

## 目 次

集會의 自由 - 集團的 表現의 自由 .....	朴容相 .....	5
基本權體系 .....	金善擇 .....	129
相續制度의 憲法的 根據 .....	尹眞秀 .....	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究.....	黃道洙 .....	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題 .....	李明雄 .....	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否 .....	韓秀雄 .....	283
憲法 제27조의 裁判請求權 .....	韓秀雄 .....	339
自由權的 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準.....	崔甲先 .....	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 財產權保障 .....	方勝柱 .....	431
- 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -		
<附錄> 憲法論叢 收錄 論文索引 .....		469

# 集會의 自由－集團的 表現의 自由

朴 容 相

憲法裁判所 事務次長

## － 目 次 －

### I. 서론

1. 의의
2. 헌법적 기능
  - 가. 개관
  - 나. 독일 판례
  - 다. 에머슨의 견해

### II. 헌법상 집회의 자유의 내용

1. 법적 성격
  - 가. 연혁
  - 나. 우리 헌법상 집회의 자유
2. 집회의 개념
  - 가. 집회의 정의
  - 나. 집회의 자유의 보호영역
3. 표현의 자유와 집회의 자유

- 가. 표현의 자유의 제한과 집회의 자유의 제한
  - 나. 위법한 표현행위를 이유로 한 집회의 제한
  - 다. 집회에서 표현행위의 제한
  - 라. 집회와 방해자의 문제
4. 집회의 자유와 노동권

### Ⅲ. 집회 규제의 일반 법리

- 1. 서론
- 2. 제한 사유 및 근거
  - 가. 집회규제의 보호법의
  - 나. 위험발생의 측정과 기준
- 3. 집회규제의 태양
  - 가. 문제의 제기
  - 나. 허가제 및 그 허용범위 - 미국의 사례
  - 다. 사전허가제 - 일본
  - 라. 사전신고제와 집회의 사전금지 - 독일
  - 마. 한국
- 4. 집회 장소의 사용에 따른 문제
  - 가. 개관
  - 나. 이른바 공적 포럼의 법리 - 미국
  - 다. 일본 판례
  - 라. 한국

### Ⅳ. 현행법상 집회에 대한 규제

- 1. 연혁적 고찰
  - 가. 집시법의 개정 연혁

- 나. 집회의 자유의 상황
- 2. 현행 집시법의 규정 개관
  - 가. 개관
    - 나. 집회의 절대적 금지
    - 다. 주최자 등의 준수사항
  - 3. 옥외 집회 및 시위에 대한 법적 규제
    - 가. 옥외집회 및 시위의 개념
      - 나. 시간 및 장소의 제한
    - 4. 옥외 집회 및 시위에 대한 사전규제
      - 가. 개관
        - 나. 사전신고의무 및 절차
        - 다. 집회의 사전금지 또는 제한
        - 라. 집회 또는 시위의 해산

참고문헌

## I. 서론

### 1. 의의

헌법 제21조는 “모든 국민은…… 집회 및 결사의 자유를 가진다”고 규정한다. 집회의 자유(freedom of assembly, Versammlungsfreiheit)는 넓은 의미에서 표현의 자유라고 생각되며, 따라서 전통적 언론출판의 자유와 같은 성질 및 기능을 갖는다고 말할 수 있다. 다만, 집회의 자유는 ‘집단적’ 표현의 자유를 보호하는 것이기 때문에 개인적 권리라기 보다는 집단적 권리의 성질을 가지며, 단체적 행동으로 인하여 공공질서에 대한 영향이 크기 때문에 언론출판의 경우보다 더 강력한 법적 규제 내지 국가적 통제를 받게 된다.

집단적 표현형태를 취하는 집회 및 시위는 적법한 고정구제가 거부되고 정부에 대한 이성적 논리적 설득이 실패한 경우에 시도되는 보충적인 표현형태로서의 의미를 갖는다. 집회와 시위 중에 정보가 교환되고, 고정(苦情)이 표현되어 정부의 주의를 끌게 되는 것이기는 하지만, 거기에는 순수한 언론(pure speech)을 상회하는 집단성과 행동성이 개재하게 된다. 미국의 판례는 집단적 표현의 자유 중에서도 집회의 자유 및 청원권과 시위 및 행진의 자유를 구별하는 입장을 취한다.

베이커 교수에 의하면 일반적 표현의 자유를 보호하는 논리를 넘어 평화적인 집회(peaceable assembly)와 자발적 결사를 보호하는 본래의 추가적 의미는 그것이 새로운 관점을 전개시키고 그에 필요한 힘을 구동함으로써 가치 있는 경험을 창출하는 비폭력적

수단이라는 점에 있다고 한다.<sup>1)</sup> 국민들이 이러한 힘을 강요적으로 행사하지 않는 한, 즉 타인의 권리를 해하지 않는 한 수정헌법 제1 조는 이러한 힘의 창조와 행사를 보호해야 한다. 나아가 시위와 행진은 집단적 능동적 표현행위를 도모함으로써 압력을 행사하고 세력을 과시하는 데, 그 본래의 특성을 갖는다는 점에서 대화와 이성적 설득(rational persuasion)을 기반으로 하는 언론의 자유시장론에 의해 바로 뒷받침되는 것은 아니다.<sup>2)</sup> Jackson 대법관은 집단적 성격을 가지는 인민의 행동을 헌법적으로 보호되는 결사라기 보다는 불법적 음모를 구성하는 것이라고 보면서 “정부에 대해 집단적으로 강요할 권리(right to ‘gang up’ on the Government)는 헌법상 인정되지 않는다”고 언명한 바 있다.<sup>3)</sup>

Abernathy 교수 역시 시위의 자유는 언론의 시장이론에 의해 뒷받침될 수 있음을 부인하면서, 집회의 자유가 본래 보호하고 고무하려 했던 관행은 공적인 문제에 대한 생각이나 의견의 교환이었을 뿐, 많은 시위(parade)는 헌법이 보장하려고 의도했던 범위에는 해당되지 않는다고 말한 바 있다.<sup>4)</sup> 그는 이러한 의미에서 시위는 그 보호의 요건으로서 의견의 교환을 요하지 않는다고 한다.

우리 헌법재판소는 “집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 집단적인 형태로서 집단적인 의사표현을 통하여 공동의 이익을 추구하고 자유민주국가에 있어서 국민의 정치적·사회적 의사형성 과정에 효과적인 역할을 하는 것이므로 민주정치 실현에 매우 중요한 기본권”이며(이른바 ‘전교조 경북지부결성 전야제 사건’<sup>5)</sup>), “대의민주

---

1) C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989, p. 153

2) Baker, id. p. 153

3) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 577 (1951) Jackson concurring

4) G. Abernathy, *The Right of Assembly and Association*, (1961), note 3, at 83

5) 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281

주의 체제에 있어서 집회의 자유는 불만과 비판 등을 공개적으로 표출케 함으로써 오히려 정치적 안정에 기여하는 긍정적 기능을 수행하며, 이와 같은 자유의 향유는 민주정치에 바탕이 되는 건전한 여론표현과 여론형성의 수단인 동시에 대의기능이 약화되었을 때에 소수의견의 국정반영의 창구로서의 의미를 지님을 간과해서는 안될 것이고, 그러한 의미에서 사회불안만 우려해서 무조건 집회·시위를 ‘타부’시 할 것이 아니라 비폭력적이고 질서파괴의 것이 아니면 민주주의의 신장을 위해 위축시켜서는 안될 기본권으로 보호하여야 할 것이다”라고 논한다.<sup>6)</sup> 다만, 집회 및 시위의 자유는 “언론의 자유와는 달리 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것 또한 사실이”라는 점을 지적하였다.<sup>7)</sup>

## 2. 헌법적 기능

### 가. 개관

집회의 자유는 광의의 표현의 자유로서 표현의 자유 일반에 인정되는 헌법적 기능이 인정된다. 그것은 인격의 자기실현에 기여하는 동시에 국민에 의한 자치를 가능하게 하는 기능을 갖는다.

일본의 판례는 “집회는 국민이 다양한 의견이나 정보 등에 접함으로써 자기의 사상이나 인격을 형성·발전시키고 또 상호간 의견이나 정보 등을 전달·교류하는 장으로서 필요하고, 나아가 대외적으로 의견을 표명하기 위해 유효한 수단이므로 [일본]헌법 제21조

6) 헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8 판례집 4, 4

7) 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281

1항이 보장하는 집회의 자유는 민주주의 사회에서 중요한 기본적인 권의 하나로서 특히 존중되지 않으면 안된다”고 설시한다.<sup>8)</sup>

매스 미디어가 집중화하고 그에 대한 국민의 액세스권이 봉쇄된 현대의 미디어 상황에서 일반 대중이 집회나 집단행진 등에 의해 새로운 의견 또는 소수파의 의견을 표현하는 불가결한 수단으로서의 집회 및 시위의 자유는 대의제민주정의 활성화에 기여하는 보충적 의미를 갖는다.

#### 나. 독일 판례

독일에서는 집회의 자유가 방어권적 내용을 넘어 정치적 의견형성에 참여하는 권리로서의 의미를 갖는다는 점에서 민주적 참여권(demokratische Teilhaberecht)이라고까지 불리어진다.<sup>9)</sup> 독일 연방헌법재판소는 핵발전소 건설반대 시위사건에서 집회의 자유의 의의 및 헌법적 기능에 관하여 심오한 이론을 전개한 바 있다. 그에 의하면 집회의 자유는 미디어를 매개로 하지 않으면서 표현행위자 자신이 몸소 현장에 임하여 행사하는 직접적 표현의 자유의 한 형태임이 강조됨과 동시에 동 법원이 취하는 통합과정론의 이해에 따라 대의제 민주국가의 여론형성과정에서, 그리고 과점적 미디어 질서에서 소외되는 소수파의 표현수단으로서 집회의 자유권이 갖는 직접민주제적 참여권으로서의 의미가 철저하게 확인되고 있다.

#### [사례] 핵발전소 건설반대 시위 사건 (1985)

독일 연방헌법재판소 1985. 5. 14. 결정, BVerfGE 69, 315

독일의 연방헌법재판소는 집회의 자유의 헌법상 의의로서 각인의

8) 最大判 平成 4. 7. 1. 民集 46권 5호 437면

9) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Art. 5. Abs. I, II, Rdnrn 10



인격의 발현과 민주국가의 유지라고 하는 2가지 점을 들고 있다. “헌법재판소는 …… 의견표현의 자유를 민주적 공동체에 불가결한 기본적 요소 중에 넣어왔다. 의견표현의 자유는 사람의 인격의 가장 직접적인 표현이고 자유민주주의적 국가질서를 구성하는 가장 중요한 인권의 하나로 간주된다. 이 국가형태의 생명요소인 항구적인 정신적 대결과 의견의 상호투쟁은 의견표현의 자유가 있어 비로소 가능하게 되는 것이기 때문이다. 집회의 자유는 집단적 의견표현의 자유라고 이해되므로 동일한 바가 원칙으로서 집회의 자유에도 적용된다. 데모를 행하는 자는 완전히 공개된 상태에서 미디어가 개재함이 없이 자신의 신체적 참여에 의해 자신의 의견을 표명함으로써 직접적인 방법으로 자기의 인격을 발현시키는 것이다.”(BVerfGE 69, 315[345]) 이념형적인 모습의 데모는 확신을 몸으로 보이게 하는 공동행위이며, 그 과정에서 참여자는 사회 속에서 타인과 함께 이 확신을 공고히 경험하는 한편, 대외적으로는 - 단순한 출석, 등장 및 타인과의 연대 방법 또는 장소를 선택함에 의해 - 본래적 의미에서 견해를 밝히게 되며 자신의 입장을 확신시킨다. 집회의 자유의 영역에서 그러한 의견의 표명이 선동적으로 남용되고 바람직하지 못한 방향으로 격정화할 수 있다는 위험은 표현 및 언론의 자유의 경우와 마찬가지로 원칙적인 평가에 영향을 미치지 않는다.

민주주의적 공동체에서 의사결정과정의 특성을 고려한다면 집회의 자유의 원칙적 의미는 특히 두드러진다. 독일공산당 사건(KPD-Urteil)에서 연방헌법재판소의 판시에 의하면 자유민주주의적 질서는 역사적으로 생성되어 현존하는 국가 및 사회의 모습은 개선가능하고 또 개선이 필요하다는 점을 전제로 하며, 그에 의해 항상 쇄신되는 의사결정에 의해 해결되어야 할, 결코 그칠 수 없는 임무가 설정된다(BVerfGE 5, 85 [197]). 이 의사결정의 길은 지속적인 정신적 대결과 상호적인 견제 및 비판이 국가 속에서 활동하는 정치적 세력간의 합의와 조정으로서 (상대적으로) 올바른 정치적 지향을 위해 최선의 보증을 마련하는 시행착오(trial and error)의 과정으로 설명된다. 그 후의 정당보조금 사건 판결은 이러한 생각에 연결하여 민주주의에서 의사결정은 국민으로부터 국가기관을 향하여 이루어져야 하는 것이지 그 반대로 되어서는 안되고, 정치적 의사형성에 참

여하는 시민의 권리는 선거에서 투표로 표시될 뿐 아니라 민주정에서는 방해받음이 없이 국가로부터 자유롭게 이루어져야 하는, 자유롭게 공개적인 정치적 의사형성과정에 대한 지속적인 영향력 행사를 통해서도 표시되어야 한다고 하였다(BVerGE 20, 56[98f]). 시민들은 이러한 과정에 여러 모습으로 관여한다. 대규모 결사, 재력이 큰 현금자 또는 매스 미디어는 막강한 영향을 행사하는 한편, 국민 개인은 무력함을 경험한다. 미디어에 대한 직접적 접근과 미디어에 의해 표현할 수 있는 기회가 소수인에게 국한된 사회에서 개인에게 주어지는 것은 정당이나 단체에 조직되어 참여하는 것 이외에 일반적으로 데모를 위한 집회의 자유를 행사함으로써 집단적인 영향력을 행사하는 길밖에 없다. 이 자유권의 방해받지 않는 행사는 정치적 무력감이나 국가적 불만의 위험한 경향에 대처하는 것만이 아니다. 일반적으로 정치적 의사형성의 세력관계 속에서, 모든 힘이 어느 정도 힘을 발휘하는 경우에 비로소 상대적으로 바른 결론이 나오게 되는 것이므로 집회의 자유권의 행사는 결국 올바르게 이해된 공공의 복리에 이바지하게 된다.”(BVerfGE 69, 315[346])

집회는 민주주의적 공개성의 본질적 요소로서 다원적 주도성과 대안의 전개 또는 비판과 항의를 향하여 정치적 과정에 대한 공개적 영향력행사의 가능성을 제공한다. “그것은 일상 업무의 상투적인 고착화에 대하여 정치적 충동을 보존해 주는, 억누를 수 없는 본래적인 직접 민주주의의 한 부분을 포함한다. 즉, 직접민주제적 참여권이 결핍된, 의회에 의한 대의제민주주의에서 집회의 자유는 기본적으로 불가결한 기능요소의 의미를 갖는다. 대의제민주주의에서는 - 권력의 교체 후에 모든 사람에 대하여 뒤집을 수 없는 결과를 갖는 중대한 결정에 있어서도 - 원칙적으로 다수결원칙이 적용된다. 다른 한편 여기서 선거와 선거 사이의 동안에 다수선거인의 영향은 제한되며, 국가권력은 특별한 기관에 의해 행사되고 우월적인 관료기구에 의해 관리된다. 이들 기관이 다수결원칙에 근거하여 내린 결정은 소수자가 효과적으로 보호되는 한에 있어서만 일반적 정당성을 얻는데, 이 다수에 의한 결정이 받아들여지는 여부는 소수과거사전에 의견 및 의사형성에 충분히 영향을 미칠 수 있었는가의 여부에 의존한다. 시위에 의한 항의는 대의기관이 개연적인 폐쇄와 비

정(稅政)을 인식하지 못하거나, 적기에 인식하지 못하고, 또는 다른 이익을 고려하여 이를 간과하는 경우에 특히 필요하게 된다. 학설에 의하면 대의제도에 대한 집회의 자유의 안정화기능은 그것이 불만자에게 불평과 비판을 공개적으로 제시하게 하여 이를 해소하며, 정치적인 조기경보기제의 필수적인 조건으로 기능함으로써 잠재적인 장애를 예고하고, 통합의 결핍을 가시화하며 공식적인 정책의 과정적 시정책을 가능하게 하는 것이라고 적절히 논의되고 있다.”

#### 다. 에머슨의 견해

에머슨(Thomas I. Emerson)은 집회 및 청원의 자유(right of assembly and petition)는 집회, 행진, 피켓팅, 시위, 문서의 배포, 유세 등의 형태를 취하게 되며, 거리나 기타 공개된 장소에서 공개적으로 대중 수용자를 상대로 직접 대면하여 이루어지게 되는 이러한 유형의 커뮤니케이션은 현대의 표현자유 체계에서도 중대한 역할을 한다고 하면서 다음과 같이 논한다.<sup>10)</sup>

##### (1) 소수파의 유용한 표현수단

시위는 다수파에 의해 승인되지 않은 논란되는 생각, 태도 및 가치를 표현하기 위해 유용한 전달의 기회를 제공한다. 과격하거나, 인기 없는 비특권적인 개인이나 집단은 매스 미디어를 이용할 수 없는 것이 보통이지만, 집회의 자유는 그들에게 광범위한 대중에게 호소할 수 있는 수단을 제공하는 것이므로 각별한 의미가 부여된다. 특히 그들의 활동이 매스 미디어에 의해 보도되는 경우에는 그 보도취지가 비우호적인 것일지라도 커뮤니케이션의 지평을 확대한다. 정말로 이러한 형태의 표현행위는 현존하는 커뮤니케이션 제도 하에서도 ‘의견의 자유시장’에 유사한 것을 실현하는 수단이 된다.<sup>11)</sup>

10) Thomas. I. Emerson, System of Freedom of Expression, Random House, New York, 1970, p.286

11) Emerson, id. p. 286

더욱이 공개 집회는 표현행위자와 그 수용자 간에 대면적 접촉을 통하여 의사소통의 유연성을 높이고 호소력을 높임으로써 다른 커뮤니케이션 형태에는 존재하지 않는 중요한 이점을 갖는다. 그 참가자들은 연대의식과 상호적 협동의 느낌을 갖게 되고, 그들을 접하는 청중에 대하여는 그들이 표현하는 주장이 강력하며 헌신적으로 이를 추구한다는 인상을 보여주게 된다. 결국 공개집회는 다른 어떠한 커뮤니케이션 형태에서도 달성될 수 없는 동적인 성질을 갖는다.<sup>12)</sup>

그러므로 공개 집회는 표현 자유의 시초에서부터 소수파의 의견이나 비인습적인 새로운 의견을 전파하기 위한 중요한 테크닉을 제공한다는 것을 알 수 있다. 영국에서는 구세군이나 여성참정권운동의 활동 등 정치적 개혁운동에서 정치적 반대파가 정통성을 얻게 되는 중요한 수단이 되었다. 그것은 미국에서도 모든 소수파 운동의 불가결한 도구였다. 노예폐지론자(abolitionist), 여성참정권논자(suffragettes) 및 소수파 정당은 모두 그들의 견해를 촉진하기 위해 여러 형태의 공개집회에 의존하였다. 노동운동도 마찬가지로 공개집회 없이는 광범위한 승인과 정치적 지지를 얻기 위한 투쟁에서 성공하지 못했을 것이다.<sup>13)</sup>

오늘날 공개집회는 민권운동, 평화그룹, 흑인사회, 학생 기타 뉴레프트의 과격주의자에 의해 널리 이용되어 왔다. 사실상 1960년대의 현저한 발전은 새로운 공개집회 형태의 채용과 낡은 것의 쇠퇴이었다. 잡화점, 음식점, 징병위원회(draft borads), 공무원의 집무실 기타 장소에서의 농성(sit-ins), 교회에서의 기도모임(pray-ins), 트럭, 불도저 및 군용열차 앞에 드러누움(lie-ins), 장기간의 철야(vigil), 여

---

12) Emerson, id. p. 286

13) Emerson, id. p. 287

러 지점에서 교통 차단, 상점쇄도(shop-ins), 히피족의 사랑 모임(love-ins), 공원 등에서 히피족의 모임(be-ins) 등이 행해져 왔다. 이들 공개적 항의 형태의 대부분은 통상적인 설득수단에 효과가 없다는 생각의 반응이었고, 정치적 목표를 달성하는 수단으로서 직접적 행동(direct action)을 채용하려고 기도되었다.

## (2) 안정과 변화 간의 수단

나아가 에머슨은 집회의 자유가 갖는 역동적 기능을 다음과 같이 설명한다.<sup>14)</sup> 기성세력에 대해 의미 있는 사회적 변화를 요구하는 소수파는 그 노력 중에 폭력과 무질서에 호소할 충동에 지배되기 쉽다. 사회적 변화에 관한 한, 법과 질서는 중립적인 것인 것이 아니다. 지배적인 가치와 태도를 구현하는 기존 법체계는 여러 가지 이유로 현상유지(status quo)를 선호하며, 기득권을 보호한다. 그러므로 변화를 주장하는 개인이나 집단은 종종 공격적이고 호전적인 행동을 하는 자로 몰리게 된다. 이러한 상황에서 변화를 추구하는 세력이 소요나 혁명으로 진전되는 것을 방지하려면, 평화적인 시위가 허용되어야 한다. 장기적으로 보아 공동체는 집회의 자유를 억압함으로써 보다 큰 국내질서를 성취하지 못한다. 무질서로 끝나는 표현활동은 흑종의 고정으로부터 연원한다. 국내질서에 대한 근원적인 위협은 그 대외적 표명을 제거함으로써 제거되지 않는다. 그 반대로 표현 자유의 기본적 기능은 평화적 과정에 의한 사회적 변화를 촉진하는데 있다.<sup>15)</sup>

14) Emerson, id. p. 289

15) Emerson, id. p. 290

## II. 헌법상 집회의 자유의 내용

### 1. 법적 성격

#### 가. 연혁

집회의 자유는 원래 정치적 집회를 보호하기 위해 헌법상 규정된 것이다. 영국의 예를 보면 집회의 자유는 18세기 정치적 분쟁의 과정에서 주로 청원권과 함께 정치적 자유로서 발전하였다. 미국 연방헌법 수정 제1조가 언론·출판의 자유와 함께 국민이 평화적으로 집회하고 정부에 대하여 고정의 구제를 구하는 권리를 규정하게 된 것도 이러한 영국의 전통을 이어받은 것이었다. 18세기 영국 정치사에서 중요한 역할을 이행하였던 공개적 집회는 혁명으로 이끌어졌던 식민지 시대 미국의 경험에 의해 헌법 수정 제1조의 배경을 이루었던 것이다. 미국 헌법이 오로지 평화적일 것을 조건으로 ‘집회의 자유와 고정의 구제를 청원하는 권리’(right to assembly and petition for redress of grievances)를 제한할 수 없도록 한 것은 이러한 이유 때문이었다. 미국 수정헌법 제정 당시 불법적 집회와 평화교란이라는 영국법의 법리가 어떤 범위에서 인정되었는가는 명백하지 않았다.<sup>16)</sup>

그에 비하여 유럽대륙에서는 집회의 자유가 반드시 청원권과 결부되지 않는다고, 결사의 자유와 함께 집단적 표현의 형태로 보장되었다. 프랑스에서는 1789년의 인권선언에도 집회의 자유가 별도

---

16) Emerson, id. p. 290

로 규정되지 않았고, 단지 정령의 형태로 보호되다가 1881년의 법률이 공적 집회는 자유라고 규정하게 되었다. 프랑스에서 집회의 자유는 1789년 인권선언에 규정된 언론의 자유에서 유래하는 집단적 표현의 자유라고 이해되었고, 1946년의 헌법에 의해서 비로소 ‘공화국의 제 법률에 의해 승인된 기본원리’에 속하는 것으로서 헌법적 보호가 부여되게 되었다.<sup>17)</sup>

독일의 경우 프랑스혁명의 영향을 우려하여 집회의 자유는 금지되어 오다가, 1848년 3월혁명을 계기로 ‘독일국민의 기본권에 관한 법률’에서 최초로 규정된 바 있었다. 그러나 이 법률을 헌법에 받아들인 이른바 프랑크푸르트헌법이 유산된 후, 1871년의 독일 제국헌법(이른바 비스마르크헌법)에는 권리장전에 관한 규정을 두지 않았다. 독일에서 집회의 자유를 헌법상의 권리로 최초로 규정한 것은 1919년 바이말헌법이었다. 그 후 나치의 등장으로 바이말헌법은 사문화되었으나, 2차대전 후 독일연방공화국 기본법에 표현의 자유와 밀접한 관계를 갖는 기본권으로 명문화되게 되었다.<sup>18)</sup> 독일 기본법 제8조는 “모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평온하게 무기를 갖지 아니하고 집회할 수 있는 권리를 갖는다. 옥외집회는 법률에 의해 또는 법률을 근거로 제한할 수 있다”고 규정한다. 독일 연방헌법재판소도 집회의 자유를 집단적 의견표현의 권리로 이해한다.<sup>19)</sup>

#### 나. 우리 헌법상 집회의 자유

집회의 자유는 공동의 목적을 가진 다수인이 국가의 간섭없이

17) 芦部信喜, ‘集會の自由の意義と限界(一)－集會結社の自由(1)’, 法學教室, 1998. 4 - No. 211, 117 (118)면

18) 芦部信喜, 전계논문 118면

19) BVerGE 69, 135 (1985)

평화적으로 모임을 가질 수 있는 자유를 보장하는 것이다. 거기에는 집회를 주최·주관·진행하고 집회에 참여할 수 있는 적극적인 자유와 집회에 불참할 수 있는 소극적 자유도 함께 보장된다.

주관적 공권으로서 집회의 자유는 공권력에 의해 집회에의 참가 또는 불참가를 강제받지 아니한다는 점에서 자유권이다. 독일의 판례는 “헌법상 보장되는 집회의 자유는 생각이 다른 소수자에 대하여 개최의 장소, 때, 태양, 내용 등에 관하여 자기결정권을 보장하고 동시에 국가가 공개집회에의 참가 또는 불참가를 강제할 수 없도록 하는 것”이라고 판시하여 집회의 자유의 의미내용을 확인한 바 있다.<sup>20)</sup>

집회의 자유를 집단적 표현의 자유라고 파악하는 지배적인 입장에 의한다면 그 법적 성질도 표현의 자유에 있어서와 같이 단순한 자유권의 보장에서 나아가 민주주의적 의사결정에 참여하는 그 기능에 의해 객관적 법으로서의 측면도 간과될 수 없다. 특히 개인의 표현자유 보다 집단적 표현의 자유라고 생각되는 집회의 자유에 있어서는 그 기능이나 행사행태에 따른 제도적 측면이 보다 짙어진다고 보아야 할 것이다.

집회의 자유에서 특히 논란되는 것은 그 행사를 위하여 반드시 일정한 장소의 사용을 요한다는 점에서 그 장소사용의 허용을 구할 수 있는 권리가 포함되는가 하는 점이 문제된다.

집회의 자유는 제3자에 의한 방해의 배제를 구할 수 있다는 점에서는 청구권적 요소도 포함된다고 보아야 할 것이다. 즉, 현행 집시법에 의하면 누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니되며, 폭행·협박 기타의 방법으로 집회 또는 시위의 주최자 및 질서유

---

20) BVerGE 69, 135 (1985)



지인의 이 법의 규정에 의한 임무의 수행을 방해하여서는 아니된다 (집시법 제3조 1항, 2항). 집회 또는 시위의 주최자는 평화적인 집회 또는 시위가 방해될 염려가 있다고 인정될 때에는 관할 경찰관서에 그 사실을 통고하여 보호를 요청할 수 있고, 이 경우 관할 경찰관서의 장은 정당한 이유없이 보호요청을 거절하여서는 아니된다 (집시법 제3조 3항).

집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인은 특정인이나 특정단체가 집회 또는 시위에 참가하는 것을 배제할 수 있다. 다만, 언론기관의 기자는 그 출입이 보장되어야 하며, 이 경우 기자는 신분증을 제시하고 기자임을 표시한 완장을 착용하여야 한다(집시법 제4조).

## 2. 집회의 개념

### 가. 집회의 정의

집회라 함은 다수인이 공동의 목적을 위해 일정한 장소에서 일시적으로 회합함을 말한다. 집회가 성립하기 위해서는 3인 이상이 필요하다고 보는 것이 지배적 학설의 입장이다. 다수인이면 특정 또는 불특정 다수인임을 묻지 아니한다. 대법원은 “집회 및 시위에 관한 법률 제3조의 집회란 특정 또는 불특정 다수인이 특정한 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말하고 그 모이는 장소나 사람의 다수에 제한이 있을 수 없다”고 판시한다.<sup>21)</sup>

집회는 장소를 전제로 하는 일시적인 회합을 말한다는 점에서 장소를 전제로 하지 않고 계속성을 요건으로 하는 결사와 구별된다. 집단행진(시위)의 경우와 같이 일정한 장소가 아니라 장소를

21) 대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2528 판결 [공1984, 134]

이동하는 경우에도 장소의 개념이 요건으로 뒀은 물론이다.

집회는 공통의 목적을 가지고 회합함을 요하는데, 여기서 목적은 집단으로서 의견을 형성하고 이를 대외적으로 발표하여 여론에 호소함을 예정한 것임을 원칙으로 한다. 공통의 목적은 반드시 공적인 사안에 대한 토론이나 사실고지를 요하는 경우 뿐 아니라, 나아가 일반적 표현의 목적을 위한 것이면 집회에 해당한다고 본다.<sup>22)</sup> 최소한 내적 유대감에 따른 커뮤니케이션이 요구된다는 점에서 공통의 연결 없이 우연히 다수인이 한 장소에 모여있는 단순한 군집은 집회라고 할 수 없고, 단순한 관객이나 청중으로서 다수인이 집합하는 행위나 상태도 집회는 아니다. 집회라고 하기 위해서는 공통의 의견을 형성하여 표현한다고 하는 목적이 필요하지만, 공적 사항에 관한 의견의 형성표현에 한정되는 것은 아니다.<sup>23)</sup>

학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 관한 집회는 집시법상 규제대상이 아니어서 그 적용을 받지 않는다(집시법 제13조). 이러한 공통의 목적이 예컨대 정당활동, 학술이나 예술활동, 종교활동, 근로활동을 목적으로 하는 경우에는 각각 그 기본권의 보호가 우선적으로 적용될 뿐, 집회의 자유와는 상관이 없다. 그러나 그 제한에 있어서는 뒤에서 보는 바와 같이 양자의 제한규정이 중첩적으로 적용된다고 보아야 한다.

연혁상 정치적 자유로서 발전한 집회는 공개집회가 원칙이었는데, 비공개 집회도 헌법적 보호를 부인받을 이유가 없다. 집회에는 일반적으로 주최자 내지 주관자가 있지만, 반드시 필수적인 요소는 아니다. 계획적 집회에서와는 달리 우발적 집회에서는 주최자나 주관자가 존재할 수 없다. 대법원 역시 위와 같은 견해를 취하여 “원

22) 허영, 한국헌법론, 박영사 (1993), 539면

23) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 10. Aufl., 1994, S. 192-194

심이 집회 및 시위에 관한 법률 제3조의 집회란 특정 또는 불특정 다수인이 특정한 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말하고 그 모이는 장소나 사람의 다과에 제한이 있을 수 없다고 하여 피고인이 참여하였던 원주교구 교육원에서의 의식화 학습 교육모임 역시 집회로 보고, 그 교육내용이 판시와 같은 점에 비추어 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회라고 단정한 조치 역시 정당한 것으로 보여지고 거기에 소론의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하였다.<sup>24)</sup>

## 나. 집회의 자유의 보호영역

### (1) 개관

헌법상 집회의 자유로서 보장되는 기본권의 보호영역의 문제는 시민의 어떠한 행위가 집회의 자유의 기본권에 의해 보호되는가, 즉 당해 기본권이 보호하고 있는 행동양식, 이익, 상태는 무엇인가 하는 것이다.<sup>25)</sup> 헌법은 집회의 자유를 통하여 평화적인 집단행동을 보호하려는 것이기 때문에 폭력적인 집회는 보호대상에서 제외된다. 독일 기본법 제8조는 명문으로 “모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평온하게 무기를 갖지 아니하고 집회할 수 있는 권리를 갖는다”고 규정하는데, 집회의 자유의 연혁에 비추어 보면 이러한 명문 규정이 없다고 하더라도 평화적인 집회만이 헌법상 기본권으로 보호됨에는 의문이 없다.

평화적인 집회인 이상 그것이 옥내집회이건, 옥외집회이건, 공개적 집회이건, 비공개집회이건 장소고정적 집회이건 장소이동적 집회(시위)이건 불문하고 보호된다.<sup>26)</sup>

24) 대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2528 판결 [공1984, 134]

25) Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 3. Aufl., 1995, S. 21-23

이 점과 관련하여 독일의 판례는 ‘자연발생적 집회’ 및 ‘대규모 집회’라고 하는 유형을 보호영역에 포함되는 집회로서 인정한 바 있다(핵발전소 건설반대 시위사건<sup>27)</sup>). 또 독일에서는 ‘긴급집회’라고 하는 유형도 인정되는데, 이것은 집회법이 정하는 집회개최 공표 48시간 이전이라고 하는 신고기간을 준수하여서는 테마와의 관계에서 적절한 타이밍을 잃게 되는 집회를 말한다. 논리적으로 보면 ‘대규모집회’는 ‘자연발생적 집회’나 긴급집회인 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있을 수 있다.

### (2) 자연발생적 집회

자연발생적 내지 우발적 집회란 아무 관련도 공동의 목적도 없는 군중이 어떤 사건을 계기로 하여 그 장에서 공동의 의사를 형성하고 표현함에 이르는 경우를 의미한다. 예컨대, 구 독일에 의한 베를린 장벽 구축시(1961년)나 케네디 대통령 암살시(1963년)의 항의집회가 그에 해당한다.<sup>28)</sup> 계획적 집회에서와는 달리 우발적 집회에서는 주최자나 주관자가 존재할 수 없다. 독일의 판례는 이러한 집회도 헌법상의 보호를 받는다고 하면서 현실적인 계기에 의해 순간적으로 형성되는 자연발생적 데모(Spontandemonstrationen)의 경우에는 시기에 따른 신고를 행할 의무는 없어진다고 한다.<sup>29)</sup>

### (3) 대규모집회

통일적인 조직을 갖추지 못한 많은 시민단체와 운동그룹이 주최하여 수만명이 참가하는 이른바 대규모 집회(Großdemonstrationen)는 원래 집시법이 예상치 못한 집회의 유형이다. 여기서는 집회 전체를 조직화하여 통제하는 전형적 의미에서 주최자 내지 지도자를 결하

26) 허영, 한국헌법론, 박영사 (1993), 540면

27) 독일 연방헌법재판소 1985. 5. 14. 결정, BVerfGE 69, 315 (1985)

28) v. Münch/Kunig (Hg), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Aufl., 1984 S. 419

29) BVerfGE 69, 315 [350]

는 경우가 일반적이며, 그러한 점에서 집회법에 의한 규제가 조정되지 않으면 안되게 되었다. 이에 관하여 독일의 연방헌법재판소는 새로운 규율을 행한 바 있다.<sup>30)</sup>

### 3. 표현의 자유와 집회의 자유

#### 가. 표현의 자유의 제한과 집회의 자유의 제한

표현의 자유와 집회의 자유를 제한하는 이유는 상이하다. 표현의 자유에 대한 제한은 한 개인의 표현행위가 질서유지, 공공복리 또는 타인의 명예나 권리 등 일반법률에 의해 보호되는 법익에 대하여 미칠 수 있는 위험만을 대상으로 하는 것임에 비하여, 집회의 자유에 대한 제한은 하나의 집회가 다수인의 참여 및 그에 결부되어 공공과 제3자에게 미칠 수 있는 물리적이고 대중심리적 현상으로 야기될 위험에 대처하려는 데 중점이 있는 것이다.<sup>31)</sup> 그러므로 집회에 의해 또는 집회에 대하여 표현되는 의견 때문에 집회가 금지되거나 해산되어야 한다면 그것은 엄밀히 말해 그 집회로서의 속성과는 아무 관계가 없고, 그것은 단지 표현의 자유의 문제에 불과하여 표현의 자유의 제한만이 적용되어야 한다. 그러나 한 집회가 행해지는 건물의 하중이 그 참여자의 수를 감당할 수 없다가거나 그 시행에 의해 전염병의 대량 감염이 우려된다는 이유 때문에 금지되거나 해산되어야 한다면, 그로 인해 표현의 자유가 저해된다고 하더라도 그것은 오로지 집회의 자유에 대한 제한의 문제에 불과한 것이고, 집회제한 규정만이 적용되어야 한다.

30) 후술 핵발전소 건설반대 시위사건, BVerfGE 69, 315 (1985) 참조

31) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Art. 5. Abs. I, II, Rdnrn 39

그러나 집회의 자유를 집단적 의견표현의 자유라고 생각하는 입장에서 보면 집회의 자유는 집단적 표현의 자유라는 성질과 함께 집회 내에서 각 개인의 표현의 자유를 보호한다는 점에서 집회의 자유와 표현의 자유의 관계를 고찰해야 하는 경우가 있다. 이 경우 집회의 자유에 관한 헌법규정과 표현의 자유에 관한 규정은 특별법 및 일반법의 관계로서 이른바 법조경합 관계에 있는 것이 아니라, 문제가 되는 사례의 사안에 따라 양 기본권 모두가 중첩적으로 적용되게 된다.<sup>32)</sup> 특히 그 제한 내지 한계와 관련해서는 양자의 제한법리가 중복하여 적용되지 않으면 안되는 경우가 일반적이다.

#### 나. 위법한 표현행위를 이유로 한 집회의 제한

독일 연방헌법재판소는 한 집회에서 범죄적 표현행위가 행해질 것이 확실히 예상되는 경우 그러한 범죄적 행위가 이루어지지 않도록 집회개최자에게 부담을 부과한 집회제한처분의 합헌성 여부가 문제된 사안<sup>33)</sup>에서 청구인이 다투는 부담은 집회에 관한 것이기는 하나, 그 부담내용이 집회개최자로서의 청구인이 포기하거나 수인할 수 없는 일정한 내용의 표현을 그 대상으로 하는 것이기 때문에 그 부담에 대한 헌법적 판단은 그러한 표현이 허용되는가의 여부에 의하여 결정된다고 하면서 헌법에 의하여 저지될 수 없는 표현이라면, 독일 집회법에 의한 집회제한처분의 근거가 될 수 없고, 따라서 이 문제에 대한 해답은 집회의 자유권(기본법 제8조)에 의한 심사기준이 아니라, 표현의 자유권에 의한 심사기준에서 나오게 된다고 판시한 바 있다.

32) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Art. 5. Abs. I, II, Rdnrn 34

33) 유대인학살 조작설 주장 사건, 독일연방헌법재판소 1994. 4. 13. 결정, BVerfGE 90, 241

[사례] 유태인학살 조작설 주장 사건 (1994)

독일연방헌법재판소 1994. 3. 13. 결정 - 1BvR23/94 - ;  
BVerfGE 90, 241

청구인은 독일국가민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD) 郡지부로서, 그 정당 내부의 통지문 및 전국에 공간되는 출판물에 의해 1991. 3. 21. 일요일 뮌헨에서 “정치적 억압의 그늘 속에 있는 독일의 미래”라는 주제의 집회를 개최하니 참가하라는 내용을 게재하였다. 그 초대문은 “David Irving 뮌헨에 오다”라는 제하에, 그는 저명한 “수정주의적” 역사학자로서 독일이나 유럽의 각국이 계속하여 “정치적 억압도구로서의 현대역사”를 참아낼 수 있겠는가라는 점에 관하여 최초로 견해를 표명하게 된다는 내용이 게재되어 있었다. 뮌헨시 당국은 집회개최자인 청구인에게 “집회 중 제3제국하에서의 유태인 박해사실을 부인하거나 의문시하는 내용이 언급되지 않도록 적절한 조치를 취할 것, 집회 개최시에 그와 같은 내용의 연설은 범죄가 된다는 점을 지적할 것, 그러한 연설은 즉시 중단시키고, 경우에 따라서는 집회를 중단하거나 해산하거나 건물관리권을 행사할 것”이라는 요지의 부담을 부과하였다.

뮌헨시는 그 부담부과의 이유로서 “집회안내문의 내용을 보거나 연사인 David Irving이 수정주의(Revisionismus)의 핵심분자로서 우익과격주의자(Rechtsextremist)라는 점에 비추어 계획된 집회에서는 ‘아우슈비츠를 조작이라고 하는 범죄행위’(Auschwitzlüge)가 행해질 개연성이 높기 때문에 독일 집회법 제5조 제4호에 따라 그 범죄행위의 예방에 적합한 부담을 부과하게 된 것”이라고 설명하였다. 독일 판례에 의하면 아우슈비츠가 조작이라는 점을 공개적으로 주장함으로써 제3제국 시절에 아우슈비츠의 가스처형장의 존재나 그에 의한 유태인의 대량학살을 부인하는 것은 독일 형법 제185조와 제194조의 명예훼손죄, 제189조의 사자에 대한 명예훼손죄 및 제130조의 인종박해죄를 구성하는 것으로 처벌되게 되어 있었다(BGHZ 75, 160).

청구인은 위와 같은 판례는 독일 기본법 제5조가 규정하는 표현의 자유를 침해하는 것임을 주장하면서 그 판례에 근거한 위 부담의 부과에 불복하는 소를 제기하였으나, 제1심 행정법원은 청구인의

청구를 기각하였고, 고등행정법원과 연방행정법원 역시 각각 상소를 기각하였다. 이에 청구인은 헌법상 표현의 자유의 기본권이 침해되었음을 주장하면서 연방헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

연방헌법재판소는 청구인이 다투는 부담의 부과는 청구인이 주최하는 집회에서 발표될 예정인 표현행위를 대상으로 하는 것인데, 그 부담 부과에 정당성은 그 표현행위가 허용되는 것인가의 여부에 의존한다고 전제하고, 아우슈비츠 조작설의 주장(Auschwitzlüge)이 표현의 자유로서 허용되는가를 살핀 후, 청구인의 헌법소원을 기각하였는데, 그 판시요지는 다음과 같다.

사실주장에 대한 보호는 헌법적으로 전제되는 의견형성에 더 이상 기여할 수 없는 곳에서 끝나게 되며, 이러한 관점에서 볼 때, 허위의 정보는 보호할 가치가 있는 이익이 아니다. 그러므로 연방헌법재판소는 확립된 판례에서 허위인 것이 명백하거나 허위로 입증된 사실주장은 표현자유에 대한 보호를 받지 못한다고 실시하여 왔다(BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8]). ……사실인정이 허위임이 입증된 경우에는 개인의 인격권보호가 표현의 자유에 우선하게 되는 것이 보통이다(BVerfGE 61, 1 [8]; 85, 1 [17]).

제3제국에서 유대인박해가 없었다는 표현은 수없이 많은 증인, 문서, 형사재판의 사실인정 및 역사학적 인식에 의하여 허위로 입증된 사실주장에 불과하다. 이러한 내용을 주장하는 것은 그 자체로서 표현의 자유에 의한 보장을 향유할 수 없는 것이다.

그렇다면 이 사건에서 집회개최자인 청구인에게 집회에서 제3제국에서 유대인에 대한 박해가 부인되거나 의문시되지 않도록 배려하여야 할 부담을 부과한 것은 표현의 자유의 기본권을 침해한 것이 아니고, 따라서 기본법 제5조 제1항 제1문에 위반되는 것이 아니다.

#### 다. 집회에서 표현행위의 제한

집회에서의 표현행위도 표현의 자유로서 보호받는 것은 물론이지만, 그것은 다중을 상대로 직접 대면하여 호소한다는 점에서 일



반적인 개인적 표현행위와는 다른 성질과 영향을 갖는다. 따라서 그러한 조건을 근거로 그에 대한 법적 규제가 달라지게 되는 것도 당연하다.

헌법재판소는 집회·시위의 규제에는 집회에 있어서의 의사표현 자체의 제한의 경우와 그러한 의사표현에 수반하는 행동 자체의 제한 두가지가 있을 수 있는데, 전자의 경우에 제한되는 기본권의 핵심은 집회에 있어서의 표현의 자유라고 지적한 바 있다. 이러한 이유로 헌법재판소는 사회적 불안의 요인이 전자에 기인한 것이든 후자에 기인한 것이든 가리지 않는 1989. 3. 29. 개정 전의 구 집시법의 규정은 비단 집단적 행동인 집회의 자유만이 아니라 집단적 의사표시인 표현의 자유마저 위축시키는 결과를 가져올 것임을 이유로 이를 한정적으로 유효라고 판시하였다.<sup>34)</sup>

이에 관하여 미국 판례의 경향을 보면 언론의 자유는 논쟁을 불러오는 데 그 본래의 기능이 있는 것이고, 그 자체가 보호되어야 하는 것이므로 군중 속에서 행한 자극적이고 도발적인 표현행위가 현상에 대한 불만을 조성하거나, 사람들의 분노를 불러일으켜 사회적 불안을 야기하는 경우라 하더라도 그것이 “공공의 불편, 짜증 또는 불안을 훨씬 상회하는 중대한 실질적 해악을 야기할 가능성이 있는 명백하고 현존하는 위험이 제시되지 않는 한” 규제될 수 없다는 입장을 취한다.

[사례] 터미니엘로 인종차별 연설 사건 (1949)

미국 연방대법원 *Terminiello v. New York*, 337 U.S.1(1949)

이 사건에서 정직상태의 가톨릭 사제였던 피고인 Terminiello는 기독교 재향군인회가 주최한 집회에서 연설하면서 ‘공산주의적인 시오니스트 유대인’, 흑인, 루즈벨트 행정부에 대해 격렬한 공격을 가하

34) 조통특린사건, 헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8 판례집 4, 4

였다. 그가 연설한 쉬카고의 한 강당 속에는 800명이 있었으며, 밖에는 100여의 사람들이 모여 그 집회에 항의하고 있었다. Terminiello의 말에는 어떠한 구체적 행동을 강요하는 것이 없었으나, 그들은 ‘끈적거리는 찌꺼기’, ‘뱀’, ‘빈대’라고 부르면서 격렬하게 군중들을 도발시켰다. 밖에서 아우성치며 몰려든 군중은 그의 인종차별주의적 연설에 항의하면서 그와 그 추종자들을 ‘파시스트’와 ‘히틀러’라고 비난하였다. 밖의 군중은 더욱 난폭해져서 악취탄을 투척하였고, 강당에 입장하려는 사람들의 옷을 찢었으며, 그 소란 속에 28장의 유리창이 파손되었다. Terminiello는 시카고 경찰에 의해 체포되었고, ‘공공의 분노를 흥분케하거나’, ‘논란을 불러오거나’, ‘불안한 상황을 야기케 하는’ 언론 등 ‘평화교란행위’(breach of peace)를 처벌하는 조례에 의해 기소되었다.

그러나 연방대법원은 Terminiello에 대한 유죄판결을 파기하면서 그의 연설은 공공의 불편, 짜증 또는 불안을 훨씬 상회하는 중대한 실질적 해악을 야기할 가능성이 있는 명백하고 현존하는 위험이 제시되지 않는 한 처벌될 수 없다고 판시하였다. 그와 동시에 법원은 헌법상 자유표현의 권리를 합법적으로 행사하는 표현행위자는 그의 언론이 청중의 혹자에게 분노와 적대감을 불러일으킨다는 이유만으로 헌법상 보호를 박탈당하는 것은 아니라고 하는 입장을 취하였다.

“우리의 정부형태 하에서 자유언론의 기능은 논쟁을 불러오는 것이다. 언론이 불안한 상황을 유치하고 현재의 조건에 대한 불만을 조성하거나, 심지어는 사람들의 분노를 불러일으키는 경우라 하더라도 그것은 언론의 높은 목적에 가장 잘 봉사하는 것이다. 언론이 자극적이고 도발적인 경우는 적지 않다. 그것은 한 의견의 승인을 위해 압력을 가하는 과정에서 편견과 선입관을 공격하고 심대한 동요 효과를 갖는다. 언론의 자유가 절대적인 것은 아니라 할지라도 …… 공공의 불편, 짜증 또는 불안을 훨씬 상회하는 중대한 실질적 해악을 야기할 가능성이 있는 명백하고 현존하는 위험이 제시되지 않는 한, 검열이나 처벌에 대해 보호되는 것은 그 때문이다. …… 우리의 헌법 아래서 더 제한적인 견해가 들어설 자리는 없다. 왜냐하면 그 대안은 입법이나 사법에 의하든 또는 지배적 정치집단이나 사회집단에 의해서든 사상의 획일화에도 이끌게 될 것이기 때문이다.” Id. at 4-5

[사례] 파이너 흑인 무장궤기 선동사건 (1951)

미국 연방대법원 *Feiner v. New York*, 340 U.S.315(1951)

이 사건에서 미국 연방대법원은 몰려든 군중을 상대로 백인에 대한 무장투쟁을 선동한 행위가 명백하고 현존하는 위협 기준을 충족한 것으로 보아 그에 대한 처벌을 허용하였다.

피고인 *Feiner*는 1949년 3월 뉴욕시 Syracuse의 흑인 거주지역에서 약 80인의 백인과 흑인의 군중이 몰려든 가운데 확성기를 사용하여 그날 밤 ‘미국청년진보주의파’가 주최하는 집회에 참가할 것을 요구하면서 Truman대통령을 ‘게으름뱅이’, 미국의 군대를 ‘나치의 비밀경찰’이라 칭하고, 시라큐즈 시장에 대하여 흑인을 위해 발언하지 않는 ‘삼페인을 빠는 게으름뱅이’라고 비난하였다. 그는 또 “흑인들은 평등권이 없으니 무기를 들고 궤기하여 그들의 권리를 위해 싸워야 한다”고 주장하면서 백인에 대한 폭력투쟁을 선동하는 인상을 주었다. 그의 연설은 청중 수인으로부터 반발을 불러 일으켰고, 군중 속의 한 사람은 경찰이 저 놈을 잡아가지 않는다면 그 자신이 하겠다고 말하였다. 경찰은 2차례 연설의 중지를 명하였으나, 그가 응하지 않자 그를 질서위반법(disorderly conduct)으로 체포하였다.

위 사안에 대하여 연방대법원은 그의 연설이 명백하고 현존하는 위협 기준을 충족하였다는 판단 아래 그에 대한 유죄판결을 지지하면서 다음과 같은 요지로 판시하였다. 평화와 질서를 유지하기 위한 공동체의 이익은 보호되어야 한다. 폭동, 무질서, 교통방해의 명백하고 현존하는 위협 기타 공공의 안전, 평화 또는 질서에 대한 즉각적인 위협이 발생한 경우 주(州)가 이를 방지하거나 처벌하여야 함은 명백하다. 본건에서 군중의 행동이나 경찰의 요구를 거절한 피고인의 행위는 그를 체포하기에 충분한 위험을 보여주었고, 피고인에 대하여 공공의 평화와 질서 및 권위를 침해한 것으로 처벌하는 것은 경찰권의 적절한 행사범위를 벗어나지 아니한 것으로 보인다. 피고인은 연설을 한 사실, 그 자체 또는 그 연설의 내용 때문에 체포되고 유죄를 선고받은 것이 아니라, 피고인의 연설이 일으킨 반응 때문이었다. “경찰이 인기없는 견해의 억제를 위한 도구로 사용될 수 없다는 말과 이 사건에서 연설자가 논쟁이나 설득의 한계를 넘어서서 폭력의 선동을 감행한 경우에 경찰이 그러한 평화의 교란을 방

지할 권한이 없다고 말하는 것은 다른 것이다.”

이 판결은 언론의 자유가 절대적인 것이 아니고 공동체의 질서를 유지한다는 상충하는 이익의 보호가 고려되어야 한다는 점을 지적하면서, 또한 보호되는 언론의 범위는 연설의 내용과 용어에 의하여 결정되는 것이 아니라 연설의 환경, 즉 청중 또는 잠재적인 청중의 반응에 의하여 결정되는 것임을 밝히고 있다.

집회에 대한 정부의 통제는 어느 경우든 2가지 관계에서 문제된다. 즉, 통제의 이유가 되는 공공질서에 대한 위협은 표현행위자나 그 견해를 지지하는 자에 의해 야기되거나, 그 표현되는 견해에 적대하는 자로부터 나온다. 표현행위자가 도발적 커뮤니케이션을 하는 경우 그 양자는 혼합되게 마련이지만, 양자 간에는 구별이 필요하다.

에머슨 교수는 사회적 변화를 위해 투쟁하는 그룹의 호전적 경향에도 불구하고 공개집회에서 야기되는 물리적 폭력의 대부분은 반대집단의 적대적 행동이나 집회를 억압하려는 정부의 노력에 의해 결과된다는 집회의 현실을 주시한다.<sup>35)</sup> 즉, 그들의 집회 참여가 그들의 표현의 권리를 행사하려는 생각에서 행해지는 경우 그 자체만으로 개인이나 재산에 대한 폭력행위로 진행되는 사례는 상대적으로 드물고, 빈민가의 폭동이나 학생의 건물 점거에서 폭력의 행사가 행해지는 행동이 야기된 경우 그것은 공개집회의 직접적 결과가 아닌 것이 보통이다. 그러므로 미국 연방대법원은 이러한 현상을 직시하고 집회에서의 표현행위를 그 표현행위에 적대적인 반응에 의해 규제하려는 행정부의 노력을 제한하는 입장을 취하게 되었다.

---

35) Thomas. I. Emerson, System of Freedom of Expression, Random House, New York, 1970, p. 311

그에 따라 1960년대 일련의 민권시위사건에서 미국 연방대법원은 집회에서의 표현행위를 그 표현행위로 인한 영향과 분리하여 취급하는 경향을 보여주었다. 일반적으로 흑백차별에 대한 항의를 표하는 민권시위는 혼란의 잠재성을 가진 긴장을 유발하게 되지만, 그에 대한 군중의 분노가 상승하는 경우라 하더라도 수정헌법 제1조는 경찰로 하여금 헌법상 보호받는 언론을 억압하기보다는 합리적으로 군중을 통제함으로써 폭동예상자를 진압할 것을 명한다는 것이었다.<sup>36)</sup> 평온한 연설자를 타할 수 있는 점이 오로지 격렬한 반응을 야기하는 그의 말에 있고, 유일한 적절한 대안이 표현행위자를 배제하는데 있는 경우라면 그를 체포하여 기소할 것이 아니라, 그를 보호하여 그 장면으로부터 안전하게 이동시키는 것이다.

[사례] 주청사 구내 민권시위사건 (1963)

미국 연방대법원 *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229(1963)

이 사건에서는 주의 흑백분리정책에 항의하여 공적 시설인 주청사 마당에서의 시위가 문제되었는데, 미국 연방대법원은 주청사 구내는 공공에 공개된 장소라고 판시하면서 거기에서 시위한 피고인들을 처벌한 하급심 판결을 취소하였다. 여기에는 피고인들을 처벌한 평화교란죄가 과도하게 광범하여 무효라고 하는 이유도 덧붙여졌다.

1961년 3월 사우스 캐롤라이나 주의 흑인학생 187인은 한 교회에 모여 흑인에 대한 차별을 항의하고자 15인 씩 그룹을 지어 흑백분리교육에 항의하는 플래카드를 들고 시민에게 공개된 주청사 구내 마당으로 행진하여 들어갔다. 구내에는 공무원 30인이 질서를 위해 지키고 있었고, 200 내지 300인의 군중이 구내와 보도에서 지켜보고 있었다. 군중들은 시위자들에 대하여 하등 적대적인 태도를 취한 바 없었고 통행인이나 차량통행에 지장을 준 바도 없었다. 이러한 상황에서 경찰 당국은 15분 이내에 해산하도록 명령하였으나, 학생들

36) Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 854 (2d ed. Foundation Press 1988)

은 이를 거부하고 발을 구르거나 손뼉을 치면서 애국가와 찬송가를 불렀다. 경찰은 그들을 체포하여 보통법상의 평화교란죄를 적용하여 벌금 10불 내지 100불 또는 5일 내지 30일 간의 구류에 처하였다.

미국 연방대법원은 이러한 상황에서 시위자들을 체포·처벌하는 것은 그들에게 헌법상 보장된 표현의 자유, 집회 및 청원의 자유를 침해하는 것으로 보았다. 법원은 그들의 시위가 자기들의 불만과 항의를 표현하기 위한 것으로서 평화롭게 진행되었으며, 시위자나 거기에 모인 군중들 사이에도 하등 폭력이나 폭력의 위협이 없었음에도, 그들은 명확한 정의를 없는 일반화된 범죄로 유죄선고를 받은 것이며, 사회의 다수파에 반대되는 견해를 표현한 것만으로 처벌되었다는 이유로 시위자들에 대한 유죄판결을 파기하였다. 법원은 그들이 평화적으로 표현하려고 한 의견이 사회의 다수 견해에 배치되어 군중의 관심을 끌게 되고 경찰의 보호를 필요로 하게 되었다는 이유만으로 처벌되었다고 보았다. 즉, 그들이 단지 사람들을 분노로 흥분시키고, 논란을 불러일으키고, 불안정한 상황을 야기하였다는 것만으로 처벌되었다는 것이었다. 이러한 이유에서 미국 연방대법원은 시위자들에 대한 유죄판결을 파기하였다.

[사례] 콕스 흑인 차별철폐 시위사건(1965)

미국 연방대법원 *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965)

이 사건은 법원과 구치소의 길 건너편에서 1,500명의 시위자가 경찰관 75 내지 80인에 의해 100~300인의 불만스런 관중으로부터 격리되어 시위한 경우 그 시위자에 대한 유죄판결이 파기된 사건이다.

이 사건에서는 흑백 분리 카운터를 설치한 베이턴 루즈 시의 상점에서 피켓팅하였다는 이유로 동료들이 체포된 데 항의하기 위해 모여든 2000여명의 학생들이 경찰의 반대에도 불구하고 2, 3인씩 나란히 학생들이 구금된 법원의 구치감을 향하여 행진하였다. 경찰의 양해하에 그들은 법원 건너편 길의 보도에 집합하고 있었다. 100~300인의 호기심 있는 백인들이 반대편의 보도와 법원 층계에 구경하고 있었다. 양 집단 사이에 경찰관 75 내지 80인이 양자를 분리하고 있었다. 시위자들은 노래를 부르고 국기에 대해 경례하고 기도하였다. 법원 구치감 속의 학생들도 보이지는 않았으나 노래를 부르는

데 합류하고 있었다. 시위대의 주도자인 콕스는 연설을 하면서 그 끝에 그 시위자들에게 점심시간이 되었으니 분리 카운터를 설치한 12개 상점에 가서 식사하자고 제의했다. 그 순간 그 호소가 점심 카운터에서의 농성(sit-in)의 열광적인 호소라고 생각한 보안관은 학생들에게 시위를 중지하라고 명하였다. 그들이 거부하자 경찰은 가스탄을 발사하고 군중은 흩어졌다. 이튿날 콕스는 체포되고 평화교란죄로 판결받았다. 그러나 그의 유죄판결은 파기되었다. 법원은 Edwards사건과 유사함을 인정하고 주는 피고인의 언론 및 집회의 자유를 침해하였다고 판시하였다.

라. 집회와 방해자의 문제

### (1) 집시법의 규정

집시법에 의하면 누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니되며, 폭행·협박 기타의 방법으로 집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인의 이 법의 규정에 의한 임무의 수행을 방해하여서는 아니된다(집시법 제3조 1항, 2항). 집회 또는 시위의 주최자는 평화적인 집회 또는 시위가 방해될 염려가 있다고 인정될 때에는 관할 경찰관서에 그 사실을 통고하여 보호를 요청할 수 있고, 이 경우 관할 경찰관서의 장은 정당한 이유 없이 보호요청을 거절하여서는 아니된다(집시법 제3조 3항). 집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인은 특정인이나 특정단체가 집회 또는 시위에 참가하는 것을 배제할 수 있다. 다만, 언론기관의 기자는 그 출입이 보장되어야 하며, 이 경우 기자는 신분증을 제시하고 기자임을 표시한 완장을 착용하여야 한다(집시법 제4조).

위와 같은 집회에 대한 보호에 있어서는 집회 참가자의 표현행위가 어느 정도까지 허용될 수 있는가 하는 문제가 논란된다.

## (2) 적대적 청중과 집회방해

한 입장을 표현하는 자에 대하여는 조롱, 야유, 피켓팅 기타 불찬의 반응적 표현이 수반되는 경우가 적지 않다. 그러한 경우 표현행위자의 자유표현의 권리는 청중의 표현의 권리와 대립적 긴장관계에 빠지게 되고, 무질서의 가능성은 정부로 하여금 표현행위자나 방해자 또는 양자 모두를 체포하여 제거하려는 경향을 보인다.

그러나 미국의 경우 법원은 표현행위자의 표현의 권리와 방해자의 방해의 권리를 모두 인정하고, 그 양자의 처벌에는 명백하고 현존하는 위협의 엄격한 요건을 부과한다. 판례는 명백하고 현존하는 위협 기준의 현대판인 Brandenburg기준에 따라 정부가 그러한 모임에서 건전한 정도의 무질서라면 이를 관용하도록 요구한다.<sup>37)</sup>

적대적 청중의 행동이 공개적 폭력으로 분출되거나 그 표현행위가 즉각적인 선동으로서 폭력이 유발되어 Brandenburg기준을 충족하게 되는 경우에는 물론 정부가 개입하여 그 공격자를 체포하여 배제하는 것이 허용된다. 그 적대감이 연설자의 연설을 효과적으로 방해하고, 그런 의미에서 표현행위자의 언론자유에 대해 공공연한 장애를 가져오게 되면 Brandenburg기준에 의해서도 경찰의 청중에 대한 개입은 정당화된다.

그러나 미국의 판례는 그러한 문턱을 넘기 전에는 적대적인 청중이 외치고, 박수치고, 야유하고, 피켓팅하고 소란피우며 항의하는 행위가 연설자의 감정이나 이해에 공격적이고 방해적인 것일지라도 이를 보호하려고 한다. 공개 토론하는 집회에서 연설하는 사람을 중단시키거나 방해하지 않는 것이 개화된 사회의 정상적인 취미와 예절에 속함은 물론이다. 그럼에도 공개적이고 건전한 민주주의 사회라면 청중이 피켓팅, 야유, 퇴장, 공격적이고 조롱하는 질문

37) R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. - , 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305 (1992)



등의 형태로 항의하는 것은 공적 생활의 일부로서 승인되지 않으면 안된다는 것이다. 시민들이 공개 집회에서 말하는 경우 그들은 공적인 영역에 등장하는 것이며, 연단에 선 논쟁적인 정치인이나 광장의 연설자는 그러한 신랄한 반대를 그러한 일의 일부로서 받아들여야 한다.

미국판례에 의하면 “소란피우고, 중단시키며, 거친 질문을 하고 야유하는 청중의 행동은 그것이 버릇없고 예의에 어긋나는 것일지라도 수정헌법 제1조의 목표를 촉진시킬 수 있다. 그러한 공개집회에의 참여는 연설자를 지지하는 것이든 비판하는 것이든 대부분의 시민이 다수의 사람들에게 그들의 견해를 표현할 수 있는 유일한 방법이며, 헌법은 의견의 효과적인 표현이 계획된 형태로만 경직되게 제한될 것을 요구하지 않는다.”<sup>38)</sup>

이와 같이 의견의 시장은 때때로 떠들썩한 잔치가 될 수 있다는 전제에서 미국의 한 연방지방법원은 다음과 같이 판시하였다. “선거운동, 체육행사, 공개집회 기타 활동의 개최는 적절성, 절제성, 선량한 품위 또는 올바른 예절에 맞지 않는 것은 물론 사실이나 진실 또는 정당한 절차에도 맞지 않는 시끄럽고, 혼란스럽고 의미 없는 외침을 작출한다. 정상적인 의미에서 모든 부적당한 잡음이 억제된다면 민주주의의 행복한 불협화음은 멎게 될 것이다.”<sup>39)</sup>

연설자, 특히 공무원에 대한 방해와 괴롭힘은 우리 민주주의적 생활의 일부이다. “자기의 의견을 자유로이 표현하는 연설자는 반대자의 관심을 끄는 위협을 무릅써야 하며, 자기가 자유로이 말할 때 반대자가 침묵하기를 기대할 수 없다.” 효과적인 정치적 주장은 지성 뿐 아니라 감정의 환기도 추구하는 것이므로 그러한 언론이

38) In re Kay, 1 Cal. 3d 930, 939, 464 P.2d 142, 147, 83 Cal. Rptr. 686 (1970)

39) Landry v. Daley, 280 F. Supp. 968 (N.D. Ill. 1968)

발생시키는 불쾌함과 분노는 그 메시지의 중요한 부분이다.<sup>40)</sup>

그러나 표현행위자와 방해자 간에 타협할 수 없는 갈등이 야기 되는 경우에는 우선 적법하게 말하는 원래의 표현행위자의 권리를 보호하여 평화적으로 그의 표현행위를 계속할 수 있도록 하고, 정부는 그 표현행위자를 적대적 청중의 폭력이나 무질서로부터 보호하여야 하는 것이 현대의 수정헌법 제1조의 원리에 충실한 것이라고 한다. 자기들을 공격하는 언론에 대하여 폭력으로 반항하여 스스로 법을 위반한 사람들이 법에 따라 헌법상의 권리를 행사하는 표현행위자를 급습함으로써 그를 체포하게 할 수 있다면, 그것은 언론의 자유를 방해자의 거부권(hecklers' veto)에 방기하는 것이어서 수정헌법 제1조를 중대하게 위반하는 것이다.<sup>41)</sup> 최종적 수단으로서 그 장면에서 제거되어야 할 자는 범법자이지 표현행위자가 될 수는 없기 때문이다.

[사례] 정치집회에서 항의소란 사건 (1993)

아이오와주 대법원 Iowa v. Hardin, 498 N.W.2d 677  
(Iowa 1993)

이 사건의 사안에 의하면 공화당의 의원 입후보자 2인의 기금 마련을 위한 정치집회에서 부쉬대통령이 그들에 대한 지원연설을 하게 되었는데, 거기에 입장료를 내고 입장한 일단의 항의자들이 대통령의 연설 도중에 쿠웨이트의 이라크 침공에 대한 대통령의 정책에 반대하는 구호를 외치기 시작하였다. 피고인들의 항의와 소란 때문에 미디어들은 그 상황을 취재하기 위해 그들에게 다가갔고, 더구나 피고인들은 강제로 저지되기까지 소란행위를 그치지 않아 다른 청중들은 당황하게 되었고, 대통령의 연설은 방해를 받았다. 그들은 2

---

40) Payroll Guarantee Ass'n v. Board of Education, 27 Cal. 2d 197, 202-203, 163 P.2d 433, 435-36 (1945)

41) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer on Freedom of Speech, Volume 1, Clark Boardman Callaghan (1996) p. 4-42

차례에 걸쳐 중단을 요구받은 후 체포되어 명령불응죄로 기소되었다. 피고인들은 정부가 대통령의 연설 중 박수치고 환호한 지지자들을 체포하지 않은 사실을 지적하면서 견해에 근거한 언론의 규제 (viewpoint-based discrimination)를 금지하는 연방대법원의 판례 (R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992))를 인용하면서 그들은 자기들의 표현행위가 그 내용을 이유로 처벌받았으므로 해당 법률은 그들에게 적용되는 경우 수정헌법 제1조에 위반된다고 주장하였다.

아이오와주 대법원은 유죄판결을 지지하면서 법적인 권한 없이 법적인 집회를 방해하거나 중단시키는 행위를 경죄로 처벌하는 법률을 합헌이라고 판시하였다. 동 법원의 견해에 의하면 헌법은 피고인들에게 그들이 바라는 어디서나, 언제나, 어떤 방법으로든지 항의할 권리를 부여하지는 않는다는 전제하에, 피고인들이 정치적 집회의 입장권을 구매하였다 하여 연설자의 연설에 이의하거나 집회를 중단시킬 무제한적인 권한을 갖게되는 것은 아니라는 것이었다.

동 법원은 연설자, 청중 및 항의자의 대립하는 권리를 해결함에 있어서 California 대법원의 In re Kay, 1 Cal. 3d 930, 83 Cal. Rptr. 686, 464 P.2d 142(1970) 사건에서 창안된 이익형량 기준을 채용하였다. 피고인들에 대한 처벌이 수정헌법 제1조에 의해 저지되는가를 결정함에 있어서 법원은 “(1) 문제된 집회의 성격 여하 (2) 그 행위가 실질적으로 집회의 수행을 저해하였는가 여부 (3) 피고인들이 그들의 행위가 유효한 집회의 관례, 관습 또는 규칙에 위반됨을 알았는가의 여부 또는 알았어야 했는가의 여부”를 고려하였다.

이러한 여러 사정을 종합적으로 판단하여 법원은 그 항의자의 체포와 유죄판결이 수정헌법 제1조를 위반하지 않았다고 판시하였다.

#### 4. 집회의 자유와 노동권

헌법상 보호되는 노동권, 특히 단결권 또는 단체행동의 자유의 행사가 집회 및 시위의 형태로 전개되는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에도 제1차적으로는 헌법상 노동권에 관한 조항과 이를 규제

하는 노동조합법 및 노동쟁의조정법 등 노사관계법이 우선적으로 적용되게 된다. 그러나 그것이 기업의 울타리를 벗어나거나 적법한 노동쟁의로서의 한계를 일탈하는 경우에는 일반적인 집회 및 시위에 대한 규제가 적용되게 된다.

쟁의행위는 그 개념상 집단적 행동이며, 노사간의 평화상태를 깨뜨리고 가장 날카로운 갈등의 충돌상황에서 발휘되는 것이며, 특히 동맹파업은 집단적으로 노무제공을 중단함으로써 사용자에게 압력을 가하여 소기의 목적을 관철하고자 하는 근로자의 실력행사이다. 따라서 쟁의행위는 집단적 행동이라는 면에서 위력의 개념요소인 ‘위세와 인원수’ 요건을 이미 충족하고 있으며, 압력을 가하는 실력행사라는 점에서 자유의사를 제압하는 성질을 띤다. 이처럼 쟁의행위는 대부분의 경우 위력을 내포하고 있으므로 외형상 위력업무방해죄의 구성요건을 충족하고 있는 것으로 보인다.

이러한 입장에서 대법원은 파업 등의 쟁의행위는 본질적·필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있으므로 정당성이 인정되어 위법성이 조각되는 등 특단의 사정이 없는 한 위력업무방해죄로 처벌할 수 있다고 판시하여 왔다.<sup>42)</sup> 여기서 정당성의 한계를 지켰는가 하는 문제는 바로 형법 제20조의 정당행위가 되느냐의 문제로 귀착된다.

대법원 판례에 의하면 근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위하여는, ① 그 주체가 단체교섭이나 단체협약을 체결할 능력이 있는 노동조합이어야 하고, ② 그 목적이 근로조건향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것, 즉 그 쟁의에 의하여 달성하려는 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 있는 것이어야 하며, ③ 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인

42) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2852; 1991. 4. 23. 선고, 90도2771 판결 등

요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 개시하되 ④ 특별한 사정이 없는 한 법령이 정하는 바에 따라 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고를 거쳐야 하고, ⑤ 그 방법은 소극적으로 근로의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하여 사용자에게 타격을 주는 것이어야 하며 노사관계의 신의성실의 원칙에 비추어 공정성의 원칙에 따라야 하고, 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력이나 파괴행위를 수반하여서는 아니된다.<sup>43)</sup> 단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경·개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하여서는 아니된다는 이른바 평화의무를 위반하여 이루어진 쟁의행위는 노사관계를 평화적·자주적으로 규율하기 위한 단체협약의 본질적 기능을 해치는 것일 뿐 아니라 노사관계에서 요구되는 신의성실의 원칙에도 반하는 것이므로 정당성이 없다.<sup>44)</sup>

헌법재판소도 쟁의행위 면책의 근거와 한계에 관하여 헌법상 보장되는 단체행동권은 근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리이지만, 그것은 “헌법에서 단체행동권을 보장한 취지에 적합한 쟁의행위만이 면책된다는 내재적인 한계가 있다”고 언급하고, 노동관계 당사자가 쟁의행위를 함에 있어서는 그 목적, 방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니된다는 한계를 존중하지 않으면 안된다고 하여 대법원과 동일한 견해를 취하고 있다.<sup>45)</sup>

동맹파업 등 집단적 노무제공의 거부행위가 단순한 노무제공을 거부함에 그치지 아니하고 폭행·협박 등 별도의 범죄의 구성요건

43) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357판결; 1991. 5. 24. 선고 91도324판결 등

44) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4042 [공1994, 2829]

45) 헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바23 판례집 10-2, 243

이 충족되는 경우 뿐 아니라 폭행·협박에 이르지 않는 실력행사라 하더라도, 예를 들어 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 피케팅이나 직장점거의 경우에는 위력업무방해죄로 처벌된다. 그러나 그러한 위법행위를 수반하지 않는 순수한 집단적 노무제공의 거부행위가 불법인 경우에도 위력업무방해죄가 성립되는가 하는 문제에 관하여 헌법재판소는 쟁의행위의 집단적 실력행위로서의 성격 및 상대방의 의사를 제압하려는 실질상 형법상의 위력에 해당한다고 하여 그것이 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례는 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어서 행위(헌법의 보호영역 밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐 헌법에 위배되지 않는다고 판시하였다.<sup>46)</sup>

[사례] 골리앗 크레인 농성시위사건 (1991)

대법원 1991. 6. 11. 선고 91도753 판결 [공1991, 1964]

피고인은 약 70명의 근로자들과 함께 선박건조자재 운반용으로 도크에 고정되어 82m 높이에 설치되어 있는 골리앗 크레인에 들어가 플래카드를 내걸고 시위농성에 돌입하였고, 경찰이 위 농성진압을 위해 위 회사로 진입하는데 대항하여 크레인 안에 상황실을 설치 운영하여 회사 밖에서 투석, 화염병시위를 전개하고 있는 야전지휘부와 무전기로 수시로 연락하면서 경찰력진입에 대비하여 화염병, 볼트 등을 준비하고 일부 근로자들이 그 아랫 쪽에 있는 위 회사경비원 등을 향해 볼트 등을 투척하여 경비원 1명에게 상처를 입히는 등의 행위를 한 경우 법원은 피고인을 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호에 따라 처벌하였다.

46) 헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바23 판례집 10-2, 243

### III. 집회 규제의 일반 법리

#### 1. 서론

앞서 보았듯이 집회의 자유가 중요한 의의를 갖는다 하더라도 무제한한 것은 아니다. 원래 헌법상의 집회는 평화적인 것만이 보호되며, 집회의 시간 및 장소는 제한될 수 있다. 그러나 독일 연방헌법재판소에 의하면 의견표현의 자유와 마찬가지로 집회의 자유의 경우에도 그 제한의 범위를 단순 법률에 의해 임의로 상대화하는 것은 허용되지 않고, 규제를 행하는 입법자는 항상 헌법상 집회의 자유 조항에 구현된 기본결정을 존중하지 않으면 안된다고 한다. 입법자가 법률에 의해 집회의 자유를 제한하는 경우에도 그것은 동등한 중요성을 갖는 다른 법익을 보호하기 위한 것으로서 비례의 원칙을 엄격하게 지켜야 한다. 또 집회규제 법률을 해석·적용하는 국가기관도 개별 조치를 취함에 있어서는 동등한 가치를 갖는 법익의 보호에 필요한 사항에 한정하지 않으면 안된다.<sup>47)</sup>

집회의 자유도 광의의 표현의 자유에 속한다고 보는 경우 그에 대한 제한에 있어서도 원칙상 표현의 자유 제한에 관한 일반법리에 의하게 된다. 다만 집회는 우선 다중이 관여한다는 점에서 그 영향력과 불측의 무법상대가 야기될 수 있는 우려를 고려해야 한다. 우리의 헌법재판소도 이 점에 관하여 “집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 집단적인 형태로서……언론의 자유와는 달리 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현

47) BVerfGE 69, 315 [34]

의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것 또한 사실이다”라고 논한 바 있다.<sup>48)</sup>

또 집회의 자유는 일정한 장소를 전제로 하는 자유라는 점에서 특수한 고려를 요한다. 동일한 장소에서 둘 이상의 집회가 열릴 수 없음은 물론, 집회가 개최되는 장소가 일반 공공에게 개방된 공적 장소인가, 또는 공적 시설인가, 아니면 관리되는 장소나 사적 장소인가에 따라 그 이용관리권과의 조화를 도모해야 한다는 점이 다.

집회·시위의 규제에는 집회에 있어서 표현행위 자체를 제한하는 경우와 그러한 의견표현에 수반하는 행동 자체의 제한 두가지가 있을 수 있다. 전자의 경우에 제한되는 기본권의 핵심은 집회에서 표현의 자유이다.<sup>49)</sup>

미국에서는 이른바 내용근거규제(content-based regulation)로서의 집회금지는 엄격심사를 받게되고, 필수적인 이익을 보호하기 위해 필요최소한의 수단을 채용한 경우에만 허용된다. 그에 비하여 집회 및 시위의 시간, 장소 또는 방법을 제한하는 내용중립적 규제(content-neutral regulation)의 경우에는 합리성 기준에 따르면 족하다고 한다.

[사례] 시위행위 내용규제 사건 (1972)

미국 연방대법원 Police Department of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972)

이 사건에서 법원은 노사분규시의 시위만 허용하고 다른 시위는 불허하는 규정은 내용에 따른 차별로서 위헌이라고 선언하였다.

48) 전교조 경북지부결성 전야제 사건, 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281

49) 헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8 판례집 4, 4



원고 모즐리는 한 고등학교가 흑인을 차별하였다는 이유로 그 구내에서 피켓을 들고 평화적인 시위를 하였다. 시카고시는 수업시간 30분전부터 수업시간 30분후까지 학교구내에서의 피켓시위를 금지하는 규정을 두면서, 다만 노사분규로 인한 피켓시위는 예외로 하는 규정을 두었다. 모즐리는 피켓시위의 시간과 장소에 대한 합리적인 규제의 예외가 인정되었다면 단순히 시위에서의 주장 내용이 다르다는 이유만으로 다른 시위를 금지할 수는 없다고 주장하면서 위 시카고시의 규정이 위헌임의 확인을 구하는 소송을 제기하였다.

연방대법원은 위 규정이 위헌이라고 확인하면서 다음과 같이 판시하였다.

주정부는 적법한 이익의 보호를 위하여 필요하다면 시위의 시간·장소·방법을 합리적으로 규제할 수 있다. 그러나 그 내용은 규제할 수 없고, 더구나 표현된 견해의 내용에 따라 피켓시위를 금지하거나 허용할 수는 없다. 본 규정은 노사분규시의 피켓은 그 내용상 학교수업에 대한 방해가 되지 아니한다고 보고 다른 모든 시위는 그 내용상 학교수업에 대한 방해에 해당한다고 본 것이다. 따라서 이는 평등권과 언론의 자유를 침해하는 것이다. 일단 예외가 인정되면 모두에게 허용되어야 한다. 따라서 위 규정은 위헌이다.

이 판결은 언론활동에 대하여 시간, 장소, 방법은 합리적으로 규제할 수 있으나 그 내용에 따른 차별을 할 수는 없다는 것을 명백히 한 사례중의 하나이다.

집회의 자유를 제한하는 법규가 명확성을 가져야 함은 물론이다. 그러나 이 문제에 대한 법리는 특수한 어려움을 제기한다. 평화의 교란, 무질서한 행동 및 허가제도 등 통제수단은 보통 광범하고 모호하여 그 집행 공무원에게 광대한 재량권을 주게 되에도 경찰관 등 허가를 부여하는 최하위 단계의 정부기관에 대한 효율적 통제를 필요로 하기 때문이다.

헌법재판소도 “현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위”를 주관하거나 개최한 자를 처벌하고 있는 구 집시

법 해당 조항은 문언 해석상 그 적용범위가 과도하게 광범위하고 불명확하므로, 헌법상 보장된 집회의 자유를 위축시킬 수 있고 법 운영 당국에 의한 편의적·자의적 법운영집행을 가능하게 함으로써 법치주의와 권력분립주의 및 죄형법정주의에 위배될 수 있으며 법집행을 받는 자에 대한 평등권 침해가 될 수 있어 기본권제한의 한계를 넘어서게 되어 위헌의 소지가 있다고 판시한 바 있다.<sup>50)</sup>

## 2. 제한 사유 및 근거

### 가. 집회규제의 보호법익

에머슨은 집회의 자유에 대한 제한을 위해 논해지는 사회적 이익은 국가의 안보라고 하는 전반적 필요성이 아니라, 직접적 공동체(immediate community)에서 법과 질서의 요구라고 한다. 이것은 일반 시민이 일상생활에서 자기의 안전에 관한 위협, 그의 재산에 관한 손해 또는 그의 인격에 대한 침해를 받음이 없이 자기의 업무를 이행할 수 있는 권리이다. 이것은 건강, 안전, 도덕 및 선량한 기본적 질서의 보호라고 하는 정부의 기능으로서 이른바 일반적 규제권(police power)에 해당하는 것이다. 미국에서 이것은 전국적 차원의 것이 아니라 주정부 또는 지방정부의 몫이라고 생각된다.<sup>51)</sup> 미국 연방대법원은 평화교란죄의 보호법익을 다음과 같이 설시한다.

“일반적 용어로서 평화교란죄는 폭력을 선동하는 행동 또는 행위에 의한 공공질서(public order)의 위반, 공공 평화(public tranquility)의

50) 이른바 조동특린 사건, 헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8 판례집 4, 4

51) Thomas. I. Emerson, System of Freedom of Expression, Random House, New York, 1970, p. 285

교란을 의미하며, 평화와 질서(peace and good order)를 유지하기 위한 폭력의 법의 위반을 포함한다. 이것은 폭력행위 또는 폭력을 유발할 수 있는 행위로 구성될 수도 있다. 이 범죄의 기소를 위한 요건으로서 평화가 현실적으로 깨어질 필요는 없다. 범해진 것이 평화를 교란하는 충분한 직접성을 갖는 경향이 있는 것으로서 정당화되지 못하는 것이거나 불법적인 것이면 그 이상의 것은 필요치 않다. 그 범행에 본질 요소로서 현실적인 신체적 폭력(actual personal violence)이 필요한 것도 아니다. …… 이 관련에서 쓰여지는 ‘평화’란 시 또는 공동체의 시민이 향유하는 평온(tranquility)을 의미하는데, 그것은 그 구성원을 지배하는 선량한 질서(good order)로서 정치적 사회(political society)의 모든 인간이 갖는 자연권(natural right)을 의미한다.”<sup>52)</sup>

독일 집회법 제15조에 의하면 관할관청은 “처분의 통고시에 알 수 있었던 상황에서 보아 당해 집회 또는 행진의 실시에 의해 공공의 안전 또는 질서에 직접 위험이 미치는 경우에는” 당해 집회 또는 행진에 특정의 부담을 부과하거나 금지 또는 해산을 명할 수 있다. 독일의 연방헌법재판소는 여기서 집회의 자유를 제한할 수 있는 ‘공공의 안전과 질서’(öffentliche Sicherheit oder Ordnung)의 개념을 경찰법상의 통설에 따라 정의하였다. 경찰법상의 정의에 의하면 공공의 안전이란 개인의 생명, 건강, 자유, 명예, 재산권 등 중심적 법익의 보호와 법질서 및 국가제도의 불가침성을 포함하는 것이며, 이러한 보호이익의 가별적 침해가 위협되는 경우에 보통 공공의 안전에 대한 위해가 인정된다고 한다. 공공의 질서에는 그 추구가 수시의 지배적인 사회적 윤리적 관념에 따라 일정한 지역에서 질서있는 인간공동체의 불가결한 전제조건으로서 간주되는 불문의 규칙의 총체를 포함한다.<sup>53)</sup>

52) Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229 (1963)

53) BVerfGE 69, 315 [353]

이러한 입장에서 독일의 연방헌법재판소는 첫째 비례원칙의 요청에 의해 집회의 금지 및 해산은 다른 완화된 수단을 다한 경우에 최후의 수단이라고 간주되어야 하는 것이어서, 예컨대 도로 혼잡의 회피라고 하는 이유에서는 정당화되지 않는다는 점, 둘째 ‘직접의 위협’이라고 하는 문언은 개별적 구체적인 사실을 근거로 그 위험성의 예측을 요구한다고 하여 그 제한수단의 한계를 설명하고 있다.<sup>54)</sup>

우리 나라에서는 집회규제의 보호법익은 공공의 안녕과 질서유지라고 인식되고 있으며, 그 구체적 보호를 위한 법률의 제한규정이 합헌인가의 여부에 관하여는 판례상 변천이 있었다.

이에 관하여 대법원은 “집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호에서 금지한 ‘현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위’라 함은 공공의 안녕과 사회일반의 질서적 안정을 객관적으로 명백하게, 또 사회통념상 수인할 수 있는 정도를 넘어서 침해할 고도의 개연성 있는 집회 또는 시위를 말하는 것이어서 그러한 집회 및 시위를 금지한 동 규정은 헌법상 보장된 집회의 자유와 죄형법정주의를 침해하지 아니하는 합헌규정이다.”라는 입장이었다.<sup>55)</sup>

[사례] 부산미국문화원 방화사건 (1983)

대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결 [집31(1)형 314, 공1983 695]

이 사건의 사안을 보면 부산 미국문화원을 방화한 피고인들이 위법행 이전에 계엄당국의 허가를 받지 아니한 채, 의식화 학습이라는 명목으로 기독교 신자들의 대화나 경험을 통한 학습모임을 행한 사

54) BVerfGE 69, 315 [353]

55) 대법원 1986. 9. 9. 선고 86도1187 판결 [공1986,1335] 참조판례 1983. 3. 8선고, 82도3248 판결

실에 대하여 계엄포고 제1호와 포고령 제10호 위반으로 처벌되어 상고한 사건이었다. 당시의 계엄포고 제1호(1979. 10. 27자) 제1항은 일체의 옥내외 집회는 허가를 받아야 한다고 규정하고 있었고, 포고령 제10호(1980. 5. 17자)는 옥내외 집회를 금지하고 다만 정치적 활동목적이 아닌 옥내외 집회는 신고를 하여야 하고 관혼상제와 의례적인 비정치적 순수종교적 행사는 예외로 한다고 규정하고 있었다.

피고인들은 전국 각지방의 학생들을 모아 정기적으로 또는 전국 각지의 여관 등 각 처를 전전하면서 또는 며칠간 숙식을 같이 하고 또는 정기적으로 반복하여 전국 각 지방의 학생 등을 상대로 소위 의식화학습모임을 가졌다. 그러한 학습모임에서 그 토론 또는 발언내용은 “현 군부의 정권유지책으로 선포된 계엄은 조속히 철폐하여야 한다” 또는 “부산권 지식인의 운동방향, 정보교환, 현실대응책과 지식인 결속운동을 위한 친목계의 조직” 또는 “민주선언문의 낭독과 데모진압 경찰관 제지 지시” 또는 “교회의 조직과 기구를 사회변혁의 전위대로 개조하여 현 정권을 타도하여야 한다” 또는 “부산권사회운동가 청년들에 의한 민주화 투쟁을 위한 부산민주청년회의 결성”등이 그 중요 의제였다.

피고인 등은 반미운동과 반정부 활동을 전개하여 사회혼란을 조성하는 한편 경제불황을 가중시킴으로써 민중봉기를 유도하여 현 정권을 전복시키겠다는 망상하에 먼저 부산 미국문화원에 방화함으로써 반미 및 반정부 투쟁의 기폭제로 삼을 것을 기도하고……1982. 3. 18. 14:00 정각 사람이 현존하는 위 건물에 방화하였다.

피고인들이 위 계엄포고령은 위헌이라고 주장한데 대하여 대법원은 “헌법이 보장한 집회의 자유라고 하더라도 이는 스스로 그 한계가 있어 무제한의 자유가 아니고 공공의 질서, 공공의 안전 및 공공의 복리 등에 반하지 않는 범위내에서 허용될 따름이므로 국가의 안정과 공공의 안녕질서를 확립하고 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 포고된 계엄포고 제1호 및 포고령 제10호나 집회 및 시위를 보호하고 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 제정된 집회 및 시위에 관한 법률이 헌법에 반하지 아니함은 물론 원심의 법률적용이 죄형법정주의의 원칙에 반하는 것이라고 할 수도 없다.”고 전제하고, “현저한 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회란 집회의 규모,

참가인원, 집회의 방식 등이 구체적으로 그 사회에 어떠한 정도의 영향을 미치게 되는가 하는 측면과, 그 집회가 목적하는 바와 주장하는 내용이 현저한 사회적 불안의 요인이 될 정도로 반사회적 또는 반국가적 성격을 띠고 있느냐의 측면이 동시에 고려되어야 하”나, “이 규정에 위반되는 집회는 예컨대 수백 수천명 이상의 참가자를 가진 격렬한 방식의 집회”가 “대한민국의 국시인 자유민주주의 체제의 유지를 위하여 도저히 용납될 수 없는 주장 따위를 내거는 정도” 이어야 하는 것은 아니라고 판시하였다.

“이와 같은 집회는 이미 기독교인들의 학구적, 신앙적 모임의 범위를 이탈한 것으로 정치적 성향을 부인할 수 없고 또 때로는 북한 공산집단의 대남선전 활동에 동조하여 결과적으로 반국가단체를 이롭게 하는등 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있음이 명백하다”고 하여, 미신고 집회죄로 처단한 원심의 판단을 지지하였다.

[사례] 삼민투위 사건 (1986)

대법원 1986. 5. 27. 선고 86도456 판결[공1986,836]

집회 및 시위의 자유가 헌법에 보장된 기본권의 하나라고 하더라도 이는 공공의 질서, 공공의 안전 및 공공의 복리 등에 반하지 않는 범위내에서 허용될 따름이므로 적법한 집회와 시위를 보호하고 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 제정된 집회 및 시위에 관한 법률을 헌법에 위반되는 법률이라고 말할 수 없고, 또한 피고인들이 주도한 각종 시위는 사전모의과정, 시위의 성격, 유인물의 내용, 그 방법의 폭력성과 규모 등 원심이 적법히 확정하고 있는 내용에 비추어 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 것이었다고 볼 수 있으므로 같은 판단 아래 피고인들의 소위에 대하여 집회 및 시위에 관한 법률 제14조 제1항, 제3조 제1항 제4호를 적용한 조치는 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다할 수 없다.

그러나 헌법재판소는 위 대법원의 입장과 달리 집회의 자유를 제한할 수 있는 사유를 더욱 한정적으로 해석하였다. 1989. 3. 29. 개정 전의 구 집시법 제3조 제1항 제4호에서는 누구든지 ‘현저히

사회적 불안을 야기시킬 우려있는’ 집회 또는 시위를 금지하였는데, 이에 관하여 헌법재판소는 “공공의 안녕과 질서유지에 명백하게 직접적으로 혼란 내지 위협을 줄 위험성이 있는 집회·시위”만이 금지된다고 한정해석하였다.<sup>56)</sup>

[사례] 조통특련 사건 (1992)

헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8 [판례집 4, 4]

제청신청인(당해 소송사건의 피고인)은 1988년 ‘조통특련발족선언문’(組統特聯發足宣言文) 등 이적 표현물을 제작 반포한 외에 8회에 걸쳐 서울대학교 대운동장 등지에서 학생 다수가 모인 가운데 “학살 원흉 미국놈들 몰아내자”는 등 구호를 선창하고 참석 학생들로 하여금 따라 외치게 한 후 정문으로 이동, 대치 중인 경찰을 향하여 화염병과 돌 등을 던지게 하는 등 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위를 개최한 점에 대하여 전문개정 전의 집회 및시위에관한법률(1980. 12. 18. 법률 제3278호) 제14조 제1항, 제3조 제1항 제4호에 위반으로 기소되었다. 그는 재판 계속 중에 위 조항에 대한 위헌제청을 신청하였는데, 위 피고사건의 담당 법원인 서울형사지방법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌제청을 하였다.

헌법재판소는 여기서의 ‘사회적 불안’이란 헌법 제37조 제2항에서 제정한 기본권 규제기준인 국가의 안전보장이나 질서유지에 위해가 될 경우보다는 넓고 더 추상적인 개념으로 보여져, 공공의 안녕과 질서에 대한 명백하고도 직접적인 범익침해의 위험이 없는데도 사회적 불안을 내세워 규제가 가능할 수 있기 때문에 규제대상이 광범해질 소지가 있고, 나아가 ‘사회적 불안을 야기시킬 우려’가 있는 경우에 이를 금지할 수 있는 것으로 규정하였으므로 불안 발생이 목전에 절박한 경우가 아니고 장차 불안 발생의 가능성 내지 간접적 우려의 경우에도 규제의 대상이 될 수 있기 때문에 위 규정에 의한 기본권의 제한은 비례상 과다하고 제한의 폭이 넓다고 지적한 후, “합헌적 규제의 대상으로서의 집회·시위는 어디까지나 동 규정 소정의 집

56) 헌법재판소 1992. 1. 28. 89헌가8 판례집 4, 4

회·시위 가운데서 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 한정할 것이”라고 전제하고, “1989. 3. 29. 전문 개정 전의 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 여기에서 규정된 바 집회 또는 시위가 공공의 안녕과 질서에 직접적 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로, 각 이러한 해석하에서는 헌법에 위반되지 아니한다”고 판시하였다.

그러나 위 결정 이전에 이미 1989. 3. 29. 개정된 집시법은 “누구든지 ① 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위 또는 ② 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니”되며 (집시법 제5조 1항), 이렇게 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니 된다고 규정하고 있었다(동조 제2항).

#### 나. 위협발생의 측정과 기준

집회의 자유에 대한 제한이 허용되는 것은 집회가 공공의 안녕과 질서에 대하여 위해를 야기하는 경우이다. 이것은 평화로운 집회만을 보호의 대상으로 하는 헌법의 태도와 상관되는 것이다. 그러나 그 위협 발생의 판단과 그에 대한 규제수단의 적부에 관하여는 복잡한 논란이 전개되고 있다.

독일 기본법 제8조는 “모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평온하게 무기를 갖지 아니하고 집회할 수 있는 권리를 갖는다. 옥외집회는 법률에 의해 또는 법률을 근거로 제한할 수 있다”고 규정한다. 이에 관하여 독일의 연방헌법재판소는 1978년 제정 ‘집회 및 행진에 관한 법률’이 정하는 신고제도의 합헌성 여부가 문제된 1985년의 핵발전소 건설반대 시위 사건<sup>57)</sup>에서 주무관청은 처분의



통고시에 알 수 있는 상황에 의해 판단하여 집회 또는 행진의 실시에 의해 공공의 안전 또는 질서가 직접 위협에 놓이는 경우에는 그 집회 또는 행진을 금지하거나 또는 특정의 부담을 지우도록 할 수 있다고 하고, 직접 위협에 노출된다는 요건은 단지 간접증거 내지 억측에 의해서는 안되고 알 수 있는 상황에서 판단하여야 한다는 법문에 비추어 개별적 구체적으로 이루어지는 위협예측에 기해야 한다고 판시하였다. 즉, 옥내·옥외를 불문하고 모든 집회의 자유의 요건으로 되는 ‘평온’이라 함은 “폭력적 또는 소요적 결과를 야기하지 않도록” 한다는 취지이므로 만약 집회의 주최자 내지 그 지지자가 폭력행위를 의도하고 또는 타인의 그러한 행위를 적어도 용인한다고 하는 예측이 고도의 개연성을 가지고 성립하는 경우에는 그 집회는 평온한 것이 아니고 금지될 수 있다는 것이다. 그러나 개개의 집회 참가자 또는 명백한 소수자의 위반행위는 전체 집회의 평온성을 잃게 하지 않음이 원칙이다.

미국에서도 집회의 자유와 고정의 구제를 청원하는 권리(right to assembly and petition for redress of grievances)는 오로지 평화적일 것을 조건으로 한다. 미국 헌법이 공개적 집회의 권리를 법적으로 보장하게 된 배경에는 18세기 영국 정치사에서 중요한 역할을 이행하였고, 혁명으로 이끌어졌던 식민지 시대의 경험이 터잡고 있는 것이다. 당시까지 인식되고 있던 불법적 집회와 평화교란이라는 영국법의 법리에 관하여 미국의 판례는 다음과 같이 논한다.

“일반적 용어로서 평화교란죄는 폭력을 선동하는 행동 또는 행위에 의한 공공질서(public order)의 위반, 공공 평화(public tranquility)의 교란을 의미하며, 평화와 질서(peace and good order)를 유지하기 위한 폭종의 법의 위반을 포함한다. 이것은 폭력행위 또는 폭력을

57) 독일 연방헌법재판소 1985. 5. 14. 결정, BVerfGE 69, 315

유발할 수 있는 행위로 구성될 수도 있다. 이 범죄의 기소를 위한 요건으로서 평화가 현실적으로 깨어질 필요는 없다. 범해진 것이 평화를 교란하는 충분한 직접성을 갖는 경향이 있는 것으로서 정당화되지 못하는 것이거나 불법적인 것이면 그 이상의 것은 필요치 않다. 그 범행에 본질 요소로서 현실적인 신체적 폭력(actual personal violence)이 필요한 것도 아니다.”<sup>58)</sup>

그 후 이에 관하여는 미국 연방대법원의 판례가 괄목할 이론을 전개하여 왔다. 연방대법원은 1938년에 일련의 사건과 1940년대의 여호와의 증인 사건에서 이른바 ‘명백하고 현존하는 위협’의 기준을 채용하여 자유주의적 입장을 취하였다. 그러나 1950년대 McCarthy 시대에 접어들면서 이러한 자유주의적 경향은 위축되었고, 1960년대에 성행하던 민권운동(civil-rights movement)으로 제기된 일련의 사건을 계기로 이에 관하여는 새로운 기준이 적용되게 되었다. 미국 연방대법원은 1969년의 판결<sup>59)</sup>에서 국가는 폭력이나 범죄행위의 주창이 급박한 위법행위를 선동 또는 야기하려는 것을 목표로 한 것이고, 그러한 행동을 선동 또는 야기할 가능성이 있는 것이 아니면 금지할 수 없다(Advocacy of force or criminal activity may not be penalized unless “such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”)고 판시하여 명백하고 현존하는 위협의 현대적 기준(이른바 Brandenburg 기준)을 제시하였다. 이렇게 언론과 그 영향 간에 긴밀한 인과관계를 요구하게 되면 그것은 최소제한수단기준(the “Least Restrictive Means” Test)을 채용할 것을 요구하게 되며, 단순한 위법의 옹호(mere advocacy of lawlessness)

58) Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229 (1963)

59) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447, 89 S. Ct. 1827, 23 L. Ed. 2d 430 (1969)

는 언론자유에 의해 보호받게 된다.<sup>60)</sup>

우리의 경우를 보면 집회 및 시위에 관한 법률 제3조 제1항 제4호가 금지사항으로 규정한 ‘현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위’라 함은 공공의 안녕과 사회의 질서적 안정을 객관적으로 명백하게 또 사회통념상 수인할 수 있는 정도를 넘어서 침해할 고도의 개연성 있는 집회 또는 시위를 가리키는 것으로서 이에 해당되는지의 여부는 집회 또는 시위의 장소, 목적, 태양, 내용 등 모든 정황 등을 종합하여 객관적이고도 합리적인 판단을 할 수 있다는 것이 대법원의 입장이었다.<sup>61)</sup> 그 구체적인 판단요소로서 집회 및 시위의 참가인원, 그 성격, 방법, 구호의 내용 등을 종합하여 인정하는 것이 보통이다. 피고인이 100여명의 학생들과 함께 화염병, 쇠파이프 등을 들고 구호를 외치면서 시위를 하고 전경들을 체포하려고 했다면 이는 집단적인 협박 등의 행위로 인하여 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가한 것이 명백한 시위에 해당한다 할 것이므로 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호 위반죄를 구성한다.<sup>62)</sup>

[사례] 제3자 개입금지사건 (1990)

대법원 90. 11. 27 선고 89도1579 [공1991, 272]

피고인은 1987. 8. 17. 10:30경 대전시 소재 모 여관에서 택시회사 농성근로자들에게 그들의 요구를 관철하기 위하여 회사에서 농성하는 것보다 회사 근로자들이 모두 연합하여 시위할 것을 지시하고, 동일 15:00경부터 동일 17:00경까지 대전역 광장에 범인택시회사 농성근로자 500여명을 모아 놓고 ‘연합노조철폐’, ‘임금인상’ 등 구호를 선창하고 위 농성근로자들로 하여금 이를 제창케 하는 등 하여 현

60) Smolla and Nimmer, id., p.3-93.

61) 이른바 만민투위사건, 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1764 판결 [공1986, 3159]

62) 대법원 1990. 7. 24. 선고 90도470 판결 [공1990, 1829]

저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 시위를 주축하였다는 범죄사실로 기소되었다.

그러나 대법원은 “피고인이 대전경찰서장과 협의하여 가두시위는 하지 않기로 하여 대전역 광장에서 농성하여 평화적인 시위만을 하고, 대전역 광장에서의 시위가 끝난 후 가두로 진출하려다가 피고인이 이를 제지하여 평화적으로 해산하였으며, 시위계획 자체도 농성근로자들의 의사를 시민에게 알리기 위하여 최대한 평화적으로 하기로 계획하였었다면, 이를 개정 전 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호 소정의 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 정도의 집회라고 볼 수 없다”고 하여 이 부분 무죄를 선고한 원심판단을 지지하였다.

### 3. 집회규제의 태양

#### 가. 문제의 제기

집회의 자유의 행사는 그것이 물리적 폭력이나 무질서를 야기하게 될 우려 때문에 관심을 끌게 된다. 이들 권리에 대한 법적 통제는 그 적용 시점 여하에 따라 여러 형태를 띠게 된다. 사후적 통제는 소요의 선동, 불법집회, 평화의 교란 또는 무질서행위를 금하는 형사법규에 의한 형사적 제재의 형태를 취한다. 그러나 정부는 표현이 진행 중에 이를 저지하는 시도를 행하는 경우도 있는데, 연설자의 발언을 금지하거나 군중의 해산을 명하는 것이 그것이다. 이것은 경찰의 체포나 경찰에 불복종하는 것을 범죄로 하는 법령에 의해 강제되는 명령과 같이 경찰의 행동에 의해 달성된다. 드문 일이지만 정부는 공공질서를 교란하게 될 행동을 저지하기 위하여 사전에 표현행위를 저지하거나 제한하려고 시도한다. 그러한 규제는 보통 집행공무원에 의해 관리되는 허가 시스템(permit or licensing system)이나 법원이 명하는 금지절차에 의해 이루어진다.<sup>63)</sup>

우리 헌법 제21조 2항 후단은 “…… 집회 결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 규정한다. 집회에 대한 허가제는 절대적으로 금지하는 것으로 규정되고 있으나, 일정한 장소의 사용을 전제로 하는 집회에서 그 장소의 사용이 소유관리자의 승낙을 얻어야 한다는 점은 이와 별도로 구별 논의되어야 할 것이다.

미국에서는 일정한 장소의 사용을 전제로 하는 집회의 본질적 요소를 중시하여 장소의 사용과 집회의 허용 여부를 일체로 생각하여 일정한 요건 하에서 집회의 허가제를 인정하는 체제를 취하고 있다.

일본에서는 지방자치단체의 조례에 의하여 집회에 대한 규제가 이루어져 왔는데, 명문상 허가를 요하는 것으로 규정되어 있음에도 일본 최고재판소는 이를 합헌으로 판시하고 있다. 그에 비하여 독일에서는 법률상 일정한 집회는 금지되고, 일정한 경우 집회를 개최하는 자에게 사전신고를 명하는 동시에, 금지요건에 해당하는 경우에는 관할 당국이 이를 금지하거나 부담을 부과하는 체제를 취하고 있다.

## 나. 허가제 및 그 허용범위 - 미국의 사례

### (1) 미국 판례 - 허가제의 인정

미국의 판례는 1934년 허가제(permit system)와 허가를 거부할 권한을 인정<sup>64)</sup>한 이래 차별적 집행이 피해지는 허가제는 일반적으로 승인받게 되었다.<sup>65)</sup>

미국 연방대법원이 이러한 법리를 승인한 것은 1941년 *Cox v. New Hampshire*<sup>66)</sup>이었다. 이 사건에서 미국 연방대법원은 교차로

63) Thomas. I. Emerson, *System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970, p. 311

64) *Sullivan v. Shaw*, 6 F.Supp. 112 (S.D. Cal. 1934)

65) C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989, p.141

66) 312 U.S. 569

에서 행진하는 행위에 대하여 허가를 요하게 하고 특별요금을 부과한 맨체스터시의 조례를 합헌이라고 판시하였다. 이것은 시간, 장소 또는 방법에 관하여 합리적 이유가 있는 한 허가제는 허용됨을 밝힌 것이다. 허가제는 경찰당국이 시위를 보호하기 위해 언제 어디에 경찰력을 배치할 것인가를 알아야 하고, 다른 시위자와의 경합이나 다른 목적의 사용과 충돌하는 경우 조정을 위해서도 필요한 것이기 때문이다. 다만, 미국 연방대법원은 행진이 부당하게 공공의 편의를 저해하지 않는 한, 시 당국은 이를 허가하지 않으면 안된다고 판시하였다.

위 판결 이후 집회 및 시위에 대한 허가제의 합헌성 여부를 정면으로 다룬 사례는 찾을 수 없다. 이에 관하여 학설상 논란된 문제는 도로를 독점적으로 점거하고 통상적인 교통규칙을 어길 수 있는 특혜를 줌에 있어서 그 조건으로 사전신고 내지 허가신청의 의무를 부과하거나, 시위경로, 시위자의 숫자 및 시간에 관한 조건을 준수하도록 할 수 있는가 하는 점이였다.

허가제의 필요성과 허용성을 지지하는 논거로 논의되는 것 중의 하나는 공적 장소에서의 표현행위를 허용하는 것을 혜택으로 생각하여 이러한 혜택을 부여하는 경우 정부는 그에 대한 조건으로서 여러 부담을 설정할 수 있다는 생각이였다. 이러한 입장에 따르면 표현행위를 위한 공적 장소의 사용은 혜택의 부여라고 생각되고, 그에 따른 조건을 설정할 수 있게 된다. 예컨대 정부는 시위자들에게 경찰력의 보호를 부여하고, 그들이 원한다면 특별 주차구역, 응급구조, 화장실, 음용수, 보호 기타의 설비를 제공할 수 있고, 집회 참가자들에게 여러 임시적인 설비를 제공하기 위해서 집회나 시위를 계획하는 단체들로부터 시의적절한 통고를 받지 않으면 안된다. 그뿐 아니라 다수인의 이용 신청이 경합되는 경우 이를 해결

하려면 다수인 중에 우선권을 부여하는 시스템이 필요하고, 허가제는 이러한 계획자들에 대하여 특정한 거리나 공원의 이용을 확보하기 위해 편리하고 확실한 수단이 된다.

그러나 위와 같은 ‘권리·혜택 구별론’은 국민생활의 도처에 국가적 배려가 이루어지게 된 현대 복지국가의 사회현실에서 국가와의 인연(governmental affiliation, public benefits)이 있음을 빌미로 언론의 자유를 공동화시키는 폐단을 초래하였다는 점에서 비판받게 되었다. 헌법적으로 보호받는 개인의 표현행위나 결사에의 가입 등 행위를 허용함을 빌미로 정부가 개인에 대한 이익을 거부할 수 있다면 그러한 개인의 자유는 사실상 저지받을 것이기 때문이다.

## (2) 강제적 허가제에 대한 비판

강제적 허가제는 첫째 사전신청에 의해 교통의 통제와 경찰력의 안배를 통하여 질서의 유지 및 교통의 원활한 소통에 기여하며, 둘째 경합하는 이용자 간에 충돌을 조정할 수 있고, 셋째 시민과 당국간의 타협과정을 가능하게 한다는 점이 그 이점으로 지적될 수 있다.<sup>67)</sup>

그럼에도 미국에서는 강제적 허가제의 폐단과 법리적 취약점이 여러 관점에서 논란되고 있다. 아무리 이상적인 허가제도를 설정한다고 하더라도 그 시스템의 남용이 쉽게 예상될 뿐 아니라 피할 수 없다는 것이다. 우선 허가의 부여 여부를 이익형량 기준에 의하는 경우 그 합리성의 판단은 언제나 논란을 피할 수 없게 된다. 그리고 허가 여부의 판단권한은 일선 행정 공무원이나 경찰공무원에게 위임될 수밖에 없는데, 여기에는 여러 가지 문제가 생기게 된다. 우선 허가 여부의 판단권을 가진 공무원은 합리성 기준의 형량에 재량을 행사하게 됨으로써 그를 우위에 서게 하며, 무사안일한

67) Baker, id. p.148

상태를 선호하는 관계 공무원은 언제나 최악의 상황을 상정하여 이를 허용하려고 하기보다는 이를 거부하려는 경향을 갖는다.<sup>68)</sup>

대부분의 경우 허가의 여부를 결정하는데 재량을 갖는 경찰은 표현행위에 대한 자의적이고 검열적 권한을 행사하게 되고, 가치 있는 특정한 표현적 행위를 금지하게 된다. 이렇게 특정한 표현행위에 대한 내용차별의 특징을 갖는 허가제는 그 때문에 헌법적으로 보호되어야 할 표현행위를 불법적인 것으로 만들게 된다.<sup>69)</sup> 이것은 수정헌법 제1조의 이념에 반하는 것이고 강제적 허가제가 수정헌법 제1조의 이익에 미치는 손해이다.

무엇보다 허가제가 표현의 자유에 대해 미치는 부정적 영향은 지방 경찰당국의 판단에 따라 그 허부가 결정됨으로써 소수파나 반대파의 집회나 시위를 억압하기 위해 악용된다는 점이다. 그러한 폐단은 필연적으로 인기 없는 집단을 대상으로 나타나게 되는데,<sup>70)</sup> 허가제는 기성의 지배적 집단에 이점을 주는 반면 항의 및 반대하려는 자에 대하여는 불이익을 주는 경향을 갖는다.

허가를 구하여야 할 일반 시민의 입장에서 보면 행동에 의한 표현을 행함에 있어서 사상적 준봉(ideological conformity) 또는 정부에 대한 존경을 강요당하게 된다는 점에서 문제된다.<sup>71)</sup> 시위를 계획하는 시민은 당국에 가서 그들의 계획을 소상히 설명하고 당국의 허가를 구하지 않으면 안되기 때문이다. 이것은 뒤에 국기에 대한 경례를 거부할 수 있다고 판단한 연방대법원의 판시<sup>72)</sup>에도 어긋나는 것이다.

그 뿐 아니라 사전허가제도는 시민의 자연발생적이고 즉각적인

---

68) Baker, id. p.156

69) Baker, id. p.152

70) Baker, id. p.152

71) Baker, id. p.154

72) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 642 (1943)



항의의 기회를 박탈한다는 점에서 문제된다. 역사적 예를 보더라도 시민의 표현적 욕망은 사전에 예정될 수 없는 경우가 적지 않고, 사회적 정치적인 성질을 갖는 자발적인 시위·집회는 권력자의 비행이 알려진 후 수일 내 또는 수 시간 내에 이루어지는 것이 일반적이었다. 미국의 예를 보면 1960년대 행동적 민권운동가들에 대한 가두의 체포는 즉각적인 반응을 가져왔다. 월남전 당시 캄보디아 비밀침공의 발표는 반전학생들로 하여금 수시간 내에 학교를 뛰쳐나와 거리에서 집회와 항의를 하도록 야기한 바 있다. 허가제는 이러한 즉각적이고 자발적인 시위를 불법적인 것으로 만들게 되고, 표현의 자유에 관하여 큰 희생을 가져온다. 그러나 대중의 표현을 중시하고 공적 생활에의 참여를 존중하는 사회는 이러한 즉각적인 표현행위 유형에 나아갈 기회를 높이 평가하지 않으면 안된다.<sup>73)</sup>

자연발생적 행진이 행해지도록 방임하는 경우에도 그것은 허가를 받지 않은 것이기 때문에 불법적인 것이 되고, 이 때문에 허가제를 강행하기 위한 경찰의 제지로 더욱 큰 불안이 야기될 수 있다. 대부분의 경우 허가제를 관철하기 위한 경찰의 조치 자체 때문에 폭력을 방지하려는 경찰과 시위자 간에 폭력이 야기된다는 것은 아이러니한 결과이다.

허가제를 관철하기 위해 행진의 조직자와 주최집단이 특정되어야 함을 전제로 하는 것은 물론이고, 이들 범령은 특정할 수 있는 시위의 지도자 내지 대표자로서 시위를 계획하고 통제할 수 있는 자(parade marshall)를 상정하고 있다. 이러한 사고는 관료주의적 편견에 기한 것이고, 시위나 행진에 대한 통제가 현실적으로 불가능할 경우가 많음은 물론, 시위 참가자들을 그 지도자에 복종하게 하는 것 자체에 참가자의 자유를 침해하는 요소가 있다.<sup>74)</sup>

73) Baker, id. p.152

이상 논의된 강제적 허가제도의 폐단과 법리적 취약점에 비추어 이를 반대하는 입장에서는 그 대안으로서 임의적 허가제도 내지 사전신고제도를 주장한다.

### (3) 허가제에 대한 대안 - 임의적 허가제도

표현자유의 절대적 보호론자들에 의하면 도로는 운송을 위해 생겨난 것이라 하더라도 표현행위를 위해 사용될 경우에는 보다 우월적 목적에 이용되는 것이므로 운송 목적은 양보되어야 한다는 논리를 편다.<sup>75)</sup> 따라서 도로규칙의 정상적이고 정당한 기능은 도로 교통의 통제에 있을 뿐 집회나 시위의 제한을 위해 적용될 수 없고, 표현행위를 위한 도로의 이용이 운송목적에 위해 제한된다면 그것은 수정헌법 제1조의 위반이 된다는 것이다. 이와 같이 집회 및 시위에 의해 교통규칙을 어길 수 있는 것은 혜택이 아니라 권리라고 보는 것이 절대론자들의 견해이다.

이러한 입장에서 표현자유의 절대론자들은 강제적 허가제(mandatory permit system)가 갖는 여러 가지 폐단과 헌법이론상 취약점을 지적하고, 그 보다는 예약제(reservations)와 같은 의미를 갖는 ‘임의적 허가제’(voluntary permit system)가 보다 바람직하다고 주장한다.<sup>76)</sup> 임의적 허가제 하에서는 대중의 지지를 얻으려는 시위 조직자들은 대중의 편의를 도외시킬 수 없기 때문에 대중의 불만과 항의를 줄이기 위해 그 경로와 시간 등에 관하여 당국과 협력하게 될 것이고, 당국으로서도 번문욕례(繁文縟禮)를 피하고, 허가제를 편리하고, 비위협적이며 공개된 것으로 운영하는 데 인센티브를 갖게 된다는 것이다. 즉, 당국은 시위자들의 협력에 의해 강제적 허

---

74) Baker, id. p.152

75) Baker, id. p.145

76) Baker, id. p.148

가제에서 얻을 수 있는 사전 정보나 협력을 얻을 수 있다. 비용과 이익 대비 분석(cost-benefit analysis)에 의할 때 임의적 허가제도가 강제적 허가제도 보다 적은 비용으로 큰 이점을 얻을 수 있다는 것이다.

#### (4) 허가제에 대한 대안 - 사전신고제도

허가제 실시의 주된 이유로서 운위된 것은 지방정부의 교통계획과 경찰력의 배분, 시위자 및 관중에 의한 있을 수 있는 폭력이나 위법행위를 미연에 방지하는데 있다. 그러나 이러한 목적이 반드시 강제적 허가제에 의해서만 달성될 수 있는 것은 아니다.

미국의 다수의 시에서는 경찰이나 시 당국이 해야 할 일을 사전에 알게 하기 위하여 사전신고제(advance notice)가 채택되고 있다.<sup>77)</sup> 사전신고가 요구되는 것은 대규모의 집회나 시위이고, 사소한 집회나 시위에 있어서는 사전신고에 공적인 이익이 없다.

어떤 시조례는 허가를 면제하는 대신 행진 조직자들이 계획된 행진에 관하여 일정한 기일 전에 허가신청만을 하도록 하고 있다. 예를 들면 캘리포니아 Sacramento시의 조례는 자연발생적인 행진이거나 명백히 중요한 행사에 대한 반응으로서 짧은 기간 내에 조직된 행진에 대하여는 그 행진이 허가신청절차에 들어갔다면 허가를 받을 수 있는 유형의 것인 한, 시 관리자가 필요시에 즉시 허가를 부여하도록 규정하고 있다. Sacramento시의 경우 경찰은 이미 행진이 진행되고 있는 경우에는 허가의 요구나 도로교통법의 집행을 유보할 재량을 가지며, 자연발생적인 행진을 허가받은 것과 마찬가지로 취급한다. 다만 경찰은 그 행진의 지도자에게 허가 없는 것임을 경고하고, 허가신청을 고의적으로 무시했다거나 폭력 및 중대한 재산적 손해가 야기되면 그 지도자를 소환하게 된다.

77) Baker id. p.150

(5) 공적 포럼에서 집회 및 시위에 대한 허가제의 요건

공개적 공적 장소에서 집회, 청원 및 시위에 대한 강제적 허가제의 논란에 관하여는 앞서 언급한 바 있다. 그러나 최근의 미국 판례는 공적 포럼의 법리에 따라 공적 포럼에서 행해질 수 있는 허가제의 요건을 사전억제 및 검열금지의 법리와 관련하여 다루고 있다. 즉, 집회 및 시위에 대한 허가는 사전억제에 해당하는 것이므로 원칙적으로 허용되지 않고, 엄격한 요건이 갖추어진 경우에만 예외적으로 허용된다는 것이 최근 미국 판례의 입장이다. 허가제가 합헌이 되려면 첫째 허가의 거부사유는 명확하게 규정되어야 하고,<sup>78)</sup> 허가를 거부하는 사유의 입증은 허가관청이 하여야 한다. 여기서도 시간, 장소 및 방법에 관한 내용증립적 제한은 합리적 이유가 있는 경우 가능하다. 둘째로 표현행위의 내용 여하에 따라 허가를 요하게 하는 것은 원칙적으로 허용되지 않고, 다만 검열제의 위협을 미연에 방지하는 절차적 보장을 갖춘 경우에만 가능하다. 즉, 허가 여부가 단기로 규정된 기간내에 결정되어야 할 뿐 아니라 허가 여부는 행정관청이 종국적으로 판단할 수 없고 법원에 불복하여 대심적 절차를 통하여 구제받을 수 있는 길이 보장되어야 한다.<sup>79)</sup>

Illinois주 법원은 유태인촌 Skokie읍에서 전미사회주의자당(National Socialist Party of America)이 나치 차림으로 유태인에 대한 증오 문서를 배포하면서 시위하는 것을 금지하였다. 그러나 연방대법원은 주가 표현행위에 대하여 그러한 제한을 하려면 즉각적인 불복의 허용 등 엄격한 절차적 보장을 이행하여야 한다고 판시하고, 위 판결을 취소한 바 있었다.<sup>80)</sup>

78) *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969)

79) *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965)

80) *Collin v. Smith*, 432 U.S. 43 (1977)

또 연방대법원은 1992년의 판결<sup>81)</sup>에서 공적 포럼에서의 표현행위에 대하여 사전허가를 요하거나 비용을 부담시키는 것은 사전억제에 속하므로 위헌의 추정을 받는다고 전제하고, 그러나 포럼에서 사용신청이 경합하는 경우 정부의 규제필요성에 비추어 집회, 시위 및 행진에 대한 허가권이 허용될 수 있다고 판단하였다. 나아가 법원은 그러한 허가의 요건이 합헌이 되려면 그 허가의 재량권이 광범하고 포괄적이어서는 아니되고, 그것이 시간, 장소 또는 방법의 규제라면 내용을 차별하는 것이어서는 안되며, 그 요건은 실질적인 정부의 이익을 위해 좁게 규정되어야 하며, 대체적 커뮤니케이션 채널을 충분히 확보토록 하여야 한다고 판시하였다.

#### 다. 사전허가제 - 일본

##### (1) 지방자치단체의 공안조례

일본에서는 전후 연합국 점령 당시 점증하는 대중운동과 노동운동에 대처하기 위해 연합국총사령부의 지도하에 각 지방자치단체가 제정한 공안조례에 의해 장기간 동안 도보 또는 차마(車馬)에 의해 일정한 목적을 가지고 집단적으로 행진하는 집단행진과 기(旗), 플래카드를 사용하거나 구호 등에 의해 일반공중에 대하여 기세를 보이는 집단시위운동을 포함하는 집단행동이 규제되어 왔다. 이들 공안조례는 애당초부터 치안입법으로서의 성격이 농후하였기 때문에 그 특색은 규제의 목적이 단지 공물관리의 필요가 아니라 법과 질서, 즉 공공의 안녕에 대한 침해의 예방이라고 하는 보안경찰의 필요에 터잡는 것이었다.

다양하게 제정·시행된 각 지방자치단체의 공안조례는 대부분

81) Forsyth County v. The Nationalist Movement (1992)

여러 가지 법익을 위해 집단행동을 금지하고 공안위원회의 허가에 의해서만 그것을 허용케 하였으며, 허가된 집회에 대한 제한도 다양한 것이었다.

그 중에서 전형적인 것이 1950년 제정된 동경도의 공안조례로서 ‘집회, 집단행진 및 집단시위운동에 관한 조례’였다. 동 조례는 ‘도로 기타 공공의 장소에서 집회 또는 집단행진을 하는 때’ 또는 ‘장소 여하를 막론하고 집단시위운동을 행하려고 하는 때’에는 도공안위원회의 허가를 받지 않으면 안되고(동 조례 제1조), 공안위원회는 위 집회 등의 실시가 ‘공공의 안녕을 보전함에 직접 위험을 미친다고 명백히 인정되는 경우’ 이외에는 허가하지 않으면 안된다고 규정하고(동 제3조), 다만, 허가함에 있어서 ‘관공청의 사무방해의 방지, 흉기 기타 위험물 휴대의 제한이라든가, 교통질서 유지 집회 등의 질서유지 등에 관한 6개 항목에 관하여 조건을 붙일 수 있고, 이 허가조건이나 허가신청서에 기재를 요하는 사항에 위반하여 행해진 집회 등에 참가한 자에 대하여 경찰은 공공의 질서를 유지하기 위해 경고를 발하고, 그 행위를 제지하거나 기타 그 위반행위를 시정함에 필요한 한도에서 소요의 조치를 취할 수 있다고 규정하였다(동 제4조).

이들 공안조례에 대하여는 그 제정 당시부터 전국 각지에서 그 위헌성을 주장하는 소송이 제기되었으나, 합헌결론에 이른 것이 절대 다수였다. 일본 최고재판소는 1954년 니이가다현(新潟縣) 공안조례 사건에서 동 공안조례가 규정한 ‘허가’라고 하는 용어에 구애됨이 없이 실질적으로 신고제와 다름이 없다고 보아 이를 합헌이라고 판시한 이래, 1960년의 동경도 공안조례 사건에서는 그러한 입장이 보다 강화되었다.

[사례] 니이가다현 공안조례 사건 (1954)

일본 최고재판소, 最大判 昭和 29. 11. 24. 刑集 8권 11호 1866면

밀조주(密造酒) 혐의로 체포된 피의자의 석방을 대중의 위력으로 관철하려고 무허가의 집단시위운동을 행한 것 때문에 현의 공안조례 위반으로 처벌된 사건에서 최고재판소는 위헌의 주장을 배척하고 원심의 유죄판결을 지지하면서 다음과 같이 판시하였다.

동 조례는 공안위원회는 공안을 해할 우려가 없다고 인정하는 경우에는 허가를 하지 않으면 안되지만, 그 경우 집단의 무질서 또는 폭력행위에 대하여 공중을 보호하기 위하여 필요하다고 인정되는 조건을 붙일 수 있다고 규정하고, 집단행동 개시 일시의 24시간 전까지 공안위원회가 의사표시를 하지 않은 경우에는 허가가 있는 것으로 본다고 규정하고 있었다.

최고재판소 다수의견은 일반적인 허가제를 정하여 이를 사전에 억제하는 것은 헌법의 취지에 반하지만, 공공의 질서를 보호하거나 공공의 복리가 현저하게 침해될 것을 방지하기 위해 특정의 장소 또는 방법에 관해 합리적이고 명확한 기준 하에 미리 허가를 받도록 하거나 신고를 하도록 하여 집단행동을 금지할 수 있게 하는 규정을 두는 것은 허용되고, 또 공공의 안전에 대하여 명백한 절박한 위험을 미칠 것이 예견되는 때에는 이를 허가하지 않거나 금지할 수 있다는 규정을 두는 것이 바로 부당한 제한이라고 해할 수 없다고 전제하고, 본건 조례가 허가를 받도록 요구하는 행동은 조례의 여러 규정에 비추어 “특정한 장소 또는 방법에 관한 것에 한하는 것”이고, 허부의 기준은 극히 추상적인 것이고 공안위원회에 넓은 재량을 주는 것이어서 이를 고칠 필요가 있지만, “조례의 취지 전체를 종합하여 고찰하면 본건 조례는 허가라는 말을 쓰고 있지만, 이들 언동, 그 자체를 일반적 허가제에 의해 억제하는 취지가 아니라 상술한 바와 같이 별개의 관점으로부터 특정 장소 또는 방법에 관해서만 제한하는 경우가 있음을 정한 것에 불과하다”고 보아 이를 합헌이라고 한 것이다.

[사례] 동경도 공안조례 사건 (1960)

일본 최고재판소, 소화 35. 7. 20. 형집 14권 9호 1243면

이것은 1958년 일본의 경찰관직무집행법 개정반대투쟁을 위해 동

경도 공안위원회의 허가를 받음이 없이 집단행동을 지도하고, 허가 조건에 위반하여 지도를 행한 학생들에 대하여 도공안조례 위반으로 처벌된 사건이었다. 이 사건 판결이 내려진 1960년에는 미일안보조약의 개정을 둘러싸고 대규모 데모가 국회주변 등에 반복 확산되고 데모대가 국회에 돌입하거나 기동대와 충돌하여 사망자가 나는 등 어수선한 때였다.

제1심인 동경지재는 이 사건에서 적용된 동 조례가 위헌이라고 하여 피고인을 무죄로 하였으나, 최고재판소는 이를 합헌이라고 판단하여 원판결을 파기 환송하면서 다음과 같이 판시하였다.

집단행동에 의한 사상표현은 잠재하는 일종의 물리적 힘에 의해 지지되며 이 잠재적 힘은 극히 용이하게 동원될 수 있다. 이 경우에 평온정숙한 집단이라고 하여도 때로는 흥분, 격앙의 와중에 말려들어 심한 경우에는 일순간 폭도화하고 실력에 의해 법과 질서를 유린하게 됨으로써 집단행동의 지휘자는 물론 경찰력으로써도 어쩔 수 없는 사태로 발전할 위험이 존재하는 것은 군중심리의 법칙과 현실의 경험에 비추어 명백하다. 그러므로 지방공공단체가 집단행동에 의한 표현의 자유에 관한 한 불측의 사태에 대비하여 법과 질서를 유지할 필요하고 최소한도의 조치를 사전에 강구하는 것은 피할 수 없다. 그러므로 지방공공단체는 집단행동에 의한 표현의 자유에 관한 한 불측의 사태에 대비하여 법과 질서를 유지할 필요한, 최소한도의 조치를 사전에 강구하는 것은 부득이한 것이다. 어떠한 정도의 조치가 허용되는가는 허가 또는 신고라고 하는 용어나 입법기술상의 결함에 상관함이 없이 조례 전체의 정신을 실질적 유기적으로 고찰하지 않으면 안된다.

이러한 입장에서 최고재는 허가가 의무화되어 있고 불허가가 엄격히 제한되고 있으므로 실질에 있어서는 신고제와 다름이 없고, 허가기준이 불명확하다고 할 수 없으며, 공안위원회가 허부에 재량을 갖게 되는 것도 사안의 성질상 당연하며, 허가의 추정조항이 없다고 하여 이를 위헌으로 함은 본말이 전도되는 것이고, 장소 여하를 불문하고 집단시위운동을 제한하는 규정도 그러한 운동이 공중의 이용과 전혀 무관한 장소에서 행해진다는 것은 운동의 성질상 상상할 수 없으므로 이를 타하는 논의는 전혀 실익이 없는 것이라고 하는



이유를 들어, 요컨대 본 조례가 대상으로 하는 집단운동 특히 집단 시위운동은 정밀을 어지럽히고, 폭력으로 발전될 위험이 있는 물리적 힘을 내포하고 있는 것이므로 이러한 행동을 사전에 예지하고 불의의 사태에 대비하여 적절한 조치를 강구하려고 하는 것은 부득이하다고 하여 이를 합헌이라고 결론지었다.

위 다수의견에 대하여는 위 조례의 체제가 실질에 있어서 신고제와 다름이 없다고 하는 점에 동의할 수 없고, 오로지 치안유지의 목적으로 공안위원회에 광범한 재량에 의한 사전억제가 행해질 우려가 있는 법규이고, 본 조례에는 허가추정조항도 없고, 허가기준에 남용을 방지할 최대한의 고려가 배풀어지지 않은 것이므로 위헌이라고 하는 강력한 반대의견이 있었다.

위 다수의견에 대하여는 여러 가지 점에서 학계의 엄한 비판이 가하여졌음은 물론이었다.<sup>82)</sup>

## (2) 폭력주의적 파괴활동과 집회의 자유

일본의 파괴활동방지법(소화 27년 법제40호) 제5조 1항은 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 행한 단체에 대하여 계속 또는 반복하여 장래에 다시 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 행할 명백한 우려가 있다고 인정됨에 족한 충분한 이유가 있는 때에는 6개월을 넘지 않는 기간 및 장소를 정하여 공개의 집회 내지 집단행진, 집단시위운동을 금지할 수 있다고 규정한다. 또 위 집회 금지의 처분은 위에서 말하는 우려를 제거하기 위해 필요하고 상당한 한도를 넘어서는 안된다(동법 제5조 1항 단서). 이 금지처분은 공안심사위원회가 행사하며, 그 제한의 요건으로서는 객관적으로 보아 당해 단체가 장래에 다시 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 행할 고도의 개연성이 있다고 인정함에 충분한 명백하고 구체적인 증거에 의한 이유가 있는 때를 말한다고 해석되고 있다.

82) 芦部信喜, '集會의 自由의 意義와 限界(一) - 集會結社의 自由(1)', 法學教室, 1998. 5 - No. 214, 85 (91 이하)면 참조

위 법률에 관하여는 공안심사위원회라고 하는 행정기관에 의한 검열을 규정한 것으로서 위헌이라고 하는 비판이 있으나, 그에 대한 법적 판단은 내려진 바 없다.

#### 라. 사전신고제와 집회의 사전금지 - 독일

독일의 경우 옥외집회에 대하여는 사전신고를 의무화하고, 신고 내용으로 보아 법적으로 금지되는 요건에 해당하는 경우에는 사전에 이를 금지하거나, 해산을 명하는 체제를 취한다.

독일에서는 법률상 일정한 집회는 금지되고, 일정한 경우 집회를 개최하는 자에게 사전신고를 명하는 동시에, 금지요건에 해당하는 경우에는 관할 당국이 이를 금지하거나 부담을 부과하는 체제를 취하고 있다.

독일의 연방헌법재판소는 1978년 제정 ‘집회 및 행진에 관한 법률’이 정하는 신고제도의 합헌성 여부가 문제된 사건<sup>83)</sup>에서 신고의무는 교통규제를 원활하게 하기 위해 필요한 것으로서 경미한 제한이기 때문에 합헌이라고 판시하였다. 이러한 해석에 입각하여 연방헌법재판소가 집회법이 옥외집회에 한하여 정하고 있는 신고의무를 합헌으로 본 중요 근거는 옥외집회는 외부에 영향을 주는 것이므로 집회 그 자체의 가능한 한 원활한 실시와 제3자나 공동체의 이익 보호를 위하여 교통규제의 필요성 등에 관하여 관청은 사전에 정보를 얻지 않으면 안됨에 비하여 신고의무 자체는 기본권의 사소한 제한에 불과하다고 하는 판단이다. 또 집회법의 규정에는 신고의무 위반이 자동적으로 집회의 금지 해산을 정당화하는 것은 아니란 점도 고려의 대상이 되었다.

다만, 우발적(자연발생적) 집회에 있어서는 사전신고가 불가능하

83) 핵발전소 건설반대 시위 사건, 독일 연방헌법재판소 1985. 5. 14. 결정, BVerfGE 69, 315

기 때문에 획일적으로 사전신고가 요구되지 않는다. 우발적 집회는 그 집회의 목적이 자유민주적 기본질서와 조화될 수 있는 일반적 성질의 것이고 그 집회의 방법이 허용된 범위내의 것이며, 집회의 목적과 방법이 내적 연관성을 유지하고 합리적인 비례관계에 있는 한 비록 사전신고가 없었다 하더라도 신고된 경우와 마찬가지로 보호되어야 한다고 한다.<sup>84)</sup> 또 긴급집회에서는 48시간 전이라는 요건이 충족되지 못한 경우에도 집회개최의 공표와 동시에 신고하면 족하다. 신고의무 위반은 자동적으로 집회의 금지 또는 해산의 근거가 되어서는 안된다고 이해되고 있다.

#### 마. 한국

우리의 집시법도 독일의 경우와 같이 옥외집회에 대하여는 사전 신고를 의무화하고, 신고내용으로 보아 법적으로 금지되는 요건에 해당하는 경우에는 사전에 이를 금지하거나, 해산을 명하는 체제를 취한다. 이러한 체제는 사전억제라는 점에서 논란될 수 있으나, 집회의 자유는 일반적 표현의 자유 보다 더 공공질서에 대한 위협의 위험이 커서 그에 대한 제한으로서 합헌이라고 생각된다. 우리의 대법원 및 헌법재판소 역시 이러한 체제를 합헌이라고 판시한 바 있다.

즉, 대법원의 1991년 판결에 의하면 “헌법이 보장하는 집회의 자유도 스스로 한계가 있어 무제한의 자유가 아닌 것이므로 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 집회 및 시위의 주최자로 하여금 미리 일정한 사항을 신고하게 하고 신고를 받은 관할경찰서장이 제반사항을 검토하여 일정한 경우 위 집회 및 시위의 금지를 통고할 수 있도록 한 위 각 규정 및 그 금지통고에 대한 이의신청절차

84) BVerwGE 26, 135 (138) BVerfGE 69, 315 (350f)

를 규정하고 있는 위 규정들이 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.”  
고 한다.<sup>85)</sup>

[사례] 전교조 경북지부결성 전야제 사건 (1994)

헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 [판례집 6-1, 281]

청구인은 전국교직원노동조합 경북지부장으로 있으면서 1989. 6. 10. 23:40경부터 다음 날 02:45경까지 사이에 경북대학교 야외공연장에서 대구 경북지역 교사 약 300명과 대학생 및 노동자 약 700명이 참석한 가운데 “전국교직원노동조합 대구·경북지부 결성식 전야제”를 준비·주최함으로써 법률상 금지된 야간옥외집회를 주최하였으며, 이어 같은 달 11. 13:50경부터 같은 날 16:23경까지 사이에 같은 장소에서 개최된 집회가 신고서 기재사항의 보완불이행으로 관할 경찰서장으로부터 금지통고를 받은 집회임에도 불구하고 위 집회를 주관하여 동 집회에서 청구인이 전국교직원노동조합 경북지부장으로 선출되고 참교육을 실천하자는 내용의 결성선언문을 낭독하는 등 금지통고된 옥외집회를 주최한 혐의로, 대구지방법원에 구속기소되어 1989. 9. 12. 벌금 1,000,000원을 선고받고 항소하여 1991. 6. 27. 같은 법원 항소부로부터 벌금 500,000원의 선고유예 판결을 선고받고 상고하였으나 1991. 11. 12. 상고가 기각됨으로써 위 항소심판결이 확정되었다. 한편 청구인은 위 사건의 항소심에서 청구인에게 적용된 집회및시위에관한법률 해당조항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌제청신청을 하였으나, 그것이 기각되자 헌법재판소에 위 집시법 규정들에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 다음과 같이 야간의 옥외집회에 대한 제한의 필요성을 설시하였다.

집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 집단적인 형태로서 집단적인 의사표현을 통하여 공동의 이익을 추구하고 자유민주국가에 있어서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 효과적인 역할을 하는 것이므로 민주정치 실현에 매우 중요한 기본권인 것은 사실이지만,

85) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91도1870 판결, 집회및시위에관한법률위반 [공1992, 160]

다른 한편 언론의 자유와는 달리 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것 또한 사실이다.

따라서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 기본권 제한입법의 목적원리에 의한 제한의 필요성이 그만큼 더 요구되는 기본권으로서 특히 야간의 옥외집회 및 시위는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회·시위’의 속성상 주간의 옥외집회·시위의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 점에서 야간의 옥외집회·시위의 원칙적 금지에 대한 현실적 타당성을 수궁할 수 있다. 일반적으로 야간의 옥외집회·시위는 주간의 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고, 따라서 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있다. 형법 및 폭력행위등처벌에관한법률등에 있어서 ‘야간’의 행위를 더욱 엄격히 규제하고 있는 것도 이와 맥락을 같이 하는 것이다.

#### 4. 집회 장소의 사용에 따른 문제

##### 가. 개관

집회 및 청원의 권리를 행사하는 경우에는 특히 표현행위의 장소 및 위치와 관련하여 논란된다. 그러한 권리의 행사는 본질상 다수인의 집합을 요하는 것이기 때문에 그것이 이행될 수 있는 장소를 필요로 한다. 이 유형의 표현행위는 다수인이 보여지고 들려질 수 있는 장소에서 타인들에 대한 커뮤니케이션이 가능해야 한다. 그 과정은 커뮤니케이션을 수용할 잠재적 수용자를 찾아내거나 초대하는 것을 포함하게 된다. 어떤 경우에는 이러한 집회나 표현행

위가 그들의 주의를 강요하게 되고, 그것이 지나치면 ‘간힌 청중’(captive audience)의 프라이버시를 보호하여야 하는 문제가 제기되며, 표현의 자유가 행사될 장소가 제한되어야 할 원인이 된다. 그럼에도 공개 집회, 문서의 배포 및 가가호호(家家戶戶) 방문유세를 행할 수 있는 민주주의적 요청은 잠재적 청중에 접근하여 공공의 주의를 받을 수 있는 기회를 보장하는 실질적 권리를 기대한다.

그러므로 집회와 청원의 권리를 행사하려는 자는 다수의 군중이 참여하거나 관찰하고, 잠재적인 청중이 접근될 수 있는 장소와 지역을 이용할 수 있어야 한다는 것이 중요하다. 이것은 원래 거리, 공원 기타 유사한 공개장소를 이용할 수 있는 권리를 요하게 된다. 이것은 공개되거나 폐쇄된 공공시설과 나아가 일정한 범위에서는 개인 소유의 장소나 시설이면서 공적이거나 준공적(準公的) 성격을 갖는 것을 이용할 수 있는가 하는 문제를 제기한다. 정부 기타 관리자가 특별한 제한을 할 수 있는 권리 또는 허가제도에 의해 그 이용을 규제할 수 있는 권리가 다음에 다루어진다.

#### 나. 이른바 공적 포럼의 법리 - 미국

이에 관하여 미국의 판례는 ‘공적 포럼’이라는 괄목할 이론을 전개하여 왔다. 미국 연방대법원이 분류한 3가지 종류의 포럼은 ‘전통적 공적 포럼’, ‘지정된 공적 포럼’ 및 ‘비포럼’이다. 비포럼이라고 하더라도 일정한 경우에는 ‘제한적 공적 포럼’으로 취급된다.

#### [사례] 방송토론회 배제 사건 (1998)

미국 연방대법원 Arkansas Educational Television  
Commission v. Forbes, 26 Med. L. Rptr. 1673(1998. 5.  
18. 선고) 언론중재 1998. 가을, 144면 참조

미국 연방대법원은 그 분석을 위한 도구 개념으로 사용하여 온

세 가지 포럼의 유형으로서 ① 전통적인 공적 포럼 ② 지정된 공적 포럼 및 ③ 비 공적 포럼에 관하여 다음과 같이 설명하였다.

‘전통적인 공적 포럼’(traditional public forum)에서는 정부가 토론자의 참석을 배제하기 위해서는 그 결정이 국가이익을 촉진하기 위하여 필수적이고 그 배제 결정이 그러한 국가이익의 수행을 위하여 엄격하게 심사된 것인 경우에 비로소 가능하다. ‘지정된 공적 포럼’(designated public forum)은 정부의 목적된 의도에 의하여 이루어지는 것이어서 전통적인 공적 포럼이 아닌 것을 공적 포럼으로 전환시키고자 하는 정부의 정책과 관행이 존재하는가 여부에 따라 그 해당 여부가 결정되는데, 이 유형의 토론장에서 토론자의 참석을 배제하는 결정이 연방 수정헌법 제1조에서 보장되는 권리를 침해하는가의 여부에 관하여는 이른바 엄격심사(strict scrutiny)의 헌법적 판단을 받게 된다. 그 밖의 정부 기관은 비공적 포럼(nonpublic forum)에 해당하거나 또는 토론장 자체가 아니다. 즉, 정부의 의도와는 관계없이 표현행위가 개방되어 있는 전통적 공적 포럼에서 그 담당하는 정부기관은 모든 개인의 참석과 발표를 허용하여야 하나, 전통적 공적 포럼이 아닌 포럼을 정부기관이 지정하여 공적 포럼으로 한 경우 정부기관은 그 장소에서 일반대중(general public)에게 표현행위를 개방할 것인가 또는 특정 부류의 발언자(particular class of speakers)에게만 허용할 것인가를 자유로이 결정할 수 있으며, 나아가 전통적인 공적 포럼도 아니고, 정부가 지정된 공적 포럼으로 만들려고 하는 의사도 없었다면 그것은 비공적 포럼에 해당되거나, 아니면 전혀 포럼 자체의 개념에 해당되지 아니한다. 즉, 지정된 공적 포럼을 창설하기 위하여는 그러한 공공시설을 특정 부류의 표현행위자들로 하여금 일반적으로 이용할 수 있게 하는 정부의 의도가 있어야 하는데, 그렇지 않고 정부가 개별적인 발언자들을 선별하여 이용 가능하게 할 경우에는 비 공적 포럼이 된다고 보아야 한다.

전통적 공적 포럼으로서 대표적인 것은 공도, 보도, 공원이다. ‘지정된 공적 포럼’(designated public forum)은 평등한 표현활동의 장소로서 국가가 공개한 공적 재산을 의미하는데, 역사적 공적 포

럼의 경우와 같은 법적 취급을 받는다. 시립극장이나 군(郡)소유 체육시설이 이에 해당한다. 미국의 판례는 집회 및 청원의 목적으로 거리, 공원 기타 공개된 공적 장소를 사용할 헌법상의 기본권이 있음을 인정한다.<sup>86)</sup>

[사례] 주청사 구내 민권시위사건 (1963)

미국 연방대법원 *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S.229 (1963)

이 사건에서는 주의 흑백분리정책에 항의하여 공적 시설인 주청사 마당에서의 시위가 문제되었는데, 미국 연방대법원은 주청사 구내는 공공에 공개된 장소라고 판시하면서 거기에서 시위한 피고인들을 처벌한 하급심 판결을 취소하였다. 여기에는 피고인들을 처벌한 평화교란죄가 과도하게 광범하여 무효라고 하는 이유도 덧붙여졌다.

1961년 3월 사우스 캐롤라이나 주의 흑인학생 187인은 한 교회에 모여 흑인에 대한 차별을 항의하고자 15인 씩 그룹을 지어 흑백분리교육에 항의하는 플래카드를 들고 시민에게 공개된 주청사 구내 마당으로 행진하여 들어갔다. 구내에는 공무원 30인이 질서를 위해 지키고 있었고, 200 내지 300인의 군중이 구내와 보도에서 지켜보고 있었다. 군중들은 시위자들에 대하여 하등 적대적인 태도를 취한 바 없었고 통행인이나 차량통행에 지장을 준 바도 없었다. 이러한 상황에서 경찰 당국은 15분 이내에 해산하도록 명령하였으나, 학생들은 이를 거부하고 발을 구르거나 손뼉을 치면서 애국가와 찬송가를 불렀다. 경찰은 그들을 체포하여 보통법상의 평화교란죄를 적용하여 벌금 10불 내지 100불 또는 5일 내지 30일 간의 구류에 처하였다.

미국 연방대법원은 이러한 상황에서 시위자들을 체포·처벌하는 것은 그들에게 헌법상 보장된 표현의 자유, 집회 및 청원의 자유를 침해하는 것으로 보았다. 법원은 그들의 시위가 자기들의 불만과 항의를 표현하기 위한 것으로서 평화롭게 진행되었으며, 시위자나 거

86) *Shuttlesworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969)



기에 모인 군중들 사이에도 하등 폭력이나 폭력의 위협이 없었음에도, 그들은 명확한 정의가 없는 일반화된 범죄로 유죄선고를 받은 것이며, 사회의 다수파에 반대되는 견해를 표현한 것만으로 처벌되었다는 이유로 시위자들에 대한 유죄판결을 파기하였다. 법원은 그들이 평화적으로 표현하려고 한 의견이 사회의 다수 견해에 배치되어 군중의 관심을 끌게 되고 경찰의 보호를 필요로 하게 되었다는 이유만으로 처벌되었다고 보았다. 즉, 그들이 단지 사람들을 분노로 흥분시키고, 논란을 불러일으키고, 불안정한 상황을 야기하였다는 것만으로 처벌되었다는 것이었다. 이러한 이유에서 미국 연방대법원은 시위자들에 대한 유죄판결을 파기하였다.

그러나 공적 포럼에서 소음, 교통체증, 소란, 도시미관 등 환경적 이익을 위해 내용중립적 규제는 가능하다. 미국의 판례에 의하면 ① 이러한 환경적 이익을 위한 필요성이 인정된다고 하더라도 ② 그것은 다시 그러한 이익을 위해 좁게 재단된 제한에 국한되어야 하고, ③ 다른 대체적 수단에 의한 표현행위의 가능성을 허용하여야 한다는 3가지 요건을 충족하여야 한다.<sup>87)</sup> 규제가 3가지 요건을 충족한다는 것은 정부가 입증하여야 한다.<sup>88)</sup> 위와 같이 공적 포럼에서 내용중립적 규제는 일정한 요건이 충족되는 경우에 허용되나, 내용근거규제는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 공적 포럼에서 내용근거규제는 엄격한 심사기준이 적용되어 필수적인 공익을 위한 최소한의 제한만이 허용되며, 내용규제가 허용되는 경우라 하더라도 특히 견해차별은 허용되지 않음이 원칙이다.

이러한 장소에서 집단적 의견의 표현인 집회 및 시위는 공익과의 조화를 위해 허가를 요하는 경우가 있다. 도로 관리당국은 교통의 원활한 소통을 위해서 뿐 아니라 이용신청이 경합하는 경우 이

87) United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 88 S. Ct. 1673, 20 L. Ed. 2d 672 (1968)

88) Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc., 452 U.S. 640 (1981)

를 조정하기 위해서도 도로를 점용하여 표현행위를 하려는 사람의 신청을 받아 그 허부를 결정하지 않으면 안되기 때문이다.

비포럼(nonforums)이란 커뮤니케이션 활동 또는 비커뮤니케이션 활동을 위한 국·공유시설이지만 일반 공중이 평등하게 사용할 수 있도록 지정된 바 없는 시설을 말한다. 이러한 시설들은 국가의 소유로서 국가가 운영한다는 이유만으로 헌법상 그에 대한 공공의 이용이 보장되는 것은 아니다.<sup>89)</sup> 비포럼인가의 여부는 정부가 그 시설에 관하여 명시적 또는 묵시적으로 공개적 표현의 공평한 사용에 개방하였는가의 여부가 기준이 되는데, 거기엔 포럼의 목적, 사용의 범위, 지정된 공적 포럼에서의 의도 등과 같은 요소가 고려된다. 공항, 군사기지, 교도소 구내는 공적 포럼이 될 수 없고, 공익사업체(utilities)는 공기업에 의해 소유·운영되는 것이라 하더라도 공적 포럼이 아니다.<sup>90)</sup> 정부청사 내, 공관 등 공적 시설은 공적 집회 기타 표현형태를 위해 사용될 수 없다고 취급된다. 그러한 시설은 그 용도에 따른 공공의 이익을 위해 그 업무수행의 능력이 방해받지 않을 것을 요구하기 때문이다.

[사례] 교도소 구내 민권시위 사건 (1966)

미국 연방대법원 *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39(1966)

이 사건은 구치소의 비공개된 통행로에서의 시위가 문제되었다. 이 사건에서는 플로리다 주 당국이 민권운동을 이유로 동료 대학생 을 체포하자 그 동료 대학생들 200명이 그에 항의하기 위해 대학에 모여 군의 구치소까지 행진할 것을 결의하고 교도소 정문에 도착하였는데, 교도관의 입장 거부에 한발 물러나 구치소의 출입통로와 인근 녹지에 모여 구호를 외치거나 노래하고 춤추는 행위를 계속하였

89) *United States Postal Service v. Council of Greensburgh Civic Ass'ns*, 453 U.S. 114 (1981)

90) Smolla, id. §8:26 p.8-32

기 때문에 구치소의 출입이 봉쇄되었다. 그곳은 구치소의 구내로서 오로지 구치소의 출입을 위해서 또는 보안상의 이유로 격리를 위해 마련된 지역이었고, 일반에 공개된 장소가 아니었다. 교도관은 그들이 구치소 구내를 불법침입한 것이니 10분 이내에 퇴거하라고 요청하였음에도 불구하고 불응한 107명을 Florida주의 불법침입법 (trespass statute)에 기하여 체포하게 되었다.

이 사건에서 법원은 “개인이 자기의 항의와 견해를 언제나 어디서나 어떤 방법으로나 자기가 좋아하는 바대로 선전할 헌법상의 권리를 갖는 것은 아니다”라고 전제하고, 구치소는 강제된 격리 시스템의 주된 심볼로서 구치소 구내는 그 본래의 용도에 적합치 않은 용도에는 쓰여질 수 없는 공적 장소이고, 주는 사적 재산의 소유자와 마찬가지로 그 원래의 적법한 용도를 위해 그 재산을 지키고 통제할 권한을 갖는다고 하면서, 경찰관이 시위대의 노래와 발언내용을 반대하기 때문에 애덜리가 체포되었다고 인정할 아무런 증거가 없는 이 사건에서 이러한 장소에 들어가 퇴거에 불응한 피고인들을 불법침입으로 처벌한 것은 정당하다고 결론지었다.

위에서 본 공적 포럼이 아니면 일단 비포럼으로 분류된다. 공립 강당, 시공회당(town hall), 소방서, 시민회관(civic center) 등 옥내 집회에 적합한 공적 시설을 이용하여 헌법상 권리를 행사할 수 있는가 하는 문제에 대하여 정부가 표현의 자유를 행사하려는 개인이나 단체에게 그러한 시설을 제공할 의무가 있다고 인정한 미국의 판례는 없고, 오히려 반대로 추정하는 경향을 갖는다. 그러나 관리자가 일정한 제한된 주제에 국한하여 일정한 주제에게 이용을 허용하게 되면 그것은 제한적 공적 포럼(limited public forum)이 된다.<sup>91)</sup>

다수의 판례는 공립학교를 학생과 기타 선별된 단체에 개방된

91) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer on Freedom of Speech, Volume 1, Clark Boardman Callaghan (1996) §8:8 p.8-5

제한적 공적 포럼으로 취급한다.<sup>92)</sup> 또 법원은 연방의 보조에 의한 교육시설은 동법에 의해 설정된 제한된 공적 포럼(limited open forum)을 구성한다고 판시하였다. 대학 캠퍼스의 사용 신청에 관하여는 대학 당국이 그 학칙에 위반하거나, 수업에 지장을 주거나 다른 학생의 교육받을 능력을 저해하는 경우 이를 거부할 수 있음은 물론이다. 그러나 학생단체의 모임과 활동에 적극적으로 개방되어 오던 Missouri대학 캠퍼스에 관하여 학생 종교단체가 종교활동을 위해 사용신청한 것을 기각한 사안<sup>93)</sup>에서 연방대법원은 대학 당국이 종전에 그 시설을 공적 포럼으로 제공하여 왔기 때문에 학생의 종교활동을 차별하여 그를 위한 신청을 거부한 것은 내용근거규제로서 필수적인 이익을 결하므로 위헌이라고 판시하였다. 이 판시가 대학시설의 어떤 장소를 언제나 공적 포럼으로 개방하여야 함을 의미하는 것은 아니었다.

제한된 공적 포럼의 경우에는 그 설치목적에 비추어 언론의 주제(subject matter)와 그 표현행위자의 신원(speaker identity)에 따른 합리적 규제는 가능하다. 그러나 이 경우에도 견해차별은 행해 질 수 없다.<sup>94)</sup>

#### 다. 일본 판례

공공용재산으로서 국민공원으로 지정된 황거 앞 광장(皇居外苑)에서의 메이데이 집회가 문제된 사건에서 일본 최고재판소는 공물관리권과 집회의 자유의 행사간의 관계에 관하여 공물의 관리상의 피해를 이유로 이를 불허가한 후생대신의 처분을 지지한 바 있다. 그리고 집회를 위한 공물사용의 허가제에 관하여는 지방공공단체

---

92) Smolla and Nimmer, id. p.10-34

93) Windmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981)

94) Perry Educational Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n, 460 U.S. 37, (1983)

의 공공시설 사용을 에워싸고 문제되었다.

[사례] 황거외원 메이데이 집회 사건 (1953)

일본 최고재판소 최대판 소화 28. 12. 23. 민집 7권 13호 1561면

황거외원(皇居外苑)은 일본 국유재산법상 공공용재산으로서 후생대신의 관리에 속하는 것이었다. 1951년 결성된 일본 노동조합총평의회(총평)은 1952년 5월 1일 메이데이 행사를 위해 위 장소의 사용허가를 신청하였는데, 후생대신은 국민공원관리규칙의 규정에 따라 이를 거부하였다. 동 규칙은 “국민공원 내에서 집회를 개최하거나 또는 시위행진을 하려고 하는 자는 후생대신의 허가를 얻어야 한다”고 규정하고 있었다. 이에 대하여 총평은 그 불허가처분이 국민공원관리규칙의 취지에 반하고 집회의 자유 및 근로자의 단체행동권을 침해하는 것이라고 주장하면서 그 취소의 행정소송을 제기하였다. 참고되는 사실관계를 보면 총평은 중전 후 5차례에 걸쳐 황거외원에서 중앙 메이데이 행사를 거행하여 왔고, 위 규칙이 제정된 후인 1950년에도 위 행사를 위해 황거외원의 사용이 허가된 바 있었다.

제1심인 동경지방법재판소는 위 규칙 제4조의 허가제는 공공의 사용에 제공한다는 국민공원 설치 본래의 목적에 비추어 그 사용을 허가할 것인가 또는 국민공원의 기능을 해할 우려가 있는 것으로서 허용할 수 없는가를 검토해야 하는 것일 뿐이라고 하고, 공원의 사용 허부는 후생대신의 자유재량에 속하는 사항이 아니고 법률상의 효력에 관한 다툼에 대하여 판단을 내리는 것은 법원의 권한에 속한다고 하는 이유로 집회 시위행진은 고도로 공공적인 것이므로 그를 위해 황거외원을 사용하는 것은 그 본질에 저촉하지 않으므로 본건 불허가 처분은 위 규칙을 잘못 적용한 것이고, 따라서 일본헌법 제21조에 위반한다고 판시하였다 (동경지판 소화 27. 4. 28. 행재집 3권 3호 634면). 항소심인 동경고재는 황거외원의 사용허가를 신청한 1952년 5월 1일이 이미 경과하였기 때문에 불허가처분을 취소할 실익이 없다고 하는 이유로 제1심을 취소하고 청구를 기각하였다.

원고의 상고에 대하여 최고재판소는 원심을 지지하여 상고를 기각하면서 방론으로 다음과 같이 판시하였다.

공공용재산은 공공의 이용에 제공한다는 그 목적에 따라야 하므로 그 이용의 허부는 그 관리권자의 단순한 자유재량에 속하는 것이 아니고, 관리권자는 그 재산의 종류에 따라 그 규모, 시설을 감안하여 그 공공용재산으로서의 사명을 충분히 달성하도록 적정하게 관리권을 행사해야 하고, 만약 그 행사를 잘못하여 국민의 이용을 방해하면 위법함을 면치 못한다. 만약 본건 신청을 허가하면 출입금지지역을 포함하여 외원 전역에 약 50만인이 장시간 층만하게 되고, 방대한 인원수와 장시간의 사용에 의해 당연히 공원 자체가 현저히 손상을 받을 것이 예상되어 공원의 관리보존에 현저한 지장을 끼칠 뿐 아니라 장시간에 걸쳐 일반국민의 공원으로서의 본래의 이용이 전적으로 저해되게 되는 등을 이유로 내려진 본건 불허가처분은 관리권의 적정한 운용을 잘못된 것이라고는 인정되지 않으므로 하등 표현의 자유 또는 단체행동권 자체를 제한할 것을 목적으로 한 것이 아님이 명백하다.

다만, 최고재는 후생대신이 관리권의 행사로서 불허가처분을 행한 경우에도 관리권이란 이름을 빙자하여 실질상 표현의 자유 또는 단체행동권을 제한할 목적으로 나온 경우에는 물론 관리권의 적정한 행사를 잘못하여 그 때문에 실질상 이들 기본적 인권을 침해했다고 인정될 수 있음에 이르는 경우에는 위헌의 문제가 생길 수 있다고 부연하였다. 최고재의 견해에 의하면 본건 불허가처분에서는 그러한 문제가 없다는 것이었다.

위 판결에 대하여는 국민공원관리규칙 제4조가 정하는 허가제의 성질 여하와 관련하여 그것이 경찰작용인가 공물관리권의 일환인가 하는 문제와 그 허가의 거부에 명확하고 구체적 요건을 정해야 하는가 하는 문제가 논란되었다. 우선 이 허가제는 사회 공공의 안전과 질서를 유지한다고 하는 목적으로 행해지는 경찰허가로 일응 볼 수도 있지만, 반드시 그렇지는 않다. 제1심 판결이 실시한 바와 같이 후생대신은 오로지 국민공원을 설치한 본래의 목적에 비추어 그 사용의 허부를 검토함에 그칠 뿐, 공공의 안녕 유지 기타 국가

목적을 고려하여야 하는 것은 아니라는 것이므로 그것은 후생대신의 공물관리권의 작용에서 유래하는 것이라고 생각되고, 최고재판소도 같은 생각에서 그 허부는 자유재량사항이 아님을 명백히 하고 있다.

나아가 공적 시설에서 집회에 관한 허가의 기준이 명확하게 정해지지 아니한 관리규정의 합헌성 여부에 관하여는 견해가 대립한다. 공물관리권의 성질에서 보아 개괄적 조항으로 허가제를 규정하여도 그것이 공원으로서의 기능을 발휘시키기 위해 필요한 것이라고 한다면 그것 자체가 바로 헌법상 집회의 자유를 직접 침해하는 것이라고 할 수는 없다고 하는 설과 관리작용에 의한 규제라고 하더라도 그 형태는 사전억제인 이상 사전억제에 관한 법리가 타당하다고 하는 관점에서 구체적이고 명확한 기준 없이 공원 내에서의 집회를 일률적 일반적으로 허가제로 하는 규칙은 위헌의 의문이 있다는 입장이 있다.<sup>95)</sup> 최고재판소는 본건 허가제가 오로지 공물관리를 위한 것이라고 하는 입장에서 그 관리상의 문제 때문에 이를 불허가한 조치가 정당하다고 판시하였으나, 그 정당성 여하에 관하여는 제1심의 결론과 비교하여 논란되고 있다.

위 판결 이후 일본 지방자치법은 지방공공단체의 공적 시설의 이용에 관해 그 이용의 거부가 관리권자의 단순한 자유재량에 속하는 것이 아니므로 정당한 이유가 없는 한 거부하여서는 안되고, 부당한 차별적 취급을 하여서는 안된다고 규정하게 되었다 (일본 지방자치법 제244조). 또 그 거부의 정당한 이유에 관하여는 지방자치단체가 각기 조례로 정하도록 되었다 (일본 지방자치법 제244조의 2 제1항). 일본에서는 1970년대부터 이 공적 시설의 이용거부

95) 芦部信喜, '集會의 自由의 意義와 限界(一) - 集會結社의 自由(1)', 法學教室, 1998. 5 - No. 212, 101 (102 이하)면 참조

를 에워싸고 전국적으로 다수의 사건이 제기되었다. 다음 판결은 집회의 자유와 관련되어 주목되는 판례이다.

[사례] 중핵과 공항건설반대 집회사건(1995)

일본 최고재판소 1995. 3. 7. 선고 최고재 제3소법정판결  
민집 49권 3호 687면

이 사건은 일본 최고재판소가 집회의 자유와 공적 시설의 이용관계에 관하여 최초로 본격적인 헌법판단을 내린 것으로서 집회의 자유의 제한에 관한 합헌 여부 판단에서 이익형량론과 명백하고 절박한 위협의 기준이라고 하는 2단계의 판단기준을 제시한 것이다.

원고들은 1984년 泉佐野市 소재 시립 시민회관 홀에서 ‘간사이 신공항 반대 전국총결기집회’를 개최할 것을 기획하고 ‘간사이실행위원회’라는 명칭으로 동 시장에 위 홀의 사용허가를 신청하였다. 이에 대하여 동시는 연속 폭파사건을 일으킨 과격한 활동조직인 이른바 중핵파가 동 집회를 주최하는 것이고, 이러한 조직에 회관을 사용하게 한다면 불측의 사태가 발생하여 회관 주변 주민의 평온한 생활이 위협될 우려가 있어 공공의 복지에 반하고, 집회 참가 예정인원이 홀의 정원을 넘을 가능성이 있으며, 중핵파는 종래부터 타 단체와 대립항쟁 중인 상황에 비추어 본건 집회에도 대립단체가 개입하게 되어 회관 뿐 아니라 부근 일대가 대혼란에 빠질 우려가 있다는 점 등을 이유로 본건 집회를 위한 회관의 사용을 허가하여서는 안되는 사유를 정하는 시민회관조례 제7조 1호의 “공공질서를 해할 우려가 있는 경우” 및 동 제3호의 “기타 회관의 관리상 지장이 있다고 인정되는 경우”에 해당한다고 판단하여 본건 신청을 불허가하는 처분을 내렸다.

원고는 동시를 상대로 위 조례의 위헌 및 본건 불허가처분의 위헌·무효를 주장하면서 손해배상청구의 소를 제기하였다. 대판지방법원과 동 고등재판소는 모두 중핵파가 본건 집회의 주체로서 또는 본건 집회의 동향을 좌우하는 유력한 단체로서 중요한 지위를 가짐이 명백하다고 하여 본건 집회가 개최되는 경우 중핵파에 대립하는 단체가 이에 개입하게 되는 등 회관 내외에 혼란 상황이 다분히 생각되므로 본건 조례 제7조 1호에 해당하고 또 집회 참가 예정인원



이 홀의 정원을 넘을 가능성이 높으므로 동 제3호에 해당함을 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

일본 최고재판소 역시 위 조례와 불허가처분은 헌법 제21조 및 지방자치법 제244조에 위반하지 않는다고 하여 원고의 상고를 기각하면서 다음과 같이 판시하였다.

일본 지방자치법 제244조가 규정하는 공적 시설의 관리에 있어서는 헌법이 보장하는 집회의 자유와의 관계에서 적정하게 그 관리권을 행사하여야 하고, “이러한 관점에 의하면 이용이 부당하게 되는 사유가 인정되지 아니함에도 불구하고 그 이용을 거부할 수 있는 것은 이용 희망이 경합하는 경우 이외에는 집회를 위해 그 시설을 이용하도록 하면 다른 기본적 인권이 침해되고, 공공의 복지가 침해될 위험이 있는 경우에 한한다고 하여야 하고, 위 제한이 필요하고 합리적인 것으로서 공인될 것인가의 여부는 기본적으로는 기본적 인권으로서 집회의 자유의 중요성과 당해 집회가 열림으로써 침해될 수 있는 다른 기본적 인권의 내용이나 침해발생의 위험성의 정도 등을 비교교량하여 결정하여야 한다. 본건 조례 제7조에 의한 본건 회관의 사용의 규제는 이러한 교량에 의해 필요하고 합리적인 것으로서 공인되는 한에 있어서는 집회의 자유를 부당하게 침해하는 것이 아니고, 또 검열에 해당하지도 않으며, 따라서 헌법 제21조에 위반하는 것도 아니라고 하고, 이러한 교량을 함에 있어서는 집회의 자유의 제한은 기본적 인권 중 정신적 자유를 제약하는 것이므로 경제적 자유의 제약에 있어서 보다 엄격한 기준에 의하지 않으면 안된다고 하였다. 그리고 본건 조례상 “공공질서를 해할 우려가 있는 경우”란 본건 회관에서 집회의 자유를 보장하는 중요성보다도 본건 회관에서 집회가 열림에 의해 인명, 신체 또는 재산이 침해되고 공공의 안전이 해하여질 위험을 회피 방지할 필요성이 우월한 경우에 한정하여 해하여야 하고, 그 위험성의 정도로서는 단지 위험한 사태를 생기게 할 개연성이 있는 것만으로는 충분치 않고 명백하고 절박한 위험의 발생이 구체적으로 예견될 것이 필요하다고 해함이 상당하다고 하였다. 이렇게 해하는 한 이러한 규제는 다른 기본적 인권에 대한 침해를 회피 방지하기 위하여 필요하고 합리적인 것으로서 헌법이나 지방자치법에 위반하는 것이 아니다. 위 사유의 존재를 공인하는 것이 가능한 것은 이러한 사태의 발생이 허가권자

의 주관에 의해 예측될 뿐 아니라 객관적 사실에 비추어 구체적으로 명백하게 예측되는 경우가 아니면 안된다고 하였다.

그 위에 본건 불허가처분에 관하여는 제1, 2심과 같이 본건 집회가 열리게 되면 중핵과와 대립하는 그룹에 의한 저지 방해행동 및 집회의 주최측에 의한 적극적 대항행위에 의해 폭력의 행사가 수반되는 충돌이 발생하는 사태가 야기되고, 그 결과 부근 주민 등의 생명, 신체 또는 재산이 침해되는 사태의 발생이 객관적 사실에 의해 구체적으로 명백히 예견된다고 하고, 다시 본건 불허가처분이 간사이공항 건설반대라고 하는 집회목적 때문이라고 인정할 여지가 없는 것은 명백하고 상고인들의 언론 내용이나 단체의 성격 그 자체에 의한 차별도 아닌 것으로서 결국 본건 불허가처분은 헌법이나 지방자치법을 위반하지 않는다고 하였다.

#### 라. 한국

우리의 경우에도 집회의 장소 사용과 집시법상의 제한은 별도로 고찰을 요한다. 공도와 같이 도로교통법의 적용을 받는 장소에서의 집회인 경우에는 교통을 통제할 권한과 거기에서 집시법상의 제한을 부과할 권한이 모두 경찰에 있는 것이므로 집시법상의 규정만이 적용된다고 볼 수 있다. 그러나 국·공유에 속하는 장소의 관리권이 경찰 아닌 다른 기관에 있는 경우 집회의 주최자는 그 시설의 관리권을 갖는 지방자치단체 기타 기관에 그 시설 이용규정에 따른 이용권을 허용받지 않으면 안된다. 이 경우에 관리권의 행사는 순전한 자유재량으로 볼 수 없고, 미국의 공적 포럼의 법리에 준하여 집회의 자유를 행사하려는 자에게 이를 개방하여야 할 것이다. 장소의 소유권이나 관리권이 개인에게 있는 경우에도 그 소유자나 관리자와 사용계약을 맺어야 함은 물론이다.

그러한 장소가 옥내시설인 경우에는 절대적 금지사유에 해당하지 않는 한 집시법의 규제가 없지만, 그것이 옥외시설인 경우에는 집시법에 규정된 사전신고 및 사전금지등의 규정이 적용되게 될

것이다.

보도에 의하면 서울대는 1998년 7월 11일 대학 학문발전과 쾌적한 교육환경조성을 위해 서울대 아크로폴리스광장의 학생집회와 시위를 규제하고 대학구내에서는 취사와 음주 및 주류판매를 일체 금지하는 내용의 '캠퍼스 이용규범'을 확정·시행키로 했다고 한다. 서울대는 이 규범에서 중앙도서관 앞 아크로폴리스 광장이나 강의실 부근 집회 및 행사에는 스피커 사용을 금지하고 불가피한 경우 점심시간(낮12시부터 오후1시까지)에만 사용할 수 있도록 했다. 또 외부 단체가 주도하는 비학술적 행사는 학교가 정한 절차에 따라 사전에 장소허가를 받도록 해 운동권단체의 캠퍼스 무단사용도 사전 봉쇄키로 했다.

캠퍼스이용규범은 또 축제기간을 제외하고는 교내에서 술 판매와 장터개설, 취사와 음주, 주류 반입, 소란행위 등을 일체 금지하고 있다. 이같은 조치는 학생들이 각종 기금마련 등의 명목으로 교내에 천막을 쳐놓고 장터를 열어 술과 안주를 판매, 일부는 낮부터 취한 상태로 노래를 부르는 등 면학분위기를 크게 해치고 있다는 지적 때문이다. 이용규범은 이밖에도 플래카드 남발과 대자보 부착을 일정 기간 규제하고 과도한 소음이나 매연을 내는 차량과 오토바이의 순환도로 이내 지역 진입을 금지토록 했다. 서울대는 규범을 위반한 학생에 대해서는 각 단과대와 학과에 통보, 학칙에 따라 엄중 징계할 방침이다. (한국일보 1998/07/11 보도)

#### IV. 현행법상 집회에 대한 규제

##### 1. 연혁적 고찰

###### 가. 집시법의 개정 연혁

한국에서 집회 및 시위에 대한 규제법은 치안형법으로서의 기능

을 갖기 때문에 정치적 변화와 더불어 민감한 변화를 보여주었다. 우리 법제상 집회를 최초로 규제한 법률은 1960. 7. 1. 공포된 ‘집회에 관한 법률’(법률 제554호)이었다. 동법은 집회 및 시위를 주축하려는 경우 24시간 전에 신고를 의무화했을 뿐, 별다른 규제조항을 두고 있지 않았다. 그러나 5.16 후 군사혁명위원회 포고 제1호에 의해 종교단체를 제외한 모든 옥내외 집회가 금지되었고, 1961. 9. 9. 공포된 집회에 관한 ‘임시조치법’(법률 제713호)은 위 포고를 폐지하고 신고제만을 규정하였다.

그후 1962. 12. 31. 공포된 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(법률 제1245호)은 위 양 법률을 통합하여 정비하면서 체계화된 집시법의 면모를 갖추게 되었다. 동법은 재판에 영향을 미치거나 민주적 기본질서에 위배되는 집회 및 시위와 특정한 장소에서의 옥외 집회 및 시위를 금하고, 옥외 집회 및 시위에 관하여는 신고를 의무화하게 되었다. 동법은 신고주의를 채택했음에도 신고를 접수한 경찰관서가 접수증표를 교부하도록 하고 사전에 금지통고 제도를 도입하였다. 또 교통이 폭주하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 및 시위는 제한할 수 있도록 규정되었다.

동법은 이후 수차례에 걸쳐 개정되었으나, 우리 집시법의 근간을 이루어오고 있다. 1973. 3. 12. 개정에서는 옥외 집회 및 시위의 금지통고요건을 강화하였고, 1973. 12. 30. 개정에서는 옥외 집회 및 시위에 관한 신고사항 중 ‘연설의 요지’를 삭제하고, 신고 시기를 개최 72시간 전에서 48시간 전으로 완화하였다. 동 개정에서는 시위의 개념에 관하여 종전에는 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”에서의 시위만으로 국한되고 있었는데, 동 개정으로 “도로 기타 옥외 장소”라고 확대 개정되어 구법에서는 규제할 수 없었던 대학 구내나 종교시설 내에서의 시위에 대하여도 규제가 가능하게

되었다.

그러나 1979년 10. 26. 박정희대통령 사망을 계기로 공포된 계엄령하에서 계엄포고 제1호(1979. 10. 27자)는 일체의 옥내외 집회는 허가를 받아야 한다고 규정하여 예외 없이 허가제를 실시하였고, 1980년 이른바 5. 17을 계기로 발표된 포고령 제10호(1980. 5. 17자)는 모든 옥내외 집회를 금지하고, 다만 정치적 활동목적이 아닌 옥내외 집회는 신고를 하여야 하고 관혼상제와 의례적인 비정치적 순수 종교적 행사는 예외로 한다고 규정하였다.

위 포고령의 위헌 여부가 논란된 사건에서 대법원은 “헌법이 보장한 집회의 자유라고 하더라도 이는 스스로 그 한계가 있어 무제한의 자유가 아니고 공공의 질서, 공공의 안전 및 공공의 복리 등에 반하지 않는 범위내에서 허용될 따름이므로, 국가의 안정과 공공의 안녕질서를 확립하고 국민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 포고된 계엄포고 제1호(1979. 10. 27자) 및 포고령 제10호(1980. 5. 17자)나 집회 및 시위를 보호하고 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 제정된 집회 및 시위에 관한 법률은 헌법에 반하지 아니한다”고 판시한 바 있다(1983년의 부산미국문화원 방화사건<sup>96</sup>).

1980. 12. 18. 국가보위입법회의에서 개정된 법률에서는 “공공의 안녕질서에 관한 단속법규에 위반하거나 위반할 우려가 있는 집회 및 시위와 현저히 사회적 불안을 야기시킬 수 있는 집회 및 시위가 금지되었고(동법 제3조 1항 4호), “누구든지 일출 전, 일몰 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다”고 규정함으로써 야간의 옥외집회 및 시위를 일률적·전면적으로 금지하였다(동법 제6조).

구 집시법(1989. 3. 29. 개정 전) 제3조 제1항 제4호에서는 “누구

96) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결 [집31(1) 형314, 공1983 695]

든지 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려있는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 안된다”고 규정하여 집회의 자유를 제한하였으며, 위 규정에 위반한 자는 7년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하였는데(위 법 제14조 제1항), 동 조항에 관하여 헌법재판소는 “집회 또는 시위가 공공의 안녕과 질서에 직접적 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다”고 한정해석하는 경우에 한하여 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있다.

위에서 본 바와 같이 과거 우리의 집시법은 집회와 시위의 자유를 보호하기 보다 오히려 그 규제기준을 강화하여 이를 억제하는 규제법으로서의 특징을 갖는다고 생각되었다. 집시법에 대한 비난의 초점은 집회 및 시위에 대해 추상적이고 포괄적인 금지규정을 설정함으로써 국가권력으로 하여금 자의적 판단에 의해 이를 제한할 수 있게 하였다는 데 있었다. 한 보고서에 의하면 위 집시법은 첫째, 그 제정과 개정과정에 민주적 절차를 결여하였고, 둘째 지나치게 애매하고 추상적인 조문으로 구성되어 있으며 실질적인 사전허가제도를 도입하는 등 위헌적인 것이며, 셋째 경찰에 사실상의 사법적 권능을 부여한 결과 국민의 본질적 기본권을 제약하고 있고, 넷째 법의 운용에서는 권력의 자의적 판단과 처리에 의거하는 과정이 많아 초실정법적·법질서파괴적 성격을 지닌 것이었다고 한다.<sup>97)</sup> 이와 같이 집시법에 대한 비난의 초점은 법률상은 신고제로 되어 있었지만 종전에 집시법의 운영과정을 보면 실질적인 허가제로 운영되었고, 집회나 시위에 대한 보호보다는 통제에 중점이 실려 있었다는 점이었다.

1989. 3. 29. 전문 개정된 집시법은 위와 같은 비난을 고려하여 집회 및 시위의 규제에 관하여 괄목할 진전을 보여주게 되었다. 동

97) 윤종현, ‘집회결사의 자유’, 인권보고서 제3집(1987·1988) 대한법학 136 [155]면

개정법률은 구법 시행시 대표적인 남용조항으로 비판받았던 집회 및 시위의 절대적 금지사유를 현저히 축소하여 “헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위” 또는 “집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위”로 한정하였다. 그리고 일률적·전면적으로 금지되던 야간의 옥외집회 및 시위에 관하여 동 개정 집시법은 이를 원칙적으로 금지하면서도 “다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다”고 규정하여 예외적으로 이를 허용하고 있다 (동법 제10조).

그밖에 동법은 집회 및 시위의 시간적·장소적 제한과 함께 벌칙규정도 완화하였다. 특기할 것은 집회 및 시위의 금지통고에 대하여 상급관청에의 이의절차와 고등법원에 행정소송을 제기할 수 있도록 하여 위법한 금지통고에 대한 사법적 구제절차를 신설하였다는 점이었다. 그밖에 질서유지인 제도, 특정인의 참가 배제, 신고서의 보완 등의 규정을 신설하여 집회에 대한 합리적 규제를 도모하였다.

1993년 이른바 문민정부가 등장하고 정권이 정통성을 회복한 결과 정권에 대항하는 집회 및 시위는 명분을 잃게되었음에도 각종 이익단체나 과격한 단체의 격렬시위의 구태는 쉽게 사라지지 않았다. 그 중에서도 집회 및 시위의 자유의 남용으로서 큰 사회적 충격을 준 것은 1989년 부산 동의대 사건과 1996년 연세대를 점거하여 학교시설을 황폐화한 한총련의 시위사건이었다. 이러한 과격시위를 계기로 집회와 시위에 대한 적절한 규제를 마련하여야 한다는 것이 사회적 합의로 요구되었다.

1998년 ‘국민의 정부’가 들어선 후 이러한 입법의 움직임이 적극화되었고, 드디어 1999년 4월 27일 국회를 통과한 집시법 개정법률(1999. 5. 24. 법률 제5985호)은 주거지역에서 열리는 집회나 시위가 개인의 재산 또는 사생활에 피해를 줄 경우, 경찰이 집회를 금지하거나 시위 방식 및 시간 등에 제한을 가할 수 있고, 집회에 화염병, 쇠파이프, 돌 등을 휴대하거나, 주최자들이 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위에서 크게 벗어날 경우, 경찰이 집회를 바로 해산할 수 있도록 하는 규정이 신설되게 되었다. 또 개정법률은 집회 및 시위의 보호와 공공질서 유지를 위해 필요한 경우 질서유지선(Police Line)을 설정할 수 있도록 명문화하였다.

#### 나. 집회의 자유의 상황

해방 후 한국에서 집회 및 시위의 자유권 행사는 해방 당시 좌우익의 각종 격렬 테도로부터 시작하였다. 그리고 제1공화국의 장기집권체제를 무너뜨린 1960년의 4·19혁명은 학생들의 시위에 의한 것이었다. 제5공화국 말기인 1987년 이른바 6월 민주항쟁을 통하여 직선제 개헌 등 일련의 민주화조치를 약속하는 이른바 6·29 선언을 이끌어 낸 것도 대규모의 대중 집회 및 시위에 의한 것이었다. 이렇게 한국에서 집회 및 시위의 공로는 지대한 것이었음에도 그 실제에 있어서는 남용과 오용으로 인하여 크나큰 문제점을 드러내고 있다.

우리 집회사의 특징을 보자면 먼저 폭력 시위와 강제적 억압의 악순환으로 점철되어 왔다고 할 수 있다. 한국에서 집회와 시위는 우리의 정치사가 보여주는 바와 같이 정치권력의 유지와 이에 대한 저항권의 행사가 첨예하게 충돌하여 긴장을 보여주는 최전선을 의미하였다.



우리의 집회가 갖는 폭력적인 경향의 원인을 보면 우리의 집회 문화가 해방 당시 좌우익간 이념대립의 와중에서 격렬한 사상 및 정권 투쟁의 도구로 사용되기 시작되었다는 점을 들 수 있다. 정부 수립 후에는 이승만 정권과 박정희정권의 장기집권체제와 제5, 6공화국에 이르는 장기간의 권위주의 체제가 억압적 시위규제를 시도한 데서 그 원천적 원인이 제공되고 있었다. 주지하는 바와 같이 집회는 제도언론의 영향력이 억제되고 민의진달의 채널이 봉쇄된 상황에서는 가장 주효(奏效)하는 민의의 배출구로 기능한다. 그리고 권위주의적 억압적 기제를 통하여 정권을 지키려는 집권세력에게 이러한 민의의 배출은 혁명에 이르게 되는 불꽃을 의미하게 되어 집회 및 시위는 실제상의 영향력이나 그 합법성 여부를 불문하고 묵과할 수 없는 것으로 다루어졌다.

엄격한 시위 허용조건 설정과 무리한 금지의 남발로 경찰은 애초부터 집회나 시위를 불법화하여 원천봉쇄를 시도하고 무차별 최루탄공세로 시위의 조기진압에 주력하여 온 것이 현실이었다. 그에 대항하여 당시 집회의 형태는 각목, 쇠파이프로 무장하거나 투석, 화염병 투척 등 폭력시위가 일반화되었고, 어떤 경우에는 도로나 공공건물 등 공공시설 등의 점거농성, 철야농성, 단식 등의 격렬한 방법이 동원되기도 하였다. 특히 화염병 투척과 그로 인한 화재 때문에 수명의 경찰관이 사망하는 사태를 야기한 1989. 5. 3. 부산 동의대 사건은 학생들에 의한 과격 폭력시위의 극치를 보여주었다.

이러한 대립적인 집회문화 속에서 시위하는 시민들이나 학생들과 진압작전을 펴는 경찰 사이에는 시가전을 방불케 하는 공방전이 벌어지기도 한다. 그 와중에서 무자비한 폭력 및 구타와 연행이 자행되기도 하였으며, 심지어는 최루탄에 맞아 부상하거나 사망하

는 사례도 적지 않았다.

그러한 중에 원천봉쇄, 과잉진압, 대량연행 및 구속 등 집회의 자유에 대한 침해가 계속되었다. 불법집회로 규정된 집회를 사전에 봉쇄하기 위하여 사전에 주최자를 가택연금하고 집회장소에서의 출입을 금지함으로써 원천봉쇄가 시도되기도 하였다. 이것은 경찰 등 치안당국이 앞으로 개최될 집회에 대하여 사전에 이를 불법집회로 간주하고 집회의 개최 자체를 물리적으로 저지하는 것으로서 집회의 자유의 본질을 침해하는 것이었고, 당시의 법률에 의해서도 합법화될 수 없었다. 그것은 불순단체가 개최하는 집회라는 등 행정기관의 자의적 판단에 의해 결정된다는 점에서 자의적인 것이었고, 주최자를 가택연금하는 것은 하등 법적인 근거가 없는 공권력의 남용이었다.

이러한 악순환이 다소나마 개선된 것은 1987년 6월 민주항쟁 이후였다. 그러나 6공정권이 들어선 후, 각 분야의 집단적 이익을 요구하는 집단의 집회와 시위는 그 수를 더하였고, 과거의 권위주의적 진압방식에만 의존하려는 당국의 시도는 정권의 무력화로 인하여 소모적인 시도를 되풀이하게 되었다. 비공식 집계에 의하면 6공 들어서 1987년부터 1991년까지의 총 41,377건이 발생하여 1년 평균 1만건이 넘는 시위가 발생하였다.<sup>98)</sup> 1991년도 1월부터 8월까지의 총 시위건수는 6,075, 총 시위인원은 2,390,300, 동원 경찰인원은 17,256이었고, 같은 기간의 화염병 시위회수는 937건, 투석시위 회수는 1,074건이었으며, 파출소 및 공공기관 피습회수는 199건에 이르렀다.<sup>99)</sup> 이러한 집회와 시위는 정치적 의사표현 방법의 일환으로 이루어지는 경우와 집단민원제기를 위한 것 등으로 나눌 수 있다.

---

98) 한국일보, 1992. 2. 13. 보도 참조

99) 경찰청 작성의 92국정감사요구자료(Ⅰ)중 411~412면

1989년에는 정치적 목적의 집회 및 시위와 함께 노동자, 농민, 교사 등이 주축이 된 각 부문 운동단체들이 그 요구와 주장을 관철하기 위한 집회 및 시위가 대규모로 전개되었다.

그러나 1993년 문민정부가 들어서고 제도언론에 의한 합법적 평화적 의견표현의 길이 열린 이후에도 시위의 건수는 줄어들지 않았고 폭력적 경향도 없어지지 않았다.<sup>100)</sup> 1996년 한해 동안 집시법 위반 혐의로 구속된 인원은 총 816명, 불구속자 수가 4,411명이었고,<sup>101)</sup> 1997. 7. 31. 현재 집시법위반 혐의로 구속된 인원은 608명, 불구속 기소된 인원은 1,068명으로 집계되었다. 위 같은 기간 동안 폭력이 행사된 시위는 총 589회로, 화염병 시위가 165회, 투석이 186회, 각목이나 쇠파이프가 동원된 사례가 163회, 철도나 도로점거 사례가 50회, 시설피습이 25회로 나타났다.<sup>102)</sup> 1997. 1.부터 6.까지 신고 접수된 집회 건수는 1,165건으로 1996년의 같은 기간 동안 접수된 724건에 비하여 60.9%가 증가하였다. 그중 허용된 건수는 1,155건, 금지된 건수는 10건으로 나타났다.<sup>103)</sup>

1998년 국민의 정부가 들어서고 후 폭력시위는 국가적인 경제위기 시에 잠시 사라졌다가 최근 다시 폭력화의 조짐을 보이고 있다. 1998년에는 최루탄 사용 집회가 6차례, 화염병 투척 집회가 2차례에 그쳤으며, 1999년 들어 3월말까지는 대학가 집회를 포함해 최루탄과 화염병을 사용한 시위는 단 한 차례도 없었다. 그러나 이러한 소강상태가 지속적인 안정으로 정착될 것이라고 낙관할 수는 없다. 그 동안 폭력적 불법적 시위와 그에 대응하는 공권력의 자의적 반응이 악순환하는 한국의 집회 및 시위의 상황은 너무나 뿌리가 깊

100) 대한변호사협회, '인권보고서', 1997년도 제12집 87면 이하 참조

101) 1997년 국회 내무위원회 국정감사자료집, 375

102) 내무위 국감자료집, 397

103) 내무위 국감자료집, 390

은 것이기 때문이다.

## 2. 현행 집시법의 규정 개관

### 가. 개관

현행 집회및시위에관한법률은 제1조(목적)에서 “이 법은 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 위법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로 한다”고 규정하고, 그 제2조 이하에서 각종의 집회 및 시위에 관하여 그 목적, 방법, 시간, 장소 등에 따라, 집회 및 시위의 권리보장과 공공의 안녕질서가 적절히 조화될 수 있도록 집회 및 시위에 대한 보호와 규제를 정하고 있다.

현행 집시법은 우선 집회 및 시위의 절대적 금지사유로서 누구든지 ① 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위 또는 ② 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니되며(집시법 제5조 1항), 이렇게 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니된다고 규정한다 (동조 제2항).

그리고 동법의 핵심을 이루는 제6조 내지 12조는 옥외 집회 및 시위에 관하여 여러 가지 규제를 가하고 있다. 먼저 모든 옥외 집회 및 시위에 대하여 사전신고의무(동법 제6조)를 부과함과 동시에 관할 당국에 의한 금지·제한 통고제도(동법 제8조)와 그에 대한 불복절차(동법 제9조)를 규정하고 있다. 나아가 야간의 옥외 집회 및 시위(동법 제10조)와 일정한 국가기관이나 공관 부근에서의 집회 및 시위(동법 제11조)를 원칙적으로 금하고 교통소통에 방해가

되는 집회 및 시위(동법 제12조)에 대하여도 제한할 수 있도록 하고 있다. 다만, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 제6조 내지 제12조의 규정을 적용하지 아니한다(동법 제13조).

현행 집시법에 의하면 모든 옥내 집회는 동법 제5조의 절대적 금지사유에 해당하지 않는 한 사전신고나 허가 없이 자유로이 행할 수 있다. 그러나, 그렇다고 하여 그 건물이나 시설의 관리자의 허락이나 사용권의 설정 없이 옥내집회가 가능한 것은 아니다. 사소유권에 속하는 건물의 옥내에서 임의의 집회가 허용되지 않음은 물론이고, 공공의 사용에 개방된 시설에서도 그를 사용하여 집회를 함에는 그 관리자의 허가를 받지 않으면 안된다.

#### 나. 집회의 절대적 금지

현행 집회및시위에관한법률은 우선 집회 및 시위의 절대적 금지사유로서 누구든지 ① 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위 또는 ② 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니되며(집시법 제5조 1항), 이렇게 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니된다고 규정한다(동조 제2항). 위 제5조 1항에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

[사례] 부산 동의대 농성시위 사건 (1990)

대법원 1990. 6. 22. 선고 90도767 판결 [공1990,1627]

시위에 동원된 인원이 수백명 이상의 다수이고 그 수단이나 방법에 있어서 미리 준비하여 소지하고 있던 돌과 화염병을 던지고 쇠파이프와 각목을 휘두르며 구호를 외치면서 행진하는 등 비평화적인

방법을 사용하는 외에, 파출소를 습격하여 화염병을 던지고 부근에 있던 전경들을 체포한 경우, 위와 같은 시위는 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호에서 규정한 집단적인 폭행, 협박, 손괴, 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 시위에 해당한다 할 것이고, 위 시위의 목적, 사전준비상황, 그 진행과정, 그 시위의 방법 등에 비추어 볼 때 시위를 주최하거나 이에 참가한 피고인들로서는 집단적인 폭행이나 손괴 등의 행위를 의도하였거나 쉽사리 예상할 수 있었다고 보아야 할 것이다.

이 사건에서는 피고인들이 도서관에 농성중인 학생들과 함께 경찰의 도서관 건물에로의 진입에 대항하여 바리케이트 등을 치고 화염병을 투척하는 등 방법으로 강력히 저지하기로 하여, 도서관 건물의 현관입구에는 빈드럼통 등으로, 도서관 1층 홀과 1층에서 4층 사이의 계단 등에는 책상과 걸상 등으로 각 장애물을 설치하고, 화염병이 든 상자, 천 조각, 두루말이 휴지 등 가연물질이 많이 모여있는 7층 세미나실 복도와 8, 9층으로 통하는 계단에는 석유를 뿌려놓고 경찰이 도서관 건물에 진입하자 현관 입구, 1, 2층 사이의 계단, 7층 세미나실 복도, 8, 9층으로 통하는 계단에 화염병을 투척하여 경찰관의 직무집행을 방해하고, 이로 인하여 7층 세미나실 복도에서 대형 화재가 발생한 결과 7명의 전경이 사망하고 6명이 부상을 당하였으며, 학생들이 던진 화염병과 돌, 의자 등에 경찰이 맞거나 미끄러져 상해를 입었다.

판례 중에는 “시위의 참가인원이 40여 명에 불과하고, 시위의 장소가 하천부지로서 교통소통이나 일반인의 생활에 아무런 지장을 주지 않는 곳이며, 또한 시위 당시의 구호나 노래의 내용 등에 과격한 면이 보이지 않고 달리 다중의 위력을 통한 폭행이나 협박이 없었던 점에 비추어, 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호 소정의 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 시위에 해당하지 아니한다.”고 한 것이 있다.<sup>104)</sup>

104) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91도2440 집회및시위에관한법률위반 [공1992, 372]

다. 주최자 등의 준수사항

집시법 제14조는 주최자의 준수사항으로서 집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위에 있어서의 질서를 유지하여야 하고, ① 총포·폭발물·도검·철봉·곤봉·석괴 기타 타인의 생명·신체에 위해를 가할 수 있는 기구를 휴대 또는 사용하거나 휴대 또는 사용하게 하는 행위 ② 폭행·협박·손괴·방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위 ③ 신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저히 이탈하는 행위를 하여서는 안된다 (동조 제1항 및 4항). 집회 또는 시위의 주최자는 제1항의 규정에 의한 질서를 유지할 수 없을 때에는 그 집회 또는 시위의 종결을 선언하여야 한다 (동조 제3항). 옥내집회의 주최자는 확성기 설치 등 주변에서의 옥외참가를 유발하는 행위를 하여서는 아니된다 (동조 제5항).

집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위의 질서유지에 관하여 자신을 보좌하게하기 위하여 18세 이상의 자를 질서유지인으로 임명할 수 있다 (동조 제2항). 질서유지인은 참가자 등이 질서유지인임을 쉽게 알아 볼 수 있는 완장·모자·어깨띠 또는 상의 등을 착용하고 주최자의 지시에 따라 집회 또는 시위의 질서가 유지되도록 하여야 한다 (제15조).

집회 또는 시위에 참가하는 자는 주최자 및 질서유지인의 질서유지를 위한 지시에 따라야 하며, 위험한 물건을 휴대 사용하거나 질서를 문란하게 하는 행위(제14조 제4항 제1호 및 제2호에 해당하는 행위)를 하여서는 아니된다 (제16조, 참가자의 준수사항).

경찰관은 집회 또는 시위의 주최자에게 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복을 착용하고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회장소의 출입은 직무집행에 있어서 긴급성이 있는 경우에 한한다.

집회나 시위의 주최자·질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다 (제17조).

### 3. 옥외 집회 및 시위에 대한 법적 규제

#### 가. 옥외집회 및 시위의 개념

현행 집회및시위에관한법률은 옥외집회와 시위에 관하여 특별한 규제를 가한다. ‘옥외집회’라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서의 집회를 말한다(집시법 제2조 제1호). 집시법이 옥외집회를 시위와 같은 정도로 특별 취급하는 취지는 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서의 집회는 설사 그 곳이 공공이 자유로이 통행할 수 있는 장소가 아닐지라도 그 장소의 위치, 넓이, 또는 형태, 참가인원의 수, 그 집회의 목적, 성격 및 방법 등에 따라서는 시위와 마찬가지로 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 우려가 있어 규제의 필요가 있다고 보고 이를 옥외집회로 하여 시위와 동일하게 규제의 대상으로 삼겠다는 데에 있는 것으로 이해된다. 일반적으로는 시위가 집회(옥외집회)보다 공공의 안녕질서에 미치는 영향이 크다고 할 수 있을 것이나, 반드시 그런 것만은 아니고 개별적, 구체적 사안에 따라서는 그 반대의 경우도 얼마든지 있을 수 있다.<sup>105)</sup>

대법원 판례는 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 건물 현관 앞 계단과 도로에서의 집회나 시위도 집시법상 옥외집회이며, 소요시간이 단시간이라거나 평화롭게 이루어졌다 하여 옥외시위에 대한 사전신고의무가 없는 것은 아니라고 한다.<sup>106)</sup>

105) 전교조 경북지부결성 전야제 사건, 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281

106) 대법원 1991. 6. 28. 선고 91도944 판결 [공1991, 2080]



특히 주요도시 내 주요도로에서의 교통소통을 저해하는 농성 집회는 제한할 수 있도록 하고 있다.

‘시위’라 함은 다수인이 공동목적을 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다(집시법 제2조 제2호).

위력 또는 기세를 보인 장소가 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소이든 아니든 상관없이 그러한 행위가 있고 그로 인하여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 개연성이 있으면 집시법상의 ‘시위’에 해당하는 것이고, 이 경우에는 “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념은 ‘시위’라는 개념의 요소라고 볼 수 없다는 것이 헌법재판소의 판례이다.<sup>107)</sup> 왜냐하면 공중이 자유로이 통행할 수 없는 장소에서도 위력 또는 기세의 과시가 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 개연성이 있고 또 그것이 명백히 위법한 시위인데도 단지 그 곳이 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소가 아니라는 이유만으로 이를 규제할 수 없는 불합리한 결과(집시법 제1조 참조)가 생길 수도 있기 때문이라는 것이다. 그러므로 공중이 자유로이 통행할 수 없는 장소인 대학구내에서의 시위도 집시법상의 시위로서 집시법의 규제 대상이 된다.

## 나. 시간 및 장소의 제한

### (1) 야간의 옥외 집회 및 시위

집시법 제10조는 “누구든지 일출시간 전, 일몰시간 후에는 옥외 집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 집회의 성격상 부득이

107) 전교조경북지부결성 전야제 사건, 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281

하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다”고 규정하여 야간의 옥외집회·시위를 원칙적으로 금지하면서도 그 단서조항의 요건을 구비한 옥외집회에 한하여 예외적으로 이를 허용하고 있다.

일출시간전, 일몰시간후의 옥외집회를 신고하는 자는 일출시간전, 일몰시간후 옥외집회를 하여야 하는 사유를 기재하고 필요한 자료를 제출하여야 한다. 그 경우 관할경찰관서장은 서면으로 질서유지를 위한 조건을 명시하여 주최자에게 통보하여야 한다(영 제7조).

헌법재판소는 야간의 옥외 집회 및 시위에 대한 위와 같은 특별한 제한을 다음과 같은 이유로 합헌이라고 판시한 바 있다.<sup>108)</sup> 즉, 집회의 자유는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 기본권 제한입법의 목적원리에 의한 제한의 필요성이 더 큰 기본권인데, 특히 야간의 옥외집회 및 시위는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회·시위’의 속성상 주간의 옥외집회·시위의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 것이다. 일반적으로 야간의 옥외집회·시위는 주간의 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고, 따라서 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있다는 것이다.

[사례] 전교조 경북지부결성 전야제 사건 (1994)

헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 [판례집 6-1, 281]

108) 전교조경북지부결성 전야제 사건, 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281

청구인은 전국교직원노동조합 경북지부장으로 있으면서 1989. 6. 10. 23:40경부터 다음 날 02:45경까지 사이에 대구 소재 경북대학교 야외공연장에서 대구 경북지역 교사 약 300명과 대학생 및 노동자 약 700명이 참석한 가운데 “전국교직원노동조합 대구·경북지부 결성식 전야제”를 준비·주최함으로써 법률상 금지된 야간옥외집회를 주최하였으며, 이어 같은 달 11. 13:50경부터 같은 날 16:23경까지 사이에 같은 장소에서 개최된 집회가 신고서 기재사항의 보완불이행으로 관할 경찰서장으로부터 금지통고를 받은 집회임에도 불구하고 위 집회를 주관하여 동 집회에서 청구인이 전국교직원노동조합 경북지부장으로 선출되고 참교육을 실천하자는 내용의 결성선언문을 낭독하는 등 금지통고된 옥외집회를 주최한 혐의로, 대구지방법원에 구속기소되어 1989. 9. 12. 벌금 1,000,000원을 선고받고 항소하여 1991. 6. 27. 같은 법원 항소부로부터 벌금 500,000원의 선고유예 판결을 선고받고 상고하였으나 1991. 11. 12. 상고가 기각됨으로써 위 항소심판결이 확정되었다.

한편 청구인은 위 사건의 항소심 재판에서 청구인에게 적용된 법률조항 중 집회및시위에관한법률(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전문개정) 제8조 제1항, 제10조 및 제19조 제2항 및 동법 제2조 제1호가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌제청신청을 하였으나, 기각되자 같은 달 25. 헌법재판소에 위 집시법 규정들에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 다음과 같은 이유로 헌법에 위반하지 않는다고 판시하였다.

집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 집단적인 형태로서 집단적인 의사표현을 통하여 공동의 이익을 추구하고 자유민주국가에 있어서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 효과적인 역할을 하는 것이므로 민주정치의 실현에 매우 중요한 기본권인 것은 사실이지만, 다른 한편 언론의 자유와는 달리 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것 또한 사실이다.

따라서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 기본권 제한입법의

목적원리에 의한 제한의 필요성이 그만큼 더 요구되는 기본권으로서 특히 야간의 옥외집회 및 시위는 “야간”이라는 상황적 특수성과 “옥외집회·시위”의 속성상 주간의 옥외집회·시위의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 점에서 야간의 옥외집회·시위의 원칙적 금지에 대한 현실적 타당성을 수긍할 수 있다. 일반적으로 야간의 옥외집회·시위는 주간의 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고 따라서 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있다. 형법 및 폭력행위등처벌에관한법률등에 있어서 “야간”의 행위를 더욱 엄격히 규제하고 있는 것도 이와 맥락을 같이 하는 것이다.

이와 같이 야간의 옥외집회·시위라는 특수한 상황조건으로 인하여 기본권 제한입법의 목적원리가 강화될 수밖에 없는 논리적 측면에서, 현행 집시법 제10조가 과거처럼 어떠한 경우에도 야간의 옥외집회·시위를 일률적으로 금지하지 아니하고(구 집시법 제6조 참조) 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 경찰관서장의 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 제10조의 규정이 집회의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이라고는 볼 수 없다.

다만 규정의 체재로는 야간의 옥외집회·시위도 원천적으로 이를 허용하고 예외적으로 금지할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하는 것이 집회의 자유를 보장한 헌법규정에 비추어 바람직스러운 것이나, 야간의 옥외집회·시위를 원칙적으로 금지하고 야간옥외집회에 한하여 예외적으로 조건을 붙여 허용하였다고 하여 즉 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 규정체재로 되어 있다 하여 그 사실만으로

곧 기본권 제한입법의 한계로서 요구하는 과잉금지의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없고, 더구나 집시법 전체의 규정체재에서 보면 이 법은 일정한 신고절차만 밟으면 일반적, 원칙적으로 옥외집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하면서(즉 옥외집회 및 시위의 원칙적 허용) 그 집회 및 시위의 목적, 방법, 시간, 장소 등에 따라 그것이 공공의 안녕질서에 미칠 영향의 강약 등을 고려하여 개별적으로 이에 상응한 여러 가지의 규제를 하고 있는바, 집시법 제10조는 바로 일몰상태하의 옥외집회 및 시위라는 특수한 상황조건하의 옥외집회·시위에 관한 특별한 예외적 규제규정(즉 옥외집회 및 시위의 예외적 금지규정 또는 “옥외집회 및 시위의 금지시간”에 관한 규정)이라고 볼 수도 있다. 따라서 집시법 제10조는 헌법 제21조 제2항이나 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

## (2) 장소의 제한

집시법은 옥외집회 및 시위가 금지되는 장소에 관하여 “누구든지 다음 각호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 행진의 경우에는 예외로 한다”고 규정한다(법 제11조).

- ① 국회의사당, 각급 법원, 헌법재판소, 국내주재 외국의 외교기관
- ② 대통령관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관
- ③ 국무총리공관, 국내 주재 외국의 외교사절의 숙소

나아가 집시법은 교통소통을 위한 제한으로서 “관할 경찰관서장은 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다”고 규정한다(제12조 1항). 동조에 의해 규제되는 주요도시의 주요도로의 범위는 시행령 제8조 별표가 정하고 있다. 그러나 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 위와

같은 금지를 할 수 없다 (제12조 제2항).

[사례] '98 실업자 대행진' 금지사건 (1998)

서울고등법원 특별 10부 1998. 12. 30. 판결

참여연대·민교협·민변 등 57개 단체로 구성된 '고용·실업대책과 재벌개혁 및 IMF대응을 위한 범국민본부'(공동대표 권영길)는 1998년 9월 광화문빌딩 앞 광장에서 '98 실업자 대행진'을 벌이기 위해 종로경찰서에 시위신고서를 냈으나 금지처분이 내려지자, 서울 종로경찰서를 상대로 시위금지통고처분 취소청구소송을 냈다.

서울고법 특별10부는 교통에 지장을 준다는 이유만으로 집회를 금지한 것은 국민의 기본권인 집회·시위의 자유를 지나치게 제한한 처분이어서 위법하다는 이유로 원고승소 판결을 내렸다.

재판부는 판결문에서 경찰은 시위장소가 교통요충지라는 이유로 시위를 금지했으나, 집회·시위의 자유는 집단의사 표현을 통한 민주정치 실현에 중요한 기본권임에 비추어 시위참가인원과 행진노선 및 방법을 제한하는 것만으로도 교통소통에 초래될 지장을 덜 수 있는데도 굳이 시위 자체를 금지한 것은 재량권 남용이라고 밝혔다. 아울러 재판부는 시위를 사전신고하도록 하는 이유는 경찰이 시위의 성격과 규모를 파악해 질서유지를 위한 사전조치를 마련하기 위한 것이지 사전허가를 내리기 위한 것은 아니라는 점을 강조하고, 신고사항에 포함되지 않는 시위의 실질적 내용에 대해서까지 위법 여부를 판단해서는 안된다고 덧붙였다.

그밖에도 1999년 개정 집시법은 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소(주택 또는 사실상 주거의 용도로 사용되고 있는 건축물이 있는 지역 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소)에서 집회 또는 시위가 신고된 경우에는 그 거주자 또는 관리자가 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지제한을 통고할 수 있다고 한다(법 제8조 3항).

관할경찰관서장은 집회·시위의 보호와 공공의 질서유지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있고, 이 경우에는 주최자 또는 연락책임자에게 이를 고지하여야 한다(제12조의2 질서유지선의 설정).

#### 4. 옥외 집회 및 시위에 대한 사전규제

##### 가. 개관

집회및시위에관한법률은 그 제13조의 집회를 제외한 옥외집회에 대하여 관할경찰서장에게 신고할 것을 요구하고 있고, 관할경찰서장의 부당한 금지통고에 대하여는 이의신청과 행정소송 등을 통하여 집회의 권리를 행사할 수 있도록 규정하고 있다.

##### 나. 사전신고의무 및 절차

옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업과 연사의 주소·성명·직업·연제(演題), 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰국장에게 제출하여야 하고, 2이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다 (법 제6조 1항).

여기서 ‘주최자’라 함은 자기 명의로 자기 책임 아래 집회 또는

시위를 개최하는 사람 또는 단체를 말한다. 주최자는 주관자를 따로 두어 집회 또는 시위의 실행을 맡아 관리하도록 위임할 수 있다. 이 경우 주관자는 그 위임의 범위안에서 주최자로 본다(법 제2조 3호).

‘시위방법’이라 함은 다음 각호의 사항을 말한다(영 제2조). ① 시위의 대형 ② 차량·확성기·입간판 기타 주장을 표시한 시설물의 이용여부와 그 수 ③ 구호 제창의 여부 ④ 진로(출발지·경유지·중간행사지·도착지 등) ⑤ 약도(시위행진의 진행방향을 도면으로 표시한 것) ⑥ 차도·보도·교차로의 통행방법 ⑦ 연좌시위 등 중간행사의 방법 ⑧ 기타 시위의 방법과 관련되는 사항

그러나 동법 시행규칙(1989. 04. 29. 내무부령제490호) 제2조가 정하는 옥외집회(시위·행진)신고서 서식(동 별지 제1호 서식)에 의하면 신고서에는 ① 집회(시위·행진) 명칭 ② 개최 목적 ③ 개최 일시 ④ 개최 장소 ⑤ 주최자 ⑥ 주관자 ⑦ 주최단체의 대표자 ⑧ 연락책임자 ⑨ 질서유지인 ⑩ 연사 및 연제 ⑨ 질서유지인 ⑪ 참가예정단체 ⑫ 참가예정인원 ⑬ 시위(행진) 방법 (여기에는 1) 시위·행진의 대형, 2) 차량·확성기·입간판 기타 주장을 표시한 시설물의 이용여부와 수, 3) 구호제창의 여부, 4) 차도·보도·교차로의 통행방법, 5) 연좌시위 등 중간행사의 방법, 6) 기타 시위방법과 관련되는 사항을 기재한다) ⑭ 시위(행진)진로 (여기에는 시위·행진의 출발지·경유지·중간행사지·도착지 등을 기재하되, 시위·행진의 진행방향 등을 표시한 약도를 첨부한다) ⑮ 참고 사항 (여기에는 재신고시의 재신고 사유, 집회의 성격상 야간옥외 집회가 부득이 하다는 사유 등을 기재한다) 등을 기재하게 되어 있다.

위 신고서를 접수한 때에는 관할 경찰관서장(관할 경찰서장 또는 지방경찰청장)은 접수일시를 기재한 접수증(시행규칙 서식 3)을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다 (법 제6조 2항). 신고서의 기재사항에 미비한 점이 있는 경우에는 관할 경찰관서장은 접수증을 교부한 때로부터 8시간 이내에 주최자에게 12시간을 기한으로 그 기재사항을 보완할 것을 통고할 수 있다. 보완통고는 보완할 사항



을 명시하여 서면으로 하되 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다(법 제7조). 주최자 또는 연락책임자의 귀책사유로 보완통고서를 송달할 수 없는 때에는 다음과 같이 처리해야 한다(영 제3조). ① 주최자가 단체인 경우에는 주최자 또는 연락책임자의 대리인이나 단체의 사무소에서 근무하는 직원에게 전달하되, 대리인 또는 사무소에서 근무하는 직원에게 전달할 수 없는 때에는 단체의 사무소가 소재하는 건물의 관리인이나 건물소재지의 통장 또는 반장에게 전달할 수 있다. ② 주최자가 개인인 경우에는 주최자 또는 연락책임자의 세대주 또는 가족중 성년자에게 전달하되, 주최자 또는 연락책임자의 세대주 또는 가족중 성년자에게 전달할 수 없는 때에는 주최자 또는 연락책임자가 거주하는 건물의 관리인이나 건물소재지의 통장 또는 반장에게 전달할 수 있다. 통고를 받은 자는 12시간 이내에 보완된 신고서를 제출하여야 한다.

위와 같이 요구되는 사전신고 없이 집회 및 시위를 주최한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다(법 제19조 2항).

[사례] ‘법국민대토론회’ 사건 (1991)

대법원 1991. 4. 9. 선고 90도2435 [공1991, 1402]

이 사건 피고인 박찬중 등은 1985. 9. 6. 15:00경 700여명의 학생들이 고려대학교 대강당에 모여 학교당국의 승인없이 법국민대토론회라는 이름으로 개최 중이던 집회에 참석하려고 2시간 가까이 노력하였으나, 학교당국과 경찰의 정문출입 봉쇄로 뜻을 이루지 못하게 되었다. 피고인들은 그에 격분하여 위 집회에 참석하려던 다른 사람들과 함께 즉석에서 즉흥적으로 학교당국과 경찰에 항의하는 의미로, 약 20분간 그 당시 일반적으로 성행하던 구호와 노래를 제창하고, 위 집회를 주도하던 학생대표 몇 명을 불러내어, 당시 이른바 시국사건으로 구속되어 자신이 변호를 맡고 있던 공소외 김민석

의 옥중 근황, 자신이 평소에 김민석을 접견하면서 나눈 대화에서 느낀 자신의 생각, 자신이 위 집회에 참석하려고 노력하였으나 제지되고 있다는 점 등을 이야기하였다. 그러자 그 학생대표들은 이를 집회 중인 학생들에게 전달하였고, 그 말을 전해 들은 집회 중인 700여명의 학생들은 박수를 치며 호응하였는데, 17:45경 위 집회를 마친 학생들 1,000여명이 가두진출을 기도하며 교문으로 나아가 대치하고 있던 경찰관들에게 돌맹이를 던지는 등의 행위를 하였다.

검찰은 피고인의 행위를 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위를 할 것을 선동하였다는 점과 신고 없이 집회를 주최하였다는 점을 범죄사실로 하여 공소를 제기하였다.

대법원은 피고인의 위 행위 당시에는 위 집회가 후에 시위로 나아가기로 예정된 바 없이 평온한 분위기 속에서 진행되었던 것이므로, 위 피고인으로서도 그 토론회가 장차 위와 같은 집회·시위로 발전하리라고 예측할 수 없었고, 자신의 언동으로 인하여 그 토론회가 그와 같은 집회·시위로 발전·전환되도록 의욕하였다거나 미필적으로라도 이를 인식하면서 위 행위를 하였음을 인정할 만한 자료가 없다고 하여, 피고인의 위와 같은 행위를 가리켜 위와 같은 집회·시위를 할 것을 선동한 행위라고는 인정할 수 없다고 판시한 원심의 판단을 지지하였다.

또 무신고 집회의 점에 관하여는 “집회및시위에관한법률에 의하면 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시, 장소, 주최자 등을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하도록 규정되어 있고(제6조 제1항), 여기에서 집회 또는 시위의 ‘주최자’라 함은 자기 명의로 자기 책임 아래 집회 또는 시위를 개최하는 사람 또는 단체를 말하는 것인바(제2조 제3호), 사실관계가 위에서 본 바와 같이 위 시위가 사전에 피고인들에 의하여 계획되고 조직된 것이 아니고, 다만 피고인들이 위 범국민대토론회에 참석하려다가 학교당국과 경찰의 제지로 참석하지 못한 채, 우연히 고려대학교 정문 앞에 모이게 된 다른 사람들과 함께 즉석에서 즉흥적으로 학교당국과 경찰의 제지에 대한 항의의 의미로 위와 같이 시위를 하게 된 것인 만큼, 비록 그 시위에서의 구

호나 노래가 피고인들의 선창에 의하여 제창되었다고 하더라도, 그와 같은 사실만으로는 피고인들이 위 시위의 주최자라고는 볼 수 없다고 할 것이고”, 따라서 피고인들이 신고 없이 옥외집회 또는 시위를 주최하였다는 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심을 지지하였다. 결국 대법원은 검찰의 상고를 기각하였다.

이러한 신고의무 조항의 적용에 있어서는 앞서 독일의 판례이론에서 살펴본 바와 같이 법률상 예상되지 아니한 집회에 관하여는 신축적인 적용이 필요하다. 첫째 자연발생적 집회에 있어서는 사전에 신고하는 것이 불가능하므로 집시법 상의 신고의무조항을 준수한다면 이러한 종류의 집회는 불가능하게 되고, 그렇다면 그것은 위헌적인 사태로 생각되므로 이러한 경우에는 신고의무가 면제된다고 보아야 한다. 또 자연발생적 집회에서는 그 집회의 성질상 예방적 금지는 있을 수 없다.

둘째, 긴급집회의 경우 신고의무는 면제되지 않지만, 집회의 개최를 공표하기 48시간 이전이라고 하는 집시법 상의 시간적 제한을 받지 않는다. 개최 직전까지 신고함으로써 이를 주최할 수 있다고 보아야 한다. 독일 연방헌법재판소의 판례도 집회개최의 공표와 동시에 하는 신고도 적법하다고 본다.

셋째, 대규모집회의 경우에도 신고의무 자체는 면제되지 않지만, 집회 전체에 책임을 지는 주최자는 존재하지 않으므로 무신고 주최를 이유로 한 처벌에 있어서는 이러한 사정이 피고인에게 유리하게 고려되지 않으면 안된다.

금지된 집회를 개최한 죄와 무신고 집회 주최죄는 상상적 경합관계에 있다는 것이 대법원 판례의 입장이다.

“피고인들이 공동하여 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할

것이 명백한 집회 및 시위를 주최한 것이라는 집회및시위에관한법률 제19조 제2항, 제5조 제1항 제2호 위반사실과 당국에 신고함이 없이 동일한 집회 및 시위를 주최한 것이라는 같은 법 제19조 제2항, 제6조 제1항 위반의 사실은 상상적 경합관계에 있는 것이라 할 것이므로 위 2가지 공소사실로 기소된 경우 원심법원으로서 피고인들이 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 및 시위를 주최한 것이라고 인정되지 아니한다고 하더라도 당국에 신고함이 없이 집회 및 시위를 개최한 것이지 여부를 심리, 판단하여야 할 것이며, 원심법원이 여기에 이르지 아니하면 공소가 제기된 사실에 관하여 판단을 유탈한 것이 된다.”<sup>109)</sup>

## 다. 집회의 사전금지 또는 제한

### (1) 금지사유

신고서를 접수한 관할 경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 다음에 해당하는 경우에는 그 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있다(법 제8조 1항).

- ① 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위 또는 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위인 경우(제5조 제1항)
- ② 야간의 옥외 집회 또는 시위로서 허용되지 아니한 경우(제10조 본문)
- ③ 주요 청사 또는 저택 부근에서의 옥외집회 또는 시위인 경우(제11조)
- ④ 제7조제1항의 규정에 의한 기재사항을 보완하지 아니한 때

109) 대법원 1990. 6. 12. 선고 90도190 판결 집회및시위에관한법률위반 [공1990, 1513]

또는

- ⑤ 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위로서 교통소통을 위하여 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때(제12조 제1항)

위 사유 중 특히 중요한 것은 “집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한” 경우이다. 종전에 신고를 하지 않는 미신고·불법시위가 많았던 것은 과거의 법조문이 광범위한 재량을 허용하였고, 당국의 법운용이 경직된 데다가 실정법에 대한 시위주최자들의 무감각 때문이었다. 특히 경찰의 자의적인 시위금지통고는 불법집회와 시위를 양산하게 되었다. 그러나 법이 개정되어 엄격한 요건을 요하게 된 현행법하에서 위와 같은 위법적 관행은 용납될 수 없을 것이다. 다만 법집행에 있어서는 비례의 원칙을 지키는 등 신중한 처리를 요한다.

비례의 원칙에 의하면 집회 및 시위의 금지 및 해산은 다른 완화된 부담을 과하는 수단이 없는 경우에 한하여 최후의 수단으로서 허용된다. 독일의 경우 이러한 조치는 직접 위협에 노출되는 요건을 충족하여야 하며, 이 요건은 알 수 있는 상황으로 판단하여야 하기 때문에 단지 간접증거 내지 억측에 의해서는 안되고 개별적 구체적으로 이루어지는 위협예측에 기해야 한다. 이 경우 당해 집회 또는 시위의 목적, 개최장소, 참가인원, 주최자 또는 참가자의 신분, 화염병·돌 등 위험한 물건의 소지 또는 사용 여부, 주위도로 및 건물의 상황, 행사일정 및 내용 등 제반사정을 고려하여 그 조치 여부를 결정하여야 한다. 일부 참가자에 의한 폭력행위의 우려를 이유로 하는 집회 자체의 금지는 엄격한 요건을 지키는 경우에만 헌법상 허용된다. 그 요건으로서의 공공의 안전·질서에 대한 위협이 고도의 개연성으로 예측되어야 하며, 평화적 참가자의 권리를 실현하는 수단을 우선적으로 고려하였음에도 불가피한 경우에

한한다.

자연발생적 집회에서는 그 집회의 성질상 예방적 금지는 있을 수 없다. 자연발생적 집회나 긴급집회의 금지, 해산에 있어서는 통상의 집회와 같은 요건의 충족을 요한다.

집회 또는 시위의 시간과 장소가 경합되는 2이상의 신고가 있고 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우에는 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항의 규정에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다(제8조 2항).

그밖에도 1999년 개정 집시법은 전술한 바와 같이 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소에서 집회 또는 시위가 신고된 경우에는 그 거주자 또는 관리자가 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지·제한을 통고할 수 있다고 규정한다(법 제8조 3항).

여기서 금지제한이 가능한 지역은 타인의 주거지역 이외에 그와 유사한 장소로서 주택 또는 사실상 주거의 용도로 사용되고 있는 건축물이 있는 지역 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소를 말한다(영 제3조의 2 제1항). 또 피해가 발생한다 함은 합성·구호·낙서·유인물 배포, 돌·화염병의 투척 등 폭력행위 기타 방법으로 재산·시설에 손해를 입히거나 사생활의 평온을 해하는 것을 말한다(영 제3조의 2 제2항).

이 경우 시설이나 장소의 보호요청은 주거지역이나 이와 유사한 장소의 거주자 또는 관리자가 그 이유 등을 명시하여 관할 경찰관서장이나 집회 또는 시위의 장소에 있는 경찰관에게 서면 또는 구두로 하여야 한다. 이 경우 구두로 요청하는 때에는 지체없이 그 이유 등을 명시한 서면을 제출하여야 한다(영 제3조의 3).

위 규정에 의하여 집회 또는 시위를 제한하는 경우 그 제한할 수 있는 내용은 ① 집회 또는 시위의 일시·장소 및 참가인원 ② 북·징·팽과리·확성기의 사용, 구호의 제창, 낙서, 유인물을 배포하는 등의 집회 또는 시위의 방법 등이다(영 제3조의 4).

‘질서유지선’이라 함은 적법한 집회 및 시위를 보호하고 질서유지 또는 교통소통을 위하여 집회 또는 시위 장소나 행진구간에 일정한 구획을 정하여 관할경찰서장 또는 지방경찰청장이 설정한 띠·방책·차선 등의 경계표지를 말한다(제2조 5호).

여기서 “집회·시위의 보호와 공공의 질서유지를 위하여 필요하다고 인정할 때”라 함은 ① 집회·시위장소를 한정하거나 집회·시위참가자와 일반인을 구분할 필요가 있을 때 ② 집회·시위참가자를 일반인 또는 차량으로부터 보호할 필요가 있을 때 ③ 일반인의 통행 또는 교통소통 등을 위하여 필요가 있을 때 ④ 법 제11조의 규정에 의한 집회 또는 시위가 금지되는 장소, 통신시설 등 중요시설, 위험물시설 기타 안전의 유지 또는 보호가 필요한 재산·시설 등에서의 접근 또는 행진을 금지하거나 제한할 필요가 있을 때 ⑤ 집회·시위의 행진로를 확보하거나 이를 위한 임시횡단보도를 설치할 필요가 있을 때 ⑥ 기타 집회·시위의 보호와 공공의 질서유지를 위하여 필요가 있을 때를 말한다(영 제8조의 2 제1항).

이 경우에는 주최자 또는 연락책임자에게 그 취지를 고지하여야 한다(법 제12조의 2). 질서유지선의 설정고지는 서면으로 하여야 한다. 다만 집회 또는 시위의 장소의 상황에 따라 질서유지선을 새로이 설정하거나 변경하는 경우에는 집회 또는 시위의 장소에 있는 경찰관이 이를 구두로 고지할 수 있다(영 제8조의 2 제2항).

집회 또는 시위의 금지·제한통고는 그 이유를 명시하여 서면으로 하되 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다(제8조 4항).

집회 또는 시위의 금지·제한통고는 시행규칙 제4조 소정 서식(별지 제6호서식)에 의한다.

관례에 의하면 집회 또는 시위의 금지통고는 그 이유를 명시하여 일정 서식의 서면으로 하여야 한다는 집회및시위에관한법률 제8조 제4항(1999년 개정전 제3항), 같은 법 시행규칙 제4조 제1항의 규정은 금지통고권자인 관할 경찰서장이 한 금지통고의 존재와 내용 및 근거를 객관적으로 뚜렷이 함과 아울러 이에 대한 이의신청 등 사후의 권리구제절차에 만전을 기하고자 함에 그 근본취지가 있고, 이에 비추어 보면 경찰서장이 경고장과 집회금지통보서에 의하여 한 각 집회금지의 통고가 위 시행규칙 소정의 서식에 의하여 이루어지지 않았다는 등의 하자가 있다 하더라도 그것이 구두방식에 의한 것이 아니라 일응의 이유를 명시한 서면에 의하여 이루어진 것이고 그 이유가 합당한 것인 이상 위 집회금지통고는 위 각 서면의 송달로써 유효하게 성립하고 동시에 그 효력을 발생한다.<sup>110)</sup>

## (2) 금지통고에 대한 이의신청 및 재결

집회 또는 시위의 주최자는 금지통고를 받은 때부터 10일 이내에 당해 경찰관서의 직근 상급경찰관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다(법 제9조 1항). 이의신청을 받은 경찰관서의 장은 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 이의신청인에게 교부하고 접수시부터 24시간 이내에 재결을 하여야 한다(법 제9조 2항). 이의신청을 받은 관서장은 즉시 집회 또는 시위의 금지통고를 한 경찰관서장에게 이의신청의 취지와 이유(이의신청서에 증거서류 또는 증거물을 제출한 경우에는 그 요지를 포함한다)를 통지하고, 답변서의 제출을 명하여야 한다(영 제4조 1항). 위 답변서에는 금지통고의 근거

110) 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도919 판결 집회및시위에관한법률위반 [공1991, 2867]



와 이유를 명시하고 이의신청에 대한 답변을 기재하되 필요한 증거서류 또는 증거물이 있는 경우 이를 함께 제출하여야 한다(영 제4조 2항).

접수시부터 24시간 이내에 재결서를 발송하지 아니한 때에는 관할 경찰관서장의 금지통고는 소급하여 그 효력을 잃는다(법 제9조 2항). 재결을 한 때에는 즉시 집회 또는 시위의 금지통고를 한 경찰관서장에게도 재결의 내용을 통지하여야 한다(영 제5조).

금지통고가 위법 또는 부당한 것으로 재결되거나 그 효력을 잃게 된 경우에는 이의신청인은 최초에 신고한 대로 집회 또는 시위를 개최할 수 있다. 다만 금지통고 등으로 인하여 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로이 정하여 집회 또는 시위의 24시간전에 관할 경찰관서장에게 신고함으로써 집회 또는 시위를 개최할 수 있다(법 제9조 3항).

종전에는 집회 및 시위의 금지통고에 불복하는 경우 이의신청절차를 거쳐야 행정소송을 제기할 수 있었으나(삭제된 법 제9조 4항), 1999년 법개정으로 당사자의 선택에 따라 이의신청절차를 거치지 아니하고 바로 행정소송을 제기할 수 있게 되었다.

집회의 주최를 계획하는 자는 행정소송을 제기함과 동시에 관할 법원에 집회금지 통고처분의 효력정지가처분을 신청할 수 있고, 가처분을 받은 자는 합법적으로 집회를 개최할 수 있다(행정소송법 제23조 참조).

이의신청 또는 행정소송을 거쳐 새로이 집회 또는 시위의 일시를 정하여 신고를 하는 때에는 신고서에 재결서 또는 판결문의 사본을 첨부하여야 한다(영 제6조).

종전의 법집행 관례를 보면 경찰의 금지통보에 대한 이의신청은 경찰의 불허남용을 견제하지 못하였다. 1989년 관련조항이 신설된

뒤 서울시에 접수된 13건의 이의신청은 경찰의 금지사유를 그대로 재인용하여 모두 기각된 바 있었다.<sup>111)</sup>

라. 집회 또는 시위의 해산

관할 경찰관서장은 다음 각호의 1에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간 이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다(법 제18조 1항).

- ① 집회의 절대적 금지사유에 해당하는 경우(제5조 제1항) 야간의 옥외집회 및 시위(제10조 본문) 또는 공용청사 또는 요인저택 등 금지된 장소에서의 집회 및 시위(제11조)
- ② 질서를 유지할 수 없어 주최자가 집회의 종결을 선언한 경우(제14조 제3항)
- ③ 법에 의한 신고(제6조 제1항)를 하지 아니하거나 금지된 집회로서 금지통고된 경우(제8조) 또는 교통소통을 위하여 필요하다고 인정되어 금지된 경우(제12조 제1항)
- ④ 조건부로 허용된 집회가 그 조건에 위반하여 교통소통 등 질서유지에 직접적인 위협을 명백하게 초래한 경우(제10조 단서 또는 제12조)
- ⑤ 주최자의 법에 금지된 행위(법 제14조 4항 각호)로 인하여 질서를 유지할 수 없는 경우

집회의 해산 역시 집회의 금지시와 마찬가지로 비례의 원칙에 따라야 한다. 따라서 다른 완화된 수단을 다한 경우에도 질서유지가 안되어 최후의 수단으로서 채용되어야 하므로, 예컨대 오로지 도로 혼잡의 회피라고 하는 이유만으로는 정당화되지 않고, 질서에 대한 '직접의 위협'이 개별적 구체적인 사실을 근거로 예측되는 경

---

111) 한겨레신문, 1993. 3. 24. 보도 참조

우이어야 한다.<sup>112)</sup>

[사례] 핵발전소 건설반대 시위사건 (1985)

독일 연방헌법재판소 1985. 5. 14. 결정, BVerfGE 69, 315 (1985)

1981. 2. 14. 독일 하노버에 60개 시민단체 대표 약 400인이 모여 Brokdorf 원자력발전소 건설재개에 반대하는 대규모의 데모를 2. 28. 실시하기로 합의하였다. 비라, 포스타, 신문광고를 통하여 전국에 참가를 호소하고 보도기관도 이 움직임을 다루면서 실력의 행사를 예상하였다. ‘환경보호시민단체전국연합’의 설명에 의하면 데모의 최종적 구상은 2. 21. 비로소 결정되었다. 그에 의하면 참가자들은 발전소 건설현장으로부터 9Km 떨어진 마을에 집합하여 현장으로 행진한 후, 현장 부근의 목초지에서 해산할 예정이었다. 2. 23.까지 집회법에 의해 데모의 신고를 하여야 했으나 실제로 신고가 접수되지 않았다.

2. 23. 관할 군수는 원자력발전소의 건설재개에 반대하는 일체의 데모를 2. 27.부터 3. 1.까지 사이에 건설현장과 인근 습지 등 약 210평방Km의 지역에서 금지하는 일반조치를 결정하고, 즉시 집행을 명하였다. 군수는 신고가 없는 경우에 우선 경고조치를 검토하고 있었지만, 결국 경고는 이루어지지 않았고 금지결정만이 행해졌다. 결정이유에 의하면 데모의 신고가 없는 것은 집회법 위반이지만, 신고가 있었다 하더라도 데모는 금지되지 않으면 안되었다고 한다. 그 이유는 참가자가 5만에 이를 가능성이 있고, 그 가운데 폭력행위를 기도하는 자가 적지 않을 것, 신문보도 및 시민단체의 비라에 의한 정보와 과거의 경험에 의하면 데모에 수반하여 건설현장의 점거, 파괴, 제3자의 신체 재산에 대한 가해 등 중대한 범죄행위가 범해질 고도의 개연성이 존재한다는 것이었다.

그럼에도 2. 24. 제2 헌법소원 심판청구인은 발전소 건설현장 주변에서 2. 28. 데모를 행하겠다는 취지를 서면에 의해 신고하였다. 이에 대하여 군수가 2. 25.자 문서로 데모금지를 통고하자 청구인은

112) BVerfGE 69, 315 [353] 참조

동일자로 군수에 대한 이의신청을 제기하였다. 제1 헌법소원 심판청구인도 2. 26.자 문서로 군수에 대한 이의신청을 제기함과 동시에 벨스터의 마르크트 광장 및 브록도르프에서 데모할 것을 신고하였다.

2. 27. 청구인은 금지조치의 집행정지를 구하는 가처분을 신청하였고, Schleswig-Holstein 행정법원은 동일자 결정으로 신청 중 일부를 받아들여, 군수에 의한 데모금지조치는 건설현장으로부터 4.5~9km의 범위(경찰이 통행금지를 명한 범위)에 한정하여 효력을 갖게 되었다. 발전소 주변에서의 데모금지는 공공의 안전과 질서에 대한 직접적 위험을 피할 수 없다는 증거가 있어 정당하지만, 그 범위 밖의 다른 장소에서 폭력행위가 발생할 증거는 명백치 아니함을 이유로 비례의 원칙에 따라 한정한 것이었다.

행정법원의 위와 같은 조치에 대하여 군수는 즉시 불복항고하였고, 2. 28. 고등행정법원은 제1심의 결정을 변경하여 데모금지의 집행을 전면 허용하는 동시에 청구인의 집행정지신청을 기각하였다. 그에 의하면 비라나 선전물과 이제까지의 경험에 비추어 데모참가자 중에는 실력행사를 의도하는 자가 상당수 포함되어 있음이 명백하고, 선의의 참가자도 그들을 데모에서 배제하는 것을 보장할 수 없었다는 것이었다. 지역주민은 파괴의 우려 때문에 가옥에 방어설비를 시설하거나 피난을 하고 있었고, 공공의 안전에 대한 위험은 관청의 대처의무를 생기게 할 정도에 달하였다. 데모 예정일이 5일 전으로 박두하였음에도 집회법상 신고의무가 이행되지도 않았고, 이러한 종류의 대규모에 걸맞는 스타디움 등의 시설을 권하는 등 관청 측이 주최측과 협조할 기회는 존재하지 않았기 때문에 이들 사실에 비추어 공공의 안전에 대한 위험은 제1심이 한정된 범위를 넘어 존재하며 군의 데모금지에는 재량권의 남용이 인정되지 않는다는 것이었다.

위 상급행정법원의 결정을 받고 2. 28. 밤 제1 심판청구인은 바로 헌법소원을 제기하면서 위 조치가 기본법 제5조의 기본권을 침해하였다고 주장하였다. 관청에 의한 집회의 금지, 해산을 규정하는 집회법 제15조는 위헌이고, 관청은 데모참가자 중에 실력행사를 바라는 자가 있다는 예측에 기하여 평화적인 데모를 금지하여서는 안되

는데, 신청인은 평화적 데모를 의도하고 있고 이를 개인적으로 보증하고 있는 이상 평화적인 데모참가자를 보호하는 것은 관청의 임무이므로, 관할 관청은 현존 경찰력에 비추어 적어도 그 데모를 조건부로 허용했어야 했다는 것이다.

제2 심판청구인은 본건과 같이 대규모 데모는 자연발생적 현상이고, 많은 단체가 참가하고 있는 것이므로 어떤 단체가 다른 단체의 책임을 부담하는 것이 아니며, 비례원칙에 따르면 건설현장 주변 2km 이내의 출입금지구역 내에서의 데모금지는 적절하고 이를 넘는 제1심의 결정은 기본권 침해라고 주장하였다.

2. 28. 결국 5만명 이상이 참가하여 데모행진이 예정대로 실시되었다. 경찰은 제1심이 정한 선까지 참가자를 지나도록 결정하였다. 폭력행위도 발생하였지만 데모가 전체적으로 평화적이었는가의 여부에 대한 평가는 엇갈렸다.

연방헌법재판소는 본건 헌법소원을 받아 들었다. 재판소는 제1심이 한정된 범위를 넘어 상급행정법원이 군수에 의한 데모금지조치를 허용한 것은 위헌적인 기본권침해임을 인정하고 상급행정법원의 결정을 파기환송하였다. 데모금지의 즉시집행과 이에 대한 법원의 승인에 의해 심판청구인은 관청에 신고한 장소에서 예정한 기일에 적법하게 데모를 행하는 것을 방해받았기 때문에 청구인은 공권력의 위 행위로 인하여 기본권에 의해 보호된 자기의 법적 지위에 대해 간섭을 당하고 있다는 것이었다.

재판소는 집회의 자유의 헌법상 의의와 성격 등에 관하여 상술하고, 집회법의 관계규정에 관하여는 합헌이라고 판시한 다음, 대규모 집회의 특징에 따른 법적 규제에 관하여 다음과 같은 요지로 판시하였다.

이 사건에서 특히 문제된 것은 5만명의 사람들이 참가한 대규모 집회(Großdemonstrationen)의 경우에 독일 집회법의 신고의무(제14조)와 금지 및 해산조항(제15조)을 적용하는 것이 합헌인가 하는 것이었다. 헌법재판소에 의하면 이러한 대규모 데모는 1953년 제정된 집회법이 예상하지 못한 새로운 현상이었고, 이에 대처하는 것은 제1차적으로 입법자의 의무이지만, 자연발생적 집회에서 신고의무가 면제되는 것과는 달리 이러한 집회라고 하여 신고의무가 면제되는

것은 아니라고 판단하였다. 통일적인 조직을 갖추지 못한 많은 시민 단체와 운동그룹이 참가하는 대규모데모의 경우에는 미디어의 보도나 여론을 통하여 데모의 테마, 장소, 시기 등이 미리 관청측에 전달되는 것이 보통이다. 그럼에도 불구하고 대규모 데모에 신고의무를 과함에는 합리적 근거가 있다. 데모 참가자측과 관청측이 대화를 가지고 협력관계를 구축해두는 것은 데모 자체가 평화적으로 원활하게 실시되기 위해서도, 관할 관청이 제3자의 경합하는 이익을 보호하기 위해서도 필요불가결하고, 대규모 데모의 경우 정보교환과 신뢰관계의 수립은 데모 참가자와 관청 쌍방에게 이익이 되는 것이기 때문이다(BVerfGE 69, 315 [358]).

다만, 대규모 데모로서 통일적 조직이나 지도가 없는 경우의 신고의무에 관하여 헌법재판소는 다음과 같은 한정해석을 행하였다. 통일적 조직을 갖지 않는 대규모 데모에서는 개최를 담당하는 조직이 다양하기 때문에 개개의 인물이나 그룹이 전체의 신고나 지도를 행할 수 없기 때문에 무신고를 이유로 제재하는 경우 각개 주최 참가 그룹의 역할과 책임이 한정되어 있었던 점을 고려해야 하며, 따라서 신고가 없었다고 하여 무조건 금지하거나 해산되어서는 안되지만, 한편 평화적으로 계획된 집회를 가능하게 하여야 하는 관청 측에서는 그 집회를 방해하려는 자를 차단하기 위해 개입할 문턱을 낮게 해준다고 판시한 것이다.

기본법 제8조는 평화적 집회만을 보호한다고 하는 것이 헌법재판소의 전제이므로 폭력적 데모가 금지되고 해산될 수 있음은 당연히 합헌적이다. “주최자 및 지지자가 폭력행위를 의도하거나 또는 적어도 타자의 폭력행위를 용인한다고 하는 고도의 개연성을 수반한 예측이 성립하는 경우에 대규모집회를 금지하는 명령은 헌법상 특별한 문제를 생기게 하지 않는다.”(BVerfGE 69, 315 [360]) 문제는 대규모 데모의 경우 개개 참가자의 폭력행위를 근거로 하여 데모 자체의 금지, 해산이 허용되는가 하는 점이다. 헌법재판소에 따르면 데모가 전체로서 폭력적으로 될 우려나 주최자, 지지자가 일부 참가자의 폭력을 용인할 우려가 없는 경우에는 평화적 참가자의 집회의 자유는 보호되지 않으면 안된다. “개개인의 비평화적 행위가 그 행위자에 대해서뿐 아니라 개최 전체에 관하여도 기본권을 정지하게

한다면……참가자의 일부가 비평화적 의도를 가지고 있었던 것은 거의 언제나 증명할 수 있는 것이므로 실제상 모든 대규모 데모의 금지가 가능하게 될 것이다.”(BVerfGE 69, 315 [361])

그럼에도 일부 참가자의 폭력행위를 근거로 대규모 데모 자체를 금지 해산하는 것도 전면적으로 허용되지 않는 것은 아니다. 다만 “평화적 참가자의 기본권 행사의 기회를 최초부터 박탈할 것이 아니라, 비평화적 참가자를 격리시켜서 주최자에게 우위를 인정하는 사후적 해산이 먼저 우선적으로 고려되어야 한다. 이에 대하여 폭력을 지향하는 소수자의 폭력행위의 우려가 있음을 이유로 집회 전체를 예방적으로 금지하는 것은……엄격한 요건하에서 또 집회법 제15조의 합헌적 적용하에서만 허용된다. 여기에는 위협성의 예측에 있어서 고도의 개연성이 존재할 것……평화적 참가자의 권리실현을 가능하게 하는(예컨대 금지의 장소적 한정에 의해) 의미 있는 적용가능수단이 전혀 없을 것이 포함된다. 특히 최후의 수단인 데모 전체의 금지는 평화적 참가자와의 협력에 의해 위험을 방지하려는 보다 온건한 수단이 실패했는가 혹은 그러한 협력이 참가자 측에 귀책되는 이유에 의해 불가능하였던 것을 조건으로 한다.”(BVerfGE 69, 315 [362])

이상과 같이 관청의 조치 및 법원의 결정의 근거로 된 법률의 합헌성이 인정된다고 하여 당연히 그 처분이나 결정이 바로 합헌으로 되는 것은 아니다. 최후로 헌법재판소는 특히 행정법원과 상급행정법원의 결정에 관하여 다루었다.

헌법재판소에 의하면 제1심의 결정은 상술한 바와 같이 합헌적으로 한정해석된 집회법의 정당한 적용으로서 엄격한 심사를 받아야 한다. 제1심은 데모금지의 즉시집행을 발전소 건설현장 주변에 한정함으로써 대규모집회의 예방적 금지가 헌법상 허용되는 요건 - 위험발생의 고도의 개연성이 존재하고, 평화적 참가자의 기본권실현을 가능하게 하는 모든 수단을 다 쓴 것 - 에 관해 충분한 배려를 하였다. 건설현장의 시설, 특히 현장 주위에 대한 실력행사는 완전히 예상되지만, 기타 폭력행위의 예상에는 근거가 없다고 한 제1심의 판단은 인식가능한 당시의 상황에 기한 것이고, 그 예측이 옳았음은 데모로 현장 부근에서 폭력행위가 생긴 것으로 실증되었다(BVerfGE

69, 315 [364-366]).

헌법재판소에 의하면 상급행정법원의 결정은 제1심이 한정한 범위를 넘는 부분에 관하여도 군에 의한 데모금지를 추인한 점에서 법치국가원리와 결부된 기본법 제8조의 기본권을 침해하고 있다는 것이며, 이러한 헌법재판소의 위헌판단은 2가지 이유에 터잡고 있다.

첫째, 위험발생의 고도의 개연성의 예측과 평화적 참가자의 권리 실현에 관한 관청의 노력에 관하여 고등행정법원의 판단에는 오류가 있었다는 것이다. 헌법재판소에 의하면 고등행정법원의 위험의 예측에 관한 심사는 공공의 안전에 관한 제1심의 결정이 충분하가 아닌가라고 하는 본래의 문제로부터 지역주민의 불안과 공포라고 하는 예방적 금지의 근거가 될 수 없는 별도의 사정을 문제로 삼은 것이다. 또 평화적 참가자와의 협조를 도모하기 위해 신고하지 않은 점에 관하여 경고를 발한다고 하는 당초의 계획을 군수가 결국 실행하지 않은 사실을 경시하고 있는 점에서도 고등행정법원의 형량에는 잘못이 있다.

둘째, 고등행정법원은 행정재판소법의 명문규정에 반하여 군측의 항고를 인용하였는데, 이것은 행정소송법상 허용되지 않는 것이었다. 동법상 집행정지결정에 대한 항고는 2중효과적 행정행위의 경우에만 그 결정에 의해 불이익을 받는 시민에 의한 항고만이 허용되는 것인데, 이 사건은 그에 해당하지 않는다는 것이다.

[사례] 부산 동의대 농성시위 사건 (1990)

대법원 1990. 6. 22. 선고 90도767 판결 [공1990,1627]

대학생들인 피고인들이 전경 5명을 불법으로 납치, 감금하고 있으면서 경찰의 수회에 걸친 즉시 석방요구에도 불구하고 불가능한 조건을 내세워 이에 불응하고, 경찰이 납치된 전경들을 구출하기 위하여 농성장소인 대학교 도서관 건물에 진입하기 직전 동 대학교 총장에게 이를 통고하고 이에 동 총장이 설득하였음에도 불구하고 이에 응하지 아니한 상황 아래에서는 현행의 불법감금상태를 제거하고 범인을 체포할 긴급한 필요가 있다고 보여지므로, 경찰이 압수수색영장 없이 도서관 건물에 진입한 것은 적법한 공무원의 직무집행이라 할 것이다.



자진해산의 요청 및 해산명령의 고지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(법 제18조 3항). 법 제18조의 규정에 의하여 집회 또는 시위를 해산시키고자 하는 때에는 관할경찰관서장 또는 관할경찰관서장으로 부터 권한을 부여받은 경찰관은 ① 먼저 주최자에게 종결선언을 요청하고, ② 다음 자진해산을 요청한 후, 그래도 응하지 아니하는 경우 ③ 해산명령을 하거나 직접 해산시킬 수 있다(영 제9조의 2).

첫째, 권한 있는 경찰관서장이나 경찰관은 주최자에게 집회 또는 시위의 종결선언을 요청하되, 주최자의 소재를 알 수 없는 경우에는 주관자·연락책임자 또는 질서유지인을 통하여 종결선언을 요청할 수 있다. 다만, 법 제18조 제1항 제1호 내지 제3호에 해당하는 집회 또는 시위의 경우와 주최자·주관자·연락책임자 및 질서유지인이 집회 또는 시위의 장소에 없는 경우에는 종결선언의 요청을 생략할 수 있다.

둘째로 위 종결선언요청에 응하지 아니하거나 종결선언에도 불구하고 집회 또는 시위의 참가자들이 집회 또는 시위를 계속하는 경우에는 직접 참가자들에 대하여 자진해산할 것을 요청한다.

마지막으로 위 자진해산요청에 응하지 아니하는 경우에는 3회 이상 자진해산할 것을 명령하고, 참가자들이 해산명령에 불구하고 퇴거하지 아니하는 때에는 직접 해산시킬 수 있다.

집회 또는 시위가 해산명령을 받았을 때에는 모든 참가자는 지체없이 퇴거하여야 한다(법 제18조 2항).

참 고 문 헌

- Thomas. I. Emerson, System of Freedom of Expression, Random House, New York, 1970
- C. Edwin Baker, Human Liberty and Freedom of Speech, Oxford University Press, 1989
- G. Abernathy, The Right of Assembly and Association, (1961)
- Laurence Tribe, American Constitutional Law, 854 (2d ed. Foundation Press 1988)
- Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer on Freedom of Speech, Volume 1, Clark Boardman Callaghan (1996)
- Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Art. 5. Abs. I, II,
- Pieroth/Schlink, Grundrechte, 10. Aufl., 1994, S. 192-194
- Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 3. Aufl., 1995, S. 21-23
- v. Münch/Kunig (Hg), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Aufl., 1984 S. 419
- 芦部信喜, ‘集會の自由の意義と限界(一) — 集會結社の自由(1)’, 法學教室, 1998. 4 — No. 211, 117면 이하; 1998. 5 — No.214, 85면 이하
- 赤坂正浩 ‘基本法 8條の集會の自由と集會法による規制 — ブロックドルフ決定’, 독일憲法判例研究會編, 독일憲法判例(1966) 199면 이하
- 윤중현, ‘집회결사의 자유’, 인권보고서 제3집(1987·1988) 대한변협 136면 이하

대한변호사협회, '인권보고서', 제3집 내지 제13집

# 基本權體系

金 善 擇

高麗大學校 法科大學 教授

## — 目 次 —

### I. 체계의 개념과 논의상황

1. 체계의 개념
2. 한국헌법학에서의 기본권체계논의
3. 독일헌법학에서의 “기본권체계(Grundrechtssystem)”논의
  - 가. 독일헌법학에서의 기본권체계 주장
  - 나. 독일헌법학의 기본권체계론에 대한 반대논거와 그 비판
4. 독일헌법학에서의 “기본권이론(Grundrechtstheorie)”논의
  - 가. 독일헌법학에서의 기본권이론 주장
  - 나. 독일헌법학의 기본권이론에 대한 비판

### II. 기본권의 “체계”

1. 기본권체계형성의 필요성
  - 가. 학문적-실무적 관심
  - 나. 기본권조항의 특성으로서의 개방성
  - 다. 기본권의 의미질서로서의 통합적 과제

2. 기본권체계의 본질·성격
  - 가. “내적” 체계
  - 나. “가치평가론적”·“논증적” 체계
  - 다. “개방적” 체계
3. 기본권체계의 기능·과제
  - 가. 기본권해석에 대한 지도기능
  - 나. 기본권해석에 대한 한계기능

### Ⅲ. 현행헌법의 기본권체계

1. 기본권체계의 구성요소
2. 기본권의 자연법적-인권적 요소
  - 가. 기본권에 관한 이른바 자연권설과 실정권설의 대립의 문제점
  - 나. 자유권에의 한정
  - 다. 이른바 자연권설의 근거와 비판
  - 라. 이른바 실정권설에 대한 비판
  - 마. 기본권의 자연법적-인권적 요소
3. 기본권의 지도이념적 요소 - 헌법의 인간관과 국가관
  - 가. 기본권이해를 지도하는 이념
  - 나. 헌법의 인간관(인간상, Menschenbild)
  - 다. 헌법의 국가관(국가상, Staatsbild)
  - 라. 지도이념이 기본권이해에 미치는 영향
4. 기본권의 보장내용적 요소 - 주관성과 객관성
5. 기본권의 효력적 요소 - 직접적 구속력과 관철가능성
  - 가. 효력(구속력)
  - 나. 관철가능성 - 사법적 구제수단의 부여

#### IV. 결론

## I. 체계의 개념과 논의상황

### 1. 체계의 개념

체계(System)가 일반적으로 무엇을 의미하는 지에 관해서는 오늘날까지도 칸트의 고전적 개념정의가 받아들여지고 있다. 즉, “어떤 이념하에 (있는) 다양한 인식의 통일체”<sup>1)</sup>라든가 “원칙들에 따라 정돈된 인식의 총체”<sup>2)</sup>라는 정의이다. 법학에 있어서도 비슷하게 정의내려져 왔음을 알 수 있다. 예컨대 사비니는 “모든 법제도와 법규들을 커다란 통일체로 결합시키는 내적 연관”이라고 이해하였고,<sup>3)</sup> 코잉은 “통일적인 관점에 따른 인식의 질서”<sup>4)</sup>라고 체계를 이해한 바 있다. 그래서 카나리스는 체계의 정의에 언제나 등장하는 두 가지 요소, 즉 내적 질서(innere Ordnung)와 통일성(Einheit)에 주목하여 법학의 의미에서 체계개념의 과제를 법질서의 평가적 논리일관성(wertungsmäßige Folgerichtigkeit)과 내적 통일성(innere Einheit)이라고 하였다.<sup>5)</sup>

1) Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl., 1781, S. 832 또는 2. Aufl., 1787, S. 860. 여기에서는 Wilhelm Weischedel(Hrsg.), Immanuel Kant - Werke, 1983, Bd. 4, S. 696에서 인용.

2) Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, 1. Aufl., 1786, Vorrede, S. IV. 여기에서는 Weischedel(Hrsg.), 앞의 Kant-Werke(주1), Bd. 8, S. 11에서 인용. 일반적인 체계개념의 역사적 발전에 관하여는 Alois von der Stein, Der Systembegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung, in: A. Diemer(Hrsg.), System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation, 1968, S. 1ff. 참조.

3) Friedrich K. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 214.

4) Helmut Coing, Geschichte und Bedeutung des Systemdenkens in der Rechtswissenschaft, Frankfurter Universitätsrede Heft 17, in: ders., Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, S. 9.

5) Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl.,

따라서 법학의 세계에서 체계라는 말을 들었을 때 흔히 연상하게 되는 “외적인 체계(das äußere System)”라든가 개념법학에서의 형식-논리적 체계(das formal-logische System)가 체계개념을 대표하는 것도 아니고, 심지어 이들 체계개념은 오히려 법학에 있어서의 체계개념의 과제에 부합하지 못함을 알 수 있다. 외적 체계는 대상을 가능한 한 명확하게 그리고 전체를 조망할 수 있게끔 서술하고 정돈하려는 노력을 가리키는 것에 불과하며, 이러한 체계화노력이 법의 전체적 조망과 법적용에 있어서의 예측가능성의 측면에서 법적 안정성에 기여한다는 점에서 가치를 가지기는 하나, 내적인 관련질서를 가리키는 법의 체계라고는 보기 어려운 점이 있다.<sup>6)</sup> 또한 형식-논리적 체계는 상위명제에서 하위명제에로 논리적 모순없이 도출이 가능한 흠결없는 명제들의 규칙을 제시하고자 하나, 법학에 있어서 학문성이라든가 논증의 일관성이 형식-논리법칙에 구속된다고는 하겠지만 이는 법학적 사고의 필요조건일뿐 충분조건은 아니며, 법학에 있어서 법적 질서의 내적 연관은 오히려 형식논리의 바깥에 있는 가치평가론적-목적론적 차원에 있음을 간과한 것이다.<sup>7)</sup>

이렇게 볼 때 법학의 세계에서 추구하여야 할 “체계”란 그 소재인 법질서의 내적인 질서연관을 가치평가론적-목적론적으로 일관성있게 설명하여 주고 소재 전체에 대하여 통일성을 부여하는 것이어야 한다.

---

1983, S. 18. 법학의 체계개념에 관한 개관으로는 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 165ff, 437ff. 참조.

6) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 19.

7) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 20ff. 참조.



## 2. 한국헌법학에서의 기본권체계논의

우리 헌법학에 있어서 기본권의 체계에 관한 논의가 의미있게 전개된 것은 1983년 김철수교수가 “기본권의 체계”라는 제목의 논문을 발표하면서부터 였을 것이다. 김교수는 우리 헌법상의 기본권 규정을 자연권으로 파악해야 한다면서, 그의 자연권설에 의할 때 기본권은 통일적·포괄적인 것으로, 헌법에 개별적으로 규정하고 있지 않더라도 일반적으로 보장되는 것인데, 헌법에 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하여 천부인권을 인정하고 포괄적인 자연권을 선언한 것이라고 한다. 이러한 이른바 자연권설의 입장에 기초하여 그는 우리 헌법상의 기본권의 체계를 구성하고 있는데, 우선 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권이 “주기본권(포괄적 기본권)”이고 이는 “개별적주기본권”인 주존엄권(인간의 존엄과 가치·행복추구권), 주자유권(일반적 행동자유권-미규정), 주평등권(법앞의 평등권), 주생존권(인간다운 생활을 할 권리), 주청구권(미규정), 주참정권(미규정)으로 분화되고, 다시 각 “개별적주기본권”은 예컨대 주존엄권이 생명권·일반적 인격권·알권리/잊을 권리/들을 권리·행복추구권 등의 개별적 기본권으로 파생·세분화되는 식으로 체계가 구성된다고 주장하였다.<sup>8)</sup> 또 헌법에 열거되지 않은 기본권은 주기본권에서 직접 파생할 수도 있고 주존엄권이나 주자유권, 주평등권, 주생존권, 주청구권, 주참정권에서 파생할 수도 있다고 보고, 주기본권 등과 개별적 기본권은 일반-특별

8) 김철수, 기본권의 체계, 고시계, 1983.11. 79쪽 이하 참조. 이러한 입장은 별 변화없이 현재까지 유지되고 있는 것으로 보인다. 김철수, 현행헌법상 기본권의 법적 성격과 체계, 헌법논총, 제8집, 1997, 5쪽 이하(특히 33쪽 이하) 및 그의 교과서, 헌법학개론, 제11전정신판, 1999, 264~268쪽 참조.

의 관계에 있기 때문에 “개별적기본권”규정이 없는 경우에 주존엄권이나 주자유권, 주평등권, 주생존권, 주청구권, 주참정권을 적용하고 그것도 규정되어 있지 않은 경우 주기본권인 인간으로서의 존엄과 가치·행복추구권을 적용해야 할 것이라고 하였다.<sup>9)</sup>

김철수교수는 제헌헌법에서 독일 바이마르헌법을 모방하여 기본권규정에 개별적 법률유보를 두었다가 제2공화국헌법에서 개별적 법률유보를 삭제하고 본질내용침해금지조항을 두었던 것, 제4공화국헌법에서 다시 개별적 법률유보를 두고 본질내용침해금지조항을 삭제하였다가 제5공화국헌법에서 다시금 개별적 법률유보를 삭제하고 본질내용침해금지조항을 회복시킨 것에 착안하여, 우리 헌법의 기본권규정방식 자체가 실정권적이었다가 자연권적으로 변화되었다고 주장한다.<sup>10)</sup> 그밖에도 헌법 제10조, 제37조 제1항 및 제2항을 근거로 기본권의 자연권성을 주장하면서, 자연권은 통일적 체계를 가진 것<sup>11)</sup>이라는 전제하에 기본권을 총체적으로 포괄하는 주기본권과 이에서 파생하는 개별적 기본권으로 기본권체계가 당연히 구성되어야 한다는 식으로 설명하고 있다.

김교수의 주장을 그대로 수용할 수만은 없는 점이 있다. 첫째, 제헌헌법의 기본권규정이 독일 바이마르헌법과 그 헌법시대를 풍미했던 법실증주의의 영향하에 있었던 ‘헌법의 아버지’ 유진오박사의 구상을 담고 있었던 까닭에 대부분의 규정에 있어서 입법의 범위내에 있었던 것(이른바 “법률의 테두리내에서의 기본권”이었음)은 사실이다. 제2공화국헌법에서 그러한 문제점을 헌법의 명문규정

---

9) 김철수, 기본권의 체계(주 8), 87쪽.  
10) 김철수, 기본권의 체계(주 8), 82~84쪽 및 현행헌법상 기본권의 법적 성격과 체계(주 8), 17~19쪽.  
11) 김철수, 현행헌법상 기본권의 법적 성격과 체계(주 8), 33쪽, 각주 61에서 “이를 Geschlossenheit des Grundrechtssystemes [기본권체계의 완결성 : 필자 역]이라고 한다”고 명시하고 있다.

을 통하여 극복하려고 하였다는 점도 이해할 수 있다. 그러나 이러한 이해의 변화가 기본권에 개별적 법률유보규정이 붙어 있는지 여부를 기준으로 한 것이라기 보다는 오히려 역으로 기본권에 대한 이해의 변화가 개별적 법률유보조항에 대한 헌법입법의 태도를 좌우한 것으로 보는 것이 더 정확할 것이다. 이는 제4공화국헌법과 제5공화국헌법, 그리고 현행헌법에 있어서의 기본권이 자연법적 지향성을 갖는 문구를 추가하게 된 것이 명문규정상의 변화가 우선한 것이 아니라 오히려 독재에 대항하는 과정에서 자연법에 대한 이해가 높아졌고 이를 통하여 헌법입법에 영향을 미쳤다는 것, 나아가 헌법의 명문의 변화가 아니라 국가민주화와 사법적 구제수단의 확대를 통하여 기본권의 실효성이 확보되었다는 역사적 사실을 통하여도 알 수 있다. 물론 결과에 있어서는 마찬가지로 될 것이므로 큰 문제는 없다 하겠다. 그러나 시대상황에 따른 자연법(에 유리한 요청)의 영원회귀가 실정법의 해석을 지배할 수 있는가는 별개문제이다. 자연법에 대한 회귀가 실정법으로서의 헌법의 규정양식에 영향을 주었다고 해서 바로 실정법상의 명문규정을 자연법의 확인·선언에 불과하다고 하면서 실정규정에 고유한 가치를 도의시할 논리필연성이 있는가? 문제는 어떤 권리가 자연법성을 가진다 하더라도 그것이 실정법에 수용되어 실정화되었다면 마땅히 실정법에 규정된데서 오는 부가적 의의를 규명하는 것이 논리적일 것임에도 불구하고 구태의연하게 자연법성을 강조하는 데 그치는 점이다.<sup>12)</sup>

둘째, 자유권의 완결적 체계를 자유권의 자연법적 성격을 근거로 유지할 수 있는 것은 아니라는 비판이 있다. 재판에 있어서 자연법

12) 우리 헌법상의 기본권규정의 자연법성과 실정법성에 대한 논의는 아래(Ⅲ. 2.)에서 자세히 논한다.

원리들을 직접 적용하려고 하는 시도들이 대개 실패하였다는 점에 비추어 자연법에 의거한 체계구성의 실효성에 의문이 제기된다. 또한 자연법은 보통 최고의 원리들만을 제시하기 때문에 인간의 존엄성, 인격, 평등과 같은 근본적인 명제를 표현하는 기본권들을 넘어서 개별적인 자유권규정들을 자연법적으로 근거지우기가 결코 쉽지 않을 것이라는 점이 지적되었다.<sup>13)</sup> 이러한 비판은 실정헌법규정으로서의 기본권(규정) 속에서 자연법을 찾아내어 그것으로써 체계를 형성하려는 시도 자체를 성공하기 어려운 것으로 보고 있는 점에서 주의를 요한다.

셋째, 기본권체계가 그 자체로 완결되어 외부를 향하여 닫혀있는 (geschlossen) 체계는 기본권의 역사적 발전에 비추어 가능하지 않다는 점이 간과되어 있다. 또한 체계이기 위하여는 당연히 스스로 완결적이어야 할 필요가 있는 것도 아니다. 새로운 기본권 내지 헌법에 열거되지 아니한 권리를 헌법상의 기본권규정으로 보호할 필요성은 다른 유형의 개방된 체계로서도 얼마든지 가능하다.<sup>14)</sup>

넷째, 완결된 기본권체계라는 관념은 아마도 기본권규정의 외적 체계를 구성하는데 주로 관심을 두었기 때문이 아닌가 생각된다. 위에서 본 것처럼 체계의 개념을 오로지 규정양식이라든가, 기본권 간의 상호 분류·정돈이라는 의미로 외형적으로 이해할 필요는 없다.

다섯째, 김철수교수의 기본권 체계구성방식은 독일의 귄터 뒤리히의 완결된 기본권체계의 구상(아래 3. 가. 참조)과 거의 같은 내용으로 전개되어 있다. 따라서 독일 헌법학에서 뒤리히식의 기본권 체계에 대한 비판은 김교수에게도 적용될 수 있을 것으로 보인다.

13) 이러한 비판에 관하여는 Ulrich Scheuner, Pressefreiheit, VVDStRL 22(1965), 46f. 참조.

14) 김선택, 헌법 제9조(현행헌법 제10조) 제1문 전단 「인간으로서의 존엄」의 의미와 법적 성격, 고려대학교 법학석사학위논문, 1983, 85~90쪽; 김선택, “행복추구권”과 “헌법에 열거되지 아니한 권리”의 기본권체계적 해석, 안암법학 창간호, 1993, 177쪽 이하 참조.

아래에서 김교수의 체계구상과 관련한 독일에서의 기본권체계논의 및 그와 밀접한 관련에 놓여 있는 이른바 기본권이론에 관한 논의를 우선 검토하기로 한다.

### 3. 독일헌법학에서의 “기본권체계(Grundrechtssystem)”

#### 논의

##### 가. 독일헌법학에서의 기본권체계 주장

독일에서 기본권의 체계라는 말은 바이마르시대 이전에는 쓰이지 않았다. 바이마르헌법시대에 루돌프 스펜트가 처음으로 기본권의 통합적 내용을 추구하였고 “기본권목록의 내용적 의미는……일정한 완결체, 즉 가치체계, 문화체계(ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem)의 규정”<sup>15)</sup>이라는 점을 강조한 바 있다.

제2차세계대전 이후 귄터 뒤리히는 독일헌법 제1조 제1항에 규정된 인간의 존엄성을 모든 법의 최고 구성원리로 파악하고 그러한 원리에 기초하여 흠결없는 기본권의 가치체계 및 (청구)권리체계(ein Wert- und Anspruchssystem)를 발전시켰다.<sup>16)</sup> 뒤리히의 생각은 이렇다: 독일헌법 제1조 제1항의 인간의 존엄성은 최고의 (헌)법원리로서 모든 기본권보장의 이념적 기초가 된다. 제2조 제1항은 주자유권(Hauptfreiheitsrecht)인데, 이는 다시 개별적·역사적인 위험상황으로부터의 보호를 위하여 다양한 실정법적 개별자유권들(Einzelfreiheitsrechte)로 구체화되며, 이들 개별자유권들은 제2

15) Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*(1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., 1994, S. 119ff.(264).

16) Günter Dürig, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in: JR 1952, S. 259f.; ders., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in: AöR 81(1956), S. 117ff.; ders., in: Maunz/Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 1, Rdnr. 5ff.

조 제1항의 주자유권의 특별한 경우들(Spezialfälle)에 불과하다.<sup>17)</sup> 독일헌법 제3조 제1항의 주평등권(Hauptgleichheitsrecht)에 있어서도 이러한 도식이 그대로 적용된다. 이러한 자유권·평등권의 실제 법적 권리체계는 독일헌법 제19조 제4항의 절차적 주기본권(prozessuales Hauptgrundrecht)에 의하여 보완된다.

이러한 헌법상의 기본권목록에 대하여 그 자체로 완결된 또는 흠결없는 체계라는 관념(Vorstellung eines geschlossenen oder lückenlosen Systems)은 주로 '50년대말~'60년대의 독일헌법학계에 찬반논쟁을 불러 일으켰다.<sup>18)</sup>

독일의 판례, 특히 독일연방헌법재판소의 판례는 1958년 1월 15일의 판결(이른바 Lüth 판결)에서, 기본권의 제3자적 효력을 간접적으로 인정하면서, “기본권장의 객관적 가치질서(objektive Wertordnung des Grundrechtsabschnitts)”와 “기본권적 가치체계(grundrechtliches Wertsystem)”를 언급한 바 있다.<sup>19)</sup>

#### 나. 독일헌법학의 기본권체계론에 대한 반대논거와 그 비판

올리히 쇼이너에 따르면, 모든 기본권들을 하나의 통일적인 완결된 체계로 파악하는 것은 원칙적으로 옳지 않을 뿐만 아니라 역사적으로도 유지될 수 없는 것이다.<sup>20)</sup> 즉 “완결된 또는 흠결없는 체

---

17) Günter Dürig, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, I, Rdnr. 6ff.

18) 찬성하는 입장으로는 Hans Peters, Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, 1969, S. 239; Detlef Göldner, Grundrechte und Grundwerte, in: Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 27. 반대하는 입장으로는 Hans Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in: ZSchwR 55(1936), S. 5a; Ulrich Scheuner, 앞의 글(주 13), S. 42ff.; ders., Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV 1971, S. 508f.; Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20(1963), S. 82, 89; Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 36; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 300.

19) BVerfGE 7, 198(205).

20) Ulrich Scheuner, 앞의 글(주 13), S. 42f.

계라는 관념은 독일민법전 제정에 있어서의 방법적 사고에서 유래하는 것으로 19세기의 법사상의 일부인데... 이러한 관념을 기본권에 전용하는 것은 기본적으로 잘못된 것이다. 왜냐하면 기본권은 그 헌법적 성격으로 인하여 완결된 법전제정으로서가 아니라 단지 개별적·사회적 질서의 특별한 보장들로서 생각된 것이기 때문이다. 기본권은 어떤 추상적·일반적인 원리로부터 도출되도록 그렇게 구성되어 있지는 아니하다. 오히려 기본권은 개별적으로 또는 그룹으로 그때그때 역사적으로 별개로 형성되었고, 각각의 기본권은 저 나름대로의 특별한, 종종 국민마다 상이한 역사를 가지고 있다.”<sup>21)</sup>

여기에서 두 가지 점이 확인될 수 있다. 첫째, 기본권체계에 대하여 반대하는 결정적인 논거는 그 역사적인 발전의 측면에서 발견된다는 점이다. 마찬가지로 헷세에 따르자면, 기본권은 그 형성 및 역사적 발전을 놓고 볼 때 개별적인 - 특히 중요하거나 또는 특히 위협을 받는 - 생활영역을 보호하는 “點的 保障(punktuelle Gewährleistungen)”으로 이해하고 그들이 하나의 목록 속에 집결되어 있으나 그것에 국한되지는 아니한다고 설명한다.<sup>22)</sup> 둘째, 이러한 반대논거들이 주로 자기의 기본권체계를 흠결없이 완결된 체계로서 설명하고 있는 쿤터 뒤리히의 체계개념을 대상으로 하고 있다는 점이다.

그러나 기본권들이 역사적으로 볼 때 점진적으로 나타난 개별적인 보장들로서 간주될 수 있다고 할지라도 - 물론 이것은 고전적 기본권목록의 실정화에 대하여도 역사적으로 잘 들어맞지 않는데 -, 이러한 사실이 기본권이라는 표제하에서 일정한 내적 연관을 가지는 실정법적 규정들에 어떠한 체계적 요소·체계적 기초·체계적

21) Scheuner, 앞의 글(주 13), S. 44.

22) Hesse, 앞의 책(주 18), Rdnr. 300.

효과가 있는지를 연구하는 것을 방해하지는 아니한다.<sup>23)</sup> 오히려 독일에서는 기본권 가운데서 “헌법전체에 구성적 의미를 가지는 객관적·통일적인 체계”를 찾아볼 수 있다는 견해가 통용되고 있다.<sup>24)</sup> 또한 기본권으로써 구성될 수 있는 모든 체계가 반드시 균터 뒤리히의 의미에서의 그 자체 완결된, 흠결없는 체계여야 하는 것도 아니다. 나아가 실제로 기본권체계반대론자들도 기본권의 체계적 고찰의 모든 가능성을 부인하고 있지는 아니하다.<sup>25)</sup>

#### 4. 독일헌법학에서의 “기본권이론(Grundrechtstheorie)” 논의

##### 가. 독일헌법학에서의 기본권이론 주장

독일의 판례(위에서 본 Lüth 판결)가 기본권을 종래의 이해대로 국가(권력)에 대항하는 주관적 방어적 권리로만 보지 아니하고 나아가 객관법적인 가치결단(objektivrechtliche Wertentscheidung)으로도 이해하기 시작하면서, 독일 헌법학은 기본권을 여러 각도로 확장하기 시작하였다. 주관적 권리의 성격과 더불어 객관법적 질서 원리로서의 성격을 주장하기도 하고,<sup>26)</sup> 전통적인 제도보장의 차원을 넘는 기본권의 제도적 측면을 강조하기도 하며,<sup>27)</sup> 조직·절차의

23) Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, S. 65.

24) Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 4; Reinhold Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962; Franz J. Peine, Das Recht als System, 1983, S. 114 ff.; Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2106f.; Stern, 앞의 글(주 23), S. 52 참조.

25) 예컨대, Scheuner, 앞의 글(주 13), S. 37f.; Hesse, 앞의 책(주 18), Rdnr. 301f. 참조.

26) 대표적으로는 Konrad Hesse, 앞의 책(주 18), Rdnr. 279ff.(기본권의 2중성) 참조.

27) 대표적으로는 Peter Häberle, 앞의 책(주 24), 3. Aufl., 1983 참조.



형성을 위한 기준으로서 이해하기도 하였다.<sup>28)</sup> 특히 기본권이해에 있어서 가장 큰 변화는 독일연방헌법재판소가 1972년 7월 18일 자유권규정에서 사회(국가)적 요소를 끌어내는 판결(이른바 *numerus clausus* 판결)을 내리면서<sup>29)</sup> 이루어졌다. 전통적인 자유주의적 기본권이해와 더불어 사회국가적 기본권이해가 등장한 것이다.

독일의 판례와 학설에 의하여 '70~'80년대에 걸쳐 이루어진 기본권의 (효력 내지 기능의) 확장의 상황을 뵈켄회르데는 다섯가지의 기본권“이론”으로서 정리하였다: 자유주의적(시민적-법치국가적) 기본권이론; 제도적 기본권이론; 가치이론; 민주적-기능적 기본권이론; 사회국가적 기본권이론<sup>30)</sup> 그에 따르면 기본권이론이란 기본권의 일반적 성격, 규범적 목표(방향), 내용적 범위에 관한 체계적인 견해로서 특정한 국가관 및 헌법이론과 관련된다고 한다.<sup>31)</sup> 이러한 독일의 기본권이론들은 한국헌법학에도 소개되어 있다.<sup>32)</sup>

#### 나. 독일헌법학의 기본권이론에 대한 비판

이처럼 다양한 기본권이론이 속출하면서 그 유용성에 대한 의문의 목소리도 적지 않았다.<sup>33)</sup> 심지어는 기본권이론은 기껏해야 기본권에 대한 상세한 개별연구들에 관한 결산으로서의 의미밖에 없다는 비판까지 찾아 볼 수 있다.<sup>34)</sup> 실제로 기본권이론에는 문제가 없

28) 대표적으로는 Helmut Görlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981; Fritz Ossenbühl, *Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht*, in: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, S. 183ff.

29) BVerfGE 33, 303.

30) 이들 기본권이론 각각의 내용과 그에 대한 비판에 관하여는 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, S. 1529ff. 참조.

31) Böckenförde, 앞의 글(주 30), S. 1529.

32) 그 내용과 비판점 모두를 상세히 소개하고 있는 홍성방, *기본권의 본질과 기본권이론*, 공법연구 제27집 제2호, 1999, 127쪽 이하 참조.

33) 예컨대 Christian Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 1 Abs. 3, Rdnr. 108; Fritz Ossenbühl, 앞의 글(주 24), S. 2100 참조.

지 않다.

첫째, 기본권규정을 해석함에 있어서 기본권이론에 의존하여 논증하게 될 경우, 기본권이론이 ‘해석을 지도하는 선재하는 원칙’으로서 작용할 것이다. 이 경우 어찌면 기본권이론에 깔려 있을 수도 있는 기본권에 대한 선입견을 통하여 기본권규정 그 자체에 내포되어 있지 아니한 어떤 내용이 기본권에 들어있는 것으로 의제될 우려가 없지 아니하다.<sup>35)</sup> 마치 마술사의 모자와 같은 역할을 기본권이론이 하게 될 수 있다는 말이다. 특히 이 문제는 기본권이 그 개방성으로 인하여 해석자의 이데올로기의 영향을 받을 가능성이 크다는 점을 생각하면 심각하다고 할 수 있다.

둘째, 수개의 기본권이론이 어떤 기본권규정에 대하여 서로 자신이 결정적인 기준임을 주장할 경우 어느 기본권이론을 선택하여 적용할 수 있느냐 하는 문제이다. 결국 해석자가 결정할 수밖에 없을 것이다.

셋째, 모든 기본권이론이 예외없이 그 자체로서 어렵고 복잡한 명제들로 구성되어 있어서 다시 해석을 요한다는 점이다. 기본권규정의 해석을 지도하는 것이 그들의 주요과제임에도 해석된 기본권규정으로부터 얻어지는 해석수단들이 자신을 위하여 다시 필요하게 된다는 것이다. 여기에 순환논법의 문제가 드러난다. 이론을 형성하기 위하여 규정으로부터 무엇인가를 끄집어내고 나서 다시금 이론을 규정 속에 투사하여 이미 발견한 결과를 확인하는 것이다.<sup>36)</sup>

넷째, 보다 근본적인 문제로 지적되는 점은 “이론”이라는 개념이 가지는 불명확성이다. 지금까지 주장된 기본권이론이 매우 다양한 이론유형 - 예컨대 제도이론, 원리이론 등 - 을 나타내고 있는 점

---

34) Jürgen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 5f.

35) Stern, 앞의 글(주 23), S. 60 참조.

36) Stern, 앞의 글(주 23), S. 61.

에 비추어 기본권이론에서 사용되는 이론이라는 말이 기본권에 대한 단순한 견해라는 의미를 훨씬 넘어서는 일정한 함축을 가지고 있음을 알 수 있다. 그리하여 만약 기본권이론이 기본권규정들에 관하여 과학적인, 즉 사후적으로 심사가능한 방법을 사용하여 모순 없는 객관적인 명제의 체계를 수립하고자 하는 것이라면,<sup>37)</sup> 이와 같은 목표가 이론수립자 자신의 선이해없이 달성가능한 것이라고 보기는 어려울 것이다. 따라서 “이론”개념을 피하거나 매우 제한적으로밖에 사용할 수 없다는 점을 알 수 있다.

마지막으로 이와 같은 기본권“이론”에 대한 비판이 기본권“체계”에 대하여도 가해질 우려가 있다. 기본권체계를 설명함에 있어서 이것이 어떤 특정한 이론을 수립하는 차원의 문제가 아니라 헌법이 스스로 규정하고 있는 기본권에 내재하는 질서연관을 가능한 한 그대로 드러내려는 노력의 문제임을 분명히 할 필요가 있다.

## II. 기본권의 “체계”

### 1. 기본권체계형성의 필요성

#### 가. 학문적-실무적 관심

기본권들을 그들으로써 형성되는 체계내에서 파악하는 것은 가능할 뿐만 아니라 요청되는 것이기도 하다. 우선 법학의 학문적-실무적 관심으로부터 기본권체계형성이 요구된다. 본래 체계사고는 개개의 개념들과 법리들이 상호 무관하게 병립할 것이 아니라 상호

37) Ralf Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, in: ders., Recht, Moral, Ideologie, 1981, S. 70ff. 참조.

일정한 질서에 놓이도록 한다.<sup>38)</sup> 기본권의 법적 체계는 실무에서나 학문에서나 공히 불가결한 (대상)정돈의 과제(Ordnungsauftrag)를 수행한다.<sup>39)</sup> 이러한 (대상)정돈의 과제는 연구자가 서술의 관심으로부터 기본권들을 이른바 “외적 체계”<sup>40)</sup>로서 잘 정리된 질서 속에 편입시키는 것으로는 충족되지 아니한다. 의미의 전체인 법질서에 내재하는 의미연관을 분명히 밝혀주고 설명하는 것이 학문적 체계의 과제라면,<sup>41)</sup> 그리고 체계가 일정한 사항영역의 통일성과 질서를 합리적인 수단으로 파악하고 설명하려고 하는 시도에 다름 아니라면,<sup>42)</sup> 기본권의 체계는 “내적 체계”로서<sup>43)</sup> 기본권의 내적 의미질서를 제시하고 따라서 학문과 실무가 기본권을 통일적으로 취급할 수 있도록 하는데 기여해야 할 것이다.

#### 나. 기본권조항의 특성으로서의 개방성

기본권의 체계형성은 그 대상인 기본권의 관점으로부터 정당화될 수 있다. 기본권은 그 어떤 다른 법제도 보다도 체계형성에 유리한 조건을 제공한다. 즉 기본권은 “체계수렴적(systemkonvergent)”이다.<sup>44)</sup>

헌법은 정치에 관한 법이고 그 성립에 있어서 여러 정치세력간

---

38) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Heidelberg, 1982, S. 7.

39) Stern, 앞의 글(주 23), S. 63.

40) “외적 체계”의 개념에 관하여는 Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), in: ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1968, S. 188.

41) Larenz, 앞의 책(주 5), S. 487.

42) 이러한 체계개념에 관하여는 Canaris, 앞의 책(주 5), S. 42; 카나리스의 체계개념에 대한 비판에 관하여는 Franz Wieacker, Besprechung von Canaris, Systemdenken und Systembegriff, Rechtstheorie, 1970, S. 107ff.; Dieter Grimm, Besprechung von Canaris, Systemdenken und Systembegriff, AcP 171(1971), S. 266ff.; Peine, 앞의 책(주 24), S. 20ff. 참조.

43) “내적 체계”의 개념에 관하여는 Larenz, 앞의 책(주 5), S. 474ff. 참조.

44) “체계수렴적”이라는 표현은 Stern, 앞의 글(주 23), S. 63에 따른 것이다.

의 타협을 필요로 한다. 따라서 기본권과 같이 실질적인 내용규정이면서 국가활동을 구속하는 규정을 함에 있어서 정치적으로 다툼이 없을 만한 최소한의 내용을 규정하는데 만족하곤 한다. 이러한 기본권규정의 내용상·실질상의 개방성은 기본권이 추후 입법자에 의해서 넓게 구체화될 수 있게 한다.

또한 기본권은 형식상으로도 기타의 법률에 전형적으로 나타나는 기술적인 성격이 결여되어 있다. 표현양식 자체가 민법의 일반 조항에 비견되는 광범성을 나타낸다. 이러한 기본권규정의 형식상의 개방성은 한스 후버의 유명한 공식처럼 “해석 대신에 구체화(Konkretisierung an Stelle von Interpretation)”<sup>45)</sup>를 요구한다. 구체화는 그 의미상 법률해석에서의 해석이 조문에 내재하는 의미내용의 사후적 발견을 추구하는 수준을 넘어 조문내용 자체를 사후적으로 완성해가는 일종의 창조적 작업을 요구하고, 이는 개별기본권만을 독자적으로 살펴서 될 일이 아니고 더 넓은 차원의 유기적 맥락을 검토할 것을 요구하고 있다. 여기에서 기본권의 체계적 고찰, 나아가 기본권의 체계적 통일성에 개별기본권의 해석이 의존할 가능성이 발견된다.

#### 다. 기본권의 의미질서로서의 통합적 과제

기본권규정은 “보통의” 규범이 아니다. 기본권규정 안에는 국민 생활에 대한 특별히 통합적인 내용이 구체화되어 있다.<sup>46)</sup> 국가질서의 틀로서의 헌법은 크게 보아 두 가지 유형의 규범으로 구성된다. 행위정향의 틀로서의 실질적 내용을 가진 규범과 국가조직의 틀로서의 조직관련 내용을 가진 규범이 그것이다. 국가와 개인은 모두

45) Hans Huber, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, 1971, S. 195.

46) Stern, 앞의 글(주 23), S. 64f.

자신의 행위를 일정한 가치를 표현하는 기본권에 정향하여야 할 의무가 있다. 오늘날과 같이 방향의 위기에 처해 있는 시대에는 국민의 기본적 합의에 기초한 기본권이 가지는 통합지향적 효과에 중요한 의미가 부여되지 않을 수 없다. 이러한 방향설정과 국민통합의 과제를 수행하기 위하여 기본권은 자신의 의미질서를 일정한 의미의 체계로 확립하고 있어야 한다.

## 2. 기본권체계의 본질·성격

그러다면 기본권들로써 구성되는 기본권체계는 어떤 성격의 체계가 되어야 할 것인가?

### 가. “내적” 체계

기본권체계는 우선 “내적인” 체계여야 한다. 한편, 기본권체계는 학문적 개념 또는 법리의 체계적 질서로서 교수법 기타 그와 유사한 목적에만 봉사해서는 안된다. 다른 한편, 기본권체계는 소재를 가능한 한 명확하고 개관가능하게 정리 서술하는 것만을 추구해서도 안된다. 다시 말해서 “외적” 또는 추상적·개념적 체계를 추구해서는 안된다는 것이다. 오히려 기본권체계는 내적으로 연관된 질서라는 의미에서의 법의 체계가 형성되어야 한다.<sup>47)</sup> 이러한 내적 체계의 특징은 첫째로 일정한 내적 질서가 존재하는 것이고, 둘째로 동등한 가치를 가진 다양한 원칙들이 다양한 구체화 단계에서 상호작용하는 것인데, 이러한 상호작용은 부분적으로는 상호 보완하기도 하고, 일부 영역에서는 상호 제약하기도 하는 것을 말한다.<sup>48)</sup>

47) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 19.

48) Larenz, 앞의 책(주 5), S. 476. 이러한 설명은 원래 전체 법영역에 관한 것이나 여기에서는 기본권에 적용가능하다고 보았다.

### 나. “가치평가론적”·“논증적” 체계

기본권체계는 가치평가론적 체계여야 한다. 무엇보다도 역사적인 이유에서 기본권은 형식-논리적 체계로도<sup>49)</sup> 또한 공리적-연역적 체계로도<sup>50)</sup> 체계화될 수 없다. 나아가 이러한 종류의 체계유형들은 흠결이 없을 수 없는 법적 질서의 가치평가론적·목적론적 성격에 부합할 수 없고, 따라서 법학에 특유한 사유형식에 부합할 수 없다.<sup>51)</sup> 국가의 가치구속적 기본질서로서의 헌법의 본질적 성격으로부터 헌법의 핵으로서의 기본권질서는 구체화를 필요로 하는 일정한 가치들의 덩어리로 볼 수 있다. 기본권은 법률전문가의 세계에서 뿐만 아니라 일반국민들도 헌법의 토대 위에서 해석론적으로 합의하지 않으면 안되는 가치적 잣대로부터 벗어날 수 없다. 따라서 기본권의 체계도 가치적 구속을 받을 수밖에 없다. 이는 체계형성에 대단히 큰 의미를 갖는데, 체계적 요소, 즉 허용되는 기본권적-원칙적 관점들의 선택에 있어서 그러한 가치척도에 의존할 것이기 때문이다. 사법학자들 사이에서는 “논증적” 사고와 “체계적 사고의 결합을 의심스럽게 생각하는 견해가 많지만,<sup>52)</sup> 기본권의 경우 규정의 실질적·내용적 개방성 때문에 체계적 사고 외에 논증적 사고를 필요로 한다는 점을 부인할 수 없다.

논증론자인 피백의 견해와는<sup>53)</sup> 달리 논증론의 특징을 그 문제지향성에서 보다는 오히려 그때그때 기초가 되는 전제들이 주로 “상식”에 의지한다는 점에서 찾는다는 전제하에서,<sup>54)</sup> 또한 기본권해석

49) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 20ff. 참조.

50) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 25f. 참조.

51) Canaris(Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 173)에 따르면 법의 논리적 완결성이 없는 것과 마찬가지로 법의 목적론적 완결성도 존재하지 않는다고 한다.

52) 대표적으로 Larenz, 앞의 책(주 5), S. 489f.; Canaris, 앞의 책(주 5), S. 151ff. 참조.

53) Theodor Vieweg, Topik und Jurisprudenz(1954), 5. Aufl., 1974, 특히 S. 31ff. 참조.

54) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 136ff.

의 모든 문제에 있어서 무엇보다도 기본권의 의미와 기능의 이해를 문제삼고<sup>55)</sup> 이러한 이른바 모든 해석학의 난문제를 “합리적으로 그리고 정의롭게 생각하는 모든 사람들이 합의”하는 헌법이론적 선이해에 따라 해결해야 한다면,<sup>56)</sup> 기본권체계의 문제에 있어서도 논증적 사고를 멀리할 수 없을 것이다. 기본권의 의미와 기능에 대한 선이해는 기본권체계의 관념과 직접적으로 관련되는 것으로 보인다. 따라서 기본권체계를 형성하는 체계적 요소로서 가능한 기본권적-원칙적인 관점들은 헌법으로부터(물론 법규로써 명시된 헌법전상의 조문만으로부터라는 뜻은 아님), 그러나 논증의 방식을 통하여 형성되어야 한다.

#### 다. “개방적” 체계

셋째로, 기본권체계는 (상대적으로) 개방된 체계여야 한다. 카나리스가 전체 법체계에 대하여 한 말, 즉 “구체적 법질서의 의미통일체로서의 체계는 구체적 법질서의 존재양식에도 참여한다. 즉 구체적 법질서와 마찬가지로 체계도 정태적이 아니라 동태적이며, 역사성의 구조를 보여준다. …… 학문적 인식의 미완결성으로서의 개방성에 법질서 자체의 변천가능성으로서의 개방성이 더하여진다. …… 이러한 대상의 특성에 체계개념의 특성이 상응하는 것이고, 계속적으로 변화하는 체계도 계속적으로 변천하는 의미통일체와 마찬가지로 생각할 수 있다”<sup>57)</sup>는 말은 기본적으로 기본권체계에도 적용될 수 있다.

기본권체계의 대상으로서의 기본권은 헌법개정입법자(국회의결과 국민투표)에 의하여 변화될 수 있다. 이는 기본권체계에 바로

---

55) Ehmke, 앞의 글(주 18), S. 70.

56) Ehmke, 앞의 글(주 18), S. 71.

57) Canaris, 앞의 책(주 5), S. 63ff.



영향을 미칠 수 있을 것이다. 기본권해석에 있어서 가치관의 변화는 기본권체계의 변화를 초래할 수 있다. 따라서 기본권체계는 새로운 내용과 발전을 수용할 만큼 충분히 개방적이고 유연하다. 기본권체계는 보충할 능력을 가진다.

헌법 제37조 제1항은 명시적으로 헌법에 열거되지 아니한 “기본권과 동등한” 권리를 인정하고 있다. 이 조항을 통하여 기본권체계가 대상영역에서 이미 개방되어 있음이 헌법적으로 인정되고 있다. 다른 한편, 헌법개정은 쉽게 충족될 수 없는 요건하에서나 가능하다(이른바 경성헌법). 이와 관련하여 고려하지 않으면 안될 것이 기본권체계를 형성하는 요소들과 기본권적 가치들이 쉽사리 시대의 변화에 내맡겨져서는 안된다는 점이다. 왜냐하면 그로 인하여 기본권체계내에 발생하게 될 체계파괴는 궁극적으로 전체법체계의 체계파괴로 이어질 것이기 때문이다. 따라서 헌법상의 근본적인 기본권적 가치결단 내지 기본권의 본질적 내용을 침해하는 헌법개정은 헌법개정의 한계를 넘는 것으로 허용되지 못할 것이다. 체계의 개방성이 체계의 통일성 내부에서만 허용되는 것이나 아닌지 하는 문제가 제기되는 것이며, 이로써 기본권체계의 개방성은 상대적인 것으로 되지 않을 수 없게 된다.

### 3. 기본권체계의 기능·과제

#### 가. 기본권해석에 대한 지도기능

기본권체계는 기본권의 해석을 지도한다. 기본권체계는 기본권의 해석과 구체화를 위한 원칙을 수립하고자 하는 것이며,<sup>58)</sup> 따라서

58) Stern, 앞의 글(주 23), S. 65.

기본권체계는 그러한 기본권관련 원칙들의 연관으로 이루어진다. 개별기본권의 이해에 있어서 기본권체계를 구성하는 원칙들은 해석지침이 될 수 있다. 여기에서 오해를 피하기 위해 덧붙이자면, 기본권이론과 달리 기본권체계는 해석자의 선이해가 불가피한 만큼 그러한 선이해의 영향을 최소화하기 위하여 헌법 그 자체로부터 정당화되는 원칙들에 국한하려고 노력하여야 한다. 기본권도 헌법의 의미전체의 일부분을 구성하므로 기본권의 해석이 헌법의 통일성 및 기본권의 통일성에 합치하여 이루어져야 함은 물론이다.

또한 기본권수범자들은 기본권체계를 형성하는 기본권적-원칙적 관점을 지향하여야 한다. 기본권의 구속을 받는 그들의 행위가 기본권에 대한 지향을 상실하지 않아야 하기 때문이다.

#### 나. 기본권해석에 대한 한계기능

기본권체계는 기본권의 해석에 한계를 그어준다. 기본권규정의 개방성으로 인하여 노출되어 있는 해석자의 이데올로기 투사가능성을 기본권체계가 어느 정도 방지하거나 교정해줄 수 있다. 즉 해석자는 기본권체계를 구성하는 요소들의 종합적 고려 가운데 가능한 것으로 판단되는 해석의 스펙트럼 위에서 움직여야지 그 밖으로 나갈 수는 없다. 체계에 반하는 기본권해석은 허용되지 않기 때문이다.

종래 해석의 한계로 주장되어 온 문구상의 한계(Wortlautgrenze)<sup>59)</sup>는 첫째로 기본권규정 자체가 매우 간결하고 추상적으로 즉 형식

---

59) 예컨대 Hesse, 앞의 책(주 18), Rdnr. 77; Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1984, S. 158ff; ders., Juristische Methodik, 7. Aufl., 1997, S. 341ff.에서는 “문구상의 한계 대신에 규범프로그램의 한계(Normprogramm-grenze)”를 이야기하고 있으나 풀러에게 있어서 규범프로그램은 일반적인 언어사용례상의 - 해석가능한 의미범위를 포괄하는 의미에서의 - 문구(Wortlaut)에 접근하는 것이다.

적으로도 개방적으로 되어 있을 뿐만 아니라 무엇보다도 그 실질적 내용에 있어서조차도 개방되어 있어 실제로 기본권의 의미가 구체화 즉 창조적 형성을 요구한다는 점에 비추어 문구자체에 이미 주어져 있는 어떤 의미적 한계를 확인하는 것 자체가 어렵다는 문제가 있다. 또한, 둘째로 일정한 문구의 이해도 해석자의 언어행위 내지 이해행위 속에서 진행되므로 해석한계로서의 문구적 한계도 언어철학적 문제를 벗어날 수 없다는 점이 지적되어 왔다.<sup>60)</sup> 그에 비추어 기본권체계로부터 유래하는 해석한계는 특정조문의 한정된 문구를 넘어서 그 문구의 콘텍스트로부터의 해석한계를 갖는 것이기 때문에, 보다 설득력이 있으리라고 생각한다.

### III. 현행헌법의 기본권체계

#### 1. 기본권체계의 구성요소

일정한 세계관, 국가관, 헌법관을 지향하는 기본권“이론”은 해석자에 따라서 달라지는 각자의 선이해에 근거하여 어느 한 측면이 절대화될 위험이 있다.<sup>61)</sup> 여기의 기본권“체계”에서 문제삼는 것은 헌법내에 규정된 국가구성원리라든가 실질적 가치결단들을 포함하여 헌법 그 자체로부터 입증되는 기본권관련 원칙들이다. 이러한 구체적인 헌법에 따른 기본권관련 원칙들은 헌법내의 기본권관련

60) 이 점에 관하여는 Otto Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, 1988, S. 38ff. 참조.

61) Klaus Stern, Verfassungsrechtliche wider “ideologische” Deutung der Grundrechte, in: Institut der deutschen Wirtschaft(Hrsg.), Wirtschaftliche Entwicklungslinien und gesellschaftlicher Wandel, 1983, S. 61ff.(82).

텍스트들로부터 헌법의 통일성의 관점에서 형성되는 것이다.

기본권체계는 헌법입법자(제정자와 개정자)가 내린 원칙적인 결단, 결국 국민이 자신의 기본권이해에 따라 헌법에 표현하고 있는 원칙적 결단들로 구성되어야 하는 바, 그러한 원칙적인 결단들은 전체 헌법텍스트(특히 기본권관련텍스트)로부터 정당화될 수 있는 것이어야 한다. 이러한 원칙적 결단들을 (기본권)체계구성적 요소라 부를 수 있을 것이다.<sup>62)</sup>

기본권체계를 형성하는 체계구성적 요소를 여기에서 빠짐없이 즉 완결적으로 열거할 수는 없을 것이다. 무엇보다도 개방적 체계로서의 기본권체계 자체의 개방성·변천가능성이 그와 같은 폐쇄적 태도를 허용하지 않을 것이다. 우리 헌법이 기본권과 관련하여 내리고 있는 원칙적 결단들로서는 아마도 다음과 같은 것을 들 수 있을 것이다.

첫째, 기본권의 연원으로서, 뿌리로서 자연법적-인권적 요소(아래 2.),

둘째, 기본권이 인간 내지 국민과 국가의 관계에 관한 헌법의 원칙적 결단을 나타내므로 기본권을 이해하기 위한 지도이념적요소로서 헌법상 규정된 인간관과 국가관(아래 3.),

셋째, 기본권이 개인의 주관적 이익을 국가로부터 보호하는 방어적 권리라는 점과 더불어 그 이상의 객관적 헌법규정으로로서의 성격을 공유하는 지에 관한 보장내용적 요소(아래 4.),

넷째, 기본권이 국가권력(내지 사인)을 구속하고 경우에 따라서는 사법적 구제수단을 통하여 관철될 수 있는가에 관한 효력적 요소(아래 5.)가 그것이다. 아래에서 이들 요소들을 개관하기로 한다.

---

62) 카나리스와 슈테른은 이들을 體系支持的 요소(systemtragende Elemente)라고 불렀다. Canaris, 앞의 책(주 5), S. 46ff.; Stern, 앞의 글(주 23), S. 66f. Stern은 체계지지적 요소(systemtragende Elemente)와 체계형성적 요소(systembildende Elemente)를 구분한다. 이렇게 두 요소로 나누는 것은 큰 실익이 없다고 생각된다.

## 2. 기본권의 자연법적-인권적 요소

가. 기본권에 관한 이른바 자연권설과 실정권설의 대립의 문제점

기본권의 자연법적-인권적 요소를 살피기 전에 우선 학술상 기본권 자체가 자연권이나 실정권이나 하는 논쟁이 있음에 주목하지 않을 수 없다. 그러나 한국 헌법학에 있어서 기본권의 법적 성격을 둘러싸고 자연권설과 실정권설이 대립하고 있는 것은 이해하기 어렵다.

첫째, 자연권이란 결국 그 효력의 근거를 자연법에 두고 있는 권리라고 밖에는 볼 수 없는데 이러한 권리는 “인권”이라는 용어로 불리우는 것이 통례이며, 실정법에 그 효력의 근거를 두고 있는 권리라면 “기본권”이라고 부르는 것이 또한 헌법학의 일반적인 언어 사용례이다. 즉 인권이라는 용어는 본래 전국가성, 초실정성을 특징으로 하는데 반해서 기본권이라는 용어는 국가내적 실정적인 권리를 가리키는 용어이다.<sup>63)</sup> 따라서 표현을 엄격히 사용하자면 “기본권”의 “자연권성”이라는 결합은 형용모순(*contradictio in adjecto*)에 지나지 않을 것이다. 기본권을 두고 자연권이나 실정권이나 하는 식의 논의를 하고 있는 한국헌법학에 있어서 무엇보다도 기본권개념에 대한 충분한 이해가 결여된 것이 아닌가 의심할 여지도 있다.

둘째, 기본권을 인권과 기본권을 포괄하는 강학상의 용어로 편의적으로 이해하여 위의 모순을 일단 문제삼지 않는다고 하더라도, 기본권이 별다른 구분없이 “자연권적 성질”을 가지는 것인지 여부

63) 인권과 기본권이라는 용어의 개념구분, 상호관계, 기본권개념의 헌법전대 수용의 역사적 배경 및 한국헌법상 기본권개념의 사용례에 대하여 자세한 것은 김선택, 기본권의 개념, 법정교시 1998.6., 7쪽 이하 참조.

가 다투어짐으로써, ‘본래 그 성격상 자연법적으로 효력이 인정되(어야 하)는 것으로서 인권의 성격을 가지고 있는 기본권’과 ‘실정헌법에 의하여 비로소 규정됨으로써 그 효력이 인정되어 인권성을 결여하는 순수하게 실정적인 효력만이 인정되는 기본권’의 구분이 모호하게 되어 강학상으로도 채택하기 곤란한 논의가 아닐 수 없다.

셋째, 자연법상의 효력 인정이란 법실무와 무관하게 관념적으로 인정하는데 불과한 것으로서 그러한 한에 있어서는 그 효력이 미치는 내용이 아직 명확하지 아니하고, 재판에 원용하는데 있어서 적지 않은 어려움이 있을 것으로 사료되는 바, 이미 실정헌법으로 수용되어 실정적 효력을 부여받아 의심없이 재판규범으로 적용되고 있는 기본권에 대하여 이른바 “자연권성”을 구태여 논하는 실익이 불분명하다고 아니할 수 없다.

여기에서는 한국헌법상의 기본권의 체계적 이해를 위하여 기존의 자연권설과 실정권설을 비판적으로 검토한 후, (i) 기본권의 자연법적 연원과 (ii) 기본권에 내포된 자연법적 요소가 기본권해석 및 기본권실무에 있어서 어떻게 작용할 수 있는 지 살펴보기로 한다.

#### 나. 자유권에의 한정

만약 기본권의 자연법성 또는 실정성에 관한 논의를 한다 하더라도 이는 자유권(평등권 포함)에만 관계된다는 것을 우선 지적하여야 한다. 국가를 전제로 하여 보장되는 사회적 기본권과 관련하여 그 자연법적 성격을 논할 수는 없을 것이기 때문이다.

#### 다. 이른바 자연권설의 근거와 비판

##### (1) 헌법적 근거

기본권이 자연권이라는 주장은 헌법 제10조 제1문(“인간으로서의 존엄과 가치”, “행복을 추구할 권리”), 제2문(“불가침의 … 인권을 확인하고”), 제37조 제1항(“국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로”), 제2항(“자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다”)을 주요한 헌법적 근거로 제시한다.

## (2) 내용

자연권설도 그들에 의하여 자연권적인 것으로 간주되는 기본권이 전적으로 제한불가능한 것이라고 하지는 않는다. 그리하여 자연권설은 다시 두 종류, 즉 절대적 자연권설과 상대적 자연권설로 나누어 부를 수 있겠다. 절대적 자연권설이라면 자유권이 헌법제정권력까지도 구속하는 것으로서 입법을 구속하며 따라서 법률로써는 제한할 수 없는 것이라고 말할 수 있을 것이다. 그러나 우리 나라에서 주장되고 있는 상대적 자연권설은 기본권은 자연권이기는 하지만, 공동체유보하에 놓이는 상대적인 권리라고 주장한다.<sup>64)</sup>

## (3) 비판

첫째, “상대적 자연권”이라는 개념 자체를 곧바로 이해하기 어렵다. “상대적인 자연적” 권리가 제한될 수 있다고 말한다면, 이러한 이론과 실정권설 사이에 무슨 차이가 있는가 하는 문제를 제기하지 않을 수 없다. 이러한 개념의 사용만으로도 자연적인 권리가 헌법에 실정화됨으로써 자연권의 개념 내지 인권의 권위가 상대화되기만 하는 것으로 나쁜 인상을 유발하는 면이 있다. 그러나 인권이 헌법내에 기본권으로서 실정화되는 것은 그 효력의 관철을 위하여 대단히 중요한 전기가 되는 것이다. 따라서 인권과 기본권을 가치

64) 대표적으로 김철수, 헌법학개론, 제11전정신판, 1999, 433쪽: “생각건대 천부인권인 자유권이 헌법과 법률에 의하여 제한될 수 있다는 사실에서 자유권이 실정법상의 권리라고는 확정할 수 없을 것이며, 또 자연권도 실정헌법에 화체됨으로써 다소 상대화될 수 있으므로 자유권은 자연권으로 보되 상대적인 권리라고 보는 설이 타당할 것이다.”

의 절대화, 상대화로 오해하게 하는 것은 문제가 있다.

둘째, 이른바 자연권설에서 제기하는 “기본권은 실정권이 아니라 자연권”이라는 명제는 오해에서 비롯된 것이 아닌가 의심하지 않을 수 없다. 기본권이 자연법에 속하는 것인가 아니면 실정법에 속하는 것인가 하는 문제는 1948년 헌법제정과 동시에 또한 그 이래로 실정법적으로 결정이 난 문제인 것이다. 기본권(규정)이 - 주관적 권리가 도출되는 - 실정적 헌법규범이라고 하는 점을 부인할 수 없다면, 기본권은 객관적 (헌)법으로서든 주관적 권리로서든 실정적일 수밖에 없는 것이다. 자연권설에서 제기하는 문제를 그 본래의 의도와 상관 없이 이해가능하게 만들려면 다음과 같이 문제가 제기되어야 할 것이다: 실정적인 기본권(규정)은 오로지 자연법적인, 다시 말해서 인권적인 내용만을 가지는가 아니면 그를 넘어서 그밖에 순수하게 실정법적인 내용도 가지는가? 달리 말하자면, 기본권은 자연법적 내용을 포함하는 실정적 권리인가? 기본권의 자연법성 또는 실정성이라는 문제는 기본권의 실정권성을 인정하는 가운데서도 논의될 수 있다. 이 경우 실정적 권리의 내재적 법적 성격, 즉 동일한 (실정법적) 권리의 자연법성과 실정법성이 문제된다. 실정적인 객관적 (헌)법과 그로부터 도출되는 실정적인 주관적 권리 그 자체 속에 실정법적인 요소 뿐만 아니라 자연법적인 요소가 내포될 수 있다. 그러나 이러한 사실이 그것이 실정(법)적 권리라는 점을 변경시키지는 않는다. 이러한 의미에서 이른바 자연권설은 실정적 권리에 내재하는 한 요소 - 즉 자연법성 - 를 권리 자체의 자연법성과 혼동한 것으로 보인다.

셋째, 만약 자연권설이 기본권의 자연법적 성격만을 고집하고 그 실정성 자체를 부인하려고 하는 것이라면 자연권설에 결코 동의할 수 없다. 자연법적 인권의 실정화, 즉 기본권의 형식으로 그것을



실정헌법에 규정한 것은 18세기 말 인류의 위대한 업적에 속하는 것임은 주지의 사실이다. 따라서 기본권의 실정성을 거부한다면 이는 18세기말 이전으로 퇴보하자는 것과 마찬가지로이다. 한국이 성숙한 법문화의 전통을 가지고 있지 못하다는 점을 고려한다면, 기본권의 실정성은 한국민들에게 있어서 권리를 더 이상 추상적으로 - 이념적으로 - 만이 아니라 구체적으로도 사유할 기회를 주는 것이다. 왜냐하면 기본권의 실정성은 기본권의 법원(法源)을 분명히 하여 주며 그 효력을 확실하게 보증해 주는 것이다. 그래서 권리의 실정적 법적 효력이 권리의 관철가능성의 기초라고 말하는 것이다.

넷째, 자연권설이 근거로 들고 있는 헌법조항들을 고찰해 보자. 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질내용침해금지 는 법률에 의한 기본권제한을 전제로 한 제도이기 때문에, 역시 기본권의 실정성을 전제하지 아니하고서는 생각할 수 없는 것이다. 반면에 헌법 제10조 제1문, 제2문과 제37조 제1항은 자연법적-인권적 관념에 뿌리를 두고 있음이 기본권발전사에 비추어 보나 문구상으로도 분명하다. 그러나 그렇다고 해서 이러한 사실이 자유권이 그 자체 (실정)헌법속에서조차 자연권으로 남아있다는 것을 정당화해주는 것은 아니다. 여기에서 두 가지 점을 분명히 하여야 한다. 우선, 자연법적-인권적 관념에 뿌리를 두고 있는 기본권들이 헌법 제10조와 제37조 제1항에 국한되지 않는다는 점이다. 오히려 전체 자유권영역, 따라서 모든 자유권적 기본권들이 자연법적 사고 아래에 놓일 수 있다. 따라서 위 헌법조항은 다만 예시적일 뿐이다. 다음, 이러한 자연법적 연원을 가지는 자유권들이 실정화됨으로써 그들이 자연법적 관념의 세계로부터 법-실무의 세계로 옮겨지게 된다는 점이다. 자연법적-인권적 내용을 가지는 것들을 포함하여 기본권들은 기본권학의 실무적·해석학적 과제의 대상이 된다. 이러한 측면에서 법률가

들은 가능한 한 그들이 실질적 효력을 가지게끔 해석하여야 한다. 물론 그 과정에서 그들이 가지는 자연법적-인권적 요소가 특히 고려되어야 한다는 점을 간과해서는 안 되겠지만 말이다.

## 라. 이른바 실정권설에 대한 비판

### (1) 내용

다른 한편, 이른바 기본권의 실정권설에도 동의할 수 없다. 이 학설을 주장하였던 박일경교수는 “자유권이라 함은 법률 또는 헌법에 의하지 아니하고는 제한되지 않는 인간의 자유를 말하는 바, 헌법 또는 법률이 국가의 실정법인 이상 그들에 의하여서만 제한될 수 있는 자유를 의미하는 자유권 역시 실정법상의 권리일 수밖에 없다.”<sup>65)</sup>고 하고 “생각건대 포괄적 자유권의 개념은 …… 행정권에 의한 개인의 자유의 침해가 국회의 의결을 거친 법률의 근거 밑에서만 가능하다는 원칙, 바꾸어 말하면 개인의 일체의 자유는 최소한의 법률에 의하여서만 제한할 수 있다는 원칙이 있는 경우에만 성립할 수 있으며, 이 경우에는 입헌국가에서의 법치국가(Rechtsstaat)의 원칙은 곧 법률국가(Gesetzesstaat)의 원칙이 된다.”<sup>66)</sup>고 주장하였다.

### (2) 비판

박교수는 법의 형식을 절대시켰던 고전적 법실증주의에 가담하였음이 분명하다. 그를 “법률의 테두리내에서의 기본권”이라는 명제를 따르는 법률실증주의자라고 부를 수 있을 것이다. 그러나 자유권이 실정법 조문화한다고 하더라도 그 자유권의 자연법적 요소를 무시할 수는 없다. 기본권이 개별법률에 의하여 제한될 수 있다

65) 박일경, 제6공화국 헌법, 1990, 242쪽.

66) 박일경, 앞의 책(주 65), 245쪽.

는 사실만으로 그들이 이미 자연법적 성격을 상실한다고 말할 수는 없을 터이다. 이러한 맥락에서 박교수는 자연권의 자연법적 존재성과 실정법적 권리로서의 기본권의 자연법적 요소를 혼동한 것으로 보인다. 또한 실정권인 기본권의 자연법적 요소들은 기본권제한법률, 나아가 입법자 자체에 대하여 한계를 설정할 수 있으며, 이러한 한계를 넘는 입법의 경우 헌법위반, 즉 실정법위반이 된다는 사실을 인식했어야 했을 것이다. 따라서 기본권이 관철되는 실질적 법치국가, 즉 헌법국가는 더 이상 입법만능의 법률국가라고 불리워져서는 안되는 것이다.

#### 마. 기본권의 자연법적-인권적 요소

##### (1) 성질의 측면-자연법적-인권적 연원(淵源)과 자연법적 성격의 영향

그러나 한국헌법에 있어서도 위에서 본 것처럼 기본권 가운데 특히 자유권(평등권 포함)은 - 인간의 존엄성이라든가 행복추구권만이 아니라 - 본래 실정(현)법에의 규정 여하를 막론하고 존중되어야 하는 내용으로 되어 있음에는 이견이 없을 것이다. 따라서 이러한 기본권에 대하여는 일응 헌법이전적인 내지 국가이전적인 의미에서 자연법적 권리로서의 효력을 인정할 수 있다. 그런데 이러한 권리들이 실정헌법에 수용·규정되면 어떻게 되는가?

첫째, 이로써 자연법에 뿌리를 두고 있는 이들 권리들이 본래 가지고 있던 자연법적 성격을 상실하지는 않을 것이다. 자연법적 성격 내지 자연법적 효력이란 원래 실정법에 규정되었건 말았건, 심지어는 실정법이란 존재 자체가 있던 없던 관계없이 그 내용에 따라서 인정여부가 정해지는 것이기 때문에 권리의 실정화에 따라 그 권리의 자연법적 성격이 유지되는 지 여부를 논의하는 것 자체

가 무의미하다.

둘째, 그러나 권리의 실정화는 그 권리에 있어서 대단히 중요한 변화를 야기한다. 즉 실정화된 - 그 전에도 자연법적으로 인정되었고 실정화 후에도 여전히 자연법적으로 인정되는 - 권리는 자연법적 성격에 더하여 실정법적 성격을 추가로 갖게 되는 것이다. 권리가 실정(법)성을 갖게 됨으로써 당해 권리는 실정법에 정하여진 요건의 구체화를 통하여 그 보장범위가 명확하여 지고 법원에 대하여 재판규범으로서의 원용이 강제된다. 권리가 추상과 이념의 세계로부터 구체적인 법실무의 세계로 명확하게 이전하였음이 실정화를 통하여 보증되는 것이다. 그렇기 때문에 심지어 자연법적인 인권과 실정법적인 기본권 사이에서 법학적으로 보아 더 의미있는 것은 기본권이라고 보게 되는 것이다.<sup>67)</sup> 따라서 “실정화된 자연법적 권리”라고 부르기 보다는 오히려 “실정법적 권리로서 자연법적 성격을 가진 것”이라고 부르는 것이 그 권리의 행사와 실현에 유리할 것이다. 결론적으로 말해서 자유권영역에 있어서 자연법성과 실정법성은 그 권리의 동시적 성격이지 어느 한쪽으로 결정해야 할 양자택일의 문제는 아니다.

이와 같은 실정화에서 오는 利點 이외에 기본권(일부)이 여전히 자연법적 성격을 가진다는 점이 기본권해석에 미치는 영향을 간과해서는 안된다. 우리 헌법이 제10조에서 개인이 가지는 “불가침의” 기본적 “인권”을 강조하고 제37조 제1항에서 국민의 자유와 권리는 헌법전에 남김없이 열거될 수 없음을 인정한 것은 자연법의 세계에 머무르고 있는 인권을 곧바로 재판규범으로 인정한다는 취지

---

67) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 44f: “법적으로는 기본권이, 철학적으로는 인권이 중요하다. 따라서 인권을 기본권 보다 더 가치있는 것으로 간주하는 것은 금지된다. 그 반대이다. 즉 기본권성이 없는 인권은 대체로 유효성을 결여한다.”

라기 보다는 헌법에 실정적으로 보장된 기본권관련 법실무의 방향을 지시하는 것이라 하겠다. 기본권을 이해함에 있어서 - 특히 자연법적 성격을 공유하는 자유권영역에 있어서 - 제도화된 틀 내에 제약된 행동양식으로가 아니라 생래적인 일반적 자유의 발현으로서 원칙적으로 무제한한 것으로서 파악하고 그에 대하여 제약을 가하는 입법이 원칙적으로 한계가 있는 것으로 전제해야 할 것이다.

## (2) 내용의 측면 - 자연법적-인권적 요소

기본권, 특히 자유권영역에 속하는 기본권의 경우 그 내용 가운데 자연법적-인권적인 요소를 포함하고 있는 것이 보통이다. 이러한 내용은 헌법 제37조 제2항이 입법자로부터도 방어하고자 하는 “본질적 내용”에 원칙적으로 해당한다.<sup>68)</sup> 기본권의 해석에 있어서 개별기본권에 포섭될 수 있는 행위유형들을 잘 검토하고 그 중 핵심에 관하여 권리주체의 인격과의 관련성을 따져서 특별히 가중된 보호를 해야 할 임무가 해석자에게 맡겨진다는 점을 유의해야 한다.

## 3. 기본권의 지도이념적 요소-헌법의 인간관과 국가관

### 가. 기본권이해를 지도하는 이념

기본권은 “인간 대 국가(the man vs. the state)”라는 기본적인 문제에서 출발하는 것이고, “인간과 그의 공동체에 관한 철학의 법적 침전물”<sup>69)</sup>이기 때문에 헌법이 그 국민으로서의 인간에 대하여,

68) 물론 기본권의 본질적 내용과 자연법적-인권적 내용이 동치될 수 없음은 모든 기본권이 자연법적-인권적 내용을 가지고 있지 않다는 사실과 그러함에도 모든 기본권이 본질적 내용을 결할 수 없다는 사실로부터 분명해진다.

69) Klaus Stern, Die Stellung des Individuums in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: Göttinger Arbeitskreis(Hrsg.), Politische Systeme in Deutschland, 1980, S. 75.

그리고 그 규율대상인 국가에 대하여 가지고 있는 지도이념은 기본권체계를 이해하는데 중요한 구성요소가 된다.

#### 나. 헌법의 인간관(인간상, Menschenbild)

헌법 제10조에 규정된 인간으로서의 존엄과 가치 조항에서 우리 헌법의 반진체주의적 성격과 더불어 개인주의와 집단주의의 중간선으로서 인격주의(Personalismus)적 경향을 인식할 수 있다는 데 우리 학설·판례상 별 이견이 없다. 따라서 우리 헌법이 추구하는 인간상도 독일연방헌법재판소가 1954년 7월 20일의 판결에서 밝힌 “고립된 절대적 개인이 아니라, 개인과 공동체의 긴장 가운데서 - 인격의 고유가치에 대한 손상 없이 - 인격의 공동체관련성과 공동체구속성의 의미로 결단”<sup>70)</sup>하여 “공동체구속적인 개인이라는 인간상”에 합치된다고 보고 있다. 우리 헌법재판소도 우리 헌법의 인간상을 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체안에서 자신의 책임하에 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주 시민 …… 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민”으로 보고 있다.<sup>71)</sup>

우리 헌법은 한편으로는 제10조 제1문(“인간으로서의 존엄과 가치”), 제2문(“개인이 가지는 불가침의 기본적 인권”), 제32조 제3항(근로조건의 기본으로서의 “인간의 존엄성”), 제36조 제1항(혼인과 가족생활에 있어서 “개인의 존엄”)에서 분명하듯이 기본권의 개인주의적 경향을 나타내고 있다.

다른 한편으로는, 개인의 공동체관련성을 강조하고 있기도 하다. 첫째로 제37조 제2항에 따르면 국민의 “모든 자유와 권리는” “국가

70) BVerfGE 4, 7(15f.).

71) 헌재 1998.5.28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555.

안전보장, 질서유지, 공공복리”를 위하여 제한될 수 있다. 제23조 제2항에서도 “공공복리”를 재산권행사시의 의무로 규정하고 있고 동조 제3항은 “공공필요”를 재산권제한의 근거사유로 규정하고 있다. 둘째로, 헌법 제2장 기본권장의 제목을 국민의 권리와 “의무”로 붙이고 있고, 제38조(납세의 ”의무”), 제39조(국방의 “의무”)도 국민의 “의무”를 규정하고 있다. 셋째로, 헌법전문에서부터 벌써 국민의 자유와 권리만을 언급하는 것이 아니라 그에 따르는 “책임과 의무”를 강조하고 있다. 넷째로, 역사적으로 보아 사회적 기본권목록의 점진적인 증가를 통하여 우리 헌법이 “역사적으로 보아 유럽적 개념”인 “개인”에게로만 지향되어 있다고 보기는 어렵다.

#### 다. 헌법의 국가관(국가상, Staatsbild)

우리 헌법은 국가의 형태를 명시한 규정을 가지고 있다 : 즉 헌법 제1조 제1항에서 대한민국을 민주공화국으로 규정하고 있다. 여기에서 두 가지 국가구성원리가 도출되는 바, 공화국(헌법 제1조 제1항, 제67조 제1항, 제70조)과 민주주의(헌법 제1조 제1항, 제42조, 제67조)가 그것이다.

민주주의의 구체적 형태와 관련해서는 “자유민주적 기본질서”(헌법 전문, 제4조), “민주적 기본질서”(제8조 제4항)가 규정되어 있어 가치구속적 민주주의를 국가의 핵심적 구성원리로 볼 수 있다.

헌법에 문구 그대로 명시되어 있지는 않으나 기본권조항(헌법 제10조부터 제37조 제1항까지)과 권력분립규정(제40조, 제66조, 제101조 제1항)으로부터 법치국가성이, 광범한 사회적 기본권목록(제30조부터 제36조까지)으로부터 사회국가성이, 헌법 제9조로부터 문화국가성이 도출되는 것으로 이해하는데 별다른 이견이 없다.

라. 지도이념이 기본권 이해에 미치는 영향

우리 헌법상의 기본권이 그 출발점으로 삼고 있는 인간관은 개인(Individuum)과 공동체(Gemeinschaft)의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체(Person)이고, 국가관은 개인의 자유에 초점이 있는 자유민주적 법치국가(freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat)이면서 동시에 동료인간들(Mitmenschen)에 대한 배려에 초점이 있는 사회국가(Sozialstaat-문화국가 포함)이다.

따라서 우리 헌법상의 기본권을 해석함에 있어서 개인절대주의적 또는 국가절대주의적 편향은 허용되지 않으며, 따라서 예컨대 “의심이 있을 때에는 자유에 유리하게(in dubio pro libertate)”라는 개인우선의 명제가 일반적 해석원칙으로 무조건 정당화될 수는 없다. “개인의 이익과 공동체의 이익이 균형을 잡도록” 기본권이 해석되어야 한다. 법치국가적 측면을 앞세워 사회적 약자의 사정을 고려하지 아니하는 기본권주장이 허용될 수 없으며, 사회국가적 측면에 의한 보정이 기본권차원에서 이루어져야 한다. “사회적 약자에게 - 어쨌든 부분적으로나마 - 유리한 방향으로” 기본권해석이 이루어져야 한다.

위에서 살펴본 것처럼 독일헌법상의 자유권이 사회국가적 필요에 의해 사회권적 내용을 가진 것으로 변질 해석됨으로써 사회국가적 기본권이론이라는 기본권해석방향이 도출된 바 있으나, 우리 헌법상으로는 사회문제(soziale Frage)가 독일에서처럼 ‘사회적’ 법치국가(‘sozialer’ Rechtsstaat)라는 헌법규정을 통하여 규율되고 기본권규정은 거의 고전적 자유권들로만 목록화되어 있는 것이 아니라 그에서 더 나아가 수다한 사회적 기본권들(soziale Grundrechte)이 목록화되어 있으므로 사회국가적 방향의 기본권이해가 헌법전



에서 이미 요청되고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

#### 4. 기본권의 보장내용적 요소- 주관성과 객관성

주지하다시피 헌법규정은 여러 가지 유형으로 나뉘어진다. 프로그램규정, 국가목표규정, 헌법위임 내지는 입법위임규정, 제도보장규정, 주관적 권리규정이 그것이다. 기본권규정은 어떠한 유형의 규정유형에 속하는 것인가? 우리 헌법은 특히 그 기본권 목록 가운데 주관적 권리의 성격이 부여되기 어려운 (기본권적) 규정들을 포함하고 있다. 따라서 어떠한 기본권규정이 어떠한 성격, 특히 주관적 권리성을 포함하고 있는지는 일반적으로 대답할 수 있는 문제가 아니고 개별기본권규정 마다 별개로 따져보아야 할 문제이다.

어쨌든 우리 헌법은 그 규정양식상 주관성을 인식할 수 있도록 기본권을 규정하고 있고(“…… 할 권리를 가진다” 내지 “…… 자유를 가진다”), 헌법 제27조 제1항에 재판청구권, 제111조 제1항 제5호에 헌법소원심판청구권을 제도화하여 사법적 구제를 받도록 하고 있으므로 주관적 권리성을 널리 인정하는 쪽으로 기본권을 해석하여야 할 것이다.

기본권조항으로부터 주관적 권리와 더불어 어떤 다른 내용의 도출도 가능할 것인가가 독일 헌법학계에서는 “기본권의 양면성”· “기본권의 2중성” 이라는 이름하에 꾸준히 논의되어 왔고 현재는 학설· 판례상 정착단계에 와 있다.<sup>72)</sup> 기본권도 헌법규정으로서 객관적 법규임을 부인할 수 없을 것인데, 그로부터 어떤 개인에게 주관적 권리가 부여되는 것만으로 내용이 소진되어야 할 필연적인

72) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989 참조.

이유는 없을 것이다. 주관적 권리가 도출되는 외에 어떤 내용이 도출되는 경우 그것들을 객관적 법(규정)으로서의 기본권(규정)의 내용으로서 “객관적-법적 내용”<sup>73)</sup>이라고 부르는 것도 좋을 것이다. 우리 헌법상의 기본권규정으로부터 헌법재판소가 제도보장이라든가 보호의무<sup>74)</sup>를 도출하고 있는 것은 이와 같은 객관적-법적 내용을 우리 헌법상의 기본권이 가지고 있음을 전제하고 있음을 보여주고 있다. 어떠한 내용으로 어디까지 객관적-법적 내용으로서 도출될 수 있을 지에 대해서는 아직 분명하지 않으나 방향은 제대로 설정되어 있는 것으로 보인다.<sup>75)</sup>

## 5. 기본권의 효력적 요소-직접적 구속력과 관철가능성

### 가. 효력(구속력)

우리 헌법은 독일헌법 제1조 제3항(“이하의 기본권은 직접 효력 있는 법으로서 입법, 집행권, 사법을 구속한다”)과 같이 객관적

73) Stern의 용어이다. Stern, 앞의 책(주 67), S. 888ff. 참조.

74) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90.

75) 국내 일부 학설이 기본권의 2중성 내지 기본권의 원칙규범성을 부인하고 있는데, 이는 아마도 주관적 권리라는 기본권규정의 내용을 기본권규정 자체와 혼동하는데서 온 오해 때문이 아닌가 한다. 예컨대 김철수, 앞의 책(주 64), 250쪽: “생각건대 기본권을 주관적 공권인 동시에 객관적 질서라고 보는 견해는 기본권의 주관적 공권으로서의 성격을 약화시키고 기본권과 제도보장과의 구별을 불명료하게 할 우려가 있다. 기본권 자체는 자연권이나 이것이 실정헌법에 규정됨으로써 실정권이 되고 실정헌법규범이 객관적 규범으로서 국가권력을 구속하는 것이기에 권리와 질서의 2분법에 따라 권리적 성격을 강조하는 부정설이 옳다. 객관적 질서규정으로서의 제도보장과 원칙규정들을 들 수 있을 것이다.” 하나의 동일한 기본권규정으로부터, 예컨대 헌법 제23조의 재산권규정으로부터 사유재산권이라는 주관적 권리로서의 내용과 더불어 사유재산제도의 보장이라는 제도보장(즉 객관적 법적 내용)이 동시에 나올 수 있으며, 헌법 제11조 평등권규정으로부터 평등권이라는 주관적 권리로서의 내용과 더불어 일반적 평등원칙이라는 원칙규정(즉 객관적 법적 내용)이 동시에 나올 수 있다는 것을 생각해보라. 기본권의 2중성이란 주관적 권리로서의 기본권의 2중성으로 오해되어서는 아니되고 객관적 헌법규정인 기본권규정으로부터 도출될 수 있는 내용의 2중성을 가리킨다는 점을 인식해야 할 것이다.

(헌)법으로서의 기본권의 직접적 효력을 명시적으로 인정하는 규정을 두고 있지는 아니하다. 그 대신에 제10조 제2문은 국가에 대하여 기본권을 보장하여야 할 일반적인 의무를 부과하고 있다. 여기에서 기본권의 대국가적 효력을 인정하는 것이 학설·판례의 일반적인 입장이다.

헌법 제10조 제2문의 “기본적 인권”은 “국민의 자유와 권리”와 마찬가지로 “기본권”의 헌법적 용례의 하나로 볼 수 있다. 제10조 제2문의 “국가”는 모든 국가적 기능영역을 포섭하는 총괄개념으로 이해될 수 있다. 그렇게 보면 헌법 제10조 제2문에 따른 국가의 일반적인 기본권보장의무로부터 국가가 자신의 모든 권력을 모든 경우에 있어서 언제나 기본권구속적으로 행사하여야 한다는 점을 확인할 수 있다. 결국 제10조 제2문은 흠결없는 기본권보호의무를 국가에 지우고 있는 것이다.

#### 나. 관철가능성 - 사법적 구제수단의 부여

우리 헌법은 독일 헌법 제19조 제4항(“공권력에 의하여 자신의 기본권을 침해당한 자는 누구든지 그에게 권리구제절차가 열려있다. 별도의 관할이 정하여져 있지 않은 경우에는 통상의 권리구제절차가 인정된다 …”)과 같은 특별히 공권력에 의한 기본권침해를 대상으로 한 통상적 권리구제절차를 규정하고 있지는 아니하다. 그 대신에 헌법 제27조 제1항은 모든 국민에게 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률이 정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 여기에서 법원에 의한 권리구제를 구할 일반적인 소송기본권, 일반적인 사법행위청구를 위한 근거, 재판제도의 제도적 보장 등을 찾아볼 수 있다.<sup>76)</sup>

76) 이러한 사법적 권리구제의 보장에 관하여 자세한 것은 김선택, 사법적 권리구제의 헌법적

헌법 제27조 제1항의 재판청구권의 ‘재판’의 의미에 헌법재판도 포함되는가? 헌법재판을 통한 사법적 구제의 예외적·보충적 성격 때문에 부정되어야 할 것이다. 따라서 헌법재판소에 제소하기 위하여는 별도의 법적 근거를 요한다고 할 것이다. 헌법 제111조 제1항 제5호는 헌법재판소법 제68조 이하와 더불어 기본권침해의 경우 특히 적용되는 예외적인 사법적 구제수단으로서 헌법소원심판(청구권)을 규정하고 있다. 헌법은 법률이 정하는 헌법소원이라고 규정하여, 상세한 것을 법률로 정하도록 위임하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 재판을 제외한 모든 공권력의 행사·불행사에 의하여 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우 피해 당사자가 다른 법률에 정한 구제절차를 경로한 다음 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하도록 구체화하고 있다. 따라서 우리 헌법상 주관적 권리의 주관적 구제절차는 통상적인 경우 일반사법법원에 의하여, 특별한 경우에 헌법재판소에 의하여 부여된다고 볼 수 있다.

#### IV. 결론

기본권규정은 주지하다시피 헌법의 특성의 하나인 개방성이 가장 두드러지는 영역이다. 즉 기본권으로서 명시되는 규정의 범위도 그때그때의 역사적 상황에 비추어 특별한 보호의의가 있는 사항에 국한되고, 규정의 양식에 있어서도 일반추상적인 문구를 사용하여 문구자체의 의미 자체가 일의적이 아닐 뿐더러 그 내용도 실질적

---

보장 - 재판청구권을 중심으로 -, 법실천의 제문제, 동천 김인섭변호사 화갑기념논문집, 1996, 27쪽 이하; 장석조, 공정한 재판을 받을 권리 - 법적 청문 청구권을 중심으로 -, 재판자료 제76집, 헌법문제와 재판[중], 1997, 489쪽 이하 ; 장석조, 사법행위청구권 - 재판을 받을 권리 -, 안암법학 제6호, 1998, 299쪽 이하 참조.

으로 결정되어 있기 보다는 형식적 타협규정(Formelkompromiß)에 그치는 경우가 많아 이른바 가치충족이 요구되는 개념으로서 그때 그때 창조적으로 의미를 형성하여야 하는 것이다. 따라서 기본권의 해석은 해석자의 주관 내지 선입견이 개입될 여지가 큰 범영역이다. 그러다 보니 해석자 내지 법관의 자의를 통제할 수 있는 모종의 기준이 필요하게 된다. 독일에서 제안된 이른바 기본권이론은 그에 대한 한 대답이다. 그러나 이른바 기본권이론은 기본권과 직접 관련되는 헌법텍스트를 넘어서 헌법이론적 정향을 나타냄으로써 해석자의 선이해의 영향에서 자유롭지 못하다는 한계를 드러내고 있다. 여기에서 구체적 헌법의 내용으로써 정당화되는 기준을 수립할 새로운 필요가 등장하고 있고 이에 대한 대답으로서 기본권체계가 구상되었다.

기본권체계는 기본권규정 상호간의 유기적 관련성, 헌법에 열거되지 아니한 권리 내지 새로운 권리의 기본권적 포섭의 필요를 충족시키기 위한 “외적 체계”의 구상과는 다른 차원의 것이다. 기본권체계는 기본권일반의 해석을 위한 지침을 제공할 수 있도록 내적 체계, 즉 기본권규정 전체를 관통하는 일관된 내적 질서, 기본권 일반에 대한 통일된 가치평가를 가능케하는 헌법내재적 논리를 형성하는 기본권적-원칙적 결단의 연관을 찾는 것이다.

우리 헌법의 기본권규정으로부터 얻어지는 기본권체계의 구성요소로서 첫째, 기본권의 자연법적-인권적 요소, 둘째, 개인의 고유가치와 공동체가치의 공동존중 및 법치국가와 사회국가의 결합을 나타내는 지도이념적 요소, 셋째, 주관적 권리성을 중심으로 하되 객관적 헌법규범성으로부터 도출되는 객관적-법적 내용의 가능성을 인정하는 보장내용적 요소, 넷째, 직접 효력을 가지는 법규정으로서는 국가를 구속(사인간에도 간접적 구속)하며 사법적 관철수단이

부여되어 있어 사법적 구제를 받을 수 있는 법적 권리라는 효력적 요소를 - 물론 이들 요소로써 기본권체계가 완결되는 것은 아니지만 - 들 수 있다.

우리 헌법하에서 기본권해석은 이와 같은 기본체계의 구성요소들을 종합적으로 고려하여, 또한 그 한계 내에서 이루어져야 헌법에 합치하는 기본권해석이라 할 것이다. 물론 이러한 기본권체계는 어느 한 시점에 일정한 불변의 관념체로 고정되는 것이 아니라 개방되어 있고 또 끊임없는 변천의 과정 속에 들어 있기도 하나, 그렇다고 하여 해석자 개인의 임의에 그 변경이 맡겨지는 것은 아니고 기본권해석의 주체인 법률가공동체 나아가 헌법의 주체인 국민공동체의 일반의사의 헌법텍스트이해에 있어서의 변화가 전제되어야 할 것이다.

# 相續制度的 憲法的 根據

尹 眞 秀\* <sup>77)</sup>

서울대학교 法科大學 助教授

## — 目 次 —

### I. 서론

### II. 헌법상 유언의 자유

1. 독일에서의 논의
2. 우리 헌법의 해석론
3. 유언의 방식 규정에 의한 유언의 자유 제한
  - 가. 방식 규정에 의한 유언의 자유 제한의 근거
  - 나. 대화능력 및 필기능력이 없는 자의 유언능력
  - 다. 기타의 유언의 방식에 의한 유언의 자유 제한
4. 公序良俗에 의한 유언의 자유 제한

### III. 헌법상 친족상속권의 원칙

1. 친족상속권의 원칙과 피상속인의 추정적 의사
2. 친족상속권의 헌법적 근거

---

\* 이 글의 초고를 읽고 비평을 하여 주신 李昌熙 교수님과 鄭宗燮 교수님께 감사의 뜻을 표한다.

3. 친족상속권의 형성에 관한 입법자의 자유

IV. 헌법상 사적 상속의 원칙

V. 결론



## I. 序論

현행 상속법의 기본 원칙으로는 私的 相續(Privaterbfolge),<sup>1)</sup> 家族 및 親族相續權(Familien- und Verwandtenerbrecht), 遺言의 自由(Testierfreiheit), 當然取得(Vonselbsterwerb),<sup>2)</sup> 및 포괄적 권리승계(Gesamtrechtsnachfolge, Universalsukzession) 등을 들 수 있다.<sup>3)</sup> 이 중 실질적으로 중요한 것은 앞의 3가지이고, 뒤의 2가지는 法技術的인 것이라고 할 수 있다.<sup>4)</sup>

그런데 이들 원칙의 구체적 내용이 어떠한 것인가, 그리고 이들 원칙 상호간의 관계는 어떠한가 하는 점은 반드시 명확하지 않다. 특히 유언의 자유와, 가족 및 친족상속권의 한 내용인 遺留分制度 사이에는 대립관계 내지 긴장관계가 존재한다. 즉 유언의 자유를 끝까지 관철한다면, 유언자(被相續人)은 자신의 재산을 유언에 의

- 
- 1) 상속재산은 私人으로부터 私人에게로 상속되고, 국가가 상속재산을 취득하지는 않는다는 원칙.
  - 2) 당연취득이라 함은 우리 民法 제1005조의 규정과 같이 상속이 개시되면 상속인이 바로 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리와 의무를 승계하는 것을 말하며, 法定取得의 원칙(Grundsatz des ipso-iure Erwerbs)이라고도 부른다. 입법례로서는 이러한 당연취득의 원칙 외에도 英美法에 있어서처럼 相續財産 管理人과 같은 人格 代表者(personal representative)가 채무를 청산하고 나머지 재산을 상속인이 취득하게 하는 것, 오스트리아 法처럼 상속재산을 우선 법원이 관리하고, 상속인의 신청에 따라 법원이 상속인에게 상속하게 하는 것과 같이 상속인의 의사에 따라 상속이 개시되게 하는 것(Erwerb durch Antritt) 등 여러 가지가 있다. 尹眞秀, “相續債務를 뒤늦게 발견한 相續人의 保護”, 서울대학교 法學 제38권 3·4호, 1997, 185면 참조.
  - 3) Muscheler, Die erbrechtliche Universalsukzession(I. Teil), Jura 1999, S.234 참조.
  - 4) Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rz. 44 ff; MünchKomm/Leipold, Einleitung vor §1922, Rdnr. 6 등 참조. Muscheler(註2), S. 234는, 위 5개의 원칙 중 앞의 3가지는 실질적인 성격의 것인데 반하여 뒤의 2가지는 법기술적인 것이라고 한다. 그리고 Kipp·Coing, Erbrecht, 14. Bearbeitung, 1990, §1 II(S. 4 ff.)은 상속법의 지도적 원칙으로서 포괄승계(Universalsukzession), 유언의 자유(Testierfreiheit), 家族에 의한 상속(Familienerbfolge)의 3가지를 들면서, 포괄승계의 원칙은 법기술적인 성격을 가지는데 반하여, 다른 두 가지의 원칙은 실질적인 성격의 것이라고 한다.

하여 법정상속인 아닌 제3자에게 전부 유증할 수 있어야 할 것인데, 민법이 규정하고 있는 유류분제도는 이러한 유언의 자유를 제한하고 있다.

또 私的 相續의 원칙대로라면 국가가 상속재산을 취득하는 것은 있을 수 없을 것이지만, 현행의 상속세및증여세법은 상당히 고율의 상속세를 부과하고 있고,<sup>5)</sup> 또 상속세를 상속재산으로 납부하는 物納이 인정되기 때문에,<sup>6)</sup> 실제에 있어서는 국가가 상속재산의 상당부분을 취득하는 것이 된다.

그러므로 위와 같은 상속법의 기본원칙의 내용을 좀더 명확히 밝힐 필요가 있다. 그리고 이를 위하여는 위와 같은 원칙이 헌법상 어떠한 근거를 가지고 있는가 하는 점을 살펴보는 것이 한 가지 방법이 될 수 있다.

종래 우리나라에서는 상속법과 헌법의 관계에 대하여, 이를 재산권 보장과 관련시켜, 현행헌법은 상속권에 관하여 언급이 없지만, 이 또한 헌법이 보장하는 재산권 중에 포함된다고 하는 정도의 설명이 있을 뿐이다.<sup>7)</sup> 그러나 상속제도는 헌법상 재산권의 보장뿐만 아니라 다른 규정과도 관련을 맺을 수 있는 것이다.

5) 상속세의 과세표준이 50억원을 초과하면 세율이 100분의 45에까지 달한다. 상속세및증여세법 제26조 참조.

6) 상속세및증여세법 제73조.

7) 權寧星, 憲法學原論, 1998, 483면; 許營, 韓國憲法論, 新訂11版, 1999, 449면; 丁泰鎬, “民法 제1026조 제2호에 대한 憲法不合致決定에 대한 評釋 및 위 法律規定의 改正方向”, 人權과正義 1998. 11, 107면 등. 또한 金旭, “학원의설립·운영에관한법률 제3조 등의 위헌 여부”, 헌법관례연구 1, 1999, 137면은, 헌법의 재산권 규정은 상속의 자유를 포함하므로, 개인(고액)과의 교섭이 간접적으로 상속의 효과를 거둔다 하여 전면적으로 금지하는 것은 형평에 맞지 않는다고 주장한다.

## II. 憲法上 遺言의 自由

### 1. 獨逸에서의 論議

헌법에 직접 상속에 관한 규정을 두고 있는 예로서는 獨逸 정도가 눈에 뜨인다. 독일 기본법 제14조 제1항은, “소유권과 상속권은 보장된다. 내용과 한계는 법률에 의하여 규정된다(Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt)”라고 규정하고 있다. 이 규정에서 보더라도 상속권은 소유권과 밀접한 관계가 있음을 알 수 있다. 그렇지만 위와 같이 독일 기본법이 소유권과 상속권을 별도로 규정하고 있는 점에서, 상속권의 보장은 소유권의 보장과는 독립된, 별도의 것이라고 한다.<sup>8)</sup> 이러한 상속권의 보장에 어떤 것이 포함되는가에 관하여는 논란이 없지 않으나, 유언의 자유가 그 가운데 포함된다는 것에 대하여는 학설과 판례상 다툼이 없다.<sup>9)</sup>

### 2. 우리 憲法의 解釋論

우리 헌법은 독일 헌법과는 달리 따로 상속권을 보장하는 규정이 없으므로, 상속권의 한 내용으로서의 유언의 자유는 제1차적으

8) W. Leisner, Erbrecht, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §150 Rdnr. 2.

9) Leisner(註8), Rdnr. 15 f.; G. Boehmer, Erbrecht, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 418 ff.; AK-GG-Rittsteig, 2. Aufl., 1989, Art. 14/15, Rz. 149; Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1992, Art. 14 Rn. 68; J. Wieland, in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 14 Rn. 59; BVerfGE 67, 329, 340: 91, 346, 358; BVerfG NJW 1999, 1853 등.

로는 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항에서 그 근거를 찾아야 할 것이다. 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정<sup>10</sup>도, 우리 헌법상의 재산권 보장은 사유재산의 처분과 그 상속을 포함하는 것으로 이해하고 있다.<sup>11)</sup>

그렇다면 유언의 자유는, 제1차적으로는 이러한 재산권의 한 내용인, 處分의 자유에서 파생되는 것이라고 하겠다. 독일의 학설 가운데에는 이 점을 다음과 같이 설명하고 있는 것이 있다. 즉 資本과 生産手段이 사적 소유의 대상이 된다면, 이러한 재화와 의 책임 있는 접촉이 보장되어야 하는데, 법률이 규정하고 있는 상속권의 도식적인 적용은 그러한 재화가 항상 가장 적합한 자에게 귀속되는 것을 보장할 수 없으며, 피상속인이 재산에 대하여 자신의 사후에 처분할 수 있는 가장 적절한 사람이고, 따라서 유언의 자유의 행사는 공공의 이익에도 이바지한다는 것이다.<sup>12)</sup>

헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌가19, 96헌바72 결정<sup>13)</sup>의 다수의견은, “헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 사유재산권은 사유재산에 관한 임의적인 이용, 수익, 처분권을 본질로 하기 때문에 사유재산의 처분금지를 내용으로 하는 입법조치는 원칙으로 재산권에 관한 입법형성권의 한계를 일탈하는 것일 뿐만 아니라 조세의 부과 징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙으로 재산권의 침해가 되지 않는다고 하더라도 그로 인하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게되는 경우에는 그것도 재산권의 침해가 될 수 있는 것이다”라고 하여, 구 상속세법 제9조 제1항(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기

10) 헌법재판소판례집 제1권 357면(이하 ‘헌판집 1, 357면’과 같은 방식으로 인용한다).

11) 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합) 결정(헌재판례집 10-2, 339)도, 상속권은 재산권의 일종이라고 하고 있다.

12) Schmoeckel, JZ 1999, 518.

13) 헌재판례집 9-2, 762면.

전의 것)이 피상속인이 상속개시전 5년 이내에 상속인에게 증여를 한 경우와 상속개시전 3년 이내에 상속인 이외의 자에게 증여를 한 경우에는 증여의 효력을 실질적으로 부인하여 증여에 의한 재산처분행위가 없었던 것으로 보고 상속당시의 현황에 의하여 평가한 증여재산의 가액을 상속재산의 가액에 가산하여 상속세를 부과하도록 규정한 것은 결과적으로 피상속인의 사유재산에 관한 처분권에 대하여 중대한 제한을 하는 것으로서 위헌이라고 하였다. 위 결정 자체의 타당성 여부는 별론으로 하고, 경제적으로는 피상속인의 상속인 등에 대한 생전증여는 피상속인에 대한 遺贈과 같은 기능을 수행하는 것이므로, 피상속인의 유언에 의한 처분의 자유는 피상속인의 생전증여에 의한 처분과 마찬가지로 헌법상의 보호를 받아야 할 것이다.<sup>14)</sup>

다른 한편 유언은 단순한 재산권 처분의 기능 이외에도 私的自治의 실현이라는 의미도 가진다.<sup>15)</sup> 이 점에서 유언의 자유는, 또 다른 사적 자치의 실현 수단인 계약의 자유와도 공통된 점을 가지고 있다고 할 수 있다.<sup>16)</sup> 그러나 유언은 원칙적으로 제3자에 대하여 권리만을 부여한다는 점에서,<sup>17)</sup> 상대방이나 제3자에게 미치는 영향은 상대적으로 작고, 따라서 계약의 자유보다는 더 넓은 범위에서 보호되어야 할 것이다. 가령 계약은 일단 성립한 후에는 당사자가 일방적으로 그 계약에서 벗어날 수 없지만,<sup>18)</sup> 유언의 자유는

14) Wieland(註9), Art. 14 Rn. 59 참조.

15) MünchKomm/Leipold, Einleitung vor §1922, Rdnr. 18d는 이러한 점에서 유언의 자유가 독일 기본법 제14조뿐만 아니라 제2조 제1항에서 도출되는 일반적인 자유권에도 근거를 가지고 있다고 설명한다. 같은 취지, Baumann, FamRZ 1993, 994.

16) Kipp · Coing(註4), §16 II(S. 111) 참조.

17) 다만 포괄적 유증의 경우에는 유증을 받은 受遺자가 遺言者の 의무도 아울러 부담하게 되지만, 포괄적 수유자는 상속인과 마찬가지로 유증을 포기함으로써(민법 제1078조 참조), 이러한 의무를 벗어날 수 있다.

18) 계약의 청약 그 자체도 구속력을 가진다. 민법 제527조 참조.

유언을 할 자유뿐만 아니라 유언을 하지 않을 자유 및 일단 한 유언을 철회할 자유도 포함하므로, 유언은 임의로 철회할 수 있는 것이다(민법 제1108조 이하 참조).<sup>19)</sup>

이처럼 유언의 자유는 제1차적으로는 유언자를 보호하려는 것이지만, 유언의 자유가 침해되었을 때에는 적어도 상속 개시 후부터는 그 유언의 상대방인 受遺者와 같은 사람도 헌법소원 등의 방법에 의하여 이를 다룰 수 있다고 보아야 할 것이다. 만일 그와 같이 보지 않으면, 유언의 자유의 보호는, 유언자의 사망과 함께 종료되게 되어, 유언의 자유라는 것은 형해화될 수밖에 없게 되기 때문이다.<sup>20)</sup>

우리 헌법재판소의 판례<sup>21)</sup>는, 형사소송법 제225조 제2항에서 피해자가 사망한 경우 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매에게 고소권을 인정하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 피해자인 고소인이 고소 후에 사망한 경우 피보호법익인 재산권의 상속인은 자신들이 따로 고소를 할 것 없이 피해자 지위를 수계하여 피해자가 제기한 당해 고소사건에 관한 검사의 불기소처분에 대하여 항고·재항고도 할 수 있고 또한 헌법소원심판도 청구할 수 있다고 판시하고 있는바, 이러한 법리는 마찬가지로 재산권에 포함되는 유언의 자유에 관하여도 그대로 타당할 것이다.

물론 이러한 유언의 자유가 전혀 제한될 수 없는 것은 아니다. 유언의 자유 제한으로서 중요한 것은 유류분의 규정에 의한 것과, 민법 제103조에 의한 공서양속 위반으로 유언을 무효로 하는 것을

19) AK-BGB-Däubler, Einleitung vor §1922, Rz. 13은 유언에 있어서는 動機의 錯誤(Motivirrtum)가 취소사유가 된다는 점도 유언의 자유의 한 내용으로 보고 있다. Schmoeckel, JZ 1999, 518도 같은 취지이다.

20) BVerfGE 91, 346, 360; BVerfG NJW 1999, 1853 등 참조. 위 뒤의 판례는 유언에 의하여 상속인으로 된 자의 상속인 또한 유언의 자유에 의하여 보호될 수 있다고 한다.

21) 헌법재판소 1993. 7. 29 선고 92헌마234 결정(헌판집 5-2, 196면)

들 수 있고, 그 외에도 유언의 방식을 규정하고 있는 민법의 각 조항들이 유언의 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 점이다.

### 3. 유언의 방식 규정에 의한 유언의 자유 제한

#### 가. 방식 규정에 의한 유언의 자유 제한의 근거

유언은 대표적인 要式行爲로서, 민법이 규정하고 있는 유언의 종류 및 방식에 부합하지 않으면 원칙적으로 효력이 생기지 않는다. 이처럼 유언을 요식행위로 하고 있는 것은, 다른 나라에서도 널리 찾아볼 수 있는데, 이와 같이 유언을 요식행위로 하는 이유는, 유언이 효력을 발생하는 것은 유언자가 사망한 때이므로 유언의 존재나 내용에 관하여 다툼이 생길 여지가 많기 때문에 유언의 존재를 확실하게 하고, 다른 한편으로는 유언자의 진의를 확인하며, 유언자의 신중한 태도를 촉구하기 위한 것이다.<sup>22)</sup>

이처럼 민법이 유언의 방식을 규정하고 있는 것은 정당한 목적을 위한 것이고, 또 헌법상의 관점에서 본다면 헌법 제23조 제1항에 근거하여 재산권의 한 내용인 유언의 자유의 내용과 한계를 정하는 것이라고도 볼 수 있으므로, 유언에 방식을 요구하는 것 자체가 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.<sup>23)</sup> 다만 그러한 제한이 필요 이상으로 과도할 때에는 유언의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이 될 것이다.

#### 나. 對話能力 및 筆記能力이 없는 자의 遺言能力

우선 문제로 되는 것이, 의사능력은 있으나 대화능력과 필기능력

22) 郭潤直, 相續法, 1997, 372면 등 참조. Leipold, Erbrecht, 11. Aufl., 1996. Rdnr. 218은 유언 방식의 기능을 證明機能(Beweisfunktion)과 警告機能(Warnfunktion)으로 나누어 설명한다.

23) BVerfG NJW 1999, 1853, 1854 참조.

이 모두 없는 자에게 유언능력이 있는가 하는 점이다. 현행 민법은 유언의 방식으로 自筆證書에 의한 유언(민법 제1066조), 녹음에 의한 유언(민법 제1067조), 공정증서에 의한 유언(민법 제1068조), 비밀증서에 의한 유언(민법 제1069조) 및 口授證書에 의한 遺言(민법 제1070조)의 5가지를 규정하고 있다. 그런데 이 중 자필증서에 의한 유언은 유언자의 自書를 요구하고 있고, 녹음증서에 의한 유언은 유언자의 口述을 요구하고 있으므로 대화능력과 필기능력을 모두 갖추지 못한 사람은 이를 이용할 수 없다. 그리고 공정증서에 의한 유언과 구수증서에 의한 유언은 유언자의 口授를 요구하고 있는데, 여기서 말하는 口授를 뒤에서 보는 것처럼 입으로 불러주어 상대방이 적게 하는 행위로 이해한다면, 이 또한 이용될 수 없다. 문제는 비밀증서에 의한 유언인데, 이는 민법의 규정상으로는 직접 유언자의 대화능력 및 필기능력을 요구하고 있지는 않으나,<sup>24)</sup> 유언자가 2인 이상의 증인에게 증서가 자기의 유언서임을 표시하여야 하므로, 이 또한 대화능력 및 필기능력이 없는 사람으로서는 불가능하다고 하지 않을 수 없다.<sup>25)</sup> 그렇다면 현행법상 대화능력 및 필기능력이 없는 사람은 유언을 할 수 없는 것인가?

이 점에 관하여 참고가 될 수 있는 독일 연방헌법재판소의 판례가 있다.<sup>26)</sup> 독일 민법 제2232조는, 공정증서 유언의 요건으로서, 피상속인(유언자)이 공증인에게 자신의 유언을 구두로 진술하거나 (mündlich erklärt), 또는 공증인에게 자신의 유언을 기재한 서면을 교부할 것을 요구하고, 제2233조 제2, 3항은 그 특례로서 피상속인

24) 일본민법 제970조는 비밀증서의 요건으로서 유언자의 서명을 요구하고 있다.

25) 金崎洙, 親族・相續法, 第5全訂版, 1998, 630면은 이 점에 관하여 표시방법은 반드시 언어로 써야 하는 것은 아니므로 언어를 사용하지 못하는 자는 글을 써서 표시하여도 상관없다고 하여, 언어능력과 필기능력 중 적어도 하나는 요구되는 것처럼 설명하고 있다.

26) 독일연방헌법재판소 1999. 1. 19. 결정(NJW 1999, 1853).



이 문자를 읽을 수 없을 때에는 구두 진술에 의하여만 유언을 작성할 수 있고, 피상속인이 충분히 말을 할 수 없을 때에는 서면의 교부에 의하여만 유언을 할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 독일의 공증법(Beurkundungsgesetz) 제31조는, 위 독일민법 제2232조 제3항에 의하여 말을 할 수 없는 사람이 서면의 교부에 의하여 공정증서유언을 할 때에는 그 교부된 서면이 자신의 유언을 포함한다는 것을 공증인의 면전에서 자필로 기재하도록 요구하고 있다. 그러므로 말할 수도 없고, 필기능력도 없는 사람은 공정증서에 의한 유언은 할 수 없으며, 다른 유언방식도 허용되지 않는다.

위 사건의 피상속인은 1905년에 출생하여 1989년에 사망하였는데, 사망 7년 전에 졸도 발작을 일으킨 이래 말할 수도 없고 글을 쓸 수도 없게 되었으나, 소리를 듣거나 다른 방법으로 의사소통은 할 수 있었다. 그런데 그는 1982년에 공증인의 면전에서 자신을 간호하여 주던 피고를 상속인으로 지정한다는 공정증서에 의한 유언을 하였다. 당시 공증인 및 증인으로 참석하였던 다른 공증인과, 피상속인의 친지인 의사는 다같이, 피상속인이 유언능력이 있다고 확신을 하였다. 그 후 피상속인이 사망하자 피상속인의 딸이 위 유언이 무효라고 주장하여 상속인으로 지정<sup>27)</sup>된 피고가 상속인이 아님의 확인을 구하였고, 이 주장은 제1심 및 제2심 법원에서 받아들여졌으며 그에 대한 상고허가도 받아들여지지 않았다.<sup>28)</sup>

그러나 이러한 판례의 견해에 대하여는 비판하는 견해와 지지하는 견해가 있는데, 이를 비판하는 견해는 다음과 같이 주장한다.

27) 독일민법상으로는 유언에 의하여 상속인을 지정하는 것이 인정된다.

28) 이미 이와 같은 취지의 고등법원 판례(OLG Hamm FamRZ 1994, 993 mit Anm. Baumann)가 있다. 여기서의 고개를 끄덕이거나 흔드는 것은 口頭의 표시라고 할 수 없고, 모든 추단적 의사표시가 있으면 독일민법 제2232조 제1항에 의한 유언이 가능하다고 해석하지 않으면 피상속인의 기본권이 침해된다고 볼 수도 없으며, 그와 같은 취지의 헌법합치적 해석은, 법률의 명문규정에 반한다고 하였다.

즉 이러한 유언의 자유 제한은 기본법이 보장하는 상속권의 침해 일 뿐만 아니라 기본법 제2조 제1항에 근거를 둔 자유로운 인격 발현의 권리의 침해이기도 하며, 이러한 유언을 하지 못하도록 한 것은, 피상속인의 의사를 믿을 만하게 확인할 수 없다고 하는 데 있으나, 독일 공증법 제24조는 대화능력 및 필기능력이 없는 사람도 공증인에 대하여 의사표시를 할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로, 이러한 논거는 설득력이 없다고 한다. 따라서 법원으로서 위 조항의 헌법합치적 해석뿐만 아니라 위 조항의 합헌성 여부에 대하여까지 언급하였어야 할 것이라고 한다.<sup>29)</sup>

반면 위 관례를 지지하는 견해에서는, 유언의 자유의 행사와, 피상속인의 실제의 의사가 믿을 수 있게 표현될 수 있는가 하는 것 사이에서 어떻게 형량할 것인가는 입법자에게 맡겨져야 한다고 주장한다.<sup>30)</sup>

위 제2심 판결 선고 후에, 피고가 사망하자, 그 상속인이 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하였는데, 연방헌법재판소는 위 헌법소원을 받아들여, 독일민법 제2232조, 2233조 및 공증법 제31조는 쓸 수도 말할 수도 없지만 유언능력은 있는 사람에 대하여 유언의 작성을 막고 있는 한 헌법에 합치되지 않는다고 하였다.

재판소는 그 이유를 다음과 같이 설시하였다. 즉 입법자의 의사는, 글을 쓸 수 없는 聾啞者와는 믿을 수 있을 만한 의사소통이 불가능하고, 또 그는 유언의 작성을 위하여 필요한 이해력이 결여되어 있기 때문에, 이러한 사람은 유언을 전혀 할 수 없다는 것이었으며, 이 점에서 이러한 법규정은 법적 안정성 및 자율적으로 결정할 수 없는 사람의 보호를 목적으로 하는 것이고, 이러한 목적은

29) Baumann, FamRZ 1993, 994(위 관례에 대한 비평임).

30) MünchKomm/Leipold, Einleitung vor §1922, Rdnr. 18e ; Leipold(註22), Rdnr. 225.

정당한 공익에 해당한다고 한다. 그러나 글을 쓸 수 없는 聾啞者에 대하여 모든 경우에 방식을 강제하는 것이 공공의 이익이라는 목적을 달성하기 위하여 필요한 것이라고는 할 수 없는데, 왜냐하면 글을 쓸 수 없는 농아자와의 충분히 안정적인 의사소통이 불가능하거나 그가 유언의 작성을 위하여 필요한 이해력이 결여되어 있는 경우에만 이러한 유언의 배제가 타당하고, 모든 글을 쓸 수 없는 농아자에게 유언의 작성을 위하여 필요한 행동 능력과 통찰력이 결여되어 있다는 입법자의 생각은 잘못된 것이며, 이 사건의 경우에서 보듯이 필기능력 및 대화능력 없는 사람도 유언의 작성을 위하여 요구되는 지적 및 생리적 자기결정능력을 가질 수 있다고 한다. 그러므로 그러한 사람에 대한 유언능력의 배제는 다른 사람에 의하여 영향을 받거나 무책임한 법률행위로부터의 보호를 위하여 필요한 것이 아니며, 공증법 제24조가 규정하는 것처럼,<sup>31)</sup> 유언자의 의사를 믿을 만하게 확인할 수 있는 그러한 공증절차가 보다 완화된 수단으로서 생각될 수 있다고 한다. 그리고 공증법 제24조에 의한 절차에 의하여 얻을 수 있는 법적 안정성은 유언에 의한 처분에 있어서는 충분하지 않다는 반론에 대하여는, 유언의 경우에는 생전의 법률행위보다 그 유언의 진정성 등에 대한 법적 안정성이 더 요구되기는 하지만, 이는 입법자가 예컨대 중립적인 증인이나 공증인 등의 선발에 관하여 별도의 요건을 요구하거나, 이러한 사람의 유언 능력 판단을 위하여 의사를 참여시키는 것을 필수적으로 요구함으로써 해결할 수 있는 문제라고 한다.<sup>32)</sup> 이 이외에도

31) 독일 공증법 제24조는, 당사자가 자신의 진술에 의하거나 또는 공증인의 확인에 의하면 충분히 듣거나 말할 수 없고, 또 서면으로 의사소통을 할 수도 없을 때에는, 공증인은 이를 공증서류에 확정하고, 이를 그와 의사소통이 가능한 친지에게 송달하여야 한다고 규정하고 있다.

32) 다른 한편 연방헌법재판소는, 이러한 경우에 위 각 법률조항을 헌법합치적으로 해석하여, 단순한 거동만으로도 공증증서에 의한 유언이 가능하다고 보는 것 또한 규정의 문언과 명확하게 인식할 수 있는 입법자의 의사와 모순되므로 불가능하다고 하였다.

연방헌법재판소는 위 규정이 독일기본법 제3조가 규정하고 있는 평등의 원칙에도 반한다고 하였다.

그리하여 위 규정들은 입법자에 의하여 개선되어야 하며, 그때까지는 필기능력 및 대화능력 없는 사람은 잠정적으로 공증법 제22조 내지 제26조의 규정에 따라 공증인의 도움을 받아 유언이나 상속계약과 같은 死因處分을 할 수 있다고 판시하였다.

위 독일 연방헌법재판소의 판례와 같은 문제가 우리나라에서도 쟁점으로 된 바 있다. 다만 우리나라에서는 직접 헌법적인 관점에서 문제가 된 것은 아니고, 공정증서 유언의 요건으로서 口授가 무엇을 의미하는가 하는 점이 논의된 것이다.

대법원의 판례<sup>33)</sup>는, 반혼수상태에 있는 환자가 공증인이 묻는 말에 끄덕거린 정도로는 口授가 있었다고 볼 수 없으므로 그러한 상태에서 작성된 공정증서유언은 무효라고 하고 있다.<sup>34)</sup> 그러나 이에 대하여는, 그와 같이 해석하면 정신은 말짱한데 언어장애가 있는 사람은 유언을 할 방도가 막히게 되어 부당하다고 하면서, “촉탁인이 국어를 해득하지 못하는 경우 또는 농자, 아자 기타 언어를 발언하지 못하는 者로서 문자도 해득하지 못하는 경우에 공증인이 증서를 작성하기 위하여는 통역인을 사용하여야 한다”고 규정하고 있는 公證人法 제28조를 원용하여, 口授에 의하여야 한다는 취지는 촉탁은 유언자가 직접 공증인에게 하여야 하고 대리인을 시키는 것은 불가하다는 취지로 보아야 하며, 언어능력이 없는 사람은 필기문답이나 거동에 의하여 의사를 표시할 수도 있으므로 고개를 끄덕거리는 것만으로는 口授가 아니라고 할 것은 아니고, 다만 이

33) 대판 1980. 12. 23, 80므18(公 1981, 13583); 1993. 6. 8, 92다8750(公, 1993하, 1989); 1996. 4. 23, 95다34514(공 1996상, 1562) 등.

34) 일본의 통설 및 판례(日最判 1976. 1. 16, 家裁月報 28·7·25 등)도 이와 같다. 久貴忠彦, 新版 注釋民法(28), 1988, 100면; 稻田龍樹, 注釋法律學全集 19(民法 X), 靑林書院, 1995, 487면 이하 참조.

러한 경우에 의사능력이 없다고 하여 무효라고 함은 별개의 문제라고 하는 비판이 있다.<sup>35)</sup>

이 문제는 쉽게 결론을 내리기 어려운 문제이나, 대법원 판례와 같은 태도를 취할 때에는 독일연방헌법재판소가 지적하는 바와 같이 유언의 자유를 부당하게 제한하는 결과를 가져오게 된다. 따라서 일단 이른바 헌법합치적 해석에 의하여 구수라는 용어의 의미를, 신체적인 거동에 의한 의사표시도 포함하는 것으로 넓게 풀이하는 것이 한 방법이 될 수 있을 것이다.<sup>36)</sup>

이와는 달리, 필기능력 및 대화능력 없는 사람도 비밀증서에 의한 유언을 활용할 수 있게 하는 방법<sup>37)</sup>도 생각하여 볼 수는 있으나, 이는 공정증서에 의한 유언과 비교하여 유언자의 진의를 확실하게 하기에는 불충분하다고 여겨진다.

#### 다. 기타의 유언의 방식에 의한 유언의 자유 제한

이 이외의 유언의 방식에 관한 규정도 유언의 자유와의 관계에서 문제가 될 소지가 있는 것이 있다.

우선 민법 제1066조는 자필증서에 의한 유언의 요건으로서 유언자가 그 全文과 年月日, 住所, 姓名을 自書할 것을 요구하고 있는데, 이 중 주소의 기재를 요구하고 있는 것은 외국의 입법례에서는 찾아보기 어려운 규정이다. 민법이 이처럼 주소의 기재를 요구하는 것은, 유언자의 동일성 확인을 위한 것이라고 보이지만, 유언자의

35) 李在性, 公正證書에 의한 遺言의 方式, 李在性判例評釋集 VI, 再版, 1989, 499면 이하 참조.

36) 李在性(註35), 509면은, 이렇게 해석하면 공증인이 유언자의 의사를 좌우하고 또는 유언자의 거동의 취지를 오해하여 엉뚱한 유언을 만들어 낼 염려가 전혀 없다고는 할 수 없으나, 유언자가 선정한 증인 2인의 참여가 있는 터이므로 크게 염려할 것은 아니라고 생각되며, 그 염려보다는 유언공정증서의 촉탁은 口授에 의하여야 한다고 한정함으로써 언어장애자가 유언을 할 수 없게 되는 폐단이 더 클 것으로 생각된다고 한다.

37) 증인에게 舉動에 의하여 자신의 유언임을 표시하게 할 수 있다고 해석하면 된다.

주소의 기재가 없어서 유언자의 동일성을 확인하기 어려운 경우라는 것은 거의 생각하기 어려우므로, 위 규정을 문자 그대로 해석하여 자필증서에 의한 유언에 주소가 누락되었다는 이유만으로 그 유언을 무효로 한다면 이는 유언의 자유 침해가 될 것이다. 그러므로 주소가 누락되었더라도 다른 유언의 내용 등에 의하여 유언자의 동일성 확인에 문제가 없는 한 이를 유효한 것으로 보아야 하지 않을까?

그러나 대법원의 판례<sup>38)</sup>는 이러한 견해를 취하지 아니하고, 다만 유언자의 주소는 반드시 유언 전문과 동일한 지편에 기재하여야 하는 것은 아니며, 유언증서로서 一體性이 인정되는 이상 그 전문을 담은 봉투에 기재하더라도 무방하다고 완화하여 해석하고 있다.

비슷한 문제는 유언의 연월일에 관하여도 생긴다. 물론 유언의 연월일은 유언자의 주소와는 달리 여러 가지로 중요한 의미를 가진다. 가령 유언능력 유무의 판단에 있어서는 언제 유언을 하였는가가 기준이 되고, 복수의 유언서가 있는 경우에는 후의 유언에 의하여 전의 유언은 철회된 것으로 되기 때문이다. 그러나 유언을 언제 하였는가가 유언의 효력에 영향을 주지 않을 때에도 연월일의 기재가 없다는 이유만으로 자필증서의 유언을 무효로 할 것인가<sup>39)</sup> 하는 점은 다시 생각할 문제이다.<sup>40)</sup>

이 이외에 다른 유언의 요건들도 이를 너무 엄격하게 해석하게

38) 대판 1998. 5. 29, 97다38503(公 1998하, 1751); 1998. 6. 12, 97다38510(公 1998하, 1866).

39) 서울고판 1999. 3. 9, 97나56848, 56855(법률신문 1999. 3. 25, 12면)은 자필유언에 있어서 주소와 연월일이 없으면 그 유언은 무효이고, 또 봉투의 뒷면에 1/9이라고 쓴 것만으로는 연월일의 기재가 있는 것으로 보기 어렵다고 한다.

40) 독일민법 제2247조 제2항은 자필증서에 의한 유언의 요건으로서 유언의 연월일과 유언 장소의 기재를 요구하고 있으면서도, 제5항에서는 연월일이나 장소의 기재가 누락된 유언이라도 그 때문에 유언의 효력에 의문이 발생하지 않고, 또 다른 방법에 의하여 유언의 일시와 장소를 확정할 수 있을 때에는 그 유언은 유효하다고 규정하고 있다.

되면 유언의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 되기 쉽다. 대법원의 판례<sup>41)</sup>는, 자필증서에 의한 유언의 요건으로서의捺印은 인장 대신에 무인에 의한 경우에도 유효하다고 하는데, 이는 이러한 관점에서 수긍할 수 있다.

#### 4. 公序良俗에 의한 遺言의 自由 制限

이처럼 유언의 자유가 헌법상 보장된다고 하더라도, 그것이 민법 제103조가 규정하는, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 때까지 유효라고 할 수는 없다.<sup>42)</sup> 이 문제는 엄밀하게 말하면 기본권으로서의 遺言의 自由가 私人間에도 적용되는가 하는, 이른바 기본권의 제3자적 효력의 문제이다.

문제는 어떤 경우에 유언이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다고 볼 것인가, 그 한계를 어디에 그을 것인가 하는 점이다. 그런데 이 점에 관하여는 다음의 두 가지를 고려하지 않으면 안 된다.

첫째, 유언의 자유는 단순히 민법에 의하여만 보장되는 것이 아니고, 헌법이 보장하는 기본권의 일종이므로, 유언의 자유를 제한하기 위하여는 그럴 만한 충분한 이유가 있어야 하고, 단순히 유언의 내용이 일반인이나 법관의 마음에 들지 않는다는 것만으로 이를 공서양속에 반한다고 하여서는 안된다는 것이다.<sup>43)</sup> 다른 한편으로 유언이 공서양속에 반한다고 하여 다투어지는 것은, 법정상속인

41) 대판 1998. 6. 12. 97다38510(公 1998하, 1866).

42) 郭潤直(註22), 402-403면; 金疇洙(註25), 638-639면 참조.

43) Leisner(註8), Rdnr. 16; Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetz, NJW 1971, 404 ff. 참조. Schmoekkel, JZ 1999, 518은, (유언에 의한) 상속인의 지정에는 恣意의 요소가 내재하고 있는데, 이는 공익에 의하여 정당화될 수 있고, 이 때문에 공서양속 위반은 조심스럽게만 인정될 수 있다고 한다.

이 배제되기 때문인 경우가 많은데, 이때에는 피상속인에게 주어진 유언의 자유는 이처럼 법정상속인을 배제하는 자유도 포함하고, 다만 것처럼 배제된 법정상속인에 대하여는 遺留分에 의한 보상이 주어진다라는 점이다. 따라서 公序良俗을 이유로 유언을 무효로 하기 위하여는 특별히 중대한 사유가 존재하지 않으면 안 된다.<sup>44)</sup>

유언이 공서양속에 위반되는가와 관련하여 주로 문제되었던 것은, 배우자가 있는 사람이 배우자 아닌 자와 불륜관계를 맺고, 그 상대방에게 자신의 재산을 유증하는 것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것인가 하는 점이다. 독일의 과거의 판례는, 불륜의 상대방에 대한 유증은 원칙적으로 선량한 풍속에 반하는 것으로 보고, 그것이 유효라고 하기 위하여는 선량한 풍속에 반하지 않는다는 특별한 사정을 입증하여야 한다고 보았으나, 근래에 와서는, 그 유증의 동기가 이러한 불륜의 관계를 지속하는 데 대한 보상이거나, 또는 이를 지속하기 위한 誘因을 제공하려는 것인 때에만 선량한 풍속에 반하여 무효라고 보고 있고, 학설도 대체로 이를 지지하고 있다.<sup>45)</sup>

일본의 상황도 대체로 독일의 경우와 같다. 예컨대 日最判 1986(昭和 61). 11. 20.<sup>46)</sup>은, 처인 원고  $X_1$ 과 별거하고 있던 남자 A가 다른 여자인 피고 Y와 약 9년간 동거 내지 동거에 가까운 관계를 맺고 있다가 사망하였는데 그 사망하기 1년 전쯤에 자기의 재산의 각 1/3씩을 처  $X_1$ , 딸  $X_2$  및 Y에게 각 유증한 경우에, 위 유증이 선량한 풍속에 반하여 무효라는  $X_1$ , 딸  $X_2$ 의 주장에 대하여, A와

44) BGH JZ 1999, 514, 515 및 그 곳에 인용된 문헌 참조.

45) BGHZ 53, 369 ff.; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., 1995, §35 IV 3 a)(S. 777 f.); MünchKomm/Burkhardt, §2247 Rdnr. 64 ff.; Staudinger/Otte, vor §2064 Rz. 149 ff. 등 참조.

46) 民集 40권 7집 1167면.



X<sub>1</sub>의 관계는 부부로서의 실체는 어느 정도 상실되었고, 이 사건 유언은 사망 약 1년 2개월 전에 작성되었는데, 유언의 작성 전후에 있어서 양자의 친밀도가 특별히 증감하였다고 하는 사정도 없고, 본건 유언의 내용은 당시의 민법상의 처의 법정상속분은 1/3이었으며, 딸 X<sub>2</sub>도 이미 출가하여 고등학교의 강사 등을 하고 있다는 등의 원심판시의 사실관계에 있어서는 이 사건 유언은 불륜의 관계의 유지계속을 목적으로 하는 것은 아니고 단지 생계를 A에게 의뢰하고 있던 Y의 생활을 보전하기 위한 것이라고 하여야 하며, 위 유언의 내용이 상속인 등의 생활의 기반을 위협하는 것도 아니므로 위 유언은 무효라고 할 수는 없다고 하였고, 이는 대체로 학설의 지지를 받고 있다.<sup>47)</sup> 우리나라의 학설은 반드시 명백하지 않으나, 대체로 같은 취지로 보인다.<sup>48)</sup>

대법원의 판례 가운데에는 직접 유언과 공서양속 위반의 관계를 다룬 것은 별로 보이지 않고, 다만 그러한 관계에 있어서의 生前贈與가 공서양속 위반이 아니라고 한 것은 있다. 즉 夫妻關係를 해소하기로 하면서 남자가 첩이 그간 자기를 위하여 바친 노력과 비용 등 희생을 배상 내지 위자하고 또 장래의 생활대책을 마련해 준다고 하는 뜻에서 돈의 지급을 약정하는 것은 공서양속에 반한다고 할 수 없다는 것<sup>49)</sup>과, 배우자 있는 남자가 다른 여자와 동거하여 딸을 출산한 뒤 위 동거생활을 단절한 다음 그 여자와 그 출생녀가 거주할 수 있는 아파트를 구입할 수 있도록 하기 위하여 그 아파트 구입자금의 일부로서 금 8,000,000원을 증여하기로 한 경우

47) 泉久雄, “遺言法三題”, 相續法研究, 1991, 247 이하; 中川善之助·泉久雄, 相續法, 第三版, 1988, 521면 이하 등 참조.

48) 郭潤直(註22), 403면은, 全 財産의 遺贈이나 不倫關係에 있는 者에 대한 遺贈과 같은 것이 당연히 무효는 아님을 주의하여야 한다고 서술하고 있다.

49) 대판 1980. 6. 24, 80다458(公 1980, 12957).

에 이는 무효가 아니라는 취지의 것<sup>50)</sup> 정도가 있다.

독일의 최근 판례 가운데, 이러한 유언의 자유와 공서양속 위반의 문제를, 유언의 자유와 平等의 原則 내지 婚姻의 自由(Eheschließungsfreiheit)<sup>51)</sup>의 대립이라는 관점에서 다룬 것이 있다.<sup>52)</sup> 이 사건에서는 독일 최후의 황제였던 빌헬름 2세의 재산을 누가 상속하는가가 다투어진 것인데, 이 사건의 피상속인은 빌헬름 2세의 황태자였던 Wilhelm von Preußen 왕자이다. 그는 1938년에 자신의 두 아들과, 아버지인 빌헬름 2세의 관여 하에 상속계약<sup>53)</sup>을 체결하였는데, 위 계약에서 Wilhelm von Preußen 왕자는 자신의 둘째 아들인 Louis von Ferdinand를 단독의 先相續人(Vorerbe)으로 지정하면서, 그의 後相續人(Nacherbe)<sup>54)</sup>은 그 후손 중 남계의 연장자가 되고, 또 브란덴부르크 - 프로이센 家門의 家憲(Hausverfassung)에 어긋나는 혼인<sup>55)</sup>에서 출생하였거나 그와 같은 혼인을 하고 있는 자는 상속에서 배제된다고 된다고 규정하였다.<sup>56)</sup> 그 후 Wilhelm von Preußen 왕자는 1951년에 사망하여, Louis von Ferdinand가 선상속인이 되었는데, 그 또한 1994년에 사망하자 위 상속계약에 의하여 후상속인이 될 자 아닌 다른 Louis von Ferdinand의 후손

50) 대판 1981. 7. 28, 80다1295(公 1981, 14198).

51) 婚姻의 自由에 관하여는 尹眞秀, “婚姻의 自由”, 제1회 韓國法學者大會 論文集 (II), 한국법학교수회, 1998, 60면 이하 참조.

52) BGH 1998. 12. 2. 결정(JZ 1999, 514 mit Anm. Schmoeckel).

53) 독일민법 제2274조 - 제2302조는 相續契約(Erbvertrag)을 규정하고 있는데, 계약의 일종으로서, 임의로 철회할 수 있는 유언과는 달리, 피상속인이 일방적으로 철회할 수 없는 구속력을 가진다.

54) 독일 민법 제2100조 이하는 후상속인의 제도를 규정하고 있는데, 이에 의하면 피상속인은 일단 상속인을 지정하고, 이 상속인(先相續人)의 사망과 같이 피상속인이 지정하는 일정한 경우에는 다른 사람을 다시 相續人(後相續人)으로 지정할 수 있다. 이러한 후상속인은 선상속인의 상속인이 아니라 피상속인의 상속인이다.

55) 이는 Hohenzollern 왕가와 같은 신분, 즉 높은 귀족의 가문 출신이 아닌 여자와의 혼인을 의미한다.

56) 당시에 Wilhelm von Preußen 왕자의 장남은 위 가헌에 어긋나는 혼인을 하고 있었다.

들이, 위 상속계약상의 상속배제조항은 무효라고 다투었다. 위 상속사건을 다룬 상속법원은, 위 후상속인 지정 및 상속배제조항은 독일 민법 제138조의, 선량한 풍속에 위반되므로 무효라고 하였고, 그에 대한 항고심인 지방법원은 항고를 기각하였으며, 재항고심인 슈투트가르트 고등법원은, 위 상속결격 조항을 원용하는 것은 권리남용이라고 하면서, 다른 고등법원의 판례와의 저축을 이유로 연방대법원에 최종적인 결정을 하여 줄 것을 제청하였다. 그러나 연방대법원은 지방법원의 결정을 취소하고 사건을 지방법원에 환송하였다.

연방대법원은 제1심 결정이 상속배제조항이 무효라고 한 것은 잘못이라고 하면서, 기본법 제14조 제1항에 의한 상속권의 보장에는 유언의 자유가 포함되지만, 이 유언의 자유는 민법 제138조 제1항에 의한 “선량한 풍속”에 의한 제한을 받는데, 이 민법 제138조는 법관에 대하여, 피상속인의 死因處分の 효력을 법관 자신의 정의관념에 비추어 평가하고, 그에 따라 피상속인의 의사를 교정할 수 있는 권한을 부여하는 것은 아니며, 良俗 위반은 특별히 중대한 예외적인 사례에서만 인정될 수 있다고 하였다. 이러한 원칙에 비추어 볼 때, 위 상속계약이 연장의 남자 직계비속을 다른 직계비속보다 우대한 것은, 家産을 통일체로서 유지하려고 하는 목적을 위한 것이고, 이는 유언의 자유의 표현으로서 그 한계를 넘은 것이 아니라고 하였다.<sup>57)</sup>

그리고 혼인 배우자의 자유로운 선택도 기본법 제6조 제1항에 의하여 보호되므로, 혼인 배우자의 자유로운 선택을 침해하는 것을 목적으로 하는 사인처분에 의한 이러한 자유의 중대한 침해는 死

57) Schmoekkel, JZ 1999, 518은, 높은 귀족의 가문에서는 “家門의 光輝(splendor familiae)”의 유지는 경제적으로도 진지하게 받아들여야 할 측면이라고 설명한다.

因處分の 효력에 영향을 주지만, 이 사건에 있어서는 이러한 제한은 우선은 선상속인의 가장 연장인 아들에게만 미치고, 또 선상속인 사망 당시만을 기준으로 하므로 그러한 정도로 중대한 침해가 있다고는 할 수 없다고 하였다.<sup>58)</sup> 그리고 위 상속배제조항이 家憲에 어긋나는 혼인에서 출생한 사람을 상속에서 배제하는 것은 평등의 원칙에 반할 수도 있지만, 이러한 평등의 원칙은 死因處分の 민사상 효력 판단에 있어서 직접 적용되는 것은 아니며, 유언의 자유도 헌법상 보장되므로, 피상속인이 불평등한 사인처분을 하였다 라도 그것이 유언의 자유의 범위 내라면 선량한 풍속에 반하는 것이 아니고, 단지 유언이 관계 당사자의 차별 원인이 된 특성으로 인하여 그 당사자의 존엄을 지속적으로 깎아 내리는 것과 같은 경우에만 예외적으로 유언이 무효로 될 수 있는데, 이 사건의 경우에는 그러하지 않다고 하였다.<sup>59)</sup>

### Ⅲ. 헌법상 親族相續權의 原則

#### 1. 親族相續權의 원칙과 被相續人의 推定的 意思

현행 상속법상 家族 및 親族相續權(이하 親族相續權이라고만 한다)은 두 가지 형태로 나타난다. 그 하나는 피상속인이 아무런 유언 등을 하지 않은 채로 사망하여 법률의 규정에 따라 상속이 이루어지는 法定相續 내지 이른바 無遺言相續의 경우에, 법률의 규정

58) Schmoeckel, JZ 1999, 519는, 가장 연장의 아들에 대한 포괄적인 우대라는 이익은, 가중된 혼인이라는 불이익과 복잡하게 얽혀 있으며, 이러한 맥락에서 하나의 원칙만을 제거한다는 것은 매우 어렵다고 설명한다.

59) Schmoeckel은 이 판례를 지지한다. JZ 1999, 517 ff. 참조.

(민법 제1000조 내지 제1003조)에 따라 배우자 및 친족이 상속인으로 되는 것이고, 다른 하나는 피상속인이 유언에 의하여 유증을 한 경우에도, 위의 친족 등은 법정상속분 중  $\frac{1}{2}$  또는  $\frac{1}{3}$ 과 같은 일정한 비율(민법 제1112조)을 유류분으로서 취득하고, 상속분이 그 유류분보다 부족할 때에는 그 부족한 한도 내에서 受遺者 등에 대하여 그 반환을 청구할 수 있는 유류분제도이다.

이러한 親族相續權의 근거에 관하여는 종래 이른바 상속의 근거와 관련하여 血緣代價說, 先占說, 意思說, 共有說, 死後扶養說 등 여러 가지의 견해가 주장되었으나,<sup>60)</sup> 앞에서 설명한 유언의 자유와 연관시켜 설명한다면, 이처럼 친족이 상속인이 되는 근거는 제1차적으로는 피상속인의 의사를 추정한 것이라고 하는 설명이 있을 수 있다.<sup>61)</sup>

이 점에 관하여 독일연방헌법재판소는 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 (유언과 같은) 死因處分을 행하지 않고 사망한 사람의 재산을 私的 相續의 대상으로부터 배제하는 것은, 私的 相續의 보장과는 합치하지 않으므로, 입법자로서는 그러한 경우에 대비하여 입법적인 상속에 대한 규율을 규정하여야 하는데, 상속권의 보장은 제1차적으로는 피상속인의 자유영역을 보장하는 것이어야 하므로, 이러한 법정상속의 규율은 피상속인의 이익(Interesse)을 지향하는 것이어야 한다는 것이다. 이때 법정상속이 피상속인의 사실상의 또는 추정적인 피상속인의 의사에 의존할 필요는 없고, 다만 객관적인 관점에서 분별있는 피상속인의 이익을 지향하면 된다고 한다.<sup>62)</sup>

60) 金容旭, “現代相續法の 根據에 대한 小考”, 然藍裴慶淑教授華甲紀念 韓國民事法學的 現代的 展開, 1991, 255면 이하; 郭東憲, “現代社會에 있어서 相續의 運命”, 典岡 李鐘元博士古稀紀念 法과 經濟(上), 1996, 100면 이하 이하; 郭潤直(註22), 22면 이하 등 참조.

61) 郭潤直(註22), 22면 이하 참조.

62) BVerfGE 91, 346 = NJW 1995, 2997 = FamRZ 1994, 405 mit Anm. Bosch. 이 판례에 대하여 Leibold는, 이 결정을 내린 연방헌법재판소 제1재판부는, 유언의 자유를 전면에 내세워서, 법정상속을 피상속인의 의사에 의하여 뒷받침되는 상속의 결과를 모방하는 것으로

이처럼 법정상속의 근거를 피상속인의 의사 내지 이익에서 찾으려는 설명이 전혀 설득력을 가지지 않는 것은 아니다. 예컨대 원래의 상속에 해당하지는 않지만, 주택임대차보호법 제9조는, 일정한 경우에는 임차인이 사망하면 원래는 상속권이 없는 사실상의 혼인관계에 있는 자도 임차인의 권리와 의무를 승계하는 것으로 규정하고 있는데, 이 또한 그 근거를 피상속인의 추정적 의사에서 찾을 수 있을 것이다.<sup>63)</sup>

## 2. 親族相續權의 憲法的 根據

그러나 이처럼 친족상속권의 근거를 단순히 피상속인의 추정적 의사에 근거한 것으로만 설명하기는 어렵다. 즉 친족상속권의 한 발현형태인 유류분제도는, 피상속인의 명시적 의사에 반하여서도 친족상속권의 원칙을 관철하려는 것이기 때문이다.<sup>64)</sup> 그러므로 피상속인의 추정적 의사와는 별도의, 친족상속권의 헌법적 근거를 따

---

이해하고 있다고 하면서, 여기서 利益(Interesse)이라는 개념을 사용하는 것은 설득력이 없는데, 왜냐하면 제1재판부는 이를 意思(Wille)라는 개념과 동일한 의미를 가진 것으로 이해하고 있기 때문이라고 지적하고 있다. Leipold, Erbrecht 1995, NJW 1996, 288; Leipold(註22), Rdnr. 54a.

63) 日本 最高裁判所 1998(平成 10). 2. 26 판결(民集 52권 1호 255면; 判例時報 1634호 74면 등)은, “內緣의 부부가 그 공유하는 부동산을 거주 또는 공동사업을 위하여 공동으로 사용한 때에는, 특단의 사정이 없는 한, 양자 사이에 있어서, 그 일방이 사망한 후에는 타방이 위 부동산을 단독으로 사용한다는 뜻의 합의가 성립하였다고 추인하는 것이 상당하다. 생 각건대, 위와 같은 양자의 관계 및 공유부동산의 사용상황에 비추어 본다면, 일방이 사망한 경우에 남은 내연의 배우자에게 공유부동산의 전면적인 사용권을 부여하여 종전과 동일한 목적, 태양의 부동산의 무상사용을 계속하게 하는 것이 양자의 통상의 의사에 합치한다고 할 수 있기 때문이다.”라고 판시하였다. 이 판결에 대하여는 吉田克己, “內緣夫婦による共有不動産の共同使用と一方死亡後の利用關係”, JURIST No.1167 平成10年度重要判例解説, 86면 이하 참조.

64) Leipold(註62), 288 참조. Leipold는, 법정상속권이 단지 피상속인을 위하여 그 대신으로 가능한 한 그의 이익에 부합하는 규율을 수립하는 것이라는 생각에 근거한 것이라면, 법정상속권의 부분적인 고정물인 유류분권이, 피상속인의 구체적인 의사에 반하여서도 정당화될 수 있는지를 알 수 없다고 하면서, 법정상속과 유류분은 피상속인의 의사와는 구별되는 독자적인 평가에 근거하는 것이라고 주장한다.

저 볼 필요가 있다.

이 점에 관하여는 다음과 같은 3가지의 이론이 주장될 수 있다. 그 하나는 유류분제도는 유언의 자유를 침해하는 것이고, 그것이 헌법상 정당화될 수 없으므로 위헌이라고 하는 것이다. 다른 하나는, 그 반대로 유류분제도를 포함하는 친족상속권의 원리는 헌법상 요청되는 것이고, 유류분제도를 폐지하는 것은 위헌이라는 것이다. 세 번째는 그 중간적인 견해로서, 유류분제도는 헌법상 요구되는 것은 아니지만, 그렇다고 하여 금지되어 있는 것도 아니며, 이 문제는 입법자의 재량에 속하는 사항이라고 하는 견해가 있을 수 있다.

이 문제에 관한 국내에서 논의는 찾아보기 어려우므로 독일에서의 논의를 살펴본다. 독일의 전통적인 견해 내지 현재의 다수설은, 친족상속권 또한 유언의 자유와 마찬가지로 독일 기본법 제14조 제1항의 상속권의 보장에 근거를 두고 있다고 설명한다.<sup>65)</sup> 그리고 친족상속권은 기본법 제14조 제1항에 근거를 가지지만, 독일 기본법 제6조 제1항의 혼인 및 가족에 대한 보호규정도 부가적인 근거가 된다는 견해도 있다.<sup>66)</sup>

반면 유류분은 그 근원이 친족법에 있으므로, 피상속인의 재산에의 참여의 보호는 우선적으로 기본법 제6조 제1항에 의하여 정당화될 수 있고, 유언의 자유와 배우자 및 친족의 상속권은 상황에 따라서는 충돌될 수 있지만, 양자는 독립적으로 존재하는 것으로서 서로를 배제하는 것은 아니라는 견해도 있다.<sup>67)</sup> 마찬가지로, 유류분권은 私的 相續權의 보호나, 상속권의 자유 또는 유언의 자유와

65) G. Boehmer(註9), S. 415 ff.; AK-GG-Rittsteig(註9), §14/15 Rz. 134; Lange/Kuchunke(註45), §2 IV 2 c)(S. 25); Schlüter, Erbrecht, 13. Aufl., 1996, Rdnr. 7; AK-BGB-Däubler, 1990, Einleitung zum Erbrecht, Rz. 170 등.

66) Leipold(註22), Rdnr. 53.

67) Lange/Kuchinke(註45), §37 III 4(S. 820).

는 공통된 것이 없고, 헌법이 명하고 있는 婚姻과 家族의 보호가 위와 같은 요소들을 서로 긴장관계에 놓이게 하며, 따라서 완전한 유언의 자유도 배제되지만, 상속재산을 가족 내에서만 분배하는 것도 마찬가지로 배제된다고 하는 설명도 있다.<sup>68)</sup>

獨逸聯邦大法院은, 유류분권은 社會國家의 원리 및 혼인 및 가족에 대한 보호를 규정한 기본법 제6조에 의하여 정당화된다고 본다.<sup>69)</sup>

반면 상속권의 헌법적 보장은 私의 相續과 결부된, 처분권한을 보장하는 의미에서의 유언의 자유에 그치는 것이고, 입법자는 법정 상속을 어떻게 형성할 것인가, 유류분제도를 인정할 것인가 아닌가를 자유로 결정할 수 있다고 하여, 친족상속권의 헌법적 근거를 부정하는 견해도 있다.<sup>70)</sup>

독일연방헌법재판소는 이전에는 친족상속권의 원리가 어느 정도나 상속권의 보장에 포함되어 있는가 하는 것은 헌법재판소에 의하여 명백히 밝혀지지 않았다고 하였고,<sup>71)</sup> 근래의 판례는 입법자가 법정상속의 형성에 있어서 어느 정도나 헌법상 필수적으로 가족 및 친족상속권을 고려하도록 요구받는지, 그러한 것들이 기본법 제6조 제1항에 의하여 요구되는지는 당해 사건에서 심사할 필요가 없다고 하였다가,<sup>72)</sup> 그 후의 판례는 상속권의 보장에는 유언의 자유와 親族相續權의 원리가 포함되어 있다고 하였다.<sup>73)74)</sup>

68) Staudinger/Murad Ferid · Michael Cieslar, 12. Aufl., 1981, Einl. zu §§2303 ff. Rz. 22. Leisner (註8), Rdnr. 20도 같은 취지이지만, 기본법 제6조 제1항이 유류분제도를 명하는 것은 아니며, 기본법 제14조 제1항에 의하여서도 유류분제도가 요구되는 것이라는 데 대하여도 회의적이다.

69) BGH JZ 1999, 515. Soergel/Stein Einl. Rz. 4도 같은 취지이다.

70) Wieland(註9), Rn. 59.

71) BVerfGE 67, 329, 341 = NJW 1985, 1455.

72) BVerfGE 91, 346 = NJW 1995, 2997 = FamRZ 1994, 405 mit Anm. Bosch.

73) BVerfGE 93, 165, 174.

74) Leipold(註22), Rdnr. 54a는, 위 BVerfGE 91, 346(註71)과, BVerfGE 93, 165(註72)가 유언의 자유와 가족 상속권의 관계에 대하여 분열되고, 모순되기까지 한 양상을 보여주고 있다고 주장한다.



우리나라에서는 어떻게 보아야 할 것인가? 우선 앞에서 본 둘째의 견해, 즉 유류분제도는 헌법상 요구되는 것이 아니고, 그렇다고 하여 금지되어 있는 것도 아니며, 이 문제는 입법자의 재량에 속하는 사항이라고 하는 견해에 대하여는 다음과 같은 의문점이 있다. 즉 유류분제도가 유언의 자유를 제한하는 것이라면, 이 문제를 단순히 입법자의 재량 내지 형성의 자유에만 맡겨 둘 수는 없는 것이다. 가령 유류분제도에 대하여 별도의 헌법상 근거가 없더라도, 유족의 보호라는 공공복리의 관점에서 헌법 제37조 제2항에 의하여 유언의 자유 제한이 가능하다는 입론이 있을 수도 있다. 그러나 유류분제도가 유족의 최저한의 생활을 보장하는 정도에 그친다면 이를 유족에 대한 부양이라는 의미에서의 공공복리에 의한 제한이라고 파악할 수 있을지 몰라도, 현행 유류분제도는 그 이상으로 상속재산의 일정 비율을 유족에게 보장하는 것이므로 이를 공공복리를 근거로 하여 정당화하기는 어렵다고 생각된다.<sup>75)</sup>

그렇다고 하여 유류분제도는 위헌이라고 하는 결론을 낼 수도 없다. 즉 현행 헌법이 유류분제도가 목적으로 하는, 가족의 보호에 대하여 무관심하다고 보기는 어렵기 때문이다. 다시 말하여 헌법 제36조 제1항은 “婚姻과 家族生活은 個人的 尊嚴과 兩性的 平等을 기초로 成立되고 유지되어야 하며, 國家는 이를 보장한다”고 규정하고 있는데, 이처럼 위 조항이 국가에게 가족생활의 유지에 관한 보장을 명하고 있다는 점에서, 헌법은 국가에 대하여 단순히 피상속인 사후의 친족의 생활 보장이라는 차원을 넘어서서, 친족으로 하여금 피상속인의 생활수준에 준하는 생활을 영위할 수 있도록 피상속인의 재산의 일정한 부분을 취득할 수 있게 할 것을 명하고

75) 독일의 학설 가운데에는 이러한 관점에서 유류분제도가 위헌의 자유를 침해하는 것이므로 위헌이라는 주장이 있다고 한다. Petri, Die Pflicht zum Pflichtteil, ZRP 1993, 205 (MünchKomm/Frank, §2303 Rdnr. 1a Fn. 4에서 재인용).

있다고 보아야 할 것이다. 따라서 유류분제도가 위헌이라고는 할 수 없고, 오히려 유류분제도를 폐지하는 것과 같은 것은 헌법상 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.<sup>76)</sup>

이와는 다소 달리, 유류분제도 내지 친족상속권의 보장이 헌법상 요구된다는 관점에 서면서도 그 근거를 헌법상 재산권의 보장에서 찾는 견해도 있을 수 있겠으나, 이러한 재산권의 보장은 제1차적으로는 피상속인에 대한 것이지 상속인 내지 친족에 대한 것이 아닐 뿐만 아니라, 유류분제도와 유언의 자유는 서로 대립되는 관계에 있다는 점에서, 양자를 모두 재산권의 보장의 내용으로 이해하는 것은 자연스럽지 않으므로, 친족상속권의 헌법적 근거는 헌법 제36조 제1항에서 찾는 것이 옳다고 여겨진다.

### 3. 親族相續權의 形成에 관한 立法者의 自由

그러나 이처럼 친족상속권 내지 유류분제도가 헌법상 근거를 가진다고 하여도, 그 내용을 어떻게 형성할 것인가 하는 점에 관하여는 입법자에게 넓은 범위의 형성의 자유가 인정되어야 한다. 이 점은 여러 가지로 설명할 수 있다. 우선 친족상속권의 근거를 헌법 제36조 제1항의 가족제도의 보장에서 찾는 경우에, 그 성격에 관하여 살펴볼 필요가 있는데, 이 규정이 기본권 보장으로서의 성격을 가지는가, 가진다면 어떤 종류의 기본권인가에 관하여는 논란이 있으나, 이 규정이 제도보장(Einrichtungsgarantie)으로서의 성격을 가진다는 점에 대하여는 대체로 큰 이견이 없다고 보인다.<sup>77)</sup> 그런

76) 독일에서도 유류분제도는 헌법상 근거를 가지는 것이므로 이를 폐지하는 것은 헌법에 위반된다고 보는 것이 일반적인 견해이다. MünchKomm/Frank, §2303 Rdnr. 1a 및 그곳의 Fn. 4에 인용된 문헌 참조.

77) 權寧星(註7), 254면; 金哲洙, 第10全訂版 憲法學概論, 1998, 712면 등.

데 이러한 제도보장에 있어서는 기본권의 보장과는 달리 最小限保障의 원칙이 적용되어, 입법자는 제도의 본질적 내용을 훼손하지 않는 범위 안에서 법률로써 그 제도를 자유로이 형성할 수 있다고 보고 있다.<sup>78)</sup>

그리고 친족상속권의 근거를 독일의 다수설처럼 재산권보장에서 찾았다고 하더라도 마찬가지이다. 재산권보장을 규정한 헌법 제23조가 기본권뿐만 아니라 제도보장으로서의 성격을 가진다는 점에 대하여도 대체로 견해가 일치하고 있을 뿐만 아니라,<sup>79)</sup> 헌법 제23조 제1항도 財産權의 內容과 限界는 법률로 정한다고 규정하고 있기 때문이다.<sup>80)</sup>

따라서 입법자로서는 가령 상속인의 범위를 정함에 있어서 어느 범위 내의 친족을 포함시킬 것인가, 유류분권리자의 범위를 어떻게 할 것인가, 유류분반환청구권의 내용을 어떻게 구성할 것인가 하는 점 등에 관하여 광범위한 형성의 자유를 가지게 된다.<sup>81)</sup>

예컨대 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 96헌바73 결정<sup>82)</sup>은, 공무

78) 權寧星(註7), 181면; 金哲洙(註77), 253면 등. 헌법재판소 1997. 4. 24. 선고 95헌바48 결정(헌판집 9-1, 435면)은, 직업공무원제도의 보장에 관하여, “기본권의 보장은 … ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐인 것이다”라고 판시하고 있고, 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바15, 19(헌판집 6-1, 317면)도 같은 취지이다.

79) 權寧星(註7), 482면; 金哲洙(註77), 530면 등.

80) 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합) 결정(헌판집 10-2, 339)도, “상속권은 재산권의 일종이므로 상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이지만, 입법자가 상속제도와 상속권의 내용을 정함에 있어서 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한의 입법한계를 일탈하는 경우에는 그 법률조항은 헌법에 위반된다고 할 것이다”라고 판시하고 있다. 그러나 이 결정이, 상속인의 숙려기간이 도과하면 상속인이 단순승인을 한 것으로 보고 있는 민법 제1026조 제2호가 위헌인 근거로서, 위 규정이 상속인의 상속권을 침해하였다는 점을 들고 있는 것은 다소 문제이다. 이 점에 대하여는 丁泰鎬(註7), 108면 이하 참조.

81) Boehmer(註9), 410 ff.; Leipold(註22), Rdnr. 54 등 참조.

82) 헌재판례집 10-2, 856면.

원연금법 제30조 제1항이 공무원 또는 공무원이었던 자가 사망한 경우에 급여를 받을 유족(공무원에 의하여 부양되고 있던 친족)이 없을 때에는 민법상 상속의 법리와는 달리 대통령령이 정하는 한도의 금액을 유족이 아닌 직계비속에게 지급하고, 그 직계비속도 없을 때에는 당해 공무원 또는 공무원이었던 자를 위하여 사용할 수 있다고 규정한 것이 공무원의 상속인의 상속권을 침해하는 것으로서 위헌이라고는 할 수 없다고 하면서, 그 근거로서 주로 공무원연금제도는 사회보험제도이고 공무원연금법상의 퇴직급여와 유족급여 등 각종급여는 기본적으로는 사회보장적 급여로서 그 수급요건, 수급권자 및 금액을 구체적으로 어떻게 정할 것인가의 문제는 입법자가 보험원리에 따라 입법정책적으로 결정할 입법재량사항으로서 반드시 민법상 상속의 법리에 따라야 할 것은 아니라는 점을 들고 있다. 이 문제를 형식적으로 본다면 공무원연금법상의 각종 급여의 수급권자인 유족은 상속인으로서가 아니라 이들 규정에 의하여 직접 자기의 고유의 권리로서 취득하는 것이고, 따라서 위 각 급여의 수급권은 상속재산에 속하지 아니하므로 상속권 보장 위반의 문제는 처음부터 생기지 않는다고 볼 여지도 있다.<sup>83)</sup> 그러나 헌법재판소도 설명하고 있듯이, 위와 같은 공무원연금법상의 급여는 후불임금적인 성질도 가지고 있으므로 여기에서 상속의 법리를 완전히 배제할 수는 없는 것이고, 다만 급여청구권자인 상속인의 범위를 위와 같은 사회보장적인 급여라는 특성을 고려하여 민법상의 상속인의 범위와 달리 규정하였다고 하여 위헌이라고는 할 수 없다는 것이 보다 실질적인 설명이 될 것이다.

그러나 친족을 상속인에서 완전히 배제한다든가, 유류분제도 자체를 폐지한다든가 하는 것은 헌법 위반이 될 것이다. 가령 주택임

83) 대판 1996. 9. 24, 95누9945(公 1996하, 3223)의 설명 참조.

대차보호법 제9조 제2항은, 주택의 임차인이 사망한 경우에 사망 당시 상속권자가 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 아니한 때에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자가 2촌 이내의 친족과 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다고 규정하고 있는데, 이 규정에 대하여는 상속권자가 임차인과 동거하지 않았던 경우에는 그를 승계인에서 제외하고 동거하던 사실상의 혼인관계에 있는 자가 단독으로 임차인의 권리와 의무를 승계하도록 하여야 한다고 하는 비판이 있으나,<sup>84)</sup> 그 임차권이 상속재산 중 사소한 일부라면 몰라도, 그 임차권이 상속재산의 전부 또는 대부분이라면, 이와 같이 상속인을 전면적으로 배제하는 것은 헌법상 위헌으로 볼 여지가 있을 것이다.<sup>85)</sup>

다른 한편으로 이처럼 친족상속권의 원리에 따라 친족의 상속권이 원칙적으로 인정된다고 하더라도, 상속권이 있는 친족들이 여럿 존재하는 공동상속의 경우에 그들이 반드시 동등하게 상속하여야 하는 것은 아니다. 이는 헌법상 평등의 원칙 문제가 될 것인데, 각 공동상속인의 상속분 등에 차이가 있다 하더라도 그에 합리적인 이유가 있을 때에는 이는 헌법 위반이라고 할 수는 없다. 가령 우리 민법상 배우자의 상속분은 다른 공동상속인의 상속분에 5할을 가산하게 되어 있는데(민법 제1009조 제2항), 이는 배우자라는 지위의 특수성에 기인한 것으로서 이를 가리켜 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 말할 수는 없다. 다만 종전에 호주상속인과 그 이외의 자녀, 아들과 딸 사이의 상속분에 차이가 있었던 것은 합리적인 근거가 있다고 할 수 없으므로 따라서 위헌이라고 보아야 할 것이다.<sup>86)</sup>

84) 尹天熙, “住宅賃借權 承繼規定의 問題點”, 改正民事法解説, 1985, 218면 등.

85) 関日榮, 民法注解 XV, 1997, 283 - 284면 참조.

86) 일본 最高裁判所 1995(平成 7). 7. 5. 大法廷 판결(民集 49권 7호 1789면)은, 嫡出이 아닌 자

그리고 상속재산의 특성을 고려하여 이를 공동상속인 중 일부에  
게만 귀속시키는 것은, 다른 상속인에게 그에 상당한 보상이 주어  
지는 한 위헌이라고 하기는 어려울 것이다.<sup>87)</sup>

#### IV. 憲法上 私的 相續의 原則

사유재산의 상속인은 국가 아닌 私人이어야 한다는 사적 상속의  
원칙은, 앞에서 살펴본 유언 자유의 원칙 및 친족상속권의 원칙에  
당연히 수반되는 것으로서 별도의 원칙으로 취급할 필요가 없다고  
도 생각할 수 있다.<sup>88)</sup> 그러나 상속제도가 사유재산 보장의 산물이  
라고 할 때에는 私的 相續의 원칙이 논리적으로 친족상속권에 선  
행되는 것이라고 할 수 있다.

현행 민법상으로는 이러한 私的 相續의 원리 위반이 특별히 문  
제되는 경우는 별로 없다. 국가는 상속인의 존부가 분명하지 않을  
때에만 일정한 절차를 거쳐서 상속재산을 취득하게 되어 있으므로  
(제1053조 이하), 이는 헌법상 문제되지 않는다.

실질적으로 私的 相續의 원칙과 관련하여 중요한 문제로 대두되  
는 것은, 상속세의 부과이다. 즉 지나치게 과다한 상속세의 부과는  
실질적으로 사적 상속의 원리를 부정하는 것과 마찬가지로 되기  
때문이다.<sup>89)</sup>

---

녀의 상속분은 嫡出인 자녀의 상속분의 2분의 1로 규정하고 있는 일본 민법 제900조 제4호  
단서 전단은 법 아래의 평등을 규정하고 있는 일본 헌법 제14조 제1항에 위반되지 않는다  
고 하였으나, 이에 대하여는 논란이 많다.

87) BVerfGE 91, 346 참조.

88) Kipp·Coing(註4), §1 II(S. 4 ff.)는 상속법의 기본원칙을 열거하면서 私的 相續의 원칙은  
따로 들고 있지 않다.

89) 미국의 Read는, 좋은 사회를 만들기 위하여는 상속의 특권을 폐지하지 않으면 안 되지만,  
이를 위하여는 혁명도, 다이내마이트도, 기요틴도 불필요하고, 단지 누진적인 상속세법을

일반적으로 상속세 그 자체의 부과는 헌법상 허용된다고 본다. 상속세는 국가의 재정수입의 확보라는, 조세제도의 일반적인 목적에 이바지할 뿐만 아니라, 특히 상속에 의하여 富의 편중이 심화되는 것을 방지하는 기능을 한다.<sup>90)</sup> 또한 다른 관점에서는, 사유재산의 형성과 유지는 점점 더 국가의 지원에 의존하고 있으므로, 국가가 상속세를 부과하는 것은 전체적으로 보아 자신이 이전에 주었던 것을 되찾는 데 불과하고, 또 국민의 生存配慮(Daseinsvorsorge)는 더욱 더 국가의 임무로 되었으므로, 사망에 의한 재산의 취득은 당사자에게는 통상 생존을 위한 의미를 가지지 않고, 따라서 그에 대한 조세의 부담은 감당할 수 있다고 하는 설명도 있다.<sup>91)92)</sup>

헌법재판소 1997. 12. 24 선고 96헌가19 결정<sup>93)</sup>은, “상속세제도는 국가의 재정수입의 확보라는 일차적인 목적 이외에도, 자유시장경제에 수반되는 모순을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정들을 광범위하게 인정하는 사회적 시장경제질서의 헌법이념에 따라 재산상속을 통한 부의 영원한 세습과 집중을 완화하여 국민의 경제적 균등을 도모하려는데 그 목적이 있다”고 실시하고 있다.

---

정하기만 하면 된다고 결론짓고 있다. Read, *The Abolition of Inheritance*, 1918, pp. 243 f. 中川善之助·泉久雄, 新版 注釋民法(26), 1992, 7면에서 재인용.

90) Ebenroth(註4), Rz. 1336 참조. 그러나 再分配機能(Umverteilungsfunktion)을 상속세의 정당한 목적으로 보는 데 대하여는 비판적인 견해도 있다. Leisner(註8), Rdnr. 26 및 그곳에 인용된 문헌 참조.

91) AK-BGB-Däubler, Einl. zu §§1922 ff. Rz.183 참조.

92) 金容旭, “相續稅와 相續財産”, 小峰金容漢教授華甲記念 民事法學의 諸問題, 1990, 97면은 상속세의 근거로서 상속세의 부과 근거에 관하여는, 부의 집중화를 배제하여 재분배를 피한다는 財産再分配說, 피상속인이 생전에 재산을 형성한 것은 사회·국가의 보호에 의한 것이므로 事後에는 그것을 사회에 환원하여야 한다는 社會還元說, 상속인 등이 취득한 재산은 다른 소득과 같이 일반적으로 담세력이 있다고 보는 擔稅力說, 그 취득재산은 피상속인의 사망이라고 하는 우연성에 의하여 취득한 것이지 자신의 노력에 의한 근로소득이나 사업소득이 아니라고 보는 不勞所得說, 피상속인이 생전에 소득세 등의 세제상의 혜택으로 축적한 재산에 대한 소득세의 누진성이나 면세소득 등을 사망시에 청산하여 소득세를 보완할 필요가 있다고 보는 소득세보완설 등이 있다고 소개하고 있다.

93) 헌재판례집 9-2, 762면.

문제는 어느 정도까지의 상속세 부과가 허용되는가 하는 점이다. 이전의 독일 판례는, 일반적으로 조세의 부과가 과중하여 사실상 재산을 몰수하는 것이 되거나,<sup>94)</sup> 납세의무자의 재산관계를 근본적으로 침해하는 경우<sup>95)</sup>에는 조세의 부과가 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 하였으나, 실제로는 세율이 높다는 이유로 위헌이라고 한 예는 없었다.

독일의 학설상으로는 상속세가 상속재산의 50%를 넘으면 안 된다는 견해가 있고,<sup>96)</sup> 연방헌법재판소는, 상속세에 관하여는 일정한 비율에 의하여 한정하지 않고, 상속인이 누구인가에 따라 상속세의 부과가 달라져야 한다고 보고 있다.<sup>97)</sup> 즉 상속인이 독일 상속세법상의 제1租稅群(Steuerklasse I)<sup>98)</sup>에 속할 때에는 그러한 상속인들에게 승계되는 상속재산의 주요부분을 취득할 수 있어야 하고, 상속재산이 작을 때에는 그 전부를 세금부담 없이 취득할 수 있어야 한다고 보고 있다.

그러나 이처럼 상속세의 부과가 어느 선을 넘으면 안 된다고 하는 것을 헌법에서 직접 이끌어낼 수 있는지는 의문이고, 오히려 일반적으로 상속은 무상이라는 점에 비추어 보면, 취득에 비용이 소모되는 소득세나 기타 다른 재산에 대한 과세보다는 납세의무자인 상속인의 담세능력이 더 크다고 할 수 있으므로(應能負擔의 원칙) 상속세의 세율이 더 높아도 무방할 것이다.<sup>99)100)</sup>

---

94) BVerfGE 23, 288 등.

95) 이른바 絞殺의 효과(Erdrosselungswirkung). BVerfGE 30, 250 등.

96) Leisner(註8), Rdnr. 27. 근래의 독일연방헌법재판소의 판례(BVerfGE 93, 121 ff.)는, 재산세의 경우에 그 재산세가 재산으로부터 얻는 수익의 50% 정도에 머물러야 한다고 판시하였으나, 이에 대하여는 매우 논란이 많다. 예컨대 H. P. Bull, Vom Eigentumsschutz zum Vermögensschutz - ein Irrweg, NJW 1996, 281 ff. 등.

97) BVerfGE 93, 165, 174.

98) 이는 被相續人의 配偶者나 直系卑屬을 말한다.

99) 위 BVerfGE 93, 165, 174도, 상속권의 제한에 관한 입법자의 가능성은, 그것이 재산의 이전에 결부되는 것이기 때문에, 재산권의 제한에 관한 가능성보다 더 광범위하다고 한다. 반대: Leisner(註8), Rdnr. 24.



## V. 結論

위에서 살펴본 바를 다시 정리한다면 다음과 같다. 상속법의 기본원칙 가운데 유언의 자유는 헌법상 재산권의 보장에서 도출될 수 있고, 친족상속권의 원칙은 헌법상의 가족 보호의 요청에서 나오며, 사적 상속의 원칙은 상속세에 의하여 제한을 받는다는 것이다.

종래 이 주제에 대하여 국내에서는 별로 다루어진 바 없어서 주로 독일의 논의를 참조하였으나, 독일에서의 논의도 그다지 활발한 편은 아니어서 충분하게 다루지는 못하였다. 특히 친족상속권의 헌법적 근거에 관하여는 앞으로도 좀 더 논의가 필요할 것이다. 다만 상속제도가 헌법상의 근거를 가지고 있다는 점에 관하여 관심을 환기시킬 수 있다면 이 글이 의도하는 최소한의 성과는 거두는 것이 될 것이다.

---

100) 이창희, “財閥問題와 稅法”, 商事法研究 제15권 1호, 1995, 80면 이하는, 상속세는 소득세가 미실현이득을 과세하지 않고 있는 데 대한 보완세의 성격도 띠고 있으므로, 자산이 증여되거나 상속되는 경우 당해 소득은 적어도 바로바로 과세되는 소득보다는 높은 세율로 과세되어야 한다고 주장한다.

# 限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究

黃 道 洙

辯護士·法學博士

前 憲法研究官

## — 目 次 —

### I. 서론

### II. 한정위헌·합헌결정의 의의

1. 문제의식
2. 합헌적 법률해석과 한정위헌·합헌결정의 관계
3. 한정위헌·합헌결정의 개념정의

### III. 한정위헌·합헌결정의 근거와 필요성

1. 한정위헌·합헌결정의 근거와 필요성
  - 가. 입법기술상의 문제점
  - 나. 법적 혼란의 최소화
  - 다. 법질서의 통일성
  - 라. 권력분립의 원칙
2. 한정위헌·합헌결정의 부인론에 대한 검토
  - 가. 위헌결정은 ‘법률(조항)만’을 대상으로 하여야 하는가?

- 나. 한정위헌·합헌결정은 ‘위헌여부’결정에 속하지 아니하는가?
- 다. 한정위헌·합헌결정은 대법원의 법률해석권을 침해하는가?
- 라. 헌법 제107조 제2항과 한정위헌·합헌결정
- 마. 결정주문의 불명확성

#### IV. 한정위헌·합헌결정의 요건과 한계

- 1. 다양한 해석가능성?
- 2. 권력분립적 한계

#### V. 한정위헌·합헌결정의 효력

- 1. 헌법재판소 결정으로서의 효력(확정력)
- 2. 위헌결정으로서의 효력
- 3. 위헌의 범위
- 4. 한정위헌결정과 한정합헌결정의 선택

#### VI. 결론

## I. 序論

헌법재판소 결정에 관하여 규율하고 있는 헌법재판소법 제45조, 제47조 제2항 및 제75조 제5항에 의하면, 헌법재판소는 법률 내지 법률조항을 심판함에 있어서 ‘법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정’하고, 법률 내지 법률조항이 위헌으로 판단된 경우에는 ‘당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고’할 수 있도록 규정되어 있다. 이를 엄격하게 해석하면, 헌법재판소는 ‘…… 법률조항은 헌법에 위반된다’는 내용의 위헌결정 또는 ‘…… 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다’는 합헌결정만을 선고할 수 있을 뿐이다.

그런데, 헌법재판소는 1989. 7. 21. 89헌마38 상속세법 제32조의2의 위헌여부에 관한 헌법소원심판사건<sup>1)</sup>에서 최초로 한정합헌결정을 선고한 이래 위헌결정 내지 합헌결정과는 다른 형태의 결정을 선고하고 있다. 헌법재판소는 법률 또는 법률조항이 아닌 ‘법률 또는 법률조항의 특정한 내용’에 대하여 위헌 내지 합헌임을 선고하기도 하고(한정위헌·합헌결정), 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌임을 선고하는 것이 아니라 ‘헌법에 합치되지 아니함’을 선고하고 있다(헌법불합치결정). 헌법재판소는 개소이래 1999. 9. 30.까지 31건의 한정위헌결정(한정위헌결정된 법률조항수는 28개이다), 26건의 한정합헌결정(한정합헌결정된 법률조항수는 27개이다) 및 43건의 헌법불합치결정(헌법불합치결정된 법률조항수는 15개이다)을 선고하였다.<sup>2)</sup> 이처럼 통상적인 위헌결정 내지 합헌결정과는 다른

1) 판례집 1, 131.

2) 헌법재판소공보 제38호, 1999. 10. 20. 734쪽.

형태로 선고되는 헌법재판소의 결정을 일반적으로 변형결정이라고 부른다.

변형결정은 헌법 기타 헌법재판소법에서 명문의 근거조항을 발견할 수 없다는 점에서, 현행 법체계에서 과연 유효한 것으로 인정될 수 있는가? 변형결정이 위헌결정으로서 법원 등 다른 국가기관을 기속할 수 있는가? 변형결정이 유효한 것으로 인정될 경우 변형결정을 체계적으로 인식할 수 있는 인식체계는 무엇인가? 등의 문제가 해석문제로 제기된다. 이러한 이론적 문제점은 헌법재판소 실제활동에 대한 의구심으로 연계되어, 변형결정(그 중에서도 특히 한정합헌결정)이 위헌결정의 회피수단으로 지나치게 활용되는 것은 아닌가? 반대로 헌법재판소가 지나치게 의욕이 앞서 너무나 부담이 큰 형태의 변형결정을 선고한 적은 없는가 등의 운용상의 문제와 연계되기도 한다.<sup>3)</sup>

실제로, 대법원은 1996. 4. 9. 선고 95누11405판결에서 헌법재판소의 한정위헌결정은 위헌결정이 아니므로 법원을 구속하는 효력이 없다고 판시하였고,<sup>4)</sup> 1997. 3. 28. 선고 96누15602판결에서는 헌

3) 남부원, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 헌법재판연구 제7권, 1996. 824쪽 참조.

4) 위 판결의 요지는 다음과 같다 : “헌법재판소의 결정이 그 주문에서 당해 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률조항이 폐지되는 것과 같은 결과를 가져온 것이 아니라, 그에 대하여 특정의 해석 기준을 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 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌 결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다. 그런데 구체적 사건에 있어서 당해 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 바로 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속한다. 이러한 법리는 우리 헌법에 규정된 국가권력분립구조의 기본원리와 대법원을 최고법원으로 규정한 헌법의 정신으로부터 당연히 도출되는 이치로서, 만일 법원의 이러한 권한이 훼손된다면 이는 헌법 제101조는 물론이요, 어떤 국가기관으로부터도 간섭받지 않고 오직 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하도록 사법권 독립을 보장한 헌법 제103조에도 위반되는 결과를 초래한다. 그러므로 한정위헌 결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일용 표

법재판소의 헌법불합치결정의 효력의 의미를 헌법재판소의 견해와는 다른 내용으로 해석하여 헌법재판소가 선고한 변형결정의 효력을 부인하는 판결을 선고한 바 있으며,<sup>5)</sup> 이러한 대법원의 판결에 대하여 헌법재판소는 1997. 12. 24. 96헌마172등 결정에서 ‘위 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405판결은 헌법재판소의 한정위헌결정으로 인하여 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 것으로서 위헌결정의 기속력에 반하는 재판임이 분명하다’는 이유로 위 대법원 판결을 취소한 바 있다.

또한 헌법재판소는 최근 1999. 7. 20. 헌법재판통계내규를 헌법재판소내규 제42호로 제정하면서, 헌법재판소의 결정유형의 구분방향을 변경하였는 바, 헌법재판소가 종래 작성하던 사건통계표에 의하면 법률 또는 법률조항에 대한 결정유형이 위헌, 헌법불합치, 일부위헌, 한정위헌, 한정합헌, 합헌으로 구분되다가, 최근의 사건통계표에 의하면 그 결정유형이 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌,

---

명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다.”

- 5) 위 판결의 요지는 다음과 같다 : “헌법재판소가 1995. 11. 30. 91헌바1, 95헌바12 등 병합사건에서 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문 개정되기 전의 것) 제60조가 위헌임에도 불구하고 굳이 헌법불합치결정을 한 것은 단순위헌결정을 하는 경우 그 결정의 효력이 당해 사건 등에 광범위하게 미치는 결과 구 법령에 근거한 양도소득세 부과처분이 모두 취소되게 되어 법적 공백의 발생, 조세수입 감소로 인한 국가 재정의 차질, 기납세자와의 형평위배 등의 불합리가 발생하므로 이러한 부작용을 회피하기 위하여 개정법령의 시행일 이전에 종전의 법령을 적용하여 한 부과 처분을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것이임이 분명하다. 그런데 위 결정 이유의 전단에서는 종래의 법령의 계속 적용이 가능하다고 하면서도 후단에서는 개정법률이 위헌성이 제거되었다는 이유로 이를 당해 사건 등에 소급하여 적용할 것을 실시하고 있으나, 이를 소급적용할 법리상 근거도 없을 뿐만 아니라 개별공시지가 시행 이전에 이미 양도가 이루어진 사건에 있어서는 위 개정 법률은 양도 당시의 과세시가표준액 등에 의한 기준시가를 위 개정법률이 정하고 있는 개별공시지가로 환산하는 규정을 결하고 있으므로, 그와 같은 사례에 있어서는 그 처분이 전부 취소될 수밖에 없어 헌법불합치결정을 채택하는 근거로 내세운 법적 공백의 회피, 국가의 재정차질 방지 및 납세자 사이의 형평 유지에 정면으로 모순되는 결과가 발생하게 된다. 그렇다면 결국 위 헌법불합치 결정은 당해 조항의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 이전까지는 종전 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해 사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유가 없다.”

합헌으로 구분되어 종전에 독립된 항목으로 분류되던 일부위헌결정유형이 삭제되었음을 볼 수 있다.<sup>6)</sup>

이러한 상황은 헌법재판소의 변형결정에 대한 체계적 이해의 필요성을 더욱 가중시킨다고 하겠다. 여기에서는 변형결정 중 한정위헌·합헌결정에 한정하여 그 이론적 체계화의 가능성을 타진해 본다.

## II. 限定違憲·合憲決定의 意義

### 1. 문제意識

한정위헌·합헌결정에 대한 이해의 어려움은 그 본질을 어떻게 이해할 것인가, 그 개념을 어떻게 정의할 것인가에서부터 시작된다. 헌법재판소는 1997. 12. 24. 96헌마172, 173(병합) 결정에서 ‘헌법재판소는 법률의 위헌여부가 심판의 대상이 되었을 경우, 재판의 전제가 된 사건과의 관계에서 법률의 문언, 의미, 목적 등을 살펴 한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석가능성이 있을 때 일반적인 해석작용이 용인되는 범위내에서 중국적으로 어느 쪽이 가장 헌법에 합치되는가를 가려, 한정축소적 해석을 통하여 합헌적인 일정한 범위내의 의미내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위내에 있어서는 합헌이라고 결정할 수도 있고, 또 하나의 방법으로는 위와 같은 합헌적인 한정축소 해석의 타당영역밖에 있는 경우에까지 법률의 적용범위를 넓히는 것은 위헌이라는 취지로 법

6) 종래 일부위헌결정으로 분류되던 결정은 모두 한정위헌결정으로 분류되었다.

물의 문언자체는 그대로 둔 채 위헌의 범위를 정하여 한정위헌의 결정을 선고할 수도 있다'라고 판시하여 한정위헌·합헌결정을 합헌적 법률해석과 동일한 것으로 이해하는 듯한 이론을 전개하고 있다. '한정합헌결정이라 함은 해석 여하에 따라서는 위헌이 되는 부분을 포함하고 있는 법령의 의미를 헌법의 정신에 합치하도록 한정적으로 해석하여 위헌판단을 회피하는 것으로 헌법합치적 법률해석이라고도 하며, 한정위헌결정은 일반적으로 불확정개념이거나 다의적인 해석가능성이 있는 조문에 대하여 한정축소해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 넘어선 확대해석은 헌법에 위반되어 채택될 수 없다는 뜻의 결정을 말한다'고 개념정의하거나,<sup>7)</sup> '한정위헌결정은 법률이나 법률조항에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면서 그러한 해석에 한하여 위헌을 선언하는 방식'이라고 개념정의하는 견해<sup>8)</sup>도 한정위헌·합헌결정을 합헌적 법률해석으로 이해하는 견해로 볼 수 있다.

그런데, 우리 헌법재판소가 행하는 한정위헌·합헌결정을 합헌적 법률해석과 동일한 것으로 이해할 수 있는가에 관하여는 선뜻 동의하기 어려운 문제가 제기된다. 우선 헌법재판소의 한정위헌·합헌결정중 한정위헌결정은 '일정한 법률조항은, ……한, 헌법에 위반된다'라는 주문 형식을 가지고 있는데, 이러한 형식이 합헌적 법률해석과 개념적으로 어울릴 수 있겠는가의 의문이 제기되기 때문이다. 실제로 독일의 경우, 합헌적 법률해석에서는 '일정한 법률조항은 …… 내용으로 해석되어야 한다'는 결정주문 내지 '일정한 법률조항은, …… 결정이유에서와 같이 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다'는 결정주문만 사용될 뿐, '일정한 법률조항은, ……한, 헌

7) 권영성, 신판 헌법학원론, 1994. 1167쪽.

8) 소순무, 限定違憲決定의 法院에 대한 羈連力, 재판자료 제75집, 1997. 540쪽.



법에 위반된다'라는 결정주문은 사용되지 않기 때문이다. 여기에서 우리 헌법재판소의 한정위헌·합헌결정과 합헌적 법률해석을 동일한 개념으로 이해할 수 있겠는가, 차이점이 있다면 그 차이점은 어디에서 발견할 수 있겠는가에 관하여 살펴볼 필요성이 있다.

## 2. 합헌적 법률해석과 한정위헌·합헌결정의 관계

법률의 합헌적 해석이란 외형상 헌법에 어긋나는 것으로 보이는 법률이라 할지라도 그것이 헌법정신에 맞도록 해석될 여지를 조금이라도 간직하고 있는 경우에는 이를 함부로 위헌이라고 판단하지 않고 헌법정신과 조화될 수 있는 방향으로 해석·적용해야 한다는 법률의 해석지침을 말한다.<sup>9)</sup> 법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다.<sup>10)</sup> 따라서, 합헌적 법률해석은 헌법재판소뿐만 아니라 법원, 행정부 등 법률을 해석·적용하는 모든 국가기관이 준수하여야 할 일반적인 헌법원칙이라고 하겠다. 독일에서는, 특별히 독일연방헌법재판소의 합헌적 법률해석이 부분적인 위헌선언이라는 실질적 효과를 가지게 된다는 점에 주목하여 헌법재판소의 합헌적 법률해석과 법원 기타 국가기관이 행하는 '단순한 법률해석'에 불과한 합헌적 법률해석을 구분하고 있다.<sup>11)</sup> 독일연방헌법

9) 허영, 합헌적 법률해석의 본질과 한계 - 우리 헌법판례의 내용과 문제점 -, 헌법논총 제3권, 1992. 12. 169쪽 ; 이승우, 합헌적 법률해석 - 한정합헌과 한정위헌 -, 헌법재판자료 제5권, 1992. 12. 63쪽.

10) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합) 社會保護法 第5條의 違憲審判, 판례집 1, 69, 86

11) Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 3. Aufl, 1994. S.255 참조.

재판소의 헌법합치적 법률해석은 연방헌법재판소 결정이 가지는 기속력을 가지는 것으로 이해되고 있기 때문이다.<sup>12)</sup> 독일연방헌법재판소가 행하는 합헌적 법률해석의 방식은 재판절차에 따라 다양한 형태를 띠고 있다. 재판에 대한 헌법소원절차에서는 합헌적 법률해석을 일반적으로 결정이유에서만 실시할 뿐 달리 결정주문으로 선고하지는 아니한다. 다만, 결정이유에 기속력을 부여함으로써 위헌결정으로서의 실질적 효력을 확보하고 있다. 규범통제절차에서는 헌법재판소가 이유에서 실시한 합헌적 법률해석을 주문에 연결시키게 되는데, 그 통상적인 방법은 “…… 법률조항은 이유에서 실시한 해석 하에 기본법에 합치한다”라는 주문을 선고하고 있다. 예외적으로 헌법재판소 양원전원재판부는 “민사소송법 제554조의b 제1항이, 확정적으로 승소의 가능성이 있는 상고의 수리까지 거부하라는 취지로 해석되지 아니한다”라는 내용으로 법률해석 자체를 주문으로 선고하는 방식으로 합헌적 법률해석을 표현한 바 있다.<sup>13)</sup>

합헌적 법률해석은 법률을 합헌적으로 유지한다는 결론을 도출하는 이론이기 때문에 논리적으로 결정주문 등에서 ‘심판대상이 된 법률조항이 …… 해석하는 한, 합헌이다’라는 내용의 ‘합헌’ 형식을 취할 수밖에 없다는 특징을 가지게 된다. 다만, 그 외관의 이면에서 ‘심판대상이 된 법률조항이 위헌으로 인정되는 범위 내에서 법률로서 효력을 상실한다’는 실질적 내용을 가진다는 점에서 위헌결정과 같은 효과를 가질 뿐이라고 하겠다. 따라서, 합헌적 법률해석으로는 우리 헌법재판소가 채택하는 ‘한정위헌결정’을 선고할 수 없다는 한계를 가지게 된다.

합헌적 법률해석이 가지는 이러한 한계는 독일에서 합헌적 법률

12) Schlaich, 같은 책, 253쪽.

13) Schlaich, 같은 책, 253, 254쪽.

해석 개념 이외에 질적 일부위헌결정이라는 개념을 형성하게 하고 있다. 독일연방헌법재판소는 질적 일부위헌결정이라는 형식으로 우리 나라의 ‘한정위헌결정’과 같은 형식의 위헌결정을 선고할 수 있다는 이론이 전개되고 있다. 독일연방헌법재판소는 법률조항에 대한 특정의 조문 또는 구절에 대하여서가 아니라 규범의 문구를 해석하여 적용되는 특정의 상황(Fallkonstellation ; 일정한 적용부분)에 대하여 위헌선언을 하는 경우가 있는데, 이 경우 법률조항의 문구의 변경없이 일부위헌의 효과가 발생한다는 점에서 이를 질적 일부위헌이라고 한다. 이 경우 “…… 한 헌법에 위반된다”라는 주문이 선고되는 바, 질적 일부위헌에서는 법률조항의 문구가 변경되지 아니하고 일정한 적용영역이 위헌으로서 배제되게 된다.<sup>14)</sup>

그렇다면, 우리 헌법재판소가 선고하는 한정위헌·합헌결정은 독일에서의 합헌적 법률해석과 질적 일부위헌을 모두 포함하는 개념으로 이해함이 타당하다고 하겠다.

이러한 점에서 우리 헌법재판소의 한정위헌·합헌결정을 독일에서의 합헌적 법률해석과 바로 동일시하여 독일의 합헌적 법률해석 이론을 통하여 우리의 한정위헌·합헌결정을 이해하려는 방법은 문제가 있다고 볼 수 있다. 이는 합헌적 법률해석만으로는 위에서 살펴본 바와 같이 ‘한정위헌결정’이라는 형식의 주문을 선고할 수 없다는 점을 보더라도 분명하다고 하겠다.

우리 나라에서 합헌적 법률해석과 한정위헌·합헌결정이 서로 혼동된 이유는 한정위헌·합헌결정에 대한 이론적·사실적 근거와 요건이 합헌적 법률해석의 그것과 대부분 동일하다는 점에 있다고 본다. 그렇다면, 한정위헌·합헌결정과 합헌적 법률해석이 이론적 공통성을 가진다고 하더라도, 원래의 의미에 따라 합헌적 법률해석

14) Schlaich, 같은 책, 223, 224쪽.

은 헌법이 일종의 ‘해석규칙’(Auslegungsregel)으로서 기능하는 경우이고, 한정위헌·합헌결정은 헌법이 ‘저촉규칙’(Kollisionsregel)으로서 기능하는 경우로 이해함이 타당하다. 즉, 전자의 경우에는 법률이 헌법과 조화될 수 있도록 해석·적용되는 것을 요구하지만, 후자의 경우에는 법률이 헌법에 저촉되는 것을 용납하지 않기 때문에 헌법에 저촉되는 법률은 당연히 무효화되는 결과를 가진다고 보아야 한다. 말하자면 전자의 경우 헌법은 법률의 ‘해석기준’이 되지만, 후자의 경우에는 법률의 ‘심사기준’이 되는 셈이다. 그렇기 때문에 합헌적 법률해석과 한정위헌·합헌결정은 엄격한 의미에서 그 추구하는 제도의 목표가 서로 상극적이다. 전자는 대의기관의 입법권에 의해서 제정된 법률의 효력을 되도록 지속시키려는 정신의 제도적 표현인데 반해서, 후자는 헌법의 최고규범으로서의 효력을 지키자는 의지의 제도적 표현이라고 보아야 한다.<sup>15)</sup>

### 3. 한정위헌·합헌결정의 개념정의

위와 같은 관점에서 한정위헌·합헌결정을 이해한다면, 우리의 한정위헌·합헌결정은 합헌적 법률해석에 따라 개념정의되기 보다는 결정주문이 나타내는 외형과 그 효과를 기준으로 개념정의함이 타당하다고 하겠다. 즉, 법률의 문언을 축소제한하거나 법률의 문언은 그대로 두고 위헌으로 판단되는 부분만을 ‘……한 위헌이다’라는 주문형식으로 일부를 위헌으로 선언하는<sup>16)</sup> 결정이 한정위헌 결정이고, 그와 반대로 특정한 부분만을 특정하여 합헌으로 선언하는 결정을 한정합헌결정이라고 개념정의하는 것이 우리 한정위헌·

15) 허영, 같은 논문, 176, 177쪽.

16) 김철수, 헌법학개론, 1999. 제11전정신판, 1313쪽 참조.

합헌결정을 이해하는 올바른 방법이라고 생각한다. 위헌심판의 대상이 된 하나의 법률 또는 법률 조항에 위헌인 부분과 합헌인 부분이 함께 포함되어 있고, 위헌인 부분과 합헌인 부분이 文言的으로 나누어지지 않고 다만 해석의 방향과 적용의 범위에 따라 구분되어질 수 있을 때에 헌법재판소가 당해 법률이나 법률 조항의 위헌적인 부분을 제거하기 위한 방법으로, 법률 등의 무효를 선언하는 대신 당해 법률 등을 限定된 취지로 해석하는 限 合憲이라고 선언하거나 아니면 당해 법률 등을 한정된 취지로 적용하는 限 위헌이라고 선언하게 되는데, 前者를 한정합헌결정이라고 하고, 後者를 한정위헌결정이라고 한다는 견해도 같은 입장이라고 하겠다.<sup>17)</sup>

한정위헌·합헌결정을 이와 같이 이해함으로써 한정위헌·합헌결정의 근거, 요건, 효과를 ‘합헌적 법률해석’의 근거, 요건, 효과와 동일한 것으로 이해하는 데에서 탈피할 수 있게 된다고 하겠다. 즉, 한정위헌·합헌결정의 근거, 요건, 효과는 반드시 ‘합헌적 법률해석’의 근거, 요건, 효과에서만 찾아야만 되는 것은 아니며 그밖에 법률조항의 특정부분을 한정하여 이에 대하여 위헌결정을 선고하게 되는 질적 일부위헌의 근거, 요건, 효과에서도 찾을 수 있게 되는 것이다.

한정위헌·합헌결정을 이와 같이 이해할 경우, 변형결정의 다른 유형인 憲法不合致決定과의 구분도 명백해진다. 한정위헌·합헌결정은 단순위헌결정에 대하여 위헌으로 선언되는 對象(법률내지 법률조항) 내지 결정효력의 客觀的 範圍를 변형하는 것인데 반하여, 헌법불합치결정은 단순위헌결정의 遡及效(時間的 效力)를 변형시키는 것이라는 점에서 차이점을 보여준다. 즉, 한정위헌·합헌결정은

17) 김명수, 변형결정(한정합헌, 한정위헌 및 헌법불합치 결정)의 기속력과 법원의 재판, 재판자료 제75권, 1997. 6, 505,506쪽.

위헌결정의 대상을 ‘법률 또는 법률의 조항’이 아니라 ‘법률조항 문구의 일부를 특정’하는 방식으로 단순위헌결정을 변형시킨 결정이고, 憲法不合致決定은 ‘그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실’시키는 것이 아니라 ‘새로 개정법률이 시행될 때까지 그 법률의 형식적 존속을 잠정적으로 유지하게 하거나 실질적으로 존속시킬 것’을 선고하는 방식으로 단순위헌결정을 변형시킨 결정이라는 점에서 접근방식의 차이를 가진다. 따라서, 한정위헌·합헌결정과 헌법불합치결정은 단순위헌결정의 내용을 변형하는 부분이 다르다는 점에서 서로 배타적이라고 볼 수 없으므로 이들 변형결정이 중복적으로 발생할 가능성도 있다고 하겠다. 따라서 한정헌법불합치결정이나 한정잠정적용명령결정 등의 변형결정도 가능하다고 하겠다.

### Ⅲ. 限定違憲·合憲決定의 根據와 必要性

#### 1. 限定違憲·合憲決定의 根據와 必要性

한정위헌·합헌결정을 인정하는 입장에서는 일반적으로 권력분립의 원칙에 입각한 立法權의 존중, 법적 안정성의 확보, 합헌적 법률해석 및 법률의 合憲性 推定의 원칙 등에서 그 이론적 근거를 찾고 있다.<sup>18)</sup> 이러한 이론적 근거가 전개되는 현실적 문제점은 입법기술의 한계에 있다고 볼 수 있다. 그러므로 먼저 입법기술상의 문제점과 헌법재판의 관계에 관하여 먼저 살펴보기로 한다.

18) 김명수, 같은 논문, 506쪽.

가. 立法技術上的 問題點

법률(조항)은 권리의 내용, 권리변동의 요건, 절차 및 효과 등을 규정함을 목적으로 한다. 그러나, 권리의 내용이나 권리변동의 요건과 효과를 정하기 위하여 법률(조항)을 어떻게 언어나 문자로 표현할 것인가의 문제는 기계적으로 결정될 수 있는 성질의 것이 아니다. 권리의무관계와 그에 관한 사실관계가 구체적으로 특정하기에 적합한가, 당해 권리의무관계를 표현하기에 적합한 언어가 준비되어 있는가, 단지 추상적인 문구로만 규율될 수 있을 뿐인가 등의 어려움으로 인하여 권리의무관계의 내용을 어떠한 형태의 법률(조항)으로 표현할 것인가의 문제는 그때 그때 사안에 따라 입법자의 의하여 결정될 수밖에 없다. 결국 법률(조항)의 형태는 입법자의 입법기술에 의하여 좌우된다고 하겠는데, 그 입법기술이 계량적으로 확정될 수 있는 것이 아님은 물론이다. 따라서, 입법자의 재량에 따라 동일한 내용의 권리의무관계가 다양한 형태의 법률조항으로 표현될 가능성이 있다고 하겠다. 예를 들어 입법자는 일정 권리의무관계를 표현함에 있어서 복수의 개별 법률조항을 둘 수도 있지만, 법문을 간략히 하여 하나의 법률조항에 列擧하여 縮約하거나, 一般化하거나, 抽象化할 수도 있는 것이다. 헌법재판소가 1990. 4. 2. 89헌가113 사건에서 한정위헌을 선고한 국가보안법 제7조 제1항은 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가반란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”라고 규정되어 있었는데, 이는 입법자가 행위의 태양을 기준으로 각 항으로 구분하여 “① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다

는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”, “② …… 활동을 고무한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”, “③ …… 활동을 선전한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”, “④ …… 활동에 동조한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”, “⑤ …… 국가반란을 선전한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”, “⑥ …… 국가반란을 선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다” 등으로 개별적으로 규정될 수 있는 것을 列舉的으로 축약한 것으로 볼 수 있고, 헌법재판소가 1991. 5. 13. 89헌가97 사건에서 질적 일부위헌결정을 선고한 국유재산법 제5조 제2항은 “국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다”라고 규정되어 있는데, 이는 입법자가 “국유의 행정재산·보존재산 및 잡종재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다”라고 보다 구체적으로 규정할 수 있는 것을 一般化하여 규정한 것이고, 헌법재판소가 1991. 4. 1. 89헌마160 사건에서 한정위헌결정을 선고한 민법 제764조는 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다”라고 규정되어 있는데, 이는 입법자가 “민법 제764조 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 사죄광고, 판결문 게재, 정정보도 기타 적당한 처분을 명할 수 있다”라고 부분적으로 예시하여 규정할 수 있는 것을 抽象的으로 규정한 것으로 볼 수 있다. 반대로 입법부는 때로 하나의 권리의무관계를 복수의 법률조항으로 나누어서 규정하기도 하는 것이다. 예를 들어, 헌법재판소가 1996. 12. 26. 94헌바1 사건에서 위헌선언한 형사소송법 제221조의2는 제1회공판기일전 증인신문제도의



요건과 절차에 관하여만 규율하고, 그 때 작성된 조서의 효력에 관하여 같은 법 제311조에서 따로 규정하고 있음을 볼 수 있다.<sup>19)</sup> 입법자가 어떠한 형태의 ‘법률(조항)’의 외형을 택하였든, 법률(조항)이 의미하는 권리의무관계의 내용이 같다면, 그 법률조항들은 외형만 다를 뿐, 같은 권리의무관계를 표현하는 것으로서 동일한 효력이 인정된다고 하겠다.

이처럼 입법기술의 요령에 따라 법률(조항)의 모습이 달라질 수 있으므로, 법률의 ‘내용’이 헌법의 ‘내용’에 위반되는 여부를 판단하는 헌법재판소로서는 사안에 따라 위헌으로 판단되는 법률의 내용을 특정하기 위하여 ‘법률(조항)의 일부’를 특정하는 내용의 변형된 결정을 선고할 필요성이 있다고 하겠다. 헌법재판소가 법률(조항)을 단위로 하여서만 위헌선언할 수 있을 뿐이라고 해석하게 된다면, 법률(조항) 중 ‘일부내용’이 위헌임이 명백함에도 불구하고, 헌법재판소는 위헌적인 ‘일부내용’을 방치하거나, 합헌적인 내용을 포함하는 법률(조항) 전부에 대하여 위헌선언할 수밖에 없게 되는데, 이러한 결과를 우리 헌법이 예정하고 있다고 보기는 어렵다. 헌법재판소가 위헌적인 ‘일부내용’을 방치하는 입장을 취하게 되면, 입법부는 이러한 상황을 이용하여 일부러 법률조항을 복잡하고 추상화함으로써 헌법재판소의 위헌선언을 피하려고 할 것이고, 헌법재판소가 일부내용의 위헌선언을 위하여 ‘법률(조항)’ 전부를 위헌선

---

19) 형사소송법 제221조의2[증인신문의 청구] ② 전조의 규정에 의하여 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회공판기일전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다. ⑤ 판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인, 피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다. 형사소송법 제311조 (법원 또는 법관의 조서) 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증, 감정 결과 등을 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조 및 제221조의2의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다.

언하는 입장을 취하게 되면, 입법부는 새로운 입법을 거듭하여야 하는 부담을 안게 될 것이기 때문이다. 이러한 점에서 볼 때, 한정위헌결정은 입법기술상의 문제점에서 그 현실적 필요성을 찾아볼 수 있다고 하겠다.

#### 나. 법적 혼란의 최소화

한정위헌·합헌결정은 보통 법률이 위헌으로 선언되어 효력을 전면적으로 상실하는 것을 피하기 위하여 행해지는 방법이다. 이는 법률조항의 일부만이 위헌임에도 불구하고 헌법재판소가 법률조항의 전부에 대하여만 위헌선언할 수밖에 없게 되면 위헌이 아닌 법규부분까지 불필요하게 법의 공백상태가 발생하게 되고 그로 인하여 법질서의 혼란이 초래될 가능성이 크게 된다.<sup>20)</sup> 즉, 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 헌법재판소가 법률의 위헌 또는 합헌의 판단만 할 수 있다고 한다면, 이는 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 柔軟, 伸縮性 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적 공백, 법적 혼란 등 법적 안정성을 해치게 된다. 법률조항의 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란은 피할 필요성이 있다.<sup>21)</sup> 여기에서 법률조항의 전면적인 위헌선언을 회피하는 방법으로 한정위헌·합헌결정이 필요하게 된다고 하겠다.

20) 이승우, 같은 논문, 64쪽 참조.

21) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49.

### 다. 법질서의 통일성

어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다.<sup>22)</sup> 왜냐하면 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다.<sup>23)</sup> 따라서 한정위헌·합헌결정은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 헌법원칙의 헌법재판적 표현으로 보아야 한다.<sup>24)</sup>

### 라. 권력분립의 원칙

입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 廢棄하기보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고, 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며, 그것은 국민의 대표기관으로서 立法形成權을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라고 할 것이므로 위헌이나 합헌이나의 결정 외에 가능한 한 입법권을 존중하는 限定合憲, 限定違

22) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49.

23) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 144.

24) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합), 판례집 1, 68, 86.

憲 또는 憲法不合致決定 등 중간영역의 主文形式도 필요한 것이다.<sup>25)</sup> 심판대상이 된 조항이 다양하게 해석될 수 있고, 그 해석가능성중 합헌으로도 해석될 수 있고 위헌으로도 해석될 수 있는 경우 단순히 위헌으로 결정하기 보다는 위헌적인 해석방법만을 배제함으로써 입법자의 입법형성권을 존중할 수 있을 것이다.<sup>26)</sup>

## 2. 限定違憲·合憲決定의 否認論에 대한 검토

한편, 현행의 헌법재판소법에 한정위헌결정에 관한 명문의 규정이 없다는 점에서 헌법재판소가 한정위헌결정을 선고할 수 있을 것인가에 관하여 의문이 제기되고 있다. 특히, 헌법재판소법 제45조는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라고 규정하여, 헌법재판소는 形式的으로 ‘법률(조항)’을 단위로 하여서만 위헌심판할 수 있을 뿐이고, 법률(조항) 중 ‘일부내용’을 특정한 뒤 그 부분에 대하여만 위헌선언하는 방식으로 위헌법률심판권을 행사할 수는 없다고 해석할 가능성과 헌법재판소는 ‘위헌여부만’을 결정할 수 있을 뿐이므로 ‘법률해석’에 관여하는 한정위헌결정은 선고할 수 없다고 해석할 가능성이 제기되고 있다. 그밖에 헌법재판소가 한정위헌결정을 선고하게 되면 사법권이 법원에 속한다고 규정하고 있는 헌법 제101조 제1항에 위반되거나, 법원의 명령·규칙위헌위법심사권을 부여하고 있는 헌법 제107조 제2항에 위반하게 되므로 결과적으로 한정위헌결정이 허용될 수 없다는 논의 등이 제기되고 있다. 실제로 대법원은 서론에서 살펴보았듯이 헌법재판소가 위헌결정으로서의 한정위헌결정을 선

25) 김명수, 같은 논문, 497, 498쪽.

26) 남북현, 같은 논문, 856쪽.

고할 수 없다는 입장에서 판결을 선고한 바 있다.

가. 違憲決定은 ‘法律(條項)만’을 對象으로 하여야 하는가?

헌법재판소법 제45조는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라고 규정하여, 헌법재판소는 형식적으로 ‘법률(조항)’을 단위로 하여서만 위헌심판할 수 있을 뿐이고, 법률(조항) 중 ‘일부내용’을 특정한 뒤 그 부분에 대하여만 위헌선언하는 방식으로 위헌법률심판권을 행사할 수는 없다고 해석할 가능성이 있다. 대법원은 1996. 4. 9. 선고 95누11405판결에서 “이른바 한정위헌 결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌 결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다”라고 판시하여 법률(조항)을 직접 대상으로 하지 아니하는 결정은 위헌결정으로서의 효력을 인정할 수 없다는 입장을 표명하고 있다.

그러나, 이러한 해석은 違憲法律審判의 본질을 너무 형식적으로 이해하고 있다고 아니할 수 없다. 위헌법률심판이란 헌법조문의 文句와 법률조문의 文句의 차이를 가리는 것이 아니라 헌법의 內容과 법률의 內容 사이의 충돌문제를 해결하는 것이라고 보아야 한다. 위헌여부의 판단에서는 형식적인 문구가 중요한 것이 아니라 내용상의 차이점이 중요한 것이다. 위헌법률심판권을 ‘법률조항의 문구’라는 外形에 의하여 한계 지우려는 생각은 ‘문구’ 자체가 법적으로 법률내용을 구분하는 절대적인 기준이 될 수 있다는 것을 전제로 하고 있는데, ‘법률조항의 문구’라는 외형이 위헌법률심판권의

한계를 설정할만한 법적 의미를 가진다고 보기는 어렵다. ‘법률조항의 문구’는 위에서 살펴본 바와 같이 단순한 立法技術의 요령에 의하여 좌우될 수 있는 것이다. ‘문구’는 규율될 권리의무관계의 내용을 입법자가 조문형식으로 표현한 외형에 불과하다. 입법자가 어떠한 형태의 ‘문구’외형을 택하였든, 법률조항이 의미하는 권리의무관계의 내용이 같다면, 그 법률조항들은 외형만 다를 뿐, 같은 권리의무관계를 표현하는 것으로서 동일한 효력이 인정되어야 한다. 위헌법률심판권의 본질이 헌법과 법률의 조항문구이라는 ‘外形’이 아니라, 헌법과 법률의 ‘內容’ 사이의 충돌문제를 해결하는 점에 있다면, ‘법률(조항)’이나 법률(조항) 중 ‘일부 문구’를 지적하여 위헌선언하는 단순위헌결정이나, 법률(조항)이 규율하고 있는 권리의무관계의 일정한 ‘내용을 적시’하는 방법으로 일부 법률내용을 한정하여 위헌선언하는 한정위헌결정이나 모두 법률의 일정한 ‘내용’이 헌법에 위반되는 판단을 선언하는 것으로서의 본질을 같이 한다고 보아야 한다. 결국, 헌법재판소가 법률(조항)을 단위로만 위헌선언할 수 있다는 해석은 위헌법률심판제도의 본질을 왜곡한 해석으로 채택하기 어려운 해석이라고 하겠다.

나. 한정위헌·합헌결정은 ‘違憲與否’決定에 속하지 아니하는가?

헌법재판소법 제45조는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라고 규정하여, 헌법재판소는 ‘위헌여부만’을 결정할 수 있을 뿐 ‘법률해석’에 관여하는 한정위헌·합헌결정은 선고할 수 없다고 해석할 가능성이 있다. 대법원은 위 판결에서 “한정위헌결정은 …… 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영

향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다”라고 판시하여 한정위헌결정이 위헌여부를 판단한 것이 아니라 법률해석을 하고 있는 것으로 이해하고 있음을 볼 수 있다.

그러나, 이러한 견해는 ‘法律解釋’과 ‘違憲審判’의 의미를 명백하게 구분하지 못하고 있다고 아니할 수 없다. 法律解釋이란 법문의 의미를 밝히는 것으로서 일정한 법률조항에 대하여 가능한 해석 가운데 가장 合理的이라고 생각하는 解釋을 選擇하는 것을 의미한다. 이에 대하여 違憲審判은 법률조항의 ‘內容’이 헌법의 ‘內容’에 위반되는 여부를 판단하는 것을 의미한다. 법률해석은 법문이 합리적인 내용을 가질 수 있도록 그 의미를 밝히는데 중점이 있고, 위헌심판은 의미가 밝혀진 법률조항의 내용이 헌법에 위반되는가의 여부를 판단하는데 중점이 있다. 法律解釋에서도 헌법의 내용을 고려하여야 함은 물론이지만, 그 궁극적인 목적은 법률조항이 헌법에 위반되는가의 판단에 있는 것이 아니라, 헌법에 위반되지 아니하는 가능한 여러 해석 중에서 가장 합당한 해석을 선택하는데 있다. 違憲審判에서도 법률해석이 원용되는 것은 물론이지만, 이는 법률조항의 내용을 구체적으로 특정함으로써 그 내용이 헌법에 위반되는 여부를 판단하기 위한 전제로 원용되는 것이고, 그 궁극적인 목적은 그와 같이 해석된 법률의 ‘내용’이 헌법에 위반되는가 여부를 판단함에 있다. 이러한 점에서 볼 때, 법률해석권과 위헌심판권은 그 성질을 전혀 달리한다고 보아야 한다.

한정위헌·합헌결정은 ‘당해 법률(조항)이 어떻게 해석되는 것이 합리적이다 내지 바람직하다’는 판단이 아니라, ‘일정하게 해석된 법률(조항)의 내용이 헌법에 위반된다’는 판단이라는 점에서 헌법재판소법 제45조가 정하는 법률의 ‘위헌여부만’을 판단한 것으로 보아야 한다. 즉, 한정위헌결정에서 “A라고 해석하는 범위 내에서

헌법에 위반된다”는 주문내용은 당해 법률조항을 “A”라고 해석하는 것이 가장 바람직하다는 법률해석의 의견을 표명한 것이 아니라, “A”라고 해석하는 범위의 법률‘내용’이 헌법의 ‘내용’에 위반된다는 판단을 선언하는 것이다.

나아가, 헌법재판소의 한정위헌·합헌결정을 허용할 경우 법원은 그 해석 범위 내에서 당해 법률(조항)을 해석·적용할 수 없게 되므로, 결과적으로 헌법재판소의 한정위헌결정은 法院의 法律解釋權을 침해하는 것으로서 허용될 수 없다는 주장에 대하여 살펴본다. 결론부터 말하면, 이 주장은 위헌법률심판권 자체를 부인하는 주장과 동일한 것으로 우리 헌법상 허용될 수 없는 주장이라고 하겠다. 위헌법률심판권 행사로 인하여 위헌으로 선언된 범위 내에서 법원의 법률해석권이 제약받는 것은 위헌법률심판제도가 존재하는 한 피할 수 없는 현상이다. 헌법재판소의 단순위헌결정이 선고된 경우, 법원이 당해 법률조항을 해석·적용할 수 없다는 점에서 법률해석권을 제약받게 되는 것은 違憲法律審判의 本質上 當然한 現狀이다. 한정위헌·합헌결정이 법원의 법률해석권을 제약하는 효과는 그 범위만 다를 뿐 단순위헌결정의 효과와 똑같은 것이다. 단순위헌결정으로 인하여 법원이 일정한 법률조항의 ‘내용’을 법률로 적용할 수 없는 것과 마찬가지로, 한정위헌결정으로 인하여 법원은 일정한 법률조항 중 일정한 범위의 법률‘내용’을 법률로 적용할 수 없는 효과가 발생할 뿐이다. 따라서 한정위헌결정으로 인하여 법률해석권이 제약받게 된다는 사정만으로 바로 한정위헌결정의 유효성을 부인하는 주장은 성립될 수 없다고 하겠다.

다. 한정위헌·합헌결정은 대법원의 법률해석권을 침해하는가?

한정위헌·합헌결정이 허용될 수 없는 이유를 사법권이 대법원



을 정점으로 하는 법원에 속한다고 규정하고 있는 헌법 제101조 제1항에서 찾기도 한다. 구체적 사건에서의 법령의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이므로 비록 어떤 법률조항에 대한 헌법재판소의 한정위헌의 결정이 있다 하더라도 법률문언의 변화가 없는 한 당해 법률조항에 대한 해석권은 여전히 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속되는 것이라는 주장이다.

물론 구체적 사건에서의 법률의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이 분명하다. 그러나 법률에 대한 위헌심사는 당연히 당해 법률 또는 법률조항에 대한 해석이 전제되는 것이고, 헌법재판소의 한정위헌의 결정은 단순히 법률을 구체적인 사실관계에 적용함에 있어서 그 법률의 의미와 내용을 밝히는 것이 아니라 법률에 대한 위헌성심사의 결과로서 법률조항이 특정의 적용영역에서 제외되는 부분은 위헌이라는 것을 뜻한다함은 이미 앞에서 밝힌 바와 같다. 따라서 헌법재판소의 한정위헌결정은 결코 법률의 해석에 대한 헌법재판소의 단순한 견해가 아니라, 헌법에 정한 권한에 속하는 법률에 대한 위헌심사의 한 유형인 것이다.

만일, 한정위헌·합헌결정 법원의 고유권한인 법률해석권에 대한 침해로 파악하여 헌법재판소의 결정유형에서 배제해야 한다면, 헌법재판소는 앞으로 헌법합치적으로 해석하여 존속시킬 수 있는 많은 법률을 모두 무효로 선언해야 하고, 이로써 합헌적 법률해석방법을 통하여 실현하려는 입법자의 입법형성권에 대한 존중과 헌법재판소의 사법적 자제를 포기하는 것이 된다. 또한, 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하고 위헌으로 확인된 법률조항이 법률문언의 변화없이 계속 존속된다고 하는 관점은 헌법재판소결정의 기속력을 결정하는 기준이 될 수 없다. 헌법재판소의 변형결정의 일종인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법

를조항은 법률문언의 변화없이 계속 존속하나, 법률의 위헌성을 확인한 불합치결정은 당연히 기속력을 갖는 것이므로 헌법재판소결정의 효과로서의 법률문언의 변화와 헌법재판소결정의 기속력은 상관관계가 있는 것이 아니다.<sup>27)</sup>

#### 라. 헌법 제107조 제2항과 한정위헌·합헌결정

헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정하면서 특히, ‘最終적으로’라는 표현을 사용함으로써 헌법재판소의 위헌법률심판권과 명령·규칙에 대한 대법원의 위헌심사권의 관계에 관하여 해석상 어려운 문제를 제기하고 있다. 이 문구를 근거로 하여 명령·규칙에 대한 위헌심사권은 대법원에 최종적으로 귀속되어 있으므로 이러한 범위에서 헌법재판소의 위헌법률심판권의 행사는 제한받을 수밖에 없다는 견해가 성립될 수 있기 때문이다.

생각건대, 이러한 견해는 헌법 제107조를 헌법재판소와 대법원 사이의 權限分配規定으로 이해하는 것을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다. 즉, 위헌법률심판권은 헌법 제107조 제1항에 의하여 헌법재판소에 귀속하고, 명령·규칙에 대한 위헌위법심판권은 헌법 제107조 제2항에 의하여 법원에 속한다는 해석이다. 그러나, 헌법 제107조 전부(제1항, 제2항, 제3항 전부)가 憲法 體系에서 차지하는 위치를 살펴보면, 헌법 제107조가 권한분배규정의 역할을 하고 있다고 보기는 어렵다. 헌법 제107조는 제1항에서 ‘법원이 헌법재판소에 제청함으로써 위헌법률심판권이 행사될 것’을 규정하고 있고, 제2항에서는 ‘법원이 직접 명령·규칙위헌위법심판권을 행사할 것’

27) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172,173(병합), 판례집 9-2, 842.

을 규정하고 있고, 제3항에서는 ‘재판의 전심절차로서 행정심판이 가능하다는 것’을 규정하고 있는 이들 각항의 공통점을 종합하면, 헌법 제107조는 法院의 裁判節次와 다른 機關의 審判節次와의 관계 사이에 발생할 수 있는 節次上的 衝突問題를 해결하기 위한 규정임을 알 수 있다. 즉, 법원의 재판절차에서 ‘법률’의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 일단 裁判을 停止하고 헌법재판소의 위헌법률심판의 결과를 기다려서 재판하라는 요청이 헌법 제107조 제1항이고,<sup>28)</sup> 법원의 재판절차에서 ‘명령·규칙’의 위헌 여부 내지 위법 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 재판을 정지할 필요성이 없이 법원이 ‘스스로 기관력이 발생하기까지’ 裁判節次를 進行하라는 것이 헌법 제107조 제2항이고, 법원의 裁判節次 以前에 행정청에 의한 행정심판절차를 둘 수 있음을 밝히는 것이 헌법 제107조 제3항이라고 볼 수 있다. 이러한 점에서 헌법 제107조는 權限分配規定이라기 보다는 節次調整規定이라고 보는 것이 타당하다. 즉, 헌법 제107조는 법원의 재판절차와 법원 이외의 심판절차 사이에서 발생하는 문제를 해결하기 위한 절차규정으로 이해하여야 한다. 헌법재판소와 대법원의 권한분배규정은 헌법 제101조와 제111조로 충분하다고 하겠다. 그렇다면, 헌법 제107조 제2항이 정하는 ‘최종적으로’라는 표현은 헌법 제107조 제1항과 대칭되는 내용으로서 ‘재판을 정지하고 헌법재판소에 제청하는 등의 절차를 거칠 필요 없이 재판이 확정될 때까지 재판을 진행한다’, 즉 ‘법원의 재판절차가 다할 때까지의 과정에서 대법원이 이를 최종적으로 심사한다’는 의미에서의 최종적인 것으로 해석함이 마땅하다고 하겠다.<sup>29)</sup>

그리고, 헌법 제107조 제2항상의 ‘최종적’ 표현을 법원에 ‘專屬

28) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 위헌소원의 경우에서 보듯이 헌법재판소의 위헌법률심판을 위하여 법원이 반드시 재판을 정지할 필요성이 있는 것은 아니다.

29) 참고, 원천분에 대한 헌법소원, 헌법논총, 제6집, 1995. 213쪽 이하 참조.

的’, ‘排他的’ 管轄權을 형성하는 것으로 해석하는 것은 단순히 문구에 의한 感性的 解釋에 불과하다고 보아야 한다. 헌법 제107조 제2항을 구체화하고 있다고 볼 수 있는 行政訴訟法 關聯規定을 살펴보면, 행정소송법 제6조 제1항에서 ‘행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 총무처장관에게 통보하여야 한다’라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서 ‘제1항의 규정에 의한 통보를 받은 총무처장관은 지체없이 이를 관보에 게재하여야 한다’라고 규정하고 있을 뿐, 대법원이 행한 명령·규칙에 대한 위헌위법심판권 행사가 다른 國家機關을 羈束한다는 명문규정은 찾아볼 수 없다. 결국 대법원이 행한 명령·규칙에 대한 위헌위법심판권 행사에 대한 기속력은 다른 행정소송법 조항을 준용하여 해석할 수밖에 없다고 하겠는데, 이때 준용가능한 행정소송법 규정으로는 행정소송법 제8조 제2항[준용규정]과 제29조[취소판결등의 효력] 및 제30조[취소판결등의 기속력]을 생각해 볼 수 있다. 그러나, 이들 규정이 가지는 효력은 단지 “그 사건에 관하여 당사자인 行政廳과 그밖의 關係行政廳을 羈束”하는데 불과한 것이다. 그렇다면, 헌법재판소가 법원의 명령·규칙 위헌위법심판권 행사의 결과에 기속되지 아니함은 행정소송법의 해석상 명백하다. 결국, 헌법 제107조 제2항의 ‘최종적으로’라는 문구만으로 대법원의 ‘전속적’, ‘배타적’ 관할권을 주장하는 것은 現行 헌법 및 법률의 體系的 解釋論으로는 부적절하다고 아니할 수 없다.

또한 명령·규칙에 대한 위헌심판권이 대법원에 전속한다는 견해에 따르면, 법률(조항)의 내용이 명령·규칙에 의하여 구체화된 경우에는 헌법재판소가 그 근거가 되는 법률의 내용에 대하여 위헌법률심판권을 행사할 수 없고 단지 법원만이 명령·규칙심사권

을 행사할 수 있을 뿐이라는 결과에 이르게 된다. 그런데, 현대의 복잡한 산업사회에서 법률만으로 권리의무관계가 바로 확정되는 경우는 극히 드문 현상이고 대부분의 공법적 법률관계는 명령·규칙을 통하여 구체화되는 것이 일반적인 현상이다. 이러한 상황 아래서 법원의 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 이유로 헌법재판소의 위헌법률심판권의 행사를 제한한다면, 결과적으로 헌법재판소의 違憲法律審判權을 形骸化하는 것을 의미하게 된다. 헌법 제111조 제1항 제1호에 의하여 부여된 위헌법률심판권이 헌법 제107조 제2항 ‘최종적으로’라는 문구 하나로 형해화될 수 있다고 해석할 수는 없다고 보아야 한다.

그리고, 법원의 명령·규칙에 대한 위헌심사권으로 인하여 헌법재판소의 위헌법률심판권의 행사가 제약된다는 이론을 수증하게 되면, 행정부는 법률안을 제출할 때 가능한 한 - 헌법상의 명확성에 반하지 아니하는 범위 내에서 - 법률조항을 일반·추상화하고, 구체적인 권리의무관계의 내용은 모두 명령·규칙에서 정하는 방식으로 立案함으로써 헌법재판소의 위헌법률심판을 피해 갈 수 있게 되는 결과가 초래되는데 이러한 결과를 우리 헌법이 인용하고 있다고 보기도 어렵다고 하겠다.

또한, 법원의 명령·규칙심사권은 법의 단계적 구조에 비추어 그 위헌 여부의 판단도 결국 모법의 합헌성을 전제로 하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 법원이 합헌이라고 판단한 조항의 모법을 위헌이라고 헌법재판소에서 판단한 경우 이는 위 단계이론에 의하여 당해 명령이 효력을 잃게 된다고 보아야 하지, 이를 법원의 명령·규칙심사권의 침해라고 말할 수는 없다. 이를 침해로 보게 된다면, 법원이 합헌이라고 판단한 명령은 법률의 효력 유무에 불구하고 독자적 효력을 갖는 결과가 되는 것으로 타당성이 없다고 하

겠다. 헌법재판소의 한정위헌·합헌결정을 유효한 위헌결정으로 기속력이 있다고 이해하는 한 법원의 명령·규칙심사권의 침해는 위와 같은 이유로 문제되지 아니한다고 보아야 한다.<sup>30)</sup>

이를 종합하건대, 헌법 제107조 제2항의 ‘最終적으로’라는 문구를 근거로 명령·규칙에 대한 대법원의 위헌심사권의 排他性을 인정하여, 헌법재판소의 違憲法律審判權을 제한하려는 해석은 우리 헌법 해석으로 부적절하다고 아니할 수 없다.

#### 마. 결정주문의 불명확성

헌법재판의 주문은 명확하여야 하므로, 재판의 주문이 명확하지 않다면 그러한 재판은 효력을 발생할 수 없다고 보아야 한다는 입장에서 한정위헌·합헌결정의 효력을 부인하기도 한다. 즉, ‘한정위헌·합헌결정은 “……해석하는 한 헌법에 위반된다”라고 결정하게 되는데 여기에서 “……하는 한(限)”이라는 말은 조건 내지 가정을 뜻하는 “한다면”이라는 말로도 해석되고 이유를 나타내는 “때문에”라는 말로도 해석되며 “범위·정도”를 뜻하는 “경우”라는 말로도 해석될 수 있어, 과연 어떠한 말로 쓰여졌는지를 판별하기란 쉽지 않다. 결정주문의 “……하는 한”을 어떻게 보느냐에 따라 “……으로 해석한다면 헌법에 위반된다”, “……정당하다면 헌법에 위반되지 아니한다”라는 조건부(또는 가정적) 위헌 또는 조건부(또는 가정적) 합헌의 뜻으로 해석될 수도 있고, “……으로 해석되기 때문에 헌법에 위반된다” “……정당하기 때문에 헌법에 위반되지 아니한다”라고도 해석될 수 있으며, “……으로 해석하는 경우에는 헌법에 위반된다”, “……정당한 경우에는 헌법에 위반되지 아니한다”라고도 해석될 수도 있다. 결정 주문만으로는 그 뜻이 명백하지 못하

30) 소순무, 같은 논문, 571, 572쪽.

고, 결정이유를 읽어 보아야만 비로소 어떤 의미로 쓰여졌는지를 대강 짐작할 수 있을 뿐이다. 한정위헌·합헌결정은 명확성이 결여되었다’는 점에서 문제가 있다는 견해이다.<sup>31)</sup> 한정위헌·합헌결정은 매우 불명확한 결정주문이어서 위 법률이 위헌인지 합헌인지를 결정하여 달라는 청구인의 헌법소원에 대하여 명백한 대답을 아니하고 법률해석에 따라서 합헌으로도 되고 위헌으로도 될 수 있다는 애매한 대답을 한 것이 되어 헌법재판소가 위헌여부의 결정을 회피하였다는 비난을 받게 된다는 것이다.<sup>32)</sup>

그러나, 이러한 비판은 ‘해석이 가능한 모든 법률조항은 불명확하기 때문에 효력을 가질 수 없다’는 주장과 동일하다고 하겠다. 입법이 문자를 통하여 전달될 수밖에 없는 상황이라면, 한정위헌·합헌결정에서 위헌인 부분을 특정하는데 일정한 문자를 사용하였다고 하여 이것이 불명확하다고 비판할 수는 없다고 하겠다. 한정위헌·합헌결정이 조건부라도, 이유로도 해석될 수 있다는 것은 한정위헌·합헌결정이 가지는 효과를 명백히 이해하지 못하는 데에서 기인하는 우려하고 하겠다. 뒤에서 보는 바와 같이 한정위헌·합헌결정은 법률조항의 일정부분을 특정하여 그 부분에 대하여 위헌을 선언하는 결정형태임이 명백하기 때문이다.

#### IV. 限定違憲·合憲決定의 要件과 限界

한정위헌·합헌결정의 적용영역은 한정위헌·합헌결정의 필요성이 인정되는 범위 내에서 인정된다. 그렇다면, 한정위헌·합헌결정

31) 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3, 판례집 6-1, 203.

32) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 148.

은 심사대상이 된 법률(조항)이 일반화되어 있거나, 추상화되어 있어서 하나의 법률(조항)이 다양한 ‘내용’의 법률관계를 규율하고 있고, 그 중 일부의 내용이 위헌이라고 판단되는 경우에 허용된다고 하겠다.

## 1. 다양한 해석가능성?

이에 대하여 한정위헌·합헌결정은 법률조항의 문구가 다양하게 해석될 가능성이 존재하고, 이들 다양한 해석이 모두 헌법에 합치되는 경우가 아닌 경우에 한하여 가능한 것으로 한정적으로 이해하는 견해가 있다. 즉 당해 법률의 문언이 명료하고 일의적이어서 하나의 해석가능성만이 인정되는 경우에는 한정위헌·합헌결정은 취할 수가 없다는 견해가 있다.<sup>33)</sup>

그러나, 이러한 견해는 한정위헌·합헌결정을 독일의 합헌적 법률해석과 동일한 것으로 이해하는 데에 연원한다고 볼 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 우리 나라의 한정위헌·합헌결정이 독일의 합헌적 법률해석과 동일시할 수 없는 것이다. 합헌적 법률해석이론 이외에도 질적 일부위헌이론도 우리 나라의 한정위헌·합헌결정을 이해하는 근거가 될 수 있다고 보아야 한다. 그렇다면, 법률조항의 문구가 명백하다고 하더라도 그 내용중 일부를 특정할 수 있고 그 부분만이 위헌이라고 인정될 경우에는 헌법재판소로서는 한정위헌결정을 선고할 수 있다고 보아야 한다. 한정위헌·합헌결정의 본질은 ‘다양한 해석가능성’중의 일부를 특정하는데 있는 것이 아니라, 법률조항 내용의 전부가 아니라 ‘일정부분의 내용’이 헌법에 위반

33) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 재판관 변정수, 재판관 김진우의 반대의견, 판례집 1, 131, 148 ; 문광삼, 헌법재판소 변형결정의 유형과 그 문제점, 헌법재판연구 제7권, 1996. 5, 128, 129쪽.



된다는 점에 있기 때문이다.

## 2. 권력분립적 한계

한정위헌·합헌결정은 헌법재판권 즉, 사법권 행사의 결과이므로 사법권의 한계 내에서 행사되어야 한다. 한정위헌·합헌결정은 법률조항의 내용을 변경시키는 효과를 가짐으로써 결과적으로 입법부의 입법권을 제약하는 결과를 초래하게 되는 바, 이러한 입법권의 제약이 사법의 본질을 벗어나서 입법을 대신하는데 이르러서는 아니된다는 권력분립적 한계가 있음을 인정하여야 한다.

한정위헌·합헌결정은 민주적인 정당성에 바탕을 두고 활동하는 대의적인 입법권자의 입법의지를 되도록 존중해 주려는 결정이므로 입법권자가 해석의 대상이 되는 법률규정에 의해서 추구하고 있는 명백한 입법목적은 훼손하는 일이 있어서는 아니된다.<sup>34)</sup> 따라서, 한정위헌·합헌결정은 첫째는 법률 조항의 文句가 간직하는 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 變質되지 아니하는 범위 내이어야 한다는 文義의 限界와 둘째는 입법권자가 그 법률의 제정으로 추구하고자 하는 입법자의 명백한 意志와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수는 없다는 法目的의 限界 내에서 선고되어야 한다. 따라서 한정위헌·합헌결정의 내용이 법률조항의 文句와 전혀 동떨어진 결과를 초래하거나, 당초 법이 예정한 취지나 목적을 상실하게 할 정도로 변형된 것이어서는 안된다.<sup>35)</sup> 한정위헌·합헌결정에 의해서 입법목적이 완전히 다른 것으로 바뀔 수밖에 없는 정도에 이르게 되면 그것은 입법목적의 단순한 제한이나 보완에

34) 허영, 같은 논문, 183쪽.

35) 김철수, 같은 책, 1302쪽 ; 김명수, 같은 논문, 511, 512쪽.

그치는 문제가 아니고 입법목적의 본질적인 변질에 해당된다고 보아야 하기 때문이다. 입법목적의 완전한 변질을 초래하게 되는 한정위헌·합헌결정을 허용한다면, 그것은 단순한 규범통제의 차원과 전혀 성질이 다른 일종의 입법통제를 뜻하는 것으로서 위헌적인 법률규정의 무효화를 넘어서, 입법권자가 전혀 의도한 바가 없는 새로운 법률규정의 제정을 용납하는 결과가 된다.<sup>36)</sup> 다만, 입법권자가 추구하는 입법목적의 테두리 내에서 그 입법 목적을 다소 제한하거나 보완하는 내용의 한정위헌·합헌결정은 허용된다고 볼 수 있다.

헌법재판소는 1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합) 결정에서 다음과 같은 이유로 사회보호법 제5조 제1항에 대한 한정위헌·합헌결정의 가능성을 부인한 바 있다.

“법무부장관은 사회보호법 제5조 제1항의 규정취지는 재범의 위험성 없이도 동조항의 요건에 해당하면 반드시 보호감호를 선고하도록 한 것으로는 볼 수 없고, 동조항의 요건에 해당되면 일응 재범의 위험성이 의제된다는 것에 불과하므로 법원은 동조항의 요건에 해당된다고 하더라도 재범의 위험성이 인정되지 아니한 때에는 감호청구를 기각할 수 있다고 하는 합헌적 해석이 가능한 것이라고 주장한다.

법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다. 따라서, 법률 또는 법률의 위 조항은 원칙적으로 가능한 범위안에서 합

36) 허영, 같은 논문, 183쪽.

헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내 이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법목적에 따른 한계가 바로 그것이다. 왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다.

그런데 법 제5조 제1항은 재범의 위험성을 보호감호의 명문의 요건으로 하지 않는 보호감호를 규정하고 있고, 법 제20조 제1항 다만 이하 부분은 법원에게 법 제5조 제1항 각호의 요건에 해당하는 한 보호감호를 선고하도록 규정하고 있다. 이에 반하여, 법 제5조 제2항은 재범의 위험성을 보호감호의 법정요건으로 명문화하고 있고, 법 제20조 제1항 본문에서는 이유없다고 인정할 때에는 판결로써 청구기각을 선고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 법 제5조 제1항의 요건에 해당되는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유 유무 즉, 재범의 위험성의 유무를 불문하고 반드시 감호의 선고를 하도록 강제한 것임이 위 법률의 조항의 문의임은 물론 입법권자의 의지임을 알 수 있으므로 위 조항에 대한 합헌적 해석은 문의의 한계를 벗어난 것이라 할 것이다.”<sup>37)</sup>

---

37) 판례집 1, 69, 86.

## V. 限定違憲·合憲決定의 效力

### 1. 헌법재판소 결정으로서의 효력(확정력)

헌법재판소법은 결정의 確定力에 관하여 明文의 규정을 두고 있지 아니하지만 헌법재판소의 심판절차에 관하여 민사소송법이 준용되고(헌법재판소법 제40조 제1항), 또한 같은 법 제39조는 헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다고 규정하여 一事不再理의 원칙을 선언하고 있어 헌법재판소 결정 전체에 대하여 확정력을 인정함에는 어려움이 없다. 따라서 한정위헌·합헌결정에도 확정력이 인정됨에는 다툼이 없다. 확정력에는 먼저 결정을 선고한 헌법재판소 스스로 자신의 결정에 구속되는 不可變力(Unwiderruflichkeit), 헌법재판소의 결정에 불복하여 상급심 등에서 다툴 수 없다는 不可爭力(Unanfechtbarkeit), 그리고 소송당사자들이 종결된 절차 밖에서 특히 나중의 소송절차에서도 결정에 구속되는 既判力(실질적 확정력, materielle Rechtskraft)이 포함된다. 이에 따라, 한정위헌·합헌결정이 선고되면, 헌법재판소도 그 결정에 구속되며, 당사자는 그 결정에 불복하여 다투거나 다시 같은 내용의 심판을 제기할 수 없다.

### 2. 위헌결정으로서의 효력

독일연방헌법재판소법은 헌법재판소의 모든 재판(위헌결정이건, 합헌결정이건)에 대하여 법원과 행정기관 등 모든 국가기관에 대

한 기속력을 인정하고 있고, 헌법재판소가 헌법재판소 결정을 스스로 집행할 수 있는 권한까지 부여하고 있으며, 또한 법원의 재판에 대한 헌법소원심판을 인정하고 있다. 따라서, 독일에서는 한정위헌·합헌결정이 헌법재판소 결정으로서 기속력을 가진다는 점에 대하여 의문을 제기하는 견해는 거의 없다. 그런데, 우리 헌법재판소법은 독일과는 달리 위헌결정에 한하여 기속력을 인정하고 있을 뿐이고(헌법재판소법 제47조 제1항), 헌법재판소에 재판의 집행권도 없으며, 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 상황이다(헌법재판소법 제68조 제1항). 여기에서 한정위헌·합헌결정이 위헌결정으로서 헌법재판소법 제47조가 정하는 기속력과 법규적 효력을 가질 수 있는지에 관하여 의문이 제기되는 것은 당연하다고도 볼 수 있다.<sup>38)</sup> ‘한정위헌·합헌결정을 법원의 재판과 관련하여 살펴보면 위와 같은 한정합헌이나 한정위헌결정은 구체적 분쟁을 해결하기 위하여 법률을 해석하여야 할 법원에 대하여 해석의 방법이나 기준 또는 적용범위를 제시하고 있는 것인데, 따라서 만약 한정합헌이나 한정위헌결정에 기속력이 있다면 법원은 헌법재판소가 내린 기준에 따라야 할 것이고, 만약 위 결정들에 기속력이 없다면 법원은 헌법재판소의 결정에 拘碍됨이 없이 자유롭게 법률을 해석할 수 있게 될 것이므로, 헌법재판소의 결정에서 제시된 기준 등은 하나의 참고적인 의견이나 권고에 불과하게 될 것’이라는 견해<sup>39)</sup>나, ‘한정위헌·합헌결정은 그 주문에서 당해 법률이나 법률조항의 전부 또는 일부에 대하여 위헌결정을 선고함으로써 그 효력을 상실시켜 법률이나 법률 조항이 폐지되는 것과 같은 결과를 가져온 것이 아니라 그에 대하여 특정의 해석기준을 제시하면

38) 현재 1989. 7. 21. 89헌마38, 재판관 변정수, 재판관 김진우의 반대이견, 판례집 1, 131, 148.

39) 김명수, 같은 논문, 522, 523쪽.

서 그러한 해석에 한하여 위헌임을 선언하는 것으로 이 경우는 헌법재판소의 결정에도 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이는 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다’는 견해 등이 그것이다.<sup>40)</sup>

이에 대하여 헌법재판소는 1997. 12. 24. 96헌마172, 173(병합) 결정<sup>41)</sup>에서 “헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다”라고 판시하여 한정위헌·합헌결정이 위헌결정으로서의 효력을 가짐을 분명히 하였다. 헌법재판소의 이러한 결론이 타당함은 물론이다. 한정위헌·합헌결정의 본질이 심판대상이 된 법률조항에 대한 법률해석이 아니라, 법률조항 중 일정 부분에 대한 위헌선언결정에 있음은 위에서 살펴본 바와 같기 때문이다.

따라서 한정위헌·합헌결정의 효력은 헌법에 위반된다는 이유로 그 적용이 배제된 범위내에서 법원을 비롯하여 모든 국가기관 및 지방자치단체를 기속하므로, 이로써 법원은 헌법재판소의 위 결정 내용에 반하는 해석은 할 수 없게 된다.<sup>42)</sup> 그러므로, 법원 등 국가기관이 한정합헌, 한정위헌의 결정취지(위헌부분)에 배치되는 결정을 내렸다면, 그러한 재판 등에 대하여는 헌법소원으로 다룰 수 있다.<sup>43)</sup>

이러한 점에서 한정위헌·합헌결정의 기속력을 명백히 하기 위

40) 소순무, 같은 논문, 568쪽.

41) 판례집 9-2, 842

42) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172,173(병합), 판례집 9-2, 842.

43) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172,173(병합), 판례집 9-2, 842 ; 이명웅, 한정위헌결정의 효력, 고시계, 1998. 6, 160쪽.

하여 어떠한 부분이 위헌인지 여부를 그 결정주문에서 명백히 할 필요성이 있다.<sup>44)</sup> 이러한 점에서 우리 나라의 한정위헌·합헌결정은 독일의 합헌적 법률해석과는 달리 그 위헌의 범위를 결정의 이유에서 실시하는 것만으로는 부족하고 결정주문에서 명백히 하고 있다

그리고, 한정위헌·합헌결정은 일부위헌결정으로서 위헌결정정족수를 결정함에 있어서 전부위헌결정 다음으로 청구인에게 유리한 결정으로 인정된다. 따라서, 헌법재판소법에 의하여 준용되는 법원조직법 제66조 제2항에 따라, 헌법재판소는 1992. 2. 25. 89헌가104 결정<sup>45)</sup>에서 ‘이 사건에 있어서 관여재판관의 평의의 결과는 단순합헌의견 3, 한정합헌의견 5, 전부위헌의견 1의 비율로 나타났는데, 한정위헌·합헌결정이 질적인 일부위헌결정이기 때문에 전부위헌의견(1)도 일부위헌의견의 범위 내에서는 한정합헌의 의견과 견해를 같이 한 것이라 할 것이므로 이를 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호 소정의 위헌결정정족수(6)에 도달하였다고 할 것이며 그것이 주문의 의견이 되는 것이다’라고 판시한 바 있다.

한정위헌·합헌결정은 위헌결정의 일종이므로 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 위헌으로 선언된 범위 내에서 당해 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 效力을 喪失한다. 형벌에 관한 부분은 소급효를 가진다. 따라서, 형사법에 대한 한정위헌·합헌결정이 있으면, 위헌으로 선언된 범위 내에서 재심이 인정된다.

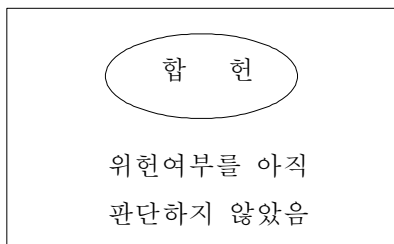
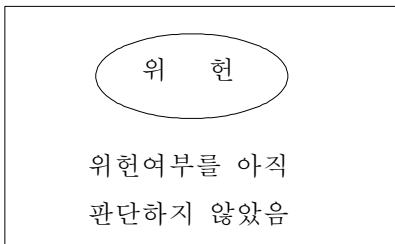
44) 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3, 판례집 6-1, 203.

45) 판례집 4, 64.

### 3. 위헌의 범위

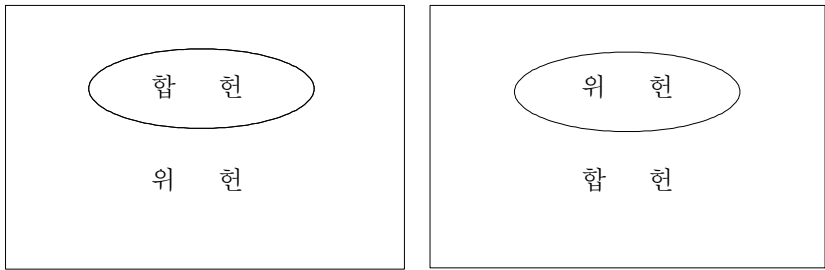
한정위헌·합헌결정은 법률(조항) 중 일부 내용이 헌법에 위반된다는 결정이다. 이때 결정주문에서 위헌으로 선언되지 아니한 부분의 법적 상태를 어떻게 이해할 것인가에 관하여 두 가지 방법이 가능하게 된다.

첫째는, 한정위헌·합헌결정의 주문에서 특정되지 아니한 나머지 법률조항부분에 관하여는 헌법재판소가 아직 위헌여부에 관하여 판단하지 아니한 상태로 남아 있다고 보는 방법이다. 즉, 한정위헌결정의 주문에서 특정된 부분이 위헌이라고 하여, 나머지 법률조항부분이 합헌이라는 결론은 바로 도출되지 아니하므로, 그 나머지 부분은 헌법재판소가 아직 위헌 여부에 관하여 판단하지 아니한 상태라고 이해하는 것이다. “민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”라고 결정하고 있는 헌재 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정은 이렇게 이해하는 대표적인 예라고 볼 수 있다. 명예회복에 적당한 처분으로서 ‘무릎 꿇고 사죄하기’ 등을 또한 상상(?)할 수 있는데, 이러한 처분이 위헌임은 또한 명백하기 때문이다.





둘째는, 한정위헌·합헌결정의 주문에서 특정되지 아니한 나머지 법률조항부분은 합헌 또는 위헌이라는 판단이 전제되어 있다고 이해하는 방법이다. 즉, 헌법재판소가 법률(조항) 전부를 심판하여 그 중 일정 부분에 대하여만 위헌을 선언하는 것이 한정위헌결정이므로 나머지 부분은 당연히 합헌이라는 판단이 전제되어 있으며, 한정합헌결정의 경우 주문에서 특정되지 아니한 나머지 부분은 당연히 위헌이라는 판단이 전제되어 있다고 보는 것이다.



한정위헌·합헌결정에 대한 二重的 理解 可能性은 특히 한정합헌결정을 이해하는데 중요한 의미를 가진다. 전자의 방법에 의하면, 한정합헌결정은 합헌결정에 불과하지만, 후자의 방법에 의하면, 한정합헌결정은 당연히 위헌결정을 의미하게 되기 때문이다.

이에 대하여 헌법재판소는 “법률의 다의적(多義的)인 해석가능성이나 다기적(多岐的)인 적용범위가 문제될 때 위헌적인 것을 배제하여 합헌적인 의미 혹은 적용범위를 확정하기 위하여 한정적으로 합헌 또는 위헌을 선언할 수 있다. 양자는 다 같이 질적인 부분위헌선언이며 실제적인 면에서 그 효과를 달리하는 것은 아니다. 다만 양자는 법문의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 합헌적인 의미 또는 범위를 확정하는 방법 그리고 개개 헌법재판사건에서의 실무적인 적의성 등에 따라 그 중 한 가지 방법을 선호할 수 있을

따름이다”<sup>46)</sup> 내지 “한정위헌·합헌결정의 두 가지 방법은 서로 표리관계에 있는 것이어서 실제적으로는 차이가 있는 것이 아니다. 합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석 가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제한 것이고, 적용범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석 가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐, 본질적으로는 다 같은 부분위헌결정이다”<sup>47)</sup>라고 판시하여 후자의 방법론에 입각하고 있음을 명백히 하고 있다.

생각건대, 이러한 헌법재판소의 견해는 한정위헌·합헌결정을 합헌적 법률해석과 동일한 것으로 보는 견지에서 한정위헌·합헌결정을 이해하는 데에 기인하는 것으로 볼 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 한정위헌·합헌결정은 반드시 합헌적 법률해석에만 근거를 둔다고 말하기는 어렵다. 한정위헌·합헌결정은 법률조항의 일부분에 대하여 합헌 또는 위헌을 선고할 필요성이 존재하는 모든 경우에 인정될 수 있는 주문형태로 이해하여야 한다.

그렇다면, 한정위헌·합헌결정의 결정주문에서 위헌 내지 합헌으로 선언되지 아니한 부분의 법적 상태는 위에서 살펴본 두 가지 경우로 구분될 수 있음을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 이 때, 구체적인 한정위헌·합헌결정이 어떠한 종류에 해당되는가의 문제가 발생하게 되는데, 그 구분은 헌법재판소의 審判對象과 헌법재판소의 決定主文을 비교하여 결정될 수 있다고 보아야 한다. 즉, 헌법재판소가 법률(조항) 전부를 심판대상으로 하여 심판한 뒤, 그 중 특정 부분에 대하여 한정위헌결정을 선고한 경우에는 나머지 부분에 대하여 합헌이라는 판단이 전제된 것이고, 헌법재판소가 처

46) 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3, 판례집 6-1, 203.

47) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172,173(병합), 판례집 9-2, 842.

음부터 법률(조항)의 특정부분을 심판대상으로 하여 심판한 뒤, 그 특정부분에 대하여 한정위헌결정을 선고한 경우에는 나머지 부분에 대하여는 위헌 여부에 관하여 아무런 판단을 하지 아니한 것으로 보아야 한다.

헌법재판소 결정의 심판대상에 관한 이유설시부분에서 어떠한 입장인지가 명확하지 않는 경우에는, 헌법재판소가 처음부터 법률(조항)의 특정부분을 심판대상으로 하여 심판한 뒤 그 특정부분에 대하여 한정위헌·합헌결정을 선고한 것으로 보는 것이 타당하다고 하겠다. 왜냐하면, 법률(조항)은 일반·추상화된 문구로 구성되는 것이 보통인데, 헌법재판소가 결정주문에서 특정되지 아니한 나머지 부분의 해석을 통하여 적용될 사안의 가능성 모두를 결정선고 당시에 상상하여 판단하였다고 보기는 어렵기 때문이다.

#### 4. 限定違憲決定과 限定合憲決定의 選擇

한정위헌·합헌결정의 주문에서 특정되지 아니한 나머지 법률조항부분도 합헌 또는 위헌이라는 판단이 전제되어 있는 한정위헌·합헌결정이 선고되는 경우, 한정위헌결정은 한정합헌결정을 선고하는 효과를 가지며, 한정합헌결정은 한정위헌결정을 선고하는 효과를 가지게 된다. 이때 헌법재판소로서는 한정합헌결정을 선고하는 것이 바람직한가, 아니면 한정합헌결정을 선고하는 것이 바람직한가의 문제가 제기된다. 이에 대하여, 한정위헌결정과 한정합헌결정은 법문의미가 미치는 사정거리를 파악하는 관점, 법문의미의 평가에 대한 접근방법 그리고 개개 헌법재판 사건에서의 실무적인 적의성 등에 따라 그 중 한 가지 방법을 선호할 수 있을 따름에 불과하므로, 헌법 규범질서의 전체적인 통일성과 조화성으로 보아 의

심의 여지가 있을 때에는 합헌적 해석이 우선한다는 법칙과 충격적인 위헌선언은 가급적 회피하는 것이 바람직하다는 일반적인 고려에 따라 한정합헌결정을 먼저 선택하여야 한다는 견해,<sup>48)</sup> 限定合憲決定과 限定違憲決定의 구별방법은 審判對象이 된 法規範의 違憲濃度에서 찾을 수 밖에 없다는 견해,<sup>49)</sup> 한정합헌결정과 한정위헌결정이 모두 가능할 경우에는 법률합헌추정의 원칙에 따라 합헌적 해석이 우선적으로 선택되어야 하는 것이므로 한정합헌결정을 먼저 선택하여야 할 것이고, 한정적 합헌해석으로 기본권구제가 불가능하거나 명확하지 아니한 경우에 비로소 질적 일부위헌부분의 한계를 명시하여 제거하고 나머지 부분으로 독립된 규범으로서 확정할 수 있을 때 한정위헌결정을 하여야 한다는 견해<sup>50)</sup> 등이 제기되고 있다.

생각건대, 우리 헌법재판에서 법률에 대하여 위헌 여부를 심판하게 되는 경우는 모두 구체적인 사건을 전제로 하고 있다. 법령에 대한 헌법소원심판의 경우는 물론, 위헌법률심판의 경우에도 구체적인 규범통제만 인정되고 있기 때문이다. 그렇다면, 헌법재판소의 결정은 구체적인 사건의 해결에 직접적 도움이 되도록 운영되어야 한다는 당위성을 인정할 수 있게 된다. 이러한 점을 존중한다면, 일부위헌결정 또는 일부합헌결정의 선택은, 구체적인 당해 사건이 귀속된 부분을 중심으로 결정되는 것이 바람직하다고 하겠다. 즉, 구체적인 사건이 합헌부분에 속하는 경우에는 한정합헌결정을 선고하여야 하고, 구체적인 사건이 위헌부분에 속하는 경우에는 한정위헌결정을 선고하는 것이 바람직하다고 하겠다. 헌법재판소는 당

48) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 148(재판관 조규광의 보충의견)

49) 남복현, 같은 논문, 315쪽 ; 배준상, 헌법재판소와 입법권자, 한양대법학논총 제9집, 1992.10., 46쪽.

50) 한병채, 헌법재판론, 1994, 567쪽.

해 사건에 적용될 법률조항부분을 특정하여 주문에 적시함으로써, 제청법원이 당해 사건에서 한정위헌·합헌결정의 위헌부분이 적용될 것인지 합헌부분이 적용될 것인지를 재차 판단하는 과정에서 발생하는 번거로움과 판단오류를 방지할 수 있기 때문이다. 물론 이러한 헌법재판소의 판단은 결정이유에 해당되는 판단이므로 법원을 직접적으로 구속한다고 볼 수는 없다. 사실인정과 구체적인 법률의 해석·적용은 법원의 소관이므로, 헌법재판소의 한정위헌·합헌결정에 대한 해석·적용 또한 법원의 전속권한이라고 보아야 하기 때문이다. 그러나, 법원이 헌법재판소가 행한 위와 같은 판단과 다른 판단을 하게 될 때에는 그 충분한 이유를 재판에 설시하여야 할 의무를 부담하게 된다는 사실상의 효과만으로도 위와 같은 입론은 의미가 있다고 하겠다.

## VI. 結論

이 글에서는 우리 헌법재판소가 선고하는 한정위헌·합헌결정을 어떻게 이해하는 것이 바람직한가에 관하여 그 동안의 논의를 검토하고, 나름대로의 견해를 피력하였다. 이 글이 한정위헌·합헌결정에 대한 이해와 논의의 폭을 넓히는데 조금이나마 기여할 수 있기를 바라면서 글을 맺는다.

# 憲法裁判에서 事實認識의 問題

李 明 雄

憲法研究官

法學博士

## — 目 次 —

### I. 서론

1. 헌법해석과 헌법재판의 특수성
2. 규범인식과 사실인식
3. 헌법해석의 개방성과 인접학문의 반영

### II. 헌법재판에서 사실인식의 중요성

1. 사실인식의 종류
  - 가. 입법적 사실과 사회적 사실
  - 나. 단순한 사실, 규범판단적 사실, 평가적 사실, 예측적 사실
  - 다. 사회과학적 연구가 필요한 사실과 그밖의 사실
2. Lochner 및 Brown 판결의 경우
  - 가. Lochner 사건
  - 나. Brown 사건
3. 헌법재판소의 사실 인식

가. 개관

나. 기탁금 사건 등

다. 평등원칙 심사와 사실인식

라. 비례원칙 심사와 사실인식

### III. 결론 : 헌법해석의 사회적 맥락

## I. 서론

### 1. 헌법해석과 헌법재판의 특수성

헌법은 국가질서의 근본 원칙과 국민의 자유와 권리의 보장을 위한 국가권력의 한계를 설정하는 것을 주된 목적으로 하고 있다. 그런데, 헌법은 이러한 고도의 근본적인 가치와 체도를 ‘憲法典’이라는 한정된 공간에 매우 함축적으로, 추상적이고 개방적인 언어로서 담을 수밖에 없다. ‘추상성’과 ‘개방성’은 헌법의 주요한 특징이 된다.

그렇다면 헌법의 해석도 일반 법률의 해석과 다른 특수성을 지닐 수밖에 없다. 일반 법률도 ‘일반성’과 ‘추상성’이란 기본적인 속성을 가져야 하나, 그 대체적인 적용범위 내지 구체적 입법목적이 입법자에 의하여 미리 설정되므로, 구체적이고 개별적인 문제를 고려하지 않아도 어느 정도 규범의 내용을 확정할 수 있고, 개별적인 적용단계에서 해석자(법집행기관 및 판사)의 판단으로 구체적 사실관계에 대응되는 해당 법률조항의 의미가 명확하게 된다. 그러나 헌법규범은 구체적이고 개별적인 문제를 전제하지 않고 기본 원칙과 방향만 설정하고 구체적인 내용을 법률에 유보하는 경우가 많다. 특히 기본권 규정은, 그것이 일련의 역사적 경험과 이에 대한 반성을 담고 있기는 하지만, 일반적인 법률에 비하여 볼 때, 단지 “完備되지 않은 端緒”<sup>1)</sup>를 제공할 뿐이다. 이는 그 헌법규범의 내용이 구체적이고 개별적인 문제를 고려하지 않고서는 확정하기가 어

1) Konrad Hesse 著, 계희열 역, 서독헌법원론, 삼영사, 1983, 55쪽.



려운 것을 뜻한다. 즉, 해석되는 규범의 내용은 해석에 의하여 비로소 완성되게 된다는 것이다. 아래 표현은 헌법해석에 있어서 타당한 前提이다.

“해석자는 규범의 내용을 역사적 존재밖에 놓여 있는, 말하자면 아르키메데스의 지렛대의 작용점으로부터 파악할 수는 없고 해석자 자신이 처해 있는 구체적 역사적 상황으로부터만 파악할 수 있다.”<sup>2)</sup>

헌법해석이 지니는 이러한 특수성을 잘 인식하게 해주는 표현으로서, 일찌기 Kelsen 등은 헌법해석은 순수한 司法的 활동이라기보다 立法的 활동이라고 하였던 것이다.<sup>3)</sup>

헌법이 가지는 이와 같은 고도의 가치성 및 추상성·개방성은 헌법에 대한 재판작용 즉 ‘司憲法’작용이 일반 ‘司法’작용과는 매우 다른 특수성을 가지는 계기가 되었다.

첫째, 기본적으로 헌법이 그 추상성·개방성으로 말미암아 하위 법률에 헌법이 요구하는 대부분의 문제를 규율하게 하는 결과, 헌법재판은 기본적으로 법률에 대한 위헌심사를 주된 내용으로 하게 된다. 그런데 법률의 제정자는 국민이 직접 선출한 대의기관, 즉 국회이며, 국회는 법원보다도 민주적 정당성에 있어 비교되지 않을 정도로 우월하므로, 따라서 국회가 제정한 법률을 법원의 재판으로 파기하는 것은 논리적으로 모순되는 요소가 없지 않다. 특히 대륙법계 법체제를 가지고, 의회의 권위가 법원의 권위에 비하여 월등히 강했던 유럽 여러나라에서는 위헌법률심사제도라는 재판형식은 상상하기 어려웠던 것이다. 그러나 인구의 증가와 제도의 분화가 심화되고, 소위 정당민주주의가 쉽게 당파성과 부분적 이익을 결과

2) 같은 책, 58쪽.

3) Mauro Cappelletti 著, 구병삭 외 역, 現代憲法裁判論(법문사, 1989), 86쪽 인용.

하게 되자 자연스럽게 소수의 보호 혹은 인권보장이라는 헌법의 기본적 취지를 관철시킬 제도의 필요성이 등장하였던 것이다. 또한 국가의 정치적, 사회적 분쟁과 갈등을 헌법재판기관을 통하여 유권적으로 다루게 함으로써 정치생활 등의 극한적 대립을 방지하는 역할을 하게 된다. 한편 종래의 법원에 의한 위헌법률심사제도는 법원과 의회와의 위상과 권위를 고려할 때 매우 부적절하다는 평가에서 위헌법률심사와 기타 중요한 헌법문제에 관한 헌법의 최종적인 해석권한을 입법부 자신이 선출한, 고도의 법적, 사회적 경륜을 갖춘 재판관들로 하여금 독립된 헌법재판기관에서 다루도록 하게 되었던 것이다.<sup>4)</sup> 오늘날 유럽 등 각국에서 독립된 헌법재판소의 설치는 보편적인 현상이며,<sup>5)</sup> 그러한 헌법재판제도가 가져온 장점은, 헌법이 무시되고 기본권이 국가권력에 의하여 짓눌린 경험을 가졌으며, 민주주의에 대한 열망이 강하고, 대륙법계 법체계를 지녔던 아시아의 한반도 남쪽까지 전달된 것이다.

둘째, 소송의 형식에 있어서, 일반 민·형사 소송이 개별적으로 당사자간의 대립적 분쟁을 법을 적용하여 해결하는 것과는 달리, 헌법재판소의 헌법재판은 개별 당사자 뿐만 아니라 소송을 제기하

4) 비교헌법재판론에 관한 전문가인 이테리의 Cappelletti 교수에 의하면 유럽에서 독립된 헌법재판소가 등장하게 된 배경을 다음과 같이 설명한다. 첫째, 유럽에서는 사법부가 의회의 제정법을 해석에 의하여 무효로 하는 것은 입법권을 침해하고, 비민주적인 사법부가 정치적 행위를 하는 위험성이 우려되었으며, 따라서 독립적이고 준정치적인 헌법재판소라는 기관을 설립하여 헌법재판을 행하고, 종래의 사법부는 의회 제정법을 있는 그대로 적용하도록 하였다. 둘째, 미국법과는 달리 유럽의 대륙법체계(Civil Law System)에서는 先例拘束의 原則(stare decisis)이 적용되지 않는다. 따라서 헌법판결이 당해 사건뿐만 아니라 일반적인 對世的 효력을 갖게 하기 위해서는 성문법의 효력규정과, 독립된 최고 사법기관의 하나로 헌법재판소가 필요했다. 이로써 각 법원간의 헌법해석이 선례구속의 원칙 없이도 통일성을 가질 수 있다. 셋째, 독립된 헌법재판소제도는 유럽의 전통적인 사법부가 헌법재판에 적당하지 않다는 사실을 반영한다. 법원들, 특히 대법원은 대개 많은 일반사건에 과묵히 있으며, 또한 사법시범을 거쳐 관료적으로 임명되는 유럽의 법관들은 제정법의 정책적 응용능력 보다는 그 기계적 적용기술을 교육받으며, 사실상 입법적 활동의 요소를 지닌 헌법재판에는 부적합한 면이 있었던 것이다. (M. Cappelletti, 위의 책, 75-86쪽 참조)

5) 헌법재판소, 헌법재판소10년사, 1998, 5-6쪽 참조.

지 않은 다수의 국민들에게 영향을 미치는 법적 상태를 정립한다. 이러한 공법소송의 특징<sup>6)</sup>은 소송요건, 심리방식, 결정의 효력 등에 있어서 민형사절차와는 매우 다른 절차를 구성하게 한다. 헌법재판소는 헌법적인 해명의 중요성이 있는 경우 등에는, 통상의 소송요건으로 볼 때 흠결되는 경우에도 본안판단을 하며, 청구인이 주장하지 않은 기본권 침해에 대하여도 판단하고, 청구인이 개별적으로 처한 법률적용 영역뿐만 아니라 심판대상이 된 법률의 전체 적용영역을 대상으로 위헌성 여부를 판단하며, 심리는 직권주의적으로 행하므로 당사자가 주장하지 아니한 문제에 대해서도 판단하고, 결정의 효력은 당사자에게만 미치는 것이 아니고 국가기관 전체에 미치며, 결정의 종류에 있어서도 법적 공백의 방지 등에 따른 필요성에 의하여 한정합헌, 한정위헌, 헌법불합치 등 단순위헌의 변형된 결정들이 나타나게 된다. 이러한 소송법체계는 종래의 민형사소송체계와는 매우 구분되는 것이며, 이미 안정된 것이 아니라 계속적인 진화단계에 있다.

## 2. 규범인식과 사실인식

법에 대한 학문적 접근의 종류를 3가지로 나누어, 첫째, 正義 및 법적 규율 뒤에 있는 가치관념을 묻는 法の 理想性(Idealität)과, 둘째, 특정한 법적 규율의 의미와 내용에 관하여 취급하는 法の 規範性(Normativität)과, 셋째, 법의 사회적 사실성, 즉 법적 규율의 현실적 법생활 상황을 파악하는 法の 事實性(Faktizität)에 대한 접근이라 한다면(法の 3次元性論), 이는 각각 일반적으로 法哲學, 法解

---

6) 소위 비집중형 헌법재판제도를 취하는 미국에서도 공법소송으로서의 헌법재판의 특수성이 부각되고 있다. Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 *Harvard Law Review* 1281 참조.

釋學(Rechtsdogmatik), 法社會學의 영역이라고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

헌법재판은 위 3가지 영역이 매우 교차되는 분야이다. 예를 들어, 5·18 불기소처분 사건이 “성공한 내란도 처벌할 수 있느냐”라는 법철학적 물음에 관한 것이었다면<sup>8)</sup>, 헌법 제37조 제2항이 규정한 기본권제한 입법의 한계를 어떻게 해석할 것이냐, 제11조 제1항의 평등원칙을 어떤 수준의 심사기준으로 설정할 것이냐의 문제는 대표적인 규범성의 문제이고, “시·도의회의원선거에 있어서 700만원의 기탁금이 현실적으로 과다한 것이냐”의 문제는<sup>9)</sup> 법의 사실성에 대한 인식과 판단을 요하는 것이었다.

그런데 헌법재판이 그 역사를 더해감에 따라 점차 셋째 분야, 즉 법의 사실성에 관한 판단이 중요해지는 경향이 있다. 이미 과잉금지의 원칙이 무엇이고, 평등원칙에서 파생되는 자의금지의 내용은 무엇이고, 죄형법정주의·조세법률주의의 구성요소는 무엇인지, 국회가 위임입법을 하는 경우 합헌적인 요건은 무엇인지 등은 어느 정도 헌법재판소에 의하여 대체로 규명된 상태이다. 문제는 구체적인 사건에 있어서, 위헌심사의 대상이 된 법률이 규율하는 사회적 사실이 어떠한 것인지, 즉 어떤 때 기본권을 과잉제한하는 것이고 어떤 때 합리적으로 정당화 될 수 없는 자의적인 차별이 되는 것인지에 관한 사회적 사실관계를 파악하는 관점이라고 할 수 있다.

### 3. 헌법해석의 개방성과 인접학문의 반영

헌법은 국민의 각 생활영역에 대한 기본적 질서를 담고 있다. 따라서 문제를 종합적으로 보는 시각이 필요하고 하나의 사회적 현

7) Manfred Rehbinder 지음, 이영희·최종고 역, 법사회학(법문사, 1981), 11쪽 참조.

8) 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697.

9) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91.

상을 볼 때도 종합적인 문맥을 살피는 관점이 요구된다.<sup>10)</sup> 오늘날 헌법학은 다른 학문, 특히 사회과학과 밀접한 관련성을 가지게 된다. 우리 현실에서 빚어지고 있는 각종 문제에 대하여 다른 학문이 이룩한 성과를 동원하지 않고서는 설득력 있는 해결책을 제시할 수 없다.<sup>11)</sup>

그러므로 잠시 법철학적 관점에서 살펴본다면, 실정법의 자족적 완결성을 전제로, 사회적 맥락에 주목하지 않고, 형식논리적인 해석에 치우치고, 법과 정치를 마치 분리된 것으로 보는 概念法學的 태도는 헌법해석에 매우 적절치 않다. 그렇다고 소위 自由法論이 말하듯이, 헌법이 항상 법관에게 자유로운 재량의 영역을 주며 법관은 그 시대의 정의관이나 자신의 주관적 양심에 따라 그 재량을 행사하는 것이라고 단순화할 수는 없으며, “법관의 감정이나 본능적 육감 혹은 편견과 같은 비합리적인 요소들에 의하여 조건지워진다”<sup>12)</sup>고는 더욱 말할 수 없다. 그럼에도 불구하고 현실적으로 법관이 이러한 규범체계를 다시 자의적으로 해석한다면, 또한 그런 사례가 다반사라면, 다시 法現實主義가 주목받겠지만, 20세기말 현재의 발달된 헌법학의 지평에서 그것은 단지 부수적인 것이며 헌법이 진행하는 본궤도는 아니다. 또한 헌법은 사회적 이익들의 타협 혹은 특정 이익의 우월적 지위의 산물이라고 할 수도 있지만, 어디까지나 개인간의 평등한 자유(Equal Liberty)를 전제하는 것이며,<sup>13)</sup> 헌법재판제도를 통하여 ‘소수의 보호’라는 법리가 작동되고

10) 최대권 교수는, “헌법조항을 적용하기 위하여 그 헌법조항에 관련되는 사실관계를 가려내는 작업은 정치·경제·사회·문화적인 문맥속에서 가지는 의미에 따라 수행되어야 한다. 예컨대 사형제도의 위헌 여부는 사형제도가 정치·경제·사회·문화적인 문맥에서 파악되어야 하는 것이다”라고 한 바 있다. 최대권, 사례중심 헌법학, 박영사, 1997, 11쪽.

11) 정중섭, “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여: 헌법학의 통합과학적 연구에로”, 법과 사회, 제2호(1990), 235쪽 이하 참조.

12) Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930, Bodenheimer, *Jurisprudence* (Harvard U. P., 1974), 125쪽 인용.

13) John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971), 203쪽 참조.

있으며, 또한 헌법의 개방성·추상성은 나아가 헌법규범에 대한 위헌심사까지 가능케 하고,<sup>14)</sup> 저항권도 마땅히 인정되는 것이므로,<sup>15)</sup> 법을 단지 국가권력 작용으로 보고, 강자가 약자를 지배하기 위한 장치이며, 불평등을 유지하기 위한 것일 뿐이라고 보는, 우리 사회에서도 부분적으로 남아있는, 일종의 당파적 입장은 받아들이기 곤란하다.<sup>16)</sup>

헌법의 해석은 개방적이되 다원주의 사회의 각 구성원이 최소한의 동의할 수 있는 가치질서를 중심으로 체계적이고 통일적으로 이루어져야 한다. 그러므로 헌법해석에 있어서는 법학의 인접학문, 특히 법학을 타학문의 관점에서 연구하는 학문("law-and-ands"), 즉 법철학, 법사학, 법사회학, 법경제학, 법심리학과 기타 통계학 등에 의한 연구성과를 반영하여야 한다.<sup>17)</sup> 보다 객관적이고 과학적인 사실인식을 통하여, 경험적이고 설득력이 있는 판단이 이루어져야 하며, 판단자의 개인적 관점에 의존하는 법판단을 넘어서야 하는 것이다.<sup>18)</sup>

14) 그러나 우리 헌제의 판례는 아직 부정적이다. 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841 참조.

15) 비록 명시적인 인정은 아니나 다음을 참조. "국가긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이다. 그러나 국가긴급권의 인정은 국가권력에 대한 헌법상의 제약을 해제하여 주는 것이 되므로 국가긴급권의 인정은 일면 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문 이기는 하지만 그것은 동시에 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하게 된다. 따라서 헌법에서 국가긴급권의 발동기준과 내용 그리고 그 한계에 관해서 상세히 규정함으로써 그 남용 또는 약용의 소지를 줄이고 심지어는 국가긴급권의 과잉행사 때는 저항권을 인정하는 등 필요한 제도장치도 함께 마련해 두는 것이 현대의 민주적인 헌법국가의 일반적인 태도이다." (헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568).

16) 同前, 정중섭, 위 논문, 239쪽 참조. "당파적인 논리구조는 합리성의 구조가 아니라 힘의 구조이기 때문에 법학의 이론이 당파적이게 되면 그것은 이미 힘의 학문, 힘의 이론으로 변질되고 만다"고 한다.

17) 또한 페미니즘법학, 비판법학과 같은 연구분야들도 그 성과가 적지 않다.

18) Jonathan R. Macey, "Law and the Social Sciences", 21 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 171, 173-7쪽 참조.

## II. 헌법재판에서 사실인식의 중요성

### 1. 사실인식의 종류

헌법재판에서 사실인식이 중요하다고 하더라도 사실인식<sup>19)</sup>의 대상이 되는 사실의 종류는 다양하며, 다음과 같이 일응 구분해 볼 수 있다.

#### 가. 입법적 사실과 사회적 사실

헌법해석이 가지는 특수성은 헌법재판의 결과가 당사자의 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 국가법질서의 방향을 좌우하게 된다는 점에서도 나타난다. 일반 민사재판에서는 당사자들간의 사실관계를 상호간의 주장, 입증관계에 의하여 밝혀내어 사실관계를 확정하는 것에 대하여 범규범에 대한 헌법심사를 전제하는 일반적인 헌법재판에 있어서는 보다 중요한 것은 우선 立法的 事實 (legislative facts)이라고 할 수 있다. 즉 해당 법규의 입법목적은 무엇이고, 채택된 수단이 목적 달성에 적합한 것이냐에 관한 사실을 말한다고 할 수 있다. 헌법재판에서는 규범 자체의 구성요건적 사실, 즉 적용범위에 대한 판단, 기타 헌법규범의 일반적 내용에 관한 판단, 그리고 당사자가 처한 구체적 사실관계의 파악도 중요하지만 가장 중요한 사실관계는 바로 입법사실의 파악이라고 할

---

19) 종래 민·형사소송에서 말하는 '사실판단' 보다는 넓은 개념으로서, 헌법재판에서 각종 사실을 다루는 것을 여기서는 '사실인식'이라고 한다.

수 있다.

한편 헌법재판은 당해 사건의 당사자를 넘어서서 많은 유사한 법적 상태에 놓여 있는 다수의 이해관계인을 전제하게 되므로, 개별 사건에서도 당사자가 속한 사실관계를 넘어서서 유사한 사실관계를 종합하여 일정한 사실관계군을 정립하는, 즉 일반화, 종합화하는 작업이 요청된다. 따라서 개별 당사자가 처한 사실관계에 대비하여 이러한 것을 社會的 事實(social facts)이라고 정의할 수 있다.

나. 단순한 사실, 규범판단적 사실, 평가적 사실, 예측적 사실<sup>20)</sup>

한편 사실 중에는 단순한 객관적 상황의 존재에 대한 인식을 요하는 단순한 사실과,<sup>21)</sup> 사실에 대한 인식과 범규범의 내용에 관한 판단이 동시에 이루어지는 경우가 있을 수 있다. 후자를 규범판단적 사실(judgmental facts)이라고 부를 수 있다.<sup>22)</sup> 또 단순한 사실을 특정 관점에서 종합하거나 분석한 결과를 담은 사실을 평가적 사실(evaluative facts)라고 할 수 있다.<sup>23)</sup> 한편 미래의 사실관계를(전문가의 입장에서) 예측하여야 하는 경우가 있고 이러한 내용을 예측적 사실(predictive facts)이라고 할 수 있다.<sup>24)</sup>

이러한 종류의 사실들간의 인식상의 상관관계는 일률적으로 말

20) 이러한 구분에 관해서는, Kenneth Culp Davis, "Facts in Lawmaking", 80 *Columbia Law Review* 931, 936-8쪽 참조.

21) 국회의 날치기 통과 사건의 경우 과연 의사진행이 어떻게 어느 곳에서 이루어졌느냐와 같은 사실을 예로 들 수 있다.

22) 이러한 개념은 FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting, 436 US 775, 813-4 (1978) 참조. 우리의 경우 입법목적의 달성방법(수단의 적합성)의 효과에 대한 사실인식은 그 자체가 비례의 원칙 위반 여부에 대한 판단이 된다는 점에서 이를 규범적 사실인식이라고 할 수 있다.

23) 특정 회사의 주식의 평가액을 산정하는 것을 예로 들 수 있다. E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. Collins, 432 US 46 (1977) 참조.

24) 위 FCC 판결 참조. 위 "Facts in Lawmaking", 936-7쪽 참조.



하기는 어렵다. 하지만 규범판단적 사실은 그 사실에 대한 자료의 필요성이 크다.<sup>25)</sup>

#### 다. 사회과학적 연구가 필요한 사실과 그밖의 사실

헌법재판에서 인식되어야 할 사실은 객관적이고 과학적으로 사회과학적 연구, 조사과정이 필요한 사실이 있을 것이고, 한편으로 는 위에서 말한 ‘단순한 사실’에 해당되는, 따라서 재판부의 단순한 사실조사 내지 소송자료상의 사실로서 판단할 수 있는 사실로 구분할 수 있다.

사실들에 대한 인식이 재판부에 어떻게 설정되어 이루어지느냐에 따라서 헌법재판의 결과가 결정적으로 좌우되는 경우가 적지 않다. 미국 연방대법원의 다음 2개의 중요한 사건을 통해 이를 살펴볼 수 있다.

## 2. Lochner 및 Brown 판결의 경우

### 가. Lochner 사건<sup>26)</sup>

이 사건은 미국 연방대법원이 사회-경제적(socio-economic)인, 즉 경제적 영역 혹은 주민의 복지에 관련된 州의 입법에 대하여 실체적 적법절차(Substantive Due Process)라고 불리는 심사기준을 매우 적극적으로 적용하여 엄격한 사법심사를 행한 대표적인 것이다. 이 판결 이후 1934년의 *Nebbia* 판결,<sup>27)</sup> 1937년의 *Parrish*

25) "Fact in Lawmaking", 936쪽.

26) *Lochner v. People of State of New York*, 198 US 45 (1905)

27) *Nebbia v. New York*, 291 US 502 (1934). 이 사건에서는 “주는 공공복지(public welfare)를 증진시키는데 합리적이라고 생각되는 어떠한 경제적 정책도 채택할 수 있다”고 판시하여

판결,<sup>28)</sup> 이듬해의 Carolene Products 판결<sup>29)</sup>이 있기까지 연방대법원은 적극적인 사법심사를 행하였던 것이며,<sup>30)</sup> Lochner 판결 이후 쏟아진 연방대법원에 대한 안팎의 비난<sup>31)</sup>은 결국 1937년 이후에는 연방대법원으로 하여금 사회-경제적 입법 분야에 대해서는 사법심사의 포기와 같은 태도를 갖게 함으로써 180도 반대방향으로 선회하였던 것이다.

뉴욕주법은 제과점의 제빵사에 대하여 1일 10시간내에서 노동을 하도록 하며 예외를 인정하지 않았다. 이 사건에서 연방대법원은 계약의 자유는 수정헌법 제14조에서 보장되는 자유에 포함된다고 판단하고, 한편 주는 주민의 안전, 건강, 도덕과 일반적 복리를 위한 일반적 규제권한(the police power)을 가진다고 전제하였다. 그러면서 그러한 규제권한은 공평하고 합리적이고 적절한 한 함헌이라고 하였다. 그러므로 이 사건에서 과연 그 주법이 일반적 규제권한을 합리적으로 행사한 것인지가 문제되었다. 다수의견은 제빵사의 근로시간 제한이 과연 그의 건강을 위한 것인지를 문제삼았다. 다수의견은 제빵사의 근로환경이 건강을 저해하는 것이라는 사실을 인정할 수 없다고 하였다. 직업에 관한 통계에 의하면 제빵업 종사자가 특별히 다른 직종에 비하여 보건에 유리하다고는 할 수

---

입법제약을 확대하였고 사법심사의 강도를 축소하였다.

- 28) West Coast Hotel v. Parrish, 300 US 379 (1937). 워싱턴주의 여성근로자에 대한 최저임금법을 함헌이라 하였으며, 그것이 계약의 자유 침해라는 호텔주인의 주장을 배척하였다.
- 29) United States v. Carolene Products Co., 304 US 144 (1938). 경제적 규제입법을 합리적이라고 볼 만한 사정이 추정되기(presume)만 하면 위헌이라 할 수 없다고 하였다. 이 결정으로서 이후 연방대법원은 사회-경제적 입법영역에 대하여는 거의 사법포기적인 태도로 나갔고, 이는 현재에도 비록 약간의 변화가 있으나 그 골격을 유지하고 있다.
- 30) Lochner 판결 이후 통상 1936년까지를 미연방대법원의 로크너 시대(Lochner Era)라 부르기도 한다.
- 31) 법원 내부의 주된 비난자로는 Holmes와 그 이후의 Brandeis, Stone, Cardozo 대법관을 들 수 있다.

없지만 한편 그 보다도 훨씬 보건상 열악한 다른 많은 직종이 있다는 것이다.<sup>32)</sup> 단지 약간의 보건상의 문제의 가능성이 존재한다는 사실만으로는 계약의 자유를 제한하는 입법을 할 수는 없다고 하였다. 그런 식이라면 인쇄공, 주물공, 열쇠제조자, 목수, 캐비닛 제작자와 같은 직종 뿐만 아니라, 은행이나 변호사 사무소 등의 서기도 그러한 근무시간 제한입법이 가능하게 된다고 보았다. 그러므로 그 입법은 보다 적법한 입법목적에 가졌어야 하며, 목적과 수단간의 보다 직접적인 관련성을 가졌어야 했다는 것이다. 입법목적은 주장된 내용으로부터가 아니라 규정의 사실적 법적 효과로부터 판단할 수밖에 없는데 적법한 입법목적에 발견할 수 없다는 것이다. 그 법률은 공공의 보건이나 복지와는 무관하고 다른 목적이 있었다고 밖에는 볼 수 없다고 한다.<sup>33)</sup>

그러므로 이 사건에서 결국 핵심적 쟁점은 과연 제과점일이 보건에 해로운 것이냐의 여부라는 사실인정의 문제였다. 물론 규범적 쟁점으로서 계약의 자유의 인정 문제, 주의 일반적 규제권의 범위 등에 관한 문제가 있었지만, 이 사건 판결문에서는 위의 사실적 쟁점에 관한 판시가 대부분을 차지하였다. 그러므로 이 사건은 입법적 사실이 사법심사의 결과를 좌우하는 사례를 보여준 것이다.<sup>34)</sup>

---

32) 한편 다수의견은 광산근로자 등 위험한 직종에 종사하는 근로자들의 고용시간을 제한한 유타주법을 합헌으로 선언한 선판례(Holan v. Hardy, 169 US 366)를 거론하면서, 이는 종업원들이 저한 특별한 상황에서 그리고 일정한 예외가 허용되므로 그 합헌성을 인정한 판례이므로 이 사건과는 구분된다고 판시하였다.

33) 한편 그 입법이 특별한 지위를 가지는 노동법(a labor law)으로서 유효하나의 문제에 관해서도 판단하였는데, 제빵사가 다른 직종 종사자들 보다 지식이나 능력에 있어서 차이나는 계층이라거나, 국가의 보호없이 자신의 권리를 주장하거나 자신을 돌볼 수 없다고 볼 수 없어 국가의 피후견인이라고 할 수 없으며, 노동법 문제를 배척하였다. 198 US 45, 57.

34) 만일 피청구인측이 보다 사실관계를 입증할 증거자료를 많이 제출하였다면 결과가 달라질 수도 있었을 것이다. 로크너 판결은 주의 입법권한에 대하여 입법목적에 지나치게 엄격하게 해석하였거나, 합리성 심사를 넘어서 엄격한 심사를 한 것이거나, 자유 시장경제를 너무

나. Brown 사건<sup>35)</sup>

1896년의 Plessy 사건<sup>36)</sup> 이후로 “Separate but Equal”의 법리에 따라 공공시설이 실질적으로 동일한 수준의 시설을 제공한다면 흑백간의 분리를 하였다 해도 합헌이라는 법리가 통용되어 왔다. Plessy 사건에서 청구인측은 흑백간의 시설분리는 흑인들로 하여금 열등하게 낙인찍는 것이라며 다투었다. 그러나 연방대법원은 주는 일반적 규제권한을 행사하며 법원은 단지 그 합리성 심사만 할 뿐이라며 그 법이 불합리하다고 볼 수 없다고 판단하면서, 흑인들이 열등감을 느낀다는 것은, 마치 흑인이 의회 다수가 되어 백인들을 분리 운송하였을 때 백인들에게 열등의식을 낳게 하는 것이라는 주장인데, 백인들은 그러한 주장을 받아들이지 않을 것이라고 하였다. 한편 사회적 편견이 존재하더라도 이는 입법으로서 해소될 수 없고 오히려 그러한 입법은 문제를 더 악화시킬 뿐이라고 하였다.

Brown 사건에서는 주로 어린 학생들의 학교가 흑백 분리로 운영되면서 흑인 학생들 일부가 보다 가까운 백인학교를 못가고 먼 흑인학교에 다니게 되자 교육청에 백인학교에 다니게 입학허가를 요청하였던 바 거절되자 그를 상대로 위헌성까지 다투게 된 사건

---

우선시하여 사회적 현실을 도외시한 것이라는 등 비난이 있으나, 다수의견의 사실인식이 결정적 흠결을 가진 것이라고는 보이지 않는다. 다만 당시의 제과점 근무상황을 다른 직종과 비교하여, 또 그들 종사자들의 교섭능력이나 임금에 관하여 보다 실제적인 조사가 이루어지지 않은 점은 아쉽다. 그러나 로크너 판결이 대부분의 미국 헌법학자들이 주장하는 것 처럼 매우 잘못된 것이라는 점은 지지하기 어렵다. 연방대법원은 이 판결후 수년뒤에 Muller v. State of Oregon, 208 US 412 (1908) 사건에서 공장, 세탁소 등에서 일하는 여성근로자의 근무시간을 1일 10시간 이내로 제한한 주법을 합헌이라고 선언하였던 것이다. 그런 배경에는 피청구인측 변호사인 Brandeis가 제출한 여성의 육체적 상황과 모성보전에 관한 상세한 자료(소위 Brandeis Brief)가 효과를 거둔 것으로 보인다. 결국 사실인식의 여하에 따라 재판결과가 달라진다는 것을 보여주는 것이므로, Lochner 판결이 자의적이었단다고는 생각되지 않는 것이다.

35) Brown v. Board of Education, 347 US 483 (1954)

36) Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896). 루이지애나주법이 기차에 각각 흑백인간 다른 객실을 운영하도록 한 것을 다투었다.

이다. 연방대법원은 우선 규범적 쟁점들에서, 수정헌법 제14조가 과연 공교육에 적용되는지를 살펴보았지만 그 결론을 유보하였고, 오늘날 주가 공립학교에서 교육을 받을 기회를 부여하고 있으므로 그러한 기회는 하나의 권리이며 평등하게 인정되어야 한다고 판단한 다음, 흑백분리교육으로서, 과연 흑인 아동들이 평등하게 교육을 받을 기회(equal educational opportunity)를 침해받을 정도로 열등의식(a feeling of inferiority)을 느끼고 있는가의 사실적 쟁점을 다루었다. 재판부는 “단지 인종적인 문제로 같은 또래의 유사한 능력을 지닌 다른 아이들과 분리되는 것은 그들의 마음에 치유될 수 없는, 공동체의 지위에 관한, 열등의식을 낳는다”고 판단하였다.<sup>37)</sup> 이러한 열등의식은 학습동기에 영향을 주게된다는 것이다. 재판부는 Plessy 사건 당시의 심리학적 지식이 어쨌건, 위와 같은 판단은 “현대의 문헌들에 의하여 충분히 지지된다(amply supported by modern authority)”고 하였다. 그러면서 각주 11번을 달아 그 문헌들을 열거하였다.<sup>38)</sup>

그러므로 이 사건에서 주된 사회적 사실관계는 흑인 아동들이 흑백 분리학교에서 느끼는 열등감이 있느냐, 과연 그것이 평등하게 교육을 받을 권리를 제한하는 정도이냐에 관한 것이다. 이러한 쟁점에 대한 사실인식의 결과 이 사건은 위헌선언된 것이다.<sup>39)</sup> 객관

37) 347 US 483, 494.

38) [Footnote 11] K. B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 J. Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of [347 U.S.483,495] Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944).

39) 이 사건은 역사적으로 흥미로운 에피소드가 있다. 그 흑인청구인들은 백인들로부터 회유와 테러를 당했음에도 자식과 후손을 위하여 법정투쟁을 계속하였다는 것과, 변호사를 맡은

적 사실과 관점에 대한 사회과학적 연구분석이 헌법재판에 어떠한 영향을 줄 수 있는지를 보여준 사례인 것이다.

위 판결들 외에도 많은 사건에서 미국 연방대법원은 판결에 결정적으로 중요한 사실인식문제를 다룬다. 일례로, 음란물의 규제에 관한 사건에서는<sup>40)</sup> 과연 "음란물로 인해 반사회적 행위가 야기되는가"라는 사실인식이 본질적인 것이었으며, 16세 이하에게 피임약 판매를 금지하는 문제에 있어서는,<sup>41)</sup> 과연 "피임약 판매금지가 어린나이의 성행위를 억제시킬 것인가"라는 사실인식이 중요한 쟁점이었던 것이다.

연방대법원은 때로는 사실인식 문제에 정치적인 의도를 개입시키거나, 중요한 사실인식문제를 생략하거나, 잘못 인식하거나, 불충분하게 하는 경우가 적지 않다는 비난도 받는다.<sup>42)</sup> 그러나 연방대법원의 판례와 그 속의 다양한 각주를 보면 사실인식의 중요성 문제 자체에 대하여는 충분히 인식하고 있다고 보여진다. 판결의 본문 혹은 각주에서 관련된 사실조사, 연구의 결과를 원용하고, 필요한 경우 법원이 직권으로 사실조사, 연구를 전문가에 의뢰하는 경

---

Thurgood Marshall은 다양한 자료를 토대로 평등한 교육기회의 침해를 주장하였고 이 사건 이후 최초의 흑인 연방대법관이 되었으며, 캘리포니아 주지사에서 연방대법원장으로 임명된 Warren은 자신의 이 첫사건을 고민하다가 남부지방으로 여행을 했는데, 하루는 아침에 자신의 차로 오자 그의 흑인운전사가 차에서 새우잠을 자는 것을 보고 물은즉 그 지역에서 흑인을 받아주는 여관이 없었다는 답변에 충격을 받았다는 것이며, 그 후 Warren은 위헌의견을 굳히고 반대의견인 다른 대법관들을 일일이 힘들게 설득하여 결국 과장이 클 그 위헌판결을 재판부의 힘이 실린 만장일치로 내게 되었다는 것이다. Warren은 판결문을 직접 작성하였다. 이 판결은 이후 사회적 반발도 컸으나 연방대법원의 가장 중요한 판결중의 하나로 평가된다.

40) 예를 들어 Paris Adult Theater 1 v. Slaton, 413 US 49 (1979).

41) Carey v. Population Services International, 431 US 678 (1977).

42) 위 Facts in Lawmaking, 934-9쪽 참조.. 저자는 연방대법원이 법창조자로서(판례법 제정자) 판례에 이른 사실인식에 대하여 책임감이 있어야 할 것이라고 강조하면서, 나아가 그 사실인식이 결정적인 것이라면 그러한 사실인식에 의하여 불이익을 받게 될 다른 당사자에 대하여 미리 반박의 기회(a pre-decision chance to challenge the facts)가 주어져야 한다고 주장한다.

우도 적지 않다.

### 3. 헌법재판소의 사실인식

#### 가. 개관

독립된 헌법재판제도를 가진 우리 헌법재판에 있어서도 사실인식의 문제는 매우 중요하다. 직권주의적 심리방식으로 인하여 헌법재판소가 당사자가 주장하지 않은 사실관계에 대하여도 필요한 경우 당사자에게 자료제출을 요구하거나 스스로 자료조사를 해야할 필요성이 많다고 할 수 있다. 또한 위헌결정의 일반적 효력과 기속력, 객관적 법질서 유지라는 헌법재판의 특성을 고려할 때 관련된 규범적용범위와 한계에 대한 상세한 사실적 자료는 헌법재판에 필수적이라고 할 수 있고, 그 중요성은 점차 증가하고 있다고 보여진다. 헌법의 추상성, 개방성으로 인하여 헌법재판은 결국 다양한 사실관계에 대한 인식을 바탕으로 하여서만 결정이 설득력이 있게 되며, 그러한 사실관계에 기반하지 않은 결정문은 쉽게 주관적이고 자의적인 것으로 받아들여지게 된다.

사실에 대한 정확한 인식이 요구된 몇몇 사례를 살펴본다.

#### 나. 기탁금 사건 등

헌법재판소는 구 국회의원선거법 제33조와 관련하여 다음과 같이 판단한 바 있다. 동 조항은 지역구후보자등록을 신청하는 자는 2천만원울, 정당의 추천을 받아 신청하는 자는 1천만원울 기탁하여야 한다고 규정하였다. 헌법재판소는, 우리나라의 경제활동인구의 평균 저축액이 1989년 5월말 현재 6백93만원임에 비추어 보면 국회

의원선거법상의 1,000만원 내지 2,000만원의 기탁금액은 서민계층이나 20, 30대 젊은 세대의 입후보를 제한하고 재력있는 사람만이 입후보할 수 있도록 하는 등 그 금액이 너무 과다하여 국민민주주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제11조의 평등원리, 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권을 침해한다고 보았다.<sup>43)</sup> 이 결정상의 사실인식방법은 시·도의회의원선거에 있어서 700만원의 기탁금이 현실적으로 과다한 것이냐에 관하여서, “우리나라 국민의 일반적인 임금수준, 교육수준, 인구분포 등을 일별”하여 구체적으로 사실관계를 나열한 뒤, “700만원의 기탁금은 과다하다는 판단을 피하기 어려우며, 이는 결국 경제력에 다른 실질적 차등선거의 결과가 된다”고 판단하였던 것이다.<sup>44)</sup>

헌법재판에서 입법적 사실 내지 사회적 사실의 판단이 결정을 내리기 위한 전제로서 요구되는 경우는 그 이외에도 적지 않다. 예를 들어, 생활보호법에 따른 생계보호기준의 위헌성 문제의 핵심적 쟁점은 국가가 행하는 생계보호의 수준이 “인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부”<sup>45)</sup>였다. 또 동성동본 금혼제도의 위헌성에 접근하기 위해서는 동성동본제도의 연혁과 변천상황, 동성동본결혼의 우생학적 문제점, 동성동본인 사람의 분포와 그 결혼의 현황, 그 자녀에 대한 사회적 불이익의 내용 등을 알아야 했던 것이다.<sup>46)</sup> 한편 보상없는 개발제한구

43) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199.

44) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 109-11.

45) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 555.

46) 헌법재판소는 사회환경의 변화와 동성동본금혼제 존립기반의 변천에 대하여, 첫째, 사회를 지배하는 기본이념의 변화, 둘째, 혼인 및 가족관념의 변화와 남녀평등관념의 정착, 셋째, 경제구조의 변화와 인구의 급격한 증가 및 그 도시집중화를 인정하고 있다. 헌재 1997. 7. 16. 85헌가6등, 판례집 9-2, 1, 13-5 참조. 또한 우생학적 문제점이 인정되지 않는다고 판단하였다. 판례집 9-2, 18.



역(그린벨트) 지정제도의 위헌성을 다루기 위해서는, 현상에 대한 자세한 조사가 선행되어야 할 것인데, 그린벨트로 인한 각 규제の実態, 인근 토지가격과의 비교, 가능한 보상액의 산정조건 등이 객관적이고 합리적인 방법으로 종합적으로 검토되어야 하는 것이다.<sup>47)</sup> 또 제대군인을 공무원시험에서 5% 가산점을 주는 제도의 위헌성을 판단하기 위해서는 집단별 응시자의 분포, 합격점에 대한 자료 및 가산점이 그 합격점에 어떠한 영향점을 주어 왔는지에 대한 자료와 통계가 필요할 것이다. 출생당시에 부가 한국인일때만 국적을 주는(부계혈통주의) 구 국적법조항을 다루기 위해서는, 이 조항이 상정한 민족혈통의 순수성 보존과 이중국적과 무국적의 회피라는 입법목적이 가능한지, 부계혈통주의로서 그러한 목적이 어떻게 달성될 수 있는지, 나아가 국내에서 외국인과 결혼한 한국여성이 자녀를 기르면서 겪는 불이익을 객관적으로, 때로는 심리학적으로 규명할 필요가 있다. 전반적인 과외금지의 위헌성을 다루는 사건과 같은 경우에도, 과외금지의 사회적 효과에 대한 판단, 그 적용상의 차별범위에 대한 인식, 과외금지에 대한 법집행상의 형평성 문제 등에 대한 다양한 사실인식이 최종판단의 중요한 전제가 되지 않을 수 없는 것이다.

한편 관점을 달리하여 헌법재판의 심사기준의 각도에서 사실인식의 문제를 살펴볼 수 있다. 헌법재판의 빈번한 2가지 심사기준은 평등원칙과 비례(과잉금지)의 원칙이다. 이론적으로는 전자는 입법이 비교집단간의 차별을 결과할 때, 후자는 특별한 비교집단간이 아닌 일반 국민들에 대해 입법이 기본권을 제한하는 경우에 문제

---

47) 헌법재판소는 그린벨트 지정 이후 생긴 문제점과 부작용에 대한 사실인식을 바탕으로(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 941-4) 그로 인한 토지재산권의 제약문제를 판시하였다.

된다.

#### 다. 평등원칙 심사와 사실인식

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙이 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 취급하는 것이며, 합리적 이유없는 차별을 금지하는 것이라고 할 때, 과연 어떤 경우가 차별적인 것이고, 어떤 경우가 합리적인 것인지는 바로 사실판단의 몫이라고도 할 수 있다. 그러므로 관련되는 사실관계를 어떻게 이해하고 인식할 것인가가 중요하다.

평등원칙의 심사에 있어서는 어떤 경우가 서로 비교되는 사례집단인지, 어떤 경우가 과연 합리성이 있는 차별인지가 알려져야 한다. 이에 관한 지식은 단순히 추측적인 것이 되어서는 아니되며 사실에 관한 다양한 지식에 기반하여야 한다. 특히 합리성 유무에 관하여는 철저한 사실인식을 바탕으로 설득력있게 논의를 전개하는 것이 요청된다. 이로서 판결이 설득력에 기반하지 않고 권위의 일방적 강요에 불과하게 되는 것을 방지한다.

그런데 평등원칙은 단순히 자의금지원칙으로 축소되어 해석되어 왔다.<sup>48)</sup> 이는 입법자의 차별적 입법이 명백히 비합리적인 것이고 자의적인 것일 때에만 위헌이라는 것이다.

최근에 합리성 심사를 한 사례인 생수업자에 대한 고율의 수질 개선부담금 사건의 경우를 통해 평등심사에 있어서 사실인식의 문제를 살펴본다. 생수제조업자에게 판매금액의 20%를 무조건 부담

48) 물론 '자의금지'라는 개념에는 강한 심사기준의 여지도 있으나 통상 그렇게 적용하지 않았다. 이는 독일 연방헌재의 같은 개념에 따른 영향이다. 拙稿, "비례의 원칙과 판례의 논증방법", 헌법논총 제9집(1998), 679-80쪽 참조. 한편 비교적 강화된 위헌심사요건을 실시하는 경우도 있다: "합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적절한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다"(헌재 1994. 2. 24. 93헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 1991. 5. 13. 89헌가7, 판례집 3, 202, 215 참조). 그런데 아직 평등원칙심사를 미국판례와 같이 단계화하는 심사기준은 진화중인 것으로 보인다.

금으로 내도록 한 것에 대하여 청구인측은 같이 지하수를 사용하는 주류·청량음료 제조업자 등과 비교하여 자의적으로 차별받고 있다고 주장하였다. 헌법재판소는, 먹는샘물의 음용이 보편화되면 그만큼 국가가 추진하는 수돗물 수질개선정책이 위축되는 관계에 있고, 지하수자원의 고갈 및 오염의 우려가 높아지고, 주류 등 제조업자는 달리 조세형태로 무거운 부담을 지우고 있다는 이유로 차별의 합리성을 긍정하였다.<sup>49)</sup>

그런데 차별의 합리성을 판단하기 위해서는, 과연 20%의 부담금이 생수업체의 증가를 억제하여 지하수자원을 보존하는데 인과관계가 있을 것인지,<sup>50)</sup> 생수음용의 보편화가 필연적으로 수돗물 수질개선정책의 위축으로 귀결될 것인지 등에 관한 객관적이고 과학적인 사회과학적 조사 분석이 있었다면 좀더 바람직했을 것이다.

#### 라. 비례원칙 심사와 사실인식

헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙이 기본권제한의 한계를 정하는 것이며, 그것이 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이란 하부 원칙들로 구성된다고 하더라도,<sup>51)</sup> 이로서 개별 사건에서 비례의 원칙의 내용이 밝혀진 것은 전혀 아니다. 과

49) 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 832-4.

50) 오히려 대형 생수업체만 살아남아 독과점을 낳게 됨으로써 전반적인 지하수자원의 보존에는 별 차이가 없게 되지는 않는지의 문제가 제기될 수 있다.

51) “과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 실사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다.”고 하였다. 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260. 이 판시는 입법에 대한 것이다.

연 채택된 수단이 목적달성에 적정한 것인지, 과연 피해가 최소화 된 것인지, 달리 보다 덜 제약적인 기본권 제한 수단은 없는 것인지, 어떤 법익들이 존재하며 이들 상호간에 어떻게 비교형량되어야 할 것인지는, 다름아닌 사실판단의 몫이라 할 수 있다.

비례의 원칙은 自由와 이를 제한하는 公益의 상관관계에 있어서 자유의 제한에 필요한 조건들을 제도화한 것이며, 그 조건들의 충족여부에 관한 다양한 법적 논의와 비교형량의 필요성과 가능성을 마련해준 것이지만, 이 원칙 자체는 매우 중립적이고, 그런 점에서 성격상 (내용적이 아닌) 형식적인 것이다.<sup>52)</sup> 따라서 비례의 원칙 자체가 바로 위헌성 판단의 내용적 지침을 제공해 주지 않으며 그 구체적 내용은 결국 개별 사건에서 각각의 사실관계에 대한 인식을 토대로 채워지게 되는 것이다.

그러므로 우선 헌법판단의 요건이 되는 사실관계를 어떻게 구성할 것인가가 쟁점이 된다. 구체적 문맥속에서 헌법해석이 요구되는 구체적 문제, 즉 사실관계의 설정 자체는 어려운 문제이다.<sup>53)</sup>

우선 목적의 정당성에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 국가안전보장, 공공복리, 질서유지라는 넓은 개념을 사용하고 있으므로 우선 이 개념들을 축소해석하는 것이 필요하다.<sup>54)</sup> 지난 시절 우리나라의 권위주의 정치현실에서 악법들이 양산되었던 것은 이러한 포괄조항과 무관하지 않은바, 통상 공공복리라는 보편적인 기본권 제한목적 외에 국가안전보장, 질서유지라는 개념까지 추가한 것은 기본권 제한의 가능성을 더 확대시킨 것이라는 해석을 가져올 소지

52) Robert Alexy, "Individual Rights and Collective Goods", Carlos Nino 편, *Rights* (New York University Press, 1992), 178쪽. 그는 파레토 최적상태를 비례원칙에 적용하고자 한다.

53) 최대권, "헌법의 해석", 헌법재판연구 제5권 헌법해석에 관한 연구(1994), 83-5쪽 참조.

54) 최대권, 헌법학(박영사, 1989), 198-9쪽 참조. 질서유지나 공공복리라는 불확정개념을 넓게 해석할 때는 기본권 보호를 최대의 가치로 삼는 자유주의적 법치국가의 기본적 구도가 흔들린다. 자유권의 제한에 관한 한 J.S. Mill의 '害惡의 원리'라는 기본원리가 적용되어야 한다.

가 있다. 권위주의 정치체제를 극복하고 탄생한 헌법재판소로서는 위 개념들을 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다. 제한적인 적용 범위를 설정한 후 특정 입법목적, 즉 입법적 사실이 과연 공공복리의 증진을 위한 것인가라는 인과관계를 따져야 할 것이다. 그런데 입법 목적을 해당 법률 제1조나 입법부가 주장하는 내용으로 인정할 것인가, 혹은 법률의 객관적인 내용과 법적인 효력으로서 인정할 것인가 하는 문제가 있다. 때로는 차별적인 의도로서 자의적인 입법이 공익목적으로 포장되는 예가 있기 때문이다. 원칙적으로 후자를 기준으로 입법 목적을 인정하여야 할 것이다. 나아가 그러한 입법적 사실이 가능한 것이냐를 따져야 한다.

국유잡종재산 시효취득 사건에서, 잡종재산에 대하여 일반 민사관계와 달리 취득시효를 금지하는 입법은 민사사안에서 국가를 우대하여야 할 헌법상의 근거가 없으므로 “헌법상의 기본권제한의 근거가 되는 공공의 이익과 복리증진에 합치된다고 볼 수 없는 이러한 입법은 과잉제한금지의 원칙에 반한다”라고 하였다.<sup>55)</sup> 이는 구체적인 입법적 사실의 내용을 제대로 인식하지 않고 단언적으로 판단한 것으로 보일 소지가 있다.

동성동본 사건에서는 그 입법목적이 오늘날 더이상 타당하지 않다는 사실을, 동성동본인 사람수의 증가, 가치관의 변화, 남녀간 차별의 존재 등을 인정함으로써, 판단하였다.<sup>56)</sup>

방법의 적정성에 대하여 헌법재판소는 어느 정도일 때 ‘적정한’ 방법(수단)인지에 대하여, “그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며”라고 일반적으로 표현하였다.<sup>57)</sup> 그 후의

55) 헌재 1991. 5. 13. 89헌가97, 판례집 3, 202, 213.

56) 헌재 1997. 7. 16. 85헌가6등, 판례집 9-2, 1, 18 참조.

57) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260.

판례는 수단의 적합성과 피해의 최소성을 한데 묶어, “선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에는 최소한의 피해를 줄 때에 한하여 그 국가작용은 정당성을 가지게 되고 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다”라고 한 경우도 있다.<sup>58)</sup>

결국 어떤 경우 목적 달성에 효과적이고 적절한가는 목적과 수단간의 상관관계를 객관적인 사실인식을 토대로 검증하는 것이 필요하다. 그런데 목적과 수단간의 연관성, 즉 효율성을 따지는 것은 헌법재판소로서는 쉽지 않은 문제이다. 일반성·추상성을 갖는 입법이 어떤 경우에 그 선택된 수단간에 결연성이 없는 비효과적인 것인지는 다양한 사례군을 헌법재판소가 모두 포섭하여 논하기 어렵기 때문이다. 법경제학적인 비용-수익 분석, 효용의 최적화 등 사회과학적 성과와 접근방법을 헌법재판은 활용하여야 한다.

피해의 최소성 원칙은 그 표현상의 명확함 때문에, 달리 기본권을 덜 제한하는 방법이 있는가, 즉 기본권의 제한이 필요한 최소한도에 그치고 있는가가 판단기준이 된다. 이를 제대로 판단하기 위해서는 경험적인 접근과 때로는 상상력을 동원한 추론적인 접근이 필요하고, 수단간의 비교가 필요하며 이는 통상 개별적인 사실관계를 설정하고 인식하는 과정이 요청된다.<sup>59)</sup>

법익의 균형성 원칙에 대하여는 헌법재판소는, 공익과 사익의 비교형량이라는 차원에서 바라보아, “그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야

58) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 378-9.

59) 사안에 따라서는 이 원칙이 완화되는 것이 바람직하다. 각 기본권 침해상황이 항상 가장 덜 제약적인 수단(the least restrictive mean)을 요구할만큼 심각한 것은 아니다. 입법형성 영역이 많은 부분(재산권 등)은 제약적인 수단이 선택되어도 용인될 수 있어야 할 것이다.

한다”고 한다.<sup>60)</sup> 그런데 구체적으로 어떻게 비교형량할 것인가는 용이하지 않다. 구체적인 사회현상 내지 법사실을 파악하여 법적 관련점에 연결시키는 것이 필요하다. 사실관계가 충분히 드러나지 않고서는 법익간의 형량이 제대로 되지 않는다. 사실 법익의 균형성은, 수단의 적정성도 유사하지만, 사실상 경제학적인 최적성(optimum)의 판단이 가능할 것, 비교의 대상이 어느 정도 計量化될 수 있을 것이라는 점이 전제되어야 한다. 그러므로 사실관계에 관한 인식이 없는 상태에서의 법익형량은 주관적인 견해의 대체물이 될 여지가 많다.

결국 비례의 원칙을 개별 사안에서 심사하는 과정에서는 헌법규범의 해석과정보다는 대상이 된 법률이 어떤 사례군에 적용되며, 구체적 결과에 있어서 어떤 효과를 나타내는지 등에 관한 사실문제의 설정과 인식과정이 더 중요함을 알 수 있다. 이러한 작업을 통하여 형식적인 원리로서의 비례의 원칙의 내용이 충족되는 것이며, 판결의 논증작업이 보다 설득력있게 진행될 수 있는 것이다.

### III. 결론 : 헌법해석의 사회적 맥락

헌법재판에는 논리적 연역과 가치판단이 필요하지만, 경험적인 접근방법과 때로는 추론적인(speculative) 접근이 필수적으로 요구되기도 한다. 헌법해석은 추상적인 이념이나 형식논리적 체계의 해석에 불과한 것이 아니라, 사회의 경험과 현상에 대한 포괄적이면서 집중적인 인식을 필요로 한다. 헌법의 추상성, 개방성은 구체적 사회적 맥락속에서 그 규범의 의미가 확정되게 만드는 것이다. 따

60) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260.

라서 헌법해석은 헌법이 적용되는 사회적 맥락과 구체적 사실관계, 그에 대한 객관적이고 합리적인 인식 없이는 올바르게 진행될 수 없다.

과거 우리나라 법원의 법해석은 개념법학적 태도로서, 법을 그 존재의 기반이 되는 사회적 맥락에 주목하지 않고, 마치 자체적으로 완결적인 것 처럼 형식논리적인 해석에 치우친 경향이 있었다. 외국법이 무차별적으로 수입된 것도 억울한데 그 적용마저도 국민들의 사회적 현실, 법의식과 상관없이 타방적으로 이루어져 대다수 국민들은 법으로부터 소외되어 온 경향이 있다. 헌법재판은 단순한 三段論法의 적용영역이 아니며, 규범과 구체적 사실관계가 어우러져 ‘살아있는’ 헌법발견의 장이 되어야 할 것이다. 헌법규범은 그 자체로서 헌법사건을 해결시켜 주지 않는 것이다. 그러므로 헌법재판에서는 규범의 내용과 아울러 사실에 대한 정확한 인식이 강조되어야 하며, 이는 한편 지난날의 법운영 방법에 대한 반성적 의미도 있다. 법을 사회적 맥락을 통하여 발견하여야 한다는 이러한 태도는 식민지 시대를 거쳐 수입된 법제도를 지니고 있는 우리 사회에서는 매우 타당한 것이지만 뿌리를 내리지 못했던 것이다.<sup>61)</sup>

그런 의미에서 우리에게서는 법사회학적 관점이 필수적이고 헌법재판에 있어서는 특히 해석법학을 보완하고 완성하기 위한 사회적 관점이 요청되며, 이러한 바탕위에 법판단이 이루어지는 방법,

61) “우리의 형식적인 법질서는 우리의 사회현실을 고려할 필요도 없이 또는 무시하고, 일제의 손에 의하여 또는 근대화의 수단으로 서구(주로 독일)의 법제도를 그대로 베껴서 만든 것이기 때문에 규범현상에 따르기 마련인 현실과의 乘離의 문제 이상의 乘離의 문제를 안고 있다. 서구법제도를 만들어 낸 서구사회는 동양의 한국사회와는 이질적인 사회이기 때문이다. 그렇지 않다면 역설적으로 우리 나라에서 근대화니 서구화니 하는 문제는 거론되지도 않았을 것이다. 이같이 형식적인 법과 사회현실과의 乘離의 문제가 심각한 만큼 우리에게서는 무엇보다도 법과 乘離된 현실을 알 학문적 또는 실제적 필요성은 (서구사회에서보다도) 더욱 크다고 할 수 있다. 우리에게 법사회학이 없다는 것은 앞에 말한 乘離현상의 정확한 규범을 포함한 법현실을 모르고서 입법과 해석을, 그리고 법학을 이야기하여 왔다는 결론이 된다. 그러므로 한국법학의 정립을 위한 법사회학의 필요성은 재론할 필요도 없다.” 최대권, 법사회학, 서울대출판부, 1983, 18-9쪽.



즉 사회학적 법학(Sociological Jurisprudence)의 관점이 강하게 요구된다고 할 수 있다. 헌법이 규율하는 범생활의 사회적 현실에 대한 과학적이고 합리적인 인식이 없다면, 개방적이고 추상적인 헌법 규범의 해석은 쉽게 자의적인 것으로 전락할 위험이 많은 것이다. 그러므로 헌법재판이 자의를 줄일 수 있고 국민들에게 설득력과 신망을 얻을 수 있으려면, 보다 객관적이고 믿을 수 있는 사실인식이 필요하다.

사실인식에는 사회과학적 조사가 필요한 경우가 있고 이러한 경우 적극적으로 당사자에게 자료제출 요구를 하거나 재판부가 스스로 전문가에게 조사, 연구를 의뢰하는 것이 필요하다. 한편 그러한 조사, 연구가 필요없는 단순한 사실에 대한 인식도 객관적이고 정확하여야 하며 무엇보다도 생략되어서는 안될 것이다.

판결의 정당한 논증은 보다 객관적이고 합리적인 사실관계에 기반하여야 한다.<sup>62)</sup> 나아가 판결의 효력에 있어서도 그 사회적 맥락을 고려하여 살아있는 것이 되게 하지 않으면 안된다.<sup>63)</sup>

62) 판결의 논증방법에 대하여는, 拙稿, “비례의 원칙과 판례의 논증방법”(위 각주 36) 참조.

63) 유감스럽게도 헌법재판소가 주로 독일로부터 받아들인 변형결정형식은 그 결정이 타당할 사회적 맥락이 구비되지 못한 것을 간과하고, 쉽게 우리의 사회적, 법조 현실에 적용해 버린 것이란 점에서 검토를 요한다. 예를 들어, 한정위헌결정의 대표적인 사례인 국가보안법 결정은 “명백한 위험성”이란 불확정 개념을 채택하였는데, 독일과 달리 그러한 유형의 결정을 사후에 관철할 재판소원제도가 없고, 또 그동안 국가보안법 조항들을 폭넓게 적용하여 온 법원의 확립된 판례가 존재하는 것을 알면서, 그와 같은 불확정 개념으로 법원으로 법원을 기속시키는 문제의 해결과는 거리가 있는 것이었다. 실제로 이 결정 이후 법원의 국가보안법 해당 조항에 관한 판례들은 단지 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우”라는 말만 부가하였을 뿐 종래의 판례들을 전혀 변경하지 않고 원용하면서 종래와 같이 국가보안법을 해석하였던 것이다.(대법원 1990. 6. 8. 90도646; 1990. 7. 24. 89도251; 1991. 2. 8. 90도2607; 1992. 3. 31. 90도2033; 1993.1.29. 90도450 판결 등 참조)

또한 한정위헌결정의 경우 해당 법률조문은 법전에 존속한 채 일정한 적용부분이 합헌적 해석에서 제외되는 결과가 되었는데, 이는 법원의 법률해석권과 마찰이 될 소지를 안고 있었다. 법원의 확립된 판례와 헌법재판소의 한정위헌 결정이 모순될 경우, 재판소원제도도 없고, 헌법재판소가 그 권한에 걸맞는 권위도 법원으로부터 인정받지 못한 상태라면, 법원이 현재의 그러한 결정을 무시할 가능성은 상존하는 것이었다. 대법원이 1996. 4. 9.(95누11405) 헌법재판소의 기존의 한정위헌결정을 단순한 견해의 표명에 불과한 것으로 간주하

이러한 작업을 충실히 하기 위하여는 사회과학 전공자들이 직접 헌법재판에도 참여하는 것이 바람직하며, 결정문에는 객관적이고 합리적인 사실인식에 관한 문헌들이 판결이유의 근거로서 설시되는 것이 바람직하다.

헌법은 종합 학문의 영역으로서 학제적 연구의 필요성이 그 어느 법분야보다도 크다고 할 수 있다. 그러나 학제적 연구 혹은 사실인식 작업에는 만만찮은 한계도 존재한다. 우선, 기본적으로 사회과학적 사실인식에는 믿을 수 있는 연구자료가 채택되어야 하는데, 이를 판단하기는 쉽지 않다. 오늘날 미국에서 주목받는 법경제학 연구에 있어서도 기본적으로 경제학의 많은 부분이 문제성 있는 假定(questionable assumptions)에 기반하고 있다는 점에서 그

---

고 무시하자, 헌법재판소는 1997. 12. 24.(96헌마172등) 논란 끝에 그 판결을 취소하기에 이르지만, 소송당사자는 아직 양기관의 눈치를 보는 국제청의 과세제납압류가 풀리지 않아 구제를 못받은 상태가 조래된 것은 우연이 아니고 잠재된 필연이라고 이해함이 상당하다.

헌법불합치결정 역시 법의 명시적 근거가 없는 상태에서 독일제도를 받아들였지만, 그 효력범위의 불명확성 때문에 불협화음이 일어날 가능성이 많았는데, 헌법재판소가 구 소득세법 제60조에 대하여 헌법불합치 선언을 하면서 신법을 구법관계에 적용할 것을 명하자(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집, 7-2, 562), 법원은 해당 사실관계에 적용될 신법내용이 없게 되자, 해당 조세처분을 취소하지 아니하고 구법을 그대로 적용하였다(대법원 1997. 3. 28. 선고 96누11327 판결). (법원은 사실상 신법이 있는 사실관계에 대하여서도 구법을 일률적으로 적용하여 헌법재판소의 결정을 확실하게 무시하였다.) 기본적으로 법원은, “헌법불합치결정이란 헌법에 합치하지 아니한다는 위헌선언에 그치고 무효선언에 이르지 않은 경우이기 때문에, 그 결과 사안에 대한 과세 여부는 법률해석의 문제이며 이는 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속한다는 판시”를 하고있는 것과 같다. 즉 변형결정의 효력을 법원 스스로가 판단하겠다는 것이다. 이 판결에 대한 헌법소원은 1999. 10. 21. 각하되었으며 결국 당사자는 헌법불합치결정까지 받았었지만 수년간의 소송을 통하여 얻은 것이 없다.

단순위헌 결정이 가져올 수 있는 법적 공백 등의 이유로 변형결정을 하여야 할 필요성은 있으나 법원이라는 하나의 사회적 배경을 무시하고 단순히 이를 강행한 것은 적절치 않다. 헌법재판소와 법원은 쉽게 상호존중할 수 있는 여건이 되지 않는다. 헌법재판소가 그동안 한 200여건의 위헌결정을 헌법재판소 이전의 수십년동안 법원이 명시적 혹은 묵시적으로 합헌이라고 판례를 남긴 법률들이었다. 한편 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법원이 합헌이라고 본 법률조항을 다투는 그간 위헌결정이 거의 20%에 이른다. 또한 헌법소원제도는 행정소송과 중첩되는데, 보충성의 예외 범리는 원처분 금지와 맞물려 법원과 마찰의 소지도 가지고 있는 것이다. 변형결정을 포함한 이러한 문제점을 해소하는 길은 재판소원제도를 긍정하고 대법관출신의 헌법재판관 문호가 넓어지는 것이라 생각한다.

실험적(experimental)인 성격이 지적되기도 한다.<sup>64)</sup> 또한 각 인접 분야의 연구방법에 대하여는 어느 한 분야를 일반적으로 우월시하는 것도 적절한 태도가 아니다.<sup>65)</sup> 그러므로 어떤 자료가 재판결과에 반영되어야 할 것인지는 결국 헌법재판 주체의 그 취사선택 능력이 문제된다. 그러나 우리 현실에서 통상 사회과학적 연구방법에 익숙하지 않은 법조인들이 하루 아침에 그러한 능력을 구비하기를 기대할 수는 없다.<sup>66)</sup> 또한 사건부담도 적지 않다. 그러나 적어도 그러한 현실이 인접학문에 대한 접근노력에 장애를 주거나 기피하는 것이어서는 안될 것이다.

이 글은 헌법재판에서 사실인식 문제가 점차 중요해지고 있으며, 이에 대한 체계적인 인식이 필요하다는 점을 강조하고자 한 것이다. 헌법재판이 우리나라의 민주주의와 실질적 법치주의에 기여하는 것 못지 않게 인접학문의 참여와 발전의 장이 되는 것을 기대한다.

---

64) Saul Levmore, "Judges and Economics: Normative, Positive, and Experimental Perspectives", 21 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 128, 130-2 참조.

65) Mark V. Tushnet, "Law, Science, and Law and Economics", 21 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 47, 48-50 참조.

66) "법학은 사회과학에 포함될 필요성을 안고 있다"(Lehbinder 위 역서, 17쪽)고까지 할 수는 없지만, 법학전공자는 기본적인 사회과학적 소양을 교육받아야 할 것이다.

# 憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否\*

－ 憲法裁判所 1995.11.30. 선고 94헌마40, 95헌마13(병합) 決定, 大法院 1996.4.9. 선고 95누11405 判決, 憲法裁判所 1997.12.24. 선고 96헌마172, 173(병합) 決定을 契機로 하여 －

韓 秀 雄  
憲法研究官補  
法學博士

## － 目 次 －

### I. 머리말

### II. 憲法 제107조의 意味

1. 憲法 제107조의 解釋
2. 管轄配分規範으로서의 憲法 제107조

### III. 憲法 제111조 제1항 제5호의 “法律이 정하는 憲法訴願”

1. 憲法 제111조 제1항 제5호의 意味
2. 憲法訴願의 生成史
3. 比較法的 考察

- 가. 世界主要國의 憲法裁判制度
  - 나. 獨逸語圈 國家의 憲法訴願制度
4. 小結論

IV. 憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否

- 1. 憲法裁判所法 제68조 제1항의 補充性原則의 意味
- 2. 平等權의 侵害與否
- 3. 裁判請求權의 侵害與否
  - 가. 裁判請求權
  - 나. 基本權으로서의 憲法訴願請求權?

V. 憲法裁判所決定의 羈束力을 強制할 方法

- 1. 憲法裁判所 1995.11.30. 선고 94헌바40, 95헌바13(병합) 決定  
 및 大法院 1996. 4. 9. 선고 95누11405 判決의 問題點
- 2. 憲法裁判所의 管轄規範에 대한 違憲決定; 憲法裁判의 限界
- 3. 憲法裁判所法 제68조 제1항에 대한 限定違憲決定

VI. 맺는말

\* 이 논문은 원래 1997년 초에 작성되었으나, 당시 헌법재판소에 계류중인 사건과의 직접적인 연관성 때문에 헌법논총의 게재가 보류되었던 것을 약간 보완한 것이다.

## I. 머리말<sup>1)</sup>

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 法院의 裁判을 除外하고는 헌법재판소에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다.”고 규정함으로써 명문으로 “법원의 재판”을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있다. 이 規定의 違憲與否에 관한 論議는 헌법재판소의 역사만큼이나 오래된 것으로서 그 사이 다수의 학자와 실무가가 이에 관한 자신의 견해를 표명하였다. 대부분의 學者들은 헌법재판소법 제68조 제1항이 초래하는 여러 문제점을 지적하고 또한 그의 위헌성을 근거하려고 시도하였다. 학자마다 강조하는 부분과 표현에 있어서 조금씩 차이를 보이기는 하지만, 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌성을 주장하는 의견(이하 違憲論)의 공통된 基本論據는, 기본권실현의무를 어긴 법원의 판결에 대한 재판소원과 법규소원이 본질상 달리 취급될 이유가 없음에도 불구하고 법규소원을 인정하는 법질서에서 재판소원을 배제하는 것은 국민의 平等權을 侵害하는 입법형성권의 남용이고, 재판소원을 배제함으로써 처분과 재판에 의한 기본권의 침해에 대하여 구제절차를 두지 않은 것은 헌법 제27조의 裁判請求權을 侵害한 것이며 法治主義를 具現하기 위해서라도 재판소원의 도입은 불가피하다는 주장에 있다.<sup>2)</sup>

- 
- 1) 헌법재판소는 1997.12.24. 선고한 96헌마172, 173(병합) 결정에서 헌법재판소법 제68조 제1항에 대하여 原則的인 合憲性을 인정하면서, 다만 헌법재판소의 기속력있는 결정에 반하는 법원의 판결에 대해서도 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석하는 한도내에서 위헌이라는 限定違憲決定을 하면서 문제된 대법원 1996.4.9. 선고 95누11405 判決을 取消하였다.
  - 2) 헌법재판소법 제68조 제1항이 違憲이라는 견해로는 예컨대 허영, 헌법소송과 일반소송의 관계, 한·독 국제학술대회, 한국공법학회(1995), 19면 이하; 이옥한, 헌법재판소법 제68조 제1

그러나 종래의 違憲性에 관한 論議가, 법규범을 바탕으로 실정법의 객관적인 해석에 근거한 것이 아니라 그보다는 理想的인 것을 지향하는 立法政策的 性格을 띠고 있다는 인상이 짙다. 특히 - 세계에서 거의 유일하게 시행되는 - 獨逸의 완벽한 헌법소원제도와 비교하여 우리의 헌법소원제도가 갖는 부분적인 불완전성을 곧 위헌적인 것으로 판단함으로써, 위헌성판단의 基準이 객관적인 憲法이 아니라 독일의 理想的 憲法訴願制度라는 인상마저 주고 있다. 물론 裁判에 대한 訴願을 도입하는 것이, 국민의 기본권보호의 실효성에서나 행정청과 법원에 대한 교육적인 효과에 있어서도 바람직하다는 것에는 이의를 제기하지 않지만, 그러나 현재의 법적 상태가 보다 이상적인 것으로 개선될 여지가 있다는 것이 곧 違憲을 의미하지는 않는다. 헌법재판소법 제68조 제1항이 위헌이기 위하여는, 이 조항이 立法形成權의 憲法的 限界를 넘는다는 것을 憲法規範에 근거하여 논증하여야 한다. 그러므로 이 글에서는 헌법재판소법 제68조 제1항의 違憲性을 主張하는 의견은 기본권보호의 관점에서 이상적인 것과 현행 헌법의 객관적 의미를 혼동하여 이상적인 것을 헌법적 요구로 격상시킴으로써만이 가능하다는 것을 밝히고자 한다. 무엇보다도 위헌론이 극복해야 하는 두 가지 관문, 즉 헌법 제107조의 解釋의 문제와 헌법재판소법 제68조제1항에 의한 基本權의 侵害가 존재하는가를 중점적으로 살펴보기로 한다.

---

항 ‘법원의 재판을 제외하고는’의 문제점과 그 해결방안, 인권과 정의, 1996년 5월호, 48면 이하; 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판자료 제3집, 1990, 361면 이하; 황도수, 원처분에 대한 헌법소원, 헌법논총 제6집(1995), 216면 이하; 김문현, 법원의 재판을 헌법소원대상에서 제외된 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌성, 법률신문 98. 2. 16; 정연주, 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 한정위헌결정의 문제점, 고시계 1998. 2., 113면 이하; 이에 대하여 合憲이라는 견해로는 유남석, 재판에 대한 헌법소원금지의 논리 및 정책적 이유, 법관 세미나자료 上(헌법문제와 재판), 1996, 173면 이하; 장영수, 현행 헌법소원제도의 의의·본질과 헌법소원의 대상, 현대헌법학이론, 이명구박사 화갑기념논문집 [1], 1996, 649면 이하

## II. 憲法 제107조의 意味

### 1. 憲法 제107조의 解釋

헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌성을 판단하기 위해서는 우선 憲法裁判所의 權限을 규정한 憲法的 表現을 살펴보아야 한다. 합헌론, 위헌론 모두 그의 주장을 헌법정책적 이상론이 아니라 헌법의 객관적 규범에 근거하려면 헌법 제107조의 解釋을 회피할 수 없다. 따라서 두 견해 모두 헌법 제107조를 서로 자신에게 유리한 방향으로 해석하려고 시도하고 있다.

헌법 제107조 제1항은 “法律이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 판단한다”라고 하고, 제2항에서 “命令·規則 또는 處分이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정함으로써, 具體的 規範統制節次에서의 法律에 대한 위헌심사권과 집행부의 행위형식인 命令·規則·處分에 대한 위헌심사권을 서로 분리하여 각각 憲法裁判所와 大法院에 귀속시키고 있다.

이에 대하여 헌법 제107조가 우리 헌법내에서 “제5장 法院”에 위치하므로 헌법 제107조 제2항의 “最終的”을 ‘司法府 内部에서의 最終的’으로 해석해야 한다는 주장이 있다.<sup>3)</sup> 그러나 이러한 해석은

3) 김학성, 헌법소원의 쟁송대상, 헌법재판자료 제3집, 1990, 361면 이하; 황도수, 원처분에 대한 헌법소원, 헌법논총 제6집, 1995, 216면; 이육한, 인권과 정의, 1996/5, 48면; 김문현, 헌법해석



客觀的인 헌법해석의 限界를 넘는 것이다. 일반 법률에 대한 헌법규범의 특수성에도 불구하고 憲法解釋의 出發點은 원칙적으로 傳統的인 法律解釋方法이며, 단지 헌법 스스로가 자신의 의미에 관하여 침묵하는 경우에 비로소 憲法 特有的 解釋方法이 고려될 수 있다. 전통적인 해석방법은 헌법이 무엇인가 규정하고 있다는 것을 전제로 하여 존재하는 의미내용을 밝히고자 하는 방법인데, 헌법이 스스로 확정하지 않은 것은 해석을 통하여 밝혀질 수 없고 단지 구체화되고 실현될 수 있을 뿐이므로, 헌법이 스스로 최소한의 표현에 그치고 많은 부분 침묵한다면 傳統的인 解釋方法은 당연히 그 限界에 부딪히게 된다.<sup>4)</sup> 그러므로 바로 여기에 附加的인 憲法解釋方法의 필요성이 있는 것이다. 헌법도 그의 開放性, 抽象性, 包括性에 있어서 헌법규범의 성질에 따라 그 程度를 달리 하므로, 헌법특유의 해석방법은 基本權이나 국가의 基本原理와 같이 헌법규정이 지극히 개방적이고 추상적으로 표현되어 전통적인 해석방법으로 접근하는 것이 한계가 있는 경우에 비로소 그 의미가 있지, 그와는 달리 國家機關의 組織, 節次 및 權限을 규정하는 헌법규범의 하나인 헌법 제107조와 같이 헌법규정 스스로가 명백하고 구체적인 표현을 통하여 국가기관의 관할을 획정하는 규정에서는 본질적으로 법률과 달리 해석할 이유가 없다고 할 것이다.<sup>5)</sup> 헌법특유의 해석방법을 주장하여 객관적 해석방법을 통한 헌법규범의 의미

---

에 있어서의 헌법재판소와 법원의 관계, 김철수 교수 화갑기념논문집, 현대법의 이론과 실제, 1993, 102면 이하

4) 전통적인 해석방법의 한계에 관하여, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 19. Aufl., S.21 f.; Stern, Das Staatsrecht, 1977, S.102 ff.; Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S.2089 ff.

5) 獨逸의 聯邦憲法裁判所도 헌법해석에 있어서 원칙적으로 헌법제정자의 '객관화된 의사', 즉 '헌법에 표현된 헌법제정자의 의사'를 묻는 전통적인 法律解釋方法인 문법적, 체계적, 목적적, 역사적 해석방법에서 출발하고 있다(BVerfGE 11, 131 f.; Richter/Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, 1991, S.8ff.).

내용을 무시한다면,<sup>6)</sup> 모든 헌법해석자가 자신의 主觀的 價値觀을 헌법상의 客觀的 決定이라고 주장할 危險이 있으며, 이러한 해석은 결국 헌법해석의 한계를 벗어난 ‘解釋을 통한 憲法改正’을 의미하게 될 것이다. 따라서 헌법특유의 해석방법이 전통적인 법률해석방법을 배척하거나 극복하는 것이 아니라 단지 補完하는 기능을 하므로,<sup>7)</sup> 헌법 제107조의 해석은 헌법제정자의 객관화된 의사를 묻는 傳統的인 法律解釋方法에서 출발해야 한다. 國家機關의 組織과 節次에 관한 헌법규정과 같이 一般法律과 그 具體性에 있어서 크게 다를 바가 없는 경우에는 더욱 그러하다 할 것이다.

일반적으로 “最終的”이란 표현을 사용한다면, 그를 제한하는 다른 수식어가 없는 한, ‘無條件的, 無制限的’ 最終性을 의미하지 제한적 또는 유보된 의미의 최종성을 뜻하지는 않는다. 또한 헌법 제107조의 제1항과 제2항은 서로 유리되어 파악되어서는 아니되고 서로 긴밀한 相互聯關關係에서 판단되어야 한다. 헌법 제107조 제1항과 제2항의 연관관계에서 살펴 보아도, 제1항이 위헌법률심사제도와 관련하여 法院의 違憲提請義務와 憲法裁判所의 최종적인 違憲決定權을 확정함으로써 법원이 헌법재판소와의 관계에서 최종적으로 결정할 수 없는 것을 규정하고 있는 반면에 제2항에서 法院의 最終的 審査權을 명시적으로 언급하였다면, 제2항의 ‘最終性’은 헌법재판소와 법원의 兩者關係에서의 最終性이지 법원 내부에서만

6) 예컨대 이육한, 인권과 정의, 1996. 5., 48면, “헌법 제107조제2항에서의 최종적이라는 의미를 헌법해석의 특징이며 가장 주요한 법칙인 헌법의 통일성이라는 관점에 입각하여 일반법원내에서의 최종적이라는 의미로 해석한다면 동규정 자구의 문제점은 상당부분 보완될 수 있다”고 밝히고 있다. 이러한 해석방법은 헌법해석에 있어서 실정법적 규범에서 출발하는 것이 아니라 그 헌법규범이 규율하려는 헌법현실을 가장 이상적으로 해결할 수 있는 ‘관점’을 해석의 출발점으로 삼는 소위 ‘법학적 관점론’의 좋은 본보기이다. 그러나 이는 객관적인 해석의 기반을 일탈하여 각자의 이상향과 주관의 세계로 이끌 위험이 있는 해석방법이다.

7) 같은 뜻으로 허영, 한국헌법론, 1994, 73면.

의 최종성이라고는 말할 수 없는 것이다. 法院의 權限이나 管轄은 또한 다른 헌법기관과의 관계에 있어서도 결국 法院에 관한 章에 규정될 수 밖에 없는 것이므로, 헌법 제107조 제2항이 법원에 관한 헌법 제5장에 위치하기 때문에 ‘법원내에서의 최종적’이라고 해석한다는 주장은 설득력이 없다고 할 것이다.

무엇보다도 規範의 意味와 目的을 묻는 目的的 解釋의 관점에서 보더라도, “최종적”이란 표현은 다른 헌법기관과의 관계에서 최종적인 것으로 해석해야 한다. 대법원이 법원내에서의 최고법원(헌법 제101조 제2항)으로서 당연히 법원내에서 최종적으로 심사할 권한이 있기 때문에, 그러한 해석은 “최종적”이라는 표현이 지극히 不必要한 것의 同語反覆이라는 결과를 가져온다. 헌법이 굳이 규정하지 않아도 될 당연한 사실을 규정하기 위하여 제107조 제2항을 두었다고는 생각되지 않는다. “최종적”을 ‘법원내에서의 최종적’으로 해석한다면, 헌법 제107조 제2항은 당연한 것을 확인하는 것 외에는 아무런 의미가 없는, 즉 헌법내에서 存在意味가 없는 조항으로 전락한다. 그러나 각개의 헌법규범은 헌법내에서 그에게 부여된 고유한 의미를 갖도록 해석되어야 한다는 것은 憲法解釋의 기본적인 出發點이다. 만일 헌법제정자가 헌법재판소의 설립과 더불어 종래 법원에 전속되었던 집행작용에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 최종적으로 부여하려고 의도했다면, 헌법제정자는 달리 표현했을 것이고, 따라서 이 조항은 어떤 형식으로든 개정되었으리라고 보는 것이 타당하다. 또 한편으로는 헌법제정자는 憲法裁判所의 導入과 함께 어떤 형태로든 법원과 헌법재판소의 管轄을 配分하는 明確한 規定을 두었으리라고 해석하는 것이 타당하지, 헌법이 그러한 규정도 없이 사법기능을 담당하는 새로운 헌법기관을 수용하고 양자의 관할문제를 전적으로 헌법해석자의 不確實한 解釋에 맡기고 있으

리라고는 생각하기 어렵다.

## 2. 管轄配分規範으로서의 헌법 제107조

위의 憲法解釋을 근거로 하여, 헌법 제107조는 헌법재판소의 권한을 규정하는 헌법 제111조와 함께 우리 헌법에서 헌법재판소와 법원간의 憲法裁判權을 포함한 裁判管轄을 配分하는 規定으로 이해되어야 한다.

우선 헌법 제107조 제1항은 法律에 대한 具體的인 規範統制節次, 즉 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우 법률이 헌법에 합치하는가를 심사하는 절차에서의 法院의 違憲提請權과 違憲提請義務를 규정함으로써 헌법재판소의 위헌심사권을 消極的으로 규정하고 있다. 헌법 제111조 제1항 제1호는 위헌법률심사에서의 이러한 권한배분에 상응하게 憲法裁判所의 위헌여부심판권을 ‘積極的으로’ 규정하고 있다. 구체적인 규범통제절차는 집행행위의 존재를 전제로 하므로, 執行行爲가 존재하지 않는 法律에 의한 直接的인 基本權侵害의 경우에는 이에 대한 主觀的 權利救濟節次로서 헌법 제111조 제1항 제5호의 憲法訴願의 가능성을 열어놓고 있다.

헌법 제107조 제2항은 “命令·規則·處分”의 위헌, 위법성 심사에 관한 大法院의 최종적 심사권을 규정하고 있다. 이 조항이 규정하는 執行府의 行爲形式은 行政立法으로서의 “명령·규칙”과 個別的 決定으로서의 “처분”을 나누어 볼 수 있는데, 제2항은 우선 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌·위법성여부가 재판의 전제가 된 경우<sup>8)</sup> 命令·規則의 합헌성을 심사하는 소위 具體的 規範

8) 여기서 재판의 전제성은 헌법 제107조제1항, 헌법재판소법 제41조제1항에서의 재판의 전제

統制節次에서의 대법원의 최종적인 심사권을 규정하고 있다. 그러나 명령·규칙에 있어서 그의 집행행위가 존재하지 않는다면, 명령·규칙의 위헌·위법성이 집행행위를 매개로 한 구체적인 재판 절차에서 심사될 수 없으므로, 命令·規則에 의한 直接的인 基本權侵害의 경우에는 대법원의 최종적 심사권이 미치지 아니한다. 물론 이 경우 主觀的 權利救濟節次로서 憲法訴願(헌법 제111조 제1항 제5호)의 가능성이 열려있다.<sup>9)</sup>

헌법 제107조 제2항은 “處分이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우”라고 하여, 處分에 대한 大法院의 最終的인 審査權을 규정하고 있다. 法令에 대한 위헌심사는, 집행행위가 위헌적인 법령에 기초하고 있다는 이유로 구체적인 소송사건에서 법령의 위헌성을 “間接的으로” 심사하는 客觀的 規範統制節次와 법령에 의하여 “直接” 기본권이 침해되는 경우의 主觀的 救濟節次라는 두 가지 형태로 가능하지만, 處分에 있어서는 先決問題에 관한 위헌심사와 직접 審判對象으로서의 위헌심사라는 二重的 構造가 존재하지 않는다. 法令의 경우에는 일반적으로 집행행위가 매개되기 때문에 법령에 의한 직접적인 기본권의 침해는 예외적인 현상에 속하나, 處分에 있어서는 그 자체가 집행행위로서 원칙적으로 기본권을 직접 침해하고 있으므로 先決問題로서의 처분의 위헌성과 직접 審判對象으로서의 처분의 위헌성을 나누는 것이 부적당하다. 따라서 법령과 처분의 이러한 근본적인 구조적인 차이때문에 “재판의 전제성”을 법령의 경우처럼 技術的인 意味로 해석할 것이 아니라, 여기서의 “재판의 전제성”이란 처분의 위헌·위법여부에

---

성과 동일한 의미로서 구체적인 사건의 결정에 있어서 명령·규칙의 위헌·위법성여부에 따라 재판의 결과가 달라지는 경우를 뜻한다, ‘재판의 전제성’의 의미에 관하여 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조

9) 헌법재판소 1990.10.15. 선고 89헌마178 결정 참조

관한 법원의 판단에 따라 재판의 결과가, 즉 청구의 인용여부가 달라지는 경우를 의미한다고 보아야 한다.<sup>10)</sup> 헌법재판소법 제107조 제2항이 處分의 경우에도 ‘裁判의 前提性’이란 표현을 사용한 것은 명령·규칙과 처분이라는 서로 相異한 類型의 집행행위를 함께 규율하는 과정에서 발생한 입법기술적인 결함으로 보아야 할 것이다.

그러므로 “헌법 제107조 제2항이 규정한 處분에 대한 대법원의 최종적인 심사권이란 구체적인 소송사건에서 당해처분의 위헌여부가 裁判의 前提가 되었을 때 법률의 경우처럼 헌법재판소에 제청함이 없이 최종적으로 대법원이 판단한다는 의미이고, 處分 자체에 의하여 直接 基本權이 侵害되었을 때 헌법소원의 제기가능성을 배제하는 것은 아니다”라는 주장은,<sup>11)</sup> 處分の 경우에는 법령에서와 같은 違憲審査의 二重的 構造가 존재하지 않으므로 당해처분의 위헌여부가 裁判의 前提가 된 경우에도 원칙적으로 동시에 처분 자체에 의한 直接的인 基本權侵害가 인정된다는 것을 간과하고 있다. 또한 행정소송의 사전절차로서의 行政裁判制度를 규정하는 제3항과의 관계에서 보더라도, 제2항이 대법원의 포괄적인 行政裁判權을 인정하고 있다는 것을 전제로 하여 제3항은 그의 전심절차로서의 行政裁判制度를 규정하는 것이므로, 헌법이 제107조 제2항에서 단지 ‘위법한 행정처분으로 인한 손해에 대한 국가배상청구소송’등과 같이 지극히 例外的인 경우를 위하여 “處分”을 언급하고 있다고 보기 어렵다. 또한 歷史的 觀點에서 보아도, 이미 1962년 제5차 개정헌법 이래 현행헌법 제107조 제2항과 동일한 규정이 존재하였으

10) 같은 뜻으로 상세하게 정태호, 원처분의 헌소대상성에 관한 소고, 헌법논총 제6집, 260면 이하; 최완주, 원처분의 헌법소원 대상성에 관한 고찰, 법판세미나 자료 上, 1996, 310면 이하

11) 이석연, 헌법소송의 이론과 실제, 1992, 42면

며<sup>12)</sup> 이 헌법규정의 의미가 法院에게 行政裁判의 管轄을 부여하고자 하는데 있었다는 것을 감안한다면, 헌법재판소를 도입한 후에는 處分에 있어서의 ‘裁判의 前提性’의 意味가 명령·규칙의 경우와 마찬가지로 ‘技術的인’ 意味로 갑자기 變質되었다고 판단하여 처분의 위헌·위법성이 선결문제가 된 예외적 경우에 한정하여 법원의 재판관할이 인정된다고 해석하는 것은 불합리하다.

따라서 결론적으로 말하자면, 헌법 제107조는 헌법 제111조와 함께 헌법재판소와 법원 사이의 憲法裁判權의 配分에 관하여 중요한 표현을 담고 있는 규정이다. 헌법 제107조는 具體的 規範統制節次에서의 法律에 대한 위헌심사권과 執行府의 行爲形式인 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권을 서로 분리하여 각각 헌법재판소와 대법원에 귀속시키면서, 우리 헌법은 헌법 제111조 제1항 제5호에서 法律과 命書·規則에 의하여 直接 基本權이 侵害되는 경우에는 이에 대한 主觀的 權利救濟節次로서 憲法訴願의 가능성을 열어 놓았다. 따라서 우리 헌법은 제107조와 제111조에서 원칙적으로 立法作用에 대한 헌법재판권을 憲法裁判所에, 執行作用에 대한 헌법재판권을 法院에 각각 귀속시키고 있음을 확인할 수 있다. 이로써 우리 헌법은 憲法の 守護 및 基本權의 保護가 헌법재판소만의 과제가 아니라 헌법재판소와 법원의 共同課題라는 것을 명확하게 표현하고 있다.

헌법 제107조 제2항이 處分에 대한 最終的 審査權을 大法院에 부여하고 있으므로, 處分の 違憲性에 관하여 헌법재판소가 다시 憲法訴願의 형태로 심사할 수 없다고 보아야 하고, 뿐만 아니라 처분의 위헌성에 대한 심사의 결과인 大法院의 裁判을 헌법소원의 대

---

12) 헌법 제107조 제2항의 역사에 관하여는 최완주, 원처분의 헌법소원대상성에 관한 고찰, 310면 주116 참조

상으로 삼는 것은 허용되지 않는다. 그렇다면 헌법 제107조는 裁判 訴願의 형태로 법원의 재판을 헌법재판소의 심사대상으로 삼는 것을, 아니면 적어도 포괄적인 재판소원의 도입을 禁止하는 헌법적 표현으로 보아야 할 것이다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항에서 法院의 裁判을 헌법소원의 대상에서 除外한 것은 헌법재판소와 법원의 헌법재판관할을 규정하는 헌법 제107조 및 제111조의 취지에 부합하는 입법이다.

### Ⅲ. 憲法 제111조 제1항 제5호의 “法律이 정하는 憲法 訴願”

違憲論은, 헌법소원제도를 일단 헌법이 규정하는 한, 입법자는 독일과 같은 형태로 모든 공권력에 대한 포괄적인 심사를 가능케 하는 소원제도를 입법으로 형성하여야만이 合憲이라고 주장한다. 즉 헌법이 일단 헌법소원제도를 수용한다면, 헌법이 헌법소원제도를 스스로 제한적으로 달리 규정하지 않는 한, 입법자는 獨逸과 같은 訴願形態를 導入하는 것외에는 아무런 입법형성권이 없다는 것이다. 그러나 이러한 주장은 헌법소원의 생성사적으로나 비교법적으로 보아도, 또한 헌법이론적으로도 모든 합리적인 근거를 결여하고 있다.

#### 1. 憲法 제111조 제1항 제5호의 意味

우리 헌법 제111조 제1항 제5호는 “法律이 정하는 憲法 訴願”이라고 함으로써, 헌법 스스로가 헌법소원의 내용을 규정하는 것을



피하고 이에 관한 具體的인 形成을 立法者에게 委任하고 있다. 헌법 제111조 제1항 제5호의 객관적 의미는 헌법에 의한 헌법소원제도의 보장, 즉 憲法訴願의 存續保障 또는 制度的 保障에 있다.<sup>13)</sup> 즉, 이 헌법규정은 헌법소원을 입법자의 자의로부터 보호하고 제도로서 그 존속을 보장하고 있다. 제도로서의 존속보장이란 憲法訴願制度의 本質的 內容의 保障을 의미한다. 이로써 헌법 제111조제1항 제5호는 立法者에게 헌법소원제도의 본질적 내용을 구체적인 입법을 통하여 保障할 義務를 동시에 부과하고 있다. 그러나 헌법 스스로가 憲法訴願의 本質이나 概念에 관하여는 아무 것도 밝히고 있지 않으므로, 이는 결국 헌법소원의 생성사나 비교법적인 고찰을 통하여 파악될 수 밖에 없다고 본다.

## 2. 憲法訴願의 生成史<sup>14)</sup>

“헌법소원”이란 用語가 形成된 역사는 또한 그 概念이 形成된 역사이다. 獨逸 바이에른 州의 헌법소원의 발전은 헌법소원제도를 독일 기본법과 연방헌법재판소법에 수용하는데 큰 영향을 미쳤다. 이미 1818년의 바이에른 州의 헌법은 국민에게 헌법적 권리의 침해에 대한 訴願을 兩院(zwei Kammer)으로 구성된 신분회의(Ständeverammlung)에 제기할 수 있는 권리를 부여하였다. 이 訴願은 행정재판제도가 없던 당시 行政行爲에 대한 權利救濟手段으로서 규정되었고 법원의 결정에 대하여도 소원을 제기할 수 있는가의

13) 基本權으로서의 憲法訴願請求權은 존재하지 않는다. 이는 裁判請求權을 보장한 헌법 제27조에서도 憲法訴願制度를 보장하는 헌법 제111조 제1항 제5호에서도 유출할 수 없다. 이에 관하여 자세한 것은 아래 IV. 3. 나. 참조

14) Vgl. Schumann, Verfassungsbeschwerde, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II, 1983, S.154 ff.; Krauss, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das BVerfG, 1987, S.10 ff.; Maunz, BVerfGG, 1993, §90, Rn.3 ff.

문제는 1875년에 와서야 비로소 논의의 대상이 되었다. 그러나 州議會는, 재판소원이 신분회의의 과중한 업무부담을 가져오고 또한 신분회의가 최고심급의 역할을 하리라는 우려로 裁判訴願의 導入을 거부하였다. 이로써 1818년의 바이에른 헌법에 규정된 ‘憲法的 權利의 保護를 위한 訴願’가능성을 출발점으로 하여 “憲法訴願”이란 概念이 형성되기 시작하였다. 이와같이 이미 바이에른 헌법상 형성된 개념을 1885년 자이델(Seidel)이 “憲法訴願”이라는 표현으로 學界에 導入하였고, 곧 이어서 독일 전체의 國法學에 의하여 받아들여졌다. 독일 바덴과 뷔어템베르크 州의 國法學者들도 1818년 바이에른 헌법상의 소원을 “헌법소원”으로 명명하였다. 이어서 1919년의 바이에른 州의 헌법<sup>15)</sup>과 國사재판소법은 그에 규정된 소원형태를 직접 “헌법소원”이라고 명명함으로써 “헌법소원”의 개념이 정착되고 그에 관한 불확실함이 학계에서 최종적으로 제거되었다. 바이에른 州의 國사재판소는 法院決定에 대한 憲法訴願을 법원의 독립성에 대한 침해로서 스스로 거부하였다. 이러한 발전과정에서 초기에 여러 의미로 이해되었던 헌법소원의 개념이 차츰 그 확고한 윤곽을 형성함으로써, 20세기 초에 이미 獨逸에서의 憲法訴願은 ‘國民이 憲法的 權利의 保護를 위하여 請求할 수 있는 權利救濟節次’로 정의되었다.

獨逸 基本法을 제정하는 과정에서 바이에른적 전통을 이으려는 세력은 헌법에 헌법소원을 규정할 것을 요구하였다. 그러나 기본법 제정회의에서 憲法訴願의 導入은 찬성을 얻지 못하였다. 1951년의 聯邦憲法裁判所法의 草案은 현행 헌법재판소법에 규정된 것과 같

15) 1919년의 바이에른 헌법 제93조 1항은 “모든 국민은 행정청의 행위로 인한 헌법위반으로 자신의 권리가 침해되었다고 생각하는 경우, 國사재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다”고 규정하였다.

은 내용의 憲法訴願을 담고 있었는데 裁判訴願의 導入問題를 놓고 연방하원과 상원에서 격렬한 논쟁이 벌어졌다. 裁判訴願의 反對者는 ‘입법행위’에 대하여는 국민이 직접 청구할 수 있는 권리구제절차가 없다는 이유로 法律訴願의 도입에는 찬성하였으나, 재판소원은 기본법상의 재판청구권과 행정재판제도의 빈틈없는 확대로 인하여 권리구제의 측면에서 사실상 불필요하고 헌법재판소의 업무에 필연적으로 과도한 부담을 가져온다는 이유로 裁判訴願을 拒否하였다. 이에 대하여 헌법재판소의 결정이 법원과 국민의 기본권의 식에 미치는 헌법소원의 法政策的 意味를 강조하여 가능하면 광범위한 기본권보호를 주장한 찬성론을 법사위원회가 받아들여 1951년 聯邦憲法裁判所法에 재판소원을 포함한 포괄적인 憲法訴願이 導入되었다. 그러나 헌법소원은 1969.1.29.의 제19차 기본법개정법을 통하여 비로소 憲法(기본법 제93조 제1항 제4a호)에 규정되었다. 1951년에서 1969년까지 헌법소원은 단지 法律에 규정되었고, 이는 1969년에야 비로소 헌법소원이 憲法的으로 保障됨으로써 헌법소원을 제한하거나 폐지하는 입법자의 권한이 제거되었음을 의미한다. 그러나 憲法改正을 통하여 헌법상 보장된 헌법소원을 다시 制限 또는 廢止할 수 있는 可能性을 배제한 것은 아니다.<sup>16)</sup>

### 3. 比較法的 考察<sup>17)</sup>

#### 가. 世界主要國의 憲法裁判制度

16) Maunz, BVerfGG, §90, Rn.7; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn.6 f.  
17) Vgl. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, S.1258 ff.; Maunz, BVerfGG, §90, Rn.9 ff.; Krauss, a.a.O., S.18 ff.; Zierlein, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, EuGRZ 1991, S.301 ff.; Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozeß, 1983, S.74 ff.; Zuck, a.a.O., Rn.134 ff.; 한국문헌으로는 최완주, 헌법소원에 관한 각국의 제도비교, 법관세미나 자료 上, 1996, 37면 이하

각국의 헌법재판제도를 比較法的으로 살펴보면 각국마다 지극히 상이함을 보임을 알 수 있다. 現代的 憲法裁判制度는 일반적으로 美國의 大法院(Supreme Court)에서 비롯된 것으로 보고 있다. 미국의 경우 독립된 기본권보호기관을 따로 두지 않고 大法院이 기본권의 보호기능을 함께 하고 있는데, 이러한 경우 물론 헌법소원 제도나 추상적 규범통제란 있을 수 없고, 법원이 그의 구체적인 법적 분쟁의 판단과정에서 간접적으로 규범을 심사하는 具體的 規範統制가 헌법재판의 중심을 이루게 된다.

미국과 달리 영국, 불란서, 벨기에, 네델란드 등은 아예 법관의 규범심사권한을 인정하지 않음으로써 憲法裁判制度 자체를 否定하고 있다. 즉, 국민주권주의와 법의 지배의 이념에 따라 의회에 대한 법원의 심사 자체를 부인하고 있는 것이다. 英國에 역사적으로 뿌리박은 法治國家的 理念은 의회가 만든 법률에 법관이 기속되는 것을 의미하지 입법자가 법관의 ‘불확실한 판결’에 구속된다는 것과는 합치될 수 없다는 것이다. 1970년대에 스웨덴에서 헌법재판제도를 導入하려는 試圖도 이러한 영국적 이념과 -그들의 시각에서는 놀랍게도 부정적인- 독일의 연방헌법재판소의 운영실태를 이유로 하는 반대에 부딪혀 좌절되었다.

獨立된 憲法裁判機關을 도입한 국가라도 이태리나 터어키는 국가기관간의 권한쟁의나 국가행위의 합헌성을 客觀的으로 보장하는 制度에만 국한하고 주관적 권리구제절차로서의 헌법소원을 두고 있지 않다.

또한 憲法訴願制度를 두고 있는 나라 중에서도 오스트리아처럼 단지 행정청의 처분과 입법행위에 대한 헌법소원만을 두고 재판에 대한 소원을 배제한 곳도 있다. 따라서 裁判에 대한 訴願은 독일, 스페인, 스위스 등 소수의 몇 나라에서 찾아 볼 수 있다. 그러나

裁判訴願을 시행하고 있는 이 나라들 중에서도, 스위스나 멕시코와 같은 聯邦國家에서의 헌법소원은, 연방이 주나 칸톤의 법원이나 행정청에 의한 기본권침해를 구제하고 시정하려는, 州에 대한 聯邦國家의 監督行爲의 성격을 갖고 있다. 스페인은 독일의 헌법재판제도를 모델로 삼아 1978년의 헌법에 헌법재판소의 관할을 규정하면서 스페인헌법 제161조 제1항 제b호에 “기본권의 침해를 이유로 법률이 정한 경우에 법률이 정한 형태로 제기되는 헌법소원”이라고 우리와 유사한 규정을 두고, 形式的 法律을 除外한 모든 공권력의 행사에 대하여 憲法訴願을 인정하고 있다.<sup>18)</sup> 獨逸은 모든 공권력행위를 그 심판대상으로 하는 가장 포괄적인 헌법소원제도를 두고 있다.

독일 연방헌법재판소법에 헌법소원을 도입할 당시 반대의견이 주장한 바와 같이, 대부분의 국가에서는 法院의 憲法에의 羈束과 上級法院에 의한 法院 內部的 審査를 법원에 의한 기본권의 침해를 방지하기 위하여 충분한 것으로 간주하고 있다.<sup>19)</sup> 헌법소원이 도입된 이후에도 獨逸내에서는 헌법질서의 아무런 손상없이 헌법소원제도, 특히 裁判訴願은 헌법개정을 통하여 다시 廢止될 수 있다는 의견이 제기되었다. 재판소원의 지극히 낮은 인용율(약 1%)에도 불구하고 헌법소원제도가 基本權에 특별한 貫徹力을 부여하고, 헌법소원에 의한 모든 공권력에 대한 심사가능성이 공권력의 기본권 존중의무를 더욱 촉진시킨다는 헌법소원의 教育的 效果가 크다고 판단되고 있기 때문에, 일반적으로 裁判訴願制度의 有用性은 긍정적으로 평가되고 있다.

---

18) Vgl. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, S.64 ff.; 스페인의 헌법소원제도에 관한 한국문헌으로는 김영철, 스페인헌법재판소의 관할과 그 운영상황, 헌법논총 제2집(1991), 251면; 최완주, 헌법소원에 관한 각국의 제도비교, 53면 이하.

19) Vgl. Schwab/Gottwald, a.a.O., S.74 f.

## 나. 獨逸語圈 國家의 憲法訴願制度

독일어권의 국가에서의 헌법소원제도만 조금 자세히 살펴봐도, 각국의 고유한 법문화, 헌법재판의 역사적인 발전상황에 따라 憲法訴願의 概念을 충족시키는 權利救濟節次의 形態가 얼마나 多樣한가를 알 수 있다.

오스트리아헌법 제140조 제1항 제4문 및 제144조 제1항은 헌법소원에 관한 헌법재판소의 심사권한을 규정하고 있다.<sup>20)</sup> 오스트리아는 憲法上的 權利를 침해한 行政處分에 대한 소원만을 인정하면서 그 결과 裁判訴願을 排除하고 있다(오스트리아헌법 제144조 제1항). 立法行爲에 대하여는 1975년의 헌법개정 이후 法슈이 直接국민의 憲法上 權利를 侵害하는 경우에 한정하여 제한적으로 심사가능성을 인정하고 있다(오스트리아헌법 제140조 제1항 제4문). 이로써 오스트리아의 헌법소원제도는 그 심판대상을 국민의 憲法上的 權利를 침해하는 行政行爲와 立法行爲에 한정하고 있다.

行政廳에 의한 憲法上的 權利侵害에 대한 헌법소원에 있어서 行政行爲 그 자체가 위헌적이거나 아니면 행정청이 적용한 法律이 헌법에 위반되는 경우, 헌법재판소는 헌법소원의 인용결정을 하게 된다. 그러므로 헌법적으로 보장된 권리침해의 주장은 일반적으로 행정행위의 法的 根據에 대한 위헌성심사를 隋伴한다. 헌법재판소가 행정행위의 근거가 된 規定을 위헌으로 간주한다면 그는 헌법소원절차를 중단하고 規範統制節次를 開始한다. 그리고 규범통제절차의 결과에 따라서 다시 再開된 憲法訴願節次에서 인용여부를 결정하게 된다.

20) Vgl. Maunz, BVerfGG, §90, Rn.12; Zuck, a.a.O., Rn.135 ff.

행정청이 ‘憲法上’ 보장된 權利가 아니라 ‘法律上’의 權利를 침해한 경우에는 헌법 제130조가 行政裁判所에의 소송제기를 규정하고 있다. 따라서 處分에 대한 訴願의 경우 법원을 경유한 다음에야 헌법소원을 제기할 수 있는 것이 아니라, 행정처분에 의하여 法律上의 權利가 침해된 경우에는 行政法院에, 행정처분에 의하여 憲法上의 權利가 침해된 경우에는 憲法裁判所에 각각 소송을 제기할 수 있도록 행정법원과 헌법재판소의 관할이 처음부터 나누어져 있다. 따라서 독일의 시각에서 보면, 오스트리아의 헌법재판소는 “特別行政裁判所”의 성격을 띠고 있다고 볼 수 있다.

1975년까지 단지 행정처분에 대한 소원만이 가능하고 법원결정이나 입법행위에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없었으나, 1975년의 憲法改正으로 헌법소원의 대상이 立法行爲로도 확대되었다. 이에 따라 위헌적 法律과 법률에 위반되는 命令이 直接 청구인의 基本權을 侵害하고 다른 권리구제수단이 부여되어 있지 않다면, 法令에 대하여도 직접 헌법소원을 제기할 수 있게 되었다. 裁判訴願의 導入이 간혹 주장되기는 하나, 기존의 권리구제절차가 충분히 기본권의 보호를 제공하기 때문에 재판소원을 不必要한 것으로 보는 것이 지배적인 의견이다. 오스트리아의 行政處分에 대한 헌법소원의 인용율은 약 17%로 독일의 裁判訴願의 인용율인 약 1%를 크게 상회하고 있다. 이는 기본권보호기관으로서의 法院에 의한 기본권 침해가 行政廳에 의한 기본권침해에 비하여 드물게 발생한다는 주장을 뒷바침하고 있다.

스위스 헌법소원의 심사대상도 제한되어 있다.<sup>21)</sup> 스위스의 헌법

21) Vgl. Maunz, BVerfGG, §90, Rn.13; Zuck, a.a.O., Rn.138 ff.

소원제도에서는 독립된 헌법재판기관이 아닌 一般法院인 聯邦法院이 국민의 헌법상의 권리침해를 이유로 한 헌법소원에 대한 심판권을 갖는데, 스위스의 헌법소원은 聯邦의 공권력의 행위는 그 대상으로 하지 않고 단지 ‘칸톤’의 공권력행위만을 심사대상으로 한다(스위스 연방헌법 제113조, 연방법원조직법 제84조 이하). 여기서 칸톤의 공권력행위는 행정작용, 입법행위, 법원의 판결을 모두 포함한다. 원칙적으로 헌법소원은 칸톤법상의 모든 권리구제절차를 경유한 뒤, 연방법원에서의 소송이나 다른 권리구제절차로도 구제될 수 없는 경우에만 비로소 제기될 수 있다(소위 絕對的인 補充性原則).

반면, 연방법원은 聯邦法律이나 또는 聯邦議會에서 의결된 일반적인 기속력을 보유한 決定의 위헌성을 심사할 권한이 없다. 연방법률에 대하여는 단지 국민투표를 유도하여 법률을 개정 또는 폐지하는 방법이 있을 뿐이다. 연방법률뿐이 아니라 기본권을 직접 침해하는 聯邦의 다른 모든 公權力行爲에 대하여도 헌법소원은 허용되지 않는다. 따라서 스위스의 헌법소원제도는 聯邦의 州에 대한 聯邦監督的 性格을 갖는다. 헌법소원의 대상을 칸톤의 공권력행위에만 국한한 것은 오로지 歷史的인 觀點에서 이해될 수 있는데, 헌법제정당시에는 칸톤이 국가과제의 수행에 있어서 중심적 역할을 하였으므로, 헌법제정자는 국민의 기본법이 연방의 활동에 의해서도 위협받으리라는 가능성을 인식하지 못했던 것에 기인한다.

#### 4. 小結論

憲法訴願制度가 일반사법제도와 같은 세계적으로 보편화된 제도



도 아니고 헌법소원을 채택하고 있는 나라마다 헌법소원의 具體的 形成, 특히 헌법소원의 審判範圍에 있어서도 조금씩 그 형태를 달리 하므로 비교법적으로 살펴본다. 일반적으로 인정된 보편·타당한 형태가 없으나, 오늘날 시행되는 각국의 헌법소원제도의 공통분모이자 本質的 要素는 ‘公權力行爲에 의한 憲法上 權利의 侵害與否를 個人이 다룰 수 있는 主觀的 權利救濟節次’가 부여된다는 것에서 찾을 수 있다.<sup>22)</sup> 위에서 생성사적으로 그리고 비교법적으로 살펴본 바와 같이 “憲法訴願”이라는 이름을 누리기 위하여 갖추어야 할 최소한의 本質的 要素는, 첫째, 주관적 권리구제절차로서 ‘個人的 審判請求’에 의하여야 하고, 둘째, ‘憲法上的 權利侵害’를 주장해야 하며, 셋째, 헌법상의 권리침해는 - 그것이 一部건 全部건 - ‘公權力’에 의한 것이어야 한다는 것이다.<sup>23)</sup> 비록 우리 헌법이 제정 당시 독일의 바이마르 헌법을 그 모델로 하였고 그 이후로도 계속 독일 기본법의 영향을 받았다고 하더라도, 이렇게 각 국마다 다양한 헌법소원의 형태를 고려한다면, 우리 헌법이 규정한 헌법소원은 곧 獨逸式的 憲法訴願이라는 주장은 전혀 설득력이 없는 것이다. 헌법제정권자 스스로가 헌법소원제도에 대한 이해가 부족하였고,

---

22) Maunz, BVerfGG, §90, Rn.11, 14

23) 이러한 권리구제절차를 헌법이나 헌법재판소법에서 어떻게 명칭하는가 하는 것은 중요한 문제가 아니다. 독일 기본법 제93조제1항제4b호, 독일 헌법재판소법 제91조는 지방자치단체가 연방법률에 의하여 자신의 자치행정권을 침해당했다는 주장으로 제기할 수 있는 위헌법률심판정구를 헌법소원이 아님에도 불구하고 “지방자치단체의 헌법소원”으로 명칭하고 있다. 한편으로는 헤센주의 헌법 제131조에 규정된 헌법소원은 스스로를 단지 신청(Antrag)이라고 명명하고 있다. 다른 구제절차를 경유한 다음에야 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다는 소위 상대적 “보충성의 원칙”도, 그가 비록 기존 사법기관과 권한을 배분하고 헌법소원제도로 인한 헌법재판소의 과도한 부담을 덜기 위한 하나의 생각할 수 있는 이상적인 방법을 의미하기는 하나, 헌법소원제도가기 위하여 충족시켜야 할 최소한의 요건은 아니다. 예컨대 오스트리아의 행정처분에 대한 헌법소원제도와 같이, 법원과 헌법재판소가 서로 권한을 분리하여 서로 보완적으로 담당할 수도 있는 것이다. 따라서 보충성의 원칙도 헌법이 직접 규정하고 있지 않는 한, 헌법소원제도의 존속보장에 포함되지 않기 때문에, 헌법상 보장된 원칙이 아니다.

헌법소원제도의 시행초기단계에 있어서의 법원과의 위상관계, 관할 문제등 여러가지 불확실하였으므로, 立法者에게 현재 한국의 고유 현실에 부합하는 헌법소원제도를 구체적인 입법으로 구현할 것을 委任했다고 해석하는 것이 오히려 “法律이 정하는 憲法訴願”의 객관적인 의미일 것이다.

따라서 헌법 제111조 제1항 제5호는 입법자에게 ‘公權力作用에 의한 國民의 基本權侵害에 대한 救濟節次’를 우리나라의 법문화, 사법체계, 헌법재판의 역사와 현황등을 고려하여 현재 韓國의 固有現實에 부합하도록 구체적인 입법으로 구현할 것을 위임하였으므로, 헌법소원이 재판에 대한 소원을 포함해야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고는 말할 수 없는 것이다. 헌법소원은 그 對象에 따라 크게 法律에 대한 소원과 裁判에 대한 소원으로 나누어 볼 수 있는데, 裁判에 대한 소원을 배제하고 法律에 대한 소원을 헌법재판소의 관할로 하는 헌법재판소법 제68조는 헌법소원제도의 本質的인 要素를 충분히 保障하는 규정이다.

#### IV. 憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否

앞에서 이미 헌법 제107조 제2항이 處分の 違憲性에 관한 最終的인 審査權을 大法院에 부여함으로써 處분에 대한 大法院의 裁判을 헌법소원의 대상으로 삼는 것은 헌법적으로 허용되지 않는다고 확인하였다. 그러나 아래에서는 헌법 제107조의 관할규범과 연관시킴이 없이, 위헌론이 주장하는 논리, 무엇보다도 平等權과 裁判請求權의 침해에 맞추어 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부를

살펴보고자 한다. 그러나 이에 앞서 우선 ‘裁判訴願의 排除’와 관련하여 언급해야 할 것은, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 재판소원을 배제하고 있음에도 불구하고, 실질적으로는 우리 헌법재판소법이 재판소원을 완전히 배제하는 것은 아니라는 것이다. 헌법재판소법 제68조 제2항은 국민의 위헌제청신청이 기각된 경우 國民이 直接 法律에 대한 憲法訴願을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 재판의 기초가 된 規範이 違憲인 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 裁判訴願을 排除하고 있고 이로써 소원청구인이 법원을 경유한 후에 재판소원의 형태로 규범의 위헌성을 물을 수 있는 길이 막혀 있기 때문에, 이에 대하여 우리 헌법재판소법은 裁判訴願의 代替物로서 미리 先行的으로 제68조 제2항의 憲法訴願을 제기할 수 있는 길을 열어 놓았다. 裁判訴願은 크게, 재판소원의 형태로 재판의 기초가 된 규범의 위헌성을 묻는 訴願과 법원이 법률을 잘못 해석, 적용했다는 주장으로 제기되는 訴願으로 나누어 볼 수 있는데, 우리 헌법재판소법은 제68조 제2항을 통하여 前者를 흡수함으로써 재판소원의 한 부분을 수용하고 있다고 볼 수 있다.

## 1. 憲法裁判所法 제68조 제1항의 補充性原則의 意味

우리 헌법재판소법 제68조 제1항 단서규정은 “다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다”라고 하여 補充性의 原則을 규정하고 있다. 獨逸과 같이 法院의 裁判을 포함한 모든 공권력에 대한 헌법소원을 허용하

는 제도에서의 補充性原則의 원래의 意味와 目的은, 첫째 법원을 경유하는 과정에서 사건의 많은 부분이 기본권의 침해에 대한 구제를 받아 걸러지기 때문에 헌법재판소의 業務負擔을 덜고, 둘째 법원을 경유하는 과정에서 구제를 받지 못한 경우에는 법원절차에서 형성된 法院의 사실관계와 법률관계에 관한 見解의 전달과 사건판단에 필요한 資料의 蓄積을 기대할 수 있기 때문에, 법원에 의한 사전심사는 헌법재판소가 그의 심사에 있어서 헌법이라는 심사기준에 치중할 수 있도록 도움으로써 헌법재판소의 업무를 용이하게 하려는 것이다.

이로써 헌법소원의 補充性原則은 기본권의 침해를 제거할 수 있는 다른 事前的 可能性의 존재를, 달리 표현하자면 法院에 의한 基本權의 保護를 전제로 하고 있다. ‘다른 구제절차의 경유’는 법원의 심급을 경유하는 과정에서 기본권침해를 제거할 法院의 義務를 전제로 할때에만 의미를 갖는다. 補充性原則을 正當化하는 理由이자 존재이유가 바로 法院의 일차적이고 중심적인 基本權保護機能에 있다. 따라서 ‘補充性’이란 바로 ‘基本權救濟의 補充性’을 의미한다. 독일과 같이 재판소원이 존재하는 곳에서는 일반적으로 3번의 심급을 거치면서도 기본권이 구제되지 못한 경우에, 헌법재판소는 보충적으로 법원의 최종적인 판결을 대상으로 기본권의 침해여부를 심사하게 된다.<sup>24)</sup>

이와 같은 의미의 補充性原則은 청구인이 법원을 경유한 후에 헌법소원을 제기할 수 있는 가능성, 즉 裁判訴願의 可能性을 전제

24) 보충성원칙이 헌법소원의 본질이라고 하면서, 다른 한편으로는 ‘재판에 대한 보호수단으로 심급제도가 있기는 하나 이는 법원내부의 일종의 “자기재판”으로서 효율적인 구제수단으로 보기 어렵다’는 주장 또한 논리적 모순으로서, 법원에 의한 기본권구제의 기대가능성이 없다고 전제하는 이상 대체 무엇때문에 국민이 힘들게 법원을 거쳐야만 하는지 의문을 자아 내게 한다. 만일 그렇다면 헌법소원의 본질이라고 주장하는 보충성원칙을 포기하고 오스트리아의 경우와 같이 기본권의 침해에 관한 심사를 헌법재판소에게 제1심이자 최종심으로 맡겨야 할 것이다.

로 하므로, 헌법재판소법 제68조 제1항이 한편으로는 本文에서 재판소원을 배제하면서 다른 한편으로는 但書에서 재판소원의 제기 가능성을 전제로 한 보충성원칙을 규정한 것은 그 자체로서 二律背反인 것으로 보인다. 그러나 재판소원을 除外하는 우리 헌법재판제도에서의 보충성원칙의 의미와 기능은 독일과 같이 재판소원을 포함하는 헌법재판제도에서의 기능과 다를 수 밖에 없으며, 裁判訴願의 排除는 또한 필연적으로 補充性原則의 變形을 가져 온다. 헌법소원심판의 청구 이전에 구제절차를 경유하도록 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항 제2문은 ‘다른 구제절차’가 법원의 재판이 아닌 例外的인 경우의 헌법소원(불기소처분에 대한 헌법소원등)에 한하여 원래 의미의 ‘補充性原則’의 표현이며, 그 외의 경우, 즉 “다른 구제절차”가 법원의 재판인 대부분의 경우에는 제68조 제1항 제1문의 “재판소원의 배제”와 결합하여 法院의 憲法裁判權을 構成하는 규범적 표현으로 이해되어야 한다. 즉 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘裁判訴願의 排除’는 동 조항에 규정된 補充性原則과 結合하여 행정청에 의한 기본권의 침해를 법원의 관할로서 법원에 게 보내는 기능을 한다. 이로써 행정처분에 의한 기본권의 침해에 대하여는 법원이 기본권의 보호기관으로서 최종적으로 심사하게 되고, 법원의 결정에 의한 기본권의 침해는 법원 자체내의 상급법원의 심사에 의하여 구제된다.

우리 헌법재판소가 지금까지 憲法訴願制度에서 “補充性原則”이란 표현을 사용했다면, 이는 바로 위와 같은 二重的인 意味로 사용했다고 보아야 한다. 다시 말하자면, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에 있어서 “다른 구제절차”가 法院의 裁判인 경우에는 “다른 구제절차가 있는 경우에는 헌법소원을 제기할 수 없다”는 소위 “絕對的” 보충성원칙을 의미하고, 검사의 不起訴處분에 대한 憲法

訴願과 같이 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원중에서 “다른 구제절차”가 법원의 재판이 아닌 경우에는 “다른 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 경유한 후에야 헌법소원을 청구할 수 있다”는 소위 “相對的” 보충성원칙의 의미로 이해되어야 한다.<sup>25)</sup>

補充性原則을 규정한 제1항 但書規定의 意味內容이 위와 같이 제1항 本文의 “법원의 재판을 제외”에 의하여 拘束되고 制限되는 것으로 해석한다면, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “재판소원의 배제”와 “보충성의 원칙”을 함께 규정한 것이 불러 일으키는 오해와 의견상의 논리적 모순은, 지금까지 헌법재판소가 위 규정을 운용해 온바와 같이, 전혀 큰 문제가 되지 않는다고 생각된다.

따라서 “헌법소원의 보충성원칙은 당연히 재판소원을 허용한다는 것이 전제될 때 의미가 있기 때문에 헌법소원의 보충성을 요구하면서 재판소원을 배제하는 것은 그 자체로서 모순이다”는 주장은, 모든 헌법소원제도가 당연히 재판소원을 포함해야 한다는 전제에서 출발하여 헌법소원의 보충성원칙은 오로지 “相對的” 보충성원칙이어야 한다는 사고에 기초하는 것으로서, 재판소원을 배제하는 韓國의 憲法訴願制度에서의 補充性原則은 “재판소원의 배제”에 의하여 내용적으로 영향을 받음으로써 法院의 裁判에 관한 한 “絕對的” 보충성원칙의 의미로 變形될 수 밖에 없다는 것을 간과하고 있다.

그렇다면 헌법재판소법 제68조제1항에서 ‘재판소원의 배제’와 ‘보충성원칙’을 함께 규정한 것이 불러 일으키는 오해와 논리적 모순을 피하기 위하여 立法政策的인 觀點에서 但書條項을 削除하는 것을 생각해 볼 수 있으나, 만일 헌법소원제도에서 ‘補充性原則’을 전혀

25) 同志 유남석, 앞의 책, 199면 이하

규정하지 않는다면, 첫째, 국민이 법원과 헌법재판소에 동시에 병렬적으로 소를 제기할 위험성이 있으므로 보충성원칙을 규정함으로써 처분의 위헌여부에 관한 판단을 법원으로 보내는 기능을 하도록 할 필요가 있으며, 둘째, 불기소처분등과 같이 법원의 재판이 아닌 다른 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 헌법소원의 제기 이전에 경유하게 할 필요가 있고, 셋째, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 관련해서도 일반적 보충성원칙을 언급할 필요가 있다고 생각된다. 法律에 대해서는 달리 구제절차가 없기 때문에 법률소원에서는 보충성의 원칙이 적용되지 않고 따라서 法律訴願의 경우 보충성원칙을 통해서 법원을 경유하게끔 할 수 없기 때문에 그 대신 ‘補充性原則’의 代替物로서 법률에 대한 소원청구가 적법하기 위해서는 법률에 의하여 직접 기본권을 침해당해야 한다는 ‘基本權侵害의 直接性’을 요구하였다. 따라서 法律의 執行行爲가 존재하기 때문에 법률에 의한 기본권침해의 직접성이 없는 경우, 국민은 집행행위에 대하여 우선 법원의 구제절차를 경유하고 이러한 구제절차의 과정에서 법원의 위헌법률심판제청을 기대하거나, 아니면 당해소송 당사자의 제청신청이 법원에 의하여 기각되면 구제절차의 과정에서 비로소 법률에 대한 소원심판청구를 할 수 있다. 法律訴願에 있어서 基本權侵害의 直接性을 요구하는 것은, 법률은 일반적으로 그의 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권을 침해하므로 국민은 법률에 의한 기본권의 침해를 우선 법원에 소송을 제기함으로써 방어해야지 법원을 경유하지 않고 헌법재판소에 직접 소원을 제기하는 것은 가능하면 방지되어야 한다는 補充性原則의 基本思考가 法律訴願의 領域에서 表現된 것이라고 할 수 있다. 그러므로 헌법재판소법 제68조 제1항 제2문의 보충성원칙은 또한 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원과 관련하여 그 일

반적인 의미를 갖는다고 할 것이다.

## 2. 平等權의 侵害與否

違憲論은, 법원의 재판작용을 헌법소원의 통제에서 배제한 것은 司法府에 대한 特權을 인정한 것이며 이러한 특권의 인정은 결국 다른 공권력에 의하여 기본권침해를 받은 국민에 비하여 법원의 재판에 의하여 기본권침해를 받은 국민을 합리적인 이유없이 差別待遇하는 것이므로, 헌법 제11조 제1항의 平等權을 침해하는 것이라고 주장한다.

헌법소원의 대상에서 재판소원을 제외한 것이 입법적 자의로서 국민의 평등권을 침해하기 위하여는, 법원의 재판과 다른 공권력작용 사이의 差別을 正當化할 수 있는 合理的인 理由를 찾아 볼 수 없어야 한다. 그러나 立法作用과 行政作用의 潛在的 基本權侵害者로서의 기능과 司法作用의 基本權의 保護者로서의 기능은 헌법소원 안에서 법률소원과 재판소원의 차별을 정당화할 수 있는 본질적인 차이이다.

執行府는 집행행위를 통하여 국민과 가장 빈번하게 접촉하고 법규의 집행과정에서 기본권침해의 여지가 가장 많은 것은 두 말할 필요가 없다. 立法府도 비록 국민의 대표자로 구성되어 있으나 오늘날 다수의 의사로도 의결될 수 없으며 의회의 법률로도 침해될 수 없는 私人의 高유의 영역이 존재한다는 인식은 입법부도 잘못을 저지를 수 있다는 인식으로 발전하였고, 이에 따라 입법자에 대한 통제수단인 객관적 규범통제와 주관적 헌법소원절차를 가져왔다. 특히 오늘날의 社會的 法治國家에서의 法律은 점점 社會形成의 道具的 性格을 띠게 되고 이에 따라 입법자가 입법을 통한 공익실



현의 과정에서 국민의 기본권을 침해할 가능성은 더욱 증가하였다. 執行府와 立法者가 기본권침해의 우려를 낳게하는 潛在的 侵害者인 반면, 司法府는 기본권을 포함한 국민의 권리보호를 그의 주된 기능으로 한다.

法院의 基本權保護機能은 특히 부당한 공권력의 행사로부터 국민을 보호해야 할 임무가 있는 行政裁判에서 뚜렷이 나타난다. 무엇보다도 행정청에게 재량이 부여된 裁量行爲에 있어서, 행정청이 재량을 사용하는 과정에서 기본권의 의미를 고려하지 않거나 아니면 기본권과 공익과의 교량과정에서 比例의 原則에 違背되게 기본권을 과도하게 제한하는 처분을 한 경우에 행정청은 가장 빈번하게 국민의 기본권을 침해하게 된다.<sup>26)</sup> 또한 행정청이 適用法規의 解釋에 있어서 기본권이 당해규범에 미치는 영향을 간과하여 憲法合致的 解釋을 하지 않음으로써 기본권을 침해하게 된다.<sup>27)</sup> 여기서 법원은 행정행위가 기본권을 침해한다는 것을 확인하고 처분을 취소함으로써 기본권을 보호하게 된다.

刑事裁判의 경우에는 법원의 판결이 국민의 기본권을 제한하는 결과를 가져오므로 형사법원에 의한 기본권보호기능이 뚜렷하게 나타나지는 않으나, 여기서 법원은 國家刑罰權의 統制者로서 法治國家的 基準에 따라 裁判을 함으로써 기본권보호의 기능을 하게

---

26) Vgl. Degenhart, Staatsrecht I, 1995, Rn.334

27) 독일에서의 예를 들자면, 도로의 특별사용허가를 받지 않았다는 이유로 공공장소에서의 전단배포를 금지하는 행정청의 처분은 도로법규정을 합헌적으로 해석하지 않음으로써 표현의 자유를 침해한다. 표현의 자유란 기본권의 관점에서 보아, 행정청은 도로법상의 특별허가에 관한 규정을 공공장소에서의 전단배포는 허가없이도 허용된다고 합헌적으로 해석해야 한다(BVerfG, NVwZ 1992, S.53). 또한 자연발생적, 즉 우발적으로 형성된 옥외집회를 사전에 신고하지 않았다는 이유로 해산한다면, 이러한 처분은 집회의 자유에 위반된다. 우발적 집회의 특성은 바로 사전의 신고의무의 이행이 불가능한데 있으므로, 집회법의 신고의무에 관한 규정은 이러한 자연발생적 집회의 경우에는 신고의무가 존재하지 않는다고 헌법합치적으로 해석하여야 한다(BVerfGE 69, 315, 350 ff.; 85, 69, 74 f.).

된다. 피의자가 형벌을 받게 하려는 것이 법관의 임무가 아니라, 피의자를 부당한 형벌로부터 보호하려는 것이 그의 헌법적 의무인 것이다. 또한 刑法條文의 解釋과 適用에 있어서 기본권을 고려함으로써 기본권을 보호하게 된다. 예컨대 명예훼손죄에 있어서 위법성 조각사유로서의 “公共의 利益”(형법 제310조)을 판단함에 있어서 법관은 피의자의 표현의 자유가 이 형법조문의 해석에 미치는 영향을 고려하여 결정함으로써 피의자의 基本權(表現의 自由)을 보호하는 기능을 한다.

民事訴訟의 경우 소송의 목적이 패소자인 당사자에 대한 강제집행 가능성의 확보라고 한다면, 우선 일반적으로 법원의 판결은 “不當한” 強制執行으로부터 被告의 財產權을 保護하는 의미가 있다. 또한 소송 당사자들이 서로 자신의 기본권을 주장하는 基本權의 衝突에 있어서 민사소송에서의 기본권보호기능이 여실히 드러난다. 예컨대 원고가 피고의 표현에 의하여 자신의 “人格權”이 침해되었다는 이유로 “表現의 自由”를 주장하는 피고에 대하여 제기한 손해배상청구소송에서 민사법원의 법관은 양 기본권을 고려하는 과정에서 기본권보호의 기능을 하게 된다. 또한 임차인이 자신의 “表現의 自由”를 행사하여 임차한 주택의 창문 외벽에 임대인이 자신의 사회관으로는 용인할 수 없는 특정 정당의 깃발을 게양한 경우, 임대인이 임차인으로부터 자신의 “財產權保障”을 근거로 게양한 정당기를 철거할 것을 요구하는 소송에서도, 법관에 의한 양 법익의 교량작업은 기본권보호의 의미를 갖는다.

違憲論은 기본권을 보호하고 관철하는 일차적인 주체가 법원이라는 것을 간과하고 있다.<sup>28)</sup> 美國과 같이 별도의 독립된 헌법재판

28) 裁判訴訟을 排除함으로써 헌법소원의 補充性原則과 결합하여 行政處分까지도 헌법소원의

소를 두고 있지 않는 국가에서는 法院이 기본권보호의 임무를 담당하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 그러나 우리 법원에게도 똑같이 基本權의 保護義務와 課題가 부과되어 있다는 것은 충분히 인식되지 못하는 것 같다. 모든 국가권력이 헌법의 구속을 받듯이 司法府도 헌법의 일부인 기본권의 구속을 받고, 따라서 법원은 그의 裁判作用에서 基本權을 尊重·遵守하여야 한다. 이러한 法院의 基本權에의 羈束때문에 법원이 行政廳이나 下級審에 의한 기본권의 침해를 제거해야 하는 것은 당연한 것이다. 기본권의 보호는 제도적으로 독립된 헌법재판소의 전유물이나 특권이 아니라, 독일 연방헌법재판소 스스로가 강조하는 바와 같이, 모든 법원의 가장 중요한 과제에 속한다.<sup>29)</sup> 美國이나 日本과 같이 독립된 헌법재판기관이 없는 곳에서는 헌법이 오로지 법원에 의하여 유지되고 관철되듯이, 독립된 헌법재판소를 두고 있는 나라에서도 기본권의 보호는 또한 법원에 부과된 의무인 것이다. 이러한 의미에서 基本權의 保護에 있어서 헌법재판소와 법원 사이의 課題의 並行性<sup>30)</sup>이 존재한다.

그러므로 헌법재판소에 의한 법원의 통제는 ‘統制者에 대한 統制’이며 ‘基本權保護機關에 대한 基本權保護’를 의미한다.<sup>31)</sup> 사법부의 이러한 기본권보호기능을 근거로 行政廳에 의한 기본권침해의 구제를 司法府에 일임한 반면, 個人이 입법자의 입법행위에 의한 기본권의 침해를 소송의 형태로 다룰 수 있는 길이 없었으므로, 立法行爲에 의한 기본권의 침해를 法律訴願으로 구제하려는 것이다. 입법자에 의한 기본권의 침해를 個人이 주장할 방법이 없다는 것

---

대상에서 제외시키는 결과를 가져왔고 이로써 동시에 行政處分에 의한 기본권침해의 구제 가능성을 배제했다는 主張도 또한 마찬가지로, 기본권의 보호와 그 침해에 대한 구제가 헌법재판소에 의하여 비로소 이루어진다는 잘못된 전제에서 출발하는 것이다. 이러한 사고는 기본권구제에 관한 한, 헌법재판소가 제1審이자 最終審이라는 착각에서 비롯된다.

29) BVerfGE 47, 145

30) Vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.316

31) Vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, S.317

또한, 헌법소원 중에서 法律訴願과 裁判訴願의 차별을 정당화하는 합리적인 이유이다.

물론 법원이 裁判을 통하여 기본권을 침해할 가능성도 있으나, 기본권의 침해에 대하여 일차적인 보호의무를 담당하는 法院에 의한 基本權侵害의 可能性은 입법부나 집행기관으로부터 기대되는 기본권침해의 가능성보다 상대적으로 작고, 또한 法院 内部에서 상급심이 하급심의 재판을 기본권침해여부에 관하여 審査할 기회가 주어진다. 어쨌든 법원에 의한 침해의 가능성은 여전히 존재하기 때문에, 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 된다면 또 한 번의 기본권 구제절차를 국민에게 제공함으로써 더욱 理想的일 수 있다. 그러나 裁判訴願의 導入은 결국 基本權의 保護에 관한 한, 執行作用에 대하여는 현재의 2심에서 3심으로 확장하고, 裁判作用에 대하여는 상급심에 의한 하급심의 통제 외에 한번 더 구제기회를 부여하게 되는데, 기본권구제의 기회가 한 번 더 주어지는 것이 기본권보호의 측면에서 보다 바람직 하다는 것에는 굳이 이의를 제기하지 않는다. 그러나 입법자가 헌법재판소와 법원의 관계, 출범당시의 헌법재판소의 역량과 기능등 여러 고유한 사정을 고려하여 행정작용과 재판작용에 대한 기본권의 보호를 법원에 맡겨 기본권구제의 기회를 단지 한 번 적게 부여했다고 하여 위헌일 수는 없는 것이다. 물론 法院의 最高審級에 의한 기본권의 침해에 있어서는 권리구제의 사각지대가 발생한다. 그러나 올바른 결정에 관한 법익과 신속하고도 최종적인 결정에 관한 법익을 서로 고려하고 조화시켜서 法的 紛爭은 어느 선에선가 終結되고 法的 確定力을 부여받아야 하기 때문에, 법치국가에서도 완벽한 권리구제란 있을 수 없다. 법적 안정성의 관점에서 최종심급이 존재해야 하고, 최종심급이 있는 한 最終審級에 의한 權利侵害의 可能性은 항시 존재하기 때문

에 이러한 침해가능성에 대한 또 다른 안전장치는 불필요할 뿐이 아니라 궁극적으로 불가능하다.<sup>32)</sup> 마찬가지로 재판소원이 도입되어 헌법재판소에 의한 또 한 번의 기본권구제의 기회가 주어진다 하여도, 기본권보호의 최종심인 헌법재판소의 결정에 의한 기본권침해의 가능성을 배제할 수 없다.

결론적으로, 사법부의 기본권보호기능을 근거로 행정청에 의한 기본권침해의 구제를 사법부에 일임한 반면, 입법행위에 의한 기본권의 침해를 개인이 소송의 형태로 다룰 수 있는 길이 없으므로 입법행위에 의한 기본권의 침해를 법률소원으로 구제하려는 것은 헌법소원중에서 法律訴願과 裁判訴願의 差別을 正當化하는 合理的인 理由로서, 헌법재판소법 제68조 제1항이 재판소원을 헌법소원의 대상에서 제외한 것은 平等權에 위반되지 않는다.

### 3. 裁判請求權의 侵害與否

違憲論은, 재판에 대한 헌법소원을 불허함으로써 처분이나 재판에 의한 기본권침해에 대하여 속수무책이도록 한 것은 法治國家의 原理와 조화되기 어렵고 국가에 대하여 광범위하고 효과적인 기본권구제수단의 마련을 요구할 수 있는 헌법 제27조에 보장된 裁判請求權, 구체적으로 憲法訴願請求權을 侵害했다고 주장한다.

---

32) 따라서 독일에서는, 재판소원이 법치국가적 사치라는 이유로 심지어 이미 존재하는 재판소원을 소원의 대상에서 제외하자고 주장하는 학자가 있는가 하면(Vgl. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn.263 f.), 재판소원이 기본권보호를 위하여 “꼭 필요한 것은 아니지만” 보다 광범위하고 가능하면 빈틈없는 권리구제의 관점에서 재판소원제도의 의미와 중요성을 인정하고 있는 것이 독일학계의 일반적인 견해이다, Vgl. Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozeß, 1984, S.74 ff.; Krauss, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das Bundesverfassungsgericht, 1987, S.9 ff.; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn.189.

## 가. 裁判請求權

이러한 주장에 대하여 우선, 국가가 권리구제절차를 어느 정도로 제공하여야 법치국가원칙에 합치할 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 법치국가에서도 완벽한 권리구제절차란 존재할 수 없으며, 법치국가는 국가로부터 단지 가능하면 흠결없는 效率的인 權利救濟節次를 마련할 것을 요구할 뿐 완벽한 것을 요구하는 것은 아니다. 만일 위헌론을 따른다면, 美國과 같이 기본권의 보호를 사법부에 맡기고 그에 대한 다른 통제조치를 하지 않은 나라의 법적 상태는 법치국가원칙과 합치하지 않는 것이 된다. 모든 공권력에 대한 헌법소원제도의 도입만이 법치국가원칙에 부합한다는 주장은, 한 마디로 우리의 건전한 상식에 대한 도전이자 헌법소원제도를 두고 있지 않은 다른 법선진국에 대한 모욕이다. 이 모두 법치국가원칙과 그에서 파생되는 재판청구권을 잘못 이해한 결과이다.

法治國家는 기본권의 보장, 권력분립, 사법을 통한 권리구제절차 등을 통하여 구체화되고 실현된다. 裁判請求權은 법치국가의 실현을 위한 중요한 요소로서 국민의 모든 權利, 즉 법률상의 권리와 헌법상의 기본권의 효력이 법원의 裁判節次에서 실제로 貫徹되는 것을 保障한다. 그러므로 재판청구권은 기본권의 보호에 관해서도 중요한 의미를 갖는, 基本權의 保障과 貫徹에 기여하는 節次的 基本權이다. 헌법이 인간의 존엄성과 기본권을 단지 규정하는 것만으로는 충분하지 않고 기본권은 사법절차를 통하여 실제로 보장되고 관철되어야 하므로, 재판청구권은 국민이 공권력에 의한 기본권의 침해를 주장하고 그의 보호를 요청할 수 있는 司法的 節次를 요구한다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정함으로써 裁判請求權을 보장하고 있다. 헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 않는 한, 憲法上的 裁判請求權은 하나의 독립된 법원이 법적 분쟁을 사실관계와 법률관계에 관하여 ‘한번’ 포괄적으로 심사하고 결정하도록 소송을 제기할 수 있는 권리만을 보장하고 있다. 즉 ‘적어도 하나’의 審級을 요구할 권리, 적어도 한번의 裁判을 받을 권리이다.<sup>33)</sup> 일정 법원절차를 한 단계 또는 여러 단계의 심급으로 구성하는가에 관하여는 立法者는 광범위한 形成의 自由를 갖고 있다. 재판청구권은 문자 그대로 ‘법원으로부터’ 재판을, 즉 ‘법원에 의한’ 보호를 요청하지 ‘법원에 대한’ 보호를 보장하는 것이 아니므로, 제2심과 3심에서의 구제절차는 헌법상의 재판청구권을 근거로 하여서는 요구할 수 없다. 그러나 일반적으로 각국의 憲法에 最高法院를 규정하고 그의 機能을 存續保障의 형태로 保障하고 있으므로, 우리 헌법의 경우를 보아도 헌법상의 재판청구권은 모든 사건에서 상고심절차에 의한 재판받을 권리까지 보장하는 것은 아니나<sup>34)</sup> 大法院과 그의 기능의 存續保障(헌법 제101조 제2항, 제102조)때문에 上告審을 廢止하는 것은 違憲으로 판단된다.

물론 裁判請求權은 공권력에 의한 基本權의 侵害에 대하여도 보호절차를 요구한다. 헌법 제27조의 재판청구권이 최소한 한번의 재판을 받을 기회가 제공될 것을 국가로부터 요구하기 때문에, 基本權의 保護에 있어서도 마찬가지로 적어도 한 번 국민이 기본권의

33) 헌법재판소 1992.6.26. 선고 90헌바25 결정, 법치국가원칙이나 또는 재판청구권에서 제2심을 청구할 권리를 유출할 수 없다는 것은 또한 연방헌법재판소의 확립된 판례이자 학계의 절대적 다수의견이다, vgl. BVerfGE 4, 94f.; 11, 233; 54, 143; 83, 31; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 1995, S.284; Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1991, Rn.357.

34) 헌법재판소 1992.6.26. 선고 90헌바25 결정

침해를 주장하고 그의 보호를 요청할 수 있는 救濟節次를 요구할 뿐, 그 구제절차가 꼭 憲法訴願의 형태로 독립된 헌법재판기관에 의하여 이루어 질 것을 요구하지는 않는다. 裁判請求權은 헌법소원과 같은 특정한 형태의 구제절차를 보장하는 것이 아니라, 가능하면 빈틈없고 효율적인 권리구제라는 일반적인 법치국가적 요청의 실현을 요구하고 있다. 法院에서의 節次가 法律上 權利의 구제절차이자 동시에 基本權의 구제절차를 의미하므로, 법원에 의한 기본권의 보호가 이미 기본권의 영역에서의 재판청구권을 충족시키고 있다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법상의 裁判請求權을 침해하지도 않으며, 가능하면 흠결없는 효율적인 권리구제절차의 형성을 요구하는 法治國家原則에도 위반되지 않는다.

#### 나. 基本權으로서의 憲法訴願請求權<sup>35)</sup>

헌법재판제도 중에서 唯一하게 國民이 提訴可能한 “憲法訴願을 請求할 權利”는 재판청구권에서 파생한다고 볼 수 없다. 憲法訴願請求權이란 재판청구권에서 당연히 도출되는 것이 아니라 헌법소원제도를 규정하는 별도의 憲法的 決定에 의하여만 인정될 수 있는 것이다. 한국헌법에 헌법소원제도가 도입되기 이전의 법적 상태에서는 그 누구도 재판청구권을 근거로 하여 헌법소원을 청구할 수 없었던 것도 이 때문이다. 만일 재판청구권이 헌법소원을 청구할 수 있는 권리를 당연히 포함하는 것이라면, 헌법이 헌법소원심판제도를 도입하는가와 관계없이 국민은 재판청구권을 근거로 국가로부터 헌법소원제도를 도입할 것을 요청할 수 있고 이에 따라

35) 헌법소원청구권의 헌법적 근거에 관한 아무런 논의없이, 헌법소원청구권을 재판청구권에 당연한 것으로 포함시킴으로써 基本權으로서의 憲法訴願請求權을 인정하는 경향이 있다. 예컨대 김문현, 법률신문, 1998. 2. 16.; 또한 권영성, 헌법학원론, 1995, 520면.



헌법소원을 제기할 수 있어야만 한다. 그러나 헌법이 스스로 헌법소원제도를 규정해야만 국민이 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다는 사실은 아무도 부정할 수 없는 것이다.

따라서 국민이 헌법소원을 청구할 수 있는 권리는 재판청구권에서 파생하는 것이 아니라, 헌법소원을 규정하는 별도의 헌법규정에 의하여 비로소 부여되는 것이다. 헌법은 제111조 제1항 제5호에서 “法律이 정하는 憲法訴願에 관한 심판”이라고 규정함으로써 헌법소원심판제도를 헌법재판소의 권한으로서 부여하였고, 이로써 동시에 헌법소원제도가 헌법적 보장의 형태를 얻게 되었다. 헌법소원심판제도가 헌법재판소의 권한을 규정한 관할규범인 헌법 제111조 제1항에 그 헌법적 근거를 두고 있듯이, 헌법소원을 제기할 수 있는 권리도 또한 헌법재판소의 권한을 규정한 헌법규범에 근거할 뿐이다. 물론 헌법이 헌법재판소의 관할로서 憲法訴願制度를 도입함으로써 이에 대응하는 헌법소원을 청구할 수 있는 主觀的 權利가 어떠한 형태로든 존재한다는 것은 자명한 일이나, 이러한 주관적 권리가 곧 기본권을 의미하는 것은 아니다. 국가기관의 권한규정으로부터 국민의 기본권이 나올 수는 없는 것이다. 따라서 헌법소원청구권은 기본권적 권리가 아니라 단지 헌법적으로 보장된 憲法訴願制度 內에서의 權利로서 입법자의 구체적인 형성의 결과인 憲法裁判所法을 통하여 비로소 現實化되는 法律上的 主觀적 權利라고 보는 것이 타당하다.

재판청구권이 이미 법원에 의한 재판절차를 통하여 기본권의 보호를 보장하고 있으므로, 憲法訴願制度는 기본권의 보호에 있어서 꼭 필요한 것이 아니라 존재한다면 보다 이상적인 하나의 剩餘分이다. 헌법재판소의 설립이나 헌법소원제도의 도입은 비록 법치국가실현의 절정이라고 말할 수는 있으나 법치국가의 본질적 요소는

아니다.<sup>36)</sup> 국가는 헌법재판제도를 선택함에 있어서 소위 일반법원형과 독립기관형 중에서 법원으로 하여금 헌법재판을 담당하게 하는 전자의 유형을 선택할 수 있으며, 이러한 형태로도 또한 기본권 보호의 영역에 있어서 재판청구권이 보장된다는 것은 두말할 필요가 없다. 그러므로 剩餘的인 것, 즉 꼭 필요하지 않은 것의 보장은 基本權的인 保障이 아니라 국가의 결정에 의하여 부여할 수도 또는 부여하지 않을 수도 있는 권리, 즉 法律上의 權利이다. 基本權의 本質은 인간의 존엄성을 실현하기 위하여 꼭 필요한 것의 보장에 있으며, 기본권을 절차적으로 관철하기 위하여 꼭 필요한 것은 이미 裁判請求權이 보장하고 있다.

뿐만 아니라, 헌법소원제도는 헌법개정권자의 결정에 따라 언제든지 다시 폐지될 수 있다는 관점에서든 헌법소원을 청구할 수 있는 권리는 기본권이 아니다. 만일 헌법개정권자의 결정에 따라 임의로 폐지될 수 있는 국민의 주관적 권리가 기본권이라면, 憲法改正權者의 의사에 따라 基本權의 內容과 保護範圍가 임의로 결정될 수 있다는 것을 의미한다. 다시 말하자면, 헌법개정권자는 언제든지 憲法改正을 통하여 헌법소원제도를 폐지하든지 아니면 그 내용을 변경할 수 있는데,<sup>37)</sup> 만일 헌법개정권자가 헌법소원제도의 내용을 변경하든가 아니면 아예 폐지한다면, 基本權으로서의 헌법소원 청구권의 內容은 개정된 헌법의 내용에 따라 變更되거나 消滅할 수 밖에 없다. 그러나 基本權의 本質은 헌법개정의 내용과 관계없이 일정한 내용과 보호범위를 보유하고 있다는 것이므로, 매번 헌

36) Vgl. Clemens, Das Bundesverfassungsgericht im Rechts-und Verfassungsstaat, in: Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.13 f.

37) Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Kein/Ulsamer, BVerfGG, §90, Rn.7; Stern, in: BK, Art.93 Rn.409; Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn.6; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn.6 f.; E. Klein, Die Zukunft der Verfassungsbeschwerde, in: Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.236 f.

법개정권자의 의사에 따라 그 내용이 수시로 변화하는 주관적 공권은 기본권이라고 할 수 없다.<sup>38)</sup>

따라서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 기본권으로서의 헌법소원심판청구권이 침해되었다는 주장은 그의 출발점부터가 잘못된 것이다.<sup>39)</sup> 재판청구권이 단지 국민에게 최소한도의 효율적인 권리구제가능성을 보장하므로, 국민이 ‘憲法上の裁判請求權’을 근거로 주장할 수 있는 헌법소원청구권이란 있을 수 없고, 단지 합헌적인 ‘法律’인 헌법재판소법 제68조이하의 규정을 근거로 헌법소원을 청구할 수 있을 뿐이다. 이러한 이유에서 헌법재판소법 제68조 제1항이 기본권침해의 심사기준인 比例의原則에 부합되는가 하는 판단은 불필요할 뿐이 아니라 문제의 본질을 파악하지 못한 결과이다. 우리 헌법은 헌법소원을 제도로서 규정하고 그 핵심적 내용의 존속을 보장하고 있으므로, 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 違

---

38) 따라서 재판소원을 배제하는 헌법재판소법 제68조제1항의 위헌성 논의와 관련하여 이 규정에 의하여 基本權으로서의 헌법소원심판청구권이 침해되었다는 주장은 그의 출발점부터가 잘못된 것이다.

39) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 헌법소원청구권이 침해되었다는 違憲論의主張은, 헌법소원청구권의 내용이 모든 공권력의 기본권침해에 대하여 포괄적으로 헌법소원을 제기할 수 있는 권리라는 것을 전제로 하고 있다. 이로써 재판소원을 배제함으로써 헌법소원청구권이 침해되었다는 주장은 헌법 제111조 제1항 제5호의 “헌법소원”을 “재판소원을 포함하는 포괄적인 헌법소원”으로 해석해야만 가능하다. 이러한 위헌론의 주장은, 첫째, 主觀的인 憲法政策的의理想論을 바탕으로 헌법 제111조 제1항 제5호의 “법률이 정하는 헌법소원”을 “재판소원을 포함하는 모든 공권력에 대한 헌법소원”으로 解釋하고, 둘째, 헌법소원의 이러한 客觀的인 內容에서 이에 상응하는 主觀的인 헌법소원 請求權을 유출하고, 셋째, 따라서 “재판소원”을 배제한 것은 헌법소원청구권을 침해한 것이라는 循環論理에 근거하고 있다. 그러나 이러한 循環論理에서는 “전제”가 잘못 설정되면 모든 것이 虛像이라는 것은 자명한 사실이다. 違憲論의 논거를 자세히 살펴보면, -이글에서 이미 지적한 바와 같이- 헌법 제111조 제1항 제5호를 그러한 내용의 헌법소원으로 해석할 아무런 합리적인 근거를 찾아 볼 수 없을 뿐이 아니라, “법률이 정하는”이라는 헌법의 규정내용을 완전히 意圖的으로 死文化시키고 있다. 또한 헌법소원의 對象과 範圍에 관해서가 아니라 단지 헌법소원의 節次에 관하여 입법자가 구체적인 입법으로 규정하라는 의미로 “법률이 정하는”을 해석해야 한다는 주장은, “節次와 運營”에 관한 사항을 규정할 것을 입법자에게 위임한 헌법 제113조 제2항과 제3항의 존재에 비추어 사실상 불필요한 것을 다시금 헌법제정자가 규정했다가 주장하는 것과 다름이 아니며, 이는 주관적인 이상향을 관철하기 위하여 어느 정도로 객관적인 憲法內容을 歪曲할 수 있는가를 보여주는 좋은 본보기이다.

憲性審査의 초점은 이미 위에서 살펴본 바와 같이, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 재판소원을 배제한 것이 制度의 본질적인 내용의 保障에 해당하는가, 그리고 재판소원을 배제한 것이 합리적인 이유로 정당화되므로써 平等原則에 合致되는가에 맞추어져야 한다.

## V. 憲法裁判所決定의 羈束力을 強制할 方法

### 1. 憲法裁判所 1995.11.30.선고 94헌바40, 95헌바13(병합) 決定 및 大法院 1996.4.9.선고 95누11405 判決의 問題點

구 소득세법은 제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호의 本文에서 부동산의 양도에 대한 양도소득세에 있어 양도가액 내지 취득가액의 산정을 원칙적으로 실지거래가액이 아닌 基準時價에 의하도록 하고, 기준시가원칙이 안고 있는 문제점을 보완하기 위하여 但書條項에서 대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 의하도록 기준시가 과세원칙에 대한 例外를 규정하였다. 憲法裁判所는 이 사건 但書條項의 立法目的이 ‘납세의무자가 기준시가에 의한 양도차액의 산정으로 말미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 하기 위하여 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하지 않는 범위내에서 실지거래가액에 의하여 양도차액을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한데 있다’고 解釋하여 “구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서는 실지거래가액에 의할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대

통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”고 限定違憲決定을 하였다(憲法裁判所 1995.11.30. 선고 94헌바40, 95헌바13 [병합] 決定).

이에 대하여 大法院은 위 但書條項의 立法目的을 ‘납세의무자가 실지거래가액보다 고액인 기준시가에 의한 과세로 말미암아 불이익을 받지 않도록 하는데 있을 뿐이 아니라, 투기거래자나 위법거래자의 막대한 양도차액에 대하여 실질에 부합하는 과세를 할 수 있도록 예외를 마련하고자 한 데 있다’고 解釋하여, ‘입법동기와 연혁, 입법목적 등 두루 고려하여 보더라도, 위 각 조항 단서가 기준시가에 의한 과세보다 실지거래가액에 의한 과세가 납세자에게 유리한 경우만을 한정하여 대통령령에 위임한 것이라는 해석에는 도저히 이를 수 없다’고 밝힘으로써 憲法裁判所의 法律解釋을 정면으로 排斥하였고, 거기서 한보 더 나아가 ‘법령의 해석·적용 권한은 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이므로, 한정위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 대한 견해는 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다’고 함으로써 限定違憲決定의 羈束力을 否認하였다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결). 이로써 대법원은 헌법재판소가 한정적으로 위헌이라고 판단한 위 구 소득세법 조항들이 유효하다고 하면서 이를 적용하여 판결하였다.

헌법은 法院에 사법권을 위임함으로써 헌법재판소와의 관계에 있어서도 一次的이고 原則的인 法律解釋權限을 부여하고 있다. 그러나 헌법재판소의 관할인 규범통제가 법률의 해석을 전제로 하기 때문에, 憲法裁判所도 법률의 해석으로부터 완전히 배제된 것은 아

니다. 헌법재판소가 법률의 違憲與否를 判斷하기 위하여 우선 심판 대상인 법률의 의미내용을 밝히는 작업인 법률해석은 불가피하다. 그러므로 법원의 법률해석과 헌법재판소의 법률해석 사이에 불일치와 충돌이 생길 수 있다. 이러한 경우 헌법재판소가 법원의 법률해석을 무시하고 배척한다면, 이는 범규범의 효력을 유지시키려는 憲法合致的 法律解釋의 관점에서 例外的으로 正當化된다고 할 것이다.<sup>40)</sup> 다시 말하자면, 法院의 法令解釋權은 적용하려는 법령의 합헌성을 전제로 하므로, 결국 법원의 해석권은 ‘법령에 대한 헌법재판소의 위헌성심사’에 의하여 留保된 意味의 해석권한이라 할 것이다.

종래 헌법재판소의 한정합헌·한정위헌결정이 수차례 있었음에도, 대법원이 이를 받아들이는 자세를 취하다가 갑자기 태도를 돌변하여 구소득세법 결정에서 한정위헌결정의 羈束力을 否認한 理由는, 첫째, 한정위헌결정의 필요성과 기속력 그 자체를 부인하는데 있다기 보다는<sup>41)</sup> 구체적인 ‘소득세법 결정’에서의 헌법재판소의 법률해석이 立法者의 客觀的인 意思에 합치하지 않는다고 판단한 데 있고, 둘째, 구소득세법 규정에 대한 헌법재판소의 위헌심사가 결과적으로는 그 施行令에 대한 違憲審査를 하는 결과를 가져옴으로써 헌법상 부여된 대법원의 命令에 대한 最終的 審査權을 침해당했다고 판단한 데 있다고 보인다.

우선 첫번째 이유에 대하여 살펴 본다면, 大法院은 한정위헌결정이 입법자에 대한 존중과 법적 안정성의 관점에서 법률에 대한 헌법재판에 있어서 꼭 필요하다는 것을 인식해야 하며, 따라서 변형결

40) 법률의 해석과 적용은 법원의 과제이지만, 법률해석에 있어서 헌법으로부터 유출되는 기준과 한계를 정하는 것은 헌법재판소의 과제라는 것에 대해서 vgl. BVerfGE 40, 88, 93 f.

41) 限定違憲決定의 憲法的 當爲性과 그 羈束力에 관하여는 헌법재판소 1997.12.24. 선고 96헌마172, 173(병합) 결정의 이유에서 판시하고 있으므로 여기서는 지면관계상 언급을 하지 않는다.

정의 헌법적 정당성과 기속력을 一般的으로 否認할 것이 아니라, 具體的으로 ‘소득세법 결정에서 헌법재판소가 부당하게 한정위헌결정을 함으로써 결과적으로 불필요하게 法院의 원칙적인 法律解釋權을 침해했다’는 방향으로 논거의 초점을 맞추었어야 한다고 생각된다. 즉, 대법원은 헌법재판소의 법률해석이 과연 입법자의 객관적인 의사에 합치하는가 하는 法律解釋의 妥當性에 대하여 의문을 제시하고, ‘헌법재판소의 해석은 입법자의 의사를 왜곡하는 법률해석이며 이 경우의 限定違憲決定은 이를 정당화하는 헌법적 근거를 상실하기 때문에 法理的으로 不當하다’는 지적에 제한하는 것이 보다 바람직했으리라고 생각된다.

憲法裁判所로서는 대법원의 판결을 계기로 하여, 立法者의 원래 意圖와 관계없이 한정위헌결정을 함으로써 오히려 헌법적으로 허용된 限定違憲決定의 限界를 넘고 이로써 立法者의 形成權을 제한하는 것은 아닌가를 앞으로의 결정에서 보다 신중하게 생각해 보아야 하며, 뿐만 아니라 규범통제의 전제조건으로서 헌법재판소에 인정된 법률해석권의 행사가 합헌적 해석의 한계를 넘는 경우에는 헌법재판소는 결과적으로 법원의 원칙적인 법률해석권을 침해하게 된다는 것을 유의해야 한다. 사법기능을 담당하는 기관은 가능하면 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 해석해야 한다는 合憲的 法律解釋의 產物이 바로 限定合憲·限定違憲決定이며, 合憲的 法律解釋은 민주주의와 권력분립원칙의 관점에서 입법자의 立法形成權에 대한 尊重의 표현이다. 입법형성권에 대한 존중은 합헌적 법률해석의 根據이자 동시에 限界이며, 이로써 또한 한정위헌결정의 妥當性의 限界를 제시한다. 헌법재판소는 합헌적 법률해석을 통하여 입법자의 원래 의사를 왜곡·변형하거나 대체해서는 아니되므로 헌법재판소는 법률

을 해석함에 있어서 文意的 限界와 法目的的 限界를 넘지 않도록 유의해야 한다.<sup>42)</sup> 헌법재판소가 입법권에 대한 존중이라는 이름 아래 무리한 법률해석을 통하여 문제되는 법률의 효력을 유지시킨다면, 오히려 입법자의 立法權이 制限될 위험이 있다. 이러한 경우에는 차라리 법률을 無效로 宣言하여 그 규율대상을 입법자로 하여금 새로이 입법하도록 되돌려 주는 것이 오히려 헌법적으로 바람직하다.<sup>43)</sup> 따라서 법원이 지금까지 일정 법률조항에 대하여 헌법재판소와 달리 해석해 왔고 이러한 법원의 해석이 상당한 타당성이 있다는 관점에서 입법자의 객관적인 의사가 분명하지 않고, 합헌적 법률해석에 의하면 법률이 규율하려는 현실상황에 비추어 볼때 불합리한 결과가 발생할 수 있는 경우에는, 헌법재판소가 무리하게 限定違憲決定을 통하여 법률의 효력을 유지시키는 것보다는 차라리 포괄위임으로 판단하여 법률조항에 대하여 違憲決定이나 不합致決定을 함으로써 입법자로 하여금 改正立法의 형태로 자신의 의도를 다시 분명히 밝히게 하는 것이 더욱 바람직할 수 있다.

법률의 내용을 시행령이 구체화하도록 위임한 경우 헌법재판소가 심판대상인 법률조항을 합헌적으로 해석한 결과 법률의 적용범위에서 배제한 위헌적인 부분이 대통령령이 규율한 내용과 일치한다면, 이는 결과적으로 法律에 대한 違憲審査와 더불어 命令에 대한 違憲審査를 의미하게 되는데, 이 또한 위 대법원 판결에서 한정 위헌결정의 기속력을 부인한 理由중의 하나로 간주된다. 구소득세법 단서규정을 구체화한 施行令의 規定內容을 보면, 기준시가에 의

42) 헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정(헌판집 제1권 86면); 허영, 한국헌법론, 1994, 81면 참조

43) Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, Rn.414 ff.; Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S.2110; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 19. Aufl., S.29 ff.



한 것보다도 납세의무자에게 불리한 경우에도 실제거래가액에 의하여 산정할 수 있도록 규정하였다. 따라서 시행령에 구체화된 법률의 내용이 위헌적인 요소가 있기 때문에 합헌적 해석을 통하여 법률의 적용범위에서 배제하는 헌법재판소의 결정은 결국 시행령의 위헌성까지 확인하는 결과를 가져왔는데, 대법원은 命令에 대한 違憲審査權이 이 결정에 의하여 침해되었다고 보았다.

우리 헌법이 제107조 제2항에서 법원에 명령에 대한 위헌심사권을 부여하고 있으나, 헌법재판소가 소득세법 결정에서 처음부터 명령에 대한 위헌심사를 시도한 것이 아니라 법률의 위헌심사과정에서 合憲의 法律解釋의 結果로서 불가피하게 명령의 위헌성에 대하여 間接的으로 審査하는 결과에 이른 것이므로, 헌법재판소가 왜 한정합헌·한정위헌결정을 해야만 하는가를 고려한다면 대법원은 위와 같은 헌법재판소의 결정을 대법원의 헌법재판권에 대한 월권행위로 이해할 것이 아니라고 생각한다. 헌법재판소가 활용하는 불합치결정 및 한정합헌·한정위헌결정등 變形決定의 存在意味가 일차적으로 立法者에 대한 尊重에 있는 것인데, 법률내용을 구체화하고 있는 시행령의 내용을 고려하여 위헌적인 시행령내용에 해당하는 해석방법을 법의 적용으로부터 배제함으로써 법률의 위헌성을 제거할 수 있고 이로써 법률의 효력을 존속시킬 수 있음에도 불구하고 헌법재판소가 법률조항 전체에 대하여 違憲決定을 해야 한다면, 이는 立法形成權과 法的 安定性에 대한 중대한 침해를 의미한다.

우리 헌법이 憲法裁判所를 導入하여 전문적인 헌법재판기관을 신설함으로써 헌법재판제도의 틀을 다시 짠 경우에는 命令·規則에 대한 대법원의 최종적인 審査權은 새로이 설정된 헌법재판제도의 테두리 안에서 어느 정도 變形될 수밖에 없다. 이에 관한 예를

들자면, 설사 헌법재판소가 한정위헌결정을 하지 않고 법률조항에 대하여 포괄위임조항으로 판단하여 위헌으로 선언한다 하더라도, 위임조항에 근거하여 제정된 施行令은 母法條項에 대한 헌법재판소의 無效宣言과 더불어 존재이유를 상실함으로써 대법원의 의사와 관계없이 사실상 失效되는 결과를 가져온다. 뿐만 아니라, 헌법소원제도의 도입과 더불어 입법부에서 제정한 형식적 법률뿐이 아니라 행정부에서 제정한 施行令이나 施行規則등도 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 直接 基本權을 侵害하는 경우에는 모두 憲法訴願의 對象이 됨으로써, 헌법재판소도 또한 명령·규칙에 대한 위헌심사권의 일부를 행사할 수 있게 되었다. 결국, 이는 이미 헌법재판소의 도입과 함께 명령·규칙에 대한 대법원의 위헌심사권은 “純粹한 意味”에서는 더 이상 존재하지 않는다는 것을 의미한다. 법률의 내용을 시행령이 구체화하는 경우 상위규범인 法律에 대한 위헌심사가 하위규범인 命令에 대하여 필연적으로 影響을 미칠 수밖에 없다는 인식을 헌법재판소와 법원이 共有하는 것은 法律에 대한 위헌심사권과 命令·規則에 대한 위헌심사권을 나누어 각 헌법재판소와 법원에 귀속시킨 現行 憲法裁判制度가 機能하기 위한 最小限의 前提條件이다.

## 2. 憲法裁判所의 管轄規範에 대한 違憲決定; 憲法裁判의 限界

法院의 合憲的 法律解釋與否에 대하여 헌법재판소의 統制가 필요하며 법원이 헌법재판소의 決定을 존중하지 않을 경우 이를 強制할 방법이 없으므로, 이러한 이유에서라도 재판소원을 헌법소원의 심판대상으로 삼아야 한다고 違憲論은 주장한다. 이러한 주장은

일정한 방향으로의 立法改善을 지지하는 논거로서는 설득력이 있으나 헌법재판소법 제68조 제1항의 違憲性的의 논거는 아니다. 합헌적인 법률이 이러한 필요성때문에 위헌이 될 수는 없는 것이다.

헌법재판소법에 強制執行에 관한 規定이 없는 한, 헌법재판소는 그의 결정을 강제할 수 있는 방법은 없다. 헌법재판소의 위헌심사의 결과인 ‘決定’은 모든 국가기관을 구속하는 羈束力을 갖고 있으므로, 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정을 존중하고 따르는 것은 지극히 당연한 것으로서 이에 대한 별도의 통제는 원칙적으로 불필요하다. 또한 일반적으로 國家機關間의 紛爭에 있어서 強制執行의 가능성은 소송법적으로 생소한 것이며, 이는 분쟁에 관한 법원의 결정은 모든 국가기관에 의하여 스스로 존중되리라는 사고가 바탕이 되어있다. 헌법재판소는 그의 결정을 강요할 수도 집행할 수도 없고, 단지 국가권력 스스로의 自發的인 尊重에 의존하고 있다. 즉 헌법재판소는 자신 決定의 논리적인 妥當性和 說得力을 바탕으로 하여 다른 국가권력으로부터의 존중을 유발할 수 있을 뿐이다. 바로 이러한 이유로 헌법재판소의 유일하고도 최종적인 堡壘는 헌법재판소결정에 대한 국민과 국가권력의 信賴이다.

헌법재판소의 기속력있는 결정을 단순한 “견해표명”으로 이해하는 현상이 발생하는 오늘의 상황에서, 설사 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 違憲決定을 통하여 재판소원을 자신의 관할로 귀속시킨다 하여도, 이러한 결정이 법원에 의하여 받아들여지리라고는 아무도 확신할 수 없는 것이다. 즉 한 마디로, 헌법재판소와 대법원이 서로 납득할 수 있는 妥當한 憲法解釋을 근거로 兩者 사이의 管轄에 관한 명확한 선긋기와 相互尊重없이, 헌법재판소의 결정은 궁극적으로 관철되기 어려운 것이다. 獨逸에서는 연

방헌법재판소의 결정을 무시하는 법원의 태도에 대하여 당연히 彈劾의 논의가 있었을 터인데, 韓國에서는 그 누구도 ‘彈劾’이라는 단어를 입에 올리지 못하는 것도<sup>44)</sup> 바로 兩者 사이의 관할배분에 관하여 헌법적으로 해명된 명확한 국민적 합의가 지금까지 이루어지지 않았다는 것에 기인하는 것이다. 바로 이런 이유로 언론과 국민 그리고 국회 모두 누구의 소리가 옳은가 그저 바라만 보고 있는 실정이다. 따라서 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조의 합헌성에 관한 결정을 자신과 법원사이의 헌법상의 관할배분을 확정하여 法院과의 紛爭을 종식시키고 相互尊重의 礎石을 놓는 계기로 삼아야 할 것이다.

헌법재판소의 존립이 헌법재판소결정에 대한 국가권력의 자발적인 존중에 의존하고 있기 때문에, 自己決定을 통하여 自身の 權限을 擴張하는 것이 현실적으로 다른 국가기관과 국민에 대하여 어느 정도의 說得力과 呼訴力을 갖을수 있을지도 의문이다. 더욱이 대법원이 헌법재판소법 제68조에 대한 違憲決定을 헌법재판소의 ‘自己裁判’으로 간주하여 기속력을 인정하지 않을 가능성 또한 농후하다. 이는 民法에서 ‘自己契約’이나 ‘自己代理’가 이해관계의 충돌을 이유로 일반적으로 금지되어있는 것과 마찬가지로 憲法裁判의 차원에서는 이해당사자인 헌법재판소가 自身の 權限을 劃定하는 규범에 관하여 결정할 수 없다는 것이 헌법재판의 限界로 거론될 수도 있는 것이다. 모든 裁判의 生命은 그의 客觀性과 公正性이며, 그러나 이해관계인이 또한 재판의 주체가 된다는 것은 재판결과의 公正性을 의심케하는 것이다. 독립성이 보장되고 공정성이 기

44) 설사 탄핵소추의 의결이 국회에서 이루어진다 하여도, 결국 헌법재판소가 자신의 결정을 관철하기 위하여 탄핵심판권을 행사하는 난처한 경우가 발생한다.

대되는 재판의 주체에게만 결정행위를 위임하는 것이 訴訟의 本質에 속하며, 바로 이러한 이유때문에 모든 소송법이 이해관계인으로서의 법관은 除斥事由로, 편파의 우려가 있는 경우에는 忌避事由로 규정하여 결정절차에의 참여를 배제하고 있다. 즉 決定節次의 妥當性이 또한 決定內容의 妥當性을 확보해 준다는 대표적인 예가 바로 司法節次이다.<sup>45)</sup> 그러므로 逆으로 결정절차의 타당성에 의심의 여지가 있는 곳에서는 그 대신 적어도 결정내용의 타당성에 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 한다. 따라서 헌법재판소는 自身의 管轄規範에 대한 違憲審査에 있어서는 보다 신중하여야 하고, 단지 ‘明白한’ 違憲性이 있는 경우에만 위헌결정을 하여야 할 것이다. 더우기 위헌결정을 통하여 자신에게 귀속된 권한을 否定하는 것이 아니라 적극적으로 擴張하는 경우라면, 절차의 결함을 상쇄하기 위하여 한층 더 ‘違憲의 明白性’을 근거로 한 재판내용의 설득력이 요구된다 할 것이다. 이러한 의미에서 자신의 관할규범에 대한 헌법재판소의 결정은 비록 헌법재판의 規範的 限界는 아니지만 事實上의 限界를 의미한다고 볼 수 있다.

재판소원을 포함시켜야 한다는 견해는 기본권보호의 측면에서 보다 바람직하지만, 이는 헌법재판소의 違憲決定을 통하여 이루어질 문제가 아니라 憲法改正權者와 立法者가 해결해야 할 과제이다. 法院이 기본권보호기관으로서의 자신의 의무를 충분히 인식할 수 있는 시간이 경과했음에도 불구하고 법원에 의한 기본권보호의 노력이 기대 이하에 머문다면, 즉 법원에 의한 기본권보호가 사실상 이루어지지 않는다면, 입법자는 司法府에 대한 教育的 效果를 위해서라도 裁判訴願을 導入하는 것을 진지하게 고려해야 할 것이다.

45) 절차의 타당성과 그 결과의 타당성의 상관관계에 대하여 vgl. Arnim, Staatslehre der BRD, 1984, S.192 ff.

그러나 헌법재판의 역사가 짧고 이제서야 비로소 기본권에 관한 의식이 싹트기 시작한다는 것을 고려한다면, 법원에게도 자신이 기본권보호의 일차적인 의무를 담당하고 있다는 것을 인식하고 변화한 현실에 적응할 시간적 여유를 주어야 할 것이다. 만일 나중에 재판소원이 도입된다고 하더라도, 裁判訴願은 사법부가 일차적으로 기본권보호의 기능을 한다는 것을 前提로 하기 때문이다. 법원의 기본권보호기능이 작용하지 못하는 곳에서는 재판소원은 헌법재판소 업무의 마비를 가져오게 된다.

### 3. 憲法裁判所法 제68조 제1항에 대한 限定違憲決定

대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결과 같이, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 선언 또는 확인한 법률을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 경우, 헌법재판소가 이러한 법원의 판결에 대하여 어떻게 대처할 수 있는가의 문제가 제기된다.

헌법은 헌법재판소와 법원 사이의 憲法裁判權을 配分하여, 재판의 전제가 된 法律(헌법 제107조 제1항) 및 직접 국민의 기본권을 침해하는 法令(헌법 제111조 제1항 제5호)에 대한(이하 法令이라 한다) 헌법재판권을 憲法裁判所에, 그의 명령·규칙·처분등 집행작용에 대한 헌법재판권을 法院에 각각 귀속시키고(헌법 제107조 제2항), 이로써 헌법재판소와 법원이 각자의 憲法裁判權의 範圍內에서 헌법의 최고규범성을 실현할 것을 규정하였다. 모든 국가기관은 헌법의 구속을 받고 憲法에의 羈束은 憲法裁判을 통하여 司法節次的으로 貫徹되므로, 헌법재판소가 헌법상 부여받은 헌법재판권을 행사한 결과인 법령에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관을 기속한다.

그러나 法院이 헌법재판소에 의하여 違憲으로 판단된 法令을 適用하여 裁判한다면, 이는 헌법재판소 결정의 羈束力에 反하는 것일 뿐 아니라, 헌법이 헌법재판소에 부여한 법령에 대한 憲法裁判權(헌법 제107조 및 제111조)을 否定하는 것이다. 헌법재판소가 違憲宣言한 무효인 법률을 법원이 적용하거나 법원이 헌법재판소의 不合法決定에 의하여 위헌으로 확인된 법령을 적용하거나 또는 限定違憲決定에 있어서 법원이 헌법재판소의 결정내용을 무시하고 재판하는 경우등이 이에 해당되는데, 이러한 경우 법원은 헌법재판소 결정의 기속력을 무시함으로써 실질적으로 法令에 대한 違憲與否를 스스로 다시 審査하는 결과를 가져오기 때문에, 법원의 裁判은 법원에 귀속된 권한인 ‘處分の 違憲性’에 대한 결정이 아니라 내용적으로 ‘法令의 違憲性’에 대한 결정을 의미한다. 법원이 헌법재판소에 의하여 위헌으로 판단된 법령을 적용한다는 것은 그 法令이 合憲이라는 法院의 고유한 決定을 내포하고 있기 때문이다.

그러나 법령의 위헌성심사에 관한 최종적인 결정권은 우리 헌법이 헌법재판소에 부여하고 있으므로, 법원이 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 않는다면, 이는 法院이 스스로 “立法作用에 대한 獨自의 規範統制權”을 행사하는 것을 의미한다. 따라서 헌법은 고의든 과실이든 헌법재판소의 기속력있는 위헌결정을 무시하여 국민의 기본권을 침해하는 法院의 裁判에 대하여는 헌법재판소가 다시 최종적으로 심사함으로써 자신의 손상된 헌법재판권을 회복하고 헌법의 최고규범성을 실현하고 관철할 것을 요청하고 있다. 법원은 헌법재판소가 위헌으로 확인한 법령을 적용함으로써 스스로 명백한 위헌적인 행위를 하는 것이며, 이는 법령에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 憲法의 決定(헌법 제107조 및 제111조)에 정면으로 違背되는 것이다.

또한 권리구제를 구하는 國民의 立場에서 보더라도, 국민이 행정처분의 근거가 된 법령의 위헌성을 憲法裁判을 통하여 확인받았으나 헌법재판소의 결정에 위배되는 法院의 裁判으로 말미암아 법원으로부터는 권리구제를 받을 수 없는 법치국가적으로 용인될 수 없는 법적 상태가 발생한다. 이는 法院이 헌법상의 헌법재판권한질을 존중하지 아니하고 헌법재판소에 부여된 憲法裁判權을 否定함으로써 발생한 결과로서, 法的 統一性 및 法的 安定性의 관점에서 헌법재판소 위헌결정의 기속력을 무시한 법원의 재판에 대해서는 헌법재판소가 최종적으로 다시 심사함으로써 재판의 위헌성을 제거할 것이 요청된다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 原則인 合憲性에도 불구하고, 법원이 헌법재판소에 의하여 위헌임이 확인된 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 조항은 그러한 해석하에서 違憲의 여지가 있다.

우리 헌법재판소의 확립된 관례<sup>46)</sup>에 의하면, 법규정이 법문의 범위내에서 다양한 법률해석의 가능성을 허용하고 해석방법의 선택에 따라 때로는 위헌적 결과에 때로는 합헌적 결과에 이른다면, 그 법률은 무효로 선언되어서는 아니되고 合憲적으로 解釋하여 法律의 效力을 維持시켜야 한다. 그렇다면 합헌적 법률해석의 관점에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원이 헌법재판소의 기속력있는 위헌결정에 반하여 위헌으로 확인된 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 例外的으로 裁判도 헌법소원의 對象이 된다고 해석되어야 한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항의 “法院의 裁判”에 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 법령을 적

46) 헌법재판소 1989.7.21. 선고 89헌마38 결정; 1991.4.1. 선고 89헌마160 결정



용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 裁判도 포함된다고 해석하는 한, 헌법재판소법 제68조 제1항은 憲法에 違反된다고 하겠다.<sup>47)</sup>

## VI. 맺는말

재판소원을 소원의 대상에서 배제하는 것이 違憲이라는 主張은, 우리의 사고가 그 사이 독일의 헌법소원에 관한 이론을 가져다 사용하면서 얼마나 獨逸式의 憲法訴願制度에 고착되어 있는가 하는 것을 여실히 보여주고 있다. 違憲論은 헌법의 객관적인 해석에서 출발하는 것이 아니라, 우리에게 친숙한 독일식의 소원형태를 이상적인 것으로 간주하고 그 理想的인 것을 憲法的 內容으로 승격시켜, 결과적으로는 헌법재판소법 제68조 제1항이 평등권이나 재판청구권을 침해한다는 결론을 끌어내고 있는 것이다.

그러나 헌법소원제도가 세계적으로 다양한 형태로 운용되고 있다는 比較法的 視覺에서 살펴 볼 때, 憲法訴願의 本質에 재판소원이나 상대적 보충성원칙이 속한다는 것은 근거가 없는 주장이며, 오히려 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원과 헌법재판소 사이의 憲法的 權限配分秩序에 부합할 뿐이 아니라, 법원이 기본권보호의 일차적이고 중추적인 기관이라는 합리적이고 정당한 이유를 근거

47) 헌법소원심판의 請求가 適法하기 위해서는 청구인 基本權의 侵害可能性이 존재해야 하지만, 일단 헌법소원이 적법하게 제기된 이상 헌법재판소는 本案判斷에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 憲法的 觀點에서 심판대상의 違憲性을 심사한다. 이는 헌법소원이 단지 主觀的인 권리구제절차일 뿐이 아니라 또한 客觀的 헌법의 수호와 유지에 기여한다는 二重的 性格에서 나오는 당연한 귀결이다. 따라서 헌법재판소법 제68조제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법 제107조 및 111조에 규정된 헌법재판소의 權限規範에 部分的으로 違反되는 위헌적인 규정이므로, 이 사건 헌법소원은 위에서 밝힌 이유에 따라 限定的으로 인용될 수 있는 것이다.

로 裁判訴願을 배제하고 法律訴願을 헌법소원의 심판대상으로 함으로써, 헌법소원제도의 本質的인 內容을 保障하는 합헌적인 법률이다. 단지 위헌법률심사의 결과인 헌법재판소의 羈束力있는 決定을 존중하지 않는 법원의 재판에 대처하기 위하여 限定違憲決定이 고려될 수 있을 뿐이다.

헌법재판소는 자신의 결정을 강제할 아무런 방법이 없으므로 憲法裁判所의 存續基盤은 결정의 기속력에 있으며 이러한 의미에서 決定의 羈束力은 헌법재판소의 生命이라고도 할 수 있다. 따라서 헌법재판소의 결정에 반하는 법원의 판결은 헌법재판소의 존립을 위태롭게 하는 것이다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 限定違憲決定과 헌법재판소 결정을 따르지 않는 법원의 判決에 대한 取消는 헌법재판소가 그 위상에 있어서 대법원의 위에 자리잡거나 또는 자신의 재판관할을 적극적으로 확장하려는 것이 아니라 단지 자신의 헌법재판권과 존립근거를 防禦하려는 消極的인 措置이다. 헌법재판소가 결정의 기속력을 부정하는 법원의 판결에 대하여 아무런 반응을 하지 않는다면, 이는 자신의 존립기반을 스스로 흔드는 自己否定的 表現이다. 따라서 헌법재판소로서는 그의 결정에 반하는 대법원의 판결에 대하여 제기된 憲法訴願을 외면할 수 없으며, 1997. 12. 24.에 선고된 96헌마172, 173(병합) 결정은 도저히 달리 해결될 수 없는 상황의 유일한 해결책으로서 이러한 배경에서 나온 불가피한 결정이다.

大法院은 위헌법률심사에 있어서 합헌적 법률해석과 그 결과인 한정합헌·한정위헌결정이 꼭 필요하다는 사실을 인정하여 설사 구체적 사안에서 헌법재판소의 법률해석에 내용상 동의하지 못한다 하더라도 헌법재판소에 의한 법률해석의 문제점을 지적하는데

그쳐야지 한정합헌·한정위헌결정의 기속력을 부인해서는 아니되며, 憲法裁判所로서는 법률해석에 있어서 입법자의 객관적 의사가 불분명하고 법원이 종래 계속해 온 법률해석이 특히 법률이 규율하려는 현실상황에 비추어 상당한 타당성이 있다고 판단되는 경우에는 굳이 무리하게 합헌적 해석을 할 필요가 없다는 것을 서로 인식함으로써, 헌법재판소와 대법원은 이번 사건을 相互尊重과 和解의 기반을 마련하는 契機로 삼아야 할 것이다.

# 憲法 제27조의 裁判請求權

韓 秀 雄

憲法研究官補

法學博士

## — 目 次 —

### I. 머리말

### II. 憲法과 法律이 정한 法官

1. 독립된 국가기능으로서의 司法權
2. “憲法과 法律이 정한” 법관

### III. 法律에 의한 裁判을 받을 권리

1. 裁判請求權(“재판을 받을 권리”)
  - 가. 재판청구권의 保障內容
  - 나. 재판청구권과 헌법소원청구권 : 基本權으로서의 憲法訴願請求權?
2. “法律에 의한” 재판청구권
  - 가. 재판청구권과 節次法
  - 나. 입법형성권의 한계로서의 效率的인 權利保護

다. 實體法規定에 의한 재판청구권의 침해?

3. 재판청구권을 제한하는 節次法規定에 대한 違憲審査基準

IV. 效率적인 權利保護와 司法節次上の 基本權

1. 迅速한 裁判을 받을 권리

2. 聽聞請求權

3. 公正한 裁判을 받을 권리

V. 맺는말

## I. 머리말

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정함으로써 裁判請求權을 보장하고 있다. 法治國家는 기본권의 보장, 권력분립, 司法을 통한 권리구제절차등을 통하여 구체화되고 실현된다. 裁判請求權은 법치국가의 실현을 위한 중요한 요소로서 국민의 모든 權利, 즉 법률상의 권리와 헌법상의 기본권의 효력이 법원의 裁判節次에서 실제로 貫徹되는 것을 保障한다.<sup>1)</sup>

헌법 제27조에 규정된 재판청구권은 國民의 基本權으로서 국가 권력과 국민과의 관계에 관한 규정이므로, 일차적으로 公權力에 의한 권리침해의 경우 재판을 받을 국민의 권리를 보장한다고 할 것이다. 인간의 존엄성과 기본권은 헌법에 단지 규정되는 데 그쳐서는 아니되고 사법절차를 통하여 실제로 보장되고 관철되어야 비로소 그 의미가 있으므로, 재판청구권은 국민이 공권력에 의한 기본권의 침해를 주장하고 그에 대한 보호를 요청할 수 있는 司法的節次를 보장한다. 그러므로 재판청구권은 기본권의 보호에 관하여 중요한 의미를 갖는 기본권으로서, 基本權의 保障과 貫徹에 기여하는 節次的 基本權이다.

나아가, 민·형사재판권과 관련하여 國家의 司法保障義務는 국가의 권력독점, 개인에 의한 자력구제의 금지, 법적 평화를 보장할 국가의 의무에 대응하는 것으로서 法治國家原則에 內在하는 것이

1) Vgl. Papier, Justizgewähranspruch, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §153, Rn.1

다.<sup>2)</sup> 국민이 사인관계에서 자력으로 권리를 관철하거나 범죄인을 징계하는 것을 막고 법원절차를 통하여 법적 분쟁을 해결하려는 것은 法治國家의 핵심적 요소이다. 따라서 국가는 私法上의 분쟁에 있어서 국민의 자력구제를 배제하는 효율적인 권리구제를 보장해야 하며, 또한 刑事法에 있어서는 국가가 형벌권을 독점하고 사인의 복수를 금지한다면 이에 상응하는 국가의 의무로서 국민을 범죄로부터 보호하고 범죄인에 대한 정당한 처벌을 통하여 법적 평화를 다시 회복할 수 있도록 형사재판절차를 제공해야 할 의무가 있다.

이 글에서는 헌법 제27조에 규정된 내용 중에서, 우선 “憲法과 法律이 정한 法官”의 의미를 알아보고(Ⅱ), 이어서 “法律에 의한 裁判을 받을 權利”의 내용을 구체적으로 살펴본 다음(Ⅲ), 마지막으로 효율적인 권리보호를 보장하기 위한 司法節次上의 基本權에 관하여 서술하기로 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 憲法과 法律이 정한 法官

### 1. 獨立된 國家機能으로서의 司法權

헌법상의 權力分立原則은 司法權을 다른 국가권력으로부터 분리된 독자적인 국가권력으로 형성하였다. 독립적이고 독립된 법원만

---

2) Vgl. Krebs, Art. 19 IV, in: Münch, GG, 1992, Rn.50; Papier, 주1, Rn.1, 6 ff.; Benda/Weber, Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, in: Gilles(Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, S.9; Heyde, Rechtsprechung, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Bd.II, 1995, Rn.5

이 공정한 재판을 보장할 수 있고, 이로써 법이 존중·준수되고 정의가 지배하는 것을 보장할 수 있으므로, 사법기능의 유지와 보장은 법치국가원칙의 중요한 구성부분이다.<sup>3)</sup>

재판을 통한 國民의 權利保障 및 法院의 組織은 국가의 기본질서에 있어서 근본적인 문제이므로, 헌법은 적어도 司法의 본질적인 것에 관하여 직접 규정하고 있다. 憲法은 제27조 제1항에서 裁判請求權을 보장하고, 한편으로는 ‘법원’에 관한 장에 사법기능을 보장하기 위한 조직·기능·절차에 관하여 본질적인 규정을 두었는데, 이로써 ‘法院에 의한 權利保護’에 관한 헌법상의 규정은 크게 보면, 사법권의 형태를 제도적으로 형성하는 法院의 組織 및 管轄에 관한 규정과 소송당사자인 국민과의 관계에서 법치국가적 절차를 보장하는 裁判請求權이라는 주관적 공권의 2 부분으로 구성되어 있다.<sup>4)</sup>

헌법 제101조 제1항은 “司法權은 법관으로 구성된 法院에 속한다”고 규정하여 사법권을 법원에 귀속시키고 있다. 이로써 독립적인 국가기능으로서의 司法權의 存續과 그의 課題領域이 헌법적으로 보장되었다. 헌법이 사법권을 독립적인 국가기관으로 보장한다는 것은 법원이라는 組織上的 獨立과 그에 의한 司法權의 行使를 보장한다는 것을 의미한다.<sup>5)</sup> 여기서의 “法院”이란 국가에 의하여 설립된 법원, 즉 國家法院을 뜻한다. 다른 모든 국가기능과 마찬가지로 사법권도 오로지 -국민으로부터 민주적 정당성을 직접 부여받거나 아니면 다른 국가기관으로부터 간접적으로 도출할 수 있는 - 國家機關에 의하여 행사되어야 한다는 것은 민주주의원칙으로부터 나오는 당연한 것이다. 國家法院은 직접 국가에 의하여 설립된

3) Vgl. Heyde, 주2, Rn.1

4) Vgl. Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozeß, 1984, S.5

5) Benda/Weber, 주2, S.1



국가기관의 형태를 갖출 필요는 없으나, 법원이 국가법원으로서의 성격을 가지려면 법원의 설립이 법률에 근거해야 하고 인적 구성의 측면에서도 법원에 대하여 국가의 충분한 영향력행사가 보장되어야 한다.<sup>6)</sup>

헌법 제101조 제1항은 사법권을 법원에 귀속시킴으로써, 司法權에 해당하는 국가과제는 오로지 法院에 의해서만 행사되어야 하며 입법자는 그 본질에 있어서 사법권에 해당하는 과제영역을 다른 국가기관에게 위임해서는 안된다는 적극적인 의미를 담고 있다.<sup>7)</sup> 즉, 헌법상 법원에 귀속된 사법권은 입법자가 입법을 통하여 자유로이 처분할 수 없고 그 핵심에 있어서는 헌법제정자도 박탈할 수 없으며, 이러한 고유한 사법기능은 법원에 속한다는 것이 헌법 제101조 제1항의 의미인 것이다.<sup>8)</sup>

헌법은 법원에 사법권을 귀속시키는 규정을 두고 있을 뿐 ‘어떠한 국가활동이 司法權에 해당하는가’에 관하여 아무런 언급이 없으므로 司法權의 概念이 문제되는데, 일반적으로 ‘구체적인 쟁송을 계기로 하여 특별히 규정된 절차에서 최종적이고 기속력있는 결정에 이르기 위하여 중립적인 제3자인 법원이 확인된 사실관계에 현

6) 따라서 이러한 요건이 충족된다면, 헌법 제101조 제1항은 변호사단체 등 직업단체에 의하여 설립되는 법원을 금지하지 않는다, Heyde, 주2, Rn.8; Benda/Weber, 주2, S.2

7) Vgl. Heyde, 주2, Rn.12; 헌법재판소는 국가배상에 관한 분쟁을 신속히 종결시키기 위하여 일종의 행정기관인 심의회의 배상결정에 재판상의 화해의 효력과 같은 최종적인 효력을 부여함으로써 제3자의 소에 의하지 않는 한 그 효력을 다룰 수 없도록 하고 있는 국가배상법 규정에 대하여, 심의회의 제3자성, 독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성, 신중성도 결여되어 있는 점등을 고려한다면 배상결정절차가 사법절차에 준한다고 볼 수 없으므로 國民의 裁判請求權을 과도하게 침해하는 것이며, 한편으로는 실질적 의미의 사법작용인 분쟁해결에 관한 중국적인 권한을 원칙적으로 헌법과 법률이 정한 법관으로 구성되는 사법부에 귀속시킨 憲法規定에도 위배된다고 위헌으로 선언하였다(헌재 1995. 5. 25. 91헌가7, 판례집 7-1, 598, 610).

8) Vgl. Benda/Weber, 주2, S.2; BVerfGE 22, 49, 78, 독일의 연방헌법재판소는 형벌을 선고하는 권한은 사법의 영역에 속하는 것으로서 오로지 법관만이 행사할 수 있는 것이지만, 입법자는 형벌의 영역을 축소하거나 아니면 행위의 불법에 대하여 법정책적으로 달리 평가하여 종래의 형벌구성요건을 질서위반에 해당하는 행위로 대체함으로써 사법의 영역을 변경할 수 없는 것은 아니라고 판시하였다..

행법을 적용하는 법적 판단작용' 즉 實體的 意味에서의 司法機能이 '헌법상의 사법권'의 본질적 내용이라고 할 수 있다.<sup>9)</sup> 非訟事件과 같이 실제적 의미의 사법에 속하지 않는 과제는 헌법상의 사법권에 속하지 않으므로, 법관이 아닌 다른 국가기관이 이를 이행할 수 있다.<sup>10)</sup>

비록 헌법이 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 民事에 관한 결정과 刑事裁判權의 행사는 역사적으로 형성되고 자리잡은 사법의 전통적인 과제이자 핵심영역에 속한다.<sup>11)</sup> 우리 헌법에 공권력에 대한 권리보호에 관하여 명시적인 표현은 없지만, 제107조는 제2항에서 “처분”에 대한 재판을 언급하고 제3항에서 행정재판의 전심절차인 ‘행정심판절차’를 규정하여 간접적으로 민·형사재판과 대등한 行政裁判을 보장하고 있고, 이로써 사법을 통한 권리구제보장에 있어서 법치국가적 이념을 완성하였다.

## 2. “憲法과 法律이 정한” 法官

司法의 本質은 독립성과 중립성에 있으며, “憲法과 法律이 정한 法官”의 보장은 사법의 독립성과 중립성의 보장에 기여하는 중요한 규정이다.

가. ‘憲法이 정한 法官’이란, 법관의 자격을 갖추고(헌법 제101조

9) 헌법재판소는 ‘사법의 본질은 법 또는 권리에 관한 다툼이 있거나 법이 침해된 경우에 독립적인 법원이 원칙적으로 직접 조사한 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석 적용하여 유권적인 판단을 내리는 작용이다’고 판시하였다(헌재 1996. 3. 28. 95헌마170), Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd.2, 1980, S.893 ff.; Benda/Weber, 주2, S.3

10) Vgl. Schwab/Gottwald, 주4, S.9; Heyde, 주2, Rn.17

11) Benda/Weber, 주2, S.2; Heyde, 주2, Rn.14; Papier, 주1, Rn.6 f.

제3항), 헌법 제103조 및 제106조에 의하여 職務上的 獨立性和 身分上的 獨立性を 보장받은 법관을 뜻한다. ‘職務上的 獨立’은 사법의 본질적 요소로서 누구의 간섭이나 지지도 받지 않고 사법기능을 수행하는 것을 그 내용으로 하는데, 사법의 중립성과 객관성을 확보하기 위한 헌법상의 핵심적 표현이다. 또한 법관이 재판의 내용으로 인하여 인사상의 개인적 불이익을 받을 위험이 있다면 직무상의 독립은 사실상 공허하게 될 수 있으므로, 사법권의 독립은 자의적인 과면이나 불리한 처분등으로부터 법관을 보호하려는 ‘身分上的 獨立’을 통하여 더욱 강화된다.

헌법 제103조는 “법관은 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정하여 법관의 職務上 獨立性を 표현하면서 한편으로는 司法的 判斷의 基準을 제시하고 있다. 헌법은 사법적 판단의 기준으로서 헌법<sup>12)</sup>과 법률이란 실정법 외에 ‘良心’을 언급함으로써 초실정법적·불문법적 요소를 인정하고 있다. 여기서의 ‘良心’이란, 경우에 따라서는 실정법과 충돌할 수 있는 正義를 뜻한다고 생각된다. 이로써 헌법은 法과 正義가 필연적으로 항상 일치하지는 않는다는 것을 표현하고 있다. 그러나 헌법국가에서 ‘正義가 무엇인가’ 하는 것은 憲法 스스로가 특히 인간의 존엄성, 기본권, 법치국가·사회국가원칙과 같은 憲法規範을 통하여 구체화하고 있다. 이러한 의미에서 憲法은 법공동체가 지향하는 일반적 정의를 실정법화한 것이고, 正義는 실제적 헌법규범을 통하여 구체적으로 표현된다고 볼 수 있다.<sup>13)</sup> 그러므로 正義의 基準은 법관에게 이미 정해져 있다. 법관은 자신의 正義觀을 주장하여 법규정의 문언과

12) ‘憲法에 의한 재판’이란 무엇보다도, 법원이 모든 법률을 가능하면 헌법에 합치되게 해석해야 할 의무(합헌적 법률해석)와 법률의 해석과 적용에 있어서 헌법, 특히 기본권의 의미를 존중해야 할 의무가 있다는 것을 뜻한다.

13) Vgl. Meyer, Art.97, in: Münch, GG, 1996, Rn.23; Heyde, 주2, Rn.94 f.

해석을 통한 객관적 의미로부터 벗어나서는 안된다. 물론 법관이 법률의 기속을 받음으로써 경우에 따라 법과 정의 사이의 긴장관계에 부딪히게 되고, 자신의 정의관때문에 양심적 갈등을 일으킬 수 있다. 이 경우 자신의 정의관이 헌법적 결정이나 가치와 일치한다면, 위헌의 의심이 있는 법률에 대하여 헌법재판소에 違憲提請을 함으로써 법관에게는 자신의 양심적 갈등을 해소할 수 있는 길이 열려져 있다. 그러나 자신의 정의관이 헌법에 구체화된 정의와 일치하지 않는다면, 법관은 자신의 양심적 결정을 무시하고 헌법과 법률에 따라 재판을 해야 한다.

나. ‘法律이 정한 法官’이란, 개별 사건을 擔當할 法官이 범규범에 의하여 가능하면 명확하게 事前에 規定되어야 한다는 것을 의미한다. 외부나 법원내부의 압력·영향등에 의하여 사건마다 임의로 법원을 구성하거나 사건을 특정 법원 또는 법관에게 맡긴다면, 사법의 독립성과 중립성은 보장될 수 없다. 이러한 이유로, 헌법은 ‘법률이 정한 법관’이 사건을 담당하게 함으로써, 법원의 관할과 업무분담을 조작하는 방법으로 사법의 공정성을 저해할 위험을 사전에 방지하고자 하는 것이다. 따라서 누가 개별사건을 ‘법률이 정한 법관’으로서 담당하게 되는가 하는 것이 法院組織法, 訴訟法상의 裁判管轄規定과 그에 보완하여 법원의 職務分擔計劃表에 근거하여 사전에 일반·추상적으로 확정되고 예측될 수 있어야 한다.<sup>14)</sup> 이러한 방법으로 담당법관이 일반적으로 사전에 정해지는 것이 보장됨으로써, 사건에 따라 또는 소송당사자에 따라 법관이 사후에 임의

14) Hill, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI, 1989, §156, Rn.50 f.; Heyde, 주2, Rn.55; BVerfGE 19, 52, 59; 장석조, 우리 헌법상의 절차적 기본권, 헌법논총 제9집(1998), 577, 583면

적으로 정해지는 것이 방지된다. 즉 ‘법률이 정한 법관’이란, 근본적인 裁判管轄秩序는 입법자 스스로가 形式的 法律로써 정해야 한다는 요청으로서, 법관의 직무상·신분상의 독립과 함께 사법의 공정성을 확보하려는 또 하나의 중요한 안전장치이다.<sup>15)</sup> 한편, ‘법률이 정한 법관’의 憲法的 目的이 재판관할질서를 무시하고 恣意的인 裁判을 하는 것을 방지하고자 하는 것이므로, 법률이 정한 법관 이외의 者가 재판을 하였다고 하여 모든 경우에(예컨대 절차상의 착오) 재판청구권을 침해하는 것은 아니고, 법관의 지정이 명백히 불합리한 사고에 기인하는 등 恣意가 存在하는 경우에 한하여 재판청구권의 위반이 인정된다.<sup>16)</sup>

다. 따라서 “憲法과 法律이 정한 法官”이란, 헌법상 규정된 직무상·신분상의 독립이 보장되고, 재판관할을 규정하는 법률에 의하여 재판을 담당하도록 사전에 정해진 법관을 말한다.<sup>17)</sup> “헌법과 법률이 정한 법관”은 궁극적으로 사법의 공정성과 객관성을 보장하기 위한 제도이므로, 관할규범에 따라 정해진 법관 스스로가 사건과의 이해관계나 편파의 우려로 말미암아 재판의 공정성을 보장할 수 없다면, 그러한 경우 구체적 사건에서 공정성과 중립성을 잃은 법관을 제척, 기피, 회피할 수 있는 가능성이 또한 국민에게 주어

15) BVerfGE 19, 52, 60; Hill, 주14, Rn.50; Papier, 주1, Rn.2

16) Vgl. BVerfGE 3, 359, 364; Benda/Weber, 주2, S.6; Arens, Der Einfluß der Rspr. des BVerfG auf das Zivilprozeßrecht, in: 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S.89

17) 헌법재판소는 “憲法과 法律이 정한 法官”에 관하여 ‘헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관을 의미한다’고 판시하였다(헌재 1993. 11. 25. 91헌바8), 같은 취지로 권영성, 헌법학원론, 1995, 521면, 그러나 ‘憲法이 정한 자격과 절차에 의한 임명’이란 있을 수 없고, 한편으로는 ‘法律이 정한 자격을 갖추고 합법적으로 임명된 법관’에 의하여 사법기능이 수행되어야 하는 것은 법관만이 아니라 모든 국가기능을 수행하는 공무원에 대한 요청으로서 헌법적 차원에서 별도로 언급될 성질의 것이 아니라는 점에서, 헌법이 이러한 당연한 사실을 표현하기 위하여 ‘法律이 정한 법관’이라는 별도의 규정을 두고 있다고 보기 어렵다.

저야만 ‘헌법과 법률이 정한 법관’이 보장될 수 있다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ. 法律에 의한 裁判을 받을 權利

#### 1. 裁判請求權(“裁判을 받을 權利”)

##### 가. 裁判請求權의 保障內容

국민이 권리구제절차를 밟고 권리보호를 구할 수 있기 위해서는, 그 전에 법원이 설립되고 재판관할이 확정되고 법원절차가 정비되어야 한다. 즉 裁判請求權은 법원조직법이나 절차법과 같은 立法者의 具體的인 形成을 전제로 한다. 재판청구권의 보장이 입법자의 구체적인 입법활동에 의존하고 있으므로, 국민의 권리보호를 위한 최소한의 정도는 보장되어야 한다는 의미에서 재판청구권은 司法節次의 制度的 保障이라고도 일컬어 진다.<sup>19)</sup> 이러한 관점에서 헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 않는 한, 憲法上의 裁判請求權은 ‘법적 분쟁시 독립된 법원에 의하여 사실관계와 법률관계에 관하여 한번 포괄적으로 심사를 받을 수 있도록, 국민이 소송을 제기할 수 있는 권리’를 그 保障內容으로 하고 있다.<sup>20)</sup> 즉 재판청구권은 적어

18) Vgl. Heyde, 주2, Rn.56; Benda/Weber, 주2, S.7

19) Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art.19 IV, Rn.14; Krebs, 주2, Rn.49

20) 憲法裁判所는 소액사건에서는 통상의 민사사건과 달리 상고나 재항고를 엄격히 제한하는 少額事件審判法 제3조에 대한 위헌소원에서, ‘재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법원에 의하여 사실적인 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것을 의미할 뿐, 모든 사건에 대하여 똑 같이 세차례의 법률적 측면에서의 심사기회의 제공이 곧 헌법상의 裁判을 받을 權利의 보장이라고는 할 수 없으며, 헌법상 달리 규정이 없는 한 上告問題는 입법자의 형성에 맡겨진 입법정책의 문제이므로 모든 사건에 대해 상고심절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 재판을 받을 권리에 포함된다고 볼 수 없다’고 하여 처음으로 裁判請求權의 헌법상의 의미와 本質의 內容을 분명히 밝히는 중

도 한번의 裁判을 받을 권리, 적어도 하나의 審級을 요구할 권리가 다.<sup>21)</sup> 따라서 법원에 의한 심사는 적어도 한번 사실관계에 대한 심사를 포함해야 하기 때문에, 국민에게 제공된 구제절차가 상고심과 같은 法律審에 제한되어서는 아니된다.<sup>22)</sup>

권리구제절차를 한 단계 또는 여러 단계의 심급으로 구성할 것인가에 관하여 立法者는 광범위한 形成의 自由를 가지고 있다. 재판청구권은 문자 그대로(“법원에 의하여 재판을 받을 권리”) ‘법원에 의한’ 보호를 구하는 것이지 ‘법원에 대한’ 보호를 보장하는 것이 아니므로, 재판청구권을 근거로 하여서는 제2심과 3심에서의 구제절차를 요구할 수 없다.<sup>23)</sup> 따라서 입법자는 종래 존재하던 심급을 축소하거나, 특별한 허가, 소송물가액, 법률사건의 의미, 특별한 상소이유 등을 조건으로 상소를 허용할 수 있다.<sup>24)</sup> 헌법 제101조

---

요한 결정을 하였다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343). 헌법재판소는 이 결정에서 재판청구권의 핵심을 ‘사실적 측면과 법률적 측면에서 적어도 한차례의 심리검토의 기회를 보장할 권리’로 확정하였다.

- 21) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25 참조, vgl. BVerfGE 4, 94f.; 11, 233; 54, 143; 83, 31; Krebs, 주 2, Rn.63; Schwab/Gottwald, 주4, S.29 f.; Heyde, 주2, Rn.19; Papier, 주1, Rn.14; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 1995, S.284; Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1991, Rn.357
- 22) Papier, 주1, Rn. 16; 憲法裁判所는 특허청의 항고심판의 심결 또는 각하결정에 대하여는 곧바로 대법원에 상고하도록 규정하고 있는 特許法 제186조 제1항에 대한 위헌제청사건에서, ‘특허청의 심판결자는 특허청의 행정공무원에 의한 것으로서 국민들이 특허사건의 불복과정에서 법원에 의한 事實審裁判을 박탈당하고 있으므로 裁判請求權의 본질적 내용을 침해한다’고 이 법률조항의 위헌성을 확인하였다(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등).
- 23) BVerfGE 4, 74, 94 f.; 83, 24, 31; Hill, 주14, Rn.28
- 24) 헌법재판소는 上告審裁判을 받을 權利에 관하여, ‘審級制度는 사법에 의한 권리보호에 관한 한정된 법 발견 자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로서 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이므로, 헌법상 재판을 받을 권리가 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 상고심 재판을 받을 권리를 의미하는 것은 아니다’라는 이유로, 상고심리불속행제도를 규정한 상고심절차에 관한특례법 규정을 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다(헌재 1997. 10. 30. 97헌바37). 마찬가지로, 헌법재판소는 상고이유를 제한하는 구 소송촉진등에 관한특례법 제11조와 상고허가제를 규정하는 동법 제12조(헌재 1995. 1. 20. 90헌바1) 및 상고심절차에 관한특례법 제4조(헌재 1998. 2. 27. 96헌마92)에 대해서도 위 결정과 동일한 논리로 합헌으로 판단하였다. 헌법재판소는 上訴의 制限과 관련하여, 강제집행정지신청에 대한 재판에 대해서는 불복을 신청하지 못한다는 내용의 민사소송법규정에 대하여 상급

제2항은 “법원은 최고법원인 大法院과 各級法院으로 조직된다”고 하고, 헌법 제102조, 제104조, 제105조, 제107조 제2항, 제108조 등은 大法院의 조직, 구성, 관할 등을 규정함으로써, 법적 통일성을 유지하고 법의 발전에 기여하는 상고법원의 기능을 하는 ‘大法院의 존속과 기능’ 및 대법원과 하급법원으로 구성되는 ‘審級制度’를 制度的으로 保障하고 있다. 이는 곧, 입법자가 上訴可能性을 전반적으로 廢止하든지 또는 국민의 법생활의 중요한 영역에서 전반적으로 排除하는 것은 헌법에 위반된다는 것을 뜻한다.

즉, 審級制度는 단지 그 핵심적 내용에 있어서 制度的으로 保障되는 것이지, 모든 구제절차나 법적 분쟁에서 보장되는 것은 아니며, 뿐만 아니라 그 심급제도가 몇개의 심급으로 형성되어야 하는가에 관하여 헌법이 전혀 규정하는 바가 없으므로, 이 또한 입법자의 광범위한 형성권에 맡겨져 있다.<sup>25)</sup> 입법자가 심급제도를 具體적으로 形成하는 경우 제한된 사법 자원의 효율적 활용과 합리적인 분배의 관점에서 ‘올바른 결정에 관한 이익’과 ‘신속하고 최종적인 결정에 관한 이익’이란 서로 대치하는 법익을 고려하여 각 영역마다 사건 유형의 성질과 경중에 따라 상이하게 규율할 수 있다. 결국 재판청구권은 특정한 형태의 권리구제절차나 심급제도를 보장하지 않으며,<sup>26)</sup> 이에 따라 국민이 上訴를 제기할 수 있는 권리는

---

심에서의 재판을 받을 권리를 박탈하는 것으로서 재판청구권에 위반된다는 주장으로 제기된 위헌소원사건에서 ‘어느 정도까지 상급심의 판단을 받을 기회를 부여할 것인가의 문제는 각 사건 類型의 성질과 輕重에 따라 입법자가 법률로써 형성할 문제인데, 이 사건에서는 상급심을 제한하는 합리성이 인정된다 할 것이므로 헌법 제27조에 위반되지 않는다’고 판시하였다(헌재 1993. 11. 25. 91헌바8, 판례집 5-2, 396). 상소의 제한과 관련하여 광범위한 입법형성권을 인정한 그 밖의 결정으로는 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8; 1996. 2. 29. 92헌바8 참조.

25) Bettermann, Die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 96(1971), S.553

26) Vgl. Benda/Weber, 주2, S.8 f.; Schwab/Gottwald, 주4, S.30; Heyde, 주2, Rn.49



헌법적으로 보장되지 않는다.

재판을 청구할 수 있는 權利의 主體는 다른 기본권과 마찬가지로 원칙적으로 國民이며, 國家機關은 재판청구권의 주체가 될 수 없다. 다만, 국민이 제기한 소송에 의하여 국가기관이 재판의 당사자가 된 이상, 재판절차에서의 절차법적 지위에 있어서 국민과 국가기관을 달리 취급할 합리적인 이유가 없으므로, 청문청구권이나 공정한 재판과 같은 사법절차상의 기본권은 국가기관에게도 인정된다.<sup>27)</sup>

나. 裁判請求權과 憲法訴願請求權 : 基本權으로서의 憲法訴願請求權<sup>28)</sup>

裁判請求權은 공권력에 의한 基本權의 侵害에 대하여도 보호절차를 마련할 것을 요구한다. 헌법 제27조의 재판청구권이 최소한 한번의 재판을 받을 기회를 보장하기 때문에, 基本權의 保護에 있어서도 마찬가지로, 적어도 한 번 국민이 기본권의 침해를 주장하고 그의 보호를 요청할 수 있는 救濟節次를 요구할 뿐, 그 구제절차가 꼭 憲法訴願의 형태로 독립된 헌법재판기관인 憲法裁判所에 의하여 이루어 질 것을 보장하지는 않는다. 裁判請求權은 헌법소원과 같은 특정한 형태의 구제절차를 보장하는 것이 아니라, 단지 효율적인 권리구제를 요청할 뿐이다. 그런데 法院에서의 裁判節次가 法律上 權利의 구제절차이자 동시에 基本權의 구제절차를 의미하므로, 법원에 의한 기본권의 보호가 이미 기본권의 영역에서의 재

27) Vgl. Krebs, 주2, Rn.30, 51; BVerfGE 61, 82, 104; Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VI, 1989, §154, Rn.21

28) 학계에서는 헌법소원청구권의 헌법적 근거에 관한 아무런 논의없이 헌법소원청구권을 재판청구권에 당연한 것으로 포함시킴으로써 基本權으로서의 憲法訴願請求權을 인정하고 있다. 예컨대 권영성, 헌법학원론, 1995, 520면.

판청구권을 충족시키고 있다.<sup>29)</sup>

이러한 이유로, 國民이 “憲法訴願을 請求할 權利”는 재판청구권에서 파생하지 않는다.<sup>30)</sup> 憲法訴願請求權이란 재판청구권에서 당연히 도출되는 것이 아니라 헌법소원제도를 규정하는 별도의 憲法的 決定에 의하여만 인정될 수 있는 것이다. 한국헌법에 헌법소원제도가 도입되기 이전의 법적 상태에서는 그 누구도 재판청구권을 근거로 하여 헌법소원을 청구할 수 없었던 것도 이 때문이다. 만일 재판청구권이 헌법소원을 청구할 수 있는 권리를 당연히 포함하는 것이라면, 헌법이 헌법소원심판제도를 도입하는가와 관계없이 국민은 재판청구권을 근거로 국가로부터 헌법소원제도를 도입할 것을 요청할 수 있고 이에 따라 헌법소원을 제기할 수 있어야만 한다. 그러나 헌법이 스스로 헌법소원제도를 규정해야만 국민이 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다는 사실은 아무도 부정할 수 없는 것이다.

따라서 국민이 헌법소원을 청구할 수 있는 권리는 재판청구권에서 파생하는 것이 아니라, 헌법소원을 규정하는 별도의 헌법규정에 의하여 비로소 부여되는 것이다. 헌법은 제111조 제1항 제5호에서 “法律이 정하는 憲法訴願에 관한 심판”이라고 규정함으로써 헌법소원심판제도를 헌법재판소의 권한으로서 부여하였고, 이로써 동시에 헌법소원제도가 헌법적 보장의 형태를 얻게 되었다. 헌법소원심판제도가 헌법재판소의 권한을 규정한 관할규범인 헌법 제111조 제1항에 그 헌법적 근거를 두고 있듯이, 헌법소원을 제기할 수 있는 권리도 또한 헌법재판소의 권한을 규정한 헌법규범에 근거할

29) 따라서 裁判訴願을 排除하는 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법상의 裁判請求權을 침해하지 않는다, 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 857-858

30) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 19. Aufl., Rn.340; Löwer, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.2, 1987, Rn.140 f.; E. Klein, Die Zukunft der Verfassungsbeschwerde, in: Piazolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.237

뿐이다. 물론 헌법이 헌법재판소의 관할로서 憲法訴願制度를 도입함으로써 이에 대응하는 헌법소원을 청구할 수 있는 主觀的 權利가 어떠한 형태로든 존재한다는 것은 자명한 일이나, 이러한 주관적 권리가 곧 기본권을 의미하는 것은 아니다. 국가기관의 권한규정으로부터 국민의 기본권이 나올 수는 없는 것이다. 따라서 헌법소원청구권은 기본권적 권리가 아니라 단지 헌법적으로 보장된 憲法訴願制度 內에서의 權利로서 입법자의 구체적인 형성의 결과인 憲法裁判所法을 통하여 비로소 現實化되는 法律上的 主觀적 權利라고 보는 것이 타당하다.

재판청구권이 이미 법원에 의한 재판절차를 통하여 기본권의 보호를 보장하고 있으므로, 憲法訴願制度는 기본권의 보호에 있어서 꼭 필요한 것이 아니라 존재한다면 보다 이상적인 하나의 剩餘分이다. 헌법재판소의 설립이나 헌법소원제도의 도입은 비록 법치국가실현의 절정이라고 말할 수는 있으나 법치국가의 본질적 요소는 아니다.<sup>31)</sup> 국가는 헌법재판제도를 선택함에 있어서 소위 일반법원형과 독립기관형 중에서 법원으로 하여금 헌법재판을 담당하게 하는 전자의 유형을 선택할 수 있으며, 이러한 형태로도 또한 기본권 보호의 영역에 있어서 재판청구권이 보장된다는 것은 두말할 필요가 없다. 그러므로 剩餘的인 것, 즉 꼭 필요하지 않은 것의 보장은 基本權的인 保障이 아니라 국가의 결정에 의하여 부여할 수도 또는 부여하지 않을 수도 있는 권리, 즉 法律上的 權利이다. 基本權의 本質은 인간의 존엄성을 실현하기 위하여 꼭 필요한 것의 보장에 있으며, 기본권을 절차적으로 관철하기 위하여 꼭 필요한 것은 이미 裁判請求權이 보장하고 있다.

---

31) Vgl. Clemens, Das Bundesverfassungsgericht im Rechts- und Verfassungsstaat, in: Piazzolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.13 f.

뿐만 아니라, 헌법소원제도는 헌법개정권자의 결정에 따라 언제든지 다시 폐지될 수 있다는 관점에서조차도 헌법소원을 청구할 수 있는 권리는 기본권이 아니다. 만일 헌법개정권자의 결정에 따라 임의로 폐지될 수 있는 국민의 주관적 권리가 기본권이라면, 憲法改正權者의 의사에 따라 基本權의 內容과 保護範圍가 임의로 결정될 수 있다는 것을 의미한다. 다시 말하자면, 헌법개정권자는 언제든지 憲法改正을 통하여 헌법소원제도를 폐지하든지 아니면 그 내용을 변경할 수 있는데,<sup>32)</sup> 만일 헌법개정권자가 헌법소원제도의 내용을 변경하든가 아니면 아예 폐지한다면, 基本權으로서의 헌법소원 청구권의 內容은 개정된 헌법의 내용에 따라 變更되거나 消滅할 수 밖에 없다. 그러나 基本權의 本質은 헌법개정의 내용과 관계없이 일정한 내용과 보호범위를 보유하고 있다는 것이므로, 매번 헌법개정권자의 의사에 따라 그 내용이 수시로 변화하는 주관적 공권은 기본권이라고 할 수 없다.<sup>33)</sup> 결국, 국민이 憲法上의 裁判請求權을 근거로 주장할 수 있는 헌법소원청구권이란 있을 수 없고, 단지 합헌적인 ‘法律’인 헌법재판소법 제68조이하의 규정을 근거로 헌법소원을 청구할 수 있을 뿐이다.

32) Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Kein/Ulsamer, BVerfGG, §90, Rn.7; Stern, in: BK, Art.93 Rn.409; Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn.6; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, Rn.6 f.; E. Klein, Die Zukunft der Verfassungsbeschwerde, in: Piazzolo(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.236 f.

33) 따라서 재판소원을 배제하는 헌법재판소법 제68조제1항의 위헌성 논의와 관련하여 이 규정에 의하여 基本權으로서의 헌법소원심판청구권이 침해되었다는 주장은 그의 출발점부터가 잘못된 것이다.

## 2. “法律에 의한” 裁判請求權

### 가. 裁判請求權과 節次法

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 …… 法律에 의한 裁判을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 법원이 法律에 羈束된다는 당연한 법치국가적 원칙을 확인하고, ‘법대로의 재판, 즉 節次法이 정한 절차에 따라 實體法이 정한 내용대로 재판을 받을 권리’<sup>34)</sup>를 보장하고 있다. 이로써 “法律에 의한” 裁判請求權은 원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 現行訴訟法의 범주 안에서 권리구제절차를 보장한다는 것을 밝히고 있다. 재판청구권의 실현이 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 立法者에 의한 재판청구권의 具體的 形成은 불가피하며, 따라서 당사자능력, 소송능력, 변호사강제, 제소기간, 인지첨부 등의 소송법적 규정에 의하여 침해될 수 있는 자연법적 권리는 존재하지 않는다. 그러므로 입법자는 청구기간이나 제소기간과 같은 일정한 기간의 준수, 소송대리, 변호사 강제제도, 소송수수료규정 등을 통하여 원칙적으로 訴訟法에 규정된 형식적 요건을 충족시켜야 비로소 법원에 제소할 수 있도록, 소송의 주체, 방식, 절차, 시기, 비용등에 관하여 규율할 수 있다.<sup>35)</sup>

### 나. 立法形成權의 限界로서의 效率的인 權利保護

그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 立法者의 形成權에 맡기지 않는다. 입법자가 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공

34) 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8; 1993. 7. 29. 90헌바35; 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343

35) Vgl. Heyde, 주2, Rn.49

할 뿐 權利救濟의 實效성이 보장되지 않는다면 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미할 수 있다. 그러므로 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 開設될 것을 요청할뿐 아니라 그를 넘어서 訴訟節次의 形成에 있어서 實效性있는 權利保護를 제공하기 위하여 그에 필요한 節次的 要件을 갖출 것을 요청한다. 즉 권리구제절차의 개설은 권리보호를 구하는 자에게 실제로 보호를 제공할 수 있어야 비로소 그 의미가 있으므로, ‘效率的인 權利保護의 要請’은 권리구제절차를 입법자가 구체적으로 형성함에 있어서 중요한 基準이자 동시에 입법형성권의 限界를 의미하며, 또한 재판청구권에 內在된 本質的인 要素로서 그의 存在意味이자 憲法的 目的이다.<sup>36)</sup> 비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도, 절차적 규정들에 의하여 法院에의 接近이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면, 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로, 바로 여기에 立法形成權의 限界가 있다.

국가는 訴訟法의 制定과 適用에 있어서 합리적인 이유로 정당화되지 않는 한, 국민이 법원절차에 접근하는 것을 방해하는 不當한 節次法的 障礙要素를 형성해서는 안된다. 그러므로 사법기능의 보장이나 법적 안정성 등 정당한 공익에 의하여 정당화됨이 없이 국민의 제소권을 부당하게 제한하는 訴訟法上의 規定은 재판청구권에 대한 침해를 의미하며, 마찬가지로 법원이나 행정청이 재판청구권의 헌법적 의미를 전혀 고려하지 않거나 또는 제대로 파악하지 못하여 節次法的 解釋과 適用을 통하여 정당한 사유없이 權利救濟 節次에의 接近을 어렵게 한다면, 이 또한 재판청구권에 대한 위반

36) Vgl. Lorenz, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105(1980), S.633 ff.; Krebs, 주2, Rn.62; Papier, 주1, Rn.15; Hill, 주14, Rn.29

이다.<sup>37)</sup>

효율적인 권리보호의 요청을 헌법재판소의 판례를 통하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 행정청의 결정에 불복하여 법원에 권리구제를 구할 수 있는 길이 열려져 있는 한, 재판청구권은 법원절차에 우선하여 行政廳이 결정하는 事前節次를 두는 것을 금지하지도 요청하지도 않는다. 재판청구권에 내재된 ‘效率的인 權利保護’의 요청은 행정절차의 구체적인 형성에도 영향을 미치는데, 行政審判節次가 법원의 권리구제절차에의 접근을 불가능하게 하거나 또는 국민에게 요구할 수 없을 정도로 제소가능성을 막고 있다면, 이는 재판청구권을 침해하는 것이다.<sup>38)</sup> 따라서 行政審判法上的의 청구기간에 관한 규정은 재판청구권을 심사기준으로 하여 판단해야 한다.<sup>39)</sup>

(2) 입법자가 訴訟手數料를 규정하는 경우, 권리보호가 경제적 능력의 여부에 달려있을 정도로 무자력자의 권리구제를 막는 효과를 가져와서는 안된다. 따라서 국민이 법원에 제소하는 것을 불가능하게 할 정도로 소송비용이 너무 높게 책정되어 있다면, 이는 효율적인 권리보호를 요청하는 재판청구권에 위반된다.<sup>40)</sup>

---

37) Vgl. Heyde, 주2, Rn.49

38) Vgl. BVerfGE 60, 82, 110; Krebs, 주2, Rn.66; Pieroth/Schlink, 주21, Rn.1095,

39) 헌법재판소는 行政審判請求期間과 관련하여 행정심판법상의 일반규정과 달리 표준지공시지가에 대한 이의신청기간을 ‘공시일로부터 60일 이내’라고 규정하여 행정심판청구기간을 제한하는 지가공시법 제8조 제1항에 대하여, ‘표준지공시지가가 가지는 특성상 이를 조속히 그리고 이해관계인 모두에 대해서 일률적으로 확정할 합리적인 필요에 기인하는 것으로서, 이는 裁判請求權을 침해하는 조항이라 할 수 없다’고 판시하였다(헌재 1996. 10. 4. 95헌바11).

40) 소송수수료 규정이 재판청구권을 침해하는가의 문제는 특히 印紙制度와 관련하여 문제되는데, 헌법재판소는 항소장에는 1심소장 인지액의 배액의 인지를, 상고장에는 1심소장 인지액의 3배액의 인지를 붙여야 한다고 규정하고 있는 民事訴訟등印紙法 제3조가 제력이 부족한

(3) 辯護士 強制主義가 헌법적으로 허용되는가의 문제는 변호사에 의한 당사자 권리보호의 필요성, 원활한 사법기능 등의 법익과 변호사 강제주의로 인하여 발생하는 증가된 소송위험부담의 측면을 서로 비교형량하여 판단하여야 한다.<sup>41)</sup> 자력이 없는 당사자의 경우에 재판청구권이 국선변호인을 선임해야 할 국가의 의무를 포함하고 있는가에 관해서는 논란의 여지가 있으나, 적어도 변호사강제가 도입된 절차에서는 국선변호인의 선임이 헌법적으로 요청된다고 하겠다.<sup>42)</sup>

(4) 입법자는 원칙적으로 期限規定에 의하여 재판청구권을 제한할 수 있지만, 합리적인 이유에 의하여 정당화됨이 없이 提訴期間을 너무 짧게 확정한다든지 또는 제소기간에 관한 규정을 不明確

---

당사자의 재판청구권을 침해한다는 주장으로 제기된 사건에서 ‘訴訟救助制度가 마련되어 있는 현행 민사소송제도 하에서, 이를 資力이 不足한 當事者에 대하여 訴訟의 機會를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단하는 규정이라고 볼 수 없으므로, 그들의 裁判請求權이 침해되거나 不合理한 差別을 받고 있다고 할 수 없다’고 이 사건조항을 합헌으로 선언하였다(헌재 1994. 2. 24. 93헌바10). 같은 이유로, 헌법재판소는 소장에 미리 一定額의 印紙를 붙이도록 규정하는 民事訴訟등印紙法 제1조(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 또한 같은 취지의 결정으로는 헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등) 및 경매절차에서 항고권을 남용함으로써 강제집행절차를 고의적으로 지연시키는 폐단을 시정하기 위하여 경락대금의 10분의 1에 해당하는 금액을 抗告保證金으로 供託하도록 규정한 민사소송법 제642조 제4항(헌재 1996. 4. 25. 92헌바30)에 대하여 합헌결정을 하였다. 한편, 금융기관의 연체대출금에 관한 경매절차의 경락허가절차에 대하여 항고를 하고자 하는 자는 담보로서 경락대금의 10분의 5에 해당하는 금액을 공탁해야 한다고 규정한 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 5조의2는 ‘擔保供託金의 비율이 과중하여 자력이 없는 항고권자에게 과다한 경제적 부담을 지게함으로써 부당하게 재판청구권을 제한하는 내용이므로 제27조 제1항 및 제37조 제2항에 위반된다’고 판시하였다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48).

41) 헌법재판소는 헌법소원청구와 심판수행에 있어서 변호사강제주의를 취하고 있는 憲法裁判所法 제25조 제3항에 대하여, 위 규정이 일반 국민이 스스로 헌법소원심판청구를 못하고 반드시 변호사를 통해서만 헌법소원을 제기할 수 있게 함으로써 국민의 재판청구권을 부당하게 제한한다는 청구인의 주장으로 제기된 헌법소원심판사건에서, 변호사강제주의가 실현하려는 공익상의 법익(소송의 질적 향상, 사법의 원활한 운영, 재판심리의 부담경감 등)과 국민의 재판청구권을 비교형량하여 공익에 우위를 부여함으로써 합헌결정을 하였다(헌재 1990. 9. 3. 89헌마120 등).

42) Vgl. Schwab/Gottwald, 주4, S.40





에서의 권리보호가 사실상 무의미하게 되는 경우를 대하여, 재판청구권은 ‘효율적인 권리보호’의 관점에서 가처분제도의 개설을 요청한다.<sup>46)</sup>

#### 다. 實體法規定에 의한 裁判請求權의 侵害?

위에서 살펴본 바와 같이, 재판청구권은 권리보호절차의 開設과 개설된 절차에의 接近의 效率性에 관한 節次法的 要請이므로 재판청구권은 節次法에 의하여 구체적으로 형성되고 실현된다. 裁判請求權의 形成은 또한 동시에 制限을 의미하기 때문에, 재판청구권을 구체화하는 節次法은 또한 그를 제한하는 법률이다. 따라서 재판청구권이 보장하려는 헌법적 내용이 節次法的 性格을 가지기 때문에, 재판청구권은 그 본질상 實體法的 規定에 의하여 침해될 수 없다.

헌법재판소는 ‘일정한 요건이 갖추어지면 재범의 개연성과는 관계없이 반드시 보호감호를 선고해야 할 의무를 법관에게 부과하는 구 社會保護法 제5조 제1항의 必要的 保護監護規定은 법관의 판단 재량을 박탈하여 법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다’고 판시함으로써,<sup>47)</sup> 입법자가 정당한 이유없이 법관의 양형, 판단재량권을 박탈하거나 제한하는 경우에는 재판청구권이 침해될 수 있다는 견해를 밝혔다. 그러나 이러한 견해에 의한다면, 裁判請求權은 국가에 대한 國民의 基本權이라기 보다는 오히려 법원의 사법기능을 입법자로부터 보호하려는 국가기관 사이의 權力分立的 機能을 가지는데, 재판청구권에 대한 이러한 이해는 타당할 수 없다.

社會保護法 規定은 국민의 신체의 자유를 제한하는 實體法的 規定으로서, 법원절차의 개설이나 절차의 구체적 형성을 통하여 국민

46) BVerfGE 35, 263, 274; 35, 382, 401 f.; Schenke, 주45, Rn.412 ff.

47) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 85

이 재판을 청구할 권리를 제한하는 규정이 아니므로, 국민에게 효율적인 법원절차를 보장하려는 裁判請求權을 침해할 수 없다. 입법자는 재범을 형사법적으로 규율함에 있어서 그의 입법형성권을 근거로 하여, 일정 요건을 갖춘 재범의 경우에는 반드시 장기간 사회로부터 격리시켜야 한다는 立法政策的 決定을 사회보호법규정을 통하여 내렸고 이로써 재범규정을 법적용기관의 재량을 배제하는 필요적 규정으로 형성함으로써 법원에 의한 재량의 행사를 배제하려고 하였다. 이러한 필요적 규정은 국민의 基本權인 신체의 자유를 과도하게 침해할 수 있다는 관점에서 그 위헌성이 문제될 수는 있다고 하더라도, 입법자가 헌법상의 權力分立秩序에 따라 헌법이 부여한 입법권을 정당하게 행사한 결과로서 法院과의 關係, 특히 법관의 양형결정권의 관점에서는 아무런 헌법적 하자가 없는 것이다.<sup>48)</sup> 헌법 제103조(“헌법과 법률에 의하여”)가 규정하는 바와 같이, 법원의 양형판단재량권은 바로 입법자의 입법정책적 결정의 결과인 법률의 범위안에서만 존재하는 것이기 때문이다.

그런데 만일 헌법재판소의 위 견해에 의한다면, ‘法律에 의한 裁判’이 아니라 ‘法院의 양형판단권에 따른 法律’이라는, 즉 법관이 법률에 따라 재판하는 것이 아니라 입법자가 법관의 절대적인 양형판단권의 범위내에서 입법을 해야 한다는 결과를 가져온다. 법관이 법률의 기속을 받아 법률에 따라 재판한다는 것은 法治國家의 본질적인 요소인데, 거꾸로 법관의 양형판단가능성의 여부가 법률의 위헌성을 판단하는 기준이 될 수는 없는 것이다.<sup>49)</sup>

48) 같은 취지로 헌재 1997. 8. 21. 93헌바60, 판례집 9-2, 200, 210

49) 마찬가지로 이유로, 형법조항이 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 법관이 집행유예를 선고할 수 없을 정도로 법정형의 하한을 높게 정했다 하여, 그것이 법관의 양형결정권이나 법관독립의 원칙에 위배된다고 할 수 없고 나아가 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 할 수 없다는 것은 당연하다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40 참조)

### 3. 재판청구권을 제한하는 節次法規定에 대한 違憲審査基準

가. 재판청구권이 적어도 한번의 재판을 받을 권리를 보장한다는 점에서, ‘司法節次的 制度的 保障’이란 표현은 司法節次的 開設에 관한 한 그 타당성을 지닌다. 따라서 심급제도나 상소가능성을 제한한 것의 위헌성이 문제되는 경우에는 특히 광범위한 입법형성권이 인정되며, 이로써 ‘법적 분쟁시 독립된 법원에 의하여 사실관계와 법률관계에 관하여 적어도 한번 심사를 받을 수 있는가’하는 기준에 의하여 판단된다. 그러나 재판청구권이 사법절차의 개설을 넘어서 효율적인 권리보호를 보장하므로, 입법자에 의하여 구체적으로 형성된 절차법적 규정(예컨대 기간규정, 수수료규정 등)이 效率的인 權利保護의 要請에 附合하는가 하는 것은, 상충하는 법익(개인의 재판청구권과 다른 법익)을 서로 비교형량하여 적정한 균형과 조화를 이룰 것을 요청하는 比例의 原則에 의하여 판단된다.

나. 재판청구권은 본질적으로 실체적 기본권의 실현에 기여한다는 節次的 手段으로서의 성격에도 불구하고 궁극적으로 관철하려는 실체적 기본권과의 관계로부터 獨立된 憲法的 地位를 얻게 되었다. 재판청구권이 헌법적으로 규범적 독립성을 얻고 이로써 獨自的인 基本權으로서 보장됨에 따라, 재판청구권은 그 자체로서 실현되고 관철될 것을 요청한다. 즉 ‘단지 이론적으로만 보장되었으나 결과적으로는 실효성없는 권리보호는 사실상 권리보호가 아니다’라는 명제하에서, 裁判請求權의 保障과 貫徹은 그 자체로서 目的이

된다. 이로써 재판청구권으로부터 그에 내재된 본질적 요소로서 ‘효율적인 권리보호’의 요청이 나온다.

결과적으로 재판청구권이 헌법적으로 독자적인 규범에 의하여 보장됨으로써 헌법 제27조의 재판청구권은 궁극적으로 관철·실현하려는 實體的 基本權과 分離되어 그에 대한 내적인 연관성이 단절되는 결과를 가져 왔다.<sup>50)</sup> 재판청구권에 내재한 ‘효율적인 권리보호’의 요청은 ‘절차법적 규정은 재판청구권이 효율적으로 실현되도록 형성되어야 한다’는 요청을 의미할 뿐, ‘무엇이 효율적인 권리보호인가’에 관한 效率性的의 內容과 意味에 관하여는 아무런 내용적 지침을 제공할 수 없다. 재판청구권 스스로가 실제적 기본권을 관철하려는 절차적 기본권으로서 내용적 기준을 결여하고 있기 때문에, 재판청구권에 내재한 효율적인 권리보호의 요청으로부터 소송비용, 기간규정 등 절차법규정의 형성에 관한 구체적인 지침이나 기준을 얻는 것은 불가능하다.

다. 결국 ‘절차법적 규정이 재판청구권에 위반되는가’ 하는 판단은 ‘제소를 곤란하게 하는 절차법규정이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는가’의 여부에 달려있는데, 이러한 판단기준은 사실상 恣意禁止原則의 의미에서 합리적인 행위를 해야 할 국가의무의 구체적인 표현에 지나지 아니한다. 자유권의 침해가 문제되는 경우 적용되는 심사기준인 比例의 原則을 사용하여 절차법규정의 위헌성을 판단하더라도, 재판청구권은 특정 생활영역의 보호를 직접 그 대상으로 하는 실제적 기본권과는 본질적으로 다른 보장내용(제소권)을 가지고 있기 때문에, 법익형량을 하기 위하여 필요한 실제적 근거

---

50) Vgl. Lorenz, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105(1980), S.630 f.

를 제공하지 아니한다. 비례의 원칙을 적용하여 ‘제소권을 지나치게 제한하고 있는가’를 판단하는 과정에서 ‘제소권’과 제소권의 제한을 통하여 실현하려는 공익 등 ‘다른 법익’을 비교형량해야 하는데, 재판청구권이 절차적 기본권으로서 실제적인 보호내용을 지니고 있지 않기 때문에 ‘제소권의 제한이 기본권주체에게 어느 정도 중대한 효과를 가져오는가’를 판단할 수 있는 아무런 실제적 근거가 없으며, 이로써 비례원칙에 의한 심사는 ‘목적의 정당성’ 및 ‘수단의 적합성’에 관한 심사에 제한되는 最小限의 合理性審査나 비례원칙의 形式的인 適用에 그칠 수밖에 없다. 바로 여기에 제소권에 대한 합리적인 제한과 비합리적인 위헌적 규정을 구분함에 있어서 현저하게 불합리한 절차법규정이 아닌 한, 재판청구권에 대한 위헌이 부정될 수밖에 없는 이유가 있고, 결과적으로 다른 기본권과 비교할 때 보다 廣範圍한 立法形成權이 인정되는 이유가 있다.

#### IV. 效率的인 權利保護와 司法節次上的의 基本權

헌법이 재판청구권을 규정한 궁극적 목적은 效率的인 權利保護를 보장하고자 하는 것이므로, 재판청구권은 재판절차에의 接近 및 그 접근의 효율성을 보장할 뿐이 아니라 그를 넘어 法院節次에서의 效率的인 權利保護를 보장하기 위한 일련의 개별적 요청을 포함한다. 즉 재판청구권은 裁判節次에의 接近을 통한 권리보호(국민에게 법원절차가 열려있는가의 문제) 및 계속중인 法院節次에서의 권리보호(사법절차가 효율적인 권리보호를 제공하기 위하여 어떻게 형성되어야 하는가의 司法節次的 形成에 관한 문제)를 포함한다.

다.<sup>51)</sup> 이에 따라 裁判請求權은 效率的인 權利保護의 관점에서, 법원에의 接近을 법적이나 사실적으로 불가능하게 하거나 아니면 현저하게 곤란하게 하는 것을 금지하는 것 외에도 신속한 재판을 받을 권리, 청문청구권, 공정한 재판을 받을 권리와 같은 裁判節次上의 基本權을 포함한다.

## 1. 迅速한 裁判을 받을 權利

가. 效率的인 權利保護를 위해서는 適正한 期間 內에 권리구제절차가 제공되어야 한다.<sup>52)</sup> 따라서 헌법은 제27조 제3항에서 “모든 국민은 迅速한 裁判을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 지나치게 긴 소송기간은 당사자가 승소하더라도 그 판결을 쓸모없는 것으로 하든지 아니면 그 가치를 크게 감소시키므로, 효율적인 권리보호의 큰 장애적 요소는 바로 長期間의 訴訟節次이다. 올바른 결정, 즉 판결의 實體的 妥當性의 중요성에도 불구하고 迅速한 節次만이 진정한 의미의 권리보호를 제공한다고 할 수 있다.<sup>53)</sup> 또한 장기간의 소송은 일반적으로 사회적·경제적 弱者에게 부담을 줌으로써 소송을 통하여 권리구제를 받을 均等한 機會의 보장을 저해한다. 긴 소송기간으로 말미암아 당사자와 증인의 기억이 흐려지

51) Vgl. Mauder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und Fachgerichte, 1986, S.16; Papier, 주1, Rn.4; Pieroth/Schlink, 주21, Rn.116f

52) 憲法裁判所는 사건의 성격상 증거수사등에 많은 시간이 소요되지 않는 사건들에게까지 구속기간을 최장 50일까지 연장할 수 있도록 규정한 國家保安法 제19조(파도한 구속기간연장)에 대하여 신속한 재판을 받을 권리를 침해하므로 위헌이라고 결정하였고(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82), 검사를 거쳐서 원심소송기록을 항소법원에 송부하도록 규정한 刑事訴訟法 제361조(소송기록의 검사경유송부)에 대하여는 송부지연으로 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌적 규정이라고 판단하였다(헌재 1995. 11. 30. 92헌마44).

53) Vgl. Hill, 주14, Rn.30; Schmidt-Aßmann, 주19, Rn.5; Schwab/Gottwald, 주4, S.57; Benda/Weber, 주2, S.15

고 결국 중요한 사실관계의 해명이 불가능해 진다면, 장기간의 소송은 경우에 따라서는 ‘판결의 실제적 타당성’마저도 실현할 수 없게 된다. 이와 같은 이유로 효율적인 권리구제는 적정한 기간내에 법원의 결정을 구할 수 있는 가능성을 그 전제로 하므로, 과도하게 장기간의 법원절차는 재판청구권에 대한 위반을 의미한다. 訴訟期間의 適正性은 구체적인 사건마다 특수한 상황을 고려하여 결정해야 할 문제이다.<sup>54)</sup>

입법자는 당사자나 법원에 의한 절차지연에 대하여 失機한 공격·방어방법의 각하규정 이나 변론의 집중심리절차 등 訴訟促進에 기여하는 장치를 도입하거나 또는 적시의 권리보호를 보장하기 위하여 구제절차의 심급을 축소할 수 있다.<sup>55)</sup> 물론 소송촉진에 기여하는 수단은 청문청구권을 과도하게 박탈함으로써 당사자에게 권리보호를 다시 제한하는 효과를 가져 와서는 안된다. 한편, 소송촉진규정들이 법원에 의하여 제대로 적용되지 않을 뿐이 아니라, 소송지연과 바람직한 소송진행의 구분이 명확하지 않아서 신속한 재판을 받을 권리에 대한 침해는 예외적인 경우에 한하여 인정될 수 있다는 점에 비추어, 헌법 제27조 제3항의 요청은 사실상, 迅速한 재판절차에 대한 법원의 책임을 항상 의식하라는 法院에 대한 呼訴라고 할 수 있다.<sup>56)</sup>

나. 법원의 권리보호절차는 適正한 期間 內에 법적 분쟁의 원인이 된 권리침해를 효율적으로 제거할 수 있는 羈束力있는 決定으로 終結되어야 한다. 즉 신속한 재판의 관점에서 적정한 기간내에

54) BVerfGE 55, 349, 369

55) Vgl. Papier, 주1, Rn.20

56) Vgl. Schwab/Gottwald, 주4, S.60



既判力과 執行力을 갖춘 법관의 결정을 얻을 수 있는 가능성이 권리보호를 구하는 국민에게 보장되어야 한다. 법원의 결정이 기판력을 얻을 때에만 실제로 효율적인 권리구제가 가능하므로,<sup>57)</sup> 입법자는 법원의 권리구제절차가 적정한 기간내에 종결되고 그 기판력이 원칙적으로 유지될 수 있도록 규율해야 한다. 이는 법치국가원칙의 한 본질적 요소인 法的 安定性의 헌법적 요청이다. 물론 헌법차원에서 既判力의 限界에 관하여 자세한 것이 이미 정해진 것은 아니고, 이 또한 입법자의 광범위한 형성의 자유에 속하는 것이다.<sup>58)</sup> 그러므로 입법자는 再審規定을 통하여 예외적으로 법적 안정성의 관점보다 실질적 정의의 관점에 우위를 부여할 수도 있다. 물론 이 경우에도 기판력있는 판결을 사후적으로 제거하는 가능성은 절대적인 예외로 머물러야 한다. 개별적인 경우 법원의 결정이 위법하거나 부당하더라도, 이러한 법원의 판결은 효율적인 권리구제 및 법적 안정성의 관점에서 수인되어야 하고 따라서 원칙적으로 기판력이 유지되어야 한다.<sup>59)</sup>

## 2. 聽聞請求權

가. 헌법은 청문청구권을 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 청문청구권은 法治國家原則과 人間の 尊嚴性에 그 헌법적 근거를 두고 있는, 法院節次에서의 근본적인 基本權이다.<sup>60)</sup> 소송당사자가 국

57) Vgl. Papier, 주1, Rn.18

58) 헌법재판소는 '再審을 청구할 권리가 헌법 제27조에서 규정한 재판받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없고, 어떤 사유를 再審事由로 정하여 제심이나 준제심을 허용할 것인가는 입법자가 확정된 판결이나 화해조서에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담등을 고려하여 결정하여야 할 立法政策의 문제이다'라고 판시하였다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27).

59) Papier, 주1, Rn.18

가공권력의 단순한 대상이 아니라 소송의 주체로서 자신의 권리와 관계되는 결정에 앞서서 자신의 견해를 진술함으로써 소송절차와 그 결과에 대하여 영향을 미칠 수 있어야, 비로소 人間の 尊嚴性이 보장된다고 하겠다. 따라서 청문청구권은 법원에 의한 권리보호에 있어서 법치국가적 사고의 필연적인 산물로서 인간의 존엄성의 실현에 있어서 중요한 의미를 갖는다.<sup>61)</sup> 청문청구권은 立法者에 대해서는 청문청구권의 효율적인 행사를 가능하게 하는 입법적 형성을 요청하며, 法院에 대해서는 소송법규정의 해석규범이며 예외적으로 소송법규정이 결여된 경우에는 청문의무의 직접적 근거규정으로서 작용한다.<sup>62)</sup> 한편, 청문청구권은 公正한 裁判節次가 가능하기 위한 불가결한 요소이다.<sup>63)</sup> 청문청구권이 보장되어야만, 객관적이고 공정한 재판절차와 소송당사자간의 무기 및 절차적 지위의 대등성이 실현될 수 있다. 청문청구권은 그 자체가 목적이 아니라, 객관적이고 공정한 절차를 통하여 타당하고도 공정한 결과에 이르게 하려는 目的을 위한 중요한 手段이다. 決定節次의 妥當性이 또한 決定

60) Vgl. Knemeyer, Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §155, Rn.16, 독일의 기본법은 제103조 제1항에서 명시적으로 법적 청문권을 규정하고 있다. 독일에서도 청문청구권은 기본법에서 처음으로 헌법적인 보장의 형태를 갖추었는데, 이를 굳이 헌법에 명문으로 수용한 것은 나치정권 당시 소송법상의 청문원칙이 완전히 변질되고 사실상 폐지되었던 부정적인 경향이 바탕이 되었다고 볼 수 있다. 연방헌법재판소도 그의 결정(BVerfGE 9, 89, 95)에서 '소송법상의 청문규정이 입법자에 의하여 임의로 변경, 폐지되는 것을 불가능하게 하고 공정한 사법에 대한 신뢰를 다시 회복하기 위하여 절차적 기본권으로서의 청문청구권을 헌법에 수용하였다'고 그 배경을 설명하고 있다.

61) BVerfGE 9, 95

62) Kunig, Art. 103, in: Münch, GG, Rn.8; Knemeyer, 주60, Rn.4, 재판절차상의 기본권으로서의 聽聞請求權은 법원절차에서 가장 침해당할 가능성이 많기 때문에, 재판에 대한 헌법소원이 배제된 韓國의 憲法訴訟制度에서의 청문청구권의 의미는 반감될 수밖에 없다. 재판소원을 인정하는 독일의 경우, 청문청구권은 청구인이 재판소원을 제기함에 있어서 가장 빈번하게 침해되었다고 주장하는 기본권이며, 또한 그 인용율도 헌법소원 중에서 가장 높다(Arens, 주16, S.87 f.).

63) Vgl. Kunig, 주62, Rn.3; Richter/Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, 1991, S.560; BVerfGE 52, 131; Heyde, 주2, S.1607

內容의 妥當性을 확보해 준다는 대표적인 예가 바로 司法節次이다.<sup>64)</sup>

나. 비록 헌법이 청문청구권을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 청문청구권은 제27조 제1항의 “재판을 받을 권리”에 의하여 함께 보장되는 것으로 해석해야 한다. 청문청구권은 法院節次에의 接近에 관한 것이 아니라 이미 구제절차가 개설되었다는 것을 전제로 하여 계속중인 법원절차에서의 節次的 形成에 관한 것이다. 그런데 재판청구권은 구제절차에의 접근뿐이 아니라 적정한 기간 내의 效率的인 權利救濟를 요청함으로써 법원절차의 형성에 관하여도 일정한 기준을 제시하고 있기 때문에, 그 내용에 있어서 청문청구권과 같은 절차적 기본권을 포함하고 있다. 그러므로 헌법이 재판청구권 외에 별도로 청문청구권을 규정한다면, 두 절차적 기본권 사이에 보호범위가 중복되므로, 헌법에 청문청구권을 별도로 규정하는 것은 불필요하고, 청문청구권의 중요성을 강조하는 의미 이외에는 별다른 의미가 없다고 생각된다.<sup>65)</sup>

따라서 재판청구권 스스로가 재판절차의 형성에 관한 구체적인 요청을 담고 있으므로, 聽聞請求權을 헌법 제27조 제1항에서 분리하여 인간의 존엄성이나 법치국가원칙으로부터 헌법해석을 통하여 ‘헌법에 명시되지 아니한 기본권’으로서 유출할 것<sup>66)</sup>이 아니라, 헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’를 效率的인 權利保護의 관점에서 포괄적으로 이해하여 법원에의 제소권뿐이 아니라 청문청구권과 같이 효율적인 권리보호를 위하여 불가결한 司法節次上의

64) 절차의 타당성과 그 결과의 타당성의 상관관계에 대하여 vgl. Arnim, Staatslehre der BRD, 1984, S.192 ff.

65) 獨逸의 基本法과 같이, 재판청구권(Art. 19 IV GG)과 청문청구권(Art. 103 I GG)을 구분하여 따로 규정하는 경우, 재판청구권에 내재한 ‘효율적인 권리보호’의 요청으로 말미암아 두 기본권 사이의 보호범위가 중복되는 것은 피할 수 없다.

66) 이러한 견해로는 장석조, 주14, 512면

權利도 포함하는 것으로 해석하는 것이 보다 타당하다고 생각된다.<sup>67)</sup> 더욱이 헌법 제27조가 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 하여 법원절차에서의 또 다른 기본권을 규정하고 있다는 것도, 재판청구권이 ‘법원절차에의 접근’이라는 좁은 의미의 재판청구권을 넘어서 ‘일단 구제절차가 제공된 이상, 그 절차는 효율적인 권리보호를 제공하는 공정하고 신속한 절차여야 한다’는 포괄적인 의미로 이해되어야 한다는 견해를 뒷받침하고 있다고 생각된다.

다. 청문청구권은 ‘法院에서의’ 법적 청문<sup>68)</sup>을 보장하는 권리로서, 법적 분쟁의 당사자가 法院의 決定 以前에 판단근거가 된 사실관계와 법률관계에 관하여 陳述할 機會를 갖을 권리를 그 내용으로 한다. 당사자가 소송절차에서 의미있는 진술을 하기 위해서는, 그에 필요한 정보를 얻을 수 있어야 하고, 법원이 당사자가 진술한 내용을 그의 결정에 있어서 고려해야 한다. 소송수행에 필요한 충분한 情報를 얻지 못한 상태에서는 의미있는 진술이 불가능하고, 한편으로는 법원이 당사자가 진술한 내용을 그의 판단에 있어서 考慮해야 할 의무가 없다면 당사자에게 진술의 기회를 부여하는 것은 무의미하다. 따라서 청문청구권은 진술권이 효율적으로 행사

67) 헌법재판소도 ‘헌법 제27조가 보장하는 공정한 재판을 받을 권리에는 형사피고인의 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함된다’고 판시함으로써(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1; 1996. 1. 25. 95헌가5), 헌법 제27조 제1항의 裁判請求權이 사법절차에의 접근뿐이 아니라 공정한 재판을 받을 권리, 즉 司法節次上的 基本權을 포함하는 包括的인 權利임을 밝히고 있고, 헌재 1997. 8. 21. 94헌바2 결정의 소수의견에서는 ‘재판청구권은 그 보호 영역에 따라 司法節次에의 接近을 위한 기본권과 법적 청문권과 같은 司法節次上的 基本權으로 나눌 수 있다’고 하여 재판청구권의 내용을 요약하여 서술하였다.

68) 재판청구권은 법원절차에만 적용되기 때문에, 행정절차나 수사단계에서의 청문청구권은 범치국가원칙과 인간의 존엄성으로부터 파생한다, vgl. Pieroth/Schlink, 주21, Rn.1161; Knemeyer, 주60, Rn.38, 59; Kunig, 주62, Rn.5

되기 위한 이러한 사실적인 전제조건을 포함하기 때문에, 그 내용에 있어서 情報를 구할 권리, 陳述할 권리, 진술한 내용의 考慮를 요구할 권리의 3 가지 실현단계로 구성되어 있다.<sup>69)</sup> 이로써 청문청구권의 保障內容은, 소송당사자가 걱정된 조건하에서 법원의 결정에 기초된 사실관계에 관하여 충분히 진술할 기회를 얻고 법원으로 하여금 그 진술을 인식하고 법원의 결정에 있어서 고려할 것을 요구하는 권리이다.<sup>70)</sup>

(1) 진술할 권리에는 본안의 신청을 할 권리, 법적 관계와 사실관계에 관하여 적어도 書面으로 진술할 권리,<sup>71)</sup> 공격·방어할 수 있는 기회의 보장, 방어를 준비하기 위하여 변론기일의 변경을 신청할 권리 등이 속한다. 청문청구권은 당사자가 단지 진술할 기회를 갖을 권리를 의미할뿐 당사자가 실제로 진술하는 것을 보장하지는 않는다. 따라서 당사자가 진술할 기회를 활용하지 아니하고 그냥 지나쳐 버린 경우 청문청구권을 실효시키는 ‘失機한 공격방어방법의 각하’에 관한 규정은 소송촉진의 관점에서 청문청구권에 위반되지 아니한다.<sup>72)</sup> 마찬가지로, 당사자에게 진술할 기회가 부여된다면, 입법자가 민사소송에서 당사자일방이 불출석한 경우 불이익을 주는 절차를 도입하더라도 청문청구권의 관점에서 아무런 헌법적 하자가 없다.<sup>73)</sup>

69) Vgl. Kunig, 주62, Rn.9 ff.; Heyde, 주2, Rn.59; Knemeyer, 주60, Rn.25 ff.; Benda/Weber, 주2, S.16 ff.; 변종필, 형사소송과 법적 청문, 인권과 정의, 1997/1, 99면 이하; 장석조, 주14, 535면 이하

70) Vgl. Kopp, Das rechtliche Gehör in der Rspr. des BVerfG, AöR 1981, S.619

71) 청문청구권은 꼭 구두변론을 통하여 진술할 권리를 보장하지 않는다.

72) Vgl. Schwab/Gottwald, 주4, S.55; Kunig, 주62, Rn.9

73) Vgl. Schwab/Gottwald, 주4, S.56

(2) 당사자가 진술하기 위해서는 소송자료에 관한 정확한 情報가 필요하다. 따라서 법원에게는 소송과 관련된 모든 중요한 사실, 특히 상대방의 진술에 관하여 당사자에게 알릴 의무가 있다. 정보를 구할 권리와 관련하여 특히 문제되는 것은, 이 권리의 구체화된 형태로서 당사자의 裁判·搜查記錄 閱覽請求權이다.<sup>74)</sup> 表現의 自由가 제대로 행사되기 위해서는 알권리가 전제가 되어야 하는 것과 마찬가지로 聽聞請求權을 제대로 행사하기 위해서는 記錄閱覽權이 전제가 되어야 한다. 따라서 記錄閱覽權은 표현의 자유에 포함되는 알권리에서 파생하는 것이 아니라 청문청구권, 공정한 재판을 받을 권리, 결국 裁判請求權에서 파생한다. 알권리는 헌법적으로 표현의 자유에 그 근거를 두고 있으며 표현의 자유에 기여하는 기본권이므로, 알 권리의 보호범위는 민주국가에서의 자유로운 의사형성에 기여하는 범위로 제한되어야 한다. 이러한 이유에서 재판·수사기록열람권을 헌법상의 알 권리에 포함시키는 것은 법리적으로 문제가 있다.<sup>75)</sup>

(3) 당사자의 主張을 考慮해야 할 法院의 義務는, 법원이 당사자의 주장을 인식하고 고려했다는 것이 충분히 드러나도록 判決에 理由를 提示할 의무에서 구체적으로 표현되고 있다. 법원이 당사자가 주장한 내용을 그의 판단에 있어서 실제로 고려하는 것은 오로지 이유기재의 의무를 통해서만 보장될 수 있기 때문에, 법원의 理

74) BVerfGE 18, 399, 404f.

75) 헌법재판소는 일부 결정에서(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 1991. 5. 13. 90헌마133) 표현의 자유에 헌법적 근거를 둔 알권리의 보호범위를 확대하여 형사피고인의 형사소송기록 등 行政·司法文書에 대한 열람·등사신청도 알권리에 의하여 보호되는 것으로 파악하였다. 그러나 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60; 1994. 12. 29. 92헌마31 결정에서는 소송기록이나 수사기록에 대한 피고인의 열람신청에 있어서는 알권리보다는 裁判請求權이 보다 사안에 밀접한 기본권을 시사하였다.

由提示義務는 청문청구권을 관철하기 위한 필수적 요건이다.<sup>76)</sup> 물론 법원은 판결이유에서 당사자의 모든 주장에 대하여 자신의 견해를 밝힐 필요는 없지만, 법원이 당사자의 주장을 전혀 인식하지 못했거나 그의 판결에서 전혀 고려하지 않았다는 것이 명백하게 드러나는 경우에 한하여, 청문청구권의 침해가 인정된다.<sup>77)</sup>

### 3. 公正한 裁判을 받을 權利

가. 헌법에 ‘公正한 裁判’에 관한 명문의 규정이 없지만, 재판청구권이 국민에게 效率的인 權利保護를 제공하기 위하여는 법원에 의한 재판이 공정해야 한다는 것은 당연하므로, ‘공정한 재판을 받을 권리’는 헌법 제27조의 재판청구권에 의하여 함께 보장된다. 헌법재판소도 헌법 제27조 제1항의 내용을 ‘공정한 재판을 받을 권리’로 해석하고 있다.<sup>78)</sup>

公正한 裁判을 받을 권리는 청문청구권과 마찬가지로 그 憲法的 根據를 인간의 존엄성과 법치국가원칙에 두고 있다.<sup>79)</sup> 人間の 尊嚴性은 피고인을 형사절차의 단순한 객체로 격하시키는 것을 금지할 뿐아니라, 형사피고인이 자신의 권리를 방어하기 위하여 형사절차의 진행과정과 결과에 적극적으로 영향을 미칠 수 있도록 그에 필요한 절차적 권리의 최소한이 보장될 것을 요청한다. 이로써 적극적 권리를 갖춘 소송주체로서의 피고인의 지위는 법원과 소추기관의 행위방식뿐이 아니라 재판절차의 성격에도 큰 영향을 미친다. 형사절차의 경우 국가의 형벌권행사에 대하여 개인의 방어가능성

76) Vgl. Kopp, 주70, S.626; Knemeyer, 주60, Rn.32; Kunig, 주62, Rn.10

77) BVerfGE 54, 91

78) 현재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820

79) Vgl. Hill, 주14, Rn.35 ; BVerfGE 26, 66, 71; Heyde, 주2, Rn.61

이 상당히 제한되어 있다는 점에서 ‘公正한 裁判’을 받을 권리는, 국가기관이 형사절차에서 피고인이나 피의자의 기본권적 권리를 부당하게 침해하는 일이 없도록 공권력을 행사함에 있어서 공정하고 정당하게 행동할 것을 요구할 뿐이 아니라, 형사피고인으로 하여금 절차적 권리를 적극적으로 행사하게 함으로써 국가권력의 행사에 대하여 적절하게 방어할 수 기회를 보장한다. 따라서 실체적 진실을 밝히는 것을 피고인에게 불리하게 방해하는 형사소송법상의 규정은 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

나. 公正한 裁判을 받을 권리는 청문청구권, 변호인의 조력을 얻을 권리 등과 같은 재판절차에서의 기본권을 포함하면서, 한편으로는 이들에 의하여 구체화되는 包括的이고 一般的·補充的인 節次的 基本權이다.<sup>80)</sup> 물론 공정한 재판을 받을 권리는 형사재판에 국한되는 것은 아니지만, 일반적으로 국가 형벌권의 행사는 청문청구권의 보장만으로는 충분히 방어될 수 없기 때문에, 공정한 재판을 받을 권리는 특히 刑事訴訟에서 그 특별한 의미를 가진다. 公正한 裁判에 대한 요청은 입법자에게는 立法指針으로서, 형사소추기관이나 법원에게는 모든 당사자에게 공정한 절차가 보장될 수 있도록 절차법을 해석·적용하라는 解釋指針으로 기능한다.<sup>81)</sup> 헌법은 형사절차에 관한 일련의 규정들을 통하여 공정한 재판을 받을 권리를 스스로 구체화하고 있다. 재판절차에서의 법관의 예단이나 편견으로부터 피의자·피고인을 보호하는 무죄추정의 원칙(제27조 제4항), 누구나 자기에 불리한 진술이나 증언을 거부할 수 있는 권리(제12조 제2항), 고문등에 의한 자백의 증거능력을 제한하는 규

80) Vgl. Schwab/Gottwald, 주4, S.62; Hill, 주14, Rn.35; Heyde, 주2, Rn.62

81) BVerfGE 63, 45, 61



정(제12조 제7항), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항) 등이 그에 해당한다. 헌법재판소는 재판청구권에 ‘정당한 법치국가적 형사절차’를 구할 권리가 포함되는 것으로 이해하고, ‘公判에 出席하여 스스로 防禦할 刑事被告人의 權利’ 및 피고인의 방어권행사의 중요한 자료가 되는 記錄의 閱覽權을 공정한 재판을 받을 권리로 부터 도출하였다.<sup>82)</sup>

다. 특히 辯護人의 助力를 받을 權利(헌법 제12조 제4항)는 국가 권력의 일방적인 형벌권행사에 대항하여 자신에게 부여된 절차법상의 권리와 가능성을 효율적이고 독립적으로 행사할 수 있도록 변호인의 도움을 얻을 피고인의 권리를 보장한다. 헌법이 피의자·피고인의 권리로서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것은, 단지 형식적으로 변호인을 선임할 권리의 보장을 넘어서 ‘조력을 받을 권리’가 효율적으로 행사되기 위하여 필요한 권리 또한 보장한다는 것을 의미한다. 즉 변호인의 조력을 받을 권리는 ‘效率的인 辯護’를 받을 권리를 보장한다.<sup>83)</sup> 변호인의 조력을 받을 권리가 실

82) 헌법재판소는 공판기일전 증인신문절차에 관하여(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1), 헌법 제27조가 보장하고 있는 ‘공정한 재판을 받을 권리’ 속에는 신속하고 공개된 법정외 법원의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다고 판시하였다. 또한, 검사의 청구에 의하여 법원으로 하여금 처음부터 의무적으로 闕席裁判을 행하도록 규정한 특조법 제7조 제5항에 대하여, 중형에 해당하는 사건에 대하여 피고인의 방어권이 일절 행사될 수 없는 상태에서 재판이 진행되도록 규정한 것이므로 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 과도하게 침해한 것이라고 결정하였다(헌재 1996. 1. 25. 95헌가5). 한편, 피고인의 방어권 행사에 중요한 자료가 되는 공판조서열람권과 관련하여, ‘형사소송법 제55조 제1항이 변호인이 있는 피고인에게 변호인과는 별도로 공판조서열람권을 부여하지 않는다고 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수 없다’고 판시하였고(헌재 1994. 12. 29. 92헌바31), 검사의 수사기록 열람·등사거부행위와 관련하여 ‘검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자대등을 확보하고 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다’고 결정하였다(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 693-696).

83) 헌법재판소도 같은 취지로 ‘변호인의 조력’이란 ‘변호인의 충분한 조력’을 의미한다고 하였다. (헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 참조).

질적으로 보장되기 위하여 어떠한 권리가 함께 보장되어야 하는가의 문제는 형사절차에서 피고인의 조력자로서의 辯護人の 役割과 機能의 관점에서 판단되어야 한다. 변호인은 형사절차에서 심리적 압박, 행동의 자유의 제약 등 다양한 제한을 받고 있는 피고인을 지원하여 그로 하여금 적극적인 소송당사자로서의 역할을 가능하게 하고 자신의 권리를 주장할 수 있도록 도와주어야 한다. 이와 밀접한 관계에 있는 것으로서, 피고인을 법원, 검찰 등 형벌소추기관으로부터 독립시켜 소송주체로서의 자주성을 확보하는 것도 변호인의 과제이다. 또한 피고인에게 소송과 관련된 중요한 정보를 얻어주고 피고인에게 유리한 관점을 주장함으로써 이러한 방법으로 실제적 진실의 발견에 기여하는 것도 그의 과제이다. 이러한 기능과 역할을 제대로 이행할 수 있는 가능성이 변호인에게 보장된 경우에만 변호인의 助力은 效率的일 수 있다.<sup>84)</sup> 따라서 피고인을 위한 변호인의 활동이 충분히 보장되기 위해서는 효율적인 변호의 필수적 전제조건으로서 피고인이 변호인과 자유롭게 접촉할 수 있는 가능성이 보장되어야 한다. 이러한 의미에서 변호인과의 接見交通權은 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 가장 핵심적인 내용으로서 변호 및 방어준비를 위하여 불가결한 권리이다.<sup>85)</sup> 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가 피고인이 그의 변호인을 통하여 수사기록을 포함한 소송관계서류를 열람·등사하고 이를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다.<sup>86)</sup>

84) Vgl. Spaniol, Das Recht auf Verteidigungsbeistand im GG und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S.24 f.; Dörr, Faires Verfahren, 1984, 63 ff.

85) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 59

86) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 696-697, 기록열람권은 '변호인의 조력을 받을 권리'뿐이 아니라 '청문청구권'이나 그를 포함하는 포괄적인 보장인 '공정한 재판을 받을 권리'로부터도 도출된다. 聽聞請求權은 피고인이 그에 대하여 진술할 수 있는 가능성이 부

공정한 재판을 받을 권리가 재판절차에서의 법치국가적 사고의 구체적 표현인 것처럼, 변호인의 조력을 받을 권리는 다시금 공정한 재판을 받을 권리에 포함되는 하나의 구성부분이다.<sup>87)</sup> 공정한 재판을 받을 권리가 법치국가원칙에서 파생되는 다른 원칙들과 함께 법치국가원칙이 구체화된 단지 하나의 요청이므로, 공정한 재판을 받을 권리의 구성부분인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’도 사법의 원활한 기능이나 제3자의 생명과 같은 기본권보호 등 다른 법치국가적 요청에 우위를 부여해야 하는 경우에는 법익형량에 근거한 비례의 원칙에 따라 制限될 수 있다.<sup>88)</sup>

## V. 맺는말

헌법이 제27조에서 裁判請求權을 規定한 目的은, 국민에게 단지

---

여된 사실과 증거에 근거해서만 법원의 판결이 내려질 수 있다는 것을 보장하므로 변호인에 의하여 행사되는 기록열람권은 청문청구권에서 파생될 수 있고, 한편 기록열람권이 피고인의 방어준비를 위하여 필요불가결하다는 점에서는 ‘公正한 裁判을 받을 권리’가 기록열람권의 헌법적 근거가 될 수 있다.

87) Vgl. BVerfGE 38, 105, 111; 65, 171, 174 f.

88) Vgl. BVerfGE 49, 24 ff., 연방헌법재판소는 제3자의 생명 및 신체의 안전이 우려되는 경우 구속피의자인 테러범이 변호인을 포함한 외부와 접견하는 것을 제한한 소위 접견금지법(§ 31 ff. EG GVG, Kontaktsperregesetz)에 대하여 합헌으로 판단하였다. 또한 독일 형사소송법 제148조 제2항 제2문도 테러단체의 조직과 가입에 관한 범죄에 관해서는 피의자와 변호인간의 서신왕래에 대하여 검열을 허용하고 있는데, 이 조항의 합헌성여부는 아직 연방헌법재판소에 의하여 판단된 바 없으나 헌법재판소의 종래의 판시내용에 비추어 합헌으로 간주된다. 그러나 헌법재판소는 변호인과의 자유로운 접견은 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라고 판시하였다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 60). 그러나 변호인과의 접견교통권은 절대적으로 보장되는 것이 아니라 다른 법치국가적 법익과의 비교형량을 통하여 보호된다고 보는 것이 보다 타당하다고 생각된다. 물론 지극히 예외적인 경우를 제외한다면 피고인의 변호인접견권이 일반적으로 다른 공익에 대하여 우위를 차지하므로, 결국 변호인접견권은 원칙적으로 제한될 수 없다는 유사한 결과에 이르겠지만, 그러나 변호인접견권이 국가안전보장 등의 이유로 비례의 원칙의 준수하에서(예컨대 일시적으로) 제한될 수 있는 가능성을 완전히 배제할 수는 없다고 하겠다.

법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리를 보장하고자 하는 것이 아니라, 사법절차를 통하여 궁극적으로 效率的인 權利保護를 보장하고자 하는데 있다. 效率的인 權利保護의 요청은, 입법자가 사법절차를 구체적으로 형성함에 있어서 중요한 基準이자 입법형성권의 限界를 의미하며, 또한 재판청구권의 存在意味이자 憲法的 目的이다. 따라서 헌법 제27조의 재판청구권의 보장내용은 효율적인 권리보호의 관점에서 파악되어야 한다.

우선 재판을 하는 法官의 獨立性和 中立性이 보장되어야만, 재판의 공정성과 객관성이 확보될 수 있고, 이로써 비로소 국가는 효율적인 권리보호를 제공할 수 있다. 이러한 관점에서 헌법 제27조의 “憲法과 法律이 정한 法官”이란 法官의 獨立性和 中立性을 보장하기 위한 규정으로서, 헌법상 규정된 직무상·신분상의 독립이 보장되고, 재판관할을 규정하는 법률에 의하여 재판을 담당하도록 사전에 정해진 법관을 말한다. 또한 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은…… 法律에 의한 裁判을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 법원이 法律에 羈束된다는 당연한 법치국가적 원칙을 확인하면서, “法律에 의한” 裁判請求權은 원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 現行訴訟法의 범주 안에서 권리구제절차를 보장한다는 것을 밝히고 있다. 그러므로 입법자는 청구기간이나 제소기간과 같은 일정한 기간의 준수, 소송대리, 변호사 강제제도, 소송수수료규정 등을 통하여 원칙적으로 訴訟法에 규정된 형식적 요건을 충족시켜야 비로소 법원에 제소할 수 있도록 소송의 주체, 방식, 절차, 시기, 비용등에 관하여 규율할 수 있다. 그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 立法者의 形成權에 맡기지 않는다. 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 開設될 것을 요청할뿐 아니라 그를 넘어서 訴訟節

次の 形成에 있어서 實效性있는 權利保護를 제공하기 위하여 그에 필요한 節次的 要件을 갖출 것을 요청한다. 비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도, 절차적 규정들에 의하여 法院에의 接近이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면, 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로, 바로 여기에 立法形成權의 限界가 있다.

한편, 재판청구권 스스로가 실체적 기본권을 관철하려는 節次的 基本權으로서 특정 생활영역의 보호를 직접 그 대상으로 하는 실체적 기본권과는 본질적으로 다른 보장내용(‘제소권’)을 가지고 있기 때문에, 재판청구권에 내재한 효율적인 권리보호의 요청으로부터 소송비용, 기간규정 등 절차법규정의 형성에 관하여 ‘무엇이 효율적인 권리보호인가’를 판단하기 위한 실체적인 기준을 얻을 수 없다. 결국 절차법규정이 재판청구권에 위반되는가의 판단은 ‘합리적인 이유에 의하여 정당화될 수 없을 정도로 국민의 제소권, 즉 재판청구권을 제한하는가’의 여부에 달려있는데, 이러한 심사는 명백하게 불합리한 이유로 제소가능성을 제한하는 절차법규정이 아닌 한 심판대상규정의 위헌성이 부정될 수밖에 없다는 의미에서 단순한 恣意審査에 그치거나 아니면 비례의 원칙을 적용하는 경우에도 목적의 정당성이나 수단의 합리성심사에 제한되는 最小限의 合理性審査, 즉 形式的인 適用에 그치게 된다. 裁判請求權을 제한하는 절차법규정은 대부분의 경우 그를 정당화하는 합리적인 이유를 인정할 수 있고, 결과적으로 실질적인 비례심사가 이루어지지 않기 때문에 實體的 基本權을 제한하는 법규정과 비교하여 볼 때, 보다 광범위한 입법형성권이 인정된다고 할 것이다.

재판청구권의 궁극적 목적은 효율적인 권리보호에 있으므로, 재판청구권은 재판절차에의 接近 및 그 접근의 효율성을 보장할 뿐

이 아니라 그를 넘어 法院節次에서의 效率的인 權利保護를 보장하기 위한 일련의 개별적 요청을 포함한다. 즉 재판청구권은 裁判節次에의 接近을 통한 권리보호 및 계속중인 法院節次에서의 권리보호를 포함한다. 이에 따라 裁判請求權은, 법원에의 接近을 법적이거나 사실적으로 불가능하게 하거나 아니면 현저하게 곤란하게 하는 것을 금지하는 것 외에도 신속한 재판을 받을 권리, 청문청구권, 공정한 재판을 받을 권리와 같은 裁判節次上의 基本權을 포함하는 포괄적인 기본권이다.

# 自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準

崔 甲 先  
憲法研究官補

## — 目 次 —

### I. 머리말

### II. 기본권의 보호영역

1. 기본권 보호영역의 의미
2. 기본권 보호영역의 내용
3. 기본권 보호영역의 확정
4. 기본권 보호영역의 범위 설정
5. 주요 자유권적 기본권의 보호영역
  - 가. 헌법 제23조(재산권보장)
  - 나. 헌법 제15조(직업선택의 자유)
  - 다. 헌법 제21조(언론·출판의 자유)
  - 라. 헌법 제10조(행복추구권)
6. 기본권의 경합

- 가. 기본권 보호영역의 경합
- 나. 기본권제한의 경합
- 다. 기본권경합이 아닌 사례
- 7. 기본권 보호영역의 사전설정 필요성
- 8. 특정 공권력행위의 기본권 보호영역 관련성심사

### Ⅲ. 기본권의 제한

- 1. 기본권제한의 개념 및 내용
- 2. 기본권의 포기
- 3. 소결론

### Ⅳ. 기본권제한의 헌법적 정당성

- 1. 들어가는 말
- 2. 법률의 형식적 합헌성
- 3. 법률의 실질적 합헌성
  - 가. 비례의 원칙
    - (1) 입법목적과 입법수단의 확정
    - (2) 입법목적의 정당성심사
    - (3) 입법수단의 심사
      - (가) 적합성원칙 심사
      - (나) 필요성원칙 심사
      - (다) 균형성원칙
  - 나. 본질적 내용 침해금지원칙
    - (1) 기본권의 본질적 내용
    - (2) 본질적 내용 침해금지원칙의 심사



V. 법률에 근거한 기본권제한에서의 기본권침해여부 판단구조

1. 기본권의 보호영역 확정

2. 기본권의 제한

3. 기본권 제한의 헌법적 정당성 심사

가. 행정처분에 대한 법적근거 존재여부

나. 관련된 법률의 합헌성 심사

다. 관련된 법률의 기본권 합치적 적용여부심사

VI. 맺음말

## I. 머리말

국가공권력행위가 기본권을 침해하고 있는지 여부를 판단함에 있어서는 다수의 쟁점들 중에서 어떠한 쟁점들이 상호 밀접한 연관하에 놓여 있고, 어떻게 이들을 합리적으로 상호 결합시키고, 어떠한 쟁점을 먼저 판단하고 어떤 쟁점을 나중에 판단하는 것이 논리적이고 합리적인가를 규명하는 것이 중요하다. 그리고 개방적이고 추상적인 기본권규정을 구체적인 사안에 포섭시키는 과정에서 사례해결에 예측가능성을 제공하고 자의적인 헌법해석을 통제해야 할 필요성이 크다고 할 것이다.

자유권적 기본권은 일정한 자유영역을 국가공권력의 침해 앞에서 보호하는 기능을 주로 가지므로, 기본권마다 보호되는 영역을 설정하고, 기본권들간에 발생하는 보호영역의 경합을 합리적으로 정리하는 것이 필요하다. 그러나 우리 헌법재판소 결정들에서는 자유권적 기본권의 보호내용을 사전에 충분히 확정하지 않고 기본권의 침해여부를 판단하는 경우가 적지 않다.

그리고 오늘날 경제사회의 발전에 따라서 국가공권력의 활동도 다양하게 행해지므로, 국가공권력이 야기하는 기본권제한을 폭넓게 인정하여야만 비로소 개인의 기본권을 효과적으로 보장할 수 있게 된다. 따라서 기본권보호가 미치지 않는 경우가 발생하지 않도록 국가공권력에 의한 기본권제한의 내용을 심층있게 분석해야 할 필요성이 있다.

또한 국가 공권력행위에 의한 기본권제한이 헌법적 정당성을 가

지는지 여부를 판단함에 있어서도 합리적인 판단기준이 확립되고 심사과정이 구체적으로 전개되어야만 위헌 내지 합헌 논증이 충실하고 그 결과도 쉽게 예측할 수 있을 것이다. 그렇지만 지금까지의 헌법재판소 결정들을 살펴보면 기본권침해여부를 판단하는 기준과 그 과정이 불분명하고 불충분하여, 위헌 내지 합헌 논증들이 충실하지 못한 경우가 적지 않다.

따라서 아래 글에서는 자유권적 기본권의 침해여부를 논리적이고 합리적으로 판단할 수 있는 구조와 기준을 제시해보고자 한다. 먼저 자유권적 기본권에 속하는 보호영역의 내용과 그 범위 및 보호영역의 경합 등을 서술하고 난 후, 국가공권력행위에 의한 기본권제한이 성립하는 여러 경우들을 살펴보고, 이어서 기본권 제한의 헌법적 정당성여부를 판단하는 기준과 그 심사과정들을 하나씩 자세히 고찰해보고자 한다.

## II. 기본권의 보호영역

기본권 침해여부판단에서는 맨 먼저 국가가 규율하는 개인의 행동 또는 사항이 기본권의 보호영역에 속하고, 국가의 공권력조치가 기본권의 보호영역을 접촉하여 관련성을 가지는지 여부를 심사한다.

### 1. 기본권 보호영역의 의미

기본권은 다양한 생활영역에서 국가에 의한 침해로부터 개인을

보호한다. 이때 기본권에 의해서 보호되는 생활영역을 기본권의 보호영역(Schutzbereich) 또는 기본권의 구성요건(Tatbestand)이라고 한다. 그리고 기본권이 보호하는 생활영역과 기본권이 보호하지 않은 생활영역을 합친 생활영역 전체를 규율영역(Regelungsbereich)이라고 한다.<sup>1)</sup> 기본권 보호영역의 확정을 통해서 기본권의 구성요건이 정해진다. 한 개인의 행위가 기본권의 보호영역에 속하는 경우에 이것을 기본권행사라고 부른다.

## 2. 기본권 보호영역의 내용

기본권의 보호영역은 인적 보호영역과 물적 보호영역으로 구분할 수 있다. 먼저 인적 보호영역에서는 누가 관련된 기본권의 보호를 받는지가 문제되는 데 이는 보통 기본권주체와 관련되어 논의된다. 예를 들어 헌법 제33조 제1항에서 근로3권의 보호를 받는 주체는 ‘근로자’이며, 그 이외의 기본권에서는 ‘모든 국민’이 기본권의 주체로서 보호받는다. 다음으로 물적 보호영역에서는 기본권에 의해서 보호되는 개인의 행동들(집회, 의사표현, 직업행사 등) 뿐만 아니라 단순한 상태 및 공간(예: 헌법 제16조에 의거한 ‘주거’ 공간), 그리고 법적 지위(예: 헌법 제23조 제1항에 의거한 재산권)도 보호된다.<sup>2)</sup>

그리고 기본권에 의해서 보호되는 행위는 단지 작위(적극적인 자유)뿐만 아니라 부작위(소극적 자유)도 포함된다. 예를 들어 헌법 제21조 제1항에 의거한 결사의 자유는 일정한 결사에 가입할

1) Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II. 6. Aufl., 1990, S.57.

2) Manssen, Staatsrecht I, 1995, S.75 ; 강태수, 기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계, 허영 박사회갑기념논문집, 1997, S.105 참조

자유뿐만 아니라 가입하지 아니할 자유도 포함된다.

그리고 기본권의 보호영역 내에서 주관적 공권(‘방어권’, ‘절차권’ 등이 보장되며, 제도적인 보장(예, ‘사적 재산권제도’)이나 객관법적인 보장(‘일반법률의 기본권 합치적 해석과 적용’)도 이루어진다. 예를 들어 헌법 제15조는 보호영역으로서 직업생활 및 교육여건(시설)을 가지며, 이 보호영역 내에서 그 방어권을 보장한다.

### 3. 기본권 보호영역의 확정

기본권의 보호영역은 일반적인 법률해석 방법들을 동원하여 분석되고 확정된다. 우선 헌법조문의 문리(주개념)해석으로부터 출발한다. 예를 들어 “직업”, “재산권”<sup>3)</sup>, “주거”, “양심” 등이 의미하는 내용을 밝혀낸다. 문리해석만으로는 의문이 생기는 경우에는 법조문의 체계적 연관성, 입법역사적 내용을 참조하여 헌법조문이 갖는 객관적 목적을 밝혀냄으로써 기본권의 보호영역을 확정한다. 그럼에도 불구하고 의문이 남아 있는 경우에는 기본권규범의 법률적 효력을 가장 크게 반영하는 해석안을 선택한다.

각 기본권에는 행동상으로 그리고 사항상으로 영향을 미치는 생활영역이 존재한다. 따라서 기본권이 해당 기본권과 관련된 생활영역을 어떠한 범위내에서 그리고 어떠한 내용을 가지고 포착하고 있는지를 알아내야 한다. 기본권에 따라서는 생활영역속에 존재하는 행동들 전체 또는 특정한 일부 행동만을 기본권의 보호영역으로 삼는다.

예를 들어 “특정지역에서의 집회를 위해서 참가 도중에 있는 참

3) 예를 들면, 국가의 공공적 금전납부(각종 조세)의무 부과시에 영향을 받는 “재산”이 재산권의 보호영역에 포함되는 지가 문제된다.

가자들을 경찰이 붙잡고 사전 검문을 하는 경우”(사례 ①), 경찰의 사전검문조치가 집회참가자의 참가 도중의 행위를 겨냥하고 있으므로 이러한 행위가 헌법 제21조 제1항의 집회의 자유의 보호영역에 해당되는지가 문제된다. 헌법 제21조 제1항에 의거한 집회의 자유에서 말하는 “집회”는 생활영역의 관점에서 볼 때 좁은 의미에서의 집회의 그 과정 자체만을 포함하는 것이 아니라, 기본권행사인 집회를 가능하게 하는 사전 집회준비 행동 및 집회 후의 행동을 포함한다고 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 다른 예로는 헌법 제22조 제1항에 의거한 예술의 자유에 의해서 포착되는 보호영역은 예술창작활동(“예술창작영역”) 자체에만 한정된 것이 아니라, 예술품의 예술주변세계와의 관계(“예술영향영역”)에 까지도 그 범위가 미친다.<sup>5)</sup>

기본권의 보호영역과 기본권의 제한이 상호 연관되어 있기 때문에, 보호영역은 기본권조항에 열거된 기본권제한을 기초로 하여 정해지기도 한다. 예를 들어 신체의 자유(헌법 제12조 제1항, 제2항)는 체포·구속·압수·수색·처벌·보안처분·강제노역·고문 등을 통한 제한으로부터 보호된다. 그리고 헌법 제21조에 의거하여 언론·출판은 허가나 검열에 대하여, 집회·결사는 허가에 대하여 보호된다.

#### 4. 기본권 보호영역의 범위 설정

기본권 보호영역의 범위를 좁게 또는 넓게 설정할 수 있다. 일반적으로 보호영역의 범위와 기본권 제한의 범위는 비례관계에 놓여

4) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 6.Aufl., Rdnr.791

5) BVerfGE 30, 173 (189) ; 36, 321 (331) ; 77, 240 (251) ; 허영, 한국헌법론, 1995, 402쪽 이하 참조

있다. 즉 보호영역이 넓게 설정될수록 기본권 제한의 폭은 넓은 반면에, 보호영역이 좁게 설정될수록 기본권 제한의 폭도 좁게 된다.<sup>6)</sup> 기본권주체의 행위는 흔히 공익이나 제3자의 기본권과 충돌하게 된다. 기본권의 보호영역이 넓게 설정될수록, 이러한 충돌은 보다 더 많이 발생하게 된다.

[사례 ②] “보도화가인 A는 토요일 오후 13:00부터 14:00까지 서울시 인사동 사거리의 도로상에 6 x 6 미터 크기로 ‘자가용차 운행 반대’라는 주제로 그림을 그리려고 한다. 그러나 관련 행정당국은 관련 법률을 근거로 하여 A가 그림을 그리는 행위를 금지한다“. 여기서는 관련 행정당국이 헌법 제22조 제1항에 의거한 예술의 자유의 보호영역을 제한하고 있는지가 의문시된다.

이 사례를 살펴보면 A가 인사동 사거리에서 교통혼란을 야기할 수 있기 때문에 A의 그림계획은 허용되지 않는다고 본다. 왜냐하면 A의 예술의 자유의 향유를 통한 이익보다는 원활한 교통의 유지라는 공공이익이 보다 더 크기 때문이다. 그러나 A의 그림금지 조치가 어떻게 헌법상 정당화되는지가 문제된다. 이 문제의 해결을 위해서는 2가지 방안이 존재한다. 우선 보다 더 높고 큰 공익을 위해서 후퇴되지 아니하는 예술활동만을 헌법 제22조 제1항에 의한 예술의 자유의 보호영역속에 포함시킴으로써 기본권의 보호영역을 내재적으로 축소시키는 방안이 있다. 이 방안은 기본권의 보호영역을 좁게 설정하는 것을 기초로 하고 있다. 다양한 이익들 사이의 비교형량이 이미 보호영역의 확정단계에서 이루어진다. 특정한 예술활동이 헌법 제22조 제1항에 의거한 예술의 자유의 보호영역에 속한다면, 이러한 예술활동에 대한 국가의 어떠한 제한도

6) 강태수, 기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계, 허영박사회갑기념논문집, 1997, S.112 참조

예술의 자유에 대한 침해를 의미하기 때문에 위헌이다. 이러한 방안은 기본권의 보호영역을 매우 좁게 이해하려는 입장의 견해를 반영하고 있다.<sup>7)</sup>

기본권 보호영역의 좁은 설정이 가지는 단점은 무엇보다 범익형량이 기본권 제한의 헌법적 정당성 심사단계에서가 아니라 보호영역의 확정단계에서 이미 이루어질 수밖에 없다는 점이다. 이를 통해서 기본권의 보호영역은 상대적인 것이 되기 때문에 어떤 행위가 보호영역에 속하는지는 추상적으로 정할 수 없게 되어 버린다. 따라서 특정한 행위가 기본권에 의해서 보호되는 것이 비뚤어진 인상을 주게 된다. 왜냐하면 보도화가인 A의 사례에서 볼 수 있듯이 A가 기본적으로 예술의 자유를 주장할 수 있다는 점에는 의심의 여지가 없기 때문이다. A의 계획된 그림 그리기는 계획된 시간과 계획된 장소에서는 불가능해졌다. 그러나 자동차가 다니지 않은 일요일이었다면 A의 그림 그리기는 가능했을 것이다. 만약 A가 인사동 사거리를 1시간이 아닌 1분 동안만을 사용하려 했다면, A의 그림 그리기가 허용되었을 가능성도 있다. 따라서 A가 헌법 제22조 제1항에 의거한 예술의 자유에 따른 보호를 주장할 수 있다는 점은 자명하다. 이 경우 만약 그림 그리기가 금지된다면, 이러한 금지 조치는 보호영역에 대한 제한을 의미하며 헌법상 정당화되어야 할 것이다.

위와 같은 이유 때문에 기본권 보호영역을 기본적으로 넓게 설정하는 것이 타당하다. 어떠한 행위가 공익이나 제3자의 이익을 제한하는 경우에도 이러한 행위는 기본권의 보호영역속에 포함된다. 이러한 폭넓은 보호영역 설정은 제기되는 범익충돌을 희미하게 하

7) Manssen, Staatsrecht I, S.78 참조



지 않고 가시화한다. 보호영역은 추상적이고 명백하게 설정된다(‘그림그리기는 예술이다’). 따라서 위 사례에서 A도 헌법 제22조 제1항에 의거한 예술의 자유를 주장할 수 있다. 이때 A의 기본권 보호는 상대적이다. 왜냐하면 A의 예술활동의 자유는 공익의 보호를 위하여 형식적인 법률을 통해서 제한될 수 있기 때문이다.<sup>8)</sup>

그러나 기본권의 보호영역을 넓게 설정한다는 것은 기본권에 의해서 보호되는 행위가 구성요건측면에서 전혀 한계가 없다는 것을 뜻하지 않는다. 종교의 자유에 대한 제한이 자녀의 생명권을 통해서 가능하다고 하더라도, 부모가 헌법 제20조 제1항에 의거한 종교의 자유를 주장하며 자신의 자녀를 신의 제단에 희생물로 받치는 권능이 종교의 자유의 보호영역속에 포함될 수 없다. 그리고 형법 제329조(절도죄)가 박사과정 학생이 자신의 연구를 위하여 필요한 서적을 다른 사람한테서 훔치는 것을 금지하고 있기 때문에, 학문의 자유의 보호영역을 제한하는 것이 아니다. 또한 형법 제366조(재물손괴죄)가 타인의 벽에다 자유롭게 분무액을 뿌리고 싶어하는 벽화예술가가 가지는 예술의 자유의 보호영역을 제한하는 것이 아니다.

따라서 기본권의 보호영역을 아무런 제한없이 지나치게 넓게 설정하는 것은 기본권의 체계에 부합되지 아니한다. 효율적인 기본권보호를 위해서는 적절하게 넓은 보호영역설정은 바람직하지만 타인의 법익 제한과 타인의 법익 침해는 구별되어야 한다.<sup>9)</sup>

타인의 법익 제한은 기본권에 의해서 보호되는 행위와 결부되어 있다. 예를 들어 한 가수가 유명연예인의 사생활을 침해하는 내용의 노래를 부르고, 이것이 예술의 자유(헌법 제22조 제1항)에 의해

---

8) Manssen, Staatsrecht I, S.79 참조

9) Manssen, Staatsrecht I, S. 80 참조

서 보호된다고 주장하였다. 그러나 이 가수는 결과적으로 1억원의 손해배상금을 지불해야 했다. 이 경우 손해배상금 지불은 유명연예인의 사생활의 비밀과 자유의 보호를 위해서 정당화된(다시 말해서 ‘비교형량된’) 예술의 자유의 보호영역에 대한 제한이었다.

타인의 법익을 침해하는 때에는 기본권의 보호영역 설정의 한계가 발생한다. 다시 말해서 이러한 행위는 기본권의 보호영역속에 포함되지 아니한다. 이 경우에는 충돌하는 법익들 사이의 비교형량이 처음부터 이루어지지 아니한다. 예를 들어 학문의 자유(헌법 제22조 제1항)는 타인의 서적을 훔치는 것을 허용하지 아니하며, 예술의 자유(헌법 제22조 제1항)는 타인의 벽에다 분무액을 살포하는 것을 허용하지 아니한다.<sup>10)</sup>

위와 같은 이유들 때문에 문제되는 행위가 기본권의 보호영역속에 실제적으로 포함되는지 여부를 항상 신중하게 검토해야 한다. 예를 들어 나체화가가 미성년자인 나체모델을 유혹하여 성관계를 가지는 경우, 이러한 성관계는 예술적 활동과정속에서 발생하지만 이 행위는 예술의 자유의 보호영역속에 포함되지 아니한다. 따라서 헌법 제22조 제1항에 의거한 예술의 자유의 보호가 존재하지 아니한다.<sup>11)</sup>

## 5. 주요 자유권적 기본권의 보호영역

### 가. 헌법 제23조(재산권보장)

헌법 제23조 제1항 제1문에 의거 보장되는 재산권의 보호영역에

10) BVerfG, NJW 1984, 1293

11) Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 104 f. 참조

는 기본적으로 민법상의 물권 및 채권 등 재산적 가치가 있는 사법상 권리뿐만 아니라 재산적 가치가 있는 공법상의 권리도 포함한다.<sup>12)</sup> 여기서 재산적 가치가 있는 공법상의 권리는, 재산적 가치가 있는 법적 지위가 1) 재산권주체에게 구체적으로 귀속되고, 2) 자신의 근로에 대한 대가로서 발생하며, 3) 자신의 생존권보장에 기여하는 경우에만 비로소 성립한다.<sup>13)</sup> 그러나 단순한 이윤기회, 미래에서 기대되는 이익, 반사적 이익 또는 유리한 법적 상태의 존속으로부터 생기는 수입가능성 등은 헌법상의 재산권의 보호영역에 포함되지 아니한다.<sup>14)</sup>

그리고 개인의 '재산 자체'는 보호되지 않고, 개인의 재산적 가치가 있는 구체적인 권리만이 보호된다.<sup>15)</sup> 공법상의 조세부과는 개인의 재산 전체에 조세 납부금액만큼의 재산감소 효과를 가져오지만, 재산 자체에 대한 제한이 성립하지 아니하며, 재산적 가치가 있는 구체적 권리인 재산에 대한 사용·수익권을 제한하거나 침해할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 조세법률들에 대한 사건에서 '재산 그 자체'도 재산권의 보호영역에 포함되는 것으로 묵시적으로 전제하고, 세법규정들이 조세법률주의 내지 조세평등주의에 위배되어 국민의 재산권을 침해한다고 판시하였다.<sup>16)</sup>

---

12) BVerfGE 24, 367 (389) ; 31, 229 (239) ; 42, 263 (292) ; 50, 290 (339) ; 53, 257 (270) ; Vgl. Schwerdtfeger, aaO, 1983, S. 14 f. ; Schoch, Jura 1989, S. 113 (115) 참조.

13) BVerfGE 14, 288 ; 30, 292 ; 53, 257; 69, 272 ; 72, 9 ; 72, 175 ; Papier, Art 14, Maunz/Dürig, GG Kommentar, Bd. II, 1994, Rdnr. 130ff. 참조.

14) BVerfGE 28, 119 (142) ; 45, 142 (173) ; 51, 193 (221 f.) ; 68, 193 (222) ; 74, 129 (148) ; Vgl. Kimminich, Art. 14 (Bearb. Aug. 1992), in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Rdnr. 85 ; Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 2.Aufl., 1992, Art. 14, Rdnr. 14 ; a.A. BGHZ 76, 387 (382 f.) 참조.

15) 현재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 372 ; 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 103 참조.

16) 현재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 904 ; 1994. 7. 29. 92헌바49,52(병합), 판례집 6-2, 108-110 참조.

나. 헌법 제15조(직업선택의 자유)

헌법 제15조에 의거하여 보호되는 ‘직업’에는 계속적이고, 경제적으로 유용하며, 생계유지에 기여하는 활동만이 포함된다.<sup>17)</sup> 우리 헌법재판소는 “직업이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 불문”한다고 판시하여 상대적으로 넓은 직업개념을 채택하고 있다.<sup>18)</sup> 그리고 헌법재판소는 헌법 제15조상의 직업선택의 자유의 보호영역속에는 직업결정의 자유 내지 직업수행의 자유 또는 전직의 자유<sup>19)</sup>, 그리고 경쟁의 자유<sup>20)</sup>나 기업의 자유<sup>21)</sup>도 포함된다고 보고 있다.

다. 헌법 제21조(언론·출판의 자유)

헌법 제21조에 의거한 언론·출판의 자유의 보호영역에는, 자신의 의사를 자유롭게 표현하며 전달할 수 있는 ‘의사표현의 자유’, 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 의사형성에 필요한 정보를 수집하고 처리할 수 있는 ‘알 권리’(정보의 자유)<sup>22)</sup>, 출판물(신문, 잡지, 통신 등) 또는 전파매체(방송, TV 등)에 의하여 의사를 표현하고 사실을 전달할 수 있는 ‘보도의 자유’<sup>23)</sup>, 그리고 일반

17) BVerfGE 7, 397 ; 50, 362 ; 54, 313 ; 68, 281 ; Sachs, GG Kommentar, 1996, Art. 12 Rdnr. 27ff. 참조.

18) 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374 ; 직업선택의 자유의 보호영역에 대한 헌법재판소의 관례들을 체계적으로 정리한 논문으로는 방승주, 직업선택의 자유, 헌법논총 9집 1998, 216 이하 참조.

19) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365 참조

20) 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680

21) 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 629

22) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188 ; 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 246 ; 성낙인, 알 권리, 헌법논총, 제9집, 1998, 151 이하 참조.

23) 허영, 한국헌법론, 1995, 518 이하 참조.

국민이 자신의 의사를 발표하기 위하여 언론 매체에 자유롭게 접근하여 이를 이용할 수 있는 ‘Access권’<sup>24)</sup>이 포함된다.

#### 라. 헌법 제10조(행복추구권)

헌법 제10조에 의거한 행복추구권은 헌법에 열거된 기본권으로서 행복추구의 수단이 될 수 있는 개별적 기본권들을 제외한 헌법에 열거되지 아니한 권리들에 대한 포괄적인 기본권의 성격을 가지며, ‘일반적 행동자유권’, ‘개성의 자유로운 발현권’, ‘자기결정권’, ‘계약의 자유’ 등이 그 보호영역 내에 포함된다.<sup>25)</sup> 우리 헌법재판소도 “헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가”진다고 판시하였다.<sup>26)</sup> 이러한 행복추구권은 구체적 사안이 개별 기본권의 보호영역에 해당되지 아니한 경우에 비로소 적용되므로, 자유권적 기본권들의 심사에서 맨 마지막으로 등장한다. 어떤 사안이 특별 기본권의 보호영역에 속하지만 그 보호영역에 대한 제한이 성립하지 아니한 경우에는 예외적으로 행복추구권을 심사할 수도 있다.<sup>27)</sup>

## 6. 기본권의 경합

기본권경합은 단일한 공권력조치의 방어를 위하여 동일한 기본권주체의 여러 기본권들이 동원되는 경우에 발생한다. 기본권경합

24) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 535 ; 허영, 한국헌법론, 1995, 523 ; 권영성, 헌법학원론, 1999, 448 참조.

25) 권영성, 헌법학원론, 1999, 346-347 ; 김선택, 헌법재판소 판례에 비추어 본 행복추구권, 헌법논총, 제9집, 1998, 7 이하 ; 홍성방, 행복추구권, 헌법학연구, 5-2, 1999, 200 이하 참조.

26) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 32

27) Manssen, aaO, aaO, 89 참조.

은 기본권 보호영역의 경합과 기본권 제한의 경합으로 나누어 볼 수 있다.

[사례 ③] “A는 10대의 자동차로 각종 무대시설을 갖추고 이동식 도로극장을 설치하여 행렬을 이루어 옮겨다니면서, 20여명의 출연자가 나와서 특정인의 시를 낭독하거나 노래를 부르고 특정 정치인을 빗대서 공격하는 정치적 풍자극을 진행하였다. 이에 대해서 경찰당국은 이들의 예술적 활동을 사실상 불가능하게 하는 광범위한 제한조치를 취하였다.”

#### 가. 기본권 보호영역의 경합

먼저 기본권 보호영역의 경합은 일정한 행위가 동일한 기본권 주체의 여러 기본권들의 보호영역에 동시에 속하게 되는 경우에 발생한다. 따라서 이러한 경합은 관련된 기본권들의 보호영역 심사 과정에서 이미 생긴다. 아래에서는 기본권의 보호영역들이 경합하는 경우와 그 해결책을 구체적으로 살펴본다. 기본권 보호영역이 경합하는 경우에는 두 기본권 중에서 한 기본권은 후퇴하게 되어 적용되지 아니한다.

① 일정한 행위가 일반적 기본권의 보호영역속에 포함될 뿐만 아니라, 추가적인 특별한 사항이 존재하여 특별적 기본권의 보호영역에도 속하는 경우에는 기본권경합이 발생한다(‘일반적 특별성’). 이 경우에는 일반적으로 특별규범이 일반규범에 우선한다는 원칙을 근거로 일정한 행위는 특별적 기본권에 의해서만 보호받는다.

[사례 ③]의 경우에서 관련되는 예술의 자유(헌법 제22조 제1항)와 의사표현의 자유(헌법 제21조 제1항)와의 관계를 살펴보면 위와 같은 경합관계가 발생하지 아니한다. 왜냐하면 “예술”은 구체적인 의사의 표시가 없더라도 존재할 수 있으므로 예술의 자유는 의사

표현의 자유의 모든 징표를 포함하고 있지 않기 때문이다. 그러나 예술의 자유(헌법 제22조 제1항)와 행복추구권중의 일반적 행동의 자유(헌법 제10조 제1문)와의 관계에서는 보호영역의 경합이 발생한다. 왜냐하면 예술의 자유는 일반적 행동의 자유의 모든 징표를 포함할 뿐만 아니라 “예술”이라는 추가적인 징표를 가지고 있기 때문이다. 이 경우에는 일반적 행동의 자유는 적용되지 아니한다.<sup>28)</sup>

또 다른 예를 들면, 집회에 대한 경찰의 해산조치 또는 경찰의 가택수색조치에 대한 헌법적 정당성판단은 일반적 기본권인 헌법 제10조(행복추구권 : 일반적 행동의 자유)가 아닌 헌법 제21조 제1항(집회의 자유) 또는 헌법 제16조(주거의 자유)를 근거로 행해진다.

② 일정한 행위가 두 기본권 사이에 어떠한 특별관계가 존재하지 않은 채로, 두 개의 특별적 기본권의 보호영역에 동시에 해당되는 때에는, 단지 하나의 기본권이 개별적인 경우에 문제된 사안에 더 밀접하여 특별하다고 판단되는 경우가 있다(‘개별적 특별성’). 이 때는 하나의 기본권이 다른 기본권에 비해서 추가적인 징표를 가지고 일정한 행위를 포섭하고 있어야 한다.

[사례 ③]에서 살펴보면 의사표현의 내용을 포함하고 있는 예술적 표현(풍자극)은 그 예술적인 내용 때문에 예술의 자유에 보다 더 밀접하고 특별한 관계를 가진다. 따라서 이 사례에서는 예술의 자유에 의해서 공권력조치에 대한 헌법적 정당성심사가 이루어져야 한다. 의사표현이 존재함에도 불구하고 의사표현의 자유는 여기서 후퇴해야 한다.<sup>29)</sup>

또 다른 예를 들면, 보도의 자유는 매체를 통한 의사표현이므로

28) 우리 헌법재판소는 이 경우에도 행복추구권(헌법 제10조 제1문)을 심사하고 있다.

29) 현재의 영화법 사건(1996.10.4. 93헌가13,91헌바10[병합], 판례집 8-2, 212쪽 이하)에서는 표현의 자유(헌법 제21조 제1항)와 예술의 자유(헌법 제22조 제1항)의 관계가 명확하게 증명되고 있지 않다.

일반적인 의사표현의 자유에 비해서, 그리고 편집인의 직업활동의 경우에는 직업의 자유보다 보도의 자유가 더 특별하다고 본다. 종교적인 신앙고백은 표현의 자유가 아니라 종교의 자유에 의해서 특별히 보장된다.

③ 일정한 행위가 관련된 기본권의 규율영역에는 속하지만 보호영역에는 포함되지 아니하거나, 특별적 기본권의 보호영역에서 포함되지 아니하는 경우에, 이 행위는 모든 행위를 보호영역으로 삼고 있는 포괄적 기본권인 헌법 제10조상의 행복추구권(일반적 행동의 자유)에 의해서 보호받는다.<sup>30)</sup>

전자의 예를 들면, 비평화적인 집회나 타인의 명예를 침해하는 언론·출판은 헌법 제21조 제1항상의 집회의 자유 또는 언론·출판의 자유의 규율영역에는 속하지만 그 보호영역에는 속하지 아니한다. 이 경우 비평화적 집회나 타인의 명예를 침해하는 언론·출판은 헌법 제10조상의 행복추구권(일반적 행동의 자유)의 보호영역 속에 포함된다.

후자의 예를 들면, 어떤 공권력조치가 계약의 자유를 규율하는 경우에 계약의 자유는 특별적 기본권인 헌법 제15조의 직업의 자유의 보호영역에 포함되지 않으므로 일반적 포괄적 기본권인 헌법 제10조의 행복추구권(일반행동의 자유)의 보호영역에 속한다.<sup>31)</sup>

#### 나. 기본권제한의 경합

일정한 행위가 두 기본권 사이에 어떠한 특별관계가 존재하지 않은 채로, 두 기본권의 보호영역속에 동시에 속하는 경우에는 보

30) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 6. Aufl., S.84 참조.

31) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 276 참조



호영역의 경합이 존재하지 아니하므로 동 행위는 두 기본권에 의해서 보호받는다. 이와 같이 기본권 보호영역경합의 심사에서 보호영역 경합이 발생하지 아니하여 한 기본권이 다른 기본권에 대해서 후퇴하지 아니하여 두 기본권 모두가 적용되는 경우에는 기본권제한의 경합문제가 발생할 수 있다.

우선 두 기본권이 동일한 제한가능성과 제한정도를 가지고 있을 때에는 기본권제한의 경합문제가 발생하지 아니한다. 그러나 두 기본권이 그 제한가능성과 제한정도가 각각 상이할 때는, 어느 기본권을 우선적으로 적용해야 할 것인가가 문제되는 기본권제한의 경합이 발생한다. 이러한 경우에는 제한가능성과 제한정도가 작고, 보호강도가 큰 기본권을 적용하여 기본권제한의 헌법적 정당성여부를 심사하여야 한다.<sup>32)</sup> 왜냐하면 한 기본권의 가치가 보다 더 약한 기본권의 등장을 통해서 변경되거나 축소될 수 없으며, 기본권은 원칙적으로 가능한 한 광범위한 보호를 기본권주체에게 보장해야 하기 때문이다. 따라서 기본권주체는 가장 작은 제한가능성을 가진 기본권을 근거로 가장 많은 보호를 국가에 대해서 주장할 수 있다.

[사례 ③]에서 전체행렬이 이동하면서 도로공연이 실시되므로 집회의 자유(헌법 제21조 제1항)도 관련된다. 따라서 집회의 자유와 예술의 자유간에는 어떠한 특별관계가 존재하지 않으므로 기본권제한의 경합이 발생한다. 이 경우에 경찰당국의 조치에 대해서는 집회의 자유가 아니라 보다 더 강한 보호를 받는 예술의 자유가 적용된다.

또 다른 예를 들면, 옥외에서 행해지는 종교행렬은 종교의 자유

32) 허영, 한국헌법론, 1995, 259쪽 ; Rübner, Festschrift BVerfG II, S.477 ; Pieroth/Schlink, Rdnr. 391, S.84 참조.

와 집회의 자유에 관련되지만 상호간에는 어떠한 특별관계가 존재하지 아니한다. 만약 종교행렬이 특정한 종교적인 전통(예: 불교의 연등행사)에 기인하는 내용을 가진다면, 이러한 행렬에 대한 제한조치는 집회의 자유(헌법 제21조 제1항)가 아니라 오직 보호강도가 강한 종교의 자유(헌법 제20조 제1항)에 따라서만 판단되어야 한다. 그렇지 않은 경우에는 종교행렬과 그 제한조치는 오직 집회의 자유(헌법 제21조 제1항)에 의해서만 그 정당성이 평가된다.

#### 다. 기본권경합이 아닌 사례

그러나 다음의 경우에는 어떠한 기본권 경합도 발생하지 아니한다. 우선 여러 공권력조치들이 동일한 기본권주체의 여러 기본권과 관련되는 경우에는 기본권경합이 발생하지 아니한다. 예를 들어 가택수색후에 집주인이 체포된 경우에, 가택수색의 적법성은 헌법 제16조 제2문과, 그리고 체포의 적법성은 헌법 제12조 제1항 제2문과 관련된다.

다음으로 하나의 공권력조치가 여러 기본권주체의 여러 기본권과 관련되는 경우에도 기본권 경합이 생기지 아니한다. 예를 들어 점포영업시간을 단축하는 법률은 점포소유자의 직업의 자유(헌법 제15조)와 관련되고, 점포고객의 행복추구권(헌법 제10조상의 일반적 행동의 자유)과 관련된다.

## 7. 기본권 보호영역의 사전설정 필요성

위에서 살펴본 기본권의 보호영역 설정은 다음과 같은 필요성 때문에 기본권 제한의 심사 이전에 행해야 한다.

(1) 심사대상으로 고려되는 기본권의 심사는 항상 관련 기본권의 보호영역을 확정시키는 일로부터 시작한다. 왜냐하면, 기본권의 보호영역이 관련되어 있지 않다면 기본권제한은 이미 부정되며, 이러한 경우에 기본권의 침해를 논의하는 것은 비논리적이고 무의미하기 때문이다.

(2) 기본권의 심사에서 기본권의 보호영역을 먼저 다루는 것은 사전에 개별 기본권 규정을 올바르게 해석하는 틀을 제공하려는데 있다. 구체적인 사례에 기본권조항을 적용하는 과정을 단계적으로 체계화한다. 우선 기본권심사의 첫 단계인 기본권 보호영역의 확정을 통해서 기본권과 관련된 경우와 그렇지 않는 경우를 가능한 한 초기에 구별할 수 있게 된다. 이를 통해서 기본권 주체가 어떠한 기본권을 주장할 수 있는지가 정해진다.

(3) 기본권의 보호영역에 속하는 행위나 상태는 공익이나 타인의 법익과 충돌할 때에 이를 제한할 수 있는데, 기본권의 제한은 보호영역의 범위내에서만 이루어진다. 그러므로 기본권제한이라는 개념은 논리적으로 기본권이 보호하는 내용과 범위가 이미 설정되어 있다는 것을 전제로 한다.

(4) 독일의 연방헌법재판소의 판례<sup>33)</sup>와 통설<sup>34)</sup>에 의하면 기본권의 실체(보호영역)가 먼저 규명되어야 하며, 그 이후에 기본권의 제한여부가 검토되고, 이어서 기본권제한이 헌법상 정당한지 여부가 판단되는 것이 타당하다고 한다.

(5) 기본권심사에서 기본권 보호영역, 기본권의 제한, 기본권 제한의 한계를 단계적으로 구분하는 이유는 개방적이고 추상적인 기

---

33) BVerfGE 32, 54 (72)

34) Manssen, Staatsrecht I, S. 75 ff. ; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, S. 56 ff. ; Stern, Das Staatsrecht, Bd. III/2, S.57f. m.w.N. 참조

본권규정을 구체적인 사안에 포섭시키는 과정에서 사례해결에 예견가능성을 제공하고 자의적인 헌법해석을 통제함으로써 개인의 자유와 권리를 보장하려는데 있다. 또한 기본권의 보호영역에 속하지 아니한 행위를 사전에 배제함으로써 권리남용을 방지하는 측면도 존재한다.<sup>35)</sup>

(6) 기본권 보호영역은 기본권보호를 위한 잠정적인 영역을 표시해준다. 기본권주체에게 실제로 보장되는 영역은 기본권의 제한이 헌법적 정당성을 가지고 이루어진 다음에 확정된다.<sup>36)</sup>

## 8. 특정 공권력행위의 기본권 보호영역 관련성 심사

해당 기본권의 보호영역을 확정된 다음에는 특정한 공권력행위가 기본권의 보호영역에 관련되고 있는지 여부를 심사한다. 예를 들어 위 [사례 ①] 에서 보면, 경찰의 사전검문 조치는 헌법 제21조 제1항의 집회의 자유의 보호영역에 불리한 영향을 주어서 관련되고 있다.

이와 같이 공권력행위가 특정 기본권의 보호영역과 관련된 경우에는 아래와 같은 기본권 제한여부의 심사가 진행되지만, 그렇지 않은 경우에는 더 이상의 심사가 불필요하다.

만약 심사대상으로 고려되는 기본권이 보호영역에 있어서 관련이 없는 것으로 판명되면, 혹시 다른 기본권의 보호영역과 관련되

35) Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S.406 ; Höfling, Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, S. 170 ; 강태수, 기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계, 허영박사회갑기념논문집, 1997, S.111 참조.

36) Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Rdnr.40, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.V, 1992. 참조.

어 있는지 여부를 계속해서 검토해야 한다. 예를 들어 헌법 제10조 제1문상의 포괄적 기본권인 행복추구권이 보충적으로 심사대상으로 고려될 것이다.

### Ⅲ. 기본권의 제한

기본권침해판단의 두 번째 단계에서는 위에서 확정한 기본권의 보호영역을 국가공권력행위가 제한하고 있는지 여부를 판단한다. 국가의 공권력조치는 일정한 특성을 갖추어야만 비로소 기본권제한을 유발하게 된다.<sup>37)</sup> 다수의 입법수단들이 존재하는 경우에는 개별 수단이 기본권의 보호영역을 제한하는지를 일일이 검토한다.

#### 1. 기본권제한의 개념 및 내용

기본권제한(Grundrechtseingriff)은 일반적으로 국가의 공권력이 기본권이 보호하고 있는 자유나 권리 또는 법적지위를 제약하고 있는 것을 말한다.<sup>38)</sup>

기본권의 보호영역심사는 기본권에 의해서 보호되는 대상을 확정하며, 기본권제한심사는 기본권이 보호받아야 할 국가공권력의 행위의 내용을 규명한다. 두 문제는 서로 밀접한 관련을 맺고 있으나, 보호영역에 관한 문제가 논리적으로 우선한다. 왜냐하면 보호영역의 접촉 내지 관련성이 없으면 제한의 문제가 생기지 않기 때

37) 기본권 제한의 성립여부에 대해서 자세한 것은 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 6.Aufl., 1990 Rdnr. 271 - 291 참조.

38) Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992, S.9 참조.

문이다.

기본권제한을 유발하는 국가의 공권력행위는 특정한 형태로만 한정되지 아니한다. 기본권제한은 형식적 법률뿐만 아니라, 실질적인 의미의 법률인 법규명령, 규칙 및 조례, 행정청의 행정행위, 행정청의 사실행위를 통하여 발생한다.

자유권적 기본권은 개인의 자유영역을 공권력의 침해 앞에서 방어하는 기능을 가지므로, 자유권적 기본권의 제한 내지 침해는 국가공권력의 작위에 의해서 발생하며, 공권력의 부작위에 의해서는 발생하지 아니한다.<sup>39)</sup>

고전적인 기본권제한개념에 따르면 국가 공권력에 의한 제한이 ① ‘의도적’이고, ② ‘직접적’이며, ③ ‘명령과 강제’에 의해서 내려지고, ④ ‘법적 행위’의 결과로서 발생해야 한다는 조건들이 충족되어야만 비로소 기본권제한이 인정되었다.<sup>40)</sup>

그러나 기본권보장의 발전에 따라서 국가행위의 형태와 목적 등에 상관없이 공권력행위가 개인에게 미치는 실제적인 효과를 중시하게 되었다. 이러한 경향은 자유주의적 법치국가에서 사회적 법치국가로의 이행과 함께 주관적 권리의 범위가 확장되면서 가속화되었다. 특히 조직 및 절차규정과 급부행정에 있어서 기본권의 영역이 확대되어 기본권제한의 개념을 고전적으로 좁게 파악한다면 개인의 기본권을 효과적으로 보장할 수 없게 되었다.<sup>41)</sup>

이와 같은 이유 때문에 고전적 제한개념은 오늘날 위의 모든 4가지 조건에서 확대되어 현대적인 제한개념이 새롭게 형성되었다. 이에 따르면 기본권제한은 의도적인 결과뿐만 아니라, 의도하지 않

39) 그러나 자유권적 기본권이 방어권이 아닌 ‘보호권’으로서 기능하는 경우에는 공권력의 부작위에 의한 기본권 제한이 발생할 수 있다.

40) Pieroth/Schlink, aaO, Rdnr. 271, S.64 ; Manssen, aaO, S.128. 참조.

41) Pieroth/Schlink, aaO, Rdnr. 273, S.65 참조.

는 결과로서 ① 직접적이거나, 의도된 국가행동의 ‘간접적’ 결과로서, ② 법적 행위의 결과뿐만 아니라, ‘사실행위’의 결과로서, ③ 명령과 강제에 의하던지 또는 그렇지 않던지 간에, ④ 발생하게 된다. 다시 말해서 기본권제한은 기본권의 보호영역에 속하는 개별국민의 행동을 ‘불가능’하게 만드는 모든 국가행동을 말한다.

예를 들어 신문의 압수, 편집실의 수색 및 봉쇄는 언론의 자유에 대한 제한이다. 또한 형사소추절차에서 의명의 광고주에 대한 공개를 거부하는 광고편집자에게 범칙금을 부과하는 등 그 편집활동을 행정법적 및 형법적인 제재조치의 근거로 삼는다면 언론의 자유에 대한 제한이 발생한다.<sup>42)</sup> 그러나 이 경우 범칙금 부과가 헌법 제23조 제1항에서 보장되는 재산권을 제한한다고 보는 것은 타당하지 않다.

‘의도하지 않은 사실상의 제한’의 예로는 범죄용의자를 향해 발사한 경찰의 총알이 빗나가서 지나가는 보행인을 맞추는 경우를 들 수 있으며, ‘명령과 강제가 없는 사실상의 제한’의 예로는 전화통화를 도청하는 경우를 들 수 있다.

국가가 개별국민의 기본권을 직접적으로 제한하는 경우가 아니고, 기본권의 제한이 국가공권력의 상대방에게로 향한 국가조치로부터의 간접적인 결과로서 나타나는 경우에는 ‘의도하지 않은 간접적인’ 기본권제한이 발생할 수 있다.<sup>43)</sup>

예를 들어 “어떤 대지재산권자의 이웃에게 한 건물에 대한 건축허가를 국가가 내주었는데, 이로 인해서 대지재산권자의 대지가 전혀 햇빛을 받지 못하게 된 경우”[사례④]에는, 헌법 제23조에 따른

42) BVerfGE 64, 108, 115 참조.

43) 여기에서 말하는 실제법적인 기본권제한의 직접성 내지 간접성은 헌법소송법상 어떤 법률이 구체적인 집행행위를 통해서가 아니라 직접적으로 기본권을 침해하고 있는 경우에 발생하는 헌법소원의 청구요건으로서의 ‘기본권침해의 직접성’과는 다르다.

재산권(일조권)제한이 대지 재산권자를 직접적으로 향해서 내려진 공권력행위에 기초하고 있는 것이 아니라, 건축허가를 내줌으로써 생기는 간접적 결과로서 발생하고 있다.

우리 헌법재판소는 공권력의 상대방이 아닌 제3자도 자신의 기본권을 직접 침해받은 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 판시하였다.<sup>44)</sup> 그렇지만 헌법재판소는 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 경우에는 제3자가 헌법소원심판을 청구할 수 없다고<sup>45)</sup> 판시하였다. 생각건대 공권력의 작용이 단지 제3자의 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계에만 영향을 미친다고 하더라도, 기본권 보호영역에 속하는 제3자의 어떤 행동을 불가능하게 하거나 제약하는 경우에는 기본권 제한이 성립한다고 보아야 한다.<sup>46)</sup>

간접적인 기본권 제한의 문제는 기본권 보장이 갖는 물적 연관성 때문에 개별 기본권에서 구체적으로 거론할 수밖에 없다. 그러

44) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31(소위 ‘국제그룹해체사건’), 판례집 5-2, 87, 106 : 이 사건 공권력의 행사가 “청구인 개인을 직접 상대방으로 하여 대인적으로 행사한 바는 없으나 주거래운행을 부실기업정리에 관한 정책결정에서 소외시킨 채 청구인의 개인주식 등 재산권과 기업경영권을 직접 대상으로 하여 대물적으로 행사하였”는 바,(...) “이러한 사실관계에서는 피청구인의 공권력의 행사 자체에 의하여 청구인의 기본권이 직접 침해당한 경우라고 볼 것이다.” ; 헌재 1996. 4. 25. 95헌마 331, 판례집 8-1, 465, 470 : 법무사법시행규칙 제35조 제4항에 의하여 법무사가 “사무원 중 5인을 초과하는 사무원을 해고하여야 하는 법률상 의무를 직접 부담하”는 경우에는, “위 해고의 대상중에 포함되어 있어 해고의 위험을 부담하는 것이 분명한”(…) 사무원들인 “청구인들 또한 이 사건 심판대상 조항에 의하여 직접적이고 법적인 침해를 받게 되는 것이다.” ; 그리고 헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-418 ; 1993. 11. 25. 92헌마87, 판례집 5-2, 474-475도 참조.

45) 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111 : “공권력의 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력의 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게 자기관련성이 있다고 할 것이다. 반대로 타인에 대한 공권력의 작용이 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기관련성은 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.” ; 그리고 1993. 7. 29. 89헌마 123, 판례집 5-2, 127, 134 ; 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684 ; 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416 참조.

46) 헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 419-420(반대의견) 참조.



나 제한개념에 따른 보호영역의 정의가 문제로 제기되는 경우에는 다음과 같이 구분할 수 있다.

우선 기본권의 보호영역이 “직업”(헌법 제15조), “재산권”(헌법 제23조) 등과 같이 사물과 연관된 중심개념으로 형성되어 있는 경우에, 특정한 국가조치는 곧장 개별국민의 직업이나 재산권의 보호영역을 직접 접촉한다고 본다. 이 때 국가조치가 이러한 기본권의 보호영역을 간접적으로 제한하게 된다면, 이러한 제한은 기본권제한여부를 판단하는 단계에서 문제가 된다. 위의 [사례④]의 경우 재산권에 대한 간접적인 제한은 헌법 제23조에서 확정된 보호영역의 경계를 넘어서서 재산권을 제한한다고 본다.

그러나 기본권의 보호영역이 “의사표현”(헌법 제21조제1항의 “언론의 자유”), “집회”(헌법 제21조제1항의 집회의 자유), “결사”(헌법 제21조제1항의 결사의 자유) 등과 같이 인간의 행동과 관련된 중심개념으로 형성되어 있다면, 간접적 기본권제한의 문제는 이미 보호영역의 확정단계에서 포착된다.<sup>47)</sup> 예를 들어 만약 헌법 제21조제1항의 집회의 자유의 보호영역을 구체적인 집회로만 한정한다면, 집회의 사전단계에서 취해지는 국가조치는 “간접적인” 기본권 제한으로 논의될 수 있다. 그러나 동 기본권의 보호영역을 보다 더 넓게 확장해서, 즉 “집회”를 위해서 준비하는 행동들까지 포함시킨다면, 직접적인 기본권 제한이 성립하게 된다. 왜냐하면 보호영역에서 포착된 자유영역(사전준비행동)이 직접적으로 영향을 받고 있기 때문이다.

한편 개인적 주관적 기분에 따라서 상당한 방해로 느껴질 수 있는 일상생활에서의 귀찮음이나, 하찮은 방해 등 ‘사소한’ 제한은 기

47) Bleckmann/Eckhoff, Der mittelbare Grundrechtseingriff, DVBl 1988, 373, 378 참조.

본권제한이라고 보기는 어렵다.<sup>48)</sup> 예를 들면 ‘전화요금통지서에 동봉한 광고물의 전달’은 헌법 제17조의 “사생활의 비밀과 자유” 또는 헌법 제10조의 행복추구권을 제한한다고 볼 수 없다. 그리고 빨간불이 들어온 교통신호등은 도로를 건너려는 사람들의 신체의 자유(헌법 제12조1항)를 제한하지 않고, 운전자의 자동차에 대한 재산권(헌법 제23조제1항)을 제한하지 않는다고 할 것이다.

## 2. 기본권의 포기

국가공권력행위가 기본권자의 동의가 없이 또는 그 의사에 반해서 행해질 때 관련 기본권에 대한 제한이 발생한다. 그러므로 국가기관과 기본권자 사이에 상호 합의가 있을 때에는 기본권제한이 발생하지 않는다. 자기 자신에 대한 기본권 보호는 일반적으로 존재하지 않기 때문이다. 예를 들면, 마약 거래를 하고 있다는 혐의를 없애기 위해서 자신의 전화에 대한 감청을 경찰에게 허용하는 경우를 들 수 있다. 이와 같은 기본권포기가 유효하기 위해서는 먼저 기본권자가 유효한 기본권포기선언을 해야 한다. 이러한 포기선언은 국가에 의한 기본권제한이 행해지기 전에 이루어져야 한다. 다음으로 포기가 기본적으로 가능한 기본권이어야 한다.<sup>49)</sup> 예를 들어 헌법 10조에서 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치는 어느 경우에도 포기될 수 없고, 인간의 존엄성과 관련된 여타의 기본권의 포기도 허용되지 않는다. 그러나 헌법 제18조상의 통신비밀의 자유나 기타 기본권은 포기될 수 있다.

48) Pieroth/Schlink, aaO, Rdnr. 286, S.66 참조.

49) Manssen, aaO, S.126-127 참조.

### 3. 소결론

공권력행위가 관련 기본권의 보호영역을 제한하고 있는지를 심사하고 나서 결론을 내린다. 즉, 공권력행위가 기본권의 보호영역을 접촉하고 제한의 경계를 넘어섰다면 기본권 보호영역에의 제한이 발생한다.

기본권제한여부의 심사에서는 기본적으로 관련된 모든 기본권을 차례로 판단한다. 자유권적 기본권내에서는 특별 기본권(예: 헌법 제15조의 직업선택의 자유)을 일반 기본권(예: 헌법 제10조의 행복추구권)보다 먼저 심사한다. 그리고 기본권경합에 관한 판단 결과에 따라서 관련된 기본권을 먼저 판단한다.

## IV. 기본권제한의 헌법적 정당성

### 1. 들어가는 말

위에서 심사한 결과로서의 기본권 보호영역의 제한은 곧장 기본권침해를 의미하지 않는다. 기본권침해는 기본권 제한이 헌법상으로 정당화되지 않는 경우에만 성립한다. 따라서 기본권 제한이 헌법적으로 정당한지 여부를 계속해서 심사하여야 한다.

헌법 제37조 제2항에 의거 모든 자유와 권리는 법률로써 제한할 수 있다. 헌법 제37조 제2항상의 “법률로써”는 일반적으로 “법률에 의해서”와 “법률에 근거하여” 기본권을 제한할 수 있다는 것을 의미

한다. “법률에 의한” 기본권제한에 있어서는 의회입법자가 기본권제한을 형식적 법률을 통해서 직접 규율한다. “법률에 근거한” 기본권제한에서는 의회입법자가 형식적 법률을 통해서 오로지 기본권제한을 위한 전제조건만을 확정하고, 실제상의 기본권제한은 집행부의 조치들(법규명령, 행정처분 등)에 의해서 이루어진다. 예를 들어 법률을 통해서 오토바이 운전자에게 보호용 헬멧을 착용할 의무를 지우며, 동시에 그 위반시 과태료를 부과하는 것을 규정한다면, 법률에 의한 헌법 12조1항 상의 신체의 자유에 대한 제한 내지 침해가 성립할 수 있다. 이와는 달리 한 법률이 특별한 조건하에서 일정한 재량의 범위내에서 음식점 영업허가를 박탈할 수 있는 권한을 행정부에게 위임하였다면, 이러한 영업허가 박탈처분이 행해지는 경우, 법률에 근거한 직업선택의 자유(헌법 제15조)에 대한 제한 내지 침해가 발생한다.

따라서 사례를 심사하는 과정에서는 기본권 제한이 “법률에 의해서” 또는 “법률에 근거한” 개별 행정행위에 의해서 실시되는지를 먼저 확인해야 한다. 왜냐하면 이에 따라서 기본권 판단구조가 달라지기 때문이다. 물론 이때 두 가지 제한방법이 모두 연관되어 있을 수도 있다.

개별국민의 기본권이 직접 법률에 의해서 제한된다면, 기본권 제한에 대한 헌법적 정당성 심사는 직접 법률에 대해서 실시된다. 관련된 법률은 형식적으로 뿐만 아니라 실질적으로도 합헌적이어야 한다.

## 2. 법률의 형식적 합헌성

우선 기본권을 침해하는 법률이 형식적으로 헌법에 합치되는지 여

부를 심사한다. 적법한 입법권한과 입법절차에 따라서 법률이 제정되었는지를 검토한다. 왜냐하면 객관적으로 위법한 국가행위는 유효한 기본권제한을 포함할 수 없기 때문이다. 그러나 법률의 형식적 합헌성여부는 일반적으로 문제가 되지 않아서 그 심사를 생략하는 경우가 많다.

헌법재판소는 1997. 1. 16. 92헌바6 등(병합), 판례집 9-1, 1. 21-22 사건에서 “국가보위입법회의에서 제정된 법률(구 국가보안법)은 ‘그 내용’이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 이를 다투는 것은 별론으로 하고 ‘그 제정절차’에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다투는 수는 없다고 보아야” 한다고 판시하고, “1991. 5. 10. 속개된 제154회 임시국회 본회의는 당시 의장이 야당의원들의 거듭된 실력저지로 정상적인 의사진행에 의한 표결이 사실상 불가능한 상황이었음을 확인한 후 본회의장내에서 헌법 및 국회법 소정의 의결정족수를 넘는 다수 의원들이 당해 안건에 대하여 찬성의사를 표시함을 확인하고 ‘국가보안법 중 개정법률안’이 가결되었음을 선포하였던 것으로 인정되므로, 신국가보안법의 개정절차에 헌법 제40조 및 제49조등을 위반한 위헌적 요소가 있었다고는 볼 수 없”다고 판시함으로써 입법절차에 대한 위헌성여부 판단을 실시하였다.

### 3. 법률의 실질적 합헌성

기본권을 제한하는 법률이 실질적으로 합헌이 되기 위해서는 무엇보다 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 비례의 원칙과 기본권의 본질적 내용침해금지원칙이 준수되어야 한다.

## 가. 비례의 원칙

기본권제한이 헌법적 정당성을 갖기 위해서는 우선 법률이 추구하는 입법목적이 정당해야하고 입법수단이 비례의 원칙(=과잉금지 원칙)<sup>50)</sup>의 준수를 통해서 정당화되어야 한다. 따라서 기본권 제한의 헌법적 정당성심사는 크게 입법목적에 관한 심사와 입법수단에 관한 심사로 나누어진다.

### (1) 입법목적과 입법수단의 확정

비례의 원칙 심사를 위해서는 먼저 입법목적과 입법수단이 확정되어야 한다.

우선 법률이 추구하는 목적이 어떠한 구체적 내용을 가지고 있는지는 법률 자체 뿐만 아니라, 관련된 입법자료를 동원하여 확정해야 한다. 입법목적이 명확하고 단순하게 규정되어 있을수록, 목적과 수단의 관계는 보다 더 쉽게 규명될 수 있다. 그런데 입법목적은 지나치게 간명하고 정밀하게 설정될 수도 있고, 또는 여러 개의 목적을 동시에 설정하거나 아주 추상적인 형태로 설정될 수도 있는데, 이 경우 적지 않은 문제가 발생할 수도 있다.<sup>51)</sup>

50) 비례의 원칙에 대해서 국내문헌으로는 문홍주·김형성, 비례성원칙과 기본권, 대한민국 학술원 논문집(인문사회과학편), 제28집, 1989, 121-157쪽; 양삼승, 과잉금지의 원칙, 헌법논총 제1집, 1990, 111-157쪽; 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1995, 62-97쪽; 이명용, 비례의 원칙과 판례의 논증방법, 헌법논총, 제9집, 1998, 671; 독일문헌으로는 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 162 ff., 233 ff.; Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 1973, S.568 ff. (597 f.); Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 43 ff.; Stern, Staatsrecht, Bd.1, 2. Aufl., 1984, § 20 IV 7 e, S.866 f.; Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989, S. 7 ff., 51 ff., 75 ff. m.w.N. 참조.

51) 목적의 설정과 수단의 선택에서 나타나는 제 문제점에 대한 자세한 내용은, Haverkate, Görg, Rechtsfragen des Leistungsstaats, Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, Tübingen 1983, S. 20-32; BVerfGE 78, 38 에서의 Henschel 판사의 소수의견(S. 54 ff.); 최갑선, 비례의 원칙에 따른 법률의 위헌심사, 공법연구 제25집(1997) 제4호, 652, 653 이하 참조.

다음으로 법률이 추구하는 목적을 달성하기 위해 선정된 수단이 어떠한 구체적 내용을 가지고 있는지를 확정하여야 한다. 선정된 수단은 대부분 관련법률 자체내에서 발견된다. 입법수단은 단순히 하나로 선정되어 있기도 하고, 다수의 형태로 선택되고 있는 경우도 있다. 다수의 입법수단들은 효율적인 수단의 통제를 위해서 그 성격에 따라서 명확하게 구분할 필요가 있다. 예를 들면, “토지의 투기거래 억제”라는 입법목적을 달성하기 위해서 선택된 “토지거래허가제”는 본 수단이 되고, “그 위반시 부과되는 형사적 처벌”은 부 수단으로서 본 수단의 실효성을 강제하기 위하여 선택된 제재수단이 된다.

## (2) 입법목적의 정당성심사

입법목적의 정당성심사에서는 우선 기본권을 제한하는 입법조치를 통해서 실현시키고자 하는 입법목적이 갖는 구체적 내용과 그 효과를 평가한 후에, 입법목적이 헌법적 정당성을 가지는지 여부를 판단하고, 최종적으로 헌법적 정당성을 지니게 된 입법목적이 과연 기본권제한을 정당화하는지를 판단한다.<sup>52)</sup>

구체적인 목적심사를 하기 전에 입법목적에 대한 자세한 평가가 이루어져야 한다. 관련된 법률의 입법배경을 자세히 고찰하여 추구하는 목적을 설정하게 된 입법취지를 밝혀낸다. 이를 위해서는 입법관련자료(국회속기록, 행정부의 법률안준비자료 등)를 탐색해야 하는 데, 충분한 소명자료가 존재하지 않아서 입법 목적을 규명하기가 쉽지 않는 것이 우리 나라의 현실이다. 특히 법률원안의 제출에서 법률안의 의결까지의 비공식적 타협내용이 공개되지 않는 경우가 많다.

52) 이에 대해서 자세한 것은 최갑선, 비례의 원칙에 따른 법률의 위헌심사, 공법연구 제25집(1997) 제4호, 652(658 이하) 참조.

입법목적은 다음과 같은 기준에 따라서 평가한다. 먼저 특정한 사회경제적 문제점을 해결하고자 설정한 입법목적이 어느 정도의 긴급성과 공익적 비중을 차지하고 있는지를 평가한다. 다음으로는 입법목적이 어느 정도의 입법효과를 가져오는지를 추정한다. 여기서는 주 입법효과와 부수적인 입법효과, 그리고 기대되는 긍정적 효과뿐만 아니라 부정적 효과도 함께 고찰하여 객관적이고 정확한 입법효과를 산출해낸다.

이러한 입법목적의 평가내용을 기초로 법률이 추구하는 입법목적이 헌법 제37조 제2항에 열거한 기본권 제한의 목적들(“국가안전보장”, “질서유지”, “공공복리”) 중 어느 하나에 해당되는지를 심사한다. 예를 들면, 법률이 추구하는 목적의 달성이 ‘공공복리’에 기여하는지를 고찰한다. 추구목적이 공공복리에 합치하면 입법목적의 설정은 일단 헌법적 정당성을 가진다고 여겨진다.

마지막으로 헌법적 정당성을 가진 입법목적이 기본권제한을 정당화하는지를 판단한다. 입법수단이 법시행 이후부터 비로소 기본권을 제한하는 경우에는 입법목적이 관련 기본권의 제한을 쉽게 정당화시킨다. 그러나 입법수단이 소급하여 법시행 이전부터 기본권을 제한하는 경우에는 정당화여부가 문제될 수 있다. 일반적으로 기득권자의 신뢰보호나 법적안정성의 요청을 훨씬 능가하는 큰 공익의 추구는 기본권의 (소급적) 제한을 정당화할 수 있다. 그러나 공공복리에 기여하는 입법목적이라도 그 비중이 크지 않은 경우에는 기본권제한을 정당화할 수 없다. 이 경우에는 곧바로 기본권의 침해가 발생한다.<sup>53)</sup>

53) 독일연방헌법재판소는 BVerfGE 83, 201 (212 f.)에서 복잡한 법률관계를 단순하게 체계화하려는 연방광산법의 입법목적이 공공복리에 기여함으로써 헌법적 정당성을 가졌지만, 그 비중이 낮아서 기득재산권의 하나인 선매권의 박탈을 정당화할 수 없다고 판시하였다.



(3) 입법수단의 심사

다음으로 입법수단이 비례의 원칙을 준수하고 있는지 여부를 심사하는 과정을 살펴보기로 한다.

(가) 적합성원칙 심사

1) 적합성원칙의 내용

적합성원칙은 선정된 수단이 실현코자 하는 목적을 달성하는데 적합해야 한다는 것을 의미한다. 입법목적의 부분적인 실현만으로도 입법수단은 적합하다고 본다. 우리 헌법재판소는 적합성원칙을 “방법의 적절성”, 또는 “수단의 상당성”<sup>54)</sup>, “수단의 적합성”<sup>55)</sup>으로 표현하고, “그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야” 한다고 실시하고 있다.<sup>56)</sup>

선정된 수단이 원인이 되어 추구하는 목적달성이라는 결과가 발생는지 여부를 판단하기 위해서는 미래예측이 필요하다. 따라서 미래의 상황발전에 대한 예측에서 입법자는 일정한 예측평가재량권을 부여받는다. 입법수단선정에서 입법자가 내리는 예측평가에 대한 사법적 통제는 기본권의 성격에 따라서 그 심사강도가 다르게 나타난다. 예를 들어, 경제적 자유에 관한 기본권을 제한하는 경제정책분야의 경우에는 명백성통제가, 경제적 기본권의 경우에는 상대적 타당성통제가, 그리고 생명이나 인간의 일신적 자유가 제한되는 경우에는 심화된 내용통제가 적용된다.<sup>57)</sup>

우리 헌법재판소도 “국회의 입법활동에 있어서 재산권 기타 경제적 활동의 자유규제는 다른 정신적 자유규제의 경우에 비하여

54) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 509 참조.

55) 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 558 참조.

56) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 260 참조.

57) 이에 대해서 자세한 것은 최갑선, 앞의 글, 661쪽 이하 참조.

보다 넓은 입법재량권을 갖는다“라고 판시함으로써,<sup>58)</sup> 입법활동 통제  
 제의 차별성을 인정하고 있다.

## 2) 입법수단의 적합성 심사과정

입법수단의 목적적합성여부는 단순하게 판단되기도 한다. 그러나  
 대부분의 경우 입법시점에서 입법자가 선정한 수단이 추구하는 목  
 적의 달성에 적합하리라고 예측해서 내린 결정에 대한 심사를 통  
 해서 적합성여부를 판단한다. 이러한 심사를 위해서는 우선 입법수  
 단이 어떠한 기본권을 제한하고 있는지에 따라서, 위에서 설명한  
 통제척도들 중에서 하나의 척도를 선택한다. 다음으로는 선택된 통  
 제척도에 따라서 구체적인 적합성심사를 실시한다. 적합성심사에서  
 는 앞의 목적심사에서 이루어진 입법목적의 평가내용이 그대로 활  
 용된다. 상대적 타당성통제나 심화된 내용통제에서는 이론적 검증  
 뿐만 아니라 실증적 검증도 필요하다.

### (나) 필요성원칙 심사

#### 1) 필요성원칙의 내용

선정된 수단은 추구하는 목적을 달성시키는데 필요해야 한다.  
 입법자가 동일하게 효과적이면서 기본권을 제한하지 않거나 또는  
 보다 덜 제한하는 여타 수단을 선택할 수 없었다면 필요성이 존재  
 한다고 본다. 우리 헌법재판소는 필요성원칙<sup>59)</sup>을 “피해의 최소성”  
 또는 “최소침해성”<sup>60)</sup>으로 표현하고, “입법권자가 선택한 기본권 제  
 한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다  
 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소  
 한도에 그치도록 하여야 한다“ 라고 실시하고 있다.<sup>61)</sup>

58) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 262 참조.

59) “최소개입의 원칙” 또는 “최소피해성의 원칙”이라고도 부른다.

60) 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 558 참조

61) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 260 참조

2) 입법수단의 필요성 심사과정<sup>62)</sup>

첫 번째 단계에서는 여타 대체 수단들을 발견해내고 추구하는 목적을 달성하는 데 적합한지 여부를 심사한다. 여타수단들에 대한 적합성심사는 위에서 설명한 적합성심사의 원칙에 의거해서 동일하게 실시된다.

두 번째 단계에서는 각 수단들이 추구목적을 실현하는데 있어서 어느 정도로 관련 기본권을 제한하는지 여부를 측정한다. 왜냐하면 최소피해의 수단 선택은 여러 적합한 수단들이 관련 기본권주체에게 부담지우는 희생들의 비교를 요구하기 때문이다.

마지막 단계에서는 목적달성에 동일하게 적합한 여러 수단들이 기본권 주체에게 부담을 주는 피해의 정도들을 비교해서 가장 피해가 작은 수단을 선택한다. 이때 어느 수단이 관련 기본권자에게 가장 작게 피해를 초래하는지 여부는 객관적 기준에 따라서 판단한다. 최소피해의 수단을 선택하는데 있어서도 입법자는 기본권의 성격에 따라서 일정한 재량권을 가진다. 우리 헌법재판소도 토지거래허가제의 위헌여부에 관한 사건<sup>63)</sup>에서 “토지의 투기적 거래억제라는 목적달성을 위하여서도 한가지 또는 여러 가지의 조치나 수단을 취할 수 있다고 할 것이고, 그 방법의 선택은 현실의 토지의 상태, 투기적 거래의 상황, 정도 등 여러 요인들에 의해서 결정될 성질의 것이며, 이는 입법권자의 입법재량의 범위에 속하는 문제”라고 판시함으로써 입법자의 수단 선택재량권을 인정하고 있다.

(다) 균형성원칙

1) 균형성원칙의 내용

적합하고 필요하다고 판정된 선정수단의 기본권제한정도는 추구

62) 이에 대해서 자세한 것은 최갑선, 앞의 글, 665 쪽 이하 참조.

63) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 379 참조

하는 목적과의 사이에서 비례적 관계에 놓여 있어야 한다. 우리 헌법재판소는 균형성원칙<sup>64)</sup>을 “법익의 균형성”이라고 표현하고, “그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다”라고 설시하고 있다.<sup>65)</sup>

균형성원칙 심사에서는 추구하는 목적(공공복리)과 수단(기본권 제한의 정도) 사이의 비교형량이 요청된다. 법익의 비교형량과정에서는 가치평가가 따르게 되고 심사자의 주관이나 선입감이 개입할 여지가 크다. 따라서 이러한 문제점을 줄이고 합리적이고 객관적인 결론을 도출해 내기 위해서는 다음과 같은 지침들을 비교형량과정에서 준수해야 할 것이다.<sup>66)</sup>

첫 번째 지침은 기본권의 비중, 즉 기본권이 보호하는 개별이익 그 자체이다. 이 개별이익은 상이한 비중을 가지고 있으므로, 그 비중에 따라서 목적과 수단과의 관계에 상이한 영향을 미친다. 예를 들어 재산권보장영역에서 살펴볼 때 재산권객체가 재산권자의 개인적 자유의 보존에 기여하면 할수록(예: 생존재산권) 그 개별이익은 크게 나타나며, 재산권대상이 사회적 연관하에 놓이면 동일수록(예: 대기업재산권 및 토지재산권) 그 개별이익은 상대적으로 줄어들든다. 기본권 제한이 인간의 행동자유 의 핵심적 영역을 저촉 할수록, 이러한 기본권제한을 정당화하는 공공사유는 커야 한다.

두 번째 지침은 기본권 제한의 강도이다. 어떤 법률이 개별국민의 기본권을 심하게 제한하면 할수록, 이 법률이 목표로 하는 공공복리는 그만큼 더 커야 한다.

세 번째 지침은 공공복리의 비중 및 긴급성이다. 어떤 법률이 추

64) “협의의 비례원칙”, “기대가능성원칙”, “상당성원칙”, 이라고도 부른다

65) 현재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 260 참조

66) 이에 대해서 자세한 것은 최갑선, 앞의 글, 공법연구 668 참조.

구하는 공공복리의 비중과 긴급성이 크면 클수록, 보다 더 심화된 기본권제한을 정당화한다.

2) 입법수단의 균형성 심사과정<sup>67)</sup>

입법수단의 균형성심사에서는 위에서 제시한 비교형량지침에 근거하여 추구하는 목적과 선정된 수단사이의 관계를 비교형량하게 되는데, 그 심사과정은 다음과 같다.

우선 관련되는 기본권의 비중과 기본권주체의 개별이익을 평가한다. 기본권은 그 성격에 따라서 상이한 비중을 가진다. 일반적으로 정신적 및 신체적 기본권은 경제적 기본권보다 더 높은 비중을 지닌다.

다음으로는 선정된 입법수단이 초래하는 기본권의 제한이 어떤 강도를 가지고 있는지를 평가한다. 여기서는 기본권주체별 또는 기본권대상별로, 그리고 법시행후 또는 법시행전으로 구분하여 기본권제한 강도를 분석한다.

앞의 목적정당성의 심사에서 확인된 내용을 기초로 추구하는 입법목적이 어떤 비중의 공익을 실현시키는지, 그리고 어느 정도의 긴급성을 가지고 있는지를 평가한다. 공공복리는 그 비중에 따라서 “절대적 공공복리”와 “상대적 공공복리”로 나눌 수 있다.<sup>68)</sup>

위에서 검토한 개별적 요소들을 기초로 선정된 수단과 추구하는 목적사이의 관계를 비교형량지침들을 적용하여 개별적으로 비교형량을 실시한다. 개별적 교량이 이루어진 후에는 최종적으로 기본권의 비중 및 그 제한 강도를 한편으로, 기본권 제한을 정당화시키는 공공복리의 비중 및 긴급성을 다른 한편으로 하여 입법목적과 입

67) 이에 대해서 자세한 것은 최갑선, 앞의 글, 공법연구 669 이하 참조.

68) Grabitz, aaO., 1973, S. 568 (578) 참조

법수단이 균형적인 관계에 놓여 있는지를 판단한다.<sup>69)</sup>

### 나. 본질적 내용 침해금지원칙

기본권제한이 헌법적 정당성을 갖기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 의거한 기본권의 본질적인 내용침해금지원칙이 준수되어야 한다.

#### (1) 기본권의 본질적 내용

기본권의 본질적인 내용이 침해된 것인지 여부를 판단하기 위해서는 기본권의 본질적 내용이 무엇인지 여부를 먼저 확정하여야 한다. 그렇지만 본질적 내용을 정하는 방법을 둘러싸고 지속적인 견해의 대립이 계속되고 있다.

우선 절대적 본질내용론<sup>70)</sup>은 기본권의 본질적 내용을 절대적으로 확고부동한 것으로 이해한다. 모든 기본권의 핵심적인 영역의 침해는 개별사안에 있어서 추구하는 입법이익과는 상관없이 절대적으로 금지된다. 이 이론은 기본권의 특수한 성질, 즉 기본권의 실체를 중요시하며, 개별사안에 있어서 법익들의 충돌과 상관없이 규정되는 절대적인 한계를 세운다. 그러나 이 이론은 기본권의 본질적 내용보장을 개별사안과 관련지어서 신축성있게 실시하는 것을 불가능하게 만드는 단점을 가진다. 따라서 구체적 기본권 침해를 통해서 추구하고자 하는 공공이익이 아무리 중대하더라도 기본권의 침해가 고려될 수 없는 상황이 발생한다. 이러한 단점때문에 절대적 본질내용론의 주장자는 침해로 말미암아 당해 기본권이 유명무실하게 되어 버릴지라도 개별경우에 있어서의 기본권 본질적

69) 헌재 1996. 10. 4., 96헌가6 (공공자금관리기금법 제5조 제1항등 위헌제청), 판례집 8-2, 338 쪽 이하에서 조승형 재판관의 소수의견이 실시되고 있는 비교형량과정 참조.

70) 이에 대해서 자세한 것은 Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs.2 GG, 1983, S. 193 f.; 정태호, 기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰, 헌법논총, 제8집(1997), 311 쪽 이하 참조.

내용의 침해를 예외적으로 인정하고 있다. 예를 들어 경찰의 저격으로 인한 범인(예, 여객기 인질범)의 살해 등이 이에 해당된다. 그러나 이러한 예외는 절대적 본질내용의 “상대화”를 초래한다는 문제점이 있다.

다음으로 오늘날 통설인 상대적 본질내용론<sup>71)</sup>은 본질적인 내용이 고정적인 것이 아니라 가변적인 것으로 보므로 기본권의 본질적 내용이 개별사안에 따라서 항상 별도로 정해진다. 이때 본질적 내용은 개별적인 경우에 서로 충돌하는 공익과 사익을 비교형량함으로써 확정된다. 따라서 기본권이 구체적으로 결정해야 할 문제에 낮은 비중을 갖고 있다면 본질적 내용이 침해되지 않는다. 이와 같이 개별적인 경우에 있어서의 기본권 침해를 고려함으로써, 상대설에 의한 본질적 내용 침해금지원칙은 비례의 원칙에 가까워진다. 그럼에도 불구하고 기본권 보호의 내용이 항상 보호되는 법익들을 상호 비교형량해서 결정되기 때문에 이 이론은 타당하다고 여겨진다.

결론적으로 기본권의 본질적 내용은 모든 침해조치에 있어서 관련자들의 구체적이고 개별적인 관계를 고려하여 결정되어야 할 것이다. 예를 들어 개별적 기본권 중에서 인간의 존엄과 가치에 해당되는 내용은 어느 경우에도 본질적 내용이 되며, 만약 인간의 존엄과 가치의 내용이 침해되었다면 이미 비교형량 자체가 기본권침해라는 위법성을 초래하게 된다.

## (2) 본질적 내용 침해금지원칙의 심사

일반적으로 기본권제한에 있어서 비례의 원칙이 준수되는 한 기

---

71) 이에 대해서 자세한 것은 Maunz, Maunz/Dürig, Art. 19 II, Rdnr. 29ff.; Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965, S. 47 ff.; 정태호, 기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰, 헌법논총, 제8집(1997), 298 쪽 이하 참조.

본권의 본질적 내용침해가 발생하지 아니한다. 이에 반해서 기본권에 대한 중대한 제한이 비례의 원칙에 위배되는 경우에는 실무상으로 어려운 작업인 본질적 내용침해여부를 가릴 필요없이 해당 공권력조치의 위헌성을 확인할 수도 있다. 그러나 이 경우에도 본질적 내용에 대한 침해여부에 대한 실질적인 검토를 거쳐서 그 침해여부를 확인하는 것이 중요하다. 비례의 원칙에 위배된 공권력행위도 본질적 내용 침해금지원칙에는 위배되지 않을 수 있기 때문이다.

우리 헌법재판소는 절대적 본질내용론과 상대적 본질내용론을 일관성없이 필요에 따라서 다르게 채택하고 있으며, 빈번하게 본질적 내용보장규정을 심사기준으로 삼고 있으나, 그 조항을 해석·적용함에 있어서는 그 사안의 성격상 필요한 주의를 기울이지 않고, 구체적인 논증도 없이 그 침해를 단정적으로 긍정하거나 부정하는 경우가 많다.<sup>72)</sup>

## V. 법률에 근거한 기본권제한에서의 기본권침해 여부 판단 구조

기본권제한이 법률에 근거해서, 즉 법규명령이나 규칙, 행정처분에 의해서 이루어진 경우에 행해지는 기본권침해여부의 판단구조를 살펴보기로 한다. 아래에서는 개별 행정처분이 기본권을 제한 내지 침해하는 경우를 기준으로 하여 서술하기로 한다.

72) 기본권의 본질적 내용보장에 관한 헌법재판소판례와 그 경향에 대해서 자세한 것은 정태호, 앞의 글, 329-361쪽 참조.



## 1. 기본권의 보호영역 확정

행정처분을 통해서 관련되어지는 기본권의 보호영역을 확정한다. 이에 대해서는 앞에서 서술한 내용이 그대로 적용된다.

## 2. 기본권의 제한

기본권제한의 심사단계에서는 개별적 행정처분이 관련된 기본권의 보호영역을 제한하고 있는지를 심사한다. 내용상으로는 “법률에 의한 기본권 제한”에 있어서와 별 차이가 없다.

## 3. 기본권 제한의 헌법적 정당성 심사

### 가. 행정처분에 대한 법적근거 존재여부

행정처분의 헌법적 정당성 심사에서는 먼저 행정처분에 대한 법적근거가 존재하는지를 검토한다. 특히 침해적 행정처분의 경우에는 수권근거가 존재해야 한다. 이 경우 행정처분의 근거가 되는 법률 자체가 합헌적이어야 한다. 관련 법률이 합헌적인 경우에만 비로소 동 행정처분의 유효한 법적 근거가 되기 때문이다. 이로써 행정처분의 헌법적 정당성 심사에서도 먼저 수권근거가 된 법률의 합헌성 심사가 주 과제가 된다.

### 나. 관련된 법률의 합헌성 심사

행정처분의 법적 근거가 되는 법률의 합헌성 심사를 한다. 법률의 합헌성 심사에 대해서는 위에서 서술한 내용이 그대로 적용된다.

### 다. 관련된 법률의 기본권 합치적 적용여부 심사

행정처분의 근거가 되는 관련 법률이 합헌이라고 확인된 경우에 비로소 개별적 행정처분이 법 적용상의 흠을 갖고 있는지 여부를 계속 심사한다. 이때 입법자의 추상적이고 일반적인 법률내용이 법 집행자를 통해서 구체적이고 개별적인 사안에서 기본권에 합치하도록 적용되었는지 여부를 심사한다. 이에 대한 심사는 보통 다음과 같이 이루어진다.

#### (1) 행정처분의 형식적 적법성

행정처분의 형식적 적법성 심사단계에서 나타나는 절차규정의 위반은 일반적으로 고려대상이 되지 아니한다. 실질적인 기본권보호에 기여하지 않는 절차규정의 위반은 행정처분의 기본권침해를 야기하지 아니한다. 여기서는 예외적으로 기본권보호가 적절한 절차규정을 통해서 실현되는 경우가 문제된다.

#### (2) 행정처분의 실질적 적법성<sup>73)</sup>

행정처분의 실질적 적법성 심사는 헌법소원심판에서 아주 제한적으로 실시되는데, 이는 특수한 기본권침해성과 연관되어서 실시된다. 이러한 심사제한은 헌법재판소가 제4심으로서 법원의 역할을 담당할 수 없다는 특수한 기능과 관련된다.

73) 일반적으로 행정처분의 실질적 적법성심사에서는 ① 관련 법률의 합헌성심사, ② 관련 법규명령의 법률적합성심사, ③ 관련 법규명령의 합헌성 심사, ④ 행정처분의 합헌성심사, ⑤ 행정처분의 법률적합성심사, ⑥ 행정처분의 법규명령적합성심사가 순서대로 행해진다.

(가) 수권법규범의 구성요건 충족여부

그럼에도 불구하고 이에 대한 심사가 행해지는 경우에, 헌법재판소는 법률의 구성요건적 측면에서 행정부에 의한 불확정 법률개념의 해석이나 판단재량의 행사에 있어서 기본권이 제대로 반영되어 적용되고 있는지에 대한 심사를 할 수 있다. 왜냐하면 행정부는 구체적인 처분을 행함에 있어서 관련된 기본권을 준수해야 하기 때문이다.

(나) 비례의 원칙 심사

입법자가 재량여지를 허용함으로써 법집행자에게 법규범의 기본권 합치적 적용을 위임하였다면, 법집행자는 기본권을 존중하고 비례의 원칙을 준수함으로써 관계자의 기본권을 보호해야 한다.

## VI. 맺음말

국가공권력행위가 자유권적 기본권을 침해하고 있는지 여부를 판단함에 있어서는 먼저 기본권의 실체인 보호영역을 확정된 후, 기본권의 제한여부가 성립하는지 여부를 심사하고 나서, 기본권제한이 헌법상 정당한지 여부를 판단하는 구조를 채택하는 것이 가장 논리적이고 합리적이다.

먼저 기본권 보호영역의 사전설정을 통해서 기본권제한의 대상을 명확히 하고, 경합되는 기본권들간의 관계를 정리함으로써 개별 기본권 규정을 올바르게 해석하는 틀이 형성된다.

다음으로 국가공권력이 야기하는 기본권제한의 내용과 범위를 심층있게 분석하여 기본권제한의 성립여부를 판단할 수 있는 근거를

마련한다.

그리고 기본권제한의 헌법정당성 판단에 있어서는 이 글에서 서술한 비례의 원칙의 구체적인 판단기준들과 합리적인 심사과정들을 통하여 충실한 위헌 내지 합헌 논증을 이끌어 낼 수 있다. 특히 비례의 원칙심사를 기본권의 성격에 따라서 상이하게 실시해야 할 필요성이 존재한다.

이 글에서 제시한 자유권적 기본권의 침해여부 판단구조와 판단기준들은 헌법재판의 효율성과 설득력을 제고함으로써 결국 기본권보호의 내실화에 기여할 것이다.

# 獨逸社會保險法上 給與受給權과 財産權保障

－ 獨逸聯邦憲法裁判所의 判例를 中心으로 －

方 勝 柱  
憲法裁判所研究員  
法學博士

## － 目 次 －

### I. 문제제기

### II. 독일 연방헌법재판소 판례

1. 연방헌법재판소 판례의 발전
2. 의료보험판결의 내용
3. 세가지 전제조건에 대한 분석
  - 가. 재산적 가치가 있는 법적 지위일 것
  - 나. 상당한 자기기여(nicht unerhebliche Eigenleistung)
  - 다. 생존보장에 기여할 것

### III. 사회보험법적 지위에 대한 개별적 고찰

1. 연금보험법상 연금청구권과 연금기대권
2. 연금법상 법정급여에 해당하는 의료보험료급여

3. 직업활동 및 소득활동불능(Berufs-und Erwebsunfähigkeit)연금
4. 실업급여(Arbeitslosengeld)
5. 연금보험법상 유족급여

#### IV. 사회보험법적 지위에 대한 규율에 있어서 입법자의 형성의 자유와 그 한계

1. 헌법적 재산권개념과 법률유보
2. 사회보험법적 지위의 내용과 한계규정에 대한 통제
3. 재산권으로서의 사회보험법적 지위에 대한 제한과 그 한계
4. 사회보험법적 지위의 재산권보호에 관한 연방헌법재판소 관례의 현실적 의의

#### V. 결론

## I. 문제제기

그동안 우리 학계와 헌법재판소 판례는 헌법상 재산권 개념은 재산적 가치가 있는 모든 공·사법상의 권리를 포함하는 것으로 이해하여 왔다.<sup>1)</sup> 그러나 공법상의 권리가 재산적 가치를 가진다고 해서 모두 헌법 제23조에 의한 재산권보장을 받는다고 할 수는 없다.<sup>2)</sup> 만일 그렇게 이해하는 경우에는 국가에 의한 일방적 급부에 지나지 않는 생존배려적 급부까지도 재산권보장을 요구하게 될 것이고 그렇게 되면 전통적으로 자유권적 성격을 가지고 있던 재산권이 사회적 참여권(Teilhaberecht)으로 변질될 수 있을 뿐만 아니라<sup>3)</sup>, 경제적·사회적 상황에 따라서 사회보장급부를 조절할 수 있는 입법자의 형성의 자유는 재산권제한의 한계에 부딪혀서 심대히 제한될 것이다. 그렇기 때문에 공법상의 권리, 특히 사회보험법적

- 
- 1) 김철수, 헌법학개론, 1999, 540면; 권영성, 헌법학원론, 1999, 482면; 헌재, 1995. 7. 21. 93헌가 14, 국가유공자에우등에관한법률 제9조 본문에 대한 위헌법률심판, 판례집 7-2, 1, 22; 이에 반해 허영교수는 공법상의 권리가 재산권으로 보호될 수 있기 위한 요건을 간단하게 언급하고 있다. 즉, “동산·부동산에 대한 모든 종류의 물건은 물론 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리가 모두 헌법상의 재산권에 포함된다. 재산가치 있는 공법상의 권리, 군사원호대상자의 원호보상급여청구권, 손실보상청구권 등도 그것이 자신의 노력에 의해서 얻어진 대가로서의 성질이 강하고, 자신 또는 가족의 생명·건강·자유·재산 등의 특별한 희생에 의해서 얻어진 보상적 성질이 강한 권리인 경우에는 마땅히 헌법상의 재산권에 속한다고 보아야 한다”, 한국헌법론, 1999, 449면.
  - 2) 이러한 문제의식을 담고 있는 국내 문헌으로서는 전광석, 재산권과 사회보장청구권, 사회보장법학 1993, 122-134면; 전광석, 군인연금법 제21조 제5항에 대한 한정위헌결정, 판례월보 1995, 295호, 8-24 (15)면; 정하중, 헌법재판소의 판례에 있어서 재산권보장, 헌법논총 제9집, 1998, 277-340 (302-311)면; 이상광, 사회급여수급권과 재산권의 보장, 판례월보 1997. 1.(316호), 34-40면 등.
  - 3) Hans-Jürgen Papier, Die Differenziertheit sozialrechtlicher Positionen und der Anspruch der Eigentumsgarantie, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrertagung Bielefeld, Wiesbaden 1982, S. 193 ff.(193); 전광석, 재산권과 사회보장청구권, 사회보장법학 1993, 122-134(131)면.

지위 내지 권리에 대하여 어느 정도까지 재산권으로 보호할 것인가의 문제에 대하여 일찍이 독일에서는 매우 심도있는 논의<sup>4)</sup>가 이루어진 끝에 최근 연방헌법재판소는 사회보험법적 지위가 재산권 보호를 받기 위한 3가지 전제조건을 확립하기에 이르렀다. 물론 이러한 3가지 전제조건을 개별적으로 적용하다 보면 구체적인 사회보험법적 지위가 재산권보장의 대상이 될 수 있는지 여부에 관하여 항상 같은 결론이 나올 수 있는 것은 아니지만 상당한 정도의 예측가능성이 주어질 수 있다. 뿐만 아니라 사회보험법적 영역에서 국민의 재산권의 내용과 한계를 정할 수 있는 입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대하여서도 보다 구체적인 논의가 가능해진다.

따라서 이하에서는 이러한 사회보험법적 지위의 재산권보호에 관한 독일 연방헌법재판소 판례의 입장을 검토하여 봄으로써 문제점을 파악하고 우리 문제의 보다 나은 해결을 위한 시론을 제시하는 데에 본 논문의 목적이 있다고 하겠다.

## II. 독일 연방헌법재판소 판례

### 1. 연방헌법재판소 판례의 발전

초기 독일 연방헌법재판소는 공법적으로 성립된 재산적 가치있는 지위들은 원칙적으로 재산권보호를 받지 못하는 것으로 보았다.<sup>5)</sup> 그러나 이후의 판결에서 연방헌법재판소는 주관적인 공권의

---

4) 이러한 논의를 담고 있는 것으로는 Rolf Stober(Hrsg.), Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, Köln usw. 1986; Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrertagung Bielefeld, Wiesbaden 1982.



근거가 되는 사실관계가 개인에게 재산권주체의 법적 지위와 같으며 이를 보상 없이 박탈하는 경우에 기본법의 법치국가 원리에 반하게 될 정도로 중요한 법적 지위를 설정하는 경우에는 재산권의 보호를 받는다고 보았다.<sup>6)</sup>

연방헌법재판소가 1985. 7. 16. 의료보험판결<sup>7)</sup>을 내리기 전까지는 단지 연금보험과 관련한 몇 가지 법정급여(Regelleistung)와 관련한 결정에서 어떠한 전제조건하에서 그리고 어떠한 범위내에서 사회보험법적 지위가 재산권보호를 받을 수 있을 것인지에 대하여 밝혔을 뿐이다. 이에 따라서 피보험자들의 연금보험청구권과 연금기대권[Rentenanwartschaften], 즉 연금보험관계의 성립 이후에 가령 대기기간의 경과와 보험사고의 발생과 같은 그밖의 전제조건이 충족되는 경우에 비로소 완전한 연금청구권으로 될 수 있는 피보험자의 법적 지위들은 헌법상 재산권의 보호를 받게 되었다.<sup>8)</sup> 하지만 再活(Rehabilitation)을 위한 급여는 보험자의 재량에 달려있는 급여이기 때문에 헌법상 재산권의 보호를 받을 수 있는 법적 지위가 아니라고 보았다.<sup>9)</sup> 그밖에 다른 사회보험법적 지위들의 재

5) BVerfGE 1, 264 (278 f.); 2, 380; 4, 219 (239); Hans-Jürgen Papier, in: Maunz-Dürig Grundgesetz Kommentar, Art. 14(Lfg. 1994), Rdnr. 130.

6) BVerfGE 40, 65 (83); Franz Ruland, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juli 1985 zum Eigentumsschutz von Anrechten aus der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Rolf Stober(Hrsg.), Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, Köln usw. 1986, S. 45 ff.(46).

7) BVerfGE 69, 272.

8) BVerfGE 53, 257 (289 f.).

9) BVerfGE 63, 152 (174); 이에 동조하는 견해로 Rolf Stober, Anmerkung, SGB 1986, S. 63 ff., auch in: ders(Hrsg.), Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen 1986, S. 43 ff. 그러나 그는 이러한 표지도 일반화할 수 있는 것은 아니라고 보고 있다. 왜냐하면 재량급여도 궁극적으로는 피보험자의 자기기여에 근거하며 또한 생존보장에 기여할 수 있기 때문이다. 이 경우에 재량의 쉼으로의 수축이론을 생각할 수 있을 것이라는 것이다. aaO, S. 43.; 이 밖에 Wolfgang Rübner, Die Differenziertheit sozialrechtlicher Positionen und der Anspruch der Eigentumsgarantie, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrertagung Bielefeld, Wiesbaden 1982, S. 169 ff.(172).

산권보호의 문제에 대하여서도 결정할 기회를 가지지 못하였거나 아니면 명시적으로 미결로 놓아 둔 채 있던 중, 연금보험의 피보험자가 퇴직 후 의료보험법상 보험료를 내지 않고서 의료보험을 받을 것이라는 전망(Aussicht)이 재산권보호를 받을 수 있을 것인지에 관한 위 의료보험판결(BVerfGE 69, 272)에서, 사회보험법상의 지위가 재산권보호를 받을 수 있는 3가지 전제조건을 교과서적으로 정립하였다. 이하에서 이 결정의 내용을 보기로 한다.

## 2. 의료보험판결<sup>10)</sup>의 내용

이 판결에서는 연금수급권자(Rentner)로부터 의료보험료를 받지 않고서도 무료로 의료보험혜택을 주어 왔던 구법과는 달리 피보험자가 소득활동을 개시한 이래 연금청구를 할 때까지 적어도 이 기간의 1/2 이상을 의료보험에 가입하고 있었을 것을 전제로 의료보험혜택을 주기로 한 1977년 의료보험(비용절감)법 규정이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부가 문제되었다.<sup>11)</sup>

이 판결에서 연방헌법재판소는 어떠한 사회보험법적 지위가 재산권보호를 받을 수 있을 것인지에 대한 헌법적 판단은 “이러한 법적 지위가 기본법 제14조에 의하여 보호되고 있는 재산권의 구성적 표지를 갖추고 있는지”<sup>12)</sup> 여부에 달려있다고 하였다. 즉 “어떠한 사회보험법적 급여청구권이 기본법 제14조의 재산권으로 간주될 수 있을 것인지의 문제에 답하기 위해서는 재산권보장이 헌법의 전체구조에서 차지하고 있는 의의를 고려하면서 재산권보장

---

10) BVerfGE 69, 272.

11) BVerfGE 69, 272 (273).

12) BVerfGE 69, 272 (299).

의 목적과 기능을 뒤돌아 보아야 한다. 재산권보장은 기본권주체로 하여금 재산법 영역에서의 자유로운 공간을 보장하고 그에게 자기 책임적인 생활형성을 가능하게 하는 과제를 갖는다”<sup>13)</sup>는 것이다. 그러면서 다음과 같이 3가지 전제조건을 제시하고 있다.

- i) 사적 유용성이 있는 일종의 배타적 권리로서 권리주체에 귀속되는, 재산적 가치가 있는 법적 지위일 것.
- ii) 이러한 지위가 피보험자의 상당한 자기기여에 근거하고 있을 것.
- iii) 생존보장에 기여할 것이다.

이러한 3가지 전제조건이 충족될 경우에 사회보험법적 지위는 재산권의 보호를 받게 된다. 이러한 전제조건이 결여된 경우에 사회보험법상의 지위에 대한 법률적 제한은 다른 기본권의 보호를 받을 수 있을지는 몰라도 재산권의 보호를 받지는 못한다. 이러한 범위를 초월하는 재산권보장에 의한 보호는 헌법의 전체 구조에 비추어 볼 때 재산권보장의 과제에 더 이상 부합하지 않는다<sup>14)</sup>는 것이다.

### 3. 세가지 전제조건에 대한 분석

#### 가. 재산적 가치가 있는 법적 지위일 것

##### (1) 판례의 내용

연방헌법재판소는 연금조정판결<sup>15)</sup>에서 이미 연금청구권과 연금

---

13) BVerfGE 69, 272 (300).

14) BVerfGE 69, 272 (300).

15) BVerfGE 53, 257 (290).

기대권이 재산적 가치가 있는 재화로서 헌법상 재산권보장의 본질적 표지를 갖추고 있다고 하면서, 재산권은 사적 유용성을 특징으로 한다고 하였다. 즉 재산권은 그 재산이 사적인 임의성(Initiative)의 기초로서 자기책임하의 사적 이익을 위하여 유용한 것으로 법적 주체에게 귀속됨을 특징으로 한다고 판시한 바 있다. 연방헌법재판소는 이러한 판시내용을 인용하면서, 만일 어떠한 법적 지위가 개인에게 소유자로서의 법적 지위와 마찬가지로의 법적 지위를 창설하는 경우, 즉 급여에 대한 주관적 공권을 설정하는 경우에는, 사회보험법상의 다른 법정급여들에 대하여서도 마찬가지로 적용될 수 있다고 하고 있다. 즉 어떠한 권리주체에게 “그의”, 그에게만 귀속되는 법적 지위라는 것이 인정될 수 있다면 첫 번째 전제조건이 충족된다는 것이다. 그러한 법적 지위들은 보험자의 재량에 좌우되는 급여나 아직 법적 지위로 구체화되지 아니한 법적 이익에 대한 단순한 전망(Aussicht)에 지나지 않는 지위들과는 달리 재산권의 보호를 받을 수 있다는 것이다.<sup>16)</sup>

## (2) 판례의 평가

이상 연방헌법재판소의 첫 번째 전제조건에 대한 설명을 분석해보면 사회보험법상의 지위들이라 하더라도 그것이 헌법상 재산권의 보호를 받기 위해서는 재산권의 본질적 표지를 가지고 있어야 한다는 점을 명확하게 하고 있음을 알 수 있다.<sup>17)</sup> 따라서 보험자나 제3자의 처분가능성이 없는, 법률적으로 구체적으로 확립된<sup>18)</sup> 법적 지위일 것이 요구된다. 다음으로 사적 유용성의 요소는 “재산권대

16) BVerfGE 69, 272 (301).

17) Fritz Ossenbühl, Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Fürst/Herzog(Hrsg.), FS für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 625 ff.(630).

18) Franz Ruland, aaO(각주 6), S. 46.

상에 대한 원칙적인 처분권능”이다.<sup>19)</sup> 이러한 “처분권능”을 통하여서 헌법적 재산권으로 보호되는 “所得(das Erworbene)”, “所有(das Haben)”임이 법기술적으로 표현된다.<sup>20)</sup>

나머지 “상당한 자기기여”나 “생존보장” 등의 두가지 요소들은 재산권보호의 한계를 설정하기 위한 소극적 표지라고 볼 수 있다.<sup>21)</sup>

#### 나. 상당한 자기기여(nicht unerhebliche Eigenleistung)

##### (1) 판례의 내용

연방헌법재판소는 두 번째 전제조건에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 사회보험법적 지위가 재산권보호를 받기 위해서는 피보험자의 상당한 자기기여에 기반을 두고 있어야 한다. 어떠한 법적 지위를 재산권보호의 대상으로 하는 것은 이러한 지위가 소득을 목적으로 하는 근로제공에서와 같이 피보험자의 개인적 근로제공으로 결정된다고 하는 데에 근거하고 있으며, 이러한 자기기여와의 관련성은 소유자로서의 지위에 대한 특별한 보호근거로서 받아들여지고 있다는 것이다.<sup>22)</sup>

하지만 주의할 것은 연방헌법재판소는 어떠한 법적 지위가 국가적 급부에 주로 의존하고 있거나 국가적 급부에 동시에 의존하고 있다 하더라도 이러한 전제조건이 문제될 것은 없다고 판시하고 있는 점이다.<sup>23)</sup> 또한 자금지원(또는 자금조성: Subvention)이나 조세경감(Steuererleichterung)에 의하여 획득한 재화의 경우도

19) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 630 f.; 전광석, 재산권과 사회보장청구권, 사회보장법학 1993, 122면 이하(129).

20) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 630 f.

21) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 630 f.

22) BVerfGE 69, 272 (301).

23) BVerfGE 69, 272 (301).

처음부터 그러한 재산권보호가 배제되는 것은 아니라고 하고 있다. 그리고 자기기여가 어느 정도인지는 특히 입법자가 재산권에 해당하는 법적 지위의 내용과 한계를 어느 범위까지 규율할 수 있는가의 문제를 해결함에 있어서 중요하다는 것이다.<sup>24)</sup>

이에 따라서 연방헌법재판소는 그의 확립된 판례에 따라서 국가가 그의 생존배려의무(Fürsorgepflicht)를 이행하기 위하여 규정한 법률에 근거하고 있을 뿐인 사회적 급여에 대한 청구권(Ansprüche auf Sozialleistungen)은 재산권의 보호를 받지 못한다는 것을 분명히 하고 있다. 이렇게 국가의 보장에만 근거하고 있는 청구권은 기여금의 납부가 그 본질이라고 할 수 있는 사회보험의 영역에서는 존재하지 않는다는 것이다. 하지만 사회보험 영역에서의 급여 청구권은 부분적으로는 기여금에 부분적으로는 국가의 보장에 근거하고 있을 수는 있으며 이 두가지를 명백히 구분하는 것은 어렵다고 하고 있다.<sup>25)</sup>

연방헌법재판소는 따라서 사회보험법적 지위가 피보험자의 상당한 자기기여에 근거하고 있는지 여부의 문제는 보통 개별사례에 따라서 판단할 수 밖에 없다고 부연한다. 그러나 이 판단을 위하여 다음과 같은 일반적 기준을 제시하고 있다. 즉 피보험자의 자기기여라고 할 수 있는 것은 피보험자 자신이 지불한 보험료만이 아니라 제3자가 사회보험자에게 지불한 부담금도 역시 자기기여로 고려할 수 있다는 것이다. 이에 속할 수 있는 것으로는 가령 연금보험과 의료보험 영역에서 고용주가 부담하는 부담금을 들 수 있으며 이것은 재산권보호를 받는 근로자의 자기기여에 해당된다는 것이다.<sup>26)</sup>

---

24) BVerfGE 69, 272 (301).

25) BVerfGE 69, 272 (302).

## (2) 판례의 평가

헌법상 재산권보장의 기능은 Papier가 지적하고 있듯이 국가의 재산박탈과 재산변경의 방어에 있으며 따라서 시민의 재산적 가치가 있는 수고에 대한 반대급부라고 할 수 있는 공법상의 권리 역시 이러한 보호에 포함될 수 있다. 이러한 공법상의 권리들은 국가와 상관없는 사적 재산상태와 성질상 매우 비슷하다. 이에 반하여 국가의 일방적인 재산적 급부(Vermögensgewährleistung)를 유지해 줄 것을 요구하는 것은 재산권에 의하여 보장되지 못한다. 왜냐하면 재산권이 국가의 부담을 전제로 하는 보장의무나 급부의무를 내용으로 하고 있는 것은 아니기 때문이다.<sup>27)</sup> 즉 연방헌법재판소는 이러한 자기기여라고 하는 전제조건을 통하여 재산권을 사회적 참여권의 성격으로 보려는 경향을 명시적으로 차단하고 있다고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

따라서 자기기여(Eigenleistung)라고 하는 기준은 재산권의 범위가 무한히 확대되는 것을 막아 준다. Papier는 자기기여와 관련하여 다음과 같이 부연하고 있다. 즉 그것이 (진정한) 재산적 급부로서 국가에 제공되었는지 여부를 불문하고서 권리주체에 의한 모든 재산적 희생, 모든 자본과 노동의 투자 또는 그밖의 모든 물질적, 비물질적 재화가 보호될 수는 없다는 것이다. 국가에 대한 국민의 공법적 청구권은 국가나 그밖의 고권적 주체의 재산을 증가시킨, 권리주체나 또는 그를 대신하는 제3자의 재산적 가치가 있는 금전적, 물질적 급부나 근무를 보상하는 것일 때에 비로소 헌법상의

26) BVerfGE 69, 272 (302).

27) Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 133.

28) Rolf Stober, Anmerkung, in: ders.(Hrsg.), Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, Köln usw. 1986, S. 43.

“재산권”이라는 것이다. 만일 그것이 자기기여와 관련이 있으면 되지 민법적 의미에서 상호간의 계약에 의한 진정한 상대방관계와 교환관계가 필요한 것은 아니며, 국민의 공법적 청구권이 전적으로 자신의 금전적, 물질적 급부나 노력에 대한 보상이어야 하는 것도 아니라는 것이다. 그것은 전적으로 국가의 일방적인 급부를 기초로 한 것이 아니면 된다는 것이다.<sup>29)</sup> 따라서 고용주에 의하여 보험료가 납부되는 재해보험(Unfallversicherung)의 경우도 근로자의 자기기여에 귀속된다고 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 재해보험의 보험료는 고용주의 배려의무(Fürsorgepflicht)와 책임의무(Haftpflicht) 및 근로자의 특별한 재해위험에 대한 공동책임을 근거로 납부되는 것이기 때문이다.<sup>30)</sup>

이러한 자기기여에 관하여 연방헌법재판소는 이전 판례<sup>31)</sup>에서는 다음과 같이 설명하였다. 즉 어떠한 권리가 재산권인가 아닌가를 판단함에 있어서 중요한 것은 그것이 어느 정도까지 자기기여와 등가성있는 것(Äquivalent eigener Leistung)으로 볼 수 있느냐 아니면 국가의 보장에 근거하고 있는 것이냐라는 것이다. 이러한 표지는 획득한(erdient)<sup>32)</sup> 법적 지위인지 여부를 식별하는 것이라고 할 수 있다.<sup>33)</sup>

29) 그러면서 Papier는 가령 장학법상의 장학금청구권, 자녀양육비, 청소년부조와 사회적 부조에 대한 청구권, 특히 전쟁회생자연금으로부터 나오는 사회적 보상청구권 등은 재산권보장에 포함될 수 없다고 하면서, 그러나 이러한 청구권들이 원칙적으로 다른 헌법규정과 원리, 즉 인간존엄규정이나 사회국가원리에 의하여 보장되는 것은 배제되지 않는다고 하고 있다. Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 134..

30) Rolf Stober, Anmerkung, aaO(각주 28), S. 44.; Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 142.

31) BVerfGE 14, 288 (294); 18, 392 (397).

32) 전광석, 재산권과 사회보장청구권, 사회보장법학 1993, 122면 이하(125); 이상광, 앞의 논문, 36면.

33) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 631 f. 이에 대하여 헌법상 재산권은 사적인 재산권(private Vermögensrechte)을 보호하는 것이 아니라 사인의 재산권(Vermögensrechte Privater)을 보호하는 것으로서 그 획득원인을 불문하기 때문에 상당한 자기기여가 있어야 한다는 표지는 헌법적 재산권보호에 대한 적합한 표지가 아니라고 보는 입장도 있으나, 여



## 다. 생존보장에 기여할 것

### (1) 판례의 내용

끝으로 사회보험법적 지위의 재산권보호를 위한 구성적 표지는 그것이 권리주체의 생존보장에 기여하도록 규정되어 있을 것이다.<sup>34)</sup>

1980. 2. 28. 연방헌법재판소가 연금조정판결<sup>35)</sup>을 내리기 전에 이미 Rupp-v. Brünneck 재판관은 국민이 경제적 생존에 있어서 점차적으로 공법상의 권리들에 더욱 의존하게 되기 때문에 이들 권리들 역시 재산권보장의 대상이 되어야 한다는 의견을 밝혔다.<sup>36)</sup> 연방헌법재판소는 위 결정에서 오늘날 현대사회의 대다수의 국민은 사적인 물적 재산을 통하여서 보다는 근로소득과 그리고 이와 관련하여서 연대책임으로 부담하는 생존배려(Daseinsvorsorge)를 통하여 자신들의 경제적 생존보장을 획득한다고 판시함으로써 이러한 Rupp-v. Brünneck 재판관의 생각을 받아들였다. 이것은 비단 연금보험에만 국한되는 것은 아니다. 다른 사회보험법적 지위들 역시 국민 대다수에게는 자신들의 생존보장에 중요한 기반이 될 수 있다. 특히 장기간동안 중요한 급여가 확고하게 보장되어 피보험자가 자신의 생활보장을 위한 중요한 수단으로 생각할 수 있을 경우에 그러하다. 만일 그러한 지위들이 재산권보장에 포함되지 않는다면 재산권보장기능은 상실될 것이고 이것은 사회적 범치국가에서의 재산권보호와 합치되기 어렵다는 것이다.<sup>37)</sup>

---

기에서 중요한 것은 그 자체가 단지 사적인 재산권에 해당하며 헌법적 보호를 받을 수 있는 공법상의 지위의 한계를 설정하는 것이다.

34) BVerfGE 69, 272 (303).

35) BVerfGE 53, 257.

36) BVerfGE 32, 129 (142)에서의 반대의견.

37) BVerfGE 69, 272 (303).

한편 연방헌법재판소는 “이 기준을 판단함에 있어서 기본권주체가 자신의 재산상태에 따를 때 사회보험법상 급여에 얼마나 의존하고 있는가는 중요하지 않다. 오히려 중요한 것은 공법상의 급여가 권리주체의 생존보장이라고 하는 그 목적에 기여하도록 규정되어 있는지 여부이다. 개인의 필요가 아니라 어떠한 지위가 국민 대다수의 생존보장에 기여한다고 하는 상황이 중요하다”<sup>38)</sup>는 점을 강조하고 있다.

그러면서도 연방헌법재판소는 생존보장기능이라고 하는 기준을 통하여 재산권보장의 범위를 제한하고 있다. 즉 “물론 사회보험법적 지위에 대한 재산권보호는 만일 그것이 없거나 제한될 경우에, 재산권보장의 자유보장적 기능이 현저히 침해되는 정도의 중요성이 권리주체에게 인정될 수 있는 경우에만 고려될 수 있다. 사회보험법에서는 흔히 명백하게 생존보장에 중요하지 않은 급여청구권이 인정되기도 하나 그러한 청구권은 재산권에 의하여 보호되지 않는다.”는 것이다. 즉 연방헌법재판소는 “모든 사회보험법적 지위가 재산권을 기준으로 심사될 수 있고 그리하여 결과적으로 법률적 제한에 대한 한계가 재산권의 내용과 한계규정으로부터 도출될 수 있는 것은 아니다”고 하고 있으며, 다른 한편 “재산권보장을 전술한 유형의 지위들에 대하여 적용한다고 하여서 사회정책적 영역과 같이 사회발전에 중대한 영역에서의 법개정을 차단하고 사회적, 경제적 상황변화에 맞는 법개정을 지나치게 어렵게 할 수 있을 것이라고 염려할 필요도 없다고 하고 있다. 특히 입법자는 사회국가원리에 부합하는 방법으로 아직 청구권을 획득하지 못한 사람의 이해관계를 얼마든지 고려할 수 있다는 것이다.”<sup>39)</sup>

---

38) BVerfGE 69, 272 (304).

39) BVerfGE 69, 272 (304).

## (2) 판례의 평가

그러나 이러한 생존보장의 기준이 어느 정도로 사회보험법적 지위의 재산권보호를 위한 구성적 표지가 될 수 있는지는 불분명하다. 다만 확실한 것은 그것이 재산권보호의 범위를 한정해 주는 소극적 기능을 수행한다는 점이다.<sup>40)</sup>

물론 생존보장의 표지는 피보험자가 생존보장을 위한 그 밖의 다른 가능성을 가지고 있는가의 여부는 문제되지 않는다는 점에서 그 의미가 상대화되고 있다. 즉 개인의 필요성이 아니라 어떠한 급부가 국민의 대다수의 생존보장에 기여하는가가 중요하다는 것이다.<sup>41)</sup>

그러나 학자들 중에서는 이러한 생존보장이라고 하는 표지는 재산권보장의 의미와 목적에 반한다고 하는 점을 지적하고 있다. 즉 재산권보장규정의 해석론에 있어서 생존보장개념은 사실 “이질적인 것(Fremdkörper)”이라고 할 수 있다는 것이다. 왜냐하면 재산을 단순한 생존보장으로 이해하는 경우에 재산권보장은 종말을 고할 수 밖에 없으며,<sup>42)</sup> 그리고 생존보장은 재산권과는 배치되는 단순히 기본적인 것에 대한 보장을 인정하는 것이 되고 또한 이것은 필요성의 원칙(Bedürftigkeitsprinzip)을 인정하는 결과가 되기 때문이다.<sup>43)</sup> 만일 어떠한 지위가 사적 유용성이 있고, 자기기여에 근거하고 있다면 그것이 비록 생존보장에 기여하지 않는다 하더라도 재산권보호를 받아야 한다. 왜냐하면 그렇지 않은 경우에는 자기기

40) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), 634.

41) BVerfGE 69, 272 (304); Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), 634; Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 150.

42) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), 635.

43) Rolf Stober, Anmerkung, aaO(각주 28), S. 44.

여라고 하는 전제조건은 이러한 생존보장이라고 하는 추가적 조건에 의하여 그 의미가 상실될 수 밖에 없기 때문이다.44)

그러므로 이 생존보장이라고 하는 기준은 입법자가 연금수준 및 보험료 납부자와 연금수혜자 상호간의 재분배(Umverteilung)기준을 정함에 있어서 원칙적으로 형성의 자유를 가지지만, 그 경우에도 자기기여의 의미와 연금수혜자의 생존보장에 문제가 야기될 정도로 연금수준을 삭감해서는 안된다고 하는 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 입법자는 자기기여로 획득한 반대급부를 수정할 수 있으며, 개인의 생존에 별로 중요하지 않은 급여는 삭제할 수도 있으나, 연금보험의 본질적 급여기능을 유명무실하게 해서는 안된다는 것이다.45)

### III. 사회보험법적 지위에 대한 개별적 고찰

#### 1. 연금보험법상 연금청구권과 연금기대권

연금보험법상의 연금과 연금기대권 및 그밖의 사회보험으로부터 나오는 권리들에는 자기기여와의 등가성(Beitragsäquivalenz)이 결여되어 있기 때문에 재산권보호를 전혀 받을 수 없다고 보는 견해가 주장되기도 하였고,46) 연금에 대한 재산권보호는 처음부터 그때

44) Rolf Stober, Anmerkung, aaO(각주 28), S. 44.

45) Franz Ruland, aaO(각주 6), S. 49.

46) 즉 연금을 산정함에 있어서 개인의 보수가 기준이 되므로 연금은 보수에 비례하기는 하지만 이러한 개인적 보수는 연금산정의 상대적인 기준일 뿐이라는 것이다. 그리고 연금체계에 있어서 소위 賦課方式(Umlageverfahren)과 연금산정에 있어서의 유동성(Dynamisierung) 때문에 연금의 수준은 주로 현역의 피보험자들의 평균 임금에 의하여 결정된다는 것이다. 그리고 국가의 보조금과 사용자의 부담금, 피보험자의 가족을 위한 사회적 조정 등의 요소

그때 적용된 기여금의 총액과 그 이자에 국한되어야 한다는 소극적 견해<sup>47)</sup>도 나왔지만 연방헌법재판소는 연금을 전체적으로 재산권보호에 포함시켰다.

전술한 바와 같이 연방헌법재판소는 연금보험법상의 연금청구권과 연금기대권은 전체적으로 재산권의 보호대상이 된다고 보았다. 왜냐하면 이것은 오로지 일방적인 국가적 급부와 국가적 부조의 행사에 근거하고 있는 것이 아니기 때문이라는 것이다.<sup>48)</sup>

## 2. 연금법상 법정급여에 해당하는 의료보험료급여

전술한 1985. 7. 16. 의료보험판결(BVerfGE 69, 272)에서 연방헌법재판소는 연금보험자가 연금수혜자(Rentner)의 의료보험을 위한 보험료를 의료보험자에게 지불하여야 한다고 하는 제국보험법 제1235조 제5호의 규정으로부터 나오는 피보험자의 연금보험법상의 지위는 재산권보장의 대상이 된다고 보았다. 즉 이 규정으로 연금보험관계가 일단 성립되면 피보험자에게는 완전한 청구권으로 되기 위한 그밖의 전제조건이 충족되는 경우에 지불될 법정급여(Regelleistung)에 대한 기대권이 있게 된다. 제국보험법 제1235조 제5호가 일정한 액수의 보험료나 보조금에 대한 청구권을 피보험자에게 보장하고 있지는 않지만, 보험사고가 발생하는 경우에 피보험자가 연금보험을 근거로 피보험자의 소득수준에 상응하는 의료보험혜택을 받을 수 있도록, 의료보험료를 법정급여의 일종으로 보

---

들 때문에 연금과 기여금은 증가성을 가지지 못한다는 것이다. Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 136.참조.

47) R. Scholz, Sozialstaat zwischen Wachstum und Rezessionsgesellschaft, 1981, S. 42; Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 137에서 재인용.

48) BVerfGE 53, 257 (291); 69, 272 (301).

장하고 있다. 연방헌법재판소는 피보험자의 이러한 재산적 가치 있는 법적 지위가 전술한 세가지 전제조건이 충족되는 것으로 보아 재산권보장의 대상이 된다고 보았다.<sup>49)</sup>

이에 반해서 연금사고가 발생하는 경우에 무료로 의료보험을 받을 수 있는 전망(Aussicht)을 규정하고 있었던 구 제국보험법 제 165조 제1항 제3호상의 지위는 재산권의 보호를 받지 못한다고 하였다.<sup>50)</sup>

### 3. 직업활동 및 소득활동불능(Berufs- und Erwebsunfähigkeit)연금

연방헌법재판소는 1987. 4. 8. 결정<sup>51)</sup>에서 직업과 소득활동불능연금 내지는 그 기대권도 재산권보호의 대상이 된다고 보았다. 이 사건에서 구체적으로는 60개월의 보험가입기간동안 보험료를 납입하여 기존의 법에 따라 기대권을 이미 획득한 피보험자들에게 보험료를 계속해서 더 불입하여야만 이러한 기대권을 유지할 수 있도록 개정된 규정이 문제되었다. 하지만 연방헌법재판소는 이미 성립된 기대권에 부담을 주면서 직업과 소득활동불능연금에 대한 청구요건을 어렵게 하고 있는 동규정을 기본법 제14조 제1항 제2문의 재산권의 내용과 한계규정에 해당되는 것으로서 허용된다고 보았다.

### 4. 실업급여(Arbeitslosengeld)

---

49) BVerfGE 69, 272 (304 ff.).

50) BVerfGE 69, 272 (LS 3).

51) BVerfGE 75, 78; Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 151.

연방헌법재판소는 1986. 2. 12.의 실업급여에 관한 결정<sup>52)</sup>을 내리기까지 실업급여청구권이 재산권보장의 대상이 되는지에 대하여 명시적으로 미결인 채로 두고 있었다가 이 결정에서 재산권보장의 대상이 됨을 처음으로 인정한 후,<sup>53)</sup> 최근 몇 개의 결정<sup>54)</sup>에서 실업급여청구권과 그 기대권에 대하여서도 헌법상 재산권의 보호를 인정하였다. 연방헌법재판소는 실업급여가 전술한 1985. 7. 16. 의료보험판결(BVerfGE 69, 272)에서 제시한 3가지 전제조건을 만족하는 것으로 보았다. 특히 상당한 자기기여에 근거하는지의 문제와 관련하여 보험에 가입하고 있는 근로자의 기여분뿐만 아니라 고용자가 부담한 부담금부분이 모두 재산권보호를 받게 됨을 강조하였다.<sup>55)</sup>

이 결정에서 연방헌법재판소는 180개월의 대기기간을 이미 충족시킨 피보험자에게도 실업급여지급을 위한 전제조건으로서 이 기간을 경과규정이 없이 두 배나 연장하고 있는 고용촉진및안정법(Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz) 제104조 제1항은 기본법 제14조의 재산권에 합치되지 아니한다고 결정하였다.<sup>56)</sup> 여기에서 연방헌법재판소는 재산권보장의 구체적인 범위는 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라서 입법자에게 주어진 재산권의 내용과 한계규정으로부터 비로소 나온다고 하면서 입법자가 재산권의 내용과 한계를 규정함에 있어서도 비례의 원칙에 입각하여야 하나 이

52) BVerfGE 72, 9 (19).

53) 이에 대한 비판으로는 Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 641 ff.(635 f.) 실업보험의 영역에서는 등가성의 원리를 찾아보기 힘들며 실업급여에 대하여는 3가지 전제조건을 적용할 수 없다는 것이다. 왜냐하면 저축의 요소(Sparelementen)가 있는 보험과 실업보험과 같은 위험보험간(Risikoversicherung)에는 목적과 구조면에서 중대한 차이점이 존재하기 때문이라는 것이다. 이러한 의미에서 이 결정은 기존판결과 논리적 연관성이 없는 결정이라는 것이다.

54) BVerfGE 74, 9 (25); 74, 203 (213); Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 152.

55) BVerfGE 72, 9 (19).

56) BVerfGE 72, 9 (10).

미 획득한 실업급여의 기대권의 대기기간을 신법에 의하여 두 배나 연장하는 것은 비례의 원칙에 위반되고 재산권의 내용과 한계규정에 있어서 인정되는 입법자의 형성의 자유의 한계를 넘어선다고 보았다.<sup>57)</sup>

또한 연방헌법재판소는 1987. 2. 10. 결정<sup>58)</sup>에서 실업자가 법정 신고기간을 초과시킨 경우에 그의 책임정도와 손해정도를 고려하지 않고서 실업급여청구권을 예외없이 상실하도록 하고 있는 고용촉진법(Arbeitsförderungsgesetz) 제120조 제1항은 기본법 제14조 제1항의 재산권에 합치되지 아니한다고 결정하였다.<sup>59)</sup> 연방헌법재판소는 이미 존재하는 재산권적 지위에 대한 법률적 제한이 비례의 원칙과 그로부터 나오는 과잉제재금지에 합치되지 않는다고 보았다.

## 5. 연금보험법상 유족급여

최근 1998. 2. 18. 연방헌법재판소는 1986년에 청구된 헌법소원심판에 대하여 12년간<sup>60)</sup> 결론을 내지 못하고 명시적으로 미결인 채로 두고 있었던<sup>61)</sup> 유족연금의 재산권보장 여부의 문제에 대하여 의외로 재산권보장을 부인하는 쪽으로 결정을 하였다.<sup>62)</sup> 즉 연방헌법재판소는 연금보험 피보험자의 그 유족에 대한 부양청구권은 기본법 제14조의 재산권보호를 받지 못하며, 연금보험상 유족연금에

---

57) BVerfGE 72, 9 (22 f.).

58) BVerfGE 74, 203.

59) BVerfGE 74, 203.

60) Fritz Ossenbühl, Anmerkung, JZ 1998, S. 679.

61) BVerfGE 55, 114 (131 f.); 69, 272 (299).

62) BVerfGE 97, 271.



있어서 소득수입과 소득대체수입을 정산하는 것은 헌법적으로 문제되지 않는다고 판시하였다.<sup>63)</sup>

연방헌법재판소는 심판대상이 되고 있는 정산규정은 기본법 제 14조 제1항의 재산권보장과 무관하다고 하고 있다. 즉 유족연금에 대한 연금보험규정은 사회보험법적 지위가 재산권보호를 받을 수 있기 위한 세가지 전제조건을 충족하지 못하기 때문에 헌법상 재산권보호를 받는 법적 지위가 아니라는 것이다.<sup>64)</sup>

즉 첫째, 유족연금은 입법취지에 따를 때 사적유용성이 있는 것으로 피보험자에게 귀속되지 않는다는 것이다. 즉 유족급여는 대기기간의 경과와 보험사고의 출현에도 불구하고 완전한 청구권으로 되는 것이 아니라, 오히려 피보험자가 이 시점에 유효한 혼인관계를 유지하고 있었을 것을 전제로 한다는 것이다. 보험사고 즉 보험상의 위험(Risiko)이 실현될 수 있는 개연성은 결혼한 피보험자의 경우 명백히 높지만, 이것은 혼인관계의 해체나 배우자가 먼저 사망하는 경우에는 소멸하게 되기 때문에 그러한 급여에 대한 단순한 전망(Aussicht)에 지나지 않는다는 것이다.<sup>65)</sup>

둘째 유족연금은 피보험자의 자기기여에 근거하고 있지도 않다는 것이다. 유족연금은 연금보험의 다른 급여와 마찬가지로 피보험자 본인의 기여금과 고용주의 부담금 그리고 국가의 보조금으로부터 각출된다. 하지만 유족연금은 헌법상 재산권보장을 정당화할 수 있을 만큼 피보험자 개인에게 귀속될 만한 자기기여에 근거하고 있는 것이 아니라는 것이다. 즉 피보험자와 나중에 유족에게 지급되는 연금간에는 충분한 개인적 관련성이 결여되어 있다는 것이다.

63) BVerfGE 97, 271 (LS).

64) BVerfGE 97, 271 (283 f.).

65) BVerfGE 97, 271 (284).

연금보험체계가 보험원리에 의하여 구체화되고 또한 정당화되고 있지만 이러한 원리는 사회적 관점에서 수정되고 있다는 것이다. 왜냐하면 연금보험은 주로 그 구성원의 연대책임과 사회적 조정 이론에 기반을 두고 있으며 예로부터 생존배려(Fürsorge)의 요소를 포함하고 있다는 것이다. 또한 유족연금은 연금수혜자 자신의 기여와 또한 피보험자의 추가적 부담이 없이 지급되는 것이기 때문에 주로 생존배려적 동기에 의하여 지불되는 급여라는 것이다.<sup>66)</sup> 피보험자의 개인적인 기여금 산정에 있어서 가족들에 대한 부양이 고려되지 않고 있다는 점과 그리고 오히려 부양가족이 없는 피보험자를 포함하여 모든 피보험자들이 그들의 유족 전체의 부양을 위하여서도 기여금을 납입한다는 데에서 사회적 조정의 요소가 나타난다는 것이다.<sup>67)</sup>

끝으로 연방헌법재판소는 유족연금이 연금수혜자의 생존보장에 기여하는지 여부에 대하여는 명시적으로 언급하고 있지 아니하다.

그러나 학계에서는 이 결정이 나오기 전까지 유족연금이 재산권 보호의 대상이 될 것인지에 대하여 대체로 긍정적 견해가 피력된 바 있었으며,<sup>68)</sup> 또한 이 결정이 나온 후 이에 대하여 신랄한 비판

66) BVerfGE 97, 271 (284 f.)

67) BVerfGE 97, 271 (285).

68) Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 143: “즉 유족연금보험(Hinterbliebenenversicherung) 역시 근로와 기여금의 개인적 몫의 요소를 가지고 있기 때문에 그러한 한 재산권보호의 대상이 된다. 피보험자에 의하여 납부된 기여금은 자신의 연금과 연금기대권에 대하여서만이 아니라 유족의 연금기대권과 보험사고 발생에 따른 연금청구권에 대한 “요소” 또는 “산정요인”이다. 자신의 연금과 유족연금은 재산권 보호의 면에서 차이가 없다. 유족연금이 파생된 급부로서 본인의 연금보다 더 많은 사회적 조정의 요소를 포함하는 것은 아니다. 비록 보험상의 위험(Risiko)의 구체적 종류에 따라서 보험금의 보장유형이 단계화되어 있지는 않지만, 기여금은 배우자와 자녀 등 유족을 위해서 납부되었다. 유족연금은 기여금에 의하여 재원이 마련된 보험급여이다. 기여금의 비율은 유족이라고 하는 보험상의 위험까지도 대비해서 산정되었다. 따라서 유족연금과 연금기대권 역시 - 연방헌법재판소가 이에 대하여는 아직 결정을 내린 바 없지만 그 판례의 경향에 비추어 볼 때 - 재산권의 보호대상에 포함시켜야 할 것이다.”; Rolf Stober, Anmerkung, aaO(각주 28), S. 44; Franz Ruland, aaO(각주 6), S. 45 ff.(50).

이 이루어졌다. 즉 연방헌법재판소가 유족연금청구권은 이혼이나 배우자의 사망에 의하여 소멸하게 되는 “급여에 대한 단순한 전망(Aussicht)”에 지나지 않는다고 하였는데, 연방헌법재판소가 종래에 재산권보호 대상에 포함시켰던 다른 연금청구권이나 기대권과 비교할 때 양자간에 어떤 차이점이 존재하는지를 알 수가 없다는 것이다. 즉 다른 연금청구권의 경우와 마찬가지로 유족연금청구권의 경우에도 보험사고의 출현이라고 하는 추가적 전제조건이 충족되어야만 기대권이 완전한 권리로 화하게 된다는 것이다. 또한 연방헌법재판소가 “유족연금은 연금수혜자 자신의 기여와 또한 피보험자의 추가적 부담이 없이 지급되는 것이기 때문에 주로 생존배려적 동기에 의하여 지불되는 급여”<sup>69)</sup>라고 하고 있는 바, 이러한 판시는 연방헌법재판소가 상당한 자기기여에 근거하고 있는지를 판단함에 있어서는 그것이 피보험자 본인에 의하여 지불된 것이든 제3자에 의하여 보험자에게 지불된 것이든 상관없이 모두 자기기여로 간주할 수 있다고 하는 종래의 입장<sup>70)</sup>과 모순되어 이 점에서 이것은 일관성이 결여된 판례가 아닌지 의심스럽다.<sup>71)</sup> 아무튼 유족연금을 재산권보장의 보호대상에서 제외하고 있는 이 결정은 연방헌법재판소 자신이 정립한 3가지 전제조건에 비추어 볼 때, 별로 설득력이 없는 결정이라고 생각된다.<sup>72)</sup> 왜냐하면 배우자 역시 평생 혼인공동체에 헌신하여 피보험자의 직업활동을 가능하게 한 노력

69) BVerfGE 97, 271 (285).

70) BVerfGE 69, 272 (302).

71) 동지, Fritz Ossenbühl, Anmerkung, JZ 1998, S. 679.

72) 동지, Fritz Ossenbühl, Anmerkung, JZ 1998, S. 679. “소득활동을 하지 아니하였지만 평생 가족을 위하여 헌신한 유족 배우자의 연금법상의 지위를 피보험자에 준하여 보장하는 것은 가정에 관한 사회정책적 원칙일 뿐만 아니라 헌법으로부터 구체화되는 바(Verfassungskongretisierung)이다. 유족에 대한 급여를 재산권으로 보호하지 아니하고 국가의 생존배려에 대한 청구권에 귀속시키는 것은 사회정책적으로는 물론 기본법 제6조의 혼인과 가족생활의 보호의 관점에서 설득력이 없다.”

자로서, 유족급여는 연금수혜자에게 사적 유용성이 있는 것으로 배타적으로 귀속될 뿐만 아니라 피보험자의 기여금 납부에 상당한 자기기여를 하였다고 볼 수 있으며<sup>73)</sup>, 또한 유족연금은 그러한 유족의 생존보장에 중요한 기여를 할 것<sup>74)</sup>이라는 것은 자명하기 때문이다.

#### IV. 사회보험법적 지위에 대한 규율에 있어서 입법자의 형성의 자유와 그 한계

##### 1. 헌법적 재산권개념과 법률유보

어떠한 법적 지위가 헌법상 재산권에 해당하여 그 보호를 받을 수 있다고 하여서 그에 대한 입법자의 처분이 완전히 배제된다고 할 수는 없다. 오히려 그 반대로 독일기본법 제14조 제1항 제2문(우리 헌법 제23조 제1항 제2문)은 명시적으로 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있다.

헌법상 재산권보장을 실현함에 있어서 어려움은 한편으로는 재산권의 내용과 한계에 관한 법률유보와, 다른 한편으로 입법자의 재산권침해에 대한 헌법적 보호 상호간을 어떻게 균형있게 조화시킬 수 있겠는가 의 문제에 있다. 재산권은 결코 입법자의 완전한 처분의 자유에 맡겨져서도 안되며, 다른 한편 헌법규정을 지나치게 확장해석하여 입법자에게 주어진 재산권의 내용과 한계를 규정할

73) 동지, Rolf Stober, Anmerkung, aaO(각주 28), S. 44.

74) 동지, Franz Ruland, aaO(각주 6), S. 50.

권한이 유명무실하게 되어서도 안된다. 재산권이란 결코 자연법적으로 주어지고 구체화된 크기가 아니라 “법률에 의하여 생성되고 (rechtserzeugt)” 법적으로 구성된 법제도라고 할 수 있으며 이는 사실적 상황과 사회적 견해의 변화에 따라 바뀌어질 수 있으며 또한 이러한 변화가 입법과정에 반영되는 것이기 때문에 헌법적으로 보호되는 재산권의 실체를 법질서 내에서의 재산권의 구성부분으로부터 차단하는 것은 문제를 야기할 수 있다.<sup>75)</sup>

어쨌든 기본적인 출발점이 될 수 있는 것은 헌법에 의하여 보장되는 재산권개념은 헌법 자체로부터 도출해야 한다는 점과 헌법 하위규범으로부터는 헌법적 의미에서의 재산권개념이 도출될 수 없으며 또한 私法的 권리로부터는 구체적 재산권보장의 범위가 규정될 수 없다<sup>76)</sup>는 점이다. 이미 언급한 “사적 유용성이 있는 것으로 권리주체에 귀속될 것” 그리고 “재산권대상에 대한 원칙적인 처분권능”이라고 하는 표지는 헌법적 재산권의 “구성적 표지”이며 이것은 입법자에 의한 재산권의 내용과 한계규정의 위헌여부에 대한 심사기준이 될 수 있을 것이다.

## 2. 사회보험법적 지위의 내용과 한계규정에 대한 통제

이미 지적한 바와 같이 전술한 세가지 기준을 가지고서 개별적 법률에 의하여 형성된 법적 지위들에 대한 재산권보호가능성 여부를 평가하는 것은 쉬운 일이 아니다. 왜냐하면 그 기준 자체가 매우 모호하고 유동적일 수 있기 때문이다. 더군다나 입법자가 원

75) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), 636 f.; 동지, 김문현, 사회국가에 있어서의 재산권, 공법연구 제16집 (1988), 71면 이하(80).

76) BVerfGE 58, 300 (335).

칙적으로 재산권에 의하여 보호되는 법적 지위들을 어느 정도까지 형성하고 변경시킬 수 있을 것인지의 문제가 제기되는 경우에 이러한 어려움은 한층 가중된다.

가. 개인적 관련성과 사회적 관련성

재산권에 대한 기본권적 보호와 재산권에 대한 내용 및 한계규정간의 균형문제에 대하여 연방헌법재판소는 연금조정판결(BVerfGE 53, 257)에서 다음과 같이 원칙적 입장을 판시한 바 있다.

“연금보험청구권과 연금기대권은 전술한 바와 같이 개인적 관련성(personaler Bezug)을 보여주고 있다. 하지만 동시에 이러한 지위들은 사회적 관련성(sozialer Bezug)도 가지고 있다. 이것들은 특별히 중대한 기능을 수행하는 급부체계의 구성부분이다. 개별적인 “소유자”로서의 자격은 타인의 권리, 의무와 유리될 수 없다. 오히려 그것은 연대책임공동체(Solidargemeinschaft)와 “세대간계약(Generationsvertrag)” 사상에 근거를 두고 있는 전체적 관계에 편입되어 있다. 즉 현재 직업활동을 수행하고 있는 현역세대는 퇴역세대의 청구권을 이행하기 위한 수단을 제공해야 하며 이들은 다시금 차세대로부터 마찬가지로 기대하게 된다. 또한 연금보험은 국가의 보조금, 즉 공공의 재원으로부터 각출된다고 하는 점에서도 그 사회적 관련성을 보여주고 있다.

이로부터 연금보험법상의 지위의 내용과 한계를 규정함에 있어서 입법자는 넓은 형성의 자유를 가진다고 하는 결론이 나온다. 이것은 특히 법적인 연금보험체계의 기능과 이행능력을 전체를 위하여 유지하고 개선하거나 변화된 경제적 상황에 적응시키기 위한 규정의 경우에 특히 그러하다. 그러한 한 기본법 제14조 제1항 제2

문은 연금청구권과 연금기대권을 제한할 권한도 포함한다. 이것이 공익 목적에 기여하는 한 그리고 비례의 원칙에 부합하는 한, 입법자가 급여를 삭감하거나 연금청구권과 기대권의 범위를 축소하거나 이를 변형하는 것은 금지되지 않는다.<sup>77)</sup>

따라서 서로 충돌할 수 있는 개인적 관련성과 재산권의 사회적 관련성간의 균형을 유지하고 조화시키는 것은 입법자의 과제라고 할 수 있다. 그러한 한에서 입법자가 일정한 사항에 대하여 비중과 역점을 두는 것 등은 헌법적 기준에 따라서 평가할 수 없다. 사회보험체계의 형성은 헌법으로부터 연역될 수 없고 의회입법자의 형성의 자유에 맡겨야 하는 중대한 정치적 과제이다. 따라서 연방헌법재판소는 이러한 영역에서 입법자에게 넓은 형성의 자유를 인정하였다. 헌법재판소는 단지 입법자가 “전체로서의 보험체계”만을 염두에 두고서 피보험자의 개인적 권리를 간과하지 않도록 통제하는 데에 그 과제가 있다.<sup>78)</sup>

이러한 과제를 수행함에 있어서 최소한의 합리적으로 납득할 만한 논리적 전개를 보장하기 위하여 연방헌법재판소는 개인의 재산권보호의 강도를 단계화하는 일련의 준칙을 개발하였다.

#### 나. 재산권보호의 단계의 내용

재산권의 보호를 받는 법적 지위를 국가가 변경하게 되면 재산권 자체에 대한 침해의 심각성의 정도가 상이하게 나타날 수 있고 이에 따라서 관계인 역시 그 침해의 정도를 상이하게 느낄 수 있다. 따라서 재산권보호를 단계화하고 입법자가 재산권의 내용과 한계를 규정함에 있어서 요구되는 정당성의 정도를 이에 상응하게

77) BVerfGE 53, 257 (292 f.).

78) Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), 639.

할 필요가 있다. 일찍이 Rupp-von Brünneck 연방헌법재판소 재판관이 1971년 소수의견에서 직업선택의 자유의 제한에 있어서 단계이론을 모방하여 그러한 재산권보호의 단계화가능성에 대하여 밝힌 바 있다.<sup>79)</sup>

연방헌법재판소는 대체로 이러한 단계개념을 받아들이고서 이러한 단계가 지향하는 일련의 기준들을 사용하였다. 여기에서 중요한 의미가 있는 것은 “재산권객체의 속성과 기능”이다. 재산권보호의 단계화를 위하여 다음과 같은 관점이 도출된다.

“재산권이 개인의 인격적 자유의 보장요소로서의 기능을 가지는 경우에 입법자는 좁은 한계에 놓이게 된다. 이에 반하여 재산권객체가 사회적 관련성과 사회적 기능을 많이 가지면 가질수록 재산권의 내용과 한계를 규정할 입법자의 권한은 그만큼 넓어진다.”<sup>80)</sup>

요컨대 청구권의 기초가 되고 있는 자기기여의 몫이 많으면 많을수록 헌법적으로 중요한 개인적 관련성과 재산권보호의 근거가 그만큼 강하게 나타난다.<sup>81)</sup> 그러나 연금의 개인적 관련성은 절대적으로 자기기여의 몫에만 국한되는 것은 물론 아니다. 기여금의 액면가가 연금청구권 전체에서 자신이 기부한 몫의 크기를 확인할 수 있는 적합한 기준이 될 수는 없다. 재산권보호의 강도를 나누는 기준은 오히려 연금법상 권리의 개별적인 산정요소 또는 요인(Berechnungselemente oder faktoren)들이다. 개인적 관련성이 있

79) BVerfGE 32, 143; Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 640.

80) BVerfGE 53, 257 (292); Fritz Ossenbühl, aaO(각주 17), S. 640.; 정하중, 앞의 논문, 292.

81) 한편 연방헌법재판소 판례가 비록 명시적인 것은 아니지만 완전한 청구권(Vollrecht)과 기대권(Anwartschaft)에 따라 재산권보호를 단계화하기도 한다. 즉 Rolf Stober, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrtagung Bielefeld, Wiesbaden 1982, S. 12 ff.(50) m.w.N.; Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 138.



어서 특히 보호되어야 할 것으로서는 임금 내지는 기여금과 관련되는 산정요인들, 즉 “피보험자의 개인적 근로제공”으로 결정되는 산정요인들이라고 할 수 있다.<sup>82)</sup>

재산권보호의 대상이 되는 연금청구권과 연금기대권의 핵심을 이와 같이 이해하게 되면, 급여의 상한액이나 급여유형, 일정한 연금산정공식(Rentenformel)이나 연금지급시기 등은 연금청구권의 재산권보호의 핵심에 해당되지 않는다고 할 수 있다. 오히려 기여금 납부에 근거하고 있는 청구권구성의 요소 또는 요인들이 중요하다. 이 경우에 권리 주체 자신이 보험료를 납부하였는지는 전술한 바와 같이 중요하지 않다. 제3자가 권리주체의 사회보험법상의 보호를 위하여 납부한 부담금도 역시 특별한 재산권보호의 근거가 될 수 있다. 따라서 사용자의 부담금은 재산권에 중요한 자기기여로서 근로자에게 귀속되어야 한다. 이것은 개인의 임금을 근거로 해서 확인되며 간접적으로는 피보험자 자신의 근로에 의한 소득이라고 할 수 있다.<sup>83)</sup>

#### 다. 입법자의 형성의 자유의 한계

이렇게 입법자에게 넓은 형성의 자유를 인정하는 것은 사회보험체계의 기능과 이행능력의 보장에 기여하게 된다. 특히 입법자는 기본권주체들과 또한 연금보험의 경우에는 세대간계약(Generationsvertrag) 당사자들간의 조정문제를 해결하여야 하기 때문에 이러한 형성의 자유를 가지게 된다. 연금이 재산권보호를 받는다고 하여서 연대책임공동체라고 할 수 있는 피보험자사회 내에서의 재분배가 금지되는 것은 아니다.

82) BVerfGE 58, 81 (112 f.). Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 140.

83) Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 141.

따라서 사회보험법에 대한 규정에 있어서는 그 규정이 어떠한 목적을 추구하는지를 매우 정확하게 물어야 한다. 왜냐하면 이에 따라서 그 정당화사유에 대한 요구가 달라질 수 있기 때문이다. 만일 세대간 계약당사자들간, 즉 피보험자들간의 조정을 위하여 어떠한 법률이 규정되는 경우에 입법자는 넓은 형성의 자유를 가진다. 그러나 다른 목적을 가지는 경우에 입법자에게 넓은 형성의 자유를 인정할 이유는 없다. 물론 이렇게 피보험자들 상호간의 “내부적” 조정 이외의 다른 목적을 추구하는 재산권제한이 모두 금지되는 것은 아니다. 즉 연대책임과 상관 없는 모든 부담은 기여금으로부터 각출되어서는 안된다고 하는 말은 기본법 제14조 제2항(우리 헌법 제23조 제2항)의 재산권의 사회적 구속성과 부합되지 않는다.<sup>84)</sup> 하지만 이 경우에 왜 그러한 “외부적인” 사회적 조정비용이 조세의 방법으로가 아니라 기여금 납부자의 재산으로부터 마련되어야 하는지에 관하여 특별한 정당화근거가 요구된다고 하겠다.<sup>85)</sup>

### 3. 재산권으로서의 사회보험법적 지위에 대한 제한과 그 한계

#### 가. 문제의 의의

사회보험법적 지위의 제한의 한계에 적용되는 원칙들과 관련해서는 일반적인 부담적 법률의 경우와 다를 바가 없다. 즉 과잉금지 원칙, 신뢰보호의 원칙, 신중한 이익형량 등이 그것이다. 그리하여

---

84) Görg Haverkate, Eigentumsschutz und Weiterentwicklung im Recht der sozialen Sicherheit, ZRP 1984, S. 217 ff.(222).

85) Görg Haverkate, aaO, S. 222.

입법자가 기존의 연금청구권과 연금기대권을 삭감하는 것이 금지되는 것은 아니다. 물론 이를 위하여 헌법적으로 정당화되는 제한사유가 존재하며 특히 과잉금지의 원칙이 지켜지는 한에서 그러하다. 특히 사회보험체계의 기능과 이행능력의 보호는 이러한 정당화사유에 해당한다고 할 수 있다.<sup>86)</sup>

기존의 연금청구권과 연금기대권에 대한 입법자의 제한이 기여금과 관련한 등가물의 핵심을 침해하는 경우에 그러한 제한은 특별히 헌법적으로 정당화되어야 한다.<sup>87)</sup> 이 경우에 모든 공익적 사유가 제한을 위한 정당화사유로서 고려될 수는 없다. 그러나 다른 기본권과 그 기본권의 보호를 위한 국가의 보호의무로부터 특별한 정당화사유가 나올 수는 있다. 독일 연방헌법재판소의 경우 연금조정법에 의한 연금청구권과 연금기대권의 삭감을 기본법 제6조 제1항의 혼인과 가족의 보호규정과 제3조 제2항의 남녀평등규정에 의하여 정당화되는 것으로 보았다. 나아가 특별히 보호되어야 하는 연금의 핵심에 대한 입법자의 제한은 보다 우월한 법익을 보호하기 위해서 불가피해야 한다. 그러한 제한은 명백하고도 현존하는 위험을 방지하기 위해서 요청되는 것이어야 한다.<sup>88)</sup> 입법자의 일반적인 형성영역에 있어서와는 달리 제한의 근거 및 수단과 관련하여서는 연금법에 대한 평가의 우선권(Einschätzungsprärogative)<sup>89)</sup>이 주어지지 않는다. 그러한 한 완전한 사법심사가 이루어질 수 있다. 특별히 정당화되는 제한사유와, 제한수단의 적합성 및 입법자에 의하여 받아들여진 중대한 위험상황의 입증에 없는 경우에는

86) BVerfGE 53, 257 (296); 58, 81 (110); 74, 203 (214); 75, 78 (98). Hans-Jürgen Papier, aaO (각주 5), Rdnr. 138.

87) BVerfGE 53, 257 (296).

88) Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 139.

89) 이에 대하여는 방승주, 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법은 총 제7집, 1996, 299면 이하(314) 참조.

재산권에 대한 침해가 존재한다고 볼 수 있다.<sup>90)</sup>

#### 나. 비례의 원칙

연방헌법재판소는 입법자가 사회보험법적 청구권을 삭감하는 경우에 이것이 공익에 기여하고 비례의 원칙에 합치하는 한, 입법자가 그러한 청구권의 내용을 변경하는 것이 원칙적으로 금지되지 않는다고 하고 있다.<sup>91)</sup>

연방헌법재판소는 어떠한 법률이 장래를 향하여 기본법 제14조의 모든 법적 요건을 충족하고 있다 하더라도 과거에 이미 성립된 법적 지위를 침해하는 한에서 재산권보장규정에 위반될 수 있다고 하고 있다.<sup>92)</sup> 사회보험법적 지위와 관련된 법률을 개정하는 경우에 입법자는 기본법 제14조 제1항 제1문(재산권보장)에서 보호되고 있는 주관적인 권리를 제한하기 위해서는 그에 대한 정당화사유가 있어야 한다는 것이다. 또한 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 재산권의 내용과 한계를 규정하는 것이 오히려 재산권에 대한 제한의 결과가 되는 경우에, 그러한 규정은 비례의 원칙을 고려하여 공익적 사유에 의하여 정당화되는 경우에만 허용될 수 있다는 것이다.<sup>93)</sup> 비례의 원칙에 따르면 재산권주체의 권한을 제한하는 것(財産權의 社會的 拘束)은 추구하는 목적을 달성하기 위하여 적합하고 필요하여야 하며, 또한 이것은 관계 당사자에게 과잉한 제한이 되어서는 안되고 그에게 기대가능하여야 한다<sup>94)</sup>는 것이다.

90) Hans-Jürgen Papier, aaO(각주 5), Rdnr. 139; ders., Die Differenziertheit sozialrechtlicher Positionen und der Anspruch der Eigentumsgarantie, in: Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, 2. Sozialrechtslehrertagung Bielefeld, Wiesbaden 1982, S. 193 ff.(198)

91) BVerfGE 53, 257 (293); 74, 203 (214).

92) BVerfGE 72, 9 (22).

93) BVerfGE 72, 9 (23).

#### 다. 신뢰보호의 원칙

연방헌법재판소는 재산권보장규정에 의하여 보호되는 재화와 관련하여 국민에게 법적 안정성을 보장하는 것이 재산권보장의 본질적인 기능이라고 하고 있다. 그러한 한에서 신뢰보호의 원칙은 재산권보장에 의하여 보호되고 있는 재산적 가치가 있는 재화에 대하여 전형적으로 적용되는 헌법상의 원리라고 할 수 있다. 따라서 재산권보장은 그에 의하여 보호되는 연금보험법상의 지위들에 대하여서는 침해행위에 대한 신뢰보호의 기능을 수행한다고 할 수 있다.<sup>94)</sup> 즉 연금과 연금기대권에 대한 재산권적 지위는 그러한 지위가 지속되리라고 하는 피보험자의 신뢰가 법적으로 보호할 만한 가치가 있으면 있을 수록 그만큼 중요하게 평가된다는 것이다.<sup>95)</sup>

### 4. 사회보험법적 지위의 재산권보호에 관한 연방헌법 재판소 판례의 현실적 의의

사회보험법적 지위의 재산권보호라고 하는 헌법적 테마의 중심적인 문제는 입법자가 피보험자 개인의 권리에 어느 정도로 개입할 수 있겠는가에 있다. 연방헌법재판소가 지금까지 이와 관련하여 3가지 기준을 정립하고 개별사례에 적용하여 왔는 바, 연방헌법재판소는 과연 어떠한 사회보험법적 지위가 재산권의 보호를 받을 수 있을 것인지에 대하여 보다 명확한 한계설정과 보다 많은 예측

94) BVerfGE 74, 203 (214); 72, 9 (23).

95) BVerfGE 53, 257 (309).

96) Alexander v. Brünneck, Eigentumsschutz der Renten - Eine Bilanz nach zehn Jahren, JZ 1990, S. 992 ff.(995).

가능성을 제공해 주었다고 할 수는 있으나,<sup>97)</sup> 이러한 기준으로 충분하다고 할 수는 물론 없다. 이것은 헌법 자체의 구조적인 문제, 즉 헌법조문 자체가 연금청구권과 연금기대권에 대한 제한의 한계에 관하여 아무런 구체적인 기준을 말해 주고 있지 않다는 데에 기인한다. 즉 연금법상의 문제상황이 매우 다양하기 때문에 입법자의 제한권한에 대한 일반적 기준을 헌법으로부터 도출할 수는 없다.<sup>98)</sup> 특히 연방헌법재판소도 지적하고 있듯이 모든 개별사례가 비례의 원칙에 따른 형량을 통하여 새로이 결정될 수 밖에 없기 때문에 그러한 구체적인 한계에 관한 일반적인 기준은 있을 수 없다. 개별 피보험자의 재산권과 또한 이에 대한 제한을 정당화하는 공익이 어떻게 평가될 것인지는 미리 결정할 수 없으며 Alexander v. Brünneck가 적절히 지적하는 바와 같이, 이에 대한 형량은 개별 사례의 모든 관점, 특수한 역사적 상황, 재판관의 주관적인 선호도 등에 달려 있다.<sup>99)</sup>

이러한 연유로 사회보험법적 지위에 대한 재산권보호의 내용과 한계를 규정함에 있어서 입법자는 넓은 형성의 자유를 가진다고 하는 연방헌법재판소의 경향만을 확인할 수 있을 뿐이다. 그리고 이러한 형성의 자유는 이미 언급한 바와 같이 연금청구권과 연금기대권이 가입자의 자기기여에 많이 근거하면 할 수록 그리고 지

---

97) 동지, Alfred Söllner, Zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, in: Faller/ Kirchhof/ Träger(Hrsg.), FS Willi Geiger zum 80. Geburtstag, Verantwortlichkeit und Freiheit, Tübingen 1989, S. 262 ff.(275).

98) Alexander v. Brünneck, JZ 1990, S. 992 ff.(996); Betram Schulin, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, NJW 1984, S. 1936 ff.(1941); Dietrich Katzenstein, Aspekte einer zukünftigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, in: Fürst/Herzog(Hrsg.), FS Wolfgang Zeidler, 645 ff.(669).

99) Alexander v. Brünneck, JZ 1990, S. 992 ff.(996). 그리고 바로 이 점에서 헌법해석이라고 하는 것이 의지적 요소가 없지 아니한 “平價的 認識行爲(Akt des bewertenden Erkennens)”라고 하는 것을 확인할 수 있게 된다는 것이다.

금까지의 법적 상태가 지속되리라고 하는 신뢰의 보호가치가 크면 클 수록 입법자의 형성의 자유의 한계는 좁아진다. 연방헌법재판소의 사회보험법적 지위에 대한 재산권보호에 관한 판례들은 1979년 공동결정판결<sup>100)</sup> 이래로 확립된, 즉 기본권을 개인적 관련성 여부에 따라 그 보호의 정도를 달리 해석하는 판례의 중요한 적용사례의 하나라고 할 수 있다.<sup>101)</sup> 그리고 이러한 판례는 경제정책적 및 사회정책적 분야에서 입법자에게 넓은 형성의 자유를 부여하는 연방헌법재판소의 전통적 경향에 입각하는 것이라고 할 수 있다.

연금과 관련하여 연방헌법재판소가 아직까지 재산권침해를 인정한 판례는 소수에 불과하고<sup>102)</sup> 대부분 재산권의 내용과 한계의 규정으로서 허용되는 것으로 보았기 때문에 연금법과 관련한 재산권 보호라고 하는 테마는 일종의 상징적 의미(Symbolwert) 밖에 없는 것 아닌가 하는 의심을 할 수 있지만 단순한 상징 이상의 의의를 가진다고 볼 수 있다.<sup>103)</sup> 즉 사회보험법적 지위에 대한 재산권보호는 사회보험에 대하여 입법자의 형성의 자유와 법치국가적 신뢰성을 요구하게 된다. 이것은 피보험자들의 재산을 국가의 자유로운 처분권한으로부터 보호한다. 그리고 이것은 사회보험의 기능과 이행능력보장이라고 하는 목적 이외의 다른 목적을 위한 침해의 경우에 있어서는 명백히 엄격한 정당화사유를 필요로 하게 한다.<sup>104)</sup> 사회보험법적 지위의 재산권보호에 관한 연방헌법재판소의 판례는 입법자로 하여금 사회보험법의 개정과 관련한 이익형량을 함에 있어서 중요한 모든 이해관계들을 면밀하고도 설득력 있게 검토할

100) BVerfGE 50, 290.

101) Alexander v. Brünneck, JZ 1990, S. 992 ff.(996).

102) BVerfGE 72, 9 (10, 22 f.); 74, 203 등.

103) Wolfgang Rübner, aaO(각주 9), S. 186.

104) Görg Haverkate, ZRP 1984, S. 217 ff.(223).

것을 강제하는 기능을 하게 된다. 즉 그것은 연금과 관련한 입법과정에서 입법자로 하여금 보다 신중한 판단을 하도록 영향을 줌과 아울러 정치과정을 그만큼 합리화할 수 있게 할 것이다.<sup>105)</sup>

## V. 결론

이상으로 사회보험법적 지위의 재산권보호의 문제를 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 고찰하여 보았다.

무릇 헌법 제23조가 규정하고 있는 재산권보장은 국민이 소유하고 있는 재산적 가치를 제3자의 박탈로부터 보호하고 그 법적 안정성을 보장하는 것이 그 주된 기능이라고 할 것이다. 그러나 그렇다고 하여서 한번 인정된 재산권은 더 이상 그 내용에 대하여 어떠한 변경을 가할 수 없는 것은 아니다. 즉 재산권의 내용과 한계는 입법자가 그 시대의 사회적·경제적 상황에 맞추어서 개별적으로 규정할 수밖에 없다. 결국 사회보험법적 지위의 재산권보호의 문제는 기득권으로서의 재산적 가치가 있는 권리의 보호와 사회적 변화에 대한 적응필요성간의 입법자의 형성의 자유의 한계를 긋는 문제라고 할 수 있다.

사회보험법적 지위에 대하여 재산권적 성격을 인정하게 되면 사회적 변화에 대한 적응을 위하여 입법자가 법률을 개정할 경우에, 국민이 지금까지 가지고 있던 신뢰의 보호가치에 따라서 현재의 제도를 유지할 필요성을 달리 파악하게 될 것이고, 재산권의 핵심 영역에 해당하는 부분을 건드리지 않기 위하여 신중한 노력을 하

---

105) Alexander v. Brünneck, JZ 1990, S. 992 ff.(996).



게 될 것이다. 재산권보호의 필요성이 높은 부분에 대하여 개정을 하기 위해서는 입법자가 상당한 정당화사유를 제시해야 하며 따라서 그만큼 입법과정의 합리화를 기할 수 있게 된다.

우리나라도 의료보험을 비롯하여 최근에는 국민연금보험, 고용보험, 산업재해보상보험 등, 여러 가지 공적 사회보험제도를 시행하고 있으며, 그 운영과정에서 공적 사회보험제도 상호간의 연계와 사회조정적 요소가 도입되고 있는 추세에 있다. 따라서 이들 사회보험제도의 수정과 개정과정에서 피보험자들이 획득한 기존의 사회보험법적 지위 내지는 권리의 재산권보장의 문제가 앞으로 더욱 많이 대두될 것으로 예상할 수 있다.<sup>106)</sup> 이러한 시점에서 개별 사회보험법적 지위들에 대하여 헌법상의 재산권보호의 대상으로 삼을 것인지를 둘러 싸고 많은 논의 끝에 오늘날 그 전제조건을 확립하고 또한 사회보험법에 대한 개정에 있어서 입법자에게 인정되는 형성의 자유와 그 한계에 관한 이론을 전개하고 그에 대한 통제를 단계화하고 있는 독일 연방헌법재판소의 판례는 우리에게 많은 시사점을 제공해 준다고 하겠다.

---

106) 동지, 정하중, 앞의 논문, 311면.

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1 輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審查의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則	梁 三 承	111
-특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로-		
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 種 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
違憲法律의 效力	尹 眞 秀	273
-憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討-		
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察	李 石 淵	359
- 認容決定을 中心으로 -		
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 燊	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135
社會的 基本權의 憲法規範性考 -憲法訴訟의 實現을 위한 試論-	權 寧 星	177
違憲審查의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 -우리 制度와의 比較를 中心으로-	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衡과 調整 -憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가?-	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法理	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯性」의 判斷基準 -獨逸判例를 中心으로-	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

## 第 3 輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 燊	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)	李 時 潤	101

論 題	筆 者	收錄面數
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 -우리 憲法判例의 내용과 문제점-	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 -특히 獨逸에서의 論議를 중심으로-	金 知 衡	275
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 -헌법재판소의 기능을 중심으로-	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 宗	7
決斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 刑 事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석 · 적용과 基本權 -司法作用에 대한 憲法的 統制의  필요성-	李 明 雄	321
憲法上의 財産權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的 保障	徐 元 宇	99
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裴 俊 相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓 相 範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基 本權 導出에 관한 研究	鄭 宗 燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例 動向	朴 洪 佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜 潤 遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛 奉 起	401
韓國憲法의 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘 秉 朔	5
環境權考	金 哲 洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李 康 嫻	121
憲法學論 및 憲法學 敎育	崔 大 權	153
原處分に 대한 憲法訴願	黃 道 洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁 泰 鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金 顯 哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛 奉 起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅 仁 均	445
憲法不合致決定的 憲法的 根據와 效力 -독일에서의 판례와 이론을 중심으로-	韓 秀 雄	1481

第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 -座席안전띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism-	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法の 獨自性	丁 泰 鎬	255

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸 聯邦憲法裁判所の 立法者에 대한 統 制의 範圍와 強度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法 義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

## 第 8 輯(1997年)

論 題	筆 者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 -新聞의  경우를 中心으로-	權 寧 星	45
憲法上 宗教의 自由	桂 禧 悅	63
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 -미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권-	金 善 擇	79
裁判의 前提性에 관한 考察	金 柱 賢	109
憲法裁判의 限界 및 審査基準 -헌법재판소와 입법자의 關係를  중심으로-	韓 秀 雄	195
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 -독일 재판에서의 評決방식을 기초로-	崔 甲 先	257
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	295



論 題	筆 者	收錄面數
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	385
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	425

第 9 輯(1998年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由	方 勝 柱	211
-헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로-		
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權	張 哲 朝	431
-헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석문-		
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

