

현행헌법상 기본권의 법적성격과 체계

김 철 수

헌법재판소 자문위원

서울대학교 법대 교수

- 목 차 -

I. 기본권의 본질에 관한 이론

1. 영미의 이론
2. 프랑스의 이론
3. 독일의 이론
4. 일본의 이론
5. 한국의 이론

II. 기본권의 규정방식

1. 인권선언의 법제화
2. 인권조항의 규정방식
3. 인권선언원칙규정의 권리성
4. 우리 헌법의 해석

Ⅲ. 기본권의 법적성격

1. 기본권의 성격에 대한 학설대립
2. 한국헌법상의 기본권의 성격
3. 자연권과 실정권의 관계

Ⅳ. 우리 헌법상의 기본권의 체계

1. 주기본권(모기본권)
2. 파생적 기본권(개별적기본권)
3. 새로운 기본권(생성하는 기본권)

Ⅴ. 결론

I. 기본권의 본질에 관한 이론

기본권의 본질에 대해서는 자연권설 내지 천부인권설과 실정권설 내지 법적도입설이 주장되고 있다.

천부인권설은 Greece나 Roma에서도 주장되기는 했으나 근세에 와서 발전되었다. 근세초기의 사회계약설은 비사회적 자연상태를 출발점으로 하여 인간상호간의 계약에 의하여 사회 내지 국가상태에 이행한다고 하고 있다. 이 자연상태에 있어서는 실정법이 존재하지 않기 때문에 어떠한 구속도 받지 않고 자유 평등이었다. 이 질서에는 인간의 이성의 명령인 자연법질서가 존재한다. 이 자연질서에 있어서는 모든 인류가 선천적권리인 자연권을 가진다고 보았다. 그러나 자연상태에 있어서는 자연권을 현실적으로 보장하는 공통의 권력이 없으므로 자연권을 현실적으로 보장하기 위하여 국가가 성립한다고 보고 있다.

이러한 사회계약설의 대표라고 할 수 있는 Hobbes나 Locke 는 영미기본권 이론의 규칙을 제공하였다. Hobbes는 자연법과 실정법을 구분하고 자연법은 무익한 법이고 실정법만이 인간의 권리를 지키고 평화와 안전을 현실적으로 보장하는 작용을 한다고 하고 있다. 나아가 자연권을 현실적으로 보장하기 위해서는 자연권을 포기하고 그 권리를 국가에 이양한 후 국가에 의하여 승인된 시민적권리 즉 법적권리를 취득하는 것이 필요하다고 한다.

Locke는 자연상태에 있어서는 자연법이 지배한다고 하고 사회계약에 의하여 시민사회에 가입한다고 하고 있다. 그는 자연법은 타인의 생명, 건강, 자유, 재산 및 권리를 침해하거나 고통을 주는 것

을 금지하고 있으며 이것을 자연권이라고 보고 있다.

1. 영미의 이론

영미에서는 Hobbes의 실정권론이나 Locke의 자연권론을 계승하여 많은 이론이 나오고 있다. 최근의 법 및 사회철학, 정치철학계에서는 도덕이론에 입각하여 인권론을 주장하고 있다.¹⁾

최근의 영미의 정치철학에 있어서의 인권론의 조류는 다음의 일곱 가지를 들 수 있다.²⁾ (1) 독립선언에서 주장된 것과 같이 일종의 불가양의 권리를 인간이 가지고 있다는 것은 자명의 원리라고 하는 직각설(Nozick), (2) 무지의 베일 뒤에 있는 사람들을 포함하여 이성적인 사람들에 의한 합의에서 정의의 Rule 또는 권리의 set를 이끌어내려고 하는 사회계약설(Rawls), (3) 권리는 사람들이 임의로 받아들여온 실습에서 생긴다고 하는 사회도덕설(Sidwick), (4) 권리는 제도가 갖는 formal 하거나 informal한 rule에 근거를 두는 행위에서 발생한다고 하는 제도설(Hart), (5) 사람들은 이해를 다지기 때문에 권리도 가진다고 하는 권리이해설(Mcclusky), (6) 인간은 본질적인 존엄을 가지기 때문에 혹은 신의 자상이기 때문에 도덕적

1). 상세한 것은 Pennock and Chapman (eds.), Human Right, 1981; Stone Epstein and Sunstein, The Bill of Right in Modern State, 1992; Dworkin, Taking Right Seriously, 1977; Gewirth, Human Rights: Essays on Justification and Application, 1982; Winston(ed.), The Philosophy of Human Rights, 1989; Feinberg, Rights, Justice, and the Bounds of Liberty, Princeton, 1980; Rawls, A Theory of Justice 1971.
大田益男 基本的人權の本質, 日本國憲法の再檢討 pp.239-253 坂本昌成, 憲法理論II 등 참조

2). 다음은 Gewirth 의 이론에 따른 것이다. Gewirth, The Basis and Content of Human Rights, in Pennock and Chapman(eds) Human Rights p.122, Gewirth는 이들 이론에 대하여 비판하고 있다. Gewirth는 이성적 인간의 행동 목적 성취를 위한 이들 필요한 조건은 자유와 안녕이라고 하고 있다. 그는 이점에서 출발하여 보편적 도덕적 원리로서의 「인권」을 이끌어 내고 있다.

권리를 가진다는 신학이론(Maritain), (7) 인간은 이성적이고 목적을 가진 행위자라는 사실에서 이론적으로 인권을 끌어내려고 하는 수정된 자연주의의 이론(Gewirth)이 그것이다.³⁾

이러한 인권론은 반공리주의적인 Rawls나 자유주의적인 Dworkin 등의 이론에 입각한 것이다. Dworkin은 도덕적 인권론을 전개하고 있는데 이는 Rawls 철학에 근거하고 있다.⁴⁾

이들에 대해서는 여러 가지 면에서 반론이 가해지고 있다. 특히 공리주의적 측면에서 비판이 행해지고 있다. Bentham은 모든 권리는 실정법에 의하여 생기는 것이며 자연권의 존재나 사회계약의 이론 자체는 Fiction에 불과하다고 하였다.⁵⁾ 자연권성을 부정하고 헌법과 법률이 보장하는 권리만을 실정권으로 인정하고 있다.

2. 프랑스의 이론

Descarte는 근대합리주의 철학을 주장하였는데 그의 영향하에 근대 자연법론과 자연권론이 발전하였다. 그들은 인간의 본성에서 파생하는 권리 즉 인권을 주장하였고 인권의 주장은 다른 어떠한 권리

3). Rawls, A Theory of Justice, 1971 그는 ①초력사적인 도덕·정의의 원리를 정식화하는 「시원상태」 ② 이러한 도덕·정의의 원리를 그나라에 있어서의 상황에 맞추어 특별한 권리·의무를 정식화하려고 하는 「헌법단계」 ③ 이 과정이 계속되는 「입법단계」 ④ 헌법·입법규범이 적용되는 「사법적 단계」로 구분한다.

4). Dworkin, Freedom's Law, (1966). Dworkin, Taking Rights Seriously (1977). Dworkin은 Rawls의 「시원상태」설에 의거하면서 「평등의 배려 존중에서의 권리」라고 하는 포괄적 인격권적권리를 기초로 하면서 권리론적정의론을 전개하고 있다.

Martin은 자연권이라고 하지 않고 도덕적 권리로 보고 있다. Martin, Rex : A System of Rights, 1993. Martin & Nickel, Recent Work on the Concept of Rights, 17 American Philosophical Quarterly 175(1980)

5). Bentham은 권리는 반드시 의무가 대응한다고 보고 「자연권은 넌센스」라고 하고 있다. Anarchical Fallacies, 1795 (J. Bowing ed.) The Works of Jeremy Bentham, VolIII, 1843

주장에도 우선하여 인권은 비력사적이며 보편성을 가진다고 하였다.⁶⁾

Rousseau 는 인간의 본성에 자연적 자유가 있으며 이를 인간의 도덕성의 기반으로 보았다. 사람들은 이 자유를 사용하여 사회계약을 체결하여 정치적 공동체를 수립하여 인위적구속하에서의 시민적 자유를 갖는다. 사회계약전의 자연적 자유와 사회계약후의 「시민적 자유」는 불변이라고 보았다.

1789년의 인권선언은 자연권을 선언하였고 제2공화국헌법과도 같았으나 제3공화국 헌법에서는 인권 규정이 없었기 때문에 실정권적으로 인정되게 되었다. Siéyès는 기본권을 ① 자연적 권리(droit naturel) ② 시민적 권리(droit civile) ③ 정치적 권리(droit politique)으로 나누고 있었다. Constant은 고대적 자유와 근대적 자유를 구별하면서 근대적 자유는 법률에만 한정되는 권리를 말하고 시민적 권리의 실정권성을 강조하였다. 프랑스에 있어서의 자유는 국가에 의한 자유를 강조한 점이 미국에서의 국가로부터의 자유와 다른 점이다.⁷⁾

3. 독일의 이론

독일에 있어서도 Althusius 나 Kant등이 인간의 권리는 인간의 본성에서 나오는 것으로 보고 이를 자연권으로 인정하였다. 법실증주

6). 프랑스의 인권이론에 대해서는 Barret-Kriegel, Brandine: Les droits de l'homme et le droit naturel, Paris 1989 Binocet, Bertrand: Critique de droits l'homme 1989, Collange, J. F.

Théologie des droit l'homme 1989, Gauchet, Marcell: La Revolution des droits l'homme 1989.

辻村みよ子, 人權の普遍性と歴史性 1992, 田村理, フランス革命期における自然權思想とニッの財産權論, 主權と自由の 現代的課題 p.381 등 참조.

7). 辻村みよ子, 前掲書, p.174.

의가 전성한 19세기에 이르러 기본권의 실정권성이 강조되었다. Hans Kelsen은 자유권은 반사적 이익에 불과한 것이라고 하여 그 권리성을 부정하게 되었다. G. Jellinek나 Laband 등도 자연권을 부인하고 법률이 보장한 실정권만을 권리로 인정하였다. C. Schmitt는 1928년의 Verfassungslehre에서 자유권을 전국가적인 것으로 Weimar 헌법이 규정하고 있다고 보았으나 1932년이래 자유권의 전국가성을 부정하게 되었다. Smend는 기본권은 국가로부터의 자유가 아니며 국가를 향한 자유이며 가치체계요 법익체계이며 문화체계라고 보았다.⁸⁾

그러나 법실증주의는 Nazis의 등장을 막을 수 없었으며 기본권의 부정으로 연결되고 말았다.

제2차대전후 독일에는 자연법의 영원회귀가 주장되면서 자연법에 근거한 자연권사상이 지배하였다. 그러나 1960년대 이후 다시 법실증주의의 영원회귀가 부르짖어져 기본권의 제도이론 등이 등장하였다.⁹⁾ 전후 Carl Schmitt의 자유주의적 기본권론에 근거하여 자유권을 국가에 대한 방어권으로 인정하고 있는 것이 지배적 학설이다. Klein은 법치국가적 배분원리로서의 자유를 포기할 수 없으며 자기결정의 자유로서 전국가적으로 이해하고 있다.

Hesse와 Häberle는 Smend의 사상적 영향에 따라 객관적 질서의 측면을 강조하였다.¹⁰⁾ 그리하여 제도로서의 자유를 강조하고 주관

8) 독일의 기본권리론에 대하여는 이정복, 서독에 있어서의 기본권관에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1989; 김효전, 최근독일의 기본권이론, 고시계 1991. 9; Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW, 1974, Heft 35, SS.1529-1538; Stern, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, SS.3-44; Stern, Das Staatsrecht der bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, SS. 1633-1846. Hesse, Bedeutung der Grundrechte, Handbuch des Verfassungsrechts Bd., I. S. 127ff. Schwabe, Jürgen; Probleme der grundrechtsdogmatik, 1977.

戶波江二, 西ドイツにおける基本権理論と海石の新傾向, 自治研究 54卷 7號-11號(1978) 등 참조
9) Luhmann, Niklas; Grundrechte als Institution(일역금정홍도타역 제도としての 기본권 1989.)

적 권리면을 소홀히 하고 있다. 연방헌법재판소는 Lüth 판결에 서 가치론적 기본권이론을 전개하고 있다. Dürig, Leisner 등이 지지하는 이 이론에 의하면 기본권은 실질적인 통합요소이며 헌법을 포함한 전체 법질서의 객관적 규범이라고 한다. 이 이론은 기본권의 객관적 규범의 성격을 강조하여 기본권의 대국가적 방어권성을 무시할 우려마저 없지 않다.

사회국가적 기본권이론은 자유권에 참여권적 성격을 인정하려고 한다. 자유의 보장내용에 국가의 보장 의무와 국가의 급부와 제도에 참여할 것을 요구할 수 있는 기본권적 청구권을 인정하려고 한다. 이것은 생존권적 기본권 규정이 없는 독일헌법에서 생존권을 이끌어내기 위한 교육책으로 나온 것이다.¹⁰⁾

독일의 이론은 독일헌법의 기본권규정의 미비에서 오는 요소가 많고 기본권을 대국가적 청구권으로서보다는 제도나 가치질서로 보아 객관화하려는 데 문제가 있다.

4. 일본의 이론

일본에서도 복택논길은 천부인권론을 주장하였고 식목지감은 천부인권론에 따른 헌법안을 제안하기도 하였다.

그러나 이등박문등은 독일제국헌법을 모방하여 일본제국헌법에 신민의 권리를 규정하였는데 이는 실정권으로서 천황의 은혜로 인정하였다. 천부인권론이 제2차세계대전후에 부활하여 궁택후의 등이 자연권을 인정하였다. 자연권론자는 인간의 본성에 근거한 자연권

10). Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1992.

11). Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW, 1974, S.1529ff.

기본권의 성격에 관하여서 상세한 것은 김철수, 현대헌법론, 213면 이하 참조.

을 주장하였다.¹²⁾

5. 한국의 이론

한국에서도 개화기부터 천부인권론이 주장되었다. 박영효등이 불가침의 기본권을 인정하였다. 이에 반하여 유길준은 천부인권을 인정하면서도 구체적인 인권은 법률의 범위내에서 보장된다고 하였다. 서재필은 독립신문에 천부인권론을 주장하였다. 그러나 일제시에는 신민의 권리로서 인정하였다. 제헌후에도 유진오 등은 실정권설을 주장하였다. 제2공화국헌법이후 자연권론이 우세화하기 시작하였다.¹³⁾

II. 기본권의 규정방식

1. 인권선언의 법제화

기본권의 보장은 근대입헌주의의 특징을 이루는 것이며, 오늘날 헌법은 기본권보장규범으로서의 의의를 가지고 있다. 기본권이 자연권이냐 실정권이냐의 성격문제는 헌법의 규정방식여하에 따라 다르다. 물론 도덕적권리, 인간의 권리로서의 인권을 헌법에서 어떻게 규정해야 할 것인가는 명확하지 않다. 각국의 기본권보장의 형식은 각이하어 이를 개관하여 비교연구하는 것도 유익할 것이다.

12). 상세한 것은 中村隆男, 日本における 人權論の 導入と 展開. 北海道大學 法學論集,(1996.)

田上穰治 日本國憲原論 (1985) 佐藤幸治編著 憲法 II 基本的人權 1990. PP 28-30참조

13). 상세한 것은 김철수, 한국에서의 인권론의 도입과 전개, 법학교육과 법조개혁, 1994, p.187. 이하; 김철수, 유진오의 기본권론, 법학교육과 법학연구, 1995, p.288 이하 참조

이상에서는 우리나라 헌법상의 기본권의 성격을 규명함에 있어 필요한 범위 내에서 외국의 기본권규정을 보기로 한다.¹⁴⁾

2. 인권조항의 규정방식

인권선언을 어떻게 규정하여 어떠한 법적 성격을 부여하는가는 각 국헌법에 따라 다르다. 일반적으로 인권선언(Declaration of Rights)이라고 할 때에는 법적 구속력이 없는 자연권선언이라고 보여지며 권리장전(Bill of Rights)이라고 불릴 때에는 법적 구속력이 있는 실정권의 보장이라고 말하여진다. 그러나 이러한 구별은 임의적인 것이며 절대적인 것은 아니다. 인권규정에 있어서는 이를 자연권으로 국가 이전의 권리이며 초헌법적이라는 규정방식이 있고 이에 반하여 기본권을 국가내적인 기본권으로 보아 국가가 부여하거나 보장한다는 실정권 규정방식이 있다.¹⁵⁾

실정권 규정방식은 자유와 권리는 법률에 의하여 보장된다고 보는 것이고 자연권적 규정방식은 법률로부터 자연권의 보장이라는 데로 중점이 옮겨진 것을 말한다.¹⁶⁾ 실정권적·규정방식은 기본권을 개별

14). 기본권에 관해서는 Neumann/Nipperdey/Scheunerhrsg, Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, 1988; Bd. III/2, 1994; Ermacora, Menschenrechtw, Bd. 5, Allgemeine Grundrechtslehren 1992; Pennock, and Chapman(ed.), Human Right: Nomos XXIII, 1981; Mahoney Kathleen and Mahoney Paul, Human Right in the Twenty-first Century, 1993; Bleckmann, Staatsrecht II 4. Aufl. 1997. 김철수, 현대헌법론, 1979, 김철수, 헌법학개론, 1997. 김철수, 헌법이 지배하는 사회를 위하여, p.91 이하 下山英二, 人權の歴史と展望, 1972, 등 참조

15). 박일경교수는 인권의 보편성을 부정하면서 「만일 기본권이 전국가적인 권리라면 독재국가의 국민도 인간인 이상 기본권이 인정된다고 하여야 할 모순에 빠지게 된다」고 한다.(신헌법학 원론 p.221)

16). 「법률의 범위내에서의 기본권」이라는 관념에서 「기본권의 범위내에서의 법률」이라는 관념으로 변천하고 있다

적으로 보장하는데 대하여 자연권적 규정방식은 포괄적으로 보장하는 방식이다.

가.실정권규정방식

(1) 영국

영국에 있어서의 인권보장은 실정권적 규정방식을 채택하고 있었다. 대헌장(Magna Charta, 1215)이나 권리청원(Petition of Right, 1628)이나 권리장전(Bill of Right, 1689)등은 국민이 국왕에게 청원하여 이를 보장받는 형식을 취하고 있다. Magna Charta는 국왕 John이 귀족들의 요구에 굴복하여 이와 약정한 문서이다. 물론 이는 귀족들의 봉건적 지배권의 확립을 목적으로 한 것으로 근대적 의미의 인권의 보장을 목적으로 한 것은 아니라고 하겠다.

권리청원은 영국의 국회가 Charles 1세의 각종의 비행에 반대하여 역사적으로 영국인에게 인정되어 있던 정당한 자유와 권리의 존중을 요구한 문서이다. 이것도 왕에게 확인시킨 것이라는 것이 특색이다. 권리장전은 명예혁명의 성과를 성문화한 법률이다. 이것은 James II가 수많은 위법한 행동을 했음을 지적하고 영국인의 「고래의 자유와 권리」를 옹호하고 주장하기 위하여 여러 가지 신민의 권리와 자유를 선언한 문서였다. 이들 문서에서 선언된 자유 내지 권리는 어느 것이나 영국인이 역사적으로 가지고 있다고 생각되어진 것이며 인간으로서 당연히 갖는 권리라는 의미에서의 인권보장 문서였다. 이것은 왕이나 국가가 국민의 기본권을 보장해 주는 것으로 보았던 것이다.¹⁷⁾

(2) 유럽

17). 영국이 인권선언에 대해서는 McKenzie & Street, Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland, Die Grungrrechte, I/2, S.801ff. 참조.

그 뒤 유럽 각국의 군주주의 헌법에서도 기본권은 군주 또는 국가가 국민들에게 보장해 주는 것으로 인식되었다. 그리하여 인권을 헌법에 규정하면서 「법률이 정하는 바에 의하여」 라던가 「법률의 범위 내에 있어서」 라던가의 유보를 하고 있었다. 이러한 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt)의 규정은 기본권을 단순한 법률로써 제한할 수 있다는 의미에서 법률적 효력을 인정하였다.

1814년 프랑스의 샤르트 헌법, 1850년의 프로이센 헌법들은 헌법전이 개인의 권리를 창설하고 부여한다는 입장을 취하고 있었다. 여기서는 프랑스인의 공권이라든가 프로이센인의 권리로서 규정되었다. 바이마르 헌법은 기본권을 규정했을 뿐만 아니라 제도보장, 근본원리, 프로그램 등을 혼재시키고 있다. 이 기본권 중 생존권등은 실정권으로 조차 인정되지 않았으며 프로그램 규정으로 인정하였다.¹⁸⁾

(3)일본제국(명치)헌법

일본제국주의의 명치헌법은 그 상유에서 짐은 우리 신민의 권리 및 재산의 안전을 귀중히 여기고 이를 보장하여 이 헌법과 법률의 범위내에 있어서 그 향유 완전하게 할 것을 선언한다고 하였다. 명치헌법상의 권리는 천황이 신민에게 은혜적으로 부여한 신민권이였다. 명치헌법에서는 신민의 권리의 보장은 통치자가 갖는 특별권 지위의 범위내에서 인정된 것이며, 법률의 유보하에 있었다.¹⁹⁾

나. 자연권적 규정방식

이에 비하여 자연권을 헌법에서 보장한다는 규정방식이 있다. 17·8세기의 미국의 인권선언이나 프랑스 인권선언은 자연권을 국

18). 바이마르 헌법의 기본권에 관해서는 김철수, 비교헌법론 (상) p. 377 참조

19). 명치헌법의 기본권에 관해서는 美濃部達吉, 憲法撮要, 佐佐木惣一, 日本帝國憲法 등 참조.

가에서 보장한다는 방식을 취하고 있다.

(1) 미국

1776년의 버지니아 인권선언은 「모든 사람은 출생에서부터 평등하고 자유이며 독립하여 있으며 일정한 생래의 권리를 가지는 것이다. 이들 권리는 인민이 사회를 조직함에 있어서 어떠한 계약에 의해서도 인민의 자손에서 이를 빼앗을 수 없는 것이다. 이러한 권리란 즉 재산을 취득소유하고 행복과 안녕과를 추구획득하는 수단에 따라서 생명과 자유와를 향유하는 권리이다」고 하였었다. 미국 독립선언도 1776년 7월 「모든 인간은 평등하게 창조되고 조물주에 의하여 일정한 불가탈의 천부의 권리가 부여되어 있다. 이 권리는 생명·자유 및 행복의 추구가 포함된다」고 하고 있다.²⁰⁾

(2)프랑스

1789년의 프랑스 인권선언도 「사람은 자유롭고 권리에 있어서의 평등한 자로서 출생하고 또 생존한다. 「모든 정치적 단결의 목적은 사람의 소멸할 수 없는 자연권을 보전하기 위한 것이다. 이들 권리는 자유·재산·안전 및 압제에의 저항이다」고 하고 있었다. 이러한 인권선언의 공통적인 내용은 기본권이 전국가적 자연권임을 선언한 것이라고 하겠다.²¹⁾

20). 미국의 인권선언과 헌정사에 관해서는 Corwin, American Constitutional History: Essays, 1964. Wright, The Growth of American Constitutional Law, 1942, Becker, The Declaration of Independence, 1922. McMaster, Acquisition of Political, Social and Industrial Right of Man in America, 1903. 酒井吉榮, フメリカ憲法成立史研究(昭和 40年), 評論社. 種谷春洋, フメリカ 人權宣言前史, 岡山大學 創立 10週年記念論文集(上). 種谷春洋, フメリカ 人權宣言 における 自然法と實定法 (1)~(2) 岡山39-40호. 鈴木圭介, フメリカ 獨立戰爭と人權宣言, 基本的 人權 第1券.

21). 프랑스의 인권선언에 대해서는 주6과 다음 문헌 참조. Jellinek, Die Erklärung der Menschenund Bürgerrechte, 1895. Duverger, Le Liberté Publique. 恒藤武三 譯, 人權 ならびに 市民權の宣言の諸草案 (1), (2), 同法 30・31호. 野村敬造, フランス 憲法と基本的 人權(昭 35), 有信堂, 深瀬忠一, 1789년 인권선언 연구서설 (1)(2), 북법 14권 3・4호, 15권 1호. 국회도서관, 불란서헌법사(외국의 법제자료 제5집).

(3) 서독

서독기본권은 제1조에서 기본권의 전국가성을 규정하고 있다. 이와 같이 서독헌법에서는 기본권의 개별적 규정에서도 절대적으로 보장하고 있다. 따라서 법률의 유보조항이 인정되지 아니한다. Bonn 헌법 「예술 및 학문연구 및 교수는 자유이다」고 규정하고 있는데 이것은 법률로써도 제한할 수 없는 헌법적 효력(verfassungskräftig)을 갖는 기본권이라고 말하여진다.

이 밖에도 기본법 제1조 2항은 기본권의 천부인권성을 선언하고 있고, 동조 3항은 기본권의 직접효력규정을 두고 있으며, 제18조는 개인의 기본권남용에 대해서 기본권을 상실시키는 제도를 두고 있다. 그 외에도 특정한 기본권만이 국가긴급상태에 있어서도 제한될 수 있음을 규정하고, 나아가 기본권규정의 개별적 침획의 금지를 규정하고 있다.²²⁾

(4) 이탈리아

1947년의 이탈리아 헌법은 「공화국은 개인으로서의 또 그의 인격이 발전하는 장으로서 제사회적 결합체에 있어서의 인간의 불가침의 권리를 인정하고 또 보장함과 함께 정치적·경제적 및 사회적 연대에 배이 수 없는 제의무의 수행을 요청한다」고 하고 있다

(5) 일본

일본국헌법도 자연권을 헌법에서 규정하고 있다. 헌법 제11조는 「국민은 모든 기본적 인권의 향유를 방해받지 아니한다. 이 헌법이 국민에게 보장하는 기본적 인권은 침해할 수 없는 영구의 권리로써 현재 및 장래의 국민에게 주어진다」고 하고 제13조는 「모든 국

22). 독일의 인권선언에 관해서는 Jellinek, Die Erklärung der Menschen - und Bürgerrechte 1895, Voigt, Geschichte der Grundrechte, 1948. 種谷春洋, 1849年のフランクフルト憲法における人權公法研究 18호. 奥平康弘, ドイツの基本權概念-その成立にかんする若干の考察. 동경대학교편. 기본적 인권 제3권 참조.

민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 권리에 대해서는 공공의 복지에 반 하지 않는 한, 입법기타의 국정상에서 최대의 존중을 필요로 한다」고 규정하고 있다. 나아가 제97조는 기본권 인권은 「현재 및 장래의 국민에 대하여 침해할 수 없는 영구의 권리로서 신탁되는 것이다」고 규정하고 있다.

이와 같이 일본의 인권선언은 자연권을 국가가 보장하고 있음을 명확히 하고 있다.²³⁾

명치헌법과 일본국헌법의 차이는 ① 신민의 권리 대 인간의 자연권 ② 법률의 유보 대 사법심판제 ③ 독립명령에 의한 제한 대 법률에 의한 제한 ④ 자유국가적 인권선언 대 사회 국가적 인권선언 등이라고 하겠다.²⁴⁾

다. 우리 헌법의 규정방식

(1) 제1공화국헌법의 실정권적 규정방식

제1공화국헌법은 바이마르 헌법의 규정방식에 의거하고 있어 실정권을 규정하고 있다. 예를 들면 「모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 거주 이전의 자유를 제한받지 아니하며 거주 침입 또는 수색을 받지 아니한다」 등과 같이 법률유보조항을 두고 있으며 평등권에 관해서도 「모든 국민은 법률앞에 평등이며」라고 하여 법률에 의한다면 기본권을 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 또 기본권의 제한도 법률에 의해서 가능하도록 하고 있다.²⁵⁾

(2) 제2공화국헌법의 자연권적 규정방식

제2공화국헌법은 서독기본법에 따라 법률유보조항을 대부분 없애고 기본권의 본질적내용의 침해를 금지하고 있다.

23). 상세한 것은 佐藤幸治 編著 憲法 II pp.29-30 참조

24). 일본의 기본권론에 대해서는 中村睦男, 前掲論文, 初宿正典, 헌법, II, 기본권 pp.31 이하

25). 제1공화국헌법상의 기본권해석에 관해서는 김철수, 유진오의 기본권관, 법학교육과 법학연구 1994 참조.

예를 들면 제10조, 제11조중 「법률에 의하지 아니하고는」을 삭제하고 제13조는 「모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다」고 하고 제28조2항을 「국민의 모든 자유와 권리는 질서유지와 공공복지를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 단 그 제한은 자유와 권리의 본질적인 내용을 훼손하여서는 아니 되며 언론·출판에 대한 허가를 규정할 수 없다」고 개정하였다. 기본권의 본질적 내용을 인정하고 있으며 또 법률유보조항을 없앤 점에서 이는 자연권적 규정방식이라고 하겠다.²⁶⁾

(3) 비상조치법의 실정권적 규정방식

비상조치법은 혁명헌법이었으며 기본권은 혁명과업수행에 지장이 없는 범위내에서만 인정하고 있어 실정권적 규정방식이라고 하겠다.²⁷⁾

(4) 제3공화국헌법의 자연권적 규정방식

제3공화국헌법은 서독기본법에 따라 자연권적 규정방식을 도입하고 있다. 제8조를 신설하여 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본권인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다」고 원칙규정을 하였고 제9조에서는 법률앞에 평등을 법앞의 평등으로 바꾸었다. 기본적규정에서 법률유보조항을 삭제하고 제32조2항은 제2공화국헌법 제28조2항 본문을 그대로 답습하고 있어 자연권적 규정방식이라고 하겠다.

특히 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하여 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정하지 아니하였다. (제21조 2항)

26). 상세한 것은 한태연, 제2공화국헌법 1960. 참조

27). 상세한 것은 강병두, 혁명헌법, 1962 참조

(5) 제4공화국헌법의 실정권적 규정방식

제4공화국헌법은 제1공화국헌법의 실정권적 규정방식으로 회귀하고 있다. 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 거주지 자유, 통신의 비밀, 언론·출판·집회·결사의 자유등에 법률유보조항을 두었으며 제32조2항을 개정하여 기본권의 본질적 내용훼손규정을 삭제하였다. 또 위헌법률심사제도를 사실상 폐지하고 있다.

(6) 제5공화국헌법의 자연권적규정방식

제5공화국헌법은 구제8조의 규정을 개정하여 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 하여 자연권성을 보다 명확히 규정하고 있다. 또 법률유보조항을 없애고 다시금 본질적 내용의 침해를 금지하고 있다. 즉 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」고 하고 있다.

(7) 제6공화국헌법의 규정방식

제6공화국헌법은 원칙적으로는 제5공화국헌법의 기본권규정을 그대로 답습하고 있다.

이 기본권규정이 자연권선언인데 에는 대체로 의견이 일치되고 있으나 그 법적성격에 대해서는 학설이 확립되어 있어 이를 검토해보기로 한다.

3.인권선언원칙규정의 권리성

인권선언의 원칙조항인 인간의 존엄의 불가침이라든가 인간의 존

업과 가치규정에 대하여 이를 원칙규범으로 인정하는 견해와 기본권보장규범으로 보는 견해가 대립되고 있다.

가. 독일의 학설

독일기본법은 「인간의 존엄은 불가침이다」라고 하였는데 그 해석에 관하여 두 가지 학설이 대립되고 있다.

(1)기본권성부정설

v. Mangoldt-Klein은 「기본권은 자유주의와 합리주의의 산물이기 때문에 인간의 존엄을 기본권으로서는 인정할 수 없다」고 하며, Maunz도 「인간의 존엄은 다른 대부분의 기본권처럼 특별한 권리를 부여하는 것이 아니고 다른 기본권의 이념적 출발점으로 생각된 것 같다」고 한다. Dürig, Doehring, Isensee, Neumann, Enders, v. Mangoldt-Klein, Zippelius, Dreier, Gröschner 등이 기본권성을 부인하고 있다.

이들은 이 규정의 성립사라든가 제1조의 규정방식이 이를 기본권으로 인정하지 않고 있다고 한다. 그 이유는 제1조 3항에서 이하의 기본권이라 하고 있기 때문에 제1조 1항은 기본권규정이 아니라고 한다.

(2)기본권성긍정설

Nipperdey 는 인간의 존엄을 기본권의 성격을 가진 일반적인 인권 (ein allgemeines Menschenrecht)으로서의 기본권성을 인정하고 있다. 독일의 연방헌법재판소와 연방법원 등에서도 인간의 존엄은 주관적인 권리로서의 기본권이라고 보고 있으며,²⁸⁾ 오늘날 많은 학자들 예를 들면 Sstarck, Stern, Padelch, Benda, Pieroth/Schlink, Höfling, v.Münch, Model/Müller, Denninger, Bender, Badura,

28). 독일연방헌법재판소는 초헌법적인 기본권의 존재를 인정하고 있었다. BVerfGe 1, 14, Leitsatz 27. BVerfGe 61, 126(137) 참조. 또 BerlinVerfGH, NJW, 1993, 515 (517) 참조

Kunig, Häberle, Hesselberger, Battis/Gusy도 이러한 견해를 취하고 있다.

나. 일본의 학설

일본헌법은 「생명·자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 대해서는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타의 국정상에서 최대의 존중을 필요로 한다」고 규정하고 있는데, 이 생명·자유 및 행복추구에 대한 권리성에 관해서도 학설이 대립되고 있다.

(1) 부정설

이 설은 구체적인 특정한 권리 또는 자유에 관한 규정은 아니며 모든 권리·자유에 대한 기초인 인권존중을 선언한 것이라고 하거나(미농부), 또는 인권선언의 일반원리(궁택)라고 본다. 이 설을 Programm적, 윤리적 규정설이라고도 한다.²⁹⁾

(2) 긍정설

이 설은 이러한 생명·자유 및 행복추구에 대한 권리도 구체적인 권리로서의 성격을 가진다고 보는데, 여기에도 기본권체계 중에 차지하는 위치로 보아 행복추구권을 다른 개별적 기본권에서 독립한 1개의 권리로 보는 견해와 개별적 기본권에서 독립함이 없이 오히려 개별적 기본권을 그 속에 포함하는 바의 포괄적 권리로 보는 견해로 나누어진다.³⁰⁾ 일본에서는 이를 포괄적 권리로 보는 것이 다수설이다(佐藤幸治, 芦部信喜). 즉 개인의 인격적 생존에 불가결한 권리·자유를 포괄적으로 말한 것 내지는 제3장의 총칙적 규정이며 본장 각 조에서 보장되는 일체의 권리·자유를 생명·자유·행복추

29). 美濃部 達吉, 新憲法, p.145, 宮澤 俊義, 註譯 憲法, p.199

30). 상세한 것은 芦部信喜, 人權總論, pp.328-355; 佐藤幸治, 註解憲法, I, §13.

일본최고재판소는 「헌법 제13조는 ... 국민의 사생활상의 자유가 경찰권 등의 국가권력의 행사에 대하여서도 보호되어야 할 것을 규정하고 있다」고 한다(최고재(대)판 소 44.12.24, 형사 23-12-1625)

구에 대한 권리로서 총괄한 것(좌등)이라고 한다.

그리하여 이 기본권은 개별적 기본권의 원천이고 다른 기본권적용의 통계적 성격을 띤다고 한다(통계적 보장설).

(3) 절충설

자연권으로서의 기본권인권을 인정하되 「헌법은 ... 자연권으로서의 기본적 인권을 법적권리로서의 기본적 인권으로 도입하는 것」이라고 한다³¹⁾(좌좌목).

다. 우리나라의 학설

우리 헌법에 있어서도 기본권성을 인정할 것인가 아니면 단순한 원리 내지 원칙의 선언에 불과한 것으로 볼 것인가에 대해서 학설이 대립되고 있다.

(1) 부정설

이 설은 「인간으로서의 존엄과 가치라는 것은 다른 구체적인 기본권과 같이 독자적인 내용을 가진 구체적인 권리를 의미하는 것이 아니고, 다른 모든 기본권의 전제가 되는 기본원리의 선언적 의미를 가진 규정이며, 모든 기본권 인권의 이념적인 출발점이고 기본권의 구성원리」라고 한다.³²⁾

허영교수는 「행복추구권은 그것이 아무리 기본권적인 형식으로 규정되었다 하더라도 어떤 구체적인 권리를 내용으로 한다기 보다는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 존중받으며 살아갈 수 있는 모든 국민의 당위적이고 이상적인 삶의 지표를 설정해 놓으므로써 ‘인간의 존엄과 가치’가 갖는 윤리규범적 성격과 실천규범적 성격을 강조하는 것이라고 이해하는 것이 타당하다」고 하고 있다.³³⁾

31). 佐佐木惣一, 改訂 日本憲法論, pp.390-391(1952)

32). 박일경, 전게서, 221면; 윤세창, 전게서, 127면

33). 허영, 한국헌법론, 1996, 321면

(2) 긍정설

이 설은 「인간으로서의 존엄과 가치를 규정하고 있는 헌법규정을 일반원칙의 천명으로 보느냐 또는 개별적인 기본권의 보장으로 보느냐는 견해의 차이가 있을 수 있지만, 그 어느 설을 취하던 결과적으로는 인간으로서의 존엄과 가치는 개별적인 기본권, 즉 주관적 공권이기도 하고, 또 모든 기본권조항에 적용될 수 있는 일반원칙의 역할도 할 수 있음을 긍정하여야 할 것이다」라고 하여 기본권성을 긍정함과 동시에 원칙선언의 성격도 가진다고 한다.³⁴⁾

우리나라의 경우에도 인간의 존엄과 가치·행복추구권규정을 권리 보장규정으로 보는 것이 중요설이다

(3) 절충설

이는 인간의 존엄과 가치에 대하여는 기본권성을 부정하면서도 행복추구권을 포괄적인 기본권으로 인정하는 설이다.³⁵⁾ 이 설은 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위하여 행복추구권이 있다고 보아 목적과 수단의 관계에 있다고 한다.

권영성교수는 헌법 제10조 1문전단은 「기본권의 이념적 전제가 되고 모든 기본권보장의 목적이 되는 헌법적 기본원리를 규범화한 것」이라고 하고 「행복추구권은 결코 어떠한 헌법상의 원리에 그치는 것이 아니라, 주관적권리의 성격을 갖는 것이다」고 하고 있다.³⁶⁾

4. 우리 헌법의 해석

34). 김기범, 전게서, 126면; 김남진·이강혁, 전게서, 164면; 구병삭, 헌법학 I(중보판), 432면

35). 문홍주, 전게서, 216면; 안용교, 전게서, 282면; 권영성, 전게서, 339-345-34면.

36). 권영성, 헌법학원론 (1988) 195면, 302면.

생각건대 우리 헌법 제10조는 독일기본법 제1조 1항과는 달리 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 한 것으로 보아, 제10조는 오히려 독일기본법 제2조 1항과 같이 자연권적인 주기본권을 헌법에 선언하고 그 파생적인 기본권을 이하에서 세밀히 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.

또한 우리나라에 있어서 인간의 존엄과 가치에 대하여는 기본권성을 부정하면서 행복추구권만을 포괄적 기본권이라고 보아 행복추구권을 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 수단으로 보는 견해는 인간의 존엄과 행복추구가 불가분의 긴밀한 관계에 있음을 도외시한 점에서 타당하지 않다. 일본헌법의 경우에도 생명·자유·행복추구에 관한 권리를 약칭하여 포괄적 권리로서 행복추구권이라고 한다.

또한 「인간으로서의 존엄과 가치를 가지며」라고 하여 권리라는 말을 쓰고 있지 않기 때문에 권리가 아니라고 하는 견해도 있으나, 이는 헌법이 「자유를 가진다」고 할 때 자유는 가지나 자유권은 없다는 말과 같이 되어 지나친 형식논리로서 인정될 수 없다. 또 제10조 1문 전단은 목적규정이고 후단은 수단규정이라는 설도 옳지 않다. 왜냐하면 한 조문을 원리규정과 권리규정으로 구분할 수 없기 때문이다. 따라서 제10조의 기본권은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 함하여 포괄적 기본권으로서 규정한 것이라고 보아야 할 것이다.³⁷⁾

그리고 헌법 제11조에서 제36조까지의 기본권은 주기본권의 세분

37). 상세한 것은 김철수, 기본권의 성격 - 자연권이나 실정권이나, 법정 1970. 4. 김철수, 현대헌법론, 1979 참조

화이며, 제37조 1항의 「국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다」라는 규정은 이 주기본권으로 보는 데 대하여 반론이 없는 것은 아니다. 한국헌법재판소판결³⁸⁾과 독일연방헌법재판소판결 및 여러 법원판례가 이를 인정하고 있다.

III. 기본권의 법적성격

1. 기본권의 성격에 대한 학설대립

헌법의 규정을 기본권규정이라고 인정하면서도 이 기본권이 자연권이나 실정권이나 하는 문제에 관하여는 견해가 갈라져 있다. 기본권을 자연권으로 보는 경우에는 헌법은 이를 확인하고 선언하는데 불과하나, 실정권으로 보는 경우에는 헌법에 규정되어야 비로소 권리로서 창설되는 것이라고 보게 된다.

가. 독일학설

(1) 실정권설

실정권설의 주장을 요약하면 i) 과거 절대군주제하에서는 자연권론의 항의적 성격은 그 의의가 있었지만, 오늘날의 국민주권주의국가에서는 자연권론의 항의적 성격은 그 의의가 없어졌다는 것과, ii) 기본권은 본래 자연법 사상으로부터 유래했고 또 헌법 중에는 기본

38). 우리 헌법재판소도 헌법 제10조에서 성적 자기결정권(헌재, 1990. 9. 10 선고, 89 헌마 82, 헌재판례집 제2권, 306면 이하), 계약의 자유(헌재, 1991. 6. 3 선고, 89 헌마 204, 헌재판례집 제3권, 268면 이하), 알 권리(헌재, 1992. 2. 25 선고, 89 헌가 104, 헌재판례집 제4권, 64면 이하)등 여러 가지 기본권을 도출함으로써 그 포괄성을 인정하고 있고 행복추구권의 독자적 기본권성도 인정하고(헌재 1989.10.27 선고, 89 헌마 56, 헌재판례집 제1권, 309면 이하) 있다.

권을 자연법상의 권리로 보장하려고 노력한 것은 사실이지만, 기본권도 실정헌법에 규정된 이상 실정법상의 권리로 보아야 한다는 것과 iii) 권리는 실정법을 떠나서는 성립할 수 없다는 것과, iv) 자유와 자유권을 구별하여 자유는 전국가적이라고 하더라도 자유권, 즉 권리는 국가내적이라고 보는 것 등이다.³⁹⁾ 이러한 주장은 법실증주의자들의 이론으로, 이들은 제정법의 만능을 믿고 제정법에 의해서만 권리가 창설되고 보장된다는 것이다. 법실증주의립장에서 기본권을 논한 사람으로는 Kelsen, Jellinek 등을 들 수 있다. 법실증주의자들은 권리란 법인인 국가가 생산하는 것으로 국가가 국민에게 부여하는 것으로 생각하였다.

(2) 자연권설

자연권설의 내용은 조금씩 차이가 있으나 정리하여 보면, i) 기본권의 자연권적 성격은 시대·국가에 따라 차이는 있지만, 국민의 기본권은 실정헌법에 의하여 비로소 보장을 받는 것이 아니고 국민의 인간본성에 의거하여, 즉 인간으로서 가지는 권리이기 때문에 자연권이라고 보아야 하며, ii) 인권은 민주주의의 불가분의 관계에 있는 것으로서 인권이 없는 민주주의를 인정할 수 없는 한, 그것은 전국가적·초국가적 (즉 국가 이전의) 의의를 가진다는 것, iii) 민주주의제국이 보장하고 있는 기본적 인권은 인간생래의 권리로서 국가권력, 즉 실정법에 의하여 침해될 수 없는 전국가적인 인권이라는 것이며, 나아가서 생존권적 기본권도 자연권적 성격을 전적으로 부정하는 것은 타당치 않다는 주장도 있다.⁴⁰⁾ 자연권적 립장에

39). 미국의 경우에는 헌법해석론자들이 주장하는 견해이다. 헌법규정의 원의를 따라 헌법제정자의 뜻에 따라 기본권을 해석하는 입장이다. 예를 들면 Raoul Berger, Herbert Wechsler, John H. Ely, Robert Bork 등의 주장이라고 하겠다. 2차대전전의 독일이론에 대해서는 허영, 헌법이론과 헌법, 1995, 313면 이하 참조

40). Carl Schmitt의 이론을 자연권론으로 보고 자연권론에 대하여 비판하고 있는 사람으로는 허

서 기본권을 논하는 사람으로는 Coing, Fechner, Nipperdey, Peters, Klein, Messner 등이 있다. 이들 자연권설에 따르면 기본권이 국가에 의하여 창설된 것이 아니라, 다만 국가에 의하여 전국국적(국가이전의) 자연권이 확인·선언된 것이라는 것이다.

(3) 통합설

통합설의 주장을 요약하여 보면, 사회의 지변에 흐르고 있는 가치적인 Konsensus가 바로 기본권의 형식으로 집약된 것이라고 보아야 하기 때문에, 기본권이 존중되고 보호된다고 하는 것은 단순한 자연권적 성격이라고 하기보다는 오히려 사회가 동화되고 통합되어 가기 위한 불가결한 전제조건이라고 파악함이 타당하다고 한다. Smend는 국가를 여러 사람의 체험 중에서 구해지는 순수 정신적 존재로 살고 있다고 한다. 결국 기본권의 성격은 그 국가형성적 기능과 통합기능에서 찾아야 한다고 주장한다.⁴¹⁾ 통합론에 입각한 사람으로는 Smend와 Hesse등을 들 수 있다.

나. 일본의 학설

(1) 실정권설

일본명치헌법의 해석에 있어서는 대부분이 Jellinek 나 Kelsen 의 학설에 따라서 실정권설을 주장하고 있었다. 이 이론은 법 및 권리는 모두 법인으로서의 국가가 생산하는 것이며 국가가 국민에게 부

영교수와 계획열교수(고시연구 전게서, 224면 이하)가 있으나 이는 옳지 않다. Carl Schmitt는 자유권만을 전국국적으로 본 것이요, 현대의 자연권론과는 거리가 멀다. 전후 독일의 기본권관에 대해서는 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. III/2, SS.1631-1846; Böckenförde, Zur Lage Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren, GG, 1990; 이정복, 서독에 있어서의 기본권관에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1989; 김효진, 최근 독일의 기본권이론, 고시계, 1991. 7 참조. 미국의 경우에는 비해석주의파들의 주장으로 법과 이성에 입각한 사회계약의 중요성을 강조한다. 예를 들면 J. Perry, J.S. Wright, R. Dworkin 등이 주장한다. Holmes, Brandeis, Cardozo, Warren 등이 판시하고 있다.

41). 통합기능설: R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928; Hesse(계획열 역), 서독헌법원론, 1987

여하는 즉 국가에 연원하고 유래하는 것이라고 했다. 이에는 자유권이나 참정권, 청구권 등의 차이가 없다고 했다.

(2) 자연권설

일본국헌법하의 기본권규정에 따라 현재는 대부분의 학자가 자연권설을 채택하고 있다. 이들은 전통적인 자연권사상을 초월하여 인간임에 따라 당연히 향유한다고 생각되는 불가침의 권리는 20세기적 자연권사상에 근거하여야 한다고 하며 이에는 생존권도 포함된다고 한다.⁴²⁾

(3) 절충설

일본국헌법하에 있어서 기본적인권을 인권과 기본권으로 나누어 성격을 구별하는 학설도 있다. 「기본적 인권은 모든 사람에게 인정되는 자연권이며 초국가성을 갖는다. 자유권은 인권이나 참정권, 사회권 등은 초국가적 자연권이 아니므로 본래의 인권은 아니다」⁴³⁾고 하며 국가내적 기본권은 자연권이 아니라고 한다.

다. 우리나라의 학설

(1) 실정권설

우리 헌법의 해석에 있어서 제헌헌법하에서는 대부분이 실정권설을 주장하였다.⁴⁴⁾ 제5공화국헌법하에서도 「립헌주의적 헌법인 대한민국헌법이 그렇게 규정했기 때문에 기본적인권이 존립 보장될 수 있는 것이다」고 하고 있다. 박일경 교수가 주장한다.⁴⁵⁾

(2) 자연권설

제 3공화국 헌법의 해석에서 대부분의 학자들은 자연권설을 주장

42). 芦部信喜, 전게서 pp.51-54. 美濃部達吉, 新憲法 逐條解說 1949, 宮澤俊義, 憲法, 清宮四郎, 全訂 憲法要論.

43). 田上穰治, 신판 일본국헌법 원론, p.88.

44). 유진오, 헌법, 1950.

45). 박일경, 신헌법학원론, 1986, p.221

계희열, 기본권의 자연권성과 그 문제점, 고시연구, 93. 1, p.96이하

하였고 현행헌법의 해석에서 자연권설을 주장하는 사람이 절대다수이다. 자연권을 절대적 자연권과 상대적 자연권으로 나누는 견해도 있다.⁴⁶⁾

(3) 동화적 통합설

근자에 와서 「Smend의 이론에 따라 기본권을 권리로서가 아니고 우리 사회의 가치적인 Konsens 가 바로 기본권의 형식으로 집약된 것이라고 본다 ... 기본권이 존중되고 보호된다고 하는 것은 단순한 자연법적 차원을 넘어서 우리 사회가 동화되고 통합되어 가기 위한 불가분한 전제조건이라고 한다」.⁴⁷⁾

2. 한국헌법상의 기본권의 성격

가. 실정권설에 대한 비판

실정권설에 대하여 다음과 같은 비판을 가할 수 있을 것이다. 첫째로 자연권론은 그 역사적의의를 다했으며, 국민주권주의하에서는 항의적의의가 없어졌다고 하나 반드시 그러한 것도 아니다. 국민주권주의국가에서는 국가권력의 조직규범과 국민의 기본권보장규범간에 하등의 효력의 차이가 없다는 법실증주의이론은 헌법이 지향하는 가치목적이 무엇인가를 완전히 망각한 설이다. 또 주권자인 국민이 원하면 기본권의 보장은 최저한으로 할 수도 있고, 국민이 원한다면 독재군주제도 가능하다고 보는 결론이 된다.

국민주권주의하에서는 국민의 뜻에 따라 마음대로 기본권제한을

46). 현행헌법하 자연권설: 문홍주, 전게서, 240면; 김기범, 전게서, 114면; 윤세창, 전게서, 100-103면; 한태연, 전게서, 188면; 구병삭, 전게서, 273면; 권영성, 전게서, 273면; 김현규 외, 전게서, 188면; 안용교, 전게서, 266-267면; 한동섭, 전게서, 96면; 한상범, 전게서 111면.

47). 허영, 한국헌법론, 1991, p.223.

할 수 있다는 논리는 형식논리에 치중한 나머지 현대민주정치의 병폐를 무시한 감이 짙다. 오늘날의 국민주권국가에서도 실권을 장악하여 법률을 제정하는 사람은 선거에서 승리한 다수파에 불과하기 때문에 소수파의 기본권보장을 위한 항의적성격을 부인해서는 안될 것이다. 특히 정당이 과두화되기 쉬우며, 권력의 남용이 자행되는 현대에 있어서 기본권의 자연권으로의 성격을 무시할 수 없다고 하겠다.

둘째로 기본권도 실정헌법에 규정됨으로써 실정법상의 권리로 되었다는 주장은 자연권의 초실정성을 무시한 이론이라고 하겠다. 실정헌법에 기본권이 보장됨으로써 기본권이 상대화되고 헌법내재적인 권리로 전락했다고 보는 것은 헌법제정권력의 한계를 무시한 이론이다. 자연권론에 의하면 헌법제정권력 자체도 기본권존중이라는 근본규범에는 구속되고 있는 것이다. 자연권이 전국가적기본권으로서 헌법을 지배하고 있다고 보아야 할 것이요, 헌법규정이 기본권을 창설하는 것이 아니고, 헌법규정이 자연권을 확인·선언하고 있다고 보아야 할 것이다.

셋째로 권리는 실정법을 떠나서는 성립할 수 없다는 것은 사법적 개념을 고집한 것이 아닌가 한다. 권리는 자연권과 실정권이 있는데 자연권은 실정법이 없더라도 권리고 인정되는 것이다. 예를 들어 관습상의 권리는 오랜 관습의 축적에 따라 실정법이 이를 인정하지 않을 수 없게 되는 것이다. 이와 같이 자연권으로서의 기본권은 국가 이전의 것으로 국가의 헌법에 의하여 확인되는 것이라고 볼 것이다. 특히 헌법제정권력이 국민에게 있는 경우 국민이 헌법제정에서 전국가적인 기본권을 확인하는 것이 관행이다.⁴⁸⁾

48). 자유권의 성질에 대해서는 과거에는 반사적 이익(Kelsen)이라는 설이 있었으나 오늘날에는 소극적 권리와 적극적 침해배제청구권을 인정하고 있다. 그러나 Hesse와 Häberle는 자유의 자연

넷째로 자유는 전국가적이라고 하더라도 권리는 국가내적이라고 보는 견해는, 권리는 대국가적인 것만이 존재한다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 기본권은 대국가적인 것만이 존재한다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 기본권은 대국가적인 권리로 사인간에는 효력을 발생하지 않는다고 보는 것이다. 그러나 자연권으로서의 기본권은 대국가적인 효력뿐만 아니라 대사인간에도 효력을 갖는 대사회적기본권이기도 한 것이다. 이 점에서 전국가적인 자유와 국가내적인 자유권을 구분하는 것은 타당하다고 할 수 없을 것이다.

나. 통합설에 대해 비판

기본권을 통합의 생활양식인 객관적인 질서로 보는 경향은 기본권의 권리성을 약화시키는 결과가 된다.⁴⁹⁾ 기본권의 기능이 국가형성적 기능이 있다고 하여 그것이 기본권의 공권성 내지는 자연권성을 부정하는 근거는 될 수 없다. 기본권은 그 역사적 발전과정에서 보아 천부적인 자연권임이 명확한 것이고, 헌법이 이를 근본가치로 수용하는 것은 별개의 문제인 것이다. 즉 자연권은 헌법이 명시하지 않더라도 권리로서 존재하는 것이다.

다. 우리 헌법의 해석론

(1) 제37조 1항과의 관계

실정권설은 헌법 제10조와 헌법 제11조 이하, 헌법 제38조의 규정이 있기 때문에 실정권으로서의 기본권이 인정된다고 본다. 실정권을 주장하는 학자는 헌법 제37조 1항이 헌법에 열거되지 아니한 권리를 창설하는 것이라고 보아 자유권 내지 기본권의 포괄성을 규정한 것이라고 본다.⁵⁰⁾

성을 부인하고 「법적으로 구체적이고 세밀하게 되고 그 법에 보장되는 것」에 불과하다고 본다.

49). 상세한 것은 Kelsen ; Der Staat als Integration(김효전역, 통합으로서의 국가, 1994), Luhman, ; Grundrechte als Institution 참조

50). 박일경, 전계서, 220·223·245면.

그러나 이러한 이론은 헌법 제37조 1항의 문리적·논리적 해석으로도 받아들일 수 없다. 왜냐하면 헌법 제37조 1항은 「경시되지 아니한다」고 규정하여 주의를 환기시키고 있을 뿐 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 보장하거나 부여하는 규정이 아니기 때문이다.⁵¹⁾ 문리적해석상 이규정은 자연권을 확인하는 규정이며 권리창설적 규정으로는 볼 수 없다.

논리적 해석상 권리는 헌법이나 법률에서 보장되지 않으면 권리라고 할 수 없다는 주장이 있으나 우리 헌법 제10조는 불가침의 기본적인권을 인정하고 있으므로 이것은 권리이며 헌법 37조 1항의 규정은 권리의 포괄성을 규정한 것이라고 보는 것이 옳다.⁵²⁾

또한 제37조 2항 단서의 본질적 내용침해금지규정의 「본질적 내용」도 자연권설에 의하지 아니하고는 도출해낼 수 없을 것이다. 실정권설에 의한다면 자유와 권리의 본질적 내용이란 헌법과 법률에 의하여서만 확정될 수 있을 뿐이요, 그 본질적 내용이 선존할 수 없을 것이기 때문이다.

(2) 자연권성

요컨대 기본권은 자연권으로 파악하여야 할 것이고,⁵³⁾ 우리 헌법 제10조가 자연권을 헌법에서 확인·선언함으로써 실정법에 의한 기본권보장을 강화하고 국가에게 기본권 보장의 최대한의 의무를 부

51). 미국헌법수정 제9조도 「헌법중에 특정한 권리를 열거했다는 사실에 의하여 인민이 보유하는 기타의 권리를 부인하고 또는 경시한 것이라고 해석해서는 안된다」고 하고 있다. 이것도 실정권 이외의 자연권의 존재를 인정하고 있는 것이다.

상세한 것은 안경환, 미국연방헌법 제9조의 의미 서울대학교 법학 제38권 2호(1997. 9) Massey, The Natural Law Component of the Ninth Amendment, 61 Cincinatti Law Review 49-61(1992)

52). 상세한 것은 김철수, 기본권의 성격, 현대헌법론 p.213이하, 김기범, 한국헌법 p.133

53). 자연권으로서의 인권의 특성에 대하여 清宮四郎은 보편성, 고유성, 불가침성, 영구성을 들고(清宮四郎, 헌법요론, 101-102면), 芦部信喜는 고유성, 불가침성, 보편성을 들고 있다(芦部 人權總論, 56-65면). 또 佐藤幸治는 보편성, 무조건성을 들고 있다(헌법 I, 제11조 해석)

과하고 있다고 본다. 이 자연권은 포괄적인 것이며 모든 국민에게 유보되어 있다고 본다. 그것을 헌법제정권자인 국민이 국가계약인 헌법에서 재확인하고 있다고 보는 것이 옳다고 생각한다.⁵⁴⁾ 이 경우 헌법 제37조 1항을 문자 그대로 주의적 규정이 되는 것이고 헌법 제10조가 이 포괄적인 자연권을 선언하고 있다고 보아야 할 것이다. 우리나라의 일부학설은 헌법 제10조를 객관적 질서규범으로만 보고 있는데, 이는 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권의 주관적 공권성을 무시한 잘못이 있다.

이에 제6공화국 헌법은 이 인간의 존엄과 가치·행복추구권이 천부인권임을 선언하고, 「국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 명시하여 천부인권성을 보다 강조하고 있다. 즉 ‘인권’이라는 용어를 사용하고 더구나 ‘확인하고’라는 문언을 사용함으로써 기본권을 천부인권의 자연적 상태의 권리로 보고 있다. 왜냐하면 만약 기본권을 실정권으로 본다면 실정법으로 창설해야 할 기본권을 어떻게 ‘확인’한다고 규정할 수 있을 것인가. 생래적이고 자연적이며 국가에 생존하고 불가침 불가양인 것이므로 확인한다는 규정을 둔 것이다.

이 헌법의 기본권보장의 요청에 따라 헌법적으로 보장된 것이 제11조에서 제36조의 권리이며 이는 실정권이라고도 할 수 있다. 그러나 헌법에 열거되지 않은 기본권을 헌법 제10조의 자연권에서 구체화, 개별화되는 것이라고 하겠다.⁵⁵⁾

3. 자연권과 실정권의 관계

54). 상세한 것은 김철수·정재황 대담, 고시계, 1991. 7 참조

55). 독일에서도 기본권은 실정화된 자연권이라는 견해(Dreier)가 있었으나 통일후 동독군인이 월경하는 동독시민을 사살한 것에 대한 처벌에서 자연법 이론을 다시 전개하고 있다.(Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd. 1 S.52f 참조)

가. 자연권의 초헌법성과 실정권의 헌법성

① 자연권은 인권(Human Right, Menschenrechte)이라고도 말하여진다.⁵⁶⁾ 이 자연권은 국가에 생존하며 초헌법적이다. 자연권은 자연법에 근거를 가지고 헌법의 규정은 헌법 이전에 논리적으로 성립하는 인권을 확인하는데 불과하다고 이해된다.⁵⁷⁾ 따라서 헌법의 규정을 삭제하더라도 인권은 존속되는 것이며 헌법규정여부는 인권의 실행에 영향을 끼치는 것이 아니다.

② 실정권은 기본권(Grundrechte)이라고도 말하여진다. 이 실정권은 국가내재적이며 헌법적이다. 실정권은 헌법에서 특별히 보장함으로써 권리성을 갖는 것으로서 헌법에서 삭제되면 실정권으로서는 인정되지 않는다. 실정권은 국가내적인 기본권이므로 국가의 법률에 의하여 구체화된다.

나. 자연권의 보편성과 실정권의 특수성

① 자연권은 국가를 초월하여 모든 국제사회에서 적용되는 것이다. 인권은 어떤 나라에서든지 인정되는 것이요 모든 인간에게 인정되어 있다. 따라서 외국인에게도 인정된다. 인권(Human Right)의 보편성(Universality)은 시간과 장소를 불구하고 모든 인간에게 인정되고 있다.⁵⁸⁾ 이것은 현실적으로 국가에 의해서 보장되고 있거

56). 자연권은 국가이전의 권리이다. 이에 대하여 실정권은 국가적 권리(Saatliches Recht)라고도 한다. 일본의 오펜교수는 기본적 인권을 「인간이 인간인 이상 당연히 갖추고 있는 권리」로서의 자연권적 권리와 「헌법이 보장하는 권리(헌법상의 권리)」로 나누어 설명하고 있다. 「奥平康弘, 憲法 III, 憲法が保障する權利」

57). 이에 관해서는 미국헌법수정 제9조와 한국헌법 제37조 2항이 이를 명시하고 있다. 미국헌법수정 제9조의 자연권성에 관해서는 Patterson, The Forgotten Ninth Amendment(1955), 芦部信喜, 包括的 基本權 條項의 裁判規範性 -アメリカ憲法修正 9條について, 人權と 憲法訴訟, 1994, 안경환, 전개논문 참조

58). 상세한 것은 芦部信喜, 憲法學 II, 人權總論 p.46이하

나 침해되고 있거나를 불문한다. 예를 들어 남녀로소나 인종등의 현실적차이에도 불구하고 자연권을 평등하게 적용된다.

② 실정권은 특정한 국가에게만 적용되는 것이다. 실정권의 존재는 각국헌법규정에 따르므로 특수성이 인정된다. 또 실정권은 원칙적으로 국민의 권리(Bürgerrecht)로서 국민에게만 인정된다. 또 시간과 장소에 따라 다르게 규정되며 적용될 수 있다.

다. 자연권의 포괄성과 실정권의 개별성

① 자연권을 인권으로서 포괄성을 가진다.⁵⁹⁾ 예를 들어 행복추구권이나 일반적행동자유권, 일반적생존권, 일반적평등권과 같이 포괄성을 가지며 여기에서 개별적기본권이 파생한다. 인간의 존엄과 가치·행복추구권은 포괄적인 권리인 바 이는 생래적으로 가지고 있는 인권전반의 원천이라고 하겠다.

② 실정권은 헌법이나 법률에 규정됨으로서 개별적으로 보장된다. 헌법이나 법률은 자연권중에서 일부만 규정하고 헌법에 보장되지 않는 기본권의 존재를 부인한다. 실정권은 개별인의 특정시기의 권리만을 규정하고 있는 것이 특색이다.

라. 자연권의 불가양 불가침성과 기본권의 제한가능성

① 자연권은 인간에 고유한 것이며 인간의 본성에서 나온 것이기 때문에 불가양 불가침이다. 그결과 자연권은 헌법개정에 의하여서도 제한될 수 없다. 자연권은 헌법유보나 법률유보에 의한 제한을 받지 않는다. 다만 타인과의 공생을 위하여 초헌법적인 제한에는 복하게 된다. 자연권 자체는 절대적제한의 권리이나 타인의 자연권과의 충돌시에는 제한된다.

② 실정권은 이를 제한할 수도 있고 포기할 수도 있다. 실정권의

59). 기본권을 포괄적체계(als geschloBenes System)로 보는 주장은 자연권론이며 개별적 보장(als grundgesetz I, Grundlagen Die Grundrecht 3. Aufl. 116ff.)

제한은 주로 법률유보에 의하여 행해진다. 기본권의 제한은 국민전체의 대표자인 총의인 법률에 의하여 제한될 수 있다. 실정권은 불가양 불가침의 자연권과는 달리 이를 포기할 수도 있고 처분할 수도 있다. 실정권의 이 처분성(Disponibilität)을 이유로 나치스는 수권법을 만들어 기본권을 공동화하였다.⁶⁰⁾

IV. 우리 헌법상의 기본권의 체계

1. 주기본권(모기본권)

자연권을 통일적 체계를 가진 것이다.⁶¹⁾ 그리하여 기본권을 통일체로써 파악하는 경우와 개별적으로 파악하는 경우에 따라서 기본권을 총체적으로 포괄하는 주기본권과 이에 파생하는 파생적 기본권으로 분류하는 이론이 있다. 전자를 말하여 포괄적 기본권, 후자를 말하여 개별적 기본권이라고도 한다.⁶²⁾

60). 상세한 것은 Disponibilität durch einfaches Gesetz, Scholz G., Grundgesetz I Grundlagen Die Grundrechte, 3. Aufl S.75ff

61). 이를 Geschlossenheit des Grundrechtssystems이라고 한다.

Schramm, Staatsrecht, Bd. II, S. 15ff.

62). 상세한 것은 김철수, “기본권의 체계,” 고시계 1983. 11; Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, Handbuch des Staatsrecht, Bd. V, SS.45-91; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, SS.1747-1876 참조. 일본에서는 佐藤幸治고수가 핵심적 권리(core right)와 파생적 권리(derivative right)를 구별할 수 있다고 보고 있다. 핵심적권리는 인격적자연권중 기간적자연권이라 하고 파생적권리는 파생적자연권을 말한다 고 보고 있다. 모기본권과 파생적기본권을 인정하는 점에서 필자의 견해와 비슷하다고 하겠다. 그는 나아가 각종 기본적 인권은 기간적 자연권에서 그대로 곧 파생하는 것은 아니라고 하고있다.(佐藤幸治, 初宿正典, 人權の現代的諸相, 1990, p.16이하)

독일에서도 기본권 제2조 1항을 포괄적 기본권(Auffanggrundrecht)의 기능을 인정함으로써 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 도출해내고 있다(연방헌법재판소 판례) 이 경우 제1조 1항의 인간의 존엄존중과 결부시키고 있다

인간의 존엄과 가치·행복추구권의 체계에 대하여는 논란이 있다.

가. 독일의 이론

독일의 경우 Nipperdey⁶³⁾는 인간의 존엄은 기본권의 성격을 가진 일반적인 인권으로서 국가권력에 대해서 자유로운 상태에서는 방어권적 기본권이며, 적극적인 상태에서는 보호청구권이고, 사회적인 상태에 있어서는 사법관계에 있어서 실질적인 주기본권이라고 한다. 이는 곧 자연권의 실정화를 의미하며, 다른 기본권은 개별적인 기본권인데 비하여, 인간의 존엄은 헌법의 주기본권이라는 점에 그 특색이 있다. 독일의 연방헌법재판소와 연방법원 등에서도 인간의 존엄은 주관적인 권리로서의 주기본권이라고 보고 있다. Starck는 제2조 1항에서 일반적행동 자유권을 인정한다.⁶⁴⁾ 그는 역사적으로나, 체계적으로 보아 인격적 핵심설이 아니고 일반적행동 자유권설이 타당하다고 논증한다. 그는 일반적행동자유권이 무명의 권리(unbenannte Grundrechte)를 포섭하는 것으로 보고 있다.⁶⁵⁾

나. 일본의 이론

일본에서도 개인존중과 생명·자유 및 행복추구의 권리에 대하여 그 권리성을 인정하고 인격적 생존에 불가결의 권리·자유를 내용을 포섭하는 포괄적 권리로 보는 것이 다수설이다. 그리하여 헌법에 열거되지 아니한 새로운 인권을 헌법상 기초지우는 근거규정으로 그 자체로 구체적 권리를 보장하는 포괄적 권리로 보고 있다.

그 내용에 대해서는 일반적 자유설과 인격적 이익설이 있다.⁶⁶⁾

일반적자유설은 행복추구권은 개별적기본권을 포괄하는 기본권이

⁶³⁾ Nipperdey, Die Würde des Menschen, Grundrechte II, S. 1ff.

⁶⁴⁾ Starck, GG Kommentar, Art 2. Abs. 1 Rdn.6ff

⁶⁵⁾ 상세한 것은 Stern, K; Systeme der Grundrechte, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/2, SS. 1747ff 참조

⁶⁶⁾ 상세한 것은 芦部信喜, 人權總論, p.328-354, 種谷春洋, 진게논문 참조

기는 하나 그 내용은 모근 생활영역에 관한 행위의 자유 즉 일반적 자유권이라고 한다. 인격핵심설은 개별적기본권과는 구별되는 기본권의 심오에 위치하는 근원적인 인격의 핵심에 관한 독자의 권리를 말한다고 한다. 통합적으로 해석하는 사람은 행복추구권의 한 내용으로서 일반적자유권을 인정하고 있다.⁶⁷⁾ 이에 따르면 행복추구권은 「① 인격권 ② 일반적자유권 ③ 기타의 권리를 포함하는」 권리내용이 다양하고 불확정적인 「무명기본권」이라고 한다.

통설은 인격적이익설인데 행복추구권이 개별적 기본권을 포괄하는 기본권이나 그 내용을 한정하고 개인의 인격적 생존에 불가결한 이익을 내용으로 하는 권리의 총체로 본다.⁶⁸⁾

포괄적기본권과 개별적기본권과의 관계에 대해서는 보장통합설과 보충적보장설 이 있다. 보장경합설은 포괄적기본권과 개별적기본권이 경합하여 동일권리 보장한다는 것이고 보충적 보장설은 양자의 관계를 일반법과 특별법에 관례로 보아 특별규정이 없는 경우에 행복추구권을 보충적으로 활용하자는 것이다.

다. 우리 헌법의 해석

우리 헌법에 있어서도 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 주기본권성을 인정할 것인가에 대하여 학설이 대립되고 있다. 기본권성부인설은 이를 기본권보장의 단순한 원리규정으로 보는데,⁶⁹⁾ 단 이 학설 중 인간의 존엄과 가치를 제외한 행복추구권만을 포괄적 기본권으로 보는 견해도 있으며,⁷⁰⁾ 기본권성확인설은 전부를 포괄적인 기본권으로 본다.⁷¹⁾

67). 橋本公巨, 전계서 p.186

68). 佐藤幸治, 헌법 pp.404-405, 芦部信喜, 전계서, p.344. 初宿正典, 헌법 2, 기본권 p.192(1996), 種谷春洋, 生命·自由·幸福追求權, 芦部信喜編 憲法 II, 人權(1) p.130 이하

69). 박일경, 전계서, 219-220면

70). 안용교, 전계서, 329-330면. 문홍주 교수와 권영성 교수도 행복추구권의 권리성은 인정한다. 문홍주, 전계서, 215-216면; 권영성, 전계서 283면.

이에 대하여 기본권 인정설은 천부인권으로서의 주기본권을 인정
 한 것이라고 한다. 제10조 후문에서 「국가는 개인이 가지는 불가침
 의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 규정하고
 있기 때문이다. 우리 헌법재판소도 행복추구권의 독자적 기본권성
 을 인정할 뿐만 아니라⁷²⁾ 인간의 존엄과 가치의 기본권성을 인정한
 다.⁷³⁾ 또 제37조1항이 「국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아
 니한 이유로 경시되지 아니한다」고 규정한 것은 이 포괄적인 주기
 본권의 존재를 전제한 것이라고 보아야 할 것이다.

만약에 주기본권이나 포괄적 기본권을 인정하지 않는 경우에는 헌
 법에 열거되지 아니한 기본권, 예를 들어 일반적 행동자유권 등의
 근거를 발견할 수 없을 것이다. 즉 독일에서는 기본권 제2조 1항에
 있어 이를 일반적 행동자유권의 근거로 보고 있으나, 우리나라의
 경우에는 그 근거조항을 발견할 수 없게 될 것이다.⁷⁴⁾

이 주기본권은 자연권이며 주기본권은 개별적실정권의 근거가 되
 고 있다. 개별적실정권은 헌법상 명문으로 보장되는 것이 원칙이나
 헌법상 제시되지 않는 경우에도 인정된다. 개별적실정권은 특별법
 적인 것인데 대하여 주기본권은 일반법적인 것이며 개별적기본권이

71). 구병삭, 전게서, 339면; 김남진·이강혁, 전게서, 264면

72). 현재는 「군검찰관이 자의로 기소유예처분에 이른 것은 헌법 제10조 소정의 행복추구권을 침해한 것」이라고 판시함으로써(현재 1989. 10. 27 선고, 89 헌마 56, 헌재판례집 제1권, 309면 이하참조.) 행복추구권의 독자적 권리성을 인정한다.

73). 우리 헌법재판소도 인간의 존엄·가치를 인격권이라 부르면서 그 기본권성을 인정한다. 즉 간통죄규정의 합헌결정에서 헌법 제10조가 「모든 기본권보장의 궁극적 목적(기본리념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다」고 보고(현재 1990. 9. 10 선고, 89 헌마 82, 형법 제241조에 대한 헌법소원판결, 헌재판례집 제2권, 306면 이하 참조), 「인간의 존엄성에서 유래하는 일반적 인격권」이라 판시함으로써(현재 1991. 9. 16 선고, 89 헌마 165, 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조 3항·제19조 3항의 위헌여부에 관한 합법소원결정, 헌재판례집 제3권, 518면 이하 참조) 그 기본권성을 인정하는 입장을 보여주고 있다.

74). 일반적 행동자유권에 관해서는 Erichsen, H-U, Allgemeine Handbuch des Staatsrechts BdVI S.1185ff

우선 적용되고 개별적기본권이 없는 경우에 주기본권은 부차적 보완적으로 적용되며, 주기본권에서 헌법에 열거되지 아니한 기본권이 도출된다. 이 점에서 주기본권은 원천권(Quellenrechte) 또는 포괄권(Auffangsrechte) 라고도 할 수 있다.⁷⁵⁾

2. 파생적 기본권(개별적기본권)

헌법 제10조 후문의 문언으로 보면 기본적 인권은 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파생한 기본권임을 알 수 있을 것이다 이 주기본권은 헌법상 「기본적 인권」으로서 개별적인 권리로 분화되는데, 그 중에서도 중요한 것이 협의의 존엄성과 행복추구권·평등권·생존권·청구권·참정권 등이라고 하겠다. 우리 헌법재판소도 인간의 존엄과 가치의 기본권성을 인정하고, 또한 행복추구권의 독자적 기본권성도 인정하며, 나아가 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 여러 개별 기본권들이 파생하는 것으로 보고 있다.⁷⁶⁾

75). 이를 佐藤幸治는 배경적권리라고 하고 있으며 芦部信喜는 「도덕적권리」 「리념적권리」 「추상적권리」라고 하고 있다.(芦部信喜, 전게서, p.59).

76). 우리 헌재는 앞서 인용한 대로 인간의 존엄과 가치를 인격권이라고 부르면서 「인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이며, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며」라고 판시한다. (헌재 1990. 9. 10 선고, 89 헌마 82, 형법 제241조(간통죄규정)의 위헌여부에 관한 헌법소원결정, 헌재판례집 제2권 306면 이하), 또 「인간의 존엄성에서 유래하는 일반적 인격권」이라 판시함으로써 (헌재 1991. 9. 16 선고, 89 헌마 165, 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조 제3항·제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원결정, 헌재판례집 제3권, 518면 이하), 인간의 존엄과 가치에서 ‘일반적행동자유권’이 파생하고 있다고 한다.(헌재 1992. 4. 14 선고, 90 헌마 23, 국가보안법 제9조 제2항에 대한 헌법소원결정, 헌재판례집 제4권, 162면 이하 참조), 이 일반적 행동자유권과 또 ‘개성의 자유로운 발현권’이 행복추구권에 함축되어 있고, 일반적 행동자유권에서 다시 계약의 자유등이 파생되어 나온다고 본다(헌재 1991. 6. 3 선고, 89 헌마 204, 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌여부에 관한 헌법소원결정, 헌재판례집 제3권, 268면 이하 참조).

인간은 자유로워야 하기 때문에 일반적 자유권을 가진다. 이에는 신체활동의 자유등을 포함한다. 인간은 인격자로서 대우되어야 하며, 평등하게 취급받아야 하고, 자유롭게 인간다운 생활을 해야 한다. 먼저 인격의 자유발현이라는 점에서 중요한 의의를 발견할 수 있는데, 특히 일반적 인격권으로서의 사생활의 비밀보장이라든가 사주거의 보호 등이 중요시된다.

근래에 와서 인간의 존엄은 공포와 궁핍에서 자유로운 인간다운 생활을 요청하게 되었고 사회적 안정의 최저한도를 요청하게 되었으며, 이 인간다운 생활의 보장을 생존권으로 발전하였다.

한편 고전적인 참정권이라든가 청원권과 같은 것은 헌법 제10조에서 파생되는 것이 아니고, 국가의 실정권으로서 인정된다는 설이 있다. 그러나 실정권이라고 하더라도 인간의 기본적 권리를 보장하기 위하여 인정되는 것이므로 파생적 기본권으로 봄이 타당하며, 청구권적 기본권을 「기본권을 보장하기 위한 기본권」이라고 하는 뜻도 여기에 있는 것이다. 특히 참정권은 국가권력형성에의 정당성 부여를 위한 권리라는 점에서 중요한 의의가 있다.

우리 헌법이 인정하고 있는 개별적기본권을 분류해 보면 다음과 같다.

가. 인간의 존엄과 가치 · 행복추구권

i) 주인간의 존엄과 가치 · 행복추구권 ii) 생명권 iii) 일반적 인격권(명예권 · 성명권 · 초상권) iv) 인격형성 · 유지 · 자기결정권(알권리, 입을 권리, 들을 권리 등), v) 행복추구권, vi) 평화적 생존권, vii) 기타 헌법에 열거되지 아니한 권리(무명권)

나. 평등권

i) 주평등권 ii) 남녀평등권 iii) 신분적 평등권 iv) 종교적 평등권

v) 정치적 평등권 vi) 사회적 평등권 vii) 경제적 평등권 viii) 문화적 평등권

다. 자유권적기본권

① 주자유권 일반적 행동자유권(행복추구권의 일부)

② 신체의 자유

i) 실체적 보장, ii) 절차적 보장, iii)형사피의자와 형사피고인의 권리

③ 사회적·경제적 자유권

i) 거주·이전의 자유, ii) 직업선택의 자유, iii) 주거의 자유와 불가침, iv) 사생활의 자유와 비밀, v) 통신의 자유와 비밀, vi) 재산권의 자유

④ 정신적 자유권

i) 양심의 자유, ii) 종교의 자유, iii) 학문과 예술의 자유, iv) 언론·출판·집회·결사의 자유

⑤ 정치적 자유권

i) 정치적 표현의 자유, ii) 정당가입과 정당활동의 자유, iii) 투표와 공직선거립후보 및 선거운동의 자유

라. 생존권적 기본권

i) 주생존권, ii) 교육을 받을 권리, iii) 근로의 권리, iv) 근로3권, v) 인간다운 생활을 할 권리, vi) 환경권 vii) 가족·혼인의 순결과 보건에 관한 권리

마. 청구권적 기본권

i) 주청구권, ii) 청원권, iii) 재판청구권(구속적부심사청구권 포함), iv) 재산상 손실보상청구권, v) 형사보상청구권, vi) 국가배상청구권 vii) 범죄피해구조청구권

바. 참정권

i) 주참정권, ii) 선거권, iii) 피선거권, iv) 공무담임권, v) 국민투표권

이 중 주인간의 존엄과 가치·행복추구권, 주자유권, 주생존권, 주청구권, 주참정권 등은 개별적기본권이 규정되어 있지 않는 경우에 보충적으로 적용된다고 할 것이다

3. 새로운 기본권(생성하는 기본권)

전쟁의 공포에서 자유롭게 살 수 있는 평화적 생존권이라든가, 학습에의 권리라든가, 건강권·휴식권·일조권·알 권리 및 access권이라고 불리는 일련의 새로운 기본권이 요청되고 있다. 이러한 새로운 기본권은 헌법전에는 구체적으로 규정되어 있지 않기 때문에 헌법 제10조의 포괄적 기본권의 내포로서 인정하여야 할 것이다. 그렇지 않은 경우 헌법해석론으로서는 새로운 기본권의 근거를 발견하기가 어려우며, 이 점에서 구체적·개별적 기본권은 주기본권에서 파생한 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.

입법론으로서는 이러한 새로운 기본권을 헌법에 열거하는 것이 이를 더욱 명백히 한다는 점에서 좋을 것이다. 세계각국의 새로운 헌법은 이들 새로운 기본권을 헌법에서 규정하고 있으며, UNESCO에서는 제3세대 인권론이 논의되고 있다. 제3세대인권이란 연대권을 말하며, 박애의 정신에 입각한 것으로 보고 있다. 이에 i) 개발에 대한 권리, ii) 평화에 대한 권리, iii) 의사소통의 권리, iv) 건강하고 조화된 환경에서 살 수 있는 권리, v) 인류공동유산으로부터 이

익을 얻을 권리, vi) 인도적 조력을 받을 권리들이 주장되고 있다.⁷⁷⁾

우리 헌법은 그 동안 헌법 제10조의 주기본권에서 도출해 왔던 기본권으로서 쾌적한 환경권, 쾌적한 주거생활권, 사생활의 비밀과 자유, 범죄피해자구조청구권, 소비자보호운동권 등을 명문으로 규정하여 실정권으로 보호하고 있다. 이 밖에도 평화적 생존권·휴식권·일조권·정보청구권 등은 명문으로는 규정하지 않았으나, 헌법 제10조의 포괄적 기본권의 내포로서 인정된다고 하겠다. 정보사회화의 기본권으로 Data Base에의 access권이라든가 정보공개청구권, 사생활의 비밀보장권 등이 입법에 의하여 구체화되고 있다.

새로운 기본권은 주기본권인 자연권에서 도출되는 것이기 때문에 그 필요성이 절실한 경우에 헌법이나 법률로써 실정권화할 수 있는 것이며 실정권화되지 않는 경우에는 생성하는 자연권(das werdende Naturrecht)으로서 이를 구체화할 수 있다.⁷⁸⁾ 그러나 모든 권리주장이 기본권으로 구체화되는 것이 아니기 때문에 권리의 Inflation을 두려워할 필요는 없을 것이다.⁷⁹⁾ 왜냐하면 자연권은 보충적기본권이기 때문이다.⁸⁰⁾ 새로운 권리의 필요성이 있는 경우 법률과 판례에 의하여 보장된 다음 그 중요성이 국민적합의에 도달한 경우에는 헌법제정권력을 행사하여 헌법상의 기본권으로 규정하게 되는 것이다.⁸¹⁾

77) 새로운 기본권에 대해서는 소림직수, 현대기본권의 전개. 참조

78). 일본의 佐藤幸治는 기본적 인권을 실효성이라는 기준에서 「배경적 권리」→「실정법적 권리」(실정법규정적 근거를 가지는 권리)→「구체적 권리」(재판규범성을 가지는 권리)로 구분하여 시대의 요청에 따라서 권리성을 판단하여야 한다고 하고 있다(佐藤幸治, 헌법 p.278). 여기서 배경적 권리라고 하는 것은 주자연권을, 그것을 헌법에 규정하여 실정화한 것을 실정법적 권리라고 할 것이며 입법방침규정이나 목표규정을 제외한 것을 구체적 권리라고 할 수 있을 것이다.

79). 이를 Expansion der Grundrechte라고도 한다. Stern, a.a.o.

80). 佐藤幸治편, 헌법 II, p.96.

81). Starck도 일반적 행동자유권에서 모든 인간행동의 자유를 이끌어낼 수 있다고 본다. Starcks,

V. 결어

현행헌법상의 기본권의 법적성격과 체계에 관하여 간단히 살펴보았다. 사상사적으로 볼 때 기본권은 자연권 사상에 유래하는 것이며, 실정헌법에 따라 이 권리를 자연권으로 규정하는가, 실정권으로 규정하는가의 차이가 있다는 것을 보았다. 우리 헌법의 기본권 규정은 실정권적 규정방식과 자연권적 규정방식을 번갈아 채택하였기 때문에 기본권 해석에 혼란을 가져왔다.

현행헌법은 제10조에서 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다」고 하고 있어 이것이 기본권을 규정한 것인가 기본원리를 규정한 것인가에 대하여 논쟁이 있으나 이것은 외국의 통설과 같이 권리보장규정이라고 보아야 할 것이다. 권리보장이라고 보는 경우에는 그것이 자연권 보장이냐 실정권 보장이냐의 논쟁이 있는데 자연권임을 알아보았다.

다음에는 헌법 제10조의 권리가 포괄성을 가지는가에 대해서 검토한 결과 그것이 포괄적 권리임을 입증하였다. 인간의 존엄과 가치·행복추구권이 포괄적 권리임을 살핀 뒤 개별적 기본권과의 관계를 보았다. 끝으로 이러한 자연권으로서의 주기본권과 실정권으로서의 개별적기본권의 관계를 보고 새로운 인권은 자연권에서 파생하는 생성하는 권리임을 밝혔다.

기본권의 성격에 관해서는 법철학적·정치철학적연구가 전제되어야 하는데 여기서는 철학적검토를 하지 못한 감이 있다. 독자들의 의견을 들어 다시 논증해 보기로 한다.⁸²⁾

a.a.O. S.158ff.

82). 상세한 것은 Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcie. 1983. Dworlein, Bürgerrechte ernst genommen, 1990. Alexy, Theorie der Grundrechte 1986.

Festschrift im Bewußtsein als Grund und Menschenrechte, Festschrift für Felix Ermacora, 1988. Wittig, Bundesverfassungsgericht, und Grundrechtssystematik. Festschrift für Gebhart Müller, 1970 등 참조

자유언론과 책임언론을 위한 언론법제 - 신문의 경우를 중심으로 -

권 영 성
헌법재판소 자문위원
서울대학교 법대 교수

- 목 차 -

- I. 서 론
- II. 헌법과 언론조항
- III. 언론법제의 구조와 체계
- IV. 한국언론법제의 구조와 체계
- V. 결론

I. 서론

현대민주국가는 헌법의 차원에서 언론의 자유를 기본권의 하나로 규정하고 있을 뿐만 아니라 언론의 자유가 현실적인 자유와 권리로서 실현될 수 있도록 필요한 법제를 갖추고 있다. 하지만 각국 헌법에서 볼 수 있는 언론자유조항의 의미와 내용은 반드시 같은 것이 아닐 뿐더러 그 언론법제의 구조와 체계도 동일하지 아니하다. 거기에 더하여 산업사회가 정보사회로 이행함에 따라 언론매체의 형태와 기능까지 복합적인 것으로 발전하게 되어 언론의 자유라고 하는 것도 전통적인 의미와 성격을 그대로 유지하기 어려운 상황에 놓여 있다. 이 글은 자유언론과 책임언론이 가지는 현대적 의미와 성격이 어떤 것이며 어떠한 것이어야 하는가를 살펴보고 또 이에 상응하는 언론법제는 어떠한 구조와 체계를 가져야 할 것인가를 검토해 보고자 하는 데 그 목적이 있다.

아무튼 자유언론과 책임언론을 위한 언론법제의 문제에 접근하려고 할 경우 우리가 흔히 부딪히는 쟁점은 다음과 같은 것이라고 할 수 있다. (1) 언론이라고 할 때 언론의 개념을 어떻게 정의할 것인가, (2) 언론의 자유라고 할 때 그 자유의 내용을 무엇으로 이해할 것인가, (3) 언론의 자유는 어떠한 경우에도 제한을 받지 아니하는, 또는 받아서는 아니 될 무제한의 자유를 의미하는가, (4) 아니면 언론의 자유에도 일정한 한계가 있다고 할 것인가, 한계가 있다고 한다면 언론의 자유가 제약 받는 사유는 과연 무엇인가, (5) 우리나라의 언론법제는 이러한 문제들을 어떻게 수용하고 있는가, (6) 우리나라 언론법제의 현실은 그 체계와 내용의 면에서 합당한 것이라 할 수 있는가, 만약에 문제성을 안고 있다고 한다면 21세기에 있어

한국의 언론법제의 체계와 내용은 어떤 것(모습)이어야 하는가 등 등이 그것이다.

II. 헌법과 언론조항

현행헌법 제21조는 「①모든 국민은 언론·출판의 자유...를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가과 검열은 인정되지 아니한다. ③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다」라고 하여 언론·출판의 자유를 비롯하여 언론·출판에 대한 허가제·검열제의 금지, 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능 보장을 위한 법정주의, 언론·출판의 자유의 내재적 한계 등을 규정하고 있다.

1. 언론의 자유의 고전적 의미와 현대적 의미

고전적 의미에서의 언론·출판의 자유라 함은 사상 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정다수인에게 발표 또는 전달하는 자유를 말한다. 언론은 담화·토론·연설·방송 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 발표를 뜻하고, 출판은 문서·도화·사진·영상·조각·상징적 표현 등 문자나 형상에 의한 사상 또는 의견의 발표를 뜻한다. 그러나 현대적 의미에서의 언론의 자유라 함은 개개인을 위해

서는 사상이나 의견을 발표하고 전달하는 자유 외에 알 권리·엑세스권·반론권·언론기관설립권을 그리고 언론기관을 위해서는 취재·보도·론평의 자유와 편집·편성권 및 그 내부적 자유까지 포괄하는 의미로 사용된다¹⁾.

2. 언론자유조항의 법적 성격

언론자유조항의 성격과 관련하여 그것이 언론의 자유를 개인을 위한 기본권으로 규정한 것인가, 아니면 객관적 제도를 보장하는 것인가 하는 점에서 견해가 갈리고 있다. 근대시민혁명을 주도한 자유주의적 견해에 의하면 언론의 자유는 시민의 국가권력에 대한 소극적 지위에서 항의적·방어적 성격을 갖는 개인의 자유권을 의미하였다. 따라서 언론의 자유는 일체의 국가적 간섭이나 법적 규제로부터 해방을 의미하며 언론자유에 관하여 공공복리를 고려할 것을 요구하는 등, 일정한 의무를 부과한다거나 그것에 제도적 성격을 인정하여 객관화한다는 것은 불가능하다는 생각이 지배적이였다²⁾.

그러나 이러한 자유주의적 언론관은 현대국가가 거의 예외 없이 국민주권주의에 입각하게 되고, 국가의 정책결정은 국민의 의사에 따라야 한다는 민주주의적 요청과 관련하여 언론이 여론형성에 참여하는 중대한 기능을 떠맡게 되자 비판을 면할 수 없게 되었다. 또한 자유언론이 기업화·독점화 하는 과정에서 현저한 모순과 폐해가 나타나게 되자, 그에 대한 규제가 필요하다는 점에서 이에 대한 비판은 더욱 설득력을 가지게 되었다. 현대에 있어서 언론은 거

1). 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1997, 440면

2). 박용상, “언론기본법”, 「정치관계법」, 박영사, 1983, 127면.

대한 자본과 인원으로 조직적 역할을 수행하고, 여론 형성의 매체로서 공동체의 의사결정에 중대한 기능을 행사한다는 점에서 그 객관적·제도적 성격을 인정하지 않을 수 없게 되었다. 따라서 오늘날에는 언론의 자유가 ‘개인적·자유권적’ 측면과 아울러 ‘객관적·제도적’ 성격을 가진다고 보는 것이 지배적인 견해가 되고 있다³⁾.

이제 언론의 자유는 개인의 권리라는 측면을 넘어서 국가질서를 민주적으로 형성하는 데 불가결한 제도의 하나로 간주되고 있다.

공적인 사안에 대하여 모든 국민이 언론자유에 기초한 자유로운 의사소통을 통하여 자신의 견해를 형성하고, 나아가 이를 자유롭게 표현함으로써, 전체 국민의 의사가 여론의 형태로 나타날 수 있고, 정치에 영향을 미칠 수 있다는 것은 다원주의를 통해 구체화되는 현대 대중민주주의의 불가결한 기초인 것이다. 이와 같이 언론의 자유가 국민의 정치적 의사형성을 통한 국가질서형성에도 중요한 기능을 담당한다는 것이 인정됨에 따라 언론의 자유는 개인의 권리로서 보장될 뿐만 아니라, 언론의 전체과정 자체가 헌법적 차원에서 보호를 받게 된다⁴⁾.

다만 언론의 자유가 이와 같이 개인의 권리의 차원을 넘어 제도적으로 보장되는 단계에 이르렀다고 하더라도 자본주의가 독점단계로 진행되면서 언론산업에서도 집중과 독과점현상이 나타났다. 이렇게 되자 언론의 자유란 것은 이제 시민의 자유가 아닌 언론기업의 자유가 되어버렸다. 현대자본주의사회에서 고전적 의미의 표현의 자유는 거의 유명무실하게 되었다고 해도 과언이 아니다. 시민들 사이에서 의견표현에 제약을 받지 않는다고 하더라도, 매스미디어가 누리는 언론의 ‘자유’와는 비교가 되지 않는다. 매스미디어의 소유

3). 권영성, 전계서, 442면; 박용상, 전계논문, 120면.

4). 장영수, “언론자유와 실현구조에 관한 서설”, 『언론중재』 (1996.9), 21면

주와 저널리스트, 그리고 기고가 허용된 소수의 지식인들이 누리는 언론·출판의 자유는 가히 위력적이다. 심지어 매스미디어가 시민들 사이의 여론과는 무관하게, 더러는 목살하기까지 하면서 일방적으로 여론을 조작할 위험성마저 있다. 이러한 상황하에서 매스미디어에 의한 인권침해를 우려하게된다. 여기에 시민의 자유나 권리의 보장을 위한 공적인 규제가 보다 적극적으로 도입되어야 한다는 여론이 형성되고 있다⁵⁾.

3. 정보화사회에서의 자유언론과 책임언론

현대 산업사회의 가장 두드러진 특징 중의 하나는 정보화사회로의 발전이다. 정보화사회라 함은, 정보 자체가 어떤 재화나 에너지 이상의 유력한 자원이 되고 정보가치의 생산을 중심으로 경제사회구조가 변화·발전되어 가는 사회를 말한다⁶⁾. 이러한 정보화사회로의 발전이 항상 긍정적인 측면만을 보여온 것은 아니다. 정보화의 진전도 많은 플러스의 면과 함께, 정보의 균질화에 따른 폐단이라든가 정보과잉 속에 나타나는 정보결핍의 현상이라든가, 개인의 프라이버시 침해라든가, 컴퓨터범죄의 발생이라든가 하는 마이너스의 면도 적지않게 나타나게 될것으로 예상되는 것이다⁷⁾. 이러한 상황은 언론자유 실현에도 직접적으로 영향을 미친다. 한편으로는 현대적 정보통신수단의 발달이 언론매체를 다양화·효율화시키고 있으며, 또한 언론자유 실현구조가 변화되면서, 언론의 자유가 단순히 표현의 자유를 내용으로 하는 것에서 정보를 획득할 권리까지

5). 김동민 편저, “언론법제연구의 새로운 관점”, 「언론법제의 이론과 현실」, 한나래, 1993, 22면.

6). 권영성, 전계서, 399면

7). 팽원순, 「언론법제신론」, 나남, 1989, 74면

포함하는 것으로 확대되었다. 그러나 다른 한편에서는 이러한 발달이 개인의 자율적 삶의 형성에 미치는 영향을 우려하는 견해들이 대두대면서 개인의 자율적 정보처리권의 인정과 그 구체적 내용 범위가 새로운 문제로 제기되고 있다.

Ⅲ. 언론법제의 유형

헌법의 차원에서 언론자유조항이 규정되어 있을 경우에는 헌법이 보장하는 자유와 권리를 보다 구체적이고 현실적으로 실정법상 보장해주는 법률이 있을 것이고, 다른 한편으로는 헌법상 보장된 언론의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 국가 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 언론의 자유를 규제하는 법률들이 있을 것이다⁸⁾. 따라서 신문·잡지·방송·통신 등 언론에 관련된 사항을 규율하는 법규범의 총체를 언론법규라 하고, 언론법규의 형태와 구조와 체계를 언론법제라 한다면, 오늘날 각국에서 볼 수 있는 언론법제의 구조와 체계 및 그 운용실태는 매우 다양하다고 할 수 있다. 우리나라에서도 언론에 관한 법규는 헌법의 언론관계조항(제21조)을 비롯하여 법률, 명령(대통령령, 부령, 조례 등), 규칙(규정, 요강, 세칙, 기준 등)등 여러 가지 형태로 존재할 뿐 아니라 규제대상과 규제사항도 출판(간행물), 방송, 통신, 연극, 연예, 영화, 전파, 광고, 공직선거, 군사 및 국가기밀, 정당, 공보기구, 등록과 시설, 납본, 언론기업경영, 공정거래, 손해배상과 형사적 제재, 중재와 심의 등등 다양한 분야를 그 내용으로 하고 있다. 그래서 언론관련사항을 규정하고 있는 현행법률만도 50여 개에 이르고 있

8). 성낙인. “한국언론법제의 특징과 문제점”, 「언론중재」(1994.3), 10면

는 실정이다⁹⁾. 이와같이 「오늘날 신문·방송·통신등 언론기관은 세계 어느 나라에서나 수많은 법률에 둘러싸여 그들 법률이 정해주는 울타리 안에서만 기능하고 활동할 수 있도록 되어 있는 것이 현실이다」¹⁰⁾. 그러므로 언론학에 대한 연구 중에서 언론법제에 대한 이론적이고도 체계적인 연구는 민주정치를 구현하고 언론기능의 제고와 합리화를 위해서 대단히 중요한 작업이라 하지 않을 수 없다.

1. 기능과 내용을 기준으로 한 언론법제의 유형

이처럼 다양한 형태와 복잡한 구조를 가지고 있는 각국의 언론법제도 그 기능과 내용을 기준으로 할 때, (1) 전제군주국가형(언론통제주의적) 언론법제, (2) 시민민주국가형(언론자유주의적) 언론법제, (3) 현대법치국가형(언론책임주의적) 언론법제, (4) 전체주의국가형(언론도구주의적) 언론법제 등으로 유형화할 수 있다¹¹⁾.

(1) 전제군주국가형 언론법제는 시민혁명이전의 전제군주국가는 물론이고 19세기 독일의 비스마르크헌법이라든가 일본의 명치헌법 체제등에서 볼 수 있었던 유형으로서, 헌법의 차원에서는 언론(표현)의 자유를 법률의 유보하에 두고(법률에 의한 제한가능성을 예고하는 것)있었을 뿐 아니라 검열제와 허가제를 통하여 언론에 대

9). 「1982년에 관훈클럽신영연구기금이 편찬한 ‘한국언론법령전집’에는 해방이후 1981년까지 공포된 헌법, 각종법률, 법령, 고시, 훈령, 예규들이 수록되었는데, 여기에 수록된 언론관계법령을 정리한 결과 모두 364종이나 되었다」 고한다(정진석, “국내언론법과 언론법제연구의 변천”, 「언론중재」, 199봄호, 26면)

10). 뢰원순, 전개서, 33면.

11). 뢰원순(상게서, 35면) 교수는 정치체제와 정치철학을 기준으로 언론법제를 권위주의형, 자유주의형, 사회책임론형, 공산주의형의 네 가지 유형으로 분류하고 있다. 한병구(언론법제통론, 나남, 1990, 312면) 교수는 「역사적으로 볼 때 언론법의 사조는 첫째 법이 언론에 대하여 무관심한 사조, 둘째 법이 언론에 대하여 통제하는 사조, 셋째 법이 언론자유를 보장하는 사조, 넷째 언론의 자유와 공공복리를 조화시키고자 하는 사조의 네 가지로 분류할 수 있다」 고 한다.

한 통제·억압정책을 강행하였으며 심지어 정부 비판적 언론활동에 대하여는 형사처벌까지 예정하고 있었다¹²⁾. 따라서 이들 국가에서는 언론의 자유라는 것이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 아니하였다.

(2) 시민민주국가형 언론법제는 미연방헌법과 2차대전이후의 일본헌법체제 등에서 볼 수 있는 유형으로서, 검열제와 허가제가 금지될 뿐 아니라(사전제한금지의 원칙) 언론(표현)의 자유가 신성불가침의 자율 관념 되어 언론의 자유가 거의 무제한으로 보장된다(언론자유 의 천부인권론). 이들 국가에서는 언론의 자유가 그 밖의 시민적 자유에 비하여 우월적 가치를 갖는 것으로 인식되고(언론의 자유의 우월론), 언론활동에 대한 규제는 원칙적으로 허용되지 아니하며, 단지 타인의 명예를 훼손하거나 외설·선동 등의 경우에 한하여 그 법적 책임추궁이 가능하고(명백·현존위험의 원칙) 그 경우에도 그 헌법 제21조는 「언론·출판 기타 모든 표현의 자유는 이를 보장한다. 검열은 이를 하여서는 아니 된다」라고 규정하여 언론의 자유에 관한 한 법률의 유보까지도 지양하고 있을 뿐 아니라, 법률의 차원에서 언론활동 그 자체를 직접 규율하는 법제는 존재하지 아니하는 상황이다.

(3) 현대법치국가형 언론법제는 프랑스의 인권선언, 2차대전이후의 독일기본법 그리고 스웨덴헌법체제 등에서 볼 수 있는 유형으로서, 이들 국가에서는 언론의 자유를 원칙적으로 보장하되 언론의 자유에도 일정한 한계를 설정하여 그 자유를 남용하는 경우에는 규제를 가할 뿐 아니라 언론의 자유와 공익과의 적절한 조화를 추구

12). 전제군주국가에서는 언론을 통제·탄압하는 법제 중 몇가지를 예시하면 영국의 Chamber Decree of 1586, Act of Regulating Printing(1647), Licensing Act(1662), Stamp Act(1712) 등, 독일의 Reichspressegesetz(1874), Schriftleitergesetz(1933) 등, 일본의 출판법(1893), 군기보호법(1899), 신문지법(1909), 치안유지법(1925), 국가총동원법(1938) 등을 들 수 있다.

하고 나아가 언론의 사회적 책임을 특히 강조하고 있다(언론의 사회적 책임론), 프랑스의 경우, 인권선언 제1조는 「사상과 의사의 자유로운 표현은 인간의 가장 중요한 권리 중의 하나이다. 모든 시민은 자유로이 발언하고 기술하고 인쇄할 수 있다. 다만 법에 의하여 규정된 경우로서 그 자유를 남용한데 대해서는 책임을 져야 한다」라고 하였다. 독일의 경우, 그 기본법 제5조는 「누구든지 언어, 문서 및 도형으로써 자유로이 의견을 발표하고 전달하며 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 아니하고 알 권리를 가진다. 출판의 자유와 라디오 및 영화를 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다. 이러한 권리들은 일반법률, 청소년보호를 위한 법률, 개인의 명예권에 의하여 제한된다」라고 하고, 동기본법 제18조는 「의견발표의 자유, 특히 출판의 자유 등을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위하여 남용하는 자는 이 기본권을 상실한다. 그 상실여부와 정도는 연방헌법법원이 선고한다」라고 하여, 정당한 언론의 자유는 최대한 보장하면서도 언론의 자유에도 일정한 한계가 있음을 강조하고 있을 뿐 아니라 언론의 자유를 남용할 경우에는 사법적 절차에 따라 언론의 자유를 박탈할 수도 있음을 규정하고 있다. 요컨대, 이들 국가의 경우에는 언론에 있어서 그 자유와 그 사회적 책임이 조화를 유지할 수 있게 하고 있다는 점이 특색이라 할 수 있다(자유와 책임의 조화론).

(4) 전체주의국가형 언론법제는 페레스트로이카 이전의 소련과 중국 그리고 동구 공산국가들에서 볼 수 있는 유형으로서, 개인을 의한 언론의 자유는 명목적인 것일 뿐이고 제도언론의 기능도 오로지 프롤레타리아 독재와 공산주의사회의 건설이라는 국가목적에 위하여 대중을 선동하고 대중을 교육하고 대중을 조직하는 기능 등에 한정하고 있다. 구소련의 경우 그 헌법 제50조는 「인민의 이익에

봉사하고 사회주의제도를 강화하기 위하여 소련시민들에게는 언론·출판…의 자유가 보장된다」라고 규정하였었다¹³⁾

2. 체제 내지 구조를 기준으로 한 언론법제의 유형

언론관련사항들을 단일법제화하는 것은 그 다양성과 복잡성으로 말미암아 현실적으로 불가능하기 때문에, 언론법규는 무수히 존재할 수밖에 없다. 하지만 언론관련사항들을 어떤 범주로 분류하고 또 그에 대응하여 어떠한 형태의 법령이 존재하고 그 법령들이 어떤 수준에서 언론관련사항들을 규율하는가 하는 문제를 언론법제의 체계와 구조에 관한 문제라고 할 때 각국의 언론법제는 (1) 다원적·수평적 규율체제와 (2) 이원적·수직적 규율체제로 유형화할 수 있다.

(1) 다원적·수평적 규율체제는 미국·영국·일본 등 영미법계의 언론법제에서 흔히 볼 수 있는 유형으로서, 이들 국가에서는 언론에 관한 기본법이라는 것이 존재하지 아니하고 잡다한 언론관련사항들을 영역별로 분류하여 규율할 뿐 경중을 가리지 아니하고 모든 언론관련사항들을 수평선상에 놓고 여러 개별적 법령들로써 규율하는 언론법제를 택하고 있다¹⁴⁾.

13). 언론의 자유에 관한 각국헌법의 입법례에 관해서는 권영성, 「비교헌법학」, 법문사, 1981, 458-562면 참조

14). 예컨대, 미국의 경우는 Newspaper Preservation Act(1970: 연방법전 1801-1804), 통신법(연방법전 제47편 제5장), 음란물법(U.S.Code 18 chapter 71), Freedom Information Act/FOIA, Privacy Act, Sunshine Act, Communications Satellite Act of 1962, 국가통신정보관리기구법(NTandAOAct) 등이 있고, 영국의 경우는 The Stamp Duties on Newspaper Act(1863), 음란물출판법(1959), 텔레커뮤니케이션법, 텔레커뮤니케이션공사법, 통신물차단법, 명예훼손법, 중상법(1845), Newspaper Libel and Registration Act(1881), 데이터보호법, 공직자비밀유지법 등이 있으며 일본의 경우는 일간신문의주식과지분의양도제한에 관한법률, 전과법, 유선전기통신법, 전기통신사업법, 진신전화주식회사법, 프로그램저작물의등록특혜에 관한법률, 행정기관이보유하는전자

(2) 이원적·수직적 규율체제는 독일·프랑스·스웨덴 등 대륙법계의 언론법계에서 볼 수 있는 유형으로서, 이들 국가에서는 언론관련사항들 중 기본적인 사항과 모든 언론활동에 공통된 사항들은 이들을 한데 묶어 기본법의 형태로 규정하고 그 밖의 개별적·특수적인 사항들은 산발적인 특수·개별법의 형태로 규율하는 언론법제를 택하고 있다. 독일의 경우를 보면, 신문과 출판에 관한 기본적이고 공통적인 사항은 출판법(신문법)¹⁵⁾이라는 기본법에서 규정하고, 개별적이고 특수한 사항들은 이를테면 납본에관한법률, 데이터보호법, 개인정보보호법, 청소년에유해한출판물의반포에관한법률, 질서유지법, 경연조직법, 부정경쟁방지법 등등 개별법률로써 규율하고 있다. 스웨덴의 경우는 기본법에 해당하는 것으로 표현의자유에관한법과 출판의자유법이 있으며 개별적·특수적 법률로서는 전기통신법, 전기통신기구법 등등이 있다. 프랑스의 경우에도 기본법으로서 출판의자유에관한법률이 있고, 개별적·특수적 법률로서 출판의법적제도개선에관한법률, 국영인쇄소에관한법률, 납본에관한법률, 정보처리과일의자유에관한법률 등등이 있다.¹⁶⁾

3. 법규범과 윤리강령의 구별여부를 기준으로 한 유형

계산기처리의개인정보의보호에 관한 법률 등이 있다.

15). 독일 각주의 출판법(신문법)의 내용은 출판의 자유와 의무 그리고 기타 사항으로 구성되어 있는데 ① 출판의 자유로는 출판의 자유보장(§1), 허가의 금지(§2) 출판의 공적 입무(§3), 행정청의 정보공개의무(§4), 출판의 개념규정(§7), 등을 규정하고 ② 출판의 의무로는 발행인표시의무, 책임편집선입의무, 납본의무, 주의의무, 반론계제의무, 광고표시의무, 질서존중의무 등을 규정하고, ③ 기타 사항으로는 책임편집인의 자격, 압류, 형사책임 등을 규정하고 있다. 이러한 내용의 독일 각주 출판법(Landespressegesetz)의 성격과 기능 등에 관하여 자세한 것은 박용상, 「언론의 자유와 공적 과업」, 교보문고, 1982, 204면 이하 참조

16). 각국의 언론법규 중 미국·영국·프랑스·독일·스웨덴·일본의 것은 한국언론연구원 편 「세계언론법」(상), (하), 서울: 한국언론연구원, 1995을 참조하였음.

언론관련사항을 규율하는 방식에는 법규범으로 규율하는 방식과 윤리규범으로 규율하는 방식이 있는데, 각국의 실태를 보면 언론법체로서 성문의 법규만을 가지고 있는 국가와 성문의 법규범과 더불어 불문의 관습법이나 성문의 윤리강령까지 가지고 있는 국가가 있다. 전자의 예로서는 독일과 프랑스의 경우를 들 수 있고, 후자의 예로서는 미국·영국·스웨덴·일본의 경우¹⁷⁾를 들 수 있다.

VI. 한국언론법제의 구조와 체계

한국의 언론법제의 구조와 체계는 헌법규범의 차원에서 본다면, 현대법치국가형에 해당하는 것이 아니면 안 된다. 우리 헌법이 제 21조에서 「① 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다. ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다」라고 하여, 한편으로는 허가나 검열이 금지되는 언론의 자유를 두텁게 보장하면서도 다른 한편으로는 언론의 자유에 한계

17). 예컨대, 미국의 경우는 NBC·CBS·ABC TV의 Television Network Program Standards, Radio-Television News directors Association Code of Broadcast News Ethics, American Society of Newspaper Editors Statement of Principles, Society of Professional Journalists Code of Ethics 등이 있고, 영국의 경우는 언론불만처리위원회(PCC)강령(The Code of Practice: the Press Complaints Commission), BBC Producer's Guidelines(1993) 등이 있으며, 스웨덴의 경우는 The Code of Ethics of the Press, Radio and TV(1923)이 있고 일본의 경우는 민간방송 연맹방송 기준, TV시청자의 권리현장 등이 있다.

를 설정하고 그 남용을 금지하고 있기 때문이다. 또한 헌법 제77조는 비상계엄하에서는 언론·출판의 자유에 대하여 특별한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에서는 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」고 하여 언론자유에 대한 제한가능성을 열어 놓고 있다.

1. 헌법규범과 언론현실의 괴리

이상과 같은 헌법 규범적 요청에도 불구하고 한국언론법제의 실태는 적어도 그 운용면에서 볼 때, 오히려 시민민주국가형의 범주에 드는 것이 아닌가 하는 인상을 주고 있다. 그것은 다분히 수십 년간 군사정부에 의한 혹독한 언론탄압의 체험에 대한 반작용 때문인 것으로 보여지기는 하지만, 최근에 와서 한국언론(특히 언론기관의 활동이 중심이 되는 제도언론)은 그 언론의 자유를 만끽하다 못해 그 자유를 남용하고 있는 듯한 인상마저 주고 있기 때문이다. 이러한 상황에서 국민들은 언론의 불공정하고 상업주의적이고 선정주의적인 보도와 논평에 대하여 비난과 더불어 자제와 자성을 촉구하고 있는 지경에 이르고 있다. 그럼에도 불구하고 법제의 차원에서는 언론기관들에 의한 이러한 언론자유 남용을 견제할 적절한 법적·제도적 장치를 전혀 고려하고 있지 않을 뿐만 아니라 그로 말미암아 언론의 배타적·독선적 경향이 갈수록 심화되고 있는 듯한 인상마저 주고 있기 때문이다.

또한 법의 체계와 구조라는 관점에서 볼 때에도, 한국의 언론법제는 다원적·수평적 규율체계에 안주하여 그 체계적 정합성과는 거리가 먼 수준에서 탈피하지 못하고 있는 실정이다.

그리고 우리나라는 미국·영국·스웨덴·일본 등의 예에 따라 성문의 언론법제 외에 언론에 관한 윤리규범까지 가지고 있다. 특히 신문의 영역에서 「우리 언론인은 자유롭고 책임 있는 언론을 실현해 우리에게 주어진 사명을 다할 것을 다짐한다」라고 하면서 1957년에 신문윤리강령을 비롯하여 신문윤리실천요강·신문광고윤리강령·신문광고윤리실천요강·신문광고윤리강령에 따른 규제세칙 등을 제정한 바 있고 1996년 4월에는 이를 시대상황에 부응할 수 있도록 발전적으로 수정·보완한 바 있다 그러나 윤리강령에 따라 신문이 국민의 알권리를 실현하는 데 있어 최선을 다하고 있는지, 사회의 공기로서 그 막중한 책임을 수행하고 있는지, 과연 자주성을 유지하고 있는지, 보도와 평론에 있어 정확성·객관성·공정성을 확보하고 있는지, 개인의 명예와 사생활을 존중하고 있는지, 독자에게 반론과 의견개진의 기회를 충분히 제공하고 있는지, 언론인으로서의 품위를 유지하고 있는지 물어보지 않을 수 없다. 신문이 그 윤리강령을 제대로 준수하고 있다면 오늘날 한국언론에 대한 비판과 비난이 이토록 심각한 지경에 이르지는 않았을 것이기 때문이다.

2. 구조와 체계상의 문제점

현재 한국의 언론법제가 안고 있는 문제상황을 극복하기 위해서는 언론법제의 기능과 내용이 헌법의 요청에 따라 현대법치국가형으로 거듭나야 할 뿐 아니라 언론법제의 체계와 구조도 이원적·수직적 규율체제로 전환되어야 하고, 언론활동에 관한 강제규범과 자율적

규범이 명확하게 분화되지 않으면 안 된다고 본다.

첫째, 시민민주국가형 언론법제는 언론의 자유를 남용하거나 제도 언론의 독선적 경향과 배타적 행태를 바로잡는(시정하는) 데 적절한 것이 될 수 없기 때문이다. 흔히들 한국에 있어서 언론의 자유는 언론기관과 언론기관종사자(제도언론)만을 위한 자유를 의미하는 것일 뿐 시민을 위한 자유는 아니며, 언론의 자유는 어떠한 이유로든 또 어떠한 경우든 제한될 수 없는 절대적 자유인 것으로 오해하고 있는 경향이 있다. 「언론의 자유라는 것은 이제 ‘시민(혹은 국민)’ 이 아닌 ‘언론기업’의 자유가 되어버렸다」고 하고¹⁸⁾, 한국은 언론기관의 천국이라는 것이다¹⁹⁾. 언론의 공정성·객관성·중립성 등을 비판하거나 언론의 상업주의·선정주의 등을 비난하는 것조차 곧 언론의 자유에 대한 도전으로 오해하고 있는 실정이다. 거기에다 일반시민이 언론기관에 자유로이 접근한다는 것은 물론 언론의 해악(오보·과장보도·허위보도 등)으로 말미암아 피해를 입은 경우에도 적절한 구제의 기회를 갖는다는 것이 거의 기대하기 매우 어려운 상황이다. 거기에 더하여 우리의 제도언론은 여론을 조작하고 있는 것이 아니냐 하는 의혹마저 갖게 하고 있는 실정이다. 어쨌든 제도언론의 존재가치는 언론이 시민적 자유를 보장하고 민주주의를 유지·수호하는 파수병역할을 담당한다는 바로 그 점에 있다고 볼 때, 앞으로 우리의 언론법제는 언론이 건전한 여론형성에 기여하고, 객관적이고 공정한 보도자세를 견지하며 또 상업주의와 선정주의의 타성을 버리고 언론과 공익과의 조화를 추구하고 시민

18). 김동민 편저, 상계서, 16면.

19). 4월 7일 한국신문협회는 제41회 신문의 날을 맞아 「국민과 독자들이 언론인을 믿고 존경하는 사회를 만들기 위하여 언론의 자기반성과 자기혁신이 있어야 한다」고 다짐까지 하는 자기반성과 더불어 「확인보도 책임언론 공정보도 공익언론」을 표방함으로써 국민에게 모처럼 신선한 느낌을 가지게 하고 한국언론의 장래에 대하여 낙관과 희망을 안겨주고 있다.

의 언론에의 접근을 보다 용이하게 하는데 좀 더 적극적인 노력을 기울여야 할 것이다²⁰⁾.

둘째, 언론법제의 체계와 구조도 18·9세기적인 다원적·수평적 규율 체제를 지양하고 20세기적인 이원적·수직적 규율체제로 정비하는 것이 바람직하다고 본다²¹⁾. 다원적·수평적 규율체제는 동일사항의 중복적 규율과 복잡한 언론관련법원(법원) 때문에 멀티미디어의 발달에 따른 복잡한 언론활동을 적절히 지원 또는 규제할 수 없을 뿐만 아니라 언론법제의 체계적 이해까지도 지극히 어려운 것이 되게 하고 있기 때문이다²²⁾.

20). 김동민(상계서, 22면) 교수는 「언론기업에 경시되어 있는 표현의 자유는 경계되어야 하며, 자본주의사회에서 규제는 필연적이다. 신문·방송·광고 등에 대한 규제를 무조건 백안시하는 것은 바람직하지 못하다. 정치적 목적의 통제나 정부의 규제는 배제해야겠지만 공적인 규제는 보다 적극적으로 도입되어야 한다. 언론의 보도가 개인의 명예를 훼손하거나 사생활을 침해했을 경우 법적 제재를 가하는 데 반대할 사람은 없다. 무책임하고 비윤리적인 기사와 프로그램 및 광고에 대한 규제는 오히려 더욱 강화되어야 할 필요가 있다. 기사와 프로그램 및 광고가 규제의 대상이 되는 것은 자본주의사회에서는 불가피한 현상이다. 그것들은 공익보다는 이윤을 추구하는 사적 기업들간의 치열한 경쟁의 산물이기 때문이다」라고 진단하고 있다.

21). 한국의 법제분야에서 이원적·수직적 규율체제의 여러 예 중 몇 가지만을 든다면, ① 환경분야에서는 기본법으로 환경정책기본법이 있고 개별·특수법으로 자연환경보전법, 대기환경보전법, 토양환경보전법, 해양환경보전법, 먹는물관리법, 환경관리공단법, 환경영향평가법, 환경피해분쟁조정법, 환경범죄의처벌에관한특별조치법 등등이 있고, ② 사회보장분야에서는 기본법으로 사회보장기본법이 있고, 개별·특수법으로 생활보호법, 사회복지사업법, 아동복지법, 장애인복지법 등등이 있고, ③ 조세분야에서는 기본법으로 국세기본법이 있고, 개별·특수법으로 국세징수법, 소득세법, 법인세법, 조세감면규제법, 조세범처벌법, 조세범처벌절차법 등등이 있고, ④ 농업분야에서는 기본법으로 농업기본법이 있고, 개별·특수법으로 농촌진흥법, 농지법, 농산물가격유지법, 농산물검사법, 농수산물수출진흥법, 농약관리법, 농어업재해대책법, 농어촌발전특별조치법, 농어촌정비법, 농업협동조합법, 농업기 계화촉진법 등등이 있다. 그 외에도 고용관계분야, 관광분야, 여성보호분야, 영상분야, 전기 통신분야 등의 법제가 이원적·수직적 규율체제를 택하고 있다.

22). 우리나라의 현행 언론관련법제를 보면 (1) 직접적인 언론관련법으로서 ① 정기간행물등등록에관한법률, ② 외국정기간행물수입배포에관한법률, ③ 방송법, ④ 한국방송공사법, ⑤ 유선방송관리법, ⑥ 종합유선방송법, ⑦ 공연법, ⑧ 영화진흥법, ⑨ 영상진흥법, ⑩ 컴퓨터프로그램보호법, ⑪ 음반에관한법, ⑫ 음반및비디오물에관한법률, ⑬ 출판사및인쇄소의등록에관한법, ⑭ 옥외광고물관리법, ⑮ 전파법, ⑯ 통신비밀보호법, ⑰ 전기통신기본법, ⑱ 전기통신사업법, ⑲ 한국전기통신공사법 등등이 있고, (2) 간접적인 언론관련법으로는 ① 도서관및독서진흥법, ② 식품위생법, ③ 물가안정에관한법률, ④ 약사법, ⑤ 의료법, ⑥ 부정경쟁방지법, ⑦ 직업안정법, ⑧ 해근기

셋째, 언론활동에 관하 강제규범(법규범)과 자율규범(윤리적 강령)이 좀더 명료하게 분화되어야 함에도 불구하고 이것이 제대로 정비되지 못한 단계에 있다²³⁾. 방송법(제5조)이 방송의 공정성과 공공성 문제를 강제규범인 법규범으로 규정하고 있는 것이 그 단적인 예이다.

3. 한국언론법제의 정리방향

가. 기본법과 개별법의 이원화

결론적으로 말해서, 신문·잡지·방송·통신·뉴미디어 등 모든 언론관련사항(언론활동국면) 중 기본적인 공통된 사항은 기본법에 해당하는 언론기본법(가칭)으로써 규정하고, 그밖의 개별적·특수적 사항들은 예컨대 신문법(출판법), 방송법, 통신법, 영상물법, 공연법, 광고물법, 음란물법, 명예훼손방지법, 언론분쟁조정법 등 개별법률로써 규정하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

이러한 규율체제를 선택할 경우, 최소한 ① 언론(취재·보도·논평 등)의 자유를 구체화하는 문제, ② 언론의 소유구조문제(언론의 독

법, ⑨ 군형법, ⑩ 군사기밀보호법, ⑪ 군사시설보호법, ⑫ 국가안전기획부법, ⑬ 국가보안법, ⑭ 집회및시위에관한법률, ⑮ 형법, ⑯ 민법, ⑰ 경범죄처벌법, ⑱ 가사소송법, ⑲ 소년법, ⑳ 아동복지법, 미성년자보호법, 윤락행위등방지법, 계엄법, 공직선고및선거부정방지법, 국민투표법, 국회법, 정당법, 부가가치세법, 법인세법, 소득세법, 기부금품모집규제법, 우편법, 법원조직법, 저작권법, 한글전용에관한법률 등이 있다.

23). 물론 언론의 자율규제를 비판적으로 전망하는 견해도 없지 아니하다. 예컨대, 김동민 교수(상계서, 24면)같은 이는 「자율규제는 불가능하다. 법적·공적 규제만이 기업과 언론의 상업주의로부터 시민의 건전한 소비와 여가를 보장할 수 있을 것이다. 자율규제는 고양이에게 생선을 맡기는 것과 다를 바 없다. 시민의 언론·표현의 자유는 적극적으로 보장되도록 하는 반면에, 언론의 상업주의에 대해서는 보다 철저한 규제가 필요하다. 그러나 현실은 그 반대로 되어 있다. 시민의 자유는 위축시키는 반면 언론사의 이윤추구행위는 활성화되어 왔다. 표현의 자유를 시민의 것으로 되찾기 위한 시민의식의 성장과 시민운동의 발전, 그리고 그것을 위한 법제연구의 방향 설정이 요청되는 시점인 것 같다」라고 하고 있기 때문이다.

과점방지, 소유와 경영의 분리 등), ③ 언론의 경영에 관련되는 문제(공정거래, 탈세·정언유착·광고예약의 방지 등), ④ 편집·편집권의 독립성보장문제, ⑤ 정보공개청구와 취재원보호문제, ⑥ 시민을 위한 알 권리와 반론권등 액세스권의 보장문제, ⑦ 광고에 관련되는 문제(광고의 자유와 한계 등), ⑧ 언론분쟁(언론기관 대 언론기관, 언론기관 대 시민, 언론기관 대 공권력간)의 중재문제, ⑨ 언론의 윤리성 제고와 사회적 책임의 한계문제, ⑩ 언론의 법적 책임문제(언론의 자유를 남용한 경우와 그에 대한 제재 등), ⑪ 언론의 자율적 규제문제(자율적 규제방식과 자율규제기구 및 자율규제절차 등) 등은 언론기본법(가칭)에서 규정되어야 할 것이다.

나. 법규범과 윤리규범의 구분

그리고 언론관련사항 중 법적 규율의 대상이 되어야 하는 사항과 자율적 규제의 대상이 되어야 할 사항을 준별하여, 법은 자율적 규제에 관한 근거규정(언론윤리기구의 설치, 언론윤리위반행위에 대한 제재방법과 정도 등)만을 두고, 언론윤리규범의 내용, 언론윤리기구의 구성방법, 언론윤리위원회위원의 선임, 언론윤리규범 위반여부의 심의절차, 제재여부와 제재정도의 선택 등은 법규범이 아닌 언론윤리규범으로 규정하도록 해야 할 것이다. 자율적 규제기구에 관하여 법적 근거가 없거나 법적 근거가 없는 제재는 자율적 규제 그 자체가 실효를 거둘 수 없기 때문이고, 또한 윤리규범의 내용, 윤리기구의 구성방법, 윤리위원회위원의 선임, 심의절차 등까지 법으로 규율할 경우에는 그것이 타율적 규제의 성격을 가지게 되어 위헌의 여지가 있기 때문이다.

V. 결론

상술한 언론법제정비작업은 장기간에 걸친 심도 있는 논의를 통해 국민적 공감대가 형성되는 경우를 전제로 하는 것이지만, 그 이전에도 현행 언론법제가 안고 있는 문제성은 언론법규/개정작업을 통해서 하루속히 시정되어야 할 것이다. 이를테면 현행언론관련법규 중 언론의 자유를 부당하게 제한하거나 위협하는 조항²⁴⁾, 그 의미내용이 애매모호한 조항²⁵⁾, 언론의 세계화를 저해하는 조항, 미디어 융합시대에 역행하는 조항²⁶⁾들은 하루속히 정비되어야 할 것이고, 또한 언론과 공익과의 충돌을 조정하고, 정보의 자유로운 유통을 촉진하고, 언론구조의 변화를 적절히 수용할 수 있기 위한 입법보완조치도 강구되어야 할 것이다.

24). 예컨대 정기간행물의등록등에관한법률의 제12조와 제12조의 2의 발행정지 및 직권등록취소에 관한 조항, 동법 제9조의 발행인 및 편집인의 결격사유에 관한 조항, 동법 제22조의 형벌조항 등이 그것이다. 정기간행물의 등록 등에 관한 법률에 관해서는 또 다른 관점에서 그 개정의견이 제시되고 있는데 이를테면 민주사회를 위한 변호사모임이 ① 제벌의 신문사소유금지 및 특정인의 신문사소유집중률을 30%이하로 제한할 것, ② 소유·경영·편집의 분화를 피할 것, ③ 지면의 사유물화를 방지하기 위한 편집의 자율성보장을 법적·제도적으로 뒷받침하기 위하여 편집규약을 삽입할 것 등을 주장한다든가, 국회의원 중에서도 제벌의 언론사지배를 저지하고자 ① 특정기업 또는 개인의 언론사주식 취득상한을 현행 2분의 1에서 3분의 1로 낮출 것, ② 특정제벌의 사실상의 언론사소유를 제한하고자 주식취득 제한대상에 해당기업의 주주, 임원 및 관련재단을 포함시킬 것 등을 주장하는 의견들이 그것이다(한국법제연구원, 「최근입법의견동향」, 1996. 3., 30면 및 「입법의견동향」, 1997. 3., 21면 참조)

25). 예컨대 국가보안법 제7조 제5항의 반국가적 행위의 고무·찬양을 위한 표현행위처벌조항, 동법 제10조의 불고지조항, 공공기관의정보공개에관한법률 제4조 제3항의 법적용범위, 경간법 제16조 제3항의 「정당한 이익」 등이 그것이다.

26). 예컨대 전자신문, 뉴스전광판, 전자게시판, VOD 등의 규제라든가 일간신문, 통신, 방송 등이 융합메체화하고 있음에도 이들을 엄격히 구분하고 있는 점 등이 그것이다.

헌법상 종교의 자유

계 희 열

헌법재판소 자문위원
고려대학교 법대 교수

- 목 차 -

I. 서론

II. 종교의 자유와 개념

III. 종교의 자유와 내용(=보호영역)

IV. 침해형태

V. 종교의 자유와 법적 성격

VI. 종교의 자유와 주체

VII. 종교의 자유와 효력

VIII. 종교의 자유와 제한의 한계

IX. 국교의 부인과 정교분리의 원칙

I. 서론

인간은 육체·심령·정신의 총합체(Libe-seele-Geist-Einheit)로서 영적 존재이기 때문에 영적 평안과 행복 없이 인간은 자유로울 수 없고 행복할 수도 존엄할 수도 없다. 그렇기 때문에 우리 헌법은 종교의 자유를 규정하고 이를 보장하고 있다. 종교의 자유는 기본권의 역사에 있어서 가장 오래된 것 중 하나일 뿐만 아니라 기본권 보장의 역사에 있어서 매우 중요한 역할을 하였고 양심의 자유와 함께 정신적 자유의 기초를 확립하였다. 더 나아가 공동체와 국가의 질서를 형성하는 기초가 되는 기본권이다.

인간은 생로병사의 유한한 인생, 능력의 한계, 공포, 비애 등 때문에 전지전능한 신의 존재를 믿고 신에 의존(귀의)하려는 것은 인간의 역사와 더불어 시작되었음을 볼 수 있다. 그런데 신에 대한 신봉이 항상 자유롭지만은 않았다. 여기에 정치권력의 개입과 밀착은 많은 문제를 일으켜 왔음을 볼 수 있다.

특히 중세 유럽에서는 기독교가 국교로 공인되고 다른 종교의 신앙이 허용되지 않음으로 그에 반하는 자를 (때로는 정치적, 기타의 이유로) 이단자로 보고 가혹한 처벌을 가하는 등 많은 문제가 제기되었다. 즉 정치권력과 결합된 종교의 타락과 부패는 정치적·사회적으로 많은 문제를 야기 시켰다. 이와 같은 부당한 제도에 대항하여 종교의 자유를 확립하기까지는 오랜 시간과 많은 노력이 필요했다. 특히 종교를 국가권력으로부터 분리시키고 국가가 특정 종교에 대한 특혜나 차별대우를 하지 못하도록 하는 것은 쉬운 일이 아니었다.

1517년 루터(M. Luther)에 의해 시작된 종교개혁은 유럽전역을 소

용들이로 몰아 넣었고 1555년의 아우그스부르크평화협정(Augusburger Religionsfrieden)과 1648년의 베스트팔리아평화협정(Westfälische Frieden)을 거치면서 신·구교간 관용의 싹이 트이기는 했으나 개인의 권리로서의 종교의 자유는 보장되지 못하였다. 완전한 종교의 자유가 주장되면서 법적으로 보장되기 시작한 것은 17세기초부터 미국으로 이주한 식민지에서 였다.¹⁾

1647년 영국의 인민(Agreement of the People)에도 종교의 자유가 규정되기는 했으나 발효하지 못하였다.²⁾ 종교의 자유가 법적으로 처음 인정된 것은 1647년 미국식민지(Rhode Island)의 법에서 였고 명시적으로 처음 규정된 것은 1663년 영국의 왕에 의해 미국식민지(Rhode Island 등)에 부여된 식민지헌장에서 였다.³⁾ 18세기말에 와서야 종교의 자유가 헌법과 인권선언에 본격적으로 채택되었고⁴⁾ 오늘날 세계각국의 헌법은 거의 예외 없이 종교의 자유를 규정하고 있다. 국제적 차원에서조차 종교의 자유의 보호를 규정하고 있다.⁵⁾

우리 헌법은 건국헌법 이래 종교의 자유를 양심의 자유와 함께 규정했었다(제12조 1항). 그러나 1962년의 (제3공화국)헌법에서부터 종교의 자유가 분리되어 독자적 기본권으로 오늘에 이르고 있다.

1). 이상에 관하여 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: J.Isensee und P.Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI 1989, §136, Rdnr.6ff., 특히 23ff.; G.Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1.Aufl. 1895), in: R.Schnur(hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, 39ff. 또한 60ff. 참조.

2). 1647년 10월 28일의 인민협약(Agreement of the People) VI 1. G.Jellinek, 위의 논문 (주 1), S.73 이하에 수록된 이 협약의 내용 참조.

3). G.Jellinek, 위의 논문 (주 1), S.46; U.K.Preuß in: GG-AK, 2.Aufl. 1989, Art4 Abs.1 Rdnr.1 참조

4). 1776년의 버지니아권리장전(제16조); 미약하게나마 1789년의 프랑스인권선언(제10조); 1776년의 버지니아주헌법(제16조); 1791년의 미국연방수정헌법(제1조). 자세한 것은 R.Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4(Drittbearbeitung) 1989, S.61f. 참조

5). 1948년의 세계인권선언 제18조; 1966년의 국제인권규약(B규약) 제18조; 1950년의 유럽인권규약 제9조. 자세한 것은 R.Zippelius, 위의 글 (주 4), S.62f. 참조

현행헌법 제20조 1항은 『모든 국민은 종교의 자유를 가진다』 하고 하여 종교의 자유를 보장하고 있고, 제2항은 『국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다』 라고 하여 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있다. 이처럼 간결하게 규정된 종교의 자유를 어떻게 이해할 것인지에 관하여, 즉 종교의 자유의 개념, 내용, 법적 성격 등 여러 가지 헌법적 문제에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 종교의 자유와 개념

종교의 개념은 관점에 따라 다양하게 정의할 수 있다.⁶⁾ 종래 전통적인 종교의 파악방법으로 초월적 존재(supreme being)를 전제하고 종교란 인간과 창조주와의 관계, 그 존재에 대한 외경과 순종이라고 하여⁷⁾ 종교의 본질을 인간관계에서 발생하는 것 보다 훨씬 숭고한 의무를 지는 인간의 신에 대한 관계라고 보는 것이다⁸⁾. 그러나 국가는 모든 종교에 대하여 중립적이어야 하기 때문에 이러한 기독교적 개념은 적절하지 못하다⁹⁾. 따라서 중립적인 관점에서 볼 때 종교의 핵심을 이루는 신앙이란 초월적 세계의(피안의 세계의) 힘에 대한 주관적 확신을 말한다. 그러한 힘은 인격신이나 비인격

6). 종교의 개념을 파악하는데 있어서 국어사전적 개념이 도움이 될 수 있다.

종교란 신이나 초자연적인 것, 즉 자연의 합리적인 법칙을 초월한 신비적이고 초인간적 어떤 존재를 일정한 양식에 따라 신봉하고 이를 숭앙함으로써 마음의 안락과 행복을 얻으려고 하는 인간의 심정과 행위의 체계를 말한다. 한국어대사전, 현문사, 1981. Webster's New Collegiate Dictionary(7th ed.) 1975, p.724

7). Davis v. Beason, 133 U.S. 333(1890)

8). United States v. MacIntosh, 283 U.S.605(1931). 종교의 개념에 관하여 자세한 것은 지규철, 미국에서의 정교분리에 관한 연구, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1992, 6쪽 이하 참조

9). 미국에서도 연방대법원은 신에 대한 신앙의 선서를 강제하는 행위는 타종교에 대한 차별이라고 하였다. Torcaso v. Watkins, 367 U.S.488(1961)

신에 존재할 수 있고 초현세적 원인의 작용에 존재할 수 있기 때문에 신앙은 유신(일신)론적 관념이나 이신론(자연신론)적 관념만이 아니라 인간세계의 근원이 어떤 절대적인 것에서 시작되는 것이 아니라라는 관념도 포함한다(가령 불교나 힌두교).¹⁰⁾ 신과 피안의 세계와는 관련이 없는 주관적·내면적 확신은 신앙일 수 없다.

종교는 그 다양성에도 불구하고 대체로 다음과 같은 공통적 표지들이 그 구성요소들이다. i) 절대적 존재에 대한 신앙, ii) 초월적 실재에 대한 신앙, iii) 도덕률, iv) 우주에서 인간의 역할을 설명하는 세계관, v) 의식과 축일, vi) 예배와 기도, vii) 성전, viii) 종교적 신앙을 촉진하는 사회적 조직 등이다.¹¹⁾

Ⅲ. 종교의 자유와 내용(=보호영역)

종교의 자유의 보호영역은 누구든지 종교의 내용인 신앙을 가질 수 있고, 신앙을 고백하고 그 신앙에 따라 행동할 수 있는 자유를 포함한다.¹²⁾ 좀더 구체적으로 살펴보면 종교의 자유는 적극적으로 신앙을 갖고 신앙을 고백하고 동일한 신앙을 가진 사람들이 공동으로 종교의식을 거행하고 종교적 단체를 결성하여 선교와 교육활동 등을 자유롭게 행할 수 있는 자유를 보장할 뿐만 아니라 소극적으로 신앙을 갖지 않고, 종교의식의 행사, 선교·교육활동 또는 집

10). U.K.Preußin: GG-AK, 2., Aufl. 1989, Art.4 Abs.1 Rdnr.14; 이밖에 종교 또는 신앙의 개념에 관하여는 R.Zippelius, 위의 글 (주 4), Rdnr.32f.; J.Kokott in: M. Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art.4 Rdnr.14ff.; I.von Münch in: I.von Münch/Ph.Kuning (hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4.Aufl. 1992, Art.4 Rdnr.18gg. 참조

11). 지규철, 위의 논문 (주 8), 11-12쪽.

12). U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.15; Pieroth/Schlink, Religions-, Weltanschauungs und Gewissensfreiheit, in: Grundrechte Staatsrecht II, 11. Aufl. 1995, Rdnr.562 참조

회·결사에 참여하지(강제당하지) 않을 자유도 보장한다. 종교의 자유의 내용(=보호영역)을 편의상 i) 신앙의 자유와 ii) 종교적 행위의 자유로 나누어 살펴 보기로 한다¹³⁾

1. 신앙의 자유

종교의 자유는 우선 신앙의 자유를 보장한다. 신앙의 자유는 종교의 자유의 핵심을 이룬다.¹⁴⁾ 신앙의 자유란 신과 피안의 세계에 대한 내면적 확신을 의미하는 신앙을 갖거나 가지지 않을 자유를 말한다. 신앙의 자유는 신앙(적 확신)을 형성하는데 있어서 어떤 형태의 - 간접적 또는 사실상의 - 국가적 영향력행사도 금지하며 모든 형태의 국가에 의한 신앙의 강제를 금지한다.¹⁵⁾ 신앙의 자유는 또한 신앙의 선택의 자유, 즉 신앙을 변경(개종)할 자유와 신앙을 포기할 자유도 보장한다. 신앙의 자유는 내심의 자유이기 때문에 제한할 수 없는 절대적 자유이다¹⁶⁾

2. 종교적 행위의 자유

종교적 자유는 종교적 행위의 자유를 보장한다.¹⁷⁾ 종교적 행위의 자유란 내심의 신앙을 여러 가지 형태로 외부에 표명하고 신앙에

13). K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1995, Rdnr.380 Anm.16비교 참조

14). 이하 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.41ff. 참조

15). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.41; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.164 비교참조

16). 이상 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.41

17). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52ff., 61ff., 74f.참조

따라 행동하고 신앙을 실천하는 자유를 말한다. 종교의 자유가 내심의 자유인 신앙의 자유에만 국한되지 않고 외부적 행위의 자유까지 보장할 때 비로소 종교의 자유는 완전한 것이 될 수 있다. 종교적 행위의 자유를 편의상 신앙고백의 자유, 종교의식의 자유, 선교와 종교교육의 자유 그리고 종교적 집회·결사의 자유로 나누어 살펴 보기로 한다.

가. 신앙고백의 자유

종교의 자유는 신앙고백의 자유를 보장한다.¹⁸⁾ 신앙고백의 자유는 신앙의 자유라는 내심의 영역을 넘어선다. 신앙고백의 자유는 신앙을 표명하거나 소극적으로 신앙에 대해 침묵할 자유를 포함한다.¹⁹⁾ 신앙고백이란 신앙적 확신을 밖으로 발표하고 발하는 것을 의미한다.²⁰⁾

신앙고백의 자유는 말로 고백하는 것을 보장하는데서 끝나지 않는다. 종교는 실생활에서의 실천을 지향하기 때문에 만약 헌법이 종교적 확신에 따라 생활하는 것을 보장하지 않는다면 그러한 신앙은 자유로운 것이 되지 못할 것이다. 그렇기 때문에 신앙고백은 주변 세계에서 신앙적 확신을 실천하는 것도 포함한다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.²¹⁾ 독일연방헌법재판소에 따르면 종교의 자유는

18). 국내학계에서는 신앙고백의 자유도 신앙의 자유에 포함시키는 것이 보통이지만 (가령 권영성, 헌법학원론, 1996, 436쪽; 허영, 한국헌법론, 1996, 383쪽) 원칙적으로 신앙고백은 신앙을 외부에 표현하는 것이기 때문에 신앙고백의 자유를 따로 독립시키는 것이 적절하다고 생각된다. 독일학계는 이를 구별하여 독립시키는 것이 일반적이다. 가령 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52ff.; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.19; I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.37ff.; R.Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.4 Abs.1 Rdnr.64 그러나 여기서는 편의상 종교적 행위의 자유에 포함시키기로 한다.

19). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.56; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.23 참조

20). 이상 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52.

21). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52.

“모든 사람에게 그의 모든 태도를 신앙의 교리에 맞추고 그의 내적인 신앙적 확신에 따라 행동하는 것을 보장한다” 고 한다²²⁾

나. 종교의식의 자유²³⁾

종교의 자유는 종교의식의 자유를 보장한다.²⁴⁾ 종교의 핵심인 신앙은 내심의 영역에만 머무는 것이 아니라 여러 가지 형태의 행위를 통해 밖으로 표현된다. 우선 동일한 신앙을 가진 사람들이 공동으로 종교의식을 행하고 이를 통해 그들의 신앙을 증진시키고 신앙을 실천하게 된다. 종교의식의 자유란 예배, 기도, 독경, 예불 등 모든 종교적 의식과 축전을 자유롭게 행할 수 있는 것을 말한다. 즉 종교적 의식을 임의로 행할 수 있을 뿐만 아니라 강요당하지 않을 자유 또한 방해나 금지 당하지 않을 자유를 말한다.

다. 선교와 종교교육의 자유

종교의 자유는 선교의 자유를 보장한다. 선교의 자유란 자신의 종교적 확신을 다른 사람에게 선전하고 전파하는 자유를 말한다. 선교(또는 회교의) 자유는 동신자의 규합을 위한 활동으로서 무종교인에 대해서만이 아니라 다른 종교의 신자에 대해서도 선전할 수 있는 자유를 포함한다. 즉 다른 신앙을 가진 사람에 대하여 개종을 권고할 수 있으며 다른 종교에 대해 비판할 수 있는 자유도 포함한다.

종교의 자유는 또한 종교교육의 자유를 보장한다. 종교교육의 자유란 종교적 교리에 기초하여 가정이나 학교에서 교육할 수 있는

22). BVerfGE 32, 98(106); 33, 23(28)

23). 종교의식의 자유는 종교적 행사의 자유와 동의어로 사용된다. 가령 I von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.41ff.; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.24ff. 그런데 A.Freiherr von Campenhausen 에 따르면 종교적행사의 자유는 신앙고백의 자유에 포함되는 것으로 본다. A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.61, 36 참조.

24). 자세한 것은 U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.24ff. 참조.

자유를 말한다. 특히 종교교육을 목적으로 사립학교를 설립하거나 이러한 사립학교에서 특정종교교육을 실시하는 것은 허용된다. 그러나 국가나 지방자치단체가 국·공립학교에서 특정종교교육을 실시하는 것은 정·교분리 의 원칙에 따라 금지된다(교육법 제5조 2항).²⁵⁾ 사립학교의 경우에도 자유선택에 의해서가 아니라 강제로 배정된 사립학교에서 특정종교교육을 실시하는 것은 다른 종교를 가진 학생의 종교의 자유를 침해하는 것이 된다. 따라서 교육권을 가진 부모의 동의 또는 묵인 없이 특정종교교육을 실시하는 것은 위헌이다.

라. 종교적 집회·결사의 자유

종교의 자유는 종교적 집회·결사의 자유를 보장한다.²⁶⁾ 종교적 집회의 자유란 종교적 목적으로 같은 신앙을 가진 사람들이 일시적인 모임을 자유롭게 가질 수 있는 것을 말하고 종교적 결사의 자유란 종교적 목적으로 동 신자들이 결합하여 단체를 결성할 수 있는 자유를 말한다. 자유로운 집회의 개최와 자유로운 단체의 형성은 물론 여기에 참가 또는 가입 및 탈퇴의 자유가 보장된다. 종교적 집회·결사의 자유는 일반적 집회·결사의 자유(제21조)에 대해 특별법(*lex specialis*)에 해당한다.²⁷⁾ 따라서 종교적 집회와 결사는 일반적 집회와 결사보다 특별한 보호를 받는다. 가령 종교적 집회에 대하여는 옥외집회 및 시위의 신고제 등의 규정을 적용하지 않고(집회 및 시위에 관한 법률 제13조) 사회단체신고에 관한 법률은

25). 국·공립대학에 종교학과를 두어 종교학을 강의하고 연구하는 것은 특정 종교교육과 다르기 때문에 종교의 자유에 반하지 않는다.

26). 이에 관하여 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.74f; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr. 23; U.Steiner, Der Grundrechtsschutz der Glaubens und Gewissensfreiheit(Art.4 I, II GG), JuS 1982, S.157ff.(159f.) 참조

27). K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.381 Anm.16 참조

종교단체를 그 적용대상에서 제외하고 있다(사회단체신교에 관한 법률 제2조).

IV. 침해형태

종교의 자유의 침해형태는 내심의 자유인 신앙의 자유와 신앙고백의 자유 및 종교적 행위의 자유로 나누어 살펴보는 것이 적절하다.²⁸⁾ 신앙의 자유는 만약 국가가 종교적으로 확신을 형성하고 유지하는데 영향을 행사하는 경우 침해된다. 신앙고백의 자유는 만약 신앙을 고백하거나 침묵할 의무나 강제가 존재하는 경우 침해된다. 종교적 행위의 자유는 특히 - 개인이든 단체이든 - 신앙에 반하는 행위를 할(작위) 또는 하지 못할(부작위) 의무나 강제가 존재하는 경우 침해된다. 신앙의 자유, 신앙고백의 자유 그리고 종교적 행위의 자유의 여러 가지 행사형태와 또한 적극적 및 소극적 자유의 행사간에는 어느 정도의 상호관련성이 존재한다는데 주의해야 한다. 가령 국가적 행위나 부작위의무에 대해 신앙의 자유를 주장하는 사람은 자신의 신앙에 대한 침묵의 권리를 동시에 관철시킬 수 없다.

V. 종교의 자유의 법적 성격

종교의 자유에 있어서 기본권의 이중적 성격은 특히 명백하게 나타난다.²⁹⁾ 우선 신앙의 자유나 종교적 행위의 자유는 국가에 의한 간섭이나 영향 또는 침해에 대한 방어권, 즉 주관적 원리로서의 성

28). 이하 Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 12), Rdnr.580ff. 참조

29). 이하 K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.381 참조

격을 갖는다. 종교의 자유는 주관적 원리로서 신앙의 형성이나 유지에 국가가 간섭하거나 영향을 행사하는 것을 방어하고 신앙을 고백하거나 침묵할 자유를 비롯하여 여러 가지 종교적 행위의 자유를 침해하거나 영향을 행사하는데 대한 방어권이다.

또한 종교의 자유는 객관적 질서의 기본요소로서의 성격을 갖는다.³⁰⁾ 즉 종교의 자유는 객관적인 민주주의질서 그리고 법치국가질서의 기본요소로서 국가의 종교적 및 세계관적 중립성의 근거가 된다. 그러한 중립성은 자유로운 정치과정의 전제이며 또한 법치국가의 기초이다. 종교의 자유는 자유로운 정신적 과정을 보장해 줌으로써 중요한 가치관들이 국가적 영향으로부터 벗어나서 자유롭게 형성되게 해 준다. 이러한 보장을 통해 ‘하나의 신앙’ 또는 ‘하나의 세계관’ 만이 존립하는 것을 막아준다. 신앙 또는 세계관은 복수적으로 존재할 때에만 헌법이 중요시하고 있는 자유로운 정치적·정신적 과정의 요소로서 작용할 수 있다.

VI. 종교의 자유의 주체

종교의 자유의 주체는 모든 자연인이다. 즉 내국인만이 아니라 외국인이나 무국적인도 그 주체가 되는 인간의 권리이다. 미성년자도 주체가 되지만 태아는 그 주체가 될 수 없다. 미성년자는 언제부터 부모의 교육원에서 독립하여 종교의 자유의 행사능력을 갖게 되는가의 문제에 대하여 우리 나라에서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 독일에서는 만14세가 되면 신앙선택의 자유를 법적으로 보장하

30). 이하 K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.382; A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.5; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.11f. 참조

고 있다.³¹⁾ 법인의 경우에는 그 성질상 내심의 자유인 신앙의 자유의 주체는 될 수 없지만 종교적 행위의 자유의 주체는 될 수 없다고 보는 것이 일반적이다.³²⁾

VII. 종교의 자유의 효력

종교의 자유는 우선 주관적 권리로서 대국가적 효력을 갖는다. 즉 신앙(적 확산)을 형성하는데 있어서 또한 종교적 행위를 하는데 있어서 국가의 간섭이나 영향 또는 침해에 대한 방어권이다.

또한 종교의 자유는 전체법질서의 객관적 요소로서 사인에 대하여도 효력을 갖는다. 즉 종교의 자유는 사인상호간의 관계에 있어서도 적용되고 보장된다. 다만 종교의 자유가 법률에 의해 충분히 보장되지 못하는 경우에만 이 기본권규정은 직접 또는 간접적으로 적용되어야 한다. 종교의 자유를 직접 또는 간접 적용하느냐의 문제는 구체적 상황에 따라 그때 그때 종교의 자유의 임무와 기능을 고려하여 헌법질서의 테두리내에서 판단할 문제이지 획일적으로 정할 수 없는 문제이다.³³⁾

VIII. 종교의 자유의 제한과 한계

31). 아동의 종교교육에 관한 법률 (Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921) 제5조 참조. 이에 관하여 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.77f; I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.8ff. 참조

32). 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.78; I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.8ff. 참조

33). 이와 관련하여 U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.32f. 참조.

종교의 자유의 제한의 문제는 신앙의 자유와 종교적 행위의 자유를 나누어 살펴보아야 한다. 신앙의 자유는 내심의 자유이기 때문에 제한할 수 없는 절대적 자유이다. 국가가 신앙(적 확산)을 형성하는데 있어서 어떤 형태이든 - 간접적 또는 사실상의 - 영향력을 행사하는 것은 금지되며 국가가 어떤 형태로든 신앙을 강제하는 것도 금지된다.

종교적 행위의 자유는 그 행위가 밖으로 표현되기 때문에 다른 법익과 충돌을 일으킬 수 있으며 따라서 제한이 불가피하다.³⁴⁾ 종교의 자유는 양심의 자유와 함께 정신적 자유의 근원을 이루는 기본권이기 때문에 - 독일기본법처리³⁵⁾ - 그 내재적 한계(가령 사이비종교)이외에 헌법자체에 의한 제한만이 허용되도록 하는 것이 바람직스럽지만 우리 헌법체계상 종교의 자유는 제37조 2항에 따라 법률로써 제한할 수 있게 되어 있다.³⁶⁾

그러나 법률로써 종교적 행위의 자유를 제한하는 경우에도 - 종교적 집회·경사의 자유에서 본 바와 같이 - 특별한 배려가 요청될 뿐만 아니라 그 본질적 내용은 제한할 수 없다.³⁷⁾ 즉 제한에는 한계가 있다. 그러한 제한의 한계는 실제적 조화의 원리(Prinzip

34). 대법원도 같은 견해이다. 『종교의 자유는 인간의 정신세계에 기초를 둔것으로서 인간의 내적 자유인 신앙의 자유를 의미하는 한도내에서는 밖으로 표현되지 아니한 양심의 자유에 있어서와 같이 제한할 수 없는 것이지만 그것이 종교적 행위로 표출되는 경우에 있어서는 대외적 행위의 자유이기 때문에 질서유지를 위하여 당연히 제한을 받아야 하며 공공복리를 위하여서는 법률로써 이를 제한할 수도 있다.』 (대판 1995.4.28, 95 도 250; 또한 대판 1982.7.13, 82 도 1219 참조).

35). 이에 관하여는 K.Hesse, 위의 책(주 13), Rdnr; A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.79ff; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.28ff. 참조

36). 대법원은 비과학적인 종교적 질병치료행위나 재물을 약취하는 사이비종교적 행위를 형법위반으로 판시하였다. 대판 1980.9.24, 79 도 1387(유기치사죄); 대판 1995.4.28, 95 도 250(사기죄). 일본의 판례도 정신장애자의 치료를 위해 안수기도를 행하고 그로 인해 사망한 경우 이를 상해치사죄로 처벌하였다(최고재판 1963.5.15)

37). 대법원도 이렇게 파악하고 있다. 대판 1993.9.28, 93 도 173 참조.

praktischer Konkordanz, =규범조화적 해석)에 따라 그어져야 한다. 다시 말하자면 제한의 법익과 보호의 법익이 동시에 최적의 실효성을 나타낼 수 있는 경계가 그 한계이다. 그러한 경계는 양법익이 동시에 최대한으로 실현 될 수 있도록 비례적으로 정서하는 것이다.

IX. 국정의 부인과 정교분리의 원칙

우리 헌법 제20조 제2항은 『국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다』라고 하여 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있다.

1. 종교의 자유와 정교분리의 원칙의 관계

헌법이 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있는 것은 종교와 국가의 결합이 종교의 타락과 국가의 파멸을 초래하였다는 역사적 교훈과 체험에서 비롯된다. 진정으로 종교의 자유가 확립되기 위하여는 국교의 부인과 정교분리는 필수적이다

그런데 우리 헌법상 제20조 1항의 종교의 자유규정은 제2항의 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 당연히 포함하고 있는가 아니면 제2항은 독자적 원칙인가에 관하여 견해가 갈리고 있다. 즉 종교의 자유는 그 연혁상 국교제도를 중심으로 한 대립과 투쟁에서 성립하였기 때문에 종교의 자유에는 당연히 정교분리의 원칙이 포함된다(견해와³⁸⁾ 정교분리의 원칙은 제도보장으로서 국교제도에 의한

역사적 폐해를 고려하여 완전한 종교의 자유를 보장하기 위해 정교의 분리가 필수적이기 때문에 이를 규정하여 종교의 자유를 간접적으로 보장한 것이라고 본다.³⁹⁾ 종교의 자유와 정교분리의 원칙은 각기 다른 목적을 가진 것처럼 보인다. 종교의 자유가 개인의 자발성(voluntarism)을 존중하는데 목적이 있다면 정교분리의 원칙은 국가와 종교단체의 중립성의 존중에 있다고 볼 수 있다. 이런 시각에서 종교의 자유는 주관적 공권인데 반해 정교분리의 원칙은 제도적 보장이라는⁴⁰⁾ 주장이 가능해 보인다. 그러나 오늘날 자유와 제도를 구별하는 낡은 이론에 따라 양자의 관계를 설명하는 것은 더 이상 적절하지 못하다. 자유권은 모두 이중적 성격을 갖고있기 때문이다.⁴¹⁾ 정교의 분리없이 종교의 자유가 보장될 수 없다는 것은 분명하기 때문에 종교의 자유만을 규정하는 경우에도 정교의 분리는 당연히 포함되는 것으로 보는 것이 옳다.⁴²⁾

2. 국교의 부인과 정교분리의 원칙의 내용

38). 김기범, 한국헌법, 교문사, 1973,191쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1996, 388쪽 (시각은 약간 다르지만 결과적으로 같은 견해이다)

39). 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1996, 481쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996, 438-9쪽

40). 제도보장설에 따르면 정교분리의 원칙을 위반하는 것은 직접 개인의 종교의 자유에 대한 침해가 되지 않고 침해한다고 해도 소송상 원고격이 인정되지 않는다고 한다.

41). 이에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.279ff. 참조.

42). 독일적인 제도보장이란 관념이 없는 미국에서는 미국헌법수정제1조가 규정하고 있는 종교의 자유행사조항(free exercise clause)과 국교정립금지조항(nonestablishment clause)의 관계, 즉 자유와 분리의 관계를 이원론과 일원론으로 설명하고 있다. 이원론에 따르면 종교의 자유는 목적적이고 정교 분리의 원칙은 수단이며 정교분리는 종교의 자유의 정치조직원리라는 것이다 (W.G.Katz, Freedom of Religion and State Neutrality, University of Chicago Law Review 20, 1953, p.426). 이에 비해 일원론에 의하면 자유와 분리는 별개의 개념이나 원리가 아니고 동일한 권리의 양면이기 때문에 분리는 자유를 보장하고 자유는 분리를 요청한다는 것이다. 즉 일원론은 양자를 통일적으로 파악하고 정교분리의 원칙은 종교의 자유를 리면에서 보장하는 표리일체의 불가분의 관계로 파악한다(L. Pfeffer, Church, State and Freedom, 1967). 이상 지규철, 위의 논문(주 8), 23쪽 이하에서 인용

가. 국교의 부인

국교란 국가가 특정종교를 지정하여 특별히 보호하고 각종의 특권과 특혜를 부여하는 것을 말한다. 이러한 국교는 헌법 제20조 제2항에 따라 인정되지 않는다. 즉 국가는 특정종교를 특별히 보호하거나 특권을 부여할 수 없다.

나. 정교의 상호 불간섭

(1) 국가의 종교에 대한 불간섭(=중립)

국가의 종교에 대한 불간섭이란 국가와 종교가 아무런 관계도 가져서는 안된다는 것을 의미하지는 않는다. 국가의 종교에 대한 불간섭이란 국가는 종교에 대해 중립을 지켜야 한다는 것을 말한다. 그 내용은 이미 국교의 부인가운데 포함되어 있다.

㉠ 국가에 의한 특정종교의 우대 또는 차별의 금지

국가의 종교에 대한 불간섭이란 우선 국가가 특정종교를 우대하거나 차별하는 것은 금지된다는 것을 말한다.⁴³⁾ 정교분리의 원칙은 국가가 특정종교를 특별히 보호하거나 종교에 간섭 또는 종교말살 정책을 하지 못하도록 의무를 부여한다. 그러나 종교법인이 일정한 면세조치를 받는 것은 내국공익법인·기타 법인에 대한 면세조치의 일환으로(민법 제32조의 비영리법인에 대한 법인세면제) 허용되는 것일 뿐이며 특별한 우대조치가 아니다. 또한 문화재보호를 위해

43). 특정종교의 우대나 차별금지와 관련하여 모든 종교를 동등하게 우대 내지 보호하는 것은 무방하다는 견해(문흥주, 한국헌법, 해암사, 19 쪽)에 대하여 무종교의 자유를 고려하면 그 불균형 때문에 부당하다는 견해(김철수, 헌법학개론, 박영사, 1996, 482쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996, 439쪽; 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1992, 406쪽) 대립되어 있다. 그러나 이 문제를 이처럼 일반화하여 막연하게 말하는 것은 무의미하다. 우선 무엇을 어떻게 평등하게 우대 내지 보호하느냐가 문제이고 다음으로 이 문제는 평등의 문제로서 구체적으로 비교의 대상이 무엇인가가 확정되어야 평등 또는 불평등하다는 판단을 할 수 있는 문제이다.

사찰에 국고를 지출하는 것은(문화재보호법 제 28조 1항) 결과적으로 사실상 우대가 되지만 이는 문화재보호라는 별개의 이익 때문에 허용된다.

㉔ 국가에 의한 종교교육과 종교적 활동의 금지

종교의 자유는 종교교육의 자유를 보장하지만 국·공립학교에서 특정한 종교교육을 실시하는 것은 금지된다(교육법 제5조 2항). 그러나 종교학의 강의와 같이 일반적 종교교육은 금지되지 않으며 사립학교에서의 종교교육은 물론 보장된다.⁴⁴⁾ 국가나 지방자치단체는 적극적으로 종교적 행사를 하거나 그 소속공무원에 대하여 종교적 활동을 강제할 수 없다. 국가나 지방자치단체가 행하는 모든 행사는 특정종교의 의식에 따를 수 없다.

(2) 종교의 정치(국가)에 대한 불간섭

정교분리의 원칙은 국가가 종교에 간섭하지 못하는 것처럼 종교도 정치(국가)에 간섭하는 것을 금지한다.⁴⁵⁾ 즉 과거 국교제도하에서 또는 제정일치제하에서 종교가 정치에 간섭하고 관여하던 것은 말할 것도 없고 종교적 정당이 아닌 종교단체가 단체의 존립목적과는 달리 전적으로 또한 모든 정치적 문제에 관여하는 것도 금지된다.

그러나 종교단체도 모든 이익단체나 사회단체와 마찬가지로 국민의 정치의사형성과정에 참여하는 것 자체가 금지되지 않는다. 즉 종교가 종교적 이해관계에 관련되는 문제 또는 국민적 관심사에 관해 정치의 사형성과정에서 활동하는 것은 금지되지 않는다. 그러한 활동은 오늘날과 같은 민주주의국가에서 오히려 요청된다. 물론 이러한 활동은 종교의 자유의 차원에서 보장되는 것이 아니라 일반

44). 위III 2) iii 참조.

45). 독일의 헤센(Hessen)주헌법 제50조 2항은 명시적으로 국가적 사항에 간섭하는 것을(…jeder Einmischung in die Angelegenheiten des andern Teiles…) 금지한다.

국민들과 마찬가지로 정치적 자유권에 의해 보장될 뿐이다. 다만 구체적 사안에 따라서는 정치의사형성과정에서도 종교의 자유에 따라 보호되어야 할 때가 있다.

아동·청소년보호의 헌법적 기초

-미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -

김 선 택

헌법재판소도서관및판례심의위원
고려대학교 법대 교수

- 목 차 -

I. 문제제기

II. 아동·청소년보호의 헌법적 근거

1. 아동·청소년보호의 목표로서 헌법적 인간상
2. 아동·청소년보호의 이념적 출발점이자 한계로서
인간으로서의 존엄과 가치
3. 아동·청소년보호의 헌법적 근거로서
아동·청소년의 인격성장의 권리
4. 아동·청소년보호의 헌법적 근거로서
국가의 아동·청소년정책개발·실시의무

Ⅲ. 아동·청소년보호와 부모의 양육권

1. 부모의 양육권의 헌법적 근거
2. 부모의 양육권의 구조적 특수성
3. 아동·청소년의 기본권행사능력과 부모의 대리권
4. 아동의 기본권과 부모의 양육권의 갈등

Ⅳ. 아동·청소년보호에 대한 부모책임과 국가책임

Ⅴ. 맺음말

I. 문제제기

아직 공동체내의 독립한 한 주체로서 전적으로 자율적으로 행동하고 책임을 지기에는 신체적으로나 정신적으로나 덜 성숙한 사람들을 일컬어 미성년자라고 하거나 아동, 연소자 또는 청소년이라고 한다. 이들에게 공통된 점은 아직 성장 도상에 있기 때문에 스스로 판단하여 결정하기보다는 그를 도와 대신 판단·결정해 줄 타자(부모/국가)가 필요하다는 것뿐만 아니라, 또한 보다 더 중요한 것으로서 성장에 유해한 외부환경의 위협으로부터 보호해주고 인격체로 바르게 성장하도록 지원해 줄 타자(부모/국가)가 필요하다는 것이다. 이러한 외부로부터의 보호나 지원이 더 이상 필요 없게 되는 때가 언제인지는 사안에 따라 달리 잡을 수밖에 없다.

우리 민법(제4조)은 법적 행위를 독자적으로 유효하게 할 수 있는 때를 만 20세 이상으로 보고, 만 20세 미만의 자를 가리켜 미성년자라 한다.¹⁾²⁾ 법령에서 아동, 연소자 또는 청소년이라는 호칭은 18세 미만의 자(예컨대, ‘아동’: 아동복지법 제2조 제1호, 국제연합아동

1). 법률행위능력을 갖춘 것으로 법적으로 의제 되는 연령으로서 만20세가 반드시 적정한 것으로만 볼 필요는 없다. 정보환경과 교육환경의 급속한 개방·확대로 말미암아 아동·청소년관계 법령도 생활관계에 더 빨리 적응해 가고 있는 것이 현실이다. 뿐만 아니라 각종 아동·청소년관계 법령도 대개 18세를 기준으로 하고 있다. 아마도 멀지 않은 장래에 만 18세 정도를 성년으로 보는 입법론적 검토가 이루어지는 것이 바람직한 것으로 보인다. 만약 20세가 넘는 연령으로 상향조정하려고 한다면 이는 오늘날의 청소년의 성장 발달단계에 비추어 적정선을 넘어 청소년을 후견적 보호·감독 하에 두려는 시도로서 그들의 인격주체성, 즉 인격(주체성)을 대리하는 것은 허용되어서는 안된다. 역으로 18세 보다 더 낮은 연령을 기준으로 법률관계에 독자적으로 뛰어 들 수 있도록 한다면 - 최소한 현 단계에서는 - 이는 청소년의 보호에 역행할 것이다.

2). 만 20세 미만의 자를 ‘소년’으로 부르는 용례도 있다. 예컨대 소년법 제2조.

권리협약 제1조; ‘연소자’: 근로기준법 제64조, 영화진흥법 제13조 제1항, 공연법시행령 제15조; ‘청소년’: 청소년보호법 제3조 제1호)를 주로 가리키지만, 때로는 - 특히 청소년이라는 호칭의 경우 - 인생을 시기별로 구획하여 유년기·장년기·노년기와 구분되는 청소년기에 해당하는 9세이상 24세이하의 자(예컨대 청소년기본법 제3조 제1호)에 대하여 쓰이기도 한다.³⁾ 따라서 보호·지원을 요하는 아동·청소년의 범위는 넓게 잡을 때 대략 출생으로부터 24세까지로 보는 것이 현행법령의 태도로 보이는데, 좁게 보면 그 중에서도 민법상 미성년자의 범위에 속하는 20세 미만까지, 가장 좁게는 18세 미만까지를 주대상으로 볼 수 있을 것이다.

오늘날의 아동·청소년의 적지 않은 숫자가 그들의 사회화과정에 중요한 역할을 해야 할 장소인 가정·학원에서부터 폭력에 시달리고 있고, 유통메카니즘의 소홀로 인한 약물남용의 의심을 받고 있으며, 어른들의 성적 학대의 대상이자 불법포르노의 대상으로까지 전락하고 있다. 이들의 문제를 전통적인 청소년비행이나 청소년범죄의 문제영역으로 국한하여 보기에에는 그 과장이 너무 짧고 또한 그 뿌리도 깊어 보인다. 왜냐하면 비행청소년이라는 낙인이 찍힌 후 사후규제적 조치로 회복하기에는 많은 경우 이미 늦었을 뿐만 아니라, 아동·청소년문제는 애당초 왜곡성장된 인격을 사후에 교정하는 것이 아니라 사전예방적으로 그 올바른 성장을 촉진하여야 하는 것이기 때문이다. 따라서 소년범죄에 대한 형사법적인 제개의 논의보다는 오히려 아동·청소년의 인격적 성장에 대한 헌법을 비

3). 호칭의 쓰임새라든가 해당 연령대가 통일성이 없는 점이 지적될 수 있다. 다만, 개별법령에 따라 연령대를 상이하게 잡고 있는 것은 해당법률의 입법취지·입법목적에 따른 것으로 볼 수 있다. 인간의 성장발달단계별로 입법적 배려를 달리한 것이다.

롯한 법적 차원의 관심과 아동·청소년의 보호·양육에 대한 부모와 국가의 책임을 (헌)법적 요청으로서 해명하는 논의가 앞서 이루어져야 한다.

그렇다면 아동·청소년의 올바른 성장을 위하여 법질서는 어떠한 노력을 하고 있는가? 그에 앞서 오히려 제기되어야 할 질문으로서 법질서는 - 아울러 우리 자신은 - 아동·청소년을 제대로 이해하고 있는가? 어쩌면 ‘각자에게 그의 몫을’ 돌려주라는 법적 정의의 요청이 아동·청소년들에게는 미흡하게 실현되어 온 것이 아닌가? 아동·청소년관계법령에 각종의 배려가 규정되어 있으나,⁴⁾⁵⁾ 그러한 개별법률의 규정내용이 아동·청소년문제의 최후의 기준이 되는 것은 아니다. 개별법률의 규정내용의 정당성에 대하여는 헌법적 심사가 요구될 수 있다. 그러므로 헌법학 -특히 기본권학-의 견지에서 아동·청소년의 법적 지위에 대한 기준을 확정할 필요가 있다, 결

4). 국내법제는 1961년의 미성년자보호법과 아동복지법(1981년 아동복지법으로 전면개정)에서 보는 것처럼 주로 청소년의 규제·보호에 치우쳐 있다가 1987년에 와서야 비로소 청소년에 대한 지원·육성이라는 관점에 중점을 둔 입법으로서 청소년 육성법이 제정되었다. 이 법은 1991년 12월 31일 제정(1993년 1월 1일 시행)된 청소년기본법으로 발전하였다. 최근에 제정된 중요법령으로는 청소년보호법(1997년 7월 1일 시행)이 있다. 국내의 아동·청소년관계법령에 대하여 포괄적으로 그리고 상세히 검토하고 있는 한국청소년개발원(편), 청소년관계법과 행정, 1994 및 김두현, 청소년법과 행정, 1997 참조.

5). 국제법적 차원에서 주목할만한 것으로 1989년 11월 20일 국제연합총회에서 채택한 아동의 권리에 관한 협약(convention on the Right of the child)이 있다. 이 협약은 우리 정부가 1991년 11월 20일 국제연합사무총장에게 비준서를 기탁함으로써 1991년 12월 20일부터 대한민국에 대하여도 발효되었다. 관보 제12002호(1991년 12월 23일자), 4-29쪽. 이 협약은 법적 구속력이 있으나, 이행을 보장하기 위한 수단으로 보고서제출의무가 규정되어 있을 뿐으로 강제이행확보에는 미흡하다고 할 수 있다. 이 협약에 관련하여서는 노혜린, 아동권리국제협약 및 세계정상행동계획의 국내이행상황에 관한 연구, 한국청소년연구 제21호, (1995 여름호), 17쪽 이하도 참조. 아동·가족 및 부모의 아동양육권에 대한 국제법적 차원의 노력으로는 1948년 12월 10일의 국제연합의 세계인권선언, 1959년 11월 20일 국제연합총회에서 채택한 아동의 권리선언(Declaration of the Right of the Child), 1966년 12월 19일의 국제연합의 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약과 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약을 또한 들 수 있다.

국 아동·청소년에 대한 법질서의 기초를 형성하는 헌법에서 아동·청소년의 기본적인 법적 지위를 어떻게 규정하고 있는지를 검토하여야 한다. 이로부터 아동·청소년이 국법질서에서 차지하는 기본적인 법적 지위가 규명되어야 하고, 미성숙한 존재로서 자연의 본성상 보호와 양육을 요하는 아동·청소년에 대한 보호·양육의 원칙적인 책임소재가 규명되어야 한다. 물론 입법자에게 광범한 형성의 여지가 주어질 수 있지만 헌법을 근거로 밝혀지는 기준은 입법자의 입법권행사에 한계를 긋는 중요한 실천적 의의를 가진다.

아동·청소년의 기본적인 법적 지위에 대한 헌법적 검토에 들어가기에 앞서 그 전제로서 아동·청소년의 자연적인 특성과 그에 따른 문제스펙트럼을 간단히 살펴본다.

첫째, 아동·청소년은 보호와 양육을 ‘자연적으로’ 필요로 하는 존재이다. 인간이라는 존재는 주지하다시피 그 성장에 있어 매우 특이한 존재이다. 다른 동물이 모태안에서 이미 거의 모든 육체적인 기관이 성숙하여 출생하고 따라서 출생후 단기간에 개체로서 완전히 성장하는데 비하여 인간은 대략 20년에 걸쳐서 육체적 성장을 계속하여 완전한 개체가 된다. 게다가 직립보행 같은 기본자세조차도 학습의 결과로 얻어지는 신체적 능력으로 평가되고 있다. 신체적인 면에서 미성숙한 인간이 성장할 때까지 타인의 도움을 필요로 하는 것은 ‘자연스러운’ 것이다. 신체적·정신적인 성장단계에 있는 아동·청소년이 보호·양육 등 타인의 도움을 받아야 하는 것은 ‘당연한’ 요청이다.

둘째, 아동·청소년에 대한 보호 및 양육의 일차적 책임은 ‘자연

히' 부모에게 있다. 부모는 임신과 출산을 통하여 '자연적으로' 가족을 형성하고, 가족은 무엇보다도 '자연적인' 정서에 기초하여 유지된다. 가족은 사적이고 자율적인 영역으로 인정된다. 전체주의를 지향하지 않는 한, 특단의 사유가 발생하기 전에는 국가는 그 영역에 간섭해서는 안 된다. 따라서 아동의 일차적 부모의 책임 하에 있게 된다. 이러한 부모의 책임은 권리이자 의무로서의 성격을 나타낸다.

부모에게 양육의 능력이 사실상 없거나 양육의 의사가 없음이 명백하지 않는 한, 국가는 개입해서는 안 될 것이다. 물론 아동 역시 한 사람의 국민이므로 필요한 경우 국가는 부모에 이어서 보충적으로 보호·양육의 책임을 져야 한다. 여기에서 아동·청소년과 부모 그리고 국가 사이의 3각관계의 문제가 대두된다.

셋째, 아동·청소년이 필요로 하는 보호·양육의 수준은 그의 성장과 더불어 감소되어 간다. 인간의 성장의 연속성·단계에 맞추어 연속되는 각 단계에 맞는 양육이 필요할 것이고, 또한 성장은 개인별로 다를 것이므로 양육의 필요수준은 개별적·구체적으로 검토되어야 할 것이다. 부모(와 국가)에 의한 무제한적이고 일방적인 후견·감독은 반대로 아동·청소년의 인격적 성장을 방해할 우려가 있다. 부모의 양육권은 그 자체 부모의 이익을 위한 것이 아니고 아동·청소년의 이익에 봉사하는 것을 본질로 하는 것이므로 아동·청소년의 양육에 있어서 언제나 그들의 인격성장을 중심으로 사고해야 한다. 아동·청소년은 양육대상에 지나지 않는 것이 아니고 스스로 주체로서 인정받아야 한다.⁶⁾ 따라서 부모의 양육권은 아

6). 독일연방헌법재판소의 명시적 태도 참조: "청소년은 부모와 국가에 의해 이루어지는 교육의 단순한 객체가 아니다. 청소년은 처음부터 그리고 나이가 들어감에 따라 점점 더 강한 정도로 독일기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항에 의해 보호되는 독자적 인격(체)이다." BVerfGE 47, 46(74).

동·청소년이 점차 성장하여 자율적인 판단능력을 갖추는 정도에 맞추어 (타자에 의한) 양육의 필요성이 감소되면 그만큼 역시 감소되지 않으면 안될 것이다.⁷⁾ 여기에서 아동·청소년의 기본권과 부모의 양육권 사이의 갈등이라는 어려운 문제가 나타난다.

아래에서는 아동·청소년이 헌법상 어떠한 기본적 법적 지위를 인정받고 있는가 및 그러한 법적 지위의 실현을 위하여 헌법은 어떠한 요청을 하고 있는지 알아보고(Ⅱ), 아동·청소년의 보호와 양육에 있어 부모는 어떠한 성격의 권리의무를 가지고 있는지, 이러한 부모의 권리의 특성, 그리고 아동·청소년의 성장과 더불어 인정되는 아동·청소년의 기본권과 부모의 양육권의 관계는 어떻게 되는지를 검토하고(Ⅲ), 마지막으로 아동·청소년보호에 있어 부모의 책임과 국가의 책임이 어떻게 배분되는지를 차례로 살펴본다(Ⅳ).

7). 독일연방헌법재판소의 명시적 태도 참조: “아동의 양육의 필요성이 점차 감소하고 아동의 자율적 능력이 점차 증가함에 따라 부모의 권리는 점차 뒤로 밀리나 마침내 아동이 성년에 이르면 소멸되기에 이른다.” BVerfGE 59, 360(382)

Ⅱ. 아동·청소년보호의 헌법적 근거

1. 아동·청소년보호의 목표로서 헌법적 인간상

모든 국가적 공동체는 그 국가의 성격에 맞는 국민을 전제로 한다. 전제주의국가는 국가권력에 오로지 복종하는 신민을, 자유주의 국가는 독립적이고 자율적인 시민을 전제로 한다. 그리하여 국가의 기본적 법질서로서의 헌법은 일정한 인간상을 전제로 출발한다. 국민이 국가내에서 가지는 법적 지위를 규정함에 있어서나 국가권력 구조를 짜는 데 있어서나 헌법의 인간상은 언제나 헌법질서형성의 중요한 기준으로 작용한다. 개인의 존엄과 자유를 출발점으로 하여 이를 최대한 보장하기 위하여 권력을 분립하는 국가조직을 할 것인가, 아니면 전체의 복지를 출발점으로 하여 이를 최대한 효율적으로 구현하기 위하여 권력을 집중시키는 국가조직을 할 것인가가 결정된다. 우리 헌법질서가 개인의 존엄·자유·평등에 지향된 자유민주적 기본질서를 핵심으로 하는 등 전자의 관념에 기초하고 있음은 분명하다. 국가가 아니라 개인이 그 출발점이 된다. 그러나 그 개인이 그의 생존의 필수적 환경을 이루는 사회공동체로부터 완전히 독립되어 있을 수는 없다. 우리 헌법도 개인의 권리행사를 국가적·사회적 이익과 조화시키려고 하는 등 개인의 공동체내에 살고 있는 존재임을 뚜렷히 하고 있다. 따라서 우리 헌법은 존엄성을 가진 인격적 주체로서 자율적으로 삶을 결정하고 형성해 나갈 줄 아는 동시에 사회공동체에 적응할 줄 아는 인간상을 전제로 하고 있

다.

그러한 헌법적 인간상은 이미 성년에 이른 국민에게는 하나의 의제에 지나지 않는 것으로 보일 수 있다. 그러나 아직 성장 도상에 있는 국민에게는 하나의 목표를 의미하게 된다. 국가가 그 국가의 성에 맞는 국민을 갖기 위해서는 미성년의 국민들로 하여금 헌법이 지향하고 있는 인간상에 맞게 성장하도록 도와주어야 한다. 헌법 기타 법질서에서 미성년의 아동·청소년에 대한 보호를 위하여 노력하는 것은 그들이 사회공동체내에서 스스로 결정하고 (그 결정에 대하여) 스스로 책임을 지는 인격체로 성장하도록 하는 것⁸⁾을 목표로 하는 것이다. 자유 민주적 기본질서에 입각한 오늘날의 헌법국가에 있어서 국민은 자기판단·자기결정·자기책임능력과 공동체 생활에의 적응능력을 갖춘 인격체로 성장하여야 한다. 그러한 방향으로의 성장을 위하여 국민은 그들이 미성년상태에 있는 동안 유해한 주변환경 기타의 악영향으로부터 보호되어야 하고 신체적 의미에서의 부양과 동시에 정신적 의미에서의 교육을 또한 필요로 한다.

2. 아동·청소년보호의 이념적 출발점이자 한계로서 인간으로서의 존엄과 가치

우리 헌법상 - 당연히 아동·청소년을 포함하여 - 모든 국민은(의

8). 독일연방헌법재판소의 명시적 태도 참조: “아동·청소년보호에는 독일기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항으로부터 헌법적 지위가 부여된다. 아동·청소년은 이들 기본권규정의 의미에서 자신의 인격의 발현권을 가진다. 그들은 자기자신을 사회공동체내에서 책임 있는 인격체로 성장시키기 위하여 보호와 도움을 필요로 한다.” BVerfGE 83, 130(140). BVerfGE 79, 51(63)도 참조

미상 모든 인간은) 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다(헌법 제10조 제1문). 인간으로서의 존엄과 가치는 헌법의 핵심가치로서 헌법에 의하여 형성되는 국가질서에 있어서 인간이 주체가 되며, 주체로서 유지되어야 한다는 요청이다. 그 누구도 어떠한 관계에 있어서건 권리행사의 목적물에 지나지 않는 물건처럼 타인의 행위의 단순한 객체로 전락되어서는 안되며, 본인과 무관한 다른 목적을 위한 수단으로서 이용되어서는 안 된다는 것이다. 아동·청소년 역시 인간으로서의 존엄과 가치를 가진 존재로서 어떤 경우라도 타자의 행위의 단순한 객체일 수 없음은 두말할 나위도 없다.

문제는 아동·청소년이 자기와 관련된 모든 경우에 독자적인 주체로서 행위할 수 없다는 점이다. 본인의 미성숙으로 인하여 본인 스스로의 판단과 결정에 따르는 것이 본인의 이익에 반할 수도 있기 때문이다. 아동·청소년은 법적인 의미를 가지는 행위를 함에 있어서 독립된 주체로서 전면에 나서지 못하고 타자의 도움을 필요로 한다. 이 경우 제3자가 아동·청소년을 대신하여 판단하고 결정한다. 하지만 이를 통하여 아동·청소년의 인간으로서의 존엄과 가치가 무시되는 일이 허용될 수는 없다. 이는 불가양(불가양)의 가치이다. 타자의 도움은 오로지 아동·청소년의 일방주체로서의 이익을 지켜주기 위하여 보완적으로 이루어지는 범위 내에서만 허용될 따름이다.

법적 거래에 있어서 상대방의 보호라든가 법적 안정성의 이익에 의거하여 일정한 연령이 독자적 판단을 존중하는 기준으로 법정될 수 있긴 하지만 이도 절대적인 것이 되어서는 안되고 그의 인간으로서의 존엄과 가치에 비추어 사항영역에 따라 후퇴시키는 보충입법이 반드시 필요하다. 아동·청소년의 주체성이 최대한 실현되도

록 노력하여야 하기 때문이다.

아동·청소년이, 이익이 상충하는 다른 상대방이 예정되어 있지 않은 행위, 특히 행위 자체가 법적인 의미를 가지지 아니하는 행위를 함에 있어서는 무엇보다도 아동·청소년 자신이 그 행위의 의미를 이해하고 그 결과에 대한 책임을 질 만큼 성숙하였는가를 기준으로 주체성을 최대한 인정하여야 한다, 확실적인 기준에 의하면 법적 안정성을 확보할 필요가 없다면, 행위당사자인 아동·청소년의 그때그때의 정신적·신체적 성숙에 맞게 그에게 행위주체로서의 지위를 부여하는 것이 헌법정신에 부합한다. 특히 국가와의 관계에서 유효성이 주장되는 권리행사의 경우에는 되도록 아동·청소년에게 유리하게 해석하여 그 주체성을 인정하여야 할 것이다.

아동·청소년이 출생하여 성장함에 있어서 일차적으로 접촉하는 공동체는 가족이다. 가족은 지극히 사적인 영역으로 그 운영이 가족구성원의 자율에 맡겨져 있다. 제3자인 사인은 물론이고 국가도 특단의 사유가 없는 한 가족생활에 간섭할 수 없다. 그러다 보니 가족생활은 국가가 지향하는 규범적 가치와 상관없이 전통적인 믿음이나 정서에 따른 규율에 종속될 우려가 있다. 이러한 규율이 무조건적으로 정당화될 수는 없다. 우리 헌법은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”(헌법 제36조 제1항)고 규정하고 있다. 아무리 사적인 영역이라 하더라도 가족 내에서 가족구성원 개개인의 존엄이 존중되어야 하는 것은 헌법의 요청이고 국가는 이의 실현을 보장할 책임을 지고 있다. 따라서 아동·청소년이 가족생활내에서 부모의 양육권(친권)에 복종한다 하더라도, 그 양육권 역시 아동·

청소년의 - 아직 제한된 것이라 하더라도 - 주체성을 최대한 존중하며 그의 주체성을 강화시켜 나가야 하는, 아동·청소년의 이익에 부합되는 범위 내에서만 행사될 수 있을 것이다. 결국 아동·청소년의 보호는 아동·청소년의 주체성을 최대한 실현하는 수단으로서만 그리고 주체성실현에 긍정적인 한도내에서만 허용될 뿐이다.

모든 인간의 존엄성을 출발점으로 하는 헌법국가에 있어서 아동·청소년은 대국가적인 관계에 있어서건, 사회적인 법률관계에 있어서건, 가족생활의 테두리 내에서건 그들의 존엄성, 따라서 주체성을 최대한 인정받을 수 있어야 하며, 반대로 그러한 존엄성, 주체성(의 이익)에 반하는 여하한 타자(국가가이건, 제3자인 사이이건, 부모이건)의 행위도 유효하게 인정될 수 없다. 아동·청소년보호의 이름아래 이루어지는 모든 행위는 아동·청소년의 인간으로서의 존엄과 가치라는 잣대를 벗어날 수 없다.

3. 아동·청소년보호의 헌법적 근거로서

아동·청소년의 인격성장의 권리

우리 헌법상 아동·청소년의 주관적 권리를 문언상 구체적으로 명시한 규정은 찾을 수 없다.⁹⁾ 미성년의 아동·청소년이 건전한 인격체로 성장하는데 가지는 이익은 주관적 권리의 보호대상으로서 충분한 의의를 가진다. 아동·청소년이 국가로부터든 사회의 제3자로부터든 그 성장발달에 있어서 공격의 대상이 되는 경우 아동·청소년 자신과 그들의 양육에 일차적 책임을 지고 있는 부모의 주관적

9). 아동·청소년의 권리를 헌법에 명시하는 것도 입헌론적으로 의미 있는 일이 될 것이다.

권리가 침해되는 것으로 구성하여 그들 스스로 권리의 구제를 구할
방도가 마련되어야 한다. 그렇다면 해석론상 우리헌법의 어떤 규정
을 근거로 그러한 주관적 권리를 인정할 수 있는가?

우리 헌법은 기본권편의 서두에서 “모든 국민은 인간으로서의 존
엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이
가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진
다.”(헌법 제10조)고 규정한다. 여기에 인간으로서의 존엄과 가치라
는 헌법최고의 이념이 규정되어 있다는 데에는 다툼이 없다. 인간
으로서의 존엄과 가치가 객관적-법적 의미의 이념적 성격을 넘어서
주관적 권리로서의 성격을 가지는 것인지, 나아가 후단의 행복추구
권이 어떠한 내용의 권리인지에 대하여는 의견이 분분하다. 필자의
생각으로는¹⁰⁾ 인간으로서의 존엄과 가치가 주관적 권리로서의 성격
도 가질 수 있다고 보는데, 다만 주관적 원리로서 보호하는 내용이
인격적 핵심영역에 관련되는 매우 좁은 범위로 국한되어야 할 것으
로 본다. 주관적 권리로서 이해된 인간으로서의 존엄과 가치는 그
보호내용에 있어서 매우 중요한 것은 틀림없으나 그 범위의 협소함
으로 인하여 실무상 빈번하게 문제되긴 어려울 것이다.

우리 헌법재판소는 아마도 인간으로서의 존엄과 가치에서 일반적
인격권의 보장을 보는 듯한데, 그보다는 인간으로서의 존엄과 가치
에 의해 지시된 보호범주와 관련한 행복추구권의 보장으로서 일반
적 인격권을 이해하는 것이 타당하리라고 보는 것이 종래 필자의
견해이다. 우리 헌법상 행복추구권이 가지는 더 큰 의의는 그것이

10). 자세한 것은 김선택, 헌법 제9조 제1문 전단 「인간으로서의 존엄」의 의미와 법적 성격, 고
려대학교 법학석사학위논문 1983, 42쪽 이하 참조.

일반적 자유권을 보장하고 있다는 데서 찾아야 할 것이다. 독일의 예에 따라서 보통 일반적 행동의 자유로 일컬어지는 일반적 자유권은 헌법에 구체적·개별적으로 규정된 자유권에 의하여 포섭되지 아니하는 자유영역을 보충적으로 포섭하여 줌으로써 인간의 자유(로운 활동)을 흠결없이 헌법상(기본권적으로) 보호해주는 중요한 기능을 수행한다. 행복추구권을 이렇게 해석할 경우 헌법에 규정된 열거되지 아니한 권리조항(헌법 제37조 제1항)과의 관계가 어려운 문제로 남는데 이는 열거되지 아니한 권리조항에 독자적인 포섭기능을 부여함으로써 해소 될 수 있다고 본다. 독자적인 기본권적 영역이 형성될 수 있는 기본권유형은 열거되지 아니한 권리조항으로, 비유형적이고 비전형적인 자유영역은 행복추구권(의 일반적 행동의 자유)으로 보호되도록 기능배분을 하면 될 것으로 본다.¹¹⁾

그런데 일반적 인격권과 일반적 행동의 자유는 개인이 인격을 보유하고 이를 밖으로 드러내는 것을 보호하는 것이다. 성명, 초상, 명예 등 자기의 인격을 상징하는 가치들을 침해당한 경우 일반적 인격권이 문제된다. 또 인간의 자유로운 행동들은 행동을 하는 자의 인격의 표현으로서의 의미를 가지는 것들이다. 그렇다면 헌법상 일반적 인격권의 보장이라든지 일반적 행동의 자유의 보장을 ‘인격체로서 존재함을 보장받기 위한 권리’(Recht auf Person-sein)라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 권리가 성인자에 대하여 포괄적으로 보장되어 있음은 두말할 필요도 없다. 그런데 미성년자들에 대하여는 이러한 권리의 보장이 - 그 행사의 측면에서 특히 - 전면적으로 미치는 것은 아니다. 오히려 미성년자들은 인격체로서 존재하기 위해

11). 자세한 것은 김선택, “행복추구권”과 “헌법에 열거되지 아니한 권리”의 기본권체계적 해석, 안암법학 창간호, 1993, 177쪽 이하 참조.

서, 그리고 그에 따르는 제반 권리들을 행사하기 위해서, 우선 인격체로서 성장할 필요가 있다. 따라서 인간으로서의 존엄과 가치를 바탕으로 하여 이와 결합한 행복추구권의 한 내용으로서 미성년자를 위한 ‘인격체로 성장할 권리’(인격성장의 권리, Recht auf Person-Werden)를 헌법상 보장된 것으로 구성하는 것이 가능할 것으로 본다.¹²⁾ 인격체로서의 성장이 끝난 - 좀더 정확히 말하자면 그렇게 의제되는 - 성년자에게 인격의 보유와 표현을 자유롭게 하는 권리들을 보장하면서 미성년자들의 인격의 성장을 권리로서 보장하지 않는다면 비논리적일 것이다. 미성년을 거치지 않은 성년은 있을 수 없으면 인격체로서 성장하지 않고 인격을 보유하고 표현하는 것이 결코 충분할 수 없기 때문이다. 인격권과 일반적 자유권의 보장은 인격체로의 성장을 전제로 하는 것이며 따라서 미성년자의 인격성장의 권리를 그에 못지 않은 중요한 권리내용으로 포착하는 것이 합리적이다. 또한 미성년의 아동·청소년이 인격체로 성장하여 헌법에 보장된 모든 기본권을 단지 보유하고 그치지 아니하고 주체적으로 행사할 수 있어야 그들에게 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 헌법의 정신에 부합할 것이다.

미성년자의 인격성장의 권리를 기본권해석론상 어떤 기본권의 내용으로 편입할 것인가가 문제될 수 있다. 인간으로서의 존엄과 가치의 한 내용으로 볼 가능성, 행복추구권의 한 내용으로 볼 가능성, 헌법에 열거되지 아니한 권리로 포섭되는 권리유형의 하나로 볼 가

12). ‘인격체로 성장할 권리(Recht auf Person-Werden)’의 아이디어는 Stefan Engels에게서 따온 것이다. Stefan Engels 는 최근 발표한 그의 논문에서 독일기본법 제1조 제1항 ‘인간의 존엄’과 제2조 제1항 ‘인격의 자유발현권’이 결합하여 미성년자에 대하여 ‘인격체로 성장할 권리(Recht auf Person-Werden)’를 보장한다는 주장을 펴고 있다. Stefan Engels, kinder-und Jugendschutz in der verfassung, AöR 122(1997), S.212ff.(특히 s.219~222) 참조.

능성 등이 검토될 수 있다. 첫 번째 가능성은 인간으로서의 존엄과 가치의 보호내용을 성년·미성년에 따라 달리 파악하게 할 단서를 제공하는 것은 바람직하지 않을 뿐만 아니라 인격성장의 권리내용의 특징이 곤란하여 인간으로서의 존엄과 가치의 보호범위가 그 의미를 넘어 확장될 우려가 있어 택할 수 없다. 세 번째 가능성은 특정 기본권에 포섭되지 아니하는 독자적 유형의 기본권을 예상한 규정이므로 헌법 제10조에의 포섭가능성이 없는 경우에 비로소 검토될 수 있다. 미성년 아동·청소년의 인격성장의 권리는 인간으로서의 존엄과 가치와 결합한 행복추구권의 한 내용으로 일반적 인격권, 일반적 행동의 자유와 나란히 보장된 것으로 볼 수 있다. 미성년자의 인격성장의 권리는 헌법 제10조(인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권)에 보장된 기본권내용의 일부이다.

미성년 아동·청소년의 인격성장의 권리의 법적 성격과 보장내용은 무엇인가? 인격성장의 권리는 아동·청소년의 주관적 권리, 기본권이다. 오늘날 기본권은 주관적 권리로서의 내용뿐만 아니라 객관적-법적 성격의 규범적 요청을 담고 있는 것으로 일반적으로 인정되고 있다. 첫째, 인격성장의 권리는 주관적 내용으로서 국가적 침해에 대한 방어권의 의미를 가진다. 입법·집행·사법을 불문하고 국가공권력의 적법성·정당성을 다룰 수 있다. 둘째, 인격성장의 권리는 객관적 내용으로서 아동·청소년의 인격성장에 조력할 국가의 의무를 담고 있다. 국가는 - 우선적으로 입법을 통해서 - 아동·청소년의 인격성장을 위하여 적절한 수준의 보호·지원을 할 의무를 진다.

4. 아동·청소년보호의 헌법적 근거로서 국가의

아동·청소년정책개발·실시의무

우리 헌법은 그밖에도 “ 국가는 ... 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.”(헌법 제34조 제4항)라든가 “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.”(헌법 제32조 제5항)라는 식으로 국가의 아동·청소년 보호의무를 개별적으로 규정하고 있다. 청소년 복지정책실시의무규정은 1980년대 후반에 들어와 비로소 청소년육성정책의 중요성을 깨달은 것을 반영하여 현행헌법에 신설된 규정이다. 국가는 사회국가원리에 입각하여 ‘(국가재정상) 가능한 한도 내에서’ 아동·청소년의 건전한 성장을 위한 정책을 개발하고 실시하여야 한다. 그 구체화는 입법자에게 맡겨져 있다. 연소자근로의 보호의 구체적 내용과 보호수준도 입법자의 구체화를 필요로 한다. 물론 입법자가 구체화입법을 함에 있어서는 위에서 살펴본 바 아동·청소년에 관해 헌법이 정하고 있는 내용에 구속된다. 이들 규정이 정하고 있는 국가의 객관적 의무를 무시하고 국가가 아무헌법조치를 취하지 아니하거나 입법조치를 취하더라도 헌법이 요구한 최소수준에 미치지 못할 경우 그 규정의 위반을 이유로 합헌성여부 문제삼을 수 있다는 데에 그 규정의 독자적인 법적 의의가 있다.

Ⅲ. 아동·청소년보호와 부모의 양육권

1.부모의 양육권의 헌법적 근거

아동·청소년의 주관적 권리가 헌법에 명시되어 있지 않은 것처

림 아동·청소년의 성장에 조력할 부모의 양육권 역시 헌법에 직접적으로 규정되어 있지는 않다. 다만, 헌법은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무가 있다.”(헌법 제 31조 제2항)고 규정함으로써 부모가 그 자녀에 대하여 교육과 관련한 일차적 결정권을 가지고 있음을 전제하고 있음을 알 수 있다. 이 규정은 헌법상 미성년의 아동·청소년에 대한 부모의 양육권의 간접적 근거규정이라고 할 수 있다.

사실 미성년의 자녀(아동·청소년)에 대하여 그 부모가 양육의 책임을 지는 것은 법의 규정 여하를 떠나서 ‘자연적인’ 것이다. 부모는 자녀의 임신·출산과 관련한 결정의 주체로서 출산 이후의 책임이 수반 될 수밖에 없다. 또한 부모와 자녀의 연대는 본능의 세계에 속하는 것으로서 그들 사이를 인위적으로 절연하는 것은 매우 부자연한 것이다. 부모에게 있어 미성년 자녀의 성장의 이익은 타인(자녀 자신만)의 이익에 불과한 것이 아니라 바로 자기자신의 이익이기도 하다. 부모가 어느 누구의 견해 보다도 자기자신이 옳다고 생각하는 바에 따라 자녀를 키우는 것은 부모와 자녀 사이의 특수한 관계에 비추어 부모뿐만 아니라 보통의 경우 자녀의 이익에도 부합하는 것이다. 따라서 미성년자녀를 신체적으로 부양하고 정신적으로 보호·교육하는 일은 법규정 이전에 이미 부모에게 당연히 있는 ‘자연적인’ 권리에 다름 아니다.

부모와 자녀와의 이 특별한 결속은 양자 사이에 제3자가 끼여드는 것을 원칙적으로 배척하도록 요구한다. 미성년의 아동·청소년의 건전한 성장에 대하여 국가와 사회가 가지는 이익은 따라서 2차적으로 고려되어야 한다. 미성년 아동·청소년의 양육에 관한 한 부모의 권리의무가 우선한다는 것이다. 국가에게 미성년 아동·청소년

년의 양육에 대한 권한을 인정할 경우 ‘자연적’ 관계에 ‘인위적’ 개입을 허용하는 일이 될 것이고, 이는 아동·청소년의 이익을 위하여 불가피하게 요구되는 경우에 국한하여야 할 것이다.

법적으로 말하자면 부모의 자녀양육권은 국가이전적인, 초실정적인 권리로서의 ‘자연’권이다. 법질서는 이러한 자연권으로서의 부모의 양육권을 전제로 출발할 수밖에 없다. 헌법에 부모의 양육권을 명시한다 하더라도 이는 단순한 확인·선언규정에 불과할 것이다.

다만, 기본권해석론적으로 부모의 양육권의 헌법적 근거규정을 분명히 필요가 있다. 왜냐하면, 부모의 양육권은 아동·청소년이라는 별개의 인격체가 헌법상 보유하는 기본권의 행사에 대한 제약을 허용하는 근거로서 작용하므로 역시 헌법에 근거를 두지 않으면 안되기 때문이다. 부모의 학령아동자녀의 교육을 받게 할 의무규정(헌법 제31조 제2항)이라든가 가족의 자율성을 제도적으로 보장한 규정(헌법 제36조 제1항)을, 그들 규정이 부모의 양육권을 전제로 하고 있으므로, 간접적 근거규정이라고 할 수 있다. 나아가 부모의 양육권은 부모의 주관적 권리를 구성하는 것이므로 헌법적인 직접적 근거규정으로서의 열거되지 아니한 권리규정(헌법 제37조 제1항)을 들어야 할 것 같다. 즉 부모의 행복추구에 중요한 자유영역의 하나로서 독자적인 기본권유형을 구성할 수 있는 것으로 헌법에 열거되지 아니한 권리의 하나가 된다고 본다. 이런 의미에서 부모의 양육권은 헌법에 열거된 다른 기본권과 동등한 정도의 법적 효력을 발휘하게 된다.

2. 부모의 양육권의 구조적 특성¹³⁾

부모의 양육권은 무제한적·무조건적으로 인정될 수는 없다. 왜냐하면 미성년자녀도 부모의 양육의 객체에 불과한 것이 아니라 인간으로서의 존엄성을 가진 존재이고 사안에 따라 최대한의 주체성을 인정받아야 할 존재이기 때문이다. 부모의 양육행위가 부모의 행복추구의 테두리 안에서만 정당화될 수 있는 것이 아니고 미성년자녀의 인격성장과 관련한 행복추구의 테두리 안에 들어 있어야만 정당화될 수 있기 때문이다. 또한 경우에 따라 - 대개는 극단적인 경우겠지만- 부모의 행위가 자녀의 이익에 반할 수도 있음이 고려되어야 하기 때문이다.¹⁴⁾ 이는 부모의 양육권의 구조적 특수성으로부터 해명되어야 한다.

부모의 양육권은 다른 기본권과는 달리 권리보유자 자신의 이익만을 위하여 주어져 있는 것이 아니라는 데에 특수성이 있다. 오히려 본질적으로 보면 부모 자신의 이익을 위하여 주어져 있는 권리라기 보다는 미성년 자녀, 즉 타인의 이익에 봉사하도록 정해져 있는 권리로 보아야 할 것이다. 따라서 그 한도내에서 행사되어야 하는 제약 하에 놓인다. 이러한 특수성 때문에 부모의 양육권은 ‘봉사하는

13). 부모의 양육권이 구조적으로 특수함을 밝힌 것은 Günter Dürig의 견해이다. Dürig, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19 abs. III(Zweitbearb. 1977), Rdn. 21, 22 참조.

14). 우리 민법에 “미성년자인 자는 부모의 친권에 복종한다.”(제909조 제1항), “친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다.”(제913조), “자는 친권자의 지정한 장소에 거주하여야 한다.”(제914조), “친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다.”(제915조)는 등의 규정으로써 부모의 양육권의 근거를 둔 외에도 “부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 제777조[친족의 범위-8촌이내 혈족, 4촌이내 인척, 배우자]의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있다.”(제924조)라고 규정한 취지가 여기에 있다.

기본권¹⁵⁾ 내지 신탁적 권리¹⁶⁾ 또는 의무적 권리(PflichtRecht)의 성격을 갖는 것으로 볼 수 있다.

부모의 양육권이 행사됨에 있어서 기준이 되어야 할 것은 부모자신의 이익이 아니라 우선적으로 미성년 자녀의 이익, 즉 아동의 복리이다. 아동의 복리는 아동이 처한 과거·현재의 사정을 종합적으로 검토하여 미래지향적으로 아동의 건전한 성장발달에 최선의 이익이 무엇인지를 객관적으로 판단하여 정해야 한다. 따라서 아동 자신이 스스로 판단하는 주관적 이익과는 구별되어야 한다. 아직 미성년인 아동은 본능적으로 부모에 대한 정서적 편향성을 나타내며 자신의 장래에 대하여 긴 안목으로 판단할 능력도 갖추지 못하고 있다. 보통의 경우 부모가 우선적으로 아동의 객관적 이익을 판단하여 양육권을 행사한다. 이 경우 아동의 의사를 물어볼 필요도 없이 무시할 수 있는 것은 아니다. 자녀의 성숙도에 따라 그의 의사를 존중하는 정도가 달라질 뿐이다. 자기판단능력, 자율적 결정능력, 자기책임능력이 성장할수록 본인의사의 존중정도도 비례적으로 높아져야 한다.

따라서 부모의 양육권은 아동의 복리에 지향되어 있는 그 구조적 특수성으로 인하여 두 종류의 제약하에서만 행사 될 수 있다. 첫째, 시기적 제약으로서 부모의 양육권은 미성년자녀가 해당 사안에 대

15). Fritz Ossenbühl의 용어(ein dienendes Grundrecht)이다. 그의 논문 Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S.801 (806) 참조.

16). 부모의 양육권과 관련하여 신탁적 사고를 하지 않는다면 아동은 부모의 행복추구의 객체로 전락할 것이고, 이는 헌법의 인간의 존엄성 존중에 반할 것이다. 아동은 기본권주체로서 “독자적인 존엄성과 자기인격을 자유로이 발현할 권리를 가진 존재”(독일연방헌법재판소 BVerfGE 24, 119[144])일 뿐만 아니라, “인간의 존엄을 그 중심에 두는 헌법으로서는 ... 원칙적으로 어느 누구에게도 다른 사람의 인격에 관한 권리를 인정할 수 없다.”(BVerfGE 72, 155[172]).

하여 자율적으로 결정할 능력을 가질 때까지만 미칠 수 있다. 둘째, 내용적 제약으로서 부모가 양육권을 행사함에 있어서 어떤 형태의 양육방식을 선택할 것인가의 문제인데, 아동의 인격의 건전한 성장 발달을 촉진하는 수단 중에서만 선택 가능하다고 보아야 한다. “부모의 권리는 의무적인 권리로서 아동의 복지에 봉사한다. 부모의 권리는 본질로 보나 목적으로 보나 아동이 생활관계에 대하여 독자적으로 판단하고 스스로의 책임 하에 법률적 거래에 들어갈 만한 나이에 도달하면 뒤로 물러나지 않으면 안 된다. 아동을 위하여 그의 인격적 성장을 위하여 존재하는 권리로서 그것은(부모의 권리는) 구조상 아이가 성숙하면 할수록 그만큼 불필요하고 무의미해지도록 되어있는 것이다.”¹⁷⁾

3. 아동 · 청소년의 기본권 행사능력과 부모의 대리권

기본권을 가진다는 것과 행사한다는 것이 누구에게나 항상 합치되는 것은 아니다. 문맹자에게 서면에 의해야 하는 청원권을 스스로 행사하라고 할 수 없고, 일정한 정치적 의사의 표현을 위한 시위에 그러한 의사를 형성할 능력이 없는 자가 참가하여 시위의 자유를 행사한다고 말하기도 어려울 것이며, 도덕적 선악판단을 할만큼 자라지 못한 어린아이에게 양심의 자유를 행사하기를 기대 할 수는 없을 것이다. 헌법상 보장된 기본권의 주체로서 기본권을 보유할 수 있는 능력을 기본권(보유)능력이라고 부르고, 그러한 기본권을 스스로 유효하게 행사할 수 있고 경우에 따라서는 법정대리인의 의

17). 독일연방헌법재판소의 명시적 태도. BVerfGE 59, 360(387).

사에 반하여서도 유효하게 행사할 수 있는 능력을 기본권 행사능력이라 부른다. 미성년의 아동·청소년의 경우 기본권의 종류와 상관없이 그 주체가 된다는 것은 분명하나 그들이 스스로의 판단에 따라 기본권을 유효하게 행사할 수 있는 것인지는 의문이 있다. 헌법이 명문으로 일정한 기본권을 규정하면서 동시에 일정한 연령에 도달한 경우에 이를 행사할 수 있다고 규정할 경우 그에 따르면 될 것이나, 그 밖의 경우 문제이다.

사인과 사인 사이의 법적 거래를 염두에 두고 거래상대방의 신뢰 보호 및 법적 안정성의 이익을 위하여 획일적인 연령을 유효한 법률행위가 가능한 시기로 규정하는 민사법의 태도를 그러한 이익과 관련되지 아니하거나 더 중요한 인격적 이익이 관련되는 헌법상의 기본권행사에 곧바로 적용할 수는 없다. 미성년의 아동·청소년은 성숙하는데 있어서 여러 단계를 거치는 연속적인 과정 속에 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 일정한 획일적 기준을 설정하는 것이 오히려 그들의 인격성장을 방해할 우려가 있고, 이는 결국 그들에게 주어진 인간으로서의 존엄성과 인격성장의 권리를 침해하는 일이 되고 말 것이기 때문이다. 또한 기본권행사능력이 부인되는 단계에 있는 아동·청소년의 기본권은 주로 부모(법정대리인)에 의해 대신 행사될 것인데 그러한 대리권의 기초로서 부모의 양육권은 위에서 본 바와 같은 구조적 특수성을 가지는 권리이므로 아동·청소년의 인격성장에 조력하는 범위를 넘어서 행사될 수 없는 한계를 가진다. 따라서 미성년의 아동·청소년의 기본권행사능력은 해당 기본권이 보호하는 행위의 종류와 성격, 그리고 해당 아동·청소년의 개별적 사정에 따라 구체적으로 결정되는 것이 타당할 것이다.¹⁸⁾

첫째로, 법률행위적 행위가 기본권의 보호대상인 경우에는 역시 미성년 아동·청소년의 보호 외에도 거래상대방 보호, 즉 법적(거래의)안정성이 고려되어야 할 것이므로 민사법상 확정된 연령에 따른 행위 능력규정이 고려되어야 할 것이므로 민사법상 성년규정은 오늘날의 아동·청소년의 성장발달단계를 고려하여 대략 18세~21세 정도 내에서 정해지는 것이 옳을 것이고, 그 이상으로 낮추는 것도 반대로 높이는 것도 위헌이 될 것이다.

둘째로, 자연적 행위가 기본권의 보호대상으로서 그 행사에 있어서 어느 장도 수준의 지적 능력이나 신체적 능력을 전제로 할 경우,¹⁹⁾ 해당 아동의 정신적·신체적 성숙의 정도 및 그에 따른 자기 판단능력, 자기책임능력이 기준이 되어야 할 것이다. 물론 입법자는 개별적인 입법을 통하여 기본권행사가능연령을 정할 수는 있다. 그러나 이 경우 입법자는 아동의 인식능력과 판단능력에 있어서의 성장과정을 개별법률에서 단계적이고 부분적인 행사능력의 체계를 형성하는 식으로 적정하게 고려해주어야 한다. 그렇지 않으면 입법자는 헌법이 보장하는 아동의 인격적 권리를 침해하게 된다.²⁰⁾ 독일

18). 미성년자의 기본권의 행사능력에 관한 독일의 논의를 간추려 보려면 Klaus Stem, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, S.1064ff.와 Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 12.Aufl., 1996, Rdn. 134ff. 참조. 기본권행사능력의 헌법적 근거에 대해 회의적인 입장이 없는 것은 아니다. 특히 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.Aufl., 1995, Rdn. 285 참조

19). 생명권과 신체불훼손권과 같은 기본권은 현존하는 생명과 신체의 온전성을 상태 그 자체로서 보호하는 것이므로 별도의 신체적·정신적 성숙을 전제로 하지 않는다. 다만 외부로부터의 침해에 대하여 이들 기본권을 주장하고 방어하기 위하여는 일정한 능력이 요구될 것이다.

20). Jestaedt, in: Dolzer/Vogel(Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*(75. Lieferung 1995). Art. 6 Abs. 2 und 3, Rdn. 151f. 참조.

의 아동의 종교교육에 관한 법률 제5조에서 아동이 12세가 되면 본인의사에 반하여 지금까지 믿던 것과 다른 종교로 키워지지 않고, 14세가 되면 어떤 종교를 믿을지 아동 단독으로 결정할 수 있도록 정하고 있는데, 이는 입법자가 입법형성의 자유의 테두리내에서 아동의 종교의 자유 행사능력에 관한 구체화입법을 한 예로 볼 수 있다. 이러한 구체적 입법이 없을 경우에는 해당 기본권이 보호하는 행위의 종류와 성격, 그리고 해당 미성년 아동의 구체적 판단능력·책임능력에 따라 그의 기본권행사가가능여부를 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

셋째로, 위와 같은 실체법적인 기본권행사능력과 더불어, 침해된 기본권의 구제를 스스로 유효하게 소구할 수 있는 절차법적 기본권 행사 능력이 문제된다. 기본권은 주체적인 삶을 보장하기 위한 것이므로 그 침해에 대하여도 주체적으로 다룰 수 있어야 하는 것이 원칙이다. 그러나 과연 기본권침해에 대한 사법적 구제수단으로 헌법상 중요한 의미가 있는 헌법소원심판의 수행능력을 미성년인 아동·청소년에게도 직접 인정할 수 있는가? 현행 헌법소원심판제도는 변호사강제주의를 채택하고 있으므로 미성년자인 아동·청소년의 경우 부모를 통하여 변호사를 대리인으로 선임하여 심판수행을 하게 하므로 실무상 문제가 되지 않을 것으로 보인다.

4. 아동의 기본권과 부모의 양육권의 갈등

만약에 미성년의 아동·청소년이 어떤 기본권의 행사를 가능하게 할 정도의 신체적·정신적 성숙에 도달하여 해당 기본권을 스스로 행사할 수 있는 경우에, 그 아동·청소년의 의사와 다른 의사를 가

진 부모가 양육권에 기초하여 아동·청소년의 기본권행사에 제동을 걸고 나온다면 어떻게 되는가? 먼저 미성년 아동이 그 부모에 대하여 기본권의 직접적 효력을 주장할 수 있을까? 기본권의 효력이 인정되는 전통적 상황인 개인이 국가에 대하여 기본권으로써 대항해야 하는 그런 관계가 부모와 자녀간에 성립된다고 볼 수는 없다. 미성년 자녀가 부모와 대립하여 부모로부터의 침해를 방어해야 하는 위험상황에 놓여 있는 것이 가족관계라고 말할 사람은 없을 것이다. 일단 직접적 기본권효력은 부인된다. 만약 부모와 자녀간의 관계도 일응 사법관계로서 기본권이 간접적인 효력은 나타낼 수 있는 것이 아닌가 생각하더라도 그 관계는 가족관계의 특수성 내지 위에서 살핀 부모의 양육권의 특수성으로 말미암아 변형을 겪지 않을 수 없을 것이다.

미성년인 아동의 의사도 부모의 의사도 기본권적 보호를 향유하는 경우에 법이 판단해야 하는 것은 부모의 교육권이 관철되어야 하느냐 아니면 아동의 독자적 결정이 관철되어야 하느냐의 문제이다. 예컨대 부모가 10세인 자녀에 대하여 학교성적이 나쁘다는 이유로 스포츠동아리에 가입하는 것을 막거나, 13세인 자녀에 대하여 학교신문에 글을 발표하는 것을 제지하거나, 14세인 자녀에 대하여 - 부모가 보기에 - 나쁜 영향을 주는 제3자와의 교제를 금할 수 있는가? 물론 부모의 의사와 자녀의 의사가 일치할 때 국가가 그러한 결사의 자유·언론의 자유·행복추구를 방해하는 조치를 취하는 경우 부모의 권리와 아이의 권리 모두를 침해하는 것이 될 것이다. 그러나 여기에서처럼 부모의 의사와 아동의 의사가 일치하지 않는 경우 국가측에서 바라보면 어쨌든 형식적으로는 부모의 권리와 아동의 기본권사이에 충돌이 발생하는 것으로 볼 수밖에 없다.

중요한 것은 기본권을 행사할 능력이 있을 만큼 성숙하였다는 것이 곧바로 부모에 의한 양육의 필요성이 없게 되었다는 것을 의미하지는 않는다는 점이다. 기본권행사능력이 모든 기본권주체에 대하여 문제되고 당사자가 일정한 기본권을 행사하기 위한 사실상의 조건들을 갖추고 있느냐를 문제삼는데 비하여, 양육의 필요성은 미성년자에게만 해당되는 문제로서 사회공동체내에서 자기책임적인 인격체로서 성장이라는 양육목표에 지향되어 있다. 따라서 양육의 필요성이 소멸하기 위한 전제로서 미성년 아동에게 요구되는 능력은 개별적인 기본권행사능력 이상의 것이다. 미성년자가 어떤 의견을 형성하고 이를 표현할 능력을 갖추었다고 해서, 어떤 신앙을 가질 능력을 갖추게 되었다고 해서, 양육의 필요성은 그가 기본권행사능력 외에도 추가적으로 생활관계에 대하여 독자적으로 판단하고 스스로의 책임 하에 법률적 거래에 들어가는 데 충분할 만큼의 성숙에 도달하였을 때 비로소 소멸한다. 아동이 자기결정능력과 자기책임능력을 갖추고 공동체생활에 적응하도록 되어 가는 성장과정을 지원할 필요성이 양육의 필요성이다. 부모는 그러한 성장과정에서 아동에게 야기될지 모르는 손상을 예방하고 (부모의 견해에 따를 때) 아동·청소년의 성장과정에 대한 부정적인 영향들을 저지하여야 할 책임이 있다. 그러한 부정적 영향은 밖으로부터만 오는 것이 아니다. 아동·청소년자신의 행위로부터도 자신의 인격성장에 부정적 영향이 있을 수 있고 이를 방지하는 것도 역시 부모에게 의무로 인정된 양육책임의 일부이다. 부모의 양육권은 미성숙한 아동·청소년이 본인의 기본권을 행사하여 발생시키는 본인에 대한 불이익한 결과로부터 당해 아동을 보호하는데도 봉사해야 한다.

따라서 아동·청소년이 판단능력과 책임능력이 결여되어 아직도 스스로 결정하고 스스로 책임지는 인격체로 성장되지 못한 동안은 비록 그 아동이 개개의 경우에 자기의 기본권을 행사할 수 있는 부분적인 능력이 있다 하더라도 여전히 부양과 보호·교육이 필요하며, 경우에 따라서는 일정한 기본권을 행사함으로써 스스로에게 위험을 야기하는 자기자신으로부터 보호되어야 할 경우도 배제할 수 없다.²¹⁾ 이 경우 부모는 자기의 이러한 책임을 이행함에 있어서 아동의 사실적 의사를 가능한 한 확인하고 존중하기 위한 노력을 기울여야 하지만, 아동의 의사가 부모의 의사와 상충하는 경우에는 아동의 객관적 이익인 아동의 복리를 기준으로 하여 양육책임을 이행하면 되고 아동의 주관적 의사를 고려하지 아니할 수 있다.²²⁾ 예컨대 수술을 앞둔 14세의 자녀가 수술에 대한 공포로 수술동의를 완강히 거부할 경우 그 아동이 수술의 의미와 동의거부의 결과에 대하여 완전히 이해하고 있다 하더라도 경미한 수술이라면 모르되 생명과 결부된 중요한 수술인 경우 부모의 동의여부를 기준으로 하는 수밖에 없지 않을까. 따라서 양육의 필요성이 상충하는 한도 안에서는 아동의 기본권과 부모의 양육권의 충돌은 외견상 존재할 뿐이고 부모의 양육권에 유리하게 결정하지 않을 수 없다. 단, 부모의 양육권은 위에서 본 것처럼 시기적·내용적 제약 하에서만 행사되는 것이므로 아동이 기본권을 행사하는 구체적인 경우에 부모에 의한 양육의 필요성이 부정되어 부모의 양육권이 배제될 가능성은 언

21). 물론 기본권을 행사하는 자기자신으로부터의 보호는 그 자체로서는 기본권보장의 취지에 맞지 않는 비정상적인 것이다. 자유는 그 행사의 자유도 포함하며 생사의 결과에 대한 책임은 본인에게 귀속하는 것이다. 다만 여기에서는 아동·청소년의 특수한 상황, 즉 전체적으로 보아 자기결정능력과 자기책임능력이 성장단계에 있는 관계로 부분적인 기본권행사능력의 인정과 별도로 부모의 교육적 개입이 여전히 정당화되는 것이다.

22). Jestaedt(위의 주 20), Rdn. 140.

제나 존재한다.

IV. 아동·청소년보호에 대한 부모책임과 국가책임

미성년의 아동·청소년이 자기판단능력·자기결정능력을 가진 자율적인 인격체로서 책임 있게 공동체내에서 삶을 영위하도록 성장시킬 책임은 우선적으로 부모에게 있고, 그러한 성장의 일차적 환경은 가족이 되어야 한다. 그런 범위 내에서 아동·청소년의 인격성장의 권리와 그 권리를 대신 행사하는 부모의 (아동·청소년)양육의 권리는 함께 국가에 대항하는 방어권으로서 기능한다. 또한 국가의 아동·청소년보호조치에 대한 중요한 한계로 기능한다. 국가는 다만 부모가 자기의 책임을 이행할 수 없거나 이행할 의지가 없을 때 보충적으로 아동·청소년에 대한 보호·양육의 책임을 떠맡는다. 물론 국가가 아동·청소년의 보호와 육성을 위하여 사회의 전체청소년들을 대상으로 하여 구조적 기반을 조성할 책임은 사회국가적 견지에서 별도로 요청된다.

그런데 오늘날 아동·청소년의 전통적 사회화 장소인 가족과 학교의 영향력이 점차 약화되는 현상이 나타나고 있다. 가족은 서구각국과 마찬가지로 해체과정에 들어가는 조짐을 보이고 있으며, 학교는 공교육 기능조차도 제대로 담당해내지 못하고 사교육에 의하여 광범하게 그 영향력을 잠식당하고 있다. 아동·청소년을 그들의 인격적 성장에 유해한 주변환경으로부터 보호해주는 가족과 학교의 울타리기능이 허물어지고 있고 그 틈새로 매스미디어가 파고들고

있다. 나아가 컴퓨터 통신을 이용한 사이버공간이 광범하게 형성되는 등 정보매체의 발전은 매스미디어와 더불어 아동·청소년 교육을 보충하거나 심지어 부분적으로 대체하는 기미를 보이고 있기까지 하다. 개별적인 아동·청소년에 대한 개별적인 가정의 역할만으로는 그 개별 아동·청소년에의 적절한 성장을 기대하기 어렵게 되어가고 있다. 이제 국가에 대하여 아동·청소년 보호를 위하여 보다 적극적인 책임을 담당하여 주도록 요청해야 할 단계로 접어든 것으로 보인다. 특히 성장발달단계에 있는 아동·청소년의 인격성장에 방해가 되는 부정적 요소로 발전하지 아니하도록 그에 관련한 각종 법규를 정비하고 적절한 정책을 개발·실시하여야 할 것이다.

V. 맺음말

역사가 일천함에도 헌법재판소가 헌법상 부여된 사법권을 비교적 적극적으로 행사하면서 헌법이 사법적으로도 관철되고 있고 그 결과 헌법이 모든 법질서의 기초법으로서의 실제적 임무를 수행할 수 있게 되었다. 정치권력·입법권을 포함한 모든 국가권력을 (헌)법적 통제의 대상으로 하는 민주적 법치국가의 시대가 열린 것이다. 권위주의시대에 대한 반작용으로서 이러한 시대에는 보통 정치권력에 관련된 이른바 ‘큰 주제’에 대한 관심이 고조되기 마련이다. 그러나 권위주의시대가 남긴 나쁜 유산 가운데 정치제도적인 것들은 비교적 단기간에 극복될 수 있는 것으로 보이지만 사회문화적인 지체는 오랫동안 국가발전에 걸림돌이 될 것으로 우려된다. ‘상대적으로 작은, 그러나 마찬가지로 중요한 주제’에 대한 관심이 요청되는 소이다.

사회문화적 지체현상 가운데 한 가지로 여기에서는 아동·청소년 문제를 헌법적 관점에서 다루었다. 아동·청소년은 권위주의시대의 후진적인 정치문화 속에서 타율적인 보호·규제의 대상으로만 취급 당해 왔고, 피보호자·피교육자 등의 호칭에서처럼 피동적인 역할에 제약되었다. 이러한 과거의 생각과 관행 속에 아동·청소년을 방치하면서 이들이 새로운 시대 - 실질적인 국민주권의 시대 - 의 주역으로 성장하기를 기대할 수는 없을 것이다. 아동·청소년에 대한 기존의 관념에 대한 반성이 필요할 뿐만 아니라 그에 따른 관계 법령에 대한 정비 또한 긴급하다. 여기에서 ‘법(률)의 법’인 헌법이 아동·청소년에 대하여 어떠한 기본적 지위를 인정하고 있는 지 고찰해 본 것은 아동·청소년관계법령의 검토에 오리엔테이션을 줄 필요 때문이다. 헌법적 심사를 견뎌내는 법만이 그 효력을 유지한다는 사후구제적 견지에서 뿐만 아니라 입법론적으로도 청소년관계 입법의 헌법지향성을 제고 할 필요가 있기 때문이다. 아동·청소년에 대한 국가적·사회적 관심은 ‘현재의 국민’과 ‘다음 세대의 국민’을 긴밀하게 이어줄 고리이며, ‘다음 세대의 국가’를 준비하는 일에 다름 아님을 명심해야 할 것이다.

재판의 전제성에 관한 고찰

김 주 현

전 헌법재판관

서울고등법원 판사

— 목 차 —

I. 서론

II. 재판의 전제성의 의미

III. 구체적 사건이 법원에 계속중이어야 한다.

1. 원칙

2. 예외

가. 재판 계속전의 경우

나. 재판계속 종료 후의 경우

IV. 법률의 위헌여부가 문제되어야 한다.

1. 법률일 것

가. 헌법률

- 나. 폐지 또는 개정된 법률
 - 다. 위헌선언된 법률
 - 라. 합헌선언된 법률
 - 마. 위임규정 - 명령·규칙과의 관계
2. 법률의 위헌여부가 문제될 것
 - 가. 법률의 형식적 하자의 경우
 - 나. 입법부작위의 경우
 - 다. 법률의 해석을 다투는 경우
 3. 위헌성의 정도

V. 구체적 사건의 재판과 관련하여 적용되는 법률이어야 한다.

1. “재판과 관련하여”
 - 가. 재판의 의미
 - 나. 긴급을 요하거나 임시적 지위를 정하는 재판
 - 다. 증거결정 등 중간절차에 관한 재판
 - 라. 헌법재판소법 제75조 제7항의 재심재판
2. 당해재판은 적법할 것
 - 가. 원칙
 - 나. 적법성이 소멸된 경우
 - 다. 위헌심판제청이 철회된 경우
3. “적용되는 법률”일 것
 - 가. 적용여부의 결정 기준
 - 나. 간접 적용되는 법률
 - 다. 수혜자의 제한(평등권위반의 법률조항)과 재판의 전제성
 - 라. 적용의 전제 - 사실인정과 법률해석
 - 마. 가정적 판단에 적용되는 법률

바. 헌법재판소법 제68조 제2항 단서의 의미

VI. 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우이어야 한다.

1. “다른 내용의 재판”의 의미
2. 이유만을 달리하는데 관련되어 있는 경우
3. 기본권 침해 여부 등

VII. 재판의 전제성의 판단

1. 원칙 - 법원의 견해 존중
2. 예외
 - 가. 법원의 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우
 - 나. 헌법적 선결문제의 경우
 - 다. “헌바사건”의 경우

VIII. 재판의 전제성의 범위와 확장

1. 원칙
2. 헌법재판소에 의한 심판대상의 확정
 - 가. 심판대상의 제한
 - 나. 헌법재판소의 실무례
 - 다. 형벌규정에 있어서의 문제
3. 예외 - 심판범위의 확장
 - 가. 헌법재판소법 제45조 단서의 적용에 의한 경우
 - 나. 동일 심사척도가 적용되는 경우
 - 다. 체계적으로 밀접불가분한 경우
 - 라. 심판대상 조항의 적용 전제가 되는 경우
 - 마. 개정된 법률 조항과 개정법률의 부칙조항

바. 개정법률 등 유사법률 조항에 대한 확장

IX. 결론

I. 서론

가. 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.” 라고 규정하고 헌법재판소법 제41조는 그 구체적 내용을 정함으로써 우리 헌법이 위헌법률심판제도에 관하여 구체적 규범통제제도를 취하고 있음을 밝히고 있다. 또한 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌심판제청신청이 법원에서 기각된 경우 그 신청 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있음을 규정하고 있는바, 위 헌법소원심판의 성격에 관하여 다툼은 있으나 그 본질이 구체적 규범통제에 있다고 보는 것이 통설이고 헌법재판소의 견해이다.

나. 구체적 규범통제제도에 있어서는 통상의 사법권을 행사하는 일반법원의 절차와 헌법재판소의 절차가 구조적으로 연결되어 있다. 그리고 바로 이 점이 추상적 규범통제제도나 헌법소원제도와는 다른 구체적 규범통제제도의 큰 특징이다. 즉, 구체적 규범통제제도에 있어서는 일반법원은 자기에게 계속된 구체적 사건에 적용할 법률을 위헌으로 선언함으로써 그 적용을 거부할 권한이 없고,¹⁾ 반면

1). 법원에 그와 같은 권한을 주지 아니한 이유는 구체적 규범통제제도를 취하는 나라간에도 다르다. 오스트리아의 경우에는 역사적으로 법관에 의한 법률심사권을 부정하여 왔으므로 법률심사권을 담당할 별도의 기관을 두게 된 것이고(吉野豊秋, 오스트리아における具體的規範統制制度の成立について, 비교법잡지 통권 제33호, 1쪽 이하 참조), 독일의 경우에는 기본법 제정전 바이마르 헌법 시대부터 법관의 법률심사권이 확설, 관례상 인정되어 왔으나 법관에 의한 입법권의 침해 방지, 헌법관례의 통일 등의 법정정책 이유에서(BVerfGE 1, 184; 6, 55 참조) 구체적 규범통제제도를 택하게 되었다고 한다(光田督良, 西ドイツにおける具體的規範統制の由來, 비교법잡지 통권 제35호, 75쪽 이하 참조).

재판의 전제성의 기능을 권한분계 및 권력통제적 기능, 법 분열방지 기능, 소송경제적 기능, 보충적 기능으로 보는 견해(김학성, 재판의 전제성에 관한 연구, 심천계회열막사화갑기념논문집 공법학의 현대적 지평, 351쪽 이하)는 기본적으로 위 독일식 사고를 전제로 것으로 보인다.

헌법재판소는 일반법원으로부터 이와 같은 법률의 위헌심판제청이 있어야만 당해 법률의 위헌선언을 할 권한을 가지는 것이다.²⁾ 이와 같이 일반법원의 절차와 헌법재판소의 절차가 구조적으로 연결되어 있다는 구체적 규범통제제도의 특징으로부터 어떠한 경우에 법원과 헌법재판소가 연결되는가 하는 점이 문제되는바, 이 점이 본고에서 검토할 재판의 전제성 문제이다.

다. 위헌법률심판사건은 통상의 헌법소원심판사건과 함께 헌법재판소 심판사건의 대부분을 차지하고 있어 그 의미가 큰바, 구체적으로 위헌법률심판사건을 검토함에 있어 적법요건으로 문제되는 재판의 전제성이 어떤 의미인지를 명확히 함에 있어 어려움을 겪은 것이 헌법연구관으로서의 지난 2년간의 경험이었다. 이 점에 관하여는 그 동안 발표된 관련 문헌도 몇 편 쌓여 있고 헌법재판소의 결정례도 많이 집적되어 있으므로 재판의 전제성의 구비 여부가 다투어진 헌법재판소의 결정례를 중심으로 그 동안의 성과를 정리함으로써 앞으로 헌법재판소실무에 약간의 도움이이라도 되었으면 하는 것이 이 글의 목적이다.

II. 재판의 전제성의 의미

2). 오스트리아에 있어서는 헌법재판소가 자기에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌판단과 그 폐지를 직권으로 할 수 있는 권한을 갖고 있는데(오스트리아 연방헌법 제140조 제1항 참조) 이 헌법재판소의 직권심사도 광의의 구체적 규범통제제도의 하나로 보고 있다. (吉野豊秋, 오스트리아의具體的規範統制における一般の裁判所の手續, 비교법잡지 통권 제37호, 118쪽). 우리 헌법재판소법 제75조는 헌법재판소가 헌법재판소법 제69조 제1항에 헌법소원을 인용할 경우에 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌을 선고할 수 있는 것으로 규정하고 있는바, 이것도 헌법재판소에 계속된 구체적 헌법소원에 적용된 법률의 위헌을 선언한다는 의미에서는 같이 볼 수 있을 것이다.

가. 헌법재판소의 결정에 나타난 바에 의하면, 재판의 전제성이란 “첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속중이어야 하고, 둘째 법률의 위헌여부가 문제되어야 하며, 셋째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 구체적 사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 넷째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우”라고 정의할 수 있으며 국내의 학설 가운데 이와 같은 개념정의에 대하여 크게 이견을 보이는 견해는 없는 듯하다.³⁾

나. 재판의 전제성은 헌법재판소의 위헌법률심판절차의 적법요건⁴⁾이므로 심판절차의 개시시부터 결정시까지 존속하여야 함이 원칙이다. 이에 대한 예외가 인정되는가에 대하여는 “구체적 규범통제 절차에 있어서 … 재판의 전제성과 심판의 필요성은 법원의 헌법재판소에 대한 제청요건인 동시에 존속요건이며, 헌법재판소의 결정요건이 된다. 따라서 이러한 요건의 어느 하나라도 결여하는 때에는 제청법원의 제청행위 자체가 부적법한 것이 되고 이에 대한 헌법재판소의 위헌심사가 불가능하게 된다. 특히 위에서 든 2가지 요건 중 심판의 필요성은, 서독형의 헌법재판소제도를 채택하는 나라에 있어서는 ‘재판상의 필요성’이라고 하여 제청법원의 제청은 물론 헌법재판소의 결정에 있어서 반드시 요구되는 절차요건으로 강조되고 있으며, 미국형의 사법심사제도를 채택하는 나라에 있어서도 ‘필요의 원칙’⁵⁾이라고 하여 헌법판단의 기본원칙 중 하나로써 인정되고

3). 다만 김학성, 전제논문은 법원의 제청요건으로서의 재판의 전제성과 헌법재판소의 심판요건으로서의 재판의 전제성을 달리 이해하여야 한다고 한다.

4). 따라서 위헌여부에 관한 판단은 재판의 전제성이 인정된 후에 행하여지는 것이다. 조병륜, 위헌법률심판의 기능과 재판의 전제성, 고시연구, 1997. 8., 36쪽은 “헌법재판소의 위헌법률심판절차에 있어서는 재판의 전제성 여부의 판단은 반드시 본안심리에 앞서 조사하여야 하는 요건은 아니다.”라고 하나 이는 의문이다.

있다. 따라서 위헌법률심판에 있어서는 이러한 심판의 필요성이 전제조건이 되기 때문에 아무리 헌법재판소라고 할지라도 제청법원에 계속중인 구체적 쟁송사건을 처리하는데 직접적이고 절대적으로 필요한 법률 또는 법률조항이 아니면 그 위헌여부를 심판할 수 없다.”⁶⁾라고 하는 반대의 견해도 있지만 헌법재판소는 뒤에서 보는 바와 같이 재판의 전제성의 요건을 완화하는 예외를 인정하고 있다. 이에 대하여는 헌법재판소가 적극적 태도로 헌법재판에 임하고자 한다면 “일반적인 중요성”을 기준으로 재판의 전제성의 예외를 인정하는 것이 바람직하다는 견해⁷⁾도 있고, 헌법재판소는 객관적 헌법의 유지, 수호의 기능을 담당하여야 하므로 법원의 제청요건으로서의 재판의 전제성과는 달리 위헌심사를 하여야 한다는 견해⁸⁾도 있는바, 뒤에서 구체적으로 보는 바와 같이 일정한 경우에는 제한된 범위에서 그 예외를 인정할 필요가 있을 것이다.

다. 이하 위 정의에 따라 재판의 전제성의 개념을 분석해 보기로 한다.

Ⅲ. 구체적 사건이 법원⁹⁾에 계속중 이어야 한다.

5). 이에 관하여는 横田喜三郎, 위헌심사, 577쪽 이하 참조.

6). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정 중 재판관 최광률의 반대의견; 같은 결정 가운데 재판관 한병채, 재판관 김양균의 반대의견 및 김주원, 위헌심판제청요건, 헌법재판자료 제3집, 210쪽도 같은 취지이다.

7). 박승호, 위헌법률심판에서의 재판의 전제성, 안암법학 제3집, 215-216쪽.

8). 김학성, 전개논문, 354쪽 이하; 조병률, 전개논문, 28쪽 이하도 헌법재판적극주의가 우리 헌법 재판소의 기능에 부합한다고 한다.

9). 법원의 구체적 의미에 관하여는 최광률, 위헌법률심판의 제청절차, 법조 1989. 7., 60쪽 이하; 조병훈, 위헌법률심판제청의 요건, 헌법문제와 재판(하), 사법연수원, 813쪽 이하 참조.

1. 원 칙

구체적 규범통제는 구체적 사건의 해결에 필요하여 행해지는 것이므로 재판의 대상이 되는 구체적 사건이 법원에 계속중이어야 함은 당연하다. “구체적인 사건이 법원에 계속중이어야 한다”라는 의미는 헌법재판소법 제51조 소정의 위헌심판제청사건(이하 헌법재판소의 실무례에 따라 “헌가사건”이라 한다)의 경우에는 위헌제청결정 당시는 물론이고 헌법재판소의 결정시까지 구체적 사건이 법원에 계속중이어야 한다는 의미이고,¹⁰⁾ 헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판사건(이하 헌법재판소의 실무례에 따라 “헌바사건”이라 한다)의 경우에는 위헌제청신청시 구체적 사건이 법원에 계속중이어야 한다는 의미이다. “사건”이란 뒤에서 볼 “재판”의 대상이 되는 것으로서 소송사건 뿐만 아니라 비송사건도 포함된다. 중국재판 절차에 파생하여 생기는 중간적·절차적 재판의 절차가 계속중이라는 의미로 보아야 할 것이다. 그렇지 않고 “사건이 계속중”이라는 의미를 중국재판의 대상으로서의 사건이 계속중이라는 의미로 볼 경우에는 이를테면, 증거결정의 재판과 관련하여 검사가 전문증거를 증거로 제출하지도 않았고 제출할 것인지 여부도 확실하지 않은데 전문증거의 증거능력을 인정하는 법률조항에 대하여 미리 위헌심판제청이나 그 신청을 할 수 있다는 것이 되어 불합리하고, 중간적·절차적 재판의 경우라 할지라도 당사자의 증거신청에 대한 증거결정과 같이 당사자의 신청에 의하여 절차가 개시되는 경우에는 증거신청과 동시에 위헌심판제청신청을 하는 것이 일반적이고 또한 그렇게 하더라도 특별한 문제점은 없기 때문이다. 다만 이와 같이

10). 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정 참조.

해석할 경우 법원의 직권에 의하여 개시되고 독립한 불복절차가 없거나 불복절차가 있더라도 구제의 실효성을 기대할 수 없는 성질의 재판에 있어서는 당사자의 위헌제청신청 기회가 사실상 박탈된다는 점에서 문제가 있는바, 이 점에 관하여는 항을 바꾸어 살핀다.

2. 예 외

가. 재판 계속전의 경우

재판이 계속되기도 전에 위헌심판제청이나 그 신청을 하는 경우를 일반적으로 상정하기는 어렵고, 가사 그 제청이나 신청이 있더라도 이는 부적법하다고 보아야 할 것이다. 그러나, 특히 법원의 직권에 의하여 절차가 개시되고 그 직후 절차가 종료되는 중간적·절차적 재판의 경우에는 법원이 직권으로 위헌심판제청을 하지 않는 이상 11) 당사자로서는 재판절차의 개시 시점을 사전에 알기 어려워 적기에 위헌심판제청신청을 하는 것이 사실상 불가능하거나 권리구제의 실효성이 떨어진다는 문제점이 있어 절차의 개시 전에 위헌심판제청신청을 하는 경우가 있을 수 있는바, 그 적법성에 관하여는 다음과 같은 견해를 생각해 볼 수 있다.

① 부적법설

위와 같은 경우 법원은 구체적으로 직권재판절차가 개시되지 않았음을 이유로 즉, 재판계속이 없음을 이유로 그 신청을 각하하여야 하고 헌법재판소도 헌법소원심판청구를 각하하여야 한다. 다만 헌법재판소의 심리중 실제로 직권재판절차가 개시된 경우에 당사자는 새로 위헌심판제청신청을 할 수 있다.¹²⁾

11). 법원이 직권으로 또는 당사자의 신청을 받아들여 위헌심판제청을 한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 직권재판절차가 이미 개시되었다고 볼 수 있을 것이다.

이 견해에 대하여는 다음과 같은 비판이 있을 수 있다. 즉, 법원의 직권에 의한 영장발부 재판과 같은 경우 그 개시 시점을 법원 외부에서는 알 수가 없음에 반하여 일단 영장이 발부되면 사실상 이를 다투기가 어렵기 때문에¹³⁾ 영장발부여부의 재판이 시작되기 전에 미리 청구할 필요가 있다. 위와 같은 경우 법원이 당사자의 신청을 받아들여 위헌심판제청을 하면 재판의 전제성 요건이 충족된 것으로 추정되는 데 법원이 당사자의 신청을 받아들이지 않으면 재판의 전제성이 충족되지 않는다는 점도 이해하기 어렵다.

②적법설

위와 같은 경우에는 명백히 직권재판의 계속 가능성이 없거나 실제로 재판계속이 되지 않고 종국적 재판이 종료한 경우를 제외하고는 헌법재판소는 위헌심판을 하여야 한다. 이 견해에 대하여는 구체적 규범통제란 재판의 현실적인 계속을 전제로 하는 것인데 직권 재판계속이 현실적으로 계속하고 있지도 않고 계속될 가능성도 많지 않은 경우까지 적법성을 인정하는 것은 구체적 규범통제의 본질에 어긋난다는 비판이 있을 수 있다.

③ 검토

이 문제에 직접 언급하고 있는 헌법재판소의 결정례는 없다.¹⁴⁾ 다

12). 새로 위헌심판제청신청을 할 수 있는가 관하여는 헌법재판소법 제68조 제2항 단서의 해석상 의문이 있을 수 있으나 이 점에 관하여는 뒤에서 살핀다.

13). 구속영장의 발부에 대한 구제절차로서는 구속적부심청구(형소법 제214조의 2), 보석청구(형소법 제94조), 영장발부재판에 대한 항고(형소법 제403조), 준항고(재판장이나 수명법관이 발부한 경우, 형소법 제416조)를 들 수 있는데, 재판계속중 구속된 경우 구속적부심사 청구는 할 수 없고, 법원의 직권에 의한 구속의 경우 보석청구나 항고, 준항고가 받아들여질 가능성은 사실상 없으며, 항고·준항고에 재판의 집행을 정지하는 효력도 없기 때문에 일단 구속이 된 피고인이 구제절차를 밟고 그 재판 진행중 위헌심판제청신청을 한다고 하더라도 헌법재판소의 결정이 있기까지의 기간 동안 장기간 구속되어 있을 수밖에 없으므로 미리 헌법심판을 구하지 않는 한 권리구제의 목적을 이룰 수 없다 (영장발부 외의 다른 재판에 대하여도 이와 같은 논리를 전개할 수 있을 것이다).

14). 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28등(병합) 결정의 경우, 이와 같은 쟁점이 문제될 수 있지만 헌법재판소의 심리중 실제로 직권 구속영장이 발부되었으므로 재판의 전제성에 대하여는 더 이상 판단하지 않았다. 사실 헌법재판소의 심판에 소요되는 기간을 고려하여 보면

만, 이와 유사한 문제와 관련하여 법원은 ㉞결정은 상당한 방법에 의하여 고지함으로써 그 효력이 발생하는 것이고 그 고지 전에는 결정의 효력이 발생하지 아니하여 항고권도 발생하지 않으므로 결정이 있기 전 또는 결정고지 전에 한 항고는 부적법하고, 당해 신청이 부적합하다는 이유로 각하 되지 않고 있는 동안에 항고인에게 불이익한 결정이 선고되었다고 하여도 당해 항고는 적법한 것이 될 수 없으며,¹⁵⁾ ㉟행정처분이 있기도 전에 그 행정처분을 하지 말 것을 진정하는 내용의 소원서를 제출한 사실이 있다 하더라도 그 후 위 행정처분이 있어서 그것을 대상으로 한 행정소송을 제기하려면 그에 대한 소청을 경유하여야 하고,¹⁶⁾ ㊱국민투표무효에 관한 소송은 국민투표법에 의하여 국민투표일로부터 20일 이내에 ... 제소할 수 있는 것이므로 국민투표가 실시되기도 전에 국민투표무효의 확인을 구하는 것은 법적 근거가 없는 부적합한 것이라고 판시¹⁷⁾한 예에 비추어 그 적법성을 부인하고 있는 듯하다.

생각건대, 아직 재판이 계속되기도 전에 장래에 재판이 계속될지도 모른다는 것을 전제로 그 위헌심판을 구하는 것은 우리 헌법이 채택하고 있는 구체적 규범통제제도에 반하는 것이다. 그런데, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심파사건에 관한 헌법재판소의 결정례 중에는 공권력에 의한 침해행위가 현실적으로 있기 전

대부분의 직권재판의 경우 헌법재판소의 심리중에 재판 계속 여부가 확정될 것이므로, 헌법재판소의 심리중 실제로 재판이 계속된 경우에는 하자의 치유 문제로 해결하면 되고, 재판 계속성이 없는 것으로 확정된 경우에는 이를 부적합한 것으로 보면 된다. 다만 직권재판절차의 준비행위로부터 실제 직권재판에까지 장기간이 걸리는 경우(이른바 형사재판에 있어 피고인에 대한 공시송달에 의하여 절차를 진행시키기로 하는 결정의 이유)에는 논의의 실익이 있을 것이다.

15). 대법원 1981. 8. 8 고지 81마185결정; 1980. 5.16 고지 80마182결정

16). 대법원 1955. 2. 4. 선고 4278행상76 판결; 동지 대법원 1967. 12. 19. 선고 66누170 판결
 다만 대법원 1960. 12. 27. 선고 4292행상123 판결은 “행정처분이 있을 것을 알고 미리 한 소청도 처분청이 각하하지 아니하고 처분후에 적법한 소청으로 전환처리하였을 경우에는 그 소청도 유효하다”라고 한다.

17). 대법원 1975. 3. 25. 선고 75추1 판결

에 한 심판청구는 원칙적으로 부적법한 것이지만 “앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해가 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 할 것이다. … 기본권침해가 눈앞에 닥쳐올 때를 기다렸다가 헌법소원을 하라고 요구한다면 기본권구제의 실효성을 기대할 수 없기 때문이다.”¹⁸⁾ “기본권의 침해가 확실히 예상되는 때에는 이미 헌법판단에 적합할 정도의 실체적 요건이 성숙한 것으로 본다는 취지의 이른바 상황성숙성이론은 법령에 대한 헌법소원을 기본권침해를 받은 때를 기다렸다가 청구하라고만 요구한다면 기본권구제의 실효성을 기대할 수 없는 경우가 있으므로 헌법소원의 적법요건 중 하나인 현재성 요건과 관련하여 구체적인 기본권의 침해가 있기 전이라도 그 침해가 확실히 예상될 때에는 미리 헌법소원을 청구할 수 있도록 하여 국민의 기본권보장의 실효성을 높이자는 것이다.”¹⁹⁾라고 판시함으로써 기본권 침해의 현재성 요건을 완화하는 예가 보이는데, 이러한 법리는 구체적 규범통제로서의 법률의 위헌심판절차에서도 존중되어야 할 것이다. 그러므로 직권에 의한 재판 계속 전에 위헌법률심판을 제청할 수 있도록 하는 것이 권리를 보장받기 위하여 위헌심판제청신청을 하는 청구인의 입장에서 보아 실효성이 높고, 헌법재판소의 결정 당시의 사실관계에 비추어 앞으로 직권에 의한 영장발부 여부의 재판이 현실적으로 계속될 것임이 합리적 의심이 없을 정도로 충분히 예상되는 경우에는 그 적법성을 긍정하는 것이 옳다고 생각한다.

나. 재판계속 종료 후의 경우

18). 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌마68,76(병합) 결정

19). 헌법재판소 1996. 3. 28. 선고 93헌마198 결정

헌법재판소법 제42조 제1항은 “헌가사건”의 경우 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 당해 소송사건의 재판은 원칙적으로 정지되고 특히 중국재판은 할 수 없도록 규정하고 있으므로 “헌가사건”의 경우 원칙적으로 위헌심판제청신청 후 위헌여부에 관한 헌법재판소의 결정이 있기 전에 소송계속이 종료하는 경우란 없어야 하겠지만 예외적으로 소송절차가 정지되지 않는 경우도 있을 수 있고,²⁰⁾ 공소취소나 소취하에 의하여 소송계속이 종료하는 경우도 있을 수 있을 것이다. “헌바사건”의 경우에도 재판계속 종료 후 위헌심판제청신청을 하는 것이 적법한 경우를 상정할 수 없지만, 위헌심판제청신청에 대한 기각결정이 재판계속 종료 후에 있는 경우와 관련하여 문제가 있을 수 있다. 이러한 문제들에 관한 헌법재판소의 결정례를 살펴본다.

(1) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정

“제청법원이 이 사건 위헌심판제청을 한 후 ... 헌법재판소에서 이 사건 규정의 위헌여부에 관한 심판을 하기 전에 이 사건 즉시항고 사건은 종결되었다. 그러므로 이 사건은 심판 당시에는 재판의 전제성이 소멸되었다고 하겠으므로 이와 관련하여 이 사건의 심판의 적법성을 살펴본다. 일찍이 당재판소는 법률에 대한 헌법소원심판 사건에 있어서 ‘침해행위가 이미 종료되어서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 안 되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분

20). 뒤에서 보는 93헌가2 결정의 경우 검사의 즉시항고에 대한 원심법원의 의견표시를 재판으로 보고 있는바, 그렇다면 법원으로서 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 위 의견표시를 정지하여야 할 것임에도 의견서를 작성하여 항고법원으로 기록을 송부하였기 때문에 헌법재판소의 결정 전에 재판이 종료되는 사태가 생겼다. 위 사건의 경우에는 재판을 정지함으로 인하여 보석결정된 피고인의 구금이 계속된다는 특이한 사정이 있었으므로 법원이 재판을 정지하지 아니한 것이기는 하지만 원칙에는 어긋난 것이다. 위와 같은 문제는 원칙적으로 가처분제도의 도입에 의하여 해결하여야 하고 재판은 정지하여야 한다.

쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 헌법소원의 이익을 인정하여야 할 것이다.’라고 판시한 바 있다. 이러한 법리는 구체적 규범통제로서의 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판절차에서도 존중되어야 할 것이다. 따라서 위헌여부심판이 제청된 법률조항에 의하여 침해된다는 기본권이 중요하여 동 법률조항의 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요성이 있는데도 그 해명이 없거나, 동 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는데도 좀처럼 그 법률조항에 대한 위헌여부 심판의 기회를 갖기 어려운 경우에는 설사 그 심리기간 중 그 후의 사태진행으로 당해 소송이 종료되었다라든 헌법재판소로서는 제청당시 전제성이 있는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 적극적으로 그 위헌 여부에 대한 판단을 하는 것이 헌법재판소의 존재이유에도 부합하고 그 임무를 다하는 것이 될 것이다”라고 판시하였다.

(2) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정

형사소송법 제221조의 2 제2항에 의하여 작성된 공판기일전 증인신문조서가 증거로 제출되어 채택되자 피고인이 형사재판 계속중에 위 형사소송법 규정에 대하여 헌법소원심판을 청구한 사건에서 헌법재판소 “증거채부결정도 … 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당(하고 … 이 사건 조항의) 위헌여부에 따라 … 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다고 할 것이다.”라고 판시하고 있으므로 위 사건에서 전제가 되는 재판은 종국절차로서의 형사재판이 아니라 증거채부의 재판임이 분명하다. 그런데 위 결정의 사안을 보면 청구인의 위헌심판제청신청 당시에는 이미 증거채부의 재판은 종결되어 있었으므로 재판의 계속성이 문제된다.

생각건대, 증거채택 결정은 이미 종료되었지만²¹⁾ 증거채택으로 인한 효과는 본안재판의 종료시까지 존속하므로 그 효과의 배제를 위하여²²⁾ 위 경우에도 예외적으로 재판의 전제성을 인정할 수 밖에 없을 것이다.²³⁾

(3) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 92헌바18결정

구속적부심 계속중에 위헌심판제정신청을 하였으나 구속적부신청을 먼저 기각하여 재판계속이 종료된 후 위헌심판제청 신청을 기각한 사안에 관하여 “위헌여부심판의 제정신청을 받은 법원은 법리상 늦어도 본안사건에 대한 재판을 마치기 전까지는 제정신청에 대한 재판을 하여야 할 것인데도 ... 위헌여부심판의 제청에 대하여는 결정을 하지 아니한 채 먼저 구속적부심사청구를 기각한 다음 제청신청을 기각하여 사건을 부당하게 처리하였을 뿐만 아니라 헌법소원심판청구를 할 당시 청구인이 계속 구금상태에 있었고 또한 새로이 구속적부심사청구를 할 상태에 있었으므로, 헌법소원심판청구 당시 일단 구속적부심사청구가 기각되었다고 하더라도 전제성은 있다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.

IV. 법률의 위헌여부가 문제되어야 한다.

-
- 21). 형사소송법 제296조, 형사소송규칙 제137조에 의하여 당사자는 증거채택을 포함한 증거조사 결정에 대하여 즉시 이의신청을 할 수 있지만 이의신청에 대한 결정은 즉시 하여야 하고(형사소송규칙 제138조) 이에 대하여는 불복을 할 수 없으므로(형사소송법 제 403조) 증거조사결정의 재판 계속중에 위헌제청신청을 하기는 곤란하다.
- 22) 미국 연방대법원은 계쟁분쟁 자체는 종료하였지만 그 분쟁으로 인한 불리한 효과가 남아 있는 경우를 mootness법리의 예외로 보아 위헌 여부의 판단을 하고 있고(Sibron v. New York, 392 U.S. 40,57 등), 독일 연방헌법재판소도 유사한 법리를 전개하고 있는바(BVerfGE 15,226[230]; 22,114[118]), 이러한 예를 참고할 수 있을 것이다.
- 23) 이와 같은 문제는 헌법재판소가 재판의 개념을 종국재판 뿐 아니라 판결전의 소송절차에 관한 중간재판에까지 확대함으로써 인하여 생기는 것이다. 이와 관련하여 증거결정의 근거규정에 대한 재판의 전제성에 관한 논의에 대하여는 후술 참조.

1. 법률일 것

헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌법률심판절차의 대상이 되는 규범은 법률임을 명문으로 규정하고 있는바, 여기서 말하는 법률이란 국회의 의결을 거쳐 공포·시행된²⁴⁾ 이른바 형식적 의미의 법률뿐 아니라²⁵⁾ 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 갖는 조약²⁶⁾ 및 긴급명령 등²⁷⁾도 포함된다. 그러나, 관습법이나 예선은 제외된다.²⁸⁾ 그리고 법률은 반드시 현행 헌법하에서 제정되거나 개정된 법률만을 의미하는 것이 아니므로²⁹⁾ 현재 구체적 사건과 관련하여 적

- 24). 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심사사건의 경우에는 시행전의 법령도 심판대상이 되는가에 관하여 다툼이 있지만(헌법재판소는 1994. 12. 29. 선고 94헌마201 결정에서 시행전의 법률에 대하여 헌법소원대상성을 인정한 바 있다), 구체적 규범통제에 있어서는 시행전의 법률이 구체적 사건에 적용되는 경우란 있을 수 없으므로 대상이 되는 법률은 반드시 시행된 법률이어야 한다.
- 이 점과 관련하여 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가4 결정 및 같은 날 선고 97헌가5결정은 이른바 날치기 통과한 노동관계법 등의 위헌심사제청사건과 관련하여 “위헌법률심판은 최고규범인 헌법의 해석을 통하여 헌법에 위반되는 법률의 효력을 상실시키는 것이므로 이와 같은 위헌법률심판제도의 속성상 법률의 위헌여부심판의 제청대상 법률은 당사자간에 구체적 권리의무관계의 분쟁을 해결하는데 적용할 법률이어야 하고 특별한 사정이 없는 한 그 법률은 현재 시행중이거나 과거에 시행되었던 것이어야 하기 때문에 제청당시에 공포는 되었으나 시행되지 않았고 이 결정 당시에는 이미 폐지되어 효력이 상실한 법률은 위헌여부심판의 대상법률에서 제외하는 것으로 해석함이 상당하다”고 판시하였다.(쟁점 법률은 1996. 12. 31. 공포되어 1997. 3. 1. 시행되기로 되어 있었는데 1997. 3. 13. 폐지되었다. 따라서 1997. 3. 1.부터 1997. 3. 31.까지 사이에는 시행된 것이고 따라서 제청 당시 적법요건의 흠결은 그 하자가 치유된 것이 아닌가하는 의문은 있을 수 있다. 그러나 위 사건의 경우에는 근본적으로 뒤에서 보는 바와 같이 “적용된 법률”이라는 요건을 흠결한 탓에 위와 같은 복잡한 문제를 유발시킨 것으로 보인다.)
- 25). 형식적 의미의 법률만 대상이라는 견해로는 이형호, 군정법령의 위헌심사권은 법원에 있다는 판례, 서울대학교 법학 1권 1호, 441쪽 이하
- 26). 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정은 방문으로 조약이 위헌심사의 대상이 된다고 판시하였다. 조약 기타 국제법규가 위헌법률심사의 대상이 되는가 여부에 관한 제견해에 관하여는 최광률, 전계논문, 65쪽 이하 ; 한병채, 헌법재판의 대상과 특별심판절차(상), 헌법은총 제 2집, 53쪽 이하; 이시윤, 헌법재판에 관한 관견(I), 헌법은총 제1집, 71-72쪽 참조
- 27). 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 93헌마186 결정은 “긴급재정경제명령은 법률의 효력을 갖는 것이므로 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것이다”라고 판시한 바 있다.
- 28). 이에 대하여는 조병훈, 전계논문, 821쪽 이하 참조.
- 29). 이에 관하여 독일의 경우에는 제청의 대상이 되는 것은 원칙적으로 기본법의 공포일 이후에 제정된 법률만이고 그 이전의 법률은 제외되는 것으로 해석하며, 오스트리아의 경우에는 현행헌법의 제정전인 제정시대의 법률도 현행헌법 시행시의 경과조치법에 의하여 그 효력을 지속하는 경우에는 구체적 규범통제의 대상이 되는 것으로 이해한다(최광률, 전계논문, 68

용되는 우리나라의 법률이면 족하며,³⁰⁾ 국회가 제정한 법률이 아니라 비정상적인 입법기관에 의하여 제정된 법률이 아니라 비정상적인 입법기관에 의하여 제정된 법률³¹⁾도 포함된다. 이하에서는 헌법재판소의 판례를 중심으로 문제가 된 경우에 관하여 살펴본다.

가. 헌법률

“헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법재판소법 제41조 제1항(에 의하면 …) 헌법의 개별규정 자체는 그 대상이 아님이 명백하다. 그럼에도 불구하고, 이른바 헌법제정권력과 헌법개정권력을 준별하고, 헌법의 개별규정 상호간의 효력의 차이를 인정하는 전제하에서 헌법제정규범에 위반한 헌법개정에 의한 규정, 상위의 헌법규정에 위배되는 하위의 헌법규정은 위헌으로 위헌심

쪽).

30). 이시윤, 전계 논문, 72쪽; 최광률, 전계논문, 69쪽; 대법원 1960. 2. 5. 고지 1959행상110 결정은 “위헌심사의 대상이 되는 법률은 헌법공포 이후에 제정·시행된 법률은 물론 그 이전에 제정·시행된 법령이라도 소위 입법사항을 규정된 법령이면 이를 포함한다고 해석할 것이므로 군정법령의 위헌여부에 관한 심사는 법원의 권한이 아니라 헌법위원회 권한”이라고 판시하였다.

이와 관련하여 “이 헌법시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”라고 규정하고 있는 헌법 부칙 제5조에 의한 계속효 또는 실효선언을 위하여 과거법령과 조약이 현행 헌법에 저촉되는 지 여부에 대하여도 헌법재판소에 제청할 것이지가 문제되는 바, 이에 관하여는 대법원 1956. 3. 30. 선고 4288행상21 판결; 대법원 1985. 1. 29. 선고 74도 3501 판결; 김태현, 사회보호법에 대한 대법원 위헌제청에 이의있다, 법률신문 1989. 1. 2.자; 이일성, 현행헌법 부칙 제5조와 헌법재판소의 위헌심사권에 관련된 의문들, 대한변호사협회지, 1989. 2. 128쪽 이하; 박일환, 위헌판결의 효력, 법률신문 1989. 2. 16.자 및 2. 20.자; 박일환, 법률의 잠정효와 위헌심판, 법률신문 1989. 3. 6.자 및 3. 13.자; 최광률, 전계 논문, 66쪽 이하; 황우려, 헌법소송에 관한 소고, 헌법재판자료 제1집, 33쪽 이하; 이시윤, 전계 논문, 72쪽 이하; 조병훈, 전계 논문, 824쪽 이하 각 참조

31). 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6등(병합) 결정 등 : “1980. 10. 27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항은 국가보위입법회의는 구 헌법 시행일로부터 구 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대항한다고 규정함으로써 국가보위입법회의에 한시적으로 입법권을 부여하는 헌법상의 근거규정을 두었고, 같은 조 제3항은 국가보위입법회의가 제정한 법률은 지속효를 가지며 이에 대하여 제소나 이의를 할 수 없도록 하여 구 헌법하에서 그 제정절차를 다룰 수 없는 유효한 법률임을 분명히 하였으며, 한편 1987. 10. 29. 공포한 현행 헌법 부칙 제5조는 현행 헌법 시행 당시의 법령은 현행 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다고 하여 법령의 지속효에 관한 규정을 두고 있다. 그렇다면, 국가보위입법회의에서 제정된 법률은 그 내용이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 이를 다투는 것은 별론으로 하고 그 제정절차에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다투는 수는 없다.”

사의 대상이 된다거나, 32) 혹은 헌법규정도 입법작용이라는 공권력 행사의 결과이므로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 된다는 견해33)가 있을 수는 있다. 그러나, ... 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이고 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 아니할 뿐 아니라, 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다. (이 밖에도) ... 헌법은 그 전체로서 주권자인 국민의 결단 내지 국민적 합의의 결과라고 보아야 할 것으로, 헌법의 규정을 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력 행사의 결과라고 볼 수도 없다. ... 우리 헌법재판소가 이 사건의 심판대상이기도 한 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대하여 동 규정이 “일반국민이 직무집행중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 아니한다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다”고 판시한 것(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 93헌바21 결정)은 헌법상의 제규정을 가치통일적으로 해석하였던 대표적인 예라고 할 수 있는데, 이를 넘어서서 명시적으로 헌법의 개별규정 그 자체의 위헌 여부를 판단하는 것은 헌법재판소의 관장사항에 속하는 것이 아니다.”34)

32). 독일의 경우 헌법규정 사이에도 단계 내지 효력상 차이를 두어 이른바 정치적 통일체의 근본결단으로서의 헌법(Verfassungsgesetz)과 그 헌법에 근거하여 타당하고 또 그 헌법을 전체로 하는 헌법률(Verfassungsgesetz)을 구별하는 것이 C.Shimitt의 주장이래 널리 통용되어 있고, 헌법에 위반되는 헌법률에 대한 규범통제가 허용된다는 것이 연방헌법재판소의 관례(BVerfGE 3, 225)이다. 우리나라의 경우에도 김철수, 신고 헌법학개론, 15쪽; 한병채, 전계논문, 52쪽; 정연주, 헌법규범에 대한 위헌심사, 공법연구 19집, 127쪽 등이 긍정설에 속한다.

33). 이시윤, 전계논문, 71쪽은 헌법의 규정이 헌법소원의 대상은 될 수 있다고 하나 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 94헌마118등(병합) 결정은 이를 부정하였다.

34). 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정; 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 94헌마118, 95헌바 39(병합) 결정 동지. 다만, 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32,33(병합) 결정은 구 헌법부칙 제6조 제3항에 대하여도 위헌심사의 대상이 될 수 있음을 전제로 당해 사건의 재판과 관련하여 전제성이 없다고 판시하고 있으나 이는 의문이다.

나. 폐지 또는 개정된 법률³⁵⁾

(1) 원칙

① 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32,33(병합) 결정³⁶⁾

“법률의 시적 효력범위 문제와 관련하여 폐지된 법률이 위헌여부심판의 대상이 될 수 있느냐가 문제된다. 그것은 법률의 위헌결정에 의하여 일반적으로 그 효력이 상실되는 우리나라의 법제하에서 이미 효력이 상실된 법률에 대하여서는 새삼스럽게 효력을 상실시킬 실익이 없다고 할 수도 있기 때문이다. 그러나 폐지된 법률에 의한 권리침해가 있고 그것이 비록 과거의 것이라 할지라도 그 결과로 인하여 발생한 국민의 법익침해와 그로 인한 법률상 태는 재판시까지 계속되고 있는 경우가 있을 수 있는 것이…다. 법률은 원칙적으로 발효시부터 실효시까지 효력이 있고 그 시행중에 발생한 사건에 적용되기 마련이므로 법률이 폐지된 경우라 할지라도 그 법률의 시행당시에 발생한 구체적 사건에 대하여서는 법률의 성질상 더 이상 적용될 수 없거나 특별한 규정이 없는 한, 폐지된 법률이 적용되어 재판이 행하여질 수밖에 없는 것이고, 이 때 폐지된 법률의 위헌 여부가 문제로 제기되는 경우에는 그 위헌여부심판은 헌법재판소가 할 수밖에 없는 것이다. 만일 헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적 분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서는 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수밖에 없는 불합리한 결과가 생겨나게 되기 때문이다.”

② 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바38 결정³⁷⁾

35). 위헌심판제청이나 제청신청 당시 이미 폐지(개정)된 법률 뿐 아니라 위헌심판제청이나 헌법소원청구 후 폐지된 경우에도 마찬가지이다. 후자에 속하는 것으로서 헌법재판소 1995. 1. 20. 선고 90헌바1 결정; 1996. 4. 25. 선고 92헌바47결정 참조

36). 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 89헌마107 결정; 1994. 6. 30. 선고 92헌가18 결정 등 동지

“법률이 개정 또는 폐지하더라도 신법 또는 개정법률의 부칙으로 법개정전에 개정전의 법률에 위반한 행위에 대한 법칙의 적용에 있어서는 종전의 법에 의하도록 규정하고 있는 경우에는 재판의 전제성을 인정함에 아무런 문제가 없다.”

③ 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 결정

“법률이 개정된 결과 신법이 소급적용됨으로써 구법이 더 이상 적용될 소지가 없는 경우에는 구법에 대한 위헌제청은 제청대상의 소멸로 말미암아 부적법하게 되었다고 할 수 있다.”

(2) 형벌법규에 있어서의 특수성 - 형법 제1조와 제8조의 적용

① 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌가4 결정³⁸⁾

“사회보호법이 위헌심판제청 이후에 개정되었고, 신법에 의하면 구법의 일부규정이 삭제되고 신법 시행 당시 계속 중인 사건에 대하여는 신법을 적용하도록 규정하여 위 삭제된 규정에 기하여 청구되었던 피감호청구인이 더 이상 보호감호에 처해질 수 없게 되었다면 구법조항은 재판의 전제가 될 수 없게 되었다.”

② 헌법재판소 1989. 5. 24. 선고 88헌가12 결정

“구 집회와시위에관한법률 제3조...제항은 법률의 개정으로 모두 폐지되었으니 위헌제청을 한 당해사건에 있어서는 그 위헌여부가 더 이상 재판의 전제가 될 수 없게 되었을 뿐더러 이를 판단해야 할 별다른 이익도 인정되지 아니하므로 위헌심판제청은 부적법하다.”

37). 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 93헌바20등(병합) 결정; 1996. 8. 29. 선고 94헌바15 결정; 1996. 10. 4. 선고 93헌가13등(병합) 결정 동지
38). 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌가4 결정 동지

③ 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 결정

“법률이 개정된 결과 신법이 소급적용됨으로써 구법이 더 이상 적용될 소지가 없는 경우에는 구법에 대한 위헌제청은 제청대상의 소멸로 말미암아 부적법하게 되었다고 할 수 있다. 그러나, 이와 같이 신법이 구법당시 재판이 계속중이었던 사건에까지 소급하여 적용될 수 있는 것은 실제적인 규정에 관한 오로지 구법이 합헌적이어서 유효하였다는 것을 전제로 하고 다시 그 위에 신법이 보다 더 감호청구인에게 유리하게 변경되었을 경우에 한하는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 구법에 대한 위헌여부의 문제는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제문제이...다.”³⁹⁾

다. 위헌선언된 법률

(1) 원칙 - 부적법

“형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분에 대하여는 이미 헌법재판소가 1996. 12. 26. 94헌바1호 사건에서 헌법에 위반된다는 결정을 선고한 바 있으므로 이 사건 법률조항은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 위헌결정일로부터 효력이 상실되었고, 따라서 같은 조 제2항에 의하여 위헌결정일로부터 효력이 상실되었고, 따라서 같은 조 제2항 및 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 심판청구는 심판의 이익이 없어 부적법하다.”⁴⁰⁾

(2) 예외

39). 이 결정에서 다수의견과 반대의견, 별개의견이 나뉘어진 가장 큰 이유는 재판의 전제성에 대한 이해의 차이이다. 이 점에 관하여는 박일환, 법률의 시적 효력범위, 법조 1989. 11., 51쪽 이하 참조.

40). 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 93헌바54 결정; 동지 헌법재판소 1989. 9. 29. 선고 89헌가86 결정; 1994. 8. 31. 선고 91헌가1 결정 등

① 위헌결정의 소급효와의 관계

“헌법재판소법 제47조 제2항의 해석에 충실하여 형벌에 관한 법규이외의 일반 법규의 경우 선고시부터 장래효만 미친다고 볼 경우 그 선고시 이전의 법률관계에 적용할 법규로서 이미 위헌결정에 따라 소멸 또는 폐지되었더라도 재판의 전제가 되는 이상 위헌심판의 제청이 가능할 것인가 … 문제될 소지가 있다”는 견해⁴¹⁾가 있다. 그러나, 소급효가 당해사건에만 미치는 경우의 문제점을 해결하기 위한 방법으로 위헌선언된 법률에 대하여도 다시 위헌심판제청을 할 수 있다고 한다면 위헌결정의 소급효를 제한하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항은 무의미하게 될 것이다. 그러므로 가사 대법원이 위헌결정의 소급효가 미치는 당해사건의 범위를 확장하고 있는 현재의 견해를 바꾸는 경우라 할지라도 그 문제를 해결하기 위하여 위헌선언된 법률에 대하여 다시 위헌심판제청을 할 수 있다고 해석하여서는 안 될 것이다.

② 한정위헌선언된 법률의 경우

한정위헌(또는 한정합헌)선언된 법률에 대하여는 다시 위헌심판제청을 할 수 있다.⁴²⁾ 왜냐하면 한정위헌결정도 위헌결정의 일종이기는 하지만⁴³⁾ 위헌

41). 조병훈, 전계논문, 830쪽, 주 107)

42). 다만 뒤에서 보는 바와 같이 합헌결정에도 기속력을 인정하는 견해에 따르면 사정변경이 없는 한 한정위헌(또는 한정합헌)선언된 법률에 대하여는 다시 위헌제청을 할 수 없게 될 것이다. 한정위헌판결은 합헌부분과 위헌부분으로 이루어져 있기 때문이다.

43). 다만 대법원은 “헌법재판소의 결정이 그 주문에서 당해 법률이나 법률조항이 전부 또는 일부에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항이 폐지되는 것과 같은 결과를 가져온 것이 아니라 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는 이른바 한정위헌 결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 … 이러한 한정위헌 결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다. … 그러므로 한정위헌 결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한데 불과하다”라고 판시하고 있다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결).

선언된 법률조항의 효력이 전부 상실되는 것이 아니라 위헌선언된 당해 법률조항 가운데 위헌으로 선언되지 않은 나머지 부분은 여전히 합헌으로 남아있기 때문이다. 이러한 경우 이론적으로는 법원은 이미 위헌선언된 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 위헌제정신청을 하여야 하고 헌법재판소로서도 그 부분에 대하여만 합헌 또는 위헌의 선언을 할 수 있으므로 이미 위헌선언된 부분에 대한 위헌 심판제청은 각하하는 것이 논리적으로 옳을지 모른다. 그러나 하나의 법률조항 중 위헌인 부분과 합헌인 부분을 양적으로 분리하기가 곤란하여 질적 일부위헌선언을 한다는 한정위헌결정의 속성상 그와 같은 처리는 불가능하거나 지극히 곤란하므로 이미 한정위헌선언이 있는 법률조항에 대한 위헌심판제청은 적법한 것이고 헌법재판소도 이에 대하여 다시 심판하고 있는 것이다⁴⁴⁾(다만, 그렇다고 할지라도 헌법재판소가 이미 위헌선언된 부분을 합헌으로 판단할 수는 없을 것이다⁴⁵⁾).

③ 헌법재판소법 제45조 단서에 의하여 확정위헌선언된 법률 조항의 경우

헌법재판소는 심판대상이 된 당해 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결

44). 구 국가보안법 제7조, 제5항, 제1항의 위헌여부에 관한 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가 113 결정; 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정; 1992. 1. 28. 선고 89헌가8 결정; 구 상속세법 제7조 제1항의 위헌여부에 관한 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 93헌바9 결정과 1995. 7. 21. 선고 92헌바27등(병합) 결정 등 참조.

45). 이에 대하여 소순무, 한정위헌결정의 법원에 대한 기속력, 헌법문제와 재판 (상), 사법연수원, 401쪽은 “그런데 여기에서 주목할 만한 결정례가 있다. 그것은 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 92헌바27, 94헌바6, 47(병합) 결정이다. 위 결정의 주문은 ”... “는 것으로 이는 1994. 6. 30. 선고 93헌바9 결정의 주문과 동일하고 그 이유에 있어서도 93헌바9 결정의 이유 부분을 인용하고 있으면서 이는 우리 재판소의 종래의 관례이며 이제 이를 달리 판단하여야 할 별다른 사정의 변경이 있다고 인정되지 아니하므로 그 결정을 그대로 유지하기로 한다고 하고 있다. ... 결국 헌법재판소는 한정위헌결정을 당해 법률이나 법률조항에 대한 헌법적 해석에 불과한 것으로 그 견해의 변경가능성을 전제로 하고 있다고 보아야 할 사례이다”라고 하여 당해 조항 중 종전에 결정 중 “이제 이를 달리 판단하여야 할 별다른 사정의 변경이 있다고 인정되지 아니하므로 그 결정을 그대로 유지하기로 한다” 부분은 합헌으로 남아 있는 부분에 대한 설시로 이해하면 족하다고 본다.

정을 할 수 있는바(헌법재판소법 제45조 단서), 이 때 법률 전부에 대하여 단순 위헌결정을 하는 경우라면 다시 위헌심판제청의 문제가 생길 수 없지만 법률 전부에 대하여 헌법불합치결정을 한 경우에는 문제가 있다. 즉, 헌법불합치결정에 따라 법률개선의무를 지는 입법자가 종래의 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 방식이 아니라 불합치선언된 법률 중 헌법재판소 결정에서 구체적으로 위헌성이 지적된 법률조항만 개선하고 나머지 부분은 그대로 살려두는 일부개정의 방식으로 개선입법을 하는 경우가 많은바, 이 경우 개정된 법률 가운데 포함된 구 법 규정 부분은 이미 심판대상의 확장에 의하여 위헌선언이 있는 법률규정이므로 이에 대한 위헌심판제청은 부적법한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있는 것이다. 이 문제에 관하여 헌법재판소 1995. 7. 27. 선고 93헌바1등(병합) 결정⁴⁶⁾에 나타난 견해는 아래와 같다.

㉔다수의견

“(전소 사건)에서 구 00법 전부에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였으므로, 개정법률의 시행으로 인하여 위 결정이유에서 위헌성이 있음이 지적되어 개정된 조항들뿐만 아니라 구 00법 전부가 폐지된 것으로 보아야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 위 사건에서 그와 같은 결론은 내리게 된 근본적인 이유는 (...점)에 위헌성이 있고 이 조항들이 위헌 또는 헌법불합치결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 00법 전체를 시행할 수 없게 되므로 법 전체에 대하여 위헌 또는 헌법불합치결정을 선고하여야 한다는 것이었음

46). 사안의 개요 : 구 토초세법(1993. 6. 11. 개정전의 것) 전부에 대하여 1994. 7. 29. 헌법불합치 결정이 선고되었으나, 이 사건의 청구인들은 위 선고전에 헌법소원심판청구를 하였고 위사건이 헌법재판소에 계속중이던 1994. 12. 22. 국회의 개선입법이 있었다. 이 사건에서는 위 전소결정에서 구체적으로 위헌지적이 되지 않아 개정법에서 개정되지 않은 부분에 대한 재판의 전제성이 문제되었다. 이 결정에 대한 평석으로는 남북현, 토초세법의 위헌소원과 개선입법, 법조 1995. 12., 141쪽 이하 참조

뿐, 구 00법 전 조항에 걸쳐 혹은 제도 자체에 위헌성이 있다고 보았기 때문은 아니었다. 그러므로 위 주장과 같이 위 결정 이후 구 00법 중 어떠한 부분이든 일단 입법자의 개정작업이 이루어지면 구 00법 전부가 폐지되는 것으로 보는 것은, 주문에 이른 결정이유를 전혀 무시한 채 주문의 형식논리적인 구조에만 집착한 결과가 되어 위 결정 주문의 취지를 오히려 파악한 것이라고 볼 수 없다. 더욱이 위와 같은 논리를 고집한다면, 당재판소가 위(전소 사건)의 결정이유에서 위헌여부의 판단을 하지 아니한 구 00법 조항들에 대하여 ... 당재판소의 임의적인 위헌심판대상조항의 선택이라는 우연한 사유로 인하여 심판을 받을 기회를 박탈당하는 부당한 결과에 이르게 되고 이는 결과적으로 헌법재판소가 합리적 이유 없이 당사자의 정당한 헌법소원심판청구권을 제한하는 것에 다름 아니다.”

㉞반대의견 1

“개정전 00법의 법률조항들에 대한 위헌여부의 심판을 구하는 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소가 1994. 7. 29. (전소사건에서) 법전부에 대하여 헌법불합치결정을 선고함으로써 그 법률 조항 모두가 재판의 전제성을 상실하게 되어 부적법하다.”

㉟반대의견 2

“개정법률은 (전소 사건)의 결정취지에 명백히 반하므로 ... 형식적인 개정에 불과하고 실질적인 개정이라고는 볼 수 없을 뿐만 아니라 (...한) 점에서 이 사건 심판대상 조항...의 위헌여부에 대한 우리 재판소의 (전소 사건에서의) 결정은 전혀 없었던 결과를 초래한다 할 것이다. 따라서 이 사건 위 심판대상법조항들은 위(전소 사건에서의) 결정과 (그 후의) 법률개정으로 인하여 효력이 있다 할 것이므로 재판의 전제성도 상실되지 아니한다”

라. 합헌선언된 법률

합헌결정에도 기속력과 법규적 효력이 있다는 견해는 “어떠한 법률에 대해 헌법재판소가 이미 합헌으로 결정하였다면 사정변경의 사유가 없는 한 법원은 헌법재판소의 합헌판정을 이유로 위헌심판제청신청을 각하하여야 한다. 또 이에 대하여 당사자가 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 청구한다 할지라도 헌법재판소는 이를 각하하여야 한다. 이러한 방안은 불필요한 절차의 반복을 방지하는 것이고 법률관계의 안정에 이바지하는 것이고 궁극적으로는 법률의 합헌결정에도 기속력과 법규적 효력을 인정하는 것이다. 여기서의 전소결정의 기속력과 법규적 효력은 법원에게 헌법재판소의 결정취지를 준수할 의무를 부과하는 것이고, 소송당사자를 비롯한 일반국민에게도 그 법률의 법적 상태가 합헌임을 확인한 것으로서 더 이상 다툼의 대상이 되지 아니함을 선언한 의미를 지닌 것이다. 만약 법률의 합헌결정에 대해 기속력이나 법규적 효력을 인정하지 않는다면 법원은 당해 법률에 대해 재차 합헌판단을 하여 제청결정을 기각할 수밖에 없고 이에 대해 당사자는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구를 할 수 있게 되므로 불필요한 절차를 반복하게 되기 때문이다.”⁴⁷⁾라고 한다. 그러나, 우리 헌법재판소 법 제47조 제1항은 위헌결정의 기속력만을 규정하고 있을 뿐이고 합헌결정의 기속력에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않으므로⁴⁸⁾ 일단 합헌으로 결정된 법률에 대하여도 제청법원 이외의 다른 법원은 기판력이나 기속력 등의 아무런 제한 없이 새로운 위헌심판제청을 하는 것이 가능하다고 해석할 수밖에 없을 것이며,⁴⁹⁾ 그렇게 하는 것이 헌법재판소의 잘못된

47). 남복현, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 헌법재판연구 제7권, 308쪽

48). 이에 비하여 독일연방헌법재판소법 제31조 제1항은 “연방헌법재판소의 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정기관을 기속한다”라고 규정하고 있어 명문상 합헌결정의 기속력이 인정된다. 합헌결정의 기속력을 인정하는 견해는 우리 헌법재판소법 “위헌결정”의 기속력만 명문으로 규정하고 있지만 이는 한정적인 것이 아니라 예시적인 것이라고 한다.

49). 김지형, 헌법재판소결의 기판력, 헌법논총 제3집, 315쪽; 조병훈, 전계논문, 830-831쪽; 이시

판례를 시정하는 데에도 도움을 줄 것이다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

헌법재판소의 실무례를 보더라도 형법 제241조(간통죄)에 대하여 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정으로 이미 합헌선언이 있었음에도 1993. 3. 11. 90헌가70 결정으로 다시 합헌결정을 선고하였으며, 구 조세감면규제법 제88조의 2⁵²⁾에 대하여 1995. 6. 29. 선고 95헌바41 결정으로 다시 합헌결정이 선고된 예에서 보듯이 합헌결정의 기속력을 인정하지 않는 전제하에서 운용되고 있다.⁵³⁾

마. 위임규정 - 명령·규칙과의 관계

위임규정도 법률 조항이므로 당연히 구체적 규범통제의 대상이 된다. 그런데 실무상으로는 이 문제가 그리 간단하지가 않다. 위임규정이 문제되는 경우는 크게 나누어 첫째, 위임 자체가 정당하지 못한 경우,⁵⁴⁾ 둘째, 위임 자체는 정당하지만 포괄위임금지의 원칙에 위반된 경우,⁵⁵⁾ 셋째, 위임규정 자체에는 문제가 없지만 하위법령의

윤, 전계논문, 77쪽

50). 이시윤, 전계논문, 77쪽

51). 이탈리아의 경우 기각결정(합헌결정)은 당해사건을 제외하고 다른 법원을 기속하지 못하므로 새로운 기준이나 주장이 제시되지 않을 때에도 다른 법원에 의한 동일규범이 제정은 허용된다(남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구(박사학위논문), 196쪽).

52). 구 조세감면규제법 제88조의2에 관한 두 사건은 심사기준을 달리하므로 견해에 따라서는 합헌결정의 기속력이 문제된 사건이 아니라고 할 수도 있다.

53). 합헌결정에 기속력을 인정하지 아니하는 경우 헌법재판소의 합헌결정이 있는 법률조항을 법원이 적용할 수밖에 없는 근거가 무엇이나 하는 점이 문제될 수 있으나(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체판결은 헌법재판소에 의하여 합헌선언된 5·18민주화운동에관한특별조치법 제2조에 대한 피고인의 제차 위헌주장에 대하여 “위 법률조항에 대하여는 헌법재판소가 …합헌결정을 하였으므로 위 법률조항의 적용범위에 속하는 범죄에 대하여는 이를 그대로 적용할 수밖에 없다”라고 판시하였다), 이는 합헌결정의 기속력 때문이 아니라 우리 헌법이 헌법재판소의 위헌결정이 없는 한 법관은 위헌으로 의심되는 법률이라고 적용할 것을 명하고 있기 때문으로 이해하면 족하다.

54). 헌법재판소 1991. 2. 11. 선고 90헌가27 결정의 경우에는 포괄위임의 문제와 더불어 위임 자체의 위헌성도 다루어졌다. 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 96헌바36등(병합) 결정도 이에 해당한다고 볼 수 있다.

내용에 문제가 있는 경우로 나누어 볼 수 있는바, 위 첫째와 둘째의 경우에는 특별한 문제가 없지만 셋째의 경우에는 문제가 있다. 왜냐하면, 셋째의 경우는 보기에 따라서 포괄위임 등 위임규정의 위헌성 문제로 볼 수도 있고⁵⁶⁾ 명령·규칙의 위헌성 문제로 볼 수도 있기 때문⁵⁷⁾⁵⁸⁾이다. 그런데, 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사하는 것으로 규정하고 있는데 위 셋째의 경우를 모두 포괄위임의 문제로 볼 경우에는 헌법 제107조 제2항이 사문화되기 때문이다.

(1) 헌법재판소의 판례

① 위임규정의 위헌성 문제로 본 예

㉔ 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌가23 결정⁵⁹⁾

“이 사건 법률…에서 대통령령이 정하는 해당시설을 갖추어야 한다는 것은 (…한) 경우에는 그 소유임을 증명하는 서류를 등록하여

55). 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4등(병합) 결정; 1994. 7. 29. 선고 93헌가12 결정; 1994. 7. 29. 선고 92헌바49등(병합) 결정 등 다수

56). 당사자가 이 점에 관하여 흔히 하는 주장이 “시행령 규정에 문제가 있는 것은 위임규정이 개념정이나 위임의 범위를 명확히 하지 아니함으로 인하여 법원이나 행정청의 자의적 해석을 가능하게 한 때문이다. 따라서 위임규정은 포괄위임금지원칙에 위배된다”는 것이다.

57). 명령·규칙 자체에 대한 위헌심판제청신청이나 헌법소원은 부적합하다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다 (헌법재판소 1992. 10. 31. 선고 92헌바42 결정; 1992. 11. 12. 선고 92헌바7 결정; 1995. 7. 27. 선고 93헌바 1등(병합) 결정; 1996. 10. 4. 선고 96헌가6 결정 등).

이에 대하여는 “위헌제청의 대상은 국회에서 제정공포된 형식적 의미의 법률은 물론 실질적 의미의 법률인 법규명령도 포함한다고 보아야 할 것이다. 법규명령은 법률과 동일한 법률적 구속력을 갖는 실질적 입법에 속하는 법규이므로 비록 그 법의 형식적 명칭이 명령이나 규칙이라하더라도 강제규범을 그 내용으로 하는 법규명령은 일반 법률과 같은 것으로서 법규의 존재형식을 달리하고 있는에 불과하다고 보아야 한다.”는 반대의 견해도 있다(한병채, 전제논문, 37-38쪽).

58). 독일의 경우에는 명령·규칙이 위헌제청의 대상이 되지 않지만 이태리, 스페인, 포르투갈, 벨지움, 오스트리아, 알제리, 유고에서는 위헌여부 뿐 아니라 위법여부까지도 제청의 대상이 되며 특히 유고의 경우에는 명령·규칙이 아닌 행정청이나 지방자치단체의 일반처분의 위헌성과 위법성까지 헌법재판소의 관장사항이라고 한다(이시윤, 전제논문, 72쪽).

59). 본질을 같이 하는 결정례로 헌법재판소 193. 5. 13. 선고 91헌바17 결정이 있다.

야 한다는 등의 요구를 규정하도록 백지위임한 것이 아니고 정기간 행물을 발행하는데 필요한 적절한 시설에 대하여 대통령령으로 규정하도록 한 것이므로, 반드시 자기의 소유권을 가지는 시설을 갖추도록 그 법률원인까지 한정하여 제한하는 내용의 법규로는 볼 수 없는 것인데 행정부는 본법을 잘못 이해하고 확대 해석하여 당해 해당시설은 자기 소유이어야 하는 것으로 한정하고 등록요건을 엄격하고 제한하고 있는 것은 위헌성이 있는 법률해석(이다). 그렇다면 ... 이 사건 법률의 해당시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 ... 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 반하는 법률이라 아니할 수 없다”⁶⁰⁾

㉔헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌바40, 95헌바13(병합) 결정

“이 사건 위임조항이 (...라고) 규정하여 직접적, 명시적으로는 위임의 범위를 구체적으로 규정하고 있지는 않지만 (...등을) 종합적으로 고려하여 위 위임조항의 의미를 합리적으로 해석할 때 이 사건 위임조항은 ... 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하지 않는 범위 내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임의 범위를 구체적으로 정하고 있는 것이므로 이를 가리켜 ... 포괄위임금지의 원칙에 어긋나는 규정이라고 볼 수는 없다. 그런데 ... 시행령의 규정내용을 살펴보면 위에서 본 바와 같은 이 사건 위임조항의 위임취지에 합치되는 규정도 있지만 그 위임취지를 잘못 해석하여 (이 사건에서 문제되고 규정되고 있는 규정과 같이) 이 사건 위임조항이 설정한 위임의 한계를 벗어나 기준시가에 의한 것보다 납세의무자에게

60). 대법원은 1994. 12. 9. 선고 93도3232 판결에서 위 헌법재판소결정을 인용하지 아니한 채 “정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항, 제22조 제3호의 규정은 같은 법 제6조 제3항 제1호 및 제2조의 규정에 의한 시설을 자기소유에 한하는 것으로 해석하지 않는 한 위헌규정이 라고 할 수 없다”라고 합헌적 법률해석을 하여 피고인의 위헌주장을 배척하였다.

불리한 경우에도 실지거래가액에 의하여 산정할 수 있도록 규정함으로써 이 사건 위임조항에 대하여 헌법에 위반되는 해석을 하고 있는 것이다. 만약 그와 같은 해석을 용인하면 이 사건 위임조항은 … 양도소득세에 관한 과세표준 산정방법을 대통령령에 아무런 범위를 정하지 않고 백지위임한 것이 되어 헌법상 포괄위임금지원칙에 위반되고 조세법률주의에도 위반되는 것이다. … 이상의 이유로 … 이 사건 위임조항은 실지거래가액에 의한 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”

② 명령·규칙의 위헌성 문제로 본 예

“청구인은 (…용역을 제공하고도) 이 사건 심판대상조항의 위임에 따라 제정된 구 조감법시행령 제58조 제1항이 정하는 면세대상에서 제외됨으로써 … 불리한 대우를 받게 된 것은 이 사건 심판대상 조항 중 위임부분이 위헌성 때문이라는 주장을 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 심판대상 조항의 부가가치세의 면세대상이 되는 건설용역의 구체적 범위를 대통령령으로 정하도록 한 것 자체는 정당하고 적법한 입법권의 위임으로서 평등의 원칙에 반하여 청구인의 기본권을 침해한 것이 아니며 위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 없다.”⁶¹⁾

61). 헌법재판소 1996. 6. 26. 선고 93헌바2 결정

헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 93헌바32 결정은, 이와는 반대로 위임규정은 백지위임으로서 위헌이나 시행령의 규정은 타당하다고 볼 수도 있는 사안에서 “위임입법의 한계의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인

(2) 학설

① 포괄위임의 문제로 보는 견해

“법률의 위임범위를 넘어 시행법규를 제정한 경우에는 그 법률의 양적 확대해석적용 부분에 대하여 일부위헌결정을 할 수 있다.⁶²⁾ ... 이미 공포시행하고 있는 법률이 위헌적으로 적용 집행되고 있어서 헌법에 위반된다고 문제되었을 때 일부위헌이나 단순합헌을 할 수 없고 그렇다고 그 위헌성을 제거하지 아니하고는 합헌적 법률로 존속시킬 수도 없는 경우에 헌법에 맞도록 그 법규해석을 한정함으로써 법적 안정성과 그 법률의 실효성을 확보하는 것이 헌법적 정의구현에 합당한 경우가 있는데 한정합헌결정은 이를 위하여 부득이 하게 되는 것이다.⁶³⁾ ... 이 사건은, 본법은 합헌이나 그 시행령은 위헌이라고 주문에서 분명히 확정하여 선고하여야 할 것이나 헌법 제107조에서 『명령, 규칙 등 위헌성은 대법원이 최종적으로 심사할 권한이 있다』고 명시하고 있는 규정을 가지고 문제 제기하는 일부의 견해가 있을 수 있고 또 헌법 이해를 달리하는 사람이 새로운 논란을 일으킬 소지가 있어서, 이를 고려한 나머지 본법에 대한 한정위헌해석으로 주문을 작성하기로 합의하고 시행령과 같이 본법을 확대해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고한 것이므로 본 결정은 어디까지나 대통령시행령을 위헌으로 선언하고 있다는 데에 중요한 의미를 갖는 것이다.⁶⁴⁾”

② 심판대상의 수직적 확대문제로 보는 견해

“법률의 위헌 여부가 심판대상이 되었을 때, 그 법률에 근거한 법

관계가 없다고 하여야 할 것이다. 즉 대통령령에서 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우 그 대통령령의 규정이 위헌일 것은 물론이지만 반대로 하위법규인 대통령령의 내용이 합헌적이라고 하여 수권법률의 합헌성까지를 의미하는 것은 아니다.”라고 판시하였다.

62). 한병채, 헌법재판의 결정과 변형결정, 헌법논총 제3집, 31쪽

63). 한병채, 진계 헌법재판의 결정과 변형결정, 37쪽

64). 한병채, 진계 헌법재판의 결정과 변형결정, 53쪽

규 명령에 대하여도 헌법재판소가 아울러 심판대상에 부수적으로 포함시켜 위헌으로 결정할 수 있는가(…). 헌법 제107조 제2항은 명령이나 규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되었을 경우에는 대법원이 최종적인 심판권을 가진다고 규정하고 있다. 그렇기 때문에 이 문제는 기본적으로 헌법재판소에서 심판대상을 확장하여 결정할 대상이 아님을 주장할 것으로 보여지기도 한다. 그러나 경우에 따라서는 그 필요성에 있어 논의의 여지가 있지 않을까 생각된다. (위 90헌가23 결정에 있어 법률은 합헌이지만 시행령규정과 같이 해석하는 한 위헌이라는 식으로) 절차적으로 우회하는 방안보다는 보다 직접적으로 … 위 법률의 시행령 관계규정을 직접 위헌으로 선언함이 보다 바람직하고 또 절차적으로 간단한 것은 아닌가 한다. … 최종적으로 입장을 정리하자면, 법규명령의 위헌성통제에 관한 대법원의 권한과 상충하지 않는 범위 내에서 헌법재판소는 직권으로 심판대상의 범위를 수직적으로 확장하여 법규명령에 대해서도 위헌확인을 하여야 할 것이다.”⁶⁵⁾

③ 명령·규칙의 위헌성 문제로 보는 견해

“(위 94헌가40등 결정은) 당사자가 위 시행령 조항에 대한 헌법소원을 제기하였다고 하는 경우에는 각하할 수 밖에 없을 터인데, 그 이유에서 그 위헌여부를 판단하고 모법의 위임범위 판단이라는 변형형태를 통하여 시행령 조항의 위헌성을 판단한 점이 특징으로, 결과적으로 소득세법시행령 제170조 제 4항 제2호와 제3호 중 제3호에 대하여는 합헌결정을 하고, 제2호에 대하여는 위헌결정을 한 셈이 되었고, 이는 헌법 제107조 제2항…과 관련하여 위 대법원의 권한은 침해한 것이 아닌가 하는 논쟁을 불러 일으켰다. (위 90헌가23 결정에 관하여) 생각건대 위 경우 법원은 시행령에 대한 위헌

65). 남복현, 전개 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 215-18쪽

심사권을 행사하여 사건을 해결할 수 있었을 터인데 그 권한을 행사하지 아니하고 헌법재판소에 법률에 대한 위헌제청을 한 것은 이해하기 어렵다. 이 점에서 현행 제도가 대법원을 경유하지 아니하고 각급 법원에 위헌제청권을 주는 것은 문제가 있다.”⁶⁶⁾

④사건

앞서 본 바와 같은 위임규정의 한정적 해석방법은 한병채 전헌법재판관의 견해와 같이 결국 시행령에 대한 위헌심사를 행한 것으로 볼 수밖에 없는바, 행정부가 위임규정을 위헌적으로 해석하여 집행하는 경우 재판의 전제성과 관련하여 그 통제권은 법원에 있다는 것이 헌법의 규정이므로 법원과 사이에 다툼이 생길 수 있다. 생각건대 헌법 제107조 제2항의 존재하에서는 위임규정과 관련한 헌법재판소의 위헌심사권은 위임 자체가 헌법상 용인되는지 여부 및 포괄위임 등 위임의 방식에 헌법상 문제가 있는지 여부에 한정되어야 하고 하위법령의 내용에 대한 심사는 위 문제들과 직접 관련이 있는 경우⁶⁷⁾에 그쳐야 할 것이다. 행정부가 위임법규를 위헌적으로 해석·집행하는 경우 그 통제권은 적어도 재판의 전제성과 관련하여서는 법원에 있고 법원이 이를 위헌적으로 해석·집행하는 경우에는 결국 재판에 대한 헌법소원으로 해결하여야 할 것인데 헌법재판소법은 이를 부정하고 있기 때문이다. 따라서 위임규정도 재판의 전제성이 있는 법률에 해당하기는 하나 위임규정

66). 소순무, 전계논문, 379-380쪽. 다만 이 견해가 위임규정 자체의 위헌선언에 따라 시행령이 효력을 잃게 되는 것은 법의 단계적 구조에 비추어 당연한 것이라는 점까지 부정하는 것은 아니다(위 논문 393-394쪽 참조).

67). 이를테면 법원의 해석에 의하여 확정되는 위임규정의 위임범위(위임규정의 위임법위의 확정은 법률해석의 문제이므로 법원의 법률해석이 명백히 부당하지 않은 이상 헌법재판소는 이에 따라야 할 것이고 법원의 법률해석에 의하여 위임범위가 확정될 수 있는 이상 포괄위임의 문제는 생기지 않는다) 중 일부를 위임자체가 부적당하거나 위임에 의하여 평등원칙이나 재산권보장 등 헌법상의 원리나 기본권을 침해하였음을 이유로 한정위헌 선언하는 경우이다.

의 통제를 통한 시행령의 통제에는 한계에 있다고 본다.

2. 법률의 위헌여부가 문제될 것

가. 법률의 형식적 하자의 경우

법률의 위헌으로 인한 적용 거부가 문제되는 이상 위헌인 사유가 법률의 내용 등 실체적인 면에 있는, 법률 제정· 공포의 절차 등 형식적인 면에 있는 모두 구체적 규범통제의 대상이 된다. 다만, 오스트리아의 경우에는 연방 헌법 제89조 제1항이 “적법하게 공포된 법률, 명령 및 조약의 유효성을 심사할 권한은 본조에 특별한 규정이 없는 한 법원에 속하지 않는다.”라고 규정하고 있으므로 그 반대해석상 법률이 적법하게 공포되었는가 아닌가에 대한 법원의 심사권이 일반적으로 인정되지만 그 밖에 형식적, 실질적 심사는 원칙적으로 부정되고 있고⁶⁸⁾, 독일의 경우에는 제정된 법이 기본법이 규정하는 입법절차를 준수하였는가 여부에 대하여는 일반법원이 심사할 수 있다고 한다.⁶⁹⁾

나. 입법부작위의 경우

넓은 의미의 입법부작위⁷⁰⁾ 가운데 입법자가 헌법의 명문상 또는 헌법 해석상 입법 의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니한 이른바

68). 吉野豊秋, 전제 오스트리아における 具體的規範統制制度の成立たつて、 4-5쪽

69). 畑尻剛, 西 ドイジの具體的規範統制における 一般の裁判所の手續, 비교법잡지, 통권 37호, 154쪽

70). 진정입법작위와 부진정입법부작위의 개념에 대하여는 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌마 108 결정 등 참조

진정입법부작위의 경우에는 구체적 사건에 적용할 법률 자체가 존재하지 않는 경우이므로 입법부작위를 대상으로 하는 헌법소원의 제기가 문제될 뿐 구체적 규범 통제의 문제는 생기지 아니한다. 그러나, 입법자가 어떤 입법사항에 관하여 입법은 하였으나 그 법률의 내용·범위 등이 특정한 경우에 대하여만 적용됨으로써 결국 당해 사항은 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규정된 이른바 부진정입법부작위의 경우에는 그 해석상 규율되지 아니한 내용이나 범위에서는 당해 법률조항이 적용되지 않는다는 내용의 입법을 한 것으로 보아야 할 것이므로 그 규정은 구체적 규범통제의 대상이 된다. 이 경우 특히 법률의 적용대상이 제한과 관련하여 재판의 전제성이 문제되는바, 이에 관하여는 뒤에서 살핀다.

다. 법률의 해석을 다루는 경우

실무상 “...법률조항을 ...라고 해석하는 한(또는 ...라고 해석하지 않는 한) 헌법에 위반된다”라는 청구취지를 종종 접하게 된다. 이러한 경우에 관하여 헌법재판소의 결정례는 위헌법률심판의 대상은 법률로 규정되어 있으므로 이는 원칙적으로 적절치 않지만⁷¹⁾ 다만 예외적으로 청구인의 주장취지를 당해 법률조항이 법원으로 하여금 그와 같은 자의적인 법률해석을 허용하였다는 점에서 죄형법정주의나 조세법률주의 또는 포괄위임금지 등 헌법상의 문제를 갖고 있다는 취지로 선해할 수 있는 경우에는 이를 적법한 것이라고 하고 있는바,⁷²⁾ 헌법재판소의 주문례로 한정위헌결정이 허용되는 이상 위와

71). 헌법재판소의 결정례는 “헌바사건”이 경우에 관하여 “헌법재판소법 제68조 제2항이 ‘법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는’이라고 규정하고 있어 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로”라고 판시하고 있을 뿐이지만, 이 점은 헌법재판소법 제41조 제1항이 규정상 “헌가사건”의 경우에도 같이 볼 수 있다. 그런데, 이 점을 근거로 한정위헌은 헌법재판소의 권한밖이라는 주장이 있다는 점에서(강해룡, 법의 해석과 법의 적용, 법률신문 2054호(1991. 8.22) 12면) 위와 같은 표현에는 문제가 있다고 본다.

72). 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 92헌바40결정; 1997. 2. 20. 선고 95헌바27결정

같은 청구취지도 허용못할바 아니라고 생각한다. 다만 위와 같은 위헌심판 제청 또는 헌법소원심판청구가 있더라도 이는 당해 법률조항이 질적 일부위헌에 해당한다는 법원이나 청구인의 의견으로서 헌법재판소를 구속하는 것은 아니다. 따라서 심판의 대상은 어디까지나 당해 법률조항 자체의 위헌성이지 해석의 위헌성이 아니다.⁷³⁾

위와 같이 법원의 특정 법률해석 자체를 문제삼는 것이 실질적으로 재판에 대한 헌법소원에 해당하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있는바, 이에 관하여 헌법재판소는 “법무사의 자격이 있는 자를 (…로) 규정하고 있는 법무사법 제4조 제1항 제1호의 ‘법원’에는 당연히 군사법원이 포함되는 데도 법원이 그렇지 않은 것으로 해석한 것은 위헌적인 해석이고 만일 법원의 해석과 같이 위 법률조항의 ‘법원’에 군사법원이 포함되지 않고 이를 제외한 것이라면 이 사건 법률조항은 입법미비라고 주장한다고 하더라도 심판청구서 및 보충이유서의 기재를 종합적으로 판단하여 보면 결국 청구인은 본안 사건에서 기본적으로는 이 사건 법률조항의 ‘법원’에 군사법원이 포함되지 않는 것이라면 이는 입법미비로서 헌법에 위반되므로 위 법률조항 자체의 위헌여부의 심판을 구한다는 것이지 재판이나 입법부작위를 심판대상으로 삼고 있는 것은 아니다”라고 판시⁷⁴⁾한 바 있다.

그러나 당해 법률조항 자체는 합헌임을 전제로 이를테면, “형사소송법 제314조 중 ‘기타 사유로 진술할 수 없는 경우를 포함하는 것’으로 해석하는 것과 ‘그 조서 또는 서류는 그 진술 도는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여 진 때’라는 규정을 ‘같은 사건의 다른 참고인테 대한 조서의

73). 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26 결정; 1994. 12. 29. 선고 92헌바22 결정; 1994. 12. 29. 선고 93헌바21결정; 1995. 7. 21. 선고 92헌바40 결정; 1997. 2. 20. 선고 95헌바27 결정; 1997. 3. 27. 96헌가21 결정 참조

74). 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 9헌바22결정

기재내용이 수사기관에서 여러 차례 피고인에게 불리하게 변경되고 피고인에게 유리한 수사기록이 누락되었으며, 참고인의 주민등록번호와 주소가 허위로 기재되어 그 인적사항을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에도 특별한 사정이 없이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 진술이 이루어졌다'고 해석하는 것이 헌법에 위반된다"는 심판을 구하는 경우와 같이 특정 법률조항의 당해 구체적 사건에의 적용을 문제삼는 경우는 달리 보아야 할 것이다. 즉, 헌법재판소는 "무릇 규범의 해석 또는 적용을 한정하는 문제는 일반적으로 규범의 다의적인 해석 또는 다기적인 적용이 가능하여 헌법재판소가 규범의 내용을 제한적으로 해석 또는 적용하는 것이 적절하다고 판단되는 경우에 제기된다. 이 경우 헌법재판소는 법문의 의미가 미치는 범위를 파악하고, 그 의미평가에 관한 접근방법을 고려하며 개별적 사건에서 적용할 수 있는 실무적인 적의성을 참작하여 규범의 해석 또는 적용을 한정하는 것이다. 그러므로 청구인의 요구에 따라 구체적인 사건에만 해당할 수 있는 규범의 해석 또는 적용을 추출하여 규범의 내용을 한정하는 것은 아니다."라고 판시⁷⁵⁾한 바 있는바, 그렇다면 위와 같은 청구를 법률조항의 질적 일부위헌을 구하는 취지라고 볼 수는 없고, 청구인의 주장취지가 당해 법률조항의 합헌을 전제하는 이상 합헌적 법률의 위헌적 적용을 문제삼는 것이어서 실질적으로 재판에 대한 헌법소원에 해당하므로 부적법하다고 볼 것이다.

3. 위헌성의 정도

헌법 제107조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된

75). 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26 결정, 다만 위 사건에서는 당해 법률조항 자체의 위헌성도 함께 주장하였기 때문에 이를 따로 심판의 대상으로 삼지 않았다. 위와 같이 당해 법률조항 자체의 위헌을 구하면서 그에 추가하여(또는 예비적으로) 한정위헌, 또는 적용위헌을 구하는 것은 양적, 질적 축소에 불과하여 별개의 청구로 볼 수 없기 때문이다.

경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여…”라고 규정함으로써 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여…”라고 규정하고 있던 제5공화국 헌법 제108조 제1항과는 다리 규정하고 있음을 이유로 법원에 합헌판단권이 있는지 여부⁷⁶⁾ 및 위헌성의 농도가 어느 정도에 이르러야 제청이 적법한지를 둘러싸고 법원은 당사자의 위헌제청신청의 방식이 부적합한 경우 등을 제외하고는 제청하여야 한다는 견해,⁷⁷⁾ 위헌이라는 의심만 있으면 제청하여야 한다는 견해,⁷⁸⁾ 위헌성이 명백하고도 현저하여 위헌의 확신

76). 법원의 합헌해석권에 관한 논의에 관하여는 황우려, 위헌심판의 제정절차, 법조 1989. 7. 95-97쪽; 유남석, 법원의 법률해석권과 위헌심판제청, 헌법문제와 재판(상), 사법연수원, 611쪽 이하 참조; 이와 관련하여 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 90헌바35 결정은 “법원은 재판과정에서 어떤 법률의 위헌여부가 문제된 때에는 그 법률이 재판이 전제가 되는지 여부에 대한 판단은 할 수 있어도 스스로 합헌판단을 하여 위헌제청신청을 기각할 수는 없다. 그런데 현재 헌법 제41조 제1항은 (…라고) 규정하고 있고, 제68조 제1항은 (…라고) 규정하고 있다. 현재 법원은 재판의 전제가 된 법률에 대하여 합헌판단을 하여 위헌제청신청을 기각할 수 있는 근거조항으로서 위 헌재법 조항을 내세우고 있는 듯하다”라는 청구인의 주장에 대하여 법원에 합헌판단권이 있는지에 대하여는 판단하지 않고 “헌재법 제68조 제2항 … 역시 법원의 합헌판단권을 인정하는 근거가 된다고 볼 수 없다”라고 판시하였다.

오스트리아의 경우 연방헌법 제89조 제1항에 따라 일반법원의 법관에게는 법률에 대한 실질적 심사권이 부정됨에도 불구하고 헌법재판소는 “행정법원 및 최고법원의 재판을 담당하는 부는 … 당해 법률에 대한 위헌의 의심이 정당하다고 생각하지 않는 경우에는 그 법률의 합헌성에 대한 판단을 행한다. 이에 의하여 이들 법원의 부의 지위는 법률의 합헌성에 대한 판단권을 갖지 않는 다른 법원과 구별된다.”라고 판시함으로써[Vfslg 3992 (26 Heft, 1961, S. 329f.) 위헌제청권을 갖는 법원은 합헌심사권도 가진다고 하였다.

77). 이시윤, 전계논문, 74쪽 이하; 권영성, 헌법재판의 현황과 과제, 인권과 정의 1992. 2. 20쪽 이하 등

78). 박승호, 전계논문, 121쪽; 정종섭, 위헌법률심판에 있어서 헌법재판소와 일반법원의 헌법해석권, 헌법논총 제1집, 347-348쪽

오스트리아에서는 제청권이 있는 법원의 의심(Bedenken)으로 족하고, 특히 이탈리아에서는 제청신청한 법률에 대한 위헌성의 의문이 명백히 이유없는 것이 아니라는 정도면 족하다. 이탈리아의 경우에는 추상적 규범통제제도를 인정하고 있지 않은 입법론상의 문제를 구체적 규범통제제도를 통해 보완하기 위한 의도에서 위와 같이 해석한다고 한다(이시윤, 전계논문

이 있는 경우에만 제청하여야 한다는 견해⁷⁹⁾ 등이 있으나 헌법재판소는 “헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조, 제43조 등의 각 규정취지는, 법원은 문제되는 법률조항이 담당법관 스스로의 법적 견해에 의하여 단순한 의심을 넘어선 합리적인 의심이 있으면 위헌여부심판을 제청하라는 취지이다.”라고 판시하여⁸⁰⁾ 합리적 의심설⁸¹⁾을 취하고 있다.⁸²⁾ 따라서, 법원이나 청구인이 당해 법률조항이 위헌으로 의심되는 이유를 합리적으로 설시할 수 없다면 그 제청이나 청구는 부적법한 것으로 보아야 할 것이다.

V. 구체적 사건의 재판과 관련하여 적용되는 법률이어야 한다.

76쪽).

79). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정 중 재판관 한병채의 반대 의견은 독일 연방헌법재판소가 취하는 견해이다. 즉, 독일 연방헌법재판소의 판례는 어떠한 법률의 합헌성에 대한 법원의 의심이나 단순한 의문은 추상적 규범통제절차에서와는 달리 충분하지 않고, 이에서 나아가 위헌임을 확신하여야 한다고 한다(BVerfGE 1,184; 2,406; 3,357; 4,124; 7,29; 16,82; 16,188 등). 따라서 제청법원은 위헌 확신의 구체적 이유 및 그 논리적 전개를 논증해야 한다. 독일의 경우 확신설을 취하는 이유는 재판에 대한 헌법소원이 허용되는 것과 관련하여 이해할 필요가 있다(이에 관하여는 정종섭, 전개논문, 339쪽 이하 참조).

80). 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가 2 결정

81). “위헌에 대한 어느 정도의 개연성이 있다고 믿는 경우에 제청할 수 있다고 해석함이 타당하다”는 견해(조병훈, 전개논문, 834쪽)도 이에 해당하는 것으로 보인다.

82). 이와 관련하여, 제청권을 갖는 법원의 범위의 광협과 제청기준으로서의 위헌성 의심의 정도의 관계에 관하여는 吉野豊秋, 전개, オストリアの具體的規範統制における一般の裁判所の手續, 130쪽 이하 참조

1. “재판과 관련하여”

가. 재판의 의미

재판이란 법원이 관장하고 있는 일체의 법률상이 쟁송에 관한 법원의 판단을 말한다.⁸³⁾ 따라서, 판결·결정·명령 등 그 형식 여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 재판이거나를 불문하며, 심급을 중국적으로 종결시키는 중국재판뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함되며,⁸⁴⁾ 쟁송사건에 관한 재판뿐 아니라 비쟁송사건에 관한 재판도 포함된다.⁸⁵⁾ 따라서, ①형사소송법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정은 당해 소송사건을 중국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당되므로, 공판기일전 증인신문조사를 증거로 채택하는 결정에 있어서 공판기일전 증인신문의 근거조항인 형소법 제221조의 2 제2항의 위헌 여부나⁸⁶⁾ ②인지척부를 명하는 재판장의 보정명령에 있어서 국가

83). 김학성, 전개논문, 353쪽;

84). 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정; 1994. 2. 24. 선고 91헌가3 결정 등

헌법재판소가 중간재판도 재판의 개념에 포함시키는 것은 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 “법원의 재판” 개념과 관련지어 이해하여야 할 듯하다. 즉, 헌법재판소는 위 조항 소정의 법원의 재판이라 함은 “사건을 중국적으로 해결하기 위한 중국판결 외에 분안전 소송판결 및 중간 판결이 모두 포함되는 것이고 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 모두 포함되는 것”으로 보기 때문에(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 90헌마158 결정; 1993. 3. 15. 선고 93헌마36 결정; 1993. 6. 15. 선고 93헌마104 결정 등) 가급적이면 법률의 위헌심사에 있어 “재판”의 개념을 넓게 보아 재판에 대한 헌법소원이 금지됨으로 인하여 발생하는 문제를 완화하려는 것이 아닌가 한다.

85). 조병훈, 전개논문, 836쪽

86). 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정. 같은 유형의 결정으로는 1995. 6. 29. 선고 93헌바45 결정이 있다.

에 대하여 인지첩부를 면제하는 인지첩부및공탁제공에관한 특례법 제2조의
위헌 여부,87) ③지방법원판사가 간통피의자에 대한 구속영장 발부여부에 관
한 재판을 함에 있어 형법 제241조의 위헌여부88)는 재판의 전제가 된다.

뿐만 아니라 법관의 실질적 판단작용을 거치는 것이라면 판결이나 결정,
명령의 형식을 취하지 아니하더라도 이는 실질적 의미에서의 재판이다. 따
라서 법원의 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고사건에 관하여 원심법원
이 형사소송법 제408조 제2항에 의하여 항고의 전부 또는 일부가 이유없다
고 인정하는 것도 재판이다.89)

그러나 가압류나 가치분사건, 각종 영장청구사건과 같이 신속성을 요하는
재판이나 중간재판 특히 증거채택에 관한 재판의 경우에는 다른 견해가 있
는바, 이에 관한 제견해를 살펴본다.

나. 긴급을 요하거나 임시적 지위를 정하는 재판

①“문제로 되는 것은 재판 중 임시적, 준비적인 성격의 긴급절차
(Eilverfahren)의 경우이다. 예컨대 체포·구금·압수·수색영장절차, 가압
류·가치분 절차나 집행절차에서 긴급을 이유로 서면심리나 재판장의 심리
로 결정이 이루어지는 경우 제청의무의 문제는 제청에 따르는 절차의 정지
로 인한 자연과 급박성과의 이익형량에 있어 논란을 불러일으킨다. 예컨대,
가압류·가치분 재판에 있어서는 위헌문제가 있을 때에는 서면 심리로 그칠
것이 아니라 변론을 거쳐서 논하여야 할 것이고 재판장이 하는 재판의 경우

87). 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 91헌가3 결정; 유사 결정례로는 헌법재판소 1994. 2. 24 선고
93 헌바10 결정; 1996. 8. 29. 선고 93헌바63등(병합) 결정; 1996. 10. 4. 선고 95헌가1등(병
합) 결정

88). 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 90헌가70 결정; 그밖에 1996. 2. 16. 선고 96헌가2등(병합) 결
정; 1997. 6. 26. 선고 97헌바4 결정 참조

89). 헌재 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정

(민소 723조)에서 원래의 관할법원으로 그 전제사실 및 법률의 존재와 유효에 관한 확신이 있을 때에만 영장을 발부하여야 할 것이므로 직권에 의한 경우에는 그대로 발부하지 않으면 되고 제청을 필요로 하지 않을 것이며, 검사의 신청에 의한 경우에는 원칙적으로 제청을 필요로 한다 할 것이다.⁹⁰⁾ 다만 이때 적용법률자체의 위헌성 여부가 문제가 될 때에는 본안절차에서 위헌심판제청을 하는 것이 상당하리라고 생각한다”.⁹¹⁾

②“그 특성상 재판이 정지나 제청이 행하여질 수 없는 절차의 유형과 재판이 있다. 재판을 연기할 수 없는 긴급절차(Eilverfahren) 또는 잠정적 권리구제절차에서는 원칙적으로 헌법 제107조 제1항이 적용될 수 없다. 따라서 이 경우는 재판의 전제성이 없으므로 제청은 부적법한 것이다. 즉 원칙적으로 잠정적 권리구제절차에서의 재판은 청구인이 주장하고 있는 실체법적 청구의 존립에 관하여 기준이 되는 법규정의 유·무효 여부에 좌우되지 않는다. 왜냐하면 분쟁대상은 … 법적 청구의 존립이 아니라 법원이 이익형량에 근거하여 본안재판 선고전에 완성된 사실의 창출을 저지해야 하거나 또는 잠정적 규율을 행해야 할 것인지 여부의 문제 및 경우에 따라서는 어떠한 형식으로 행해야 하는지의 문제인 것이다. 따라서 예컨대 가처분이나 가압류등과 같은 경우에는 원칙적으로 재판의 정지나 제청이 행해질 수 없으며 이 경우의 규범통제는 본안절차에서 행해져야 하는 것이다.⁹²⁾ 약식절차이 법관은 자신의 재판에 관계된 법률을 원칙적으로 유효한 것으로 간주해야

90). 황우려, 전계 위헌심판의 제청결정, 88-89쪽; 조병훈, 전계논문, 836쪽

91). 조병훈, 전계논문, 836쪽

92). 사건 : 헌법재판소법 제 42조 제1항은 “법원이 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국결정의 소송절차를 진행할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 위 규정에 비추어 보아도 위헌제청신청이 가능한 사건은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 종국결정을 하지 않아도 되는, 즉 재판이 신속성을 희생하더라도 정당성에 비중을 두는 것이 마땅한 사건만을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

하는 것이다.⁹³⁾⁹⁴⁾ 그러나 예외적으로 잠정적 권리구제절차에서의 제청이 적법한 경우가 있다. 예컨대, 다투어지고 있는 법률관계에 관하여 (잠정적 절차에서) 중국적 효력을 갖는 재판을 하고, 이로써 제청법원의 견해에 따르며 근거가 되는 규범의 위헌성 때문에 (본안절차에서는) 인용될 수 없는 그 어떤 것을 보장하게 될 경우에는 제청이 요청된다.⁹⁵⁾ 그리고 잠정적 규율을 신청한 사건이라도 (신청의 실체적 당부가 아니라) 신청자체의 적법성이 법률의 유·무효에 좌우되는 경우에도 신청이 가능하다.”⁹⁶⁾

③“가처분사건과 영장청구사건은 이른바 관련된 사건의 본안을 중점적으로 다루는 내용의 것이 아니라 신속성을 가장 중요시하는 성질의 것이다. 그래서 가처분결정의 경우 대부분 그 이유를 기재하지 않고 있다. 만일 두 사건에서 제청법원이 의심하는 바와 같은 사유가 있다면 제청법원이 직접 두 사건의 기각결정을 하였어야 한다. 그래야만 신속성을 요하는 두 사건이 빠른 결론이 나서 그에 이어지는 본안에 대하여 당사자들이 더 확실한 준비를

93). 사건 : 당해 법률조항을 합헌으로 본다고 할지라도 보전신청이나 영장청구를 인용하여야 하는 것은 아니다. 위와 같은 사건은 규범적합성보다는 합목적성이나 필요성에 의하여 그 인용여부가 결정되는 특성을 갖고 있기 때문에 당해 법률조항이 합헌이고 형식상 인용요건이 갖추어진 경우라 할지라도 법원은 청구를 기각할 수 있다. 이 점에서 위와 같은 사건에서의 제청은 위헌제청의 보충성과의 관계에서도 검토할 필요가 있다고 본다. 이 점과 관련하여 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가5 결정 참조.

94). 사건 : 이 견해에 따르면 이른바 5·18, 12·12사건 관련 영장사건과 같이 적용법령이 소급입법인지 여부를 둘러싸고 국가적으로 논란이 있고 전직 대통령들이 구속되는 사건의 경우에도 법원은 적용법률을 합헌으로 간주하고 영장발부여부를 결정하여야 하는 것이 되지만, 위와 같은 경우에는 헌법적 해명이 긴요하고 중요성이 있다고 하여 재판의 전제성에 대한 예외를 인정할 수도 있을 것이다.

95). BVerfGE 46,43[51]

이른바 만족적가처분, 단행가처분의 경우를 의미하는 것으로 보이고 창원지방법원 1987. 1. 15. 고지 97카합91 결정(법률신문 1997. 1. 23.자 11면)은 이 경우에 해당하는 것으로 볼 수도 있다. 다만, 위 사건은 다른 이유로 각하되었다(헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가4 결정 참조).

96). 박승호, 전개논문, 123-124쪽

할 수 있기 때문이다. … 따라서 제청법원이 재판의 전제성 판단에 있어서의 재판을 과도하게 가처분사건이나 영장청구사건으로 이끌어 들이는 것은 잘못된 판단이 아닌가 한다. 즉 재판의 전제성이라고 할 때의 재판이란 본안 재판 혹은 신속성이 중요치 않은 보전재판, 영장재판에 한정되어야 할 것이다.”⁹⁷⁾

④“이 사건 신청의 본안은 사용자가 신청인을 상대로 한 손해배상청구소송이 아니라 위 소송을 제기하기에 앞서 그 손해배상채권을 보전하기 위한 가압류신청사건에 지나지 아니하는바, 손해배상청구소송도 아닌 그 보전소송 절차에서 … 재판의 전제성을 인정하여 가압류신청사건의 재판을 정지한다면 (이는 보전처분의 성질상 사실상 가압류신청을 기각하는 것과 같다) 추후에 사용자가 신청인을 상대로 한 손해배상소송에서 승소하더라도 그 집행을 할 수 없게 되면 회복할 수 없는 손해를 입게 되는 반면에 재판의 전제성을 부인하고 가압류결정으로 인하여 입게 된 손해를 사용자가 제공한 담보에서 보전할 수 있게 되므로 이 점에서도 재판의 전제성을 인정할 수 없다.”⁹⁸⁾

⑤ 독일의 경우 긴급절차에서의 제청과 관련하여 제청의무부정설,⁹⁹⁾ 제청의무긍정설,¹⁰⁰⁾ 절충설¹⁰¹⁾등이 대립이 있는바,¹⁰²⁾ 긴급절차 또는 잠정적 권

97). 조상희, 의견서, 노동관계법·안기부법 날치기 통과에 대한 시민헌법재판, 49쪽 이하

98). 부산지방법원 울산지원 1997. 2. 26. 고지 97카95 결정(법률신문 1997. 3. 17.자 11면)

99). Ch. Pestalozza, Einstweilige Anordnung statt Richtervorlage, NJW 1979, S. 1341ff (법관은 위헌성이 있는 법률이라도 일시 적용이 가능하다); K. A. Bettermann, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige geruchtsvorlanen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1979, S. 323tt (주된 절차에서 심사하도록 하여야지 즉결적 절차에서는 절차의 정지가 허용되지 않는다); H. Goerlich, Vorlagepflicht und Eilverfahren, JZ 1983, S. 57, (실체적인 중간적권리를 다투는 절차이므로 제청의무가 없다); Leiholz, Rupprecht, BVerfG, Komm. Art 80 Rdnr. 20.

100). Ch Pestaoaaz, Die Richtervorlage im Eilverfahren Jus 1978, S. 312; Ulsamer, in :

리구제절차에서의 제청은 원칙적으로 부적법하다는 것이 독일의 지배적인 견해이다.¹⁰³⁾

다. 증거결정 등 중간절차에 관한 재판

①“중간판결절차일 경우에는 헌법재판권의 보충성에 의하여 그 이상의 절차에 나아가지 아니하며 해당규범의 합헌성 여부가 심사될 수 없을 때에만 허용되는 것으로 볼 것이다”¹⁰⁴⁾

②“법원은 당해 소송사건의 현재의 진행상태에 비추어 법률 규정의 위헌 여부가 단지 증거결정재판에만 전제되어 있는 경우에는 그 법률규정에 대하여 위헌제청을 할 수 없다. 즉, 법원이 그 법률규정이 위헌으로 선언됨에 따라 증거조사에 의하여 본안재판의 결론이 정말로 당해 법률규정의 위헌여부에 좌우된다는 것이 밝혀지는 경우에만 비로소 그 법률규정에 대하여 제청할 수 있다.”¹⁰⁵⁾ 그러므로 그 법률규정을 위헌으로 보는 법원은 그 법률규정

Mauna, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, BVerfGG Kommentar §80. Rdnr. 206; W. Lower, Zuständigkeiten und Verfahren des BVerfG, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht, Bd. II, S. 784.

101). Eyer mann-Fröhler, VwGo Komm., 8. Aufl. 1980, § 80 Rdnr. 36 (명백한 경우에만 제청)

102). 이상에 대하여는 황우려, 전개 위헌심판의 제청결정, 89쪽 참조

103). BVerfGE 79,69[74], 박승호, 전개논문, 124쪽 주25 참조

104). 조병훈, 전개논문, 836쪽

105). 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정에 나타난 법원의 위헌제청 기각이유도 이와 같다. 즉, 법원은 “재판의 전제성이 있기 위해서는 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되어야 하는데, 청구인에 대한 위 형사재판에서 만일 청구인이 무죄로 인정되는 경우에는 위 공판기일전 증인신문조서의 증명력이 배제될 것이므로 재판의 전제성이 없게 될 것이며, 또 청구인이 유죄로 인정되는 경우에도 위 공판기일전 증인신문조서를 제외하고 (나머지 증거들)에 의하여도 유죄로 인정될 수 있는 것이므로 이 경우에도 역시 재판의 전제성은 없게 된다고 할 것이다.”고 하고 있으며 실제로 위 사건에서 문제가 된 공판기일전 증인신문조서는 유죄의 증거로 사용되지 않았다.

에 따라 당해사건을 철저히 심리하여 그 법률규정의 위헌여부에 따라 다른 결론에 이르게 되어 위헌제청을 할 수 있는지를 알아보기 위하여 우선 당해 법률규정을 합헌으로 가정하고 적용하여야만 한다.¹⁰⁶⁾ 한편 독일 연방헌법 재판소는 이러한 원칙에 대하여 제청문제가 일반적이며 원칙적인 중요성이 있고 따라서 그에 대한 재판이 긴급한 경우에는 예외를 인정하고 있다. 판례에 의하면 언제가 그러한 경우인지는 그때 그때의 처지와 특수상황에 따라서만 판단될 수 있는바, 예컨대 제청된 법률규정이 매우 많은 사건에서 적용될 수 있다는 의미에서 일반적 중요성을 갖는다는 것만으로는 적법하지 못하고, 요구되는 증거조사가 많은 시간과 비용을 요한다는 사실만으로도 일반적이고 원칙적인 중요성을 갖는다고 할 수 없으며, 제청이 공공복리를 위하여 일반적이고 원칙적으로 중요하다고 하기 위하여는 이를 넘어서는 광대하고 특별한 이유가 있어야 한다. 그리고 그 이유는 제청법원이 충분히 설명하여야 하며 이 때에 제청법원은 제청으로 인하여 법원의 재판이 지연된다는 점을 심사숙고하여야 한다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

라. 헌법재판소법 제75조 제7항의 재심재판

헌법재판소법 제75조 제7항은 “제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 위 재심절차에서 새로운 위헌심판제청이나 신청을 할 수 있는가에 관하여 견해가 나뉠 수 있다.

①부정설 : “헌가사건”의 경우에는 헌법재판소의 위헌여부에 관한 결정이 있기까지 재판이 정지됨에 비하여 “헌바사건”의 경우에는 재판이 정지되지

106). Ch. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, S. 210; BVerfGE 11,330: 34,118, 50, 108

107). BVerfGE 47, 146[152]

108). 박승호, 전계논문, 125-128쪽 참조

않고 종국판결이 선고되어 확정되는 경우도 있게 되므로 이러한 경우에 당해사건에 위헌결정의 효력이 실효적으로 미치도록 함에 위 재심의 취지가 있다. 따라서 위 재심의 소는 위헌선언된 법률을 부적용하는 것을 목적으로 하는 절차일 뿐이므로 새로운 주장이나 증거제출을 할 수는 없다. 당사자는 최초의 위헌심판제청신청시 관련조항에 대하여까지 미리 신청을 하여야 한다.¹⁰⁹⁾

②공정설 : 특별한 법률상 제한이 없는 한 위헌 결정에 따른 재심절차도 다른 재심절차와 마찬가지로 절차의 속행적 성격을 띠므로 위헌선언된 법률 조항과 직접 관련이 없는 다른 법률 조항에 대하여도 새로 위헌제청을 할 수 있다.

③절충설 : 원칙적으로 부정설을 취하되 위헌선언된 법률조항의 주적용과 직접적으로 관련있는 법률조항에 한하여 새로운 제청이나 신청이 가능하다.

④살피건대, 위 재심을 허용하는 취지는 위헌심판제청신청이 기각된 경우를 신청이 받아들여진 경우에 비하여 불리해지지 않도록 해 주자는 데에 있는 것인데, 위헌제청신청이 받아들여 위헌결정이 있는 경우에 그 후 새로운 법률규정에 대한 위헌심판제청이 허용되지 않는다고 볼 근거가 없는 이상

109). 참고로 오스트리아의 경우에는 헌법재판소의 결정에 의하여 법률이 위헌으로서 폐지된 경우, 결정 가운데에 다른 내용이 없는 한 그 폐지의 효력이 생기는 날에 헌법재판소에 의하여 위헌으로 된 법률에 의하여 이미 폐지된 법률의 규정이 다시 효력을 갖는다(연방헌법 제 104조 제4항). 이와 관련하여 법률의 폐지와 함께 그 이전의 규정이 다시 효력을 갖는 경우에 그 규정에 대하여 법원이 위헌의 의심을 갖는 경우 다시 그 규정에 대하여 위헌심사의 제청을 하여야 하는가 혹은 최초의 제청시에 당해법률의 폐지를 예상하고 미리 폐지 후 다시 효력을 갖는 규정에 대하여도 폐지를 신청할 수 있는가 하는 문제가 생긴다. 이에 대하여 헌법재판소의 견해는 명백하지 않지만 소송경제의 관점에서 후자의 견해쪽이 타당하다는 견해(H. Haller, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S. 161.)가 있다(吉野豊秋, 전제 오스트리아의具體的規範統制における一般の裁判所の手續, 140쪽). 그러나 이 견해는 후자도 허용하는 것이지 전자만이 적법하다는 취지는 아닌 것으로 보인다.

위 재심의 재판에서도 이를 허용하여야 할 것이고, 위 제75조 제7항은 위헌 결정이 있는 경우를 재심사유의 하나로 추가한 것에 불과하므로 일반적인 재심소송절차에서와 같이 새로운 법률조항에 대한 위헌주장을 허용하여야 할 것이라고 본다.

2. 당해재판은 적법할 것

가. 원칙

법원에 계속중인 재판은 적법하여야 한다.¹¹⁰⁾ 부적법한 재판의 경우 당해 법률 조항의 위헌 여부에 관계없이 소가 각하되므로 실체관계에 적용되는 법률의 위헌 여부는 당해 재판과 관련하여 어떤 영향도 미칠 수 없기 때문이다. 따라서 소의 적법 여부가 당해 법률 조항의 위헌 여부에 달려 있는 경우는 이에 해당하지 아니함은 물론이다.

나. 적법성이 소멸된 경우

소의 적법성은 헌법재판소의 위헌법률심판사건의 개시시부터 종료시까지 구비되어 있어야 하므로 이를테면 행정소송의 계속 중 처분의 근거가 된 법률의 위헌여부가 문제되자 행정청이 계쟁행정처분을 스스로 취소한 경우와 같이 당초에는 적법하던 소가 사실관계의 변화 등으로 소의 이익을 상실하여 부적법하게 된 경우에는¹¹¹⁾ 그 소는 적법한 것이고 계쟁 법률의 위헌여

110). 헌법재판소 1992. 8. 19. 선고 92헌바36 결정; 1993. 11. 25. 선고 92헌바39 결정; 1994. 4. 28. 선고 91헌바15 결정 등

111). 그밖에 사실관계의 변화로 인하여 소송관계기 종료된 경우, 이를테면 일신전속적 소송에서의 당사자의 사망, 소취하나 공소취소가 있는 경우 등에 관하여는 전술 소송계속의 요건 참

부는 더 이상 당해 재판의 전제가 되지 아니함이 원칙이다. 그러나, 구체적 규범통제제도는 소송당사자의 주관적 권리구제라는 목적 외에도 객관적 헌법질서의 유지·수호라는 목적도 갖기 때문에¹¹²⁾ 이를 지나치게 엄격하게 볼 것은 아니고 위와 같이 피고가 자발적으로 침해행위를 제거하거나 정년을 다투는 소에서의 정년도과 등으로 소의 이익의 소멸된 경우라 할지라도 ①당해 침해행위가 원고에 대하여 반복될 위험이 있거나,¹¹³⁾ ②당해 헌법문제의 해명이 일반적인 중요성을 갖는데도 좀처럼 해명의 기회가 없는 경우, ③분쟁자체는 종료되었으나 그 분쟁으로 인한 효과가 여전히 남아 있는 경우¹¹⁴⁾에는 예외를 인정함이 옳다고 본다.¹¹⁵⁾

참고로 외국의 예를 보면, ①오스트리아 연방헌법 제144조 제1항, 제140조 제1항에 의하면 행정청의 처분에 의하여 기본권이 침해된 자는 헌법소원을 청구할 수 있고 헌법재판소는 그 절차에서 직권으로 처분의 근거가 된 법률의 위헌심사를 할 수 있는데 행정청이 위헌심사로부터 벗어나기 위하여 심판의 대상이 되는 처분을 취소하는 경우가 종종 있었는데, 이 점이 소송경제

조

- 112). 吉野豊秋, 전제 오스트리아의具體的規範統制における一般の裁判所の手續, 120쪽
- 113). 침해의 반복 위험성이란 단순히 추상적, 이론적 가능성이 아닌 구체적 실제적인 것이어야 하고 이 점에 대한 입증책임은 청구인에게 있다(헌법재판소 1997. 6. 26. 선고 97헌바4 결정). 기본권 침해의 반복의 위험성이란 ...피청구인에 의하여 청구인의 기본권이 반복적으로 침해될 위험성이 존재하고 또한 그 위험성이 다른 국민보다 더 크다 할 구체적 사정이 있는 경우이다. (헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 89헌마181결정)
- 114). 적법하던 소송이 사정의 변화에 의하여 부적법하게 된 경우에는 원칙적으로 위헌심판절차의 적법요건이 소멸하므로 신청이 각하되어야 하지만 행정소송법 제12조에 의하면 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분의 집행, 그 밖에 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소가 인하여 회복되는 법률상의 이익이 있는 자는 취소소송의 자격이 있으므로 이러한 경우에는 위헌심판제정 또는 그 신청이 가능하다는 견해(김주원, 전개논문, 213쪽)도 이에 포함시킬 수 있을 것이다.
- 115). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정 중 재판관 이시훈의 의견; 1993. 7. 27. 선고 92헌바21 결정; 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정; 1997. 6. 26. 선고 97헌바4 결정 각 참조

상 문제가 되어 1975년 연방헌법 개정시 제140조 제2항으로 “헌법재판소가 법률을 적용하여야 하는 계속중의 사건에 대하여 당사자가 소의 이익을 상실한 경우에도 이미 개시되어 있는 법률의 위헌성에 대한 심판절차는 속행하여야 한다”라는 규정을 신설하였고,¹¹⁶⁾ ②미국 연방대법원은 ㉞반복의 위험¹¹⁷⁾이 있음에도 사법적 심사가 어려운 경우, ㉟과고측이 다툼이 있는 행위를 스스로 중단하거나 철회함으로써 형식적으로는 분쟁이 종료한 것처럼 이더라도 그러한 행위가 반복될 합리적 가능성이 있는 경우, ㊱다툼이 있는 당해 행위는 종료되었지만 중요한 부수적 효과가 해결되지 않고 남아 있는 경우를 “moot” 상태¹¹⁸⁾에 대한 예외로 보아 위헌여부에 관하 판단함을 관례로 하고 있으며,¹¹⁹⁾ ③독일 연방헌법재판소는 헌법소원의 이익이 상실된 경우라도 ㉞기본권침해의 상태가 일단 종료하였으나 그러한 상태가 되풀이될 가능성이 있는 경우,¹²⁰⁾ ㉟기본권침해는 종료되었지만 그로 인한 불리한 사후효과가 남아 있어 이를 제거할 필요가 있는 경우, ㊱본안판단을 거부할 경우, ㊲당해 사건에서 침해된 기본권이 특별히 중요하여 그 헌법적 해명이 중요함에도 아직 해명이 없는 경우¹²¹⁾에는 본안판단을 할 수 있다고 한

116). 한편, 이러한 문제는 직권심사절차뿐 아니라 협의의 통상적인 구체적규범통제절차, 특히 행정법원의 제청에 의한 사건의 경우에도 생기는데도 직권심사절차에 한정하여 심판절차의 계속을 규정한 데는 문제가 있다는 비판(H. Haller, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S. 180, 吉野豊秋 전계 오스트리아의具體的規範統制における一般の裁判所の手續, 138-139쪽에서 재인용)이 있다.

117). 미국 판례상 반복의 위험이란 당해 소송당사자 또는 class action의 경우 class의 구성원에 대한 반복의 위험성을 의미하는 것이고 일반적인 반복의 위험을 의미하는 것이 아니다.

118). 미국법에서는 당초에는 적법하던 소송이 그 후의 사정변화로 인하여 분쟁이 실질적으로 종식되어 본안에 대한 판단이 실질적인 효과를 가져올 수 없는 경우를 “become moot”라고 한다.

119). 미국의 관례 및 이론에 대하여는 Constitutional Law in a Natshell, 3rd ed., 44-48쪽 및 윤진수, 접견불허처분에 대한 헌법소원심판청구 후 접견이 이루어진 경우 심판청구의 적법 여부, 헌법재판자료 제5집, 353쪽 이하 참조

120). 독일의 관례에 의하면 반복의 위험은 당해 당사자에 대한 반복의 위험을 말한다.

121). 독일연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제2문(헌법소원의 보충성의 예외)을 유추적용하여 제청문제가 공공복리를 위하여 일반적이고 원칙적인 중요성이 있고 그에 대한 헌법적 해명이 긴급한 경우에 재판이 전제성 요건의 불비에도 불구하고 심사를 행하고 있다(BVerfGE 47,146). 이에 관하여는 박승호, 전계논문, 212쪽 이하 참조

다.¹²²⁾

다. 위헌심판제청이 철회된 경우

그러나, 소의 적법성이 소멸되었다는 이유로 법원이 위헌제청신청을 철회하거나 청구인이 헌법소원심판청구를 취하한 경우에는 달리 보아야 한다.

제청법원의 제청철회가 허용되는가에 관하여는, 제청결정의 기속력 때문에 제청요건을 갖추지 못하였다는 확신에 이른다 하여도 제청결정을 반복할 권한은 없지만 법률이 변경된 경우나 본안소송에서의 소취하 등으로 적법하게 사건이 종료된 경우에 예외적으로 허용된다는 견해,¹²³⁾ 재판의 전제성이나 심판의 필요성 등 제청요건이 흠결된 경우 허용된다는 견해,¹²⁴⁾ 등이 있는바, 실무상으로는 대법원의 법률해석의 변경, 본안사건의 취하¹²⁵⁾ 등에 따라 위헌판단을 받을 필요가 없게 된 제청신청인의 철회신청에 따라 법원이 철회(철회는 취소결정의 형식에 의한다)하는 등 일반적으로 철회가 긍정되고 있으며,¹²⁶⁾ 헌법소원 심판청구의 취하도 일반적으로 허용되고 있다. 이와 같이 제청이 철회되거나 헌법소원심판청구가 취하된 경우에는 헌법재판소가 위헌판단을 할 수 없는바,¹²⁷⁾ 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정¹²⁸⁾이나 1995. 12. 15. 선고 92헌마 221등(병합)결정¹²⁹⁾에 비추어

122). 독일의 판례와 이론에 대하여는 윤진수, 전계논문, 359쪽 이하 참조

123). 1989. 7. 14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정 중 재판관 이시윤의 보충의견

이시윤, 한국의 헌법재판제도, 헌법재판자료 제3집, 73쪽 ; 이시윤, 전계 헌법재판에 관한 관건(Ⅰ), 80쪽

124). 최광률, 전계 위헌법률심판의 제청절차, 82쪽; 김학성, 전계논문 357쪽 및 367쪽

125). 헌법재판소 92헌가1, 2 사건(특허법 제186조 제1항 등에 관한 위헌제청)과 관련하여 대법원은 상고가 취하되었다는 이유로 제청신청취소결정(1992. 7. 1. 91쿠2 결정)을 하였으며 이에 따라 헌법재판소의 위 사건들도 종결처리되었다.(이에 대한 비판으로 이해우, 대법원의 위헌여부 심판제청결정의 취소결정의 적법성 여부에 대한 고찰, 판례연구 제6집, 서울지방변호사회, 19쪽 이하 참조)

126). 오스트리아 헌법재판소법 제62조 제4항은 “위헌심사를 제청한 법률을 더 이상 적용할 필요가 없게 된 경우에는, 제청법원은 지체없이 제청을 철회하지 않으면 아니된다.”라고 규정하고 있다.

127). 김학성, 전계논문, 367쪽; 황우려, 전계 위헌심판의 제청결정, 100쪽 이하 참조

128). “제청법원인 대법원이 신법이 시행된 …부터 상당한 기간이 경과한 지금까지 위 법률의 조항의 위

헌법재판소도 같은 입장을 취하는 것으로 미루어 볼 수 있다.

3. “적용되는 법률”일 것¹³⁰⁾

가. 적용여부의 결정 기준

당해 소송에 적용되는 법률인지 아닌지는 일반 소송법의 원칙에 따라 정한다. 따라서 민사소송과 같이 변론주의가 지배하는 영역에서는 당해 소송의 사실관계에 비추어 적용될 수 있는 법률규정이 그 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판이 하게 될 경우라도 당사자가 당해소송에서 심판대상조항과 관련한 주장을 하고 있지 않은 경우에는 그 법률조항은 당해 사건에 적용할 여지가 없어 재판의 전제성이 없고,¹³¹⁾ 형사소송의 경우 실체적 법률조항의 재판의 전제성 인정에 있어서는 원칙적으로 피고인에 대한 공소사실 및 적용법조¹³²⁾를 기재한 공소장을 토대로 당해 재판에 적용할 법률을 정할 것이다.¹³³⁾ 다만, 법원은 공소장의 변경없이도 직권으로 공소장 기재와는 다른

헌제정에 대하여 철회의 의사를 밝히지 아니하고 제정신청을 계속유지함으로써 아직도 심판을 구하고 있는 것으로 볼 수밖에 없는 이 사건에서 …”라고 판시함으로써 제정의 철회가 있는 경우에는 달리 볼 수 있음을 비추고 있다.

129). 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심판사건(5·18 불기소 사건)에 관한 것으로 헌법소원 심판청구의 취하를 인정하였다.

130). 당해 재판에 적용되는 법률이 아니라고 한 예로는 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정; 1993. 11. 25. 선고 92헌바39결정; 1995. 2. 23. 선고 91헌바18 결정; 1995. 2. 23. 선고 90헌바43 결정; 1995. 7. 21. 선고 93헌바57결정; 1996. 8. 29. 선고 94헌바35결정; 1996. 12. 26. 선고 93헌바17 결정; 1997. 3. 27. 선고 96헌바21결정; 1997. 9. 25. 선고 97헌가 4, 5, 결정 등이 있다.

131). 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌바46 결정 참조

132). 공소장에 적용법조를 기재하는 것은 공소사실에 대한 법률적 평가를 명확하게 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 함에 그 이유가 있으므로 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있을 경우에는 피고인의 방어권에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소사실을 기준으로 “적용될 법률”을 결정할 것이다(대법원 1996. 12. 10. 선고 96도1768 판결 등 참조).

133). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정 중 재판관 김양균의 반대의견 참조.

공소제기된 법률조항이 아니라는 이유는 재판의 전제성을 부인한 예로 헌법재판소 1989.9.29

선고 89헌마53 결정;1993.7.29.92헌바 48 결정 등 참조

법조를 적용할 수 있으므로 이 점도 고려하여 적용될 법률을 결정하여야 한다. 즉, “공소장의 적용법조란에 적시된 법률조항과 법원의 판결에서 적용된 법률조항이 일치하지 않는 경우에는 비록 공소장에 적시된 법률조항이라 하더라도 구체적 소송사건에서 법원이 적용하지 아니한 법률조항은 결국 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 헌법재판소에서 그러한 법률조항에 대하여 위헌결정을 한다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 당해 소송사건의 재판의 주문이 달라지지 않을 뿐만 아니라 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지도 않기 때문이다. 반면 공소장에 적시되지 아니한 법률조항이라고 할지라도 법원이 공소장변경없이 실제 적용한 법률조항은 재판의 전제성이 있다.”¹³⁴⁾ 나아가 당해 공소사실에 비추어 법원이 공소장변경없이 적용하여야 할 법률조항에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있을 것이다. 이 점에 관하여 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정¹³⁵⁾에서 재판관 이시윤, 김양균은 “남북교류협력에관한법률과 국가보안법은 법체계상 특별법과 일반법의 관계에 있다고 할 것이므로, 만일 남북교류협력에관한법률 제3조 중 (…부분이) 위헌이 되어 (…된다면) 국가보안법의 구성요건과의 사이에 공통성이 생겨 결국 당해 사건에 있어서 범죄 후 법률의 변경이 있는 경우에 해당되어 형법 제1조 제2항에 의하여 법원은 피고인에게 보다 유리한 남북교류협력에 관한 법률의 적용을 고려하여야 할 것이고, 더구나 법률적용의 문제는 법원의 직권 사항임에 비추어 공소장의 변경과정을 거칠 필요없이 당연히 당해사건의 판결결과에 영향을 생길 것으로 보인다. …따라서 우리는 이 사건 심판대상인 남북교류협력에관한법률 제3조의 위헌성 여부에 관하여 본안심리에 들어가 이 중요한 헌법문제를 해명하여야 한다고 본다”고 판시한 바 있다.

134). 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 89헌마240 결정

135). 다수의견은 당해 재판에 적용할 법률이 아니라는 이유로 재판의 전제성이 없다고 하였다.

나. 간접 적용되는 법률

심판의 대상이 되는 법률은 법원의 당해사건에 직접 적용되는 법률인 경우가 대부분이겠지만, 당해 재판에 적용되는 법률이라면 반드시 직접 적용되는 법률이어야 하는 것은 아니다.¹³⁶⁾ 즉, 제청 또는 청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도 그 위헌 여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌 여부가 결정되거나¹³⁷⁾ 당해 재판의 결과가 좌우되는 경우¹³⁸⁾ 또는 당해사건의 재판에 직접 적용되는 규범의 의미가 달라짐으로써 재판에 영향을 미치는 경우¹³⁹⁾ 등과 같이 양 규범사이에 내적 관련이 있는 경우에는 간접적용되는 법률규정에 대하여도 재

136). 박승호, 전제논문 117쪽; 吉野豊秋, 전제 오스트리아의具體的規範統制における一般裁判所の手續, 140쪽

137). 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바14 결정은 “공소장에는 적용법조로 직업안정법 제10조 제1항(유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다)만 기재되어 있고 제10조 제2항(제1항의 규정에 의한 허가의 종류·요건·대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다)은 기재되어 있지 아니하나 청구인들은 제10조 제1항이 헌법에 위반된다는 중요한 이유로서 제10조 제2항에서 허가요건을 법률로 규정하지 않고 대통령령에 위임을 하고 있는 것이 위임입법의 한계를 벗어나 위헌이라고 주장하고 있으므로 이 사건에서 제10조 제1항의 위헌 여부는 제10조 제2항의 위헌 여부와 불가분적인 관계에 있다고 할 것이므로 위 제10조 제2항도 재판의 전제성이 있다”고 판시하였다. 다만, 관련조항으로 인하여 공소장 기재 적용법규가 위헌으로 되는 경우가 아닌 한 헌법재판소가 직권으로 심판대상을 확장할 필요가 없음은 물론이다(헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 94헌바15 결정 참조).

138). 헌법재판소 1996. 12. 267. 선고 94헌바1 결정은 “이 사건(조항)은 관련사건에서 법원의 증거채부결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 증거채부결정의 대상이 된 조서의 증거능력에 영향을 미침으로써 그 위헌여부에 따라 법원이 그 조서를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다고 할 것이다. 그렇다면 … 적법하다”고 판시하였다.

139). 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 결정은, 자동차사고로 인한 손해배상책임이 있는 피보험자의 피용자로서 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 사람이 죽거나 다친 경우를 피험대상에서 제외하는 업무용 자동차보험약관이 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업의 경우에도 적용되는지와 관련하여 구 산업재해보상법 제4조 단서에 대한 재판의 전제성을 인정하였다.

판의 전제성을 인정할 수 있다.¹⁴⁰⁾ 그 밖에도 재판에 직접 적용되는 시행령의 위헌 여가 위헌규정의 위헌 여부에 달려 있는 경우에 위임규정을 심판의 대상으로 삼는 경우도 여기에 포함시킬 수 있지만,¹⁴¹⁾ 앞서 본 바와 같이 우리나라의 경우에는 헌법 제107조 제2항과의 관계에서 헌법재판소의 심판범위가 제한될 수 있다.

다만, 헌법재판소는 이른바 노동관계법 등 날치기통과에 항의하여 파업 및 집회, 시위를 하다가 특수공무집행방해죄 등으로 구속영장이 청구되고 위와 같은 파업으로 인한 손해배상청구권 및 업무방해금지청구권을 피보전권리로 하여 쟁의행위 및 업무방해금지청구권이 신청되자 법원이 위 노동관계법 등의 위헌여부가 저항권의 행사 등과 관련하여 재판의 전제가 된다고 하여 위헌심판제청한 사건에 관하여 “노동관계법개정법은 … 제청신청인의 영장기재 피의사실에 적힌 범행의 계기가 된 것(또는 피신청인 조합원들이 쟁의행위를 하게 된 계기가 된 것)에 불과한 것으로 동 개정법의 위헌 여부는 … 다른 내용의 재판을 하게 되는 관계에 있지도 아니하므로 재판의 전제가 되는 법률이라고 볼 수 없다.”라고 판시함으로써 이와 같은 경우에는 간접적으로 적용되는 것이 아니라고 하였다.¹⁴²⁾

140). 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 94헌바35 결정은 “...이 사건 심판대상 법률조항들이 직접적으로 위 관련소송사건에 적용될 재판규범이 될 수 없음이 명백하므로 재판의 전제성을 인정할 수 없다”라고 판시하고 있으나, 이는 당해 법률조항이 관련소송사건에 적용되는 규범이 아님을 강조한데 불과하고 직접적 적용규범만이 재판의 전제성이 있다는 취지로 이해할 것은 아니다.

141). 김학성, 전계논문, 365쪽; 박승호, 전계논문, 117쪽

헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌가18 결정은 “상위법인 특별조치법...의 위헌 여부는 하위법인 특별조치령의 위헌여부 및 효력 유무의 전제가 되고 특별조치법...에 대하여 위헌결정이 되면 자동적으로...특별조치령도 위헌·무효가 되고 아울러 위헌무효인 특별조치령에 근거한 수용처분도 위헌무효가 될 수 있기 때문에 ... 특별조치법은...은 당연히 위헌여부심판의 대상이 되어야 한다”고 판시하여 위와 같은 법리를 실시한 것으로 보인다.

142). 헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가4 결정 및 같은 날 선고 97헌가5 결정

다. 수혜자의 제한(평등권위반의 법률조항)과 재판의 전제성

(1) 수혜의 범위에서 제외된 자가 청구한 소송에서의 문제

1) 법률 조항 자체 또는 법률의 위임에 의한 하위법령의 규정에 의하여 당해 법률의 적용대상이 특정 인적 집단으로 제한된 경우 그 법률의 내용이 침해적·구제적이라면 그 피적용자가, 시혜적·수익적이라면 적용대상에서 제외된 자가 소송절차에서 평등권 침해를 주장하며 그 법률조항(시행령에 의하여 구체적 범위가 정하여진 경우에는 위임규정)에 대하여 위헌제청신청을 할 수 있을 것이다. 그런데, 전자의 경우에 재판의 전제성을 인정함에는 특별한 문제가 없으나¹⁴³⁾ 후자의 경우에는 문제가 있을 수 있다. 즉, 당해 법률조항이 위헌으로 판단되어 효력을 상실하게 되더라도 그에 의하여 당해 법률의 적용대상자들에 대한 기존의 급부 근거가 소멸되는 것은 별론으로 하고 적용대상에서 제외된 자가 시혜자에 포함되는 효과가 생기는 것은 아니므로 당해 법률 조항이 위헌이든 합헌이든 원고의 청구는 기각될 수밖에 없어 판결 결과에 영향이 없기 때문이다.¹⁴⁴⁾ 그러나, 헌법재판소가 수혜자의 범위를 확대하는 입법을 촉구하는 헌법불합치선언을 하고 이에 따라 입법자가 당해 소송의 당사자에게까지 수혜의 범위를 확대하는 개정입법을 하는

143). 변호사의 개업지 제한규정에 관한 헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가102 결정; 해직공무원보상 제외대상에 법관이 포함된 규정에 관한 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 91헌가2 결정 등 참조

144). “행정청과 법원은, 급부법률이 무효인 경우에는 급부신청과 급부이행의 소가 이유없어 기각될 수밖에 없고, 또 급부법률이 유효이지만 평등원칙에 반하여 신청인을 무시함으로써 인하여 법률이 불완전한 경우에도 그에게 어떠한 급부청구권도 귀속될 수 없기 때문에 신청 또는 제소를 기각하는 이는 정당하다. … 법률개정을 기대하고 절차를 정지하는 것은 곧바로 시한이 임박하였거나 기대되고 있거나 또는 예고된 법률개정을 고려하여 적법한 행정행위를 법원이 취소하는 것과 똑같이 독일소송법에 알려져 있지 않은 것이다.”라는 견해(K. A. Bettermann, Die konkrete, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsbefugnisse, in: BVerfGG, Bd. I. 1976, S. 360f.) 참조(박승호, 전제논문, 179쪽).

경우를 상정한다면 재판의 전제성을 부정하기도 어렵다. 이에 대하여는 입법자는 당해 소송의 당사자를 수해자의 범위에 포함시키는 방법 이외에 모든 급부를 없애는 방법으로도 그 위헌성을 제거할 수 있고 입법자가 그 중 어느 방법을 선택할 것인지는 확실하지 않으므로 재판의 전제성을 인정할 수 없다는 반론¹⁴⁵⁾이 있을 수 있다. 그러나, 그렇다고 하여 재판의 전제성이 없다는 결론이 일반적으로 도출될 수 있는 것은 아니다. 오히려 헌법불합치 결정을 함으로써 입법자가 청구인에게 유리하도록 법률을 개정할 기회를 남겨 놓는다는 것만으로도 재판의 전제성이 충분히 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 당해 법률조항이 합헌이라면 원고의 청구가 바로 기각될 수밖에 없지만, 이와 달리 위헌이라면 헌법재판소가 불합치결정한 평등위반을 입법자가 어떠한 방법으로든 치유할 때까지 법원의 재판절차를 정지하여야 하고 그러한 의미에서 양자는 다른 재판에 해당하기 때문이다.¹⁴⁶⁾ 재판의 절차를 정지할 것인가 아닌가 하는 점은 앞으로 법원이 진행할 소송절차와 관련하여 중요한 문제이므로 이를 해결하여 주는 것은 전제성이 있는 것이다.¹⁴⁷⁾ 또한 수해 범위에서 배제된 자가 소송을 통하여 권리를 구제받기 위하여는 어떠한 의미에서든 자기가 그 법의 직접적인 적용대상에서 제외되어 있다는 점을 우선 지적할 수밖에 없는데도, 입법자가 그 법의 적용대상으로 삼지 않는 자에게는 그 법이 적용되지 않는 것이므로 재판의 전제성이 없다는 입장을 취하는 경우에는 그 자의 권리는 구제받을 길이 없다는 점에서도 재판의 전제성을 부인하여서는 아니된다. 평등권의 침해가 문제되는 법률에 있어서 재판의 전제성을 결정하는 기준은 법률이 규정하는 적용대상의 범위가 아니

145). 이와 같은 견해에 입각한 독일의 판례 : BVerfGE 8,28; 14,308;15,121 이에 관하여는 헌법 재판소연구회, 서도인における 具體的規範統制の現實的機能, 비교법잡지, 통권 제 40호, 63쪽; 박승호, 전제논문, 164쪽 이하 참조

146). H. Klein, zu Art. 80, in: Umbach/Clemens(Hg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992. S. 1046 참조(박승호, 전제논문, 180쪽에서 재인용)

147). 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 91헌가3 결정 참조

라 헌법재판소가 청구인의 주장을 인용하는 경우에 청구인에게 유리한 효과를 가져올 수 있는가 하는 것이기 때문이다.¹⁴⁸⁾

그밖에 “사회국가실현을 위한 법률이 미비되어 있고 갖추어진 법률도 평등에 반하여 규정되어 있을 가능성이 많은 우리나라의 상황에서는 헌법재판소가 제청의 적법성을 인정하여 불합치결정을 내림으로써 입법자에 의해 위헌상태가 제거-물론 가능한 한 급부에서 배제된 집단도 급부수혜자의 범위에 포함시키는 방향으로의 제거-되도록 하는 것이 우리나라의 특히 사회국가실현에 도움이 되리라고 생각한다.”라는 견해¹⁴⁹⁾도 있다.

2) 헌법재판소의 결정례

이 점에 관하여 우리 헌법재판소는 초기의 판례 가운데에서 재판의 전제성을 부인한 적도 있지만 그 후 재판의 전제성을 인정하는 추세에 있는바,¹⁵⁰⁾ 이하에서 대표적인 사례를 살펴본다.

가) 부정례

해직시기와 해직원인에 따라 보상청구권자를 제한하고 있는 1980년 해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조는 평등의 원칙에 반하는 위헌의 법률조항이라는 주장에 대하여 헌법재판소는 “청구인들의 주장에 의하면, 청구인들의 경우는 그 해직원인이 국가보위비상대책위원회가 아닌 사회정화위원회의 정화계획에 의한 강제해직이라는 것이고, 그 해직시기도 위 조치법 제2조 제1항에 정한 시기가 아닌 1981. 5. 2. 이라는 것이며, 그렇다고 하여

148). 한수용, 평등권과 입법부작위, 법조 1997. 2., 17-21쪽 참조

149). 박승호, 전계논문, 180쪽

150). 독일의 연방헌법재판소의 결정에 의하면 이와 같은 경우 재판의 전제성을 부정한 예도 있지만(BVerfGE 8, 28; 14, 308) 주로 재판의 전제성을 인정한다(BVerfGE 17, 210; 18, 350; 22, 349; 23, 74; 23, 135; 24, 220; 28, 324; 61, 138 등).

위 조치법 제2조 제1항 단서에 해당하는 경우라는 것도 아니다. 그렇다면 청구인들이 주장하는 해직원인과 해직시기는 위 조치법 제2조 제1항에 규정한 해직원인과 해직시기와는 전혀 다른 것이므로 그 법률조항은 청구인들에게 적용할 것이 아니다. 즉 청구인들이 주장하는 해직원인과 해직시기와는 전혀 다른 것이므로 그 법률조항은 청구인들에게 적용할 것이 아니다. 즉 청구인들이 주장하는 해직원인과 해직시기에 관한 사항은 위 법률조항에 규정한 것과는 전혀 별개의 입법사항이므로 청구인들은 위 법률조항의 적용대상자는 아니다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들이 제기한 구체적 소송사건에 적용할 법률이 아니고 결국 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못한 부적법한 것이다.”라고 판시하였다.¹⁵¹⁾

나) 긍정례

① 공무원과 달리 정부산하기관 임직원들을 그 적용대상으로 하지 않는 1980년대해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 등은 평등의 원칙에 반하는 위헌의 법률조항이라는 주장에 대하여 헌법재판소는 “위 특별조치법에 의하면 정부산하기관임직원들은 정부를 상대로 하여 보상금을 청구할 수 없으나 청구할 수 없는 이유가 정부산하기관 임직원들을 공무원과 차별적으로 취급하여 그들에 대한 정부의 직접 보상 의무를 규정하지 아니한 위헌법률 때문이어서 이는 마땅히 시정되어야 할 법률이고 만약 헌법재판소에서 위와 같은 차별적 취급부분에 대하여 위헌결정이 내려지고 그에 따라서 국회가 특별조치법의 위헌부분을 개정한다면 정부산하기관 임직원들은 직접 정부를 상대로 보상청구가 가능하게 될 것이므로 정부산하기관 임직원인 청구인들이 위와 같은 결과를 기대하고 특별조치법을 근거로 해서 정부를 상대로 하여 보상금청구소송을 제기하고 해직공무원만을 정부의 직접 보상대상

151). 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 90헌바47내기58(병합) 결정; 그 밖에도 헌법재판소 1994. 11. 29. 선고 92헌바22 결정; 1995. 2. 23. 선고 93헌바30 결정; 1995. 5. 25. 선고 9헌바33 결정

자로 규정한 제2조 중 정부산하기관 임직원을 보상대상자에서 제외시킨 부분과 해직된 정부산하기관 직원에 대하여 해직공무원가 상응한 조치가 이루어지도록 행정지도 하도록 규정한 데 그친 특별조치법 제5조의 위헌여부는 청구인들(정부산하기관 임직원)이 제기한 보상금청구소송의 재판의 전제가 된다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.¹⁵²⁾

② 국민주택의 건설용역을 제공하고도 위임규정에 따라 제정된 시행령이 구체적으로 정한 면세대상에서 제외된 청구인이 위임규정의 위헌을 주장한 사건에 관하여 특별한 이유설시없이 위임규정에 대하여 재판의 전제성을 인정하였다.¹⁵³⁾

(2) 수혜의 범위에 포함된 자에 대한 소송에서의 문제

시혜적·수익적 법률의 피적용자가 제기한 청구소송에서 그 법률이 원고를 포함한 특정 집단에 대하여만 적용되는 것은 헌법에 위반된다는 이유로 법원이 직권으로 위헌제청을 할 수 있겠는가 하는 의문이 있다. 생각건대, 위와 같은 위헌상태를 제거하는 방법이 다른 집단에 대하여도 그 법률이 적용되도록 하는 것밖에 없다면 재판의 전제성은 부정하여야 할 것이지만 위헌상태를 제거하는 방법으로 원고를 포함하는 수혜집단에 대하여가지 법률의 적용을 배제하는(즉, 당해 법률을 폐지하는) 것이 생각될 수 있다면 재판의 전제성은 인정될 수 있을 것이다.

헌법재판소의 결정례 가운데에는, 국가가 민사소송에서 패소하여 항소한 사건에서 법원이 피고의 항소장에 대한 심사를 함에 있어 인지침부및공탁제

152). 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 90헌바22등(병합) 결정, 그밖에 헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌바21 결정; 1996. 10. 4. 선고 94헌바32 결정은 특별한 이유 설시없이 재판의 전제성을 긍정하고 있다.

153). 헌법재판소 1996. 6. 26. 선고 93헌바2 결정, 헌법재판소 1996. 3. 28. 선고 94헌바42 결정도 같은 유형이다.

공에관한법률 제2조가 국가에 대하여 인지침부를 면제하고 있는 것은 사인에 비하여 국가에 대하여 우대적 조치를 하는 것으로서 평등의 원칙에 반한다는 의심이 있다는 이유로 직권으로 위헌심판제청을 한 사건에서 재판의 전제성을 인정한 예가 있다.¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾

독일 연방헌법재판소는 이에 관하여 “입법자가 급부를 보장함에 있어 당해 소송절차와 무관한 인적 집단을 수혜대상으로부터 부당하게 제외하였다는 것만으로는 당해 제청이 적법할 수 없다. … (급부의 수혜대상에서 제외된) 관련 인적 집단에 속하는 자에 의한 청구가 당해 소송절차에서 다투어지고 있을 것이 제청의 적법성의 요건이 된다. 이 사건은 그런 경우가 아니다. 왜냐하면 이 사건은 (급부의 수혜대상에서 제외되어) 불이익을 받는 자에 의한 것이 아니라 혜택을 부여받는 자에 의하여 청구된 것이기 때문이다. 입법

154). 헌법재판소 1992. 2. 24. 선고 91헌가3 결정

155). 이에 대한 법무부장관의 반대이견은 다음과 같다.

“헌법재판소법 제41조 제1항의 ‘재판의 전제’가 된다고 함은 제청법률의 위헌여부에 따라 본안사건의 판결이유 아닌 주문이 ‘충분할 정도로 명백히’ 달라질 경우를 말하는 것이다. 이 건의 경우 제청법률이 위헌임을 인정하여 국가를 상대로 하는 소송에서 국가가 민사소송등 인지법에 의한 소정의 인지를 침부하도록 하여야 한다 하더라도 동 제청법률의 위헌선고로 인하여 제청법원은 당해사건에 있어서 민사소송법 제231조에 의하여 동 재판장이 상당한 기간을 정하여 기간내에 인지침부를 보장하도록 하는 보정명령을 내릴 수 있을 뿐이고, 직접적으로는 위소송을 각하해야 한다든지 하는 ‘이 사건 판결’의 주문의 변동사항에 해당하는 사유가 발생하는 것이 아니다. 그리하여 국가는 그 보정명령에 따라 인지침부를 이행하면 전혀 주문변경이 발생하지 아니 할 수 있는 것이며 국가소송은 법률전문가인 법원의 지휘에 의하여 엄격히 운용되고 있는 점을 고려할 때 이 사건 법률조항이 위헌선고될 경우 당해사건으로서 소급효를 가질 이 사건에서 국가가 재판장의 위 보정명령을 받아들이지 않을 가능성은 거의 없는 것이다. 그러므로 이 사건 제청법률은 당해 민사소송사건의 주문결정과 관련하여 볼 때 주문결정에 직접 관련된 것이 아니고 그 중간에 보정명령이라는 별개의 처분이 개입되어 만약 국가의 소제기나 상소가 각하된다 하더라도 이는 위 보정명령 불이행의 효과이지 이 사건 법률규정의 위헌선고의 직접적 효과는 아닌 것이므로 어느 모로 보나 이 사건 법률규정은 그 위헌여부에 따라 판결주문이 달라짐이 ‘명백’한 경우에 전혀 해당되지 아니하는 것이다. 그러므로 이 사건 위헌심판제청은 ‘재판의 전제’가 되지 아니하는 법률에 대하여 행하여진 것이다.”

자가 어느 인적 집단에게 특혜를 부여하고 있는 한, 이 점에 있어서 이러한 집단에 속하는 자는 그 특혜가 다른 집단에게는 보장되어 있지 않다거나 또는 다른 집단이 그로 인하여 동시에 불이익을 입게 된다는 사실에 의하여는 상실되지 않는 법률적 청구권을 갖는다. … 법률에 구속되는 법원은 그 법률규정을 적용하여야만 한다.”라고 하여 재판의 전제성을 부정하였다.¹⁵⁶⁾

이에 대하여는 “이러한 경우에는 … 그 규범이 합헌이라면 원심절차의 청구는 인용되어야 할 것이다. 반면에 그 규범이 위헌이라면 … 그 절차는 정지되어야 할 것이고 입법자가 원심절차의 제소자가 속하는 급부수혜집단도 급부로부터 배제함으로써 - 즉, 모든 급부를 없앴으로써 - 헌법위반을 해소할지 여부를 기다려 보아야 할 것이다. 따라서 … 전제성은 있는 것이다. … 명백하게 위헌인 규범을 재판의 근거로 삼을 것이 일반법원에게 요구된다는 것은 매우 나쁜 것이다.”라는 비판이 있다.¹⁵⁷⁾

라. 적용의 전제- 사실인정과 법률해석

(1) 원칙

당해 법률이 법원의 구체적 사건에 적용되는지 여부를 결정함에 있어서는 사실인정과 법률해석이 선행되어야 한다. 사실인정과 법률해석 없이는 당해 법률의 적용 여부를 알 수 없기 때문이다. 따라서 법원으로서의 사실관계에 관계없이 재판의 전제성이 인정되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한, 법원에 계속중인 구체적 사건의 심리가 충분히 진행되어 그 사건의 재판에서 적용할 법률의 윤곽이 밝혀지고 그 위헌여부에 따라 그 재판의 결과에 영향을 미칠 가능성이 보이는 단계에서 사실관계와 법률의 의미를 분명히 밝혀 왜 당해 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되는지를 밝혀야만 한다.¹⁵⁸⁾ 따라서,

156). BVerfGE 67,239[243]; 동지 BVerfGE 66,100

157). 박승호, 전계논문, 183-184쪽

당해소송절차에서 증거조사를 하여 법률의 적용전제로서의 사실관계를 인정 (이 때 사실관계의 인정이라 함은 대법원의 종국판결에 의하여 확정된 사실 관계를 말하는 것이 아니라 당해 법률이 적용될 사안인가를 결정하기에 족할 정도의 사실관계의 인정을 의미한다고 보아야 할 것이다. 그렇게 보지 아니하면 사실심 단계에서는 항상 사실관계가 불명인 상태가 되기 때문이다) 하기 전에 하는 위헌제청신청은 전제성의 요건을 결여한 것으로 보아야 할

158). 황우려, 전계 위헌심판의 제청결정, 94쪽 이하; 박승호, 전계논문, 140-144쪽

“헌법문제는 결정의 필요가 있을 때 비로소 결정할 수 있는 것이고, 결정의 필요가 없을 수 없다. 결정의 필요가 없다고 하는 것은 이를테면, 사건의 사실이 확정되기 전이다. 사실이 확정될 때 비로소 그 사실에 적용할 법률에 대하여 위헌여부의 결정 필요성이 제기되는 것이다.”(橫田喜三郎, 전게서, 579쪽); Wilshire Oil Co. v. United States (295 U.S. 100) 참조

헌법재판소는 이 점과 관련하여 이른바 노동관계법 등 날치기통과에 항의하여 파업 및 집회, 시위를 하다가 특수공무집행방해죄 등으로 구속영장이 청구되고 위와 같은 파업으로 인한 손해배상청구권 및 업무장해금지청구권을 피보전권리로 하여 쟁의행위 및 업무방해금지처분이 신청되자 법원이 위 노동관계법 등의 위헌여부가 저항권의 행사 등과 관련하여 재판의 전제가 된다고 하여 위헌심판을 제청한 사건에 관하여 “제청신청인의 행위가 위헌 법률의 제정과 시행이라는 위헌적인 행위에 대한 헌법수호 행위의 일환으로서 그에 상응한 정도의 정당성을 갖는지, 이 사건 영장기제 범죄사실의 성립여부와 제청신청인의 구속 여부의 판단 등 제청법원이 주장하는 사실들인 사실인정 및 그에 대한 평가, 관계법률의 해석과 개별사례에서의 적용에 관한 문제로서 이것은 일반적인 권한을 갖고 있는 법원의 임무에 속하는 것이다.”(헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가5 결정) 또는 “당해 사건의 신청인에 대한 관계에서는 피신청인 조합원들이 집단행동에 의한 자기들의 의사표현 수단으로 쟁의행위(전면파업)를 선택한 것이 당해 사건의 신청원인에서 주장하는 실정법과 단체협약 의무 위반과는 어떤 관계가 있으며 쟁의행위(전면파업)가 근로기본권인 단체행동권에 해당되는지 여부, 이와 관련된 사실인정 및 평가, 관계법률의 해석과 개별사례에서의 적용에 관한 문제가 생기는데 이것은 일반적인 권한을 갖고 있는 법원의 임무에 속하는 것이다. … 그밖에 제청법원이 주장하는 저항권의 행사로 정당화할 수 있는 다른 사정이 존재하는지 여부 또한 법원이 판단할 문제이다.”(헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가4 결정)라고 판시한 후 위 제청을 모두 각하하였다.

것이다.¹⁵⁹⁾ 다만, 법원의 사실인정과 법률해석이 기록상¹⁶⁰⁾ 명백히 부당하다고 인정되는 경우에는 헌법재판소가 독자적으로 사실인정이나 법률해석을 할 수 있지만 그러한 헌법재판소의 사실인정이나 법률해석이 법원이 기속되는 것은 아니다.¹⁶¹⁾ 헌법재판소의 법률해석이 법원을 기속하기 위하여는 그 결정의 기판력이나 기속력이 법원에 미쳐야 하고 나아가 기판력이나 기속력의 객관적 범위가 결정 이유 중의 법률해석에 대하여까지 인정되어야 하는데 이에 관하여 여러 견해가 주장되고 있기는 하나 구체적 규범통제에 있어 심판의 대상은 “법률의 합헌 합치 여부”이기 때문에 헌법재판소 결정의 효력은 헌법해석 부분에만 한정되는 것이고 그 전제인 사실관계의 인정이나 일반법률의 해석에는 미치지 않는다고 보기 때문이다.¹⁶²⁾ 이러한 문제는 여러 재판기관들간에 다른 기관에 의하여 선행결정 되어야 할 문제들이 이유 전개의 전제가 되는 경우에 항상 일어나는 문제이고 이에 관하여는 전면적 구속 긍정설부터 전면적 구속 부정설까지 다양한 견해가 주장되고 있으나 일반적으로는 구속력을 부정하고 있다.¹⁶³⁾

159). 조병훈, 전계논문, 837쪽; 황우려, 전계 위헌심판의 제정결정, 94쪽; 최광률, 전계논문, 77쪽

160). 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제 80조 제2항 제2문이 기록송부에 관한 규정을 두고 있으므로 헌법재판소가 법원의 기록을 검토할 수 있다. 그러나 독일에서도 기록을 보지 않아도 될 정도의 이유기제를 요구하고 있으므로 실제로 기록 자체가 심리되는 예는 드물다고 한다. 우리 나라에는 그와 같은 제도가 없기 때문에 헌법재판소가 기록상 법원의 사실인정이 명백히 부당하다고 인정할 경우란 거의 없을 것이다. 이에 관하여 기록송부 내지 기록의 등본송부 등의 방법에 의하여 헌법재판소에서도 전제되는 사실관계를 파악할 수 있도록 함으로써 전제성에 관한 실질적 심사가 이루어지도록 하는 것이 입법론적으로 바람직하다는 견해가 있다(조병훈, 전계논문, 847쪽).

161). 황우려, 위헌결정의 효력, 사법논집, 제21집, 15쪽; 박승호, 전계논문, 140쪽, 그밖에 후술 재판의 전제성의 판단 주제 부분 참조

162). 황우려, 전계 위헌결정의 효력, 15-17쪽, 김지형, 전계논문, 제3집, 320쪽 이하; 전정환, 헌법재판소결정의 효력에 관한 일반적 고찰, 헌법재판연구 제7권, 30쪽 이하; 남복현, 전계 헌법재판소결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 158쪽 이하; 소순무, 전계논문 390쪽 각 참조

(2) 사실관계가 명확하지 않는 경우

그런데, 사실관계가 명백하지 않은 경우에도 헌법재판소는 원칙적으로 법원의 제청을 존중하여 당해 사건에 경쟁 법률이 적용되는 것을 전제로 본안 판단을 하고 있으며 나아가서는 사실관계의 인정 여부에 따라 경쟁 법률의 의미가 달라지는 경우에 가정적 판단까지 한 예가 있으므로 살펴본다.

①헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌가5 결정

“제청신청인은 이 사건 위헌제청의 전제가 된 재판에서 예비적 주장을 함에 있어서, 제청신청인이 이 사건 부동산에 대하여 가등기담보등에관한법률 소정의 정산절차를 밟았는지의 여부에 관하여서는 밝히지 않고 있으나 이 사건은 법원의 위헌제청사건이며 이 때에 재판의 전제성 문제는 특단의 사정이 없는 한 제청법원의 판단을 존중하여 이 곳에서는 거론하지 않는다.¹⁶⁴⁾

②헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 92헌가3 결정

1972. 3. 6. 설립된 원호대상자정착직업재활조합 서울목공분조합의 소유이던 경쟁부동산은, 보호기금법(1981. 3. 27. 법률 제3400호)부칙제 5조에 의하여 1981. 7. 7.에 같은 해 3. 27. 귀속을 원인으로 대한민국으로 소유권이 전등기가 경료된 다음, 한국보훈복지공단법(1981. 4. 4. 법률 제3410호) 부

163). 참고로 독일 연방헌법재판소법 제82조 제4항은 “연방헌법재판소는 연방헌법최고법원과 주 최고법원에 대해서 다음 사항을 통고해 주도록 요청할 수 있다. 즉 다툼 있는 문제에 있어서 지금까지 기본법을 해석하여 온 동 법원의 방법과 형량근거, 동 법원에서 그 유효성이 다투어진 법규정을 동 법원의 판결에 적용하였는지 여부와 적용방법 및 이와 관련된 어떤 문제가 결정에 관여되는지의 문제이다. 그 밖에도 결정에 중요한 법적 문제에 대한 동 법원의 형량을 설명해 주도록 동 법원에 요청할 수 있다. 연방헌법재판소는 진술권한 있는 자에게 진술기회를 준다”라고 규정함으로써 헌법재판소로 하여금 다의적 해석이 가능한 법률조항에 대한 연방최고법원 혹은 주최고법원의 해석이나 견해에 대하여 결정전에 조회할 수 있도록 하고 있다.

164). 헌법재판소 1996. 10. 4. 96헌가6 결정도 같은 취지이다.

칙 제4조 제2항에 후단에 의하여 1982. 3. 9.에 1981. 11. 2. 권리귀속을 원인으로 한국보훈복지공단 앞으로 소유권이전등기가 경료되었는바, 위 분조합의 분조합원 내지 사망한 분조합원의 승계인이라는 신청인들은 보훈기금법 부칙 제5조 및 한국보훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단은 위헌이므로 이를 등기원인으로 하여 경료된 위 각 소유권이전등기는 무효라고 주장하면서 대한민국 및 복지공단을 피고로 하여 위 각 소유권이전등기의 말소등기 절차이행의 소를 제기한 후 그 소송에서 위 각 법률조항에 대하여 위헌심판 제청신청을 하였고 법원이 그 신청을 이유 있다고 받아들여 헌법재판소에 위 각 법률조항의 위헌 여부에 대한 심판을 제청한 사건에서, 신청인들은 위 분조합의 재산은 분조합원들의 합유에 속하고 보훈기금법이 시행되기 전에 분조합원들이 위 분조합을 탈퇴하거나 분조합 재산에 대한 지분권을 포기하는 의사표시를 한 사실이 없으며, 그러한 의사표시가 있었다고 하더라도 이는 무효 내지 취소할 수 있는 의사표시이고 분조합원에 대한 제명처분도 무효라고 주장하고 이에 대하여 대한민국 등은 위 조합재산은 분조합원에 의하여 처분될 수 없는 재산일 뿐만 아니라 보훈기금법이 시행되기 전에 분조합원들이 분조합을 탈퇴하고 분조합재산에 대한 지분권을 포기한다는 의사를 표시하거나 분조합에서 제명되어 위분조합은 조합원 없이 분조합 재산만 남아 있는 상태가 되어 대한민국이 분조합 재산에 관한 처분권 내지 소유권을 취득하였다고 주장하고 있었으며 사실관계는 미확정이었다. 위 사건에서 대한민국, 한국보훈복지공단, 법무부장관 및 국가보훈처장은 “(위와 같이 사실관계가 다투어지고 있으므로) 이러한 경우 제청법원의 심리 결과 신청인들의 의사표시가 무효라거나 취소할 수 있는 의사표시로서 제척기간 내에 적법하게 취소권이 행사되었다고 인정되어야만 비로소 보훈기금법 부칙 제5조 등의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는데도 제청법원은 그에 대한 심리, 판단을 하지 아니한 채 이 사건 위헌심판제청으로 부적법하다.”라고 주장하였으나, 헌법재판소는 “만약 대한민국 등이 주장하는 바와 같이 보훈기금법

시행 전에 대한민국이 이 사건 분조합 재산에 관한 처분권 내지 소유권을 적법절차에 따라 정당하게 취득하였다면, 보훈기금법 부칙 제5조는 대한민국에 귀속된 이 사건 분조합 자산의 회계와 관리청을 지정하기 위하여 제정된 정부내부의 행정절차적인 규정으로 해석할 수 있고, 이와 같이 해석하는 한 보훈기금법 부칙 제5조는 이 사건 분조합원들의 재산권을 침해하는 것이 아니므로 보훈기금법 부칙 제5조는 합헌이라고 할 것이다. 그러나 신청인들이 주장하는 바와 같이 보훈기금법 시행 전에는 여전히 이 사건 분조합원이 분조합 자산에 관한 소유권을 합유하고 있었다면, 보훈기금법 부칙 제5조는 이 사건 분조합 또는 분조합원의 사유재산을 박탈하여 보훈기금에 귀속시키기 위한 개별 처분법률이고, 사유재산권의 공용징수능 헌법 제23조 제3항의 제한 범위 내에서만 가능한 것인데 보훈기금법의 어디에도 이 사건 분조합의 자산을 수용하기 위하여 헌법이 정한 요건과 절차를 규정하고 있지 아니하다. 따라서 후자의 취지로 해석하는 한 보훈기금법 부칙 제5조는 국민의 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항, 제3항에 위반된다고 아니할 수 없다. ... 이리하여, 보훈기금법 부칙 제5조는, 이를 이 사건 분조합의 자산 및 부채 귀속의 근거규정으로 해석하는 한, 헌법 제23조 제1항, 제3항에 위반되는 법률이라고 한정위헌선언을 하는 것이다. ... 한국보훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단은, 보훈기금법 부칙 제5조를 전제로 하는 규정이므로 전제되는 보훈기금법 부칙 제5조의 위헌 여부에 따라서 그에 의존한 위 한국보훈복지공단법 부칙 규정의 위헌 여부가 결정되는 조건관계에 있다. 그리하여 보훈기금법 부칙 제5조가 자산 및 부채 귀속의 근거규정으로 해석되어 위헌이라고 한다면 그 한도 내에서 이 규정도 위헌임을 면할 수 없다. 다만 보훈기금법 시행 전에 이미 이 사건 분조합의 자산 및 부채가 대한민국에 정당히 귀속되었다면 그 귀속은 실체적 권리의무관계에 부합할 수 있는 것이다. 그렇다면, 한국보훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 중 구 원호기금법 부칙 제5조에 관한 부분은, ‘원호대상자정착직업재활조합 서울목공분조합’으로부터

‘원호기금’(현재의 보훈기금)에로의 자산 및 부채 귀속이 정당한 한, 헌법에 위반되지 않는다고 한정합헌선언을 하는 것이 타당할 것이다.”라고 판시하였다.

(3) 법원의 법적 견해가 분명하지 않은 경우

헌법재판소는 나아가 법원의 법적 견해가 분명하지 않아 앞으로의 법적 효과가 불분명한 경우에는 법원의 선해를 기대하는 전제하에 헌법판단을 하고 있으므로 살펴본다.

① 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정

“행정처분의 근거법규가 추후 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고될 경우 그 하자를 행정처분의 당연무효사유로 볼 것인가 단순 취소사유로 볼 것인가에 관하여 아직까지 대법원의 판례가 확립되어 있다고는 보여지지 아니하므로 그러한 상황에서는 대법원에서 이를 무효사유로 볼 가능성이 없지 않다는 점에서 헌법재판소로서는 일응 재판의 전제성을 인정하여 … 주는 것이 바람직한 재판태도라 할 것이다.”¹⁶⁵⁾

②헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌바3 결정

“만일 이 사건 법률조항이 위헌이라고 확인되는 경우 그에 따른 법개정 후 대법원이 (…라고) 선해하여 판단할 수도 있는 것이고, 그러한 경우 이 사건 법률조항의 위헌여부는 위 …사건의 재판결과에 영향을 미칠 수 있는 것이다.”

③헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2등(병합) 결정 중 재판관 김용준, 정경식, 고중석, 신창언의 의견

165). 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌가18 결정도 같은 취지이다.

“공소시효제도의 본질에 비추어 (...을) 공소시효가 당연히 정지되는 사유로 보아야 할 것인 지의 여부는 결국 법원의 법률해석을 통하여 가려질 문제인바, 이 점에 법원의 의견이 명백히 판시된 바 없으므로, ... 헌법재판소로서는 위 법률조항이 (...에) 관하여는 법률을 해석 적용하는 법원의 판단에 맡기고 만일 법원이 이 점에 관하여 (...라고) 해석하는 경우에는 이 법률조항이 ... 헌법에 위반되는 여부가 문제로 제기될 수 있으므로, 헌법재판소로서는 이와 같은 헌법적 문제에 대하여 판단하지 아니할 수 없다.”

마. 가정적 판단에 적용되는 법률

법원의 판결례 가운데에는 당사자의 주장을 배척하며 “...이므로 이유없다. 가사 그렇지 않더라도 ...이므로 역시 이유없다”라고 판시하는 예가 종종 있다. 위와 같은 경우 위 가정적 판단에 적용되는 법률에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 것인가에 대하여는 찬반 양론이 있을 수 있다.

①부정론 : 첫째, 위 판결에서 “가사” 이하 부분은 엄밀히 말하면 사족에 불과한 부분이다. 논리적으로 필요한 부분이 아니지만 법원이 주된 배척 이유에 자신이 없어 부가적 이유를 붙이거나 당사자에 대한 설득력을 높이기 위하여 여러 가지 배척 이유를 붙이거나 당사자에 대한 설득력을 높이기 위하여 여러 가지 배척 이유를 붙이는 경우가 대부분 일 것이다. 그렇다면 “가사” 이하 부분에 적용되는 법률의 위헌 여부는 사건의 결론은 달리 하거나 재판의 효력이나 내용을 달리하는 경우에 해당하지 않으므로 재판의 전제성이 없다. 둘째, 구체적 규범통제제도의 보충성의 원칙상 위헌법률의 적용문제를 야기하지 않고 다른 이유로 같은 결론에 이를 수 있다면 재판의 전제성이 없는 것이고 이러한 경우에 재판의 전제성을 인정한다면 어떤 법률과 무관한 자가 단순히 그 법률조항이 적용될만한 법률조건만을 주장한 채 위헌심판을 청구하여 오는 경우를 방지할 수 없게 되어 구체적 규범통제제도

의 근원이 무너진다.

②공정론 : 첫째, 헌법재판소법 제68조 제2항은 위헌제청신청이 기각된 경우에 신청당사자 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 이 경우 당해 사건의 소송 절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌심판제청을 신청할 수 없는 것으로 규정하고 있는바, 위와 같은 가정적 판단이 1심에서 있었고 이에 대한 헌법소원이 재판의 전제성 흠결로 각하된 이후 2심에서 판결이유가 바뀌어 주된 판단은 잘못되었다 하여 가정적 이유가 주된 이유가 된 경우에 다시 위헌제청을 할 수 있는지 의심스러우므로 재판의 전제성을 인정하여야 한다.

③ 헌법재판소의 결정례

청구인이 청구외인으로부터 1940년경 매수한 부동산에 대한 소유권 이전 등기를 경로하지 않았다고 주장하며 국가를 상대로 소유권확인소송을 제기 하였으나 청구인의 위 매수사실을 인정할 증거가 없고(위 사실관계는 그후 그대로 확정되었다) 가사 그렇지 않다고 하더라도 민법 부칙 제10조 제1항에 따라 청구인에게는 소유권이 없다는 이유로 1심에서 패소한 청구인이 항소심에서 민법 부칙 제10조 제1항에 대한 위헌심판제청신청을 거쳐 헌법소원심판을 청구한 사안에 관하여 헌법재판소는 재판의 전제성의 점에 관한 특별히 판시 없이 본안판단을 한 바 있다.¹⁶⁶⁾ 법원의 위헌제청기각결정 이유 가운데에 재판의 전제성이 없다는 판시가 있었음에도 헌법재판소가 위와 같이 본안판단에 이른 것은 결국 위와 같은 경우에도 재판의 전제성을 인정한다는 취지로 보인다.

④ 사건

구체적 규범통제제도의 본질을 고려할 때 헌법재판소법 제68조 제2항 단서

166). 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌마67 결정

의 문제만 해결될 수 있다면 기본적으로 부정설이 타당하다고 본다. 위 제68조 제2항 단서의 문제에 관하여는 항을 바꾸어 살펴본다.

바. 헌법재판소법 제68조 제2항 단서의 의미

헌법재판소법 제68조 제2항은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 당사자는 당해사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다”라고 규정하고 있는바, 위 조항의 해석상 문제되는 것은 첫째, 후문의 “이 경우”가 위헌제청신청이 기각된 때를 의미하는 것인지, 아니면 위헌제청신청이 기각되어 헌법소원심판청구를 한 경우를 의미하는 것인지, 둘째, “동일한 사유”가 무슨 의미인지, 셋째, “당해사건의 소송절차”가 각 심급을 의미하는 것인지, 전 심급을 의미하는 것인지의 점이다.

제1점에 관하여 보건대, 제68조 제2항의 헌법소원 제도는 법원이 합헌판단을 하여 위헌제청신청을 기각하는 경우 당사자가 헌법재판소의 판단을 받을 기회가 박탈당하게 되므로 이를 방지하기 위하여 마련된 것이라고 볼 때, 당사자에게 헌법소원심판 청구의 기회를 주는 것으로 족하지 반드시 그러한 청구가 있어야만 하는 것은 아니라는 점 및 헌법소원심판청구까지 요건으로 보는 경우에는 위 헌법소원의 청구기간을 규정한 헌법재판소법 제79조 제2항의 청구기간 제한이 사문화 된다는 점을 고려할 때 “이 경우”란 “위헌제청신청이 기각된 때”를 의미한다고 볼 것이다. 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 91헌바14 결정은 “헌법소원심판의 전제가 된 당해 사건의 항소심절차에서 위헌 여부의 심판제청신청이 기각되었는데도 이에 대하여 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가, 또다시 같은 항소심절차에서 같은 법률조항에 관하여 동일한 사유를 이유로 위헌여부의 심판제청을 하고 그것이 기각되자

헌법소원심판청구를 한 경우, 이는 헌법재판소법 제68조 제2항 후문의 규정에 위배되어 부적법하다”고 판시함으로써 같은 입장을 취하고 있다.¹⁶⁷⁾

제2점에 관하여 살피건대, “동일한 사유”는 “동일한 법률조항” 또는 “동일한 법률조항에 대한 동일한 위헌사유”의 어느 하나로 읽을 수 있을 것인바, 구체적 규범통제절차에서 헌법재판소는 재판의 전제성이 충족되는 이상 당해 법원의 소송이나 당사자 또는 법원이 주장한 위헌사유에 구애됨이 없이 헌법상의 모든 관점에서 당해 법률의 위헌 여부를 판단하는 것이므로,¹⁶⁸⁾ “동일한 사유”를 “동일한 위헌 사유”로 볼 수는 없고, 따라서 위 조항 소정의 동일한 사유란 결국 동일한 법률조항으로 봄이 옳다. 그런데도 위 조항이 “동일한 사유”라고 규정한 이유는 헌법재판소가 헌법판단(결국 합헌판단을 한 경우일 것이다)을 한 후 사정변경이 생긴 경우, 이를테면 헌법재판소의 판단의 기초가 된 법원의 법률해석에 변동이 있다든가 그밖에 기초적인 사실관계가 바뀐 경우 등이 아닌 한 다시 위헌심판제청신청을 함을 허용하지 않겠다는 취지로 볼 것이다.¹⁶⁹⁾ 따라서 다른 법률조항 또는 사정변경이 있는 경우에는 동일한 법률조항에 대하여도 다시 위헌심판제청신청을 할 수 있다고 보아야 하며,¹⁷⁰⁾ 법원이 판의 전제성이 없다는 이유로 위헌 심판제

167). 대법원 1995. 5. 14. 고지 95부13 결정은 “신청인은 … 위헌여부심판의 제청신청을 하였다가 기각된 후 … 헌법소원심판을 청구한 사실이 명백하므로 … 다시 제청신청을 할 수는 없다”라고 판시하고 있고, 경중섭, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대한 검토, 헌법재판자료 제3집, 315쪽도 같은 취지로 기재하고 있으나 이들 견해가 헌법소원심판청구까지 요건으로 본 것인지는 의문이다.

168). “헌법재판소는 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성을 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적 관점에서 심사한다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 오로지 심판의 대상인 법률조항이지 위헌심사의 기준이 아니다”(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정; 헌법소원심판사건에 관하여 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정 동지)

169). 이는 결국 헌법재판소 결정의 기관력이 미치는 사적범위와 관련한 문제와 같다(이에 관하여는 김지형, 전개논문, 325쪽 이하 참조).

170). 다만 당사자가 앞의 신청에서 주장하지 아니한 새로운 위헌심사기준을 들어 제청신청을 할

청 신청을 각하(또는 기각)¹⁷¹⁾하고 헌법재판소가 헌법소원심판 청구를 각하한 경우에는 헌법재판소에 의한 위헌여부의 판단이 없었으므로 당사자는 다시 위헌심판제청의 신청을 할 수 있다.¹⁷²⁾

제3점에 관하여 살펴건대, “이 경우” 및 “동일한 사유”를 위와 같이 해석할 경우 “당해사건의 소송절차”는 전심급으로 해석할 수 있다.¹⁷³⁾

따라서 앞서 본 가정적 판단의 경우에 법원의 기초적 판결 이유가 달라지는 경우에는 새로 위헌제청신청을 할 수 있다고 보아야 한다.

수 있을 것인가에 관하여는 합헌결정의 기판력이 미치는 범위를 어떻게 파악할 것인가에 관한 견해에 따라 달리 볼 것이다. 위 기판력의 범위에 관하여는 견해가 나뉘나 독일 연방헌법재판소는 기판력이 미친다고 한다(BVerfGE 26,44). 이에 관하여는 전정환, 전계논문 39쪽 참조

171). 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 90헌마32등(병합) 결정은 실질적으로 헌법문제에 대한 판단을 하였는가에 따라 “각하”인지 “기각”인지를 결정하여야 한다는 취지이다.

172). 이러한 해석은 헌법재판소법 제68조 제2항이 “기각”된 경우라고 규정함으로써 법원의 헌법판단이 없는 경우는 제외하고 있는 점으로부터도 뒷받침된다.

173). 대법원 1996. 5. 14. 고지 95부13 결정; 정종섭, 전계 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판제도에 대한 검토, 315쪽도 같은 취지이다.

VI. 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는

경우이어야 한다.

1. “다른 내용의 재판”의 의미

(1) 헌법재판소는 “다른 내용의 재판을 하게 되는 경우”의 의미를 3가지 유형으로 달리 표현하고 있는바, 그 첫째는 “법률이 위헌일 때는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우 즉 판결 주문이 달라질 경우를 뜻한다고 할 것이다.”¹⁷⁴⁾라고 한 예이고, 둘째는 “법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.”¹⁷⁵⁾라고 한 예이며, 셋째는 “원칙적으로 제청법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또한 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다.”¹⁷⁶⁾라고 한 예이다.

174). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5,8 89헌가44(병합) 결정 중 재판관 최광률의 반대의견; 1989. 12. 18. 선고 89헌마32,33(병합) 결정; 1990. 6. 25. 선고 89헌가98 내지 101(병합) 결정

175). 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 90헌바22 등 (병합) 결정; 1993. 7. 29. 선고 90헌바35 결정; 1993. 7. 29. 선고 92헌바34 결정; 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정; 1993. 11. 25. 선고 90헌바47 내지58(병합) 결정; 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정; 194. 12. 29. 선고 93헌바29 결정; 1995. 2. 24. 선고 93헌바30 결정. 1995. 7. 21. 선고 93헌바46 결정; 1996. 3. 28. 선고 93헌바27 결정; 1996. 8. 29. 선고 93헌바57 결정; 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정; 1997. 1. 16. 선고 93헌바54 결정; 1997. 1. 16. 선고 89헌마240 결정

(2) 살피건대, 구체적 규범통제의 목적은 법원이 자기에 계속된 사건의 재판을 함에 있어 자신의 법적 견해에 의하여 위헌법률 적용의 문제가 생겼을 때 이를 해결하지 않고서는 구체적인 사건을 종결시킬 수 없는 경우, 즉 더 이상의 절차에 나아가지 못하거나 재판의 결론을 내릴 수 없는 경우에 헌법재판소가 그 선결문제인 적용법률의 위헌 문제를 해결해 주는 것에 있으므로 “당해 법률조항의 위헌여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 한다”라고 함은 원칙적으로 재판의 결론, 즉 주문에 영향을 미치는 경우 또는 당해 법률의 위헌 여부가 법원이 앞으로 진행할 소송절차와 관련한 중요한 문제점을 선행해결하는 데에 관련되어 있는 경우¹⁷⁷⁾를 말한다고 할 것이다. 그리고 주문에 영향을 미치는 경우라 함은 주문 자체가 달라지는 경우뿐만 아니라 재판의 이유를 달리함으로써 재판의 효력이나 내용이 달라지는 경우도 포함한다고 볼 것이다.¹⁷⁸⁾ 재판의 이유가 달라짐으로써 재판이 내용이나 효력이 달라진다면 형식적으로는 주문을 같이 한다고 할지라도 실질에 있어서는 전혀 다른 재판이 되기 때문이다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조).¹⁷⁹⁾ 따라서 앞서 본 헌법재판소의 결정 유형 중 첫 번째와 두 번째의 경우는 그 내용에 있어 같은 것이라고 할 수 있다.

2. 이유만을 달리하는데 관련되어 있는 경우

176). 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정; 1993. 5. 13. 선고 92헌가10,91헌바7,92헌바24,50(병합) 결정; 1993. 11. 25. 선고 92헌바39 결정; 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정; 1994. 2. 24. 선고 91헌가3 결정; 1994. 4. 28. 선고 91헌바15,19(병합) 결정; 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정; 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정

177). 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 91헌가3 결정은 “제청된 법률이 위헌으로 심판되는 여부가 법원이 앞으로 진행될 소송절차와 관련한 중요한 문제점을 선행결정 하여야 하는 여부의 판단에 영향을 주는 경우도 존재성이 있다고 보아야 한다”고 하였다.

178). 헌법재판소의 세 번째 결정유형과 같이 “이유를 달리함”과 “내용과 효력을 달리함”의 관계가 OR 조건이 아니고 AND 조건이다.

179). 박승호, 전게논문, 129-130쪽; 독일의 판례로는 BVerfGE 13,97[103]; 18,353[360]; 44,297[300]; 47,146[161] 등

그런데 앞서 본 헌법재판소의 세 번째 결정 유형은 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리 하는 데만 관련되어 있는 경우를 법원이 다른 내용이 재판을 하는 경우에 포함시키고 있고 그 이유에 관하여 “(이것은) 위헌제청이나 헌법소원을 구체적 규범통제제도로서의 성격을 유지하되 그 범위를 반드시 제한적으로 보지는 아니하겠다는 의도를 밝힌 것으로 볼 수 있는바, 그 정당성의 근거를 다음과 같은 데서 찾을 수 있다. 우선 무엇보다도 헌법재판소가 당해 소송사건을 직접 판단하고 있지 아니하다. 헌법재판소로서는 일반법원에 제기된 당해 소송의 사실 관계에 적용될 법률 및 그 법리를 정확히 파악하여 그 결론과 이유까지 완전히 예측한 연후에 재판의 전제성의 유무를 판단하는 것은 반드시 필요한 것이라고 볼 수 없을 뿐 아니라 가능한 일도 아니다. 현행재판소법과 민사소송법하에서 일반법원 제1심의 단계에서도 위헌제청 혹은 헌법소원이 가능하도록 되어 있고 항소심 변론종결시까지 청구의 변경이 가능하도록 되어 있는 실정에서는 더더욱 그러하다. 뿐만 아니다. 현행헌법이 굳이 일반법원과 별도의 기구로서의 헌법재판소를 두게 된 연유 및 곡절과 그 취지를 되돌아보면 위헌제청이나 헌법소원에 있어 구체적 규범통제로서의 제도의 근간을 흔들지 않는 범위 안에서 객관적으로 헌법질서의 유지를 위하여 필요한 경우에는 재판의 전제성의 예외가 인정될 수 있음을 밝힌 바도 있다.”라고 판시한 예가 있다.¹⁸⁰⁾

그러나, 헌법재판소의 결정 취지가 “오로지 이유만을 달리하는데 관련되어 있는 경우”에까지 재판의 전제성을 확장한 것이라면 문제가 있다고 생각한다. 왜냐하면 구체적 규범통제제도의 목적에 비추어 볼 때 법원으로서 헌법재판소의 위헌 여부의 판단을 받을 필요 없이 다른 이유로 결론을 내릴 수 있다면 위헌심판제청 자체를 하여서는 아니되고 만약 위헌심판제청을 하

180). 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 93헌바33 결정 중 재판관 조승형의 반대의견 참조

더라도 이는 부적법한 것이기 때문이다.¹⁸¹⁾ 그러므로, 헌법재판소의 결정례 중 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있다고 본 예를 살펴건대, ①1993. 5. 13. 선고 92헌가10등(병합) 결정은, 이미 경매절차가 종결된 경우에는 그 경매절차에 적용된 법률이 그 후 위헌으로 결정되더라도 부당이득반환 청구가 인정되지 않는다고 하여 재판의 전제성이 없다고 한 법원의 판단에 대하여 같은 문제에 대하여 다른 법원에서는 위헌심판제청을 하였는데다가 그와 같은 경우 부당이득반환청구를 인정할 수 없다고 속단하기도 어렵다고 하여, ②1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정은, 보석허가 결정에 대한 검사의 즉시항고가 있는 경우 원심법원의 처리방법이 항고기각, 결정정정, 항고법원에의 송부로 나뉘어질 수 있고 그 각각의 경우마다 당해 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 결론이나 재판의 효력내용이 달라질 수 있는 사안에서 단지 부가적 이유설시로,¹⁸²⁾ ③ 1994. 4. 28. 선고 91헌바15등(병합) 결정은, 심판대상 규정이 위헌이라고 볼 아무런 이유가 없는 이상 심판대상 규정에 따라 계급정년으로 인하여 계급정년으로 인한 퇴직인사명령을 한 것은 …사실의 통보에 불과하고 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 하여 법원이 소각하를 한 사안에서 심판대상 규정이 위헌이라면 위 규정에 근거한 퇴직인사명령의 효력이나 청구인들의 공무원지위보유 여부에 관하여 다툼 여지가 있다는 점에서 각 이유를 달리하

181). 박승호, 전계논문, 139쪽; 김학성, 전계논문, 358쪽; BVerfGE 44,297[300]; 64,25[254] 등 독일 관례의 태도도 마찬가지이다.

그러나, 독일의 경우 항상 이 요건을 엄격히 지킨 것은 아니다(BVerfGE 13,97; 47,146-법원이 사실인정을 제대로 하지 않고 위헌제청을 하는 바람에 경우에 따라서는 이유를 달리하는 데에만 관련되어 있을 수도 있는 사안에 관한 것이다). 이에 관하여는 畑尻剛, 전계西ドジ의具體的規範統制における一般の裁判所の手續, 162쪽 이하 및 박일환, 전계법률의 시적 효력범위, 53쪽 이하 참조.

182). 헌법재판소 1996. 3. 28. 선고 93헌바27 결정도 “주문이나 이유가 달라질 것이므로”라고 하고 있으나 이 중 “이유” 부분은 부가적인 설시이다.

는데 관련되어 있다고 하였는바, 그 중 ②의 경우는 재판의 결론이나 내용, 효력이 달라지는 경우가 명백함에도 단지 부가적으로 이유를 달리하는데 관련되어 있다고 설시하고 있음에 불과하고, ①,③의 경우는 위헌결정 후 법원이 어떤 법률해석을 할 것인지가 불분명하고 헌법재판소의 법률해석에 의하면 재판의 결론이나 내용, 효력을 달리할 수 있다고 보이는 경우에 관한 것으로 결국 순수하게 이유만을 달리하는데 관련되어 있는 경우는 없다.¹⁸³⁾ 그런데 후자의 경우와 같이 재판의 법적 효과가 불투명하고 관련자들의 향후 행동에 법적인 다툼이 예견되는 경우에는 재판의 전제성을 인정할 수 있으므로¹⁸⁴⁾ 위와 같은 경우 구태여 “이유를 달리 하는데 관련되므로” 재판의 전제성이 있다고 할 필요는 없다고 본다. 따라서 헌법재판소의 태도는 그 표현에 불구하고 순수하게 결론을 이끌어 내는 이유만을 달리하는 경우까지 재판의 전제성을 인정하고 있다고 할 수 없다.

3. 기본권침해 여부 등

(1) 헌법재판소에 판단을 구하여 제청한 법률조항의 위헌 여부가 현재 제청법원이 심리중인 당해사건의 재판결과에 어떠한 영향을 준다면 그것으로써 재판의 전제성이 성립되어 제청결정은 적법한 것으로 취급될 수 있는 것이고 제청신청인의 권리에 어떠한 영향이 있는가 여부는 헌법소원심판사건이 아닌 위헌법률심판사건에 있어서 그 제청결정의 적법여부를 가리는데 있어 무관한 문제이다.¹⁸⁵⁾ 물론 문제된 법률이 위헌으로 될 경우 신청인에게

183). 앞서 본 “가정적 판단에 적용되는 법률”의 경우는 순수하게 이유만을 달리하는데 관련되어 있는 것으로 볼 수 있으나 그 경우 재판의 전제성을 인정할 수 없음은 이미 본 바와 같다.

184). 김학성, 전계논문, 358쪽

유리한 결론을 도출해 낼 수 있는 경우라야 재판의 전제성이 있다고 볼 것이지만,¹⁸⁶⁾ 당해 법률조항에 대한 위헌결정에 따라 당해 재판의 결론 등에 영향을 주는 것만으로도 이 요건은 충족되는 것이고 청구인의 제소목적이 궁극적으로 만족될 수 있어야만 하는 것은 아니다.¹⁸⁷⁾

따라서 재판의 전제성으로서의 헌법위반 여부란 반드시 헌법상 기본권규정의 위반 여부뿐만 아니라 기본권침해 여부와 직접 관계가 없는 헌법규정, 이를테면 절차규범이나 권한분배규정, 헌법적 원리에 관한 규정 등 모든 헌법규범위반 여부 문제를 포함하는 것이다.

(2) 다만, 위헌결정의 효과는 당해 소송사건에 직접 관련되어야 하지 간접적으로 관련되어서는 아니 된다. 이 점에 관하여는 다음과 같은 헌법재판소의 결정례가 있다. 즉, 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법우반으로 궤석 재판의 근거규정 등의 위헌임을 주장하였는바, 만약 위 법률조항들이 위헌이어서 관련형사소송사건의 재심이 행하여진다면 몰수형을 선고할 수 없어 궁극적으로는 원고들이 승소할 수 있는 사안임에도¹⁸⁸⁾ 헌법재판소는 청구인들이 위헌이라고 주장하는 법률조항들은 형사사건의 재판에 적용할 법률조항이 될 수 있을지는 몰라도 위 민사소송사건의 재판에 적용될 법률이 되지 못한다는 이유로 그 재판의 전제성을 부정하였다.¹⁸⁹⁾

185). 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 89헌가98 내지 101(병합) 결정; 이에 관하여는 김철용 등, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4권, 137쪽 이하 및 조병륜, 전제 위헌 법률심판의 기능과 재판의 전제성, 36쪽 참조

186). 김학성, 전계논문, 358쪽

187). 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌바3 결정 참조

188). 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 90헌바35 결정; 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정 참조

189). 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바34 결정 (헌법재판소가 한 형벌에 관한 법률 또는 법률 조항에 대한 위헌결정은 비록 소급하여 그 효력을 상실하지만, 그 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 제심을 청구할 수 있을 뿐이어서 확정판결에 적용된 법률조항에 대한 위헌결정이 있다고 하더라도 바로 유죄의 확정판결이 당연무효로 되는 것

VII. 재판의 전제성의 판단

1. 원칙 - 법원의 견해 존중

재판의 전제성은 헌법재판소의 위헌법률심판절차에서의 적법요건이므로 그 인정 여부에 관한 최종결정권을 헌법재판소가 가짐은 말할 필요도 없다.¹⁹⁰⁾ 그런데, 헌법재판소는 재판의 전제성과 관련된 법률해석에 관하여 “위헌법률심판에 있어서 … 재판의 전제성은 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때만¹⁹¹⁾ 헌법재판소는 예외적으로 이를 직권으로 조사하여 위헌제청을 각하할 수 있다고 할 것이다. 왜냐하면 문제되는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되느냐 않느냐는 사건기록 없이 위헌여부의 쟁점만 판단하게 되어 있는 헌법재판소보다는 기록을 갖고 당해사건의 중국적 해결을 하는 일반법원이 더 잘 알 것이며 또 헌법재판소가 위헌여부의 실체판단보다도 위헌심판청구의 형식적 요건인 재판의 전제성에 관하여 치중하여 나름대로 철저히 규명하려

은 아니기 때문에 그 법률조항의 위헌여부는 그 확정판결상의 불수형이 무효라는 이유로 몰수된 재산의 반환을 구하는 민사재판의 전제가 되지 아니한다.)

190). 1994. 4. 28. 선고 92헌가3 결정 중 재판관 한병채의 “헌법재판소는 … 위헌여부심판이 제청된 법률의 법적 성질에 대하여도 제청법원의 판단에 기속되는 것이 아니며 필요한 경우 독자적으로 그 법률의 법적 성질을 밝혀 법률의 위헌여부를 판단하여야 하는 것이다”라는 반대의견 및 박승호, 전개논문, 138쪽 참조.

191). “전제성에 관한 법원의 견해에 대하여 일응 의심이 가더라도 문제가 된 법률의 위헌여부가 당해 사건의 재판의 전제가 될 수 있는 가능성을 고려하여 그 가능성이 완전히 배제된다고 판단되지 않는 한 제청을 각하하여서는 안된다”라는 견해(한병채, 헌법재판론, 346쪽)도 이러한 의미에서 타당하다.

든다면 결과적으로 본안사건의 중국적 해결에 커다란 지연요인이 될 것이기 때문이다.”라고,192) 사실인정에 관하여 “헌법재판소는 법률의 위헌여부에 대한 법 적용 등 고유의 사법작용에는 관여할 수 없으나, 법률의 위헌 여부에 대한 법적 문제를 판단하기 위하여 이 법의 기초가 된 사실관계, 즉 입법사실193)을 확인하여 밝힐 수 있고, 이러한 입법사실과 당해사건이 계속중인 법원에서 확정하여야 할 사실문제가 중복되어 있는 경우에는 법률의 위헌여부를 판단하기 위하여 필요한 범위내에서만 입법사실을 확인하고 밝히는 것이 바람직하다”고 판시하고 있는바, 이러한 헌법재판소의 견해는 구체적 규범통제절차에 있어서의 일반법원과 헌법재판소의 역할의 상이를 명백히 한 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면, 구체적 사건에 있어 사실관계를 인정하고 법률을 해석하여 적용하는 것은 어디까지나 일반법원이 역할이고194)헌법재판소는 일반법원이 구체적 사건에 관한 재판을 함에 있어 선결문제가 되는 법률이 위헌여부의 심사 및 선언을 하는 것인데, 법원이 재판의 전제성을 인정하고 있음에도 불구하고 헌법재판소가 독자적인 판단을 행하여 재판의 전제성이 없다고 판단하는 경우라도 그와 같은 판단의 기초가 되는 헌법재판

192). 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌가10,91헌바7,92헌바24,50(병합) 결정; 그밖에 1989. 7. 14. 선고 88헌가5,89헌가44(병합) 결정 중 재판관 이시훈의 보충의견; 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정; 1995. 11. 30. 선고 94헌가2 결정; 1996. 10. 4. 선고 96헌가6 결정; 1996. 11. 28. 선고 96헌가13 결정 등 참조

193). 입법사실은 전적으로 헌법재판소의 심사영역이라 한다(황우려, 진계 위헌심판의 제정결정, 94-95쪽 참조).

194). 제정법위의 법률해석이 대법원과 다른 경우에는 대법원 판례를, 대법원 판례가 없는 경우에는 제정법원의 해석을 기준으로 하면 될 것이고, 대법원 판례도 없고 제정법원간에 법적 견해가 다른 경우에는 헌법재판소가 독자적인 법률해석을 할 수밖에 없을 것이다. 다만 하급법원이 대법원판례와 다른 해석을 설득력있게 한 경우에는 그 법률해석을 존중하여야 할 것이다(제정법원이 한 법률해석이 대법원의 판례 또는 중요한 학설과 다른 경우 그 반론을 설득력있게 하지 못하면 제정이 부적법하다는 견해가 있다. 박승호, 전계논문 141쪽 참조). 헌법재판소는 하급법원의 의견 특히 재판의 전제성을 부정한 의견에 대하여는 하급법원의 의견과 다른 견해를 보이는 경향이 있다(헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정; 1994. 4. 28. 선고 91헌바15등 결정 참조).

소의 사실인정이나 법률해석에 일반법원이 구속되는 것은 아니므로¹⁹⁵⁾¹⁹⁶⁾ 그러한 경우 일반법원의 재판이 불가능하게 되어 구체적 규범통제의 본질에 어긋나고, 반대로 일반법원이 재판의 전제성을 부정하고 있음에도 불구하고 헌법재판소가 재판의 전제성이 있다고 판단하여¹⁹⁷⁾ 위헌심사를 행하는 것은 선결문제의 해결을 목적으로 하는 구체적 규범통제의 본질에 어긋나기 때문이다.

그렇기 때문에 오스트리아¹⁹⁸⁾나 독일¹⁹⁹⁾의 경우에도 재판의 전제성 유무에

195). 윤진수, 행정처분무효확인청구가 기관력에 저촉되는 경우 근거법률의 위헌결정이 무효확인 청구에 미치는 영향, 대법원판례해설 19-2호, 132쪽; 황우려, 전제 위헌결정의 효력, 15쪽; 박승호, 전제논문, 140쪽; 소순무, 전제논문, 390쪽 각 참조

헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정; 같은날 92헌가18 결정; 1996. 10. 31. 선고 94헌바10 결정 등의 취지도 헌법재판소의 법률 해석은 법원을 기속하지 못함을 전제로 하고 있다.

196). 다만, 헌법재판소의 법률해석이 위헌결정의 형태로 나타난 경우에는 그렇지 않다(황우려, 전제 위헌결정의 효력, 15쪽; 소순무, 전제논문, 390쪽). 헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌가8 결정은, 당해 법률조항은 과실책임을 정한 것으로 해석되므로 무과실책임이라는 법원의 법률해석이 부당하다고 한 사안인바, 헌법재판소의 법률해석대로라면 당해 법률조항은 합헌이지만 이유중의 법률해석에 법원이 기속되지 않는 점을 고려하여 한정위헌 형태의 주문을 선고하였다. 이에 반하여 헌법재판소가 이유 중에서는 한정합헌의 입장을 취하면서도 주문에서는 단순합헌의 선고를 한 경우도 있는데(헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정; 1990. 1. 15. 선고 89헌가103결정; 1993. 5. 13. 선고 92헌가10등(병합) 결정)에 이에 대하여는 주문에 한정하임을 표시한 경우에까지도 효력에 논란이 있는 마당에 그 효력에 더욱 더 논란이 일어날 수 있으며 결국 어떠한 이론적 견해를 취하는가에 따라 그 효력이 좌우되고 그 파장이 대단히 크다는 점에서 이런 결정 유형은 바람직하지 않다는 견해가 있다(남북현, 전제 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 318-319쪽).

197). 이 경우 헌법재판소의 재판의 전제성에 관한 판단은 국민의 권리구제 여부와 직결되는 부분이므로 그에 따른 헌법재판소의 본안판단은 기속력과 법규적 효력을 갖기 때문에 법원은 헌법재판소의 전제성 판단에 기속되어야 한다는 견해가 있으나(남북현, 전제 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 286쪽), 앞서 본 구체적 규범통제제도의 본질에 비추어 받아들이기 어렵다. 이에 관하여 헌법재판소가 고등법원의 제청을 받아 재판의 전제성을 인정한 위에 위헌결정을 한 사건(헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 90헌가69 결정)과 관련하여 당해사건의 상고심에서 재판의 전제성을 부정한 예(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777 판결)가 있다.

관하여는 일반법원의 견해를 따르는 것을 원칙으로 하되 일반법원이 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우를 예외로 한다는 것을 헌법재판소의 확립된 판례로 하고 있다.

2. 예 외

가. 법원의 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우

헌법재판소의 결정례 중 재판이 전제성에 관한 법원 견해의 부당함이 헌법재판소에서 문제가 된 경우는 주로 문제된 법률 문제에 관한 대법원의 확립된 견해가 없고 헌법재판소의 판단에 의하면 대법원이 하급법원의 견해와 다른 헌법재판소의 견해를 받아들일 가능성이 있다고 보는 경우이고, 그 예로는 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 91헌바 15,19(병합) 결정; 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정²⁰⁰⁾; 1994. 6. 30. 선고 92헌가18 결정 등이 있다. 그밖에 최근 헌법재판

198). “헌법재판소는 어떤 법률의 전제성 판단을 함에 있어 제청을 한 법원을 일정한 해석에 따르면 구속할 권한이 없다. 왜냐하면, 헌법재판소의 해석을 강제할 경우 헌법재판소가 구체적 사건의 본안에 관하여 법원보다 먼저 판단을 내리는 것이 되기 때문이다. 따라서, 헌법재판소에서 심사되어야 할 법률이 제청법원의 재판과 관련하여 전제성이 없음이 명백한 경우에만 제청을 각하할 수 있다.”[Vfslg 8136 (42 Bd, 1977, S. 84), Vfslg 8318 (43 Bd, 1978, S. 349) 동지]

199). BVerfGE 2,181 이래 확립된 견해이다. 다만 독일의 경우에는 그럼에도 불구하고 재판의 전제성을 엄격히 심사하고 있다. 재판의 전제성을 판단함에 있어 헌법재판소가 행한 개별법의 해석에 일반법원이 구속되지 않는다는 데에 대하여는 BVerfGE, 2,181[19]참조.

200). 불가쟁력이 발생한 행정처분에 대하여 그 근거법규가 위헌임을 이유로 무효확인인 소를 제기한 경우 근거법규의 위헌여부가 재판의 전제가 되는가 하는 점이 쟁점으로 된 사건으로 이에 대하여는 윤진수, 위헌인 법률에 근거한 행정처분의 당연무효 여부, 법조, 1995. 10. 147쪽 이하 참조

소는 이른바 노동법관계법등 날치기 통과와 관련한 법원이 위헌제청을 법원의 견해가 명백히 유지될 수 없다고 보아 이를 각하한 바가 있다(헌법재판소 1997. 9. 25. 선고 97헌가4, 5 결정).

나. 헌법적 선결문제의 경우

헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정 중 재판관 조규광, 최광률, 김문희는 반대의견으로 “재판의 전제성 여부가 헌법과 헌법재판소법에 정한 헌법소송의 기능·본질 및 효력 등 헌법재판제도에 관한 헌법적 선결문제에 해명에 따라 전적으로 좌우되는 경우에는 헌법재판소는 마땅히 법원의 법률적 견해에 구애받지 아니하고 법원의 위헌법률 심판제청이 적법한 것인가의 여부를 독자적으로 결정하여야 한다. 왜냐하면 실체법에 관한 것이든 절차법에 관한 것이든 헌법 또는 헌법재판제도의 문제에 대한 해명은 헌법재판소의 독자적 판단사항이기 때문이다.”라고 판시함으로써 헌법적 선결문제의 경우에도 헌법재판소는 자유롭게 독자적인 판단을 할 수 있다고 하였다. 독일의 경우에는 헌법적 선결문제가 있는 경우에는 헌법재판소가 법원의 견해에 불구하고 독자적인 전제성 판단을 할 수 있다고 함이 연방헌법재판소의 관례이다.²⁰¹⁾²⁰²⁾

다. “헌바사건”의 경우

“헌바사건”의 경우에도 재판의 전제성에 관한 법원의 견해를 존중할 경우에는 많은 사건이 헌법재판소의 판단을 받을 기회를 잃게 되므로 이 경우에는 대리인인 변호사(그도 법률전문가이므로 법원의 견

201). BVerfGE 46,268[284]; 48,29[38]; 69,150[159] 등, 이에 관하여는 박승호, 전계논문, 15쪽 이하 참조

202). 독일의 경우 그 밖에도 “일반적이며, 실제적으로 중요한 헌법적 문제가 아닌 경우”에 헌법재판소의 독자적 판단권을 인정하여 재판의 전제성을 부인한 예가 있지만(BVerfGE 42,42), 이에 대하여는 “사안의 중요성이라는 기준을 지향해 연방헌법재판소가 재판할 사안을 선별하려는 문제있는 결정”이라는 비판이 있다(박승호, 전계논문, 161쪽 이하 참조).

해만큼은 아니더라도 존중할 가치가 있다)의 의견을 기준으로 재판의 전제성을 인정함이 상당하다는 견해²⁰³⁾가 있다.

그러나, 위 견해는 법원의 의견 중 재판의 전제성에 관한 의견과 위헌 여부에 관한 의견을 구분하지 못한 것이 아닌가 생각된다. 법원의 위헌여부에 대한 의견(“헌바사건”의 경우에는 합헌의견)이 헌법재판소를 기속하지 못하는 것은 당연하지만 재판의 전제성에 관한 의견까지도 아무런 의미를 갖지 못한다고 볼 것은 아니다. 재판의 전제성이란 당해 사건에 적용되는 법률의 위헌 여부에 따라 재판이 영향을 받는지 여부에 관한 것이므로 그 1차적 판단권은 구체적 사건과 관련하여 사실관계를 인정하고 법률을 해석·적용하는 법원에 있고 법원의 판단은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 하는 것이기 때문이다. 위 견해대로라면 “헌바사건” 중 법원이 재판의 전제성을 부인한 사건도 원칙적으로 재판의 전제성이 인정된다는 것이므로 타당하다고 할 수 없다.

VIII. 재판의 전제성의 범위와 확장

1. 원칙

구체적 규범통제 절차에서의 심판의 대상이 규범자체인지 규점의 헌법합치성 여부인가에 관하여는 다툼이 있으나 헌법재판소의 실무상으로는 후자로 보는 것이 일반적이다.²⁰⁴⁾ 헌법재판에 있어서 소송

203). 남북현, 전계 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 284-286쪽; 김학성, 전계 논문, 366-367쪽

204). 김지형, 전계논문, 294쪽

물은 헌법재판소결정의 효력이 미치는 범위를 정하는 표준이 된다는 점에서 매우 중요한 실체적 의미를 갖고 있으며, 제청법원은 당해 소송에서 재판의 전제가 되는 법률조항이 명백히 분할될 수 있으면 가능한 한 세분하여 적용의 대상이 되는 부분을 좁혀 위헌심판제청을 하여야 하고,²⁰⁵⁾ 헌법재판소의 심판범위는 일반 법원이 위헌심판을 제청한 범위에 한정되는 것이 원칙이다. 이것은 당해법률의 위헌심사를 제청하는 기관과 심판하는 기관을 별개로 하는 구체적 규범통제제도의 기본적 구조로부터 필연적으로 생기는 결론이다.²⁰⁶⁾

2. 헌법재판소에 의한 심판대상의 확정

가. 심판대상의 제한

그런데 헌법재판이 실무상 제청법원이나 헌법소원심판 청구인은 심판대상을 적절하게 제한하지 않고 당해 법률 조항 전부 또는 심지어 법률 전체에 대하여 위헌심판제청이나 헌법소원심판청구를 하는 것이 통상적이다. 이러한 경우 헌법재판소는 “제청된 법률 또는 법률조항이 지나치게 광범위하고, 합헌인 부분과 위헌인 부분을 명확히 구획할 수 있는 경우에는 직권으로 심판대상을 축소시켜야 하는

205). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5,8 89헌가44(병합) 결정 중 재판관 최광률의 반대의견은 “아무리 헌법재판소라고 할지라도 제청법원이 계속중인 구체적 쟁송사건을 처리하는데 직접적이고 절대적으로 필요한 법률 또는 법률조항이 아니면 그 위헌여부를 심판할 수 없다. 그 결과 제청법원에서 제청한 심판대상인 법률 또는 법률조항이 부분적일 때에는 되도록 조·항·호로 나누어진 판단의 범위를 좁혀 위헌 여부를 심판하여야 하고, 그 심판대상이 폐지법률인 경우에는 더욱 심판의 필요성 유무를 살펴 최소한의 범위안에서 심판하여야 한다.”라고 하고 있다.

206). 吉野豊秋, 오스트리아의具體的規範統制における憲法裁判所の手續, 비교법잡지, 통권 제38호, 44쪽

바, 이것이 입법권을 존중하는 바람직한 태도일 것이다. 그러나 이러한 심판대상의 축소에도 일정한 한계가 있다. 우선 법원은 구체적 사건에서 특정 법률조항의 위헌여부가 재판의 전제가 되어 법률조항에 대한 위헌여부심판을 제청한 것인데 제청한 취지에 어긋나게 지나치게 축소하여 제청한 부분 자체에 대한 위헌여부의 판단이 이루어지지 않아서는 안된다는 점이고, 둘째로는 지나치게 축소시킴으로써 법문의 본질적 내용이 훼손되어서는 안된다는 점이다.”²⁰⁷⁾

나. 헌법재판소의 실무례

이 경우 헌법재판소가 재판이 전제성이 없는 부분을 처리한 유형은 다음과 같이 나눌 수 있는바, 그 중 (마) 유형으로 처리한 경우가 일반적이다.²⁰⁸⁾

- (1) 주문에서 각각한 경우(유형① : 이유 중에서는 심판대상을 제한하지 않은 경우,²⁰⁹⁾ 유형② : 이유 중에서도 심판대상을 제한한 경우²¹⁰⁾)
- (2) 심판대상을 제한하지 않고 모두 심판대상으로 삼은 경우²¹¹⁾
- (3) 이유 중에서는 심판의 대상을 제한하지 않고도 주문에서는 심판대상이 적절히 제한되었음을 전제로 판단한 경우²¹²⁾
- (4) 이유 중에서는 심판의 대상을 제한하지 않고도 주문에서는 심판대상이 적절히 제한되었음을 전제로 판단한 경우²¹³⁾

207). 남북현, 전계 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 223쪽 참조

208). 독일 연방헌법재판소도 일부가 부적법하다고 판시하지는 않고 재판이유에서 심사대상을 적법하게 한정한다고 한다(박승호, 전계논문, 196쪽).

209). 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바15,19(병합) 결정; 1989. 12. 18. 선고 89헌마32,33(병합) 결정; 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정(68조 1항의 헌법소원사건)

210). 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 93헌바23 결정

211). 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정; 1990. 1. 15. 선고 89헌가103 결정

212). 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정

(5) 이유 중에서 심판의 대상을 제한하고 그 제한된 대상에 대하여만 주문에서 판단한 경우²¹⁴⁾

다. 형벌규정에 있어서의 문제

형벌규정은 구성요건을 규정한 부분과 형벌을 규정한 부분으로 이루어져 있다. 그러므로 엄밀히 말하면 위헌심판제청이유에 따라 제청이나 심판 대상을 해당 부분에 한정하여야 할 것이다. 다만, 구성요건 부분이 위헌으로 선언되면 형벌 부분은 독자적인 존재의의를 상실하므로 그 부분에까지 심판대상을 확장하는 것은 별개의 문제이다. 이 점에 관하여 헌법재판소의 결정례를 보면 일관성은 없지만 주문 전체(행정 형벌에서 흔히 보는 바와 같이 구성요건 규정 조문과 형벌 규정 조문이 별개의 규정인 경우에는 양 규정 모두)에 대하여 심판하고 있음이 일반적이다.²¹⁵⁾ 물론 “헌법재판소가 두 개

213). 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106결정; 1991. 3. 11. 선고 90헌마28 결정(68조 1항 헌법소원 사건); 1991. 5. 13. 선고 92헌가5 결정; 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정; 1994. 6. 30. 선고 93헌가15,16,17 결정; 1994. 7. 29. 선고 93헌가4등(병합) 결정; 1995. 2. 23. 선고 93헌바29 결정; 1995. 5. 24. 선고 91헌가7 결정; 1995. 7. 27. 선고 93헌바1 등(병합) 결정; 1996. 1. 25. 선고 93헌바5등(병합) 결정; 1997. 3. 27. 선고 96헌바86 결정; 1997. 4. 24. 선고 96헌가3등(병합) 결정

214). 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정; 1991. 3. 11. 선고 90헌마28 결정(68조 1항 헌법소원 사건); 1991. 5. 13. 선고 89헌가97 결정; 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정; 1991. 11. 25. 선고 91헌가6 결정; 1993. 9. 27. 선고 92헌가5 결정; 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정; 1994. 6. 30. 선고 93헌가 15,16,17 결정; 1994. 7. 29. 선고 93헌가4등(병합) 결정; 1995. 7. 27. 선고 93헌바1 등(병합) 결정; 1996. 1. 25. 선고 93헌바5등(병합) 결정; 1997. 3. 27. 선고 96헌바86 결정; 1997. 4. 24. 선고 96헌가3등(병합) 결정

215). ① 구성요건만 심판으로 삼은 예 : 헌법재판소 1992. 6.26. 90헌가23 결정; 1994. 6. 30. 선고 93헌가15등 결정; 1996. 10. 4. 선고 93헌가13,91헌바10(병합) 결정 등

②양자 모두 심판대상으로 삼은 예 : 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가 13 결정; 1990. 1. 15. 선고 89헌가103 결정; 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정; 1995. 3. 23. 선고 94헌가4 결정; 1995. 4. 20. 선고 91헌바11결정; 1995. 4. 20. 선고 93헌바40결정; 1995. 9. 28. 선고 93헌바50 결정 등

의 구성부분으로 이루어져 있는 하나의 법률조항을 주문에서는 아무런 제한을 가하지 않고 합현으로 선고하였더라도 결정이유를 검토해서 법률조항이 합현성이 두 개의 구성부분 중 하나에 대하여만 적용가능성을 심판하고 인정한 것으로 파악된다면, 당해 법률조항은 나머지 구성부분이 관련하여 후소에서 심판될 수 있는 것”²¹⁶⁾이기는 하지만 가급적 심판대상을 한정함이 옳을 것이다.²¹⁷⁾

이에 관한 헌법재판소의 결정 중 특이한 예로는, “벌칙규정인 복표 발행, 현상기타사행행위단속법 제9조는 제5조의 위헌적인 위임규정에 의하여 제정된 위 단속법시행령 위반행위를 범죄의 구성요건 규정으로 삼고 있고 그 때문에 제정법원의 제9조와 함께 제5조 소정의 ‘기타 실시상 필요한 규정’이나 ‘단속상 필요한 규정’이 반드시 형사처벌규정만을 의미하는 것이 아닐뿐더러 위헌제청의 당해사건을 재판하는 데는 벌칙규정인 제9조에 대한 위헌선고만으로 충분하고 제5조에 대한 위헌선고까지 할 필요가 없다.”²¹⁸⁾고 한 예와 구성요건 관련규정에 대하여는 합현을, 형벌관련규정에 대하여는 위헌 선언불가를 선고한 예²¹⁹⁾가 있다.

216). 남북현, 전계 토초세법의 위헌소원과 개선입법, 158쪽; 황우려, 전계 위헌결정의 효력, 13쪽

217). 헌법재판소의 결정례를 보더라도, 본문과 단서로 이루어진 구 소득세법 제23조 제4항이 문제가 된 두 사건에서 같은 날 선고를 하면서 1995. 11. 30. 선고 91헌바1등(병합) 결정에서는 “구 소득세법 제23조 제4항”에 대하여 합현을, 94헌바40등(병합) 결정에서는 “구 소득세법 제23조 제4항 단서”에 대하여 한정위헌을 각 선고하고 있다. 결정 이유를 보면 전자는 구 소득세법 제23조 제4항 중 본문을 심판대상으로 삼은 것 같은데, 심판대상을 가급적 축소하지 아니한 탓에 같은날 위헌이 선고된 단서부분을 포함한 전 조문에 대하여 합현을 선고한 것처럼 되었다. 이 예를 보더라도 심판대상은 정확하게 확정하는 것이 바람직하다.

218). 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정

219). 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정

3. 예외 - 심판범위의 확장

위와 같이 심판대상을 제한함이 원칙이지만 헌법재판의 실무상으로는 심판대상 법률조항을 분할하는 것이 어렵거나 관련조항과는 관계에서 심판대상을 확장함이 보다 합목적적인 경우가 생기게 마련이고 그러한 경우에 헌법재판소는 여러 가지 이유로 심판대상을 확장하여 왔는데, 이하에서 이에 관하여 살펴본다.

가. 헌법재판소법 제45조 단서의 적용에 의한 경우

헌법재판소법 제45조 단서는 심판대상이 된 조항이 위헌으로 결정되어 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 헌법재판소가 판단할 경우에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로 이 경우에는 제청된 법률 조항뿐만 아니라 법률 전체에 대하여 심판대상이 확장된다.²²⁰⁾ 위 규정은 법률 전체에 대한 심판범위의 확정을 규정하고 있지만 심판대상이 된 법률조항을 위헌으로 결정함으로써 인하여 동일 법률의 일부 다른 조항의 독자적인 존재의 의미가 없게 되는 경우에는 그 부분에 대하여만 심판범위를 확장할 수도 있을 것이다.²²¹⁾

나. 동일심사척도가 적용되는 경우

헌법재판소는 제청법원이 단일 조문 전체를 위헌제청하고 그 조문 자체가 같은 심사척도가 적용될 위헌 심사대상인 경우 그 조문 전체에 대하여 심판대상을 확장하고 있다. 그 구체적 예를 보면, ① “...엄밀하게 따진다면 ...관련사건의 재판에 적용되지 않는 내용은

220). 이에 따라 법률 전체에 대하여 위헌선언을 한 예로는 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌마 49,52(병합) 결정이 있다.

221). 헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가 102 결정; 1991. 11. 25. 선고 91헌가6 결정 (독립하여 존속할 의미가 없다는 이유로)

제외시켜 재판의 전제성을 따져야 할 것이다. 그러나 위 특례법 제 6조에는 ‘토지등’이라고 병렬적으로 적용대상이 규정되어 있더라도 이는 공시송달에 의한 협의의제라는 같은 법리가 적용되는 같은 조문내의 일체화된 내용이며 재산권 침해가 문제되는 이 사건에서 굳이 이들 재산들을 분리해내어 판단하는 것은 적절치 않으며 이러한 상황(제청법원이 단일조문 전체를 위헌제청하였으며, 그 조문전체가 같은 심사척도가 적용될 위헌심사대상인 경우)이 구체적 규범통제의 취지를 벗어나는 것이라고는 보이지 아니한다. …그렇다면 이 사건에서는 위 특례법 제6조 전체가 심판의 대상이 되는 것이라고 볼 것이다.”²²²⁾ ②“…미수부분에 관하여 재판의 전제성이 있음은 명확하나, …예비에 관하여는 재판의 전제성이 있는지 여부에 관하여 의문이 있다. 그러나 … 관세법 제182조 제2항과 같이 병렬적으로 적용대상이 규제되어 있는 경우라도 그 내용이 서로 밀접한 관련이 있어 같은 심사척도가 적용될 위헌심사대상인 경우 그 내용을 분리하여 따로 판단하는 것이 적절하지 아니하다고 할 것이다. 제청법원이 단일 조항 전체에 대하여 위헌제청을 한 취지도 위와 같다고 보이므로, 제청법원의 이와 같은 의견을 존중하고 헌법재판소가 규범통제의 역할을 수행하고 있는 점등에 비추어 보면, 이 사건 단일조항을 함께 판단하는 것은 구체적 규범통제 제도의 취지에 벗어나지 않는다고 할 것이다.”²²³⁾라고 하였다.

독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제82조 제1항, 제78조 제2문(동일한 법률의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는 연방헌법재판소는 그 규정도 무

222). 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌가2 결정

223). 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 96헌가13 결정

효로 선언할 수 있다)에 의하여 같은 조문 가운데의 내용에 대하여만 아니라 동일한 법률 중의 규정에 대하여까지 동일심사기준을 확대하고 있지만,²²⁴⁾ 위와 같은 명문으로 규정이 없는 우리나라의 경우에는 독일과 같이 확대할 수 없다고 본다.²²⁵⁾

다. 체계적으로 밀접불가분한 경우²²⁶⁾

헌법재판소는 재판의 전제성이 있는 부분과 체계적으로 밀접한 관련이 있는 부분에 대하여도 심판대상을 확장하고 있다. 체계적으로 밀접한 경우가 구체적으로 어떠한 의미인가²²⁷⁾에 관하여 판시한 외국의 판례를 보면, 먼저 미국 연방대법원은 Carter v. Carter Coal Co. 판결(298 U.S. 238)에서 “가분·불가분의 문제는, 법안이 의회에 계류되어 있는 동안 지금 위헌이라고 판단된 조문을 삭제하자는 제안이 다수의 찬성을 얻어 삭제된다고 가정할 경우, 그러한 사정에도 불구하고 의회가 이 조문과 관련되는 다른 조문을 가결하겠는가를 기준으로 판단할 수 있다”고 판시함으로써 법률의 어느 규정이 위헌인 경우 나머지 조문만으로도 충분한 법률적 효과가 있어 의회가 나머지 조문과 같은 내용의 법률을 제정하였을 것으로 보이는 경우에는 가분이지만 나머지 조문의 효력이나 유효성이 상실되거나 적어도 현저하게 손상되는 경우에는 불가분이라고 하였고, 오스트리아 헌법재판소는, 법원의 재판에 직접 적용되는 규정과 그

224). BVerfGE 78,77[82]; 78,132[143]

225). 진정환, 전계논문, 35-36쪽

226). 독일의 경우 제청대상 법률조항과 체계적으로 밀접한 관련이 있다는 이유로 심판대상을 확장한 예로서 BVerfGE 12,151[163]; 27,195[199]; 33,224[228]; 69,272[295] 등이 있다.

227). 우리 헌법재판소의 결정 가운데에는 뒤에서 보는 결정들 외에 “논리구조상 상호 관련이 있는 경우라도 어느 일방에 위헌요소가 있다고 하여 타방이 자동적으로 위헌으로 되는 경우가 아니면 불가분이 일체관계에 있지 않다”고 한 예가 있다(1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정).

밖에 규정 사이에 “직접의 관계”가 있는 경우에 위헌심사는 후자에 까지 확대되고[Vfslg 5021 (30 Heft, 1965, S. 381)], 재판에 직접 적용되는 부분이 위헌선언되는 경우에 잔존 법문의 의미가 변하는 경우에도 잔존 법문에까지 심판대상이 확정된다[Vfslg 8896 (41 Bd, 1976, S. 191); Vfslg 7376 (39 Bd, 1974, S. 99)]고 하였다. 헌법재판소의 구체적 결정례를 보면, ①“이 사건의 전제가 되는 제청법원에 계속되어 있는 민사소송절차에서의 소송물은 이 사건분조합의 자산에 한정되지만 법률의 위헌여부심판에 있어서는 그 대상 범위 범위가 전제되는 당해사건에서의 소송물 자체에 직접 관련되는 부분에 국한할 것이 아니라 위헌법률심판이 제청된 당해 법률조항에 내포되어 있고 그 소송물 자체와 체계적으로 밀접분가분의 관계를 이루고 있는 부분까지 판단할 수 있으며, 보훈기금법 부칙 제5조는 이 사건 분조합의 자산과 부채를 일괄하여 대한민국에 귀속시키고 있으므로 법적 문제해결을 위하여는 이를 일관판단함이 옳다.”²²⁸⁾ ②“청구인들의 이 사건 심판청구서나 서울고등법원에 제출한 위헌 제청신청서에 기재한 바에 따르면, 형사소송법 제312조 제1항 단서가 위헌임을 주장하는 듯하나 청구인들 주장의 전취지로 보거나 동 단서는 동 조항 본문 중 ‘피의자나’ 부분에 포함되어 있는 피고인이 된 피의자에 대한 검사작성의 피의자신문조서에 대한 본문규정의 예외규정으로서 본문규정의 그 이외의 증거방법에 대한 증거능력 부여의 경우보다는 특히 신빙할 수 있는 상태에서 진술된 것이어야 한다는 요건이 하나 더 추가되어 그 부여의 범위가 좁은 경우이므로 이 법 조항 본문 중 위와 같은 부분과 동 조항 단서는 불가분의 규정이다.”²²⁹⁾ ③“헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률

228). 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 92헌가3 결정

조항의 위헌선언된 경우 …합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하거나, 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때에는 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 법률조항을 넘어서 다른 법률조항 내지 법률전체를 위헌선언하여야 할 경우가 있다.”²³⁰⁾라고 하고 있다.

라. 심판대상 조항의 적용 전제가 되는 경우

제청법원 수산업법 제52조 제2항 및 같은 법 제79조 제2항의 위헌 여부만을 제청한데 대하여 헌법재판소는 “제52조 제2조항의 내용을 확정하기 위해서는 같은 조 제1항의 규정이 전제로 되면, 또한 같은 법 제79조 제2항의 내용을 확정하기 위해서는 마찬가지로 제1항이 전제가 된다”라는 이유로 제청된 법률조항이 아닌 수산업법 제52조 제1항, 제79조 제1항의 관련부분에 대하여 심판대상을 확장하였다.²³¹⁾

마. 개정전 법률 조항과 개정법률의 부칙조항

헌법재판소는 구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되기 전의 것) 제42조 제1항 단서에 대한 위헌법률심판사건에서 “국세기본법(1990. 12. 31. 개정 법률 제4277호) 부칙 제5조는 ‘위 법 시행 전에 … 개정규정에 해당하는 기일이 도래한 국세…에 대하여

229). 헌법재판소 1995. 6. 29. 선고 93헌바45 결정 중 재판관 김진우, 조승형의 반대의견

230). 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정

231). 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 93헌가15,16,17 결정, 헌법재판소 1989. 12. 22 선고 88헌가13 결정에서도 이와 같은 이유로 심판대상을 확장하여야 한다는 재판관 한병채, 최광률, 김문희의 반대의견이 있었다.

는 종전의 … 제42조 제1항의 규정에 의한다'라고 규정하고 있다. … 위 부칙규정 중 '종전의 제42조 제1항 부분'은 헌법재판소에서 위헌으로 선고하기 이전에 법률을 합헌적으로 개정하면서 개정법률의 시행일 이전을 구법을 적용한다는 규정으로 …위와 같은 부칙규정이 입법되기도 전에 구법규정의 위헌문제를 제기한 청구인을 포함한 일정한 사건의 경우에 있어서는 … 이 사건 심판규정의 위헌결정의 소급효를 인정해 주어야 할 것인바, 그렇게 하기 위하여는 청구인 등에 대하여는 위 부칙 규정 중 '종전의 제42조 제1항' 부분의 적용을 배제해 주어야 하는 문제가 생긴다. 그렇다면 헌법재판소법 제45조 단서의 규정을 유추적용하여 …"라고 판시하였다.²³²⁾

바. 개정법률 등 유사법률 조항에 대한 확장²³³⁾

위헌제청은 개정전 법률조항에 대하여 이루어졌지만 개정 법률 또는 다른 유사 법률에 제청신청된 법률과 마찬가지로 위헌성이 있는 경우 이에 대하여 심판대상을 확정할 수 있는가 하는 점에 관하여 헌법재판소는 부정적 입장을 취하고 있다.²³⁴⁾ 이에 대하여는 “헌법

232). 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바23 결정

233). 이 문제는 “규범통제절차에서 특정 법률에 대한 위헌결정이 선고된 후 입법자가 당해 법률과 본질적으로 같은 내용의 법률제정(또는 개정)한 경우 종전 결정의 기판력이 새로운 법률에까지 미치는가”하는 문제와 관련이 있다. 이에 관한 학설의 자세한 내용과 비판에 대하여는 김지형, 전제논문, 300-303쪽 참조

234). 가. 개정법률과 관련하여 - 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 90헌바21 결정과 1993. 5. 13. 선고 92헌바32 결정; 1994. 6. 30. 선고 93헌바9 결정과 1995. 7. 21. 선고 92헌바27등(병합) 결정 및 1995. 9. 28. 선고 94헌바23 결정

나. 유사법률과 관련하여 - 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 89헌가97 결정과 1992. 10. 1. 선고 92헌가6,7(병합) 결정; 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정과 1991. 11. 25. 선고 91헌가6 결정; 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정과 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정; 1993. 12. 23. 선고 92헌가12 결정과 1992. 7. 23. 선고 90헌바2 등(병합) 결정, 1993. 12. 23. 선고 92헌바23 결정; 1995. 5. 25. 선고 91헌마67 결정과 1995. 6. 12. 선고 95헌마172결정. 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정 및 1995. 7. 27. 선고 93헌

재판소는 시적인 심판범위를 직권으로 확장하여 구법조항에 대해 위헌결정을 선고하면서 개정된 법률조항에 대하여도 아울러 위헌결정을 하였음이 타당하였을 것으로 보여진다. 그렇게 함이 국민의 기본권침해를 최소화하고 헌법보장에 기여하는 것이기 때문이다. 유사규범에 대하여 심판대상을 확장하는 것은 논리적으로 가능할지라도 확장의 한계를 어디로 설정할 것인지에 관하여 어려움이 있을 것이다”라는 견해도 있다.²³⁵⁾

IX. 결론

이상에서 헌법재판소의 결정례를 중심으로 재판의 전제성의 개념에 관하여 개괄적으로 살펴보았는바, 전체적으로 보아 우리 헌법재판소는 재판의 전제성에 대한 심사기준을 완화하고 있고 그 예외를 넓게 인정하고 있는 것으로 보인다. 재판의 전제성을 어떻게 이해할 것인가 하는 문제는 결국 “재판의 전제성을 지나치게 좁히면 국민의 헌법재판에의 접근권 즉 액세스(access)권을 행해화한다는 점에서 바람직하지 않다”는 입장²³⁶⁾과 “아무리 헌법재판소라고 할지라도 제청법원에 계속중인 구체적 쟁송사건을 처리하는데 직접적이고 절대적으로 필요한 법률 또는 법률조항이 아니면 그 위헌여부를 심판할 수 없다.”는 입장²³⁷⁾의 대립에 귀결된다. 그 동안 헌법재판소가 재판의 전제성에 관하여 엄격한 심사를 하지 않은 것은 오랫동안

바1 외(병합) 결정의 별개의건은 부정적 입장을 명시적으로 실시하고 있다.

235). 남북현, 전계 헌법재판소결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 214쪽 및 221-222

쪽; 남북현, 전계 토초세법의 위헌소원과 개선입법, 165쪽

236). 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정 중 재판관 이시윤, 김양균의 반대의견

237). 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등(병합) 결정 중 재판관 최광률의 반대의견

동안 위헌법률심사가 형해화되어 왔던 우리나라에서 헌법재판소 개설 초기 헌법재판소의 위상을 확립하고 국민의 기대에 부응한다는 점에서 그 취지를 이해할 수 있다. 그러나 독일의 경우처럼 지나치게 엄격한 심사를 할 필요까지는 없겠지만 재판의 전제성의 요건을 완화하는 경우 우리 제도가 채택하고 있지 않는 추상적 규범통제나 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 쪽으로도 헌법재판 실무가 운용될 수 있다는 점에서 지나친 예외의 인정은 바람직하지 않다고 본다. 특히 법원과 사이에 재판의 전제성의 유무에 관하여 견해가 나뉜 사건들이 그 후 법원에서 어떻게 처리되었는지를 살펴보는 것도 재판의 전제성을 어떻게 이해할 것인가에 관하여 중요한 시사점이 될 수 있다고 보는바, 이 점에 관한 검토를 추후의 과제로 남겨두는 것으로 이 글을 맺는다.

헌법재판의 한계 및 심사기준 -헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로-

한 수 응
헌법연구관보

- 목 차 -

I. 머리말

II. 헌법재판의 한계

1. 사법적 자제의 요청
2. 헌법상의 권력분립질서 또는 기능질서로부터의
헌법재판의 한계

III. 헌법재판의 능력질서적 한계의 구체적 표현

1. 입법자의 형성권에 대한 존중
2. 합헌적 법률해석
3. 헌법불합치결정
4. 통제규범과 행위규범의 구분
가. 구분의 의미

- 나. 평등권
 - 다. 사회적 기본권
 - 라. 국가의 보호의무
5. 헌법해석을 통하여 유출되는 헌법적 입법의무의 원칙적인 부정

IV. 헌법해석에 따른 헌법재판의 범위

1. 헌법해석과 헌법재판소의 권한
2. 자유와 구속: 원칙과 예외의 관계?
3. 보충적 기본권으로서의 행복추구권 및 합헌적 법률에 의한 기본권제한의 원칙
4. 국가의 보호의무의 인정

V. 자유권을 제한하는 법률에 대한 위헌심사기준

1. 미국의 이중기준원칙 및 독일의 개인관련성·사회관련성 이론
 - 가. 미국이 이중기준원칙
 - 나. 독일의 개인관련성·사회관련성 이론
 - 다. 미국의 이중기준원칙에 대한 비판
2. 비례의 원칙
 - 가. 자유권의 선국가성과 비례의 원칙
 - 나. 적합성의 심사
 - (1) 입법자의 예측판단의 심사에 관한 독일 연방헌법재판소의 3단계이론
 - (2) 연방헌법재판소의 3단계이론에 대한 비판

(3) 3단계이론의 실질적 의미
다. 필요성의 심사

VI. 맺는말

I. 머리말

헌법재판소가 설립되어 활동을 개시한 것이 거의 10년이 되어 간다. 그 동안 헌법재판에 관한 많은 논문이 발표되었지만, 헌법재판소의 역사가 짧고 아직 지위와 위상이 충분히 확립되지 않았다는 우리 헌법재판의 현실 때문에 학계의 법조계에서는 헌법재판의 한계를 밝히려는 노력보다는 주로 헌법재판의 당위성을 강조하고 그 기능을 확장하고 강화하는 것에 관심이 모아졌다.

사건수에 있어서 큰 비중을 차지하지 않는 탄핵심판제도, 정당해산심판제도, 권한쟁의심판제도를 제외한다면, 헌법에 의하여 부여되고 헌법재판소법에 의하여 구체화된 헌법재판소의 주된 관할은 위헌법률심판제도와 헌법소원제도에 있음을 알 수 있다. 헌법재판소법 제68조제1항에 의한 헌법소원은 결국 법률에 대한 소원을 의미하며, 국민의 위헌제청신청이 기각된 경우 국민이 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성을 제공하는 헌법재판소법 제68조제2항도 법률을 심판의 대상으로 하고 있다.¹⁾ 또한 헌법재판소법 제42

1). 재판의 기초가 된 규범이 위헌인 경우에 청구인이 법원을 경유하는 과정에서 법관이 스스로 위헌제청을 하지 않는다면, 청구인은 원칙적으로 모든 심급을 경유한 후에 위헌적인 법률을 적용한 재판에 대하여 헌법소원을 제기할 수 밖에 없다. 그러나 우리 헌법재판제도에서는 재판소원을 배제하고 있고 이로써 소원청구인이 법원을 경유한 후에 재판소원의 형태로 규범의 위헌성을 물을 수 있는 길이 막혀있기 때문에, 이에 대하여 우리 헌법재판소법은 재판소원의 대체물로서 미리 선행적으로 제68조제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는 열어 놓았다. 따라서 헌법재판소법 제68조제2항의 헌법소원을 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다. 따라서 헌법재판소법 제68조제1항에서 재판소원을 배제하고 있음에도 불구하고, 실질적으로 우리 헌법재판소법이 재판소원을 완전히 배제하는 것은 아니다. 재판소원은 크게, 재판소원의 형태로 재판의 기초가 된 규범의 위헌성을 묻는 법규소원과 법원이 법률을 잘못 해석, 적용했다는 주장으로 제기되는 재판소원으로 나누어 볼 수 있는데, 우리 헌법재판소법은 제68조제2항을 통하여 위의 법률소원을 흡수함으로써 재판소원의 한 부분을 수용하고 있다고 볼 수 있

조는 법관의 위헌제청에 의하여 법률의 위헌성을 심사하는 구체적 규범통제를 규정하고 있다. 따라서 현행 헌법재판소법상 헌법재판소의 주된 과제가 입법자에 대한 규범통제에 있으므로, 헌법재판소와 입법자간의 관계가 중요한 문제가 떠오른다.

규범통제제도의 도입은 성문헌법의 존재와 헌법의 법률에 대한 우위를 그의 전제조건으로 한다.²⁾ 헌법재판은 헌법규정을 심사기준으로 하므로, 헌법재판소에게 심사기준을 제공할 수 있는 성문법전의 존재를 필요로 한다. 뿐만 아니라 헌법은 헌법재판절차의 기준으로서 헌법규범의 범위와 경계와 관하여 가능하면 최대한의 명확성과 정확성을 갖추어야 한다.³⁾ 따라서 헌법재판제도를 수용한 헌법질서는 - 이를 갖추지 않은 헌법질서에 비하여 - 헌법의 규정을 표현함에 있어서 특별한 요구를 한다. 헌법재판제도의 도입과 더불어 모든 헌법적인 문제가 헌법재판소에 의한 심사대상이 될 수 있다는 사실은, 헌법의 의미와 내용에 관한 모든 표현은 동시에 헌법재판이란 사법적 판단의 법적 기준에 관한 표현이므로, 헌법이 가능하면 사법적 기준으로 작용할 수 있도록 표현되어야 한다는 것을 의미한다.

우리 헌법재판제도의 핵심을 자치하는 규범통제의 또 다른 전제조건은 헌법의 우위이다. 헌법의 우위란 헌법과 법률의 독자성과 구

다.

2). 한태연, 헌법학, 1983, 770면 이하; 허영, 한국헌법론, 1994, 786면 이하

3). Vgl. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in :

Starck, Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S.36 ff.;

Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 1981, S.486, 499

분을 전제로 하여 헌법과 법률이 서로 충돌하는 경우 헌법이 우선한다는 법률에 대한 헌법의 구속력과 실철력을 뜻한다.⁴⁾ 헌법의 우위는 헌법재판의 도입을 통하여 비로소 그 실효성을 얻게 된다. 헌법의 우위와 헌법재판의 도입을 통하여 헌법의 우위를 사법절차적으로 관철할 수 있는 가능성의 결합은, 헌법은 국가의 규범질서안에서의 최고의 권위일뿐이 아니라 헌법재판을 위한 사법적 심사기준이라는 큰 변화를 가져왔으며, 헌법재판제도에 의하여 비로소 법률의 헌법위반이 실질적인 결과를 가져왔다.

헌법의 우위는 법률의 하위를, 이는 곧 입법자의 하위를 뜻하는데, 헌법재판소의 도입과 함께 헌법에 대한 입법자의 하위는 헌법제정자나 헌법개정권력에 대한 하위뿐만 아니라 헌법을 최종적으로 구속력을 가지고 해석하는 국가기관인 헌법재판소에 대한 하위를 또한 의미한다. 헌법재판소가 헌법해석에 관한 최종적인 결정권을 갖고 규범통제를 통하여 헌법을 관철한다는 의미에서의 헌법재판소에 대한 입법자의 하위는, 헌법이 우위와 헌법재판제도의 결합이 가져오는 필연적인 결과로서 진위의 문제가 아니라, 단지 입법자가 어느 정도로 헌법재판소에 의한 구속, 정확히 말하자면 헌법재판소를 매체로 한 헌법의 구속을 받아야 하는가의 범위의 문제이다.⁵⁾ 이로써 헌법의 법률에 대한 우위는 헌법재판제도의 도입을 통하여 필연적으로, 헌법의 우위를 헌법재판을 통하여 관철하고 실현하려는 헌법재판소와 법률을 제정하는 입법자 간의 기능질서적 또는 권력분립제도상의 상호관계의 문제를 제기한다.

4). Vgl. Moench, Verfassungswidrige Gesetze und Normenkontrolle, 1977, S.143

5). Vgl. Wahl, a.a.O., S. 487

II. 헌법재판의 한계

1. 사법적 자제의 요청

헌법재판제도의 도입은 종래의 권력분립제도를 본질적으로 변화시키고, 헌법재판소와 다른 국가기관 사이의 권력분립의 문제가 새로이 발생한다. 더욱이 우리 헌법과 같이, 헌법이 헌법재판소의 도입을 결정하고 광범위한 관할권을 부여한 이상, 헌법재판의 한계에 관한 문제가 가장 중요한 문제로 제기된다.

가. 헌법재판의 한계는 정치의 구분을 통해서도 파악될 수 없다. 헌법은 정치적 기관을 창설하고 국가권력의 행사와 정치적 과정을 규율하는 정치적인 성격을 갖는 규범이다. 헌법재판은 헌법, 즉 정치적인 법을 심사기준으로 삼기 때문에, 정치적인 법의 해석과 적용의 결과로서의 헌법재판소의 결정은 사건마다 정도의 차이가 있을 뿐 본질적으로 정치적 효과를 가진다는 의미에서 헌법재판은 이미 그의 본질상 정치적이다.⁶⁾ 특히 법률이 적극적으로 정치적 형성의 수단으로 사용되는 사회적 법치국가에 있어서, 헌법재판소의 위헌 결정은 법률로부터 그의 사회적 효력을 제거함으로써 필연적으로 정치적 효과를 가진다.⁷⁾ 이러한 의미에서 헌법재판소의 규범통제에서의 모든 결정은 정치적이며, 헌법재판소는 헌법상의 권력분립구조에 있어서 의심의 여지없이 정치적인 기관이다.⁸⁾ 헌법재판소는

6). Vgl. Schneider, Vorfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S.2104; Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrechts Bd. II, 2. Aufl. s.1664; Brude, Verfassungsentwicklung, 1982, S.336

7). Vgl. Schenke, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, S.1322

정치적인 것을 헌법을 기준으로 하여 사법적 심사의 대상으로 삼는다는 점에서 단지 입법자나 집행부와는 다른 방법으로 정치를 할 뿐이다. 따라서 법과 정치를 구분하고 그 경계를 설정하려는 시도는 헌법재판의 한계를 인식하는데 아무런 도움이 되지 않는다.

나. 법과 정치를 구분을 통해서도 헌법재판의 한계를 인식할 수 없으므로, 사법적 자제(judicial-self-restraint)의 요청이 헌법재판의 한계를 설정하는 기준으로 고려될 수 있다. 헌법재판소가 헌법의 해석을 통하여 자신의 권한과 작용가능성을 스스로 결정할 수 있기 때문에, 이러한 조건하에서는 헌법재판소가 권한의 행사에 있어서 스스로 자제해야 한다는 요청은 당위적이며 논리필연적인 것이다. 입법자에 대한 헌법재판소의 통제범위를 결정함에 있어서 사법적 자제의 요청은 헌법재판관을 구속하는 규범적 한계를 제시하기 보다는 헌법재판관이 임의로 결정할 수 있는 자발적인 요소를 강조하고 있다.⁹⁾ 헌법재판소와 같은 자신의 권한을 스스로 결정할 수 있는 권한을 가진 국가기관에게 자제를 요구하는 것은 그에게 큰 미덕을 요구하는 것인데, 그러나 헌법재판의 한계가 헌법재판관 각자의 성향이나 사법적 자제를 실현하려는 의지나 태도에 달려 있을 수는 없다.¹⁰⁾ 헌법재판의 한계가 “규범적으로” 결정되어야 하는 문제라는 점에서 사법적 자제라는 일반적 요청은 헌법재판의 한계에

8). Vgl. Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 3. Aufl. 191, Rn.314

9). Vgl. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in : FS für Hans Weber, 1981 , S.263

10). Vgl. Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl 1988, S.1191;

Simon, a.a.O. S.1664 f.

관한 규범적인 기준을 제시하지 못한다. 따라서 사법적 자제의 요청은, 헌법재판의 한계의 문제는 헌법에서 찾아야 하는 규범적 문제라는 것에 관한 시야를 가지게 하고, 헌법재판의 한계를 헌법재판관 각자의 선의에 맡김으로써 헌법재판관에 대한 헌법적 구속을 경시하는 측면이 있다. 더욱이 헌법에 의하여 헌법재판소에 부여된 중요한 기능인 헌법의 수호, 특히 기본권의 보호는 경우에는 따라서는 헌법재판소로부터 사법적 자제와는 정반대의 행위인 입법자에 대한 단호한 개입을 요구한다. 이러한 관점에서 보아도 사법적 자제의 요청은 오해의 여지가 있다.

또한 미국의 연방최고법원에 의하여 형성된 “정치문제이론(political question doctrine)”은 미국 헌법과 본질적으로 상이한 우리 헌법구조에 있어서 그대로 적용될 수 없다. 물론 연방최고법원의 사법적 자제의 원칙도 이론적 출발점을 헌법상의 권력분립구조에 두고 있지만, 미국의 연방최고법원과는 달리 우리 헌법재판소에게는 헌법상 법률의 위헌성심사에 관한 권한이 명시적으로 부여되었기 때문에, 헌법규범의 개방성과 추상성에도 불구하고 헌법은 사법적 심사의 기준으로 작용하며 규범통제의 영역에서 사법적으로 심사할 수 없는 공권력의 행사를 인정할 수 있는 가능성은 처음부터 없다.¹¹⁾ 헌법이 모든 국가기관을 구속하기 때문에 정치를 포함한 모든 국가권력의 행사가 헌법에 기속되며, 헌법은 헌법재판소에게 이러한 기속의 준수를 감시하는 과제를 부여하고 있다. 따라서 헌법재판소에 의한 헌법규범의 적용과 해석으로부터 완전히 자유로운 국가의 공권력행위는 어떠한 영역에서도 인정될 수 없다. 우리 헌법의 이러

11). Vgl. Schneider, NJW 1980, S.2104; Schenke, NJW 1979, S.1324 f.; 허영, 한국헌법론, 1994, 802면 이하

한 결정은 곧, 공권력행위의 정치적 성격은 헌법재판소의 사법적 심사를 제한하는 적합한 기준이 될 수 없다는 것을 의미한다.¹²⁾ 물론 외교행위나 통치행위의 대부분은 결과적으로 헌법재판소에 의하여 심사될 수 없다. 그러나 이는, 통치행위가 처음부터 심사의 대상에서 제외되기 때문이 아니라 통치행위에 구체적 내용을 규정하는 헌법규범이 없기 때문이다. 헌법재판소는 헌법규범에서 해석을 통하여 유출할 수 있는 것만을 그의 결정에 있어서 법적 기초로 삼을 수 있으므로, 통치행위의 문제는 헌법재판소의 심사대상의 한계문제가 아니라 헌법의 규범력의 한계문제이다.¹³⁾ 통치행위의 심사문제는, 헌법이 통치행위에 관한 헌법규범을 구체화하는 권한을 헌법재판소를 배제하고 전적으로 다른 정치적 기관(의회나 정부)에게 위임하는가의 문제가 아니라, 헌법재판소와 다른 정치기관 사이의 헌법을 구체화하는 권한의 경계설정의 문제이다.¹⁴⁾ 따라서, “정치문제이론”은 우리 헌법구조에서는 입법자에 대한 헌법재판소의 통제 정도의 문제이지 공권력행위의 성격에 따른 헌법재판소의 통제여부의 문제가 아니다.

사법적 자제의 원칙에 있어서는 헌법재판소의 인적 구성과 헌법재판관의 개인적 성향에 따라 사법적 적극성의 정도와 이로써 헌법재판의 한계가 달라지므로, 사법적 자제의 원칙은 그의 적용에 있어서 지극히 제한적으로 그의 합리성과 타당성을 논거할 수 있고 또

12). 따라서 미국에서 형성된 “사법적 소극주의 또는 적극주의”는 헌법재판의 한계를 인식하는데 별 도움이 되지 않는다. 사법적 소극주의 및 적극주의에 관하여는 권영성, 헌법학원론, 1995, 992면 이하

13). 따라서 ‘통치행위는 헌법재판의 대상이 될 수 없다’는 표현은 오해의 여지가 있다. 권영성, 헌법학원론, 1995, 994면

14). Vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.309 ff.

한 적용의 결과에 있어서도 거의 예측할 수 없다. 미국의 연방최고 법원에 의하여 확립된 사법적 자제의 원칙은 우리 헌법구조에서는 적합한 기준이 아닐 뿐만이 아니라 헌법재판이 한계 및 헌법재판소의 심사기준을 제시할 수도 없고, 결국 헌법재판소 결정의 타당성을 규범적으로 논거하고 보장하는데 있어서 부적합하다. 따라서 헌법재판의 한계가 규범적으로 규명되어야 하는 문제인 한, 사법적 자제란 표현을 사용하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 그럼에도 불구하고 사법적 자제란 표현을 사용한다면, 이는 아래에서 서술하는 바와 같이 헌법재판소에 대한 도덕적의무가 아닌 헌법적 의무로서 헌법의 기능구조에서 나오는 헌법적 요청으로 이해되어야 한다.¹⁵⁾

2. 헌법상의 권력분립질서 또는 기능질서로부터의 헌법재판의 한계

헌법재판소의 심사권한이 헌법에 의하여 부여된 기능과 권한에 의하여 결정되는 것과 마찬가지로, 심사권한의 한계 또한 헌법 스스로에서 찾아야 한다. 심사권한의 한계를 밝힘에 있어서 그 이론적인 출발점은 헌법재판소의 헌법내에서의 기능적 지위이다. 즉 헌법재판의 한계는 헌법상의 기능구조 또는 권력분립구조 내에서의 입법자와 헌법재판소의 상이한 기능적 지위에 따른 기능적 한계로서 밝혀져야 한다. 헌법재판의 한계는 각 헌법재판관의 임의와 태도에 달려 있는 것이 아니라 헌법이 스스로 규정하고 있는 것으로서 헌법재판소와 입법자 사이의 기능의 귀속이 문제이며, 입법자의 형성

15). Vgl. Schenke, NJW 1979, S.1325; Schuppert, DVB1 1988, S. 1191

권과 헌법재판소에 의한 헌법의 구체화 사이의 경계설정이 문제이다. 따라서 헌법재판소와 입법자 사이의 헌법을 구체화하는 권한의 경계설정은 무엇보다도 권력분립원칙과 민주주의원칙에서 나온다.

권력분립원칙은 국가권력간의 견제와 균형을 통하여 국민의 권리를 보호하는 자유보장적 측면외에 국가의 기능을 상이한 기능주체에 귀속시킴으로써 각 국가기관에게 독자적인 활동 및 결정영역을 분배한다는 기능적 측면을 아울러 가지고 있다. 국가권력을 각 국가기관에게 그의 기능에 합당하게 분배하여 귀속시킴으로써 권력을 상호 제한하고 통제하는 동시에 또한 각 기관이 서로 각자에게 귀속된 기능을 이행함으로써 일원적인 국가의사를 형성하게 된다. 그러므로 “기능질서” 또는 “기능법적 측면”이란 표현은 권력분립질서의 기능적 측면을 분리하여 강조한 것에 지나지 않는다.¹⁶⁾

헌법상의 기능질서에 따라 헌법재판소와 입법자는 헌법적으로 부여된 기능에 있어서 서로 상이하다. 입법자는 헌법의 한계내에서 정치적 결정을 통하여 공동체를 형성하는데 중심적 역할을 한다. 이에 대하여 헌법재판소는 헌법에서 입법형성권의 한계를 유출해 냄으로써, 입법자의 정치적 형성의 헌법적 한계를 제시한다. 헌법재판소는 그 구조와 기능에 있어서 본질적으로 사법기능을 행사하고, 헌법재판의 사법적 기능에서 헌법재판기능이 성격과 한계가 규정된다¹⁷⁾; 입법자는 입법활동을 통하여 헌법을 구체화하고 실현하는데 있어서 포괄적, 주도적, 형성적으로 가능하나, 헌법재판소는 그의

16). 방승주, 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제 범위와 정도, 헌법논총 제7집 (1996), 299면 이하에서의 “기능법적 측면”이란 용어는 한국헌법에서는 다소 생소하지만, 바로 이러한 의미에서 사용된 것이다.

17). Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn.474 ff.

사법적 성격에 내재된 활동여지의 한계 때문에, 헌법재판의 형태로 단지 매 경우 특정대상에 관련하여 국부적, 사후적, 통제적 역할을 하게 된다.¹⁸⁾ 다원적 민주주의사회에서 여러 상이한 사회적 요청과 이익을 인식하고 이해조정을 하고, 그들 중에서 우선순위를 정하기에는, 즉 사회의 형성에 있어서 적극적, 주도적 역할을 하기에는 헌법재판소가 기능적으로 부적합하다.¹⁹⁾

국가의 기능질서를 의미하는 권력분립원칙이 적극적인 사회형성을 통한 헌법의 구체화에 있어서 헌법재판소의 입법자에 대한 구조적, 기능적 열세를 인식시킴으로써 헌법재판소에 의한 헌법의 구체화에 한계를 제시한다면, 민주주의원칙은, 정치적 논의과정이 민주국가의 근본적인 의사결정방법이며, 다수의 결정에 의하여 스스로 공익을 추출하는 것은 원칙적으로 정치적 논의과정에서 이루어져야지, 지나치게 헌법재판소에 의한 헌법해석으로 대체되어서는 안 된다는 관점에서 헌법재판소에 의한 포괄적인 헌법의 실현을 제한하고 있다. 사회의 형성에 관하여 견해의 차이가 있다면, 이에 대한 결의의 적합한 형태는 민주적 의사형성과정에서의 정치적 논의를 통한 다수의 결정이다. 민주국가에서의 정치적 의사는 다원적, 분쟁적 과정을 통하여 형성되고, 정치적 논쟁을 거쳐서 다수결정으로 매 사안마다 공익을 정의하게 된다. 따라서 이러한 사회현실에 대한 판단은 국민으로부터 직접적인 민주적 정당성을 부여 받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 국민의 대표자로 구성된 합의체에서

18). Vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.337

19). 입법자와 헌법재판소의 상이한 기능의 비교에 관하여 자세하게 vgl. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S.88 ff.(3. Teil); Bryde, a.a.O., S.325 ff.

토론과 이해조정을 통하여 결정되어야 할 사안이지, 헌법재판소의 사법적 법인식 작용에 맡겨질 결정이 아닌 것이다. 입법자가 개방적인 정치적 논의를 바탕으로 의사를 형성하는 반면, 헌법재판소는 오히려 그의 객관적 통제기능의 유지를 위하여서도 정치적 과정으로 분리되어 있다. 헌법재판소의 결정은 민주적인 합의체 내에서의 이해조정과 논의를 통한 것이 아니라 헌법해석과 적용을 통하여 헌법적으로 타당한 결정을 추출하는 사법적 법인식과정이다.

헌법의 실현은 헌법재판소만의 과제가 아니고, 입법, 사법, 행정의 모든 국가기관이 헌법에 부여된 고유기능을 행사함으로써 동시에 헌법을 구체화하고 있다. 입법자는 입법활동을 통하여 헌법을 실현하고 구체화하며, 헌법재판소는 헌법재판을 통하여 헌법의 규범력을 확보하고 헌법을 실현하려고 한다. 이로써 입법자와 헌법재판소는 각각 입법과 헌법재판이란 구체화를 통한 헌법의 실현에 있어서 서로 경쟁관계에 있게 되고, 입법자는 우선적 형성권을, 헌법재판소는 그러나 최종적 결정권을 갖게 된다.²⁰⁾ 헌법재판소가 그의 결정을 통하여 최종적으로 헌법의 내용을 확정하기 때문에, 헌법재판소에 의한 포괄적이고 빈틈없는 헌법의 구체화는 필연적으로 권력분립원칙 및 민주주의원칙과의 충돌을 의미한다.

다른 국가기관 또한 각자에게 귀속된 헌법상의 기능을 행사함으로써 동시에 헌법을 실현하기 때문에, 헌법재판소가 다른 국가기관에 의한 헌법의 구체화를 일정 범위 내에서 존중하여야만 각 기능의 독자성이 유지될 수 있다. 그러므로 권력분립 및 민주주의원칙은 헌법재판소에 의한 헌법실현의 한계를 요구한다. 헌법규범의 개방

20). Vgl. v. Arnim, Staatslehre der BRD, 1984, S.382; Böckenförde, Der Staat 1990, S.25; Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.302

성과 추상성은 헌법재판소에게는 헌법재판을 통한 헌법구체화의 위임이자 한편으로는 동시에 권력분립적 기능질서에서의 입법자의 기능을 고려한, 무제한적인 헌법구체화의 금지를 의미한다.²¹⁾ 이러한 의미에서 헌법재판소에 관한 심사의 한계문제는 헌법규범의 규범력에서 나오는 헌법의 한계에 관한 문제라기보다는 오히려 헌법을 구체화하는 권한의 분배에 관한 문제이다.²²⁾

헌법재판의 기능적 한계란 결국 한마디로 표현하자면, 헌법재판소는 그의 활동에 있어서 헌법이 그에게 부여한 헌법상의 기능범위 안에 머물러야 한다는 추상적 요청을 의미한다. 즉 헌법재판소는 다른 국가권력의 통제에 있어서 예컨대, 그가 스스로 입법자의 자리를 점유한다든지, 정부 대신 정치적인 결정을 내린다든지, 아니면 법원 대신 민·형사 사건을 재판하는 등, 다른 국가기관의 기능을 스스로 이행하고 대체할 정도로 통제의 결과가 과도해서는 안 된다는 것이다. 특히 여기서 문제되는 입법자와의 관계에 있어서 입법자에 대한 광범위한 헌법재판소의 심사는 스스로 입법자의 지위를 점유하고 사회형성에 있어서 정치적으로 지도적 역할을 담당하게 된다는 것을 기능적 한계에 관한 판단의 출발점으로 삼는다. 헌법재판소는 입법자와의 관계에서의 기능적 한계를 일련의 판례를 통하여 구체화하였다.

Ⅲ. 헌법재판의 기능질서적 한계의 구체적 표현

21). Vgl. Gusy, parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, S.139 ff; Wahl, DerStaat 1981, S.504 f.

22). Vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.308

우리 헌법재판소는, 헌법재판소와 입법자사이의 권한의 경계설정에 관한 기준으로 다음과 같은 관점을 판례를 통하여 확립하였다.

1. 입법자의 형성권에 대한 존중

입법자에 대한 규범통제에 있어서 헌법재판소가 취하는 기본 입장이자 출발점은 입법자의 형성권에 대한 존중이다. 입법자는 국가기관으로서 그의 입법행위에 있어서 헌법이 구속을 받는다. 헌법은 입법절차를 확정하고 합헌적인 법률에 대한 내용적인 기준을 제시한다. 헌법은 기본권, 헌법의 기본원리, 헌법위임등과 같은 행위지침과 행위의 한계규범을 통하여 입법을 유도하고 입법의 방향과 한계를 제시한다. 그러나 헌법은 입법자에 의한 사회의 형성, 즉 정치를 대체할 수는 없으므로, 헌법의 실현은 헌법을 수용하고 현실화하려는 입법자의 부단한 정치적 의사에 의존하고 있다.²³⁾ 국가의 조직 및 절차규범과 같이 법문이 일의적이고 명확하여 직접 적용이 가능한 일부의 헌법규범을 제외한다면, - 행정관청이 법을 집행하는 것과는 달리 - 입법자는 헌법을 집행하는 것이 아니라 민주주의 원칙 및 권력분립원칙에 따른 광범위한 입법형성권을 근거로 입법을 통하여 헌법의 내용을 구체화하고 실현하는 것이다.²⁴⁾ 그러므로 입법자는 행위의 지침이자 한계규범으로서의 헌법에 기속되지만,

23). Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1993, Rn.30

24). Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd.1, S.85; Schneider, Direkte Anwendung und indirekte Wirkung von Verfassungsnormen, in: Bernhardt/Beyerlin, Deutsche Landesreferate zum öffentlichen Recht und Völkerrecht, 1982, S.44 f.; Wahl, Der Staat 1981, S.487, 502; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Rn.41ff.; Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, S.545

헌법으로부터 입법자에 대한 구체적인 지시나 명령을 원칙적으로 이끌어낼 수 없다.²⁵⁾ 헌법규범으로부터 입법자가 제정해야 할 법률의 구체적 내용이나 제정시기를 원칙적으로 유출할 수 없다는 것은 입법자의 형성권에서 나오는 당연한 귀결이다. 입법행위는 공동체 질서의 형성에 관하여 입법자가 내리는 창조적 결정이다.²⁶⁾ 입법자는 헌법의 범위 내에서 고유한 정치적인 형성의 공간을 가지고 있으며, 입법자의 이러한 형성의 자유는 민주주의헌법의 기본적인 구성요소에 해당한다.²⁷⁾

입법자의 형성의 자유는 규율영역에 관한 헌법규정의 존재여부에 달려 있다.²⁸⁾ 헌법에 규정되지 않은 모든 문제는 공동체형성의 주체로서의 입법자가 결정해야 할 사항이다. 입법자의 형성권은 헌법이 스스로 정한 것에 의해서만 구속되고 제한을 받는다. 헌법에 규율되지 않는 것, 즉 헌법의 공백은 입법자에게는 자유공간을 의미한다. 입법자의 형성권에서 입법자가 헌법에 기속되는 한계가 나타나며, 이는 동시에 헌법재판의 한계이기도 하다. 헌법재판소의 유일한 심사기준은 헌법규범이지 헌법재판소의 정치적 판단이 아니므

25). 여기에 입법자와 행정관청의 근본적인 차이가 있다. 입법자는 법률의 형태로 행정부의 공권력의 행사에 있어서 준수해야 할 구체적인 행위기준을 제공함으로써 법률에서는 행정관청의 구체적인 행위의무가 나오지만, 헌법은 입법자에게 그가 존중해야 할 일반적이고 추상적인 방향만을 제시할 뿐 언제 무슨 내용의 법률을 만들어야 하는가에 관해서는 원칙적으로 입법자의 형성에 맡김으로써, 헌법에서는 원칙적으로 - 구체적인 헌법적 입법위임을 제외한다면 - 입법자의 구체적인 입법의무가 나오지 않는다.

26). Vgl. Böckenförde, NJW 1976, S.2099

27). BVerfGE 50, 337

28). Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994. Rn.494; Stein, Staatsrecht, 1993, S.160f.

로, 법률의 위헌성심사를 위한 헌법적 기준이 존재하는 한도 내에서 헌법재판소에 의한 규범통제가 가능하기 때문이다. 헌법재판소의 심사범위는 이로써 헌법이 미치는 범위, 즉 헌법의 규범력에 의하여 결정된다. 헌법재판소는 헌법이 스스로 규정하지 않고 정치적인 논의에 맡긴 개방적인 문제를 지나치게 확장적인 헌법해석을 통하여 스스로 결정해서는 안된다.

입법자가 규율하려는 영역에 관하여 헌법이 아무런 행위지침이나 행위의 한계를 제시하지 않은 경우에는 입법자가 존중해야 할 헌법규범이 존재하지 않으므로, 입법자는 당연히 헌법의 구속을 받지 않는다.²⁹⁾ 이 경우 입법행위의 위헌성을 판단할 심사기준이 존재하지 않으므로, 따라서 또한 입법행위에 대한 헌법재판소의 심사도 있을 수 없다.

그러나 헌법이 개방적이고 추상적이거나 스스로 규율한 영역에서 입법자가 입법을 통하여 헌법을 구체화하고 실현하려는 경우에는 입법자의 결정이 헌법규범과 합치하는가의 문제가 발생하고, 여기서는 헌법규범을 심사기준으로 하는 헌법재판소의 규범통제가 가능하다. 헌법규범의 그의 추상성·개방성으로 말미암아 여러 가지 상이한 평가를 허용하는 경우에는 헌법재판소는 입법자의 판단을 부정하고 자신의 헌법해석을 헌법의 객관적인 내용으로 승격시켜 심사기준으로 삼아서는 안 된다. 헌법재판소는 이러한 경우 입법자가 형성권의 합목적적이고 정당한 해결책인가를 심사하지 않는다.

헌법이 예외적으로 실현되어야 할 일정한 방향을 구체적으로 확정함으로써 입법자를 구속하는 명백한 헌법위임을 부과하는 경우에는

29). Vgl. BVerfGE 62, 1, 51

헌법재판소가 헌법상의 입법의무를 이행했는가 또는 제대로 이행했는가를 심사하게 된다.³⁰⁾

2. 합헌적 법률해석

합헌적 법률해석이란 법률이 법문의 범주 내에서 여러 가지로 해석될 수 있고, 그 해석에 따라 때로는 위헌적 결과를 때로는 합헌적인 결과를 가져온다면, 그 법률은 위헌으로 선언되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 이 경우 헌법재판소는 위헌결정을 내리지 않고, 단지 법률을 어떠한 식으로 해석하는 한 헌법에 위반된다 또는 위반되지 않는다는 것을 확인하는 결정을 내리게 된다. 이러한 결정 유형인 한정합헌 및 한정위헌결정은 합헌적인 법률해석의 필연적인 결과이다.

합헌적 법률해석은 민주주의와 권력분립원칙의 관점에서 입법자의 입법형성권에 대한 존중의 표현이다. 사법기능을 담당하는 기관은 가능한 한 입법자의 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 계속 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 해석하여야 한다. 그러므로 합헌적 법률해석은 헌법재판소뿐이 아니라 모든 법원에 부과된 의무이다. 법원은 헌법재판소에 위헌제청을 하기 전에 위헌의 의심이 있는 법률을 합헌적으로 해석하여 법률의 위헌성이 제거될 수 있는가를 우선 살펴야 하며, 합헌적 해석을 통하여 법원이 법률을 적용하려는 시도에도 불구하고 위헌의 의심이 해소되지 않는 경우에만

30). 우리 헌법에서의 헌법위임은 사회적 기본권에 내포된 헌법적 입법의무와 자유권 또는 헌법 제10조제2문의 해석을 통하여 유출되는 입법자의 보호의무, 2 가지로 나누어 볼 수 있다, 이에 관하여 자세히 한수웅, 입법부작위에 대한 헌법소원, 이명구박사 화갑기념논문집, 1996, 723면 이하

비로소 법원은 위헌제정을 해야 한다. 그러므로 합헌적 법률해석을 헌법재판소의 독점적인 권한이 아닌 모든 법원의 권리이자 의무이다. 그러나 물론 헌법재판소가 법률의 위헌여부에 관한 결정권을 갖고 있으므로, 합헌적인 법률해석에 관한 최종적인 결정권 또한 헌법재판소에 귀속된다. 그러므로 헌법재판소가 일단 심판절차에서 합헌적 법률해석을 통하여 그 결과로서 한정위헌결정을 내리면, 헌법재판소법 제47조 제1항에 따라 모든 국가기관이, 또한 법원도 그에 구속을 받는다.

합헌적 법률해석의 한계는 또한 입법자의 형성권에 대한 존중으로부터 유출된다. 입법자의 형성권은 합헌적 해석의 근거이자 동시에 한계를 제시한다. 헌법재판소는 합헌적 해석을 통하여 입법자의 원래 의사를 왜곡·변형하거나 대체해서는 안 된다. 그러므로 헌법재판소는 법률을 해석함에 있어서 문의적 한계와 범목적적 한계를 넘지 않도록 유의해야 한다.³¹⁾ 헌법재판소가 입법권에 대한 존중이라는 이름아래 무리한 법률해석을 통하여 문제되는 법률의 효력을 유지시킨다면, 오히려 입법자의 입법권이 제한될 위험이 있다. 이러한 경우에는 차라리 법률을 무효로 선언하여 그 규율대상을 입법자로 하여금 새로이 입법하도록 되돌려 주는 것이 오히려 헌법적으로 바람직하다.³²⁾

다른 한편으로는 합헌적 법률해석은 법률의 해석방법으로서 헌법재판소에 의한 법률의 해석을 요구하고, 이로써 법원의 법률해석에 관한 영역과 기능을 침해할 위험이 있다.³³⁾ 특히 한국의 헌법재판

31). 허영, 한국헌법론, 1994, 81면 참조

32). Vgl. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn. 414 ff.; Schneider, NJW 1980, 210; 한국문헌으로는 허영, 합헌적 법률해석의 본질과 한계, 헌법논총 제3집(1993), 169면 이하, 172, 199면

제도에서는 헌법이 규범심사를 이원화하여 법률에 대한 규범심사권은 헌법재판소에, 명령·규칙에 대한 규범심사권은 법원에 나누어 귀속시키면서, 한편으로는 헌법소원제도에서 재판소원을 배제하였다. 재판소원의 배제로 말미암아 결국 헌법재판소가 재판소원의 형태로 명령·규칙의 위헌성을 간접적으로 심사할 수 있는 가능성이 봉쇄되었고, 이로써 모든 규범의 심사가 헌법재판소에 의하여 일원화되고 통일되는 길이 또한 봉쇄되었다. 이러한 법제도에서는 경우에 따라서는 헌법재판소에 의한 합헌적 법률해석의 결과가 명령·규칙에 대한 위헌성심사를 함께 내포함으로써 법원의 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 침해하는 결과가 발생할 수도 있다.³⁴⁾ 그러므로 현행 헌법재판제도는 헌법재판소로 하여금 법률해석에 있어서 입법자의 입법권에 대한 존중뿐이 아니라 또한 법원의 헌법재판권에 대한 존중을 함께 요구하고 있다.

3. 헌법불합치결정

법률의 위헌성을 인정하면서도 위헌결정으로는 헌법적인 요구를 충족시킬 수 없는 경우, 헌법재판소는 단지 법률의 위헌성만을 확인하는 불합치결정을 하고 있다.³⁵⁾ 위헌적 법률은 위헌결정을 통하여 그 효력을 상실하는 것이 법치국가적 관점에서 보아 원칙이지만, 이에 대한 예외로서의 헌법불합치결정은 입법자의 형성권에 의하여

33). 이러한 지적으로는 vgl. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rn.53.

34). 이러한 예로는 헌법재판소 1995.11.30. 94헌바40, 95헌바13(병합) 결정에 대한 대법원의 반응으로서 대법원 1996.4.9. 95누11405 판결 참조

35). 최초의 불합치결정으로는 1989.9.8. 선고 88헌가6 결정(국회의원선거법상의 기탁금 사건)

정당화된다.³⁶⁾

불합치결정을 정당화하는 경우를 살펴보면, 우선 법률이 평등권에 위반된 경우, 헌법재판소는 입법자의 형성권을 존중하여 법률의 위헌선언을 피하고 단지 규범의 위헌성만을 확인하는 불합치결정을 한다. 자유권적 기본권이 침해된 경우에는 헌법재판소가 위헌결정을 통하여 위헌적 법률을 제거하고, 이로써 위헌적 법률에 의한 자유권에 대한 침해를 제거함으로써, 다시 합헌적 상태를 자동으로 회복할 수 있다. 그러나 평등권위반의 경우에는 합헌적 상태가 여러 가지 다양한 방법으로 실현될 수 있기 때문에, 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 위헌적 법률을 단순히 제거함으로써는 합헌적 상태가 궁극적으로 회복될 수 없다.³⁷⁾ 여기서 누가 평등원칙의 위반을 제거해야 하는가는 헌법상의 권력분립 및 기능질서에서의 헌법재판소와 입법자의 권한배분의 문제이다.

평등원칙의 위반이 어떠한 방법으로 치유되어야 할 것인가에 관하여는 헌법적으로 규정되어 있지 않으므로, 헌법재판소가 평등원칙 위반의 경우에 무효선언을 한다면, 위헌적 상태를 제거하기는 하지

36). 헌법불합치결정에 관하여 자세한 것은 한수용, 헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력, 헌법논총 제6집(1995), 481면 이하 참조

37). 예컨대 어떤 법규정이 A 집단에게만 혜택을 부여하고 B 집단을 평등원칙에 위배되게 그 혜택에서 제외했다면, 이 경우 합헌적 상태를 다시 회복할 수 있는 방법으로는, 첫째, 법규정이 수혜자의 범위를 확대하여 B 집단에게도 혜택을 부여하거나, 둘째, 법규정이 A 집단에게 부여한 혜택을 폐지하여 아무에게도 혜택을 주지 않든지, 셋째, 수혜자의 범위를 A, B 집단과 관계없이 다시 확정하는 3 가지의 가능성이 있다. 그러나 이 세가지 방법 중에서 어느 것을 선택하여야 하는가의 문제는 헌법적으로 선결되어 있지 않기 때문에, 헌법은 이에 대하여 아무런 대답을 제시하지 않는다. 이 경우 헌법재판소가 단순위헌결정을 내린다면, 법규정은 효력을 상실하게 되고 A 집단 또한 그에게 부여된 혜택을 박탈당하게 된다. 그러나 이러한 결정은 합헌적 상태의 궁극적인 회복이 아니라 합헌적 상태를 회복할 수 있는 여러 방법중 단지 하나의 선택으로, 어떻게 합헌적인 상태를 다시 회복하는가는 헌법재판소의 권한이 아니라 입법자의 과제이다.

만 입법자의 의사와 관계없이 헌법적으로 규정되지 않은 법적 상태를 일방적으로 형성하게 된다. 자유권에 대한 침해의 경우 위헌적인 상태가 위헌결정이라는 한 단계의 행위를 통해서 제거되는 반면, 평등원칙의 위반은 언제나 헌법재판소에 의한 헌법위반의 확인과 그에 따른 입법자의 입법개선을 통한 위헌적 상태의 궁극적 제거라는 2 단계의 행위로 구성된 절차를 통하여 치유된다. 그러므로 입법자와 헌법재판소 사이의 헌법상의 권한 및 기능분배의 관점에서, 헌법재판소는 평등원칙에 위반된 법률에 대하여 책임을 지고 그로부터 일정한 결론을 이끌어 내야 하는 것은 입법자의 과제이다. 헌법재판소는 입법자와의 관계에서 형성적으로 활동하는 것이 아니라, 원칙적으로 규범의 파기형식(위헌결정)으로 입법자가 넘어서는 안되는 헌법적 한계를 넘었다는 것을 상기시키게 된다. 그러나 헌법재판소가 위헌결정을 통하여 평등원칙에 위반된 법률을 파기하였다면, 이는 예외적으로 입법자에 대하여 일방적인 형성행위를 의미한다. 그러므로 법률이 평등원칙에 위배된 때에는, 헌법재판소는 불합치결정을 통해 단지 평등원칙의 위반, 즉 헌법 위반만을 확인하게 된다.³⁸⁾

우리 헌법재판소는 평등원칙의 위반을 확인할 수 있는 경우뿐이 아니라 규범이 자유권에 위반되는 경우에도 입법자의 형성권을 이유로 하여 불합치결정을 하고 있다.³⁹⁾ 자유권에 위배되는 규범에 있어

38). 이외에도 수혜적 법률에 있어서 법률이 규정하는 혜택 그 자체가 위헌이 아니라 단지 다른 법익과의 교량과정에서 혜택의 범위가 문제되는 경우, 만일 헌법재판소가 위헌결정을 한다면 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되므로, 일반적으로 수혜적 법률에서의 혜택의 범위를 다시 설정해야 하는 경우에도 불합치결정이 정당화된다고 하겠다. 이에 관한 구체적인 결정으로는 1997. 8. 21. 94헌바19, 95헌바34, 97헌가11(병합)(근로기준법 제30조의2 제2항에 대한 위헌소원 및 위헌제청)

서는 무효선언을 통하여 법률을 제거하고 이로써 자유권에 대한 침해
 해를 제거함으로써만 합헌적인 상태가 회복될 수 있다. 그러므로
 이 경우 무효선언을 하도록 이미 헌법으로 규정되어 있기 때문에,
 위헌성의 제거에 관한 한, 헌법재판소가 결정을 내리는 과정에서
 고려해야 할 입법자의 형성권이 원칙적으로 존재하지 않는다.⁴⁰⁾ 이
 러한 이유로 자유권을 침해하는 원칙적인 법률에 대하여 불합치결
 정을 하는 것은 원칙적으로 정당화되지 않는다. 그러나 법률의 합
 헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소가 위헌결정으
 로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어렵고, 다른 한편으로는 권력
 분립의 원칙과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태
 를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있는 경우에는
 는, 자유권의 침해에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권이 불
 합치결정을 정당화하는 근거가 될 수 있다.⁴¹⁾ 우리 헌법재판소는
 탈법규정이나 기탁금규정에 있어서와 같이 국민에게 일정 부담을
 부과하는 것 그 자체는 합헌이나, 그 부담의 정도가 과중하여 위헌
 적 요소를 지니고 있는 경우에도 위헌결정의 형태로 위헌부분과 합
 헌부분의 경계를 설정하는 것이 불가능하다고 판단하여, 한편으로
 는 위헌결정의 경우 발생하는 문제, 즉 기납세자와 미납세자간의
 형평의 문제와 세수의 손실이 국가재정에 미칠 영향 등을 고려하여
 적지 않은 경우 불합치결정을 하고 있다.⁴²⁾

39). 이 밖에도 자유권에 위반되는 규범에 있어서, 위헌결정으로 인한 위헌법률의 제거
 가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌적인 법률의 잠정적인
 적용 을 가능하게 하기 위하여 헌법재판소는 위헌결정 대신 불합치결정을 한다.

40). Vgl. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das
 BVerfG, 1988, S.114 f.; Schlaich, Das Bundesverfassung- sgericht, 1994, Rn.369

41). Vgl. Maurer. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: FS für Werner
 Weber, 1974, S.359

4. 통제규범과 행위규범의 구분

가. 구분의 의미

헌법재판의 기능적 한계에 관한 중요한 관점은, 헌법이 입법자와 헌법재판소 중 누구를 수범자로 하는가, 즉 누구를 구속하는가에 따른 행위규범과 통제규범의 구분이다. 헌법재판소와 입법자 모두 헌법에 기속되나, 헌법예의 기속의 성질은 서로 다르다. 입법자나 집행부와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 헌법은 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 통제규범을 의미한다.⁴³⁾ 만일 헌법규범의 행위규범과 통제규범으로서의 구분이 폐지되어 입법자의 헌법예의 기속과 헌법재판소의 심사기준이 일치한다면, 모든 국가기관의 헌법예의 기속은 결과적으로 헌법재판소의 판단 및 관점에의 기속으로 변형된다. 이는 국가공동체의 모든 것이 헌법재판소의 결정에 따라 형성되는, 즉 헌법재판소가 정치적 형성의 최종적 주체가 되는 사법국가 또는 재판국가의 도입과 우리 헌법이 설정한 권력분립적 기능질서의 상이한 기능이 구분되어야 하며, 헌법재판소가 그의 심사를 단지 입법자의 정치적 형성권이 헌법적 한계내에 머물고 있는가 하는 것에 국한시켜야만 입

42). 1989.9.8. 선고 88헌가6 결정(과다한 고액기탁금은 국민의 참정권 침해), 1991.3.11. 선고 91헌마21 결정(지방의회의원선거법상의 과다한 기탁금), 1993.3.11. 선고 88헌마5 결정(모든 공무원에게 쟁의권을 부인하는 규정에 대한 불합치결정), 1994.7.29. 선고 92헌마49, 52(병합) 결정(토초세법 전체에 대한 불합치결정)

43). Vgl. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit, in: Festschrift für Huber, 1981, S.269; Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.307; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn.480

법자의 형성의 자유가, 궁극적으로 민주국가적, 권력분립적 기능질서가 보장될 수 있다.⁴⁴⁾

나. 평등권

행위규범·통제규범의 차이와 헌법재판소의 기능적 한계와의 연관 관계를 대표적으로 잘 보여주는 것이 바로 평등원칙이며, 이러한 행위규범과 통제규범의 구분은 헌법재판소의 평등원칙에 관한 판례에서 찾을 수 있다. 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의금지의 원칙으로서의 입법, 집행, 사법기관에게 자의적인 공권력의 행사를 금지한다. 즉 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 아무런 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 확인하게 된다. 그러나 평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구함으로써 자의의 금지 이상의 훨씬 많은 것을 의미한다. 이로써 평등원칙은 입법자에 대해서는 실질적 평등의 실현의무를, 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙을 의미하게 된다.

다. 사회적 기본권

우리 헌법재판소는 사회적 기본권에 관한 결정에서 처음으로, 행위규범과 통제규범의 구분을 명시적으로 언급하고, 누가 사회적 기본권 실현의 주체가 되느냐에 따른 사회적 기본권의 상이한 기능을 법이론적으로 구성하였다.⁴⁵⁾

“사회적 기본권은 국가의 적극적인 행위, 즉 입법과 행정의 조치를 통하여 비로소 그 내용이 실현되는 것이므로 그 본질상 구체적 권

44). Vgl. Bryde, a.a.O., f.; Hesse, Grunzüge des Verfassungsrechts der BRD, 1993, Rn.569

45). 헌법재판소 1997.6.26. 선고 94헌마33 결정(1994 생계보호기준 위헌확인)

리가 기본권 자체로부터는 원칙적으로 사법적으로 일정한 급여를 소구할 수 있는 개인의 주관적 권리가 발생하지 아니한다. 따라서 사회적 기본권의 구체적 실현은 결국 입법자의 형성행위에 의존하게 되고, 사회적 기본권에 관한 헌법규정은 사회적 기본권의 핵심적인 최소한도이 내용은 헌법적으로 보장되어야 한다는 입법형식의 재량의 한계를 제시하고 있는 것이며 그로부터 “최소한 보장의 원칙” 즉 적어도 사회적 기본권의 객관적 내용의 최소한은 실현하여야 한다는 국가 헌법적 의무가 도출된다. . . . 따라서 국가가 사회적 기본권의 최소한의 객관적 내용을 실현할 입법조차도 아니하거나 그 입법이 매우 불충분하여 헌법상의 의무를 해태한 경우에는 그러한 위헌적인 상태 자체가 헌법상 보장된 기본권을 침해하고 있다는 것을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다.“

위 판시이유에 의하면, 행위규범으로서의 사회적 기본권은 입법자에게 국민소득이나 전반적인 국가의 급부능력, 국가의 다른 과제와의 관계에서 보아 실질적으로 보장할 수 있는 것을 보장할 의무를 부과하고 있지만, 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 사회적 기본권은, 국가가 사회적 기본권의 객관적인 내용을 실현하기 위하여 필요한 적어도 최소한의 조치를 취할 의무만을 뜻하게 된다.⁴⁶⁾

사회적 기본권이 법적 구속력이 없고 단지 프로그램적 성격만 갖고 있다면, 이는 모든 국가기관이 헌법에 구속된다는 원칙과 합치될 수 없고, 다른 한편으로 사회적 기본권에 법적 구속력을 인정한다면, 이는 사회형성의 주체가 입법자에게서 헌법재판소로 옮겨짐으

46) 사회적 기본권에 관하여 자세히, 한수용, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계, 인권과 정의, 1997/1, 70면 이하

로써 우리 헌법의 민주적, 권력분립적 기능질서와 부합될 수 없는 권한의 전이를 가져올 우려가 있다. 그러나 이러한 외관상의 논리적 진퇴양난은, 법적구속은 곧 사법적 심사라는 사고에 따라 입법자의 헌법에의 구속의 정도와 헌법재판소에 의한 사법적 심사의 범위를 일치시킴으로써 발생한다. 그러나 모든 국가권력의 헌법에의 기속에도 불구하고 사법국가(재판국가)의 방향으로 헌법의 민주적, 권력분립적 기능질서가 폐지되는 것을 피하려면, 사회적 기본권의 실현 주체가 누구인가에 따라 사회적 기본권의 상이한 기능이 구분되어야 하고, 입법자의 행위규범으로서의 헌법의 의미와 헌법재판소의 통제규범으로서의 헌법의 의미가 구분되어야 한다.

라. 국가의 보호의무

헌법재판소는 국가의 보호의무에 관하여 처음으로 자신의 견해를 표명한 최근의 결정⁴⁷⁾에서, 국가가 개인의 사적 영역을 존중할 의무뿐만 아니라 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 인정하고, 국가의 기본권보호의무의 위반여부를 판단함에 있어서 행위규범과 통제규범으로서의 헌법규범의 성격을 구분할 것을 다시 한번 강조하였다:

“물론 입법자가 보호의무를 최대한으로 실현하려고 노력하는 것이 이상적이기는 하나, 그것은 헌법이 입법자에 대하여 하고 있는 요구로서 주기적으로 돌아오는 선거를 통한 국민심판의 대상이 될 문제이지, 동시에 헌법재판소에 의한 심사기준을 의미하지는 않는다. 만일 헌법재판소에 의한 심사기준을 입법자에 대한 헌법의 요구와 일치시킨다면, 이는 바로 공동체의 모든 것이 헌법재판소의 판단과 관점에 의하여 결정되는 것을 의미하며, 결과적으로 헌법재판소가

47). 1997.1.16. 90헌마110, 90헌마136(병합)(교통사고처리특례법에 대한 헌법소원)

입법자를 구축하고 정치적 형성의 최종적 주체가 됨으로써 우리 헌법이 설정한 권력분립적 기능질서의 폐지를 의미하게 된다.

그러므로 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 즉 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았던지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가가 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”

5. 헌법해석을 통하여 도출되는 헌법적 입법자의 의무의 원칙적인 부정

우리 헌법재판소는 처음으로 사법서사법시행규정에 관한 헌법소원(1989.3.17. 88헌마1)에서 “입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인 바, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않는 경우가 입법 부작위에 해당할 것”이라고 하여, 입법부작위가 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 판시하였다.⁴⁸⁾

48). 헌법재판에 있어서 입법부작위는 단지 헌법재판소법 제68조제1항에 의한 헌법소원

헌법재판소는 조선철도 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원(1994.12.29. 89헌마2 결정)에서만 헌법적 입법의무를 인정하여 입법부작위에 대한 헌법소원을 적법하다고 하였고, 그 외의 모든 다른 결정에서는 청구인이 주장하는 내용의 헌법위임이 존재하지 않는다는 이유로(1991.9.16. 89헌마결정; 1993.11.25. 90헌마209 결정; 1996.4.25. 94 헌마129 결정) 또는 경과규정의 결여는 부진정입법부작위에 해당한다는 이유로(1989.7.28. 89헌마1 결정; 1993.3.11. 89헌마79 결정; 1993.9.27. 89헌마248 결정) 또는 평등원칙의 위반은 부진정입법부작위에 해당한다는 이유로(1996.11.28. 93헌마258 결정) 입법부작위의 위헌 확인을 구하는 심판청구를 부적법한 것으로 각하하였다.

입법부작위가 성립하기 위하여는 우선 당연히 헌법적인, 즉 헌법이 요구하는 입법자의 입법의무가 존재해야 한다.⁴⁹⁾ 그러므로 입법부작의는 헌법이 입법자에게 입법의무를 부과함에도 불구하고 입법자가 이를 이행하고 있지 않는 법적 상태를 의미한다. 헌법적 입법의무를 어느 정도로 인정하는가의 문제는 바로 입법자와 헌법재판소 사이의 헌법을 실현하고 구체화하는 공동의무 및 과제의 배분과 직결된 문제이다. 입법자와 헌법재판소 모두 국가권력으로서 헌법규범의 구속을 받고, 입법자는 입법작용을 통하여, 헌법재판소는 헌법의 해석과 적용을 통한 헌법재판의 형태로 각각 헌법을 구체화하고

에서만 의미를 갖는다. 규범통제절차의 대상은 단지 입법자가 제정한 형식적 의미의 법률이므로, 입법부작의는 헌법재판소법 제41조에 의한 구체적 규범통제나 헌법재판소법 제68조제2항에 의한 위헌제청성 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

49). 입법부작위에 관하여 김지형, 입법부작위에 관한 헌법문제, 헌법재판자료 제5집, 19면 이하; 한수웅, 입법부작위에 대한 헌법소원, 이명구박사 화갑기념논문집 I, 1996, 686면 이하

실현하다. 입법자의 헌법적 의무를 - 폭넓게 인정하면 할수록, 입법자의 형성의 자유는 축소되고 헌법해석의 최종적 결정권자이자 입법자에 대한 통제자인 헌법재판소의 결정에 구속을 받게 된다. 따라서 헌법의 권력분립원칙과 민주주의원칙은 입법자의 민주적 형성의 자유를 유지하기 위하여 헌법적 입법의무는 단지 예외적으로 인정되고 가능하면 헌법상의 명시적인 위임에 제한될 것을 요구한다.⁵⁰⁾ 이러한 이유에서 헌법에 명백하게 표현된 입법의무는, 또한 그 “내용과 범위”에 있어서도 본질적으로 규정되어야 한다. 즉 입법자의 행위의무가 헌법에 명시적으로 구체화되어 있어, 헌법재판소가 입법자의 정치적 형성권을 침해함이 없이 헌법에서 스스로 명백한 법적 결과를 유출할 수 있어야 한다. 그렇지 않은 경우에는 헌법재판소가 자신의 판단을 헌법적 요구로 승격시킴으로써 입법자의 형성권을 침해할 위험이 있다. 우리 헌법에서 헌법적 입법의무를 인정할 수 있는 경우로는 단지, 사회적 기본권에 담긴 헌법위임(행위의무)과 자유권이나 헌법 제10조 해석을 통하여 도출되는 국가의 보호의무에 관련된 입법의무를 들 수 있다.

IV. 헌법해석에 따른 헌법재판의 범위

1. 헌법해석과 헌법재판소의 권한

헌법해석에 관한 헌법재판소의 결정은 헌법재판과 입법자의 기능적 침해에 관한 결정을 의미한다. 특히 헌법재판소가 기본권을 어떻게 해석하고 이해하는가에 따라 권한분배적 효과가 명백히 드러나기

50). 1996.11.28. 93헌마258 결정(입법부작위 위헌확인)

때문에, 기본권해석의 방법은 곧 입법자와 헌법재판소간의 권한배분의 문제와 직결된다.⁵¹⁾ 기본권의 효력의 정도가 입법자의 형성공간 및 헌법재판소와의 관계에서의 법원의 판단공간을 결정하므로, 기본권해석의 문제는 현존하는 헌법재판제도를 함께 고려하여 논의하여야 한다.

헌법재판소는 확장적인 헌법해석을 통하여 입법자에 대하여 헌법상의 기능질서적인 한계를 넘을 수 있다. 민주주의도 헌법의 의사에 따라 법치국가적으로 제한된다는 그 자체로서 타당한 사고는, 헌법재판이 활성화되고 법치국가적·기본권국가적 요소가 강하게 강조될수록 헌법재판소의 헌법해석을 통하여 점차 민주국가적 요소, 즉 입법자의 형성권을 제한하는 경향으로 나타난다. 헌법재판소가 기본권과 같이 불확실하고 추상적인 헌법규정에서 법률에 대한 상세한 심사기준이나 입법자에 대한 구체적인 행동지침을 도출해 낸다면, 민주주의에 관한 헌법의 결정을 위해할 위험도 있다. 헌법재판소가 헌법해석의 가능성을 활용할수록 입법자는 헌법재판소에 의하여 구체화된 헌법규범의 구속을 받게 되므로, 헌법재판소에 의한 헌법규범의 구체화는 곧 헌법재판의 가능성과 범위를 결정하게 된다. 헌법재판소가 해석을 통하여 기본권의 적용범위를 확대하면 할수록, 입법자가 자유로이 결정할 수 없고 헌법재판소의 통제하에서 단지 헌법재판소에 의하여 이미 확정된 헌법규범을 적용하는 영역이 확대된다. 그러므로 헌법재판소의 매우 적극적이고 확정적인 기본권의 해석은 사회형성의 주체가 헌법재판소가 됨으로써, 의회민주주의에서 사법국가 또는 재판국가로 전이될 위험이 있다.⁵²⁾

51). Vgl. Böckenförde, Grundrechte m. Grundsatznorm, zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, S.31; ders. Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S.2069 f; Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 1981, S.505

반대로 매우 소극적이고 제한적인 기본권의 해석은 기본권을 입법자의 처분에 맡김으로써 기본권의 효력을 유명무실하게 할 우려가 있다. 헌법재판소가 기본권을 강조하고 효력을 부여할수록 기본권 국가의 실현이 가능하나, 헌법재판소에 의한 기본권 국가의 지나친 실현은 민주주의의 위축을 가져오게 된다.⁵³⁾ 아래에서는 헌법해석에 의하여 헌법재판소의 활동영역의 범위가 결정되는 예를 우리 헌법재판소의 판례를 통하여 알아보기로 한다.

2. 자유와 구속: 원칙과 예외의 관계 ?

그러나 이에 앞서 기본권의 해석과 관련하여 우선 밝혀두어야 할 것은, 우리 헌법의 기본권에 관한 규정, 헌법 제37조제2항, 헌법의 경제 질서에 관한 기본규정인 헌법 제119조⁵⁴⁾ 등 어디에서도 자유가 원칙이고 국가의 간섭이 예외라는 표현을 읽을 수 없다는 점이다. 물론 자유에 대한 모든 국가의 간섭이 공익 실현의 사유로 특별히 정당화되어야 한다는 의미에서, 즉 기본권제한의 근거 또는 정당화 차원에서, “형식적인” 원칙과 예외의 관계로 표현될 수 있다.⁵⁵⁾ 그러나 이러한 형식적인 의미를 넘어서, 자유와 국가의 간섭간의 “내용적인” 원칙과 예외의 관계로 파악할 수 없다. 헌법의 기본권보장을 이러한 원칙과 예외의 관계로 해석하려는 견해는, 국가

52). 이러한 위협에 대하여 극적으로 표현한 논문으로는 Böckenförde, Der Staat 1990, S.26 ff.

53). Vgl. Stein, Staatsrecht, 14. Aufl., 1993, S. 168

54). 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계는, 경제적 자유에 대한 국가의 비간섭이 헌법적으로 요구되는 원칙적인 상태라고 해석하여, 경제의 자유가 원칙이고 국가의 간섭이 예외라는 “원칙과 예외의 관계”로 파악되어 질 수 없다.

55). 이에 관하여 자세히 아래 V. 2. 가.(자유권의 선국가성과 비례의 원칙) 참조

와 자유의 관계를 고전적인 의미의 “국가와 자유의 대립관계”로만 이해하게 되고, 이에 따라 자유의 여러 가지 차원을 단지 하나의 측면으로, 즉 “국가로부터의 자유”는 다수의 “국가안에서의 자유”와 일치하지 않는다. 원칙과 예외의 관계를 통한 “개인과 국가”의 평면적 대립관계의 설정은, 오늘날 사회적 법치국가로의 국가성격의 변화에 다른 실질적 자유의 보장문제와 다수의 자유를 실현하고 보장하기 위한 국가활동의 필요성에 대한 시야를 가리게 할 위험이 있다. 공익실현을 위한 국가활동의 필요성에 대한 시야를 가리게 할 위험이 있다. 공익실현을 위한 국가의 간섭이 다수의 자유의 실현에 기여한다는 의미에서의 자유와 국가의 간섭적인 필연적인 연관관계, 결국 “사회국가의 자유적 측면”⁵⁶⁾을 인식하지 못하게 된다. 그러므로 기본권을 확대해석할수록 반대로 기본권을 제한하는 법률유보를 좁게 해석할수록, 기본권에 의하여 보장되는 개인의 자유공간이 넓어진다는 사고는 잘못된 것이다.⁵⁷⁾국가의 형성행위가 개인의 자유를 제한한다고 하더라도 오늘날 자유는 국가의 형성행위에 의하여 비로소 보장된다는 것을 인식해야 한다. 예컨대 개인의 자유를 제한하는 경찰법상의 수권규정은 동시에 개인의 자유를 제3자의 침해로부터 보호한다. 또한 사회·경제정책적 입법이 한편으로는 자유를 제한하더라도 이는 곧 자유를 실제로 행사할 수 있는 조

56). 사회국가원칙의 궁극적인 목표가 기본권 인간의 존엄성을 섬기는 데 있으므로 사회 국가원칙 자체에 자유적 내용이 내재되어 있고, 사회국가의 한계 또한 그의 자유 본 사적 내지 자유지향적 목표에서 스스로 설정된다고 하는 의미로 Vgl. Isensee, Wirtschafts-demokratie und Demokratie, Der Staat 1981, S.170; Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Der Staat 1981, S.170; Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Der Staat 1970, S.77; 허영, Rechtsstaatliche Grenze des Sozialstaats ?, Der Staat 1979, S.191f.

57). Vgl. Kriele, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.5, §110, Rn.2

건을 형성하고 자유공간을 확보하는 수단이다. 경제·사회정책은 개인의 자유와 상호연관관계에 있으며, 경제·사회정책은 개인의 자유행사를 가능케하기 위한 사전조건으로서, 자유의 실질적 기반을 형성하고 유지하는 역할을 한다. 예컨대 기업의 자유를 제한하는 경제정책적 조치는 대부분의 경우 소비자나 근로자의 경제적 자유의 실질적 보장에 기여하고 있다. 사회적 법치국가에서의 경제정책의 과제는, 바로 개인의 기본권행사의 조건을 개선함으로써, 결과적으로 자유를 실현하는데 있는 것이다.

개인의 자유와 공익상의 요청에 의한 사회적 기속간의 대립·긴장관계는 오늘날의 모든 헌법적 질서의 기초를 이루고 있다. 사회적 법치국가의 핵심문제는 무엇보다도, 국가의 사회적 과제와 개인의 자유 사이의 긴장관계를 정치적 형성을 통해서 조화시키는 것이며, 매 경우에 구체적으로 양자간의 관계를 인식하는 것은 입법자의 과제이다. 그러므로 자유와 기속간의 상호교류관계를 단절시키기 위해 헌법적으로 수긍될 수 없고, 또한 구체적 문제의 해결에 아무런 도움을 주지 못한다.

3. 보충적 기본권으로서의 행복추구권 및 합헌적 법률에 의한 기본권제한의 원칙

우리 헌법재판소는 헌법 제10조제1문(후단)에 보장된 행복추구권이 보호범위의 해석을 통하여 자신의 권한을 확대하였다. 물론 우리 헌법이 제37조제1항이 규정하고 있는 바와 같이 국민의 자유가 헌법에 열거되지 아니하였다는 이유로 보장되지 아니하는 것은 아니나, 헌법재판소가 “행복추구권”을 일반적 행동자유권으로 해석함으

로써⁵⁸⁾ 기본권으로 보호할 가치가 있는 특정 생활영역만이 아니라 인간의 모든 활동영역이 기본권적으로 보호되었다. 국가의 공권력 행위에 의하여 국민이 받는 모든 형태의 부담이 곧 기본권의 침해 를 의미하고 이로써 - 헌법재판소법이 허용하는 범위 내에서 - 모든 공권력의 행위에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다. 기본권의 이러한 해석은 헌법소원절차에서 기본권의 침해를 확인하는 헌법재판소의 권한을 현저하게 확대하였다.

청구인은 법률에 대한 헌법소원을 적법하게 제기하기 위해서 법률에 의한 기본권의 침해를 주장해야 한다. 우리 헌법재판소는 지금까지 “기본권의 침해”를 법률의 내용에 의하여 기본권의 침해되는 경우로 제한적으로 이해하고 있다. 독일의 연방헌법재판소는 여기서 한보 더 나아가 국민의 기본권은 형식적으로 그리고 실체적으로 헌법질서와 합치하는 법률에 의해서만 제한될 수 있다는 원칙을 수립하였다.⁵⁹⁾ 즉 국민은 공익상의 사유로 자신의 기본권이 제한되는 것을 일정 한도 내에서 감수해야 하지만, 그러나 적어도 모든 관점에서 합헌적인 법률에 의해서만 자신의 기본권이 제한될 것을 요구할 수 있다는 것이다. 그러므로 법률이 그 내용에 있어서 기본권에 대한 합헌적인 제한이라고 하더라도 그 외의 다른 헌법규범에 위반된다면, 법률에 의한 기본권의 침해가 항상 존재하게 된다. 여기서의 “그 외의 다른 헌법규범”이란 법치국가원칙과 같은 헌법상의 기본원리, 헌법이 규정하는 입법절차, 국가기관간의 권한분배에 관한 규범 등 모든 객관적 성격의 헌법규범을 말한다.⁶⁰⁾ 헌법재판소가

58). 헌법재판소 1991. 6. 3. 89헌마204 결정

59). BVerfGE 9, 83, 88; 17, 306, 313; 42, 20, 27; 75, 108, 149; 78, 205, 209

60). BVerfGE 13, 237, 239, 연방헌법재판소는 상점의 마감시간을 규율하는 상점마감법에

이러한 원칙을 인정한다면, 국민에게 부담을 부과하는 침해적 법률이 어떠한 형태로든 헌법에 위반된다는 것은 곧 결과적으로 기본권 위반을 의미하게 된다.⁶¹⁾ 따라서 자유권을 제한하는 법률이 그 내용에 있어서는 비례의 원칙에 합치되기 때문에 기본권에 위반되지 않음에도 불구하고, 모든 국민은 그 법률이 헌법이 정한 입법절차나 다른 객관적 규범(권한배분질서)에 위반된다는 이유로 헌법소원을 제기할 수 있다. 예컨대 국민은 내용적으로 합헌적일 뿐 아니라 절차적으로도 합헌적인 법률에 의해서만 자신의 기본권을 제한할 것을 국가로부터 요구할 수 있으므로, 헌법소원의 형태로 법률의 비례원칙의 위반과 같은 내용적 하자를 주장할 수 있을 뿐이 아니라 단지 입법절차상의 헌법위반을 이유로도 헌법소원을 제기할 수 있다.⁶²⁾ 이로써 결국 기본권의 침해를 주장해야만 헌법소원을 제기할 수 있다는 적법성 차원에서의 제한은 사실상 폐지되고, 이러한 관점에서 본다면 헌법소원은 일종의 객관적 규범통제로 변질된다. 자유권은 개인의 사적 영역에 대한 국가의 부당한 침해를 금

대한 헌법소원심판에서 “직업행사의 자유는 오로지 합헌적인 법률에 의해서만 규율될 수 있기 때문에, 청구인이 이 법률을 제정한 연방의 입법권이 존재하지 않는다는 이유로 상정마감법의 무효를 주장한다면, 그는 이로써 직업의 자유란 기본권의 침해를 주장하는 것이다”라고 판시하였다, BVerfGE 44, 308, 313; 68, 193, 216, 두 결정에서 모두 입법절차의 하자를 이유로 법률에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 처음에는 일반적 행동자유권(Art.2 I)에 대하여 인정된 “합헌적 법률에 의한 기본권제한의 원칙”은 그 사이 모든 기본권에 대해서도 확대되었다.

61). Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn. 15, 213

62). 헌법재판소가 어느 정도까지 입법절차의 결과인 법률뿐이 아니라 입법절차 그 자체를 심사할 수 있는가의 문제에 있어서, 헌법적으로 규정된 입법절차의 준수는 당연히 헌법재판소의 심사대상이 되지만, 법적으로 규율된 일반법상의 절차의 준수는 헌법재판소에 의한 심사가 법률의 내용적, 절차적 합헌성여부에 제한되기 때문에 심사대상이 될 수 없다. 만일 헌법재판소가 독일의 판례를 따라 위 원칙을 수용한다면, 법안이 소위 날치기로 통과된 경우에 그 법률에 의하여 자신의 기본권이 제한되는 국민의 헌법상의 입법절차에 대한 하자를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있는 길이 열리게 된다.

하는 방어권의 의미를 넘어서 입법자의 헌법에의 전반적인 기속을 청구하고 실하는 주관적 공권의 기능을 가지게 된다. 헌법이 정한 입법절차의 준수나 다른 개관적 규범의 위반여부를 심사할 수 있는 별도의 위헌법률심사제도나 권한쟁의제도를 두고 있는 헌법재판소에서는 헌법재판소가 이러한 방법으로 헌법소원의 제기가능성을 확대하는 것은 법이론적으로 꼭 필연적인 것은 아니라고 생각된다.

4. 국가의 보호의무의 인정

독일의 연방헌법재판소는 일련의 결정에서⁶³⁾, 국민의 생명권 및 신체불가침권을 규정하는 기본법 제2조 제2항 제1문은 국가공권력의 부당한 침해에 대한 소극적인 방어권(금지규범)일 뿐만이 아니라, 국가에게 제 3자(사인)의 위법적인 침해로부터 개인의 생명과 신체를 보호하고 유지하여야 할 의무를 부과하고, 이에 상응하는 조치를 취하기를 국가에서 명령하는 명령규범이라고 판시하였다.

연방헌법재판소와 같이, 기본권을 국가권력에 대한 소극적인 방어권 뿐이 아니라 가치질서나 객관적인 원칙규범으로 파악한다면, 객관적 질서로서의 기본권은 - 헌법상의 기본원리인 법치국가, 민주국가, 사회국가와 마찬가지로 - 그 내용이 실현을 요구하게 된다. 객관적 질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가행위의 방향을 제시하는 지침규정으로 작용함으로써, 기본권의 객관적인 내용을 실현해야 할 국가의 과제 및 의무조항을 의미한다.⁶⁴⁾ 따라서 기본권의 객관적인 측면에서 기본권을 실현할 의무의 일종으로 기

63). BVerfGE 36, 1(31 f.); 39, 1(41); 46, 160(164); 49, 89(141 f.); 63, 30(57); 56, 54(73)

64). Vgl. Hesse, Grundrechte, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.85; Stern, Staatsrecht Bd.III/1, S.92

본권을 사인의 침해로부터 보호해야 할 국가의 보호의무가 나오게 된다.⁶⁵⁾ 기본권은 일차적으로 소극적 방어권으로서 국가의 공권력이 개인의 기본권을 부당하게 침해하는 것을 금지하고, 다른 한편으로는 객관적 질서로서 국가가 제3자(사인)의 침해로부터 기본권을 보호해야 할 의무를 담고 있다. 대국가적 방어권과 국가의 보호의무란 두 개의 기본권적 측면은 모두 기본권의 보호를 목적으로 하나, 방어권은 “국가로부터의” 침해를, 보호의무는 “사인으로부터의” 침해를 방지하는 것을 각각 그 목적으로 하고 있다. 즉 방어권은 국가로부터 사적영역에 대한 침해의 금지란 “소극적인 부작위”를, 보호의무는 국가로부터 그 의무의 실현을 위한 “적극적인 행위”를 요구하고 있다.⁶⁶⁾

우리 헌법재판소는 “우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확보하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다”고 판시함으로써, 기본권의 객관적인 측면을 통한 이론구성을 하지 않고 직접 헌법 제10조에서 국가의 보호의무를 도출하였다.⁶⁷⁾ 이러한 보호의무는

65). 보호의무에 관하여 자세히, 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의, 1997/8, 83면 이하; 한수웅, 입법부작위에 대한 헌법소원, 이명구박사 화갑기념논문집 I, 1996, 710면 이하

66). Vgl. Jarass, Grundrechte und Wertentscheidungen bzw. objektiverrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 110(1985), S.378 ff.

67). 1997.1.16. 90헌마110, 90헌마136(병합) 결정(교통사고처리특례법에 대한 헌법소원), 이 결정에서 3인의 재판관은 헌법전문, 헌법 제10조, 헌법 제30조, 생명권 및 신체를 훼손당하지 아니할 권리의 객관적 측면으로부터 국가의 보호의무를 이끌어 내었다.

입법자에 대해서는, 제3자로부터의 기본권 침해의 위험을 방지할 수 있는 전반적인 법적 상태를 마련하고 유지할 의무를 뜻한다. 이로써 헌법재판소는 사회적 기본권과 같은 헌법상의 명시적인 입법 의무를 넘어서 헌법해석을 통하여 입법자를 구속하는 또 다른 헌법적 입법 의무를 인정하였고, 이러한 방법으로 입법자의 헌법예외의 기속과 함께 헌법재판소의 통제범위가 확대되었다.⁶⁸⁾ 헌법재판소는, 소극적 방어권으로서의 기본권의 고전적인 내용으로는 기본권의 효율적인 보호가 어렵고, 한편으로는 헌법 내에서 기본권이 차지하는 중요한 지위에 비추어 이 경우 기본권의 보호를 거부하는 것이 용납될 수 없다고 판단하였기 때문에, 헌법해석을 통하여 예외적으로 입법자의 헌법적 의무를 인정하였다.

입법자의 보호의무를 이행하기 위해 사인간이 관계를 규율함에 있어서, 항시 서로 대립되는 두 개의 상이한 의무, 즉 “(제3자)기본권에 대한 존중의무”와 기본권의 침해를 통하여 실현되는 “보호의무”와 만나게 된다.⁶⁹⁾ 보호의무의 이행은 항시 보호대상자에게는 “자유이 보호”라는 이익으로, 침해자인 제 3자에게는 “자유이 제한”이란 불이익으로 나타나는 양면적 성격을 띠고 있다. 즉 입법자에 의한 보호의무의 이행은 동시에 침해자인 제 3자가 기본권의 제한을 의미하게 되므로, 보호의무는 필연적으로 제 3자의 대국가적 방어권과 충돌하게 된다. 그러므로 입법자는 보호의무를 이행하는데 있

68). 헌법재판소는 헌법해석을 통하여 보호의무를 도출함으로써 자신의 입법자에 대한 통제범위를 확대하였으나, 본안의 판단에 있어서는 ‘입법자가 국민의 법익보호를 위하여 최소한의 조치를 취했는가’하는 관점을 심사기준으로 삼음으로써 다시금 입법자의 형성권을 가능하면 존중하려고 시도하였다. 이에 관하여 위 III. 4. 라. 참조.

69). Vgl. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und die staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Das Handbuch des Staatsrechts, Bd.5, S.188 ff.

어서, 한편으로는 사인으로부터의 기본권침해에 대해서 아무런 조치를 취하지 않음으로써 희생자인 다른 사인을 무보호상태에 방치해서는 아니 되며, 또 다른 한편으로는 침해자인 제 3자의 기본권을 존중하여 기본권을 제한하더라도 그 침해가 최소한에 그쳐야 한다. 입법자는 침해자인 제 3자의 기본권을 최대한으로 존중하면서, 동시에 또한 침해받는 사인의 기본권도 충분히 보호할 수 있도록 노력하여야 한다. 국가보호의무의 이행에 있어서 서로 충돌하는 두 개의 기본권적 지위를 조화와 균형으로 이끌기 위하여, 한편으로는 침해자인 제 3자의 자유는 비례의 원칙(과잉제한금지의 원칙)에 의해 존중되어야 하며, 다른 한편으로는 보호대상자의 자유는 보호의무의 원칙인 최소한 보장의 원칙(과소보호금지의 원칙)에 의해 보호되어야 한다.

V. 자유권을 제한하는 법률에 대한 위헌 심사기준

1. 미국의 이중기준원칙 및 독일의 개인연관성·사회연관성 이론

가. 미국이 이중기준원칙

우리 헌법재판소는 지금까지 몇 개의 결정에서 경제적 자유와 정신적 또는 인권적 자유를 구분하고 이를 제한하는 법률의 심사에 있어서 서로 다른 기준이 적용될 수 있는 가능성을 제시하였다.⁷⁰⁾ 기본권의 유형에 따라 상이한 심사밀도를 적용하려는 시도는 미국

의 연방최고법원에 의해 형성된 “위헌심사의 이중기준론”의 영향을 받을 것으로 보인다.

미국의 연방최고법원은 법률의 위헌성을 심사함에 있어서 소위 “합리성의 심사(rational basis test)”와 “엄격한 심사(strict scrutiny test)”의 2단계의 심사기준으로 판단하고 있다.⁷¹⁾ 합리성의 심사는, 입법자가 수단과 목적 사이의 합리적인 고려에 기초한 입법을 하였는가에 대한 최소한의 심사가 제한된다. 이 기준에 의하면, 법률이 정당한 공익을 실현하기 위한 조치이고 공익실현에 있어서의 수단의 적합성을 배제할 수 없다면, 법률규정은 합헌적인 규정으로 판단된다. 헌법에 명시되지 않는 기본권으로서 최고법원에 의하여 기본권유사 권리로도 간주되지 않는 자유권이 법률에 의하여 침해되거나 또는 평등권의 심사에 있어서 의심스러운 것이 아닌 구별(unverdächtige Klassifizierung)이 사용되는 경우에 합리성심사는

70). 1990.9.3. 89헌가95, 헌관집 제2권, 262면, “국회의 입법활동에 있어서 재산권 기타 경제적 활동의 자유규제는 다른 정신적 자유규제에 비하여 보다 넓은 입법제량권을 가진다”고 다수의견에서 방론으로 언급하였고, 1990. 6. 25. 89헌가98, 101(병합) 결정(헌관집 제2권 162면)에서는 한병채 재판관의 반대의견에서 ‘경제적 자유를 규제하는 입법은 인권적 자유를 규제하는 입법과는 다른 이중기준에 의하여 위헌성을 판단해야 한다’고 주장하였고, 1991.6.3. 89헌마204 결정(헌관집 제3권 286면)에서의 변정수, 김양균 재판관의 반대의견에서도 이와 유사한 논리로 이중기준의 원칙을 피력하였다.

71). Vgl. Burgger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten der USA, 1987, S.38 ff; ders. Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S.90 f., 몇몇 분야에서는, 특히 평등권의 분야에서는 중간적인 단계의 심사기준(intermediate level of scrutiny)이 형성되었다. 이러한 3가지 단계의 심사기준 외에도 최고법원의 일부 법관은 “유동적인 심사(sliking scale test)”를 사용할 것을 주장한다. 이에 의하면 기본권의 제한을 정당화하는 공익의 비중이나 목적과 수단간의 심사밀도는 국가행위가 유발하는 침해의 진지함과 당해 기본권의 근본성(근본적 성격)에 따라서 정해져야 한다고 한다. 이중기준에 관한 한국 문헌으로는 양건, 법률의 위헌심사의 기준, 헌법재판연구 제1권(1990), 85면 이하, 103면 이하; 한병채, 미국 위헌심사의 정치적 배경과 헌법재판의 동향, 헌법논총 제1집(1990), 35면 이하; 황도수, 법규범으로서의 평등의 사적 전개, 헌법논총 제7집(1996), 197면 이하

일반적으로 적용된다.

이에 대하여 엄격한 심사는, 중대하고 긴급한 공익에 의하여 법률의 필요성이 정당화되고 입법자가 선택한 수단으로서의 법률이 필요하고 적합한가를 판단한다. 헌법에 명시적으로 언급된 기본권이나 최고법원에 의하여 기본권유사 권리로 인정된 자유권이 침해되었거나 아니면 평등권의 영역에서 입법자가 인종과 같은 의심스러운 구별 (verdächtige Klassifizierung)을 사용하는 경우에 엄격한 심사는 적용된다.

미국에서 정치적, 학문적 논란을 매번 불러일으키는 헌법이론적 문제는, 헌법이 명시적으로 규정한 기본권외에 그밖에 기본권유사 권리를 내포하고 있는가 하는 문제이다. 이러한 기본적 권리를 구체화하는 것은 당연히 연방최고법원의 권한에 속하므로, 이 문제의 부정은 법원 권한의 축소와 함께 다른 정치적인 국가기관의 책임을 강화하는 결과를 가져오고, 반면 이 문제의 긍정은 의회와 정부의 권한을 축소하고 법원의 심사권의 확대를 가져오게 된다.

연방최고법원은 시대와 규율영역에 따라 상이하게 헌법이 직접 규정한 기본권 외의 기본적인 권리를 인정하였다.⁷²⁾ 헌법은 명시적으로 언급되지 않은 기본권의 구성을 가능하게 하는 근거조항으로서 몇 개의 일반조항을 담고 있다. 특히 자유권의 헌법적 보호에 관한, 수정 제5조와 제14조의 적법절차조항(due process-Klausel)에서의 “자유(liberty)”의 개념이 중요한 의미를 갖는다. 적법절차조항이 법문상으로는 절차적 통제에 제한되는 것임에도 불구하고, 연방최

72). Vgl. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten der USA, 1987, S.53 ff., 104 ff.; ders. Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S.102f.

고법원은 적법절차조항을 당해절차의 준수만을 요청하는 절차적인 것으로 해석하지 아니하고, 몇몇 영역에서는 실체적으로, 즉 국가권력의 내용적 한계로서 파악하였다.⁷³⁾ 이로써 최고법원은 적법절차조항을 매개로 하여 공권력 행사에 대하여 절차의 준수뿐이 아니라 그 결과의 합헌성까지 심사할 수 있는 가능성을 열어 놓았다.

연방최고법원은 20세기초부터 경제적 이익이 헌법적 보호에 있어서 적법절차조항을 실체법적으로 해석하였다.⁷⁴⁾ 적법절차조항은 오랫동안 국가공권력이 생명, 자유 또는 재산권을 침해하는 경우 적합한 절차를 준수해야 한다는 절차적 성격을 갖는 규정으로 이해되었다.⁷⁵⁾ 그러나 19세기말부터 산업화와 더불어 경제생활을 보다 강하게 규율하려는 행정국가 또는 사회국가가 출현하였고, 이에 대한 반동적 움직임으로서 적법절차조항을 실체적으로, 즉 국가권력에 대한 한계로서 이해해야 한다는 목소리가 대두되었다. 1905년의 Lochner 판결 이전까지 최고법원은 경제정책적 입법을 판단함에 있어서 상당히 자제하였다. 그러나 1905년의 Lochner 판결⁷⁶⁾을 시초로 하여 계약이 자유에 대한 침해는 중대한 공익에 의하여 정당

73). 적법절차조항에 관하여 자세하게, 김현철, 미국헌법상 권리장전과 적법절차법리, 헌법논총 제3집(1992), 392면 이하; 김용균, 미국 연방헌법과 헌법재판 개관, 헌법논총 제5집(1994), 41면 이하

74). 경제적 이익의 기본권적 보호에 관하여 자세하게, vgl. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtbarkeit in den Vereinigten Staaten der USA, 1987, S.53 ff.; ders. Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S.183 ff.

75). 적법절차조항에 관하여 자세하게, 김현철, 미국헌법상 권리장전과 적법절차법리, 헌법논총 제3집(1992), 392면 이하; 김용균, 미국 연방헌법과 헌법재판 개관, 헌법논총 제5집(1994), 41면 이하

76). Lochner v. New York, 198 U.S.45(1905), 근로자의 건강을 보호하기 위하여 제과점 종업원의 작업시간을 하루당 10시간, 주당 60시간으로 제한하는 New York 주의 법률을 최고법원은 위헌으로 판단하였다.

화되어야 한다는 엄격한 기준을 적용하여 경제정책적 입법을 심사함으로써 1937년까지 거의 200개의 경제·사회입법을 위헌으로 선고하였다.⁷⁷⁾ 이 판결에서 최고법원은 적법절차조항에서의 “자유”의 개념을 실체적으로 넓게 이해하여 계약의 자유와 직업의 자유도 이에 포함되는 것으로 간주하고, 한편으로는 국가공권력의 조치를 정당화하는 공익의 개념을 좁게 해석하여 순수한 노동법적, 사회법적 목적은 이러한 공익에 속하지 않는 것으로 판단하였다. 이로써 실체적으로 파악된 적법절차조항의 한 부분으로서의 사용자와 근로자의 계약의 자유는 자연히 사회국가적 입법목적인 근로자의 건강보호에 대하여 우위를 차지하게 되었다. 최고법원의 이러한 해석은 경제적 자유를 강조하는 고전적 자유주의에 기초하였고, 이로써 계약당사자간의 상이한 지위를 조정하려는 사회·노동입법이나 재배분적 성격을 갖는 사회국가적 경제정책을 거의 모두 봉쇄하였다. 그러나 1930년대의 경제공황과 함께 고전적 자유주의에 대한 믿음이 흔들리고 또 한편으로는 최고법원에 대한 정치적 압력이 거세지면서, 최고법원은 거의 완전한 판례의 변화를 가져오게 되었다. 1934년과 1937년 2개의 판결⁷⁸⁾에서 최고법원은 경제정책적 법률에 대한 심사밀도를 크게 완화하였다. 즉 30년대 중반부터 최고법원은 경제입법이 자의적이거나 또는 입법목적의 달성에 명백히 부적합한 경우에 한하여 위헌으로 판단한다는 소위 합리성심사의 기준을 도입하였고, 동시에 ‘계약당사자간의 세력균형을 목적으로 하는 입법

77). 최고법원이 보수적인 관점에서 정치적으로 자유적이고 진보적인 사회정책적 입법을 위헌으로 선언하였다. 이러한 최고법원의 판결은 조세법, 노동법, 사회법등에서의 사회국가적 입법을 재산권이나 계약의 자유를 이유로 좌절케 하지 말고 사법적으로 자제해야 한다는 비판을 가져왔다.

78). *Nebbia v. New York*, 291 U.S.502, 539(1934); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S.379, 399(1937)

조치는 공익을 목적으로 하는 것이 아니다'라는 견해를 포기함으로써 사회국가적 입법조치의 정당성을 인정하였다. 이러한 판례의 변화는 경제입법분야에 있어서 적법절차조항의 실체적 해석의 포기, 즉 법원에 의한 위헌심사의 실질적 포기를 결과로 가져왔으며, 1937년 이후 최고법원은 적법절차조항의 해석을 통해서는 한 개의 법률도 위헌으로 선언하지 않았다.⁷⁹⁾ 단지, 경제 입법이 특정 헌법 규정이나 헌법적으로 인정된 기본권에 위반된다든지 아니면 “의심스러운 구별”을 사용하는 경우에만 법률의 위헌성이 고려될 수 있을 뿐이다.

적법절차조항의 해석을 통하여 경제적 기본권을 유출하는 것을 포기한지 약 30년 후인 1960년대 중반에 최고법원은 적법절차조항을 다시금 실체적으로 해석하여 사생활의 자유 및 인격발현의 보호, 혼인과 가족의 보호 등을 헌법에 명시적으로 보장되어 있지 않지만 적법절차조항의 “자유(liberty)” 개념으로부터 유출할 수 있는 기본권적 권리로 인정하였다.⁸⁰⁾

수정 제5조 및 제14조의 의미에서의 “자유”에 포함되지만 최고법원이 그의 기본권성을 인정하지 않거나 헌법에 명시적으로 언급되지도 않은 자유권을 입법자가 침해하는 때에는 최고법원은 관대한 심사기준인 합리성심사이 기준을 사용하며, 심사의 결과는 거의 예외 없이 법률의 합헌성의 확인에 이른다. 그러나 이와는 달리 헌법이

79). Vgl. Bruggger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten der USA, 1987, S.58 ff.; Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S..99; 양건, 앞의 책, 89면 이하

80). 이에 관하여 자세히, vgl. Bruggger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten der USA, 1987, S.104 ff.; ders. Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S..102 ff.; 김현철, 앞의 책, 395면

명시적으로 규정하거나 아니면 비록 헌법에 명시적으로 규정되지는 않았으나 최고 법원이 적법절차조항의 해석을 통하여 기본권적 권리성을 인정한 때에는 그러한 자유권에 대한 국가의 침해는 엄격한 심사의 적용을 받으며, 그 결과는 대부분 법률의 위헌확인을 의미한다. 따라서 최고법원이 헌법이 정한 기본권 이외에 어떠한 권리를 기본권적 권리로 인정하는가의 문제는 국가공권력행위의 합헌성에 관한 판단에 매우 중대한 영향을 미친다.

위에서 살펴본 바와 같이, 경제적 자유권과 그외의 자유권이란 구분에 따른 합리성의 심사와 엄격한 심사의 이중기준은 경제정책적 입법의 통제에 관한 최고법원의 판례를 통하여 1930년대에 형성되었다. 1930년대 이전에는 연방최고법원은 경제적 자유·비경제적 자유의 구분 없이 동일한 기준으로 위헌심사를 하였다고 볼 수 있다.

나. 독일의 개인연관성·사회연관성 이론

그러나 미국의 고유한 헌법규정과 최고법위원 판례에 기초하는 “이중기준이 원칙”이 우리 헌법체계에 그대로 도입될 수 있으며, 법률에 대한 위헌심사의 기준으로서 유용한가의 의문이 든다.

미국의 이중기준의 이론에서 자유권을 차등화하여 그에 대한 침해에 있어서 서로 다른 기준을 적용하는 논거는, 어떠한 자유가 다른 자유보다 더 근본적인가, 즉 다른 자유권이 실효성을 갖기 위하여 그이 근거이자 조건으로서 어떠한 자유가 우선적으로 보장되어야 하는가를 기준으로 삼는데 있다고 생각된다.⁸¹⁾ 미국의 이러한 소위 “우월적 자유(preferred freedoms)” 이론에서는 표현의 자유와 같이 수정 제1조에 규정된 정신적 자유는 자유민주적 국가질서의 구성적

81). Vgl. Kriele, 75, Rn. 37ff.

요소이며 이로써 모든 자유의 근거라고 하는 민주주의의 논거가 결정적으로 작용한다.⁸²⁾ 모든 국민이 자유롭게 자신의 의견을 표현하고 단체와 정당의 형태로 타인과 결합하고 집회를 가질 수 있다는 것을 민주주의는 그 조건으로 한다. 민주주의는 이러한 정신적 자유에 크게 의존하고 있는 반면, - 민주주의에 대한 큰 손상없이 보다 강화된 사회적 구속을 받을 수 있는 재산권이나 직업의 자유와 같은 - 경제적 이익에는 같은 정도로 의존하고 있지 않다. 표현의 자유와 같은 정신적 자유가 민주주의의 근거이자 조건으로서 다른 모든 자유의 토대가 된다는 “민주주의”의 논거는 미국 헌법의 명시적인 규범적 표현에 의하여 뒷받침 되고 있다. 미국 헌법의 경우에는 수정 제1조부터 제10조(소위 권리장전)까지의 10개 조항처럼 헌법에 명시된 이익이 그렇지 않은 이익보다 더욱 중요하다는 해석이 가능하다. 또한 경제적 자유와 재산권에 관하여는 수정 제5조가 “누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명 자유 재산을 박탈당하지 아니한다”고 규정함으로써 적법절차가 준수되는 한 경제적 이익이 제한될 수 있다는 것을 시사하고 있는 반면에, 수정 제1조⁸³⁾에 규정된 종교, 언론, 출판, 집회의 자유에 관하여는 헌법 스스로가 침해금지의 뜻을 명백히 밝힘으로써 이러한 기본적 자유는 절대적 자유로 파악될 여지가 있다.⁸⁴⁾

그러나 우리 헌법상의 규범적 표현에서는 정신적 자유가 경제적 자

82). 한병채, 앞의 책, 35면; 양건, 앞의 책, 104면 이하; Kriele, 주57, S.40

83). 수정 제1조: “미합중국 의회는 종교를 수립하거나 자유로운 종교행사를 금지하거나 언론 출판의 자유, 평화로운 불만을 시정하기 위해 정부에 청원하는 국민의 권리를 침해하는 법률을 제정할 수 없다.”

84). 양건, 앞의 책, 107면 이하 참조

유보다 더욱 보호되어야 하고 따라서 정신적 자유가 침해된 경우에는 입법자의 형성권이 더욱 엄격하게 심사되어야 한다는 일반적 원칙을 읽어낼 수 없다. 우리 헌법의 기본권에 관한 부분에서도 자유권이 각각 상이한 개별적 법률유보를 규정하는 것이 아니라 헌법 제37조제2항에서 모든 자유권에 대하여 포괄적으로 적용되는 일반적인 법률유보조항을 두고 있으므로, 법률유보의 정도를 기준으로 개별적 기본권의 근본성이나 중요성이 결정될 수도 없고, 그밖에 우리 헌법에서 경제적 자유권에 대한 정신적 자유권의 우위를 암시하는 어떠한 표현도 찾을 수 없기 때문에, 헌법내에서의 기본권의 일정한 위계질서를 구성할 수 있는 근거가 없다.

우리 헌법구조에서 보다 중요한 자유영역 또는 보다 덜 중요한 자유영역이 있다면, 이를 판단하는 유일한 근거는 “인간의 존엄성”의 논거에 있다고 생각된다. 모든 기본권보장의 목적이자 출발점은 인간의 존엄성의 실현이고, 바로 인간의 존엄성이 자유중에서 보다 근본적인 자유, 즉 다른 자유의 근거이자 전제조건으로서 자유를 판단하는 데 있어 유일한 헌법적 기준이라고 할 수 있다. 인간의 존엄성을 실현하는 데 있어서 불가결하고 근본적인 자유는 더욱 보호되어야 하고 이에 대한 제한은 더욱 엄격히 심사해야 하며, 그 반면에 인간의 존엄성이 실현에 있어서 부차적이고 잉여적인 자유는 공익상의 이유로 보다 광범위한 제한이 가능하다.

또한 독일 연방헌법재판소의 판례도 어떠한 자유가 더 근본적인가를 판단함에 있어서 “민주주의” 논거보다는 오히려 기본권의 목적으로서의 “인간의 존엄성”을 주된 논거로 삼고 있는 것으로 보인다. 그의 판례에 따르면, 자유권의 의미가 개인의 핵심적 자유영역에 대하여 크면 클수록 자유권에 대한 보호는 더욱 강화되고, 한편 개인의 작업활동 또는 사회적·경제적 활동 등을 통하여 타인과 사회

적 연관관계에 위치함으로써 타인의 자유 영역과 접촉하고 충돌할 수록 입법자가 타인과 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유를 제한하는 것을 보다 수인해야 한다.

이러한 소위 “개인연관성”의 관점은 자유권의 보호에 있어서 무엇보다도 생명권, 신체의 자유, 개인적인 사적 영역의 보호, 개인의 성향과 인생관에 따라 자신의 인격을 발현하고 행동할 자유⁸⁵⁾를 가장 근본적인 자유, 즉 다른 모든 자유의 근거이자 조건으로 파악하고 이러한 자유에 대한 국가의 제한을 보다 엄격하게 심사할 것을 요청하고 있다. 뿐만 아니라 개인연관성의 관점은 각개의 개별적 자율권을 하나의 특정한 심사기준에 귀속시킬 수 없으며, 동일한 기본권이 침해되는 때에도 구체적인 경우에 따라 다른 심사기준이 적용될 수 있음을 시사한다. 즉 대표적인 경제적 자유인 직업의 자유와 재산권에 있어서 보장 대상인 자유영역의 성격에 따라 상이한 심사기준이 적용될 수 있다.

독일의 연방헌법재판소는 직업의 자유를 자유로운 인격발현과 긴밀한 관계에 있는 기본권, 개인의 개성신장을 보장하기 위한 중요한 기본권으로 이해하고 있다. 직업의 자유의 이러한 개인연관성 성격으로 인하여 입법자의 규율권한의 범위가 직업활동의 개인적, 사회적 의미에 따라 영향을 받는다. 즉 입법자의 규율권은 개인의 직업활동이 보다 개인연관성 아니면 사회연관성을 띠는가에 따라 차등화될 수 있다. 직업의 자유가 갖는 개인적 성격에도 불구하고 대기업 또한 직업의 자유의 주체가 될 수는 있으나, 대기업에서는 기본

85). Vgl. BVerGE 7, 377(약국 결정/객관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한);

39. 1.(낙태죄 결정/태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무); 45, 187(무기징역의 합헌성/신체의 자유에 대한 제한)

권의 개인연관적 성격이 거의 상실되었고 그에 대하여 사회연관성 및 사회적 기능이 뚜렷하므로, 기본권의 개인적 성격이 상당히 실현되는 중소기업에 비하여 법률의 제한이 가져오는 침해의 진지성이 작고 그에 따라 대기업의 직업의 자유는 중소기업에 하여 입법자에 의한 보다 광범위한 규율이 정당화된다.⁸⁶⁾

또한 연방헌법재판소가 “약국 결정”⁸⁷⁾에서 밝힌 바와 같이, 직업의 자유에 대한 국가의 제한은 공권력의 조치가 개인의 개성신장에 어느정도 영향을 미치는가에 따라 그 제한의 허용정도를 달리한다. 직업선택의 자유가 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 수단으로서 개인의 인격발전과 개성신장의 불가결한 요소이므로, 직업선택 자체에 대한 제한은 개인의 개성신장의 길을 처음부터 막는 것을 의미하고, 이로써 개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해를 의미한다. 그러므로 기본권의 주체가 아무런 영향을 미칠 수 없는 소위 객관적 사유(예컨대 동일업종 수의 제한)에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한은 매우 엄격한 요건을 갖춘 예외적인 경우에만 허용된다. 이에 대하여 소위 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한과 직업행사의 자유에 대한 제한은 기본권의 주체가 허가요건의 충족에 스스로 영향을 미칠 수 있거나 아니면 일단 선택한 직업의 행사방법을 제한하는 것이므로, 개성신장에 대한 침해의 진지성이 작고 핵심적 자유영역에 대한 침해를 의미하지 않는다.

또한 재산권보장과 관련해서도, 인간의 존엄성실현을 궁극적인 목표로 하는 모든 기본권의 기능을 고려한다면, 인간의 존엄을 확보

86). Vgl. BVerfGE 30, 334; 50, 290, 362 ff.

87). BVerfGE 7, 377

하려는 재산권보장의 인간적, 자유보장적 기능이 헌법적으로 결정적인 관점으로서 작용한다. 이에 따라 재산권의 보장에 있어서도 재산권객체의 성격과 재산권이 기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미에 따라 사회적 조약의 정도가 다르다. 재산권의 이용과 처분이 소유자의 개인적 영역에 머무르지 않고 생산재에 관한 재산권, 기업, 투기용 부동산, 임대용 건물 등과 같이 타인의 자유행사에 영향을 미치거나 타인이 자신의 자유를 행사하기 위하여 문제되는 재산권에 의존하고 있는가, 아니면 재산권이 개인의 인격실현을 위하여 필요불가결한 것으로서 개인적 자유를 보장하기 위한 물질적 바탕으로서 기능하는가에 따라 입법자의 형성권, 즉 재산권에 대한 제한의 허용 정도가 달라진다.

독일의 연방헌법재판소는 재산권의 여러 기능 중에서도 그 중점을 특히 재산권의 개인적 의미, 즉 경제적 개인신장을 통하여 개인의 자유와 인격발현을 보장하는 의미에 두고 있다. 기본권의 전체체계에서 재산권보장의 과제와 기능은, 기본권의 주체에게 재산법적 영역에서 자유공간의 확보하게 하고 이로써 생활의 자주적인 형성을 가능하게 하는데 있다.⁸⁸⁾ 따라서 재산권의 보장은 자유실현의 물질적 바탕을 의미하고, 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다.

물론 재산권의 보장은 인격실현에 직접 기여하는 개인적 재산뿐이 아니라 모든 재산적 가치있는 재산권을 보호하며, 자본주의적 산업사회의 발전과 함께 헌법상의 “재산권보장”의 보호범위는 점점 확대되었다. 그러나 다른 한편으로는 개인적 자유와 밀접한 관계가 있는 인권으로서의 재산권보장에 대한 이해는 필연적으로 재산권의

88). BVerfGE 24, 389; 50, 339; 53, 290

사회적 구속의 차등화를 가져온다.⁸⁹⁾ 입법자의 규율권한은 재산권의 객체가 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지면 가질수록 더욱 넓어지고, 이에 대하여 개인적 자유를 보장하는 요소로서의 재산권의 기능이 문체될수록 재산권은 더욱 보호를 받아야 한다.⁹⁰⁾ 연방헌법재판소는 토지재산권의 사회적 기능과 사회적 연관성을 근거로 하여 동산과 비교하여 보다 강화된 부동산의 사회적 기속을 이끌어 내었고,⁹¹⁾ 사회법적으로 매개된 지분에 대한 재산권에 있어서 재산권의 개인연관성은 상당히 희박한데 반하여 사회적 연관성이나 사회적 기능이 뚜렷하므로 보다 강화된 사회적 기속을 정당화한다고 판시하였다.⁹²⁾ 또한 재산권의 인권적, 자유보장적 기능은 같은 토지재산권 중에서도 토지재산권이 기본권의 주체가 스스로 주거하는 장소로서 자신의 인격과 존엄성의 실현에 있어서 불가결하고 중대한 의미를 갖는가 아니면 상거래, 부동산투기, 임대, 그 외의 영업적 용도로 이용되는가에 따라 사회적 기속의 정도가 달라진다.

다. 미국의 이중기준원칙에 대한 비판

우선 위에서 이미 밝힌 바와 같이, 경제적 자유권도 자유영역에 따라서는 자유실현의 물질적 기초로서 또는 개성시장의 불가결한 요소로서 정신적 자유권에 못지 않게 중요하고, 따라서 많은 경우 경제적 자유에 대한 침해의 효과가 정신적 자유의 제한과 유사하게 진지할 수 있다는 점을 이중기준원칙을 간과하고 있다. 그러므로 처음부터 경제적 자유를 소위 근본적인 자유로부터 분리하여 상이

89). Vgl. Chlosta, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, 1975, S.140 ff.;

Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S.313 ff.; v. Brünneck, Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, S.334 ff., 396 ff.

90). BVerfGE 37, 141; 42, 294; 50, 339 f.; 70, 201

91). BVerfGE 21,82 f.

92) BVerfGE 50, 342 ff., 348

한 심사기준을 보다 적용하는 것은 타당하지 않다. “민주주의의 논거”가 자유권 중에서 보다 근본적인 자유를 파악하고 강조하는 하나의 논거가 될 수는 있으나, 자유의 근본성을 구성하는 논거로는 너무 형식적이고 제한적이다.

이중기준의 원칙에 있어서 자유권의 성격에 따른 구분에 의하여 심사기준이 선택되고, 심사기준의 선택은 대부분의 경우 이미 위헌심사의 실체적 결과를 결정하게 된다.⁹³⁾ 미국 최고법원의 판례를 살펴보면, 최고법원이 엄격한 기준을 적용하는 경우에는 경의 법률의 위헌성 확인에 이르고, 최소한의 합리성심사에 그치는 경우에는 거의 예외없이 법률의 합헌성을 인정하게 된다는 것을 확인할 수 있다. 따라서 경제적 자유권과 그 외의 자유권의 구분에 따른 심사기준의 결정은 곧 규범의 운명을 결정하게 된다. 그러므로 심사기준이 위헌법률심사에 있어서 실체적으로 얼마나 중요한 역할을 하는가가 분명해진다. 심사기준의 유용성은 심사기준을 형성하는 관점의 타당성에 절대적으로 의존하고 있다. 일정한 심사기준을 세우는 것은 그 기준이 심사대상을 구성하는 모든 관점을 포괄하지 않는 한, 항상 형식에 의하여 내용이 결정될 수 있다는 위험을 내포한다.

물론 이중기준과 같이 단순·명쾌한 심사기준의 적용은 헌법재판에 있어서 큰 장점이 있다. 이중기준에 의하여 헌법재판을 보다 쉽게 조감할 수 있고, 모든 당사자에 대하여 헌법재판소가 어떻게 결정하리라는 예측이 가능하고, 엄격한 심사기준을 적용하지 않는 경우에는 정치적 형성의 과제를 입법기관에 귀속시킴으로써 헌법재판

93). Vgl. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S.43, 59 f.

소와 입법자간의 명쾌한 권한배분이 이루어진다. 그러나 경제적·비경제적 기본권의 구분과 그에 따른 심사기준의 차별화는 구분의 기분을 형성하는 관점의 경직성 때문에 적지 않은 경우 심사기준이란 형식에 의하여 위헌 심사의 결과가 이미 결정되는 위험이 있다. 뿐만 아니라 최고법원이 이중기준을 적용한 이래 경제규제입법에 대하여 경제적 자유의 침해를 이유로 위헌을 선고한 것은 찾아 볼 수 없으므로, 이중기준의 적용은 경제입법에 대한 위헌심사의 실질적인 포기를 의미한다. 이중기준은 다양한 관점을 모두 파악하기에는 너무 제한적이며 헌법재판에서의 실질적 정의의 실현을 제한하기 때문에, 헌법재판소의 심사기준은 경제적 자유를 비경제적 자유로부터 분리하는 관점이 아니라 자유의 모든 영역을 포함하는 포괄적이고 다양한 관점에 의하여 형성되어야 한다. 물론 이러한 경우에는 ‘엄격한 심사기준이 적용되면 위헌, 합리성기준이 적용되면 합헌’이라는 식의 헌법재판의 예측성이 감소하지만, 심사기준은 그 자체가 목적이 아니라 헌법재판을 통한 정의의 실현에 있어서 어느 정도의 헌법재판소 행위의 일관성과 예측성을 확보하기 위한 수단이므로, 헌법재판소결정의 예측가능성보다는 매 경우마다 헌법의 수호와 기본권의 보호를 통한 실질적 정의의 실현이 더욱 중요하다고 생각된다.

2. 비례의 원칙

미국의 이중기준의 원칙이 기본권의 성격에 따른 분류를 근거로 하여 심사기준을 달리 한다면, 비례의 원칙은 법률에 의한 기본권의 제한에 있어서 입법수단과 입법목적의 상관관계를 구체적으로 심사한다. 이중기준의 원칙이 경제적·비경제적 기본권의 구분에 의하

여 심사기준을 결정하는 실체적 관점을 제공한다면, 비례의 원칙은 단지 합헌적인 해결책에 이르는 기술적 심사절차의 단계(적합성·필요성·비례성)만을 서술할 뿐, 구체적인 경우에 무엇이 비례의 원칙에 합치하는가 또는 어떠한 관점에 의하여 심사의 기준이 달라지는가에 관해서는 아무 것도 표현하지 않는다. 비례의 원칙은 심사의 밀도를 차등화하는 실체적 관점만을 제시하는 것이 아니라, 모든 자유권의 제한에 대하여 동일하게 적용되는 통일적 자유권과 그를 제한하려는 공익 사이의 조정과 경계설정에 관한 문제이다.

자유권에 대한 제한은, 그 제한이 공익상의 충분한 이유로 정당화되고 또한 비례의 원칙을 준수해야 비로소 자유권과 부합된다. 즉 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적을 달성하고 촉진시키기에 적합해야 하고(수단의 적합성), 입법 목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 적게 침해하는 수단을 사용해야 하며(수단의 필요성 또는 최소침해성), 침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하였을 때 양자 사이에 적정한 비례관계가 성립해야 한다(비례성 또는 균형성).⁹⁴⁾ 수단의 적합성심사에 있어서는 일반적으로 입법자에게 폭넓은 예측판단권⁹⁵⁾이 인정되어 단순합리성의 심사에 그치게 되므로, 비례원칙의 심사는 실질적으로 대부분의 경우 “최소침해성”의 심사를 의미하게 된다. “비례성(균형

94). 우리 헌법재판소는 비례의 원칙을 “목적의 정당성”, “방법의 적절성”, “피해의 최소화성”, “법익의 균형성”으로 분류하고 있지만, 독일 연방헌법재판소와 학계의 다수의견은 목적의 정당성 측면과 수단과 목적과의 상관관계를 구분하여 비례의 원칙에는 “수단의 적합성”, “수단의 필요성(최소침해성)”, “협익의 비례성(균형성)”만을 포함시키고 있다. 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1995, 62면 이하 참조

95). 예측판단권은 연방헌법재판소가 수단의 적합성 심사단계에서 인정하는 입법자의 형성권의 한 유형이다.

성)의 심사단계에서는 침해된 법익(기본권)과 달성하려는 법익(공익)을 교량하는 과정에서, 특히 공익의 중대성을 평가하는 과정에서 주관적 판단의 위험이 있기 때문에, 비례원칙의 심사는 가능하면 그 전단계인 적합성 및 필요성의 심사에 중점을 두고, “비례성 또는 균형성”의 심사는 심사의 결과가 전체적으로 보아 균형과 조화를 이루는가 아니면 내적 모순은 없는가를 판단하는 보충적 기능으로서 심사의 결과에 있어서 전반적으로 균형이 깨지는 느낌이 들 때 비로소 법익형량의 필요성이 있다.

아래에서는 자유권의 성격과 비례의 원칙의 관계, 비례의 원칙중에서 입법자의 예측판단권이 문제되는 적합성의 심사와 필요성심사에 관해서만 살펴보기로 한다.

가. 자유권의 선국가성과 비례의 원칙

자유권을 제한하는 공권력 행사에 대한 심사기준⁹⁶⁾으로서의 비례의 원칙은 자유권에 대한 일정한 이해를 그 전제조건으로 하고 있다. 우리 헌법의 자유권은 자연법적 기본권사상에 기초되어 있고⁹⁷⁾, “원칙적으로 무제한한 개인의 자유와 원칙적으로 제한적인 국가권력”이란 “분할원리”에 따라 선국가적인 “임의의 자유”이다.⁹⁸⁾

96). 입법자는 규범의 제정에 있어서, 법원과 행정청은 규범의 해석과 적용에 있어서 비례의 원칙의 구속을 받는다.

97). 무엇보다도 우리 헌법 제10조에서 “인간의 존엄과 가치”를 헌법의 최고의 가치로 규정하고, 제37조 제2항에서 “기본권의 본질적 내용”에 대한 침해 금지를 규정한 것은 자유주의적 기본권 사상의 구체적 표현이다. 또한 제10조에 포함된 “행복을 추구할 권리”도, - “일반적 행동자유권”이든, “개성의 자유로운 발현권”이든 어떤 식으로 표현하든 - 그의 바탕에 깔려있는 사고는, 기본권적 자유란 일정 목적이나 공동체적 가치를 실현하기 위한 수단이 아니라, 기본권보장의 유일한 목적은 인간의 존엄성 실현인 것이며, 개인은 누구나 자신이 스스로 선택한 가치관에 따라 자신의 생을 형성할 원칙적인 자유를 갖는다는 것이다.

98). Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1965, S.126 f.

국가권력에 대한, “원칙적인 자유의 무제한성”이란, 개인의 자유가 무제한하게 보장된다는 것이 아니라, 국가가 개인의 자유를 침해하는 경우, 침해행위의 “근거 차원”에서 “원칙과 예외의 관계”로 이해되어야 한다.⁹⁹⁾ 즉 모든 국가권력의 자유에 대한 침해는 원칙적으로 제한적이기에, 그 침해를 위한 합리적인 근거가 있어야 하며, 특별한 정당성을 필요로 한다는 것을 의미한다. 오늘날 이러한 국가 침해행위의 근거 또는 정당성 차원에서의 원칙과 예외의 관계는, 국가에 의한 개인의 자유영역에 대한 침해는 공익 실현이라는 합리적인 이유로 정당화되어야 하며 그러한 경우에도 꼭 필요한 정도에 그쳐야 한다는 의미의, 국가행위의 한계를 규정하는 가장 중요한 기준인 “비례의 원칙”으로 발전하였다. 개인의 자유를 선국가적 자유로 이해하는 자연법논적 기본권관도 인간이 사회와 국가 없이는 존재할 수 없고 인간의 자유는 법질서 내에서의, 국가 내에서의 자유라는 것을 파악하지 못하는 것은 아니다. 단지 자유권의 선국가성을 강조함으로써 자유의 제한은 정당화될 필요성이 있다는 것을 강조하려는 것이다. 개인에 의한 자유의 행사는 국가에 대하여 정당화될 필요성이 없는 반면, 국가는 자유의 제한을 언제나 정당화해야 한다는 것에 자유권의 선국가성이 있는 것이다.¹⁰⁰⁾

또한 “임의의 자유”란, 법질서의 제한과 구속을 받지 않는 유토피아적 자연상태의 자유나 카오스의 자유를 뜻하지 않는다.¹⁰¹⁾ 공동체안에서의 인간의 자유란 항상 법질서내에서의 자유라는 것을 당연한 전제로 한다. 국가내에서의 자유가 그의 개념상 법적으로 제한된

99). Vgl. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974, S.30, 80 f.

100). Vgl. Piroth, Staatsrecht II, S.14, Rn.44

101). “임의의 자유”에 대한 다른 견해로는 허영, 한국헌법론, 1994, 224면 이하; 계희열, 고시연구 1994/11, 26면

것이라면, 그러나 그것은 헌법적으로 직접 제한되고 입법자에 의하여 구체화된 한계내에서, 각자가 자신의 고유한 주관적 가치관에 따라 자신의 행위의 목적과 수단을 스스로 결정할 수 있다는 의미에서의 임의의 자유이다. 그러므로 “임의의 자유”란, 법질서의 테두리 안에서 개인이 각자 스스로 자유의 내용과 행사방법을 결정할 수 있다는 것을 의미한다.¹⁰²⁾ 즉 “임의의 자유”는, 국가권력에 의해 “정의되지 않은, 규정되지 않은” 자유이며, 자유의 내용과 행사방법이 처음부터 국가권력의 결정권한 밖에 있다는 것이다. 임의란, 자유 그 자체이지, 일정 가치나 체제의 실현과 같은 일정 방향이나 목적을 위한 자유가 아니라는 것이다. 따라서 자유권은 개인의 자유를 바로 그 자체 때문에, 즉 인간의 존엄성 때문에 보장하지, 일정 사회·경제질서 때문에 보장하는 것은 아니다.¹⁰³⁾

자유권의 이러한 이해로부터, 개인의 자유는 꼭 필요한 경우에 한하여 꼭 필요한 만큼만 제한되어야 한다는 요청, 즉 비례의 원칙이 당연한 귀결로서 유출된다.

나. 적법성의 심사

(1) 입법자의 예측판단의 심사에 관한 독일 연방헌법재판소의 3단계 이론

독일의 연방헌법재판소는 결정의 판단근거로 삼는 사실관계의 확정과 평가에 있어서 입법자의 형성권을 존중하는 판례를 확립하였다. 우선 심판의 대상이 되는 사실관계를 확정하고 판단하기 위해서는 그에 관한 정보, 자료의 전문지식의 수집·평가가 중요한 역할을 한다. 법률을 폐지함으로써 어떤 의미에서는 입법적 효과가 있는

102). Bökenförde, NJW 1974, S.1530 f.; Klein Die Grundrechte im demokratischen Staat, S.70, Fn. 99

103). Kriele, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, NJW 1976, S.780 f.

헌법재판소의 위헌결정은, 법률을 제정한 입법자와 적어도 동일한 정도의 정보수준을 사실판단의 근거로 할 것을 전제로 한다. 그러나 현대의 기술, 경제, 사회의 복잡성과 전문성에 비추어 구조와 조직에 있어서 제한적인 헌법재판소가 사안에 따라서는 이러한 조건을 항상 충족시키리라고 기대하기는 어렵다. 실사 헌법재판소가 이러한 정보를 취함으로써 사실 관계를 평가하기 위한 충분한 자료를 갖춘다고 하더라도, 현재의 상태나 특히 미래에 있어서의 상황발전에 대한 평가는 적지 않은 경우에 불확실하다.

법률에 제정되면 미래에 있어서 작용하고 효과를 발생시키므로, 입법자는 법률제정을 통한 정치적 결정을 내리는데 있어서 법률과 법현실과의 관계에 관한 일정한 예측으로부터 출발한다. 그러나 이러한 예측에는 항상 불확실한 요소가 내재되어 있다. 특히 기본권을 제한하는 법률의 합헌성이 미래에 있어서의 법률의 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 어느 정도로 입법자의 예측을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측을 자신의 예측으로 대체할 수 있는가의 문제가 제기된다. 무엇보다도 법률을 통하여 방지해야 할 위협이나 실현해야 할 공익이 존재하는가의 목적의 정당성, 법률이 입법을 통하여 달성하려는 공익을 실현하거나 위협을 방지하기에 적합하고 필요한가 하는 비례의 원칙 중 적합성심사와 필요성심사에 있어서 헌법재판소는 입법자의 예측 판단을 심사한다. 예측은 항상 개연성의 판단인데, 그 판단근거는 어느 정도 입증될 수 있어야 한다. 미래의 상황발전에 대한 예측에 있어서 독일의 연방헌법재판소는 입법자에게 일정한 예측판단권을 인정하지만, 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도 및 침해된 법익의 의미에 따라 입법자에게 상이한 예측판단권을 인정하는, 소위 “명백성심사, 타당성심사, 내용적 심사”라는 등급화된 기준으로 입

법자의 예측판단을 심사하고 있다.¹⁰⁴⁾

명백성의 심사에 있어서는 법률이 그를 통하여 달성하려는 목적을 실현하게 명백하게 부적합한가만을 심사한다.¹⁰⁵⁾ 이 심사의 단계에서는 헌법재판소가 헌법의 최종적인 한계의 준수만을 심사하므로, 입법자의 예측판단권이 가장 광범위하게 인정된다. 이러한 기준은 기본권조항과 같이 개방성이 추상성의 정도가 큰 헌법규범, 사회적 기본권과 같이 국가의무·목표조항, 평등권, 경제정책적 입법 등의 적합성심사에 있어서 일반적으로 적용된다.

이에 대하여 타당성의 심사에서는 헌법재판소는 입법자의 예측판단이 실제적, 내용적으로 타당한가의 판단은 하지 않지만 대신, 입법자가 미래에 있어서는 법률의 효과를 가능하면 신뢰할 수 있도록 판단하기 위하여 모든 구입 가능한 인식자료를 다 동원하고 활용했는가 하는 의미에서 예측판단에 이르는 절차에 대하여 입법자에게 일정한 요구를 한다.¹⁰⁶⁾ 따라서 여기서의 절차의 통제는 헌법에 규정된 입법절차의 준수에 관한 문제가 아니라 입법자가 규율대상을 논의하는 과정에서의 합리성에 대한 내용적 요구이다. 타당성심사는 그 실질상, 국가기관이 기본권을 침해하는 결정을 내리는 과정에서 기울여야 할 주의의무에 대한 심사라고 할 수 있다. 일단 입법자가 이러한 주의의무를 기울임으로써 절차에 대한 요구를 충족시키면, 이로부터 입법자의 예측판단이 또한 내용적으로도 타당하

104). Vgl. BVerfGE 50, 290, 332; Schneider, NJW 1980, S.2105 f; Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: BVerfG und GG I, S.484 ff.; 한국문헌으로는 방승주, 헌법논총 제7집, 308면 이하

105). BVerfGE 36, 1, 17; 37, 1, 20; 196, 223

106). BVerfGE 25, 1, 12 f., 17; 30, 250, 263; 39, 210, 225 f.

다는 추정을 가져온다. 타당성심사를 하는 경우는 주로 경제·세법 영역에서 복잡하고 쉽게 조감할 수 없는 사실관계를 규율하는 때인데, 명백성기준이 적용되는 경우보다는 예측의 가능성이 보다 확실한 경우라고 할 수 있다.

내용적 심사에서는 헌법재판소는 입법자의 예측판단이 내용적으로, 실제적으로 타당한가를 심사한다.¹⁰⁷⁾ 법률에 의하여 침해되는 법익의 생명권이나 신체의 자유, 의식주 등 인간의 기본적 욕구, 직업선택의 자유 등 가장 기본적이고 개인적인 자유가 관련되는 영역에서는 법률의 효과가 어느 정도 확실하게 예측된 것을 요구한다. 인간의 생명이나 신체의 자유가 문제되는 영역에서 입법자는 공익을 실현하기에 확실하지도 않은 법률을 가지고 중요한 기본권을 희생하면서까지 무리한 실험을 강행해서는 안된다는 것은 당연하다. 여기서는 내용적 심사를 통하여 입법자의 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체한다.

(2) 연방헌법재판소의 3단계이론에 대한 비판

우선 3단계이론에 대하여 제기되는 문제점은 3단계 중에서 “명백성심사”와 “타당성심사”를 적용하는 영역이 거의 구분될 수 없고 유동적이라는 점이다. 어떠한 경우에 단지 명백성심사에 그쳐야 하고 어떠한 경우에 그를 넘어서 입법과정에서의 입법자의 행위를 심사해야 하는지에 관하여 일관된 기준이 없으므로, 3단계이론의 적용

107). BVerGE 7, 377, 415; 11, 30, 45; 17, 269, 276 ff.; 39, 1, 46, 51 ff.; 45, 187, 238, 독일 연방헌법재판소는 직업선택의 자유가 문제된 약국결정(BVerfGE 7, 377)에서 내용통제를 적용하여 약국수의 제한을 폐지하는 입법의 미래에 있어서 국민건강에 대한 위험을 가져올 지의 여부를 평가하였고, 태아의 생명권의 문제는 낙태죄결정(BVerfGE 39, 1)에서 국가의 보호의무의 이행여부를 심사함에 있어서 현행 낙태죄규정이 태아를 적절히 보호할 수 있는가를 스스로 판단하였으며, 신체의 자유가 문제된 무기징역의 위헌성에 관한 결정(BVerfGE 45, 187)에서도 입법자의 예측판단의 내용적 타당성을 심사하였다.

은 상당히 자의적이라고 할 수 있다.

보다 근본적인 헌법이론적인 의문은 헌법이 정한 입법절차 이외에 헌법재판소의 해석에 의하여 구성되는 -입법과정에서의- 입법자의 헌법적 행위의무가 존재하는가의 문제이다. “타당성의 심사”에 있어서는 헌법재판소가 당연히 심사해야 하는 헌법적으로 규정된 입법절차의 준수에 대한 심사가 아니라, 헌법에 규정되지 않은 입법자의 행위의무에 관한 것이다. 즉 헌법재판소는 타당성심사를 통하여, 입법과정에서 입법자가 가능한 모든 자료를 동원하여 판단에 필요한 정보와 전문지식을 얻고 모든 이해관계인의 의견을 수렴하고 상충하는 상이한 이익들을 조정하려는 노력을 기울였는가를 심사한다. 연방헌법재판소의 견해에 의하면, 위의 노력을 기울임으로써 최적한 입법방법을 택할 입법자의 행위의무는 헌법적 의무에 해당한다. 그러나 이러한 행위의무는 헌법에서 유출할 수 없다고 본다.¹⁰⁸⁾ 물론 법률제정절차의 결과인 법률의 내용적 심사를 하는 것보다는 그 과정의 타당성을 심사하는 것이 사법적 기능을 담당하는 헌법재판소에게 더욱 친숙하고 안정적인 작업이기도 하고, 또한 결정에 이르는 절차가 타당하면 그 결정의 내용도 타당하다는 추정이 가능하므로 절차의 통제를 통해서 결과의 내용적 심사에 있어서는 자제할 수 있다는 이점이 있다는 것은 인정되지만, 규범통제에서는 원칙적으로 의회에서의 법률제정절차의 산물로서의 법률 그 자체가 심사대상이 되어야지 헌법이 규정하지 아니한 행위의무를 입법자가 준수했는가도 포함시켜 함께 심사해서는 안된다고 생각된다. 입법절차에서 입법자가 특정 이해관계인을 청문하지 않았거나 그의 이익을 이익조정과정에서 간과했다고 하여 이미 이러한 이류로 법률

108). Vgl. Wahl, Der Staat 1981, 504; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn.506; Bryde, Verfassungsentwicklung, S.328

이 위헌이 아닐 뿐 아니라, 최적의 입법방법에 대한 위반이 곧 법률의 내용적 위헌으로 이어지는 것도 아니다. 법률제정절차는 그 본질상 인식절차가 아니라 정치적 판단에 의한 결정절차이므로, 헌법재판소가 입법절차의 결과인 법률의 통제에 만족하지 않고, - 마치 행정법원이 행정청의 재량 또는 계획재량의 심사에 있어서 재량행사의 과정을 당연히 심사하는 것처럼- 어떠한 경로로 법률이란 결정에 이르게 되었는가 하는 의회에서의 결정유출과정도 함께 심사하려는 시도는 권력분립과 민주주의의 관점에서 보아도 위험하다고 생각된다.

뿐만 아니라 심사의 현실적 가능성의 관점에서 보아도, 입법자가 수집가능한 모든 자료를 동원하여 합리적으로 판단하였는가의 타당성심사는 법률이 제정된 지 얼마 되지 않았기 때문에 그에 관한 자료가 정비된 비교적 신법에 있어서만 가능하고, 더욱이 입법과정과 관련한 자료가 미비한 한국의 실정에서는 타당성심사의 가능성과 실효성이 매우 적다.

따라서 연방헌법재판소의 3단계이론은 입법자의 미래에 있어서의 불확실한 예측판단을 명확성기준에 의한 최소한의 심사와 엄격한 심사의 2가지 기준으로 나누어 심사한다고 볼 수 있는데, 이는 결국 연방헌법재판소는 중요한 기본권 또는 자유영역에 대한 제한에 있어서는 엄격히 심사한다는 일반적인 표현일 뿐이다.

(3) 3단계이론의 실질적 의미

예측판단에서 문제되는 것은 결국 입법자와 국민사이의 입법책임의 분배이다.¹⁰⁹⁾ 헌법재판소의 규범심사과정에서 결정의 전제가 되는

109). Vgl. Kriele, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, Rn.44 ff.

주요한 사실관계가 밝혀지지 않는다면 특히 법률의 효과가 예측되기 어렵다면, 이러한 불확실성이 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 실체법적인 입증책임¹¹⁰⁾의 문제에 관한 것이다. 연방헌법재판소에 의하여 형성된 위의 3단계의 기준은 바로 입증책임분배의 단계이다.¹¹¹⁾ 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우에는 입증책임을 입법자에게 전가함으로써 자유의 보호는 더욱 강화된다. 이 경우 기본권의 주체에게 유리한 입증책임의 존재 그리고 법률에 의하여 입법목적의 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명, 입증해야 할 책임을 진다.

반면에, 개인이 일반적으로 타인과의 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되고 이로써 그에게 유리하게 입증책임이 분배된다. 따라서 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 명백하게 잘못되었는가 하는 명백성의 통제에 그치게 된다.

이러한 입증책임의 분배문제는 직업의 자유의 해석에 있어서 뚜렷해진다. 연방헌법재판소는 직업선택의 자유를 제한하는 주관적 허가요건이 입법자가 실현하려고 의도하는 중요한 공익에 기여하는가의 문제에 있어서 입법자의 판단이 명백하게 반박될 수 있거나 또는 잘못되지 않는 한, 입법자의 결정을 존중해야 한다는 기본권의 주체에게 불리한 입증책임분배의 기준을 적용하였다.¹¹²⁾ 이 한계까

110). 여기서의 입증책임이란 소송법상의 절차적 입증책임이 아니라 실체적인 입증책임을 말한다

111). Vgl. BVerfGE 50, 290, 331, 333, 340 ff.

112). BVerfGE 13, 97(107); Breuer, Die staatliche Berufsregelung und

지 입법자가 무엇을 공익으로 보는가, 공익을 어떠한 방법으로 실현하려고 하는가는 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다. 또한 연방헌법재판소는 재산권의 공용 수용이 공익에 기여하는가의 판단에 있어서도 입법자에게 유리한 위의 입증책임분배의 기준을 적용하였다.¹¹³⁾ 그러나 직업선택의 자유를 제한하는 객관적 허가요건에 있어서는 기본권의 주체에게 유리한 입증책임분배의 기준이 적용되었다.¹¹⁴⁾ 여기서는 개인의 핵심적인 자유영역이 침해되기 때문에, 입법자는 법률을 통하여 실현하려는 공익이나 방지하려는 위험을 소명하거나 입증해야 한다. 직업행사의 방법이나 허가조건을 충족시킴으로써 기본권의 주체가 영향을 미칠 수 있는 주관적 허가요건에 있어서는 개인의 직업행사와 직업선택에 있어서 공익을 고려해야 하는가의 문제인데 반해, 개인이 조건의 충족에 아무런 영향을 미칠 수 없는 소위 객관적 허가요건에 있어서는 기본권의 주체가 그가 원하는 직업을 선택해도 되는가의 문제이다. 이러한 제한은 기본권의 주체에게는 - 아주 예외적인 조건하에서만 허용될 수 있는 - 인격형성의 장애를 의미한다.

3단계이론의 실질적인 의미는, 비례의 원칙이란 통일적인 기준에 의한 심사과정에서 침해된 법익의 의미, 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성 등의 실체적 관점에 따라 입법자의 입증책임의 정도와 헌법재판소에 의한 심사의 정도가 달라진다는 것을 밝힌 데 있다.

Wirtschaftslenkung, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI., § 148, Rn.38 ff., 47 ff.

113). BVerfGE 24, 367(410)

114). BVerfGE 7, 377

다. 필요성의 심사

독일의 연방헌법재판소는 약국 결정에서 직업의 자유에 대한 제한을 직업행사의 자유를 제한하는 직업행사에 관한 규정, 직업선택의 자유를 제한하는 규정으로서 주체적 사유에 의한 직업허가규정 및 객관적 사유에 의한 직업허가규정으로 구분하는 소위 3단계 이론을 구성하였다.¹¹⁵⁾ 약국 결정에서의 이러한 침해정도에 따른 단계는 직업의 자유에만 국한되는 것이 아니라 모든 자유권의 제한에 있어서 일반화 시킬 수 있다.

자유권을 제한하는 규정은 기본권침해의 정도에 따라 우선 기본권행사의 방법에 관한 규정과 기본권행사의 여부에 관한 규정으로 구분할 수 있고, 후자의 경우는 다시금 기본권의 주체가 영향을 미칠 수 있는 제한인가 아니면 전혀 영향을 미칠 수 없는 제한인가로 구분할 수 있다. 입법자는 기본권을 최소한으로 침해하는 단계에서 규율하도록 시도해야 하며 공익상의 목적이 그 이전의 단계에서 유효하게 달성될 수 없을 때에야 비로소 그 다음 단계, 즉 기본권을 더욱 침해하는 수단을 고려해야 한다는 일반원칙을 도출할 수 있다.

독일의 연방헌법재판소는 기부금품모집규제법에 대한 결정¹¹⁶⁾에서 자유권의 제한에 관한 또 하나의 기준을 형성하였다. 이 결정에서 문제되는 기부금품의 모집행위는 일반적 행동자유권의 한 표현인데, 이를 규율하는 허가절차는 일반적인 행동자유권을 제한하는 규정이다. 일반적인 행동자유권도 모든 기본권과 마찬가지로 공익상

115). BVerfGE 7, 377

116). BVerfGE 20, 150

의 이유로 제한될 수 있다. 특히 입법자는 위 법률에서와 같이 예방적·사전적 심사절차를 규정하고 관할 행정청의 허가를 받아야 자유를 행사할 수 있도록 규율할 수 있다. 그러나 이를 위하여 적용되는 구체적인 수단은 법치국가적 요청인 비례의 원칙에 합치해야 한다.

기본권적으로 보장된 일정 생활영역을 사전적으로 규율함에 있어서 입법자는 일반적으로 허가절차나 예외적 허가절차의 방법을 사용할 수 있다. 두 절차 모두 개별적인 경우에 법적인 금지를 폐지하고 특정 행위를 허용하지만, 법적 성격에 있어서는 근본적으로 다르다.

『허가』는 법령에 의한 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위¹¹⁷⁾인 반면, 이에 대하여 사회적으로 유해한 행위이기 때문에 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 예외적으로 적법하게 할 수 있게 해주는 행정행위는 『예외적 허가』 또는 『예외적 승인』에 해당한다.¹¹⁸⁾ 허가절차는 예외적 허가절차에 비하여 최소한의 침해를 가져오는 수단이므로, 기본권을 현저하게 제한하는 예외적 허가절차의 도입은 중대한 공익에 의하여 특별히 정당화되어야 한다. 즉 허가절차로서는

117). 허가의 목적은, 경험적으로 보아 빈번하게 법질서의 위반이 발생하거나 우려되는 행위나 상황에 대하여 행정청으로 하여금 적시에 사전적·예방적 심사를 하게끔 하는데 있다. 즉 허가를 받아야 한다는 법률상의 의무는, 허가를 요하는 행위 그 자체가 금지된다는 것이 아니라 행정청이 정해진 절차에서 행위의 적법성을 심사하고 확인한 후에야 비로소 권리행사를 개시할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 허가의 법적 의미는, 의도하는 행위의 적법성이 확인된 경우 사전적으로 권리행사를 제한하는 잠정적인 금지가 다시 해제되는데 있다. 그러므로 허가는 특별히 권리를 설정하여 주는 것이 아니라 공익목적에 의하여 제한된 기본권적 자유를 다시 회복시켜 주는 행정행위이다.

118). 김남진, 행정법 I, 1995, 236면 이하; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994, S. 197 ff.; BVerGE 20, 150, 155 f.; Richter/Schuppert, CB Verwaltungsrecht, S.287 ff.

그 다음 단계인 예외적 허가절차의 도입이 정당화된다. 국민이 모집행위를 할 기본권적 권리가 존재하므로, 입법자가 규율형태를 허가절차 또는 예외적 허가절차로 형성하는가와 관계없이 일정 요건 하에서는 허가를 청구할 국민의 주관적 권리가 존재해야 한다.¹¹⁹⁾

IV. 맺는말

헌법재판제도의 도입과 함께 국가기관 사이의 권력분립문제가 새로이 등장한다. 현행 헌법재판제도에서의 헌법재판소의 주된 관할은 입법자에 대한 통제에 있으므로, 특히 입법자와 헌법재판소간의 권한배분의 문제가 발생한다. 헌법재판소와 입법자의 헌법적 권한은 헌법상의 권력분립질서 또는 기능질서에 의하여 규정되고 경계가 설정된다. 사법적 자재의 원칙이나 법과 정치를 구분하려는 시도는 헌법재판소와 입법자사이의 관계를 해명하기에 적합하지 않다.

우리 헌법재판소는 입법자의 형성권에 대한 존중, 합헌적 법률해석, 헌법불합치결정, 평등권·사회적 기본권·보호의무의 심사에 있어서의 통제규범과 행위규범의 구분, 헌법에 명시적으로 규정되지 않은 헌법적 입법의무의 원칙적인 부정 등을 통하여 헌법상의 권력분립질서적, 기능질서적 관점을 구체화하였다. 다른 한편으로는 기본권보호의 실효성을 높이기 위하여 헌법 제10조제1문의 행복추구권 일반적 행동자유권이란 보충적 기본권으로 확대해석하고, 헌법해석을 통하여 국가의 보호의무를 인정함으로써 입법자에 대한 통제범위를 확대하였다.

119). BVerfGE 20, 150, 155

법률이 자유권을 침해하는 경우 모든 자유권제한에 대하여 통일적으로 적용되는 심사의 기준은 비례의 원칙인데, 비례의 원칙은 구체적인 경우 입법목적과 입법수단과의 상관관계를 적합성·필요성·비례성의 3단계로 나누어 심사하는 기술적·절차적 기준으로서, 어떠한 경우에 헌법재판소가 더욱 엄격하게 법률에 대한 위헌 심사를 해야 하는가 하는 실체적 관점에 관해서는 전혀 아무 것도 제시하지 않는다. 비례의 원칙을 심사하는 과정에서 심사의 밀도를 결정하는 실체적인 관점으로서 미국에서 형성된 이중기준의 원칙이 고려될 수 있으나, 경제적 자유와 비경제적 자유를 구분하여 심사 기준을 달리하는 이중기준의 원칙은 법률의 위헌심사에 있어서 심사 밀도를 결정하는 적합하고 유용한 기준이 될 수 없다고 본다.

헌법재판소의 심사기준을 형성하는 실체적인 관점으로는 다음과 같은 요소가 고려되어야 한다. 헌법재판소의 헌법적 과제가 헌법과 기본권의 수호에 있으므로, 우선 이러한 헌법재판소의 과제와 선국가적 기본권으로서의 자유권의 성격으로부터 ‘기본권에 대한 침해가 진지할수록, 즉 헌법재판소로부터 그의 헌법적 과제를 이행할 것이 요청될수록, 침해규정을 정당화하는 법익이 중대해야 하며 따라서 기본권의 제한은 더욱 엄격히 심사되어야 한다’는 일반적인 관점이 나온다(“침해의 정도”에 의한 관점).¹²⁰⁾

헌법재판소는 침해된 법익의 의미, 즉 기본권의 근본성·중대성에 따라 심사의 밀도를 달리하는데, 자유영역의 근본성을 결정하는 유일한 근거는 인간의 존엄성실현에 있어서의 침해된 자유의 의미이므로, 개인적 자유의 핵심영역에 대한 공권력이 침해는 더욱 중대한 공익에 의하여 정당화되어야 하는 반면, 침해된 자유영역이 사

120). Vgl. BVerfGE 7, 377

회적 기능 및 사회적 연관성을 가질수록 입법자는 폭넓은 규율권한을 갖는다. 즉 침해된 법익이 개인연관성을 가질수록 더욱 보호되어야 하며, 사회연관성을 가질수록 입법자에 의한 광범위한 규율을 받을 수 있다(침해된 법익의 의미 : “보호법익의 근본성” 또는 “개인연관성”에 의한 관점).¹²¹⁾

헌법재판소는 법률대상과 법률영역의 특성에 따라 심사기준을 달리한다. 침해적 법률에 대해서는 수혜적 법률에 비하여 보다 엄격한 기준이 적용된다.¹²²⁾ 또한 규율대상의 사실관계가 헌법재판소에 의하여 쉽게 수집·평가할 수 없는 기술적·경제적·사회적 자료에 달려있는 경우나 규율대상이 매우 복잡하여 객관적으로 조감할 수 없는 경우에는 헌법재판소의 기능적 한계로 말미암아 입법형성권에 대한 존중이 요청된다(확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도). 입법자가 자신의 이해관계영역에 관하여 스스로 결정하는 경우, 예를 들면 정당제정, 세비인상, 선거구획정에 관한 법률을 제정하는 경우에는 더욱 엄격한 심사를 요한다.¹²³⁾

121). Vgl. BVerfGE 50, 290, 332 ff.

122). Vgl. BVerfGE 49, 280, 283; 우리 헌법재판소도 행정부에 입법권을 위임하는 수권법률의 명확성을 판단함에 있어서 규율대상의 특성에 따라 심사 기준이 달라져야 한다는 것을 밝혔다. “위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. . . . 기본권 침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성요건이 완화된어야 한다.”(1991.2.11. 90헌가27/교육법 제8조의2에 관한 위헌심판), 또한 1994.7.29. 92헌바49, 52(병합)(토지초과이득세법에 대한 위헌소헌) 참조, 독일의 연방헌법재판소는 수권법률의 명확성에 대한 요구는 문제되는 규율대상의 특성과 규율효과(기본권침해의 효과)의 정도에 따라 다르다고 판시함으로써 이 두 가지 관점이 수권법률을 포함한 모든 법률의 위헌성심사의 기준을 결정하는 기본적인이고 공통적인 관점임을 밝혔다(BVerfGE 58, 257, 277).

123). Vgl. BVerfGE 20, 56 ff.; 40, 296 ff.

한국 헌법재판에서의
표결방식에 관한 고찰
-독일 재판에서의
표결방식을 기초로-

최 갑 선
헌법연구원

- 목 차 -

I. 머리말

II. 독일 재판에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서

1. 서 설

가. 입법역사

나. 용어의 정리

2. 민사소송절차에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서

가. 쟁점별 표결방식의 채택 및 논거

(1) 재판이유 제시의무

- (2) 재판확정 과정에서 쟁점들에 대한 논리적 전개
- (3) 개별적 쟁점의 고려
- 나. 소수법관의 계속적 표결참여
- 다. 민사소송에서의 표결대상 및 표결순서
- 라. 민사소송에서 쟁점별 표결방식에 의한 표결사례
- 3. 형사소송절차에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서
 - 가. 전체/주문별 표결방식의 채택 및 그 논거
 - (1) 다수의사에 따른 재판의 성립
 - (2) 피고인에게 유리한 형사법원칙의 준수
 - (3) 평가할 행위는 ‘가분할 수 없는 전체’라는 논거
 - (4) 전체/주문별 표결방식에서의 재판이유 적시 문제
 - 나. 형사소송절차에서의 표결대상 및 표결순서
 - (1) 소송조건의 존재여부에 관한 결정
 - (2) 죄책문제에 관한 결정
 - (3) 형벌문제에 관한 결정
 - 다. 소수법관의 계속적 표결참여
- 4. 헌법소송절차에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서
 - 가. 헌법소송에서의 표결방식의 채택
 - (1) 쟁점별 표결방식
 - (2) 전체/주문별 표결방식
 - 나. 소수재판관의 계속적 표결참여
 - 다. 헌법소송에서의 표결대상 및 표결순서
 - (1) 적법요건 결정에서의 표결
 - (2) 본안결정에서의 표결
 - 1) 심판대상이 단수 또는 복수인 경우
 - 2) 심사기준이 단수 또는 복수인 경우

- 3) 기각결정의 경우
- 4) 개별 헌법규정내의 경우
- (3) 헌법소송에서의 표결사례
- (4) 표결의 실시
- (5) 표결결과의 공표 사례 분석

Ⅲ. 한국헌법재판에서의 평결방식, 평결대상 및 평결순서

1. 헌법재판에서의 평결방식

가. 헌법재판소의 현행 평결방식과 그 문제점

- (1) 헌법재판소 결정례를 통해서 본 평결방식
- (2) 헌법재판소의 현행 주문별 평결방식이 가지는 문제점
 - 1) 적법요건문제와 본안문제에 대한 일괄 평결이 가지는 문제점
 - 2) 소수재판관의 표결불참여가 가지는 문제점
 - 3) 침해된 기본권의 특정 또는 결정이유 제시가 곤란하다는 문제점

나. 헌법재판소의 현행 주문별 평결방식이 가지는 문제점의 해결방안

- (1) 현행 주문별 평결방식의 개선
 - 1) 적법요건문제와 본안문제의 분리 평결
 - 2) 소수재판관의 계속적인 표결 참여의무 부과
 - (2) 쟁점별 평결방식의 채택
 - 1) 적법요건문제와 본안문제의 분리 평결이 가능
 - 2) 소수재판관의 표결참여가 가능
 - 3) 침해된 기본권의 특정과 결정이유의 제시가 가능
- 다. 헌법소송사건별 다양한 표결방식의 선택

- 2. 헌법재판에서 소수재판관의 평결참여의무
 - 가. 소수법관의 표결참여의무에 대한 논거
 - (1) 다수결정의 존중
 - (2) 양심적 갈등
 - (3) 재판부 구성 및 재판거부 방지
 - 나. 헌법재판에서 소수재판관의 평결참여의무
- 3. 헌법재판에서의 평결대상 및 평결순서
 - 가. 적법요건에 대한 평결
 - 나. 본안문제에 대한 평결
 - (1) 심판대상이 단수 또는 복수인 경우
 - (2) 심사기준이 단수 또는 복수인 경우
 - (3) 개별 헌법규정내의 경우

IV. 맺 음 말

[참고문헌]

I. 머리말

우리 나라 헌법재판에서의 평결방식, 평결대상 및 평결순서에 대해서는 헌법재판소법 뿐만 아니라 헌법재판에서 준용의 근거가 되는 민사소송법, 형사소송법 및 행정소송법에도 규율되어 있지 않다. 따라서 이들 문제는 판례 및 학설에 의해서 해결되어야 하는 실정이다.¹⁾

아래에서는 우선 독일 재판(민사소송, 형사소송 및 헌법소송)에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서를 기술하고, 이를 기초로 우리나라 헌법재판에서의 평결방식에 관한 문제점을 검토하고 그 해결책을 제시하는 한편, 평결대상 및 평결순서에 대해서도 고찰해 보고자 한다.

II. 독일 재판에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서

1. 서 설

가. 입법역사

모든 법원에 적용되는 법원조직법 제16편(제194조 - 제197조)²⁾에

1). 우리나라 일반 재판에서의 평결방식 등의 문제점을 다룬 유일한 논문으로는 박우동, 재판에서의 합의, 송천이시윤박사화갑기념논문집, 민사재판이 제문제(하), 1995, 229 - 240쪽 참조.

2). 제194조 [합의 및 표결과정]

(1) 재판장은 합의를 주재하고, 질문을 제기하고, 투표를 취합한다.

(2) 질문의 대상, 문언, 순서 또는 표결의 결과에 관하여 의견의 대립이 있는 때에는, 합의부가 결정한다.

서는 평의와 표결과정에서 발생하는 기술적 문제들을 규율하고 있다. 그러나 동 법률은 재판확정의 방법이 논리적인 관점과 소송법적인 관점 및 실체법적인 관점에서 문제가 발생하지 않도록 하기 위해서는 평의가 어떠한 방법에 따라서 진행되고 표결되어야 하는지에 대해서는 침묵하고 있다.

독일에서 법원조직법 제정당시 입법초안 작성자들은 어떠한 문제(질문)을 제기하고, 이 문제를 어떠한 방식과 어떠한 순서로 표결하는지에 대한 사항들 자체가 사건의 본안결정에서 영향(예를 들어 형사소송의 죄책문제(Schuldfrage)에서의 유죄 또는 무죄)을 미친다고 보았다. 그럼에도 불구하고 입법자는 다음과 같은 이유로 이를 명시적으로 규율하는 것을 포기하였다. 우선 위 문제에 관한 입법의 실제적 필요성을 부인하였고, 다음으로 “쟁점별(이유별) 표결방식” 인가 아니면 “주문별(결과별) 표결방식”인가에 대한 당시의 팽팽한 논쟁에 구체적인 입법으로써 개입할 의사가 없었다.³⁾

제195조 [소수법관의 표결]

법관이나 참심원은 선형 문제에 관한 표결에서 소수에 속했다는 이유로 후속 문제에 관한 표결을 거부할 수 없다.

제196조 [투표 계산]

- (1) 법률이 달리 규정하지 않는 한, 합의부는 투표의 절대적 과반수로 결정한다.
- (2) 수액에 관하여 의견이 3설 이상 분립하여 각각 과반수에 달하지 못한 때에는, 최다액의 의견의 수에 순차소액의 의견의 수를 과반수에 달하기까지 더하여 그 중 최소액에 의견에 의한다.
- (3) 죄책문제를 제외한 형사문제에 있어서 의견이 3설 이상 분립하여 각각 과반수에 달하지 못한 때에는, 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 순차 유리한 의견의 수를 과반수에 달하기까지 더하여 그 중 가장 유리한 의견에 의한다. 형벌문제에 있어서 2개의 의견이 각각 분립하여 과반수에 달하지 못한 때에는, 피고인에게 유리한 의견에 의한다.
- (4) 2인의 법관과 2인의 참심원으로 구성된 참심법원에서 단순과반수로 결정할 문제에 있어서 투표의 동수가 발생하는 경우에는, 재판장의 투표에 의하여 결정한다.

제197조 [표결순서]

법관은 근무연수에 따라, 동일한 근무연수의 경우에는 연령에 따라, 명예직 법관과 참심원은 연령에 따라 표결하는데, 연소자는 연장자 전에 그리고 참심원은 법관 전에 투표한다. 주심법원이 있는 경우에는 그가 제일 먼저 투표한다. 재판장은 가장 나중에 투표한다.

이와 같이 재판의 합의과정에서의 표결대상 및 표결방식 등은 법원 조직법이나 기타 특별절차법에서도 구체적으로 규율되어 있지 않으므로, 이들 사항은 지금까지 판례와 학설이 해결해 오고 있다.

아래에서는 민사소송과 형사소송에서는 각각 어떠한 표결방식을 채택하고 있는지를 먼저 살펴본 후, 헌법소송에서는 표결방식이 어떻게 채택되고 있는지를 고찰하기로 한다.

나. 용어의 정리

표결방식을 지칭하는 다양한 개념들이 사용되고 있으므로 우선 표결방식에 대한 개념을 먼저 정리하고자 한다.⁴⁾

‘쟁점별 표결방식’(Abstimmung nach Elemente/Gründe)은 일정한 법조문의 개별적 쟁점(이유/요소)에 대해서 표결하는 것을 말하는데, 예를 들어 독일 형법 제230조상의 신체상해죄의 경우 구성요건 해당성, 위법성 및 책임존재여부를 개별적 쟁점(이유/요소)으로 삼아서 별도로 표결한다. 이 때 개별적 쟁점(이유)은 사실적 및 법률적 측면에 대한 판단을 포함한다.

‘전체적 표결방식’(Totalabstimmung)은 개별적 쟁점(이유)의 종합적인 일정한 법조문 전체의 충족여부에 대해서 표결하는 것을 말하는데, 예를 들어 피고인이 형법 제230조상의 신체상해죄를 범해서 유죄(구성요건해당성, 위법성 및 책임을 종합)인가에 대해서 전체적으로 표결한다.

‘주문별 표결방식’(Tenorabstimmung)은 적법요건판단 또는 본안판단에서 전체결과로서 나타나는 판결주문(심판청구의 각하, 본안의 기각 또는 인용)에 대해서 표결한다. 예를 들어 형사소송조건들 전

3). 독일의 입법역사에 대해서는 Mellinghoff, Georg, Fragestellung, Abstimmungsverfahren und Abstimmungsgeheimnis im Stafverfahren, 1988, S. 11 f. 참조

4). Mellinghoff, aaO, 1988, S. 25-26 참조

체에 대해서 다시 말해서 형사소송사건을 종결할 것인지 여부에 대한 주문에 대해서 표결한다. 경우에 따라서는 전체적 표결방식에 의한 표결결과가 주문별 표결방식에 의한 표결결과가 주문별 표결방식에 의한 표결결과와 일치할 수도 있으므로 보통 전체/주문별 표결방식으로 표시하기도 한다. 또한 전체적 및 주문별 표결방식은 그 결과에 맞추어서 표결하므로 ‘결과별’ 표결방식으로 부르기도 한다.

2. 민사소송절차에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서

가. 쟁점별 표결방식의 채택 및 그 논거

독일 법원조직법 제정 이후 민사소송절차에서는 쟁점별 표결방식이 곧바로 큰 토론 없이 일치된 견해로 채택되어 관례로서 확립되었다.⁵⁾ 이러한 쟁점별 표결방식을 채택한 논거는 다음과 같다.

(1) 재판이유 제시의무

재판의 이유를 제시해야 할 법원의 의무 때문에 쟁점별 표결방식이 타당하다. 즉 독일 민사소송법 제286조 제1항 제2호⁶⁾, 제311조 제3항⁷⁾, 제313조 제3항⁸⁾에 따라서 법원은 재판이유를 개별적인 사

5). 법원조직법 제정당시의 견해에 대해서는 Mellinshoff, aaO, S.12, FN 참조; 현재의 관련문헌으로는 Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., II/2, 1989, § 309 Anm. 8; Wolf, in: ZPO, Münchener Kommentar, Band 3, 1992, GVG Anm.5; Albers, in : Baumbach/Lauterbach/Albers/Harmann, ZPO, 55.Aufl., 197, § 194 GVG Anm. 1 ; Rosenberg/Schubert/Gottwald, ZPO, 5.Aufl., 1993, § 22 ; Breetzke, Abstimmung, Spruch, Gründe, in : DRiZ 1962, S. 5 ff. 참조

6). 민사소송법 제286조 제1항 제2호: “판결에는 법관의 판단에 지배적이었던 이유를 적시해야 한다.”

7). 민사소송법 제311조 제3항 : “결정이유는, 적절하다고 인정되는 경우에는, 이유의 낭독이나

항까지 확인하고 적시해야 할 의무를 가진다. 이 때 재판이유에서 나타나는 개별적 쟁점은 합의부 다수의 의사에 기초해야 한다. 다시 말해서 개별적 쟁점(이유)에 대한 합의부 다수의 확인이 이루어져야만 비로소 법원은 재판이유를 합의부 다수의 의견에 따라서 제시할 수 있다.⁹⁾ 따라서 전체/주문별 표결방식에 따라서 내린 재판의 결과가 법관의 상이한 견해에 기초하고 있는 경우에 어떤 견해를 그 재판의 이유로 적시해야 할 것인가에 관한 어려운 문제를 쟁점별 표결방식에서는 피할 수 있다.

(2) 재판확정 과정에서 쟁점들에 대한 논리적 전개

단계적인 합의가 법적 사고의 필연적 결과라는 점이 쟁점별(이유별) 표결방식에서 중요한 논거가 된다. 법원의 모든 판결은 논리적이고 이상적인 추론을 의미한다. 합의부는 모든 개별적 쟁점들 - 사실적 쟁점들 및 법률적 쟁점들 - 을 분리하여 판단하고 다수의 의사로 하나씩 확인해 나감으로써 최종적인 결론을 도출해 낸다.¹⁰⁾

여기서 일정한 개별쟁점에 대해서 합의부 다수가 결정한 의사는 이 후의 다른 쟁점에 대한 판단에서 구속력을 가진다. 따라서 선행 쟁점 표결에서 소수가 된 판사는 선행 쟁점에 대한 다수의 결정에 기초해서 후속 쟁점을 계속 판단하고 표결해야 한다.

(3) 개별적 쟁점의 고려

쟁점별 표결방식을 적용하는 경우에만, 구체적인 재판에서 관련되고 있는 쟁점들이 재판합의과정에서 명확하게 부각될 수 있다. 만

중요한 내용의 구두통보에 의해서 선언된다.”

8). 민사소송법 제313조 제3항 : “경정이유에는 사실적 및 법률적 관점에서 결정이 기초로 하고 있는 판단사항들에 대해 간단하게 종합한 내용을 포함한다.”

9). Breetzke, DRiZ 1962, S.5f. ; Mellinghoff, 1988, S.54 ; Brox, Hans, Rechtsprobleme der Abstimmungen beim Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für Gebhard Müller, S.1 참조

10). Mellinghoff, 1988, S.58 이하 참조

약 중요한 문제를 전적으로 ‘결과’에만 초점을 맞추어 표결하는 경우에는(전체/주문표결방식), 소송당사자가 강조하는 관점을 충분히 평가할 수 없으며, 재판의 확정이 철저하지 못할 수 있다. 오직 재판의 결론과 관련된 개별쟁점에 대해서 일일이 표결하는 경우에만 제시된 증거를 완벽하게 평가할 수 있고, 사건을 광범위하게 분석한 토대 위에서 법규정을 올바르게 적용할 수 있다. 이 경우에만 비로소 공정한 재판을 얻어 낼 수 있다.¹¹⁾

나. 소수법관의 계속적 표결참여

독일 법원조직법 제195조에서는 선행 문제에서 소수에 속한 판사는 후속 문제에 대한 표결을 거부해서는 안된다는 것을 규정함으로써 소수법관에게 계속적으로 표결에 참여할 의무를 부과시키고 있다. 이 법조문은 쟁점별 표결방식에 대한 법적 근거로도 이해되고 있다. 따라서 민사소송에서의 각 표결대상을 그 순서에 따라서 표결할 때 소수법관은 빠짐없이 표결에 참여해야 한다.

다. 민사소송에서의 표결대상 및 표결순서

민사소송에서는 재판의 개별적인 쟁점들에 대해서 각각 별도로 표결한다. 모든 소송요건, 중간재판 또는 중국재판의 대상이 될 수 있는 모든 사항, 청구의 이유제시나 방어를 위해 주장된 사실, 그리고 여기서 적용되는 법률의 해석에 대해서 각각 분리해서 순서대로 표결한다.

라. 민사소송에서 쟁점별 표결방식에 의한 표결사례

[민사사례 1] 소송비용구조절차(독일민사소송법 제114조)에서 민사합의부 법관 3명 모두가 청구인의 소송비용구조청구를 다음과 같이 각기 가들 이유로 기각하려고 한다: A법관은 동 청구가 충분한 승소가능성이 없으므로, B법관은 청구인이 빈궁하지 않기 때문에, C

11). Breetzke, DRiZ 1962, S. 5f. ; Mellinshoff, aaO, 1988, S.53 참조

법관은 동 청구가 악의적이기 때문에. 여기서 각 요건에 대한 쟁점별 표결에서는 항상 2대1의 표결결과가 발생한다. 그러므로 개별요건들인 승소가능성과 빈궁함이 긍정되고 악의성이 부인된다. 판단의 시작단계에서는 3명의 법관 모두가 동 청구를 기각하려고 하였으나, 쟁점별 표결을 실시한 후에는 동 청구를 인용하는 것으로 결론난다. 반대의 경우에도 마찬가지이다. 즉 A법관은 동 청구의 승소가능성을 인정하고, B법관은 청구인의 빈궁성을 긍정하며, C법관은 동 청구의 악의성을 부인하여 동 청구를 인용하고자 한다. 그러나 각 법관의 판단은 다른 법관들의 판단과 일치하지 않는다. 여기서 2명의 법관이 각각 승소가능성이나 빈궁함을 부정하거나 악의성을 긍정한다면, 소송비용구조청구는 기각된다. 여기서는 세 가지 요건 중 어느 하나에 관해서 청구인에게 불리하게 내려진 표결결정도 소송비용 구조청구의 기각결정을 초래한다는 점이 특이하다.¹²⁾

[민사사례 2] 민사합의부의 3명의 법관 모두가 신체상해로 인한 손해배상청구를 이유 없다고 기각해야 한다는 견해를 가진다면, 그 표결에서 각 법관이 어떤 이유로 동 청구를 기각하는지가 확인되어야 한다. A법관은 피고에 의한 원고의 신체상해사실이 입증되지 못했다고 하는 반면, 다른 두 법관은 다른 의견을 가진다면, A법관은 이 문제에서 소수이고 민법 제823조 제1항의 객관적 구성요건은 충족된 것으로 본다. B법관은 다른 두 법관과는 다르게 신체상해행위는 정당방위이기 때문에 위법성이 없다고 본다면, 다수결정에 의해서 위법성도 존재하는 것으로 된다. 끝으로 C법관이 피고에게 책임이 없다는 의견을 가진다면, 그는 소수로서 남게 되어, 책임도 존재하게 된다. 이에 따라서 각 법관이 청구를 - 각각 다른 이유를 가지고 - 이유없다고 판단하지만, 동 청구는 인용되어야 한다.

12). Breetzke, DRiZ 1962, S.7

[민사사례 3] 피고에게 대여금의 반환을 청구하는 원고의 소송제기에 대하여 세 법관 각자는 동 소송을 기각(원고패소)하려고 한다. 그 이유에 대해서 A법관은 대여금이 제공되지 않았다고, B법관은 대여금이 이미 상환되었다고, 그리고 C법관은 조정을 통해서 대여금문제가 완결되었다고 각각 판단한다. 그러나 각 법관의 견해는 다른 두 법관의 반대견해 때문에 소수로 남는다. 이러한 쟁점별 표결을 대여금은 제공되었으나 상환되지 않았으며, 조정을 통한 해결도 이루어지지 않았다는 결과를 가져왔다. 따라서 피고에게 대여금 상환을 하라는 판결을 내려야 한다.¹³⁾

[표결사례에 대한 평가]

위 민사소송 사례들에게서 쟁점별 표결방식에 따라서 표결한 판결 결과는 원고에게는 유리하고 피고에게는 불리하게 나타나고 있다. 만약 위 사례들을 주문별 표결방식에 따라서 표결하였다면 원고에게는 불리하고 피고에게 유리한 판결결과도 발생하였을 것이다.

3. 형사소송절차에서의 표결방식, 표결대상 및 표결 순서

가. 전체/주문별 표결방식의 채택 및 그 논거

독일에서 법원조직법 제정 이후 형사소송절차에서는 어떠한 표결방식을 채택해야 하는지에 대해서 상당기간 동안 논란이 계속되었으나 전체/주문별 표결방식이 통설로 채택되어¹⁴⁾ 판례로 확립되었

13). Breetzke, DRiZ 1962, S.7

14). 대표적인 학자인 Binding은 쟁점별 표결방식을 주장했고, Beling은 전체별 / 주문별 표결방식(죄책문제에 대한 전체표결과 형벌문제에 대한 전체표결을 구분)을 주창하였는데 결국 Beling이 견해가 통설이 되었다. 이에 대한 관련문헌은 Mellinghoff, aaO., S.12 FN 9 및 FN 10 참조

다.¹⁵⁾ 그러나 형사소송에서의 죄책문제(Schuldfrage)에 대한 결정(주문별 표결방식을 적용)을 제외한 여타 문제 [소송조건, 형벌문제(Strafrage)]의 결정에 대해서는 아직도 쟁점별 표결방식이 적용되어야 한다는 견해들이 존재하고 있다.¹⁶⁾ 아래에서는 먼저 전체/주문별 표결방식을 채택한 논거를 살펴보기로 한다.

(1) 다수의사에 따른 재판의 성립

쟁점별 표결방식에 따라서 도출된 결과는 합의부 개인 법관 또는 전체 법관의 견해와 모순된다(아래에서의 [형사사례1] 및 [형사사례2] 참조). 전체/주문별 표결방식을 통해서 얻은 ‘전체결과’만이 합의부의 의사에 부합하며, 법률(법원조직법 제196조, 형사소송법 제263조¹⁷⁾)이 요구하는 가중다수의 의사에 기초하는 재판을 성립시킨다.¹⁸⁾

(2) 피고인에게 유리한 형사법원칙의 준수

모든 법관이 각기 다른 이유를 가지고 피고인의 죄책을 의심하는 경우, 쟁점별 방식에 따라서 표결하는 경우에는 모든 의심이유 그 자체는 다수의 지지를 받지 못하므로 부정된다. 이 경우에는 어느 법관도 유죄판단의 합법성에 대해서 확신하지 못하는 가운데 유죄판결이 선고될 것이다. 따라서 전체/주문표결방식을 통해서만 ‘의심이 있을 때는 피고인의 이익으로’라는 형사법원칙이 준수된다.¹⁹⁾

15). 형사소송에서의 전체/주문별 표결방식을 직접 언급한 유일한 판례는 BGH 4 STR 7/76 v. 15. 7. 1976 (Holtz, Günter, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1976, S.989에 소개) ; 최근의 문헌으로는 Schmidt, Eberhardt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil III, 1960, §194, Rdnr. 11 ; Mellinghoff, S.265 ; Schäfer-썬찰구, in : Löwe-Rosenberg, StPO und GVG, 24.Aufl., 6 Band, 1996, §194, Rdnr. 6 참조

16). Breetzke, DRiZ 1962, S.5 f.; Mellinghoff, aaO, S.13 참조

17). 독일형사소송법 제263조 제1항: “죄책문제와 형벌문제에 있어서 피고인에게 불리한 결정은 3분의 2이상의 다수투표가 필요하다.”

18). Mellinghoff, aaO., S.74 f. 참조

19). Schmidt, StPO und GVG, Teil III, 1960, §194, Rdnr. 13 ; Mellinghoff, aaO, S.73 참조

(3) 평가할 행위는 ‘가분할 수 없는 전체’라는 논거

특히 죄책 문제에 대한 ‘전체표결’ 방식은 합의부가 피고인의 ‘단일한 의사 행위’를 판단해야 한다는 데서 그 논거를 찾고 있다. 법률상 평가해야 할 인간의 행위는 쪼갤 수 없는 전체물이어서, 전체표결만이 정당한 결정을 가능하게 해준다.²⁰⁾ 그러나 이러한 논거는 죄책문제에서 전체표결방식을 정당화해 줄 수 있지만, 합의부의 여타 다른 결정에는 적절하지 못하다.

(4) 전체/주문별 표결방식에서의 재판이유 적시 문제

전체/주문별 표결방식에 따라서 행한 표결결과가 다양한 의견에 기초하고 있는 경우에는, 재판의 이유를 어떻게 적시해야 하는가 대한 어려운 문제가 발생한다.²¹⁾ 이 문제는 아래와 같은 방법으로 해결할 수도 있다.²²⁾

1) 다수의 법관이 지지하고 있는 의견이 존재하는 경우에는 이를 재판이유로 적시한다. ; 2) 재판주문에 직접 중요한 관점을 재판이유로 적시한다 ; 3) 다수법관의 견해나 중요한 관점도 존재하지 않은 경우에는 표결결과를 포함한 다양한 견해를 그대로 재판이유로 적시한다. 예를 들어 합의부 3 법관 모두가 피고인이 신체상해죄에 있어서 무죄라는 결과를 표결을 통해 얻었지만, A법관은 피고인이 신체상해를 행하지 않았다는 이유를 제시하지만, B 및 C법관은 피고인이 정당방위로 신체상해를 행하였다는 이유를 제시한다. 이 경우 B 및 C법관의 판결이유가 다수의 견해이며 중요한 관점을 가지므로 그대로 전체 판결이유가 된다.

나. 형사소송절차에서의 표결대상 및 표결순서

20). Schäfer-썩찰구, in " Löwe-Rosenberg, StPO und GVG,24.Aufl., 6 Band, 1996, §194, Rdnr. 6 ; Melinghoff, aaO, S.71 f. 참조

21). Schmidt, StPO und GVG, III. § 194, Rdnr. 34 참조

22). Vgl. Peyers, Karl, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S.489 f.

하나의 형사소송절차에서는 소송법적 및 실체법적 근거를 기초로 여러 종류의 재판들이 내려질 수 있다. 법원은 소송조건(본안결정에 소송장애사유가 존재하는지 여부), 죄책문제(범행의 유죄여부) 및 형벌문제(형벌종류 및 형벌정도) 등의 대상들을 순서에 따라서 각각 별도로 표결한다.²³⁾

형사소송절차에서 전체/주문별 표결방식이 적용된다고 하더라도 판결주문에 대한 단 한번의 표결만이 실시된다는 것을 의미하지는 않는다. 특정한 문제마다 다수의 의사결정이 요청된다면 여러 차례 전체표결(예를들어 소송조건에 대한 전체표결 및 죄책문제에 대한 전체표결)이 행해질 수 있다.²⁴⁾

따라서 소송조건과 죄책문제를 종합하여 하나의 표결대상으로 삼아서 단 한번의 표결로써 두 문제를 함께 결정하지 아니한다. 따라서 A법관은 소송조건결여로 형사소송 종결, B법관은 유죄, C법관은 범죄구성요건의 불충족으로 무죄라는 표결결과가 성립할 수 없다.

(1) 소송조건의 존재여부에 관한 결정

재판관할, 확정판결, 공소시효, 고소 등의 소송조건에 대한 표결에서는 모든 소송조건들을 전체적으로 표결하는 전체/주문별 표결방식이 적용된다는 것이 통설이다.²⁵⁾ 이에 대한 결정은 법원조직법 제196조 제1항에 의거 형사합의부 과반수의 찬성으로 이루어진다.

[형사사례1] 소송조건의 존재여부에 대한 표결례를 살펴보면, 소송조건의 판단에서 합의부(3인)의 각 법관은 확정판결의 존재, 공소시

23). Michel, Nobert, Beratung, Abstimmung und Beratungsgeheimnis, DRiZ 1992, S.265 ; Schäfer-Wickern, aaO, 1996, Rdnr. 5 ; Mellinghoff, aaO, S. 27 ff. 참조

24). Schmidt, StPO und GVG, III, Rn. 11 참조

25). Breetzke, DRiZ 1962, S. 7 는 형사소송조건의 표결시 쟁점별 표결방식을 적용해야 한다고 주장하고 있다.

효의 완성, 고소의 결여를 인정하여 소송종결을 원한다. 그러나 각 법관은 다른 법관이 인정한 소송장애사유를 각각 부정한다. 이 경우 모든 소송조건을 쟁점별 표결방식에 따라서 표결하게 되면 개별적 소송장애사유를 각각 다수(2인)가 부정하는 결과를 가져오므로 소송사건을 종결해서는 안되고 본안결정을 내려야 한다. 그러나 형사소송에서의 소송조건은 전체/주문별 표결방식에 의해서 전체적으로 표결되므로 이 사건의 경우에는 소송종결이라는 결정이 내려진다.²⁶⁾

(2) 죄책문제에 관한 결정

소송조건이 존재한다고 결정한 이후에는 본안판단에서 죄책문제(Schuldfrage)에 관한 결정(입증된 사실에 대한 판단과 동 사실의 형법 규정의 포섭에 관한 판단)이 따른다.

죄책문제에는 결과 전체에 대해서 표결하는 전체/주문별 표결방식이 적용된다.²⁷⁾ 따라서 피고인의 구성요건 충족여부, 위법성 존재여부 및 책임 존재여부에 대한 쟁점별 표결이 개별적으로 행해지지 않는다. 오직 피고인의 범행의 유죄(구성요건해당성, 위법성 및 책임을 종합)인가에 대한 전체표결만이 행해진다. 죄책문제는 독일 법원조직법 제196조 제1항 및 형사소송법 제263조제1항에 의거 3분의 2이상의 가중다수투표로 결정한다.

[형사사례 2] 민사소송절차에서 소개한 [민사사례2]를 형사소송절차에서 심리해보면, 민사소송에서의 피고가 신체상해를 이유로 법원에 기소된다. 이 사건에서 합의부 전체 법관은 무죄를 인정한다.

다만 합의부의 각 법관은 다른 두 법관이 부정하는 아래와 같은

26). Mellinghoff, S. 42-44 참조

27). RG 8, 220 ; Eb.Schmidt, StPO III, § 194, Rdnr. 11 ff. ; Peters, Strafprozeß, 1985, S.488 ; Mellinghoff, S.115 ff.

다른 이유를 근거로 피고인의 무죄를 인정한다. A법관은 피고의 신체상해사실이 입증되지 못했다고 보며, B법관은 신체상해행위는 정당방위로서 위법성이 없다고 보고, C법관은 피고에게 책임이 없다는 의견을 가진다. 이 사건을 쟁점별 방식에 따라서 표결해야 하는 경우에는 각 법관은 자신의 무죄이유만을 가지고는 소수가 되므로 어떠한 무죄이유도 관철될 수 없다. 모든 법관이 피고인의 유죄를 잘못된 것이라고 여기지만, 피고인은 유죄선고를 받게 되는 결과를 가져온다. 쟁점별 표결방식에 따른 이러한 이상한 결과는 무죄선고라는 결정을 원하는 다수법관의 의사와 일치할 수 없기 때문에 형사소송에서는 전체/주문별 표결방식에 따라서 표결하여 피고에게는 무죄가 선고된다. 비록 3분의 2의 다수 법관 각자가 죄책문제에 대한 개별 쟁점들을 피고에게 불리하게 판단하고 있더라도 피고는 결과적으로 무죄가 된다.²⁸⁾

[형사사례 3] 5명의 법관으로 구성되는 형사합의부에서 두 법관(A, B)은 피고인의 범행을 강도미수로, 다른 두 법관(C, D)은 강간미수로 인정하지만, 다른 한 법관(E)은 피고인이 무죄라고 판단하다.

범행의 유죄판결에서는 5명의 법관 중 3분의 2에 해당하는 4명의 다수 법관의 유죄인정이 필요하다. 여기에는 4명의 법관 모두가 특정한 형사범죄의 성립요건이 충족되었음을 확인하는 것이 필요하다. 강도미수에 대해서는 C, D, E 법관의 반대견해가 존재하고, 강간미수에 대해서는 A, B, E 법관의 반대견해가 존재하므로 3분의 2에 해당하는 다수법관의 찬성이 존재하지 아니한다. 따라서 이 경우에는 피고에게 무죄를 선고해야 한다.²⁹⁾

28). Breetzke, DRiZ 1962, S. 7 참조.

29). Breetzke, DRiZ 1962, S. 8 ; Schäfer-Wicken, § 194, Rdnr. 9 in : Löwe-Rosenberg, StPO und GVG 참조.

(3) 형벌문제에 관한 결정

죄책문제에 대한 결정에서 유죄로 결론이 난 경우에는 형벌문제 (Straffrage)에 관한 결정이 뒤따른다. 형벌문제에는 전체별 표결방식이 아닌 쟁점별 표결방식이 적용된다. 우선 형벌의 종류(자유형 또는 벌금형)가 표결되고, 형벌의 정도(자유형의 기간 및 벌금형의 액수)를 표결한 후, 기타 사항(예:집행유예)에 대해서 표결한다. 피고인에게 내려지는 형벌문제에 대한 결정도 독일 형사소송법 제263조 제1항에 의거하여 3분의 2 이상의 다수투표로 이루어진다.

형벌의 정도에서 다른 의견을(A법관 4년, B법관 3년, C법관 2년, D법관 1년, E법관 6월의 자유형)이 존재하면, 독일 법원조직법 제196조 제3항 제1문 및 독일 형소법 제263조에 따라서 결정한다. 이 경우에 4명이라는 3분의 2의 다수 의견이 존재하지 않으므로 최고 징역형에 다음 차고형을 더하여 3분의 2에 달할 때까지 계산하여 형벌의 정도는 최종적으로 1년형으로 결정된다.³⁰⁾

다. 소수법관의 계속적 표결참여

독일 법원조직법 제195조에 의거 선행 문제에서 소수에 속한 법관은 후속 문제에 대한 표결을 거부해서는 안된다. 선행 문제에 대한 표결에서 결정된 다수의 입장이 후속 문제에 대한 표결에서 소수법관의 판단근거가 된다. 예를 들어 소송조건에 관한 전체표결에서 소수가 되었던 법관은 죄책문제에 관한 전체표결이나 형벌문제에 관한 표결을 거부할 수 없다.

4. 헌법소송절차에서의 표결방식, 표결대상 및 표결순서

30). Mellinshoff, aaO, S.38 f., 123 ff.; Michel, DRiZ 1992, S.265 참조.

가. 헌법소송에서의 표결방식의 채택

헌법소송절차에서의 표결방식은 앞에서 살펴본 민사소송절차 및 형사소송절차에서 채택된 표결방식(쟁점별 방식 또는 전체/주문별 방식)을 원용하는 형태로 나타나고 있다. 헌법소송절차에서 어떠한 표결방식이 적용되어야 할지에 대해서 연방헌법재판소법은 별도로 규정하지 않고, 단지 제17조에서 법원조직법 제16편의 법규정들이 준용된다고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 헌법소송에서의 표결방식도 관례 및 학설에 의존하여 적용될 수 밖에 없다.

(1) 쟁점별 표결방식

위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판 등과 같은 헌법소송에서는 쟁점별 표결방식이 적용된다.³¹⁾ 법률이 이를 요구하고 있다. 즉, 연방헌법재판소법 제67조³²⁾ 및 제95조 제1항³³⁾에 의거하여 재판에서는 기본법의 어떠한 규정이 위반되는지를 확인해야 한다는 점이다. 이때 쟁점별 표결방식에 의해서만 비로소 모든 쟁점에서 재판의 이유가 다수의 의사에 기초한다는 점이 보장된다. 특정한 법규정이 무효로 선언되거나 그 위헌성이 확인된 경우에, 입법자는 새로이 입법을 위해서 동 법률이 어떤 헌법규정을 위반하고 있는

31). Brox, Hans, Rechtsprobleme der Abstimmungen beim Bundesverfassungsgericht, in : Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 3 ; Ulsamer, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 1987. § 15, Rdnr. 13 ; Zierlein, in: Umbach, Dieter / Clemens, Thomas (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, §15, Rdnr. 45 ; Bendam Ernst / Klein, Eckart, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, S. 108 참조.

32). 연방헌법재판소법 제67조 제1문 : 연방헌법재판소는 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 어느 규정을 침해하는지를 자신의 결정에서 확인한다.

33). 연방헌법재판소법 제95조 제1항 : 헌법소원청구가 인용된 경우에는, 그 결정에서 기본법의 어떠한 규정이 침해되었는지, 그리고 어떠한 (공권력) 행위와 부작위로 침해되었는지를 확인해야 한다.

지, 그리고 그러한 헌법 위반을 연방헌법재판소가 어떠한 이유를 근거로 인정하였는지에 대해서 반드시 인식할 수 있어야 한다. 이러한 사항들은 오직 개별적 쟁점(이유)에 대해서 표결하는 경우에만 확보될 수 있다. 또한 재판의 결과가 법관의 상이한 견해에 기초하고 있는 경우에는, 전체/주문표결방식에 따른다면 그 재판의 이유를 설시해야 할 때 발생하는 어려운 문제를 쟁점별 합의 방식에서는 피할 수 있다.³⁴⁾

그리고 표결절차와 관련하여 연방헌법재판소 직무규칙 제27조 제2문은 “관련사건에서 여러 가지 법적 문제들이 제기되면, 재판주문에 관해서 결정하기 전에, 이러한 법적 문제들을 순서대로 각각 표결한다.”라고 규율하고 있다. 따라서 이 규칙조문도 쟁점별 표결방식을 채택하고 있는 것으로 해석된다.³⁵⁾

(2) 전체/주문별 표결방식

그러나 기본권의 실효, 정당의 위헌해산 및 연방대통령이나 법관의 탄핵에 관한 헌법소송에서는 전체/주문별 표결방식이 적용된다.

왜냐하면 이 심판사건들에 대한 소송절차는 그 성격상 형사소송절차와 비슷하기 때문이다. 또한 이 사건 절차에서 피청구인에게 불리한 재판에는 재판부 구성원 3분의 2이상의 다수를 요구하는 연방헌법재판소법 제15조 제2항 제2문의 규정에서도 형사소송과의 유사성이 나타난다. 왜냐하면 독일 형사소송법 제263조 제1항에서도 죄책문제에 있어서 피고인에게 불리한 결정에는 3분의2이상의 가중다수가 전제되기 때문이다.³⁶⁾

나. 소수재판관의 계속적 표결참여

34). Brox, aaO, 1970, S. 3 참조.

35). Zierlein, aaO, 1992, § 15, Rdnr. 44 참조.

36). Brox, aaO, 1970, S.3 ; Ulsamer, aaO, § 15, Rdnr.13 ; Zierlein, aaO, §15, Rdnr. 47 참조.

독일 법원조직법 제195조에서는 선행 문제에서 소수에 속한 법관은 후속 문제에 대한 표결을 거부해서는 안된다는 것을 규정함으로써 소수 법관에게 계속적으로 표결에 참여할 의무를 부과시키고 있다. 이 법규정은 헌법소송에서도 적용되기 때문에 소수재판관은 표결대상들을 그 순서에 따라서 표결할 때 빠짐없이 표결에 참여해야 한다.

다. 헌법소송에서의 표결대상 및 표결순서

아래에서는 연방헌법재판소가 구체적 사건의 표결에서 어떠한 표결대상을 상대로 어떠한 표결절차를 거치는지를 살펴보기로 한다.

표결대상 및 표결순서는 논리적 관점, 소송법적 및 실체법적인 관점을 기초로 해서 정한다. 기본적으로 소송에 관련된 문제를 본안 문제 보다 우선적으로 심리하고 결정한다. 따라서 헌법소송에 관련된 적법요건에 관한 문제들을 우선적으로 표결하여 결정하고, 그 다음에 본안에 관련된 문제들을 별도로 표결하여 결정한다.³⁷⁾

(1) 적법요건 결정에서의 표결

적법요건에 관한 결정에서도 의견대립이 있는 경우에는 개별적 쟁점(이유)에 대해서 표결한다. 대부분의 또는 모든 재판부 구성원이 헌법소원청구를 부적법하다고 판단한다고 하더라도, ‘쟁점별 표결’ 방식하에서는 적법성이 인정될 수도 있다. 헌법소원청구의 부적법성을 개별 재판관이 각각 상이한 이유(예를 들어 청구인적격의 결여, 형식요건의 결여, 보충성원칙의 위반)를 들어 논증하고 있지만 적법요건의 표결에서는 그 이유들 중 어느 것 하나도 필요한 다수의 지지를 받지 못하는 경우에 위와 같은 결론에 도달할 수 있다.³⁸⁾

37). Ulsamer, aaO, 1987, § 15, Rdnr. 13 ; Zierlein, aaO, 1992, §15, Rdnr. 45 참조.

38). Brox, aaO, 1970, S. 5 참조.

(2) 본안결정에서의 표결

청구의 적법성이 재판관 다수에 의해서 인정되고 난 후에는, 본안 문제 결정에서 개별적 쟁점들이 심리되고 필요시에는 쟁점별 표결식에 따라서 별도로 표결한다.³⁹⁾

1) 심판대상이 단수 또는 복수인 경우

단수의 법률조문 또는 행정처분이 판단대상이 되는 경우에는 아래 2)와 같이 결정하지만, 법률의 여러 조문들이 심판대상으로 되어 있다면, 개별 법조문 하나 하나가 기본법과 합치되는지 여부를 별도로 결정한다.⁴⁰⁾

2) 심사기준이 단수 또는 복수인 경우

가) 본안판단에서는 헌법규정이 일반 또는 특별의 경합관계에 있는 경우, 헌법의 특별규정(예: 기본법 제12조에 의거한 직업선택의 자유 또는 기본법 제5조에 의거한 의사표현의 자유)부터 먼저 판단해야 한다. 만약 이러한 특별규정의 침해가 재판관 다수에 의해서 부정되면, 이와는 별도로 헌법의 일반규정(예: 기본법 제2조에 따른 일반적 행동의 자유)이 관련되는지를 살펴본 후, 관련된 경우에는 동 헌법규정이 위배되고 있는지를 심리하고 결정한다.

나) 만약 상호간에 특별-일반관계하에 놓여 있지 아니한 여러 개의 헌법규정들이 판단대상으로 존재하는 경우에는, 이미 한 헌법규정에 대한 위반을 재판관 다수가 확인하였다면, 다른 헌법규정들이 침해되고 있는지 여에 대한 심리와 표결은 생략될 수도 있다.⁴¹⁾

3) 기각결정의 경우

헌법소원청구가 기각되는 경우에는 무슨 이유 때문에 관련된 헌법

39). 본안결정에 관한 표결절차에 대해서 자세한 것은 Brox, aaO, 1970, S. 5 ff. 참조.

40). BVerfGE 22, 180 이하에서는 표결결과를 따로 적시하고 있다.

41). 예를 들어 BVerfGE 23, 265(271) 참조.

규정들 중 어느 것 하나도 침해되지 않았는지에 대한 이유를 판시해야 한다. 따라서 여러 차례의 표결행위가 필요할 수도 있다.

4) 개별 헌법규정내의 경우

하나의 헌법규정이 침해되었는지에 대한 판단에서 조차도, 그 이유에 대한 의견대립이 발생한 경우에는 개별적 이유(쟁점)에 대해서도 별도로 표결한다. 예를 들어 일반적 평등조항(기본법 제3조 제1항)의 침해가 문제되고 있는 경우에, 일부 재판관들은 해당집단의 차별취급을 일정한 비교집단과의 관계에서 긍정하는 반면, 다른 재판관들은 해당집단의 차별취급을 다른 비교집단과의 관계에서 긍정할 수 있다. 비교집단과 관련한 차별취급을 다수의 재판관이 긍정하는 경우에, 이 차별이 헌법상 정당화되는지에 대한 문제는 별도로 표결하여 결정한다. 이 경우 헌법상 정당성여부가 다수의 재판관에 의해서 부인되는 경우에만 비로소 기본법 제3조 제1항에 대한 위반이 확정될 수 있다.

(3) 헌법소송에서의 표결사례

[헌법사례 1] 8명으로 구성되는 재판부의 표결결과 4명의 재판관은 특정 법조문을 위헌이라고 여기는 데 각기 다른 이유를 들고 있다. 즉 두 재판관은 이 법조문은 입법기관의 권한결여 때문에 위헌이라고 보고, 다른 두 재판관은 동 법조문이 실체적 헌법규정위반 때문에 위헌이라고 보고 있다. 이 경우에는 이 법조문을 위헌이어서 무효라고 선언하는 데 필요한 다수(4명)가 존재하지 않는다. 왜냐하면 이 법조문에 위헌이라고 효력을 부인하는 4명의 재판관은 다수견해를 형성하는 것이 아니고, 오직 두 개의 소수견해를 별도로 형성하고 있는 것에 불과하기 때문이다.⁴²⁾

42). Barbey, Günther, § 74 Der Status des Richters, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, S. 838, Rdnr. 125 ; Zierlein, aaO, § 15, Rdnr. 45, FN. 139

(4) 표결의 실시

특정한 헌법소송절차에서 결정의 개별적 쟁점들에 대해서 표결하는 경우, 실제로 모든 쟁점에 대한 수많은 표결행위가 이루어지는 것은 아니다. 예를 들어 모든 재판관이 그 결과와 그 이유에서 주심재판관의 의견에 동조한다는 사실이 평의에서 나타난다면, 수많은 표결은 불필요하게 된다. 이 경우 오직 단 한번의 표결이 행해진다면, 이 표결은 개별적 쟁점들에 대한 모든 표결의 종합에 해당된다고 간주한다. 그러나 만약 평의에서 개별적 쟁점에 관해서 견해대립이 존재한다면, 위에서 설명한 바와 같이 이 쟁점에 대해서 별도로 표결해야 한다.

(5) 표결결과의 공표 사례 분석

관련된 표결이 실제상 어떻게 행해지는가에 대해서는 한동안 표결결과를 발표했던 연방헌법재판소 제2재판부의 결정을 통해서 알 수 있다.⁴³⁾

제2재판부가 가끔 결정문의 말미에, 이 결정은 “그 결과에서” 전원일치로 이루어졌다는 것을 적시하고 있는 경우에는 이러한 표현으로부터 오직 ‘전체/주문표결’만이 행해졌다고 추론해서는 안된다.⁴⁴⁾ 오히려 결정의 개별쟁점에 대한 표결에서 항상 전원일치가 이루어진 것은 아니라는 추론을 할 수 있으며, 따라서 소수재판관은 다른 이유를 가지고 결정주문에서 포함하고 있는 결과를 인정하고 있다는 것을 알 수 있다.

제2재판부는 흔히 단 하나의 표결결과만을 공표하지만 이로부터 적법요건결정과 본안결정에 대한 ‘전체/주문표결’이 행해진다고 단

; Ulsamer, aaO, § 15, Rdnr. 13FN. 88참조.

43). Brox, aaO, 1970, S. 6 참조.

44). BVerfGE 22, 254 (266) ; 23, 98 (113)

정할 수 없다. 본안결정의 말미에 기재하고 있는 표결결과는 일반적으로 판시한 본안문제에만 관련되고 적법문제에는 관련되지 않는다. 이러한 추론은 전원일치가 아닌 채로 선고된 결정이 추가적인 이유 설명 없이 헌법소원청구가 적법하다고 확인하고 있는 경우에도 해당된다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 이 경우 만약 적법요건결정이 본안결정과 달리 전원일치가 아닌 채로 긍정되었다면, 적법요건에 대한 의문성을 언급했을 것이기 때문이다.

제2재판부의 여러 재판에서는 그 차례만 보더라도 공표된 표결결과가 적법요건판단에 관계되지 않는다는 것을 알 수 있다.⁴⁶⁾ 그러나 표결결과가 어떠한 문제에 관련되어 있는지는 모든 사건에 있어서 쉽게 확인할 수 없다. 예를 들어 BVerfGE 22, 311에서 'B I' (적법요건판단) 아래에서는 위헌제청의 적법요건에 대해서 그리고 'B II'(본안판단)에서는 두 법률규정의 기본법과의 합치성이 긍정되고 있다. 그리고 'B III'에서는 결정이 4대 3으로 이루어졌다는 것을 알려주고 있다. 이 경우 적법성에 대한 표결에서뿐만 아니라 그 합헌성에 대한 표결에서도 동일하게 공표된 표결결과가 적용되는지가 의문이 든다. BVerfGE 23, 62에서는 'B'(적법요건판단)아래서 위헌제청을 적법한 것으로 보고, 'C'(본안판단)아래에서는 법률의 기본법 제80조 제1항 제2문에 대한 위반이 어떤 이유 때문에 존재하는지를 설명하고 있다. 'C'는 '1'과 '2'로 나누어지고, '2'는 다시금 a, b, c로 나누어져 있다. 'c'의 말미에 표결결과가 적시되어 있다. 이 표결결과가 'c'에 대해서만 관련된다고 보기는 어렵다. 그렇다면 'C 2'에 대해서, 'C'에 대해서 또는 'B'와 'C'에 대해서 위 표결결과가 관

45). 예 : BVerfGE 22, 21(25)

46). 예 : BVerfGE 22, 241(247, 254) : 기본권 제100조에 의거한 위헌제청에 대한 결정 ; BVerfGE 24, 56(62) : 헌법소원심판에 대한 결정

련되는 것인지 의문이 든다.

Ⅲ. 한국 헌법재판에서의 평결방식, 평결 대상 및 평결순서

아래에서는 헌법재판소가 지금까지 헌법재판에서 채택하고 있는 평결방식⁴⁷⁾을 검토한 후, 앞에서 기술한 독일 재판에서의 표결방식 등에 관한 내용을 기초로 하여 현행 헌법재판에서의 평결방식상 문제점을 분석한 후 그 해결책을 제시하는 한편, 평결대상과 평결순서 성 대해서 살펴보기로 한다.

1. 헌법재판에서의 평결방식

헌법재판에서 평결방식을 채택하는 경우에는 헌법질서유지와 기본권 보장이라는 헌법재판의 목적달성에 가장 부합하는지 여부가 그 기준이 되어야 하며, 논리적 관점, 소송법적 및 실체법적 관점에서 그것이 타당한지 여부도 고려해야 한다.

가. 헌법재판소의 현행 평결방식과 그 문제점

(1) 헌법재판소 결정례를 통해서 본 평결방식

1) 헌법재판의 평결방식이 관련된 최초의 1993. 5. 13. 선고, 90헌바22, 91헌바12,13, 92헌바3,4(병합) 결정에서 헌법재판소는 헌법재

47). 헌법재판소는 그 결정에서 (주문별) '합의방식'이라는 용어를 사용하고 있지만 '합의' 대신에 평의에서 행해지는 표결행위를 의미하는 '평결'을 사용하여 '평결방식'이라고 표현하는 것이 더 정확하다고 생각되므로 이 글에서는 '합의방식' 대신에 '평결방식'이라는 용어를 사용하고자 한다.

판의 평결방법에 관하여는 직접적인 언급을 전혀 하지 않고 있다.

다만 소수의견을 낸 5인 재판관은 심판청구가 적법하므로(재판전제성 존재) 본안 판단을 해야 한다고 하면서, 본안판단을 한 후 5인의 다수의견으로 '위헌 불선언' 결정을 내렸다. 여기서 소수의견을 낸 4인 재판관은 재판전제성이 결여되어 심판청구를 각하해야 하고 본안판단은 불요하다고 주장하면서 본안판단에 참여하지 않았다.

헌법재판소는 이 결정에서 주문별 평결방식을 채택하고 있다는 점을 간접적으로 보여주고 있다.

2) 헌법재판의 평결방식이 관련된 두 번째의 1994. 6. 30. 선고, 92헌가18 결정에서도 헌법재판소는 헌법재판의 평결방법에 관하여 전혀 언급하지 않고 있다. 여기서도 다수의견을 낸 6인 재판관은 재판전제성이 존재하여 위헌제청이 적법하므로 본안판단을 해야 한다고 하면서 본안판단을 한 후 6인의 다수의견으로 위헌선언을 하였다. 한편 소수의견을 낸 3인의 재판관은 재판전제성이 결여되어 부적법하므로 각하해야 한다고 주장하면서 본안판단에 참여하지 않았다.

3) 헌법재판의 평결방식에 관해서 최초로 구체적인 실시가 행해진 1994.6.30. 92헌바23 결정에서 적법요건(재판전제성)을 인정한 다수의견(5인재판관)은 “이 사건에 있어서 재판관 5인이 ‘재판의 전제성’을 인정하였다면 이 사건 헌법소원은 일응 적법하다고 할 것이고 이 사건 헌법소원이 적법한 이상, 재판의 전제성을 부인하는 재판관 4인도 본안결정에 참여하는 것이 마땅하며 만일 본안에 대한 다수와 견해를 같이하는 경우 그 참여는 큰 의미를 갖는 것이라 할 것이다”라 실시하고 있다. 이에 반해서 소수의견을 낸 4인의 재판관은 “5인 재판관의 위헌의견은 헌법재판의 합의방법에 관하여 쟁점별 합의를 하여야 한다는 이론을 펴고 있으나 우리 재판소는 발

즉 이래 오늘에 이르기까지 예외 없이 주문합의제를 취해 왔으므로 (헌법재판소 1993. 5. 13. 선고, 90헌바22, 91헌바12,13, 92헌바3,4(병합) 결정 및 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 92헌가18 결정 참조) 위헌(다수)의 견이 유독 이 사건에서 주문합의제에서 쟁점별 합의제로 변경하여야 한다는 이유를 이해할 수 없고, 새삼 판례를 변경하여야 할 다른 사정이 생겼다고 판단되지 아니한다.”라고 주장함으로써 주문별 평결방식을 고수하고 있다.

4) 헌법재판소 1997.7.16 선고, 96헌라2결정에서도 3인의 소수재판관은 권한쟁의심판의 청구가 부적법하다는 최종의견을 내었을 뿐, 본안문제에 관하여 심리하지 않았고 평결에도 참여하지 않았다. 오직 6명의 다수 재판관만이 본안문제를 심리하여 청구인의 권한침해를 확인하였다. 따라서 이 결정에서도 거듭 주문별 합의방식이 적용되었다.

(2) 헌법재판소의 현행 주문별 평결방식이 가지는 문제점

위의 결정들에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 재판부 평의에서 심판사건을 심리한 후 주문별 합의방식에 따라서 이를 평결하고 있다. 각 재판관은 결정주문에 관한 평결에서 심판사건의 적법성여부 또는 위헌여부에 관한 자신의 최종의견을 내고 있다. 이러한 결정주문 평결에서 적법요건에 대해서 각하의견을 내서 소수가 된 재판관은 각하 의견이 최종의견이라고 주장하면서 본안심리에 참여하지 않고 본안평결에도 참여하지 않고 있다. 따라서 심판사건의 적법요건을 인정한 다수의 재판관(5명 또는 6명)만이 본안심리를 하고 평결을 하여 본안에 관한 최종결정을 하고 있다.

그러나 헌법재판소의 이러한 주문별 합의방식의 적용은 다음과 같은 문제점을 가지고 있다.

1) 적법요건문제와 본안문제에 대한 일괄 평결이 가지는 문제점

현행 주문별 합의방식에 따라서 헌법심판사건의 적법요건사항과 본안사항을 통합하여 일괄적으로 평결하여 최종적 결정주문을 내는 것(예를 들어 각하의견 3인 + 위헌의견 6인 또는 각하의견 4인 + 위헌의견 5인)은 비논리적이고 소송법적이나 실체법적으로도 문제가 있다. 왜냐하면 적법요건사항은 소송법적인 문제가 관련되고 본안사항은 실체법적인 문제가 관련되므로 양자는 근본적으로 다른 성격을 가지고 있기 때문이다.

이와 같은 현행 주문별 합의방식에 의한 평결은 독일에서 적용되고 있는 주문별 표결방식에 의한 표결과 그 의미가 다르다. 독일의 형사소송에서는 주문별 표결방식에 따라서 형사사건을 표결하고 있지만 소송조건과 죄책문제 그리고 형벌문제를 별도로 분리해서 평결하여 각각 이해 해당하는 주문을 내고 있다. 이를 종합하여 설명해보면, 우선 소송조건에 대해서 주문별 표결방식에 따라서 표결하여 결정주문을 도출하되 소송종결의견이 다수인 경우에는 최종 결정주문(각하)이 되지만, 소송조건존재의견이 소수의견(소송종결의견)보다 다수인 경우에는 다음 사항인 죄책문제에 대한 표결로 넘어간다. 죄책문제에 대한 주문별 표결방식에 의한 표결에서는 다시 모든 법관(소송종결의견을 제시한 법관도 포함)이 참여하여 각자 결정주문을 낸다. 이 경우에도 무죄의견이 수인 경우에는 최종 결정주문이 되지만 유죄의견이 다수인 경우에는 형벌문제에 대한 표결로 넘어간다. 형벌문제는 쟁점별 표결방식에 따라서 모든 무관(무죄의견을 제시한 법관도 포함)이 표결된 후 최종적으로 형사사건에 대한 결정주문을 도출해낸다.

2) 소수재판관의 표결불참여가 가지는 문제점

헌법재판의 경우 6명의 재판관에 해당하는 가중다수에 의한 위헌 결정 자체도 위헌결정을 도출해내는 것을 어렵게하기 때문에 문제

가 되지만, 적법요건에 관한 평결에서 소수가 된 재판관이 본안판단에 참여하지 않아서 그 의견이 반영되지 않은 경우에는 더욱 더 위헌결정을 내리는 것이 어려워지는 문제점이 발생한다. 다시말해서 각하의견을 낸 소수재판관이 본안판단에 참여하는 경우에는 위헌결론의 도출이 가능하나 그렇지 않은 경우에는 합헌결론에 머무를 가능성이 존재한다. 예를 들어 재판관 5명의 위헌의견으로 ‘위헌불선언 선고’를 해야 할 경우에 4명의 소수재판관이 본안판단에 참여한다면 위헌의견이 증가해서 단순위헌결론이 도출될 수도 있다.

이와 같이 각하의견을 낸 소수재판관이 본안문제 평결에 불참하는 것은 헌법질서유지와 기본권보장을 추구하는 헌법재판의 목적달성에 어긋날 소지가 크고, 헌법재판소의 권한강화에도 부정적인 영향을 준다.

3) 침해된 기본권의 특정 도는 결정이유 제시가 곤란하다는 문제점

헌법재판소는 헌법재판소법 제75조 제2항에 따라서 결정주문에서 침해된 기본권을 특정해야 한다. 그러나 본안문제를 주문별 평결방식에 의해서 평결한 결과 6인의 재판관 모두가 위헌의견을 냈지만 각기 다른 기본권침해를 근거로 위헌의견을 내서 위헌결정을 해야 하는 경우에는 아래의 [헌법사례 1]에서 보는 바와 같이 침해된 기본권을 특정할 수 없는 문제가 발생한다. 또한 [헌법사례 2]에서 보는 바와 같이 결정이유 제시가 곤란하게 되는 문제가 생긴다.

[헌법사례 1] 동등관계에 있는 다수 헌법규정이 심사기준이 된 본안 문제의 판단에서 주문별 평결방식에 의거 평결한 결과 A그룹(3인) 재판관은 합헌, B 그룹(3인) 재판관은 위헌, C그룹(3인) 재판관은 위헌으로 의견개진을 하여 6인의 재판관이 위헌결론을 도출하였으나, 위헌으로 표결한 재판관들은 헌법제23조 제1항에 의거한 재

산권보장이 침해되었다고 여기는 반면, C그룹(3인) 재판관은 헌법 제15조에 의거한 직업선택의 자유가 침해되었다고 판단한다. 이 경우에는 결정주문에서 헌법상 침해된 기본권이 무엇인지를 특정할 수 없는 문제점이 발생한다.

[헌법사례 2] 헌법소원청구에 대한 적법요건 충족여부를 주문별 평결방식에 의해서 평결한 결과 재판관 9인 모두 동 청구가 부적법하다는 결정을 내렸으나, 각 3인씩의 재판관은 청구기간을 도과, 보충성원칙의 결여, 청구인의 자기관련성 부존재라는 결정이유를 각각 들고 있다. 이 경우에는 3가지 결정이유 중 어느 것을 최종적인 결정이유로 제시해야 할지에 대한 문제가 발생한다.

나. 헌법재판소의 현행 주문별 평결방식이 가지는 문제점이 해결방안

현행 주문별 평결방식이 가지는 문제점은 동 방식을 개선하는 형식을 통해서나 쟁점별 평결방식을 채택하는 형식으로 해결할 수 있다.

(1) 현행 주문별 평결방식의 개선

헌법재판소가 채택하고 있는 현행 주문별 평결방식을 계속 고수하려는 경우에는 다음과 같은 개선책이 실시되어야 만이 진정한 의미에서의 주문별 평결방식이 작용할 수 있다. 그러나 주문별 평결방식 자체에서 발생하는 침해된 기본권의 특징이 곤란하다거나 결정이유의 제시가 곤란하다는 문제점은 해결될 수 없다.

1) 적법요건문제와 본안문제의 분리 평결

헌법재판소에서 적법요건사항은 소송법적인 문제가 관련되고 본안사항은 실체법적인 문제가 관련되므로 양자간에는 근본적인 차이가 존재한다. 따라서 적법요건사항과 본안사항은 반드시 분리해서 평결하여야 한다. 본안사항에 관한 판단에 앞서서 심판청구가 적법한

지 여부를 먼저 결정하는 것이 소송법상 논리적이다. 독일 헌법소송의 경우에도 당연히 적법요건문제와 본안문제를 분리해서 평결하고 있다.

2) 소수재판관의 지속적인 표결 참여의무 부과

적법요건에 관한 평결에서 소수가 된 재판관에게는 본안문제의 심리와 평결에 참여할 의무를 부과하여야 한다. 소수재판관의 지속적인 표결참여의무가 어떠한 근거 때문에 존재해야 하는가에 대해서는 아래의 “2”항목에서 별도로 논증한다. 소수재판관이 본안판단에 참여하는 경우에는 소수재판관의 견해가 반영되어 경우에 따라서는 심판사건의 위헌결정에 유리하게 작용할 수도 있어서 헌법질서유지와 기본권보장을 추구하는 헌법재판의 목적이 긍정적으로 달성될 수 있다.

(2) 쟁점별 평결방식의 채택

현행 주문별 평결방식이 가지는 문제점은 아래와 같은 논거를 가진 쟁점별 평결방식을 채택함으로써 완벽하게 해결할 수 있다. 물론 이러한 쟁점별 평결방식의 채택은 헌법재판소의 평결방식에 관한 현행 관례를 변경해야 가능하다.

1) 적법요건문제와 본안문제의 분리 평결이 가능

쟁점별 평결방식에 의해서 평결되는 경우에는 헌법재판의 합의과정에서 발생하는 모든 쟁점들을 분리, 표결하기 때문에 단계적인 합의를 통한 논리적인 최종결론 도출이 이루어진다. 예를 들어 적법문제 평결을 한 후에 본안문제 평결을 하는 것이 소송법상으로 논리적이며, 적법요건 내에서도 여러 요건에 대한 개별적 평결과 본안 내에서도 여러 실체법적 쟁점에 대한 개별적 평결이 순서에 따라서 이루어진다. 따라서 현행 주문별 평결방식에 따라서 적법요건사항과 본안사항을 일괄, 평결하는 경우에 발생하는 문제점이 쟁

점별 평결방식하에서는 근본적으로 해결된다. 독일 헌법소송의 경우에도 적법요건문제와 본안문제를 당연히 분리해서 평결하고 있다.

2) 소수재판관의 표결참여가 가능

쟁점별 평결방식에서는 여러 쟁점들을 순서에 따라서 차례로 평결해야 하며, 일정한 쟁점에 대해서 다수재판관이 결정한 의사는 이후의 다른 쟁점에 대한 판단에서 구속력을 가진다. 따라서 소수재판관이 다른 쟁점들에 대해서 계속적으로 평결에 참여하는 것이 필수적이다. 이러한 이유 때문에 현행 주문별 평결방식하에서 각하의견을 낸 소수재판관이 본안문제평결에 참여하지 않는 문제점이 해소된다. 이와 같이 쟁점별 평결방식에 따른 적법요건 평결에서 소수가 된 재판관이 본안판단에 참여하는 경우에는 소수재판관의 견해가 반영되어 경우에 따라서는 심판사건의 위헌결정에 유리하게 작용할 수도 있어서 헌법질서유지와 기본권보장을 추구하는 헌법재판의 목적이 긍정적으로 달성될 수 있다.

3) 침해된 기본권의 특정과 결정이유의 제시가 가능

헌법재판소법 제75조 제2항에서는 헌법재판소가 헌법소원을 인용할 때에는 결정주문에서 침해된 기본권을 특정하도록 하고 있다.

쟁점별 평결방식에 의한 평결에서는 관련된 기본권의 침해여부에 대해서 개별적으로 평결하여 다수의견(6인)을 얻는 경우에만 침해된 기본권으로 특정한다. 아래[헌법사례 3]에서와 같이 관련된 개별 기본권 침해를 3인의 재판관만이 찬성하는 경우에는 이 기본권 침해가 부정된다. 따라서 주문별 평결방식에 의한 전체평결에서 발생된 침해된 기본권의 특정이 곤란하다는 문제가 여기서도 근본적으로 발생하지 아니한다. 또한 아래의 [헌법사례 4]에서 보는 바와 같이 주문별 평결방식하에서 발생한 결정이유제시가 곤란한 문제도

생기지 아니한다.

[헌법사례 3] 앞의 [헌법사례 1]에서의 사건을 쟁점별 평결방식에 의거 평결하는 경우, 헌법 제23조 제1항의 재산권보장이 침해되었다는 점을 B그룹 재판관 3인만이 긍정하고 나머지 재판관 6인은 이를 부정하게 된다. 또한 헌법 제15조에 의거한 직업선택의 자유가 침해되었다는 점도 C그룹 재판관 3인만이 긍정하고 나머지 재판관 6인은 이를 부정하게 된다. 이와 같이 두 기본권 침해의견 모두가 6인의 찬성을 얻지 못해서 소수의견에 불과하므로 최종결론은 합헌으로 도출된다.

[헌법사례 4] 앞의 [헌법사례 2]에서의 헌법소원청구에 대한 적법요건 충족여부를 쟁점별 평결방식에 의해서 평결하는 경우에는 다음과 같은 결론이 나온다. 적법요건을 개별적으로 평결한 경우 3인이 재판관들이 제시한 부적법의견인 청구기관의 도과, 보충성원칙의 결여, 청구인의 자기관련성 부존재 등에서 어느 것도 절대 다수(6인)를 차지하지 못한다. 각각이 부적법의견이 소수에 불과하여 다수에 의하여 부정되므로 헌법소원청구가 적법하다는 결론이 최종적으로 도출된다. 따라서 여기에서는 주문별 평결하에서 발생한 결정이유제시에서의 문제가 발생하지 아니한다.

다른 한편으로는 주문별 평결방식에서의 부적법 결론[헌법사례 2] 대신에 쟁점별 평결방식하에서 내린 적법 결론은 헌법재판의 목적인 헌법질서유지와 기본권구제에 도움이 된다고 생각한다. 왜냐하면 헌법소원사건을 적법하다고 인정하여 본안판단을 하는 것이 기각결정의 가능성에도 불구하고 청구인에게 일단 유리하다고 볼 수 있기 때문이다.

(3) 헌법소송사건별 다양한 표결방식의 선택

독일 헌법재판의 경우와 같이 헌법소송사건의 성격에 따라서 다양

한 평결방식을 선택하는 것이 합리적이고 헌법재판의 목적에 부합된다고 본다. 일반적인 헌법소송사건인 위헌법률심판사건, 헌법소원심판사건, 권한쟁의심판사건에서는 쟁점별 평결방식을 채택하는 것이 타당하고, 탄핵심판사건 및 정당해산심판사건은 형사소송과 유사한 성격을 가지므로 주문별 평결방식이 타당하다고 생각한다.

2. 헌법재판에서 소수재판관의 평결참여의무

재판부 합의과정에서 쟁점별 평결방식의 경우에는 개별적 쟁점 그리고 주문별 평결방식의 경우에는 적법요건문제와 본안문제를 분리해서 평결하는 경우에, 선행문제에 대한 평결에서 소수가 된 재판관은 후속 문제에 대한 평결에 참여할 의무가 있는지 문제가 된다. 아래에서는 독일에서 논의되고 있는 내용을 근거로 이 문제를 살펴보기로 한다.

가. 소수법관의 표결참여의무에 대한 논거

독일의 경우에는 소수법관의 표결참여의무를 법률상으로 규율하고 있다(독일 법원조직법 제195조). 여기서 소수법관의 표결참여의무는 다음과 같은 논거를 통해서 도출되고 있다.

(1) 다수결정의 존중

합의와 표결에는 모든 법관의 참여가 필수적이다. 합의과정에서 ‘개별적 쟁점’이나 ‘결정의 일부분’을 분리해서 표결하는 경우에는 다수의 표결과 결정된 선행사항은 후속사항의 합의나 표결에서 기본이 되어야 한다. 따라서 선행문제 평결에서 소수가 된 법관은 다수가 결정한 사항을 근거로 하여 후속문제에서 심리하고 표결하여야 할 의무를 가진다.⁴⁸⁾

(2) 양심적 갈등

특히 형사소송의 경우 죄책문제에 관한 표결에서 소수가 된 법관은 무죄라고 여기는 피고인에게 형벌을 부과해야 하는 경우에 발생하는 ‘양심적 갈등’ 때문에 자신의 의견과 일치하지 않은 문제에서의 표결에 참여하지 않을 수 있고, 이 경우 추가적인 표결에서 자신이 행사하지 않는 투표는 피고인에게 유리한 의견으로 간주될 수 있다고 주장하는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 그러나 소수법관이 다수의 견해를 존중해야 하는 합의재판부의 기본사상으로부터 나오기 때문에 이 견해는 타당하지 않다고 본다.⁵⁰⁾ 민사소송이나 헌법소송의 경우에는 일반적으로 양심적 갈등이 발생할 소지가 적기 때문에 소수법관의 표결불참여의 논거로 제시되는 이 견해는 더욱 더 타당하지 않다.

(3) 재판부 구성 및 재판거부 방지

만일 여러 명의 소수법관이 양심적 갈등이나 기타의 이유로 후속 문제에 대한 표결에 참여하지 않는다고 할 때는, 나머지 법관만으로는 재판부구성이 성립되지 않아서 다수결에 의한 합의를 도출해 낼 수 없다. 예를 들어 형사소송에서 죄책문제에 관한 결정에서 무죄의견을 내서 소수가 된 법관이 형벌문제에 관한 결정에서 참여하지 아니할 경우에는 합의재판부가 구성되지 않는 경우가 발생할 수도 있다. 이는 더 나아가 재판의 거부사태도 초래할 수 있다. 따라서 재판부구성이 성립되고 재판거부를 방지하기 위해서도 소수법관의 표결참여의무는 필수적이다.⁵¹⁾

나. 헌법재판에서 소수재판관의 평결참여의무

48). Seibert, Der überstimmte Richter, MDR 1957, S. 597 ; Schmidt, aaO, § 195, Rdnr. 1 m.w.N. 참조

49). Peters, Strafprozeß, 1985, § 53 I, S. 114 f., 485 f.

50). Schäfer-Wickern, in : Löwe-Rosenberg, StPO und GVG, 24.Aufl., 6.Band, 1996, § 195 Rdnr.2 ; Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 2.Aufl., 1995 § 195, Rdnr. 1 참조

51). Schmidt, § 195 Rdnr.2 ; 박우동, 재판에 있어서의 합의, 1995, 237 쪽 참조

독일과는 달리 우리 나라 재판에서는 소수법관의 지속적인 표결참여 의무에 대한 법적인 규율이 존재하지 않다. 그럼에도 불구하고 위에서 기술한 논거를 기초로 소수법관에게도 지속적인 표결참여의무를 부과할 수 있다고 본다.

우리 나라 헌법재판의 경우 소수재판관의 평결참여의무는 헌법재판의 합의가 쟁점별 평결방식에 의한 평결의 경우뿐만 아니라 주문결 평결방식에 의해서 적법요건과 본안에 대한 평결로 분리되어 실시되는 경우에도 존재한다. 따라서 적법요건에 대한 평결에서 소수가 된 재판관은 본안에 대한 심리참여를 거부하거나 그 평결을 포기할 수 없다고 보아야 한다.⁵²⁾

3. 헌법재판에서의 평결대상 및 평결순서

헌법소송에서의 평결대상 및 평결순서는 논리적인 관점, 소송법적 및 실체법적인 관점을 기초로 해서 정해야 한다. 기본적으로 소송에 관련된 문제를 본안에 관련된 문제보다 우선적으로 심리하고 결정한다. 따라서 헌법소송에 관련된 적법요건에 관한 문제들을 우선적으로 표결하여 결정하고, 그 다음에 본안에 관련된 제문제들을 별도로 표결하여 결정한다. 아래에서는 쟁점별 평결방식을 채택한 경우를 중심으로 설명한다.

가. 적법요건에 대한 평결

적법요건에 관한 평결에서는 쟁점별 평결방식을 채택하는 것이 [헌법사례 4]에서 보는 바와 같이 헌법재판의 목적에 부합된다고 본다. 따라서 적법요건에 해당되는 각 요건들(예를 들어 청구기간, 기본권 침해, 보충성 원칙, 권리보호이익 등)에 대해서 개별적으로

52). Kissel, § 195 Rdnr.2 ; 박우동, 재판에 있어서의 합의, 1995, 236 쪽 참조

평결하여야 한다.

(1) 심판대상이 단수 또는 복수인 경우

특정 법률의 여러 법조문들이 심판대상이 된 경우에는 개별 법조문이 각각 헌법규정에 위배되는지 여부를 별도로 평결한다. 단 하나의 법률조문이 판단대상이 되는 경우에도 관련되는 모든 헌법규정들과의 합헌성여부를 판단하고 평결한다.

(2) 심사기준이 단수 또는 복수인 경우

1) 헌법규정들이 일반 또는 특별한 경합관계에 있는 경우에는 헌법의 특별규정(예: 헌법 제15조에 의거한 직업선택의 자유 또는 헌법 제21조에 의거한 언론의 자유)부터 먼저 평결해야 한다. 이러한 특별 헌법규정의 침해가 재판관 다수DPN 의해서 부정되는 경우에만, 별도로 헌법의 일반규정(예: 헌법 제10조에 의거한 행복추구권)을 심리하고 평결하는 것이 타당하다. 그러나 헌법재판소의 지금까지의 결정례에서는 대부분 이러한 구분없이 모든 헌법규정을 판단하고 평결하고 있는 실정이다.

2) 헌법규정들이 상호간에 동등한 관계에 있는 경우에는 각 규정들을 별도로 판단하되, 이미 한 헌법규정에 대한 위반이 확인된 경우에는 다른 헌법규정들의 침해여부에 대한 심리와 평결은 불필요할 수도 있다. 그러나 헌법소원청구가 기각되는 경우에는 관련된 헌법규정들 중 어느 것 하나도 침해되지 않았는지에 대한 이유를 판시해야 하므로 관련된 모든 헌법규정에 대한 평결이 필요하다.

(3) 개별 헌법규정내의 경우

하나의 헌법규정이 침해되었는지에 대한 판단에서조차도, 그 쟁점(이유)에 대해서 의견대립이 있는 경우에는 개별적 쟁점(이유)에 대해서도 별도로 표결한다. 예를 들어 헌법재판소 1996.2.16.선고, 96헌가 2,96헌바7·13(병합)결정(5·18민주화운동등에관한특별법 제2

조 위헌제청 등)에서 개별적 쟁점들에 대해서 별도로 평결하고 있는 것을 참고 할 수가 있다.

IV. 맺 음 말

위의 글에서는 먼저 독일재판에서의 평결방식에 대해서 살펴본 결과 민사소송에서는 쟁점별 평결방식이, 형사소송에서는 주문별 평결방식이 그리고 헌법소송에서는 쟁점별 표결방식이 채택되고 있다는 점을 확인하였다. 그리고 각 소송절차에서 평결이 일정한 평결 대상과 일정한 순서에 따라서 이루어지고 있다는 사실을 구체적인 사례를 들어가며 설명하였다.

독일 재판에서 얻어낸 인식을 기초로 우리 나라 헌법재판에서 적용되고 있는 현행 주문별 평결방식을 분석하여 적법요건문제와 본안문제를 일괄 평결하는 경우의 문제점, 적법요건에 대해서 각하의 견을 낸 소수 재판관은 본안판단에 참여하지 않고 있는 문제점 및 침해된 기본권의 특정이나 결정이유제시가 곤란하다는 문제점을 가지고 있다는 것을 밝혀냈다.

현행 주문별 평결방식이 가지는 이러한 문제점은 적법요건문제와 본안문제를 분리평결하고 소수재판관에게 표결참여의무를 부과하는 개선책을 시행하거나, 또는 모든 문제점을 일시에 해결해 줄 수 있는 쟁점별 평결방식의 채택을 통해서 해결할 수 있다고 논증하였다. 그리고 헌법재판에서 심판사건의 성격에 따라서 평결방식을 상이하게 적용하고, 적법요건판단 및 본안판단에서 개별적 쟁점들을 세분화해서 순서에 따라서 심리하고 평결하는 것이 타당하다는 결론을 얻어냈다.

참 고 문 헌

- 박우동, 재판에서의 합의, 송천이시윤박사화갑기념논문집, 민사재판의 제문제(하), 1995, 229 - 240 쪽
- Barbey, Günther, Der Status des Richters, in : Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, S.838
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 55.Aufl., 1997
- Benda, Ernst / Klein, Eckart, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991
- Breetzke, Ernst, Abstimmung, Spruch, Gründe, in : DRiZ 1962, S.5-8
- Brox, Hans, Rechtsprobleme der Abstimmungen beim Bundesverfassungsgericht, in : Festchrift für Gebhard Müller, 1970, S.1-20
- Holtz, Günter, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, in : MDR 1976, S.986-990
- Katholnigg, Oskar, Strafgerichtsverfassungsrecht, 2.Aufl., 1995
- Löwe-Rosenberg, StPO und GVG, 24.Aufl., 6 Band, 1996
- M a u n z / S c h m i d t - B l e i b r e u / K l e i n / U l s a m e r , Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 1987
- Mellinghoff, Georg, Fragestellung, Abstimmungsverfahren und Abstimmungsgeheimnis im Strafverfahren, 1988
- Michel, Nobert, Beratung, Abstimmung und Beratungsgeheimnis, DRiZ 1992, S.263-267

Peters, Karl, Strafprozeß, 4.Aufl., 1985
Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 5.Aufl., 1993
Schmikt, Eberhardt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und
zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil III, 1960
Seibert, Claus, Der überstimmte Richter, in : MDR 1957, S. 597
Stein-Jonas, ZPO, 20.Aufl., II.2, 1989
Umbach, Dieter / Clemens, Thomas (Hrsg.),
Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992
ZPO, Münchener Kommentar, Band 3, 1992

기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰

정 태 호
헌법연구원

- 목 차 -

I. 머리말

II. 기본권의 본질적 내용보장에 관한 헌법사와 입법례

1. 한국헌법사에 있어서 기본권의 본질적 내용보장
2. 입법례

III. 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용보장의 대상

1. 주관설
2. 객관설(제도설)
3. 절충설
4. 평가

IV. 기본권의 본질적 내용보장의 의미

1. 사법적 권리구제절차보장설

2. 상대설
3. 절대설
4. 사건; 동태적 핵심영역보장설

V. 본질적 내용보장규정의 수범자

1. 입법권, 집행권, 사법권(헌법재판권 포함)
2. 헌법개정권력?

VI. 본질적 내용보장규정의 의의

1. 소극적·적극적 의의
2. 기본권형성입법의 목표
3. 본질적 내용보장과 과잉금지의 원칙

VII. 기본권의 본질적 내용보장에 관한 헌법재판소 관례와 그 경향

1. 관례의 영역별 분류
2. 관례의 경향에 대한 전후적 평가

I. 머리말

헌법은 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여 법률에 의해서도 기본권 내지 헌법에 의하여 보장된 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없음을 분명히 하고 있다. 그렇지만 헌법은 자유와 권리의 본질적 내용이 무엇인지에 관해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다. 그러므로 이 문제는 해석론적 과제로 남겨져 있다. 그러나 본질적 내용을 확정하려는 모든 시도는 우선, ‘본질의 본질은 미지의 것이다’는 N. Luhmann의 말¹⁾을 굳이 인용하지 않더라도, 기본권의 본질적 내용과 비본질적 내용을 구분하는 문제 자체의 난해성 때문에 어려움을 겪을 수밖에 없다.

자유와 권리의 본질적 내용이 무엇인지는 불분명하지만 어쨌든 헌법은 그 본질적 내용의 한계를 넘어서 그에 대하여 제한을 가하는 입법이 허용되지 아니함을 분명히 하고 있다. 즉 기본권의 본질적 내용을 침해하는 공권력행사의 법적 효과는 의문의 여지없이 명백하다. 그러나 그 밖의 문제들, 그 규정의 보호법익, 보호의 정도, 특히 그 규정과 과잉금지원칙과의 관계, 그 수범자 등 대부분의 문제들은 그 해명을 기다리고 있다. 체계적으로 국민의 자유와 권리에 관한 규정들을 마감하는 곳에 위치하고 있는 본질적 내용보장에 관한 헌법규정은 우리 헌법의 기본질서의 성격을 이해하는 데 있어서

1). N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 59f.

핵심적 의미를 가질 수 있음에도 불구하고 지금까지 우리 나라에서는 이 문제에 관한 심층적 연구가 거의 이루어지지 않고 있는 실정이다.

그러한 연구상황에도 불구하고 헌법재판소는 이미 수차례에 걸쳐 기본권의 본질적 내용침해를 이유로 합헌성심사의 대상이 된 법률조항들을 위헌으로 선언한 바 있다. 또 본질적 내용이 침해되었음을 인정하지는 아니하였으나 그에 관한 헌법조항이 심사기준으로 등장한 판례들도 적지 않다. 그렇지만 헌법재판소가 본질적 내용보장규정의 해석과 관련하여 일관된 입장을 취하고 있는지, 그리고 방법론적으로 문제는 없다고 할 수 있을지는 의심스럽다.

이와 같은 상황에서 기본권의 본질적 내용을 처음으로 헌법차원에서 보장함으로써 헌법 제37조 제2항의 모델을 제시한 독일에서 이 조항의 해석을 둘러싸고 전개된 논의를 참고하면서 우리 헌법 제37조 제2항 후단 ‘본질적 내용침해금지’의 부분에 관한 해석을 시도하고, 아울러 헌법재판소의 관련 판례들을 검토·분류한 후에 판례의 전체적인 흐름을 평가·비판하는 것은 충분한 가치가 있다.

Ⅱ. 기본권의 본질적 내용보장에 관한 헌법사와 입법례

1. 한국헌법사에 있어서 기본권의 본질적 내용보장

기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 헌법규정은 제2공화국

헌법에서 처음으로 명문화되었다. 즉 헌법개정권력은 “국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 한한다.”는 제헌헌법 헌법 제28조 제2항을 “국민의 모든 자유와 권리는 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 단 그 제한은 자유와 권리의 본질적 내용을 훼손하여서는 아니되며 언론, 출판에 대한 허가를 규정할 수 없다.”고 개정함으로써 우리 헌법사상 처음으로 기본권제한의 한계로 본질적 내용에 대한 보장규정을 도입하였다. 헌법개정자는 아마도 제1공화국에서의 독재와 인권침해를 경험하고 난 뒤에 그에 대한 반성으로 기본권의 효력을 강화하기 위하여 1949년 시행된 서독의 기본법 제19조 제2항에 규정되어 있는 대표적인 기본권보호장치의 하나인 본질적 내용보장제도를 채택한 것이라고 생각한다.

제3공화국 헌법에서는 언론, 출판에 대한 허가금지제가 본질적 내용보장규정에서 분리되어 언론의 자유와 함께 동 헌법 제18조 제2항에 규정되고, 본질적 내용보장에 관한 규정(동 헌법 제32조 제2항)은 “국민의 모든 자유와 권리는 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”는 문언으로 바뀌었으나 그 내용에 대한 수정은 없었다. 제3공화국 당시에 대법원은 사법과동의 계기가 된 국가배상법 중 군인 또는 군속이 공무원의 직무상 불법행위의 피해자인 경우에 그 군인 또는 군속에 게 이로 인한 손해배상청구권을 제한 또는 부인하는 국가배상법 제2조 제1항 단서는 “헌법 제26조에서 보장된 국민의 기본권인 손해배상청구권을 헌법 제32조 2항의 질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 필요성이 없이 제한한 것이고, 또 헌법 제9조의

평등의 원칙에 반하여 군인 또는 군속인 피해자에 대하여서만 그 권리를 부인함으로써 그 권리 자체의 본질적 내용을 침해하였으며, 기본권 제한의 범주를 넘어 권리 자체를 박탈하는 규정이므로, 이는 헌법 제26조, 제8조, 제9조 및 제32조 제2항(헌법헌법 제37조 제2항)에 위반한다 할 것이다.”(대판 1971. 6. 22. 선고, 70다 1010, 집19[2민], 110)고 하여 우리 사법사상 처음으로 기본권의 본질적 내용의 침해를 이유로 법률조항의 위헌을 확인한 바 있다. 이 판례가 유신헌법에서 본질적 내용보장에 관한 헌법규정이 삭제되는 직접적 원인이 되었는지 확인할 수는 없으나, 어느 정도 연관관계가 있음을 추정할 수 있다.

어쨌든 유신헌법에서는 본질적 내용보장규정이 삭제되어 기본권제한의 일반적 법률유보조항은 그 제32조 제2항에서 제헌헌법 제28조 제2항과 같은 문언으로 환원되고 말았다. 이는 유신헌법하에서 긴급조치들 및 국가보안법 등에 의하여 이루어진 광범위한 인권침해의 신호탄이었다. 본질적 내용보장규정은 제5공화국 헌법에서 다시 부활되어 현재에 이르고 있다.

2. 입법례

가. 독일

나찌체제하에서 법률에 의한 기본권의 공동화와 그로 인한 인권유린을 경험한 후 기본법의 제정자들은 전후 서독의 일부 주 헌법들에 들어있던 조항들을²⁾ 모델로 하여 그 제19조 제2항에서 “어느 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해되어서는 안된다.”고 규정하여 국가권력에 의

한 기본권의 공동화를 방지하고자 했다.³⁾ 본질적 내용침해의 금지규정은 한국을 비롯한 다른 나라 헌법의 모델이 되었을 뿐만 아니라, 그에 관한 명문의 규정이 없는 나라의 기본권이론이나 판례에 영향을 미쳤다. 물론 독일 헌법사에서 기본권의 불가침적 내용을 보호하려는 사상은 이미 바이마르 공화국 당시의 기본권이론에 나타났지만⁴⁾, 나찌체제의 등장과 더불어 바이마르 헌법에 사실상의 중지부가 찍히면서 현실적인 의미를 갖지 못했을 뿐이었다.

그러나 기본법 제19조 제2항은 독일의 실무계와 학계 모두에게 난제를 던져 주었다. 학계에서는 동 조항은 일관성 있는 해석을 불가능하게 만드는 실패한 법규정이 아니냐는 비판의 목소리도 적지 않게 흘러나왔다.⁵⁾ 그 규정의 해석과 관련하여 매우 다양한 시도들이 행하여졌으나,

2). 1946. 12. 1.의 쾰른 헌법 제63조 2p1항, 1947. 5. 22.의 바덴 헌법 제123조 제1항, 1947. 10. 21.의 브레멘 헌법 제20조 제1항, 1947년 12. 15.의 사아르란트 헌법 제21조 제1항 등.

3). 동 규정에 대한 상세한 발생사적 고찰은 Stern, Staatsrecht der Bundesre-publik Deutschland Bd. III/2, 1994, § 85 I 참조.

4). 그 대표적인 예는 C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170f.가 M. Wolff, Festgabe W. Kahl, 1923, S. 5ff.와 K. Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziabl Funktion에 의거하여 개발한 제도보장론이다. 그러나 그의 이 사상은 사법적, 공법적 제도의 보장에 국한되지 아니하고 진정한 의미의 기본권에까지 확대되었다. 가령 C. Schmitt, HdbDStR II, 1932, S. 572(592)는 “따라서 법률유보는 결코 척도- 내지 내용부여를 위한 유보가 아니라, 항상 예외의 유보, 즉 자체 한정되고, 계산가능하고 또 사후에 심사될 수 있어야 하는 예외의 유보일 뿐이다.”라고 하여 기본권이 법률유보에 의하여 공동화될 수 없음을 밝히고 있다. 유사한 사상은 A. Hensel, E. Kaufmann 등에게서도 나타난다고 한다. 이에 대하여 상세한 것은 K. Stern, aaO, § 85 I 참조.

5). A. Kaufmann, Über den “Wesensgehalt” der Grund-und Menschenrechte, ARSP 1984, S. 384(384f.); Hendrichs, in: I. v. Münch, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 1981, Art. 10 Rdnr. 2; Hildegard Krüger, Der Wesensgehalt der Grundrechte i. S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, S. 597 (600); Maunz, in: Spanner, in: Spanner/Pernthaler/Ridder, Grundrechtsschutz des Eigentums, 1977, S. 53f. 등 참조. 특히 Ridder, in: Spanner/Pernthaler/Ridder, Grundrechtsschutz des Eigentums, 1977, S. 53f. 등 참조. 특히 Ridder의 다음과 같은 비판은 신랄하다. “기본법 제19조 제2항의 ‘본질적 내용’ 조항은 비논리의 논리에 따라 실패할 수밖에 없었던, 치명적 결함을 안고 있는 제도적 사고의 산

아직까지 이 조항에 관하여 일반적 지지를 얻고 있는 이론은 제시되지 못했다. 학설들이 대립하고 있는 문제는 주로 본질적 보장의 대상이 무엇이나(주관적 권리이나 객관적 기본권규범 내지 제도나), 그리고 보장이 절대적인 것이냐 아니면 구체적 상황에 따라서 상대화되어 개인의 기본권이 완전히 제거될 수도 있는 것이냐(절대설과 상대설)의 문제이다.⁶⁾ 더구나 이 문제를 다룸에 있어서 학자들마다 서로 다른 기본권관으로부터 출발할 수 있기 때문에⁷⁾ 학설은 더욱 복잡하게 갈리고 있다. 본질적 내용보장에 관한 독일의 학설이 이처럼 심하게 대립하고 있으나 적어도 기본권규범의 사회적 의미가 유지되어야 한다는 점에 대해서는 이의가 없다.⁸⁾ 즉 상대설을 취하는 학자들도 기본권규범의 핵심은 유지되어야 한다는 점을 긍정한다.⁹⁾

어쨌든 학계에서는 기본법 제19조 제2항에 대하여는 자명한 것으로 불필요한 규정, 선언적 내지 확인적 규정, 입법자에 대한 경고적 의미를 내포할 뿐 기본권의 핵심을 위한 진정한 의미의 빗장은 아니라는 평가로부터 공익 내지 국익에 대하여 기본권 최후의 핵심이 우위를 가짐을 확실히 한 규정 등에 이르기까지 매우 상이한 평가가 이루어지고 있

물이다: '본질적 내용'은 그야말로 사물의 본질을 내포하고 있는 내용, 즉 전체, 따라서 정의된 사물 자체이지, 가령 애용되지만, 특히 오도의 위험이 있는 구상적 묘사를 통하여 부당하게 유입된 실체(Substanz)나 단순히 이른바 방사의 형태로 에테르 속으로 사라지는 밀도가 낮은 층들로 둘러싸인 핵심영역이 아니다."(Stern, § 85 II 6 FN 166에서 인용)

6). 이 두가지 문제에서 취할 수 있는 대안들이 각기 2개씩이므로 학설군은 주관적 절대설, 주관적 상대설, 객관적 절대설, 객관적 상대설의 4가지로 나뉘어 질 수 있다고 보는 Seltzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1991, S. 49ff.; 83ff.

7). 이에 관해서는 Georgl Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, EuGRZ 1985, S. 321(334f.); Denninger, in: *Alternativkommentar, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1989, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 12f. 참조

8). H. Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, 1996, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 12

9). 예를 들면 Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Aufl. 1983, S. 44ff., 58ff., 234ff.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20., Aufl. 1995, Rdnr. 334.

다.¹⁰⁾ 이 규정이 안고 있는 해석상의 난점은 독일 연방헌법재판소가 이 규정에 그다지 큰 주의를 기울이지 아니하는 원인으로 작용하였다. 동 재판소 초기의 판례에서는 위 조항에 비교적 중대한 의미가 부여되는 듯하였으나¹¹⁾ 시간이 지남에 따라, 즉 1958년부터¹²⁾ 위 규정은 주변으로 밀려나고 말았다. 물론 그 후에도 간헐적으로 본질적 내용보장 규정이 부각되었던 판례가 없었던 것은 아니나¹³⁾, 전체적으로 보면 위 규정은 동 재판소의 판례에서 그다지 중요한 역할을 하지 못했다. 즉 동 재

10). 최근까지의 독일의 학설에 관한 역사적 정리에 관해서는 Stern, aaO, § II 5 참조.

11). BVerfGE 2, 226(285); 4, 157 (170). 특히 후자의 판례는 본질적 내용보장 규정을 기본법의 포기할 수 없는 기본원리들 중의 하나로 격상시키면서 기본법 제79조 제3항의 영구성보장조항에 근접하는 의미를 부여하였다.

12). BVerfGE, 8, 274 (328f.); 12, 281 (295); 13, 97 (122); 16, 194 (201) 등 참조

13). BVerfGE 22, 180 (219f.); 1961. 6. 30. 연방사회부조법(BGBI. I. S. 815) 제 72 - 74조의 규정들에 의하면 18세 이상의 자로서 정신상태의 취약으로 인하여 정상적인 사회생활을 영위할 수 없어 위험에 처한 자들에게 사회부조를 제공하도록 되어 있었다. 사회부조의 목적은 위와 같은 위험하에 있는 자들을 정상적인 생활로, 특히 정규적인 노동과 정주의 습관을 붙이도록 유도하는 것이었다. 동 법 제72조에 의하여 사회적 부조는 위와 같은 자들의 소득이나 재산과는 무관하게 주어지도록 되어 있었다. 그런데 위와 같은 요건에 해당하는 자들에게 다른 종류의 부조들이 충분하지 아니한 경우에는 일정 시설의 감독을 받도록 권고하고(동법 제73조 제1항), 위의 자들이 이를 거부하는 경우에는 법원은 그들 중 일정한 요건에 해당하는 자들을 적절한 시설에 체류하도록 명할 수 있도록 하였다.(동 조 제2항). 동 조 제3항은 위 시설의 장에게 위의 요건에 해당하는 자들을 잠정적으로 적정한 가정에 수용시킬 수 있는 권한을 부여하는 규정 등 절차규정들을 포함하고 있었다. 그러나 그 수용기간의 최고한도는 정해져 있지 않았다.

연방헌법재판소는 다음과 같은 이유로 연방사회부조법 제72조 제2, 3항은 신체의 자유와 본질적 내용을 침해하여 무효라고 판시하였다. '위 규정들은 공중의 보호를 위한 것도 사회적 도움을 필요로 하는 자들의 보호를 위한 것도 아니며, 전적으로 그러한 자들의 개선만을 목적으로 하는 것인데, 국가에게는 그 국민을 개선하여야 할 과제가 없으며, 따라서 그들이 자유로운 상태에 있을 때에 자신이나 타인을 위태롭게 하지 않는 한 그들을 개선할 목적으로 그 자유를 박탈할 수 있는 권리를 갖고 있지 아니하다. 성인의 개선시킨다는 목적은 신체의 자유를 박탈하기 위한 충분한 이유가 될 수 없기 때문에 위 법률조항들은 신체의 자유의 기본권의 본질적 내용을 침해한다.'

그 밖에도 BVerfGE 27, 344 (350ff.) - 공무원징계절차의 조사책임자에게 관련자의 이혼서류를 그 동의없이 송부한 것과 관련된 사건으로 사생활 중 내밀한 영역의 보호의 정도와 범위가 문제되었다. BVerfGE 61, 82(113) - 이 판례에서는 본질적 내용보장의 절차법적 측면이 부각되었다.

판소는 최근의 판례에서는 기본법 제19조 제2항에 대한 위반여부를 심사하지 않고 그 대신에 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙 등의 위반 여부를 통제함으로써 그치는 경향을 보이고 있다.¹⁴⁾ 다른 한편 동 재판소는 “인간자유의 최후의 불가침적 영역”¹⁵⁾, “사생활형성의 절대적으로 보호되는 핵심영역”¹⁶⁾, 또는 “인간의 개인적·사회적 실존의 기본적 전제”¹⁷⁾ 등에 국가침해권한의 절대적 한계가 존재하는 것으로 보고 있으면서도 이와 관련하여 본질적 내용보장을 끌어들이는 것이 아니라 인간 상공식에 의거하거나 인간의 존엄을 법치국가원리 또는 사회국가 원리와 결부시켜 논증하는 경향을 보이고 있다.

요컨대 동 재판소는, 표면적으로는 기본권의 본질적 내용은 상대화되지 아니한다는 절대설을 표방했으나 실제로는 그 설을 일관되게 따르지 않고 있다.¹⁸⁾ 뿐만 아니라 기본법 제19조 제2항은 최근의 판례에서 점차 ‘무시할 수 있는 요소’로 간주되고 그 내용은 개별 기본권들의 해석에 맡겨지거나 비례의 원칙에 흡수되고 있다는 인상을 받는다. 그리하여 동 재판소의 판례가 초기에 보여주었던 것과 달리 기본법 제19조 제2항은 점차 그 극적인 성격을 상실하여 왔다.¹⁹⁾

14). 예를 들면 BVerfGE 31, 35 (70); 49, 24 (58); 39, 238 (245); 45, 187 (223, 260, 270) 등 참조. 이에 관하여 상세한 논증은 Herbert, EuGRZ 1985, S. 321 (328ff.); 그러한 평가에 동조하는 H. Dreier, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 13.

15). BVerfGE 6, 32 (41).

16). BVerfGE 34, 238 (245).

17). BVerfGE 45, 187 (228).

18). 그 결과 동 재판소는 본질적 내용보장규정의 보호영역과 관련하여 상호 대립하고 있는 상대설과 절대설 중 어느 한 입장으로 결정을 내린 것이 아니라, 절대설의 인식을 결합시켜 나름대로 독자적인 길을 걷고 있다는 평가를 받기도 한다. 결과적으로 이러한 평가를 하고 있는 학자로는 Häberle, aaO, S. 322ff.; Denninger, in : Alternativkommentar, Kommentar zum Grundgesetz 1985, S. 321 (326); Stern, aaO, § 85 II 3 등 참조. 실질적으로 상대설에 입각하고 있는 것으로 평가하는 견해로는 H. Dreier, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 13.

19). Häberle, aaO, S. 341 지적.

그러나 최근 학계에서는 비례의 원칙의 심사 안에서 이루어지는 법의
형량만 가지고서는 본질적 내용보장 규정이 원래 의도한 기본권 공동화
방지의 목적을 달성할 수 있는지는 극히 의문이라는 비판과 함께 이 규
정의 의미를 부각시키려는 시도가 다시 힘을 얻고 있다.²⁰⁾

나. 기타 국가들

(1) 포르투갈

1976. 4. 2.의 포르투갈 공화국 헌법은 제18조 제2항의 법률유보규정에
이어 동 조 제3항에서 본질적 내용보장을 규정하고 있다²¹⁾:“권리, 자유,
보장을 제한하는 법률은 일반성과 추상성을 띠어야 하며 그 헌법규정들
의 본질적 내용의 범위와 적용영역을 축소하여서는 안된다.”

(2) 스페인

1978년 스페인 신헌법은 제53조 제1항에서 기본권의 본질적 내용 보
장에 관한 규정을 두고 있다: “이 부의 제2장에서 인정된 권리와 자유는
모든 공권력을 구속한다. 어느 경우에도 그 근본내용을 존중해야 하는
법률을 통해서만 이 권리와 자유의 행사를 규율할 수 있다.”²²⁾

(3) 터어키

1961년 터어키 공화국 헌법은 제11조에서 우리 헌법 제37조 제2항과
유사하게 기본권에 일반적 유보를 설정하면서 동시에 그 핵심보호조항

20). Stern, aaO, § 85 III; Hartmut Krüger, in: (Hrsg.) M. Sachs, Kommentar zum
Grundgesetz, 1996, Art. 19 Rdnr. 34ff.; Herbert, EuGRZ 1985, S. 321 (331); L. Schneider,
aaO, 193ff.; E. Stein, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 15. S. Aufl., 1995,
S. 244f. 등 참조.

21) Häberle, aaO, S. 279.

22). Häberle, aaO, S. 279.

을 두고 있다 :

“1. 기본권과 기본적 자유는 영토, 국민, 공화적 국가형태, 나라의 안전, 공공질서, 공공복리, 일반적 윤리, 일반의 건강의 보호를 위하여 또는 헌법의 다른 규정들에서 열거된 특별한 이유로 법률을 통해서만 그리고 헌법의 문구와 의미를 기준으로 해서만 제한될 수 있다.

2. 위 법률은 기본권과 기본적 자유의 핵심을 침해해서는 안된다.” 23)

(4) 스위스와 오스트리아

스위스 연방헌법 전면개정을 위한 전문가위원회의 초안(1977)은 제 23 조 제1항에서 “기본권은, 우월한 공익에 의하여 정당화될 때에만 제한될 수 있다. 그 핵심을 불가침이다.”라고 하여 본질적 내용보장을 위한 규정을 예정하고 있다.

그러나 스위스에서는 실정 헌법에 명문의 규정이 없음에도 불구하고 이미 기본권의 본질적 내용 내지 핵심내용의 보호를 전제로 한 판례들이 형성되고 있다.²⁴⁾ 물론 학계에서도 스위스 연방법원의 판례와 독일의 영향하에 기본권의 본질적 내용보장에 관한 논의가 활발히 이루어지고 있다.²⁵⁾

오스트리아의 실정헌법에도 기본권의 본질적 내용보장에 관한 명문의 규정은 없으나, 오스트리아 헌법재판소는 수차례에 걸친 판결에서 기본권의 본질적 내용을 침해하는 행위는 위헌임을 확인한 바 있다.²⁶⁾ 학계

23). Häberle, aaO. S. 280.

24). 스위스 연방법원은 예를 들면 상행위의 자유 및 영업의 자유와 관련하여 BGE 99 Ia 604ff., 621, 신체의 자유와 관련하여 104a 487; 106 Ia 277(281); 재산권과 관련하여 105 Ia 140; 103 Ia 418 등에서 이와 같은 판례를 개발하였다. 이에 관해서는 J. P. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, S. 145; Häberle, aaO, 259ff. 참조.

25). 이에 관한 상세한 문헌고증과 학설에 대한 개관은 Häberle, aaO, S. 262f. 참조.

에서도 마찬가지로 경향을 확인할 수 있다.

다. 국제적 차원

기본권의 본질적 내용의 보장은 개별 국가 차원의 문제만이 아니라, 국제적인 차원의 문제가 되고 있다. 즉 룩셈부르크 소재 유럽법원(EuGH)²⁷⁾과 슈트라스부르크 소재 유럽인권법원(EGMR)²⁸⁾의 판례에서도 기본권의 본질적 내용보장에 관한 판례가 발견된다.

라. 평가

위의 개략적인 비교법적 고찰로부터 기본권의 본질적 내용보장의 사고는 주로 독일에서 발원하여 인접 독일어권 국가들을 넘어 유럽 각국, 그리고 유럽의 국제사법기구에 영향을 주고 있음을 확인할 수 있었다. 기본권의 본질적 내용의 해명이라는 작업이 어려운 만큼, 그 만큼 이 문제와 관련된 비교헌법적 고찰의 가치는 크다고 할 수 있다. 이에 관한 기초연구를 통하여 Häberle는 이미 본질적 내용보장에 관한 논의가 상당히 유사한 모습을 보이고 있음을 확인한 바 있다.²⁹⁾ 그렇기 때문에 더욱 더 다른 나라들의 학설과 판례를 검토하고 참고하는 것은 이에 관한 연구를 시작하는 단계에 있는 우리에게 있어서는 매우 유익할 것이다.

26). 상세한 판례고증은 Häberle, aaO, S. 264f. 특히 FN 32 참조.

27). 1974. 5. 14. 판결(Rechtssache 4/73 동 법원 판례집 XX, 1974, S. 491ff.; Nord 대 유럽공동체위원회) - 재산권; 1979. 12. 13. (Rechtssache 44/79, 동 법원 판례집, 1979, S. 3727) - 재산권. 이에 관하여 상세한 것은 Häberle, aaO, S. 266ff. 참조.

28). 1968. 7. 23. 판결(벨기에어 사건), Publications de la Cour Européenne des Droits de l'homme Série A Nr. 6 (§ 5); 1981. 8. 13. 의 Yaung, James, Webster 판결(Series A Nr. 44) - 노동조합 등. 판례에 관하여 보다 상세한 것은 Häberle, aaO, S. 273ff. 참조.

29). Häberle, aaO, S. 285.

Ⅲ. 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용보장의 대상

기본권의 본질적 내용의 불가침을 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항의 보호대상은 기본권의 본질적 내용보장과 관련된 문제들 가운데서도 핵심적인 의미를 갖는다. 이 문제는 그 규정이 개인 내지 복수의 기본권주체의 주관적 기본권을 보호대상으로 하는가 아니면, 기본권규범 내지 그 규범에 의하여 보장된 헌법하위의 규범들의 복합체와 같은 객관적인 것을 보장하는가의 문제이다. 이는 개인의 관점에서 보면 본질적 내용보장이 “개별적인 경우에 기본권을 남김없이 박탈하는 것”을 금지하는 것이냐³⁰⁾ 아니면 “자유로운 공동체가 전체주의적 체제로 변질되는 것”만을 막는 것이냐의 문제라고 할 수 있다. 기본권이 개인의 이익과 국가적 이익과의 갈등을 원칙적으로 개인에게 유리한 방향으로 결정하고 있는가의 문제는 헌법 제19조 제2항이 의미하는 기본권의 개념에 관하여 입장을 확실히 할 때 내려질 수 있는 것이다.

본질적 내용의 보장대상과 관련하여 그 대상이 개인의 주관적 권리라는 설, 일반적-추상적인 기본권 내지 객관규범이라는 설, 주관적 권리와 객관적 규범이 모두 보호대상이라는 설 등 크게 3가지 학설이 주장되고 있다.³¹⁾

30). BVerfGE 2, 266 (285).

31). 이에 관한 포괄적인 설명으로는 L. Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG, 1983, S. 76ff. 참조.

1. 주관설

본질적 내용의 보호대상을 개인의 자유 내지 주관적 권리로 보는 입장을 여기서는 주관설³²⁾로 칭하고자 한다. 주관설을 주장하는 대표적인 학자들과 그 주된 논거는 다음과 같다.

Hildegard Krüger는 기본권의 본질적 내용의 영역에 있어서는 전적으로 개인의 자유행사의 “여부” 및 “방법”을 결정하는바, 그 본질적 내용의 테두리 안에서 기본권을 행사하는 한 타인의 권리를 침해하거나 윤리나 헌법적 질서에 위반할 수도 있다³³⁾고 주장한다. Dürig는 본질적 내용보장 규정은 개인적 기본권의 인권적 내용을 실정법적으로 확실하게 보장하는 것을 의미하는 것이라고 하면서, 개인이 아무리 노력해도 달성할 수 없는 요건에 의하여 그 기본권을 행사하는 것을 막는 경우에는 해당 기본권의 본질적 내용이 침해된다³⁴⁾고 한다. Leisner는 본질적 내용보장이 바이마르시대의 제도보장론에 담긴 핵심영역보장의 사상과 결부되어 있음을 지적하면서, 객관적 법제도의 핵심영역보장의 사상을 주관적 권리의 보호에 응용한 것이 본질적 내용보장의 사상에 나타나는 새로운 측면³⁵⁾이라고 한다. 그의 입장에 서게 되면 주관적 권리로서의 기본권의 핵심영역이 침해되면 기본권의 본질적 내용의 침해가 있다고

32). 독일에서 이 설은 개인적 지위보장설(Individualstellungstheorie - P. Schneider, Pressefreiheit, S. 129)이나 법적지위보장설(Rechtsstellungstheorie - Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 57)로 지칭되기도 한다. 한편 국내에서는 강태수, 기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계, in: 연 혁영박사화갑기념논문집, 한국에서의 기본권이론의 형성과 발전, 1997, 101 (143쪽)은 이 문제를 개별설과 일반설의 대립으로 표현하고 있다.

33). Krüger, Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 2. GG, DÖV 1955, S. 599.

34). Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR 81(1956). S. 136.

35). W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 91.

보아야 할 것이다.³⁶⁾

2. 객관설(제도설)

객관설은 본질적 내용의 보장대상을 개인의 주관적 권리가 아닌 객관적인 것, 가령 법제도로서의 기본권으로, 즉 제도적으로 이해하거나 또는 객관적인 기능관련의 보장으로 이해하는 등 그 보장내용을 객관적으로 확정하려는 입장이다.

독일에서 객관설을 처음으로 체계화한 F. Klein은 대부분의 기본권 제한은 아니라 할지라도 많은 기본권제한의 경우에 개인의 주관적 권리의 본질적 내용을 건드릴 수밖에 없다는 것을³⁷⁾ 객관설을 취해야 하는 근거로 삼는다. 가령 자유형은 그 형을 언도받은 자가 그에 기하여 수감되는 경우에는 그의 신체의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 한다. 이는 특히 무기자유형에서 뚜렷하게 나타난다고 주장한다. 또 미결구금 상태에 있는 피의자나 피고인의 서신을 검열하는 것은 개인의 권리로서의 통신의 자유의 본질적 내용을 침해한다는 것이다. 결과적으로 주관설과 같이 본질적 내용의 보호대상을 파악하게 되어 위헌성을 띠게 되기 때문에 그 입장을 국가의 일상생활에서 일관성 있게 관철할 수가 없다는 것이다. 따라서 그에 의하면 기본권제한조치에 의하여 타격을 받은 자

36). 그 밖에도 Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 5ff.; E. Stein, Staatsrecht, 15. Aufl., 1995, S. 244; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 11. Aufl. 1995, Rdnr. 327ff, 특히 331; L. Schneider, aaO, S. 88ff., 특히 148ff.; F. Müller, Thesen zur Grundrechtsdogmatik, in: ders, Rechtsstaatliche Form/Demokratische Politik, 1977, S. 48 (57); 강태수, 전제논문, 101(143쪽)도 같은 입장이다.

37). v. Mangoldt/Klein, GG, S. 556.

의 범위가 기본권의 그 본래의 헌법적 의미를 상실하게 될 정도로 넓은 경우에만 그 기본권의 본질적 내용은 침해된다고 한다.³⁸⁾

한편 P. Lerche³⁹⁾도 제도적 사고에 의거하여 본질적 내용보장의 대상을 객관적으로 확정하려고 한다. 그는 주관설이 지나치게 입법자의 형성의 자유를 제한하는 반면, 객관설은 기본권을 입법자의 처분에 맡겨 버릴 위험성이 있다고 비판하면서, 양설의 단점을 제도적 사고와 비례의 원칙을 결합함으로써 극복하고자 한다. 그는 각 자유권에 내포된 제도적 내용만이 절대적으로 보호되는 본질적 내용이라고 한다. 그는 각 자유권에 내포된 제도적 내용만이 절대적으로 보호되는 본질적 내용이라고 한다. 그에게 있어서 기본권의 제도적 내용이란 각 자유권의 근거에 놓여 있는 헌법 하위의 규범복합체의 핵심(Kerstück des unterverfassungsrechtlichen Normkomplexes)을 말한다. 즉 각 규범복합체의 전형적이고도 특징적인 부분을 제도(Institut)로 지칭할 수 있으며, 또 “본질적 내용”과 동일시 할 수 있는 것이라고 한다. 입법자의 조치가 이러한 제도적 내용에 접근할수록 그 조치는 비례의 원칙을 위반할 가능성이 높아지는바, 그 핵심을 건드리는 순간 입법조치는 비례성을 상실하게 된다고 본다.⁴⁰⁾

3. 절충설

38). v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1964, S. 554, 561, 562.

39). Ders., Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961, S. 238ff.; ders., Grundrechtsschranken, in:HdbSR V, 1992, § 122 Rdnr. 28.

40). 그 밖에도 객관설을 지지하는 학자로는 Jäckel, Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, 1969 참조. 그는 주관설은 특별권력관계에 있어서의 기본권제한과 기본권실효제도에 의한 기본권제한을 합리적으로 설명할 수 없다고 본다; Hendrichs, aaO, Art. 19 Rdnr. 24.

절충설은 본질적 내용의 보장대상에는 주관적 권리만이 아니라 일반적-추상적인 기본권규범과 같은 객관적인 것이 포함된다는 설이다.

K. Hesse⁴¹⁾는 절충설의 논거로서⁴²⁾ 기본권이 사회생활 전체에서 발휘하는 기능은, 그것이 제거되는 경우에는 결코 비례의 원칙에 따른 기본권제한이라고 할 수 없기 때문에, 유지되어야 할 뿐만 아니라, 기본권 제한에 의하여 그 기본권주체에게 그 기본권에 의하여 보장된 자유가 거의 남지 않은 것이나 마찬가지로인 경우에도 과잉제한이고 따라서 본질적내용보장 규정에 합치하지 않는 것이 통상적이라는 것을 든다. 물론 그는 위험스러운 정신병자를 정신병원에 수용하는 명령처럼 기본권제한에 의하여 그 기본권 중 개인에게 남는 것이 거의 없는 결과가 초래되나 비례의 원칙에 부합하고 따라서 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없는 예외적인 경우가 있다는 것을 인정한다.⁴³⁾

한편, Stern⁴⁴⁾은 기본권의 주관적 측면과 객관적 기본권규범이 불가분적으로 결합되어 있는 것으로부터 출발하면서, 기본권규정의 본질적 내용이 침해되면 동시에 그 규정에 터잡고 있는 주관적 기본권이 침해될 수밖에 없다고 한다. 주관설은 규범과 권리의 발생 사이에 존재하는 위와 같은 연관관계를 제대로 파악하지 못하는 것⁴⁵⁾이라고 비판한다. 그러므로 어쨌든 객관적 기본권규범의 본질적 내용도 본질적 내용 보장

41). Ders., aaO, Rdnr. 332 ff. 참조.

42). K. Hess, aaO, Rdnr. 334.

43). P. Häberle, aaO, S. 333f.; Th. Maunz, in : Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. II Rdnr. 14; R.

Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 268 등도 마찬가지로이다.

44). Ders., aaO, § 85 III 2 b) a) 참조; 그 밖에도 그의 이론을 원용하면서 Hartmut Krüger,

aaO, Art. 19. Rdnr. 34.

45). 이와 같은 논증은 이미 L. Schneider, aaO, S. 87; W. Leisner, Grund-rechte und Privatrecht S. 153 등에서도 나타난다.

규정의 보호대상에 속한다고 보아야 한다는 것이다. 뿐만 아니라, 기본권이 개인의 권리로서 발전되어 왔으며, 실정 헌법상의 기본권이 개인의 주관적 권리로서의 성격을 가짐을 부인할 수 없기 때문에 주관적 권리의 본질적 내용도 본질적 내용보장에 의해서 보장된다고 본다. 만일 객관설에 의하면 객관법적으로 보호되는 내용만 유지된다고 하더라도 기본권의 본질적 내용의 침해는 없다고 보게 되는데, 이렇게 되면 본질적 내용보장은 기본권주체들 개인에게는 무의미해지고, 따라서 기본권이 기본적으로 개인의 주관적 권리로서 부여된 것이라는 사실과 합치하지 아니한다는 것이다.

4. 평가

가. 사이버대립으로서의 주관설과 절충설의 대립

먼저 본질적 내용의 보장대상과 관련하여 주장되는 위와 같은 학설들 중 주관설과 절충설의 대립은 사이버대립에 불과하다는 점에 유의할 필요가 있다.

주관적 권리로서의 기본권은 - 그 규범이 실정화된 것이든 아니면 초실정법적인 것이든 - 그것을 보장하는 객관적 범규범의 존재를 전제로 한다. 따라서 기본권규범이 제거되는 경우에는 그로부터 도출되는 주관적 기본권도 그 존립의 기반을 잃는다. 기본권규범의 본질적 내용에 대한 침해는 관련 주관적 기본권의 본질적 내용에 대한 침해를 동반할 수밖에 없다. 반면 주관적 기본권의 본질적 내용에 대한 침해가 항상 객관적 기본권규범의 침해를 낳는 것은 아니다. 이는 법이론적으로 범규범

의 사실효(faktische Geltung)라는 개념에 의하여 뒷받침될 수 있다. 법은 사회생활에서 사실상 실효성이 있을 때 그리고 실효성을 발휘하는 범위 안에서 사실상의 효력을 갖는다. 그 결정적인 기준은 해당 법규가 규칙적으로 또는 통상적으로 준수되는지 여부이다. 법규가 하나의 구체적인 사건에서 준수되지 아니한다고 하여 법규의 효력이 없어지는 것은 아니다. 객관적인 법이 권리를 보장하고 있는 경우에 개인이 자신의 구체적인 권리를 상실하는 때가 있다고 하더라도 그 법의 사실상의 효력에는 문제가 없다. 주관적인 권리들을 제거하거나 크게 제한하더라도 기본권규범의 사실적 효력에는 영향이 없는 경우는 얼마든지 있을 수 있다.

그런데 일반적으로 주관설을 주장하는 경우에는 “기본권규범”의 본질적 내용도 불가침이라는 것을 전제로 하는 것이다. 따라서 학설의 대립은 본질적 내용보장의 대상에 개인의 주관적 권리도 포함되는 것인가 아니면 그 대상이 단지 객관적 기본권규범에 국한되는 것인가의 문제로 환원된다. 다만 절충설 중 Hesse와 같이 극단적인 사례에 있어서 주관적 권리 전부가 충돌하는 다른 법익과의 형량을 통하여 상대화되고 완전히 제거되더라도 객관적 기본권규범의 실효성이 유지될 경우 본질적 내용의 침해로 볼 수 없다는 견해를 견지한다면, 이는 물론 독자적인 학설로서 분류되어야 할 것이다.

나. 객관설에 대한 비판

한편, 객관설의 문제점은⁴⁶⁾, 첫째이 설이 기본권 규범에 대한 극단적인

46). 이에 대해서는 H. Dreier, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 10; E. Stein, aaO, S. 244; Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 5ff.; Herbert, EuGRZ 1985, S. 324; L. Schneider, aaO, S. 148ff.; A. Kaufmann, aaO, ARSP 1984, S. 384 (388ff.)은 객관설은, 엄밀히 보면 주관설에 따르면 현실적으로 불합리한 결과를 초래한다는 비판을 그 논거로 할 뿐 실제로는 아무런 설득력 있는 논거를 제시하고 있지 못하다고 혹평하고 있다; F. Müller, Rechtsstaatliche Methodik und

제한으로 인하여 기본권 중 남은 것이 거의 없는 예외적인 경우에만 기본권의 본질적 내용침해를 인정할 수 있기 때문에 본질적 내용보장규정을 거의 무의미하게 만드는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 기본권이 주로 개인의 권리로 발전되어 왔으며, 실정 헌법상 여전히 개인의 주관적 공권으로서의 성격을 갖는다는 점을 무시하고 있다는 점이다. 둘째로 기본권체계가 민주적으로 정당화된 다수파에 대해서도 소수파를 보호하기 위한 보호지대를 확보하는 기능을 수행할 수 있어야 한다면, 본질적 내용보장에 의한 보호를 다수인이 위협받는 상황에만, 따라서 통상적인 경우에 국한시킨다면 그 본연의 기능을 다할 수 없다. 셋째로 실정헌법에 기본권이 보장된 이상 최고규범성을 가지므로 개인의 주관적 권리를 박탈할 뿐만 아니라, 기본권규범의 본질적 내용까지도 완전히 제거하는 법률을 제정하는 법률을 제정할 수는 없는 것은 자명하며, 객관설은 결국 법논리적으로 자명한 것을 말하고 있는 것에 불과하다. 넷째로 객관설이 기본권규범의 본질적 내용에 대한 침해여부의 판단기준으로서 기본권규범의 '사회적 실효성'을 제시한다면, 이는 지극히 불분명한 기준에 불과하다는 비판을 면할 수 없을 것이다. 왜냐하면 그 기본권규범의 사회적 실효성이 상실되는 것인지가 불분명하기 때문이다. 따라서 보호객체와 관련하여 객관설의 입장을 취할 수는 없으며 주관설을 취할 수 밖에 없다고 할 것이다.

IV. 기본권의 본질적 내용보장의 의미

politische Rechtslehre, in: ders., Rechtsstaatliche Form/Demokratische Politik, 1977, S. 271 (276)에 의하면 기본권의 제도적 해석은 “더 이상 유용한 작업도구가 아니라, 이미 부분적으로는 셋길로 빠지거나 부분적으로는 그 사이에 필요 없게 되어 버린 퇴행적 격세유전 (Atavismus)”이라고 한다.

무엇이 기본권의 본질적 내용인가의 문제는 기본권의 본질적 내용보장의 법제사적 발원지인 독일에 있어서조차 오늘날까지 가장 격렬하게 다투어지고 있는 문제 중의 하나이다. 이 문제가 제기하는 어려움 때문에 본질적 내용보장에 관한 규정을 사실상 적용하지 않거나 그 해석을 회피하면서 실질적으로는 그 규정에 부여된 기본권보호의 기능을 비례의 원칙에 떠맡기려는 사태까지 벌어지고 있는 실정이다.⁴⁷⁾

그러나 본질적 내용이라는 개념이 정의하기 어려운 개념이기는 하지만 본질적 내용의 침해를 금지하는 명문의 헌법규정이 존재하는 한 그 개념에 대한 해석작업을 소홀히 할 수는 없다. 이 문제에 관한 독일의 논의를 참고하면서 우리 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용보장의 의미를 확정해 본다.

1. 사법적 권리구제절차보장설

독일 학계에서 본질적 내용보장에 관한 규정이 실체법적 성격을 갖는다는 데 거의 이론이 없다. 다만 일부 학자들이⁴⁸⁾ 그 규정은 실체법적 요소 이외에 절차법적 요소도 포함하고 있다는 점을 지적하고 있을 뿐이다. 그렇기 때문에 기본권의 본질적 내용을 실질적으로 확정하는 것

47). 권영성, 헌법학원론, 1997, 324쪽 기본권의 본질적 내용은 당해 기본권의 핵이 되는 실체(Grundsubstanz)를 말하고, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다고 하면서도, 구체적으로는 '헌법재판소와 법원의 판례를 기다릴 수밖에 없다'고 기술하고 있다.

48). Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 36; Herbert Krüger, DÖV 1955, S. 599.

에 반대하면서, 그것에 전적으로 절차법적 의미만을 부여하는 Roelleckedml 견해는⁴⁹⁾ 외로운 외침에 불과하다고 평가할 수 있다. 따라서 본질적 내용보장규정의 보호내용에 관한 논의는 실제로는 상대설과 절대설의 대립 속에서 진행되고 있다.

어쨌든 Roellecke는 자신의 견해를 뒷받침하는 논거로서 본질적 내용보장을 통하여 추구하는 목적인 입법자의 입법권의 제한은 공개적인 절차에서 법률에 관한 논의가 이루어질 때에만 달성될 수 있다는 것을 든다. 즉 기본권의 본질적 내용으로부터 나오는 일반적·추상적 기준으로부터 입법에 대한 한계를 긋는 것은 - 입법자에게 그 기준을 구체화하는 권한이 맡겨져 있는 한 - 불가능하며, 공개적인 절차를 통해서만이 입법자가 개별 기본권의 본질적 내용이 무엇인지를 스스로 결정하는 것을 방지하는 실제적인 가능성이 생긴다는 것이다. 그런데 헌법상 법률은 자유민주주의적 입법절차에서, 따라서 공개적인 절차에서 제정되기 때문에 실제로 여기서 문제되는 공개적인 절차란 재판절차를 의미한다고 한다. 따라서 기본권의 본질적 내용은 기본권제한에 대하여 법원에 제소할 수 있는 가능성을 말한다고 한다.

물론 독일 연방헌법재판소⁵⁰⁾가 지적한 바와 같이, 어떤 기본권의 실제적 내용이 유지되고는 있어도 법질서가 기본권의 보호를 위하여 인정된 방해배제청구권 일체가 실제법적으로 제거되거나 이 청구권을 효과적으로 관철할 수 있는 가능성이 절차적으로 막혀 있는 경우에는 본질적 내용의 침해가 있을 수 있다. 그런 점에서 위 설이 본질적 내용의 절차적 측면을 지적하는 것은 타당한 일측면을 가지고 있다. 그러나 위 설은 무엇보다도 공개적인 절차에서의 법률에 관한 논의는 법률의 합헌성여부

49). Ders., Der Begriff des positiven Gesetzes, 1969, S. 296f.

50). BVerfGE 61, 82 (113).

에 대한 실제적인 판단기준이 있을 때에만 입법자의 결정권을 제한할 수 있는 바, 이 실질적 기준을 제공하는 것 중의 하나가 다른 아닌 기본권의 본질적 내용보장이라는 사실을 간과하고 있다. 즉 권리에 대한 실효적 보호는 절차적 원리들과 실제적 원리들이 상호공조할 때 가능한데, 본질적 내용보장은 실제법적 기준의 제시에 그 중점이 있음을 간과하는 것이다.⁵¹⁾ 따라서 위 설과 같이 기본권의 본질적 내용을 절차적 보장에서만 찾으려는 견해를 받아들일 수는 없다고 생각한다.

2. 상대설

상대설은 본질적 내용을 고정적인 것이 아니라, 가변적인 것으로 보는 등 본질적 내용의 상대화를 인정하는 입장들을 총칭한다. 그러나 상대설로 분류되는 학설들은 그 구체적인 논증에 있어서는 적지 아니한 차이를 보이고 있다. 그러나 공권력에 의하여 추구되는 목적과 그로 인한 기본권제한의 상관관계 속에서 기본권의 본질적 내용을 확정하려 하며, 따라서 기본권의 본질적 내용은 기본권을 제한하는 법률의 목적과 그 제한의 정도에 따라 기본권의 본질적 내용의 범위가 달라진다고 본다는 점에 상대설로 분류될 수 있는 학설들의 공통점이 있다. 상대설은 과잉금지의 원칙 중 필요성원칙이나 협의의 비례의 원칙에 중심적 의미를 부여하면서 이 원칙과 본질적 내용보장을 동일시하고, 결국 본질적 내용보장규정에는 창설적 의미가 아닌 선언적 의미만을 부여한다.

아래에서는 상대설로 분류할 수 있는 대표적인 견해의 논지를 살펴 본

51). L. Schneider, aaO, S. 158.

다.

가. 최소침해원칙과 본질적 내용을 동일시하는 설

(1) 내용

이 설은 본질적 내용의 침해금지규정을 과잉금지원칙의 한 요소인 필요성 내지 최소침해원칙과 동일한 것으로 보는 입장이다. 여기서 이 설을 여기서 편의상 최소침해설로 명명한다.

독일 연방법원(Bundesgerichtshof)은 강제집종의 합헌성에 관한 그 감정의견에서 위와 같은 입장을 피력한 바 있다. 동 법원에 의하면 기본권에 대한 제한의 원인이 된 실질적 동기와 근거가 반드시 요구하는 것 이상으로 기본권이 제한되는 경우에는 해당 기본권의 본질적 내용에 대한 침해가 있게 되며, 따라서 기본권에 대한 제한은 반드시 필요한 경우에 그리고 가급적 최소한의 범위 내에서 이루어져야 하는 동시에 기본권에 가능한 한 넓은 여지를 남기려는 노력이 동반되어야 한다고 보았다.⁵²⁾ 동 법원은 이 판례에서 본질적 내용을 확정함에 있어서 결국 필요성의 원칙(Grundstaz der Erforderlichkeit), 즉 기본권제한에 있어서 그 제한이 입법목적의 달성에 필요하고 그 경우에도 기본권을 최소한으로 제한하는 수단의 채택을 요구하는 원칙을 기준으로 하고 있는 것이다. 동 법원은 위의 입장을 고수하다가 후에 법익형량 내지 협의의 비례의 원칙의 요소를 추가함으로써 그 판례를 수정하였다.⁵³⁾

(2)비판

우리 헌법 제37조 제2항 후단의 해석에 있어서 위 설을 받아들일 수

52). BGHSt 4, 375(376ff.).

53). 예를 들면 BGH VerwRspr. 8 Nr. 21, S. 104; BGHZ 22, 176.

있을 것인가? 결론부터 말하자면 이 설은 동 조항의 명시적인 문구에 반하기 때문에 수용하기 곤란하다.

“자유와 권리의 본질적 내용”이라는 헌법 제37조 제2항의 문구 자체만을 보더라도 그 본질적 내용을 확정함에 있어서 공권력에 의한 규율의 동기나 목적을 기준으로 하는 도시가 적합하지 않음을 알 수 있다. 즉 본질적 내용의 징표는 헌법에 의하여 보장된 자유와 권리의 밖 그 어디에서가 아닌, 자유와 권리 그 자체 내에서 찾아야 한다.⁵⁴⁾

또 헌법 제37조 제2항의 조문 전체를 보더라도 필요성의 원칙과 본질적 내용보장을 동일시하는 것은 가능하지 않다. “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며”라는 법문은 그 곳에 열거된 사유가 있을 때 기본권을 제한할 수 있도록 수권하는 일반적 법률유보조항을 의미한다. 그리고 그 법문 중 “필요한 경우에 한하여”라는 말은 위 수권에 근거한 기본권제한에 있어서 준수되어야 할 과잉금지 원칙의 실정 헌법적 근거이다.⁵⁵⁾ 물론 “필요한 경우에”라는 말을 기본권제한에 있어서 준수되어야 할 필요성 내지 최소침해성이라는 요소의 헌법적 근거로 이해하는 데에 아무런 어려움이 없다. 그런데 “그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”는 법문은 그 전단에 제시된 기본권제한의 한계조건들에 새로운 한계조건을 추가한 것이다. 본질적 내용

54). L. Schneider, aaO, S. 160도 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용의 해석과 관련하여 이와 같은 논거를 제시하고 있다.

55). 헌재결 1992. 4. 14. 선고, 90헌마82 결정(헌판집 4, [194]); 1995. 5. 25. 선고, 91헌가7 결정(헌판집 7-1, [722]); 김철수, 헌법학개론, 197, 302쪽 등 참조.

한편, 1995. 11. 30. 선고 92헌마44 결정(헌판집 7-2, 646 [666-667]; 1990. 9. 3. 선고, 89헌가95 결정 등에서 헌법재판소는 “법치국가원리에서 당연히 추출되는 원리로서 헌법 제37조 제2항에서 그 취지를 규정하고 있는 ‘과잉금지원칙’을 기본권제한의 한계로 제시하고 있다.”고 판시하여 헌법 제37조 제2항 전단이 확인적 규정임을 밝히고 있다.

보장이 필요성원칙을 포함하는 과잉금지원칙에 흡수될 수 없는 독립적인 요건이라는 것은 무엇보다도 “그 경우에도”라는 문구에서 잘 표현되고 있다. 그럼에도 불구하고 본질적 내용보장과 필요성원칙을 동일시하여 본질적 내용침해금지를 기본권에 대한 불필요한 제한금지로 이해하는 경우에는 본질적 내용의 침해금지 규정에 의하여 추가된 또 하나의 기본권제한의 한계요건을 무용지물로 만들게 될 것이나, 이는 결코 용납할 수 없는 일이다.

나. 협의의 비례의 원칙으로 보는 설

(1) 내용

이 설은 기본권의 본질적 내용보장규정을 협의의 비례의 원칙의 헌법적 근거로 보거나 그와 동일시하는 입장이다. 이 설을 주장하는 주요 학자로는 E. v. Hippel과 A. Kaufmann을 들 수 있다.⁵⁶⁾

E. v. Hippel은⁵⁷⁾ 기본권의 본질적 내용을 절대적인 것으로 이해하는 경우에는 구체적인 경우에 그 핵심영역이 거의 무의미해질 정도로 축소되거나 일관성이 없는 법익형량이 행하여 지는 문제점이 있다고 지적함과 동시에 비례의 원칙에 의하더라도 본질적 내용보장의 의미와 목적에 상응하는 기본권보호가 이루어질 수 있다고 하면서 따로 본질적 내용침해 여부를 심사할 필요가 없다고 지적한다. A. Kaufmann도⁵⁸⁾ 비례의 원칙에 중심적 의미를 부여하면서, 본질적 내용보장규정은 적용될 수 있거나 규범적 포섭능력이 있는 규범이 아니며, 따라서 그 규정은 단지

56). 그 밖에도 Schmidt-Bleibrey/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl., 1995, Art. 19 Rdnr. 10. 국내에서 명시적으로 상대설을 지지하는 견해로는 박홍우, “재산권제한의 범리와 그 적용한계”, 헌법문제와 헌법재판소(하) 196, 651(684쪽).

57). E. v. Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965, S. 57.

58). A. Kaufmann, Über den Wesensgehalt der Grundrechte und menschenrechte, ARSP 1984, S. 384(396f.).

다른 범익의 보호를 위하여 필요한 범위 이상으로 기본권을 임의적으로 처분하지 말 것을 요구하는 헌법제정자의 호소로서의 의미를 가질 뿐이라고 한다. 그가 그렇게 말할 수 있는 이유는, 그는 누구도 기본권의 본질적 내용을, 따라서 본질적 내용이 아닌 것을 정의할 수 없을 뿐만 아니라, 기본권 자체가 결코 실체 내지 본체(Substanz)이거나 그러한 것이 기본권에 내재해 있다고 말할 수 없으며, 법, 따라서 질서는 그에게 있어서는 실체가 아니라 관계(Relation)로 이해할 수밖에 없다고 보기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 기본권의 본질적 내용이 어느 경우에 침해되는냐의 문제는, 실체적인 요소로서의 본질적 내용은 존재하지 않기 때문에 항상 추상적으로 말할 수는 없고 구체적 상황이나 관련된 인적 주체와 관련하여서만 말할 수 있다는 것이다.⁶⁰⁾

독일 연방헌법재판소의 판례 중에도 이와 같은 입장에 있다고 볼 수 있는 것이 있다. 동 재판소⁶¹⁾ 이혼서류를 그 당사자들의 동의를 받지 않고 공무원징계절차의 심리위원장에게 이송하는 것은 그들의 인격권에 대한 제한을 의미하는바 이는 비례의 원칙에 의하여 정당화될 때에만 헌법적으로 허용된다고 보았다. 만일 그것이 비례에 원칙에 의하여 정당화되지 않는다면, 인격권의 근거인 기본법 제2조 제1항과 본질적 내용에 대한 침해를 금지하고 있는 기본법 제19조 제2항의 침해가 있게 된다고 하였다.

(2) 비판

협의의 비례의 원칙은 기본권제한의 정도와 그 제한의 목적이 상호적

59). A. Kaufmann, ARSP 1984, S. 384 (392). 실체존재론(Substanzontologie) 및 기능이론(Funktionalismus)에 대한 그의 관계존재론(Relationeontologie)에 대한 설명에 대해서는 ders., aaO, S. 393f.; ders., Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1984, S. 96ff. 참조.

60). A. Kaufmann, ARSP 1984, S. 384 (395ff.) 참조.

61). BVerfGE 27, 344 (352). 그 밖에도 BVerfGE 61, 113f. 참조.

정한 관계에 있는지를 통제한다. 따라서 그 원칙은 관련 기본권의 의미나 제한의 정도 등을 판단대상에 포함시킨다. 즉 해당 기본권에 대한 제한이 중대하면 할수록 이를 통해 추구되는 목적을 정당화하기 위해서는 그 만큼 엄격한 요건을 충족하여야 한다. 그러므로 본질적 내용보장과 협의의 비례의 원칙을 동일시하는 입장은 필요성원칙설과는 달리 본질적 내용침해여부에 관한 판단기준을 관련 기본권의 밖에서만 구하는 것은 아니다. 그러나 위 설은 기본권의 본질적 내용까지도 다른 법익과의 형량의 대상으로 삼고 결과적으로 기본권제한을 통해 추구되는 목적이 긴박하고 또 중대하다는 이유로 구체적인 경우에 그 기본권을 제거하는 것을 정당화할 위험이 있다는 숙명적인 문제점을 안고 있다.⁶²⁾ 이 설이 예외적인 상황에서 보일 수 있다는 이른바 ‘합리성’은 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용침해 금지에 뚜렷이 나타난 가치결정, 즉 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 국가안전보장, 질서유지, 공공복리의 어떠한 사유로도 침해할 수 없다는 규범적 결정 앞에서는 그 토대를 상실할 수밖에 없다고 보아야 한다.⁶³⁾ 헌법은 제37조 제2항 후단에서의 본질적 내용침해금지를 통하여 상충하는 법익들이 서열문제를 기본권의 본질적 내용과 관련해서는 기본권 우위의 방향으로 스스로 결정하고 있는 것이다. 그러므로 본질적 내용보장과 협의의 비례의 원칙은 각기 기본권제한의 독자적인 한계요건들이며, 양자가 결코 일치한다고 볼 수는 없다.⁶⁴⁾ 물론 헌법재판소가 기본권제한에 관한 비례성통제에 있어서 기본권의 의미에 정향하고 기본권이 가능한 한 최대한도로 그 효력을 발휘할 수 있도록 기본권 제한입법에 엄격한 한계를 설정하는 성향을 보인

62). Grabitz, aaO, S. 105f.

63). 통지: 강태수, 전게논문, 102 (142쪽).

64). 독일에서도 조건과 같은 입장을 취하는 학자로는 Stern, aaO, § 85 III 2 c a; L. Schneider, aaO, S. 163ff.; Maunz, in:Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Stand 1994, Art. 19 Abs. II Rdnr. 5; G. Herbert, EuGRZ 1985, S. 330f.

다면 비례의 원칙을 통하여 상당한 정도로 기본권을 그 공동화로부터 보호할 수 있는 것은 사실이다. 그러나 모든 기본권을 일반적 법률유보하에 놓고 있고 또 그 기본권제한의 근거로 열거된 국가안정보장, 질서유지, 공공복리라는 법익도 매우 추상적이고 불확정적인 개념이기 때문에 그 자체 실질적 형량의 기준을 내포하고 있지 못한 비례의 원칙만으로 기본권보호에 만전을 기할 수 있을지는 의문이 아닐 수 없다. 더구나 예외적인 상황에서 기본권을 그 원칙만 가지고 충실히 보호하는 것을 기대하기는 어렵다.

위에서 본 바와 같이 헌법의 명시적인 문구와 그에 나타난 본질적 내용과 관련한 법익간의 우열에 대한 규범적 결정 등은 본질적 내용보장과 협의의 비례의 원칙을 상호 독립적인 기본권제한의 한계원리로 파악할 것을 요구하고 있다.⁶⁵⁾

다. P. Häberle의 법익형량설

(1) 기본권이론의 개요

본질적 내용보장에 관한 P. Häberle의 입장을 이해하려면 그의 기본

65). 허 영 교수는 과잉금지의 원칙과 본질적 내용보장을 각각 기본권제한의 독자적 한계요인으로 파악하고 있다. 그러나 그의 입장에는 일관성이 없다. 그는 기본권제한의 방법상의 한계와 내용상의 한계를 구분하면서 전자에서는 과잉금지의 원칙을, 후자에서는 본질적 내용침해금지를 설명하고 있다(한국헌법론, 1996, 278쪽). 이러한 그의 설명체계에 의하면 일단 허 영 교수는 본질적 내용과 과잉금지원칙의 한 요소인 협의의 비례의 원칙을 구분하고 있는 것으로 보인다. 그러나 그의 입장의 동요는 예를 들면 개별 기본권의 제한과 그 한계를 설명하는 곳에서 잘 드러난다. 그는 노동3권과 관련하여(전게서, 487쪽) “과잉금지의 원칙을 어긴 지나친 제한은 이들 권리의 본질적 내용을 침해할 가능성이 크다고 볼 수 있는데, 예컨대 노동조합의 조직을 금지하거나 노동조합의 내부적 인사문제에 대해서 국가가 간섭하는 행위 ... 등이 그에라고 할 것이다.”고 설명하는가 하면, 참정권제한에 대한 설명에서(전게서, 506쪽)도 “과잉금지의 원칙에 반하는 참정권의 제한, 소급입법 등에 의한 참정권의 제한 등은 참정권의 본질적 내용의 침해에 해당되기 때문에 절대로 허용될 수 없다.”고 하고 함으로써 사실상 양자를 동일한 것으로 보고 있다.

권이론의 개요를 이해할 필요가 있다. 따라서 먼저 간략하게나마 그의 기본권이론의 골자를 소개한다.

1) 기본권의 양면성

Häberle는 그의 기본권이론에서 프랑스의 제도법학파의 거두인 Hauriou의 법이론에 입각하여 기본권이 공동체에 대하여 발휘하는 사회적 기능에 주목하면서 기본권을 일방적으로 개인의 권리로만 보는 입장과 개인주의적·자유주의적 기본권관을 거부한다.⁶⁶⁾ 그는 사회적 기능이라는 개념을 기본권의 (내재적) 한계를 확정하기 위하여 그리고 또 기본권의 영역에서 활동하는 입법자를 실체적으로 구속하기 위하여 사용한다. 그에 따르면 입법자와 개인은 모두 권리와 자유에 대한 잠재적인 적으로서 그 사회적 기능에 의하여 그어지는 한계 안에 있다. 다른 한편, 기본권을 비롯한 모든 헌법적 법익들은 상호 규정하고 상호 조건이 되는 관계에 있고⁶⁷⁾, 또 그렇기 때문에 기본권을 민주주의가 기능하기 위한 기초로 볼 수 있다⁶⁸⁾고 본다. 이처럼 기본권이 개인 및 공동체 모두에 대하여 구성적 요소이고, 또 기본권이 개인의 이익을 위하여 보장된 것일 뿐만 아니라, 민주주의의 기능적 기초이기도 하다면, 기본권 보장과 기본권행사, 나아가 기본권의 한계설정에는 공익과 개인의 이익이 상호 교차에 있다고 보아야 한다고 본다.⁶⁹⁾

그는 위와 같은 출발점에 상응하여 모든 기본권은 이중적인 내용을 갖는다는 추론을 하고 있다.⁷⁰⁾ 즉 기본권은 일면 개인의 권리인 동시에 자유롭게 질서지위되고 형성된 생활영역들에 대한 헌법적 보장, 요컨대

66). Ders., aaO, S. 8ff.

67). Ders., aaO, S. 12ff.

68). Ders., aaO, S. 17ff.

69). Ders., aaO, S. 21ff.

70). Ders., aaO, S. 70, passim.

제도라는 것이다. 그는 각 생활영역들은 일련의 규범군들에 의하여 질서있게 짜여지며(verfaßt), 따라서 주로 법에 의하여 비로소 객관적인 생활관계(objektive Lebensverhältnisse)로서의 형태를 띠게 된다고 본다. 그에게 있어서 입법자가 제정하는 법규들은 계약, 재산권, 상속, 혼인과 가족에 관한 법질서에서 볼 수 있는 것처럼 자유 내지 기본권을 단순히 둘러싸고 있는 것이 아니라, 사회적 현실에서 기본권의 이념을 실현하는 수단이라고 한다.⁷¹⁾ 그렇기 때문에 그는, 입법자가 자유의 잠재적 적일 뿐만이 아니라, 오히려 자유의 실현을 위하여 불가결한 기능을 수행한다는 점을 강조한다.⁷²⁾ 나아가 그에게 있어서 기본권의 양 측면은 상호 무관하게 병존하는 것이 아니라 상호 밀접하게 결부되어 있다. 그렇다고 제도적 측면이 개인의 자유를 위한 수단적 관계에 있거나, 열등한 관계에 있는 것은 아니며, 양 측면이 동등한 관계에서 온전한 기본권을 형성한다고 한다.⁷³⁾ 개인의 자유는, 그것이 실제도적 측면, 일련의 규범군을 필요로 한다.⁷⁴⁾ 반면 기본권의 제도적 측면은 그것에 개인의 권리로서의 측면이 결부될 때 자유로운 성격과 활력을 획득하고 유지한다.⁷⁵⁾ 주어져 있는 것, 형성된 것인 제도로서의 자유가 개인의 자유에 객관적인 것으로 다가와 개인의 자유는 제도로서의 자유 속에 놓여지게 된다.⁷⁶⁾ 그런데 개인적 자유가 객관적인 생활관계, 즉 제도로서의 기본권 안으로 들어섬으로써 개인의 자유에는 한계가 그어지게 된다.⁷⁷⁾

2) 기본권의 내재적 한계론

71). Ders., aaO, S. 96.

72). 이에 대하여 자세한 것은 ders., aaO, S. 180ff. 참조.

73). Ders., aaO, S. 108

74). Ders., aaO, S. 98.

75). Ders. aaO. S. 97f.

76). Ders. aaO, S. 99.

77). Ders. aaO, S. 100.

그런데 Häberle는 기본권의 내용과 한계는, 기본권이 그 본질상 속해 있는 헌법적 가치체계 전체로부터 밝혀지게 된다고 본다. 그는 기본권을 비롯한 헌법적 법익들 상호간에 존재하는 밀접한 관계를 가시화하기 위해서 “기본권의 내재적인 한계”라는 개념을 사용한다. 이 말로써 그가 말하고자 한 것은, 기본권의 적법한 한계의 구체화가 외부로부터 기본권에 타격을 가하는 과정이 아니며, 오히려 헌법 전체에서 그 기본권이 의당 점하여야 할 지위를 지정해 주는 작업이라는 것이다.⁷⁸⁾ 기본권의 내재적 한계의 확정에는 고도의 균형감각이 요청되는 형량이 필요하다. 동등하거나 상위의 법익들을 보호하기 위하여 필요한 것 이상으로 기본권을 제한하는 법률은 적법하지 않다. 기본권의 내재적 한계를 확정하는 고도의 균형감각이 요청되는 형량이 필요하다. 동등하거나 상위의 법익들을 보호하기 위하여 필요한 것 이상으로 기본권을 제한하는 법률은 적법하지 않다. 즉 입법자가 기본권의 내재적 한계 안에 놓여있는 “절대적으로” 보호되는 영역에 침입하는 것은 금지되어 있다고 한다.⁷⁹⁾ 입법자가 기본권의 내재적 한계를 구체화하는 것은 기본권을 침해하거나 상대화하는 것이 아니라, 그 효력을 확인하고 보장하는 것, 좀더 정확히 말하면, 그 효력한계를 설정하는 것(determinieren)이라고 한다.⁸⁰⁾

한편, 법익형량의 원칙에 의거하여 기본권이 등위의 또는 상위의 법익들에 대하여, 즉 그 본질적 내용을 에워싸고 있는 내재적 한계를 통하여 확정되는 것은 기본권의 본질에 속한다고 한다. 즉 기본권의 내재적 한계를 그 본질적 내용에 상응하는 경계 내지는 그것을 둘러싸고 있는 경계라는 것이다. 그러므로 그에게 있어서 기본권의 본질적 내용은 헌법

78). Ders., aaO, S. 51.

79). Ders., aaO, S. 53.

80). Ders., aaO, S. 57.

전체와 무관하게 그리고 기본권과 아울러 승인된 다른 법익들과 무관하게 독자적으로 확정될 수 있는 것이 아니며, 기본권의 본질적 내용과 그 적법하게 그어진 한계는 일체를 이룬다. 결국 그는 기본권에 대한 적법한 한계 내지 다른 등위의 또는 상위의 법익들이 기본권의 본질적 내용의 안에 있다고 본다.⁸¹⁾ 그는 이러한 전체 위에서 형법, 민법, 법률유보 조항들에 열거된 각종 법익, 사회국가원리, 타인의 (기본)권 등이 모두 기본권의 본질적 내용에 속한다고 설명하고 있다. 즉 기본권의 본질적 내용에 헌법적 가치체계 전체가 반영되어 있다고 보는 것이다.⁸²⁾ 이렇게 기본권의 본질적 내용이 다른 법익들과의 형량에 의하여 확정됨에도 불구하고 기본권의 본질적 내용이 실체적 성격을 가짐을 간과하지 말아야 한다고 본다. 헌법적 법익들의 상호관련성 속에서 그 법익들의 실체가 일실되는 것이 아니라, 오히려 그 실체가 드러난다는 것이다.⁸³⁾

그러므로 본질적 내용보장에 관한 상대설과 절대설의 대립은 사이비대립에 불과하다고 주장한다. 기본권의 상대화를 방지하고자 하는 절대설의 목적은 필요 이상의 기본권제한을 금하는 법익형량의 원칙, 기본권이 사회생활에 전체에 대하여 갖는 의미의 보호, 기본권주체들이 “일반적으로” 그 기본권을 주장할 수 있어야 한다는 요청, 법익형량에 있어서 헌법의 객관적 가치체계에 준거하여야 한다는 전제, 기본권의 헌법규정으로서의 성격, 존재와 당위의 상관성, 기본권의 사회적 효력, 제도로서 보호되는 기본권의 성격 등에 의하여 달성될 수 있다고 본다.⁸⁴⁾

3) 본질적 내용보장 규정의 선언적 성격

81). Ders., aaO, S. 58-59.

82). Ders., aaO, S. 61.

83). Ders., aaO, S. 64.

84). Ders., aaO, S. 64f.

위와 같은 논증하에서는 본질적 내용보장에 관한 헌법규정은 기본권의 핵심영역에 대해서는 국가가 침해할 수 없도록 빗장을 걸어 두는 창설적 규범으로서가 아니라 선언적 내지 확인적 규정으로 파악되게 된다. 즉 굳이 필요하지 아니함에도 이미 헌법상 표출되어 있는 원리들을 추가적으로 보장한 것에 불과하다는 것이다. 그 규정의 의미는 그 원리들을 명시적으로 하나의 조문에 집약적으로 표현하였다는 데 있을 뿐, 명문의 규정이 없더라도 각 기본권마다 따로 확정되어야 하는 본질적 내용은 해당 기본권을 사리에 맞게 해석하는 경우에는 보장된다는 것이다.⁸⁵⁾ K. Hesse⁸⁶⁾도 본질적 내용보장에 관한 헌법규정에 선언적 의미를 부여하는 Häberle의 입장을 지지하고 있다.

(2) 批判

Schmitt가 자유는 제도일 수 없다⁸⁷⁾고 본 반면, Häberle는 자유는 제도일 수밖에 없다고 한다. 그에 따르면 개인의 자유는, 이 개인의 자유에 방향, 척도, 내용과 과제를 부여하는 제도적 질서를 필요로 한다.⁸⁸⁾ 즉 Häberle의 내재적 한계이론의 근본적 전제는 자유는 법 안에서의 자유, 법적 자유일 수밖에 없다는 것이다.⁸⁹⁾

이에 대해서는 자연적 자유, 전국가적 자유로부터 출발하는 자유주의적 기본권관을 지지하는 입장에서 다양한 비판이 제기될 수 있을 것이

85). Ders., aaO, S. 234f.

86). Ders., aaO, Rdnr. 332.

국내에서도 허 영, 한국헌법론, 1996, 278쪽도 기본권제한에 있어서의 내용상의 한계인 본질적 내용침해금지지는 법률유보의 '개념내재적 한계'에서 마땅히 나오는 한계라고 볼 수 있기 때문에 헌법이론적으로는 그 조항은 다만 내용상의 한계에 대한 선언적 의미를 갖는 것이라고 평가할 수 있다고 하여 K. Hesse의 견해를 지지하는 듯한 태도를 보이고 있다.

87). C. Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in : Verfassung srechtliche Aufsätze, S. 167.

88). Ders., aaO, S. 227.

89). Ders., aaO, S. 145ff., 150ff.

다.⁹⁰⁾ 제도적 기본권론이 이론적 타당성을 상실한다면⁹¹⁾ 그와 동시에 본질적 내용침해금지규정에 관한 그의 해석도 또한 그 의미를 잃게 되기 때문이다. 그의 이 테제는 재산권, 집회·결사의 자유에 대한 기본권 보장이 사회적 현실에서 실효성을 발휘하려면, 이 기본권들을 구체화하고 형성하는 다수의 법률들이 필요하며, 따라서 입법자가 자유의 잠재적인 적일 뿐만 아니라, 동시에 자유의 보장자·형성자라는 점에서 어느 정도 타당한 측면이 있다. 그러나 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등은 성질상 국가의 법률에 의하여 그 내용, 방향, 척도, 과제를 부여받는다 고 볼 수 없다. 거주이전의 자유, 주거의 자유, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유 등도 국가가 이를 존중할 것을 요구할 뿐, 입법에 의한 형성이나 구체화를 요하지 아니한다. 이러한 관점에서 Häberle의 기본권이론은 개별적 자유영역의 특성들을 간과하고 있다는 비판을 받을 수 있을 것이다. 그렇다면 적어도 이처럼 그의 제도적 기본권론이 통용될 수 없는 영역에서만은 본질적 내용침해금지 규정은 단지 선언적 의미 이상의 의미를 갖는다고 보아야 하지 않는가 하는 의문이 제기되고 있다.⁹²⁾

자유권의 근본적인 차이에서 비롯되는 위와 같은 비판을 도외시하더라도 Häberle의 이론은 근본적인 문제점을 안고 있다. 즉 그가 기본권의 본질적 내용의 침해금지규정을 자신의 지론인 헌법의 전체적 해석의 테두린 안으로 끌고 들어가 함께 고찰하지 아니하고, 이 조항을 일단 헌법의 전체적 연관에서 분리·고립시켜 놓고 여타의 조항들만을 이른바 전체적인 시각에서 해석하고 있다는 데 있다고 본다. 즉 이 조항을 제외한

90). 이에 관해서는 무엇보다도 L. Schneider, aaO, S. 169ff. 참조.

91). 이에 관해서는 무엇보다도 Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1§ 68 I 6, III 2 참조.

92). Stern, aaO, § 85 II 5 c).

다면 헌법에 내포된 가치체계의 통일성은, 이 체계 내에서 개개의 법가치들은 상호 규정하고 상호 조건이 되기 때문에, 어떤 가치의 독주를 허용하지 않게 된다고 볼 수 있다. 따라서 기본권이 내용과 한계도 기본권과 아울러 헌법에 의하여 인정된 다른 법가치의 관점과의 형량을 통해서 비로소 확정될 수 있게 된다. 왜냐하면 Häberle의 출발점에서는 기본권과 다른 헌법적 법익들은 같은 차원에 있으며, 따라서 그 한계도 역시 다른 법익들과의 형량에 의하여 확정되는 것이기 때문이다. 따라서 그의 이론체계에서는 기본권의 내용과 한계를 결정하는 원칙은 법익형량의 원칙일 수밖에 없다. 그렇지만 본질적 내용침해 금지규정에 의하여 제기된 본래의 문제, 즉 '기본권규정에 의하여 보장되는 자유와 권리가 그 핵심영역에 있어서는 그 규정에 의하여 절대적인 최고가치로 격상된 것인지, 따라서 그 자유와 권리의 본질적 내용은 다른 헌법적 법익에 의해서도 제한될 수 없는 것인지'에 관한 해답은 그의 이론체계에서 밝혀질 수 없게 된다. 그의 견해에 의하면 본질적 내용은 오히려 다른 법익들과의 법익형량에 의하여 확정되는 것이라고 한다. 그러나 이 법익형량의 원칙은 그의 헌법에 대한 소위 전체적 해석의 관점에서는 의당 지켜져야 하는 것이기 때문에, 그는 본질적 내용에 대한 침해금지의 규정에 선언적 의미만을 부여할 수 있는 것이다. 그러나 그러한 추론은 그가 상정한 헌법의 가치체계 전체에 일반적이며 근본적 성격을 띠는 본질적 내용침해 금지규정을 독자적 의미를 갖는 규정으로 처음부터 함께 포함시키기 시작할 때에는 그 뿌리부터 흔들리게 된다. 요컨대 Häberle 이론의 문제점은 기본권의 본질적 내용 침해금지규정을 중심으로 해석하는 관점에서 보면 그의 내재적 한계론은 그 규정에 정면으로 배치되는 것을 주장하고 있는 것이 아닌가의 의문을 품게 한다는 것이다.⁹³⁾ 결국 그는 본질적 내용침해금지규정이 기본권해석에 제기하는

93). L. Schneider, S. 20f.; Stern, aaO, § 85 II 5 d); Hartmut Krüger, aaO, Art. 19 Rdnr. 31;

문제를 해결했다기 보다는 이를 추방해 버렸다는 비판에 직면하게 된다.

뿐만 아니라 Häberle의 기본권이론은 비록 기본권의 헌법규정으로서의 성격을 언급하면서도 기본권과 법률로 이루어지는 제도를 뒤섞음으로써 헌법과 법률의 경계를 흐리게 하고, 이는 다시 헌법재판의 기본적인 전제인 헌법의 법률에 대한 우위의 원칙의 기반을 허물어 결과적으로 기본권적 자유를 위협할 수 있는 위험성을 내포하고 있다. 그가 아무리 기본권규범의 헌법규정으로서의 성격을 강조하고, 형량에 있어서 헌법의 가치체계에서의 정향을 요구하고, 다른 부수적인 요건들을 내세운다고 하더라도 핵심원리인 법익형량의 원칙이 자체 내에 아무런 실질적 기준을 내포하고 있지 아니한 상대적-형식적 원리에 불과하기 때문에 기본권의 상대화는 불가피하다.⁹⁴⁾

라. Alexy의 규칙-원리모델에 의한 본질적 내용의 상대화

(1) 내용

그는 법규범을 원칙(Regel)과 원리(Prinzip)로 구분한다.⁹⁵⁾ 규칙은 정해진 요건이 충족되면 어떤 것을 확정적으로 (definitiv) 명령·금지·허가하거나 확정적으로 어떤 것을 하도록 수권하는 규범을 의미한다(확정적 명령). 이에 비하여 원리는 최적실현의 명령(Optimierungsgebot)으로서 어떤 것을 사실적 및 법적으로 가능한 범위 안에서 가급적 높은 정도로 실현하도록 명령하는 규범을 의미한다. 원리적 성격을 갖는 규범들은 일견 타당한 근거들(prima-facie-Gründe)로서 다른 원리들과 상충하는 경우에는 후퇴할 수도 있다. 따라서 원리는 성질상 비례의 원

Hildegard Krüger, DÖV 1955, S. 597.

94). Herbert, EuGRZ 1985, S. 325-326.

95). 그 개요에 관해서는 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71ff.; 졸고, 기본권보호의무, 인권과 정의, 1997년 8월호, 83(99-100) 참조.

칙(Verhältnismäßigkeitsgrundstaz)과 밀접한 관련을 갖고 있으며⁹⁶⁾, 그러므로 그 적용에 있어서는 형량의 과정이 중점을 이룬다.⁹⁷⁾ 알렉시는 복수의 원리들 간에 하나의 완결된 폐쇄적 서렬(소위 추상적 가치서렬)이 있다고 상정하지 아니한다.⁹⁸⁾ 오히려 그의 모델에서는 상충하는 복수의 원리들 간의 구체적 상황에서의 우열이 형량에 의하여 결정되면, 그 결과 원리들 간의 우열은 상황적 여건의 차이에 따라 달라질 수 있게 된다.

그는 위와 같은 규범이론의 전제 위에서 기본권규범을 원리로서 파악한다. ‘하나의 원리는 다른 원리들에 의하여 많은 후퇴를 요구받을수록 크게 저항한다. 그러므로 그 후퇴를 정당화하려면 상충하는 원리들의 강도 내지 중요도는 후퇴하는 원리보다 훨씬 많이 증가하여야 한다. 이는 비유하면 무차별곡선으로 나타나는 한계체감의 법칙과 같은 것이다. 한 원리가 상충하는 다른 원리에 의해서 후퇴를 강요받지 않는 조건이 있는 바, 이 사생활형성의 핵심영역을 한정한다. 그러나 그 보호의 절대성은 여전히 원리들 상호간의 관계에 의존하며, 상충하는 원리들이 우월한, 따라서 다른 원리를 완전히 밀어내는 상황도 있을 수도 있다. 다만 정상적인 상황에서는 절대적 보호라고 할 수 있을 정도로 위 조건들에 의하여 한정되는 핵심영역에 대한 보호는 확실하다. 그리고 절대적 보호의 범위는 제원리들 상호간의 관계에 달려있다. 그러나 극단적인 상황에서도 다른 원리들에 대하여 양보하지 아니하는 권리, 즉 진정한

96). 이에 관해서 자세한 것은 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 10ff.; *Der Staat*, S. 554f. 물론 그가 말하는 비례의 원칙은, 원리들 상호 간의 형량에 있어서 법률의 목적과 같은 확고한 관련점이 결여되어 있기 때문에, 고전적인 과잉금지의 원칙과는 차이가 있다고 지적되고 있다. 그와 같은 차이 때문에 Böckenförde, *Der Staat* 1990, S. 20f.는 알렉시의 비례의 원칙을 “적정-비례(Angemessenheit-Verhältnismäßigkeit)”의 원칙으로 지칭하고 있다.

97). C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983, S. 55; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 476 참조.

98). 이러한 가치모델의 문제점에 대해서는 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 138ff. 참조.

의미에서의 절대적인 권리란 실정헌법의 관점에서는 존재하지 않는다(99)

그는 기본권의 본질적 내용에 대한 침해를 금지하는 헌법규정은 비례의 원칙과는 다른 기본권제한의 한계를 추가적으로 설정하는 것은 아니며, 비례의 원칙과 본질적 내용침해 금지규정은 결국 같은 것이라고 한다.¹⁰⁰⁾

(2) 비판

그러나 Alexy의 모델은, 본질적 내용보장규정이 각 기본권에게 그의 핵심영역에 있어서는 그와 상충하는 다른 원리들에 절대로 양보하지 못하도록 하는 규칙으로서의 성격을 갖는 것은 아닌가의 문제에 대하여 답하고 있지 않다는 비판을 받고 있다.¹⁰¹⁾ 결국 그의 모델은 Häberle의 모델과 같은 근본적 문제점을 안고 있는 것이다.

3. 절대설

절대설은, 기본권의 본질적 내용이란 구체적 상황의 변화와는 무관하게 “절대적으로 확고부동한 것으로서” 입법자가 좌우할 수 없는 것으로 이해하는 입장이다. 따라서 이 설에 의하면 본질적 내용보장규정은 국가의 지시로부터 벗어날 수 있는 최소한도의 무조건적 자유를 남길

99). Ders. aaO, S. 271f 요약인용.

100). Ders. aaO, S. 272.

101). Stern, aa), § 85 III 2 a); Hartmut Krüger, aaO, Art. 19 Rdnr. 30, 33; M. Setzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnißigkeit, 1991. S. 91.

것을 요구한다. 절대설을 취하는 경우에는 어떤 다른 헌법규범도 기본권의 최소한에 대한 절대적 보장을 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 본질적 내용보장에 관한 규정이 확인적-선언적 기능이 아니라, 창설적 기능을 수행한다고 보는 것이 논리적이다.¹⁰²⁾ 독일 연방 헌법재판소도 그 초기의 판례에서 “기본권의 본질적 내용은 기본법 제19조 제2항의 문구상 어떠한 경우에도 침해되어서는 안된다. 그러므로 어떠한 경우에 그러한 침해가 예외적으로 허용되는지의 문제는 무의미하다.”¹⁰³⁾고 하여 명백히 절대설을 표방한 바 있다.¹⁰⁴⁾

절대설로 분류할 수 있는 견해들도 그 구체적인 논증에 있어서는 많은 차이를 보이고 있음은 물론이다. 유의할 것은 위에서 설명한 객관설도 절대적으로 보호되는 기본권의 실체를 인정한다는 점에서 절대설로 분류할 수 없는 것은 아니나, 동 설은 본질적 내용보장규정의 보호객체로부터 개인의 주관적 권리의 측면을 제외시키고 있다는 점 때문에 근본적인 차이점을 나타내고 있고, 또 위에서 이미 실정 헌법상의 기본권의 성질상 채택할 수 없는 학설로 판단되었기 때문에 여기서 재론하지 아니한다. 즉 아래에서 절대설로 분류한 견해들은 모두 기본권의 본질적 내용보장의 대상과 관련하여 주관설 내지 절충설의 입장에 있음을 밝혀둔다.

가. 인간존엄성설

이 설은 기본권의 본질적 내용을 인간의 존엄성 내지 각 기본권에 내포된 인권적 내용에서 찾는다. 이 설은 Dürig에 의해서 창도되어 일부

102). Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 104.

103). BVerfGE 7, 377 (411).

104). 국내에서 명시적으로 절대설을 취하고 있는 학자로는 김형성, 헌법재판연구 제6권, “기본권개념에 관한 연구”, 1995, 487쪽; 강태수, 전계논문, 101 (142쪽).

학자들¹⁰⁵⁾의 호응을 얻었다.

이 설에 의하면 본질적 내용보장규정은 인간존엄성 보장규정(독일 기본법 제1조 제1항)과 아울러 각 개별 기본권에 담긴 인권적 내용을 보호하는 보호벽을 형성한다고 한다.¹⁰⁶⁾ 그리하여 개인이 국사(staatliches Geschehen)의 단순한 객체로 전락하게 되는 경우에는, 특히 개인이 아무리 노력해도 충족할 수 없는 요건을 통하여 기본권의 행사를 막는 경우에, 기본권의 본질적 내용에 대한 침해가 있다고 본다. 이 설의 특징들 중의 하나는 기본권의 본질적 내용보장을 실질적으로 정의하고 있다는 것이다.

그러나 이 설의 문제점은 무엇보다도 먼저 그가 제시한 기준이 너무 막연해서 실무에 적용할 수 있는 실용적인 통제기준이 될 수 없다는 데 있다.¹⁰⁷⁾ ‘국가적 사안’, ‘단순한 객체’, ‘아무리 노력해도’ 등의 합리적 기준을 발견하는 것은 용이한 일이 아니다. 이 설은 이렇게 볼 때 본질적 내용에 관한 완성된 이론을 제시했다기 보다는 막연한 지침만을 제시한 것이 아닌가 생각된다. 나아가 위 설은, 인간의 존엄성이 이미 헌법 제10조 전문에 의하여 보장되고 있음에도 불구하고 헌법 제37조 제2항 후단에 의한 각 기본권의 본질적 내용보장을 다시 인간의 존엄성의 보장에 국한시켜, 본질적 내용보장규정을 사실상 무의미한 것으로 만들어야 할 이유를 합리적으로 설명하지 못한다. 즉 본질적 내용보장은 인간의

105). 예를 들면 Wintrich, Die Problematik der Grundrechte, 1957, S. 19. 국내 학자 가운데서는 권영성, 헌법학원론, 1997, 341쪽이 Dürig를 인용하는 것으로 보아, 그의 입장에 동조하는 것처럼 보이기는 하나, 확실치는 않다. 박일경, 제6공화국 신헌법, 1990. 221-222쪽은 본질적 내용과 인간의 존엄이 일치한다고 보는 입장에 서 있다. 허영, 한국헌법론 1996, 319쪽은 인간의 존엄과 가치가 모든 기본권의 본질적 내용에 해당한다고 설명하고는 있으나, 그가 본질적 내용이 인간의 존엄과 가치에 국한된다고 보고 있는지는 불분명하다.

106). Dürig, AöR 78, S. 138.

107). Dürig, AöR 78, S. 138.

존엄성을 국가권력의 침해로부터 보호하는 것 이상을 보장하는 것이라는 점이 간과되고 있다.¹⁰⁸⁾

나. 기본권의 핵심영역설

이 설은¹⁰⁹⁾ 기본권이 공권력에 의한 제한으로 인하여 그 핵심영역이 손상되거나 그 “실체의 온전성(die vollständige Substanz des Grundrechts)”을 상실하는 경우에는 그 본질적 내용에 대한 침해가 있다고 보는 설이다. 즉 이 설은 기본권제한 이후에 남아 있는 것이 무엇이나를 기준으로 그 침해여부를 가리고자 한다. 그렇지만 이에 대한 판단이 전적으로 양적 기준에 의거하여 이루어지는 것이 아니라, 특정한 자유의 보장을 위하여 부여된 기본권의 목적이 그에 대한 제한 이후에도 여전히 달성될 수 있는지를 기준으로 하여야 한다고 본다.¹¹⁰⁾ 기본권에 의하여 보호된 이익을 실현하기 위한 모든 길이 개인에게 차단되어 있을 때에 본질적 내용보장에 의해서 그어지는 기본권제한의 한계를 넘

108). Herbert, EuGRZ 1985, S. 325; Stern, aaO, § III 2 c) β); Hartmut Krüger, aaO, Art. 19 Rdnr. 37; Lerche, HdbStR V, § 122 Rdnr. 29; 한편, 국헌 학자들 가운데서는 김기범, 한국헌법, 1973, 141쪽; 강태수, 전개논문, 101 (142-143)은 인간의 존엄과 가치를 기본권의 본질적 내용보다 좁은 것으로 파악하고 있다.

한편, 김철수, 헌법학개론, 1997, 315쪽은 양자를 상호 독립적이지만, 기본권의 본질적 내용이 각 기본권의 근본요소라고 볼 것이므로 양자는 밀접한 관계에 있다고 하는 등 모호한 태도를 취하고 있다. 그러나 그가 인간의 존엄과 가치를 광·협의의 개념으로 나누어서 파악하고 있는 데서 오는 문제가 아닌가 생각된다(이에 관해서는 김철수, 전개서, 347-348쪽 참조).

109). 기본권 일반에 대하여 추상적으로 H. Krüger, DÖV 1955, S. 599. 본질적 내용을 각 기본권별로 확정해야 할 필요성을 강조하는 입장에서 Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 6; Stern, aaO, § 85 III 2 c) v); Hartmut Krüger, aaO, Art. 19 Rdnr. 29ff., 특히 34; L. Schneider, aaO, S. 205ff.; Herbert, EuGRZ 1985, S. 331ff.; F. Müller, Thesen zur Grundrechtsdogmatik, in: ders., Rechtsstaatliche Form/ Demokratische Politik, 1977, S. 48 (57); E. Stein, aaO, S. 245.

한편, 허 영, 한국헌법론, 1996은 364, 368, 380-381, 387, 399, 426, 445-446, 467-468, 487, 506, 511, 530, 537, 542, 554, 560-561쪽에서 개별 기본권별로 그 본질적 내용을 확인하고 있다.

110). H. Krüger, DÖV 1955, S. 601.

어서게 된다는 것이다.¹¹¹⁾

독일 연방행정법원은 본질적 내용이 침해되었는지 여부는 (기본권) 제한의 목적이나 근거가 아닌, 전적으로 그 제한 후에 기본권 중 남아 있는 것을 기준으로 판단한다.¹¹²⁾고 하여 핵심영역설을 따른 바 있다. 독일 연방헌법재판소의 판례 중에서도 아무리 중대한 공익이라 할지라도 “절대적으로 보호되는 핵심영역에 대한 침해”를 정당화할 수는 없으며, 이 핵심영역에서는 비례의 원칙을 기준으로 하는 형량은 있을 수 없다¹¹³⁾고 하여 명백히 핵심영역설을 취하고 있는 판례가 있다.

그러나 핵심영역보장설은 그 적용의 현실에서 불합리한 결과를 초래하거나 기본권의 핵심영역을 극단적으로 축소하지 않는 한 일관되게 그 입장을 고수하지 못할 것이라는 비판을 받고 있다.

4. 사건; 동태적 핵심영역보장설

기본권의 본질적 내용을 확인하는 것은 결코 용이한 일이 아니지만 그렇다고 하여 상대설을 취할 수는 없다. 상대설은 헌법 제37조 제2항의 문언과 부합하지도 아니한다. 그리고 비례의 원칙에 담겨 있는 법익형량을 통해서 극단적인 상황에서 기본권이 본질적 내용보장 규정에 의거하는 것과 같은 정도로 보호될 수 있을지도 의문이다. 헌법 제37조 제2항에서 비교적 뚜렷하게 나타나고 있는 가치결정, 즉 국민의 자유와 권

111). E.Stein, aaO, S. 261; J. Chlosta, aaO, S. 43; Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 6.

112). BVerwGE 1, 269(273); 2, 85 (87); 2, 295 (300); 2, 324 (326); 4, 24 (37).

113). BVerfGE 34, 238 (245).

리의 본질적 내용에 부여된 공익에 대한 우월적 지위를 본질적 내용보장규정을 비례의 원칙에 흡수시켜 몰각시키는 방향으로 그 문제의 해결을 도모할 수는 없다. 오히려 위 헌법규정은 전통과의 단절, 기본권을 바라보는 시각의 변화 내지 사고의 전환을 요구하고 있다. 그러므로 우리는 본질적 내용침해금지규정을 이해함에 있어서 그 규정의 문언에 나타난 기본권의 핵심적 내용과 타 법익 사이의 명백한 서열을 반영하는 절대설을 취할 수밖에 없다고 할 것이다. 그 중에서도 기본권의 본질적 내용이 인간이 존엄과 가치보다는 그 범위가 넓으나 기본권의 핵심영역에 국한된다고 보는 소위 핵심영역설을 지지한다. 그러나 나는 이 핵심영역에 시대와 상황에 따라 변화할 수 있으며, 따라서 본질적 내용도 역사적 성격을 가짐을 전제로 한다. 그리고 기본권이 일차적으로 개인의 주관적 권리임에 비추어 기본권의 본질적 내용을 파악함에 있어서는 개인의 사정이 반영되어야 한다고 본다. 그렇기 때문에 본고에서 제시된 출결을 동태적 핵심영역설로 명명하고자 한다.

이 설은 그 결과에 있어서 본질적 내용을 비례의 원칙과 동일시하는 견해에 상당히 접근하게 될 것이다. 그러나 본질적 내용은 타협의 대상이 될 수 없고 절대적으로 보장된다고 보는 점에서 기본권 전체를 상대화하는 상대설과 구분된다. 이 설은 핵심영역보장설이 현실적으로 불합리한 결과를 초래할 수밖에 없다는 점을 인정하면서도 동 설에 내포된 올바른 문제의식을 살리려는 시도라고 볼 수 있다.

(※아래의 서술 가운데 기본권의 본질적 내용의 '동태성'에 관한 부분을 제외한다면 아래의 내용은 '핵심영역보장설'에 대한 설명으로 볼 수도 있음을 밝혀둔다.)

가. 본질적 보장내용의 일반적-유추적 확정의 한계

기본권의 절대적으로 보호되는 핵심과 상대적으로 저항력이 약한 그 외피를 일반적-추상적으로 확정하는 시도는 아직까지 존재하지 않으며 또 성공하기도 어렵다.¹¹⁴⁾ 그 뿐 아니라 기본권의 본질적 내용을 추상적으로 정의하는 것은 애초부터 그 실용성에 한계가 있을 수밖에 없다.¹¹⁵⁾

일반적으로 본질적 내용보장을 핵심적 구성요소(Kernbestandteil), 실체(Substanz), 정수(Essentiale), 유형규정적 요소(typusbestimmender Teil)로 설명하고 있다. 모든 기본권의 최소한, 그 중심, 그 내적 핵을 이를 둘러싸고 있는 외피와 구분하는 의도를 보여주는 표현들이다. 물론 이러한 표현들은 공간적-영역적인 색채를 띠고 있으며, 그로 인하여 비판의 대상이 되기도 하지만 널리 사용되고 있는 표현들이다. 기본권의 핵심영역은 공간적으로 구분될 수 있는 것도, 실체존재론적으로 그 비본질적 요소로부터 구분되어 고정적으로 존재하는 것도 아니고, 평가적인 개념이라는 점을 특히 강조하고자 한다.

어쨌든 기본권의 핵심과 그 외피에 대한 구분은 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용보장규정의 해석과 관련하여서도 적용될 수 있다고 할 것이다. 즉 기본권의 본질적 내용은 기본권의 한 단면으로서 기본권의 보호영역을 하나의 원으로 비유하면 그 원의 중심에서 가까운 부분을 의미한다. 그러나 이러한 설명은 하나의 비유에 불과할 뿐 본질적 내용이 무엇인가를 확정하고 있는 것은 아니다. 그 본질적 내용에 관한 본래의 해석문제는 바로 기본권의 내밀한 영역, 그 핵심을 다룬 영역과 어떻게 확정할 것인가 하는 것이다.

나. 개별 기본권의 특성에 따른 본질적 내용의 확정과 그 지침

114). Herbert, EuGRZ 1985, S. 323.

115). Stern, aaO, § 85 III 2 c) v).

개별 기본권의 각별한 본질적 내용을 그 보호영역의 특성과 내용을 기준으로 분석하고, 이를 다시 기본권 일반에 적용될 수 있는 일반적 기준에 의하여 보충하고자 한다.

여기서 먼저 본질적 내용의 확정을 위한 기본권 객론적 지침을 제시하여 보고, 이어 이를 보충하는 일반적 기준은 항을 바꾸어 설명하기로 한다.

(1) 각 기본권의 보호영역의 확정 및 사소한 요소들의 공제

먼저 각 기본권의 보호영역 내지 내용을 확정하여야 한다. 이처럼 각 기본권의 보호영역이 어디까지 미치는지를 확인하는 것은 그 본질적 내용을 확정하기 위한 기초작업이다. 왜냐하면 각 기본권의 본질적 내용은 그 기본권의 보호영역 안에 존재하기 때문이다. 이어 각 기본권의 보호영역을 세심하게 분석하여 그로부터 비교적 사소한 의미를 갖는 기본권행사의 유형들을 공제함과 동시에 그 기본권 고유의 기능과 구조를 가름하는 기준들을 확보한다.¹¹⁶⁾ 이러한 작업에 있어서 “기본권이 제한된 이후 그 잔여분이 사회생활 전체에 대하여 갖는 의미”¹¹⁷⁾, “기본권들의 체계 전체에서 각 기본권에게 부여된 각별한 의미”¹¹⁸⁾, 각 기본권의 발전사¹¹⁹⁾, 기본권 제한의 기간¹²⁰⁾도 참작되어야 할 것이다.

116). F. Müller, Thesen zur Grundrechtsdogmatik, in : ders., Rechtsstaatliche Form/Demokratische Politik, 1977, S. 48 (57); Herbert, EuGRZ 1985, S. 331.

117). BVerfGE 2, 266 (285); 22, 180 (219).

118). BVerfGE 22, 180 (219).

119). Stern, aaO, § III 2 c) ββ).

120). 예를 들면 무기정역이나 무기금고형이 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하는지 여부의 판단에서 보는 바와 같이 기본권제한의 지속성과 그 장단은 본질적 내용침해의 판단에 중요한 역할을 수행할 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 중대한 기본권제한은 원칙적으로 시간이 지나면 기본권주체가 그 기본권을 실현할 수 있는 충분한 가능성이 주어질 때에만 본질적 내용침해금지규정에 저촉되지 않을 수 있다. 그러므로 무기형의 경우에도 무기수에게 행형성적에 따른 석방의 가능성을 남기고 있다면 무기형에 관한 법률규정이 신체의 자유의 본질적 내용

이를 몇 가지 기본권을 예를 들어 설명하면 다음과 같다. 헌법에 의하여 명시적으로 열거되지는 아니하였으나 생명권이 기본권의 하나로 헌법적으로 보장된다는 데 이의가 없다.¹²¹⁾ 그런데 생명권은, 사형에서의와 같이 의도적으로 그것이 침해되는 경우에는, 그 보호영역과 본질적 내용을 구분할 수 없다는 특성이 있다.¹²²⁾ 언론, 출판, 집회, 결사의 자유(헌법 제21조)의 기본권에서는 개인의 의사형성에 봉사하는 자유로운 의사소통, 정신적 활동에 대한 국가적 영향력 행사의 배제 및 정치생활에의 자유로운 참여 등이 본질적인 의미를 갖는다. 예술의 자유(제22조)는 창작영역과 그 전시 등과 같은 대외적 작용영역의 구분이 가능하다. 학문의 자유(제22조)도 학문연구, 교수활동, 연구결과발표, 연구를 위한 집회·결사 등을 포괄하므로 기본적으로 예술을 자유에서와 같은 구분이 가능하다. 신앙, 신앙실행과 같은 그 행사의 양태를 포괄하는¹²³⁾ 종교의 자유(헌법 제21조)의 기본권에서는 개인의 의사형성에 봉사하는 자유로운 의사소통, 정신적 활동에 대한 국가적 영향력 행사의 배제 및

을 침해하는 것은 아니라고 할 수 있다. 물론 시간적 요소를 감안함에 있어서 각 기본권에 대하여 시간적 요소가 갖는 각별한 의미에 유의하여야 한다. 가령 언론의 자유나 집회의 자유는 그 성질상 직업의 자유에 비하면 그 제한의 기간이 단 기간에 국한될 때 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 제한이 가능할 것이다. 그러나 병역의무의 이행으로 인한 직업활동의 천연은 그것이 수년간 지속되더라도 그 본질적 내용을 침해하지 않는다고 보아야 한다. 마찬가지로 도시계획의 시행과 관련하여 발매되는 건축금지서는 그로 인하여 재산권제한이 초래되기는 하지만 그 기간이 수년간에 국한되는 경우에는 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수는 없다. 이에 관하여 자세한 것은 무엇보다도 L. Schneider, aaO, S. 263ff. 참조.

121). 헌재결 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1 결정 (헌관집 8-2, 537 [545]): “인간의 생명을 고귀하고, 이 세상에서 무엇보다도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.”

122). 스위스 연방법원도 같은 입장이다. BGE 98 I a, S. 508 (514) - 장기이식, 그 밖에 J. P. Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1992, S. 144. 그러나 현대 문명의 이기의 사용을 허용함으로써 발생하는 생명에 대한 위협과 관련해서는 물론 다른 원칙이 적용된다고 할 것이다.

123). 이에 대해서는 무엇보다도 허영, 진계서, 382쪽 이하 참조.

정치생활에의 자유로운 참여 등이 본질적인 의미를 갖는다. 예술의 자유(제22조)는 창작영역과 그 전시 등과 같은 대외적 작용영역의 구분이 가능하다. 학문의 자유(제22조)도 학문연구, 교수활동, 연구결과발표, 연구를 위한 집회·결사 등을 포괄하므로 기본적으로 예술의 자유에서와 같은 구분이 가능하다. 신앙, 신앙실행과 같은 그 행사의 양태를 포괄하는¹²⁴⁾ 양심의 자유(헌법 제19조)도 마찬가지로 내부영역과 외부영역의 구분이 가능할 것이다. 직업의 자유(헌법 제15조)도 직업행사에 대한 제한, 직업선택에 대한 주관적 제한, 직업선택에 대한 객관적 제한 등으로 그 자유에 대한 제한의 양태를 구분할 수 있다. 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 주거의 자유(헌법 제16), 통신의 비밀(헌법 제18조) 등은 모두 사사의 영역을 공간적으로 내용적으로 보호하는 기본권들이다. 이들 기본권의 보호영역은 다른 기본권에 비하여 상대적으로 불가침적인 핵심영역을 인정할 수 있는 여지가 크다고 할 수 있다. 재산권(헌법 제23조)은 사적 유용성과 재산권주체의 원칙적인 처분권을 보장하며, 일차적으로 재산권의 존속을 보호하지만, 공용수용에서와 같이 경우에 따라서는 가치보장으로 전환될 수 있다는 점에 그 특성이 있다.¹²⁵⁾

(2) 기본권의 본질적 내용의 동태성

다음으로 절대적으로 보호되어야 하는 기본권적 자유의 잔여분은 정태적으로가 아니라, 동태적으로 확정되어야 한다는 점에 유의하여야 한다.¹²⁶⁾ 다시 말하면 기본권적 자유 중 절대적으로 보호되는 부분은 구체적인 경우의 사실적 상황과 기본권 주체의 특성을 감안하여 확정되어야

124). 무엇보다도 허영, 전계서, 373쪽 이하 참조.

125). 물론 공용수용이나 사회화가 재산권의 본질적 내용에 대한 박탈이지만 헌법이 스스로 제 37조 제2항에 대한 예외를 설정한 것이냐의 문제에 관해서는 이견이 있을 수 있다. 이에 관해서는 후술한다.

126). 이와 같은 입장에 서 있는 Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 10f.; P. Häberle, aaO, S. 214ff.; A. Kaufmann, ARSP 1984, S. 384 (394); Herbert, EuGRZ 1985, S. 334.

한다는 것이다.

본질적 내용이 동태적 판단의 요청을 통해서 동시에 기본권의 본질적 내용이 - 기본권이 역사적으로 변천하듯이 - 그 사회적 상황의 변화에 어느 정도 개방되어 있음을 의미한다. 기본권의 본질과 내용은 영구불변한 것은 아니며, 역사성은 띤다. 기본권의 본질적 내용의 변천에 관한 사실을 우리는 무엇보다도 재산권과 관련하여 확인할 수 있다. 즉 재산권의 본질적 내용은 물건에 대한 절대적 지배권의 보장으로부터 사적 유용성과 원칙적 처분권에 대한 보장으로 변화하였으며, 그 재산권의 내용도 물건에 대한 소유권으로부터 연금청구권이나 그 기대권과 같은 공법상의 생존보장과 관련된 재산가치 있는 사권에까지 확대되었다.¹²⁷⁾

여기서 제시된 동태적 기준에 의하여 본질적 내용을 확정하게 되면, 예를 들면 신체의 자유의 제한의 정도, 가령 형집행의 기간 및 그 태양과 관련하여 기본권주체에 따른 차별이 가능하게 된다. 즉 출견에 의하면 개인의 행태 및 그 타개인에 대한 위험성과 재사회화의 가능성에 대한 판단에 따라 절대적으로 보호되어야 할 기본권의 핵심부분의 범위가 달라지는 등 본질적 내용의 개별화를 초래한다.¹²⁸⁾ 그리고 입법자는 이 점을 불확정개념을 통하여 감안하도록 할 수 있으며, 개별적인 기본권제한 조치들을 취함에 있어서도 관련자들의 구체적-개별적 상황을 고려하여야 한다. 그렇지만 그러한 결과는, 기본권이 일차적으로 “개인”의 자율성보장 내지 자유로운 개성신장의 보장을 목적으로 하기 때문에 부당하다고 할 수 없다.

127). 재산권의 내용변천사에 관해서는 O. Kimminich, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, Stand. 1922, Rdnr. 1ff.; 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정 (헌판집1, 357[368ff.]) 참조.

128). 이에 관해서는 Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 10, 11.

어쨌든 본질적 내용의 동태적 판단은 본질적으로 내용보장을 그 적용 결과에 있어서 비례의 원칙과 동일시하는 견해에 상당히 근접하게 될 것이다. 그러나 본질적 내용은 타협의 대상이 될 수 없고 절대적으로 보장된다는 점에서 기본권 전체를 상대화하는 상대설과는 구분된다. 핵발전소 시설로 인한 건강권 내지 신체권을 훼손당하지 아니할 권리의 침해 문제를 예로 들어 설명하면 다음과 같다: 방사선 조사량의 기준치가 건강에 유해하지는 않고 따라서 이를 허용기준치로 결정하더라도 비례의 원칙에는 위반되지는 않을 것이다. 그러나 그러한 기준치에 관한 규정은, “과학의 발전수준”에 비추어 볼 때 보다 낮게 그 한계치를 내리는 것이 가능할 경우 본질적 내용보장규정에 의하여 용인되지 아니한다.¹²⁹⁾

그러므로 여기서 제시된 기분이 본질적 내용을 동태적으로 판단한다고 하더라도, 그것이 본질적 내용을 무한히 류동화 내지 상대화하는 것은 아니다. 따라서 여기서 말하는 본질적 내용의 동태성은 제어된 동태성이라 할 수 있을 것이다.

다. 기본권의 본질적 내용확정을 위한 일반적 기준

이처럼 각 개별 기본권의 타당범위의 확정과 그 내용의 분석을 기초로 한 각 개별 기본권의 본질적 내용이 확정 및 구체적 상황과 기본권 주체 개인의 특성을 감안한 본질적 내용의 동태적 분석의 성과와는 별도로 기본권 일반에 타당한 일반적 척도의 개발이 필요하다. 여기서 제시

129). Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 11. 그는 현대 공학적 시설, 특히 핵발전소의 안전 문제를 규율하는 법에서는 “가능한 한 최선의 위험방지와 안전대책”을 세워야 한다는 원칙이 기초원칙인바(BVerGE 49, 89 [137ff.]), 동 원칙은 동태적인 기본권보호를 위하여 그때 그때의 과학기술의 수준을 필요한 안전대책의 기준으로 삼고 있는데, 이는 본질성내용보장의 직접적인 표현이라고 본다.

되는 일반적 기준들은 불가피하게 어느 정도 추상성을 떨 수밖에 없기는 하지만, 그래도 본질적 내용의 확정에 있어서 적지 아니한 실용성을 갖는 기준들이라고 할 수 있다.

(1) 기본권 일반의 본성과 기능

이를 위하여 첫 번째로 고려하여야 할 것은 “기본권 일반의 본성과 기능”이다.¹³⁰⁾ 기본권은 무엇보다도 개인의 인권 및 시민의 권리로서 발전되어 왔다. 그러므로 기본권은 공권력에 의한 침해의 위협아래 놓여 있었던 생활영역들에서 개인의 자결을 공권력으로부터 보호하고, 공동체에서 개인이 자유롭게 자주적으로 그 개성을 발휘하고, 그 생활을 형성하며, 공동체적 사항에 관여하는 것을 보장하는 기능을 수행한다.¹³¹⁾ 즉 기본권의 일차적 의미는 개인의 자율성의 보호, 그 개성신장의 보호, 그 전제로서의 그 인격체 자체의 보호에 있다고 할 수 있다.

이는 기본권의 본질적 내용의 확인에 대해서도 영향을 미친다. 즉 기본권이 인격적 자유의 행사, 자결권행사와 관련하여 있는 경우에는 그 자유의 최종적 영역은 절대적으로 보호되는 반면, 자유의 행사내용이 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지는 정도에 비례하여 입법자에게는 그만큼 폭넓은 입법형성의 자유가 주어진다고 할 것이다. 물론 그렇다고 하여 본질적 내용보장이 전적으로 사사의 영역이나 개인의 내밀한 영역에 국한되는 것은 아니다.¹³²⁾ 특히 표현의 자유와 관련된 기본권들은 의사소통의 본질상 사회적 관련성을 떨 수밖에 없다. 그러므로 사사의 영역을 벗어난 자유활동이 어느 정도 본질적 내용보장에 의한 보호를 받을 것인지는 궁극적으로는 각 기본권의 보호영역의 분석에 달려 있다고

130). Herbert, EuGRZ 1985, S. 332.

131). K. Hesse, aaO, Rdnr. 288.

132). Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 14 참조.

할 것이다.

그럼에도 기본권의 개인주의적-인격주의적 성격에 주목하라는 지침은 여전히 각 기본권의 본질적 내용에 파악에 있어서 본질적인 것은 개인의 자결이며, 국가나 사회가 올바른 기본권행사의 방향과 내용을 타율적으로 결정하는 것은 그 본질이 아니다.¹³³⁾

(2) 인간의 존엄과 가치

다음으로 불가침적인 보호를 향유하는 인간의 존엄과 가치(헌법 제10 조 전문 진단)가 기본권의 본질적 내용을 확정함에 있어서 지침을 제공할 수 있을 것이다.¹³⁴⁾ 왜냐하면 인간의 존엄과 가치는 모든 다른 기본권제한에 대한 절대적 한계이기 때문이다.¹³⁵⁾ 그렇지만 이미 위에서 지적한 바와 같이 기본권의 본질적 내용이 인간의 존엄성에 국한되는 것이 아님은 물론이다. 구체적인 예를 들어보면 무기형이 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하느냐의 문제에 있어서 일정 기간의 복역 후 행형 성적에 따라 사회에 복귀할 수 있는 가능성과 아울러 자유형의 집행이 기본적으로 수인의 재사회를 목적으로 인간의 존엄에 상응하도록 이루어져야, 따라서 무기수의 삶의 기본적 수요, 그 인격, 그 능력이 소박하게나마 발휘될 수 있도록 하여야 한다는 점이 결정적 의미를 갖는다.¹³⁶⁾ 마찬가지로 위험한 정신병자를 수용시설에 수용하는 조치도 적절한 정신과적 진료와 결부되어야 하며, 전체적으로 수용된 자의 인간의 존엄과 그의 (후일의) 개성신장의 가능성이 그 시설에 강제 수용하지 않았을 때에 비하여 많아지도록 배려하여야 한다.¹³⁷⁾

133). Denninger, aaO, Rdnr. 12; Herbert, EuGRZ 1985, S. 332.

134). Herbert, EuGRZ 1985, S. 332.

135). Jaras, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 1995, Art. 1 Rdnr. 2; 허영, 헌법이론과 헌법, 1997, 464쪽.

136). 이에 관해서는 A. Kaufmann, ARSP 1984, S. 384 (396) 참조.

(3) 본질적 내용의 절차적 요소

끝으로 기본권의 본질적 내용을 순수히 실체법적인 것에 국한시켜 이해해서는 안되며, 그것은 절차법적 요소도 내포하고 있음에 유의하여야 한다.¹³⁸⁾ 특히 사법절차가 각 기본권의 본질적 내용에 대한 침해를 실효성 있게 방어할 수 있도록 형성되어야 한다. 개인이 전적으로 절차의 객체로 전락되지 아니하도록 개인에게 청문권¹³⁹⁾이 보장되어야 하며, 그 실체적 권리를 실효성 있게 관철할 수 있는 가능성이 부여되어야 한다. 만일 제소가능성을 과도하게 축소하거나 소송절차가 지나치게 장기화되거나¹⁴⁰⁾ 최소한의 절차적 보장을 제거하는 경우에는 재판청구권의 본질적 내용만이 아니라, 관련 실체적 기본권의 본질적 내용침해에 이르게 될 수 있다.

V. 본질적 내용보장규정의 수범자

1. 입법권, 집행권, 사법권(헌법재판권 포함)

헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용보장 규정은 그 전단과 연관시

137). F. Müller, Thesen zur Grundrechtsdogmatik, in: ders., Rechtsstaatliche Form/Demokratische Politik, 1977, S. 48 (58).

138). BVerfGE 61, 82 (113); Herbert, EuGRZ 1985, S. 333.

139). 이에 관한 국내문헌으로는 무엇보다도 장석조, 공정한 재판을 받을 권리 - 법적 청문권을 중심으로 -, 헌법문제와 재판(하), 1996, 69 (103쪽이하) 참조.

140). EGMR, EuGRZ 1978, S. 406 (417ff.).

켜 볼 때 표면상으로는 기본권을 제한하는 입법자만을 구속하는 것처럼 보인다. 실제로 본질적 내용보장에 관한 논의는 주로 입법과 관련하여 전개되고 있는 것도 사실이다. 그리고 기본권제한에 있어서 적용되는 법률유보의 원칙상 본질적 내용보장 규정의 가장 중요한 수범자는 입법자임에 틀림이 없다.

본질적 내용보장 규정이 그 자체 기본권은 아님은 물론이다. 따라서 헌법 제10조 후문(기본적 인권을 보장하여야 할 국가의 의무)이 그와 관련하여 직접 적용될 수는 없다. 그러나 본질적 내용보장은 기본권을 제한할 수 있는 권한을 가진 자에 대한 한계의 한계를 의미한다. 그러므로 본질적 내용보장은 기본권을 제한할 수 있는 모든 국가권력을 구속한다고 보아야 할 것이다. 즉 헌법 제37조 제2항이 “... 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 ... 본질적 내용을 침해할 수 없다.”고 하여 법률만을 언급하고는 있으나, 이때 “법률로써”가 의미하는 것은 “직접 법률을 통하여(durch das Gesetz)” 기본권을 제한하는 것만이 아니라, “기본권제한을 수권하고 있는 법률에 의거하여(aufgrund des Gesetzes)” 이루어지는 기본권제한의 경우까지를 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 물론 기본권제한을 위해서는 법률유보의 원칙상 형식적인 의미의 법률에 근거가 있어야 하기 때문에 본질적 내용보장의 문제는 이 법률에 대한 통제의 문제로 대두되며, 행정과 사법이 직접적으로 본질적 내용보장 규정의 구속하에 놓이는 경우는 예외적인 현상이기는 하다. 그러나 어쨌든 행정과 사법도 본질적 내용을 침해하지 아니할 의무를 진다고 보아야 한다.¹⁴¹⁾

141). 독일에서 이와 같이 입장에 서 있는 학자들로서는 Stern, aaO, § 85 IV 1; Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 2; P. Lerche, HdbStR V. 1992, § 122 Rdnr. 30; L. Schneider, aaO, S. 32ff.

한편, 공권력의 주체가 아닌 사인은 본질적 내용 침해금지 수범자가 아니라는 것에 대해서는 오늘날 아무런 이의가 없다.¹⁴²⁾

가. 입법권

헌법 제37조 제2항은 표면상 기본권제한입법만을 그 규율대상으로 하고 있는 듯한 외양을 취하고 있다. 만일 동 조항은 기본권이 현실적으로 실효성을 발휘하도록 그것이 보장하고 있는 생활영역과 생활사태를 형성하도록 입법자에게 위임하고 있는 기본권 형성유보나 기본권에 대한 형성과 동시에 제한을 허용하는 규율유보¹⁴³⁾의 경우에는 적용되지 아니한다고 한다면 형성유보 내지 규율유보에 입각하여 활동하는 입법자를 명시적인 제한유보에 의하여 활동하는 입법자보다 자유롭게 놓아두는 불합리한 결과를 초래할 것이다. 기본권의 형성이나 그 규율의 경우에도 어떤 식으로든 기본권의 보호대상을 어떤 식으로든 건드리게 되기 때문에, 기본권의 형성유보나 규율유보의 경우를 그 적용범위에서 제외하여야 할 당위적 이유가 발견되지 않는다. 그러므로 본질적 내용보장은 모든 종류의 기본권제한을 대상으로 한다고 보아야 한다.¹⁴⁴⁾ 따라서 본질적 내용보장은 법률유보의 경우만이 아니라, 헌법유보의 경우에도 적용된다. 따라서 예를 들면 헌법 제23조 제2항의 재산권의 사회적 구속을 구체화함에 있어서도 재산권의 본질적 내용을 침해해서는 안된다.

전통적인 자유권(신체의 자유, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의

142). 문헌고증에 관해서는 Stern, aaO, § 85 IV 1 (FN. 224) 참조.

143). 기본권의 형성, 규율, 제한의 개념에 대해서는 K. Hesse, aaO, Rdnr. 303ff.; P. Lerche, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: (Hrsg.) Isensee/Kirchhof, HdbStR V, 1992, § 121; ders., Grundrechtsschranken, aaO, § 122 등 참조.

144). Denninger, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 2; Stern, aaO, § 85 IV 1 a) β); L. Schneider, aaO, S. 57ff.; Lerche, HdbStR V, 1992, § 122 Rdnr. 31 등 참조.

자유, 학문과 예술의 자유, 재산권)에 대한 제한의 경우만이 아니라, 정치적 내지 국가의사형성에의 참여와 관련된 선거권, 공무담임권에 대한 제한의 경우에도 본질적 내용보장은 적용된다. 절차적 기본권(재판을 받을 권리, 국가배상청구권, 범죄피해자의 구호청구권과 같이 그 실효성을 확보하기 위해서는 법률에 의한 형성을 필요로 하는 청구권적 기본권들도 그 적용범위 안에 있다.

다만 사회적 기본권의 경우에도 본질적 내용보장이 적용될 수 있는지는 명확하지 않다. 사회적 기본권의 경우에는 보호영역도 있을 수 없으며, 사회적 기본권은 원칙적으로 국민의 주관적 공권이 아니라, 국가에 객관적 의무를 부과하는 헌법위임으로서의 성격을 갖고, 또 입법자가 그 급부의 구체적 내용과 범위, 수혜요건 등을 법률로 정한 경우에만 비로소 그 법률에 근거하여 개인에게 주관적 권리가 부여되기 때문에 기본권제한의 문제는 발생할 수 없기 때문에 헌법 제37조 제2항은 사회적 기본권에는 적용될 수 없다고 하는 유력한 설이 있다.¹⁴⁵⁾ 그러나 그러한 해석은 헌법상 국민의 자유와 권리에 관한 규정들의 말미를 장식하고 있는 제37조 제2항의 체계적 위치와 “모든 자유와 권리”라는 그 규정의 명시적인 문언에 반한다고 본다. 본질적 내용보장을 최소한의 생존보장에 관한 권리(소사회권)를 보장하는 의미로 새긴다면¹⁴⁶⁾ 굳이 제37조 제2항의 적용영역에서 사회적 기본권을 제외시켜야 할 필요는 없지 않을까 생각한다.¹⁴⁷⁾

145). 자세한 것은 한수용, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계 - 법적 권리설로부터의 결별 -, 인권과 정의 1997년 1월호, 70(75쪽).

146). 사회적 기본권의 원리로서의 성격에 관해서는 줄고, 원리(Prinzip)로서의 사회적기본권 - 알렉시(R. Alexy)의 원리모델을 중심으로 -, 1997년 11월 중 발간예정인 청암정경식박사 화갑기념 논문집, 「법과 인간의 존엄」에 수록 참조.

헌법재판소도 1997. 5. 29. 선고, 94헌마33 결정에서 적어도 인간다운 생활을 위하여 국가가 실현하여야 할 객관적 내용의 최소한도에 대해서는 주관적 청구권이 헌법 자체로부터 직접 발생할 수 있음을 시사하고 있다.

그러나 평등권은 그 특이한 규범구조에 비추어 볼 때 본질적 내용보장 규정의 적용될 수 없는 기본권이 될 것이다. 왜냐하면 평등권의 본질적 징표는 사리에 반하는 차별취급의 일반적 금지 내지는 엄격한 차별취급의 명령이기 때문이다.¹⁴⁸⁾ 다만 평등권을 보호영역에 있는 기본권으로 이해하려는 새로운 견해¹⁴⁹⁾에 의하면 평등권에도 본질적 내용 보장이 적용될 여지가 있게 된다.

나. 집행권과 사법권

집행작용은 법률유보의 원칙상 법률의 기초 위에서만 기본권을 제한할 수 있으며, 법률의 수권 없이는 기본권을 제한할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 기본권에 대하여 심각한 결과를 가져올 수 있는 법률규정의 적용 내지 그 집행과 관련해서는 이를 본질적 내용보장의 통제하에 두어야 할 필요가 있다. 경찰관직무집행법상의 일반조항들에 의한 경찰권 행사, 특히 무기사용에 관한 규정(제11조)에 의한 총기 등의 사용은 기본권의 본질적 내용의 침해문제를 야기할 수 있다. 본질적 내용보장규정은 이처럼 법률에 의하여 행정권에 재량권이 부여된 경우에 이를 해석하는 지침으로서 행정권을 구속한다. 그러므로 생명권의 본질적 내용은, 범인을 사살하는 것은 타인의 생명 등을 구하기 위한 보충적·최후적인 수단임을 의미한다.

본질적 내용보장은 마찬가지로 사법권도 구속한다. 따라서 사법권도 기본권의 본질적 내용을 존중하여야 한다. 그러나 사법권의 본래적 기

147). 독일의 경우에도 기본권의 본질적 내용보장은 방어권적 측면에 국한되어 적용되는 것은 아니라, 급부권적 요소를 비롯한 기본권의 객관적 측면에까지 미친다는 견해가 주장되고 있다. 가령 H. Dreier, in: Grundgesetz Kommentar, 1996, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 15; W. Krebs, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz I, Art. 19 Rdnr. 26.

148). H. Dreier, aaO, Art. 19 Abs. 2 Rdnr. 6.

149). S. Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 242.

능은 기본권을 보호하는 것이기 때문에 본질적 내용보장과 관련하여 사법권에 부여된 일차적 기능은 기본권의 본질적 내용을 해석에 의하여 확인하는 것이다.

2. 헌법개정권력?

기본권의 본질적 내용보장은, 헌법 제37조 제2항이 명시적으로 법률만을 언급하고 있기 때문에 헌법에 의하여 구성된 권력만을 구속하며 헌법개정권력을 구속하지 아니한다고 해석하여야 한다. 물론 인간의 존엄과 가치는 헌법개정의 한계가 된다. 그러한 범위 안에서는 기본권의 일정한 내용은 헌법개정권에 대해서도 보장된다.¹⁵⁰⁾

기본권의 본질적 내용이 헌법에 의하여 구성된 권력만을 구속하므로 헌법제정권력이나 그 개정권력이 기본권의 본질적 보장에 대한 예외를 설정하는 것은 가능하다. 우리는 그 예를 재산권의 완전한 박탈을 허용하여 규범의 본질적 내용과 피수용자의 주관적 권리에 타격을 기하는 재산권에 대한 수용(헌법 제23조 제3항), 재산권의 사회화(제126조)에서 찾을 수 있다. 재산권에 대한 수용이나 그 사회화규정은 그러한 한 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용보장에 대한 예외적 특별규정이라고 할 수 있다.¹⁵¹⁾

150). 독일의 학설도 기본법 제19조 제2항이 우리 헌법 제37조 제2항과는 달리 “어느 경우에도 본질적 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있음에도 불구하고 이와 같은 결론에 도달하고 있다. 이에 관해서는 Stern, aaO, § 85 IV 2 및 FN 249의 문헌고증 참조.

151). Stern, ebenda; H. J. Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rdnr. 272; O. Kimminich, BK, Art. 14(Drittbearb.) Rdnr. 129; J. Chlosta, aaO, S. 181 등 참조. 그러나 재산권보장을 존속보장이 아닌 가치보장이라는 측면에서 이해하면 보상있는 수용이나 사회화는 재산권의 본질적

마찬가지로 보호영역에서 본질적 내용과 그 외피를 구분하기 힘든 생명권이 다른 기본권들과 마찬가지로 일반적 법률유보하에 있다는 것은 법률로 그 본질적 내용을 침해하는 것이 허용된다는 해석이 가능할 수도 있다. 군인들에게 적군과의 교전상황에서 생명에 대한 고도의 위험이 수반된 작전을 수행할 의무를 부과함으로써 사실상 생명투입의무를 부과하는 것이나 경찰이 인질의 생명을 구출하기 위하여 또는 그의 건강에 대한 중대한 침해를 예방하기 위한 마지막 수단으로 인질범을 사살하는 것도 이러한 관점에서 헌법적으로 정당화될 수 있다. 그러나 사형제도는 비록 생명권이 법률유보하에 있다고 하더라도 그와는 다른 문제라고 본다. 즉 사형제도에는 인질사건에서와 같이 타인의 생명을 구하기 위하여 범인의 생명을 박탈하여야 할 긴절한 상황이 존재하지 아니하는 등 범인을 사실상 중대한 범죄에 대한 일반예방을 위한 수단으로 이용할 뿐이기 때문에 본고에서 제시된 본질적 내용 판단을 위한 일반적-특수적 표지들, 특히 동태적 판단기준에 의하더라도 생명권의 본질적 내용을 침해하여 위헌이라고 보아야 할 것이다. 다만 우리 헌법 제 110조 제4항 단서를 헌법재판소의 다수의견과 같이 사형제도의 헌법적 근거로 본다면, 동 조항 단서를 헌법 제37조 제2항 후단에 대한 특별규정으로서 볼 수 있는 여지는 있다.

VI. 본질적 내용보장규정의 의의

내용침해금지에 대한 예외가 아니라는 결론에 도달할 수 있다. 이러한 입장에 서 있는 허영, 한국헌법론, 1996, 466-467쪽 참조.

이미 위와 같은 설명으로부터 법률에 의한 기본권이 제한과 형성, 기본권보장과 관련한 기본권의 본질적 내용보장의 의미의 대강을 그려낼 수 있는바, 이하에서는 이에 관하여 간략히 설명한다.

1. 소극적·적극적 의의

개별 기본권의 본질적 내용은 해당 기본권해석의 지침이 되어야 한다는 적극적인 의미를 갖는다. 그러므로 기본권의 본질적 내용을 전적으로 목적과 수단의 비례성심사를 거친 후 “남아 있는 내용”으로 소극적으로만 이해하여서는 안된다. 오히려 기본권의 본질적 내용은 그 구조와 기능에 비추어 볼 때 기본권의 내용 중 어느 정도의 보장과 실현을 요구하는지의 문제를 해명함에 있어서 지도원리로 작용한다.

2. 기본권형성입법의 목표

기본권들 중에는 재산권, 결사의 자유, 방송의 자유 등과 같이 사회현실에서 실효성을 발휘하기 위해서는 입법자가 내용·조직·절차규정 등을 마련함으로써 그 기본권에 의하여 보장된 생활영역을 법적으로 형성하여야 할 필요가 있는 것들이 있다. 이 경우 입법자는 그 기본권의 특성과 기능을 유지하면서 기본권이 보장하고자 하는 내용을 발휘하도록 하여야 한다. 이때 그 기본권의 본질적 내용은 그 형성입법의 실현목

표로서 작용하게 된다.

3. 본질적 내용보장과 과잉금지의 원칙

기본권제한이나 기본권충돌에 있어서 과잉금지의 원칙 내지는 실제적 조화의 원리(praktische Konkordanz)가 준수되는 한 기본권의 본질적 내용침해가 발생하지 아니하는 것이 통상적이다. 즉 충돌하는 법익들이 각기 최대한도로 실현될 수 있도록 기본권들을 상호 확정하거나 다른 법익과 기본권의 관계를 규정하는 한, 기본권의 본질적 내용은 원칙적으로 유지된다고 보아야 한다.

그러나 그렇다고 하여 과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해 금지는 상호 일치하는 것이 아니다. 무엇보다도 먼저 개인의 법적 지위와의 관계에서 본질적 내용보장은 상충하는 헌법적 법익들과의 형량이라는 요소만을 포함하지만, 과잉금지의 원칙은 이 요소를 포함하는 다층적인 구조(수단의 적합성, 최소침해성, 법익의 균형성)로 되어 있다. 나아가 과잉금지의 원칙은 섬세하게 분화된 기본권제한의 한계로서 본질적 내용보장에 의하여 세워진 강력한 요새에 이르기 이전의 단계에서 개별 기본권에 의하여 세워진 강력한 요새에 이르기 이전의 단계에서 개별 기본권에 의하여 보호된 자유의 공간을 보호하는 전위적인 방어선을 형성한다. 그러므로 기본권의 본질적 내용침해와는 거리가 먼 기본권에 대한 심각하지 아니한 제한이라도 과잉금지의 원칙에 위반하여 위헌이 될 수도 있다. 또 개인의 기본권적 지위에 대한 강력한 제한이 기본권의 본질적 내용에 타격을 가하였음에도 비례성통제를 통과한 경우에 양자 사

이에 차이가 발생한다. 상대설의 경우에는 이 경우에 사실상 목적론적 축소해석(teleologische Reduktion)을 통하여 본질적 내용보장의 적용 범위를 축소적용함으로써 본질적 내용보장을 과잉금지의 원칙과 동일시하는 결과에 이르고, 절대설의 경우에는 본질적 내용의 침해로 보아 그러한 제한조치의 위헌성을 확인하게 된다. 끝으로 기본권에 대한 중대한 제한이 비례성통제를 통과하지 못한 경우에는 상대설의 입장이나 절대설의 입장에서나 실무상으로는 굳이 어려운 작업인 본질적 내용침해 여부를 가릴 필요 없이 해당 제한조치의 위헌성을 확인하는 것으로 끝낼 수 있다는 점에서 보면 과잉금지의 원칙과 본질적 내용보장의 차이는 - 이론적인 흥미의 대상이 됨은 별론으로 하고 - 별로 큰 위미를 갖지 않는다. 그러나 이 경우에 해당 조치가 과잉금지의 원칙에 위반되어 기본권을 침해한다는 것이 확인되었더라도 본질적 내용침해 여부에 대한 실질적 검토도 없이 기본권의 본질적 내용에 대한 침해를 서둘러 확인하는 것이 지양되어야 함은 당연하다.

VII. 기본권의 본질적 내용보장에 관한 헌법재판소 판례와 그 경향

여기서는 기본권의 본질적 내용에 관한 헌법재판소의 판례들을 기본권의 영역별로 분류하고자 한다. 그러나 이들 각 판례에 대하여 일일이 심층적인 분석과 비판을 하는 것은 본고의 주제를 넘어가는 것이기 때문에, 본고에서는 기본권의 본질적 내용에 관한 각 판례의 특징적인 면만을 간략히 언급하고 헌법재판소의 판례의 추세에 대한 전체적인 평가를

하는 것으로 만족한다. 굳이 많은 판례들을 본고에서 제시하는 것은 관련 판례들을 집약하여 제시하는 것만으로도 이 문제에 관한 헌법재판소의 태도의 대강을 파악하는 데 적지 아니한 의미를 가질 수 있다고 생각하였기 때문이다.

1. 판례의 영역별 분류

가. 인간의 존엄과 가치

인간의 존엄과 가치는 다른 모든 기본권의 기초를 형성한다. 따라서 어떤 공권력의 조치가 이 법익을 침해하여 헌법에 위반된다고 선언되었다면 그것은 기본권의 본질적 내용의 침해를 긍정한 것이라고 볼 수 있어, 여기서 그에 관한 판례를 적시하였다.

(1) 과중한 형벌

헌법재판소는 사고운전자가 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 경우 특히 피해자를 치사하고 도주하거나 도주 후에 피해자가 사망한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고 있는 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 3 제2항 제1호에 대한 위헌 소원사건¹⁵²⁾에서 문제의 조항이 인간의 존엄과 가치를 침해하고 있다고 판시하였다. 이 판례는 형벌이 범인의 책임에 비하여 지나치게 과중하여 범인이 일반예방을 위한 수단으로 격하되는 경우에는 그 인간의 존엄과 가치를 시사하는 것이어서 주목된다.

152). 헌재 1992. 4. 28. 선고, 90헌바24 결정(헌판집 4, 225).

그러나 이 판례는 방법론적으로 여러 가지 문제점을 드러내고 있다. 먼저 위 사건에서 평등권만이 아니라 신체의 자유(헌법 제12조)나 생명권도 제한되고 있음에도 불구하고 신체의 자유나 생명권은 전혀 심사기준으로 등장하지 아니한다. 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치의 구체적 내용도 확정하지 않은 채 인간의 존엄과 가치를 심사의 기준으로 삼아 그 침해를 긍정하고 있다.¹⁵³⁾ 이어서 위 법률규정은 비례의 원칙에도 위반된다고 하여 헌법 제37조 제2항의 침해를 긍정하면서도¹⁵⁴⁾ 그 결과 침해되는 기본권이 무엇인지를 전혀 언급하고 있지 않은 것은 방법론상 결코 사소한 오류하고 할 수는 없다. 이는 인간의 존엄과 가치도 공권력에 의하여 제한될 수 있는 기본권임을 의미할 수도 있기 때문이다.

(2) 음주측정

이에 비하여 도로교통법 제41조 제2항 등에 의한 음주측정은 인격의 주체성을 박탈한다거나 인간의 존귀성을 박탈하는 것이라고 할 수 없어서 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것은 아니라고 보았다.¹⁵⁵⁾

나. 생명권

살인죄에 대한 형벌로 사형을 규정하고 있는 형법 제250조 등에 대한 위헌소원사건¹⁵⁶⁾에서 합헌의견을 견지한 다수 재판관들은 “인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 ‘필요악’으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수

153). 헌판집 4, 221 (236).

154). 헌판집 4, 221 (237).

155). 1997. 3. 27. 선고, 96헌가11 결정.

156). 1996. 11. 28. 선고, 95헌마1 결정 (헌판집 8-2, 537).

있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상 비례의 원칙에 반하지 아니한다고 할 것”¹⁵⁷⁾이라고 논증하였다.

이 판례를 본질적 내용보장 규정과 관련하여 이해 내지 정당화할 수 있는 길은 여러 가지 방향에서 제시될 수 있다. 먼저 헌법재판소는 다른 법익과의 형량을 거쳐 개인의 생명권이 완전히 부인될 수도 있음을 인정함으로써 본질적 내용보장에 관한 상대설을 취하고 있다고 볼 수 있다. 다음으로 본질적 내용보장의 의미와 관련해서는 절대설을 취하면서도 그 보호대상과 관련하여 객관설을 암묵적으로 취하고 있는 것이라고 이해할 수도 있다.¹⁵⁸⁾ 개인의 생명권은 사형제도에 의하여 완전히 박탈되더라도 생명권이 근거하고 있는 객관적 기본권규범의 사회적 실효성에는 변함이 없기 때문이다. 끝으로 헌법 스스로 본질적 내용과 여타의 보호영역을 구분하기 힘든 생명권을 일반적 법률유보하에 둠으로써 사실상 본질적 내용보장에 관한 특별규정을 설정하고 있다는 것으로부터 출발하였다거나 비상계엄하에서의 특정 범죄에 대해서는 군사재판에서 단심제가 원칙이나 사형선고의 경우에는 예외의 예외를 규정한 헌법 제 110조 단서가 사형제도의 헌법적 근거임을 주장하는 것이다.¹⁵⁹⁾

다. 일반적 인격권

157). 헌판집 8-2, 537 (547-548).

158). 반대의견을 낸 김진우 재판관은 사형제도를 인간의 존엄성을 침해하는 것으로 위헌이라는 견해를 피력하였으며(위 같은 곳 550쪽 이하), 조승형 재판관은 사형제도가 비례의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 생명권의 본질적 내용도 침해한다고 보았다(위 같은 곳 550쪽 이하). 같은 취지의 소수의견은 특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 및 마약법 제60조에 대한 헌법소원(1995. 4. 20. 선고, 91헌바11 결정 - 헌판집 7-1, 478 [497]에서 나타난다: “그러나 입법자가 마약사용자의 이러한 고유한 상황을 전혀 고려하지 아니하고는 단지 형벌의 일반예방적 효과만을 노려 무거운 형벌을 특히, 인간의 존엄한 생명을 빼앗는 사형에 처할 수 있도록 규정하고 있는 것은 바로 국가가 개인의 범죄예방 또는 퇴치의 객체로만 보고 있음을 나타내는 직접적인 표현이라고 아니할 수 없다.”

159). 물론 이 규정이 사형제도의 헌법적 근거가 될 수 있는지에 대해서는 의문이 있다. 이 문제에 대해서는 위 사건에서의 김진우 재판관의 반대의견 부분 참조.

헌법재판소는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 일반적 인격권을 도출하고 있다. 원래 일반적 인격권의 내용은 독일에서 사사의 영역을 공권력의 영향으로부터 차폐하고 또 사인 간의 사사로운 교류의 비밀을 보장하여 줌으로써 개인의 “자주적 개성신장의 가능성”을 보장하고, 또 개인의 “대외적인 자기표현”을 보장함과 아울러 성명, 초상, 신상정보와 같은 개인의 “인격적 표현을 왜곡·조작되거나 무단히 사용되지 않도록 보호”하는 것과 아울러 자유로운 개성신장의 기본적 조건들을 보장하는 것이다.¹⁶⁰⁾ 물론 이 일반적 인격권의 적지 않은 부분은 우리 헌법 제17조에 보장된 사생활의 비밀과 자유의 기본권과 겹치는 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 판례는 독일의 예를 따라 헌법 제10조로부터 일반적 인격권을 도출함으로써 헌법 제17조의 의미를 제대로 살리지 못하고 있다. 여하튼 이러한 의미를 갖는 일반적 인격권의 핵심영역이 절대적으로 보호되는 것으로 보는 판례가 형성되었는지 살펴본다.

(1) 친생자부인을 위한 제소권에 대한 지나친 제한

헌법재판소는 친생부인의 제소기간을 한정하고 있는 민법 제847조 제1항에 대한 위헌제청사건¹⁶¹⁾에서 친생부인의 소의 제척기간을 자의 출생을 안 날로부터 1년으로 규정함으로써 부가 자의 친생자 여부에 대한 의심도 가지기 전에 그 제척기간이 경과하여 버리게 하는 것은 부의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권을 침해한다고 보았다. 그러나 위 판례는 친생부인의 소의 제소기간이 제한될 수 있음을 밝힘으로써 부의 인격권도 절대적으로 보장되는 것이 아님을 간접적

160). 이에 관해서 자세한 것은 H. Dreier, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 50ff. 참조.

161). 1997. 3. 27. 선고, 95헌가14, 96헌가7 (병합) 결정.

으로 밝히고 있다.

(2) 성적 자기결정권

1) 간통죄

헌법재판소는 간통죄를 규정하고 있는 형법 제241조에 대한 헌법소원에 대한 결정¹⁶²⁾에서 헌법 제10조는 개인의 인격권·행복추구권을 보장하고 있는바, 이 개인의 인격권·행복추구권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권을 내포하는 개인의 자기운명 결정권이 전제되어 있다¹⁶³⁾고 보았다. 그러나 개인의 성적 자기결정권도 그것이 사회적 관련성을 가지는 한 절대적으로 보호되는 것은 아니라고 보았다. 즉 “그러므로 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 부부간의 성적성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여서는, 배우자 있는 자의 간통행위를 규제하는 것은 불가피한 것이며, 그러한 행위를 한 자를 2년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정한 형법 제241조의 규정은 성적자기결정권에 대한 필요 및 최소한의 제한으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 인정된다.”고 판시하였다.

그러나 이 결정에서 다수의견은 과잉금지의 원칙과 본질적 내용보장 규정을 구분하여 별개로 그 침해 여부를 심사하지 않고, 전적으로 후자의 위반 여부만을 검토하였다. 이 판례가 간통죄 처벌규정을 합헌으로 확인하고 있음에 비추어 본다면 이결정은 본질적 내용의 보호의 정도와

162). 1990. 9. 10. 선고, 89헌마82 결정 (헌판집 2, 306). 이 판례를 다시 확인하고 있는 1993. 3.

11. 선고, 90헌가70 결정(헌판집 501, 18)도 참조.

163). 헌판집 2, 306 (310).

관련하여 상대설로부터 출발하고 있다고 추정할 수 있다.¹⁶⁴⁾ 그렇지 않다면 본질적 내용을 침해하지는 않았더라도 필요이상으로 과도하게 관련 기본권을 침해하고 있는지 여부에 대한 심사를 하지 아니한 판단유달이 있다고 보아야 할 것이기 때문이다. 한편, 이 사건에서 소수의견을 낸 한병채, 이시윤 재판관¹⁶⁵⁾ 및 김양균 재판관¹⁶⁶⁾은 각각 간통죄 처벌 규정이 과잉금지의 원칙에 위반되어 위헌이라고 보았다.

2) 동성동본금혼 - 혼인범위에 대한 과도한 제한

동성동본 금혼을 규정하고 있는 민법 제809조 제1항은 “동성동본인혈족사이의 혼인을 그 촌수의 원근에 관계없이 일률적으로 모두 금지하고 민법은 이를 위반한 혼인을 취소할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라 아예 그 혼인신고 자체를 수리하지 못하도록 하고 있어, 동성동본인 혈족은 아무리 진지하게 사랑하고 있다고 하더라도 또 촌수를 계산할 수 없을 만큼 먼 혈족이라 하더라도 혼인을 할 수 없고 따라서 혼인에 있어 상대방을 결정할 수 있는 자를 제한”하여 성적 자기결정권, 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유를 포함하고 있는 개인의 자기운명결정권의 근거가 되는 헌법 제10조에 위반된다고 보았다.¹⁶⁷⁾ 그러나 헌법재판소의 위 결정도 역시 성적자기결정권, 특히 혼인에 있어서 상대방선택의 자유도 일정한 범위에서는 제한될 수도 있음을 전제로 하고 있다.

(3) 사죄광고의 강요

164). 헌판집 2, 306 (311).

165). 헌판집, 2, 306 (319).

166). 헌판집 2, 306 (328 이하). 물론 그는 행복추구권의 전제가 되는 사생활은폐권의 침해도 긍정하고 있다.

167). 1997. 7. 16. 선고, 95헌가6 내지 13 (병합) 결정.

헌법재판소는 민법 제764조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄 광고도 포함되는지 여부의 문제와 관련하여¹⁶⁸⁾ “사죄광고의 과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위하여 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 소개된다. 이러한 의미에서 사죄광고제도는 헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에도 큰 위해가 된다고 할 것이다.”¹⁶⁹⁾고 판시한 후, 사죄광고를 명예회복에 적당한 처분에 포함된다고 보는 경우에는 기본권제한에 있어서 과잉금지에 위반하여 인격권을 침해한다고 보았다.¹⁷⁰⁾ 즉 사죄광고의 강요가 아닌 가해자 비용으로 그가 패소한 민사소해배상판결이나 형사명예훼손죄의 유죄판결의 신문·잡지에의 게재나 명예훼손기사의 취소광고 등의 방법으로 법익의 충돌을 해결할 수 있는 한, 불필요한 기본권제한이라는 것이다. 그러나 그 대안들도 인격권을 제한하는 측면이 있는 한, 헌법재판소는 위와 같은 의미의 인격권 역시 절대적으로 보호되는 것은 아니라고 보고 있는 것이다.

다. 평등권

헌법재판소는 위에서 이미 인용한 바 있는 특정범죄가중처벌등에관한 법률 제5조의3 제2항 제1호에 대한 헌법소원사건에서 평등권의 본질적 내용의 침해 가능성을 확인하였다. 즉 “아무리 특정한 분야의 특별한 목적을 위하여 제정되는 특가법이라 하더라도 입법권자의 법제정상의 형성의 자유는 무한정으로 허용될 수 없는 것이며 나아가 그 입법내용의 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권등의 기

168). 1991. 4. 1. 선고, 89헌마160 결정 (헌판집 3, 149).

169). 헌판집 3, 149 (155).

170). 헌판집 3, 149 (158이하).

본권을 본질적으로 침해한 입법권행사로서 위헌성을 면하기 어렵다고 할 것이다.”¹⁷¹⁾라고 하여 독일의 새로운 학설이 주장하는 바와 같이 평등권도 보호영역을 갖고, 따라서 그 본질적 내용과 비본질적 내용을 구분할 수 있음을 전제로 하는 한 표현을 사용하고 있다. 그런데 헌법재판소의 평등권에 대한 그와 같은 이해에 그 나름의 이론적 근거가 있는지 아니면 단순한 표현상의 실수인지는 확실하지 않다. 헌법재판소가 이 사건에서 평등권 등의 본질적 내용침해를 위한 것은 이 사건 법률조항이 인간의 존엄과 가치에 반한다고 본 데서 기인한 것이 아닌가 싶다. 즉 적어도 인간의 존엄과 가치는 차별적 취급의 대상이 될 수 없는 헌법적 범의임을 강조하기 위한 것이 아닐까.

어쨌든 헌법재판소는 이 사건에서 “그렇다면 이 사건 법률조항은 그 입법목적인 교통사고의 예방이나 피해자의 구호에는 실효성이 없는 명분에 불과한 것이고 오히려 그 처벌의 법정형이 그 가중의 정도가 지나쳐 그 위반한 행위자에게 귀책사유 이상으로 과잉처벌하는 것으로서 법의 적용과 법의 내용에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하고, 한편 법정형벌에 의한 기본권의 제한은 범죄행위의 무게 그 범행자의 부책에 상응하는 상당한 비례성을 감안하여 기본권의 제한은 필요한 최소한에 그쳐야 한다는 입법상의 법치국가원리에서 나오는 과잉입법금지의 원칙에도 반하는 것이라고 아니할 수 없어 이는 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 헌법 제37조 제2항에 위반되는 것이라고 할 것이다.”¹⁷²⁾고 하여 특이한 논증구조를 취하고 있다. 헌법재판소가, 이처럼 과잉금지원칙이 헌법 제37조 제2항이 아닌 법치국가원리에서 도출된다고 보면서도 문제의 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되기 때문에 헌법 제37

171). 헌판집 4, 221 (231-232).

172). 헌판집 4, 221 (236-237).

조 제2항 후단의 본질적 내용침해금지에 위반된다는 식의 논증을 하고 있는 것은 납득하기 어려운 것이다. 위 판례는, 어쨌든 헌법재판소가 기본권의 본질적 내용침해금지와 과잉금지원칙을 사실상 동일시하는 것, 따라서 본질적 내용보장에 관한 상대설을 취하고 있음을 시사하는 것이다.

라. 재산권

(1) 소유권

1) 토지거래허가제

헌법재판소는 토지거래허가제에 관한 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제31조의2에 관한 위헌심판¹⁷³⁾에서 다음과 같이 판시하였다:

“토지재산권의 본질적 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 행해되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다. 사유재산제도의 전면적 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권의 박탈 등이 본질적인 침해가 된다는 데 대하여서는 이론의 여지가 없으나 본 건 심판대상인 토지거래허가제는 헌법의 해석이나 국가, 사회공동체에 대한 철학과 가치관의 여하에 따라 결론이 달라질 수 있는 것이다. 그리고 헌법의 기본정신(헌법 제37조 제2항)에 비추어 볼 때 기본권의 본질적 내용의 침해가 설사 없다고 하더라도 과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못할 것이다.”¹⁷⁴⁾

위 판시내용은, 헌법재판소가 본질적 내용보장규정과 과잉금지의 원칙

173). 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정(헌판집 1, 357).

174). 헌판집 1, 357 (373-374).

을 구분하여 각각에 대하여 독자성을 인정하고 있다는 것, 본질적 내용에 관하여 절대설 중 핵심영역설을 따르고 있는 점, 동시에 그 침해 여부는 단순히 양적 기준이 아니라 해당 기본권의 목적을 제한되고 남은 기본권적 지위를 가지고 달성할 수 있느냐를 가지고 판단해야 한다는 것을 분명히 하고 있다. 이 판례는 재산권 분야의 본질적 내용에 관한 leading case로 그 후의 재산권 관련 판례들에서 자주 인용되고 있다. 이 판례에서 헌법재판소는, 토지거래허가제도가 재산권의 본질적 내용을 침해하는지 여부를 살피면서 이를 부정하고 있다. 즉 “그런데 국토이용관리법이 규제하고자 하는 것은 모든 사유지가 아니고 투기우심지역 또는 지가폭등지역의 토지에 한정하고 있다는 점과 규제기간이 5년이내인 점, 설사 규제되더라도 거래목적, 거래면적, 거래가격 등에 있어서 기준에 위배되지 않는 한 당연히 당국의 거래허가를 받을 수 있어서 처분권이 완전히 금지되는 것은 아닌 점 및 당국의 거래불허가처분에 대하여서는 불복 방법이 마련되어 있는 점 등을 종합해볼 때 토지거래허가제는(토지 등의 거래계약이 불허가 되었을 경우에는 제한의 해제로서 별 문제될 것이 없고 토지 등의 거래계약이 불허가 되었을 경우에도) 사유재산제도의 부정이라고 보기는 어렵고 다만 그 제한의 한 형태라고 봐야 할 것이다. 생산이 자유롭지 아니한 토지에 대하여 처분의 자유를 인정하지 않고 이를 제한할 수밖에 없음을 실로 부득이 한 것이며 토지거래허가제는 헌법이 명문으로 인정하고 있는(헌법 제122조) 재산권제한의 한 형태로서 재산권의 본질적인 침해라고는 할 수 없는 것이다.”¹⁷⁵⁾

2) 보상이 뒤따르는 소유권의 강제적 박탈

175). 헌판집 1, 357 (376). 그러나 김형성, 전게논문, 486-487쪽은 헌법재판소의 위 판례는 그 논증의 구조상 실제로는 상대설을 취한 것이라고 평가하고 있다.

공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제6조에 대한 위헌제청사건¹⁷⁶⁾에서 헌법재판소는 위 법상의 “협의취득 제도는 본질적으로 사적차지의 영역에 속하는 사법질서에 해당되고, 다만 공공사업의 원활한 수행을 위하여 일정한 규제가 이루어지고 있는 것이다. 따라서 공특법 제6조에 따른 사실상의 소유권의 강제취득은 아무리 공익을 위한 것이라 해도 사법질서에 의한 공익추구를 일차적으로 장려하고자 마련된 공특법의 범위를 벗어나고 있는 것이다(...)”. 그러므로 공특법 제6조는 헌법 제23조 제1항에 규정된 재산권을 헌법 제37조 제2항에 규정된 비례의 원칙에 어긋나게 침해하고 있다.”¹⁷⁷⁾고 판시하였다. 이 판례는, 비록 재산권의 본질적 내용침해를 명시적으로 확인하고 있지는 않으나, 재산권의 강제적 박탈은 무엇보다 그 권리주체의 처분의 자유를 침해함으로써 그에 대한 보상이 주어진다고 하더라도 재산권을 침해하는 것을 전제로 하는 것이어서 헌법 제23조 제3항의 공용수용이 재산권의 본질적 내용보장에 대한 특별규정으로서의 성격을 가짐을 시사하고 있기 때문에 주목된다.¹⁷⁸⁾

3) 보상 없는 납본제도

176). 1995. 11. 30. 선고, 94헌가2 결정(헌판집 7-2, 538). 이 사건에서의 심판대상은 사업시행자가 공공사업의 시행을 위하여 토지 등의 취득 또는 사용이 필요하여 협의를 행하고자 할 경우 토지 등의 소유권자의 주소 또는 사용이 필요하며 협의를 행하고자 할 경우 토지 등의 소유권자의 주소 또는 거소의 불명으로 협의를 행할 수 없을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공시송달로써 협의에 갈음할 수 있도록 한 규정이다.

177). 헌판집 7-2, 538 (548-549). 한편, 헌법재판소는 1994. 2. 24. 선고, 92헌가15내지17, 20내지24(병합) 결정 (헌판집 6-1, 38 [57이하])에서는 위 법상의 협의취득제도를 실질적으로 토지수용법상의 토지수용과 같은 것으로 이해하고 있음에도 불구하고 판례변경에 대한 아무런 입장표명이 없다.

178). 헌법 제23조 제3항에 반하는 수용의 위헌성을 확인하고 있는 국가보위에관한특별조치법 제5조 제4항 등에 대한 위헌심판(1994. 6. 30. 선고, 92헌가18 결정 - 헌판집 6-1, 557 [569이하]) 및 보훈기금법 부칙 제5조 및 한국보훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단에 관한 위헌심판(1994. 4. 28. 선고, 92헌가3 결정 - 헌판집 6-1, 203 [220])도 참조.

납본제도를 규정하고 있는 정기간행물등록등에관한법률 제10조 제1항 등에 대한 헌법소원사건¹⁷⁹⁾에서 본질적 내용보장에 관한 헌법재판소 태도의 동요가 잘 나타나 있다. 헌법재판소는 처음에는 “공익적 목적달성을 위하여 선택된 수단인 제한은 ... 이른바 과잉금지의 원칙에 반하거나 재산권의 본질적 내용을 침해하여서는 안된다는 한계성이 있다.”¹⁸⁰⁾고 하여 과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해금지가 별개의 기본권제한의 한계요건임을 인정하고 있는 듯하나, 뒤따르는 판단부분에서는 “그러므로 이 정간물 2부의 납본이라는 재산권의 제한-처분의 자유의 제한-이 헌법 제37조 제2항의 질서유지 또는 공공복리라는 공익적 필요에 의한 것이고, 또한 그 제한이 위 과잉금지원칙에 합치하여 재산권의 본질적인 내용의 침해가 없는가 살펴본다.”¹⁸¹⁾고 하여 양 요건을 동일시키고 있다. 그러나 다시 그에 관한 판단부분에서는 “그리고 정간물 발행인은 정간물을 판매하여 그 대금으로 수익하는 이윤 추구가 목적이므로 정당한 보상이 보장되는 한 이 자유로운 처분에 대한 제한의 정도는 이 제한을 필요로 하는 위 ‘가’에서 본 공익적 목적과 비교할 때 통상 경미하고 기대 가능한 범위이어서 과잉금지의 원칙에 반하지 아니하고, 더욱이 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고도 할 수 없다.”¹⁸²⁾고 하여 양 요건이 별개의 판단대상임을 전제로한, 따라서 절대설에 입각한 판단을 하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 판례에서 재산권의 본질적 내용이 구체적으로 무엇인지에 관해서는 언급하고 있지 않은 방법론상의 하자가 드러나고 있다. 다만 헌법재판소의 위 납본제도로 인하여 정간물 발행인의 재산권이 침해되지 않는다고 확인한 후에 “다만 납본하는 정간물의 가격이 싸든 비싸든 간에 또 발행부수가 많은 적든 간에

179). 1992. 6. 26. 선고, 90헌바26 결정(헌판집 4, 362).

180). 헌판집 4, 362 (373).

181). 헌판집 4, 362 (373).

182). 헌판집, 4, 362 (375).

차이를 두어서도 아니된다. 만일 동법을 그릇 해석하여 본인의 보상요구를 묵살하거나 보상요구를 억제하거나 보상을 지나치게 지연하거나 정간물 가액에 따라서 또는 발생부수에 따라서 위헌을 거절한다면 위헌적인 공권력 행사가 된다는 점에 유의하여 신중히 집행하여야 할 것이다.”¹⁸³⁾고 하여 주의적인 판시를 첨부하고 있다. 이러한 주의환기는, 헌법재판소가 보상없는 납본의 강요는 사실상 재산권에 대한 보상 없는 수용으로서 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 본다는 것을 암시하는 것이어서 주목된다.¹⁸⁴⁾

4) 점유취득시효?

나아가 헌법재판소는 부동산에 대한 점유취득시효를 규정하고 있는 민법 제245조 제1항에 대한 헌법소원사건¹⁸⁵⁾에서 “동 법조문에 의거하여 점유자가 취득시효에 의한 소유권을 취득한 반사적 효과로서 원소유자가 아무런 보상이나 배상을 받지 못하고 소유권을 상실한다고 하더라도 이는 기본권의 제한을 정한 규정이라고 할 수 없다. 따라서 기본권의 제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위반되는 규정이라고 할 수 없다.”¹⁸⁶⁾고 판시하였다. 그러나 헌법재판소는 이 사건에서 역시 과잉금

183). 헌판집 4, 362 (375-376).

184). 헌법재판소의 이 주의적인 판단부분은 그러나 그 자체 문제가 없는 것은 아니다. 왜냐하면 정기간행물은 일반적으로 고가라고 볼 수 없으므로 정기간행물 2부의 납본의무부과로 인한 정기간행물발행자의 재산권제한은 사소한 것이어서 일반적으로 수인가능한 재산권제한으로 볼 여지가 있기 때문이다. 독일의 연방헌법재판소도 BVerfGE58, 137(144) 납본제도는, 납본대상이 되는 서적이 고가인 경우에는 형평의 견지에서 예외적으로 조정적 보상이 필요한 재산권제한일 뿐 공용수용은 아니라고 보고 있다. 그리고 만일 헌법재판소가 정기간행물의 납본제도를 공용수용의 일종으로 본 것이라면, 보상규정을 갖추고 있지 아니한 정기간행물등록에관한법률 중 납본의무를 부과하는 규정은, 보상규정이 수용규정과 상호 연계되어 있어야 한다는 입장에서 보면 그 자체 위헌임을 면하지 못하게 된다. 헌법재판소는 위 판례에서 이 문제에 대하여 명확한 입장을 표명하고 있지 않다.

185). 1993. 7. 29. 선고, 92헌바20 결정 (헌판집 5-2, 36).

186). 헌판집 5-2, 36 (51-52).

지의 원칙을 독자적인 심사기준으로 삼아 그 위반여부를 별도로 검토하지 않고 있다. 따라서 이 판례도 실질적으로 상대설적인 입장에서 본질적 내용을 이해하고 있다고 보아야 할 것이다.

5) 국가배상청구권의 박탈?

국가배상법 제2조 제1항 단서 중 향토예비군대원 부분의 위헌성을 다룬 위헌소원사건¹⁸⁷⁾에서 헌법재판소는 그 규정이 과잉금지원칙에 위반되어 재산권을 침해하는지 여부를 심사한 뒤 이를 부인하면서, 결론부분에 위 규정이 향토예비군대원의 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 위헌규정으로 볼 수 없다¹⁸⁸⁾고 보았다. 그러나 이 문제는 헌법이 헌법 제29조 제2항을 통하여 스스로 기본권의 본질적 내용보장에 대한 예외를 설정하는 특별규정을 두고 있기 때문에 헌법 제37조 제2항이 적용될 여지가 없는 문제라고 보아야 할 것이다.¹⁸⁹⁾

(2) 담보권

1) 담보기능의 형해화

헌법재판소는, 각기 국세와 지방세의 담보물권에 대한 우선변제권을 인정하였던 국세기본법 제35조 제1항 제3호¹⁹⁰⁾, 지방세법 제31조 제2항 제3호¹⁹¹⁾의 “으로부터 1년”이라는 부분이 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 보았다. 양 결정의 논증이 같으므로 여기서는 전자의 해당 부분만을 적시한다.

187). 1996. 6. 13. 선고, 94헌마20 결정 (헌판집 8-2, 475).

188). 헌판집 8-2, 475 (490).

189). 이러한 사례는 1996. 6. 26. 선고 96헌마200 결정(헌판집 8-1, 550 [563])에서도 볼 수 있다.

190). 1990. 9. 3. 선고, 89헌가95, 헌판집 2, 245(256-257).

191). 1991. 11. 25. 선고, 91헌가6 결정, 헌판집 4, 114.

헌법재판소는 국세의 납부기한으로부터 1년내에 설정된 전세권·질권 또는 저당권의 담보재산의 매각시에 국세·가산금 또는 채납처분비가 그 담보물권에 대하여 우선변제권을 갖도록 한 국세기본법 제35조 제1항 제3호에 대한 위헌제청사건에서 다음과 같이 재산권의 본질적 내용 침해를 확인하였다. 즉 동 재판소는 재산권의 본질적 내용과 관련하여 앞서 인용한 토지거래허가제에 대한 합헌결정에서의 판시내용을 그대로 원용한 뒤 “먼저 성립하고 공시를 갖춘 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써, 합리적인 사유없이 저당권이 전혀 그 본래의 취지에 따른 담보기능을 발휘할 수 없게 된 사정을 엿볼 수 있다. 이는 자금대출 당시 믿고 의지하였던 근저당권이 유명무실하게 되어 결국 담보물권의 존재의의가 상실되고 있음을 보여주는 사례로서, 담보물권이 합리적인 사유없이 담보기능을 수행하지 못하여 담보채권의 실현에 전혀 기여하지 못하고 있다면 그것은 담보물권을 물론, 나아가 사유재산제도의 본질적 내용의 침해가 있는 것이라고 보지 않을 수 없는 것이다.”¹⁹²⁾

위 판례들과 유사한 논거에 의하여 재산권의 본질적 내용에 대한 침해를 인정 한 사례는 임금채권에 담보물권에 대한 우선변제권을 부여한 구 근로기준법 제30조의 2, 신 근로기준법 제37조에 대한 위헌소헌 및 위헌제청사건에 대한 결정¹⁹³⁾에서 찾을 수 있다.

192). 그러나 이 사건에서 반대의견을 낸 조규광, 한병채 재판관은 “국세의 납부기한으로부터 1년내에 설정된 저당권 등에 의하여 담보된 채권이 국세보다 열후관계에 서는 관계로 그 한도 내에서 저당권 등 채권자가 입게되는 손해는 국세의 우선원칙이 합헌적인 것으로 평가되는 이상 뒤에서 언급한 바 국세와 저당권 등과의 우선순의 시점조정에서 결과하는, 부득이 수인하여야 할 불이익이며 재산권의 본질적인 내용 침해로는 볼 수 없다. 국세의 우선정수로서 무담보채권자가 받게 될 손해를 고려한다면 이 이치는 자명하다.”(헌판집 2, 245[277])고 하여 국세기본법 제35조 제1항 제3호중 “으로부터 1년”이라는 부분이 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 보지 않았다.

193). 1997. 8. 21. 선고, 94헌바19, 95헌바34, 97헌가1(병합) 결정.

2) 우선변제권의 소급적 박탈

한편, 우리 헌법은 제13조 제2항에서 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있는바, 이 규정은 재산권의 본질적 내용에 대한 침해의 한 유형을 별개의 독립적인 규정에서 금지한 것으로 해석할 수 있다. 그런데 헌법재판소는 국세기본법 부칙 제5조 등에 대한 위헌제청사건¹⁹⁴⁾에서 “저당권자 등에게 헌법재판소의 위 위헌결정에 의하여 저당권 등 목적물에 대하여 국세에 우선하여 변제받을 수 있는 권리가 일단 확보되어 있음에도 불구하고 그 이후에 즉 사후에 제정된 개정법률 부칙 제5조에 의하여 위헌으로 선고된 위 구법 조항(구 국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 ‘으로부터 1년’ 부분)을 적용하게 됨으로써 이제 그의 우선변제권이 박탈당하게 되는 결과가 되었는바, 그것은 결국 소급입법에 의한 재산권 침해에 해당하는 것”¹⁹⁵⁾이라고 판시하였다.

(3) 환매권

징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원¹⁹⁶⁾에서도 합헌 의견을 낸 다수의견은 징발용치에 대한 환매권을 재산권의 일종으로 보면서 이 사건 법률조항에 의한 환매기간의 제한이 재산권에 대한 과잉한 제한인지를 검토한 뒤 결론부분에서는 재산권의 본질적 내용이 침해되지 않았음을 확인하고 있다.¹⁹⁷⁾ 이 판례는 선해한다면 본질적 내용침해금지규정을 과잉금지의 원칙과 동일시하는 상대설의 입장에선 것이라고 할 것이다. 그러나 같은 판례에서 소수의견은 절대설의 입장에서 환매권의 본질적 내용의 침해가 있음을 확인하고 있다.¹⁹⁸⁾

194). 1993. 9. 27. 선고, 92헌가5 결정 (헌판집 5-2, 253).

195). 헌판집 5-2, 253 (265).

196). 1996. 4. 25. 선고, 95헌마9 결정 (헌판집 8-1, 389); 1995. 10. 26. 선고, 95헌마22 결정 (헌판집 7-2, 472); 1995. 2. 23. 선고, 92헌마12 (헌판집 7-2, 152).

197). 헌판집 8-1, 389 (403); 7-2, 472 (486); 7-1, 152 (166).

(5) 정리채권

회사정리법 제241조에 대한 위헌소원¹⁹⁹⁾에서 헌법재판소는 본질적 내용침해 여부를 과잉금지원칙 위반 여부에 앞서 심사하면서 “정리채권의 회사에 대한 재산상의 청구권으로서 그 내용에 따른 만족을 궁극의 목적으로 하는 것이므로 만약 심판대상조항부분에 의하여 정리채권이 유명무실해지고 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이른다면 심판대상조항부분은 기본권제한 입법의 한계를 넘는 위헌입법이라고 할 수 있을 것이다.”²⁰⁰⁾고 전제하고, “신고기간 내에 신고가 이루어지지 않거나 정리채권자를 포함한 이해관계인들로 구성된 관계인 집회의 결의와 법원의 인가를 거쳐 성립되고 집단적 화해로서의 의미를 가지는 정리계획의 규정에 의하여 감면되거나 변경된 정리채권에 대하여 예외적으로 회사의 이행책임을 전부 혹은 일부 면제하고 있다고 하더라도 그것만으로 정리채권이라는 재산적 권리가 형해화할 정도에 이르러 그 본질적 내용이 침해되었다고 단정할 수 없다.”²⁰¹⁾고 판시하고 있다.

마. 직업의 자유

(1) 등록취소

건축사가 업무범위를 위반하여 업무를 행한 경우 이를 필요적 등록취소 사유로 규정하고 있는 건축사법(1995. 1. 5. 법률 제4918호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 단서 제2호는 “건축사와 같이 일정한 자격 또는 허가요건을 요하는 타전문직종에서 업무범위를 위반한 경우 임의

198). 헌판집 8-1, 389 (413-414).

199). 1996. 1. 25. 선고, 93헌바5·58 (병합)(헌판집 8-1, 27).

200). 헌판집 8-1, 27 (34).

201). 헌판집 8-1, 27 (35).

적 취소나 영업정지의 불이익을 당하는 데 비추어 과도하게 무거운 제재를 가하는 것이고, 또한 건축사법 제28조 제1항의 등록의 ‘필요적 취소사유’와 ‘임의적 취소사유’로 규정된 다른 경우와 비교해 보아도 과도하게 무거운 제재를 가하는 것으로서 헌법상 기본권인 직업선택의 자유를 제한하는 입법으로서 제한의 방법이 부적절하고 제한의 정도가 과도하여 헌법 제37조 제2항의 소정의 과잉금지원칙에 위배되고, 헌법 제15조 소정의 직업선택의 자유와 본질적 내용을 침해한 것이다.”²⁰²⁾

이 판례는 과잉금지원칙과 본질적 내용보장을 구분함으로써 일단 절대설의 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있으나, 직업선택의 자유의 본질적 내용을 확정하지 아니한 채 그 침해를 단정적으로 선언하는 방법론상의 결함을 노정하고 있다. 설사 관련자가 그로 인하여 건축사로서 영구 제명된다 하더라도 그것이 과잉금지원칙에 위배되는 것은 별론으로 하고 그 제명조치가 다른 직업을 선택할 수 있는 가능성까지 모두 박탈하는 것이 아닌 이상 과연 직업선택의 자유의 본질적 내용이 침해되었는지는 의문이다.

(2) 국산영화의 강제적상영?

영화법 제26조 등에 대한 헌법소원²⁰³⁾에서 헌법재판소는 그 규정의 과잉금지원칙 위반 여부를 먼저 심사한 뒤에 직업의 자유의 본질적 내용 침해 여부를 살펴면서 “이 사건 심판대상 규정이 직업의 자유 중 직업수행의 자유를 제한하고 있고, 그것도 연간상영일수의 5분의 2 이상으로 한정하여 국산영화를 상영할 의무를 지우고 있으나, 국산영화를 상영하는 경우에도 어떠한 종류의 국산영화를 상영할 것인지의 여부는 공연장의 경영자의 전적인 자유에 맡겨져 있다”²⁰⁴⁾고 하여 기본권이 제한

202). 1995. 2. 23. 선고, 93헌가1 결정, 헌재 7-1, 130(138).

203). 1995. 7. 21. 선고, 94헌마125 결정 (헌판집 7-2, 155).

된 후의 잔여분으로 직업의 자유의 기본권의 목적을 달성할 수 있음을 시사하면서 그 본질적 내용침해를 부인하였다.

(3) 법인형태영업의 강제?

지가공시및토지등의평가에관한법률시행령 제30조 등 위헌확인²⁰⁴⁾에 대한 헌법소원²⁰⁵⁾에서 헌법재판소는 과잉금지원칙에 대한 위반 여부를 심사한 후에 다시 직업의 자유의 본질적 내용에 대한 침해 여부를 심사하면서, “타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 토지 등의 감정평가를 업으로 행하는 감정평가업에 관하여, 일반인에게는 감정평가사 자격제도의 관문을 통과하여 그에 종사할 수 있도록 문호가 개방되어 있고, 감정평가사의 자격을 취득한 자에게는 기본적으로 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가 및 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가의 업무에는 무제한적으로 종사할 것이 허용되고, 그 밖의 사항에 대하여는 감정평가의 목적과 대상이 보다 공공성을 더 요구하는 것에 한정하여 감정평가법인의 형태를 위하여 그 업무에 종사할 수 있도록 하면서, 한편으로 감정평가사 30인 또는 최대한 40인 이상이 감정평가법인을 설립하여 그러한 업무에 종사할 수 있는 길”²⁰⁶⁾ 등 기본권 행사의 다른 가능성들을 적시하면서 본질적 내용침해를 부인하였다.

(4) 세금의 중과?

법인의 대도시 내의 부동산등기에 대하여 통상세율의 5배를 규정하고 있는 지방세법 제138조 제1항 제3호에 대한 위헌소원²⁰⁷⁾에서 헌법재판소는 “어떠한 법인이라도 위 조항이 정하는 중과세의 부담을 감수하기

204). 헌판집 7-2, 155 (164).

205). 1996. 8. 29. 선고, 94헌마113 결정(헌판집 8-2, 141).

206). 헌판집 8-2, 141 (163).

207). 1996. 3. 28. 선고, 94헌마42 결정 (헌판집 8-1, 199).

만 한다면 자유롭게 대도시 내에서 설립 등 행위를 할 수 있고 또한 그에 필요한 부동산등기도 할 수 있는 것이므로, 위 조항이 법인의 대도시 내 부동산등기에 대하여 통상세율의 5배를 규정하고 있다고 하더라도 그것이 대도시 내에서 업무용 부동산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 법인의 담세능력을 일반적으로 또는 절대적으로 초과하는 것이어서 그 때문에 법인이 대도시 내에서 향유하여야 할 직업수행의 자유나 거주·이전의 자유가 형해화할 정도에 이르러 그 본질적인 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.”²⁰⁸⁾고 판시하였다. 그러나 이 판례에는 과잉금지원칙위반에 대한 심사에 앞서 본질적 내용침해 여부를 심사하면서도 과연 직업수행의 자유나 거주·이전의 자유의 본질적 내용이 무엇인지를 확정하고 있지 아니한 방법론상의 하자가 있다.

바. 변호인의 접견교통권

헌법재판소는 미결수용자와 변호인 사이의 대화를 엿듣거나²⁰⁹⁾ 그들 사이의 서신교환을 검열²¹⁰⁾하는 행위에 대한 헌법소원사건에서 “변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 내용의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능할 것이다.”라고 하면서 “변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용으로서

208). 헌판집 8-1, 199 (207).

209). 1992. 1. 28. 선고, 91헌마11 결정(헌판집 4, 51).

210). 1995. 7. 21. 선고, 92헌마144 결정 (헌판집 7-2, 94).

국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.”²¹¹⁾고 판시하여 변호인의 조력을 받을 권리 중 ‘절대적으로 보호되는 핵심적 내용’을 명확히 하였다.

사. 재판청구권

(1) 법원에서의 제소를 근본적으로 어렵게 하는 경우

헌법재판소는 소액사건에 대한 대법원에서 상고 또는 재항고를 제한하는 소액사건심판법 제3조에 대한 헌법소원²¹²⁾에서 “재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서 안된다고 할 것이므로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다. 그러나 모든 사건에 대해 똑같이 세 차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회의 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고 할 수 없을 것이다.”²¹³⁾고 판시하여 재판을 받을 권리 중 사법행위청구권, 즉 법원에서의 제소권의 본질적 내용을 확정하고 있다.²¹⁴⁾

211). 헌판집 4, 51 (60-61). 헌법재판소는 후에 이를 변호인과 미결수용자 사이의 서신교환의 경우에도 확대적용하였다. 헌판집 7-2, 94 (107).

212). 1992. 6. 26. 선고, 90헌바25 결정(헌판집 4, 343).

213). 헌판집 4, 343 (349-350); 1993. 11. 25. 선고, 91헌바8 결정(헌판집 5-2, 396404-406). 그 밖에도 헌법재판소는 “특허청이 심판절차에 의한 심결이나 보정각하결정은 특허청의 행정공무원에 의한 것으로서 이를 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판이라고 볼 수 없으므로 특허법 제186조 제1항은 법관에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 “법관에 의한” 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 위헌규정이다”(1995. 9. 28. 선고, 92헌가11 등 병합, 헌판집 7-2, 264 [278-279])고 판시한 바 있다.

214). 다만 소수의견을 낸 변경수 재판관은 국민에게는 대법원의 재판을 받을 권리가 있다고 주장하며, 상고권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위에서만 그 권리를 제한할 수 있는데 위 법률조항은 그 본질적 내용을 침해한다고 본다(헌판집 4, 343[353쪽 이하, 특히 357쪽] 참조).

재판청구권의 본질적 내용에 관한 판례는 제소기간과 관련하여 많이 형성되었다. 먼저 회사정리법 제149조에 대한 위헌제청사건²¹⁵⁾에서 헌법재판소는 “특별히 법률관계를 조속히 확정할 필요가 없음에도 그 권리의 행사 여부 및 시기를 실체적 권리자의 선택에 맡기지 아니하고 합리적 이유 없이 출소기간을 설정하여 실체적 권리의 행사를 부당하게 제한하거나 법률관계의 조속한 확정의 필요가 인정되는 경우라도 그 출소기간을 지나치게 단기간으로 하여 출소하는 것이 사실상 불가능하거나 매우 어렵게 되는 등 출소기간이 현저히 불합리하여 ‘사실상의 재판의 거부’라고 볼 수 있는 경우”에는 재판청구권의 본질적 내용을 침해한다고 보았다.²¹⁶⁾ 뿐만 아니라 “제소기간은 소송을 제기하기에 상당한 기간을 두고 있다고 하더라도, 기간을 계산함에 있어서 그 기산일을 누구나 쉽사리 이해할 수 있도록 명확하게 규정하지 아니하고, 법률전문가로서도 혼란을 일으킬 정도로 불명확하고 모호하게 규정한 경우”²¹⁷⁾에도 재판청구권의 본질적 내용을 침해할 수도 있다고 한 판례도 있다.

(2) 상소권제한?

그러나 헌법재판소의 재판청구권의 본질적 내용에 관한 판례는 일관성을 잃고 있다. 즉 헌법재판소는 반국가행위자의처벌에관한특별법 제5조 등에 대한 헌법소원사건²¹⁸⁾에서 “그러나 피고인이 아무리 중죄를 범한 자이고, 또 외국에 도피하고 있더라도 체포되거나 임의로 출석하지 아니하면 상소를 할 수 없게 제한한 것은, 결국 상소권을 본질적으로 박탈

215). 1996. 8. 29. 선고, 95헌가15 결정(헌판집 8-2, 1).

216). 헌판집 8-2, 1 (13-14).

217). 1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 92헌바25 (병합) 결정(헌판집 4, 493 [506]); 1993. 12.

23. 선고, 92헌바11 결정 (헌판집 5-2, 606 [619]); 1996. 8. 29. 선고, 93헌바63, 95헌바8 (병합)

(헌판집 8-2, 63 [70]); 1996. 10. 4. 선고, 95헌가1·4 (병합) 결정 (헌판집 8-2, 258 [269]);

1996. 11. 28. 선고, 96헌가15 결정 (헌판집, 8-2, 526 [532쪽 이하]).

218). 1993. 7. 29. 선고, 90헌바35 결정 (헌판집 5-2, 14).

하는 것이어서 적법절차주의에 반할 뿐만 아니라, 재판청구권을 침해하는 것이라고 보지 않을 수 없다. 또한 상소제기기간의 도과가 상소권자의 책임 없는 사유로 말미암은 것인지 여부와 피고인이 외국에 도피하고 있는 중이라는 것은 직접 관계가 없는 것이므로, 상소권 회복청구 자체를 전면 봉쇄한 것 역시 적법절차주의위반인 동시에 재판청구권의 침해라고 보지 않을 수 없다. 그렇다면 상소의 제한을 규정한 특조법 제11조 제1항과 상소권회복청구의 봉쇄를 규정한 특조법 제13조 제1항 중 ‘제345조 내지 제348조’ 부분은 헌법 제12조 제1항 후단에 규정한 적법절차주의에 정면으로 배치될 뿐만 아니라, 헌법 제27조 제1항에 규정한 재판청구권을 본질적으로 침해하는 위헌조항이라고 할 것이다.”²¹⁹⁾고 판시하여 민사소송에서의 상소권제한의 문제와는 다른 입장에서 재판청구권의 본질적 내용침해를 인정하고 있다. 그러나 이 사건에서 적법절차 평등원칙 위반을 인정하는 것은 별론으로 하고 헌법재판소 스스로 3심제의 보장을 내용으로 하지 않는다고 볼 재판청구권을 심사기준으로 끌어들이어 그 본질적 내용침해를 확인하는 것이 필요했는지는 극히 의심스럽다.²²⁰⁾ 이 문제는 헌법재판소가 헌법 제27조의 재판청구권의 보호영역을 명확히 하지 않고 심리를 진행한데서 비롯된 것이라고 생각한다.

(3) ‘공정한 재판’을 받을 권리실현의 최소요건

한편, 형사소송법 제221조의2 위헌소원²²¹⁾에서 헌법재판소는 공정한

219). 헌판집 5-2, 14 (32-33). 같은 문제는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 상소를 기각할 경우에 상당한 이유 없이 상소를 제기한 것으로 인정되는 때에는 상소제기 후의 판결선고 전 구금일수 중 상소제기기간 만료일로부터 상소이유서제출기간 만료일까지의 일수는 본형에 산입하지 아니하도록 한 소송촉진등에관한특별법에 대한 위헌소원에 대한 결정(1994. 12. 29. 선고, 92헌바31 - 헌판집 6-2, 367 [375이하])에서도 나타난다.

220). 동일한 문제는 민사소송등인지법 제3조에 대한 위헌소원에 대한 결정(1994. 2. 24. 선고, 93헌바 10 결정, 헌판집 6-1, 79 [85이하])에서도 나타난다.

221). 1996. 12. 26. 선고, 94헌바1 결정 (헌판집 8-2, 808).

형사소송절차를 공정하게 형성하기 위하여 입법이 준수하여야 할 최소한의 요건을 제시함으로써 ‘공정한 재판을 받을 권리’²²²⁾의 본질적 내용을 제시하고 있다고 생각한다. 즉 그에 의하면 “입법자는 형사소송 절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시한 채 재판절차를 형성할 수 없다는 입법형성의 한계를 가진다고 할 것이다.”²²³⁾

(4) 세법상의 간주규정?

헌법재판소는 수증자가 증여자의 채무를 인수한 것이 틀림없는 경우라도 배우자 또는 직계존·비속간이 증여라 하여 당해 채무액을 공제하지 아니하고 다만 예외적으로 직업·성별·연령·소득 및 재산상태 등으로 보아 채무를 변제할 능력이 있다고 객관적으로 인정되는 수증자가 국가·지방자치단체 기타 대통령령으로 정하는 금융기관 등의 채무 또는 재판상 확정되는 채무를 인수한 경우에 한하여 이를 재산가액에서 공제하도록 하고 있는 상속세법 제29조의4 제2항에 대한 위헌제청 등의 사건²²⁴⁾ 규정은 실지조사와 쟁송의 번거로움을 피하고 편리한 세금징수의 방법만을 강구한 나머지 조세형평이나 국민의 기본권보장은 도외시한 채 오직 조세행정의 편의만을 위주로 하여 제정된 매우 불합리한 법률이고 기본권 경시와 행정편의주의 및 획일주의 정도가 지나쳐 헌법 제11조 제1항의 평등권, 제23조 제1항의 재산권, 제27조 제1항의 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에 위배

222). 일반적 권리인 공정한 재판을 받을 권리는 그 보호영역이 불명확하고 그 권리에 내포되어 있는 개별 권리들이 상충과 경쟁의 관계에 있어 불필요한 문제를 야기시키기 때문에 이를 인정할 필요가 없다고 보는 장석조, 판결의 편취와 절차적 기본권, 법조 1997년 10월호, 31 (33 이하) 참조.

223). 헌판집 8-2, 808 (820).

224). 1992. 2. 25. 선고, 90헌가69, 91헌가5, 90헌마3 (병합) 결정 (헌판집 4, 114).

되고 그럼으로써 헌법 제38조, 제59조의 조세법률주의에 위배되는 위헌 법률이다.”²²⁵⁾라고 판시하였으나, 이 결정의 어느 곳에서도 재판청구권의 본질적 내용을 확인하고 있지 아니한 채 단정적으로 그 침해를 인정하고 있다.

그러나 위 법률조항에 의하여 재판청구권이 침해된 바 없다. 위 판례에서 헌법재판소가 재판청구권이 침해되었다고 본 이유는, 위 규정이 그 내용상 추정규정이 아닌 간주규정의 형식으로 되어 있기 때문에 국민이 소송을 통하여 법률에 의하여 간주된 사실을 번복할 수 없을 것이라고 본 때문이 아닌가 생각된다.²²⁶⁾ 그러나 국민에게는 위 법률 조항에도 불구하고 여전히 상속세부과처분에 대하여 행정소송을 제기하고, 그 기초가 된 위 법률조항의 위헌성을 주장하여 법원으로 하여금 직권 또는 자신의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌제청하여 위 법률규정에 대한 위헌판단을 받음으로써 위 과세처분의 취소를 달성할 수 있는 여지가 있기 때문에 위 법률조항으로 재판청구권 자체가 침해된 바는 없다.

아. 통신의 자유 - 지나치게 모호한 규정에 의한 규제

헌법재판소는 구 국가보안법 제8조 제1항이 구성요건 가운데 “이익이 된다는 점을 알면서”라는 부분은 지나치게 포괄적이고 그 적용범위가 광범위하여 이 조항을 그 문리대로 해석·적용하면 국가의 존립·안전이나 그 헌법적 기반인 자유민주적 기본질서 또는 국민의 생존 및 자유에 아무런 해악도 끼칠 우려가 없는 사항에 관한 회합·통신 등 마저 처벌대상이 될 우려가 없지 않으나, 이는 구 국가보안법의 입법 목적(제

225). 1992. 2. 25. 선고, 90헌가69 등 (병합) (헌판집 4, 114).

226). 같은 문제는 구 상속세법 제7조의2 제1항 위헌소원에 대한 헌법재판소의 결정(1994. 6. 30.

선고, 93헌마9 결정 - 헌판집 6-1, 631 [640이하])에서 그대로 제기된다.

1조)을 벗어난 것일 뿐만 아니라 행복추구권에서 도출되는 국민의 일반적인 행동의 자유 및 통신의 자유 등을 본질적으로 침해할 위험성이 있어 그 조항의 합헌성을 유지하려면 이를 한정·축소해석하여야 한다고 보았다.²²⁷⁾ 그러나 이 판례에서도 통신의 자유의 본질적 내용이 무엇인지는 확정되고 있지 않으나, 지나치게 모호한 규제 규정으로 인하여 통신의 자유가 형해화되어 그것이 헌법에서 독자적인 기본권으로 보장된 그 본연의 의미를 상실하게 되면 그 본질적 내용이 침해된다고 보고 있는 것이 아닌가 생각된다.

자. 언론의 자유

(1) 표현행위를 규제하는 법률이 지나치게 모호한 경우

반국가단체 등의 찬양, 고무 등을 처벌하는 국가보안법 제7조 제1항, 5항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)에 대한 위헌제청²²⁸⁾에서 헌법재판소는 법문의 내용이 다의적이고 그 적용범위에 있어서 과도한 광범성이 인정된다면 법치주의와 죄형법정주의에 위배되어 위헌의 소지, 특히 언론·출판의 자유와 학문·예술의 자유가 침해될 소지가 있음을 전제로 하면서 “입법목적 등 합리적 기준으로 위 다의적인 규정을 한정적 제한해석을 할 때 제7조 제1항의 보호법익을 살리면서도 전면 위헌의 문제를 피할 길이 열릴 것이며 이로서 언론·출판의 자유나 학문·예술 또는 양심의 자유의 위축문제나 이와 같은 기본권의 본질적 침해의 우려는 해소될 것”²²⁹⁾이라고 함으로써, 표현행위의 내용이 지나치게 불명확한 형법규정을 통하여 규제되는 경우에는 그 본질적 내용이 침해될 수 있음을 시사하고 있다. 물론 이 결정에서 헌법재판소는 그 본질적 내용을

227). 1997. 1. 16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36 (병합) 결정.

228). 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정(헌판집 2, 49)

229). 헌판집 2, 49 (63).

확정하지 않은 아쉬움을 남기고 있다.

(2) 등록의 요건으로서의 시설기준 등

정기간행물등록등에관한법률 제7조 제1항에 대한 위헌심판²³⁰⁾에서 헌법재판소는 “이 사건에서 문제된 등록사항은 의사형성발표·정보수집전달·여론형성 등을 내용으로 하는 실질적인 언론·출판의 자유가 아닌 보도의 수단으로 수반되는 기업이나 그에 따른 정기간행물의 발행에 필요한 외형적인 인정시설기준에 관한 것으로서 이를 등록하게 하는 것은 결코 언론·출판의 자유에 관한 본질적인 내용의 침해에 해당하는 것이라고 볼 수 없다.”²³¹⁾고 하면서 일정한 시설기준의 법정 자체가 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해하지는 않는다고 보았다.²³²⁾

그러나 “본법에서 말하는 부수인쇄시설이란 그 부수인쇄시설이란 그 보도기능의 원활한 수행과 편집·제작활동에 필요한 최소한도의 물적 시설을 갖추어야 한다는 본래의 의미하는 달리 실질적인 법률원인을 제한설정함으로써 그에 위반한 자에게 형벌을 임의로 과할 수 있는 결과가 되어 결국 그로 인하여 언론의 자유를 본질적으로 침해하는 위험을 가져올 수 있다고 못 볼 바 아닌 것”²³³⁾이며, “자기소유의 증명서를 갖추어 등록하도록 요건을 지나치게 엄격한 제한을 두어 이를 갖추게 하는 것은 사회통념상 신물발행인의 자유를 직접 또는 간접적으로 간섭하기 위하여 행정부에서 자의적으로 본법을 확대해석하여 시행하고 있는

230). 1992. 6. 26. 선고, 90헌가23 결정(헌판집 4, 300).

231). 헌판집 4, 300 (307).

232). 같은 취지의 판시내용은 음반제작자에게 일정한 시설을 갖추어 등록할 것을 요구하고 있는 음반에관한법률 제3조 등에 대한 헌법소원(1993. 5. 13. 선고, 91헌바17 결정 - 헌판집 5-1, 275 [286-287]), 영화제작업자들에 대한 등록의무를 부과하고 있는 영화법 제4조 제1항 등에 대한 헌법소원(1996. 8. 29. 선고, 94헌바15 결정 - 헌판집 8-2, 74[86]), 정기간행물등록등에관한법률 제7조 등에 대한 위헌소원(1997. 8. 21. 선고, 93헌바51 결정)에서도 나온다.

233). 헌판집 4, 300 (314).

것이라고 못 볼 바가 아니어서 헌법상 금지된 허가제의 수단으로 남용될 수 있는 위헌적인 소지가 있다고 아니할 수 없다.”²³⁴⁾고 판시하고 있다고 하여 등록제도 등록요건이 강화되는 경우에는 허가제화하여 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있다고 보았다. 이 판례는 다만 이 판례의 판단의 마지막 부분에서 헌법재판소는 언론·출판의 자유의 본질적 내용에 대한 침해를 확인하지 아니하고 과잉금지원칙에 대한 위반만을 확인하고 있어서 다시 본질적 내용보장과 과잉금지의 원칙의 관계에 관하여 혼란스러워 하는 상태를 드러내고 있다.

(3) 검열

공연윤리위원회에 의한 영화에 대한 사전심의제를 규정하고 있는 영화법 제12조 등에 대한 위헌제청사건²³⁵⁾에서 물론 헌법재판소는 언론·출판의 자유나 예술의 자유의 본질적 내용을 명시적으로 확인하고 있지는 않으나, 위에서 인용한 다른 판례와의 연관 속에서 이 판례를 해석하면 “의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사”²³⁶⁾는 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 검열로 이해함으로써 그와 같은 사전심사는 의사의 내용이 피전달자에게 도달하기 전 그 전달 가능성 여부를 국가가 결정하게 함으로써 언론·출판의 자유의 기본권의 본래적 목적의 달성을 불가능하게 하기 때문에 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것임을 시사하는 것이라고 본다.²³⁷⁾

234). 헌판집 4, 300 (315); 5-1, 275 (288이하). 영화법 제4조 제1항 등에 대한 헌법소원(1996. 8. 29. 선고, 94헌바15 결정 - 헌판집 8-2, 74[87])에서 헌법재판소는 영화제작업자로 등록하기 위하여 예탁하여야 하는 예탁금액이 지나치게 높은 경우에도 사실상 영화제작업자의 자유로운 등록을 제한하여 실질적으로 표현의 자유를 직접 또는 간접적으로 침해할 수가 있고, 나아가 헌법에서 금지하는 언론·출판의 허가제에 유사한 제한을 가하는 것에 해당하게 된다고 보았다.

235). 1996. 10. 4. 선고, 93헌가13, 91헌바10 (병합) (헌판집 8-2, 212).

236). 헌판집 8-2, 212 (223 및 그 이하).

237). 같은 취지의 판례로는 음반및비디오물에관한법률 제16조 제1항 등에 대한 위헌제청사건

(4) 정정보도청구권?

언론기관에 대한 정정보도청구권을 인정하고 있는 정기간행물등록등에 관한 법률 제16조 제3항, 제19조 제3항에 대한 헌법소원사건²³⁸⁾에서 헌법재판소는 문제의 조항들이 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하는지를 심사함에 있어서 과잉금지원칙의 위반 여부를 검토하고 결론적으로 본질적 내용의 침해를 부인하고 있다.²³⁹⁾ 이 판례는 과잉금지의 원칙과 본질적 내용보장을 동일시하는 상대설의 입장에 설 때에야 그 논리성을 인정받을 수 있을 것이다.

(5) 선거운동방법에 관한 규제?

선거운동에 관한 제한규정을 위반한 자를 처벌하는 규정인 구 지방의회의원선거법 제181조 제2호 등 헌법소원²⁴⁰⁾에서 헌법재판소는 먼저 심판대상규정들이 과잉금지원칙에 위반되지 아니함을 확인한 후에 언론의 자유의 본질적 내용이 침해되었는지를 부가적으로 검토하고 있다: “그러나 위 조항들에 의하여 제한되는 것은 의사표현의 내용 그 자체가 아니라 표현의 특정한 수단 방법에 한정되어 있다. 즉 모든 선거운동방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 광고 등의 제작·배부라고 하는 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하여 이러한 방법 이외의 방법은 자유롭게 선택될 수 있는 여지를 남겨두고 있으므로 이로써 선거운동의 자유 내지 이를 한 태양으로 하는 의사표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없다고 판단된다.” 이 판례는 언론의 자유

(1996. 10. 31. 선고, 94헌가6 결정 - 헌판집 8-2, 395 [403]; 1997. 3. 27. 선고, 97헌가1 결정).
238). 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌판집 3, 518).
239). 헌판집 3, 518 (528쪽 이하) 참조. 그 후에 헌법재판소는 다시 한 번 위 법률조항의 합헌성을 확인한 바 있다. 1996. 4. 25. 선고, 95헌바25 결정 (헌판집 8-1, 420) 참조.
240). 1995. 4. 20. 선고, 92헌바29 결정 (헌판집 7-1, 499).

의 본질적 내용을 확정하고 있지는 않지만, 위 법률규정이 표현행위의 내용을 규제하는 것이 아니라, 그 표현의 방법을 규제하는 것일 뿐만 아니라, 다른 표현수단들은 여전히 허용되고 있기 때문에 언론의 자유가 형해화되었다고 보기 힘들다는 입장으로부터 출발하고 있다고 해석된다.

또한 단체의 선거운동을 금지한 공직선거및선거부정방지법 제87조 등에 대한 헌법소원사건²⁴¹⁾에서도 헌법재판소는, 동 법 제87조는 “단체에 대하여 특정 정당이나 후보자에 대한 명시적인 지지나 반대 등의 행위만을 금지하고 있을 뿐 단체의 정치적 의사표현의 자유를 더 제한한 것은 아니고 위 법 제81조와 제82조에서 단체가 후보자들에 대한 객관적인 평가에 접할 기회를 보장함으로써 그 자신의 정치적, 정책적인 의견 개인 등에 있어서 참고로 할 정보수집의 기회를 주고 있는 점, 위 법은 유권자인 개인(국민)과 정당에 대하여도 그 선거운동의 주체·방법·기간 및 비용의 측면에서 여러 가지 까다로운 규제를 하고 있는데, 개인(국민)과는 달리 선거권과 피선거권이 없으며 정당과는 달리 헌법상 그 지위와 활동에 관하여 특별한 보호나 보장을 받지 못하는 일반 단체에게 공직선거에 있어서 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대 등의 선거운동을 허용한다면, 이는 개인(국민)과 정당의 선거 운동에 관한 규제와의 사이에 균형이 맞지 않는 점 (...) 등을 종합하여보면, 단체의 선거운동 금지를 규정한 위 법 제87조가 청구인들의 평등권이나 정치적 의사표현의 자유의 본질적 내용을 침해하였다거나 이를 과도하게 제한한 것이라고 보기 어렵다.”고 판시하였다. 이 판례는 절대설의 입장에서 본질적 내용보장과 과잉금지의 원칙을 구분함과 아울러 언론의 자유의 본질적 내용에 대한 침해가 있으려면 그 내용 자체에 대한 제한이나 모

241). 1995. 5. 25. 선고, 95헌마105 결정 (헌판집 7-1, 826).

든 내지는 적어도 주요한 표현방법들의 금지가 필요함을 전제로 하고 있는 듯하다.

(6) 일반국민의 선거운동에 대한 원칙적 금지

구 대통령선거법 제36조 제1항, 제34조 등에 대한 위헌제청사건들²⁴²⁾에서도 헌법재판소는 투표의 자유, 입후보의 자유 및 선거운동의 자유를 포괄하는 자유선거운동의 원칙을 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권 등에 관한 헌법규정에서 그 근거를 찾을 수 있다²⁴³⁾고 전제하면서 특히 선거운동의 자유에 대한 제한은 언론·출판·집회·결사의 자유, 선거권에 대한 자유의 제한으로 나타나는 바²⁴⁴⁾, 위 법 제36조 제1항 본문은 “원칙적으로 전 국민에 대하여 선거 운동을 금지한 다음 후보자의 가족, 정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있게 하고 있다. (...) 이러한 규정들만으로도 그 범집행을 충실히 한다면 공명선거를 이루는 데 부족함이 없다 할 것인데도 이에 더하여 일반국민의 선거운동을 포괄적으로 금지한 것은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 기본권제한의 원칙에 위배되는 것이라 아니할 수 없다. (...) 선거의 공정성도 중요한 공익임에는 틀림없지만 주권자인 국민의 정치적 표현의 자유 또한 민주주의에서는 높은 가치를 지닌 기본권이다. (...) 그러므로 법 제36조 제1항 본문(...)은 입법형성권의 한계를 넘어 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것”²⁴⁵⁾이라고 판시하였다.

242). 1994. 7. 29. 선고, 93헌가4, 6(병합) (헌판집 6-2, 15).

243). 헌판집 6-2, 15 (28).

244). 헌판집 6-2, 15 (28-29).

245). 헌판집 6-2, 15(38-40).

위 판례가 과잉금지의 원칙과 본질적 내용보장을 별개의 기본권제한 입법의 한계요건으로 인식하고 있는지는 불분명하다. 그럼에도 불구하고 이 판례는 극히 소수인에게만 선거운동의 자유와 그에 따르는 정치적 표현의 자유를 인정하는 것은 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있음을 확인하고 있어서 주목할 만한 가치가 있다고 생각한다. 왜냐하면 이 판례는, 정치적 표현의 자유가 선거영역에서 위 법률규정에 의하여 그 사회적 의미를 상실하게 될 지경에 이르렀다는 점에 주목하고 있는 것이기 때문이다. 환언하면 개관설 내지 제도설적인 입장에서 위와 같은 법률규정은 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것임을 인정할 수 있음을 시사해 주고 있기 때문이다.

차. 집회의 자유

집회및시위에관한법률 제2조 등에 대한 헌법소원심판²⁴⁶)에서 헌법재판소는 과잉금지원칙에 대한 위반여부의 심사에 앞서서 본질적 내용침해금지에 대한 위반여부를 가리면서 집회 및 시위의 자유의 사회적 관련성을 지적하면서 야간의 옥외집회·시위의 원칙적 금지에 대한 현실적 타당성을 전제하고, 집시법 제10조가 “집회의 성격상 부득이한 경우에는 일정한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회를 허용할 수 있는 단서규정을 두고 있는 점, 이 단서규정에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는 헌법이념 및 조리상 관할 경찰서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 해석되는 점, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회에는 이러한 금지규정이 적용되지 않을 뿐만 아니라(집시법 제13조) 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용되는 점 등을 고려할 때, 야간의 옥외집회·시위의 금지에 관한 집시법 제

246). 1994. 4. 28. 선고, 91헌마14 (헌관집 601, 281).

10조의 규정이 집회의 자유의 본질적 내용을 침해한다고는 볼 수 없다.”²⁴⁷⁾고 판시하였다. 이는 일정 범위의 야간의 옥외집회에 대한 원칙적 금지는 그 주간집회개최라는 대안이 존재하는 등 집회의 자유에 대한 시간적·장소적 제한에 불과하므로 그 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라고 보고 있다고 해석된다.

카. 결사의 자유 - 복수조합의 설립금지

조합의 구역 내에는 같은 업종의 조합을 2개 이상 설립할 수 없도록 규정하고 있는 축산업협동조합법 제99조 제2항에 대한 위헌소원²⁴⁸⁾에서 헌법재판소는 “입법목적은 달성하기 위한 수단으로서 반드시 가장 합리적이고 효율적인 수단을 선택하여야 하는 것은 아니라고 할지라도 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 할 것인바, 이 사건의 경우 앞서 본 입법목적은 조합의 설립요건을 강화한다든가, 조합에 대한 국가의 지원과 감독권의 적절한 행사나 그 밖에 협동조합의 본질에 반하지 않는 수단들을 통하여 달성할 수 있을 것임에도, 앞서 살펴 본 바와 같이 결사의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 해하는 복수조합설립금지라는 수단을 선택한 것은 현저하게 불합리하고 불공정한 것이므로 이는 위헌임이 명백하다.”²⁴⁹⁾고 판시하였다. 이 판례는 결사의 자유의 본질적 내용을 확정해 놓지 않은 채 그 침해를 인정하고 있는 등 방법론상의 결함을 노정하고는 있으나, 동일 조합구역 내에서는 비록 같은 목적을 갖는 조합이라 하더라도 그 설립 자체를 금지하는 것을 결사의 본질적 내용을 침해하는 것으로 본 것이다.

247). 헌판집 6-1, 281 (301). 변경수 재판관은 소수의견에서 집시법 제10조는 과잉금지원칙에 위반된다고 보았다(같은 곳 313이하).

248). 1996. 4. 25. 선고, 92헌바47 결정 (헌판집 8-1, 370).

249). 헌판집 8-1, 370 (387-388).

다. 양심의 자유

위에서 이미 언급한 사죄광고에 관한 결정에서 헌법재판소는 인격권의 침해와 아울러 양심의 자유의 침해도 긍정하고 있다. 즉 “사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간 양심의 왜곡·굴절이고 결과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약(...)이라고 보지 않을 수 없다.”²⁵⁰⁾ 헌법재판소는 물론 이와 관련해서도 ‘양심에 반하는 의사표명’을 강제하지 아니하는 다른 대안들에 의한 기본권제한은 가능하다고 봄으로써 양심의 자유 역시 절대적인 기본권은 아니라고 보고 있다. 그러나 위 판례의 취지는 내심에 반하는 양심표현의 강제 자체는 어느 경우에도 허용되지 않는 양심의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로 보고 있는 것이라고 생각한다.

파. 공무담임권

(1) 기탁금

시도지사선거에 입후보하려는 자에게 5천만원의 기탁금을 요구하는 공직선거및선거부정방지법 제56조에 대한 헌법소원사건²⁵¹⁾에서 헌법재판소는 기탁금액의 과다여부를 심사하면서 과잉금지의 원칙에 대한 심사를 거치지 아니하고 그 금액의 과다성을 부인하면서 바로 공무담임권의 본질적 내용이 침해되지 아니하였음을 확인하고 있다.²⁵²⁾ 같은 사례를

250). 헌판집 3, 149 (154).

251). 1996. 8. 29. 선고, 95헌마 108 (헌판집 8-2, 167).

252). 헌판집 8-2, 167 (181). 물론 소수의견을 낸 김진우 재판관은 과잉금지원칙의 위반을 (같은 곳 186쪽 이하) 인정한 반면, 조승형 재판관은 공무담임권을 형해화하는 것으로 본질적 내용을 침해한다(같은 곳 196쪽 이하)고 주장하였다.

200만원의 기탁금을 입후보요건으로 요구한 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원사건²⁵³⁾ 및 3억 원의 기탁금을 입후보 요건으로 요구한 대통령선거법 제26조 제1항 등²⁵⁴⁾에 대한 헌법재판소의 결정에서 발견할 수 있다.²⁵⁵⁾ 위 결정들을 선례하면 과잉금지원칙 위반에 대한 심사를 별도로 진행하지 않은 점에 비추어 볼 때 동 원칙과 본질적 내용침해금지 규정이 동일하다는 전제 위에서 있는 것이다. 그렇게 보지 않는다면 위 판례들에는 판단유타이 있다고 보아야 하기 때문이다.

(2) 무소속후보자에 대한 불이익조치

정당추천후보자와 무소속후보자를 선거운동의 방법에 있어서 차별하고 있는 구 국회의원선거법 제55조의3 등에 대한 헌법소원사건²⁵⁶⁾에서 헌법재판소는 “무소속후보자와 정당추천후보자를 선거운동에 있어서 지나치게 불평등하게 취급하거나 불합리하게 차별하는 법률규정을 두는 것은 국가존립의 기초가 되는 주권행사인 참정권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 아니할 수 없으므로 헌법 제37조 제2항 후단에 위반되고, 법률이 정하는 범위 안에서 선거운동의 균등한 기회가 보장되어야 한다는 헌법 제116조 제1항에 위반되는 것이다.”²⁵⁷⁾라고 하거나, “정당국가적 현대민주주의 사회에서는 정당이 국가의 보호를 받고 있어서 정당의 공천을 받아 입후보하는 자체가 모든 면에서 무소속후보자보다 유리한 조건을 갖추어 선거에 임하게 되는 것은 누구도 부인할 수 없는데 선거운동에 관한 선거법의 규정에서 마저 개인연설회를 금지하면서 정당추

253). 1995. 5. 25. 선고, 91헌마44 결정 (헌판집 7-1, 687).

254). 1995. 5. 25. 선고, 92헌마269, 299, 305 (병합) (헌판집 7-1, 768).

255). 각각 헌판집 7-1, 687 (698-699); 7-1, 768 (782). 그 밖에도 공무원임권과 관련한 유사한 논증 구조는 1993. 7. 29. 선고, 91헌마69 결정 (헌판집 5-1, 145 [156쪽 이하])에서도 볼 수 있다.

256). 1992. 3. 13. 92헌마37, 399(병합) (헌판집 4, 137).

257). 헌판집 4, 137 (145).

천후보자에게만 정당연설회라는 명목으로 무소속후보자에게는 금지된 연설회 등을 가질 수 있게 예외적인 선거운동을 허용하는 규정을 두어 선거운동 중에 가장 핵심적인 정견발표와 자기홍보의 기회마저 차별적 우대를 하는 것은 자유평등선거의 기본적 내용을 침해하는 것이라고 아니할 수 없다.”²⁵⁸⁾고 판시하고 있다.

하. 노동3권

(1) 노동3권의 전면적 부정(교원노조사건)

교원노조사건과 관련된 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판²⁵⁹⁾에서 헌법재판소는 근로기본권의 본질적 내용의 침해여부를 검토하면서 그 본질적 기능과 관련하여 “사용자에 비하여 경제적 으로 약한 지위에 있는 근로자로 하여금 사용자와 대등한 지위를 갖추도록 하기 위하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권 등 이른바 근로3권을 부여하고, 근로자가 이를 무기로 하여 사용자에 맞서서 그들의 생존권을 보장하고 근로조건을 개선하도록 하는 제도를 보장함으로써 사회적자치의 원칙을 보완하고자 하는 것”²⁶⁰⁾이라 하고, 교원에 대한 처우를 개선하고 그 신분을 보장하며, 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위하여 제정된 위 법률의 규정을 종합하면 결국 근로기본권에 갈음하여 “사립학교 교원에 대하여는 법률의 규정으로 직접 보수와 신분의 보장을 하는 한편, 교원이라는 신분에 걸맞는 교직단체인 교육회를 통하여 그들의 경제적·사회적 지위향상을 도모할 수 있도록 보장하고 있는 것으로 보아야 할 것”이기 때문에 그 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 보았다.²⁶¹⁾

258). 헌판집 4, 137 (146).

259). 1991. 7. 22. 선고, 89헌가106 결정(헌판집 3, 387).

260). 헌판집 3, 387 (420-421).

이 판례는 사립학교 교원들에게 단체행동권은 물론 단결권조차도 박탈하는 법률규정을 합헌으로 보고 있기 때문에, 헌법재판소가 기본권의 본질적 보장의 대상이 주관적 권리가 아닌, 객관적 기본권규범이라고 하는 입장(객관설 내지 제도설)으로부터 출발할 때에만 정당화될 수 있는 가능성이 있는 것이라고 본다.

(2) 노무직 공무원의 단체행동권의 박탈

노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 “국가·지방자치단체에 종사하는 근로자”에 관한 부분에 대한 헌법소원사건²⁶²⁾에서 헌법재판소는 “헌법 제37조 제2항에 비록 일반적 법률유보조항을 두고 있으나 이에 의하여 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없는 것이므로, 동 37조 제2항으로써 한정된 범위의 공무원의 단체행동권마저 부인하는 법 제12조 제2항의 규정이 정당화될 수 없는 것이다.”²⁶³⁾고 하여 노무직 공무원의 단체행동권의 박탈은 그 본질적 내용을 침해하는 것으로 보았다.

가. 사회권

(1) 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리 - 법정취학연령?

헌법재판소는 취학연령을 규정하고 있는 교육법 제96조 제1항에 대한 헌법소원²⁶⁴⁾에서 헌법 제31조 제4항에서 말하는 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리란 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 것²⁶⁵⁾을 말하므로 “만6세가 되기 전에 앞당겨서 입학을 허용하

261). 헌판집 3, 387 (422).

262). 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5 결정 (헌판집 5-1, 59).

263). 헌판집 51, 59(72).

264). 1994. 2. 24. 선고, 93헌마192 결정 (헌판집 6-1, 173).

265). 헌판집 6-1, 173 (180).

지 않는다고 해서 헌법 제31조 제1항의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 없다”고 판시하였다.

(2) 인간다운 생활을 할 권리

헌법재판소는 국가유공자등예우에관한법률 제9조 등에 관한 위헌법률심판절차에서²⁶⁶⁾ 인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응한 최소한의 물질적 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있는 가능성이 있음을 시사하였다.²⁶⁷⁾ 물론 이 판례에서 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리의 본질적 내용에 관해서는 아무런 언급을 하고 있지는 않으나, 최소한 물질적 생활의 유지에 필요한 급부청구권이 그 본질적 내용을 이룬다고 위 판시내용의 취지를 해석할 수 있다고 생각한다.

한편, 1994년 생활보호기준에 대한 헌법소원사건²⁶⁸⁾에서 헌법재판소는 위 기준 중 거택보호대상자에 관한 부분은 헌법에 보장된 청구인의 인간다운 생활을 할 권리나 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호의무에 위반되지 않는다고 보았다. 즉 국가는 원칙적으로 가능한 한 최대한도로 국민에게 인간다운 생활을 보장하기 위하여 노력하여야 할 의무를 지지만, 통제기관인 헌법재판소로서는 국가가 최소한의 보장의무를 다했는가를 기준으로 심사하여야 한다고 하면서, 위 생계보호기준이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현하여야 할 객관적 내용의 “최소한도의 보장”에 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 보기 어렵다고 보았다. 이 판례 역시 본질적 보장에 관

266). 1995. 7. 21. 선고, 93헌가14 결정 (헌판집 7-2, 1).

267). 헌판집 7-2, 1 (30, 31).

268). 1997. 5. 29. 선고, 94헌마33 결정.

한 언급은 없으나 헌법재판소가 제시하는 소위 “최소한 보장”의 원칙은 의미상 인간다운 생활을 할 권리의 본질적 내용보장과 맥이 통하는 것이라고 본다.

2. 판례의 경향에 대한 전체적 평가

헌법재판소의 판례에 대한 분석을 통하여 우리는 무엇보다도 먼저 헌법재판소가 적지아니한 판례에서 기본권의 본질적 내용보장의 문제를 다루고 있고, 길지 아니한 헌법재판소의 역사에도 불구하고 상당히 많은 판례가 집적되고 있음을 확인할 수 있었다. 나아가 본질적 내용보장의 대상에 관해서는 헌법재판소는 명시적으로 이 문제를 언급하고 있지는 않으나, 그 내용에 비추어 볼 때 극소수의 예외를 제외하면 주관적 권리설을 따르고 있다고 생각된다.

또한 위 판례분석에서 기본권의 본질적 내용보장 규정의 의미, 즉 개별 기본권 전체가 그와 상충하는 범의과의 관계에서 상대화될 수 있으나, 아니면 절대적으로 불가침적인 내용이 있느냐의 문제에 관한 일관된 입장을 견지하고 있지 못하고 있음이 드러나고 있다. 어쨌든 비율상으로는 과잉금지원칙과 본질적 내용보장규정을 구분하는 절대설의 입장에서 있다고 볼 수 있는 판례들이 많다고 할 수 있다. 초기 판례에서는 재산권에 의하여 파악되고 있는 개별적 법적 지위의 핵심적 내용이 상대적으로 뚜렷한 윤곽을 가지고 있는 재산권 영역을 중심으로 헌법재판소가 절대설을 따르는 듯하였으나, 시간이 지남에 따라 판례는 절대성과 상대설 사이를 그때그때 필요에 따라 왔다갔다하는 양상이 나타나고 있

다. 그러나 헌법재판소의 판례가 이처럼 중요하고 있음에도 불구하고 헌법재판소가 이를 의식하고 있다거나 이를 문제시하고 있는 기미를 감지하기는 어렵다. 독일 연방헌법재판소처럼 본질적 내용보장 규정이 안고 있는 해석상이 난점을 의식하면서 그 규정에 의거한 판단을 가급적 회피하려는 노력을 통해 판례의 일관성을 확보하려는 나름대로의 노력이 행하여지고 있지도 않다. 물론 본질적 내용보장규정을 주변으로 밀어내거나 비례의 원칙에 흡수시켜 버리고 있는 독일 연방헌법재판소의 판례의 태도가 바람직스럽다고만은 할 수는 없으나, 적어도 동 재판소는 문제의 소재를 의식하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 헌법재판소는 빈번하게 본질적 내용보장규정을 심사기준으로 삼고 있으나, 그 조항을 해석·적용함에 있어서는 이 문제의 성격상 필요한 만큼의 주의를 기울이지 않고 있고, 그 결과 재판청구권의 영역에서와 같이 한 기본권의 영역에서조차 일관성이 결여된 판례가 형성되고 있어 아쉬움을 남기고 있다. 뿐만 아니라 구체적 사건의 해결에 주안을 두는 헌법재판작용을 비롯한 사법작용에 대하여 학문적 엄밀성이나 체계성을 요구할 수는 없으나 적어도 논증의 상대적 합리성을 요구할 수는 있으며, 또한 그러한 논증의무는 사법권에 부과된 법치국가적 의무의 하나임을 감안한다면 헌법재판소의 적지 아니한 판례들이 관련 기본권의 본질적 내용을 나름대로 확정하려는 노력도 기울이지 않은 채 그 침해를 단정적으로 긍정하거나 부정하는 것도 문제가 아닐 수 없다. 그와 같은 판례를 기본권 주체의 입장에서 쉽게 이해하리라고 기대하는 것은 무리이다. 그러한 태도는 판례의 일관성을 유지함에 있어서도 결코 도움이 되지 않는다.

위와 같은 판례의 문제점에도 불구하고 헌법재판소가 다수의 사건에서 사례별로 각 기본권의 본질적 내용을 확인하려는 노력을 기울인 것은

높이 평가할 만한 일이다. 왜냐하면 헌법은 제37조 제2항 후단에서 국민의 자유와 권리가 공익과 충돌할 때에도 제한될 수 없는 한계영역을 본질적 내용이라는 개념을 통하여 설정하고 있음이 명백하며, 그러한 중대한 의미를 갖고 있는 헌법규정을 그것이 해석상 난점은 안고 있다는 이유로 무시하거나 다른 요소에 흡수시켜 버림으로써 무의미한 규정으로 변질시킬 수는 없기 때문이다.

뉴미디어의 발전과 언론자유법의

새로운 전개

이 인 호

헌법연구원

- 목 차 -

I. 머리말

II. 인쇄시대 초기와 권위주의 언론개념

III. 인쇄의 개화기와 자유주의 언론모델

1. 인쇄개화기의 커뮤니케이션 환경
2. 자유주의 언론모델

IV. 언론매체의 독점시대와 민주주의 언론모델

1. 폐쇄적이고 중앙집중화된 커뮤니케이션 환경
2. 민주주의 언론모델

V. 멀티미디어 시대의 언론자유법

1. 새로운 커뮤니케이션 환경
2. 환경변화가 언론자유법에 던지는 함축과 그 대응

VI. 맺는 말

I. 머리말

바야흐로 컴퓨터 기술과 통신기술의 발전과 융합은 인류에게 완전히 새로운 커뮤니케이션 환경을 제공해주고 있다. 문자·소리·그림·동화상 등 정보형태에 상관없이 모든 정보가 시간과 장소를 초월하여 쌍방향으로 빛의 속도로 전달되는 전혀 새로운 또 다른 정보혁명이 시작되고 있다. 누구나 원하는 장소에서 원하는 시간에 원하는 정보를 얻고 또 원하는 형태와 내용의 정보를 생산하며 그것을 원하는 누구에게든지 실시간으로 전달할 수 있는 커뮤니케이션 환경이 도래하고 있는 것이다. 이는 지금까지 인류가 한번도 경험하지 못하였고 또 상상조차 할 수 없었던 실로 놀라운 정보유통방식이라는 점을 실감하지 않을 수 없다.¹⁾ 그 동안 근대 이후의 산업사회는 대량생산·대량소비의 대중사회(mass society)로서 이른바 대중매체(mass media)를 정보유통의 기반으로 하고 있었으며 규격화·분업화·집중화·극대화·중앙집권화를 사회원리로 하고 있었다면, 앞으로의 정보사회는 이와는 반대방향인 이른바 탈대중화의 경향을 띠는 것으로 전망되고 있다.²⁾

더 나아가 이러한 커뮤니케이션의 환경변화는 사회와 국가의 규범체계 전반에도 커다란 변화를 야기시킬 것으로 보인다. 특히 정보화사회로

1. 인류역사의 전개를 정보전달수단의 발전이라는 관점에서 고찰하면, ① 최초로 말(speaking)을 유일한 정보전달수단으로 사용했던 구어시대, ② 글(writing)을 사용하게 되는 수기시대, ③ 인쇄활자(printing)를 사용한 인쇄시대, ④ 아날로그 전자신호를 사용하는 아날로그시대, ⑤ 디지털 전자신호를 사용하는 디지털시대 내지 멀티미디어시대로 발전해 오고 있다고 할 수 있다. 이들 각 정보전달수단이 가지는 상이한 특성 및 그 특성이 범질서의 기본구조에 던지는 함축에 대한 고찰은, 이인호, 정보환경의 변화와 범의 패러다임(중앙대학교 박사학위논문, 1996. 6.) 참조.

2. Alvin Toffler/이규행(감역), 『제3물결』 (한국경제신문사, 1995), 68-85, 161쪽 이하 참조.

진입하면 할수록 에너지나 물질보다 정보의 가치가 중요시되면서 정보를 둘러싼 갈등과 대립은 시민 대 시민, 시민 대 국가, 그리고 국가 대 국가가 전영역에 걸쳐 새로운 국면을 맞이하게 될 것임이 분명하다. 본 논문은 이처럼 커뮤니케이션 환경이라는 물적 토대와 언론자유법의 규범구조 사이에는 깊은 상관관계가 있음을 인식의 출발점으로 하면서, 인쇄발명 이후에 전개된 커뮤니케이션 환경변화에 대응하여 언론자유법이 어떠한 모습으로 발전하여 왔는지를 역사적으로 검토하고 이에 기초하여 앞으로의 디지털혁명이 언론자유법에 어떠한 함축을 던지게 될 것 인지를 고찰의 대상으로 삼고자 한다. 그리고 본 논문은 설령 물적 토대가 변화하고 그에 기초한 규범들이 변화한다 하더라도 그 규범들에 담긴 언론자유 의 헌법적 가치³⁾는 여전히 타당한 것이라는 점, 그리고 바야흐로 전개되는 새로운 커뮤니케이션 환경은 언론자유 의 가치를 더욱 크게 신장시킬 가능성을 안고 있음과 동시에 또 다른 위험성을 내포하고 있다는 점등을 기본관점으로 채택하면서, 가치의 신장가능성을 제고시키고 위험성을 축소시키기 위해서 요구되는 변화에 대한 이해와 인식의 폭을 확대하는 데에 조그마한 실마리를 제공하고자 하는 연구목적 을 가지고 있다.

인쇄라는 인류 최초의 대중매체가 발명된 이후 끊임없이 발전되어 온 전신, 전화, 영화, 라디오, 텔레비전, 케이블방송, 그리고 최근의 위성방송 등의 전자적 대중매체에 이르기까지 이들 대중매체와 관련한 언론자

3). 미국의 Thomas Emerson은 민주사회에서 언론의 자유가 지니는 가치와 기능을 다음의 4가지로 정리한 바 있다 : 첫째, 표현의 자유는 개인의 자아 실현을 촉진한다. 둘째, 그것은 지식의 성장과 진리발견을 위한 필수적인 도구이다. 셋째, 그것은 개인으로 하여금 민주적 결정과정의 참여를 가능케한다. 넷째, 그것은 보다 안정적이고 사회변화에 순응적인 유통성 있는 공동체를 달성하기 위한 방편이다. 즉 그것은 안전밸브를 제공해준다. Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment* (New York: Random House, 1963), pp. 4-15.

유의 범리는 입헌민주국가의 헌법 일반론에서 볼 때 대체로 두 가지의 규범모델을 형성시키면서 전개되어 왔다고 할 수 있다. 「자유주의 언론모델」과 「민주주의 언론모델」이 그것이다. 전자는 사상의 자유시장을 그 이론적 전제로 하면서 언론시장에서의 소비와 공급의 사회적 힘에 의존하는 것이 언론자유 가치를 가장 신장시킬 수 있다는 입장으로 따라서 정부에 의한 언론의 내용규제를 철저히 배제하고자 한다. 그리고 이 모델은 정부 대 언론매체(시민)라는 2극 구조를 그 현실적 기반으로 하고 있다.⁴⁾ 반면에 후자는 사상의 자유시장을 전제로 하면서도 그 폐해를 인식하면서 언론자유 핵심가치인 견해의 다양성과 공공토론이라는 민주적 가치를 실현시키기 위해서는 일정한 정도 언론매체에 대한 정부규제의 필요성이 있음을 인정한다. 따라서 내용규제를 철저히 배격하는 입장은 아니다. 그리고 이 모델은 정부 대 언론매체 대 시민이라는 3극구조를 이론의 현실적 토대로 삼고 있다.⁵⁾

이러한 두 가지 언론모델은, 물론 국가의 현실조건에 따라 약간의 변형은 있겠지만, 입헌민주국가에서 보편적으로 볼 수 있는 언론자유법이 기본적인 규범모델이라고 생각된다. 예컨대, 미연방대법원은 지금까지 이 두 가지 언론모델이 각각 적용되는 커뮤니케이션 영역을 인쇄와 방

4). 「자유주의 언론모델」은 언론학에서 논의되는 언론매체(media)의 4가지 규범이론 중 “자유주의이론”에 해당된다. F.S. Siebert, T. Peterson & W. Schramm/강대인(역), 『언론의 4이론』 (나남, 1993), 61-100쪽 참조. 그리고 미국의 언론법학자인 Cass R. Sunstein, “The First Amendment in Cyberspace”, 104 Yale L. J. 1757, 1759 (1995)), Krattenmaker와 Powe는 “인쇄모델(the print model)”이라고 부르고 있다(Thomas G. Krattenmaker & L. A. Powe, Jr., “Converging First Principles for Converging Communications Media”, 104 Yale L. J. 1719, 1721 (1995)).

5). 「민주주의 언론모델」은 언론학에서 논의되는 언론매체의 4가지 규범이론 중 “사회적 책임이론”에 해당한다. F. S. Siebert, T. Peterson & W. Schramm/강대인(역), 위의 책, 101-142쪽 참조. Cass R. Sunstein은 이것을 “매디슨주의 모델(the Madisonian model)”이라고 칭하고 있으며 (Cass R. Sunstein Ibid), Krattenmaker와 Powe는 “방송모델(the broadcast model)”이라고 부르고 있다. (Thomas G. Krattenmaker & L. A. Power, Jr., Ibid).

송으로 나누고 영역에서의 언론자유 보장수준을 각기 달리 하고 있다. 그러면서 케이블방송이나 위성방송과 같은 새로운 매체가 출현할 때마다 그 매체의 특성에 따라 어느 하나의 모델을 유비(analogy)하는 접근방식을 취하여 오고 있다. 물론 이러한 임기응변식의 접근방식에 대해 많은 비판이 제기되고 있지만, 최근까지도 미연방대법원은 이러한 접근방식을 계속 유지하고 있는 것으로 보인다. 한편, 우리 헌법 제21조의 규범구조를 보면, 이같은 두 가지 언론모델이 나란히 규정되어 있는 것이 아닌가 판단된다. 즉 제21조 제1항과 제2항은 자유주의 언론모델을, 그리고 제3항과 제4항은 민주주의언론모델을 채택하고 있는 것으로 보인다.

이하의 제3장과 제4장에서는 지금까지 이러한 언론자유 규범모델이 그 물적 토대라고 할 수 있는 커뮤니케이션 환경과 어떻게 관련을 맺고 있는지를 주로 미국의 이론적 논의와 판례분석을 통해 살펴본다. 그러나 이에 앞서 제2장에서, 인쇄매체가 사회의 중요한 커뮤니케이션 수단으로 자리잡기 이전인 인쇄시대 초기에 이 새로운 미디어가 기성의 종교권력과 세속권력에 대해 어떠한 의미를 던져 주었는지를 검토한다. 그리고 제5장에서는 멀티미디어 기술의 발전에 의한 새로운 커뮤니케이션 환경의 구조적 특성이 무엇이며, 그로 인해 지금까지의 언론자유법의 범리가 어떠한 영향을 받게 될 것인지, 그리고 그 미래의 함축이 무엇인지를 일반론으로서 살펴 보고자 한다. 한국적 문제상황과 관련한 구체적 분석은 다음 기회로 미루기로 한다.

II. 인쇄시대 초기와 권위주의 언론개념

유럽에서 15세기 중반 구텐베르트에 의한 인쇄술의 발명과 그 보급은 기존의 권력기관의 권위를 무너뜨리는 새로운 커뮤니케이션 환경을 창출하였다. 그때까지 수기된 말의 통제를 통해 자신들의 권력을 유지하여 온 교회권력과 세속권력의 인쇄라는 새로운 미디어를 통제하는 것이 사실상 어려워짐에 따라 자신들의 권력기반 또는 약화되기 시작하였다. 그러나 권력기반의 약화를 우려한 권력층의 반동적인 대응은 많은 검열법의 제정을 초래하였으며, 그 결과 무수한 재판과 처벌이 행하여졌다. 그리하여 16세기 말, 인쇄된 말에 대한 검열은 전유럽에 걸쳐 교회권력과 세속권력 모두에게 있어서 보편적인 현상으로 자리잡아 갔다.⁶⁾

먼저 인쇄에 대한 검열조치는 교회권력에 의해 취해졌다. 1501년 교황 알렉산더 6세는 책의 무허가 인쇄를 금하는 칙령을 공포하였으며, 1559년에는 금서목록이 처음으로 나타났다. 또한, 비슷한 시기에 세속의 권력도 유사한 조치를 강구하였다. 예컨대, 독일에서는 1529년에 검열체도가 도입되었으며, 1557년에는 영국의 국왕이 선동적이고 이단적인 서적을 억제하기 위하여 서적출판업 조합에 특허장을 부여하고 그 조합의 구성원에 한해 인쇄의 특권을 인정하였다. 프랑스에서는 인쇄업에 대한 억압이 강화되었는데, 1546년 인쇄업자 Etienne Dolet의 화형사건이 원인이 되어 많은 인쇄공들이 네덜란드로 도피하는 사태까지 발생하였다. 영국에서는 1637년에 활자의 주조 자체를 규제하였다.

출판업자들은 이러한 권력의 억압에 항거하였다. 영국에서는 출판허가제의 도입에 대해 1644년 John Milton이 언론자유에 대한 고전이 된 소책자

6). S. H. Steinberg, *Five Hundred Years of Printing*, 3rd ed. (Baltimore : Penguin Books, 1974), p. 260.

『Areopagitica』에서 강력하게 항의하였다. 1693년경에는 허가제가 폐지되고, 그 후 출판에 대한 억압의 주요수단은 과세로 바뀌게 되었는데, 1712년부터 1세기 반 동안 과세를 통해 출판물을 통제하였다. 세금은 신문인쇄, 광고, 그리고 신문 자체에도 과세되었다. 또한 영국정부는 정보를 비판하는 자를 문서명예훼손죄(criminal libel)로 소추하는 등 출판을 억압하는 정책을 계속 유지하였다.

여기서 우리는 왜 인쇄의 보급 직후에 이토록 종교권력과 세속권력이 이전에는 볼 수 없었던 검열체계를 구축하고 인쇄된 말에 대한 통제를 강화하게 되었는가 하는 질문을 던지지 않을 수 없다. 그 대답은 어렵지 않다. 그것은 인쇄매체가 야기시킨 커뮤니케이션 환경이 기성의 권력에 위협적인 존재로 드러났기 때문이었다. 즉, 확대되는 정보유통에 통제를 가함으로써 기성의 권력을 유지하고자 했던 것이다.⁷⁾ 바야흐로 사회내 정보유통의 사회적 힘과 권력의 정보통제 사이의 근대적 투쟁이 시작된 것이다. 그러나 투쟁의 초기에는 정보유통의 사회적 힘은 기성권력의 정보통제에 대항해서 그것을 능가할만큼 충분히 강하지는 못하였다. 근대정신이 완전히 발화되기까지 인쇄매체의 사회적 힘은 아주 조금씩 그

7). 중세의 교회에 대한 대부분의 중대한 도전이 인쇄발명 직후에 일어났다는 것은 결코 우연이 아니다. 만약 인쇄의 발명이 없었다면 종교개혁은 일어나지 않았을 것이라는 점은 일반적으로 승인되고 있다. 1519년에 마르틴 루터가 카톨릭교회에 대한 자신의 불만을 적은 쪽지(Ninty-Five Theses)를 자신의 교수로 있던 독일의 대학도시 Wittenberg의 교회 대문에 붙였는데 그이 메시지가 수만장의 사본으로 인쇄되어 독일 전역에 빠르게 유포됨으로써 종교개혁의 불을 당기게 되었던 것은 주지하는 바이다. 당시 그의 행동은 그 자체 결코 혁명적인 것은 아니었다고 한다. 당시에는 신학교수가 면죄부와 같은 쟁점에 대해 토론을 제기하는 것은 일상적이고 전통적인 것이었으며, 중세에서 교회의 대문은 전형적인 공표의 장소였다. 루터 자신이 그로부터 6개월 후 교황 레오 6세에게 보낸 편지에서, 어떻게 해서 자신의 테제가 그토록 많은 지역으로 퍼져나갔는지를 자신도 알 수 없는 미스테리라고 하면서, 그 테제는 전적으로 자신의 교구에서만 통용시키려는 의도였었다고 적었다. Elizabeth Eisenstein, *The Printing Press as an Agent for Change* (New York: Cambridge University Press, 1979), pp. 306-307.

리고 아주 서서히 퍼져 나아갔던 것이다.

이처럼 인쇄의 보급 직후인 16, 17세기의 권위주의적 풍토 속에서 인쇄매체는 오늘날과 같은 언론매체의 개념을 전혀 담고 있지 않았다. 인쇄는 권력의 수중에 있는 권력의 도구로 간주되고 이용되었다. 당시 진리라는 것은 국민 대중으로부터 나오는 것이 아니라, 그들을 지도하고 명령하는 지위에 있는 소수의 현인들이 만들어 내는 것이라고 여겨졌다. 당시의 정치지배자들은 신민이 알아야 할 사항이라고 자신들이 생각한 것과 신민의 지지를 받아야 할 것이라고 생각한 정책들을 신민들에게 알리기 위하여 인쇄매체를 이용하였다. 인쇄라는 언론매체의 소유는 정부의 특별허가가 있는 경우에 충실하지 않다고 판단되었을 때에는 언제든지 취소되도록 되어 있었던 것이다.⁸⁾ 따라서 이 당시의 언론개념에는 오늘날 언론의 보편적인 기능의 하나로 되어 있는 ‘정부를 견제하는 기능’이 존재하지 않았음은 물론이다. 결국 오늘날의 언론개념과 언론자유 의 보장은 보다 성숙된 커뮤니케이션 환경을 기다려야만 했다.

Ⅲ. 인쇄의 개화기와 자유주의 언론모델

1. 인쇄개화기의 커뮤니케이션 환경

인쇄의 발명 이후 새로운 커뮤니케이션 환경이 야기시킨 가장 두드러

8). F. S. Siebert, T. Peterson & W. Schramm/강대인(역), 『언론의 4이론』 (나남, 1993), 17쪽.

진 변화는 책의 생산량과 구입가능성의 폭발적인 증대였다. 그리하여 인쇄는 이전에 비해 개인이 훨씬 먼 거리의 보다 많은 다른 개인들과 의사소통하는 것을 가능케하여 주었다.⁹⁾ 그 결과 인쇄의 발명과 보급은 실로 종래 볼 수 없었던 정보유통이라는 사회적 힘과 정보통제라는 국가권력 사이에 있어서의 최초의 근대적 투쟁을 야기시켰다. 인쇄 초기의 검열방법의 존재는 불만을 가진 개인들이 이전에는 실로 불가능하였던 방식으로 동지를 발견하거나 또는 다른 사람에게 의사를 전달할 수 있는 능력을 가지게 된 새로운 커뮤니케이션 환경에 대한 권력층의 대응으로 나타난 것으로 이해되어야 할 것이다. 결국, 이러한 검열법의 역사는 곧 이들 법에 구현된 국가의 권력이 새로운 미디어의 힘과 치열하게 싸우고 있었다는 사실을 보여 주는 것이다.

결국 양자의 싸움은 17세기 말에 이르러 인쇄매체의 승리로 귀결된다. 당시 권력당국에 있어 가장 어려운 문제는 검열법의 집행이 점차 어려워졌다는 사실이다. 인쇄매체를 통제하고자 하는 권력당국의 노력과 시도는 15세기에서 18세기까지 계속해서 해적판의 증대를 촉진시켰으며, 따라서 거대한 책의 지하시장을 형성시켰다.¹⁰⁾ 갈수록 비밀스러운 정보유통은 더욱 늘어났으며 검열범위반은 더욱 증대하여 갔다. 불법적인 출판에 대해 형사처벌은 빙산의 일각에 불과하였다. 그리하여 프랑스의 경우 18세기에 이르르면 엄청난 지하출판 및 국외에서의 출판 등으로 인해 결국은 인쇄된 말을 통제하고자 했던 정부의 검열관, 경찰 그리고 독점적인 서적상조합의 통합적 노력은 마침내 무산되고 말았다.¹¹⁾

9). “인쇄기는 시골 구석 구석에까지 보급되었으며, 논객들의 주장이 아주 작은 소책자의 형태로 전역에 배포되었다. 실로 모든 것이 인쇄되었으며, 즉각적으로 표절되어 회람되곤 하였다. 친구나 동료 사상가에 대한 모든 칭찬이나 찬사도 활자화되었으며, 개인적인 양심이나 원한도, 구걸 편지도, 그리고 모든 항변도 인쇄되어 배포되었다.” Richard Friedenthal, *Luther: His Life and Times* (New York: Harcourt, Brace & World, 1967), pp. 109-110.

10). L. Febvre & H. Martin, *The Coming of the Book* (London: NLB, 1976), p. 144.

우리는 여기서 왜 근대의 언론자유 개념이 17세기에 생겨났고, 어찌 해서 언론(speech)과 출판(press)의 보호가 근대 입헌주의 헌법전 속에 수록되게 되었는지를 이해하기 위해서는, 헌법재정권력자의 의지나 헌법기초자의 의사 또는 언론자유를 주장한 사상가들의 저서 등을 검토하기에 앞서 그러한 법리가 생겨나게 되는 사회적 힘과 배경에 주목할 필요가 있다. 법이란 현실의 형성자이면서 동시에 현실을 반영하고 있는 존재이기 때문이다. 특히 그 법에 내재하면서 법을 작동시키는 법이념이나 정신은 그 시대 그 사회의 현실적 토대 위에서 생성되고 유지되는 것이라는 점에 유의할 필요가 있다. Siebert는 영국에서 검열법이 완화되게 된 배경을 이렇게 말하고 있다. “자유언론의 유용성에 관한 어떤 철학적인 결론 때문이 아니라, 일차적으로는 원하는 결과를 달성할 수 있는 집행가능한 규제체계를 고안해낼 수 없었다는 사실에 기인한다.”¹²⁾

한편, 미국에서 언론출판의 자유에 대한 헌법적 보장이 이루어지게 된 것도 헌법제정 당시 단순히 헌법제정자들의 설득력 있는 논변이나 이상, 철학 등에만 기인하는 것이 아니라, 18세기 후반 미국에서 전개되고 있었던 커뮤니케이션 환경과 그 속에서의 헌법제정자들의 현실경험에 크게 기인하는 것이었음이 지적되고 있다.¹³⁾ 즉, 미연방헌법 증보 제1조(언론자유조항)는 단순히 식민모국의 언론통제에 대한 대응으로서 나타났다고 하기보다는 당시 사실상의 커뮤니케이션 환경의 반영이었다고 하겠다. “식민지주민들은 혁명 전 수십년 동안 적극적이고 공격적인 신

11). Robert Darnton, *The Literary Underground of the French Regime* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982), pp. v-vi.

12). Frederick S. Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776* (Urbana: University of Illinois Press, 1952), p. 260.

13). M. Ethan Katsh, "The First Amendment and Technological Change: The New Media Have a Message", 57 *Geo. Wash. L. Rev.* 1459, 1470 (1989).

문과 잡지를 출판하고 있었다. 증보 제1조의 제정 무렵에는 미국인들은 선동죄의 이념과는 양립할 수 없을 정도의 보편적인 자유주의적 언론이념을 형성하고 있었다. 이같은 이론적 전망은 휘그당의 사상과 계몽사상 뿐만 아니라 자유언론의 실제경험으로부터 나온 것이었다.”¹⁴⁾ 또한 P. M. Garry도 언론자유와 커뮤니케이션 환경과의 관계를 이렇게 지적하고 있다: “미연방헌법 증보 제1조는 식민지 당시 정보유통을 검열하고 통제하고자 한 그 수많은 노력에도 불구하고 정보유통을 극적으로 변화시켰던 커뮤니케이션 환경으로부터 나온 것이었다. 영국으로부터의 독립 이전부터 식민지에 있어서의 출판은 세계 유례가 없을 정도로 정치적인 대단히 적극적이고 참여적인 매체로 발전하였다.”¹⁵⁾

요컨대, 초기 미국의 역사에 있어서 언론자유와 헌법적 보장은 당시 인쇄매체가 확보하였던 커뮤니케이션 환경의 구조적 특성과 그에 바탕한 자유언론의 현실경험에 크게 기인한 것이었다.¹⁶⁾ 그렇다면 언론자유와 물질 토대였던 당시의 커뮤니케이션 환경의 구조적 특성은 어떤 것이었던가? 이에 대해 Jerry Berman과 Daniel J. Weitzner는 이렇게 대답한다: “당시 인쇄매체의 정보환경을 대규모의 정부개입 없이도 어떻게 정보원의 다양성이 확보될 수 있는지를 보여주는 좋은 예이다. 모든 매체에 있어서 정보원의 다양성을 확보할 수 있는 열쇠는 탈중앙화된 개방적 네트워크 구조(decentralized open architecture)이다. 예컨대, 당

14). Jeffrey Smith, *Printers and Press Freedom* (New York: Oxford University Press, 1988), p. 13.

15). Patrick M. Garry, *Scrambling for Protection: the New Media and the First Amendment* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1994), p. 12.

16). “정부와 언론매체 사이의 관계란 일정한 거리를 유지하는 적과 같은 것이라는 20세기의 견해는 미국 헌법기초위원들의 생각에서 나온 것이 아니다. 언론의 중요성에 대한 이들의 믿음은 국회에 대해 언론자유를 박탈하는 법을 통과시켜서는 안된다는 주장을 낳았고 또한 언론을 지원하도록 설득했다.” Ithiel de Sola Pool/원우현(역), 『자유언론의 테크놀로지』 (전예원, 1985), 132쪽.

시 종이의 생산은 쉽고 값싼 것이었다. 그리고 우편제도는 인쇄된 정보가 해안도시에서 육지의 오지에, 또는 그 반대방향으로 그리고 넓은 지역에 걸쳐 광활하게 분산되어 있던 이주지역들 상호간에 유통될 수 있도록하여 주었다. 바로 이러한 탈중앙화된 정보환경하에서 인쇄매체는 언론출판의 자유가 담고 있는 견해의 다양성의 가치를 실현할 수 있었던 것이다. 매일 또는 매주의 간격으로 수백 개의 신문이 제공하는 정보의 유통과 수집은 당시로서는 완전히 새로운 정보구성 및 배분방식이었다. 신문의 생산과 보급은 그 어떤 때보다 용이하였기 때문에, 공적이든 사적이든 그 어떠한 기관도 이러한 정보유통의 과정을 통제할 수 없었다. 바로 이같은 정보환경의 탈중앙화는 초기 미국의 민주주의를 기초 지우는 초석이 되었다.”¹⁷⁾

이상적 역사의 고찰에서 우리는 다음과 같은 교훈을 얻을 수 있을 것으로 생각된다. 즉 새로운 커뮤니케이션 매체인 인쇄는 이전의 수기 매체에 비해 통제가 보다 어렵다는 사실 및 그러한 뉴미디어가 야기시키는 새로운 정보환경은 결과적으로 정부와 뉴미디어 사이의 정보유통과 정보통제를 둘러싼 줄다리기 시합의 구조와 성격을 변화시키면서, 새로운 정보환경을 받아들이도록 법에 압력을 가한다는 사실이다. 다시 말해서, 인쇄는 권력당국을 자극하여 검열법을 제정하도록 만들었지만, 결국 인쇄의 특성을 기반으로 하는 새로운 규범질서가 발전되어나간 것은 어찌면 피할 수 없는 일이었던 것이다. 이는 앞으로의 새로운 정보환경의 전개와 그에 따른 언론자유와 법리의 개방향을 가늠해 볼 수 있는 중요한 역사적 교훈을 제시해주는 것이라고 하겠다.

17). Jerry Berman & Daniel J. Weitzner, "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", 104 Yale L. J. 169, 1627 (1995).

2. 자유주의 언론모델

가. 이론적 기초

이상과 같은 개방적이고 분권적인 커뮤니케이션 환경을 토양으로 하여 언론의 자유는 근대 입헌민주국가에서 헌법적 보장의 지위를 획득하게 되었을 뿐만 아니라¹⁸⁾ 오늘날까지 입헌민주체제의 불가결의 본질적 요소로 평가되고 있다. 사회구성원이 자신의 생각과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이자 생명선이 아닐 수 없다. 실로 표현의 자유가 결여된 민주정치란 상상조차 하기 어려운 일일 것이다. 왜냐하면, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않고서 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 민주정치를 가장 고전적인 개념규정에 있어서 ‘자기통치(self-government)’라고 이해할 때, 사회내 여러 다양한 의견과 사상이 자유로운 교환과정을 통해 여과없이 사회 구석구석에 전달될 때에만 비로소 피치자에 의한 정치과정의 능동적인 참여가 가능하게 되고, 그러한 조건의 성숙하에서만 제 이름에 값하는 민주정치가 실현될 수 있음은 물론이다.¹⁹⁾

18). 1776년 미국 버지니아주 권리선언 제12조; 1789년 프랑스의 「인간과 시민의 권리선언」 제11조; 1791년 미연방헌법 증보 제1조 등. 이들 조문 내용은 성낙인, “표현의 자유” 『기본권의 개념과 범위에 관한 연구』 (헌법재판연구 제6권 1995), 172-3쪽.

19). 우리 헌법도 제21조 제1항에서 표현의 자유를 보장하고 있고, 이에 더 나아가 제2항에서는 특별히 표현에 대한 검열 또는 허가의 금지를 선언하고 있는 것도 바로 이러한 이유 때문인 것임은 두말할 필요도 없다. 그리고 헌법재판소도 “표현의 자유가 보장되어 있지 않은 나라는 엄격한 의미에서 민주국가라 하기 어려운 것이다.”라고 분명히 밝히고 있다. 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 (헌관집 제4권, 1992, 758쪽).

그런데 이러한 언론자유는 18세기 후반에 그 제도적 표현을 획득하였지만, 그 사상적 기초는 이미 17세기에 전개되었다. 특히 존밀턴은 1644년에 출판한 『아레오파지티가』에서 당시의 권위주의적 언론 통제에 대해 항변하는 가운데 오늘날 언론자유는 중요한 이론적 토대인 이른바 ‘사상의 자유시장론(free trade in ideas)’을 제시하였다: “진리와 허위가 대결하게 하라. … 모든 사람으로 하여금 자유롭게 말할 수 있게 하라. 그러면 진리의 편이 반드시 생존하고 승리한다. 허위와 불건전은 사상의 공개시장(the open market place of ideas)에서 다투다가 마침내는 패배하리라. 권력은 이러한 선악의 싸움에 일체 개입하지 말라. 설혹 허위가 일시적으로 득세하는 일이 있더라도 선악과 진위가 자유롭게 싸워 간다면 마침내 선과 진이 자기교정과정(self-righting process)을 거쳐 궁극적인 승리를 얻게 되리라.”²⁰⁾ 밀턴의 이 사상은 미국에서 Holmes 대법관에 의하여 새로이 꽃을 피우게 되었고,²¹⁾ 오늘날 자유민주국가에 있어서 언론자유는 법리전개에 그 이론적 토대가 되고 있음은 물론이다.

사상의 자유시장론에 따르면, 어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치 있고 가치 없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 ‘정부’가 아니라 ‘사상의 공개시장’이라는 것이다. 설령 유해한 사상이나 표현이라 하더라도 그 해악의 교정은 사상의 공개시장에서 대립되는 사상이나 표현에

20). John Milton, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England (1644). 인용은 김동민(편), 『언론법제의 이론과 현실』 (한나래, 1993), 15쪽에서.

21). Homes 대법관은 Abrams v. U.S. 사건(1919)의 반대의견에서 다음과 같이 이를 표현하였다: “요망되는 궁극적인 선은 사상의 자유로운 교환에 의해 더 잘 이루어질 수 있다는 것 - 즉, 진리의 가장 올바른 기준은 시장에서의 경쟁 속에서 자신을 수용시킬 수 있는 사상의 힘에 있는 것이며, 또한 그 진리야말로 인간의 소망이 안전하게 실현될 수 있는 유일한 터전인 것이다.” Abrams v. U.S., 250 U.S. 616 (1919).

의한 경합을 통해 이루어져야 한다는 믿음인 것이다. 이처럼 어떤 사상이나 표현의 가치를 평가하는 주체는 결코 국민의 대리인인 정부가 될 수 없으며 오직 사상의 공개시장, 즉 국민 스스로일 뿐이라는 생각이야말로 언론자유 의 이념적 바탕이 아닐 수 없다.

요컨대, 사상의 자유시장론은 사상의 공개경쟁을 통해서만 선과 진, 그리고 사회진보가 확보될 수 있다는 신념을 전제로 하고 있고, 다시 그 밑바탕에는 인간이성에 대한 무한한 신뢰가 깔려 있다고 하겠다. 이제 인간은 지도 받고 명령받는 예속적 존재가 아니라, 서로 대립되는 증거에 직면하거나 어느 한 편을 선택할 필요에 놓일 경우에는 진실과 허위, 좋은 것과 나쁜 것을 분간할 수 있는 이성적 존재라고 여겨진다. 따라서 진리는 이제 권력의 전유물이 아니게 된다. 오히려 진리를 탐구하는 권리는 인간의 불가양의 권리라고 여겨진다. 이러한 자연권이 실질적으로 보장되기 위해서는 인간은 아무런 제약 없이 다른 사람의 사상이나 사 고에 접근할 수 있어야 한다. 바로 여기에서 언론매체(인쇄)는 단순한 정부의 도구가 아니라 진리탐구의 협력자로 간주되게 된다.²²⁾ 즉 언론 매체는 정부로부터 분리되어 중립적인 결정자인 국민의 판단을 위한 자료나 증거 또는 쟁점을 제공하는 기관인 것이다. 정부는 어떤 논쟁의 결과에 있어서 직접적인 이해를 갖는 당사자이기 때문에 반대하는 측의 주장 발표를 방해하는 권한을 가져서는 아니되는바, 따라서 언론매체가 정부의 통제나 그 영향으로부터 자유로워야 한다는 것은 당연한 요청인 것이다.

이상과 같은 자유주의 언론이론이야말로 모든 근대 입헌민주국가의 헌법에서 채택된 자유언론관이 아닐 수 없다. 사실 이 자유주의 언론이론

22). F. S. Siebert, T. Peterson & W. Schramm/강대인(역), 『언론의 4이론』 (나남, 1993), 18 쪽.

은 입헌국가 초기 인쇄매체를 중심으로 하는 매스미디어시대를 거쳐 멀티미디어에 의한 새로운 커뮤니케이션 환경이 마야호로 전개되는 오늘날에 이르기까지 언론의 자유 및 언론매체에 대한 정부 규제 of 한계를 둘러싼 모든 헌법이론적 논쟁의 핵심에 놓여 있다고 하겠다.

나. 구체적 법리

이상의 자유주의 언론모델 내지 자유시장모델이 구체적인 헌법재판에서 어떠한 법리로 전개되어 나타나는지를 주로 언론매체와 관련한 미연방대법원의 판례를 통해 살펴 면 다음과 같은 몇 가지로 정리될 수 있겠다.

첫째, 검열금지의 원칙 내지는 사전제한금지의 법리를 들 수 있다. 이 원칙은 민주국가에서 언론자유 of 본질적 내용으로서 약간의 예외를 제외하고는 거의 절대적으로 요구되고 있는데, 그 사상적 배경에는 위에서 살핀 사상의 자유시장론이 자리하고 있다. 즉, 형사처벌과 같은 사후제한은 일단 표현행위가 행하여진 다음에 가해지는 것인 데 반하여, 사전제한은 표현행위 자체를 불가능하게 함으로써 일정한 표현행위에 대한 공중의 평가의 기회를 아예 봉쇄해버리고 기존의 사상과 대립되는 새로운 사상의 표출을 억압한다는 점에서 사상의 자유시장의 성립 자체를 불가능하게 하는 것이다.

둘째, 정부에 의한 표현의 ‘내용규제’는 헌법적으로 용납되지 않는다. 자유주의 언론모델은 규제되지 않는 언론의 자유시장을 전제로 하고 그것을 요구한다. 그리하여 정부는 언론에 관한 수요와 공급의 힘을 향으로 언론시장을 유도하기 위하여 언론의 내용을 규제해서는 안된다는 것이다. 왜냐하면 입헌민주국가의 헌법에서 보장되는 언론의 자유는 사상의 공개 경쟁을 통해서만 선과 진, 그리고 사회진보가 확보될 수 있

다는 신념을 그 이념적 기초로 하고 있기 때문이다. 즉, 어떤 사상과 언론이 옳고 그른지, 또는 가치 있고 가치 없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 정부가 아니라 사상의 공개시장이라는 것이다.

그리하여 미연방대법원은 언론(speech)에 대한 정부의 규제를 내용규제(content-based regulation)와 내용중립적 규제(content-neutral regulation)로 나누고, 전자의 합헌성을 심사함에 있어서는 후자를 심사할 때보다 대단히 엄격한 심사기준을 적용하고 있는데, 여기서 엄격 심사기준(strict scrutiny test)이란 표현에 대한 제한의 목적이 ‘절박한 국가이익’(compelling state interest)을 달성하기 위한 것이라는 점이 입증되어야 할뿐만 아니라 아울러 그 목적달성을 위한 제한조치가 ‘불가피한 수단’(necessary means) 내지는 ‘최소한의 침해를 야기시키는 수단’(least restrictive means) 임이 동시에 입증되어야만 그 규제조치가 헌법적으로 정당화된다는 것을 의미한다. 그리고 여기서 문제의 표현으로 야기될 해악이 보다 많은 사상과 의견의 교환에 의해서 해소될 수 있을 때에는, 정부의 규제는 중국적으로 불필요한(unnecessary) 것으로 간주된다.²³⁾ 다시 말해서, 사상의 공개시장에서 ‘보다 많은 언론’(more speech)을 통해 문제된 언론 및 사상의 해악이 해소될 수 없는 상황에서만 정부의 규제는 그 필요성이 인정되게 되는 것이다. 이러한 사법심사기준이 곧 사상의 자유시장론을 그대로 반영하고 있음은 쉽게 알 수 있다. 물론 자유시장모델을 승인하는 사람들이라고 해서 정부가 전혀 아무 것도 해서는 안된다고 주장하는 것은 아니다. 오히려 정부를 시장이 기능하기 위해서 반드시 필요한 재산과 계약에 관한 기본적인 준칙들을 설정하여야 한다. 사실 효율적인 경쟁체제가 유지되기 위

23). Lawrence Tribe, *American Constitutional Law* 2nd ed. (Foundation Press, 1988), pp. 833-34.

해서는 어떤 다른 것만큼이나 정교하게 디자인되고 지속적으로 조정되어지는 법적 체계(legal framework)가 필요하기 마련이다.²⁴⁾ 또한 정부는 시장실패를 막기 위해서 개입하는 것이 허용된다. 예컨대, 언론시장에서의 독점이나 독점적 시장관행을 제거하기 위한 정부규제는 가능하다. 다만 이 경우에도 내용규제를 수반해서는 아니 된다. 요컨대, 자유시장모델에 있어서도 정부는 언론시장의 경쟁체제를 유지하기 위하여 내용중립적으로 개입하는 한 그러한 구조적 규제(structural regulation)는 헌법적으로 허용되는 것이다.²⁵⁾

셋째, 자유시장모델에 있어서도 예외적으로 일정한 언론유형에 대해서는 정부의 내용규제를 용인한다. 예컨대, 미연방대법원은 전통적으로 일정한 언론유형 - 음란(obscenity), 명예훼손(defamation), 욕지거리(fighting words), 기망적 허언(fraudulent misrepresentation), 불법행위의 선동(advocacy of imminent lawless behavior) 등 - 에 대해서는 헌법적 보호를 부여하지 않고 있는데, 그 논리는 단순히 그들 유형의 언론이 유해하거나 무가치하다는 사전적 평가에 기초한 것이라기 보다는, ‘보다 많은 언론’(more speech)을 통해서도 그것의 해악이 해소될 수 없다는 판단에 따른 것임을 주목할 필요가 있다. 따라서 특정의 언론이 헌법적 보호가 주어지지 않는 이들 유형에 속하지 않는 이상, 정부측에서 그 언론의 유해성을 이유로 하여 곧 바로 내용규제를 하거나 처벌하여야 한다는 주장은 헌법적으로 용납되지 않는다. 그리고 설령 헌법적으로 보호되지 않는 유형의 언론이라 하더라도 그에 대한 규제가 무제한적으로 용인되는 것은 아니며, 그 규제에 의해 다른 보호되는 언

24). Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom* (The University of Chicago Press, 1972), pp. 38-39.

25). Cass R. Sunstein, "The First Amendment in Cyberspace", 104 *Yale L. J.* 1757, 1761 (1985).

론에게 위협적 효과(chilling effect)가 미치지 않도록 비보호언론의 개념규정이 세밀하고 명확하게 이루어질 것이 헌법적으로 요구된다.²⁶⁾

넷째, 미국의 경우 이러한 자유주의 언론모델 내지 자유시장모델은 전형적으로 인쇄매체에 대한 정부규제의 헌법적 심사과정에서 두드러지게 반영되고 있다. 현재 미연방대법원은 언론매체에 대한 규제체제를 한 매체가 지니는 기술적 특성에 기초하여 구축하고 있다. 즉 연방대법원은, “각 언론매체가 지니는 각기 상이한 특성들은 각각의 커뮤니케이션 방식이 가지는 상이한 성격, 가치, 남용가능성과 위협 등을 반영하는 그 자체는 독특한 법을 만들어낸다”²⁷⁾고 하거나, “새로운 매체의 특성상의 상위는 그들에게 적용되는 증보 제1조의 심사기준의 상위를 정당화시킨다”²⁸⁾고 판시하고 있는 것이다. 미연방대법원의 이 같은 접근방식은 각 언론매체에 대한 헌법적 보호의 단계구조를 형성하는 결과를 초래하였다. 즉, 인쇄매체는 언론자유 헌법적 연관에 있어서 최상위의 보호를 향유하는 반면, 전자적 대중매체는 보다 하위의 위상을 가지면서 다서 강한 정부규제도 헌법적으로 용인되고 있다. 예컨대, 인쇄매체인 신문의 보급에 대한 허가거부는 엄격한 요건하에서만 그 합헌성이 인정되는 반면에,²⁹⁾ 방송의 경우에는 연방통신위원회(FCC)가 “공공의 이익, 편의, 또는 필요”³⁰⁾라는 다소 광범위한 기준에 따라 허가를 거부하는 것은 헌법적으로 허용된다.

26). *Metromedia, Inc. v. Sna Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

27). *Metromedia, Inc. v. San Die*해, 453 U.S. 490, 501 (1981).

28). *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 386 (1969).

29). *City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.*, 486 U.S. 750 (1988) (시의 공동재산 위에 신문자동판매대의 설치허가를 거부할 수 있는 무제한의 제약을 시장에게 준 시의 신문판매조례는 검열을 허용하지 않는 합법정신을 무시한 것이라고 하면서 위헌 선언함).

30). *Communication Act of 1934*, 46 U.S.C. §309(a) (1988).

특히 인쇄매체에서 이 자유시장모델이 전형적으로 발현된 대표적인 판결로서는 플로리다주의 반론권법을 위헌선언한 Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo 사건³¹⁾을 들 수 있다. 이 판결에서 미연방 대법원은 신문이 독점화되어 있고 그 결과 사회 내 일정한 언론(speech)을 자신의 지면으로부터 배제하는 일종의 사적 통제권을 가지고 있음을 인정하면서도, 액세스권의 요구보다 신문의 편집자유를 우위를 인정하였던 것이다.³²⁾ 특히 대법원은 그 논거로서 인쇄매체에 대한 정부규제로 인해 위협받게 되는 언론자유의 보호이익들을 다음의 몇 가지로 제시하고 있다. 첫째, 정부규제는 무엇을 보도하고 무엇을 보도하지 않을 것인지를 결정하는 발행인의 편집통제와 판단(editorial control and judgment)을 간섭하게 된다. 둘째, 경제적 및 기타의 여러 요인으로 인해 신문지면의 총수는 제한되어 있기 때문에 발행인에게 일정한 언론을 출판하도록 강요하는 것은 사실상 발행인이 출판하고자 하는 기사를 차단시키고 그것을 강요된 언론으로 대체하는 것이다. 셋째, 반론권과 같은 규제는 발행인에게 반론의 공간을 제공할 의무를 부과시킴으로써 사실상 논쟁적 언론(controversial speech)을 불리하게 만든다. 다시 말해서, 반론권규제로 인해 신문은 반론권을 촉발시킬 수 있는 주제를 가급적 피하고자 할 것이고 이는 결과적으로 공적 문제에 관한 왕성한 보도를 오히려 위축시키게 될 것이다. 그 밖에 강요된 언론의 출판은 마치 발행인의 동의를 얻고 있는 것처럼 보일 수 있기 때문에, 발행인은 자신이 동의하지 않는 언론에 강제로 연루되게 되고 이는 곧 그 자신의 언론의 자유에 포함되어 있는 「말하지 않을 자유」를 제약하는

31). 418 U.S. 241 (1974). 이 판결에서 연방대법원은, 공직후보자에 대한 신문의 비판에 대해 반론을 제기할 수 있는 지면을 제공하도록 요구하는 플로리다주의 이른바 반론권법이 신문의 출판의 자유를 침해하였다고 판시하였다.

32). 반론권법의 지지자들은 현재의 신문의 소유집중이 사회 내 견해의 다양성을 방해하고 있으며 따라서 정부에 의한 적극적 조치가 이러한 상황을 시정할 수 있다고 주장하였다.

결과가 될 것이다.³³⁾ 요컨대, 신문의 경우 미연방대법원은 반론권의 요구보다 신문사측의 언론자유에 보다 높은 가치를 두고 있는 것이다. 그러나 미연방대법원은 나중의 IV.2.4.에서 보는 바와 같이 방송에 대해서는 이와는 다른 접근방식을 보여주고 있다.

다섯째, 자유주의 언론모델은 정부의 언론정책에 대한 불신을 전제로 하고 있고 따라서 정부 대 언론매체(또는 시민)라는 2극 구조를 그 토대로 하고 있다. 그리하여 이 모델은 언론매체가 행사하는 대정부 견제기능 및 비판기능을 대단히 높게 평가함으로써 그러한 기능을 수행하는 언론매체에 대해 보다 강한 헌법적 보장을 부여한다. 이 점이 미연방대법원에 의해서 채택된 대표적인 판결로서는 이른바 국방부기밀문서사건(Pentagon Papers Case)³⁴⁾을 들 수 있을 것이다. 미국에서 1960, 70년대 베트남전쟁, 시민권운동, 워터게이터 등의 사건을 거치는 동안 신문에 대한 유례없는 강한 헌법적 보호가 주어지게 된 배경에는 당시의 신문이 수행하였던 정부의 비판자·감시자로서의 기능이 높이 평가되었던 때문이었음이 지적될 수 있겠다.³⁵⁾

이상에서 자유주의 언론모델이 담고 있는 이론적 기초와 그 구체적인 법리를 검토하였다. 그러나 이러한 언론모델은 점차 언론매체가 독점화되면서 사회 내 커뮤니케이션 환경이 폐쇄적이고 중앙집중화되어 가는 현실에서는 그 타당성이 약화되지 않을 수 없다.

33). 바로 이 논거는 Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Comm'n. of California, 475 U.S. 1(1986) 사건의 주된 판결 이유가 되었다. 이 사건에서 연방대법원은, 공익사업체의 요금정책에 반대하는 이용자단체의 견해를 요금청구서봉투에 넣어 함께 발송할 것을 요구하는 이용자단체측의 권리를 부인하였다.

34). New York Times, Inc., v. U.S., 403 U.S. 713 (1971).

35). P. M. Garry는 이러한 언론모델을 “제4부모델(the fourth estate model)”로 규정하면서, 그 구체적인 사례들을 들고 있다. 상세는, Patrick M. Garry, Scrambling for Protection: the New Media and the First Amendment (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1994), pp.13-18 참조.

IV. 언론매체의 독점시대와 민주주의 언론모델

1. 폐쇄적이고 중앙집중화된 커뮤니케이션 환경

인쇄매체의 발명 이후 기술의 진보는 새로운 언론매체를 지속적으로 생성·발전시켜 오고 있다. 전신, 전화, 라디오, 텔레비전, 케이블TV, 위성방송과 통신 등의 전자매체의 발전으로 인해 그 동안 소리나 문자로만 전달되던 메시지가 전자적으로 표현되고 전달되게 되었다. 그런데 이들 전자적 대중매체는 그 주과수의 회소성과 소유 및 경영에 거액의 자금이 소요되는 특성으로 인해 몇몇 소수의 언론기업이 이들 대중매체를 장악하고 정보유통의 길목에 서서 정보의 흐름을 제어하기 시작하였다. 이제 이전처럼 여러 상이한 견해를 대표하는 작은 규모의 언론매체가 다수 존재하면서 정보수용자에게 다양한 선택가능성을 제공해주는 형태는 더 이상 전형적인 형태가 아니게 되었다. 그리고 이들 전자적 대중매체가 다수 존재하면서 정보수용자에게 다양한 선택가능성을 제공해주는 형태는 더 이상 전형적인 형태가 아니게 되었다. 그리고 이들 전자적 대중매체가 제공해주는 커뮤니케이션 환경은 일방향적인 것이었으며, 따라서 그 놀라운 정보유통의 확산에도 불구하고 사회 내 의견의 다양성과 쌍방향적인 의사소통의 가능성은 대단히 제한적인 것이었다. 이러한 대중매체(mass media)가 구축하고 있는 커뮤니케이션 환경의 구

조적 특성은 한 마디로 ‘중앙집권화된 폐쇄적 네트워크 구조’라고 특징 지을 수 있다. 이 구조는 근본적인 기술적 제약에 의한 다음의 두 가지 특징을 가지고 있다. ‘정보유통 채널의 부족’과 ‘정보수문장의 존재’가 그것이다.

지금까지의 전자적 대중매체는 한정된 수의 채널을 전제로 해서 몇 몇 소수의 언론기관이 누가 특정의 채널을 사용할 것인지를 결정하여 왔다. 그리하여 독립된 정보제공자, 즉 프로그램공급자나 일반 시민들은 자신을 표현하고자 함에 있어서 사실상의 구조적인 장벽에 부딪혀 왔던 것이다. 그리고, 네트워크 상에서 정보제공자와 정보수용자가 상호작용하는 연결점이 충분히 개방적이고 탈중앙화되지 못하였다. 부족한 정보유통의 통로와 중앙화된 정보유통 네트워크는 정보병목현상을 초래하게 된다. 즉 이러한 정보환경에 있어서는 몇몇의 정보유통 네트워크의 소유자 내지 운영자가 무수히 많은 잠재적 정보생산자들 중 누구에게 부족한 가용채널에의 접근을 허용할 것인지를 결정하여야 하기 때문이다. 모든 프로그램이 재배분되기 위해서는 하나의 중앙지점에 집결되어야 하는 현재의 방송매체, 케이블TV, 그리고 위성 네트워크에 있어서 이같은 정보통제관의 존재는 불가피한 것이 된다. 이러한 네트워크 구조는 자신의 프로그램을 중앙의 한 지점에 보내야 하는 독자적인 무수한 정보생산자에게는 커다란 부담이 아닐 수 없다. 이처럼 폐쇄적이고 중앙집중화된 커뮤니케이션 환경에서는 언론자유이 이론적 전제였던 사상의 자유시장이 존립하기는 힘들다. 또한 이러한 환경에서 언론자유이 핵심가치인 민주적 자기통치(democratic self-government)를 실현하기 위한 견해의 다양성 확보와 공공토론의 활성화는 요원해지게 될 것임은 물론이다.

2. 민주주의 모델

가. 이론적 기초

민주체제가 존립하고 제대로 기능하기 위해서는 깨어있는 시민의 적극적인 참여와 공공문제에 대한 진지하고 활발한 공개토론이 필수적으로 요구된다. 그리고 이것이 가능하기 위해서는 사회 내 여러 다양한 의견과 사상이 자유로운 교환과정을 통해 여과 없이 사회 구석구석에 전달되어야만 한다. 따라서 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않고서는 민주체제가 제대로 기능할 수도 없고 그 존립 자체도 위태롭게 된다. 민주국가의 헌법에서 언론의 자유가 보장되는 기본 목적 중의 하나는 바로 이러한 민주체제의 전제조건을 확보하는 것, 즉 사상과 견해의 다양성을 확보하고 공공문제에 대한 쟁점을 적절하게 표출시키며 시민들의 공적 관심을 촉진시키는 데에 있음은 다언을 요하지 않는다. 민주국가에서 언론의 자유가 불가결의 본질적 요소로 평가받는 것은 바로 이 때문이다.

그런데 언론매체의 독점화와 집중화는 정보유통의 길목에 선 또 다른 사적 검열관으로 기능함으로써 일정한 의견이나 정보 또는 일정한 사회적 이슈를 공개적 토론의 광장으로부터 배제시키는 결과를 낳고 그리하여 언론자유와 민주적 가치와 기능을 치명적으로 저해하고 있다. 이러한 대중적 전자매체의 언론자유와 민주적 가치를 확보하기 위하여 대부분의 민주국가는 이에 대한 새로운 법적 대응을 모색하여 왔다고 하겠다. 이제 정부로부터 언론매체의 자유를 지키는 것만으로는 언론 자유의 헌법적 가치를 확보하기 어렵게 되었기 때문에 이제 언론매체는 사

회적 이슈의 모든 측면을 공정하게 제공하고 대중이 의사결정에 필요한 충분한 정보를 얻도록 두루 살펴야 할 사회적 책임을 요구받게 된 것이다. 이제 언론자유 법리는 정부 대 언론매체 대 시민이라는 3극구조하에서 새로운 차원의 성격을 띠기 시작한 것이다. 그리하여 헌법이론적으로 언론의 자유를 협의의 고전적 의미로 이해함을 넘어서서 오늘날 그 의미내용을 넓게 확장해가고 있는 것³⁶⁾이나 언론매체의 공적 과업이 강조되고³⁷⁾, 언론매체 내부의 언론자유 문제가 등장하게 되는 것 등은 바로 이 같은 커뮤니케이션 환경에 대한 대응으로 나타나고 있는 것이라고 하겠다.

특히 이와 관련해서 전자적 대중매체의 출현에 따른 폐쇄적이고 중앙 집중화된 커뮤니케이션 환경 하에서 미연방대법원이 보인 법적 대응은 대단히 흥미롭다. 왜냐하면 그들의 대응은 언론자유 법리에 있어서 또 하나의 다른 모델을 제시해 주었기 때문이다. 미국의 경우 흔히 이 모델은 앞의 자유시장모델에 대응해서 매디슨주의 모델(Madisonian model) 또는 방송모델(broadcast model)이라고 불리어진다. 필자는 이를 앞의 자유주의 언론모델에 대응해서 민주주의 언론모델이라고 부르 고자 한다.³⁸⁾

이러한 민주주의 언론모델은 언론의 자유를 공공토론 메커니즘의 핵심 요소로 간주한다. 이러한 시각에서는 언론의 자유시장이 아무리 잘 형성되어 있다 하더라도 그것이 곧 바로 진지한 공개토론과 견해의 다양성이라는 민주적 가치의 실현에 기여한다고 믿지 않는다. 사실 언론의

36). 협의의 고전적 언론의 자유라 함은 불특정다수인을 상대로 의견이나 사상을 발표하는 자유로서 여기에서는 화자(speaker)의 말할 자유가 그 중심을 이루고 있음에 대해, 넓은 의미에서의 현대적 언론의 자유는 그 밖에 알 권리·엑세스권·반론권·언론기관의 자유까지도 포괄하는 의미로 파악되고 있다. 권영성, 헌법학원론(법문사, 1995), 442쪽.

37). 박용상, 『언론의 자유와 공적 과업』(교보문고, 1982).

38). 앞의 각주 5) 참조.

자유시장모델에는 중대한 결함이 있음을 지적하지 않을 수 없다. 지금까지의 매스 미디어시대에서는 자신의 견해를 말하고 널리 전달하는 데에 높은 비용이 요구된다. 그 결과 사상을 자유시장은 부자의 언론이나 또는 대중적 호소력을 가진 수익성 좋은 언론만을 선호하는 경향이 있어 왔다. 따라서 값비싼 언론매체를 이용할 수 없는 가난한 사람에게 언론의 자유시장은 공허한 엄벌에 불과한 것이다.³⁹⁾ 그리하여 민주주의 언론모델에 있어서는 아무리 잘 돌아가는 커뮤니케이션 시장이 경쟁적으로 구축되어 있다 하더라도 견해의 다양성을 확보하기 위한 정부규제의 필요성이 인정되게 된다.⁴⁰⁾

물론 민주주의모델에 있어서도 정부가 자신이 원하는 언론을 선별하여 규제하는 내용규제가 헌법적으로 허용되는 것은 아니다. 그러나 정부는 민주체제의 기능향상을 위하여 내용차별적이 아닌 방식으로 언론매체를 규율하는 것은 헌법적으로 가능하다. 다만, 민주주의모델에 있어서는 자유시장모델에 있어서와 같은 내용규제(content-based regulation)와 내용중립적 규제(content-neutral regulation)의 엄격한 2분적 도시에 집착하지는 않는다. 그리고 민주주의모델에 있어서는, 다른 종류의 언론이 다소 희생되는 한이 있더라도 정치적 언론(political speech)을 촉진시키고자 하는 강한 열망을 가지고 있다. 특히 깨어있는 시민을 위한 교육적 프로그램과 공공문제에 관한 프로그램은 민주주의모델에 있어서 특별한 위상을 부여받는다.⁴¹⁾

나. 규제적 범리

39). Eugene Volokh, "Cheap Speech and What It Will Do", 104 Yale L. J. 1805, 1806 (1995).

40). 자유주의 언론모델에서 정부규제의 필요성이 인정되는 경우와 비교. 앞의 각주 25)의 본문 참조.

41). Cass R. Sunstein, op. cit., p. 1762.

사실 민주주의 언론모델은 미국의 헌법사에 있어서 오랜 연원을 가지고 있다. 미연방대법원은 일찍부터 연방헌법 증보 제1조(언론자유조항)의 주된 기능이 자기통치(self-government)를 위한 조건의 확보에 있음을 계속해서 인정하여 오고 있다. 그리고 이러한 전통은 언론매체에 대한 명예훼손의 법리를 새로이 전개한 *New York Times v. Sullivan* 사건⁴²⁾에서 최고조에 달하였으며, 방송에 있어서의 반론권사건인 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 사건⁴³⁾에서 재확인되었다.

방송에 있어서 공정성원칙⁴⁴⁾의 합헌성을 만장일치로 지지한 *Red Lion* 판결에서 미연방대법원은 견해의 다양성과 공적 문제에 대한 관심을 촉진시킬려는 정부의 노력은, 설령 그러한 노력이 언론매체의 소유자들에게 대한 규제적 통제를 결과한다 하더라도, 언론자유 원칙과 양립된다는 점을 분명히 하였다. 그리고 연방대법원은 이 판결에서, ‘보다 우위에 있는 것은 방송인의 (말할) 권리가 아니라 시청자·청취자의 (다양한 견해를 받을) 권리이다.’⁴⁵⁾고 지적하면서, 견해의 다양성 확보라는 가치로부터 ‘다양한 사상과 견해를 받을 수 있는 시청자 및 청취자의 권리’를 언론자유 한 내용으로 확인하였다는 점에 주목할 필요가 있다.⁴⁶⁾

42). 376 U.S. 254 (1964).

43). 395 U.S. 367 (1969).

44). 공정성원칙(fairness doctrine)이란 미연방통신위원회의 결정례를 통하여 형성되어 온 보도방송에 대한 규제기준을 가리킨다. 그 주된 내용은 다음의 두 부분으로 구성된다. 첫째, 방송사업자는 공적으로 중요한 논쟁의 이슈들을 방송해야 하며 그들에 관하여 프로그램 및 방송시간을 충분히 할당하여야 한다는 것이고, 둘째, 방송사업자가 이들 논쟁적 이슈를 다루는 경우 중요한 대립적인 견해들이 제시되도록 하기 위하여 반대입장에 대한 상당한 기회를 제공하여야 한다는 것이다. 양 건, 「헌법연구」(법문사, 1995), 259쪽.

45). 395 U.S. 367, 390 (1969).

46). 다만 80년대 후반에 들어 미연방통신위원회는 방송에 있어서 공정성원칙을 폐기하기에 이르렀는데(*Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH*, 2 F.C.C.R. 5043, 5055(1987)), 이 결정에서 연방통신위원회는 수요와 공급의 힘(the forces of supply and demand)의 작용에 대해 언급하면서, 이러한 힘이야말로 최적의 만족할만한 선택을 낳을 것이라는 견해를 밝힌 바 있다. 공정성원칙의 폐기과정에 관해서는 박운희, 반론권에 관한 비교헌법학적 고찰(서울

그밖에도 미연방대법원은 견해의 다양성의 가치에 기초하여 동일지역 내에 방송국에 신문사의 공동소유를 금지하는 규제를 지지하고 있다.⁴⁷⁾ 즉, 소유의 다양성은 견해의 다양성을 증대시킬 것이라는 논리이다.⁴⁸⁾

특히 이러한 ‘정보원의 다양성’의 가치는 케이블TV에 대한 규제의 합헌성 판단에 있어서도 핵심적인 고려사항임을 볼 수 있다. 최근 지역방송국과 공공 텔레비전 방송국의 케이블 네트워크에의 접근권을 보장하기 위해 마련된 이른바 「강제전송원칙」(must carry rules)의 합헌성이 쟁점이 된 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* (1994)⁴⁹⁾ 사건에서 미연방대법원은 케이블 네트워크의 단방향적이고 중앙화된 구조적 특성에 주목하면서 정보원의 다양성을 확보하기 위한 규제의 필요성을 인정하고 있다.

즉, 미연방대법원은 케이블 운영자가 프로그램 선택과 채널할당에 있어서 편집재량을 행사할 수 있는 증보 제1조상의 권리를 가지고 있음을 확인하면서도,⁵⁰⁾ 강제전송규칙의 합헌성판단에 있어서는 엄격심사기준(strict scrutiny test)의 적용을 거부하였다.⁵¹⁾ 그러면서 연방대법원은 그 논거를 케이블 TV 네트워크와 인쇄매체 사이의 “중요한 기술적 차이”에서 구하고 있다. “일간신문과 케이블TV는 모두 특정 지역에서 독

대 박사학위 논문, 1995), 128-9쪽 참조.

물론 이러한 통신위원회 의 입장변화는 기술발전의 결과 방송채널의 수가 확대되어가는 커뮤니케이션의 환경변화에 대응하는 것이라고 하겠다. 이 점에 대해서는, Thomas G. Krattenmaker & L. A. Powe, Jr., "Converging First Principles for Converging Communications Media", 104 Yale L. J. 1719 (1995) 참조.

47). *FCC v. National Citizens Comm. for Broadcasting*, 436 U.S. 775, 794-95 (1978).

48). *Id.*, at 786. 소유의 다양성은 독점금지정책의 관점에서는 공공의 경제적 이익을 촉진시키는 것이지만, 언론의 자유와의 연관에 있어서는 견해의 다양성이 그 중심적인 정책적 관심인 것이다.

49). 114 S.Ct. 2445 (1994).

50). 113 S. Ct. at 2456.

51). *Id.*, pp. 2464-69.

점적 지위를 누리고 있긴 하지만, 케이블 운영업자는 당해매체에의 접근을 통제함에 있어 신문보다 훨씬 큰 영향력을 행사한다. 일간신문은 설령 자신의 지역에서 독점적 지위를 확고하게 구축하고 있다고 하더라도, 독자들이 다른 경쟁 출판매체에 접근하는 것을 방해할 수 있는 힘을 가지고 있지 않다. ...

따라서 한 신문이 자기 자신의 신문에 대한 배타적 독점을 주장한다 하더라도, 독자들이 다른 경쟁 출판매체에 접근하는 것을 방해할 수 있는 힘을 가지고 있지 않다....

따라서 한 신문이 자기 자신의 신문에 대한 배타적 독점을 주장한다 하더라도, 그것이 동일 지역에서 다른 인쇄매체의 보급을 방해하는 것은 아니다. 그러나 케이블의 경우에는 상황이 다르다. 한 개인이 케이블에 가입하게 되면, 가입자의 텔레비전수상기와 케이블 네트워크 사이는 물리적으로 연결되어 있으며, 이는 곧 케이블 운영업자에게 가입자의 가정으로 흘러드는 (전부는 아니지만) 거의 대부분이 TV프로그램에 대한 문지기식 통제권(gatekeeper control)을 주고 있는 것이다.”⁵²⁾

결국 이러한 미연방대법원의 견해는 현재의 케이블 시스템과 같은 폐쇄적인 네트워크 구조에서는 견해의 다양성을 촉진하기 위한 정부규제는 타당하며 불가피한 것이라는 점을 밝히고 있는 것이다. 그러나 이 견해는 또 다른 한편으로는 기술발전으로 인해 그 물적 토대가 바뀌게 되면 그 법적 규율의 내용도 변경될 수 있음을 시사하고 있다고 하겠다. 물론 이 경우 그 변화의 중심에는 언제나 사회 내 견해의 다양성확보라는 민주적 가치의 실현이라고 하는 과제가 회전축으로서 자리하고 있음에 유의하여야 할 것이다.

52). Id., p. 2466.

V. 멀티미디어 시대의 언론자유법

1. 새로운 커뮤니케이션 환경

지금까지 대중매체를 중심으로 한 커뮤니케이션 환경은 ‘집중화된 폐쇄적 네트워크 구조’와 ‘일방향의 정보유통 구조’를 그 주요 특징으로 하고 있었다. 전자는 ‘정보유통체널의 부족’과 ‘정보수문장의 존재’라고 하는 근본적인 기술적 제약에 기인하는 것이었으며 그 결과 사회 내 다양한 정보유통의 가능성을 크게 제약하여 왔다. 그리고 후자의 특성으로 인해 대중매체의 이용자는 받아보는 정보내용에 대한 통제권을 전혀 행사하지 못한 채 단순한 시청자 내지는 청취자의 지위에 머물러 있었다.

그러나 컴퓨터기술과 통신기술의 비약적인 발전은 종래 상상조차 할 수 없었던 전혀 새로운 커뮤니케이션 환경, 즉 ‘분권화된 수평적·개방적 구조’를 그 특징으로 하는 정보환경을 제공하여 준다. 새로운 환경의 여러 기술적 및 사회적 특성 중 특히 언론자유법과의 깊은 관련을 가지는 몇 가지를 열거하면 다음과 같다.

가. 정보의 디지털화

컴퓨터기술과 통신기술의 융합은 모든 정보의 저장과 전달을 디지털화(digitalization)⁵³⁾하고 있다. 정보가 디지털화된다는 것은 정보의 재생

53). 디지털화란 0과 1의 연산체계, 즉 비트(bit)로 정보를 부호화하는 것을 가리킨다. 다시 말해

능력이 무한히 확대되며, 빛의 속도로 전달될 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 전세계 누구나 원할 경우 시간과 공간의 제약을 거의 받지 않고 정보에 접근하는 것이 가능해지게 된다. 그리고 디지털방식은 정보를 능동적으로 처리하고 조작할 수 있게 한다. 예컨대, 사용자는 직접적으로 텍스트, 소리, 이미지 등을 자유롭게 재생하고 전진과 후진, 증폭, 에러수정, 요약, 축약, 암호화 등을 자유롭게 할 수 있다.⁵⁴⁾

나. 미디어의 통합

정보의 디지털화로 인해 신문, TV 프로그램, 영화, 전화송수신, 컴퓨터자료, 은행거래나 쇼핑 등의 상업적 서비스, 그리고 기타 모든 형태의 정보 및 커뮤니케이션은 모두 단일의 형식, 즉 디지털 비트(digital bits)로 통합되고 있으며, 모든 정보와 커뮤니케이션은 단일의 매체, 즉 광섬유케이블(fiber optic cables)을 통해 전송되어질 것으로 전망된다.⁵⁵⁾ 이에 따라 종래 전통적으로 구분되었던 인쇄, 방송, 통신, 그리고 컴퓨터통신의 영역구분은 이미 부자연스러운 것이 되고 있다.

오늘날 많은 신문과 잡지는 컴퓨터 네트워크를 통해 발행·배포되고 있을 뿐만 아니라 동화상정보를 이용한 정보제공이나 광고를 하는 것도 일반화되고 있다. 또한 방송도 인터넷망과 같은 정보통신망을 통해 프로그램을 전송하거나 방송내용을 실시간으로 동시 생방송하고 있다.⁵⁶⁾

서, 디지털화란 글자나 그림의 실제의 모습을 수많은 부분들로 분해하여 각 부분에 숫적인 값을 할당하는 과정을 말한다. 예컨대, 그림을 총체적인 단일의 이미지로 다루어지는 것이 아니라 수천 내지는 수백만의 작은 점(dot)들로 다루어지고, 각 점들은 숫자에 의해 확인되어질 뿐이다. 그리고 이렇게 값이 매겨진 숫자는 전기적 신호로 바뀌어 전달되고 이를 전달받은 단말기에서는 그 반대의 과정이 이루어져 마침내 모니터상에 수많은 점들로 이루어진 그림의상이 재현되게 된다.

54). Nicholas Negroponte/백옥인(역), 『디지털이다』 (박영물출판사, 1995), 16쪽.

55). Anthony Oettinger는 컴퓨터 기술과 통신기술의 통합을 가리켜 “컴퓨터통신(compunication)”이라고 명명하고 있다. 박홍수·김영석(공편), 『뉴미디어와 정보사회』 (나남출판, 1995), 336쪽.

그리고 전화회사들은 비디오프로그램을 제공할 수 있으며, 케이블회사들은 전화서비스를 제공할 수 있다. 바야흐로 지금까지 각 언론 매체마다 상이한 언론자유 법리를 이끌어 내었던 바로 그 기술적 특성상의 차이가 이미 해체되기 시작하고 있는 것이다.⁵⁷⁾

다. 정보유통채널의 무한성

뉴미디어의 발전에 있어서 언론자유와 관련된 가장 두드러진 변화는 정보유통 채널이 기하급수적으로 증대한다는 사실일 것이다. 이미 케이블 네트워크는 각 가정에 500개 이상의 채널을 제공하는 것이 기술적으로 가능한 상태이다. 그 밖에 전화회사에 의한 패킷교환비디오서비스(switched video services), 직접위성방송, 그리고 무선 케이블TV 방식인 다채널 다지점 분배서비스(MMDS) 등은 이용가능한 전체 정보유통채널의 수를 현저히 증대시키고 있다. 그리고 이미 인터넷과 같은 사이버스페이스(cyberspace)에서는 일반인들이 전세계의 수백 내지 수천만의 사람들과 상호 회사교환을 하고 수많은 다양한 정보제공자들 - 도서관, 의사, 회계사, 변호사, 입법자, 식료품가게, 박물관, 미술관, 극장 등 - 과 정보교환을 하는 등 자신이 어디 있든지간에 자신이 원하는 곳에서 프로그램을 만들거나 이에 참여하고 있다.⁵⁸⁾

56). 우리 나라도 이미 주요 일간신문사의 경우 인터넷을 통한 동화상정보 서비스를 운영중이며, MBC, YTN 등 방송사들이 인터넷을 통해 방송프로그램을 24시간 방송하고 있는 실정이다.

57). 미디어의 통합은 흔히 “멀티 미디어”로 표현되고 있는데, 현재 이 같은 미디어의 통합은 전세계적 추세에 있다. 이미 이 분야의 선두주자인 미국은 지난 60여년간의 통신법을 전면개정하는 작업에 들어가 1996년 2월 1일 미의회가 통신관련 종합법안을 압도적으로 통과시켰으며, 빌 클린턴 대통령이 동년 2월 8일 인터넷으로 생중계되는 가운데 이 법안에 서명함으로써 미디어간의 제도적인 장벽마저 허물어버렸다.

58). 예컨대, 미 의회도서관은 그 소장 자료의 일부를 전자적으로 이용할 수 있도록 해 놓고 있다. Library of Congress W. W. W Home Page (<http://marvell.loc.gov/>). 또한 미 의회도서관은 하원과 협동으로 토마스 제퍼슨을 기려 그의 이름을 붙인 “Thomas”라는 웹사이트를 통해 계류중인 법안들에 접근할 수 있게 하고 있다. THOMAS: Legislative Information on the Internet(<http://thomas.loc.gov/>). 이 서비스는 원격지에 있는 사람들에게 의회 도서관이 물리

라. 쌍방향의 커뮤니케이션

지금까지의 매스 미디어는 단방향(one-way) 미디어로서, 똑같은 메시지를 담은 복사본을 많은 사람들에게 배포하는 것이었다. 인쇄물은 한 가지 작업물의 똑같은 사본을 많이 만들어 배포할 수 있는 최초의 매체였기 때문에 최초의 매스 미디어(mass media)였다. 라디오·TV와 같은 방송매체의 경우도 사정은 마찬가지이다. 그러나 컴퓨터를 이용한 커뮤니케이션, 특히 네트워크를 통한 정보전달은 그 대부분이 쌍방향(two-way)이다. 컴퓨터 네트워크상에서 스크린상에 나타난 정보를 읽는 행위는 그 이용자가 같은 지역 내의 보다 원격지의 다른 컴퓨터 이용자와 전자적 메시지를 주고받는 지속적인 과정에 참여한다는 것을 의미한다. 이 점에서 그 행위는 단순히 인쇄물 한 페이지를 읽는 행위와는 다르다. 키보드를 누르는 행위가 인쇄물의 페이지를 넘기는 행위와 같은 것이라고 할 수 없다. 키보드를 누르는 행위에는 책을 읽는 독자에게서는 찾아볼 수 없는 쌍방향의 상호작용이 이루어지고 있기 때문이다. 온라인 서비스 이용자는 어떤 행위가 이루어질 때마다 매번 자신의 컴퓨터로 들어오는 정보를 모두 알 수도 있고 아니면 그 일부만을 알 수도 있다.

쌍방향의 미디어는 정보수용자들에게 그들이 어떤 정보에 접근할 것인지를 정확히 통제할 수 있는 능력을 부여하고, 유통되는 정보내용에 대한 결정을 탈중앙화시키며, 그리하여 정보의 제공자와 수용자 사이를 보다 유연한 관계로 변모시킨다.⁵⁹⁾ 이처럼 자신들이 받는 정보내용에

적으로는 제공할 수 없는 정보를 제공해 준다. 그리하여 전세계의 사람들은 미 의회도서관에 물리적으로 존재하는 것보다 더 확산적이고 분산적이며 규모가 큰 그러한 정보의 원천을 자신의 책상위에서 확보하는 것이다.

59). Jeffrey Abramson, F. Christopher Arterton, and Gary R. Orren, *The Electronic Commonwealth: The Impact of the New Media Technologies in Democratic Politics* (New

대해 통제할 수 있는 능력을 부여하는 미디어라면, 음란이나 폭력 등의 표현으로부터 청소년을 보호하기 위해서 일정한 내용규제를 하고자 하는 정부측의 시도는 그만큼 그 근거를 상실하게 될 것이다. 물론 이같은 종류의 이용자 통제가 가능하려면 다음의 두 가지 기능적 속성이 뉴미디어에 있어야만 한다. 첫째, 전달되는 정보내용을 확인할 수 있는 수단이 존재하여야 하고, 둘째, 수용자가 일정한 종류의 내용을 가려낼 수 있는 가능성이 존재하여야 한다.

현재 상업용 컴퓨터 온라인 서비스나 인터넷 등의 네트워크상에 유통되는 많은 정보들은 헤더(header)라고 하는 내용확인데이터(identifying data)가 부착되어 있다. 이 헤더는 내용 그 자체와는 별도로 내용의 저장형식, 내용의 소유자, 그리고 내용의 출처(origin)나 행선지(destination) 등의 정보를 담고 있다. 이 헤더는 마치 책이나 잡지의 서지사항에 유사한 것이다 이처럼 현재의 기술은 이미 정보수용자측에서 스스로의 판단에 따라 일정한 정보에 접근하거나 또는 그것을 배제하는 것을 가능하게 하고 있다. 앞으로는, 정부나 네트워크 운영자를 대신해서 수용자 스스로가 쌍방향의 네트워크 환경에서 자신이 받아보는 정보의 내용을 여과기술을 사용해서 통제할 수 있게 될 것으로 보인다.⁶⁰⁾ 예컨대, 정보수용자는 헤더에 담긴 정보에 기초해서 모든 메시지나 프로그램을 감별할 수 있을 것이다. 만약 부모가 자신의 아이들이 특정한 영화를 보거나 특정한 온라인 토론그룹에 참여하는 것을 막고자 원한다면, 아이들이 사용하는 컴퓨터나 기타의 정보기구를 불건전한 내용에의 접근 및 출력이 불가능하게 세팅시킬 수 있을 것이다.⁶¹⁾

York: Basic Books, 1988), p. 57.

60). Jerry Berman & Daniel J. Weitzer, op. cit., p. 1633.

61). 뉴미디어가 제공하는 이같은 수용자측 통제능력의 가능성에 관해 쌍방향 미디어의 권위자이며 매사추세츠 공과대학(MIT)의 미디어랩 소장인 Nicholas Negroponte는 다음과 같이 예견하고 있다: “오늘날의 텔레비전 수상기는 밝기, 볼륨, 채널을 선택할 수 있지만, 미래의 텔레비

이상의 새로운 커뮤니케이션 환경의 구조적 특성을 한 마디로 압축한다면 ‘분권적이고 수평적이며 개방적인 네트워크 구조’라고 하겠다. 실로 이는 인쇄발명 이후의 또 한번의 정보혁명인 것이다.

2. 환경변화가 언론자유법에 던지는 함축과 그 대응

새로운 커뮤니케이션 환경과 언론의 자유의 상관관계를 고찰함에 있어서는 조망각도를 달리하는 두 가지의 질문이 제기될 수 있다. 하나는 새로운 커뮤니케이션 환경이 지금까지의 대중매체를 기반으로 한 언론자유법의 범리에 어떠한 영향을 미칠 것인가? 지금까지의 언론모델이 얼마만큼 어떻게 변화될 것인가? 라는 사실판단적 질문이다. 또 다른 하나는 새로운 커뮤니케이션 환경에서 어떠한 언론자유법의 모델의 구축하는 것이 언론자유법의 헌법적 가치를 가장 신장시킬 수 있을 것인가? 라는 규범판단적 질문이다. 이 두 가지는 전혀 차원을 달리하는 별개의 질문은 아니다. 두 번째의 질문에 답하기 위해서는 첫 번째의 질문에 대한 적절한 해답을 찾아내고 그와 관련한 정확한 상황인식이 필요하기 때문이다.

가. 언론자유법에 대한 함축

우선 첫 번째 질문에 대해서는 다음의 몇 가지가 특히 지적될 수 있을

전에서는 섹스, 폭력, 정치적 성향을 선택할 수 있게 된다.” Nicholas Negroponte/백육인(역), 『디지털이다』, (박영률출판사, 1995), 49쪽.

것이다. 첫째, 검열금지의 원칙 또는 사전제한금지의 법리가 기능적으로 무력하게 되어버릴 가능성이 있다는 것이다. 어떻게 보면 검열금지의 원칙은 인쇄시대의 산물이라고도 할 수 있다. 왜냐하면, 인쇄작업에는 물리적 장소가 필요하고, 발행인은 자신이 속해 있는 사법관할권 안에서 책을 출판하는 것이 보통이며, 그리고 정보생산 - 인쇄 - 판매라는 출판과정은 즉석에서 일어나는 것이 아니기 때문이다. 그러나 사이버스페이스에서는 거리와 공간의 장벽이 와해될 뿐만 아니라 전자정보가 빛과 같은 속도로 전달되기 때문에 출판의 전과정이 거의 즉석에서 이루어진다. 또한 여기에서는 어떤 정보가 특정 시점에 어디에 놓여 있는지를 확인하는 것이 쉽지 않다. 그리하여 일정한 규범이나 준칙을 위반하는 사람의 위치를 파악하는 것이 어렵게 된다. 이러한 상황에서 검열금지의 원칙을 집행한다는 것은 거의 불가능에 가까운 일이 될 것이다.⁶²⁾

둘째, 지금까지 방송과 같은 전자매체에 대한 규제의 정당화논거로서 제시되어 왔던 ‘공공자원의 희소성논리(scarcity rationale)’가 크게 약화 내지는 소멸할 것이다. 그 동안 인쇄매체와 방송매체에 대해 차별적인 헌법적 보호가 주어졌던 주요한 논거 중의 하나가 바로 ‘전자 스펙트럼은 부족한 공공자원이다’라는 희소성 논리였었다. 몇몇 소수의 방송국이 유한자원을 쓰고 있는 이상, 그 외의 수많은 사람들이 자신들이 원하는 프로그램으로부터 완전히 배제되는 것을 방지하기 위한 반론권과 같은 일정한 정부규제는 헌법적으로 용인된다는 것이다.⁶³⁾ 물론 이 논거

62). Lucas A. Powe, Jr., *The Fourth Estate and the Constitution* (1991), p. 141. 또한 M. Ethan Katsh, "Rights, Camera, Action: Cyberspatial Setting and the First Amendment", 104 *Yale L. J.* 1681, 1693 (1995).

63). 미국의 경우 이 희소성 논리는 Frankfurter 대법관이 *National Broadcasting Co. v. United States*(1943) 사건에서 처음으로 전개하였다 : "라디오방송시설은 한정되어 있다. 이용하고자 하는 모든 사람들이 그것들을 다 이용할 수 없다. 라디오 스펙트럼은 모든 사람을 수용할 정도로 충분히 크지 않다." 319 U.S. 190, 213 (1943). 이어서 그는 바로 그러한 이유 때문에 연방통신위원회가 전파교란을 막기 위하여 부족한 방송주파수를 할당하는 것뿐만 아니라 그 허

는 많은 비판을 받아 왔지만, 최근까지도 미연방대법원은 방송업자의 언론자유에 관한 헌법적 분석을 함에 있어서 여전히 이 희소성논리를 시금석으로 사용하고 있음을 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 그러나 멀티미디어시대에 있어서는 이것은 더 이상 문제되지 않는다. 뉴미디어의 기술발전은 무한한 정보유통채널을 제공해주기 때문이다.

셋째, 그 동안 미연방대법원은 전화나 방송 등의 전자매체에 대해서는 인쇄매체의 경우에는 인정되지 않는 일정한 범위의 내용규제를 헌법적으로 허용하여 왔다. 여기에 사용된 주된 논거는 이른바 ‘정보수용자측 통제능력의 결여’라고 하겠다.⁶⁵⁾ 예컨대, 미연방대법원은 *FCC v. Pacifica Foundation* 사건⁶⁶⁾에서, 코미디언 George Carlin이 라디오 방송에서 7가지 비속어(seven dirty words)⁶⁷⁾를 반복해서 사용하는 것을 금하는 규제조치는 비록 그들 표현이 음란(obscene)하지 않고 단순히 저속한(indecent) 표현이라 하더라도 헌법적으로 허용된다고 판시하였다. 연방대법원은 *Pacifica* 방송국에 대한 FCC 규칙적용의 합헌성을 판단함에 있어서 엄격심사를 적용하지 않았다. 오히려 연방대법원은 방송매체의 특성을 전제로 할 때 FCC의 결정을 보다 존중하는 것이 타당하다고 결론지었다. 즉, 무심코 라디오의 다이얼을 돌리는 시청자가

가 결정에 있어서 방송인의 메시지내용을 검토대상으로 삼을 수 있는 것이라고 판시하였던 것이다. *Id.*, at 215017. 그 이후 不足한 公共資源의 논리는 또 다른 형태의 방송규제, 즉 저속한 표현의 금지와 같은 소극적인 금지의무의 부과(*Children’s Television Act of 1990*, 47 U.S.C. § 303 a [Supp. II 1990]) 등을 정당화하는 논거로 사용되었다. 그리고 이 논리를 적용시킨 가장 유명한 판결로서는 앞서서도 언급한 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 사건일 것이다. 이 판결에서 미연방대법원이 만장일치로 방송에 있어서의 이른바 公正性原則의 합헌성을 지지하였던 논거는 다름아닌 부족한 공공자원의 논리였었다.

64). 예컨대, *Metro Broadcating, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 566-68 (1990) (주파수의 부족은 견해의 다양성을 확보하기 위하여 인종우선적인 허가정책을 포함한 여러 규제노력을 정당화시킨다고 판시).

65). Jerry Berman & Daniel J. Weitzer, *op. cit.*, p. 1629.

66). 438 U.S. 726 (1978).

67). shit, piss, fuck, cunt, cocksucker, motherfucker, tits.

문제의 Pacifica 방송국의 방송을 듣게 되는 경우에 그로부터 흘러나오는 7가지 비속어는 “예상치 않은 공격”이 되리라는 것이다.⁶⁸⁾ 그러면서, 연방대법원은 다음의 두 가지 인정사실에 기초하여 FCC 규칙을 승인하였다: (1) 라디오는 그 방송의 내용이 시민의 가정 내로 밀고 들어가는 “굉장히 강력한 침투력”(uniquely pervasive presence)을 가지고 있다. (2) 불건전한 내용으로부터 어린이를 보호하는 유일한 방법은 그것을 아예 방송을 타지 못하게 하는 것이다.⁶⁹⁾ 요컨대, 미연방대법원은 정부의 내용규제를 정당화하기 위하여 방송매체의 구조적 특성, 즉 내용에 대한 정보수용자측 통제능력의 결여에 의존하였던 것이다.

그러나 앞에서 살핀 바와 같은 뉴미디어의 쌍방향성과 그로 인한 수용자측에서의 통제능력의 존재는 이러한 규제논리를 크게 약화시키게 될 것으로 보인다.

넷째, 지금까지의 언론자유법은 인쇄, 방송, 통신이라는 그 특성이 상이한 커뮤니케이션 양식을 구분하고 그러한 바탕 위에서 상이한 규제모델을 발전시켜 왔다.⁷⁰⁾ 그러나 정보의 디지털화에 따른 미디어의 통하 지금까지 전통적으로 인정되어 온 이러한 구분 자체를 무의미하게 만들 것이며, 그에 따라 전통적으로 인정되어 온 이러한 구분 자체를 무의미하게 만들 것이며, 그에 따라 각 언론매체의 특성에 따라 상이한 규제모델을 발전시켜 온 지금까지의 언론자유법이 전면적으로 재검토되지 않

68). 438 U.S. 726, 748-9 (1978). 연방대법원은 문제의 라디오 방송국이 사전에 혹시 방송으로부터 흘러나올지 모르는 거북스러운 내용(objectionable content)에 대해 사실상 경고방송을 했음을 인정하였다. Ibid. p. 730. 그러나 그러한 경고는 그것이 방송되고 난 이후에 주파수를 맞추는 시청자들을 보호하지는 못한다고 판시하였다. Ibid., p. 748.

69). Ibid., pp. 748-50.

70). 예컨대, 우리 헌법 제21조 제3항: “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.” 또한 「정기간행물의등록등에관한법률」, 「방송법」, 「종합유선방송법」, 「전파법」, 「전기통신사업법」 등 다양한 규율체계 참조.

을 수 없을 것으로 보인다.

특히 도서, 신문, 잡지 등 전통적인 인쇄매체가 그 발행 및 배포의 전 과정에 있어서 점차 인공위성이나 컴퓨터 네트워크 등 현재 규제대상이 되고 있는 전자매체에 의존하게 됨에 따라 전통적으로 강한 헌법적 보호를 받아 왔던 인쇄매체 또한 규제의 그물속에 빠져 들 위험이 있음에 주목하여야 할 필요가 있다.

나. 언론자유법의 대응 : 새로운 가능성과 새로운 위협성

(1) 새로운 가능성

이상에서 새로운 커뮤니케이션 환경이 현재의 언론자유법에 던지는 함축을 간략하게 살펴보았다. 그 함축을 요약해보면, 분권적이고 수평적이며 개방적인 커뮤니케이션 환경하에서 지금까지의 언론자유법의 많은 부분이 중대한 도전에 직면하게 된다는 것이다. 그리고 그 방향성은 정부의 통제능력의 약화와 언론자유의 신장이라는 쪽으로 나아갈 것임이 분명해 보인다. 멀티미디어의 기술발전은 자유주의 언론모델이나 민주주의 언론모델 모두의 관점에서 볼 때 아주 특별한 가능성과 기회를 제공해 줄 것이다.

우선 경제적인 관점에서 볼 때, 정보를 주고 받는데 드는 비용이 현저히 줄어들어 따라 자신의 견해를 전파하고 필요한 정보를 얻는 것이 과거 그 어느 때보다도 훨씬 쉬워지게 될 것이다.⁷¹⁾ 이러한 결과는 민주적 가치실현에 획기적인 의미를 지닌다. 시민과 시민사이, 그리고 시민과 그들 대표자와의 사이에 있어서의 커뮤니케이션이 훨씬 용이해지게 됨에 따라 시민들은 자신들의 견해를 대표자에게 전달하고 그 답변을 듣

71). Eugene Volokh, "Cheap Speech and What It Will Do", 104 Yale L. J. 1805 (1995).

는 것이 이전과 비교할 수 없을 정도로 효율적이고 용이하게 이루어질 것이다.

또한 지금까지 적절한 표현수단을 가질 수 없어서 자신들의 견해를 말할 수 없었던 가난한 사람들에게는 특별한 가능성을 제공해준다. 즉 값싼 언론으로 인해 모든 시민들이 자신의 대표에게 접근할 수 있기 때문에 정치적 평등은 그 어느 때보다 크게 신장될 것이다. 아울러 비교적 풍부한 재력을 가지지 못했던 입후보자들도 아주 값싸게 자신들의 유권자와 커뮤니케이션을 할 수 있게 될 것이다.⁷²⁾ 더구나 공공적 문제에 관한 교육도 훨씬 용이하고 값싸게 이루어질 것이다. 정부나 시민단체들은 훨씬 용이하게 자신들이 당면하고 있는 문제의 내용과 성격을 시민들에게 알릴 수 있을 것이다. 그리고 시민들은 약간의 버튼을 누르는 것만으로 입법정책, 환경위험이나 환경규제, 사법활동, 의료개혁 등의 중요한 공공적 이슈에 관한 풍부한 정보에 접근할 수 있을 뿐만 아니라, 사이버스페이스에서 많은 시민들이 용이하게 수준 높은 공개적 토론을 일 수 있게 될 것이다. 투표 또한 사이버스페이스 상에서 이루어질 수 있을 것이다.

(2) 새로운 위험성

그러나 한편으로 정보기술의 발전은 민주적 가치실현을 저해할 위험성도 동시에 지니고 있음에 유의할 필요가 있다.

1) 진지한 토론의 상실가능성

대의민주정은 진지한 공개토론(public deliberation)에 높은 가치를 두

72).Peter H. Lewis, "Voters and Candidates Meet on Information Superhighway", N. Y. Times, Nov 6, 1994. p. 30. 이러한 현상은 이미 부분적으로 실현되고 있다. 대부분의 정치인들은 e-mail주소를 가지고 있고 사이버스페이스에서 유권자와 접촉하고 있다.

는 시스템이다. 그것은 시민들의 압력에 정부가 즉각적으로 그리고 깊은 사려 없이 반응을 보이는 정치행태에 처음부터 거부감을 가지고 있다. 즉 대의민주정과는 달리, 직접민주정은 진지한 토론이 결여될 가능성이 높고 그리하여 깊은 사려 없는 즉각적인 정책결정이 이루어질 수 있으며 그만큼 조작가능성이 크다는 것이다. 그렇기 때문에 민주공화정은 대의시스템을 통하여 일반대중의 시각을 넓히고 선동적이고 충동적인 대중의사를 정제시킴으로써 그 생명력이 유지하고 있는 것이다.

그런데 커뮤니케이션 비용의 현저한 감소는 이 같은 정제과정을 위협할 수 있다. 물론 사이버스페이스에서의 토론은 진지할 수 있지만, 그러나 한편으로 시민들과 그들 대표자와의 커뮤니케이션은 심사숙고와 진지한 토론에 의해서 충분히 걸러지지 않은 근시안적이고 충동적인 결과를 초래할 가능성 또한 배제할 수 없다. 다양한 시민의 목소리가 존재한다는 사실은 분명 바람직한 일이긴 하지만, 선거운동이나 공공문제를 다루는 방식이 이미 근시안적이고 인기위주의 선정적인 형태를 띠다면 그것은 오히려 정보기술의 발전이 민주적 가치실현을 저해하게 되는 것이다.⁷³⁾

또한 디지털기술의 발전으로 인해 커뮤니케이션의 선택은 거의 무한대이다. 그러나 그 만큼 각자는 자기 자신만의 커뮤니케이션 세계를 구축할 수 있다. 각자는 자신이 보기를 원하는 정보를 볼 수 있고, 또 그러한 정보만을 볼 수 있다. 그리고 원치 않는 정보를 배제시키는 것은 아주 용이하다. 특정의 주제나 견해만을 선택하는 것은 거의 비용이 들지 않는다. 따라서 만약 시민들이 자신만의 커뮤니케이션 세계를 구축하고서 원치 않는 견해나 주제로부터 자신을 격리시킨다면, 그 만큼 진지한 토론의 가능성은 줄어들게 될 것이다.⁷⁴⁾ 요컨대, 언론자유에의 보장이 ‘타성

73). Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle* (1993), pp. 33-51 참조.

에 쫓은 대중'을 배제시키고 '깨어있는 시민'의 확보를 위한 것이라면, 언론의 자유시장이 완벽하게 기능한다고 해서 그것이 반드시 언론자유 가치실현을 최고도로 신장시킬 것인지는 반드시 단정할 수 없다고 하겠다.

2) 사회의 소국분열현상의 가능성

현재의 커뮤니케이션 환경에서는 사람들은 흔히 자신의 성미에 맞지 않는 사상이나 사리와 원하는 원치 않는 마주치게 된다. 이것은 민주적 가치실현과 관련해서 중요한 의미를 지닌다. 즉 그것은 교육과 토론을 촉진한다. 자유언론체제는 사람들이 자신의 견해와 대립되는 사상에 접하고, 그리하여 자신들의 견해를 검증할 수 있으며, 비록 자신들이 동의하지 않는 다른 사람들의 견해를 검증할 수 있으며, 비록 자신들이 동의하지 않는 다른 사람들의 관점이나 견해를 이해할 수 있는 그러한 시스템이라고 할 것이다. 이러한 과정은 상호 공감과 이해의 능력을 향상시키며, 그리하여 설령 판단과 관점에 있어서 현저한 차이를 나타내는 다른 사람이라도 그들을 탈인간화시키는 현상은 일어나지 않게 된다. 다른 사람의 관점에서 그 타인을 바라볼 수 있는 가능성이 있다는 것만으로 일단 상호 공감과 존경 및 이해의 중요한 틀이 마련되어 있는 셈이다.

그런데, 정보기술의 발전은 사람들로 하여금 자신들이 싫어하는 사상이나 사실, 또는 사실에 대한 설명 등을 걸러낼 수 있게 하여 준다. 즉 각 개인이 자신만의 커뮤니케이션 세계를 구축할 수 있기 때문에 그 결과 사람들은 새롭거나 또는 반대되는 관점이나 견해를 접하기 어려운 높은 강도의 사회적 소국분열현상이 초래될 수 있다.⁷⁴⁾ 이로 인해 서로

74). Eugene Volokh, *op. cit.*, p. 1834-5.

75). Cass R. Sunstein, *op. cit.*, p. 1787.

다른 관점을 가진 사람들끼리의 커뮤니케이션은 지금보다 더욱 어려워지게 될 것이고, 또한 다양한 관점을 가진 사람들끼리의 상호 이해와 공감은 그만큼 더욱 저해될 것이다. 이는 진지한 토론이라는 민주적 가치의 실현에는 큰 장애요인이 될 것이며 따라서 심각한 정치적 위협요인이 아닐 수 없다.⁷⁶⁾

결국, 앞으로 새로운 커뮤니케이션 환경에서 언론자유 가치를 가장 신장시킬 수 있는 언론모델을 모색함에 있어서는 이러한 새로운 위험성에도 주의를 돌려야 할 것이다. 어쩌면 새로운 언론자유법은 중국적으로 지금까지의 언론자유 전통에서 갈라져 나온 자유시장모델과 민주주의모델 중 어느 하나를 택하는 어려운 선택을 해야 할지도 모른다. 앞으로 전개될 커뮤니케이션 시장의 구조변화는 이전과는 또 다른 새로운 방식으로 이 두 모델의 실험하게 될 것이다.

VI. 맺는 말

역사적으로 볼 때, 새로운 미디어의 출현에 대해 정보통제의 주체인 정부는 이 새로운 미디어가 지니는 언론자유 함축을 충분히 인식하지 못하여 왔다고 할 수 있다. 오히려 새로운 커뮤니케이션 기술에 대한 두려움과 의혹은 이들 신기술에 대한 규제를 불러오는 원인이 되었다. 인쇄발명 직후에 그러하였으며, 19세기 후반에서 20세기초에 전신, 전화, 라디오, 텔레비전, 영화 등의 전자매체가 출현하였을 때에도 미국의 연

76). 한편 정보기술의 발전에 있어서 후발국인 우리 나라의 상황에서는 이들 일반적인 위험성 외에도 외국이나 초국적기업에 의한 정보시장의 독점화와 위험성 또한 경계하여야 할 것이다.

방대법원과 연방의회 또한 이들 새로운 미디어에 대해 언론자유를 가치를 충분히 고려하지 않은 채 소극적인 태도를 취하였던 것이다.⁷⁷⁾ 이제 이 같은 현상은 같은 새로운 미디어의 출현에 있어서도 목격되고 있다. 결국 새로운 커뮤니케이션 기술에 의한 정보유통의 사회적 힘과 정부의 정보통제 사이에서 또 다른 차원의 투쟁이 전개되고 있는 것이다. 이러한 투쟁은 결국 헌법상의 언론의 자유를 축으로 해서 전개될 것임은 물론이다.

바로 이러한 현실인식에서 커뮤니케이션 환경과 언론자유법의 법리 사이의 상관관계를 나름대로 규명해 보고자 하였다. 법규범이란 현실을 형성시키면서 동시에 현실을 반영하는 존재이다. 그러므로 언론자유법의 규범체계를 떠받들고 있는 커뮤니케이션 환경이라는 물적 토대가 변화함에 따라 그 규범체계 또한 변화하지 않을 수 없다. 그러나 그 규범구조가 변화한다고 해서 언론자유법의 헌법적 이념과 가치가 변화 내지는 변질되거나 또는 포기될 수는 없는 것이다. 오히려, 물적 토대가 새롭게 변화하면서 언론자유법의 헌법적 이념과 가치를 더욱 신장시킬 수 있는 가능성이 열리게 되었음에도 낡은 규범구조 때문에 그러한 가능성이 저해되어서는 아니될 것이다.

77). 이 점에 관한 상세는, Patrick M. Garry, *Scrambling for Protection: the New Media and the First Amendment* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1994), pp. 138-141 참조. 또한 Donald E. Lively, "Fear and the Media: A First Amendment Horror Show", 69 *Minnesota L. Rev.* 1075 (1985) 참조.

일본의 헌법재판과 헌법소송 이론

김 학 근

헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말

II. 일본 헌법재판의 성격과 최고재판소의 구성

1. 헌법재판의 성격
2. 최고재판소의 구성

III. 헌법재판 50년의 흐름

1. 시행초기 및 1950년대
2. 1960년대
3. 1970년대
4. 1980년대 및 그 이후

IV. 헌법소송의 이론

1. 헌법소송론의 전개
2. 헌법상 쟁점의 주장
3. 헌법판단의 법리
4. 헌법심사기준
5. 헌법판단의 방법

V. 일본 헌법재판의 사법소극주의적 성격

VI. 맺 음 말

I. 머리말

일본헌법은 1946. 11. 3. 제정되고, 다음해 5. 3.부터 시행되었다. 금년은 헌법시행 50주년을 맞이하게 되며, 일본에서는 헌법시행 50년의 그 동안의 경과에 대하여 분야별로 여러 가지로 조명이 이루어지고 있으며, 그 중에 특히 헌법재판에 관하여도 많은 검토와 비판이 가해졌다. 일본은 우리와 달리 헌법재판소를 설치하지 아니하고 최고재판소가 최종적으로 위헌법률심사를 하고 있으며, 따라서 우리 나라와는 구조적으로 상당히 다르다. 또한 우리가 현재 헌법재판소 제도를 가지고 있는 독일을 비롯한 유럽의 여러 나라의 판례나 이론을 연구 검토하고 있는 것과 마찬가지로 일본은 연방대법원에서 위헌법률심사를 하고 있는 미국의 예를 참조하여 위헌법률심사제를 운영하고 학계에서도 미국의 판례나 이론에 대한 연구가 대단히 성한 편이다. 그러나 일본의 최고재판소는 미국과는 다른 독자적인 모습을 보이고 있는 점도 있고, 또 학계에서는 미국의 이론을 도입하면서 최고재판소의 판결에 대하여 심층적인 분석을 하여 헌법소송에 관한 이론을 정비해 나가고 있으므로 비록 헌법재판소가 우리와 다르다고 해도 한번쯤 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 아래에서 일본 헌법재판의 성격과 최고재판소의 구성, 헌법재판 50년의 흐름, 헌법소송의 이론, 일본 헌법재판의 사법소극주의적 성격 등에 대하여 개괄적으로 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 일본 헌법재판의 성격과 최고재판소의 구성

1. 헌법재판의 성격

일본 헌법 제81조는 「최고재판소는 일체의 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한가 아닌가를 결정하는 권한을 가진 중심재판소이다」라고 하여 위헌법률심사제를 규정하고 있지만, 이 위헌법률심사제는 과거 일본제국헌법(명치헌법)에서는 채용되어 있지 않았고 또한 학계에서도 그 동안 연구가 되어 있던 제도가 아니었으므로 제헌 후 한동안 그 제도의 성격을 둘러싸고 학자들 사이에서 논란이 많이 일어났다. 당시 학자들 사이에는 추상적위헌심사권을 인정한 것이라고 주장하는 등 헌법재판소의 도입을 상정하는 학설도 많이 있었을 뿐만 아니라, 한편으로는 헌법규정의 해석으로도 사법적심사권은 최고재판소만이 권한으로 하는 것이 자연스러운 해석이라고 주장하는 학자도 있었다. 이러한 학설의 대립은 일찍이 최고재판소의 판결에 의하여 확정을 보았다. 최고재판소는 1948년 「헌법 제81조는 미국 헌법의 해석으로 수립되어진 헌법심사권을 명문으로 규정한 것」이라고 판결하고,¹⁾ 1950년 명시적으로 하급재판소에도 위헌심사권을 인정하는 판결을 하고 있다.²⁾ 이어 1952년 경찰예비대위헌소송판결에서 「요컨대, 우리의 현행 제도 아

1). 1948. 7. 8. 형집 2권 8호 801쪽

2). 1950. 2. 1. 형집 4권 2호 73쪽

래에서는 특정인의 구체적인 법률관계에 관한 분쟁이 존재하는 경우에만 재판소에 그 판단을 구할 수 있고, 재판소가 이러한 구체적 사건을 떠나서 추상적으로 법률, 명령 등의 합헌성을 판단하는 권한을 갖는다는 견해에는 헌법상 및 명령상 하등의 근거도 없다.」라고 단언하였다.³⁾ 하지만 이 판결의 태도에서 법령상의 근거가 있으면 추상적 위헌심사도 가능한 것인가 하는 논란이 있을 수 있으나 다수설은 위 1948년의 판결과 그 이후의 일반적 운용의 이해로부터 이 판결은 구체적 사건을 계기로 한 부수적심사라는 것을 표시한 것으로서 사법재판소가 행하는 부수적·구체적위헌심사만을 인정한 것으로 보고 있다.⁴⁾ 그렇다면 헌법소송을 하기 위하여는 사법권발동의 전제요건으로서 사건성의 요건을 충족시킬 필요가 있고, 또한 그 사건의 처리에 있어서 헌법최고재판소는 교육숙어합헌확인 등 청구사건⁵⁾에서 「우리 나라의 재판소는 일본국헌법에 특별히 정한 경우를 제외하고 일체의 법률상의 쟁송을 재판하는 권한을 갖는 것이지만, 그 법률상의 쟁송이란 당사자간의 구체적 인 권리의무 내지 법률관계의 존부에 관한 분쟁이고, 또한 그것이 법률이 적용에 의하여 종국적으로 해결할 수 있는 것임을 요한다」라고 하고 있고, 여기서 말하는 「법률상의 쟁송」이 사건성의 구체적 내용이다. 헌법판단의 요건이라 함은 재판소가 사건성의 요건을 충족한 소송에 대하여 공격·방어방법의 하나, 즉 쟁점으로서의 법령이 위헌성을 판단하기 위한 요건이고, 여기서는 위헌주장의 시기, 위헌주장의 이익, 쟁점이 복수인 경우의 처리 방법 등이 주로 문제된다. 시기에 대하여는 상소심에서 처음으로 위헌주장을 하는 것이 가능한가라고 하는 점이 논

3). 1952. 10. 8. 민집 6권 9호 783쪽

4). 巖谷秀樹 헌법소송의 요건 주리스트 1089호(1996. 5. 1.) 부수적위헌심사제란 구체적 위헌심사제와 동의어로 사용되기도 하지만 엄격하게 구별하면 위헌심사의 계기에 착안한 개념이라고 할 수 있다.

5). 1953. 11. 17. 행재례집 4권 11호 2760쪽

의되었으나 헌법판단은 법의 해석의 문제이고, 직권으로 판단가능한 사항이므로 시기를 제한할 수 없다고 한다.⁶⁾ 헌법주장이 이익은 당사자의 주장적격의 문제로서, 쟁점이 복수인 경우는 헌법판단 회피의 문제로서 주로 논의되나 이 점은 아래에서 살펴본다.

2. 최고재판소의 구성

위에서 본 바와 같이 헌법재판은 최고재판소에서 최종적으로 판단하는 바, 그 최고재판소의 구성에 대하여도 살펴볼 필요가 있다. 헌법은 제6조 제2항에서 「천황은 내각의 지명에 의해 최고재판소의 장인 재판관을 지명한다」라고 규정하고, 제79조에서 「① 최고재판소는 그 장인 재판관 및 법률이 정한 원수의 기타 재판관으로 이를 구성하고, 그 장인 재판관 이외의 재판관은 내각에서 임명한다. ② 최고재판소의 재판관의 임명은 그 임명 후 최초로 행해지는 중의원의원 총선거 시에 국민의 심사에 붙이고, 그 후 10년을 경과한 후 처음 행해지는 중의원 총선거에서 다시 심사에 붙이고, 그 후도 같은 것으로 한다. ③ 전항의 경우에 투표자의 다수가 재판관의 파면을 가한다고 한 때에는 그 재판관은 파면된다.」라고 규정하여 재판관 선임절차와 국민심사제에 대하여 규정하고 있다. 재판소법 제41조 제1항은 최고재판소의 재판관은 식견이 높은, 법률의 소양이 있는 연령 40세 이상의 자 중에서 임명하고, 그 중 적어도 10인은 10년 이상 고등재판소 장관 또는 판사의 직에 있던 자 또는 고등재판소장관, 판사, 간이재판소판사, 검찰관, 변호사, 다로 법률에서 정

6). 瀧谷秀樹 헌법소송의 요건 유리스트 1089호(1996. 5. 1.)

한 대학의 법률학 교수 또는 조교수의 직의 하나 또는 둘 이상의 직에 있고, 그 연수를 통산하여 20년 이상인 자로 한다고 하고 있다. 실제 최고재판소가 재판관의 인선은 관행화되어 있어서 경력직 재판관 중에서 5인, 변호사 중에서 5인, 학식경험자 중에서 5인을 임명하며, 학식경험자 5인도 그 비율이 세분화되어 검찰관 2인, 외교관 1인, 대학 법학교수 1인, 기타 내각법제국장(행정관) 등이 임명된다고 한다.⁷⁾ 그러나 최고재판소 재판관의 내각에서의 임명은 사법소극주의로 연결되는 결과를 가져오는 것이라는 비판이 많이 제기되고 있음은 뒤에서 보는 바와 같다.

Ⅲ. 헌법재판 50년의 흐름

1. 시행초기 및 1950년대

헌법 시행 초기에는 헌법재판제도의 설정방향, 재판소법 및 기타 절차, 기구의 형성과정, 재판관의 인사등 앞으로의 전개를 좌우할 중요한 일들이 있었지만 당시로서는 일본제국헌법 체계와 근본적으로 다른 헌법제도의 수용에 정부당국자, 법조계, 학계 등 모두 당혹감을 느끼던 시기이다. 헌법 제81조가 정한 위헌법률심사제에 관한 조문의 이해를 둘러싸고 대륙형과 미국형의 제도의 선택에 학설이 대립하다가 최고재판소 판례를 계기로 미국형의 사법심사설로 귀착되었음은 앞에서 본 바와 같으며, 사법심사형으로 방향이 정해짐과 함께 소의 이익, 사건성 등 소송

7). 구병삭 주요헌법재판소의 조직 고시계 1993년 9월호 26쪽 이하 참조

요건, 하급재판소의 심사방법 등의 부수사항들도 명확하게 인식되었다. 이 때에 헌법판단이 내용을 어떻게 할 것인가 하는 점도 논의되었으나 헌법 제12조, 제13조⁸⁾의 이른바 인권총칙 규정 중의 「공공의 복지」로 정신적 인권이나 경제적 인권 모두를 제한할 수 있는 것으로 파악하였으며 너무나 관념적이어서 설득력이 없는 것이었다. 이 시기의 역할이나 특징으로는 첫째로 입법권의 우위를 부정하고 인권보장을 추진한다고 하는 변혁적 계기를 마련한 것을 들 수 있다. 각종의 자유권 규정에 법률의 유보를 붙여 입법권의 내용을 심사한다고 하는 것은 획기적인 것이었다. 둘째로 한편으로는 입법권의 우위를 실질적으로는 보존하는 기능으로도 나타났다. 특정의 법규가 무엇이든지 합리적인 근거가 있으면 당해 법규를 합헌이라고 하는 것으로 따라서 국회나 제국의회가 제정한 법규가 위헌으로 되는 일이 거의 없기 때문이다. 또 하나의 특색은 헌법판단을 하는 공공의 복지의 방법이 규제하는 국가권력의 측에 이유가 있는가 어떤가 만을 보는 점이다. 헌법이 예정하고 있는 가치체계와의 조정을 하지 않고 있는 점으로 보아서도 과도기이나 존립할 수 있는 임시방편의 이론에 불과하였고, 따라서 이 시기에는 현실로 위헌 판결이 나올 여지는 거의 없었다고 한다.⁹⁾

2. 1960년대

8). 일본 헌법 제12조 「이 헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리는 국민의 부단한 노력에 의하여 이것을 보지하지 않으면 안된다. 또 국민은 이를 남용해서는 안되고, 항상 공공의 복지를 위하여 이를 이용할 책임을 부담한다.」

제13조 「모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 관하여는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타의 국정상최대한의 존중을 필요로 한다.」

9). 奥平康弘 헌법소송의 제적 과 이론. 법학세미나 헌법소송(증간) 8쪽.

「공공의 복지」에 의한 헌법판단의 아래에서는 헌법소송론이 전면 개화하지 못하였으나 인권보장 이외의 영역에서 몇 개의 중요 헌법소송 사건이 제기되어 미일안보조약에 근거한 주유미군은 헌법 제9조 제2항¹⁰⁾에서 금하는 전력에 해당한다고 한 사천사건의 제1심판결을 파기한 최고재판소판결¹¹⁾, 중의원해산 문제를 다룬 점미지판결,¹²⁾ 경찰법개정의 효력을 다룬 판결¹³⁾ 등이 쌓이면서 헌법소송의 한계를 나타내는 통치행위론으로 발전하였다. 또한 제3차 소유물몰수에 관한 헌법판결¹⁴⁾은 실체적으로는 재산권침해와 청문의 절차를 받을 권리를 다룬 것이나 헌법소송상의 문제에서는 헌법상의 쟁점을 제기하는 자의 적격성을 취급한 것으로서 중요하다.

1960년대 중반경에는 권리제약입법의 근거를 「공공의 복지」에서 구하던 헌법판단의 방법도 변하여 하급심에서부터 공안조례의 분야에서 당해 조례가 만들어 내고 있는 규제시스템을 개별구체적으로 검토하는 방향으로 움직여 문제의 시스템이 필요최소한도의 것이 아니라고 판정

-
- 10). 일본 헌법 제9조 제2항 「전항의 목적을 달성하기 위하여 육해공군 기타 전력은 이를 보지 하지 아니한다. 국의 교전권은 이를 인정하지 아니한다.」
- 11). 1959. 12. 16. 형집 13권 13호 3225쪽 이 사건은 미군이 사용하는 입천비행장 내 민유지의 측량에 즈음하여 이를 반대한 1,000여 명의 집단이 경제책을 파괴하였고, 파괴된 곳을 통하여 비행장 안으로 들어간 피고인들을 미일안보조약에 근거한 행정협정에 수반한 형사특별법위반으로 기소한 사건임
- 12). 최고재판소 1960. 6. 8. 민집 14권 7호 1206쪽 이 사건은 제3차 吉田내각이 단행한 전격해산으로 중의원자격을 잃은 점미지의삼이 당해 해산의 헌법위반을 주장하며 의원자격확인 및 임기만료시가지의 세비를 청구한 사건임
- 13). 최고재판소 1962. 3. 7. 민집 16권 3호 445쪽 이 사건은 여당이 일방적으로 통과시켜 연장된 회기내에 통과된 경찰법에 따라 대판부의회에서 경찰비를 포함한 추가를 가결하자 이에 반대한 주민이 개정 경찰법은 무효이고 이에 근거한 지출도 무효라고 주장하여 위헌지출금지를 청구한 사건임
- 14). 최고재판소 1962. 11. 28. 형집 16권 11호 1593쪽 이 사건은 밀수를 기도하다가 발견되어 체포된 피고인에게 관세법 제118조 제1항을 적용하여 범죄행위에 제공된 선박과 범죄와 관계 있는 화물의 몰수를 선고한 1, 2심 판결에 대하여 피고인이 상고하고 몰수된 화물에 피고인 이외의 자의 소유물이 포함되어 있는 것을 주장한 사건임

되어 공안조례를 위헌으로 하는 재판례도 나오게 되었다. 관공서로동자의 근로권의 제한영역에서도 대응하지 않을 수 없었고, 그 결과 1965년의 화교조사건¹⁵⁾에서 최고재판소도 대립하는 제이익의 균형이라고 하는 비교형량의 방법을 도입하였으나 그것으로부터 끌어낸 것은 광범한 입법권의 재량이라고 하는 것으로 비교형량 방법은 권리보장을 위해서가 아니라 역으로 권리제한의 이유를 설명하기 위하여 이용되었고, 결국 종래의 「공공의 복지」를 비교형량이라고 하는 새로운 말로 바꾼 것에 불과하였다. 그러나 1966년의 전체(동경)중우판결¹⁶⁾에서는 비교형량의 방법이 바뀌어 근로자의 쟁의행위 등에 형사제재를 과하는 것은 필요불가피한 경우에 한한다고 하는 관점에서 그러한 불가피한 사정이 있는지 어떤지가 비교적 엄격히 심사되었고, 이러한 방법은 1969년도교조판결¹⁷⁾에서 답습되고 보다 명확히 되어 합헌한정해석에 의해 문제의 제약법규자체는 합헌으로 하였지만 쟁의행위를 형벌에서 대폭 해방하는 것에 의해 관공서로동자의 쟁의권을 승인하는 결론에 도출되었다.

또 1967년 봄 찰황지방재판소가 혜정사건¹⁸⁾에서 자위대합헌문제의 판단을 회피하여 판결한 것을 두고 학계에서 궁택준의 교수와 유창료길

15). 최고재판소 1965. 7. 14. 민집 19권 5호 1198쪽 이 사건은 화가출현공립학교교직원조합의 전 임직원으로 선임된 원고들이 로조업무에 종사하기 위하여 휴가원을 제출하였으나 시교육위원회가 이를 불승인하자 그 취소를 청구한 사건임

16). 최고재판소 1966. 10. 26. 형집 20권 8호 90쪽. 이 사건은 전체신노동조합간부인 피고인들이 우편국종업원을 근무시간에 빠지고 직장집회에 참가하도록 설득하여 직장을 이탈시킨 행위에 대하여 우편물불취급의 죄(우편법 제79조 제1항)의 교사죄로 기소된 사건임

17). 최고재판소 1969. 4. 2. 형집 23권 5호 305쪽 동경도교육위원장의 근무평정규칙에 반대하여 조합원에게 집단휴가원을 제출하도록 지령을 내린 로조간부에 대하여 집단휴가행위는 동맹과업에 해당하고, 지령의 배포전달행위는 지방공무원법 제61조 제4호의 선동행위에 해당한다고 하여 기소한 사건임

18). 1967. 3. 29. 하형집 9권 3호 359쪽 이 사건은 혜정정에 있는 자위대연습장 주변의 낙농민인 피고인들이 자위대의 사격연습시에는 사전연락한다는 신사업정에 위반한 자위대의 포사격을 이유로 착탄지점의 연락용 전선등을 절단하였다가 자위대법위반으로 기소된 사건임

교수 사이에 다툼이 벌어졌으나, 궁택준의 교수의 헌법판단을 하지 않고 재판을 할 수 있는 경우에는 헌법판단을 하지 않아야 할 뿐만 아니라 오히려 하지 말아야 한다고 하는 설이 다수설이 되었으며, 이것이 미국형의 사법심사제에도 적합한 것으로 이해되었다.

3. 1970년대

이 시기에는 최고재판소에서는 존속살가죄위헌판결¹⁹⁾, 약국개설허가제 위헌판결²⁰⁾ 및 의원정수배분위헌판결²¹⁾이 나왔다. 존속살가죄위헌판결은 입법목적 달성을 위한 수단이 목적과의 관계에서 합리적 범위 내에서 균형을 갖추고 있는가 어떤가를 심사한 것으로 입법사실론²²⁾의 방법이 그 나름대로 채용되어 있는 것이다. 약국개설허가제위헌판결은 약국의 거리제한에 관한 규정의 직업의 자유의 제약이 문제로 된 사건으로 구체적 규칙조치에 대하여 규제의 목적, 필요성 내용, 이것에 의하여 제한되는 직업의 자유의 성질, 내용 및 제한의 정도를 검토하여 이것을 비교고려한 뒤에 신중히 결정하지 않으면 안된다고 하여 심사해야 할 제요소를 명확히 확인하고, 소극적·경찰적인 목적의 허가제는 합헌성판단에 있어서 규제수단(거리제한)과의 관련성에 관하여 보다 엄격한 심

19). 1973. 4. 4. 형집 27권 3호 265쪽 이 사건은 중2학년 때 실부에게 간음 당한 후 10년간 부부와 같은 생활을 강요당하고, 아이까지 출산한 피고인이 직장에서 정상적인 결혼의 기회를 만났지만 실부가 협박·학대하자 실부를 살해하고 자수한 사건임

20). 1975. 4. 30. 민집 29권4호 572쪽 이 사건은 배치의 적정을 결하였다고 인정되는 경우 약국개설허가를 부여하지 않을 수 있도록 한 약사법 제6조와 위 조문에 근거한 광도현조례에 위반되었다고 개설불허가처분을 받은 원고가 위 처분의 취소를 청구한 사건임

21). 1976. 4. 14. 민집 30권 3호 223쪽 이 사건은 중의원의원선거에서 최대교차 4.99 대 1이 되도록 규정한 공직선거법의 평등권위반을 다투어 제기한 선거무효소송임

22). IV. 헌법소송의 이론편 참조

사가 필요하다고 보았다. 의원정수배분위헌판결은 종전의 입법정책의 문제라고 하는 소극적 태도에서 벗어나 헌법 제14조 제1항²³⁾이 선거인 자격에 있어서 차별의 금지를 정하고 있는 것만이 아니라 선거권의 내용, 즉 각 선거인의 투표가치의 평등, 한표의 무게의 평등을 정하고 있다고 해석하기에 이르렀다.

그러나 위의 판결들이 바로 사법적극주의로의 이행을 의미하는 것은 아니고 사법소극주의의 틀 내에서의 사법의 활성화를 나타내는데 머무르는 것이었다. 존속살가죄위헌판결에서 다수의견은 존속살중죄의 입법 목적에는 하등 이의를 달지 않고 단지 중벌의 정도가 균형을 잃고 있다는 것에 지나지 않는다는 것이고, 약국개설허가제위헌판결은 정치적 논리로 위헌의 이유를 전개하고 있지만 사실 문제의 거리제한조치는 특정의 영업자의 기존의 경제적 이익을 지키기에 급급한 합리성 없는 제도였던 것이다. 의원정수배분위헌판결도 사실은 종전에 정치문제영역이라고 하여 사법심사를 배척하여 온 미국의 연방대법원의 Baker v. Carr 사건²⁴⁾ 이후 일인일표의 원칙을 엄격히 적용하여 오고 있다는 배경과 평등조항의 실질화를 요구하는 현대헌법이 투표권의 분야에서 결과가치의 평등을 요구하게 된 헌법가치관의 변화가 있었던 것에 영향을 받은 것이었다.²⁵⁾

그 외에도 위 약국개설허가제위헌판결에 선행하는 소매상업조정특별조치법합헌판결²⁶⁾이 있었는데, 최고재판소는 여기서서 적극적인 사회경

23). 일본 헌법 제14조 제1항 「모든 국민은 법아래 평등하고, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 문지(가문)에 의하여 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에 있어서 차별되지 아니한다.」

24). 369 U.S. 186(1962).

25). 奥平康弘 헌법소송의 쟁과 이론 법학세미나 헌법소송(중간) 12쪽

26). 최고재판소 1972. 11. 22. 형집 26권 9호 586호 이 사건은 적당경쟁방지 등을 목적으로 한 소매시장허가규제에 위반하여 무허가로 지정구역 내에 건물 1동을 건설하여 소매상인 등에게 임대한 혐의로 동법 위반으로 기소된 사건임

제정책 아래서의 개인의 영업활동규제(소매시장개설허가제)는 이러한 규제조치가 목적달성을 위하여 필요하고도 합리적인 범위에 머무는 헌법상 허용된다고 하였다. 이 판결의 특징은 이러한 입법재량론은 적극적인 사회경제정책과의 연관하여 설명되고 있는 것이어서 개인의 정신적자유 등에 관한 경우에는 그것은 들어맞지 않는다는 것을 명언으로 하고 있는 점이다. 이점에서 이종의 기준 이론이 초보적이거나 시사되어 있다.

또한 국가공무원의 정치활동의 자유에 대한 제한을 입법사실론에 입각하여 엄밀하게 심사하여 합헌으로 판결한 원불사건의 상고심판결²⁷⁾이 있는바, 이 사건은 제1심판결에서는 이 사건이 가진 의미를 중시하여 이종의 기준을 염두에 두고 규칙수단의 점에서 보다 제한적이지 아닌 다른 선택할 수 있는 수단(less restrictive alternatives, 이하 LRA의 기준이라고 한다.)의 유무를 검토하였지만, 최고재판소 대법정은 이를 거부한 점에 특징이 있다. 이 시기에 보인 사법심사의 활성화가 표현의 자유와 같은 헌법가치에 실질적인 보장을 부여하는 효과를 반드시 가진 것은 아니라는 것을 이 사건판결은 보여주고 있는 것이다. 또한 유사한 점이 덕도시공안조례 최고재판소판결²⁸⁾에서도 보여지고 있는바, 조례의 별칙이 불명확하여 헌법 제31조²⁹⁾에 위반하는가의 문제에 대하여 정면으로 다루어진 이 사건에서 최고재판소는 교통질서유지의무의 내용이

27). 최고재판소 1974. 11. 6. 형집 28권 9호 393쪽 이 사건은 원불촌의 우편국 직원으로 지구로 동조합협의회 사무국장인 피고인이 중의원의원선거시 위 협회회의 결정에 따라 사회당 후보를 지지할 목적으로 동당 후보자의 포스터를 공영계시관에 게시하고, 배포한 행위에 대하여 국가공무원법 및 인사원규칙위반으로 기소된 사건임

28). 1975. 9. 10. 형집 29권 8호 489쪽 이 사건은 안보내각타도 등을 이유로 테모행진에 참가한 피고인이 ① 스스로 사행진을 하고, ② 피리를 부는 등으로 집단행진자에게 사행진을 선동한 혐의로 ①에 대하여 도로교통법위반, ②에 대하여 덕도시공안조례위반으로 기소된 사건임(②에 대하여 법규 내용 불명확을 이유로 1, 2 심이 무죄를 선고)

29). 일본 헌법 제31조 「누구라도 법률이 정한 절차에 의하지 않으면 그 명령 혹은 자유를 빼앗기거나 또는 기타의 형벌이 과해지지 아니한다.」

명확하지 아니하여 입법조치로서 현저하게 타당성을 결하고 있는 것이라고 비판하면서도 조례가 법률대상으로 하고 있는 데도 행정 등과의 문맥 안에서 통상의 판단능력을 가진 일반인의 이해하는 바에 의하여 이 문언은 애매불확실하다고는 말할 수 없다라고 판시하였다.

또 이 시기의 특징의 하나는 위 1960년대의 전체(동경)중우판결과 도교조판결의 헌법론을 반복하여 공무원의 쟁의권금지에 얽힌 일체의 위헌의 의심을 제거하고 이 관계의 범규에 확고한 합헌의 기초를 부여한 일련의 판결을 한 것이다. 그 중 중요한 것은 1973년의 전농림경직법사건 최고재판소판결³⁰⁾이다. 위 도교조판결에서 최고재판소는 지방공무원법상의 쟁의행위선동죄를 문언대로 해석하여서는 위헌의 의심이 있다고 하여 한정해석을 시도하여 선동죄는 쟁의행위 일반이 아니라 위법한 쟁의행위와의 관계에서만 성립한다고 판시하였던 것을 전농림경직법사건에서 최고재판소는 국가공무원법상의 선동죄에 관하여 이것을 위법한 쟁의행위를 선동하는 경우에만 한정하는 것은 잘못이고, 쟁의행위 일반과의 관계에서 성립하는 것으로 해석하여 도교조판결 이전으로 복귀하였다.³¹⁾ 그러나 합헌한정해석의 방법은 노동기본권의 제한이 아닌 다른 인권관계의 사건에서 1980년대에 그대로 사용되고 있음은 아래 헌법소

30). 1973. 4. 25. 형집 27권 4호 547쪽 이 사건은 내각의 경찰관직무집행법개정안에 대해 총평의 통일행동 결성 후 전농림노동도 이에 참가하게 되어 동 노동조합가 농림생직원에게 직장대회에 참가하도록 종용한 행위가 국가공무원법 제98조 제5항 위반으로 기소된 사건임

31). 학설은 짧은 기간에 인권보장을 좁히는 방향으로 판례변경으로 한 점, 헌법 제28조의 인권보장의 취지에 기초하는 한 쟁의권의 제한규정을 그대로 전면적으로 합헌으로 하는 해석은 취할 수 없는 점, 헌법 제31조에 의한 범죄 구성요건의 명확화의 요청은 형사제재의 대상으로 되는 행위를 넓히는 것이 아니라 좁히는 것을 요구하고 있는 점, 다수의견의 논지는 법령위헌의 결론에 이르게 되는 것에 향해서 있다고 하는 점등을 들어 위 다수의견을 비판하고 있다. 또 합헌한정해석에는 법률을 고쳐 쓰는 것과 같은 무리한 해석의 도입의 위험이 있다는 난점을 지적하면서도 공공의 복지론에 의한 단순한 합헌판단보다 훨씬 유효한 인종보장을 위한 판단방법이라고 평가하고 판례법의 발전과정의 후퇴를 한탄하는 논지도 적지 않다. (戶松秀典 헌법판단의 방법 법학 세미나 헌법소송(중간) 222쪽)

송의 이론에서 보는 바와 같다.

4. 1980년대 및 그 이후

1980년대의 헌법소송은 호별방문금지합헌판결³²⁾, 대판국제공항공해소송판결³³⁾, 장소미사일 기지판결³⁴⁾, 굴목소송판결³⁵⁾, 참의원의원정수사건판결³⁶⁾, 북방저널 사건³⁷⁾, 기부현청소년보호육성조례사건³⁸⁾ 등으로 대표되는데 1970년대와 연장선상에 있으면서 보다 확실하게 입법부나 행정부와의 경양을 나타내는 것에 의해 사법소극주의의 색채를 점점 농후하게 하고 있다고 할 수 있다. 호별방문금지합헌판결은 1950년 최고재판소 대법정판결이 당시 지배적이었던 공공의 복지를 이유로 간단히 합헌으로 하였던 것을 최고재판소 제2소법정판결에서 호별방문은 매수

32). 최고재판소 제2소법정 1981. 6. 15. 형집 35권 4호 205쪽

33). 헌법재판소 1981. 12. 16. 민집 35권 10호 1369쪽 이 사건은 대판국제공항 부근 주민들이 항공기의 소음 등에 신체적·정신적 피해 및 생활 환경파괴 등을 이유로 관리자인 국을 상대로 오후 9시부터 오전 7시까지 공항사용금지 및 손해배상(과거 및 장래)을 청구한 민사소송사건임

34). 최고재판소 제1소법정 1982. 9. 9. 민집 36권 9호 1679쪽 이 사건은 장소정에 있는 항공자위대 미사일기지 건설을 위해 국유보안림의 지정해체 및 대체를 허가한 농림대신의 처분의 취소를 청구한 사건임

35). 최고재판소 1982. 7. 7. 민집 36권 7호 1235쪽

36). 최고재판소 1983. 4. 27. 판례시보 1077호 30쪽

37). 최고재판소 1986. 6. 11. 민집 40권 872쪽 이 사건은 잡지 북방저널이 어느 권력자의 유흥이라는 제목하에 북해도지사선거에 입후보한 원고의 사생활등을 비난하는 내용의 기사를 게재하자 원고는 참회지방재판소에 본건 잡지의 집행관보관, 인쇄 기타 출판활동의 금지등을 구하는 가처분신청을 한 사건임

38). 최고재판소 1989. 9. 19. 형집 43권 8호 785쪽 이 사건은 기부현청소년육성보호조례 제6조에 의해 유해도서로서 포괄지정을 받은 도서를 자판기에 수납한 피고인이 위 조례위반으로 기소된 사건으로 피고인은 본조례에 의한 유해도서지정은 헌법 제21조 등에 위반한다고 다투어 상고한 사건임.

등 부정행위의 온상이라든가, 선거인의 생활의 평온을 해하고 폐를 끼친다는 등의 상식적인 폐해론하여 합헌으로 하고 있으며, 골목아동부양수당과의 병급을 금지하고 있는 법규(아동부양수당법 제4조 제3항 제3호)의 헌법 제25조 제1항³⁹⁾ 및 제14조 위반여부가 문제된 사건으로 최고재판소는 첫째의 점에 관하여 이러한 사회보장법제도상의 문제는 널리 입법재량에 맡겨져 있고, 그것이 현저하게 합리성을 결하여 명백히 재량의 일탈·남용으로 보지 않을 수 없는 경우를 제외하고 재판소가 심사판단을 하는 것에 적합하지 않은 사항이라고 판시하고, 이러한 광범위하고 강력한 입법정책사항에 속하는 이상은 헌법 제14조 위반의 문제도 사법심사가 미칠 여지는 거의 없는 것으로 되어 금지에 수반하는 차별은 이른바 합리성의 기준에 의해 합헌으로 되고 있다. 선거인수의 교차가 최대 1대 5.26일 뿐만 아니라 선거인수가 많은 선거구의 의원정수가 선거인수가 적은 선거구의 의원정수보다 적게 되는 이른바 역전현상이 생긴 상황에 대한 참의원의원정수사건판결에서도 최고재판소는 선거제도 입안에 있어서 입법재량을 거의 최대한 가까이 승인하는 한편, 역으로 투표가치의 불평등성이 가진 의미를 아주 작게 평가하여 합헌의 결론을 도출하고 있다. 현저한 불평등이 상당기간 계속하여 방치되어 있고, 복잡하고 고도로 정책적인 고려와 판단을 하여 행사되어야 할 국회의 재량적 권한에 관계된 것인 점을 고려하여도 그 허락되는 정도를 넘는다고 판단되는 경우에 비로소 사법이 관여할 수 있다고 하고 있기 때문이다.⁴⁰⁾

한편 대판국제공항공해소송판결, 장소미사일 기타판결에서는 행정권에

39). 일본 헌법 제25조 「① 모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 갖는다. ② 국은 모든 생활부면에 대하여 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력하지 않으면 안된다」

40). 중의원의원 선거와 달리 지방선출의원의 지역대표적 성격과 전국 선출의원의 직능대표적 성격 등 참의원의 특수성이 고려되었다.

의 경양이라는 점에 있어서 사법심사의 한정이라고 하는 형태로 나타난 사법소극주의가 공통이다. 대판국제공항공해소송판결에서는 최고재판소는 비행금지의 청구는 불가피적으로 항공행정권의 행사의 취소 변경 내지 그 발동을 구하는 청구도 포함되는 청구로 되고 본건과 같은 민사소송으로 다룰 수 없다고 하여 소를 부적법 각하하였고, 장소미사일 기본판결도 농림대신이 행한 보안림지정해제처분의 취소소송이라고 하는 형식으로 자위대의 합헌성이 다투어지고 있었지만 최고재판소는 농림대신이 처분과 동시에 행한 보안림대체시설의 설치에 의해 홍수, 갈수의 위험방지의 이익침해상태는 없게 되었다고 보고, 소의 이익이 상실되었다고 판단하였다.

북방저널 사건과 기부현청소년보호육성조례사건은 표현의 자유에 대한 최고재판소의 판례이나 표현의 자유에 대한 합헌성기준은 제시되지 않았고, 표현의 자유의 우월성도 언급되지 않았다. 북방저널 사건은 표현의 자유와 인격권의 확보, 이 둘이 모순대립한 경우 이 양이익을 어떻게 조정할 것인가에 대해 최고재판소가 처음으로 인격권으로서의 명예권을 기초로 하여 권리침해를 표현행위에 대하여 금지구제를 실체법상 승인하고, 이것에 의해 표현행위에 대하여 금지구제를 부여하는 것은 헌법상 허용된다는 취지를 명언하였다. 다만 표현의 자유는 국민의 알권리의 대상으로 될 수 있는 사항의 표현의 자유에 영향을 미칠 수 있으므로 통상의 가치분절차에는 요구되지 않는 특별히 부가적인 절차보장에 입각하여 사전금지가 허락되는 경우를 엄격히 제한하는 방법을 제시하고 있다. 기부현청소년보호육성조례사건은 탈법적행위에 유효하게 대처하기 위하여는 본조례 제6조 제2항에 의한 지정방식(포괄지정)도 필요하고 또한 합리적이며, 그러므로 유해도서의 자판기에의 수납금지는 청소년에 대한 관계에 있어서 헌법 제21조 제1항⁴¹⁾에 위반하지 않는

것은 물론 성인에 대한 관계에 있어서도 유해도서의 유통을 얼마간 제약하는 것으로는 되지만 청소년의 건전육성을 저해하는 유해환경을 정화하기 위한 규제에 수반하는 필요부득이한 제약이고 헌법 제21조에 위반하지 않는다고 하여 합헌성판단의 기준은 제시되지 않았지만 표현내용을 직접규제하는 경우에 비하여 보다 완화된 기준에 의해 합리성을 심사할 수 있다는 입장을 취하고 있으며, 위와 같은 규제를 지지하는 입법사실이 존재하는가에 대한 검토는 이루어지지 않고, 본 조례에서 규제대상으로 된 출판물이 청소년의 건전한 육성에 유해하다는 사회공통의 인식이 있다는 견지에서 합헌으로 할 수 있는 것으로 하고 있다.

이후 1990년대에 들어와서도 최고재판소의 사법소극주의 경향은 계속 되어 1987년 이후 현재까지 위헌판결은 나오지 않고 있으며, 학계에서 최고재판소의 존재방식에 대하여 점차 불만의 소리가 높아져 가고 있다.⁴²⁾

1990년 이후의 주요 헌법소송으로는 파괴활동방지법상의 선동죄에 대한 판결⁴³⁾, 성전신법사건판결⁴⁴⁾, 제1차 가영교과서검정사건판결⁴⁵⁾, 정

41). 일본 헌법 제21조 「① 집회, 결사 및 언론, 출판 기타 일체의 표현의 자유는 이를 보장한다. ② 검열은 이를 해서는 아니된다. 통신의 비밀은 이를 침해해서는 아니된다.」

42). 이 점은 일본 헌법재판의 사법소극주의적 성격에서 자세히 살펴보기로 한다.

43). 최고재판소 1990. 9. 28. 형집 44권 6호 463쪽 이 사건은 中核派全학연중앙집행위원회위원장인 피고인이 오키나와 반환협정에 반대하는 집회에 참가한 다수의 학생, 노동자의 앞에서 무장폭동 등을 선동하는 연설을 하여 기소된 사건임

44). 최고재판소 1990. 9. 28. 형집 44권 5호 437쪽 이 사건은 성전공항 개혁에 반대하는 투쟁으로 개혁이 연기되자 의원입법으로 급히 제정시행된 신동경국제공항의안전확보에관한긴급조치법에 의거 원고의 공작물에 대하여 폭력주의적파괴행동 등에 사용되거나 사용될 우려가 있는 폭발물 등의 제조 및 보관의 장소의 용에 제공하는 것을 금지하는 처분을 하자 원고가 국을 상대로 처분의 취소 및 위자료를 청구한 사건임.

45). 최고재판소 1993. 3. 16. 민집 47권 5호 3483쪽 이 사건은 신일본사의 저자 家永三郎이 제기한 3차에 걸친 가영교과서소송 중 최초로 제기된 것으로 1962년도의 불합격처분 및 1963년도의 조건부합격처분을 한 문부대신의 조치를 위헌·위법이라고 하여 국가배상을 청구한 사건임

보공개에 관한 판결⁴⁶⁾ 등이 있다.

과피활동방지법상의 선동죄에 대한 판결은 표현활동이라고 하더라도 절대무제한으로 허용되는 것이 아니고 공공의 복지에 반하고, 표현의 자유의 한계를 일탈할 때에는 제한을 받지 않을 수 없다고 하여 합헌으로 하고 있고,⁴⁷⁾ 성전신법사건판결은 헌법 제31조가 규정하는 법정절차의 보장은 직접으로는 형사절차에 관한 것이지만 행정절차에 대하여는 그것이 형사절차가 아니라는 이유로 그 모두가 당연히 동조에 의한 보장의 틀 밖에 있다는 판단은 상당하지 않다고 하면서, 그러나 동조에 의한 보장이 미친다고 해석하는 경우에 있어서도 일반적으로 행정절차는 형사절차와 그 성질에 있어서 차이가 있고, 또 행정목적에 응하여 다종 다양하므로 행정처분의 상대방에게 사전의 고지, 변해, 방어의 기회를 부여할지 여부는 행정처분에 의하여 제한을 받는 권리의 내용, 성질, 긴급성 등을 총합교량하여 결정되어야 할 것이고 항상 반드시 그 기회를 부여할 필요가 있는 것은 아니라고 하였다. 합헌성의 심사기준으로서의 이익교량론이 보다 단적인 형태로 전개되고 있고 이점에서는 엄격한 기준론을 취하는 학설로부터 비판이 있으나, 일반적으로 불이익한 행정처분에 헌법적 적정절차원칙의 추급에 관한 최고재판소의 최초의 판례이다. 제1차 가영교과서검정사건판결은 검정을 제도상으로도 적용상으로도 합헌으로 하고 재량남용론에 대하여도 문부대신이 붙인 검정건에 상응한 근거가 있으면 재량권의 일탈·남용은 없다는 논법으로 문제의 검정처분 전체에 대하여 합헌으로 하고 있고, 정보공개에 관한 판결은

46). 최고재판소 1994. 1. 27. 민집 48권 1호 53쪽 이 사건은 주민 등이 대관부공문서공개등조례에 의거 대관부지사에게 지사와 관련된 교제비에 대한 공문서의 공개를 청구한 사건임

47). 伊藤正己 전 최고재판소재판관은 위 판결에서는 표현의 자유를 둘러싼 거대한 판례법체계를 기초로 된 것이 선동죄의 법적규제이고, 연방 대법원이 그곳에서 표현의 자유의 보장을 위한 중요한 법리를 자라나게 한 점등에 비추어보면 너무나 단순한 논리전개라고 비판한다. (재판관과 학자의 사이 114쪽)

1982년경부터 제정되어 제도화되기 시작한 공적기관보유정보의 공개에 관한 최고재판소의 최초의 판례로서 공개에서 제외된 부분의 판단에는 엄격한 기준을 요한다는 1, 2심의 판단과 달리 지사의 교제의 상대방이 된 사인에게 있어서는 그 구체적 비용, 금액등까지 일반적으로 타인에게 알려지기를 바라는 것은 아니고 그것이 정당하다고 인정되며, 그렇다면 이와 같은 교제에 관한 정보는 그 교제의 성질, 내용에서 보아 교제내용등이 일반적으로 공표되는 것이 원래 예정되어 있는 것을 제외하고는 공개하지 않을 수 있는 문서에 해당한다고 판단하였다.

IV. 헌법소송의 이론

헌법법률심사제에 친숙하지 못하였던 일본으로서는 제도 시행초기에는 헌법소송에 관한 이론도 발달하기 어려웠다. 그러다가 위에서 본 바와 같이 1960년대로 접어들면서 최고재판소에서 위헌판결이 선고되고, 미국에서 공부하고 귀국한 학자들에 의하여 미국의 헌법소송이론이 소개되면서 헌법소송론은 학계에서 크게 붐을 일으켰다. 아래에서는 일본의 헌법소송이론에 대하여 헌법재판사건의 판례와 함께 헌법상 쟁점의 주장, 헌법판단의 법리, 위헌심사기준, 헌법판단의 방법 등 주요내용에 대하여 선별적으로 살펴본다.⁴⁸⁾ 그리고 그에 앞서 헌법소송론의 전개와 그 비판에 대하여도 간단히 살펴보기로 한다.

48). 일본에서 헌법소송이론이 반드시 위와 같은 체계나 내용으로 분류되어 있는 것은 아니다. 여기서는 편의상 위와 같은 체계를 세워 검토해 보고자하며, 헌법판단의 법리 등의 용어와 그 내용이 상응하여 적절한 것인지에 대하여도 의문은 있다.

1. 헌법소송론의 전개

가. 헌법소송론의 성행

헌법소송론은 헌법소송의 기술이나 절차를 둘러싼 논의를 그 중심으로 하는 것이고, 원래 일본 헌법학계에서 인기 있는 분야는 아니었으나 미국의 판례나 학설을 참고하면서 1960년대에 들어서 본격적으로 전개되었다. 그 후의 발전은 눈부셔서 1970년대 후반에는 일본 헌법학계의 총아적 테마라고까지 불리게 되었다.⁴⁹⁾

헌법소송론은 위헌심사제에 의한 인권보장을 실효성 있는 것으로 하는 것이기에 위헌심사제의 성립과 동시에 원래 필요한 것이었지만, 1965년 경부터 헌법소송론이 성황을 초래하게 된 이유는 중요한 헌법사건과의 대응관계에 의한 것이다. 1960년대 이후 선고된 일련의 헌법소송사건은 형식적, 관념적인 공공의 복지론으로 간단히 결론짓는 일이 많았던 그때까지의 판례의 헌법판단의 방법 그 자체를 근본적으로 재검토하고, 기술론, 절차론도 시야에 넣어 면밀한 헌법해석을 전개할 필요성이 있음을 보여 주었기 때문이다. 이러한 현실의 사건에 대하여 헌법가치를 살리는 방도를 찾아 적절히 대응하기 위하여 위헌심사제를 오래 경험한 미국의 판례이론과 학설을 하나의 지침으로 연구하는 실제상의 요청이 상당히 컸던 것이다.

나. 헌법소송론에 대한 비판

헌법소송론에 대한 비판은 여러 학자에 의해 여러 각도에서 행해지고

49). 手島 孝 공법연구 39호(1977) 200쪽

있는바, 대표적인 것을 들면 다음과 같다.⁵⁰⁾

그 중에서도 소림직수 교수는 헌법소송론이 소송기술상의 문제에 치중되어 있고, 이러한 유형에 실무계나 법학교육에도 영향을 미쳐 무사상의 기술관료를 양성하게 되고, 제도의 근저에 있는 가치나 리념의 성찰, 헌법 현상의 과학적 분석이나 역사적 고찰을 소홀히 하게 된다고 비판하였는바, 이는 헌법소송론 비판에 도화선이 되었다. 또한 포부범수 교수는 헌법소송이나 기술이나 절차를 시스템화하는 것 자체로서는 결코 나쁜 것은 아니나 그러한 시스템화된 기술론·절차론은 실제적인 가치론에서 거리가 멀리하게 되는 숙명을 갖고 있으며, 실제적인 가치론에서 멀게 되면 될수록 당연하지만 어떤 가치도 실현할 수 있는 - 따라서 인권에 대하여 극히 제약적인 결론을 이끌 수 있는 - 것으로 될 것이다. 따라서 그것이 악용되지 않기 위한 방법으로 헌법이 어떠한 가치를 실현하려고 하고 있는가를 명확히 하여 두는 길밖에 없다고 하여 실제적 헌법해석론의 확립을 주장한다. 그리고 奥平康弘 교수는 일본의 헌법소송론의 전개가 미국의 헌법판례·이론의 직수입에 불과하고, 미국과 일본의 차이를 인식하여 평가하지 않고 미국법을 그대로 적용하여 일본 고유의 난점이 보이지 않게 되어 버리고 결과적으로는 현상에서 빠져나오지 못하는 것이라고 비판했다.

위와 같은 비판은 헌법소송론을 연구하고 있는 학자들에게도 커다란 영향을 미쳐 헌법소송론이 단순한 기술론에 빠지지 않고 올바른 방향으로 나아갈 수 있게 한 것으로 보인다. 헌법소송론을 적극 전개하였던 芦部信喜 교수는 헌법소송론이란 원래 그 내용을 어떻게 고찰할까가 반드시 일의적으로 결정되어 있는 것은 아니지만 원래 사법판단적합성의 문제를 중심으로 구성되는 것이니까 기술론·절차론이라고 해도 그것

50). 야중준언 헌법소송론의 의의와 문제점 위헌심사제의 연구 175쪽 이하 참조

이 본래 헌법의 기본원리라든가 헌법가치로 불리는 것에 깊이 연결되어 있다는 것에 주의해야 하고, 중요한 것은 기술론에만 빠지지 않고 헌법의 본질이 국가권력에 제한을 가하여 그것을 통하여 인권을 보장하는 가치체계이고 사법심사는 진실로 사법적헌법보장제인 점, 그 곳에 헌법소송의 제문제를 고찰하는 경우의 가장 중요한 원점이 있는 점에 입각하여 기술론의 의의와 한계를 검토하는 것이라고 하였다.⁵¹⁾

이리하여 1980년대의 학설의 동향을 언급한 삼영수 교수는 논의의 추세는 기술적 헌법소송론으로 빠져드는 것을 경계하고, 헌법재판의 헌법학에 있어서 위치를 모색하면서 그 의의와 한계를 고찰하는 기운으로 향하고 있는 모습에서 이른바 헌법소송론분이 하나의 극히 중요한 전환점을 맞이한 것으로 생각된다고 하여 헌법소송론이 제위치를 찾아가고 있음을 시사하고 있다.⁵²⁾

2. 헌법상 쟁점의 주장

일본 헌법 제81조의 위헌입법심사권은 어디까지나 부수적심사제이고, 이는 다시 말하면 위헌심사가 행해지기 위하여는 사건성의 요건이 충족되는 것을 전제로 한다. 이것은 일본의 헌법소송에서 순수한 헌법소송은 존재하지 않고 구체적인 민사, 형사, 행정사건소송 안에서 위헌이 주장되는 형태로 되어 비로소 소송은 헌법소송으로서의 성격을 병유하는 것으로 된다. 소송당사자가 헌법상의 쟁점을 주장할 적격성을 갖느냐의

51). 蘆部信喜 헌법소송론 과제 강좌 헌법소송 1권 10쪽 이하 참조

52). 森英樹 1985년 학계회고(헌법) 법조시보 57권 13호 4쪽

문제는 소송요건과는 별개의 문제로 헌법소송에 고유한 문제이며, 일본에서는 적용의 가분성, 규정의 가분성의 문제와 제3자의 권리의 주장이 주로 논의되고 있다. 그리고 재판소에 의한 쟁점의 제기의 문제도 있으나, 여기서는 당사자에 의한 주장에 대하여만 살펴보기로 한다.

가. 적용의 가분성의 문제

어느 법률이 위헌의 의심이 있다고 해도 그 법률은 여러 가지 상황에 적용되므로 일정한 상황에서의 적용은 합헌이나 다른 상황에서의 적용은 위헌으로 되는 경우가 있다. 이러한 경우가 생기는 원인은 첫째, 규제법의 문언이 애매하기 때문에 많은 위헌적인 적용의 가능성이 불가피한 경우(불명확한 법률)이고, 둘째는 문언은 명확하여도 입법자가 주의 깊게 규제의 범위를 한정하는 노력을 하지 않았기 때문에 많은 위헌적인 적용의 가능성이 생기고 있는 경우(규제범위가 과도하게 광범한 법률)이다. 위헌심사를 법률의 개개의 적용마다 행하는(적용상의 가분성을 인정한다) 심사방법을 적용상 심사라고 부르고, 문제의 법률이 자기에게 적용된 경우에 합헌임과 위헌임을 묻지 않고, 항상 법률 그 자체의 위헌의 주장을 허락하는(적용상의 가분성을 부정한다) 심사방법을 문면상 심사라고 한다.

그런데 일본의 헌법재판의 위헌심사에 있어서 종래 적용의 가분성 혹은 적용상 심사방식은 별로 나타나 있지 아니하고, 오히려 문면상의 심사방식이 당연히 전제로 되어 있다고 보고 있다. 문면상 심사를 해야 한다는 주장의 근거는 재판소는 헌법의 최고법규성을 확보하고, 위헌적인 법률을 적용하여 재판을 행해서는 안된다고 하는 생각, 재판소에 의한 인권보장의 강화를 강하게 기대하는 입장에서 위축적 효과(chilling effect)⁵³⁾를 갖고 있는 인권규제입법에 관하여는 재판소는 항상 문면상

심사를 행해야 한다고 하는 것과 헌법 제81조의 위헌입법심사권은 단순히 사건의 처리를 위해서만 보장된 것이 아니라 그것을 일정한도 넘는 헌법보장형의 권한으로서의 의의를 가져야 한다고 해석하는 것 등이다.

그러나 문명상 심사로 하는 것에 대하여는 다음과 같은 문제점도 있다. 첫째, 실제상으로 최고재판소의 관례 중에도 애매한 법률에 대한 위헌의 주장의 적격성을 부정하였다고 보이는 것이 존재하는 것이다. 예를 들면 천기민상사건의 상고심판결⁵⁴⁾의 경우 자기에 대하여 형벌법규가 적용되는 것이 경우에 불명확하여 헌법 제31조에 반하는 것으로 될 수 있는 것을 이유로 하여 당해 형벌법규가 불명확하여 헌법 제31조에 반하여 무효라고 주장하는 것은 적격을 결한다고 판시하고 있는 것이다. 둘째, 표현의 자유와 같은 인권규제입법에 대한 위헌심사에 있어서 재판소가 이 위헌의 주장이 적격성을 특히 제한하지 않는 반면으로 그 규제 범위가 너무 광범위한 것은 아닐까라고 생각되는 법률을 비교적 안이하게 문면상 유효라고 인정하는 경향이 있다는 것이다. 그리하여 학자들은 헌법재판에서 너무 쉽게 문면상의 합헌판결이 나오기 때문에 오히려 적용상의 심사에 기한 현실적인 인권구제의 길이 닫혀버리는 폐해가 생기고 있다고 한다.⁵⁵⁾

53). 적용범위가 애매한 법률이라든가 공공의 복지를 위하여 필요최소한을 넘는 규제의 가능성을 과도하게 광범한 법률은 그 존재 자체에 의하여 헌법상 보장되고 있는 행위조차도 국민이 감히 행하지 않고 삼가게 되는 효과를 갖는 것을 말하며, 재판소는 인권보장의 내실을 거두기 위하여는 될 수 있는 한 빠른 기회에 이들 문제의 법률의 위헌심사를 행하여야 한다. 그렇지 않으면 헌법상 보장된 행위가 법률에 의한 규제 대상으로 되어 있는 것의 위헌성을 국민이 주장하기 위하여는 항상 스스로 처벌될 위험을 무릅쓰고 구태여 그 법률에 위반하여 보는 것을 재판소가 국민에게 요구하는 것과 같기 때문이라고 한다. 그리고 위축적 효과론은 미국의 판례법이론에서는 표현의 자유에 대하여 강조되나 이것은 이론적으로는 인권 규제입법의 모두에 대하여 해당할 수 있다고 보는 것이다.

54). 최고재판소 1972. 11. 22. 형집 26권 9호 554쪽 이 사건은 천기민주상공회원인 피고인이 세무서장의 매상장 등의 제시요구를 거절하여 소득세법위반으로 기소된 사건임

55). 藤井俊夫 헌법상의 쟁점의 주장 법학세미나 헌법소송(증간) 182쪽

나. 규정의 가분성의 문제

당면의 사건에 직접 적용되지 않는 같은 법률 중의 다른 타의 조항의 위헌을 주장하는 것에 의해, 혹은 어느 조항의 위헌성을 단서로 하여 그 법률전체의 위헌을 주장하는 것에 의해 당면조항의 위헌무효를 주장하는 것이 허락되는가의 문제이다.

전자의 경우에는 위 두 조항의 관계가 불가분일 때는 위헌주장을 하는 적격성이 인정되거나 가분일 때는 인정되지 않고, 후자의 경우에는 그 어느 조항의 위헌이 법률전체를 무효로 이끄는 경우에는 그 어느 조항과 당면조항은 불가분으로서 위헌주장의 적격성이 인정되고, 그렇지 않으면 부정되어야 하는 것으로 된다.

후자의 경우 그 어느 조항이 법률전체의 효력에 영향을 미칠 정도로 중요한 위치를 점하고 있는가가 가분, 불가분의 판정에 중요한 논점이 된다. 예를 들면 법률의 목적이라든가 법률의 존립기반에 관계된 사항에 대한 위헌의 주장 등은 통상 불가분성이 인정되어야 할 것으로 된다. 예를 들면 위 1967년 서울지방법원 제1회 합의부 판결에서와 같이 「에초 자위대는 헌법 제9조 위반이니까 자위대법 그 자체가 위헌이고 따라서 동법 제121조는 위헌무효라고 하는 주장」 등은 불가분성을 인정해야 할 것으로 된다. 그러나 농지법 제20조(지주의 임대차갱신거절에 대한 지사의 허가제)의 합헌성이 다투어진 사건의 상고심판결⁵⁶⁾에서는 「지사의 불허가처분과 하등 관계도 없는 농지법 소론의 각 규정의 헌법상의 효력을 운위하고 나아가 농지법 전체의 위헌성을 강조하고 그것으로 위지사의 불허가처분을 위헌무효로 주장하려고 한다. 그러나 어느 법규의 위헌 여부는 이것에 적용되는 당해 법규의 위헌여부의 판단에 입각하여

56). 최고재판소 1960. 2. 10. 민집 14권 호 137쪽

판단되어야 하는 것이고 당해 법률관계와 하등 관계도 없는 법규의 헌법상 효력을 운위하거나 혹은 법류전체의 위헌성을 논급하여 당해 법률관계의 위헌무효를 주장할 수 없다.」고 하여 주장적격을 인정하지 않았다.

다. 제3자의 권리의 주장의 문제

제3자의 헌법상의 권리를 원용하여 위헌을 주장하는 것에는 첫째로 위헌으로 주장되는 명령의 적용을 받는 자가 자기와 어떤 관련을 가지는 특정의 제3자에게 헌법상의 권리를 원용하는 경우, 둘째로 그 법령이 불특정의 제3자에게 적용되는 경우 불명확하다든가, 너무 광범위하여 표현의 자유가 침해되었다든가를 주장하여 법령이 문언상 위헌이라고 주장하는 두 가지 경우가 있다. 전자의 경우에 대하여는 위 1962년의 제3자 소유물물수에 관한 위헌판결이 있다. 후자의 경우에 제3자의 헌법상의 권리를 원용할 수 있는지에 대하여는 문제의 법에 한정해석을 가하는 것이 불가능하고, 그 위축적 효과가 현실적이고 실질적이어서 언론등을 규제하는 법률의 광범성의 정도가 실질적으로 큰 경우에는 그 자의 행위가 본래 합헌적으로 규제할 수 있는 성격의 것인지 여부를 묻지 않고 문언상 위헌의 주장을 하는 적격을 부여하여 보다 제한적인 다른 합헌적인 제도방도가 있는지에 관한 판단을 할 것도 없이 그 법률을 지나치게 광범위하여 문언상 위헌으로 판단하는 것이 상당하다고 한다.⁵⁷⁾

3. 헌법판단의 법리

57). 時國康夫 헌법상의 쟁점을 제거하는 적격 강화 헌법소송 제1권 274쪽

가. 심사의 배제

(1) 통치행위론

일본 최고재판소 다수의견이 지금까지 통치행위라는 용어를 사용한 것은 없고 명시적으로 통치행위론을 인정한 것도 없다. 그러나 중의원의 전격해산의 위헌성이 다투어진 위 점미지판결에서 최고재판소는 직접 국가통치의 기본에 관한 고도로 정치성이 있는 국가행위에 대하여는 그것에 관해 법적판단이 가능하다고 해도 그것은 재판소의 심사권의 밖에 있다고 하고, 위 사천사건 최고재판소판결의 다수의견은 「안보조약은 주권국으로서의 우리 나라의 기초에 극히 중대한 관계를 가진 고도의 정치성을 갖는 것이지만 그 내용이 위헌인가 아닌가의 법적판단은 그 조약을 체결한 내각 및 이것을 승인한 국회의 고도의 정치적 내지 자유재량적 판단과 표리를 이루는 점이 적지 않으므로 순사법적 기능을 그 사명으로 하는 헌법재판소의 심사에는 원칙으로 친하지 원칙으로 친하지 않고 일견 극히 명백하게 위헌무효라고 인정되지 않는 한 사법심사권의 범위 외에 있다.」라고 하여 통치행위의 개념을 승인하고 있다. 그러나 사천판결은 위 점미지판결과 같이 일체의 사법심사권이 미치지 않는 것으로 한 것이 아니라 원칙으로서 제외하고 일견 극히 명백하게 위헌무효인 경우에는 심사가 미친다고 하고 있는 점이 다르다. 일견 극히 명백하게 무효인지 여부는 사법심사의 대상이 될 수 있고 사실 사천판결에서도 상당히 실질적 판단이 행해지고 있는 것이다. 이후 하급심에서는 사천판결에서도 상당히 실질적인 판단이 행해지고 있는 것이다. 이후 하급심에서는 사천판결의 일견 극히 명백하게 위헌무효의 법리가 취해지고 있다.⁵⁸⁾

58). 하급심판결로는 장소미사일 기지사건 항소심판결(찰황고등재판소 1976. 8. 5. 행집 27권 8호 1175쪽), 百里基地소송 제1심 판결(수호지방재판소 1977. 2. 17. 판례시보 842호 22쪽) 등이 있

(2) 자율권

국회나 내각의 행위 중에는 당해 각 기관이 최종적으로 판단하고 그것에 대하여는 원칙적으로 사법심사권이 미치지 않는 것이 있으며, 그것은 당해 각기관의 자율권을 근거로 하고 있다. 이러한 자율권의 사고방식은 미국에서는 법안의 의회통과 여부가 문제된 사건에서 인정되었고, 일본에서도 경찰법의 개정에 즈음하여 회기연장결의의 의사절차 위반이 문제된 위 1962년의 최고재판소 판결은 「동법은 양원에서 의결을 거친 것으로 되고 적법한 절차에 의하여 공포되고 있는 이상 재판소는 양원의 자주성을 존중해야 하고 동법 제정의 의사절차에 관한 소론과 같은 사실을 심리하여 그 유효성을 판단해서는 안 된다」 라고 하여 자율권을 승인하고 있다.

자율권이 인정되는 근거에 대하여 미국에서는 「동등한 독립의 부문에 대하여 당연히 지불해야 할 경의」 라고 하고 있고, 일본에서는 일반적으로 「입법, 행정, 사법의 각 기관은 각기 다른 기관의 개입을 허용하지 않는 어느 범위의 내부규율의 권능을 갖는 것이라고 인정하고, 각 기관은 상호 그 자율성을 존중해야 한다.」 라고 하여 3권분립을 근거로 하는 것이 타당하다고 하고 있다.⁵⁹⁾ 그러나 일정의 행위를 자율권의 범위에 속하게 하는 견해를 취한 경우에도 그 행위에는 일체 사법권이 미치지 않는다고 하여야 하는가, 예를 들면 법령이 형식적 유효요건을 갖추고 있는지 여부에 대하여 형식적 심사권까지 부정하는 학설은 없으나 다만 그 이상으로 일정의 경우에 예외적으로 심사권을 인정할까 어떤가는 문제이다. 일본에서 의원의 의결에 대하여 학설은 「일건 극히 명백하게 위헌무효로 인정되는 경우」 를 예외로 하는 설(전중이랑), 「극히

다.

59). 田中二郎 사법권과 입법권 판례백선 <제1판> 195쪽

명백한 의사절차의 위법의 경우」를 예외로 하는 설(대서방응), 「극히 명백한 의사절차나 위법의 경우」를 예외로 하는 설(대서방응), 「국회법 등의 법률이나 의원규칙에 정해진 절차에 위반하고 있는가 어떤가에 대하여는 의원이 최종적으로 판단해야 할 것이고, 의원의 자율권의 범위에서 재판소의 심사권은 미치지 않는다고 해석하고 그러나 헌법에 규정되어 있는 것에 위반하였는가 아닌가에 대하여는 재판소는 심사해야 한다.」고 하는 설(각도풍치) 등이 있다.⁶⁰⁾

(3) 부분사회의 법리

국가 내지 일반시민사회와 따로 부분사회의 개념을 인정하여 그 내부적 문제에는 사법심사권이 미치지 않는다고 설명하는 것이 부분사회의 법리이다. 일본에서 판례에 의하여 이론이 확립되어 왔는바, 현의회의원의 제명처분을 다룬 미내산사건결정⁶¹⁾에 있어서 전중경태랑 재판관의 소수의견에서 처음으로 언급되었고, 지방의회의원의 제명에 관한 최고재판소 판결⁶²⁾에서의 전중경태랑 재판관 등의 보충의견과 지방의회의원에 대한 출석정지의 징벌에 관한 최고재판소 결정⁶³⁾ 등을 거쳐 국립대학에서의 학점수여에 대한 사법심사를 다룬 사건에서 최고재판소 제3소법정판결⁶⁴⁾은 「일반시민사회 중에서 이것과는 별개로 자율적인 법규범을 가지는 특수한 부분 사회에 있어서 법률상의 계쟁같은 것은 그것이 일반 시민법질서와 직접의 관계를 갖지 않는 내부적 문제에 머무르는 한 그 자주적, 자율적 해결에 맡기는 것이 적당하고, 재판소의 사법심사의 대상으로는 되지 않는다.」라고 부분사회의 법리를 정식화하

60). 横田耕一 심사률 배제·제약하는 법리와 정책 법학세미나 헌법소송(중간) 192쪽

61). 최고재판소 1953. 1. 16. 민집 7권 1호 12쪽

62). 1960. 3. 9. 민집 14권 3호 355쪽

63). 1960. 10. 19. 민집 14권 12호 2633쪽

64). 1977. 3. 15. 민집 31권 2호 234쪽

고 있다.

그러나 학계에서는 이 법리에 대하여 몇 가지 문제점을 지적하고 있다. 그것은 첫째, 여러 가지 성격의 별개사회를 동등하게 부분사회로 묶고 그곳에 공통의 법리를 구축하는 것이 타당한가, 둘째로 사인간의 헌법의 직접적 효력을 부정하면 사적 부분사회에 관해 헌법소송은 우선 인정될 수 없는 것으로 되지만 그 경우 헌법이 직접 적용되는 공적사회와 간접적으로밖에 인정되지 않는 사법사회를 동일하게 파악하는 것이 타당한가, 셋째로 「일반 시민법질서와 직접의 관계를 갖지 않는 내부2적 문제」의 기준은 명확히 타당한 것으로 될 수 있는가, 넷째로 친숙하지 않은 부분사회의 법리를 이용하지 않아도 문제는 종교의 자유나 결사의 자유, 대학의 자치, 지방자치의 수준에서 해결할 수 있는 것은 아닌가라고 하는 것이다.⁶⁵⁾

나. 헌법판단의 회피

이는 재판소가 헌법상의 쟁점에 판단에 관해 소극적인 태도를 취하는 경우로서 헌법판단을 회피하는 경우이다. 그 대표적인례는 위 해정사건에 대한 창원지방법판소판결이다. 이 판결은 자위대법 제121조 위반으로 기소된 피고인에 대하여 그 행위가 동조 위반에 해당하지 않아 무죄의 결론을 표시하고, 그와 같은 결론에 도달한 이상 이제는 변호인들 지적의 헌법문제에 관하여 하등 판단을 행할 필요가 없을 뿐만 아니라 이것을 행해서는 안 된다고 판시하였다.

거기에는 위헌심사권의 행사가 구체적 쟁송의 재판에 필요한 한도에 한정된다는 것, 즉 당해사건의 주문의 판단에 직접 또한 절대 필요한 경우에만 하여야 한다고 언급하고 있는 것이다. 또 이른바 백리기타소송

65). 横田耕一 심사률 배제·절약하는 법리와 정책 법학세미나 헌법소송(증간) 194쪽

의 항소심판결⁶⁶⁾에서도 위헌심사권은 극히 중대하고 미묘한 판단작용을 수반하는 것이니까 달리 특단의 사정이 없는 이상 그 행사는 구체적 소송사건의 해결에 필요불가피한 경우에 한하여 정당화된다고 언급하고 있다. 그 후 자위대가 헌법 제9조에 위반한다고 다투는 사건에 대하여는 하급심은 헌법판단회피의 방법에 의하여 처리하는 것이 현저한 경향으로 되어 있다.

위 제9조 관계의 사건 이외에도 재판소는 헌법판단회피의 방법을 취하고 있으며, 그 예가 2차 가영교과서검정사건 항소심판결⁶⁷⁾이다. 위 판결은 「구체적인 쟁송에 대하여 재판하는 경우에 법률, 명령, 규칙 등에 따른 판단과 헌법의 해석 여하에 의한 판단을 한 뒤에 여전히 구체적인 쟁송해결을 위하여 헌법의 해석이 전제로 된 경우에만 헌법해석에 대하여 판단하는 것이 재판소에 있어서 위헌심사의 방법이고, 그것은 재판소가 그 부여된 헌법심사기능의 권한행사를 새삼스럽게 회피하는 것이 아니라 오히려 그 기능을 본래의 취지에 따라 적절하고 효과적으로 발휘한 까닭이다.」라고 언급하고 있다.

이에 대하여는 헌법상의 쟁점이 포함된 때에는 이론적으로 헌법판단이 선행하므로 헌법판단을 회피하는 재판은 있을 수 없다고 주장하는 반대론(유창료길)도 있었으나 다수설은 판결의 태도에 찬성하고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

헌법판단의 회피여부는 일정한 준칙을 기초로 하면서도 최종적으로는 재판소의 재량적 판단에 의거하지 않을 수 없지만 헌법보장의 기능을

66). 동경고등재판소 1981. 7. 7. 판례시보 1004호 3쪽 이 사건은 자위대 百里其他의 용지매수를 둘러싼 민사사건임

67). 동경고등재판소 1975. 12. 20. 행집 26권 12호 1446쪽 이 사건은 家永三郎이 자신의 저서 신일본사 1966년 5정판에 대하여 6개소의 검정불합격처분을 한 문부대신을 상대로 제기한 취소 청구소송사건임(제1차 가영교과서검정사건 참조, 이 사건은 통칭 삼분판결이라고 함)

확보하여 헌법소송에 대한 재판소의 신뢰를 얻기 위하여는 재판소의 재량에 일정한 한계를 긋는 법칙을 확립시키는 것도 필요한바, 장소미사 일 기타소송 제1심 판결⁶⁸⁾은 그것을 시도하여 이 판결은 헌법판단 회피의 방법의 존재를 인정하면서도 ① 헌법의 기본원리에 대한 묵과할 수 없는 중대한 위반의 상태가 발생하고 있는 의심이 생기고 있는 것, ② 그 결과 당해 쟁송사건의 당사자도 포함한 국민의 권리가 침해되거나 또는 침해될 위험이 있다고 생각하는 경우, ③ 재판소가 헌법 문제 이외의 당사자의 주장에 대하여 판단하는 것에 의해 그 소송을 종결시키는 것으로는 당해 사건의 분쟁을 근본적으로 해결할 수 없다고 인정되는 경우에는 헌법판단을 행해야 한다고 하고 있다.

다. 합헌성추정의 원칙

합헌성추정의 원칙이란 주로 다수자의 대표인 입법부의 의사를 존중한다고 하는 민주정치의 이론과 입법, 행정, 사법의 3권은 평등하고 서로 타의 의사를 함부로 부정하지 않는 예양을 나타내는 권력분립의 원리에 기초를 둔 넓은 의미에서의 사법의 자기제한의 중요한 한 내용이고, 미국에 있어서는 위헌심사제가 성립한 당초부터 승인되어 온 헌법상의 원칙이다. 그것이 20세기초에 있어서 위헌심사가 선형적 법적추론에 의하여서가 아니라 입법의 배경사실인 입법사실과의 관련에서 되어져야 한다고 하는 주장이 생기자 이 생각과 결합하여 합헌성추정의 원칙은 입법을 지지하는 사실상태의 존재가 추정되는 것이라고 말해지는 것으로 되었다. 그래서 의회의 가치판단에 합리적인 사실의 기초가 결여되어 있는 경우에는 합헌성 추정의 원칙이 지배하지 않으므로 그것은 「합리성의 기준」과 적합하고 있는 것에 대한 추정을 의미하는 것으로 된다. 즉 합헌성 추정의 원칙은 당해 법률의 제정목적의 합리성과 그 목적달

68). 철왕지방재판소 1973. 9. 7. 판례시보 712호 24쪽.

성 수단의 합리성의 존재에 대한 추정이고, 따라서 합리성의 기준을 의미한다고 한다.

위헌심사의 지침의 하나로서 재판소가 법률을 위헌이라고 판단하고 선언하는 것은 그 위헌성이 명백한 경우에 한한다고 하는 명백성의 원칙이 있는바, 이는 미국의 헌법판례에서 오래 전부터 확인 되어온 재판소의 자기제약에 관한 준칙의 하나이다. 이 명백성의 원칙은 실질적으로는 「위헌심사에 있어서 합리성의 기준을 다른 말로 표현한 것」이고, 의회의 판단에 합리적인 사실의 기초가 결여되어 있는 경우에는 합헌성 추정의 원칙은 지배하지 않고 또한 명백성의 원칙도 배제된다. 또한 명백성의 원칙은 합리성의 기준이 타당한 경제적 자유의 규제입법의 위헌심사의 준칙이다.

합헌성의 추정이란 이와 같이 사실의 평가를 포함한 입법사실의 존재의 추정이고 통상의 법률용어의 추정과는 현저하게 성격을 달리한다. 이 추정이 문제로 되는 것도 입법부와 재판소와의 사이에서이고, 또 거증책임을 부담하는 것은 재판소이고 위헌을 주장하는 당사자가 아니다. 더구나 거증책임을 부담하는 재판소는 실은 거증에 성공하였는지 여부를 스스로 판단하는 권한을 가지고 있으므로 요컨대, 합헌성의 추정이란 재판소의 입법부에 대한 자제의 다른 관점에서의 표현에 지나지 않는 것이라고 볼 수 있다.⁶⁹⁾

라. 입법사실론

위에서 본 바와 같이 합헌성의 추정은 입법을 지지하는 사실상태의 추정이므로 입법사실에 대하여 좀더 자세히 검토하여 볼 필요가 있다. 이하에서 먼저 미국에서의 입법사실에 대한 이론의 전개부터 살펴보기로

69). 高橋知之 위헌심 의 방법 법학세미나 헌법소송(증간) 216쪽

한다.

(1) 미국에서의 전개

19세기 미국에서는 개념법학적 법사상이 지배적이었으나 19세기말부터 20세기초에 걸쳐 사회입법의 필요성이 의식되었고 법사상도 변화하여 개념법학에 대신하여 리얼리즘 법학이 주장되게 되었다.

사회입법의 합헌성을 근거지우기 위하여는 그것이 진실로 사회적 필요에 의하여 요청된 입법인 이상, 그 사회적인 필요를 구체적인 사회경제적인 연관속에서 주장하는 방법 이외에는 없다. 그것을 의식적으로 행한 것이 브랜다이스 브리프(Brandeis Brief)였다. 여성의 노동시간을 규제한 오레곤(Oregon) 주법의 합헌성이 다투어진 1908년의 Muller v. Oregon 사건⁷⁰⁾에서 후에 연방대법원판사로 된 브랜다이스는 오레곤주의 변호인으로서 주법의 합헌성을 주장하고 그것을 근거 있게 하기 위한 자료로서 외국이나 각주의 입법례, 장시간 노동의 위험이나 악영향에 관한 연구보고의 인용 등을 포함한 방대한 서면(상고이유서)을 재판소에 제출하였다. 그것에 대하여 연방대법원이 이 자료에 크게 의존하여 합헌판결을 내린 것에서 이와 같은 주장·입증의 방법이 그 후의 헌법소송의 방법에 커다란 영향을 주게 되었고, 이러한 서면을 브랜다이스 브리프라고 부르게 된 것이다. 헌법상의 중심적 쟁점이 경제적 자유의 영역에서 수정 제1조의 이른바 시민적 자유의 영역, 나아가 흑인차별 문제의 영역으로 옮겨가고, 그 영역에서 브랜다이스 브리프가 위헌의 주장의 입증을 위하여 활용되면서 연방대법원도 그러한 입법의 기초에 있는 사회적 사실을 심사한 뒤에 판결을 하도록 되었다. 이와 같이 이론이 있지만 연방대법원의 다수의견은 입법사실을 중시하는 방향으로 옮

70). 208 U. S. 412 (1908)

직이고 있다.

(2) 입법사실의 의의

芦部信喜 교수에 의하여 입법사실(legislative fact)이란 법률을 제정하는 경우의 기초를 형성하고 또한 그 합리성을 지지하는 일반적 사실, 즉 사회적, 경제적, 정치적 혹은 과학적 사실을 말한다고 하는데 위와 같은 용어를 처음 사용한 것은 데이비스(Davis)였다. 그런데 데이비스에 의하면 재판소는 이미 몇 세기 전부터 당사자에 관한 사실과 법정립을 위하여 이용되는 사실의 구별을 인정하여 왔다고 하며, 데이비스는 이 두 종류의 사실을 판결사실(adjudicative fact)과 입법사실이라고 부른다.⁷¹⁾ 그러나 이것은 원래 증거법칙과의 관련에서 구별된 것이었다. 그러한 의미에서 엄격한 증거법칙이 적용되어야 할 판결사실의 확정에 중점이 있었다고 하여도 좋다. 입법사실은 증거법칙이 적용되지 않는 사실로서 소극적으로 규정된 것이다. 그러나 위헌심사의 입장에서는 이 입법사실이 중요하고 그래서 헌법학자에 의해 이 사실의 범주가 독자적 의의를 부여받고 있는 것이다.

이상에서 본 판결사실과 입법사실의 구별은 실은 전통적인 사실문제와 법률문제의 구별에 대응하고 있다. 법률문제는 재판관의 권한이고 재판관의 자유로운 추론에 맡겨져 있는 것으로 되어 있다. 그런데 이 법률문제에 관해 법의 배후에 있는 사실적 제조건의 변화에 불구하고 그것을 전혀 고려하지 않고 법문의 사변적 논리조작에 의해 운용이 행해진다고 하는 사태가 생기기에 이르렀고, 법률문제의 구조의 비판적 검토가 발생한 것이다. 법률문제에는 실은 사실문제도 다른 형태이지만 포함되어

71). Davis, An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process, 55 Harv. L. Rev., 364, 402, 고교화지 위헌심사의 방법 법학 세미나 헌법소송(중간) 213쪽에서 재인용

있다고 한다면 그 한도에서 전면적으로 재판관에게 맡겨질 수는 없는 것이다. 이리하여 법률문제의 해결에 있어서는 그것이 입법사실에 의존하는 경우에는 그 입법사실의 인정을 재판관의 자유로운 사변에 맡겨서는 안되고, 납득이 가는 증거를 필요로 한다고 생각하게 된 것이다.

(3) 입법사실의 현출방법

입법사실을 재판소에 현출하는 방법은 첫째 통상의 증거조사방법이다. 그러나 입법사실에 적용되는 경우에는 증거조사의 엄격한 룰은 상당히 완화하는 것이 허락된다. 둘째는 이른바 브랜다이스 브리프의 방법이다. 이 때 최대의 문제는 반대신문이 불가능하고 반대당사자로부터 자기에 불이익한 사실을 공격할 기회를 빼는다고 하는 불평등을 낳는 점이다. 브리프의 목적은 자기주장에 유리한 입법사실을 제출하여 재판소의 사법적 확지를 구하는 것이기 때문이다. 판결사실은 사법적 확지에도 엄격한 룰이 적용되고 당사자간에 다툼이 있는 사실에 대하여는 사법적 확지를 하지 아니하나, 입법사실에 대하여는 이 룰의 적용이 없고 실제 미국의 재판소도 당사자간에 다툼이 있는 입법사실에 대하여 종종 사법적 확지를 하고 있다.

(4) 입법사실론의 도입

위와 같은 입법사실론은 시국강부 판사와 芦部信喜 교수 등에 의해 일본에 소개되고 이러한 방법에 의한 헌법소송의 접근이 일본에도 도입되어야 한다고 주장되었다. 그리하여 그 영향을 받았다고 보이는 최고재판소의 판결도 다수 나타나는데, 그 중에 입법사실에 대한 검토가 비교적 자세하게 이루어진 대표적인 판결이 위에서 본 약국개설허가제 위헌판결, 원불사건상고심판결 등이라고 할 수 있다. 그러나 최고재판소가 입법사실을 검토하여 헌법판단을 함에 있어서 문제는 입법사실에 대

한 분석·평가가 철저하게 이루어지지 못하고 결론으로서는 국가의 판단을 받아들이는 것으로 끝나는데 있다고 한다.⁷²⁾

다. 입법재량론

입법재량이란 입법에 관하여 헌법상 입법부에 맡겨진 판단의 자유를 가리킨다. 그것은 입법을 하는 그 자체, 그 시기, 그 내용에 관련된 입법부의 판단의 자유이고 입법정책이라는 말로도 표현된다. 그런데 재판소의 위헌심사는 헌법상으로 입법재량에 맡겨져 있는 영역에 대하여는 입법부의 정책판단에 경의를 표하고, 재판소 독자의 판단을 보류하여야 한다고 하는 것이 사법심사에 있어서의 입법재량론이다. 이와 같은 입법재량론은 권력분립의 원리에 그 기초를 둔 것이라고 말할 수 있고, 또 재판소의 자기억제정책으로서 요청되는 것이라고 말할 수 있다.

그런데 지금까지 일본의 판례는 입법재량을 전반적으로 꽤 넓게 인정하고 있으며, 합헌판단을 내리는 경우 입법사실론이 채용되는 경우가 많다. 초기에는 공공의 복지의 개념을 인정하여 입법재량을 널리 인정하였고, 그 후에도 노동기본권이 문제로 된 위 화교조사건판결에서는 노동기본권을 공공의 복지를 위하여 제한하는 것을 인정하고 제한의 정도는 명백하게 불합리하지 않는 한 재량권의 범위라고 하여 합리성의 기준을 채용하고 있다. 또 의원정수배분위헌판결에서도 「일반적으로 합리성을 가지는 것으로는 도저히 생각할 수 없는 정도」라든가 「도저히 간과할 수 없다고 인정되는 정도」라고 하여 명백성의 원칙과 결합한 합리성의 기준을 취하고 있고, 호별방문금지합헌판결에서도 「목적은 정당하고 호별방문금지와 금지목적과의 사이에 합리적인 관련성이 있다。」고 단정하고 있다. 생존권에 대한 판결에 있어서도 위 굴목소송

72). 좌승행치 헌법 372쪽

판결에서 「현저하게 합리성을 결하여 명백히 재량의 일탈·남용이라고 보지 않을 수 없는 경우」라고 명백성의 원칙과 합리성의 기준을 결합하여 전개한다. 다만, 앞에서 본 바와 같이 약국개설허가제위헌판결에서는 영업규제에 대하여 그것이 사회정책사의 적극적 규제인 경우에는 합리성의 기준으로 족하다고 지적하면서 경찰목적의 소극적 규제활동의 경우에는 보다 완화된 제한인 직업활동의 내용 및 태양에 대한 규제에 의해서는 위의 목적을 충분히 달성할 수 없다고 인정되는 것을 요한다.」라고 하여 엄격한 기준을 취하여 입법재량을 제한하고 있다.

현재 학계에서는 판례에 의하여 사용되고 있는 입법재량론을 어느 정도 유형화하여야 그것에 의하여 인권보장의 구체적예견가능성이 부여되고, 나아가서는 인권보장의 실질적 효과가 높아지는 것이라고 보아 입법재량의 유형화에 대하여 상당한 검토와 연구를 진행하고 있다.⁷³⁾

4. 위헌심사기준

그 동안 일본의 헌법소송사건에서 등장한 위헌심사기준에 대하여 살펴보면 첫째, 헌법 시행초기의 헌법재판에 지배적인 영향력을 가졌던 공공의 복지론, 둘째로 이 공공의 복지론에 대한 비판 내지 반성에서 주장되고, 1960년대 중반 이후 판결 중에 등장하는 이익형량론의 기준, 셋째로 이익형량론의 기준을 인권보장의 견지에서 전개한 필요최소한도의 기준, 넷째로 1970년대 중반 이후 최고재판소가 판례이론의 통일을 의식적으로 도모하여 강도의 합헌성추정의 원칙 아래에서 법령의 합헌성

73). 野中俊言 입법재량론 강좌 헌법소송 2권 109쪽 이하 참조

심사에 적극적 자세를 나타낸 단계에서의 제기준인 합리성규제가 기준, 다섯째로 소매상업조정특별법에서 이론의 초기단계보습을 보여주고 있는 이중의 기준론 등의 실제적판단기준과 여섯째 법령의 형식면에 착안하는 기준의 전형적인 예인 명확성의 기준, 일곱째 입법의 부작위에 대하여 주목할 만한 가치가 있는 상당한 기간론 등이 있으며, 아래에서는 위 각 기준론에 대하여 살펴보고자 한다.⁷⁴⁾

가. 공공의 복지론

헌법 시행 후 초기에 최고재판소는 인권규제입법의 합헌성을 결론 내릴 때 판단기준 내지 제약개념으로 헌법 제12조, 제13조를 근거로 한 것이 공공의 복지론 이다.

초기의 대표적인 예로는 사형이 잔학한 형벌에 해당하는가 여부가 다투어진 사건⁷⁵⁾, 언론의 자유의 제한에 대한 사건⁷⁶⁾, 노동기본권의 제한에 대한 사건⁷⁷⁾ 등에서 판시되었으며, 최고재판소는 공공의 복지의 개념을 어느 때는 인권의 내재적 제약을 의미하는 개념으로, 어느 때는 인권에 대립하여 제약하는 사회적·국가적 이익을 표상하는 개념으로, 또 어느 때는 인권제약자체를 정당화하는 개념으로 사용하고, 또 그 규제 대상으로 되는 인권은 정신적 자유이든 경제적 자유이든 혹은 사회적 기본권이든 묻지 않고 인권 일반이라고 한 것이다.

문제점으로는 첫째, 각각 성질, 내용, 형태를 달리 하고 역사적 연혁을

74). 한편 미국에서 표현이 자유와 관련하여 발전한 명백하고 현존하는 위협의 원칙은 일본에서는 표현의 자유와 관련하여 판례에서 채용된 일이 아직 없다.

75). 최고재판소 1948. 3. 12. 형집 2권 3호 191쪽 이 사건은 모와 누이를 살해한 피고인에게 원심에서 사형이 선고되자 사형이야말로 가장 잔학한 형벌이므로 잔학한 형벌의 금지를 규정한 헌법 제36조에 위반된다고 주장하며 상고한 사건임

76). 최고재판소 1949. 5. 18. 형집 3권 6호 839쪽 등 참조

77). 최고재판소 1953. 4. 8. 형집 7권 4호 775쪽

달리하는 각종의 자유·인권의 제약·한계설정을 일괄하여 문제로 할 수 있다고 상정하는 것 자체에 있고, 둘째로 인권 일반을 제정하는 개념·논거로서의 공공의 복지는 이용될수록 문맥 속에서 다양한 의미를 나타내고 개개의 인권의 제약이 타당성의 검토한 결과를 총괄적으로 나타낸 단순한 수사에 지나지 않으며, 셋째로 일견 합리적 근거가 있다고 인정된다면 당해 인권제약을 즉각 합리적이라고 결론 내린 것이고, 판단의 과정에서 어느 정도라도 반드시 고려되지 않으면 안될 인권의익의 존재가 무시되어 버린 점, 그리고 넷째로 인권이 제약을 검토함에 있어 고려되어야 할 논점 즉 제약의 근거, 방법 내지 수단·제재의 정도를 본래적으로 식별할 수 없는 논리적 체질을 가진 개념이라고 하는 점이 지적되며, 헌법재판의 초기단계에 이용되었던 이론이다.⁷⁸⁾ 그런데 위 1990년의 과잉활동방지법상의 선동죄에 관한 판결은 표현의 자유와 관련하여 다시 공공의 복지를 이유로 단순하게 합헌판단을 하고 있어서 비판의 대상이 되고 있음은 위에서 본 바와 같다.

나. 이익형량론

1960년대 중반에 들어와 인권규제입법의 합헌성을 판단할 때에 인권의 보장에 의하여 얻어질 이익과 그 제약에 의하여 확보될 이익과의 비교형량에 의하여 결론을 이끌어 내는 방법이 나타나기 시작하였으며, 예를 들면 위 화교조사건 최고재판소판결, 전체(동경)중우사건 최고재판소판결, 도교조사건판결, 표현의 자유의 영역에 있어서는 박다역취재 필름 제출명령사건 최고재판소판결⁷⁹⁾ 등이 있다. 문제는 헌법해석의 어

78). 大久保史郎 위헌판단의 기준 법학세미나 헌법소송(중간) 199쪽

79). 1969. 11. 26. 형집 23권 11호 1490쪽 이 사건은 미국원자력항공모함의 佐世保港 기항저지투쟁을 벌이는 학생에 대하여 소지품검사, 연행 등을 한 경찰관을 직권남용죄 등으로 고소한 복강지방재판소가 NHK 등 텔레비전방송국 4사에 대하여 사건 당일의 뉴스필름의 제출을 명하였으나 위 방송 4사가 보도의 자유의 침해 등을 이유로 특별항고를 한 사건임

떠난 장면에서 어떠한 이익을 들어 서로 대항하는 것으로 하고, 이것을 어떠한 기준·방법에 의해 형량 하는 것인가 또 형량의 주체는 누구인가라고 하는 것이다. 화교조사건판결에서는 「단결권의 제한의 정도는 근로자의 단결권 등을 존중할 필요와 공공의 복지를 확보할 필요를 비교교량하여 양자가 적정한 균형을 유지하는 것을 목적으로 결정되어져야 한다.」 라고 하여 이익형량의 판단방법을 표시하고 있지만, 아직 입법부의 판단(규제법령의 제정에 있어서의 형량)의 추인에 머무르고 그곳에서 말하는 이익형량이라는 것이 종래의 공공의 복지론의 대체에 지나지 않는다는 것을 보여주고 있다. 전거(동경)중우사건 최고재판소판결에서는 인권규제의 필요최소한도의 원칙을 설정하는 것에 의해 이익형량론이 인권규제의 합헌성을 구체적으로 검토하는 방법으로 될 가능성을 나타냈고, 이 판결의 취지와 판단방법은 도교조사건에서 다시 부연되고 있으나 자세한 것은 다음 장에서 살펴본다. 박다역취립필름 제출명령사건에서는 문제의 해결은 「한편으로는 심판의 대상으로 되어 있는 범죄의 성질, 태양, 경중 및 취재자료의 증거로서의 가치, 나아가 공정한 형사재판을 실현함에 있어서의 필요성의 유무를 고려함과 함께 다른 한편으로는 취제한 것을 증거로서 제출시키는 것에 의하여 보도기관이 취재의 자유가 방해되는 정도 및 기타 제반의 사정을 비교교량하여 결정되어야 할 것」 이라고 하였다. 이리하여 최고재판소는 1960년대 중반 이후 헌법해석에 있어서 규제이익과 인종이익과의 비교교량의 방법을 포기한 뒤 1973년의 전농림경직법사건판결, 뒤 1974년의 불사건판결 이후의 판결을 보면 최고재판소는 이익형량에 의한 헌법판단의 방법에 대하여 말하고 있지만 그 실태는 규제목적·이익으로서 「국민전체의 공동이익」, 「공무원의 정치적 중립성」 이나 「이것에 대한 국민의 신뢰」 혹은 「의회제민주주의」, 「재정민주주의」 등의 막연하고 선협적인 개념을 들고, 규제되는 권리·자유에 대하여는 일반적인

의의를 기술함에 머무르는 등 비교 혹은 형량의 이름에 어울리지 않는 판단을 행하여 이익형량이 합헌을 위한 방편에 지나지 않는 논법으로 되어 있다.

다. 필요최소한도의 기준론

합리성이 인정되는 필요최소한도의 기준 혹은 단순히 필요최소한도의 기준은 일본 헌법판례상 「합헌성의 테스트라고 할 가치 있는 유일한 것」이라고 하는 높은 평가를 받은 기준으로⁸⁰⁾ 전체(동경)중우사건 최고재판소판결에서 등장하였다. 위 판결에서 최고재판소는 「노동기본권의 보장의 의의를 헌법 제25조에 정한 이른바 생존권의 보장을 기본이념으로 하여 한편으로 헌법 제27조⁸¹⁾의 정한 바에 의하여 근로자의 근로의 권리 및 근로조건을 보장함과 함께 다른 한편으로 경제적 열위에 선 근로자에 대하여 실질적인 자유와 평등을 확보하기 위한 수단으로 그 단결권, 단체교섭권, 쟁의권 등을 보장하려고 하는 것이라고 판시하고, 그 합헌적 제한은 노동기본권을 존중확보할 필요와 국민생활전체의 이익을 유지증진할 필요를 비교형량하여 양자가 적정한 균형을 유지하는 것을 목표로 하여 결정할 것이지만 노동기본권이 근로자의 생존권에 직결하고 그것을 보장하기 위한 중요한 수단인 것을 고려하면 그 제한은 합리성이 인정되는 필요최소한도의 것에 머무르지 않으면 안 된다.」라고 하였다.

이 이론이 획기적이라고 높게 평가된 이유는 첫째, 이 기준이 불완전하나마 당해 인권의 헌법상·인권체계상의 의의설정에 입각하여 나온

80). 佐藤功 헌법 105쪽

81). 일본 헌법 제27조 「① 모든 국민은 근로의 권리를 가지고 의무를 부담한다. ② 임금, 취업 시간, 휴식 기타의 근로조건에 관한 기준은 법률로 정한다. ③ 아동은 혹사하여서는 아니된다.」

것이라는 점, 둘째로 그 적용에 있어서 고려되어야 할 규제목적·근거가 공공의 복지라고 하는 절대적 개념이 아니라 구체적 검토의 가능성을 포함한 「국민생활전체의 이익」으로 파악되고 있는 점, 셋째로 규제수단(범위와 제재의 정도)에 초점을 맞춘 심사기준으로서 모든 인권에 적용가능성을 가진 성격을 가지고 있는 점이다. 이익형량론의 합리성이 균형을 자기목적화하는 논리인 것에 대하여 필요최소한도론은 한쪽(노동기본권)에 동심을 둘 것을 요구하기 때문이다. 그리고 또한 이 기준은 공공의 복지에 저항하여 이것을 수정하려는 하급심의 판례가 쌓여서 이것을 집약하는 형태로 최고재판소가 만들어 낸 기준이라고 하는 점에서도 평가를 받고 있다.

필요최소한도의 기준은 다시 불사건 옥천지방법재판소판결⁸²⁾을 계기로 공무원의 정치활동에 대한 일률·포괄적인 규제에 적용되어 표현의 자유의 규제영역의 심사기준으로서도 활용되는 방향을 보였다. 여기서는 필요최소한도의 기준이 「보다 제한적이 아닌 다른 선택할 수 있는 수단(LRA)」의 기준을 편입시키는 형태로 전개되었다. 위 옥천지방법재판소판결은 정치활동금지의 필요성을 행위의 주체·내용·형태에 입각하여 개별적·구체적으로 검토한 뒤에 「법이 정하고 있는 제재방법보다도 보다 좁은 제재방법이 있고, 이것에 의하여도 동등하게 법목적을 달성할 수 있는 경우에는 법이 정하고 있는 넓은 제재방법은 법목적달성의 필요최소한도를 넘은 것으로서 위헌」이라고 판시하고, LRA의 기준을 벌칙의 위헌판단에 좁혀서 적용하였다. 이것에 대하여 공무원의 정치활동금지위반에 대한 징계처분을 다룬 전체프랑카드 사건 동경지방법재판소판결⁸³⁾은 제한의 범위에 LRA의 기준을 적용하고 있으며, 이 후

82). 옥천지방법재판소 1968. 3. 25. 하형집 10권 3호 293쪽

83). 1971. 11. 1. 행집 22권 11. 12호 1755쪽 이 사건은 우편배달의무에 종사하는 국가공무원 피고인이 메이데이기념집회에 참석하여 내각타도 등을 기재한 횡단막을 걸고 행진한 행위가 인

자가 LRA의 기준의 본래의 적용이라고 할 수 있을 것이다.

라. 합리적규제의 기준론

1973년의 전농림경직법사건판결을 계기로 필요최소한도론을 실질적으로 폐기하고 있던 최고재판소는 1970년 중반진후에 걸쳐 정치·노동관계의 영역에 있어서 질서지향의 판결을 내려 실질적으로는 공공의 복지론에의 회기를 보이면서 다른 한편으로는 몇 개의 위헌판결을 내렸는바, 법령의 헌법판단에 있어서의 합헌성추정의 원칙을 강조하면서 인권규제법입법의 목적·수단의 합리성에 다면적인 대하여는 위 약국개설허가제위헌판결, 정신적목적에 대하여는 위 불사건최고재판소판결이 있다.

먼저 전자에 관하여 최고재판소는 「구체적 규제조치에 대하여 규제의 목적, 필요성, 내용, 이것에 의해 제한되는 직업의 자유의 성질, 내용 및 제한의 정도를 검토하고 이들을 비교형량하여 신중히 결정하지 않으면 안된다.」라고 하여 이익형량론에 선 것을 명백히 하였다. 그리고 직업의 자유에 대한 강력한 제한인 허가제의 합헌을 긍정하기 위하여는 「원칙으로서 중요한 공공의 이익을 위하여 필요하고 합리적인 조치인 것을 요하고 그것이 사회정책 내지 경제정책상의 적극적인 목적을 위한 조치가 아니라 자유로운 직업활동이 사회공공에 대하여 초래할 폐해를 방지하기 위한 소극적·경찰적 조치인 경우에는 허가제에 비하여 직업의 자유에 대한 보다 완화된 제한인 직업의 내용 및 태도에 대한 규제에 의해서는 위 목적을 충분히 달성할 수 없다고 인정되는 것을 요한다.」라고 하였다. 그리하여 본건 약사법에 의한 규제목적은 소극적·

사원규칙의 규정에 해당하여 국가공무원법에 위반한 것으로 징계처분을 받자 그 취소를 청구한 사건임

경찰적이고, 이 목적과 수단과의 사이에 합리적 관련성을 지지하는 입법사실이 있는가 아닌가를 구체적 또한 상세히 검토하여도 그것이 존재하지 않는다고 판시하여 당해 거리제한 조항을 위헌으로 하였다. 이 판결의 특징은 상세히 추적되어진 입법사실에 기하여 입법목적과 입법목적달성의 수단의 양면에서 그 필요성과 합리성을 검토하여 위헌판결에 도달하는 방법의 채용한 것, 경제적 자유의 규제영역을 있어서 위헌심사기준이 구체적으로 표시된 점, 본 판결에서 주목된 것은 이른바 정신적 자유의 우월적 지위를 시사하는 것과 같은 설시가 보여진 점이다.

원불사건 최고재판소판결에서는 표현의 자유는 「민주주의 국가의 정치적 기반을 이루고 국민의 기본적 인권 중에서도 특히 중요한 것」이라고 하였지만 공무원의 정치적 행위는 그 정치적 중립성을 유지하기 위하여 「합리적이고 필요 부득이한 한도에 머무는 한」 금지하는 것이 허락된다고 하고, 규제목적의 정당성, 규제목적과 규제수단과의 합리적 관련성, 이익의 균형의 3가지 점에서 검토하는 것으로 하였다. 그러나 그 실태가 문자대로의 입법재량론이었던 것은 대부분의 학자들이 지적하는 바이다.

학계에서는 위 두 판결은 위헌판단기준의 기본적 틀을 규제권력측의 목적을 축으로 하여 설정한 후 목적-수단의 합리성을 다면적으로 상세히 검토하여 판결이유에 설득력을 부여하려고 하고 있는 것이라고 지적하고 있다.

마. 이중의 기준론

이중의 기준론은 원래 미국에서 집회, 결사, 표현의 자유 등 정신적 자유와 경제적 기본권을 구별하여 전자의 제약을 판단함에 있어서는 엄격한 심사를 하지 않으면 안되지만, 후자의 제한의 합헌성 판단에는 합리

성 심사로 좋다고 하는 합헌성심사기준이다. 이 기준은 뉴딜정책 수행을 위한 입법들을 차례차례 무효로 한 것에 대하여 정치부문으로부터 비판에 직면한 미국 연방대법원이 고안한 방법이다. 그 근거에는 집회, 결사, 표현의 자유는 민주정치에 있어서 불가결의 수단이고 따라서 헌법이 보장하는 인권 중에서도 우월적 지위를 점하는 권리라고 하는 생각이 있다. 일본에서는 헌법 제22조와 제29조⁸⁴⁾에 각기 「공공의 복지에 반하지 않는 한」이라든가 「공공의 복지에 적합하도록」이라는 한정적 조건이 붙여져 있다. 현대 헌법에 있어서 경제상에 권리가 다른 권리보다 약한 보호밖에 부여되지 있지 아니한 것은 널리 인정되어 있다.

최고재판소는 위 1972년의 소매상업조정특별법합헌판결에서 정신적 자유와 달리 국회가 공공의 복지의 견지에서 개인의 경제활동의 자유를 정책적·적극적으로 규제하는 것을 인정하고 있어서 이종의 기준을 채용하고 있다고 할 수 있다. 이 판결에서는 그 규제의 유무, 규제의 대상·수단·태양은 입법부의 재량에 맡겨져 있고, 또 그 합헌성 판단의 기준도 완화되어 있다. (명백성의 원칙) 그런데 최고재판소는 위 약국개설허가위헌판결에서는 거리제한을 정한 약사법의 규정에 엄격한 합리성의 기준을 적용하여 위헌으로 하고 있음은 이미 앞에서 본 바와 같다. 그러나 정신적 자유, 생존권, 선거권 등이 문제로 된 사건에서 현재까지 이 이종의 기준론을 적용하여 엄격한 심사를 한 후 위헌무효를 선고한 판결은 아직 없다.

바. 명확성의 기준론

이상의 기준은 법률의 내용에 대한 실체적 심사기준이나 명확성의 기

84). 일본 헌법 제22조 제1항 「누구라도 공공의 복지에 반하지 않는 한 거주, 이전 및 직업선택의 자유를 갖는다.」

준은 당해 법규의 형식면에 착안하여 문면상의 위헌으로 하는 것이다. 이 명확성의 원칙은 헌법 제31조에 근거를 둔 일반원칙이라고 할 수 있으나 정신적 자유의 규제영역에 있어서는 가장 엄격히 적용되어야 하는 것이다. 전후 최고재판소판례에서 이 원칙을 적용하여 위헌무효로 한 판례는 없지만 이 기준을 어떻게 이해할까에 대하여 판결이유에서 실시된 대표적인 예가 위 1975년의 덕도시공안조례 최고재판소판결이다. 최고재판소는 「법규는 일반적으로 추상성을 갖지 않을 수 없으니까 결국 불명확한지 여부의 판단은 통상의 판단능력을 갖는 일반인의 이해에 있어서 구체적인 경우에 당해 행위가 그 적용을 받는지 여부의 판단을 가능하게 하는 기준을 알 수 있는가 어떤가에 의하여 결정하여야 한다」라고 하고 있다. 그리하여 위 건에 있어서 이 규정이 입법조치로서 현저하게 타당성을 결하고 확실히 그 문언이 추상적이라는 비난을 면할 수 없지만, 집단행위 등에 있어서 도로교통의 질서준수에 대한 기준을 알 수 있으므로 범죄구성요건의 내용을 이루는 것으로서 헌법 제31조에 위반되지 않는다고 하였다. 이상의 판시는 막연·불명확하기 때문에 무효의 원칙을 승인하면서 그것이 극히 일반적인 이해에 머무르고 있다고 하지 않을 수 없다. 여기서 문제로 되고 있는 것이 표현의 자유의 규제이고 또 사전의 두드러지게 행정적·경찰적인 규제를 본체로 하는 공안조례의 규정을 둘러싸고 있기 때문이다.

사. 상당한 기간론

입법의 부작위 또는 불비에 의하여 헌법상의 권리가 실현되지 않거나 또는 침해되고 있는 경우 이 입법의 부작위는 헌법심사의 대상으로 될 수 있다고 생각된다. 이 입법의 부작위의 위헌의 주장은 주로 의원정수의 불균형을 시정하지 않는 입법조치에 대한 국가배상청구소송으로 다투어지고 있다. 그 때 입법의 부작위의 위헌성을 판단하는 기준으로서

활용가능성을 보인 것이 상당한 기간론 내지 합리적 기간론이다.

이것을 일반론으로라도 판시한 것이 위 1976년의 의원정수배분위헌판결로서 위 판결은 「구체적인 비율이 선거권의 평등에 요구에 반하는 정도로 되었다 해도, 이것에 의하여 직접 당해 의원정수배분규정을 헌법위반으로 하는 것이 아니라 인구의 변동의 상태도 고려하여 합리적 기간 내에 있어서 시정이 헌법상 요구되고 있다고 생각되고 있음에도 그것이 행해지고 있지 아니한 경우에 비로소 헌법위반이라고 단정되어야 하는 것으로 해석하는 것이 상당하다.」고 실시하고 있다. 또 재택시설제폐지의 위헌성을 다룬 찰황고등재판소판결⁸⁵⁾에서는 「국회가 헌법에 의하여 의무지워진 입법을 하지 않는 것으로 한 때 혹은 헌법에 의해 의무지워진 입법을 적어도 당분간 하지 않는 것으로 하고 또한 그 후 합리적이라고 인정되는 상당한 기간내에 당해 입법을 하지 않았던 국회는 헌법에 의하여 의무지워진 입법을 고의로 방치함에 이르러는 것이라고 할 수 있다.」고 논하였다.

상당한 기간론은 위헌상태의 확인을 전제로 하여 그 후 상당한 기간 내에 입법조치를 취하지 않은 것에 대하여 위헌이라고 판단한 것이다. 그래서 무엇을 가지고 상당한 기간이라고 판정하는 것인가가 문제로 되지만 개개의 사정에 있어서 구체적인 검토할 수밖에 없다고 한다.

5. 헌법판단의 방법

85). 1978. 5. 24. 高民集 31권 2호 231쪽 이 사건은 1950년에 제정된 공직선거법과 그 시행령에서 신체장애자 등에게는 재택투표제가 있었는데 1951년의 제13회 국회에서 이를 악용하는 경우가 많다는 이유로 폐지하여 선거권행사가 불가능하게 되자 헌법상 개인의 행복추구권, 선거권, 평등권, 선거인의 자격규정 등에 위반한 것으로 하여 국가배상을 청구한 사건임

가. 합헌판단의 방법

재판소가 헌법판단을 회피하지 않고 법령에 관해 합헌인가 아닌가의 판단을 하는 경우에는 법령의 목적과 헌법이 명하는 바의 관련을 심사하는 것이다.

단순히 법령의 합헌을 결론 내리는 경우에는 넓은 입법재량론이 채용되는 경우가 많으며, 이는 위에서 살펴본 바와 같다. 이 방법에 의한 합헌판단의 방법에 대하여는 위헌심사권의 포기과 같다고 하는 비판이 가해지고 있다.⁸⁶⁾ 이와 같이 합헌 판단이 이끌어 내지는 경우는 입법재량론 외에도 합헌성추정의 원칙, 명백성의 원칙, 단순한 합리성의 기준 등이 적용되고, 재판소에 의한 법률의 목적 심사가 완화되어 행해지는 것이 보통이다.

합헌판단의 한 형태로 합헌한정해석의 방법이 있다. 1960년대 중반경 최고재판소는 국가공무원법, 지방공무원법, 공공기업체노동관계법 등이 정한 정의행위금지규정에 대하여 합헌한정해석의 방법을 채용하였던바, 위 1973년의 전농림경청법사건결판에서 최고재판소 다수의견은 그 방법을 부정하여 금지규정이 합헌이라고 전면적으로 인정하는 판단을 내렸음은 위에서 본 바와 같다. 합헌한정해석의 방법은 정면에서 법령을 위헌으로 판단하는 것을 피하고, 위헌심사권의 신중한 행사라고 하는 위 헌법판단회피의 방법에서 보이는 것과 같은 요청에 응함과 함께 인권의 침해를 대하여도 재판소에 의한 구제의 여지를 꽤 확보할 수 있다고 하는 효용을 가진다. 그러나 그것에 대하여 위 전농林警職法事件判

86). 戶松秀典 公物소송최고대법정판결과 입법재량론 주리스트 773호 13, 14쪽

決의 다수의견은 다음과 같은 비판을 가한 것이다. 즉 위법성의 강약에 의하여 법률의 적용을 구별하는 때에는 그 구별의 한계가 매우 불명확하고, 또 처벌의 대상에 차이를 두는 것은 「누구임을 묻지 않고」라고 정한 범문의 취지를 무시하는 것이고, 그와 같은 불명확한 한정해석은 도리어 범죄구성요건의 보장기능을 잃게 하는 것으로 되고, 그 명확성을 요청하는 헌법 제31조에 위반하는 의심조차 있다.」고 하는 것이다.

그런데 합헌한정해석의 방법은 최고재판소의 판례에서 노동기본권의 제한이 아닌 다른 인권관계의 사건에서 부활하여 사용되었다. 세관검조사사건⁸⁷⁾에서는 「풍속을 해하는 서적, 도화」에 관하여, 복강현청소년조례사건⁸⁸⁾에서는 「음행」에 대하여 법정의견은 법령에 한정해석을 붙이는 것에 의하여 그것을 합헌으로 판결한 것이다.

나. 위헌판단의 방법

재판소가 법령의 위헌으로 하여 그 효력을 부정하는 판단방법은 위헌심사권의 전형적인 행사의 방법이다. 법령전체 또는 법령의 개별의 조항을 문면상 위헌으로 하여 그것을 무효로 하는 수법을 법령위헌의 판단방법이라고 부르며, 위 존속살가죄위헌판결, 약국개설허가제위헌판결과 지분매각 2분의 1 이하의 삼립공유자에게 민법이 정한 공유물분할청구권을 부정하는 삼립법규정의 위헌판결⁸⁹⁾이 대표적이라고 할 수 있다.

87). 최고재판소 1984. 12. 12. 민집 38권 12호 1308쪽 이 사건은 「풍속을 해하는」 수입금제품이 있는 것으로 통지한 세관장의 처분 및 그에 대한 이의를 기각한 동 세관장의 결정에 대하여 그 통지 및 결정의 취소를 구한 사건임

88). 최고재판소 1985. 10. 23. 형집 39권 6호 413쪽 이 사건은 누구라도 청소년에 대하여 음행 또는 외설행위를 해서는 안 된다는 복강현청소년보호육성 수례에 위반하여 기소된 피고인이 위 조항의 음행의 범위가 불명확하여 청소년의 성행위 일반을 처벌할 위험성이 있다는 이유를 주장하여 상고한 사건임

89). 최고재판소 1987. 4. 22. 민집 41권 3호 408쪽

최고재판소는 위 판결에서 법률의 목적 및 목적달성을 위한 수단에 대하여 헌법이 명하는 바에 적합한가 아닌가에 대하여 엄격한 심사를 행하고 있는 것이다. 그러나 일본에서는 위축적 효과를 초래할 때에는 그와 같은 법령을 문면상 위헌으로 하는 「과도한 광범성이 법리」나 그것에 유사한 막연성의 법리의 적용에 의하여 아래에서 법령위헌의 결론을 내린 경우는 아직 없다.

법령위헌과는 별도로 적용위헌과 운용위헌이라고 하는 것도 위헌판단의 방법에 속한다.

적용위헌판결에 대하여는 ① 법령의 합헌한정해석이 불가능한 경우 즉 합헌적으로 적용할 수 있는 부분과 위헌적 적용의 가분성이 있는 부분이 불가분의 관계에 있는 경우에 위헌적 적용의 경우를 포함하는 넓은 해석에 의하여 법령을 당해 사건에 적용하는 것은 위헌이라고 하는 논리구조의 판결(찰황지방재판소 불사건 제1심판결⁹⁰), 찰황고등재판소 같은 사건 항소심판결⁹¹), ② 법령의 합헌한정해석이 가능함에도 법령의 집행자가 합헌적 적용의 경우에 한정하지 않고 위헌적으로 적용한, 그 적용행위가 위헌이라고 하는 논리구조의 판결(동경지방재판소 전체 프랑가드 사건 제1심 판결), ③ 법령 그 자체는 합헌이어도 그 집행자가 그것을 헌법에서 보장된 권리·자유를 침해하는 형태로 적용한 경우에 그 해석적용행위가 위헌이라고 하는 논리구조의 판결(동경지방재판소 제2차 가영교과서검정소송판결⁹²)의 셋으로 유형화할 수 있다고 한다.⁹³⁾

90). 1968. 3. 25. 하형집 10권 3호 293쪽

91). 1973. 9. 19. 판례시보 715호 3쪽

92). 1970. 7. 17. 판례시보 604호 29쪽

93). 蘆部信喜 위헌판단의 방법 헌법판례백선 II (1980년) 336쪽

위와 같이 유형화된 적용위헌의 수법은 어느 것이나 하급심판결이 안출해낸 방법이며, 그것은 최고재판소가 당해 법령에 관해 합헌으로 한 선례가 존재하고 있는 점, 혹은 최고재판소가 위헌심사권의 행사에 극히 신중한 태도를 취하고 있는 점 등이 크게 작용하여 그 경향과 정면에서 대립하는 것을 피하고 문제로 된 인권제약에 가능한 한의 구제를 가져오는 방책으로서 등장하였다고 하는 배경을 가지고 있다고 한다.

그러나 최고재판소에 있어서는 이 방법이 전부 부인되고 있다. 가장 논의를 불러 일으켰던 위 원불사건에서 최고재판소판결은 LRA의 기준을 적용하면서 공무원의 정치적 행위가 초래할 폐해가 경미한 것에까지 벌칙을 과하는 것은 헌법 제21조, 제31조에 위반한다고 하는 적용위헌의 결론을 표시한 하급심판결을 부인하고, 비교형량론이나 입법재량론에 의해 위헌의 의심을 배척한 것이었다. 위 전농림경직판결에서 5인의 재판관은 합헌한정해석의 방법과 함께 적용위헌의 방법 채용의 가능성을 시사하고 있지만 그와 같은 견해는 위 원불사건판결에 있어서도 소수에 머무르고 있다.

이미 본 합헌한정해석의 방법이 최고재판소판례 안에서 생명을 유지하고 있음에 대하여 적용위헌의 방법은 위 원불사건판결에서 부인되어 그 후 최고재판소 판례 중에서 나타나지 않고 있다. 다만 1962년의 제3차 소유물몰수에 관한 위헌판결을 적용위헌이라고 볼 여지는 있으나 법령 위헌으로 볼 여지도 있다.

운용위헌의 방법이란 법령 그 자체를 합헌으로 하면서 법령의 운용의 실체를 검토하여 그것에 위헌의 운용이 보일 때 그 일환으로서의 운용인 당해 사건의 조치를 위헌·무효로 하는 것이고, 공안조례에 대하여 이른바 사미판결⁹⁴⁾이 그 방법을 이용하고 있다. 그것은 공안조례를 합

헌으로 한 1960년의 최고재판소판결의 선례에 비추어 안출된 것이지만 항소심에서 부인되고 있다.⁹⁵⁾

다. 방론에 있어서 헌법판단

판결이유 중에 표시된 헌법판단은 판결의 주문에 나타나 있는 결론에 결부되어 있는 것에 대하여 그 의의를 인정할 수 있다. 그런데 판결의 주문과는 관계가 없지만 소송에서 다투어진 헌법상의 쟁점에 대하여 재판소의 견해가 나타나는 경우가 있다. 최고재판소의 판결에 그 예가 2개 있는바, 그 하나는 5월 1일 메이데이 기념집회개최를 위한 황거외원사용허가신청의 불허가처분에 대하여 그 처분의 취소를 구하여 제기된 소에 있어서 집회개최일이 소송의 계속 중에 경과하였기 때문에 소의 이익이 상실되었다고 하여 청구를 기각한 1953년의 최고재판소판결⁹⁶⁾에서 최고재판소는 「다짐을 위해」라고 하여 동 처분이 위법하지 않고 헌법 제21조 등에 위반하지 않는다는 취지의 실체판단을 표시한 예가 있다. 또 하나는 1967년 이른바 조일소송의 상고심판결⁹⁷⁾에서 최고재판소는 상고인의 사망에 의해 소송약료를 선언하면서도 「다짐을 위해」라고 하여 헌법 제25조의 의미나 생활보호법에 기초하여 정한 후생대신의 생활보호기준이 헌법 제25조에 위반하는 위법한 것은 아니라는 것을 설한 예도 있다.

이들의 방론은 물론 당해 사건에 대하여는 하등 법적의미를 갖지 않고

94). 동경지방재판소 1967. 5. 10. 하형집 9권 5호 638쪽 이 사건은 1950년 동경도조례 제44조(집회, 집단행진 및 집단시위운동에 관한 조례)에 근거하여 공안위원회가 한 집단적 행동의 조건 부허가처분의 헌법 제21조에 위반 한다고 한 사건임

95). 동경고등재판소 1973. 1. 16. 판례시보 706호 103쪽

96). 1953. 12. 23. 민집 7권 13호 1561쪽

97). 최고재판소 1967. 5. 24. 민집 21권 5호 1043쪽 이 사건은 생활보호법에 근거한 의료부조와 생활부조를 받던 朝日茂에게 보내도록 명하고 그 중 일용품비 600엔을 제외한 900엔을 의료비일부 부담액으로 본인에게 부담시킨 처분에 대한 취소청구소송사건임

또 선례로서 뒤의 동종의 사건을 구속하는 것은 아니다. 그러나 표시된 헌법판단이 최고재판소의 견해라는 점에서 단순한 방론에 지나지 않는다고 하여 무시할 수 없으며, 「사실상의 구속력」을 가지는 것이라고 설명되고 있다.⁹⁸⁾

또 이 두 개의 판결은 어느 것이나 다짐 삼아 다시 확인하기 위한 방론이었던 것이고 따라서 어디까지나 「다짐을 위해」의 판단이었던 것이나, 이에 대하여 다짐 삼아 다시 확인하는 것이 아는 방론은 국가나 행정기관에 대한 경고의 의미를 갖는 경우도 있다. 헌법 제37조 제1항⁹⁹⁾의 쾌속한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 다툼 사건¹⁰⁰⁾에서 최고재판소는 이른바 고전사건판결¹⁰¹⁾이 인정한 「이상한 사태」에 해당하지 않는다고 결론을 표시하면서도 이유 중에 「헌법 제37조 제1항의 신속한 보장조항과의 관계상 문제라고 생각되는 점이 있는 것은 부정할 수 없다.」라든가 「특히 제1심의 소송진행의 방법에는 또는 비판을 면하기 어려운 점이 적지 않다.」고 언급한 것이 있다. 하지만 이들 국가기관에의 경고의 의미를 가진 방론은 경고를 받은 기관이 대응한 행위를 취하지 않는 한 의의가 사라지게 되는 것이고, 결국 이는 위헌심사권 행사에 대하여 신중한 재판소의 태도가 배경으로 되어 있다고 할 수 있다.

라. 사정판결 · 장래효판결의 방법

재판소가 위헌의 결론에 이르렀을 때 다투어진 법령이나 법령에 의하여 행해진 국가의 행위의 효력을 부정하는 판결을 내리는 것으로 된다.

98). 小林直樹 헌법판단의 원리 하권 18쪽

99). 일본 헌법 제37조 제1항 「모든 형사사건에 있어서는 피고인은 공평한 재판소의 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다」

100). 최고재판소 1980. 2. 7. 형집 34권 2호 15쪽

101). 최고재판소 1972. 12. 20. 형집 26권 10호 631쪽 이 사건은 심리가 15년 가까이 중단되었다가 재개된 사건에서 변호인이 쾌속한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 주장한 사건임(최고재판소에서 면소판결취지로 파기환송함)

결국 위헌판결에 있어서는 위헌의 판단과 무효의 선고가 짝으로 되어 있는 것이 통례이다. 그러나 사건에 따라서는 당해 행위의 효력을 부정하면 곤란한 문제가 생기기 때문에 판결의 방법에 특별한 방법을 도입하는 것이 있다. 그것은 특히 위 의원정수불균형사건의 판결에서 보이는 문제이다. 위헌의 주장을 긍정하여 선거의 무효를 선고하면 선거 때부터 판결에 이르기까지 행해진 의회의 모든 행위는 없었던 것으로 되고, 판결이 초래하는 국정에의 영향은 통상의 사건의 경우와 비교되지 않을 정도로 중대한 결과를 초래하게 된다. 위 1976년의 의원정수배분 위헌 최고재판소판결은 그와 같은 선고가 「반드시 헌법 위반의 결과의 방지 또는 시정에 도움이 되는 바가 없고, 도리어 헌법상 기타의 관계에서 극히 부당한 결과를 생기게 하는 경우에는 헌법이 기대하는 바에 반하는 것으로 된다.」고 하여 사정판결의 방법을 정한 행정소송법 제31조 제1항 전단에 포함된 법의 기본원칙을 적용하여 「선거를 무효로 하는 취지를 주문에서 선언하는 것이 상당하다.」라고 판시하였고, 1985년 판결¹⁰²⁾에서도 반복되고 있다. 이 사정판결의 방법은 당해 선거의 무효를 구하는 것보다도 불균형인 의원정수에 헌법상의 비판을 가하여 선거권의 평등을 확보하는 편에 역점을 둔 소송의 목적에 적합한 면이 강하므로 그 유효성을 인정할 수 있다고 한다.

그러나 위 최고재판소 판결에는 사정판결의 방법을 채용해도 의원정수 불균형소송의 목적이 완전히 해결되는 것은 아니고, 합헌·위헌의 분기점을 표시하는 기준을 명확히 하지 않았으며, 그것은 위헌상태에 입법부가 어떻게 대응할까를 불명확한 채로 놓아 둔 것이 문제점으로 지적되고 있다. 또 가령 그 기준이 명시되었다고 해도 입법부가 판결에 대응

102). 최고재판소 1985. 7. 17. 민집 39권 5호 1125쪽 이 사건은 1983년 중의원의원선거에서 최대 교차 4.40대 1이 되도록 규정한 공직선거법의 평등권위반(중간) 227쪽

한 쾌속한 조치를 취하지 않았을 때에도 문제라고 한다.¹⁰³⁾

그리하여 입법부에 의한 대응조치를 촉구하는 효과를 가진 강한 내용의 판결방법이 요구되어지며, 그와 같은 판결방법으로서 생각할 수 있는 것은 중의원의원의 정수배분을 정한 규정인 공직선거법의 별표 1이 위헌 무효이고 당해 선거의 효력에 대하여는 사정판결의 법리에 의하여 부정하지 않는다고 하는 방법이다.¹⁰⁴⁾ 이것에 의하면 위헌판단이 당해 법령의 효력을 장래에 향하여 부정하는 것으로 되고 그 결과 위헌의 국가행위가 반복되는 것을 막을 수 있으며, 이러한 판결을 장래효 판결이라고 부르고 있다. 이러한 방법은 위헌경고판결이라고도 하며, 위 1985년 최고재판소판결의 소수의견에서 주장되었다.¹⁰⁵⁾

이외에도 위헌의 상태로 선거가 행해졌을 때 그것을 방지하기 위한 소송의 방법이 생각되어야 할 것이다. 예컨대 선거사무의 집행의 금지등을 구하는 소송을 생각할 수 있는데 이 선거권의 평등을 확보하기 위한 임시의 구제에 대하여 재판소는 극히 냉담한 태도를 취하고 있고, 앞으로 미국에서 인정되는 선언판결이나 금지명령의 방법이 일본에서도 채용될 수 있는가에 대하여 고찰할 필요가 있다고 한다.¹⁰⁶⁾

V. 일본 헌법재판의 사법소극주의적 성격

103). 戶松秀典 헌법판단의 방법 법학세미나 헌법소송(중간) 227쪽

104). 위 1976년 최고재판소판결은 그 규정을 위헌으로 판단하였지만 무효의 선언을 하지 않았다.

105). 5인의 재판관은 선거는 무효로 하지만 그 무효의 효과의 발생을 일정기간 후까지 보류한다고 하는 것이다. 그것은 국회에 배분규정의 시정을 위한 시간적 여유를 줌과 함께 국회가 모든 책임을 지도록 하는 것이다.(畑博行 위헌입법심사제 저리스트 1073호(1995. 8. 1) 36쪽)

106). 戶松秀典 헌법판단의 방법 법학세미나 헌법소송(중간) 227쪽

이상에서 살펴본 바와 같이 일본 최고재판소의 헌법재판은 사법소극주의에 치우쳐 비판의 대상이 되고 있다. 그러면 이 점에 관하여 먼저 사법소극주의의 개념과 이론적 배경을 살펴본 후 일본의 최고재판소의 사법소극주의에 대한 학자 등의 의견을 차례로 살펴본다. 사법소극주의의 개념에 대하여는 반드시 일의적인 것은 아니나 「위헌입법심사권을 행사할 때 『입법부, 행정부라고 하는 정책결정자의 결단은 최대한도의 겸양과 경의로써 취급해야 한다는 입장』을 사법소극주의」라고 할 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾ 그리고 이러한 사법소극주의의 배후에는 ① 민주제를 다수자지배적 민주제로서 파악하여 신분이 보장되고, 주권자인 국민으로부터 콘트롤을 받지 않고, 국민에 대하여 책임을 부담하지 않는 재판소를 기본적으로 비민주적인 것으로 본다. ② 재판소가 이용할 수 있는 판단자료에는 제약이 있고, 특히 정치적 판단에는 어울리지 않는다. ③ 재판소는 힘을 가지고 있지 않으니까 타부문의 결단과 반대의 판단을 한다고 하여도 실행이 불가능하다. ④ 타부분과 반대의 판단을 하면 타부분으로부터 반발을 받아 재판소의 권위를 저하시킨다. ⑤ 재판소의 정책형성기능에 대하여 회의적이라고 하는 생각이 깔려 있다고 한다.¹⁰⁸⁾

학계에서는 일본 최고재판소의 사법소극주의에 대하여 각자 그 원인에 대하여 여러 가지로 분석하고 이론적, 정책적인 면에서 다각도로 비판하고 있으며, 근래에 들어와 헌법학에서 가장 논의가 많이 되고 있는 주제처럼 보이고 있는바, 그중 몇을 소개하여 본다.

107). 藤部信喜 사법의 존재방식과 인권 94쪽

108). 樺田耕一 심사를 배제·제약하는 법리와 정책 법학세미나 헌법소송(증간) 197쪽

전 박행 교수는 최고재판소가 보수적이고 소극적인 이유는 그 구성원인 재판관의 선임방식에 있다고 하면서 최고재판소의 재판관은 내각에 의하여 선임되지만 그 내각의 담당자가 짧은 한 시기를 제외하고 보수정당이었던 점에 커다란 의미가 있으며, 최고재판소와 정치기관이 현저하게 동질화되었다고 하면서 최고재판소 재판관의 선임을 공개화할 것을 주장하고, 다음으로 상고제한의 제도가 없어 최고재판소의 보수성·소극성은 국민의 정치의식·헌법의식에 상응하고 있는 것이라고 보고 국민의 건전한 비판이 있고, 또 그것을 최고재판소가 받아들일 때 일본의 위헌심사제도 충분히 기능할 수 있을 것이라고 한다.¹⁰⁹⁾

북야홍구 교수는 사법소극주의의 이유로 첫째로 판사가 전관하여 국의 송무를 담당하는 송무검사제도, 둘째로 미국과는 달리 사법연수소를 종료한 직후에 판사로 임용되는 제도, 셋째로 경역재판관 시스템이 원인이 되어 재판관 일반의 헌법감각·인권감각이 희박하다는 점, 넷째로 재판소는 위헌문제에 대하여 입법부가 제정한 법률은 상당한 정도의 것이 아닌 한 헌법에 위반하는 것이 아니라고 하는 자세를 유지하고 있다고 하는 점, 다섯째로 재판관의 인사등 사법행정의 문제를 들고 있다.¹¹⁰⁾

신정 장 교수는 위헌법률심사제를 기능케하는 4가지 조건으로 첫째, 헌법재판을 담당하는 재판관의 자질확보 및 향상, 둘째로 자신을 가지고 헌법재판에 임할 수 있는 사법부 내의 환경·조건의 정비, 셋째로 재판소의 위헌심사권을 존중하고, 위헌판결에도 허심탄회하게 대응할 수 있을 정도의 정치부문의 자세의 확립, 넷째로 재판소의 적정한 위헌심

109). 畑 博行 위헌입법심사제 유리스트 1073호(1995. 8. 1-15) 33쪽 이하 참조

110). 北野弘久 특임·전후 50년과 헌법재판 심포지움 서론 유리스트 1076호 (1995. 10. 1.) 9쪽 참조

사권행사의 지지·격려를 보내는 국민여론의 비등을 들고 있다. 그리고 동 교수는 헌법재판 50년의 궤적을 살피면서 사법소극주의를 초래하게 된 결과는 최고재판소의 무작위의 태도결정에서 이끌어 내진 우연한 소산이 아니고, 오히려 최고재판소로서의 보수적인 사상·철학에 근거를 둔 적극적인 결단 때문이라고 한다. 그것은 첫째 최고재판소의 합헌판결이 종종 하급심의 획기적인 위헌판결을 번복한 것이거나 아니면 제1심 위헌판결을 뒤엎은 제2심 판결을 지지하는 형태로 나온 사건이 상당히 있으며, 더구나 이들 사건에서 최고재판소가 단순한 법률해석이나 증거평가의 상위에서 하급심판결을 뒤엎은 것에 머물지 않고 정치부문에 대한 배려 또는 정치부문과의 마찰을 하루라도 빨리 해소하기 위해 하급심의 위헌판결을 취소하기에 급급했다는 보이지 않는 사정이 존재하는 것은 사천사건, 장소미사일 기타소송의 경과를 보면 이해할 수 있다고 한다. 둘째 최고재판소가 상고심에 계속중인 사건을 대법정에 회부할지, 헌법문제를 빼고 소법정에서 처리할지 2자택일시에 정치적 결탁을 하였다고 의심되는 부분이 있다. 셋째 최고재판소가 법령 등의 위헌판단을 하는데는 소극적이지만 스스로 헌법판단을 하는 것이다. 예컨대 사천사건에서 최고재판소는 미일안보조약의 헌법적부는 「정치문제에 속하므로」 사법심사에 친하지 않다고 하면서 「일견명백」 론을 매개로 하여 결국은 동 조약의 위헌심사를 행하고 「동 조약은 헌법 제9조 등의 취지에 적합하다.....」 라고 하여 적극적으로 안보합헌론을 전개한 예나, 위 조일소송에서 본 바와 같이 「다짐을 위해」 라고 하여 생활보호기준의 적부에 관한 재판소의 견해를 덧붙여 결국은 후생대신이 정립한 생활보호기준을 합헌으로 한 예가 있다. 위 제사실에서 보면 최고재판소는 단지 위헌심사권행사에 소극적이라고 함에 머물지 않고, 오히려 위헌심사의 기회를 역용하여 이것을 합헌판단표명의 무대로 파악하고, 정치부문에 정책상의 자유재량을 부여하는 것은 움직이기 어려

운 사실이라고 한다.¹¹¹⁾

모전경일 교수는 운용실태가 제기하는 문제점으로 최고재판소의 판례에 반대하는 하급재판소의 판결을 예외 없이 파기하여 하급심의 의욕을 감소시키고 결과적으로 근래에 최고재판소에서 반대의견을 감소시키는 결과를 낳았으며, 최고재판소에 있어서의 최대의 문제는 재판관의 인권의식부족이라고 한다. 재판소의 지금까지의 자세에는 사회통념을 인권문제에 안이하게 남용하는 것에 의하여 소수자에 대한 배려가 극히 결여되어 있다. 이 점과 관련하여 헌법소송론은 나름대로 성과를 평가할 수는 있지만 소송기술적 논의에 기울어 헌법가치 등이 기본문제가 경시되는 경향이 있고, 헌법소송론과 현실이 많은 점에서 서로 잘 맞아 들어가고 있지 않은 것이 큰 문제이며, 이 점은 역사적, 문화적 배경을 포함하여 검토할 필요가 있다고 한다. 그리고 동 교수는 사법소극주의와 관련하여서는 최고재판소는 통치행위론, 입법재량론, 합헌한정해석 등의 방법에 의하여 심사의 대상을 좁히는 결과 헌법판단을 회피하는 경향을 보이고 있고, 이는 결국 현상을 추인하고 입법부, 행정부를 지원하는 효과를 가지며, 재판소가 적극적인 경우는 위 항거외원광장사용금지사건판결, 조일소송 등에서 보는 와 같이 적극적으로 합헌판결하는 경우라고 한다. 따라서 운용의 실태로 보면 일본의 헌법재판은 미국식도 아니고 독일식도 아닌 독자의 극단적인 사법소극주의 형태이다. 그러나 사법적극주의가 바람직한 것만은 아니고, 이것은 입법부의 움직임은 방향과도 관계있으며, 미국의 판례는 대상에 따라 소극주의와 적극주의를 현명하게 구분하여 사용하고 있는데 일본은 반헌법적 입법부, 행정부에 대하여 인권의식이 희박한 사법부가 소극적으로 임하여 입법부, 행정부를 정당화하는 기능을 갖는다고 한다. 그리고 이러한 사태의

111). 新井 章 헌법재판 50년의 궤적과 전망 JURIST(1995. 10. 1.) 16쪽 이하 참조

타개를 위하여는 재판관선임방법이나 재판관제도가 개선, 재판관·재판관희망자에 대한 헌법과 인권교육의 강화가 최소한의 필요조건이라고 주장한다.¹¹²⁾

또한 최고재판소 재판관을 지낸 이등정기는 제도적인 상위에도 불구하고 사법재판소형과 헌법재판소형을 대표하는 미국과 독일에서 헌법재판제도가 접근하는 움직임 보이고 있으며, 따라서 문제는 제도로서의 득실보다도 오히려 실제에 있어서 그것이 어떻게 기능하고, 실효성을 갖고 있는가라고 생각하며 이 점에서 일본 최고재판소의 움직임을 보면 제외국과 다른 특이한 모습을 보이고 있는데 그것은 헌법판단의 지연¹¹³⁾과 위헌판결이 극히 적고, 종종 사법소극주의가 눈에 띄게 지적되는 것이라고 한다. 그리고 일본최고재판소의 사법소극주의의 배경으로 일본의 정신적 풍토로서의 「화」의 존중, 법적안정의 확보를 지상 목적으로 하는 법률가, 최고재판소의 계속하는 사건수가 연간 4천 건에 이르는 등 일본의 사법제도의 특징과 검토할 가치가 없는 헌법상의 주장을 늘 반복하여 재판관으로 하여금 헌법적인 주장을 경시하게 하는 헌법소송에서의 쟁송방법, 정부제출법안의 경우 내각법제국에서 엄밀한 사전심사가 있어서 충분히 체크되는 입법과정의 존재방식¹¹⁴⁾, 헌법학계의 동향¹¹⁵⁾, 대법정가 소법정의 사건의 분담¹¹⁶⁾, 대륙형의 관료재판관제

112). 樺田耕一 위헌심사제의 성격과 그 운용 주리스트 1089호 (1996. 5. 1-15) 151쪽 이하 참조
113). 예컨대, 百里其他사건은 30년 이상 경과하여 최고재판소 판결이 선고 되었다.
114). 이는 법령위헌판결의 대상으로 된 예도 정치성을 가진 의원정수의 위헌판결사건을 제외하고는 새로운 입법은 없고, 어떠한 이유로 합헌성이 충분히 심사되지 않은 채 전진의 법규가 일본 헌법하에 남아있는 것이라는 것을 보아도 이를 알 수 있다고 한다.
115). 일본의 재판관의 일반적인 법사교의 구조에서 보아 헌법판단에 친근성이 적고, 이러한 재판관의 경향에서 볼 때 헌법은 민법, 형법 등과 달리 엄밀한 논리로 구축되어 있는 것처럼 보이지 않고, 법률학에서도 재판을 전제로 하는 이론의 구축을 한다고 하여 왔지만 실무를 담당하는 재판관의 입장에서 볼 때는 이데올로기성이 강하고 객관성이 결여된 논의가 많아 재판의 장에서 납득시키는 힘이 약하다는 느낌이 든다고 한다.
116). 헌법판례가 축적되어 합헌판단인 한 판례에 의하여 소법정에서 처리할 수 있고, 소법정이

도 등을 지적하여 실무가적인 입장에서 이를 고찰하고 있다.¹¹⁷⁾

이러한 일본 최고재판소의 사법소극주의는 외국에서도 검토의 대상이 되고 있는 것 같다. 「서구 민주주의 제국에 있어서 헌법재판소」를 저술한 브뤼넝(Brünneck)은 제국의 헌법재판기관이 구체적 사건에서의 판결결과에 불구하고 헌법콘센서를 유지·확보하는 것을 통하여 민주주의적 헌법체제의 유지·확보에 공헌하고 있다고 지적하고, 일본에 대하여도 기본적으로 위와 같은 점이 타당하다고 하면서 다음의 두 가지 점을 지적하고 있다. 첫째로 헌법재판기관의 조직문제의 일환으로서의 재판관의 선임문제에 관하여 반대당이 전혀 영향력을 갖지 못하는 것으로는 헌법재판이 정부·여당에 추수하는 경향이 있기 때문에 그 의의가 저하되고 있다. 둘째로 모든 나라의 헌법재판기관의 판결활동 중에 표현의 자유를 끊임없이 확대하고 있는 경향이 관철되고 있는 점이 지적되는 가운데 일본이 특수한 경우로서 제외되어 있고, 제외의 이유로서 최고재판소가 이 분야에서 위헌판결을 한 바가 없다는 것을 들고 있다.¹¹⁸⁾

그러나 최고재판소의 사법소극주의의 경향은 최근에 들어와서도 좀처럼 고쳐지지 않고 헌법의 발전에 적극적으로 기여하지 못하고 있다. 이

합헌이라고 생각되거나 대법정에 회부해도 합헌판단이 나오리라고 생각되는 경우에는 근거로 할 판례가 없고 그 인용이 꽤 무리라고 생각되는 때에도 구태여 「그 취지에 비추어 보아」 소법정이 헌법판단을 행하는 경향이 있다고 한다. 이와 같이 대법정에 사건을 회부하는 것을 주저하고 실제로 대법정회부사건수가 현저히 감소하는 이유는 첫째 대법정을 구성하는 재판관 인원 15명은 합의체로는 너무 많은 인원이고, 둘째로 사건의 처리가 장기에 걸치고, 셋째로 대법정사건은 우선적으로 취급되고, 구두변론이 행해지므로 소법정사건처리에 영향을 미쳐 소법정 사건의 처리를 늦어지게 하는 것을 들고 있다.

117). 伊藤正己 재판관과 학자의 사이 106쪽 이하 참조

118). Alexander v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in den wesentlichen Demokratie-n, 1992, a. a. O., S. 32ff., 要城壽夫 헌법판단의 기능 주리스트 1076호(1995. 10.) 10쪽에서 재인용

점에 관하여 본고에서 어떤 논평을 가하는 것은 일본의 정치, 경제, 사회, 문화적인 배경을 잘 알지 못하는 경우에는 피상적 견해에 머물 수밖에 없을 것이므로 그보다는 1990년대에 들어와 헌법재판제도 자체를 근본적으로 뜯어고치자는 주장에 대하여 소개하고자 한다. 그 대표적인 것으로는 위 이승정기 전 재판관의 헌법재판의 활성화를 위한 방법으로는 현재의 사법심사형 부수심사제를 근본적으로 뜯어 고쳐 헌법재판소 방식을 도입하여야 한다는 주장이 있는바,¹¹⁹⁾ 학계와 실무계를 두루 거친 동인의 의견임에 비추어 경청할만한 가치가 있을 것이다. 그리고 독매신문에서 1994년 각계의 권위자들에게 의뢰하여 독매헌법개정시안을 작성, 발표하고 있는데 헌법재판소의 도입과 그 내용에 대하여 규정하고 있다.¹²⁰⁾ 그러나 이에 대하여는 학계에서 일본의 최고재판소의 운영이 현재와 같은 상태하에서는 제도를 바꾸는 것은 아무런 의미가 없으며, 오히려 새로운 문제를 발생시킬 뿐이라고 하는 주장도 있음을 덧붙였다.¹²¹⁾

VI. 맺 음 말

119). 伊藤正己 前掲書 133쪽 이하 참조.

120). 1994. 11. 讀賣신문 133쪽 이하 참조

헌법재판소는 일체의 조약, 법률, 명령, 규칙 또는 처분에 대하여 위헌심사를 하는 유일의 재판소이고(제86조), 추상적위헌심사권과 구체적위헌심사권을 인정하며(제87조), 헌법재판소의 결정은 법률이 정한 경우를 제외하고 국가 및 모든 지방공공단체의 각 기관을 구속하며(제87조), 헌법재판소는 소장과 8인의 재판관으로 구성하고 소장은 천황이, 소장 이외의 재판관은 참의원의 지명에 의하여 내각에서 임명하는 것으로 하고, 임기는 8년으로 하되 재임되지 않는 것으로 하고 있고(제6조, 제89조), 최고재판소는 헌법재판소 관할 이외의 사항에 관해 재판을 행하는 중심재판소로 한다(제90조)는 등의 내용을 담고 있다.

121). 北野弘久 특업·전후 50년과 헌법재판 심포지움 서론 *유리스트* 1076호(1995. 10. 1) 9쪽.
 横田耕一 위헌심사제의 성격과 그 운용 *유리스트* 1089호 (1996. 5. 1-15) 157쪽

이상에서 일본의 헌법재판과 헌법소송이론에 관하여 개괄적으로 살펴 보았다. 일본 헌법재판에 있어서 두 가지 큰 흐름은 위헌심사기준의 확립과 사법소극주의라고 할 수 있다. 위헌심사기준을 확립하는 것은 헌법재판에 있어서 가장 중요한 일일 것이다. 일본의 헌법재판에 있어서 이 일은 초기에 공공의 복지론에서 시작되어 이익형량론, 필요최소한도의 기준 등으로 발전하였다. 그러나 아직까지 위헌심사기준에 대한 체계적인 정립을 하지 못하고 1990년대에 들어와서도 표현의 자유에 관한 위헌심사에 있어서 단순한 공공의 복지론에 입각하여 판단하는 일도 있다. 표현의 자유의 우월성이 전혀 고려되지 않고 있음을 볼 수 있으며, 그리고 표현의 자유 규제입법의 위축적 효과를 고려한 판단도 아직 나오지 않는다. 이 점에 있어서 일본의 헌법재판이 위헌심사기준의 확립을 위한 노력을 게을리하지 않았나 하는 느낌이 든다. 앞으로 기본권의 성질에 따른 이중의 기준이나 복수의 기준에 의한 이익형량을 우선 확립해나가야 할 것으로 생각된다. 그리고 헌법판단에 있어서 입법사실에 관한 철저한 검증이 과연 이루어지고 있느냐 하는 점에 있어서도 의문이 든다. 이익형량시에 입법사실에 대한 고려가 있지만 이는 관념적인 것에 머물고 입법사실에 대한 철저한 검증은 이루어지지 않고 있음을 볼 수 있다. 한편 사법소극주의는 일본의 헌법재판 전체에 있어서 밑을 흐르고 있는 저류와도 같은 것이라고 볼 수 있다.

결국 이 사법소극주의가 헌법재판의 모든 방면에 영향을 미쳐 위헌심사기준확립, 표현의 자유 규제입법의 위축적 효과 제거, 입법사실에 대한 탐구 등에 부정적으로 작용하고, 헌법판단의 회피, 입법재량론, 합헌성 추정 원칙, 통치행위론 등 헌법판단이 소극적인 방면에만 적극적으로 기능하고 있다고 볼 수 있다. 그 결과 일본의 헌법재판은 일본의 학자가 지적하는 대로 미국식도, 독일식도 아는 극단적인 사법소극주의

형태로 귀결되어 간 것이다. 미국의 헌법재판이 초기부터 합헌성추정의 원칙과 사법소극주의를 내세우면서도 일본과 같은 극단적인 사법소극주의에 빠지지 않고 적절한 헌법판단을 통하여 입법부와 행정부에 대한 통제에 성공한데에는 헌법이론이 적극적인 개발과 인권보장의 최후보루라는 인식이 있었기 때문이라고 생각된다.

그 원인이야 어떠한건 간에 이 두 가지 점 모두에 실패하고 있다고 볼 수 있는 일본의 최고재판소가 오늘날에 와서는 헌법재판 담당기능 자체를 의심받고 있음을 볼 때 이는 우리 헌법재판소의 앞으로의 발전을 위하여도 참고가 되리라고 생각한다.