사례가 없도록 각별히 유념하기 바람”이라는 내용의 서면 경고는 근무충실에 관한 권고 행위 내지 지도행위로서 그 때문에 공무원으로서의 신분에 불이익을 초래하는 법률상의 효과가 발생하는 것도 아니므로 국가공무원법상의 징계처분이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 본 사례,¹²⁶⁾ 행정청이 택시운송사업자에 대하여 사업용자동차를 증차배정한 조치는 자동차운수사업법에 따라 당해 자동차운송사업자에 대하여 증차를 수반하는 자동차운송사업계획의 변경인가 신청을 권유하는 내용을 결정 통보한 것에 지나지 않고, 이로써 운송 사업자의 권리 의무나 기타 법률상 효과에 직접적인 변동을 가져오는 것이라고 볼 수 없어 행정처분이라고 할 수 없다고 한 사례,¹²⁷⁾ 의료보험연합회의 요양기관 지정취소에 갈음하는 금전대체부담금 납부안내라는 공문은 비록 행정청의 행위라 해도 그것이 아무런 법적 근거가 없어 국민의 권리 의무에 직접 어떤 영향을 미치는 행정처분으로서의 효력을 발생할 수 없고, 그 내용도 상대방에게 공법상 어떤 의무를 부과하는 것으로 보이지 아니하며, 그것을 행정처분으로 볼 수 있느냐 하는 문제에 대한 불안도 존재하지 아니한다고 볼 것이므로 이를 행정처분이라고 할 수 없다

125) 1990. 11. 27. 선고, 90누257 판결, 법원공보, 제888호, 240면. 동지 1992. 6. 9. 선고, 92누558

판결, 법원공보 1992년, 2158면.

126) 1991. 11. 12. 선고, 93누11999 판결, 법원공보 제956호, 2978면.

127) 1993. 9. 24. 선고, 93누11999 판결, 법원공보 제956호, 2978면.

고 한 사례,¹²⁸⁾ 교육부장관이 내신성적 산정기준의 통일을 기하기 위해 대학입시기준계획의 내용에서 내신성적 산정기준에 관한 시행 지침을 마련하여 시·도교육감에서 통보한 것은 행정조직 내부에서 내신성적 평가에 관한 내부적 심사기준을 시달한 것에 불과하며, 각 고등학교에서 위 지침에 일률적으로 기속되어 내신성적을 산정할 수밖에 없고 또 대학에서도 이를 내신성적으로 인정하여 입학생을 선발할 수밖에 없는 관계로 장차 일부 수험생들이 위 지침으로 인해 어떤 불이익을 입을 개연성이 없지는 아니하나, 그러한 사정만으로서 위 지침에 의하여 곧바로 개별적이고 구체적인 권리의 침해를 받은 것으로서는 도저히 인정할 수 없으므로, 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다고 한 사례,¹²⁹⁾ 정부투자기관관리기준법 제21조의 규정에 따른 경제기획원 장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보는 정보투자기관의 경영합리화와 정부투자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당할 뿐 그 자체만으로는 직접적으로 국민의 권리, 의무가 설정, 변경, 박탈되거나 그 범위가 확정되는 등 기존의 권리상태에 어떤 변동을 가져오는 것이 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 한 사례,¹³⁰⁾ 건축법 제69조 제2항, 제3항의 규정에 비추어 보면, 행정청이 위법 건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법 건축물에 대한 전기·전화공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것

128) 1993. 12. 10. 선고, 93누12619 판결.

129) 1994. 9. 10. 선고, 94두33 결정, 법원공보 1994. 11. 1. 979호, (64).

130) 1993. 9. 14. 선고, 93누9163 판결, 법원공보 1993하, 2817면; 동지 1993. 4. 12. 선고, 93두2 결정, 법원공보 1993상, 1312면.

은 아니므로 이를 항고 소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다고 한 사례¹³¹⁾ 등이 있다.

(나) 일본

1) 처분성을 인정한 사례

일본의 행정처분의 개념도 우리 나라의 행정처분 개념과 동일하므로 항고 소송에서 행정지도의 처분성을 인정하기 어려운 점이 있다. 따라서 행정지도가 항고 소송의 대상이 되어 취소된 예는 별로 많지 아니하고 특히 최고재판소 판례는 찾아볼 수 없다. 하급심 판결 중에는, 호적등초본 교부청구에 대하여 구청장이 상당한 기간 이를 교부하지 아니한 것을 단순히 행정지도가 계속 중이라고 보는 것은 상당하지 아니하고 실질적으로 거부처분을 행한 것이라고 본 사례,¹³²⁾ 경찰서장이 영업보관의무위반 및 불법소지사실이 있었다는 이유로 새로운 영업소지허가신청을 취하하도록 행정지도를 하였으나 상대방이 거절하자 보복적 조치로서 종전의 영업소지허가를 취소한 처분은 위법한 하자가 있다고 한 사례,¹³³⁾ 자위관의 퇴직신청에 기하여 퇴직승인처분이 발령되었으나, 위 신청은 상사의 강박에 기한 것으로서 위 자위관이 이를 취소한다는 의사표시를 함으로써 위 신청은 소급하여 없었던 것으로 되기 때문에 위 퇴직승인처분은 취소를 면할 수 없다고 한 사례,¹³⁴⁾ 생활보호법 제62조 제1항은 피보호자에 대하여 동법 제27조 제1항에 기한 지도지시에 따라야 할 의무를 부과하고 의무위반에 대하여는 보호시설기관이 보호의 변경, 정지 또는 폐지라는 불이익처분을 부과하는 방법에 의하여 위

131) 1995. 11. 21. 선고, 95누9099 판결, 법원공보 1996. 1. 1. 88면; 동지 1996. 3. 22. 선고, 96누

433 판결, 법원공보, 1996. 5. 15. 1418면.

132) 신호가사심판 1975. 1. 22. 판결, 위 판례체계, 3887면.

133) 동경고등법원 1976. 1. 26. 판결, 위 판례체계, 3889면.

134) 동경지방법원 1982. 12. 22. 판결.

지도지시의 내용을 강제적으로 실현하는 수단이 예정되어 있으므로 위 의무는 구체적인 법적 의무라고 하여야 할 것이고, 따라서 예저금의 일부를 조위 이외의 목적으로 지출하는 것을 금지하는 지도지시는 행정처분에 해당한다고 한 사례¹³⁵⁾(그러나 이 판결은 상대방이 지도지시에 따라야 할 법적 의무를 진다는 점에서 엄밀하게 행정지도의 처분성에 관한 판결이라고 보기 어려운 면이 있다) 등이 있다.

한편 행정지도에 따르지 않았다는 이유로 수익적 처분의 신청에 대하여 상당기간 응답하지 아니한 것은 위법한 부작위를 구성한다고 한다.¹³⁶⁾ 이와 관련하여 동화대책사업의 일환으로 마련된 진학장려금교부신청에 대하여 교육장이 부락해방동맹을 경유하도록 지도하고, 위 지도에 따르지 아니한 신청에 대하여는 응답하지 아니한 부작위를 위법하다고 확인한 사례,¹³⁷⁾ 건축주와 현건축주 사이에 현의 행정지도가 이루어질 때까지는 건축확인신청서를 수리하지 않겠다는 합의가 있었다고 하더라도 건축주가 행정지도에 불협력, 불복종의 의사를 표명하고 있는 경우에는 당해 건축확인처분의 유보는 건축주가 받을 불이익과 행정지도가 목적으로 하는 공익상의 필요성을 비교형량하여 행정지도에 대한 건축주의 불협력이 사회통념상 정의를 관념에 반한다고 하는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 한 위법하다고 판시한 사례¹³⁸⁾ 등이 있다.

2) 처분성을 부정한 사례

노동기준감독서장이 사용자에 대하여 해고 예고시 임금지불할 것

135) 추전지방법원 1993. 4. 23. 판결, 위 관례체계, 3897의 29면.

136) 關 哲夫, 전게서, 109면.

137) 복강고등법원 1981. 7. 28. 판결.

138) 갑부지방법원 1992. 2. 24. 판결, 판례타임즈 789호, 134면; 梅村明剛, 行政指導と建築確認の留保, 평성4년 행정관계판례해설, 행정판례연구회편, 1994, 300면.

을 지시한 것은 항고 소송의 대상이 되지 아니한다고 한 사례,¹³⁹⁾ 보험의의 감독기관인 지사가 후생성통첩에 기하여 보험의에 대하여 한 계고는 행정사의 지도감독조치이고, 상대방의 명예·신용을 해치는 것이라고 하더라도 상대방에 대하여 아무런 법적 효과를 발생하지 아니하기 때문에 행정처분이라고 할 수 없다고 한 사례,¹⁴⁰⁾ 현재량검정소장이 통산성국장통첩에 기하여 행한 함수척의 제조중지권고는 상대방의 권리의무에 아무런 영향을 미치지 아니하여 행정청의 공권력행사로 인정되지 않는다고 한 사례,¹⁴¹⁾ 재단법인의 기부행위에 “이 법인의 해산은 문부대신의 허가를 받아야 한다”고 규정되어 있는 경우에 위 규정에 기한 문부대신의 허가는 이른바 행정지도의 일종에 불과하여 항고소송의 대상이 될 수 없다고 한 사례,¹⁴²⁾ 도로운송법에 기한 허가를 받지 아니하고 사업을 휴지한 일반자동차운송업자에 대하여 육운국장이 조속히 사업의 휴폐지허가절차를 취하든가 아니면 사업을 재개하라고 경고한 행위는 이른바 행정지도에 해당하고, 위 위법상태를 시정하고 수송질서를 확보하기 위한 경고로서의 의미를 가지는 사실행위로서 상대방의 권리의무에 영향을 미치는 법률적 효과를 발생하지 않는다고 한 사례,¹⁴³⁾

139) 옹본지방법원 1951. 5. 7. 판결.

140) 최고재판소 1962. 6. 4. 판결. 實井 力編, 자료 현대행정법1, 1991, 114면. “앞에 나온 감사요강에 의하면, 감사후의 조치로는 사안의 경중에 따라 지정취소, 계고 및 주의지도의 3종류가 예정되어 있고 지정취소는 ‘고의로 부정 또는 부당한 진료, 보수청구를 행한 것’외에 계고 사유인 ‘중대한 과실에 의한 부정 또는 부당한 진료, 보수청구’를 자주 한 것에 대하여 행해지는 것이기 때문에 계고이유가 중첩됨으로써 더욱 불이익한 지정취소를 받을 우려가 있는 것은 수긍할 수 있다고 하더라도, 계고를 받은 자체는 지정취소의 사유로는 되지 아니한다.”고 판시하고 있다.

141) 동경지방법원 1971. 11. 8. 판결. 다만 이 판결에서는 제조중지권고 등의 조치에 의하여 구매계약의 해약이라는 불이익을 입었기 때문에 위 권고의 근거가 된 통첩을 취소할 수 있다고 판시하였다. 鈴木庸夫, 行政指導をめぐる判例の動向, JURIST 제741호 1981. 6. 1. 49면 주(2) 참조.

142) 동경지방법원 1974. 7. 22. 판결.

경찰서장이 촉법소년으로 통고한 아동에 대하여 아동상담소의 담당 직원이 행한 면접지도는 행정처분이 아니라고 한 사례,¹⁴⁴⁾ 호텔을 건축하려고 하는 자는 건축확인신청절차 전에 시장의 동의를 받아야 한다는 내용의 건축지도요강에 기한 시장의 동의는 행정지도의 일환으로 이루어진 것에 불과하고 행정처분이 아니라고 한 사례,¹⁴⁵⁾ 특별구장이 동화생업자금대부사업실시요강에 기한 자금대부신청에 대하여 위 요강에 정한 부락해산동맹지부의 추천서를 첨부하지 않았다는 이유로 이를 거부한 행위는 행정처분이 아니라고 한 사례,¹⁴⁶⁾ 시장이 개발지도요강에 기하여 공동주택부대형점포용건물을 건축하려는 사업자에 대하여 시장의 동의 및 건물건축승인을 받도록 한 경우에 위 요강은 계획적이고 환경양호한 시가지 조성을 위한 것으로서 사업자의 임의적인 동의 내지 협력에 의한 작위 또는 부작위를 기대하는 행정지도로서 행정처분이 아니라고 한 사례¹⁴⁷⁾ 등이 있다.

나. 손해배상

행정지도의 상대방이 그로 인하여 손해를 입은 경우에 국가 등에 대하여 배상을 청구할 수 있는지 문제가 된다.¹⁴⁸⁾ 이 경우에 ① 특정 행정지도가 국가배상법 제2조 제1항의 “직무”에 해당하는가, ② 당해 행정지도가 위법성을 가지는가, ③ 당해 행정지도와 손해발생간의 상당인과관계가 있는가 하는 문제가 있다. 국가배상법 제2조 제1항의 “직무”의 범위에 관하여는 협의설, 광의설, 최광의설 등이

143) 선대지방법원 1977. 5. 16. 판결, 위 판례체계, 3858면.

144) 우도공지방법원 1984. 11. 15. 판결.

145) 신호지방법원 1985. 3. 25. 판결, 위 판례체계, 3897의 17면.

146) 동경지방법원 1985. 6. 27. 판결.

147) 대판지방법원 1983. 9. 29. 판결, 위 판례체계, 3895의 12면.

148) 행정지도와 손해배상에 관하여는 鈴木庸夫, 行政指導と國家賠償責任, 國家補償法大系 2, 일
본평론사, 1987, 149면 이하 참조.

있으나, 통설이나 판례¹⁴⁹⁾는 권력적 작용은 물론 비권력적 작용(관리행위)도 포함시키는 광의설을 취하고 있으므로 행정지도가 공무원의 직무집행에 해당한다고 인정하는 데에는 어려움이 없다. 그러나 행정지도의 위법성과 공무원의 고의·과실 및 행정지도와 손해와 간의 상당인과관계 등에 관한 입증은 필요로 한다.

특히 상당인과관계의 입증에 있어서 행정지도에 대한 상대방의 판단(임의성)이 개재되어 있기 때문에 이를 어떻게 평가하여야 할지 문제된다. 즉, 행정지도가 비권력적 행정작용이라는 이유는 그 내용의 궁극적 실현이 상대방의 임의적 동의 내지 협력에 기초하고 있기 때문이며, 따라서 상대방에게 행동선택의 임의성이 있어서 그의 자유로운 판단에 따라 손해의 발생가능성을 인식하면서도 위법한 행정지도에 따른 경우에는 “동의를 불법행위의 성립을 조각한다.”는 법원칙에 의하여 인과관계가 인정되지 아니하기 때문이다. 결국 이 문제는 국가배상제도의 취지·목적에 비추어 보면서 합목적적으로 검토하여야 할 것이지만 실제 문제로서는 명확하게 판단하기 어려운 경우가 많을 것이다.¹⁵⁰⁾

(1) 직무에 관한 판례

행정지도로 손해 배상을 인정한 우리 나라의 사례는 많지 않다.

149) 대법원은 처음에는 최광의설을 취하였으나(1957. 6. 15. 선고, 4290민상118 판결; 1974. 11. 12. 선고, 74다997 판결 등) 그 후 광의설을 취하고 있는 것이 지배적이다(1962. 2. 28. 선고, 4294민상898 판결; 1962. 3. 15. 선고, 4294민상1083 판결; 1969. 4. 22. 선고, 68다2225 판결; 1970. 7. 28. 선고, 70다961 판결; 1970. 11. 24. 선고, 70다1148 판결; 1971. 4. 6. 선고, 70다2955 판결; 1975. 6. 10. 선고, 74다1379 판결; 1980. 9. 24. 선고, 80다1051 판결 등). 일본에서도 마찬가지로 한다. 關 哲夫, 전거서, 92면.

150) 鹽野 宏, 行政指導 -その法的側面-, 행정법강좌 제6권, 1981. 28면 주 25).

김성원 교수는 행정지도의 행사 실태에 있어서 상대방이 이에 의거하지 않을 수 없는 객관적 사정의 존재가 인정되는 경우라든가, 이것을 신뢰하여 행동한 것이 당연하다고 생각되는 상황이 존재하며 게다가 현실로서 신뢰에 기한 행동으로부터 손해가 발생한 경우에는 인과관계를 인정된다고 한다. 동 교수, 전거논문, 65면.

서울민사지방법원 1989. 9. 26. 88가합4039 판결은, 권력층의 비리를 폭로한 도서에 대하여 문화공보부가 법령의 근거도 없이 출판업자 및 시중서점에 도서의 판매금지중용을 한 것은 불법행위를 구성할 뿐만 아니라 출판업자 등이 위 도서의 시판불능으로 입은 손해와 상당인과관계가 있다고 판시하였다.¹⁵¹⁾

일본에는 행정지도로 입은 손해의 배상에 관한 판결이 상당히 많은데, 행정지도가 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례¹⁵²⁾와 해당하지 않는다고 한 사례가 있다. 공권력의 행사에 해당한다고 한 판결 중에는 다음과 같은 것이 있다.

(가) 공권력의 행사를 인정한 경우

1) 광의설을 취하여 행정지도가 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례

풍치지구내에 주유소를 건설하려는 상담에 대하여 시담당자가 종래의 방식으로는 어렵다고 일반적인 설명을 하였기 때문에 상담자가 단념을 하였으나, 그후 다른 회사가 동일한 토지 위에 시의 허가를 얻어 종래 방식으로 주유소를 건설하자 상담자가 국가배상을 청구한 사안에서 위와 같은 행정지도는 공권력의 행사에 해당한다고 하면서도 배상청구는 기각한 사례,¹⁵³⁾ 이른바 마네킹소개사업을 경영하는 회사의 대표이사가 마네킹노동자의 인재리스업을 경영하는 별개의 회사를 설립하였으나, 도로동국직원이 위 별개의 회사는 직업안정법에 위반될 우려가 많다는 이유로 그 사업내용을 대폭 변경하도록 한 행정지도는 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례¹⁵⁴⁾가

151) 법률신문 제1884호(1989. 10. 26.), 8면.

152) 일본 국가배상법 제1조 제1항은 “국가 또는 공공단체의 공권력의 행사를 담당하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어서 고의 또는 과실로 위법하게 손해를 가한 때에는 국가 또는 공공단체는 이를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있다.

153) 경도지방법원 1972. 7. 14. 판결.

있고, 산업폐기물을 다른 현에 반출하도록 지시한 행위,¹⁵⁴⁾ 건축확인신청을 하려고 하는 자에 대하여 시담당자가 위 신청의 수리를 유보하면서 택지개발지도요강에 기한 개발협력금을 납부하도록 요구한 행위¹⁵⁶⁾도 공권력의 행사에 해당한다고 보았다.

2) 행정지도 자체는 법적 강제력이 없으나 상대방에 대한 사실상의 강제력을 가진다는 이유로 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례
건축주사가 건축주와 인근 주민간에 발생한 건축분쟁을 해결하기 위하여 건축확인신청에 대하여 유보하면서 설계변경 등의 행정지도를 하여 법정기한에 응답하지 아니한 경우, 건축확인이라는 행정기관 고유의 권한을 배경으로 하고 있는 행정지도는 통상 상대방에 대한 사실상의 강제적 요소가 객관적으로 존재한다고 하여야 할 것이므로, 이러한 행정지도가 사회통념상 상당한 방법과 양태로 이루어지고 그로써 달성하려고 하는 행정목적이 전체 법질서에 비추어 적법하고 상당하다고 인정된다는 적법요건을 충족하지 못하는 경우에는 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례,¹⁵⁷⁾ 국가가 광역지방자치단체장을 통하여 시정촌에 대하여 한 권장애방접종에 관한 행정지도는 사실상의 강제력이 있기 때문에 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례¹⁵⁸⁾ 등이 있다.

3) 상대방에 대하여 규제적 처분권한이 뒷받침되어 있는 경우

경찰관이 콘돌·텔린저라는 모의권총이 총포에 해당한다고 오인

154) 동경지방법원 1981. 2. 27. 판결.

155) 대판지방법원 1985. 5. 24. 판결.

156) 대판지방법원 1987. 2. 25. 판결.

157) 동경지방법원 1977. 9. 21. 판결, 위 판례체계 3860면.

158) 동경지방법원 1977. 1. 31. 판결, 위 판례체계 3857면; 같은 법원 1984. 5. 18. 판결; 명고옥 지방법원 1985. 10. 31. 판결; 대판지방법원 1987. 9. 30. 판결, 판례타임즈 649호, 147면; 동경고등법원 1992. 3. 30. 판결, 판례타임즈 801호, 120면 등. 위 판결 가운데 명고옥지방법원 판결을 제외하고는 행정지도 자체에는 과실이 없다는 이유로 국가의 배상책임은 인정하지 아니하고, 다만 지방자치단체의 배상책임은 인정하였다.

하여 그 제조자에 대하여 제조 및 판매 중지를 지도한 경우, 위와 같이 법령상의 근거를 배경으로 한 행정지도는 상대방이 불복종하면 법령에 기한 강제처분(강제수사)으로 이행할 수 있어 그 행정지도에 상대방이 따르지 않을 수 없기 때문에 공권력의 행사에 해당한다고 보아야 하고, 이는 국가통치권에 기한 우월적인 의사표시의 예비적 단계로서 행하여 진 것이라고 한 사례(이른바 콘돌·텔린저 사건)¹⁵⁹⁾가 있다.

4) 직무에 밀접하게 관련되어 있다고 하여 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례

통산국장이 시굴권의 설정등록에 있어서 출원자에 대하여 조업주의 사항에 관한 서면을 교부한 행위는 위 국장의 직무와 밀접한 관련이 있으므로 공권력의 행사에 해당한다고 한 사례¹⁶⁰⁾가 있다.

(나) 공권력의 행사를 부정한 사례

시가 공영주택단지계획에 수반하여 특정인에 대하여 부근의 공중목욕탕을 건설할 것을 요망하였다가 위 계획이 폐지됨으로써 이를 신뢰하고 공중목욕탕을 건설한 자가 손해를 입은 경우, 위 폐지는 공권력의 행사에 해당하지 않기 때문에 국가배상법상의 배상책임은 없고 민법상의 불법행위책임만을 발생한다고 한 사례(앞에 나온 응분지방법원옥명지부 1969. 4. 30. 판결 참조), 시가 관광행정과 지방산업진흥을 목적으로 유료수업지구를 설정하여 도시에서 업사를 유치한다는 계획을 세우고 시의 담당과장이 특정인에 대하여 평양식 사업을 할 것을 지도하고 그 자가 다액의 자금을 투자하여 위 사업에 착수하였으나 주민과 시의회의 반대로 사업계획에 폐지됨으로써 손해를 입은 경우 위 사업계획폐지는 공권력의 행사에 해당하지 아

159) 동경지방법원 1976. 8. 23. 판결, 위 판례체계 3856면.

160) 동경지방법원 1966. 6. 10. 판결, 위 판례시보 468호, 9면.

니한다고 한 사례,¹⁶¹⁾ 현이 개인이 보유하는 분노저장소에 대한 안전대책을 행정지도한 것은 시민에 대한 서비스로서 행한 것이기 때문에 제3자에 대한 관계에서 공권력의 행사라고 볼 수 없다고 한 사례¹⁶²⁾ 등이 있다.

(2) 위법성에 관한 판례

(가) 행정지도가 위법하다고 한 것으로는 당해 행정기관의 권한 외의 행위로 이루어진 경우(조직법상 한계일탈), 그 수단 또는 내용이 실정법이나 조리 등 법의 일반 원칙에 위반하여 현저히 불합리하다고 인정되는 경우 등이 있다.¹⁶³⁾ 일본의 최고재판소는 앞에서 본 1984. 2. 24. 판결에서 작용법에 직접 근거가 없는 행정지도라도 이를 필요로 하는 사정이 있는 경우 이에 대처하기 위하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 이루어지고, 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉하지 아니하는 한, 이를 위법이라고 하여야 할 이유는 없다고 판시하였다. 한편 행정객체가 당해 행정지도를 거부하여 그에 따를 의사가 없음을 표명하고 있음에도 그 의사에 반하여 사실상 강제적으로 어떠한 행위를 할 것을 요구하는 행정지도는 위법하다고 하여야 할 것이라고 판시한 판결¹⁶⁴⁾도 있다.

법령에 위반되는 내용의 행정지도로서는, 호텔건축을 계획하고 있는 자에 대하여 그 예정부지가 국립공원특별구역내이어서 호텔건축이 불가능함에도 불구하고 건축이 가능하다고 교시한 경우¹⁶⁵⁾와 위 콘돌 텔린저사건 등이 있다.

또한 행정지도의 양태가 위법하다고 한 것으로는, 행정지도가 상

161) 고지지방법원 1982. 6. 10. 판결, 그러나 평양식에 대한 협력요청, 앞선지도행위는 공권력의 행사에 해당한다고 판시. 주 77) 참조.

162) 포화지방법원 1981. 4. 22. 판결.

163) 대관지방법원 19985. 5. 24. 판결.

164) 대관지방법원 1991. 1. 25. 판결, 위 판례체계 3863의 64면.

165) 조취지방법원 1980. 1. 31. 판결.

대방에 대한 강박이라고 인정한 경우가 있는데, 특히 일본에서는 지방자치단체가 지도요강으로 일정한 부담을 정하고 이에 따라 행정지도를 하는 경우에 특히 분쟁이 많이 발생하였다. 이에 관하여는 따로 항을 나누어 설명한다.

(나) 지도요강에 관한 문제점¹⁶⁶⁾

1) 현대 국가의 특유한 현상이라고 할 수 있는 급속한 도시화 현상은 여러 가지 문제를 야기하고 있으며, 특히 고층건물의 난립으로 말미암아 교통, 일조권, 통풍, 쓰레기 처리 등의 환경문제가 발생으로 생활권, 환경권 등을 보호하려는 지역주민들의 주민운동이 활발하게 전개되면서 건축주와 주민간의 대립이 첨예화되었다. 한편 현대국가의 행정은 법치행정의 원칙에 따라 행정객체, 즉 각종 신청인의 권리를 보호하여야 하는 반면에, 국민의 건강과 생활환경을 중시하고 이를 위하여 적극적으로 노력하여야 하는 책임을 지는 것이다.¹⁶⁷⁾ 그러나 이와 같은 요구에 대하여 법률이나 조례가 유동적인 모든 사항을 임기응변적으로 규율할 수는 없고, 그것이 가능하다 하더라도 법규의 제정이나 개정에는 상당한 시간이 필요하며, 각 지역의 특색을 반영하기가 어렵다는 등의 이유로 지도요강을 제정하여 이에 대처하고 있다.

이에 따라 지방자치단체는 주민의 쾌적한 환경을 보호하고 도시

166) 指導要綱에 관하여는 宇賀克也, 要綱行政 - 負擔金を中心として, *ジュリスト* 880호, 1987.

3. 15. 106면, 要綱と開發行政, *判例タイムズ* 639호, 1987. 9. 1. 60면; 原田尙彦, 地方自治團體の指導行政 - 建築紛争を素材にして-, *ジュリスト* 713호, 1980. 4. 1. 87면; 大橋洋一, *ジュリスト* 1046호, 平成5年度 重要判例解説, 臨時増刊 6月10日號, 45면; 鈴木庸夫, 指導要綱の不遵守と届出書の返戻措置, *ジュリスト* 平成3年度 重要判例解説, 臨時増刊 6月10日號, 38면 등 참조.

167) 이러한 기관위임사무로서의 지방자치단체의 책무와 주민의 환경권 등 행복추구권과의 충돌을 今村成知 교수는 이중성으로 표현하고 있다. 동 교수, 행정지도와 인권, 한일'법과의 사회' 연구회편, 법과 사회 연구 제7집, 34면.

인구급증에 대한 공공시설의 정비를 위한 재정수입 등을 목적으로 개발업자에게 공공시설 정비 의무를 부과하거나, 용지·부담금의 제공을 요구하고, 그 확보수단으로 각종 인·허가(예컨대 일본에서는건축확인)의 류보, 수도·전기·가스 등의 공급거부, 도로점용허가의 유보 등의 수단을 사용하고 있는바, 그 과정에서 행정지도의 상대방과의 분쟁이 발생하는 예가 흔하다.

2) 지도요강의 법적 성질

지도요강의 법적 성질에 대하여는 이미 관습법화 되었다는 견해¹⁶⁸⁾와 지도요강은 자치단체의 집행부 내부에서 책정된 행정의 내부적인 사무취급기분에 불과하고, 국민에게 협력을 요청하는 통일적인 지침이 되는 것이지만 국민을 법적으로 구속하는 힘을 인정하는 것은 곤란하고 적어도 행정지도의 상대방의 임의적 동의가 필요하다고 하는 견해가 나뉘어 있으나 후자가 통설·판례이다.¹⁶⁹⁾

3) 지도요강과 손해배상

위와 같은 지도요강에 기한 건축확인의 유보, 각종 의무부과로 인하여 손해를 입은 경우에 손해배상을 청구할 수 있는지에 관하여 이를 인정한 경우와 인정하지 아니한 경우가 있다. 특히 건축주가 각종 부담금을 지출한 경우에는 이를 강박에 의한 의사표시로 취소하고 부당이득의 반환을 구하는 경우와 국가배상을 청구하는 경우가 있다. 그러나 청구가 인용된 경우는 많지 아니하다.

168) 吉田善明, 要綱行政の意義と展望, 법조시보 51권7호, 31면.

169) 동경지방법원 1977. 9. 21. 판결; 동경고등법원 1985. 3. 26. 판결; 原田尚彦, 要綱行政의 限界, 법학교실 46호 20면, 대판지방법원 1986. 9. 26. 판결은 지도요강에 의한 개발협력금의 납부와 관련하여, “본건 지도요강이 관습법이라는 취지의 주장에 대하여 보건대, 어떤 관행이 관습법이 되기 위하여는 사회에서 법적 확신에 의하여 지지되는 것이 필요하다고 해석되는바, 전기 인정사실에 기초하여 생각하면 본건 지도요강이 법적 확신에 의하여 지지되기에 이르렀다고는 인정되지 아니한다”라고 판시하고 있다. 위 판례체계 3927의 5면.

a. 청구를 인용한 경우

독실목욕탕업허가신청에 대하여 주민의 반대운동이 거세자, 산형 현이 부근에 아동유원지의 설치를 인가(반경 200미터 내에서 풍속 영업 금지됨)하고 목욕탕경영자에 대하여 60일간 영업정지명령을 함과 동시에 풍속영업취체법위반으로 기소하였던 바, 경영자가 현에 대하여 손해배상청구소송 제기하여 승소하고 형사사건도 무죄가 선고된 사례,¹⁷⁰⁾ 집단행진 허가 신청에 대하여 그 주최자와 경비담당자 사이에 이루어진 이른바 사전절충은 권고에 기하여 자주적 변경을 전제로 하는 행정지도로서, 권고에 따르지 아니하였다고 하여 허가신청서의 수리를 거부할 수는 없다고 한 사례,¹⁷¹⁾ 주민의 양호한 생활환경을 유지하기 위한 개발협력금의 납부를 사실상 강제한 행정지도는 위법으로서 손해 배상을 인정하면서, 독실목욕탕업의 개업저지를 목적으로 한 아동유원지의 설치인가는 행정권의 남용이므로 공권력의 위법한 행사이고 독실목욕탕영업을 규제할 수 없다고 한 사례,¹⁷²⁾ 지방자치단체가 건축주와 대하여 일정한 양보를 구하는 행정지도를 하고 건축주가 임의로 이에 응하고 있는 동안 건축주사가 사회통념상 합리적이라고 인정되는 기간 건축확인처분을 유보하여도 직접 위법한 조치라고는 할 수 없으며, 이러한 확인처분의 유보는 건축주가 이에 불협력한다는 의사를 명시하고 있는 경우에는 위 불협력이 사회통념상 정의의 관념에 반한다고 하는 특단의 사정이 없는 한 위법하다고 해석함이 상당하다고 한 사례,¹⁷³⁾ 지도요강에 기한 개발협력금의 납부를 요구하는 행정지도가 지방재정

170) 최고재판소 1978. 5. 26. 선고, 민집 32권 3호 689면 및 1978. 6. 16. 선고, 민집 32권 4호 605면.

171) 동경지방법원 1979. 10. 31. 판결, 위 판례체계, 3896면.

172) 동경고등법원 1987. 2. 25. 판결, 판례시보 1231호, 112면.

173) 최고재 1985. 7. 16. 판결, 민집 39권 5호 989면; 동지 경도지방법원 1984. 1. 19. 판결.

법 제4조 (할당적 기부금 등의 금지규정)에 위반되는 위법한 행위로 된 사례,¹⁷⁴⁾ 현농림부장의 통첩에 기하여 시 직원이 농지전용신청을 하려고 하는 자에 대하여 도로에 접한 토지부분을 기부하지 아니하면 신청을 접수하지 않는다고 고지함으로서 위 토지를 기부받은 행위를 강박에 의한 것이라고 인정한 사례,¹⁷⁵⁾ 교육시설부담금 납부에 관한 행정지도에 따르지 아니할 경우 수도의 급수계약체결 거부 등 제재조치가 예상되어 있다면 위 부담금의 납부를 사실상 강제하는 것이 되어 행정지도의 한계를 넘는 것이므로 위법하다고 한 사례¹⁷⁶⁾ 등이 있다.

174) 대판지방법원계지부 1987. 2. 25. 판타 633호 183면, 판시 1239호 77면.

지도요강에 기한 개발협력금 등의 부담금의 징수에 관한 분쟁으로서 상대방이 승소한 최초의 판결이라고 한다. 위 법원은 “시의 택지개발지도요강에 규정된 개발협력금이 일정한 기준에 의해 기계적으로 산출되고, 게다가 납부된 개발협력금은 당해 개발행위와 관련없이 지출되고 있는 점, 요구되는 개발협력금의 액수가 고액인 점, 시 직원은 개발협력금이 기부라는 점을 일체 설명하지 아니하고 건축행위확인신청이 수리되기 위하여는 개발협력금을 납부하여 각서를 체결할 것을 필요로 하는 취지의 행정지도를 명시적으로 하고 개발협력금이 기부라는 점을 모르는 개발자가 납부의 근거를 납득하지 아니하고 감면조치의 적용을 요구하였고 또한 개발협력금의 납부와 건축확인신청의 수리를 분리하여 달라고 요구하였음에도 불구하고 완강한 태도로 개발협력금의 납부를 계속하여 설득한 점, 이 때문에 개발자는 할 수 없이 개발협력금을 납부하였다는 점 등”을 이유로 강제성이 있다고 하였다.

175) 동경고등법원 1976. 10. 28. 판결, 관계시보 843호 55면.

176) 최고재판소 1993. 2. 18. 판결, 민집 47권 2호 574면, 무장야맨선사건이라고 한다.; 동지 동경지방법원판왕자지부 1975. 12. 8. 결정. 최고재판소는 “지도요강의 문언 및 운용의 실태를 보건대, 이 사건 당시 피상고인은 사업주에 대하여, 법이 인정하고 있지는 않지만 그것이 실시되는 경우에 맨션건축의 목적달성이 사실상 불가능하게 되는 수도급계약의 체결의 거부 등 제재수단을 배경으로 하여 지도요강을 준수하게 하려고 한다고 하여야 할 것이다. 피상고인이 원고에 대하여 지도요강에 기한 교육시설부담금의 납부를 구하는 행위도 피상고인의 담당자가 교육시설부담금의 감면 등의 간청에 대하여 전례가 없다고 하여 거절하는 태도와 함께 원고에 대하여 지도요강 소정의 교육시설부담금을 납부하지 않으면 수도의 급수계약의 체결 및 하수도의 사용을 거절한다고 생각하기에 충분하며, 맨션을 건축하려고 하는 이상 위 행정지도에 따를 수밖에 없고, 원고에게 교육시설부담금의 납부를 사실상 강제하는 것 같다고 할 수 있다. 지도요강에 기한 행정지도가 무장야시민의 생활환경을 혼란한 개발에서 지키는 것을 목적으로 하는 것이고, 많은 무장야시민의 지지를 받고 있는 점 등을 고려하더라도 위 행

b. 청구를 기각한 경우

건축확인을 받지 않은 위법건축물에 대하여 1년 반 동안 급수를 유보함으로써 상대방이 손해 배상을 청구한 경우, “건축 확인을 받은 뒤에 급수신청을 하도록 하는 일응의 권고에 불과하고 …… 급수 신청을 위법하다고 거부한 것은 아니다”라고 판시한 사례,¹⁷⁷⁾ 건축주가 공사용차량에 의한 자재 반입을 위하여 구청장에게 인근주민과의 충돌위험을 회피하기 위하여 행정지도를 시도하고 5개월 후에 그 위험이 제거되었다고 판단할 때까지 그 인정을 유보한 경우, 이는 재량권의 행사로서 허용되는 범위 내에 있다고 판시한 사례,¹⁷⁸⁾ 매장문화재포장지의 토목공사를 시행하는 사업자가 시교육위원회로부터 스스로의 비용으로 발굴 조사를 하도록 행정지도를 받고, 이를 위하여 유적조사회와 발굴조사의 위탁계약을 체결하여 조사위탁비를 지출한 사안에서, 이 행정지도는 문화재보호법의 취지를 일탈한 부당한 것은 아니고, 사업자는 위 지도에 응하여 임의로 위탁계약을 체결하였으므로 위법하지 않다고 한 사례,¹⁷⁹⁾ 개발협력금의 납부에 관한 각서는 헌법 제29조, 제84조, 지방세법 제703조의 3, 지방재정법 제4조의5에 위반하기 때문에 민법 제20조, 지방자치법 제2조 제16항에 의해 무효라는 주장에 대하여, 개발업자는 개발협력금의 취지 내용을 이해하여 그의 자유로운 의사로 이 사건 약정을 체결하였던 것이므로 위 약정은 사법상 증여계약으로서 유효하게 성립되었다고 인정하여 손해배상청구를 기각한 사례¹⁸⁰⁾ 등이

위는 본래 임의로 기부금의 납부를 구하여야 할 행정지도의 한도를 넘은 것”이라고 하면서 국가배상법상의 위법한 공권력의 행사에 해당한다고 판시하였다.

177) 최고재판소 1981. 7. 16. 판결, 민집 35권 5호 930면.

178) 최고재판소 1982. 4. 23. 판결, 민집 36권 4호, 727면(제1심; 동경지방법원 1978. 5. 29. 판결, 판례시보 931호 79면).

179) 동경고등법원 1985. 10. 9. 판결, 판례시보 1167호, 16면.

180) 대판지방법원 1986. 9. 26. 판결, 판례시보 1240호, 92면.

있다.

다. 직접 상대방이 아닌 제3자의 지위

(1) 오늘날 행정기관의 행위는 그 상대방의 권리의무에만 영향을 미치는 것이 아니라, 제3자에도 상당히 영향을 미치고 있다. 복효적 행정행위가 그 대표적인 예이다. 행정지도의 경우에도 그 효과가 인근주민 등 제3자의 환경권, 재산권 등에 미치는 경우가 많다. 그러나 행정지도는 상대방의 임의적 협력 내지 동의를 전제로 한 비권력적 행정작용이기 때문에 제3자의 권익을 침해하는 경우가 있어도 이는 반사적 이익에 불과한 경우가 많아 제3자가 이를 다투기가 상당히 어려운 것이다.

(2) 주지하는 바와 같이 항고소송의 원고적격에 관하여는 항고소송의 목적과 관련하여 권리향수회복설(권리구제설), 법률상 보호되는 이익구제설(법적이익구제설), 보호할 가치가 있는 이익구제설, 처분의 객관적보장설 등이 있다.¹⁸¹⁾ 대법원은 초기에는 권리침해를 받은 자가 아니면 행정소송에 의한 구제를 받을 수 없다고 하여 권리향수회복설을 취하였으나,¹⁸²⁾ 그 후 일정한 권리나 법률상의 이익을 침해받아야 한다고 판시하면서 법률상 이익을 비교적 엄격하게 해석하고 있다.¹⁸³⁾

그러나 해상운송사업법상의 선박운송사업면허에 대한 기존업자의 이익은 단순한 사실상의 이익이 아니고 법에 의하여 보호되는 이익이라고 해석하였고,¹⁸⁴⁾ 자동차운수업면허에 대하여도 동일하게 보고 있다.¹⁸⁵⁾ 또한 버스정류장설치인가처분, 시외버스를 시내버스로의

181) 이에 관하여 자세한 내용은 조룡호, 전게논문 179면 이하 참조.

182) 1958. 12. 12. 선고, 4291행상43 판결; 1962. 4. 4. 선고, 4292행상160 판결.

183) 1968. 6. 18. 선고, 68누19 판결; 1971. 10. 11. 선고, 71누83 판결; 1981. 1. 27. 선고, 79누433

판결; 1981. 9. 22. 선고, 80누449 판결 등 다수.

184) 1969. 12. 30. 선고, 69누106 판결.

185) 1974. 4. 9. 선고, 73누173 판결.

전환을 허용하는 사업계획변경인가처분, 광업권의 증구허가처분 등에 있어서도 기존업자는 위 처분을 다룰 법률상의 이익이 있다고 판시하고 있다.¹⁸⁶⁾

특히 대법원 1975. 5. 13. 선고, 73누96, 97 판결¹⁸⁷⁾은 시장이 도시계획법상의 주거지역에 연탄제조공장의 건축을 허가한 처분에 대하여 위 공장에서 70센티미터 사이에 연접한 주민이 위 처분의 취소를 구한 사안에서 “이 법률들(도시계획법과 건축법)이 주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또한 제한하고 있는 것은 도시계획법과 건축법이 추구하는 공공복리의 증진을 도모하고자 하는 데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역 내에 거주하는 사람의 주거의 안녕과 생활환경을 보호하고자 하는 데도 그 목적이 있는 것으로 해석된다. 그러므로 주거지역 내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호법익이 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것이다”라고 판시하여 종전에는 법적 이익이라고 보지 아니하였던 생활상의 이익을 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 표현함으로써 소의 이익을 확대하려 하고 있다. 그 밖에 LPG 자동차충전소 설치허가처분에 대하여 인근주민들이 위 허가처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다고 한 판례도 있다.¹⁸⁸⁾

반면에 목욕탕영업허가처분은 인근의 기존 목욕탕업자의 법적 이익을 침해하는 것이 아니고,¹⁸⁹⁾ 양곡가공시설 이설승인처분취소처분

186) 1975. 7. 22. 선고, 75누12 판결; 1982. 7. 27. 선고, 81누271 판결; 1983. 7. 12. 선고, 83누59 판결; 1987. 9. 22. 선고, 85누985 판결.

187) 법원공보 514호 8440면.

188) 1983. 7. 12. 선고, 83누59 판결, 법원공보 712호 1281면.

189) 963. 8. 2. 선고, 63누97 판결; 1963. 8. 31. 선고, 63누101 판결.

그러나 일본의 최고재판소는 동일한 사안에서 기존업자의 영업상의 이익은 공중육장법에 의하여 보호받을 법적 이익이라고 한다(1962. 1. 19. 판결).

을 취소하는 처분은 기존 양곡가공업자의 법률상 이익을 침해하는 것이 아니며,¹⁹⁰⁾ 고압가스 폭발 위험이 있다고 인정되지 아니하는 한 고압가스 제조허가처분으로 인근 주민들의 안전, 평온 등의 법률상 보호되는 이익이 직접적이고 구체적으로 침해되었다고 볼 수 없다고 한 판례¹⁹¹⁾도 있다.

한편 대법원 판례는 민사 관계에서는 아직 헌법상의 환경권을 구체적인 권리로 인정하지 않는 입장을 보이고 있다. 즉, 도시공원내에 골프 연습장 설치에 대한 공작물설치금지가처분신청사건에서 “헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로서로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률 규정이 있거나, 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.”¹⁹²⁾고 판시하면서 관할행정청으로부터

190) 1981. 1. 27. 선고, 79누433 판결.

191) 1981. 9. 22. 선고, 80누449 판결.

192) 1995. 5. 23. 선고, 94마2218 결정, 법원공보 1995. 7. 1. 995호, 2236면. 동지 1995. 9. 15. 선고, 95다23378 판결, 법원공보 1995. 10. 15. 1002호, 3399면. 다만 위 94마2218 결정은 위와 같은 인가상 하자가 행정소송에서 다툼 여지를 남겨두고 있다.

한편 위 95다23378 판결은 대학교의 인접 대지 위에 건축 중인 아파트가 완공되는 경우, 대학교에서의 교육 및 연구 활동에 커다란 지장이 초래되고 대학교 건물 옥상에 설치된 자동차상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며 대학교로서의 경관, 조망이 훼손되고 조용하고 쾌적한 교육환경이 저해될 뿐만 아니라 소음의 증가 등으로 교육 및 연구 활동이 방해받게 된다면, 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 소유권에 기하며 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다고 보아 건축공사를 일부 금지시킨 원심을 정당하다고 판시하였다. 그러나 위 판결의 원심(부산고등법원 1995. 5. 18. 선

도시공원법상의 근린공원 내의 개인 소유토지상에 골프연습장을 설치할 수 있다는 인가 처분을 받은 데 하자가 있다는 점만으로 바로 그 근린공원 인근 주민들에게 토지소유자에 대하여 골프연습장 건설의 금지를 구할 사법상의 권리가 생기는 것이라고는 할 수 없다고 하였다.

(3) 일본의 판례 중에는 현지사가 폐기물처리법에 의한 행정지도 내지 동법에 규정된 권한을 행사하지 아니한 것과 현이 현공해방지 조례에 의한 행정지도 및 위 조례에 정한 권한을 행사하지 않았음을 이유로 손해 배상을 청구한 경우, 이는 제3자에 대한 관계에서 국가배상법상 공권력의 행사에 해당하지 않는다고 한 사례¹⁹³⁾가 있다.

한편 행정지도에 관한 판례는 아니지만 환경소송에서 원자로설치 허가처분에 대한 지역주민,¹⁹⁴⁾ 불링장 건축확인처분에 대한 지역주민,¹⁹⁵⁾ 항공건설용용지수용을 위한 사업인정처분에 대한 지역주민¹⁹⁶⁾ 등에게 원고 적격을 인정한 사례가 있다. 그밖에 친권자가 제기한 국민학교의 신설통합에 다른 취학학교의 지정처분의 취소소송,¹⁹⁷⁾ 친권자가 제기한 학교교육과정의 편성처분의 취소소송¹⁹⁸⁾에서도 원고 적격을 인정하였다.

그러나 독점금지법에 의하여 일반 소비자가 받는 이익은 추상적·평균적·일반적 이익(즉, 반사적 이익)이라는 이유로 원고 적격을 인정하지 아니하였고,¹⁹⁹⁾ 문화재지정해제처분취소소송에서도 그

고, 95카합5 판결)은 헌법상의 환경권에 관한 규정에 기하여 방해배제를 청구할 수 있다고 판시하였다.

193) 포화지방법원 1981. 4. 22. 판결.

194) 고송고등법원 1984. 12. 24. 판결.

195) 동경지방법원 1973. 11. 6. 판결.

196) 동경지방법원 1984. 7. 6. 판결.

197) 산형지방법원 1964. 9. 9. 판결.

198) 대판지방법원 1973. 3. 1. 판결.

이익을 향수하는 자는 국민 전체라는 이유로 특정지역 주민의 원고 적격을 인정하지 아니하였고,²⁰⁰⁾ 인근 주민이 제기한 지방철도로선 등 변경인가취소소송,²⁰¹⁾ 지방철도 여객운임변경인가처분의 취소소송²⁰²⁾에서도 원고 적격을 부인하였다.

라. 기 타

위와 같은 구제 방법 이외에 손실 보상의 방법을 생각할 수 있으나, 이는 본 논문의 주제를 벗어나는 것이므로 다루지 아니하기로 한다.

2. 헌법재판(헌법소원)에 의한 구제

가. 구제가능성 여부

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소의 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제 절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”고 하여 공권력의 행사 또는 불행사에 대한 구제방법으로서의 헌법 소원을 규정하고 있다.

이러한 헌법소원제도는 1988년 헌법재판소의 창설로 비로소 도입된 새로운 구제 절차로서 종전의 행정 구제 절차가 알지 못하던 것이나, 이는 단순한 행정 구제 수단에 그치지 아니하고 국민의 기본권 보장을 통한 객관적인 헌법 질서의 유지·보장을 목적으로 하는 것이다.²⁰³⁾ 따라서 개별 사건에 대한 사후적 구제의 성격을 가지는

199) 최고재판소 1978. 3. 14. 판결.

200) 최고재판소 1989. 6. 20. 판결.

201) 동경지방법원 1971. 4. 27. 판결.

202) 동경지방법원 1977. 10. 5. 판결.

일반 재판 작용에 의한 행정통제와는 대조적으로 사전적 구제의 성격을 강하게 갖고 있으며, 아울러 이와 같은 의미에서의 사전적 구제의 성격은 행정부를 대신하여 미래지향적 정책 형성의 지침을 제공하는 역할을 하는 것이다.²⁰⁴⁾

(2) 헌법 소원의 대상

(가) 헌법 소원의 대상이 되는 공권력은 대한민국의 공권력을 의미한다. 공권력 작용에는 법제정작용(입법권), 법집행작용(행정권) 및 법선언작용(사법권)의 작용이 있는바, 행정심판이나 행정소송이 행정청의 처분을 주된 대상으로 하고 있는 것과 비교하면 헌법소원의 대상은 행정쟁송의 대상보다 넓은 개념이라고 할 수 있다.²⁰⁵⁾ 본 논문에서는 행정지도와 관련하여 법집행작용에 대한 것에 한정하여 살펴보기로 한다. 한편 법집행작용에는 고권적 작용뿐만 아니라 관리작용, 국고작용도 포함된다. 전통적 공법 이론에 의하면 관리작용이나 국고작용에는 기본권이 효력이 미치지 않는다고 하나, 우리나라에서는 이에 대하여도 기본권이 효력이 미친다고 보는 것이 통설의 입장이다. 다만 헌법소원의 대상에 관리작용과 국고작용도 포함시킬지 여부에 대하여는 견해가 나뉜다.²⁰⁶⁾ 우리나라의 헌법재판소와 독일연방헌법재판소는 사경제작용에 대한 헌법소원을 허용하고 있지 아니하다.²⁰⁷⁾

그런데 행정소송의 대상이 되는 처분에 대하여는 같은 조항 단서가 규정하는 보충성의 원칙에 따라 먼저 행정소송절차를 거친 후가

203) 김남진, 헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구, 헌법재판연구 제2권, 1991. 5., 215면.

헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 91헌마144 결정 등 참조.

204) 강윤원, 헌법재판의 행정통제기능에 관한 소고, 헌법논총 제5집, 1994, 370면.

205) 김남진, 전개논문, 228면 이하 참조.

206) 긍정설: 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판의 이론과 실제 헌법재판자료 제3집, 1990.

12., 356면; 부정설: 이시운 헌법재판개관(상)(하), 판례월보 1989. 5, 6. 14면.

207) 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고, 90헌마160 결정; BVeerfGE 3, 1.

아니면 헌법소원을 제기할 수 없으며, 더구나 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다. 여기에서 원행정처분에 대한 헌법소원이 가능한가의 문제가 발생하게 된다. 이 문제에 관하여는 긍정설과 부정설이 첨예하게 대립되어 있고 헌법재판소에서 현재 심리 중에 있다. 다만 헌법재판소는 행정처분에 대하여 재판을 거치고 난 후에 원행정처분에 대하여 제기한 헌법소원사건에서, 행정처분의 기초가 되는 사실관계의 인정과 평가 또는 단순한 일반법규의 해석과 적용의 문제는 원칙적으로 헌법재판소의 헌법소원 심판대상이 될 수 없는 것이어서 헌법소원심판청구의 이익이 없으므로 부적법하다고 판시하였다.²⁰⁸⁾

한편 행정소송의 대상이 되지 아니하는 행정작용 중에서 권력적 사실행위, 감사의 불기소 처분, 법규명령, 행정계획, 행정권의 불행사 등이 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원을 제기할 수 있다고 보는 것이 일반적 견해이다.²⁰⁹⁾

(나)헌법재판소의 결정 가운데 행정지도와 관련된 것을 살펴보면, 정부투자기관예산편성공통지침 통보행위의 헌법소원대상 여부에 관하여 “위 예산편성지침은 각 정부투자기관의 출자자인 정부가 정부투자 기업의 경영 합리화와 정부 출자의 효율적인 관리를 도모하기 위하여 예산 편성에 관한 일반적 기준을 제시하여 출자자로서의 의견을 제시하는 것에 지나지 아니한다 할 것이고, …… 이러한 예산편성지침 통보 행위는, 성질상 정부의 그 투자 기관에 대한 내부적 감독작용에 해당할 뿐이고, 국민에 대하여 구체적으로 어떤 권리를 설정하거나 의무를 명하는 법률적 규제작용으로서의 공권력작용에

208) 1995. 6. 29. 선고, 93헌마196 결정; 1995. 4. 20. 선고, 91헌마52 결정 등 다수.

209) 자세한 것은 김학성, 전제논문, 347면 이하; 김현철, 헌법소원의 대상에 관한 소고, 헌법논총 제1집, 1990, 431면 이하 참조, 독일에서의 헌법소원의 대상에 관하여는 신봉기, 서독연방 헌법재판소법상 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제3집, 557면 이하 참조.

해당한다고 할 수는 없다. …… 설사 위 예산편성지침이 청구인 측에 대하여도 간접적으로 어떤 영향을 미치게 된다고 가정하더라도, 그것은 단체교섭의 일방 당사자인 사용자(정부)측의 내부적 행위에 지나지 아니하는 것이므로, 단체교섭의 상대방인 근로자(노동조합)측에서 이를 닦할 일이 되지 못할 뿐만 아니라, 그것을 가리켜 공권력의 행사라고 일컬을 수도 없을 것이다.”라고 판시하면서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 해당하지 아니한다고 판시하였다.²¹⁰⁾

또한 1994. 4. 28. 선고, 91헌마55 결정은 농수산부장관이 각 시·도지사를 상대로 집유질서 확립을 위한 대책지시를 한 행위에 대하여, “이 사건 대책지시는 피청구인이 각 시도지사에게 대하여 행한 행정기관 내부의 행위로서, 개개의 국민에게 대하여는 직접 효력을 가지는 것이 아니다. 즉 이 사건 대책지시만으로는 아직 국민의 권리 의무를 변동시킬 수 없고, 이 사건 대책지시에 따라 각 시·도지사가 구체적 처분을 하였을 때에 비로소 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치게 되는 것이다. 따라서 이 사건 대책지시만으로는 아직 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하는 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.

또한 법무부 장관의 수행자 이송지휘처분은 행형법 제12조의 규정에 의한 교도소장의 수행자 이송승인신청에 대하여 법무부장관이 같은 법조에 따라 당해 교도소장에 대하여 한 이송승인의 의사표시에 불과하여, 이것이 곧 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.²¹¹⁾

210) 1993. 11. 25. 선고, 92헌마293 결정. 여기에는 재판관 한병채, 이시윤, 김양균, 변정수의 반대 의견이 있다.

211) 1994. 10. 19. 선고, 94헌마197 결정.

또한 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 의한 토지 등의 협의취득에 따르는 보상금의 지급행위는 토지 등의 권리이전에 대한 반대급여의 교부행위에 지나지 아니하므로 사법상의 행위이고, 폐천부지의 교환행위는 공법상의 행정처분이 아니라 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위에 지나지 않으므로 청구인이 주장하는 폐천부지의 교환의무불이행 역시 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 불행사라고 볼 수 없다고 판시하였다.²¹²⁾

또한 신도시 개발 지역의 사업시행자가 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법에 의하여 당해지역 내의 종교시설물 소유자로부터 협의 취득한 토지 등에 대한 보상으로 보상금 외에 대체토지로서 종교시설 이전부지를 공급함에 있어서 그 공급조건을 결정하고 통보한 행위는 사법상의 권리이전에 대한 반대급부의 조건 내지 내용에 관련된 사항으로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 없다고 판시하였다.²¹³⁾

또한 ‘80해직자 보상금 지불건에 대한 회신’이라는 제목의 통지는, 그 형식에 있어서 청구인의 대리인 자격이 있는지의 여부조차 불명확한 변호사의 탄원서에 대한 한국방송공사의 회신에 불과할 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 동 공사가 이미 청구인에게 보낸 보상금지급결정통지에 관한 단순한 사후의 해명에 불과한 것으로서 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다고 하였고,²¹⁴⁾ “서울특별시장이 환매권의 발생을 부인하는 취지로 민원에 대한 회신문서를 발송하고, 민사소송절차에서 응소행위를 하였다고 하더라도, 이는 환매권의 발생 여부 또는 그 행사의 가부에 관한 사법관계의 다툼을

212) 1992. 11. 12. 선고, 90헌마160 결정; 동지 1992. 12. 24. 선고, 90헌마182 결정.

213) 1994. 2. 24. 선고, 93헌마213·214·215(병합) 결정.

214) 1993. 12. 23. 선고, 89헌마281 결정.

둘러싸고 사전에 피청구인의 의견을 밝히고, 그 다툼의 연장인 민사소송절차에서 상대방의 주장을 부인하는 것에 불과하므로, 그것을 가리켜 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수는 없다”고 판시한 사례²¹⁵⁾도 있다.

한편 법원행정처장이 각급 법원장에게 내린 예산집행에 관한 지시에 관하여 “법원행정처장으로서 세출예산에 편성된 내역대로 이를 집행할 뿐이고 거기에 정해진 지급 기준을 임의로 변경할 수 없는 것이므로, 법원행정처장의 …… 각급 법원장에 대한 지시는 세출 예산의 집행에 관한 업무 감독의 차원에서 대법원에 배정된 93년도 일반회계 세출 예산 연액을 통지하고 각급 법원 분·지원별로 배정된 1/4분기의 세출예산 내역을 통지한 것에 불과하고, 청구인이 이 사건에서 문제로 삼고 있는 위 지시 중 별첨 ‘93 일반회계 세출 예산 집행시 유의할 사항’ 중의 ‘재판수당, 정보비, 기관운영관공비, 자가운전유지비의 지급기준’을 종전의 ‘지법부장 및 고법판사’에서 ‘법조경력 10년 이상 판사’로 변경하였다는 부분 역시 재판수당 등에 관한 세출예산이 위와 같은 기준에 의하여 편성되어 있으니 그 집행에 있어 유의하라는 주의적인 지시에 불과한 것으로서, 법원행정처장의 위 지시에 의하여 청구인 주장의 평등권이 침해된 것은 아니라고 할 것이다.”라고 판시하였다.²¹⁶⁾

반면에, 서울대학교 대학 입학 고사 주요 요강 사건(1992. 10. 1. 선고, 92헌마68·76 결정)에서는, 위와 같은 요강은 사실상의 준비행위 내지 사전안내로서 행정소송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만, 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대

215) 1994. 2. 24. 선고, 92헌마283 결정. 동지 1995. 3. 23. 선고, 91헌마143 결정.

216) 1995. 7. 21. 선고, 93헌마257 결정.

로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 할 것이며 이 경우 헌법 소원에 달리 구제 방법이 없다고 판시하고 있다.

또한 국제그룹 해체사건(1993. 7. 29. 선고, 89헌마31 결정)에서는, 재무부장관이 제일은행장에 대하여 한 국제그룹의 해체준비착수 지시와 언론발표 지시는 상급관청의 하급관청의 지시가 아님을 물론 동 은행에 대한 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적 권고·조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어선 것이고, 이와 같은 공권력의 개입은 주거래 은행으로 하여금 공권력에 순응하여 제3자인수식의 국제그룹 해체라는 결과를 사실상 실현시키는 행위라고 할 것으로, 이와 같은 유형의 행위는 형식적으로는 사법인인 주거래은행의 행위였다는 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 그 실질이 공권력의 힘으로 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으키는 경우인 점에서 일종의 권력적 사실행위로서 헌법 소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 하였다.

그러나 대한선주주식회사사건(1994. 5. 6. 선고, 89헌마35 결정)에서는, 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 사실행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다고 하면서, 스스로는 자생능력을 상실한 부실기업의 정상화 여부와 그 방안 및 실현방법에 관하여 적법한 권한 내에서 결정할 지위에 있는 주거래은행의 의사가 기본이 되고 정부의 의사가 이에 부합되어

기업의 정리가 관철된 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 주거래은행의 정상화 방안을 실현시키기 위하여 정부가 한 지시 등이 권력적 사실행위에 해당한다고 보기는 어렵고, 오히려 정부가 경제정책 관점에서 국민경제에 미치는 영향이 부실기업의 정리에 관하여 주거래 은행의 자율적 판단을 존중하면서 적극적이지만 비권력적으로 지원·독려한 사실행위라고 보아야 하고, 이와 같은 비권력적 사실행위는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이를 대상으로한 헌법소원심판청구는 부적법하다고 판시하여, 국제그룹 해체사건과는 달리 주거래은행에 의한 실태조사 및 제3자 인수에 의한 정상화방안이 먼저 수립되고, 정부가 뒤에 이를 받아들여 적극적으로 지원·독려한 것에 불과하여 정부의 권력적인 개입이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 심판청구를 각하하였다.

한편 미결수용자의 서신에 대한 검열이나 지연발송 및 지연교부행위에 대하여도 공권력성을 인정하였다.²¹⁷⁾

또한 1995학년도 대학입시기준계획 일부보완사항의 통보는 “교육법 제111조의2(대학입학방법) 및 교육법시행령 제71조의2(대학의 학생선발방법)에서 정하고 있는 고등학교 대신 성적에 관하여 그 구체적인 내용을 보충하는 것으로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당된다”고 판시하여 대법원의 입장과 상반되는 듯한 견해를 취하고 있다(앞에 나온 대법원 1994. 9. 10. 선고, 94두 33 결정 참조).

또한 지방자치단체가 수 차례에 걸쳐 문서 또는 구두로 임야조사서 및 토지조사부의 열람·복사신청이 있었음에도 이에 불응한 사실상의 부작위도 헌법 소원의 대상이 될 수 있다고 인정하였다.²¹⁸⁾

217) 1995. 7. 21. 선고, 92헌마114 결정.

218) 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정; 동지 1994. 8. 31. 선고, 93헌마174 결정.

(3) 위에서 본 바와 같이 헌법재판소는 행정기관의 내부적 행위·지시나 사경제주체로서의 행위, 단순한 의견의 제시나 표명 등에 대하여는 공권력성을 인정하지 아니하는 경향이 있는데 반하여, 행정작용이 행정소송의 대상이 되지 아니하더라도 국민의 기본권에 중대한 영향을 미치는 사실행위나 행정규칙, 입시요강 등 준비행위 등에 대하여는 공권력성을 인정하고 있다. 특히 대한선주주식회사 사건에서는 공권력성의 요건에 관하여, 당해 행정주체와 상대방의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 사실행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하여 그 기준을 제시하고 있다.

따라서 종래 행정소송의 대상이 되지 아니하는 행정작용에 대하여도 공권력성이 인정되면 헌법소원의 청구가 가능하고 그것이 기본권을 침해하는 경우에는 취소 또는 위헌임을 확인하고 있다. 이러한 관점에서 볼 때 행정지도에 관하여도 그것이 공권력성이 인정되고 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 행정소송의 대상이 되지 아니한다 하더라도 헌법소원으로 구제받을 수 있는 가능성이 있는 것이다.

그러나 공권력의 개념을 이와 같이 확대하여 헌법 소원의 요건을 완화하는 것은 보충적인 기본권구제수단으로서의 헌법소원의 길이 일반 소송절차를 통한 권리구제절차의 경우에 비하여 넓혀지고 헌법소원이 만병통치적인 것으로 오인됨으로써 남소원의 우려가 있다는 비판적 견해²¹⁹⁾도 있다. 이 견해는 공권력을 사인에 대하여 우월적인 지위에 서서 사인의 의사 여하에 관계없이 소정의 공권력을

219) 이상규, 법치행정의 원칙과 헌법소원의 요건, 판례연구 제8집, 서울지방변호사회, 1995, 7면.

행사 또는 불행사하고 그에 따른 법률효과를 발생시키는 권력적 행위로 이해하면서 행정지도와 같이 그 자체만으로는 직접적으로 아무런 법률효과도 수반하지 않는 것은 공권력의 행사에 해당하지 않는다고 한다.²²⁰⁾ 따라서 국제그룹해체사건에서도 재무부장관 등의 주거래은행장에 대한 행위는 거역할 수 없을 정도의 강박에 의한 것이 아니고 단순히 주거래은행장에 대한 임명에 관한 영향력을 배경으로 한 것에 불과하므로 권고적 성질의 행정지도에 불과하고, 청구인의 기본권을 침해한 직접적인 행위는 주거래은행장의 사법상 행위이므로 공권력행위에 해당할 수 없다고 한다. 또한 위 견해는 권력적 사실행위를 공권력의 담당자인 국가기관의 일반적인 의사결정에 따라 일정한 행정목적 등을 위하여 개인의 신체나 재산 등에 실력을 행사함으로써 행정상 필요한 일정한 상태를 사실상 실현하는 권력행위로 이해한다.

생각건대, 과거 권위주의적 정부의 통치하에 있던 우리 나라의 역사적 배경과 행정행위 개념에 집착한 나머지 행정작용에 대하여 행정소송에 의한 권리 구제의 폭이 상당히 협소하였던 현실 등을 감안하여 볼 때, 국민의 기본권 보호와 권익 신장의 측면에서 헌법 소원제도가 다소 남용되는 부작용이 없지 않다 하더라도 그 요건을 완화하여 헌법 소원의 문을 열어 주는 것이 법치주의의 확립과 기본권보장, 나아가 헌정질서의 확립을 위하여 바람직하다고 할 것이다. 행정지도를 단순히 상대방에 대한 권고적 성질을 가진 것에 불과하다고 보거나, 전체적으로 보아 공권력의 행사에 해당하는 일련의 행위를 외면하고 미시적으로 행위를 세분하여 각각의 행위의 성질만을 검토한다면 공권력은 행정지도로 도피하거나 사인을 전면에서 내세워 간접적으로 국민의 권리와 의무에 영향을 미치려고 할 뿐

220) 위 논문 14면.

그 실체는 언제나 그 모습을 드러내지 아니하여 헌법적·사법적 통제에서 자유로울 것이며, 국민의 기본권은 그만큼 공권력에 의하여 유린될 여지가 많은 것이다.²²¹⁾ 뿐만 아니라 현행 제도상 행정지도에 대하여 견제할 수 있는 기능을 가진 구제수단은 헌법소원 밖에 없다고 하여도 과언이 아니다. 특히 행정소송이 행정행위의 개념에 집착하여 비권력적 행정작용에 대한 쟁송가능성을 거의 봉쇄하고 있는 현 상황에서는 국민이 헌법 소원에 거는 기대를 저버릴 수는 없는 것이다. 더구나 오늘날 행정 규칙이 법률에 갈음하여 국민의 권리와 의무에 관한 내용을 규정함으로써 사실상 국민의 기본권에 막대한 영향력을 미치고 있고, 위와 같은 행정 규칙에 의한 행정지도가 빈번한 상황에서 헌법 소원은 이를 통제할 수 있어야 헌법소원 본래의 기능을 수행할 수 있는 것이다. 헌법재판소도 1980년 해직공무원의 보상 등에 관한 특별조치법에 대한 헌법소원사건²²²⁾에서 위 특조법 제5조가 “정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다.”고 한 규정과 관련하여, 정부가 한국도로공사 주식의 전부에 대한 주주권자라고 할 수 있고, 한국도로공사의 이사장과 사장은 주무부장관의 제청으로 대통령이 임명하며 주무부처의 관계주무실국장 등이 당연직이사가 되고 그 이외의 이사는 이사장의 제청으로 주무부장관이 임명하게 되어 있는 점에 비추어 위 특조법 제5조에 의한 행정지도는 사실상의 강제력을 지닌

221) 이러한 관점에서 볼 때 정부투자기관관리기본법에 따른 경제기획원장관의 정부투자기관에 대한 예산편성지침통보는 정부투자기관의 경영합리화와 정부투자자의 효율적 관리를 도모하기 위한 것으로서 그에 대한 감독작용에 해당할 뿐 그 자체만으로는 직접적으로 국민의 권리와 의무가 설정, 변경, 박탈되거나 그 범위가 확정되는 등 기존의 권리상태에 어떤 변동을 가져오는 것이 아니라고 한 전기 대법원판결 및 헌법재판소 결정은 재고되어야 할 것이다.

222) 1993. 12. 23. 선고, 89헌마189 결정.

실질적인 지시라고 할 수 있다고 보았다. 현행 제도상 행정지도에 대하여 견제할 수 있는 구제수단은 헌법소원이 유일한 것이다. 특히 행정소송이 행정행위의 개념에 집착하여 비권력적 행정작용에 대한 구제의 길을 열어주지 아니하는 현 상황하에서는 헌법소원에 거는 국민의 기대를 저버릴 수 없는 것이다. 따라서 위와 같은 비판적인 견해에는 찬성할 수 없다.

나. 공권력성의 판단기준

행정지도가 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 있는 기준을 일률적으로 설정하기는 매우 어렵다. 다만 앞에서 본 행정지도와 관련된 여러 판례에서 공권력성의 징표를 발견할 수는 있을 것이고, 그 중에서 행정지도를 공권력의 행사로 보아 국가배상책임을 인정할 일본의 판결례는 많은 참고가 될 것이다.

일반적으로 대외무역관계에서의 수출규제나 경제분야에서의 물가안정과 관련한 가격 또는 임금에 관한 행정지도(예컨대 로슈사 판결)에 흔히 있는 경우이지만, 행정기관이 행정지도에 따르지 아니할 경우에는 제재조치가 있을 것이라는 것을 선언·고지하거나 법령에 일정한 제재조치가 규정되어 있어 이러한 규제적 처분권한을 배경으로 하고 있는 행정지도의 경우, 또는 행정지도 자체에는 법률적 강제력이 없으나 상대방이 이에 따르지 않을 수 없는 사실상의 강제력이 있다고 인정되는 경우에는 공권력의 행사에 해당한다고 해석하여야 할 것이다. 그러나 막연히 다른 사람들도 행정지도에 따를 것이라고 기대한다거나 단순히 장래를 위하여 행정기관과의 원활한 관계를 유지하기 위한 동기에서 행정지도에 순응하는 등 심리적 강제효과만이 있는 경우, 행정지도의 상대방에게 임의적 판단의 여지가 남아있는 경우 등에는 공권력의 행사에 해당한다고 보기 어렵다.

뿐만 아니라, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 사실행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

다. 위헌성의 판단기준

행정지도에 대한 헌법소원에서 위헌성의 판단기준에 대하여는 앞에서 검토한 4. 나.항의 ‘행정지도의 법적 한계’ 부분이 많은 참고가 될 것이다.

우선 행정지도가 조직규범에 의하여 부여된 권한 이외의 사항에 관한 것인 경우에는 위헌성을 문제삼을 필요도 없이 위법한 것이라 할 것이다. 법령이 행정지도의 기준, 절차, 형식 등을 규정하고 있는 경우 이에 위반하는 행정지도 역시 위법한 것으로 허용되지 아니한다.

한편 행정처분 등의 규제적 권한을 배경으로 하여 상대방이 자유의사를 가질 수 없을 정도로 강한 사실상 강제력을 가지고 있는 경우라든지, 임금 동결이나 가격 협정 등을 촉진하는 행정지도와 같이 다수 국민의 기본권에 커다란 영향을 미칠 객관적 가능성이 있는 경우에는 법치행정의 원칙상 작용법상의 근거가 필요하고, 이러한 법적근거없이 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 법률의 근거없는 기본권 제한에 해당하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

또한 작용법상 근거가 있거나 법적 근거가 없이 이루어질 수 있는 행정지도라고 하더라도 당해 행정지도가 헌법상의 기본권제한입법의 한계에 관한 과잉 금지의 원칙(비례의 원칙)이나 평등의 원칙에 위반되면 위헌이라고 하여야 할 것이다.

라. 자기관련성과의 관계

(1) 행정지도의 상대방에게 자기관련성을 인정하는 것은 문제가 없다. 그러나 행정지도의 상대방이 아닌 제3자가 행정지도의 위법성을 이유로 헌법 소원을 제기하기는 실제로 상당히 어려울 것이다(‘직접 상대방이 아닌 제3자의 지위’ 참조). 그러나 헌법재판소는 자기관련성에 관하여 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해 받은 자”는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하므로 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방이 청구인적격이 있으나, 공권력의 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게 자기관련성이 있다고 판시하여 제3자의 자기 관련성을 인정할 수 있는 여지를 남기고 있다.²²³⁾

최근 일본에서와 같이 개발과 주민의 기본권이 대립되는 상황에서 건축분쟁과 관련하여 건축주에게 주민의 환경권, 인간다운 생활을 할 권리 등의 보호를 위하여 지도요강에서 정하는 일정한 건축기준 내지 부담, 주민의 동의 등을 행정기관이 요구하지 아니하고 건축허가를 하여 준 경우, 인근 주민이 행정지도의 부작위 또는 이에 기한 건축허가가 환경권 등의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법 소원을 제기할 가능성이 농후하다고 보아야 할 것이다. 이 경우 건축허가 자체에 관하여는 제3자도 법적 이익이 있는 경우 행정소송을 제기할 수 있는 가능성이 있으므로 행정처분 자체에 대하여는 현재로서는 헌법 소원의 제기가 어려우나, 행정소송에서의 법적 이익과 헌법소원에서의 자기관련성이 반드시 일치한다고 할 수는 없고 환경권의 철저한 보장이라는 측면에서는 일정한 제3자에게 자기

223) 1993. 3. 11. 선고, 91헌마233 결정.

관련성을 인정할 여지가 전혀 없는 것은 아니라고 할 것이다. 그러나 행정지도의 불행사에 대한 헌법소원은 행정지도의 임의성, 비권력적 성격 등 때문에 인정될 수 있는 예가 거의 드물 것으로 생각된다.

일본의 하급심판결 중에는 행정지도의 임무를 주장한 사건에서 “그렇지만 우리 나라에서는 법령과 현실의 괴리를 메우기 위하여 이러한 법령상 직접적인 구체적 규정이 없이 행정지도가 많이 행하여지고 있고, 법률상 강제력은 없어도 많은 경우에 사실상 상대방이 수용하여 그 취지에 따른 결과를 실현하고 있는 것은 당원에 현저한 사실이기 때문에 이러한 사실에 비추어 행정지도의 부작위에 대한 작위의무를 인정할 여지가 없다고 하는 것도 역시 타당하지 아니하다고 할 것이다. 즉, 국민의 생명, 신체, 건강에 대한 급박한 위협이 발행하고 있음에도 불구하고 이에 적절히 대응할 법령이 없고, 이에 대응하기 위하여 입법조치를 기다리는 경우 국민의 생명, 신체, 건강에 대한 중대한 피해를 발생시킬 것이 충분히 예상되는 상황에서, 행정청이 위 상황을 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 위 중대한 결과의 발생을 회피하기 위하여 유효적절한 행정지도를 하지 아니하였다고 평가될 수 있는 경우에는 행정지도의 불행사는 국가배상법상 위법하다고 판단하여야 할 것이다.”라고 판시한 것이 있다.²²⁴⁾

(2) 한편 헌법재판소는 국제그룹 해체사건에서 “이 사건 공권력의 행사가 청구인 주도의 계열기업 전면 해체와 그 경영권의 제3자인수를 내용으로 하고 있는 이상 청구인 자신의 기본권과 무관한 것이었다 할 수 없으며, 이 사건 공권력의 행사과정에서 청구인 개인을 직접 대상으로 행사한 바는 없으나 청구인의 개인주식 등 재

224) 응본지방법원 1993. 3. 25. 판결, 위 판례체계, 3923의 51면.

산권과 기업경영권을 직접 대상으로 행사하였는바, 이러한 사실관계하에서는 공권력의 행사 자체에 의하여 청구인의 기본권이 직접 침해당한 경우라고 볼 것이다”라고 판시하였고, 국보위 정화계획에 따라 해직된 정부산하기관의 임직원이 그 보상에 제한을 둔 1980년 해직공무원의 보상 등에 관한 특별조치법 제2조 제5항 단서에 대한 헌법소원사건에서도 “위 특조법 제5조에 따라 정부가 하는 위 공사에 대한 행정지도는 이를 거부할 수 없는 처지여서 이러한 행정지도는 사실상의 강제력을 가진 실질적인 지시라 할 것이므로, 위 공사가 정부의 행정지도를 받아들여 국보위의 정화계획으로 해직된 직원에 대한 보상을 함에 있어서 별도로 내규를 정하여 보상을 하였다고 하더라도 정부가 행정지도한대로 위 특조법 제2조 제5항²²⁵⁾에 정한 바에 따르지 않을 수 없어서 청구인에 대하여 이민간 이후의 보상을 하지 못하는 제약을 받을 수밖에 없고, 따라서 청구인으로서도 동법조항 때문에 직접적으로 이민간 이후의 보상을 받지 못하는 손해를 입게 되었다 할 것이므로, 청구인의 위 특조법 제2조 제5항이 헌법에 위반되는 규정이고 이로 인하여 청구인의 기본권이 직접 침해받는 것이라고 주장하는 한 그 심판청구는 자기성 및 직접성이 인정된다.”고 판시하여 행정지도와 관련된 자기관련성의 범위를 다소 넓게 인정하는 태도를 보이고 있다.

마. 보충성과의 관계

행정지도에 공권력성을 인정할 수 있다면 당해 행정지도를 행정소송의 대상인 행정처분으로 볼 여지가 많기 때문에 헌법 소원의 보충성의 원칙에 따라 당해 행정지도에 대한 행정소송절차를 먼저 경유하여야 한다는 결과가 된다.

이와 관련하여 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항이 말하

225) 이민간 사람의 경우에는 보상금 산정기간을 해직일로부터 이민시까지 제한한다.

는 “다른 법률에 의한 구제절차”는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 잘못 자체를 다투는 권리구제절차를 의미하는 것이고 공권력의 행사, 불행사의 결과 생긴 효과를 원상회복시키거나 손해배상을 위한 사후적·보충적 구제수단은 포함되지 않는 것이며, 청구인이 그에게 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리구제될 가능성 또는 실효성을 기대할 수 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이전의 기대가능성이 없을 때²²⁶⁾에는 보충성의 원칙에 대한 예외로서 직접 헌법소원을 제기할 수 있다고 한다. 이와 관련하여 1989. 2. 4. 선고, 88헌마22 결정은 대법원이 사실 행위나 사실상의 부작위에 대하여 일관하여 그 행정처분성을 부인하였음에 비추어 종전의 관례 태도를 변경하지 않는 한 행정소송에서 청구인의 주장이 받아들여질 가능성이 희박하다고 예견됨과 아울러 확실상으로도 그 가부가 확연하다고 할 수 없는 상황은 보충성의 원칙의 예외에 해당한다고 하였고, 위 국제그룹해체 사건에서도 심판의 대상이 되는 행위가 행정소송의 대상이 된다고 단정하기 어려워 당사자에게 그에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하기 곤란한 경우라고 하면서 보충성 원칙의 예외에 해당한다고 판시하였다.

한편 다른 법률에 정하여진 권리구제절차의 실효성을 기대할 수 없다고 하기 위하여는 그 구제절차가 당해 사건에 관하여 객관적으로 실효성이 없을 것임이 확실히 예견되는 경우라야 한다고 한다.²²⁷⁾

226) 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정; 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82 결정; 192. 1. 28. 선고, 90헌마22 결정; 위 국제그룹해체사건(89헌마31 결정); 1993. 12. 23. 선고, 92헌마247 결정 등.
227) 위 92헌마247 결정.

행정지도는 비권력적 행정작용이므로 그 대부분이 행정소송의 대상이 되지 않는다고 하거나 행정소송의 대상이 되는지 여부가 판례상 불명확한 경우에 해당하는 경우가 많을 것이다(앞에 나온 처분성에 관한 판례 참조). 이러한 경우에는 공권력성이 인정되면 바로 헌법 소원을 제기할 수 있다고 보아 보충성의 원칙의 예외를 인정하는 것이 타당하다.

바. 현재관련성의 문제

행정지도는 대개 행정기관의 처분권한을 전제로 하여 그 사전절차로서 이루어지는 경우가 많으므로 행정지도 단계에서 이를 다룰만한 정도의 사건의 성숙성을 갖추지 못한 경우가 대부분일 것이다. 행정소송에서 사건의 성숙성이 구비되지 아니하면 권리보호의 이익이 없어 그 소송은 부적법한 것이 된다. 이는 행정지도에 불응하였음을 이유로 후행 행정처분에서 일정한 불이익처분을 받은 경우 당해 불이익처분을 행정소송으로 다투면 충분하다는 논리에 근거하고 있다.

그러나 행정지도를 다투지 아니하면 회복할 수 없는 손해를 입는 등 충분한 구제 목적을 달성할 수 없거나 후행 조치가 어느 정도 특정화되어 행하여 질 것이 확실시되는 경우에는 사건 해결의 신속성과 조속한 권리 구제 등의 이유로 행정지도 단계에서 성숙성을 인정하는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 228)

헌법재판에서는 이러한 사건의 성숙성의 문제가 현재관련성이나 보충성, 청구기간의 문제로 나타난다. 헌법 소원의 청구인은 현재 기본권을 침해당한 경우에 심판청구가 가능하며, 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로는 불충분하다. 다만 헌법재판소는 기본권의 침해가 장래에 발생하더라도 현재 그 침해가 예측된다

228) 김성원, 전계논문, 62~63면.

면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하고 있다.²²⁹⁾ 특히 앞에 나온 서울대학교 대학입학교사주요요강 사건에서는 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 청구인들은 대학별고사의 선택과목에서 일본어가 제외되어 있는 입시요강으로 인하여 그들이 94학년도 또는 95학년도의 입학 고사에서 불이익을 받을 수 있다는 것이 현재의 시점에서 충분히 예상된다고 하여 기본권 침해의 현재성을 인정하였고, 거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하고 있는 교육법시행령 제71조 등에 대한 헌법 소원 사건²³⁰⁾에서는 청구인의 자녀들이 초등학교 5학년, 중학교 1학년, 2학년에 재학중에 있으므로 장래 그 자녀들이 중·고등학교에 진학할 경우 위 규정에 의하여 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있으므로 현재관련성이 인정된다고 판시하였다.

행정처분의 전 단계로서의 행정지도에 대하여는 보충성의 요건이 결여된다고 할 수 있으나, 행정지도를 다투지 아니하면 회복할 수 없는 손해를 입는 등 충분한 구제 목적을 달성할 수 없는 경우 등에는 행정지도에 대하여 행정쟁송에 의한 구제가 어렵다면 기본권 침해의 현재 관련성을 비교적 넓게 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

사. 권리 보호의 이익과의 관계

헌법 소원도 주관적인 법적 구제절차이므로 권리구제를 기대할 수 있는 구체적인 이익이 있어야 함은 물론이다. 따라서 청구가 인정되더라도 청구인에게 아무런 법적 이익이 없는 경우에는 권리보

229) 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 결정; 1992. 10. 1. 선고, 92헌마68·75(병합) 결정; 1993. 7. 29. 선고, 91헌마69 결정; 1995. 11. 30. 선고, 94헌마97 결정 등.
230) 1995. 2. 23. 선고, 91헌마204 결정.

호의 이익은 인정되지 아니하며 그 청구는 부적합하다. 그러나 헌법재판소는 위와 같은 권리보호의 이익이 인정되지 않는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있다고 한다.²³¹⁾ 여기서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적 인 것이어야 한다고 한다.²³²⁾

그러나 이에 대하여는 헌법 소원을 객관적 쟁송으로 변질시키고 만병통치약으로 과대 포장될 위험이 있다는 비판도 있다.²³³⁾

물론 아직 헌법적 해명의 중대성에 관하여 명백한 기준이 설정된 것은 아니어서 위와 같은 비판도 타당하지 않은 것은 아니나, 행정지도에 관한 헌법 소원에서는 사후적 권리 구제뿐만 아니라 헌법 소원의 미래지향적 정책 통제의 기능이 있음을 간과하여서는 아니 될 것이다. 특히 오늘날 행정지도 가운데에는 대외무역에 관한 행정지도, 물가 또는 임금에 관한 행정지도 등 그 대상이 광범위한 경우가 많아 그것이 국민의 기본권과 관련되는 경우에는 헌법적 해명의 중대성이 인정되는 경우가 많을 것이며, 이러한 행정지도에 대하여는 위와 같은 미래지향적 통제를 통하여 행정의 민주화와 법치주의를 제고할 수 있는 것이다.

231) 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정; 1993. 3. 11. 선고, 92헌마98 결정; 위 국제그룹해체사건;

1994. 7. 29. 선고, 91헌마137 결정; 1994. 8. 31. 선고, 92헌마174 결정 등.

232) 위 91헌마137 결정 및 92헌마174 결정 등.

233) 이상규, 전제논문, 19면.

VII. 결 어

이상과 같이 행정지도와 그에 대한 헌법 소원의 가능성 여부에 관하여 검토하였지만, 이 문제는 아직 행정법적으로나 헌법적으로 확립된 분야가 아니며, 따라서 이 논문은 하나의 문제를 제기한 것에 불과하다.

한편 행정지도는 행정기관이 법의 집행으로 실시하는 법적 행위는 아니고 어디까지나 행정 책임을 도모하기 위하여 행하는 정치적·사회적 수단으로서의 성격이 강하기 때문에 헌법 소원으로 통제하는 것도 한계가 있는 것이 사실이다. 따라서 행정지도의 정당성을 오직 법적 규제 등 전통적인 수단에 의하여 담보하는 것만으로는 실효를 거두기 어렵고, 행정 절차법을 정비하여 행정지도의 수단·절차·방법 등을 규제하여 행정지도의 과정을 민주화·적정화함과 아울러 여론에 의한 비판·감시 제도를 체계화하여 대처하는 것이 효과적일 것이다. 이를 위하여는 여러 홍보수단을 통하여 행정지도의 내용을 공표하고 당사자에게도 지도내용의 공표를 구할 수 있도록 하여야 한다.²³⁴⁾

그러나 그렇다고 하여 헌법 소원에 의한 행정지도의 통제가 행정에 끼치는 영향력은 결코 작지 아니하다. 헌법재판소의 결정은 행정부에 대하여 장래에 행동 지침을 제시하는 역할을 하기 때문이다. 또한 가사 위와 같은 법과 제도가 완비된다 하더라도 헌법 소원은 기본권 보장의 최후 보루로서 행정지도에 의한 기본권 침해 행위를 통제하는 역할을 포기하지는 아니할 것이다.

234) 박윤훈, 전계서, 555면 이하; 천병태, 전계서, 437면 이하.

참 고 문 헌

<우리 나라>

- 강구철, 보정관 강의 행정법 I, 1993.
- 강윤원, 헌법재판의 행정통제기능에 관한 소고, 헌법논총 제5집, 1994.
- 김남진, 행정법 I, 제5판, 1995.
- 김남진, 행정법의 기본문제 -부, 판례평석-, 제4판, 1995.
- 김남진, 헌법재판대상의 활성화와 개선에 관한 연구, 헌법재판연구 제2권, 1991. 5.
- 김도창, 일반행정법론(상) 신고 제4전정판, 청운사, 1993.
- 김동희, 행정법 I, 1991.
- 김성원, 경제행정과 행정지도, 현대 공법이론의 전개, 석정 허영민 박사 화갑기념, 1993.
- 김세규, 비공식 행정작용의 문제점, 공법연구 제22집 제3호, 1994. 6.
- 김원주, 행정지도와 법적구제, 고시연구, 1977. 10.
- 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판의 이론과 실제 헌법재판자료 제3집, 1990. 12.
- 김향기, 실체법상의 행정행위와 쟁송법상의 처분개념, 월간고시, 1993. 3.
- 김현철, 헌법소원의 대상에 대한 소고, 헌법논총 제1집, 1990.
- 박수혁, 행정법에 있어서의 협력의 원칙, 고시계, 1992. 8.
- 박윤훈, 최신행정법강의(상), 국민서관, 1995.
- 변재욱, 행정법강의(I), 1990.

- 서원우, 비정식적 행정작용에 대한 법적 통제, 고시연구, 1989. 9.
- 서원우, 행정지도와 법치주의원칙(상)(하), 월간고시, 1992. 8, 10.
- 서원우, 행정지도의 공과와 평가(상)(하), 고시연구, 1983. 6, 7.
- 서원우, 행정처분개념소고, 월간고시, 1991. 1.
- 서원우, 현대행정법론(상), 1984.
- 석중현, 일반행정법(상), 1995.
- 신보성, 취소소송의 대상과 범위, 고시행정, 1991. 10.
- 행복기, 서독연방헌법재판법상 헌법소원의 대상, 헌법재판자료 제3집, 557면.
- 양승두, 행정지도, 고시계, 1985. 11.
- 오준근·김명연, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 한국법제연구원, 1994. 2.
- 이명구, 행정법원론, 1992.
- 이상규, 법치행정의 원칙과 헌법소원의 요건, 판례연구 제8집, 서울 지방변호사회, 1995.
- 이상규, 신판 신행정법론(상), 1993.
- 이시윤, 헌법재판개관(상)(하), 판례월보, 1989. 5, 6.
- 정준현, 행정지도의 비교법 연구 ①②, 순간 법제 1990. 7. 31. 통권 제309호 및 1990. 8. 10. 통권 제310호.
- 천병태, 행정법 I, 1994.
- 한건우, 제2판 행정법(I), 1995.
- 홍정선, 행정법원론(상) 제4판, 1995.
- <일본>
- 兼子 仁, 行政争訟法, 1973.
- 高田 敏, 行政指導と 法律による行政の原理, 法學教室, 2期 5號.
- 關 哲夫, 地方行政と争訟, 勁草書房, 1982, 111면.

關 哲夫, 行政指導, 現代行政法學全集 5, ぎょうせい, 1991.

久保茂樹, 建築確認と開發指導要綱, 行政法の争点(新版).

根岸 哲, 行政指導と價格カルテル, 別冊ジュリスト, 行政判例百選 I (第3版), 1993.

今村成和, 行政指導と 人權, 韓日‘法と 社會’研究會編, 法と 社會 研究 第7輯.

吉田善明, 要綱行政の意義と展望, 法曹時報 51卷7號.

南川諦弘, 判例批評, 民商法雜誌 94卷5號.

納谷廣美, 行政指導の司法審決, -日本の行政勸告にもとづく合意による紛争解決, 和田英夫 編著, 訴訟制度と司法救済 -日美比較司法制度論研究序説-, 1989.

大橋洋一, インフォーマルな法治國, 公法研究, 第57號, 1995. 10.

大橋洋一, ジュリスト 1046號, 平成5年度 重要判例解説, 臨時増刊 6月10日號.

大橋洋一, 行政指導の比較法研究, 法政研究, 第56卷 第3~4合併號.

藤田宙靖, 行政指導の法的位置付けに關する一試論, 行政法學の現状分析, 高柳信一先生古稀記念論集, 1991.

梅村明剛, 行政指導と建築確認の留保, 平成4年 行政關係判例解説, 行政判例研究會編, 1994.

本間重紀, 石油カルテル(價格協定) 最高裁判決の問題點 -獨占禁止法と行政指導との關係を中心に-, 經濟學會年報 第6號(通卷28號), 石油カルテル最高裁刑事判決, 1985.

山内一夫, 行政指導, 弘文堂, 1979.

成田頼明, 行政指導(現代法(4), 現代の行政), 岩波書店, 1966.

成田頼明, 行政指導の機能と功罪, ジュリスト 741號, 1981. 6. 1.

松下滿雄, 行政指導に關する外國の法律問題, ジュリスト 741號,

1981. 6. 1.

阿部泰隆, 行政の法システム(上), 有斐閣, 1993.

阿部泰隆, 行政指導による建築確認の留保, ジュリスト 845號, 1985.

10. 1.

鹽野 宏, 行政指導 - その法的側面 -, 行政法講座 第6卷, 1981.

鈴木庸夫, 指導要綱の不遵守と届出書の返戻措置, ジュリスト 平成3年度 重要判例解説, 臨時増刊 6月10日號.

鈴木庸夫, 行政指導と國家賠償責任, 國家補償法大系 2, 日本評論社, 1987.

鈴木庸夫, 行政指導をために建築確認留保, 法學教室, 62號.

鈴木庸夫, 行政指導をめぐる判例の動向, ジュリスト 第741號, 1981.

6. 1.

要綱と開發行政, 判例タイムズ 639號, 1987. 9. 1.

宇賀克也, 要綱行政 - 負擔金を中心として, ジュリスト 880號, 1987.

3. 15.

原田尚彦, 訴えの 利益, 行政法講座 3卷.

原田尚彦, 要綱行政の限界, 法學教室 46號.

原田尚彦, 地方自治體の指導行政 - 建築紛争を素材にして, ジュリスト 713號, 1980. 4. 1.

原田尚彦, 地方自治體の指導行政, ジュリスト 713號.

田中二郎, 行政指導と法の支配, 司法權の限界, 1976.

千葉勇夫, 行政指導に對する法的統制, 公法研究, 第40號, 1978.

村上義弘, 行政指導と法律の根據, 大阪府立大學, 經濟研究, 第16卷2號, 1976.

荒 秀, 行政指導にする建築確認の留保, 行政判例百選 I (第3版), 別冊ジュリスト 122號, 1993. 4.

<구미>

Hans J. Wolff u. Otto Bachofm Verwaltungsrecht I, 1994.

Hans-Uwe Erichsen u. Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1992.

Harmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994.

Michael K. Young, Judicial Review of Administrative Guidance : Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan, Columbia Law Review, Vol.84 No.4(1984).

법규범으로서의 평등의 사적 전개

황 도 수
헌 법 연 구 관

- 목 차 -

I. 서 론

II. 법개념으로서의 평등과 이념으로서의 평등의 구분

III. 이데올로기로서의 평등의 전개

IV. 법규범으로서의 평등의 전개

1. 미국에서의 전개

가. 평등조항의 연방헌법에의 채택

나. 평등조항의 적용범위

다. Warren법원 이전의 심사기준

라. Warren법원의 심사기준

마. Warren법원 이후의 심사기준

2. 독일에서의 전개

- 가. 평등조항의 성문화
 - 나. 평등조항의 적용범위
 - 다. 평등심사기준의 변화
3. 우리 나라에서의 전개
- 가. 서양헌법의 수계
 - 나. 평등조항의 적용범위
 - 다. 헌법재판소설치 이전의 평등심사
 - 라. 헌법재판소설치 이후의 평등심사

V. 결 론

I. 서 론

우리 헌법은 전문에서 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 …… 국민 생활의 균등한 향상을 기하고”라고 선언하고, 제11조에서는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라고 규정하는 등 평등에 관하여 수많은 규정을 두고 있다. 그러나, 헌법에 수많은 평등 규범이 존재한다고 하여 평등에 관한 규범적 내용에 관한 분쟁이 종결되었다고 보기는 어렵다. 오히려 평등에 관한 법적 분쟁이 복잡하게 얽혀있음을 의미할 뿐이라고 하겠다. 이는 우리 헌법 규범이 전제하고 있는 평등 개념 자체가 본질적으로 백인백색인데 반하여, 우리 헌법은 그 수많은 평등 개념 중 어떠한 개념을 헌법규범으로 택하고 있는지에 관하여 스스로 말하는 바 없다는 데 원인을 발견할 수 있겠다.

원래 인간의 사회생활 또는 정치 생활에 관한 개념이나 제도들은 처음부터 완성되어 있는 것을 인간이 선택한 것이 아니라 인간이 서로 살아가면서 부닥치게 되는 문제들을 해결하는 과정에서 인간이 생각해 낸 것들이다. 따라서 이러한 개념이나 제도에 대한 역사적 이해는 현재의 개념이나 제도를 이해하고, 미래의 지향점을 찾는 데 커다란 도움을 주게 된다. 평등에 관한 개념이나 제도도 마찬가지이다. 이에 우리 헌법상 평등 규범의 현재 위치를 찾아보기 위하여 평등 문제를 둘러싸고 전개되었던 과거의 논의를 살펴볼 필요성이 있다고 하겠다.

II. 법개념으로서의 평등과 이념으로서의 평등의 구분

그런데, 평등 문제에 관한 역사적 전개과정을 살펴보면, 평등문제가 정치적·사회적 이데올로기로서 전개된 부분과 법규범으로 받아들여져서 법이론으로서 전개된 부분으로 분리되어 생각될 수 있음을 알 수 있다.

논리적으로 생각하면, 이데올로기는 논의되던 평등 개념이 평등규범의 규범 내용으로 되는 것이 당연할 것이다. 그런데, 평등규범의 내용과 운용을 자세히 살펴보면, 평등규범이 가지는 구체적인 의미가 이데올로기로 전개된 평등의 내용과 항상 일치하는 것이 아님을 발견할 수 있게 된다.

예를 들어, 현대 이데올로기로서의 평등은 사회적·생존권적·복지국가적 평등을 그 내용으로 하고 있다. 그러나, 현대 헌법에 규정된 평등조항이 사회적·생존권적 급부를 그 직접적인 내용으로 포함하고 있는 것으로 해석하는 학자들을 찾아보기는 어렵다. 우리 헌법의 경우, 사회적 내지 생존권적 기본권은 평등규범과는 별개의 조항으로 따로 보장되고 있기 때문에, 사회적·생존권적 평등요구가 평등규범에서 바로 도출된다고 해석하는 것은 헌법의 개별조항(생존권적 기본권 규정들)을 무시하는 해석이라는 비판을 피할 수 없다고 하겠다. 사회적 내지 생존권적 기본권 규정을 개별적으로 두고 있지 아니한 독일 기본법 아래에서도, 사회적·생존권적 평등요구는 평등조항 보다는 사회국가조항에서 도출되는 것으로 해석하는 것이 통설이다.¹⁾

1) Hesse, 계획법 역, 서독헌법원론, 1985. p.136 참조.

근대 이데올로기로서의 평등에 관하여도 같은 생각을 할 수 있다. 당시 평등이데올로기는 전근대적 봉건적 신분제, 봉건적 경제규제 및 절대왕정체제에 대한 타도를 그 내용으로 하고 있었는데, 실제로 이러한 요구의 대부분은 평등 조항에 의하여 실현된 것이 아니라, 경제적·신체적 자유를 직접 보장하고 있는 개별 기본권조항에 의하여 실현되고 있었다.

결국 이데올로기로서의 평등의 내용은, 근대에서는 자유권조항을 통하여, 현대에서는 생존권조항, 사회국가조항 기타 복지국가조항을 통하여 법규범으로 대부분 실현되었다고 볼 수 있다. 여기에서 법규범으로서의 평등에 관한 논의가 이데올로기로서의 평등에 관한 논의와는 별개의 내용을 가지고 역사적으로 전개되었을 가능성을 발견하게 된다. 실제로 법규범으로서의 평등에 관한 논의를 살펴보면, 법규범으로서의 평등에 관한 논의가 이데올로기로서의 평등에 관한 논의와는 다른 내용을 가지고 각 나라마다 다른 전개양상을 보이고 있음을 발견할 수 있다. 이때, 평등 문제가 이데올로기로서 전개될 경우에는 논의의 중심이 주로 사회가 궁극적으로 추구할 목표의 내용으로서의 평등이 무엇인가에 놓이게 되는데 반하여, 평등 문제가 법규범으로 전개될 경우에는 논의의 중심이 현실의 법규범으로서의 평등이 규범적으로 어떠한 역할을 수행하여야 하며, 법규범으로서 그 심사기준이 무엇이고, 그 판단의 논리구조가 무엇인가에 놓이게 된다는 차이를 보이고 있다. 부연하면, 이데올로기에 관한 논의에서는 추구되어야 할 가치로서의 평등에 관심을 가지므로, 평등의 실질적 내용이 무엇이냐에 논의의 초점이 모이게 되는데 반하여, 법규범에 관한 논의에서는 현실의 법규범으로 규정된 평등 규정이 실제로 가져야 할 의미가 무엇이냐에 관심을 가지므로, 대개의 경우 이데올로기로 주장되는 평등의 실질 내용 중 하나를 현

실의 규범 내용으로 그대로 받아들일 수 없다는 현실적 한계로 인하여, 이들 다양한 실질 내용을 아울러서 통합할 수 있는 형식개념으로서의 평등이 무엇인가에 논의의 초점이 모이게 되는 것이다.

이 글은 우리 헌법상의 평등규정에 대한 인식을 목적으로 하므로, 당연히 범규범으로 전개된 평등 문제에 주된 관심을 두고 있다. 다만, 이데올로기로서의 평등 개념이 범규범으로서의 평등 개념으로부터 완전히 분리될 수 없고, 상호 영향을 미친다는 점 등을 고려하여, 이데올로기로서의 평등의 전개 과정에 관하여도 그 동안의 연구 성과를 간단히 정리해 본다.

Ⅲ. 이데올로기로서의 평등의 전개

평등에 관한 논의는 고전적 시기라고 할 수 있는 그리스시대에 연원을 두고 있다.²⁾ Aristoteles는 아테네의 자유 시민 사이에서의 정의를 분석하면서, 평균적 정의와 배분적 정의에 관하여 논하였다. 그는 배분적 정의 개념을 통하여 각 개인이 사회생활에서 가지는 본질적 차이와 이에 비례하는 올바른 배분의 정의 관념을 말하여 이후 평등 논의의 기초를 형성하였다.³⁾ 그 후 평등사상은 Zenon에 의하여 창설된 스토아학파에 의하여 발전되었고, 로마시대에는 여러 종족의 혼합, 국가영역의 확대 및 그리스교의 대두 등의 배경과 스토아철학과 로마법의 영향 아래, 자연법(jus naturae)개념이 성립하여 만민평등사상이 전개되었다. 그러나 고대의 평등사상은

2) Rees, 권만학 역, 평등(Equality), 1990, p.12

3) Aristoteles, 나종일 역, Politica(정치학), 1990 ; Aristoteles, 최명관 역, Ethica Nicomachea(니코마코스윤리학), 1984 ; 한상범, 평등의 원리와 전근대적 가족질서, 사법행정, 1973. 7, p.4 참조

노예제사회의 한계를 벗어나지 못하여, 평등은 시민권을 갖는 시민 사이에 있어서의 그것에 머무를 수밖에 없었다.⁴⁾

평등이 모든 인간에게 존재한다는 주장은 중세의 기초가 된 크리스티교에 의하여 이루어졌다. 크리스티교에서의 인간은 그 하나 하나가 신을 모방해서 만들어졌고, 하나님 앞에서 죄진 자로서 동등하고, 하나님으로부터 같은 거리에 있으며, 하나님의 눈으로 볼 때 똑같다는 것이다.⁵⁾ 그러나 현실의 중세 사회는 봉건제에 따라 영주·봉신과 농노 사이에 맺어진 주종 관계를 기반으로 하고 있었으므로, 크리스티교의 종교적 평등이 실제에 적용될 수는 없었다.⁶⁾ 다만, 당시의 신학사상은 칼빈파에 의해 세속화됨으로써 간접적이기는 하지만 근대적 평등 개념의 형성에 크게 영향을 미칠 수 있었다.⁷⁾

근대 17·8세기의 합리주의적 자연법학에서는 중세의 인격적인 ‘신’이 추상적·보편적인 ‘법’개념으로 대치되고 있음을 볼 수 있다.⁸⁾ Locke는 그의 시민정부이론에서 다음과 같이 말하고 있다 :

자연상태에서 각인은 평등하며 그 평등권의 내용으로 생명·자유·재산 등의 자연권이 존재한다. 그렇지만 자연 상태에서는 자연권의 향유가 불편하고 불안하기 때문에, 이것을 확보하기 위해 사람들 사이의 계약에 의해 정부가 설립되었다. 따라서 정부의 목적은 자연권확보이며 그것은 계약에 기초한 것이기 때문에 항상 각인의 동의를 전제로 한다. 각인이 사회상

4) 김명규, 한국헌법학, 1985, p.409

5) 김남진, 헌법상의 평등의 원칙, 법정, 1963. 5, p.45

6) 김명규, 한국헌법학, 1985, p.409

7) 같은 책, p.410

8) 김남진, 같은 책, p.49

태에 들어가면, 개개의 권리는 위양되지만 생명·자유·재산 등의 자연권은 위양되는 것이 아니며, 역으로 그 확보를 조건으로 하는 것이다.⁹⁾

18세기에 들어오면서, 평등 이념은 근대국가에서 두 가지 요구로 응축되었는데, 하나는, 모든 시민이 누구나 국가기관의 구성이나 통치 과정에 평등하게 참여하여야 한다는 평등한 참정의 요구이고, 다른 하나는, 국가기관이 신분이나 신앙 등에 따라 인간을 차별하지 아니하고 법률을 평등하게 적용하여야 한다는 법률 적용의 평등이었다.¹⁰⁾ 이러한 세속적·법적 평등의 주장은 1976년 미국의 Virginia 권리장전¹¹⁾에서 최초로 입법화되었고, 그 후 제정된 거의 모든 성문헌법은 평등조항을 포함하게 되었다.¹²⁾ 이후 평등문제는 단순한 정치·사회 이데올로기가 아니라, 법적 권리로서의 지위를 가지게 되었다.

당시 시민적인 평등은 인간의 천부적인 권리에 어긋난다는 이유로 신분적 차별 제도를 부정함으로써, 봉건적인 특권계급의 제도를 타파하였다는 점에서 역사적 진보라고 평가할 수 있다.¹³⁾ 그러나, 근대의 평등은 시민적인 법리에 따라 모든 인간이 누구나 대등한 권리주체로서 자유로운 경쟁을 통한 시장질서 속에서 각자의 행복을 추구하고 그것이 사회 진반의 조화를 이루어 간다는 가설에 입각하였기 때문에¹⁴⁾ 결국 형식적 의미의 평등만을 보장하는 한계를

9) Locke, *Two Treatises on Civil Government*, 1690. 이경운, 미국헌법상의 평등보호조항에 관

한 연구, 전남대 사회과학논총, 1981, p.78에서 재인용.

10) 권영성, 헌법학원론, 1995, p.398,399

11) 1776. 6. 12. 채택.

12) 아부회제, 야중준인, 평등의권리, 1984, p.11

13) 한상범, 현대사회에 있어서 평등권의 제문제, 고시연구, 1982, p.45

14) 같은 책, p.45,46

보이고 있었다. 그러므로, 당시의 평등은 자유와 재산의 불가침으로 대표된 자유방임정책과 더불어 사회경제생활에 자유경쟁을 복돋아 자본주의의 발전과 고도화를 재촉하기는 하였으나, 부의 편재, 노동자의 빈곤, 실업 등의 중대한 사회문제를 야기시킬 수밖에 없었고,¹⁵⁾ 급기야는 계급적 대립을 포함하는 자본주의사회의 모순을 격화시켜,¹⁶⁾ 양차 세계대전의 비극을 초래하였던 것이다.

이에 대한 반성으로 오늘날의 평등은 ‘자유’의 평등만이 아니라 모든 인간으로 하여금 인간다운 생활을 가능하게 하는 ‘생존’의 평등까지를 요구하게 되었다. 실질적 평등 내지는 결과에 있어서의 평등의 실현을 요구하는 것이다.¹⁷⁾ 이러한 실질적 평등사상은 1919년 Weimar헌법에서 최초로 성문화되었고, 우리 나라 헌법을 포함하여 20세기에 제정된 헌법들은 대개 현대의 평등사상을 수용하고 있다.

15) 아부회제, 야중준언, 같은 책, p.16

16) 같은 곳.

17) 권영성, 신 헌법과 법앞의 평등, 월간고시, 1988. 2, p.17

IV. 법규범으로서의 평등의 전개

1. 미국에서의 전개

가. 평등조항의 연방헌법에의 채택

최초의 미국연방헌법 및 권리장전에는 평등 조항이 포함되어 있지 않았다. 그러나, 미국에는 식민지시절부터 인간으로 취급받지 못하는 흑인노예들이 현존하였기 때문에 평등 문제가 실정 헌법 밖의 이론으로 남아 있을 수만은 없었다. 1861년부터 1864년에 걸친 남북전쟁의 결과, 미국 헌법은 수정 제13조, 수정 제14조 및 수정 제15조의 수정 조항을 새로이 포함하게 되었다. 이들 수정 조항은 모두 노예제도의 철폐와 흑인의 자유 보장을 위한 규정이었다. 특히, 수정 제14조 제1항은 평등에 관한 일반 규정을 포함하고 있어서, 미국 평등 문제의 중심을 이루게 되었다 :

합중국에서 출생하고 또는 귀화하고 합중국의 지배권에 복종하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면제를 박탈하는 법률을 제정하거나 강행할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며 그 지배권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다. 18)

18) “…… nor shall any State …… ; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

나. 평등조항의 적용범위

초기의 미연방 대법원은 수정 제14조에 일반적 의미를 부여하기를 주저하였다. 미연방 대법원은 1873년 Slaughter House Case¹⁹⁾에서 헌법 수정 제14조는 명백히 흑인에 대한 규정이기 때문에 경제적 사항에는 적용이 없다고 판시하였다. 그러나, 1886년 Yick Wo v. Hopkins사건²⁰⁾에서 평등 조항이 중국계 인종문제에도 적용되며, 같은 해 Santa Clara County v. Southern Pacific R.R.사건²¹⁾에서 경제적 문제에도 평등 조항이 적용될 수 있다고 판시함으로써, 수정 제14조에 평등에 관한 일반조항으로서의 역할을 부여하였다.

또한, 미연방대법원은 1886년 Yick Wo 사건²²⁾에서 헌법상의 평등보호가 단순히 ‘법의 평등한 집행(equal enforcement of laws)’만을 보장하는 것이 아니라 ‘평등한 법의 보호(protection of equal laws)’, 즉 법 내부 자체의 평등도 보장한다고 일찍이 해석하였다. 이로 인하여, 미국에서는 독일에서와는 달리 ‘법 자체의 평등’이 헌법적으로 보장되는 것인가에 관한 논쟁이 크게 떠오를 수 없었다.

다. Warren법원 이전의 심사기준

1960년대 Warren법원 이전에는 법원이 최소한의 사법적 관여에 그쳐야 한다는 사법자제론(사법소극주의)이 지배적이었다. 따라서, 사법부가 평등 조항을 통하여 입법을 통제하겠다는 생각도 소극적이어서, 인종이나 국적을 이유로 차별하는 경우 등의 예외적인 경우를 제외하고는, 평등 조항을 근거로 입법을 무효화시키는 경우는 드문 일이었다. 입법부가 정한 구별은 정당한(legitimate) 입법목적과 합리적인(rational) 관련성을 가지고 있는 한 합헌으로 인정되었

19) 83 US (16 Wall.) 36 (1873).

20) 118 US 356 (1886).

21) 118 US 394 (1886).

22) 118 US 356 (1886).

고, 법원은 명백한 증거가 없는 한, 국가의 행위를 유효한 것으로 인정할 수밖에 없다는 이론을 전개하였다 :

지방 정부가 …… 결론을 내릴 수 있었던 것은 당연하다. 지방 정부는 그런 것은 거기에 해당되지 아니한다고 말할 수 있는 박식함을 어느 정도 갖추고 있는 것이다. 우리(법원)는 그러한 박식함을 가지고 있지 않다. …… 평등권 문제에 대한 해답은 이론적 일관성에서 얻어지는 것이 아니라, 경험에 근거한 실제적인 이해(고찰)에서 얻어지는 것이다.²³⁾

물론 당시에도 주의 입법에 대하여 강력한 통제를 수행할 필요성이 없었던 것은 아니었다. 그러나, 미연방 대법원은 주의 경제 입법에 대하여 적극적으로 간섭하던 20세기 초반에도 평등 조항이 아니라 적법절차 조항을 그 도구로 이용하였을 뿐이다.²⁴⁾ 당시의 평등 위반 주장은 헌법적 주장의 마지막 보루(last resort), 즉 가능한 모든 ‘권리’의 주장을 시도해 보았으나 모두 기각되었을 때에 비로소 주장할 수 있는 것으로 인정되었다.²⁵⁾

라. Warren법원의 심사기준

Warren법원은 과거의 사법 소극주의를 극복하고 사법적극주의로 나아갔고, 평등 조항을 사법 적극주의의 중요한 도구의 하나로 이용하였다. Warren법원은 평등 조항에 의한 엄격한 심사가 적용될 분야를 확대함으로써 평등 보호의 혁명을 이루었다.²⁶⁾ 과거 인종이나 국적에 의한 구별에 대하여만 적용되던 엄격한 심사를 심사의

23) *Railway Express Agency v. New York*, 336 US 106,110, 93 L Ed 533 (1949).

24) Gunther, *Constitutional Law*, 1991, p.602.

25) *Buck v. Bell*, 274 US 200,208 (1927).

26) Gunther, 같은 책, p.603.

대상이 된 입법의 내용이 ‘의심스러운 구별(suspect classification)’에 해당되거나, 국민의 ‘기본적 권리(fundamental rights or interests)’를 간섭하는 경우에도 확대 적용하였다.

‘의심스러운 구별’이란 입법이 (편견을 가지고) 정치적으로 이해관계가 대변되지 못하거나 힘이 없는 소수인을 불리하게 구별하는 경우로 이해되었다. 인종이나 국적에 의한 구별²⁷⁾이 그 대표적인 예이다. 국민의 ‘기본적 권리’란 미연방헌법이 특별히 보장하고 있다고 인정되는 권리를 의미하므로, 입법이 투표권, 표현의 자유, 형사 항소, 주간교역 등의 기본적 권리를 제한하면서 구별하는 경우에는 엄격한 심사 기준이 적용되었다.

평등 조항에 의한 엄격한 심사는 과거 소극적인 심사에서와는 달리 입법 목적과 입법적 구별이 아주 밀접한 관련성을 가질 것을 요구하였다 :

그 권리(이주의 자유)의 행사를 저지하는 효과를 가져오는 입법적 구분(구별)은, 그것이 긴급한(compelling) 정부 목적을 추진하는데 필요한(necessary) 것이라는 것이 입증되지 않는 한, 위헌이다.²⁸⁾

물론, 입법이 ‘의심스러운 구별’이나, 국민의 ‘기본적 권리의 간섭’에 해당되지 아니하는 경우, 과거의 사법 심사 태도에 따라 최소한의 사법 심사(minimal judicial scrutiny)가 행해졌다. 따라서, 대부분의 경제·사회 분야에서의 입법은 차별적 효과가 발생하더라도 그 입법 목적과 수단 사이에 합리적 관계(reasonable relationship)

27) Korematsu v. US, 323 US 214, 89 L Ed 194 (1944).

28) Shapiro v. Thompson, 394 US 618,634, 22 L Ed 2d 600 (1969).

가 인정되면 그 합헌성이 인정되었다.

결론적으로 Warren법원에서의 평등권 심사는 과거의 소극적 심사에서 머무르는 영역[관대한 심사 ; 합리성 심사(reasonable classification test ; reasonable 혹은 rational relationship²⁹)]과 적극적 심사를 행하는 영역[엄격한 심사(strict 혹은 close scrutiny³⁰)]으로 이원화되어 있었다고 하겠다.

마. Warren법원 이후의 심사기준

Warren법원 이후의 Burger, Rehnquist 법원에서의 평등심사는 형식적으로 Warren시대의 이중심사기준의 원형을 유지하면서, 실질적으로 그 내용에 변경을 가하는 변화를 보이고 있다.³¹ Warren법원의 이중기준이 너무 극단적이어서 엄격한 심사 기준이 적용되는 경우에는 거의 위헌으로, 합리성 심사 기준이 적용되는 경우에는 거의 합헌으로 결론지어지는 데에 문제의식을 가졌었다고 하겠다.

그리하여, 미연방 대법원은 1970년대 후반부터 관대한 심사에서 입법을 무조건 존중해 주는 과거의 태도를 변경하여 심사 내용을 강화하는 판례를 형성해 나갔다.³² Logan v. Zimmerman Brush Co.사건³³과 Metropolitan Life Ins. Co. v. Ward사건³⁴을 예로 들 수 있다.

또한, Burger, Rehnquist 법원은 엄격한 심사와 관대한 심사 사이에 중간 정도의 심사를 할 영역을 찾아내고, 새로운 심사 기준을

29) Gunther, 같은 책, p.587 이하 ; Gunther, Individual Rights in Constitutional Law, 1992, p.272 이하 참조.

30) 같은 곳.

31) 윤후경, 평등권, 한국공법학회, 한국에서의 미국헌법의 영향과 교훈, 1987, p.132 ; Gunther 같은 책(constitutional), p.606.

32) Gunther, 같은 책, p.606.

33) 455 US 422, 71 L Ed 2d 265 (1982).

34) 470 US 869, 84 L Ed 2d 751 (1985).

적용하였다. Craig v. Boren사건³⁵⁾에서 Brennan판사는 실질적 관계 심사 기준(substantial relationship test)을 생성하여 관대한 심사 기준보다는 좀더 강도가 높지만 엄격한 심사 기준보다는 완화된 심사 기준을 제시하였다 :

성차별이 중요한(important) 행정 목적에 이바지하고 그 목적 달성에 실질적으로(substantially) 관련이 있어야만 한다.³⁶⁾

중간 정도의 심사는 성별(gender), 사생아(illegitimacy), 외국인에 의한 입법적 구별에 적용되었다.

나아가, 몇몇 판사들은 Warren법원의 이원론 자체를 부인하는 이론을 전개하고 있다. Marshall판사는 San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez사건³⁷⁾의 반대 의견에서 Sliding System 이론을 전개하여 이익교량에 의하여 평등 심사를 하여야 한다는 주장을 펼쳤고, Stevens판사는 Craig v. Boren사건의 반대 의견에서 비슷한 의견을 전개하였다 :

대법원이 행하고 있는 것을 살펴보면, 대법원은 평등 조항에 위반하고 있다고 주장되는 차별을 심사할 때, 일련의 기준들을 적용하고 있음을 볼 수 있다. 이들 일련의 기준들은 대법원이 특정한 구별에 대하여 심사하는 기준의 정도가 문제된 법익의 헌법적, 사회적 중요성 및 구별 기준의 사악성(차별성 : invidiousness)에 따라 변동적임을 의미함이 명백하다.³⁸⁾

35) 429 US 190, 50 L Ed 2d 397 (1976).

36) Craig v. Boren, 429 US 190,197, 50 L Ed 2d 397 (1976).

37) 411 US 1, 36 L Ed 2d 16, 93 S Ct 1278 (1973).

38) 411 US 1,99.

요약컨대, 대법원은 평등 심사를 하는 기준을 문제된 법익의 헌법적 중요성과 그 구별 기준의 사악성에 따라 일관성 있게 조절하여 왔음이 명백하다.³⁹⁾

주의 구별 정당성에 대하여 행하는 우리 심사의 성질은 모든 평등 사건에서 본질적으로 똑같은 것이다 : 우리는 추구하고자 하는 주의 이익의 실질성(substantiality)을 고려하여, 주의 입법 목적 달성을 위한 수단의 합리성(reasonableness)을 심사하는 것이다.(Police Dept. of Chicago v. Mosley, 408 US 92, 95, 33 L Ed 2d 212(1972)) 이러한 심사(기준)을 적용함에 있어서의 차이는 문제된 법익의 헌법적 중요성과 구별 기준의 사악성의 정도에 따른다고 생각한다. 주장된 주의 이익의 관점에서 법원은 때로는 ‘불가피한(compelling)’ 또는 ‘중대한(상당한 ; substantial)’ 또는 ‘중요한(important)’ 국가 이익을 구별의 정당화하기 위한 것으로서 요구할 것이다.⁴⁰⁾

그 차이가 어떠하든, 결국은 주장된 국가 이익의 현실과 정당성의 문제인 것으로 생각된다. …… 생각컨대, 국가가 선택한 입법 수단의 효율성에 대하여 우리가 심사할 때의 기준은 문제된 이익의 헌법적 중요성과 구별 기준의 사악성을 반영하여야 한다고 본다.⁴¹⁾

(미국 연방 헌법에는) 하나의 평등조항 만이 있을 뿐이다. ……

이 조항은 어떤 사건에서는 어떤 심사 기준을 적용하고, 다른 사건에서는 다른 심사 기준을 적용할 것을 명하고 있지 아

39) 411 US 1,109.

40) 411 US 1,125.

41) 411 US 1,126.

니하다. …… 나는, 평등보호주장에 적용되는 이원론이 사건을 결정하는 논리적인 방법을 설명하고 있는 것이 아니라, 하나의 심사 기준을 합리적으로 일관성 있게 적용한 판결들을 설명하는데 법원이 사용하고 있는 도구라고 믿고 싶다.⁴²⁾

결국 현재의 미연방 대법원은 Warren법원이 형성한 이원론에 바탕을 두되, 이원론의 현실 적응력에 대한 불만으로 이원론의 내용 수정 내지 새로운 이론의 가능성을 모색하는 중이라고 평가할 수 있다. 수정 헌법 제14조가 채택된 지 1세기이상이 흘렀음에도 불구하고 아직도 평등 문제가 격렬한 논의 주제로 지속되고 있는 것이다.⁴³⁾

2. 독일에서의 전개

가. 평등조항의 성문화

독일에서의 평등 규정은 1808년 나폴레옹에 의하여 선포된 Westfalen왕국 헌법과 바이에른 헌법에서 우선 발견될 수 있다. 그러나, 포괄적이면서도 구체적인 내용을 가진 평등 조항은 1848년 Frankfurt헌법이 제정될 때까지 기다려야 했다.⁴⁴⁾ Frankfurt헌법은 제137조 제1항에서 “법률 앞에서 신분의 구별은 존재하지 아니한다. 신분으로서의 귀족은 폐지된 것으로 한다”, 같은 조 제2항에서 “모든 신분적 특권은 제거된 것으로 한다”, 같은 조 제3항에서 “독일 국민은 법률 앞에서 평등하다”고 규정하고 있었으나, 시행되지

42) Craig v. Boren, 429 US 190,211,212, 50 L Ed 2d 397 (1976).

43) Gunther, 같은 책(constitutional), p.601.

44) Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109, 1984, s.174.

는 못하였다. 1850년 Preußen헌법은 제4조에서 “모든 Preußen국민은 법률 앞에서 평등하다.”라고 규정하였고, 1919년 Weimar공화국헌법은 제109조에서 “모든 독일 인민은 법률 앞에 평등이다. 남자 및 여자는 공민으로서 동일한 권리와 의무를 가진다. 출생 및 신분에 의한 공법상의 특권 불이익은 이것을 폐지한다. 귀족의 칭호는 다만 씨명의 일부로서 남을 뿐이고, 장래에는 이를 인정할 수 없다.”라고 정하고 있었다. 세계대전 이후 제정된 서독 기본법은 제3조에서 평등에 관하여 포괄적인 규정을 두고 있다 : “① 모든 사람은 법률 앞에 평등하다. ② 남녀는 동등한 권리를 가지고 있다. ③ 아무도 그의 성별, 가문, 인종, 언어, 출생지와 혈통, 신앙, 종교적 내지 정치적인 의견 때문에 차별되거나 혹은 특권을 받을 수 없다.”⁴⁵⁾

나. 평등조항의 적용범위

독일 헌법상의 평등 조항은 ‘법(률) 앞에서의 평등’을 보장한다는 문면상의 특징을 가지고 있다. 그로 인하여 평등 조항은 ‘주어진 법의 적용에서의 평등’만을 보장하는 것으로 해석될 여지가 있었다. 실제로 1850년 Preußen헌법 및 1919년 Weimar헌법 당시의 통설은 평등 원칙의 입법자 구속성을 부인하였다.⁴⁶⁾ Anschütz는 Weimar헌법 제109조를 다음과 같이 해석하였다 :

제1항은 법률에 규정될 사항에 관하여 말하는 것이 아니라, 법률이 특정 사람을 특별히 고려하지 아니하고(rückhaltslos) 적용될 것을 말하는 것이다. 이는 ‘법률 앞에서의 평등(Gleich-

45) “① All menschen sind dem Gesetz gleich ② Männer und Frauen sind gleichberechtigt.

③ Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.”

46) Hesse, 같은 책(A&R 109), p.175 ; 아부회제, 야중준언, 같은 책, p.46.

heit vor dem Gesetz)’을 명하는 것이고, ‘법률의 평등(Gleichheit des Gesetzes)’를 명하는 것은 아니다. 따라서 ‘법률 앞에서의 평등’은 법을 적용하는 국가기관인 사법 및 행정 앞에서의 평등인 것이다. 법률은 사람에 따라 차별되어 집행되어서는 아니 된다. 이 원칙으로부터 그 이상의 것이 도출될 수는 없는 것이다. 그것은 법률의 내용에 관하여 아무 것도 규정하고 있지 않기 때문이다.⁴⁷⁾

이에 대하여 Triepel, Kaufmann,⁴⁸⁾ Leibholz 등은 입법도 평등 원칙에 구속된다고 주장하였다. Leibholz는 그의 박사 학위논문을 통하여 Weimar헌법의 성립사와 국민을 입법자의 자의적 행위로부터 보호하여야 할 필요성으로부터 입법구속설을 도출하여, “개인을 적용 대상으로 하는 통상법률은 …… Weimar헌법 제109조에 의한 사법적 통제를 받는 것이다.”라고 주장하였다.⁴⁹⁾

오늘날의 기본법도 형식적으로는 ‘법률 앞에서 평등’을 보장하고 있어서 Weimar시대와 같은 해석이 제기될 여지가 있음을 부인할 수 없으나, 독일 연방 헌법재판소의 판례와 통설은 “이하의 기본권은 직접 타당한 법으로서의 입법, 집행권, 및 사법을 구속한다”라고 규정하고 있는 기본법 제1조 제3항을 근거로, 평등 원칙이 입법자 구속성 여부의 문제가 입법적으로 해결되었다고 보고 있다 :

평등 원칙이 집행권이나 사법권에 의한 평등한 법 적용을 명하는 것에 그치지 아니하고, 입법부도 구속한다는 것은 오늘날

47) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14.Aufl., 1933, s.522f.

48) Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3, 1926, s.2.

49) Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 3. Aufl., 1966, p.124.

기본법 제1조 제3항 및 제20조 제3항에 비추어 의문의 여지가 없는 것이다.⁵⁰⁾

다. 평등심사기준의 변화

Leibholz의 위 박사 학위논문은 평등 조항의 적용 범위에 관한 해석 뿐만 아니라, 평등 심사의 판단 기준에 대한 해석에서도 지대한 영향을 미쳤다. 그 논문에서 Leibholz는, 평등 개념의 근저에 있는 정의(가치)의 내용이 항상 변전하고, 항상 새로운 형태를 띠는 삶 자체와 불가분의 관계에 있기 때문에, 그 자체 끊임없이 변전하는 과정에 있으므로,⁵¹⁾ 결국 ‘법률 앞에서의 평등’도 ‘입법과 집행(사법과 행정)이 동시대의 법의식에 비추어 “자의적”이지 아니한 행위를 할 것’을 요구할 수밖에 없다고 하여, “자의금지의 원칙”이 평등 심사의 판단 기준이 된다는 이론을 전개하였다.⁵²⁾ 그는 그후 독일 연방 헌법재판소 재판관으로서 Südweststaatsurteil⁵³⁾에서 평등 문제에 관하여 다음과 같이 판시 하였다 :

입법적 구별 내지 동등 대우에 관하여 합리적이거나, 사물의 본성에 의하여 수긍되거나, 기타 객관적인 근거가 발견되지 아니하는 경우, 간단히 말하여, (입법적) 결정이 자의적으로 인정될 경우에는 평등원칙이 침해된 것이다.⁵⁴⁾

50) BVerfGE 1,52 ; 9,149 ; 32,360 ; 34,328 ; 42,72.

51) Leibholz, 같은 책, p.58.

52) 같은 책, p.87.

53) BVerfGE 1,14.

54) BVerfGE 1,14(52) :“Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.”

이 판례 이후 독일 연방 헌법재판소는 자의 금지의 원칙에 따라 평등 심사를 수행하였다. 평등 규범은 ‘본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것에 대한 금지’나,⁵⁵⁾ ‘사물의 본성에 근거하였다거나, 기타 설득력을 가지는 합리적인 고려를 발견할 수 없는 입법의 배제’를 의미하는 것으로 해석되었다.⁵⁶⁾

그러나 ‘자의금지의 원칙’만으로는 모든 평등 문제를 해결하기에는 역부족이었고, 독일 연방 헌법재판소 자체의 자의적인 재판을 스스로 자제하기 어렵다는 비판을 면하기 어려웠다. Hamann, Ipsen,⁵⁷⁾ Scholler,⁵⁸⁾ Eyermann,⁵⁹⁾ Schweiger⁶⁰⁾ 등의 자의금지의 원칙에 대하여 각자의 입장에서 반대 의견을 전개하였다 :

만일에 연방 헌법 재판소가 기본법 제3조 제1항에 따른 법률의 합헌성 심사를 입법적 자유재량이 그 한계를 이탈하지 못하도록 하는 데에 국한해야 한다고 생각한다면, 입법의 구속이라는 중대한 원칙은 파괴되고 만다. 다시 말하면 입법의 구속이 원칙적으로 일정한 ‘최종적 한계’에 의해서만 제한되는 재량의 자유로 변하고 만다. 그렇게 되면 이 원칙의 본질적 내용이 훼손되게 된다. 이러한 견해는 기본권 규범의 의미를 오해한 데

55) BVerfGE 4,144[155] ; 27,364[371] ; 78,104[121].

56) BVerfGE 10,234[246].

57) Ipsen, Gleichheit, in : Neumann, Nipperdey & Scheuner, Grundrechte, Bd.2, 1954, s.111.

58) Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969.

59) Eyermann, Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots? in : Fs. zum 25-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichtshof, 1972, s.45.

60) Schweiger, Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots, in : Fs. zum 25-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichtshof, 1972, s.55.

서 발단된 것이다. …… 객관적인 여건과 헌법상 허용되는 법적 규제의 경향이 당연히 고려되어야 한다.⁶¹⁾

이러한 비판을 수용하여, 독일 연방 헌법재판소는 1980년 이후자의 금지의 원칙을 보강하여 내용적으로 보다 명확한(구체적인) 기준을 제시하려는 노력을 거듭하였다.⁶²⁾ BVerfGE 89,15 결정과 BVerfGE 88,89 결정은 최근 독일 연방 헌법재판소의 평등 심사의 판단 기준을 집약하고 있다 :

일반적 평등 조항은 그 규율 대상과 구별 기준에 따라 입법부에 대한 다양한 통제를 설정하고 있다. 그 통제는 단순한 자의금지에서부터 비례성 요구의 엄격한 통제에까지 이른다. 이러한 (헌법적) 통제의 정도(수준)는 기본법 제3조 제1항의 문구와 의미 및 기타 헌법규범과의 관계에 따라 결정된다. 모든 인간은 법 앞에 평등하다는 원칙은 우선 개개인(Personen)이 정당한 이유 없이 구별 대우되는 것을 금하는 것이다. 따라서 개개인 그룹을 구별 대우하는 입법은 원칙적으로 엄격한 통제를 받게 된다.

(Vgl. BVerfGE 55,72[88]). 엄격한 통제는 개개인(의 특징)에 따른(personenbezogene) 기준이 기본법 제3조 제3항에 열거된 기준에 접근할수록, 그 구별 대우가 소수그룹이 차별을 초래할 위험성이 클수록 엄격해진다. 엄격한 통제는 사물(Sachverhalten)에 대한 구별 대우가 간접적으로 개개인 그룹을 구별 대우하는

61) Hamann, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz, NJW 1957, s.2. 권영성, 독일헌법론(상), 1976, p.205에서 재인용.

62) Huster, Rechte und Ziele - Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, p.13.

영향력을 가질 경우 같이 적용된다. 단순히 행위에 따라 (verhaltensbezogene) 구별 대우하는 경우, 그 통제의 정도는 주로 그 당사자가 자신의 행위로 구별 기준을 실현시킬 수 있는가의 여부에 따라 결정되게 된다(Vgl. BVerfGE 55,72). 그밖에 개개인이나 사물의 구별 대우가 기본권으로 보장된 자유를 제한할 가능성이 클수록, 입법자의 형성 범위에 설정한 한계는 엄격해진다(Vgl. BVerfGE 60,123[134] ; 82,126[146]).⁶³⁾

헌법재판에서의 통제 정도는 입법자의 형성의 자유의 범위에 따르게 된다. 개개인을 다르게 대우하거나 기본권의 실현에 불리한 영향을 미치는 입법 규정에 대하여는 헌법재판소는 구체적으로 그 다른 법률효과를 정당화할 수 있는 성질과 정도의 근거가 존재하는가를 심사하게 된다(BVerfGE 88,87[97] ; 82,126 [146]). (엄격 심사가 적용될) 요건에 해당되지 않아 단순히 자의금지의 기준이 적용될 경우에는, 구별의 불합리성이 명백한 경우에만 기본법 제3조 제1항의 위반이 인정될 수 있다(BVerfGE 55,72[90] ; 88,87[97]).⁶⁴⁾

현재의 독일 연방 헌법재판소는 평등 심사에서 판단 기준을 다원화시키고는 있으나, 판단 기준의 내용과 적용 범위에 관하여는 아직 통일된 체계를 제시하는 데에 이르지 못한 것으로 보인다. 평등 원칙에 관한 독일 연방 헌법재판소판례의 대체적인 경향은 상황에 즉응하여 (kasuistisch) 판례 이론이 전개되면서⁶⁵⁾ 미연방대법원의 판례 이론에 수렴되고 있다고 볼 수 있다.⁶⁶⁾

63) BVerfGE 89,15[22,23].

64) BVerfGE 88,89[96].

65) Hesse, 같은 책(AöR 109), p.191.

66) Hesse, 같은 책(AöR 109), p.194. Hesse는 같은 논문에서 독일과 미국뿐만 아니라, 스위스,

3. 우리 나라에서의 전개

가. 서양헌법의 수계

1948. 7. 17. 제정된 우리 헌법은 조선말기부터 논의되던 근대 헌법, 즉 서양 각국의 헌법을 모본으로 하여 그 내용이 구성되었다. 제8조에서 규정된 평등 조항도 외국 근대 헌법과 대동소이하었다 :

모든 국민은 법률 앞에 평등이며, 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. 사회적 특수 계급의 제도는 일절 인정되지 아니하며, 여하한 형태로도 이를 창설하지 못한다. 훈장과 기타 영전의 수여는 오로지 그 받은 자의 영예에 한한 것이며 여하한 특권도 창설되지 아니한다.⁶⁷⁾

그 후 우리 헌법은 정치 변화에 따라 수 차례의 개정을 경험하였으나, 평등 조항은 제5차 개정에서 문구가 수정되는 정도의 변화를 거쳤을 뿐 본질적인 변화 없이 오늘에 이르고 있다 : “① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. ② 사회적 특수 계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다. ③ 훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.”⁶⁸⁾

오스트리아, 이탈리아의 평등십사도 같은 내용으로 수렴하고 있다고 논증하고 있다.

67) 제헌헌법 제8조.

나. 평등조항의 적용범위

우리 헌법의 평등 조항은 문면상 단순히 ‘법 앞의 평등’만을 보장하고 있다. 그러나, 우리의 판례와 학설은 일찍부터 평등 조항이 법내용의 평등도 보장하고 있는 것으로 해석하고 있었다.⁶⁹⁾ 대법원은 일찍이 1954. 9. 7. 4287민상50판결에서 당시 재판 대상이 되었던 민법 규정이 헌법 제8조 평등 조항에 위반되는지 여부에 관하여 판단하고 있다. 그러므로, 법적용평등설이나 법내용평등설에 관한 논의는 제헌 헌법 시절부터 거의 실익이 없었다고 하겠다.

다. 헌법재판소설치 이전의 평등심사

제헌 헌법 당시의 대법원은 평등 심사에 관하여 나름대로의 판단 기준을 제시하려는 노력을 보여, ‘합리성’여부를 판단 기준으로 제시하고 있었다 :

평등이 무엇에나 절대 무차별적 평등을 의미하고 배분적 공평을 무시한 것이 아니오, 균등과 배분적 평등을 포함한 것이라 봄이 타당할 것이다. 그리고 배분적 공평이라 함은 각인에 대하여 그 기능·지식과 경험에 따라 그에 상당한 처우함을 말하는 것으로 부모의 자에 대한 친권에 있어서도 그것을 동등으로 할 것이나 그렇지 않고 부와 모에 따라 어느 정도의 차등을 둘 수 있느냐는 각 사회의 생활상태와 남녀의 교육 관계 기타를 표준으로 하여 이를 정하여야 할 것이며 그에 차등을 둘 상당한 이유가 있을 때에는 법률로써 부와 모의 친권의 내용에 다소 차등을 두어도 헌법위반이라 할 수 없을 것이다.⁷⁰⁾

68) 제5차 개정헌법 제9조, 현행 헌법 제11조.

69) 강창웅, 헌법연습, 1988, p.332 ; 김철수, 비교헌법론, 1980, p.515 ; 김철수, 헌법학개론, 1994, p.340 ; 구병삭, 신헌법원론, 1995, p.402 ; 권영성, 같은 책(신 헌법과), p.19 ; 권영성, 같은 책(원론), p.401 ; 김남진, 같은 책, p.50.

헌법 제9조에서 말하는 법 앞에서의 평등의 취지는 모든 국민을 절대적으로 평등하게 대우하여야 한다는 것은 아니고, 불합리한 차별대우를 금지한다는 취지라 할 것이므로 결과적으로…… 현저히 불합리하게 단축하였다고 볼 수 없으므로, 위헌의 법률 제정이라고는 할 수 없다.⁷¹⁾

그러나 대법원은 1960년대 말부터 이러한 노력을 더 이상 포기하고, 평등 심사에서 심판 대상의 확인과 평등 조항 위반 여부의 결론만 서술하는 한 줄 짜리 재판을 거듭하였다. 당시 대법원이 평등 심사에서 실시 하였던 판단 이유를 살펴보면 다음과 같다 :

금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제4조에서 최저경매 가격 결정의 특례를 두어 경매 법원이 선정하는 신청 금융기관 이외의 2개 금융기관에서 평가한 평균 평가액으로 한다고 되어 있다고 하여도 그 평가액은 어디까지나 최저경매가격인 것에 불과하고 고가로 경락되는 것을 막는 것은 아닌 만큼 이러한 규정이 헌법 제9조 평등권, 평등의 원칙 규정에 위반된다고 볼 수 없다.⁷²⁾

피고시가 그 상수도를 이용하는 대중의 이익을 위하여 급수에 대한 효율을 정함에 있어서 사치성 있는 다량 급수의 수요자에 대하여 일반 대중에 대한 급수료에 비하여 급수료를 책정하였다고 하여 그것을 헌법 제9조의 정신에 반하는 것이었다고

70) 대법원 1954. 9. 7. 4287민상50 판결.

71) 대법원 1966. 3. 29. 65누69 판결.

72) 대법원 1968. 11. 14. 68마1127 결정.

할 수 없다.⁷³⁾

현재 형집행기관에서 사실상 장기간을 채워서 형을 집행한다고 하여 소년에 대한 부정기형이 헌법상 평등의 원칙에 위배되는 것이라고는 할 수 없다.⁷⁴⁾

또 누범 가중에 관한 형법의 규정이 국민의 평등권을 규정한 헌법에 위배하는 것이라고도 할 수 없다.⁷⁵⁾

이러한 이유설시에서 평등 심사의 결론에 다다르기 위한 논거나 논리 전개 과정 내지는 평등 심사의 구체적 기준에 관한 언급을 기대할 수는 없었다. 따라서, 당시 학계는 대법원 판례에서 평등 문제에 관한 평석대상을 찾을 수 없었고, 그 반사 이익으로 대법원은 평등 심사에서 비판 없는 자의를 향유할 수 있었으며, 국민들은 평등 문제에 관하여 법적 안정성을 기대할 수 없었다고 하겠다.

라. 헌법재판소설치 이후의 평등심사

헌법재판소의 설치는 평등 심사에 신선한 새바람을 불러 일으켰다. 헌법재판소는 과거 대법원과는 달리 결정 이유에서 평등 심사의 논리전개과정을 자세히 실시하는 방법으로 결정의 정당성을 높이려는 노력을 거듭하였다. 이러한 헌법재판소의 적극적인 태도는 대법원 판례에도 영향을 미쳐, 1988후반 이후의 대법원 판례에서는 평등 문제에 관하여 과거보다는 자세한 이유가 실시됨을 발견하게 된다.⁷⁶⁾ 이로써 학계의 비판과 토론이 가능하게 되어, 장기적인 법

73) 대법원 1971. 6. 22. 71누45,46 판결.

74) 대법원 1973. 2. 13. 72도2917 판결.

75) 대법원 1983. 4. 12. 93도420 판결.

76) 대법원 1989. 9. 12. 89누1452 판결 ; 1988. 12. 27. 85다카657 판결 ; 1991. 7. 12. 90누8350

발전은 예견할 수 있게 되었다.

헌법재판소는 그 첫번째 위헌 결정(77)을 평등 조항에 근거하여 선고하였는바, 이 결정에서 헌법재판소는 ‘합리성’개념으로 헌법의 평등규정이 가지는 일반적인 의미에 관하여 조심스럽게 접근하기 시작하였다 :

평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고 원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다.⁷⁸⁾

그 후, 헌법재판소는 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의2의 위헌 심판 사건(79)에서 평등 조항의 판단 기준으로서 ‘합리성’이 기본권 영역에서는 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지의 원칙에 의하여 판단된다고 실시하였다 :

헌법 제11조 제1항에 정한 법앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니라, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다.

즉, 사리에 맞는 합리적인 근거없이 법을 차별하여 적용하여

판결 ; 1991. 11. 26. 91누2205 판결 ; 1992. 5. 22. 91누12103 판결 ; 1992. 6. 26. 91누11308 판결 등 참조.

77) 헌법재판소 1989. 1. 25. 88헌가7 결정 (소송촉진등에관한특례법 제6조의 위헌심판).

78) 같은 결정.

79) 헌법재판소 1989. 5. 24. 89헌가37(병합) 결정.

서는 아니됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니 된다는 것이다. …… 헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째, 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째, 그 수단, 방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할뿐만 아니라 그 정도 또한 적절한 것이어야 한다고 하겠다.⁸⁰⁾

이에 대하여 같은 결정에서의 반대 의견은 ‘자의 금지의 원칙’이 헌법상 평등 조항의 원칙적 내용이고, 경제 입법에 대하여는 헌법 제37조 제2항에 의하여 판단하기보다는 자의금지의 원칙에 의하여 판단하는 것이 타당하다는 의견을 제시하였다 :

평등의 원리는 자의금지를 기본으로 한다. 자의의 금지는 입법, 행정, 사법뿐만 아니라 헌법재판에도 모두 적용된다. 평등의 원리로 적용되는 영,미국에서의 적법절차의 조항이나, 서독을 비롯한 대륙 법계에서의 자의 금지의 원칙은 그 본질에 있어서 사회 정의의 실현을 의미한다. 즉 평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게 취급되어야 하는데, 평등하게 취급할 것을 불평등하게, 불평등하게 취급할 것을 평등하게 취급하는 것은 정의에 반하는 것으로 자의 금지의 원칙에 위배된다. 어떠한 조치가 자의 금지에 반하는 것인가 하는 것은 객관적으로 보아 실질적 내용이 구체적 정의에 반하느냐 않느냐에 따라 결정될 수밖에 없다. 건전한 일반시민의 상식으로 보아 경우에

80) 같은 결정.

어긋나지 않는 선에서 판단하여야 한다. 객관적 상황을 본질적 기준이 아닌 잘못된 기준에 의하여 형식적으로 취급하고 해석할 때에 그것은 자의에 해당된다. …… 경제관계법률에 대한 위헌 여부를 심판함에 있어서는 그 시대적 요청과 새로운 경제 질서를 감안하여 헌법 규범을 해석 적용하여야 할 것인데, …… 헌법재판소의 규범 통제 권한은 입법부가 제정한 법률이 명백하게 헌법 규범에 위배되느냐 또는 입법권을 자의적으로 남용하였느냐의 여부를 심사하는 것이다. 위헌 심판이 제정된 법률이 최고 가치규범인 헌법의 이념과 정신에 반하고 입법권의 한계를 명백하게 자의적으로 이탈한 경우에 한하여 헌법재판소는 그 법률의 무효를 선언하는 결정을 할 수 있다고 본다. 이러한 차원에서 보면 본 판결의 다수 의견은 입법권의 한계를 헌법 제37조의 문리적 해석으로만 판단한 것이라고 할 수밖에 없다.⁸¹⁾

위 결정의 다수 의견과 소수 의견의 내용을 종합하면, 헌법재판소가 평등 조항을 근거로 판단함에 있어서, 헌법 제37조 제2항에 의한 판단 기준과 자의 금지의 원칙에 의한 판단 기준을 구분하여 영역을 달리하여 적용하고 있다는 점을 전제하고 있음을 어렵지 않게 이해할 수 있다. 이로부터 우리 헌법재판소가 이중기준의 원칙을 평등심사의 기본 체계로 받아들이고 있다는 추론도 가능하다고 하겠다.

그러나, 이러한 추론은 아직도 추론에 머무르고 있는 형편이라고 하겠다. 아직까지 평등 심사에서 이중기준의 원칙이 적용된다는 것을 명시적으로 밝히고 있는 헌법재판소의 결정은 찾아볼 수 없기

81) 같은 결정(재판관 한병채의 반대의견).

때문이다. 오히려 헌법재판소는 위 결정 이후, 평등 심사에서 다양한 판단 기준을 적용함으로써, 헌법상 평등 조항이 가질 수 있는 규범적 의미를 다변화시키고 있음을 볼 수 있다. 헌법재판소는 평등심사의 기준으로 “합리성”,⁸²⁾ “자의금지”⁸³⁾ 등의 기준에 머무르지 아니하고, “정의”,⁸⁴⁾ “형평”,⁸⁵⁾ “평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게(같은 것은 같게, 다른 것은 다르게)”,⁸⁶⁾ “건전한 일반시민의 상식”,⁸⁷⁾ “본질성”,⁸⁸⁾ “헌법상의 근거”,⁸⁹⁾ “체계적 조화”,⁹⁰⁾

82) 헌법재판소 1989. 1. 25. 88헌가7 결정 ; 1989. 5. 24. 89헌가37(병합) 결정 ; 1989. 11. 20. 89헌가102 결정 ; 1990. 6. 25. 89헌마107 결정 ; 1990. 8. 27. 89헌가118 결정 ; 1990. 9. 3. 89헌가95 결정 ; 1990. 10. 8. 89헌마89 결정 ; 1991. 2. 11. 90헌가27 결정 ; 1991. 3. 11. 90헌마28 결정 ; 1991. 7. 22. 89헌가106 결정 ; 1992. 2. 25. 90헌가69(병합) 결정 ; 1992. 4. 28. 90헌바27(병합) 결정 ; 1992. 6. 26. 90헌바25 결정 ; 1992. 6. 26. 91헌가8(병합) 결정 ; 1992. 12. 24. 90헌바21 결정 ; 1993. 5. 13. 90헌바22(병합) 결정 ; 1993. 5. 13. 92헌마80 결정 ; 1993. 7. 29. 92헌바20 결정 ; 1993. 7. 29. 91헌바69 결정 ; 1993. 7. 29. 93헌마23 결정 ; 1993. 9. 27. 92헌바21 결정 ; 1994. 6. 30. 92헌가9 결정 ; 1994. 6. 30. 91헌마161 결정 ; 1995. 2. 23. 93헌바43 결정 ; 1995. 2. 23. 90헌마214 결정 ; 1995. 2. 23. 91헌마204 결정 ; 1995. 3. 23. 92헌가(병합) 결정 ; 1995. 3. 23. 95헌마53 결정 ; 1995. 5. 25. 91헌마67 결정 ; 1995. 5. 25. 95헌마105 결정 ; 1995. 6. 29. 90헌바43 결정 ; 1995. 6. 29. 93헌바45 결정 ; 1995. 6. 29. 94헌바39 결정 ; 1995. 7. 21. 93헌가14 결정 ; 1995. 7. 21. 93헌바46 결정 ; 1995. 7. 21. 94헌바18(병합) 결정 ; 1995. 7. 21. 94헌바27(병합) 결정 ; 1995. 7. 21. 94헌마125 결정 ; 1995. 7. 27. 93헌바1(병합) 결정 ; 1995. 10. 26. 92헌바45 결정 ; 1995. 10. 26. 95헌바22 결정 ; 1995. 10. 26. 93헌마246 결정 ; 1995. 12. 28. 95헌마 196 결정.

83) 헌법재판소 1995. 7. 21. 93헌가14 결정 ; 1995. 7. 21. 92헌바40 결정 ; 1995. 10. 26. 93헌마 246 결정 ; 1995. 11. 30. 94헌마97 결정 ; 1995. 12. 28. 91헌마80 결정 ; 1995. 12. 28. 95헌마 196 결정.

84) 헌법재판소 1989. 7. 21. 89헌마38 결정 ; 1995. 7. 21. 93헌가14 결정.

85) 헌법재판소 1989. 9. 29. 89헌마53 결정 ; 1995. 7. 21. 93헌가14 결정.

86) 헌법재판소 1989. 7. 21. 89헌마38 결정 ; 1990. 9. 3. 89헌가95 결정 ; 1992. 6. 26. 90헌바25 결정 ; 1995. 1. 20. 90헌바1 결정 ; 1995. 4. 20. 91헌바11 결정.

87) 헌법재판소 1989. 5. 24. 89헌가37(병합) 결정 (재판관 한병채 반대이견).

88) 헌법재판소 1990. 9. 3. 89헌가95 결정 ; 1995. 1. 20. 90헌바1 결정 ; 1995. 4. 20. 91헌바11 결정.

89) 헌법재판소 1994. 7. 29. 92헌바49(병합) 결정.

90) 헌법재판소 1989. 5. 24. 89헌가37(병합) 결정 ; 1990. 6. 25. 89헌가98(병합) 결정 ; 1991. 6. 3. 89헌마204 결정 ; 1992. 12. 24. 90헌바21 결정 ; 1993. 7. 29. 93헌마23 결정 ; 1995. 4. 20.

“입법재량의 일탈”,⁹¹⁾ “위임입법권의 한계일탈”,⁹²⁾ “지나친 차별”,⁹³⁾ “헌법 제37조 제2항”,⁹⁴⁾ “과잉금지”,⁹⁵⁾ “비례성”⁹⁶⁾ 등의 기준을 다양하게 제시하고 있다.

헌법재판소가 평등 심사의 기준을 다변화함으로써, 개개 사건에 즉응하여 구체적 타당성 있는 결론을 찾는 데에 성공하여, 국민으로부터 어느 정도의 설득력을 확보하는 소득을 얻고 있음은 부인할 수 없다. 그러나, 헌법재판소는 이러한 다양한 기준들의 상호관계에 관하여 체계적으로 설명할 수 있는 이론을 결정에서 보여주지 못하는 한계를 보이고 있다. 이에 헌법재판소가 제시하는 다양한 평등 심사 기준들이 평등 규범에 관한 체계적 이해를 바탕으로 이루어진 것이 아니라, 개개 사건의 구체적 타당성에 부합하는 결론을 먼저 상정한 뒤 그에 알맞은 논거를 제시하는 과정에서 그때그때 제시된 것이 아닌가 라는 의혹을 불러일으키게 한다. 그 예로, 지방의회의 원선거법 제28조 등에 대한 헌법소원사건⁹⁷⁾과 구지방의회의원선거법 제35조 등에 대한 헌법소원사건⁹⁸⁾의 결정을 비교해 볼 수 있다.

헌법재판소는 두 사건에서 모두 공무원임권의 제한과 관련된 평

91) 헌바11 결정 ; 1995. 4. 20. 93헌바40 결정.

91) 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바24 결정 ; 1993. 9. 27. 92헌바21 결정 ; 1995. 7. 21. 93헌바46 결정 ; 1995. 7. 21. 94헌바18(병합) 결정 ; 1995. 10. 26. 94헌바7(병합) 결정 ; 1995. 12. 28. 95헌바196 결정.

92) 헌법재판소 1990. 10. 15. 89헌마178 결정 ; 1993. 7. 29. 93헌마23 결정.

93) 헌법재판소 1989. 9. 8. 88헌가6 결정 ; 1992. 3. 13. 92헌마37 결정 ; 1990. 10. 8. 89헌마89 결정 ; 1994. 6. 30. 92헌가9 결정.

94) 헌법재판소 1989. 5. 24. 89헌가37(병합) 결정 ; 1990. 8. 27. 89헌갑118 결정 ; 191. 3. 11. 90헌마28 결정 ; 1991. 5. 13. 89헌가97 결정 ; 1992. 2. 25. 90헌가69(병합) 결정.

95) 헌법재판소 1990. 8. 27. 89헌가118 결정 ; 1991. 5. 13. 89헌가97 결정 ; 1991. 6. 3. 89헌마204 결정 ; 1992. 3. 13. 92헌마37 결정 ; 1992. 4. 28. 90헌바24 결정.

96) 헌법재판소 1990. 10. 8. 89헌마89 결정 ; 1991. 5. 13. 89헌가97 결정 ; 1991. 6. 3. 89헌마204 결정 ; 1992. 6. 26. 90헌바25 결정.

97) 헌법재판소 1991. 3. 11. 90헌마28 결정.

98) 헌법재판소 1995. 5. 25. 91헌마67 결정.

등문제를 판단하면서, 결론에 따라 헌법 제37조 제2항을 판단 기준으로 제시하기도 하고, 광범한 입법 형성권을 인정하는 자의 금지의 원칙을 판단 기준으로 제시하기도 하였다. 또한 헌법재판소는 평등 심사의 기준으로 제시하는 ‘합리성’, ‘자의 금지’, ‘헌법 체계 부조화’, ‘과잉 금지’ 등의 판단 기준을 평등 이외의 다른 헌법 심사에서도 그대로 적용하면서도, 이들 기준들이 평등 심사에서 적용될 경우와 다른 헌법 심사에서 적용될 경우에 가지게 될 차이점이나 유사점에 관하여도 아무런 설명이 없는 형편이다. 결국 헌법재판소는 평등 심사 기준을 다변화함으로써 구체적 타당성 있는 결론의 도출에는 어느 정도 성공하였으나, 평등 규범의 체계적 인식을 제공하여 국민들이 평등 문제에 관하여 예측가능성을 갖추게 하기에 아직 미흡한 상태에 있다고 하겠다.

V. 결 론

각국 헌법이 평등조항을 두고 평등을 헌법적으로 보장하고는 있지만, 헌법상의 평등 조항이 구체적으로 무엇을 어떻게 보장하고 있는지에 관하여는 아직 의견일치를 보지 못한 상태이다. 우리 나라 헌법상의 평등규정의 의미도 아직 혼미한 상태라고 하겠다. 특히, 이념으로서의 평등 개념과 법규범으로서의 평등 개념이 동일한 내용을 가지지 아니함으로써 헌법상의 평등 조항의 해석은 더욱 혼란에 빠져든다고 하겠다. 또한, 이념으로서의 평등 개념과 법규범으로서의 평등 개념 자체도 시대와 국가에 따라 내용을 달리하고 있음으로 인하여 평등개념이 법규범으로서의 역할을 수행할 수 있을 정도의 명확성을 갖춘 개념인지의 정체성논의마저도 야기시키고 있

다.

희망스러운 것은 독일연방헌법재판소의 판례 이론이 미국연방대법원의 판례이론 쪽으로 수렴되고 있고, 이러한 수렴 현상은 단순히 미국과 독일에 국한된 것이 아니라, 스위스, 오스트리아, 이탈리아, 프랑스의 헌법 판례 이론에서도 볼 수 있다는 점이다.⁹⁹⁾ 이에 법규범으로서의 평등 개념에 대한 의견일치의 가능성과 평등 개념에 대한 논의의 필요성이 새로이 부각됨을 발견하면서 이 글을 맺는다. 이에 관한 논의는 추후로 미룬다.

99) Hesse, 같은 책(A6R 109), 1984, s.174 이하 참조.

헌법재판에 의한 정책형성

강 윤 원

자 료 과 장

- 목 차 -

I. 연구의 목적

II. 헌법재판에 의한 정책형성

1. 법과 정책
2. 정책형성과 헌법재판
3. 헌법재판의 정책형성기능
4. 헌법재판의 정책형성기능에 관한 판례

III. 헌법재판에 의한 정책형성사례

(토지초과이득세법의 헌법불합치결정을 중심으로)

1. 토초세법률건의 개요
2. 토초세법의 개정결과
3. 토초세법 개정이후의 제도운영현황

IV. 정책형성에 있어서 헌법재판의 중요성

V. 결 어

I. 연구의 목적

아무리 훌륭한 헌법을 갖고 있는 나라일지라도 그것이 갖고 있는 숭고한 정신과 이념이 국민들의 일상생활에서 지켜지지 않고 존중되지 않는다면 허울뿐인 헌법을 갖고 있는 불행한 나라이다. 우리나라는 헌정사상 최초로 『민주화의 열망 속에서』¹⁾ 1988년 9월 15일 헌법재판소가 발족하게 됨으로써 『헌법재판에 전념하는 기관을 세워 작동케하였더니 헌법 수호의 작용이 우리 나라 사회에서도 출현하고 있음을 목격하게 되더라』라는 이야기를 가능하게 하였다.²⁾

우리 나라의 헌법재판의 역사를 살펴보면 1948년 정부 수립 이후 1988년의 현행 헌법재판소의 발족 이전까지의 40년간은 가히 『헌법재판부재시대』³⁾ 라고도 표현할 수 있을 정도이며, 『한 나라의 헌정질서의 성패는 헌법재판제도에 달려 있으며 헌법재판제도를 그 통치구조속에 마련하고 있지 않다면 자유 민주적 통치 구조의 기본적인 요소를 갖추었다고 할 수 없다』라는 논지⁴⁾에 비추어 볼 때 우리나라의 민주발전사 속에서 헌법재판소가 차지하는 비중과 국민적 기대는 아무리 강조되어도 지나칠 수 없다.

어쩌면 9인의 헌법재판관은 헌법 정신에 입각한 국가 정책을 형성하기 위하여 막강한 국회와 행정부를 상대로 외롭게 싸워야 하는 9인의 민주전사일 수 있다. 미국의 프랭클린 루즈벨트 대통령은 뉴

1) 정웅기, “한국사회의 틀과 흐름을 바뀌는 아홉명의 재판관”, 월간조선 1995. 5월호, p.478

2) 최대권, “헌법재판소의 정치학”, 법학 제34권 제1호 (서울대학교 법학 연구소 : 193), p.109

3) 강윤원, “헌법재판제도의 개관”, 법무사 (대한법무사협회 : 1992.12.), p.44

4) 허 영, 한국헌법론 (서울 : 박영사, 1991), p.790

덜정책의 시행을 위하여 의회가 제정한 각종 법률들을 연방 대법원이 위헌으로 선언하자 “아홉 명의 늙은이가 나라를 망치는구나!”라고 탄식하였다고 한다.⁵⁾ 이 말은 헌법재판을 주업무로 하고 있는 미국의 연방 대법원의 판사들은 한 사람 한 사람이 나라를 살릴 수도 망칠 수도 있음을 의미한다고 볼 수도 있는데, 우리 헌법재판관들의 역사적 사명과 국가적 소임도 이와 다른 바가 없다고 생각된다.

흔히 『사법부는 정치로부터의 독립을 강조한 나머지 정치와는 무관한 것으로 이해하기 쉬우나 현대 민주사회에서 사법부의 역할은 민주정치 발전과 민주주의 수호를 위하여 최후의 보루이며 수호자로서 역할을 해야 하는 것이다. 이럴 때에 민주주의가 가능한 것이다. 한편 어떤 의미에서는 우리나라에서 민주주의가 제대로 발전하지 못한 것은 선진 사회에서 사법부가 하고 있는 것처럼 민주주의 최후의 수호자와 보루로서 역할을 다하지 못한 책임도 있다는 것을 간과할 수는 없다.』⁶⁾

헌법재판소는 제1의 존재 목적이 ‘헌법의 수호’이다. 국가의 근본 규범이며 최고의 법률인 『헌법』은 헌법이라는 제도로 표현되어 있는 최고의 국가 정책이며, 헌법의 하위 규범인 법률·명령·규칙은 합헌성이 인정되는 범위 안에서만 유효하다. 따라서 법률에 의한 위임에 근거한 집행 정책은 그 내용, 목적, 및 실현 수단이 합헌성을 담보하고 있어야만 함은 당연하다. 따라서 국가의 모든 정책에

5) 안경환 번역, 북 우드워드-스콧 암스트롱 지음, 판사가 나라를 잡는다. (서울 : 철학과 현실사, 1995), p.5

6) 조명현, “사법적 민주주의”, (대전 : 한림원, 1993), 서문 p.4

대하여 법치주의의 원리에 따라 『헌법에 의한 지배』가 이루어져야 한다.

그간 우리 학계는 민주주의 발전을 위한 통치 구조 및 권력 구조 등의 정치적 측면에 대하여는 많은 연구가 진행되어 왔음에 비하여 민주주의의 성공적 발전을 위한 최후의 보루로서 필수적인 사법부의 역할 또는 사법적 대응의 방법과 필요성에 대한 연구는 미미한 것이 현실이다. 그 이유는 헌법재판소 발족 이전의 40년간은 특히 박정희 정권부터 노태우 정권에 이르는 기간은 자유민주주의가 성숙하기 곤란하였던 권위주의 정치체제⁷⁾였다 하여도 지나친 표현이 아니며, 더욱이 사법부가 32년간(1961~1992)의 『군사통치 아래에서 맥없이 정권에 예속되고 정치 시너화 되었다.』⁸⁾는 비난이 일응 긍정적으로만 느껴졌던 헌법재판부재시대의 계속이었기 때문에 정치 권력에 대한 사법적 통제 내지 헌법재판에 의한 정책 형성에 관한 연구의 수요가 활발할 수 있는 분위기가 아니었기 때문이다. 따라서 행정부와 입법부의 정책 과정에 대한 연구는 상당히 활발하여 왔다고 할 수 있으나, 사법부의 판결, 특히 헌법재판소의 결정 과정을 국가 정책과정으로서 이해하는 연구는 없는 실정이다.

본 연구는 헌법재판소의 결정, 특히 헌법불합치결정을 포함하는 위헌 결정은 국가 정책을 헌법 정신에 맞추어 새롭게 형성하여 주는 기능, 즉 정책 형성 기능을 갖고 있다는 학문적 견해를 갖고 이에 대한 논리적·경험적 근거를 제시하고자 함에 근본적 목적이 있다. 따라서 본고에서는 헌법재판에 의한 정책 형성에 관한 이론적

7) 고성국, “노태우정권은 『군부독제』의 연장이다”, 신동아, 1989. 11월호, p.176

8) 한상범, “인권보장과 사법제도”, 월간고시 통권 236호(1993. 9.), p.18

논의를 고찰하고 토지 초과 이득 세법(이하 “토초세법”이라 한다)에 대한 헌법불합치결정을 구체적 사례로 하여 헌법재판에 의한 정책 형성의 실재를 실증적으로 규명하고자 한다.

II. 헌법재판에 의한 정책형성

1. 법과 정책

역사적으로 절대왕정의 자의적인 효력행사에 대항하여 민주적 절차에 따라 국민의 대표기관인 의회에서 만들어진 법에 의한 통치를 요구하는 ‘법치주의’는 근대국가 이후 모든 문명국가의 움직일 수 없는 대명제가 되어 있다. 이와 같은 대명제는 국민의 자유와 권리의 보호를 위하여 모든 국가 작용에 있어서 법률의 우위를 인정하고 행정을 법률의 하위 수준에 둔다. 그리하여 행정은 법률을 집행하는 것으로 보아 법률과 행정과의 관계를 ‘법치행정’이라고 부르고 행정의 지도원리 중 가장 중요한 것의 하나로서 ‘합법성’을 강조한다. 합법성을 강조하는 법치 행정의 원리는 19세기 초 근대국가시대에 자유방임주의에 영향을 받아 정립된 원리로서 ‘최소의 행정이 최선의 행정’이라고 인식되던 시대의 산물이다.

그러나 행정 영역이 비교적 단순하였던 근세 초기의 행정과는 달리, 오늘날의 복잡·다기한 사회현상과 행정에 대한 기대와 요구의 증가, 그리고 행정의 전문성·기술성·임기성의 고조 등의 경향에 따라 필연적으로 행정권의 강화를 초래하였으며 이것은 법률의 우위를 강조하던 근대적 소극 국가의 입법국가현상을 무색하게 하고

현대행정의 특징인 행정국가 현상을 보편화시킴으로서 法治主義는 새로운 위기를 맞게 되었다. 따라서 현대의 적극 국가, 행정 국가적 상황하에서는 ‘행정은 법의 집행’이라는 고전적 원리보다는 ‘법은 행정의 집행 수단’이라는 현실이 강조될 수밖에 없다.

그런데 이와 같은 현상은 실질적으로 국가의사의 형성이 입법부에 의해서가 아니고 행정부에 의하여 이루어지고 있다는 현실과 관련을 맺고 있는 것이며, 법률은 행정부의 정책의지가 입법부를 통과하면서 규범으로서의 법률이라는 형식을 갖추고 나오는 것이지만 국민의 대표 기구인 입법부의 정책의지가 형식적 법률로서 규범화되어 행정부에 의하여 집행되는 경우는 매우 드물다. 특히 우리나라의 경우에서 위와 같은 견해⁹⁾를 뒷받침해 줄 수 있는 반증은 뚜렷하다.

제14대('92~'96) 국회의 경우 국회 통과 법률 중 ① 사전에 여당과의 당정협의를 거쳐서 마련되는 정부입법이 차지하는 비중(약 82%), ② 의원 입법(약 18%) 중 법제처와의 공식·비공식 협의를 거치는 여당 의원 입법이 차지하는 비중(약 85%), ③ 여당의원 입법의 경우 정부가 마련한 입법안을 여당 의원의 이름을 빌어 제출하는 경우가 흔히 있음을 고려한다면 대부분의 법률은 행정부의 정책의지의 제도적 표현이며, 국가정책을 주도하는 행정부의 정책의지의 실현수단이다.

법과 정책과의 관계에 대하여 Lasswell과 McDougal의 견해¹⁰⁾에

9) 최송화, “법과 정책에 관한 연구”, 『법학』 제26권 4호(서울대 : 1985), p.82

10) H. D. Lasswell and M. S. McDougal, Jurisprudence for a Free Society : Studies in Law,

의하면 법은 『기초정책』(law as fundamental policy)이기도 하며 『정책의 도구』(law as an instrument of policy)이기도 하다고 규정하였으며, 아울러 『법은 공동 이익을 명백히 하고 추구할 목적으로 사회구성원들에 의하여 만들어지는 권위적결정작용(a process of authoritative decision)이다. 법은 본성적으로 문제 해결적(a matter of problem - solving)이며, 해결 대상으로서의 문제는 사회적 목표 가치와 현실의 사회적 성과 또는 장래에 있을 것으로 예상되는 성과와의 사이에 존재하는 불균형(disparities)』이라고 설명하고 있다. 이와 같은 견해는 법을 정책의 관점에서 본 것이다.

그런데 법과 정책의 관계를 보는 시각에는 정책을 법의 관점에서 보는 견해가 있다. 법을 정책적 관점에서 보는 시각은 법의 합목적 성과 효율을 중시하며, 정책을 법적 관점에서 보는 시각은 법의 형평성과 통제 기능을 중시한다. 본 논문은 법의 정책적 측면을 강조하는 입장에서 헌법재판의 정책적 측면을 살펴보고자 하는 것이다. 결론적으로 법과 정책의 관계에 관한 이제까지의 논의를 정책적 의미에서 정리해 보면 법은 ① 정책 자체의 표현이며 ② 정책 의지의 실현수단이기도 하며 ③ 정책의 지침이다.¹¹⁾

2. 정책형성과 헌법재판

일반적으로 헌법재판은 ‘헌법 문제에 관한 다툼을 유권적으로 해결함으로써 헌법의 규범력을 실현하는 제도’라고 정의되고 있다.¹²⁾

Science and Policy, 2 vols. New Haven, CT (The Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), Preface xxi~xxii.

11) 최송화, 견계논문, p.95

12) 헌법재판소사무처(1989. 9.), 헌법재판소 - 헌법수호와 기본권보장의 최후보루, p.8

이와 같은 정의는 헌법재판을 법적인 관점에서 본 것이다. 법을 정책의 관점에서 보듯이 헌법재판을 정책 형성의 관점에서 보다면 헌법재판을 국가 정책의 총체적인 과정 중의 일부로서 논의될 수 있다. 이하에서는 헌법재판의 정책 형성적 측면을 고찰한다.

정책(policy)이란 무엇인가, 이에 대한 대답은 학자들마다 상당히 다양한 정의를 내리고 있어 한 마디로 잘라 말하는 것이 매우 어려운 일이다. 이것은 사회과학이 인간사회의 실제현상을 연구대상으로 삼고 있어 연구자가 사회현상의 어느 측면에 주안점을 두느냐에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 정책의 정의에 관한 논의를 살펴보면 다음과 같다.

정책학의 아버지라고 불리우는 H. Lasswell은 정책을 『사회변동의 계기로서 미래 탐색을 위한 가치와 행동의 복합체』¹³⁾라고 정의하였으며, E. Jantsch는 『합리적 창조 행위(raditional creative action)를 위한 규범적인 사고와 행동의 직접적인 표현이며 지침적 이미지』¹⁴⁾라고 하였으며, Y. Dror는 『공공기관에 의하여 결정된 미래의 행동 지침』¹⁵⁾이라고 정의하고 있다.

국내학자들 중 대표적인 견해로는 안해균 교수가 『정책이란 대부분의 사회 구성원과 관련이 있는 시급한 문제들을 권위적으로 해결

13) Harold D. Lasswell, "The Policy Orientation", in D. Lerner & H. Lasswell (eds), The Policy Sciences (Stanford Univ. Press, 1951), pp.11~13

14) Erich Jantsch, "From Forecasting and Planning to Policy Sciences", Policy Science, vol.1 (1970), p.32

15) Yehezkel Dror, Public Policymaking Reexamined (San Francisco : Chandler Publishing Co., 1968), p.12

함으로써 생활의 질과 공익을 향상시키고자 하는 정부 및 공공 기관의 미래지향적인 활동지침 또는 활동목표이다.』¹⁶⁾라고 정의하고 있으며, 허범 교수는『정책은 어떤 주체가 명백한 의지에 따라서 선택한 상당히 중요한 행동의 지침이다』¹⁷⁾라고 정의하고 있으며, 정정길 교수는『정책은 바람직한 사회상태를 이룩하기 위하여 권위있는 정부기관이 공식적으로 결정한 기본방침이다』¹⁸⁾라고 정의하고 있다.

위와 같은 정책에 관한 나름대로의 정의에는 몇 가지 공통점이 발견되고 있는데, 이것은 정책이 미래지향적이며 행동지침적이라는 것이다. 그러나 정책의 본질을 보다 깊이 있게 파악하기 위하여는 정책이 추구하는 궁극적 목표와 관련하여 정책을 학문적 연구 대상으로 하고 있는 정책학(Policy Science)의 성격을 살펴 볼 필요가 있다.

H. Lasswell에 의하며 정책학은『인간존엄성의 보다 충실한 실현을 궁극적인 목적으로 명백히 표방하고 제창된 학문이며 그것은 민주주의의 정책학(the policy science of democracy)이다』¹⁹⁾라고 하였으며 허범 교수에 의하면『정책학은 처음부터 윤리분석의 의의에 주목하였으며, 인간 존엄성의 실현을 위한 규범지향성을 특성으로 하는 학문』²⁰⁾이라고 하였다. 정책학의 성격에 관한 위의 두 교수의 견해의 공통점은 정책학이 가치지향적이며 규범지향적이라는 것이

16) 안해균, 정책학원론 (서울 : 다산출판사, 1995), p.23

17) 허 범, “정부정책의 형성과 집행”, 초급관리자과정 기본교육교재 (서울 : 중앙공무원교육원, 1995), p.139

18) 정정길, 정책학원론 (서울 : 대명출판사, 1995), p.37

19) Harold D. Lasswell, 전개서 (1951), p.10

20) 허 범, “정책윤리분석의 구조와 기준”, 중앙공무원교육원 연구논집 제12집 (1992), p.167

며, 이것은 또한 정책학이 『자유민주주의의 이념』을 실현하기 위한 학문임을 강조한 것이다.

따라서 필자는 위에 적은 정책학의 성격과 정책의 정의들을 참고로 하여 나름대로 정책을 『인간의 존엄과 가치를 보다 충실히 실현하기 위한 사고와 행동의 미래지향적 지침』이라고 정의하며, 이와 같은 정의는 결국 인간의 『삶의 질』 그리고 『행복』과 직접적이고도 필연적인 관계를 맺고 있다.

위에서 살펴 본 필자의 정책의 정의와 정책학의 연구 목적을 바탕으로 하여 헌법재판이 갖고 있는 정책으로서의 성격 즉, 헌법재판의 정책성을 나름대로 검토하여 본다면, 헌법재판소의 결정은 헌법재판소가 수호하고자 하는 우리 헌법의 최고 이념인 『자유민주주의』를 실현하기 위하여 모든 국가기관과 지방자치단체 그리고 국민이 따라야 할 미래지향적인 사고와 행동의 지침이다. 그 까닭은 헌법재판소의 헌법 수호를 위한 노력도 바로 우리 헌법이 지향하고 있는 자유민주주의 이념을 실현하기 위한 노력에 불과한 것이며 자유민주주의 이념은 인간의 존엄과 가치의 보다 충실한 실현이 궁극의 목표이기 때문이다. 따라서 헌법재판소의 결정은 정책학이 추구하는 목표의 달성을 위하여 정부와 공공 기관 그리고 국민에게 미래지향적 행동 지침을 제시하는 행위와 같으며 그 자체가 국가 정책의 속성을 갖고 있는 것이다.

위에서 살펴 본 헌법재판의 정책성을 전제로 헌법재판의 정책형성 기능을 논의하기 위하여는 먼저 정책이 태어나서 소멸하는 전과정을 지칭하는 정책 과정에 대한 이해가 필요하다. 정책과정에 대

한 견해들도 학자마다 매우 다양하다. Y. Dror의 견해²¹⁾에 따르면 기본방침결정단계(Meta-Policymaking Stage), 정책결정단계(Policymaking Stage) 및 정책 결정 이후 단계(Post-Policymaking Stage)의 4단계로 나누고 있으며 기본 방침 결정 단계는 정책 문제를 확인하고 정책 결정에서 채택할 수 있는 가치와 전략을 모색·처리·개발하는 과정을 말하고 있다. J. Anderson의 견해²²⁾에 따르면 정책 의제 설정 단계, 정책 형성 단계, 정책 채택 단계, 정책 집행 단계 및 정책 평가 단계의 5단계로 나누고 있으며, 정책 형성은 문제 해결에 이바지할 수 있고 실현 가능한 대안을 발전시키는 과정이라고 설명하고 있다.

국내 학자들의 정책 과정에 대한 견해도 매우 다양한데, 여기서는 두 가지의 견해만 제시하여 살펴본다. 안해균 교수의 견해²³⁾에 따르면 정책 과정을 정책 형성, 정책 결정 단계, 정책 집행 단계 및 정책 평가 단계의 4단계로 나누고 있으며, 정책 형성 의제 작성→의제 비교→의제 선택→등의 일련의 과정으로 설명하고 있으며 정책 결정 단계는 의제 검토→대안 작성→정당화 등의 과정으로 설명하고 있다. 허범 교수의 견해²⁴⁾에 따르면 정책 문제의 인지와 정책 의제의 형성 단계, 정책 형성, 정책 채택 단계, 정책 집행 단계, 정책 평가 단계 및 정책 종결 단계의 6단계로 나누고 있으며 정책 형성란 정책 문제를 해결하기 위하여 가능하고 적합한 행동 대안을 모색·개발·비교·선택하는 과정이라고 설명하고 있으며, 정책 채

21) Y. Dror, 전계서 (1968), pp.163~186

22) James E. Anderson, Public Policy-Making, third edition (New York : Holt, 1984), pp.53~

71

23) 안해균, 전계서, pp.99~100

24) 허 범, 전계서 (중앙 공무원 교육원 교재, 1995), pp.143~144

택 단계는 합법적인 정책 결정자가 선택된 행동대안을 정책으로서 합법화·정당화하는 과정이라고 설명하고 있는바, 허교수의 정책형성단계는 필자가 논하고자 하는 정책형성과정과 매우 흡사하다.

이상의 논의들을 참고로 하여 필자 나름대로 정책 과정을 구분한다면 외형적으로는 안해균 교수의 4단계 분류와 의견을 같이 하지만 내용적으로는 차이를 갖는다. 즉 필자는 정책 과정을 정책 형성 단계, 정책 결정 단계, 정책 집행 단계 및 정책 평가 단계의 4단계로 구분하고자 하며 정책 형성 정책 의제를 선정하고 실현이 가능하고도 적합한 지침적 행동 대안을 모색·비교·선택하는 과정이며, 정책 결정 단계는 선택된 대안을 실질적으로 그리고 최종적으로 결정하여 실행할 수 있도록 합법화·공식화하는 과정(*허교수의 정책 채택 단계와 같음)이며, 정책 집행 단계는 권한이 있는 정부내 담당 기관이 합법적·공식적으로 결정된 정책을 실현하기 위하여 세부 시행 계획을 마련하여 적용하는 과정이며, 정책 평가 단계는 환류과정을 통하여 정책의 결과를 측정하고 긍정적 요인과 부정적 요인을 분석함으로써 오류는 시정 조치하고 긍정적 요인은 더욱 발전시킬 수 있도록 지원 조치를 실시하는 과정으로 설명하고자 한다.

위와 같은 정책 과정에 대한 이해를 바탕으로 하여 정책형성의 정의에 관한 이해를 분명히 하기에 도움이 될 수 있는 몇개의 견해를 살펴보면 다음과 같다. Lasswell은 정책학이 패러다임(paradigm)에 관한 견해²⁵⁾를 바람직한 미래와 현실 사이의 괴리를

25) H. Lasswell, "The Emerging Conception of the Policy Sciences", Policy Sciences, vol.1 (1970) (American Elsevier Publishing Co., Inc.), pp.3~14

지칭하는 정책 문제의 해결은 역사적 맥락과 사회 체계의 전체적 맥락 속에서 다루어져야 한다는 맥락성(contextuality), 정책문제를 실천적으로 해결하고자 하는 문제해결지향성(problem orientation) 그리고 정책문제의 해결을 위하여는 다원적인 방법론이 필요함을 의미하는 종합기술성(distinctive synthesis of technique)의 세가지를 가장 중요한 요소로 설명하고 있다. Lasswell로부터 학문적 영향을 많이 받은 것으로 보이는 허범 교수는 정책형성에 관하여 보다 구체적인 견해를 밝히고 있는데 그에 따르면 『정책 형성은 가치 판단적 기대와 현실 판단적 전망 사이에 드러나는 괴리를 합치시켜 주는 일련의 행동을 모색, 개발, 선정 그리고 채택하는 과정이다. 실제의 정책과정에서 그것은 가치판단(규범모색), 사실판단(상황정의), 그리고 관리판단(행동의 설계) 등을 함께 통합하는 종합판단의 예술로 전개된다』²⁶⁾고 하였으며 아울러 『규범을 모색하는 가치판단은 본질적으로 윤리 분석을 요구한다』²⁷⁾고 하면서, 윤리 분석의 기준은 『인간 공동체적 도덕성』²⁸⁾이어야 하며 『정책 형성에 있어서 분석은 바람직한 정책을 탐색, 개발, 선정하기 위하여 이성과 증거를 활용하는 접근 방법을 의미한다』²⁹⁾고 하였다. 그 밖에 Jantsch의 견해에 의하면 『정책 형성(policymaking)은 합리적 창조 행위를 위하여 인간의 자유의지(human free-will)에 근거한 쇄신적 과정의 필수적, 지침적 내용이다.』³⁰⁾라고 하였다.

필자가 위에서 소개한 견해들을 참고하여 나름대로 정책 형성을

26) 허 범, 전계서(중앙공무원교육원 연구논집, 1992), p.165

27) 허 범, 전계서(1992), p.165

28) 허 범, 전계서(1992), p.180

29) 허 범, 전계서(1992), p.156

30) E. Jantsch, 전계서(1970), p.34

정의해 본다면 『정책 형성은 인간 존엄성의 실현을 위한 가치 지향적 판단과 현실 의식적 판단 사이에서 실현 가능한 발전지향적 행동 대안을 탐색, 개발, 선정하는 행위이다』라고 정의하고자 한다. 이렇게 정의하는 논리적 이유로는 첫째, 정책 형성은 앞서 적은 정책이 태동하여 소멸할 때까지 4단계의 총체적 정책 과정 중 제1단계에 해당하는 것으로서 집행을 전제로 하는 선정된 행동 대안 내지 지침의 최종적·확정적 그리고 합법적·공식적 결정 단계인 정책결정단계와는 구별되어야 하기 때문이며, 특히 행정부의 경우 정책개발팀이나 담당 부서에서 선정한 행동 대안은 당해 정책의 최고 책임자나 통치권자에 의하여 조정·변형될 수 있기 때문에 정책결정의 이전 단계에 해당된다. 둘째, 아무리 훌륭한 정책이라 할지라도 엄청난 재정 부담이나, 사회적 혼란을 조성할 우려가 있거나, 국가안보에 위험이 따를 가능성이 있는 경우에는 지침적으로 『형성』에 단순히 머무르거나 또는 형성 단계에서 소멸 단계로 직접 이어지는 경우가 있을 수 있기 때문이다. 또 다른 예로서는 과학기술정책이나 환경 정책의 경우 기술 수준이 뒷받침될 수 없다면 채택이 불가능하여 그것은 쓸모 없는 정책이 될 수 있는 경우가 대부분이다.

위와 같은 ‘정책형성’에 관한 정의를 바탕으로 헌법재판소의 결정을 살펴보면 ‘결정’ 그 자체로서는 아무런 실현 수단을 갖고 있지 못하며 ‘국가 기관 상호간의 존중 원칙’³¹⁾에 따라 정책을 최종결정할 수 있는 기관(예 : 법률의 경우는 국회 또는 행정부 명령·규칙의 경우는 행정부)에 의하여 공식적으로 채택·결정되어야 한다. 따

31) Peter Lerche, 정연주 역, ‘연방 헌법재판소의 입법자’, 한국 공법 학회 한·독학술대회 (1996. 11.16.) 발표자료, p.21

라서 헌법재판소의 결정은 ‘형성 단계’에 위치한 것이다.

3. 헌법재판의 정책형성기능

대림문민은 미국 연방 대법원의 정책 형성 기능과 관련한 그의 논문³²⁾에서 『미국 연방 대법원은 헌법 해석을 통하여 국가 정책의 형성에 기여하고 있으며 미국 연방 대법원의 이와 같은 기능은 ‘사법적 정책 형성’이며, 이것은 바로 ‘헌법적 정책 형성’이다』라고 규정하면서 『헌법은 가치 창조의 기본적 원천이며 법원은 가치 창조 제도로서의 역할을 수행하고 있다』라고 하였다. 아울러 『근래의 시법심사에 관한 논쟁은 헌법의 해석과 관련하여 소극주의와 적극주의, 해석주의와 비해석주의 등의 다툼에 헌법 해석의 방법론까지 가세되어 매우 활발히 전개되어 있으며 이것들은 내용 면에서는 사법부에 의한 헌법적 정책형성(constitutional policymaking by the judiciary)에 관한 논의이다.』라고 전제하고, 『국가 정책과 관련된 헌법 문제는 기본권 문제, 연방 문제 및 권력분립 문제』라고 설명하면서 『비민주적으로 구성(예 : 미국 연방 대법원판사의 대통령 임명)된 법원이 선거민에 대하여 책임을 지는 의회나 대통령의 정책 선택을 사법 심사한다는 것이 정당한 것인가에 관한 대답으로서 기능적 정당성이 있다』고 하였다.

소림직수는 자신의 저서³³⁾에서 위의 大林文敏의 견해와 같이 헌법재판의 정책 형성 기능을 주장하였는바 『국가 정책과 관련된 헌

32) 대림문민, “아메리카에 있어서의 사법적 정책형성론의 고찰”, 헌법소송과 인권의 이론 (동경 : 유비각, 소화60년), p.67

33) 소림직수, 헌법정책론(1991), pp.3~11

법 정책학의 의의는 입헌 민주제의 기본 가치를 실현하는 ‘정법’의 발전과 적합한 제도의 설계에 대한 기여, 반민주적 정책을 비판하는 작업, 국가 정책 입안자들에게 지침을 제시하는 것 등에 두고 있다. 아울러 여타의 법정책론과 비교한 헌법정책론의 특질로는 ① 고도의 정치적 성격, ② 이데올로기적 성격, ③ 미래지향적 정책지침 제시의 유용성, ④ 국민참여적 정책 입안, ⑤ 국제관계(예 : 각종 안보조약, 환경 보호, 재정 원조, 난민 문제 등)에의 영향 증대』를 들고 있다.

또한 『헌법정책학은 학문으로서의 경험이나 축적이 없기 때문에 새로운 영역으로서의 개척을 시작하는 학문』이라고 규정하고 있다. 따라서 『헌법정책학의 자각적인 체계나 방법론을 빈약하지만 헌법 해석의 수법을 통하여 헌법정책론을 행하고 있는 경우가 많으며, 그 예로서 평화를 위한 준비나 치안을 위한 정치경찰 등을 강화하는 것이 과연 헌법질서로서의 진실한 평화와 안정에 도움이 되는지 여부의 문제는 훌륭한 헌법정책의 문제』라고 한다. 또 다른 예로는 『교육이나 노동이나 종교의 분야에 대한 국가적 통제나 간섭의 정도가 어디까지 합리적일 수 있는가의 문제, 환경 보전을 위하여 개발 계획을 저지하여야 하는가의 문제, 국민 사생활에 대한 국가의 배려의 한도 문제 등은 헌법정책론의 과제』라고 설명하고 있다.

이와 같은 견해들에 따르면 미국의 연방대법원, 독일의 헌법재판소, 한국의 헌법재판소 등에서 이루어지고 있는 기본적 인권에 관한 판결들은 단순히 헌법의 해석이 아니고 헌법재판에 의한 ‘헌법적 정책형성’이라고 볼 수 있는 것이다.

미국 연방법원의 헌법재판을 정책 형성의 역할로 이해하는 견해³⁴⁾로서 『건국초기의 연방대법원이 본연의 기능과 임무를 찾아내는데 있어서는 John Marshall 대법원장의 지도력이 큰 힘이 되었다. 실무적이면서도 이상적인 이론가인 마샬은 사법에 의한 정책 형성은 법원의 고유하고도 자연스러운 의무라고 하였다. 그의 유명한 Marbury v. Madison 사건의 판결(1803년)에서 마샬은 연방대법원이 헌법의 해석에 관한 최종적인 권한을 가지고 있다는 주장을 견지하였다. 헌법을 정의할 이러한 권한과 책임은 새로운 정부조직 내에서 법원의 영구적인 정책형성 역할을 보장하였다. 이러한 권한이 없다면 실제문제로서 James Madison이 고안한 사법부에 의한 정부 3개 기관간의 견제와 균형은 공염불이 되었을 것이다. …… 헌법의 의미를 해석해야 하는 바로 이 의무의 존재가 본질적으로 연방 대법원으로 하여금 항구적인 정책 형성을 하도록 요구하고 있다』는 지적이 있다.

미국의 연방대법원은 위와 같이 일찍이 건국초기부터 헌법재판을 가장 중요한 기능으로 수행하여 왔는데, 『…… 미국의 연방 대법관은 대통령에 의하여 임명받기는 하지만 자신을 임명한 대통령보다 훨씬 오랜 기간 종신으로 재직하면서 정치·사회적 파급효과가 그 어느 것보다도 지대한 이슈(issue)들에 대한 헌법적 판단을 내림으로써 미국 사회가 나아가야 할 방향과 목표를 제시하기도 한다. 연방대법원은 이러한 이슈들로 말미암아 때로는 정치적 소용돌이의 한가운데 놓여지기도 하지만, 한편 모든 국가기관이나 전국민이 그러한 결정을 존중하며 시민사회의 소중한 행동 원리로 따르고 있다

34) Tom Ormiston, "The Constitutional Policymaking Role of The United States Supreme Court", 헌법연구(1), (서울 : 헌법재판연구회, 1993. 7.), pp.504~506

는 점에서 미국 사회에서 차지하고 있는 법원의 위상을 새삼스럽게 확인할 수 있는 것이다. 때로는 이른바 사법적 적극주의(Judicial Activism)로 표현되는 조용한 혁명을 이루기도 하는 미국법관들의 위상은 ……」³⁵⁾이라는 지적에서 보듯이 헌법재판은 민주주의의 실현과 관련된 정책 문제에 관한 시민사회 내부의 갈등, 시민사회와 국가기관간의 갈등 또는 국가기관간(예 : 입법부와 행정부)의 갈등을 헌법 해석을 통하여 최종적으로 또는 최후적으로 판단함으로써 국가 사회가 나아가야 할 정책 형성의 역할을 하고 있는 것이 오늘날 미국 민주정치의 현실이다.

실제에 있어서 미국의 경우 연방 대법원은 『궁극적인 헌법해석자(as ultimate interpreter of the Constitution)』³⁶⁾이며 『법원은 대통령의 통제로부터 완전히 독립되어 있으며 오히려 세계의 그 어떤 나라에서보다도 대통령의 정책 문제에 깊은 영향을 미치고 있다』³⁷⁾고 한다. 이와 같이 법원이 국가 정책에 영향을 미칠 수 있는 배경은 법원이 헌법재판을 통하여 『헌법을 사회적 가치의 기본적인 원천으로 하여 가치를 창조하는 제도』³⁸⁾로서의 기능을 적절히 발휘함으로써 가능하다고 생각되어진다.

헌법재판을 총체적 국가 정책의 한 단계로 보는 것이 아니라, 헌법재판의 전과정을 총체적 정책 과정으로 보는 견해도 있다.³⁹⁾ 즉,

35) 김용현, “미국사법제도론”, 고시계 (서울 : 1993. 5.), pp.15~16

36) P. Irons / S. Guitton 공저, May It Please the Court (Washington D. C. : The New Press, 1993).

37) Richard Lehne, Industry and Politics (Englewood Cliffs : Prentice Hall, 1993), p.81

38) 대립문민, “아메리카에 있어서 사법적정책형성론의 일고찰”, 헌법소송과 인권의 이론 (동경 : 유비각, 1985. 9.), p.69

39) 오호택, “헌법정책론에 있어서 헌법재판의 역할”, 헌법논총 제5집 (헌법재판소, 1994), pp.56

헌법재판 과정을 문제의 설정 단계, 결론 도출 단계, 결정 집행 단계, 사후 평가 단계의 4단계로 헌법재판소 정책의 생애 과정을 설명하고 있는 견해이다. 이와 같은 견해는 헌법재판소를 정책의 주제로 파악하고 정책 의제 선정(소의 제기), 정책 결정(평의의 결론 도출), 정책 집행(입법부나 행정부에서의 법개정 또는 처분 변경) 및 정책 평가(판례 변경 검토)의 4단계가 순환적으로 지속되는 것을 상정한 것이다.

필자는 앞서 적었듯이 헌법재판이 총체적 정책 과정의 4단계 중 제1단계인 정책 형성 단계에 해당된다고 생각하는데, 그 까닭은 헌법재판소의 판결은 앞서 적었듯이 우리 헌법의 최고 가치인 인간 존엄성을 실현하기 위하여 가치 지향적 판단과 현실 의식적 판단 사이에서 국가기관 등 공권력을 행사하는 모든 공공 기관이 따라야만 하는 실현 가능한 발전 지향적 행동 대안 또는 지침을 탐색·개발·선정하는 업무를 수행함으로써 필자의 정책 형성의 정의와 일치되는 행위를 공식적으로 하고 있다고 생각하기 때문이다.

다시 설명하면 헌법재판소는 헌법재판의 전제가 되어 있는 어떤 법적 사실에 관하여 우리 헌법이 추구하는 이상과 무시될 수 없는 엄연한 현실 사이에서 『헌법 해석이라는 창조적 수단』⁴⁰⁾을 통하여 『모든 국가기관과 지방자치단체를 기속』⁴¹⁾하는 행동 지침을 9인의 헌법 재판관이 참여하는 평의과정에서 선택 가능한 모든 대안을 선진 외국 등의 사례 등 자신들이 갖출 수 있는 모든 지식을 동원하

4~572

40) 1989. 9. 8. 선고, 88헌마6 결정 (헌법재판소판례집 제1권, p.207)

41) 헌법재판소법 제47조 및 제75조 제1항.

여 탐색하기도 하고, 참고인 또는 이해 관계인의 진술을 듣기도 하고 적절한 사례가 없는 경우에는 새롭게 개발하기도 하여 최종적으로 다수결에 의하여 모든 국가기관이 따라야 할 사고와 행동의 미래지향적 지침으로서의 대안을 결정한다.

이와 같은 판결에 이르는 과정에는 앞서 적은 바대로 허범 교수가 피력한 규범을 모색하기 위한 가치판단에 부수되는 윤리 분석이 당연히 포함되어 있으며, Jantsch가 주장한 인간의 자유의지에 근거한 합리적 창조 행위를 포함하고 있으며, Lasswell이 이야기한 문제 해결을 위한 사회 전체 차원의 맥락성, 문제 해결 지향성 및 종합 기술성에 입각한 접근 방법이 이용되고 있다.

따라서 여기서 헌법재판소의 판결 과정을 정책 형성 단계로 간주하고 정책결정단계와 구별하고자 하는 것은 헌법에 위반된 것으로 선언된 모든 공권력의 행사 즉 모든 공공 기관의 정책은 최종적으로는 합법적인 권한과 책임을 갖고 있는 당해기관에 의하여 수용되어 관련 법규나 처분(행정작용)이 헌법에 합치되도록 개폐되거나 수정되는 최종적 결정·확정 과정을 거쳐야만 정책으로서 실행될 수 있기 때문이다. 즉, 헌법재판소는 반드시 따라야 할 행동 지침을 제시할 뿐이지 당해 정책을 자신이 직접 실행할 수단도 자원도 권한도 갖고 있지 않기 때문이다. 이에 비하여 정책 과정에 관한 국회의 권한은 정책 집행을 제외한 정책 형성, 정책 결정 및 정책 평가의 권한을 갖고 있다.

위와 같은 사실들은 헌법재판소에 위헌 선언된 모든 사건에서 적용되고 있는데, 예를 들어 교육정책과 관련된 교육공무원법 제11조

제1항에 대한 헌법소원심판⁴²⁾에서 국·공립학교 교사의 채용에 있어 국·공립사범대학 출신자를 우선 채용하도록 한 규정의 위헌결정이 있는지 2개월 후에 국회에서 개정(1990. 12. 31.)되어 사립학교 출신자들에 대한 차별대우가 실질적으로 철폐되었던 사례, 또는 선거 정책과 관련된 국회의원 선거법 제33조, 제34조의 위헌 심판⁴³⁾에서 국회의원 입후보자의 의무적 기탁금의 경우 정당후보자와 무소속 후보자의 기탁금에 1,000만원과 2,000만원의 차등을 둔 규정의 위헌 결정이 있는 후 2년여 후에 국회에서 개정(1991. 12. 31.)되어 무소속 후보자들에 대한 차별대우가 실질적으로 철폐되었던 사례 등, 감사의 불기소 취소 소원의 인용 결정의 일부와 일명 국제 상사 해체 사건⁴⁴⁾의 위헌 판결을 제외하고 모든 위헌 판결은 입법부와 행정부에 의하여 정책 결정에 차질 없이 반영되었다.

4. 헌법재판의 정책형성기능에 관한 판례

사법적 통제의 속성이나 한계에 관한 논의는 사법 작용이 갖고 있는 사후적 구제의 특성에 초점을 맞추어 이해하는 것이 일반적이고 사법적 통제가 장래의 행정적 실책을 예방하는 효과를 수반하기도 하지만 이것을 부수적·간접적으로 이해하는 견해⁴⁵⁾도 있다. 그러나 필자는 사법적 통제의 일환인 헌법재판은 당해 사건에서는 사후적구제기능을 근본적으로 갖고 있음을 인정하지만 모든 국가기관을 기속하는 헌법 해석이 갖고 있는 미래적 방향제시의 성격은 일

42) 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89 결정(헌법재판소판례집 제2집, p.332)

43) 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 결정(헌법재판소 판례집 제1집, p.199)

44) 1993. 7. 29. 선고, 89얼마31 결정(헌법재판소 판례집 제5권2집, p.87)

45) 오석홍, “행정통제체제에 관한 연구”, 행정논총 제31권 제2호 (서울대학교 행정대학원 : 1993. 12.)

반 재판 작용에 의한 행정 통제와는 대조적으로 사전적 구제 성격을 강하게 갖고 있다고 판단하며 아울러 이와 같은 의미에서의 사전적 구제의 성격은 행정부 또는 입법부를 대신하여 미래지향적 정책 형성 지침을 제공하는 역할을 하는 것이다.

헌법재판소 판례⁴⁶⁾는 헌법 해석이 갖고 있는 ‘창조적 기능’과 관련하여 『헌법이 국가의 현실적인 제도와 국민의 사회생활속에서 활용되고 본래의 취지대로 법률적 기능을 다하기 위하여는 그에 맞는 해석들이 뒷받침되어야 한다는 것은 자명한 것이다. 헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞는 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아닐 때에는, 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다.』라고 선언함으로써 미래지향적 정책형성자로서의 기능이 헌법재판소의 가장 중요한 기능에 속하고 있음을 보여주고 있다.

더욱이, 현행법상 구체적 규범 통제에 한정하여 허용되고 있는 헌법소원심판 판례⁴⁷⁾에서 『헌법소원심판이 주관적인 권리 구제에는 별 도움이 안 되는 경우라도 그러한 침해 행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법 질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고

46) 1989. 9. 8. 선고, 88얼마6 결정 (헌법재판소 판례집 제1권, p.207)

47) 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정 (헌법재판소판례집 제3권, p.56)

있는 경우에는 심판 청구의 이익을 인정』하고 있음은 보다 적극적인 헌법 해석을 통하여 기본권 보장 정책을 실현하겠다는 헌법재판소의 확고한 의지로 해석된다.

헌법재판소의 다른 판례⁴⁸⁾에 의하면 『…… 생명·신체에 관한 법익과 관계 있는 형벌 법규의 위헌의 경우에는 원시무효시키되, 그 밖의 경우에는 장래무효시키는 법(*헌법재판소법) 제47조 제2항의 규정은 미래지향적인 법규정의 재정비라는 헌법재판의 본질적 기능과 무관하지 않다.』라고 실시하고 있는 것은 ‘법률이 정책형성의 법적 표현’에 불과하다는 관점에서 본다면 헌법재판소의 이 판례는 헌법재판의 미래지향적 정책 형성 성격을 인정한 것이라고 볼 수 있다. 아울러 헌법재판의 청구 요건에 합당한 경우 행정부의 명령·규칙·처분 등도 헌법재판의 대상이 될 수 있는 바, 상위법인 헌법에 비추어 타당한 것인지의 여부를 심사·평결하는 내용은 행정부에 의한 장래적 의사 결정에 있어서 예시적 준비 지침으로 작용하게 된다.⁴⁹⁾

헌법재판소의 또 다른 판례(*일명 : 국회의원입후보 기탁금사건)인 국회의원 선거법 제33조, 제34조의 위헌 심판의 결정⁵⁰⁾에서 『우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨 있는 최고 이념은 국민 주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌 민주 헌법의 본질적 기본 원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것

48) 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10, 91헌마7, 92헌마24·50(병합) 결정 (헌법재판소판례집 제5권1집, p.246)

49) 박재창, “행정기획과 행정통제”, (성균관대학교 사회과학연구소편 8인 공저 ; 서울 : 대영문화사, 1991)

50) 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 결정 (헌법재판소판례집 제1권, p.205)

이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령 해석의 기준이 되고 입법 형성권의 한계와 정책 결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가 기관과 국민이 존중하고 지켜야 하는 최고의 가치 규범이다.』라고 선언함으로써 헌법 해석의 창조자인 헌법재판소는 당연히 미래지향적 정책 형성자로서의 자신의 역할을 공표하고 있다.

Ⅲ. 헌법재판에 의한 정책형성사례

(토지초과이득세법의 헌법불합치결정을 중심으로)

1. 토초세법률건의 개요

6.29선언 이후 문민정부로 이어지는 민주화의 진전에 따라 국민들의 다양한 욕구가 왕성하게 분출되고 있는 가운데 규제 법률만 제정하면 국민은 이에 순종하여야만 하였던 과거의 권위주의 시대와는 달리 토지와 관련된 여러 법제들이 창의적인 경제활동에 장애가 되고 재산권을 침해하고 있다는 주장들이 헌법재판소에 쏟아지면서 특히 토지공개념 정책과 관련되어 있는 토지 법제가 재검토되기에 이르렀다.⁵¹⁾

토지초과이득세법을 위시하여 택지소유상한에 관한 법률과 개발이익환수에 관한 법률을 포함한 토지공개념관련 3법(이하 “토지공개념실천 3법”이라 한다)은 같은 날(89.12.30.)에 제정되었는데, 당시

51) 헌법재판소의 1994. 7. 29. 토초세법의 헌법불합치결정 이후 신청되어 93. 3.말 현재 계류되어 있는 토지공개념 관련 토지법제의 미제사건 현황 : 택지소유상한에 관한 법률 24건, 개발이익 환수에 관한 법률 2건, 토지초과이득세법 1건

로서는 가히 『개혁적』사건이었으며 그 5년후 토초세법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정[94.7.29. 선고, 92헌마49,52(병합) 결정]은 토지정책과 관련된 『획기적』인 사건으로 받아들여지고 있다.

『헌법재판소는 그 동안 조세관련 법률들에 대하여 적지 않은 위헌결정을 내렸다. 특히 이번 토초세법에 대한 결정에 있어서는 토초세법이 지니고 있는 사안의 중요성에서 뿐 아니라 그 결정내용에 있어서 국가의 과세제도 내지 과세입법에 관한 중요하고 근본적인 헌법적 판단을 했다는 점에서 자못 그 의의가 크다고 할 수 있다. 지금까지 별다른 통제없이 행사되어 온 국가의 과세권 행사에 대하여 이제 헌법적 측면에서의, 특히 재산권 등의 국민의 기본권보장의 측면으로부터의 통제가 체계적이고 효율적으로 이루어질 수 있는 계기가 마련되었다고 볼 수 있는 것이다.』⁵²⁾

토지공개념의 도입 배경에는 『1960년대 이래 우리 나라의 토지 정책은 경제 성장의 기반으로 토지이용의 생산성을 극대화하는데 그 역점을 두어 왔다. 그런데 그 과정에서 나타나기 시작한 비정상적인 지가의 양등과 이를 목적으로 하는 투기적 거래 등은 점차 심각한 분배와 형평의 문제를 야기』⁵³⁾시킴으로서 급기야 『1988년 정기국회에서는 토지공개념의 실시 문제를 둘러싼 주장과 논란이 무성한 가운데 온 국민의 관심 속에 토지공개념 관련법들이 제정되어 1990년부터 시행하게 되었다.』⁵⁴⁾

52) 정연주, “토지초과이득세제에 대한 헌법적 재검토”, 인권과 정의 (대한변호사협회 : 1994. 9.), p.92

53) 한은미, “토지공개념의 의의와 과제”, 토지공개념과 토지정책 (법무부 : 법무자료 제118집, 1989), p.21

54) 방기호, “토지초과이득세법해설①”, (법제처, : 순간 법제 제294호, 1990. 2. 28.), p.25

당시의 토지공개념 정책의 법제화와 관련하여 공법학자들 사이에 ‘위헌논쟁’이 심각하였는데 『사유재산제도의 위기를 가져오고 역사적 반동으로서 사회주의 체제로의 접근을 의미한다거나 초기 사회주의적 이데올로기에 의해 오염된 초헌법적 사고의 결과라고 평하는 입장이 있는가 하면, 토지법의 최고 원리 또는 토지 재산권에 대한 발상의 일대 전환으로 평가하면서 그 도입을 지지하는 입장』도 있었다.⁵⁵⁾

그러나 위헌 논란을 무릅쓰고 토초세 법은 국민적 여론과 언론의 압도적 지지 속에서 제정되어 5년간 시행되었으나 헌법재판소의 동법 전체에 대한 헌법불합치결정(94. 7. 29.)에 따라 정부의 토지공개념 정책은 커다란 충격을 받게 되었으며 특히 토지초과이득세 제도는 큰 혼란에 빠졌다.

충격과 혼란 속에 뒤이어 토초세 법에 대한 격렬한 ‘존폐논쟁’이 야기되었는데 양측 주장의 주요 쟁점⁵⁶⁾은 조세의 근본 목적인 재정충당 목적에 비추어 투기억제 목적의 토초세가 조세로서의 정당성을 갖는가의 문제, 과세대상 축소개정으로 인한 납세자수 격감에 따른 실효성 문제, 미실현가공이득과세의 정당성 문제, 폐지시킨다면 현실적 대안이 있는가의 문제 등이었다.

위의 존폐논쟁이 가열되는 중에 토초세법이 개정(94.12.30.)되었으며 얼마되지 않아 소송중인 1,707명에게는 감면의 혜택을 주지만

55) 김문현, “토지공개념의 헌법 적합성”, (서울 : 창작비평사 제2호, 1990), p.6

56) 장승동, “토지초과이득세의 존속여부에 관한 쟁점”, 한세정책4 (94. 10.), pp.13~19

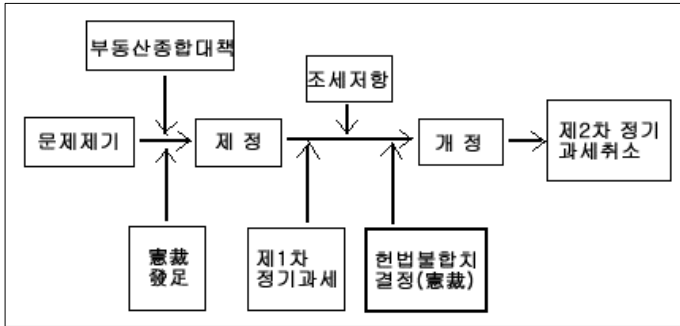
순종하였던 98,013명은 혜택을 못받게 되는 제2의 토초세법 사건결정(헌법재판소)이 있게 되자 이번에는 ‘형평성 논쟁’이 시작됐다.⁵⁷⁾

위와 같은 사건 개요의 흐름을 행정적 조치를 중심으로 다시 간추려보면, ‘쿠데타적 사건’을 통하여 정권을 잡은 전두환대통령에 이어 '88년 2월에 취임한 노태우대통령은 '88년 8월에 ‘토지공개념’의 도입을 주요 내용으로 하는 부동산종합대책을 발표하기에 이르렀고 동년 9월에는 헌정사상 최초로 헌법재판소가 발족되었으며 본고의 사례 연구 대상인 토지 초과 이득 세법이 같은 해 12월에 제정되었다.

그 이후 91년 11월과 92년 11월에 연례적 예정 과세가 각각 실시되었으나 이의신청 등 조세 저항이 야기되어 93년 8월에는 유희토지판정기준을 대폭 완화하는 내용으로 동법 시행령이 개정되었으며, 동년 11월에는 3년마다 시행되는 제1차 정기 과세가 실시되었다. 그러나 동 과세는 국세청 자료에 의하면 이의신청 등(행정소송·국세 심판 청구 포함) 7천여건에 이르는 정부 수립 이후 최대의 조세 저항에 부딪혔으며 이 와중에서 92년에 동법이 위헌임을 주장하는 헌법소원심판이 신청되었고 급기야는 94년 7월에 헌법재판소가 동건 토초세법의 헌법 불합치를 결정하였다. 이에 따라 정부는 같은 해 12월에 아래와 같이 토초세 법을 개정하였으며, 96년 2월에는 제2차 정기과세의 취소가 결정되었는바, 이를 그림으로 표시하면 아래와 같다.

57) 1995. 7. 29.일자 및 10. 17.일자 도하 신문 참조

(그림 1) 토초세법사건의 흐름도



2. 토초세법의 개정결과

토초세법은 헌법에 합치되지 아니하므로 헌법에 합치되도록 조속히 개정하거나 폐지되어야 한다는 헌법재판소의 결정에 따라 개정되었는바 헌법재판소가 위헌 판단하게 된 대상 법조문 및 위헌 판단 이유에 대하여 정부측에서 개정한 내용을 약술하면 다음과 같다.

동법 제8조의 유희토지의 범위와 관련하여, 임대용토지의 유희

토지 관정기준의 위임범위가 지나치게 추상적이고 포괄적이며 또한 비과세 대상인 무주택자 소유택지의 범위가 택지소유상한법에서 규정한 범위에 비하여 작기 때문에 불균형하다는 지적에 대하여 정부(재정경제원)는 임대용토지 중 건축물이 정착된 토지는 관세 대상에서 제외하며, 무주택자소유의 유희택지를 택지소유 상한법과 일치시켜 200평까지 확대하는 것으로 개정하였다.

동법 제11조의 과세표준과 관련하여, 지가산정의 방법을 시행령에 위임한 것은 조세법률주의에 위배되며, 지가등락에 따른 실물납부결과로 인한 원본 장식의 경우에는 사유재산권을 침해한다는 지적에 대하여, 정부는 기준시가 산정근거를 법률에 명시하고 지가하락분에 대하여는 이월공제제도를 도입하는 내용으로 개정하였다.

동법 제12조의 세율과 관련하여, 세율이 단일세율로 지나치게 높아 헌법상 평등권·재산보장권 조항에 위배된다는 지적에 대하여 정부는 50%의 단일세율 30%내지 50%의 누진체계를 도입하여 과세 가격 1,000만원 초과분과 이하분을 구별하여 차등화시키는 것으로 개정하였다.

동법 제26조의 양도소득세와의 관계에 대하여, 토초세와 양도세는 과세물건이 동일하므로 토초세액을 전액공제하지 않는 것은 이중과세금지원칙에 위배된다는 지적에 대하여 정부는 3년내 양도시에는 100%, 6년내 양도시에는 60%까지 공제액의 범위를 상향조정하는 것으로 개정하였다. 이상에서의 헌법재판소의 위헌지적 사항과 정부의 개정 내용을 표로 요약하면 아래와 같다.

토초세법의 개정내용

현 재 지 적 사 항	개 정 내 용
<p>1) 유휴토지의 범위(제8조)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 임대용토지의 유휴토지판정 위입 범위가 추상적·포괄적임 - 무주택자소유 택지에 대해 택지 소유상한법과 불균형 <p>2) 과세표준(제11조)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 지가산정의 방법을 시행령에 위임한 것은 조세법률주의에 의배 - 지가등락에 따른 원본잠식의 경우에는 사유재산권 침해 <p>3) 세율(제12조)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 세율이 단일세율로서 지나치게 높아 헌법상 평등권·재산권보장 조항 위배 <p>4) 양도소득세와의 관계(제26)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 토초세와 양도세는 과세물건이 동일하므로 토초세액을 전액 공제하지 않는 것은 이중과세 	<ul style="list-style-type: none"> - 임대용토지 중 건축물이 정착된 토지는 과세대상에서 제외 - 무주택자소유의 유휴택지를 택지소유상한법과 일치 (60~80평→200평) - 기준시가 산정근거를 법률에 명시 - 지가하락분 이월공제제도 도입 - 초과누진세율체계 도입 <ul style="list-style-type: none"> · 50% 단일세율→30~50% (1,000만원이하 30%, 1,000만원 초과 50%) - 토초세 공제범위 확대 <ul style="list-style-type: none"> · 3년내 양도시 60~80%→100% · 6년내 양도시 40%→60%

(자료 : 재정경제원)

위의 개정 내용은 헌법재판소의 불합치결정문에서 지적된 사항들에 대한 개정 결과이다. 그러나 이 개정 결과에는 헌법재판소에서 지적한 사항이 충분히 반영된 것이 아니다. 예를 들어 앞서 적은 헌법재판소 결정 요지의 제3항에서 지적한 『지가 산정의 불합리성은 재산권을 침해할 개연성이 다분함』에도 불구하고 반영되지 않았다. 즉 헌법재판소는 지가 산정이 전문지식이 없는 공무원에 의하여 이루어지는 등 구조적으로 미비하므로 관련 법규의 개선과 함께 행정개선책을 촉구하였지만 정부는 단순히 대통령령에 규정된 법적 근거를 법률에 마련하는 수준에서 그쳤다. 이와 같은 미비한 개정은 또 다시 동법에 대한 헌법소원 사태를 가져올 가능성⁵⁸⁾을 제기하였으며, 실제로 동법에 대한 헌법소원심판신청이 다시 제소되어 있다.

3. 토초세법 개정이후의 제도운영현황

토초세법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 뒤이은 동법의 개정에 따라 임대용 토지 중 건축물이 정착된 토지는 과세대상에서 제외, 무주택자의 유희택지 과세대상은 80평에서 200평으로 확대, 지가하락분의 이월공제제도 도입, 단일세율을 누진세율로 변경, 과세 대상의 공제범위를 확대하는 등 대폭적인 완화조치가 이루어 졌다.

또한 94년 당시 재무부가 국회에 제출한 자료에 의하면 납세자들의 불만을 해소하기 위하여 향후에는 정기과세의 경우 지가가 안정

58) 매일경제신문 1995. 8. 5.일자 제1면 (『토초세신법도위헌시비』 제하 기사中)

된 시기에는 전국단위의 과세를 중지하고 지가급등 지역만 과세하도록 하며, 다소 엄격한 유희토지 판정기준을 더욱 완화하고 관련 부처와 협의하여 공시지가 산정의 객관성 확보를 위한 다각적인 조치를 마련하겠다고 약속한 바 있다.

아울러 국회의원들의 토초세법 폐지 요구에 대하여는, 헌법재판소가 당시 법원에 계류되어 있는 소송 사건에 대하여 개정 신법을 적용토록 한 결정을 현행 토초세법의 합헌성을 간접적으로 인정하여 준 것으로 자부하고 토초세제도는 지가급등시에 대비한 ‘예비적 제도’의 용도로 당분간 존속시킬 필요성이 있다고 밝혔다. 동법 폐지문제와 관련하여 당시 신문보도(94.7.30.일자 경향신문 등)에 의하면 당국자의 말을 인용하였음을 밝히면서 폐지 못하는 이유를 공개념 관련 타법에의 영향, 조세 행정의 국민신뢰도 훼손 가능성 등을 들고 있다.

그러나 토초세법에 대한 집권여당의 입장은 ‘폐지추진’으로 일관되고 있다. 신문 보도에 따르면 헌법불합치결정 당시의 민자당이 폐지추진을 강력히 주장(94.7.31.일자 동아일보)하였으나 김대통령이 동법의 골격 유지를 지시하였으며, 95년도에는 토초세법을 경제활동 위축 법령으로 간주하고 폐지를 추진(95.7.17.일자 한국일보)할 것임을 밝혔으며, 96년도에는 ‘신한국당’으로 당명을 바꾼 집권여당은 조세개편의 차원에서 부동산 가격이 안정되고 토초세법을 사실상 효력을 상실하였음을 들어 폐지를 추진(96.7.4.일자 매일경제신문)할 것임을 밝히고 있다.

한편 정부는 94년과 95년에 예정과세를 전혀 하지 않았으며 금년

11월에 부과할 제2차 정기 과세를 취소할 것을 발표(1996.3.27.일자 한국경제신문)하였다. 아울러 필자가 관계 기관을 방문(96.5.)하여 관계 실무자를 면담한 바에 의하면 재경원과 국세청의 토초세 업무는 중단된 상태에 있으며 89년 당시 부터 동 조세의 징수를 위하여 특별히 강화되었던 조직도 이제는 담당부서명만 존재할 뿐이지 업무 자체가 없었으며, 관계자의 말에 의하면 동법은 ‘죽은 법’이나 다름없다는 이야기를 들었다.

위와 같은 정황을 종합하여 본다면 토초세법은 사실상 폐지된 것과 다름이 없으며 더욱이 현재 헌법재판소에 위헌 심판이 제소되어 있는 토지공개념 3법의 나머지 두 법(택지소유상한법 및 개발이익 환수법)의 결정 여하에 따라서는 동법의 기초정책인 ‘토지공개념 정책’의 종결이 불가피한 운명이 될 가능성도 있다.

IV. 정책형성에 있어서 헌법재판의 중요성

국가 정책의 형성에 있어서 헌법재판의 중요성은 의원내각제이든 대통령 중심제이든 또는 선진국이든 후진국이든 간에 집권 여당이 입법부와 행정부를 완전히 장악하며 입법권과 행정권(집행권)을 집권 여당 또는 통치자의 의도에 따라 행사하고 있으며 사법권만이 유일하게 독립되어 있어 활발한 헌법재판에 의하여 정책통제가 가능한 상황, 즉 사법적 정책형성이 가능한 상황을 상정하고 제기하는 것이다.

다시 말하자면 『현대 국가의 권력 구조를 감안할 때 사법부에 좀

더 광범한 적극적 역할을 부여할 필요가 있다고 할 수 있다. 구체적인 정부형태에 따라 다소 차이가 있을 수 있지만, 정당정치를 통해 입법부와 행정부가 결합됨으로써 권력융합의 현상을 가져오는 것이 현대 국가의 권력구조의 일반적 양상이며, 따라서 정치권력에 대한 사법적 통제 of 필요성은 더 커진다고 볼 수 있다.』⁵⁹⁾

헌법재판에 의한 국가 정책 형성과 관련하여 문제가 없지 않다. 선거민에 대하여 책임을 지는 의회나 직선제 대통령의 정책 선택을 사법심사한다는 것이 과연 민주적 정당성을 갖고 있는가 여부의 문제가 바로 그것이다. 사법 심사의 대상과 한계에 관한 논의는 別論으로 하고서 본다면, 『기능적 정당성(functional justification)』을 충분히 갖고 있다⁶⁰⁾고 본다. 그 까닭은 선거에 의하여 구성된 권력행사 집단이 자행할 수 있는 『다수의 횡포』를 통제할 수 있는 제3의 기관으로서의 어떤 특별 기관이 존재하여야 할 것이며, 이 기관이 기능적으로 실질적 『견제와 균형』을 행사할 수 있을 때 비로소 민주정치가 확립될 수 있다고 보기 때문이다.

따라서 『헌법재판 제도가 통치권의 기본권기속과 통치권 행사의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기능적 권력통제의 한 메카니즘으로 이해되면서부터 헌법재판 제도는 권력분립의 차원에서 통치를 위한 기관의 구성 원리로 중요한 의미를 갖게 되었다. 특히 자유민주적 통치구조내의 다수와 소수의 기능적인 상호 견제의 메카니즘은 소수를 보호하는 헌법재판제도에 의해서 비로소 그 실효성을 기대할 수 있기 때문이며 …… 헌법재판에서의 소송절차적 수단들이

59) 양 건, 헌법연구 (서울 : 법문사, 1995), p.43

60) 대립문민, 전계논문, p.77

다수의 권력 행사에 대한 강력한 통제 효과를 나타낸다는 것은 두 말할 필요가 없다.』⁶¹⁾

따라서 헌법재판소의 『헌법재판이 입법·행정·사법 등 다른 국가 기능에 대한 강력한 규범적 정책 통제 효과를 나타내는 것은 헌법 규범의 해석과 적용에 대한 규범의 최종적인 인식작용인 헌법재판의 본질상 당연한 것이기 때문에 헌법재판은 국가권력의 분립이나 국가 기능의 분리라는 제도적 메카니즘을 통해서 달성하려는 권력통제의 가장 강력한 수단이 될 수밖에 없다.』⁶²⁾ 더욱이 대법원은 행정소송과 선거소송을 취급하고는 있지만 당사자간의 구체적 법적 분쟁을 해결하기 위한 민·형사사건을 주요업무로서 수행하고 있고, 행정소송과 선거 소송은 구체적인 사건에서 피해자의 피침된 권익의 원상 회복이나 국가를 상대로 한 보상에 관한 다툼을 다루고 있으며 대부분의 경우 그 재판의 효과가 당해 사건의 당사자에 한하고 있기 때문에 대립법부·대행정부에 대한 권력통제기능은 거의 없거나 미약하다고 볼 수 있다.

헌법재판의 효력은 전기한 바와 같이 위헌 법률 심판과 헌법소원 심판에서 지방자치단체를 포함한 모든 국가기관을 기속한다. 헌법재판소는 위헌 법률 심판을 통하여 대립법부의 립법작용에 확실한 통제를 가할 수 있으나 대법원은 이와 같은 기능을 거의 갖고 있지 못하다.⁶³⁾ 나아가 헌법소원심판의 대상에 법원의 재판이 포함될 수 있다면 명실공히 헌법재판소는 모든 국가권력에 대한 최고통제자로

61) 허 영, 한국헌법론 (서울 : 박영사, 1991), p.789, 798, 799

62) 허 영, 전게서, p.668

63) 대법원은 헌법 제107조 제2항의 규정에 의하여 오로지 재판의 전제가 된 경우에 한하여 명령·규칙·처분의 위헌여부를 심사할 수 있다.

서의 지위를 확고히 할 수 있다(*현행 헌법소원심판제도는 『법원의 재판』을 그 대상에서 제외하고 있음 : 헌법재판소법 제68조 제1항 참조). 어쨌든 현행 헌법재판제도만으로도 대행정부, 대립법부에 대한 통제를 동시에 실시할 수 있는 권한을 갖고 있는 헌법기관은 헌법재판소가 유일한 기관이기 때문에 국가권력에 대한 『견제와 균형』의 실질적인 주체로서의 지위에 있다.

『국회는 행정부의 시녀, 법원은 정권 유지의 도구 또는 사법부의 정치시녀화』⁶⁴⁾를 지탄하던 여론이 팽배하던 시절의 기억이 남아 있는 현실을 감안할 때 모든 국가권력에 대한 합헌성을 보장하고자 하는 『견제와 균형』의 주체로서의 헌법재판소에 거는 기대가 막중하게 느껴진다.

V. 결 어

최근에 행정의 가치를 헌법 정신에서 찾는 경향이 있다. 이러한 경향은 행정에 대한 법적 시관의 주장에 배경을 두고 있다. 전통적으로 행정에 대한 접근 방법은 효율성을 중시하는 단순한 관리적 시관 내지 대표성과 반응성을 중시하는 정치적 시관이 주된 경향이 있었다. 그러나 1946년의 미국 행정절차법의 제정과 미국법원의 개인에 대한 적극적인 헌법상의 권리 보호는 행정에 대한 법적 시관을 강조하게 되었다.⁶⁵⁾

64) 한상범, 전제논문 “인권보장과 사법제도”, p.18

65) 표시열, “행정가치에 대한 헌법적시관”, 고시연구 (1994. 8.), pp.71~72

행정에 관한 법적 시관을 대표적으로 강조한 사람으로는 Rosenbloom을 들 수 있겠는바, 그는 행정에 대한 접근 방법을 관리적 시관, 정치적 시관 및 법적 시관으로 구분하고 법적접근방법을 개인의 권리 보호와 형평에 관심을 갖고 있는 사법부와 밀접하게 관련되어 있다고 하면서, 특히 국민의 헌법상의 권리를 보호하는 법적접근방법을 강조하고 있다.⁶⁶⁾

Rohr는 행정국가의 정당성을 헌법적 가치의 준수에서 찾고 있다. 그는 공무원들이 좁게 자기 조직의 생존 문제에만 몰두하여 행정이 추구해야 할 더 본질적인 이념, 즉 헌법적인 원리나 가치에는 눈을 감고 있다고 지적한다. 따라서 공무원은 헌법운영자(men and women who run a constitution)라는 자각과 넓은 시야를 갖고 정책결정시 헌법 원리를 바탕으로 공익을 판단할 수 있어야 한다고 주장하고 있다.⁶⁷⁾

Rosenbloom과 Carroll은 행정가를 위한 사례집인 『Toward Constitutional Competence』에서 행정부의 효율성 추구하고 개인의 기본권간의 갈등이 어떻게 해결되고 있는가 분석하고 있다. 그들은 개인의 표현의 자유, 적법절차, 평등권이 정부의 조직 목적 달성이나 효율성 추구보다 우선하여 보호되고 있는 미국연방대법원의 판례들을 소개함으로써 공무원들이 헌법 가치를 무시하고는 중요정책을 추진할 수 없음을 지적하고 있다.⁶⁸⁾

66) David H. Rosenbloom, *Public Administration : Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, Second Edition, McGraw-Hill (1989), pp.3~31

67) John A. Rohr, *To Run a Constitution : The Legitimacy of the Administrative State* (Lawrence : University Press of Kansas, 1986), p.9

68) D. H. Rosenbloom and J. Carroll, *Toward Constitutional Competence : A Casebook for*

위와 같은 논의들은 국가의 모든 정책은 헌법적 가치를 존중하고 헌법적 지배하에 있어야 함을 강조한 것이다. 따라서 그 동안 ‘법치 행정’ 또는 ‘합법성’이라는 행정의 지도 원리는 형식적 의미의 법치주의를 지양하고 헌법이 추구하고 있는 기본 정신이 행정이 추구하여야 할 근본적 가치가 되어야 한다. 헌법재판소의 입법형성권의 한계와 관련한 많은 판례들은 입법의 거울이 되어 위헌 판결을 받음으로써 초래할 가능성이 있는 국가적 낭비와 국민적 혼란을 방지할 수 있어야 한다. 따라서 헌법재판소의 판례에 나타나 있는 입법재량의 한계, 과잉금지의 원칙, 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원칙, 입법체계 정당성의 원칙 등은 법률로 표현되는 국가 정책의 형성에서 절대적인 기준이 되어야 한다.

국가의 어떤 특정 정책이 헌법재판소의 위헌 판결로 중대한 변경(폐지 포함)이 불가피하게 되어 야기되는 정책 변경과 폐지되지 않고 헌법에 합치적으로 수정되어 존속되는 경우에 해당되는 정책 재형성은 넓은 의미의 정책 형성으로서 헌법재판에 의한 정책 형성에 해당된다. 이와 같은 시관은 앞서 적었듯이 법과 정책의 관계에서 법을 정책의 관점에서 접근하는 것이다.

그러나 헌법재판의 정책 형성 기능을 다른 측면에서 본다면, 즉 헌법적 이유를 들어 특정의 기존 정책에 제동을 걸었다는 측면에서 본다면 일응 헌법재판이 갖고 있는 사법적(또는 헌법적) 정책 통제 기능의 결과이며, 또한 특정의 기존 정책을 헌법적 가치 기준으로 측정하였다는 측면에서 보면 헌법재판의 사법적(또는 헌법적) 정책 평가 기능의 결과이기도 하다. 이와 같은 시관들은 법과 정책의 관

Public Administrators, Prentice Hall (1990), p.112

계에서 정책을 법적인 관점에서 접근한 것이다.

다른 한편 헌법재판 과정은 앞서 적은 정책 과정의 4단계론에 따라서 보면 내용적으로 정책자료·정보(정책문제)에 대한 분석 및 대안의 선택 과정이기 때문에 정책 형성 과정이라고 할 수 있으며, 외형적으로 정책자료·정보(정책문제)에 대한 다양한 정책참여자간의 실제적 대화 과정이라는 의미로 이해한다면 정책논변과정⁶⁹⁾이라고 할 수 있다. 다만 헌법재판이 갖고 있는 정책 형성의 근본적 특징은 행정부에 의한 정책 형성과는 달리 국가 정책에 ‘규범적’으로 영향력을 행사한다는 사실이다. 아울러 우리의 헌법재판제도는 사전적으로 위헌 심사를 할 수 있다는 추상적 규범 통제가 허용되지 않는다. 오로지 재판의 전제가 된 사건에서 행하여지는 법원의 제청 경우 또는 공권력에 의하여 기본권을 침해받은 시민의 직접적인 신청이 있는 경우에만 위헌 심사를 실시하는 구체적 규범 통제만 허용하고 있기 때문에 헌법재판소가 창의적으로 새로운 정책을 형성할 수는 결코 없으며 제청이나 신청에 의하여 ‘사후적’으로만 가능하다는 사실이 중요한 특징 중의 하나이다.

헌법재판소의 발족 이후 헌법재판소의 결정에 따라 국가의 기존 정책이 새롭게 형성된 사례는 적지 않다. 예를 들어 국·공립학교 출신의 교원 채용을 우대하였던 『교원충원정책』, 연체금리제도에서 금융기관을 우대하였던 『금융기관 육성정책』, 국회의원선거에서 정당후보자를 우대하였던 『선거공영정책』 등이 헌법재판소의 위헌결정에 따라 헌법합치적으로 수정되었던 사실들이 있다. 본고에서의 연구 사례로 들었던 토초세 정책은 헌법재판소의 헌법불합치 결정

69) 유민봉, “정책결정의 논변모형에 의한 접근과 논변과정에서의 왜곡”, 한국행정학보 제25권 4호 (1992. 2.), p.106

에 따라 동 제도가 대폭 완화되었으나 현재도 갖고 있는 헌법적 문제점들로 말미암아 앞서 적었듯이 가히 유명무실화되었다 하여도 과언이 아니다.

본건 연구와 관련하여 토초세법사례에서 느껴지는 문제점은 정부 제안의 동법이 위헌 주장도 작지 않았음에도 정부에 의하여 더욱 부추겨졌던 국민적 여론에 압도되어 위헌 논의가 무력화되었던 상황 속에서 제정되었다는 사실이다. 더욱이 헌법재판소가 발족되어 있었음에도 헌법재판소에 대한 두려움없이 그리고 특별한 헌법적 검토가 없이 정책이 수립되었다는 사실이다. 또한 동 헌법불합치 결정 사건이 보여주고 있는 시사점은 부도덕하게 불로소득을 노리는 ‘망국적’ 부동산 투기현상이 근절되어야 함을 마땅하지만 결과적으로 토지이용을 왜곡시켜 국가 발전을 저해하였다는 사실과 국가의 중요 정책이 국민적 여론이나 인기에만 영합하여 신중한 헌법적 검토없이 졸속적으로 수립되어서는 안 된다는 사실이다.

토지초과이득세법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정사례는 법률제정을 포함한 국가의 모든 공권력 행사는 합헌성이 담보되어야 함에도 불구하고 위헌적 정책이 수립·집행됨으로써 결과적으로 치루어야 할 비용이 너무 막대함을 보여 주는 좋은 본보기이다. 재경원과 국세청의 국회 제출 자료에 의하면 이의신청(94. 7. 현재 4,986건)과 소송 제기(94. 6. 현재 459건)에 따른 국민의 비용 부담, 납부하지 않았어도 좋았을 수천억원의 혈세, 정부의 법제행정 및 조세행정에 대한 신뢰도 훼손, 정부의 예산·조직의 낭비, 가진자와 안 가진자간의 국민적 화합분위기 손상, 적지 않은 국민들의 기본권 침해 등은 치루지 않았어도 좋았을 비용으로 발생하였다.

따라서 국가의 중요 정책을 반영하고 있는 법령의 제정·개정에는 주무부처, 법제처 및 국회 심의 과정에서 사전에 신중한 헌법적 검토가 이루어져야 할 것이다. 이것은 헌법재판소를 의식해서가 아니라 우리 헌법이 지향하고 있는 자유민주적 국가 발전을 위하여 반드시 필요한 것이다.

위와 같은 관점에서 바람직한 정책 형성을 논의한다면, 필자가 강조하고 싶은 면은 ‘사전의 신중한 헌법적 검토’이다. 물론 바람직한 정책 형성 문제는 보는 이에 따라 강조되는 측면이나 사항이 다를 수 있다. 세칭 권위주의 시대에는 우리 헌법이 ‘살아 있는’ 헌법으로서의 역할을 발휘하지 못하고 ‘행정 편의주의’, ‘경제 개발 제일주의’ 또는 ‘국가 안보 우선주의’에 밀려서 ‘능률과 효과’ 또는 ‘강제된 안정’이 우선 됨으로서 행정적 논리 앞에 헌법적 논리가 무시되어 국가의 주요 정책들이 수립·집행되었다 하여도 과언이 아니다. 아울러 세칭 ‘민주화 시대’에는 유권자를 의식한 정치적 인기와 정치권력을 의식하여 고위층의 의지에만 영합하고자 하는 정치적 논리 앞에 헌법적 논리가 무시되어 정책이 형성되는 잘못이 일어나서는 안될 것이다. 필자의 견해로는 토초세 정책은 헌법적 논리가 무시되고 행정적 논리와 정치적 논리만 중요시된 대표적인 사례로 본다.

세계화는 시대적 조류이고 우리에게 있어서 세계화는 선진화를 의미하는 것이다. 따라서 우리가 추진하는 세계화의 저변에는 항상 인본주의가 바탕이 되어 있어야 하며, 입법·사법·행정과 관련한 모든 공권력의 행사에는 기본권 존중 의식이 선행되어야 한다.

따라서 필자가 생각하는 바람직한 정책 형성은 ‘능률과 효과’가 우선시되는 행정적 논리와 ‘인기와 권력’을 심각히 고려하는 정치적 논리만 갖고는 바람직한 정책 형성이 이루어질 수 없다고 판단하고 여기에 ‘기본권’에 대한 신중한 검토를 내용으로 하는 헌법적 논리가 추가되어야 한다고 믿으며 바람직한 정책 형성 모형을 아래의 그림과 같이 제시하여 본다.

헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성

정 태 호
비 서 관

- 목 차 -

I. 문제의 제기

II. 독일연방헌법재판관 Rottmann에 대한 기피신청과

독일연방헌법재판소의 결정

1. 사건의 경과
2. 독일연방헌법재판소의 결정(다수의견)
3. 연방헌법재판관 Wand의 별도의견
4. 그 후의 사건과 경과
 - 가. 사건의 경과
 - 나. 제2차 기피신청에 대한 다수의견
 - 다. 제2차 기피신청에 대한 반대의견

III. 위 판례에 대한 평가와 「헌법소송법의 독자성」 테제

1. Häberle의 위의 제1차 기피신청에 연방헌법재판소 결정에 대한 평가
 - 가. 헌법소송법의 전체적 해석
 - 나. 헌법소송법에 대한 실체적 해석
 - 다. 헌법소송법의 독자적 해석
 - 라. 헌법의 節次的-過程的 解釋
2. Rottmann에 대한 제2차 기피신청에 대한 인용결정에 대한 Häberle의 평가

IV. Häberle의 위 결정들에 대한 평석 및 헌법소송법의 독자성 테제에 대한 비판

1. 양 결정에서 나타난 논증상의 문제점
 - 가. 제1차 기피 신청에 대한 기각 결정의 기판력침해
 - 나. 공개된 Rottmann의 사신을 증거로 채택한 것에 대한 비판
 - 다. Rottmann의 “편견”의 문제에 대한 연방헌법재판소의 평가에 대한 비판
2. “헌법소송법의 독자성” 테제에 대한 비판
 - 가. Häberle 테제의 자명성
 - 나. “구체화된 헌법”으로서의 헌법소송법이라는 논거에 대한 비판
 - 다. Häberle의 헌법관에 상응한 헌법소송법의 형성 및 해석에 관한 비판

V. 우리의 현행 헌법재판소법에 대한 “헌법소송법의 독자성”을 둘러싼 논쟁의 의의

1. 논쟁에 대한 평가

2. 우리 헌법재판소법과 “헌법소송법의 독자성” 테제

가. 헌법재판소법 제40조의 포괄적 준용규정의 의의

나. 헌법소송법의 독자성의 구현

VI. 헌법재판관에 대한 기피조항의 해석과 현행법규정의 문제점

1. 현행법의 해석

2. 입법정책론

I. 문제의 제기

현행 헌법상 헌법재판소는 대통령에 의하여 임명되는 법관의 자격을 가진 9인의 헌법 재판관으로 구성되며(헌법 제111조 제2항 참조), 그 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 대통령이 임명하도록 되어 있다(헌법 제111조 제3항 참조). 또한 헌법 제113조 제1항은 “헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당 해산의 결정 또는 헌법 소원에 관한 인용 결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.”고 규정하여 권한쟁의에 관한 결정을 제외하고는 헌법재판소의 관할 사건에 대한 인용결정에 재판관정원의 3분의 2 이상의 가중다수결요건을 규정하고 있다.

그런데 헌법재판소가 관할하는 심판 사건들은 정치적 성격을 강하게 띠는 헌법 분쟁들인 반면, 헌법재판의 재판규범인 헌법은 그 구조적 개방성¹⁾으로 인하여 그 해석이 여타의 법규범들의 해석에 있어서 보다 강한 창조성을 띠는 것이 보통이다.²⁾ 헌법의 구조적 개방성과 그에 따른 헌법 해석의 창조성이 헌법 해석은 합리성이나 직관성을 결여한 해석자의 의지적 결단에 불과하며, 따라서 헌법재판이라는 것은 재판의 형식을 빈 정치라는 것을 의미하는 것은 결코 아니다.³⁾ 특히 헌법 소송은 정치적 결정 과정에서 패배한 소수

1) 이에 관하여 자세한 것은 계희열, 헌법학 상, 1995, 46쪽 이하; K. Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung, in: E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel(hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, 여기서는 계희열 역, 헌법의 기초이론, 제2판, 1988, 16쪽 이하에 수록된 논문 중 21쪽을 참조.

2) 헌법해석의 구체화로서의 성격과 그 창조적 성격에 관하여는 계희열, 헌법학 상, 1995, 70쪽 이하 참조.

자나 기타 자신의 이익을 관철하지 못한 집단이나 개인에 의하여 제기되는 경우가 많다. 어쨌든 위와 같은 헌법재판의 특성으로 인하여 유권적 헌법 해석기관인 헌법재판소의 재판은 그만큼 논란의 대상이 될 가능성이 많다. 그렇기 때문에 헌법재판의 영역은 심판절차의 당사자나 절차관계자들이, 특히 재판에서 패배한 당사자나 절차관계자들이 재판의 공정성에 관한 시비를 일으킬 소지가 어떤 재판영역에 있어서보다 많다고 할 수 있다. 심판절차의 당사자들이 정치적으로 뜨겁게 다투어지고 있는 사건에서 특정 헌법재판관들이 그 재판에서 편파성을 떨 우려가 있다는 이유로 전략적으로 기피함으로써 재판부의 인적 구성에 변화를 꾀하고 그리하여 다수 관계의 변화를 초래함으로써 재판의 결과 자체에 영향을 미칠 수도 있다.

한편, 현행 헌법재판소법은 제24조에서 헌법 재판관의 제척·기피·회피에 관하여 다음과 같은 특별규정을 마련하고 있다.

“① 재판관이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 직무 집행에서 제척 된다.

1. 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 배우자이었던 경우
2. 재판관과 당사자간에 친족·호주·가족의 관계가 있거나 이러한 관계가 있었던 경우
3. 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 할 경우
4. 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우
5. 기타 재판관이 헌법재판소외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여하였던 경우

3) 헌법해석과정 및 그 결과의 합리적 통제의 가능성에 대하여는 계희열, 전계서, 66쪽 이하 참조.

- ② 재판부는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 제척의 결정을 한다.
- ③ 재판관에게 심판의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 당사자는 기피 신청을 할 수 있다. 다만, 변론기일에 출석하여 본안에 관한 진술을 한 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ 당사자는 동일한 사건에 대하여 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다.
- ⑤ 재판관은 제1항 또는 제3항의 사유가 있는 때에는 재판장의 허가를 얻어 회피할 수 있다.
- ⑥ 당사자의 제척 및 기피 신청에 관한 심판에는 민사소송법 제40조, 제41조, 제42조 제1항·제2항 및 제44조의 규정을 준용한다.”

헌법재판관의 제척·기피·회피에 관한 위 조항들의 면면을 살펴보면 제4항을 제외하고는 민사소송법 제37조 이하의 제척·기피·회피에 관한 규정들을 거의 그대로 답습하고 있음을 알 수 있다.

9인의 재판관중 7인 이상의 출석으로 재판하는 헌법재판소의 심판정족수(헌법재판소법 제23조 제1항)에 비추어 볼 때 한 사건과 관련하여 3인 이상의 기피신청이 성공하게 되면 헌법재판소의 조직 및 구성의 특성상 기피된 재판관을 다른 재판관으로 대체할 수 있는 가능성은 전혀 없다. 그 결과 헌법재판소가 특정 사건과 관련해서 결정 불능의 상태에 빠지게 되는 사태가 발생할 수 있다. 헌법재판소법은 그러한 사태를 방지하기 위하여 헌법재판소법 제24조 제4항의 규정을 두고 있다.

그러나 헌법재판소의 구성과 조직을 감안할 때 재판관의 제척·기피·회피 문제에 관한 현행 헌법재판소법의 위와 같은 규정만으로 정치적으로 뜨겁게 달아오른 사건을 심리·재판하는 과정에서

헌법재판소에게 항상 그 결정 능력을 확보하여 줄 수 있는지 의문이다. 왜냐하면 2인의 재판관이 제척 사유에 해당되어 재판에서 제척되는 경우에 그리고 재판관 1인이 제척 사유에 해당되어 제척되고 타재판관 1인이 스스로 회피하여 재판에 관여하지 않는 경우에 심판 절차의 당사자로부터의 회피 신청이 성공하는 때에는 제4항의 규정에도 불구하고 재판정족수의 미달 사태가 발생할 수도 있기 때문이다. 헌법재판소법 제24조 제1항이 헌법 재판관의 제척 사유를 민사소송법의 그것과 거의 같은 범위에서 인정하고 있는데다가 헌법재판관들이 보통 전직 법관·검사·변호사·법관의 자격을 가진 전직 국회의원 등 다양한 경력의 소유자들 가운데서 임명되고 있어서 전술한 상황이 출현하는 것이 전혀 불가능한 것만은 아니다. 또한 동조 제4항의 규정은 심판 절차의 일방 당사자가 동일한 심판 절차에서 2인 이상의 재판관을 기피하는 것을 금지하는 규정으로 해석되는 이상 쌍방 당사자가 각기 다른 재판관을 기피하는 경우의 사태에 대하여는 대책이 없다.

여기서 무엇보다도 현행법의 해석론으로서 헌법재판소법 제24조 제4항의 재판관에 대한 기피 사유를 민사소송법이나 여타 소송법의 그것과 같이 해석할 수 있느냐, 다시 말하면 여타 소송법의 기피문제에 대한 판단보다도 엄격하게 헌법재판소법이 정한 기피사유의 충족여부를 판단해야 하는 것이 아닌가의 문제가, 그리고 입법정책론으로서 현행 헌법재판소법이 헌법재판관의 제척이나 기피문제를 민사소송법의 제척·기피사유에 관한 규정과 같이 규율한 것이 헌법재판소의 구성 및 조직상의 특징에 비추어 볼 때 과연 합목적적인지의 문제가 제기된다.

여기서 독일연방헌법재판소가 연방헌법재판관 Rottmann에 대한 2차례에 걸친 기피 신청에 대하여 결정한 사례와 이 결정을 계기로

벌어진 “헌법소송법의 독자성” 논쟁을 참고로 이 문제에 접근하고자 하며, 아울러 헌법소송법의 독자성 태제가 우리의 헌법소송법에 대하여 갖는 의미를 밝혀본다.

II. 독일연방헌법재판관 Rottmann에 대한

기피신청과 독일연방헌법재판소의 결정⁴⁾

1. 사건의 경과

바이에른 주 정부는 독일연방공화국(구 서독)과 독일민주공화국(구 동독) 사이에 체결된 동서독 기본 조약에 대하여 1973. 5. 28. 추상적 규범 통제를 신청하였다. 본안 소송에 앞서서 이미 1973. 5. 22. 동조약에 대한 비준절차의 잠정적 정지를 목표로 하는 가치분 신청을 제기하였고, 이어서 1973. 5. 28. 바이에른 주정부는 전신으로 연방헌법재판관 Rottmann에 대한 기피 신청을 하였다. 바이에른 주정부는 신문보도를 인용하면서 Rottmann이 1973. 4. 28. 자민당(F.D.P.)소속의 칼알스루에서 지역단체에서 일련의 동방조약들이 체결된 이후의 독일의 법적 상황에 관한 강연을 통하여 그의 재판에 대한 공정성에 대한 우려를 낳을 수 있는 다음과 같은 발언을 하였다고 주장하였다.

‘1949년에서 1963년까지의 서방지향정책이 명시적이지는 않았지만 사실상 독일의 분단을 인정하고 그 기초로 삼았듯이 동방조약들은 현재의 상황과 관련한 현실적 정책이다. 독일 연방 공화국과 동

4) BVerfGE 35, 171ff.

독은 주권국가들과 같이 서로 대립해 있다. 양국의 법적 관계는 전적으로 국제법에 의하여 규율되고 있다. 기본 조약에는 전면적인 외교관계(의 수립)이 예정되어 있다. 연방 정부의 동방정책은 유럽 평화에 대한 기여이다.’

Rottmann은 이와 같은 발언을 이유로 자신에 대하여 제기된 기피 신청과 관련하여 다음과 같이 자신의 입장을 표명하고 있다.

‘나는 위의 행사에서 베를린에 관한 4 점령국의 새로운 합의 및 기본 조약의 내용에 관한 정보를 제공하는 강연(Informationsvortrag)을 하였다. 기본 조약의 합헌성에 관해서는 전혀 입장을 표명하지 않았다. 나의 희망에 의거하여 행사 주관자는 연방헌법재판소 제2재판부의 구성원인 나에게는 기본 조약의 합헌성 문제를 다루는 것이 금지되어 있다는 사실을 설명하였다. 신문 보도는 강의 내용을 근사하게 담지 못하고 있다. 부분적으로는 토론참여자들이 한 발언이 내가 한 것으로 되어 있기도 하다. 신문 보도를 정정해야 할 이유가 있다고 보지 않았다.’

2. 독일연방헌법재판소의 결정(다수의견)

동재판소는 1973. 5. 29. 독일 연방 헌법재판소의 제2재판부는 기피 신청을 기각하면서 그 이유를 다음과 같이 제시하고 있다.⁵⁾

(a) 기피 사유의 존부를 판단함에 있어서 “먼저 고려해야 하는 것은 연방 헌법재판소법이 재판관을 재판 절차에 관여하는 것으로부터 배제하는 구성 요건을 규율함에 있어서 각별히 까다로운 기준을 설정하고 있다는 사실이다. 출신, 당적 또는 유사한 일반적 관점

5) BVerfGE 32, 171 (172ff.).

이나 입법 절차에 관여한 사실이나 소송 절차에 관련된 법적 문제에 대한 학문적 견해의 표명은 재판관의 제척을 정당화할 수 없다(연방헌법재판소법 제18조 제2, 3항). 이는 편파성을 이유로 하는 기피의 경우에도 그 영향을 미친다(BVerfGE 32,288 [290f.]).”

(b) 이어서 재판관의 공정성에 대한 우려가 이유 있는지 여부를 판단함에 있어서 감안하여야 할 요인으로 동재판소는 다음과 같은 3가지 사항을 지적하고 있다.

(ba) 먼저 “한 재판관에 대한 기피는 연방 헌법재판소의 조직상 - 다른 법원들의 경우에는 존재하지 아니하는 - 절차 법적 영향을 미친다. 해당 재판관은 연방 헌법재판소의 소송 절차에서는 (다른 재판부 소속의 재판관에 의하여) 대체되지 아니한 채 배제되며, 8명의 재판관 대신에 7명의 재판관이 재판한다. 이는 다수 관계의 변화를 초래하여 소송의 결과에 영향을 미칠 수 있다.” “연방 헌법재판소는 (특정 재판관을 타케트로 하는) 기피 신청을 통하여 재판부 구성이 조작되거나 몇 안 되는 기피 신청이 성공하게 되면 관할재판부가 결정 불능의 상태에 빠지게 되는 위험에 빠질 수 있다(BVerfGE 32, 288 [291]).”⁶⁾

(bb) 둘째로 연방 헌법재판소와 같은 지위를 갖는 법원에 대하여 그리고 “연방 의회와 연방 참사원의 특별 다수결로 - 통상 만장일치로 - 특별한 선출 절차를 거쳐 선출되는 재판관에 대하여는 (그 법원과 재판관이) 권리를 주장하는 당사자에 대한 대내적 독립성과 거리를 견지하면서 정치적으로 뜨겁게 다투어지는 소송 절차에서도

6) 한편 1986년의 연방헌법재판소법의 개정을 통하여 제19조에 제4항이 추가되어 헌법재판관의 기피나 회피사태로 인한 연방헌법재판소의 결정능력상실을 방지하고 있다.

연방헌법재판소법 제19조 (4) 연방헌법재판소가 재판관의 기피나 회피를 이유 있다고 선언한 경우에는 추첨을 통하여 다른 재판부의 재판관을 그 대리인으로 확정한다. 양재판부의 재판장들은 대리인으로 선임될 수 없다. 상세한 것은 규칙으로 정한다.

불편부당하고 객관적으로 재판할 수 있다는 것을” 판단의 기초로 삼아야 한다.

(bc) 셋째로 “연방헌법재판소의 구조를 이해한다면 동재판소의 재판관을 신뢰하고 그들의 편파성에 대한 우려를 경솔하게 품지 말 것을 ‘국사소송’의 당사자들, 특히 주 및 연방의 헌법기관들에게 기대할 수 있다.

독일 연방 헌법재판소는 결국 동재판소의 구조상의 특성, 재판관 선출 등 동재판소 구성상의 특성 및 그에 따르는 동재판소 재판관의 지위에 부여되는 특별한 신뢰 등에 대한 평가를 바탕으로 동재판소 재판관의 제척·회피 사유를 일반 법원의 법관의 그것에 비하여 엄격히 다루어야 한다고 전제하고 Rottmann의 경우에 모든 상황을 합리적으로 평가해 본 결과 재판의 공정성에 대한 우려를 뒷받침할 만한 사실이 발견되지 아니하기 때문에 그에 대한 기피 신청이 이유 없음을 밝히고 있다.

3. 연방헌법재판관 Wand의 별도 의견

이러한 다수 의견에 대하여 연방 헌법 재판관 Wand는 다음과 같은 취지로 다수 의견의 결론에 동의하면서도 그 이유 제시에 대하여는 이견을 피력하고 있다.⁷⁾ 즉 연방 헌법 재판관에 대한 기피 신청이 있는 경우에 재판관의 “공정성에 대한 우려가 존재하는지의 문제는 다수 의견과는 달리 여타 소송법에서도 적용되는 척도에 따라 판단되어야 한다. 그러한 척도에 의하면 한 소송 참여자가 모든 상황을 합리적으로 평가하면 해당 재판관의 불편 부당성에 대하여

7) BVerfGE 35, 35 (175ff.).

의심을 품을 이유가 존재하는가의 문제가 결정적 의미를 갖는다. 헌법재판소의 소송 절차에서 보다 까다로운 요건을 제시하고 그럼으로써 재판관에 대한 기피를 법률 규정 이상으로 어렵게 만들어야 할 아무런 합리적 근거가 존재하지 아니한다.”

그는 이어서 자신의 주장에 대해 다음과 같이 근거를 제시하고 있다.

‘연방 헌법재판소의 각 재판부는 8인의 재판관 중 6인 이상의 참석으로 결정할 수 있다(연방 헌법재판소법 제15조 제2항 제1문). 즉 입법자는 재판관 1인이 이유 있는 기피 등으로 부재하게 되는 일반적인 경우 이외에도 2인의 재판관이 동시에 공정성에 대한 이유 있는 우려로 인하여 그 직무 수행에 장애가 발생하는, 극히 개연성이 적고 연방 헌법재판소의 개소 이래 출현하지 않았던 사태를 이미 감안하였던 것이다. 기피 신청이 성공하게 되면 “재판부”의 수적 구성에 영향을 미치게 되는 바 이러한 일이 다른 법원에는 있을 수 없다 하더라도 이로부터 연방헌법재판관의 공정성에 대한 우려의 존부에 대하여 여타 법관의 그것에 비하여 일반적으로 보다 까다로운 기준으로 판단되어야 한다는 추론을 할 수 없다.’ ‘오히려 연방헌법재판소의 재판관들에 대해서도 법치국가에서 예외없이 모든 재판관들에 대하여 자명한 것이 제한 없이 적용되어야 한다. 즉 법관은 그 불편부당성을 보증하여야 하며 소송당사자들에 대하여 중립성 및 공정성의 요청에 미흡하다는 인상을 주어서는 아니된다. 연방헌법재판소에서는 소수의 기피 신청이 성공하기만 하면 해당 재판부가 결정 불능의 상태에 빠지게 되는 것과 같은 위험에 대해서도 소송당사자들에게 다른 법원의 소송절차에서라면 법관의 기피를 초래하였을 법관의 공정성에 대한 의심을 억누르라고 요구함으로써 대처할 수 없다. 오히려 그러한 위험은 연방 헌법재판소의 재판관

들이 헌법재판소의 신뢰성과 그 재판의 권위를 위하여 처음부터 그 중립성에 대한 추호의 합리적 의심을 배제함으로써만이 제거될 수 있다.’

나아가 ‘헌법재판소의 지위나 그 재판관의 특별한 선출 절차가 구체적인 경우에 있어서 한 법원에 대한 공정성에 대한 우려가 이유있는지의 문제에 대한 어떤 유용한 판단 기준을 제공하지 않는다고 생각한다.’

끝으로 ‘통상적으로 특별히 중요한 쟁점들에 대하여 재판하여야 하는 「국사소송」에서도 연방 헌법재판소의 재판관은 일반적으로 타당한 척도에 따라 그 중립성을 의심받아야 할 합리적 이유가 존재하지 않는 경우에만 구체적인 사건에 있어서의 소송당사자의 신뢰를 요구할 수 있다.’

4. 그 후의 사건과 경과

가. 사건의 경과

제1차 기피 신청이 기각된 후 Rottmann은 1973. 7. 31.의 가치분 신청에 대한 기각 결정에 관여하였다. 이 가치분 신청에 대한 기각 결정에서 연방 헌법 재판관들은 기본 조약이 1973. 7. 31.로 예정된 본안 판단 전에 발효될 것이라고 보지 않기 때문에 “현재로서는” 가치분을 발하는 것이 필요하지 않다는 데에 의견을 같이하였다. 그 밖의 점에서는 재판부를 구성하는 재판관들의 의견은 팽팽하게 두 가지 방향으로 갈렸다. 4인의 재판관들은 기본 조약이 예상 시점 이전에 발효되는 경우에도 가치분을 발하기 위한 요건이 충족되지 않는다고 본 반면, 다른 4인의 재판관들은 “가치분신청에 관한 결정의 시점을 기준으로 할 때” 이유가 없다고 보았다.

연방 정부가 대외정책상의 이유로 인하여 연방 헌법재판소에 계속된 절차에도 불구하고 1973. 6. 20.을 기본 조약에 관한 비준서 교환일로 합의하였다. 사건의 추이가 이렇게 되자 비준서 교환을 저지하지 못하면 본안 심판 이전인 1973. 6. 21.에 기본조약이 발효될 것이라는 점이 분명해졌다. 가처분에 대하여 관할재판부가 내부적으로 팽팽하게 대립하고 있던 상황에 비추어 볼 때 가처분신청을 계속하여 이유 없다는 의견을 고수하게 될 재판관 Rottmann을 재판절차로부터 배제하면 가처분신청에 대한 재판에서 다른 결과를 기대할 수 있다는 계산이 가능했다. 이러한 사정 속에서 바이에른 정부는 1973. 6. 13. 신가처분신청과 아울러 Rottmann에 대한 제2차 기피신청을 제기하였다.

Rottmann에 대한 제1차 기피신청이 이유 없는 것으로 기각된 이후에 재판관 Rottmann이 자민당 카알스루우에서 지역단체에서 한 연설에 관한 신문보도를 계기로 그가 Gutmann이라는 사람으로부터 받은 편지의 하나에 대한 그의 답신이 공개되었다. 바이에른 정부는 이 공개된 편지의 내용이 재판관 Rottmann이 제1차 기피신청에 관한 절차에서 행한 직무상의 진술과 모순된다는 점을 들어 독일연방헌법재판소에 그에 대한 제2차 기피신청을 제출하였다(BVerfGE 35, 246ff.).

나. 제2차 기피신청에 대한 다수의견

담당재판부의 재판관 4인의 의견으로 제2차 기피 신청이 다음과 같이 이유 있다고 보아 이를 인용하였다.⁸⁾

“관건적인 문제는 재판관이 현실적으로 편견을 가지고 있거나 재판관 자신이 편견을 가지고 있다고 보느냐가 아니라, 바이에른 정부가 모든 상황을 합리적으로 평가하면 재판관의 공정성과 객관적

8) BVerfGE 35, 246 (251ff.).

태도를 의심할 만한 이유가 있느냐 하는 것이다.”

먼저 “연방헌법재판관 역시 정치적으로 자유로이 발언할 수 있지만, 그렇다고 하여 상황에 따라서는 그 재판관의 공정성에 대하여 우려할 만한 계기가 있을 수 있음을 배제할 수 없다. 민주주의자가 일상 정치 문제에 대하여 정치적인 발언을 하는 것은 특별한 상황이 추가되지 않는다면 편견의 우려를 품을 만한 계기가 될 수 없을 것이다. 동일한 조건하에서 법적 견해도, 특히 그것이 학문적인 견해인 경우에는, 일반적으로 마찬가지이다. 그러나 법적 견해도, 특히 학문적인 견해라도 그것이 주로 정치적 관심을 갖는 사람들 사이에서 표명된 경우에는 그 발언이 이러한 특별한 성질을 갖는다는 이유만으로 연설자의 객관성에 대한 의심을 가질 근거가 되지 못하는 것은 아니다. 여기서 그 발언이 계속된 재판 절차와 시간적으로 근접하여 행하여졌다면 그 행사에 대한 열정과의 관련이 하나의 역할을 수행한다. 특히 정치적 확신과 법적 견해와의 내적 연관이 드러나는 경우에 그러하다.”

기피 신청의 대상이 된 재판관 Rottmann이 위의 강연에서 주장하고 자신의 문제의 편지에서 정당화한 법적 견해가 위와 같은 내적 연관관계가 있음이 분명하며, 이로부터 소송 당사자가 그 재판관이 자신의 견해와 상치되는 법적 견해에 대하여 자유롭게 그리고 편견없는 입장을 견지하지 못할 것이라는 추론을 이끌어 낼 수는 있을 것이라고 한다.

나아가 “바이에른 주정부는 그 심판 청구에서 기본법질서가 독일국(Deutsches Reich)이 계속 존립하고 있다는 것을 기초로 하고 있음을 전제로 하고 있다. 임의의 법학적 견해가 아니라, 청구인의 견해와 양립하지 아니하는 견해를 기피된 재판관이 위의 강연에서 주장하고 위의 편지에서 힘주어 주장하였다. 그런데 이 견해는 상황

에 따라서는 본안에 대한 재판에 있어서의 선결적인 법문제로 중요성을 떨 수 있는 법적 견해이다.” 재판관 Rottmann이 정당의 집회에서 그러한 견해를 자신의 입장으로 단호하게 피력하였다면 청구인은 재판관의 법적 견해에 대립되는 논거에 대하여 그 재판관이 개방적 자세를 견지할 지 여부에 대한 의심을 품을 수 있을 것이라고 한다.

또한 재판관 Rottmann이 자신의 문제의 편지에서 “그의 견해와 반대되는 견해를 願望, 현실의 호도, 단순한 말잔치, 현실로부터 동떨어진 주장으로 치부할 수 있을 정도로 설득력이 없다고 간주하고 있음이 드러나고 있다.” “헌법재판소의 구조를 철저하게 들여다보고 연방 헌법재판소가 각별한 정도의 공정성과 객관성을 견지할 것임을 신뢰하여야 한다고 원칙적으로 전제하고 있는, 편견 없는 청구인도 위와 같은 사정으로 인하여 재판관의 공정성에 대한 의심을 품을 수 있다.”

끝으로 그간의 사태의 전개가 “기피된 재판관이 여러 직무상의 발언을 통하여 모순을 범하고 있다는 확신을 청구인이 갖도록 하기에 적합하다.” 이는 그러한 관점으로부터 청구인이 재판관이 불공정하다는 우려를 품을 수밖에 없다는 확신을 형성함에 있어서 추가적인 요인이 될 수 있다고 한다.

재판부는 위와 같은 상황들을 취합해 보면 - 재판부가 제1차 기피신청에 대한 결정에서 재판관의 기피 신청에 관련하여 제시한 엄격한 척도를 준수하더라도 청구인인 바이에른 주정부가 기피된 재판관의 공정성 및 객관적 태도에 대하여 의심을 품을 만한 이유 있는 사유가 있다고 볼 수 있다고 평가하고 있다.

다. 제2차 기피신청에 대한 반대의견

이와 같은 내용의 다수 의견에 대하여 3인의 재판관들은 위 제2

차 기피 신청이 제1차 기피 신청에 대한 기각 결정이 확정된 후 사정의 변경이 없음에도 제기되었기 때문에 부적법하고, 재판관 Rottmann의 직무상의 진술과 그의 편지와의 사이에 아무런 모순점을 발견할 수 없고 또 다수 의견이 사태를 새롭게 평가한 것도 제1차 기피 신청에 대한 재판부의 입장과 배치되며, 다수 의견의 입장에 따르게 될 경우 어떤 헌법재판관도 언젠가 기피대상이 될 위험을 무릅쓰지 아니하고는 법적·정치적 문제에 대하여 발언할 수 없게 될 것이라는 이유로 반대 의견을 개진하고 있다.⁹⁾

Ⅲ. 위 판례에 대한 평가와 「헌법소송법의 독자성」 테제

1. Häberle의 위의 제1차 기피신청에 연방헌법재판소 결정에 대한 평가

Häberle는¹⁰⁾ 연방 헌법재판소의 위의 결정(제1차 결정)은 헌법재판소 소위 형식적 법규범, 즉 독일 연방 헌법재판소법이 여타 소송법에 대하여 내용상 “독자적이며”, “전체적으로” 그리고 “실체적인” 성격을 갖는 것으로 이해하는 데 있어서 중요한 실마리를 제공하고 있다고 평가하고 있다. 그리하여 위 판례는 연방헌법재판소법을 여타의 소송법으로부터 “해방”시키는 획기적인 것이라고 평하고 있다. 위 결정의 이유에 포함된 논증은 재판관의 기피문제에 관련될 뿐만 아니라 여타의 헌법소송제도와 그 절차 그리고 연방헌법재판소법

9) BVerfGE 35, 246 (255ff.).

10) Ders., Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts, JZ 1973, S. 451ff.

전체를 “독자적으로”, “전체적으로” 그리고 “실체적인 것으로” 해석하는 계기가 되어야 한다는 것이다. 다시 말하면 위 결정은 연방헌법재판소법 제19조의 “공정성에 대한 우려”라는 구성 요건의 충족 여부를 여타 소송 법령에 비하여 까다롭게 심사함으로써, 즉 재판관의 기피 신청을 헌법 소송법의 특성에 맞게 심판함으로써 헌법재판과 그 절차에 관한 법을 “실체적” 헌법의 한 부분으로 이해하는 이론, 헌법소송법을 “구체화된 헌법”¹¹⁾으로 이해하는 이론의 발전에 자극을 주었다고 본다.

이하에서는 먼저 위에서 제시된 독일 연방헌법재판소의 결정에 대한 Häberle의 위와 같은 평가를 위한 논증을 구체적으로 살펴본다.

가. 헌법소송법의 전체적 해석

위 판례 II 2. (a)에서 나타나고 있는 연방 헌법재판소의 논증 방법은 동재판소가 연방헌법재판소법 제18조¹²⁾ 제2,3항에 따른 제척

11) Ders., Verfassungsprozeßrecht 및 konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ 1976, S. 378. 헌법소송법은 두가지 면에서 헌법의 구체화라고 한다. 즉 헌법소송법 자체가 구체화된 헌법인 동시에 헌법재판소법이 헌법구체화의 수단이라는 점에서 헌법의 구체화라는 것이다.

12) 독일 연방헌법재판소법 제18조 【재판관의 제척】

- (1) 연방헌법재판소의 재판관은 다음과 각호의 경우에 그 재판관직무의 행사로부터 배척된다.
1. 사건에 관여한 경우, 사건의 당사자와 혼인하였거나 혼인하였던 경우, 직계 친족관계나 직계 인척관계에 있는 경우, 또는 방계 3촌 이내의 친족관계나 방계 2촌 이내의 인척관계에 있는 경우
 2. 동일한 사건과 관련하여 이미 공무원 또는 직업상 활동한 경우
- (2) 친족법상의 가족의 신분, 직업, 출신성분, 당직에 근거하여 또는 기타 유사한 일반적 관점으로 인하여 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있는 자는 사건에 관련되어 있는 것이 아니다.
- (3) 1. 입법절차에의 관여
2. 소송절차에 의미를 가질 수 있는 법적 문제에 대한 학문적 견해의 표명은 제1항 제2호

사유에 관한 규율이 기피 문제에 영향을 미친다고 보는 점에서 “전체적” 해석방법이라고 본다.¹³⁾ 즉 헌법소송법의 규범들이 다분히 요망적·단편적 성격을 띠고 있기 때문에 그것을 구체적 소송절차와 관련하여 적용하려면 헌법재판소가 이를 구체적으로 형성할 필요가 있는 바, 이 구체화 과정에서 개별 헌법소송절차들이 각기 다양성을 보이기는 하지만 모두 헌법 소송법에 속한다는 사실에 비추어 헌법소송법의 개별규정들을 전체적 관련성 속에서,¹⁴⁾ 나아가 실제헌법의 전체적 연관 속에서¹⁵⁾ 해석하여야 한다고 한다. 다른 한편 Häberle에 의하면 연방 헌법재판소가 소송법의 개별 규범들을 상호 조율하고 상호연관되어 있는 것으로 해석하는 것은 헌법소송법을 헌법적으로 이해하고 여타 소송법에 대하여 헌법소송법을 “단계적으로 독립시켜 나가는 시도의 결과”¹⁶⁾라고 평가한다.

어쨌든 Rottmann사건에서 독일연방헌법재판소가 재판관의 제척 사유에 관한 규정인 연방헌법재판소법 제18조 제2, 3항과 재판관의 기피사유에 관한 동법 제19조를 이와 같이 결부시켜 해석하는 것이나 재판관의 선출방법에 관한 규정을 제19조의 해석에 끌어들이는 것이나 모두 이제까지의 국부적이고 고립적인 해석 방법을 극복하고 있는 구체적 사례라고 평가한다. 그리고 위 II 2. (b) (bb)에서 나타난 바와 같은 논증 방법을 통하여 연방헌법재판소는 기피신청에 관한 그 이전의 판례에서 나타난 이론적 맹아를¹⁷⁾ 심화 발전시키고

가 의미하는 활동으로 보지 아니한다.

13) Ders., JZ 1973, S. 452.

14) Ders., JZ 1976, S. 380.

15) Ders., Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 24.

16) Häberle, ebenda.

17) BVerfGE 32, 288 (290f.). 이 판례에서 독일연방헌법재판소는 기피의 문제와 관련하여 민·형사소송에서 개발된 원칙을 기초로 하여야 한다고 하면서도 헌법재판절차에서는 기피된 재판관이 다른 재판관에 의하여 대체될 수 없기 때문에 기피하는 자에게 유리한 방향으로 재판

있다는 것이다. 동재판소가 헌법소송법의 서막에 해당하는 연방헌법재판관들의 특별한 선임방법(연방헌법재판소법 제6조 제5항, 제7조)이 구체적 헌법 분쟁에 있어서 편견의 우려로 인한 기피에 관한 규정 - 이는 헌법소송법의 규율 순서상 재판관의 선임에 관한 규정에 비하면 뒷부분에 해당한다 - 의 해석에 상당한 의미를 갖는 것으로 보고 있기 때문에 위 판례는 헌법소송법의 전체적 해석을 위한 방향제시적 성격을 갖는다는 것이다. 위와 같은 해석방법은 연방헌법재판소의 각 부분들이 다른 헌법기관들과 분업적 협력관계에 있는 연방헌법재판소의 기능과 임무에 맞도록 내적 연관을 이루고 있는 만큼 그러한 내적 연관 속에서 각 부분들을 해석해야 한다고 본다.¹⁸⁾

이처럼 순수한 절차법적으로, 따라서 형식적으로 보이는 규정이 또 다른 절차법적 문제에 실질적으로 영향을 미친다는 입장은 결국 “헌법재판” 및 그 기능, 재판관의 선출, 그 지위와 그 기능을 통일적인 연관 속에서 보아야 한다는 결론에 이르게 된다. 나아가 위 재판은 헌법재판에 관한 개별적인 절차 규정들 또는 그 절차 규정 전체가 헌법 해석의 방법론 자체에 영향을 미친다는 사실을 보여주고 있다는 것이다.

나. 헌법소송법에 대한 실체적 해석

Häberle에 따르면 연방헌법재판소가 판단한 헌법소송법의 기피

관의 숫자가 축소된다는가 몇몇 기피신청이 성공하게 되면 해당 재판부는 결정불능의 상태에 빠지게 된다는가 하는 “헌법재판절차의 특수성”을 고려하여야 한다고 보았다.

그러나 동재판소는 그 이전의 판례에서는(BVerfGE 20, 1 [5]; 20, 9 [14]) “독일 소송법에서 전해내려오는 공정성에 대한 우려”라는 개념에 의거하였었다.

18) 그러한 전체적 해석은 헌법소송법의 규정들을 상호 비교하여 법적 추론을 한다든가(부분적으로는 준용규정들에 의거하여 행하여지는 측면이 없지 않다), 개별 규범들의 기본사상이나 헌법소송법의 보충성과 같이 한 제도의 일반적 기본원칙을 개발하는 경우나, 각 심판절차의 고유한 특성을 존중하면서도 상이한 심판절차를 병합하는 경우 등을 들 수 있다.

문제를 여타 소송법의 그것에 대하여 독자적으로 그리고 전체적으로 고찰하는 것은 나아가 실체법을 배경으로, 즉 헌법이 정치체제 전체 내에서 연방헌법재판소에 부여한 특별한 기능을 배경으로 이해하여야 한다고 한다.¹⁹⁾ 다시 말하면 헌법소송법을 헌법, 헌법의 원리(예를 들면 공공성의 원리, 소수자보호, 다원주의), 헌법해석에 의거하여 해석하여야 한다는 것이다.²⁰⁾

즉 연방 헌법재판소법 제18조(재판관의 제척)와 제19조(재판관의 기피)는 헌법에 근거를 두는 헌법재판의 “실질적” 기능을 소송법적으로 확보해 주는 의미를 갖는다는 것이다. 헌법재판은 비정치적일 수는 없지만 공정하여야 하며 공정성을 띠어야 할 당위적 의무를 지는데, 이 공정성은 실체법적으로는 (구체적으로는 논란의 여지가 있을지언정) 합리적 해석 방법을 통하여 그리고 절차법적으로는 연방헌법재판소법 제6조 제5항,²¹⁾ 제7조,²²⁾ 제18조, 제19조와 같은 규정을 통하여 확보된다는 것이다. 헌법, 그 실현의 과정, 헌법재판관에 의한 헌법의 형성적 발전은 독특한 절차적인 보장책을 필요로 하지만, 동시에 “과정”으로서의 “헌법”에 관한 재판 절차의 특별한 것을 고려할 것을 요구하고 있다고 한다. Häberle는 이러한 관점에서 볼 때 담당 재판부의 구성원 모두가 재판에 관여하였다라면 재판의 결과가 달라졌을 것으로 추정되는 재판은 - 그 재판이 그렇지 않았더라면 확보할 수 있었을 구속력에 대한 - 일반적인 승인의 일부를 공공적 토론과정에서 상실할 위험성이 있다는 내용으로 헌법

19) Ders., JZ 1973, S. 453.

20) Ders., Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 23f.

21) 연방헌법재판소법 제6조 연방의회에서의 【연방헌법재판관】 선출절차 (5) 8표 이상을 얻은 자가 재판관으로 선출된다.

22) 연방헌법재판소법 제7조 【연방참사원에서 (연방헌법재판관의) 선출】 연방참사원에 의하여 선임되는 재판관은 연방참사원의 재적위원수 3분의 2 이상의 표로 선출된다.

의 “공공성”을 지적한 것은 정당하다고 평가하고 있다.

Häberle는 위 결정은 재판관 임용 절차에 관한 형식적인 규정도 실제적인 의미를 가짐을 보여주고 있다고 본다. 연방 의회와 연방 참사원이 각기 반씩의 연방 헌법 재판관을 선출하되 연방 의회는 각 원내 교섭단체 소속된 12명의 의원들로 구성되는 재판관 선출 위원회를 통하여 간선의 형태로 재판관을 선출하는바, 동위원회는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 재판관을 선출하고 연방참사원도 3분의 2 이상의 찬성에 의하여 재판관을 선출한다(연방헌법재판소법 제6조, 제7조 참조). 이와 같은 가중다수결 요건에 비추어 볼 때 원칙적으로 재판관들이 소송 당사자들에 대한 독립성과 거리를 유지하고 있어서 정치적으로 뜨겁게 다투어지고 있는 소송 절차에서도 공정하고 객관적으로 재판할 수 있음을 전제로 할 수 있다는 것이다. 헌법기관으로서 헌법 소송의 잠재적인 당사자가 될 수 있는 연방 의회와 연방참사원을 통하여 재판관의 공정성과 객관성이 매개된다는 연방 헌법재판소의 논증은 주목된다. 그리하여 재판관 선출에 정당이 폭넓게 관여할 수 있도록 되어 있는 재판관 선출의 특성과 그러한 절차는 재판관들이 수행하는 기능인 헌법재판과 그 해석 방법의 공정성과 객관성을 뒷받침해 주는 하나의 근거가 된다고 평가할 수 있다는 것이다.

헌법의 규정이 헌법 소송법의 해석에 영향을 미친 사례들은 그 밖에도 다음과 같은 판례들에서 발견된다고 한다.²³⁾ 먼저 “실체적인 헌법 규정”이 헌법 소송법의 해석에 영향을 미친 사례는 예를 들면 정당이 헌법 생활에서 접하는 특별한 기능은 정당이 그 지위를 어떠한 헌법재판소의 심판 절차를 통하여 관찰해야 하는 것인가의 문제에 영향을 미친다²⁴⁾고 하면서 정당에 기관쟁의의 당사자적

23) 이하의 내용에 관해서는 ders., JZ 1976, S. 378f.

지위를 인정할 것을 들 수 있다. 즉 독일 연방헌법재판소는 정당에 기본법 제21조에 비추어 “헌법 생활의 불가결한 구성부분”이라는 특질을 부여하고, 이어서 정당이 “헌법 생활에서 수행하는 그 특별한 기능”으로부터 나오는 권리를 다투어야 하는 경우에는 정당의 기관적 지위가 헌법재판소의 심판절차에 참여하는 형식도 규정한다고 보았다. 이 경우 헌법 소원은 정당에게는 “헌법재판소의 특별한 구조상” 적합한 소송 수단이 아니며, 기관 쟁의 심판 절차의 당사자적 지위가 주어져야 한다는 것이다.²⁵⁾ 기본권과 같은 헌법 규정들이 헌법 소송법의 규정들을 해석함에 있어서 영향을 미친 사례는 다수 존재하는 바, 예를 들면 “헌법 소원을 청구할 수 있는 능력은 개별 기본권의 구체적 내용에 달려 있다”고 본 경우²⁶⁾ 개인의 자유 보호와 관련한 의미에 비추어 권리 보호의 필요성을 긍정한 사례를 비롯²⁷⁾ 다수 확인된다. 나아가 “헌법상의 형식적인 절차법규정”이 헌법소송법의 해석에 영향을 미친 경우로는 예를 들면 헌법소원절차에 소송참여를 할 수 있는 자의 범위를 동절차가 사실상 “규범통제의 기능”을 수행한다는 점에 비추어 확정된 것이나²⁸⁾ 추상적 규범통제절차(기본법 제93조 제1항 제2호)에서 심판 청구를 할 수 있는 자의 범위를 확대해야 한다는 주장을 “심판청구권자의 범위에 관한 규정은 기술적인 의미를 가질 뿐만 아니라 연방헌법재판소에 관할권이 부여된 법적 분쟁의 헌법적 및 헌법 정책적 내용과 결부되어 있다.”는 이유로 거부한 것 등에서 볼 수 있다고 한다.

그리고 각 심판 절차에서 광범위하게 볼 수 있는 심판 절차의 객

24) 이에 관해서 예를 들면 BVerfGE 27, 10 (17). 그 밖에도 줄고, 국가기관 상호간의 권한쟁의와 정당, “정당과 헌법질서”, 심천계획열박사화갑기념논총 1995, 385(427쪽 이하) 참조.

25) BVerfGE 4, 27 (30f.).

26) BVerfGE 1, 87 (89).

27) BVerfGE 9, 89 (93f.).

28) BVerfGE 24, 33 (45).

관화경향 역시 실제헌법적인 관점에서 헌법소송법의 형식규정들을 운용하는 사례로 본다.²⁹⁾ 즉 각 헌법소송절차에서 심판청구인 내지 청구기관, 그 심판청구, 권리보호이익 등에 의한 심판권한의 제한을 헌법재판소가 무시하는 것은 아니지만, 헌법재판소에 의한 헌법해석이라는 “객관적” 과제수행을 위하여 그에 대하여 어느 정도 독립적으로 임하는 객관화기술이 심판청구의 취지를 해석³⁰⁾ 또는 진환할 때, 심판 청구에 우호적인 해석³¹⁾을 함으로써, 또는 합헌성을 전체적으로 검토할 수 있는 “계기”를 적극적으로 활용하는 등 다양한 형태로 각 심판 절차에서 구현되고 있다.

다. 헌법소송법의 독자적 해석

나아가 Häberle는 헌법 소송법을 위와 같이 “전체적으로”³²⁾ 및 “실체적으로” 해석하여야 하는 것³³⁾은 각기 여타 소송법에 대한 “헌법소송법의 독자성”을 강조하는 시각의 표현이자 결과라고 주장한다. 즉 헌법 소송법을 구체화된 헌법으로 보는 한 이는 필연적으로 여타의 소송법과 헌법 소송법이 거리를 두어야 한다는 것을 의미하는 것이라고 주장한다.³⁴⁾ 여타의 소송법들 비록 헌법의 실현에 이바지하고 있지만 헌법 소송법이 헌법을 절차법으로 구현한 정도에는 비할 바가 못된다는 것이다.

물론 그는 헌법 소송법에 독자성을 부여하는 것이 맹목적인 것도 결코 도그마도 아니라고 지적하면서, 헌법소송법규범들이 단편적

29) Ders., Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 36f.; JZ, 1976, S. 381ff. 참조.

30) BVerfGE 1, 14 (39).

31) BVerfGE 32, 157 (163); 22, 349 (360f.); 24, 68 (73); 23, 265 (269) 등 참조.

32) Ders., JZ 1973, S. 452.

33) Ders., JZ 1976, S. 379f.

34) Ders., Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 24f.: 헌법소송법의 독자성은 갈등의 해소, 이해의 조정, 다원적 권력분립을 위하여 그것이 봉사하는 대상인 헌법의 특성으로부터 추론된다.

성격을 띠고 있다는 점에 비추어 볼 때, 헌법의 구체화로서의 헌법 소송법의 특성을 해하지 않는 한, 헌법 소송법의 해석과 적용, 그리고 보충에 있어서 소송법의 일반원칙들이나 여타의 소송법과 비교하는 등 여타 소송법의 경험적 보고를 주의 깊게 활용하는 것은 오히려 바람직하다고 한다. 즉 헌법을 기준으로 그리고 헌법으로부터 개발되는 헌법 이론을 기준으로 헌법 소송법을 해석해야 한다는 것이 헌법 소송법을 해석하고 보충할 때 여타 소송법에 주의 깊게 의거하지 못하도록 하는 것은 아니라고 한다.

Häberle는 위 II의 나 (b) (ba)의 논증에서는 독일 연방헌법재판소가 여타의 소송법에 대한 독자성을 헌법 소송법에 강하게 인정하고 있음이 잘 나타나고 있다고 본다. 즉 동재판소의 조직에 비추어 볼 때 기피 신청으로 다수관계가 변화하고 이는 결과적으로 재판의 결과에도 영향을 미칠 수 있는데, 이는 다른 소송절차에 대한 헌법 소송절차의 특수성을 의미하며, 이러한 특수성은 바로 기피사유에 관한 법률의 해석에 영향을 미치게 되고 그 결과 재판관의 “공정성”이라는 개념을 절차법적으로 제한적으로 해석해야 한다는 것이다. 재판의 공정성 문제는 헌법해석의 방법과 기술에 관한 문제이므로 결국 “헌법재판관에 의한 헌법해석”이 이제까지 거의 주목되지 아니한 헌법소송법으로부터의 역작용을 받게 된다는 것을 의미하는 것이다.

헌법 소송법의 독자성 사상은 그 밖에도 국사소송의 당사자들, 특히 연방과 주의 헌법기관이 연방 헌법재판소의 구조를 이해하고 있는 이상 그 기관들에게는 동재판소의 재판관의 공정성에 대한 경솔한 우려를 품지 말고 재판관을 신뢰할 것을 기대할 수 있다[위의 II나 (b) (bc)]는 식의 논증에서도 드러나고 있다고 본다. 연방헌법재판소가 헌법소송의 당사자적 지위(청구인적격)로부터 다시 “재판

의 공정성에 대한 우려”라는 개념의 해석을 위한 추론을 이끌어 내고 있는 바, 이것은 헌법재판의 대상, 그 기능, 절차에 비추어 볼 때, 특히 다른 소송절차에서와는 달리 소송당사자가 헌법에 의한 특별한 책임이나 헌법소송절차상의 특별한 책임을 지고 있기 때문에 정당화된다는 것이다.

라. 헌법의 절차적-과정적 해석

Häberle는 연방 헌법재판소법 제192조에 관한 해석이 문제되었던 위 결정에서 일단의 실체적 헌법 해석이 이루어졌으며 편파성의 우려라는 개념이 정의됨으로써 장차의 구체적인 소송 절차에 있어서 “연방 헌법재판소” 자신의 헌법 해석과 헌법 해석에 방법에 관한 길을 여타의 소송 절차에서 보다 자유롭게 열어 놓았다고 분석한다. 그 결과 동시에 연방 헌법재판소는 정치 영역 전체와 공공 영역에서 자신의 특수한 기능을 발휘하기 위한 길을 확보했다는 것이다.

그리하여 헌법과 헌법재판에 관한 소위 실체적-과정적 이론을 위한 기초가 놓여졌다고 주장한다.³⁵⁾ 헌법의 방향타를 잡는 주된 역할을 하는 헌법재판 및 그 절차는 헌법관에 영향을 미칠 수밖에 없으며, 헌법관은 역으로 헌법재판 절차에 영향을 미친다고 본다.³⁶⁾ 이와 같은 이론이 원래 “과정적 헌법해석”³⁷⁾을 통하여 발전했어야

35) JZ 1973, S. 453.

36) 헌법과 헌법소송법의 상응관계에 관한 상세한 입증은 Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, 26ff. 참조.

37) Häberle는 시간적 요소가 헌법에 있어서 갖는 의미를 체계적으로 분석하면서 시간적 요소를 의식적으로 끌어들이고자 하는 헌법관의 특징을 표제어적으로 “공공적 작용 속에서 존재하는 법(law in public action)으로서의 헌법”, “공공적 과정으로서의 헌법(규범적-과정적 헌법관)”, “윤곽질서로서의 헌법”으로 나타내고 있다. 이러한 헌법관에서는 헌법의 개방성, 헌법 실현의 과정 내지 절차(특히 헌법재판)가 중요성을 띠게 된다(ders., Zeit und Verfassung, in: Verfassungs als öffentlicher Prozeß, S. 64). 그리고 이러한 그의 헌법관은 포퍼(K. R. Popper)의 비판적 합리주의와 밀접한 관련을 맺고 있다(이에 관해서 자세한 것은 계획열[편

했던 것과 마찬가지로 그 이론은 역으로 “공공적 과정”으로서의 헌법관³⁸⁾을 뒷받침한다. 즉 국가와 사회의 개방적 질서로서 헌법을 이해하는 규범적-과정적 헌법관은 헌법소송법을 갈등의 해소와 컨센스의 획득을 위한 정치적 범으로서 이해할 것을 요구하며 - 이는 헌법소송법을 제정하고 해석하는 지침이 된다 - 역으로 헌법소송법은 헌법의 실행 내지 실현을 위한 소송적 수단이라고 한다.³⁹⁾

Häberle는 그의 다원적-개방적 헌법관의 입장에서 헌법소송법을 정보제공이나 절차참여를 위한 수단으로 이해한다.⁴⁰⁾ 즉 연방헌법재판소법이 미국의 *amicus curiae*와 같은 절차참여에 관한 단계화된 규범체계를 확보하고 있다고 본다. 예를 들면 구두변론이 소송촉진에 큰 도움을 줄 수 있을 것인 만큼 연방헌법재판소법 제25조 제1항에 의한 구두 변론을 원칙으로 하고 서면 심리의 활용을 엄격히 제한하여야 한다고 하거나, 포괄적인 정보의 제공이 헌법재판에 기여하는 의미에 비추어 볼 때 소송에 관여할 권한이 있는 자들은 헌법소송법상의 단계화된 참여권을 완전히 사용하여야 한다거나, 헌법소송법상의 절차참여에 관한 규범을 통하여 정당, 집단 또는 국민이 “발언”할 기회를 부여받게 되는 것은 정치적 공동체가 지니

역], 헌법의 해석, 49쪽 이하 참조). 그는 개방적 민주적 공동체에 기반을 두고 있는 헌법이론은 헌법의 현실과 공공성의 지평위에서 시대에 맞는 헌법해석의 가능성의 개발을 지향하여야 한다고 하면서 “헌법의 동태적 측면”을 강조한다.

38) Häberle는 헌법을 자유로운 공공적 과정의 기본질서, 공공적 작용속에서 존재하는 법(*law in public action*)이며, 민주적 헌법은 그 자체 과정(*Prozeß*)이며 그 자체 미래지향적인 것이라고 본다(이에 관해서는 P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, in: *Verfassungs als öffentlicher Prozeß*, S. 65f.). 그는 헌법이 공공적 과정속에서의 실행을 통하여 그리고 절차를 통하여 실현된다는 점을 강조한다(*ders.*, aaO, S. 67ff. 참조). 그의 헌법관에 관해서는 계희열[편역], *헌법의 해석*, 52쪽 이하 참조.

39) *Ders.*, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 25.

40) 이에 관해서는 *JZ*, 1976, S. 382ff. 이는 동시에 절차참여에 관한 형식규정을 실체적 및 기능적으로 이해하여야 한다는 요구이기도 하다(*Ders.*, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 38ff. 참조).

고 있는 다원적 자유민주주의적 구조의 표현으로서 이들의 광의의 또는 협의의 헌법해석자로서 헌법의 해석 과정에 관여하게 되는 것임을(헌법해석자들의 개방사회)⁴¹⁾ 강조하거나, 헌법 소송법이 공공 영역의 다원성의 일단을 표현하고 있는 만큼 공공복리에 관한 재판 작용인 헌법재판은 다원적 이익의 표출을 도외시해서는 안되며 다양한 이익들이 이러한 소송참여수단을 통하여 표출되며, 그럼으로써 동시에 공공 영역의 일부가 표출되도록 유도하여야 한다고 주장한다.

그는 헌법 해석이 창조적 성격을 띠수록 헌법재판은 그 범형성 과정에 다른 헌법기관들을 끌어들이기 위한 수단들을 활용하여야 하며, 이를 통하여 헌법의 실현 과정에서 헌법기관들 상호간의 분업이 이루어지는 것임을 강조한다.⁴²⁾ 다른 한편 현실정향적-, 결과정향적 헌법해석은 고도의 정보를 요구하고, 그러한 정보를 얻기 위해서 그리고 결과에 대한 폭넓은 합의를 도출하기 위해서는 가능한 다수의 자들을 헌법재판의 과정에 참여시켜야 한다고 주장한다.⁴³⁾ 요컨대 실제법인 헌법이 개방성을 띠수록 그 헌법에 대한 해석이 이루어지는 절차, 즉 헌법 소송법은 중요성을 더하게 되며, 헌법 소송법을 참여법 및 다원성보장법으로 이해하는 것은 그러한 법정책적 작업에서 정향점을 제공하여 준다고 한다.⁴⁴⁾

41) 헌법해석의 개방적 개념에 관해서는 P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation, JZ 1975, 297ff.; 이 논문은 '헌법해석자들의 개방사회'라는 제하에서 계희열 (번역), 헌법의 해석, 1992, 217쪽 이하에 번역되어 수록되어 있다. 그밖에 Häberle의 헌법해석이론의 골자에 대하여는 계희열, 전개서, 헌법해석의 "서론", 1 (49쪽 이하)도 참조.

42) Ders., Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 38.

43) Ders., aaO, S. 39f.

44) Ders., aaO, S. 43.

2. Rottmann에 대한 제2차 기피신청에 대한 인용결정에 대한 Häberle의 평가⁴⁵⁾

Häberle는 제2차 기피 신청에서 바이에른 주정부가 “제1차 기피 신청 이후에 비로소” 지득하게 된 새로운 사실, 즉 연방헌법재판관 Rottmann의 Gutmann에 대한 서신내용을 증거로서 제출하고 있으므로 제2차 기피신청은 제1차 기피신청에 대한 기각결정의 기판력에 모순되지 아니하는 적법한 것이라고 평가한다.

그는 또 “정치적 논증 및 평가”와 법적 견해를 뚜렷하게 구분할 수 있다는 것을 전제로 하고 있는 제1차 기피 신청에 대한 기각 결정의 이유에 의문을 표하면서, 제2차 기피 신청에 대한 인용 결정에서 같은 재판부가 정치적 확신과 법적 견해와의 내적 연관을 지적함으로써 스스로 자신의 견해를 수정한 것을 환영하고 있다. 그리고 위의 헌법 소송의 전개 과정은 헌법 재판관들이 계속되어 있는 헌법 소송에 비추어 공중에 대한 자신의 적극적 진술을 훨씬 많이 자제하여야 한다는 것을 보여주는 것이라며, 헌법재판관들이 어느 정도의 기간 동안 그리고 심판 대상과 관련하여 침묵하여야 한다는 것은 수인가능한 희생이라고 한다. 제척 사유에 관한 규정과 기피 사유에 관한 규정을 “전체적으로” 고찰하면 헌법 재판관이 영역과 특수한 상황(예를 들면 발언의 장소, 청취자, 시점, 종류와 방식)에 따라서 단계화된 자제의무를 지고 있다는 것이 추론된다고 하면서, Rottmann이 이 사건의 진행과정에서 직무상의 진술과 편지내용 사이에 모순이 존재하는 등 분명 오해의 여지가 있는 이상 다수의견이 타당하다고 주장한다.

45) 이하에 관해서는 ders., JZ 1973, S. 454f.

그는 양차에 걸친 기피 신청에 관한 연방 헌법재판소 논증은 전체적으로 상호 배치되지 않는 것으로 평가하고 있다고 분석된다.

IV. Häberle의 위 결정들에 대한 평석 및 헌법소송법의 독자성 테제에 대한 비판

1. 양 결정에서 나타난 논증상의 문제점

가. 제1차 기피신청에 대한 기각결정의 기판력침해

먼저 제2차 기피 신청에 대한 인용 결정에 대한 3인의 반대 의견이 지적한 바 있듯이, 제2차 기피 신청은 적법하지 않다는 지적이 있었다.⁴⁶⁾ 즉 제1차 기피 신청에 대한 기각 결정은 법원의 다른 재판과 마찬가지로 기판력을 갖는바, 연방 헌법재판소 스스로도 그 결정에 구속됨은 물론이다. 연방헌법재판관 Rottmann이 Gutmann에게 서신을 보낸 것은 이미 제1차 기피신청이 내려지기 전이었다. 기피신청에 대한 법원의 결정이 내려진 뒤에 새로운 증거사실을 제출하는 것은 허용되기는 하지만, 일반적으로 엄격한 요건이 부과되며 단지 형사소송에서만 법관의 기피신청에 대한 결정이 내려진 이후에 새로운 증거사실을 적시하여 제2의 기피신청을 제기하는 것에 대하여 유연한 요건이 부과되고 있다. 형사소송의 영역에서라면 제2차 기피신청에 대한 연방헌법재판소의 인용결정은 나름대로 설득력을 가질 수는 있지만, 제1차 기피신청에 대한 기각결정의 이유에서 동재판소가 제시한 원칙(각별히 엄격한 기피요건)에 비추어 불

46) E. Schumann, Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken? JZ 1973, S. 484 (485f.).

때 제2차 기피 신청에 대한 인용 결정은 제1차 결정의 기판력을 침해하는 것으로 정당화되지 않는다는 비판에 직면하였다.

나. 공개된 Rottmann의 사신을 증거로 채택한 것에 대한 비판⁴⁷⁾

제2차 기피 신청에 대한 연방 헌법재판소의 결정은私信을 기피 신청에 대한 재판절차에서 증거자료로 활용하면서 그 적법성여부에 대하여 아무런 언급도 하고 있을 뿐만 아니라, 사신을 증거로 채택하는 것은 인격권의 침해로서 허용되지 않음에도 불구하고⁴⁸⁾ 제2차 결정에서 동재판소는 이를 증거로 채택하였으며, 그 결과 헌법재판관을 후일에 기피하기 위한 토대를 마련하기 위하여 헌법재판관들의 서면 또는 구두의 진술을 확보하도록 유혹할 위험성이 있는 결정이라고 비판하고 있다.

다. Rottmann의 “편견”의 문제에 대한 연방헌법재판소의 평가에 대한 비판⁴⁹⁾

1970년 법개정을 통하여 첨가된 연방헌법재판소법 제18조 제3항 제2호는 법적 문제에 대한 견해의 표명은, 따라서 법적 문제에 대한 학문적 견해의 표명은 특별한 사유가 없는 한 재판관에 대한 기피사유가 될 수 없다는 독일소송법의 전통적 입장을 확인한 것에 불과하다. 법적 견해의 표명이 기피사유가 될 수 있는 특별한 사정으로는 소송당사자들을 폄하하는 식의 발언, 의도적으로 소송당사자의 일방과 다투기 위하여 한 발언, 오래 전에 이미 극복되었거나 기타 이론의 여지없이 받아들여지고 있는 견해를 고집스럽게 고수

47) E. Schumann, aaO, S. 486.

48) Häberle(JZ 1973, S. 454)는 Rottmann의 사신을 증거로써 채택한 것은 이 사건의 경우 공익이 재판관 개인의 인격권의 보호라는 가치에 비하여 우월하다고 보고 적법하다고 판단하고 있다. 이에 대하여 E. Schumann은 증거능력부인의 문제는 바로 공익에 대한 것이라고 하면서 그의 주장을 일축하고 있다(JZ 1973, S. 486 FN 38).

49) 이에 관해서는 E. Schumann, aaO, S. 486ff. 참조.

하는 경우, 자신의 소송에서 옹호한 견해와 피력된 법적 견해의 일치 등이 있는 바, 이 모든 사례군들의 공통점은 법적 견해의 배후에 특별한 양가취망이 가로 놓여 있거나 관련 법관이 새로운 논거에 대하여 개방적 태도를 견지하지 못할 위험이 있어서 공정한 학문적 입장의 표명에 대한 신뢰가 깨어지고 있다는 것이다. 즉 달리 생각하는 자를 인격적으로 폄하하거나 이미 한 번 견지했던 입장에 합리적 이유없이 집착하고 있음을 보여주는 견해의 표명이 기피의 사유가 되는 바, 이러한 기준에 비추어 보더라도 Rottmann에 대한 기피사유가 존재한다고 볼 수 없다고 한다. 그 이유는 그의 법적 견해의 표명이 사건이 연방헌법재판소에 계속되기 전에 행해졌을 뿐만 아니라, 그의 강연내용이나 그의 사신 어느 것으로부터도 위와 같은 특별한 사정은 발견되지 아니하기 때문이다.

결과적으로 제2차 기피 신청에 대한 독일연방헌법재판소의 인용 결정은 장차 어떤 문제에 대하여 어떠한 형태로든지 법학적으로나 정치적으로 의견을 개진하고자 하는 자는 - 경우에 따라서는 수년이 지난 후에도 - 헌법소송에서 기피 대상이 될 수도 있는 위험에 처하게 만들고 있다는 것이다.

2. “헌법소송법의 독자성” 테제에 대한 비판

가. Häberle 테제의 자명성

소송법은 실체법의 실현과 관철을 위해 봉사적 기능을 수행한다. 헌법 소송법도 이러한 봉사적 기능을 수행한다고 하는 것에 추호의 의심의 여지가 없다. 이처럼 모든 소송법이 각기 해당 영역의 실체법의 실현과 보호에 봉사하므로 Häberle의 논리대로라면 각 소송법은 각각의 “소송대상의 특성”에 부합하는 규정을 내포하고 있고 또

내포하여야 한다는 추론은 자명한 것이다. 결국 모든 소송법은 그가 말하는 의미에서의 “독자성”을 갖고 있는 것이다.⁵⁰⁾ 즉 Häberle가 주장하는 헌법소송법의 독자성 테제가 그 자체로서는 별다른 의미내용을 갖고 있지 않다는 비판을 받는다.

나. “구체화된 헌법”으로서의 헌법소송법이라는 논거에 대한 비판
이어서 헌법 소송법의 독자성을 논증함에 있어서 핵심적인 역할을 수행하는 헌법의 구체화로서의 헌법 소송법이라는 논거 역시 별로 설득력이 없다는 비판이 가해지고 있다. 먼저 모든 소송법은 그 진지성에는 차이가 있을지언정 모두 구체화된 헌법⁵¹⁾이라는 것이다.⁵²⁾ 뿐만 아니라 실제적인 기본권이 절차법의 형성과 운용에 영향을 미친다는 것을 분명히 한 것은 오늘날 독일 기본권 이론과 실무에서는 일반적으로 받아들여지고 있는 사실이다.⁵³⁾ 기본권이 절차형성에 관한 지침으로서의 측면을 갖는다는 것은 결국 모든 소송법절서가 기본권의 표현인 동시에 그 구체화에 기여하는 것이라는 점을 의미하는 것이라는 점을 지적한다.

50) M. Fröhlinger, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde - Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozeßrechts zum sonstigen prozeßrecht, 1982, S. 92ff.; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1. Aufl., 1985, S. 35.

51) D.Brügermann, Judex statutor und judex investgator - Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richteramt und Parteienfreiheit im gegenwärtigen Zivilprozeß, 1968, S. 135; K. Engelmann, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht, Zugleich ein Beitrag zum materiellen Verständnis des Verfassungsprozeßrecht, 1976, S. 139 mit FN 103; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1995, Rdnr. 53.

52) 물론 법을 모두 구체화된 헌법으로 보는 견해에는 문제가 없지 않다. 왜냐하면 헌법 하위의 법은 헌법의 단순한 집행이거나 헌법의 구체적 발현이 아니라 단지 헌법의 테두리 안에서 가능한 법이기 때문이다. 이 점을 Zuck, aaO, Rdnr. 303에서 적절히 지적하고 있다.

53) 독일 연방헌법재판소는 기본권의 이러한 특성을 다음과 같이 판시하고 있다: 절차법은 “질서있는 절차적 경과를 확보하고자 하는 목표의 실현에 봉사할 뿐만 아니라, 기본권과 관련된 영역에서 구체적인 경우에 기본권주체에게 그의 헌법적 권리를 매개하여 주는 수단이기도 하다.”(BVerfGE 49, 252[257]).

다른 한편 절차 형성에 관한 헌법상의 지침이 절차법의 세세한 내용에까지 모두 영향을 미칠 수 있는 것이 아니기 때문에 헌법과 헌법 소송법의 연관성은 상대화되며,⁵⁴⁾ 또 소송법이 실체법의 실현에 봉사하는 것은 사실이지만 그렇다고 하여 소송법이 실체법에 대하여 종속적인 것은 아니며, 그에 대하여 독립성을 가지고 있는 것이라고 한다.⁵⁵⁾ 소송법의 이와 같은 독립성과 소송법의 “봉사적 기능”에 비추어 볼 때 Häberle가 헌법 소송법과 관련하여 주장하는 바와 같은 소송법의 실체법으로서의 완전한 흡수는 설득력이 없다고 비판한다.⁵⁶⁾ 그러한 주장에 의하면 소송법은 전적으로 실체법적 규율상의 흠결을 완화하거나 특정한 실체법관을 관철하기 위한 도구로 전락하게 된다는 것이다.

다. Häberle의 헌법관에 상응한 헌법소송법의 형성 및 해석에 관한 비판

Häberle의 “헌법 소송법의 독자성” 테제는 그 기초가 되고 있는 헌법이론 때문에 잠재적인 위험성을 내포하고 있음이 지적되고 있다. 그에게 있어서는 헌법 소송법이 구체화된 헌법, 실체적인 헌법으로서 헌법과 같은 법적 특질을 갖고 있기 때문에 헌법관이 헌법 소송법의 “전체적 해석”, “실체적 해석”이라는 해석 방법을 통하여 관철되게 된다. 그런데 Häberle는 위에서 이미 본 바와 같이 정력적으로 개방적이고 동태적인 헌법관⁵⁷⁾을 주장한다. 그에 따라 헌법

54) Zuck, aaO, Rdnr. 303; C. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1989, Rdnr. 10.

55) J. J. Hagen, Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, 1971, S. 9.

56) E. Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz, Zivilprozeß, S. 20f.; ders., Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßrechts, in: FS f. Karl Larenz, 1983, S. 580 FN 28. 참조.

57) 이에 대하여 비판적인 견해로는 E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, S. 2093; E. Klein, in: Benda/Klein,

소송을 자신의 그러한 헌법관에 부합하게 형성할 것을, 즉 헌법 소송법을 개방적으로 그리고 동태적으로 형성할 것을 요구하게 된다.⁵⁸⁾

Häberle의 시각에서는 헌법 소송법이 의회의 토론 과정에서 충분히 실현되지 못한 다원주의의 보완 기능을 떠맡아야 하며, 그에 따라 헌법재판소 역시 궁극적으로는 개방적-다원적 과정으로서의 헌법에 개방적-다원적인 접근을 가능하게 하는 “제3의 입법원”의 임무를 수행하게 된다.

그러나 이와 같이 헌법재판 절차가 동태적이고 개방적으로 형성되는 경우에는 정돈된 법적 과정으로서의 소송이 본질을 상실하게 된다는 비판을⁵⁹⁾ 받게 된다. 이는 헌법재판이 여타 재판 절차에 대하여 아무리 강한 특수성을 띤다고 하더라도 헌법재판소가 그 활동의 사법작용으로서의 성격을 유지하는데 불가결한 “법원으로서의 성질”에 치명적인 결과를 수반하게 된다고 한다. 모든 소송 절차의 공통분모인 사법절차적 특성(Justizförmigkeit)⁶⁰⁾은 소송 절차의 적법요건과 경과를 가능한 한 상세하게 법률로 확정하고 소송 당사자, 특히 법원의 재량에 맡기지 말아야 한다는 것을 의미한다. 그와 같은 사법 절차로서의 특성을 갖춘 절차는 소송 당사자들에게 법원 결정의 명확성과 예측 가능성을 확보하여 주고, 나아가 소송 당사자들을 실체법적-절차법적으로 평등하게 대우하는 것을 가능하게

Verfassungsprozeßrecht, Rdnr. 131.; Kurt Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane, 198, S. 46ff.

58) 이에 관하여 특히 자세한 것은 Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, in: ders., Konzentrierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 421f.

59) K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 1995, Rdnr. 54; E. Schumann, JZ 1973, S. 489; W. Neutz, Verfassungsprozeßrecht, Diss. Mainz, 1990, S. 211ff.; E. Klein, aaO, Rdnr. 131.

60) 이에 관해서 자세한 것은 Fröhlinger, aaO, S. 81ff. 참조.

해준다. 그러므로 절차의 사법절차적 특성은 궁극적으로는 법원결정에 대하여 합리성을 확보해 주는 한편, 절차관여자들에게 법원의 재판 결과를 수용하려는 용의를 높여 주는 것이다.

헌법 소송이 성질상 보통 정치적·사회적·경제적 소수파에 의하여 제기된다는 사실은 재판의 정당성을 유지하고 고양하는데 나아가 법적 평화를 확보하는데 질서 있게 정돈된 재판 과정이 매우 중요하다는 것을 시사하는 것이며, 헌법 소송의 경우에 재판 기준이 되는 헌법 규범이 특히 개방적이고 불확정적이기 때문에 사법적 특성을 갖춘 절차의 필요성은 더욱더 커진다는 것이다. 뿐만 아니라 Häberle가 그렇게도 유지하고자 하는 헌법 규범의 개방성은 완결된 소송법에 의해서도 실현 가능하다⁶¹⁾는 것도 지적되고 있다.

요컨대 헌법 소송법이 여타 소송법에 대하여 갖는 특성이 헌법소송법을 일반 소송법으로부터 해방시키는 것을 정당화시켜 주지 않는다는 것이다. 오히려 헌법재판소가 - 헌법기관적 특성에도 불구하고 여전히 - 동시에 법원의 일종이라는 그 특성을 잃지 않으려면 헌법소송법의 해석과 형성에 있어서 여타의 소송법령에, 특히 소송법의 일반원칙에 의거하는 것을 포기할 수 없다고 주장한다. 헌법소송법을 여타 소송법으로부터 해방시키고, 헌법소송절차를 개방적이고 동태적으로 형성하는 것은 사법 작용의 종언을 의미하는 것이라고 본다.

61) K. Schlaich, ebenda.

V. 우리의 현행 헌법재판소법에 대한 “헌법 소송법의 독자성”을 둘러싼 논쟁의 의의

1. 논쟁에 대한 평가

Häberle의 공적은 무엇보다도 헌법 소송법이 여타 소송법에 대하여 독자성을 띤다는 점, 여타 소송법으로부터 헌법 소송법을 해방시킬 것을 주장함으로써 헌법 소송법 규정들의 해석과 형성에 있어서 이 법 영역 나름대로의 특성을 간과해서는 아니된다는 것을 소송법의 통일성을 주장하는 자들에 비하여 강력하게 부각시켰다는 점이다. 그리고 “구체화된 헌법”, “실체적 헌법의 일부”로서의 헌법 소송법이라는 형태로 헌법 소송법과 실체 헌법 사이에 존재하는 밀접한 연관을 강조함으로써 표면상 기술적-형식적 규정들을 해석함에 있어서 그 규정에 담긴 실질적 의미에 주목할 것을 요구한 것도 그의 커다란 공적이라고 할 것이다. 그러나 그의 혁신적인 헌법이론과 헌법관이 그의 테제에 배경이 됨으로써 또한 학계의 강한 거부감에 직면한 것도 사실이다.

헌법을 개방적-다원적 과정으로 이해하는 그의 헌법관에 맞게 정치적인 법의 일종으로 헌법 소송법을 개방적-동태적으로 형성하고 또 해석할 것을 요구하는 그의 입장을 제외한다면 그 역시 헌법 소송법의 독자성을 주장함으로써 여타 소송법이나 일반 소송법의 원칙에 담긴 법학적 경험의 보고를 무시해야 한다고 주장하는 것이 아니고, 지나치게 그것에만 의거함으로써 헌법 소송법의 특성을 해

하는 것을 경계하는 것이기 때문에 그의 반대자들과 전혀 상반된 주장을 하고 있는 것은 아니다. 다만 그의 주장에 있어서는 중점이 헌법 소송법의 독특성에 놓여져 있는 반면에 그의 반대론자들은 헌법 소송법과 여타 소송법과의 통일성을 중점적으로 부각시키고 있는 점에 여전히 차이가 존재할 뿐이다.

어쨌든 Häberle의 헌법 소송법의 독자성 테제에 헌법 소송법이 여타 소송법이나 일반적 소송법 원칙에 대하여 갖는 나름대로의 특성을 지칭하기 위한 말로 한정적인 의미를 부여한다면⁶²⁾ 그의 반대론자들의 주장에 상당히 접근하게 된다. 왜냐하면 헌법 소송법을 원칙적으로 일반 소송법의 원칙 내지 여타 소송법의 기초 위에 놓아야 한다고 주장하는 그의 반대론자들 역시 헌법 소송법이 여타 소송법과는 특성을 가질 수 있다는 것을 부인하는 것은 아니기 때문이다. 즉 여타 소송법에 헤게모니를 부여하려는 것이 아니기 때문이다.⁶³⁾

2. 우리 헌법재판소법과 “헌법소송법의 독자성” 테제

가. 헌법재판소법 제40조의 포괄적 준용규정의 의의

우리 헌법재판소법 제40조에서 “① 헌법재판소의 심판 절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행

62) Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl., 1988, Rdnr. 303은 헌법소송법의 독자성테제를 수용하면서도 그 테제에 별로 큰 의미를 부여하지 아니하고, 여타 소송법에 대한 헌법소송법의 특성을 나타내는 정도의 의미를 부여하고 있다.

63) 이에 관해서는 무엇보다도 E. Schumann, JZ 1973, S. 488f. 참조.

정 소송법을 함께 준용한다. ② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정 소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”고 규정하여 포괄적인 준용 규정을 두고 있다. 그러므로 입법자는 헌법재판소법 제40조의 규정을 통하여 헌법재판소법을 제정함에 있어서 요강적인 것, 필수적이라고 평가되는 것만을 규정하고 나머지 사항들은 원칙적으로 여타 소송법에 의거하여 보충할 것을 요구하고 있다.

원래 준용(entsprechende Anwendung)이라 함은 어떤 사항에 관한 규정을 그와 유사하나 본질이 다른 사항에 대하여 유추적용하도록 하는 것(Verweisungsanalogie; gesetzlich angeordnete Analogie)을 의미한다.⁶⁴⁾ 준용의 경우에는 다른 법규정을 인용하여 그 내용을 수정함이 없이 그대로 수용하는 차용(Verweisung)⁶⁵⁾과는 달리 “의미에 맞게” 또는 “상당하게” 준용되는 규정을 준용하는 범영역의 법적 문제에 적용할 것이 요구된다. 따라서 준용하는 법역과 준용되는 법역 사이에 광범위하게 유사성이 존재하는 것이 포괄적 준용⁶⁶⁾이라는 입법 기술을 사용하기 위한 전제이다.

64) Hans Schneider, Gesetzgebung, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 376.

65) 이에 관해서는 T. Klemens, Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR 111(1986); Hans Schneider, aaO, Rdnr. 378; 줄고, 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰, 공법연구 24-2, 1996, 331쪽 이하.

66) 헌법재판소법 제40조와 같은 포괄적인 준용규정은 새로운 법분야에서 입법자가 법률을 제정하는 경우에 실제로 발생할 수 있는 모든 법적 문제들을 예상하여 규율하기 힘들고, 실사 법적 문제들을 예견하여 규율하려고 해도 충분한 경험이 축적되어 있지 않아 그것들을 사리에 맞게 규율하는 것이 어려운 것이기 때문에 꼭 필요한 문제들만을 규율하고 나머지 문제에 대해서는 기존의 다른 법을 준용하도록 함으로써 한편으로는 입법자의 입법활동에 따르는 부담을 덜어 주고, 다른 한편으로는 법 적용자에게 구체적으로 발생한 사태의 본질에 맞게 발생한 법적 문제를 규율하도록 여지를 부여해 주는 합목적성을 발휘할 수 있는 경우에 많이 사용된다.

그러하여 우리 헌법 소송법의 입법자는 포괄적인 준용 규정을 도입함으로써 일견 헌법 소송법의 독자성보다는 헌법 소송법과 여타 소송법과의 유사성 내지 통일성에 주목하였다고 추정할 수 있고, 그에 따라 헌법 소송법의 독자성 테제는 우리의 헌법 소송법에서는 설 땅이 없는 것처럼 보인다.

그러나 포괄적 준용 규정이 헌법 소송법의 고유한 특성을 훼손하지 않음으로써 여타 소송법의 규정을 기계적으로 적용하도록 명하는 것은 아니다. 즉 준용규정 자체는 준용하는 법영역의 문제와 준용되는 법영역의 문제가 비록 유사하지만 근본적인 차이가 존재하여 준용되는 법규정의 효과를 그대로 준용하는 법영역에서 발생한 문제에 그대로 적용하는 경우에 불합리한 결과가 발생하는 경우에는 준용하는 법역의 의미와 목적에 맞게 준용된 규정을 수정·변경하는 것을 내용으로 하고 있다. 또한 양범역에서 상호 비견되는 사태가 발견되지 아니하는 경우에는 준용하는 법역상의 흠결을 그 법역의 목적과 성질에 맞게 보충할 수밖에 없다. 뿐만 아니라 준용하는 법에 비록 준용되는 다른 법의 규정과 동일한 법문을 통하여 법적 문제를 규율한 경우에도 준용하는 법영역의 특성상 그 규정의 해석에 있어서 준용되는 다른 법의 논리를 그대로 적용할 수 없는 경우도 적지 아니하다.

그러한 한 제한적인 의미를 갖는 “헌법 소송법의 독자성” 테제는 다른 소송법의 규정들을 기계적으로 헌법 소송법의 법적 문제에 대하여 헌법 소송법의 특성을 우리 현행 헌법재판소법에서도 타당성을 가질 수 있다고 하겠다.

나. 헌법소송법의 독자성의 구현

여기서는 헌법 소송법의 독자성이 구현되어야 하거나 이미 판례를 통하여 구현된 몇 가지 실례를 제시한다. 물론 여기서 제시된

에는 결코 모든 문제들을 완결적으로 담고 있지는 아니다. 그러한 사항들에 관한 완벽한 목록을 제시하려는 시도는 본고의 범위를 넘는 것이기도 하다.

헌법재판소의 각 심판 절차에서 심판 청구의 취하가 무제한적으로 허용되는지의 문제에 대하여도 처분권주의가 지배하고 있는 민사소송법의 소취하에 규정을 단순 준용할 수 없으며 각 심판절차의 특성에 맞게 개별적으로 규율되어야 할 필요가 있다. 헌법재판은 일반적으로 헌법의 수호·유지의 기능을 수행하는 등 공익성을 강하게 띤다. 따라서 일단 심판 청구가 있는 뒤에는 공익의 실현이라는 관점 때문에 심판 절차의 운명을 전적으로 심판청구인에게 맡겨둘 수만은 없는 경우가 있다. 따라서 논란의 여지를 제거하려면 심판청구인이 심판 청구를 취하하였다면 심판 절차를 속행하여야 할 공익이 존재하는 경우에는 청구 취하의 효력을 제한할 수 있음을 명문으로 규정할 필요가 있다.⁶⁷⁾

마찬가지로 헌법재판소는 심판 청구 이후에 청구인 개인의 사정 변경으로 인하여 또는 법령의 개폐와 같이 심판대상인 공권력조치의 실효나 변경 등으로 기본권침해행위가 종료되어 더 이상 권리구제의 이익이 없는 경우에도 심판청구에 의하여 제기된 헌법적 문제에 대한 해명의 필요성이 있는 경우 등에는 소위 (객관적) 심판의 이익을 인정하여 본안에 관하여 판단할 수 있다는 확립된 판례를 형성하고 있다. 이 판례 역시 헌법재판소가 다른 소송법의 규정이나 원칙을 준용하지 아니하고 헌법소원절차의 특성에 비추어 독자적으로 형성한 판례이다.⁶⁸⁾

67) 이 문제에 관하여 자세한 것은 줄고, 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰, 공법연구 제24집 제2호, 1996. 6., 301쪽 이하 참조.

68) 이 문제에 관하여 자세한 것은 줄고, 법령헌법소원에 있어서의 현재성요건에 관한 고찰, 현대헌법학이론, 우재이명구박사화갑기념논문집 (1), 1996, 737(769)이하.

다음으로 헌법재판소의 판례에 의하면⁶⁹⁾ 헌법재판소는 헌법소원 심판이 청구되면 헌법재판소로서는 청구인의 주장에만 판단을 한정할 것이 아니라, 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해유무를 직권으로 심사하여야 한다고 한다. 이 문제는 예를 들면 청구인이 특정의 기본권침해만을 주장하였으나, 헌법위반의 문제는 청구인이 적시한 것과는 다른 기본권과 관련하여 나타나거나 기본권 이외의 객관적 헌법규범과 관련하여 나타날 경우에 제기된다.⁷⁰⁾ 헌법재판소는 물론 이와 같은 심사기준의 확대에 관하여 아무런 법적 근거를 제시하지 않고 있다. 생각건대 헌법재판소법 제68조 제1항으로부터 청구인이 자신의 주관적 공권인 기본권 침해를 주장해야 한다는 적법 요건을 추출해 낼 수는 있으나, 청구인이 침해되었다고 주장한 기본권에 심사 범위를 한정해야 할 헌법재판소의 의무는 도출되지 아니한다. 오히려 헌법재판소는 그에게 적법하게 제기된 심판청구를 자신의 관할 범역인 헌법의 전체를 기준으로 판단하여야 하는 것이 원칙이다. 청구인은 자신의 심판 청구가 인용되어 기본권 침해를 구제 받는 것을 희망하고 있으므로, 헌법재판소가 모든 가능한 관점에서 기본권 침해 유무 내지 헌법 위반 유무를 직권으로 심사한다고 하더라도, 그로 인하여 청구인에게 불이익이 발생하지 않는 한, 문제가 되지 않는다고 할 것이다. 이는 동일한 법규범의 합헌성 여부가 심판 절차가 달라지거나(위헌법률심판절차나 헌법소원심판절차나) 심판 청구인(각 심판청구인마다 청구 이유를 달리 구성할 수 있으므로)에 따라 달리 판단되는 결과를 피할 수 있다는 점에서도 바람직하다. 결과적으로 헌법 소원 제도가 규범 통

69) 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정; 1993. 5. 13. 92헌마80 결정; 1993. 5. 13. 선고, 91헌마190 결정 등 참조.

70) 이하에 관해서 자세한 것은 Benda/Klein, aaO, Rdnr. 341ff. 참조.

제 절차에 상당히 가깝게 접근하는 결과가 되지만, 헌법 소원 제도가 기본권을 비롯한 헌법의 수호·유지라는 객관적 기능을 수행한다는 점에 비추어 보면 무리 없이 이해될 수 있을 것이다.⁷¹⁾ 어쨌든 심사 기준의 확대 현상 역시 헌법 소송법 독자성의 구체적 표현이라고 볼 수 있다.

우리 헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 헌법 소원이 다른 법률에 의한 권리 구제 절차에 대하여 보충적인 권리구제제도임을 밝히고 있다. 헌법재판소는 이러한 원칙 규정에 따라 헌법 소원의 보충성을 그대로 적용하면 청구인에게 가혹한 결과가 발생하는 경우에는 그에 대한 예외를 확립된 판례를 통하여 인정하고 있다. 헌법 소원의 보충성은 권리보호이익의 특별한 표현이라고 볼 수 없다.⁷²⁾ 오히려 양자는 상충하는 측면을 갖고 있는 소송법적 제도들이다. 권리보호이익은 청구인이 바라는 권리 보호를 가장 간편하게 받을 수 있는 권리구제수단을 택할 것을 요구하는 반면에,⁷³⁾ 헌법소원의

71) Benda/Klein, aaO, Rdnr. 344; Ernst Träger, Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, in: FS f. W. Geiger, 1989, S. 779쪽 참조.

72) 물론 헌법소원의 보충성이 권리보호이익의 특별한 표현이라고 보는 학자들도 다수 있다. 예를 들면 M. Bieder, Rügepflicht für Verfassungsverstöße vor den Fachgerichten? AöR 112(1987), S. 187; ders., Vortrag vor den Gerichten und die Verfassungsbeschwerde, NJW 1988, S. 809; R. Schneider, ZZP 79, S. 1ff. 이들은 결국 “헌법재판을 통한 권리보호 이익”이라는 개념을 새로 구성하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 이에 대하여 비판적인 입장이 점차 세력을 얻어 가고 있다. E. Klein, Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: FS Wolfgang Zeidler II, 1987, S. 1320; R. Schenke, Grundgesetz - Bonnerkommentar, Stand 1982, Art. 19 Abs. 4 GG Rdnr. 146f.; ders., NJW 1986, S. 145 f., 1461; E. Bende, in: Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, Rdnr. 446; S. Detterbeck, Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, DÖV 1990, S. 561

73) S. Detterbeck, Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1. Nr. 4a GG, DÖV 1990, S. 561; R. Pohle, Zur Lehre vom

보충성은 때로는 단지 성가실 뿐인 그리고 번잡한 다른 권리구제수단을 선택할 것을 요구하기 때문이다. 헌법 소원의 보충성은 복수의 권리 구제 수단들이 존재하는 것을 전제로 하여 이들 중 먼저 헌법소원이외의 다른 권리 구제 절차를 경료할 것을 지시함으로써 다른 기관들의 권한이 헌법 소원 제도를 통하여 공동화되는 것을 막아주는 역할을 하는 권한법적 의미를 갖는 제도이다.⁷⁴⁾ 따라서 보충성에 대한 예외를 인정함에 있어서 소송법의 다른 규정들을 준용하는 것 자체가 불가능하다. 그러므로 헌법소원의 보충성에 대한 예외는 전적으로 헌법소원제도의 특성에 맞게 독자적으로 규율되어야 할 필요가 있다. 이 문제에 있어서 헌법재판소가 나름대로 판례를 집적하여 오고는 있지만, 입법자가 보충성에 대한 예외에 관한 지침을 명시하는 것이 헌법소원청구인들에게 법적 명확성과 예측가능성을 부여하여 줄 것이다. 어쨌든 이 문제를 규율함에 있어서 기준이 되는 관점은 소원 청구인의 주관적 권리 구제의 측면, 제기된 헌법적 문제에 대한 헌법적 해명의 필요성, 그리고 다른 소원 청구인들과의 형평성의 문제가 될 것이다.

각 심판절차에 참가할 수 있는 기관이나 단체 또는 개인의 범위나 기타 의견을 제시할 수 있는 자의 범위도 심판의 대상이 법률과 같이 대중적 효과를 발휘할 수 있는 경우에는 결정에 대한 수용의 용의를 높이기 위해서라도 넓게 인정할 필요가 있다.

Rechtsschutzbedürfnis, in: FS Friedrich Lent, 1957, S. 223; B. Stephan, Rechtsschutzbedürfnis, 1970, S. 36.

74) J. Leibold, Die Eingliederung der Verfassungsbeschwerde in die rechtsprechende Gewalt und die Erschöpfung des Rechtswegs, Diss. S. 32ff.; Bender, AöR 112 (1987) S. 173f., 179; ders., Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen - Zur Bedeutung der Grundrechte für die Rechtsprechung, S. 168; Zuch, aaO, Rdnr. 654.

VI. 헌법재판관에 대한 기피조항의 해석과 현행법 규정의 문제점

1. 현행법의 해석

위에서 전개된 논의들은 우리 헌법재판소법 제24조에 규정되어 있는 재판관의 제척이나 그에 대한 기피 문제를 다룸에 있어서 헌법 소송법의 특성, 특히 헌법재판소의 구조적 내지 조직적 특성을 감안하여야 한다는 것을 시사하고 있다. 독일 연방헌법재판소법은 동재판소가 각기 8인의 재판관으로 이루어진 2개의 재판부로 구성되어 있다(동법 제2조)는 점에 착안하여 후에 재판관 기피시에 기피된 재판관을 다른 재판부의 재판관으로 교체할 수 있도록 동법 제19조 제4항에 특별한 규정을 마련하여 재판관의 제척·기피·회피 등으로부터 동재판소의 결정능력의 보호를 꾀하고 있는데 비하여 우리 헌법재판소에는 9인으로 이루어지는 단일 재판부로 구성되어 있기 때문에 그러한 가능성이 애초부터 존재하지 않는다. 비록 현행 헌법재판소법이 당사자가 동일한 사건에서 2인 이상의 재판관을 기피하지 못한다는 규정을 두고는 있지만 이것만으로 헌법재판소의 다수 관계가 헌법소송의 당사자들에 의하여 전략적으로 조작되는 것을 방지하지 못함은 이미 위에서 지적한 바 있다. 그런데 오히려 헌법재판관으로 임명되는 이들이 일반적으로 과거의 대법

관, 기타 상급심법원의 고위법관, 화려한 경력의 변호사, 고위 검사, 정치인 등 다양한 경력을 가지고 있기 때문에 다른 소송절차의 법관들에 비하여 사건을 이미 다루었거나 계속된 문제에 대하여 견해의 표명을 한 경우가 많다. 게다가 헌법소송절차의 심판대상은 일반적으로 넓은 인적 범위에 관련되어 있으며 다른 소송 절차의 문제들에 비하여 공개적으로 논의되는 경우가 흔하다.

그러므로 현행의 규율체계하에서 유일한 대책은 제척사유나 기피사유를 엄격히 해석하는 것이라고 판단된다. 비록 현행 헌법재판소법의 제척 사유나 기피 사유가 민사소송법이나 형사소송법의 규정과 유사하더라도 그에 관한 규정들이 전혀 상이한 연관속에 있기 때문에 그러한 해석은 충분히 설득력을 갖는다. 동일한 법적인 용어라도 그것이 사용된 맥락에 따라 의미가 달라질 수 있기 때문이다.

문제 해결의 출발점은 먼저 제척 사유를 규정하고 있는 제24조 제1항의 각호를 엄격하게 해석하는 것이다. 왜냐하면 제척 사유에 관한 규정은 기피 사유의 해석에 영향을 미치기 때문이다. 제척 사유에는 해당하나 기피 요건에는 미흡하여 기피 신청을 이유없다고 보는 것은 모순이기 때문이다. 그러나 동조항의 1호부터 4호의 제척사유는 그 개념의 명확성과 기술성 때문에 해석을 별로 요하지 아니하는 개념들로 이루어져 있고 “기타 재판관이 헌법재판소외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우”를 제척사유로 규정하는 제5호만이 해석의 여지가 있는 개념으로 이루어져 있다. 그러므로 동호의 “직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우”를 좁게 해석하여야 한다. 먼저 재판관이 과거의 직무상 또는 직업상 헌법재판소에 계속된 절차와 어떤 식으로든 관련 있는 절차에서 활동한 것만으로는 “사건에 관여한 경우”라는 요건을 충족시

키지 못하며, 헌법재판소에 계속된 심판 절차에 직접적으로 선행하며 그것과 내용상 직접 결부되어 있는 절차(예를 들면 당해소송)에서 활동한 경우에 그러한 요건을 충족시킬 수 있다.⁷⁵⁾ 재판관이 재판관으로 임명되기 전에 예를 들면 행정공무원으로 다투어 지고 있는 행정처분을 발한 경우에는 직무상 또는 직업상 사건에 관여한 경우에 해당된다.⁷⁶⁾ 헌법재판관이 국회의원이나 행정공무원으로 입법절차에 관여한 경우에 그것이 제5호에 해당되어 제척사유가 되는지 문제된다. 독일연방헌법재판소법은 입법절차에 관여한 것은 사건에 관여한 것으로 보지 않는다는 명문의 규정을 두어 이 문제를 해결하고 있다. 여기서 입법 절차는 국회에서의 법안 심의나 의결만이 아니라 행정부에서 법률초안작성 작업도 포함한다고 보아야 한다.⁷⁷⁾ 법안준비, 심의, 의결 등의 형태로 입법절차에 관여한 것만으로는 동법률에 대한 정연하고 확고한 헌법적 판단을 이미 내린 상태에 있다고 볼 수 없으므로 이를 직무상 사건에 관여한 것으로 볼 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

이어서 기피 사유인 “심판의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우”도 상응하여 좁게 파악해야 한다. 재판관의 심판의 공정성에 대한 우려는 “당사자의 관점으로부터 모든 상황을 객관적, 합리적으로 판단하면 심판과 관련하여 재판관이 공정성을 견지하지 아니할 의심을 정당화하기에 적합한 사정”이 있는 경우에 존재하지만,⁷⁸⁾ 그러한 의심이 있을 수 있는지 여부는 헌법재판절차에서는

75) BVerfGE 47, 105 (107f.); Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibrey/Klein/Ulsamer/Bethge/Winter, Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar, Stand: Dezember 1995, §18 Rdnr. 5.

76) 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우를 제척사유로 정하고 있는 제24조 제1항 제4호는 제5호에 해당하는 경우를 특별히 유형화한 것으로 볼 수 있다.

77) 독일연방헌법재판소는 행정부소속의 고위공무원으로 법률에 대한 평가의견을 법률공포와 함께 작성, 발표하는 행위도 광의의 입법절차에 해당되어 제척사유가 되지 않는다고 보았다 (BVerfGE 1, 66[67]). 이에 대하여 비판적인 견해로는 Klein, aaO, § 18 Rdnr. 9.

엄격한 기준에 의거하여 판단하여야 한다.⁷⁹⁾ 한편, 독일연방헌법재판소는 1985년 동재판소법의 개정에 의하여 첨가된 제19조 제4항에 의하여 동재판소의 결정능력이 확보되었음에도 불구하고 여전히 종전의 기준을 고수하고 있다.⁸⁰⁾ 이는 동법에 의하여 좁게 인정되는 제척사유와의 형평성의 견지나 재판부구성을 특정 재판관에 대한 기피를 통해 용이하게 변경시키는 사태를 방지하여야 한다는 점에서 정당화되는 것으로 평가받고 있다.⁸¹⁾ 그렇다면 그러한 보호대책이 있을 수 없는 우리의 경우에는 더욱더 재판관에 대한 기피사유를 다른 소송법의 기준을 따라 인정할 수는 없다. 헌법소송의 당사자는 헌법재판소와 같은 지위를 갖는 재판소의 재판관의 독립성을 신뢰할 것을 요구받는다고 보아야 한다. 사건에 대하여 의미를 가질 수 있는 법적 문제에 대한 학문적 견해의 표명은 특별한 사정이 없는 한 기피 사유가 될 수 없다고 보아야 한다. 법관으로서 법률의 위헌제청신청에 관여한 경우에 그것이 규범통제절차에서 기피사유가 되는지에 관하여 독일연방헌법재판소는 구체적 규범통제절차는 객관소송이기 때문에 사건과 법관 개인간의 사적 관계가 존재하

78) 이는 일반소송법적 개념규정과 차이가 없다. 예를 들면 대법원 1995. 4. 3. 95모10결정, 판례공보 1995. 6. 1. 993: “기피원인에 관한 형사소송법 제182조 제1항 제2호 소정의 ‘불공정한 재판’을 할 염려가 있는 때라 함은, 당사자가 불공정한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니라, 통상인의 판단으로써 법관과 사건과의 관계상 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정할만한 객관적 사정이 있는 때를 말한다”; 대법원 1992. 12. 30. 92마783결정, 판례공보 93, 608: “민사소송법 제39조 제1항 소정의 ‘재판의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 때’라 함은 당사자가 불공정한 재판이 될지도 모른다고 추측할만한 주관적 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니고, 통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계로 보아 불공정한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정될만한 객관적 사정이 있는 때”를 말하는 것이다.

79) BVerfGE 32, 288 (290f.); 35, 171 (172f.); 35, 246 (251); 43, 126 (127); 73, 330 (336).

80) BVerfGE 73, 330; 82, 30 (40).

81) Klein, aaO, § 19 Rdnr. 2; Schlaich, aaO, Rdnr. 69; Zuch . Die Ablehnung von Verfassungsrichtern, MDR 1986, S. 894ff.

지 않아 기피 사유가 되지 않는다고 보았다.⁸²⁾ 재판관이 가령 주식 회사의 주주로서 헌법재판소의 심판 결과에 간접적인 이해를 가지고 있는 경우처럼 사건에 대한 직접적인 이해관계가 존재하지 아니하는 경우에는 재판관에 대한 기피를 정당화할 수 없다.⁸³⁾ 재판관이 과거에 입법 절차에 관여한 행위는 그 관여 정도가 통상적인 정도를 넘어가서 재판관과 사건과의 밀접한 관례를 근거지우지 않는 한 재판관에 대한 기피 사유가 될 수 없다.⁸⁴⁾ 헌법 소송의 당사자가 의도적으로 재판관과의 적대적 관계를 조성한 경우도 재판관의 기피를 근거 지을 수 없다.⁸⁵⁾

2. 입법정책론

현행 헌법재판소법의 재판관의 제척, 기피 문제에 대한 규율은 거의 민사소송법의 그것을 답습하고 있기 때문에 특별한 상황이 도래하는 경우에 헌법재판소의 결정 능력을 충분히 확보해 줄 수 없다.⁸⁶⁾ 위에서 현행법의 해석론으로 재판관의 제척 및 기피 사유를 어느 정도 좁게 인정할 수는 있으나, 해석론만 가지고 이 문제를 충분히 해결하기 곤란한 경우가 있고, 때로는 위에서 제시된 해석의 결과가 자체가 지지를 얻지 못할 가능성도 있다. 헌법재판소의

82) BVerfGE 46, 34.

83) Klein, aaO, § 19 Rdnr. 7.

84) Klein, aaO, Rdnr. 8.

85) Klein, aaO, § 19 Rdnr. 5.

86) 한 당사자가 동일한 심판절차에서 2인 이상의 재판관을 기피하지 못한다는 내용의 규정이 합리적인지도 의문스럽다. 동일한 기피사유가 있는 재판관들 중 1인만을 기피할 수 있도록 하면서 기피사유가 있는 다른 재판관의 재판관역을 수인할 것을 요구하는 것은 아무래도 불합리하기 때문이다. 오히려 해당 규정을 삭제하고 기피사유를 좁게 인정함으로써 헌법재판소가 구체적인 사건과 관련하여 결정능력을 상실하는 사태를 방지하는 것이 합리적인 방안이 아닐까?

결정능력의 확보는 우리 헌법재판소의 조직적 특성상 독일연방헌법재판소의 그것보다 훨씬 간절함에도 입법자가 이 문제에 대하여 안일하게 대처한 것은 헌법재판소의 구조나 헌법재판의 특성을, 따라서 헌법소송법의 독자성을 제대로 파악하지 못한 것에서 기인한다고 판단되느니 만큼 향후 헌법재판소의 특성, 헌법소송의 특성을 감안하여 법률 개정을 통하여 이 문제를 입법적으로 확실하게 해결하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

나아가 헌법개정을 통하여 헌법재판관의 선출에 있어서도 소수파의 의사가 충분히 반영되어 다수파나 소수파도 상대방의 동의를 얻지 아니하고는 재판관을 선출할 수 없도록 재판관 선출절차를 개정한다면, 재판관 선출과정 자체가 헌법재판관에게 보다 강한 독립성과 공정성에 대한 신뢰를 매개하여 줄 수 있을 것이며, 그렇게 되면 재판관의 제척이나 기피사유를 다른 소송법에 비하여 좁게 인정하는 것이 보다 강한 정당성을 인정받게 될 것이다.

독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도

방 승 주
비 서 관

- 목 차 -

I. 문제제기

II. 헌법재판의 과제와 기능

III. 연방헌법재판소 관례의 분석과 비판

1. 입법자의 예단결정(Prognoseentscheidung)에 있어서의
통제기준
 - 가. 명백성통제(Evidenzkontrolle)
 - 나. 납득가능성통제(Vertretbarkeitskontrolle)
 - 다. 내용적 통제(Inhaltskontrolle)
2. 최근 관례에 따른 평등의 원칙을 기준으로 한 심사에 있어서
의 통제기준

- 가. 자의금지(Willkürverbot)의 기준에 의한 심사(명백성통제)
- 나. 중간적 입장의 심사(납득가능성통제)
- 다. 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사(내용적 통제)
- 라. 평 가
- 3. 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)
 - 가. 영 역
 - 나. 형성의 자유의 한계
- 4. 시간적 적응의 자유(zeitlicher Anpassungsspielraum)
 - 가. 영 역
 - (1) 적응의무(Anpassungspflicht)
 - (2) 개선의무(Nachbesserungspflicht)
 - (3) 복잡한 사태(사실관계)의 개정
 - 나. 시간적 적응의 자유의 한계
 - (1) 규율의 복잡성의 결여(“충분한 경험”)
 - (2) 수혜적 유형화(bevorzugende Typisierung)와
부담적 유형화(benachteiligende Typisierung)
 - (3) 기본법의 특별한 가치결단

IV. 결 어

I. 문제제기

법률의 위헌 여부가 헌법재판소에 의하여 심사되는 규범통제제도를 규정하고 있는 나라에서는 어디든지 헌법재판소가 어떻게, 어느 정도까지 입법자를 통제할 수 있을 것인지의 문제가 발생하게 된다. 이는 구체적인 법률이 헌법에 합치하는가와 관련하여 헌법의 해석을 과제로 하고 있는 헌법재판소는 국가기관의 헌법에의 구속과 권력분립의 원칙상 다른 헌법기관의 헌법해석권한을 무제한적으로 대치할 수는 없다는 생각으로부터 나온다. 그렇기 때문에 규범통제를 제도화한 나라에서는 일찍부터 헌법재판소의 입법자에 대한 통제가 어떻게 기능에 부합하게(funktionsgerecht) 이루어질 수 있을 것인지에 관하여 여러 가지 대안들이 제시되어 왔다. 이하에서는 이 문제와 관련하여 헌법재판의 과제와 기능에 관하여 독일에서 논의된 종래의 견해들을 간략히 검토한(II) 후에 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 연방헌법재판소가 구체적인 사례에서 입법자에 대한 통제를 범위와 강도를 어떠한 방식으로 구체화시키고 있는가를 분석해(III) 보고자 한다.

II. 헌법재판의 과제와 기능

독일연방헌법재판소의 판례를 분석하기 전에 헌법재판의 과제와 기능에 대하여 독일에서 그 동안 제시된 견해들을 우선 비판적으로 검토해 보면 다음과 같다.

독일연방헌법재판소가 1952년 6월 27일의 지위보고서¹⁾에서 최고

1) Höpker-Aschoff, Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts - Die Stellung des

의 헌법수호자로서 지칭된 이래로 국가기능과 관련한 헌법질서에 있어서 헌법재판의 지위와 과제에 관한 논의는 이러한 자평으로부터 많은 영향을 받았다.²⁾ 헌법재판의 본질에 관해서는 사법권력³⁾으로 규정하기도 하고 또는 특별한 유형의 헌법기관⁴⁾으로서 고찰하기도 한다.⁵⁾ 헌법재판의 과제에 대하여서는 그 중점을 기본권의 보호⁶⁾나 또는 입법에 대한 통제,⁷⁾ 헌법의 유지⁸⁾ 또는 심지어 헌법

Bundesverfassungsgerichts, in: JöR 1957, S. 144 ff.: 이에 대하여 Willi Geiger, Vom Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts, Hannover 1979; Gerd Roellecke, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, § 3, Rdnr. 10; 비판적으로 Otwin Massing, Recht als Korrealat der Macht?, in: Peter Häberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 411 ff. (414 ff.) 참조.

- 2) 이하 Hans-Peter Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103 ff. 참조.
- 3) 법원으로서의 성질을 강조하는 견해로서 Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, § 56, Rdnr. 1 f.; Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1985, S. 119 ff.; Mathias Kleuer, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1993, S. 20 ff.
- 4) 이 개념에 대하여 비판적으로는 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1995, Rdnr. 670; Alfred Rinke, AlternativKommentar Grundgesetz, 1989 (이하 AK-GG), vor Art. 93, Rdnr. 82.
- 5) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, Rdnr. 669 f.; Alfred Rinke, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr. 80 f.; Klaus Schlaich, Das BVerfG, Rdnr. 474 ff.; Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Hannover, 1980, S. 16; Gerd Roellecke, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, § 53, Rdnr. 8 ff. m.w.N.
- 6) Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der REchtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100 ff. (2107).
- 7) Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30 ff.
- 8) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1995, Rdnr. 561; Alfred Rinke, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr. 72; Wiltraut Rupp-v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?,

일반의 보장과 계속형성⁹⁾에 두기도 하고 있다. 그러나 구체적인 개별사례에 들어가서는 그때 그때 서 있는 입장에 따라서 헌법재판소가 그 한계를 유월하였다거나 그렇지 않다고 비판하는데 그칠 수밖에 없기 때문에,¹⁰⁾ 국가 기능의 틀 안에서의 헌법재판의 지위에 관한 이러한 논쟁으로부터 헌법재판소의 정당한 통제의 한계에 관한 어떠한 구체적인 결론을 끌어내기는 힘들다.

또한 헌법재판의 한계는 법과 정치를 대립¹¹⁾시키는 진부한 사고방식으로부터 도출될 수도 없다. 헌법재판은 정치적 대상과 관련되며, 헌법재판소의 재판관들은 일정한 정치기관들에 의하여 임명될 뿐 아니라 헌법재판소의 판결들은 상당히 광범위한 정치적 효력을 발휘한다고 하는 의미에서 헌법재판소는 정치적인 사법 기관이라고 할 수 있다. Dieter Grimm이 지적하는 바와 같이 법과 정치는 양극을 형성하고 있을 뿐이지 서로 단절되어 있지는 않으며 이러한 프리즘내에서 헌법재판은 이루어지고 있다. 법제정과 법적용은 원리적으로가 아니라 다만 점층적으로만 구분되며 그리고 바로 헌법 영역에서의 사법작용은 사회적 형성을 불가피하게 수반하기 때문에, 정치와 법을 대립시킴으로써 헌법재판의 한계를 그으려고 하는 시도는 포기되어야 한다는 것이다.¹²⁾

그리고 미국 최고법원에 의해서 전개된 정치문제이론(political question doctrine)은 독일 기본법하에서는 일반적으로 단호히 거부

in: FS für Gebhard Müller, 1970, S. 355 ff. (363).

9) BVerfGE 6, 222 (240).

10) Hans-Peter Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103 ff. (2103); ders., Richter oder Schlichter? - Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor, in: FS für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 293 ff. (297 f.).

11) 이에 대하여 비판적으로는 Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff.(2104); ders., Richter oder Schlichter?, in: FS für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 293 ff. (298).

12) Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, München 1977, S. 83 ff. (99).

되고 있다.¹³⁾ 헌법은 그 광의성과 개방성에도 불구하고 전체적으로 판결규범¹⁴⁾이 될 수 있을 뿐 아니라 연방헌법재판소에 대하여 그 권한 내에서 판결할 것을 강제하고 있기 때문이라는 것이다.¹⁵⁾

다음으로 사법자제의 원칙(judicial self-restraint)¹⁶⁾에 대하여서도 이는 헌법재판소의 헌법에 대한 구속을 포기¹⁷⁾하는 것일 뿐 아니라, 명시적으로 규범적이고 통제가능한 기준에 대한 연구를 포기하는 것이며 이는 기껏해야 재판관들에 대한 직업윤리적인 촉구에 지나지 않는 것으로서 권한에 대한 권한(Kompetenz-Kompetenz)을 재판관들의 주관적인 현명성에 떠넘기는 이론¹⁸⁾에 지나지 않는다고 지적되고 있다. 헌법재판소의 권한행사를 확대할 때도 보통 이러한 사법자제원칙을 명시적으로 원용하면서 이루어지고 있다는 것이다. 사법판단가능성(Justitiabilität)과 관련한 사법자제의 원칙은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유를 존중하기 위한 첫걸음이라고 볼 수는 있지만 기능법적 관점에서 이는 더욱 구체화되고 세분화되어야 할 필요가 있다.¹⁹⁾

13) 반대의견으로서는 Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104); Ulrich Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, DÖV 1980, S. 473 ff. (479); Willi Geiger, Zeidler, EuGRZ 1988, S. 207 ff. (216); Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Hannover 1980, S. 20 f.; Bodo Pieroth, Rechtsverweigerung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen, VerwArch 1977, S. 217 ff. (230 f.); Michael Piazzolo, Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen, München 1994, S. 55 ff.; 이에 대하여 긍정적 의견으로는 Rudolf Dolzer, Verfassungskonkretisierung durch das BVerfG und durch politische Verfassungsorgane, S. 27 ff. 참조.

14) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104); ders., Richter oder Schlichter?, in: FS für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 293 ff. (298).

15) Alfred Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr. 91.

16) BVerfGE 36, 1 (14); 39, 1 (69) - Rupp-v. Brünneck 재판관의 소수의견 참조.

17) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, München, 1995, Rdnr. 570.

18) Alfred Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr. 92.

19) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2103)| Konrad Hesse, Grundzüge des

마지막으로 법학 방법론²⁰⁾의 추구를 통해서도 헌법재판의 한계는 해명되지 않는다고 지적되고 있다.²¹⁾ 왜냐하면 모든 그 밖의 국가기관들도 연방헌법재판소와 마찬가지로 헌법에 구속되며 그리고 헌법해석의 일정한 법칙에 따라 헌법을 해석할 자격이 있을 뿐 아니라 더 나아가 해석할 의무도 갖기 때문이다.²²⁾ Luhmann을 인용하며 Rinken은 전통적인 법해석학적 고찰 방법의 본질적인 결함을 다음과 같이 지적하고 있다. 즉 결과로서의 법적 결정만을 일방적으로 강조하게 되면 결정 과정을 전반적으로 등한시하게 되고 또한 법관의 결과책임문제를 무시하게 된다는 것이다.²³⁾ 헌법재판의 한계와 헌법 해석의 한계를 동일시하는 견해는 후자가 헌법재판소로 하여금 구체적인 경우에 타기관에 대하여 자기의 헌법 해석을 강요하고 헌법해석의 우선권을 사실적인 해석의 독점권으로 변질시키며 자기의 본래적 기능을 오인한 채 타기관의 권한을 침해해도 이를 저지하지 못한다는 점을 간과하고 있다는 것이다.²⁴⁾ Gerhard Zimmer도 지적하기를 방법론적으로 올바른 추구라 하더라도 인식

Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland, München 1995, Rdnr. 570; ders., Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 311 ff.; ders., Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers(이하에서는 Die verfassungsgerichtliche Kontrolle로 약칭), in: Herta Däubler-Gmelin (Hrsg.), FS für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 541 ff. (542).

20) E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089 ff.
 21) 회의적으로 Wolfgang Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation, Der Staat 13 (1974), S. 335 ff. (346, 351).
 22) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104); ders., Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 31.
 23) Alfred Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr. 96; 그밖에 F. Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966에 대하여 비판적으로 Gerhard Zimmer, Funktion - Kompetenz - Legitimation, Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, Berlin 1979, S. 137.
 24) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104); ders., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 39 (1981), S. 191 f.

상의 올바름은 권한상의 올바름을 희생하고서 얻어지거나 또는 단지 주장될 수 있을 뿐이라는 위험이 있다는 것이다. 즉 방법론이 헌법적 권한을 침해할 수 있다는 것이다. 이러한 인식은 헌법재판이나 기타 사법기관들의 기능 영역을 확정하는데 있어서 중요한 의미가 있다.²⁵⁾ Rinken은 현대의 복잡한 법적 연구의 본질적인 문제영역에 대한 방법론적 패러다임의 한계는 패러다임의 변화를 초래하였다고 보고 있다.²⁶⁾ Rinken에 따르면 이러한 패러다임의 변화에 의하여 불완전했던 법학적 시야가 포괄적인 법제정론의 방향으로 넓혀지고 있는데, 이는 법실현의 전체과정을 반영하며, 입법론과 헌법론, 절차론, 조직론에 대하여 개방된 법학 방법론(juristische Methodik)이 여기에 그 분과로서 소속된다는 것이다.

그 동안 사법권²⁷⁾ 일반과 특별히 헌법재판²⁸⁾의 기능법적 한계를 밝히려는 여러 가지 시도들이 문헌상 폭넓은 지지를 얻어 왔고²⁹⁾

25) Gerhard Zimmer, aaO, S. 124.

26) 이하에 관해서는 Alfred Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr. 98 m.w.N. 참조.

27) Hans-Peter Schneider, Richterrecht. Gesetzesrecht und Verfassungsgericht, 1969; ders., Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 1975, S. 443 ff.

28) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff.; Konrad Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 311 ff.; ders., Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, S. 265 ff.; Wiltraut Rupp-v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 1977, S. 1 ff.; Wolf-Rüdiger Schenke, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, S. 1321 ff.; Gerhard Zimmer, aaO; Gunnar Folke Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungssintzerpretation, 1980; ders., Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191 ff.; Ulrich Scheuner, DÖV 1980, S. 473 ff.; Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Wolfgang Hoffman-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, München 1977, S. 83 ff.; Wolfgang Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, S. 207 ff.; Alfred Rinken, AK-GG, vor Art. 93, 94.

29) 앞의 주 참조; 그밖에 정치학적 내지 사회학적 시각에서의 문헌으로는 Rainer Pitschas, Staatswissenschaftliche Analyse von Verfassungsgerichtsentscheidungen: Interdisziplinäre

또한 연방헌법재판소의 판례에 많은 영향을 주었는데, 연방헌법재판소 판례는 연방헌법재판소의 결정권한을 근거지우거나 또는 제한하는 많은 성과 있는 기능법적 논거들을 제공해 주고 있기 때문에 그것은 이러한 방향으로의 연구의 중요한 계기를 제공해 주고 있다.

Hans-Peter Schneider가 잘 지적하고 있듯이 국가 기능의 구조 내에서의 헌법재판의 과제와 기능을 규정하는 문제는 실체적(materiell), 제도적(institutionell) 및 기능적(funktionell) 관점에서 고찰될 수 있다.³⁰⁾ 헌법의 실체법적 특성, 즉 헌법의 광의성, 개방성, 불완전성³¹⁾으로부터 헌법재판의 효력을 상대화해야 할 필요가 주어진다. 연방헌법재판소는 보통 타기관에 의한 가능한 조문해석의 여지를 존중해야 한다. 따라서 연방헌법재판소의 심판은 최종적 구속력은 있지만(letztverbindlich) 최종적 결정이라고 하는(letztinstanzlich) 의의까지 가지는 것은 아니라는 것이다. 제도적 여건(권한, 청구의 요건, 작업방식)상 항상 문제중심적이고 개별사례와 관련되어 있으며, 청구에 종속되어 있고 구체적인 사건내용을 근거로 해서 이루어지는 헌법재판의 효력 범위는 축소되어야 한다는 것이다. 그러한 한 헌법재판소의 심판은 일반적 효력을 갖지만 모든 것을 포괄하는 성격까지 지닌 것은 아니다. 끝으로 헌법재판은 여러

Effektivitäts - Implementations- und Evaluationsforschung als Grundlage einer folgenorientierten Verwaltungsrechtsdogmatik, in: Thomas Raiser/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden, 1990, S. 190 ff.; 이에 반해 비판적으로는 Klaus Schlaich, Das BVerfG, Rdnr. 470 ff.; Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992; Gerd Roellecke, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, §53, Rdnr. 34 ff.

30) 이하 Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104) 참조.

31) Hans-Peter Schneider, Die Verfassung - Aufgabe und Struktur, AöR 1974, Beihet 1, S. 77 ff.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Heidelberg 1995, Rdnr. 19 ff.

가지 기능적인 제약들(절차, 조직, 정보 수집, 문제분석, 판단획득, 정당성)³²⁾ 가운데서 재판관들의 평의에 의하여 이루어지고 있다는 점이다. 그리하여 헌법재판소는 그 구조와 구성을 고려해 볼 때, 정치적 공동체의 일정한 문제들은 사리에 맞게 해결하기 힘들다는 것이다. 이 경우에 연방헌법재판소는 다른 기관들의 행위제량을 불가피하게 받아들이지 않을 수 없다.³³⁾ 이와 관련하여 권한의 한계가 분명하지 않을 때, 기능법적인 관점은 법체정절차³⁴⁾와 기관구조로부터 권한을 역추론함으로써 핵심영역 밖에 속한 권한들간의 한계 설정의 문제를 해결하는데 도움을 주고 있다. 의심스러운 경우에는 당해 결정에 구조적으로 가장 가까운 기관이 결정권한을 갖는다는 것이다.³⁵⁾ 이러한 기능법적 관점은 그 사이에 많은 호응을 불러 일으켰지만, 이러한 기능법적 방법이 기존의 판례의 기능적 정당성을 사후적으로 분석하는 것뿐 아니라, 동시에 재판관들이 심판을 함에 있어서 도움이 될 만한 지침을 제공하고, 기능적으로 정당한 근거들을 제공할 수 있는지는 아직 확실히 입증되지 않았다고 지적된 바 있다.³⁶⁾ 헌법재판소 스스로가 자신의 결정권한을 근거지우고 제한하기 위해서 어떠한 기능법적 논거들을 사용하고 있는가의 방향으로 그 판례를 면밀히 분석³⁷⁾하면 이로부터 헌법재판소의 다른 국가기관에 대한 통제에 있어서 기능적으로 정당한 통제의 기준을 끌어낼 수 있는데 이러한 점에 착안하여 아래에서는 독일 연방헌법재판소가 특히 입법자를 통제함에 있어서 사용한 논거들은 주로 분

32) Hans-Peter Schneider, DÖV 1975, S. 443 ff. (446).

33) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104).

34) Hans-Peter Schneider, DÖV 1975, S. 443 ff. (449).

35) Alfred Rinke, AK-GG, vor Art. 93, Rdnr 99.

36) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2104); 이에 대하여 비판적으로는 Klaus Schlaich, Das BVerfG, Rdnr. 489 ff.

37) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2105).

Ⅲ. 연방헌법재판소 판례의 분석과 비판

1. 입법자의 예단결정(Prognoseentscheidung)에 있어서의 통제기준

법률의 효력 범위가 대단히 넓어서 그 법률의 장래의 효과가 불확실하다는 사유만으로 그러한 법률을 입법자가 제정할 수 없는 것은 아니다. 거꾸로 법률의 효과가 불확실하다는 것만 가지고서 입법자의 예단의 자유가 헌법재판소의 통제로부터 벗어날 수 있는 것은 아니다. 예단(Prognose)은 항상 개연성판단(Wahrscheinlichkeitsurteil)을 포함하는데 그 판단의 기초는 입증될 수 있고, 있어야만 하며 이에 대한 평가가 배제되는 것은 아니다. 연방헌법재판소 판례에 따르면 입법자의 예단(Prognose)을 심사하는데 있어서 입법자가 헌법상 요구되는 조건들을 만족시키지 못한 경우에만 비로소 입법자와 다른 평가를 내릴 수 있다고 한다. 입법자는 사실적 발전을 예단함에 있어서 형성의 자유를 갖는다. 이러한 형성의 자유의 범위는 여러 가지 요인, 즉 언급되고 있는 사항영역의 특성, 충분히 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성, 그리고 위험에 처해 있는 법익의 중요성 등에 달려 있다고 한다. 이에 따라 연방헌법재판소는 유명한 1979년 3월 1일의 공동결정판결(BVerfGE 50, 290)에서 동재판소가 입법자의 예단을 판단함에 있어서 소위 명백성통제로부터 납득가능성통제 및 내용 통제에 이르는 세분화된 통제 기준을 기초로 하고 있음을 밝히고 있다.

가. 명백성통제(Evidenzkontrolle)

위 공동결정판결에서 연방 헌법재판소는 기본조약판결(BVerfGE 36, 1), 안정화기금판결(BVerfGE 37, 1), 화물운송법판결(BVerfGE 40, 196)을 소위 명백성 통제를 사용한 판례의 예로서 들고 있다.

먼저 1973년 7월 31일의 유명한 기본조약 판결(BVerfGE 36, 1)에서 연방헌법재판소는 통일은 하나의 헌법적 명령임을 전제로 하면서도 그러나 통일을 이루기 위해서 어떠한 길이 올바르고 합목적적인가의 문제를 결정하는 것은 정치적 기관에 맡겨져야 한다고 설명하고 있다. 기본법상 자유민주적 기본 질서와 그 제도의 보호를 의무로 하고 있는 헌법기관들은 특정한 헌법적 조치들이 통일을 법적으로 저해하거나 사실적으로 불가능하게 하겠는지와 이러한 이유로 중단되어야 하지 않는지를 결정해야 한다는 것이다. 이 점에서 특히 입법자는 광범위한 정치적 재량을 갖는다는 것이다. 입법자가 이러한 재량의 한계를 명백하게 유월하는 경우에 그리고 그의 조치가 법적으로나 사실적으로 자유로운 가운데서의 통일을 명백히 저해하는 경우에만 연방헌법재판소는 입법자에 대응할 수 있다는 것이다.³⁸⁾

한편 포도주상인들에게 공과금을 부과하기 위한 “포도주에 대한 안정화기금”을 규정하고 있는 포도주유통법³⁹⁾ 제16조 제1항 제2호 제1문의 위헌여부에 대하여 결정하고 있는 1974년 3월 5일의 안정화기금판결(BVerfGE 37, 1)에서 입법자가 그 입법목적실현의 수단을 규정하고 있는 동법 제9조 제2항이 입법자의 입법 목적의 테두리를 벗어나지 않고 있으며 따라서 헌법적으로 문제되지 않는다고

38) BVerfGE 36, 1 (17).

39) 1968년 5월 9일자 포도주유통지역에 대한 조치법 (Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Weinwirtschaft [Weinwirtschaftsgesetz] in der Fassung vom 9. Mai 1968 [BGBl, I S. 471]).

하고 있다. 입법자는 그가 특정한 과제에 착수해야 할지와 그리고 이것을 어떻게 실현해야 할지를 결정함에 있어서 넓은 규율의 재량(Regelungsspielraum)을 갖는다는 것이다. 입법자의 고려가 그의 조치를 위한 하등의 합리적 근거를 제공해 줄 수 없을 정도로 명백하게 잘못된 경우에만 이 재량은 일탈될 수 있다는 것이다.⁴⁰⁾ 경제규제적인 조치를 선택하고 기술적으로 이를 구체화함에 있어서 입법자는 넓은 재량의 여지를 가지며, 입법자가 똑같이 효과적이면서도 경제적으로 활동하고 있는 개인의 자유 영역을 보다 적게 제한하는 다른 수단을 구사할 수 있다는 것이 확실히 인정되는 경우에만 이 법적 규제는 과도한 제한이며 따라서 위헌일 수 있다는 것이다.⁴¹⁾

다음으로 연방 헌법재판소가 인용하고 있는 판례는 1969년 12월 22일의 화물운송법⁴²⁾ 제9조 제1항 등에 관하여 제기된 헌법 소원에 대한 결정(BVerfGE 40, 196)이다. 이 결정에서 연방 헌법재판소는 동 법 조항을 생산물의 운송을 위해서 투입되는 가구운송차량에까지 수적 제한을 확대하는 한에서 기본법 제12조 제1항(직업의 자유)에 불합치하며 이에 따라 동법 제78조 제2항 제5호도 역시 기본법 제12조 제1항에 위배된다고 선언하였는데 판결이유에서 경제정책적 조치들과 관련하여 수단의 적합성은 조심스럽게 심사되어야 한다고 전제하고 철도의 차량적재부담을 해소하고 개선하는 데에 있어서 할당제(Kontingentierung)는 객관적으로 적합하지 않다는 입장을 보였다.⁴³⁾

위 판례들을 보면 주로 입법자에게 정치적 재량이나 경제정책적

40) BVerfGE 37, 1 (20).

41) BVerfGE 25, 1 (19 f.); 30 292 (319)를 인용하며 BVerfGE 37, 1 (21).

42) 1969년 12월 22일자 화물운송법 (Güterkraftverkehrsgesetz in der Fassung vom 22. Dezember 1969 [BGBl. 1970 I S. 2]).

43) BVerfGE 40, 196 (222 f.).

재량이 인정되는 경우에, 즉 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 경우에 헌법재판소는 입법자가 추구하는 목적을 위해서 취한 수단이 명백히 부적합하거나 잘못인가만을 심사하고 그렇지 않을 경우에는 그 결정을 존중한다고 하는 점에서 명백성통제를 사용하고 있다고 할 수 있다.

국가기관은 헌법재판소가 명백성 통제로 만족할 때 가장 큰 행위의 자유가 인정된다. 이러한 기준은 단지 국가기관이 헌법의 최대한의 한계를 유지하였는지에 대해서만 심사하는 것이다. 공권력의 결정이나 조치가 “명백히” 헌법을 침해한 경우에만 이것이 위헌으로 선언되는 것이다. 그렇지 않은 모든 경우에 있어서 국가기관은 자기의 결정에 대하여 “기능적 정당성(funktionelle Richtigkeit)의 추정을 받게 된다는 것이다.⁴⁴⁾

하지만 연방 헌법재판소의 판례를 자세히 분석해 보면 이러한 명백성 통제의 독자성을 의심케 하는 많은 판례들을 볼 수 있다. 즉 명백성을 나타낸다고 볼 수 있는 일련의 표현들이 이와 결부된 통제기준으로서 반드시 명백성통제일 것을 요구하지 않고서도 다양하게 쓰이기 때문이다.⁴⁵⁾ 공동결정판결에서 연방헌법재판소가 명백성 통제의 예로서 든 위의 세 가지 판결들 중 뒤의 두 판결들은 납득 가능성통제를 사용한 사례로 든 판례에서 인용되고 있는 점은 후술하는 바와 같다. 연방 헌법재판소가 평등의 원칙 위반에 대한 심사에 있어서 자의금지를 기준으로 하고 있는 경우에는 명백성통제가 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 하지만 연방헌법재판소는 명백성의 기준을 비례의 원칙 심사⁴⁶⁾에 있어서나 법률의 목적유용성

44) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2105).

45) Kostas Chryssogonos, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Berlin 1987, S. 180 f.

46) BVerfGE 65, 1 (52); 비례의 원칙심사에서의 명백성통제에 관하여는 Hans-Peter Schneider,

(Zwecktauglichkeit)⁴⁷⁾의 통제에 있어서도 사용하고 있다. 그리고 변화된 사실적 상황에 법률을 적용시키는 것이 문제가 된 사례⁴⁸⁾에 있어서도 연방헌법재판소는 명백성통제를 기초로 하여 사법적 자체를 수행하고 있다. 연방헌법재판소는 애초에 합헌이던 법률이 상황의 변화에 따라 헌법적으로 더 인용될 수 없도록 되었고 입법자가 그럼에도 불구하고 이에 대하여 대처하지 않고 있거나 잘못된 개선 조치를 내렸다는 것이 명백한 경우에 비로소 개선 의무의 헌법적 위반이 확인될 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾ 하지만 복잡한 사태의 규율에 대한 통제에 있어서는 연방헌법재판소의 통제가 납득가능성통제를 기초로 삼고 있다고 하는 점에서 도대체 이 명백성통제가 납득가능성통제와 어떻게 구별되는지가 불분명하다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 입법자의 예단이 납득할 만하기 때문에 그가 단순한 명백성통제에 그쳐야 할지는 결정할 필요가 없다고 지적하고 있는 바,⁵⁰⁾ 재판소 자신도 이에 대한 분명한 답을 유보하고 있는 것 같다. 뿐만 아니라 명백성기준은 때로는 법률의 객관적 위헌성을 확인하기 위해서 뿐 아니라 입법자의 주관적 비난가능성을 근거지우기 위해서도 사용된다.⁵¹⁾ 경우에 따라서 연방헌법재판소는 결과를 고려하여 법률의 위헌을 은폐하고 이를 구제하는⁵²⁾ 수단으로서 명

NJW 1980, S. 2103 ff. (2106) 참조.

47) BVerfGE 86, 90 (109); BVerfGE 13, 97 (113); 30, 250 (263 f.)을 인용하며 71, 206 (215) 참조.

48) 촉구판결에서는 BVerfGE 15, 337; 16, 130; 경고판결에서는 BVerfGE 16, 147 (187 f.); 65, 1; 78, 249 참조.

49) BVerfGE 56, 54 (81); Peter Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: FS für Kurt Eichenberger, S. 481 ff. (487).

50) BVerfGE 50, 290 (333); 57, 139 (160).

51) BVerfGE 15, 337 (351).

52) Christian Pestalozza, "Noch verfassungsmäßige" und "bloß verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Festgabe BVerfG, BVerfG und GG I, Tübingen 1976, S. 519 ff. (551): "명

백성기준을 사용하기도 하였다. 그러한 한 명백성은 그 통제기준으로서의 독자성에 의심의 여지가 있다고 하겠다. 오히려 이 명백성 기준은 일반적인 사법적 자제의 도구로서 쓰여져 오지 않았는가 생각된다. 아울러서 만약 헌법이 보다 분명한 기준을 제시하고 있는 경우에는 헌법재판소가 자신의 과제를 불충분하게 이행하면 안 된다고 하는 점에서 원칙적으로 회의적이 되지 않을 수 없다는 점도 지적되어야 할 것이다.⁵³⁾

나. 납득가능성통제(Vertretbarkeitskontrolle)

다음으로 연방 헌법재판소가 공동 결정 판결에서 납득 가능성 통제를 실행한 예로서 든 판례는 제분소법판결(BVerfGE 25, 1),⁵⁴⁾ 무역차단법(Absicherungsgesetz: BVerfGE 30, 250)판결,⁵⁵⁾ 제분소구조법판결(BVerfGE 39, 210)⁵⁶⁾이다.

우선 1968년 12월 18일의 제분소법판결(BVerfGE 25, 1)인데 연방 헌법재판소가 적시한 부분을 자세히 살펴보면 이는 명백성통제의 예로 든 안정화기금판결(BVerfGE 37, 1)⁵⁷⁾이 인용한 판례라고 하는 것을 알 수 있다. 즉 입법자가 대처하지 않는 경우에 위협을 초래할 만한 변화에 대한 입법자의 판단이 그의 조치에 대하여 합리적으로 아무런 근거를 부여해 줄 수 없을 정도로 경제법칙이나 실제적 경험에 배치되는 것은 아니라⁵⁸⁾는 것인데 이는 명백성통제의

백성은 재판소가 법률을 구하기 위해서 여러 가지 방법으로 동원한 개념(Figur)이다.”

53) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103ff. (2105); Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, S. 541 ff.; Apostolos Gerontas, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, zugleich ein Beitrag zum Grundsatz des "Judicial Self-Restraint", Diss. Regensburg, 1981, S. 241 ff. m.w.N. 참조.

54) BVerfGE 25, 1 (12 f., 17) 이 판결에 대하여서는 졸고, 독일연방헌법재판소에 의한 경과규정, 심천주회열박사화감기념논문집, 공법학의 현대적 지평, 1995, 436면 이하 (516 이하)참조.

55) BVerfGE 30, 250 (263).

56) BVerfGE 39, 210 (22 f.).

57) BVerfGE 37, 1 (20).

일례에 지나지 않는다. 1971년 3월 9일의 무역차단법⁵⁹⁾결정(BVerfGE 30, 250)도 역시 안정화기금판결(BVerfGE 37, 1)이 명백성통제를 실행하면서 인용한 판례중의 하나이다. 즉 법률적 조치는 그것이 잘못된 예단을 기초로 하고 있다고 해서 그대로 위헌으로 간주될 수는 없다는 것이다. 그리고 법률이 입법자가 추구하는 목적에 적합한가에 관한 문제는 실제로 추후에 나타나게 된 변화에 따라서 판단할 것이 아니라 특정한 조치가 설정된 목적을 달성하는데에 적합하였다고 입법자가 나름대로 생각해도 되었는지, 다시 말해서 경제정책적 상황에 대한 판단에 있어서 입법자의 예단이 사리에 맞고 납득할 만한 것이었는지에 대하여서만 판단할 수 있다는 것이다.⁶⁰⁾ 곧 이어서 연방헌법재판소는 하나의 조치가 목적에 부합한지의 문제를 항상 매우 제한적으로만 다루어 왔고 그때 그때 투입된 수단이 “객관적으로 무용”⁶¹⁾하였는지, “객관적으로 부적합”⁶²⁾ 또는 “완전히 부적합”⁶³⁾하였는지만을 심사하여 왔다고 부연하고 있다. 그러나 이것은 바로 명백성 통제를 나타내는 대표적인 표현들이라고 할 수 있다. 다음으로 1975년 3월 19일의 제분소구조법⁶⁴⁾에 관한 결정(BVerfGE 39, 210)에서도 위에서 언급한 제분소법 판결에서 전개된 법리가 다시 인용되고 있다. 즉 입법자의 법제정시에 공익을 해할 위험이 초래될 가능성이 희박한 것으로 보인다고 하더라도 그가 대처하지 않는 경우에 위험을 초래할 만한 변화에 대한 입

58) BVerfGE 25, 1 (17).

59) 1968년 11월 29일의 경제 안정 및 성장촉진에 관한 법률 제4조에 따른 대외무역차단을 위한 조치법 (BGBl, I S. 1255).

60) BVerfGE 30, 250 (263).

61) BVerfGE 16, 147 (181)를 인용하며.

62) BVerfGE 17, 306 (317)를 인용하며.

63) BVerfGE 19, 119 (126 f.)를 인용하며.

64) 1971년 12월 22일의 제분사업의 생산력있는 구조 형성을 위한 최종적 조치에 관한 법률 (BGBl, I S. 2098).

법자의 판단이 그의 조치에 대하여 합리적으로 아무런 근거를 부여해 줄 수 없을 정도로 경제법칙이나 실제 경험에 위배되지 않는 한, 입법자가 적시에 필요한 조치를 발하는 것을 막지 못한다⁶⁵⁾는 것이다. 이것은 이미 지적하였듯이 명백성 통제의 범리 중 하나라고 할 수 있을 것이다.

어쨌든 위에서 든 판례들을 종합적으로 고찰하면, 헌법재판소의 판단시점에서 경제규제적 처분법 등 입법자의 경제정책적 조치가 달성하고자 하는 목적에 적합하지 못한 것으로서 판단된다 하더라도 이것을 기준으로 입법자를 판단할 것이 아니라 입법당시의 예단이 납득할 만한 것이었는지를 기준으로 판단해야 한다는 것으로 이들은 입법자의 예단에 대한 통제에 있어서 입법자에게 평가의 우선권(Einschätzungsprärogative)을 인정하는 것을 내용으로 하고 있는 판례들이라고 할 수 있다.

요컨대 납득가능성의 기준은 입법자가 도달가능한 자료들에 대하여 사리에 맞게 그리고 납득할 만하게 판단하려고 노력하여야 한다는 것이다. 입법자는 제정하려고 하는 법규의 향후효과 내지 작용들을 가능한 한 제대로 평가하고 헌법에의 위반을 피하기 위해서 그가 접근할 수 있는 판단 자료들을 모두 망라하여야 한다는 것이다. 결국 이것은 일종의 입법 절차에 대한 요구라고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 이러한 요구가 충족이 되면 내용적인 납득 가능성의 전제도 동시에 충족된다. 그러한 한 이는 헌법재판소가 위헌 심사에서 존중해야 하는 입법자의 평가의 우선권의 존중이라고 할 수 있다.⁶⁷⁾

납득 가능성 통제는 국가기관은 결코 자신의 구조에 맞지 않는

65) BVerfGE 25, 1 (17); 38, 61 (87)을 인용하며.

66) Gunter Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: FS für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S. 173 ff.

67) BVerfGE 50, 290 (334); 73, 40 (91 f.).

기능은 수행해서는 안 된다고 하는, 권력분립원칙에 뿌리를 두고 있는 기능법적 통제기준이라고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 그리고 이로써 “제도적 정당성”(institutionell Richtigkeit)이 추정되고 있다. 하지만 이러한 납득가능성 통제에 대하여서는 이러한 방법으로 연방헌법재판소가 다른 국가기관으로 하여금 지속적이고 그리하여 결국 일회적인 내용통제를 행하는 것보다 더욱 강력하게 구속하는 추가적인 주의 의무를 부과시킬 위험이 있다고 지적되고 있다.⁶⁹⁾ 최근의 연방헌법재판소 판례에 따르면 이러한 지속적인 구속은 법률을 제정함에 있어서는 물론 제정한 후에도 기본법 제20조 제3항에 따라 헌법질서에 계속적으로 구속되는 데서 나오는 것이며 따라서 입법자는 제정 당시에는 합헌적이던 법률이 사실적 상황의 변화에 의하여 위헌으로 되고 있는지에 관하여 계속적으로 검토(Überprüfung)하고 관찰(Beobachtung)할 의무가 주어진다라는 것이다.⁷⁰⁾

다. 내용적 통제(Inhaltskontrolle)

연방헌법재판소가 공동결정판결에서 내용적 통제를 적용한 판례로 든 것은 약국판결(BVerfGE 7, 377),⁷¹⁾ 의료보험가입의사판결(Kassenärzte: BVerfGE 11, 30),⁷²⁾ 의약품법판결(BVerfGE 17, 269),⁷³⁾ 첫 번째 낙태판결(BVerfGE 39, 1),⁷⁴⁾ 무기징역판결(BVerfGE 45, 187)⁷⁵⁾이다.

우선 1958년 6월 11일의 약국판결(BVerfGE 7, 377)에서 결정적인

68) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2105).

69) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2105); Alfred Rinke, AK-GG vor Art. 93, Rdnr. 113 참조.

70) BVerfGE 88, 203 (310).

71) BVerfGE 7, 377 (415).

72) BVerfGE 11, 30 (45).

73) BVerfGE 17, 269 (276 ff.).

74) BVerfGE 39, 1 (46, 51 ff.).

75) BVerfGE 45, 187 (238).

문제는 바이에른지방 약국법상 약국의 수적 제한을 폐지할 경우에 우려하는 현상들이 나타나고 이에 따라서 국민 건강이 해쳐질 위험에 처할 수 있을 정도로 정량의 약품의 조달에 문제가 초래될 것이지라고 하면서 연방 헌법재판소는 이러한 위험이 초래되리라고는 확신할 수 없다는 입장을 밝히고 있다. 즉 연방 헌법재판소는 이러한 제한이 폐지될 경우에 벌어질 현상들에 대하여 독자적인 예단을 전개하고 있다. 이와 관련하여 입법자의 재량이나 형성의 자유에 대한 언급은 찾아볼 수 없다.

1960년 3월 23일의 보험 가입 의사 판결(BVerfGE 11, 30)에서 연방 헌법재판소는 보험 가입 의사의 정원을 비례제를 근거로 하여 제한하고, 그때그때 지원자에 의하여서만 자리를 얻을 수 있도록 한 1955년 8월 17일의 보험 가입 의사법에 관한 법률에 따른 제국 보험법제368a조 제1항 제1문은 허가를 받지 못한 의사들이 직업선택의 자유를 제한 받을 정도로 그들의 직업 활동을 제한하고 있기 때문에 헌법 소원을 청구한 관계 의사들의 기본법 제12조 제1항(직업의 자유)의 기본권을 침해하고 있으며 따라서 의사와 관계되는 한 무효라고 선언하였다.⁷⁶⁾ 연방헌법재판소는 이와 관련하여 다음과 같이 연방정부와 지방정부가 주장하고 있는 바를 받아들이지 않고 있다. 연방정부와 지방정부들의 주장에 따르면 만약 이미 개업하고 있는 모든 의사들에 대하여 의료보험에의 가입을 무제한적으로 허가하게 되면 다수의 의료보험 가입 의사들이 그들의 생존을 위협받을 정도로 이미 허가를 받은 보험가입의사들의 평균수입이 줄어들게 될 것이고 결과적으로 의사들은 엄청난 경쟁을 하게 될 것이며 의사들의 직업 윤리의 하락, 초과 근무의 상승, 처방전의 남발 등의 문제가 발생하게 될 것이라는 것이다. 보험 가입 의사들이

76) BVerfGE 11, 30 (31).

경제적인 비상사태는 결과적으로 의사들에 대한 반대급부와 동시에 의료 보험료를 인상하도록 할 수밖에 없는 강력한 정치적 압박이 될 것이며 최종적으로는 보험 가입 의사의 무제한적인 허가는 그들의 생존을 위협할 정도로 과중한 부담을 수반하게 될 것이라는 것이다. 그러나 연방 헌법재판소는 이러한 위험이 그렇게 우려할 만한 정도로 존재한다고 확신할 수 없었다고 밝히고 전문 감정인의 통계를 제시하며 입법자와는 상이한 예단을 하고 있음을 볼 수 있다.⁷⁷⁾

그리고 1961년 5월 16일의 의약품 유통에 관한 법률⁷⁸⁾ 제36조 제2항 제1문이 농림업회사나 청과물, 포도, 양봉과 어업회사에서 수의약품의 조달을 금하고 있는 한, 이 규정은 청구인의 기본법 제12조 제1항으로부터 나오는 기본권을 침해하고 있다고 선언하고 있는 1964년 3월 4일의 의약품법판결(BVerfGE 17, 269)에서도 연방헌법재판소는 연방정부가 제출한 의견과는 달리 수의약품대표자의 활동에 의하여 중대한 공익적 사항에 대한 위험이 초래되리라고 확신할 수 없었다고 하고 있다.⁷⁹⁾

한편 1975년 2월 25일의 첫 번째 낙태 판결(BVerfGE 39, 1)에서 연방 헌법재판소는 임신후 첫 12주내의 임신중절을 일정한 조건하에서 처벌하지 않도록 하고 있는 소위 제5차 형법개정법률에 의한 형법 제218a조의 소위 기간 규정이 기본법에 합치하는가의 문제와 관련하여 이를 위한 무효선언하였다. 판결이유에서 연방헌법재판소는 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 형벌을 과하는 것은 원칙적으로 입법자의 결정 사항이다. 입법자는 원칙적으로 요청되는 임신중절

77) BVerfGE 11, 30 (45).

78) BGBl, I S. 533.

79) BVerfGE 17, 269 (276 ff.).

의 불허를 최후수단(ultima ratio)인 형벌의 위협이 아닌 다른 방법으로 표현할 수 있다. 그러나 달리 효과적인 생명보호가 이루어질 수 없을 경우에는 이러한 최후수단이 동원되어야 한다는 것이다.⁸⁰⁾ 한편 연방헌법재판소는 태아를 보호해야 할 헌법적 요청은 우선적으로 입법자의 과제이나 입법자가 이러한 요청을 수행하였는지를 확인하는 것은 기본법에 의하여 연방헌법재판소에게 주어진 과제로 하고 있다. 그리고 재판소는 법제정에 있어서 기초가 되는 사실적 상황에 대한 판단이나 필요한 예단과 수단의 선택에 있어서 주어지는 입법자의 재량영역을 주의깊게 존중해야 하며 입법자를 대신해서는 안되지만 입법자가 보호해야 할 법익에 대한 위협을 방지하기 위해서 그에게 주어진 가능성의 테두리 내에서 필요한 사항을 수행하였는지를 검토하는 것은 헌법재판소의 과제라는 것이다.⁸¹⁾

그리고 1977년 6월 21일의 무기징역판결(BVerfGE 45, 187)에서 연방헌법재판소는 살인죄에 대한 무기징역을 규정하고 있는 독일형법 제211조 제2항이 간교하게 또는 다른 범죄를 은폐하기 위해서 사람을 죽인 자가 살인자로서 무기징역에 처해지는 한, 판결이유에 적시한 내용에 따라 기본법에 합치한다고 합헌적 법률해석을 하였다. 판결 이유에서 연방헌법재판소는 무기징역이 수형자의 인격과 건강에 미치게 될 심각한 상해의 결과를 초래할 것인가에 관한 찬반양론의 대립에 직면하여 문제는 어느 정도 충분히 믿을 만한 연구에 의하여 입증될 수 있지 않다는 데에 있다고 하면서 모든 상황을 고려해 볼 때 원칙적으로 무기징역의 경우 무기수의 인격에 기

80) BVerfGE 39, 1 (46 f.).

81) BVerfGE 39, 1 (51): 이러한 원칙에 대한 고백에도 불구하고 연방헌법재판소는 기능법적 자체의 결과에는 도달하지 못하였다. 이에 대하여 Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, S. 541 ff. (547 f.); 이밖에 1993년 5월 28일의 두 번째 낙태판결(BVerfGE 88, 203)에 관해서는 즐고, 앞의 논문, 443면 이하 참조.

형적 변화가 우려됨을 배제할 수 없다는 것이다. 이러한 상황에서는 헌법재판소의 심사에 자제가 요청된다는 것이다. 입법자로부터의 기본권의 보호는 연방 헌법재판소에 맡겨져 있고 따라서 재판소는 입법자의 법 해석에 구속되지 않는다는 것이다. 하지만 입법자의 평가와 사실적 판단이 의의를 가지고 있는 한, 원칙적으로 그것이 반증될 수 있을 경우에만 재판소는 이와 다른 입장을 취할 수 있다는 것이다. 물론 중대한 기본권 침해가 문제가 될 경우에도 사실에 대한 평가는 있어서의 불확실성으로 인해 기본권 주체에게 부담이 초래되어야 하는가는 회의적이라는 것이다.⁸²⁾ 어쨌든 무기징역에 처해진 자에게도 원칙적으로 다시 석방될 가능성이 주어지는 것은 인간다운 행형의 전제조건에 속하며, 사면가능성만으로는 불충분하고 법치국가원리상 무기징역의 집행이 정지될 수 있는 전제조건과 여기에서 적용되어야 할 절차가 법률적으로 규정될 필요가 있다고 하고 있다. 결론적으로 간교한 그리고 다른 범죄를 은폐시키기 위해서 사람을 죽이는 것을 형법 제211조 제2항에 따른 모살로 규정하는 것은 비례의 원칙에 지향된 제한적 해석에 의하면 기본법에 반하지 않는다는 것이다.⁸³⁾

이상의 판례들을 종합적으로 고찰해 보면 우선 생명이나 신체의 자유와 같은 기본권들이 관련되어, 관련된 법률에 의한 효과 내지 작용들이 충분한 개연성을 가지고 또는 확실하게 전망되어야 하는 경우와 그리고 직업의 자유와 같이 인간의 생존과 직결된 중대한 자유권을 제한하는 입법의 경우에 이 입법자의 예단은 엄격한 내용적 통제를 받고 있는 것을 알 수 있다.⁸⁴⁾ 헌법재판소의 해석 권한

82) BVerfGE 45, 187 (237 f.).

83) BVerfGE 45, 187 (238 ff.).

84) BVerfGE 50, 290 (333).

은 이러한 내용적 통제에 있어서 가장 광범위하게 인정되어, 이에 따라 다른 국가기관들의 정치적 행위나 결정의 재량들도 가장 강력하게 제한 받게 된다. 이 경우 공권력의 결정이나 조치들이 “실체적 정당성”(materielle Richtigkeit)의 측면에서 헌법과 합치하는지 여부에 대하여 포괄적으로 심사가 이루어진다.⁸⁵⁾ Hans-Peter Schneider가 지적하듯이 연방헌법재판소의 판례를 전체적으로 검토해 보면 개인의 기본권 문제가 전면에 등장하고 또한 이것이 인격적 자유권(거주이전의 자유, 생명, 신체불훼손권 등)과 인간의 기본적인 필요(의·식·주) 또는 생존적인 발전가능성(직업선택, 교육장소의 선택 등)이 관련되면, 항상 내용적 통제가 선호되고 있음을 볼 수 있다.⁸⁶⁾

이러한 세 가지의 통제기준은 비단 입법자의 예단결정의 통제에만 국한되는 것은 아니다. 연방헌법재판소의 판례를 자세히 분석해보면 이는 거의 모든 분야에서 입법자에 대한 헌법재판소의 통제수단으로서 쓰이고 있는 것을 알 수 있다. 최근의 연방헌법재판소 판례에 따르면 일반적 평등의 원칙을 기준으로 한 심사에 있어서도 상술한 바와 거의 비슷한 단계화 된 통제 강도를 사용하는 것을 알 수 있다.

2. 최근 판례에 따른 평등의 원칙을 기준으로 한 심사에 있어서의 통제기준

“모든 인간은 법 앞에서 평등하다”고 하는 기본법 제3조 제1항의

85) Hans-Peter Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103 ff. (2105).

86) Hans-Peter Schneider, NJW 1980, S. 2103 ff. (2105).

평등을 단순히 법적용상의 평등으로 이해하는 경우에는 평등의 원칙이 무엇을 의미하는가는 그렇게 어려운 문제가 아니다. 왜냐하면 법관이나 행정관청이 그 사람이 어떠한 사람이든간에 법률을 언제든지 차별 없이 적용하면 평등이 이루어지기 때문이다. 그러나 입법자도 헌법에 구속되는 한에서 적용되어야 하는 법 자체도 평등의 원칙에 부합해야 한다며, 이 평등의 원칙은 법제정상의 평등을 의미하고 법률은 고전적인 정의의 개념에 따라서 (본질적으로) 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 다루어야 한다. 그러나 무엇이 본질적으로 같고, 무엇이 본질적으로 다른가 하는 것은 결국 주관적 평가의 문제로 남게 된다.⁸⁷⁾ 이것은 법제정에 있어서 뿐 아니라 헌법재판소의 통제에 있어서도 마찬가지이다. 양 헌법기관은 모두 헌법에 구속될 뿐 아니라 또한 권력분립의 원칙에도 구속된다. 따라서 헌법재판소가 평등의 원칙을 기준으로 한 규범 통제를 함에 있어서 무엇이 같고 무엇이 다른가에 대한 자신의 평가를 무제한적으로 입법자에게 강요해서는 안 된다. 여기에서 평등의 원칙이 입법자에 대해서는 행위규범(Handlungsnorm)을 헌법재판소에 대해서는 통제규범(Kontrollnorm)을 의미⁸⁸⁾하기 때문에 헌법재판소는 입법자가

87) Konrad Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtssetzungsgleichheit, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff. 참조.

88) Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, S. 541 ff. (542, 557 f.): “입법자는 헌법적으로 연방 헌법재판소가 통제할 수 있는 것보다 더욱 많은 의무를 진다. 그는 정당한 평등 취급을 규정하는 법률을 제정해야 하며 또한 기본권적 자유를 필요한 만큼 그리고 모든 관점에서 보장하여야 한다. 이러한 과제에 대하여 헌법재판소의 통제는 단지 제한적으로만 가능하다거나 행위 규범과 통제 규범간의 범위가 일치하지 않는다고 하여서 입법자의 이러한 의무가 달라지는 것은 아니다.”; 이에 대하여 비판적으로는 Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden, 1992, S. 46 ff.; 그러나 행위 규범과 통제 규범의 범위를 일치하게 함으로써 모든 헌법 규범을 헌법재판소의 통제하에 놓아 통제 가능성과 제재 가능성을 보장하려고 하는 시도는 다른

평등의 원칙을 법률로 형성함에 있어서 입법자의 형성의 자유의 최대한의 한계를 일탈했는지 여부만을 심사해야 한다는 말이 나오는 것이다. 그러나 이러한 한계가 어디에 놓여 있는지 헌법재판소는 어떠한 기준에 따라서 입법자를 통제할 수 있는 것인지의 문제는 이론적으로나 실제적으로 간단치 않은 중대한 문제라고 할 수 있다.⁸⁹⁾

최근 연방헌법재판소 판례⁹⁰⁾를 조사해 보면 연방헌법재판소는 평등의 원칙을 기준으로 한 심사에 있어서도 각각의 규율대상과 차별의 근거에 따라서 단순한 자의금지로부터 비례의 원칙에 대한 엄격한 구속에 이르는 단계화된 통제강도(Kontrolldichte)를 확립한 것을 알 수 있다.⁹¹⁾

입법자는 인적 집단을 불평등하게 취급함에 있어서는 보통 평등의 원칙에 대하여 엄격한 구속을 받게 된다. 왜냐하면 모든 인간이 법 앞에 평등하다고 하는 원칙은 우선적으로 인간들에 대한 부당한 차별을 방지해야 하기 때문이다. 개인과 관련한 표지(표지)가 기본법 제3조 제3항에서 열거된 사항(성별, 출신 성분, 인종, 언어, 고향, 사회적 신분, 신앙, 종교, 정치적 세계관)에 가까울수록 그리고 따라

한편 기본법의 민주적 질서의 심각한 제한과 민주국가로부터 사법 국가(Jurisdiktionsstaat)로의 변화가 초래될 것이라는 점을 간과하고 있다. (이 점에 관하여는 Konrad Hesse, aaO, S. 558 f. 참조).

89) Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff. (122).

90) BVerfGE 88, 87 (96 f.); 89, 365 (375 f.); 89, 15 (22); 89, 69 (89); 89, 365 (375); 90, 46 (56); 91, 346 (363); 91, 389 (401).

91) 최근 판례로 BVerfGE 91, 346 (362 f.); 91, 389 (401); 이러한 “새로운 공식”에 대하여 Stefan Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, S. 541 ff.; Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 121 ff.; Rainald Maaß, Die neuere Rechtsprechung des BVerfGE zum allgemeinen Gleichheitssatz - Ein Neuansatz?, NVwZ 1988, S. 14 ff. 참조.

서 그와 관련된 불평등취급이 소수자의 차별을 초래할 위험이 크면 클수록 이러한 구속은 더욱 엄격해진다.⁹²⁾ 사항 내용에 관한 불평등 취급이 간접적으로 인적 집단의 불평등을 유발하는 경우에도 보다 엄격한 구속이 적용된다. 사항내용과만 관련된 불평등에 있어서는 관계인이 차별이 기준이 되고 있는 표지를 실현하는 데에 자신의 행위에 의하여 어느 정도로 영향을 미칠 수 있을 것인지에 구속의 정도가 좌우된다.⁹³⁾ 나아가 개인이나 사항 내용에 대한 불평등 취급이 기본권적으로 보호되고 있는 자유권에 불리하게 영향을 미칠 수 있는 경우에는 입법자의 형성의 자유는 더욱 좁아진다.⁹⁴⁾

입법자의 형성의 자유가 이렇게 달라짐에 따라서 헌법재판소의 심사에 있어서도 통제 기준도 단계화된다.⁹⁵⁾

가. 자의금지(Willkürverbot)의 기준에 의한 심사(명백성통제)

자의금지만이 심사 기준으로서 고려되는 경우에는 평등의 원칙에 대한 위반은 차별의 불합리성이 명백할 경우에만 확인될 수 있다.⁹⁶⁾ 이러한 자의 금지의 기준은 연방 헌법재판소의 초기 남서국 판결(Südweststaatsurteil: BVerfGE 1, 14)에서 전개된 이래로 연방 헌법재판소의 평등의 원칙과 관련한 심사의 확고한 기준이 되어 왔다. 즉 “법률적 차별이나 평등 취급에 대하여 합리적인 그리고 사물의 본성으로부터 나오거나 그밖에 사리적으로 명백한 근거가 발견되지 않는 경우에, 요컨대 법규정이 자의적인 것으로서 판단되는 경우에 평등의 원칙에 위배된다.”⁹⁷⁾는 것이다. 이러한 자의 금지의

92) BVerfGE 55, 72 (88)을 가리키며 BVerfGE 88, 87 (96); 91, 346 (362).

93) BVerfGE 55, 72 (89)을 가리키며 BVerfGE 88, 87 (96); 91, 346 (363).

94) BVerfGE 62, 256 (274); 74, 9 (24); 82, 126 (146)을 가리키며 BVerfGE 88, 87 (96); 88, 87 (96); 91, 346 (363); 91, 389 (401).

95) BVerfGE 88, 87 (96 f.).

96) BVerfGE 91, 346 (363).

97) BVerfGE 1, 14 (52).

기준은 Heinrich Triepel과 연방 헌법재판소 초기 제2재판부 재판관이었던 Gerhard Leibholz가 바이마르 시대에 전개한 이론을 받아들인 것으로 보인다.⁹⁸⁾

그 후의 판례들은 이러한 자의 금지의 기준을 수사적으로 달리 표현하거나 또는 설명하는 내용들이 대부분이다. 즉 “입법자에 의하여 명령된 차별에 대하여 사리적으로 명백한 이유가 더 이상 발견되지 않아서 이를 고수하는 경우에 일반적 정의감정에 반한다고 할 수 있을 경우에” 비로소 연방 헌법재판소는 법규정을 평등의 원칙 위반을 이유로 무효로 선언할 수 있다⁹⁹⁾든가 “사리적으로 명백한 이유가 없이”,¹⁰⁰⁾ “충분한 사리적 이유없이”,¹⁰¹⁾ “자의적으로”,¹⁰²⁾ “사리적으로 납득할 만한 이유없이”,¹⁰³⁾ “자의의 단서”,¹⁰⁴⁾ “체계위배성”,¹⁰⁵⁾ “합리적이고, 명백한 이유”¹⁰⁶⁾ 등이 그것이라고 할 수 있다.

여기에서 사용되는 통제 기준은 명백성 통제라고 할 수 있다.

98) Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff. (123).

99) BVerfGE 8, 174 (183).

100) BVerfGE 13, 331 (355); 15, 167 (201f); 16, 147 (184); 18, 38 (46, 48); 48, 376 (393); 50, 217 (288); 54, 17 (26); 64, 158 (168f); 65, 141 (148); 67, 290 (298).

101) BVerfGE 65, 325 (354) 최근 판결로 BVerfGE 88, 148 (149, 251).

102) BVerfGE 27, 364 (375) 최근 판결로 BVerfGE 91, 118 (123).

103) BVerfGE 29, 1 (9).

104) BVerfGE 9, 20 (28); 13, 331 (340); 18, 315 (334); 18, 366 (372); 22, 28 (34) 24, 75 (100); 24, 174 (181); 25, 371 (401f); 30, 250 (270 f.); 34, 103 (115).

105) BVerfGE 66, 214 (223 f.); 88, 148 (149, 251); 이에 대하여는 Hans-Peter Schneider, *Alterseinkünfte und Gleichheitssatz*, DRV 1980, S. 213 ff. (221); Stefan Huster, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, JZ 1994, S. 541 ff. (548): “입법자가 자신에 의하여 신중하게 선택된 정의의 기준을 어기는 경우에는 평등의 원칙에 대한 침해가 오히려 항상 존재한다. 이러한 입법자의 자신의 기본적 결단에 대한 상대적 구속이 체계정당성(Systemgerechtigkeit)이라고 하는 해석학적 개념의 진정한 핵심이라고 할 수 있다.”

106) BVerfGE 90, 226 (239).

이러한 명백성의 기준을 통해서 한편으로 재판소는 관련사항들에 대한 평가에 있어서도 입법자에게 그 평가의 우선(Einschätzungsprärogative)을 부여해 줌으로서 기능법적인 관점에서 입법자의 형성의 자유를 존중해 줄 수 있게 된다. 다른 한편 일반적인 평등의 원칙의 해석에 있어서도 명백성통제와 조합된 자의 금지의 기준으로부터 “의심스러운 경우에는 법률을 위하여서” (in dubio pro lege)라고 하는 원칙이 도출되기도 한다.¹⁰⁷⁾

나. 중간적 입장의 심사(납득가능성통제)

만일 개인과 관련된 표지가 아니라, 특정한 사실 관계와 관련되는 인적 집단의 불평등취급이 문제가 되는 경우¹⁰⁸⁾에는 비례의 원칙에 입각한 엄격한 심사도 단순한 자의금지심사도 충분치 않다고 한다.

이 경우에는 이러한 불평등 취급이 정당화되고 있는지의 문제와 관련하여 규율된 생활 - 및 사항 영역의 특수성에 중요한 의미가 부여된다는 것이다. 연방헌법재판소는 입법자의 고려가 명백하게 잘못이지도 않고 기본법상의 가치질서에도 불합치하고 있지 않은 입법자의 사회정책적 결정들을 받아들여야 한다는 것이다.¹⁰⁹⁾ 이러한 중간적 입장에 놓여진 심사는 연방헌법재판소에 의하여 아직까지는 별도의 통제기준으로서 확립된 것 같지는 않다. 그것은 이러한 중간적 심사와 비례의 원칙에 의한 엄격한 심사와의 한계가 분명치 않은 데에 그 원인이 있는 것 같다. 어쨌든 그 이후의 판례에서는 이러한 중간적 심사의 사례는 보이지 않는다.

다. 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사(내용적 통제)

107) Hans-Peter Schneider, DRV 1980, S. 213 ff. (219 f.); ders., NJW 1980, S. 2103 ff. (2105 f.).

108) 예컨대, BVerfGE 89, 365; 이에 대하여는 줄고, 앞의 논문, 512면 참조.

109) BVerfGE 89, 365 (376).

인적 집단들을 상이하게 취급하거나 기본권의 향유에 불리하게 작용하는 규정들에 대해서는 규정된 차별에 대하여 불평등한 법적 효과를 정당화시킬 수 있을 만큼 중요한 유형의 근거들이 존재하고 있는지를 상세히 심사한다.¹¹⁰⁾

1993년 6월 8일의 야간근로수당결정¹¹¹⁾에서 연방 헌법재판소는 소득세법 제3b조¹¹²⁾ 제2항 제4호가 1975년에서 1977년까지의 규칙적 야간근로수당에 대한 면세를 기본급의 최고 15%에 한정하고 있는 한 기본법 제3조 제1항에 불합치하다고 선언하였다. 즉 규칙적 야간노동의 경우에 기본급의 15%라고 하는 최고액을 두고 있는 소득세법 제3b조 제2항 제4호에서 이 규정을 입법자가 1975년도의 세액사정기간까지 검토하지 않고 변화된 사실적 상황에 맞게 적용시키지 않은 것은 헌법상의 평등 취급의 원칙과 부합하지 않았다는 것이다.¹¹³⁾ 연방 헌법재판소는 설명하기를 “규칙적 야간 노동에 대한 수당이 1975년 소득세법 제3b조 제2항 제4호에 따라 제한되어 있는 반면 계쟁년도인 1975년부터 1977년 사이에 파악된 단체 협약상의 노동자는 평균 기본급의 25%를 규칙적 야간 노동의 수당으로서 지급 받았다. 따라서 평균 수당은 법적 최고 한도의 66.66%를

110) BVerfGE 88, 87 (96 f.); 346 (363).

111) BVerfGE 89, 15.

112) 소득세법 제3b조의 내용은 다음과 같다. “(1) 사실적으로 지급된 일요일, 휴일 및 야간노동에 대하여 기본급과 더불어서 지급되는 법률에 의한 또는 단체협약상의 수당은 면세된다. 수당은 법률이나 단체협약에서 그 근거와 액수가 규정되어야 한다. 단체협약에는 고용자와 피고용자가 구속되어야 하거나 또는 근로관계가 단체협약에 입각해야 한다. 지급된 수당이 법률에 의한 또는 단체협약상의 수당과 다를 경우에는 이것은 법률이나 단체협약의 테두리를 유지하는 한에서만 면세가 된다. (2) 그 밖의 경우에 사실적으로 지급된 일요일, 휴일 및 야간노동에 해당 기본급 이외에 지급된 수당은 1. 일요노동의 경우에는 기본급의 50%, 2. 법률상 휴일의 노동에 대하여는 제3호를 유보로 하여 그것이 일요일인 경우라 할지라도 125%, 3. 크리스마스 및 5월 1일의 노동에 대하여는 150%, 4. 간헐적인 야간노동에 대하여는 30%와 규칙적 야간노동의 경우는 15%를 상회하지 않는 한에서 면세된다.”

113) BVerfGE 89, 15 (25 f).

상회하였다. 이밖에 연방제정법원이 잘 설명하였듯이 계쟁년도인 단체협약상의 해당 영역의 약 71내지 72%로 파악된 노동자가 1975년 소득세법 제3b조 제2문 제4호에서 규정된 15%보다 높은 수당을 받았다.

이러한 수로 보아 단체협약을 근거로 한 야간근무수당과 그밖에 규정을 근거로 한 야간근무수당의 인정간에는 아무런 적정한 비례관계(kein angemessenes Verhältnis)가 더 이상 존재하지 않았다는 것을 알 수 있다. 사실적 변화에 의하여 법규정은 애초에 기본법 제3조 제1항에 부합하였던 그 기반을 상실하였다”고 하고 있다. 이 판례는 연방 헌법재판소는 평등의 원칙을 기준으로 한 심사를 함에 있어서 비례의 원칙에 의한 통제라고 하는 “새로운 공식”을 사용한 일례이다.

자의 금지의 기준과 다른 입장을 처음으로 보인 것은 1980년 10월 7일의 독일민사소송법 제528조 제3항에 대한 연방헌법재판소의 제1 재판부의 결정이다. 여기에서 동재판부는 기본법 제3조 제1항에 따라 모든 인간이 법 앞에 평등하다는 것에 중점을 두고서 자의 금지의 원칙을 넘어선 입장을 보이고 있다. 즉 “이에 따라 이 기본권은 특히 법률의 수범자 중 한 집단이 다른 집단에 비하여서 그들 간의 불평등 취급을 정당화할 수 있을 만큼 중요한 유형의 차이점이 존재하지 않음에도 불구하고 불평등하게 취급되는 경우에 침해된다.”¹¹⁴⁾ 하지만 이 사례에서는 인적 집단의 불평등이 문제되지 않았기 때문에 평등의 원칙의 침해 여부는 자의 금지의 기준에 따라 판단되었다.¹¹⁵⁾ 이와 같이 인적 차별과 사항적 차별에 대하여 그 심사기준을 달리한 이 판례에서 바이마르 시대 특히 1926년의 국법학

114) BVerfGE 55, 72.

115) BVerfGE 55, 72 (89).

자대회의 공동발표에서 Hans Nawiasky¹¹⁶⁾에 의하여 주장된 인적 평등사상이 다시 출현하였다고 할 수 있다.¹¹⁷⁾

제2재판부도 역시 일반적인 평등 원칙에 관한 판례에서 경우에 따라 - 인적 집단의 평등이 문제되지 않은 곳에서 - “새로운 공식”을 사용하였다. 제2재판부는 이러한 “새로운 공식”을 인적 집단의 차별이 문제가 되는 사례에서는 더 이상 끌어들이지 않았다.¹¹⁸⁾ 최근까지의 판례에서 나타난 “새로운 공식”은 대부분 제1재판부에 의하여 사용되고 있고 제2재판부의 그러한 입장은 찾아보기 힘든 것으로 미루어 대체적으로 제2재판부는 일반적 평등 원칙을 적용함에 있어서 자의 금지만을 기준으로 하는 것으로 보인다.

라. 평 가

평등의 원칙과 관련한 통제의 기준이 최근 들어와 비례의 원칙이 동원됨으로써 확대되기는 하였지만 그럼에도 불구하고 양 재판부는 전통적인 자의금지의 기준을 고수하고 있다는 것은 그것이 결코 유명무실한 이론이 아니라고 하는 점을 말해 준다.

연방헌법재판소가 취하고 있는 자의 금지와 비례의 원칙에 의한 두 가지의 통제강도는 특히 미국의 최고법원(supreme court) 판례와도 부합하고 있다.¹¹⁹⁾ 그러나 언제 엄격한 통제를 가하고 언제 덜

116) Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 33 ff. (40).

117) Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff. (124).

118) 이에 대하여는 Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff.(125); Rainald Maaß, NVwZ 1988, S. 14 ff. (15) 참조.

119) 즉 rational basis-test (reasonableness-test)와 strict scrutiny-test, 중간적 심사로서는 intermediate scrutiny-test (substantial rationality-test)가 그것이다. Rainald Maaß, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz - Ein Neuansatz?, NVwZ 1988, S. 14 ff. (17 f., 21); Alexander v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, Baden-Baden 1992, S. 121; 그밖에 Konrad Hesse, in: FS für

엄격한 통제를 가할 수 있는가의 기준은 아직까지 명확하게 해명된 것은 아니다. 연방 헌법재판소는 개인이나 인적 집단의 불평등 취급이 문제가 되는 경우에는 비례의 원칙에 의한 새로운 기준을 적용하는 반면에 그 밖의 경우 즉 사항적 차별이 문제가 되고 있는 경우에는 자의 금지를 기준으로 하고 있다. 이러한 해결 방식의 장점은 그것이 어느 경우에서나 보다 엄격한 통제를 요구하는 기본권의 인적 관련성을 고려할 수 있다는 점에 있다. 인적 관련성이 있는 경우에 기본권의 보호를 과제로 하고 있는 연방 헌법재판소는 거기에 비중을 두어야 한다는 점에서 이는 정당화된다고 할 것이다.¹²⁰⁾

그러나 법적으로 규정되는 사항 내용에는 일반적으로 사람이 그 당사자로 관계되며 그리하여 사항적인 것과 인적인 것은 동전의 양면과도 같아서 무엇이 인적 차별이며 무엇이 사항적 차별인지가 그렇게 명확하게 해명될 수 있는 성질은 못된다는 점에 어려움이 있고 동시에 이러한 지적은 연방헌법재판소의 새로이 정립된 공식에 대한 비판점이 될 수 있다.¹²¹⁾

어쨌든 자의 금지의 기준이 아닌 비례의 원칙에 의한 심사가 요구되는 전제조건이 무엇인가와 관련하여서는 이미 위에서 기술한 입법자의 예단에 대한 통제에 있어서 단계화된 통제기준 즉 명백성 통제, 납득가능성통제와 엄격한 내용적 통제에서 사용된 논거들이 여기에서도 적용될 수 있지 않을까 생각된다.¹²²⁾ 결국 이는 평등원

Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff. (127)에 있는 문헌 참조.

120) Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff.(128) 참조.

121) Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff.(128).

122) 마찬가지로 견해로 Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff.(130) 참조.

칙의 해석과 관련한 헌법재판소의 입법자에 대한 통제에 있어서 실체법적 관점과 기능법적 관점의 유기적인 관계속에서 실체법적 법익이 보다 중요하게 등장하는 경우에는 그만큼 기능법적 고려가 후퇴하게 되고 심사의 강도가 내용 통제에 가까워지는 하나의 예라고 할 수 있을 것이다.¹²³⁾

3. 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)

“입법자의 형성의 자유”는 연방 헌법재판소가 판례를 통해서 다양하게 구체화시킨 헌법재판소의 일종의 자기 제한의 논증형태이다. 보통 연방 헌법재판소는 입법자에게 형성의 자유가 인정되는 영역에서는 소위 명백성 통제만을 행사하는 반면 다른 헌법적 법익이 이러한 형성의 자유를 좁게 제한하는 경우에는 그만큼 통제의 기준은 더 엄격하여진다.

판례에 있어서 입법자의 형성의 자유라고 하는 논거는 연방 헌법재판소의 위헌 법률의 법적 효과 명령의 실무와도 밀접한 관련이 있다. 그것은 연방 헌법재판소가 활동을 개시한 이래 입법자에 대한 기능법적 한계에 관한 다양한 논거들을 발전시켜 왔고 각각의 법적 효과 명령을 기능법적 사고의 결론과 부합하게 하려고 해 왔기 때문이다.

중요한 것은 어떤 경우에 입법자의 형성의 자유가 인정되고 어떤 경우에 이것이 제한되면 연방헌법재판소의 통제를 받게 되는가이다. 이와 관련하여 Konrad Hesse는 헌법 규범의 규범 밀도를 기초로 다음과 같은 네 가지 경우를 설득력 있게 나누고 있다.

123) 이와 관련하여서 좀더, 앞의 논문, 436면 이하(특히 523면 이하) 참조.

즉, (1) 헌법의 우위를 근거로 해서 입법자를 구속(기본법 제20조 제3항)하고 있는 하등의 헌법 규정이 존재하지 않는 곳에서는 의심할 여지없이 입법자의 형성의 자유가 있다.

(2) 헌법의 입법자의 과제와 그 이행에 대하여 분명히 내지는 확정적으로 규정한 경우 그러한 한 입법자의 형성의 자유는 역시 의심할 여지없이 존재하지 않는다. 이러한 명백성은 흔히 헌법의 문구로부터 주어진다. 이것은 하지만 체계적, 역사적 또는 목적론적 해석의 결과일 수 있다.

(3) 입법자의 형성의 자유는 나아가 개방된, 즉 불특정 또는 단편적으로 규정되어 있어서 그 내용이 구체적 사례에 있어서 더욱 상세히 규정될 필요가 있는 헌법규범으로부터 나올 수 있다. 이러한 헌법규범을 상세히 규정하는 것은 입법자의 소관이다. 입법자는 나아가서 그 규범의 의미와 목적에 부합하는 방법으로 규정하여야 하지만 이러한 한계 내에서 그는 형성의 자유를 갖는다.

(4) 형성의 자유는 끝으로 헌법재판소의 통제의 제한의 결과로서 이해될 수 있다.

마지막의 두 가지 상황에서는 입법자에게 자유를 금하거나 허하는 것은 “행위규범” 자체이다. 만약 헌법 규범(행위규범)의 규정내용이 헌법재판소에 대하여 기준이 되는 통제 규범의 그것보다 널리 미쳐서 양자가 서로 일치되지 않는 경우에는 사정이 다르다. 이 경우에도 입법자는 그러한 통제 규범의 영역을 벗어나는 범위 내에서 헌법재판소의 통제로부터는 자유로우며 따라서 자신의 행위의 합헌성에 관하여 마지막 책임을 가지고 결정을 내린다.

헌법재판소의 통제에 대하여 이것은 다음을 의미한다. 즉 첫 번째의 경우에는 통제가 배제된다. 두 번째의 경우에는 헌법 규정의 확정성이나 명백한 확정가능성에 따라서 헌법재판소가 완전한 심사

를 한다. 이에 반해 세 번째와 네 번째의 경우에는 헌법재판소의 통제의 범위와 강도의 제한의 문제가 제기된다. 이것은 입법자의 형성의 자유에 대한 단순한 암시에 의하여 해결되지 않고 상세한 헌법적 근거 제시를 필요로 한다. 각각의 문제와 사례의 정황에 따라 영역별로 기능에 부합되게 단계화된 규범적인 원칙들과 지침들을 개발하는 것이 중요한데 이것은 전체적으로 헌법재판의 제도적 한계와 더불어 존재하는 헌법재판의 내재적 한계¹²⁴⁾를 나타내 줄 것이라는 것이다. 이러한 방법으로 헌법재판소의 그때 그때의 통제들의 범위와 강도가 정해지게 될 기준들이 결정될 수 있고 가시화될 수 있으며, 한계를 유월했다고 하는 두리몽실한 비난 대신에 법적이고 또한 재판소 자신에게도 도움을 줄 수 있는 비판에 대한 준거점을 제공하게 될 것이라는 것이다.¹²⁵⁾

이러한 기준제시는 실체법적 논거와 기능법적 논거간의 상호관계를 잘 정서해 줄 수 있는 이론이라고 생각된다. 어쨌든 연방헌법재판소가 자신의 관례에서 입법자의 형성의 자유를 인정한 영역과 그것이 제한되는 사례를 구체적으로 들어보면 다음과 같다.

가. 영 역

확립된 관례에 따르면 입법자는 급료나 급부와 관련된 규율에 있어서 비교적 넓은 형성의 자유를 갖는다.¹²⁶⁾ 그러한 한 연방 헌법재판소는 특별한 자제를 하여야 한다. 이러한 형성의 자유는 하지만 그것이 적정성심사(Angemessenheitsprüfung)¹²⁷⁾나 평등원칙심사¹²⁸⁾

124) 이것은 달리 말해서 헌법재판의 기능법적 한계라고 할 수 있을 것이다. Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, S. 541 ff. (553).

125) Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, 1994, S. 541 ff. (542 f.).

126) BVerfGE 26, 141 (158); 61, 44 (62 f.) m.w.N.; 71, 39 (52 f.); 76, 256 (295).

127) BVerfGE 8, 1 (19 f.); 11, 20 (210); 56, 353 (361).

128) BVerfGE 56, 353 (361 f.); 61, 44 (62 f.).

하에 놓이는 경우에는 좁아진다. 어떠한 급여가 “적정”한가의 문제에 있어서, 기본법 제33조 제5항¹²⁹⁾은 입법자에게 광범위한 판단여지를 부여하고 있지만 이것은 입법자가 급여와 관계된 규율을 함에 있어서 전래적으로 이러한 급여를 산출하는데 기준에 되어 왔던 그러한 원칙들로부터 벗어날 수 있다는 것은 아니라고 한다. 그러한 입법자의 판단여지는 급여액의 적정성과 관련하여 좁아지고 있다.¹³⁰⁾

평등의 원칙심사에 있어서 연방 헌법재판소는 자의 금지의 원칙 내지 명백성원칙에 입각하고 있다.¹³¹⁾ 이미 설명한 바와 같이 최근의 판례는 이러한 경향으로부터 벗어나고 있다. 더 나아가 연방헌법재판소는 입법자가 위헌적 상황을 제거함에 있어서 여러 가지 가능성을 가진 경우에는 법률의 기본법과의 단순한 불합치를 선언한다.

판례에 따르면 이러한 원칙은 한계를 갖는다. 즉 입법자가 일반적인 평등원칙을 준수할 경우에 무효선언 이후에 남게 되는 규정을 선택하게 될 것이라는 것이 확실히 인정되는 경우에는 연방헌법재판소는 평등의 원칙과 불합치한 규정을 그대로 위헌·무효로 선언해도 된다는 것이다.¹³²⁾

형성의 자유는 사물의 본성상 국가적 침해의 법률적 규정에 있어서보다는 급부행정의 영역에서의 청구 등을 규정함에 있어서 훨씬

129) “공무원의 권리는 전래되어 온 직업공무원제도의 원칙을 고려하여 규율되어야 한다.”

130) BVerfGE 11, 204 (210) 눈에 띄는 것은 연방헌법재판소가 이 판결에서는 1958년 6월 11일의 공무원급료결정(BVerfGE 8, 1)에서와 같이 소위 결과고려를 하지 않고 문제된 규정을 그대로 무효선언하였다는 것이다.

131) BVerfGE 56, 353 (361 f.); 61, 44 (62 f.); 64, 141 (148 f.); 71, 39 (52 f.).

132) BVerfGE 88, 87 (101); 4, 219 (250); 27, 391 (399); 38, 188 (205 f.); 45, 376 (393); 마찬가지로 예로서 BVerfGE 18, 366 (380); 27, 220 (230); 48, 376 (393) 이에 대하여 비판적으로 Fridrich Schoch, Der Gleichheitssatz, DVBl, 1988, S. 863 ff. (868 f.).

넓다¹³³⁾고 한다.

법률의 목적유용성(Zwecktauglichkeit)에 대한 통제¹³⁴⁾에 있어서 연방헌법재판소는 기능법적 자제를 수행한다. 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면 법률에 의하여 추구하고자 하는 목적이 어떠한 수단으로 달성되어야 하는가를 결정하는 것은 원칙적으로 입법자의 과제라는 것이다. 연방 헌법재판소는 이러한 결정에 근거하고 있는 고려와 평가들이 잘못된 사실적 전제에 입각하고 있거나 헌법과 위배된다고 하는 것이 명백히 입증되지 않는 한 이를 문제삼지 못한다는 것이다. 이에 따라 연방 헌법재판소는 특히 경제정책이나 무역정책을 내용으로 하는 법률의 적합성을 단지 제한적으로만 통제하고 단지 동원된 수단이 “객관적으로” 또는 “완전히(schlechthin)” 부적합한지만을 심사하였다.

나아가 입법자에게는 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 보호 의무를 구체화함에 있어서 형성의 자유가 인정된다.¹³⁵⁾ 여기에서 연방 헌법재판소는 “언급되고 있는 사항 영역의 특성에 따라서” 단지 공권력이 기본권의 보호를 위해서 완전히 부적합하거나 또는 완전히 가당치 않은 대책을 마련하였는지만을 심사한다.¹³⁶⁾ 야간노동금지에 관한 판결에서 연방 헌법재판소는 이러한 “완전한 부적합성”이라고 하는 한계 표지를 명백하게 통제 기준으로 삼고 있다.¹³⁷⁾

133) BVerfGE 29, 51 (56); 49, 280 (283) 이 점에 관하여 Konrad Hesse, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 121 ff., (123 Anm. 9) 참조.

134) BVerfGE 71, 206 (215 f.); 67, 1 (15 f.); 37, 104 (118); 비례의 원칙심사에 있어서는 “기대가능성의 한계”; Klaus Schlaich, Das BVerfG, 1994, Rdnr. 482 m.w.N.

135) 이와 관련하여서는 Konrad Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: FS für Mahrenholz, S. 541 ff. (543 ff.) 참조.

136) BVerfGE 77, 170 (214 f. m.w.N.).

137) BVerfGE 85, 191 (212); 이에 관하여 Erhard Denninger, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: FS für Mahrenholz, S. 561 ff. (568) 참조.

마찬가지로 입법자는 기일규정과 경과규정에 있어서 형성의 자유를 갖는다.¹³⁸⁾ 예를 들어 연방 헌법재판소는 1987년 9월 30일 결정(BVerfGE 76, 256)에서 급양법의 모든 법률적 규율은 일반화되어야 하고 따라서 불가피하게 모순점(Härte)을 포함하지 않을 수 없다고 설명하고 있다. 이러한 규정은 관계자들에게는 문제 있는 것으로 보일지도 모른다. 이로부터 나오는 불치밀성(Unebenheiten), 부조화(Friktionen) 그리고 하자(Mängel)는 전체 규정에 대하여 보다 설득력이 있고 내용적으로 납득할 만한 근거가 제시되고 있는 한 감수되어야 한다는 것이다. 이것은 전래되어 오는 직업공무원제 원칙의 적용에 있어서나 기본법 제3조 제1항에 따른 평등 원칙의 적용에 있어서도 마찬가지이다.¹³⁹⁾ 그 밖의 예로서 들 수 있는 것은 입법자에 의하여 고려되지 못한 다양한 관점들이 서로 일치되지 않은 상여금 규정이다. 연방헌법재판소 판례에 따르면 이로써 발생하는 불완전성, 불치밀성, 부조화와 어느 정도의 불이익 등은 특별한 입장에 있는 개별사례에서는 감수되어야 한다는 것이다(그 자체 사리에 맞는 유형화에 있어서 의도되지 않거나 불가피한 부수적 효과). 이러한 사례에 있어서 상여금의 획정에 관한 법규정이 명백히 사리에 맞지 않는 것으로서 입증되는 경우에만 평등의 원칙을 침해한다고 보는 점에서 명백성통제가 적용되고 있다.¹⁴⁰⁾

그밖에 보상액의 산정,¹⁴¹⁾ 법적 안정성과 구체적 정의간에 결정¹⁴²⁾ 그리고 연금보험의 개정¹⁴³⁾에 있어서 그리고 노인 소득의 과

138) BVerfGE 44, 1 (20 ff.); 49, 260 (275 f.). 65, 141 (148 f. m.w.N.); 76, 256 (295); 87, 1 (43).

139) BVerfGE 76, 256 (295) m.w.N.

140) BVerfGE 65, 141 (148 f.); 26, 141 (159).

141) BVerfGE 84, 90 (130).

142) BVerfGE 15, 313 (321 ff.).

143) BVerfGE 74, 203 (214).

제144) 등에 있어서 입법자에게 형성의 자유가 인정된다. 그밖에 사실적 상황과 필요의 측정은 입법자의 사항이라고 한다. 연방 헌법재판소는 이러한 형성의 자유를 원칙적으로 존중해야 하며, 법률이 기초하고 있는 사실적 전제들이 명백히 맞지 않는 것으로 입증되는 경우야 비로소 이로부터 법률의 위헌이 도출될 수 있다.¹⁴⁵⁾

나. 형성의 자유의 한계

하지만 판례에 따르면 입법자의 형성의 자유에도 특별한 조건하에서 한계가 그어진다.

흔히 연방 헌법재판소는 형성의 자유가 기본법의 특별한 가치 결단에 의하여 제한된다고 하며 형성의 자유의 통제를 근거지우고 있다. 예로서 기본법 제3조 제2항과 제3항 및 법적 질서와 사회적 질서의 특정한 영역에 대하여 헌법제정자의 가치결단이라고 할 수 있는 그 밖의 원칙 규범들을 들 수 있다.¹⁴⁶⁾

판례¹⁴⁷⁾에서 흔히 지적되고 있는 바를 보면 다음과 같다. 즉 특별한 정당화 사유가 인정되지 않는 한, 국가적 침해에 있어서나 과세에 있어서 혼인이나 가족과 관련하는 불이익한 처우를 금지하는 기본법 제6조 제1항은 이러한 기본적인 가치 결단에 속한다는 것이다. 마찬가지로 연방 헌법재판소는 1964년 11월 26일의 결정¹⁴⁸⁾에서 연금 보험에의 모든 가입으로부터 부부 근로자를 완전히 배제하는 것은 기본법 제3조 제1항에 위배된다고 선언하였다. 기본법 제3조 제1항을 기준으로 하는 심사에 있어서 연방 헌법재판소는 입법자에게 인정되는 형성의 자유가 기본법 제6조 제1항에서의 기본법의 특

144) BVerfGE 54, 11 (38 f.).

145) BVerfGE 82, 126 (153).

146) BVerfGE 6, 55 (71); 21, 329 (343); 39, 196 (204).

147) BVerfGE 13, 290 (298); 26, 321 (327); 67, 186 (196); 87, 1 (39).

148) BVerfGE 18, 257.

별한 가치 결단에 의하여 제한된다는 점을 고려하였다.¹⁴⁹⁾

입법자의 형성의 자유에 좁은 한계가 그어지는 그 밖의 예로서 법률이 기본법 제12조 제1항에서 보호되고 있는 직업 활동의 자유에 영향을 미치는 경우¹⁵⁰⁾를 들 수 있다.

그리고 성전환수술자의 신분법적 변경의 전제조건에 관한 법률¹⁵¹⁾은 입법자의 형성의 자유가 인간 존엄과 결부하여 인격의 자유발현권에 의하여 결정되고 제한되는 또 하나의 예이다. 급양의 조정에 관한 두 번째 판결(BVerfGE 71, 364)에서도 연방헌법재판소는 지불액면제의 형태에 의한 급양조정의 해결은 조정권자의 실존적 생활영역에 관계되며¹⁵²⁾ 따라서 기본법 제2조 제1항과 합치하지 않는다고 지적하였다. 왜냐하면 조정 의무자는 자기에게 부과된 지급액에 의하여 비례의 원칙에 맞지 않게 자기의 행동의 자유를 침해받기 때문이라는 것이다.¹⁵³⁾ 1993년 1월 26일의 성전환판결(BVerfGE 88, 87)에서도 연방 헌법재판소는 엄격한 심사를 행하였다. 즉 이름의 변경을 위한 연령 제한은 개인과 관련된 표지들과 관계되며, 일반적 인격권에 심대히 영향을 미치는 그러한 구분이라는 것이다. 심사되고 있는 규정은 따라서 기본법 제3조 제1항과 합치하지 않는다는 것이다. 왜냐하면 성전환의 필요가 있는 25세 이하의 사람의 경우 이름을 변경할 수 없도록 배제하고 있는 이러한 불평등 취급을 정당화할 수 있을 만큼 중요한 유형의 이유가 없기 때문이라는 것이다.¹⁵⁴⁾ 최근 1994년 2월 8일의 의료보험료판결

149) BVerfGE 18, 257 (269): 연금보험에의 가입과 관련하여서 심사되어야 할 규정들이 규정하고 있듯이 완전히 엄격한 조건하에서만 증명될 수 있는 부부사이에 있어서의 진정한 근로관계를 특별규정에 따라 하도록 한 것은 사리에 합당한 근거가 결여되었다는 것이다.

150) BVerfGE 37, 342 (353 f.).

151) BVerfGE 60, 123 (134).

152) BVerfGE 71, 364 (386).

153) BVerfGE 71, 364 (389).

(BVerfGE 89, 365)에서도 기본법 제2조 제1항의 의미에서 일반적인 행동의 자유를 제한하는 보험 가입자의 공범상 사단에 대한 강제가입을 고려하여 볼 때, 입법자의 형성의 자유에는 좁은 한계가 그어진다고 하고 있다.¹⁵⁵⁾

그리고 확립된 판례에 따르면 선거평등의 심사는 엄격한 형식적 평등원칙하에 놓인다.¹⁵⁶⁾ 기본법 제6조 제5항¹⁵⁷⁾과 제3조 제1항¹⁵⁸⁾에 따른 심사에 있어서와 같이 형성의 자유의 영역에 있어서도 무효 선언이 적지 않게 내려지고 있다.

끝으로 연방헌법재판소는 입법자의 기일규정과 경과규정에 있어서 납득할 만한 근거를 요구하고 있다. 연방보상법에 관한 1961년 6월 27일 결정(BVerfGE 13, 31)에서 연방헌법재판소는 입법자의 “체계위배성”에 대하여 충분히 사리적으로 납득할 만한 사유가 결여되었다고 하면서 1956년 6월 29일의 연방보상법 제4조 제1항 제1c호 후단은 기본법 제3조 제1항에 위배되어 무효라고 선언하였다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 모든 기일 규정에 내재되어 있는 모순점(Härte)은 일반적으로 기일의 도입과 시점의 선택이 주어진 사실 관계를 지향하고 있는 경우에 그리고 사리적으로 납득할 만한 경우에만은 감수되어야 한다는 것이다.¹⁵⁹⁾

154) BVerfGE 88, 87 (97 f.).

155) BVerfGE 89, 365 (376).

156) BVerfGE 1, 208 (260 f.); 11, 266; 11, 351; 12, 10 (25); 13, 1 (12); 52, 63 (88 f.); 67, 369; 71, 81 (107).

157) BVerfGE 17, 148 (154 f.).

158) BVerfGE 1, 208 (260 f.); 4, 219 (250); 13, 31 (38)'; 13, 331 (355); 13, 290 (298); 14, 42 (54); 18, 38 (46, 48); 18, 366 (380); 21, 329 (343); 26, 321 (327); 27, 364 (375); 27, 391 (399); 29, 1 (9); 34, 81 (103); 38, 188 (205 f.); 45, 376 (393); 48, 376 (393); 55, 100; 60, 17 (52); 63, 88; 65, 325 (357); 66, 214 (224); 67, 186 (196); 67, 290 (298); 74, 9 (28); 88, 87 (96).

159) BVerfGE 13, 31 (38).

4. 시간적 적응의 자유

(zeitlicher Anpassungsspielraum)

오늘날의 사회적 법치국가에서는 복잡한 사회 정책적 분야에서나 또는 과학 문명의 발달에 따른 새로운 분야에서 국민의 기본권의 침해나 보호와 관련한 입법의 필요성이 적지 않은 것이 현실이다. 이러한 점을 감안할 때 입법자가 이러한 복잡한 또는 새로운 법률을 제정 또는 개정함에 있어서는 시간적으로 충분한 여유를 가지지 않으면 입법자가 추진하고자 하는 목적을 제대로 수행할 수 없는 경우가 많다. 그렇다고 해서 이러한 법률의 위헌 여부와 관련하여 그 통제를 너무 이완적으로 하게 되면 국민의 기본권 보호가 소홀히 될 가능성도 배제할 수 없다. 이러한 상황에 직면하여 연방 헌법재판소는 최근 들어와 입법자의 시간적 적응의 자유라고 하는 개념을 통하여 입법자에 대한 통제를 적절히 조절하고 있다. 이것이 인정되는 영역과 또한 그 한계를 살펴보면 다음과 같다.

가. 영 역

연방 헌법재판소는 입법자가 법률을 사실적 상황의 변화에 맞게 적응시키거나 입법 당시에는 합헌적이었던 법률이 추후의 판단에 따라 때 잘못된 예단이었음이 인정되어 법률을 개선하는 경우에 있어서 그리고 복잡한 사실 관계를 개정함에 있어서 입법자에게 시간적 적응의 자유를 인정하고 있다.¹⁶⁰⁾

160) 이러한 시간적 적응의 자유를 인정하는 여러 가지 표현들은 좋고, 앞의 논문, 521면, 각주 434호 참조.

(1) 적응의무(Anpassungspflicht)

제정 당시에는 합헌이었던 법률이 사실적 상황의 변화에 의하여 위헌으로 된 경우에 입법자는 사실적 결정의 근거를 검토하고 변화된 사실적 상황에 이를 적응시켜야 할 의무가 주어진다.¹⁶¹⁾ 이러한 적응 의무의 개념은 주로 기본법 제3조 제1항에 따른 일반적 평등의 원칙을 기준으로 한 심사에서 나타난다. 여기에서 잊어서는 안 되는 것은 적용 의무 사례에 있어서는 보통 입법자가 내린 결정이 아직 유지될 수 있겠는지에 관하여 우선적으로 검토의 의무(Überprüfungspflicht)를 진다는 것이다.

예컨대 함부르크 1984년 10월 16일의 도로법결정에 있어서 입법자의 적응 의무를 다음과 같이 근거 지웠다. 즉 연방 입법자와 명령 제정자는 각각의 규정들을 변화된 상황에 맞게 적시에 검토하여 적응시켜야 할 헌법적 의무를 충족시켜야 한다는 것이다.¹⁶²⁾ 1984년 11월 28일의 결정(BVerfGE 68, 287)에서도 연방 헌법재판소는 기본법 제3조 제1항에 대한 심사에 있어서 이러한 적응 의무를 암시하였다.

제정 당시에 예상할 수 없었던 상황의 전개에 의하여 입법자의 결정의 기초가 문제가 될 정도로 장래에 경제적 상황이 결정적으로 바뀐 경우에 입법자는 변화된 상황하에서도 애초의 결정이 유지될 수 있을 것인지에 관하여 검토하여야 할 것으로 헌법상 사료될 수 있다는 것이다.¹⁶³⁾ 마지막으로 연방 헌법재판소는 위에서 언급한 1993년 6월 8일의 야간근로수당 결정(BVerfGE 89, 15)에서 소득세법 제3b조 제2항 제4호가 이러한 적응 의무 불이행을 이유로 기본

161) 적응의무와 관련된 촉구판결(Appellentscheidung) 사례에 대해서는 줄고, 앞의 논문, 491면 이하, 경고판결(Signalentscheidung) 사례에 대해서는 줄고, 앞의 논문, 499면 이하 참조.
162) BVerfGE 67, 299 (328); Rudolf Steinberg, Der Staat 1987, S. 161 ff. (163) 참조.
163) BVerfGE 68, 287 (309).

법과 불합치하다고 선언하였다. 여기에서 연방 헌법재판소는 이미 입법자가 1970년으로 기간이 주어진 법률을 1973년이 넘도록 유지하기로 결정한 시점에 입법자는 규정에 마련된 한계가 아직도 유지될 수 있었던 것인지와 관련하여 사실적 결정의 근거를 검토하여야 한다는 것이다. 즉 늦어도 1975년 소득세법 제3b조를 도입할 때에 입법자는 이러한 의무를 이행했어야 한다는 것이다.¹⁶⁴⁾ 연방 헌법재판소가 변화된 사실적 상황에 대한 적용 의무에 대한 심사에 있어서 허용한 시간적 적용의 자유가 여기에서는 존재하지 않는다는 것이다. 왜냐하면 1975년 소득세법 제3b조의 규율 대상이 이 문제와 관련하여 훨씬 단순하고 개관가능한 구조를 띠었다는 것이다. 입법자에 의하여 파악된 사실관계는 별 어려움없이 조속한 적용이 가능했다는 것이다.¹⁶⁵⁾ 이러한 논리하에 연방헌법재판소는 문제된 법률을 불합치 선언하였다.

(2) 개선의무(Nachbesserungspflicht)

개선 의무는 국가의 기본권의 보호 의무에 대한 구속으로부터 도출되는 의무라고 할 수 있다.

적용 의무와 개선 의무는 개념적으로 구분된다. 두 번째 낙태 판결에서 연방 헌법재판소는 적용 의무와 개선 의무간의 구분을 암시하였다. 헌법적 질서에 대한 입법자의 구속(기본법 제20조 제3항)은 법률의 제정 당시에 헌법적 한계를 엄수할 의무에서 끝나는 것은 아니라는 것이다. 이 헌법에의 구속은 제정된 법률이 기본법과 부합하는 상태를 유지할 수 있도록 할 책임을 포함한다는 것이다. 여기에서 연방 헌법재판소는 입법자가 원칙적으로 법률의 위헌을 가능한 한 조속히 제거할 것으로 헌법상 사료된다는 점에서 개선 의

164) BVerfGE 89, 15 (25).

165) BVerfGE 89, 15 (27).

무가 나온다고 설명하고 있다. 제정 당시에 통용되었던 사실적 상황이 근본적으로 변화되었거나 또는 법률의 제정 당시에 헌법적으로 의심의 여지가 없었던 장래의 효력에 관한 평가가 추후에 완전히 또는 부분적으로 잘못된 것으로서 입증된 결과, 당시에 합헌이던 법률이 사후에 위헌으로 되는 경우에 개선 의무는 특히 의의가 있다¹⁶⁶⁾는 것이다. 여기에서 암시하고 있는 바와 같이, 비록 연방 헌법재판소는 이 두 가지 사례를 모두 개선 의무의 개념하에 포섭시키고 있지만, 적응 의무와 개선 의무는 개념적으로 구분됨을 알 수 있다. 즉 첫 번째 이유에서 설명된 사실적 상황의 변화에서 나오는 입법자의 헌법적 의무는 적응 의무라고 할 수 있고, 두 번째 것은 잘못된 예단에 있어서의 입법자의 개선 의무라고 할 수 있을 것이다.¹⁶⁷⁾

개선 의무는 적응 의무와 마찬가지로 흔히 법률의 위헌이 인식되었거나 또는 명백히 인식할 수 있게 되는 경우에 비로소 실제화 된다.¹⁶⁸⁾

한편 모든 국가기관들에 대한 지속적인 의무라고 할 수 있는 생명에 관한 보호 의무로부터 특별한 관찰 의무(Beobachtungspflicht)가 나온다고 한다. 연방 헌법재판소에 따르면 보호되고 있는 법익의 높은 서열, 태아의 생명에 대한 위협의 유형과 이러한 영역에서 확인되는 사회적 상황과 관념의 변화는 입법자가 자기의 법률적 보호 관념이 사회적 현실에서 어떻게 작용을 하는지에 관해 계속적으로 관찰할 것을 요구하고 있다는 것이다. 입법자는 적당한 시간적

166) BVerfGE 88, 203 (309 f.); 개선의무와 관련된 경고판결사례에 대해서는 줄고, 앞의 논문, 505면 이하 참조.

167) 평등의 원칙심사에서도 비슷한 논리를 전개한 판례로서는 BVerfGE 54, 11 (38); 이에 대하여 줄고, 앞의 논문, 503면 각주 335 참조.

168) BVerfGE 88, 203 (310).

간격을 두고서 적합한 방법으로 법률이 기대하고 있는 보호 작용이 사실적으로 실행되고 있는지 또는 과소 금지(Untermaßverbot)에 위배될 정도로 입법 취지(Konzept)나 그 사실적 실행에 하자가 발생하고 있는지에 대하여 확인하여야 한다는 것이다.¹⁶⁹⁾

한편 1978년 8월 8일의 Kalkar결정(BVerfGE 49, 89)¹⁷⁰⁾에서 핵에너지의 평화로운 사용과 그 위험에 대한 보호에 관한 1979년 10월 31일자로 고지된 1959년 12월 23일의 법률 제7조 제1항과 제2항은 소위 증식로(Schneller Brüter)유형의 핵발전소의 허가를 가능하게 하는 한 기본법과 합치한다고 선언하였다.¹⁷¹⁾ 이 결정에서 연방 헌법재판소는 설명하기를 새로운 법률 제정 당시에는 아직 알 수 없었던 변화·발전에 의하여 그 기초가 결정적으로 문제가 되고 있는 법률을 입법자가 제정한 경우에, 입법자는 헌법상 당초의 결정이 변화된 상황하에서도 유지될 수 있을 것인지에 대하여 심사해야 할 것으로 사료될 수 있다는 것이다.¹⁷²⁾ 입법자에게는 법률의 제정 당시에는 예견될 수 없었던 상황이 나타난 경우에 비로소 개선의무가 주어진다. 따라서 이러한 Kalkar결정은 금양기대권결정¹⁷³⁾이나 두 번째 낙태 판결¹⁷⁴⁾에서 명시적으로 표현된 바와 같이 개선에 대한 조건부 촉구¹⁷⁵⁾ 또는 관찰 내지 검토에 대한 촉구로서 파악될 수 있을 것이다.

169) BVerfGE 88, 203 (310).

170) 이에 대하여 Rudolf Dolzer, Verfassungskonkretisierung durch das BVerfGE und durch politische Verfassungsorgane, Heidelberg 1982; Rudolf Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat 1987, S. 161 ff. (163).

171) BVerfGE 49, 89 (91).

172) BVerfGE 49, 89 (90, 130 ff.).

173) BVerfGE 87, 348.

174) BVerfGE 88, 203 (310 f.).

175) Wolfgang Zeidler, Diskussionsbeitrag, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung - ein Cappenberger Gespräch, 1980, S. 51.

1981년 1월 14일의 비행기 소음 판결(BVerfGE 56, 54)에서 연방 헌법재판소는 기본법 제2조 제2항으로부터 나오는 보호 의무의 이행과 관련하여 이러한 개선 의무를 다시 한번 확인하였다. 그러한 개선 의무는 특히 기본권과 관련된 영역에서 특히 국가가 허가의 요건을 창설함으로써 그리고 허가를 해 줌으로써 발생할지 모르는 기본권 침해에 대하여 국가가 공동 책임을 지는 경우에 고려될 수 있다는 것이다.¹⁷⁶⁾ 입법자가 이러한 개선의무를 해태하였는지의 심사 여부에 있어서 연방헌법재판소는 명백성 통제에 머무름으로써 기능법적으로 자제를 하였다.¹⁷⁷⁾ 흔히 타협을 요구하는 결정은 권력분립 원칙과 민주주의 원칙에 따르면 국민에 의하여 직접 정당화된 입법자의 책임에 속하고 최고로 중요한 법익들이 위협받는 것이 아닌 경우에는 단지 제한적으로만 심사될 수 있다는 것이다.¹⁷⁸⁾ 더 나아가 이러한 경우에는 입법자에게 적당한 경험 및 적용의 자유가 주어진다. ¹⁷⁹⁾연방헌법재판소는 반복하여 다음을 말하고 있다. 즉 법률적 조치의 폐지나 개정에 의하여 보다 나은 인식을 획득한 후에는 사실적 발전에 관한 잘못된 예단에 대하여 대처할 의무가 입법자에게 주어진다. 그러한 경우에 있어서 입법자에게는 그가 발전에 대한 확실성과 그리고 그 예단의 정확성을 확보할 수 있는 충분한 기간이 인정되어야 한다는 것이다. 법률이 발효되자마자 벌써 그 예단이 잘못되었다고 명백히 입증되는 사례에 있어서까지 이것이 적용될 수 있는지의 문제는 아직 논란의 여지가 있다.¹⁸⁰⁾

176) BVerfGE 56, 54 (80 ff.).

177) BVerfGE 56, 54 (80 ff.).

178) BVerfGE 56, 54 (81).

179) BVerfGE 56, 54 (82).

180) BVerfGE 57,139 (162)

1992년 11월 16일의 급양조정(Versorgungsausgleich)에 관한 결정(BVerfGE 87, 348)에서 연방헌법재판소는 급양조정에 있어서 예외규정에 관한 법률 제10a조 제2항 제2문은 기본법과 아직¹⁸¹⁾ 합치한다고 결정하였다. 1976년 7월 14일의 혼인 및 가족법 개정법률을 통하여 입법자는 이혼의 경우에 혼인 기간 동안 얻은 기대권과 급양에 대한 전망이 부부 사이에 분할되는 급양조정제도를 도입하였다(독일민법 제1587조 이하). 1986년 12월 8일의 급양 조정의 영역에 있어서 그 밖의 조치에 관한 법률(VAHRG)은 1983년 2월 21일의 급양 조정에 있어서 예외 규정에 관한 법률에 이전의 결정으로부터의 가치의 차이가 발생하는 경우에 공법상 급양 조정에 관한 결정의 변경을 가능케 하는 제10a조를 도입하였다. 제2항은 이러한 차이가 변경되어야 할 결정에 의하여 전체적으로 이전된 또는 설정된 권리의 10%의 이윤을 넘는 경우에만 중대한 것으로 간주되어야 한다고 규정하고 있다.¹⁸²⁾ 기본법 제14조 제1항을 기준으로 한 심사에서 연방헌법재판소는 이전 지정액의 차이가 10%를 넘지 못하는 경우에 있어서의 변경의 배제가 조정의무자의 재산권을 비례의 원칙에 맞지 않게 제한함으로써 비례의 원칙이 침해된 것이 아닌지에 관한 문제에 대하여 논하고 있다.¹⁸³⁾ 즉 입법자가 급양 조정의 영역에 있어서 그 밖의 조치에 관한 법률 제10a조 제2조 제2문 제1선택사항에서 본질성의 한계를 구체화한 것은 입법자의 형성권한의 테두리를 아직 유지하고 있다는 것이다. 그러한 경우에 입법자가 수정가능성을 제외한 것은 명백히 비례의 원칙에 어긋나는 재산권의 침해의 결과를 수반한다고 현재로는 보여지지 않는다는 것이다. 하

181) BVerfGE 87,348 (355)

182) BVerfGE 87, 348 (348 f.).

183) BVerfGE 87, 348 (355 ff.).

지만 입법자는 이 규정의 작용을 계속 관찰하고 경우에 따라서는 이를 개선하여야 한다는 것이다.¹⁸⁴⁾ 달리 말하면 이전의 결정에서 이월된 또는 설정된 기대권과는 관련이 가끔의 특별한 개별사례에서 민감한 침해를 유발한다는 것뿐 아니라 관계자의 급양 상황을 전체적으로 계산해 볼 때, 약간 더 높은 절대적 최소한이 보다 덜 중대한 부담을 초래할 것이라고 볼 수 있는 경우에는 이러한 본질성의 한계는 새로이 검토되어야 한다는 것이다.¹⁸⁵⁾

이 사례에서 연방 헌법재판소는 현재 입법자의 개선 의무의 전제 조건이 아직 충족되지는 않았지만 입법자가 법률의 작용을 계속 관찰해야 할 의무가 있다고 하였다. 이러한 사례는 “관찰의무”의 확인이라는 그룹에 속하는 반면 개선 의무의 전제나 조건이 이미 충족되어 헌법적으로 이미 현존하고 있는 그러한 결정은 입법자가 충족된 요건을 적시에 인식하였는지 여부와 상관없이 “개선의무”의 확인이라고 할 수 있을 것이다.¹⁸⁶⁾ 입법자가 이러한 조건을 인식하지 않고 있거나 개선 의무를 이행하지 않는 경우에는 연방 헌법재판소는 사실적 상황의 변화에 의하여 위헌으로 된 법률의 사례, 즉 적용의무사태에 있어서와 마찬가지로의 상황에 처하게 된다.

두 번째 낙태판결¹⁸⁷⁾에서 연방 헌법재판소는 개선 의무를 자세히 상술하고 있다. 입법자는 태아의 생명의 보호를 목적으로 하고 그 - 헌법적으로 문제가 없는 - 평가(Einschätzung)에 따라 기본법에 의하여 요구되고 있는 보호의 정도를 보장하기에 적합하게 보이는 임신중절의 규율에 관한 법률을 제정함으로써 단 한 번에 태아의

184) BVerfGE 87, 348 (358).

185) BVerfGE 87, 348 (362).

186) 촉구판결과 조건부 개선의무와의 구별에 관해서는 Peter Badura, in: FS für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, S. 481 ff. (487).

187) BVerfGE 88, 203.

생명을 보호할 의무를 충족시키는 것은 아니다. 입법자는 오히려 그의 보호 의무를 근거로 법률이 사실적으로 - 대립되어 있는 법익을 고려하여 - 임신중절로부터의 적합하고도 그 자체로서 실효성 있는 보호의 효과가 나타나게 하는데 대하여 책임을 진다는 것이다. 충분한 관찰을 위한 기간이 지나고 나서 법률이 헌법에 의하여 요구된 보호의 정도를 보장할 수 없다는 결론이 나오는 경우에 입법자는 현행 규정의 개정이나 또는 수정에 의하여 하자를 제거하고 과소금지에 상당하는 보호를 해야 할 의무가 있다는 것이다.¹⁸⁸⁾

끝으로 주목할 만한 것은 연방헌법재판소 판례에는 개선의무의 불이행을 근거로 하여 법규정이 곧바로 무효로 선언된 예도 있다는 점이다. 1986년 11월 4일의 방송 판결(BVerfGE 73, 118)에서 연방헌법재판소는 이 무효 선언을 다음과 같이 근거 지우고 있다. 즉 방송의 자유의 유지 및 보장을 그 과제로 하고 있는 언론의 다양성이 이미 현존하고 있는 언론 세력의 생성에 의하여 특별한 정도로 위협을 받고 있다는 것이다. 입법자는 따라서 헌법적으로 그러한 발전을 막는데 적합한 정책을 마련할 의무가 있다는 것이다. 연방헌법재판소는 하지만 여기에서 문제된 규정들이 이러한 요구를 충족하지 못하였다고 보고 이를 다른 사례에서와는 달리 무효로 선언하였다.¹⁸⁹⁾ 이러한 결정이 연방헌법재판소가 위헌의 명백성을 근거로 법률을 곧바로 제거한 사례로 볼 것인지는 의문이다. Steinberg가 말하고 있듯이 입법자가 보호 의무에 의하여 요청되는 규정을 전혀 내리지 않은 경우에는 전혀 개선 의무의 상황이 아니다. 여기에서는 상황에 따라서 사실적 상황의 기본적인 변화 때문에 더 이상 헌법과 합치하지 않고 따라서 개인의 기본권을 침해할 수 있는

188) BVerfGE 88, 203 (309).

189) BVerfGE 73, 118 (172).

법률적 규정이 존재하고 있다는 것이다.¹⁹⁰⁾

요컨대 적용 의무와 개선 의무는 입법자가 변화된 사실적 상황에 의한 또는 시간의 흐름에 따라 충분한 경험의 축적후에 기본법 제 20조 제3항에 의하여 지게 되는 헌법에의 구속 의무를 이행하였는지와 관련하여 입법자의 행태를 통제할 수 있게 하는 헌법재판소의 중요한 통제 기구의 하나라고 할 수 있을 것이다.

(3) 복잡한 사태(사실관계)의 개정

확립된 판례¹⁹¹⁾에 따르면 복잡한 사태의 개정의 초기 단계에서는 입법자에게 유형화(Typisierung)와 일반화(Generalisierung)에 필요한 경험을 축적하기 위하여 적당한 시간이 허용된다. 이 기간 동안에는 법률의 어느 정도의 하자는 감수되어야 한다.¹⁹²⁾ 이러한 판례는 1974년 4월 3일의 Malus 결정(BVerfGE 37, 104)에서 분명히 나타나고 있다. 복잡한 사태에 있어서는 입법자에게 우선 경험의 축적을 위한 적당한 시간을 부여해 주는 것은 납득할 수 있다는 것이다. 대략적 유형화와 일반화에 수반되는 불충분성은 입법자가 보다 타당한 해결을 위한 충분한 경험 자료가 있음에도 불구하고 나중의 심사와 계속적인 세분화를 하지 않는 경우에 비로소 헌법적인 문제 제기의 계기를 제공한다는 것이다.¹⁹³⁾

이 밖에 입법자는 확립된 판례에 따르면 사회보장의 분야나 세법과 세무행정에 있어서 흔히 나타나는 바와 같이 대량 입법의 경우에 있어서는 생각할 수 있는 모든 개별 사례를 평등하게 다루기 위

190) Rudolf Steinberg, Der Staat 1987, S. 161 ff. (182).

191) BVerfGE 37, 38 (55 f.); 43, 29; 44, 283 (288); 46, 43 (66); 54, 173 (202 f.); 56, 54 (82); 60, 16 (48); 62, 256 (294); 63, 119 (128) 1 (34); 83, 1 (21 f.); 84, 348 (359); 85, 80 (91).

192) 이에 대하여 Stefan Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, S. 541 ff. (545); ders., Rechte und Ziele, Berlin 1993, S. 249; Ernst Benda, Grundrechtswidrige Gesetze, Baden-Baden 1979, S. 24 ff.

193) BVerfGE 37, 104 (118).

하여 애쓸 필요는 없다. 연방 헌법재판소에 따르면 입법자는 오히려 자기에게 주어진 경험으로부터 나오는 전체구상으로부터 일단 출발할 수 있다는 것이다. 이것을 기초로 하여 입법자는 일반화하고 유형화하며 포괄화하는 법률을 제정해도 된다는 것이다. 이와 함께 불가피하게 수반되는 모순(Härte)이 있다손 치더라도 일반적인 평등 원칙에 위배되는 것은 아니다. 여기에서 연방 헌법재판소는 유형화의 전제조건으로서 유형화로 인해서 나타나는 문제점과 부정의가 비율적으로 단지 적은 수의 사람에게만 관련되어야 하고 평등의 원칙에 대한 위배가 그렇게 심하지 않아야 한다고 한다.¹⁹⁴⁾ 이러한 문제를 제거하는 것이 어려운지의 여부가 중요하다는 것이며 이를 위해서 행정의 실제적인 조건들도 중요하다는 것이다.

나. 시간적 적용의 자유의 한계

이러한 시간적 적용의 자유도 무한정으로 인정되는 것은 아니다. 연방 헌법재판소는 입법자의 시간적 적용의 자유가 인정될 수 없는 경우를 다음과 같이 제시하고 있다.

(1) 규율의 복잡성의 결여(“충분한 경험”)¹⁹⁵⁾

시간적 적용의 자유가 인정되는 조건이 결여된 경우에는 이를 인정할 수 없는 것은 당연하다. 규율이 그렇게 복잡하지 않아서 시간적 적용의 여지가 필요 없는 경우에 연방 헌법재판소는 이를 부정하고 있다.

세 번째 급양조정판결(BVerfGE 71, 364)에서 연방 헌법재판소는 시간적 적용의 자유를 더 이상의 경험을 축적할 필요성이 없다는 이유로 적용할 수 없다고 보았다. 입법자는 가령 감정서나 통계적 자료의 제출을 위한 시간이 더 이상 필요 없다는 것이다.¹⁹⁶⁾ 그 밖

194) BVerfGE 82, 126 (152).

195) BVerfGE 68, 155 (174 f.).

의 예로서는 1985년 11월 6일의 연방교육진흥법에 대한 판결(BVerfGE 71, 146)인데 여기에서 연방 헌법재판소는 규정의 유형화에 대하여 뚜렷한 필요성을 인정하지 않았다. 왜냐하면 소득 관계는 모든 개별적 이행의 사례에 있어서 해명되어야 하며 그리고 법원에 의하여 요구된 부양청구에 있어서 정산액의 확인은 매우 간단하다는 것이다.¹⁹⁷⁾ 1993년 7월 8일의 결정(BVerfGE 89, 15)에서도 연방헌법재판소는 입법자에게 법률적 규정을 변화된 상황에 적용시키기 위한 특별한 기간을 부여하지 아니하였다. 왜냐하면 이와 관련하여 1975년 소득세법 제3b조의 규율 대상은 더욱 간단하고 조망 가능한 구조였기 때문이라는 것이다.¹⁹⁸⁾

(2) 수혜적 유형화(*bevorzugende Typisierung*)와 부담적 유형화(*benachteiligende Typisierung*)

입법자에게 시간적 적응의 자유가 인정되는 사례중의 하나라고 할 수 있는 법률의 유형화에 있어서도 수혜적 유형화와 부담적 유형화¹⁹⁹⁾가 구별된다.

1963년 7월 24일의 판결²⁰⁰⁾에서 연방헌법재판소는 입법자의 형성의 자유는 부담적 유형화에 있어서보다 수혜적 유형화에 있어서 훨씬 더 넓다고 설명하였다. 입법자는 특정한 사회적 급부가 제공되어야 하는지에 관하여 이를 결정할 자유를 원칙적으로 갖는데, 이를 구체화함에 있어서는 침해의 경우에 있어서와 마찬가지로 기본법, 특히 일반적 평등의 원칙에 구속된다는 것이다. 하지만 유형화를 함에 있어서 그것이 수혜적인 것인지 또는 부담적인 것인지에

196) BVerfGE 71, 364 (393).

197) BVerfGE 71, 146 (157).

198) 그 밖에 입법적 곤란성을 인정하였음에도 불구하고 무효선언을 한 경우는 BVerfGE 78, 374 (389).

199) BVerfGE 19, 101 (116); 48, 227 (239 f.).

200) BVerfGE 17, 1.

따라서 형성의 자유가 차이가 있다는 것이다. “부담적인 것”은 “수혜적인 것”의 반사에 지나지 않고 또한 그 반대의 경우도 타당한 많은 사례들이 있다. 그러한 사례에 있어서 양자의 구별은 한낱 말장난에 불과할 것이다. 두 가지 개념의 병립은 하지만 우리가 법률의 의미와 목적에 따라 보통 파악되어야 하는 그러한 경우를 연관시켜 볼 경우에 의미가 있게 된다는 것이다. 왜냐하면 일반적으로 정의와, 특별히 기본법의 가치결단을 고려해 볼 때, 경우에 따라서 만약 법률의 목적에 따른 이익이 귀속될 사람들이 이로부터 배제되는 것보다는 법률의 엄격한 목적에 따를 때 인정되지 않게 되는 사람들이 이러한 이익에 참여하게 된다고 한다면 감수하기가 보다 나은 것이기 때문이라는 것이다. 부담적인 것은 유형화의 경우에 있어서도 단지 개별적인 경우에만 감수되어야 할 것이다. 이에 반해 법률의 이념에 따를 때 개별적인 기준에 의하면 이익을 받지 못하게 될 그러한 사람들의 적당한 비율이 유형화라고 하는 그물을 통해서 조정된다는 것은 오히려 감수될 수 있다는 것이다. 그러한 입법자의 형성의 자유는 사물의 본질에 따를 때 부담적 유형화에 있어서보다는 수혜적 유형화에 있어서 훨씬 넓다는 것이다.²⁰¹⁾

마찬가지의 입장을 보이고 있는 것은 연방 헌법재판소가 1976년 1월 21일의 이중 거주세의 과세에 관한 Überlingen시의 조례를 무효로 선언한 1983년 12월 6일의 결정(BVerfGE 62, 325)이다. 여기에서 연방헌법재판소는 이러한 무효선언을 부담적 유형화라는 개념으로 근거지웠다. 유형화와 실제성(Praktikabilität)의 관점은 이중주거세를 이중주거의 외부소유자에게 국한하는 것을 정당화할 수 없다는 것이다. 이 경우는 입법자의 형성의 자유가 더욱 줄어드는 부담적 유형화라는 것이다.²⁰²⁾

201) BVerfGE 17, 1 (23 f.).

(3) 기본법의 특별한 가치결단

나아가 실제성(Praktikabilität)은 기본법 제3조 제1항의 입법자의 형성의 자유를 제한하는 기본법의 특별한 가치 결단의 뒷전으로 밀려난다.²⁰³⁾ 연방 헌법재판소의 판례에 따르면 입법자가 행정의 실제적인 여건을 고려해도 된다는 관점은 대량입법의 경우에 불평등 취급을 정당화할 수 있다는 것인데 이것은 물론 한정적으로만 타당하다. 행정상의 경제성의 관점은 보통 적은 수의 그리고 특별한 경우에만 불평등을 초래하여도 되는 반면 보다 심한 부담은 이 관점을 일탈하게 될 것이라는 것이다. 부담이 적은 경우에 한해서 실제성의 사유는 보다 큰 집단들의 불리를 정당화할 수 있다는 것이다.²⁰⁴⁾

IV. 결 어

연방 헌법재판소의 판례를 자세히 살펴보면 문제되고 있는 법률의 위헌 여부를 검토하는 과정에서 돌연 입법자에 대한 검토가 자세히 나오는 것을 흔히 볼 수 있다. 이는 법률을 제정한 당사자의 입장을 무시한 상태에서 오로지 객관적인 차원에서 입법자의 제정행위의 결과인 법률만을 심사하는 경우, 헌법재판소의 구조나 기능에 맞지 않는 심사 결과를 입법자에게 무리하게 강요함으로써 권력분립의 원칙에 반하는 결과를 초래할 수 있음을 의식한 기능법적 착상의 산물이라고 볼 수 있다. 어쨌든 상술한 연방헌법재판소 판례들로부터 연방헌법재판소가 그동안 자신의 통제권한을 근거지우거나 제한하기 위한 다양한 노력을 통해서 기능법적 통제기준, 통제강도와 통제논거들을 많이 전개해 왔다는 것을

202) BVerfGE 65, 325 (356).

203) BVerfGE 26, 321 (327); 87, 1 (39).

204) BVerfGE 82, 60 (101 f.).

알 수 있다. 많은 영역에서 연방헌법재판소는 입법자에게 원칙적으로 예단의 자유(Prognosespielraum), 평가의 자유(Einschätzungsprarogative), 차별의 자유(Differenzierungsspielraum)나 시간적 적응의 자유(zeitlicher Anpassungsspielraum)를 포함하여 넓은 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)를 인정하고 있다. 이러한 영역에서 연방헌법재판소는 원칙적으로 소위 명백성통제나 납득가능성통제에 머무르고 있다.

하지만 이러한 입법자의 형성의 자유는 입법자의 결정이 기본법상 특별한 가치결단 [기본법 제3조 제2항, 제3항(개별적 평등)과 기본법 제6조 제1항(혼인과 가족의 보호)과 같은 원칙규범] 내지 중대한 기본권 영역 [예컨대 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄), 제2조 제1항(인격의 자유발현권), 제12조 제1항(직업의 자유)]과 관련되거나 이러한 기본권의 향유에 중대한 영향을 끼치는 경우에는 엄격한 한계가 그어진다. 이 경우 연방헌법재판소는 내용통제나 비례원칙에 의한 엄격한 통제 기준을 사용한다. 그밖에 연방헌법재판소는 적응의무나 개선의무를 부과함으로써 시간적 적응의 영역에서 통제 권한을 행사하고 있다.

이 밖에서 본고에서는 다루지 않았으나 연방헌법재판소는 자신이 지금까지 개발해 온 다양한 판결 유형을 구사함으로써 입법자에 대한 통제의 강도를 조절하고 있음도 입법자에 대한 연방헌법재판소의 통제의 범위와 강도라고 하는 테마와 관련해서 빼 놓을 수 없는 지적이라고 보여진다.²⁰⁵⁾

결론적으로 연방 헌법재판소는 자신의 통제 권한을 기능법적 논거로 제한하는 반면 이를 근거지우는 것은 실체법적 논거를 통하여서임을 알 수 있다. 따라서 입법자에 대한 통제와 관련한 연방헌법재판소의 판례는 기능법적 논거와 실체법적 논거간의 상호작용의 결과라고 할 수 있다.

205) 이에 대하여는 줄고, 앞의 논문, 436면 이하 참조.

헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무

신 봉 기

헌법연구관보

부산외대 법대 교수

- 목 차 -

I. 서 언

II. 헌법불합치결정의 입법권자에 대한 효과와 결정이유의 기속력

1. 헌법불합치결정의 입법권자에 대한 효과
2. 직접적 개선입법의무와 간접적 개선입법의무의 구별
3. 결정이유 부분의 기속력

III. 헌법불합치결정에 기초한 간접적 개선입법의무의 구체적 사례와 그 문제점

1. 토초세법의 헌법불합치결정에 기초한 자가공시법의 간접적 개선입법의무
- 가. 입법권자에 대한 자가공시법의 간접적 개선입법의무

- 나. 지가공시법에 관련된 헌법재판소의 결정이유 부분
- 2. 지가공시법의 규정의 구체적인 문제점
 - 가. 간접적 개선입법의무의 부과
 - 나. 전문적 지식을 가진 평가인에 의한 감정평가제도의 도입 여부
 - (1) 1989년의 지가공시법에 의한 감정평가사의 자격
 - (2) 1995년의 지가공시법에 의한 감정평가사의 자격
 - (3) 간접적 개선입법의무의 준수 여부
 - (가) 비경력자의 실무수습기간
 - (나) 경력자의 재직기관 또는 직무수행기관
 - (다) 경력자의 중복된 재직·직무수행기간의 합산
 - (4) 간접적 개선입법의무의 불완전이행
 - 다. 감정평가의 공정성 확보를 위한 보장책의 강구 여부
 - (1) 감정평가업자의 의무내용
 - (2) 감정평가업자의 업무범위와 처벌
 - (가) 감정평가사사무소의 업무범위와 처벌
 - (나) 감정평가사합동사무소의 업무범위와 처벌
 - (다) 감정평가법인의 업무범위와 처벌
 - (라) 한국감정원의 업무범위와 처벌
 - (3) 간접적 개선입법의무의 불이행과 그 이행요구의 정도
 - (가) 간접적 개선입법의무의 불이행
 - (나) 간접적 개선입법의무의 이행요구의 정도
 - 1) 지가공시법의 제20조 제2항의 개선입법의 방향
 - 2) 지가공시법 시행령 제35조 및 동조 제1호의 개선입법의 방향
 - 3) 지가공시법 제34조 제4호 및 제28조 제1항 제8호의

개선입법의 방향

IV. 결 어 - 입법권자에 대한 실질적 기속력 인정을 위한
방안의 요청

I. 서 언

헌법결정은 그 자체로서 결정일로부터 효력을 상실하지만, 헌법 불합치결정의 경우에는 그와 달리 개선입법기한을 정한 때에는 그 기간내에 그리고 이를 정하지 아니한 때에는 일정한 기간내에 입법권자에게 개선 입법을 마련하여야 할 의무의 이행이 촉구되고 이 기간을 경과하게 되면 그 자체로서 효력을 상실하거나 또는 재차 당해 심판대상규정이나 개선 입법을 대상으로 헌법재판을 통하여 위헌여부에 대한 심사를 받게 됨으로써 최종적으로 종결되게 된다. 따라서 헌법재판소의 헌법불합치결정 이후에 불합치결정된 당해 규정이 입법권자에 의하여 정상적으로 고려되는지 여부는 헌법재판소 결정의 실효성과 관련하여서도 대단히 중요한 문제라고 할 것이다. 이 경우 입법권자에 의한 고려 여부의 정도에 따라 대략 다음의 세 가지, 즉 적극적으로 헌법재판소의 결정취지를 고려하여 개선입법이 완벽하게 마련된 경우, 이를 전혀 고려함이 없이 개선입법기한 내지 일정한 기간을 넘긴 경우¹⁾ 및 입법권자가 이를 고려하는 하였으나 개정신법에서 불완전하게²⁾ 또는 개악의 방향으로 입법한

1) 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 관한 헌법소원이 그 예이다. 위 결정주문에서 헌법재판소는 동법 제12조 제2항 중 “국가·지방자치단체에 종사하는 근로자”에 관한 부분에 대하여 헌법 불합치선언을 하면서 “위 법률조항 부분은 1995년 12월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”고 하여 개선입법기한을 정하였으나 그 의무를 준수하지 아니하여 당해 심판대상규정은 효력을 상실하고 말았다. 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5 결정 참조.

2) 토초세법 제10조 등에 대한 위헌소원에서 동법 전체에 대한 헌법불합치결정에 따라 입법권자가 개정신법을 마련하였으나 신법 부칙에서 잠정적 권리구제에 관한 규정을 두어야 함에도 이를 두지 않음으로써 다시 헌법재판소의 심판대에 서게 되는 불운을 겪었다. 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49·52 결정; 1995. 7. 27. 선고, 93헌바(1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53(병합) 결정 참조.

경우 등으로 구분할 수 있을 것이다. 본고에서는 두 번째와 세 번째의 경우가 논의의 대상이 되지만, 특히 그 가운데 당해 심판대상 규정에 대한 헌법재판에서 구체적인 판단을 한 후 당해 규정을 헌법불합치결정하기에 이르렀으나 그 판단을 함에 있어서 결정이유에서 헌법재판소가 당해 규정의 위헌성을 도출하는데 필수불가결한 타법의 관계규정을 실질적으로 검토하여 그 타법 규정에 대한 개선입법의 촉구를 하고 그에 따른 개선입법조치의 결과 당해 심판대상 규정이 위헌성이 해소될 수 있다고 판시한 경우에, 당해 헌법불합치결정이 그 ‘타법 규정’에 대하여 어느 정도 개선입법의무를 부과하는 것인지가 문제가 될 수 있기 때문에 이 점에 대한 검토의 필요성이 있다고 생각된다. 예컨대 특정 제도에 대한 ‘기본법’ 형식의 법률(예컨대 공시지가제도에 관한 지가공시 및 토지등의평가에 관한 법률, 이하 ‘지가공시법’이라 한다)을 제정해 두고 개별 법령(예컨대 토지초과이득세법, 이하 ‘토초세법’이라 한다)에서 특정 사안에 대하여 당해 기본법률의 규정을 준용하도록 하는 입법형식은 우리 현행 법제상으로도 일반적으로 인정되고 있다는 점에서 이러한 사례는 실제에 있어서도 적지 않게 발생될 소지가 있다고 생각된다. 본고는 입법권자에 대한 헌법불합치결정의 효과와 그 결정이유의 기속력에 대하여 간략히 살핀 후(Ⅱ), 헌법불합치결정에 기초한 개선입법의무의 구체적 사례와 그 문제점을 살펴보기로 한다(Ⅲ). 본고에서 다루어지는 구체적인 사례는 1994. 7. 29. 선고된 토초세법의 헌법불합치결정³⁾이며, 그 결정이유에서 밝힌 ‘관련 입법’인 지가공시법에 대한 개선입법촉구의 내용을 검토하고 지가공시법상의 개정내용이 구체적으로 헌법불합치결정의 취지에 합치되게 개정되었는지에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

3) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49·52 결정.

II. 헌법불합치결정의 입법권자에 대한 효과와 결정이유의 기속력

1. 헌법불합치결정의 입법권자에 대한 효과

헌법불합치결정이라 함은 당해 법률규정이 전체적으로 헌법규정에 저촉되지만 부분적으로는 합헌적인 부분도 혼재하고 있기 때문에 그 효력을 일응 존속시키면서 헌법합치적인 상태로 개정할 것을 촉구할 필요가 있을 때 혹은 법률 또는 법률의 조항이 헌법에 위반한다는 위헌성을 인정하면서도 그 법을 당장 무효화시킬 수 없는 특별한 사유가 있어 일정기간 그 법률의 효력을 잠정적으로 지속시킬 필요가 있을 때 대상 법률 또는 법률조항의 효력상실만을 잠정적으로 유보하는 변형 결정을 말한다.⁴⁾ 이러한 헌법불합치결정은 국회의 입법형성권을 존중하고, 신법과 구법 사이의 부조화를 해결할 수 있으며 위헌결정으로 인한 법적 혼란 내지 법적 공백의 발생을 예방함으로써, 일면 헌법재판의 대상이 된 법률 규정의 위헌성을 선언하고, 타면 법적 안정성을 확보할 수 있다는 점에서 긍정적으로 받아들여지고 있는 제도이다. 헌법불합치결정이 정당화될 수 있는 사정으로는 ① 현재의 법상태가 수인하기 어렵기는 하나 위헌 무효선언을 받는 것보다 헌법에 합치되는 정도가 양호한 경우, ② 특정인들의 수혜를 받을 범주에 속하는 자들임에도 이들에 대하여 묵시적으로 그 수혜의 범주에서 배제함으로써 평등원칙을 침해하는

4) 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구, 헌법재판연구 제7권, 1995. 108~109면.

규범 즉, 평등원칙에 반하여 특정인에 대한 적용을 배제하는 불완전한 규정(Unvollständigkeit der Regelung)을 형성한 경우,⁵⁾ ③ 무효선언을 하더라도 헌법침해상태를 제거할 수 없는 입법기술상 이유가 있는 경우, ④ 문제가 있는 법규범이 예컨대 경제관계의 변화와 같은 실제상황의 변경에 의하여 비로소 위헌으로 “발전된(hineingewachsen) 경우, ⑤ 헌법적으로 평가할 때 무효선언 그 자체가 급작스러운 새로운 상황을 초래하는 경우⁶⁾ 등을 들 수 있고, 그 밖에 ⑥ 위헌적 법상태가 여러 개별규정이 혼합된 결과로 인해야기되었고 그 중 어느 한 규정의 개정으로써 헌법침해가 제거될 수 있는 경우도 이에 포함시킬 수 있다.⁷⁾

헌법재판소는 현재까지 5건의 헌법불합치결정을 하였는바, 이들 결정은 입법개선기한과 관련하여 일정기간을 정하는 경우와 이를 정하지 않는 경우로 구분되고 있어 그 차이가 있는 듯이 비추어지나, 실질적으로는 당해 규정이 위헌확인을 받은 이상 그 기한을 주문으로 선언함과 관계없이 헌법불합치결정의 취지에 따라 신속한 개선입법의무⁸⁾가 입법권자에게 주어지는 것은 당연하다고 할 것이

5) BVerfGE 22, 349, 359; 13, 248, 260 f.; 57, 335, 346; 62, 256, 289.

6) 이 경우에 독일연방헌법재판소는 단순히 헌법불합치결정을 통한 위헌확인을 잘 하지 않고, 오히려 재판시점에 당해 규정의 합헌성을 인정하고 입법권자에게 즉각적으로 개선입법을 이행할 필요성에 대한 주의를 환기시키는 방식을 사용하는 것이 일반적이며, 그로써 위헌결정에 따른 급작스러운 새로운 상황의 초래를 예방하고 있다. Vgl. Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, Rn. 1186.

7) 이 경우 그 개선은 소의 대상이 되는 규범에 필연적으로 관련이 있는 것은 아니므로 헌법재판소는 당해 유관규정을 위헌확인함에 그치고 있다. BVerfGE 82, 60, 97.

8) 독일에서는, 입법권자로 하여금 지체에 대한 면책사유가 있는 경우를 제외하고는 “즉각적으로”(unverzüglich) 입법작업을 하여야 한다고 해석되고 있다. 이 경우 특정한 기한을 정하지 않는 것이 보통이다. 물론 이는 헌법재판소가, 개선입법이 관철되어야 할 그 기한에 대한 입장을 그 주문(대부분의 경우) 또는 이유(일부의 경우)에서 밝힌 경우에는 그렇지 않다. 기한을 정하여 주문에서 이를 고지하는 것(Fristangaben)은, 결정이유의 취지가 보다 명백하지 아니한 경우에는, 입법권자의 부담을 고려할 때 개선입법을 위한 기초자료 등의 수집·검토가

다.⁹⁾ 즉 헌법불합치결정은 행정청과 법원으로 하여금 당해 규정의 적용을 금지시키는 것 외에, 법률에 대한 헌법의 우위의 사상에 근거하여 입법권자에게 “합헌적 법상태를 창조할 의무”,¹⁰⁾ 즉 개선입법의무를 지우게 되는 것이다. 헌법이 법률의 유효성을 일면적으로나마 인정함으로써 당해 심판대상법률을 법적으로(ipsa iure) 무효화시키지 않는 경우에, 헌법우위에 기초한 개선입법의무에 따라 당해 법률에 대하여 적어도 헌법에 저촉된 규정에 대한 합헌적 법질서의 회복을 요구하게 되는 것이다. 그리고 앞에서 입법개선기한의 설정 여부와 관계없이 동일하게 신속한 개선의무를 부담하는 것이 곧 입법개선기한을 주문에서 정하는 것 그 자체가 무의미하다는 것을 말하는 것은 아니다. 개선입법기한을 정하는 것과 이를 정하지 않는 것은 모두 특정 규정이 헌법불합치결정된 경우 언제나 그 위헌상태를 신속히 제거해야 할 입법권자의 의무가 있다는 점에서 양자의 차이점이 없다는 것이지, 특정 기한을 정한 후 이를 넘겨 개선입법을 행하지 않는 경우까지 동일할 수 없는 것은 당연하다. 즉 기한을 정하지 아니한 헌법불합치결정은 입법권자에게 신속한 개선입법의무를 지우지만 ‘일정한 기간’을 경과했음에도(inangemessener Frist) 그 의무를 이행하지 아니한 경우에는 당해 규정의 위헌성을 곧바로 확정할 수 있는 장치는 없는 것이고, 다만 개선입법의무를 이행하지 아니한 입법권자의 입법의무의 불이행이라는 점에서 개선입법부작위에 대한 헌법소원을 제기하거나 다른 한편 당해 규정이 위헌임을 다투는 위헌법률심판청구나 위헌소원을 제기하는 방법이

어려운 경우를 야기할 수가 있다는 비판을 받을 수도 있다. 종래 헌법재판소에 의하면 고지된 기한은 9월에서 4년 사이에서 정해져 왔다고 한다. Vgl. Benda/Klein, a.a.O., Rn. 1190.

9) 물론 입법권자는 당해 규정이 더 이상 존속시킬 필요가 없다는 이유로 폐기할 수도 있을 것이다. Vgl. Schlaich, Das Bunderverfassungsgericht, 3. Aufl. 1994, Rn. 389.

10) BVerfGE 55, 100, 110; 81, 363, 384.

있을 것이다. 그런데 현행 헌법재판소법에 의하면 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없으므로 후자보다는 전자인 입법부작위소원이 오히려 합리적인 헌법재판의 방식이 될 것으로 보인다. 하지만 이 경우에는 일사부재리의 예외를 인정하여, 일정한 기간을 경과할 동안 개선입법을 행하지 아니한 경우에는 직접 헌법불합치결정을 받은 당해 규정을 대상으로 위헌심판 또는 위헌소원도 인정된다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 이 때 ‘일정한 기간’의 판단이 문제되겠지만 그것은 헌법재판소가 합리적으로 결정할 사항이라고 할 것이다. 헌법재판소가 헌법불합치결정의 주문을 선택하는 한 그것은 위헌결정과 같이 그 즉시 효력을 상실시키는 것이 아니라 위헌상태의 확인을 한 것이고 그 구체적인 입법의 형성은 신속한 개선입법의무에 따라 입법권자에게 맡겨지게 되는 것이라고 할 수 있으므로, 결국 헌법불합치결정의 실효성은 입법권자에 의한 개선입법의 형성으로써 마무리되는 것이라고 할 수 있다.¹¹⁾

2. 직접적 개선입법의무와 간접적 개선입법의무의 구별

헌법불합치결정을 하는 경우 입법권자는 개선입법의 불이행에 대한 입법의무를 지는 외에 개선입법을 불완전하게 이행하는 경우에 있어 그 통제의 문제가 다시 의문으로 남는다. 즉 개선입법을 하였으나 그 입법이 불완전한 경우에 그 불완전입법에 대한 통제의 문제가 그것이다. 불완전한 입법은 개선입법의무를 이행하면서 각종

11) 동지, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구, 헌법재판연구 제7권, 1995. 350면.

집단의 이해관계를 조정할 필요가 있게 되고 그 과정에서 본래의 헌법재판소 결정의 취지와는 다른 방향으로 입법되는 경우에 발생될 수가 있다. 이 때에는 당해 불완전입법을 대상으로 직접 위헌심판 또는 위헌소원 내지 입법부작위소원으로 다투면 될 것이다, 그밖에 불합치결정의 기속력에 따라 위헌 제소 전에 입법권자가 다시 합헌적인 입법상태를 형성할 의무가 있다고 할 것이다.¹²⁾ 여기서 개선입법의무의 불완전이행의 통제 문제는 불합치결정된 당해 심판대상규정에 직접 관련되는 경우가 일반적일 것이나(이를 ‘직접적 개선입법의무’라고 할 수 있다), 예외적으로 당해 심판대상규정을 위헌으로 이끌어 내는데 있어 그 근거로 ‘타법 규정’의 위헌판단을 요한 경우 입법권자에게 그 ‘타법 규정’에 대한 개선입법의무가 부과되는가의 문제도 있다. 후자를 이른바 ‘간접적 개선입법의무’라고 할 수 있다. 여기서 간접적 개선입법의무란 이미 타법의 유관규정과 관련하여 당해 규정의 위헌성이 헌법재판소에 의하여 명백히 밝혀진 경우에는 다시 그 규정에 대하여 별도의 헌법재판을 청구하여 그 부분의 위헌심판을 기다리지 않고 당해 규정을 신속히 개선하도록 하는 것이 입법효율적으로나 소송경제적으로나 긍정적이라는 점에서 관계 입법권자로 하여금 개선입법을 마련하도록 하는 효과를 긍정하여야 한다는 것을 의미한다. 후자의 점에 대하여는 헌법불합치결정의 효과의 측면에서 깊이 있는 연구가 이루어져야 할 필요가 있다.

12) 헌법불합치결정은 그 결정에 따라 구법 조항들 중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 확정을 입법자의 형성의 자유에 맡겨 두는 결과, 입법자가 그 결정취지에 맞추어 해당 조항을 개정할 때 비로소 그 결정에 의하여 무효로 될 부분을 구체적으로 확정할 수 있게 되므로 그 구체적으로 확정된 (불완전한) 규정이 심판대상이 될 것이다.

3. 결정이유 부분의 기속력

헌법불합치결정도 역시 헌법재판소법 제47조 제1항에서 정한 위헌결정의 일종이므로 다른 국가기관을 기속한다.¹³⁾ 따라서 불합치결정의 기속력 역시 그 효력이 미치는 범위가 주문에 그치는지 아니면 ‘중요한 결정이유(tragende Gründe)에까지 이르는지 논란이 있다.¹⁴⁾ 여기서 중요한 결정이유라 함은 헌법재판소 결정의 주문을 이끌어 내는데 필수불가결한 논증의 기초를 이루는 이유를 말한다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 결정은 불합치결정 외에도 한정위헌 등의 변형결정을 채택하고 있고 그 변형결정은 곧 결정내용에서 위헌성의 한계를 찾을 수밖에 없기 때문에 헌법재판소 결정의 실효성 확보라는 측면에서도 중요한 결정이유의 기속력을 인정하는 것이 바람직하다는 주장이 강하게 제기되고 있기도 하다. 사실 한정위헌결정이나 불합치결정 등 변형결정은 모두 위헌결정의 일종이고 그 위헌인 부분에 있어서는 위헌결정의 효력이 그대로 미친다고 보아야 할 것이므로 구체적인 위헌의 범위를 설정하는 것은 결정이유 부분의 고려 없이는 불가능한 것이고, 그러한 점에서 중요한 결정이유 부분은 기속력을 갖는다고 하지 않을 수 없다.

13) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 결정.

14) 독일 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 의거 그 결정의 중요한 이유에 대하여도 일관되게 기속력을 인정하고 있다. BVerfGE 1, 14, 37; 40, 88, 93 f. Benda/Klein, a.a.O., Rn. 1237. 통설도 그 기속력을 인정하는 입장에 있으나, 이에 대하여는 반대의견도 강하게 제기되고 있다. Vgl. Schlaich, a.a.O., Rn. 449 ff.; Löwer, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof, Bd. II, 1987, S. 797; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 238 f.

15) Benda/Klein, a.a.O., Rn. 1239. Ähnlich Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, 1952, § 31 Anm. 6. 그렇지만 중요한 이유와 중요하지 않은 이유를 구분하는 것은 쉽지 않다.

그런데 당해 사건의 심판대상규정을 판단함에 있어 결정이유에서 “당해 사건의 심판대상규정(예컨대 토초세법 제11조)이 위헌이긴 하나 결론적으로는 헌법불합치결정의 주문으로 귀착되었고, 그 심판대상규정인 위헌성을 당해 규정과 밀접불가분의 ‘타법 규정’(예컨대 지가공시법 제10조)의 위헌성을 근거로 하여 이끌어 내고” 있다면, 이 경우 해당 ‘타법 규정’에 대하여 헌법재판소 결정의 기속력이 어디에까지 미치는 것인가 하는 문제가 발생할 수 있다(이른바 간접적 개선입법의무의 구체적인 예가 될 것이다). 이 경우 법논리적으로는 당해 심판대상규정의 위헌성만 인정되고 ‘타법 규정’은 단순히 심판대상규정의 위헌판단을 위한 자료에 그치는 것으로 보게 되겠지만, 다른 한편 당해 심판에서 이미 위헌으로 확인된 그 ‘타법 규정’의 실질상의 기속력이라는 점에서 보면 논의의 여지가 있다고 생각된다. 즉, 당해 심판대상규정의 위헌성은 ‘타법 규정’의 위헌성을 전제로 하였을 때 위헌이라는 것이고 또 ‘타법 규정’이 위헌이므로 당해 심판대상규정의 개선입법을 신속히 제정하여야 한다는 입법촉구성의 판시를 당해 결정에서 하였을 경우, 비록 당해 사건의 심판대상은 되지 않았으나 당해 ‘타법 규정’은 간접적으로 헌법재판소의 위헌결정을 받은 것이나 진배 아니므로 비록 법적인 기속력은 아니라 하더라도 이 경우에도 - 법적인 기속력에 준하거나 적어도 사실상의 - 간접적인 개선입법의무의 영향이 미친다고 할 수 있다. 그러나 간접적 개선입법의무는 그것을 입법권자가 이행하지 않은 경우 이를 강제할 수 없다는 점에 한계가 있으며, 개선입법을 마련하지 않은 때에는 - 비록 당해 규정에 대하여 이미 헌법재판소의 판단은 다른 사건과 관련하여 명백히 나와 있지만 - 소송절차상 당해 규정을 직접 심판대상으로 하여 다시 소를 제기하는 수밖에 없을 것이다. 결국 이러한 경우에 있어 ‘타법 규정’은 입법권자의 고

려 여하에 따라 즉각적인 개선입법이 이루어질 수도 있고 나중에 당해 규정을 직접 소의 대상으로 하여 위헌결정을 받음으로써 그때 효력을 상실하게 될 수도 있게 된다. 그렇지만 헌법불합치결정이 있는 경우 비록 선택적이기는 하나 입법부나 행정부 등 관련기관에서는 위헌결정의 이유 부분에서 판시된 ‘중요한 결정이유’에 따라 개선입법의 필요성이 있다고 판단하는 때에는 신속히 그에 따르는 것이 옳은 입법 태도라고 할 것이다. 적어도 이러한 범위에서 결정이유의 기속력은 유효하게 될 수 있는 것이다.

Ⅲ. 헌법불합치결정에 기초한 간접적 개선입법의무의 구체적 사례와 그 문제점

1. 토초세법의 헌법불합치결정에 기초한 자가공시법의 간접적 개선입법의무

가. 입법권자에 대한 자가공시법의 간접적 개선입법의무

헌법재판소는 토초세법의 전면적인 헌법불합치결정¹⁶⁾을 하면서 그 이유에서 토초세의 부과근거가 되는 자가산정방법의 위헌성을 지적하고 있는바, 구체적으로 보면 토초세 산정의 기초가 되는 공시지가의 산정방법을 정한 자가공시법상의 관련규정이 위헌이라는 전제하에 그 규정을 준용하도록 한 토초세법의 규정이 위헌이 되지만 법적 안정성의 시각에서 헌법불합치결정을 선고하고 있음을 알 수 있다. 결국 헌법재판소는 토초세법의 헌법불합치결정을 선언하

16) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 92헌마49·52 결정.

면서 동시에 지가공시법상 관련규정의 위헌성을 선언하고 있는 것으로 입법부나 행정부에 대하여 지가공시법의 간접적 개선입법의무를 부과하고 있는 것이라고 할 수 있다. 아래에서는 이점에 대하여 보다 구체적으로 검토를 해 보기로 한다.

나. 지가공시법에 관련된 헌법재판소의 결정이유 부분

지가에 대한 토초세법 제11조 제2항의 위임에 따라 동법 시행령 제33조는 “법 제11조 제2항의 규정에 의한 기준시가는 개별필지의 기준시가로 한다”고 하고, 동령 제24조에서는 개별필지의 기준시가는 시장·군수·구청장이 지가공시법(1995. 12. 개정전의 법률을 말한다) 제10조의 규정에 의하여 공시지가를 기준으로 하여 산정할 개별필지에 대한 지가로 한다고 규정하고 있다. 그리고 지가공시법 제10조에 의하면, 개별 토지에 대한 지가의 산정은 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지의 공시지가를 기준으로 하여 당해 토지의 가격과 표준지의 공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 하고, 건설부장관을 필요하다고 인정하는 경우에는 표준지와 지가산정대상토지의 지가형성요인에 관한 표준적인 비교표를 작성하여 관계행정기관에 제공하여야 하며, 관계행정기관은 이를 사용하여 지가를 산정하도록 되어 있다. 위 규정들에 의하면, 토초세에서 이득계측의 적정성 여부는 결국 표준지 공시지가의 적정성, 개별토지 지가산정의 기준이 되는 표준지 선택의 적정성 및 표준지의 공시지가를 참작한 개별지가 산정방법의 적정성 여부에 달려 있다고 할 수 있다. 표준지의 공시지가는 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 중에서 건설부장관이 표준지를 선정하고, 매년 둘 이상의 감정평가업자로 하여금 당해 표준지에 대하여 인근유사토지의 거래가격·임료 및 당해 토지와 유사한 이용가

치를 지닌다고 인정되는 토지의 구성에 필요한 비용추정액 등을 종합적으로 참작하여, 자유로운 거래가 이루어지는 경우 성립한다고 인정되는 적정가격을 조사·평가하게 하고, 이에 대한 토지평가위원회의 심의와 주민의 열람·이의신청의 절차를 거친 다음 이를 공시하도록 되어 있다(지가공시법 제2조, 제4조, 제5조, 제7조, 제8조, 제12조 등). 이와 같은 표준지 공시지가제도의 도입배경과 법에 규정된 평가의 주체, 평가기준 및 방법 그리고 사후심사제도 등을 종합하여 보면, 표준지 공시지가제도 자체에는 일단 특별히 불합리한 점은 없는 것으로 볼 수 있다.

한편, 개별필지의 기준시가는 당해 토지와 이용가치가 유사하다고 인정되는 표준지의 공시지가를 산정지표로 삼고 있으므로, 개별필지의 기준시가가 구체적 타당성과 공정성을 확보할 수 있기 위하여는 표준지의 선택이 합리적이고 보편타당하여야 하고, 이를 위하여는 무엇보다도 당해 토지의 여러 가지 특성을 참작하여 선택할 수 있는 표준지의 폭이 다양하지 아니하면 아니 된다. 그런데 건설부장관의 사실조회 회답에 의하면, 1994년 현재 전국의 표준지는 약 30만 필지로서 전체 공시지가 적용대상토지 약 2500만 필지의 약 1.2%에 지나지 아니한다는 것이므로, 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 표준지 선택의 폭이 현실적으로 지나치게 좁다고 보지 않을 수 없고, 이 점에서 벌써 개별필지 기준시가의 객관적인 공정성에 논란의 여지가 있을 수밖에 없다. 따라서 이와 같은 표준지 선택폭의 협소로 인하여 발생할 수 있는 개별필지 평가상의 불합리성을 보완하고, 매년 정기적으로 전국에 걸쳐 시행하여야 할 방대한 작업인 개별필지 기준시가의 평가작업을 신속·정확히 수행할 수 있게 하기 위하여는, 전문적 지식을 가진 평가인에 의한 작업수행이 그 필수적인 전제가 된다고 하지 않을 수 없

다. 그런데 지가공시법은 당해 토지의 가격과 표준지의 공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 한다는 추상적인 기준(제10조 제1항 본문)을 규정하고 있는 외에는, 개별지가 산정시 관계행정기관이 사용할 지가형성요인에 관한 표준적인 비교표를 건설부장관이 필요에 따라 작성·제공할 수 있게 하고 있을 뿐이고(동조 제2항), 개별지가 산정시 평가인이 갖추어야 할 자격은 물론 평가의 구체적인 기준, 방법, 절차 등을 직접 규정하거나, 구체적인 범위를 정하여 이를 하위법규에 위임하는 규정을 두고 있지도 아니하다. 다만, 행정기관이 토지가격을 조사함에 있어 관계행정기관의 합동작업체계와 가격결정절차 등에 관하여 필요한 사항을 규율하기 위하여 훈령 형식으로 제정된 개별토지가격합동조사지침¹⁷⁾이 있기는 하나, 이 훈령 자체가 모법의 위임도 없이 임의로 제정된 것이어서 그 적법성에 논란의 여지가 있다. 뿐만 아니라 이 지침에 의하더라도 구체적·실질적인 개별토지의 특성 및 지가의 조사·산정업무는 토지평가업무에 관하여 이렇다 할 전문적 지식이 없는 하부행정기관의 공무원이 담당하도록 되어 있을 뿐이다(제3조 제6항). 이상에서 살펴본 바에 의하면, 현행법이 채택하고 있는 개별필지의 기준시가를 계측하는 수단은 객관적으로 합당한 것이라고 인정받기에는 미흡한 점이 너무 많고, 특히 토초세의 경우에는 개별필지의 기준시가가 위와 같이 불완전한 수단에 의하여 과세기간이 3년동안 매년 1회씩 거듭 계측된 후에야 비로소 그 과세대상이득이 확정될 수 있으므로, 계측시마다 오류가 누적되어 결과로 나타난 과세대상 이득이 전혀 허구의 이득으로 변질될 우려가 크다고 하지 않을 수 없다. 다만, 이상과 같은 토지평가상의 불합리성은 법규정 자체에 규범적으로 어떠한 위헌적인 요소가 내재됨으로 인하여 발생하는 것이 아

17) 1990. 4. 14. 국무총리훈령 제241호, 개정 1991. 4. 2. 동 훈령 제248호.

나라, 주로 이들 법규정을 시행함에 따른 행정작용의 미비에 기인하는 것이므로, 그와 같은 부실평가가 현실화되었을 때 일반법원이 구체적인 토지평가의 위법성을 사법적으로 심사·통제하는 것이 그에 대한 원칙적인 구제수단이 될 수 있을 뿐, 그와 같은 행정작용으로 나타나는 현상을 이유로 그 근거규범 자체의 합헌성 여부를 문제삼을 수는 없다고 볼 수 있다.

그러나 현행의 행정실태하에서는 토지초과이득의 계측수단이 국민일반에게 널리 그 정확성이나 공정성에 대한 의구심을 불러일으킬 정도의 구조적인 미비점을 가지고 있고, 그 때문에 토초세가 이득에 대한 과세가 아니라 원본에 대한 과세가 되어버릴 위험부담율이 높아져, 결국 헌법이 보장하고 있는 국민의 재산권을 부당하게 침해할 개연성이 커지지 않을 수 없으며, 이와 같은 재산권침해의 개연성은 토초세의 세율이 높으면 높을수록 더 커질 수 있는 것이고, 바로 이러한 이유로 토초세 부과에 대한 수많은 쟁송 등 강력한 조세저항이 있었음은 이미 우리가 경험한 바다. 따라서 이미 본바와 같은 여러 가지 이유로 비록 이 사건에서 지가산정에 관한 위 토초세법 규정에 대한 위헌선언을 하는 것을 일단 보류하여 두는 것이지만, 우리는 위와 같은 지가산정수단의 미비로 인하여 많은 국민들이 현실 조세행정으로부터 그 기본권을 침해당하는 사례가 발생하고 있음을 직시하여, 입법부나 행정부가 지가산정 관련법규의 정비와 아울러 그에 따른 행정의 개선책을 조속히 마련하도록 강력히 촉구하지 않을 수 없다.¹⁸⁾

2. 지가공시법의 규정의 구체적인 문제점

18) 헌법재판소 판례집 제6-2집, 104/108면 참조.

가. 간접적 개선입법의무의 부과

지가산정방법에 관한 헌법재판소의 불합치결정은 현행 지가공시법의 규정 그 자체의 위헌성을 인정한 것이 아니라 주로 이들 법규정의 시행에 따른 행정작용의 미비에 기인하여 기본권 침해가 발생하는 것이기 때문에 입법부나 행정부에 대하여 조속히 지가산정 관련법규의 정비와 행정의 개선책을 마련하도록 강력히 촉구하고 있다는 점에서¹⁹⁾ 간접적인 개선입법의무를 관계기관에게 부담지우고 있는 것이라고 할 수 있다. 따라서 입법부와 행정부는 지가공시법의 불완전에 기인한 위헌성을 제거하기 위한 전반적인 제도적 장치를 개선하여야 할 뿐 아니라 미흡한 부분의 경우에는 적절한 지가산정을 위한 새로운 법령을 제정할 의무를 간접적으로 진다고 할 것이다. 헌법재판소가 지가공시법의 위헌성을 특히 강조하고 있는 핵심적인 사항은 비전문가에 의한 지가산정업무의 수행이라는 점이다. 즉, 헌법재판소는 전국의 표준지 수가 적어 표준지 선택의 폭이 지나치게 좁고, 이와 같은 표준지 선택폭의 협소로 인하여 발생할 수 있는 개별필지 평가상의 불합리성을 보완할 수 있기 위하여는 전문적 지식을 가진 평가인에 의한 작업수행이 그 필수적인 전제가 됨에도 불구하고 실제에 있어서는 개별토지 지가의 조사·산정업무를 이렇다 할 전문적 지식이 없는 하부행정기관의 공무원이 담당하

19) 그런데 토초세법의 헌법불합치결정 이후의 다른 결정에서 헌법재판소는, 실제의 조사 및 평가 업무가 지가공시법의 규정에 부합되고 공정하고 신중한 절차에 의하여 이루어질 수 있는 제도적 뒷받침이 마련되어 있는지 여부를 판단하면서, 지가공시법의 규정에 의한 공시지가는 그 평가의 기준이나 절차로 미루어 대상토지가 대상지역공고일 당시 갖는 객관적 가치를 평가하기 위한 것으로서 적정성을 갖추고 있는 것으로 보고 있어, 지가산정 관련법규의 정비를 강력히 촉구한 위 토초세법의 결정이유와 다소 상반된 입장을 보이고 있다. 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고, 93헌마20·66, 94헌마4·9, 95헌마6(병합).

도록 되어 있음으로 인하여 문제가 되고 있다는 것이다. 따라서 지가산정방법에 관한 위헌성은 전문적 지식을 가진 평가인에 의한 지가의 적정한 조사·산정방법이 마련됨으로써 제거될 수 있는 것이고, 이는 결국 입법부와 행정부에게 간접적으로 지가공시법의 개선입법의무를 부과하는 것이 된다. 다행히 이에 따라 지가공시법은 1995년 12월 지가산정의 적정성 확보를 내용으로 한 제도정비를 하여 이를 개선하였으나, 헌법재판소의 결정취지에 충실하게 따른 공정한 입법인지에 대하여는 재검토의 필요가 있다고 할 것이다. 따라서 개정신법에서 전문적 지식을 가진 평가인에 의한 감정평가제도를 도입하였는지 여부에 대하여 살펴 볼 필요가 있다(이하 ‘나.’ 부분). 그와 아울러 본고에서는 특히 감정평가의 공정성 확보를 위한 제도적 보장책을 강구하였는지 여부의 문제에 대하여도 함께 검토해 보기로 한다(이하 ‘다.’ 부분). 다만 후자의 문제는 본 논제와의 직접적 관련성의 점에서 다소 거리가 있기는 하나, 감정평가 주체간의 업무범위를 대통령령에서 엄격히 제한함으로써 평가인의 불공정한 업무수행의 여지를 남겨두고 있기 때문에 제도의 완벽한 정비에 따라 전문적 평가인의 공정한 업무수행이 비로소 가능할 것이라는 점에서 이에 관하여도 함께 살펴 볼 필요성이 충분히 있다고 생각된다. 이 문제도 넓게는 간접적 개선입법의무의 영향권내에 속하는 것으로 볼 수도 있을 것이기 때문이다.

나. 전문적 지식을 가진 평가인에 의한 감정평가제도의 도입 여부

토지에 대한 감정평가업무는 고도의 전문성을 요할 뿐 아니라 중대한 공익성을 갖기 때문에 이러한 전문성과 공익성을 충족시킬 수 있는 평가인인 감정평가사에 의하여 수행하도록 지가공시법에서 법제화 해 두고 있다. 그런데 개별지가 산정시 감정인 즉, 감정평가사

가 갖추어야 할 자격에 대하여 지가공시법에서 규정하고 있는 것은 감정평가에 관한 전문적 지식을 확보할 수 있는 정도에 미치지 못하고 있다는 점에 문제가 있는 것이다. 이미 헌법재판소의 검증을 거친 1989년의 지가공시법 뿐만 아니라 1995년 12월의 개정법률에서도 마찬가지라고 할 수 있다. 이 점은 입법권자가 헌법재판소 결정의 취지를 고려하기는 하였으나 개정신법에서 불완전하게 또는 개악의 방향으로 입법한 경우에 해당한다고 할 것이다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 1989년의 지가공시법에 의한 감정평가사의 자격

먼저 '89법률은 감정평가사의 자격요건으로 ① 감정평가사 제1차시험 및 제2차시험에 합격하고 2년 이상의 실무수습을 마친 자 및 ② 대통령령이 정하는 기관에서 5년 이상 감정평가에 관한 업무에 종사한 자로서 감정평가사 제2차시험에 합격한 자를 정하고 있다(제14조 제1항). ①의 경우에는 제1차시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차시험을 면제하고, ②의 경우에는 제1차시험의 면제기관을 대통령령으로 정하고 있는바, 구체적으로 감정평가법인, 감정평가사사무소, 감정평가업협회, 감정평가업무를 지도 또는 감독하는 기관, 국유재산을 관리하는 기관, 과세시가표준액을 조사·결정하는 업무를 수행하거나 동 업무를 지도·감독하는 기관이 이에 해당되며 이들 기관에서 5년 이상 감정평가업무에 종사한 자에게 제1차시험을 면제하고 있다. 또한 위 2이상의 기관에서 당해 업무를 종사한 경우에는 각 기관에서 종사한 기간을 합산할 수 있도록 하고 있다.

(2) 1995년의 지가공시법에 의한 감정평가사의 자격

'95법률은 감정평가사의 자격 요건으로 ① 감정평가사 제1차시험 및 제2차시험에 합격하고 대통령령이 정하는 기간 이상의 실무수습

을 마친 자 및 ② 대통령령이 정하는 기관에서 5년이상 감정평가와 관련된 업무에 종사한 자로서 감정평가사 제2차시험에 합격한 자를 정하고 있다(제14조 제1항). ①의 경우에는 '89법률이 2년이상의 실무수습을 요구하던 것을 “대통령령이 정하는 기간”으로 시행령에 위임한 것 외에는 종래와 같고, ②의 경우에는 제1차시험 면제기관에 종래의 6개 기관 외에 개별공지시가를 결정·공시하는 업무를 수행하거나 동 업무를 지도·감독하는 기관과 법 제10조 제2항의 규정에 의한 토지가격비준표를 작성하는 업무를 수행하는 기관을 대통령령에서 더 포함시키고 있고, '89법률이 “5년이상 감정평가에 관한 업무에 종사한 자”로 하고 있는 반면 '95법률은 이를 “5년이상 감정평가와 관련된 업무에 종사한 자”로 규정하고 있는 것에 차이가 있다.

(3) 간접적 개선입법의무의 준수 여부

(가) 비경력자의 실무수습기간

비경력자의 경우 '89법률에서는 2년이상의 실무수습을 요하도록 하였으나 '95법률시행령 제23조 제1항에서는 이를 1년으로 단축하였다. 종래의 2년에서 1년으로 실무수습기간을 단축한 것은 감정평가사시험 합격자에게는 손해될 것이 없지만, 법률에서 정하고 있던 사항을 대통령령으로 위임하고 있어 법리상으로는 타당한 입법형식이라고 할 수 없다. 예컨대 공인회계사의 경우 공인회계사시험에 합격하여 그 자격을 가진 자로서 업무를 개시하고자 하는 자는 2년 이상의 실무수습을 마치도록 요구하고 있으나 이는 법률에서 규정하고 있어 문제되지 않으며(공인회계사법 제5조 제2항), 그 밖에 변호사, 법무사, 기술사, 세무사, 건축사 등의 경우에는 특별히 법률이나 시행령에서 실무수습을 요구하고 있지도 아니하다. 또한 실무수습기간을 시행령으로 정한 것은 언제든지 자의적으로 연장할 수 있다

는 것을 의미하는 것으로 이는 개악입법에 해당한다고 볼 것이다.²⁰⁾ 따라서 지가공시법 제14조 제1항 제1호의 위임규정을 삭제하고 그 실무수습기간을 법률에서 적정하게 규정하는 것이 타당하다. 그 해결책으로는 감정평가사의 자격과 영업을 구분하여, 그 자격의 취득에는 실무수습을 요하지 아니하고, 다만 그 자격자가 감정평가사사무소를 개설하여 업무를 개시하고자 하는 경우에는 일정 기간 이상의 실무수습을 거친 후에 개설등록을 하도록 법률로 정하는 방법도 가능할 것이다.²¹⁾

(나) 경력자의 재직기관 또는 직무수행기관

경력자의 경우 대통령령이 정하는 기관에서 5년이상 감정평가업무에 종사한 자에게는 제1차시험을 면제하도록 하고 있다. 이 규정은 유사 자격법률에서도 그러하듯이 대통령령으로 제1차시험의 면제기관을 자의적으로 정할 수 있도록 함으로써 경력자에 대한 우대를 과도하게 하고 있을 뿐 아니라 그 면제 기관의 범위를 대통령령으로 정하도록 함으로써 실질적으로 직접적인 관련성이 없는 자에게까지 제1차시험의 면제범위를 확대할 가능성이 없지 않다. 특히 '95법률은 '89법률에서 정한 6개 기관 외에 개별공시지가를 결정·공시하는 업무를 수행하거나 동 업무를 지도·감독하는 기관 및 토지가격비준표를 작성하는 업무를 수행하는 기관에서 5년이상 감정평가와 관련된 업무에 종사한 자까지 포함시키고 있어 제1차시험

20) 실무수습기간을 대통령령으로 정하도록 한 위 위임규정은 근본적으로 국회전속입법사항에 대한 위임을 허용하는 규정에 해당하기 때문에, 최소한 그 상한조차 정하지 아니한 채 대통령령으로 위임하도록 규정한 동 조항 제1호 부분은 헌법에 위반된다고 보아야 한다. 특히 현행규정에서 보듯이 위임을 통한 입법자의 개정취지가 지금은 1년으로 단축하였으나 공적 기능을 위하여 그 강화의 필요성이 요청된다는 이유로 장차 동 조항 제2호 소정의 실무경력자가 감정평가사시험에 합격한 경우에 요구되는 5년 이상의 감정평가유관업무종사경력에 일치시키고자 하는 방향으로 진행되게 된다면 그 문제는 더욱 심각하다고 하지 않을 수 없다.

21) 공인회계사법 제2조, 제5조 제1항, 제2항 참조.

면제자의 범위를 더욱 확대하고 있는 실정이다. 이러한 경향은 '89 법률에서 5년이상 감정평가“에 관한” 업무에 종사한 자로 규정하였다가 '95법률에 와서는 이를 5년이상 감정평가“와 관련된” 업무에 종사한 자로 범위를 확대하고 있는 것에서도 잘 알 수가 있다. 특히 '95법률 시행령에서 확대된 2개 기관을 엄밀히 살펴보면 토지가 격비준표를 작성하는 업무수행기관과 감정평가사에 의해 평가된 개별공시시가를 단순히 결정·공시하거나 이를 지도·감독하는 기관에서의 비전문적인 행정경력이 제1차시험을 면제받을 수 있을 정도의 것으로 평가받을 수 있는 것인지는 의문이다. 그것은 종래의 '89 법률 시행령에서부터 정하고 있었던 기관의 경우도 마찬가지라고 생각된다. 즉 감정평가법인, 감정평가사사무소, 감정평가업협회, 감정평가가사표준액을 조사·결정하는 업무를 수행하거나 동 업무를 지도·감독하는 기관에서 감정평가에 관한 업무가 아닌 감정평가와 관련된 업무, 즉 일반 행정사무의 종사자까지도 포괄하는 것으로 이해될 수 있기 때문에 이들 기관에서의 종사자의 범위를 적절히 제한할 필요가 있다. 따라서 제1차시험의 면제를 정당화시킬 수 있는 정도의 감정평가에 관한 전문성을 가진 자인지의 판단을 위하여는 능력검정제를 도입할 필요성이 있다. 그렇지만 보다 궁극적인 해결책은 제1차시험의 면제기관을 시행령이 아닌 법률에서 규정하는 방식으로 개선시키는 것이다. 비경력자에 비하여 과도한 우대일 뿐 아니라 그 면제기관도 자의적으로 확대될 수 있기 때문이다.²²⁾ 결국 '95법률 시행령은 구법보다도 더욱 전문성을 퇴색시키는 방향으로 입법되었다고 할 수밖에 없다.

(다) 경력자의 중복된 재직·직무수행기간의 합산

22) 다른 자격법령에서 제1차시험 등의 면제기관을 정하여 당해 기관의 경력자를 우대하는 것도 역시 문제가 있으므로 이를 엄격히 하거나 법률에서 규정하여야 할 것으로 본다.

이에 더하여 경력자의 경우에는 2이상의 기관에서 당해 감정평가와 관련된 업무수행의 기간을 합산할 수 있도록 함으로써 더욱 특혜를 주고 있으므로 이 규정 역시 일괄적으로 적용함은 타당하지 못하고 감정평가에 관한 전문성을 인정할 수 있는 경우에만 한정하는 것이 타당하다고 할 것이다. 전문적 지식을 가진 감정인은 감정평가업무를 행하는 전문적인 숙련가의 주변에 있었다고 해서 양성되는 것은 아니다. 경력자에게 제1차시험을 면제하는 이유는 오랜 기간동안 국가로부터 공인받은 기관에서 당해 전문분야의 실무에 종사한 결과 그 능력이 기존의 자격자와 실질적으로 차이가 없거나 그 이상인 자에게 그 실무종사경력이나 담당 전문분야의 공직경력 등을 감안하여 특별히 예외적으로 시험의 일정 부분의 검증을 하지 아니하는 것이 보다 타당하다는 인식하에 인정되는 것이므로 무원칙적으로 자격취득을 위한 법령의 개정을 시도하는 것은 배제되어야 한다. 경력자에 대한 자격인정이나 시험의 감면은 예외적으로만 허용되는 방향으로 입법되어야 할 것이다. 그러나 현행 자가공시법은 오히려 반대방향으로 나아가는 경향이 없지 않다. 이 점 역시 개선입법의 필요성이 인정되는 사항이다.

(4) 간접적 개선입법의무의 불완전이행

지가의 적정한 감정평가는 전문적 자격을 가진 평가인으로 하여금 감정평가업무를 수행될 때 비로소 가능하며 이러한 방향으로 지가산정 관련법규를 정비할 것을 입법권자에게 개선입법의무를 지우고 있는 헌법재판소의 결정취지에 비추어 보면 앞에서 살펴본 바와 같이 많은 점에서 미흡하거나 오히려 개악입법을 행하고 있다고 하지 않을 수 없다. 평가인의 전문화를 위한 입법적인 개선조치가 조속히 이루어져야 할 필요가 있다. 그것이 곧 헌법재판소 결정의 간접적 개선입법의무를 충실히 이행하는 길이다.

다. 감정평가의 공정성 확보를 위한 보장책의 강구 여부²³⁾

감정평가의 공정성을 확보하기 위하여는 감정평가업무가 능력에 따라 자유경쟁의 원리에 입각하여 위탁되고 수행될 수 있도록 제도적으로 뒷받침해 주어야 할 필요가 있으며, 특정 기관에 편중되도록 하는 제도를 두어서는 안될 것이다. 그런데 현행 지가공시법은 감정평가업자의 업무범위를 법률이 아닌 대통령령에 포괄적으로 위임해 두고 있음으로써 자의적으로 특정 평가기관에 독점적 또는 필수적 참여를 허용하도록 하여 감정평가업무의 영역에 있어서 불공정한 업무수행의 여지를 남겨두고 있어 문제가 되고 있다. 개정신법인 '95법률은 '89법률이 규정을 그대로 존치시킴으로써 공정한 감정평가를 확보하기 위한 간접적 개선입법의무를 여전히 이행하지 않고 있는 것으로 보인다. 이는 헌법재판소 결정의 취지를 전혀 고려함이 없이 개선입법을 위한 일정한 기간을 넘긴 경우에 해당한다고 할 것이다. 최근 헌법재판소는 감정평가업자 상호간의 업무범위에 관한 동법 시행령 제35조가 모법인 동법 제20조의 위임입법의 한계를 벗어난 바가 없다고 명시적으로 판단을 하고 있으므로²⁴⁾ 이 점에 관한 평가가 함께 이루어져야 할 필요성이 있다고 생각한다. 이 문제는 감정평가업자의 업무내용과 범위를 먼저 살펴본 후 검토될 수 있을 것이다.

(1) 감정평가업자의 의무내용

감정평가업자가 수행하는 감정평가업이란 타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 토지 등의 감정평가, 즉 토지 등의 경제적 가치를 판정하여 그 결과를 가액으로 표시하는 것을 업으로 행하는 것을 말한다(동법 제2조 제4호, 제5호). 지가공시법은 감정평가업자

23) 이 점에 대한 논의의 가치에 대하여는 앞의 'Ⅲ. 2. 가.' 부분 참조.

24) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고, 94헌마 113 결정.

의 업무로 제20조 제1항에서 다음의 8가지를 규정하고 있다. 즉 ① 표준지의 적정가격의 조사·평가, ② 공공용지의 매수 등을 위한 토지의 감정평가, ③ 시장등이 개별토지가격을 산정한 경우 그 타당성에 대한 개별공시지가의 검증, ④ 자산재평가법에 의한 토지등의 감정평가, ⑤ 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가, ⑥ 금융기관·보험회사·신탁회사 등 타인의 의뢰에 의한 토지등의 감정평가, ⑦ 감정평가와 관련된 상담 및 자문 및 ⑧ 다른 법령의 규정에 의하여 감정평가사가 행할 수 있는 토지등의 감정평가 등이 그것이다.

(2) 감정평가업자의 업무범위와 처벌

(가) 감정평가사사무소의 업무범위와 처벌

감정평가사사무소로 개설등록한 감정평가사는 다음이 감정평가업무를 행할 수 있다(동령 제35조 제3호). ① 공공용지의 매수 및 토지의 수용·사용에 대한 보상, 국·공유토지의 취득 또는 처분, 국토이용관리법에 의한 유희지의 매수 또는 토지의 매수, 징발법에 의한 토지의 징발에 대한 보상, 과세시가표준액의 조정, 국토이용관리법 기타 법령에 의한 개발이익금 또는 개발부담금의 부과, 도시계획법 기타 법령에 의하여 조성된 공업용지·주거용지·관광용지 등의 공급 또는 분양, 토지구획정리사업·도시재개발 또는 경지정리를 위한 환지·체비지의 매각 또는 환지신청, 토지의 관리·매입·매각·경매·재평가 등의 목적을 위한 토지의 감정평가 중 평가예정액이 5억원 이하인 감정평가, ② 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지등의 감정평가, ③ 금융기관·보험회사·신탁회사·상호신용금고·증권회사·신용협동조합 및 시설대여회사가 대출 또는 자산의 매입·매각·관리 또는 재평가와 관련된 토지등의 감정평가 중 대출신청액이 2억원 이하인 대출을 위한 토지등의 감

정평가, ④ 일반거래를 위한 토지등의 감정평가, 건설교통부장관은 감정평가사사무소의 개설등록을 한 감정평가사의 자격이 취소되었거나 당해 감정평가사가 사망한 경우, 감정평가사가 개설등록의 취소를 신청한 경우, 감정평가사가 2 이상의 감정평가사사무소를 설치한 경우, 부정한 방법으로 감정평가사사무소의 개설등록을 받은 경우, 소속 감정평가사 외의 자로 하여금 감정평가업자의 업무를 하게 한 경우, 감정평가업자의 업무범위 또는 업무지역을 위반하여 감정평가업자의 업무를 행한 경우, 감정평가업자의 성실의무 등에 위반한 경우, 업무정지처분기간 중에 감정평가업자의 업무를 하거나 업무정지처분을 받은 감정평가사로 하여금 업무를 하게 한 경우 및 기타 지가공시법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우에는, 그 등록을 취소하거나 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있고, 그 가운데 일정한 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다(동법 제28조 제1항). 또한 건설교통부장관은 감정평가사가 결정하여 업무의 정지를 명할 수 있다(동법 제28조 제2항). 그밖에 부정한 방법으로 감정평가사사무소의 개설등록을 받은 경우와 허위로 감정평가를 한 자의 경우에는 당해 감정평가업자에 대하여 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하고(동법 제33조 제3호, 제4호), 감정평가사가 2 이상의 감정평가사사무소를 설치한 경우 등 일정한 위법행위를 한 자의 경우에는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제34조 제1호 내지 제5호).

(나) 감정평가사합동 사무소의 업무범위와 처벌

감정평가사합동사무소로 개설등록한 감정평가사는 전술한 감정평가사사무소의 감정평가업무에 해당하는 각 사항으로서 그 규모가 다소 큰 업무를 담당하는 바, ① 평가산정액이 10억원 이하인 감정

평가, ② 법원에 계속 중인 소송 또는 경매를 위한 감정평가, ③ 감정평가업무 중 대출신청액이 3억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가 및 ④ 일반거래를 위한 감정평가업무 등을 행할 수 있다(동령 제35조 제2호). 건설교통부장관은 감정평가업자가 감정평가사 합동사무소의 개설등록의 취소를 신청한 경우, 합동사무소를 개설한 감정평가사가 2 이상의 감정평가사사무소를 설치한 경우, 부정확한 방법으로 감정평가사합동사무소의 개설등록을 받은 경우, 합동사무소의 구성원인 감정평가사의 수에 미달한 날로부터 3월이내에 이를 보충하지 아니한 경우, 소속 감정평가사 외의 자로 하여금 감정평가업자의 업무를 하게 한 경우, 감정평가사합동사무소의 업무범위 또는 업무지역을 위반하여 감정평가업자의 업무를 행한 경우, 감정평가업자의 성실의무 등에 위반한 경우, 업무정지처분기간 중에 감정평가업자의 업무를 하거나 업무정지처분을 받은 감정평가사로 하여금 업무를 하게 한 경우 및 기타 지가공시법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우에는, 그 등록을 취소하거나 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있고, 그 가운데 일정한 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다(동법 제28조 제1항). 또한 건설교통부장관은 감정평가사합동사무소에 속한 감정평가사가 결격사유에 해당하는 경우 등의 경우에는 1년의 범위내에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다(동법 제28조 제2항). 그리고 부정확한 방법으로 감정평가사합동사무소의 개설등록을 받은 경우와 허위로 감정평가를 한 자의 경우에는 당해 감정평가업자에 대하여 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하고(동법 제33조 제3호, 제4호), 합동사무소를 개설한 감정평가사가 2 이상의 감정평가사사무소를 설치한 경우 등 일정한 위법행위를 한 자의 경우에는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다(동법 제34

조 제1호 내지 제5호).

(다) 감정평가법인의 업무범위와 처벌

감정평가법인은 다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고 감정평가업자가 행할 수 있는 모든 업무를 할 수 있다(동령 제35조 제1호). 건설교통부장관은 감정평가법인이 설립인가의 취소를 신청한 경우, 부정한 방법으로 감정평가법인의 설립인가를 받은 경우, 감정평가법인의 구성원인 사원의 수에 미달한 날로부터 3월이내에 이를 보충하지 아니한 경우, 소속 사원 외의 자로 하여금 감정평가업자의 업무를 하게 한 경우, 감정평가법인의 업무범위 또는 업무지역을 위반하여 감정평가업자의 업무를 행한 경우, 감정평가업자의 성실의무 등에 위반한 경우, 업무정지처분기간 중에 감정평가업자의 업무를 하거나 업무정지처분을 받은 감정평가사로 하여금 업무를 하게 한 경우 및 기타 지가공시법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우에는, 그 등록을 취소하거나 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있고, 그 중 일정한 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다(동법 제28조 제1항). 또한 건설교통부장관은 감정평가법인이 속한 감정평가사가 결격사유에 해당하는 경우 등의 경우에는 1년의 범위내에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다.(동법 제28조 제2항). 그 밖에 부정한 방법으로 감정평가법인의 설립인가를 받은 경우와 허위로 감정평가를 한 자의 경우에는 당해 감정평가업자에 대하여 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하고(동법 제33조 제3호, 제4호), 소속 사원 외의 자로 하여금 감정평가업자의 업무를 하게 한 경우 등 일정한 위법행위를 한 자의 경우에는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다(동법 제34조 제1호, 제3호 내지 제5호). 그런데 감정평가법인에 대한 이러한 벌칙규정은 지가공시법 시행령 제35조 제1호

에서 정한 감정평가법인의 업무범위에서 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한다” 업무를 하도록 함으로써 오히려 감정평가법인을 제외한다에 따른 처벌에 해당하므로, 지가공시법 제20조 제1항과 관련하여 죄형법정주의 및 위임입법의 한계를 위반한 것이라는 지적이 있을 수 있다.

(라) 한국감정원의 업무범위와 처벌

한국감정원²⁵⁾은 그 설립에 있어서는 일반 감정평가법인과 차별을 두고 있지만, 그 업무 범위에 있어서는 지가공시법 제20조의 적용을 받는다고 할 것이다. 따라서 한국감정원은 8개항에 걸친 감정평가업자의 모든 업무를 할 수 있고(동조 제1항), 그 업무의 범위는 다른 감정평가법인과 마찬가지로 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한다” 감정평가업자의 모든 업무”가 원칙적으로 이에 속한다고 할 수 있다(동조 제2항, 동령 제35조 제1호). 그런데 여기서

25) 한국감정원은 감정평가업자의 일원화 및 질적 향상을 목적으로 하여 1969년 4월에 주식회사의 형태로 설립된 것으로, 자산재평가법 제7조 제2항 및 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조 따른 각 법률 시행령에 그 설치근거를 두고 설치된 이래 수차례 걸친 관계법령의 제정과 개정을 거쳐, 1989. 4. 1. 종래의 감정평가에관한법률을 폐지하고 이를 지가공시법으로 대체하면서 한국감정원을 포함하는 감정평가법인을 명문화하는 등 개선을 하기에 이르렀다. 이와 함께 동법 부칙 제8조에서는 ‘감정회사에 관한 경과조치’를 규정하여 종래의 한국감정원에 대한 특례를 두고 있다. 즉, “이 법 시행당시 종전의 감정평가에관한법률 제6조 제1항의 규정에 의하여 인가를 받은 법인은 동조 제2항이 규정에 의한 인가기준을 준수하는 범위 안에서 이 법에 의한 감정평가법인으로 본다. 이 경우 이 법 제19조(제3항후단을 제외한다)의 규정은 이를 적용하지 아니한다.”고 하고 있다. 결국 이는 한국감정원을 감정평가법인으로 보기는 하되, 그 설립에 있어서는 동법 제19조의 적용을 받지 아니하고 폐지된 감정평가에 관한 법률의 적용을 그대로 받겠다는 것이고, 그 업무에 있어서는 동법 제20조의 규정에 따르겠다는 것을 의미한다(따라서 이 점에 관한 한 폐지된 감정평가에 관한 법률은 그대로 효력을 가지고 있는 것으로 볼 수밖에 없다). 즉 한국감정원은 지가공시법상의 감정평가법인이라는 하되 종래의 정부재투자기관으로서의 지위를 그대로 유지함으로써 공신력에 있어서 일반 감정평가법인과의 차별성을 확보하고자 하는 것이라고 할 수 있다. 그동안 한국감정원의 민영화 작업도 계속 진행되어 왔으나 현행대로 한국감정원을 존속시키기로 하였다.

“다른 법령에 따로 규정이 있는 경우”에는 일반 감정평가법인은 이를 할 수 없도록 되어 있는바, 여기서 말하는 “다른 법령”이란 특히 자산재평가법 제7조 제2항과 동법 시행령 제3조, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조와 동법 시행령 제2조를 말한다. 그 밖에 주택분양가원가연동제시행지침(건설부지침) 제5조 제2항 및 공영개발사업용지규정(내무부준칙) 제16조 제2항도 행정규칙으로서 “다른 법령”에 해당한다고 할 것이다. 위 건설부지침 제5조 제2항은 “사업계획승인권자는 한국감정원과 감정평가업자 1인에게 택지가격의 감정평가를 의뢰하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 내무부준칙 제16조 제2항은 “공영개발사업용지규정 제16조 제1항²⁶⁾의 규정에 의한 감정평가업자의 선정은 한국감정원과 감정평가법인 1인으로 한다.”라고 규정하고 있다. 앞의 2개 법령은 감정평가법인의 참여를 배제함으로써 한국감정원의 독점적 업무로 정하고 있고, 뒤의 2개 법령은 한국감정원을 필수기관으로 하고 감정평가법인을 참여시키도록 하고 있다. 한국감정원도 지가공시법의 적용을 받는 이상 동법 부칙 제8조와 배치되지 않는 범위안에서 인가취소 또는 업무정지에 관한 규정의 적용을 받아야 한다. 따라서 건설교통부장관은 감정평가업자인 한국감정원이 설립인가의 취소를 신청한 경우, 한국감정원의 구성원인 감정평가사의 수 100인에 미달한 날부터 3월 이내에 이를 보충하지 아니한 경우, 소속 감정평가사 외의 자로 하여금 감정평가업자의 업무를 하게 한 경우, 감정평가업자의 성실의무 등에 위반한 경우, 업무정지기간 중에 감정평가업자의 업무를 하거나 업무정지처분을 받은 감정평가사로 하여금 업무를 하게 한

26) 동 규정 제16조 제1항(토지등의 취득가격의 결정): “토지등의 취득가격은 지가공시 및 토지등의 평가에 관한 법률에 의거 2인 이상의 감정평가업자가 평가한 평가액을 산술평균치로 한다.”

경우 및 기타 지가공시법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우에는, 그 등록을 취소하거나 1년의 범위안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있고, 특히 정업기간 중 그 업무를 하거나 정업처분을 받은 감정평가사로 하여금 업무를 하게 한 경우에는 그 인가를 취소하여야 한다(동법 제28조 제1항). 또한 건설교통부장관은 한국감정원에 속한 감정평가사가 결격사유에 해당하는 등의 경우에는 1년의 범위내에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다(동법 제28조 제2항). 그리고 허위로 감정평가를 한 자의 경우에는 당해 감정평가업자에 대하여 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하고(동법 제33조 제4호), 소속 감정평가사 외의 자로 하여금 감정평가업자의 업무를 하게 한 경우 등 일정한 위법행위를 한 자의 경우에는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다(동법 제34조 제1호, 제3호, 제5호).

(3) 간접적 개선입법의무의 불이행과 그 이행요구의 정도

(가) 간접적 개선입법의무의 불이행

지가공시법은 1989년 제정 이래 토초세법에 대한 헌법불합치결정으로 간접적 개선입법의무를 부과받았으나 개정신법인 '95법률에서는 공정한 감정평가의 확보를 위한 조치를 전혀 이행하지 않음으로써 여전히 문제를 남겨두고 있다고 할 수 있다. 즉 동법 제20조 제2항은 “감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 또는 업무지역은 대통령령으로 정한다”고 규정하여 그 업무범위를 감정평가업자의 규모에 따라 차등적으로 규정할 수 있는 법적 근거를 마련해 두고 있고, 이에 따라 제정된 동법 시행령 제35조는 감정평가법인, 감정평가합동사무소 및 감정평가사사무소로 감정평가업자를 구분한 후 그 업무의 범위와 한계를 각 규율하고, 감정평가사사무소와 합동사무소가 이를 위반하는 경우에는 그 등록을 취소하거나 1년이내의 업

무정지를 명할 수 있으며(동법 제28조 제1항 제8호), 이와 함께 1년 이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처하도록 하는 규정을 두고 있는바(동법 제34조 제4호), 업무범위의 과도한 제한 및 위반시 처벌이라는 도구를 통하여 평가인 상호간에 공정경쟁을 가로막아 결과적으로 적정한 평가를 어렵게 만드는 관계규정들을 개선하지 아니함으로써 간접적 개선입법의무를 이행하지 않고 있다고 할 수 있다.

(나) 간접적 개선입법의무의 이행요구의 정도

1) 지가공시법의 제20조 제2항의 개선입법의 방향

지가공시법 제20조 제2항은 포괄적 위임규정으로서 위헌이라고 할 것이다. 즉 동 조항은 지가공시법이 정한 감정평가업자의 종류에 따라 업무 범위를 정할 것을 대통령령에 맡기고 있는바, 위임조항에서는 각 업무 범위를 제한한 후 위반시에 강력한 처벌을 할 수 있도록 하고 있으므로 이는 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 있다. 그런데 헌법재판소는 이와 달리 최근의 결정²⁷⁾에서 지가공시법 제20조 제1항은 3종의 업무 모두를 업자의 구별없이 규정한 것에 불과하고 그 제2항에서 업자의 종별에 따라 업무범위 등이 다름을 전제로 하여 명시적으로 위와 같이 규정하여 구체적으로 위임하고 있는 것이라고 판시하고 있다. 유사규정을 살펴보면, 공인회계사법은 지가공시법과 같이 공인회계사사무소·합동사무소 및 회계법인으로 구분함을 전제로 하여 “공인회계사·법인 또는 합동회계사무소가 아닌 자는 다른 법률에 규정하는 경우를 제외하고는 제1조의 업무(공인회계사의 업무)를 행하여서는 아니된다”(동법 제22조)고 규정함으로써 종별에 따른 업무제한규정을 직접 또는 시행령으로 정하지 않고 있으며, 또한 법무사법은 법무사사무소 외에 합

27) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고, 94헌마113 결정.

동사무소를 설치할 수 있도록 하여 그 직무의 조직적이고 전문적인 수행을 할 수 있도록 하고(동법 제13조 제5항), 동법 제2조에서 정한 법무사의 업무범위를 위반하는 경우에 벌칙을 정하고 있는(동법 제50조) 외에는 달리 법무사사무소와 합동사무소간의 업무범위 제한 및 처벌에 관한 규정을 두고 있지 않고 있음을 알 수 있다. 결국 공인회계사법이나 법무사법은 그 사무소의 종류에 따른 업무범위를 법률에서 뿐 아니라 하위법령에서도 구별하지 않음으로써 각 그 능력에 따른 자유경쟁에 맡겨 두고 있음을 알 수 있다. 이와 같은 유사 자격제도와 달리 감정평가업자의 경우에 특별히 시행령으로써 종별에 따른 업무범위의 제한을 할 필요가 있는지는 대단히 의문이다. 한국감정원을 포함한 감정평가법인은 그 업무의 조직적 수행을 목적으로 설립된 것이어서(동법 제19조 제1항) 그 자체로서 이미 규모가 크고 경쟁력도 강하다고 할 것이므로 특별히 법령으로써 상대적으로 경쟁력이 약한 합동사무소나 개인사무소의 개입을 배제할 이유는 없다고 생각된다. 그러므로 종별에 따른 업무범위는 감정평가업자의 자유경쟁에 맡겨 둬서 오히려 오늘날의 자유시장경제질서에 합당하다고 할 것이고 굳이 업무범위에 차등을 두고자 한다면 상위법률인 지가공시법에서 규율하는 것이 타당하다고 할 것이므로 이러한 방향으로 입법의 개선이 이루어져야 할 필요가 있다.

2) 지가공시법 시행령 제35조 및 동조 제1호의 개선입법의 방향

지가공시법 시행령 제35조는 모법규정인 동법 제20조 제2항의 위임한계를 벗어나 위헌·위법이라고 생각되나 굳이 그 내용을 존속시키고자 한다면 모법인 지가공시법에서 규율하는 것이 옳은 입법형식이라 할 것이다. 그런데 헌법재판소는 동령 제35조가 구체적 위임규정인 동법 제20조 제2항의 위임취지에 따라 규정하고 있는

것에 불과하여 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 보지 않고 있어 의문이 있다.²⁸⁾ 또한 단순히 현행대로 동법 시행령 제35조를 그대로 두고 보더라도 동조 제1호는 문제가 있다. 즉 시행령 제35조 제1호는 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 가운데 감정평가법인의 업무범위로 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한 감정평가업자의 모든 업무”로 규정하고 있어, “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우”에는 감정평가업자는 동법 제20조 제1항 각호의 업무를 행할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 여기서 “다른 법령”이란 자산재평가법 제7조 제2항과 동법 시행령 제3조, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조와 동법 시행령 제2조, 주택분양가원가연동제시행지침 제5조 제2항, 공영개발사업용지규정 제16조 제2항 등을 의미한다고 할 것이다. 특히 뒤의 2개 지침 및 규정은 행정규칙으로서 여기서는 논외로 하더라도, 앞의 2개 법령은 당장에지가공시법 제20조 제1항 제3호 및 제4호에서 정하고 있는 감정평가업자의 업무인 ‘자산재평가법에 의한 토지등의 감정평가’ 및 ‘법원에 계속 중인 소송 또는 경매를 위한 토지등의 감정평가’ 업무와 중복되고 있어 문제가 된다. 따라서 ① 동법 시행령 제35조 제1호의 규정에 의하면 감정평가법인은 동법 제20조 제1항 제3호 및 제4호 소정의 업무를 하지 못하나, ② 모법규정인 동법 제20조에 의하면 당연히 감정평가법인의 업무가 되어 이를 할 수 있게 된다. 그러나 ③ 관련법률인 자산재평가법 제7조 제2항과 동법 시행령 제3조,²⁹⁾ 금융

28) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고, 94헌마113 결정.

29) 자산재평가법 제7조 제2항(재평가액): 전항의 시가(즉, 재평가일 현재의 시가)는 대통령령이 정하는 금융기관 기타 기관의 시가감정서에 의한다.

동법 시행령 제3조: 법 제7조 제2항의 규정에 의한 ‘금융기관 기타 기관’은 다음과 같다. 1. 은행법의 규정에 의한 금융기관(1973. 4. 24. 본호개정), 2. 주식회사 한국감정원(1973. 4. 24. 본호개정), 3~6. (1973. 4. 24. 삭제).

기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조와 동법 시행령 제2조³⁰⁾에 의하면 감정평가법인은 그 업무에 명백히 참여할 수 없도록 규정되어 있다. 그 결과 지가공시법상의 일반 감정평가업자는 여기서 모두 제외되고 예외적인 감정평가업자인 한국감정원에게만 토지등의 자산재평가 및 최저경매가격평가업무를 독점시키는 결과는 가져오고 있어 평등권이나 직업선택(수행)의 자유의 침해 및 위임입법의 한계일탈 등의 점에서 위헌의 소지가 대단히 크다고 하지 않을 수 없다.³¹⁾ 결국 이 문제는 지가공시법 시행령 제35조 제1호의 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한”이라는 부분이 그 모법인 동법 제20조 제1항 제3호 및 제4호를 과도하게 제한하는 위헌규정이라고 보아 이를 삭제하고, 자산재평가법 시행령 제3조 및 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 시행령 제2조를 개정하여 감정평가법인을 포함한 감정평가업자를 각 평가기관으로 신설하는 방향으로 개선입법을 마련함으로써 해결될 수 있다.

3) 지가공시법 제34조 제4호 및 제28조 제1항 제8호의 개선입법의 방향

지가공시법 제20조 제2항은 감정평가업자의 업무범위를 시행령

30) 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조(최저경매가격): 연체대출금에 관한 경매절차에 있어서 부동산의 최저경매가격은 재산감정에 관한 전문기관으로서 대통령령으로 지정하는 기관에서 평가한 가격에 의한다.(전개 1970. 1. 1.)

동법 시행령 제2조: 법 제4조의 규정에 의하여 최저경매가격을 평가할 기관은 주식회사 한국감정원 또는 금융기관으로 한다. 다만, 광업권을 평가하는 경우에는 대한광업진흥공사로 할 수 있다.

31) 그런데 이 점의 위헌성을 다투어 제기된 92헌마137 결정(1996. 8. 29. 선고)에서 헌법재판소는, 심판대상인 자산재평가법 제7조 제2항과 동법 시행령 제3조, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조와 동법 시행령 제2조, 주택분양가원가연동제시행지침 제5조 제2항, 공영개발 사업용지규정 제16조 제2항, 지가공시법 시행령 제35조 제1호에 대하여 구체적인 위헌성 판단을 함이 없이 모두 청구기간의 도과로 각하하였으나, 앞의 2개 법령에 대하여는 청구기간 도과에 “정당한 사유”가 있어 본안판단하여야 한다는 재판관 3인의 반대의견이 있었다.

제35조에 위임한 후 그 위임규정에 반하는 감정평가업자(감정평가사사무소와 합동사무소가 대종이 될 것이다)는 등록취소나 1년이하의 업무정지(동법 제28조 제1항 제8호) 및 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금(동법 제34조 제4호)에 처하도록 하고 있다. 여기서 처벌규정인 동법 제34조 제4호(제28조 제1항 제8호도 마찬가지의 관점에서 문제가 있다)를 보면 이 규정은 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 범죄의 구성요건의 설정은 완전히 시행령에 백지위임한 것이나 다름없기 때문에 죄형법정주의와 위임입법의 한계를 벗어나 위헌이라고 할 것이다. 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권이 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 하는 것이다.³²⁾ 그런데 지가공시법 제34조 제4호는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금이라는 형을 정하면서 그 처벌대상행위, 즉 범죄구성요건으로서 “제20조 제2항의 규정에 의한 업무범위 또는 업무지역을 위반하여 감정평가업을 행한 자”라고 규정하고 있다. 그런데 제20조 제2항은 “감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 또는 업무지역은 대통령령으로 정한다”라고 되어 있어 - 물론 이 규정이 오로지 처벌대상인

32) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4 결정 참조.

행위의 설정을 대통령령에 위임하는 규정은 아니지만 - 제34조 제4호와의 관계에서 볼 때, 처벌대상 행위와 그 기준까지도 대통령령으로 정할 수 있도록 하는 위임법률이면서도 처벌대상행위를 예측가능하도록 구체적으로 범위를 정하지 않고 “감정평가업자의 종별에 따른 업무범위”에 따라 정해지도록 극히 추상적이고 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 이러한 규정만으로는 대통령령에서 정해질 범죄구성요건으로서의 처벌대상행위가 어떠한 것일지 전혀 예측할 수가 없다. 또한 동법 제20조 제2항의 위임규정에 의하여 동법 시행령 제35조에서 정하고 있는 사항은 시행령이 아닌 본법에서 충분히 규정할 수 있는 것이라고 보여진다. 따라서 제20조 제2항 중 “감정평가업자의 종별에 따른 업무범위”라고만 범위를 정하여 그것을 시행령으로 정하도록 위임한 부분은 법률로써 미리 충분히 정할 수 있는 처벌대상 행위를 법률로써 정하지 않고 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 위임하는 것이기 때문에 위임입법의 한계를 크게 일탈한 것이며 동시에 죄형법정주의에 반한다고 하지 않을 수 없다. 결국 동법 제34조 제4호는 위와 같이 막연한 포괄적 위임법률에 의하여 제정된 “감정평가업자의 종별에 따른 행위”에 관한 규정을 “위반하여 감정평가업을 한 행위”를 범죄의 구성요건으로 하고 있다는 점에서, 동 규정은 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 범죄의 구성요건의 설정은 이것을 완전히 대통령령에 위임하고 있는 것이나 마찬가지라고 할 수 있다. 따라서 동법 제34조 제4호는 위임입법의 한계를 일탈하였을 뿐 아니라 헌법상의 죄형법정주의에 반하는 위헌적인 규정이라고 하지 않을 수 없다(같은 취지에서 동법 제28조 제1항 제8호도 위헌의 소지가 크다). 그러므로 동법 시행령 제35조의 규정내용을 전술한 바와 감정평가업자간의 자유경쟁에 맡긴다는 취지에서 삭제하거나 그렇지 않다면 모

법인 법률에서 규정하도록 함이 동 조항의 위헌성을 제거할 수 있다는 점에서 바람직한 개선입법이 되는 것이라고 생각된다.

IV. 결 어 - 입법권자에 대한 실질적 기속력 인정을 위한 방안의 요청

헌법불합치결정의 이유에 기초한 간접적 개선입법의무의 문제는 곧 입법권자에 대하여 직접 당해 심판대상이 아닌, 그와 밀접불가분한 타법의 규정에 대한 헌법재판소 결정의 효력이 미치는가 하는 문제이다. 그런데 간접적 개선입법의무는 비록 당해 심판대상에 대한 헌법재판소 결정의 효력에서 나오는 것이 아니라는 점에서 직접적으로 법적 기속력이 미치지 않는으나, 단순한 위헌의 주장이나 개연성과는 달리 헌법재판소의 결정이유에서 이미 위헌판단을 받은 것에 따른 법적 기속력에 준하는 - 적어도 사실상의 - 기속력이 있는 것이므로 간접적으로나마 그 이행을 확보할 수 있도록 할 필요가 있다. 즉 그 구속력은 당해 결정 자체에서 심판대상규정의 불합치결정과 동일하다고 할 수는 없다고 하더라도 관계 타법 규정의 입법개선이 입법권자에 의해 수행될 수 있도록 강제하는 이론구성이나 제도적 방안이 요청된다.³³⁾ 다만, 그 구체적인 내용은 입법권자의 입법형성권에 속하는 것이므로 헌법재판소가 적극적으로 개입할 부분은 아니라고 할 것이다. 다행히 실제 토초세법과 지가공시법의 예에서 보더라도 관계 기관은 적당한 시기에 개선입법을 제정

33) 이 경우 위헌성 결정을 받은 당해 심판대상규정과 밀접불가분한 '타법 규정'을 직권으로 당해 심판의 대상으로 포함시킬 수 있도록 하는 것도 예상할 수는 있으나, 법리상 받아들이기 어렵다.

하기 위한 노력을 기울였다는 것은 당해 기관에 대한 직접적 구속력에 유사한 효력이 있음을 보여주는 것이다. 이러한 간접적 개선입법의무에 관한 이론 구성은 헌법재판소의 일회적 위헌성 결정에 따라 입법권자에 대한 구속력을 넓게 인정하도록 함으로써 보다 신속하고 효과적인 개선입법을 마련하도록 하고 그와 함께 신속한 권리구제가 가능할 수 있게 됨으로써 보다 그 결정의 실효성을 확보할 수 있다는 점에서 의미를 찾을 수 있다.

그러나 이와는 별도로 간접적 개선입법의무가 부인된다거나 이행되지 않는 경우에도 불충분한 당해 '타법 규정'에 대하여는 헌법재판소는 직접 당해 불완전이행된 개선입법에 대한 제소를 기다려 위헌심판이나 위헌소원으로 통제할 수는 있는 것이다.

독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차

최 갑 선
연 구 원

- 목 차 -

I. 머리말

II. 독일에서의 권한쟁의심판절차

1. 개 론

2. 권한 쟁의의 법적 성격

가. 권한의 개념

- (1) 객관적 권한으로서의 권한
- (2) 주관적 권리 및 의무로서의 권한

나. 권한 쟁의의 법적 성격

- (1) 주관적인 쟁송절차로서의 성격
 - (가) 주관적인 쟁송절차의 개념
 - (나) 검 토
- (2) 객관적 쟁송절차로서의 성격

- (가) 객관적 쟁송절차의 개념
- (나) 검 토
- (3) 소송절차의 성격규정상의 기타 고려 요소
- (4) 결 어

3. 권한쟁의의 적법요건

- 가. 당사자 능력
- 나. 기본법상의 권리 또는 의무
 - (1) 상대적 권리 및 의무
 - (2) 절대적 권리 및 의무
 - (3) 권리 또는 의무의 침해
- 다. 처분 또는 부작위
 - (1) 처분 또는 부작위의 개념 및 그 범위
 - (2) 처분 또는 부작위의 주체
- 라. 침해 또는 침해위험성
 - (1) 침해 또는 침해위험성의 개념 및 그 범위
 - (2) 사후적 및 사전적 권한쟁의
- 마. 권리보호이익요건
- 바. 청구기간
- 사. 기타 적법요건 및 소송절차

4. 권한쟁의의 본안결정

- 가. 결정의 대상
- 나. 결정의 형식
 - (1) 기각결정
 - (2) 인용결정

(가) 연방기관간의 권한쟁의 및 연방과 주간의 헌법적 권한쟁의의 경우

(나) 비헌법적 성질의 연방과 주간의 공법상의 분쟁의 경우

- 다. 기본법규정의 명시 및 선결적인 기본법 해석
- 라. 결정의 효력
- 마. 종 합

Ⅲ. 한국에서의 권한쟁의심판절차

1. 개 론

2. 권한쟁의심판의 법적 성격

- 가. 주관적 쟁송절차로서의 성격
- 나. 객관적 쟁송절차로서의 성격
- 다. 종 합

3. 권한쟁의심판의 적법요건

가. 당사자 능력

- (1) 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서의 당사자 능력
- (2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에서의 당사자능력

나. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한

- 다. 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의에서의 심판대상
- 라. 처분 또는 부작위

- (1) 처분 또는 부작위의 개념 및 그 범위

- (2) 처분 또는 부작위의 주체
- 마. 침해 또는 현저한 침해위험성
- 바. 권리보호이익요건
- 사. 청구기간

4. 권한쟁의심판의 본안결정

- 가. 결정의 대상 및 내용
 - (1) 권한의 존부 및 범위결정
 - (2) 권한의 침해여부결정, 처분의 취소결정 및 처분 또는 부작위의 무효확인결정
- 나. 결정의 형식
- 다. 결정의 효력

IV. 맺음말

[별표] 독일과 한국의 권한쟁의심판절차 비교

I. 머리말

국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 발생하는 권한 분쟁을 대상으로 하는 권한쟁의심판제도가 현행 헌법(제111조 제1항 제4호)에 도입되어 헌법재판소법(제61조~제67조)에 의거 실시되고 있다. 그러나 권한쟁의심판의 청구는 지금까지 소수에 그쳐서¹⁾ 동 제도가 크게 활성화되지 못하고 있다. 그리고 동 제도에 대한 학문적 연구도 미흡한 실정이다. 따라서 본 글은 우리나라의 권한쟁의심판제도의 유지발전과 계속적인 연구에 조그마한 보탬이 되었으면 한다.

본 글은 먼저 독일에서의 권한쟁의심판절차를 소개하고 비교법적 검토를 통하여 한국에서의 권한쟁의심판절차를 구체적으로 살펴보고자 한다. 특히 권한쟁의절차의 법적 성격, 권한쟁의의 적법요건, 권한쟁의의 본안결정 등을 본 글의 주 대상으로 하고자 한다.

II. 독일에서의 권한쟁의심판절차

1. 개론

독일에서의 권한쟁의제도는 연방 국가기관 상호간의 권한분쟁, 연방과 주간의 권한 분쟁, 주 상호간의 분쟁 등을 해결하고자 실시되고 있다.²⁾ 우선 연방국가기관 상호간의 권한쟁의³⁾는 연방최고기

1) 권한쟁의심판청구는 1988년 9월부터 1996년 6월말까지 총 4건이 헌법재판소에 접수되어, 2건은 처리(각하 1건, 취하 1건)되고, 2건은 현재 심리중에 있다(헌법재판소공보 제16호, 1996. 8. 1., 369쪽 참조).

관의 권리와 의무의 범위 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유의 권리를 부여받은 기타관계기관의 권리와 의무의 범위에 관하여 야기되는 기본법의 해석문제에 관한 쟁송을 그 대상으로 한다(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호). 다음으로 연방과 주간의 권한 쟁의는 연방과 주의 권리와 의무에 관한 견해차이, 특히 각 주에 의한 연방법의 집행 및 연방감독의 행사에 관한 연방과 주간의 견해차이에 관한 쟁송을 그 대상으로 삼고 있다(기본법 제93조 제1항 제3호, 연방헌법재판소법 제13조 제7호). 그리고 연방과 주간, 주 상호간 또는 주내부에서 발생하는 헌법적 성질을 갖는 공법적 분쟁은, 다른 쟁송수단이 있는 경우를 제외하고는, 헌법재판소가 심판하고 있다(기본법 제93조 제1항 제4호, 연방헌법재판소법 제13조 제8호). 그러나 비헌법적 성질의 연방과 주간의 공법상의 분쟁은 행정법원법 제40조 제1항에 따라서 행정소송의 형태로 해결된다.⁴⁾

독일에서의 권한쟁의제도를 실시하기 위한 구체적인 심판절차는 연방헌법재판소법 제63조 내지 제75조에서 규정해 놓고 있다. 연방과 주간의 권한쟁송은 연방헌법재판소법 제69조에 따라서 연방국가기관 상호간의 기관쟁송에 적용되는 심판절차(같은 법 제64조 내지 제67조)를 준용하도록 하고 있다.

2) 1951년에서 1992년까지의 연방헌법재판소의 처리건수를 살펴보면, 국가기관 상호간의 권한(기관)쟁의 : 48건, 연방과 주간의 권한쟁의 : 51건, 규범통제 : 978건, 헌법소원 : 3,711건 (재판부심판), 67,455건 (지정재판부심판) 등이다. 이에 대해서는 Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3.Aufl., 1994, S.53 참조.

3) 독일에서는 기관쟁의(Organstreit)라고 부른다.

4) 독일의 권한쟁의심판제도를 국내에 소개하고 있는 논문으로는 무엇보다, 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권, 1991, 139~248쪽 ; 김원주, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 74~95쪽 ; 신봉기, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법논총 제2집, 1991, 594~621쪽 참조.

아래에서는 연방 국가기관 상호간 및 연방과 주간의 권한쟁의에서 적용되고 있는 구체적인 심판절차(연방헌법재판소법 제63조~제67조)만을 중점적으로 고찰하고자 한다. 무엇보다 먼저 권한쟁의 절차의 법적 성격을 규명하고, 권한쟁의를 제기하는 데 필요한 적법요건을 살펴본 후, 권한쟁의에 대한 본안결정의 내용과 형식 등을 정리해 보고자 한다.

2. 권한쟁의의 법적 성격

연방헌법재판소법 제 63조 이하에 따른 권한쟁의심판절차에서 분쟁당사자인 헌법기관은 청구인의 기본법상의 권한과 관련되는 피청구인의 처분 또는 부작위를 구체적인 분쟁대상으로 삼아서 청구인과 피청구인의 자격으로 대립하여 참여한다. 따라서 권한쟁의심판은 우선 순수한 상호 대립적 쟁송절차라고 말할 수 있다.⁵⁾ 권한쟁의의 법적 성격을 좀 더 자세히 파악하기 위해서는 무엇보다 먼저 권한의 개념에 대한 해석이 필요하다.

가. 권한의 개념

아래에서는 ‘권한’이 그 개념상 단지 객관적 권한만을 의미하는지, 그렇지 않으면 주관적 권리 및 의무로도 정의되는지 여부를 검토하기로 한다.

(1) 객관적 권한으로서의 권한

전통적인 해석에 따르면 ‘권한’은 주관적 권리 및 의무가 아니고, 작위 또는 부작위를 위한 객관적 권능 또는 임무이다. 권능과 임무에는 “채무자” 또는 “채권자”가 대립하고 있는 관계가 존재하지 않

5) BVerfGE 2, 143 (156, 159) ; 20, 18 (23 f.) ; 27, 152 (157) ; 62, 1 (31) ; 73, 1 (30) ; Ulsamer, G., in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG-Kommentar, 1987, § 63, Rdnr. 3 참조

는다. 권한소지자(예: 국가기관)는 법적으로 중요한 작위나 부작위를 할 수 있는 법적인 힘을 가진다. 그러나 그의 작위나 부작위는 그 자신에게 귀속되는 것이 아니고, 자신이 소속한 단체(예: 국가)에 귀속된다. 여기서 법적인 힘은 권한소지자의 이익을 위해서가 아니라, 그가 속한 단체의 이익을 위해서 그에게 부여되어 있다. 그러므로 권한소지자 자신의 권한에 대한 침해를 사법적인 도움을 얻어서 방어하거나, 다른 권한소지자가 합헌적인 권한행사를 하도록 사법적인 도움을 받아서 강제할 수 없다.⁶⁾

(2) 주관적 권리 및 의무로서의 권한

그러나 위와 같은 전통적인 권한 개념의 해석은 법인으로서의 국가의 성격과 구조를 충분히 파악하지 못하고 있다. 국가는 하나의 단일체적 법인만이 아니라, 여러 부분기관이 합목적적인 공동작용을 벌이는 가운데 이루어지는 유기적인 조직으로 되어 있다. 즉 여러 국가기관이 하나의 공동목적에 위하여 각자 맡은 영역에서 제각기 다른 방식으로 다른 임무를 다하는 가운데 국가로서의 통일적 작용이 이루어진다.⁷⁾

국가라고 하는 하나의 유기적 조직속에서 각 기관은 부분적 권리주체로서 행위능력을 가지며 고유의 의사결정권을 가진다. 각 국가기관은, 공법상의 법인과 마찬가지로, 공공이익의 범위내에서 자신의 과제를 수행하는데 필요한 활동영역을 부여받는다. 각 국가기관은 자신의 전담분야에서는 법적으로 고유의 책임을 부담하며, 그의 권한범위내에서는 배타적 관할권을 가진다. 따라서 독자적인 전담분야내에서 아무런 방해도 받음이 없이 고유의 업무를 수행하기 위

6) Goesl, Manfred, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 54

7) Vgl. Lorenz, Dieter, Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 229~230

해서는 법의 절차를 밟아 외부의 침해로부터 자신의 관할영역을 방어하는 것은 당연한 일이다.⁸⁾ 다시 말해서 주관적 권리 및 의무에 필요하고 충분한 수혜자 자신의 이익이 존재한다고 볼 수 있다. 이로부터 국가기관의 주관적 권리가 생겨난다. 따라서 국가의 내부관계에서 기관들사이에는 권리 및 의무가 존재할 수 있다.⁹⁾

개별적인 경우에 있어서 헌법상의 주관적 권리 및 의무의 존재 및 범위의 실제적인 헌법에 달려 있다. 헌법 영역에서 사용할 때 나타나는 주관적 권리의 개념요소들은 다음과 같은 일반적 변형형태를 가진다.¹⁰⁾ 즉 주관적 권리에 필요한 법적 힘은 헌법영역에서 뿐만 아니라 기타 범영역에서도 소제기성을 필요로 하지 않는다. 주관적 권리에 필요한 이익은 인간적인 이익일 필요가 없다. 법인이나 기타 사법상 또는 공법상의 조직도 이익을 가질 수 있다. 이익은 민법상의 권리 능력을 전제로 하지 않는다. 주관적 권리에 필요한 민법상의 헌법기관 및 그 부분의 이익의 법적 인정은, 작위 또는 부작위에의 권리를 부여하거나 의무를 지우는 범규범이 권리 있거나 의무 있는 기관에게 국가의 최고 의사형성에 영향을 미치는 것을 허용하는 경우에, 발생한다.

연방헌법재판소도 자신의 판결에서¹¹⁾ 다음과 같이 권한의 주관적 권리성을 인정하였다 : “헌법이 국가기관에 대하여 국가의사형성에 참여하는 헌법적 몫을 헌법소송절차를 통하여 주장할 수 있는 가능성을 항시 개방해 놓고 있는 경우에는, 헌법상의 권한을 주관화하는 일이 발생한다. 이를 통해서 국가기관이 갖는 기본법상의 ‘권리’를 말하는 것이 정당화되며, 이 ‘권리’는 침해될 수 있고, 그 경우를

8) Lorenz, aaO, S. 237

9) Benda, Ernst/Klein, Eckart, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, Rdnr. 910

10) Goessl, 1961, S. 151

11) BVerfGE 2, 143 (152)

방어할 수 있다.”

그러나 국가기관이 갖는 이러한 ‘권리’는 주관적인 공법적(또는 사법적) 권리와 동일시할 수는 없다.¹²⁾ 일반적으로 주관적 권리란 그 권리주체를 위해서 주어진 처분성과 포기성을 의미한다. 그러나 기본법이 개별 국가기관에게 부여하는 ‘권리’에는 위의 주관적 권리에 대한 속성이 결여되어 있다. 이러한 ‘권리’는 처분할 수 없으며 하나의 권한질서를 구성한다. 이러한 권한 질서는 권력이 분할된 현대국가의 기능과 활동력의 기본이 되고 통일적 의사형성을 가능하게 해준다. 그러므로 개별기관은 본래적 의미에서의 주관적 권리의 주체가 되는 것이 아니다.¹³⁾

위와 같은 이론적 논거와 판례를 살펴볼 때 국가기관은 상호간의 작용영역에서 ‘권한적 권리’¹⁴⁾의 주체가 된다고 볼 수 있다. 이와 같이 헌법에 부여된 권한은 주관적 권리로 전환된다.¹⁵⁾ 그러므로 국가기관의 권한을 주관화하는 데에는 소송절차상 당사자를 설정해야 한다는 인위적 이유가 있는 것 이외에도 실체법적으로도 타당근거를 인정할 수 있다.

12) BVerfGE 2, 143 (152)

13) Benda/Klein, aaO, Rdnr. 909

14) 연방헌법재판소는 권한을 ‘권한적 권리’라고 표현하고 있다: BVerfGE 81, 310 (330) : …… “kompetentielle Rechte …… können …… geltend gemacht werden” (권한적 권리를 …… 주장할 수 있다.)

15) 기본법 제93조 1항 1호에서는 연방기관 및 그 부분기관의 권한을 “권리 및 의무”로 명명하고, “자신의 권리”라는 표현을 쓰고 있다. 이러한 표현을 Goessl, aaO, 1961, S. 55은 헌법기관과 그 부분기관의 권한이 주관적 권리 및 의무이고, 그 권한소지자가 헌법영역에서의 권리 - 및 의무주체라는 것을 명시적으로 인정하고 있다는 것을 의미한다고 주장한다. 이와는 반대로 Benda, Ernst/Klein, Eckart, Lehrbuch des Verfassungsgerichts, 1991, Rdnr. 909는 이러한 표현을 진정한 의미내용이 그 이름을 통해서 망각될 우려가 없는 한, 해가 되지 않는 하나의 잘못된 표현에 지나지 않는다고 보고, 전통적인 소송적 사고에서는 권리에 대한 분쟁이라는 표현이 권한에 대한 분쟁이라는 표현보다 더 친숙하고 가까운 것이, 이러한 개념표현에 대한 이유가 되는 것 같다고 말하고 있다.

나. 권한쟁의의 법적 성격

권한쟁의심판에서는 당사자들이 최고의 국가 의사를 형성함에 있어서 헌법상의 권한법규정과 그 법규정의 해석에 관해서 다툰다. 따라서 기관쟁송제도는 균형과 억제에 의해서 작동되고 있는 수평적 (및 수직적) 권력분립제도를 유지하고 발전시키는 목적을 가진다.¹⁶⁾ 권한쟁송제도는 국가권력분립의 통제를 통해서 헌법적 질서를 보호하고, 미래를 위한 법적 평화를 보장하며, 결국 개인의 자유의 보호에 기여한다.¹⁷⁾

이러한 목적을 달성하고자 하는 권한쟁의절차는 헌법기관 및 그 부분기관의 주관적 권리 및 의무를 보호하는 주관적 쟁송의 성격을 갖는지, 객관적인 헌법을 보호하는 객관적인 쟁송의 성격을 갖는지가 문제가 된다.

(1) 주관적인 쟁송절차로서의 성격

우선 권한쟁의제도가 주관적 쟁송절차로서의 성격을 가지고 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

(가) 주관적인 쟁송 절차의 개념

주관적 쟁송 절차는 당사자의 주관적 권리 및 의무의 보호를 목적으로 한다. 따라서 당사자의 주관적인 권리 또는 의무의 침해가 존재하여야만 쟁송 심판을 청구할 수 있다. 다시 말해서 객관적 헌법의 침해가 발생했을 때가 아니라, 주관적 권리 및 의무가 침해당해서야 비로소 쟁의절차가 진행된다. 따라서 이러한 권리침해의 청구요건은 객관적 법의 유지를 목적으로 하는 객관적 소송절차에서는 방해가 된다.¹⁸⁾

16) Ulsamer, aaO, § 7, Rdnr. 20 ; Stern, Klaus, in: Kommentar zum Booner Grundgesetz, Art. 93 (Bearbeitung 1982), Rdnr. 181 참조

17) Umbach, Dieter, in: Umbach, Dieter/Clemens, Thomas (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz : Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1992, Vor §§ 63 ff., Rdnr. 44

당사자 처분주의도 주관적 권리 및 의무의 보호를 긍정해 주고 있다. 처분주의하에서는 양당사자가 위법 - 내지 위헌사건을 사법상의 심판에 부칠 것인지 여부와, 그 경우 어느 정도까지 부칠 것인지 여부를 직접 결정한다. 이와는 달리 직권주의는 객관적 헌법의 보호를 긍정한다. 객관적 헌법의 보호를 목적으로 하는 소송절차에서는 특정한 청구인에게 위법사항을 추적할 의무를 지운다. 그리고 동절차는 재판관이 쟁의대상에 구속되는 것을 해방시킨다. 이때 재판관은 위법사항을 정정하거나 방지하기 위해서 당사자의 주관적 권리 또는 의무의 보호에 기여하지 않는 재판도 내릴 수 있다.¹⁹⁾

쟁의 절차가 주관적 권리 및 의무를 보호할 목적을 가진다면, 쟁의 - 내지 결정 대상도 이 쟁의 절차에서는 주관적 권리 및 의무가 된다. 객관적이고 합법적인 헌법 행위와 헌법부작위를 보호하려고 하는 쟁의절차에서는, 사법적 결정의 효력을 증대시키기 위해서 쟁의 - 및 결정 대상을 주관적 요소로부터 해방시키고, 이를 “객관화”시킨다.

재판소가 다른 당사자의 처분 또는 부작위를 통해서 한 당사자의 권리가 침해된 것을 확인한 경우에는, 그 처분 또는 부작위의 성질상 가능한 경우에는, 재판소는 이 다른 당사자가 여타 제삼의 당사자에게 동일한 처분 또는 부작위를 실행하는 것을 막지 못한다. 이에 비해서 재판소가 처분이나 부작위의 위법성을 확인한 경우에는, 위와 같이 재실행하는 것은 위법성확인외의 법적효력으로 인해서 불가능하다. 만약 장래의 처분이나 부작위에 대해서도 함께 결정되었다면, 당연히 불가능하다.²⁰⁾

18) Clemens, aaO, §§ 63, 64, Rdnr. 17 ; Goessl, 1961, S. 174 참조

19) Goessl, 1961, S. 174

결정의 구속력과 관련해서 볼 때, 주관적 권리 및 의무의 보호를 위한 쟁의절차에서는 개별적 기관력만으로 충분하다. 이러한 개별적 효력을 통해서 주관적 권리 및 의무가 충분히 보호된다. 객관적이고 합법적인 헌법행위의 보장을 위해서는 대세적 기관력이 필요하다. 만약 A와 B사이의 권리침해의 확인사항이 B와 C, A와 D 등에도 - 다시 말해서 대세적 - 효력을 미친다면, 이것은 A와 B사이의 주관적 권리 또는 의무의 보호에 기여한다고 볼 수 없다.²¹⁾

(나) 검토

연방헌재법 63~67조에 의한 권한쟁의심판은, 당사자의 권리침해 또는 의무침해가 법적으로 그리고 실제상으로 존재해야만, 청구할 수 있다. 이 청구요건은 쟁의절차가 주관적 권리 및 의무의 보호를 목적으로 한다는 것을 말해 준다. 그리고 권한쟁의심판은 연방헌법 재판소법 제63조 이하의 규정에 따라 기본법의 해석이라는 추상적인 법률문제에 관하여 심판하는 것이 아니고, 기관 상호간의 권리와 의무에 관한 다툼을 일차적 대상으로 한다. 이러한 사실들을 검토해 볼 때 독일에서의 권한쟁의심판은 우선 대립당사자간의 주관적 쟁송으로서의 성격을 가지고 있다고 본다.²²⁾

(2) 객관적 쟁송절차로서의 성격

다음으로는 권한쟁의제도가 객관적 쟁송절차로서의 성격을 가지고 있는지 여부를 검토해 보고자 한다.

(가) 객관적 쟁송절차의 개념

국가기관의 모든 위법 - 및 위헌적인 행위 또는 부작위에 있어서는 법적통제가 요구된다. 이러한 법적통제를 위한 객관적 소송절차

20) Goessl, 1961, 175

21) Goessl, 1961, 175

22) BVerfGE 2, 143 (150~159) 참조

에서는 쟁의 - 및 결정 대상이 선정되기 위해서 구체적인 권리 - 또는 의무 침해가 존재해야 할 필요가 없다. 여기서는 오직 객관적 헌법의 해석만이 그 대상이 된다. 따라서 특정한 기관쟁의청구자는 국가기관의 행위 또는 부작위를 자신의 주관적 이익과는 상관없이 사법적 결정의 대상으로 청구할 수 있고, 청구의무도 가진다.²³⁾ 이러한 쟁의 및 결정대상의 선정은 구체적으로 다투는 주관적 권리 및 의무의 보호에 기여하지만, 그 주목표는 객관적 헌법의 유지와 발전에 놓여 있게 된다.²⁴⁾

(나) 검 토

위에서 살펴본 바와 같이 주관적 쟁송의 성격을 가지는 독일에서의 권한쟁의심판제도는 아래와 같은 별도의 규율내용을 담고 있다.

첫째로 연방헌재법 67조 1문에 의거하여 쟁의대상 및 결정대상은 “객관화”된다. 여기서는 주관적 권리 및 의무에 대해서가 아니라, 국가기관의 행위나 부작위의 위헌성 여부에 대해서만 결정된다. 여기에서 내재하는 결정의 효력 범위의 확대는 주관적 권리 및 의무의 보호에 기여하는 것이 아니다.

두 번째로 연방헌재법 67조 3문에서는 기본적으로 존재하는 당사자처분주의원칙이 배제된다. 당사자는 쟁의대상을 가지고 67조 3문에 따른 결정의 범위를 결정한다. 이러한 당사자결정은 쟁의대상에는 선결적인 것이 된다. 그러나 재판소의 결정자체는 당사자의 처분범위 밖에 놓여 있다. 이 결정은 주관적 권리 또는 의무의 보호에 중점적으로 기여하는 것이 아니고, 객관적 헌법의 유지와 발전에 기여한다.

셋째로 일반적 구속력을 가진 연방헌재법 31조 1항에 따른 결정

23) Goessl, 1961, S. 174

24) Goessl, 1961, S. 176

은, 규범에 대한 결정에서와 같이, 사건의 본질로부터 발생하지 않는 사건에서도, 적용된다. 여기에서도 주관적 권리 및 의무의 보호가 후퇴한다.²⁵⁾

위와 같은 연방헌재법의 관련규정들에서는 주관적 권리 및 의무의 보호가 후퇴하고 객관적인 헌법의 보호가 전면에 나타나므로, 기관쟁송제도는 객관적 쟁송절차로서의 성격도 가진다고 볼 수 있다. 기관쟁송제도는 기관 자신의 권한의 방어를 위해서 부여된 개별기관의 주관적 권리를 보장해 줄뿐만 아니라, 객관적 헌법의 보호 및 기본법에서 규정하고 있는 권력균형의 유지에 기여한다. 또한 이를 통해서 권한체계 전체의 유지와 정치적 과정의 기능보호와 더 나아가 자유로운 국가질서를 보장해 준다.²⁶⁾ 연방헌법재판소도 이러한 헌법의 객관적 유지기능을 인정하였다.²⁷⁾

(3) 소송절차의 성격규정상의 기타 고려 요소

쟁의 - 또는 결정대상이 주관법적인가 객관법적인가라는 문제와, 소송절차가 쟁의절차로 또는 비쟁의절차로 형성되어 있는가에 관한 문제가 소송절차의 성격을 규정하는데 중요한 고려요소가 되는 지를 마지막으로 살펴본다.

쟁의 - 또는 결정대상이 주관법적인가 객관법적인가라는 문제는, 다시 말해서, 주관적 권리 및 의무에 대해서 또는 작위 및 부작위의 적법성에 대해서 다투고 재판되는지에 대한 문제는, 소송절차를 성격지움에 있어서는 그리 중요하지 않다. 객관적인 소송 절차에는

25) Goessl, 1961, 176

26) Benda/Klein, aaO, Rdnr. 910 ; Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 6 ; Löwer, Wolfgang, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, 1987, Rdnr. 10 참조

27) BVerfGE 2, 79 (86) : “연방헌재는 주관적 권리추구를 위해서라기 보다는 헌법의 객관적 보호를 위해서 존재한다. 이 경우에 침해된 권리, 주장된 의무에 대해서 심판한다.” ; BVerfGE 2, 143 (152)도 참조

일반적으로 객관법적인 정의 - 및 결정 대상이 부합된다. 그러나 객관법적인 쟁의 - 및 결정대상은, 예를 들어 연방헌재법 63~67조 및 기본법 93조 1항 1호에서의 쟁의 절차에서 보여주는 바와 같이, 주관적인 소송 절차에서도 가능하다.

소송 절차가 쟁의 절차로 또는 비쟁의 절차로 형성되어 있는가에 관한 문제, 다시 말해서 소송 절차에서 다투고 있는 당사자들만이 나타나는가, 그렇지 않으면 청구인과 참가자만 나타나는가에 관한 문제도, 소송 절차를 성격지움에 있어서는 중요하지 않다. 객관적 소송절차는 일반적으로 비쟁의소송절차로 볼 수 있다. 그러나 쟁의 소송절차도 주관적 권리 및 의무에 관한 분쟁일 필요가 없으며, 비쟁의소송절차도 주관적 권리 및 의무에 관한 분쟁을 다룰 수도 있다.²⁸⁾

(4) 결 어

위에 설명한 사실들을 종합적으로 평가해 볼 때 기관쟁송절차는 관련 국가기관의 주관적 권리 및 의무의 보호를 통해서, 객관적이고 합법적인 헌법 행위의 보장과 객관적 헌법의 보호를 달성하고자 한다. 이를 통해서 권한쟁의제도가 갖는 궁극적 목적인 권력분립의 유지 발전과 개인의 자유 보호가 달성되도록 하고 있다. 따라서 동쟁송 절차는 주관적 쟁송과 객관적 쟁송의 양면적 성격을 동시에 가지고 있다.

3. 권한쟁의의 적법요건

연방헌법재판소법 제63조 및 제64조 제1항²⁹⁾에 의거, ‘청구인’의

28) Goessl, 1961, S. 183

29) 연방헌법재판소법 제64조 제1항 : “피청구인의 처분이나 부작위로 말미암아, 기본법이 부여

‘기본법상의 권리 또는 의무’가 ‘피청구인의 처분이나 부작위’로 말미암아, ‘침해되었거나 급박한 침해위험’이 있다면 쟁의심판청구는 적법하다. 아래에서는 이러한 적법 요건들을 하나씩 검토하기로 한다.

가. 당사자 능력

기본법 제93조 제1항 제1호³⁰⁾는 권한 쟁의에서 당사자능력있는 자를 ‘연방최고기관’ 및 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유의 권리가 부여된 “기타 이해관계자”로 들고 있다. 그러나 연방헌법재판소법 제63조는 연방최고기관으로서 연방대통령, 연방하원, 연방 상원 및 연방 정부를, 그리고 기타 이해관계자로서 기본법 또는 연방상하원직무규정이 고유한 권리를 부여한 위 기관의 일부 기관으로 한정하여 기본법상의 당사자 능력있는 자의 범위를 축소하였다. 연방헌법재판소는 자신의 판결들에서 권한 쟁의를 제기할 수 있는 자의 범위를 다음과 같이 꾸준히 확대하였다: 기본법이나 연방상하원의 직무규정이 고유한 권리를 부여한 “기타 이해관계자”로는 연방하원의장 및 연방상원의장,³¹⁾ 국회상임위원회,³²⁾ 국회의 원내교섭단체,³³⁾ 연방장관,³⁴⁾ 개별 국회의원,³⁵⁾ 정당³⁶⁾ 등을 들

한, 청구인 또는 그가 속해있는 기관의, 권리와 의무가, 침해되었거나 급박한 침해위험이 있다는 것을, 청구인이 주장하는 경우에 한하여, 쟁의심판청구는 적법하다.”

30) 기본법 제93조 제1항 제1호 : “연방헌법재판소는 연방최고기관의 권리와 의무의 범위, 그리고 이 기본법 또는 연방최고기관의 직무규정에 의하여 고유의 권리가 부여된 기타 이해관계인의 권리와 의무의 범위에 관한 쟁송을 계기로 야기되는 이 기본법의 해석에 관하여 재판한다.”

31) BVerfGE 27, 152 (157) ; 60, 374 (378) ; 73, 1 (30)

32) BVerfGE 2, 143 (160)

33) BVerfGE 1, 144 (147 f.) ; 1, 351 (359) ; 1, 372 (378) ; 2, 143 (152 f.) 20, 56 (114) ; 45, 1 (28) ; 67, 200 (124) ; 68, 1 (63) ; 70, 324 (351) ; Umbach, Dieter, Der “eigentliche” Verfasssstreit vor dem Bundesverfassungsgericht : Abgeordnete und Fraktionen als Antragssteller im Organstreit, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1235 (1255 ff.) 참조

수 있다.³⁷⁾

나. 기본법상의 권리 또는 의무

연방헌법재판소법 제64조 제1항에 의거하여 기본법이 부여한 청구인의 권리 및 의무의 침해가 심판 대상이 된다.³⁸⁾ 따라서 법률이 부여한 권리와 의무의 침해는 여기에 해당되지 않는다. 기본법이 부여한 헌법기관의 권한은 상대적인 권리 및 의무의 형태로 뿐만 아니라 절대적인 권리 또는 의무의 형태로도 존재한다.

(1) 상대적 권리 및 의무

일반적으로 권한은 상대적인 권리 및 의무를 포함한다. 이 경우쟁의 대상은 다른 당사자에 대한 한 당사자의 작위 또는 부작위에의 권리 또는 의무가 된다. 한 당사자의 권한 행사로 인한 다른 당사자의 권한 침해는 이러한 상호관계의 성립을 위해서 자연적인 연결점을 제공한다. 즉, 한 당사자의 권한(권리 또는 의무)행사가 다른 당사자의 권한(권리 또는 의무)을 침해할 경우에, 두 당사자 사이에는 권리 및 의무가 존재한다.

위헌적 권한행사로부터 침해당한 한 당사자는 권한을 행사하는 다른 당사자에게 위헌적 행위의 경우에는 부작위를, 위헌적 부작위

34) BVerfGE 45, 1 (28) ; 67, 100 (126 f.)

35) BVerfGE 2, 143 (166) ; 10, 4 (10) ; 60, 374 (378) ; 62, 1 (32) ; 70, 324 (350) 80, 188 (208 f.)

36) BVerfGE 1, 208 (223 f.) ; 4, 27 (31) ; 13, 54 (82) ; 24, 260 (263) ; 24, 300 (329) ; 27, 240 (246) ; 44, 125 (136 f.) ; 45, 1 (29) ; 60, 53 (61 f.) ; 77, 1 (39 f.) ; 79, 379 (383 f.) ; 80, 188 (223) 참조 : 자세한 것은 Clemens, Thomas, Politische Parteien und andere Institution im Organstreitverfahren, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1261 ff. 참조

37) 당사자능력에 관한 자세한 내용은 무엇보다, Clemens, §§ 63, 64, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, Rdnr. 24~130 및 김운용, 앞의 논문, 1991, 188쪽 이하 참조

38) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 108 ; Clemens, §§ 63, 64, aaO, 1992, Rdnr. 135 이하 ; Ulsamer, G., in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG-Kommentar, 1987, § 64, Rdnr. 5 이하 참조

인 경우에는 작위를 요구할 수 있다. 이 다른 당사자는 침해당한 당사자에게 작위 또는 부작위를 해야 할 의무를 가진다. 이러한 상대적인 권리 및 의무는 헌법기관 및 그 부분 기관과의 관계에서 가장 강력한 형태의 법적 관계로 기능한다.³⁹⁾

(2) 절대적 권리 및 의무

권한은 부분적으로 두 당사자 또는 다수의 당사자사이에 권리 자체만을 또는 의무자체만을 보장하기도 한다. 즉 권한은 모든 다른 헌법기관 및 그 부분기관들에 대해서 절대적인 권리 또는 의무가 된다.⁴⁰⁾ 이 경우의 쟁의 대상은 한 당사자가 작위 또는 부작위에의 권리 또는 의무이다. 이러한 절대적 권리의 행사로 인하여 발생한 권한 침해는 오직 권리보호이익이 존재하여야만 가능하다.

(3) 권리 또는 의무의 침해

청구인은 헌재법 제64조의 문구에 따라서 자신의 ‘권리 및 의무’가 침해 또는 침해위험시되었어야 한다. 그러나 여기서는 ‘권리 또는 의무’를 의미한다. 모든 작위 의무 또는 부작위 의무는 필연적으로 의무주체의 작위 또는 부작위에의 권리와 일치한다. 그러나 모든 작위 또는 부작위에의 권리가 권리주체의 의무를 수반하는 것은 아니다. 이러한 ‘권리 단독’만의 침해도 심판 대상이 된다. 그리고 ‘의무 단독’만의 침해도 심판 대상이 된다.⁴¹⁾ 만약 청구인이 자신의 의무이행시에 방해받는다면, 즉 피청구인의 작위의 위헌성 때문에 청구인의 의무이행자체가 침해된다면, 그는 방해하고 있는 처분이나 부작위를 심판의 대상으로 청구할 수 있다.⁴²⁾

다. 처분 또는 부작위

39) Goessl, 1961, S. 59 참조

40) Goessl, 1961, S. 58 참조

41) Stern, aaO, Rdnr. 145 ; Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 7 ; Goessl, 1961, S. 148 참조

42) Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 7 ; Goessl, 1961, S. 147 참조

기본법 제93조 제1항 제1호는 권한쟁의심판의 대상을 규정하고 있지 않으나, 연방헌법재판소법 제64조 제1항에서는 그 대상을 ‘피청구인의 처분 또는 부작위’로 규정하고 있다.

(1) 처분 또는 부작위의 개념 및 그 범위

처분 또는 부작위는 청구인의 권리 행사나 의무 이행과 관련하여 취해진 피청구인의 행동을 말한다. 처분이나 부작위는 객관적으로 실제적으로 존재하여야 한다. 단순한 주장만으로는 불충분하다.⁴³⁾

‘처분’은 입법 영역에서는 법률의 제정 행위 및 법률 자체를, 그리고 행정 영역에서는 법규명령 및 모든 개별적 행정행위를 포함한다.⁴⁴⁾ 연방 헌법재판소는 광범한 처분의 범위를 인정하지만, 법적으로 문제되는 처분으로 한정하였다.⁴⁵⁾ 처분의 법적 문제성은, 피청구인의 처분이 청구인의 권리를 구체적으로 접촉하였을 경우에는 존재한다.⁴⁶⁾ 따라서 한 행위가 기관내부에서의 효력만을 가지는 경우(소위 ‘내부행위’)나, 법적문제성을 갖는 다른 처분을 위해서 단지 준비적 성격만을 가지는 경우(단순한 ‘법률안’)는 법적 문제성이 존재하지 않는다.⁴⁷⁾ 또한 청구인과 관련하여 행하는 단순한 의견표명은 법적문제성이 없다.⁴⁸⁾

‘부작위’는 관련 국가기관이 특정한 행위를 해야 할 (헌법상의) 의무가 존재하는 것을 전제로 한다.⁴⁹⁾ 따라서 작위의무가 있음에도

43) BVerfGE 68, 1, (74) ; 73, 1 (30) ; 73, 40 (67) ; 80, 188 (216) ; 82, 322 (336) ; Pestalozza, aaO, 1991, S. 112 ; Benda/Klein, aaO, 1991, Rdnr. 952 참조

44) Clemens, aaO, §§ 64, 64, Rdnr. 139 ; Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 10 ; Stern, in: Kommentar zum Booner Grundgesetz, Art. 93, 1982, Rdnr. 174~175 참조

45) BVerfGE 2, 143 (168) ; 3, 2 (17) ; 13, 123 (125) ; 57, 1 (95) ; 60, 374 (381)

46) BVerfGE 1, 208 (228 f.)

47) Clemens, aaO, §§ 63, 64, Rdnr. 141 참조

48) BVerfGE 13, 123 (125) ; 40, 287 (292 f.) ; 57, 1 (5 f.)

49) Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 9~11 ; Clemens, aaO, §§ 63, 64, Rdnr. 138~139 ; 김운용, 앞의 논문, 175쪽 이하 참조

불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 법적으로 문제되는 부작위에 해당된다. 구체적인 예로는 연방하원이 연방정부, 연방하원의원 또는 연방상원에 의하여 제출된 법률안을 의결하지 않는 경우(기본법 제77조 제1항), 연방상원이 제출하는 법률안은 연방정부에 의하여 연방의회에 송부하도록 되어 있는데 연방정부가 이를 송부하지 않는 경우(기본법 제76조 제3항), 연방대통령이 법률의결안에서명을 하지 않는 경우(기본법 제82조 1항) 등을 들 수 있다.

(2) 처분 또는 부작위의 주체

권한 쟁의는 피청구인 또는 청구인의 작위 또는 부작위를 통한 권한(권리 또는 의무)침해의 형태로 발생할 수 있다. '피청구인'의 작위 또는 부작위를 통한 권한 침해의 경우에는 청구인이 피청구인이 권한행사할 권리를 갖는다는 것을 부인한다. 이를 소극적 권한쟁의라고 부른다. 소극적 권한 쟁의에서는 두 기관이 자신의 권한을 서로 부인한다. '청구인'의 작위 또는 부작위를 통한 권한침해의 경우에는 청구인이 권한행사할 권리를 자신이 갖는다고 주장하며 이를 직접 행사한다. 이를 적극적 권한 쟁의라고 부른다. 적극적 권한 쟁의에서는 두 기관이 자신의 권한을 서로 긍정한다. 적극적 권한 쟁의에서는 청구인이, 상대방이 청구인의 권한이라고 인정하지 않고 있는, 특정한 권한을 자신을 위해서 행사한다. 소극적 권한 쟁의에서는 청구인이 상대방에게 권한이 있다는 것을 부인하는데, 이때 청구인은 이 권한을 자신을 위해서 주장하여 행사하지는 않는다.

소극적 권한 쟁의가 통상적인 사례이다. 적극적 권한 쟁의도 권한을 직접 주장하여 행사하는 당사자가 제기할 수 있다. 다른 소송법도 적극적 확인 소송을 인정한다. 그러나 적극적 권한쟁의에서는 권리보호이익을 신중하게 심사해야 하며, 권한 쟁의를 제기하는 것

을 피청구인에게 양보하는 것이 과연 청구인에게 기대가능 하는지 여부를 검토해야 한다. 일반적으로 권리보호이익을 부인할 수는 없다.⁵⁰⁾

연방헌법재판소법 제64조 제1항에서의 처분 또는 부작위의 주체는 피청구인이다. 따라서 피청구인의 처분 또는 부작위를 통한 청구인의 권리 또는 의무 침해만이 심판 대상이 된다. 여기서는 청구인의 처분 내지 부작위가 청구 대상이 되는 적극적 권한 쟁의에 대한 심판은 제외되고 있다.⁵¹⁾

라. 침해 또는 침해위험성

연방헌법재판소법 제64조 제1항에 의거하여 청구인의 권리 또는 의무가, ‘침해되었거나 급박한 침해위험’이 있는 경우에만 쟁의심판 청구는 적법하다.

(1) 침해 또는 침해위험성의 개념 및 그 범위

침해 및 침해 위험은 상반되는 것이 아니고, 권리 또는 의무 침해에 있어서 양적으로 다른 현상에 불과하다. 침해는 현재적이고, 침해 위험은 급박하게 발생할 권리침해이다. 침해 위험은 권한 침해에 이르게 될 개연성이 현저히 높은 상황을 이른다. 침해 또는 침해 위험은 심판 대상인 처분 또는 부작위를 통해서 발생했어야 한다.⁵²⁾ 처분은 침해 또는 침해 위험에 인과적이어야 한다. 처분 또는 부작위에 여러 관계자가 관여하였다면 - 예를 들어 제정된 법률 또는 입법부작위의 경우 - 피청구인이 관여한 것만으로도 충분하다. 그러나 권한 침해의 위험성은 국가기관의 부작위로부터는 원칙적으로 야기되지 않는다.⁵³⁾

50) Goessl, 1961, S. 64

51) Vgl. Goessl, 1961, S. 74

52) Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 8; Lorenz, aaO, S. 240; Goessl, aaO, 1961, S. 147 참조

53) Lorenz, aaO, S. 241 f. 참조

권리 또는 의무 침해는 두 가지 방향에서 생길 수 있다. 즉 피청구인이 자신의 권한을 유월하여 청구인의 권리를 침해하는 경우와, 권한유월없이 상대방의 권한을 보장하고 있는 상위법규범의 내용을 자신의 입법에서 준수하지 않은 경우를 들 수 있다.⁵⁴⁾

(2) 사후적 및 사전적 권한쟁의

권한 쟁의는 이미 발생한 작위 또는 부작위를 통한 권리 - 또는 의무 침해의 형태로, 그리고 발생이 임박한 처분을 통한 급박한 권리 - 또는 의무 침해의 형태로 나타날 수 있다. 전자의 경우에는 진압적 권리 보호가, 그리고 후자의 경우에는 예방적 권리 보호가 요구된다. 따라서 전자를 사후적 권한 쟁의로, 후자를 사전적 권한 쟁의로 부를 수 있다.⁵⁵⁾

사후적 권한 쟁의가 정상적인 쟁의 사례이다. 그러나 예방적 권한 쟁의도 제기할 수 있다. 다른 소송법에서도 예방적 권리 보호는 인정되고 있다(예: 행정소송법상의 부작위확인소송 또는 예방적 확인소송). 여기서는 확실히 권리 보호 필요성을 신중하게 심사해야 한다. 작위 또는 부작위는 실제적으로 그리고 직접적으로 존재해야 한다. 특히 “급박한 침해위험”이 존재해야 한다. 그리고 작위 또는 부작위를 기다리는 것이 관련 당사자에게 수인할 만한 것인지를 살펴 봐야 한다.⁵⁶⁾

마. 권리보호이익요건

권리보호이익요건은 헌법소송 밖에서는 일반소송법에서 적용되는 기본적인 원칙이다. 이 요건은 모든 권리보호청구에 대한 전제조건으로서의 역할을 담당한다. 다시 말해서 이 요건은 모든 국가사법

54) Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 8

55) Clemens, aaO, §§ 63, 64, Rdnr. 18

56) Goessl, aaO, 1961, S. 63 참조

기관에의 청구는 권리보호가치가 있는 이익의 추구를 전제하고 있다는 의미이다. 여기서는 권리보호요청자의 개별적이고, 현재적이며, 보호 가치가 있는 이익이 요구된다. 만약 권리가 보장되면, 권리의 사법적 관철 가능성도 존재한다.⁵⁷⁾

권한 쟁의 심판 절차에서는 기본법 93조 1항 1호에서뿐만 아니라 연방헌재법 63~67조에서도 권리보호이익에 관한 명시적인 규정을 찾아 볼 수 없다. 그러나 이에 대한 내용은 연방헌재법 64조 1항내에 숨어 있다. 즉 권리 또는 의무의 침해 또는 급박한 침해위험이 권리 보호 이익의 요소가 된다.⁵⁸⁾ 권리 보호 이익요건은 청구권한의 전제요건으로서 요청되는 것이다.⁵⁹⁾

권리보호이익요건은 언제 권리 또는 의무를 주장 관철시킬 수 있는가에 대한 문제를 규율한다. 권리보호이익요건에는, 침해가 현재 존재하고 있는가, 또는 침해가 아직 또는 더 이상 존재하고 있지 않은가에 대한 문제가 해당된다. 급박한 위험의 필요성은 권리보호 이익을 규율한다. 침해가 아직 발생하지 않았으나, 바로 임박한 상황에 있다면, 권리 보호 이익은 인정된다.⁶⁰⁾

권리보호이익요건은, 소송 절차가 주관적 권리 및 의무의 보호에 기여하는가, 또는 객관적이고 합법적인 고권 행위의 보호에 기여하고 그 결과 객관적 법의 보호에 기여하는가에 관한 문제와 밀접하게 관련되어 있다. 소송 절차가 주관적 권리 및 이익의 보호를 목적으로 삼으면, 권리보호이익요건이 완벽하게 적용된다. 이것은 비

57) 권리보호필요성에 관한 자세한 내용은 Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1967, S. 129 ff.

; Goessl, 1961, S. 172 ff. 참조

58) Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 24-25 ; Clemens, aaO, §§ 63, 64, Rdnr. 19 ; Goessl, aaO, 1961,

S. 172 참조

59) BVerfGE 2, 347 (365) ; 68, 1 (77)

60) Lorenz, aaO, S. 257 ; Goessl, 1961, S. 174 참조

헌법적인 소송법에서 압도적으로 나타난다. 오직 상고심(객관적 법의 유지 발전 및 소송감독의 기능을 수행함)에서만 객관적 법의 유지가 전면에서 나타난다. 이에 따라서 권리보호이익요건은 비헌법적 소송법에서 발전되었다. 소송절차가 객관적이고 합법적인 고권행위의 보장과 더 나아가 객관적인 법의 보호 유지를 목표로 삼으면, 권리보호이익요건은 밀려나고 완전히 탈락할 수도 있다.⁶¹⁾ 이 경우에 소 또는 청구는 객관적 법통제 목적을 달성하는 수단에 불과하며, 보호 가치가 있는 주관적 이익의 추구와는 전혀 상관이 없다. 따라서 여기서는 권리보호이익요건이 아닌 법통제필요성이 존재한다. 이러한 소송 절차는 주로 헌법소송내에서 발생한다. 이러한 형태의 전형적인 절차는 기본법 93조 1항 2호에 의한 추상적 규범 통제이다. 이 소송 절차에서 청구인의 청구에는 권리 보호 이익요건이 불필요하다. 여기서의 청구에는 견해 차이 또는 의문만으로 충분하다.⁶²⁾

바. 청구기간

권한 쟁의의 심판 청구는 심판 대상인 피청구인의 처분 또는 부작위를 청구인이 안 날로부터 6개월 이내에 제기하여야 한다(연방헌법재판소법 제64조 제3항). 이러한 청구 기간은 이 기간이 경과됨으로써 더 이상 권리 또는 의무의 침해를 권한 쟁의 심판으로 다룰 수 없는 제척 기간에 해당된다.⁶³⁾ 법률 제정의 경우 청구 기간은 법률이 공포되거나, 이와 유사한 방법으로 일반에게 알려진 것으로 간주된 때부터 기산된다.⁶⁴⁾ 법률의 시행이 청구대상인 경우에, 만약

61) BVerfGE 1, 396 (407/8, 414)

62) Goessl, aaO, 1961, S. 173

63) BVerfGE 24, 252 (257 f.) ; 27, 294 (297) ; 40, 287 (290) ; 71, 299 (304) ; 80, 188 (210) ; Clemens, aaO, §§ 63, 64, Rdnr. 150 ; Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 35 ; Pestalozza, aaO, 1991, S. 119 ; Schlaich, aaO, 1994, S. 65 참조

집행기관이 시행명령을 내리지 않고 구체적인 처분을 명시적으로 정지시킨다면, 청구기간은 법률이 공포되는 날부터 기산되지 아니한다.⁶⁵⁾ 처분의 시행이 문제되는 경우에는 피청구인이 청구인의 요구를 시행하는 것을 분명하게 거부하거나⁶⁶⁾ 또는 그 시행에 동의한 때부터⁶⁷⁾ 청구기간은 기산 된다. 연방 장관에 의한 부작위 경우에는 구하는 처분이 거절된 때부터 청구 기간이 기산 된다.⁶⁸⁾

사. 기타 적법요건 및 소송절차

심판 청구는 서면으로 제출하여야 하고 청구 이유를 기재하고 필요한 증거자료를 제시하여야 한다(연방헌법재판소법 제23조 제1항).⁶⁹⁾

같은 법 65에 의거 청구 권한이 부여된 다른 당사자는 당해 재판이 그들의 권한의 범위에 관하여 중요한 의의가 있는 때에는 소송절차의 어느 단계에서도 청구인 및 피청구인외의 제삼의 참가자로서 참가할 수 있다(연방헌재법 제65조 1항). 연방헌법재판소는 권한쟁송절차의 개시를 연방대통령, 연방하원, 연방상원 및 연방정부에 통지하여야 한다(동법 제65조 2항).⁷⁰⁾

연방헌법재판소는 계속 중인 절차를 병합하거나 병합된 절차를 분리할 수 있다(동법 제65조).⁷¹⁾

4. 권한쟁의의 본안결정

64) BVerfGE 24, 252 (258) ; 27, 294 (297) ; 67, 65 (70)

65) BVerfGE 4, 250 (271)

66) BVerfGE 4, 250 (269) ; 21, 313 (319)

67) BVerfGE 68, 1 (76)

68) BVerfGE 21, 312 (319 f.) ; 4, 250 (260 f.)

69) BVerfGE 24, 252 (258) ; 24, 300 (329) ; Ulsamer, aaO, § 64, Rdnr. 31~33 참조

70) 자세한 것은 Ulsamer, aaO, § 65, Rdnr. 1~20 ; Umbach, Umbach(Hrsg.),

Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 65, Rdnr. 1~20 참조

71) 자세한 것은 Ulsamer, aaO, § 66, Rdnr. 1~6 ; Umbach, aaO, § 66, Rdnr. 1~10 참조

가. 결정의 대상

연방헌재법 67조 1문에⁷²⁾ 의거해서 연방헌법재판소는 기본법의 해석에 관해서 기본적으로 결정하는 것이 아니라, 구체적인 처분이나 부작위의 기본법위반여부에 대해서 결정한다. 기본법의 해석은 여기서 부수적으로만 행해진다. 같은 법 67조 1문에서 기본법의 해석은 본안 문제가 아니고 사전문제에 불과하다. 여기서 연방헌법재판소는 헌법의 해석에 대해서는 본안판단의 이유부분에서만 결정한다. 이러한 헌법해석에 관한 결정내용은 실체적 확정력을 갖지도 못하고 연방헌재법 31조에 따른 구속력도 갖지 못한다.

연방헌법재판소는 기본법 93조 1항 1호에 의거한 쟁의의 대상을 구성하고 있는, 당사자의 주관적 권리 및 의무에 관해서는 결정하지 않는다. 재판소는 권한의 행사가 다른 권한소유자의 권한을 침해했는가 또는 침해 위험이 있는가에 대해서 판단하는 것이 아니고, 피청구인의 권한 행사가 기본법에 위배되는지 여부에 대해서만 결정한다.⁷³⁾

본안 결정에서는 주관적 권리 및 의무의 한 요소에 대해서만, 즉 권한 행사의 기본법적합성에 대해서만 판단한다. 그 반면에 주관적 권리 및 의무의 다른 요소인 권한 침해는 소송 조건에 해당된다. 기본법 93조 1항 1호상의 의미인 쟁의가 존재해야만, 연방헌재법 67조 1문에 의거한 본안 결정이 내려질 수 있다는 사실도 이러한 구조를 바꾸지 못한다.

나. 결정의 형식

72) 제67조 1문: “연방헌법재판소는 피청구인이 쟁의대상 처분이나 부작위가 기본법의 규정에 위반되는가 여부를 자신의 결정에서 확인한다.”

73) Vgl. Goessl, aaO, 1961, S. 73

(1) 기각결정

기관쟁송절차에서의 재판은 구두변론이 이루어진 경우는 판결로, 그렇지 않은 경우는 결정의 형태로 내려진다.⁷⁴⁾ 연방헌법재판소⁷⁵⁾의 계속된 관행에 따르면 같은 법 67조 1문은 이유없는 심판청구에는 적용되지 않는다. 연방 헌재는 결정 주문에서 이러한 청구를 단지 기각하기만 한다. 그러나 “청구를 기각한다.”라는 단순한 결정주문은 같은 법 67조 1문의 범문구에 부합되지 않는다 그리고 이러한 결정주문에서는 재판의 법적성격이 확정판결인지 확정결정인지를 인식할 수 없다. 헌법재판의 중요성에 비추어 볼 때, 결정의 핵심내용이 그 결정이유부분에서 비로소 나타난다는 것은 바람직하지 못하다. 따라서 연방헌재는 결정주문작성에 있어서 기각결정에서 결정의 실제적인 내용을 설명해주는 문장을 결정주문에 삽입하는 것이 좋을 것이다.⁷⁶⁾ 예를 들면 청구기각의 경우 다음과 같이 추가적인 내용을 담도록 주문을 표현할 수 있다 : 청구인(예: “연방정부”)은, - 약간 상세히 설명해주는 - 처분 또는 부작위를 통해서 (예: “1949년 11월 22일자 페터스베르그 조약을 연방법률의 형태로 동의 또는 참여를 받기 위해서 연방입법권한을 가진 국가기관에게 제출하는 것을 이행하지 않음을 통해서”), 기본법의 특정규정(예: “제 59조 2항 1문”)을 위반하지 않았다.⁷⁷⁾

(2) 인용결정

(가) 연방기관간의 권한쟁의 및 연방과 주간의 헌법적 권한쟁의의 경우

연방 기관간의 권한 쟁의 및 연방과 주간의 헌법적 권한 쟁의의

74) Ulsamer, aaO, § 67, Rdnr. 2

75) BVerfGE 62, 1 (4) ; 68, 1 (3, 78) ; 70, 324 (325) ; 73, 1 (2, 31)

76) Vgl, Ulsamer, aaO, § 67, Rdnr. 3 ; Umbach, aaO, § 67, Rdnr. 15

77) Umbach, aaO, § 67, Rdnr. 15 ; BVerfGE 1, 351 (352) ; 1, 372 (373)도 참조

경우에, 심판 청구가 이유 있는 경우에는, 연방 헌법재판소가 같은 법 67조 1문에 의거 결정주문에서, “심판대상인 처분 또는 부작위가 기본법의 특정 규정을 위반한다”라고만 확인한다.⁷⁸⁾ 따라서 연방헌재는 이러한 확인 외에 추가로, 처분 또는 부작위의 위법성에 대해서는 확인할 수 없다.⁷⁹⁾ 더구나 여기서 재판소는 한 법률을 무효로 선언할 수 없다.⁸⁰⁾ 그리고 재판소는 작위 또는 부작위에의 이행결정이나 형성결정(예: 취소)도 내릴 수 없다.⁸¹⁾

(나) 비헌법적 성질의 연방과 주간의 공법상의 분쟁의 경우

비헌법적 성질의 연방과 주간의 공법상의 분쟁의 경우(기본법 제 94조 제1항 제4호)에는 연방 헌법재판소가 연방 헌법재판소법 제72조⁸²⁾에 의거 아래와 같은 인용 결정을 내린다. 이유 있는 심판청구의 인용결정에서는 처분의 적법성 또는 위법성을 판단하는 “확인결정”, 그리고 처분을 중지하거나, 취소하며, 처분을 집행하거나 수인해야 하는 피청구인의 의무 및 금전급부를 해야 할 피청구인의 의무에 대해 판단하는 “이행결정”만 허용된다. 따라서 재판소가 법적 사항을 자신이 직접 규율하는 “형성결정”은 여기서 제외된다.⁸³⁾

다. 기본법규정의 명시 및 선결적인 기본법 해석

78) BVerfGE 67, 100 (103) ; Benda/Klein, aaO, 1991, Rdnr. 973~974 참조
 79) 그러나 연방헌법재판소는 초창기에, “피청구인의 처분은 청구인이 주장한 권한을 침해하지 않는다”라는 확인결정을 내린 바 있다: BVerfGE 1, 351 (32) ; 1, 372 (33) 참조
 80) BVerfGE 20, 119 (129) ; 24, 300 (31) ; Schlaich, aaO, S. 65, Rdnr. 89 ; Ulsamer, aaO, § 67, Rdnr. 4 ; Löwwer, aaO, 1987, Rdnr. 15 참조
 81) Pestalozza, aaO, S. 119, Rdnr. 43 ; Goess I, 1961, S. 74 ; Ulsamer, aaO, § 67, Rdnr. 2 ; Lücke, Jörg, Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, in: JZ 1983, S. 380 (381). 참조
 82) 연방헌법재판소법 제72조 제1항 : 연방헌법재판소는 자신의 결정에서, 제1호 : 처분의 적법성 또는 비적법성, 제2호 : 처분을 중지하거나, 취소하며, 처분을 집행하거나 수인해야 하는 피청구인의 의무, 제3호 : 금전급부를 이행해야 하는 의무에 대해서, 결정할 수 있다.
 83) Umbach, D., in: Umbach/Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 72, Rdnr. 4~5 참조

연방헌재법 67조 2문은, 결정 주문에서 피청구인의 처분 또는 부작위를 통해서 침해된 기본법 규정을 명시할 것을, 규정하고 있다. 이때 기본법규정의 개념은 불문헌법적 법원리를 포함하는 것으로 확대해석해야 한다.⁸⁴⁾

연방헌재법 67조 3문에 의거하여 연방헌재는 “기본법의 해석”에 관해서가 아닌 “기본법 규정의 해석에 중요한 법문제”에 관해서 결정한다.⁸⁵⁾ 법 67조 3문에 의거하여, 기본법의 해석은 독자적이 아니라, 법 67조 1문에 의한 결정과 연계하여서만 이루어질 수 있다. 즉 법 67조 3문에 따른 기본법의 해석은 법 67조 1문에 따른 결정에 선결적(präjudiziell)이다. 연방 헌재는 1문에서 내린 결정주문에서 “동시에” 기본법의 해석에 관해서도 결정할 수 있다.⁸⁶⁾

라. 결정의 효력

연방헌재법 법 67조 1문에 의한 결정은 형식적 및 실체적인 법적 효력을 가진다. 그리고 동 결정은 법 31조 1항에 의한 구속력을 가지나, 31조 2항의 법률적 효력은 갖지 않는다.⁸⁷⁾ 모든 국가기관, 법원 등은 권한쟁의심판절차에 참가하지 않았다 하더라도 내려진 결정을 준수하고 집행할 의무가 있다. 이들에게는 판결의 구속력(연방헌재법 31조 1항 및 기본법 20조 3항)에 따라서 법적으로 가능한 범위내에서 심판된 처분 또는 부작위의 위헌성을 제거해야 할 의무가 있다.⁸⁸⁾

마. 중 합

84) Vgl. Umbach, § 67, Rdnr. 16 ; Ulsamer, aaO, § 67, Rdnr. 5

85) Goessl, aaO, 1961, S. 70은 연방헌재법 제67조 3문을 다음과 같이 간단히 표현할 수도 있을 것이라고 의견을 제시하였다: “(위헌)확인이 기본법 규정의 해석에 의존되어 있다면, 연방헌법재판소는 결정주문에서 동시에 이에 대해서도 결정할 수 있다.”

86) Goessl, 1991, S. 71

87) Pestalozza, aaO, 3. Aufl., 1991, S. 120, Rdnr. 47 참조

88) Schlaich, aaO, S. 57, Rdnr. 78 ; Löwer, aaO, 1987, Rdnr. 16 ; Lücke, aaO, S. 381 참조

연방헌재법 67조 1문에 따른 재판소의 관할을 종합해 보면 다음과 같은 쟁의결정내용을 담고 있다. 주관적 권리 및 의무에 관해서 결정하는 것이 아니고, 권한 행사의 위헌성(합헌성)에 대해서 결정한다. 재판소가 이행 결정이나 형성 결정을 내리는 것이 아니고, 확인결정만을 내리므로, 쟁의 결정은 제한된다. 재판소가 처분이나 부작위의 위법성이나 적법성 심사를 하는 것이 아니고, 처분이나 작위의 위헌성 또는 합헌성에 대해서만 심사할 수 있으므로, 심사 척도는 제한된다.

Ⅲ. 한국에서의 권한쟁의심판절차

1. 개 론

우리 헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소의 관장사항으로서 ‘국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의에 관한 심판’을 규정하고 있다. 헌법재판소법 제2조 제4호에서도 헌법 제111조 제1항 제4호의 내용을 그대로 규정하고 있으며, 동법 제61조에서 제67조까지는 권한쟁의심판의 절차에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있다. 아래에서는 권한쟁의심판의 법적성격을 규명하고 관련되는 적법요건 및 본안결정의 내용을 살펴보기로 한다.

2. 권한쟁의심판의 법적 성격

가. 주관적 쟁송절차로서의 성격

헌법재판소법 제61조 제2항에 의거 권한쟁의심판은 청구인의 권한침해가 존재하거나 권한을 침해할 현저한 위험이 있어야만 청구할 수 있다. 이 청구요건은 권한쟁의절차가 주관적 권한(권리 및 의무)의 보호를 목적으로 한다는 것을 말해 준다. 그리고 헌법재판소법 제66조 제2항에 따라서 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 피청구인의 처분 또는 부작위를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다. 이러한 결정의 내용도 청구인의 주관적 권한의 구제에 기여한다고 볼 수 있다. 따라서 한국에서의 권한쟁의심판은 대립하는 청구인 및 피청구인간의 주관적 쟁송으로서의 성격을 가지고 있다고 본다.

나. 객관적 쟁송절차로서의 성격

위와 같이 주관적 쟁송의 성격을 가지는 한국에서의 권한쟁의심판제도는 다른 한편으로는 다음과 같은 다른 내용을 가지고 있다. 권한쟁의심판은 헌법재판소법 제61조 제1항의 규정에 따라 관계 기관의 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼을 대상으로 한다.

그리고 동법 제66조 제1항에 의거한 결정에서는 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 결정한다. 여기서는 관련된 헌법 또는 법률에 대한 해석을 통해서 당사자에게 특정한 권한을 부여하고 있는지 여부를 판단한다. 이와 같은 권한쟁의심판의 대상과 결정 내용은 결국 객관적 헌법 및 법률의 보호 및 유지발전에 기여한다. 그리고 이는 수직적 및 수평적 권력분립주의에 기초하여 헌법과 법률이 설정한 객관적 권한 질서의 유지 보호에도 기여한다. 따라서 권한쟁의심판제도는 객관적 쟁송 절차로서의 성격도 가진다고 보여진다.

다. 종 합

종합하여 볼 때, 한국에서의 권한쟁의심판제도는 관련 국가기관

의 주관적 권한(권리 및 의무)의 보호를 통해서, 객관적인 헌법 - 및 법률행위의 보장과 객관적 헌법 및 법률의 보호를 달성하고자 한다. 이를 통해 본 권한쟁의심판제도의 궁극적 목적은 수직적 및 수평적 권력분립의 유지 발전과 개인의 자유 보호를 달성하는데 있다. 따라서 한국에서의 권한쟁의심판절차는 독일의 경우와 마찬가지로 주관적 쟁송과 객관적 쟁송의 양면적 성격을 동시에 가진다고 볼 수 있다.

3. 권한쟁의심판의 적법요건

헌법재판소법 제61조 제2항에 의거, “피청구인의 처분 또는 부작위”가 “헌법 또는 법률”에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 “침해하였거나 침해할 현저한 위험”이 있는 경우에만 권한쟁의심판청구는 적법하다. 아래에서는 관련된 적법요건들을 하나씩 검토하기로 한다.

가. 당사자 능력

(1) 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서의 당사자 능력

국가기관 상호간의 권한쟁의심판에서의 당사자는 동법 제62조 제1항 1호에서 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회로 규정되어 있다. 헌법재판소는 “여기서 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼을 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다고 볼 수밖에 없다.”⁸⁹⁾라고 판시하여 당사자의

89) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고, 90헌라1 결정, 헌법재판소판례집 제7권 제1집 91995), 140쪽

범위를 엄격하게 축소 한정하고 있다.

그러나 이러한 당사자범위의 축소는 국가기관 상호간의 권한쟁의 심판을 사실상 불가능하게 만들어 동법조항은 사문화될 수도 있다. 정부와 국회의 권력이 다수당을 중심으로 융합되고 있는 현실적 정치상황에서 실제적인 권력의 분립은 일반적으로 다수당과 소수당사이에 이루어지는 경우가 많다. 따라서 위에서 열거한 국가기관(예: 국회)내에서 독립된 기관(예를 들어 국회상임위원회, 국회의원내교섭단체)에게 당사자능력을 - 해석론상으로 또는 입법론상으로 - 부여하여 이 기관과 국회의장 또는 정부사이에서 발생하는 권한쟁의를 해결을 하는 것이 진정한 수평적 권력분립에 기여하고 본 법조항의 기능을 살릴 수 있다고 본다.⁹⁰⁾

(2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에서의 당사자능력

국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판에서의 당사자는 정부와 특별시, 직할시, 도 및 정부와 시, 군 자치구이다(법 제62조 제1항 제2호). 여기서는 ‘국가기관’의 범위를 정부에 한정하고 있다. 이는 우리 헌법상 지방자치단체에 구체적으로 어떠한 권한을 부여하는가는 전적으로 법률에 맡기고 있기 때문에 법률제정기관인 국회의와의 권한쟁의는 사실상 성립하기 어렵다는 점을 고려한 것으로 보인다.⁹¹⁾ 그러나 국회가 입법으로 헌법상 부여된 지방자치단체의 지방자치권의 본질적 내용을 침해할 경우에 지방자치단체는 국회를 피청구인으로 권한쟁의심판을 청구할 수가 없게 된다. 이 경우는 정부가 중앙 국가기관을 모두 대표하는 것으로(그리고 지방자치단체장이 지방자치단체를 대표하는 것으로) 해석하여, 지방자치단체가

90) 이에 대한 찬성의견으로는 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 402쪽 이하 참조

91) 안대회, 헌법재판소 제정 거론사항, 헌법재판제도(법무자료 제95집, 법무부) 1988, 67쪽

정부를 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다.⁹²⁾

나. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한

헌법재판소법 제61조 제2항에 의거하여 헌법뿐만 아니라 법률이 부여한 청구인의 권한의 침해가 심판 대상이 된다. 독일에서와는 달리 법률이 부여한 권한의 침해도 여기에 해당된다. 헌법 및 법률이 부여한 국가기관 또는 지방자치단체의 권한은 상대적 권리와 의무의 형태로 뿐만 아니라 절대적인 권리 또는 의무의 형태로도 존재한다.⁹³⁾

다. 국가기관과 지방자치단체의 권한쟁의에서의 심판대상

국가와 지방자치단체는 국가의 행정을 분담하는 국가기관으로서의 지위를 가짐과 동시에 독립한 법인격을 가지는 공법인으로서의 지위를 각각 가진다. 이러한 양면적 지위를 가지는 국가나 지방자치단체는 헌법 및 법률에 의해서 권한을 부여받는다. 따라서 국가기관과 지방자치단체간의 분쟁은 주관적 권리에 관한 다툼 및 객관적 권한에 관한 다툼의 양 측면을 공유하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 국가기관과 지방자치단체간에 발생하는 여러 분쟁중에서 어느 분쟁을 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상으로 볼 것인가가 문제가 된다.

권한쟁의심판의 대상은 우선 국가기관과 지방자치단체간의 공법상 분쟁 중 객관적 업무 분담을 할당한 권한 규정에 관한 모든 분쟁은 당연히 포함된다. 그러나 공법상의 권리 의무에 관한 주관적 다툼도 권한쟁의심판의 대상으로 삼아야 하는지가 의문이 된다. 독

92) 독일의 경우에도 연방과 주간의 권한쟁의에서 연방정부와 주정부가 각각 당사자가 되는 것으로 규정되어 있는데(연방헌법재판소법 제68조 및 제71조 제1항 제1호), 이들 기관이 연방 및 주를 대표하여 권한쟁의를 청구하는 것으로 해석되고 있다. 이에 대해서는 Leisner, 앞의 논문, 1976, 260 (265)쪽 ; Benda/Klein, 앞의 책, 1991, 412쪽 이하 참조

93) 자세한 것은 이 논문의 앞부분, “II 3 나, 기본법상의 권리 및 의무” 참조

일에서는 연방과 주간에서 발생하는 헌법적 성질을 갖는 공법적 분쟁은, 다른 쟁송수단이 있는 경우를 제외하고는, 연방헌법재판소가 심판하고 있다(연방헌법재판소법 제13조 제8호). 그러나 비헌법적 성질의 연방과 주간의 공법상의 분쟁은 행정법원법 제40조 제1항 및 제50조 제1항에 따라서 행정소송의 형태로 해결된다. 우리나라의 경우는 이에 대한 명문의 법규정이 존재하지 않으므로 불확실한 법적 상황이 지속되고 있다.

국가나 지방자치단체 사이에 발생하는 이러한 공법상의 분쟁을 분쟁 당사자의 지위와 분쟁 사건의 내용에 따라서 구분하여 해결하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 즉, 국가나 지방자치단체가 고권적 주체로서, 즉 국가의 한 기관으로서 다투는 공법상의 분쟁은 대부분 수직적 권력 배분에 관한 내용을 가지므로 헌법재판소의 권한쟁의 심판의 대상이 된다. 이에 반해서 지방자치단체나 국가가 사인과 동일한 자격으로 다투는 공법상의 분쟁은 대부분 통상적인 행정법 관계를 내용으로 하므로, 권한 쟁의의 심판 대상이 아니고 행정소송의 대상이 된다. 예를 들면 국가나 지방자치단체가 사인의 지위에서 제기하는 항고 소송(예: 국가기관의 처분으로 재산권을 침해당한 지방자치단체가 그 처분의 취소를 구하는 소송)이나 당사자 소송(특히 금전 이행 소송) 등의 경우가 이에 해당될 것이다. 물론 이 경우에는 국가 또는 지방자치단체의 행정소송 능력이 주어진다고 전제한다. 현재 국가나 지방자치단체의 행정소송선 당사자 능력에 관하여는 아직 판례는 없으며 학설도 나뉘어지고 있다.⁹⁴⁾ 이

94) 긍정하는 견해로는 서원우, 지방자치단체의 사법적 보장, 서울대학교 법학, 1994. 10., 57쪽 이하; 서원우, 지방자치단체의 행정소송, 고시 연구, 1994. 10월호., 25쪽 이하; 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적해결, 계획열박사화갑기념논문집, 1995, 841쪽 이하; 반대하는 견해로는 이광윤, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시연구 1994. 8월호, 100쪽

문제에 관해서는 별도의 깊이있는 연구가 필요하다고 본다.

라. 처분 또는 부작위

권한쟁의심판에서는 헌법재판소법 제61조 제2항에 의거 피청구인의 ‘처분 또는 부작위’에 의하여 청구인의 권한이 침해될 것을 요구하고 있다.

(1) 처분 또는 부작위의 개념 및 그 범위

처분 또는 부작위는 청구인의 권리행사나 의무이행과 관련하여 취해진 피청구인의 행동을 말한다. 우선 처분의 개념은 행정소송에 있어서의 행정청의 처분보다 넓게 인정되고 있다. ‘처분’은 입법영역에서의 행정청의 처분보다 넓게 인정되고 있다. ‘처분’은 입법영역에서는 법률의 제정행위 및 법률 자체를, 그리고 행정영역에서는 법규명령 및 모든 개별적 행정행위를 포함하는 것으로 해석해야 한다. 여기서는 독일 연방헌법재판소가 광범위한 처분을, 피청구인의 처분이 청구인의 권리를 구체적으로 접촉하였을 경우에 존재한다는 “법적으로 문제되는 처분”으로 한정할 것을 참고할 수가 있다.⁹⁵⁾ 다음으로 ‘부작위’는 관련 국가기관이 특정한 행위를 해야 할 헌법상 또는 법률상의 의무가 존재함에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우로서, 법적으로 문제되는 부작위로 한정된다.

(2) 처분 또는 부작위의 주체

헌법재판소법 제61조 제2항에서의 처분 또는 부작위의 주체는 피청구인이다. 따라서 피청구인의 처분 또는 부작위를 통한 청구인의 권한(권리 또는 의무) 침해만이 심판대상이 된다. 한국에서도 독일에서와 마찬가지로 청구인의 처분 내지 부작위가 청구대상이 되는 적극적 권한쟁의에 대한 심판은 제외되고 있다.

마. 침해 또는 현저한 침해위험성

95) 자세한 것은 이 글 앞부분 “II 3 다 (1), 처분 및 부작위의 개념” 참조

헌법재판소법 제61조 제2항에 의거하여 청구인의 권한이 ‘침해되었거나 현저한 침해위험’이 있는 경우에만 쟁의심판청구는 적합하다.

권한쟁의는 이미 발생한 작위 또는 부작위를 통한 권한침해의 형태로, 그리고 발생이 임박한 처분을 통한 권한침해의 형태로 나타날 수 있다. 이때 작위 또는 부작위는 실제적으로 그리고 간접적으로 존재해야 한다.

‘침해’는 과거적 내지 현재적이며, ‘현저한 침해위험’은 급박하게 발생될 권리침해를 말한다. 즉 침해위험은 권한침해에 이르게 될 개연성이 현저히 높은 상황을 이른다. 권한침해의 위험성은 국가기관의 부작위로부터는 원칙적으로 야기되지 않는다.

바. 권리보호이익요건

한국 헌법재판소법은 독일 연방헌법재판소법 제64조와 동일하게 피청구인의 처분 또는 부작위에 의해서 청구인의 권한이 구체적으로 침해를 당하였거나 현저한 침해위험이 있을 때, 즉 권리보호이익이 있을 경우에 권한쟁의심판청구를 인정한다. 따라서 권한의 구체적인 침해가 없이 단순한 객관적인 헌법, 법률의 해석만을 위한 심판청구는 인정되지 아니한다.

사. 청구기간

권한쟁의심판의 청구는 헌법재판소법 제63조에 의거하여, 그 사유가 있음을 ‘안 날’로부터 60일 이내, 그 사유가 ‘있는 날’로부터 180일 이내에 하도록 하고 있다. 처분 및 부작위에 있어서의 다양한 청구기간의 문제는 독일에서의 내용을 참고할 수 있다.⁹⁶⁾

96) 자세한 것은 이 논문의 앞쪽, “II 3 바. 청구기간” 참조

4. 권한쟁의심판의 본안결정

가. 결정의 대상 및 내용

(1) 권한의 존부 및 범위결정

헌법재판소법 제66조 제1항에 의거해서 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다. 여기서 헌법재판소는 헌법재판소법 제61조에 의거한 쟁의의 대상을 구성하고 있는 당사자의 권한에 관해서 직접 결정한다. 헌법재판소는 관련된 헌법 또는 법률에 대한 해석을 우선 실시한다. 이를 통해서 관련 기관에 권한이 존재하는지 여부와, 그 권한의 범위를 확정한다.

(2) 권한의 침해여부결정, 처분의 취소결정 및 처분 또는 부작위의 무효확인결정

헌법재판소는 동법 제66조 제2항에 의거 피청구기관의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해하였는가에 대해서 판단하고 결정한다. 따라서 권한의 침해여부는 적법요건에 해당하면서 동시에 본안결정의 내용이 된다. 이에 반해서 청구인의 권한을 침해할 현저한 위험이 있는지 여부에 대한 판단은 적법요건에만 해당된다. 따라서 만약 청구인의 권한에 대한 현저한 침해위험만이 존재하는 경우에는, 동법 제66조 제2항은 관련되지 않고, 동법 제66조 제1항에 의거한 권한의 존부 또는 범위에 관한 확인결정만을 하게 된다.

그러나 독일의 권한쟁의절차에서와는 달리 피청구인의 권한행사의 구체적인 처분이나 부작위가 헌법 또는 법률에 위반되는지 여부는 본안결정문제가 아니다. 이는 본안결정의 이유에서 단지 부수적으로 행해질 수 있다.

그리고 헌법재판소는 동법 제66조 제2항에 의거하여 청구인의 권

한을 이미 침해한 피청구인의 처분을 취소하는 결정과 처분 또는 부작위의 무효를 확인하는 결정을 내린다. 그러나 작위 또는 부작위에의 이행결정은 내릴 수는 없다.

나. 결정의 형식

권한쟁의심판에서의 본안결정의 형식은 다른 심판에서의 기각결정 또는 인용결정의 형식을 따르기에는 적절치 않다. 이는 독일에서의 결정형식과 비교해도 큰 차이가 난다. 그 구체적인 결정주문의 형식은 대략 다음과 같은 내용을 취할 수 있으나, 보다 더 자세한 연구가 필요하다고 생각된다.

우선 헌법재판소법 제66조 제1항에 의거한 관련된 권한의 존부 또는 범위에 관한 결정에서는 확인형식을 취한다. 즉 “헌법 또는 법률에 의거해서 청구인의 특정한 권한이 존재한다(또는 존재하지 아니한다)”라고 확인한다.

다음으로 헌법재판소법 제66조 제2항에 건의한 결정에서는 권한의 침해여부를 명시하여야 한다. 즉 “심판대상인 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해하였다(또는 침해하지 않았다)”라고 확인한다. 그리고 권한의 침해가 이미 있었다고 확인하였을 경우에는 추가적으로 취소결정 또는 무효확인결정형식을 취한다. 즉 “심판대상인 처분을 취소한다.” 또는 “심판대상인 처분 또는 부작위가 무효이다”라고 확인한다.

다. 결정의 효력

헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 동법 제67조 제1항에 의거 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 그러므로 관계된 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소가 내린 결정에 따라서 자신의 권한을 행사하여야 하며, 관련된 처분이나 부작위를 결정내용에 맞추어 시정하여야 한다. 다른 국가기관이나 지방자치단체도 헌법재

판소의 결정을 준수하고 집행하여야 한다. 그러나 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다(동법 제67조 제2항).

IV. 맺음말

이상에서 서술한 독일과 한국에서의 권한쟁의심판절차를 종합 비교해 보면, [별표]에서 볼 수 있듯이, 권한쟁의심판의 기본체계와 절차는 비슷하지만, 몇 가지 점에서는 차이가 난다는 것을 알 수 있다. 먼저 권한쟁의심판절차의 목적은 양 국가 모두 관련 국가기관의 주관적 권한(권리 또는 의무)을 보호하고 객관적 헌법(및 법률)을 유지 보호하는데 놓여 있다. 따라서 권한쟁의심판절차는 주관적 소송절차와 객관적 소송절차로서의 성격을 모두 가지고 있다고 보여진다. 권한쟁의의 당사자에서는 약간의 차이가 발견되는데, 독일에서는 연방국가기관 상호간의 권한쟁의에서 동 기관의 일부기관도 당사자가 될 수 있으나 한국에서는 그렇지 못하다. 심판기준은 독일에서는 헌법으로 한정하여 헌법분쟁만 심판하지만 한국에서는 헌법뿐만 아니라 법률도 포함시키고 있어서 헌법분쟁뿐만 아니라 공법상의 분쟁도 심판하도록 하고 있다. 심판대상에서 양 국가 모두 권한(권리 또는 의무)침해를 전제로 하고 있으며, 피청구인의 처분 또는 부작위만을 그 대상으로 한다. 마지막으로 본안결정의 내용에서는 상당한 차이가 있다. 독일의 연방기관쟁의 및 연방과 주간의 권한쟁의에서는 처분 또는 부작위의 위헌성여부에 관한 확인 결정만을 내리므로 당사자의 주관적 권한(권리 및 의무)에 대해서

는 직접 결정하지 않는다. 이에 비해서 한국의 권한쟁의에서는 당사자의 주관적 권한의 존부 또는 범위에 관한 확인결정을 내리고, 만약 청구인의 권한의 침해가 존재할 경우 피청구인의 처분을 취소하거나 처분 또는 부작위의 무효를 확인하는 결정을 내릴 수 있다.

[별표]

독일과 한국의 권한쟁의심판절차 비교

	독 일	한 국
권한쟁의심판 절차의 목적	주관적 권리 및 의무의 보호 객관적 헌법의 유지보호	주관적 권한의 보호 객관적 헌법 및 법률의 유지보호
권한쟁의심판 절차의 성격	주관적 소송절차 및 객관적 소송절차	주관적 소송절차 및 객관적 소송절차
권한쟁의의 당사자	- 기관쟁의 : 연방최고기관 및 동 기관의 일부기관 - 연방쟁의 : 연방정부 및 주정부	- 중앙국가기관 (동기관의 일 부기관은 제외) - 정부 및 지방자치단체
심판기준	- 헌법	- 헌법 및 법률
심판범위	- 헌법상 주관적 권리 및 의무에 관한 헌법분쟁	- 헌법상 권한에 관한 헌법분 쟁 및 공법상의 권한에 관 한 공법분쟁
심판대상	- 권리 및 의무 침해 또는 급박한 침해위험 (적법요건) - 피청구인의 처분 또는 부작위	- 권한의 침해 또는 현저한 침 해위험 (적법요건) - 피청구인이 처분 또는 부작 위
권리보호이익요건	권리보호이익존재	권리보호이익존재
청구기간	사유를 안 날로부터 6월 이내	사유를 안 날로부터 60일 및 사유가 있는 날로부터 180일 이내
결정내용	- 연방기관쟁의 및 연방과 주권한 쟁의 : 처분 또는 부작위의 위헌 여부에 관한 확인 결정(형성결 정 및 이행결정은 불가능) - 연방과 주의 공법상분쟁 : 처분 의 위법여부에 관한 확인결정 및 이행결정 (형성결정은 불가능)	- 당사자의 권한이 존부 또는 범위에 관한 확인결정 - 권한의 침해여부결정 (본안요건) - 처분의 취소결정, 처분 또는 부작위의 무효확인 결정 (이행결정은 불가능)

참 고 문 헌

- 김운용, 국가기관 상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 제3권 : 권한쟁의심판제도에 관한 연구, 1991, 141~248쪽
- 김원주, 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 관한 연구, 헌법재판연구 제3권, 1991, 74~95쪽
- 신봉기, 권한쟁의심판제도에 관한 비교법적 고찰, 헌법논총 제2집, 1991, 594~621쪽
- 신봉기, 권한쟁송법 개정시론, 헌법논총 제6집, 1995, 371~444쪽
- 서원우, 지방자치단체의 사법적보장, 서울대학교 법학, 1994. 10., 47~74쪽
- 서원우, 지방자치단체의 행정소송, 고시연구, 1994. 10월호., 25~45쪽
- 안대회, 헌법재판소법 제정 거론사항, 헌법재판제도(법무자료 제95집, 법무부), 1988, 55~93쪽
- 이광윤, 기관소송에 있어서의 쟁점, 고시연구 1994. 8월호, 99~110쪽
- 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결, 계희열박사화갑기념논문집, 1995, 797~846쪽
- Benda, Ernst/Klein, Eckart, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991
- Clemens, Thomas, Politische Parteien und andere Institutionen im Organstreitverfahren, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987
- Goessl, Manfred, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961
- Lorenz, Dieter, Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht,

in: Christian Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976

Löwer, Wolfgang, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 1987

Lücke, Jörg, Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, in: JZ 1983, S. 380 ff.

Maunz/Schmidt-Bleibrey/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 1987

Pestalozza, Christian, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991

Stern, Klaus, in: Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 93 GG (Bearbeitung 982)

Schleich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1994

Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis, 1967

Umbach, Dieter/Clemens, Thomas (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1992

Umbach, Dieter, Der "eigentliche" Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht : Abgeordnete und Fraktionen als Antragssteller im Organstreit, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1235 ff.