

# ‘編輯權’ 論議의 法的 照明

朴 容 相  
憲法裁判所 事務處長

- 目 次 -

## I. 서 론

1. 문제의 제기
2. 언론의 내적 자유의 개념
3. 기본권 학설과 내적 자유
4. 좁은 의미의 내적 자유 - 발행인과 기자간의 관계
5. 언론기업의 내적 관계에 관한 각국의 논의
  - 가. 미국
  - 나. 영국
  - 다. 프랑스
  - 라. 일본

## II. 독일에서 언론의 내적 자유에 관한 논의의 전개

1. 서론
  - 가. 개관
  - 나. 민사적 접근 - 판례

- 다. '경향기업'으로서 언론기업의 특수성 - 독일 노동법상의 특례
- 2. 학설의 전개
  - 가. 바이마르 시대
  - 나. 1945년 이후
- 3. 내적 자유의 실현을 위한 노력과 시도
  - 가. 1926년 산업별 노사협약
  - 나. 1952년 연방내무성의 언론법 초안(Lüders-Entwurf)
  - 다. 1960년대 편집규약 운동의 시말
  - 라. 1970년의 산업별 노사협약안
  - 마. 학계의 논란
  - 바. 1974년 사회당 정권의 언론윤곽법안
  - 사. 연방헌법재판소의 1979년 판례
  - 아. 오스트리아의 1981년 언론매체법
  - 자. 1993년 브란덴부르크 주언론법
  - 차. 유럽연합 차원의 논의
  - 카. 종합
- 4. 검토
  - 가. 개관
  - 나. 구헌방법상의 문제
  - 다. 미디어의 자유의 주체
  - 라. 발행인의 자유의 제한사유 - 내적 자유의 입법목적
  - 마. 목적실현을 위한 수단의 적절성
  - 바. 상정되는 보호법익과 비례의 원칙
- 5. 내적 자유 보장의 제 국면
  - 가. 기자의 정신적 활동의 보호

- 나. 발행인과 기자간의 권한분배
- 다. 인사권에의 참여
- 라. 편집부문의 이익 대표기관 및 편집규약

### Ⅲ. 한국에서 편집권에 관한 논의

1. 논의의 경과
  - 가. 서론
  - 나. 1960년대 및 1970년대
  - 다. 1987년 민주화운동과 기자노조의 활동
  - 라. 1993년 정권교체 이후
2. 편집권이란 무엇이고 그 주체는 누구인가
  - 가. 문제의 제기
  - 나. 개념
  - 다. 언론계에서 논쟁의 실제와 경위
  - 라. 법률 조항의 변천
  - 마. 학설
  - 바. 결론
3. 현행 헌법상 가능한 내적 자유의 보장 방안
  - 가. 개관 - 전체적 입장
  - 나. 기자의 양심보호
  - 다. 편집작업에서의 협력관계
  - 라. 편집규약 및 편집위원회의 문제
  - 마. 편집직원에 관한 인사
  - 바. 종합

### Ⅳ. 방송과 내적 자유

1. 서론 - 문제의 제기
2. 한국에서 방송편성권 논의의 경과
3. 이론적 검토
  - 가. 방송의 자유의 본질과 내적 자유
  - 나. 방송의 자유의 주체와 방송종사원의 지위
  - 다. 방송에서 내적 자유 보호의 필요성
  - 라. 방송의 내적 자유의 내용
  - 마. 방송체제와 내적 자유
4. 오스트리아 방송법의 예
  - 가. 1974년 방송법상 내적 자유
  - 나. 내용
  - 다. 편집규약(Redakteursstatut)
5. 현행법의 해석과 적용
  - 가. 법규정의 변천과 해석
  - 나. 현행법상 편성규약제도의 시행에 관한 문제

## V. 요약 및 결론

## 참고 문헌

# 1. 서론

## 1. 문제의 제기

최근 들어 한국 언론계의 최대 화두는 언론개혁이 되어 왔다. 그 논의의 초점에는 언론사의 지배구조 문제와 편집의 독립성 내지 자율성을 주장하는 의미에서 ‘편집권’ 보장의 문제가 제기되고 있다. 특히, 편집권에 관한 논쟁은 언론계의 해묵은 논란으로서 권위주의 정부가 물러가고 자유화·민주화가 진전되었다고 하는 오늘에도 논란은 끊이지 않고 있다. 언론이 권력으로부터 독립하여야 하는 것은 물론이고 자본으로부터도 독립되지 않으면 진정한 공적 기능을 수행할 수 없다는 생각에서 법적인 조치에 의해 편집 종사자의 편집권이 제도적으로 보장되어야 한다는 것이 그 주장의 핵심이었다. 이 편집권에 관한 논의는 특히 ‘국민의 정부’ 하에서 수많은 토론회, 세미나 등의 주제가 되었고, 수많은 개혁 주장의 논설에서 중심 논제가 되어 왔다.

그러나 그들 주장의 대부분은 사회적·이념적 입장에서 편집권의 당위성을 주장하는데 집착할 뿐, 문제에 관한 법적인 어프로치나 법리적 뒷받침이 없이 전개되어 왔다.

이 글에서는 우선 편집권 논의의 배경을 알아본 후, 각국에서의 논의와 함께 독일에서 논의되어 온 언론의 내적 자유의 이론을 중심으로 살펴보고, 우리 법제상 논란되는 편집권의 귀속 주체와 그 내용에 관해 비판적으로 검토한 후 우리 법제상 가능한 내적 자유의 보장 문제에 관하여 분석·검토하여 보기로 한다.

먼저 발행인과 기자간의 법적인 관계를 대상으로 하는 편집권 논

의가 갖는 법적인 성질과 위치를 파악하기 위해서는 헌법상 표현 및 언론의 자유의 본질과 관련하여 기본권으로서 원래의 의미에서 미디어의 자유의 내용으로서는 파악되지 아니하는 별개 차원의 논의를 필요로 하게 된다.

내적 미디어의 자유는 신문 기타 정기간행물과 방송에 있어서 상이한 논의를 필요로 하므로 방송의 내적 자유에 관하여는 항목을 달리하여 살펴본다.

## 2. 언론의 내적 자유의 개념

원래 표현 및 언론의 자유는 국민의 국가에 대한 주관적 공권으로서 국가권력으로부터의 자유를 의미하였다. 그러나 현대에 이르러 국가 이외의 제3자에 의한 언론자유 침해가 심각한 문제로 제기됨에 따라 이들에 대하여 어떻게 언론의 자유를 보호할 것인가 하는 문제가 헌법 내지 언론법의 문제로 다루어지기 시작하였다.

즉, 선정적 독자군이나 광고주의 압력은 물론, 이데올로기적 극단주의 세력이나 기타 사회세력들은 자기들의 주의·주장에 반하는 보도활동에 대하여 적대적 반응을 보이거나 아예 언론기업을 장악하려고 시도하는 경우도 적지 않다. 문제는 이에 그치는 것이 아니다. 제3자가 아니라 언론계 내부의 상황변화 역시 언론자유에 대한 새로운 위협으로 등장하였다. 언론기업이 독점화함으로써 또는 언론계의 자율규제에 의해 의견이나 여론의 다양성이 훼손되고 언론의 자유가 침해되는 상황을 도외시킬 수 없게 되었다. 더욱 구조적인 문제로서 언론기업의 내부관계에서 언론기업을 유지·발전시키려는 발행인의 이익은 기자가 관심을 보이는 보도·논평의 이익에 대하여 상반되는 장애사유로 나타나는 경우가 적지 않다.

그렇다면 국가권력 이외에 언론의 자유를 침해·위협하는 존재에 대하여는 언론의 자유를 주장할 수 없는가? 현대에 이르러 국가 이외의 제3자에 의한 언론자유 침해가 심각한 문제로 제기됨에 따라 현대 헌법학은 새로운 대책을 구상하지 않을 수 없었다. 이 문제는 특히 독일에서 언론의 자유의 ‘제3자 효력’(Drittwirkung) 내지 이른바 ‘언론의 내적 자유’(innere Pressefreiheit, innere Medienfreiheit, freedom within the media)라고 하는 개념으로 논의되어 왔다.

내적 자유는 위에서 본 바와 같이 국가권력 이외에 언론의 자유를 위협하는 여러 요인에 대하여 여하히 언론자유를 취지를 살려야 하는가를 그 논의 대상으로 하게 된다.

개인이 미디어를 설립하고 이를 운영함으로써 여론형성에 참여할 수 있는 미디어의 자유는 원래 국가에 대한 자유로서 이른바 언론의 대외적 자유(äußere Pressefreiheit)라고 할 수 있다. 그에 비하여 우리에게 아직 생소한 ‘내적 언론의 자유’라고 하는 개념은 언론의 자유가 비국가적 측면으로부터 위협받는 경우에 논의되는 것이다. 내적 자유의 논의에는 다음과 같은 여러 범위의 논의가 포함된다.

첫째, 가장 넓은 의미에서 내적 자유는 언론 매체와 그에 대하여 영향이나 압력을 행사하려는 광고주나 기타 사회세력 간의 관계가 논의되고, 이 경우에는 언론의 자유의 기본권을 제3자에 대하여도 주장할 수 있는 것인가 하는 이른바 언론의 자유의 제3자 효력(對私人的 효력)의 유무 및 범위에 관한 문제가 다루어지게 된다.

둘째로, 내적 자유로서 논의되는 영역을 보면 개개의 미디어를 포함하는 언론계 자체가 독점화 경향에 의해 야기될 수 있는 언론 자유에 대한 영향과 대책이 논의된다. 언론의 독점에 대한 대책에 대하여는 언론질서의 다양성원칙과 관련하여 별도의 논의를 필요로

하므로 이 글에서는 다루지 아니한다.

셋째로, 좁은 의미에서 내적 자유의 개념은 개개의 언론기업 내부에서 발행인과 기자간의 관계에 관한 논의를 주된 대상으로 하게 된다. 여기에는 발행인의 표현의 자유로서 ‘경향의 보호’(Tendenzschutz)와 기자의 ‘양심의 자유’의 보호가 대립관계로 나타나고, 양자간의 타협과 조화의 방안이 논의된다.

위 설명에 의하면 편집권 논의는 세 번째 범주에 속하는 발행인과 기자간의 관계에 관한 국면에서 논의되는 문제임을 알 수 있다.

이와 관련하여 유의할 점은 전술한 바와 같이 표현의 자유는 자유권으로서 국민이 표현행위를 함에 있어 국가의 간섭이나 방해 배제할 수 있는 소극적 방어권일 뿐, 국민이 어떠한 표현행위를 함에 있어서 국가에 대하여 표현의 수단을 제공하여 달라거나 기존 미디어를 이용할 수 있는 청구권을 의미하는 것은 아니란 점이다. 이 점은 헌법학 상 이설이 없는 확립된 법리에 속한다.<sup>1)</sup> 그러므로 발행인과 기자 사이에서도 기자에게 주어지는 헌법상 표현의 자유를 근거로 발행인에 대하여 그가 소유·운영하는 신문에 기자의 의견을 신개 하라고 요구할 법적인 권리는 생겨날 수 없다. 이렇게 헌법상 신문의 자유가 보장된다 하더라도 그것은 각 시민이나 그 종사원에게 공중에 대한 의견표현을 목적으로 미디어를 이용할 주관적 권리를 도출하는 것은 아니다.

언론의 내적 자유는 사기업으로 조직·운영되는 신문 기타 정기간행물의 경우에 주로 논의된 문제였기 때문에 공영체제를 취하는 방송의 경우에도 같은 이론이 적용될 수는 없다. 공공성이 강조되고

그 제도적 성격이 더 강조되는 방송의 경우, 특히 그것이 공영방

---

1) BVerfGE 42, 52ff.

송의 체제를 취하는 경우에는 신문의 경우와 같은 발행인이라는 개념은 존재하지 않고 단지 공공의 소유인 전과를 위탁받아 관리·운영한다는 사고에 따르게 되므로 방송의 내적 자유는 별도로 논의되어야 한다.

### 3. 기본권 학설과 내적 자유

언론의 내적 자유에 관하여 학설은 기본권을 파악하는 기본적 입장에 따라 상이한 견해를 취한다. 내적 자유를 보호할 필요성이 인정된다고 하더라도 원래 국가에 대한 자유(외적 자유)로서 성립한 언론의 자유가 어떻게 국가 이외의 제3자에 대해서도 주장될 수 있는가 하는 점에 대하여는 의문이 있을 수 있다.

자유주의적 입장에 의하면 언론의 자유는 국가에 대한 권리이므로 국가 이외의 자에 대한 관계를 의미하는 내적 자유란 생각할 수 없다는 점에서 이를 부인하게 된다. 즉, 언론의 자유를 국가에 대한 개인의 주관적 자유로만 성격짓는 입장에 선다면 국가 이외의 자에 대한 관계에서는 언론자유 효력이 주장될 수 없고, 이른바 언론자유 제3자 효력은 부인된다. 언론의 자유를 순수하게 발행인의 개인적인 자유로 파악하는 미국에서 언론의 내적 자유란 개념이 법적으로 논의조차 되지 않는 것을 보면 이러한 사정을 알 수 있다.

이렇게 자유주의적 전통에만 의존한다면 언론기업이나 언론계 역시 헌법상 사경제 질서의 일환으로 보장되기 때문에 특히 발행인과 기자간의 관계에서 기자들의 내적 자유는 인정할 수 없게 된다. 그

---

2) 이에 관한 상세한 논의는 박용상, '출판의 자유에 관한 독일의 학설과 판례', 법조협회 법조-27권 6호(1978. 06) 68면; 법조-27권 7호(1978. 07) 70면; 법조-27권 10호(1978. 10) 63면 참조

러한 입장에 선다면 내적 언론자유를 도입하는 법률을 제정하는 것은 이 자유주의적으로 이해된 질서의 원칙을 공격하게 될 것이고 사경제 질서에 의해서만 존재할 수 있는 언론자유 자체를 폐지하는 결과가 될 것이라고 생각하게 된다.

이와 같이 국가와 사회의 분리를 전제로 기본권은 국가적 영역에서만 보호된다고 하는 자유주의적인 입장에 서면 자유는 국가로부터의 해방과 동일시되기 때문에 헌법과는 원칙상 단절된, 전적으로 사회적 영역에 속하는 기업 내부에서 내적 자유를 국가권력이 보장하는 것은 생각할 수 없게 된다. 이러한 이론적 전제에 선다면 사회적 영역에서 국가의 임무는 단지 전적으로 사회의 구성원간에 형식적인 법적 평등만을 보장하는데 그치는 것이고, 그들간의 실질적 관계는 상호간 사적 자치의 원칙과 자유경쟁의 원칙에 따라 형성되게 될 뿐이다. 그에 따라 자유주의적 헌법이론가들은 일반 시민에 비해 언론 미디어에 대하여 법적 평등을 파기할지 모를 어떠한 특권이나 특별한 의무도 부여될 수 없다는 점을 주목한다.<sup>3)</sup>

그러나 언론의 자유는 개인적·주관적 자유인 동시에 헌법의 객관적 원리이므로 그것은 국가권력 이외의 사회적 권력이나 언론계 자체의 상황변화로 인한 위협에 대해서도 보호되어야 한다.

이러한 입장에서 현대적 자유주의론자들은 내적 자유를 받아들일 필요성을 인정하고, 이른바 기본권의 ‘제3자 효력설’을 원용하거나 헌법상 언론자유조항 내부에 존재하는 제 이익의 조정을 위한 이익형량을 통하여 내적 자유의 개념을 소극적으로나마 인정하려고 한다. 먼저 제3자 효력설에 의하면 기자의 표현의 자유는 그 본질에 관련되는 경우 언론 기업주에 대하여도 주장할 수 있도록 하여야 한

---

3) Forsthoff, Tagespresse und Grundgesetz, DÖV 1963, S. 633ff

다는 것이다. 그러나 언론기업 내부에서 제3자 효력론을 적용할 수 있는가는 논란된다. 여기에서는 기업 내부 자체에서의 의견자유 문제라 아니라 기업에 의해 출간되는 출판물 속에 한 특정의견이 전파될 수 있어야 하는가 하는 문제이다.

이익형량론에 의하면 언론기관 내부에서도 미디어의 자유 행사에 관여하는 기자, 종업원, 발행인 등 관여자들의 이해관계를 조정하기 위하여 이익형량에 따라 각자의 몫을 결정하여야 한다는 것이다. 이 입장에 의하면 언론기업 내부에서 각각의 관계자들에게 그들의 몫을 협정하는 것이 그들의 자유로운 협약에 맡겨져 있다는 점에서 그 자유는 효력을 갖는다.

그러나 언론의 자유를 제도적으로 구성하려는 현대의 지배적인 학설은 언론의 '공적 과업'(公的 課業, öffentliche Aufgabe) 개념에 근거하여 국가 이외의 자로부터 언론의 공적 기능에 대한 침해가 있는 경우에는 내적 자유를 인정함으로써 언론자유를 살려야 한다는 적극적 견해를 취하고 있다.

앞서 본 각 입장을 종합하여 보면 순수한 자유주의적 언론개념에 의할 경우 기자는 국가가 아닌 기업주에 대하여 하등 언론의 자유를 주장할 수 없고, 언론기업 내부의 문제는 법적 규율의 범위를 벗어난 영역에 속하게 된다. 그러나 언론자유에 관하여 제3자 효력(대사인적 효력)을 인정한다면 사용자, 즉 발행인에 대한 기자의 지위를 직접적으로 유리하게 한다. 이익형량론이나 제도적 기본권론에 의하면 언론의 공적 기능을 위해 어떠한 방안이 발행인과 기자의 이익을 조정하는데 최선인가를 저울질하게 된다.

생각건대, 언론자유와 기본권은 자유로운 커뮤니케이션 과정을 통한 여론형성기능이 중심으로 되기 때문에 이러한 언론의 공적 기능을 위협하는 요인에 대하여는 그것이 국가적인 것이건 비국가적인

것이건 막론하고 그에 대처할 필요가 있음은 물론이다. 그런 의미에서 내적 자유를 적극적으로 인정하는 제도론적 입장이 타당하다고 보아야 한다.

이러한 입장에 선다면 신문의 기능을 보장하기 위한 입법의무를 규정하는 우리 헌법 제21조 제3항은 언론의 공적 기능에 대한 국가의 침해뿐 아니라, 나아가 제3자로부터의 위해(危害)에 대해서는 물론, 언론계 내부나 언론기업 자체 내부에서 야기되는 침해가능성에 대처할 국가에 대한 헌법적 위임을 포함하고 있다고 보아야 한다. 결국 국가는 언론계의 구조와 관계에 대하여 이를 언론자유와 기본권적 기능에 적합하도록 창출하고 유지해야 할 입법정책적 의무를 지게되는 것이다. 언론의 내적 자유에 관하여 주요 테마를 이루는 것은 언론기업의 독점문제와 언론기업의 조직 및 좁은 의미의 내적 자유로서 발행인과 기자간의 관계를 들 수 있다. 이 경우 긴장과 갈등에 해결의 지침이 되는 것은 올바른 여론형성에 이바지하는 언론의 공적 과업이며, 이를 뒤집어 보면 국민의 정보의 자유를 최대한 보장하는 방안에서 발행인과 기자의 언론자유를 조정하는데 있음을 알 수 있다.

그러나 이러한 내적 자유를 현실적으로 보장함에는 자유민주주의를 기본으로 하는 헌법에서 여론형성의 다양성 원리를 보호하여야 한다는 요청은 물론 언론매체의 헌법상 기능 및 그 지위, 언론기업의 운영형태, 언론기업의 발행인과 기자간의 노사관계 등 복잡하고 다양한 이해관계가 얽히게 되는 것이므로 이러한 요구나 이익을 조정하고 절충하는 어려운 문제가 생긴다.

먼저 자유민주주의적 국가의사형성 체제에서 여론형성을 담당하는 매체는 원칙상 국가권력으로부터 절연된 개인이나 기업에 의해 수행되어야 한다는 것이 기본적 요청이다. 그러한 요청이 각 언론매

체의 경향을 보호하여 여론의 다양성의 전제가 됨은 물론이다. 이렇게 사기업에 의한 조직과 경영이 요구되는 언론기업에서 기자들의 독자성을 부여하는 내적 자유의 실현은 그 사기업적 성격 및 자본주의적 경제구조와 조화를 이루어야 하는 한계를 가지는 한편, 언론은 그 성질상 국가적·제도적 영역의 밖에서 자유로운 존재로 남겨져 있어야 한다는 명제에 구속되기 때문에 그에 관한 공법적 간섭은 언론의 헌법적 지위를 손상하게 할 우려가 있다. 언론의 내적 자유를 위하여 국가가 입법에 의해 간섭하는 것도 이러한 기본적 테두리를 넘어서는 안되는 것이다. 따라서 언론기업의 내부적 사항에 관한 입법적 규율은 공법적 규율이 아니라 발행인과 기자그룹 간의 타협 속에서 자율적으로 해결되어야 하는 것이 원칙이다.

그러나 방송의 경우에는 상황이 다르다. 희소한 자원으로써 공공의 소유로 생각되는 전파를 이용하는 방송은 공사의 형태로 또는 허가에 의한 사기업에 의해서 운영되고 있으며, 방송의 편성은 그 과점성으로 인한 독점적 폐해를 방지하고 언론의 중립성을 확보하기 위해 이미 입법적 간섭을 받고 있으므로 방송의 편성에 관여하는 방송사의 경영층과 소속원은 모두 이러한 공익원리에 구속되며, 그러한 점에서 방송에서의 내적 자유는 제한받게 된다.

#### 4. 좁은 의미의 내적 자유 - 발행인과 기자간의 관계

좁은 의미에서 언론의 내적 자유는 발행인과 기자간의 관계를 논의 대상으로 하며, 이것이 언론의 내적 자유로 논의되는 본래의 사항이다. 이것은 언론기업 내부에서 발행인에 대한 기자의 권한 내지 그 지위의 독립성 강화에 관한 문제를 다루게 된다. 발행인에 대한 기자의 지위강화 문제는 기업적 영리추구를 주요 관심사로 생각하

며, 그 때문에 국가권력이나 광고주 등의 영향을 쉽게 받는 발행인에 대하여 기자의 공적 과업 수행의지를 뒷받침함으로써 진정한 언론의 자유를 실현해야 한다는 데에 기본적 취지를 갖게 된다.

독일에서 언론계의 내적 자유에 관한 최초의 논의는 언론계의 자본주의적 구조에 대한 원칙논쟁의 차원으로부터 점차 기업내적 차원으로 옮겨져 왔고, 그것은 권한획정에 의해 발행인에 대한 기자의 일정한 독립성을 보장하려는데 초점이 두어지게 되었다.

일응 말하자면 미디어의 자유는 미디어를 설립하여 경영·발행하는 발행인이 주체가 되어 국가에 대한 관계에서 간섭 없이 발행하는 권리를 내용으로 하는 것임에 비하여, 내적 자유는 기자 등 미디어의 내용형성에 종사하는 언론기업 종사원이 주체가 되어, 그들이 종사하는 미디어기업의 발행인을 상대로 주장하는 권리를 내용으로 한다.

독일에서 내적 언론자유 의 기업내부적 국면은 주로 발행인에 대한 기자의 종속성의 문제로서 논의되었고 그 해결방안을 상호적인 권한획정에서 시도하려 하였다. 이들 이해의 배후에는 공적 및 사적(상업적)의 이해간의 이익의 이원론적 사고가 작용하여 왔고, 발행인이 기자에 대하여 무제한한 지시권을 갖게 된다면 기자 개개인의 개인적 자유 뿐 아니라 신문의 내용적 형성의 독립 역시 부당한, 특히 상업적인 영향에 의해 침해될 것이라고 하는 생각이 지배되었다.

신문의 내적 자유라고 하는 개념에 관하여 발행인 그룹과 기자 그룹이 상반된 입장을 취한 것은 물론이었다.

기자들은 우선 발행인과 기자간의 임무에 연관된 기능구분이 법적으로도 인식되어야 하며, 따라서 양자간의 권한배분이 법적으로 규율되어야 한다는 주장을 내세웠다. 그 논거로서 주장된 바를 보면 첫째, 기자가 행하는 정신적 노동은 발행인에 대한 정신적 독립성이

보장되어야만 올바르게 이행될 수 있고, 기자는 공적 과업의 직접적 수행자이기 때문에 발행인에 대해 물적 독립을 보장해 주어야 한다는 것이었다. 둘째, 권한확정이 필요한 이유는 일반적 공익추구를 위한 것이라는 생각이 주장되었다. 신문에 있어서는 공적 이익과 사적 이익이 병존하나, 사적 이해만을 염두에 두는 발행인과는 반대로 기자는 공적 이익의 소명된 대변자이기 때문에 그의 권한이 존중되어야 한다는 것이었다.

이에 대하여 발행인측에서는 신문기업의 조직적 통일성이 와해된다는 이유로 권한의 확정에 반대하여 왔다. 여타의 모든 기업에서와 마찬가지로 신문기업이 효율적으로 기능하고 존립이 안정되려면 양자의 권한의 분리보다는 그것을 담당하는 세력간의 밀접하고 계획적인 협동이 필요하며, 그 세력들을 지도하는 최고의 지위는 당연히 발행인에게 있다는 것이었다. 즉, 사경제적인 언론계의 질서에 있어서는 언제나 기업주, 즉 발행인만이 신문내용의 형성과 분리할 수 없는 경제적 위험을 종국적으로 부담하는 것이기 때문에 그가 최고 결정권을 가져야 한다는 것이다. 그 외에 기업주들의 주장에 의하면 기자만이 공적 과업의 이행자가 될 수는 없고, 발행인들도 역시 언론인으로서 기자와 함께 공동으로 언론의 공적 과업을 담당하는 것이라고 한다.

여하튼 이 문제에 대하여는 사기업 체제를 기본으로 하는 언론기업에서 발행인의 재산권보장이라고 하는 헌법적인 문제뿐 아니라 공적 과업의 수행주체로서 발행인은 제외되는가 또는 공적 과업을 수행한다고 주장하는 기자들이 충분한 자질과 교양을 갖추고 있는가 하는 등 복잡한 법적·사회적 문제가 제기된다. 독일의 경우를 보더라도 기자가 피용자의 입장에서 일반 노동법상의 협약에 의한 법적 해결 이외에 경영과 편집을 분리한다는 선의 입법적 시도는

모두 실패하였고, 다만 노사간의 타협과 협조라는 기반 위에서 편집에 관한 양자간의 권한분배가 사실상의 관례 또는 노사협약의 형태로 모색되어 왔다.

언론기업에 특수한 내적 자유보장의 노력으로 논해지고 있는 중요한 문제는 ① 기자의 정신적 활동의 보호 ② 편집형성에 관한 발행인과 기사간의 권한분배 ③ 기자의 인사에 관한 규율문제이다.

## 5. 언론기업의 내적 관계에 관한 각국의 논의

1960년대 중반 이후 독일을 중심으로 유럽 여러 나라에서는 같은 문제의식을 가지고 신문 등 미디어 사업의 내부를 어떻게 조직할 것인가 하는 바람직한 모습을 둘러싸고 논의가 전개되었고, 이른바 언론의 내적 자유를 보호하자는 일련의 사회적 움직임과 함께 그에 관해 풍부한 법적 논의가 이루어져 일정한 성과가 있었다는 것은 주목할 만하다.

그러나 영미에서는 편집권이라는 논의와 이른바 언론의 내적 자유라는 개념은 생소한 것으로 그에 대한 법적 논의는 전혀 이루어진 바 없었다. 그것은 표현 및 미디어의 자유를 이해함에 있어서도 개인주의 및 자유주의적 법전통이 강력하였기 때문이라고 할 수 있다.

‘편집권’이라고 하는 구체적 용어와 함께 이 문제가 정면으로 다루어진 것은 2차 대전 직후 일본에서였다.

### 가. 미국

미국이나 영국에서 애당초 신문은 사주 개인의 정치철학이나 과당적 이해관계를 표현하기 위해 이념지 내지 정론지로 발간되는 것이 보통이었다. 그러한 경우 발행인이 편집인을 겸하게 되고 편집에

직접 관여하는 것은 당연하였다. 따라서 미국에서는 편집권이라는 개념이 따로 논해지는 일은 없었고, 대부분의 경우 신문사 소유자는 발행인이 되고 신문사내 모든 문제에 있어서 발행인의 결정권은 절대적이다. 발행인은 경영상 및 편집상 기본 방침을 정하여 소속 직원을 지시하고 효과적으로 운용하도록 통제하는 것이 보통이다.<sup>4)</sup>

그러나 거대한 조직과 인원을 구비하여 기업화한 대발행부수를 가진 대신문은 이미 일정한 경향을 확립하여 그 전통에 따라 편집과 보도에 임하게 되고, 그러한 신문에서 사주의 개입은 사실상 자제되고 있다고 한다. 어떤 뉴스를 보도할 것이냐 안할 것이냐, 또 보도한다면 어떤 식으로 취급할 것인가 하는 권한은 편집국, 즉 피용자들인 국장단에 일임되는 것이 관례이다.<sup>5)</sup> 신문의 제작은 기자들에 의해 이루어지는 전문적 기능적 과정이므로 발행인이 간섭하게 되면 타사와의 경쟁에서 뒤지기 때문에 발행인들이 이를 스스로 인정하게 된 것이다. 그러나 논설과 사실보도는 책임과 역할이 분명히 구분되어, 대신문의 경우에도 사실만은 철저히 사주의 결정에 따르며 특정 정치인을 지지·반대하기도 한다.

이렇게 미국에서 인정되고 있는 편집국의 독립과 자유는 법적으로 보장되거나 강제된 것이 아니라 발행인의 자제(自制)에 따라 언론계의 관행이나 해당 신문사의 전통으로 이루어진 것이어서 이를 따로 편집권이라고 부를 수는 없다. 더구나 개인주의·자유주의적 전통이 강한 헌법관을 갖는 영미에서 언론의 자유는 발행인 개인이 갖는 자유라고 하는 점이 철저히 인식되고 있으며, 언론의 내적 자유라거나 기자들의 편집권이라고 하는 관념은 법적으로 논의되지 않고 있다.

---

4) 박홍수, '편집권 논의의 배경과 전망', 신문과 방송, 1988. 09. 6면 이하

5) 안재훈, '편집권 독립 - 미국판 이야기', 신문과 방송, 1989. 7. 70면

## 나. 영국

영국에서도 법률상 또는 계약상 편집권에 관한 명확한 언급이 있는 것은 아니다. 다만, 사실상 편집인(editor)의 자유가 비교적 폭넓게 인정되고 있어 편집자는 통상적으로 자율적 판단으로 지면을 편집할 수 있으나 광고와 편집의 정책결정은 이윤동기에 의존하게 된다고 한다.<sup>6)</sup>

영국정부는 의회 내에 ‘언론에 관한 왕립위원회’(Royal Commission on the Press)를 설치하여 신문의 소유 집중 경향에 따라 위축될 가능성이 있는 의견의 자유로운 표명과 뉴스의 정확한 보도를 위한 구체적인 방안을 수 차례에 걸쳐 조사·연구하게 한 바 있었다.

그 중 1961년의 제2차 왕립위원회는 신문의 소유 집중이 의견의 획일화라는 잠재적 위협을 수반하고 있다고 우려하면서도 “신문의 편집자에게 얼마만큼의 자유를 줄 것인가는 그 소유자의 의중에 달려있기 때문에 경영과 편집의 책임을 강제적으로 분리하는 것은 불가능하다”고 보았다.<sup>7)</sup>

1974년의 제3차 왕립위원회는 신문의 독점·집중화가 심화되는 것을 억제하기 위한 방법으로 신문의 소유관계를 공표할 의무를 부과하고 기업가로부터 편집의 독립성을 보장할 제도를 마련할 것을 권고하였다. 이 위원회의 보고서는 편집책임자의 기본적 권리를 상세하게 들고 있으나, 편집권의 독립성을 확보할 수 있는 구체적인 방안을 제시하지는 않았고, 다만 기업주, 경영진, 노동조합, 편집간부나 기자들간의 관계위상을 설정시켜 주는 권고안을 제시하였을

---

6) 유일상, ‘편집권 귀속에 관한 구미각국 언론의 사례’, 신문과 방송, 1988. 9. 20면, 22면

7) 유일상, 전계 논문, 23면

뿐이다.<sup>8)</sup>

더 타임스와 옵저버의 경우에는 정관에 의해 편집국장의 독립을 보장하는 구체적인 방안이 강구되고 있으나, 그것 역시 소유자의 변경시 새 소유자에 의해 인정된 사실상의 방안일 뿐, 법적으로 인정된 제도는 아니다.

#### 다. 프랑스

프랑스에서 편집과정상 저널리스트의 자유를 확보하기 위한 제도는 일찍부터 법제화되었다.

언론·방송사의 양도, 운영의 폐지, 언론·방송사의 기본 성격이나 기본 방향에 현저한 변경을 초래한 경우에 언론·방송사가 적극적으로 기사를 해고하지 아니한 경우라도, 기사는 스스로 적극적으로 양심조항을 주장하여 퇴사를 요구하고, 그에 따른 해고 수당의 지급을 구할 수 있다.<sup>9)</sup> 프랑스 노동법의 한 규정으로 1935년에 설치된 이른바 ‘양심조항’(la clause de conscience)에 의하면 신문이나 정기간행물의 양도나 발행정지 또는 기본적 성격의 변경 등으로 저널리스트가 자신의 명예, 명성 또는 정신적 이익을 침해당한 경우에 해약예고기간 없이 퇴직하고, 퇴직 시에 특별보상금을 청구할 수 있다 (노동법 제761-7조). 기사는 양심의 자유에 따라 의견발표의 자유와 독립성을 가져야 하는데, 사용자의 사정에 의하여 자신이 속한 신문·방송사의 성격이나 기본방향이 중대한 변경을 가져온 경우 바뀐 성격과 방향에 맞는 기사를 강요당하는 것은 그의 양심의 자유에 반할 수도 있기 때문에, 그러한 경우에는 자신의 명예와 명성, 도덕

---

8) 유일상, 전계 논문, 23면

9) 세계언론판례총람, 한국언론연구원(1998), 828면

적 가치를 지키기 위하여 적극적으로 그 근로관계에서 탈퇴하고, 그에 따른 해고수당을 받을 수 있는 길을 택할 수 있게 하기 위한 것이다.<sup>10)</sup>

그러나 신문기자는 그 업무의 본질적 속성인 객관성(objectivité)과 불편부당성(impartialité)으로 양심에 따라 자유로운 의견발표의 자유를 갖지만, 신문기자의 전국 노동협약에 의하면 그러한 신문기자의 자유는 그것이 소속 신문사의 이익을 해하는 것으로 평가되는 경우에는 제한된다고 규정하고 있다. 따라서 신문기자는 그 소속 신문사의 정치적 입장 등 편집태도에 반하는 기사를 공개적으로 표현할 수 없다. 기자도 조직의 일원으로서 그 조직의 방침이나 노선에 따를 의무가 있음을 나타낸 것이다.<sup>11)</sup>

한편, 프랑스는 2차대전 종전을 계기로 언론기업에서 경영과 편집의 분리 내지 편집의 독립을 가장 극적으로 추구한 나라라고 할 수 있다. 드골 정부는 점령 치하 언론들의 치욕적인 활동과 과거의 유산을 청산하기 위한 대개혁을 단행하면서 점령 나치세력에 동조한 신문을 폐간하거나 접수하여 새로운 양심세력에 넘겨주었고, 신문기업에 대한 출자를 공개하고 소유 집중을 제한하는 조치를 취하였다.<sup>12)</sup>

이러한 움직임이 가장 대표적으로 나타난 것이 르 몽드지의 경우였다. 르 몽드에서는 기자집단이 지주회사를 설립하여 일정한 비율의 지분을 보유하여 직접 경영에 참여할 수 있는 제도적 기반을 마련하게 되었다.<sup>13)</sup>

---

10) 세계언론관계총람, 한국언론연구원(1998), 828면

11) 세계언론관계총람, 한국언론연구원(1998), 827면; E. Derieux, Droit de la Communication, L.G.D.J. 1994., P. 352

12) 유일상, '편집권 귀속에 관한 구미각국 언론의 사례', 신문과 방송, 1988. 9. 24면

13) 유일상, 전개논문, 24면

## 라. 일본

위 서구 제국의 경우와 달리 일본에서는 적극적으로 ‘편집권’이라는 말과 함께 그 주체에 관하여 구체적인 논의가 있었다는 점에 주목할 필요가 있다.

일본에서 편집권 논의는 제2차 세계대전 종료 직후 미군정하에서 야기된 일련의 신문 쟁의 속에서 시작되었다. 당시 일본 각 신문사의 노동조합은 ‘사내(社內)민주주의’를 슬로건으로 내세우며 편집·인사 기타 경영 전반에 대하여 강력한 발언권을 행사하였는데, 경영자들이 이러한 영향력을 배제하기 위해 대항적으로 주장한 개념이 바로 편집권이었으며, 그러한 의미에서 볼 때 일본에서 편집권은 역사적·정치적인 성격을 띤 개념이었다.<sup>14)</sup>

점령군은 전전 일본의 군국주의적·국가주의적 잔재를 청산하고 자유화·민주화를 추구하는 개혁을 추진하였으나, 공산세력의 팽창으로 냉전체제가 들어서고 노동운동이 급진화하여 신문지면에도 좌경화의 움직임이 노골화하자 점령군은 점령정책을 전환하여 신문제작에 있어서 조합의 지배 개입을 배제하고 경영자의 주체성을 회복하려는 방향으로 정책을 추진하게 되었다.

이러한 배경 하에서 발생한 1946년 6월 제2차 ‘요미우리’(讀賣)쟁의 사건은 경영진의 의사에 반하여 좌경적인 지면을 만들던 혁신적 노선의 편집국장을 해고함으로써 야기된 것이었다. 이 인사조치가 발단이 되어 요미우리신문은 4개월간에 걸친 격렬한 노사분규를 치렀고 그 해 10월에는 일본 언론계의 총파업으로까지 발전하였다.

그 사건에 즈음하여 점령군의 지도를 받은 일본신문협회는 1948.

---

14) 浜田純一, 정보법, 이문호 옮김, 도서출판 장산(1995), 63면

3. 16. ‘편집권에 관한 성명’을 내게 되었는데, 거기에는 다음과 같은 내용이 제시되었다.<sup>15)</sup>

“신문의 자유는 헌법에 의해 보장된 권리이고, 법률에 의해 금지되는 경우를 제외하고는 일체의 문제에 관하여 공정한 논평, 사실에 따른 보도를 행할 자유이다. 이 자유는 모든 자유권의 기초이고 민주사회의 유지발전에 없어서는 안될 것이다. 또 이 자유가 확보되어 비로소 책임있는 신문이 가능한 것이므로 이를 확립 유지하는 것은 신문인에게 부과된 중대한 책임이다. 편집권은 이러한 책임을 수행할 필요상 누구에 의해서도 인정되어야 할 특수한 권능이다.

1) 편집권의 내용 : 편집권이란 신문의 편집방침을 결정하고 보도의 진실, 평론의 공정 및 공표방법의 적정을 유지하는 등 신문 편집에 필요한 일체의 관리를 행하는 기능이다. 편집방침이란 기본적인 편집요강 외에 수시로 발생하는 뉴스의 취급에 관한 개별적이고도 구체적인 방침을 포함한다. 보도의 진실, 평론의 공정, 공표방법의 적정한 기준은 일본신문협회가 정한 신문윤리강령에 따른다.

2) 편집권의 행사 : 편집내용에 대한 최종적인 책임은 경영·편집관리자에게 되돌아오는 것이므로 편집권을 행사하는 자는 경영관리자 및 위임을 받은 편집관리자에 한한다. 신문기업이 법인인 경우에는 이사회 등이 경영관리자로서 편집권행사의 주체가 된다.

3) 편집권의 확보 : 신문의 경영·편집관리자는 항상 편집권 확보에 필요한 수단을 강구함과 동시에 개인이건 단체이건, 외부이건, 내부이건간에 모든 것으로부터 편집권을 지킬 의무가 있다. 외부로부터의 침해에 대해서는 끝까지 이를 거부한다. 또 내부에 있어서는 고의로 보도의 진실, 평론의 공정 및 공표방법의 적정을 해치고, 또는 정해진 편집방침에 따르지 않는 자는 편집권을 침해한 자로서 이를 배제한다. 편집내용을 이유로 인쇄 배포를 방해하는 행위는 편집권의 침해이다.”

---

15) 박홍수, ‘편집권 논의의 배경과 전망’, 신문과 방송, 1988. 9. 7면 이하

그 ‘해설’에서는 “편집권은 소유권·경영권에서 유래하는 것이다. 즉, 신문은 특정의 언론을 행할 것을 목적으로 소유·경영되는 것이므로 그 소유자, 경영자에게 언론의 자유를 인정하고, 이를 실현하기 위하여 필요한 편집권을 인정하여야 하는 것이다.”라고 설명되었다.

이러한 경영자측으로부터 편집권의 주장에 대해 1948. 5. 6. 전국적인 산업별 단일조직이었던 일본신문통신방송노동조합은 반대성명에서 “편집권이란 경영자가 편집방침을 지면제작과정에서 구체화하는 업무상의 권한이며, 경영권의 일부”임을 인정하면서도 “편집권은 노동자가 가지는 모든 법적 권리를 제약할 수 있는 것은 아니”며, “자본가측이 말하는 편집권을 그대로 용인하면 이것은 사실 신문 노동자의 생활권 옹호의 전면적인 포기를 의미할 뿐만 아니라 우리가 회구하는 엄정 공평한 민주적 언론보도의 자유는 소실되며, 문화 산업인 신문의 생산 부흥도 저해된다. 이것은 우리 민족문화의 반동화의 길을 여는 것이다.”라고 하는 입장을 표명하여 반대의사를 분명히 하였다.<sup>16)</sup>

당시 신문협회의 편집권 성명은 미군정당국에 의한 신문강령(Press Code)에 근거하는 것이었고, 편집권이라 함은 경영자의 재산권으로부터 유래하고 노동자의 표현의 자유에 대해서 뿐 아니라 노동기본권에도 우월한 권리라고 정의되었다는 점에 특징이 있었다.<sup>17)</sup> 이 같이 일본에서 편집권은 헌법상 신문의 자유를 근거로 인정되는 것으로서 경영 또는 편집 관리인이 주체가 되는 것으로 인식되었고, 편집권에는 그 확보를 위한 인사권까지 포함한다는 점이 주장되었다. 이 성명에 붙어 있는 ‘해설’에 따르면, 여기에는 구체적인 지면의 제작 이외에 기구의 결정, 인원의 배치, 이들과 관련된

16) 박홍수, ‘편집권 논의의 배경과 전망’, 신문과 방송, 1988. 9. 8면

17) 田島泰彦, 右崎正博, 服部孝章 공편 現代メディアと法, 三省堂 (1998), 62면

경리적 조치 등도 포함된다. 이와 같이 일본에서의 편집권 개념은 그것이 주장된 시대의 배경을 반영한 이데올로기성을 띠고 있다.

그리고 위 사건 이후 일본에서 편집권에 대해서는 큰 논의없이 오늘날에도 신문사업에 있어서 노동관계의 기본적인 틀로 자리잡고 있으며,<sup>18)</sup> 오늘날에도 편집권 문제의 해결을 절박하게 필요로 하는 구체적 사정은 존재하지 않는다고 한다.<sup>19)</sup>

그러나 신문사내에서 신문의 발행은 경영진과 신문노동자의 협력에 의해 이루어진다는 점에서 편집권을 경영진에게 일방적으로 일임시킴으로써 야기되는 논란은 여전히 해소되지 못하고 있다. 1950년에 일본신문협회가 만든 신문법제연구회도 편집권에 관한 토의에서 협회의 편집권에 관한 주장은 전통적 언론 자유 개념에 부합하는 것이기는 하나, “실제로 신문의 발행은 많은 사람들의 협력이 결집되어 이루어진 종합적 노작(勞作)에 속하므로 협력자 그 자체의 입장을 고려하지 않고 일원적으로 단정해 버린 편집권 이론이 구성될 수 있는지”에 관하여 의문을 남기고 있다.<sup>20)</sup>

## II. 독일에서 언론의 내적 자유에 관한 논의의 전개

### 1. 서론

#### 가. 개관

---

18) 박홍수, ‘편집권 논의의 배경과 전망’, 신문과 방송, 1988. 9. 8면 이하

19) 浜田純一, 정보법, 이문호 옮김, 도서출판 장산(1995), 65면

20) 浜田純一, 정보법, 이문호 옮김, 도서출판 장산(1995), 65면

언론의 내적 자유는 독일에서 발전된 개념이었고, 이미 바이마르 헌법 당시부터 ‘편집상의 언론자유’ 내지 ‘경제적 압력으로부터의 자유’라고 하는 말로써 논의가 시작되었다. 이러한 의미에서 언론의 내적 자유라는 개념은 헌법상 언론자유와 기본권에 ‘편집의 자율’(redaktionelle Autonomie, journalistic independence)이 함께 보장되고 있다는 점을 특히 강조하려는 입장이 표현된 것이었다.<sup>21)</sup>

이 문제에 관하여 기자그룹과 발행인들의 이해관계가 대립 긴장하는 양상으로 전개되었음은 당연하였다. 기자들은 언론의 내적 자유를 적극적으로 주장·옹호하여 왔음에 대하여 발행인 단체는 그에 상반되는 입장을 견지하여 왔다.

그러나 무엇보다 독일에서 내적 자유를 논함에 있어서 유의할 점은 헌법상 미디어의 자유를 이해함에 있어서 특히, 신문 및 정기간행물을 창간하고 운영하는 발행인은 그 미디어를 통하여 그 자신의 의견과 주장을 펼 수 있는 자유를 가지며, 그 때문에 각 미디어 기업은 헌법상 ‘경향의 보호’(Tendenzschutz)를 누린다는 점이다.

## 나. 민사적 접근 - 판례

내적 자유의 개념이 등장하기 전, 발행인과 기자간의 관계에 관하여는 일반적인 기업에서 사용자와 피용자의 관계가 언론기업에도 그대로 적용된다는 전제에서 내적 자유의 개념을 부인하는 입장이 일반적인 인식이었다.

그러한 사고에 의하면 언론기업은 사기업으로 조직된 것이고, 모든 기자는 그 기업 내에서 특정한 신문의 제작에 임하는 근로자이

---

21) Kull, "Freedom within the media" - Von deutschen Anfängen zu europäischen Weiterungen - , Archiv für Presserecht, III. Quartal 1995, S. 551 [552]

며, 신문의 편집내용은 분업에 의해 제작되기 때문에 기자의 언론적 역할영역은 발행인의 지침과 결정에 따라 편집국장과 부서장의 지시에 의해 정해지는 것이라고 생각되어 왔다. 이러한 관계는 언론기업의 사기업적 특성에 따라 당연한 것이고, 그 때문에 발행인은 그가 가지는 언론의 자유를 행사함에 있어서 여타의 기업주와 마찬가지로 자기의 제품에 관하여 최종적으로 결정할 수 있고, 기자나 특파원 및 자유기고가 는 위와 같이 주어진 상황 아래서만 언론적 독립성을 가질 수 있을 뿐 이라고 생각되어 온 것이다.

초기의 판례 역시 이러한 사고를 바탕으로 하고 있다. 많지는 않지만 독일의 판례는 발행인과 기자간의 관계에 관하여 내적 자유를 언급한 바 있었다. 이미 바이마르 시대에 제국재판소(Reichsgericht, RG)의 판례는 헌법적인 시각보다는 민사적인 시각에서 발행인과 편집국장과의 관계를 다루었다.

제국재판소는 1925. 10. 27.의 판결에서 발행인과 편집국장간의 관계는 민법상 고용계약관계임을 전제로 발행인은 신문의 주인으로서 신문의 방침을 정하고, 기자를 선임할 수 있다는 점을 확인하였다. 신문기업주는 기업의 경제적 위험을 단독으로 부담하기 때문에 경제적 목적을 추구하여야 할 뿐 아니라 언론으로서 특수한 과업을 이행함에 있어서 독자들의 정치적 이익에 봉사하고 여러 방향에서 그들의 정신적 요구를 만족시켜주어야 할 지위에 있는 것이기 때문에 기업의 주인으로서 신문의 원칙적 방침을 결정할 권한을 갖는다는 것이 위 판결의 요지였다. 결국 언론기업의 경제적 과업과 정신적 과업 사이에서, 그리고 기업주의 재산적 이익과 독자의 정신적 이익 간에 필연적인 연관을 유지하는 일은 발행인의 결정에 속하는 것이다. 그에 비하여 편집국장이나 편집인은 신문의 내용에 관하여 발행인에게는 계약상의 책임을, 신문 구독인에게는 도덕적 책임을

지는 것이므로 기업의 주인으로서 발행인이 정한 방침의 범위 내에서 신문의 내용을 형성하고 그에 성격을 주어야 한다는 것이었다. 편집국장(Chefredakteur, Hauptschriftleiter)과 발행인 간의 관계에 관하여 내린 이러한 제국재판소의 판례는 일반적 원칙으로서 오늘에 이르기까지 지배적인 견해로 되고 있다.<sup>22)</sup>

발행인과 기자간의 관계에 관하여 제국재판소의 판례는 위와 같이 발행인은 민법상 고용계약관계에 기하여 기자 기타 피용자에 대한 지시감독권을 갖는다고 판시하였을 뿐 아니라, 신문의 보도가 타인에게 손해를 입힌 경우에는 민법상 기업주에게 사용자로서 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담하게되는 점에 비추어 발행인은 피용자인 기자의 선임과 감독에 관하여 권한을 갖는다는 점이 지적되었다.

제국재판소는 소유자는 자기 소유에 속하는 물건이 타인에게 위협을 야기하지 아니하도록 거래상 요구되는 주의의 정도에 따라 타인의 이해에 관해 적절하게 고려해야 한다는 민법상의 원칙에서부터 일간신문 발행인의 일반적인 위험방지의무를 유추하여 낸 바 있었다. 그에 따라 발행인은 기자를 주의깊게 선임하여야 하고, 가능한 범위내에서 자기 신문에 오보가 생기지 않도록 지시를 하여야 하며, 이 목표의 달성에 필요한 모든 조치를 행해야 할 의무를 진다는 것이다.<sup>23)</sup>

2차 대전 후 독일 연방통상재판소(Bundesgerichtshof, BGH)는 언론 제작물의 내용에 관련한 발행인의 일반적 감시 및 통제의무에 관한 제국재판소의 판례를 더욱 발전시켰다. 동 법원의 판례에 의하면

---

22) Juristische Wochenschrift 1926, S. 368, Dieter Stammer, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 245f

23) Neumann-Deusberg, Die verlegerischen Gefahrenabwendungspflichten, NJW 1966, 624ff

기업주는 자기 기업의 기자에 대해 지시를 통하여 또는 적절한 조직상의 조치를 통하여 신문에 의해 타인의 범영역에 대한 부당한 침해가 피하여지도록 주의할 의무가 있다고 한다.<sup>24)</sup>

그러나 이에 대하여는 비판하는 학자도 있었다. 명예침해에 의한 손해배상 책임을 지나치게 강조하는 경우에는 언론기업 내부에서 기업의 경제적 담당자로서 발행인은 기자에 대해 더욱 지위가 강화되게 되고, 발행인은 자기의 위해방지의무에 의존하여 개별적인 문제에 있어서도 언론제작물의 편집적 형성부분에 대하여 지속적으로 영향력을 행사할 수 있게 되므로 법적 의무의 이행이란 구실에 가탁하여 내적 언론자유에 역행하는 결과를 가져오게 된다는 것이 비판의 요지였다.<sup>25)</sup>

그러나 이러한 발행인의 권한에 아무 제한이 없는 것은 아니었다. 신문은 일반적으로 일정한 정치적·예술적 또는 문학적 방향을 추구하게 되고, 일반적인 언론업계의 관행에 의하면 발행인의 자유는 그 자신이 정립한 신문의 원칙에 의해 제한된다는 것이다. 기자 역시 고용계약상의 신의성실의무에 따라 이를 존중할 의무를 부담하게 된다.

연방통상재판소는 1968. 2. 21.의 판결에서 신문의 독립성에 관하여 다음과 같이 원칙적 언급을 한 바 있었다. “한 언론기관의 독립이란 개념은 그것이 아무런 방향도 갖지 아니하는 것이라거나 발행인 또는 기업주로부터 전혀 영향받지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 어느 언론기관에서든 기업주나 발행인은 적어도 편집 간부의 선임, 신문의 스타일이나 수준에 관하여 일정한 결정권을 행사하

---

24) Dieter Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 247

25) Mallmann, Pressefreiheit und Journalistenrecht, Publizistik 1959, 325f

는 것이기 때문이다. 법적인 이유에서 기업주 또는 발행인에게도 일정한 통제 의무가 주어지는 것이다. 이렇게 언론기관의 기업주 또는 발행인에게 명백히 법적으로 구속되는 것은 일반 세인이 독립의 개념을 이해하는 시각에서 단지 그의 저널리즘 전문직의 성격 때문에 오히려 손색이 없는 것이다. 일간신문의 독자층은 일간신문의 독립성을 특정 정당, 세계관적 집단이나 종교적 집단 또는 경제적·직업적 이익단체에의 구속으로부터의 자유라고 이해한다.”<sup>26)</sup>

#### **다. ‘경향기업’으로서 언론기업의 특수성 - 독일 노동법상의 특례**

##### (1) 개관

언론기업에서 노사관계는 일반 기업의 경우와 다른 특수한 점이 있다. 언론기업은 정신적인 목표를 추구하는 기업으로서 특성을 갖기 때문에 독일에서 언론기업은 이른바 ‘경향기업’(Tendenzbetrieb)으로서 노동법상 특별한 취급을 받는다. 이 특성은 언론의 내적 자유를 논하는 경우에도 중요한 의미를 갖게 된다.

집단적 노동관계법에서는 언론기업이 경향기업이라는 이유때문에 그 경향보호를 위해 일반적 노동법의 적용이 제한된다. 즉, 1972년 독일의 경영조직법에 의하면 언론기업에서는 동법상 일반적으로 인정되는 경영협의회의 권한이 제한되어 근로자인 기자들의 경영참여가 제한되고(독일 경영조직법 제118조), 기업의 경제적 사항에 대하여 근로자의 공동결정권을 보장하는 1976년 공동결정법은 그 적용이 배제된다(공동결정법 제1조 제4항 제2호 참조).

---

26) NJW 1968, S. 1088

개별적 노동법의 차원에서는 기자의 정신적 활동을 보호하기 위해 일반적 노사관계와 달리 특수한 규율이 이루어지게 된다. 즉, 신문 기타 정간물 발행기업의 채용계약 내지 근로계약에서는 발행인의 경향을 존중할 기자의 의무를 규정하는 경향구속조항(Tendenzbindungsklausel)과 그에 대한 대응물로서 기자를 위한 양심보호 조항이 존재한다. 또 신문기업에서는 발행인의 경향을 보호하기 위하여 기자의 충실의무가 보다 강화되며,<sup>27)</sup> 경향과 관련한 발행인의 지시권은 언론기업에서 미디어의 자유를 위해 헌법상 특별히 인정되는 것이기 때문에 일반적 노동관계법의 적용을 받지 않으며, 보다 확대된다.

## (2) 경향기업으로서의 신문기업

독일에서 세계관적·이념적·종교적·정신적인 차원에서 일정한 목표를 추구하는 이른바 경향기업(Tendenzbetrieb)은 그 경향에 관하여 특별한 법적 보호(Tendenzschutz)를 받는다. 즉, 그러한 기업에서 경향담당자(Tendenzträger)인 근로자의 의견 및 표현의 자유는 특별하게 제한된다.

언론기업은 가장 대표적인 경향기업이기 때문에 완전하게 그 경향을 보호받으며, 소속 기자들은 언론사의 경향에 의해 그 의견 및 표현의 자유가 제한된다. 따라서 신문사 또는 잡지사에 소속하면서 정치에 참여하는 기자 또는 종교단체의 구성원은 표현활동을 함에 있어서 특별한 제한을 받는다. 예컨대, 기자가 그 소속 신문사를 밝히고 정치적으로 편향적인 호소문에 서명한 경우 그와 같은 표현행위가 그 신문사의 사시에 반하는 경우에는 기업주에 의한 제재가

---

27) Bernd Rütters und Jürgen Bennica, Die Verwirklichung des Tendenzschutzes in Pressebetrieben im Rahmen des Direktionsrechts bei Versetzungen von Redakteuren, Archiv für Presserecht, 4-1995, S. 638 [641]

허용될 수 있다.

경향기업의 성격으로부터 나오는 의견 및 표현의 자유에 대한 제한의 예를 보면 그 기업 소속원은 모두 기업의 경향을 존중할 의무가 있고(예컨대 평화주의적 서적출판), 그 경향에 대한 공공연한 반대행동은 근로계약상 충실의무의 위반으로 간주된다. 독일연방노동재판소는 1956년의 이른바 도장공판결에서 경향기업에 소속된 근로자가 근무 외에서 기업주의 경향에 상반하는 행위를 계속적으로 반복하는 경우, 그에 의해 기업의 이익이 저해되면 그 근로자는 해고될 수 있음을 확인한 바 있다.

### (3) 신문기업에 대한 노동조합의 경영참여의 제한

노동법에서 언론기업의 경향보호(Tendenzschutz)는 무엇보다 언론기업의 저널리즘적 입장에 대한 노동조합 또는 경영협의회의 노동법적 간섭이 배제된다는 데 있다. 독일에서는 헌법상 사회국가의 원리에 따라 일정한 한도에서 모든 기업에 근로자들의 경영참여를 보장하는 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz)이 제정되어 있고, 동법에 의해 구성된 경영협의회(Betriebsrat)에는 기업의 일정한 사회적·인사적 및 경제적 사항에 대한 근로자들의 공동결정권이 주어지고 있다. 경영협의회는 한 기업의 노동자들에 의해 선출되는 기관으로서 기업내의 노동조합과 사용자단체간의 협력에 있어서 사용자에 대한 반대 당사자로서 근로자들의 권리를 대표하는 권한을 갖는데, 구체적으로 소속 근로자의 채용, 전직, 급여결정 등 인사에 관한 사항에 있어서는 기업주의 결정에 대한 거부권을 가지며, 기타의 사항에 대하여는 보고청취권을 갖는다.

그러나 독일의 1972년 경영조직법 제118조에 의하면 보도 또는 의견 표현의 목적에 직접적으로 또는 주로 봉사하는 기업이나 영업에 있어서는 경영협의회의 위와 같은 공동결정권이 제한되는 것으

로 규정하여 언론기업을 특별히 취급한다. 여기서 경향기업이라 함은 정신적·이념적 관념을 추구하는 기업을 의미하며, 신문 정기간행물 등 헌법상 언론의 자유로서 보호되는 언론기업이면 모두 이에 해당한다.

독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 이와 같이 언론기업의 경향을 보호하기 위해 노동법상의 예외를 두는 이유에 관하여 언론은 일반적으로 접근가능한 자유롭고 독립적인 정보원을 제공하고 여론을 형성함으로써 공적 과업을 행하고 민주국가의 기능을 위해서 특별한 중요성을 가지기 때문에, 국가는 언론의 자유를 제도적으로 보장하여야 하는데, 이를 위해 언론에 대하여는 국가에 의한 직접적·간접적인 규제나 조종뿐 아니라 노조를 비롯한 경제적 세력집단의 간섭도 배제되어야 한다는 것이다.<sup>28)</sup> 경영조직법상 경향기업에 대한 예외조항은 이러한 근거에서 제정된 것이다. 경영협의회가 언론기업의 경영에 참여할 수 있게 되면 편집적 기능을 갖지 않는 근로자 그룹, 예컨대 인쇄공이나 조판공의 신문 내용에 대한 영향 가능성을 배제할 수 없기 때문에 이러한 예외취급은 더욱 타당성을 갖는다.

동법에 따르면 경향기업의 근로자와 기업주는 양자가 모두 경향의 목적을 위해 협력할 의무가 있다. 언론제작물의 내용형성에 직접 관여하는 자를 경향담당자(Tendenzträger)라고 하는데, 언론기업에서 언론제작물의 내용에 영향을 미칠 수 있는 근로자는 저널리스트로서의 지위를 가져야 한다. 언론기업에서의 단체협약은 그 내용이 경향의 보호에 반할 수 없고, 편집부문의 대표는 단체교섭에서 배제된다. 쉽게 말하여 언론기업에서는 논조나 편집방향이 단체교섭의

---

28) 쉬피겔지 판결 BVerfGE 20, 162 [174f] 및 후술 신문기자(경향담당자) 해고 사건 BVerfGE 52, 283

대상이 될 수 없는 것이다. 노동법상 일반적인 평등취급조항은 경향 보호를 위해 제한되고, 이에 의해 언론의 저널리즘적 경향이 손상되어서는 안된다.<sup>29)</sup>

일반적인 경우에 경영협의회는 인사에 관한 공동결정권으로서 해고에 대한 이의권을 갖는다. 그러나 경향기업에서는 경영협회의 공동결정권이 제한되어 이러한 이의권이 허용되지 않고, 단순한 청문권만이 인정된다. 연방노동재판소는 경향과 관련된 조치에 관하여 예를 들면 경향담당자의 채용, 해고, 배치전환, 급여등급결정, 승급 기타 개별적 인사 조치에서 경영협회의 관여권은 단순한 청문권에 국한된다는 입장을 취한다. 주필, 편집국장, 부서장 등의 보수는 단체협약에 따른 적용을 받지 않고 기업주가 자유로이 정할 수 있으며, 경영협의회는 그에 관여할 수 없다. 그러나 기사를 경향 때문이 아니라 경제적인 이유에서 해고하는 때에는 경영협회의 공동결정권은 제한되지 않고 이의권을 행사할 수 있다.<sup>30)</sup>

이와 같이 독일에서 언론사는 가장 대표적인 경향기업이기 때문에 그 경향에 관하여 완전히 보호받으며, 소속 기자들은 언론사의 경향에 의해 의견 및 언론 자유가 제한된다. 경영조직법 제118조는 경영상의 공동결정에 의해 언론의 자유가 침해되지 않도록 언론자유에 포괄적 보호를 창출한 것이라고 생각되고 있다. 여기에는 국가가 언론의 자유에 대한 규제를 자제해야 할 의무가 있을 뿐 아니라 경제적인 세력집단의 간섭도 저지되어야 한다는 점이 전제되고 있다. 신문의 내용적 형성을 위해 기능을 갖지 않는 자 뿐 아니라 언론기업에서 편집외적으로 활동하는 종사자들도 경향에 대한 간섭이 금지됨은 물론이다.

---

29) Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, C.H.Beck München (1986), S. 200

30) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 195

독일의 노동조합 측은 다년간 경영조직법 제118조가 경향기업에서 기자들을 ‘제2계급의 근로자’(Arbeitnehmer ‘zweiter Klasse’)로 전락시키고 일방적으로 발행인의 이윤추구에 봉사케 한다고 주장하면서 그 삭제를 주장하여 왔다. 그러나 언론기업의 경향이 보호되어야 한다는 헌법적 요청에 비추어 보면 동 조항의 삭제는 언론기업이 경향기업으로서의 그 특수한 지위를 상실하게 할 것이므로 위헌의 문제를 제기하게 된다. 경향을 보호하기 위해 그에 반하였음을 이유로 한 기자의 해고에 관하여 경영협의회는 이의권이 아니라 단지 청문권만을 가지므로 그들은 여타의 노동자와 달리 보호받을 수 없게 되지만, 다른 한편 언론자유주체는 그 공적 과업의 이행을 위해 특수한 지위를 보유하게 되고, 이로부터 언론 종사원에게는 일련의 특권이 부여된다.

#### (4) 신문기업에서 공동결정권의 제한

독일의 1976년 공동결정법<sup>31)</sup>은 피용자가 2,000명 이상의 기업으로서 독자적인 법인격을 가진 기업에서 기업의 경제적 결정에 대한 근로자들의 참여를 보장하고 있는데, 근로자들은 그들의 대표자를 감사위원회에 선출·파견함으로써 그 권리를 행사하게 된다. 위와 같은 기업에서 근로자들이 선출한 대표자(여기에는 노조의 대표자가 포함되어야 함) 및 그와 동수의 출자자의 대표자로서 구성되는 감사위원회(Aufsichtsrat)는 기업의 경영자를 선출하고 그들을 통제하며, 일정 사항에 관하여는 그의 결정에 참여하는 권한을 갖는다. 감사위원회의 의장은 출자자 측 대표자가 맡으며, 가부동수인 경우 결정권을 갖는다.

위 공동결정법은 보도 또는 의견표현의 목적에 직접적으로 또는

---

31) Mitbestimmungsgesetz, Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BGBl. I, S. 1153

주로 봉사하는 기업에 있어서는 위와 같은 공동결정에 관한 규정이 적용되지 않는 것으로 규정한다(동법 제1조 제4항 제2호). 신문의 기본적인 입장을 정하고, 경영자를 선임 및 해임하거나, 언론기업의 재산상 처분을 행하는 등 언론기업주의 권리는 언론의 자유에 의해 보호되는 것이므로 그에 대한 제한으로서 언론기업에서 공동결정권제도를 도입하는 것은 그러한 언론기업주의 권리로서의 언론자유에 대한 침해를 의미하게 된다고 생각된다.<sup>32)</sup>

## 2. 학설의 전개

### 가. 바이마르 시대

독일에서 언론의 내적 자유는 이미 19세기 후반부터 논의되었다. 언론이 상업화하고 광고에 대한 의존도를 높이게 되자 언론에 대한 광고주의 영향과 자본주의적 경쟁시장질서가 신문기업에 미치는 폐해에 대처하고자 하는 노력이 논의되게 되었다. 당시의 논자들은 사경제적으로 구성되어 활동하는 신문이 자본주의 체제에서 야기하는 문제를 지적하고 이를 시정하려는 노력을 논의하였다. 이 과정에서 언론기업주의 사회적 이해와 일반공공의 공적 이해는 신문의 내용형성에 있어서 대립하는 것이라고 하는 인식이 생겨났다. 이와 같이 내적 자유는 공적 과업의 이행이 요청되는 언론기업이 자본주의 체제 하에서 사기업의 형태를 취함으로써 야기되는 여러 가지 폐단을 시정하기 위한 법적 조치의 하나로써 논의된 개념이다.

이와 같이 내적 자유의 논의는 언론에 대한 부당한 압력의 행사

---

32) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 197

와 자본주의 체제 하에서 사기업으로 존재하는 언론기업의 문제로서 시작하였으나, 1914년 이후 바이마르시대의 논의는 점차 언론기업주와 기자간의 내부조직적인 논의를 대상으로 하게되었다.

요약하자면, 언론계의 내적 자유에 관한 최초의 논의는 바이마르시대에 언론계의 자본주의적 구조에 대한 원칙논쟁의 차원에서 점차 기업내적 차원으로 옮겨져 왔고, 그것은 권한확정에 의해 발행인에 대한 기자의 일정한 독립성을 보장하려는데 초점이 두어지게 되었다.

### (1) 헨첼

바이마르 시대에도 기자들은 내적 자유를 주장하고 그 보호를 주장하였다. 바이마르헌법은 표현의 자유가 제3자에 대하여도 효력을 갖는다는 규정(바이마르헌법 제118조 제1항 제2문)을 두고 있었다. 그럼에도 법실증주의의 영향하에 있었던 바이마르시대에 법학자들은 내적 자유를 보장하여 달라는 언론계의 개혁 주장을 무시하였다. 내적 자유는 법률 특히 헌법상의 문제가 아니라 언론정책적인 문제에 불과하다는 것이었다.

그러나 헨첼(Kunt Häntzschel)은 위 조항의 중요성을 인식하고 내적 자유를 위한 이론을 전개하였다. 그는 제국 내무성의 위촉을 받아 언론의 내적 자유를 중심으로 한 법률 개혁 초안<sup>33)</sup>을 기초하였는데, 그 초안에서 “언론의 내적 자유란 사적인 성격을 갖는, 사회적으로 유해한 영향으로부터 언론의 독립을 지칭하는 것이다”라고 정의하였다.<sup>34)</sup>

헨첼의 초안은 내적 자유로서 주로 사회적 영역, 특히 광고로부터

---

33) 1924년 독일제국 출판협회의 ‘기자의 법적 지위에 관한 법률초안’ 및 동년 제국 내무성의 ‘기자법 초안’

34) Dieter Stammer, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 238.

신문의 내용적 형성에 대한 부당한 간섭을 방어하는 방안을 다루었다. 개혁안으로서 논의된 문제는 언론계의 자유주의적 구조 자체 뿐 아니라 부당한 외적인 영향을 배제하는 방안이었다. 그러한 생각에 따라 구체적으로 제안된 내용은 언론강요죄나 언론증퇴죄를 신설하고, 기자의 직업의무 준수를 감시하기 위한 명예법정을 설립하며, 나아가 편집과 발행간의 권한을 구분 확정하거나 기자의 독립을 보호하는 방안이 포함되었다. 이것은 외적 영향이 대부분 업주를 통해 신문에 유입되고 발행인에 대한 기자의 독립성을 법적으로 보장하는 것은 이러한 간섭의 방어에 유익하다는 생각을 전제로 한 것이었다.<sup>35)</sup>

이와 같이 당시의 논자는 헌법적 관점에서 내적 자유를 논한 것은 아니었고, 전통적인 민, 형사법상의 도구만으로도 이를 보장할 수 있다고 생각하였다. 법정채적인 요청은 언론의 공적 과업 이행을 위한 법적 구조적 전제조건을 창출하는데 목적을 두었던 것이다.

## (2) 막스 볼프

바이마르 시대에 언론의 내적 자유를 법적 견지에서 구체적으로 주장한 학자는 막스 볼프(Max Wolff)였다. 그는 1929년 기자의 독립을 위한 법적 보장으로서 내적 자유를 보호하여야 한다는 입장을 밝혔는데, 그것은 헌법상의 견지에서가 아니라 순전히 언론법적·민법적인 측면에서 이를 다룬 것이었다.

그는 내적 자유의 문제를 고용계약으로부터 직접적으로 도출될 수 있다고 하면서, 발행인이 주장하는 언론의 공적과업은 이제 그 자신에게 의무로 대치되고 공적과업은 전적으로 기자가 담당하게 되는 것이라고 주장하였다. 그는 기자의 발행인에 대한 지위를 이원

---

35) Stammer, a.a.O., S. 252f

적으로 고찰하여 경제적 기업으로서의 신문이란 측면에서 보면 기자는 단지 발행인의 피용자 또는 수임자에 불과하지만, 신문이 공적인 생활의 요인이라고 하는 측면에서 보면 기자는 편집의 형성자로서 공공의 이익대변을 위해 의무를 부담한다고 하며, 후자의 측면에서 보아 발행인이 기자를 고용하는 것은 신문의 정신적 형성을 위한 것이며 동시에 공적 과업으로부터 나오는 의무의 이행을 위임하는 것이라고 한다. 그는 발행인이 고용계약에 의해 발행인 스스로의 권한을 제한하고 일정 범위 내에서 기자에게 권한을 주는 것이라고 하면서 업주와 체결된 고용계약은 기자의 의무를 정하는 목적이 있을 뿐 아니라 동시에 발행인으로 보아서도 계약 상대방에게 기업 내부에서 그 행동범위를 위임하고 그 작업상의 지위에 상응하는, 그에게 부과된 임무를 수행키 위해 필요한 독립성을 부여할 의무를 부담하는 것이라고 하는 입론을 취하였다.<sup>36)</sup>

## 나. 1945년 이후

2차 대전 후 서독 기본법 하에서 내적 자유에 관한 논의는 기본권에 관한 기본입장 여하에 따라 내적 자유의 인정 여부 및 그 범위나 정도에 관하여 상이한 태도를 취하게 됨은 앞서 본 바와 같다.

전적으로 자유주의적인 입장에 서는 학자들은 애당초 내적 자유를 법적 개념으로서 인정할 수 없다는 입장을 취한다.<sup>37)</sup> 그들은 언론자유 제도의 측면을 거부하고 내적 자유는 입법정책적인 논의

36) Max Wolff, Rechtliche Garantien für die Unabhängigkeit des Redakteurs, jur. Diss. Köln 1929, Dieter Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 272에서 전제

37) Schüle, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, S. 61; Rehbinder, Zur Problematik der inneren Pressefreiheit, DVBL. 1966, S. 559ff

에 불과할 뿐, 법적 개념으로 인정될 수 없다는 것이다.

그들에 의하면, 국가와 사회의 분리라는 자유주의적인 모델에 있어서 자유는 국가로부터 유리(遊離)된 자유로운 영역으로 생각되고, 내적 자유로서 다루어지는 발행인과 기사 간의 관계 역시 원칙상 헌법과는 단절된 전적으로 사회적 영역에 속하며, 그에 대한 법적인 간섭은 허용될 수 없다는 것이다. 그러한 생각에 의하면 입법자가 내적 언론자유를 도입하려 한다면 그는 이 자유주의적으로 이해된 질서의 원칙을 파괴하게 될 것이고 사경제 질서에서만 존재할 수 있는 언론자유 자체를 폐지하는 결과가 될 것이다.

이러한 이론적 전제에 선다면 사회적 영역에서의 자유침해는 기본권으로 보장된 자유의 부산물이고, 자유와 본질적으로 결부된, 자유에 내재적인 위협에 속하는 것이다. 국가의 임무는 단지 전적으로 사회의 구성원간에 형식적인 법적 평등만을 보장하는데 그치는 것이고, 그들간의 실질적 관계는 상호간 사적 자치의 원칙과 자유경쟁의 원칙에 따라 형성되게 될 뿐이다. 그에 따라 자유주의적 헌법이론가들에 의하면 국가는 일반 시민에 비해 법적 평등을 포기할지 모를 하등의 특권도 언론에 부여할 수 없다는 점을 주목한다.<sup>38)</sup>

그러나 내적 자유에 관하여 언급한 학자들의 대부분은 이를 법적 개념으로 인정하는 입장을 취하며, 그 기본 입장은 자유주의적 입장을 취하는 측에서 언론자유를 제3자효력을 원용하거나, 헌법조항에 내재하는 이익형량에 의해 내적 자유를 인정하려는 태도를 취한다.

#### (1) 헤르초크

헤르초크(Roman Herzog)는 자유주의적 이론을 취하면서도 내적 자유를 법적인 개념으로 인정하되, 그 해결을 이익형량론에 의하러

---

38) Forstthoff, Tagespresse und Grundgesetz, DÖV 1963, S. 633ff ; Stammer, a.a.O., S. 258

고 한다. 헤르초크는 언론의 공적 과업 및 제도적 보장이론을 거부하고, 그러한 이론에 의해서는 물론 기본권의 제3자효력 이론에 의해 기본권을 사법영역에 직접 적용하여 확대하는 견해에 대하여 반대하는 입장을 취한다. 그는 기자의 자유가 제3자효력을 갖는다는 주장은 발행인 및 그 간부 피용인의 지위를 저하하는 결과를 가져오기 때문에 거부해야 한다고 한다.<sup>39)</sup>

그 대신 그는 이익형량론에 의해 내적 자유를 설명하려고 한다. 즉, 국가에 대해 발행인은 물론 기자도 언론자유 기본권의 주체이므로 양자는 국가에 대한 관계에서는 동등한 입장에 선다. 그러나 내적 관계에서 발행인은 기자에 대하여 경제적 강자이기 때문에 이러한 경제적 불균형으로 인하여 기자로 하여금 단순한 형식적 법적 지위만을 갖는 존재로 전락시키게 된다. 그러나 그러한 상태의 기본권 위축은 민주주의 원칙과 양립하지 아니하며, 기자의 대외적인 법적 지위는 오히려 대내적으로 발행인에 대하여 일정한 독립성을 갖도록 하는 것이 타당하다. 이러한 시도는 발행인의 자유와 민주주의 원칙을 적절하게 조화하는 선에서 이루어져야 하는데, 발행인의 권한을 방침설정에 국한시키고 기자는 그 범위 내에서 편집내용을 스스로의 책임 아래 독자적으로 형성할 수 있도록 하는 방안이 모색되어야 한다고 한다.<sup>40)</sup>

그러나 언론의 내적 자유를 적극적으로 인정하는 입장을 취하는 학자들은 언론 및 표현의 자유를 제도적 자유로 이해하는 기본 입장을 취하는 학자들이다. 그 중에서도 기본법 시행 후 기본권의 성격에 관하여 급진적 민주주의의 입장에서 기본권의 제도적 성격을 가장 선명하게 제시한 학자는 리더였고, 언론미디어를 정당과 유사하

---

39) Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 5, Rz. 168ff

40) Herzog, a.a.O., Rz. 171

게 법제화하여야 한다고 하는 그의 주장은 언론의 내적 자유에 근거를 주는 기본 이론으로 등장하였다.

## (2) 리더

급진적 민주주의 이론에 따라 언론의 법적 지위를 정당과 같이 이해하는 리더(Helmut K. J. Ridder)는 내적 자유에 관하여도 제도적 여론의 자유를 보장하는 정당조항(기본법 제21조)에서 그 근거를 찾으려고 한다.<sup>41)</sup> 그에 의하면 매스 미디어의 자유는 주관적 요소가 사상(捨象)된 객관적인 여론형성의 자유로서 제도적인 자유이고, 그에 관련된 개개인의 자유는 이 제도적 측면의 반사적 이익(Rechtsreflex)에 불과하다고 한다.

그리고 민주주의 원리가 지배하는 제도적 국가영역을 향하여 정치적 영역에서 활동하는 정당은 물론 그 이외에 언론매체와 여타 사회집단에 대하여는 민주주의의 원리를 적용할 필요성이 있으므로 언론 및 기타 사회집단에 대하여도 헌법상 정당에 관한 규율이 모두 준용되어야 한다는 것이다. 이렇게 언론은 정당과 같이 국민의 정치적 의사형성에 협력하는 존재이기 때문에 언론은 민주적으로 제도화되어야 한다는 것이다.<sup>42)</sup> 그에 따라 언론의 내부질서는 민주주의 원칙에 적합하여야 하고, 그 자금 출처를 공개하여야 하며, 그 목적이나 구성원의 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 때에는 위헌으로서 해산되어야 한다는 것이다.<sup>43)</sup>

리더는 정당의 조직과 활동은 민주적이어야 한다는 헌법상 정당조항을 언론기업에도 유추하여 언론기업도 민주주의 원칙에 부응하

41) Ridder, Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte Bd. 2, (1954), S. 257

42) Ridder, a.a.O., S. 257

43) 서독 기본법 제21조, 우리 헌법 제8조, 제111조 제1항 제4호 및 정당법 제1, 2, 4, 29, 33조 등 참조

게 조직되어야 한다는 입장에서 상업주의적 구조를 취하는 언론기업에서도 발행인과 기자간의 권력분립이 요청되고, 따라서 언론의 내적 자유가 인정되고, 나아가 발행인에게는 단지 방침권한만이 주어져야 한다고 주장하였다.

### (3) 말만

1945년 이후 최초로 기업내부적 자유의 문제를 헌법적인 관점에서 고찰하여 설득력있는 입론을 시도한 학자는 말만(Walter Mallmann)이었다.<sup>44)</sup>

그는 역사적 고찰에서 애초에 언론의 자유는 저널리즘적 자유로 투쟁되고 획득되었으나, 언론이 상업화되는 과정에서 발행인의 자유로 되었다고 보고, 그로 인하여 발행인은 자기의 이해관계에 따라 저널리즘적인 임무보다는 개인적인 이윤에 치우치기 때문에 언론의 자유는 그 본질이 왜곡되게 되었다고 한다. 언론 내부의 사회적인 변동에 의해 오늘날 기자는 발행인의 단순한 피용자로 생각되고 그의 발행인에 대한 관계는 평준화적인 노동법적 범주내에 속하게 되어 기자는 복종과 충실의무 및 기업의 경제적 이익을 옹호할 의무에 종속하게 되었고, 발행인에게는 기업의 주인으로서 포괄적인 지시권이 주어지게 된 것이라고 한다.<sup>45)</sup>

이러한 상황에 대처하기 위해 말만은 헌법 자체로부터, 즉 언론자유 의 기능적인 분리를 통하여 내적 자유의 이론을 전개하려 하였다. 즉, 언론영업의 자유와 사경제적 구조는 언론의 자유에 필수적인 동시에 언론자유에 봉사하는 기초인 것이다. 그러나 발행인은 단지 형식적 언론의 자유로서 신문영업의 자유(Pressegewerbefreiheit)의 주

---

44) Mallmann, Pressefreiheit und Journalistenrecht, Publizistik 4, 1959. Nr. 6. S. 324ff, 이하 말만의 논의는 Stammer, a.a.O., S. 273-275에서 전제한 것이다

45) Walter Mallmann, Pressefreiheit und Journalistenrecht, Publizistik 4, 1959. Nr. 6. S. 324ff

체일 뿐이고, 실질적 언론의 자유(materielle Pressefreiheit)의 주체는 기자라고 보는 입장에서 발행인은 기자의 기능에 대해 그의 영업적 자유권이 미치는 한도에서만 영향력을 행사할 수 있고, 그가 이 한계를 넘으면 그는 기자의 실질적 자유를 침해하게 되는 것이라고 한다.<sup>46)</sup>

그러므로 기자의 지위는 발행인의 단순한 피용자가 아니라 공적인 직무를 이행하는 자로서, 그의 직업은 국가적 또는 공법적으로 결부된 직업이다. 언론직업은 공적으로 구속되는 결과 언론기업주의 지시권과 기자의 복종 및 충실의무는 강력히 제한되고 그들은 그 원칙적 의미를 잃게 된다. 따라서 원칙상 발행인은 기자에 대해 지시권을 갖지 못하며, 지시권이 있다면 그것은 그의 기업적 지위 내지 언론영업의 사경제적 질서로부터 나오는 권한으로서 기자의 의견의 자유와 책임에 관계되지 아니하는, 순수히 조직적인 사안에 관한 것일 뿐이다. 물론 사경제적 기초로부터 발행인은 신문의 기본적인 정치적, 경제적, 문화적 방향의 방침을 정하는 권한을 갖는데, 기자들은 그 범위내에서 독립적으로 책임 있게 신문의 정신적 내용을 형성할 수 있다.<sup>47)</sup>

나아가, 그는 언론의 자유의 제도적 이론의 주창자로서 언론에 대한 급진적 제도화를 주장한다. 즉, 오늘날 언론은 정당 기타 요인과 함께 국민의 정치적 의사형성에 협력할 임무에 의해 정당화되는 ‘국가내의 공적인 제도’(öffentliche Institution im Staat)라고 하는 입장에서 언론의 자유는 개인의 자유가 아니며 그 과업을 위한 자유, 즉 제도적 자유로 변화였고, 이 과업은 기자에 의해 행사되므로 기자는 제1차적으로 헌법상의 보호를 받는 것이라고 한다.<sup>48)</sup> 발행인

---

46) Mallmann, a.a.O., S. 328

47) Mallmann, a.a.O., S. 332

48) Mallmann, a.a.O., S. 329

은 다만 그의 언론영업상의 기능이 미치는 범위 내에서만 보호받는 것이며, 그가 이를 넘어서 기자의 의견의 자유에 간섭하는 때에는 언론 자유의 담당자가 아니라 침해자가 된다는 것이다.

말만은 이와 같이 내적 자유를 기본법 제5조의 범위내에 정주시키고 기자와 발행인간의 상이한 기능에 상응하여 언론자유를 구분하는 방법으로 해결책을 시도하였다. 즉, 기자는 실질적 언론의 자유의 유일한 주체로서 - 제3자 효력설에 따라 - 단순한 언론영업의 자유의 주체인 발행인에게 대립하는 것이다. 동시에 기자는 발행인이 그의 의견의 자유를 침해하는 때에는 언론자유 제도적 측면의 보호를 주장할 수 있다고 한다.

이러한 입장에서 말만은 언론기업의 구성을 위한 이상적 해결방안은 공익적인 재단(*gemeinnützige Stiftung*)의 범형식으로 구성하는데 있다고 제안한다.<sup>49)</sup>

#### (4) 슈탐러

슈탐러(Dieter Stammler)는 제도적 이론에 의해 내적 자유를 적극 옹호하고 이를 적극적으로 제도화할 것을 강력히 주장한다. 그에 의하면 신문의 내적 자유는 구조적 문제이고 언론계의 전체 구조와 관련해서만 고찰될 수 있다. 언론의 자유는 전적으로 언론을 통한 자유로운 교신과정의 보장으로서 제도적으로 이해하여야 한다고 하는 입장을 취하는 슈탐러는 신문의 자유를 개인적인 권리로서 파악하는 한 내적 자유를 합리화할 수 없고, 오로지 제도적 자유로 이해하는 경우에만 바른 결론을 낼 수 있다고 한다.<sup>50)</sup>

---

49) Mallmann, a.a.O., S. 331

50) Dieter Stammler, *Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution*, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 232

그는 언론의 사경제적 구조와 자본주의적 경쟁체제 하에서 신문은 영리를 추구하지 않을 수 없고, 시장법칙에 지배되는 한 신문은 공적 과업을 이행할 수 없다. 현재 독일 신문계의 기초를 이루는 사경제적 경쟁시스템에서는 독자에게 객관적이고, 진실에 적합한, 그리고 완전한 정보를 주어야 하는 공적 과업과 발행인의 사적인 상업적 목적설정 간에 대립적 모순이 내재한다.<sup>51)</sup> 나아가 사경제적 경쟁시스템은 기업집중을 촉진함으로써 경쟁 자체와 다양성을 구축하는 방향으로 작용하게 된다. 이러한 분석에서 그에 의하면 신문을 개혁하지 않고는 내적 자유를 보장할 수 없다는 결론에 이른다.

그럼에도 그는 헌법의 민주주의 원칙 상 신문은 사경제적으로 조직되지 않을 수 없고, 시장법칙에 의해 집중현상을 피할 수 없다고 보기 때문에 소수의 과점신문 자체가 다양성을 보장하는 방안을 강구하여야 한다고 한다. 그는 이와 같은 철저한 제도적 이론가의 입장에서 구체적인 대안으로 신문을 방송과 같은 공법상의 조직으로 변경함에 의해 그러한 목적을 가장 잘 실현할 수 있다고 주장한다.

한편, 신문을 통한 자유 민주주의적 커뮤니케이션 과정의 보장으로서 민주주의 원칙과 결부하여 신문의 자유를 이해하는 경우 신문 자체에 있어서 내적 자유는 헌법적 명령으로서 나타난다.<sup>52)</sup> 신문은 일반적으로 보아 자유민주주의 원칙에 구속된 공동체 내에서 공공성을 가진, 헌법구성적 제도이며, 특수한 공적 과업을 이행하는 존재이기 때문에 신문의 내적 구조는 자유민주주의적 원칙을 따르지 않으면 안되고, 공적 과업의 이행을 가능하게 하는 구조를 갖추어야 한다. 이들 원칙에 부응하는 신문구조의 본질적 기준은 커뮤니케이션에 대한 부당한 영향으로부터 자유를 보장하는 한편 신문계의 다

---

51) Stammer, a.a.O., S. 361

52) Stammer, a.a.O., S. 302

양성을 보전하는 것이다. 다양성의 원칙은 사회 내의 관련 있는 의견 집단 모두가 신문 매체를 통하여 공적인 토론에 효과적으로 참여할 기회를 가져야 함을 말한다.<sup>53)</sup>

이러한 입장에서 그는 다음과 같이 신문기업의 개혁을 주장한다. “미래의 신문기업은 이러한 사적인 상업적 구속으로부터 해방되어 신문의 공적 과업을 지향하는 공익적인 토대 위에 세워져야 한다. 그것은 미래의 기술적 요구를 충족시킬 수 있도록 충분히 커야 한다. 이것은 집중 현상을 의식적으로 인정하는 것이므로 신문계의 필수적인 다양성은 개개의 상호 독립적인 다수 신문의 존재에 의하는 전래적인 방법으로 보장될 수는 없고, 이제는 개개의 신문기업 자체 내로 옮겨져야 한다. 개개의 신문기업은 모두 그 내적 구조에서 사회적인 다양성을 반영하여야 한다. 이 미래의 신문기업의 법형식으로서는 특별히 신문의 필요성에 맞추어진 새로운 법적인 모습을 갖춘 공익적 재단(gemeinnützige Stiftung)이 고려되는데, 그것은 자율권이 부여되고, 다원적으로 구성된 공법상의 영조물(öffentlich-rechtliche Anstalt)로서 국가의 법적 감독만을 받게 된다.<sup>54)</sup> 현재나 장래 사회의 커뮤니케이션 문제는 신문의 공적 과업에 관한 인식이 신문 자체를 공적 과업으로 취급하려는 생각과 결합되는 경우에만 해결될 수 있다.”<sup>55)</sup>

#### (5) 호프만립

독일에서 내적 자유에 관한 논의가 적극화하고 학문적 성과를 얻게 된 것은 1970년대 일단의 학자들의 노력에 힘입은 것이었다. 1970년대 내적 자유를 옹호하는 이론은 발행인이 단지 권한배분적

---

53) Stammler, a.a.O., S. 304

54) Stammler, a.a.O., S. 344-354

55) Stammler, a.a.O., S. 362

과정의 테두리 내에서만 그 기본권을 행사할 수 있고, 국가는 그 절차를 정할 수 있다고 생각하였다. 그러한 학자 중에서 대표적인 호프만림(Wolfgang Hoffmann-Riem)은 미디어기업이 업무분담에 의해 조직된 기업임을 전제로 내적 자유로서 편집업무에 자율적 영역(Autonomiebereichen redaktionell-publizistischer Arbeit)을 보장하고, 그로써 미디어기업에서 업무분담적 기본권 행사(arbeitssteilige Grundrechtsausübung)를 보장하여야 한다고 주장한다.<sup>56)</sup>

그는 언론의 내적 자유를 보장하는 방안으로서 3가지 대안을 제시한다.<sup>57)</sup> 첫째, 특히 언론독점의 부정적 결과를 제거하여 신문의 원활한 기능을 보호하는 방안, 둘째, 신문의 자유 행사에서 업무분담적 협력을 위해 규율을 설정하자는 방안, 셋째, 사회의 민주화 내지 기업의 민주화라는 전체적인 문맥에서 신문기업의 민주화를 도모하는 방안이 그것이다. 그는 그 중에서 제2의 업무분담적 기본권 행사라는 기본개념을 전제로 하여 편집상의 공동결정(redaktioneller Mitbestimmung)을 실현하기 위해 새로운 편집 내부적 결정구조를 제안하면서, 편집과 발행의 여타 기능 영역(Funktionsbereiche) 간의 관계를 조정하는 규율을 제안한다.<sup>58)</sup> 그는 그러한 개혁을 달성함에 있어서 신문의 사경제적 기본 구조를 전제로 시장의 요구에 부응하도록 하는 체제가 존중되어야 한다는 점을 인정한다.

그는 우선 전문직적 활동의 전개를 위한 편집직원의 기본권 실현은 관료적 경영 조직의 요청과 충돌한다는 현실을 직시하고, 기자들의 개인적 근로성과 내지 편집의 성취감을 포함하여 기자들의 성취

---

56) Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe, Über die Bedingungen und Möglichkeiten arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung in der Presse, Luchterhand, 1979, Darmstadt, S. 68ff

57) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 39ff

58) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 137f

동기에 대한 부정적 영향을 제거하기 위해 위계제적 구조를 철폐하는 한편, 전문성을 보장하고, 합의제를 도입하여 편집부문의 자치를 위해 노력해야 한다고 주장한다.<sup>59)</sup>

이러한 의미에서 편집부문은 상대적이거나 자율권이 보장되어야 하고, 일정한 범위에서 편집부문에 관계되는 경영상의 결정에 대한 관여가 허용되어야 하고, 신문의 내용 형성에 있어서는 발행인과 기자그룹 간의 업무분담적 협력 체제가 구축되어야 하며,<sup>60)</sup> 그와 더불어 인사에 있어서 발행과 편집이 협력하는 관계로 권한이 정리되어야 한다고 한다.<sup>61)</sup>

그리고 경영과의 관계에서 편집부문의 이익을 옹호하는 기관으로서 편집부문의 종업원 전원으로 구성되는 편집총회와 그를 대변하는 편집대표가 설치될 필요가 있는데, 편집대표는 편집부문을 대변하는 한편 편집내부의 결정주체와 충돌해결기관의 기능을 담당해야 한다.<sup>62)</sup>

이러한 구체적 제안이 노사당사자에 의해 자율적으로 수용될 개연성은 적기 때문에 그 한에서 입법자의 활동은 불가피하며, 이를 위해 상이한 구속강도를 갖는 규정이 법률에 의해 규정되어야 하고, 법률의 실행을 위한 구체적이고 상세한 내용은 편집규칙(Redaktionsordnung)이나 편집규약(Redaktionsstatut)에 유보되어야 한다고 한다.<sup>63)</sup>

이와 같이 호프만림의 이론에서 신문의 내적 자유는 이론적 완성을 보게 되었다고 할 수 있다.

---

59) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 118ff

60) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 146ff, 165ff

61) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 200ff

62) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 236ff

63) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 259f

### 3. 내적 자유의 실현을 위한 노력과 시도

이상과 같은 학설상의 노력이 전개되는 가운데, 독일에서 내적 자유의 실현을 위한 노력은 노사간의 협정과 입법에 의한 노력이 시도되게 되었다.

#### 가. 1926년 산업별 노사협약

먼저 노사협약에 의한 시도를 보자. 독일의 경우 발행인과 기사간의 권한분배에 관한 노력이 최초로 성과를 본 것은 1926년 발행인단체와 기사단체가 체결한 산업별 노사협약(Manteltarifvertrag)에 의한 것이었다. 그에 의하면 발행인은 신문의 정치, 경제, 사회, 문화 등 제 부문에 관하여 신문의 원칙적인 방향이나 방침을 정할 권한을 가지며, 기자는 그 테두리 안에서 개개의 편집을 자유로이 형성할 권리를 갖는다고 규정되었다.

“발행인과 기사 간의 협력은 신문에 의한 공적 이익 옹호의무에 의해 정해진다. 발행인은 기사에게 양심상의 강제를 하여서는 안된다. 기자는 편집의 지도를 위해 발행인과 합의된 정치적, 경제적 또는 문화적 방침의 테두리 안에서 개별적인 문안형성에 있어서 정신적 활동의 자유가 보장된다. 기자는 신문의 전체적 이익과 전통을 존중할 의무가 있다. 발행인과 기사간의 신뢰적인 협력은 의문이 있는 경우 상호간 적시의 절충을 요한다. 이 절충의 방법에 관하여는 협약에 의한 약정이 가능하다.”

위 협약은 10년의 유효기간이 종료한 후 그 효력을 잃게 되었고, 1945년 새로이 노사협정이 체결될 때 위와 같은 내용의 조항은 포

합되지 않았지만, 그 정신은 이미 독일언론계의 관행이 되고 있었다.

1945년 패망 이후 독일 국민은 점령치하의 검열체제가 종료되고 바이마르시대의 언론상황이 복원될 것이 기대되었으나, 위와 같이 내적 자유를 위한 기자들의 개혁노력은 발행인의 반대 때문에 좌절하였고, 전후 독일에서는 복고적인 경향이 지배적이었다.

전후 독일에서 내적 자유의 실현과 관련하여 가장 논란된 것은 언론기업에 있어서 기존의 내부규율을 변경할 것인가 여부에 관한 것이었다. 그 주된 논점은 첫째, 언론기업에 있어서도 여타 기업에 있어서와 같이 근로자의 공동결정권을 보장하기 위해 경영조직법 제118조가 규정하는 언론기업의 경향보호조항을 철폐하여 경영협의회의 권한을 강화하는 방안이었고, 둘째, 발행인과 기자간의 권한에 관해 새로운 규율을 도입하는 방안으로서 언론기관의 편집내용 형성에 관하여 저널리즘적 공동결정체도를 도입하고, 편집부문 구성원의 임용과 해임에 있어서 인사적 공동결정을 도입할 것인가 하는 문제가 논의되었다. 그리고 그 시도는 노동법상 단체협약에 의하는 방안과 언론기업의 내부조직을 변경하는 입법에 의하는 방안이 고려되었다.

#### 나. 1952년 연방내무성의 언론법 초안(Lüders-Entwurf)

한편, 2차대전 후 보수정당과 진보정당간의 언론정책은 첨예한 대립을 보이게 되었다. 언론의 내적 자유를 보장하려는 움직임은 이를 입법화하려는 기자단체나 학계 및 진보정당의 노력으로 활발하게 전개되었다. 기자 그룹은 그들에게 우호적인 진보적인 정당과 단체의 미디어정책 표명에 크게 고무되었다.

그러한 시도는 1952년 연방내무성의 언론법 초안(Lüders-Entwurf)으로 나타나게 되었는데, 동 초안은 기자들의 요구에 따라 발행인과 기자간의 권한구분을 명문으로 정하였다. 그에 따르면 언론기업주는 동시에 발행인으로서 신문의 원칙적인 논조와 목표설정에 책임을 지고(제13조), 편집국장(Chefredakteur)은 신문의 편집 부문의 개별적인 기사에 대해 책임을 진다(제15조 제2항). 편집의 방침은 국장과 합의에 의해 서면으로 확정하여야 하고(제14조 제2항), 편집국장은 신문의 경제적 성과에 대하여 결정적으로 영향 미칠 수 있는 문제에 있어서는 발행인과 협의하여야 한다(제15조 제1항). 기자의 채용은 편집국장의 양해하에 행해지며(제16조 제1항), 정신적 태도에 기인한 기자의 해고는 법률적 의무 또는 신문의 원칙기준에 위반한 경우에 한하여 허용된다(제19조 제2항). 그밖에도 동 초안에는 본문과 광고부분의 분리명령(제25조), 경제적인 자본참여관계의 공표의무(제29조), 언론강요죄가 규정되었고, 이들 규정의 준수 여부를 감독하기 위하여 징계권한을 갖는 신문위원회(Presseausschüsse)의 설립이 규정되었다.(제36조 이하).

그러나 동법 초안은 발행인단체의 반대로 시행을 보지 못하였다.

#### 다. 1960년대 편집규약 운동의 시말

한편, 내적 자유로서 편집부문과 편집에 관련된 경영사항에 대한 기자들의 공동결정을 달성하려는 노력은 계속되었고, 이러한 노력은 1960년대 말 및 1970년대 초 적극화되었던 학생운동에 힘입어 그 정점에 이르게 되었다.

이에 관하여 처음에 주장된 견해는 이른바 내적 자유의 문제로서 기자들 로써 구성된 편집위원회(Redaktionsausschüssen der Redakteur)에

일정한 결정권한이 주어져야 하고 이러한 내용은 편집규약(Redaktionsstatuten)에 규정되어야 한다는 것이었다. 1969. 10. 27. 독일 기자협회가 성안한 개정법률 초안은 위와 같은 편집규약의 제정 및 기자들의 이익옹호기구로서 편집평의회를 두도록 하는 제안을 내용으로 하고 있었다. 그 구체적인 내용은 다음과 같았다.

제2조 (1) 발행인과 편집간의 협동은 공공을 교시하고 입장표명과 비판을 통하여 의견형성에 협력할 언론의 공적 과업에 의해 결정된다.

(2) 기자는 그 확신에 반하여 행위하도록 유인받을 수 없다. 이를 거절한다 하여 기자에게 하등 불이익이 주어질 수 없다.

제3조 신문의 원칙적인 입장은 발행인에 의해 서면으로 확정해 놓아야 한다. 이것은 그 문면이 모든 기자에 대한 고용계약관계의 구성부분이 된다.

제4조 (1) 기자는 신문의 원칙적 입장을 유지하고 편집질서의 테두리 안에서 본문의 내용적 구성에 관하여 자유를 갖는다. 이 경우 기자는 신문의 전체적 이익을 존중해야 한다. 개별적인 경우 편집규율은 편집과 발행인간의 협정 대상이다.

(2) 기자는 최선의 지식과 양식에 따라 사적인 부당한 동기로부터 영향받지 아니하고 자기의 기자적 과업을 수행할 권리와 의무를 갖는다.

제5조 (1) 신문의 원칙적 입장에 대한 방침해석에 관하여 발행인과 편집간에 의견대립이 있는 경우에는 편집국장(Chefredakteur)과 편집평의회(Redaktionsrat)의 의견을 들어야 한다.

(2) 개개의 기사가 방침에 상당한가의 여부에 관하여 의문이 있는 경우 편집국장은 그 기사에 책임이 있는 부서장(Ressortleiter)의 의견을 듣고 해당 사례에서 방침의 해석을 발행인과 조정하여야 한다.

(3) 기사가 기업 또는 발행인에게 예기할 수 없는 결과를 가져올 경우에도 제2항이 준용된다. 그 결정에 있어서는 공적 과업이 우위를 갖는다.

제6조 편집국장은 편집평의회 및 발행인과의 협의하에 편집국장, 부장

및 기자의 권한과 임무를 확정하기 위하여 편집규율을 정하여야 한다.

동 초안에 규정된 편집평의회(Redaktionsrat)는 편집부문 소속원 전원의 총회에 의하여 선출되며, 그것은 편집국장과 함께 발행인에 대하여 편집에 관한 기자의 이익을 옹호하여야 한다. 경영협의회의 권한은 그 때문에 영향받지 아니한다. 그 외에 편집평의회는 특히 기업형태, 소유 및 자본참여관계의 변경 내지 다른 발행인과의 편집에 있어서의 협력계획, 편집예산의 확정 및 편집주도의 변경(제7조, 제8조) 등 편집업무에 관계될 변화의 계획에 있어서는 그 중지 및 청문의 권리를 갖는다.

다수의 신문 및 정기간행물을 출판하는 기업에서는 위와 같은 편집의 공동결정을 구현하는 내용의 편집규약이 독자적으로 또는 노사협약의 형태를 빌어 제정되거나 체결되었다.

그러나 한동안의 불안한 시기가 지난 후 편집규약은 관심 밖으로 밀려났고, 편집규약 운동은 이렇다할 성과 없이 다만 소수의 신문에서만 명맥을 유지하게 되었다.<sup>64)</sup> 편집규약을 도입했던 미디어기업 중 대부분은 경제사정의 악화로 도산 또는 합병으로 소멸되어 그 편집규약 역시 사라지는 운명을 맞았고, 그 중 일부는 불만족스러운 것으로서 해지되거나 기자들이 협력을 거부함으로써 종료되었고, 애당초 회의적인 태도를 보였던 발행인들 역시 그에 대하여는 부정적인 태도로 일관하였다.

그리고 오늘날 존속하는 편집규약은 기자단체의 관여나 공동결정을 염두에 두지 아니한 편집지침, 저널리즘의 원칙 기타 지침만을 규정하며, 편집위원회나 기자대표단에 관한 내용도 결하고 있다. 이

---

64) Wolfgang Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe. Über die Bedingungen und Möglichkeiten arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung in der Presse, 1979 S. 69-71, 93; Rupert Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit (Berliner Abhandlungen zum Presserecht 19) S. 14f

러한 상황을 종합하여 보면 오늘날 독일에서 편집규약은 당연한 제도로 받아들여지지 못하고 있다고 한다.<sup>65)</sup>

1999년 현재 독일에서 발행되는 신문 389종 가운데 정치·경제·문화·사회부를 갖춘 편집국이 있는 신문사는 135개인데, 이 가운데 편집규약이 제정되어 있는 신문사는 9개에 불과하다.<sup>66)</sup> 한때 편집권 독립의 모범적 사례로 여겨졌던 독일에서의 편집규약이 경영진에 의해 일방적으로 파기되거나 무시되고 있는 것에는 편집권 독립 운동의 법적 한계와 언론 노동 운동의 분열, 신문 발행을 둘러싼 노동 환경의 변화에 원인이 있다고 한다.<sup>67)</sup>

## 라. 1970년의 산업별노사협약안

위와 같은 입법적 노력이 성사되지 못하게 되자, 1960년대 말에 이르러 기자단체들은 다시 단체협약에 의해 이를 관철하는 방안을 시도하게 되었다. 그리하여 장기간의 협상과 절충을 거듭한 끝에 1970. 6. 22. 독일연방신문발행인협회(BDZV, Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger)의 대표가 일방 당사자로 되고, 독일기자협회(DJV, Deutscher Journalistenverband), 인쇄제지산업노조(IG Druck und Papier) 및 독일피용자노조(Deutsche Angestelltengewerkschaft)의 각 대표가 타방 당사자로 되어 협상한 결과 산업별노사협약안으로서 ‘발행인과 기자간의 협력에 관한 협약’안이 합의에 이르게 되었는데, 거기에는 다음과 같은 규정을 두었다.

---

65) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 19

66) 심영섭, ‘독일의 신문 관련 법규와 언론 정책’, 세계언론법제동향 2001년 상(통권 제9호), 52면, 75면

67) 심영섭, 전계 논문, 69면

“기자는 그의 확신에 반하여 의견을 표현하도록 하여서는 안된다. 그를 거부한다 하여 그에게 아무 불이익을 줄 수 없다(동 협약 제2조 제2항).

새로이 확정을 요하는 원칙적인 문제가 제기되면 신문의 원칙적인 저널리즘적 입장(grundsätzliche publizistische Haltung)을 지키는 범위 안에서 발행인이 편집국장 및 담당 기자와 협의한 후 정한다. 원칙적 의미를 갖는 문제란 그 의미가 일상적인 시사성을 넘는 것이거나 신문의 개별적인 특성에 대한 영향 때문에 그 저널리즘적인 해명이 필요한 사항을 말한다 (제3조 제2항).

기자는 신문의 원칙적인 저널리즘적 입장 및 제3조 제2항에 정해진 결정을 준수하고 편집규정(Redaktionsordnung)의 테두리 안에서 개별적인 지면의 내용형성에 자유를 갖는다. 그 경우 그는 그 신문의 개별적 특성에 의해 정해진 신문의 전체적 이익을 존중하여야 한다 (제5조 제1항).”

그밖에도 동 협약안은 편집위원회(Redaktionsausschüsse)를 구성하도록 하는 규정(제9조)을 두었고, 기자그룹의 사진 통보 및 청문권(Unterrichtungs- und Anhörungsrecht)으로서 발행인이 ① 원칙적인 저널리즘적 입장이나 ② 신문의 성격 또는 발행형태를 변경하는 경우 및 ③ 편집부문의 예산을 확정하고 변경하는 경우와 ④ 기업형태, 소유관계 및 자본참여관계를 변경하는 경우에는 사전에 기자들에게 이를 통보하고 그 의견을 듣도록 하는 규정(제8조)을 두었다. 또 인사에 관한 규율로서 발행인이 편집지도자(Redaktionsleitung)를 변경하는 경우에는 이를 통보하고 기자들의 의견을 들을 의무가 있고(제8조 제3항), 기자 등의 채용, 전보 및 해고는 담당 부서장을 청문하고 편집국장의 동의를 받아야 하는 것으로 규정하였다 (제10조 제1항).

위 협약안에는 법리상 당연한 것도 포함된 한편 언론기업의 노사 쌍방이 만족하지 못하는 사항이 있었다. 발행인 측은 위 협약 중에 언론의 사경제적 구조를 공동화(空洞化)하는 것임에도 정치적 압력 때문에 강요된 부분도 있었다고 주장하였다. 그러한 분위기 아래서

위 협정안에 대한 동의절차에서 위 3개의 근로자단체는 그들의 기대에 못미치는 위 협상결과를 거부하였다. 기자 그룹은 정당과 진보 단체의 우호적인 미디어정책 표명으로 기대에 부풀어 있었음에도 위에서 본 바와 같이 그들이 주장하던 리더의 이론이 반영되지 못했고, 말만의 이론<sup>68)</sup>은 다수에 이르지 못했기 때문이었다.<sup>69)</sup>

#### 마. 학계의 논란

언론의 내적 자유에 관하여 학계 역시 기본적인 입장의 차이에 따라 심한 분열을 보였다. 일부 진보적인 학자들은 1970년 ‘언론법 및 언론자유를 위한 연구회’를 발족시키고, 내적 자유에 대한 헌법론적 이론적 뒷받침을 마련하게 되었다. 위에서 본 바와 같이 동 학회에서 말만(Mallmann)은 기자만이 공적 과업을 이행한다는 이론을, 리더(Ridder)는 언론기관의 내부구조도 정당과 마찬가지로 민주화되어야 한다는 입장을 주장하였다.<sup>70)</sup> 위 언론자유 연구회의 교수들은 기자들의 기대를 충분히 담은 법률초안을 작성하였고 1970년의 모임에서 이를 적극적으로 다룬 바 있었다.

그러나 독일의 모든 공법학 교수가 구성원으로 참여하는 독일공법학회(Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer)는 1965년의 학회에서 언론의 내적 자유를 헌법적으로 논의할 가치가 없는 것으로 무시하였고, 1972년의 독일법률가대회에서는 내적 자유에 대한 요구를 시험대에 놓았으나 아무런 결론을 이끌어 내지 못하였다.<sup>71)</sup>

---

68) Walter Mallmann, Pressefreiheit und Journalistenrecht, Publizistik 4, 1959. Nr. 6. S. 324ff

69) Kull, "Freedom within the media" - Von deutschen Anfängen zu europäischen Weiterungen - , Archiv für Presserecht, III. Quartal 1995, S. 551 [553]

70) Kull, a.a.O., S. 553

71) Kull, a.a.O., S. 553

## 바. 1974년 사회당 정권의 언론윤곽법안

기자들의 내적 자유를 위한 끈질긴 노력에 부응하여 정치권, 특히 좌파 정권은 이를 입법화하려는 노력을 경주하여 왔다. 사민당과 자민당 연정의 빌리 브란트 수상은 1969년부터 발행인과 기자간의 권한분배를 정한 언론윤곽법의 제정을 예고하였고, 헬무트 슈미트 역시 그 수정안을 마련한 바 있었다. 1970년대에 들어 언론계의 노사교섭에서 쟁점은 인사상의 문제에 대한 공동결정에 중점이 놓여지고 있었다. 결국 1974년에는 입법화를 위해 제기된 여러 가지 안을 종합한 ‘언론의 일반적 관계에 관한 법률안’(언론윤곽법안, Entwurf eines Presserahmengesetzes)이 성안되게 되었다. 동 초안은 좌파 및 자민 연정의 미디어정책을 그대로 반영한 것이었고, 그 당시까지 제안된 공적 문서 중 내적 자유를 가장 충실하게 반영한 문서였다.

동 법률안에 의하면 발행인이 신문의 원칙적인 언론적 입장(Grundsätze für die publizistische Haltung)을 변경함에는 편집국장(Chefredakteur) 및 기자대표단(Redakteurvertretung)과 협의(Benehmen)하여야 하고, 방침적 권한(Richtlinienkompetenz)은 편집국장에 속하는데, 그는 기자대표를 청문한 후 발행인 및 담당 부서장과 협의하여 그 권한을 행사하도록 규정되었다. 편집국장(Chefredakteur)의 임명시 발행인은 사전에 기자대표에게 청문하도록 하여야 하며, 그에 이의가 있는 경우 기자대표는 그 이유와 구성원의 다수의견을 붙여 반대할 수 있고, 발행인은 이를 채용계약 전에 편집국장 예정자에게 서면으로 전해야 한다. 발행인이 기자대표의 3분의 2이상의 의사에 반하여 편집국장을 임용하는 경우 그에 반대하는 기자는 1월 이내에 사직할 수 있다.

발행인이 편집국장을 그 언론활동이나 권한행사를 이유로 해임하는 경우에는 사전에 기자대표에게 청문하게 하여야 한다. 기자대표는 그 해임에 반대할 수 있는데, 그 반대이유를 즉시 발행인에게 통고한 경우에는 편집국장이 제기한 해고무효소송의 판결이 확정될 때까지 편집국장은 그 권한을 행사할 수 있고, 발행인은 현저한 이유가 있는 경우에 한하여 그 직무수행을 금하는 가처분을 법원에 신청할 수 있다.

발행인이 기자를 채용하거나 전보하는 경우에는 사전에 기자대표에게 청문하게 하고 편집국장과의 협의하여야 한다. 관계자에게도 청문하도록 해야 한다. 기자를 해고하는 경우에도 위 편집국장 해임의 경우에 준하며, 편집국장과의 협의하여야 한다.

편집국장과의 협의는 편집부문의 예산과 경제적 사항에 관하여도 일정한 관여권을 갖는다.

그러나 양 당사자간의 타협적인 선에 머무는 어떠한 제안도 양 단체의 원망을 충족시킬 수 없었다. 위 법률 초안에 대하여는 1974년 2차례에 걸친 공청회에서 언론에 생소하고 위헌적인 것이 포함되어 있다는 이유로 격렬한 비판이 제기되었다. 내적 자유에 관하여 기자그룹과 노조의 압력에 따를수록 그것이 독일 연방헌법재판소에서 위헌으로 판단될 개연성은 높아졌다는 것이 학계의 주장이었다.<sup>72)</sup>

그 후 참여 민주주의의 운동이 정체하고 여야의 세력 교체, 언론계에서도 경영상태가 악화하는 등 사회적 정치적 상황이 변화하고, 발행인 단체의 강력한 반대로 말미암아 연방내무성은 1979년에 이미 위 법안을 의회에 제출할 의사가 없음을 표명하였다. 결국 오늘날 독일에서는 언론의 내적 자유를 실현하자는 미디어 개혁의 움직임은 정체상태에 있다.

---

72) Kull, a.a.O., S. 555

## 사. 연방헌법재판소의 1979년 판례

이와 같이 학계와 정계 및 언론계의 논란이 분분한 가운데 독일 연방헌법재판소가 내적 자유와 관련하여 첫 판례를 낸 것은 1979년이였다. 연방헌법재판소는 1979. 11. 6. 판결에서 국가가 언론의 내적 자유를 보장한다는 이유로 신문의 경향을 결정·실현할 발행인의 자유에 대하여 간섭할 수 없다고 판결했다. 이 판결은 언론 기업의 종사자들이 발행인의 편집 방침에 따라야 한다는 노사관계법 예외 규정을 다시 한번 확인한 것이었다. 언론 기업이 지향하는 경향은 언론의 자유를 보호하는 가장 기본적인 요소가 되며, 이러한 신문의 경향에 영향을 미치는 정부 혹은 비정부 단체(특히 노동조합과 정당 등)의 간섭이나 영향력 행사는 금지된다는 것이 그 판결의 요지였다.

[사례] 신문기자(경향담당자) 해고 사건 (1979)

독일 연방헌법재판소 1979. 11. 6. 판결 - 1 BvR 81/76 -BVerfGE 52, 283

이 사건은 독일 연방헌법재판소가 신문의 ‘경향’(Tendenz)은 헌법상 언론의 자유의 핵심사항으로서 그 보호받는 주체는 발행인이고, 국가는 물론 노동조합을 포함한 기타의 세력에 의해서도 침해되어서는 안된다는 점을 명백히 한 사건이었다.

당해 소송의 원고는 일간신문 “Kölner Stadt-Anzeiger”을 발행하는 신문사에서 주말 부록의 팜뮈직란 편집을 담당하는 기자였다. 동지의 발행인은 동지 부록판의 쇄신을 위해 데스크의 차장급을 새로 충원할 계획이었는데, 원고가 그 자리에 적임이 아니라고 판단하여 그에게 편집국의 다른 자리를 제안하였으나, 원고가 전보를 거절하자 그를 해고하였다. 그 해고에는 독일

경영조직법에 따른 경영협의회에 사전 청문 절차를 거치지 않았다.

독일에서는 일반적인 기업의 경우에 근로자 대표로 구성되어 그 대표 기관으로 역할하는 경영협의회(Betriebsrat)는 인사에 관한 공동결정권으로서 소속 근로자의 해고에 대한 이의권을 갖는다. 그러나 경향기업에서는 경영협의회는 공동결정권이 제한되어 이러한 이의권이 허용되지 않고, 단순한 청문권만이 인정되는 것으로 규정되어 있다. 즉, 1972. 1. 15. 경영조직법 제102조 제1항에 의하면 사용자가 근로자를 해고할 때에는 경영협의회에 해고사유를 통보하고 사전에 경영협의회에 청문의 기회를 부여해야 하며, 경영협의회는 청문 없이 행해진 해고는 무효라고 규정하고 있다. 다만, 경영조직법 제118조 제1항은 경향기업(Tendenzbetrieb)에 대하여 위와 같은 법률의 규정이 그 기업이나 사업의 특성에 반하는 한 적용되지 않는다는 예외 조항을 두고 있다.

원고는 위와 같은 경영협의회의 사전 청문이 없이 행해진 자신의 해고가 위법이라고 주장하면서 노동재판소에 해고무효소송을 제기하였고, 최종적으로 연방노동재판소는 원고의 승소를 확정하였다.

동지의 발행인(심판청구인)은 연방헌법재판소에 이 사건 헌법소원을 제기하면서 위 노동재판소의 재판에 의해 헌법상 언론의 자유로서 보장되는 신문의 경향보호가 위협받게 되어 결국 자기의 신문의 자유의 기본권이 침해되었다고 주장하였다. 특히, 청구인은 발행인이 정한 신문의 ‘경향’이 언론자유 기본권의 핵심사항으로서 헌법적으로 보호되어야 한다고 주장하였다. 그는 “상이한 정치적 색채와 세계관적 기본입장을 갖는 신문제작물의 다양성이 신문의 자유의 실체에 속하는 것이라면, 발행인과 편집부문이 협동하는 개개의 신문기업에서 상이한 경향, 정신적·이념적 목적 및 정치적·언론적 기본입장도 방해받음이 없이 개별 신문제작물에 정착될 수 있어야” 하며, 그런 의미에서 신문의 자유는 신문제작물의 독자적인 언론적 기본태도의 형성과 실현에 없어서는 안 될 법적인 조건의 핵심사항으로서 경향이 보호되어야 함을 역설하였다.

연방헌법재판소는 이 사건에서 신문의 경향은 헌법상 언론의 자유의 기

본권의 핵심으로서 보호되는 것이며, 그 보호의 주체가 발행인임을 명백히 하였다.

“신문의 자유의 기본권은 신문의 경향을 확정하고 유지하고 변경할 뿐 아니라 이를 실현할 자유를 포함하는데, 이것은 기본법 제5조 제1항 제2문에 보장된 자유로운 언론의 기본조건이다. 공권력에 의해 조종되지 않고, 검열을 받지 않는 자유로운 신문은 자유국가의 본질요소이며 현대 민주주의에서 필수적이다(BVerfGE 20, 162 [174f] - Spiegel). 신문의 과업은 포괄적인 정보제공을 실현시키고 현존하는 다양한 의견을 표현하여 자신의 의견을 형성하고 대변하는 데 있다. 그것은 국가로부터 독립되고, 그 경향, 정치적 색채 또는 세계관적 기본입장에서 상호 경쟁하는 상대적 다수의 독자적인 신문제작물의 존재를 전제로 하며 (BVerfGE 12, 205 [261] - Fernsehurteil; vgl. BVerfGE 20, 162 [175]), 그것은 신문 측에서 보면 한 신문의 기본 입장이 아무 영향을 받음이 없이 정해지고 실현될 수 있다는 데 의존하는 것이다. 그 한에서 국가는 신문의 경향에 대하여 직접적 간섭, 특히 국가 자신의 영향을 미치는 간섭을 해서는 안될 뿐 아니라, 신문에 대하여 법적인 규율에 의해서도(durch rechtliche Regelungen) 신문의 자유를 배려하라고 하는 기본법 제5조 제1항 제2문에 설정된 요청과 양립하지 않는 낯선(fremd) - 비국가적인 - 영향을 받게 하거나 방치하여서는 안된다.”

나아가 연방헌법재판소는 근로자들의 대변기관인 “경영협의회에 대한 관계에서 발행인이 신문의 경향을 설정하고 실현할 권한을 갖는다는 것은 의문이 없으며, 이 권한은 기본법 제5조 제1항 제2문에 의해 보호된다”고 확인하였다.

이렇게 발행인의 경향의 결정·실현과 그 유지 및 변경의 자유는 신문의 자유의 핵심사항으로서 보호되는 것이기 때문에 그에 대한 제한은 헌법 자체가 허용하거나 입법자가 헌법적으로 수권받고 이 수권을 허용되는 방법으로 행사한 경우에만 기본법에 합치할 것이라고 하는 전제에서 다음과 같이 논증을 전개하였다.

연방헌법재판소는 언론의 내용형성에 있어서 기자들이 공동결정에 의해 관여하는 것은 이러한 발행인의 경향 보호에 관한 권리를 제한하게 되는데, 그러한 경우 기본법 제20조 제1항의 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)와 노동기본권(Grundrechte der Arbeitnehmer)은 그 제한의 근거로서 고려될 수 없음을 명백히 하였다. 왜냐하면 먼저 사회국가원리가 신문의 자유에 대한 한계설정의 근거가 되려면 헌법 자체에 의해 신문기업의 공동결정을 위한 구체적이고 구속적인 위임을 포함할 것을 전제로 하나 사회국가원리는 그러한 전제를 충족하지 못하며, 노동기본권 역시 직접 헌법에 의해 기본법 제5조 제1항 제2문에 따른 발행인의 기본권을 제한할 수 없을 뿐 아니라, 그것 역시 신문기업에서 경영협의회의 공동결정(Mitbestimmung)을 도입하라는 구속적인 헌법적 위임을 포함하고 있지 않기 때문이다.

비록 이 사건에서 법원은 “기자들에게 어떠한 범위에서 공동결정권이 주어질 것인가, 그리고 그 여부에 관하여는 다룰 필요가 없다”고 하여 판단을 유보하였으나, 발행인의 경향 보호를 제한하는 편집에 관한 기자들의 관여권은 헌법상 근거를 찾을 수 없음을 확인한 것이었다.

그러나 위와 같은 관계에서 법원은 경향을 이유로 한 해고에서 그 사유를 경영협의회에 통지하도록 강제하였다 하여 그 의무 때문에 경영협의회가 발행인의 신문의 경향 실현에 대한 직접 영향을 미칠 수는 없고, 간접적인 영향을 주게 된다는 점도 인정할 수 없다는 이유로 심판청구인의 헌법소원심판청구는 기각하였다.

원래 신문의 경향 보호의 효과는 신문의 경향에 반하여 행동하였음을 이유로 기자를 해고하는 경우(경향에 관련된 해고의 경우)에는 일반 기업에서 경영협의회가 갖는 이의권 등이 적용되지 않는다. 그러나 경영조직원법 제102조에 의하면 신문기업에서도 경향과 관련성 유무를 불문하고 해고사유를 경영협의회에 통보하도록 규정하고 있고, 이 사건에서는 위 단순한 사전 통보의무를 이행하지 않았음을 이유로 주노동재판소는 이 사건 해고를 무효로 확인한 것이었는데, 연방헌법재판소 역시 통보의무만으로는 발행인의 경향보호에 영향을 줄 수 없다는 취지에서 위 판결을 지지한 것이었다.

## 아. 오스트리아의 1981년 언론매체법

독일에서 내적 자유에 관한 입법의 성과가 지지부진하였음에 비하여 이를 입법으로 최초로 성취한 나라는 오스트리아였다.

오스트리아에서 언론의 내적 자유가 최초로 법적 승인을 얻은 것은 1920년 기자법(Journalistengesetz)에서였다. 동법은 신문기업에서 기업의 이념적 및 상업적 이익주체인 발행인에 대하여 신문기자의 신조보호(信條保護, Gesinnungsschutz)를 위하여 신문의 기업주가 종전에 지켜 오던 신문의 정치적 방향을 변경할 경우 또는 신문기업이 양도된 경우, 기자는 이를 이유로 기업주와의 고용계약을 해지하고 특별한 보상을 구할 수 있는 권리를 인정하였다. 그러나 동법은 그밖에 경영상 및 편집상 문제에 대한 기업주의 권한을 무제한적으로 인정하였다.

오스트리아에서 언론의 내적 자유를 보장할 필요성은 원래 매스미디어의 상업화, 기업주의 과도한 이윤추구경향 및 광고주의 압력이 편집활동에 대해 부당한 간섭 내지 압력을 가하였기 때문에 이에 대항하기 위하여 자유주의적이고 보수적인 입장에서 주장되었다. 그러나 1960년대 사회주의적 경향을 띤 근로자의 공동결정권(Mitbestimmungsrecht)의 이론이 등장하여 이를 실체화하려는 움직임은 이 미디어의 내적 자유에 대해서도 다른 각도로 큰 힘을 주게 되었다. 경제(특히 노동법)분야에서 시발한 위 이론은 문화부분(특히 학교와 대학 등)에까지 확산되어 내적 민주화 내지 입헌화(Binnenkonstitutionalisierung)를 요청하게 되었고, 신문기업의 경우에도 그 위계제적(位階制的) 내부구조는 논란의 대상이 되었다. 더구나 신문기업의 점증하는 독점화 경향은 내적 신문의 자유를 주장하는 중요한 논거를 제공하였다. 즉, 상호경쟁하는 신문기업이 다수

존재하여 외적으로 보장되던 정보 및 의견의 다양성이 시장지배적 신문기업의 등장으로 위협받게 되면, 그 독점화된 언론기업 자체 내부에서 기자들에게 일정한 편집상의 자율권을 부여하지 않으면 다양성은 이루어질 수 없다는 것이 그 주된 논거였다.

오스트리아에서는 이러한 요청에 따라 1970년대 들어서 대부분의 대일간지에서 편집규약이 체결되어 이러한 요구가 법적 현실에서 승인받게 되었다. 위 편집규약의 내용은 보통 신문기업 내부에서 발행인과 기자간의 권한획정을 기본으로 하고 있다. 즉, 발행인의 권한은 출판물의 경향적 방향(Tendenzrichtung) 및 윤곽설정권한(Rahmenweisungskompetenz)에 국한되고, 구체적인 지면형성은 기자들에게 위임된다는 것이다. 또 대부분의 편집규약에서는 발행인이 편집국장(Chefredakteur)을 선임하거나 일반기자를 채용 또는 해고하는 경우 기자그룹에 대하여 일정한 관여권(關與權, Mitwirkungsrecht)을 인정하고 있다.

뒤에서 보는 바와 같이 오스트리아에서 이러한 기자의 내적 자유는 방송 분야에서 먼저 실현되었다. 1974년 오스트리아의 방송법은 독점적 방송업무를 행하는 오스트리아방송공사(ORF)가 방송법의 테두리 안에서 모든 프로그램 형성 직원의 그 소관업무 수행에 관한 독립성 및 자기 책임성과 기자직 직원의 저널리즘 업무수행의 자유를 존중하여야 하며, 기자직 직원은 그 업무수행에 있어서 특히 저널리즘 업무수행의 자유에 배치되는 바를 쓰거나 책임지도록 강요될 수 없고, 정당한 이유를 가지고 이를 거부한 자에게는 하등의 불이익을 가할 수 없다고 규정하여 내부적 방송의 자유의 기본사항을 선언하였다(동법 제17조). 나아가 동법 제18조 이하에서는 위 자유를 보장하기 위하여 ORF의 경영측과 편집 대표간에 편집규약의 체결을 강제하고, 그 편집규약의 체결절차와 편집규약으로 협정할 내용, 기자그룹의 조직 및 대표선출방법, 분쟁조정 기구의 설치를 규정하고 있다.

동법상, 특히 편집규약에 규정할 사항은 ① 모든 기자직 직원의 그 소관임무수행에 있어서 저널리즘 업무수행의 자기책임성 및 자유의 보장 ② 기자직 직원의 권리침해에 대한 보호 ③ 기자직 직원에 관련되는 인사적, 업무적 결정에 대한 관여 ④ 편집규약상의 분쟁을 해결하기 위한 중재기구의 설치 등이다(법 제18조 제3항). 이와 관련하여 진술한 바와 같이 사장에 대해 독립성을 갖는 감독제도의 설치에 방송기업의 내부적 민주화를 위한 것일 뿐 아니라 내부적 방송의 자유를 보완하는 것이라고 할 수 있다.

이와 같은 규정을 갖는 1974년 방송법은 단지 저널리즘활동의 자유뿐 아니라 프로그램형성과정 전체에 있어서 모든 프로그램형성직원의 독립성과 자율성을 보장하는 구조적 요소로 확충, 발전시켰다고 할 수 있으며, 그로써 방송에서 프로그램의 기획, 제작 및 형성 등 모든 결정과정에서 방송프로그램 직원의 기능적 결정의 자유영역(funktionelle Entscheidungsfreiräume)은 보장되고 방송사의 프로그램 책임기관의 주도권은 크게 제한되었다.<sup>73)</sup> 방송 분야에서 세계 최초로 체결된 편성규약은 오스트리아방송공사에서 행해진 1973. 6. 1.자 편성규약이었다.

1981년 신문, 방송, 뉴미디어의 규제와 진흥을 위해 새로 제정된 오스트리아의 '신문 기타 언론 매체에 관한 연방법'<sup>74)</sup>은 언론인의 자율적인 언론활동의 자유와 편집규약을 통한 언론의 내적 자유를 보호하는 조항을 두고 있다. 그 중에서 특히 편집규약의 제정을 권고하는 규정은 언론인들의 오랜 요구를 받아들인 획기적인 조항이었다.<sup>75)</sup> 위 조항들은 발행인 단체와 기자 단체가 공동으로 합의하여 제안한 것을 법에서 수용한 것이었다.<sup>76)</sup>

73) 박용상, 방송법제론, 교보문고(1988), 111면 이하

74) Bundesgesetz vom 12. Juni 1981, BGBl. Nr. 314, über die Presse und andere publizistische Medien, Mediengesetz, 1981. 6. 12

75) 그 구체적 규정 내용은 박용상, 방송법제론, 교보문고(1988), 344면, 오스트리아의 '신문 기타 언론 매체에 관한 연방법' 참조

76) Hartmann-Rieder, Kommentar zum Mediengesetz, Manz Verlag Wien, 1985, S. 39

먼저 동법은 확신의 보호(Überzeugungsschutz)로서 “(1) 모든 언론종사원은 그의 확신이 제25조의 의미에서 공표된 언론매체의 기본적인 방향에 반하지 않는 한 기본적인 문제나 기자직의 원칙에 관한 자신의 확신에 반하는 기사나 연출의 내용적 형성에 협력을 거부할 권리가 있다. 타인의 기사나 연출의 기술적 편집적 작업과 뉴스업무는 거부될 수 없다. (2) 언론종사원은 정당한 거부 때문에 하등의 불이익도 받지 아니한다.”고 규정하였다(동법 제2조). 나아가, 동법에 의하면 “기사나 연출의 의미내용에 관련되도록 수정되는 경우에는 그 언론종사원의 동의가 있어야만 그의 이름으로 공표될 수 있다.”(제3조) 다만, 이러한 권리가 인정된다 하더라도 그것은 “언론종사원에게 그가 내용적 형성에 관여한 작성된 기사나 연출의 공표를 강요할 권리를 부여하지 아니한다.”(제4조)

무엇보다 동법은 그것이 처음으로 명문화한 편집규약(Redaktionsstatuten)에 관한 조항 때문에 주목받고 있다. 동법 제5조에 의하면 “언론기업과 통신업에서는 저널리즘 사항에 있어서 협력을 규율하는 편집규약이 체결될 수 있”는데, 편집규약은 언론기업주(발행인)와 편집총회에서 비례대표의 원칙에 따라 선출하는 편집대표간에 협정된다. 그 협정이 효력을 가지려면 상근의 언론 종사원 모두가 구성원이 되는 편집총회에서 3분의 2가 찬성한 승인을 요한다. 이것은 발행인과 기자들 간에 편집규약이 체결될 수 있음을 명문으로 인정한 최초의 법령이며, 다만 그 체결은 강제 규정이 아닌 자율적인 권장 규정으로 제시되고 있다. 즉, 매체의 경영주는 위 규정에 따라 매체 종사자와 단체 협상을 추진하면서 편집규약을 체결할 수 있지만, 거부할 권리도 있다. 반면 매체 종사자들은 위 조항에 따라 자신들을 대표하는 편집위원회를 선출할 수 있으며, 이들이 비록 편집규약은 체결하지 못하더라도 매체 종사자의 대표로서

활동할 수 있는 법적 근거가 마련되었다는 점에 의미가 있었다.<sup>77)</sup>

2000년 현재 오스트리아에서 발행되는 17종의 신문 가운데 편집규약이 체결되어 있는 신문사는 과반수가 넘는 9개로 알려져 있다. 오스트리아에서의 편집규약 제정 운동은 독일보다 더디게 진행되었지만, 현재는 매체법에 명문화되어 있으며 일간지의 과반수가 편집규약을 마련하고 있다. 이와 같이 오스트리아에서 내적 자유로서 편집규약 제도가 일찍 전반적으로 도입된 이유는 방송은 공영독점체제를 취하고 있고, 신문의 경우에도 한 미디어 그룹이 전체 발행 부수의 약 60%를 넘는 초과점현상이 이를 촉진한 특별한 이유였다고 할 수 있다.<sup>78)</sup>

#### 자. 1993년 브란덴부르크 주언론법

위와 같이 독일에서는 연방차원에서 언론윤곽법의 제정이 실패하게 되자, 1970년대 말에는 각 주법에 내적 언론의 자유를 규정하려는 방안이 논의되었고, 1980년대에 들어 각 주는 나름대로 그에 관한 법률 초안을 성안하게 되었다. 그러나 구 서독에 속했던 주에서 이러한 입법화의 노력은 결실을 보지 못하였고, 1989년 이후 언론계에서 편집규약 제도는 논의대상에서 사라지게 되었다. 다만, 독일 통일 후 동독에 속했던 지역에서, 특히 사민당이 집권한 주에서는 편집의 자율성(redaktionelle Autonomie)이란 이념 아래 언론의 내적 자유를 주법률로 규정하는 시도가 적극화되었다. 1991년 12월 브란덴부르크 주정부가 성안한 언론법 초안은 기자에 관하여 특별노동법의 형식을 취하였다. 1993. 4. 29. 브란덴부르크 주의회는 기독교

---

77) 심영섭, '오스트리아의 언론 법규와 신문 지원 정책', 세계언론법제동향 2001년 상 (통권 제9호), 83면

78) 심영섭, 전계 논문, 90면

민주당과 자민당의 반대 속에 다음과 같은 주언론법을 통과시키게 되었다. 그 중에서 ‘발행인과 편집간의 협력; 기자의 지위’라는 조항은 다음과 같은 내용을 규정한다.

“(1) 발행인 내지 간행인과 기자간의 협력은 노동계약상의 권리 의무의 토대 위에서 신문의 공적 과업에 의해 정해진다. 발행인 내지 간행인에 의해 서면으로 확정된 언론적인 원칙은 최소한 1년에 1회 이상 정기적으로 공표하여야 한다. 신문의 경영과 편집의 임무 및 책임의 구분에 관한 상세한 사항은 발행인과 기자대표 또는 기자들간의 협정에 의해 확정할 수 있다.

(2) 기자는 자기가 갖지 않는 의견을 자신의 것으로 공표하도록 시켜질 수 없다. 그 거절에 대하여는 어떠한 불이익도 줄 수 없다. 그의 보도에 관한 주의의무(제6조)는 이로써 영향받지 않는다. 작성자의 이름으로 공표되는 기사는 그 작성자의 의사에 반하여 중요한 내용이 변경될 수 없다.”

## 차. 유럽연합 차원의 논의

독일 기타 서구에서 전개된 언론의 내적 자유라는 개념은 오늘날 특히 국제기자연맹(IFJ)의 강력한 압력에 의해 유럽연합 차원에서도 그 도입이 논의되고 있다. 유럽의회(Europäische Parlament)는 내적 자유에 대하여 다원주의를 보호하기 위해 언론의 독점 상황에 대한 치유수단으로서 의미를 부여하는데 반하여, 유럽평의회(Europarat)는 이를 보다 원칙적으로 개념하여 편집의 독립이 유럽인권협약 제10조에 의해서도 보장되는 것으로 파악한다.<sup>79)</sup>

1994. 7. 1. 유럽평의회는 기자들의 윤리에 관하여 다음과 같은 결

---

79) Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1 [4f]

의를 행한 바 있다.

“뉴스기관은 기본권에 대한 접근을 마련하기 위한 조건에 의해 그 기업적 목표가 제한되어야 하는 특별한 사회경제적 기관으로 자신을 생각하여야 한다.

새 기술에 의해 강력히 뒷받침되는 미디어를 통하여 언론활동에 의해 전달되는 정보와 커뮤니케이션은 개인이나 사회의 발전을 위해 결정적인 중요성을 갖는다. 민주주의가 충분히 발전하려면 공적인 사항에 대한 시민의 참여가 보장되어야 하므로 그것은 민주주의 생활에 불가결한 것이다.”

“언론사항을 다루는 경우에는 미디어가 발행인 및 사주와 기자들간에 구별이 행해져야 하는 법인구조의 한 부분이라는 점을 염두에 두어야 한다. 그 목적을 위해 미디어의 자유를 보호하는 것에 덧붙여 내적인 압력에 대하여 언론의 내적 자유(freedom within the media)도 역시 보호되어야 한다.

뉴스 기관 내부에서 발행인과 기자는 상호 공존하여야 하며, 발행인과 사주의 이념적 정향(ideological orientation)에 대한 정당한 존중은 뉴스보도의 진실성과 의견의 윤리성이라고 하는 절대적 요청에 의해 제한된다는 점을 고려하여 한다.

뉴스 기업 내부에서 발행인, 사주 및 기자는 공존하여야 한다. 그 목적을 위해 미디어 내에서 기자와 발행인 및 사주간의 전문직적 관계(professional relations)를 규제하기 위해 편집 종사원(editorial staff)을 위한 규범이 노동관계(labor relations)의 정규적인 요건과 별도로 제정되어야 한다. 그 규범은 편집위원회(editorial board)의 설치에 관하여 규정할 수 있다.”<sup>80)</sup>

그러나 위 결의는 법정정책적 제안으로서 단순한 권고에 불과하고, 이를 위한 실정화는 아직 이루어지고 있지 않다.

이에 대하여는 유럽연합의 헌법에 해당하는 유럽인권협약에 비추

---

80) Christoph Engel, a.a.O., S. 6

어 다음의 관점에서 논란이 제기되었다.<sup>81)</sup> 첫째, 유럽인권협약에 의하면 표현의 자유나 미디어의 자유는 자유권으로서 보장될 뿐, 이를 제도적으로 보장한다는 의도에는 중점이 두어지지 않았음에도 동 결의안은 미디어의 자유를 제도적 개념으로 이해하고 있으며, 이러한 태도는 유럽인권재판소의 판례와도 어긋나는 것이다. 둘째, 발행인은 그 언론활동에 대하여 경제적 위험을 부담하지만, 기자들은 그렇지 않기 때문에 이러한 내적 자유에 의해 기자들은 발행인에 대하여 우대되기 때문에 평등조항에 배치된다는 것이다. 셋째, 내적 자유는 기자들에게만 특별한 공동결정권을 부여하기 때문에 기업의 재산권 보장에 위반된다는 것이다.

이상에서 논의되고 다루어진 것을 보면 언론의 내적 자유는 장기간에 걸친 주장에도 불구하고, 실정화의 단계에서는 이렇다할 성과를 보이지 못하고 있음을 알 수 있다. 그 만큼 이해당사자 간의 이해 조정이 쉽지 않았고, 체제상의 문제를 극복할 수 없었기 때문이었을 것이다.

### 카. 종합

위에서 본 바와 같이 독일에서는 내적 언론자유가 1924년 기자법 초안에 처음 등장한 이래 수많은 문헌, 법률 초안에서 다루어져 왔다. 그럼에도 내적 언론자유가 내용적으로 무엇을 의미하는가, 법적으로 어떻게 성격규정할 것인가에 관하여는 아직 합의된 바가 없다. 1924년 Häntzschel의 기자법 초안에 의하면 “언론의 내적 자유란 사적인 성격을 갖는 사회적으로 유해한 영향으로부터 언론의 독립을 지칭하는 것이다”라고 정의되었다.

---

81) Christoph Engel, a.a.O., S. 7

내적 자유는 공적 과업의 이행이 요청되는 언론기업이 자본주의 체제 하에서 사기업의 형태를 취함으로써 야기되는 여러 가지 폐단을 시정하기 위한 법적 조치의 하나로서 논의된 개념이다. 그럼에도 내적 자유의 문제 해결을 어렵게 하는 것은 사기업체제를 취하는 언론기업이 공적 과업의 이행을 요구받고 있다는 점에 있다. F. Schneider에 의하면 신문의 사경제적 구조와 공적 과업은 상호배타적인 모순관계에 서는 것이며 그것들은 언론을 제도적 이원주의(institutionelle Dualismus) 속에 놓는 것이라고 한다.<sup>82)</sup>

위에서 본 바와 같이 독일에서 언론기업의 내적 구조의 변경을 위한 입법안은 다양한 모습으로 제안된 바 있다. 언론정책상 논의의 초점은 경향의 보호와 관련하여 어떻게 내적 언론자유를 규율할 것인가에 있었다. 법률 문헌 및 특히 대부분 언론학의 문헌에서 내적 언론자유는 기업내부적 국면은 발행인에 대한 기자의 종속성의 문제로서 논의되었고, 그 해결방안을 상호적인 권한획정에서 시도하려 하였다. 이들 논의의 배후에는 공적 및 사적(상업적) 이해라고 하는 이원론적 이익의 사고가 작용하여 왔고, 발행인에게 기자에 대하여 무제한한 지시권이 인정된다면 기자 개개인의 개인적 자유 뿐 아니라 신문의 내용적 형성의 독립 역시 부당한 상업적인 영향에 의해 침해될 것이라고 하는 생각이 지배되었던 것이다.

#### 4. 검토

##### 가. 개관

이상 독일에서 신문의 내적 자유를 둘러싸고 학설과 입법상의 노

---

82) F. Schneider, Meinungs- und Presserecht, S. 74

력 및 노사간의 협상에 관하여 살펴보았다. 앞서 살펴본 바에 의하면 전반적으로 보아 자유주의적 성향이 짙은 학자들은 내적 자유의 인정에 소극적이고, 대부분의 제도론자들은 내적 자유를 인정함에 적극적임을 알 수 있다. 어쨌든 제도적 이론을 취하는 경우에도 복합체로서 신문기업에 관여하는 발행인과 기자간의 문제는 이익형량을 피할 수 없게 된다.

언론의 자유를 전적으로 국가에 대한 개인적 자유로서 개념하는 경우 언론기업은 국가의 규율이나 개입이 허용될 수 없는 영역에 속하므로 그에 대한 입법은 허용될 수 없다고 생각하게 된다. 이러한 생각은 언론자유와 연혁이나 국가권력의 개입으로부터 자유영역을 보장하려는 기본 입장에서는 타당하나, 언론의 자유가 단순한 개인적 자유에 머무는 것이 아니라 헌법상의 기본결정으로서 모든 범영역에 실현되어야 할 객관적 가치를 의미할 뿐 아니라 국가전체적 질서에 구성적 기능을 한다고 보는 현대의 일반적인 기본권 이해에 의하면 국가는 언론의 자유가 문제되는 모든 법질서의 국면에서 이를 존중할 의무가 있고, 그 제도적 보장을 실현할 책임을 진다. 이러한 시각에서 보면 언론에 대한 국가의 개입은 개인주의·자유주의적 입장에서 보는 바와 같이 국가적 간섭의 뒷문을 여는 것이라고 볼 것이 아니라, 개인적 권리의 강화에 있다고 보아야 한다.<sup>83)</sup>

이렇게 본다면 자유로운 언론제도는 헌법상 언론의 자유와 그 주체의 측면에서 재조명될 필요가 있고, 언론제도를 보장할 국가의 의무는 적정한 기능행사의 이익을 위해 발행인과 기자들의 자유로운 발전을 그 대상으로 한다고 보아야 한다.

이 경우 입법적 규율은 사경제적 조직형태와 사경제적 작업활동

---

83) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 243

의 테두리 내에서 공적인 과업의 이행이라고 하는 이익을 위해 언론에서 활동하는 자들 간에 이익의 조정을 도모해야 한다. 그러한 요건을 충족할 수 없는 어떠한 요구도 위와 같은 범위를 벗어나는 것이며, 합리적인 것이 될 수 없다. 그러므로 발행인과 기자간의 이해의 조정은 공적 과업의 이행이라고 하는 이익을 위해 적절한 기능의 행사를 기준으로 해야 한다.

#### 나. 구현방법상의 문제

내적 자유를 구현하는 방법에는 위에서 본 바와 같이 단체협약에 의하는 경우와 입법에 의하는 방안이 시도되었는데, 그 방법에 따르는 문제를 검토할 필요가 있다. 그러한 복잡하고 미묘한 논의 속에서 정리되어야 할 문제를 다음에 살펴본다.

##### (1) 노동법적 수단에 의하는 경우

독일에서 노동법적 수단에 의해 언론기업에서의 공동결정을 확대하는 방안은 단체협약상의 합의에 의해 그러한 내용을 실천하려는 것이었고, 이러한 방안은 실제상으로도 채택되어 왔다. 그러나 노동법상 그러한 단체협약이 가능한가 하는 적법성에 관하여는 다투어지고 있다. 헌법상 보장되는 노동기본권은 임금 등 근로조건에 관하여 단체교섭을 행하고 단체협약을 체결하는 권리를 의미하는데, 그 헌법상의 보장은 근로조건 및 경제적 조건의 향상으로서 노동법과 사회법적 영역에 국한된다는 한계를 갖는다. 그러므로 이러한 문제와 관련이 없는 사항에 대하여는 단체협약에 의해 약정될 수 없다는 것이다.<sup>84)</sup>

---

84) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 240

그러므로 내적 자유라는 개념에 의해 편집부문에 관하여 단체협약으로 저널리즘적인 권한분배나 인사상의 권한분배를 행하는 변경은 문제되지 않을 수 없었다. 그 근거를 커뮤니케이션과정의 최적화라든가 의견의 다양성 확보에 있다고 한다면, 그것은 이미 근로자들의 근로조건 및 경제적 조건의 유지와 개선에 있는 것이 아니라 언론에 대한 특별조치를 의미하게 된다는 것이다. 여러 학자들이 취하는 이러한 입장은 그것이 단체협약의 대상이 될 수 없다는 결론을 가져온다.

그에 대하여 뤼터스는 편집상의 공동결정은 언론에 있어서 특수노동법으로 파악하고 그것은 언론기업에서 근로자의 노동조건 및 경제적 조건의 개선에 대한 특수성을 의미한다는 견해를 취한다.<sup>85)</sup> 그러나 언론기업 근로자를 다른 기업근로자와 달리 특별 취급하는 것은 언론의 공적 과업에 의거하는 경우에만 가능한데, 언론기업 소속 근로자에게 특권을 인정하는 것은 공적 과업을 위해 그것을 이행하는 범위 내에서만 인정되는 것으로서 개인적인 특권이 아니므로<sup>86)</sup> 그것은 언론법적으로 다룰 사항이지 노동법상의 이익을 위해 다루어질 사항은 아니라는 데서 난점은 해소되지 못한다.<sup>87)</sup>

노동법상으로 다룰 수 있는 사항이라고 보더라도 그것은 독일 경영조직법상 규정된 경향보호를 폐기하게 되는 것이고 내적 언론의 자유를 인정하는 범위 안에서 편집부문에 유리하게 언론적·인사적 권한에 변경을 시도하는 것이므로 현행법상 허용될 수 없다는 주장도 강력히 제기된다.<sup>88)</sup> 독일 경영조직법에 의하면 동법상의 문제에

---

85) Rütters, Streik und Verfassung, Köln 1960, S. 28ff

86) BVerfGE 20, 173

87) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 241

88) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 241

대한 단체협약은 동법 제3조에 규정된 한계를 지켜야 하고 동조는 그 사항을 열거적으로 규정하고 있으므로 경향보호(동법 제118조)를 폐기할 수는 없다. 편집위원회를 구성하는 것도 동법의 체제상 난점을 피할 수 없다. 왜냐하면 동법 제3조 제1항 제1호에 의해 추가적인 근로자대표를 두는 것은 가능하지만 이것은 경영협의회와 근로자 전체를 상대로 활동하는 것이므로 발행인을 상대로 하는 편집위원회는 이에 해당할 수 없고, 경영협의회와 병존하는 편집부문만의 대표기관은 경영조직법의 기본 구조에 배치된다.

또 경영조직법 제118조에 규정된 경향보호는 임의규정이 아니라 강행법규이므로 발행인이 단체협약에 의해 포기하거나 언론적·인사적 권한의 양도는 허용되지 않는다는 것이 노동법상의 다수설이다. 연방헌법재판소 역시 경영조직법상의 경향보호는 경영상의 공동결정에 의한 언론 자유의 침해에 대해서도 보장되는 것이라고 판시한 바 있고,<sup>89)</sup> 그에 반하는 단체협약의 약정은 허용되지 않음이 원칙이다.

그러므로 퇴플러는 단체협약의 방법으로 경영조직법 제118조를 변경하거나 편집부문의 언론적·인사적 권한을 변경하는 것은 허용될 수 없으므로 고려대상이 될 수 없다고 결론짓고, 언론기업의 내적 구조의 변경은 입법에 의해서만 가능하다는 입장을 취한다.<sup>90)</sup> 그 경우에도 입법자에게는 임의의 입법재량이 허용되는 것이 아니고, 헌법상 보장되는 언론의 자유를 고려하여 언론법적 문제를 존중하지 않으면 안된다고 한다.

## (2) 입법에 의하는 경우

다음 입법에 의해 내적 자유를 실정화하는 경우에는 일반적인 입

---

89) BVerfGE 52, 283 [298]

90) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 242

법권의 한계의 문제 및 이익형량의 문제가 제기된다. 그 논의에서 필수적으로 살펴야 할 것은 우선 헌법상 미디어의 자유는 누구에게 귀속되는가 하는 점이다. 내적 자유에서 논의되는 것은 미디어기업에 의해 출간되는 출판물 속에 누구의 의견을 우선적으로 전파할 수 있어야 하는가 하는 문제에 귀착한다고 할 수 있다.

국가가 내적 자유를 법적으로 강제하는 경우에는 발행인과 기자간의 사적인 법률관계에서 기자를 위해 발행인의 표현의 자유를 제한하게 됨을 의미한다. 즉, 언론의 내적 자유는 이를 국가가 강제로 시행하는 경우 방어권으로서 인정되는 발행인의 표현의 자유의 보호범위에 개입하여 이를 간섭하게 되는 것이지만, 내적 자유가 개개의 기자들을 보호함으로써 공적인 목적의 달성을 위한 수단으로 허용되려면 그에 따른 요건을 충족하여야 하는 것이다.

#### **다. 미디어의 자유의 주체**

내적 자유를 실정화하는 과정에서 먼저 전제되어야 할 점은 언론기업에서 발행인 또는 기자 중 누가 헌법상 보호되는 언론의 자유, 즉 미디어의 자유의 주체인가 하는 문제이다. 일응 개념적으로 본다면 미디어의 자유는 발행인에게 있고, 내적 자유로 논의되는 개념은 미디어내의 기자들을 주체로 상정한 개념이다.

미디어의 자유는 개인적 표현의 자유가 인정됨과 함께 이를 기본으로 그와 밀접한 관련하에 발전해 왔다. 그러나 미디어의 자유는 특수한 표현의 형태를 갖는 독자적인 모습을 갖추게 되었고, 미디어의 자유에 있어서는 의견의 자유에 있어서 보다 제도적인 요소가 더욱 강화된다.

따라서 신문, 방송 등 미디어의 자유는 단순히 개인적 표현의 자유의 한

하위개념(Unterfall)으로 간주되어서는 아니 되고, 그 자체가 하나의 고유한 기본권으로서 독자적인 보호영역을 갖는다고 생각된다. 미디어의 자유에 있어서 표현의 수단은 특수한 역할을 행하는 한편, 특히 그 의 강력한 제도적인 색채 때문에 그 보호받는 국면과 범위도 특수하게 고려된다. 미디어의 자유에 있어서는 국민의 ‘알 권리’ 내지 ‘정보의 자유’에 대응하는 매체의 ‘정보의 권리’가 중요한 의미를 얻게 된다.

이와 같이 표현의 자유가 신문 기타 정기간행물이나 방송 등 미디어에 의해 행사되는 경우 개인의 주관적 표현의 자유에서 논의되는 것과는 다른 여러 가지 관점이 고려되게 된다. 미디어의 자유가 개인의 표현의 자유와 달리 취급되는 계기는 어디에 있는가?

우선 미디어의 자유는 그 미디어를 운영하는 주체로서 언론기업의 존재를 전제로 한다는 점에서 여러 측면의 특징을 보유하게 된다. 이렇게 미디어의 자유는 언론기업의 존재를 상정한다는 점에서 우선 기업에 대한 보호도 포함하게 된다. 미디어의 자유는 그 언론기업을 단위로 하여 그 설립, 조직, 운영 등에 있어서 국가적 규제의 허부가 논란될 수 있고, 나아가 그 조직을 구성하면서 언론활동을 행하는 기자 등 종사원의 취재, 보도 등에 있어서 특권 또는 의무 여하가 논의되게 된다.

이와 같이 미디어의 자유에는 미디어가 취재 및 보도 등 여론형성에 참여하는 실체적 정신적 활동이 자유로워야 하고 그에 대한 간섭이나 규제가 배제된다는 의미에서 실질적 자유를 논할 수 있고, 그밖에 언론적 활동이 아닌 언론기업의 설립과 존속 및 그 영업활동 등 비정신적 활동에 대한 규제나 간섭으로부터 자유로워야 한다는 국면으로 크게 구분하여 설명할 수 있다.

이러한 의미에서 미디어의 자유는 국민 개개인에게 귀속되며, 개인은 미디어를 설립하여 운영할 자유를 가질 뿐 아니라, 미디어를 설립하지 아니한 사인도 기본권적으로 보장되는 언론적·기업적 활동(publizistisch-unternehmerische Tätigkeit)을 수행할 자유를 보장받게 됨은 물론이다.

위에서 언급한 바의 미디어의 자유는 이른바 외적 자유로서 국가권력에 대하여 간섭을 배제할 수 있는 자유권을 의미한다. 위와 같이 국가에 대한 관계에서 방어권으로서 갖는 개인의 권리는 미디어의 내적 관계에서는 그대로 통용된다고 할 수 없고, 별도의 논의를 필요로 하게 된다.

표현의 자유는 표현의 내용과 태양을 자유로이 결정할 자유와 함께 표현수단을 자유로이 선택할 자유도 포함함은 물론이다. 그러므로 개인은 그의 생각을 다른 사람들에게 알리기 위해 연설하거나 논설을 발표하거나 비라에 자신의 생각을 써서 배포할 수 있는데 그치는 것이 아니다. 다수인을 조직하여 가두에서 시위를 벌이거나 자신의 자본을 투자하여 기업을 설립하고 필자나 기자들을 고용하여 신문을 발행하는 것도 표현의 자유로서 보호됨은 말할 나위가 없다. 이 경우 그는 자신이 스스로 기사를 작성하는 것이 아니라 편집의 원칙이나 지침만을 제시하고 편집업무에 관하여는 기자들에게 위임하는 경우가 보통이다. 이렇게 보면 영리법인으로서 미디어를 설립하고 이를 경영하는 것이 표현의 자유로서 헌법상 중요한 보호대상이 됨을 알 수 있다. 미디어의 설립은 그 출발점에 있어서는 자본을 투자하는 자의 사상이나 세계관을 전파하기 위한 행위에 다름이 아닌 것이다.

제도적으로 보아 이러한 신문의 사경제적 구조는 여론형성에서 국가로부터의 독립성과 다양성을 성취하는 중요한 여건이 되기도 한다. 개인이 자신의 재산을 투자하여 미디어를 경영하는 것은 그 미디어 운영의 독립성을 지키는 밑바탕이 되는 것을 의미하기도 하며, 신문사나 출판사를 자유로이 설립할 수 있고, 다수의 미디어가 자유로이 운영 경쟁할 수 있음으로써 비로소 본질적으로 여론의 다양성이 유지될 수 있는 것이다. 국가에 의해 재정적 지원을 받는 언

론이 그 간섭을 피할 수 없다는 경험은 신문의 사경제적 조직이 갖는 의미를 실감케 한다.

이와 같이 원론적으로 보면 신문의 자유는 모든 국민 개개인에게 주어지는 기본권이다. 그러나 오늘날 실제로 신문의 자유는 특정 개인이 아닌, 보호되는 활동과 밀접하게 조직적으로 결합되는 기업이 주체가 되어 행사됨이 보통이다. 정기간행물과 신문은 발행인에 의해 설립되고, 출간되며 배포·보급된다. 이렇게 보면 신문은 사법적 구조를 가지며 그러한 구조에 비추어 볼 때 어느 경우든 기본권의 주체는 발행인이 된다는 결론에 이른다.

좁은 의미에서 신문의 자유와 자유로운 신문의 제도적 보장을 함께 고찰하여 보면 발행인은 자기 신문이나 정간물의 정신적·이념적 노선을 정하고, 이를 실현하거나 또는 변경할 수 있는 이른바 경향에 관한 권리를 갖는다. 그러므로 넓은 의미에서 신문의 자유는 한 신문을 창간하고 그 경향을 정할 수 있는 발행의 자유(Verlegerfreiheit)를 의미하게 된다.<sup>91)</sup>

이에 대하여 미디어의 자유는 발행인과 기자가 함께 행사한다거나, 아니면 기자가 담당한다는 주장이 강력히 제기되고 있다. 기자들은 사용자 내지 발행인으로부터 도출된 기본권을 행사하는 것이 아니라 자신의 활동에 기하여 원래적인 언론자유와 기본권 주체임을 주장할 수 있다는 것이다.<sup>92)</sup> 실제상 미디어의 자유는 인적·물적 조직체에 의해 행사되는 과정에서 기자의 정신적 활동의 기여가 필수적이라고 하는 관점을 강조하여 그에 관여하는 기자들이 미디어

---

91) BVerfGE 52, 283 [296]; Bernd Rühers und Jürgen Bennica, Die Verwirklichung des Tendenzschutzes in Pressebetrieben im Rahmen des Direktionsrechts bei Versetzungen von Redakteuren, Archiv für Presserecht, 4-1995, S. 638 [641]

92) Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 2. Aufl. 1992 Art. 5, Rd.-Nr. 23

어의 자유의 주체라고 생각하는 것이다.

그러나 출간물에 의해 의견을 표현할 권리가 선형적으로 기자에게만 주어진다고하는 주장은 표현 및 미디어의 자유가 헌법상 편입된 경위나 역사적 연혁, 그리고 자유민주주의적 헌법질서 아래서 사경제적 구조를 취하는 언론의 기본적 지위에 비추어 볼 때 받아들이기 어렵다. 기자를 공적인 과업의 수행자라고 보더라도 발행인이 투자하여 차려놓은 신문에 기자만이 자기의 생각을 펴낼 권리가 있다고 보는 생각은 체제에 맞지 아니할 뿐 아니라 법적인 근거를 찾을 수도 없다. 결국 기자를 실질적 언론자유 전적인 담당자라고 말할 수는 없는 것이다.

또 전술한 호프만 립은 신문의 자유는 발행인과 기자가 공동으로 행사한다는 입장을 취한다. 그에 의하면 발행인과 기자들은 기본권행사에 있어서 기능분할적 분업적으로 협동하며, 발행과 편집 및 편집내부적 결정과정과 작업과정에 관한 규율은 언론자유 기본권을 구체화하는 것이다. 발행인은 기업(Verlag)의 소유주의 지위를 근거로 기본권을 행사함에 비하여 편집직원들은 종속적인 작업 속에서 그들의 기본권을 행사하게 된다. 이러한 의미에서 보면 신문에서 언론자유 기본권 행사에 있어서는 자본과 노동이 병렬(Zuordnung)하도록 하여야 하는데, 이 병렬은 언론기업(Verlag) 속에 존재하는 상이한 기능영역(기술 관리 판매 광고 편집 등)과의 관계에 관한 규율, 특히 편집의 기능영역의 언론기업의 여타 기능영역에 대한 관계가 중점이 되고, 나아가 편집내부적 구조를 위한 필요성도 존재한다.

헌법적 시각에서 보면 위 입장은 상이한 기능분담 및 분업에 의해 협동하는 기본권주체를 위해 기본권 행사의 실질적 전제를 보장하자는 생각을 근거로 한다. 그러나 사실상 공동작업이 반드시 공동

의 권리를 함께 행사하는 것이라고 논단될 수는 없고, 주관적·권리적 지위의 병렬에 의해서만 기본권의 구체화가 이루어질 수 있는 것은 아니다. 이러한 병렬적 기본권 실현은 그에 의해 언론자유의 객관적·법적 요소와 실제적으로 부합할 것을 요하지만, 그것이 목표로 하는 정보와 의견의 다양성 보장에 의해서만 정당화될 수는 없고, 그 목표의 달성 가능성에 관하여도 의문이 없는 것은 아니기 때문이다.

여기서 간과해서는 안될 점이 있다. 일반적인 관계에서 기자의 헌법상 표현의 자유가 발행인에게도 주장될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 앞서 본 바와 같이 일반적인 관계에서 헌법이 개인에게 보장하는 표현의 자유는 개인이 표현행위를 함에 국가의 간섭이나 방해로 받지 않는다는 데 본질이 있을 뿐, 개인에게 미디어를 이용할 권리를 주는 것이 아니며,<sup>93)</sup> 한 언론기업 내에서 피용자인 기자와 발행인 사이에서도 그러한 기본적인 논리는 달라지지 않는다. 즉, 발행인과 기자간의 관계에서 기자가 갖는 표현 및 언론의 자유가 발행인에 대하여 직접적 효력을 갖는 것은 아니며, 기본권의 간접적 효력에 의해서도 기자는 발행인의 자유를 갖는 것이 아니므로 그에게 발행사항에 관한 관여권을 도출해 낼 수 없다. 다만, 이 관계에서도 기자들에게 보장되는 소극적 표현의 자유 내지 양심의 자유는 그들의 소신에 반한 기사의 집필을 강요받지 아니한다는 점에서 효력을 갖는다.

#### (1) 언론기업 내에서 발행인의 지위

앞서 본 바와 같이 헌법은 개인에게 표현의 자유를 보호하고 있으며, 그 개인이 미디어를 설립하여 표현할 자유도 보장한다. 실제

---

93) BVerfGE 42, 52ff

상 미디어의 자유의 주체는 인적·물적 조직체인 미디어를 설립하여 물적 기초를 확보하고 다수의 인력을 채용한 기업의 보유자에 속한다고 보지 않을 수 없다. 신문이 한 특정한 정신적 방향을 추구한다면 신문을 설립한 자로서 발행인이 그것을 결정하여야 한다는 점에도 의문이 있을 수 없다. 즉, 발행인에게 신문의 발간은 동시에 개인적 의견표현의 형태인 것이다. 따라서 발행인은 신문에서 최고의 정신적 지도권을 가지며, 그에 의해 언론기업으로서 경제적 목적 뿐 아니라 언론적 목적도 추구할 수 있는 것이다.

기업의 주인으로서 발행인의 경향을 보호하는 것은 그가 단지 돈을 내어 출판시설을 구비하였다는 점에만 있는 것이 아니다. 그 경향 보호가 언론의 자유의 원활한 기능에 기여하는 한에서 그 경향 보호는 객관적인 헌법적 의미를 갖는 것이다. 즉, 객관적 관점에서 보면 경향 보호는 외적 다양성을 보호하는 점에 있어서도 의미를 갖는다. 이것은 자유민주주의적 의사결정 체제가 다양성을 전제로 하며 그 다양성은 미디어의 자유로서 헌법상 보호받는 경향에 의해 유지될 수 있다는 것을 말한다. 상이한 논조와 경향을 독립한 존재에 의해 추구하는 다수 매체의 존재 없이 여론의 다양성원칙은 통용될 수 없기 때문이다.

특히, 재산권의 자유, 직업의 자유와 관련하여 발행인의 경영과 편집에 관한 권한은 그 근거가 강화된다. 한 미디어의 주체가 발행인이기 때문에 시장의 경쟁에서 미디어가 살아남기 위한 배려는 발행인이 담당하지 않을 수 없다. 한 신문의 영업적 성과는 그 신문의 정신적 태도와 불가분하게 결합되고 있기 때문에 신문에 투자하는 발행인에게 이 정신적 태도에 대한 영향력의 행사는 저지될 수 없는 것이다. 기자들의 이익을 위해 편집에 대한 발행인의 권한은 제한받을 수 있을 것이지만, 발행인의 영업상 이익이 현저하게 타격받

는 경우 신문의 편집상의 태도에 간섭할 수 있는 발행인의 권한이 부인될 수는 없다. 그것이 상업적인 고려에 의한 것이든 정신적 고려에 의한 것이든 그러한 개입의 의도는 발행인의 생각에 따르게 되고, 그의 일이다. 발행인은 기업주로서 기업의 존속을 위해 적어도 적자를 면하도록 신문을 편집·형성함에 진력하지 않으면 안된다. 기자의 편집의 자유는 이 경계점에 불가피한 한계를 발견한다. 이것은 발행인의 역할이 기자 자신에 의해 맡겨졌을 경우에도 다름이 없다. 왜냐하면 그 역시 종전의 발행인과 마찬가지로 시장의 법칙에 지배되지 않을 수 없기 때문이다.<sup>94)</sup>

바이마르시대 이래 독일의 확립된 판결례에 의하면 신문기업주는 단순히 순전한 경제적 목적을 추구할 뿐 아니라 독자들의 정치적 이익에 봉사하고 여러 방향에서 그들의 정신적 요구를 만족시켜줄 임무가 있으므로<sup>95)</sup> 공적 과업을 수행하는 주체는 오로지 기자들만은 아니라 발행인들도 해당된다는 점이 확인되고 있다. 편집국장이나 편집인은 신문의 내용에 관하여 발행인에게는 계약상의 책임을, 신문 구독인에게는 도덕적으로 책임을 진다. 그러나 기업의 경제적 위험은 발행인이 단독으로 부담하는 것이기 때문에 결국 기업의 경제적 과업과 정신적 과업 사이에서, 그리고 업주의 물질적 이익과 독자의 정신적 이익 간에 필연적인 연관을 유지하는 일은 발행인의 결정에 달려있다.

한편, 이러한 발행인의 자유는 언론의 기능을 위해 한계가 정해진다. 언론의 기능은 기자들에 의해서도 이행되는 것이므로 그들은 발행인의 단순한 이행보조자에 불과한 것이 아니라 역시 언론의 기능

94) Stammler, a.a.O., S. 288

95) JW 1926, S. 368, Dieter Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 245f에서 전제

을 분담·수행하는 주체라고 생각하여야 하고, 그 때문에 기자들에게는 일정한 정도의 독립성과 정신적 독자성이 주어져야 한다. 이것은 한편에서 기자들의 권리가 단지 확신의 보호에 국한되는 것이 아니고, 다른 한편에서는 기자들과 협력할 발행인의 의무가 도출된다. 그래야만 기자들의 활동이 신문이나 정기간행물의 공동형성자로서 충분히 고려될 수 있는 것이기 때문이다.

이러한 원칙으로부터 발행인의 지위의 한계와 언론적·인사적 공동결정에 대한 편집부문의 요구의 한계가 귀결되고, 나아가 그에 따른 내적 언론자유의 법적 규율의 허용성이 구체적으로 귀결된다.

## (2) 사용자로서 발행인의 지시권과 기자

언론기업 내에서 발행인과 기자는 우선 근로계약 관계에 의해 그 지위 및 권한이 결정된다고 할 수 있다. 언론기업에서도 사용자의 지시권과 피용자의 지시에 대한 구속의무는 노동관계의 필요적 구성요소이다. 이와 같이 발행인과 기자간의 관계가 기본적으로 노동법관계임은 물론이다.<sup>96)</sup> 따라서 민법상의 고용으로서 기자는 근로제공의무를 부담하고, 사용자로서 발행인은 지시권을 갖게 된다. 그러나 근로자가 사용자에게 복종할 의무를 지고, 사용자는 명령권을 갖는 것은 아니다. 사용자의 지시권은 항상 변화하는 기업의 상황에 적응하기 위해 단체협약이나 근로계약상 추상적으로 규정된 근로제공의무를 일방적으로 실현하는 기능을 갖는다.

사용자의 지시권의 존부와 범위는 개별적인 노동계약에 의해 정해지는 노동관계의 내용 여하에 따라 결정된다. 신문기업에서는 물적으로 상이한 임무분야를 가진 다수의 기자들과 편집국장이 존재하므로 그에 의해 한 기자에 대하여는 노동계약의 내용에 상응하는

---

96) Joachim Wolff, Medienfreiheit und Medienunternehmen, Duncker & Humblot/Berlin 1985, S. 486f

물적 제한과 지시구속성이 발생하는 기업질서가 존재하게 된다. 기자들의 채용계약에 지시권의 범위가 개별적으로 정해지지 않은 경우에는 그 기업의 관례의 범위내에 지시권이 존재한다고 해석된다. 여기서 관례란 사실상 지시가 내려지거나 않는 여부나 범위가 아니라 그에 관한 상응하는 권한의 승인이다. 예를 들면, 지시권은 형사적으로 의문있는 공표를 방지하는데 국한될 수 있고, 사항과 스타일적인 특성에 제한없이 확대될 수도 있다. 이 지시권에 의해 기자가 자기의 확신에 맞지 않거나, 사실이 아닌 뉴스를 자기 고유의 이름으로 공표하도록 지시될 수 없는 것은 물론이다.

이와 같이 기자의 기본권적 지위는 신문사에 입사하는 노동계약에 의해 생기며, 따라서 노동계약에서 나오는 지시권에 의해 내용적으로 허용되는 한계 속에 제한된다. 그러므로 기자의 언론의 자유는 발행인의 언론의 자유와 관계에서 구조적으로 열위에 선다.<sup>97)</sup>

특히, 신문기업에서 이러한 일반적 노사관계는 독일에서도 일반적으로 인정되는 바와 같이 신문에 특수한 경향보호에 의해 변화하게 된다. 오늘날 언론이 토대로 하고 있는 사경제 질서는 발행인의 개인적인 물질적·정신적 이해에 따라 편집형성에 관해 영향미칠 것을 허용할 뿐 아니라 발행인의 기자들에 대한 업무상의 지시권은 이러한 사실과 본질적으로 결부되어 있다.

따라서 내적 자유에 의해 기자의 독자적인 기본권적 지위를 보장한다는 것은 위와 같은 발행인의 원칙적인 지시권을 제한하여 기자들에게 일정한 독자성을 허여함을 의미하게 된다. 특히, 신문사에만 특수한 임의적인 편집규약이 체결된 경우 발행인의 지시권은 그에

---

97) Bernd Rütters und Jürgen Bennica, Die Verwirklichung des Tendenzschutzes in Pressebetrieben im Rahmen des Direktionsrechts bei Versetzungen von Redakteuren, Archiv für Presserecht, 4-1995, S. 638 [641]

의한 제한을 받게 된다. 이렇게 임의적인 약정으로서 체결·성립되는 법적으로 유효한 편집규약에 의해 기자의 일상적 업무에 대한 지시권의 한계가 구속력 있게 확정될 수 있다.

그러나 신문의 경우 편집규약의 체결은 강제될 수 없고, 약정되는 경우에도 발행인의 신문의 자유의 구조적 우월성을 존중하는 범위에서 허용되게 된다. 독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 신문의 경향에 관한 결정과 변경에 관한 권한은 발행인만이 가질 수 있고, 한 정간물이나 신문의 경향의 변경은 필요한 인사개편(보직변경)에서 지시권을 행사함이 없이는 생각할 수 없기 때문에 발행인의 위 2 권리는 상호분리할 수 없는 내적 관련을 갖는다.<sup>98)</sup>

그리고 경향과 관련한 발행인의 지시권은 언론기업에서 미디어의 자유를 위해 헌법상 특별히 인정되는 것이기 때문에 일반적 노동관계법의 적용을 받지 않으며, 보다 확대된다.

### (3) 소결

이상 미디어의 자유의 주체 및 미디어 기업 내에서 발행인과 기자의 지위에 관한 논의를 종합하여 보면, 기존의 내적 자유 옹호론자는 언론의 공적 과업과 관련하여 그 자유의 객관적·기능적 측면만을 중시한 채 일방적으로 기자의 표현의 자유를 옹호하는 측면에서 이를 고찰하여 왔고, 신문이 활동하고 있는 자본주의적 시장경제 체제에서 신문을 설립하고 이를 경영하는 발행인 측의 권리를 등한시하였다는 데 문제가 있었다.

위에서 본 바와 같이 발행인은 적어도 신문을 창간함으로써, 그리고 그 이후에도 발행인의 지위에서 실질적으로 언론의 자유를 행사하는 것이다. 미디어의 소유자로서 발행인에게도 표현의 자유가 보

---

98) Bernd Rüthers und Jürgen Bennica, a.a.O., S. 641

장되는 것은 물론이고, 그가 원하는 뉴스나 의견을 선택하여 편집·발간할 수 있음은 물론이다.

그러므로 발행인이 기자를 채용하여 신문의 제작을 위임하는 것은 단지 계약을 근거로 발행인의 언론자유의 행사를 위임하는 것이지, 발행인이 자기의 기본권을 전적으로 포기하는 것이라고 말할 수 없다.<sup>99)</sup> 바꾸어 말하면 발행인은 기자를 고용함으로써 그에게 신문의 계속적인 제작을 위임하게 되지만, 그렇다고 하여 발행인이 신문 속에 또는 그에 의해서 자기의 의견을 전파하려는 권리를 일반적으로 포기하는 것이라고 간주할 수는 없는 것이다.<sup>100)</sup>

신문의 제작이 공적인 과업이라고 보는 경우에도 발행인 역시 기자 못지 않은 과업의 담당자라고 주장될 수 있고, 발행인으로서 실질적인 신문의 자유의 주체가 바뀌는 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 기자에게 같은 권리를 인정한다면 하나의 기업 내에 지속적인 폭발물이 될 제도화된 충돌을 이끌어 들이게 될 뿐이라고 하는 것이 쉬탐러의 지적이다.<sup>101)</sup>

그렇다면 결국 헌법상 미디어의 자유는 발행인에게 있고, 언론기업 내에서 기자들의 기능과 활동에 근거하여 기자들에게 내적 자유가 주어지는 것으로서 정리되어야 한다.

이렇게 본다면 발행인과 기자간의 관계에서 국가가 내적 자유를 법적으로 강제하는 경우에는 양자간의 사적인 법률관계에서 기자를 위해 발행인의 표현의 자유를 제한하게 됨을 의미하게 된다. 내적 자유가 법적으로 보장되면 발행인은 자기의 생각에 맞지 않는 생각이 공표되거나, 자기의 마음에 들지 않는 뉴스가 선택되는 것을 수

---

99) Stammler, a.a.O., S. 280

100) Stammler, a.a.O., S. 279

101) Stammler, a.a.O., S. 280

인해야 하고, 자신의 의견이나 뉴스의 선택권을 관철시킬 수 없게 되어 결국 발행인 측으로 보면 그의 핵심적 표현의 자유가 침해받게 된다.<sup>102)</sup> 이와 같이 국가에 의해 강제된 신문의 내적 자유는 발행인으로서 그 자신이 선택한 의견이나 뉴스를 공표할 수 없고, 자신의 신문에서 그 자신이 공개하지 않았을 의견이나 뉴스를 감내해야 한다는 점에서 발행인의 언론의 자유를 제한하게 되고, 나아가 그의 기업주로서 저널리즘적 통일체로서 기능을 보전할 수 있는 직업의 자유가 침해된다고 볼 수 있다.<sup>103)</sup>

그러므로 그러한 사적 관계에 국가의 관여가 허용되려면 그 제한에 공적인 이익을 추구하거나 타인의 권리를 보호함에 필요성이 있어야 한다. 앞서 본 바와 같이 내적 자유는 기자와 발행인간의 관계에서 발행인의 표현의 자유로서 뉴스 및 의견의 선택권이나 그 작업상 사용자로서의 지시권을 제한하게 된다는 점에서 실천적 조화에 의한 이해관계의 조정이 필요하게 된다.

이러한 조정에서 유의할 점은 발행인이 가지는 경향추구의 권리이든, 기자가 주장하는 내적 자유이든, 어느 일방의 완전한 보호와 타방의 전면적 희생을 가져오는 해결은 바람직하지 않다. 또 그렇다고 하여 반드시 신문의 자유의 기본권이 양 주체에게 동일하게 보호되어야 함을 의미하는 것도 아니다. 신문의 제작 및 편집과정이 “분업을 통해 노동하는 다양한 기본권 주체에 의한 공동작업과정”인 점을 인식하고 그 조정을 위해서는 기본권의 실천적 조화론에 의해 해결하는 방안이 최선이라고 생각된다. 다음의 논의는 이러한

---

102) Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1

103) Christoph Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention(Law and Economics of International Telecommunications 19) 1993, S. 445f

기본입장을 전제로 진행된다.

## 라. 발행인의 자유의 제한사유 - 내적 자유의 입법목적

이렇게 본다면 자유로운 언론제도는 헌법상 언론의 자유와 그 주체의 측면에서 재조명될 필요가 있고, 언론제도를 보장할 국가의 의무는 적정한 기능행사의 이익을 위해 발행인과 기자들의 자유로운 발전을 그 대상으로 한다고 보아야 한다.

이 경우 입법적 규율은 사경제적 조직형태와 사경제적 작업활동의 테두리 내에서 공적인 과업의 이행이라고 하는 이익을 위해 언론기업 내에서 활동하는 자들 간에 이해관계를 조정하도록 해야 한다. 이 경우 위와 같은 조정의 한계를 넘는 어떠한 요구도 합헌적인 것이 될 수 없다. 그러므로 발행인과 기자간의 이해의 조정은 공적 과업의 원활한 이행을 위해 언론의 기능이 적절히 행사되도록 하는 것을 기준으로 해야 한다.

내적 자유를 보장하기 위해 발행인의 자유를 제한하는 국가의 관여가 허용되려면 그 제한에 공적인 이익을 추구하거나 타인의 권리를 보호함에 필요성이 있어야 한다는 것이 입법의 합헌성을 충족키 위한 첫 번째 요건이다. 우리 헌법에 비추어 보면 기본권 제한의 사유로서 제시되고 있는 국가안보, 질서유지 및 공공복리 중 내적 자유는 일응 공공복리를 위한 것이라고 생각되나, 그 제한이 비례의 원칙을 따라야 함은 물론이다. 즉, 내적 자유 내지 편집권을 보장하는 입법은 발행인의 위와 같은 권리를 제한하기 위한 입법목적이 명백히 제시되어야 하고, 그러한 목적을 달성함에 적절한 수단이 되어야 함은 물론, 과잉적인 제한이 되어서는 안되는 것이다.

첫째, 1970년대 독일에서 논의된 바에 의하면 언론의 내적 자유는

무엇보다 언론의 집중 강화경향에 대처하여 의견의 다양성을 보호하기 위한 내부다원적인 시정책으로서 고찰되었다.<sup>104)</sup> 브란덴부르크주의 헌법이 내적 자유를 규정함에 있어서 내세운 입법 목적 역시 이러한 생각에 터잡고 있다. 그 외에도 내적 자유가 보장되어야 할 이유로서 신문시장의 독과점이 진행된 상황에서 독자들이 신문을 통해 포괄적인 정보를 얻을 수 있기 위해 내적 자유를 보장할 필요성이 있다고 주장하는 학자들도 있었다.<sup>105)</sup> 유럽인권재판소는 내적 자유에 의해 언론의 다양성을 보호하고, 국가적 문화를 보호할 수 있다는 점을 들고 있다.<sup>106)</sup>

둘째, 언론의 내적 자유는 언론의 민주화를 위한 수단으로서, 그리고 그에 의해 경제력의 정당화를 위한 수단으로서 추구될 수 있다는 주장도 제기되었다.<sup>107)</sup>

셋째로 문화적 재산으로서 언론의 질적 개선을 목적으로 하는 입장도 제시되었다. 내적 자유를 보장함에 의해 언론인들의 책임의식이 강화되고, 기자들은 균형잡힌 판단을 위해 정신적 능력과 태도를 갖추 수 있게 되는 등 저널리즘의 질이 향상된다는 것이다.<sup>108)</sup> 다른 시각에서 보면 신문시장에서 판매부수를 늘리기 위해 신문 내용이

---

104) Wolfgang Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe. Über die Bedingungen und Möglichkeiten arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung in der Presse, 1979 S. 69-71, 93; Rupert Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit (Berliner Abhandlungen zum Presserecht 19) S. 45

105) Hans-Heinrich Rupp, in: Armbruster u. a. (Hrsg) Entwurf eines Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung 1972, 41

106) EGMR 28. 3. 1990, Ser. a 173, 1, 27, §§69f. - Groppera; EGMR 22. 5. 1990, Ser. A 178, 1, 26 §§58f - Autronic.

107) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 76f

108) Freidrich Kübler, Empfiehlt es sich, zum Schutze der Pressefreiheit gesetzliche Vorschriften über die innere Ordnung von Presseunternehmen zu erlassen? in: 49 DJT (1972) D-85; Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 118-131

선정화하거나 평준화하는 경향에 대하여 내적 자유는 이를 억제하는데 기여하게 된다는 생각도 제시되었다.<sup>109)</sup>

다음에 검토되어야 할 것은 위와 같이 주장된 입법 목적이 정당성을 갖는가 하는 점인데, 위와 같은 입법목적이 나름대로 헌법상 정당성을 가진다는 점에 대하여 의문을 제기하는 사람은 없을 것이다.

그 다음 단계에서 검토되어야 할 것은 내적 자유를 보장함에 의해 그러한 목적이 달성될 수 있는가 하는 점으로서 수단의 적절성 여부에 대한 판단이다.

#### **마. 목적실현을 위한 수단의 적절성**

그러나 위에서 제시된 사유가 내적 자유, 특히 기자들의 편집에 관한 결정참여를 보장함으로써 달성될 수 있는가 하는 점에 관하여는 신중한 검토가 필요하고, 이를 의문시하는 견해가 우세하다.

##### **(1) 다양성 보호를 위한 목적**

첫째로 신문의 올바른 기능을 유지·촉진한다는 입법목적은 염두에 둔다면 내적 자유를 위해 신문기업의 내적 구조를 변경하거나 기자들의 관여권을 인정하려고 하는 것은 그것이 실제로 신문 논조의 다양성을 촉진하고 편집에 대한 부당한 영향을 배제할 수 있는 범위내에서 그것을 한도로 인정되게 된다. 내적 자유의 도입에 의해 그러한 결과가 나올 수 있다는 점에 관하여는 일반적인 의견의 합치를 요하지만, 그에 대한 견해는 일치하지 않고 있다.

이 첫 번째 제한 목적은 언론의 기능의 보장, 특히 언론독점의 부

---

109) Kübler, a.a.O., S. D-92

정적 결과의 제거 및 보상에 관한 것이다. 시장경제를 바탕으로 하는 언론시장에서 독점현상이 가중되면 비판의 담당자 및 포럼으로서 언론의 정보기능 및 공적 과업은 충분히 달성될 수 없고, 시민의 정치적 판단에 필요한 정보제공이 억제되거나 그렇지 않더라도 일방성 내지 편파성으로 인하여 여론형성에 결함이 야기된다는 점이 시정을 위한 입법 목적으로 제시된다. 또 언론이 집중되면 그 결과 정보제공이 평균화하고 의견의 스펙트럼이 협애화(狹隘化)하며 정치적 무관심을 가져오게 된다. 이러한 현상에 대처하여 신문의 기능을 보전할 목적을 갖는 대책으로서 내적 자유가 논의되는 것이다.<sup>110)</sup>

그러나 이러한 폐단은 신문기업이 자본주의적 시장경제에서 경쟁기업의 하나로서 존속해야 한다는 사실에서 야기되는 필연적인 결과일 뿐, 내적 자유를 보장한다 하여 극복될 수 있는가 하는 점에 대하여는 이를 의문시하는 견해가 지배적이다. 신문시장의 사경제적인 언론구조는 변경될 수 없고, 그 때문에 신문기업은 광고시장 및 판매시장을 지향하지 않을 수 없다. 시장의 결과는 언제나 시장성에 의해 보장되어야 하는데, 내적 자유가 이상적으로 구비된 신문이라 하더라도 이러한 시장의 법칙을 외면하는 신문이라면 언론의 시장에서 도태될 것이다. 이러한 현상은 아무리 기자들만이 출자하여 신문을 설립한 경우에도 피할 수 없는 현상이다. 그에 의해 달성될 수 있는 저널리즘적 다양성은 한정된 범위 내에서만 이루어질 수 있을 뿐이다.

이렇게 기자들에게 관여권이 인정됨으로써 의견의 다양성이 촉진되고 편집에 대한 부당한 영향이 배제된다는 사실에 관하여는 논자에 따라 견해가 일치되는 것이 아니다. 기자들에게 공동결정권을 인

---

110) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 48

정하는 것이 그들의 직업의 안정이나 법적 보호를 개선하게 되는 점에서는 의문이 없으나, 신문에 공표되는 의견의 다양성을 활성화하기 위해서 편집의 공동결정(redaktionelle Mitbestimmung)이 충분한 것이라고는 말할 수 없는 것이다. 공동결정이 성취된다면 기자들이 자신의 견해를 관철할 상대적인 사전조건은 이루어지지만, 이를 게재한 신문 제작물이 판매시장이나 광고주에게도 관철될 수 있다는 것을 보장하는 것은 아니다. 시장기구에 의해 주어진 여건을 바꿀 수는 없는 것이기 때문이다.<sup>111)</sup> 그러므로 결국 편집상 지배되는 법칙은 경제적 성과를 위협할 수 없고, 경제 시스템에서 나오는 일반적인 결정요인을 떠나지 못한다는 점이다.

또 편집의 독립성이 보장됨으로써 얼마나 내적 다양성이 보장될 수 있는가 하는 점에 관하여는 조사 결과에서 뿐 아니라 일반의 인식에 있어서도 의심받고 있다. 편집의 독립이 보장되건 않건, 뉴스전달기관의 제도적·조직적 기구 안에서 기자 개개인의 개인적 선호, 동기 및 태도를 펼 가능성은 매우 한정된 테두리 안에 국한되는데, 기사를 선택하고 내용을 결정할 수 있는 기자의 수는 단지 정규적이고 반복적인 작업에 종사하는 기자보다 적으며 그들도 개인적 의견에 따라 결정을 내리는 것이 아니라 전문직적, 조직적 및 기술적인 사전 결정에 구속되어 그들의 역할영역은 심하게 좁혀진다. 독일의 경우 편집규약의 제정·시행으로 편집의 공동결정체제가 설립된 경우 관계자를 대상으로 조사한 바에 의하면 신문에 대변된 견해의 폭에 있어서 다소간의 개선이 있을 뿐 주목할 만한 증폭이 이루어지지 않는 못하였다는 결과가 보고된 바 있다.<sup>112)</sup>

---

111) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 56

112) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 56; Branahl/Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute in der Bewährung. Eine empirische Untersuchung über Redaktionsstatute in deutschen Zeitungen - zugleich ein rechts- und sozialwissenschaftlicher Beitrag zur Pressereform, 1975, 233ff

한편 내적 자유를 보호한다 하여 진정한 여론의 반영이 가능한가 하는 점에 대하여도 논란이 있다. 기자들의 집합체, 그들이 선출한 대표 또는 개개의 언론인과 그의 양심이 반드시 사회를 지배하는 여론을 모사(模寫)하는 것은 아니라고 하는 반론이 강력히 제기된다. 기자들은 그들이 쉽게 접할 수 있는 신문의 논조와 경향을 근거로 그들의 취업처를 선택하게 되고, 독자들 역시 신문의 기본입장을 그 구독선택의 기준으로 삼는 현상을 본다면 신문의 경향보호가 오히려 더 다양성에 기여하게 된다는 점을 알 수 있다. 의견의 다양성은 상이한 여러 경향의 독립한 신문이 다수 존재함으로써 오히려 더 잘 보호될 수 있다는 것이다.

이러한 사정을 종합하여 보면 편집의 공동결정이나 내적 자유의 보장이 언론의 집중경향에 대한 충분한 대책이 된다고 단언할 수는 없다.<sup>113)</sup>

다만, 편집의 공동결정은 시장의 거부를 치유할 수 없을 테지만 저널리즘 직원의 다양한 잠재의견의 활성화를 통하여 상이한 액센트를 주고 다기한 전망을 개발하여 다계층적 정보를 전파함에 도움을 줄 수 있고, 특히 발행인의 일방성이 저지될 수 있다는 점에 이점을 드는 견해도 있다. 그러나 이러한 이점만으로 내적 구조를 변경시키고 발행인의 자유를 제한할 수 있는가에 관하여는 새로운 이익형량이 요구되고, 비례의 원칙에 의한 과잉금지의 문제가 제기될 것이다. 그 경우에는 선택된 수단의 이점과 불이익을 대조하여 과잉적 제한이 금지되는데, 위에서 본 바와 같이 발행인이 받게 되는 불이익이 분명히 무겁고, 다양성과 저널리즘의 질을 보호하려는 이익의 달성이 의문시되는 경우 제한조치는 위헌 쪽으로 기울게 된다.

---

113) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 50

내적 자유를 보장함으로써 야기될 수 있는 위험은 다음에서 다시 논의된다.

그렇다면 문제를 해결하기 위해서는 위와 같은 언론 기능의 부조화 내지 결핍을 보완하는 별개의 조치로서 대응되어야 한다. 물론 기존의 신문과 다른 입장을 전파하기 위해 새로운 신문을 창립할 수 있으나, 그러한 가능성만으로 언론의 다양성을 유지·촉진하는데 충분하다고 말할 수는 없을 것이다. 새로운 신문을 창설하여 기존의 배급망과 광고시장을 장악한 기존신문과 경쟁하여 살아남을 수 있다는 것은 쉬운 일이 아닐 것이기 때문이다. 우리의 현실에서는 이미 진보적 생각을 가진 사람들이 출자한 신문이 출범하여 상당한 독자를 확보하고 있는 사례도 있으나, 그러한 사례는 예외적인 것에 속한다고 할 수 있다.

그러나 시야를 바꾸어 본다면 인터넷이 대중화하기 시작한 1990년대 중반을 전후하여 언론의 다양성에 관한 논의는 중대한 변화를 맞게 되었음을 지적하지 않을 수 없다. 현대의 전자 커뮤니케이션 기술에 의해 각 시민이 사이버스페이스에서 각각의 채널을 구사할 수 있는 상황이 현실화되고 있는 점에 비추어 보면 뉴스그룹이나 전자 게시판 또는 다양한 웹사이트를 활용하여 위와 같은 다양성의 결핍을 타파하거나 새로운 의견제공의 가능성을 찾을 방법이 부여되고 있음을 유의하여야 한다. 주지하는 바와 같이 인터넷 신문의 형태뿐 아니라 웹 캐스팅 기법에 의하면 개인이 큰 자본을 요하지 않고 세계를 상대로 자기만이 편집한 뉴스나 의견을 대중에게 제공할 수 있고, 이러한 현상에 비추어 보면 다양성은 오히려 과잉상태를 맞고 있다.

이와 같이 현재 전자 커뮤니케이션의 시대에 개개인이 커뮤니케이터가 되는, 외적으로 과잉적 다양성이 구가되는 현실상황 속에서

기존의 커뮤니케이션질서에 집착하여 신문의 다양성을 추구하기 위해 내적 자유를 보장하여야 한다고 하는 주장은 그 설득력이 약화된다. 내적 자유가 이렇게 다양성 확보에 충분한 요건을 충족하는 것이 아니며, 다양성을 확보하기 위해서는 언론의 집중을 억제한다거나 소수의견을 펴낼 수 있는 매체의 양성 등 국가의 지원에 의한 다른 해결책이 가능하다고 보면 다양성을 위해 내적 자유를 도입함으로써 발행인의 자유를 제한하는 것은 적절한 것이 되지 못한다는 결론에 이르게 된다.

## (2) 언론 및 사회 민주화의 주장

둘째, 내적 자유의 보장은 언론의 민주화 및 사회의 민주화에 기여하게 된다는 점에서 그 정당성을 찾으려는 견해에 대하여도 여러 각도에서 비판이 제기된다.

언론 및 사회의 민주화를 주장하는 논자들은 권력의 절제, 인간의 존엄의 보호, 정치적 경제적 해방 또는 경제적 민주주의의 보장 등 전반적 민주화를 위해 내적 자유가 보장되어야 한다는 입장을 취한다. ‘민주화’라는 말을 슬로간으로 사용하여 강력한 호소력을 갖는 이 주장은 사회정책적 논의의 차원을 법적 논의에 이끌어 들인다는 점에 특징을 갖는다.<sup>114)</sup>

다양한 뉴앙스를 가진 이 언론민주화의 주장은 일반적인 노동 및 경제생활을 변혁하여야 한다는 사회·정치적 주장과 궤를 같이한다. 이러한 주장의 배경을 보면 원래 사회·윤리적으로 뒷받침된 자주결정 및 자주적 발전의 요청 즉, 자유와 인간의 존엄에 근거하는 이상적인 무정부주의적 견해도 있고, 경제기업에서 민주주의적 새 질서를 전제로 하는 국가와 사회의 동일성적 조직구조를 향해 지향하

---

114) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 76

는 급진적 성향의 신디컬리즘적인 것도 있고, 생산요소인 자본과 노동의 관계분석에서 자본의 권력적 우월을 폐기하거나 자본과 노동의 전혀 새로운 관계를 지향하는 변혁적인 사회주의적인 것일 수도 있다.<sup>115)</sup>

독일의 예를 보면 다수의 노조 관계자들은 모든 기업분야를 포괄하는 (경영조직법상의) 기업적 공동결정의 구축을 주장하면서 그 일환으로서 언론기업의 특수한 편집적 공동결정을 제안하였다. 기자들에게만 특수한 편집의 공동결정권을 인정하게 되면 현존하는 기능엘리트에게 더 큰 특권을 부여할 수 있고, 나아가 포괄적 민주화를 향한 요청의 충격력을 약화시킬 수 있다는 우려가 있었기 때문이었다.<sup>116)</sup>

이에 대하여 경영자 측은 신문의 자유에 국한하지 아니한 그러한 주장은 기업내에서 일반적인 권력의 이동을 의도하여 자본주의 체제를 변혁하게 된다는 점에서 강력히 반발하였다. 그러한 주장은 종속적 노동에 대한 타율적 규율을 제거하고 자본과 노동의 관계에 관하여 새로운 변혁적 질서를 창출하려는 것이라는 취지가 그 반대의 주된 이유였다.<sup>117)</sup>

그러나 타율적 노동은 언론에만 특수한 것이 아니다. 오히려 다수의 종속적 노동의 경우에 비하여 기자들의 활동은 노동과정에서 높은 정도로 자율성을 갖는다. 기자들은 근로조건상 많은 결함에 불구하고 이미 언론적 권력의 행사에 사실적으로 참여하고 그 한에서 특권화된 권력의 행사기회를 갖고 있다. 신문기업 내에서도 기술적 부문의 노동은 편집적 부문의 경우보다 더 타율적이다. 그러므로 기

---

115) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 76

116) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 76

117) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 77

업 내에서 경영자의 경제적 권력의 행사를 정당화하여야 한다는 문제는 결코 신문에 특수한 것이 아니다.

언론기업에서 특수성이 있다면 그것은 경제력에 뒷받침된 언론적 힘을 가진 발행인이 정치적 결정과정에서 영향력을 행사하고 그 의도를 관철할 수 있는 기회가 강화된다는 점이다. 경영자측의 이른바, 언론권력이 이렇게 막강한 힘을 갖게되기 때문에 이를 정당화하여야 한다는 주장이 타당하다고 하더라도 이 권력의 정당화문제는 내적 자유의 보장에 의해 근로자(편집종사원) 그룹에게 권력을 보유하도록 함으로써도 해결될 수 없는 전체 사회적인 문제이다.<sup>118)</sup>

경영자 측의 언론권력을 제한하기 위해 편집의 공동결정이나 편집권 개념이 도입된다면 그것은 오히려 편집작업을 고립화하고 편집직원을 특권화함으로써 또 다른 문제를 야기하게 된다. 학자들의 지적에 의하면 해방, 자주적 노동, 경제적 민주주의 등 일반적 사회정책적 목표의 달성을 위해 신문의 기능이나 신문의 자유의 중요성에 대한 고려없이 편집의 공동결정이나 편집권이 도입되는 경우 그것은 한 직업군에 대해서만 전문적 직업적 특권을 부여하는 것이어서 평등의 요청에 반하게 되고, 발행인측에서 뿐 아니라, 다른 근로자 집단에 의해서도 지지받지 못하게 된다.

더 큰 문제로 지적되는 것은 그러한 언론권력이 발행인으로부터 기자 그룹으로 넘어감으로써 야기될 수 있는 사회적·정치적 문제이다. 내적 자유 내지 편집권에 의해 개개 언론은 국가에 의한 통제도 시장에 의한 통제도 없는 언론적 힘(publizistische Macht)을 가질 수 있고, 그 결과 그러한 통제 없는 권력은 남용될 수 있을 뿐 아니라, 신문이 국가나 사회를 위해 불가결한, 유익한 기능을 올바로 수

---

118) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 77

행할 수 있는가 하는 점에 우려를 가져오게 된다는 것이다.<sup>119)</sup>

종전 우리 언론계의 경험에 비추어 보면 어느 신문에서나 기자 그룹은 진보적 성향을 띠게 된다는 사실을 부인할 수 없었으며, 모든 신문에서 기자의 편집권이 보장된다면 결국 모든 신문은 진보적 경향 일색으로 되어 오히려 언론의 다양성이 위축될 것이라고 하는 우려를 지울 수 없었다. 독점에 대한 시정책으로 논의되는 내적 자유가 실현된 경우 또 다른 의견의 독점현상이 야기될 것을 생각한다면 내적 자유의 전면적인 실현이 가져올 다른 위험을 직시해야 할 것이다. 더욱이 현재와 같이 전자 커뮤니케이션의 발전으로 각 개인의 의견 표현 및 전파의 채널이 무한히 확대되고 있는 상황에서는 내적 자유의 과격한 실현은 지지할 수 없게 된다.

이와 같이 편집권이 발행인으로부터 기자엘리트에게 이전되는 경우에는 그에 상응하는 남용방지 장치가 법제화되어야 한다. 그렇다면 결국 기자운리를 법제화하지 않으면 안되게 되고, 결국은 언론의 부자유로 귀결될 우려가 있다.

따라서 해방, 자주적 노동, 경제적 민주주의 등에 관한 일반적 요청과 함께 편집권을 고립화하고 편집직원을 특권화할 우려가 있는 이러한 시도는 그 정당화에 있어서 실패한 것으로 간주되고 있으며, 독일의 경우에도 정당이나 언론에서 이러한 주장은 절제되고 있다.<sup>120)</sup>

이러한 의미에서 호프만림은 편집권의 독립이 과거에 공허한 공식이 된 해방, 권력의 제한, 경제의 민주화, 등 사회정치적 요청을 충족시키는 올바른 방안이 되지 못하므로 기업내에서 일반적인 공

---

119) Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1 [7]

120) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 78

동결정을 성취하기 위해 편집권을 보장하는 것 역시 저지되어야 한다고 한다.<sup>121)</sup> 이것은 적극적 또는 소극적 방향에서 타당하게 되는데, 언론기업에 특수한 편집권 논쟁이 일반적 경영참여를 달성하기 위한 수단으로서 기도되어서도 안되고, 일반적 경영참여에 관한 논의가 그 때문에 방해받아서도 안되며, 편집의 공동결정은 노동법적으로 접근할 것이 아니라 언론특수법에 의해 형성되어야 한다는 것이 호프만림의 결론이다.<sup>122)</sup>

### (3) 언론의 질 내지 문화수준의 향상

문화적 재산으로서 언론의 질적 개선을 위해 내적 자유가 보장되어야 한다는 제안은 상당한 근거를 가지나, 그에 대한 비판 역시 무시할 수 없다. 그 주장의 요지는 내적 자유를 보장하면 신문시장에서 판매부수를 늘리기 위해 신문 내용이 선정화하거나 평준화하는 경향에 대처할 수 있으며, 언론인들의 책임의식이 강화되고, 기자들은 균형잡힌 판단을 위해 정신적 능력과 태도를 갖추 수 있게 되는 등 저널리즘의 질이 향상된다는 것이다. 내적 자유를 보장하여 기자들에게 표현의 자유를 널리 보장한다면 다소 그러한 목적이 달성될 수는 있을 것이다.

그러나 이러한 주장 역시 기자윤리의 확립을 전제로 하는 언론학의 사회학적 주장에 불과할 뿐, 내적 자유를 보장한다고 하여 반드시 성취될 수 있는 것은 아니다. 이러한 문제 때문에 과거의 내적 자유론자들은 내적 자유를 보장함과 함께 언론인의 책임윤리를 강조하여 이를 실정법화하자는 제안을 함께 하고 있는 것이다.

이러한 사정은 바이마르시대에 내적 자유의 열렬한 주창자였던 헨켈(Kunt Häntzschel)이 언론강요죄나 언론증뢰죄를 신설하고, 기

---

121) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 79

122) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 80

자의 직업의무 준수를 감시하기 위한 명예법정의 설립을 제안한 것을 보면 익히 알 수 있다. 발행인들이 공적 과업 수행에 적합치 아니하여 편집권을 기자들에게 맡겨야 한다면 기자들의 자격이나 연수에 법적 요건을 설정하거나 기자들의 업무수행의 공정성을 담보하는 조치가 법제화되지 않으면 안되는 것이다.

그러나 이러한 개입은 기자들의 취재 및 보도의 자유에 대한 또 다른 공권력에 의한 개입을 불러들이게 되어 본래의 의도와 달리 언론의 자유를 가져올 우려가 있다. 언론의 질이 법적 개입에 의해 달성되리라고 생각하는 것은 안이한 생각에 불과한 것이다.

이 경우 내적 자유를 보장하면 기자들은 창의적으로 활동할 수 있게 되므로 발행인으로서 현명한 정책이 될 수 있다고 하더라도 그것이 내적 자유를 법적으로 강제할 수 있는 충분한 이유는 되지 못한다. 발행인이 그렇게 현명한 조치를 취할 것인가 여부는 그의 개인적 선호에 달린 것이고 법질서가 관여할 일이 아니기 때문이다.

## **바. 상정되는 보호법익과 비례의 원칙**

이상 내적 자유를 규정함에 의해 봉사될 수 있는 정당한 목적을 진지하게 검토해 본다면 언론의 다양성이나 언론의 민주화를 위한다는 이른바 공익상의 주장은 대부분 충분한 정당화 근거를 갖지 못한다. 결국 언론영업의 왜곡에 대한 시정책과 일반적으로 다원주의의 강화를 위해 내적 자유를 보장하려는 것은 그 목적 실현을 위한 필요성이 희박하며, 내적 자유의 강제를 공적인 이익을 위해 정당화하려는 시도는 모두 실패하게 될 것이다. 다만, 그러한 조치가 다소간 그러한 목적을 실현할 수 있다고 하더라도 그러한 조치가 가져올 이익은 희생되는 이익에 대비한다면 어느 경우든 과잉금지

를 위반할 소지가 있다.

그렇다면 내적 자유를 규정하기 위해 정당한 규제 목적으로 생각할 수 있는 것은 타인의 권리 즉, 일반 국민의 알 권리를 위해 정당화되는 가 하는 문제가 논의 대상이 될 수 있다. 내적 자유가 보장됨으로써 국민의 알 권리가 충족될 수 있는가 하는 것이다.

먼저 고찰되어야 할 것은 헌법이 보장하는 알 권리의 내용과 성격이다. 주지하는 바와 같이 알 권리는 국민이 여러 정보원으로부터 정보를 접근 취득함에 국가의 방해를 받지 아니할 자유권적 권리(이른바 ‘형식적 정보의 자유’(formelle Informationsfreiheit))로 출발하여 오늘날에는 국가가 보유하는 국정정보를 개시하라는 청구권을 내용으로 하는 데까지 발전하였다. 그러나 주의할 것은 헌법상 개인에게 보장되는 알 권리가 공공 전체의 균형있는 또는 질높은 정보를 청구할 수 있는 권리를 실질적으로 보호하는 것(이른바 ‘실질적 정보의 자유’)이라고 생각할 수는 없다는 점이다. 그것은 미디어의 자유를 알 권리의 실현을 위한 특별한 도구적 기본권(Instrumentalgrundrechte)에 불과한 것으로 인식하게 된다는 점에서 미디어의 자유를 질식시키고, 결국 미디어의 운영자나 종사자의 개인적 권리를 사실상 해소시키는 결과를 야기하게 된다는 점에서 비판 받고 있으며, 그 때문에 이를 실정법적으로 제도화한 나라는 없다. 이러한 국민의 알 권리를 충족시킬 국가의 의무가 있다면 그것은 국가가 새로운 정보매체를 설립 또는 지원하거나 국정정보를 공개하는 등 국가 자신에 의해 실현될 수 있음은 별론으로 하고 이를 위해서 국가가 그 부담을 발행인에게 떠넘길 수는 없다.

내적 자유를 보장함으로써 기자들의 의견이 신문지상에 반영된다고 할 때 그들의 의견이 바로 진정한 여론을 반영하는가 하는 문제는 별개의 검토를 필요로 한다. 전술한 바와 같이 기자들의 집합체,

그들이 선출한 대표 또는 개개의 언론인과 그의 양심은 사회를 지배하는 여론의 모사라고 볼 수는 없다. 오히려 다양한 여론의 소재는 다양한 논조와 경향을 가진 출판물의 존재에 의해 반영되어 읽혀질 수 있을 뿐, 기자들만의 견해가 신문지면에 발표되어야 한다면 모든 국민 개개인의 알 권리를 보호하기 위한 조치가 결국은 기자그룹만의 임의적인 정치적 사념의 표현만을 보장하게 되어 국민의 알 권리는 편식증의 폐를 앓게 될 것이다.

그러나 내적 자유가 매체의 경향을 결정하고 실현하는 발행인에 대처하여 개개 언론인의 확신을 보호하기 위해 도입되는 것이라면 사정은 달라진다. 앞서 본 바와 같이 편집작업은 발행인과 기자가 협력에 의해 상호신뢰 속에서 이루어져야 하는 일이고, 그 과정에서 개개 언론인에게 일정한 자유영역을 보장한다는 것은 정신적 작업을 본질로 하는 기자들에게 요구되는 최소한의 요구일 뿐 아니라 저널리즘의 질이나 다양성을 촉진하는데 유리한 것이라고 생각할 수 있기 때문이다. 여기서 발행인의 경향보호와 기자의 소신 보호간의 비교형량과 타협이 필요한 것이다.

이렇게 일정한 비교형량의 틀 속에서 기자 개개인을 보호하기 위한 발행인의 권리의 제한이 가능하다고 생각되는데, 기자의 의견의 자유를 보호하기 위해 발행인의 권리, 특히 지시권을 제한하는 경우에도 미디어가 민주주의에 대하여 갖는 중요한 의미에 비추어 미디어의 기능을 현저하게 침해하지 않는 범위의 조치만이 허용되게 된다. 이렇게 보면 기자들의 의견 내지 표현의 자유를 보호하기 위해 신문의 경향보호를 폐기하는 정도에 이르는 조치는 허용될 수 없고, 기자를 보호하기 위한 국가의 조치는 경향보호에 과도하게 방해적으로 작용하지 않는 경우에만 허용될 수 있을 것이다.

이렇게 본다면 내적 자유로서 논의되는 제도 가운데, 기자들의 소

신을 보호하는 제도와 편집의 공동결정에 있어서 원칙적 입장은 물론 지침의 결정에 있어서뿐 아니라 경우에 따라서는 모든 구체적인 사례에서도 최종적 결정이 발행인에게 유보되는 범위에서 그러한 공동결정권이 도입될 수 있을 것이다.<sup>123)</sup> 편집부문의 인사결정에 있어서도 이러한 기본 입장이 지켜져야 할 것이다.

## 5. 내적 자유 보장의 제 국면

내적 자유에 관한 논의에는 여러 가지 관점이 존재하지만, 특히 언론 기업 내부에서는 다음과 같은 여러 국면이 입법론적 차원 또는 노사협상의 차원에서 논의되게 되었다. 이 항에서는 위에서 고찰한 결론적 입장에 따라 독일에서 내적 자유의 보장 방안으로 논의되어 온 여러 국면에서 논의를 결산함과 함께 우리의 경우 이를 받아들일 수 있는 범위와 한계에 관하여 고찰하기로 한다.

### 가. 기자의 정신적 활동의 보호

독일에서 기자의 양심 및 신조의 보호 등 이른바 기자의 물적 독립을 보호하는 제도는 위 1926년의 노사협약에서 그 기본적인 형태가 규정된 후, 오랜 논의를 거쳐 1951년 일간신문 기자들에 대한 산별 노사협약에서 구체적으로 규정되게 되었다. 그 후 1960년대 말부터 각 언론사에서 채택된 편집규약에는 양심보호에 관한 조항이 삽입되고 있으며, 1980년에 체결되어 독일 전역에 일반적 효력을 갖게 된 ‘일간신문의 기자에 관한 노사협약’은 기자의 양심 및 신조 보호에 관하여 규정하는 동시에 합의 확정된 원칙적 입장에 반하여 발

---

123) Christoph Engel, a.a.O., S. 8

행인의 지시권이 행사될 수 없다고 규정한다.<sup>124)</sup> 이러한 내용은 1992년 4월의 산업별 단체협약에서도 수용되었다.

‘양심의 보호’(Gewissensschutz)란 기자는 그 확신에 반하여 쓰거나 이름을 내걸도록 강요받지 아니하며, 그에 불응하였음을 이유로 하등 불이익한 처우를 받지 아니함을 의미한다. 이러한 점에서 발행인의 기자에 대한 작업지시권은 제한된다. 이 양심의 보호는 위와 같이 기자 자신의 확신에 반한 자신의 기사 작성을 거부할 수 있도록 할 뿐, 기자는 타인이 작성 저술한 내용이 자신의 확신에 반함을 이유로 그에 관한 업무를 거부하거나 그것이 편집 보도되는 것을 막을 수는 없다.

‘신조의 보호’(Gesinnungsschutz)란 쉽게 말하여 신문의 사시와 기자의 신념이 일치하지 아니할 때 기자가 그 기업을 떠나면서 보상을 구할 수 있는 권리가 인정됨을 말한다. 그에 의하면 예컨대, 발행인이 신문의 원칙적 입장이나 태도를 일방적으로 변경하는 경우 또는 신문기업이 양도 또는 합병되는 경우 기자는 스스로 고용계약을 해지하고 일정 기간 동안의 과도적 급여를 청구할 수 있다.

독일의 경우 일간신문의 산업별 임금협약(Manteltarifvertrag)에 따르면 발행인은 기자를 임용함에 있어서 신문의 원칙적인 사시(社是)를 위하여 방침을 엄수할 의무를 약정하여야 한다. 그 방침은 개별적인 경우에 기자들이 이행의무가 있는 작업을 위한 테두리를 마련해주는 동시에 기자들에게 신조의 보호(Gesinnungsschutz)를 보장하는 의미를 갖는다. 추후에 발행인이 이러한 원칙적인 입장을 임의로 변경한다면 그 원칙적 방침에 자의로 따를 것을 선언했던 기자는 편집활동을 함에 있어서 자기의 확신에 반하여 쓸 의무가 없

---

124) Löffler/ Ricker, a.a.O., S. 205, Rdnr. 24

다. 그는 즉시로 고용계약을 해지하고, 계약상 내지 협정상의 해약고 지기간 동안 과도적 보상금여를 청구할 수 있는 것이다. 신조의 보호는 신문기업이 양도되는 경우에도 기자를 양심의 강요로부터 보호해준다.

또 이른바 신조보호 규정이 있다 하여 그로부터 발행인이 자기 신문의 경향을 변경할 가능성을 포기하려 한다고 귀결되어서는 안된다. 그 반대로 그것은 오히려 경향의 변경에 동참할 수 있다고 믿지 않는 그러한 기자들을 사회적으로 보호하려는 것이다.

위와 같이 기자의 확신을 보호하는 제도를 입법에 의해 명문화한 오스트리아의 예는 주목을 요한다. 오스트리아의 1981년 ‘신문기타언론매체에관한연방법’<sup>125)</sup> 제2조(확신의 보호, Überzeugungsschutz)는 “(1) 모든 언론종사원은 그의 확신이 제25조의 의미에서 공표된 언론매체의 기본적 방향에 반하지 않는 한 기본적인 문제나 기자직의 원칙에 관한 자신의 확신에 반하는 기사나 연출의 내용적 형성에 협력을 거부할 권리가 있다. 타인의 기사나 연출의 기술적·편집적 작업과 뉴스업무는 거부될 수 없다. (2) 언론종사원은 정당한 거부 때문에 하등의 불이익도 받지 아니한다.”고 규정한다.<sup>126)</sup> 또 동법 제3조에 의하면 “기사나 연출이 의미내용에 관련되도록 수정되는 경우에는 그 언론종사원의 동의가 있어야만 그의 이름으로 공표될 수 있다.” 다만, 유의할 것은 위 규정들은 “언론종사원에게 그가 내용적 형성에 관여한 작성된 기사나 연출의 공표를 강요할 권리를 부여하지 아니한다”는 점이다(동법 제4조, 공표강제의 불가능성). 또 기자의 양심의 자유가 보호된다고 하더라도 발행인이 다른 기자로

---

125) Bundesgesetz vom 12. Juni 1981, BGBl. Nr. 314, über die Presse und andere publizistische Medien, Mediengesetz

126) 동법의 전문 번역은 박용상, 방송법제론, 교보문고(1988) 543면 이하 참조

하여금 마음에 맞는 기사를 작성하도록 하는 것은 방해받지 않는다.

앞서 본 바와 같이 이 차원에서 발행인과 기자간의 관계를 보면 발행인의 지시권이 기자의 양심의 자유를 위해 제한되는 최소한의 것이다. 뒤에서 보는 바와 같이 우리의 경우에도 이러한 제도가 노사협약이나 편집규약에 의해 도입될 수 있을 것이다.

## 나. 발행인과 기자간의 권한분배

### (1) 개관

독일에서 내적 자유로 논의된 사항 중 가장 중요하고 논란된 것이 편집에 있어서 발행인과 기자간의 권한분배에 관한 사항이다. 이 경우에 유의할 점은 경향기업으로서 언론기업의 편집작업에 있어서 발행인의 경향의 실현과 편집직원의 양심의 자유가 조화를 이루어야 한다는 점이다.

여기서 논의되는 발행인과 기자간의 내적 자유의 문제는 어디까지나 언론기업에 특수한 언론법적 문제일 뿐, 일반적인 기업에서 노동조합의 경영참여나 공동결정권의 일부로서 논의되는 노동법적 규율은 아니다.

이제까지 이에 관하여 논의되어 온 바를 종합한다면 편집에 관한 결정의 대상으로서 언론활동의 실질적인 단계에 따라 원칙적 권한, 방침적 권한, 세부적 권한의 세 가지로 구분하여 그 사항마다 그 권한의 귀속자가 논의되었다고 할 수 있다. 먼저 ‘원칙적 권한’(Grundsatzkompetenz)은 언론출판물의 기본적인 입장의 확립과 변경에 관한 것이고, ‘방침적 권한’(Richtlinienkompetenz)은 일상적인 의미를 벗어난 새롭게 등장한 문제의 결정과 관련한 원칙상의 권한

이라고 할 수 있다.<sup>127)</sup> 그리고 ‘세부적 권한’(Detailkompetenz)은 원칙적 권한과 방침적 권한에 의해 정해진 언론기관의 입장에 따른 편집·제작단계에서 특정 기사에 대한 게재 여부의 결정, 그 배치와 지면구성 등 지면제작상의 세부사항을 결정하는 권한을 의미한다.

이 문제에 관하여는 이해관계를 달리하는 그룹의 입장 뿐 아니라 학설상으로도 다양한 의견이 제시되고 있어 이를 정리할 필요가 있다. 원칙적 사항에 관한 결정권이 발행인에게 있음은 의문이 없고, 다만 발행인이 기존에 확정된 신문의 원칙적 입장을 변경함에 있어서는 편집부문의 의견을 들어야 한다고 이해되고 있다. 그에 대해 세부적 사항의 결정권은 기자들에게 귀속되는데, 그에 대하여는 일정한 한계가 설정된다. 즉, 기자의 결정이 신문에 대한 민사상의 책임이나 형사적인 제재를 가저을 위협이 있는 경우 발행인은 그에 대해 거부할 권한이 있다.<sup>128)</sup> 그러나 위와 같은 결정권한의 논란 중에서 가장 문제되는 것은 방침적 사항에 대한 결정권이 누구에게 귀속되는가 하는 문제였다.

## (2) 신문의 경향과 원칙적 사항

먼저 원칙적 사항에 관한 결정권(Grundsatzkompetenz)은 언론출판물의 기본적인 입장의 확립과 변경, 예컨대 진보 또는 보수, 좌파 또는 우파 등 언론기관의 사시 내지 기본적 성격과 관련된 것으로서 이것이 발행인측에 속한다는 점에 대하여는 이론이 없다. 그것은 신문의 경향의 보호와 밀접한 관련을 갖는다. 경향의 보호는 대부분 특정한 방향으로 작용하려는 의사(In-eine-bestimmte-Richtung-wirken-Wollen)의 의미에서 정신적 이념적 목표(geistig-ideelle Ziel)의 추구를 내용으로 한다. 신문의 경우에는 그것이 사경제적 조직형태로 존

---

127) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 246, Rdnr. 20

128) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 243; 246f

속할 수 있기 위해서 정보가 제시되는 종류와 형태에 관해서도 경향 보호가 적용된다.<sup>129)</sup>

언론시장에서 서로 정신적·경제적 경쟁관계(geistige und wirtschaftliche Konkurrenz)에 설 수밖에 없는 언론기업에 있어서 경향의 추구는 개개 언론기관의 기본입장이 명백하게 규정되고 그 저널리즘적 표현이 항상 그에 맞춰지는 경우에만 잘 충족될 수 있다.<sup>130)</sup> 나아가 하나의 신문이 존속하기 위해서는 통일적인 저널리즘적 상(Einheitlichkeit des publizistischen Bildes)이 필수적인 전제가 되는데, 왜냐하면 독자들은 일반적으로 신문에 의해 자기 자신의 입장의 강화를 기대하며, 신문에서 모순적인 지도에 근거하는 변화무쌍한 경향을 받아들여 하지 않기 때문이다.<sup>131)</sup> 일정한 정치적 입장의 지향을 결여하는 경우 신문의 편집내용은 일관되지 못할 뿐 아니라 상호 모순적인 것이 나타날 수 있고 이것은 결국 독자들을 혼란케 하고 신문의 정체성에 관한 의문을 불러 일으키게 된다.

언론에서 저널리즘적 통일성의 유지를 위해 필요한 지도권한이 누구에게 귀속되는가 하는 결정은 현행 헌법체제를 기본으로 하여 정해져야 한다. 언론이 사경제적 조직형태와 사경제적 노동방법에 의한다는 점에 터잡아 보면 그것은 발행인에게 귀속되어야 한다. 그 경우 결정은 경제적인 것 뿐 아니라 언론적인 것도 포함된다. 발행인에게 귀속되는 언론의 자유는 단순한 언론영업의 자유 이상의 것으로서, 언론적 통일성의 유지라고 하는 관점에서 보면 중요한 통합적 기능을 갖는다. 이 통합적 기능은 언론기업에서 사경제적 법형식

---

129) Rütters und Bennica, Die Verwirklichung des Tendenzschutzes in Pressebetrieben im Rahmen des Direktionsrechts bei Versetzungen von Redakteuren, Archiv für Presserecht, 4-1995, S. 638 [640]

130) BVerfGE 20, 175

131) Noelle-Neumann, Wirkung der Massenmedien, in Publizistik-Lexikon, S. 318

과 작업방식이 공적 과업의 이행에 결부되고 언론기업에 관한 발행인의 재산권으로부터 뿐 아니라 언론의 자유 자체로부터도 도출된다는 연방헌법재판소의 확인에서도 정당화된다. 독일의 경우 이러한 결론은 경험적 연구에 의해서도 확인된 바 있다. 즉, 발행인이 언론적 작업에 통합적으로 관여하는 경우 편집에서의 분위기는 적극적이 되고, 특히 발행인 개인에 대한 기자들의 신뢰가 증가한다는 것이다.<sup>132)</sup>

우리의 경우에도 이러한 법리는 다를 바 없다. 다만, 발행인의 기본입장은 구체적으로 명문화되어야 하고, 고용시의 조건으로 제시되는 방안이 적극적으로 검토되어야 할 것이다.

### (3) 방침적 사항

방침적 권한(Richtlinienkompetenz)은 일상적인 의미를 벗어난, 새롭게 등장한 문제의 결정과 관련한 권한이라고 할 수 있다.<sup>133)</sup> 예를 들면 북방정책, 통일정책, 노동문제, 분배문제, 군사·외교문제 등에 관하여 어떠한 입장과 방법을 취할 것인가 하는 문제 등 기본적인 문제에 대한 장기적인 논조나 입장의 설정이 이에 속한다.<sup>134)</sup>

일상적인 시사성을 넘는 새로이 등장하는 문제에 대한 방침적 권한이 누구에게 귀속될 것인가에 관하여는 학설상 다툼이 있다. 이 사항의 결정권에 관하여 발행인 측은 자신이 정한 원칙적 입장에서 방침적 권한이 바로 도출될 수 있기 때문에 그들의 권한에 속한다고 주장하였음에 대하여<sup>135)</sup> 기자들은 발행인이 방침결정권까지 가지게 되면 세부적 사항에 관한 기자들의 활동까지 침해될 우려가 있고, 기자들의 언론활동은 단순노동으로 전락될 것이라고 주장하였다.<sup>136)</sup>

---

132) Noelle-Neumann, Umfragen zur inneren Pressefreiheit, Düsseldorf 1977, S. 44ff, 53f

133) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 258, Rdnr. 20

134) 朴興洙, 편집권 논의의 배경과 전망, 신문과 방송, 1988. 9, 11면

135) Lerche, Verfassungsrechtliche Aspekte der inneren Pressefreiheit, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, S. 47 [62]

136) Arbeitskreis Pressefreiheit, Entwurf eines Gesetzes zu freier Meinungsbildung, 1972, S. 54-55.; Lerche, a.a.O., S. 65-66

다수 견해에 의하면 그에 관하여 의견이 대립되는 경우에는 원칙적으로 발행인에게 유보되어야 한다고 한다.<sup>137)</sup> 발행인의 권한을 전적으로 원칙적 권한의 행사에만 국한한다면 그는 폭넓게 추상적으로 정해진 범위의 저널리즘적인 입장만을 지키자고 할 수밖에 없을 것이고, 중대한 시사문제에 있어서 신문이나 정기간행물의 방향을 지키기 위해 영향력을 가질 수 없게 될 것이기 때문이다.

그러나 언론기업의 실무에 비추어 보면 발행인이 전속적으로 방침적 권한을 행사한다는 것은 바람직하지 못한 점이 있다. 발행인이 기업의 주인으로서 특별한 책임을 지기는 하나 그 때문에 그가 완전히 편집으로부터 독립하여 방침적 권한을 행사할 수 있는 것이라고 할 수는 없다. 발행인은 편집에 대하여 광범위한 독자성이 인정되어야 하나, 기자들의 생각과 다른 견해를 가진 때에는 기자들의 조정자로서 편집국장과의 합의를 시도하는 것이 바람직할 것이다.

동시에 기자들에게는 신문의 원칙적 입장뿐 아니라 방침적 권한에 속하는 문제에 관하여 포괄적으로 알 권리(Informations- und Anhörungsrecht)가 인정되어야 한다. 실제로 발행인이 그의 저널리즘적 지도권한을 편집국장에게 위탁했다면 편집국장도 기자들에게 이러한 정보권과 청문권이 효과적으로 실현될 수 있도록 보장해주어야 한다. 발행인의 이러한 구속은 편집의 구성원으로서의 언론자유로부터 뿐 아니라 저널리즘 활동을 통합해야 하는 발행인 자신의 기능으로부터도 귀결된다. 이것은 단순한 지시의 부여와는 다른 것이다.

---

137) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 245, Lerche, Verfassungsrechtliche Aspekte der inneren Pressefreiheit, Berlin 1974, S. 53ff; Mallmann, Referat zum 49. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 49. DJT, München 1972, Bd. II N 29ff

우리의 경우에도 실무상 이에 관한 다툼이 적지 않은 것으로 생각되는데, 발행인과 기자측이 공동으로 협의하여 결정하는 것이 타당할 것이지만, 타협이 이루어지지 아니하는 경우에는 원칙적 권한을 갖는 발행인에게 결정권이 인정되어야 할 것이다.

#### (4) 세부적 사항

마지막으로 세부적 권한(Detailkompetenz)이란 원칙적 권한과 방침적 권한에 의해 정해진 언론기관의 입장에 입각하여 편집·제작단계에서 문제되는 기사의 배치와 지면구성, 특정 기사의 게재 여부 등 지면제작상의 세부사항을 결정하는 권한을 의미한다. 이것이 각 담당 편집부문의 구성원으로서 기자들의 권한에 속한다는 점에는 이론이 없고, 이에 관한 발행인의 개별적 지시는 인정되지 않음이 원칙이다.<sup>138)</sup>

그러나 여기에는 예외가 인정되지 않을 수 없다. 기자의 결정이 신문에 대하여 예상할 수 없는 불이익을 가져오게 되는 경우, 특히 발행인이 민사상 또는 형사상의 제재를 받게 되거나 중대한 재정적인 위협에 처하게 된다고 생각하는 경우에는 발행인의 개입이 허용된다.<sup>139)</sup> 그러한 경우에는 언론기업 자체가 위협에 처하게 되기 때문이다. 독일 연방헌법재판소에 의해 확인된 사경제적 구조와 작업방법에 관한 원칙에 의하면 발행인은 그의 지도적 권한에 기하여 신문의 존속과 그 보장을 위한 책임도 지게된다.

그러므로 발행인은 편집작업에 대하여 무제한적으로 알 권리가 인정되며, 편집부문의 종사자들은 발행인에게 위와 같은 위협이 야기될 경우 그러한 책임을 지게 될 구성요건을 알 수 있도록 그에 상응하는 의무를 부담하게 된다. 그에 기해 발행인이 자기의 신문이

---

138) Lerche, a.a.O., S. 63

139) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 246

나 간행물에 손해가 발생할 위험이 있다고 생각할 이유가 인정되면 그는 편집 영역에 대하여도 개별적 지시를 행할 수 있다.

문제는 개별 기사가 언론기관의 입장과 합치하는지 여부에 관하여 견해가 대립하는 경우 이를 해결하는 방법이다. 이에 관하여는 편집규약으로써 약정하거나, 발행인이 업무규칙으로서 그 절차를 마련할 수 있을 것이다. 그 규칙을 정함에 기자그룹의 의견을 듣는 것이 실효성을 확보하는 방안이 될 것이다. 일반적으로 생각할 수 있는 것은 양측의 타협과 양보에 의한 절충이 바람직하지만, 그러한 시도가 성사되지 못하는 경우에는 전문적인 중립적 중재인의 결정을 받도록 하는 방안이 고려될 수 있다.

#### 다. 인사권에의 참여

마지막으로 편집국장, 편집간부, 기자 등 편집부문에 속하는 인사에 관한 발행인 측의 권한을 제한할 것인가 하는 문제는 전후 독일의 노사협약과정에서 발행인과 기자간에 가장 첨예하게 이해가 대립되어 온 분야이다. 이에 관하여 기자단체 측에서는 편집국장을 위시한 기자의 채용, 전보, 해고 등 인사결정에 관한 기자그룹의 동의권 내지 거부권을 요구하여 왔음에 반하여, 발행인단체 측에서는 기자집단에게 그에 대한 사전 의견청취권을 부여하는 것 이상의 양보를 거부하여 타결을 보지 못하고 있다. 다만, 소수의 신문사에서 편집규약의 체결에 의해 이러한 요청의 일부가 수용된 사례가 있다.

이에 관하여 먼저 유의할 점은 일반 기업에서 노조의 경영참여나, 공동결정제도가 가장 진보적으로 발달된 독일에서도 신문기업 등 이른바 경향기업에서는 노동법상의 규율이 이러한 노조의 참여권을 대폭 제한하는 선에서 이루어지고 있다는 것이며, 이에 관하여는 앞

서 상세히 본 바와 같다.

인사상의 공동결정에 있어서는 기자, 특히 편집국장의 임면에 있어서 편집부문의 관여권 여하에 관한 문제가 있다. 다양한 견해가 대립되어 왔지만 요약하자면, 편집국장의 선임에 대한 권한은 전적으로 발행인에게 주고, 다만 편집 측에 그에 관한 청문권을 부여하자는 방안과 그 임면에 편집측의 동의권을 부여하거나 해임에 있어서만 동의권을 부여하자는 제안으로 종합될 수 있다.<sup>140)</sup>

독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 신문의 경향에 관한 결정과 변경에 관한 권한은 발행인만이 가질 수 있고, 한 정간물이나 신문의 경향의 변경은 필요한 인사개편(보직변경)에서 지시권을 행사함이 없이는 생각할 수 없기 때문에 발행인의 위 2 권리는 상호분리할 수 없는 내적 관련을 갖는다고 한다.<sup>141)</sup>

결론적으로 보아 독일에서는 발행인은 편집부문 종사자에게 알리고 그들의 의견을 들어 자신의 책임 하에 편집국장뿐 아니라 기타 편집구성원을 임면할 수 있다는 것이 다수설의 입장이다.<sup>142)</sup>

그 이유로 주장되는 것을 보면 다음과 같다. 즉, 편집국장 이하 편집구성원의 임면은 신문기업을 위해서뿐 아니라 저널리즘적 문제로서도 중대한 사항이다. 편집구성원은 취재·보도 등 저널리즘 활동에서 중심적 기능에 속하는 세부적 권한을 행사하므로 그들의 활동은 신문의 사시나 노선에 벗어나지 않도록 갈등이 조정될 수 있어야 한다. 그리고 그것이 보장되려면 발행인이 적절하게 인사적 결

---

140) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 243

141) Bernd Rütters und Jürgen Bennica, Die Verwirklichung des Tendenzschutzes in Pressebetrieben im Rahmen des Direktionsrechts bei Versetzungen von Redakteuren, Archiv für Presserecht, 4-1995, S. 638 [641]

142) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 246; Mallmann, Referat zum 49. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 49. DJT, München 1972, Bd. II N 33; Lerche, Verfassungsrechtliche Aspekte der inneren Pressefreiheit, Berlin 1974, S. 114; Kübler in Verhandll. 49. DJT, Bd. I, D 98

정을 내릴 수 있어야 한다.

일반 기자와 달리 특히 편집국장은 언론기업의 관리자 및 조정자로서 넓은 결정권 및 지도권이 주어지게 되므로 그러한 특수한 지위가 고려되게 된다. 만약 발행인이 편집국장을 임면함에 있어 편집대표와의 공동결정에 구속된다면 그 때문에 편집국장은 발행인의 권한을 스스로 행사하게 되는 상황에 들어가게 된다. 그 뿐 아니라 편집국장의 운명이 기자 그룹의 공동결정에 의존하게 된다면 그는 편집부문에 종속되게 되고, 이러한 상황에서 기자들과 발행인 간에 편집상의 갈등이 생겨 해결할 수 없는 상황에 빠지는 경우 발행인은 신문기업에 관한 그의 특별한 책임을 이행함에 있어서 방해받을 것이다. 법적 규율의 관점에서 보아 이러한 결정적인 갈등사태에서 발행인의 결정을 실현하여야 하는 것이 특히 편집국장의 일이 된다. 그러나 이러한 지위에 근거하면 편집국장은 중요한 편집대표로서의 자기의 지위를 고려하여 발행인의 결정을 무력화하거나 좌절시키는 처지에 놓이게 될 것이다. 그러나 그렇게 된다면 언론에서 기능에 적합한 권한획정은 더 이상 이루어지지 않게 될 것이다. 이와 같이 제3자의 간섭 없이 발행인의 독자적인 인사적 결정권은 그가 언론기업 내에서 중요한 통합적 과업을 가지는 것이기 때문에 지지된다.<sup>143)</sup>

결과적으로 원칙적인 언론적 입장에 관한 발행인의 물적인 지시권이 제대로 통용되지 않는 경우 발행인은 편집국장을 교체할 수 있고, 긴급한 경우에는 지시권을 따르지 않는 기자에 대하여 경향을 이유로 해고할 수 있다는 것이 위와 같은 입장을 취하는 다수설의 결론이다.<sup>144)</sup>

---

143) Löffler/Ricker, a.a.O., S. 246f

144) Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1 [7]

그러나 이러한 발행인의 권한이 언론의 기능에 따라 요구되는 바와 무관한 것이라면 제한을 받아야 한다. 오로지 발행인의 이윤추구를 위해서만 주장되는 경우가 그에 해당한다.

위와 같은 발행인의 조치나 그 이유에 대하여 기자들에게 정보를 제공하고 청문하게 할 의무를 부과하는 것은 발행인의 언론의 자유에 대한 침해가 될 수 없다는 것이 연방헌법재판소의 판례이다.<sup>145)</sup>

## 라. 편집부문의 이익 대표기관 및 편집규약

### (1) 개관

내적 언론의 자유의 논의에 있어서 논란되는 문제는 언론적·인사적 공동결정에 관한 것이었다. 그러한 공동결정을 실현하는 구체적 제도로서 논란된 주된 문제는 편집부문 내지 그에 의해 구성된 편집위원회(Redaktionsausschüsse)나 편집평의회(Redaktionsrat)가 언론의 내용형성에 관여할 수 있는 정도 여하에 있었다.

독일의 예를 본다면 내적 자유로서 편집부문과 편집에 관련된 경영사항에 대한 기자들의 공동결정을 달성하려는 노력은 1960년대 말 및 1970년대 초 적극화되었던 학생운동에 힘입어 그 정점에 이르게 되었다.

이에 관하여 처음에 주장된 견해는 이른바 내적 자유의 문제로서 기자들으로써 구성된 편집위원회(Redaktionsausschüssen der Redakteur)에 일정한 결정권한이 주어져야 하고 이러한 내용은 편집규약(Redaktionsstatut)에 규정되어야 한다는 것이었다. 다수의 신문 및 정기간행물을 출판하는 기업에서는 위와 같은 편집의 공동결정을

---

145) 전술한 신문기자(경향당당자) 해고 사건, 독일 연방헌법재판소 1979. 11. 6. 판결, BVerfGE 52, 283 참조

구현하는 내용의 편집규약이 독자적으로 또는 노사협약의 형태를 빌려 제정되거나 체결되었다. 독일에서 최초로 편집규약이 마련된 언론사는 1969년에 노사간에 합의에 의해 체결된 코블렌츠시의 라인 차이퉁(Rhein Zeitung)이었다.

그러나 위와 같은 불안한 시기가 지난 후 편집규약은 관심 밖으로 밀려났고, 편집규약 운동은 이렇다할 성과 없이 다만 소수의 신문에서만 명맥을 유지하게 되었다는 것이 학자들의 평가이다.<sup>146)</sup> 편집규약을 도입했던 미디어기업 중 대부분은 경제사정의 악화로 도산 또는 합병으로 소멸되어 그 편집규약 역시 사라지는 운명을 맞았고, 그 중 일부는 불만족스러운 것으로서 해지되거나 기자들이 협력을 거부함으로써 종료되었고, 애당초 회의적인 태도를 보였던 발행인들 역시 그에 대하여는 부정적인 태도로 일관하였기 때문이었다.

1998년 현재 독일 연방정부 공보처에 따르면 현재 8개의 신문사와 6개의 잡지사가 편집규약을 실시하고 있다고 한다.<sup>147)</sup> 그리고 오늘날 존속하는 대부분의 편집규약은 기자단체의 관여나 공동결정을 염두에 두지 아니한 편집지침, 저널리즘의 원칙 기타 지침만을 규정하며, 편집위원회나 기자대표단에 관한 내용도 결하고 있다. 이러한 상황을 종합하여 보면 오늘날 독일에서 편집규약은 당연한 제도로 받아들여지지 못하고 있다고 한다.<sup>148)</sup>

## (2) 편집규약의 체결형태 및 규정 내용

---

146) Wolfgang Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe. Über die Bedingungen und Möglichkeiten arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung in der Presse, 1979 S. 69-71, 93; Rupert Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit (Berliner Abhandlungen zum Presserecht 19) S. 14f

147) 심영섭, '독일의 신문 관련 법규와 언론 정책', 세계언론법제동향 2001년 상(통권 제9호), 52면, 67면

148) Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 19

독일에서 신문과 잡지의 편집규약은 경영진과 노동자 사이에 자율적인 협정을 통해 체결되며, 이러한 협정은 통상적으로 임금 협상을 위한 단체 협상의 일부로 체결되고 있다. 편집규약은 경영진과 편집국 기자간에 체결하는 업종별 특수 협약으로 광고국, 영업국, 기술국 등의 사원에게는 적용되지 않는 규정이다.<sup>149)</sup>

일반적으로 유효 기간은 5년이고, 그 기간이 만료하면 자동으로 연장되고 있다. 편집위원회가 편집규약을 해지할 경우에는 기자 총회의 결의가 필요하며, 경영진이 해지할 경우에는 주주 총회의 동의를 얻어야 한다.

편집규약의 주요 내용은 신문 편집에 대한 기본 원칙, 편집 기자들의 취재와 보도에 대한 자율권 보장, 편집위원회의 구성, 신문과 잡지의 편집방침 변경, 회사의 주요한 경제적·인사적 결정에 대한 공동 참여 권리 보장으로 요약된다.<sup>150)</sup>

#### 쥐드도이체 차이퉁(SZ)지의 편집규약

발행인과 편집부문 간에 체결된 편집규약의 내용으로서 대표적인 것은 1971년 8월 체결된 독일의 일간 신문 쥐드도이체 차이퉁(SZ)지의 편집규약이 있다.<sup>151)</sup> 그 내용의 대강을 소개한다면 “쥐드도이체 차이퉁은 자유주의적이고 사회주의적 기본 정신에 따라 자유롭고 민주적인 사회 형태를 지향한다”고 신문의 편집 성향과 정치적 지향점을 밝히고 있다 (동 규약 제1조).

“편집국은 편집국장의 지휘아래 자유롭고 외부의 간섭을 배제하면서 신문을 제작하며, 쥐드도이체 차이퉁의 논조는 편집국장(혹은 대리인)이 주재하는 편집회의에서 공동으로 결정한다”(동 규약 제2조). 또 중요 사안에 대

149) 심영섭, 전계 논문, 70면

150) 심영섭, 전계 논문, 66면

151) Holtz-Bacha, pp. 163~166, 심영섭, ‘독일의 신문 관련 법규와 언론 정책’, 세계언론법제동향 2001년 상(통권 제9호), 52면, 68면

해서는 편집국과 경영진이 공동으로 문제에 대한 해결 방안에 대해 합의하도록 정하고 있다. 광고나 광고를 중심으로 편집된 지면은 편집국의 편집 내용들과 명확히 구분하여 광고임을 별도로 표시한다.

“편집국장은 쥐드도이체 차이통 신문 그룹의 최고경영인회의에서 신문 관련 사안을 결정하게 될 경우에, 회의에 참석할 권한이 있다”(동 규약 제3조).

편집국장과 편집부국장, 편집국장단은 주주총회에서 선출하며, 경영진은 편집국장단의 임원, 부장단과 차장급 기자, 편집위원회에 신임 인사 선임에 대한 이유를 통보해야 한다. 만일 편집국 기자 3분의 2의 찬성으로 주주 총회에서 선출된 인사를 기자들이 거부할 경우에 주주총회는 편집국장단 소속 임원을 다시 선출해야 한다(동 규약 제4조). 부장단과 차장단의 임명은 편집국장단이 간부급 기자와 편집위원회의 동의를 얻어 임명한다(동 규약 제5조).

“경제적인 요인으로 회사를 구명하는 비상 조치를 취하게 될 경우, 비상 조치가 성공적으로 완수될 가능성이 있을 때만 편집규약에 규정된 보도 성향과 편집 방침의 적용을 일부 한시적으로 유보시킬 수 있다”(동 규약 제6조).

동 편집규약 제8조에 의하면 2년 임기로 선출되는 편집위원회를 설치하도록 하고 있다. 그 기능은 편집권(Redaktionsrecht) 보호와 관련하여 편집국장에 대한 자문역, 편집 기자들 사이에 발생한 갈등이나 편집국과 경영진 사이에 발생한 갈등을 중재하고 해결하도록 노력하는 역할 및 부서별 기자 회의나 기자 총회에서 결정된 사안의 처리를 담당한다. 편집위원들은 자체적인 내규를 가지며, 1년에 한 번씩 기자 총회에서 업무 보고를 해야 한다.

동 편집규약은 체결 이후 5년 단위로 유효 기간이 자동으로 연장되고 있다. 편집위원회가 편집규약을 해약할 경우에는 기자 총회의 결의가 필요하며, 경영진이 해약할 경우에는 주주 총회의 동의를 얻어야 한다.

### (3) 편집규약제도에 관한 평가

편집규약(Redaktionsstatut)은 언론의 내적 자유를 구체화하는

방안의 하나로서 경영인의 언론 자유와 편집인의 언론 자유를 동시에 충족시키는 해결 방법의 하나로 등장한 것이었다.

독일에서는 일반적 노사관계와 달리 신문기업에서는 신문에 특수한 경향 보호에 의해 노사관계의 변화가 이루어지고 있다. 특히, 신문사에만 특수한 임의적인 편집규약이 체결된 경우에는 그에 의한 제한을 받음은 물론이다. 이 임의적인 약정은 무엇보다도 기자의 일상적 업무에서 해당 기자의 세부결정권한에 대한 발행인의 원칙결정권한의 한계를 정한다. 이렇게 법적으로 유효한 편집규약에 의해 지시권의 한계가 구속력 있게 확정될 수 있다.

그러나 독일에서 편집규약은 발행인과 편집부문간의 임의적 합의에 의해 체결되는 법외적 제도일 뿐, 어느 일방이 이를 강제하는 것은 허용되지 않는다. 체결되는 경우에도 그 내용은 발행인의 신문의 자유의 구조적 우월성을 존중하는 범위에서 허용되게 된다. 그리고 이렇게 체결된 편집규약은 발행인 측 또는 기자그룹 측 어느 일방에 의해 해지될 수 있다.

학자들의 인터뷰조사 결과에 의하면 언론계 인사들은 편집위원회가 노동 투쟁을 위한 조직체가 아니며, 노사 갈등을 조장하지도 않지만 경영진과 언론 노동자의 분쟁이 발생하면 언론 노동자의 입장을 대변하는 후원 세력이 되며, 편집 내용에 대한 공동결정은 편집국의 편집 능력을 저해시키는 역할을 하지는 않지만, 장시간에 걸친 토론으로 편집 결정을 늦게 내려서 신문 발행을 지연시키는 하나의 요인이 되는 것으로 나타났다. 그러나 응답자의 14%는 편집에 관한 공동결정이 기사들로 하여금 신문 제작에 대한 의지를 북돋아 주는 데 도움이 된다고 생각하고 있다.<sup>152)</sup>

---

152) 심영섭, '독일의 신문 관련 법규와 언론 정책', 세계언론법제동향 2001년 상(통권 제9호), 52면, 67면 이하; Branahl/Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute in der Bewahrung. Eine empirische Untersuchung über Redaktionsstatute in deutschen Zeitungen - zugleich ein rechts- und sozialwissenschaftlicher Beitrag zur Pressereform, 1975, 233ff

독일 언론계에 관한 최근의 보고에 의하면 “독일의 신문들은 현재 발행인에 의해 편집 방침과 편집 원칙이 결정되고 있으며, 광고주들의 편집에 대한 간섭도 늘어나고 있다. 현재 일부 엘리트 신문을 제외한 대다수의 신문사가 편집 실무자의 편집권 독립을 보호하고 있지 않으며, 신문 편집 과정에서 최종 결정을 경영진의 의지와 선의에만 의존해야 하는 경우가 늘어나고 있다”고 한다.<sup>153)</sup>

한때 편집권 독립의 모범적 국가로 여겨졌던 독일에서 이와 같이 편집규약 제도가 폐지되고 있는 이유는 편집권 독립 운동의 법적 한계와 언론 노동 운동의 분열, 신문 발행을 둘러싼 노동 환경의 변화에 원인이 있다는 것이다.<sup>154)</sup>

### III. 한국에서 편집권에 관한 논의

#### 1. 논의의 경과

##### 가. 서론

언론매체의 편집에 있어서는 언론기업주의 영리를 추구하는 사적 이해와 일반 공공의 공적 이해는 반드시 일치하지 않고 대립하는 경우가 적지 않다. 언론의 내적 자유의 문제는 자본주의를 기본으로 하는 언론기업에서 그 매체생존의 기반이 되는 이윤획득을 위한 발행인의 활동을 정신적인 기자들의 활동에 의해 제한하려는 것이어

---

153) 심영섭, 전계 논문, 69면

154) 심영섭, 전계 논문, 70면 참조

서 법적·사회적으로 어려운 문제를 제기한다.

우리의 경우 언론의 내적 자유라는 개념이 논의된 것은 비교적 최근의 일이지만, 그에 해당하는 개념은 ‘편집권 독립’ 또는 ‘편집의 자율’ 등 별개의 용어로서 오랜 기간에 걸쳐 논란되어 왔다. 그것은 기자 등 편집 담당그룹에 의해 주장된 개념이었고, 처음에는 발행인을 통한 국가권력의 언론탄압에 대항하는 의미에서 언론의 정치적 독립을 추구하였으나, 다음에는 언론기업주의 상업주의적 영리추구에 반대하는 맥락에서 언론의 자본에 대한 독립을 쟁취하려는 노력으로 이어졌으며, 최근에는 사회적·이념적 주장을 표출하는 경향이 더욱 짙어지고 있음을 알 수 있다.

건국 후 자유당 정권과 5.16군사혁명 이래 제5공화국에 이르는 장기간에 걸친 권위주의 정권 하에서 권력담당자들은 언론기업주를 통하여 편집활동에 압력과 간섭을 시도하였고, 이 시기에 이른바 ‘편집권의 독립’, ‘편집의 자율’이라는 명제는 기자들이 정치권력 및 그에 영합하려는 언론기업주에 대항하여 언론의 자유를 확보하려는 노력에 그 중점이 있었다. 그러나 이 단계에서 언론계의 사정을 보면 편집담당 그룹과 발행인 그룹간에 분명한 대립·긴장관계가 형성되지는 않았고, 양자간의 관계가 진정한 내적 자유를 필요로 할 정도는 아니었다. 이 시기에 언론 자유를 쟁취하려는 노력은 기자협회나 신문편집인협회 등 전문직단체가 주체로 되어 언론자유 확보를 위한 노력의 하나로 이루어졌다고 할 수 있었지만, 발행인단체와 이들 편집그룹과의 대립은 생기지 않았다.

## 나. 1960년대 및 1970년대

그러나 1960년대 이후 언론기업이 양적으로 성장하고 언론이 본

격적으로 기업화하면서부터 우리의 언론계는 경영자그룹과 편집담당 그룹간에 분열이 생기고, 언론의 내적 자유를 쟁취하려는 움직임은 출발점을 발견하게 되었다. 정치권력은 언론에게 기업확장을 도와주고 경영주를 통하여 언론의 내용을 통제하려는 정책을 시도하였기 때문에 경영과 편집은 이해관계를 달리하게 되고 대립·반목하는 긴장관계가 조성·심화되게 된 것이다.<sup>155)</sup> 즉, 정치권력의 지원을 받아 언론의 기업화가 진행된 이 시기에는 기자들의 공적 과업 수행의지와 발행인의 언론기업주로서 이익 간에 긴장·대립관계가 더욱 첨예화하는 경향을 보이게 되었고, 이 단계에서 이미 편집과 경영의 분리 및 대기업의 언론기업 참여 금지, 족벌경영의 폐해 등의 문제가 본격적으로 논란되게 되었다.

정통성을 갖지 못한 권위주의 정권이 여론을 통제하려는 과정에서 이러한 대립관계는 더욱 격화되었다. 1969년의 3선개헌과 1972년의 유신헌법 선포 등으로 정치적 부자유가 지배하는 상황에서 기자그룹은 국가의 압제적 조치에 부화하는 경영진과 간부 언론인에 대한 저항을 높이게 되었다. 1971년 및 1973년 2차례에 걸친 기자들의 ‘언론자유수호운동’ 과정에서 일선 기자들은 언론에 대한 관권의 개입은 경영진의 관권과의 야합에서 심화되고 있다고 보고 대처방안으로서 노조결성을 추진하게 되었다.<sup>156)</sup> 이후 박정희 정권의 탄압에 의한 1975년 동아·조선양사의 언론인 해직과 1980년 신군부의 언론인 해직 사태는 경영주와 일선 기자들의 반목을 극대화한 계기가 되었다.

#### 다. 1987년 민주화운동과 기자노조의 활동

---

155) 우병동, 경영권과 편집권의 갈등, 신문과 방송 1994. 6. 110면 이하

156) 정진석, 편집권논의의 전개과정, 신문과 방송 1988. 9. 16면 이하

기자의 편집·편성권 내지 기자의 편집의 독립이라는 명제가 더욱 활발한 논의의 초점이 된 것은 1987년 6월 민주화운동을 계기로 한 것이었다. 민중항쟁의 승리로 결과된 6.29선언으로 우리사회의 모든 분야가 권위주의로부터 청산을 시도하는 작업이 진행됨과 동시에 언론 민주화의 열기도 높아졌다. 그러한 과정에서 ‘편집권의 독립’ 내지 ‘편집의 자율성’ 등 새로운 움직임을 담당할 주체로서 등장한 것은 언론노조 운동을 추진하는 세력이었다.

이를 계기로 여러 분야에서 각종 욕구가 분출하고 민주화 작업이 진전되는 가운데 언론기본법이 폐지되고 언론개방정책이 모색된 결과, 제6공화국에 들어서는 신문·방송 매체의 수가 증가함으로써 외적 다양성이 어느 정도 성취되었고, 민주화 투쟁 후 확대된 정치·사회적 공간 속에서 출범한 언론노조 운동은 내적 자유를 쟁취하기 위해 활발한 노력을 기울이게 되었고, 그 노력은 상당한 성과를 보이게 되었다.

언론노조의 결성이 일반화하고, 기자그룹의 힘이 언론의 실제에 반영되는 단계에 이르게 되자, 확고한 세력으로 자리잡은 언론사 노동조합과 그 연합체는 권력과 자본으로부터 언론의 자유를 쟁취하기 위한 개념으로서 이른바 ‘편집권’이라는 이름으로 언론의 내적 자유의 개념에 의탁하게 되었다. 1988년부터 결성이 일반화된 각 언론사 노동조합은 기자뿐 아니라 PD, 기술직 등 언론사 종사자 모두를 포괄하는 새로운 조직 틀로 등장하였던 것이다.

그러나 간과하여서는 안될 점은 1970년대의 언론사 노동조합 운동이 기자 중심으로 조직되었음에 비해서 1987년 이후의 노동조합은 편집·공무·업무 등 신문사의 모든 노동자가 참여함으로써 전문직과 비전문직이 공존하는 형태를 가졌던 점이었다.<sup>157)</sup> 그리고 이 시기에 언론자유 의 확보를 위한 제도적 장치로 편집권의 보장이나

---

157) 유계천, 언론노조와 편집권, 253면

독립을 쟁취하려는 노력은 언론사 노동조합이 주체가 된 노동운동의 일환으로 전개되었으며, 그 구체적 실현은 노사간의 단체협약을 통해 이루어지게 되었다.

그 구체적인 내용은 편집권의 보장 혹은 독립을 단체협약 속에 명문화하고, 이를 위한 구체적인 제도적 장치로서 편집국의 책임자인 편집국장(혹은 편집위원장)을 기자들이 직선하거나 혹은 추천하는 제도를 도입하고, 편집권의 행사를 감시하거나 지원하기 위한 공정보도위원회 혹은 언론연구위원회를 언론사 노동조합이 직접 구성한다는 것이었다.<sup>158)</sup>

이와 같이 각 언론사에는 노조를 중심으로 공정보도위원회, 공정방송협의회, 지면제작개선위원회, 민주방송실천위원회 등의 기구가 구성되어 공정보도의 실현과 자정운동을 선도해 나가게 되었다. 이 언론민주화운동의 주요세력으로 등장한 것은 이들 언론사 노조와 그 연합단체 이외에 기자들만의 전문직 단체인 기자협회도 참여하였다. 이들은 근로조건 개선이라는 노조운동 일반의 지향과 함께 언론의 자율성 회복·공정보도의 실현 등에 1차적 목표를 두었고, 이러한 언론노조운동은 노태우의 제6공화국 초기 사회 전반의 민주화열기 속에서 구속력을 갖는 단체협약을 통해 공정보도 실현을 위한 제도화에 큰 진전을 보았다.

무엇보다 ‘공정보도위원회’, ‘공정방송협의회’, ‘민주언론실천위원회’, ‘제작평의회’ 등을 통해 내부비판활동이 활성화됨으로써 언론의 자율성이 촉진·신장되었고, 편집권의 독립을 보장하는 제도를 모색함으로써 공정보도 실현을 제도화하고자 하는 노력이 진행되었다. 한국언론연구원 조사에 따르면 1989. 8. 16. 현재 공정보도를 위한

---

158) 유계천, 언론노조와 편집권, 267면

위원회가 설치된 언론사는 전국 62개 언론사의 79%에 해당하는 49개 회사에 이르렀다.<sup>159)</sup> 이러한 위원회의 설치형태는 노동조합장 직속의 노조기구, 편집국기자들의 내부기구, 노사협약에 따라 노사가 공동으로 관여하는 기구 등으로 분류되는데, 대부분 노조직속기구와 노사공동기구를 2원적으로 운영하는 것이 많았다.

이러한 기구들은 실제적인 활동을 통해 회사에서 발행되는 모든 매체의 취재 보도 제작이 공정성을 유지하고 있는지에 대해 연구조사하며 그 연구결과를 제작에 대한 의견으로 제시하기도 하였다. 회사에 따라서는 노사공동기구의 합의된 사항의 지면반영, 불공정보도 관련자에 대한 주의, 자료제출 및 출석요구권까지 갖고 있는 위원회도 있었다.

아울러 편집·편성의 총책임자인 편집(보도)국장의 선임에 있어서 기자들에 의한 직선제를 비롯하여 임명동의제, 의견반영제, 중간평가제, 탄핵제, 임기제, 사후평가제 등이 실시되었다.

이러한 사정을 보면 내적 자유를 보장하려는 활동이 급진적인 성취를 본 것이기도 하였다. 이와 같이 1987년 6월 이래 한국의 언론계는 급격히 진행된 정치의 민주화운동과 경제의 노조운동에 영향받았다. 보도에 있어서 정치적 금기가 대폭 사라지고 정치적 성격의 정보 및 토론 프로그램이 활성화된 것은 특기할 변화였다. 이러한 변화는 일선의 젊은 기자들을 중심으로 한 기자노조의 공정보도를 표방하는 자율성 쟁취활동에 힘입은 것이었다.

그러나 당시에 한국사회 전반을 풍미하던 보수와 진보 또는 자유와 평등의 이데올로기적 갈등의 상황 아래서 이러한 변화의 움직임은 기존 질서의 안정적 발전을 추구하는 정부 및 경영층의 반발에

---

159) 이광훈, 80년대 한국언론의 위상, 비경쟁 비자율의 울타리 무너져 /새 질서 확립 위한 실천의지 요구돼, [월간] 신문과 방송 1989/12월, 34면 이하

직면하게 되었고, 급기야는 언론사 내부에서 편집권을 위요한 노사간의 첨예한 대립과 긴장상태를 유발하게 되었다. 정권교체를 위한 양대 선거를 치루면서 그리고 권위주의의 붕괴 후 새로운 가치질서의 모색을 위한 보수와 진보의 이념적 갈등 속에서 한국의 언론계는 미증유의 혼란 속에 빠져들고 말았다. 이러한 상황 속에서 정부의 언론에 대한 일방적인 통제력은 물론 경영층의 통제도 힘을 잃게 된 반면, 기자층의 배타적 자율론과 함께 언론노조의 강력한 영향력이 자유민주주의적 여론형성이란 이념에 대한 새로운 도전으로 나타나게 되었다.

당시의 언론노조운동에 관한 평가를 보면 그것이 80년대 언론상황을 크게 바꾸어 언론의 민주화를 이룩하는데 크게 기여하는 등 언론노조는 많은 것을 쟁취하고 많은 것을 개선했으나, 이러한 언론노조운동에 대한 비판도 없지 않았다. 첫째, 파업을 통해 신문발행을 중단시키고 경영진을 몰아내는 등 비합법적인 수단을 동원하여 과격한 성향을 드러내었고, 둘째, 내적 자유의 전제가 되는 언론인의 윤리확립은 물론 자기발전을 위한 노력이나 제도적 장치의 확보는 소홀하였으며, 셋째, 공정보도를 위한 노동조합운동이 어느 정도 정치투쟁적 성격을 띠는 것은 불가피한 일이지만 특정 당파나 계층의 이익만을 대변하려고 하였다든 점에서 언론이 ‘제왕적 권력’에 지배되어서는 안되지만, ‘제왕적 민중’에 의해서도 지배되어서는 안된다는 지적이 나오기도 하였다.<sup>160)</sup> 언론노조운동이 지나치게 교조적인 패권주의에 얽매어 대결과 투쟁 일변도로 흘러 언론의 자기분열과 갈등을 조장하고 언론의 자유로운 활동과 발전을 오히려 위축시킬 수도 있다는 점을 우려하는 견해도 제시되었다.<sup>161)</sup>

160) 이광훈, 80년대 한국언론의 위상, 비경쟁 비자율의 울타리 무너져 /새질서 확립 위한 실천의지 요구패, [월간] 신문과 방송 1989/12월, 32면 이하

161) 이광훈, 위 논문, 32면

제6공화국 후반에 들어 1990년의 이른바 3당 합당을 계기로 보수 쪽으로 반전된 정치·사회적 여건 속에서 6공 초기 활발한 언론노조활동으로 성취되었던 이들 제도는 칙체 내지 후퇴국면을 맞게 되었다. 정치 권력이 보수화로 회귀하고 언론기업주는 집요하게 언론노조운동의 무력화를 기도하였기 때문이었다.

## 라. 1993년 정권교체 이후

1993년 김영삼의 ‘문민정부’가 등장하여 정치권력으로부터 언론의 자유가 그 실질을 보장받게 되고, 1998년 김대중의 ‘국민의 정부’ 등장으로 실질적인 정권교체가 이루어진 시기에는 자유화에 의해 실질적으로 언론의 다양성이 상당한 정도로 성취되고 있음에도 내적 자유의 문제에 관한 논의는 아직도 혼돈상태를 벗어나지 못하고 있다. 언론기업주로서의 이익을 대변하는 발행인들은 여전히 그들의 주장을 고집하고 있는 한편, 언론노조세력에 의해 모든 언론기업에서 언론의 내적 자유를 실현하려는 시도는 언론의 다양성의 전제가 되는 매체의 경향보호를 폐기하려는 듯한 모습을 보이게 되었다.

1998년 김대중 대통령의 이른바 ‘국민의 정부’가 출범하면서 기자 그룹의 내적 자유 운동은 새로운 전기를 맞고 있다. 이전까지의 편집권 독립운동이 언론당사자(노조)에 의해 노동운동의 형태로 이루어졌다면, 새로운 운동의 방향은 각종 언론단체와 시민단체들의 주도에 의해 법적 보장의 쟁취라는 목적을 위해 전개되었다. 이와 같이 국민의 정부 하에서 언론개혁의 문제는 새로운 언론질서의 대안을 모색하는 시민사회에 의해 추진되었다는 점에 특징이 있었다. 이

들의 주장은 ‘권력과 자본으로부터 독립한 언론’의 성취라는 슬로건 아래 ‘언론의 자유를 국민의 자유로’, 언론을 국민의 말할 자유와 알 권리에 충실한 봉사자로 탈바꿈시키기 위해 언론을 개혁하고 민주화를 추진한다는 점에서 급진적 민주주의적인 성격을 띠고 있다.<sup>162)</sup> 이들은 언론사주가 언론사를 ‘사유화’하고 2세, 3세에게 대물림하는 세습경영, 족벌체제와 황제식 경영에 의해 지배되어 온 우리 언론의 실상을 비판하고 언론개혁의 주된 쟁점으로 신문기업의 주식·지분의 소유제한 및 편집권 독립을 정기간행물등록등에 관한 법률(정간법)에 규정하여야 한다고 하여 법개정운동을 전개하였다.

실제로 종전 언론계의 실상을 보면 언론사주의 절대적인 지배구조가 신문제작에 직접적인 영향을 미치고 언론사주가 편집을 전단(專斷)함으로써 문제가 발생한 경우가 적지 않았고, 사주의 의중에 따라 중요한 기사가 삭제되거나 축소되는 경우 뿐 아니라 기사가치가 별로 없는 내용이 확대 재생산되는 경우도 있었다는 것이다. 더욱 심각한 것은 기자들이 국민과 독자들보다 ‘사주의 의중’을 먼저 고려하는 ‘자기검열’이 체질화되고 있다는 것이다.

그 때문에 이 같은 문제들을 개선하기 위해서는 언론사의 소유와 경영을 분리하고 편집권 독립을 보장하는 제도가 법적으로 실정화되어야 한다는 주장이 강력히 제기되었다. 그 구체적 방안으로서는 언론사주의 소유지분 제한 등 이를 막을 수 있는 장치와 함께 편집권 독립 방안으로서는 경영진과 취재·편집 종사자가 대등하게 참여하는 편집위원회를 구성하고 취재와 보도에 관한 양자간의 관계에 관하여 이른바 편집규약 제도를 법적으로 제도화하자는 것이었다.

이를 위해 ‘민주사회를 위한 변호사모임’은 이미 15대 국회 때인

162) 각계 인사 5,500명 “언론개혁 6월 선언”, [한국기자협회] 2001-06-30

1996년 11월 편집권독립을 법적으로 보장하기 위해 ‘정기간행물의등록등에관한법률’(정간법) 개정을 청원한 바 있고, 1999년 6월에도 비슷한 내용을 내놓은 바 있었다. 언론개혁시민연대 역시 1998. 11월 신문사의 소유분산, 편집권 독립, 경영투명성 확보 등을 주요 내용으로 하는 정간법 개정안을 국회에 입법 청원한 바 있었다.

## 2. 편집권이란 무엇이고 그 주체는 누구인가

### 가. 문제의 제기

앞서 본 바와 같이 한국에서 내적 자유에 관한 논란은 주로 편집권 논쟁의 형태로 전개되어 왔다고 해도 과언이 아니다. 언론 실무상의 예를 보면 경영주가 외부의 압력과 협조요청에 굴복하여 편집에 관한 부당한 지시가 내려지고, 기자들이 공들여 취재·집필한 기사가 삭제되거나 축소되는 현상이 편집권 논의의 주된 원인으로 논의되었다. 경영진과 간부진은 치열한 시장 경쟁에서 회사의 생존과 경영논리를 들어 보도내용에 간섭하려고 하지만, 기자들은 그들의 취재 보도 등 편집활동이 억압됨으로써 현안문제를 회피하거나 보도가 왜곡되면 오히려 신문에 대한 신뢰를 상실하게 한다고 주장하여 왔다.<sup>163)</sup> 특히, 과거의 상황을 보면 권위주의적 정체가 언론기업을 기업적으로 뒷받침하고 경영을 통해 언론조작에 관여하는 형태를 취하게 되어 결국 경영층의 이해가 권력과 재벌의 이해와 합세하여 편집을 지배함으로써 공정보도를 해치는 요인이 되었다는 것이다.

---

163) 우병동, 경영권과 편집권의 갈등, 신문과 방송 1994. 6. 110면 이하

그리고 한국에서 편집권 독립 운동은 정치적 상황과 맞물려 노동운동의 일환으로서 전개되어 왔기 때문에 다분히 정치적인 특징을 갖게 되었다고 할 수 있다. 그에 따라 한국에서 내적 자유에 관한 논의는 이데올로기적 성격을 강하게 띠게 되었다.

## 나. 개념

‘편집권’이란 무엇인가, 편집권이라고 하여 이를 권리로 인정할 것인가, 그 경우 그 주체와 내용은 어떠한 것인가에 관하여는 아무 정립된 이론이 없다. 외국에서는 편집권이란 말이 존재하지 아니하며, 단지 편집의 독립성 내지 자율성이라는 말로 논의되고 있을 뿐이다.

한국 언론계에서도 이 논의에 관하여는 모호하고 다양한 논의가 전개되어 왔다.

여기서 편집권을 논하는 경우에는 그 개념에 관하여 구별할 필요가 있다.

편집권에 관하여 논하는 경우 과거의 사례를 보면 기사로 인한 민·형사상의 책임과 관련하여 논의되는 경우가 적지 않았다. 기존 법령의 규정과 관련하여 과거의 신문·통신등의등록에관한법률 제2조는 “편집인이라 함은 정기간행물의 편집에 관하여 책임을 지는 자를 말한다”고 정의하고 있어 실제로 신문 보도에 형사상의 책임문제가 야기된 경우 직접 취재한 기자가 책임을 질 것인가, 아니면 편집인으로 임용 거시된 자에게 형사책임이 귀속되는 것인가 하는 논란이 야기되었다. 예컨대 기고원고, 소설, 투고, 통신게재 등 구체적 보도 내용이 명예훼손이나, 기타 민·형사상 책임이 문제되는 경우 그 책임이 기자에게 있는가 아니면 필자에게 있는가 하는 것이 논란될 수 있다.

또 저작권법상 편집이란 다수의 소재를 선택·배열하여 하나의 집합적

편집물을 작성하는 행위를 말하며, 편집물로서 대표적인 것은 신문, 잡지, 판례집, 백과사전, 직업별 전화번호부 등이 있다. 편집물의 구성부분으로서 저작권이 보호되는 다수의 저작물이 포함되어 있는 경우에도 편집물 전체가 소재의 선택 및 배열에서 창작성이 있으면 독자적인 저작물로 보호받게 된다 (저작권법 제6조).

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 우리의 언론실무에서 편집권이라고 할 때 편집은 위와 같이 개별 기사를 취사선택하거나 이를 배열하여 하나의 집합물을 작성하는데 그치지 않고, 매체의 내용을 형성하는 일체의 작업을 의미하되, 취재 작성 선별 교정 등 정신적 노작을 요소로 하는 것으로 보아야 할 것이다.

#### **다. 언론계에서 논쟁의 실제와 경위**

우리나라에서 최초로 편집권에 대한 논의가 시작된 것은 1960년대였는데, 이 때에는 내적 자유라기 보다는 매체의 대외적 관계에서 언론의 자유를 지키기 위한 개념으로 쓰였을 뿐이었다. 이 시기에는 대체로 경영주와 기자들의 대립적인 관계에서 편집권을 분리해서 본 것이 아니라 공동으로 외부압력에 대처하기 위한 제도적 장치로서 논의되었고, 그 때문에 편집권은 경영권의 일부라는 생각이 지배되었다.

1968년 11월 편집인협회는 1960년대부터 논란의 대상이 되던 문제를 연구하기 위해 ‘편집의 자주성 확보를 위한 연구소위원회’를 구성하여 연구에 임하게 한 바 있었으나, 편집권의 문제는 결코 간단히 해결될 성질이 아니며 복잡하고도 미묘한 문제였기 때문에 구체적인 결론을 얻지 못했다. 그 보고에서 편집인협회는 ‘편집권’이라

는 용어를 사용하지 않고 ‘편집의 자주성’이라는 표현을 쓰고 있는데, 이는 편집권이 경영권의 일부라는 60년대의 주장을 그대로 수용한 것으로서 편집권이 어느 특정인에게 귀속되는 것이 아니라는 뜻을 내포한 것으로 생각되었다.<sup>164)</sup>

그러나 1960년대에서 70년대 초반에 이르는 기간 동안 언론이 기업화하는 한편 관권의 언론탄압으로 언론의 위축현상이 심화되고, 경영진의 이해와 일선기자들간의 관심이 상반하게 되면서 내적 자유라는 문제가 언론계 내에서 구체적 쟁점으로 부각되기 시작하였고, 1970년대로 넘어 오면서 기자협회를 중심으로 수차 언론자유수호운동이 전개되면서 편집권문제는 새로운 단계로 접어들었다.<sup>165)</sup>

1980년대에 들어서서 기자들에 의해 노조가 설립되면서부터 이 문제는 노사문제로 발전하였고, 이로부터 편집권논의는 본격화되었다.<sup>166)</sup> 1980년 봄 기자협회는 편집권의 보장을 헌법에 삽입해야 한다는 주장을 편 적이 있으며, 이 때 언론의 공익성을 확보하기 위해 언론기업을 공익법인화해야 한다는 주장도 대두되었다.

1987년 6월 민주항쟁 이후 각 언론사에 결성된 언론노조들은 언론개혁의 핵심적 운동 목표로 언론 자정과 편집권 독립을 정하고, 단체교섭 또는 단체행동 과정에서 이를 격렬하게 추구하였다. 그간 신문의 직접적인 생산주체인 기자들에게 신문 경영주와 정부권력의 과도한 개입이 있었고, 그것이 언론자유 실현을 가로막는 커다란 제약이었다는 주장이 제기됨과 함께 편집권 독립은 정부 또는 언론사주의 전횡(專橫)에 대하여 일선기자들이 취재·보도의 의사결정권을 확보하자는 것이었다.

---

164) 정진석, 편집권논의의 전개과정, 신문과 방송 1988. 9. 16면 이하

165) 정진석, 위 논문, 16면 이하

166) 정진석, 위 논문, 16면 이하

1988년 3월부터 동아일보 및 한국일보를 시작으로 활발하게 진행되는 단체교섭 또는 단체행동 과정에서 ‘편집권 독립’에 관한 요구는 최대의 이슈를 이루었다.

이에 관하여 노조측과 경영주측의 의견이 대립하였음은 물론이었다. 노조측에서는 편집권을 “국민에게 올바른 정보를 제공하고 국민의 의견을 충분히 반영하기 위해 언론인들에게 위임된 권리”로 보고 이의 법적·제도적 보장을 주장한 반면, 언론 경영주들은 이를 ‘편집의 방침 결정 시행 및 보도와 논평의 적정선 유지 등 편집·제작에 관련된 일체의 권능’이라고 보고, ‘이러한 권능의 행사와 책임이 최종적으로 신문발행인 및 이사회, 구체적으로는 편집을 위임받은 편집인에게 귀속되는 것’이라고 맞섰다.<sup>167)</sup> 이러한 대립 때문에 결국 몇몇 언론사에서는 한국언론사상 처음으로 전면 파업에까지 돌입하는 등 상당한 진통이 있었다.

위와 같은 논란 속에서 1988년 당시 각 언론사의 단체협약에는 편집의 독립에 관하여 일정한 성과를 보게 되었다. 당시에 협정된 이른바 편집권 보장의 내용과 형태를 요약하여 보면 첫째, ‘공정보도의 실현 노력’, ‘편집권 독립 보장’이라는 문구가 상징적으로 명시되고 그 실현을 위해 ‘공정보도위원회’를 설치하기로 하였으나, 현실적이고 구체적인 구속력을 지니지는 못한 경우(동아일보, 한국일보, 코리아 헤럴드, 중앙일보, 연합통신 등)가 일반적이었다. 둘째, 편집권의 귀속에 관하여 편집제작진 혹은 편집의 최고 책임자에 있는 것으로 규정하고, 이 책임자의 인선에 노조가 참여하는 형태를 취하여 편집국장의 임면에 편집국기자의 의견을 반영하는 제도적 장치를 마련한 경우가 있었다 (부산일보나 경남신문의 편집국장 추천제,

---

167) 강명구, 한창록, 한국 언론노조의 생성과 전개, 신문과 방송, 1988. 10. 6면 (13면 이하)

한국경제신문의 편집국 기자의 편집국장 임명거부권, 경인일보의 편집국장 임기제 및 직위해제권 등이 이에 해당된다). 셋째, 가장 급진적 형태의 경우로서 경향신문에서는 편집권 행사의 주체를 편집국 기자 전체로 보고 이의 실현을 위한 제도적 장치를 마련하고자 하였다.<sup>168)</sup>

그 후에도 편집권의 내용과 그 귀속 주체 여하에 관하여는 아무 정립된 법리나 관행 없이 다양한 논란이 전개되었다. 이와 같이 과거 우리의 편집권 논의의 과정을 뒤돌아보면 첫째, 미디어의 자유와 관계에서 편집권의 개념과 주체에 관한 법리가 명백치 않았고, 내적 자유라는 새로운 개념에 대한 인식도 없었기 때문에 경영주측과 노조측에서는 각각 당연히 자기들이 편집권의 주체라고 생각하여 일방적인 주장을 펴왔을 뿐이었다.

둘째, 종래 편집권에 관한 논의는 법적 차원에서가 아니라 사회적·실천적 차원에서 주장·논의되었기 때문에 사실적·기능적 현실이 법적 당위와 혼동되어 올바른 법적 추론을 모색할 수 없었다. 그 이유는 이 문제가 주로 언론단체나 언론노조에 의해 또는 언론학자들에 의해 주장·논의된 데도 그 이유가 있었다. 그러나 이에 관하여는 최근 법학자들에 의해 새로운 시도가 행해지고 있으며, 독일에서 내적 자유에 관한 이론이 소개됨으로써 새로운 해결방안이 모색될 수 있게 되었다.

## 라. 법률 조항의 변천

우리의 법제상 편집권이냐 그 주체에 관하여 명문으로 이를 규정하는 바는 없었다. 다만, 1963년의 신문·통신등의등록에관한법률(법

---

168) 강명구, 한창록, 전계 논문, 14면 이하

를 제1486호)은 그 제2조(정의)에서 “편집인이라 함은 정기간행물의 편집에 관하여 책임을 지는 자를 말한다”라고만 규정한 적이 있었다. 그러나 이 경우 편집인의 지위와 권한 등에 관하여는 아무런 규정이 없었고 또 학설도 이에 관하여는 별다른 논의가 없었다. 동 법규정에 의하면 편집인은 정기간행물에 있어서 그 편집실무의 책임을 가진 자 혹은 편집권 행사자로서 최고책임자, 그렇지 않으면 편집에 관하여 법률적으로 형식상의 책임자 등 여러 의미로 쓰여질 수 있었으나, 동 규정이 그 어느 것을 지칭하는 것인지는 분명치 않았다. 다만, 언론계의 실무상 필요적 게재사항에 게재되는 편집인은 발행인에 의해 임명되어 당해 정기간행물의 편집상 총체적 지도와 통제를 행하는 사람으로 인식되고 있을 뿐이었다.

“발행인이라 함은 정기간행물을 발행하는 자를 말한다”고 규정한 동 법 제2조에 관하여도 그것이 구체적으로 무엇을 규정하는 것인지 막연하였다. 다만, 학설은 발행인이라 신문·잡지의 편집·업무·인쇄 등 신문의 3대 분야에 관한 최고관리자로서 이론상 또는 실체상 편집권을 행사하는 자를 의미하며, 그 업체가 법인체인 경우에는 이사회에 대하여, 개인 기업체인 경우에는 사주에게 책임을 지게 된다고 하는 견해가 있었다.<sup>169)</sup>

1981년의 언론기본법은 이른바 넓은 의미에서 언론의 내적 자유에 관하여 첫째로 언론기업의 독점방지책으로 2종 이상 매체의 겸영을 금지하고 그 자본상황 공개의무를 규정하고(동법 제12조), 둘째로 발행인과 기자간의 관계에 있어서는 이른바 편집·편성권보장을 위한 기자단체의 요구가 격렬하였음에도 불구하고, 단지 일반 노사관계적 측면에서 발행인(기업주)의 소속언론인에 대한 후생복지

169) 임근수, ‘편집권의 옹호와 독립’, 신문평론 1964. 5. 17면

증진의무를 추상적으로 선언하였을 뿐이다. 셋째로 그 제3장 ‘언론기업과 언론인’에 규정된 언론인의 자격, 윤리 및 연수 등에 관한 조항은 직접 언론의 내적 자유와는 무관한 것이지만 언론의 공적 과업개념에 의해 언론인의 자격과 의무 등이 강조된 것이라고 할 수 있었다.

그러나 1987년 6월 항쟁 이후 제정된 현행 헌법은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”(헌법 제21조 제3항)고 규정하여 정간물의 제도적 기본권으로서의 속성을 명백히 함과 동시에 그 제도를 실현하는 법률의 제정에 근거를 마련하였다.

위 헌법에 의해 언론기본법이 폐지되면서 대체법률로 제정된 정기간행물등록등에관한법률(약칭 정간법)은 편집에 관한 조항을 두어 “발행인은 종사자의 편집 및 제작활동을 보호하여야 한다”는 규정을 두게 되었다(정간법 제6조 제2항). 이 조항의 해석과 관련하여 문헌에서는 그 실체와 내용 및 주체에 관하여, 그리고 그 인정 필요성에 관하여 다양한 논의가 전개된 바 있다.

## 마. 학설

편집권의 소재에 관한 학설을 대별하여 보면 크게 경영자측에 있다는 견해와 기자측에 있다는 견해가 대별된다. 첫째, 편집권이 경영인 즉, 발행인에게 있다는 견해는 다시 경영자에 의해 사실상 편집인이나 편집대표자에게 위임된 권리로 보는 견해가 분파되어 있다. 둘째, 편집권이 편집측에 있다는 견해는 다시 편집을 담당하는 편집국장이 단독으로 갖는다는 견해에서부터 나아가 그와 데스크 등 간부들이 갖는다는 견해, 일선 기자들만이 가진다는 견해 또는

편집국장을 포함한 편집국 기자 전원에게 귀속한다는 견해 등 여러 견해가 있을 수 있다. 셋째, 절충적인 견해로서 경영과 편집측이 분담하는 것이라고 하는 입장도 보인다.

이제까지 찾아볼 수 있는 언론관계 문헌을 보면 위 어느 견해에 가담함을 명백히 밝히는 경우는 드물고, 편집권 논의가 시작된 1960년대부터 1980년대를 거쳐 오늘에 이르기까지 기자들에게 편집권이 있다는 견해가 주조를 이루고 있는 것으로 보인다. 그러나 그 대부분은 매스컴이나 언론관계 문헌에서 주로 언론인이나 언론학자 또는 언론단체 및 시민운동단체의 문필가들에 의한 것이었기 때문에 평가자측을 위해 편파적인 경향이 없지 않았다. 언론계 내부의 상황을 보더라도 편집국 내부에서 데스크 이상의 간부진과 평가자 사이에 인식이나 시각에도 차이가 있어 의견이 일치하지 못하고 있다.

그러나 최근에는 법학자들도 이에 관심을 보이고 법적인 어프로치를 하고 있으나, 편집권에 관한 정의나, 주체에 관하여는 명쾌한 설명이 이루어지고 있지 않다. 다음에 일응 이들의 견해를 살펴보기로 한다.

#### (1) 경영자 측에 있다는 견해

편집권이 처음 논의되기 시작한 1960년대에 대표적인 견해를 보면 편집권은 이론적으로 신문의 자본주(법인의 경우는 주주)에게 귀속됨을 전제로 오랜 관행과 사회 공기로서의 본질상 요구에 따라서 그 권능은 실제로 '경영관리인 및 그 위임을 받은 편집관리인'이 행사한다는 것이었다.<sup>170)</sup>

자본주의 경제체제 하에서 편집권을 가지는 것은 경영주가 틀림없으나 편집책임자의 편집권은 경영주나 언론노조 모두가 보호해야

---

170) 임근수, '편집권의 옹호와 독립', 신문평론 1964. 5. 17면

한다는 견해<sup>171)</sup>라든가, 편집권은 언론의 자유를 구체적으로 보장하기 위해 외부의 간섭을 배제하는 권리이자 대내적으로 업무분담에 의해 편집인에게 위임된 권한으로 보는 견해<sup>172)</sup>는 크게 보아 경영자 측에 편집권이 있다는 입장에 속한다고 볼 수 있다.

## (2) 기자들에게 있다는 견해

언론인들이 집필한 논설과 논문에 의하면 그들은 대부분 기자들에게 편집권이 귀속된다는 입장을 취한다. 그 중에서도 기자들만이 편집권을 가진다는 입장을 분명히 한 학설도 있다.

### (가) 방정배

방정배교수는 우선 언론의 외적 자유와 내적 자유를 구별하여 전자는 정치권력에 대한 방어권적 자유로 소극적 자유(press freedom from state)인 반면, 후자는 진실한 보도와 공정한 논평을 위한 적극적 자유(press freedom for the people)라고 하여, 전자의 자유가 국가 권력으로부터 언론자유를 방어하기 위한 자유라면, 후자의 자유는 진실한 보도를 통해 국민에게 봉사하기 위한 자유임을 강조한다.

그는 언론기업은 이념적인 동시에 경제적인 기업으로서 특수 위상을 갖기 때문에 편집권의 소재에 관하여는 민주주의 이론적 관점에서 고찰해야 한다고 전제하고 다음과 같이 논한다. 즉, “편집자의 헌법적 지위(제21조) 및 인격권적 위상에서 볼 때 편집행위의 권리와 자유의 주체는 편집자이다. 편집권은 개인적 차원에서 볼 때 편집자 개인의 인격권적 언론권이다. 그리고 그것은 그 개인의 정신적 자유이다. 그가 비록 어느 언론사에 편집자로 입사한다고 해서 그가 쓰고 말하는 언론행위하는 자유와 권리를 사주에게 억압당할 필요

171) 팽원순, 기자협회보, 1988. 5. 27.자

172) 남시욱, ‘편집권에 대한 고찰’, 신문연구, 1982 겨울호, 103-104면, 118면 이하

가 없다. 정신의 주인은 어디까지나 기자 자신이란 말이다. 물론 그 행위에 대한 책임은 개인이 진다. 이 경우 경영자는 그것을 가능케 해 주는 보조자에 불과하다. 이 경우 사주가 편집행위에 간섭하는 것은 위헌이며 불법이다.”<sup>173)</sup> 그는 “양심과 신념과 추구하는 이념에 입각해서 편집활동을 직업적으로 영위하는 것은 그 직업활동자의 고유권리요 자유이”기 때문에 정보제작의 권리주체가 되는 것이며, 나아가 편집활동은 정신적 창조 및 형성행위에 소속되기 때문에 지시에 따라서는 안되는 성질의 것이라고 한다.<sup>174)</sup>

그는 한편 기업내부적 위계와 분업적 협조과정상 위로부터의 기업명령권과 지시권이 경영주에게 귀속됨을 인정하면서도, 그러한 기업경영상의 필요에 의한 지시권은 기자들의 창조적이고 정신적인 전문성을 위해 “언론인의 편집이란 정신적 형성 행위의 자율권을 보호할 것을 명령”하기 때문에 제한되어야 한다고 한다.<sup>175)</sup> 다만, 그도 “모든 언론사는 조직, 경영의 목적을 가지고 그 목적을 달성하기 위해, 이념적 기본노선이나 소위 사시라는 것을 가지고 있다. 그 이념에 바탕해서만 언론사는 운영되고 그 존재의의를 찾는다. 이것을 법은 보호하고 있기 때문에 편집활동의 자유가 사시나 사의 기본이념을 붕괴하는 자유일 수는 없다. 즉 사시에 의해 편집권이 제한을 받게 된다는 것이다.”라는 논리를 펴고 있다.<sup>176)</sup>

그는 또 편집권을 인정해야 하는 근거로서 “편집·편성·보도의 자율성 없이는 직필과 정론으로 국민(독자)의 정보권을 충족시킬 수 없”고, “국민의 정보권, 미디어 접근권, 진실 추구권 같은 헌법적으

---

173) 방정배, ‘편집권 독립의 이상과 현실’, 신문과 방송, 1988. 11. 126면 이하

174) 방정배, 전계 논문, 126면

175) 방정배, 전계 논문, 126면

176) 방정배, 전계 논문, 127면

로 보장된 언론의 자유와 권리를 충족시킴으로써 공익에 이바지할 언론자유가 바로 이 편집권의 독립성을 의미하는 것으로 해석할 수 있다”고 논한다.

살피건대, 방교수의 입론은 법리적 관점에서가 아니라 다분히 사회적·기능적 관점에서 편집권이 아닌 편집활동을 파악하고 있다는 특징이 있다. 그는 한편에서는 경영자의 미디어의 자유 즉, 발행의 자유와 기자들의 내적 자유를 구별하면서도,<sup>177)</sup> 다른 한편에서는 위 양자를 구분함이 없이 사실상 기자가 행하는 편집작업에 관하여 다른 아무 법적·이론적 근거 없이 이를 편집권이라고 하는 권리로 파악하고 있다. 그러나 사실상의 작업 주체가 반드시 그 작업에 관한 권리의 주체가 되는 것은 아니며, 그렇다고 하려면 그에 따른 법적 논증을 요함에도 그러한 논증이나 근거가 충분히 제시되지 못하고 있다. 기자들의 작업이 정신적 작업으로서 그 양심의 자유에 기한 것이기는 하나, 그가 자신의 서적이나 논문을 작성하여 발표하는 경우에는 아무 간섭을 받지 않는다고 하더라도, 그가 한 매체기업의 피용자로서 채용되어 그 미디어의 편집작업에 관여하게 되는 때에는 그 취재, 기사의 작성·편집 등 제반 조직적 작업이 오로지 개개 기자 각자의 양심에 의해 결정되어야 한다는 것은 현대 대중매체의 단체적·조직적인 성격이나 그 속에서 다수인의 협동에 의해 이루어지는 작업과정 속에서 개개 기자가 행하는 역할을 제대로 이해하려는 입장이라고 볼 수 없다.

단체 속의 개인이라는 기본적인 사회관계에 관한 이해는 차치하고, 언론기업 내에서 기자의 지위는 고용계약에 의해 피용된 근로자라는 지위가 간과될 수 없고, 기업주의 출자에 의해 설립된 매체의

---

177) 방정배, ‘동아투위 4반세기 존재의미, 언론자유와 그 반역의 논리’, [한국기자협회] 2001-04-01

기술적·재산적 수단을 사용하여 보도와 평론을 행하는 매체의 법적 기초관계가 간과되고 있는 것이다.

그는 기자들의 편집에 관여하는 활동의 정신적 측면을 강조하여 이를 기자들 개인의 양심의 자유에서 나오는 개인적 권리로 파악하고 있으나, 이는 기자들의 주관적인 양심 표현의 자유를 미디어에 의해 표현할 권리와 혼동하고 있을 뿐 아니라, 인적·조직적 종합체로서 제도적 특성을 갖는 언론매체에서 편집이 갖는 부분적 역할과 위치를 간과하고 편집과 경영이라고 하는 업무의 상관성을 도외시한 채, 편집만의 독자적·고립적 국면만을 강조하고 있다는 점에서 비판을 피할 수 없다.

#### (나) 강경근

강경근 교수는 현행 헌법 제21조 제3항이 정하는 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 것이 바로 편집의 자유와 독립이라는 입장을 취한다는 점에서 주목을 요한다.<sup>178)</sup> 이것은 신문 등 정간물을 제도적 자유로 보아 그 기능을 위한 법적 규제의 하나로서 내적 자유를 제도화하여야 한다는 입장을 천명한 것이어서 종전에 볼 수 없던 새로운 시도라고 할 수 있다.

그는 “언론의 자유를 민주국가의 존립·발전에 필수불가결한 기본권으로 볼 때<sup>179)</sup>, 국가는 자유로운 언론을 위한 제도적 보장, 즉 언론의 내적 자유를 실현할 수 있는 법제를 제정하여야 할 헌법상 책무를 지며,” “헌법이 규정한 언론의 ‘기능’의 핵심은 편집의 자유와 독립이”기 때문에 이를 제도화해야 한다는 것이다.

그는 “내적 언론의 자유는 자유로운 언론을 형성하기 위한 ‘제도’

---

178) 강경근, ‘언론기능’, 개념은 편집 자유와 독립, 2000. 11. 언론중재위원회 정기세미나 ‘언론 환경의 변화와 언론관련 법률의 쟁점별 검토’ 중에서 주제 발표문

179) 헌재 1993. 5. 13, 91헌바17 결정

를 가능케 하는 기능의 ‘최소한’을 법·제도적으로 언론의 자유 속에 설정하는 것, 즉 언론제도를 언론 스스로 실현할 수 있도록 하는 제도적 장치의 설정을 의미한다”고 보고, “통신·방송의 시설 기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 하는 헌법 조항(헌법 제21조 제3항)이 바로 편집권의 근거조항이라고 한다.

그러나 그도 이러한 편집권의 귀속에 관하여는 “편집의 권리는 편집인 등에게 전적으로 귀속된다기 보다는 경영자 등과 상당 부분 경합하여 지닌다”고 보는 것이 현행법상 합리적인 해석이라고 하면서, 편집의 전문성 때문에 편집은 독립하여야 한다는 점을 이유로 편집권은 편집인 등 편집종사원에게 귀속되어야 한다는 취지로 주장한다.

그런 점에서 그는 편집인과 편집종사자들의 ‘편집권’을 발행인 등에 대하여 주장할 수 있는 법적인 힘을 지니는 기본권적 ‘권리’로 하기 위해서는 “발행인은 종사자의 편집 및 제작 활동을 보호하여야 한다”는 정간물법 제6조 제2항을 “편집인 등 그 종사자는 독립하여 편집 및 그 제작 활동을 행한다”는 내용으로 수정할 것을 제안하고, 그러한 편집권의 구체적 내용의 선택과 형성은 입법에 의하여 실현되든지 편집종사자들과 발행인간의 내적인 협약에 의해 결정될 수 있는 것이라고 한다.

그의 이론은 우선 편집권의 보장이 언론의 내적 자유로서 언론의 기능을 보호할 것을 명하는 헌법조항에 근거를 갖는다는 점을 파악한 점에서는 긍정적으로 평가될 수 있으나, 그 귀속 주체에 관한 논증에서는 전문성이 요청되는 편집제작업무는 기자들이 담당해야 마땅하다는 점 이외에 미디어의 소유자로서 발행인의 권리가 왜 기자들에게 넘겨져야 할 것인가에 관한 논증은 시도하지 않고 있다.

독일에서도 논의되고 있는 바와 같이 내적 자유가 기자들에게 인정된다는 것은 그만큼 발행인의 미디어의 자유가 축소된다는 함수관계를 이해해야 하고, 이를 법제화하는 경우에는 양자의 법익간의 이익형량에 의해 과잉금지의 법리에 의한 심사가 이루어져야 하는 것임을 간과하고 있는 것이다.

#### (다) 비판

이상 살펴본 바에 의하면 기자들에게 편집권이 귀속한다는 학자들은 대부분 기자들만이 올바른 취재와 보도에 임할 수 있고, 올바른 여론형성에 기여할 것이라고 하는 집단적 주장을 배경으로 하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 주장이 한국에서 어느 정도 설득력을 갖는 것은 종래 언론매체의 경영자들이 편집에 관하여 부당한 간섭을 행하여 온 실상이란가, 족벌에 의해 경영되어 온 언론기업이 다시 세습에 의해 경영자의 이익을 위해 전단(專斷)되어 온 현실에 대한 반성을 반영하는 것이기도 하다.

그러나 한편 종전 편집권 논쟁에서 간취되는 바에 의하면 기자들 측의 주장은 어느 매체 기업에서든 언론노조나 언론단체의 진보적 성향을 반영하는 경향을 간과할 수 없었으며, 이렇게 편집권이 일선기자 그룹에 의해 전담될 때 거의 모든 신문은 각각의 색채나 논조 등 이른바 경향을 잃고 진보 일색으로 변화하게 될 우려가 있다. 매체의 자유로서 각 매체의 경향은 국가적 권력으로부터 뿐 아니라 언론기업 내부에서 노조세력에 대해서도 보호되어야 한다고 하는 독일 연방헌법재판소의 판례가 바로 이러한 문제를 정확하게 지적하고 있다.

나아가 이렇게 법에 의해 기자들에게 편집권을 귀속시키는 경우에는 기자들의 권한행사의 공정성이나 전문성을 담보하기 위해 그들의 자격이나 교육에 관하여 법적인 규율이 필요하다는 점은 간과

되고 있다. 앞서 본 바와 같이 독일에서 내적 자유의 급진적 추구를 반대하는 주된 이유 중의 하나가 이를 인정할 경우 기자그룹은 막강한 의견세력으로 등장하여 누구의 견제도 받을 수 없는 전단적 파워를 행사할 우려가 있다는 이유 때문이었다는 점을 간과할 수 없다. 이미 지적된 바와 같이 언론이 권력에 의한 통제나 시장법칙에 의한 적용을 받지 않게 된다면 그것은 남용될 수 있고, 막강한 전단세력으로 클 수 있는 것이다.

## 바. 결론

편집권이 누구에게 귀속하는가 하는 문제를 고찰하기 위하여는 우선 앞서 미디어의 자유의 주체에 관한 논의에서 다룬 바가 상기되어야 할 것이다. 개념적으로 본다면 미디어의 자유는 발행인에게 있고, 내적 자유로 논의되는 개념은 미디어 내의 기자들을 주체로 상정한 개념이다. 즉, 헌법상 미디어의 자유는 발행인에게 있고, 언론기업 내에서 기자들의 기능과 활동에 근거하여 기자들에게 내적 자유가 주어지는 것으로서 정리되어야 한다.

미디어의 자유가 개인의 표현의 자유로부터 파생한 자유권으로서 개인이 미디어를 설립하여 그를 수단으로 표현할 권리를 의미함은 물론이다. 미디어의 설립은 그 출발점에 있어서는 자본을 투자하는 자의 사상이나 세계관을 전파하기 위한 행위에 다름이 아닌 것이다. 그리고 이러한 미디어 중 특히 인쇄매체는 사기업의 형태로 조직되어 사경제적 방법으로 운영되며, 그러한 재정적·경제적 독자성이 여론의 다양성의 전제가 되는 논조 및 경향의 추구에 보다 적합한 것이라는 점은 이미 지적한 바와 같다.

편집작업을 매체의 보도활동을 준비하는 작업이라고 본다면 이리

한 매체의 편집작업은 원래 매체의 설립 및 운영에서부터 나오는 작업임이 분명하다. 다만, 오늘날 조직화·기업화한 대신문에서 이러한 편집작업은 경영층에 의해서만 담당될 수 없고 다수의 기술 및 전문 인력이 공동으로 협력하여 이루어지는 공동적·분업적 작업이고 그 본질은 정신적 활동에 의한다는 점을 고려할 때, 그것은 발행인이나 경영자가 전담하여 행할 수 있는 성질의 것은 아니고, 경영자와 기자 등 종사원이 공동 협력하여 행하는 것이라고 보는 것이 타당하다.

이렇게 본다면 편집작업은 경영자와 기자 어느 일방의 독점적 권리주장에 의해 전단될 수 있는 것이 아니고, 양자간의 협력을 필요로 한다는 새로운 인식과 합의하에서 이루어져야 할 것으로 생각된다. 그리고 다수인이 참여하는 이러한 협동작업에서 이를 주도하는 주체가 필요한 물론이고, 그렇다면 그 주체는 기업의 존속과 운영에 관하여 최종적 책임을 지는 발행인이 담당하여야 할 것이다.

어쨌든 보도의 전제가 되는 언론활동의 일부 과정을 의미하는 편집작업에 관하여 이를 하나의 권리로 보아 그 귀속 주체를 논의하는 태도는 바람직하지 못하고, 그러한 의미에서 편집권이라고 하는 용어를 법에 명문화한다는 것은 무의미한 것이라고 생각된다. 우리의 현실을 보더라도 기자들이 주장하는 편집·편성권이라고 하는 개념은 단지 권언유착(權言癒着)이나 영리추구에만 몰두하여온 언론기업주의 부정적 행태에 대한 항의적·비판적 개념으로서 기자들의 공적 과업 수행의지를 집약한 사회적·정치적 차원의 개념이라고 할 수 있을 뿐, 법적인 근거를 가지거나 법적으로 뒷받침될 수 있는 개념은 아니다. 그러므로 편집권이라는 말을 그 귀속 주체 및 내용에 대한 구체적 확정이나 합의 없이 어떠한 형태로든 정간법에 명문화하는 것은 여러 헌법 문제 뿐 아니라 해석상·적용상의 문제를

일으켜 큰 혼란을 야기하게 될 것이다.

언론의 내적 자유를 보장하는 방안은 다음에서 보는 바와 같이 이를 구체적으로 보장하는 여러 국면에서의 논의로 대신되어야 할 것이다. 여기서 유의할 점은 앞서 본 바와 같이 언론 기업내에서 기자들의 내적 자유를 입법으로 보장하는 경우에는 그 보장하는 정도만큼 발행인의 자유는 희생될 수밖에 없는 것이므로 그러한 입법 목적의 정당성 여부와 그 목적 달성을 위한 수단의 적절성 여부를 검토한 후, 상호 실천적 조화에 의한 이익형량에 의해 내적 자유의 보호범위를 천착하여야 할 것이다. 위에서 살펴본 바에 의하면 공익 목적을 위한 내적 자유의 입법화는 필요하고 충분한 근거를 갖지 못하며, 단지 기자들의 양심의 자유를 보호하는 차원에서 발행인의 발행의 자유는 제한될 수 있다는 점이 구명되었다. 그 경우에도 발행인의 자유를 압도하는 기자들의 내적 자유를 입법으로 정하는 것은 헌법상 허용될 수 없고, 과잉금지의 법리를 위반하지 않는 범위내에서 양자 간의 타협에 의한 해결이 도모될 수 있도록 입법적 형성권을 행사하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 여기서 발행인의 경향의 결정 및 변경의 자유와 기자들의 양심 및 소신의 자유가 충돌하는 경우 이를 해결할 수 있는 절차와 기구가 필요함은 물론이다.

### 3. 현행 헌법상 가능한 내적 자유의 보장 방안

#### 가. 개관 - 전제적 입장

앞서 본 바와 같이 우리법제상 언론의 내적 자유를 범제화할 수 있는 근거로서 가장 중요한 것은 현행 헌법이 '신문의 기능'을 보장하기 위한 입법의 근거를 마련하고 있다는 점이다. 즉, 현행 헌법

제21조 제3항은 “통신·방송의 시설 기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하는데, 이 조항이 언론의 내적 자유를 입법화하는 근거가 될 수 있다. 문제는 언론의 기능 보호를 위해 국가가 행할 수 있는 신문의 내부관계에 관한 입법적 규율이 어떠한 한계 내에서 허용될 수 있는가 하는 것이다.

그 논의에 있어서는 우선 신문의 기능이란 무엇을 의미하는가가 먼저 고찰되어야 하고, 이를 위하여는 우리 헌법상 자유민주주의의 의사결정체제 전반에 관한 체계적 이해와 함께 그러한 체제 하에서 언론이 갖는 헌법적 지위를 고찰하지 않으면 안된다. 언론이 우리의 헌법생활에서 행하는 기능에 관하여는 별도의 연구를 필요로 하나<sup>180)</sup>, 일응 언론이 행하는 공적 기능의 핵심은 여론형성에 있다고 할 수 있다.

그리고 위 헌법조항에 의하면 언론 매체는 국민의 여론형성을 담당한다는 공적 기능 때문에 그 기능을 보장하기 위해 그에 대한 입법적 간섭이 가능한 것으로 생각되지만, 한편 여론형성은 자유로운 사회적 영역에서 국가의 간섭 없이 이루어져야 하는 것이기 때문에 언론 활동을 국가적·제도적 영역으로 편입하는 정도에 이르는 조치는 물론 언론매체의 자발성과 경향성을 손상케 하는 정도의 조치는 헌법상 허용되지 못한다. 이것은 우리의 자유민주주의적 국가의사결정체제가 전제로 하는 것이다.

이 점에서 신문 등 정간물 기업의 사경제적 조직과 운영은 헌법상 전제된 것이며, 방송의 경우에는 그 주체가 공기업이든가, 아니면 국가의 허가에 의해 설립되는 것이기 때문에 특히 국가권력으로부터의 독립성을 보장하려는 조치가 보장되는 경우에만 헌법에 부

---

180) 그에 관한 상세한 논의는 박용상, 언론의 자유와 공적 과업, 교보문고(1982), 352면 이하 참조

합할 수 있게 되는 것이다.

나아가, 신문의 헌법상 지위에 관하여는 이를 사적 영역에서 존재·활동하는 것이라는 자유주의적 이론에서부터 공적 영역에 존재하는 것으로 보아 정당과 같이 그 내부조직을 민주화하고 그 자금 출처를 밝히는 등 법적으로 제도화하는 입법조치를 요구하는 입장까지 다양한 학설이 존재하는 것은 이미 논의된 바이다.

그러나 독일 연방헌법재판소가 판시한 바와 같이 여론의 형성은 조직된 공적 영역과는 무관한 자발적이고 자유롭게 설립된 다양한 매체에 의해 담당되어야 한다는 점을 이해한다면 언론의 기능을 보장하려는 국가의 입법조치에는 스스로의 한계가 설정됨을 알 수 있다.

그리고 헌법이 보호를 요구하는 신문의 기능은 그것이 자유민주주의적 여론형성을 가능하게 하는데 있고, 그 여론의 형성은 다양성의 원칙에 따라야 하며, 그 여론형성의 매체 내지 요인으로서 신문매체는 국가권력에 의한 영향은 물론 기타 사회적·경제적 세력에 의해 간접받음이 없이 자발적인 자유로운 보도·논평활동이 보장되어야 함을 요구한다.

이러한 넓은 테두리 안에서 발행인과 기자 간의 관계에 관하여 본다면 기자들에게 언론의 내적 자유를 보호하는 것도 언론의 기능에 일조할 수 있으나, 그 보호의 내용에 있어서는 기자들의 정신적 활동의 최소한을 보호할 필요에 그칠 뿐, 기자들의 독점적 편집작업을 요청하는 것이 아니다. 그 이상 편집에 관한 결정권을 기자들에게 인정하게 되면 그것은 매체의 논조나 경향을 위축시켜 오히려 여론의 다양성에 해로운 영향을 미칠 우려가 있다. 이렇게 보면 우리 헌법은 여론의 다양성은 내적 자유의 보장에 의해서 보다는 오히려 경향보호에 의해 성취되어야 하는 체제를 전제하고 있다고 보아야 한다.

이러한 입장에 대하여는 시장원리에 따르지 않을 수 없는 신문의 생존논리에 의해 모든 신문은 체제내의 자본주의적 질서만을 옹호하는 경향을 피할 수 없게 되고, 오히려 보수 일변도의 신문만이 시장을 지배하게 되는 결과 그만큼 다양성이 위축될 수 있기 때문에 자유와 평등의 조화적 해결을 필요로 하는 사회적 개혁은 이루어질 수 없다는 비판이 있을 수 있고, 그러한 비판이 상당한 이유를 가짐은 부인할 수 없다. 그러나 그러한 다양성의 위축을 시정하기 위한 수단으로서는 위와 같이 위헌논란을 피할 수 없는 내적 자유의 보장에 의해서 보다는 국가가 소수와 내지 반대파의 의견 표현의 채널을 확충·지원하는 정책수단에 의해 달성되어야 한다는 것이 필자의 소견이고, 다수의 선진 제국에서 이러한 정책은 이미 시행되고 있다.

이러한 입장에서 보면 매체의 내부관계에서 편집에 관하여는 기자 개개인을 보호하기 위한 발행인의 권리의 제한은 일정한 비교형량의 틀속에서만 가능하다고 생각된다. 즉, 내적 자유로서 논의되는 제도 가운데, 기자들의 소신을 보호하는 제도는 편집활동에 있어서 매체의 원칙적 입장은 물론 지침의 결정에 있어서뿐 아니라, 경우에 따라서는 모든 구체적인 사례에서도 최종적 결정이 발행인에게 유보되는 범위에서 도입될 수 있을 것이다.<sup>181)</sup> 편집부문의 인사결정에 있어서도 이러한 기본 입장이 지켜져야 함은 위에서 언급한 바에 의해 귀결되는 바와 같다.

그러나 이러한 법적인 기준이 발행인이 임의적인 양보에 의해 기자들에게 보다 큰 권한을 인정하는 것을 방해하는 것은 결코 아니

---

181) Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1 [8]

다. 바람직한 매체의 활동을 위해서나 보다 충실한 품위지로서의 성가를 얻기 위해서는 기자들의 창의성을 확보할 수 있는 이러한 조치가 더 유리할 수 있음은 물론이다.

이렇게 기자의 의견의 자유를 보호하기 위해 발행인의 권리를 제한하는 경우에도 기자들의 의견 내지 표현의 자유를 보호하기 위해 신문의 경향보호를 폐기하는 정도에 이르는 조치는 허용될 수 없고, 기자를 보호하기 위한 국가의 조치는 경향보호에 과도하게 방해적으로 작용하지 않는 경우에만 허용될 수 있을 것이다.

## 나. 기자의 양심보호

### (1) 의의 및 범위

앞서 각국의 예에서 본 바와 같이 언론의 내적 자유를 보호하는 가장 기초적이고 중요한 단계는 기자들의 정신적 활동으로서 양심과 확신을 보호하는 것이다. 이것이 기자의 지위를 강화하는 것으로서 가장 기본적인 방안임은 물론이다. 우리의 경우에도 입법적 차원에서 기자들이 양심이나 확신에 반하는 바를 집필하거나 표현하도록 강제할 수 없고, 그 거부를 이유로 한 불이익한 처우를 금지하는 규정을 마련할 필요가 있다.

위와 같이 기자의 확신을 법적으로 보호하게 되면 편집에 관한 사항에서 기자로서는 위 확신에 반하는 근무를 거부할 권리를 부여받아 근로계약상 인정된 근로의무에 대하여 일정한 자유영역을 인정받게 되고, 그만큼 경영자나 상사로서는 그의 지시권이 제한받게 된다.<sup>182)</sup>

---

182) Hartmann-Rieder, Kommentar zum Mediengesetz, Manz Verlag Wien, 1985, S. 43

그러나 기자 개개인에게 이러한 양심보호에 관한 권리가 인정된다고 하더라도, 이러한 권리가 그가 작성하거나 제작한 기사나 프로그램의 전과를 강요할 권리를 부여하는 것은 아니며,<sup>183)</sup> 타인이 작성 제작한 내용에 대하여는 자기의 양심에 반한다고 하여 기술적·편집적 작업을 거부할 수 없다.<sup>184)</sup> 또 오스트리아의 매체법에 의하면 뉴스업무에 관하여는 이러한 업무거부권이 인정되지 않고, 특정 뉴스에 대한 작성지시나 내용적 작업은 그 선별작업을 포함하여 거부될 수 없다. 다만, 개인적 견해나 입장의 진술이 필요한 해설에 관하여는 그 작업 지시가 거부될 수 있다.

이렇게 확신을 보호받는 주체는 저널리즘적 업무를 수행하는 종사원으로서 매체의 내용에 관하여 창조적·형성적 활동에 종사하는 자들이다. 따라서 인쇄 및 조판 등 단지 기술적인 업무에 종사하는 자는 내용형성에 관여하는 자가 아니므로 이러한 권리가 부여되지 않는다.

## (2) 보호의 요건

위와 같이 기자의 양심을 보호하는 경우 그 요건에 관하여는 다시 상세한 검토를 요한다.

먼저 기자의 양심에 반하는 작업지시가 거부될 수 있다고 하는 경우 그 양심이란 기자 개인의 원칙적 문제에 관한 확신(Überzeugung in grundsätzlichen Fragen)에 반하거나 저널리즘 직업의 원칙(Grundsätzen des journalistischen Berufes)에 반하는 것을 의미한다.<sup>185)</sup> 따라서 개인의 임의적·편의적 사고에 반한다고 하여 거부할 수 있는 것은 아니다.

183) 1981년 오스트리아 언론매체법 제4조 참조

184) 1981년 오스트리아 언론매체법 제2조 제1항 제2문 참조

185) 오스트리아 언론매체법 제2조 제1항, Hartmann-Rieder, a.a.O., S. 43

개인의 원칙적 문제에 관한 확신이란 정치적 세계관적 도덕적 경제적 신앙적 또는 예술적 영역에서 주요한 원칙의 확실성과 그 실현의 필요성에 대한 믿음을 의미하며, 단지 개인적인 추측이나 예측은 그에 속하지 않는다. 문제된 기사가 이러한 기본적 문제에 관한 것이어야 함은 물론이다. 예컨대, 기사에서 사형제도의 재도입 필요성을 주장할 것을 거부하거나, 외국의 정치적 위기에 관한 사실에 충실한 보도에서 한 정파의 개입 가능성에 관한 언급을 제거할 것을 거부하는 경우가 이에 해당한다.<sup>186)</sup>

저널리즘적 직업원칙에 반하는 경우로는 기사가 예컨대 가벌적 내용을 포함하거나 가벌성의 요건을 충족하지 않더라도 진실성에 관하여 충분히 심사되지 않거나 일방적인 보도가 되는 경우 또는 주로 선정적인 동기에서, 이유 없이 개인의 사적 영역을 다루는 기사 또는 언론윤리에 위반되는 기사 등이다. 이 직업상 원칙에 반하는 경우에는 기본적 입장 위배 여부는 문제되지 않는다.

위와 같은 양심 보호에는 언론매체의 기본입장에 반할 수 없다는 한계가 주어진다. 즉, 기자직의 직업행사의 자유는 신문의 노선 즉, 발행인에 의해 표명된 매체의 기본적인 방향(*grundlegende Richtung*)에 그 한계를 갖는다. 기자들의 양심을 가장 확실하게 보호하는 오스트리아의 매체법에서도 이러한 확신은 매체의 일반적 입장 즉, 경향에 반하지 않는 한도 내에서 인정된다.<sup>187)</sup>

여기서 매체의 기본적 방향(*grundlegende Richtung*)이란 정치적 세계관적 도덕적 경제적 신앙적 또는 예술적 기본 태도 및 기타의 목적 규정을 포함한다. 오늘날 정치적 방향은 기본적 방향과 같은 의미로 쓰인다. 이 기본적 방향은 실제상 여러 모습으로 정의될 수

---

186) Hartmann-Rieder, a.a.O., S. 44f

187) 오스트리아 언론매체법 제2조 제1항

있지만, 미디어의 수준, 기술상의 레이아웃, 광고란의 배정 등의 사항은 이에 속하지 않는다.

따라서 기자의 의견이 발행인의 노선과 배치되는 경우 그는 의견 내지 양심 보호를 주장할 수 없다. 그러나 신문의 노선 안에서도 기자는 개인적 견해를 위한 충분한 자리를 갖는다. 이미 주어진 의견경향에 의해 다루어지지 않은 수많은 문제가 존재하기 때문에 신문에서 의견의 다양성이라고 부를 수 있는 충분한 여지가 존재하는 것이다.

기자의 개인적 의견이 발행인의 방침에 아무 명시적인 해당이 없는 경우에도 확신포호가 적용된다. 그러므로 발행인의 원칙적 기준이 모호하고 공허할수록 개인적 확신은 더 큰 자유의 범위를 갖는다. 큰 발행부수를 갖는 대신문의 경우 독자층의 다양한 관점을 고려하여야 하고 그 지면에서 넓은 범위의 의견 스펙트럼을 제공하게 되므로 그에 따라 발행인의 방침은 더욱 불명확하게 표현된다. 그 결과 신문의 발행부수가 많을수록 기자의 개인적 확신을 보호하고 그에 의해 편집상 의견의 다양성을 보호할 가능성은 커지게 되어 언론정책적으로 바람직한 결과로 인도되는 것이다.<sup>188)</sup>

우리의 경우 특히 경영의 편집에 대한 부당한 간섭으로서 논란될 수 있는 것은 언론기업의 기본적 방향과 관련된 것이 아님에도 기업주의 개인적 이해관계에 따라 편집에 간섭하는 경우이지만, 이렇게 양심의 보호가 법적으로 보장되는 경우 위와 같은 부당한 기업주의 간섭은 금지될 뿐 아니라 그에 따르지 않았다 하여 그에 대한 불이익한 처우는 금지된다.

기본적 방향으로서 기준이 되는 것은 발행인에 의해 공표된 내용이다. 이 기본적 방향은 발행인이 변경할 수 있으나, 대내적으로만

---

188) Hartmann-Rieder, a.a.O., S. 45

바뀌었을 뿐 대외적으로 공개되지 아니한 경우에는 기존의 방침이 효력을 갖는다.

### (3) 효과

위와 같은 요건을 충족하는 경우 정당한 거부에 대하여는 하등 불이익이 주어질 수 없다. 불이익 처우의 금지로서 우선 발행인은 기사를 해고할 수 없다. 근무거부를 이유로 한 해고는 허용되지 않는 것이다. 그밖에 근로조건과 관련하여 불이익하게 하는 조치, 특히 전보조치도 허용되지 않는다. 이 특권은 언론기업에서만 적용되는 것이다. 오스트리아에서 이 조항은 기자에게 불이익하게 변경될 수 없는 강행규정이다. 그러므로 단체협약이나 편집규약에 의해서는 물론 개별적 근로계약에 의해서도 폐기할 수 없다.

이러한 차원에서 기자의 정신적 태도를 보호하는 조치로서는 위와 같은 확신보호 이외에 기자의 신조보호도 입법화하는 것이 타당할 것이다. 따라서 발행인이 일방적으로 매체의 기본적 입장을 변경하거나, 매체 기업이 양도 또는 합병되는 경우 새로운 입장에 동조할 수 없는 기자는 기존의 근로관계를 해지하고 일정한 기간 동안의 과도적 급여를 청구할 수 있도록 해야 할 것이다. 발행인의 새로운 지침이 공표됨이 없이 매체의 기본적 입장이 변경된 경우 오스트리아에서는 기자가 신조보호를 주장하여 근로관계를 해지하거나 종전의 공표된 상태의 발행인 지침에 의거하여 자기의 확신보호를 주장할 수 있다.<sup>189)</sup>

기자들에게 작업상 양심이 보호된다고 하여 양심과 무관한 사용자의 지시권이 제한되는 것은 아니다. 일반적으로 한 기업에 취업하는 근로자는 노동생활에 있어서 표현의 자유가 광범위하게 제한되며, 독일 판례에 의하면 기업내부에 있어서 피용자의 표현의 자유는

---

189) 오스트리아 기자법 제11조 참조

일반적인 노동법상의 원칙 특히, 기업평화의 유지를 위해 제한되고,190) 특히 경향기업에서 사용자는 근로자에 대하여 더욱 강화된 지위를 갖는다.191)

그러나 그 경우에도 개개 기자의 확신은 그가 법적으로 실행할 수 있는 ‘청구권’으로서 보호받는 것이 아니라 ‘방어권’으로서 보호받을 수 있는 이익이다. 유럽인권법원의 판례에 의하면 기자들은 헌법상 보호받는 의견의 자유에 의해 자기의 양심에 반하는 기사를 집필하거나 그러한 내용의 기사에 자기의 이름을 내걸도록 강요될 수 없으나, 그들이 이미 특정한 경향을 갖는 언론매체에 취업하게 된 이상 그들의 소신에 반한다고 하여 그 출판물의 보도나 논평의 내용을 바꾸거나 저지할 수는 없고, 다만, 그러한 소신에 반하는 언론기업에서 떠날 수 있을 뿐이라고 한다. 발행인측에서 보면 헌법상 기자에게 양심의 자유가 있다고 하여 그 신문의 경향에 반하여 행동하거나 지시에 따르지 않는 기사를 해고할 수 없는 것도 아니다.192) 다만, 기자가 자기의 확신에 반하는 경향의 신문사를 떠날 자유를 가질 뿐이라고 할 때, 언론 집중으로 인하여 새로운 직장을 찾을 언론매체의 수가 소수인 점을 감안하여 국가는 그러한 경우 과도적 급여를 지급하도록 하는 입법조치를 취할 수 있다고 한다.

#### (4) 실천적 과제

매체라고 하는 조직에 입사하여 활동하게 되는 기자로서는 조직 속에서 협동에 의해 이루어지는 편집작업의 본질을 고려하여 그 과정상 발행인의 경향과 기자들의 양심이 갈등 대립하는 경우 이를 실천적으로 조화하여 해결하는 길이 모색되어야 한다.

---

190) BAGE 1, 185, 191ff

191) Dieter Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970, S. 279

192) Christoph Engel, a.a.O., S. 8

이러한 문제를 실천적으로 해결하는 방안으로서는 발행인이 매체의 경향 즉, 기본 입장을 명백히 하고 이를 공개하게 하는 방안이 있다. 발행인은 사시나 회사의 입장을 명시하고 이를 정기적으로 공개하여야 하며, 기자들을 채용하는 경우 고용계약에 이를 명문화하는 방법이 권장된다.

그렇게 된다면 입사계약의 체결에 의해 하나의 매체에 입사하는 기자는 그 매체가 지향하는 정치적 신조를 수용해야 함은 물론이고, 계약에 의해 특정된 기본적 입장을 가진 매체를 위해 근로할 의무를 부담한다. 매체의 경향을 숙지하고 입사한 기자가 사시에 반하는 내용을 작성하는 것은 맞지 않는 것이다. 그러나 그렇다고 하여 입사계약을 한 기자가 그 계약에 의해 자신의 신조를 모두 팔아 넘기고 발행인이나 편집국장의 도구로서 전혀 신념을 갖지 못하는 존재가 된다면, 자기 활동의 사회적 기능에 관한 책임으로부터 해방되는 것이라고 말할 수는 없다.

위와 같이 양심을 보호하는 규정이 설정된다고 하더라도 발행인의 경향과 기자의 양심이 서로 대립 상충하는 관계로 나타날 경우 위 요건에 해당 여부가 논란될 수 있고, 그러한 경우 해결 방안이 필요함은 물론이다. 그에 대한 분쟁해결의 절차와 주체는 뒤에서 보는 바와 같이 임의의 편집규약의 작성에 의해 규정될 수도 있고, 그러한 임의적 약정이 되지 않는 경우를 상정하여 사법적 기구에 위임될 수밖에 없다. 물론 그 해결기관은 양 당사자의 동등한 참여에 의해 중립적인 중재자가 주재하는 방안이 권고된다.

#### **다. 편집작업에서의 협력관계**

앞서 본 바와 같이 편집은 발행인과 기자들이 협력하여 공동으로

행하는 조직적·과정적 작업이다. 신문의 자유는 원래 발행인의 자유로 성립하였으나, 오늘날 대신문에서 신문의 자유를 제도적으로 이해하는 경우 발행인 또는 그 위임에 의한 편집인만이 이를 수행할 수는 없고, 다수 기자나 편집국의 시스템에 의해 유기적·조직적으로 행사된다고 보지 않을 수 없다. 이 경우 기자들이나 데스크가 단지 피용자란 지위만을 중시하여 발행인의 신문의 자유의 행사를 보조하는 관계에 있다고 이해하는 것은 적절치 않다. 신문의 편집작업은 오히려 발행인과 편집 종사원이 일체가 되어 신문의 제작에 있어서 공동으로 협력하는 것이라고 이해함이 옳다고 생각한다.

그렇다면 편집·편성권이 전적으로 발행인 또는 기자들 중 어느 일방에 귀속된다고 하는 주장은 타당하지 않다. 그러한 주장은 이미 독일에서 논란을 거쳐 어느 일방의 주장도 다수의 지지를 받지 못하고 있다. 따라서 이러한 논란을 반복하는 것이 무의미함에도 불구하고 우리의 현실에서는 쌍방의 주장이 평행선을 가고 있는 것이다. 독일에서의 논의 결과에 따라 사항적으로 차원을 달리하는 사안에 관하여 양측이 협력에 의해 이를 행사한다고 보는 것이 언론의 편집적 작업활동에 보다 부합하는 것이라고 보아야 할 것이다.

그러나 이러한 사실적 관계 때문에 바로 편집권은 발행인과 기자가 동등한 자격에서 공동으로 행사한다고 단정할 수는 없다. 위에서 본 바와 같이 독일의 경우에는 편집에서 기본적 사항 및 방침적 사항에 관하여는 발행인이, 그 범위 내에서 세부적 사항에 관하여는 기자에게 권한이 분배된다는 관행이 성립되고 있다. 우리의 경우에도 이러한 관행이 도입될 수 있을 테지만, 그러한 사항이 입법적 규율의 대상이 되기는 어렵다. 사마다 양측의 타협에 의해 유연하게 정해질 사안이기 때문이다.

어쨌든 앞서 확인된 바와 같이 발행인의 경향 결정 및 실행권이

존중되는 범위에서, 그리고 발행인의 주도적 지위가 손상되지 않는 범위에서만 양자간의 협정이 이루어질 수 있을 뿐, 그 정도를 넘어서 법적으로 강제하는 경우에는 위헌의 문제가 발생할 가능성이 크다는 점에 유의하지 않을 수 없다.

## 라. 편집규약 및 편집위원회의 문제

편집규약 제도는 법적으로 명시할 수도 있고, 언론계의 관행으로 정착시킬 수도 있으나, 그 선택 여하는 입법정책의 문제에 속한다고 할 수 있다. 그러나 그러한 제도가 의무적·강제적 제도로 된다면 그것은 입법의 한계를 벗어나는 것이고, 어디까지나 경영측과 기자그룹의 임의적인 자유로운 타협에 의해 성립될 수 있도록 배려하지 않으면 안될 것이다.

입법정책적으로 본다면 임의적 편집규약제도에 관하여 법적 근거를 명시하고, 그 규정내용의 대강에 관하여 안내적 규정을 두는 것은 법적 관계의 안정을 위해 필요할 수 있다.

이에 관하여는 편집규약제도를 법에 명문화한 오스트리아의 예를 들어 알아볼 필요가 있다. 편집규약의 내용으로서는 신문의 편집에 관한 문제를 대상으로 하게 되는데, 우선 신문의 기본입장에 관한 사항이 확정 게재될 수 있다. 기본입장 이외에도 신문의 수준이나 취급범위 편집 부문과 광고 기타 부문과의 관계, 매체의 전체적 구성 및 독자로서 특정 그룹에 대한 지향 등 여러 사항도 규정될 수 있다.<sup>193)</sup> 편집의 공동결정이 약정된 경우 그 사항에 따른 권한의 분배가 중요한 규정 사항일 것이고, 오스트리아에서는 기자의 양심보호

---

193) Hartmann-Rieder, a.a.O., S. 50

가 발행인의 경향과 배치되는 여부가 문제되는 경우 그 해결 준칙과 절차를 규정하고 있다.

그에 의해 기자대표단의 알 권리, 청문의 권리, 인사문제에 있어서 경영측에 대한 제안권, 매체기업의 양도에 있어서 제안권, 기사나 프로그램의 거부 또는 채용, 그러한 경우에 야기되는 분쟁의 조정 등에 관한 사항이 기재될 수 있다.

단체협약에 규정되는 휴가나 보수 등에 관한 사항으로서 편집에 관한 사항이 아닌 것은 편집규약에 규정될 적격이 없다. 마찬가지로 단체협약에 편집에 관한 사항이 들어설 수 없음은 물론이다.

편집규약에 약정된 사항은 기존의 노사관계에 적용되는 노동법상의 규율에 영향을 미치지 않으며, 노사협의회 활동이 기자대표단의 설립에 의해 영향받는 것은 아니다. 따라서 편집규약의 조항이 단체협약에 약정된 사항에 배치되는 경우에는 효력이 없다.

오스트리아의 예에 의하면 편집규약은 경영자와 편집부문의 대표 간에 체결되고, 기자총회(Redaktionsversammlung)의 승인을 요하는 것으로 규정되어 있다. 편집부문의 상근 피용자로서만 구성되는 기자총회는 비례대표의 원칙에 따라 기자대표를 선출한다. 그밖에 분쟁의 경우 해결의 주체나 절차 등에 관하여는 후술하는 오스트리아 방송법상의 규정을 참조하면 될 것이다.

우리의 경우 편집권 독립의 제도적 보장을 바라는 입장에 선 논자들은 편집권 독립을 보장하기 위해 법을 개정하여 편집규약의 제정·체결을 강제하고, 기자들의 이익을 대변할 편집위원회를 법정기관으로 할 것을 제안하고 있다. 즉, 자율적 논의기구로서 편집위원회는 발행인과 기자측이 각각 동수의 구성원을 추천하여 구성하도록 하고, 편집규약의 제정 기타 내적 자유에 관한 사항을 다루도록 하자는 것이 구체적으로 제안된 내용이었다. 그 구성에서는 근로자

를 대표하는 편집위원은 취재 및 제작 활동에 종사하는 근로자들이 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출하되 이들의 과반수를 조직하고 있는 노동조합이 있는 경우에는 노동조합이 위촉토록 한다는 것이다.<sup>194)</sup> 위 제안에 의하면 편집 규약에는 편집의 공공성, 자율성, 편집위원회의 구성, 권한, 조직, 운영에 관한 사항, 편집의 기본 원칙 및 세부 지침, 편집 방침에 위배되는 취재·제작에 대한 거부권, 윤리 강령의 제정, 편집 책임자의 임면 등에 관한 사항 등을 담는다는 것이다.

그러나 이상에서 살펴본 바와 같이 기자 그룹이 주체가 되는 편집권을 법률에 명문화하거나, 편집규약의 채택을 강제하는 입법은 그 위헌 여부가 문제될 수 있다. 더욱이 정치권력이나 사주로부터 독립된 해방된 편집권을 법률적으로 규정한다는 것은 여러 가지 법적 문제를 야기할 뿐, 현행법의 테두리 안에서 가능한 것이 아니다. 그리고 위 제안에서 언급된 편집위원회는 독일이나 오스트리아에서 행해지고 있는 기자대표 기구로서의 편집위원회와 다른 구성을 취하여 편집에 관한 기자의 완전한 공동결정권을 실현하는 기구로 구성되었다는 점에서 문제가 지적될 수 있다.

일설에 의하면 노사 동수의 편집위원회를 설치하는 근거로서 근로자 참여및협력증진에관한법률을 제시하고 있다.<sup>195)</sup> 동법 제6조는 3인 이상 10인 이내의 노사 동수로 노사협의회를 구성, 운영하도록 규정하고 있으나, 위 주장은 앞서 누차 지적된 바와 같이 언론의 내적 자유를 보호하는 제도가 노동자의 경영참여를 규정하는 노동법상의 제도는 아니며, 단지 정신적 근로자의 정신적 독자성을 보호하

---

194) 김주연, '언론개혁을 위한 방안', [한국기자협회] 2001-04-01

195) 김승수, 민주적 편집규약의 제정을 위한 이론적 탐색, 방송연구 2001년 여름호 193~221면

러는 데 그 목적을 가진 언론법상의 제도라는 점을 간과하고 있는 것이다.

#### 마. 편집직원에 관한 인사

우리의 경우 편집권 독립의 일환으로 편집국장 내지 편집책임자 인선에의 관여 등이 주된 논점을 이루어 왔던 것은 앞서 본 바와 같다. 기자의 이익을 대변하는 조직이 기자의 해고에 대하여 동의권 내지 청문권 등 일정한 관여권을 갖는다면 그러한 기자들의 이익이 보호될 수 있음은 물론이다. 그러나 이러한 제도는 원래 노동법적 단체교섭사항에 해당하지 않고, 다만 발행인 측이 임의로 응하는 경우에 한하여 이루어질 수 있는 것이다. 편집국장의 임면에 관하여 발행인의 권한을 제한하는 어떠한 조치도 단체교섭에서 강요되거나 그 불응을 이유로 쟁의의 대상이 될 수 없음은 물론이다.

앞서 본 기본입장에 의하면 편집부문의 인사결정에 관한 권한도 원칙적으로 발행인에게 귀속한다는 전제에서 시작하여야 할 것이다. 다만, 기자들의 자율성을 존중하는 것이 미디어의 발전에도 유익하다는 점을 고려한다면 발행인으로서 편집부문의 인사결정에 기자들의 의견을 수렴하는 절차를 도입하는 것이 정책상 유리하다는 점을 간과할 수 없을 것이다.

이러한 점에 비추어 현재 국내에서는 편집국장의 임명에 관하여 발행인의 자의적 인선을 제한하고, 기자들의 의견을 참고로 하는 매체사가 늘고 있다. 예컨대, 경향신문에서는 직선제가, 부산일보에서는 3인 추천제가 시행되고 있다. 또 대한매일에서는 2000년 10월 노사합의에 의해 편집국장 직선제가 도입되었다. 대한매일의 편집국장 제한적 직선제는 일간지 기자로 18년 이상 근무하거나 편집국 부국

장급 이상의 경력을 갖춘 자로서 사내외에서 입후보한 자를 편집국 소속 기자들의 과반수 득표자 또는 과반수 득표자가 없을 경우 상위 득표자 2명 중 1명을 사장이 임명한다. 편집국장의 임기는 1년이고 중간평가 요구가 없을 경우 자동으로 1년 임기가 연장된다. 중간평가는 발행인의 요구 혹은 선거인 재적 5분의 1 이상의 발의로 실시된다. 한편 선거인 재적 3분의 1 이상의 불신임 발의에 재적 3분의 2 이상의 찬성이 있을 경우 임기와 관계없이 즉시 사퇴해야 한다.

보도에 의하면 중앙일보는 1997년 편집국장 임면동의제에서 중간평가제로 바꿨다가 1999년 10월 중앙일보 사태 당시 임면동의제를 실시했으며, 2000. 11. 15. 체결된 단체협약에서는 편집국장 임면동의제 대신 중간평가제 실시가 포함되었다.

## 바. 종합

원래 내적 자유는 언론에 대한 외적 영향이 대부분 기업주를 통해 신문에 유입되고 기자의 발행인에 대한 독립의 법적 보장은 이러한 간섭의 방어에 유익하다는 생각을 전제로 한 것이었다.

실상 오랜 쟁점이 돼온 경영과 편집의 분리문제 내지 기자의 편집·편성권은 앞서 언급한 바와 같이 언론기업의 기본적인 사기업적 구조에 비추어 보거나 또는 사회적 및 법적인 관점에서 여러 가지 어려운 논쟁을 유발하는 것이고, 그렇기 때문에 독일에서도 입법으로 이를 명문화하는 데는 실패한 것이다.

법리적으로 보더라도 언론의 내적 자유를 법률에 명문화하는 경우에는 언론의 자유주의적 성격을 파괴하고 이를 공법적 규율의 영역으로 옮겨심어 또 다른 법적 구속 상태를 가져올 우려가 제기되

있기 때문이었다. 언론의 공적 과업 이행을 위한 법적·구조적 전제 조건을 창출하려는 법정책적인 요청을 실현하기 위해서는 발행인이 갖는 언론자유에 대한 이해를 조정해야 할 뿐 아니라 전문직으로서 기자들의 업무의 공정성을 담보할 새로운 법적 규율을 필요로 하는 것이다.

설령 언론기업 내에서 발행인과 기자간의 관계를 공법적으로 규율하여 기자의 독립성을 보장하게 되면, 그 전제로서 기자의 업무의 공정성을 담보하는 일련의 법적 조치가 필요하게 된다. 따라서 예컨대, 기자의 자격과 그 수행에 필요한 교육을 법으로 정하지 않을 수 없고, 그 직업윤리를 명확화하는 작업과 함께 직업상의 의무위반에 대한 적절한 제재가 법제화되지 않으면 안되게 된다. 내적 언론자유를 법적으로 규정하려고 한 독일 바이마르시대의 개혁법안이 편집과 발행간의 권한획정 내지 기자의 독립보호규정을 두는 동시에 언론인에 대한 강요죄나 언론증퇴죄를 규정하고 기자의 직업의무 준수를 감시하기 위한 명예법정의 설립을 구상하고 있었던 사정을 보면 이러한 법적 관계를 이해할 수 있다.

이러한 사정을 보면 언론의 내적 자유를 법제화하기 위해서는 우선 언론계의 언론윤리가 확립되고 기자들의 공적 과업 수행의지에 관한 국민의 신뢰가 형성될 것을 필요로 한다고 할 수 있다.

또 한가지 우리의 편집권 논의에서 간과하여서는 안될 점은 독일이나 여러 나라에서도 지적된 바와 같이 신문의 경향보호와 편집부문의 이익옹호는 일반 노사관계와 다른 차원임에도 불구하고, 우리의 경우에는 노조가 편집권 논의를 주도하여 왔고, 편집 편성규약의 제정에 있어서도 노조가 관여하여 왔다는 점이다. 그러나 언론의 내적 자유의 주체는 어디까지나 기자 기타 정신적 활동에 의해 언론의 내용형성에 종사하는 직원에게만 주어지는 것이지, 그밖의 모든

기업근로자에게까지 확대될 수 없다는 점이다. 다수의 학자가 이를 간과하고 있음은 주목할 점이다. 편집규약의 제정 기타 편집·편성에 관한 사항은 노사관계에서 단체교섭이나 단체협약의 대상이 될 수 없음은 독일 연방헌법재판소 판례가 강조한 점이다. 그러한 의미에서 언론기업 단위에서는 기자들의 모임이, 전반적 언론계에서는 전문직단체로서의 기자단체가 그 논의의 주체가 되지 않으면 안될 것이다.

#### IV. 방송과 내적 자유

##### 1. 서론 - 문제의 제기

언론의 내적 자유 즉, 미디어의 내적 자유(*innere Medienfreiheit*)는 원래 신문기자의 경영측에 대한 표현의 자유를 보장하여야 한다는 생각에서 출발하였고, 방송에 있어서 내적 자유(*innere Rundfunkfreiheit*)는 신문으로부터 출발한 개념이 방송의 경우에 원용된 것이다. 그러나 내적 미디어의 자유는 신문 기타 정기간행물과 방송에 있어서 상이한 논의를 필요로 한다. 방송의 내적 자유는 프로그램 형성에 관여하는 방송 소속원에게 프로그램책임자에 대하여 법적으로 보장되는 형성의 자유 내지 확신의 보호를 제도화하려는 데 그 중점이 있다. 따라서 방송의 내적 자유는 방송기업내에서 편집영역의 제도적 독자성을 보장하고 그들에게 편집에 관계되는 기업의 경영결정에도 참여시키는 방도를 마련함으로써 달성되게 된다.

이와 관련하여 우리 방송계의 실정을 보면 1987년 6.29 이후 한국의 방송계는 방송의 공정성에 관한 정치권의 논쟁을 위시하여 민주

화를 부르짖는 급진적인 방송노조운동에 의해 전례에 없는 혼란에 빠지게 되었다. 급진적인 평등화와 참여를 주장하는 언론노조는 집단적 실력행사로써 편집 제작과 경영에의 참여를 요구하였고, 이에 대치하여 권위주의적 방송지도에만 몰두하였던 정부의 태도는 타협될 수 없었다.

한국 방송계의 이와 같은 혼란상황이 엄연한 현실이었음에도 불구하고 그에 대한 대책은 거의 논의되지 않았다. 방송의 제작과 편성의 실무에 있어서 간부진과 기자나 PD간에 공정성 여부에 관한 분쟁이 야기될 경우 종전과 같이 간부의 위계제적인 일방적 결정이나 지시가 통용될 수 없는 상황에 이르렀다면 이를 해결할 기준과 절차를 마련하는 것이 입법 정책적으로 필요한 것이다.

방송사의 위계조직에 의해 수행되는 방송언론에 있어서 기자들의 정치적 신념을 조화적으로 보호하고 그들의 주장을 합리적 합법적으로 편성에 반영하는 절차와 조치가 입법화된다면 노동쟁의의 형태를 빌린 이러한 종류의 분쟁은 미연에 방지될 수 있을 것이다. 서구 제국에서 이미 입법적으로 제도화된 이른바 방송의 내적 자유를 보장하는 제도가 이러한 입법적 해결에 참고가 될 수 있을 것이다.

## 2. 한국에서 방송편성권 논의의 경과

한국에서 방송의 내적 자유를 확보하기 위한 노력은 방송 노조의 투쟁에 의해 이루어졌다. 신문의 경우 편집권 논쟁과 마찬가지로 한국에서 방송의 편성권에 관한 논란은 방송의 공정성을 확보하려는 움직임과 관련을 갖는다. 다만, 사기업으로 운영되는 신문의 경우와 달리 방송은 그 설립과 운영에 국가적 연관이 커서 논의의 준거와 쟁점이 달라질 뿐이다.

주지하는 바와 같이 한국의 방송은 국영독점의 시기를 시작으로, 공영과점제 및 공민영 혼합체제의 시기를 거쳐, 다원적 방송체제를 지향하고 있다. 이러한 방송체제를 경험하면서 권위주의적 통치방식이 계속되었던 정치상황 아래서 정치적 매체로서 역할하여 온 방송의 독립성과 공정성의 문제는 끊임없는 논란의 대상이 되어왔고, 집권한 정치세력과 관계에서 중립성과 공정성을 확보하려는 노력은 더욱 어려운 과정을 밟게 되었다.

방송의 공정성에 관한 논의가 정치적 현실에서 본격화된 것은 1980년대 후반 제5공화국에서의 일이었다. 1985. 2. 12. 총선에서 제기된 방송의 정치적 이용의 문제는 방송의 공정성 시비를 최악의 상태로 몰아갔고, 그 후 개헌논의와 여야 간 정쟁의 와중에서 야기된 방송의 편파성 시비는 급기야 전국적인 ‘시청료납부 거부운동’으로 확산되었던 것이다.

1987년 민중항쟁의 승리로 얻어진 6.29선언의 결과, 동년 10월 29일 직선제 개헌이 이루어짐과 함께 우리사회의 모든 분야는 권위주의로부터 청산을 시도하는 작업이 활발하게 진행되는 가운데, 방송민주화의 열기는 그 어느 때보다 고조되었다. 이러한 분위기는 언론노조의 탄생으로 힘을 얻게 되었으며, 한국방송공사(KBS)와 문화방송(MBC) 노조 역시 지난 시대의 방송 비리를 청산하기 위해 다양한 투쟁을 전개하였다. MBC에서는 올림픽을 앞둔 1988년 8월 및 동년 12월 사장의 임명을 계기로 한국 방송사상 처음으로 파업을 단행하였고, KBS에서도 1990년 3월 사장임명을 계기로 36일간의 파행방송이 야기되었다. 이러한 과정에서 KBS에서는 주요 본부장을 3인씩 추천한 바 있고 MBC에서는 편성, 보도, 라디오·TV제작, 교양국장이 불신임당하는 일까지 야기된 바 있었다.

그 결과, 많은 신문사에서는 노사간 공정보도협의회의 설치와 편

집국장에 관한 노조의 관여가 합의 운영되었던 것과 궤를 같이 하여 방송에 있어서도 편성에 노조의 관여가 합의되기에 이르렀다. 신문의 경우에 공정보도를 위한 제도적 장치로서 공정보도위원회가 설치된 것과 마찬가지로 방송에서도 역시 각 방송사마다 공정방송위원회가 설치되었다. 그 설치 형태는 노사가 공동으로 참여하는 것이었다.<sup>196)</sup>

당시에 체결된 KBS 단체협약은 “공사와 조합은 공정한 방송이 이루어지도록 최선을 다한다”는 규정을 두고 있으며 “편성 제작 보도의 독립성은 모든 부당한 권력으로부터 수호되어야 하며 편성과 경영은 서로의 영역을 준수해야 한다”고 규정하였다. 동시에 KBS에서는 이미 1988년부터 보도·편성·텔레비전기술 등 3국장 추천제와 공정방송협의회 제도가 노사 합의로 시행되고 있었다.

MBC에서는 1989년 노사합의로 단체협약에 공정방송 관련조항이 규정되었다가 1992년 9월, 50일에 걸친 파업 끝에 노사대표 각 5명씩으로 구성되는 공정방송협의회(공방협)의 운영을 활성화하고, 보도·편성·텔레비전기술국장 등 3국장의 해임건의제를 시행하게 되었다. 이와 같이 한국의 방송계는 신문의 경우에 비하여 노조의 참여가 일찍부터 현실화되었고, 그 실현을 위한 법제화의 노력도 훨씬 앞서게 되었다.

제6공화국에 들어 방송에 관한 논의의 주된 쟁점 중의 하나는 방송의 공정성 보장을 위한 제도확립의 문제였다. 이것은 방송의 프로그램 편성권에 관계된 문제일 뿐 아니라 방송사의 인사 및 경영권 전반에 미치는 것으로서 6공 정부 출범을 전후하여 우리 사회 전체를 뒤흔든 민주화의 열풍 속에서 방송노조의 강력한 문제제기로 쟁

---

196) 이광훈, 80년대 한국언론의 위상, 비경쟁 비자율의 울타리 무너져 /새 질서 확립 위한 실천의지 요구돼, [월간] 신문과 방송 1989/12월, 34면 이하

점화되었다. 그러나 권위주의적인 방송지도정책이나 민주화의 오도된 사조는 어느 쪽이든 국민이 주인이 되는 ‘국민의 방송’이란 이념을 간파하고 있었다. 국민의 방송이란 이념을 충족시킬 수 있는 해결책이 방송의 자유개념의 실정화를 통하여 모색되지 않으면 안되었다.

이상 한국에서 논의된 바를 종합하여 보면 방송에서 노사분규의 원인이 되어 온 것은 임금이나 근로시간 등 이른바 근로조건에 관한 다툼이라기 보다는 과거 권위주의적 정권에 의해 방송의 제작 편성에 관한 권력적 간섭과 개입을 배척하고 방송의 편파적 운영에 대한 시정을 위하여 노동쟁의가 시도되었다는 점이다. 실상 우리의 현실을 보더라도 1987년 이래 급격히 조직된 각 방송사의 노동조합을 중심으로 한 공정 보도운동이 과거의 편파적 일방적 보도와 편성을 시정하는데 강력한 동인을 주었던 것도 부인할 수 없는 사실이고, 방송노조의 운동이 한국 방송사에 기여한 역할을 부인할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 방송노조를 이끄는 젊은 기자들은 보수와 진보의 세력간 대립과 갈등이 노골화하는 정계와 사회적인 혼란의 와중에서 급진적인 평등과 참여를 추구하는 진보적 세력을 대변하는 경향을 보였고, 그에 따라 그들의 주장은 또 다른 하나의 편파성시비를 몰고 왔다는 데에 문제가 있었다.

방송노조운동이 한국의 방송사에서 어떻게 평가되건 그것은 현행법이 허용하는 노조운동의 틀을 벗어날 수밖에 없었다. 왜냐하면 언론노조가 내세우는 이른바 편집 편성권의 쟁취활동은 자유시장경제를 취하는 헌법체제 아래서 뿐 아니라 방송의 공공성 이론에 의해서도 지지될 수 없었기 때문이다. 여기에 한국의 언론노조운동은 그의 한계를 볼 수밖에 없었다. 언론노조운동은 전문직적인 단체에 의해 언론윤리를 확보하는 차원에서 언론 내부의 자유를 추구하는 방

향으로 진전되어야 하는 것이었기 때문이다.

### 3. 이론적 검토

#### 가. 방송의 자유의 본질과 내적 자유

이 글의 앞 부분에서는 신문 기타 정기간행물 등 사기업에서 발행인과 기자간의 관계에서 논의되는 내적 자유에 관한 이론을 살펴보았다. 그러나 공공성이 강조되고 그 제도적 성격이 더 짙은 방송의 경우, 특히 그것이 공영방송의 체제를 취하는 경우에는 그 내적 자유의 논의는 신문과 같을 수 없다. 공영방송의 경우에는 신문의 경우와 같은 발행인이라는 개념이 존재하지 않아 이른바 경향보호의 문제는 생겨날 수 없고, 단지 공공의 소유인 전파를 위탁받아 관리·운영한다는 공공성 이론에 따르게 된다.

신문에서 사사와 주의가 표방될 수 있고, 이러한 경향이 보호되어야 하는 것과는 달리 방송은 중립성 및 다양성 원칙에 의해 지배되고, 어느 방송에서건 프로그램의 내용상 지도원리로서 내용의 균형, 객관성, 상호존중의 최소한이 보장되어야 한다.<sup>197)</sup>

국가로부터의 자유를 의미하는 방송의 자유는 방송이 독립하여 초당적으로 운영되고 모든 영향으로부터 자유로워야 함을 의미한다. 따라서 방송에서는 신문의 발행인과 같은 지위를 갖는 자는 존재하지 않고, 방송의 주인이 있다고 한다면 그것은 국민으로서 다양한 입장과 견해를 대변하는 사회 제 세력이 실제의 중요성의 비례에 따라 방송의 운영과 내용을 결정하는 주체가 될 수 있을 뿐이다. 따

---

197) Hans H. Klein, Die Rundfunkfreiheit, Verlag C.H.Beck München, 1978, S. 17

라서 방송기업의 피용자는 결코 방송의 주인이 될 수 없고, 단지 다양한 국민을 대변하는 사회 제 세력이 결정하는 바에 따라 공적 과업에 봉사하고 그에 복종할 의무를 가질 뿐, 자신의 견해나 주관적 자의에 따라 프로그램을 형성할 권리를 갖는 것이 아니다.<sup>198)</sup> 방송의 조직과 활동에 중립성과 다양성이 보장되어야 한다는 점은 이러한 요청을 반영하는 것이다.

이렇게 본다면 방송의 자유의 주체는 방송공사나 방송법인 자체이고, 실제로 방송의 자유는 방송운영을 담당하는 기관에 의해 행사되는 것이라고 할 수 있다. 공영방송에 있어서 방송이 그 과업을 여하히 이행할 것인가를 결정하는 것은 관계되는 여러 사회적 세력으로서 방송의 운영에 관여하도록 설치된 방송운영기관이고, 방송기업의 종사원은 단지 위와 같은 방송주체가 방송의 자유를 행사함에 이를 보조하는 지위만이 인정된다고 볼 수 있다. 방송의 자유를 향유하는 방송법인은 그 중립성과 다양성의 원리에 따라 방송을 운영하고 프로그램을 형성함에 있어서 국가권력의 간섭을 물리칠 수 있다는 점에서 방어권으로서 방송의 자유를 행사할 수 있다.

헌법상 방송의 자유는 우선 각 국민 개인에게 개인적 공권으로서 방송에 의한 보도에 종사하고, 방송에 종사하게 된 각 구성원에게 방송을 위한 취재 및 보도 즉, 그 내용형성에 국가의 간섭 특히 검열을 받지 아니할 자유를 포함하게 된다. 이것이 방송의 자유가 국가권력에 대하여 가지는 대외적 측면이다. 그리고 이러한 대외적 자유라고 하는 측면에서는 방송 종사원 역시 방송의 자유의 주체로서 국가권력의 간섭을 거부할 수 있다.

그러나 객관적 제도적 측면에서 볼 때, 방송은 신문의 경우와 달

---

198) Hans H. Klein, a.a.O., S. 17

리 그 특성상 그 운영을 위한 기업의 설립이 자유롭지 않고, 국가의 허가에 의해 설립된 방송사의 운영은 방송의 헌법적 원리에 충실하게 운영될 수 있도록 국가적 규제를 받게 된다.

## 나. 방송의 자유의 주체와 방송종사원의 지위

방송의 자유의 주체는 전술한 바와 같이 방송법인이며, 그 구체적 행사는 방송운영기관에 의해 이루어진다는 것이 지배적인 학설의 입장이다.<sup>199)</sup>

그러나 위와 같은 일반적인 견해에 대하여 기자나 방송종사원들도 바로 방송의 자유를 향유한다는 유력한 학설이 있다.<sup>200)</sup> 그에 의하면 방송공사를 운영하는 기관에 의해 방송의 자유에 대한 위협이 야기되는 경우, 즉 진실에 적합하게 보도할 방송의 임무가 이행되지 아니하거나 공사가 방송제도의 헌법상 임무를 침해하려고 시도하는 경우, 특히 매체적 기능을 남용하거나 또는 게을리 하는 경우에 방송종사자는 방송공사에 대해서도 방송의 자유의 기본권을 주장할 수도 있다는 것이다.

그러나 위 학설은 여러 가지 난점을 갖는다. 방송종사원은 방송의 기능을 이행하는 데 도울 수 있을 뿐, 그 자신이 방송을 도구로 개인적인 인격발현권이나 표현의 자유를 행사할 수 없다는 것은 기본권의 법리상 당연한 것이다. 독일의 판례상 확립된 바와 같이 정보의 조달로부터 뉴스와 의견의 전파에 이르는 신문의 제도적 독자성

---

199) Günter Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, J. C. B. Mohr Tübingen(1976), S. 142ff

200) Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute im Rundfunk, 1972, S. 103ff ; Müller-Pieroth, Politische Freiheitsrechte der Rundfunkmitarbeiter, 1976, S. 38ff

이 헌법상 보장됨에도 불구하고 신문의 자유가 각 시민이나 그 종사원에게 공중에 대한 의견표현을 목적으로 신문제작물의 제작에 필요하 수단을 이용할 각인의 주관적 권리를 도출시키지 못하는 것과 마찬가지로 방송의 자유도 방송을 도구로 개인의 의견을 표현하거나 전파할 수 있는 개인적 권리를 인정하는 것은 아니며, 다만 방송에서는 공공의 참여와 다양성을 위해 원하는 자에게 방송에의 접근권을 별도로 법적으로 허용하는 경우가 있을 뿐이다.<sup>201)</sup>

방송의 자유로서 보호되는 방어권은 공권력에 의한 침해로부터 보호되는 것이고 방송법인뿐 아니라 방송종사원에게도 주어진다. 그러나 방송종사원이 방송법인(사용자)에 대하여 위와 같은 방어권으로서의 방송의 자유를 행사할 수 있는 것은 아니다. 양자간의 법적 관계는 사법적·노동법적인 성격의 것이며, 이 근로관계에서 근로자에 대해 내려진 지시에 대해 기자들이 방송의 자유를 주장할 수는 없는 것이다.<sup>202)</sup> 방송공사가 그 기관을 통하여, 예컨대 프로그램원칙을 경시하는 등 현행법을 위반하는 경우, 그에 대한 법적 감독은 그에 관할권이 있는 방송위원회나 국회 등 국가관청이 할 일이지 방송종사원의 일이 아니기 때문이다.<sup>203)</sup>

학설 중에는 방송공사와 종사원과의 관계에 관하여 대학과 대학교수간의 관계를 유추하자는 견해도 있다. 그러나 대학의 경우 학문의 자유라고 하는 기본권의 주된 주체는 교수에 귀속되고, 그들은 대학이라는 조직의 테두리 안에서 그들의 기본권에 상응하는 연구와 학설의 과업을 이행하게 된다. 그 자유는 경우에 따라 대학에 의해서도 주장될 수 있는 한편, 교수는 그들 자신이 헌법상 보장되는

---

201) Hans H. Klein, a.a.O., S. 17

202) Hans H. Klein, a.a.O., S. 18

203) Hans H. Klein, a.a.O., S. 19

기본권의 주체로서 대학에 대하여도 학문자유와 기본권을 주장할 수 있다. 대학과 방송공사가 유사한 점은 방송공사는 사회적 제 세력의 자유를, 대학은 거기에서 활동하는 학자의 자유를 신탁 받아 수행한다고 생각하는 경우이다.<sup>204)</sup> 그러나 방송의 경우에는 관계 사회 제 세력이나 집단이 참여하여 구성하는 방송공사나 방송법인이 원래적인 방송의 자유의 기본권 주체이고, 전술한 바와 같이 방송종사원은 종속적인 고용 관계에서 그 기능의 이행을 돕는데 불과하기 때문에 위와 같은 유추는 타당한 것이 아니다.

독일의 방송법체제에 의하면 방송공사는 자치관리의 권한이 부여된 자치적인 공법상의 법인으로서 전속적으로 방송프로를 운영할 특권을 부여받는 것이라고 하는 견해가 가장 유력하다고 할 수 있다.<sup>205)</sup> 즉, 클라인 교수는 방송공사와 그 종사원간의 관계를 자치권이 부여된 지방자치단체의 형태에서 찾는다. 그 경우 지방자치단체에 귀속하는 자치권은 주민이나 공무원에 의해 행사되는 것이 아니라 선출 또는 임명된 기관에 의해 행사된다.

이러한 법적 체제에서는 방송의 자유의 기본권에 대한 공권력의 침해가 있는 경우 방송의 자유의 제도적 보장을 실효화하는 기능이 존재한다. 오히려 개인의 권리를 공적 과업인 방송의 이익을 위해 철저히 기능화 내지 도구화함을 확인하는 것이다. 그러나 그러한 경우에도 기자 등 정신적 활동에 임하는 피용자는 신문의 경우와 마찬가지로 내적 자유를 향유할 수 있어야 하되, 그 내적 자유는 신문에서 발행인의 사시에 구속되는 것과는 달리 중립성과 다양성의 원리 등 방송헌법의 원칙에 복종하여야 하는 관계가 설정되는 것이다. 그러므로 방송주체와 종사원간의 채용계약에는 방송헌법에 대한 충

---

204) Hans H. Klein, a.a.O., S. 20

205) Hans H. Klein, a.a.O., S. 21

실의무가 내재하는 것이며, 이러한 요구에 따라 독일이나 프랑스에서는 기자의 내적 자유를 보호하기 위해 편성규약이 제정되거나, 채용 계약에 방송의 과업에 대한 충실의무가 규정된다.

결론적으로 보아 순수한 공영방송체제를 취하는 경우 그 편성권은 방송경영권과 같이 그 운영의 책임을 위탁받은 기관의 구성원(사장 및 이사회 등)에게 귀속하는 것이고, 그 경우 방송 종사원으로서 편성에 관여하는 자들은 방송의 자유의 주체로서가 아니라 방송운영기관이 행사하는 방송의 자유를 보조하는 입장에 서게 된다. 따라서 방송사의 기자나 피디는 방송내용을 형성하는 작업을 수행함에 있어서 자신만의 입장이나 경향을 추구할 수 없고, 다양성 및 중립성 원리에 구속되게 된다. 그 결과 방송사의 사장이나 기자는 편성과 보도에 관련한 모든 작업과 활동에서 모두 이러한 다양성과 중립성 원칙에 따라야 할 의무가 있고, 사장을 정점으로 한 편성간부의 지시권은 이러한 원칙에 따라 이를 실현하는 방향을 취하는 경우에만 정당성을 갖게 된다 (일반 노동법상의 업무지시권은 별개의 문제이고 여기서 말하는 지시권은 편성·제작에 관하여 기자들의 업무가 위와 같은 법 원칙에 반하는 경우에 개입할 수 있는 것을 말한다). 이러한 원칙은 구체적인 법률 규정과 방송위원회의 규칙 및 방송사의 편성지침 등으로 구체화되어 있다.

#### **다. 방송에서 내적 자유 보호의 필요성**

위에서 본 바와 같이 ‘국민의 방송’이라고 하는 공영방송제도의 이념을 따른다면 공영방송 책임자의 선임이 국민대표에 의해 제정된 법률이 정하는 바에 따라야 하고 그 편성권은 최종적으로 방송책임자에 귀속하게 됨은 당연한 것이다. 그러나 권위주의적 방송은

영의 실제에 비추어 본다면 일정한 선에서 기자들의 저널리즘활동의 독자성과 자율성을 보장하려는 방안이 마련되지 않는다면 공정성 논란을 위요한 혼란상황은 극복될 수 없다.

편성권의 귀속 여하에 관하여는 경영측과 평기자 그룹간에 논쟁이 계속되고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 국민이 주인이 되는 방송에서 편성 운영권은 방송사 자체에 위임되는 것이고 방송의 자유는 방송 종사원 개개인의 권리라기 보다는 방송사의 인적 조직에 의해 집단적으로 행사되는 것이므로 객관적 제도적 성격을 갖는다. 그렇다면 조직의 책임자로서 방송사의 장에게 편성권을 비롯한 운영 전반에 관한 책임과 권한이 귀속됨은 당연하다. 그러나 방송의 제작 편성은 실제상 다수의 기자나 PD 개개인의 의식적·정신적 활동에 의해 이루어지는 것이고, 이러한 정신활동에 자율성과 독자성을 인정하지 않으면 방송의 자유는 무의미하게 된다. 민주적 기본질서 아래서 기자의 양심과 확신을 보호하는 이른바 '내적 방송의 자유'가 법적으로 보장되어야 하는 이유가 여기에 있다.

방송에 있어서 내적 자유(innere Rundfunkfreiheit)는 이렇게 신문으로부터 출발한 개념이 방송의 경우에 원용된 것으로서 프로그램 형성에 관여하는 방송 소속원에게 프로그램책임자에 대하여 법적으로 보장되는 형성의 자유 내지 확신의 보호를 제도화하려는 데 그 중점이 있다. 따라서 방송의 내적 자유는 방송기업내에서 편집영역의 제도적 독자성을 보장하고 그들에게 편집에 관계되는 기업의 경영결정에도 참여시키는 방도를 마련함으로써 달성되게 된다.

좁은 의미에서 방송의 내적 자유란 저널리즘의 직업윤리 내지 신분법의 제도화라고 볼 수도 있다. 그 중심에는 신문 내지 방송기업의 경영측과 편집부문 대표간에 계약상의 합의 또는 협정에 의하여 기자의 자유영역을 보장하고 상호간의 관계 특히 분쟁조정 방법을 미

디어기업 내부에 제도화하는 것으로서 ‘편집규약’(Redaktionsstatut)의 형태가 존재한다.

## 라. 방송의 내적 자유의 내용

방송에서 내적 자유로서 보호되어야 할 내용은 앞서 본 신문의 경우와 다를 바 없다. 그 가장 기본적인 사항은 기자나 피디의 양심과 소신을 보호하는 데 있다. 방송법상 내적 자유를 제도화한 1974년 오스트리아 방송법의 예를 보면 기자의 자율성을 보호는 방안으로서 기자는 그 저널리즘적 활동의 자유에 배치되는 바를 쓰거나 책임지도록 강요될 수 없고, 정당한 이유를 가지고 이를 거부한 자에게는 하등의 불이익을 가할 수 없다고 규정한다.

그러나 무엇보다 내적 자유를 실현하는 구체적 제도로서 논의되는 것은 편성규약제도이다. 편성규약은 신문에서 편집규약과 마찬가지로 편성종사원의 편성상 및 인사상의 결정에 대한 그들의 참여권의 범위를 정하고, 그를 위해 편성종사원의 의견을 대변할 기구를 명문화하는데 기본적인 의미를 갖는다.

신문의 경우 편집규약은 이를 강제하는 경우 위헌의 논란이 있을 수 있다 함은 전술한 바와 같으나, 제도적 성격이 강한 방송의 경우 이를 법적으로 강제한다고 하여도 위헌의 문제는 생기지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만, 방송의 경우에도 그 편집규약의 내용은 방송의 자유의 주체가 방송기관에 있다는 전제에서 방송운영책임자의 주도적 역할을 인정하는 범위에서 방송 종사자의 자율성을 확보하는 방향으로 이루어져야 할 것이다.

이에 관하여 가장 모범적 선례를 보이고 있는 오스트리아의 경우 1974년 방송법은 기자의 양심 및 확신의 자유를 보호하기 위하여

방송공사의 경영측과 편집 대표간에 편집규약의 체결을 강제하고, 그 편집규약의 체결절차와 편집규약으로 협정할 내용, 기자그룹의 조직 및 대표선출방법, 분쟁조정기구의 설치를 규정하고 있다. 이와 같은 규정을 갖는 오스트리아의 1974년 방송법은 단지 저널리즘활동의 자유뿐 아니라 프로그램형성과정 전체에 있어서 모든 프로그램형성직원의 독립성과 자율성을 보장하는 구조적 요소로 확충, 발전시켰다고 할 수 있으며, 그로써 방송에서 프로그램의 기획, 제작 및 형성 등 모든 결정과정에서 방송프로그램 직원의 기능적 결정의 자유영역(funktionelle Entscheidungs-freiräume)은 보장되고 방송사의 프로그램 책임기관의 주도권은 크게 제한되었다고 평가되고 있다.<sup>206)</sup>

이와 같이 방송의 내적 자유를 가장 모범적으로 보장하고 있는 오스트리아에서 프로그램 책임자는 실무자들에게 일반적인 지시권을 가지나, 이 권한은 이른바 ‘테두리설정 권한’에 국한된다. 따라서 사장(또는 그로부터 위임받은 간부)은 어떠한 프로그램이 어떠한 내용으로 제작될 것인가, 어떠한 직원이 어떠한 프로그램을 제작할 것인가, 특정 방송물이 송출될 것인가의 여부 및 시점, 프로그램의 대상과 길이, 프로그램 제작직원간의 업무분배, 프로그램제작을 위한 기술상 행정상의 인력 및 지원수단의 배정 등 일반적인 사항에 관하여 결정권을 갖는다. 그에 반하여 개개 프로그램의 내용적 형성에 관하여는 프로그램 제작직원에게 자유로운 역할이 보장된다. 따라서 위 결정된 바에 따라 수집할 자료의 종류와 범위, 수집된 자료에 대한 의미의 판단, 개개 기사의 전체적인 연관 속의 사실평가, 화면선택, 인터뷰상대의 선정 등의 사항은 직원이 저널리즘의 전문적인 기

---

206) 오스트리아 방송법상 편성규약에 관한 상세한 언급은 박용상, 방송법제론, 교보문고 (1988), 111-120면 참조

준에 따라 자유로이 결정할 수 있다. 그러나 이 자유 역시 수집된 사실관계에 비추어 최선의 양심과 지식에 따라 다루어야 할 구속적인 자유이며 법적인 편성기준에 적합해야 한다.<sup>207)</sup>

우리의 경우에도 편성의 공동협력의 정신을 바탕으로 하여 기자나 PD에게 적어도 독자성과 자율성을 법적으로 보장하는 방안이 이루어져야 할 것이다. 그리고 이를 보장하기 위하여는 노동조합이 아닌 프로그램의 정신적 형성에 직접 관여하는 기자 및 PD 그룹의 조직을 유도하고, 그들에게 일정한 범위에서 편성에 관련되는 인사 및 업무의 결정에 관여할 수 있는 권한을 부여하는 조치가 필요하다고 생각된다. 오스트리아의 경우를 보면 채널 책임자가 보도부문 책임자를 임명함에 있어서는 사전에 기자단체에 통보하고 그 의견을 청취해야 한다. 기자단체는 책임자의 추천권이 있으나, 그에 구속력은 없다. 그를 임명하지 않는 경우에는 그 이유가 제시되어야 하며, 기자단체는 사장에게 이의를 제기할 수 있고 최종적으로 사장이 결정하게 되어 있다. 프로그램 편성계획에 있어서도 기자단체의 제안권이 있으며, 그것이 채택되지 않는 때에는 위와 같은 절차에 따라 사장이 최종적으로 결정한다.

그러나 내적 자유의 인정은 방송운영관리자의 독단과 위계제적인 권위구조에서 나오는 방송의 힘의 남용에 대해 기자직의 공적과업 수행의 지를 뒷받침하자는 데 있는 것이고, 이 때문에 관리자의 일반적 지시권이 완전히 부인되지는 않는 것이다. 1974년 오스트리아 방송법에 의하더라도 독립성보장은 ORF의 기업적인 위계조직을 폐지하고 그 소속원 각자를 원자화(原子化)한 것이 아니라 프로그램 직원에게 그 임무수행에 관한 기능적인 결정의 자유영역이 보장될 뿐

---

207) 그밖에 상세한 내용에 관하여는 朴容相, 放送法制論, 교보문고 (1988), 109면 이하 참조

이며, 내적 자유는 프로그램의 형성과 결정과정에서 위계제적 종속관계를 유지하면서 프로그램 형성자간의 기능적 상호협력 및 견제의 관계를 설정하는 것이다.

## 마. 방송체제와 내적 자유

이상에서 언급한 방송의 내적 자유에 관한 논의는 공영방송의 체제를 취하는 방송공사 또는 방송법인의 경우에 국한된 것이다. 공법상의 법인 형태를 취하지 아니하고 사법상의 방송으로서 법적 형식을 취하는 경우에도 방송의 내적 자유에 관한 관계의 기본은 위에 언급한 바와 크게 다르지 아니하다. 공공의 소유로 생각되는 전파의 이용을 허가받아 과점적인 지위가 부여되는 지상파 방송의 경우에는 그 운영 및 편성에 있어서 공공성을 실현하기 위해 중립성과 다양성의 원리를 존중하여야 한다는 점에서 공영방송의 경우와 다를 바가 없을 것이기 때문이다.

그러나 현대의 기술발전에서 보는 바와 같이 방송 채널이 증가되어 외적 다양성이 성취되는 법적 상황에 이르면 방송 매체마다 내적 다양성을 위한 조직상·편성상의 조치나 중립성의 요청은 지양되고, 과점체제를 취하는 방송체제에서의 내적 자유에 관한 논의는 변화를 수용하지 않으면 안되게 된다.

만약 각 방송매체가 인쇄매체와 마찬가지로 독자적인 의견과 사시를 표방할 수 있게 되고, 그러한 것이 법적으로 보장되게 된다면 그 설립 운영자의 의견의 자유로서 경향을 보호하는 조치가 요구되고, 신문에 적용되는 내적 자유와 같은 규율이 유추 적용되어야 될 것이다.

이러한 발전에서 한 걸음 더 나아가 각 개인이 온라인상에서 각

자의 채널을 확보하는 단계에 이르면 모든 국민이 각자의 미디어를 소유할 수 있어 채널의 관리자와 내용적 형성에 관여하는 자의 구분이 해소되면 내적 자유를 논의할 필요도 없게 될 것이다. 현재 인터넷에서 행해지는 바와 같이 각 이용자는 웹사이트를 개설하여 자신의 의견을 올려 누구나가 접속할 수 있고, e-메일에 의해 잡지를 발간할 수 있고, 웹캐스팅에 의해 인터넷 방송이 행해지고 있는데, 이러한 새로운 매체에서 내적 자유를 논의하는 것은 무의미할 것이다.

#### 4. 오스트리아 방송법의 예

앞서 설명한 바에 비추어 방송의 내적 자유를 가장 진보적으로 실정화한 나라는 오스트리아이다. 다음에 그 내용을 소개한다.<sup>208)</sup>

##### 가. 1974년 방송법상 내적 자유

오스트리아의 1974년 방송법은 제17조에서, 오스트리아 방송공사(ORF, Österreichischer Rundfunk)는 방송법의 테두리 안에서 모든 프로그램 형성 직원의 그 소관업무 수행에 관한 독립성 및 자기 책임성과 기자직 직원의 저널리즘 업무수행의 자유를 존중하여야 하며, 기자직 직원은 그 업무수행에 있어서 특히 저널리즘 업무수행의 자유에 배치되는 바를 쓰거나 책임지도록 강요될 수 없고, 정당한 이유를 가지고 이를 거부한 자에게는 하등의 불이익을 가할 수 없다고 규정하여 내부적 방송의 자유의 기본사항을 선언하였다. 나아가 동법 제18조 이하에서는 위 자유를 보장하기 위하여 ORF의 경영측과 편집 대표간에 편집규약의 체결을 강제하고, 그 편집규약

---

208) 박용상, 방송법제론, 교보문고 (1988), 111-120면에서 전재

의 체결절차와 편집규약으로 협정할 내용, 기자그룹의 조직 및 대표 선출방법, 분쟁조정기구의 설치를 규정하고 있다.

동법상, 특히 편집규약에 규정할 사항은 ① 모든 기자직 직원의 그 소관업무 수행에 있어서 저널리즘 업무수행의 자기책임성 및 자유의 보장 ② 기자직 직원의 권리침해에 대한 보호 ③ 기자직 직원에 관련되는 인사적, 업무적 결정에 대한 관여 ④ 편집규약상의 분쟁을 해결하기 위한 중재기구의 설치 등이다(법 제18조 제3항). 이와 관련하여 전술한 바와 같이 사장에 대해 독립성을 갖는 감독제도의 설치는 방송기업의 내부적 민주화를 위한 것일 뿐 아니라 내부적 방송의 자유를 보완하는 것이라고 할 수 있다.

이와 같은 규정을 갖는 1974년 방송법은 단지 저널리즘활동의 자유뿐 아니라 프로그램형성과정 전체에 있어서 모든 프로그램형성직원의 독립성과 자율성을 보장하는 구조적 요소로 확충, 발전시켰다고 할 수 있으며, 그로써 방송에서 프로그램의 기획, 제작 및 형성 등 모든 결정과정에서 방송프로그램 직원의 기능적 결정의 자유영역(funktionelle Entscheidungsfreiräume)은 보장되고 방송사의 프로그램 책임기관의 주도권은 크게 제한되었다.

## 나. 내용

1974년 방송법이 방송의 내적 자유보장을 위해 규정하고 있는 것은 우선 ORF의 프로그램 형성직원의 독립성 및 자기책임성과 기자직 직원의 저널리즘적 업무수행의 자유의 존중의무(법 제17조 제1항 전단)와 기자직 직원의 '확신의 보호'(Überzeugungsschutz)이다.

확신의 보호는 기자직 직원이 그 업무수행에 있어서 저널리즘적 업무수행의 자유에 배치된다고 생각하는 것을 쓰거나 책임지도록 강요될 수 없고, 그 정당한 거부에 아무 불이익이 주어져서는 안됨을 의미한다(법 제17조 제1항 후단). 위 확신보호를 위해 방송법이 ORF의 경영측과 기자그룹 대표간에 편집규약(Redakteursstatut)의 체결을 의무화하고 있고, 구체적인 저널리즘 업무수행의 자유의 내용은 위 규약에 정하도록 위임되고 있으나, 실제 제정 협정된 편집규약에는 그 구체적인 내용이 들어있지 않고 단지

장래 전개될 구체적 분쟁의 해결을 위한 절차와 기구만을 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 학설은 방송의 내적 자유에 관하여도 프로그램 주도기관과 프로그램 형성직원간의 권한의 한계를 논하고 있다.

우선 프로그램 책임자인 사장이나 감독들은 프로그램 형성자에 대한 일반적인 지시권을 가지나, 이 권한은 이른바 ‘테두리설정권한’(Rahmenweisungskompetenz)에 국한된다. 따라서 그들은 어떤 프로그램이 어떤 내용으로 제작될 것인가, 어떤 직원이 어떠한 프로그램을 제작할 것인가, 특정 방송물이 송출될 것인가의 여부 및 시점, 프로그램의 대상과 길이, 프로그램 형성직원간의 사무분배, 프로그램제작을 위한 기술상·행정상의 인력 및 지원수단의 배정 등 일반적인 사항에 관하여 결정권을 갖는다. 그에 반하여 개개 프로그램의 내용적 형성에 관하여는 프로그램 형성직원에게 자유로운 역할이 보장된다. 따라서 위 결정된 바에 따라 수집할 자료의 종류와 범위, 수집된 자료에 대한 판단, 개개 기사의 전체적 연관속의 사실평가, 화면선택, 인터뷰 상대의 선정 등의 사항은 프로그램 형성직원이 저널리즘의 전문적인 작업기준에 따라 자유로이 결정할 수 있다. 그러나 이 자유 역시 수집된 사실관계에 비추어 최선의 양심과 지식에 따라 이를 다루어야 할 구속적인 자유이며, 위 저널리즘의 기준에 부합해야 한다.

전술한 기자직 직원의 확신보호에 의해 기자가 책임인수를 거부할 수 있으나, 그 정당성 여부는 기자에 대한 임무부여의 지시가 기자직 임무수행의 자유를 침해하느냐의 여부에 있다. 따라서 위 보호제도에 의해 기자는 그가 작성 또는 제작한 프로그램의 송출 여부나 시점을 결정할 권한은 없다. 그리고 프로그램 책임자는 프로그램 형성직원의 사전양해를 구할 필요없이 기술상 또는 편집상의 작업지시를 내릴 수 있다. 그것이 특정기자의 확신에 反하는가의 여부는 그 지시후에 지시받은 기자가 결정할 일이기 때문이다.

그러나 상관의 지시가 기사에 대한 중대한 침해가 되거나 완성한 기사에 대해 중대한 수정을 가하는 경우에는 먼저 관여 기자의 양해를 구하여야

하며, 양해를 얻지 못하면 그 기사는 송출이 보류되거나 관계기자는 수정된 기사에 대해 이유를 밝히고 그 책임을 거부할 수 있다(편집규약 제3조).

방송법상 보장되는 내적 자유의 주체는 ORF의 프로그램 형성직원(programmgestaltende Mitarbeiter)이며(법 제17조 제2항), 그 중에서 기자직 직원(journalistische Mitarbeiter)은 저널리즘적 업무수행의 자유의 주체로서 편집규약상 특별한 지위와 보호를 받는다. 기자직 직원에는 라디오 및 TV프로그램의 형성에 저널리즘적으로 관여하는 모든 자, 즉 기자, 특파원, 통신원 및 저널리즘적 성격을 갖는 프로그램의 형성자로서 ORF의 피고용자이거나 자유직업인이면서 위 저널리즘 활동을 경제적으로 중요하지 않은 부업으로서가 아니라 지속적으로 행하는 자를 말한다(법 제17조 제3항).

#### **다. 편집규약(Redakteursstatut)**

##### **(1) 성립경위**

ORF는 1973년 6월 1일부터 편집규약을 갖고 있었다. 이것은 ORF집행부측이 일방당사자가 되고 중앙노사협의회장, 오스트리아노총, ‘문화매스커뮤니케이션 및 자유직업인 노조’ 및 그 기자분회가 상대방 당사자로 되어 체결된 것이었다. 1974년 방송법 개정에 따라 편집규약의 체결당사자가 ORF측과 동법에 따라 평등, 직접, 비밀, 비례대표원칙에 의해 선출된 기자들의 대표단으로 변경되고(법 제18조 제1항) 그 필요적 약정사항과 방송헌법 및 방송법상의 원리가 변경되자 이에 따라 위 편집규약은 조정되어야 했다. 그러나 위 법규정에 의해 선출된 기자대표단은 새로운 편집규약에 대해 법정된 1975년 10월 1일까지 합의를 보지 못하여 경과규정에 따라 중재법원의 심리에 회부된 후 1976년 7월 1일부터 시행을 보게 되었다.

위 규약 서문을 보면 그 목적은 연방방송헌법의 근거에 따라 방송법규정의 범위 내에서 모든 기자직 직원이 그들에게 맡겨진 임무를 행함에 있어 저널리즘적 업무수행의 독립성, 책임 및 자유를 보장받고 기자직 직원에 관계되는 인사상 및 업무상의 결정에 대한 참여를 규율하는데 있으며, 그밖에 기자직 직원의 범위, 기자직 직원의 권리를 옹호할 합의체의 구성

과 규약상 분쟁을 해결할 중재법원의 설치를 규정하고 있다(법 제18조 제3항 참조).

(2) 보호내용

① 독립성 : ORF의 모든 기자는 방송법 규정의 범위 내에서, 특히 방송법 제2조 제1항의 보도프로그램에 관한 원칙에 따라 그 저널리즘 활동을 수행함에 있어서 독립적이다. 여기에서 전술한 ORF의 프로그램에 관한 1976년 7월 1일자 일반지침은 그 전부가 적용된다(규약 제2조). 또 ORF의 집행부는 ORF의 독립성, 특히 그 직원을 외부의 압력으로부터 방위하고 기자를 보호하여야 한다. 기자참사회는 기자 전체 또는 개개 기자에 대한 부당하고 중대한 공적인 침해에 관하여 입장을 공개하여야 한다(규약 제4조).

② 저널리즘 업무수행의 자율성 및 자유 : 방송법 제17조 제1항에 따라 기자는 누구도 그 저널리즘활동 수행에 있어서 기자직 업무수행의 자유에 저촉되는 바를 쓰거나 책임지도록 강요받지 아니하며, 정당한 이유를 가지고 이를 거부하는 자에게는 아무 불이익이 주어질 수 없다. 그러나 기자는 방송법상 객관성의무 및 기타 프로그램임무에 구속되므로 자기의 개인적 견해에 반한다는 이유만으로 위 프로그램 과업상의 임무이행을 거절할 수 없다. 기자의 자율성은 방송법 및 프로그램지침의 테두리 안에서 독자적으로 방송물, 기사 및 특집보도방송을 형성함을 말한다. 개인의 방송물이나 기사에는 그 작성자의 이름을 표시한다. 특집보도방송에서는 책임 편집인의 이름을 표시한다.

방송물을 종합하면서 기사의 배제와 변경을 임의로 하는 간부기자는 내용상 중요한 침해를 행하는 경우 관여 기자의 양해를 얻도록 시도해야 한다. 여기서 단지 기사를 기술상·편집상의 측면에서 손질하는 것은 중요한 내용의 침해가 아니다. 합의가 이루어지지 못하면 그 기사는 관여기자가 철회할 수 있다. 철회가 불가능하면 관계 기자는 서면으로 그 기사에 대해 책임질 수 없는 이유를 제시하고 자기의 이름을 뺄 수 있다. 기자는 특정 사항의 작성이 그 저널리즘 활동 수행상 책임질 수 없다고 하여 이를 거부

하는 경우 상급자의 요구가 있으면 그 이유를 서면으로 제출해야 한다. 이 경우에는 상급자도 그의 지시와 결정의 이유를 서면으로 작성해야 한다. 위 관계 기자와 상급자는 다툼있는 사항에 관하여 1주일 이내에 기자총회에서 논의할 수 있다. 기자총회의 심의 후 3주이내에도 선의적 합의가 이루어지지 못하면 관련 기자는 기자참사회를 통하여, 기업의 법적 대표자는 직접 중재법원에 각각 제소할 수 있다. 중재법원은 기사 작성 또는 책임인수의 거부가 편집규약의 테두리 안에서 정당한가의 여부를 결정한다. 그 결정에는 이유를 붙여야 한다. 기자참사회와 기업집행부는 중재법원의 결정을 공개할 권리가 있다.

③ 인사적 및 업무적 결정에 대한 관여권 : 방송법 제18조 제3항 제3호에 규정된 인사적, 업무적 결정에 대한 참여권은 노동법상 노사협회의 권한과는 별도로 인정되는 것이며, 그 권리의 행사는 편집규약상 기자들의 합의체에 속한다.

보도방송부문에 있어서 기자의 長이나 간부(국장급)의 임명은 사전에 기자위원회에, 부장급의 임명은 관계 기자총회에 각각 통보하고 그 의견을 들어야 한다. 보직 모집공고와 지원상황은 적기에 위 합의체에 통고하여야 한다. 관련되는 기자합의체는 임명추천권이 있다. 감독이나 주감독은 위 추천에 대해 의견을 제시해야 한다. 추천대로 행해지지 않는 경우 기자위원회는 기자참사회를 통하여, 관계 기자총회는 기자대표를 통하여 사장에게 이의를 제기할 수 있다. 사장은 기자참사회의 의견을 들은 후가 아니면 감독이나 주감독의 임명신청에 대한 인사결정을 내릴 수가 없다.

개개의 기자, 관련 기자대표 및 기자위원회는 그 담당분야에 관하여 보도프로그램의 내용, 편성표, 구성(범위)에 관하여 제안권이 있다. 이 제안은 상세히 기술되고 이유를 붙여야 한다. 프로그램 책임자(감독)는 위 제안에 대해 의견을 제시해야 하며 거부시에는 상세히 이유를 제시해야 한다. 보도프로그램의 내용, 편성표 및 구성(범위)에 관한 원칙결정은 사전에 관계 기자총회 및 기자위원회에 알리고 그 의견을 들어야 한다. 관계 자료(초안)는 적기에 관계기자들의 합의체에 배부해야 한다. 관계 합의체는 결정에

대한 제안권이 있다. 감독이나 주감독은 결정전에 위 제안에 대해 의견을 표시해야 한다. 제안이 고려되지 아니하는 경우 관계 기자총회는 기자대표 및 기자참사회를 통하여, 기자위원회는 기자참사회를 통하여 사장에게 이의할 수 있고, 사장은 기자참사회의 의견을 들은 후가 아니면 감독이나 주감독의 계획안에 관해 결정하지 못한다.

### (3) 기자들의 조직

① 기자총회(Redakteursversammlung) : 편집규약상 규정의 적용을 받는 기자직 직원의 범위는 방송법 제17조 제3항에 규정되어 있으나, 편집규약 제1조는 보다 상세하고 구체적으로 그 범위를 정하고 있다. 위 기자직 직원들은 ORF의 각 부문(주 방송국 또는 큰 부서)마다 기자총회(Redakteursversammlung)를 구성한다. 그러나 편집규약으로부터 나오는 기자직 직원의 권리는 위 기자총회로부터 2년 임기로 선출되는 기자대표, 기자위원회 및 기자참사회가 행사하며(법 제18조 제5항), 기자총회가 직접 의결하는 사항은 기자직 직원에 관계되는 인사적, 업무적 결정에 대한 관여권을 행사하는 경우뿐이다 (편집규약 제6조 제2항 및 법 제18조 제3항 제3호).

② 기자대표((Redakteurssprecher) : 각 업무부문의 기자총회는 비밀 선거에 의한 비례대표제 원칙에 따라 기자대표 1인을 선출한다. 기자총회 구성원이 10인 이상인 때에는 10명마다 1인씩 추가한다. 기자대표가 되기 위하여는 ORF에서 기자직 업무에 3년이상 종사한 경력이 있어야 한다 (규약 제7조). 기자대표는 편집규약상 기자직 직원의 권리를 행사한다.

③ 기자위원회(Redakteurssausschuß) : 선출된 기자대표들은 함께 기자위원회를 구성하게 되며, 편집규약상 기자직의 권리를 옹호할 임무를 갖는다. 기자위원회는 연 2회 이상 소집되며, 그 자신의 결정을 공표할 권리가 있다(규약 제8조).

④ 기자참사회(Redateursrat) : 기자위원회는 다시 3인을 뽑아 기자참사회를 구성하여 집행을 위임할 수 있다(규약 제9조).

### (4) 중재법원

편집규약의 해석 및 적용에 관한 분쟁을 해결하기 위하여는 민사소송법상의 중재법원이 관할하게 된다. 위 중재법원은 3인으로 구성되는데 기자위원회측과 경영측에서 각각 1인을 임명하고, 재판장이 될 제3의 중재법관은 위 양자가 회사 소속원이 아닌 법률전문가 중에서 합의하여 임명한다(법 제19조 제3항 및 규약 제10조).

#### (5) 효력

편집규약은 그 체결형식을 보면 노동법상 노사협약에 유사한 사법상의 계약의 성질과 함께 ORF내의 근로관계를 규율하는 규범으로서 법원(法源)의 성질을 함께 갖는다. 위 편집규약이 정하는 절차규정은 그 적용에 큰 문제가 있을 수 없으나, 실체적인 내적 자유의 내용에 관해서는 별다른 내용을 포함하지 않고 있다. 이것은 중재법원의 판례나 방송법준수위원회의 판례에서 구체화되고 있다.

ORF와 기자위원회는 각각 6개월의 예고기간을 두고 서면으로 위 편집규약의 해지(解止)를 통고할 수 있고, 위 기간이 경과하면 편집규약은 효력을 잃게 된다. 해지된 경우에는 새로운 편집규약의 체결을 위하여 지체없이 협상을 시작하여야 한다(법 제19조 제1항). 편집규약이 해지 통고된 후 4개월이 종료되어도 새로운 편집규약이 협정되거나 효력을 발생하지 못하게 되는 때에는 중재법원이 6주 이내에 편집규약을 제정하여야 한다(법 제19조 제2항).

## 5. 현행법의 해석과 적용

### 가. 법규정의 변천과 해석

구 언론기본법은 “방송국의 자율적 운영은 보장되며 방송국에 대한 국가의 감독은 법률이 정하는 사항에 국한되”고(동법 제30조), “누구든지 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하지 아니하고는 방송순서의 편성에 관하여 규제 또는 간섭할 수 없다”고(동법 제29

조) 규정하여 방송운영의 자율성과 프로그램 편성의 자유를 보장하고 있었다. 언론기본법의 대체법률로 1987년 제정된 방송법은 그 제3조에서 “① 방송편성의 자유는 보장된다. ② 방송순서의 편성 제작이나 방송국의 운영에 관하여 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다”고 규정하였으며, 현행 방송법 역시 그 제3조에서 같은 취지의 규정을 두고 있다. 그러나 이들 편성의 독립에 관한 조항은 국가의 간섭으로부터 독립을 의미하는 이른바 방송의 외적 자유를 명문화한데 불과한 것이고, 그것이 방송의 내적 자유를 규정한 것은 아니었다.

그 후 방송 민주화 및 공정성을 확보하는 제도적 보장의 노력이 경주되어 방송종사원 특히 방송노조의 방송 운영 및 편성에의 참여를 요구하는 목소리는 적극화되어 갔다. 방송의 내적 자유를 확보하려는 움직임의 경과를 보면 각 방송사 노사간에 이루어진 이른바 공정방송을 도모하기 위한 제도적 노력이 노조측의 주도 하에 경주되었고, 상당한 정도 그 성과를 이루었지만, 일부 모순과 폐단이 없었던 것은 아니었다.

이와 같이 방송에 있어서도 공정성 보장을 위한 내적 자유의 요구가 끊임없이 제기되었음에도 불구하고 그 실현을 위한 구체적인 제도적 방편으로서 편성규약제도가 방송 현업에서 논의되기 시작한 것은 비교적 최근의 일이었다. 방송 3사 노조는 1989년부터 방송법 개정안으로서 편성규약 제도와 편성규약 준수위원회제도를 제안한 바 있었다.<sup>209)</sup> 위 개정시안에 의하면 방송사는 편성종사원들의 대표와 협의하여 편성규약을 제정하고, 그 해석 적용에 분쟁이 있는 경우에는 방송사측과 편성종사원 대표가 동수로 참여하는 ‘편성규약

209) 전국언론노동조합 주최로 1989년 10월 12일 개최된 방송제도 및 방송법개정을 위한 공청회에 제출된 방송법 개정시안 제27조 내지 제29조 참조

준수위원회'가 조정에 임하며, 조정이 성립하지 아니한 때에는 방송위원회의 결정에 따른다는 것이다. 노사관계를 바탕으로 근로조건이 아닌 편성권에 관한 사항을 노조활동을 통하여 쟁취하려는 기존 노조운동에는 한계가 있고, 전문직 활동으로서의 편성행위는 기자 및 PD 등 전문직 그룹의 단체가 관여하여야 한다는 점을 고려한다면 위 방송 3사 노조의 제안은 괄목할 진전을 의미하는 것이었다.

국민의 정부에 들어서 장기간에 걸친 통합방송법 제정논의가 지지부진함을 면하지 못한 가운데 이의 조속 제정을 요구하는 방송 3사의 노조가 1999년 7월 연대파업을 결의하면서 편성규약 관련조항을 새 방송법에 넣자는 요구를 내걸게 됨으로써 이러한 요구는 더 이상 외면할 수 없는 쟁점으로 부각되었다. 당시 방송노조는 편성권이 방송 경영자와 종사자에게 공동으로 위탁된 것임을 전제로 현업자와 경영진이 동수로 참여하는 노사 동수의 편성위원회를 구성하고 편성규약을 제정하여야 한다고 주장하였다. 이를 계기로 집권 여당은 통합방송법안에 편성규약 관련조항을 삽입할 것을 합의하게 되었던 것이다.

이렇게 방송의 내적 자유를 법제화하는 논의는 꾸준히 이어졌고, 드디어 2000. 1. 12. 전문 개정된 통합방송법(법률 제6139호)에는 내적 자유의 핵심이라고 할 수 있는 편성규약제도를 명문화하고 이를 시행하는 단계에까지 이르게 된 것이다.

그러나 제정 공포된 통합방송법 제4조는 “종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자는 방송프로그램제작의 자율성을 위하여 취재 및 제작 종사자의 의견을 들어 방송 편성규약을 제정하고 이를 공표하여야 한다”고 규정하고 있다. 위 조항에는 노조측이 주장하던 편성위원회의 규정이 반영되지 못하였고, 새로 강제적 제도로 규정된 편성규약에 관하여도 그 제정 주체, 절차, 내용

및 효력 등 여러 사항에 관하여 명백한 조항을 두지 못한 채 불완전한 입법으로 머물게 되었다.

## 나. 현행법상 편성규약 제도의 시행에 관한 문제

### (1) 제정 경위와 논란되는 쟁점

통합방송법에 의하면 편성규약은 각 방송사가 취재 및 제작 종사자의 의견을 들어 제정하도록 규정되었고, 이를 위반할 시에는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 하였다 (동법 제106조 제1항 제1호). 그러나 편성규약의 제정에 즈음하여 실무상 논란이 된 것은 당사자, 절차, 및 내용에 관한 의견차이였다. 편성규약 제정 시 그 내용에 관하여 특히 논란된 것은 그 핵심내용인 자율성 보장문제에 상당한 시각차를 보였고, 편성최고권한의 귀속 문제, 노사 공정방송위원회의 존재 문제 등이 이견을 보이는 중요한 쟁점으로 등장하였다.

첫째, 제정의 주체 및 절차와 관련하여 본다면, 법 규정에 편성규약 제정의 주체는 방송사업자이며, 다만 취재 및 제작 종사자의 의견을 들어 제정할 것으로 하고 있다. 취재·제작 종사자라 함은 방송의 내용 형성에 정신적으로 관여하는 직원 일체를 의미한다고 보아야 하며, 그 의견을 듣는 방법은 그들 모두를 구성원으로 하는 총회를 소집하여 그들의 단체적 의사결정 방법에 의한 의견을 구해야 할 것으로 생각된다. 이러한 의견을 모으는 과정에서 노조가 적극적 역할을 할 수는 있을테지만, 노조 자신이 자신의 의견만을 내세워 이를 관철하려는 태도는 바람직하지 못하다.

둘째로, 가장 논란된 쟁점은 종전 단체협약상의 공정방송위원회 내지 공정방송협의회를 어떻게 처리할 것인가 하는 점이었다. 사측

에서는 특히, 공방위라는 기존의 기구를 통해 자율성을 보장하는 장치를 두고서도 편성규약으로 이중의 장치를 요구하는 것은 부당하다고 주장하였다. 그에 반해 노조측에서는 공방위를 존치하고 별도로 편성규약을 제정하자는 입장을 고수하였다.

먼저 한국방송공사의 경우를 보면, 공정방송 보호장치로 노조 부위원장과 회사 부사장이 대표로 참석하는 공정방송위원회에서 보도의 공정성 여부에 관한 검토가 행해지고 있으며, 보도본부장 등 본부장 평가제로 취임 1년마다 실시하는 노조의 조합원 투표에서 재적 과반수 이상이 부정적인 평가를 내릴 때 사장에게 해당 본부장의 보직해임조치를 건의할 수 있게 되어있고, 재적 3분의 2 이상 반대할 경우엔 사장이 당장 보직해임을 할 수 있도록 하고 있었다.

통합방송법 시행 후 2000년 6월, 5일간의 파업투쟁 끝에 KBS 노사는 사내개혁을 위한 합의서를 작성하면서 공정방송위원회를 통해 취재 및 제작종사자의 의견을 들어 편성규약을 제정기로 한 바 있었다. 그러나 노사간 이견이 좁혀지지 않은 상태에서 회사측에서는 2000. 12. 12. 회사측의 편성규약안을 공표하였다.

동 규약은 편성책임자·제작책임자·제작실무자의 권한과 의무 등 모두 13개 조항으로 구성되어 있는데, 사장은 편성과 방송제작의 최종 권한을 보유하고, 본부장급 편성책임자와 제작책임자에게는 ‘편성권한’, ‘제작권한’ 등 포괄적 권한이 명시된 한편, 제작실무자들은 제작책임자의 지휘와 승인을 받아야 한다고 규정하고 있다. 또 편성책임자는 제작책임자의 요청이 있을 경우 편성을 변경할 수 있고, 제작실무자는 프로그램이 자신의 양심에 반하여 수정되거나 취소될 경우 설명을 요청할 수 있는 것으로 규정되고 있다.

이에 대하여 노조와 일선 제작자들은 위 편성규약안이 회사 경영진의 일방적 의견만 담은 안으로서 제작 자율성을 보장할 실질적인

제도적 장치가 없는 것이라고 하여, 이를 받아들일 수 없다고 반발하였다. 그들은 “공사의 사장은 편성과 방송제작의 최종 권한을 보유한다”고 규정한 편성규약 제12조가 “방송사업자는 … 방송편성책임자의 자율적인 방송편성을 보장하여야 한다”는 방송법 제4조 제2항에 배치되며, 이사회 심의·의결을 거치지 않은 편성규약은 방송법 제49조(KBS 이사회 기능)에 위배된다고 주장하였다.

다음 MBC의 경우를 보면, 공정방송 보호장치로서 단체협약을 통해 노·사 동수로 구성된 ‘공정방송협의회’를 두고, 노조 위원장과 사장이 참석하는 공방협의 합의사항을 따르지 않을 경우 등에는 사장에게 관련자의 문책을 요구할 수 있도록 하고 있었다.

통합방송법 시행 후 문화방송에서도 편성규약의 제정에 관하여 논란이 거듭되었는데, 2000. 12. 노사협의회에서 편성위원회 조항이 기존 공정방송협의회와 중복돼 받아들일 수 없고, 노동조합을 편성규약의 제정 및 공표 주체로 인정할 수 없다는 입장을 밝혀 그 제정작업은 부진하였다. 그러나 MBC는 2001. 8. 29. 그 동안 노사 쟁점사안이었던 편성위원회 설치 및 편성위원의 편성·편집회의 참가 등을 보장하는 방송편성규약의 제정에 합의하였다. 이같이 노사합의로 편성규약을 제정한 것은 MBC가 처음이었다.

MBC는 편성규약에 ‘편성권은 시청자와 국민의 알권리로부터 나온다’고 명문화하고, 편성규약의 제·개정 시에 노조의 의견을 수렴해야 한다고 명시하였다. 동 규약의 핵심조항은 편성위원회의 설치를 규정하는 조항이었다. 모두 10명으로 구성되는 이 편성위원회는 보도부와 편성부 부문이 각 5명으로 구성되며, 노조 대표로서 민주언론실천위원회 간사 2명이 당연직으로 참여하게 되었다. 이 편성위원회는 제작자의 자율성 침해 논란이 이는 사안 등에 대해 이견을 조정하는 한편, 각 국장의 동의를 얻어 편성·편집회의에서 의견을 제시

할 수 있게되어 제작자의 자율성이 침해되기 전에 견제하는 방안이 마련되었다고 보도되었다.

이와 같이 편성·편집회의에 참여가 보장됨에 따라 프로그램 정규개편 또는 부분개편 시 편성회의에 노조 대표가 편성위원 자격으로 참여하는 것이 가능해졌을 뿐 아니라, 제작 자율권 침해 등의 사안이 발생했을 경우 보도국 편집회의에도 노조 대표가 참여해 의견을 개진할 수 있는 길이 열려 공정보도 감시활동이 더욱 강화될 것이란 전망이다.

또 편성규약은 편성위원회가 회사나 조합에 공정방송협의회(공방협)의 개척을 요청할 수 있도록 하여 편성위원회의 의견이 무시됐을 때 관련자의 책임을 물을 길을 열어두었다. 문화방송은 단체협약을 통해 노·사 동수로 구성된 공방방송협의회를 두고 공방협의 합의사항을 따르지 않을 경우 등에는 사장에게 관련자의 문책을 요구할 수 있도록 하고 있다. 노조 관계자의 평가에 의하면 공방협과 편성위원회로 방송의 독립성과 자율성을 보호할 이중의 장치가 마련되었다는 것이었다.

그러나 MBC의 편성규약에도 자신의 신념에 반하는 방송물의 취재·제작 지시를 받았을 때 제작종사자의 내적 자유를 보장할 수 있는 최소한의 수단인 ‘크레딧 삭제 요구권’은 포함되지 않았다.

위와 같이 편성규약의 제정과정에서 논란된 쟁점으로서 편성위원회의 설치 여부와 종전의 공정방송위원회나 공정방송협의회가 존치되어야 하는가 여부에 관한 논란에 관하여는 신중한 검토를 요한다.

먼저 독일과 오스트리아의 예에 의하면 편성위원회는 신문에 있어서 편집위원회(Redaktionsausschuß)와 같은 지위를 갖는 것으로서 단지 기자 및 피디 등 편집부문의 구성원 총회로부터 선임되어 경영층에 대하여 편집부문 인원의 이익을 대변·옹호하도록 임무가

부여된 기구일 뿐, 그 자체가 아무 결정권을 가지는 것은 아니다.<sup>210)</sup> 이렇게 본다면 편성규약에는 당연히 편집부문 직원의 총회의 구성과 회의 소집 등에 관한 규정, 편성위원회를 구성할 편집부문 대표의 선임 절차에 관한 규정, 그리고 편성위원회의 기능과 업무수행 절차 등에 관한 규정이 당연히 포함되어야 할 것이다.

보도된 내용만으로는 MBC에서 노사 합의하에 설립된 편성위원회의 성격과 기능에 관하여 자세히 알 수 없지만, 그것이 편성 및 편집회의에 참여할 권한이 부여되는 경우 그 회의에서의 결정에 참여할 권한 여부 및 정도 여하에 관하여는 알려진 바가 없다. 그리고 그렇게 편집부문의 대표로서 그러한 편성 및 편집회의에 참여하는 권한이 부여되는 한 그것은 기존의 공정방송협의회와 중복되는 면이 없지 않고, 그 존재가 논란될 수 있음은 물론이다.

이제까지 노사간에 단체협약으로 약정되어 시행되고 있는 제도로는 앞서 본 바와 같이 KBS의 ‘공정방송위원회’와 MBC 및 CBS의 ‘공정방송협의회’ 등 노사 동수로 구성된 합의체에서 프로그램에 대해 평가하고 편성·제작·보도의 방향을 협의하고 있는 것을 들 수 있다. 그러나 위 제도는 현행 헌법상의 방송원리나 방송법의 체제 하에서 여러 문제를 안고 있다. 위 제도는 우선 방송법적 사항을 노동법적 수단에 의해 달성하려고 한다는 점에서 방법론적인 제약을 벗어날 수 없었고, 그 기구의 구성에 있어서도 이른바 노사 동수의 원칙을 채택함으로써 기자 및 피디 등 종사원에게 방송운영 기관과 대등한 참여권을 부여하고 있다는 점에서 논란을 피할 수 없다. 앞서 본 바와 같이 공영방송체제를 취하는 방송매체의 주인은 이념상 국민이며, 법적 규율에 따라 공공의 대표로서 선임된 기관구성원(사장 또는 이사회)이 그 운영·편성의 주체가 되는 것은 당연하고, 그 매체의 피용된 기자나 피디는 그 종사원으로서 공공의 이익을 위해

---

210) 전술한 ORF의 편집규약 제8조의 기자위원회 참조

방사할 의무가 있을 뿐 그들이 스스로 방송의 주인이 될 수는 없기 때문이다.

일설에 의하면 노사 동수의 편성위원회를 설치하는 근거로서 근로자 참여및협력증진에관한법률을 제시하고 있다.<sup>211)</sup> 동법 제6조는 3인 이상 10인 이내의 노사 동수로 노사협의회를 구성·운영하도록 규정하고 있으나, 위 주장은 앞서 누차 지적된 바와 같이 방송의 내적 자유를 보호하는 제도가 노동자의 경영참여를 규정하는 노동법상의 제도는 아니며, 단지 정신적 근로자의 정신적 독자성을 보호하려는 데 그 목적을 가진 방송법상의 제도라는 점을 간과하고 있는 것이다.

나아가 그간 각사의 사보에 공개된 위 합의체의 운영실태를 보면 일시적이고 특정사에 국한된 경우라고 할 수 있을 지 몰라도 노사간의 협력과 타협을 통한 조정이 아니라 노조가 강력한 영향력을 배경으로 경영간부측에 대해 압력을 가하는 사례가 빈번하였고, 이러한 사정은 단체협약상 간부의 임명동의제 또는 추천제나 사후평가제와 관련하여 노조의 방송장악이란 비난을 면치 못하게 하였다.

이렇게 종전의 공정방송위원회가 문제의 소지를 안고 있다면, 편성규약제도를 도입함에 있어 그 폐지를 고려함이 타당하다고 생각한다. 법리적인 면에서나 실제적인 면에서도 지지받기 어려운 앞서 본 공정방송위원회 등의 제도는 합법적인 방향으로 발전적인 개편을 요한다고 할 것이다. 편성권에 관한 문제가 노조에 의해 노동법적으로 해결될 수 있는 문제가 아니라는 점이 명백하다면 이제 방송법적인 관점에서 해결을 시도하여야 할 것이다.

## (2) 내용

앞서 살펴 본 방송의 자유의 본질과 주체에 비추어 보면 편성권

---

211) 김승수, 민주적 편성규약의 제정을 위한 이론적 탐색, 방송연구 2001년 여름호 193~221면

의 귀속 여하에 관한 논란은 무의미하다. 따라서 편성권의 공유를 주장하는 노조측의 주장보다는 방송사에 귀속하는 방송의 자유가 분담적으로 행사되는 것이라고 보는 입장에서 논의가 이루어져야 할 것이다.

편성규약의 주요 내용으로서는 편성에 관한 제반 지침의 확정이 필요함은 물론이지만, 이를 세세히 명시하는 것은 쉬운 일이 아니다. 일반적인 방송윤리에 관한 편성기준이 일응의 지침으로 원용되어야 할 것이다.

이와 관련하여 주목할 것은 1990년을 전후하여 편성의 공정성을 확보하려는 노력의 하나로서 그 판단의 기준을 위하여 각 방송사별로 노사 합의하에 편성강령을 제정하는 움직임이 본격화되었다는 점이다. KBS는 이미 1989년 5월부터 방송강령을 제정·실천하고 있고, MBC도 노사간의 합의에 따라 상세한 내용의 프로그램기준과 행동준칙을 포함하는 방송강령을 제정·시행하고 있다. 이들 노력은 편성규약제도의 시행과 실천에 전제가 되는 방송내용의 형성 및 편성에 관한 지침 및 규범으로서의 의미를 가진다는 점에서 바람직한 움직임이라고 평가될 수 있다. 그 제정과정에 노사만이 참여했을 뿐 국민 공공의 참여가 배제되었고 일부 논란되는 쟁점에 관하여 방송헌법상의 요청에 충실하지 못한 규정이 발견되는 점 이외에는 공정성을 실천하려는 방송 실무자의 노력이 반영되고 있음을 볼 수 있다. 현행법상 방송에 대한 통제감독권한을 갖는 방송위원회의 인가 내지 승인을 받도록 한다면 그 정당성의 확보에 도움이 되리라고 생각된다.

위와 같은 방송계의 움직임과 관련하여 이를 긍정적으로 수용하되, 보다 합리적인 방향으로 유도하는 해결방안으로서 논의될 수 있는 것은 우선 공정성 등 프로그램의 평가에 관한 원칙을 법에 명시

하고, 구체적 전문적인 편성규범으로서 방송위원회의 편성준칙을 제정하는 작업이 선행되어야 할 것이다. 이 경우 우리 헌법의 지도원리인 자유민주주의적 기본질서가 대전제로 되고 방송의 모든 편성행위가 이를 실현하기 위한 것이란 점이 명백히 되어야 함은 물론이다. 앞서 본 방송 각사에 의한 편성강령의 제정 움직임은 이러한 입장에서 보아 바람직할 뿐 아니라 적극 촉진될 일이라고 생각한다.

그리고 거기에 신문의 경우에 앞서 본 바와 같은 기자의 확신이나 소신을 보호하는 규정이 담겨질 수 있을 것이다.

편집에 관여하는 간부의 인사에 관한 사항은 공영형태를 취하는 방송사에 있어서는 기자 및 피디 등 편집부문의 대표로 구성되는 편성위원회에 일정한 제안권을 부여하는 것을 생각할 수 있다. 위에서 본 오스트리아의 편성규범의 예가 참고로 될 것이다. 다만, 주식회사 형태를 취하는 민간 방송의 경우에는 이러한 사항이 발행인과 편집부문 간의 자율적인 협정에 의해 규정될 수 있을 테지만, 신문의 경우와 마찬가지로 강제되어서는 안될 것이다.

### (3) 분쟁해결제도

다음 단계로는 위에서 본 법규정과 준칙의 테두리 내에서 방송사별로 이를 실현하고 분쟁이 야기될 경우 해결하는 절차가 필요함은 물론이다. 원래 편성규약제도는 프로그램의 형성 및 편성에 있어서 상급자와 기자간에 프로그램 원칙에 관한 견해가 다를 때 위계제적인 의사결정의 체계에 대해 제한을 가한 것으로서 상급자와 기자간의 이견을 조정할 장치를 두어 프로그램원칙의 실현을 실효화하는 데 그 제도적 의의가 있는 것이다.

앞서 본 각사의 편성규약에는 집행간부와 일선 기자나 피디 간에 의견의 차이가 있는 경우 이를 해결하는 제도에 대하여 하등 정하는 바가 없고, 따라서 편성규약으로서는 불완전한 것으로 이해될 수

있다. 편성규약의 주요 내용으로서는 편성에 관한 제반 지침의 확정이 필요함은 물론이고, 그에 관하여 간부와 일선 실무자간에 의견의 대립이 있는 경우 기존의 위계제적 지시권에 의한 해결이 아닌, 대립한 당사자로서 실무자의 내적 자유 내지 양심 및 신조를 보호하려는 것이므로 그 해결은 제3의 중립적인 기관에 담당케 하고, 적법절차의 최소한을 보장하는 분쟁해결절차를 명문화하여야 할 것이다.

분쟁해결제도로서 실정화된 예를 보면 위에서 본 오스트리아의 방송법상의 편집규약에서는 방송사 외부의 중재기관으로서 사법권의 판단에 위임하는 체제를 취하고 있고, 독일 공영방송에서는 방송사의 최고 의사결정기관으로서 방송참의회가 이를 행하는 체제를 취하고 있다.

## V. 요약 및 결론

1. 최근 한국 언론개혁의 문제로서 논의된 논제 중의 하나가 편집권 독립에 관한 논의였다. 원래 언론의 자유는 국가에 대한 자유로서 국가 이외의 자 간에는 주장될 수 없는 것이지만, 국가 이외의 자에 의한 언론 자유의 위해에 대하여도 언론 자유의 보호 취지를 달성하자는 것이 언론의 내적 자유의 개념이다. 언론의 내적 자유 중 가장 논란되는 것은 발행인과 기자 간의 관계에 관한 것이다. 우리나라에서 편집권 논의는 이 측면의 내적 자유에 관한 것이다.

2. 미디어의 자유가 발행인의 개인적 자유로 간주되는 영미 각국에서는 편집권에 관하여 아무 논의나 연구가 없으나, 독일과 오스트리아 등 일부 유럽국가에서는 미디어의 내적 자유로서 활발한 논의

와 연구의 성과가 제시된 바 있다. 일본의 경우 편집권은 발행인의 권리로 인정되고 있으나, 다분히 정치적·이념적 의미를 지니는 것으로 이해되고 있다.

3. 발행인과 기자간의 관계에서 내적 자유는 발행인에 대한 기자의 권한 내지 그 지위의 독립성을 강화하자는 취지에서 논의된 개념이다. 언론의 내적 자유는 독일에서 발전된 개념으로서 발행인의 미디어의 자유에 대치되는 의미를 갖는다.

독일에서 언론기업은 경향기업으로서 특별한 법적 보호를 받는데, 언론기업에서 경향담당자인 기자는 그 매체의 경향을 존중할 의무를 지며, 노동법상으로도 경향의 결정·실현과 변경에 영향을 미칠 수 있는 것이라면 일반기업에서 노동조합이나 근로자 대표에게 인정되는 권한도 배제된다.

4. 독일에서 언론의 내적 자유는 이미 19세기 후반부터 논의되었는데, 바이마르시대에 언론계의 자본주의적 구조에 대한 원칙논쟁의 차원에서 점차 기업내적 차원으로 옮겨져 왔고, 그것은 권한확정에 의해 발행인에 대한 기자의 일정한 독립성을 보장하려는데 초점이 두어지게 되었다.

2차 대전 후 서독 기본법 하에서 내적 자유에 관한 논의는 기본권에 관한 기본입장 여하에 따라 내적 자유의 인정 여부 및 그 범위나 정도에 관하여 상이한 태도를 취한다. 전적으로 자유주의적인 입장에서는 학자들은 애당초 내적 자유를 법적 개념으로서 인정할 수 없다는 입장을 취하나, 자유주의적 입장을 취하는 학자들 중에서도 언론자유 제3자효력을 원용하거나, 헌법조항에 내재하는 이익형량에 의해 내적 자유를 인정하려는 다수의 학자가 있다. 언론 및

표현의 자유를 제도적 자유로 이해하는 기본 입장을 취하는 학자들은 언론의 내적 자유를 적극적으로 인정하는 입장을 취한다.

5. 독일에서 언론의 내적 자유를 실현하기 위한 노력은 1926년 발행인단체와 기자단체가 체결한 산업별 노사협약(Manteltarifvertrag)이 처음이었는데, 여기서 발행인은 신문의 원칙적인 방향이나 방침을 정할 권한을 가지며, 기자는 그 테두리 안에서 개개의 편집을 자유로이 형성할 권리를 갖는다고 규정되었다.

정부 차원에서 내적 자유를 법제화하려는 시도는 1952년 연방내무성의 언론법 초안(Lüders-Entwurf)으로 나타나게 되었는데, 동 초안은 기자들의 요구에 따라 발행인과 기자간의 권한구분을 명문으로 정하였다. 1969년 독일기자협회가 성안한 법률 초안은 편집에 관한 기자의 이익을 옹호하는 기구로서 편집부문 소속원 전원의 총회에 의하여 선출되는 편집평의회(Redaktionsrat)를 법제화할 것을 제안하였다. 1970년의 산업별 노사협약안은 입법적 노력이 지지부진하자 노사간의 협정에 의해 내적 자유를 보장하려는 시도였으나, 종국적으로 실현을 보지 못하였다.

1974년 사회당 정권의 언론윤곽법안은 당시까지 제안된 공적 문서 중 내적 자유를 가장 충실하게 반영한 문서로서 기자그룹의 언론적·인사적 결정에 상당한 범위의 관여권을 인정하는 규정을 두었으나, 발행인들의 반대와 학계의 위헌 논란 때문에 사회당 정권에 의해 철회되었다.

독일 연방헌법재판소는 최초로 언론의 내적 자유에 관한 문제를 다룬 1979년의 판결에서 언론 기업의 종사자들이 발행인의 편집 방침에 따라야 한다는 노사관계법 예외 규정을 확인하면서 국가는 언론의 내적 자유를 보장하기 위해 신문의 경향을 결정·실현할 발행

인의 자유에 대하여 간섭할 수 없다고 판결했다. 언론 기업이 지향하는 경향은 언론의 자유를 보호하는 가장 기본적인 요소가 되며, 이러한 신문의 경향에 영향을 미치는 정부 혹은 비정부 단체(특히 노동 조합과 정당 등)의 간섭이나 영향력 행사는 금지된다는 것이 그 판결의 요지였다.

6. 내적 자유를 실현하는 제도로서 독일에서 논의되어온 방안을 구체적으로 살핀다면, 첫째, 기자의 정신적 활동을 보호하는 제도로서 노사간의 단체협약상 기자의 양심 및 신조를 보호하는 제도가 일반적으로 인정된다. ‘양심의 보호’란 기자는 그 확신에 반하여 쓰거나 이름을 내걸도록 강요받지 아니하며, 그에 불응하였음을 이유로 하등 불이익한 처우를 받지 아니함을 의미한다. ‘신조의 보호’란 신문의 사시와 기자의 신념이 일치하지 아니할 때 기자가 그 기업을 떠나면서 보상을 구할 수 있는 권리가 인정됨을 말한다.

둘째, 독일에서 내적 자유로 논의된 사항 중 가장 중요하고 논란된 것이 편집에 있어서 발행인과 기자간의 권한분배에 관한 사항이다. 이제까지 이에 관하여 논의되어 온 바를 종합한다면 편집에 관한 결정의 대상으로서 언론활동의 실질적인 단계에 따라 그 권한의 귀속자가 논의되어 왔다. 이 경우에 유의할 점은 경향기업으로서 언론기업의 편집작업에 있어서 발행인의 경향의 실현과 편집직원의 양심의 자유가 조화를 이루어야 한다는 점이다.

원칙적 사항에 관한 결정권이 발행인에게 있음은 의문이 없고, 다만 발행인이 기존에 확정된 신문의 원칙적 입장을 변경함에 있어서는 편집부문의 의견을 들어야 한다고 이해되고 있다. 그에 대해 세부적 사항의 결정권은 기자들에게 귀속되는데, 그에 대하여는 일정한 한계가 설정된다. 즉, 기자의 결정이 신문에 대한 민사상의 책임

이나 형사적인 제재를 가져올 위험이 있는 경우 발행인은 그에 대해 거부할 권한이 있다. 방침적 사항에 대한 결정권이 누구에게 귀속되는가 하는 문제가 가장 논란되었는데, 다수설에 의하면 이 것 역시 원칙적으로 발행인에게 주어져야 한다고 한다.

셋째, 편집부문 소속원의 인사권에 관한 기자들의 참여문제로서 편집국장, 편집간부, 기자 등 편집부문에 속하는 인사에 관한 발행인 측의 권한을 제한할 것인가 하는 문제는 전후 독일의 노사협약과정에서 발행인과 기자간에 가장 첨예하게 이해가 대립되어 온 분야이다. 이에 관하여 기자단체 측에서는 편집국장을 위시한 기자의 채용, 전보, 해고 등 인사결정에 관한 기자그룹의 동의권 내지 거부권을 요구하여 왔음에 반하여, 발행인단체 측에서는 기자집단에게 그에 대한 사전 의견청취권을 부여하는 것 이상의 양보를 거부하여 타결을 보지 못하고 있다. 다만, 소수의 신문사에서 노사간 임의적 합의에 의해 편집규약을 체결함으로써 이러한 요청의 일부가 수용된 사례가 있다.

넷째, 내적 언론의 자유를 위한 언론적·인사적 공동결정을 실현하는 구체적 제도로서 기자들로써 구성된 편집위원회(Redaktionsausschüssen)에 일정한 결정권한을 주고 이러한 내용은 편집규약(Redaktionsstatut)에 규정되어야 한다는 방안이 논의되었다. 독일에서 편집규약은 발행인과 편집부문간의 임의적 합의에 의해 체결되는 법외적 제도일 뿐, 어느 일방이 이를 강제하는 것은 허용되지 않는다. 체결되는 경우에도 그 내용은 발행인의 신문의 자유의 구조적 우월성을 존중하는 범위에서 허용되게 된다. 다수의 신문 및 정기간행물을 출판하는 기업에서는 위와 같은 편집의 공동결정을 구현하는 내용의 편집규약이 독자적으로 또는 노사협약의 형태를 빌어 제정되거나 체결되었다. 이러한 운동은 1960년대 말 및 1970년대 초 적극화되었던 학생

운동에 힘입어 그 정점에 이르게 되었으나, 위 시기가 지난 후 편집규약은 관심 밖으로 밀려났고, 편집규약 운동은 이렇다할 성과 없이 다만 소수의 신문에서만 명맥을 유지하고 있다.

독일에서 내적 자유에 관한 입법의 성과가 지지부진하였음에 비하여 이를 입법으로 최초로 성취한 나라는 오스트리아였다. 1981년 제정된 오스트리아의 ‘신문기타언론매체에관한연방법’은 언론인의 자율적인 언론활동의 자유와 편집규약을 통한 언론의 내적 자유를 보호하는 조항을 두고 있다. 다만, 동법도 편집규약의 체결을 강제하는 것이 아니라 자율적인 권장규정으로 규정하고 있다.

7. 독일에서의 내적 자유를 실현하려는 논의 과정에서 제기된 방법론상의 문제를 보자면, 내적 자유를 노동법적인 차원에서 노동운동의 일환으로 접근하려는 방안은 법체제에 비추어 허용될 수 없거나 적절치 않음이 판명되었고, 내적 자유는 언론법적 문제로서 입법조치에 의해 해결하는 방안이 타당한 것이라고 볼 수 있다.

입법적 조치에 의해 내적 자유를 보장하려는 경우 우선 문제되는 것은 미디어의 자유가 누구에게 귀속하는가를 확정하고, 그것이 발행인에게 귀속된다는 전제하에서, 그에 대하여 기사가 주체로 되는 내적 자유를 보호하는 조치를 입법으로 정하는 논증과정에서 합헌적 요건을 검토하지 않으면 안된다.

헌법은 개인에게 표현의 자유를 보호하고 있으며, 그 개인이 미디어를 설립하여 표현할 자유도 보장한다. 실재상 미디어의 자유의 주체는 인적·물적 조직체인 미디어를 설립하여 물적 기초를 확보하고 다수의 인력을 채용한 기업의 보유자에 속한다고 보지 않을 수 없다. 발행인에게 신문의 발간은 동시에 개인적 의견표현의 형태인 것이다. 발행인은 적어도 신문을 창간함으로써, 그리고 그 이후에도

발행인의 지위에서 실질적으로 언론의 자유를 행사하는 것이다. 미디어의 소유자로서 발행인에게도 표현의 자유가 보장되는 것은 물론이고, 그가 원하는 뉴스나 의견을 선택하여 편집·발간할 수 있음은 물론이다. 신문의 제작이 공적인 과업이라고 보는 경우에도 발행인 역시 기자 못지 않은 과업의 담당자라고 주장될 수 있고, 발행인으로서 실질적인 신문의 자유의 주체가 바뀌는 것이 아니다.

기자들의 내적 자유를 법적으로 보호하게 되면 그만큼 발행인의 위와 같은 기본권은 제한받게 된다. 즉, 발행인과 기자간의 관계에서 국가가 내적 자유를 법적으로 강제하는 경우에는 양자간의 사적인 법률관계에서 기자를 위해 발행인의 표현의 자유를 제한하게 됨을 의미하게 된다. 내적 자유가 법적으로 보장되면 발행인은 자기의 생각에 맞지 않는 생각이 공표되거나, 자기의 마음에 들지 않는 뉴스가 선택되는 것을 수인해야 하고, 자신의 의견이나 뉴스의 선택권을 관철시킬 수 없게 되어 결국 발행인 측으로 보면 그의 핵심적 표현의 자유가 침해받게 된다.

8. 기자의 발행인에 대한 내적 자유와 관련하여 일반적인 관계에서 기자의 헌법상 표현의 자유가 발행인에게도 주장될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 일반적인 관계에서 헌법이 개인에게 보장하는 표현의 자유는 개인이 표현행위를 함에 국가의 간섭이나 방해를 받지 않는다는 데 본질이 있을 뿐, 개인에게 미디어를 이용할 권리를 주는 것이 아니며, 한 언론기업 내에서 피용자인 기자와 발행인 사이에서도 그러한 기본적인 논리는 달라지지 않는다. 즉, 발행인과 기자간의 관계에서 기자가 갖는 표현 및 언론의 자유가 발행인에 대하여 직접적 효력을 갖는 것은 아니며, 기본권의 간접적 효력에 의해서도 기자는 발행의 자유를 갖는 것이 아니므로 그에게 발행사

항에 관한 관여권을 도출해 낼 수 없다.

9. 발행인의 기본권을 제한하게 되는 기자들의 내적 자유를 입법에 의해 보장·실현하는 경우에는 기본권 제한의 일반 이론에 따라 그 허부가 검토되어야 한다.

내적 자유를 보장하기 위해 발행인의 자유를 제한하는 국가의 관여가 허용되려면 그 제한에 공적인 이익을 추구하거나 타인의 권리를 보호함에 필요성이 있어야 한다는 것이 입법의 합헌성을 충족키 위한 첫 번째 요건이다. 우리 헌법에 비추어 보면 내적 자유의 보장은 일응 공공복리를 위해 발행인의 기본권을 제한하는 것이라고 생각되나, 그 제한이 비례의 원칙을 따라야 함은 물론이다. 즉, 내적 자유 내지 편집권을 보장하는 입법은 발행인의 위와 같은 권리를 제한하기 위한 입법목적이 명백히 제시되어야 하고, 그러한 목적을 달성함에 적절한 수단이 되어야 함은 물론, 과잉적인 제한이 되어서는 안되는 것이다.

10. 내적 자유를 보호하는 입법목적으로 제시되는 첫 번째 사유로서 언론의 다양성을 위하여 기자들의 편집에 대한 참여권을 보장하자는 주장을 보면 그러한 조치는 다양성을 촉진하기 위한 하나의 방편에 불과할 뿐, 충분한 조치가 될 수 없고, 그에 의해 언론시장의 자유경쟁질서에서 오는 일반적 원천적 폐단을 시정할 수는 없다. 오히려 진보적 입장을 대변하는 기자그룹이 모든 신문에서 편집의 결정권에 참여하는 경우에는 각 신문마다 존중되어야 할 경향을 폐기하게 되어 언론의 다양성을 위축시키는 결과를 야기할 수 있고, 언론의 다양성은 각 신문마다 경향을 보호함으로써 더욱 촉진될 수 있다는 점을 간과하는 것이다. 언론의 다양성을 촉진할 수 있는 정

책수단으로서는 소수와 및 반대파 신문에 대한 국가의 지원 등의 방안에 의해 보다 잘 달성될 수 있다는 점을 생각하면 내적 자유로써 발행인의 자유를 제한하는 것은 헌법상 과잉금지 명령을 위반하게 되는 것이다.

한편 내적 자유를 보호한다 하여 진정한 여론의 반영이 가능한가 하는 점에 대하여도 논란이 있다. 기자들의 집합체, 그들이 선출한 대표 또는 개개의 언론인과 그의 양심이 반드시 사회를 지배하는 여론을 모사(模寫)하는 것은 아니라고 하는 반론이 강력히 제기된다. 기자들은 그들이 쉽게 접할 수 있는 신문의 논조와 경향을 근거로 그들의 취업처를 선택하게 되고, 독자들 역시 신문의 기본 입장을 그 구독선택의 기준으로 삼는 현상을 본다면 신문의 경향보호가 오히려 더 다양성에 기여하게 된다는 점을 알 수 있다. 의견의 다양성은 상이한 여러 경향의 독립한 신문이 다수 존재함으로써 오히려 더 잘 보호될 수 있는 것이다. 다양한 여론의 소재는 다양한 논조와 경향을 가진 출판물의 존재에 의해 반영되어 읽혀질 수 있을 뿐, 기자들만의 견해가 신문지면에 발표되어야 한다면 모든 국민 개개인의 알 권리를 보호하기 위한 조치가 결국은 기자그룹만의 임의적인 정치적 사념의 표현만을 보장하게 되어 국민의 알 권리는 편식증의 폐를 앓게 될 것이다. 이러한 사정을 종합하여 보면 편집의 공동결정이나 내적 자유의 보장이 언론의 집중경향에 대한 충분한 대책이 된다고 단언할 수는 없다.

11. 둘째, 언론의 민주화 및 사회의 민주화를 위해 내적 자유를 법적으로 보호하여야 한다고 하는 주장은 정치적 이상주의나 자본과 노동의 관계에 관한 변혁을 지향하는 입장과 연계되어 강력한 호소력을 갖는다. 그러나 일반 기업의 근로자와 달리 기자들에게만

특별하게 독립적인 지위와 경영에의 참여를 법제화하는 경우 형평의 문제가 제기될 뿐 아니라, 자본으로부터 해방된 편집활동의 주장은 종속적 노동에 대한 타율적 규율을 제거하고 자본과 노동의 관계에 관하여 새로운 변혁적 질서를 창출하려는 것으로서 사회적 시장경제를 기본으로 하는 기업의 내부관계를 근본적으로 변화시키려는 것을 의도한다는 점에서 경영측으로부터 강력한 반론을 받게 된다.

학자들의 지적에 의하면 해방, 자주적 노동, 경제적 민주주의 등 일반적인 사회정책적 목표의 달성을 위해 공동결정이나 편집권이 도입되는 경우 그것은 한 직업군에 대해서만 전문적·직업적 특권을 부여하는 것이어서 평등의 요청에 반하게 되고, 발행인측에서 뿐 아니라, 다른 근로자 집단에 의해서도 지지받지 못하게 된다.

언론을 민주화함으로써 막강한 언론권력을 구사하여 이를 남용하고 있는 언론경영자를 견제하여야 한다는 주장도 제기되지만, 경영자 측의 언론권력을 제한하기 위해 편집의 공동결정이나 편집권 개념이 도입된다면 그것은 오히려 편집작업을 고립화하고 편집직원을 특권화함으로써 또 다른 문제를 야기하게 된다.

그러한 언론권력이 발행인으로부터 기자그룹으로 넘어간다면 내적 자유 내지 편집권에 의해 개개 언론은 국가에 의한 통제도 시장에 의한 통제도 없는 언론적 힘을 가질 수 있고, 그 결과 그러한 통제 없는 권력은 남용될 수 있을 뿐 아니라, 신문이 국가나 사회를 위해 불가결한, 유익한 기능을 올바르게 수행할 수 있는가 하는 점에 우려를 가져오게 된다는 것이다. 이와 같이 편집권이 발행인으로부터 기자엘리트에게 이전되는 경우에는 그에 상응하는 남용방지 장치가 법제화되어야 한다. 그렇다면 결국 기자윤리를 법제화하지 않으면 안되게 되고, 결국은 언론의 부자유로 귀결될 우려가 있다.

따라서 해방, 자주적 노동, 경제적 민주주의 등에 관한 일반적 요청과 함께 편집권을 고립화하고 편집직원을 특권화할 우려가 있는 이러한 시도는 그 정당화에 있어서 실패한 것으로 간주되고 있으며, 독일의 경우에도 정당이나 언론에서 이러한 주장은 절제되고 있다.

12. 셋째로, 문화적 재산으로서 언론의 질적 개선을 위해 내적 자유가 보장되어야 한다는 제안은 상당한 근거를 가지나, 이러한 주장 역시 기자의 확립을 전제로 하는 언론학의 사회학적 주장에 불과할 뿐, 내적 자유를 보장한다고 하여 반드시 성취될 수 있는 것은 아니다.

발행인들이 공적 과업 수행에 적합치 아니하여 편집권을 기자들에게 맡겨야 한다면 기자들의 자격이나 연수에 법적 요건을 설정하거나 기자들의 업무수행의 공정성을 담보하는 조치가 법제화되지 않으면 안되는 것이다. 그러나 이러한 개입은 기자들의 취재 및 보도의 자유에 대한 또 다른 공권력에 의한 개입을 불러들이게 되어 본래의 의도와 달리 언론의 부자유를 가져올 우려가 있다. 언론의 질이 법적 개입에 의해 달성되리라고 생각하는 것은 안이한 생각에 불과한 것이다.

13. 이상과 같이 공익 목적을 위한 내적 자유의 보장이 입법의 요건을 충족하지 못하는 반면, 타인의 법익, 특히 국민의 알 권리를 위해 발행인의 권한이 제한될 수 있는가 하는 점은 따로 검토되어야 한다.

특히, 내적 자유가 보장됨으로써 국민의 알 권리가 보다 잘 충족될 수 있는가 하는 점이 논의될 수 있다. 국민의 알 권리는 국민이 여러 정보원으로부터 정보를 접근 취득함에 국가의 방해를 받지 아

니할 자유권적 권리(이른바 ‘형식적 정보의 자유’)로 출발하여 오늘날에는 국가가 보유하는 국정정보를 개시하라는 청구권을 내용으로 하는데까지 발전하였다. 그러나 주의할 것은 헌법상 개인에게 보장되는 알 권리가 공공 전체의 균형있는 또는 질높은 정보를 청구할 수 있는 권리를 실질적으로 보호하는 것(이른바 ‘실질적 정보의 자유’)이라고 생각할 수는 없다는 점이다.

국가가 이러한 국민의 알 권리를 충족시킬 의무가 있다면 그것은 새로운 정보매체를 설립 또는 지원하거나 국정정보를 공개하는 등 국가 자신에 의해 이행되어야 함은 별론으로 하고, 이를 위해서 국가가 지는 부담을 발행인들에게 떠넘길 수는 없다.

또 내적 자유를 보장함으로써 기자들의 의견이 신문지상에 반영된다고 할 때 그들의 의견이 바로 진정한 여론을 반영하는가 하는 문제는 별개의 검토를 필요로 한다. 기자들의 집합체, 그들이 선출한 대표 또는 개개의 언론인과 그의 양심만이 사회를 지배하는 여론의 모사라고 볼 수는 없고, 오히려 다양한 여론의 소재는 다양한 논조와 경향을 가진 출판물의 존재에 의해 반영되어 읽혀질 수 있는 것이다.

다만, 내적 자유로서 기자들에게 최소한의 양심의 자유를 보장하기 위해 발행인의 지시권을 제한하는 것은 비교형량의 틀 속에서 필요하고 가능하다.

14. 우리의 경우 언론의 내적 자유라는 개념이 논의된 것은 비교적 최근의 일이지만, 그에 해당하는 개념은 ‘편집권 독립’ 또는 ‘편집의 자율’ 등 별개의 용어로서 오랜 기간에 걸쳐 논란되어 왔다. 그것은 기자 등 편집 담당그룹에 의해 주장된 개념이었고, 처음에는 발행인을 통한 국가권력의 언론탄압에 대항하는 의미에서 언론의

정치적 독립을 추구하였으나, 다음에는 언론기업주의 상업주의적 영리추구에 반대하는 맥락에서 언론의 자본에 대한 독립을 쟁취하려는 노력으로 이어졌으며, 최근에는 사회적·이념적 주장을 표출하는 경향이 더욱 짙어지고 있음을 알 수 있다.

과거 우리의 편집권 논의의 과정을 뒤돌아보면 첫째, 미디어의 자유와 관계에서 편집권의 개념과 주체에 관한 법리가 명백치 않았고, 내적 자유라는 새로운 개념에 대한 인식도 없었기 때문에 경영주측과 노조측에서는 각각 당연히 자기들이 편집권의 주체라고 생각하여 일방적인 주장을 펴왔을 뿐이었다. 둘째, 종래 편집권에 관한 논의는 법적 차원에서가 아니라 사회적·실천적 차원에서 주장·논의되었기 때문에 사실적·기능적 현실이 법적 당위와 혼동되어 올바른 법적 추론을 모색할 수 없었다. 그 이유는 이 문제가 주로 언론단체나 언론노조에 의해 또는 언론학자들에 의해 주장·논의된 데도 그 이유가 있었다.

15. 편집권의 소재에 관한 학설을 대별하여 보면 크게 경영자측에 있다는 견해와 기자측에 있다는 견해가 대별된다. 첫째, 편집권이 경영인측, 발행인에게 있다는 견해는 다시 경영자에 의해 사실상 편집인이나 편집대표자에게 위임된 권리로 보는 견해가 분과되어 있다. 둘째, 편집권이 편집측에 있다는 견해는 다시 편집을 담당하는 편집국장이 단독으로 갖는다는 견해에서부터 나아가 그와 데스크 등 간부들이 갖는다는 견해, 일선 기자들만이 가진다는 견해 또는 편집국장을 포함한 편집기자 전원에게 귀속한다는 견해 등 여러 견해가 있을 수 있다.

오늘날 조직화·기업화한 대신문에서 편집작업은 경영층에 의해서만 담당될 수 없고 다수의 기술 및 전문 인력이 공동으로 협력하

여 이루어지는 공동적·분업적 작업이고 그 본질은 정신적 활동에 의한다는 점을 고려할 때, 그것은 발행인이나 경영자가 전담하여 행할 수 있는 성질의 것은 아니고, 경영자와 기자 등 종사원이 공동 협력하여 행하는 것이라고 보는 것이 타당하다.

이렇게 본다면 편집작업은 경영자와 기자 어느 일방의 독점적 권리주장에 의해 전단될 수 있는 것이 아니고, 양자간의 협력을 필요로 한다는 새로운 인식과 합의하에서 이루어져야 할 것으로 생각된다. 그리고 다수인이 참여하는 이러한 협동작업에서 이를 주도하는 주체가 필요함은 물론이고, 그렇다면 그 주체는 기업의 존속과 운영에 관하여 최종적 책임을 지는 발행인이 담당하여야 할 것이다.

16. 보도의 전제가 되는 언론활동의 일부 과정을 의미하는 편집작업에 관하여 이를 하나의 권리로 보아 그 귀속 주체를 논의하는 태도는 바람직하지 못하고, 그러한 의미에서 편집권이라고 하는 용어를 법에 명문화한다는 것은 무의미한 것이라고 생각된다. 우리의 현실을 보더라도 기자들이 주장하는 편집·편성권이라고 하는 개념은 단지 권언유착(權言癒着)이나 영리추구에만 몰두하여온 언론기업주의 부정적 행태에 대한 항의적·비판적 개념으로서 기자들의 공적 과업 수행의지를 집약한 사회적·정치적 차원의 개념이라고 할 수 있을 뿐, 법적인 근거를 가지거나 법적으로 뒷받침될 수 있는 개념은 아니다. 그러므로 편집권이라는 말을 그 귀속 주체 및 내용에 대한 구체적 확정이나 합의 없이 어떠한 형태로든 정간법에 명문화하는 것은 여러 헌법 문제 뿐 아니라 해석상·적용상의 문제를 일으켜 큰 혼란을 야기하게 될 것이다.

17. 언론의 내적 자유를 보장하는 방안은 이를 구체적으로 보장하

는 여러 국면에서의 논의로 대신되어야 할 것이다. 여기서 유의할 점은 앞서 본 바와 같이 언론 기업내에서 기자들의 내적 자유를 입법으로 보장하는 경우에는 그 보장하는 정도만큼 발행인의 자유는 희생될 수밖에 없는 것이므로 그러한 입법 목적의 정당성 여부와 그 목적 달성을 위한 수단의 적절성 여부를 검토한 후, 상호 실천적 조화에 의한 이익 형량에 의해 내적 자유의 보호범위를 천착하여야 할 것이다.

위에서 살펴본 바에 의하면 공익 목적을 위한 내적 자유의 입법화는 필요하고 충분한 근거를 갖지 못하며, 단지 기자들의 양심의 자유를 보호하는 차원에서 발행인의 발행의 자유는 제한될 수 있다는 점이 구명되었다. 그 경우에도 발행인의 자유를 압도하는 기자들의 내적 자유를 입법으로 정하는 것은 헌법상 허용될 수 없고, 과잉금지의 법리를 위반하지 않는 범위내에서 양자 간의 타협에 의한 해결이 도모될 수 있도록 입법적 형성권을 행사하는 것이 바람직하다. 여기서 발행인의 경향의 결정 및 변경의 자유와 기자들의 양심 및 소신의 자유가 충돌하는 경우 이를 해결할 수 있는 절차와 기구가 필요함은 물론이다.

18. 우리법제상 언론의 내적 자유를 법제화할 수 있는 근거로서 가장 중요한 것은 현행 헌법이 '신문의 기능'을 보장하기 위한 입법의 근거를 마련하고 있다는 점이다 (헌법 제21조 제3항). 문제는 언론의 기능 보호를 위해 국가가 행할 수 있는 신문 내부관계에 관한 입법적 규율이 어떠한 한계 내에서 허용될 수 있는가 하는 것이다. 그 논의에 있어서는 우선 신문의 기능이란 무엇을 의미하는가가 먼저 고찰되어야 하고, 이를 위하여는 우리 헌법상 자유민주주의의 의사결정 체제 전반에 관한 체계적 이해와 함께 그러한 체제 하에

서 언론이 갖는 헌법적 지위를 고찰하지 않으면 안된다.

언론이 우리의 헌법생활에서 행하는 공적 기능 핵심은 여론형성에 있다고 할 수 있고, 자유민주주의적 의사결정체제를 취하는 현행 헌법하에서 여론형성은 공권력의 개입이 배제된 자유롭고 자발적인 기반에서 다양한 의견 개진이 가능하도록 이루어져야 하는 것이므로 입법적 간섭에 의해 내적 자유를 보장하려는 시도가 이와 같은 기본적 조건을 위태롭게 한다면 그것은 위헌의 우려를 벗어날 수 없게 된다.

헌법이 보호를 요구하는 신문의 기능은 그것이 자유민주주의적 여론형성을 가능하게 하는데 있고, 그 여론의 형성은 다양성의 원칙에 따라야 하며, 그 여론형성의 매체 내지 요인으로서 신문매체는 국가권력에 의한 영향은 물론 기타 사회적·경제적 세력에 의해 간섭받음이 없이 자발적인 자유로운 보도·논평활동이 보장되어야 함을 요구한다.

위와 같은 틀 속에서 보아 매체의 내부관계인 편집에 있어서 기자 개개인을 보호하기 위한 발행인의 권리의 제한은 일정한 비교형량의 틀 속에서만 가능하다고 생각된다. 즉, 내적 자유로서 논의되는 제도 가운데, 기자들의 소신을 보호하는 제도는 편집활동에 있어서 매체의 원칙적 입장은 물론 지침의 결정에 있어서뿐 아니라, 경우에 따라서는 모든 구체적인 사례에서도 최종적 결정이 발행인에게 유보되는 범위에서 도입될 수 있을 것이다. 편집부문의 인사결정에 있어서도 이러한 기본 입장이 지켜져야 함은 위에서 언급한 바에 의해 귀결되는 바와 같다.

그러나 이러한 법적인 기준이 발행인이 임의적인 양보에 의해 기자들에게 보다 큰 권한을 인정하는 것을 방해하는 것은 결코 아니다. 바람직한 매체의 활동을 위해서나 보다 충실한 품위지로서의 성

가를 얻기 위해서는 기자들의 창의성을 확보할 수 있는 이러한 조치가 더 유리할 수 있음은 물론이다.

19. 앞서 각국의 예에서 본 바와 같이 언론의 내적 자유를 보호하는 가장 기초적이고 중요한 단계는 기자들의 정신적 활동으로서 양심과 확신을 보호하는 것이다. 우리의 경우에도 입법적 차원에서 기자들이 양심이나 확신에 반하는 바를 집필하거나 표현하도록 강제할 수 없고, 그 거부를 이유로 한 불이익한 처우를 금지하는 규정을 마련할 필요가 있다.

위와 같이 기자의 확신을 법적으로 보호하게 되면 편집에 관한 사항에서 기자로서는 위 확신에 반하는 근무를 거부할 권리를 부여받아 근로계약상 인정된 근로의무에 대하여 일정한 자유영역을 인정받게 되고, 그만큼 경영자나 상사로서는 그의 지시권이 제한받게 된다.

기자의 양심에 반하는 작업지시가 거부될 수 있다고 하는 경우 그 양심이란 기자 개인의 원칙적 문제에 관한 확신에 반하거나 저널리즘 직업의 원칙에 반하는 것을 의미한다. 따라서 개인의 임의적·편의적 사고에 반한다고 하여 거부할 수 있는 것은 아니다.

위와 같은 양심 보호에는 언론매체의 기본입장에 반할 수 없다는 한계가 주어진다. 즉, 기자직의 직업행사의 자유는 신문의 노선 즉, 발행인에 의해 표명된 매체의 기본적인 방향에 그 한계를 갖는다. 따라서 기자의 의견이 발행인의 노선과 배치되는 경우 그는 의견 내지 양심 보호를 주장할 수 없다.

그러나 기자 개개인에게 이러한 양심보호에 관한 권리가 인정된다고 하더라도, 이러한 권리가 그가 작성하거나 제작한 기사나 프로그램의 전파를 강요할 권리를 부여하는 것은 아니며, 타인이 작성

제작한 내용에 대하여는 자기의 양심에 반한다고 하여 기술적·편집적 작업을 거부할 수 없다.

이러한 제도를 실천적으로 실현하기 위해서 발행인은 사시나 회사의 입장을 명시하고 이를 정기적으로 공개하여야 하며, 기자들을 채용하는 경우 고용계약에 이를 명문화하는 방법이 권장된다.

20. 편집작업에서의 협력관계에 있어서 독일의 경우에 관례상 이루어지고 있는 사항별 권한 분배제도의 관행이 우리의 경우에도 발행인과 기자그룹 양측의 타협에 의해 도입될 수 있을 테지만, 그러한 사항이 입법적 규율의 대상이 되기는 어렵다. 위와 같은 제도가 발행인의 경향 결정 및 실행권이 존중되는 범위에서, 그리고 발행인의 주도적 지위가 손상되지 않는 범위에서는 양자간의 협정에 의해 이루어질 수 있을 뿐, 그 정도를 넘어서 법적으로 강제하는 경우에는 위헌의 문제가 발생할 가능성이 크다.

21. 편집규약 제도는 법적으로 명시할 수도 있고, 언론계의 관행으로 정착시킬 수도 있으나, 그 선택 여하는 입법정책의 문제에 속한다고 할 수 있다. 그러나 그러한 제도가 의무적·강제적 제도로 된다면 그것은 입법의 한계를 벗어나는 것이고, 어디까지나 경영측과 기자그룹의 임의적인 자유로운 타협에 의해 성립될 수 있도록 배려하지 않으면 안될 것이다.

22. 우리의 경우 편집권 독립의 일환으로 편집국장 내지 편집책임자 인선에의 관여 등이 주된 논점을 이루어 왔으나, 앞서 본 기본입장에 의하면 편집부문의 인사결정에 관한 권한도 원칙적으로 발행인에게 귀속한다는 전제 위에서 논의되어야 할 것이다.

23. 방송에 있어서 내적 자유(innere Rundfunkfreiheit)는 신문으로부터 출발한 개념이 방송의 경우에 원용된 것으로서 프로그램 형성에 관여하는 방송 소속원에게 프로그램책임자에 대하여 법적으로 보장되는 형성의 자유 내지 확신의 보호를 제도화하려는 데 그 중점이 있다. 방송의 내적 자유는 방송기업내에서 편집영역의 제도적 독자성을 보장하고 그들에게 편집에 관계되는 기업의 경영결정에도 참여시키는 방도를 마련함으로써 달성되게 된다.

24. 신문 기타 정기간행물 등 사기업에서 발행인과 기자간의 관계에서 논의되는 내적 자유에 관한 이론은 공공성이 강조되고 그 제도적 성격이 더 짙은 방송의 경우, 특히 그것이 공영방송의 체제를 취하는 경우에는 신문과 같을 수 없다. 공영방송의 경우에는 신문의 경우와 같은 발행인이라는 개념이 존재하지 않아 이른바 경향보호의 문제는 생겨날 수 없고, 단지 공공의 소유인 전과를 위탁받아 관리·운영한다는 공공성 이론에 따르게 된다. 신문에서 사시와 주의가 표방될 수 있고, 이러한 경향이 보호되어야 하는 것과는 달리 방송은 중립성 및 다양성 원칙에 의해 지배되고, 어느 방송에서건 프로그램의 내용상 지도원리로서 내용의 균형, 객관성, 상호존중의 최소한이 보장되어야 하기 때문이다.

공영방송체제를 취하는 경우 그 편성권은 방송경영권과 같이 그 운영의 책임을 위탁받은 기관의 구성원(사장 및 이사회 등)에게 귀속하는 것이고, 그 경우 방송 종사원으로서 편성에 관여하는 자들은 방송의 자유의 주체로서가 아니라 방송운영기관이 행사하는 방송의 자유를 보조하는 입장에 서게 된다. 따라서 방송사의 기자나 피디는 방송내용을 형성하는 작업을 수행함에 있어서 자신만의 입장이나 경향을 추구할 수 없고, 다양성 및 중립성 원리에 구속되게 된다.

그 결과 방송사의 사장이나 기자는 편성과 보도에 관련한 모든 작업과 활동에서 모두 이러한 다양성과 중립성 원칙에 따라야 할 의무가 있고, 사장을 정점으로 한 편성간부의 지시권은 이러한 원칙에 따라 이를 실현하는 방향을 취하는 경우에만 정당성을 갖게 된다. 이러한 원칙은 구체적인 법률 규정과 방송위원회의 규칙 및 방송사의 편성지침 등으로 구체화되어 있다.

25. 한국에서 방송의 내적 자유를 확보하기 위한 노력은 방송 노조의 투쟁에 의해 이루어졌다. 신문의 경우 편집권 논쟁과 마찬가지로 한국에서 방송의 편성권에 관한 논란은 방송의 공정성을 확보하려는 움직임과 관련을 갖는다. 한국에서 방송의 내적 자유를 법제화하는 논의는 꾸준히 이어졌고, 드디어 2000. 1. 12. 전문 개정된 통합방송법(법률 제6139호)에는 내적 자유의 핵심이라고 할 수 있는 편성규약제도를 명문화하고 이를 시행하는 단계에까지 이르게 되었다.

신문의 경우 편집규약은 이를 강제하는 경우 위헌의 논란이 있을 수 있으나, 제도적 성격이 강한 방송의 경우 이를 법적으로 강제한다고 하여도 위헌의 문제는 생기지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만, 방송의 경우에도 그 편집규약의 내용은 방송의 자유의 주체가 방송기관에 있다는 전체에서 방송운영책임자의 주도적 역할을 인정하는 범위에서 방송종사자의 자율성을 확보하는 방향으로 이루어져야 할 것이다.

26. 편성규약의 제정에 즈음하여 실무상 논란이 된 것은 당사자, 절차, 및 내용에 관한 의견차이였다.

편성규약의 제정과정에서 논란된 쟁점으로서 편성위원회의 설치 여부와 종전의 공정방송위원회나 공정방송협의회가 존치되어야 하

는가 여부에 관한 논란에 관하여는 신중한 검토를 요한다.

이제까지 노사간에 단체협약으로 약정되어 시행되고 있는 제도로는 KBS의 ‘공정방송위원회’와 MBC 및 CBS의 ‘공정방송협의회’ 등 노사 동수로 구성된 합의체에서 프로그램에 대해 평가하고 편성·제작·보도의 방향을 협의하고 있는 것을 들 수 있다. 그러나 위 제도는 현행 헌법상의 방송원리나 방송법의 체제 하에서 여러 문제를 안고 있다. 위 제도는 우선 방송법적 사항을 노동법적 수단에 의해 달성하려고 한다는 점에서 방법론적인 제약을 벗어날 수 없었고, 그 기구의 구성에 있어서도 이른바 노사 동수의 원칙을 채택함으로써 기자 및 피디 등 종사원에게 방송운영 기관과 대등한 참여권을 부여하고 있다는 점에서 논란을 피할 수 없다. 공영방송체제를 취하는 방송매체의 주인은 이념상 국민이며, 법적 규율에 따라 공공의 대표로서 선임된 기관구성원(사장 또는 이사회)이 그 운영·편성의 주체가 되는 것은 당연하고, 그 매체의 피용된 기자나 피디는 그 종사원으로서 공공의 이익을 위해 봉사할 의무가 있을 뿐 그들이 스스로 방송의 주인이 될 수는 없기 때문이다.

이렇게 종전의 공정방송위원회가 문제의 소지를 안고 있다면, 편성규약제도를 도입함에 있어 그 폐지를 고려함이 타당하다고 생각한다. 법리적인 면에서나 실제적인 면에서도 지지받기 어려운 공정방송위원회 등의 제도는 합법적인 방향으로 발전적인 개편을 요한다고 할 것이다. 편성권에 관한 문제가 노조에 의해 노동법적으로 해결될 수 있는 문제가 아니라는 점이 명백하다면 이제 방송법적인 관점에서 해결을 시도하여야 할 것이다.

## 참고 문헌

- 임근수, '편집권의 옹호와 독립', 신문평론, 1964. 5. 17면
- 남시욱, '편집권에 대한 고찰', 신문연구, 1982 겨울호, 103면
- 유재천, 언론노조와 편집권
- 박홍수, '편집권 논의의 배경과 전망', [월간] 신문과 방송, 1988. 09. 6면
- 우병동, 경영권과 편집권의 갈등, [월간] 신문과 방송, 1994. 6. 110면
- 정진석, 편집권논의의 전개과정, [월간] 신문과 방송, 1988. 9. 16면 이하
- 유일상, '편집권 귀속에 관한 구미각국 언론의 사례', [월간] 신문과 방송, 1988. 9. 20면
- 강명구, 한창록, 한국 언론노조의 생성과 전개, [월간] 신문과 방송, 1988. 10. 6면
- 방정배, '편집권 독립의 이상과 현실', [월간] 신문과 방송, 1988. 11. 126면
- 방정배, '동아투위 4반세기 존재의미, 언론자유와 그 반역의 논리', [한국기자협회] 2001-04-01
- 안재훈, '편집권 독립 - 미국판 이야기', [월간] 신문과 방송, 1989. 7. 70면
- 이광훈, 80년대 한국언론의 위상, 비경쟁 비자율의 울타리 무너져 /새 질서 확립위한 실천의지 요구돼, [월간] 신문과 방송, 1989/12월, 34면
- 강경근, '언론기능', 개념은 편집 자유와 독립, 2000. 11. 언론중재위원회 정기세미나 '언론 환경의 변화와 언론관련 법률의 쟁점별 검토' 중에서 주제 발표문
- 김주연, '언론개혁을 위한 방안', [한국기자협회] 2001-04-01
- 심영섭, '독일의 신문 관련 법규와 언론 정책', 세계언론법제동향 2001년 상(통권 제9호), 52면
- 심영섭, '오스트리아의 언론 법규와 신문 지원 정책', 세계언론법제동향 2001년 상(통권 제9호), 83면
- 김승수, 민주적 편성규약의 제정을 위한 이론적 탐색, 방송연구 2001년 여름호, 193~221면

- 박용상, ‘출판의 자유에 관한 독일의 학설과 판례’, 법조협회 법조-27권 6호(1978. 06), 68면; 법조-27권 7호(1978. 07), 70면; 법조-27권 10호(1978. 10), 63면
- 박용상, 언론의 자유와 공적 과업, 교보문고(1982)
- 박용상, 방송법제론, 교보문고(1988)
- 세계언론판례총람, 한국언론연구원(1998)
- 浜田純一, 정보법, 이문호 옮김, 도서출판 장산(1995)
- 田島泰彦, 右崎正博, 服部孝章 공편 現代メディアと法, 三省堂 (1998)
- Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 5, Rz. 168
- Martin Löffler, Presserecht, 2 Bände, 2. Aufl., C.H.Beck, München, 1969
- Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, C.H.Beck München, 1986
- Joachim Wolff, Medienfreiheit und Medienunternehmen, Duncker & Humblot/Berlin 1985
- Max Wolff, Rechtliche Garantien für die Unabhängigkeit des Redakteurs, jur. Diss. Köln 1929
- Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 2. Aufl. 1992 Art. 5, Rd.-Nr. 23
- Schüle, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, S. 61
- Rehbinder, Zur Problematik der inneren Pressefreiheit, DVBL. 1966, S. 559
- Forsthoff, Tagespresse und Grundgesetz, DÖV 1963, S. 633
- F. Schneider, Meinungs- und Presserecht
- Lerche, Verfassungsrechtliche Aspekte der inneren Pressefreiheit, Duncker & Humblot, Berlin, 1974
- Ridder, Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte Bd. 2, (1954) S. 257
- Mallmann, Pressefreiheit und Journalistenrecht, Publizistik 4, 1959. Nr. 6. S. 324
- Mallmann, Referat zum 49. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 49. DJT, München 1972, Bd. II N 29ff
- Dieter Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche

- Institution, Duncker & Humblot/Berlin, 1970
- Wolfgang Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe,  
Über die Bedingungen und Möglichkeiten arbeitsteiliger  
Aufgabenwahrnehmung in der Presse, Luchterhand, 1979,  
Darmstadt
- Rupert Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung.  
Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere  
Pressefreiheit (Berliner Abhandlungen zum Presserecht 19)
- Hans-Heinrich Rupp, in: Armbruster u. a. (Hrsg) Entwurf eines  
Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung 1972, 41
- Freidrich Kübler, Empfiehlt es sich, zum Schutze der Pressefreiheit  
gesetzliche Vorschriften über die innere Ordnung von  
Presseunternehmen zu erlassen? in: 49 DJT (1972) D-85
- Branahl/Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute in der Bewährung. Eine  
empirische Untersuchung über Redaktionsstatute in deutschen  
Zeitungen - zugleich ein rechts- und sozialwissenschaftlicher  
Beitrag zur Pressereform, 1975
- Rüthers, Streik und Verfassung, Köln, 1960
- Arbeitskreis Pressefreiheit, Entwurf eines Gesetzes zu freier  
Meinungsbildung, 1972
- Kull, "Freedom within the media" - Von deutschen Anfängen zu  
europäischen Weiterungen - , Archiv für Presserecht, III.  
Quartal 1995, S. 551
- Bernd Rüthers und Jürgen Bennica, Die Verwirklichung des  
Tendenzschutzes in Pressebetrieben im Rahmen des  
Direktionsrechts bei Versetzungen von Redakteuren, Archiv  
für Presserecht, 4-1995, S. 638
- Neumann-Deusberg, Die verlegerischen  
Gefahrenabwendungspflichten, NJW 1966, S. 624

- Noelle-Neumann, Wirkung der Massenmedien, in  
Publizistik-Lexikon, S. 318
- Noelle-Neumann, Umfragen zur inneren Pressefreiheit, Düsseldorf,  
1977
- Christoph Engel, Einwirkungen des europäischen  
Menschenrechtsschutzes auf Meinungsäußerungsfreiheit und  
Pressefreiheit - insbesondere auf die Einführung von innerer  
Pressefreiheit, Archiv für Presserecht, 1. Quartal 1994, S. 1
- Christoph Engel, Privater Rundfunk vor der Europäischen  
Menschenrechtskonvention(Law and Economics of  
International Telecommunications 19) 1993, S. 445f
- Hartmann-Rieder, Kommentar zum Mediengesetz, Manz Verlag  
Wien, 1985
- Hans H. Klein, Die Rundfunkfreiheit, Verlag C.H.Beck München  
(1978)
- Günter Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der  
Bundesrepublik Deutschland, J. C. B. Mohr Tübingen(1976)
- Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute im Rundfunk, 1972, S. 103ff
- Müller-Pieroth, Politische Freiheitsrechte der Rundfunkmitarbeiter,  
1976, S. 38ff

# 生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由

金善擇

高麗大學校 法科大學 教授

## - 目次 -

### I. 문제의 제기

### II. 생명공학시대의 과학연구의 특징

#### - 현대자연과학의 이중성과 과학연구의 수행양태의 변화

##### 1. 현대자연과학의 극단적 2중성

##### 2. 과학연구의 수행양태의 변화

###### 가. 기초학문과 응용학문의 구별 곤란화

###### 나. 연구결과의 독과점화

###### 다. 연구의 조직화, 제도화

###### 라. 고도의 분업화, 전문화

###### 마. 접근의 용이성

###### 바. 오남용 가능성

##### 3. 연구의 자유에 미치는 영향

### III. 학문연구의 자유의 헌법적 보장

1. 헌법에 의해 보장된 자유
2. ‘학문’의 이해
  - 가. 학문의 실질적 이해
    - 나. 헌법적 보장대상으로서의 학문
    - 다. 학문의 ‘활동양태’ ‘행위형식’
      - 학문의 자유의 보호영역
3. 학문의 자유의 주체
4. 학문의 자유의 법적 성격( 및 내용)
  - 가. 방어권(자유권)으로서의 성격(내용)
  - 나. 청구권으로서의 성격(내용)
  - 다. 제도보장으로서의 성격(내용)
  - 라. 객관적 원칙규범으로서의 성격

#### IV. 학문연구의 자유의 제한의 가능성과 그 한계

1. 문제의 소재
2. 연구의 자유는 절대적 자유인가 - 절대적 기본권론 비판
3. 구성요건적 한계축소의 위험성 - 내재적 한계론 비판
4. 법률유보에 의한 제한 - 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보
5. 기본권충돌에 의한 제한 가능성 - 헌법 내재적 한계론(헌법적 법의 충돌론)
6. 연구의 자유의 본질적 내용
7. 연구규제입법의 효과에 대한 고려

#### V. 사례 : 배아대상연구의 자유를 규제하는 입법의 이념성과 현실성

1. 문제의 소재
2. 두 가지 해결가능성
  - 가. 배아의 인간성을 인정하는 방향
  - 나. 배아의 인간성을 부정하는 방향
3. 검토
4. 해결방안
  - 가. 대안으로서의 단계적 입법
  - 나. 입법에 대한 위헌성심사

## VI. 맺음말

## I. 문제의 제기

우리는 오늘날 과거에는 전혀 예상하지 못했던 새로운 과학적 환경에 진입하고 있다. 특히 생명공학의 획기적 발전은 드디어 인간복제(human cloning)를 상상의 세계(예컨대 올더스 헉슬리의 ‘멋진 신세계’)로부터 가능성의 세계로 옮겨 오는데 성공하였다. 그로 인하여 인류는 ‘할 수 있는 것’과 ‘해도 되는 것’ 사이에서 고민에 빠지게 되었다. 종래 과학자는 진리 추구에 있어서 내적 전제(예컨대 기성의 가치기준)도 외부적 간섭(예컨대 국가적 사회적 간섭)도 허용되지 아니한다는 학문의 본질에 근거하여 거의 ‘절대적인’ 연구의 자유를 누려왔다. 그리하여 과학자의 연구는 ‘개인’의 ‘주관적’ 윤리의식과 책임감에 기초한 자기 통제에 의해서만 규제되도록 맡겨져 있었다. 그러나 오늘날 아마도 연구를 통하여 달성될 수 있을 것으로 예상되는 수준이 인간공동체의 기본적인 가치관을 위협하게 되자 ‘할 수 있다고 하여, 다 하도록 허용되어서는 안된다’는데 사회적 합의가 이루어지고 있다. 즉 새로운 과학적 환경하에서 (전문가들이 논의하고 사회적 이해를 구하는 방식에 의한) ‘사회적’ 합의에 기초하여 ‘객관성을 가지는’ 이른바 ‘전문가윤리’를 정립하고 또한 - 어떤 방식이 되었든 타율적으로-그 준수를 요구하여야 하지 않겠는가, 또는 자율적 윤리적 통제로써는 아직 부족하여 한 발 더 나아가 타율적 법적 통제가 불가피한 것은 아닌가 하는 문제가 제기되고 있는 것이다. 즉 연구의 허용범위를 결정할 권능을 연구자 개인의 영역에서 전문가집단 내지는 국가의 영역으로 옮겨올 수 있는가 하는 문제이다.

그러한 문제가 긍정된다면 이어서 제기될 문제는 학문영역에의

국가적, 법적 개입이 과연 정당화될 수 있겠는가, 법적 규제는 어떤 범위에서 어느 정도로 가능하겠는가, 특히 학문연구의 자유가 헌법적으로 보장된 권리라는 점에서 그러한 법적 규제가 헌법에 합치될 수 있겠는가 하는 문제이다.<sup>212)</sup>

그리하여 이 글에서는 우선 (i) 새로운 시대적 상황을 형성하고 있는 현대자연과학, 특히 생명공학의 특성과 현대과학연구의 특징을 개관함으로써 논의의 전제로 삼고(아래 II.), (ii) 헌법적으로 보장된 학문연구의 자유의 내용을 살펴보고(아래 III.), (iii) 그러한 학문연구의 자유를 법률적으로 제한할 수 있는가, 제한가능하다면 어떠한 한계 내에서 그러한가를 검토한 다음(아래 IV.), 이를 기초로 하여

---

212) 생명공학분야의 발전으로 야기된 법적 문제점을 검토한 국내문헌은 그리 많지 않다. 이 글의 논점과 관련이 있는 법철학과 헌법학의 영역에서 발표된 문헌은 다음과 같다: 법철학적 측면의 접근으로서는 강희원, 배아복제와 인간존엄성의 정치학, 법제연구 제20호, 2001, 7~37쪽; 김일수, 인간복제의 윤리적·법적 문제, 법조 514호, 1999. 7., 5~30쪽; 박은정, 생명공학시대의 법과 윤리, 이화여자대학교 출판부, 2000; 동인, 생명공학시대의 법, 법철학연구 제1권, 한국법철학회, 1998, 167~203쪽; 동인, 생명윤리·여성주의·법, 법철학연구 제2권, 한국법철학회, 1999, 221~250쪽; 동인, 생명과학기술과 법적 규제 문제, 과학기술법연구 제3집, 한남대학교 과학기술연구소, 1997.3., 39~68쪽; 동인, 법·인권·생명, 과학사상 제36호 2001년 봄, 136~150쪽; 심재우, 생명과학시대의 자연, 인간, 법, 한국법철학회 춘계학술발표회 자료, 1999.5.28., 2~9쪽; 장영민, 생명과학의 한계, 한국법철학회 춘계 학술발표회 자료, 1999.5.28., 1~9쪽; 동인, 생명공학의 형법적 한계, 한국형사정책연구원 연구보고서, 1994; 최종국, 의무와 책임의 법철학, 한국법철학회 춘계 학술발표회 자료, 1999.5.28., 10~26쪽 참조. 그리고 헌법학적 측면의 접근으로서는 권영호, 유전공학과 국민의 기본권보호, 법학논총 제17집, 단국대 법과대학, 1991, 181~200쪽; 김수갑, 인체 생명공학의 발전에 따른 공법상의 문제점, Juris Forum 창간호, 충북대학교 법학연구소, 1998. 10., 41~94쪽; 김형성, 생명공학의 헌법적 문제, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 220~241쪽; 동인, 인공수정과 인간복제의 헌법적 문제, 현대공법의 연구(미봉 김운용교수화갑기념논문집), 1997, 169~188쪽; 노혁준, 인간 복제의 법리-헌법상 문제점과 입법론을 중심으로-, 법조 523호, 2000.4., 103~139쪽; 신현호, 인간복제에 대한 법적 대응, 생화학 뉴스 제1호, 한국생화학회, 1999.3.; 동인, 유전자조작행위에 대한 법학적 고찰, 인권과 정의 제256호, 1997.12., 31~54쪽; 정연철, 유전공학에 대한 헌법학적 연구, 동의법정 1995.11., 37~75쪽; 동인, 미국에 있어서 유전공학에 대한 법적 규제, 동의법정 제9집, 1993.5., 33~55쪽; 조홍석, 생명복제와 인간의 존엄, 한국공법학회 제96회 학술발표회 발표문, 2001.9.15., 26~54쪽 참조.

(iv) 최근 입법여부를 둘러싸고 큰 논란을 빚고 있는 배아이용연구의 법률적 규제 문제를 구체적인 사례로서 살펴보기로 한다(아래 V.).

## II. 생명공학시대의 과학연구의 특징

- 현대자연과학의 이중성과 과학연구의 수행양태의 변화

### 1. 현대자연과학의 극단적 2중성

히로시마와 나가사키에 실제로 원자탄이 투하됨으로써 핵의 위력을 체험적으로 인지하게 된 인류에게 자연과학의 신화는 더 이상 유지될 수 없었다. 자연과학의 발전은 동시에 인류의 진보를 수반한다는 종래의 소박한 믿음은 그때 이후로 더 이상 통용될 수 없게 된 것이다. 그래도 원자력으로부터 비롯된 공포는 아직은 감수할 만한 것이었다. 왜냐하면 그로부터 발생할 가능성이 있는 위험은 예측가능한 것이었고 따라서 통제될 수 있을 것이라는 믿음이 있었기 때문이다. 그리하여 원자력의 평화적 사용이 공포 속에서도 확대되어 올 수 있었던 것이다. 체르노빌사건을 겪으면서도 이러한 믿음에는 크게 영향이 없었던 것 같다. 그러나 생명공학의 발전은 자연과학에 대한 통제가능성에 대한 종래의 믿음이 결국은 근거없는 것이었음을 깨닫게 해주었다.

생명공학은 수없이 반복되는 자연현상에 대한 하나의 모델적 시도로서 이미 자연 속에 내재해 있는 법칙을 발견하기 위한 시도라는 종래의 과학연구의 틀을 깨트렸다. 즉 생명공학은 자연에 대하여 외부로부터 접근하여 관찰하는 것이 아니라, 내부로 들어가 그것도

‘있는 것을 있는 그대로’ 발견하는 것이 아니라 ‘있는 것을 다른 것으로’ 변화시키려고 시도하고 있다. 종래의 자연과학이 자연을 바깥으로부터 부분적으로 파괴하는데 그쳤다면(그리하여 시간의 장단은 있겠지만 결국 회복될 수 있는 손해를 야기하였다면), 생명공학은 자연을 안으로부터 근본적으로 카오스상태에 빠뜨릴지 모른다. 자연에 대하여 그 근본적인 구조질서인 유전자 단계에서 조작을 시도함으로써 수천, 수억년에 걸친 진화의 구도에 갑작스러운 충격을 주려고 하고 있다. 자연(내지 생태계)의 균형은 안에서부터 위협을 받게 될 것으로 보인다. 자연에 있어서도 유전자변형은 자연스러운 현상에 지나지 않는 것이었다고 강변할 수도 있을지 모르지만, 그것은 부분적이고 장기간에 걸쳐 이루어짐으로써 결국 자연의 균형을 깨트리기보다는 그에 적응했다고 볼 수 있다. 오늘날의 생명공학은 다단계에 걸쳐 짧은 기간내에 근본적인 변형을 초래할 수 있을 것이라는 점에서 차이가 있다. 그러한 조작이 결과적으로 어느 정도의 영향을 자연에 미칠 것인가를 초기에 평가하기는 어려울 것이고, 그 효과가 누적되어 결국 돌이킬 수 없는 상태로 진행될 것이다(불가역성). 아직 현실적으로 피부에 와닿을 정도에 이르지는 않았지만 자연질서의 왜곡이 궁극에 있어서는 종(species)으로서의 인간의 생존을 위협할 지도 모른다

생명공학의 위협은 자연을 대상으로 해서만이 아니라 과학연구의 주체인 인간 자신과 관련하여서도 초래되고 있다. 지금까지의 과학연구는 어떠한 경우에도 인간의 유일무이성, 개별성을 공격하지는 않았다. 또한 인간의 운명을 과학적으로 계측하여 그 자유를 원천적으로 박탈하려고 시도하지도 않았다. 근대에 인간의 주체적 자아에 대한 신념이 확립된 다음부터는 국가가 인간을 단순히 대상으로 취

급하는 것이 금지되어 왔다. 그런데 오늘날 생명공학은 인간복제의 가능성을 현실화함으로써 인간의 유일무이성을 상대적 명제로 바꾸려 하고 있고, 유전자정보를 낱알이 밝힘으로써 인간의 자유를 형해화하려고 하고 있으며, 나아가 인간 내지는 인간의 생명이 다른 인간이나 공공의 이익에 오로지 이용되기 위한 목적물로 취급될 수도 있을 것임을 암시해주고 있다. 이로 인하여 장구한 세월에 걸쳐 쌓아올려진 인간사회의 가치질서의 구조가 한순간에 무너져 내릴지 모른다는 두려움이 떠돌고 있다.

이제 자연의 근본적 질서구조도, 인간사회의 근본적 질서구조도 생명공학의 발전 앞에 미처 다 예측하기 어려운 위험에 직면하고 있는 것으로 보인다. 최소한 지금까지의 형태의 인류가 지금까지와 같은 형태의 지구상에 영속하기는 어려울 것이라는 불길한 예감이 이미 일반화되지 않았나 싶다. 뿐만 아니라 생명공학 연구가 케세라세라식의 진행을 계속한다면 이 모든 우려가 머지 않아 현실이 될 수 있다는 점에 대하여 누구도 이의를 제기하지 못하리라는 사실이 우리를 절박하게 한다.

그러나, 반면에, 생명공학 연구는 인구팽창으로 인한 고질적인 식량문제에 근본적인 해결책이 될 수 있으며, 특히 의료영역에 있어서 불임치료, 대체장기생산, 불치병 및 난치병의 퇴치, 수명연장의 꿈을 비교적 저렴한 비용으로 실현할 수 있을 것으로 기대되고 있을 뿐만 아니라 이미 상당한 정도의 성과를 거두어 왔다. 생명공학의 발전으로 말미암아 이제까지 아무런 구제대책이 없던 사람들이 희망을 가지게 되었고, 앞으로 그런 사람들은 더욱 더 늘어날 것이 분명하다. 생명공학은 이미 인류에게 ‘포기할 수 없는 기회’로 인식되고

있다.

여기에서 우리는 ‘포기할 수 없는 기회’와 ‘방지하지 않으면 안 될 위험’ 사이의 딜레마에 빠지게 된다. 생명공학시대의 특징은 이 두 극단 사이의 거리가 그 어느 때 보다도 멀다는 점이다. 자연과학의 발전이 늘 그래왔듯이 기회와 위험은 자연과학에 있어서는 일상적인 것이다. 그러나 이러한 자연과학의 2중성이 생명공학시대에 이르러 극단적인 상태로 우리에게 던져진 것이다. 즉 기회도 위험도 극단적이다. 도전과 응전이 문명생존의 법칙이라면, 우리는 이러한 도전에 어떻게 대응해야 살아남을 수 있을 것인가? 과연 어디까지 기회를 추구할 것이며 어디까지 위험을 감수할 것인가?

## 2. 과학연구의 수행양태의 변화<sup>213)</sup>

### 가. 기초학문과 응용학문의 구별곤란화

과거에는 순수한, 즉 오로지 진리발견만을 목적으로 한 기초연구를 학문적인 것으로 보고, 그러한 학문연구결과를 응용하는 기술적인 것과 구별할 수 있다고 보았다. 그러나 이러한 목적의 순수성을 기준으로 한 구분은 오늘날 유지하기 어려워졌다. 과학연구의 대부분은 그 수행에 있어서 상당한 재정적 지원을 필요로 하고 있는데, 그러한 지원은 대부분 학문외적인 곳에서 나오게 된다. 사경제영역

---

213) 1990년 독일 레겐스부르크(Regensburg)대학에 법학박사학위논문으로 제출된 ‘자연과학과 연구의 자유’라는 제하의 논문에서 Thomas Dickert는 현대 자연과학의 특성으로 2중성, 조작행위성, 목적성, 비개인화 및 전문화, 연구결과의 독과점성의 다섯 가지를 들고 있다. 동인, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 21-117 참조.

에서 발주하는 연구프로젝트들, 특히 산업체 부설 연구소의 연구는 처음부터 일정한 학문외적 동기에 의해 목표를 설정하고 있다. 학술진흥의 과제를 지고 있는 국가의 지원조차도 우리가 현재 겪고 있는 바다로 이른바 ‘선택과 집중’이라는 슬로건 아래 국가경쟁력제고라는 명제에의 부합도를 기준으로 한 정책우선순위에 따라 이루어짐으로써 연구를 일정한 방향으로 유도하고 있다. 특히 이러한 경향은 정부 각 부처 내지 그 산하기관에서 추진하는 연구프로젝트에서 더욱 현저하다. 비교적 종래의 순수한 진리탐구목적에의 지향성을 유지할 수 있을 것으로 보이는 - 그리하여 순수아카데미즘의 최후의 보루라고 할 수 있을 것으로 보이는 - 대학조차도 산학협동의 단계를 넘어 벤처기업설립 등 학문외적 동기에 종속되고 있는 것이 현실이다. 따라서 아무런 전제없이 그리고 오로지 진리발견이라는 목적만을 가진다는 학문의 본질에 따라 연구의 자유에 제약을 가할 수 없다는 논거는 힘을 잃어가고 있다.

#### 나. 연구결과의 독과점화

이와 같이 진리탐구 보다는 오히려 상업적 동기에 의한 과학연구가 일반화된 현실에서는 바로 그러한 과학연구의 결과가 연구프로젝트를 지원하는 소수에 의해 독과점되는 경향이 나타난다. 막대한 재정투자를 요하는 첨단 과학기술연구의 경우 그 가능성이 더 높아보인다. 왜냐하면 연구결과로 얻어질 (예상)수익에 대한 기대 없이는 시도조차 하지 않을 것이기 때문이다. 이로 인하여 과학기술연구 자체도, 연구의 과정 및 결과에 관련된 정보도, 그 결과의 이용, 처분도 과학연구자 자신이 아니라 그를 지원하는 소수의 기업가 내지 정책결정자들의 상업적 내지 정치적 결정의 대상이 되고 만다. 이러

한 상황에서 과학연구 및 그 결과의 공익적 내지는 인류적 이용을 위한 타율적 법적 개입은 불가피하다고 보지 않을 수 없다.

#### **다. 연구의 조직화, 제도화**

과거에는 과학연구가 연구자 개인에 의해 대부분 커버될 수 있는 범위에서 이루어질 수 있었다. 그러나 오늘날 과학연구는 조직화되고 제도화된 틀 속에서 대규모로 수행되는 특징을 보이고 있다. 개인 연구자는 이러한 제도화된 조직체 속에서 부분적 과제를 할당받아 연구를 수행한다. 컨베이어벨트 위에서 진행되는 것처럼 다양한 연구자의 다양한 단계의 연구의 복합 속에서 과학연구가 수행되고 있다. 이러한 집단적, 다단계복합적 연구의 속성상 개인연구자의 연구의 자유는 제약될 수밖에 없으며 따라서 책임의 한계도 불분명하게 된다. 그러다보니 개인 연구자의 자기 통제만으로는 수행되고 있는 과학연구에서 발생할 우려가 있는 위험에 대한 부분적 통제만이 가능할 뿐이다. 따라서 연구자 개인의 윤리의식만을 믿는 것은 이제 더 이상 신뢰할 수 없는 통제방법이 되었고, 연구수행의 종류나 형태, 단계별로 객관화된 책임윤리의 기준이랄까 가이드라인이 반드시 필요하게 되었다. 나아가 위험의 종류나 통제의 필요성의 정도에 따라서는 법률적 규제가 불가피하게 되었다.

#### **라. 고도의 분업화, 전문화**

오늘날 과학은 분업화, 전문화가 고도로 진행되어 각 연구자의 연구 영역이 대단히 좁혀져 있다. 반면에 정보량의 엄청난 증가와 정보유통 기술의 급속한 발달로 관련지식을 총체적으로 파악하는 일이

오히려 불가능해지고 있다. 지식의 통일성, 총체성에 대한 학문의 주장은 신화가 되어버렸고, 그 결과 과학연구에서 우려되는 위험의 총체적 계측, 평가도 마찬가지로 불가능하게 되어가고 있다. 따라서 연구자 개인의 자기통제만을 고집할 상황이 아닌 것 같다.

#### **마. 접근의 용이성**

게다가 오늘날 자연과학 지식에 대한 접근이 과거에 비하여 비교적 개방되어 있고 과학연구 중에 어떤 것들은 저비용으로도 연구설비를 갖추어 얼마든지 시도할 수 있다. 결국 개인 연구자도 위험성이 높은 연구를 시도할 수 있으며, 이는 개인적 연구영역에 대한 국가적 개입이 어느 정도 불가피하다는 점을 시사해준다.

#### **바. 오남용가능성**

마지막으로 과학연구의 오남용가능성을 외면할 수 없다. 인명살상용 공격무기를 제작한다든가 독성이 강한 화학물질, 전염성이 강한 바이러스 등을 개발, 제조하는 것은 국가차원의 전쟁이 아니더라도 오늘날 우리를 공포에 떨게 하고 있는 소규모 테러집단의 유용한 무기로 사용될 수 있다. 물론 처음부터 군사적, 정치적 목적으로 이루어진 연구라면 학문의 자유에 포섭될 수 없겠지만, 결과적으로 그러한 이용에 기여할 수 있는 연구에 대하여도 입증의 부담을 제한하는 측에 지게 하고 엄격한 요건하에 타율적 개입을 허용하여야 할 것이다.

### **3. 연구의 자유에 미치는 영향**

현대 자연과학, 특히 생명공학의 발전이 ‘포기할 수 없는 기회’와

‘방지하지 않으면 안 될 위험’ 사이의 딜레마라는 시대상황을 초래하였다. 또한 과학연구 수행양태의 변화는 연구를 오로지 개인 연구자의 양식이랄까 책임의식의 영역이라고만 하고 말기에는 곤란한 현실을 나타내고 있다.

여기에서 개인 연구자를 넘어서는 윤리적 통제가 일차적으로 검토될 수 있다. 각 학문공동체의 전문가집단이 논의를 거쳐 합의에 이른 윤리 가이드라인을 정립하여야 할 것이다. 그리고 이러한 윤리지침을 위반하는 경우에 대한 적절한 자율적 제재수단을 마련하여야 할 것이다. 그러나 이러한 자율적 통제수단은 그 실효성, 관철가능성에 있어서 한계가 있기 마련이다.

결국 국가적 개입이 불가피한 것으로 보인다. 법치국가하에서 과학연구(의 자유)에 대한 국가적 개입은 법률에 근거를 두지 않으면 안된다. 그러나 여전히 문제는 법적 규제의 대상이 ‘학문’이라는 점이다. ‘학문’은 ‘신앙’ ‘양심’ ‘예술’ 등과 더불어 법적 규제가 적절하지 못한 영역이다. 창조와 반역의 영역, 기성의 가치기준에 대한 준수가 아니라 도전과 파괴, 재창조가 장려되는 영역으로서 학문은 원칙적으로 연구자 개인의 자기통제의 영역이라는 대원칙은 여전히 존중되어야 한다. 만약 이 대원칙이 무너질 경우 학문은 기성의 가치기준에 종속됨으로써 전진을 멈추게 될 지 모르고 이는 인류의 생존과 복지문제의 지속적 해결을 불가능하게 할 위험이 있다. 이제 ‘법적 규제(국가개입)의 필요성’과 ‘법적 규제(국가개입)의 위험성’이라는 딜레마에 부딪치게 된다. 그 해결책은 한 편 연구의 자유를 보장하면서 다른 한 편 연구의 자유를 엄격한 요건하에서 제한하는 길을 찾는 데 있다.

### Ⅲ. 학문연구의 자유의 헌법적 보장

#### 1. 헌법에 의해 보장된 자유

한국 헌법 제22조 제1항은 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”고 규정하여 ‘학문’을 헌법이 보호하여야 할 법익으로서, 그러한 법익을 실현하는 학문(활동)을 헌법이 보장하는 기본권으로서 보장하고 있다. 이러한 헌법적 보장의 의의는 학문(활동)이라는 인간의 정신적 활동의 자유(영역)에 대한 제한이 오로지 헌법을 근거로 하여서만 가능하게 된다는 데 있다. 즉 헌법으로 보호되는 중대한 법익에 대한 제한은 오로지 헌법에 의해서만 제한될 수 있다는 것이다. 이는 법질서의 단계 구조를 전제로 하는 것인데, 헌법, 법률, 명령, 자치입법의 순으로 법규범간의 효력서열을 인정하므로, 헌법에 근거를 가지지 않는 한 헌법상 보장된 기본권을 법률 이하의 법규범으로는 제한할 수 없게 된다. 그리고 헌법에 우선 근거가 있는 경우에 그에 기초하여 어떠한 법규범에 근거가 있어야 행정처분이나 사법심사가 가능하게 된다. 즉 국가적 개입이 정당화되게 되는 것이다.

#### 2. ‘학문’의 이해

##### 가. 학문의 실질적 이해

우선, 학문의 자유에 관한 독일의 기본적인 판결례를 참고적으로 제시하고 나서 검토에 들어가기로 한다.<sup>214)</sup> 국내학설의 거의 전부가 이 독일연방헌법재판소판례를 기초로 하여 학문을 개념정의하고 또

---

214) 국내판례로 학문의 자유의 개념에 중요한 것으로 다음의 것 참조: 헌재 1992.11.12. 89헌마88, 판례집 4(1992), 739(756): “학문의 자유라 함은 진리를 탐구하는 자유를 의미하는데, 그것은 단순히 진리탐구의 자유에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표의 자유 내지 가르치는 자유 등을 포함하는 것이라 할 수 있다. 다만, 진리탐구의 자유와 결과발표 내지 수업의 자유는 같은 차원에서 거론하기 어려우며, 전자는 신앙, 양심의 자유처럼 절대적인 자유라고 할 수 있으나 후자는 표현의 자유와 밀접한 관련이 있는 것으로서 경우에 따라 헌법 제21조 제4항은 물론 제37조 제2항에 따른 제약이 있을 수 있는 것이다.”; 대법원 1982.5.25.선고 82도716판결: “원래 학문의 연구는 기존의 사상 및 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창출하려는 노력이므로 연구의 자료가 그 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉되는 것이라고 하여도 용인되어야 할 것이기 때문이다.”

한 학문의 자유의 내용을 설명하고 있는 실정이므로 - 다소 길더라도 해당 부분 전부를 - 번역, 소개하고자 한다: “학문, 연구, 교수(분야)에 있어서 활동하는 모든 사람은 - 기본법 제5조 제3항 제2문에 따른 충성의무를 유보한다면(‘학문적 활동을 빌미로 헌법의 핵심을 공격하는 것은 허용되지 아니한다는 의미에서의 헌법에 대한 충성의무를 제외하면’이라는 뜻 - 필자주) - 학문적 인식의 획득 및 전파과정에 대한 여하한 국가적 간섭에 대하여도 방어할 권리를 가진다. 연구와 교수가 방해받지 아니하고 ‘아직 전부가 발견되지 아니하였고 또 결코 전부가 발견되지도 아니할 어떤 것(etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes - Wilhelm Humboldt)’으로서의 진리를 추구하는 노력에 지향할 수 있도록, 학문은 국가의 타율로부터 자유로운 개개의 연구자의 개인적 자율적 책임영역(에 속하는 것)으로 선언되어 있다. 동시에 기본법 제5조 제3항(학문의 자유 규정)은 학문에 관한 일정한 견해, 일정한 학문이론을 보호하려고 하는 것이 아니다. 동조항의 학문의 자유 보장은 내용상 형식상 진리탐구를 위한 진지하고 계획적인 시도로 볼 수 있는 모든 것에 미친다. 이는 모든 학문적 인식이 원칙적으로 완결될 수 없다는 성격에서 바로 나오는 것이다. ‘학문’이라는 상위개념

은 연구와 교수의 밀접한 관련을 표현한다. 방법적으로, 체계적으로, 사후검증가능한 방식으로 새로운 인식을 획득하려고 하는 목표를 가진 정신적 활동으로서의 연구는 항상 새로운 문제제기를 통하여 학문의 진보를 가져온다. 동시에 연구는 연구를 통하여 획득한 인식을 학문적으로 근거지위 전달하는 것으로서의 교수의 성격을 보장하기 위한 필수적인 전제이기도 하다. 다른 한 편 교수의 과정에서 일어나는 학문적 대화는 다시금 연구작업을 생산적인 것으로 만들어준다. 학문의 자유의 역사에서 확인된 바이지만 연구의 자유는 특히 문제의 제기, 방법상의 여러 원칙들, 연구결과의 평가 및 연구결과의 전파를 포함한다. 교수의 자유는 특히 교수할 내용, 방법상의 기초, 학설(학문적 견해)을 발표할 권리를 포함한다.”<sup>215)</sup> 이 독일판례는 ‘학문’이라는 영역 내지는 ‘학문’이라는 인간의 정신적 활동의 의의를 이해하는데 중요한 단서를 대부분 담고 있는 좋은 판례이다.

학문의 개념을 정의하는 것은 같은 창조의 영역인 ‘예술’의 개념을 정의하는 것과 마찬가지로 매우 어려운 일이다. 특히 ‘학문이란 무엇이다’라는 개념정의 자체로 말미암아 이미 학문에 대한 일정한 제한이 초래된다고 하면서 개념을 정의하는 것부터 금지된다고 볼 것은 아니다. 왜냐하면 어떠한 사람의 어떠한 행위가 ‘학문의 자유’에 의하여 보호되느냐 여부를 확정하기 위하여는 그러한 행위가 학문의 개념 속에 포섭될 수 있어야 하는데, 이것은 다시 학문의 개념이 미리 확정되어 있을 것을 요구하기 때문이다. 학문이 무엇이나 하는 것을 일의적으로 정의하기는 어려우나 몇 가지 개념징표에는 함의할 수 있을 것으로 생각한다.

---

215) BVerfGE 35, 79[113] = 독일연방헌법재판소 판례집 제35권, 79쪽에서 시작하는 판결[113쪽]

첫째, 학문은 ‘진리’(진실)를 추구하는 정신적 활동이다. 진리를 탐구하고(진실을 발견하고) 그 결과 진리(진실)로서 파악된 무엇인가를 주장하여 그에 대한 의사소통이 이루어지는 것이 학문이다. 여기에서 진리란 또 무엇인가 하고 물을 수 있을 것이다. 그러나 이 대답하기 어려운 문제에 관한 논의는 철학에 맡기고, 여기에서는 일단 그것이 어떠한(철학적) 입장에서 주장되는 것이든 ‘진리’라는 개념카테고리하에서 주장되는 것이면 족한 것으로 본다. 다음, 이러한 진리(진실)추구활동은 무엇이든 ‘학문’에 해당하는가 하면 그렇지 아니하다. 예컨대 경찰관들이 사건의 실체적 진실을 규명하기 위하여 벌이는 노력들을 생각해보라. 따라서 학문의 개념정의를 위하여 다른 추가적 징표가 요구된다.

둘째, 학문은 그 활동이 추구되는 수준에 있어서 ‘학문적’이라는 평가를 받을 수 있어야 한다. 문제는 이와 같은 수준에 대한 일의적 확정이 거의 불가능하다는 점이다. 그렇지만 최소한 학문공동체별로는 어떠한 활동이 학문적 활동으로서 인정받기 위해서 ‘전제되어야 하는 지식’이라든가 ‘적용하는 방법’이라든가에 관하여 최소한의 수준에 대한 합의가능한 객관적 인식은 가능한 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 이 개념징표에 대한 포섭여부를 결정함에 있어서는 학문영역별로 전문가들이 어떻게 이해하는가 하는 점을 고려하는 것(진공학자들의 자기이해를 중시하는 것)으로 해결 가능할 것이다. 앞에서 소개한 독일판례상의 진지성, 계획성 등이 이 수준을 판단하는데 일응의 기준이 될 수 있고, 그밖에도 체계성, 논리의 일관성, 통일성, 반복적 검증가능성 등 학문이론상 주장되는 여러 기준이 원용될 수 있을 것이다. 그러나 잊지 말아야 할 것은 어떠한 경우에도 특정한 ‘학문개념’, 특정한 ‘학문이론’이 독점적으로 기준역할을 해서

는 안된다는 점이다.

결국 학문이란 ‘일정한 수준 이상에서 이루어지는 진리추구활동’이라고 일단 정의내릴 수 있다. 이러한 정의에 입각할 때, 연구활동에 있어서 진리추구라는 순수한 목적 이외에 다른 목적이 함께 할 경우, 병합되는 목적이 아니라 순수 학문목적에 유리한 해석이 요구된다고 하겠다. 또한 연구수행의 방법에 있어서 그 추상적 수준만이 일반적으로 문제될 뿐 구체적으로 적용되는 연구방법 여하는 묻지 않는다는 것, 그리고 연구대상에는 아무런 학문개념상의 제한은 없다는 것을 알 수 있다.

#### 나. 헌법적 보장대상으로서의 학문

헌법에서 보장하는 학문은 3개의 차원으로 이해될 수 있다. 첫째, 개인의 ‘정신적 활동영역’의 하나로서의 학문인데, 이에 대해서는 앞에서 서술한 바 있어 별도 설명을 요하지 않을 것이다. 둘째, ‘제도’로서의 학문인데, 이는 학문연구의 주체와 그들 상호간의 의사소통의 과정으로 형성되는 공론의 장을 우선적으로 지칭하며, 그러한 의사소통과정을 비로소 가능하게 해주는 인적 물적 시설도 함께 가리킨다. 학자들, 대학을 비롯한 연구기관들, 각종 학회와 같은 학술결사, 심포지움이나 학술대회와 같은 학술모임 등등으로 이루어지는 프로세스 전부가 학문이라는 제도를 형성한다고 볼 수 있다. 셋째, ‘문화국가(질서)의 요소’로서 학문이다. 이때의 학문의 자유는 헌법상의 객관적 원칙규범의 성질을 가지게 된다. 질서요소로서의 학문은 우리나라가 문화국가로서 질서를 형성하는 데 하나의 축을 이룬다. 국가가 조직이나 절차 등을 형성하기 위한 입법을 함에 있어서

학문의 자유를 존중하여야 할 의무를 국가에게 지게 한다.

이 3가지 차원은 상호보완적인 것으로서 어느 하나가 결여되면 다른 것들도 완전히 보장될 수 없다는 점에서 불가분적으로 상호결합하여 있는 연관체계를 형성한다. 따라서 반드시 함께 보장되어야 하며, 우리가 ‘학문’이라고 말할 때는 언제나 이 3개의 차원을 포괄하여 이해하여야 한다.

#### 다. 학문의 ‘활동양태’ ‘행위형식’

- 학문의 자유의 보호영역

국내의 학설, 관례는 거의 일치하여 학문의 자유가 보호하는 내용으로 (i) 연구의 자유(연구대상선정, 연구방법, 연구내용, 연구시기, 연구장소 결정의 자유), (ii) 연구결과발표의 자유, (iii) 교수의 자유, (iv) 학문적 집회, 결사의 자유를 열거하고, 그에 더하여 (v) 학생들의 학습의 자유, (vi) 학문활동에 필요한 기본설비 조성청구권, (vii) 대학자율권(대학자치제)의 제도적 보장이 포함된다고 하는 견해도 있다. 그리고 연구결과발표의 자유와 언론출판의 자유, 학문적 집회결사의 자유와 일반적인 집회결사의 자유 사이에 일반-특별의 관계가 있어 연구결과발표의 자유와 학문적 집회결사의 자유가 특별히 강화된 보장을 받는다고 한다.

그런데 이러한 견해는 독일기본법 제5조 제3항이 ‘학문, 연구, 교수’를 병렬적으로 열거하고 있기 때문에 독일의 학설이 학문이라는 상위개념하에 두개의 행위형식으로서 연구와 교수를 병렬적으로 설명하고 있는 데서 영향을 받은 것으로 보인다. 그리고 교수(행위)와

연구결과발표(행위)를 구분하는 것은 납득하기 어렵다.

첫째, 연구행위와 연구결과를 발표하고 전파하는 행위(교수행위)는 불가분적으로 연결되어 있는 것이다. 연구결과발표를 하는 자리에서 이루어지는 의사소통(커뮤니케이션)과정 속에서 이미 새로운 가설과 새로운 방법적 기초가 형성된다는 것은 우리 모두 체험적으로 아는 바이다. 학문연구라는 것이 어떠한 사항에 대한 문제의식을 느끼고 가설을 세우고 그것을 각종 방법에 기초하여 검증하고 만약 입증이면 그 결과를 발표하고 그 후 수용하는 견해와 비판하는 견해에 부딪치고 나아가 반증이 등장하게 되면 새로운 가설을 세울 수밖에 없게 되고 다시 각종 방법에 기초하여 새로운 가설을 검증하고 입증되면 또 다시 그 새로운 결과를 발표하고 역시 수용하는 견해와 비판하는 견해에 다시금 부딪치고……하여 영원한 과정(다행히 전진의 과정인지 아니면 제자리 순환에 불과한 것인지 그도 아니면 불행히도 역진의 과정인지 누가 알겠는가만 다른 방법이 있겠는가) 속에서 연구는 빠져나올 수 없는 것이다. 따라서 어떤 순간까지는 연구과정이고 그 다음은 연구가 아닌 오로지 결과 발표라고 하는 일은 있을 수 없다. 모든 연구는 진행형이며 모든 연구 결과는 중간발표의 성격을 벗어날 수 없다. 따라서 연구는 엄밀한 의미에서는 학문이라는 제도 안에서 이루어지는 공론성격의 의사소통과정에 참여하는 과정(준비를 위한 작업을 수행하고 나서, 진행상태를 보고하고 다른 연구자의 보고를 듣는 등 의견을 교환하는 식으로 참여하고, 참여결과를 토대로 다시 작업을 수행하는 것이 반복되는 것)으로 보아야 한다. 이렇게 보게 되면 외형상 구분되는 것으로 보이는 연구의 자유, 교수의 자유 내지 연구결과발표의 자유, 학문적 집회결사의 자유 모두가 실은 구분될 수 없는 연속선상에 있다는 것

을 알 수 있다.

둘째, 연구결과발표와 교수행위는 별개가 아니라 동일한 과정의 어떤 측면을 강조해서 본 것에 불과하다. 연구결과발표는 외형을, 교수는 그 성질, 내용의 측면에 주목한 것일 뿐 구분할 수 없는 것을 구분한 것이다.

셋째, 학문적 집회의 자유는 별도의 보호영역카테고리로 보기보다는 연구-연구결과발표-전파가 수행되는 과정으로서 보호되면 충분할 것이고, 학문적 결사의 자유도 그러한 결사결성이 하나의 학술단체를 형성하여 그러한 단체 자체가 학문의 자유의 주체가 되는 경우에는 그 단체 자신의 학문의 자유로, 그러한 단계에 이르지 못할 경우에는 개개 학자의 연구결과발표-전파의 자유를 행사하는 한 과정에 불과한 것이기 때문에 별도로 들 실익은 없는 것이다.

어쨌든 중요한 것은 학문의 자유로 보호되는 학문활동은 바로 '(학문)연구'를 가리키는 것이며 (학문)연구로서의 성격을 유지하는 한 외형상 연구작업과의 연장선상에 있는 연구작업 전후의 모든 활동이 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. '연구'란 진리를 탐구할 뿐만 아니라 이를 전파하는 활동으로서 이것이 바로 학문활동이다. 학생들의 학습의 자유도 이러한 연구의 범주에 포섭된다면 학문의 자유로 보호될 것이고, 학문활동에 필요한 기본설비를 갖추어 줄 것을 요구할 권리라든가 대학자율권도 결국 연구를 가능케 하는 필수적 전제로 볼 수 있느냐 여부가 학문의 자유로써 그것을 보호할 것이냐 여부를 결정하게 될 것이다.

### 3. 학문의 자유의 주체

학문연구활동은 인간의 정신적 활동으로서 ‘누구든지’ 할 수 있다. 따라서 그러한 활동을 보호하는 학문의 자유는 일차적으로 자유권의 성격을 가지는 인간의 권리에 해당되어 국적, 신분과 상관없이 누릴 수 있다. 역사적으로 보아서 학문연구를 목적으로 설립된 것이 대학교이고, 거기에서 연구활동에 종사하는 사람이 교수이므로 대학교수를 중심으로 학문의 자유의 주체문제를 다루는 것이 보통이지만, 학문연구의 실질을 갖추는 한 누구든 학문연구활동을 할 수 있다.

개인(자연인) 뿐만이 아니고 연구활동을 하는 인적 단체, 나아가 대학교와 같은 연구기관에게도 학문의 자유가 인정된다. 이들에 대하여 사법상의 권리능력(법인격)이 요구되지도 아니한다. 학술연구기관인 한, 대학교이든, 산업체부설 연구기관이든 묻지 아니한다. 다만, 정부 산하 연구기관이나 특히 국공립대학교의 경우 문제될 수 있으나, 그 조직이 국가로부터 독립되어 있고 주된 활동이 학문적 연구를 지향하고 있는 한도내에서 학문의 자유를 향유한다고 본다.

여기에서 개인연구자가 독립되어 연구활동을 하는 - 오히려 예외적인 - 경우를 제외하면, 그가 소속된 대학교 기타 연구기관 및 국가와의 사이에 3각관계가 성립한다. 개인연구자와 연구기관은 국가에 대하여 학문활동에 대한 침해할 하지 말 것을 요구할 방어적 권리를 가진다. 그런데 연구기관은 다시 개인연구자의 연구를 침해할 수 있으므로, 개인연구자는 연구기관에 대하여도 학문의 자유를 주장할 수 있다. 국립대학교의 경우가 전형적인데, 국가에 대하여는

학문의 자유를 주장하면서, 교내 교수들에 대하여는 학문의 자유를 제한하는 야누스적인 모습으로 나타나게 된다.

#### 4. 학문의 자유의 법적 성격( 및 내용)

##### 가. 방어권(자유권)으로서의 성격(내용)

학문의 자유는 일차적으로는 국가의 간섭, 개입에 대항할 수 있는 자유권으로서 이른바 방어권이다. 이러한 성격으로부터 국가에 대하여 학문연구의 자유 영역에 관한 한 국가의 부작위를 요구하게 된다.

##### 나. 청구권으로서의 성격(내용)

국립대학교와 같은 국공립연구기관의 경우, 학문활동 수행에 필요한 제반 설비를 구축해주도록 국가에 청구할 권리가 인정되는지 문제이다. 국가가 학문연구를 목적으로 일정한 인적 물적 시설을 설립하여 거기에 서 그러한 활동에 종사하도록 연구자들을 임용한 것이고, 그들에 대하여 국가내적 관계만을 인정하는 것이 아니라 기본권적 지위를 인정하는 이상(즉 국가와 공무원이라는 내부관계만이 아니라 학자로서 사인과 유사한 지위를 인정하는 이상), 학문연구활동을 수행하는데 필수적인 범위에 속하는 한도내에서 기본적인 시설을 갖추어 달라고 청구할 권리를 인정할 여지는 있다고 본다. 사립대학교와 같은 사설 연구기관의 경우 우선적으로는 계약의무의 이행의 문제가 될 것으로 보이는데, 과연 학문의 자유의 대사인적 효력을 어디까지로 볼 것이냐에 따라 달리 결정될 여지는 있다고 하겠다.

#### 다. 제도보장으로서의 성격(내용)

제도로서의 ‘학문’의 핵심내용, 제도로서의 ‘학술연구기관자치제’, ‘대학자치제’의 핵심내용은 국가(입법자)도 침해할 수 없다. 대학자치제에 관한 헌법 제31조 제4항의 별도규정은 학문의 자유의 이러한 내용을 주의적으로 규정한 것으로 보거나, 아니면 특별(법)규정으로 이해할 수 있을 것이다.

#### 라. 객관적 원칙규범으로서의 성격

대한민국을 문화국가(질서)로 형성하고 유지하라는 질서원칙으로서 제도로서의 ‘학문’을 보호할 국가의 의무, 학문이 제대로 기능할 수 있도록 기본적 수준의 제도적, 물적 기반을 조성할 국가의 의무, 그리고 국가의 각종 조직, 절차를 구체화함에 있어서 학문의 자유를 존중할 국가의 의무 등이 이러한 성격에서 나온다.

### IV. 학문연구의 자유의 제한의 가능성과 그 한계

#### 1. 문제의 소재

학문의 자유에 대한 국가적 개입을 허용하는 법률적 제한은 가능한가? 이 문제는 첫째는 학문의 자유에 대한 헌법의 규정양식에 따라서 바로 나올 수도 있고, 둘째는 학문연구의 특성으로부터 나올 수도 있다. 예컨대 독일기본법의 경우 학문의 자유를 규정함에 있어 별도의 법률유보규정을 두지 않고 있다.<sup>216)</sup> 이렇게 법률유보가 붙어있지

---

216) 독일기본법 제5조 제3항 - “예술과 학문, 연구, 교수는 자유이다. 교수의 자유는 헌법에 대한 충성예의 구속을 벗어나지 못한다. (Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht vor der Treue zur Verfassung.)”

아니한 기본권규정을 ‘유보없는 기본권(vorbehaltlose Grundrechte)’이라고 관용적으로 부르고 있다. 독일기본법의 기본권제한시스템이 각각의 기본권규정별로 기본권제한이 가능한 사유와 더불어 법률로 제한할 수 있는지 여부를 규정하는 식이어서 개별기본권규정 자체에 법률유보(‘법률로써 또는 법률에 근거하여 기본권을 제한할 수 있다’는 명문의 헌법문언)가 붙어 있지 않는 한 법률로 기본권을 제한할 수 없게 되지만 그렇다고 해당 기본권을 무제한 행사할 수 있는 것으로 볼 수는 없기 때문에, 유보없는 기본권규정은 어려운 해석학적인 문제에 부딪치게 된다.

독일학계는 유보없는 기본권에 대한 법률적 제한의 근거로서 처음에는 ‘공동체의 존립’과 같은 헌법외적 가치를 주장하다가(이른바 공동체유보이론) 헌법적 근거가 없다 하여 포기하였고, 그 다음에는 독일기본법 제2조 제1항<sup>217)</sup>의 일반적 행동자유권의 법률유보에서 기본권제한사유인 ‘타인의 권리, 도덕률, 헌법질서’를 다른 모든 자유권에도 확대적용하려고 시도하다가(3한계이론) 역시 개별기본권별로 별도 제한규정을 둔 기본법시스템에 비추어 무리한 해석시도라고 하여 포기하였다. 현재는 - 앞에서 보았듯이 헌법상 보장된 기본권을 제한하기 위해서는 그 근거가 반드시 헌법에 있어야 하므로 - 유보없는 기본권이 보호하는 법익이 헌법에 규정되어 있는 다른 보

---

217) 독일기본법 제2조 제1항 - “누구든지 타인의 권리를 침해하거나, 헌법질서 또는 도덕률에 위반하지 아니하는 한, 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다. (Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.)”.

호법익과 충돌할 경우 (유보없는 기본권규정으로 보호되는 자유를) 법률로 제한하더라도 헌법의 의사에 부합하지 않겠는가 하는 생각(기본권충돌이론)에 거의 의견이 모아지고 있는 것으로 보인다.<sup>218)219)</sup>

그런데 한국헌법은 독일헌법(기본법)과는 다른 기본권제한시스템을 채택하고 있다. 즉 개개의 기본권별로 기본권제한이 가능한 사유를 달아가면서 법률로 제한할 수 있다는 식의 규정을 개별기본권마다 두지 아니하고, 모든 기본권에 대하여 다 적용되는 기본권제한사유를 규정하면서 역시 모든 기본권을 법률로 제한할 수 있다는 식의 총론적 규정을 두고 있는 것이다. 헌법 제37조 제2항<sup>220)</sup>이 그것으로서 우리는 ‘일반적(기본권제한)법률유보’라고 부른다. 따라서 일단 독일식의 ‘(법률)유보없는 기본권’의 (법률적) 제한을 위한 어려운 해석학적 기교는 직수입하기 곤란하다(이러한 측면에서 국내학설이 독일헌법학설을 직접 원용하여 논지를 전개하는 것은 좀 이상해 보인다. 덧붙여 말하자면, 미국의 경우에도 헌법상에 학문의 자

---

218) Ralf Dreier, *Forschungsbegrenzung als verfassungsrechtliches Problem- Zugleich Bemerkungen zur Theorie der immanenten Grundrechtsschranken*, DVBl. 1980, S.471ff.

219) 독일연방헌법재판소는 셋센주의 대학법 제6조가 “연구 및 교수에 참여하는 모든 대학구성원들은 학문적 인식의 사회적 결과를 고려하여야 한다. 무책임하게 이용될 경우 인간의 건강, 생명, 평화공존에 대한 심각한 위협을 초래할 수도 있는 연구결과가 그들(위 대학구성원들)에게, 특히 그들의 전문분야에서 알려졌을 때에는 그들은 권한 있는 전문분야위원회 또는 대학의 중앙기관에 그에 관해 통지하여야 한다.”고 하여 (연구)결과고려의 의무와 위험통지의무를 규정함으로써 학문연구의 자유를 침해하였다는 주장에 대하여 결과고려의 의무를 구체적인 이익형량에 있어서 연구의 자유보다 훨씬 더 비중이 큰 헌법상의 공동체법익에 국한하는 것으로, 그리고 통지의무를 전문가조차도 곧바로 인식할 수 없는 심각한 남용의 위험이 존재하는 경우에만 인정된다는 식으로 헌법합치적으로 해석할 수 있고 이 경우 기본권을 침해하지 않는 것이라고 판시하였다. BVerfGE 47, 327[366ff.] = 독일연방헌법재판소 판례집 제47권, 327쪽에서 시작하는 판결[특히 366쪽 이하] 참조.

220) “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”

우라든가 연구의 자유에 관한 명문규정이 존재하지 아니한다. 그래서 미국학설은 학문연구의 자유가 정신활동으로서 의사소통의 과정을 통하여 수행되는데 착안하여 주로 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 법리를 적용하고 있다.<sup>221)</sup> 따라서 별도의 학문의 자유규정을 두고 있는 한국헌법하에서 미국학설을 직접 원용하는 것도 역시 올바른 것이라고 보기는 어렵다는 점을 지적해둔다. 외국학설의 무차별적인 수용에 대한 반성이 요구되는 한 사례라고 하겠다).

그러나 두 번째, 학문연구의 특성상 연구의 자유에 대한 국가적 개입이 허용되어서는 안되는 것 아닌가 하는 문제가 남는다.

## 2. 연구의 자유는 절대적 자유인가 - 절대적 기본권론 비판

국내학설은 앞에서 본 것처럼 학문의 자유로 보호되는 활동영역으로서 연구의 자유와 교수의 자유, 연구결과발표의 자유, 학문적 집회 결사의 자유를 구분하고 있고, 그 중 연구의 자유에 관해서는 이른바 ‘절대적’ 자유로서 어떠한 이유로도(법률로는) 제한할 수 없다고 주장한다.<sup>222)</sup> 그리고 법률적 제한은 부인하면서 다만 내재적

221) 미국에서의 논의를 국내에 소개한 것으로는 노혁준, 인간 복제의 법리 -헌법상 문제점과 입법론을 중심으로-, 법조 523호, 2000.4., 103~139쪽; 정연철, 미국에 있어서 유전공학에 대한 법적 규제, 동의법정 제9집, 1993.5., 33~55쪽 참조.

222) 계희열, 헌법학(중), 2000, 317~318쪽; 권영성, 헌법학원론, 2001, 500쪽; 성낙인, 헌법학, 2001, 371쪽; 김철수, 헌법학개론, 2001, 599쪽-김교수는 “연구의 자유는 내면적인 자유이므로 절대적 자유권에 속한다”고 하면서도 “학문의 자유는 학문 연구면에서는 거의 제한을 받지 않으나, 유전공학이나 핵개발과 같은 경우에는 그 결과의 중대성 때문에 법률에 의한 제한이 가능하다”고 하여 결과위험을 논거로 예외적 제한가능성을 인정하는 - 결국 현실에 적합하기 위하여 논리적 모순을 피하지 못한 - 입장이다.

한계를 헌법의 통일성의 관점에서 인정하여야 할 것으로 보는 견해가 있다.<sup>223)</sup>

우선 문제되는 것이 과연 ‘절대적’ 자유, ‘절대적’ 기본권이라는 개념 자체가 가능한가이다. 일부학자들이 보는 것처럼 독일기본법이 정말 연구의 자유를 ‘절대적’ 기본권으로서 보장한 것인가?<sup>224)</sup> (다수 국민간의 이해의 갈등, 국민의 사익과 국가의 공익과의 갈등을 해결하기 위한 임무를 지고 있는) 국가법질서를 전제로 하는 ‘기본권’이라는 개념에 ‘절대적’이라는 수식어는 논리상 처음부터 불가능한 것이고, ‘자유’의 ‘절대성’이란 로빈슨 크루소가 무인도에서나 주장할 수 있지 공동체생활을 하는 사람으로서는 생각할 수 없는 것임이 자명하다. 그리고 앞서서도 보았지만 독일 기본법상 개별적 법률유보가 붙어있지 아니한 기본권에 대하여 한 때 절대적 기본권이라는 용어를 잘못 사용한 적은 있었으나 그런 잘못된 용례를 이제는 찾아보기 어렵다. 따라서 ‘절대적 자유’나 ‘절대적 기본권’이라는 개념은 법학에서 성립할 수 없으므로, 더 이상 사용하지 말아야 할 것이다.

그렇다면 남은 문제는 용어문제가 아니라 문제의 실질, 즉 학문연구의 특성으로부터 법률적 제한이 부적합하니 학문의 자유로부터 ‘사이비’ 학문활동을 내재적으로 배제함으로써 실제로 학문의 자유에 대한 법률적 제한의 필요성을 상쇄할 수 있겠는가 하는 것이다.<sup>225)</sup>

---

223) 허영, 헌법이론과 헌법, 2001, 540, 546~547쪽; 동인, 한국헌법론, 2001, 399, 404~405쪽; 계희열, 헌법학(중), 2000, 318쪽.

224) 허영, 헌법이론과 헌법, 2001, 414쪽이하 참조, 특히 414쪽 주 381을 볼 것.

225) 이러한 입장은 허영, 한국헌법론, 2001, 404쪽에서 발견된다 - “학문의 자유가 그 내재적 한계를 지키는 한 학문의 자유를 법률로써 제한해야 할 구체적인 필요성은 현실적으로 생기지 않는다고 할 것이다.”

### 3. 구성요건적 한계축소의 위험성-내재적 한계론 비판

한국헌법학에서 기본권의 내재적 한계는 두 방향에서 논의될 수 있다. 첫째로는 기본권규정에서 보호대상으로 규정된 영역(구성요건) 자체에 한계를 그어서, 일정한 활동들을 그 대상에서 배제시켜 버리는 방향이고, 둘째로는 기본권과 다른 헌법적 법익간의 갈등을 합리적으로 해결하는 방안을 모색하는 방향이다. 이 두 번째 방향은 기본권제한의 한테마로서의 내재적 한계론이라기 보다는 기본권의 헌법내재적 한계라고 부르는 것이 더 타당할 것이다. 이에 관해서는 아래(5.)에서 살펴보기로 하고, 여기에서는 국내학설이 주로 주장하고 있는 전자에 관해서 우선 검토한다.

예컨대 국내학설이 주로 드는 바 독극물실험이나 방사능실험으로 인하여 타인의 생명, 신체, 건강에 위해를 초래하는 경우 내재적 한계를 일탈하는 것이라고 한다(허영, 헌법이론과 헌법, 2001, 540쪽). 그렇다면 이 경우 그러한 실험은 학문의 자유의 보호영역 바깥으로 배척되어야 하는가? ‘사이비’ 학문연구가 학문의 자유의 보호를 받을 수 없다는 말도 아무런 추가설명이 되지 아니하는 동어반복에 불과하다. 학문이 아닌 것이 학문의 자유의 보호를 받지 못한다는 당연한 말이 아닌가.

자유권적 기본권이 - 신체적인 것이 되었든 정신적인 것이 되었든 - 인간의 일정한 활동영역을 보호하는 것이기 때문에 각각의 기본권은 그것이 보호하는 어떤 영역을 가지고 있기 마련이다. 학문의 자유는 학문 활동만을 보호할 임무 내지 기능을 하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 학문활동의 개념을 엄격하게 확정함으로써 학문활동인

지 여부를 의심받는 활동을 학문의 자유의 보호영역 밖으로 밀어내자는 이른바 내재적 한계론이 나오게 된다. 그러나 이러한 주장은 세 가지 점에서 비판받아 마땅하다.

첫째, 기본권보호영역의 획정을 엄밀하게 하려다 보면, 특히 ‘학문’과 같은 정의하기 어려운 기본권보호영역의 경우 부당하게 그 범위가 축소될 개연성이 있다. 둘째, 그렇게 좁게 인정된 기본권보호영역 밖으로 밀려난 행동들은 결국 일반적 행동자유권으로 보호되는 것으로 파악할 수 밖에 없는데 이는 일반적 행동자유권에 과부하를 거는 것일 뿐만 아니라, 기본권을 인간의 활동영역별로 나누어 그 특성에 맞게 보호하려고 하는 헌법의 기본권보장체계에 부합하지 아니하는 것이다. 셋째, 기본권의 구성요건을 획정하는 단계에서 이미 보호를 거부하는 것은 기본권으로 보호되는 범위에 대한 제한과 제한의 한계로 이어지는 단계적인 기본권제한심사시스템에 의한 신중하고도 면밀한 기본권보장체계를 작동도 못하게 함으로써 기본권보장정신에 부합하지 못하는 것이다. 따라서 기본권(자유권)의 보호영역(구성요건)은 가능한 한 넓게 이해하여야 한다는 점에서 위의 내재적 한계론은 배척되어야 한다. 다만 그것이 기본권보호영역이 개별기본권마다 구분된다는 정도로 개별기본권이 보호하는 주체 내지 상위개념을 가리키는데 불과하다면 배척될 이유가 없으나, 그 경우 내재적 ‘한계’는 이미 제한의 문제가 아닌 것이 된다.

#### 4. 법률유보에 의한 제한-헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보

한국헌법의 기본권제한체계는 헌법상 보장된 모든 기본권을 법률

에 의한 제한대상으로 삼고, 제한시에 충족시켜야 할 요건을 규정해 두고 있다. 첫째, 형식상 ‘법률로써’, 즉 국회에서 법률이라는 이름으로 입법절차를 거쳐 제정된 법규에 의해서만 기본권제한이 가능하다. 여기에서 ‘법률로써’라 함은 모든 기본권제한사항이 전부 법률에 규정되어 있을 것을 요하지는 아니하고, 최소한 법률에서 본질적인(중대한) 사항은 직접 규정하고 그밖의 사항은 하위법규범으로 규정할 수 있다는 근거를 마련하여야 하위법규범에서도 기본권제한사항이 규정될 수 있다는 의미이다. 둘째, 목적상 ‘국가안전보장’ ‘질서유지’ ‘공공복리’라는 공익상의 목적이 있어야 한다. 제헌헌법 이래 ‘질서유지’와 ‘공공복리’만 규정되었던 것이 1972년 소위 유신헌법에서 ‘국가안전보장’이 신설되어 3개의 기본권제한목적이 있게 되었다. 해석상 국가안전보장은 국가자체의 존립과 안전, 질서유지는 국가의 내부질서와 같은 소극목적에 지향된 것이고, 공공복리는 국민일반의 복리라는 적극목적에 지향되어 있다. 목적요건이 대단히 포괄적인데다가 공공복리와 같은 적극적인 목적이 포함되어 있어 기본권의 최대한의 보장을 위하여 이들 요건을 엄격하게 적용할 필요가 있다. 셋째, 위 목적을 위하여 ‘필요한 경우에 한하여’ 기본권제한이 가능하다고 하여 비례원칙이라는 요건이 규정되어 있는 것으로 일반적으로 해석되고 있다. 즉 위 목적 달성에 적합하고, 그로 인한 기본권제한은 다른 대체방법 없는 최소한의 침해에 해당되며, 침해되는 사익과 그 대신에 얻게 되는 공익 사이에 균형이 맞아야 한다는 것이다. 넷째, 어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용은 제한할 수 없다는 내용상의 한계가 규정되어 있다.

따라서 이러한 기본권제한체계 아래에서는 학문연구의 자유도 당연히 법률적 제한의 대상이 될 수 있고, 법률적 제한을 구체적으로

시도하는 입법에 대하여 위 요건(내지 한계)들을 충족하는지 여부를 심사하여 그 중 하나의 요건이라도 위반하는 경우 기본권을 침해하여 헌법을 위반한 법률로서 판단하여야 할 것이다. 특히 학문연구의 자유가(법률적)제한에 부적합하다는 특성은 위 요건심사를 보다 엄격하게 만들어 강도 높은 심사가 요구된다고 하겠다. 그런데 문제는 명시된 목적요건이 국가적 사회적 법익과 같은 공익에 국한되어 있다는 점이다. 만약에 어떤 기본권의 행사가 그와 같은 공익과는 저촉하지 않으면서 다른 개인의 중요한 법익을 침해하거나, 또는 그러한 공익에 포섭시키기가 어려운 다른 공익(물론 목적요건의 포괄성으로 말미암아 이런 경우는 드물 것이지만)과 저촉하는 경우는 어떻게 하여야 할 지 문제가 아닐 수 없다. 일반적(기본권제한)법률유보를 두었지만, 단순히 ‘모든 기본권은 법률로 제한할 수 있다’는 식으로 단순법률유보로 규정하지 아니하고 ‘이러저러한 요건을 충족하여서만 제한할 수 있다’는 식으로 가중법률유보로 규정함으로써 발생하는 문제이다. (가중)요건을 백지식으로 하지 아니하는 한 피할 수 없는 문제이다.

## 5. 기본권충돌에 의한 제한 가능성 - 헌법내재적 한계론(헌법적 법익 충돌론)

여기에서 일반적 법률유보에 의한 기본권제한체계를 가지고 있는 한국헌법하에서도 기본권의 헌법내재적 한계를 인정하지 않을 수 없게 된다. 한 개인의 어떤 기본권의 행사가 다른 개인의 모종의 기본권과 충돌하거나,<sup>226)</sup> 아니면 다른 헌법규정에 의하여 보호되는 중

226) 이것을 독일학설에서는 ‘진정한 기본권충돌’이라고 부른다.

요한 법익과 충돌하는 경우<sup>227)</sup> 두 헌법적 법익을 어떻게 보호하여야 할 것인지의 문제이다.

두 개의 충돌하는 법익이 그 가치에 있어서 서열이 분명한 것이어서 상하관계가 인정된다면 상위의 법익이 우선되어야 한다는 것은 두말할 나위도 없다(이익형량이론). 그러나 대부분의 경우 모두가 헌법에 의하여 가치를 인정받아 명문화된 것이니 만큼, 헌법전 자체로부터 도출되지 아니하는 한 그들 사이에 우열관계를 인정하는 것은 매우 어려운 일이 아닐 수 없다. 결국 충돌하는 법익을 어느 한쪽에만 유리하게 판단할 것이 아니라 두 법익 모두가 최적으로(optimal) 실현되는 길을 찾을 수밖에 없다. 결국, 문제된 기본권의 법률에 의한 제한을 수단으로 보고, 그러한 수단을 사용하게 만든 다른 개인의 기본권 내지 객관적 법익을 목적으로 놓고 목적-수단 사이의 비례성을 따져보는 방법이 적용된다(비례원칙).<sup>228)</sup>

예컨대 배아를 대상으로 한 연구의 경우 그러한 연구의 자유를 제한하는 법률이 제정된다면 그러한 기본권(연구의 자유)제한(법률)이라는 수단이 과연 (배아의) 인간의 존엄과 가치, 생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리, 혼인과 가족생활의 보호 등과 같은 다른 헌법적 법익의 보호를 목적으로 하여 비례적인 관계에 놓일 수 있는지를 따져서 헌법에 합치하는 지 여부를 심사하게 될 것이다.

---

227) 이것을 독일학설에서는 ‘부진정한 기본권충돌’이라고 부른다.

228) 기본권의 충돌문제에 관하여 자세한 것은 홍성방, 기본권의 충돌과 경합, 안암 법학 제9호(1999년 상반기), 1~20쪽; 김선택, 공법인의 기본권주체성과 기본권제한의 특수문제로서 기본권충돌의 법리, 판례연구 제7집, 고려대학교 법학연구소, 1995.9., 65~92쪽; 권영성, 기본권의 갈등, 법학, 제36권 제1호(통권 제97호), 서울대 법학연구소, 1995.5., 45~58쪽 참조.

## 6. 연구의 자유의 본질적 내용

헌법 제37조 제2항이 기본권을 법률로써 “제한하는 경우에도… 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 명시하여 기본권의 본질내용을 헌법적으로 보장하고 있는 이상, 일반적 법률유보에 의한 기본권제한이건 기본권충돌로 인한 헌법내재적 기본권제한이건 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없다고 할 것이다.

여기에서 기본권의 본질적 내용의 침해금지 내지 본질내용보장이 무엇을 의미하는가가 문제된다. 우선 본질내용침해금지가 보장하는 대상에 관하여는 기본권을 주관적인 권리로 보는 견해에서는 권리자 개인이 더 이상 주장할 아무런 내용도 남기지 아니하고 법률로써 제한된 경우 본질적 내용이 침해되었다고 보게 되고(주관설), 기본권의 성격을 주관적 권리성 이외에 객관적 원칙규범으로서의 객관적 법익도 보장하는 것이라고 보는 견해에서는 어떤 개인 한 사람의 주관적인 권리가 전부 유실되더라도 국가질서에서 그 기본권이 원칙적인 성격을 견지하고 있다면 아직 본질내용이 침해된 것은 아니라고 볼 수도 있다(객관설). 나아가 본질내용보장의 목표를 어떤 기본권의 실제적인 내용에 두는 견해에 의하면 당해 기본권의 내용 가운데 핵심에 해당하는 사항을 침해하면 본질내용을 침해한 것이라고 보게 되고(절대설), 본질내용보장이 단지 기본권제한에 있어서 비례성원칙의 준수를 강조한데 불과하다고 보는 견해에 의하면 기본권의 내용이 남김없이 제한된다 하더라도 그러한 전적인 제한을 정당화하는 목적과의 사이에 비례관계만 성립하면 본질내용침해로 볼 수 없게 된다(상대설).<sup>229)</sup>

---

229) 기본권의 본질내용보장에 관하여 자세한 것은 김대환, 기본권의 본질적 내용 침해금지에 관한 연구, 서울대 법학박사학위논문 1998; 정태호, 기본권의 본질적 내용보장에 관한 소고, 저스티스 제31권 제4호(통권 제50호), 1998.12., 7~22쪽 참조.

기본권의 일차적 성격이 개인의 주관적 자유를 국가적 침해로부터 방어하는데 있다면 그 본질내용도 주관적으로 보아야 할 것이고(물론 개별기본권규정의 성격과 내용에 따라 달리 볼 여지가 있음을 지적해둔다), 기본권제한근거조항에 비례원칙 이외에 별도의 본질내용규정을 둔 취지를 고려한다면 기본권의 핵심내용을 절대적으로 보장하는 것으로 보아야 할 것이다.

그렇다면 학문연구의 자유에서 절대적으로 보호되어야 할 핵심내용은 무엇일까? 첫째, 학문의 자유라는 상위개념 하에 포섭되는 여러 가지 활동 중 연구(의 자유) 자체가(학문의 자유의) 본질내용이라고 볼 수도 있다. 그러나 이는 연구가 학문활동 전반을 규정하는 요소라는 점을 고려하지 못한 것이고 또한 연구활동을 연구실, 실험실내의 연구로 좁혀 본다 하더라도 이미 고도의 위험발생과의 연결을 부인할 수 없는 오늘날의 자연과학의 특성상 그 자체를 본질내용으로 보아 일체의 제한으로부터 벗어나게 할 수는 없다고 할 것이다.

둘째, 순수 학문적인 기초연구와 그 연구결과를 응용한 연구의 영역을 구분하여 전자를 본질내용이라고 볼 수도 있다. 그러나 이와 같은 양자의 구분이 더 이상 불가능하다는 것은 이미 앞에서 살펴 본 바와 같다.

생각하건대 학문연구의 자유의 본질적 내용은 학문이 인간의 정

신적 활동으로서 진리탐구에 지향된 것이라는 점을 고려할 때 내면의 영역(forum internum)에서 진리를 추구하는 범위에서 인정될 수 있지 않을까 생각한다. 예컨대, 연구주제나 연구대상을 선정하는 것, 그에 관한 기존의 학설, 문헌을 정독하는 것, 그에 입각하여 가설을 세우는 것, 이에 대한 검증을 이론적으로 수행하는 것까지는 외부적인 위협을 야기하지 않는 것이므로(즉 다른 법익을 침해할 가능성이 아직 없으므로)<sup>230)</sup> 절대적으로 보호되어야 할 것이다. 이 정도의 학문활동에까지 외부적 제한이 침투할 경우 학문의 자유는 멈춰 서 버릴 것이기 때문이다. 여기에서 한발 더 나아가 전문연구자간 전문분야에 관한 의사소통 행위라든가 개인 연구자의 실험행위의 최소한의 부분까지 본질내용의 범위가 확장될 수 있을 지는 신중한 검토를 요한다고 본다. 이러한 범위가 본질내용으로는 보장되지 못한다 하더라도 대개는 비례원칙심사에 있어서 보장될 것이기 때문에 큰 문제는 없을 것으로 본다.

## 7. 연구규제입법의 효과에 대한 고려

마지막으로 과학연구의 자유를 제한하는 법규가 제정될 경우 실효성이랄까 관철가능성을 검토해 보아야 한다. 연구의 자유에 대한 국가적 개입수단은 대상에 따라 연구자 개인에 대한 제한, 소속 연구기관에 대한 제한으로, 방법에 따라 크게 행정법적 제한, 형사법적 제한으로 나눌 수 있고, 조건부 연구기금지원, 연구지원자선정시

---

230) 대학실험에서 진리와 가치를 탐구하기 위하여 실험을 하고 그 결과를 발표하는 것이 학문의 자유에 속한다 하더라도 그 실험결과가 잘못되었는데도 이를 사회에 알려서 선의의 제3자를 해친다면 이는 학문의 자유권의 범위를 넘어선 것으로 허용될 수 없다고 본 판례가 있다. 대법원 1967.12.26.선고 67다591판결.

차별, 일정한 종류의 연구수행에 대한 과태료부과, 벌금형, 자유형에 이르기까지 다양할 수 있다.

그런데 문제는 우리의 주제인 생명공학과 같은 분야의 경우 그 연구 성과가 그동안 아무런 규제책이 없었던 사람들에게 ‘포기할 수 없는 기회’로 나타나기 때문에 그러한 법률적 제한을 별로 두려워 하지 않을 것이라는 점이다. 또한 국가경쟁력제고라는 정부차원의 정책노선 표방은 연구자나 연구기관으로 하여금 연구에 대한 법률적 규제의 진지성을 의심하게 만들 것이다. 이렇게 되면 연구규제입법은 강제적인 관철을 지향한 것이 아니라 하나의 경고적 입법으로 변질될 가능성이 있다.

아예 처음부터 제재규정 없이 선언적인 제한에 그치는 미완성 입법의 형태를 취하거나, 완성된 법률의 형태를 갖춘다 하더라도 준수를 강제하지 아니하는 상징입법이 될 경우 이는 위험발생의 우려가 있는 연구를 차라리 ‘법으로부터 자유로운 영역’으로 두는 것만 못한 결과를 초래할 것이다. 그러한 경고적 성격의 입법은 양심적이고 준법정신이 강한 연구자의 연구를 봉쇄하는 한 편, 다른 한 편으로는 비양심적이고 비윤리적인 연구자에게 아무런 통제도 - 이 경우 심지어 법적 규제조차도 - 실효성이 없는 것이라는 인식을 심어주게 되어 연구를 무제한으로 수행하게 할 우려가 있기 때문이다. 이 경우 법적 통제 이전 단계의 윤리적 통제마저도 그 기능을 상실시키거나 약화시킬 위험이 초래되는 것이다. 미완성입법이나 상징입법은 과학자의 준법의식을 망실시켜 법적 통제를 공동화할 우려가 있고 이는 경우에 따라 설치하여야 할 강력한 통제의 마지노선을 설치도 하기 전에 미리 붕괴시키는 셈이 될 것이다. 여기에서 연구규

제 입법을 그 실효성 측면에서 검토하는 것이 간과될 수 없는 문제임을 알 수 있다.

## V. 사례: 배아대상연구의 자유를 규제하는 입법의 이념성과 현실성

### 1. 문제의 소재

현재 생명공학연구의 규제와 관련하여 생명공학육성법개정안이 국회에 계류 중이고 생명윤리자문위원회에 의하여 생명윤리기본법(안) 골격이 마련된 후 그 구체(적 법)안이 성안 중에 있는 것으로 알려져 있다.<sup>231)</sup> 특히 후자의 (법)안은 독일의 1991년 1월 1일자로 시행된 1990년 12월 13일의 배아보호법(Gesetz zum Schutz von Embryonen)<sup>232)</sup>과 유사한 강력한 배아보호를 규정할 것으로 알려져, 생명공학 연구자들이 연구활동에 심각한 제약이 있을 것을 우려하고 있다. 여기에서는 이들 법안의 구체적인 내용을 다루기 보다는 그러한 입법적 접근에 대한 헌법적 판단기준을 제공하고자 한다. 특히 이러한 입법시도는 우리가 지금까지 살펴 본 과학연구의 자유에 대한 법률적 제한의 중요한 사례라는 점에서 검토의 실익이 있다. 다만, 이 글의 범위를 너무 넓힐 수는 없으므로 초미의 관심사인 배아대상 연구에 국한하여 보기로 한다.

231) 홍욱희, 생명윤리자문위원회 활동에 대한 소고, 과학사상 제38호(2001년 가을), 52~103쪽 참조.

232) 박은정, 생명공학시대의 법과 윤리, 2000, 611~614쪽에 번역되어 있다.

인간의 발생학적 경로를 따라 살펴보면, 수정 후 자궁에 착상할 때까지를 초기 배아 또는 전배아(pre-embryo 또는 zygote), 그때부터(대략 수정후 14일 이후로부터) 56일까지를 배아(embryo), 다시 그때부터 출생할 때까지를 태아(fetus)라고 부른다. 그러나 법적으로 보면 자궁에 착상한 때부터 바로 태아로 보며 그 시점 이후에 모체 밖으로 인위적으로 배출시키면 낙태죄의 형사책임을 지게 된다. 그리고 현재 허용여부가 문제되고 있는 배아연구는 실은 초기 배아의 단계, 즉 수정후 원시선이 생기는 대략 14일 전후까지의 생명체를 대상으로 하는 것이다(따라서 이 글에서의 배아대상연구의 배아라 함은 초기배아단계의 배아를 가리키는 것이다). 즉 자궁착상이전의 시점까지의 단계로서 법적으로는 아무런 규정이 없는 생명체에 관한 논의이다. 체내수정의 경우 자궁착상이전 단계의 생명체의 경우 수정의 여부 및 진행경과를 정확히 인지한다는 것이 거의 기대되지 않으므로 논의의 실익이 없었고 그에 대하여 법이 침묵할 수 있었던 것이다. 그런데 불임부부를 도와줄 목적으로 시작된 인공수정이 체외수정과 시험관아기를 가능케 함으로써 체외수정된 수정란, 즉 (체외)배아가 생겨나게 되었고, 이러한 체외수정란의 경우 그 생명체의 발생 경로를 비교적 명확하게 추적할 수 있게 되면서 논의가 시작되었다. 특히 불임치료에 사용되고 남은 잉여배아의 냉동보존의 문제와 이들의 연구목적 사용의 허용가능성을 둘러싸고 심각한 논쟁이 발생하였다. 그러다가 생명공학의 발전으로 체세포복제까지 가능하게 되자 이제는 아예 연구목적의 배아생산까지 논의하게 되었다. 법이 더 이상 침묵할 수 없는 상황에 몰리게 되었다.

이 문제의 핵심은 배아에게 어떠한 법적 지위를 인정할 것인가에 달려 있다. 물건으로 보게 되면 연구의 자유를 제한할 이유가 없고,

인간으로 보게 되면 연구의 자유의 제한을 정당한 것으로 볼 수밖에 없다. 단순한 세포덩어리로서 물권의 대상인 물건에 불과하다고 보는 것은 배아가 잠재적이지만 인간으로 성장하기에 필요한 모든 것을 이미 내포하고 있다는 점에서 도저히 받아들일 수 없다. 그렇다면 인간으로 보아야만 하는가? 법적으로 인간의 지위는 자궁착상후 출생전 인간(태아)의 단계와 출생한 인간(영아단계의 인간-그 이상의 인간)의 단계로 나누어 법적 보호의 강도가 약간 다르다. 배아의 경우 그 이전 단계로서 문제된다. 여기에서 확실한 것은 한가지이다. 물건이나 동물 보다는 높은 지위가 부여되어야 한다는 점이다. 그 이상은 아직 논의가 필요하다.

## 2. 두 가지 해결가능성

### 가. 배아의 인간성을 인정하는 방향

우선 배아에게 인간으로서의 법적 지위를 부여할 수도 있다.<sup>233)</sup> 이럴 경우 배아에게도 인간으로서의 존엄성과 생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리가 인정되고 나아가 국가의 존엄성보호의무, 생명보호의무, 신체의 온전성보호의무의 대상이 된다고 볼 수밖에 없다.<sup>234)</sup>

233) ‘자연의’ 개념으로서의 ‘인간’과 ‘법적으로 부여되는’ ‘인간의 지위’는 구분된다. 종래의 인류의 인식수준에 있어서 이러한 구분이 큰 의미를 가질 수 없는 것으로 간주되어 왔다. 왜냐하면 법(학)은 ‘인간’을 전제로 하여 출발하는 것이지 ‘인간’을 스스로 규정할 수 있는 것으로는 믿지 않았기 때문이다. 따라서 개념적 구분 이상의 의미를 부여하기는 어려웠다. 그러나 오늘날 생명공학의 발전은 ‘자연의 개념으로서의 인간’을 법(학)이 전제로 할 수 있다기 보다는 오히려 ‘무엇이 인간인가?’를 법적으로도 결단하지 않으면 안될 상황으로 내몰리고 있다. 여기에 배아의 법적 지위를 둘러싼 매우 어렵고도 심각한 문제가 도사리고 있다.

234) 여기에서는 기본권(규정)으로부터 개인의 주관적 권리 뿐만 아니라 국가의 (기본권적 법익에 대한) 객관적 보호의무가 도출된다는 것을 전제로 하여 논의를 전개한다. 이와 같이 기본권규정에 의하여 주관적 권리로서의 내용과 더불어 객관(법)적인 내용이 보장된다는 기본권의 이중성이론은 이미 헌법학에서 일반적으로 인정되고 있으므로 여기에서 별도의 논의를 하지는 않겠다.

그렇다면 배아를 이용한 연구는 배아의 기본권을 침해하여 위헌적인 것이 되고 배아이용연구를 제한하는 법률을 제정하는 것은 오히려 배아라는 인간의 생명보호의무를 국가가 적절히 이행하는 것이 될 것이다. 왜냐하면 존엄성과 생명이라는 헌법상의 보호법익은 이익형량상 다른 기본권보다 명백하게 우위에 있는 것으로 인정되므로 연구의 자유는 배척되고 따라서 배아이용연구가 금지되는 것이 마땅할 것이기 때문이다. 이러한 배아이용연구에 대한 법률적 규제에 있어서 위반에 대한 제재로서 어떠한 수준이 적당한가는 입법자가 고를 수 있는데, 아마도 보호법익의 중대성에 맞게 강력한 보호수단을 채택할 것으로 예상된다.

#### **나. 배아의 인간성을 부정하는 방향**

다음, 태아에 대하여 인간으로서가 아니라 인간으로 되어가는 존재 내지 생성중인 인간으로서의 지위가 인정되는 것에 비추어, 배아에 대하여도 바로 인간으로서의 지위를 인정하지 아니하고 인간으로서 성장할 잠재성만 가지는 인간이전의 생명체로 인정할 수도 있을 것이다. 물건과 동물보다 상위의 생명체로, 인간보다는 하위의 생명체로 그 중간적 가치성을 인정한다는 것이다. 따라서 존엄성은 인간에게만 인정되는 것으로서 존엄성의 주체는 오로지 인간일 뿐이므로 배아에 대한 존엄성 보호는 탈락된다.

생명권의 경우 우선 (i) 법공동체내의 동등한 당사자로서의 지위 즉 권리주체성으로서의 존엄성이 부여된 인간만을 주체로 한다고 보게 되면 생명권 역시 탈락한다. (ii) 둘째로 인간의 생명은 아니지만 배아의 생명도 생명이고, 배아는 인간으로 성장할 존재이기 때문에 생명보호법익이 태아단계에 멈추지 않고 더 이전으로 소급될 수 있다고 보게 될 경우 배아의 생명보호법익도 인정하되 인간의 생명보호법익보다는 약한 형태로 보호할 수 있는 것으로 볼 가능성도 있을 것이다. (그러나 이 경우 생명법익의 가치단계화가 초래되고 극단적인 경우 ‘살 가치없는 생명’이라는 독일 나치스시대의 반생명적 논리가 끼어들 우려가 있다는 문제가 있다.) (iii) 셋째로 헌법상 인간의 기본권으로서의 생명권의 주체성을 부인한다 하더라도 예컨대 환경권(헌법 제35조 제1항)을 근거로 하여 인간주변의 생명현상 가운데 가장 중요한 생명보호법익으로서 인정하여 국가의 생명보호의무의 대상으로 삼을 가능성이 있다. 이 경우에는 생명보호의 단계화가 가능해진다.

배아의 생명이 인간의 생명이 아니라 하더라도 그에 준하여 어떠한 법적으로 보호할 수 있다면 생명보호의 수준을 배아의 생명을 보호하는 가치와 배아이용연구가 가져올 가치 사이의 형량을 통하여 다단계로 입법적으로 규율할 가능성은 열려 있다고 볼 것이다. 이 경우 그 구체적 판단은 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있다고 볼 수 있다(형량의 prerogative).

### 3. 검토

우선, 전자(배아의 인간성을 인정하는 방향)를 채택하는 경우 인

간배아를 대상으로 한 연구의 자유가 허용될 여지가 없게 된다. 이 방향은 현재 상태에서 이념적으로나 종교적으로나 만족스러운 결과라고 자족할 수는 있을지 모른다. 그러나 (i) 그러한 이념이나 교리가 과거의 시대적 수준에서 형성된 것임을 고려할 때 그것이 영원히 유지될 것인지 아니면 어느 시점에서 새로운 시대상황에 맞도록 조정될 것인지 여부를 확신할 수 없고, (ii) 연구를 봉쇄함으로써 현재세대(뿐만 아니라 미래세대도)의 중대한 고통을 덜어주지 못하게 될 위험이라든가 기회비용, 기회의 상실에 대한 (입법결정자의) 책임의 문제가 있고, (iii) 입법을 하여 강행하는 국가의 경우 생명공학의 발달을 저해하여 그와 연관된 전반적 과학수준을 낙후시킬 위험이 있어 그 후 경쟁력을 상실하여 외국에 종속케 될 위험을 예상할 수 있는데다가, (iv) 현실적으로도 법준수의 실효성이 과연 확보되었는가, 특히 세계적 수준의 단일안이 형성될 가능성도 희박해 보이고 설혹 그것이 가능하다 하더라도 오늘날의 기술수준에 비추어 세계적 수준에서 완벽하게 그 단일안이 강제될 가능성도 희박해 보이는 바, 결국 입법적 규제가 상징화되고 실효성이 없게 될 우려가 있다는 문제가 있다.<sup>235)</sup>

결국, 실제에 있어서는 후자의 방안이 현실적이라고 볼 수밖에 없다. 전자의 방안은 이념상 우월하나 비현실적이라고 아니할 수 없다. 후자의 방안은 현실적이거나 비이념적이라는 한계가 있다. 이 딜

---

235) 특히 우리나라에서는 태아의 생명 보호를 위한 형벌법규(제269조, 제270조의 낙태죄규정)도 사문화되고 있는 것이 현실인데, 그보다 이전 단계의 생명인 배아보호를 위한 (형벌)법규가 범실무상 관철될 수 있을지 의심스럽다고 아니할 수 없다. 물론 배아연구 금지 및 그 위반시의 제재수단으로서의 형벌규정이 가져 올 위축효과(chilling effect)는 부인할 수 없겠지만, 그보다는 연구기금의 선별적 지원 내지 중단, 연구자의 신분예 대한 불이익 등의 행정적 조치가 더 실효성이 있을런지도 모른다.

레마를 어떻게 해결할 것인가?

#### 4. 해결방안

##### 가. 대안으로서의 단계적 입법

배아대상연구의 문제를 알파부터 오메가까지 일거에 해결하는 입법을 추진할 것이 아니라 법의 영역과 윤리의 영역을 칼로 굳듯이 명확히 하지 말고 유동시키는 방안을 생각해 볼 필요가 있다. 즉 공동체의 기본적인 가치를 침해하는 정도가 대단히 높고, 그 위험도 명백하게 인식할 수 있는 행위영역을 우선 규제하는 입법을 만들어 놓고,<sup>236)</sup> 그보다도 하위단계의 위험에 대하여는 전문가단체의 가이드라인을 설정케 하여 그 이행력을 담보하는 강제 수단을 마련하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

##### 나. 입법에 대한 위헌성심사

입법의 위헌성심사에 있어서 헌법규범, 따라서 기본권규정은 통제규범으로 이해되기 때문에 입법이 그러한 기본권을 보호하는 최소수준을 넘고 있느냐만을 기준으로 하여 심사하게 된다. 배아의 법적 지위를 인간으로 단정한다면 달라지겠으나, 그렇지 아니할 경우 배아의 보호와 연구의 자유 보호 사이의 형량에 있어서 입법자에게 우선적 결정권(이른바 형량의 prerogative)이 인정될 것이다. 따라서

---

236) 예컨대 인간개체를 복제하는 행위라든가 인간과 동물의 유전정보를 조합하는 등 인간이라는 종(species)의 보존을 위협하는 행위는 인간의 존엄과 가치에 대한 명백한 침해로서 금지되어야 한다는 데 이론이 없다.

입법자의 입법형성에 있어서의 재량의 폭을 넓게 인정하여야 할 것이기 때문에 헌법합치적 입법의 스펙트럼을 극단적으로 좁힐 수는 없다. 결국 연구의 자유와 배아의 보호법익이 어떤 식의 비례관계에 따라(법률로) 제한되든 그(법률)에 대한 위헌결정을 내리기는 어려울 것이다.

## VI. 맺음말

통제가능한 한도 내에서 ‘모험’을 감행하여 새로이 발견되거나 생각해진 결과들 가운데서 ‘통제가능성의 수준’을 향상시켜 가능해진 새로운 통제가능성 하에서 그 다음 단계의 통제가능한 ‘모험’을 감행하는 식의 단계적 전진이 생명공학시대에 있어서 과학연구자에게나 (연구의 자유를 제한하라는 압박을 받고 있는) 입법자에게나 공히 기대되는 ‘현명한 태도’가 아닐까 생각한다. 과학연구자는 윤리적 시비가 비교적 적은 연구부터 진행하고, 입법자는 윤리적 시비가 심각한 연구영역 중에서 그 위험이 명백한 연구행위부터 규제하되 연구가 진행되는 추이를 보아가면서 단계적으로 개입의 범위를 조정해 나가는 것이 바람직할 것으로 본다.

생명공학시대에 이르러 연구의 허용범위에 대한 결정이 이제 연구자 개인에게만 맡겨질 수 없고 전문가집단에 의한 객관화된 윤리적 통제, 나아가 국가의 법률적 통제가 불가피한 부분이 있음은 전술한 바와 같다. 그럼에도 불구하고 여전히 법은 항상 최후의 (통제)수단이지 최초의 (통제)수단이 아니다. 연구자들이 자신들의 학문공동체 안에서 스스로 합의하여 설정한 (객관화된) 윤리기준도 최

초의 (통제)수단이 되지 못한다. 연구자 개인이 자신의 연구를 얼마나 진지하게 생각하며, 그 가능한 결과에 대하여 얼마나 성실할 수 있는지를 스스로 돌아보느냐 하는 것이 바로 최초의 (통제)수단이라는 점은 학문연구의 특성상 변할 수 없는 대원칙이다. 그리고 인류의 생존에 심각한 위해를 초래할 위험이 이미 개인연구자의 연구실에서 바로 시작될 수 있는 시대에 우리가 살고 있음을 고려할 때 이 최초의 (통제)수단이 오늘날에도 여전히 대단히 중요하다는 것을 고백하지 않을 수 없다. 어느 시대에 있어서도 오늘날처럼 어떤 개인 연구자의 주관적 ‘책임’의식에 전 인류의 운명을 매달고 초조해본 적은 일찌기 없었다. 책임에 대한 성찰이 연구에 앞서 요청되는 소이다. 자신이 걷고 있는 길에서 ‘책임을 질 수 있는 만큼만’ 걷고, 그 결과를 보아 다시 어느 만큼 책임을 질 수 있는지 생각한 연후에 다시 ‘그만큼만’ 걷는 식의 신중한 자세가 위험을 안고 살 수밖에 없는 이 시대의 요청이 아닐까. 독일의 법철학자 아르투어 카우프만이 역설한 대로, “당신의 행위의 결과가 인류의 고통을 가능한 한 회피하거나 축소시키기에 알맞도록 행위하라”(그의 이른바 ‘관용의 정언명령’).<sup>237)</sup>

---

237) Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997, S. 344.

# 選舉와 法治 그리고 美國民主主義

裴輔允  
憲法研究官

- 目次 -

## I. 서론

## II. 2000년 미국대통령선거소송 판결(Bush v. Gore)

### 1. 사건의 개요

### 2. 판결(Bush v. Gore)의 요지

#### 가. 다수의견(Per Curiam)

#### 나. Chief Justice Rehnquist와 Justice Scalia · Thomas의 보충의견(Concurring)

#### 다. Justice Stevens · Ginsburg · Breyer의 반대의견

#### 라. Justice Souter · Breyer · Stevens · Ginsburg의 반대의견

#### 마. Justice Ginsburg · Stevens · Souter · Breyer의 반대의견

#### 바. Justice Breyer · Stevens · Ginsburg · Souter의 반대의견

## III. 판결에 대한 검토

### 1. 미국 헌법 제2장 제1조 제2문(대통령선거인의 지명방법) 위반문제

2. 미국 수정헌법 제14조 상 평등보호 및 적법절차 위반문제
3. 구제수단(remedy)의 문제
4. certiorari의 인정과 Court의 국가기관으로서의 역할
5. 질서와 민주주의, 그리고 rule of law

#### IV 결 론

## I. 서론

민주주의에 있어서 선거가 핵심적이고 본질적인 요소라는 데는 웨언을 요하지 않는다. 더구나 대통령제 국가에서 대통령 선거는 그 나라와 국민의 운명과 삶의 방향에 영향을 줄 만큼 그 중요성은 대단히 크다. 따라서 그 선거과정과 절차의 합헌성과 합법성은 민주주의를 보장하는 필수적인 요소이고, 그에 대한 사법부의 역할 또한 중요하다고 하지 않을 수 없다. 그런 의미에서 2000년 미국대통령선거소송사건 판결은 선거와 법치, 미국민주주의 그리고 사법부의 역할과 기능의 현주소를 엿볼 수 있는 좋은 교재이다.

## II. 2000년 미국대통령선거소송 판결(Bush v. Gore)

### 1. 사건의 개요

2000년 미국 대통령선거(실제로는 대통령 선거인 지명을 위한 선거)의 다음날인 2000. 11. 8. 플로리다 주의 선거당국은 동 주의 대통령선거 선거인 선거에서 미국 공화당 대통령선거 후보인 Bush-Cheney(이하 “Bush 후보”라고만 한다)가 2,909,135표를, 미국 민주당 대통령선거 후보인 Gore-Lieberman(이하 “Gore 후보”라고만 한다)가 2,907,351표를 획득, Bush 후보가 1,784표 차로 승리하였다고 발표하였다.

플로리다 주 선거법 §102.141(4)에 의하면 표차가 0.5%이하일 때에는 자동적으로 기계식 검표를 하도록 규정되어 있고, 그에 따라 검표한 결과, 양 후보의 표차는 좁혀졌지만 여전히 Bush 후보의 승

리였다.

이에 Gore 후보는 플로리다 주 선거법 §102.166(2000)에 의하여 같은 주 Volusia, Palm Beach, Broward, Miami-Dade Counties 선거구에 대한 수검표(手檢票)를 청구하였다.

플로리다 주의 국무장관 Katherine Harris는 동 선거법 §102.111, 102.112에 규정된 개표의 최종시한에 해당하는 2000. 11. 14.을 변경하기를 거부하였고, Supreme Court of Florida(이하 “SCF”라 약칭한다)는 그 개표의 최종시한을 2000. 11. 26.로 설정하는 판결을 하였다. 그런데 이 판결은 Supreme Court of The United States(이하 “SCUS”라 약칭한다)에 의하여 그 근거가 불명확하다고 하여 SCF에 파기 환송되었다.

플로리다 주의 선거관리위원회는 2000. 11. 26. 동 주의 대통령선거 선거인단 선거의 결과를 공식확인하고, Bush 후보가 승리하여 대통령선거의 플로리다 주 선거인단 25인의 표를 확보하였다고 선언하였다.

그러자 Gore 후보는 2000. 11. 27. 플로리다 주 선거법 §102.168에 의거하여 Leon County Circuit Court에 위 선거관리위원회의 선거결과 공표의 효력을 다투는 소송을 제기하였다. 특히 플로리다 주 Palm Beach County 등 3개의 선거구의 5개점에 관하여 선거의 결과에 의혹이 있거나 그 결과를 변화시킬 만한 유효하지 못한 투표가 결과에 산입되었거나 유효투표가 표계산에 누락되었다고 주장하였다. 그러나 the Circuit Court는 그 증거가 없다고 이를 기각하였고, 이에 Gore 후보는 SCF에 상고하였다(주 항소법원에 의하여 그 중요성과 긴급성이 인정되어 바로 SCF의 관할권이 인정되었다).

SCF는 2000. 12. 8. Miami-Dade County(이하 “MDC”라고만 한다)의 9,000표에 대한 수검표(手檢票)를 명하고, Palm Beach

County(이하 “PBC”라고만 한다)의 215표와 MDC의 168표를 Gore 후보에 추가 산입하라고 명하고, 플로리다 주의 모든 County에 대한 수검표를 요청하고, 그 수검표를 즉시 시작할 것을 명하는 판결을 하였다 (Gore v. Katherine Harris)<sup>238</sup>).

238) 이 사건 판결에서 SCF는 4:3으로 결론을 내렸는데, 그 판결요지는 다음과 같다.

**(a) 다수의견** (Anstead, Pariente, Lewis and Quince, JJ.)

- 유효투표(legal vote)란 투표자의 의사가 명확히 인지되는 것을 말한다. 따라서 MDC 선거구의 9,000표에 대한 수검표를 명하고, 그와 같은 경우, Circuit 판사에게 그에 대한 적절한 구제를 명할 광범한 재량권을 부여하고 있는 플로리다 주 선거법 규정에 따라, SCF는 Circuit Court가 각 선거구역에서 개별적으로 선거관리위원회 등 관계 공무원에게 개표결과에 누락되어 산입되지 못한 투표(undervote)에 대하여 수검표를 명할 수 있다. 또한 이미 수검표를 한 PBC와 MDC의 각 215표와 168표를 Gore 후보에 산입할 것을 명한다. 이것은 개표의 최종시한인 11. 26. 전에 시작하여 계속된 검표의 결과이고 단지 그것이 그 최종시한 후에 확인되었다고 하여 계산에서 배제할 수 없다. MDC선거구의 경우는 확인된 168표가 이 선거구에서 행한 부분적인 수검표의 결과이기는 하지만 선거의 결과를 변화시킬 수 있는 유효표이므로 이를 개표 결과에 산입하여야 한다.
- 미국 헌법 제2장 제1조 제2문(Article II, section I, clause 2)에 의하면, 주 의회가 정하는 방법에 의하여 대통령선거인을 선택하도록 규정하고 있는데, 주 의회는 입법을 통하여 그 권한을 행사하고 규율하게 된다. 그리고 미국 대통령선거법 제5조(3 U.S.C. §5)에 의하면 대통령선거인 지명에 대하여 분쟁이 생긴 경우, 그에 대한 결정은 입법, 사법 등 기타의 방법과 절차로 해결하도록 규정하고 있다. 이에 관한 플로리다 법률 규정이 선거이의 소송에 관한 플로리다 주 선거법 §102.168(2000)이다. 선거소송 규정의 목적은 간이하고 신속한 구제수단의 제공에 있으며, 선거권(right to vote)을 무색하게 되지 않도록 하는 것이다. 동 규정에 의하면, 선거결과에 의혹이 있거나 그 결과를 바꿀 수 있을 만한 부적법한 투표가 인정되었거나 적법유효한 투표가 산입되지 아니한 경우에는 그 선거 결과가 공식적으로 확인된 때로부터 10일 이내에 또는 플로리다 주 선거법 §102.166(1)에 의한 선거결과에 대한이의신청에 대한 결정 후 5일 이내에 Circuit Court에 선거결과에 대한이의소송을 제기할 수 있다(§102.168(2),(3)). 그리고 동법 §102.168(8)에 의하면, Circuit Court 판사에게 필요한 조사 등 사실 규명을 할 수 있고(investigated, examined, or checked), 당사자가 주장한 오류를 방지하거나 바로잡을 수 있으며, 상황에 따라 적절한 구제수단을 강구 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 선거 결과에 이의소송을 제기할 수 있는 권리는 플로리다 주에서 1845년 이래 오랫동안 계속 인정되어온 것이고 선거에서 개표의 잘못을 바로잡는 것은 공직에 출마한 모든 후보자의 특권이다. 그리고 1997년 플로리다 하원 선거개혁위원회의 선거이의와 재검표에 관한 기획안에도 재검표도 전체적으로 선거과정의 일부이고 투표자의 의사가 올바르게 반영될 수 있도록 정확히 개표하여야 하고 필요하다면 재검표를 하여야 한다고 되어 있다.
- Trial Court 판사는 지방 선거관리위원회에는 선거관리에 광범위한 재량권이 부여되어 있으므로 명백한 재량 남용의 경우를 제외하고는 Court가 그 결정을 취소할 수 없다고 판결하였으나, 선거이의 소송에서 Trial Court는 선거관리위원회의 결정에 대한 항소법원의 지위에 있는 것이 아니므로, 선거절차에 관한 선거관리위원회

의 결정은 선거이의 소송에서 증거를 형성할 수 있고, 선거관리위원회의 결정이 선거이의 소송과정에서 허용되는 재량권 남용의 심사기준에 합치되지 않을 수 있다. 이 사건의 경우 Trial Court는 선거관리위원회의 결정을 심사할 재량남용기준을 적용함에 있어서 자신의 권한을 부적절하게 포기한 잘못을 저질렀다.

- 플로리다 주 선거법 §102.168(3)(c)에 규정된 유효투표의 수는 분쟁의 대상이 되어 선거이의 소송이 제기된 유효투표의 수에 국한되지만, 선거의 결과는 투표자의 의사에 의하여 결정된다는 기본원칙, 선거이의 소송에서 적절한 구제수단을 제공하여 분쟁을 종국적으로 해결하도록 Court에 광범위한 재량을 부여하고 있는 동법 §102.168의 규정, 투표자의 의사를 명백히 확인할 수 있는 경우에는 이를 무시할 수 없다고 규정하고 있는 동법 §101.5614 및 분쟁의 종국적 해결이라는 절대적인 필요성 등을 감안하여, MDC 뿐만 아니라 플로리다 주 전 County에서 누락된 모든 유효투표에 대하여 수검표를 명하는 것이다.
- Trial Court는 MDC의 경우 선거결과에 영향을 미치는지 여부에 관한 입증은 없다고 판결하였는데, 기록에 의하면 최소한 9,000표의 계산되지 못한 유효표가 있는 것이 확실하고, 그것은 선거의 결과에 영향을 미치기에 충분한 분량이다. 그것은 통계적 증거에서 뿐만 아니라 검표의 경험적 사실에서도 알 수 있는 것이다.

**(b) 반대의견 1(Wells, C.J.)**

- MDC 뿐만 아니라 플로리다 주 모든 지역에서 표계산에서 누락된 투표에 대한 수검표를 명하는 다수의견은 2000. 11. 7. 현재 플로리다 주 법에 근거가 없고, 검표 기준 또한 현저하지 못하고 애매하며, 그 권한 행사자의 신뢰성, 전문성 및 객관성이 결여되어 있다. 그리고 이와 같은 선거이의에 관하여 사법절차를 계속진행시키는 것은 유래가 없었을 뿐만 아니라 헌법위기를 초래할 수도 있으므로 깊은 우려를 금할 수 없다.
- 선거에 대하여 이의를 제기할 권리는 Common law상 인정되는 것은 아니고, 의회의 제정법에 의하여 비로소 인정되는 것이며, Court는 플로리다 선거법을 집행하는 기관의 결정을 존중해야 한다는 것이다. 기록에 의하면 Trial Court는 투개표절차에 특히 부정, 부주의, 부적절한 영향, 강압, 사위 등의 사유를 발견할 수 없었다. 역사적으로 Court는 선거에 있어서는 특히 사위 등의 사유가 있을 때에만 개입하였다. 민주주의의 발전은 판사가 아니라 유권자에 의하여 결정되는 선거에 달려있기 때문에, 선거에 관한 한 사법부의 자제는 절대적으로 필요하다.
- 개표결과에 대한 이의나 수검표 요청은 먼저 선거관리위원회에 제기하여야 하고 (§102.166), 일단 그 이의가 제기되면 법에 따라 그 선거관리위원회는 그에 대한 재량권을 갖는다고 해석해야 하고 (§102.166(4)), Court는 투개표절차에 불규칙하거나 부정확한 것이 있을 때에만 수검표를 명할 수 있다.
- 다수의견은 동법 §101.5614 규정을 근거로 제시하나, 그것은 자동기계장치로 표계산을 할 수 없을 만큼 투표용지가 손상되거나 결함이 있을 때에 적용되는 것인데, MDC 9,000표의 경우 그 투표용지가 손상되거나 결함이 있다고 볼 자료가 없다. 그리고 투표자의 의사를 명확히 확인할 수 있는 모든 표는 계산되어야 한다는 것은 의심의 여지가 없으나, 문제는 선거관리위원회가 어떻게 그것을 확인하는가 하는 것이다. 계산할 것인가 말 것인가? 제대로 기표하였다고 볼 것인가? 이에 대하여 선거관리위원회는 부동의 한 것이다. MDC 선거관리위원회는 2000. 11. 19.에 시작한 수검표를 계속하지 않기로 결정한 것이 재량권을 남용하였다고 할 수 없다. PBC의 경우 투표자의 의사를 확인할 수 없어서 거부한 것이므로 그 선거관리위원회의 결정에 재량권을 남용하였다고 할 수 없다.
- 다수의견에 의하면 2000. 11. 7. 이후 규칙을 변경한 것이 되는 것 뿐만 아니라,

한편 이에 대하여 Bush 후보는 SCUS에 긴급상고(emergency application)를 제기하였고, SCUS는 2000. 12. 9. 판결 결과에 따라 Bush에게 회복할 수 없는 손해가 발생될 수 있다고 하여 위 SCF

---

2000. 12. 26. Court가 정한 규칙도 변경한 것이되고, 그것은 대통령선거인 지명에 대한 의회의 전속적 권한을 규정하고 있는 미국헌법 제2장 제1조 제2문 및 투표자의 의사확인 권한을 선거관리위원회에게 부여한 동법 §102.166(7)(b)에 위배된다. 대통령 선거법 §5 상 분쟁해결의 최종기한은 12. 12.임을 감안할 때 수검표 절차를 수행하는데 시간상 문제점도 있다. 플로리다 의회가 대통령선거에 관한 분쟁해결의 결정권한을 Court에 부여하였는지 여부는 불확실하다. 그리고 적절한 구제수단이 없다.

**(c) 반대의견 2(Harding, J./ Shaw, J)**

- 원심판결의 결론에 있어서는 동의하나, 이유구성 중 재량남용기준은 플로리다 주 선거법 §102.166 규정에 의한 이의신청절차에 있어서 선거관리위원회의 행위를 평가할 때에는 적용되나, 같은 법 §102.168 선거이의 소송절차에는 법적 문제에 대한 다툼이므로 적용할 수 없는데, 원심판결은 이를 혼동하여 2가지 절차 모두에 이 심사기준을 적용하였다.
- 상고인은 선거관리위원회에 의하여 개표결과에 산입하는 것이 부인된 투표의 수가 주 전체 선거의 결과에 영향을 미치기에 충분한가에 대한 입증을 하지 못하였다. 더구나 이 사건의 경우 적절한 구제수단이 존재하는지 여부가 의심스럽다. 적어도 일단 기계에 의하여 계산되었을 지라도 대통령 선거과정에 산입되지 못한 표의 문제는 주 전체에 해당되는 것인데 상고인은 그 일부분만의 구제를 요청하고 있다. 대통령 선거는 한 지방의 문제가 아니므로 위 같은 법 §102.168 상의 결과가 바뀔 가능성이 있는 후보(unsuccessful candidate) 개념도 주 전체 단위 선거결과 차원에서 해석 적용해야 하는데, 상고인은 이에 관하여 의미있는 통계적 증거를 제시하지 못하였다.
- 미국의 다음 대통령 선출을 위한 2000. 11. 7. 선거의 결과를 확정하기 위하여 단 1 개 County에 있어서 누락된 표에 대한 재검표를 허용하는 것은 분명히 타당하지 않다. 우리는 법치국가이고 자유국가로서 생존과 번영을 구가하는데 그 기반은 법의 지배에 있다. 형평성은 이러한 규칙을 따름으로써 이루어 질 수 있다.
- 법에 의한 분명한 구제수단은 12. 12. 까지 주 전체에서 누락된 170,000표에 대한 재검표를 실시하는 것인데, 실시한다고 하더라도 시간상의 제약과 정확성, 신뢰성을 확보하기 어렵다고 할 것이다. 설사 12. 12. 까지 주차원의 재검표가 일부 완료되었다 하더라도 그 부분적인 재검표를 받아들일 수는 없을 것이다. 이러한 선거 결과에 대한 불확실성은 현재 존재하는 것보다 다수의견이 제시한 구제수단으로 인하여 더 커질 것이다. 우리는 게임에 지지 않았다. 다만, 시간이 모자랐을 뿐이다.

의 판결에 따라 진행되고 있던 수검표 절차의 진행을 정지시킴과 동시에 certiorari를 인정하고, 2000. 12. 12. 위 SCF의 판결을 파기 환송하는 판결(Bush v. Gore)을 하였다.

## 2. 판결(Bush v. Gore)의 요지

### 가. 다수의견(Per Curiam)<sup>239)</sup>

· 투표자가 일부로 또는 실수로 2인 이상의 후보자에게 기표하거나 1인의 후보자에게 기표하였으나 그 기표가 불완전하여 개표 결과에 계산되지 아니한 투표수는 전국적으로 약 2%로 추산되고 있다. AP 통신의 11. 28. 보도에 따르면, 그 수는 200만 표에 달한다고 한다.

· 이 사건은 투표를 천공카드기표방식 기계를 사용할 때, 투표자가 확실하고 완전하게 기표하지 아니한 경우에는 불행하게도 기계가 그 기표를 인식하지 못함으로써 표 계산에서 누락될 수 있다는 것을 보여 주었다. 이 사건 이후 의회에서 투표기와 그 기술적 방식에 대하여 개선책을 마련할 것이다.

· 미국 국민은 주의 의회가 대통령 선거인단 구성원 지명권한의 행사 방법으로 주 전체 단위의 일반선거를 실시하는 것을 채택하여야 비로소 미국 대통령 선거인 선출을 위한 연방 헌법상 선거권을 가지게 된다. 그리고 주 의회에서 그와 같은 방식을 채택하지 아니하면 그 헌법상 권리를 갖지 못하게 된다(미국 헌법 Art. II, §1)<sup>240)</sup>.

---

239) Court의 결론적인 다수의견을 익명으로 제시하는 것

240) U.S. Constitution Article II

section 1. [2] Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress; but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.

· 주 의회의 대통령 선거인에 대한 지명방식의 결정 권한은 전속적인 것이다.<sup>241)</sup> 미국 헌법 기초 후 수년동안 수 개의 주에서 채택한 바와 같이, 주 의회 스스로가 대통령 선거인을 직접 선출하는 방식을 채택할 수도 있는데, 점차 미국 유권자의 직접적인 의사를 묻는 방식을 선호하게 되었고, 오늘날에 와서는 각 주별로 미국 유권자 스스로 대통령 선거인을 위한 직접 투표를 하게 되었다.

· 주 의회가 그 주민 개개인에게 대통령 선출을 위하여 투표할 권리를 부여하는 경우에 그 투표권은 헌법상 기본적인(fundamental) 권리에 해당된다. 그 기본적인 권리로서의 성격은 각 투표자의 동등한 존엄성과 각 투표가치의 평등성에서 유래한다. 주 의회가 위와 같이 그 주민에게 투표권을 부여한 후에도 그 대통령 선거인 지명 방식을 철회할 수도 있다. 어쨌든 그 권한을 어떻게 설정할 것인가는 주 의회의 전속적인 권한임에는 의심의 여지가 없다.

· 일단 동일한 조건하에서 투표권이 인정되었다면, 주는 후에 이에 대하여 불평등하고 자의적으로 취급할 수는 없고, 어느 누구의 투표가치를 다른 사람의 투표가치 보다 높게 평가해서는 안된다.<sup>242)</sup> 그것은 전체적으로 보아 선거권의 자유로운 행사를 저해하는 정도로 국민의 투표가치가 저평가 되거나 그 표의 상대적인 비중 감소를 초래함으로써 보통선거권이 부인되어서는 안된다는 것이다.<sup>243)</sup>

· 이 사건에서 특히 문제되는 것은 SCF가 채택한 검표절차가 투표자를 자의적이고 편파적으로 취급한 것인가 하는 점이다.

---

241) McPherson v. Blacker, 146 U.S. 1, 35 (1892).

242) Harper v. Virginia Bd. of Elections, 383 U.S. 663,665 (1966).

243) Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 555 (1964).

· SCF의 판결에 따라 수행되는 검표방식은 기본적인 권리를 확보하기 위하여 자의적인 취급을 막기 위한 최소한의 필요 요건을 충족하지 못하였다. SCF의 검표에 대한 기본적인 명령은 “투표자의 의사”에 초점을 맞춘 것이나, 그것은 추상적인 전제이며 기본원칙일 뿐이고, 객관적인 것이 아니며 평등하게 적용할 구체적인 기준이 결여되어 있다는 문제가 있다. 일반적인 경우, 투표자의 의사를 결정할 통일적인 규칙의 형성이 필요한 것이다.

· 문제는 증인을 믿을 것인가 여부가 아니라 기계가 인식하지 못할 정도로 애매하게 기표한 것을 어떻게 해석할 것인가로서, 그 사실확인의 대상은 사람이 아니라 물건이다. 그 투표자의 의사의 확인은 통일적인 취급을 확보하도록 고안된 구체적인 규칙에 의하여 할 수 있다. 그와 같은 규칙의 결여는 여러 가지 점에서 투표에 대한 불평등한 평가를 야기하게 될 것이다(Gore v. Harriss, Wells, J., dissenting).

· 그런데 이 사건의 구두 변론에 의하면, 문제된 투표에 대한 유효 여부를 가름하는데 대한 기준이 County 사이에 다를 뿐만 아니라, 동일한 County의 검표조 사이에도 차이가 날 여지가 있고, 그 외 이 사건 기록에서도 그와 같은 사례가 보인다. MDC의 감시요원의 증언에 의하면, 동 선거관리위원회의 3위원 사이에도 유효투표 여부를 결정하는데 각각 다른 기준이 적용되었다고 한다. 그리고 최소한 하나의 County에서 검표하는 과정에서 그 평가 기준이 변경되었음이 밝혀졌다. PBC가 그 예이다.

· 기존 판례에서 확립된 1인1표의 원칙에 의하면, 어떤 주가 투표자를 다른 주와 달리 자의적이고 편파적으로 취급하여서는 안된다는 것이다.<sup>244)</sup> SCUS는 규모가 큰 County 주민의 영향력을 상대적으로 감소시키는 지명절차를 효력이 없다고 판결한 바 있는데, 그 판결에

---

244) Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963).

서, 어떤 한 집단에 다른 집단보다 더 큰 투표가치를 인정할 수 있다는 생각은 1인1표를 기반으로 하는 대의제 정부의 적이다라고 하였다.<sup>245)</sup> 그런데 SCF는 이와 같은 불평등한 취급을 승인한 것이다.

· SCF는 MDC와 PBC의 검표결과 유효표로 확인된 총수를 개표공식 집계에 포함시키라고 명령하였고, FSS가 11. 14. 동 주의 선거에 대한 개표결과를 공식 확인 한 후까지도 완료되지 않았던 Broward County의 검표에서 유효표로 확인된 것도 비록 그 County의 공식집계에 대하여 Gore 후보가 다투고 있지 않았다고 하더라도 포함시키라고 판결하였다. 그러나 이 경우 무엇이 유효투표인가를 결정하는데 County마다 다른 기준이 적용되었다.

· 더구나 이들 3 County의 검표는 투표는 하였으나 그 기표를 기계가 인식하지 못하여 개표결과에 산입되지 못한 표, 소위 “undervote”에만 국한시키지 아니하고 모든 투표로 확장되었다. 이러한 차이는 실제로 다른 결과를 가져오게 된다. 모든 투표용지에 대한 수검표는 투표하지 않은 것으로 간주된 것(novote) 뿐만 아니라, 2인 이상의 후보에게 기표한 것 이른바 “overvote”도 확인하는 것이다. 그런데 이것은 사소한 문제가 아니다. 이 사건 구두변론에서 피고는 Florida 주 전체의 overvote를 110,000표로 추산하였다. overvote의 경우에는 그 투표자의 진정한 의사를 가리기도 힘들 뿐만 아니라, 설사 투표자의 의사를 확인할 필요적 징후가 밝혀졌다고 하더라도, undervote의 경우에 비하여 그 표를 산입할 같은 기회를 갖지 못하게 된다. 또한 그 경우 기계가 기표한 것 중 어느 하나를 인식한 때에는 그것이 설사 무효로 처리되어야 하는 것이라 하더라도 표로 계산될 것이다.

---

245) Moor v. Ogilvie, 394 U.S. 814 (1969).

· SCF는 MDC의 일부 완료된 검표 결과도 개표의 공식집계에 산입 하라고 명령하였다. SCF의 판결은 최종 공식집계에 포함될 검표가 종료되어야 한다는 것에 대한 확신을 주지 못하고 있다. 피고는 최종 공식집계시점까지 완료된 일부의 검표 결과를 산입하는 것이 검표절차규칙에 부합된다고 주장하였고, SCF의 판결은 이를 받아들인 것으로 판단된다.

· 그러나 시간상의 제약으로 인하여 헌법적 중요성이 감소되는 것은 아니다. 신속성 때문에 평등보호가 무시되어도 된다는 것은 일반적인 양해 대상이 아니다. 그 밖에도 SCF의 판결에 따라 투표수를 계산하는 경우에는 실제 그 절차상 다음과 같은 문제점이 부가적으로 발생하게 된다.

· SCF의 명령에는 누가 검표를 수행할 것인가에 대한 구체성이 결여되어 있다. 선거관리위원회가 투표를 해석하거나 관장한 경험이 없는 순회재판소의 판사로 구성된 임시단체와 더불어 그 임무를 수행할 수밖에 없는데, 더구나 검표에 대한 감시는 허용되나 검표동안 그에 대한 거부는 금지된다.

· 위에서 언급된 이러한 검표절차는, 단 한 주의 사법 관리에 의하여 주 전체에 대한 검표를 하는 특정한 경우, 각 투표자의 기본적인 권리를 보장하기 위하여 필요한 최소한의 절차적인 보장에 합치되지 아니한다.

· 법원이 주 전체에 효력이 미치는 구제를 명하는 때에는 취급의 평등성과 기본적 공정성이라는 기초적인 요건을 충족하고 있다는 확신이 있어야 한다. 그런데 이 사건 선거 결과 이의에 관한 규정은, SCF에서 명령하였듯이, 선거 결과에 대한 국민들의 신뢰를 뒷받침하리라고 생각되는 것도 아니고, 그 절차에 필요한 보장장치가 마련되어 있다고 보기도 어렵다. 예컨대, Chief Justice Wells가 반

대의견에서 주의를 환기시키고 있지만, 문제는 110,000표에 달하는 이른바 overvote 문제에 대하여는 다루고 있지 아니하다는 것이다.

· 분명한 것은 검표가 평등보호와 적법절차원칙에 부합되게 진행되어야 한다는 것이다. 즉, 무엇이 유효투표인가를 결정하는데 있어서 주 전체에 일반적으로 적용될 수 있는 적합한 기준을 채택하여야 하고, 그것을 실시하기 위한 실현 가능한 구체적인 절차가 필요하며, 아울러 그 과정에서 발생하는 분쟁에 대한 정연한 사법심사가 필요하다.

· 더구나 FSS는 이른바 undervote의 경우만을 가려내기 위하여 검표하자고 권고하였다. 그리고 만약 이른바 overvote에 대한 검표도 필요하다면, 2차로 검증하면 될 것이다. 그런데 Florida 선거법 §101.015(2000)에 의하면, 이러한 목적으로 장비나 새로운 방식을 채택 사용하는 경우에는 FSS에 의하여 그 정확성 여부에 대한 평가를 받도록 규정하고 있다.

· SCF는 Palm Beach Canvassing Bd. v. Harris, 2000 WL 1725434 사건 판결에서, 대통령선거법 §5<sup>246</sup>)에 의하면, 입법자는 대통령 선거인이 연방선거절차에 완전히 참여하도록 의도하고 있다고 하였다. 위 규정은 대통령 선거인이 최종적인 선출을 할 수 있도록 하기 위하여 선거에 대한 이의나 분쟁은 12. 12. 까지 끝내도록 하

---

246) 3 U.S.C. §5 Determination of controversy as to appointment of electors

If any State shall have provided, by laws enacted prior to the day fixed for the appointment of the electors, for its final determination of any controversy or contest concerning the appointment of all or any of the electors of such State, by judicial or other methods or procedures, and such determination shall have been made at least six days before the time fixed for the meeting of the electors, such determination made pursuant to such law so existing on said day, and made at least six days prior to said time of meeting of the electors, shall be conclusive, and shall govern in the counting of the electoral votes as provided in the Constitution, and as hereinafter regulated, so far as the ascertainment of the electors appointed by such State is concerned.

고 있다. 그 날이 당도하였는데, SCF의 명령에 의하여 진행된 검표절차로서 어떤 것도 최소한의 헌법 기준에 부합되는 것은 없다.

· 12. 12. 에 맞추고자 하는 어떠한 검표도 위에서 언급한 바와 같은 이유로 위헌임이 명백하므로, 우리는 SCF의 검표진행을 명하는 판결을 파기하는 것이다.

· 7인의 Justice가 SCF의 검표명령에 대하여 문제가 있다는데 동의하였다. 그 중 Justice Souter와 Justice Breyer는 구체수단에 관한 반대 의견을 제시하였다.

· 우리는 누구보다도 더 사법권의 필요한 한계에 대하여 충분히 인식하고 있었고, 대통령의 선출을 국민과 그들의 대표자인 의회를 통하여 정치적 영역에 맡기고 있는 헌법의 의사를 존중하고 있었다. 그러나 이 사건 분쟁의 당사자들이 Court에 제소하였을 때, 우리는 스스로 청한 것은 아니지만 사법제도가 직면하지 않으면 안되는 연방문제와 헌법적 쟁점에 대하여 결정할 책임을 지게 되었다.

이상과 같은 이유로, 당 Court의 견해에 따라 절차를 재개하도록 SCF의 판결을 파기 환송한다.

#### **나. Chief Justice Rehnquist<sup>247</sup>와 Justice Scalia · Thomas의 보충의견(Concurring)**

· 미국헌법(Art. II, §1, Cl. 2)에 의하면, 대통령 선거인의 지명에 있어서는 주 의회의 입장을 존중해야 한다는 것이 헌법적인 의무이고, 일반적인 입법 체계는 법원의 해석을 통하여 바꿀 수 없다. 이는 주 법원의 해석을 존중하지 않는 것이 아니라 주 의회의 권한을 존중한다는 것이다. 유효투표(legal vote)에 대한 해석 및 재검표 기

---

247) 이태릭체로 표시한 것은 당해의견의 집필자이다. 이하 같다.

한에 대한 판결은 플로리다 선거법 규정의 한계를 벗어난 것이다.

· SCF의 재검표 명령에 따라 검표를 한다고 하더라도, 12. 8.부터 미국 대통령 선거법 제5조(3 U.S.C. §5)의 최종시한인 12. 12.까지 4일 동안 Florida 주 67개 County 중 64개 County에 걸쳐 수만의 Undervote에 대한 재검표(결국 약 600만 표에 대한 검토를 하여야 한다)를 마칠 수 없을 것이고, 이는 결국 위 safe harbor 조항을 위태롭게 하는 것이다.

#### 다. *Justice Stevens · Ginsburg · Breyer*의 반대의견

· 미국헌법 Art. II에는 “주 헌법에 따라”라는 제한이 있는데, Florida 주 헌법 V.에 따르면 동 주의 법률은 사법심사의 대상이 된다.

· 대통령선거법 제5조(3 U.S.C. §5)는 선거분쟁이 생긴 경우, 대통령 선거인이 대통령 선출을 위한 투표를 하기 전에 법률에 의하여 설정된 사법적 구제수단이나 기타 다른 방법으로 대통령 선거인을 결정하기 위한 긴급피난 내지 긴급구조의 보장 규정이지, 연방법원 판사에게 주의 문제에 대하여 주 법원 판사를 대체할 권한을 부여하는 규정은 아니다 (1960년 선거에서는 하와이 주의 경우, 2명의 선거인 중 1인은 1월 4일에야 지명한 예가 있었다).

· SCF는 법적으로 유효한 투표인지 여부를 결정하는 실질적인 기준을 정하는 문제에 대하여 판결을 한 것은 아니다. 검표에 있어서 투표가치의 평등 문제, County 마다 다른 기준이 적용되었다는 점에 관하여는 이를 완화할 수 있는 제도적 장치가 있다. 궁극적으로 투표자의 의사가 중요한데 그것을 확인하는데 최종적으로 한 사람의 공정한 판사에 맡겨져 있다는 것이다. 즉 법의 지배에 있어서 그 지주인 “판사”에 맡겨져 있는 것이다. 결국 SCF는 플로리다 선

거법 규정을 실질적으로 변경한 것이 아니다.

· 이번 선거에서 진정한 승자가 누구인지는 결코 알 수 없지만 패배한 자는 분명하다. 그것은 법의 지배의 공정한 수호자로서 판사에 대한 국민의 신뢰이다.

## 라. *Justice Souter · Breyer · Stevens · Ginsburg*의 반대의견

· SCF의 판결에 대하여 심사해서는 안되고 검표절차를 중단해서는 안된다.

· 대통령선거법 제5조의 기한은 절대적으로 준수해야 하는 것이 아니고 그 기한이 지나면 safe harbor를 상실할 뿐이며, 동법 제15조(3 U.S.C. §15)의 규정에 의하여 1. 6. 까지 의회에서 대통령 선거인의 투표 결과를 최종적으로 결정하면 되는 것이다. 따라서 SCF의 해석이 대통령선거법 제5조의 규정에 위반되는 것이 아니다(*Souter · Breyer · Stevens · Ginsburg*).

· SCF의 유효투표에 대한 해석은 선거관리위원회의 결정으로 투표자의 의사가 명백히 확인되는 경우에는 그 표를 무시해서는 안된다는 플로리다 선거법 §101.5614(5) 규정과 당사자가 선거에 대하여 이의를 제기하는 경우 판사(Trial Judge)에게 그에 대하여 조사, 확인 및 검토를 하여 교정하거나 그에 대한 적절한 구제수단을 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있는 동법 §102.168(8)(2000)의 규정에 근거한 해석으로서, 불합리한 것이 아니고 새로운 입법이라고 할 만한 권한 유월도 없다. 그리고 다수의견의 판단은 주 법률에 대한 주 법원의 해석을 존중하는 전통적인 견해에 배치되는 해석이다(*Souter · Breyer · Stevens · Ginsburg*).

· 검표를 하는데 있어서 하나의 County에 다른 기준이 적용되었는

데, 선거권자의 기본적인 권리 실현에 있어서 다른 취급을 하는 것을 정당화할 만한 주의 이익이 없으므로, 이러한 차별은 완전히 자의적이다. 그러므로 이 사건을 SCF에 환송하여 통일적인 기준을 설정하고 그에 따라 검표절차를 계속 수행하도록 하여야 할 것이다. 12. 18. 까지 검표를 마칠 수 없다는 다수의견의 판단은 그 근거가 없다. 약 17만표가 차별적 취급을 받았고, 분쟁의 대상이 된 약 6만의 모든 표에 대한 검표를 부인할 정당한 이유가 없다(Souter · Breyer).

#### 마. *Justice Ginsburg · Stevens · Souter · Breyer*의 반대의견

· 연방법에 대한 적절한 적용은 주 법률에 대한 해석에 따라 결정될 수 있다. 때때로 연방법상 권리를 보장하기 위하여 주의 법률을 검토해야 하는 경우가 있다. 그 때 우리는 주의 최고법원의 해석을 존중해 왔다.<sup>248)</sup> 그리고 그 해석 결과에 따라 연방헌법상의 권리가 상실되는 경우에도 주 최고법원의 해석을 존중한 바 있다.<sup>249)</sup> 또한 연방헌법상의 권리가 현안이 되었을 때 조차, 주 법률의 의미가 불명확한 경우 그 해석과 관련하여 주 최고법원의 견해를 존중해 왔다.<sup>250)</sup> 다수의견은 이와 같은 우리 관례의 경향을 반복하는 것이다. 우리가 주 법률에 대한 주 최고법원의 해석을 부인한 경우는 매우 드물었고 그것도 단 3건에 불과하였다.<sup>251)</sup> 그것도 첫 번째 것은 연방조약에 관한 것이고, 나머지 둘은 민권운동과 관련된 것으로 역사적 의미가 담겨져 있는 것이므로, 이 사건의 경우와 비견될 수는

---

248) *General Motors Corp. v. Romein*, 503 U.S. 181(1992).

249) *Central Union Telephone Co. v. Edwardsville*, 269 U.S. 190 (1925).

250) *Arizonans for Official English v. Arizona*, 520 U.S. 43, 79 (1997).

251) *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee*, 7 Cranch 603 (1813), *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449(1958), *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964).

없는 것이다(*Ginsburg · Stevens · Souter · Breyer*).

· 원고는 실질적 평등보호에 대한 주장을 하지 않았다. 완벽한 것이 이상이지만 현실의 세계는 불완전하다. 수 천표가 계산되지 않은 마당에 SCF가 채택한 검표명령이 한쪽으로 경도되어 부정확하고 불공정하다는 견해에는 동의할 수 없다. 대통령선거법 제7조에 의하여 대통령 선거인이 12. 18.에 투표하도록 되어 있고, 같은 법 제12조에 의하면 12. 27.까지 주에서 대통령 선거인 선거에 대하여 확인되지 않을 경우 당해 주 국무장관에게 그 확인서를 보내라고 요청할 수 있다고 규정하고 있으며, 같은 법 제15조에 의하면, 1. 6. 의회에서 선거인의 투표 결과와 그 유효성을 최종적으로 확인하도록 규정하고 있으므로, 같은 법 제5조에서 규정한 12. 12.의 최종시한은 절대적인 것은 아니다. 헌법적으로 합당한 검표는 비현실적이라는 다수의견의 판단은 검증되지 않은 예측에 불과하다. 검증되지 않은 예측으로 미국 대통령을 결정해서는 안된다고 할 것이다(*Ginsburg · Stevens*).

#### 바. *Justice Breyer · Stevens · Ginsburg · Souter*의 반대의견

· 검표에 Overvote를 포함시키지 못하였다는 것과 몇몇 County에서는 Undervote 만이 아니라 모든 표에 대한 검표를 하였다는 것에 대하여, 원고는 그것으로 추가적인 유효표가 확인되었다는데 대한 증거를 제시하지 못하고 있다. 그리고 다수의견에 따르면, 주 단위 선거에서 개별 County의 수검표를 위한 주 법률규정은 모두 무효가 될 것이다. 또한 수검표에 대한 통일적이고 구체적인 기준이 결여되어 있어 기본적인 공정성에 문제가 있다고 다수의견이 지적하고 있지만, 이 사건과 같이 매우 특수한 상황에서는 문제 해결을 위한 공정성의 기본 원칙만 준수하였다면 그것으로 족한 것이다(*Breyer · Stevens · Souter*).

· SCF의 판결을 파기하고 검표절차 전부를 정지한 다수의견의 구체 수단은 바로 다수의견이 보호하고자 하는 공정성의 이익을 오히려 해치는 것으로 정당화될 수 없다. 검표기준에 대한 지시를 하고 계산되지 아니한 모든 표에 대한 검표를 명하는 것이 바람직할 것이다. 향후 일정상 그와 같은 검표를 할 시간이 없다고 하는데 대한 증거가 없고, 그런 증거가 없는 마당에 그에 대한 판단은 주 법원의 견해를 존중해야 할 것이다. 즉, 대통령 선거인이 대통령 선출을 위한 투표를 할 12. 18. 까지 충분히 검표할 수 있는지 여부와 플로리다 법에 따라 수검표를 더 진행할 것인지 여부는 플로리다 주 법원에서 결정할 문제이다. 뉴욕타임즈 12. 1.자 보도에 의하면 천공카드 방식(punch card system)으로 하는 경우 표가 계산에 누락되는 비율은 1.53%로 광학적으로 검색하는 방식(optical scanning system)으로 하는 경우의 0.3%에 비하여 현저하게 높다고 하는데, 수검표는 이와 같은 불평등한 취급을 시정하는 조치이고, SCF의 판결은 이러한 수검표를 명하는 것으로 이를 금지할 이유가 없다(*Breyer · Stevens · Ginsburg · Souter*).

· SCF는 선거결과 확인의 최종시한을 11. 14.에서 11. 26.로 변경하였다고 하는데, 플로리다 선거법은 분쟁기간 중 수검표에 대한 감시·감독 규정을 두고 있을 뿐만 아니라(§102.166(2000)), 같은 법 개표결과 확인의 최종시한 규정(§102.111)은 수검표를 수행하기에는 지나치게 짧은 기한이고, 이울러 기한을 넘긴 결과 확인에 대하여는 이를 무시하여야 한다는(“shall”) 규정(§102.111(1)) 뿐만 아니라, 무시할 수 있다(“may”)는 규정(§102.112(1))도 있는 점을 감안한다면, 그 변경을 이유로 SCF 판결의 파기를 정당화할 수는 없다. 그리고 SCF가 대통령선거법 제5조상의 최종시한인 12. 12.까지 검표하지 못할 수도 있는 검표명령을 하였다는 다수의견에 대하여는,

SCF가 그 기한 내에 검표를 완료할 수 있을 것으로 판단하였는데, 오히려 SCUS가 앞뒤 생각 없이 검표를 중지하였으며, 그 결과 그러한 검표가 완료될 수 있을 것인지에 대하여 결코 알 수 없게 되었다. SCF가 유효투표에 대한 해석을 함에 있어서, 플로리다 선거법 §102.168(3), 3(c)(2000)에 입각한 플로리다 국무장관의 해석을 받아들이지 않고, 같은 법의 다른 규정인 §101.5614(5)(2000)에 근거하여 판단하였다. 플로리다 법 어디에도 플로리다 국무장관의 유권해석이 최종적이며 결정적이라는 규정이 없고, 위와 같은 SCF의 판단은 허용되지 않을 만큼 왜곡되지도 아니하였으며, 같은 법 §102.168(8)(2000)이 플로리다 Circuit Court 판사에게 부여한 권한에 근거한 것이며, 또한 다른 주 법원도 유사한 판결<sup>252)</sup>을 한 바 있다(*Breyer · Stevens · Ginsburg · Souter*).

· 원고는 특히 헌법적 권한 배분에 근거하여 절차에서 최종판단에 이르기까지 기본적 공정성의 문제를 제기하고, 피고는 투표자의 진정한 의사의 기본적 중요성을 강조하고 있는데, 모두 주의 법률에 초점을 맞추고 있지 연방 헌법이 아니다. 헌법과 연방법은 주 법률의 문제에 관하여 연방법원의 관여를 자제하도록 규정하고 있고, 대통령선거법 제5조에 의하면 선거와 관련된 분쟁해결은 주 법원에서 결정하도록 규정하고 있다. 한편 수정헌법 제12조와 1876년 Hayes-Tilden 대통령 선거 후 제정된 선거인의 투표계산에 관한 법률에 의하면, 그 결정에 법원의 관여를 최소화하고 의회에 그 권한과 책임을 부여하고 있다. 그러나 위 1876년 대통령 선거에서 선거와 관련된 분쟁으로 인하여 그 최종적인 결정을 의회의 위원회(상원의원 5인, 하원의원 5인,

---

252) In re Election of U.S. Representative for Second Congressional Dist. 231. Conn. 602, 621. 653A. 2d 79, 90-91 (1994), *Brown v. Carr*. 130 W. Va. 401, 460, 43 S.E. 2d 401, 404-405 (1947).

Supreme Court Justice 5인으로 구성됨)에서 8:7로 하였는데, 그것으로 심각한 분열을 초래하고 결정적인 투표를 한 Justice Bradley는 독직의 구실에 시달려야 했던 휴유증을 남긴 역사적 경험이다. 그러므로 이 사건의 경우, 통일적인 기준에 의하여 재검표를 계속 진행하도록 허용하여야 할 것이다(Breyer · Stevens · Ginsburg).

### III. 판결에 대한 검토<sup>253)</sup>

253) 판결에 대한 검토에 앞서, 참고로 미국 대통령선거제도에 관하여 간략히 살펴보면 다음과 같다. 미국의 대통령 선거제도는 기본적으로 대통령 선거인에 의하여 선출하는 간접선거 방식이라고 할 것이다. 우선 대통령 선거인은 각 주의 의회가 정하는 방식에 따라 지명되는데, 그 수는 그 선거가 실시되는 시점을 기준으로 각 주의 상원 및 하원의원 수 만큼이고, 그 시기는 11월의 첫 번째 월요일 바로 다음 화요일이다(U.S. Constitution Article II, section 1 [2]-[4], 3 U.S.C. §1, §3). 그런데 헌법 기초 후 초기에는 각 주 의회 스스로가 대통령 선거인을 직접 지명하는 주도 있었으나, 오늘날에 와서는 모든 주의 주민이 대통령 선거인 지명을 위한 선거를 통하여 지명하게 되었다. 이에 따라 2000년 대통령 선거에서 선거인 지명을 위한 주 단위 선거는 2000. 11. 7.에 실시되었다. 다음, 위와 같이 정해진 규정에 의하여 각 주의 대통령 선거인이 지명되면, 12월 2번째 수요일 다음 오는 첫 번째 월요일에 주 의회가 정하는 장소에 회합하여 대통령과 부통령 선출을 위한 선거인의 투표권을 행사하는데, 각자 미국 헌법이 정하는 방법에 따라 투표한다(Art. II, §1, 3 U.S.C. §7, §8). 이에 따라 지난 2000년 미국 대통령 선거에서 대통령 선거인의 투표는 2000. 12. 18.에 이루어졌다. 그런데 주에서 법규에 정해진 시기에 대통령 선거인의 지명이 이루어지지 못하는 경우에는 주 의회가 정하는 방법에 따라 지명하도록 규정하고 있고(3 U.S.C. §2), 지난번 선거와 같이 대통령 선거인 지명과 관련한 분쟁 등이 발생한 경우에도, 법률, 사법절차 등 기타 절차 등에 의하여, 최소한 대통령 선거인이 회합하여 대통령과 부통령을 선출하여야 하는 때의 6일 전에 종결하여야 한다고 규정하고 있다(3 U.S.C. §5, 이 규정을 이른바 "safe harbor" 규정이라고 한다). 이 사건 소송은 이 규정의 해석과 관련한 법적 공방이 치열하였고, Florida 주 의회는 이 규정에 근거하여 대통령 선거인 지명을 위한 회의를 소집하여 부시 후보를 위한 대통령 선거인 지명을 의결하였다. 각 주에서 대통령 선거인을 위한 선거에서 1표라도 많은 표를 획득한 후보자가 그 주 선거인을 모두 차지 확보하게 되고 그렇게 계산하여 전체 주 중 선거인의 과반수(271명)를 확보한 후보자의 승리를 선거인단 투표 전에 예상하게 된다. 이와 같은 방식은 간접선거와 직접선거를 가미한 방식이라고 풀이할 수 있는데, 이와 같은 제도적 관행은 3대 대통령 때부터 정착되었다고 한다. 각 주별로 선거를 치르고 주별로 집계하는 것은 주간의 예측화를 방지하는데 그 제도적 근거를 두고 있다고 한다. 대통령 선거인은 그 투표를 할 때, 법률상으로는 그에 구속되지 않고 자유로 투표할 수 있다. 실제로도 결과에는 영향이 없었으나 예상에 어긋나는 투표를 한 예가 있었다.

## 1. 미국 헌법 제2장 제1조 제2문(대통령선거인의 지명방법) 위반문제

SCF의 판결이 미국 헌법 제2장 제1조 제2문 조항 자체를 위반한 것이라고 보는 것은 Chief Justice Rehnquist의 Concurring Opinion에 가담한 3인에 불과하고, 나머지 6인은 이에 반대하고 있으므로, 이는 법정 의견이 아니다. 다만, 다음에서 보는 평등보호 및 적법절차 위반과 결부하여 다수의견을 형성한 것이다.

이 논증에 대하여는 다음과 같은 비판적인 견해가 있다. 즉, i) 대통령 선거인의 결정에 있어서 주 의회의 최고권한도 주 헌법의 제약하에 있는 것이며, 그와 같은 주 의회가 제정한 법률도 주 헌법에 따른 사법심사의 대상이 되는 것이고, ii) Florida주 의회가 주 행정기관, 예컨대 주 국무장관에게 주 법률의 해석권을 위임하였다고 보더라도, 그 법률에 대한 주 법원의 해석권한이 없다고 할 수 없으며, 문제는 그 설득력에 있다고 할 것인데, 위 SCF의 유효투표 등에 대한 해석이 이 사건 주 선거법 규정의 의미를 비합리적이고 심각하게 왜곡시켰다고 볼 수 없으며, iii) safe harbor 조항에 관하여도, 플로리다 선거법은 이 규정의 시한에 관하여 전혀 규정한 바가 없고, 그 진정한 시한은 12. 12.이 아니라 12. 18.이며, 플로리다 의회도 11. 7. 선거 후 플로리다 선거법을 변경시키는 것에 해당하는 것으로 위 조항 위반이라고 볼 수 있는 새로운 선거인단 인준을 시도하였고, 오히려 SCUC가 12. 9. 수검표를 중단시킴으로써 동 시한내에 수검표를 끝내는 것을 방해하였으며, 플로리다 선거법에 대하여 SCF 만큼 정통할 수 없다는 점 등을 고려할 때, 위 논증은 설득력이 없다.<sup>254)</sup>

---

254) Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and Boundary Between Law and Politics*, 110 *Yale L. J.* 1407, 1414-1425 (2001).

한편, i) 일반적으로 주법에 대한 최종적인 해석권한은 주 법원에 있으나, 이 사건 분쟁의 경우, 미국 대통령을 선출하는데 있어서 연방의 이해관계가 크므로 연방법원은 주 기관이 미국 헌법의 틀 속에서 적절한 권한 행사를 하는지 여부에 대하여 검토하여야 하므로, 이 경우에는 SCUS에 최종적인 해석 권한이 있는바, 평등보호 조항으로 갈 것 없이 바로 SCF의 해석이 위 조항에 위반되는지 여부를 판단할 수 있고, ii) 주 국무장관의 재량위반 여부, 선거이의신청(protest)과 선거이의소송(contest) 절차의 관계, 플로리다 선거법 규정 등을 고려할 때, SCF의 해석은 동 주 법 규정의 근거를 벗어난 것이며, iii) SCF가 양당사자가 주장하지도 아니한 주 전체 단위 수검표를 명한 것은 권한을 유월한 것이고, iv) 결국 플로리다주 당해 선거관리위원회와 주 국무장관이 재량을 남용하지 않았다면, SCF가 재량을 남용한 것이며, 그렇다면 SCUS는 재량을 남용하지 않은 것이 된다고 하며, 평등보호조항 위반 논증보다 위 논증이 훨씬 더 설득력이 있다고 주장하는 견해가 있다.<sup>255)</sup>

## 2. 미국 수정헌법 제14조<sup>256)</sup> 상 평등보호 및 적법절차 위반문제

---

255) Richard A. Epstein, "In such Manner as the Legislative Thereof May Direct": The Outcome in *Bush v. Gore* Defended, 68 U Chi L Rev 613, 619-635 (2001). 위 Concurring Opinion과 유사한 논리로 SCF의 판결이 미국헌법 제2장 제1조 제2문 위반이라고 하는 견해로는 Richard A. Posner, *Bush v. Gore: Prolegomenon to an Assessment*, 68 U Chi L Rev 719 (2001).

256) Amendment XIV [1868]

section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

이 부분에 대한 SCUS의 논증은 어떤 논자의 표현을 빌면 “청천벽력”과 같을(a kind of bolt from the blue)<sup>257)</sup> 정도로 SCUS 역사상 유례가 없는 최초의 시도라고 한다. 미국 역사상 선거권과 관련한 가장 진보적인 판결이라고 일컫는 Warren Court의 Reynolds v. Sims<sup>258)</sup>와 Harper v. Virginia Board of Elections<sup>259)</sup>의 one-person, one-vote and the poll tax 법리를 개표에까지 확장한 것으로 보는 견해<sup>260)</sup>도 있으나, Rehnquist Court의 특히 federalism과 관련된 중전의 다소 소극적이고 보수적인 판례 경향<sup>261)</sup>(minimalism<sup>262)</sup>)에 비추어

257) Cass R. Sunstein, Order Without Law, 68 U Chi L Rev 757, 765 (2001).

258) 377 US 533, 568 (1964).

259) 383 US 663, 666 (1966).

260) Jack M. Balkin, Bush v. Gore and Boundary Between Law and Politics, 110 Yale. L. J. 1407, 1426 (2001).

261) 연방주의(Federalism)는 미국 헌법의 주요한 구성요소로서 헌법 기초당시부터 오늘날에 이르기까지, 그 역사의 고비 길에서 그 해석을 둘러싸고 중요한 화두로 등장해 왔던 문제이다. 사법심사문제(judicial review; Marbury v. Madison), 남북전쟁 후 국가재편(수정헌법 제13조, 제14조 등), 1933년 대공황기 전후의 그 해법을 둘러싼 헌법해석 등이다. 이것은 미국 국가 운용체계의 기본을 이루는 것으로서, 그 기본의 대강은 보건, 안전, 일반적인 복지는 보다 직접적이고 가까운 곳 즉 주정부에서 관할하는 것이 좋다는 생각을 바탕으로 하고, 연방정부는 헌법에 열거된 범위내의 제한적인 권한을 행사한다는 것이다. 최저임금, 보건, 도덕(moral)등의 문제에 있어서 통상조항(Commercial Clause)을 연결 고리로 또는 수정헌법 제13조 이하의 규정 등으로 연방정부가 관여한다. 그러나 그 관여의 정도에 관하여는 입장에 따라 적극적 또는 소극적인 태도를 취하고 있다. 오늘날에 와서는 대체로-물론 문제에 따라 반드시 그런 것은 아니지만-근로의 권리, 사회보장, 여성의 권리 등의 문제와 관련하여 민주당 쪽에서 적극적인 경향이 있고, 공화당 쪽에서는 주의 자치를 보다 많이 보장하는 입장을 취하고 있다는 점에서 소극적인 경향을 보이고 있다. 미국 Supreme Court의 연방주의 해석에 관한 현주소를 파악하는 데는 다음 2가지 판결이 그 표지가 될 수 있다고 할 것이다. U.S. v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995), U.S. v. Morrison, 146 L.Ed.2d 658 (2000)이 그것이다. 전자는 학교나 학교부근에서 권총 등 화기를 소지하는 것을 연방범죄로 규정하는 것에 대하여, 그 총기류의 소지는 주간 통상(interstate commerce)에 실질적인 영향(substantial effect)을 미치는 바가 희박하므로, 연방의회는 통상에 관한 입법권한을 유월하였다고 하여 위헌선언하였다. 이 판결에서는 Chief Justice Rehnquist, Justice O'Connor, Scalia, Kennedy 와 Thomas가 다수의견에 가담하여 5:4로 결정되었다. 후자는 연방의회는 연방헌법의 통상조항이나 수정헌법 제14조의 제5항에 의하여 성폭력 피해자를 위한 민사상 구제수단을 규정하는 42 USCS §13981을 입법할 권한이 없다고 하여 위헌선언하였다. 즉 성폭력과 주간 통상은 관련성이 희박하다는 것을 주된 이유로 하였는데, 이 역시 첨예하게 대립된 끝에 전자와 같이 5:4로 결정되었다.

262) judicial minimalism에 관한 일반적인 논의는 Cass R. Sunstein, One Case at a

보아 이례적이다.

그리고 SCUS의 평등보호 조항 위반의 논증과 관련하여 위 선거법에 관한 선례에 비추어, 이 사건의 경우, 유효표를 계산하는데 있어서 부나 인종 등을 고려한 바 없고, 의식적으로 개표의 기준을 조작한 바가 없으며, 의도적인 사전제한이나 차별을 위한 어떠한 개인이나 집단을 분류한 바도 없다는 점에서 비판이 제기되고 있고<sup>263)</sup>, 특히 평등보호 및 적법절차 조항위반 논증 중 “유사한 상황에 대하여 다르게 취급한(the similarly situated are treated differently)” 것에 대하여는 건축허가 같은 문제에 있어서 합리성 심사와 유사한 구조인 듯한 인상이라는 비판이 제기되고 있다.<sup>264)</sup> 아울러 SCUS의 이와 같은 논증이, 특히 연방문제에 관한 한 최소한의 보수적인 개입 태도를 견지해 왔던 minimalist인 Renquist Court의 관점에서 볼 때, Court도 강조하듯이 이 사건과 같이 제한된 경우만을 상정하고 있듯이, 과연 이 판결이 선례로서, 원칙으로서 기능할지, 어떠한 범위내에서 적용될지 의문과 혼란을 자아내고 있다.<sup>265)</sup>

### 3. 구제수단(remedy)의 문제

---

time: Judicial Minimalism on the Supreme Court (Harvard 1999) 참조.

263) Richard A. Epstein, “In such Manner as the Legislative Thereof May Direct”: The Outcome in *Bush v. Gore* Defended, 68 U Chi L Rev 613, 614-617 (2001).; Frank I. Michelman, Suspicion, or the New Prince, 68 U Chi L Rev 679, 684-686 (2001).

264) Cass R. Sunstein, Order Without Law, 68 U Chi L Rev 757, 770-772 (2001).

265) Id.; Samuel Issacharoff, Political Judgments, 68 U Chi L Rev 637, 648-650 (2001).

위와 같이 SCF 판결이 평등보호조항 및 적법절차 조항에 위반된다고 보았다면, 그 구제수단으로는 헌법상 원칙에 부합하는 단일한 기준을 제시하고 그에 따라 수검표 절차를 계속할 것을 명하는 다수의견 중 Justice Souter와 Justice Breyer의 견해가 더 적절하고 합당할 것이라는 비판이 제기되고 있다.<sup>266)</sup> safe harbor 시한은 절대적인 것이 아니고, 1960년 선거와 같이 당시 하와이 주는 1. 4.에 선거인단을 확정, 통보한 선례가 없는 것도 아니고 법리에 충실한다면 더욱 그러할 것이다.

#### 4. certiorari의 인정과 Court의 국가기관으로서의 역할

Bush의 ‘회복할 수 없는 손해(irreparable harm)’ 주장을 받아들여 수검표 절차를 중지하고, certiorari를 인정한 SCUS의 결정에 대하여, 이는 Bush의 승리를 전제로 한 것이라는 비판이 있다. 즉, 수검표 결과 누가 승리할 지는 알 수 없는 것이고, 오히려 역으로 그 절차를 정지시키면, Gore에게 회복할 수 없는 손해가 생기게 된다는 것 등을 이유로 하고 있다. 그리고 이 사건과 같이 정파간의 이해관계가 첨예하게 대립하고, 미국 국가의 대표자며 행정부의 수장인 대통령을 뽑고 나아가 차기 Court 구성과 관련이 있는 지극히 정치적

---

266) Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and Boundary Between Law and Politics*, 110 *Yale L. J.* 1407, 1429-1431 (2001).; Cass R. Sunstein, *Order Without Law*, 68 *U Chi L Rev* 757, 767-768 (2001).; Michael W. McConnell, *Two-and-a-Half Cheers for Bush v. Gore*, 68 *U Chi L Rev* 657, 660-661 (2001).; Richard A. Epstein, “In such Manner as the Legislative Thereof May Direct”: The Outcome in *Bush v. Gore* Defended, 68 *U Chi L Rev* 613, 618 (2001).; David A. Strauss, *Bush v. Gore: What Were They Thinking?*, 68 *U Chi L Rev* 737, 739-742 (2001).

인 사건의 경우에는 Court가 정치적인 소용돌이에 휘말리지 않고 중립적인 입장을 견지하도록 하기 위하여 이른바 ‘자제의 미덕(passive virtue<sup>267)</sup>)’을 발휘하여 certiorari를 인정하지 않고 각하하는 것이 더 적절했다는 견해가 있다.<sup>268)</sup> 심지어 Supreme Court의 미래 구성원을 위하여 Court의 권위를 손상하면서까지 ‘새로운 왕자(the new Prince)’를 맞이하고자 하는 의혹을 제기하고, 그렇기 때문에 더욱 자제(Abstention)를 하였어야 했다고 주장한다.<sup>269)</sup>

그리고 Court의 개입을 정당화하는 논리로 “우리는 누구보다도 더 사법권의 필요한 한계에 대하여 충분히 인식하고 있었고, 대통령의 선출을 국민과 그들의 대표자인 의회를 통하여 정치적 영역에 맡기고 있는 헌법의 의사를 존중하고 있었다. 그러나 이 사건 분쟁의 당사자들이 Court에 제소하였을 때, 우리는 스스로 청한 것은 아니지만 사법제도가 직면하지 않으면 안되는 연방문제와 헌법적 쟁점에 대해 결정할 책임을 지게 되었다.”는 설시는 애매하고 부족하다는 비판이 있다.<sup>270)</sup>

이와 관련하여 미국역사에 있어서 Supreme Court의 역할과 권위

---

267) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics* 173, 235, 264 (2d ed. 1986); Alexander M. Bickel, *The Supreme Court And The Idea of Progress* 94-95 (1978); Alexander M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues*, 75 *Harv L Rev* 40, 75 (1961).

268) Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and Boundary Between Law and Politics*, 110 *Yale. L. J.* 1407, 1431-1441 (2001).; Cass R. Sunstein, *Order Without Law*, 68 *U Chi L Rev* 757, 761-762 (2001).; David A. Strauss, *Bush v. Gore: What Were They Thinking?*, 68 *U Chi L Rev* 737, 742-744 (2001).; Frank I. Michelman, *Suspicion, or the New Prince*, 68 *U Chi L Rev* 679, 686-689 (2001).; Samuel Issacharoff, *Political Judgments*, 68 *U Chi L Rev* 637, 650-656 (2001).

269) Frank I. Michelman, *Suspicion, or the New Prince*, 68 *U Chi L Rev* 679, 686-694 (2001).

270) John C. Yoo, *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 *U Chi L Rev* 775, 786-787 (2001).

내지 정당성(Legitimacy)에 대하여 간략히 살펴보면 다음과 같다.

우선, 2000. 6. 갤럽 여론조사에 의하면, SCUS의 신뢰도는 47%로, 대통령 42%, 의회 24%에 비하여 훨씬 높아, SCUS는 미국 국민사이에 가장 큰 신뢰를 받고 있는 국가기관으로 나타났다. 그리고 2001. 1. 갤럽이 조사한 업무수행 방법에 대한 찬성도에 있어서는 59%로 이 사건 판결 전인 2000. 8.의 62%에 비하여 약간 하락하였는데, 조사대상자 중 공화당원의 경우는 2000. 8.의 60%에서 2001. 1.의 80%로 대폭 상승하였고, 민주당원의 경우는 2000. 8.의 70%에서 2001. 1.의 42%로 대폭 하락하였다. 당적이 없는 자의 경우에는 57%에서 54%로 약간 떨어졌다.<sup>271)</sup>

미국 역사상 Court의 권위에 심각한 문제가 제기된 것이 4차례 있었다. Marshall Court, Taney Court의 Dred Scott 판결, New Deal 정책에 대한 Court의 초기 저항과 Warren Court의 흑백분리에 대한 투쟁과 개인의 자유 신장 등이 그것이다. Marshall Court 기간 중에는 사법심사 문제(the existence of judicial review)<sup>272)</sup>, 의회의 필요·적절한 권한 행사조항(Necessary and Proper Clause power)<sup>273)</sup>과 통상조항(Commerce Clause power)<sup>274)</sup> 등 구조적인 문제에 대한 판결을 함으로써 국가정책 결정의 중심무대를 형성하였다. 한편 Taney Court의 Dred Scott<sup>275)</sup> 판결은 당시 수세대간 미국 정치의 중심문제인 국가적 과제를 종결한 것이다. 그리고 New Deal 정책 기간에 Court는 그 당시 정치적 분쟁에 있어서 중심역할을 수행하였는데, A.L.A. Schechter Poultry Corp v. United States

---

271) Id. 777-778.

272) *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

273) *M'Culloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat) 316 (1819).

274) *Gibbons v. Ogden*, 22 US (9 Wheat) 1 (1824).

275) *Scott v. Sanford* ("Dred Scott"), 60 US 393 (1857).

와 Carter v. Carter Coal Co 판결에서 의회의 통상권한을 유월하였다고 하여 뉴딜정책 법안을 무효화 시키는 등 1936년 대통령 선거까지 경제회복을 위한 법안 6개에 대하여 위헌결정을 하였는바, 그 결과 Roosevelt 대통령의 유명한 Court-packing plan을 야기시켰다. 또한 Warren Court에서 Brown v. Board of Education 판결<sup>276)</sup>을 하자 남부 주들의 저항과 의회와 대통령 후보의 비판에 직면하게 되었는데, 다른 정치적 기관이 자신의 권위에 손상을 입자 시위를 한 것이고, 유권자에게 그 판결을 반복하거나 회피하고자 하는 노력을 확산시키고자 Court의 권위에 손상을 입히려 한 것이다.<sup>277)</sup>

Planned Parenthood v. Casey 사건 판결에서 논증된 국가 최고기관으로서 SCUS의 이미지 즉, 분열을 야기하는 국가적인 분쟁의 위대한 치유자로서, Court는 대통령선거를 둘러싼 파괴적인 분파적 투쟁을 종결시킬 것으로 믿고 이 사건 판결을 한 것이라고 볼 수 있다.<sup>278)</sup>

## 5. 질서와 민주주의, 그리고 rule of law

20세기 미국 민주주의는 2개의 커다란 근본적인 위기에 직면했었다. 첫째는, 경제질서적 도전으로 1920년, 1930년대 경제공황이었는데, 이러한 경제공황의 재발을 방지하기 위하여 경제제도를 어떻게 구축해야 하는가가 과제였다. 둘째는, 민주질서에서의 도전으로 구 유럽에서 발흥한 파시즘과 나찌즘 등 전체주의였는데, 이러한 전체

---

276) 347 US 483 (1954).

277) John C. Yoo, In Defense of the Court's Legitimacy, 68 U Chi L Rev 775, 779-780 (2001).

278) Id. 789-790.

주의를 피하기 위하여 정치질서를 어떻게 형성하여야 하는가가 또한 과제였다. 그런데 이 2가지 위기에 대한 진단과 처방은 놀랍게도 유사하였다. 즉, 경제공황의 원인은 구조, 질서, 안정성이 결여된 경제체도와 파멸을 초래하는 경쟁이었으므로, 경제체도에 규칙, 질서, 안정성을 가져오게 하는 경쟁제한을 추구하는 뉴딜정책이 시행되었다. 그리고 전체주의 역시 지나친 경쟁, 무질서 분파적인 정치체도에 기인하였으므로, 미국민주주의는 정치적 안정과 파괴적인 경쟁을 회피하기 위하여 민주주의 자체를 좀먹게 하는 지나친 경쟁을 하지 않도록 양당제도, 정규조직, 일정한 절차를 통한 정치가 요청되었다. 그리고 민주주의를 위하여 채택된 제도가 민주주의의 안정 자체를 좀먹지 않게 하기 위한 사법부의 적극적인 역할이 필요하게 되었다. 그런데 경제적 영역에서의 공황 후의 질서관념은 이미 포기되었으나, 정치적 영역에서의 신념은 여전히 남아있다. 폐쇄적인 예비선거(blanket primary)제도를 합헌이라고 한 California Democratic Party v. Johnes 판결<sup>279)</sup>, 정당간 체휴를 금지한 것을 합헌이라고 결정한 Timmons v. Twin Cities Area New Party 판결<sup>280)</sup> 및 군소정당 후보자의 TV 토론 참가 배제를 합헌결정한 Arkansas Educational Television Commission v. Forbes 판결<sup>281)</sup>이 이러한 경향을 반영한 것으로 보인다. 민주주의는 질서와 구조를 의미하는가 무질서와 혼란을 의미하는가? Justices가 민주주의에 대하여 어떻게 생각하고 있는가가 중요하다.<sup>282)</sup>

여기에서 하나의 가정을 해보자. SCUS가 SCF의 판결을 인용하였

---

279) 120 S Ct 2402, 2414 (2000).

280) 520 US 351 (1997).

281) 523 US 666 (1998).

282) Richard H. Pildes, Democracy and Disorder, 68 U Chi L Rev 695, 702-713, 716-718 (2001).

다고 하고, 그에 따라 수검표를 마친 결과 Gore 후보가 승리하였다고 가정하면, 공화당이 다수를 점하고 있는 플로리다 의회는 Bush를 위한 선거인단을 인준하여 통보할 것이다. 그런데 여기서 플로리다 행정기관에서 Gore에게 증명서를 발부해 줄 것인지 하는 문제가 생길 수 있는데, 이는 주 헌법상의 위기상황이라고 볼 수 있으며, 이 문제가 해결된다고 하더라도 의회의 하원은 공화당이 다수이어서 Bush를 위한 선거인단을 인준할 것이고, 상원은 50:50이어서 이탈표가 없다고 할 때, Gore 스스로 결정권을 행사하여 인준을 받는다고 하더라도 상, 하원이 다른 인준을 하는 헌법상의 위기상황이 생성되게 된다. 이렇게 볼 때 결국 이 사건 판결은 무질서를 극복하기 위한 실용주의적인 관점에 입각한 것이라고 볼 수도 있다.<sup>283)</sup>

#### IV. 결 론

이 사건 판결은 분열을 야기시키는 정파간의 파멸적인 국가적 분쟁을 종식시키고 무질서를 극복하며 발생할지도 모를 위기상황을 미연에 방지하고자 하는 궁극적으로는 질서에 입각한 판결이라고 볼 것이다. 물론 논자에 따라서는 원고의 주장처럼 평등보호와 적법절차를 관철한 판결이라고 볼 수도 있다. 그러나 이는 위에서 본 바와 같이 rule of law의 관점, 즉 법리적인 면에서는 다소 문제점을 노정한 판결이라고 아니 할 수 없다.

한편 이 사건 판결은 SCUS의 다수의견을 형성하고 있는 Justices 들이 향후에도 자신의 신념을 유지시키기 위하여 그동안 지켜온 자신의 신념을 일부 포기하는 모순을 안고 있다. 마치 두꺼비가 자신

---

283) Cass R. Sunstein, Order Without Law, 68 U Chi L Rev 757, 768-769 (2001).

의 후손의 부화와 생존을 위하여 스스로 살모사에게 잡혀 먹히는 것처럼 말이다. 특히 법적 안정성이 중시되고, 논리의 정연성과 일관성이 미덕으로 되어 있는 사법의 세계에서.

다른 한편, 이 사건 판결은 SCUS가 미국 민주주의제도를 지키고 국가적인 위기극복 앞에 자신의 신념 고수를 포기한 고민의 결과라고 분석해 볼 수도 있을 것이다.

양자 모두 후일 판결이 주목되는 부분이다.

이 경우, 오히려 자신의 신념에 따라 굳건하고 의연하게 판결하고 그 결과는 하늘에 맡기는 것이 지혜롭지는 못할 지언정 최소한 의로운 결정이 아니었을까? 결국 올바른 지혜도 편벽되지 않고 집착하지 않는 마음, 즉 하늘과 땅 사이에 올바르게 정위하였을 때 나오는 것이니까.

이와 관련하여 최고 사법기관이 헌법적 분쟁이라는 국가적 과제에 직면하여 어떤 방향으로 어떻게 판단할 것인가는 진실로 무거운 과제임을 이 판결은 새삼 일깨워주고 있다.

덧붙여, 세상에 우연이란 것이 없다고 볼 때, 이 사건을 선거와 정치제도, 민주주의관, 그에 대한 법제도 등 모든 면에 있어서 미국 뿐만 아니라 동시대를 살아가는 세계에게 찾아오고 있는 새로운 도전에 대하여 생각하고 준비할 기회와 계기를 마련해 주고자 하는 계시라고 보는 것은 지나친 비약일까?

# 憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度

- 實務上 爭點을 中心으로 -

李明雄  
憲法研究官

- 目次 -

- I. 序論 : 도입배경, 기능 및 통계
  - 1. 過去와 制度
  - 2. 배경
  - 3. 기능 및 성격
  - 4. 통계
  
- II. 제도상 문제점과 실무상 대안
  - 1. 제도상 문제점
  - 2. 실무상 대안
    - 가. '재판의 전제성' 요건의 강화
    - 나. '기각' 주문의 채용
  
- III. 관련된 몇 가지 쟁점
  - 1. 한정위헌을 구하는 청구
  - 2. 사실상 시행령을 다투는 경우

3. 법 제68조 제2항 단서 문제

IV. 맺음말

## 1. 序論 : 도입배경, 기능 및 통계

### 1. 過去와 制度

制度, 특히 헌법상의 제도는 역사적 반성에서 탄생한다. 즉 새로운 제도는 논리적 산물이라기 보다는 경험의 산물이다. 예를 들어, 왜 민주주의인가? 일찌기 아리스토텔레스가, 부자들의 재산권에 대한 자의적 침해를 정당화하는 당파적 政體로서 귀족제에 비하여 열등한 것으로 보았던 民主制가 오늘날 貴族制나 寡頭制보다 더 보편적인 가치가 되었는데, 이는 논리적 귀결인가? 또한, 왜 法治主義인가? 法보다는 仁이나 禮 혹은 道德을 지향하는 主義는 왜 안되는가?

많은 헌법상의 제도는 해당 시대가 낳은 인류 공통의 혹은 특수한 경험의 산물이다. 나의 시각에서 보면, 이는 人的 支配가 초래하는 억압적인 恣意를 배제하기 위한 실천적 모색 過程이다. 특히 牽制와 均衡의 원리(Checks and Balances)를 구체화 한 權力分立의 원칙, 국가에 의한 개인의 자유에 대한 개입을 제한하는 自由主義, 계획경제가 아닌 市場經濟秩序, 한편으로 이에 충돌되는 福祉國家이념 등은 그러한 모색 과정인 동시에 역사적 과거에서 출발하여 체계화된 경험적 산물인 것이다.

나아가 또 하나의 현대적인 제도, 즉 憲法裁判制度 역시, 결코 논리적 산물이라 할 수 없다. 왜 국민이 직접 선출한 대의기관이 만든 법률을 소수의 헌법재판소 재판관들이 위헌이라고 무효화할 수 있는가? 이 질문에 과연 누가 시원스레 답변할 수 있을까? 반면에 헌법재판제도가 오늘날 매우 중요한 긍정적인 기능을 수행하고 있다는 점을 누가 부인할 수 있을까?

더 나아가, 어떤 나라는 일반 법원의 모든 재판에 대하여 헌법재판소가 기본권 침해여부를 심사하는 재판소원제도를 두고 있는데, 그것은 과연 屋上屋이 아닌가? 왜! 일반 법원은 기본권 보장기관이 아니란 말인가? 그럼에도 불구하고 그 제도가 하나의 理念型 혹은 理想型으로 간주되는 이유는 무엇인가?

이러한 질문들은 오늘날에도 여전히 제기되며, 또 제기되어야 하며, 어느 쪽으로부터의 진지한 논거도 쉽게 무시할 수 없다. 그러나 우리가 쉽게 잊지 말아야 할 것은, 이 모든 제도는 철저한 역사적 반성, 즉 인권이 무시되었던 과거에서부터 나온 제도적 개선의지의 결과라는 점이다.

그렇게 법학과 법제도의 발전은 그러한 진행과정을 겪어 온 것이다. 때로는 뒷걸음질도 쳤지만...

## 2. 배 경

1988년 새로운 헌법재판소제도를 만들 때, 과거를 반성하고 민주화를 강하게 향하게 된 우리 나라에서, 과연 위헌법률심판제도가 어떻게 하면 활성화될 수 있을 것인가가 話頭가 되었다. 이미 소위 제4, 5공화국 기간(1972-1987) 동안 헌법위원회가 존재했으나 한 건도 위헌법률심판을 행하지 못한 전례가 있었기 때문이다. 소위 유신헌법하의 헌법재판 제도에서는, 어떠한 법률 조항이 위헌판결을 받게 되기 위하여는 두 번의 사전절차를 거쳐야 했는데, 우선 당해 법원의 합의부가 위헌으로 판단하여야 하고, 대법원의 합의부가 위헌으로 판단하여 제청하여야 했다.<sup>284)</sup> 그런데 위헌제청권한을 가진 대법

---

284) 헌법은 “法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 의하여 裁判한다.”(제105조 제1항)고 하였으나, 헌법위원회법이, “대법원은 하급법원의 위헌여부제청에 대하여 대법원장을 재판장으로 하여 구성하는 합의부에서 불필요하다고 인정할 때에는 결정으로 그 제청서를 헌법위원회에 송부하지 아니한다. 대법원에서 위헌여부를 제청하는 경우에도 또한 같다.”(제15조 제3항)고 규정하고 있었다.

원은 법률에 대하여 한 건도 위헌제청을 하지 않았다. 이러한 상황은 소위 제5공화국에서도 마찬가지였다. 제8차 개헌에 의한 1980년 헌법은 제5장 법원편과는 별도로 제6장에서 헌법위원회를 규정하였다. 그런데 헌법상 법원의 제청요건은 더 강화되어, “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때”(제108조 제1항)로 하였다.<sup>285)</sup> 또한 제4공화국과 같이 헌법위원회에 대한 각급 법원의 위헌제청은 실질적으로 대법원의 사전 통제를 받았다. 결국 헌법위원회에 위헌법률심판에 관한 사건은 한 건도 접수되지 아니하였고, 따라서 이 기간 동안 헌법위원회는 유감스럽게도 어떠한 결정례도 남기지 못하였다.

그러므로, 1987년 시민의 민주화 운동의 산물이었던 제9차 개정헌법이 새로 헌법재판소제도를 마련하면서 위헌법률심사를 활성화하는 방향으로 논의가 전개된 것은 자연스런 것이었다. 우선 헌법은 “法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다.”(제107조 제1항)고 하여 제5공화국때보다 제청요건을 완화하였다. 나아가 헌법재판소법 제정시 여러 학자들은 대체로 3가지 측면에서 위헌법률심판의 활성화를 도모하고자 하였다.

첫째는, 대법원의 간섭 없이, 즉 대법원 경유제도를 전면 폐지하거나 형식적인 것으로만 하여, 각급 법원 혹은 재판부가 주체적으로 위헌법률심판을 제청할 수 있어야 한다는 것이다.<sup>286)</sup>

285) 또한 제5공화국의 헌법재판제도는 처음부터 제한된 형태를 가지고 있었는데, 당시 헌법 부칙은 국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 취소하거나 이의를 할 수 없게 되어 있었다.

286) 1988. 1. 15. 법무부 주최, 헌법재판소법 세미나(법무부 간, 법무자료 제95집, 헌법재판제도, 1988. 2.에 수록)에서, 李康燮, “헌법재판소의 헌법상 지위와 권한”, 27쪽; 崔光律, “헌법재판소법의 입법방향”, 39쪽; 李康國, “헌법재판소법의 제정에 관하여”, 48쪽 참조.

둘째는, 법원이 당해사건에서 해당 법률조항에 대하여 합헌성에 대한 확신이 없는 한 헌법재판소에 위헌심판제청을 하여야 한다는 것이다.<sup>287)</sup>

셋째는, 당사자가 법원에 위헌제청신청을 하였는데 법원이 이를 기각하거나 각하하는 경우에 대비하는 것이다. 여기에 대해서는(현행 헌법재판소법 제68조 제2항과 같은) 헌법소원제도를 두자는 의견과<sup>288)</sup>, 법원의 제청신청기각 결정에 대하여 독립한 抗告를 할 수 있도록 하자는 의견이 있었다.<sup>289)</sup>

위 셋째 논의 중 전단 부분이 현행 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도에 일치된다. 한편 후단부의 독립된 항고제도는 기존의 헌법위원회법 조항이 연결고리가 되었다.<sup>290)</sup> 최광률 변호사는 이 제

---

287) 최광률, 위의 글, 41쪽; 계희열, 위 자료집, 120쪽(토론 내용); 이상규, 위 자료집, 121쪽(토론 내용) 참조. 참고로 김문현 교수는, 법관이 합헌이라고 확신하는 경우에는 당사자의 신청을 기각하여야 할 것이고, 법관이 위헌이라는 확신도 합헌이라는 확신도 가지지 못하는 경우, 즉 위헌의 개연성이 있는 경우는, 위헌여부에 최종적 결정권을 가지는 헌법재판소에 제청을 하여야 한다고 한 바 있다. 한편, 독일의 경우 법원이 법률의 위헌 여부에 관해 의심(Zweifel)이나 단순한 의구심(Bedenken)만으로는 위헌심판제청을 할 수 없고 당해 법률이 위헌이라고 확신하는 경우에만 위헌심판제청을 할 수 있는 반면에 오스트리아의 경우 연방헌법 제 89조 제2항에 의해 위헌의 의심이 있는 경우에는 헌법재판소에 제청토록 하고 있다고 한다. 金文顯, “憲法裁判所法 제68조 제2항의 憲法訴願”, 考試研究, 1994. 2., 37-38쪽 참조.

288) 李尙圭 변호사의 토론 내용, 위 자료집, 99쪽 참조.

289) 崔光律, 위의 글, 42쪽.

290) 헌법위원회법은 다음과 같은 규정을 두었다.

제12조(위헌여부제청)①법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건의 담당판사 또는 소송당사자의 신청에 의하여 당해 사건이 계속중인 각 급법원의 합의부의 결정을 거쳐 당해 법원이 위헌여부를 제청한다. 군법회의에서 위헌여부를 제청할 때에도 또한 같다.

②제1항의 결정에 대하여 담당판사 또는 소송당사자가 이의가 있을 때에는 항고할 수 있다.

③제2항의 항고에 관하여는 민사소송법의 규정을 준용한다.

도를 개선하여 법원의 제청신청기각결정에 대하여 독립한 항고를 할 수 있도록 하자고 주장한 바 있다.<sup>291)</sup>

그러나 헌법재판소법 입법 단계에서는 별도의 항고제도를 인정하지 않고, 독립된 형태의 헌법소원제도가 채택되었다. 그 채택 배경은 잘 알기 어려우나, 국회의 심의과정을 보면 이미 민정당안과 평민·민주·공화당안 모두 현행 제68조 제2항 헌법소원제도가 법안에 나타나고 있다.<sup>292)</sup> 그 결과 이 헌법소원제도에 대해서는 별다른 토론이나 이견없이 법제사법위원회와 본회의를 통과한 것을 볼 수 있다.

### 3. 기능 및 성격

제68조 제2항 헌법소원제도는, 따라서 그간의 우리 헌법재판 현실을 개선적으로 반영하는 것으로서, 위헌법률심판제도를 활성화시키면서, 한편으로 재판에 대한 헌법소원을 배제한 것에 대한 보완책으로서 마련된 것이다.<sup>293)</sup> 그러므로, 법원이 당해사건에서 적용될 법률

---

291) 위 자료집, 41-42쪽의 해당 부분을 인용하면 다음과 같다.

“그러나 위 규정의 표현이 지나치게 애매하여 항고대상이 되는 결정에는 인용결정도 포함되고, 소송당사자중에는 반대당사자도 들어가는지 의문이다. 그러나 종래의 판례태도는 제청신청을 기각하는 결정에 대하여는 독립한 항고를 할 수 없고, 종국판결을 기다렸다가 그것과 함께 상급법원에 불복하여야 한다는 입장을 취하여 왔다(대법원 1974. 1. 25. 고지 73마483, 1974. 2. 27. 고지 74아20, 1981. 6. 30. 고지 80마494 결정 각 참조. 그러나 대법원 1976. 8. 27. 고지 76모41 결정에서는 고등법원에서 한 위헌제청신청기각결정에 대하여는 대법원에 독립하여 항고, 재항고를 할 수 있는 듯이 판시하고 있다.) 위와 같은 판례의 취지에 따른다면 현행 헌법위원회법 제12조 제2항에 의한 항고라는 것은 제청인용결정에 대한 반대당사자의 항고를 의미하는 것이라면 모르되, 아무런 의미가 없게 된다. 이 문제에 관하여는 헌법재판을 활성화하는 의미에서 제청신청기각결정에 대하여도 독립한 항고를 할 수 있도록 제도적 배려를 할만하다고 생각한다.”

292) 제143회 국회 법제사법위원회회의록, 1988. 7. 21.자(헌법재판소 편, 헌법재판소법관련 국회회의록, 1998. 7.에 수록) 참조.

293) 鄭宗燮, 헌법재판연구(1), 철학과 현실사, 1995, 153쪽.

조항이 객관적으로 위헌이라는 의심 내지 확신<sup>294)</sup>이 있음에도, 심지어 당사자의 신청에도 불구하고 위헌제청을 하지 않는 경우, 제68조 제2항 헌법소원은 헌법재판소가 위헌적인 법률조항이 재판에 적용되지 못하도록 하는 기능을 수행하는 것이다.

새로운 제도는 기존 제도의 틀에서 벗어나는 경우가 많다. 그러므로 그 성격 규명이 문제된다. 그러나 대개 어느 한쪽으로의 편입은 지나친 단순화인 경우가 많다.

제68조 제2항 헌법소원제도의 법적 성격에 관해서도 이를 헌법소원이 아닌 규범통제제도로 볼 것인지에 관한 논의가 있었다.<sup>295)</sup> 현재 헌법재판소는 규범통제제도로 보면서 한편으로 일반적인 헌법소원의 사전심리 절차를 거치도록 하고 있다. 또한 인용하지 않는 경우의 결정주문을, 초기의 “...기각한다”는 형식<sup>296)</sup> 대신에, “...은 헌법에 위배되지 않는다”고 표시하고 있다(이에 관한 문제점은 후술). 이는 헌법재판소가 제68조 제2항 헌법소원을 실질에 있어서 법원의 위헌법률제청 사건과 유사하게 다루고자 한다는 것을 의미한다.

확실히 이 제도는 ‘헌법소원’의 일반적 요소를 제대로 지니고 있다고 보기 어렵다. ‘헌법소원’이란 그 실질에 있어 여러 가지 형태가 있겠지만, 기본적인 구성요소로는 적어도 1)개인이, 2)헌법상의 권리

---

294) 여기서 의심이나 확신이라는 문제를 구체적으로 검토하지는 않는다. 헌법재판소는 “문제되는 법률조항이 담당법관 스스로의 법적 견해에 의하여 단순한 의심을 넘어선 합리적인 의심이 있으면 위헌여부심판을 제청하라는 취지”라고 한 바 있다(1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578). 그러나 그 정확한 기준을 개념화하기는 어려울 것이다. 다만 법관은 헌법과 법률과 양심에 따라 재판하여야 하며, 따라서 위헌적인 법률을 적용하게 되는 잘못을 피해야 한다는 명제에 충실하여야 할 것임을 강조하고 싶다.

295) 이에 관해서는, 鄭宗燮, 위의 책; 金文顯, 위 논문; 金學成, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원”, 고시계, 1994. 4. 참조. 규범통제제도에 해당한다고 보는데 견해가 일치한다.

296) 헌재 1989. 9. 29. 89헌마53, 판례집 1, 302.

침해를 이유로, 3)다른 구제절차를 거쳐 보충적으로 그 구제를 청구하는 것을 들 수 있다.<sup>297)</sup> 제68조 제2항 헌법소원은 개인도 청구할 수 있지만 헌법상의 기본권침해를 이유로 한정되는 것이 아니며, 보충성 원칙이 적용되는 경우도 아니다. 오늘날 많은 국가가 헌법소원(Constitutional Complaint)제도를 두고 있지만,<sup>298)</sup> 제68조 제2항 헌법소원제도와 같은 헌법소원제도를 두는 나라는 발견하기 어렵다.

이 제도는 따라서, 일반적 의미의 헌법소원제도라기보다는 위헌법률심사제도의 연장선상에 있는 제도로 보는 것이 일견 합당하게 보인다. 그러나 위헌법률심사(구체적 규범통제)는 통상 청구인(제청인)이 법원이라는 점에서 이 제도와는 근본적 차이점이 있다. 또한 후술하듯이 법원이 위헌제청을 하는 경우는 구체적 소송사건에 적용될 법률조항이 위헌일 개연성이 강한 반면, 제68조 제2항 헌법소원은 당사자가 소송절차에서 해당 법률조항이 위헌이라고 주장하기만 하면, 또 이를 법원이 기각하기만 하면 아무런 여과없이 헌법재판소에 위헌법률심판을 발동할 수 있다는 점에서 커다란 특징이 있다.

그런데 외국의 헌법재판소제도에서는 보기 어려운 이러한 제도가 왜 우리나라에서는 채택되었을까. 달리 말하면, 왜 외국에는 이러한 제도가 없는 것일까. 헌법재판소를 둔 외국의 법원들은 모든 위헌성

---

297) G. Harutyunyan & A. Mavcic, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World: A Comparative Constitutional Analysis* (Ljubljana, Slovenia: Yerevan, 1999), 294-301쪽 참조.

298) 위 G. Harutyunyan & A. Mavcic의 전제서, 294-5쪽에 의하면, 헌법소원제도를 채택하고 있는 나라는, 유럽에서 Albania, Andora, Austria, Croatia, the Czech Republic, Cyprus, the FRY, the FYROM, Germany, Hungary, Liechtenstein, Malta, Montenegro/the FRY, Poland, Portugal, Russia, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland(Supreme Court), Ukraine, 아시아에서 Baskiria, Georgia, Kyrghyztan, Mongolia, Papua-New Guinea(Suprem Court), South Korea, Taiwan(Supreme Court), Syria, Uzbekistan, 중남미에서 Brazil(Supreme Court), Colombia, 아프리카에서 Benin, Cape Verde(Supreme Court), Mauritius(Supreme Court), Senegal, Sudan(Supreme Court)이다.

여지가 있는 법률조항을 헌법재판소에 제청하고 있는 것일까. 그리하여 과거 우리 헌법재판 역사에서 있었던 바 법원이 위헌제청에 소극적이었던 태도가 없었던 것일까.

이에 대하여서는 구체적으로 알기 어려우나, 적어도 헌법재판소 및 구체적 규범통제제도가 있는 외국의 경우 우리와 같은 제68조 제2항 헌법소원제도가 없는 이유는 다음과 같이 추정할 수 있다. 첫째, 우리의 과거와 같은 경험이 다른 나라에서는 있기 어렵다는 것이다. 우리의 경우 헌법위원회가 설치된 1972년부터 1988년까지 법원은 단 한 건의 위헌제청도 하지 않았는데, 이러한 사례는 구체적 규범통제를 둔 외국에서 찾아보기 어려운 극히 이례적인 것일 것이다. 따라서 우리의 경우 헌법재판소 설치에 즈음하여 자연스레 위헌법률심판을 활성화하는 방안이 논의되었던 것이며, 그 과정에서, 법원이 다시 소극적일 경우를 대비하여, 소송 당사자에게 직접 위헌법률심판을 작동시킬 수 있는 권한을 주자는 제도가 채택되었던 것이다. 둘째, 외국의 헌법재판소제도는 추상적 규범통제제도를 지니고 있는 경우가 많다. 구체적 사건에 무관하게 일정 범위의 정부기관 등 청구인이 법률조항 자체의 위헌심판을 제기할 수 있다는 것은, 그 만큼 위헌적 법률조항이 효력을 발휘하면서 적용될 여지를 줄이는 것이고, 따라서 이는 법원에 의한 위헌제청심판제도를 보완해주는 역할을 한다. 셋째, 법원의 재판에 대하여 헌법심으로서, 즉 헌법적인 문제에 관하여 헌법재판소가 관할을 지니는 경우, 위헌적인 법률조항에 대해서 법원이 제청을 하지 않았던 잘못을 사후에 교정할 수 있게 되므로, 제68조 제2항 제도의 필요성이 줄어들어든다는 것이다. 이 제도의 대표적인 것은 재판소원제도이다. 그러나 그것에 한정되는 것은 아니다.<sup>299)</sup>

제68조 제2항 헌법소원이 구체적 규범통제제도의 성격이 강하다

---

299) 예를 들어, 남아프리카공화국은 일반 법원에게도 위헌심사권을 부여하면서, 다만 법원이 법률조항을 위헌이라고 할 때에는, 헌법재판소가 최종적으로 이를 확인 혹은 변경하여야 한다고 하고 있다(동 헌법 제172조 제2항).

면 왜 현행법은 이를 ‘헌법소원’으로 규정하였을까.<sup>300)</sup> 그 이유는 이 제도가 헌법소원으로서의 성격을 일정 부분 구비하고 있다는 점이 감안되었고, 무엇보다도 헌법상의 근거 여부때문이라고 생각된다. 즉 헌법은 헌법재판소 부분에서 이러한 제도의 근거를 명시화하지 않았다. 헌법 제111조는 헌법재판소의 권한을 한정적으로 열거하고 있는데, 제1호는 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판”이라고 하였으며, 따라서 이는 당사자의 청구에 의한 위헌법률심판제도의 근거가 되기 어렵다. 다른 제2호-제4호는 권한쟁의, 탄핵심판, 정당해산에 관한 사항이므로 해당이 없고, 제5호는 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”이다. 그러므로 법률(헌법재판소법)로서 이 제도를 마련하려고 하면, 즉 당사자가 법원에 위헌제청신청을 하였으나 법원이 기각한 경우에도 위헌법률심판절차가 개시될 수 있게 하는 제도를 만들려면, 이 제도를 헌법소원에 편입시킬 수 밖에 없을 것이다. 그렇다면 현행법상 이 제도가 헌법재판소법 제68조 제2항에 위치한 것은 어쩔 수 없는 입법적 선택이었다고 볼 수 있다.

이상의 고찰을 종합할 때, 제68조 제2항 헌법소원제도는 그 법적 성질이 법원이 제청한 위헌법률심판제도라기 보다는 헌법소원제도에 더 가까운 것으로 보는 것이 상당하다. 우선 이 제도는 우리 법제하에서 헌법소원으로 분류되고 있으며, 헌법소원으로서의 요소도 지니고 있는 한, 그것이 잘못된 것이라 할 수 없다.<sup>301)</sup> 또한 이 제도

300) 논자에 따라서는 입법론상 이 제도는 구체적 규범통제절차를 정한 헌법재판소법 제41조에 포함시키는 것이 타당하다고 주장하기도 한다. 김학성, 위 “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원”, 고시계, 1994. 4., 92쪽.

301) 헌법재판소는 이 제도를 “규범통제형(위헌심사형) 헌법소원”이라고 한다(헌재 1997. 8. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 231). 실무상 사건명에는 “위헌소원”이란 명칭을 쓰고 있다.

는 개인이 법률조항의 위헌성을 심판해 달라고 헌법재판소에 일종의 소원(Beschwerde)을 하는 것이며, 그 특수한 요건은, 자신이 당사자인 소송사건에서(일종의 ‘자기관련성’), 구체적 재판에 적용될 조항일 것이어야 하고(‘직접성’, ‘현재성’에 대비됨), 법원에 위헌제청신청을 먼저 하여야(‘보충성 원칙’에 대비됨<sup>302)</sup>) 할 것이 필요하다. 한편 헌법상의 권리 침해를 이유로 할 수 있으면서도, 다른 헌법규정 위배를 위헌의 이유로 삼을 수도 있다. 헌법재판소법의 법원 제청의 위헌법률심판에 대한 준용규정이란든가 법원의 소송절차에 관련된 면이 존재하지만, 그러한 사항만으로 이 제도가 헌법소원의 성격을 갖지 않았다고 볼 수는 없다.

#### 4. 통 계

헌법재판소 창설후 지금까지(1988. 9.- 2001. 11. 1. 현재) 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원은 총 923건이 접수되어 814건(취하 제외)이 처리되었다. 처리 사건수를 주문별로 보면(괄호안은 법률조항별임<sup>303)</sup>), 단순위헌 125(31), 헌법불합치 32(11), 한정위헌 18(13), 한정합헌 20(14), 합헌(초기 판례상의 기각 포함) 438, 각하 153(73), 취하 27, 기타 1이다.<sup>304)</sup>

연도별 사건 접수건수는 1988년 1건, 1989년 15건, 1990년 60건,

302) 이러한 일반 헌법소원과의 대비는 단순한 참고용이며, 그 대비의 적실성 여하가 이 제도를 헌법소원으로 성격짓게 하는 것은 아니다.

303) 여러 사건들이 같은 법률조항을 심판대상으로 삼은 경우(예, 택지소유상한에 관한 법률 사건들) 등이 있으므로 법률조항별 건수를 별도로 표기한 것이다.

304) 헌법재판소의 내부적 통계를 참조함. 한편 동 기간 동안 법원의 제청에 의한 위헌법률심판은 총 417건이 접수되어, 387건이 처리되었는데(취하 제외), 단순위헌 68(68), 헌법불합치 24(14), 한정위헌 8(8), 한정합헌 7(14), 합헌 164, 각하 18, 취하 98건이었다.

1991년 22건, 1992년 54건, 1993년 67건, 1994년 50건, 1995년 64건, 1996년 96건, 1997년 90건, 1998년 107건, 1999년 120건, 2000년 96건, 2001년 11월 1일 현재 81건이다.

사건접수는, 연도별로 위헌성 여부가 문제된 법률이 다르고, 그에 관한 병합사건 건수가 등락이 있어 일률적으로 말하기 어려우나, 대체로 점차 증가하는 추세에 있다고 볼 수 있다.

처리된 접수건수에 대비해 위헌결정(헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌을 포함한다) 건수를 보면, 위헌결정율은 195/814이므로, 약 24%이다.

이러한 위헌결정을 수치는 병합사건이 많았던 것을 감안하더라도 매우 높은 것이라 아니할 수 없다. 이는 헌법재판소가 법률의 위헌 여부의 판단에 적극적이었기 때문이라고 할 수도 있으나, 그만큼 과거 권위주의 시대에 만들어진 많은 법률들이 잘못된 것이었다는 반영이라고 생각된다.

한편으로는 적어도 위 24%의 사건에 있어서는 당해사건 법원은 당사자의 위헌제청신청을 합헌이라고 보아 기각할 것이 아니라, 헌법재판소에 위헌제청을 했어야 했는데도 하지 않았다는 것을 보여준다. 헌법재판소가 일반 법원 판사들보다 그 위헌성의 판단에 더 적극적인 것이었다고 하더라도, 법관은 위헌성의 상당한 의심 내지 확신이 있는 경우 제청을 해야하는 법적 의무(Vorlagepflicht)를 지는 것이라고 볼 때, 법관(법원)이 헌법재판소에 위헌제청을 꺼려하는 경향이 있다는 것은 문제라고 할 것이다.<sup>305)</sup>

---

305) 그러한 배경의 하나로는, 헌법재판소 설립 이전 수십년동안 위헌제청을 전혀 하지 않았던 법원은 수많은 법률들을 명시적 혹은 묵시적으로 합헌이라고 판단하여 그 전제에서 재판을 해 왔으며, 따라서 현재 그 법률들에 대한 위헌제청은 사실상 기존의 (대)법원 판례를 변경하는 효과를 지니기 때문이라고 생각된다. 적어도 유명무실했던 우리 헌법재판의 과거가 현재의 헌법재판의 실효성에 장애가 되어서는 안될 것이다.

어쨌든 통계상으로 볼 때, 제68조 제2항 헌법소원제도는 그간 중요한 기능을 하여 왔으며, 구체적 규범통제제도를 활성화시키는 중요한 한 축을 형성하여 왔다고 평가된다.

## II. 제도상 문제점과 실무상 대안

### 1. 제도상 문제점

제68조 제2항 헌법소원제도는 그 동안 잘못된 입법들에 대한 위헌법률심판을 활성화하여, 헌법의 규범력을 높이고, 당사자의 법익침해를 구제받을 수 있게 기능하여 왔다. 그런데 이 제도는 당해소송에서 당사자가 특정 법률조항을 위헌이라고 주장하기만 하면, 또 법원이 그러한 위헌제청신청을 기각하기만 하면, 헌법재판소로 하여금, 재판의 전제성과 청구기간 요건이 구비되면, 반드시 그 위헌여부를 심사하도록 하게 한다.

따라서 만일 당사자가 뻔히 합헌적인 법률임에도 자신에게 불리한 내용이 있는 경우 무조건 법원에 위헌제청신청을 한 뒤, 헌법재판소로 하여금 그 위헌 여부를 심사시킬 수 있는 문제점을 지니고 있다. 물론 그간의 사건 접수 상황 내지 인용율을 보면 그러한 문제점이 현실화되고 있다고 보기는 곤란하지만, 여전히 잠재적으로 이 제도는 헌법재판소에 부적절한 사건부담을 주고, 무익한 위헌법률심판절차를 반복시킬 수 있는 가능성을 지니고 있는 것이다.

상식적으로 보아도 위헌성의 문제가 없는 법률에 대하여까지 국민의 세금으로 운영되는 헌법재판소가 전반적인 본안판단을 거쳐 결정선고를 하는 것은 낭비적 측면이 적지 않다. 또한 당사자들은

자신의 소송을 지연시키거나, 후술하듯이 법률조항이 아닌 법해석을 다투거나, 시행령의 문제를 법률의 문제로 다투어 이익을 얻거나 하는 등 여러 의도에서 무리한 위헌제청신청을 하는 경향도 있는 것이다.

그러나 이 제도는 앞서 보았듯이, 과거로부터 반성에서 채택된 것이고, 그 순기능이 높으므로, 있을 수 있는 단점을 최소화하는 실무상의 운용이 요청된다. 다음과 같이 실무상 가능한 대안이 제시될 수 있다.

## 2. 실무상 대안

### 가. ‘재판의 전제성’ 요건의 강화

헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원청구를 하기 위해서는 법률조항의 위헌 여부가 당해사건의 해결을 위한 전제가 될 것, 즉 ‘재판의 전제성’을 요한다. 헌법재판소는 여기서 재판의 전제성을 법원의 제청에 의한 위헌법률심판과 공통되는 것으로 보아 왔다. 판례상 재판의 전제성 개념은 다음과 같다.

헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제68조 제2항 본문, 제41조 제1항에 의하면 위와 같은 헌법소원심판청구에는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 될 것, 즉, 재판의 전제성이 요구된다. 재판의 전제성이 인정되기 위해서는 첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라야 한다. 그리고 여기에서 법원이 “다

른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가(전혀) 달라지는 경우도 포함한다 할 것이다.<sup>306)307)</sup>

306) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865; 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226~252; 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317, 333; 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 70-71; 2000. 10. 25. 2000헌바32, 판례집 12-2, 264, 270 등. 다만 괄호에 표시된 “전혀”라는 형용사는 초기 판례(예를 들어, 위 92헌가8, 92헌가10등, 91헌바15등)에서는 명시되었으나 뒤의 판례에서는 명시되지 않았다.

한편 판례상 좀더 간단한 일반적 판시가 다음과 같이 행하여진다.

“재판의 전제성이 있다고 하려면 우선 그 법률이 당해 사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일 때에는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수밖에 없는 경우, 즉 재판의 주문이 달라질 경우 및 문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 주문에는 영향을 주지 않는다 하더라도 적어도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달리하는 경우라야 한다.”(헌재 1996. 3. 28. 93헌바41, 판례집 8-1, 190, 196; 1998. 3. 26. 97헌바13, 판례집 10-1, 275; 2000. 11. 30. 2000헌바24, 판례집 12-2, 318, 323 등).

307) 주문(결론)과 무관하지만 이유를 달리하거나 재판의 내용이나 효력이 달라진다는 이유로 재판의 전제성을 인정한 사례는 다음을 예로 들 수 있다.

헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317, 334-335

“이 사건 관련소송사건들의 재판을 담당한 서울고등법원은 이 사건 관련사건들에 있어서 원고들(이 사건 청구인들)이 무효확인을 구하는 이 사건 계급정년규정에 근거한 퇴직인사명령이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 하여 이 사건 관련사건들을 각 부적법하다고 각하하였”으나, “만일 이 사건 계급정년규정이 위헌이라면 위 규정에 근거한 청구인들에 대한 퇴직인사명령의 효력이나 청구인들의 공무원지위 보유 여부에 관하여 다를 여지가 있게 된다는 점에서 위와 같은 법적 분쟁에 관한 재판은 이 사건 계급정년규정 위헌 여부에 따라 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는데 관련되어 있거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당된다고 할 것이므로, 이 사건 계급정년규정의 위헌 여부는 이 사건 관련소송사건의 재판의 전제가 된다.”

헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 589-590

“주문은 보석허가결정을 취소하거나 보석허가조건을 변경하는 내용이 될 것이지만, 즉시항고의 경우에는 재판의 집행정지의 효력이 있고 보통항고의 경우에는 그렇지 아니함으로써 전자의 경우든 후자의 경우든 그 결정을 이끌어 내는 이유설시에 있어서 이 사건 규정이 위헌으로 심판된 경우와 위헌으로 심판되지 않은 경우는 기초적인 이유가 다를 것이며 재판의 직접적인 내용과 효력도 달리하게 된다. 그러므로 원심법원이 같은 법 제408조 제1항을 적용하는 경우는 모두 이 사

그런데 이러한 개념은 기본적으로 법원이 해당 법률조항이 위헌 일 것이라며 당해 소송을 정지하고 헌법재판소에 위헌법률제청을 한 경우에 타당한 것이라 할 수 있다.<sup>308)</sup> 그런데 법원이 당사자의

---

건 규정이 위헌으로 확인되는 여부에 따라 비록 재판의 주문 자체에는 영향이 없으나 그 재판의 결론을 이끌어 내는 이유설시와 그 경정결정의 내용과 효력의 법률적 의미에 차이가 있게 될 것이다.”

1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 865-866

형사소송법 제331조 단서는 “단 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다.” 라고 본문에 대한 예외규정을 두어 법원의 무죄 등의 판결선고에도 불구하고 구속영장의 효력이 상실되지 않는 예외를 설정함으로써 구속취소의 법적 효과를 배제하는 또 다른 이중적 특별규정을 두고 있다. 이러한 경우 법 제331조 단서규정의 위헌여부에 따라 형사판결의 주문 성립과 내용 자체가 직접 달라지는 것은 아니지만 만약 위 규정이 위헌으로 법적 효력이 상실된다면 이 법 제331조 본문의 규정이 적용되어 제청법원이 무죄 등의 판결을 선고하게 될 경우에 그 판결의 선고와 동시에 구속영장의 효력을 상실시키는 재판의 효력을 가지게 되며, 이와는 달리 이 단서 규정이 합헌으로 선언되면 검사로부터 피고인들에 대하여 징역 장기 10년의 구형이 있는 위 피고사건에 있어서 당해사건을 담당하는 법원의 판결만으로는 구속영장의 효력을 상실시키는 효력을 갖지 못하게 되는 결과로 인하여 그 재판의 효력과 관련하여 전혀 다른 효과를 가져오는 재판이 될 것이다. 따라서 법 제331조 단서규정의 위헌여부는 제청법원이 검사로부터 장기 10년의 징역형 등에 해당한다는 취지의 의견진술이 있느냐 없느냐 여하에 따라 관련 사건의 그 재판주문을 결정하고 기관력의 내용을 형성하는 그 자체에 직접 영향을 주는 것은 아니라 할지라도 그 재판의 밀접 불가결한 실질적 효력이 달라지는 구속영장의 효력에 관계되는 것이어서 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당하는 것이므로 재판의 전제성이 있다고 할 것이다.

308) 다만 재판의 전제성의 일반적 범위에 관하여 추후 좀더 검토가 필요한 것으로 보인다. 위 판시에 의하면 “비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 (전혀) 달라지는 경우”가 포함되고 있는바, 이는 그 범위가 매우 넓다고 볼 수 있다.

유사한 재판의 전제성 개념을 사용하고 있는 독일의 경우를 보면, 판례는 위와 같은 경우 “재판(Entscheidung)의 主文은 법규범의 유무효에 좌우되지 않지만, 이유(Begründung)는 법규범의 유무효에 좌우되며, 나아가 재판의 내용(Inhalt)과 효력(Wirkung)에 관하여 법적인 의미를 갖게되는 경우” 예외적으로 재판의 전제성을 인정한다(BVerfGE 13, 97 [103]; 18, 353 [360]; 44, 297 [301]). 본래 ‘재판의 이유’ 자체는 ‘재판’이 아니므로(朴承鎬, 헌법재판연구(1)(경인출판사, 1998), 159쪽(“위헌법률심판에서의 재판의 전제성”) 참조) 원칙적으로 주문에 영향이 없으면서 이유만 달리한 경우는 재판의 전제성 요건이 없다고 한다. 그러나 주문상의 표현만으로는 재판의 내용과 효력을 알 수 없는 경우가 있고, 그러한 경우 이유를 같이 참고하여야만 하므로, 이유는 재판의 내용과 재판의 법적 효력에 관하여 중요한 의미를 지닐 수 있다. 따라서 비록 주문 자체는 해당 법률의 위헌 여부가 관련이 없지만, 재판의 내용과 효력을 알기 위해 필수적인 ‘이유’에는 해당 법률

제청신청에도 불구하고 해당 법률조항이 위헌성의 의심이 없다면 이를 기각하고, 나아가 소송을 계속 진행하는 경우라면, 그 당사자가 제68조 제2항 헌법소원을 제기한 경우를 법원이 위헌제청한 경우와 재판의 전제성을 똑같이 요구하는 것은 부적절한 측면이 있다.

우선 개별 사건의 해결을 위한 전제조건으로서의 법률조항의 위헌 여부 판단이라는 구체적 규범통제제도의 본질을 염두에 둘 때, 법원이 위헌제청한 경우는 위헌법률심판은 객관적 법질서 유지의 측면이 강한 반면, 개인이 청구한 경우는 그 보다는 주관적 권리보호의 목적이 강하다고 볼 것이다. 왜냐하면 後者の 경우 개인의 입장에서는 소송에 이기는 것이 주목적인 것이고, 이를 위하여 헌법소원으로서 해당 법률조항을 다투는 것인 반면, 前者는 당해 소송을 합헌적인 법률에 의하여 원만히 진행하기 위하여 필요하기 때문에 법률조항의 위헌성 판단이 필요한 것이기 때문이다. 그러므로 前者의 경우 꼭 주문과 상관없는 경우라도 재판 내용이나 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 주거나, 재판의 결론을 도출하는 이유에 직접 관련된다면, 해당 법률조항의 위헌성 여부가 규명되어야 할 필요성이 있는 것이다.

그러나 後者の 경우 이미 당해소송은 진행되어 청구인에게 불리하게 확정될 것이므로<sup>309)</sup>, 청구인으로서의 승소하려면 헌법재판소에

---

의 위헌 여부에 따라 그 내용이 달라질 경우 예외적으로 재판의 전제성을 인정하는 것이 필요하다는 것이다(위 BVerfGE 44, 297 [300] 참조).

한편 재판의 전제성 요건에서 결론을 이끌어내는 이유만을 달리하는 경우는 제외되어야 한다는 견해로, 金株賢, “재판의 전제성에 관한 고찰”, 헌법논총 제8집(1997), 168-9쪽 참조.

309) 청구인이 확정적으로 승소한다면 권리보호의 이익이 없게 된다. 즉, “당해소송에서 승소한 당사자인 청구인은 재심을 청구할 수 없고(대법원 1993. 12. 28. 93다47189, 공1994상, 531 ; 1998. 11. 10. 98두11915, 공1998하, 2877 참조), 당해사건에서 청구인에게 유리한 판결이 확정된 마당에 이 법률조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 한다 하더라도 당해사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것도 아니므로, 결국 . . . 재판의 전제성이 부정되는 부적합한 청구가 된다”(헌재 2000. 7. 20. 99헌바61, 판례집 12-2, 108, 113).

서 위헌결정을 받은 뒤 법원에 재심을 청구하여 구제받는 방법밖에 없다. 그런데 헌법재판소가 다루어진 법률조항이 당해소송의 결과에 영향을 미치지 않는 경우까지도 재판의 전제성을 인정하여 위헌결정을 한들 당사자는 재심에서도 구제받을 수 없다. 그렇다면 구체적 규범통제 제도의 범위내에서 볼 때 제68조 제2항 헌법소원에서 재판의 전제성을 법원의 제청에 의한 위헌법률심판에서와 같은 정도로 넓힐 필요는 없다고 생각된다.

그러므로 제68조 제2항 헌법소원에서 재판의 전제성은 더 제약되는 것이 바람직하다. 즉 헌법재판소의 재판의 전제성에 관한 위 일반 판시 중 셋째 요건은 ‘원칙적으로’ 제68조 제2항 헌법소원에는 적용이 없다고 봄이 상당하다. 즉 당해사건에서 재판의 주문 내지 결과에 영향을 미치지 않는 경우는, 비록 재판에 채택된 이유가 범규범의 유무효에 따라 달라지게 되더라도 단순히 이러한 사정만으로는 재판의 전제가 되지 않는다고 보자는 것이다. 그러나 때로는 주문 자체만으로는 재판의 내용 내지 효력범위를 확정할 수 없고 주문을 이끌어내는 이유를 같이 참고하여야 할 경우가 있고, 이 경우 주문에 있어서는 아니지만 이유 구성에 있어서 그 범규범의 유무효에 좌우되는 경우라면 예외적으로 재판의 전제성이 있다고 보아야 할 것이다.

또한 주문(결론)이나 이유에는 직접 관련이 없지만 해당 범규범의 위헌 여부에 의하여 재판의 내용과 효력에 관한 의미가 ‘전혀’ 달라

지는 경우, 예를 들어, ‘당사자가 추후 다른 소송절차에서라도 구제를 받을 수 있는 계기를 줄 수 있는 경우’라면 재판의 전제성을 예외적으로 인정할 수 있을 것이다.

한편 헌법재판소는 “심리기간 중 그 후의 사태진행으로 당해 소송이 종료되었다라도 헌법재판소로서는 제청 당시 전제성이 인정되는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 적극적으로 그 위헌 여부에 대한 판단을 하는 것이 헌법재판소의 존재이유에도 부합하고 그 임무를 다하는 것”이라고 하였으나(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 591), 이러한 법리는 주관적 권리보호를 목적으로 하는 제68조 제2항 헌법소원에서는 적용할 필요가 없을 것이다.

#### 나. ‘기각’ 주문의 채용

초기에 헌법재판소는 제68조 제2항 헌법소원을 본안심리후 인용하지 않을 경우 “기각한다”는 주문을 낸 적이 있으나, 그 후 일관하여 그 경우 “헌법에 위반되지 아니한다”는 주문을 표시하여 왔다.<sup>310)</sup> 이는 동 제도의 실질이 위헌법률심판이라고 보아 법원에 의한 위헌법률심판 사건과 보조를 맞추기 위한 것이다.

그런데 우선 법원의 제청에 의한 심판절차를 규정한 헌법재판소

---

310) 다만 조승형 재판관은 계속하여, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구를 본안심리한 뒤 인용하지 않을 경우 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 소수의견을 개진하였다. 그 이유를 요약하면, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이라고 한다(헌재 1999. 7. 22. 96헌바19, 판례집 11-2, 73, 85; 1999. 7. 22. 96헌바80등, 판례집 11-2, 90, 110 등).

법 제41조 제1항은 “...헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다”고 규정하고 있으나, 제68조 제2항은 “...당사자는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다”고만 되어 있다.

그러므로 제68조 제2항 헌법소원을 본안에서 인용하지 않을 경우 반드시 ‘합헌’ 주문을 내야 할 법리적 필요성은 없다. 헌법재판소법에는 달리 제68조 제2항 헌법소원이 법률의 ‘위헌여부’를 심사하여야 한다고 규정한 바 없다.<sup>311)</sup>

한편 제68조 제2항의 소송물을 ‘법률의 위헌여부’라고 보더라도, 그 헌법소원을 인용하지 않을 때 반드시, 제68조 제1항 헌법소원의 경우와 다르게, “헌법에 위반되지 아니한다”는 주문을 낼 당위성은 없다.

다음 이유에서 본안에서 인용하지 않을 경우 “기각한다”고 하는 것이 더 적절하다고 생각한다.

첫째, 제68조 제2항이 헌법소원으로서의 성격을 지니는 이상, 비인용시 제1항 헌법소원과 같이 ‘기각’ 주문을 내는 것이 논리적이다. 제68조 제2항 헌법소원은 어디까지나 당사자가 해당 법률조항이 위헌임을 선언해달라는 것이며, 따라서 이를 인용하지 않을 때는 기각함으로서 축한 것이지, 사실상, 최종 헌법해석기관인 헌법재판소가 해당 조항을 합헌으로 결론지음으로서 추후 입법적, 해석적 개선의 여지를 더 좁힐 수 있다는 점에서, 당사자가 청구한 것보다도 더 불리할 수도 있는 “합헌” 결정을 할 필요는 없다고 보여진다(이 부분은, 위 조승형 재판관의 논거도 같은 취지라고 보여진다). 소송법의 일반적 법원리의 하나라고 할 수 있는 不告不理의 原則상 청구인에게 사실상 더 불리할 수 있는 주문을 내는 것은 부적절하다고 할

---

311) 그 헌법소원을 인용하는 경우 준용하는(법 제75조 제6항) 제45조에 ‘위헌여부’란 표현이 있으나 이는 전혀 맥락이 다르며, 인용시의 문제일 뿐이다.

것이다.

둘째, 제68조 제2항 사건은, 앞서 언급했듯이, 이론상 모든 소송에서 당사자가 위헌제청신청만 하고 법원이 기각하기만 하면 어느 때나 헌법재판소의 본안판단 대상이 될 수 있다. 즉 명백히 합헌적인 법률조항도 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다는 것이다. 통상 헌법재판소의 법률에 대한 위헌성 심사는 여러 절차와 많은 자료와 연구를 동반하는 절차이므로, 가능한 한 불필요한 심사절차를 줄이고, 에너지를 헌법재판을 보다 효율화 할 수 있는 쪽으로 집중하는 것이 필요하다. 어느 법률조항에 대한 심사결과 그 주문을 “헌법에 위반되지 아니한다”라고 하려면, 그 법률조항을 헌법 제1조에서부터 끝까지 해당 심사규정을 찾아서 모두 심사하여야 한다는 것을 뜻한다. 따라서 일견 명백한 합헌적 법률조항이라도 그러한 주문에 책임을 지기 위해서는 빠지지 않는 포괄적 논증이 요구되는 것이다.

‘위헌’ 주문은 한가지 헌법원칙만 위배되어도 가능하지만, ‘합헌’ 주문은 해당 법률조항을 모든 관련 헌법적 측면에서 심사하지 않고서는 불가능하므로, 그 판단이 더 어렵다. 또한 그 과정에서 당사자가 주장하지 않은, 그러나 중요한 위헌성 논점을 헌법재판소가 간과할 경우도 배제할 수 없다. 비록 합헌 결정은 기속력이 없다고 보지만(물론 반대의 견해도 있다), 최종적 헌법해석기관이 위헌성 논거를 간과하고 ‘합헌’ 주문을 내는 것은 매우 신중을 요하고 그 영향력이 큰 것이다.

그런데 제68조 제2항 헌법소원은 법원이 위헌성을 의심하여 제청한 사건과는 달리 이미 법원에 의하여 위헌성이 없다고 한 번 걸러진 상태에서 헌법소원의 형식으로 청구되는 것이다. 그러므로 합헌적인 법률조항이라면 당사자가 청구하기만 하여도 헌법재판소가 그 조항을 모든 관련 헌법규정을 동원하여 심사하여야 하는 것은 제도

의 낭비가 될 수 있다.

헌법소원의 형식에 의한 위헌법률심판에서 불인용시 이를 기각한다면, 헌법재판소로서는 별다른 위헌성 논거가 쉽게 드러나지 않는 경우에는, 당사자가 주장한 바 관련 사실관계하의 위헌성 주장만을 심도있게 검토한 뒤, 이를 기각하는 주문으로 사건을 종결할 수 있다.

사실 구체적 규범통제란 미국에서 발달한 제도로서 원칙은 어느 법률조항이 어느 사안에서 위헌인가 아닌가를 개별적으로 따지는 제도이다. 따라서 원칙적으로 위헌결정이라도 개별적 효력을 갖는데 그친다. 즉 원칙적으로 당해사건에 적용되는 한에서 위헌이라는 것이고, 그러한 결정으로 인하여 법률조항이 일반적으로 실효되거나 법전에서 제거되는 것은 아니다.

그러므로 독립된 헌법재판소제도가 일반적 효력과 모든 국가기관에 대한 기속력을 갖는 위헌결정을 할 수 있고, 법원이 제청한 법률조항의 위헌여부를 ‘재판의 전제성’ 요건만 통과되면 관련 사안의 범위를 넘어서서 전반적으로, 모든 헌법조항을 잠재적 심사기준으로 삼아 심판을 하는 것은, 실은 단순한 주관적 권리보호의 한 장치라기 보다는 객관적 법질서 유지의 측면이 강하게 작용한 것이다.<sup>312)</sup>

그런데 제68조 제2항 특정 사안의 소송 당사자가 헌법소원의 형식으로 청구하는 절차이므로 그 당사자가 관련된 범위와 맥락내에서 해당 법률조항의 위헌성을 심사하는 것이 가능하고, 또 그것이 원래의 구체적 규범통제제도의 취지상 바람직하다고 생각된다. 그런데 이러한 관점은 불인용시 ‘기각’ 주문을 낼 때만 가능한 것이다.<sup>313)</sup>

---

312) 이에 대해서는, 개별 사안에서 특정지위된 범위에서(즉 쟁점화된 문제점과 관련하여) 지목된 법률 내지 법률조항의 위헌여부를 심판하여야 하며, 결정의 효력도 그 범위내에서만 미치게 하는 것이 더 적절하다는 견해가 있다. 崔大權, 사례중심 헌법학(박영사, 2001), 182-186쪽 참조.

313) 한정합헌 형식의 주문도 가능할 것이나(즉 “...점에 관한 한 헌법에 위반되지 아니한다”) 이는 통상적으로 헌법재판소가 사용하는 한정합헌 주문, 즉 해석의 질적 범위를 제한하는 의미의 주문과 혼동될 여지가 있는 등 적절치 아니하다.

그러므로 제68조 제2항 헌법소원에 대한 불인용시의 ‘각각’ 주문은, 많은 합헌적 법률조항을 다시 당사자가 심판청구했다고 하여 다시 많은 논증과 빠짐없는 심사절차를 거쳐 다시 합헌으로 선언해야 하는 비효율을 방지해 주고, 헌법재판소가 정작 중요한 위헌성 문제가 개입된 사건에 에너지를 집중할 수 있는 여지를 줄 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 관련된 몇 가지 쟁점

#### 1. 한정위헌을 구하는 청구

소송 당사자들은 적지 않은 경우, 특정한 사실관계에 대한 법원의 특정 법률해석이 위헌이라는 청구이유로, 제68조 제2항 청구를 하여 왔다. 이는 개별 사안에서 법원의 법해석에 의하여 구제되지 못하자, 법률의 위헌여부 심판의 형식으로 그 구제를 도모한 것이다. 그러나 입법행위 자체를 심판하는 것과 司法행위를 심판하는 것은 구분되어야 하고, 규범통제의 형태로 사법작용에 대한 위헌심사를 하는 결과는 바람직하지 못하다. 그러므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 ‘법률’ 자체가 심판대상이며, ‘법률의 해석’의 경우는 제외한다고 보아야 한다. 일반적으로 법률조항 자체에 대한 다툼과 법률의 해석에 관한 다툼은, 그 구분이 모호한 경우가 많지만, 일응 구분되는 것으로 보아야 한다.<sup>314)</sup> 그러므로 과연 어

314) 헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208.

뎐 범위 내지 기준에서 한정위헌을 구하는 청구를 부적법하다고 보아야 할 것인가가 문제된다. 판례는 다음과 같은 일반적 설시를 하여 왔다.<sup>315)</sup>

헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상은 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “...하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항상의 청구로 적절치 아니하다.

그러나 실제로 헌법재판소가 한정위헌을 구하는 제68조 제2항 사건을 부적법하다고 보아 각하한 경우는 3건인 반면,<sup>316)</sup> 법률조항 자체를 다루는 것으로 善解한 경우가 많았다.<sup>317)</sup>

헌법재판소가 적극적으로 심판대상으로 삼아 판단한 경우는 다음 2가지로 분류할 수 있다.<sup>318)</sup> ① 하나는 법규정 자체의 불확정성을 다루는 것으로 보는 경우이다. 헌법상의 명확성 원칙을 다루는 경

315) 현재 1998. 9. 30. 98헌바3; 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 161; 현재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 37; 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208.

316) 현재 1998. 9. 30. 98헌바3(교육법 제13조 등 위헌소원, 판례집 미수록); 2001. 3. 21. 99헌바107(도시계획법 제29조 제1항 등 위헌소원), 판례집 13-1, 626; 2001. 9. 27. 2000헌바20(국제통화기금조약 제9조 제3항 등 위헌소원), 공보 61, 923. 그 결론은 결국 재판의 전제성이 결여된 것으로 보았다.

317) 현재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 36-37; 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161-162; 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 208-209; 1999. 7. 22. 97헌바9, 판례집 11-2, 112, 121; 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 536; 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448, 449; 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 864-865 참조. 또한 헌법재판소판례요지집, 헌법재판소법 제68조 제2항 부분[한정위헌을 구하는 청구] 참조.

318) 2001. 3. 21. 99헌바107, 판례집 13-1, 626, 633-634; 2001. 9. 27. 2000헌바20, 헌법재판소공보 61, 923, 926-927. 다만 위 판례들에 의하면 이 2가지 유형은 예시적인 것이다.

우<sup>319)</sup> 혹은 조세법률주의(과세요건 명확주의) 위반을 다투는 경우<sup>320)</sup>가 이에 해당한다. ② 다른 하나는 소위 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상 규정”<sup>321)</sup>의 위헌성을 다투는 경우이며, 대체로 3개 판례<sup>322)</sup>가 여기에 해당된다.

헌법재판소가 한정위헌을 구하는 해석작용에 관련된 심판청구를 자주 용인하면, 규범통제제도를 법원의 재판 혹은 행정청의 법해석에 대한 통제제도로 전락시킬 우려가 있다. 또한 법해석 작용에 대한 청구를 쉽게 인정하면, 제68조 제2항의 헌법소원제도가 남용될 수 있는 소지를 제공한다. 일차적 권리구제기관인 법원에 의하여 구체되지 않는 경우 무조건 특정 법해석이 위헌이라며 헌법재판소의 규범통제제도를 이용하게 되는 것이다. 그러므로 엄격하게 그러한 청구에 대한 적법성 심사를 하는 것이 바람직하다.

그 범위는, 위 ① 부분은 특별한 문제가 없어 법률조항에 대한 적법한 청구로 볼 수 있으나, 위 ② 부분은, 단순히 판례가 집적되어 있다는 것을 뜻하는 것이 아니라, “심판대상 규정의 위헌성 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우”<sup>323)</sup>를 뜻한다고 한정하여야 할 것이다. 그러나 그 범위는 위 ① ②에 한정될 수는 없고 헌법재판소가 심판함이 필수적으로 요청되는 경우에는 허용되어야 할 것이다.<sup>324)</sup>

319) 헌재 1999. 7. 22. 97헌바9, 판례집 11-2, 112, 121.

320) 헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 37; 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 162.

321) 통상 법해석으로 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 것을 뜻한다.

322) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615, 626; 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252; 2001. 8. 30. 2000헌바36, 공보 60, 852.

323) 위 2001. 9. 27. 2000헌바20, 헌법재판소공보 61, 923, 926.

324) 예를 들면, 헌법재판소법상의 제심규정에 관한 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 865. 그 사건에서 청구인의 주장취지는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 인용된 경우에, 당해사건의 당사자뿐만 아니라 헌법소원을 제기한 바는 없으나 위헌선언된 법률조항의 적용을 받았던 다른 사건의 당사자도 이미 확정된 관련사건의 제심을 구할 수 있다는 것으로 심판대상범조항을 해석하지 않으면 헌법에 위반된다는 것이었는데, 헌법재판소는 이를 심판대상범조항 자체의 위헌성에 관한 청구로 받아들였다.

## 2. 사실상 시행령을 다투는 경우

제68조 제2항 헌법소원은 시행령을 대상으로 청구할 수 없다.<sup>325)</sup> 그러나 많은 위임입법으로 인하여 오늘날 사실상 시행령에서 국민의 권리의무에 관한 사항들이 실제적으로 규정되고 있다.<sup>326)</sup> 그러므로 시행령(법규명령)에 대한 규범통제의 필요성은 매우 증가되었으나, 제도적 발전은 이를 뒷받침하지 못하고 있다.

우선, 법원은 재판의 전제가 된 시행령에 대해 법률이나 헌법에 위반되는지를 심사할 수 있으나(헌법 제107조 제2항), 실무상 모법의 위임한계를 위배한 여부에 관한 유·무효 심사에 그치는 경향을 보여왔고<sup>327)</sup>, 모법의 위임한계내에는 있지만 시행령 자체의 문제가 있는 경우, 예를 들어 기본권(평등권, 직업의 자유 등)을 침해하는 여부를 심사하는 데까지는 나아가지 않았다. 한편 헌법소원으로 법규명령의 기본권침해성을 다투는 경우가 있으나, 현재의 제도로는 통상 청구기간, 직접성 요건을 통과하기가 쉽지 않다. 그러므로 사실은 구체적인 소송절차에서 법률규정뿐만 아니라 이에 부속하여 시행령의 위헌성까지 같이 다룰 수 있다면 더 효율적이다.<sup>328)</sup> 특히 현재 우리의 잘못된 입법현실에서 법률과 시행령을 함께 규범통제

---

325) 현재 1992. 10. 31. 92헌바42, 판례집 4, 708, 710; 1997. 10. 30. 95헌바7, 판례집 9-2, 437, 447 등.

326) 이러한 상황이 초래된 주된 이유는, 행정부의 전문성 혹은 입법변경의 시의성 때문이라기 보다는 입법부가 본래의 제 기능을 못하고 있기 때문이다.

327) 이에 관해서는, 鄭宗燮, “헌법소송과 행정소송: 현행 명령·규칙에 대한 위헌심판절차의 문제점과 그 해결 방안”, 헌법논총 제3집(1992), 355-361쪽 참조.

328) 같은 논문, 367-377쪽 참조.

의 대상으로 삼아야 할 필요성은 큰 것이다.

그간 제68조 제2항 헌법소원심판청구는 사실상 시행령이 문제된 경우인데 이를 법률조항의 문제로 포장하여 심판청구를 한 예가 적지 않았다. 일례로, 최근의 2001. 1. 18. 선고 98헌바75등 사건(판례집 13-1, 1)을 보면, 청구인(비영리법인)은 실은 다른 의료법인은 재산세 등을 면세해 주면서 왜 민법상의 비영리의료기관은 해주지 않는 것을 다투는데, 그러한 규정은 시행령에 있는 것이었지만, 이를 제68조 제2항 헌법소원으로 다투지 못하고 단순히 그 면제대상을 시행령에 위임한 법률조항을 대상으로 심판청구를 하였다.

외국의 헌법재판소를 보면 독일, 오스트리아 등은 시행령(법규명령)의 위헌성을 헌법재판소가 법률과 같이 심사하고 있다.<sup>329)</sup>

우리의 경우도 규범통제절차에서 일거에 위헌심사를 할 수 있도록 하는 제도적 모색이 필요하다.

### 3. 법 제68조 제2항 단서 문제

헌법재판소법 제68조 제2항 단서(혹은 제2문)는 “이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다”고 규정한다.

이 조항이 같은 심급에서 한 번 제청신청을 하여 법원이 이유없다며 기각했음에도 다시 위헌제청신청을 하는 것을 방지하기 위한 것이라는 점은 명백하다.<sup>330)</sup> 그렇다면 다른 심급간에는 어떠한가가 문제된다. 이에 대한 직접적인 헌법재판소 판례는 아직 없다.

대법원 판례는 다른 심급을 포함한다고 해석한다.<sup>331)</sup> 이에 의하면

---

329) 같은 논문, 369쪽 참조.

330) 헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 293-294 참조.

331) 대법원 2000. 6. 23.자 2000카기44 결정, 공2000.9.1.(113), 1821; 2000. 4. 11.자 98카기137 결정, 공2000.6.15.(108), 1229; 1996. 5. 14.자 95부13 결정, 공1996하, 1886.

하급심에서 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 바 있다면, 그 후 헌법소원심판을 청구한 여부를 불문하고 상고심에서 동일한 사유로 다시 위헌여부심판의 제청신청을 할 수 없다. 따라서 동 신청은 각하된다.

학설은, 법원의 법률해석에 변동이 있다든가 기초적인 사실관계가 바뀐 경우에는 다시 제청신청을 할 수 있다는 전제에서 위 “당해 사건의 소송절차”는 쉰심급으로 해석하는 견해,<sup>332)</sup> “당해 사건의 소송절차”는 청구인이 그 전의 심급에서 위헌제청신청을 하여 법원에서 기각된 바 있으나 헌법재판소에 제68조 제2항 위헌소원을 하지 않았던 경우에는 (청구기간이 도과된 경우 등) 심급이 달라질 경우 다시 위헌제청신청을 금지하는 취지라고 볼 수 없고, 다만 이미 헌법재판소에 위헌소원을 제기한 경우에는 심급이 달라졌다 하더라도 다시 위헌제청신청을 허용할 실익이 없다는 견해<sup>333)</sup>가 있다.

일반적으로 “당해 사건의 소송절차”란 통상 당해사건이 관련되는 모든 심급의 소송절차를 뜻한다고 볼 여지가 있다. 왜냐하면 일단 위헌법률심판제청을 하였다면 동일한 사유를 이유로 다시 법원에서 다시 위헌심판제청을 허용할 이유가 없다고 할 수 있기 때문이다.

그러나 심급이 달라질 경우 무엇보다도 재판부가 완전히 달라지기 때문에 위헌제청신청에 대한 판단 주체가 달라지므로, 당사자로서는 다시 한번 법률의 합헌성 여부에 관한 다른 법원의 판단을 받아볼 필요성이 있다. 어느 한 심급 재판부에 의한 제청신청기각결정

332) 金柱賢, 위의 글(각주 25), 165쪽.

333) 鄭宗燮, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도”, 동인 著, 헌법재판연구1 (철학과현실사, 1995), 132, 139쪽 참조.

이 후속 심급 재판부를 항상 구속한다고 보는 것은 당사자의 헌법소원청구권을 제약할 수 있고, 각 법원이 위헌제청의 주체가 되고 있는 규범통제절차와도 부합되기 어렵다.<sup>334)</sup>

무엇보다도 한 심급에서 위헌제청신청을 하여 기각되었지만, 청구기간 부준수 외 여러 가지 사정으로 헌법소원을 청구하지 않았던 당사자에게는 위헌법률심판을 받아볼 기회를 놓치게 된다. 또 하급심에서 위헌제청신청이 기각되었지만 헌법소원청구를 하지 않았을 때 상급심에 의하여 사실확정과 법률해석의 변화가 있거나, 관련 사안에 관한 대법원 판례가 변경된 경우 등 다른 심급에서 당사자가 다시 위헌제청신청을 할 필요성이 있는 경우가 있다.

한편, 예를 들어, 특정 심급에서 승소한 당사자가 다른 당사자가 상소하여 앞으로 패소할 수 있다며 미리, 제청신청이 기각되자 제68조 제2항 청구를 했을 경우<sup>335)</sup> 그러한 청구를 적법한 것으로 볼 것인지는 제68조 제2항 단서를 어떻게 해석할 것인지에 달려있다. 이 경우 위 대법원 판례대로라면, 헌법재판소는 이 심판제청에 대하여, (승소하였으므로) 재판의 전제성 내지 권리보호이익이 없다며 각하하지 못하고, 상급심 결과를 마냥 기다리거나, 그 도중에라도 이미 그 심급에서 승소한 당사자를 대상으로 위헌법률심판을 행하게 되는(이 경우 법 제68조 제2항 헌법소원의 ‘주관적 권리구제’ 성격과 불일치하게 되고, 본안 판단이 가상적인 것이 될 상황도 생겨난다) 불합리한 결과를 초래하게 된다. 이러한 경우 헌법재판소는 바로 헌법소원을 각하하고, 추후 당사자가 상소심에서 패소할 경우에 다시 법원에 위헌제청신청을 할 수 있도록 하는 것이 제도의 목적에 맞

334) 즉 당해 사건의 하급심은 위헌제청을 하지 않았으나, 상급심은 할 수 있는 것이다.

335) 법원이 제청신청을 기각할 때는 대개 본안판단과 같은 날짜에 하는 경우가 많으므로 이런 사례가 있게 된다. 당사자로서는 본안심리가 진행중인 상태에서 제청신청을 한 것이므로 귀책사유가 없다.

는 것이다.

그러므로 설사 동일사건에 대한 모든 심급을 대상으로 한다고 하더라도, 이 규정의 입법취지를 고려하여, 즉 불필요한 혹은 재판부의 변경에 따른 시험적인 이중, 삼중의 위헌심판제청신청 방지에 어긋나지 않는 경우에 있어서는, 비록 동일한 당사자가 동일한 사유로 당해사건의 상소심이나 상소심에 의하여 파기환송된 원심에서 위헌여부의 제청신청을 하는 것을 가로막지 않는 것으로 개별적으로 해석함이 바람직하다.<sup>336)</sup>

#### IV. 맺음말

헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도는 과거 헌법위원회 시절의 유명무실한 위헌법률심판제도의 전철을 밟지 않겠다는 강한 의지의 반영이다. 그동안 통계에서 보듯이 그러한 입법의도는 상당히 관철되어 왔다.

그러나 이 제도는 또한 불필요한 위헌심판절차를 양산할 위험성도 지니고 있으며, 여러 가지 운영상 검토되어야 할 과제를 지니고 있으므로, 보다 효율적인 실무상의 접근방법이 채택되어야 할 것이다. 또한 이 글에서는 미처 언급이 안되었지만 헌법재판소법 제75조 제7항의 재심제도도 여러 측면에서 검토되어야 할 것이다. 한편 종래 이 제도의 헌법소원으로서의 성격이 등한시되어 왔는데, 그에 관

---

336) 이러한 해석은 일차적으로 법원에 의하여 행해져야 하겠지만, 헌법재판소로서도 '재판의 전제성' 심사권한이 있는 한, 설사 법원이 다른 심급에서의 제청신청을 무조건 각하한다고 하더라도, 그러한 법원의 헌법재판소법 해석에 항상 구속되는 것은 바람직하지 않다.

해서도 재검토가 필요한 것이다.

장래에는 재판소원제도를 인정하고, 이 제도를 폐지하는 것이 구체적 규범통제제도의 기능을 효율화하고 헌법소원제도도 일관성있게 기능하게 될 것이다. 재판소원제도에 대해서는 반대견해가 있지만, 적어도 인용율이 낮다거나 남소의 위험이 있다는 이유는 부적절하다.<sup>337)</sup>

현재로서 실무상의 과제는 사건의 경중을 따져 한정된 헌법재판 자원을 효율적으로 동원하는 것이 필요하다. 이 글은 ‘재판의 전제성’ 심사를 좀더 차별화하고, ‘기각’ 주문을 채택하며, 한정위헌을 구하는 청구도 요건심사를 더 엄격히 하는 것이 바람직하다고 보았다.

그러나 그런 주장이 본안판단의 대상이나 심사기준의 범위를 어느 때나 축소하자는 것은 전혀 아니다. 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 성질에 반하지 않는 한 헌법재판소가 판단하여야 할 사건이라면 적법요건의 엄격성은 완화될 수 있어야 할 것이다.

---

337) 拙稿, “법률의 해석·적용과 기본권 - 司法작용에 대한 헌법적 통제의 필요성 -, 헌법논총 제4집(1993), 321 이하 참조. ‘재판소원’ 제도의 존재 자체로 엄청난 일반예방 효과가 있으며, 일단 인용되면 전 법원에 파급효과를 미치게 된다. 또 남소문제의 대처는 가능하다(독일참조). 한편 재판소원제도의 긍정적 효과에 대해서는, J. Gündisch, “Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidung”, NJW(1981년),1816 (李明雄 역, “재판에 대한 헌법소원“, 헌법재판자료집 제6집, 1993).

# 美國憲法判例上 根本的 權利

金顯哲  
憲法研究官

## - 目次 -

### I. 서론

### II. 근본적 권리의 연혁, 보호근거 및 심사기준

1. 본질적 권리의 연혁
2. 근본적 권리의 보호근거와 논증의 차이
3. 심사기준

### III. 근본적 권리의 구체적 내용

1. 투표권
  - 가. 연혁
  - 나. 투표자격의 제한
  - 다. 투표권의 약화
2. 여행의 권리
  - 가. 의의
  - 나. 헌법적 근거
  - 다. 善意 거주기간 요건

3. 사법접근권

가. 형사소송의 경우

나. 민사소송의 경우

4. 프라이버시권

가. 피임

나. 결혼할 권리

다. 낙태문제

라. 가족에 관한 권리

마. 치료를 받거나 받지 않을 권리

IV. 근본적인 권리에 포함되지 않는 영역

1. 복지권

가. 의의

나. Dandridge v. Williams 사건(1970)

2. 교육을 받을 권리

가. Rodriguez 사건(1973)

나. Plyler v. Doe 사건(1982)

다. 후속판결

라. 소결

3. 동성애 문제

가. Bowers v. Hardwick 사건(1986)

나. Romer v. Evans 사건(1996)

4 자살할 권리

V. 결 론

## 1. 서론

미국 헌법판례상 근본적인 권리(fundamental rights) 또는 근본적 이익(fundamental interests)<sup>338)</sup>이라 함은 보통 “미국연방 수정헌법 제14조(제1항)<sup>339)</sup>의 ‘자유(liberty)’의 중요한 구성요소로서 그 침해에 대하여는 법원에 의하여 엄격한 심사를 받는 영역을 말하며, 연방대법원의 판례에 의하면 투표권, 州間통행권, 그리고 프라이버시의 여러 측면(예컨대 결혼이나 피임권 등)이 이에 해당한다.”고 설명된다.<sup>340)</sup>

오늘날 연방대법원은 “근본적인” 헌법적 권리의 행사를 제한하는 정부행위에 대하여는 적법절차조항과 평등보호조항에 근거하여 엄격한 형태의 사법심사를 하고 있다. 근본적인 헌법적 권리들은 미국사회에서 개인의 자유에 필수적인 가치를 가지고 있다고 연방대법원이 인정하는 권리라고 할 수 있는데, 그 때문에 연방대법원의 재판관<sup>341)</sup>들이 다른 국가기관(입법부·행정부)의 행위를 심사하는데 있

---

338) 이 두 개념을 합하여 “근본적 권익”이라고 부르기도 한다.

339) 수정헌법 제14조 제1항 : 합중국에서 출생하고 또는 귀화하고 합중국의 지배권에 복종하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면제를 박탈하는 법률을 제정하거나 강행할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 지배권내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.(원문은 Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.)

340) Black's Law Dictionary 7th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1999), p. 683.

341) 미국의 연방대법원은 사실상 헌법재판기관의 역할을 하고 있다. 따라서 연방대법원의 판사(연방대법관)를 일반법원 판사 및 주대법원 판사(주대법관)와 구별하기 위하여 우리 헌법재판소의 경우와 같이 “재판관”으로 칭하기로 한다.

어 1937년 이전의 실제적 적법절차 접근법<sup>342)</sup>과 아주 유사한 방식으로 심사하는 것이 정당화된다고 한다. Rotunda/Nowak는, 근본적 권리의 본질을 정확하게 설명하는 것은 쉽지 않은데 그 이유는 근본적 권리 분석이라는 것은 1798년의 Calder v. Bull<sup>343)</sup> 사건에서 Chase 재판관에 의해서 처음으로 제기된 자연법개념의 현대적 인식(재발견)에 다름아니기 때문이라는 것이다.<sup>344)</sup> 그리하여 프라이버시나 여행, 결혼, 또는 가정생활과 같이 헌법에 명시적으로 표현되지 않은 이익을 보호하는데 근본적 권리라는 측면에서 접근하는 것은 새로운 옷을 입은 실제적 적법절차에 다름 아니며, 이러한 영역에서의 사법심사권한의 사용은 새로운 형태의 자연법론에 불과하다는 비판도 있다.<sup>345)</sup>

이 논문은 미국 연방대법원이 판례로서 확립해 온 “근본적인 권리”의 내용과 이러한 근본적인 권리가 침해되었을 때 연방대법원이 엄격하게 심사해 온 이유와 그 경과를 살펴봄으로써 우리 헌법재판소의 판례에 도움을 얻고자 하는 것이다.

## II. 근본적 권리의 연혁, 보호근거 및 심사기준

### 1. 본질적 권리의 연혁

1930년대에 New Deal 입법인 농업조정법(Agricultural Adjustment

---

342) 이에 대하여는 李太薰, 미국헌법에 있어서 적법절차법리의 변천에 관한 연구, 박사학위논문(경희대학교대학원 1994. 2), 88-133면 참조.

343) 3 U.S. 386 (1798).

344) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, Treatise on Constitutional Law Vol. 2 (St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1992), pp. 427-428.

345) Jerome Barron/Thomas Dienes, *Constitutional Law* 4th ed.(St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1999), p. 191.

Act of 1933 : A.A.A.)을 위헌이라고 판결한 *United States v. Butler*<sup>346)</sup> 사건에서 Stone 재판관은 다음과 같은 유명한 반대의견을 제시했다. “의회에서 제정한 법률을 위헌이라고 선언할 수 있는 법원의 권한은 사법심사에서 무시할 수 없는 두 개의 원칙에 입각하여야 한다. 먼저 법원의 위헌심사는 법률을 제정하는 권력행사가 적법하게 이루어졌는가 하는 적법절차에만 중점을 두어야 하며, 그 법률내용의 타당성이나 합리성에 속한 입법정책적인 문제에까지 깊이 관여하여서는 안된다. 다른 하나는 행정부나 입법부의 권력의 위헌적 행사에 대하여 사법적 자제(judicial restraint)를 할 때에는 권력분립주의의 원칙에 따라 사법부에 속해 있는 재판관으로서 할 수 있는 것인가에 대하여 스스로 자제하는 자세가 있어야 한다. 입법정책적으로 잘못 제정한 법률을 폐기하는 것은 원칙적으로 법원의 임무가 아니고 선거와 기타 정부의 민주적 절차에서 선출된 국민대표가 결정하는 것이라는 인식을 가지고 스스로 자제하는 기본적인 자질을 갖추어야 한다.”는 것이다. 이것은 Stone 재판관이 위헌심사에 있어서의 두 개의 기본원칙(이중기준론: double standard)을 명확히 선언한 것이라 볼 수 있으며, 이와 같은 입장은 2년 후 그 유명한 *United States v. Carolene Products Co.*<sup>347)</sup> 사건의 각주 4번에서 그 결실을 보게 된다.<sup>348)</sup>

*Carolene Products* 판결에서 Stone 재판관은 ‘일반적 규제입법’과 ‘근본적인 헌법적 가치에 대한 정부의 제한조치’ 사이의 구별에 대해 언급했는데, 그 문장의 끝에 추가한 그 유명한 “4번 각주”(footnote

---

346) 297 U.S. 1 (1936).

347) 304 U.S. 144 (1938).

348) 韓柄宗, 미국 위헌심사의 정치적 배경과 헌법재판의 동향, 「헌법은총 제1집」(헌법재판소, 1990), 37면.

4)<sup>349)</sup>에서 Stone 재판관은 어떤 정부행위에 대하여는 계속적이고 독립적인 사법심사를 해야 하는 이유를 제시하였다.<sup>350)</sup>

“법률이 수정헌법의 첫 10개조항(권리장전)과 같이 헌법이 특별히 금지하는 영역을 규율하는 것으로 문면상 보일 때에는, 법률의 합헌성이 추정되는 범위는 더욱 좁아질 것이다. …통상 바람직하지 않은 법률의 폐지를 야기할 것으로 기대될 수 있는 정치적 과정을 제한하는 법률이, 수정헌법 제14조의 일반적 금지에 근거하여 더욱 엄격한 사법심사를 받아야 하는지 여부에 대하여는 이제 고려할 필요가 없다.”<sup>351)</sup>

이러한 방법으로 근본적 권리임을 인정한 초기의 사례로 1942년의 Skinner v. Oklahoma<sup>352)</sup> 사건이 있다. Oklahoma州의 상습범단종법(Oklahoma Habitual Criminal Sterilization Act)은 “비도덕적이고 비열한(moral turpitude) 범죄”로 3번이상 유죄판결을 자에 대하여 단종수술을 실시하도록 규정하였다.<sup>353)</sup> 연방대법원은 이 법률을 평등보호 위반이라며 위헌이라고 선언하였는데, 그 이유는 이 법률이 生殖權이라는 ‘근본적 자유’를 행사할 권한을 차별하기 때문이라는 것이었다. 법정의 견을 집필한 Douglas 재판관은 “우리는 인간의 기초적인 시민권의 하나와 관련된 입법을 다루고 있다. 혼인과 생식은

---

349) H. Wellington은, 이 사건 자체는 대수로운 것이 아니었기 때문에 판결문에 붙어 있는 “脚註4”가 없었더라면 쉽사리 망각되었을 것이라고 하였다. Harry H. Wellington, *The Nature of Judicial Review*, 91 Yale Law Journal, 486 (1982).

350) Rotunda/Nowak (1992), p. 406.

351) 304 U.S. at 152-153 n.4.

352) 316 U.S. 535 (1942).

353) 이 사건의 피고인은 1926년 절도죄, 1929년 강도죄로 각 유죄판결을 받은 전력이 있고, 1934년에 다시 강도죄로 유죄판결을 받고 수감 중이었는데, 1935년에 이 법이 통과되자 오클라호마 州법무장관(Attorney General)은 1936년 이 법에 따라 피고인에 대한 단종(정관절제) 시술을 명하였다. 이에 피고인은 이 법률이 수정헌법 제14조에 위반된다고 주장하며 소송을 제기하였다(316 U.S. at 537).

인류의 존속과 생존에 근본적인 것이다. 만일 단종이 실시된다면 파악하기 어렵고 광범위하며 파괴적인 효과를 가져오게 될 것이다” 라고 설시였다.<sup>354)</sup> 즉, 연방대법원은 생식권을 근본적 권리로 인정하였고 그 행사에 대한 정부의 차별을 심사하기 위하여 평등보호조항에 근거한 엄격심사를 적용하였다.<sup>355)</sup>

## 2. 근본적 권리의 보호근거와 논증의 차이

이들 근본적 권리의 대부분은 수정헌법 제5조,<sup>356)</sup> 제14조의 적법절차<sup>357)</sup>와 수정헌법 제14조상의 평등보호조항의 양자 또는 어느 한편에 의한 보호를 받는다.<sup>358)</sup> 예를 들면, 1966년의 *Harper v. Virginia*

354) Id. at 541.

355) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, (New York: Aspen Law & Business 1997), pp. 532-533. 그러나 이러한 생식권의 행사는 평등보호분석보다는 프라이버시권의 일종이므로 현대의 “실체적 적법절차”가 보호하는 ‘자유’의 하나라고 보아야 할 것이다. Note, *Justice Stevens’ Equal Protection Jurisprudence*, 100 *Harvard Law Review* (1987), p. 1149의 footnote 16.

356) 수정헌법 제5조 : 누구든지... 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 누구든지 정당한 보상 없이는 공공필요를 위하여 사유재산을 수용당하지 아니한다.(원문은 No person shall be..., nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.)

357) 헌법에 언급되지 아니한 권리를 도출해 내는 것은 적법절차조항(due process clause)을 통해서만 가능하다는 견해로는 J. Kelley, *Comment, “Unenumerated Rights - Substantive Due Process, The Ninth Amendment, and John Stuart Mill”*, 1971 *Wisconsin Law Review* 930 (1971). 朴運姬, 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리, 「인권과정의」(대한변호사협회 1995. 7), 55면.

358) 이에 대하여, Berkeley 대학의 Yoo 교수는 새로운 헌법적 권리를 창출하는 근거조항으로 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차조항에 의존한 연방대법원의 어프로치는 바람직하지 못하며 수정헌법 제9조가 근거조항으로서 더 바람직하다고 보고 있다. Massey 교수도 적법절차조항보다는 수정헌법 제9조가 명시되지 아니한 권리를 인정하기에 유용한 조항이라고 주장한다. John Choon Yoo, *Our Declaratory Ninth Amendment*, 42 *Emory Law Review* 1035-1043 (1993). Calvin R. Massey, *Silent Rights : The Ninth Amendment and the Constitution’s Unenumerated Rights* 114 (1995). 安京煥, 미국연방헌법 수정 제9조의 의미, 「서울대학교 法學 (제38권 2호)」(서울대학교법학연구소 1997), 51면.

Board of Elections 사건에서는 주 및 자치단체의 선거에 있어 인두세 (poll tax)는 수정헌법 제14조의 평등보호를 위배한 것이라고 판시함으로써 투표할 권리는 평등보호조항과 투표에 있어서 인종에 기한 차별을 금지한 수정헌법 제15조<sup>359)</sup>에 의하여 보호된다고 하였고,<sup>360)</sup> 1969년의 Shapiro v. Thompson 사건에서는 복지혜택을 받기 위한 조건으로 일정 기간 거주할 것을 요구하는 것은 평등보호조항에 의해 보호되는 여행의 자유를 침해하는 것이라고 판시함으로써 여행할 권리는 평등보호조항에 의해 보장된다고 하였다.<sup>361)</sup> 또한 1990년의 Cruzan v. Director, Missouri Department of Health 사건에서는 의사능력 있는 성인은 적법절차조항에 의해 보호받는 자유의 일부로서 치료를 거부할 권리를 갖는다고 판시함으로써 치료를 거부할 헌법상의 권리를 적법절차에 의해 보호되는 자유의 측면에서 고려하였다.<sup>362)</sup> 그리고 연방대법원은 나머지 대부분의 권리는 적법절차와 평등보호 모두에 의한 보호를 받는다고 판시하였다. 그렇지만 몇몇 사건에서 재판관들은 문제가 된 권리가 적법절차에 의해 보호되는지 또는 평등보호에 의해 보호되는지에 대해 의견의 일치를 보지 못했다. 예컨대 1978년의 Zabloski v. Redhail<sup>363)</sup> 사건에서 다수의견은 결혼할 권리는 적법절차조항에서 보호하는 자유에 해당

---

359) 수정헌법 제15조 : ①합중국시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 노예상태에 의하여 합중국 또는 어떤 주도 이를 거부하거나 제한할 수 없다. ②합중국 의회는 적당한 입법에 의하여 본조를 시행할 권한을 가진다. {원문은, (Section. 1) : The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. (Section. 2) : The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.}

360) 383 U.S. 663 (1966).

361) 394 U.S. 618 (1969).

362) 497 U.S. 261 (1990).

363) 434 U.S. 374 (1978).

한다고 보았으나, Powell 재판관은 동조의견에서 평등보호조항으로 접근하였다.<sup>364)</sup>

근본적인 권리를 보호하는 근거로서 적법절차조항을 사용하는 것과 평등보호조항을 사용하는 것 사이의 중요한 차이는 헌법재판에 있어 논증을 어떻게 하느냐 하는 점이다. 만약 어떤 권리가 적법절차조항에 의해 보호되는 것이라면, 헌법재판에 있어서의 쟁점은 정부의 그 권리에 대한 “침해”가 충분한 입법목적(공익)에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점에 있다. 그리고 만일 그 권리가 평등보호조항에 의해 보호되는 것이라면 쟁점은 누가 그 권리를 행사할 수 있는가에 대한 정부의 “차별”이 충분한 입법목적에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점에 있게 된다. 이것은 표현의 차이에 불과한 것처럼 보이지만 헌법소송에 있어 실제적인 차이가 존재한다.<sup>365)</sup> 즉, 만일 어떤 법률이 모든 사람으로 하여금 어떤 권리를 행사하지 못하도록 부인하는 것이라면 적법절차가 가장 좋은 분석근거가 되고, 그 법률이 누구에게는 권리행사를 부인하고 반면에 다른 누구에게는 이를 허용하는 경우에는 그러한 ‘차별’에 대하여 평등보호를 침해한다고 주장하거나 그러한 ‘권리침해’가 적법절차에 어긋난다고 주장할 수도 있다는 것이다.<sup>366)</sup>

### 3. 심사기준

연방법률 또는 주법률이 개인의 근본적인 권리의 행사에 제한을

---

364) Id. at 400 (Powell, J., concurring).

365) 수정헌법 제14조의 이러한 부분(적법절차와 평등보호)에 대한 관계에 대하여는 Ira C. Lupu, *Untangling the Strands of the Fourteenth Amendment*, 77 Michigan Law Review 981 (1979) 참조.

366) E. Chemerinsky (1997), p. 639.

가하는 경우에 법원은 합리성심사기준을 버리고 좀더 엄격한 심사기준을 택하게 된다.<sup>367)</sup> 그렇지만 근본적인 권리의 영역에서도 심사기준은 언제나 동일한 것이 아니다. 근본적 권리가 관련된 많은 사례에서 연방대법원은, 주(국가)는 법률이 필수불가결한 이익(compelling interest)의 달성에 꼭 필요한 수단(necessary mean)이라는 것을 입증해야 한다고 (즉 엄격심사기준을 적용하여) 판시하고 있으나 다른 사례에서는 심사기준이 약해지는 경우도 있다. 일반적으로 말하자면, 정부가 그 법률을 정당화해야 하는 정도는 그 법률이 개인의 근본적인 권리에 제한을 가하는 타격의 정도에 따라 증가한다고 할 수 있다. 예를 들어, 근본적 권리의 행사를 완전히 금지하는 법률은 그 권리의 행사방법을 제한하는 경우보다는 더 엄격한 심사를 받는다는 것이다.<sup>368)</sup> 정부가 선택한 구분(차별)이 근본적인 권리 또는 근본적인 이익에 부담을 주는 경우에는 그와 같은 부담을 받는 사람들이 의심스러운<sup>369)</sup> 그룹에 속하지 않는다 하더라도 엄격한 심사를 받게 된다. 이러한 엄격한 심사는 재판관들이 (문제된 법률에서 수단으로 선택된) 차별적인 구분이 헌법적으로 허용되는 것인가를 독립적으로 판단한다는 것을 의미한다. 실제적 적법절차가 문제된 시민의 자유(예컨대 프라이버시권)에 대한 사건에서와 같이, 평등보호가 문제된 영역에서의 엄격심사는 입법자가 선택한 수단으로서의 차별적인 구분이 필수불가결하거나 우월한 정부의 이익을 도모하기 위하여 필요한가 하는 점에 대하여 판단하게 된다.<sup>370)</sup>

367) 심사의 수준에 대한 설명은 E. Chemerinsky (1997), pp. 414-417 참조.

368) Barron/Dienes (1999), pp. 188-189.

369) 평등보호(equal protection)에 있어서 “의심스러운” 차별(suspect classification)에 대한 설명은 Barron/Dienes (1999), pp. 245-253; 拙稿, 미국연방대법원의 평등보호에 관한 판례와 위헌심사기준, 「헌법논총 제11집」(헌법재판소 2000), 349, 355면이하 참조.

370) Rotunda/Nowak (1992), p. 371.

### Ⅲ. 근본적 권리의 구체적 내용

#### 1. 투표권

##### 가. 연혁

1870년에 비준된 수정헌법 제15조 제1항은, “합중국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 노예상태에 의하여 합중국 또는 어떤 주도 이를 거부하거나 제한하지 못한다”고 규정하고 있다. 연방대법원은 흑인들로부터 선거권을 빼앗은 Alabama州 Tuskegee 지역의 선거구재획정을 다룬 1960년의 Gomillion v. Lightfoot<sup>371)</sup> 사건에서, 인종차별적인 선거구획정(게리맨더링)은 수정헌법 제15조 위반이라고 판결한 바 있다. 그러나 연방대법원은 일반적으로 요구할 수 있는 헌법상 보호되는 투표권이 있다고 판시한 적은 없었다. 즉, 州는 투표를 위한 거주자, 나이, 시민권자 등의 요건을 설정할 광범위한 권한을 갖는다. 그리고 주의 公職을 선거가 아니라 임명직으로 채울 수도 있다. 그렇지만 주가 일단 투표권을 부여하면, 평등보호조항은 투표권에의 평등한 접근을 요구한다.<sup>372)</sup>

연방대법원은 1964년 Reynolds v. Sims<sup>373)</sup> 사건에서, 투표권은 다른 시민적·정치적 권리의 방부제(preservative) 역할을 하기 때문에 민주사회에서 근본적인 이익이라고 판시하였다. 그러므로 정부의 구분(차별)이 투표권의 행사에 제약을 가한다면 더욱 강화된 심사가

---

371) 364 U.S. 339 (1960).

372) Barron/Dienes (1999), p. 315.

373) 377 U.S. 533 (1964).

준이 요구된다. 이러한 원칙은 선거법규가 투표권을 부인하거나 약화시키는 경우에 적용된다.<sup>374)</sup>

## 나. 투표자격의 제한

### (1) 인두세

1964년에 공포된 수정헌법 제24조는 ‘聯邦’공직선거에서 투표를 위한 조건으로 인두세를 부과하지 못하도록 하였다.<sup>375)</sup> 연방대법원은 1966년의 Harper v. Virginia Board of Elections 사건에서, ‘州’의 인두세(poll tax)는 평등보호에 위반된다고 판결하였다.<sup>376)</sup> 이 사건의 판결문을 시작하면서 연방대법원은, “일단 유권자에게 투표권이 부여되면 평등보호조항에 부합하지 않는 線이 그어져서는 안된다.”고 하였다.<sup>377)</sup> 연방대법원은 또한, “州가 투표자의 재산의 다과 여부 또는 어떤 수수료를 선거의 기준으로 삼는다면 그것은 평등보호조항을 위반하는 것이다. 투표할 자격은 富와는 아무런 관계가 없으며 인두세 또는 다른 어느 세금이라도 이를 내는지 여부와도 관계가 없다.”고 하였다.<sup>378)</sup>

---

374) Barron/Dienes (1999), p. 315.

375) 원문의 내용은, “(Section. 1) : The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax. (Section. 2) : The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.”

376) 383 U.S. 663 (1966). 한편, 1933년에 채택된 수정헌법 제20조는 연방선거에 있어서 인두세를 철폐하였다.

377) Id. at 665.

378) Id. at 666.

## (2) 재산의 소유에 따른 제한

연방대법원은 1969년의 *Kramer v. Union Free School District No. 15* 사건에서, 學區선거(school district elections)<sup>379)</sup>를 위한 투표권을 그 학구내에 과세대상인 부동산을 소유한 자나 그 지방의 공립학교에 자녀를 취학시킨 자에게 한정하는 뉴욕주의 법률(교육법 제2012조)은 평등보호에 위반된다고 판결하였다.<sup>380)</sup> 연방대법원은 그 법률은 몇몇 시민들로 하여금 학교선거를 하지 못하도록 막기 때문에 이 사건에는 엄격심사기준을 적용해야 한다고 하였다. 州는, 위 법률의 제한은 학교일에 관심을 가지는 자에게 투표참가를 한정하기 위한 것이라고 주장하였다.<sup>381)</sup> 그러나 연방대법원은, 주정부가 투표에의 관심(이해관계)의 척도를 부동산의 소유 여부나 그 지역의 학교에 자녀를 취학시키고 있는지 여부에 따라 나누는 것은 허용될 수 없다고 하였다. 그리하여 위 자격요건은 학교일에 지대한 관심이 있는 사람들의 투표권을 제한하는데 있어 엄밀하게 재단된 것이 아니기 때문에 투표권의 부인을 정당화할 수 없다고 판단하였다.<sup>382)</sup>

---

379) 學區(school district)란 시(city)나 카운티(county)와는 별개로, 공립학교를 세우고 관리하며 자금을 지원하고 후원하는 등의 지역자치권이 부여된, 주의회가 구분한 州의 하부 구역을 말한다(Black's Law Dictionary (1999), p. 1346). 따라서 학구 선거란 이러한 학구의 집행기구의 구성원(교육위원 내지는 이사)을 선출하는 선거를 말한다고 할 수 있다.

380) 395 U.S. 621 (1969).

381) *Id.* at 632.

382) *Id.* at 633. *Kramer* 판결 이후 투표권을 부동산 소유자에게 한정하는 법률을 무효화한 판결이 잇따랐다. 즉, 1969년의 *Cipriano v. Houma*, 395 U.S. 701 사건에서는 수익채권(revenue bonds) 발행의 승인을 위한 투표에 재산세를 내는 자에게만 제한한 법률이 위헌판결을 받았고, 1970년의 *Phoenix v. Kolodziejcki*, 399 U.S. 204 사건에서는 일반채권(general obligation bonds)의 발행을 위한 투표에 재산세를 내는 자에게 제한한 법률이 위헌판결을 받았으며, 1975년의 *Hill v. Stone*, 421 U.S. 289 사건에서는 市立도서관을 위한 공채의 판매승인을 위한 투표에 재산세를 내는 자의 과반수의 찬성을 요구한 법률이 위헌판결을 받았다. *Barron/Dienes* (1999), p. 317.

이들 사건의 기본적인 원리는 州의 구분이 ‘주거기간’, ‘나이’ 또는 ‘시민권소유여부’에 기한 근거 이외의 근거로 투표권을 제한한다면 州가 그러한 제한이 필수불가결한 이익을 달성하는데 필요하다라는 것을 입증하지 못하면 (엄격한) 심사기준을 통과하지 못한다는 것이다.<sup>383)</sup>

### (3) 거주요건에 따른 제한

연방대법원이 1965년에 판결한 *Carrington v. Rash*<sup>384)</sup> 사건을 보자. 현역군인인 원고는 1962년에 Texas 州로 이주해 왔다. 그는 그곳에서 살아왔으며, 영구적인 주소를 그곳에 정하려고 원하였다. 그런데 Texas 주헌법은 군인의 경우 그 복무를 시작한 곳에서만 투표할 수 있다는 규정을 갖고 있었기 때문에 원고는 투표를 할 수 없었다. 연방대법원은, 州는 합리적인 투표자격을 정할 수 있지만 평등보호조항에 의할 때 그가 군인이라는 이유만으로 투표를 거부할 수 없다고 판시하였다.<sup>385)</sup> 한편 연방대법원은, 市는 시의 선거에 있어 투표권을 시 거주자에게 제한할 수 있다고 판시하기도 했다. 즉, 1978년의 *Holt Civic Club v. City of Tuscaloosa*<sup>386)</sup> 사건에서, 市가 시에 거주하지 않는 자를 포함한 전체 공동체를 규율할 권한이 있음에도 불구하고 비거주자에게는 시 선거에서의 투표권을 주지 않을 수 있다고 판결하였다. *Holt* 사건과 *Carrington* 사건의 차이는, 전자는 시의 거주자에게만 투표권을 제한한 것이고, 후자는 어떤 거주자에게 그들이 어떻게 그 시에 들어오게 되었는가 하는

---

383) Barron/Dienes (1999), p. 317.

384) 380 U.S. 89 (1965).

385) *Id.* at 89-97.

386) 439 U.S. 60 (1978).

근거에서 투표를 부인한 사례이다.<sup>387)</sup>

#### (4) 수형자(기결수)와 미결구금자의 투표권 제한

연방대법원은 1969년의 *McDonald v. Board of Election Commissioners* 사건에서, 구속기소되어 재판을 기다리는 미결구금자 중 장애로 인하여 투표소에 가는 것이 불가능한 자나 또는 선거 당일에 郡의 외부로 가려는 자들에게만 부재자선거의 기회를 허용한 주법에 대한 위헌주장을 배척하였다.<sup>388)</sup> 그 효과는 재판을 기다리는 미결구금자에 대한 부재자투표를 부인하는 것이었다. 그러나 1974년의 *O'Brien v. Skinner* 사건에서 연방대법원은, 교도소에 수감중인 자가 투표를 할 수 있는 다른 방법이 없다는 것이 입증되는 경우에는 정부는 그들에게 부재자투표를 할 수 있도록 하여야 한다고 판결하였다.<sup>389)</sup> *McDonald* 판결과 *O'Brien* 판결은 정부가 형사재판에 계류 중인 수감자의 투표권을 전적으로 부인할 수 없다는 원칙을 세웠다. 투표에 참여할 수 있도록 보장하는 대체적인 장치를 제공하는 한 州는 부재자투표를 반드시 제공할 필요는 없다. 그러나 대체적인 방법이 없는 경우에는 주는 수감자에게 부재자투표를 제공하여야 할 의무가 있다는 것이다.<sup>390)</sup>

### 다. 투표권의 약화

#### (1) 一人一票의 원칙

---

387) E. Chemerinsky (1997), p. 715.

388) 394 U.S. 802 (1969)

389) 414 U.S. 524 (1974).

390) E. Chemerinsky (1997), p. 717.

초기에 연방대법원은 부당한 선거구인구편차가 다투어진 헌법소송에서, 이러한 사안은 사법판단적격성이 없는 정치문제(non-justiciable political question)의 성격을 띤다고 판단하였다. 즉 1946년의 *Colegrove v. Green*<sup>391)</sup> 사건에서 연방대법원은 Illinois 州의회 선거구에 대한 위헌소송에서 이 문제는 사법심사의 대상이 아니라고 판결하였다.<sup>392)</sup>

그러나 1962년의 *Baker v. Carr*<sup>393)</sup> 사건에서 연방대법원은, 부당한 선거구인구편차는 평등보호원칙에 위반된다는 주장에 대하여 사법판단적격성이 있는 것이라고 하였다.<sup>394)</sup> 그 후 곧 연방대법원은 1인1표의 원칙을 확립하였는데, 그것은 어떠한 입법부의 구성을 위한 모든 지역구는 거의 동일한 인구규모를 가져야만 한다는 것이다.<sup>395)</sup> 이 원칙을 선언한 최초의 사건이 1963년의 *Gray v. Sanders*<sup>396)</sup> 사건이다. 이 사건은 각 郡을 단위로 한 Georgia 주의회의 의원을 선출하기 위한 조지아주 선거제도에 관련된 것이었다. 이러한 불평등은 각 군이 인구의 규모면에서 크게 변화한 것에 기인한 것이었다. Douglas 재판관은 법정의견에서, “단지 어떤 사람이 시골지역 또는 가장 작은 시골 군에 산다는 이유로 어떻게 그가 주의 총선거에서

---

391) 328 U.S. 549 (1946).

392) 법정의견을 집필한 Frankfurter 재판관은, “정부의 효율적인 업무수행은 특유의 정치적 성질을 가진 이러한 문제에서 드러나고, 따라서 이 문제는 사법적으로 판단하기에 적당하지 않다. 이러한 문제들을 다룰 수 있는 권한은 다른 곳에 존재한다.”고 판시하면서, “법원은 이러한 정치적인 덩불 속에 들어가지 말아야 한다.”(Id. at 552-554, 556)고 하였다. E. Chemerinsky (1997), p. 124.

393) 369 U.S. 186 (1962).

394) 연방대법원장 Earl Warren은 그가 연방대법원에서 재직하는 동안(1953~1969) 가장 중요한 결정은 의원정수재배분에 대한 정비, 즉 이 사건이었다고 말했다. Note, *The Warren Court ; An Editorial Preface*, 67 Michigan Law Review 219 (1968), p. 220.

395) E. Chemerinsky (1997), p. 720.

396) 372 U.S. 368 (1963).

다른 사람보다 2배 또는 10배의 투표가치를 부여받을 수 있겠는가? 일단 의원을 선출할 수 있는 지역적인 단위가 확정된다면, 그 선거에 참여하는 모든 사람은 그의 혈통·성·직업·수입이 어떠하든지, 그의 집이 지역적인 단위의 어디에 위치하든지간에 평등한 투표가치를 가져야 한다. 수정헌법 제14조의 평등보호조항은 이를 요구한다.”<sup>397)</sup>고 하면서 위 선거제도를 위헌이라고 선언하였다. 이 판결의 결론에서 연방대법원은, “독립선언에서부터 Lincoln의 Gettysburg 연설, 수정헌법 제14조, 제17조<sup>398)</sup> 및 제19조<sup>399)</sup>에 이르기까지 정치적인 평등이란 개념은 오직 한 가지, 1인1표만을 의미한다”고 선언하였다.<sup>400)</sup>

연방대법원은 이 논거를 1964년의 *Wesberry v. Sanders* 사건에서도 원용하여, 몇몇 선거구의 인구가 다른 선거구 인구의 2배인 연방하원의원 선거를 위한 선거구획정을 위헌이라고 선언하였다.<sup>401)</sup> 연방대법원은 “비록 국회의원의 선거구를 수학적으로 정밀하게 확정할 수는 없다고 하더라도, 연방하원선거에서의 근본적인 목표인 동일한 인구수에 대한 동등한 대표라는 우리 연방헌법의 평범한 목적을 무시하는 것에 대한 변명은 없다. 그것은 선조들이 우리들을 위

---

397) Id. at 379.

398) 수정헌법 제17조 : 합중국의 상원은 각 주 2인씩의 상원의원으로 구성된다. 상원의원은 그 주의 주민에 의하여 선출되고 6년의 임기를 가진다. … (원문은, The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; …)

399) 수정헌법 제19조 : 합중국 시민의 투표권은 성별에 의하여 합중국 또는 어느 주에 의하여도 거부되거나 제한되지 아니한다. 합중국 의회는 적당한 입법에 의하여 본조를 시행을 권한을 가진다. (원문은, The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.)

400) Id. at 381.

401) 376 U.S. 1 (1964).

하여 정한 정의와 상식의 중대한 기준인 것이다.”<sup>402)</sup> 라고 판시하였다. 또한 같은 해의 *Reynold v. Sims* 사건에서 연방대법원은, 주의회 의원선거에서의 부당한 선거구획정을 위헌이라고 선언하였다.<sup>403)</sup> 법정의견을 집필한 Warren 대법원장은, 지리적인 영역이란 선거구획정에서 아무런 의미가 없고, 오로지 인구수만이 허용될 수 있는 근거라고 판시하였다.<sup>404)</sup>

## (2) 입후보(피선거권)의 제한

투표권이 약화될 수 있는 또다른 방법은 후보자나 정당의 피선거권(access to ballot)을 제한하는 것이다. 그러한 제한은 유권자들이 그들의 투표를 통하여 자신의 選好를 표현하는 것을 막기 때문이다.<sup>405)</sup> 정치적인 선거직의 후보자가 되어 그 이름을 투표용지에 올릴 수 있는(Ballot access) 권리, 즉 피선거권은 “준 근본적인”(quasi-fundamental) 것으로 보인다. 그리하여 연방대법원이 전통적인 합리성심사를 하지 않고 엄격하게 조사하는 범주로는 富에 기한 입후보자격제한과 신생(소수)정당 또는 무소속 후보자에 대한 무거운 부담을 가하는 경우이다.<sup>406)</sup>

연방대법원은 1972년의 *Bullock v. Carter* 사건에서 가난한 후보자에게도 입후보조건으로서 기탁금을 부과한 규정은 입후보자뿐만 아니라 투표자에게도 불평등한 부담을 주는 것이기 때문에 전통적인 합리성심사에 머물 수 없다고 하였고,<sup>407)</sup> 1974년의 *Lubin v.*

---

402) Id. at 18.

403) 377 U.S. 533 (1964)

404) E. Chemerinsky (1997), p. 720.

405) Barron/Dienes (1999), p. 321.

406) Barron/Dienes (1999), p. 323.

407) 405 U.S. 134, 143 (1972).

Panish 사건에서는富有에 근거한 입후보제한, 예컨대 \$700의 입후보기탁금은 州가 가난한 후보자에게도 이를 적용하는 경우에는 평등보호를 위반하는 것이라고 판시하였다.<sup>408)</sup>

또한 연방대법원은 선거에 입후보할 수 있는 자격에 있어서 기존의 정당과 새로이 결성하려는 신당을 차별한 것이 문제된 1968년의 Williams v. Rhodes 사건에서, 그러한 제한은 두 가지의(일부는 겹치기도 하지만) 기본권, 즉 정치적 신념을 증진시키기 위한 개인의 결사의 자유와 정치적 신조와 상관없이 자격 있는 유권자가 자신의 투표권을 행사할 권리에 제약을 주는 것이라고 하면서, 기존의 정당이 아닌 신생 정당에게 불리한 제한, 예컨대 군소정당(minor party)이 후보자를 내려면 유권자의 15%의 서명을 받아야 하고, 예비선거를 시행해야 하며, 정교한 정당구조를 갖추어야 한다는 규정은 평등보호를 위반하는 것이라고 판단하였다.<sup>409)</sup> 왜냐하면 이러한 규정은 민주당과 공화당에게 완전한 독점을 허용하기 때문이라는 것이다.<sup>410)</sup>

## 2. 여행의 권리

### 가. 의의

소위 여행할 권리(right to travel)는 근본적인 권리이다. 이 여행권은 오해하기가 쉽다. 이것은 사실은 자신의 “주거나 직장”(residence

---

408) 415 U.S. 709, 717-718 (1974). Steven L. Emanuel, *Constitutional Law Capsule Summary* (Larchmont, N.Y.: Emanuel Publishing Corp. 2000), p. 330.

[Online available] <http://lawschool.lexis.com/emanuel/web/conlaw/index.html>

409) 393 U.S. 23 (1968).

410) Barron/Dienes (1999), p. 311.

or employment)을 옮길 수 있는 권리이다. 그러므로 주가 어떤 사람의 주거나 직장을 다른 州로 변경할 권리에 부담을 주는 경우에는 엄격한 심사를 받게 된다.<sup>411)</sup> 연방헌법에는 명시적으로 여행할 권리를 규정하지 않았다. 그러나 연방대법원은 1969년의 *Shapiro v. Thompson*<sup>412)</sup> 사건에서 주의 복지혜택(welfare benefits)을 받으려면 그 주에 1년간 거주해야 한다는 요건을 정한 Pennsylvania 州법률을 위헌판결하면서, “이 법률은 州間여행이라는 근본적인 권리를 제약하는 것이기 때문에 이에 대한 합헌성을 심사하려면 그러한 제약이 주의 필수불가결한 이익을 증진시키는 것인지 여부를 살피는 엄격한 심사기준을 적용해야 한다.”<sup>413)</sup>고 판시하였다.<sup>414)</sup>

## 나. 헌법적 근거

비록 주간여행권이 연방헌법의 제정 당시부터 헌법에 구체화된 연방 주의 체제에 포함된 것이라는 견해가 일반적으로 인정되었다

---

411) S. Emanuel, (2000), p. 333.

412) 394 U.S. 618 (1969).

413) 그 후의 판례인 *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330(1972) 사건과 *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 U.S. 250(1974) 사건에서도 같은 취지의 판시를 하였다.

414) *Barron/Dienes*(1999), p. 310. 이와 같이 거주요건이 위헌판결을 받은 사례로는 투표(voting)와 관련된 1972년의 *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 사건, 의료혜택(free medical care)과 관련된 1974년의 *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 U.S. 250 사건 등이 있다. 그런데 이 *Memorial Hospital* 사건에서 연방대법원은, “생활필수품 내지는 생활의 기본적 수요(Necessities of life)를 부인하는 것으로는 주간여행권에 형벌을 가하는 것과 같은 효과는 없는 것이므로 이러한 경우의 거주요건에는 엄격심사기준이 적용되지 않는다.”(Id. at 258-59)고 하였다. 뿐만 아니라 연방대법원은 1971년의 *Starns v. Malkerson*, 401 U.S. 985 사건에서는 일반적으로 州가 운영하는 대학의 수업료를 주에 거주하지 않는 자에게 더 높게 부과하는 관행에 대하여 합헌이라고 판시하였다. Jeffrey M. Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, 45 Ohio State Law Journal 161(1984), p. 170.

하더라도 연방대법원은 이러한 주간여행권의 “근거”에 대하여는 명백히 밝히지 않았다. 그리하여 이와 같이 州의 복지혜택을 받으려면 일정 기간 그 주에 거주해야 한다는 이러한 사건을 다룸에 있어 연방대법원은 일반적으로 “평등보호조항”이 보호하는 근본적인 권리라는 점을 들어 엄격한 심사를 하였다.<sup>415)</sup> 즉, 1972년의 *Dunn v. Blumstein* 사건에서는 투표권을 행사하기 위한 1년 거주기간 요건은 평등보호를 위반한 것이라고 판결하였고,<sup>416)</sup> 1974년의 *Memorial Hospital v. Maricopa County* 사건에서는 가난한 사람이 주의 의료혜택을 받으려면 1년간 거주해야 한다는 규정은 평등보호위반이라고 판결하였다.<sup>417)</sup>

#### 다. 善意 거주기간 요건

그러나 州間移住에 대한 제약이 언제나 엄격한 심사를 받은 것은 아니었다. 소위 善意거주기간 요건(*bona fide residence requirement*)<sup>418)</sup>은 일반적으로 합리성심사기준이 적용되었고 따라서 합헌결정을 받았다. 예컨대 1976년의 *McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission* 사건에서는 시공무원이 되고자 하는 자는 그 시의 거주자이어야 한다는 규정이 합헌판결을 받았고,<sup>419)</sup> 1983년의 *Martinez v.*

---

415) *Barron/Dienes* (1999), p. 311.

416) 405 U.S. 330 (1972).

417) 415 U.S. 250 (1974).

418) 善意거주기간요건이란 어떠한 자격의 전제로 그 市나 지역에 계속하여 거주하고 있어야 한다는 요건을 말한다. 연방대법원은 이러한 선의거주요건, 즉 계속거주요건(*requirement of continuing residency*)을 보통의 거주요건, 즉 과거의 어느 시점 또는 ‘1년’과 같이 주어진 기간 동안의 거주요건(*requirement of prior residency of a given duration*)을 구별하였다(*McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645, 647 (1976)).

419) 424 U.S. 645 (1976).

Bynum 사건에서는 자녀가 공립학교에서 무료교육을 받으려면 그 지역에 거주해야 한다는 규정에 대하여 합리성심사를 하여 합헌결정을 하였다.<sup>420)</sup> 이러한 법률들은 여행에 근거한 차별을 한 것이 아니라 그 주에 거주하는지 여부에 따라 주의 혜택 여부를 결정한 것이기 때문에, 당사자가 거주하기만 하면 그러한 복지프로그램에 완전히 참여할 수 있었던 것이다.<sup>421)</sup> 그리고 예컨대, 국·공립 대학의 학비감면을 받으려면 1년의 대기기간이 필요하다는 규정이 있다면, 이는 근본적인 권리에 부담을 주는 것이 아니므로 엄격한 심사를 할 필요가 없다고 한다.<sup>422)</sup>

### 3. 사법접근권

연방대법원은 “법원への 접근에 대한 근본적인 헌법상 권리”가 적법절차의 핵심적 요소라는 점을 인정해 왔다. 예컨대 1876년 Windsor v. McVeigh 사건에서, 법적청문권(right to be heard)은 “잘 整序된 사법체계의 기반”일 뿐만 아니라, “자연적 정의의 첫 번째 원칙”이라고 하였다.<sup>423)</sup>

#### 가. 형사소송의 경우

##### (1) 기록복사료

만일 州가 형사사건에서 부자만이 낼 수 있고 가난한 자는 낼 수

---

420) 461 U.S. 321 (1983).

421) Barron/Dienes (1999), p. 311.

422) S. Emanuel, (2000), p. 337.

423) 93 U.S. 274, 277, 280 (1876). E. Chemerinsky (1997), pp. 735-736.

없는 수수료를 부과하고 있는 경우에는 엄격심사기준이 적용된다. 예컨대, 주는 가난한 사람에게 형사사건의 소송기록복사 수수료를 부과할 수 없다.<sup>424)</sup> 1956년의 *Griffin v. Illinois*<sup>425)</sup> 판결에서 연방대법원은 “적법절차와 평등보호에 관한 헌법적 보장은 형사재판에 있어서 어떠한 불공평한 차별도 허용하지 않는 절차를 요구한다”고 하면서, 정부는 적절하고 효과적인 항소심재판을 받기 위해 필요한 사실심의 기록을 가난한 사람에게 무료로 제공해 주어야 한다고 판시하였다.<sup>426)</sup> 이후 연방대법원은 *Griffin* 원칙을 따랐고, 심지어 가난한 형사피고인에 대해서 소송기록을 제공할지에 대해서 정부가 판사에게 재량권을 부여한 경우까지 위헌으로 선언하였다. 예컨대 1958년의 *Eskridge v. Prison Board of Washington*<sup>427)</sup> 사건에서, 사실심판사가 “정의가 증진되는 경우”라고 판단한 경우 피고인에게 소송기록을 무료로 제공할 수 있도록 재량을 허용한 Washington 州法을 위헌선언하였다.<sup>428)</sup>

## (2) 국선변호인

형사재판에의 접근 문제에 대한 1963년의 *Douglas v. California*<sup>429)</sup> 사건에서 연방대법원은 가난한 형사피고인에게 항소심재판에 필요한 국선변호인을 선임해 주어야 한다고 판시했다. 법정의견을 집필한 Douglas 재판관은, 가난한 형사피고인에게 국선변호인을 제공하기를 거부한 주의 행위를 “가난한 자에 대한 차별”이라고 선언하였

---

424) S. Emanuel, (2000), p. 332.

425) 351 U.S. 12 (1956).

426) Barron/Dienes (1999), p. 323.

427) 357 U.S. 214 (1958).

428) E. Chemerinsky (1997), p. 737.

429) 372 U.S. 353 (1963).

다. Douglas 재판관은 이어서, 법원에의 접근에 있어서 가난한 피고인이 그의 권리로서 가지는 한 번의 그리고 유일한 항소 절차에서 변호인은 매우 중요하다고 판시하였다.<sup>430)</sup> 그러나 이후 연방대법원은 권리로서 창설된 최초의 항소, 즉 주의 항소법원이 의무적으로 심사를 하고 판결을 내려야 하는 항소의 경우에만 적용되는 것으로 그 범위를 제한하였다. 예컨대 1974년의 *Ross v. Moffitt*<sup>431)</sup> 사건에서는, 주최고법원 내지 연방대법원에 대한 가난한 형사피고인의 재량상고를 위해서 정부가 국선변호인을 선임해 줄 필요는 없다고 판결하였다.<sup>432)</sup>

## 나. 민사소송의 경우

연방대법원은 일반적으로 민사소송에 관련된 경우 법원에의 접근권은 근본적인 권리가 아니라고 보았기 때문에, 민사소송에서 주가 수수료를 부과할 수 없는 분야는 이혼, 친자관계확인, 친권박탈에 관한 소송 등의 가사사건일 경우만이다.<sup>433)</sup>

### (1) 이혼소송

1971년의 *Boddie v. Connecticut* 사건에서 연방대법원은, 이혼심판을 청구하기 위한 법원에의 접근을 수수료를 납입할 능력이 없다는 이유로 거부하는 것은 위헌이라고 판결하였다.<sup>434)</sup> Connecticut 州

---

430) Barron/Dienes (1999), pp. 324-325.

431) 417 U.S. 600 (1974).

432) E. Chemerinsky (1997), p. 738.

433) S. Emanuel, (2000), p. 333.

434) 401 U.S. 371 (1971).

法은 이혼심판을 청구하기 위해서는 (일반 민사소송의 수수료 \$45와는 달리) \$60의 수수료를 납입할 것을 요구하고 있었다. Boddie 부부는 사회보장수혜자로서, 수수료를 납입할 능력이 없어 이혼심판청구를 할 수 없었다. 연방대법원은 동법을 위헌이라고 선언하면서, “우리 사회의 가치질서에 있어서 결혼이 갖는 기본적인 지위와 혼인관계의 법적인 해소수단에 대한 州의 독점권을 고려할 때, ‘적법절차는 州로 하여금 혼인관계의 해소를 위하여 법원에 접근하고자 하는 자를 단지 수수료를 지불할 능력이 없다는 이유로 부인하는 것을 금지한다’는 것이 우리의 결론이다.” 라고 판시하였다.<sup>435)</sup>

## (2) 친권상실소송

연방대법원은 1996년 M.L.B. v. S.L.J. 사건에서, 자신의 친권을 종결시킨 衡平法院(Chancery Court)의 판결<sup>436)</sup>에 대한 生母의 항소권에 대하여 기록서류준비비용(record preparation fees)을 선납하도록 조건을 부과한 Mississippi 州의 조치는 수정헌법 제14조의 적법절차와 평등보호조항에 위반된다고 판결하였다.<sup>437)</sup> 연방대법원은, “이 사건과 같이 부모-자녀간의 유대관계를 영속적으로 단절시키는 주의 권한과 관련된 사건의 경우에는, 우리 사회에서 근본적인 중요성을 갖는 가족관계가 문제되었을 때 연방대법원이 지속적으로 요구해 왔던 면밀한 검토를 요구한다. ...이 사건에서 원고인 M.L.B.의 이해관계는 크다. 왜냐하면 친권상실은 가장 근본적인 가족관계를 돌이킬 수 없이 파괴시키는 것이고, (州의) 실수로 인한 위험성

---

435) Id. at 375.

436) Mississippi 州대법원은, 민사소송에서 극빈자소송절차(forma pauperis)를 요구할 권리는 1심재판 단계에서만 존재한다고 밝히면서 원고의 극빈자소송의 요청을 거부하고 항소를 기각하였다.

437) 519 U.S. 102 (1996).

은 심각한 것이기 때문이다.” 라고 판시하였다.<sup>438)</sup>

#### 4. 프라이버시권

미국연방헌법에는 프라이버시권(right of privacy)에 대하여 명시적으로 규정한 것은 없지만, 연방대법원은 1965년의 *Griswold v. Connecticut*<sup>439)</sup> 사건 이래로 계속하여 이러한 권리는 특별한 헌법적인 보장에 의해 창설되는 “사생활의 영역”에 포함되어 있는 것이라고 판시하여 왔다.<sup>440)</sup> 프라이버시권과 관련있는 분야는 피임, 결혼, 낙태, 동성애(男色), 성, 가족생활, 생식권, 치료받을(받지 않을) 권리, 죽을 권리 등의 영역이 있다.

##### 가. 피임

연방대법원은 1965년의 *Griswold v. Connecticut*<sup>441)</sup> 사건에서 7:2의 판결로, 피임기구를 사용하거나 동 사용을 교사 또는 방조하는 것을 금지한 Connecticut 주법률은 헌법상의 프라이버시권을 침해한 것이라고 선언하였다.<sup>442)</sup> Douglas 재판관이 집필한 다수의견은 근본적인 권리인 “프라이버시권”이 위 법률에 의하여 침해되었음을

---

438) G. Gunther / K. Sullivan, *Constitutional Law*, 13th ed. 1999 Supplement (Westbury, N.Y.: The Foundation Press 1999), p. 73.

439) 381 U.S. 479 (1965).

440) Black's Law Dictionary (1999), p. 1325.

441) 381 U.S. 479(1965). 이 판결은 헌법의 구체적인 문언에 근거하지 않고 헌법의 구조와 정신으로부터 새로운 권리를 창출해 내는 헌법해석의 방법론에 가히 혁명을 일으키다시피 했다. 낙태, 사생활의 자유, 동성연애 등 20세기 후반 미국사회의 헌법논쟁에서 핵심적 지위를 점유하고 있는 “프라이버시권” 논쟁의 효시는 바로 이 *Griswold* 판결이다. 안경환(1997), 36면.

442) Barron/Dienes (1999), p. 192.

인정하였다. 다수의견은 이 권리가 몇몇 권리장전 규정의 “半陰影지역(penumbras)”<sup>443)</sup>에 있는 권리라고 판시하였다.<sup>444)</sup> 하지만 Douglas 재판관은 권리장전의 어느 부분에서 그 근거를 찾을 수 있는지 명시하지는 않았다.<sup>445)</sup> Goldberg 재판관은 동조의견에서, 프라이버시권은 권리장전의 어떠한 구체적 보장규정에 의존하지 않고도 인정되어야 한다고 주장하면서 수정헌법 제9조<sup>446)</sup>는 권리장전을 포함한 헌법의 문언에 명시되지 아니한 본질적인 권리를 헌법적 권리로 인정하는 독자적인 근거가 될 수도 있다고 하였다.<sup>447)</sup> 그는 또한 연방대법원이 과연 어떤 가치들이 근본적인 권리로서 보호되어야 하는가를 결정할 때에는 국가의 “전통과 양심”(traditions and conscience of our people), “자유에 본질적 원리”(fundamental principles of liberty), 그리고 “자유사회의 요구에 부응한 경험”(experience with the requirements of a free society)의 3가지를 들었다.<sup>448)</sup>

다수의견과 결론은 같지만 이유를 달리한 별개의견<sup>449)</sup>을 쓴 Harlan 재판관은, 문제의 코네티컷 주법률은 미국사회에 이미 질서

---

443) 사전상의 의미는 보통 ‘일식이나 월식의 그늘진 부분’, 또는 ‘태양 흑점 주위의 그늘진 부분’을 일컫는다. 「엡센스 英韓辭典」(민중서림 1995), 1957면.

444) 381 U.S. at 484.

445) Rotunda/Nowak (1992), p. 429.

446) 수정헌법 제9조 : 헌법에 일정한 권리들을 열거하는 것이 국민에게 유보된 다른 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안된다.(원문은, The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.)

447) 381 U.S. at 486-488 (Goldberg, J., concurring).

448) Id. at 492-493. 이와 같은 자연법인정론의 입장에 있는 학자로는 Calvin R. Massy, *Federalism and Fundamental Rights : The Ninth Amendment*, 38 Hastings Law Journal 305(1987); Randy E. Barnett, *Reconceiving the Ninth Amendment*, 74 Cornell Law Review 1(1988); David A. J. Richards, *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, 220-226(1989) 등이 있다. 안경환(1997), 37, 53-54면.

449) 381 U.S. at 499 (Harlan, J., concurring).

화된 자유(ordered liberty)의 개념에 함축된 근본적인 가치(프라이버시를 의미함)를 침해하기 때문에 수정헌법 제14조의 적법절차를 침해하는 것이라고 하였다.<sup>450)</sup> Stewart 재판관<sup>451)</sup>이 동참한 반대의견<sup>452)</sup>에서 Black 재판관은 이 사건 법률이 규율하는 영역에 대하여는 헌법상(수정헌법 포함) 프라이버시권을 인정할 만한 명문규정이 없고<sup>453)</sup> 또한 방사(emanation) 내지는 반음영(penumbra)의 효과도 인정할 수 없으며, 따라서 Goldberg 재판관이 들고 있는 수정헌법 제9조나 Harlan 재판관이 들고 있는 수정헌법 제14조의 적법절차에 의한 접근방법은 재판관의 개인적인 가치관을 반영할 수밖에 없는 “자연적 정의”(natural justice) 또는 “자연법”(natural law)을 헌법재판에 끌어오는 것으로서 이는 헌법의 기초자들이 의도한 것이 아니라고 반대하면서 이 법률은 주권한의 적절한 행사였다고 실시하였다.<sup>454)</sup>

## 나. 결혼할 권리

1978년의 Zablocki v. Redhail<sup>455)</sup> 사건을 보자. Wisconsin 州는

---

450) 381 U.S. at 500.

451) Stewart 재판관 자신도 반대의견을 작성했으며, 이에는 역시 Black 재판관이 동참하였다. 381 U.S. at 527 (Stewart, J., dissenting).

452) 381 U.S. at 507 (Black, J., dissenting).

453) 다만 그도 수정헌법 제4조상의 부당한 수색과 체포·압수 금지규정에 의해 보호되는 프라이버시는 인정하고 있다(381 U.S. at 509).

454) 381 U.S. at 511, 515, 526. 이와 같은 자연법부인론의 입장으로는 Raoul Berger, *Government by Judiciary, The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press (1977); Russell L. Caplan, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, 69 Virginia Law Review 89 (1983); Thomas B. McAfee, *The Original Meaning of the Ninth Amendment*, 90 Columbia Law Review 1215 (1989) 등이 있다. 안경환(1997), 53면.

455) 434 U.S. 374 (1978).

법원에 의해 미성년자에 대한 보호명령을 받은 자가 미성년자를 데리고(보호하고) 있지 않은 경우에는 법원의 허가가 있어야만 결혼할 수 있다는 법률을 시행하고 있었다. 그 법률규정에 따르면, 그러한 상태에 있는 결혼신청자가 ①법원의 명령에 따른 보호의무를 다하였고 따라서 ②보호명령의 대상인 어린이가 신청 당시에나 그 이후라도 공립보호소에 보내질 것 같지 않다는 입증을 요구하였다. Redhail은 이러한 법원의 허가를 얻지 못해 결혼할 수 없었다. 그는 이러한 두 가지 요건을 충족시킬 수 없었기 때문에 허가를 위한 청원을 하지 않았다. 그는 이 법률이 평등보호와 적법절차를 위배하여 위헌이라며 소송을 제기하였다. 법정의견을 집필한 Marshall 재판관은 위 법률을 무효라고 선언하면서, “결혼할 권리는 근본적인 중요성을 갖고 있고 또 이 사건에서의 구분은 그러한 권리의 행사를 심각하게 방해하고 있기 때문에 이러한 구분이 필요하다는 州의 이익에 대하여 엄격한 심사가 요구된다”고 판시하였다.<sup>456)</sup>

그러나 문제가 된 구분이 결혼의 결정에 심각한 방해를 하는 경우가 아니라면 합리성 심사기준이 적용된다. 예컨대 1977년의 *Califano v. Jobst*<sup>457)</sup> 사건에서, 장애인보조금을 받는 사람이 다른 장애인과 결혼하는 경우에는 계속 수령할 수 있지만 정상인과 결혼하는 경우에는 이를 중단하도록 하는 법률에 대하여 합리성 심사기준을 적용하여 합헌이라고 하였다. 또한, 출산을 한 산모에게는 보조금을 주고 낙태한 사람에게 주지 않는 규정이 문제된 1980년의 *Harris v. McRae*<sup>458)</sup> 사건에서는, 헌법적으로 보호되는 중요한 권리가 침해되지 않았으므로(다시 말하면, 심각한 부담이 있는 경우가

---

456) Barron/Dienes (1999), p. 314.

457) 434 U.S. 47 (1977).

458) 448 U.S. 297, (1980).

아니므로) 합리성 심사기준이 적용된다고 판시하였다.<sup>459)</sup>

## 다. 낙태문제

### (1) Roe v. Wade 사건 (1973)

연방대법원은 임신중에 있었던 한 독신녀(가명 Jane Roe)가 Texas州 낙태금지법이 위헌이라며 제기한 1973년의 Roe v. Wade<sup>460)</sup> 사건에서 임신기간을 3분기로 구분하는 소위 “3분기 분석법”(trimester analysis)을 제시하였다. 법정의견을 집필한 Blackmun 재판관은, 임신 첫 3분기(임신후 3개월까지) 동안의 낙태는 임산부가 정상적인 출산을 할 때보다 덜 위험하므로 국가는 이 기간 동안 임산부의 낙태권을 제한할 수 없고, 2분기(4월~6월)에는 국가가 임산부의 건강보호와 합리적으로 연결되는 범위 안에서 낙태절차에 대한 규제를 할 수 있으며, 3분기(7월~9월) 동안에는 태아가 모체 밖으로 나와도 생존이 가능하므로 입법자는 임산부의 생명 또는 건강보호를 위하여 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 금지시킬 수 있다고 판시하였다. 연방대법원은, 여성이 낙태 여부를 결정하는 것은 여성이 가지는 프라이버시의 권리에 포함되는 것이며 비록 프라이버시권이 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않을지라도 헌법상 인정될 수 있는 근본적인 권리라고 인정한 다음, “엄격심사기준”을 적용하여 텍사스州的 낙태금지법을 위헌이라고 판결하였다(7:2). 반대의견을 쓴 Rehnquist 재판관과 White 재판관은 낙태의 문제는 입법자의 판단에 맡겨두어야 하는 문제라고 강조하였다. 예컨대 White 재판관은 “사법심사권한의 행사로 본다면 연방대법원은 오늘 판결하

---

459) Barron/Dienes (1999), pp. 314-315.

460) 410 U.S. 113 (1973).

는 것과 같은 권한을 가지고 있는지도 모른다. 그러나 나의 견해에 의하면 오늘의 판결은 선견지명이 없고 무절제한 사법심사권한의 행사이다. ... 이 사건의 쟁점은 국민들과 국민들이 자신의 문제를 통제할 수 있는 기관인 입법자의 판단에 남겨두어야 하는 것이다.” 라고 실시하였다.<sup>461)</sup>

## (2) Webster 사건 (1989)

Missouri 州법률은 생명은 임신의 순간부터 시작된다는 州의 견해를 받아들여, 낙태시술을 행하거나 낙태하고자 하는 여성을 격려하는 상담을 하기 위해 정부의 기금을 사용하는 것을 금지하고 태아가 살 수 없다고 판명될 경우에만 임신 20주 후부터 낙태를 허용한다고 규정하였다. 이 법률의 위헌 여부를 다룬 1989년의 Webster v. Reproductive Health Services 사건에서 연방대법원은 다수의견(majority opinion) 없이 이 규정을 합헌이라고 판결하였다.<sup>462)</sup> White 재판관과 Kennedy 재판관이 동참한 복수의견(plurality opinion)<sup>463)</sup>에서 Rehnquist 대법원장은 Roe v. Wade 판결을 강하게 비판하였다. 그는 어머니의 권리와 태아를 보호하려는 정부의 이익의 균형을 맞추기 위해 Roe v. Wade 판결에서 사용된 3분기분석틀(trimester)을 공격하였다. 그는, “Roe v. Wade 판결의 경직된 이론체계는 개방적인 언어로 쓰여 있는 헌법의 개념에 맞지 않는다. ... Roe v. Wade 판결의 중심되는 이론체계 즉, 3분기분석틀(trimesters)과 생존가능성(viability) 이론은 헌법전에서는 찾을 수 없는 것이고 헌법

---

461) Id. at 222 (White, J., dissenting).

462) 492 U.S. 490 (1989).

463) 과반수(majority)를 구성하는데 필요한 재판관의 표를 확보하지는 못하였으나 다른 의견보다는 (상대적으로) 다수인 의견을 말한다. Black's Law Dictionary (1999), p. 1119.

의 원칙으로부터 찾을 수 있다고 기대되는 것도 아니다.” 라고 하였다.<sup>464)</sup> 그러나 Brennan 재판관과 Marshall 재판관이 동참한 반대의견에서 Blackmun 재판관은 “오늘 Roe v. Wade 판결과 여성들이 임신을 끝낼 것인지 여부를 결정할 수 있다는 근본적인 헌법상 권리는 살아 남았지만 안전한 것은 아니다. … 복수의견은, 이전의 획기적인 판결을<sup>465)</sup> 버린 것이고 또한, 헌법은 여성들이 자녀를 낳을 독특한 능력을 통제할 수 있는 권리의 행사를 보장하고 있다고 믿게 된 이 나라의 모든 여성이 갖고 있는 희망과 비전을 어둠속으로 내던지는 것이다. … 최소한 오늘은 낙태법리가 방해받지 않은 채로 유지되었다. 오늘은 이 나라의 여성들이 그들의 운명을 통제할 수 있는 자유를 보유하고 있었다. 그러나 정조는 명백하고 불길하다. 찬바람이 불고 있는 것이다.” 라고 탄식하였다.<sup>466)</sup>

### (3) Casey 사건 (1992)

연방대법원은 1992년 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey<sup>467)</sup> 사건에서 미국사회의 예민한 문제인 낙태에 관하여 다시 한 번 다루게 되었다. 문제가 된 Pennsylvania 州 낙태규제법은 1988년과 1989년에 새로 개정하면서 임신한 여성이 낙태를 원할 경우 “사전동의”와 “시술전 24시간 대기” 등을 규정하고 있었다. 즉 그녀가 미성년자인 경우 부모 중 일방의 동의를, 기혼자인 경우에는 남편에게 낙태의사를 통고해야만 했다. 이러한 규정에 대하여 몇몇 낙태병원과 의사들이 소송을 제기하였다.<sup>468)</sup> 연방

---

464) 492 U.S. at 518.

465) Blackmun 재판관 자신이 Roe v. Wade (1973) 판결을 집필하였다.

466) 492 U.S. at 537, 560 (Blackmun, J., dissenting). E. Chemerinsky (1997), p. 669.

467) 505 U.S. 833 (1992).

468) Id. at 833-834.

대법원은 5:4의 의견으로, 州는 태아의 생존가능성 시기 이전의 낙태를 금지할 수 없다는 것을 다시 확인했다. 그러나 복수의견(Souter · O'Connor · Kennedy 재판관)은, Roe v. Wade 판결에서 사용된 3분기 분석틀과 주의 낙태규제에 대하여 “엄격심사”를 적용하여 판단하는 것을 폐기하였다. 그 대신 복수의견은, 생존가능성 이전의 낙태규제는 그것이 낙태에 대한 “과도한 부담(undue burden)”이 아닌 한 허용되어야 한다고 판시했다.<sup>469)</sup> 이 판결에서 연방대법원은 낙태를 제한하는 법률의 위헌여부를 결정함에 있어 새로운 기준을 제시하였다. “과도한 부담”이라고 불리는 이 기준은 「태아가 생존가능성을 획득하기 전에 낙태를 원하는 여성에게 실질적인 방해(substantial obstacle)를 부과할 목적을 가지거나 그러한 효과를 야기하는 경우」에는 그 법은 무효라는 것이다. 이러한 “undue-burden test”에 따라 이 사건에서는 기혼여성이 남편에게 통지해야 한다는 요건만이 위헌판결을 받았다.<sup>470)</sup>

## 라. 가족에 관한 권리

1977년의 Moore v. City of East Cleveland<sup>471)</sup> 사건을 보자. Ohio 주의 East Cleveland 市는 한 가구에 여러 명이 혼잡하게 살으로써 시의 (재정적인 것을 포함하여) 부담을 가중시키는 것을 방지하기 위하여 1가구에는 1가족만 거주토록 하는 조례를 만들었다. 여기에서 가족이란 예컨대 손자와 조부모는 함께 살 수 없다는 것이다. 연

---

469) E. Chemerinsky (1997), p. 669.

470) Oyez Oyez Oyez: Planned Parenthood v. Casey - Abstrac, in [THE OYEZ PROJECT NORTHWESTERN UNIVERSITY]

471) 431 U.S. 494 (1977).

방대법원은 5:4의 판결로 이 조례를 위헌이라고 하였다. 이 판결에서 연방대법원은, 가족생활과 관계된 선택에 정부가 간섭(침입)하는 경우에 법원은 행정목적의 중요성과 수단으로 선택된 규율이 이 목적에 기여하는 정도를 매우 주의깊게 심사해야 한다고 하면서, 위 조례의 제정목적은 정당하지만 실제로 위 조례는 그 목적에 기여하는 바가 아주 적다고 판단하였다. 이 사건에서 연방대법원은 가족에 관한 권리를 보호하기 위하여 프라이버시권을 언급하지 않고 실제적 적법절차 접근방법을 채택하였다.<sup>472)</sup>

#### 마. 치료를 받거나 받지 않을 권리

개인은 치료를 받거나 받지 않을 권리가 있다. 따라서 연방대법원은 1975년의 *O'Connor v. Donaldson*<sup>473)</sup> 사건에서 본인의 의사에 反한 정신병원 수용은 자유권의 박탈이며 적법절차조항의 보호를 받는다고 판시하였다. 그러나 정신이상이 된 성인의 경우 스스로 또는 타인에게 위험하거나 병원 이외의 장소에서는 안전하게 생존할 능력이 없을 때는 강제수용이 가능하다. 또한 연방대법원은 1990년의 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*<sup>474)</sup> 사건에서, 정부는 명백하고 확신이가는 증거를 제시하며 특정인의 사실상의 희망을 입증하고 병원에 수용할 수 있다고 판결하였다. 후에 1997년의 *Washington v. Glucksberg*<sup>475)</sup> 사건의 판결문을 집필한 Rehnquist 재판관은, “이(*Cruzan*) 판결에서 연방대법원은 원하지 않는 치료 또는 생명연장을 거절할 중요한 자유의 이익(significant

---

472) Barron/Dienes (1999), pp. 214-215.

473) 422 U.S. 563 (1975).

474) 497 U.S. 261. (1990).

475) 521 U.S. 702 (1997).

liberty interest)이 있다는 것을 인정하였지만, 이러한 이익은 추상적으로 보호되는 개인의 자율성이라는 관념에서 나오는 것이 아니라 강요된 치료는 폭행(battery)에 해당한다는 common law의 전통에서 나오는 것”이라고 하였다.<sup>476)</sup>

#### IV. 근본적인 권리에 포함되지 않는 영역

근본적인 권리로 인정되기 위하여는 - 즉 엄격심사의 대상이 되기 위하여는 - 그 권리는 반드시 명시적 또는 함축적으로 헌법이 보장하는 것이어야 한다.<sup>477)</sup> 국내 문헌 중에는 생활권적 기본권이 헌법에서 명문으로 규정되어 있지 않은 미국의 경우 사회복지·교육 등에 관한 권익이 근본적 권익에 포함될 수 있을 것이라고 소개한 것이 있으나,<sup>478)</sup> 아래에서 보는 바와 같이 미국 연방대법원은 이들이 근본적인 권리가 아니라고 하였다.

##### 1. 복지권

###### 가. 의의

생활하는데 있어 필요한 물품을 요구할 근본적인 권리는 없다. 이와 같이 음식이나 주거, 그리고 의료혜택 등은 평등보호 목적의 근본적인 것이 아니다. 그러므로 썬는 이와 같은 물품을 불공평하게 분배

---

476) Barron/Dienes (1999), p. 225.

477) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

478) 徐柱實, 평등보호를 위한 사법심사기준, 「미국헌법연구 제8호」(미국헌법학회 1997), 13면.

할 수 있다. 마찬가지로 州가 이러한 물품을 살 돈을 어떤 사람들에게는 주고 어떤 사람들에게는 주지 않는다 하더라도 이러한 조치는 엄격심사를 받는 것이 아니다. 예를 들어, 州가 대가족에게는 소가족보다 1인당 복지연금액을 적게 준다 하더라도 이러한 조치는 엄격심사의 대상이 아니다. 이것은 食(food)과 住(shelter)를 위하여 사용되는 돈은 근본적인 권리에 해당되지 않기 때문이라는 것이다.<sup>479)</sup>

#### 나. Dandridge v. Williams 사건 (1970)

1970년의 Dandridge v. Williams 사건에서 연방대법원은, 가족의 수에 관계없이 복지혜택(the Aid to Families with Dependent Children, AFDC)을 받을 수 있는 상한선을 설정한 Maryland 州法에 대하여 합리성심사기준을 적용하여 합헌이라고 판결하였다.<sup>480)</sup> Maryland 州法에 의하면 가족수가 많은 가정의 자녀들은 소가족의 자녀들보다 1인당 복지혜택을 적게 받게 되었는데, 연방대법원은 이 법률은 사회·복지에 관련되어 있기 때문에 합리성심사기준을 적용하는 것이 적당하다고 판시하였다.<sup>481)</sup> 따라서 연방대법원은, 한정된 공적부조금을 할당함에 있어 가지는 州의 이익은 이 법을 정당화하기에 충분하다고 하였다.<sup>482)</sup>

---

479) S. Emanuel, (2000), p. 337.

480) 397 U.S. 471 (1970).

481) 397 U.S. at 485.

482) E. Chemerinsky (1997), p. 633. 그러나 이 판결이 있는지 3년후 United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973) 사건에서, 가족과 관계없는 사람이 함께 살고 있는 가구에 대하여는 무료식량지원을 중단한다는 법은 위헌으로 판정받았다.

## 다. Lindsey v. Normet 사건 (1972)

또한 좋은 집에서 살거나(남의 집을) 나의 집으로 점유할 권리는 근본적 이익이라는 주장은 1972년의 Lindsey v. Normet<sup>483)</sup> 사건에서 실패하였다.<sup>484)</sup> 연방대법원은 이 사건에서, 주법률에서 인정하는 간이퇴거 절차(summary eviction procedure)에 대한 위헌주장을 배척하였다(7:2). 법정의견을 집필한 White 재판관은 엄격한 심사기준을 적용해야 한다는 주장을 배척하면서, “헌법은 모든 사회·경제적인 뉘에 대하여 사법적인 구제를 제공하지 않는다. 우리는 그 문서(헌법)에서 어떤 특별한 質의 주거생활을 헌법적으로 보장하고 있다는 주장을 받아들일 수 없다.”고 판시하였다.<sup>485)</sup>

## 2. 교육을 받을 권리

사람은 공공학교 교육을 받을 근본적인 권리를 갖고 있지 않다. 따라서 추가 그러한 공공학교 교육의 분배에 있어 불평등을 용인하거나 심지어는 장려한다 하더라도 이는 근본적인 권리를 침해하는 것이 아니므로 엄격심사를 적용할 필요는 없다. 또한 공립학교에 무료통학버스를 타고 갈 헌법상 권리도 존재하지 않는다.<sup>486)</sup>

## 가. Rodriguez 사건 (1973)

---

483) 405 U.S. 56 (1972).

484) G. Gunther / K. Sullivan, *Constitutional Law*, 13th ed. (Westbury, N.Y.: The Foundation Press 1997), p. 913.

485) 405 U.S. at 74. E. Chemerinsky (1997), p. 633.

486) S. Emanuel, (2000), p. 319.

연방대법원은 1973년 *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*<sup>487)</sup> 사건에서 공공교육에 투자하기 위한 재산세 사용에 관한 “state action”<sup>488)</sup>과 “평등보호”의 문제를 다뤘다. 즉, Texas 주가 공립 학교에 재정정보조를 함에 있어서 학생당 많은 재산세를 내는 지역의 교육에 더 많은 예산을 사용한다 하여 평등보호위반이 문제된 사건이다.<sup>489)</sup> 전통적으로 공립학교 교육의 재정은 당해 학교지역구에 부과되는 재산세(property taxes)를 통하여 조달되었다. 이 사건에서 연방대법원은 5:4의 판결로, 교육 그 자체는 근본적인 권리가 아니라고 판시하고, 공립학교 재정정보조조치가 엄격심사의 대상이 되려면 그것이 의심스러운 분류와 관련되어 있거나, 또한 여기에서 문제가 된 ‘부의 여하에 따른 구분’에 의해 어떤 기대되는 이익이 완전히 박탈되었을 경우이어야 한다고 하였다. 그러므로 텍사스주의 위 조치는 합리적관계 심사만을 거치면 되었다. 교육에 재정정보조를 함에 있어서 재산세를 사용하는 것은 각 학교지역의 주민들이 받게 되는 교육에 대한 통제권한이라는 주의 정당한 목적달성을 위한 합리적인 방법이기 때문에, 단순한 합리적 심사기준을 만족한 것이라는 설명이다.<sup>490)</sup>

## 나. Plyler v. Doe 사건 (1982)

1982년의 *Plyler v. Doe* 사건에서도 역시 교육을 받을 권리는 헌법이 인정한 본질적인 권리가 아니라고 판결하였다.<sup>491)</sup> 그러나 이

---

487) 411 U.S. 1. (1973).

488) 이에 대하여는 E. Chemerinsky (1997), pp. 385-414 참조.

489) S. Emanuel, (2000), p. 320.

490) Norman S. Goldberg / Peter Tenen, *Casenote Legal Briefs - Constitutional Law* (Santa Monica, CA: Casenotes Publishing Co. 1996), p. 86.

491) 457 U.S. 202 (1982).

사건에서 연방대법원은, 시민권자와 적법하게 입국한 외국인의 자녀에게는 무상의 공립학교 교육을 제공하면서 불법체류자의 자녀에게는 무상교육의 혜택을 주지 않은 Texas 州의 조치에 대하여 평등보호 위반이라고 하였다. 위 Rodriguez 사건에서 반대의견을 썼던 Brennan 재판관이 이번에는 범정의견을 집필하였다. 그는, 공립학교 교육은 헌법이 개인에게 보장하는 권리는 아니라는 점을 인정하면서도 교육은 우리 사회의 구조를 지탱하는 근본적인 역할을 한다는 것을 지적하였다. Brennan 재판관은 위 텍사스 법률은 소외된 계층의 어린이들에게 그들이 책임질 수 없는 이유를 들어 평생의 고초를 부과하는 것이라고 하였다. 또한 그와 같은 차별이 죄없는 어린이에게 부당한 교육상실의 대가의 관점에서 볼 때, 그 법률은 주의 실질적인(중요한) 목적을 증진시킨다고 할 수 없는 한 도저히 합리적인 조치라고 볼 수 없다고 판시하였다. 이와 같이 “중간심사기준”을 적용하면서 연방대법원은 5:4의 결정으로 위 텍사스 법률을 위헌이라고 판단하였다.<sup>492)</sup>

#### 다. 후속 판결

Plyler 사건의 1년 후 Martinez v. Bynum<sup>493)</sup> 사건에서 연방대법원은, 무료인 공립학교에 다니기 위하여 부모와 떨어져 살고 있는 소수인종 학생에게 무료의 공교육을 거부하는 권한을 교육구청(학교구, school districts)에 부여한 텍사스 주법에 대한 위헌주장을 배척하였다(8:1). Marshall 재판관만이 반대한 가운데 다수의견을 집필

---

492) Barron/Dienes (1999), pp. 330-331.

493) 461 U.S. 321 (1983).

한 Powell 재판관은, 이 규정은 善意거주요건으로서 유효하다고 판시하였다.<sup>494)</sup> 1988년의 *Kadmas v. Dickinson Public Schools*<sup>495)</sup> 사건에서도 연방대법원은 Plyler 사건을 따르기보다는 Rodriguez 사건을 따라 5:4의 판결로, 공립학교 학생들이 버스를 타고 통학하는 비용을 부과하는 권한을 지역 학교위원회에 허가하는 North Dakota 州法을 합헌이라고 지지하였다. 다수의견을 집필한 O'Connor 재판관은 富에 기한 차별이라는 근거로 또는 교육에 있어 근본적인 이익이 존재한다는 이유로 “엄격심사기준”이 적용되어야 한다는 주장을 배척하였다. O'Connor 재판관은 Plyler 사건에서 중간심사 또는 강화된 심사기준이 적용된 것은 그 사건의 특수한 상황 때문이었다고 설명하면서, Plyler 사건의 학생들과는 달리 이 사건의 원고인 Sarita Kadmas는 부모의 불법적인 행동 때문에 불이익을 받은 것이지 주정부에 의해 처벌받은(penalized) 상황에 이른 것이 아니라고 판시하였다.<sup>496)</sup>

## 라. 소결

요컨대, 공공교육의 완전한 박탈은 평등보호 위반이 될 수 있다. 그러므로 만일 주가 어떤 그룹의 주민들에게 공공교육을 전혀 제공하지 않는다면, 이는 교육의 박탈이 될 것이고, 이는 근본적인 권리의 침해이므로 엄격심사를 받게 될 것이다.<sup>497)</sup>

---

494) Gunther/Sullivan (1997), p. 857.

495) 487 U.S. 450 (1988).

496) Gunther/Sullivan (1997), p. 857.

497) S. Emanuel, (2000), p. 320.

### 3. 동성에 문제

#### 가. Bowers v. Hardwick 사건 (1986)

연방대법원은 1986년의 Bowers v. Hardwick<sup>498)</sup> 사건에서, 결혼하지 않은 사람들 사이의 성행위에서는 어떤 근본적 권리도 찾을 수 없다고 판시하였다. 이 사건에서 연방대법원은 남성간 성행위(sodomy)를 형사 처벌하는 주법률을 합헌이라고 판결하였는데, 이 법률은 성인 남성간의 합의하에 ‘은밀하게’ 이루어지는 성행위까지도 처벌의 대상으로 하고 있었다. 다수의견을 집필한 White 재판관은, 동성간 성행위를 형사처벌로부터 보호할 수 있는 어떤 근본적 권리를 사법적으로 창출할 만한 아무런 근거가 없다고 실시하였다. White 재판관은 아기의 출산, 양육, 그리고 가족관계에 관한 권리가 근본적 권리인 프라이버시권에 포함된다고 확인했던 이전의 연방대법원의 판결들은 남성간 성행위를 할 동성애자의 헌법적 권리가 있다고 주장하는 이 사건과는 어떤 유사한 점이 없다고 판단하였다. 다수의견은, 남성간 성행위를 할 권리는 “확립된 자유”의 개념에 포함되어 있지 않은 것이고 따라서 그것은 적법절차가 보장하는 자유의 필수적인 부분은 아니고, 또한 이러한 동성간의 성행위를 할 권리는 “이 나라의 역사와 전통에 뿌리박힌 것이어서 사법적으로 보호되어야 하는” 그러한 성격의 권리도 아니라고 보았다.<sup>499)</sup>

#### 나. Romer v. Evans 사건 (1996)

---

498) 478 U.S. 186 (1986).

499) Id. at 190. Rotunda/Nowak (1992), p. 433.

그러나 연방대법원은 1996년 *Romer v. Evans*<sup>500)</sup> 사건에서 6:3의 판결로 Colorado州의 수정헌법조항을 “평등보호조항”에 근거하여 무효화시켰다. Colorado州는 州나 또는 자치단체에서 성적 경향이나 행동 (sexual orientation or conduct)에 기한 차별로부터 동성애자를 보호하기 위한 법률을 만들지 못하도록 하는 헌법수정을 하였는데, 연방대법원은 이 수정조항이 게이들의 평등보호에 관한 권리를 침해하였다고 판결하였다.<sup>501)</sup> 이 사건은 판단하지 않은 점 때문에 더 중요하다는 평가가 있다. 즉, 위 *Bowers* 사건은 명시적으로 변경(파기)되지 않았다. 오히려 연방대법원(다수의견)은 *Romer* 사건에서 *Bowers* 사건을 인용하지조차 않았다. 그렇지만 엄밀히 말한다면, 이제 *Bowers* 사건은 전례로서의 지위가 흔들리고 있다는 것이다.<sup>502)</sup> 그러므로 앞으로 연방대법원이 게이들의 권리를 근본적인 권리로 평가할 여지는 있다고 하겠다.

#### 4. 자살할 권리

Washington 州法은 자살을 방조하거나 교사하는 것을 중범죄(felony) 규정하고 있었다. 이에 시한부 환자와 그들의 의사 몇몇이 이 규정은 적법절차규정에 의하여 보호되는 자유를 침해하는 것이라고 소송을 제기하였다. 이들은 이러한 자유는 의사의 도움을 받은 자살에까지 미친다고 주장하였다. 이 사건을 다룬 1997년의 *Washington v. Glucksberg*<sup>503)</sup> 사건에서 법정의견을 집필한 Rehnquist

---

500) 517 U.S. 620 (1996).

501) Barron/Dienes (1999), *Foreword to the Fourth Edition*, IX.

502) Barron/Dienes (1999), p. 307.

503) 521 U.S. 702 (1997).

대법원장은 이들의 주장을 배척하며, 스스로 자살할 권리나 남의 도움을 받아 자살할 권리는 없으며 자살할 권리는 적법절차에서 보호하는 근본적인 자유가 아니라고 판시하였다.<sup>504)</sup>

## V. 결론

이상 살펴본 바와 같이 미국 연방대법원은 “근본적인 권리”의 행사를 침해하는 정부의 조치에 대하여는 엄격한 심사를 해 왔다. 연방대법원은 이를 위하여 두 가지 분석방법을 취하여 왔다. 첫째로, ‘평등보호’ 분석에서 근본적이라고 여겨지는 권리에는 州間여행의 권리, 선거에서의 평등한 투표참여권, 일정한 영역에서의 사법접근권이 있다. 연방대법원은 교육을 받을 권리는 근본적인 권리가 아니라고 하였으나, 일정한(최소한의) 수준의 교육을 받을 권리는 근본적인 권리라는 것을 인정할 수 있지 않을까 하는 논의마저 막은 것은 아니라고 할 수 있다. 둘째로, 연방대법원은 ‘현대적인 실제적 적법절차’의 내용으로서 프라이버시권을 인정하고 있다. 이 분야에서 연방대법원이 근본적 권리로 인정한 영역은 피임기구의 사용, 결혼할 권리, 여성의 낙태권, 가족생활의 자율성 등이 있다.

우리나라 헌법재판소의 경우 헌법에 열거되지 않는 아니하였으나 기본권을 인정한 것으로는 (일반적) 인격권,<sup>505)</sup> (성적)자기결정권,<sup>506)</sup> 일반적 행동자유권,<sup>507)</sup> 개성의 자유로운 발현권,<sup>508)</sup> 알 권

---

504) Barron/Dienes (1999), p. 225.

505) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165(정기간행물의등록등에관한법률), 판례집 3, 518, 527; 2001. 7. 19. 2000헌마546(유치장내 화장실설치 및 관리행위), 공보 59, 772, 775.

506) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82(형법상 간통죄), 판례집 2, 306, 310.

507) 헌재 1992. 4. 14. 90헌바23(국가보안법 제2조 제2항), 판례집 4, 162, 171.; 1993. 5. 13. 92헌마80(체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조), 판례집 5-1, 365, 384.

508) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204(화제로인한재해보상과보험가입에관한법률), 판례집 3, 268, 275-276.

리,<sup>509)</sup> 소비자의 권리,<sup>510)</sup> 휴식권<sup>511)</sup> 등이 있다.<sup>512)</sup> 한편, 이러한 (헌법에 열거되지 아니한) 권리의 기본권성을 인정하기 위하여는, 즉 오늘날 제창되고 있는 다양한 이익과 가치의 실현 확보의 요구가 법적 권리 내지는 기본권으로 인정되기 위해서는 그것이 첫째 인간으로서의 삶에 기본적으로 중요한 권리로서 인정되어야 하며(기본성·중요성), 둘째 역사적으로 미루어 볼 때 국민정서상 그 정당성을 인정받을 수 있어야 하고(정당성), 셋째 일부 계층에 국한된 자유와 권리가 아니어야 하며(보편성), 넷째 주장하고자 하는 바가 모호하여서는 아니되고(내용의 명확성), 다섯째 타인의 기본권을 침해할 우려가 없거나(내재적 한계) 또는 침해의 우려가 있더라도 공공성이나 공공복리 기타 이론으로 극복이 가능한(기본권제한이론)것이어야 한다는 주장이 있다.<sup>513)</sup>

기본권, 즉 인권<sup>514)</sup>의 특성을 시대적 구분에 따라 고찰하여 제1세대, 제2세대, 제3세대 인권으로 나누는 견해가 있다. 이에 따르면 제1세대 인권은 미국의 독립선언과 프랑스대혁명 이후 18세기 후반에 등장한 보편적인 시민의 자유와 정치·경제적 권리를 일컫는 것으로서, 주로 對 국가적인 속성을 갖는 권리로 특징지워진다. 제2세대

509) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22(임야조사부열람신청), 판례집 1, 176, 188-189.; 1991. 5. 13. 90헌마133(기록등사신청), 판례집 3, 234, 245-246.

510) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18(自道燒酒구입명명제), 판례집 8-2, 680, 691.

511) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159(사법시험 일요일시행 사건), 공보 61, 940, 944.

512) 成樂寅, 기본권의 개념과 범위, 「기본권의 개념과 범위에 관한 연구 (헌법재판 연구 제6권)」(헌법재판소 1995), 29-32면.

513) 이에 관하여는 박운희(1995), 57-61면(특히 59면)에서 소개하고 있다.

514) 인권과 기본권의 관계에 대한 설명은 성낙인(1995), 13면이하 참조.

인권은 러시아혁명 이후 20세기 초반에 등장한 경제적·사회적 권리로 실질적 평등권과 생존권 확보를 위하여 국가에 대해 경제적·사회적·문화적 권리의 실현을 요구할 수 있는 권리, 즉 請求權적 권리의 특징을 지닌다. 이에 비해 제3세대 인권은 제2차 세계대전 이후의 정치·사회적 변화를 반영하는 새로운 역사적 상황에서 환경보호권, 정보권, 발전권, 인류공동재산에 대한 소유권, 평화에 대한 권리 등을 그 내용으로 하고 있어 連帶權의 특징을 갖는다.<sup>515)</sup>

E. Corwin은 기본권의 발견과 해석이야말로 법원이 수행하여야 할 기능이라고 주장한다.<sup>516)</sup> 우리나라 헌법은 위에서 본 제1,2세대 인권은 물론이고 이른바 제3세대 인권의 일부인 ‘환경권’도 규정(헌법 제35조)하고 있는 등 규범적으로는 거의 완벽한 기본권목록을 보유하고 있고, 거기에다가 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 제37조 제1항(헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리)까지 구비해 놓고 있음으로써 미국과 같이 근본적인 권리(새로운 기본권)의 개발 필요성과 그에 대한 논란이 상대적으로 적은 헌법체계를 갖고 있다고 할 수 있다. 그런데 위에서 본 바와 같은 헌법재판소가 인정하고 있는 “헌법에 열거되지 아니한” 기본권의 헌법적 근거에 대하여는 논란이 있기도 하거니와,<sup>517)</sup> 그밖에 이른바 “새로운” 기본권의 수용 여부나 그에 대한 헌법상·이론상 근거를 찾는 작업은 어떻게 전개될지 단정할 수 없다고 하겠다. 그러나 이러한 문제에

515) 자세한 내용은 박운희(1995), 61-63면 참조.

516) Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 42 *Harvard Law Review*, 149, 365 (1928-1929), pp. 408-409. 박운희(1995), 56면.

517) 자세한 내용은 韓尙熙, 헌법에 열거되지 아니한 권리, 「공법연구 제27집 제2호 (한국공법학회 1999. 6), 183면이하.; 또한 李應衍, 유치장내 화장실 설치 및 관리행위 위헌확인, 판례평석(헌법재판소 2001. 7. 19. 결정, 2000 헌마 546 사건), 「법률신문(2001. 10. 8.자), 15면 참조.

부딪혔을 때 그러한 기본권의 발견 및 해석, 심사기준 등의 개발은 헌법재판소가 해야 할 과제라고 할 것이며, 그러한 의미에서 미국 연방 대법원의 경험은 우리에게 소중한 자료가 될 수 있을 것이다.

# 憲法 제19조의 良心의 自由

韓 秀 雄  
憲法研究官

## - 目 次 -

### I. 머리말

### II. 양심의 자유의 憲法的 意味 및 保護範圍

#### 1. 헌법적 의미

가. 역사적 배경

나. 법적 성격

#### 2. 保護範圍

가. ‘良心上의 決定’

나. 양심상 결정의 確認 節次

### III. 양심의 자유의 保障內容

#### 1. 良心形成의 자유

#### 2. 良心實現의 자유

가. 양심보호의 핵심적 영역으로서 양심실현의 자유

나. 良心表明의 自由

다. 作爲 및 不作爲에 의한 양심실현의 자유

#### IV. 良心實現의 自由의 保障 문제

1. 헌법적 질서의 일부분으로서 양심실현의 자유
2. 법익교량과정의 特殊性
3. 양심실현의 자유의 구현 방법
  - 가. 양심의 갈등을 해소할 수 있는 代案의 존재여부
  - 나. 양심의 자유를 고려해야 할 立法者의 義務
  - 다. 양심의 자유를 고려해야 할 法適用機關의 義務
  - 라. 私人間의 분쟁의 경우 良心友好的 規範解釋의 요청
  - 마. 良心犯의 문제
4. 양심실현의 자유의 保障의 程度

#### V. 양심의 자유에 관한 憲法裁判所의 주요결정 및 그 문제점

1. 주요결정 요지
  - 가. 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정(사죄광고제도)
  - 나. 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정(음주측정에 응할 의무)
  - 다. 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정(국가보안법상의 불고지죄)
2. 비판
  - 가. 양심의 概念, 양심의 자유의 保護範圍 및 기본권의 主體
  - 나. 양심의 자유의 內容
  - 다. 良心實現의 자유의 保障 문제

#### VI. 맺는말

## I. 머리말

우리 헌법은 제19조에서 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다”고 하여 명문으로 양심의 자유를 보장하고 있다. 이로써 민주적 다수의 정치적인 의사가 법적으로 표현된 法秩序와 개인의 내적·윤리적 審級인 良心이 서로 충돌하는 경우, 헌법은 개인의 양심을 보장할 것을 규정하고 있다. 소수의 국민이 다른 견해를 주장하는데 그치는 것이 아니라 소위 우위의 규범이나 도덕의 이름으로 다수에 의하여 결정된 법질서에 대하여 복종을 거부한다면, 국가의 법질서와 개인의 양심사이의 충돌은 항상 발생할 수 있다.

헌법상 보장된 양심의 자유는 법적으로 여러 가지 어려운 문제를 제기한다.

우선 양심의 자유의 保護範圍와 관련하여, 어떠한 경우에 양심의 자유가 국가공권력의 위헌성여부를 판단하는 심사기준이 될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 양심이란 지극히 주관적 현상으로서 객관적으로 그 확인이 어렵다는 점에서, 언제 국민은 국가공권력에 의하여 자신의 양심의 자유가 침해당했다는 것을 주장하여 헌법소원을 제기할 수 있는가? 개인이 양심의 자유의 침해를 주장하는 모든 경우에, 양심의 자유가 문제되는가? 예컨대 주취운전의 혐의자에게 음주측정에 응할 의무를 부과하는 것이 양심의 자유에 대한 제한에 해당하는가? 또는 타인에 대한 명예훼손으로 인하여 법원이 언론사에 사죄광고를 명하는 경우, 이러한 공권력의 행사가 양심의 자유에 대한 제한인가?

한편, 기본권의 內容과 관련하여, 양심의 자유가 단지 개인의 내심의 영역에서 이루어지는 양심의 형성만을 보호하는가 아니면 그

를 넘어서 양심에 따라 살 권리, 즉 양심을 집행하고 실현할 자유까지도 보호하는가?

또한 ‘국가가 어느 정도까지 양심의 자유를 保障할 수 있는가’ 하는 문제와 관련해서도 일련의 의문이 제기된다. 만일 양심의 자유가 내심의 자유뿐이 아니라 양심을 외부로 실현하는 자유도 보장한다면, 헌법상 양심의 자유가 보장하고자 하는 바가 궁극적으로 무엇인가? 양심실현의 자유가 보장된다는 것은 국가로 하여금 개인의 양심에 반하는 행위를 강요해서는 아니 된다는 것을 의미하는가? 국가는 자신의 존립과 법질서를 포기하지 않으면서도 양심실현의 자유를 보장할 수 있는가?

이 글에서는 우선 ‘어떠한 경우에 양심의 자유가 문제되는가’(아래 II.), ‘양심의 자유의 내용은 무엇인가’(아래 III.)를 밝히고, 이어서 ‘양심실현의 자유가 어떠한 경우 어떠한 방법으로 보장될 수 있는가’(아래 IV.)를 살펴 보고자 한다. 이어서 양심의 자유에 관한 헌법재판소의 주요결정에 대한 간략한 평석을 하는 것으로(아래 V.) 이 글을 마치고자 한다.

## II. 양심의 자유의 憲法的 意味 및 保護範圍

### 1. 헌법적 의미

#### 가. 역사적 배경

기본권은 일차적으로 개인의 자유와 권리를 위협하는, 역사적으로 확인된 위협에 대하여 보호를 제공하고자 하는 것이다. 양심의 자유

도 역사적으로 국가에 의한 信仰의 強制에 대하여 개인의 자유를 보호하고자 하는 防禦權으로서의 의미를 가지고 있다. 국가가 國敎決定權을 가지고 있다는 것을 전제로 하여 국가로부터 종교를 강요받지 아니할 개인의 자유를 보장하려고 했던 것에 양심의 자유의 출발점이 있는 것이다. 따라서 초기의 양심의 자유는 종교와 관련되어 보장되었으며, 양심의 자유의 범위도 특정한 종교를 받아들이거나 유지해야 하는 국가적 강제로부터의 자유 또는 신앙을 자유롭게 행사하기 위하여 ‘이민을 갈 자유’에 제한되었다.<sup>518)</sup> 역사적으로 볼 때, 종교와 관련하여 보장된 양심의 자유는 개인에게 인정된 최초의 기본권이었다.<sup>519)</sup>

그 후, 국가가 국교결정권을 포기함으로써 양심의 자유는 신앙과의 상호연관성에서 해방되어 고유한 보호영역을 가진 독자적인 기본권으로 발전하였고, 이와 함께 양심의 자유의 보호범위도 더 이상 종교적 양심뿐이 아니라 종교의 자유로부터 분리된 세속적 양심으로 확대되었다. 이에 따라 양심이란, 종교적 양심이 아니라 자주적·도덕적 인격의 최상의 또는 최종적 심급으로 이해되었고, 종교적 믿음에 근거한 양심뿐이 아니라 종교적 동기가 없는 모든 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보호를 받게 되었다.

## 나. 법적 성격

### (1) 개인의 防禦權

양심의 자유는 일차적으로 국가에 대한 소극적 防禦權, 즉 국가가 양심의 형성 및 실현과정에 대하여 부당한 간섭이나 강요를 ‘하지

518) Vgl. Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28(1970), S.37

519) 법제사적 관점에서 양심의 자유의 발전에 관하여 Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.74ff.

말 것'을 요구하는, 소위 국가에 대한 '부작위 청구권'이다. 따라서 양심의 자유는 양심을 형성하고 양심에 따라 살 권리를 개인의 主觀的 公權으로서 보장한다.

## (2) 국가의 中立義務 및 寬容의 原則의 헌법적 표현

양심의 자유는, 국가가 특정 종교나 세계관과 일치시켜서는 안된다는 국가의 中立義務와 대다수의 사회구성원과 달리 생각하고 다른 윤리적 가치관을 가진 소수의 국민에 대하여 국가가 관용을 베풀어야 한다는 寬容의 原則의 뚜렷한 헌법적 표현이다.<sup>520)</sup> 양심의 자유가 개인적 자유의 시초라면, 국가의 세계관적 中立義務는 현대국가 형성의 시초를 이루었다고 할 수 있다. 국가가 특정 종교나 세계관과 일치시키는 태도를 버림으로써 모든 국민에게 각자의 종교나 세계관과 관계없이 국가 내에서의 안전과 보호를 제공하는 국가, 즉 모든 국민의 국가, 관용의 국가가 되었고, 이로써 국가의 정당성이 보다 강화되었다.

또한, 양심의 자유는 국민 누구에게나 적용되는 법적 의무에 대한 예외를 허용해 줄 것을 국가로부터 요구하는 기본권으로서 國家的 寬容의 산물이다. 국가의 법질서가 감당할 수 있는 범위 내에서 민주적 다수가 소수의 국민에게 양심에 따른 법적 의무의 거부를 어느 정도 허용함으로써 양심의 자유가 궁극적으로 실현하고자 하는 관용을 실천하는 것이며, 이 경우 다수의 정치적 의사와 그의 법적 표현인 법질서에 대하여 복종을 요구하는 민주주의 다수결원칙은

---

520) Vgl. BVerfGE 21, 362, 371f.; 23, 127, 134, 독일의 연방헌법재판소는 위 결정들에서 관용의 원칙을 언급하고 있다; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65; Bäumlín, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28(1970), S.20ff.; Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, S.2206; Preuß, AK, Art.4 Rn.36; 한국 문헌으로 관용의 원칙을 언급한 것으로는 허영, 한국헌법론, 1999, 378면

보다 정당하다고 할 수 있다.<sup>521)</sup> 국가가 국민의 의무를 개별적·부분적으로 면제해 줌으로써 당해 법규범의 효력이 제거되는 것이 아니라, 단지 양심상의 갈등이 존재하는 개별적인 경우에 한하여 ‘법규범은 엄격하게 준수되어야 한다’는 원칙에 대한 예외를 허용하는 것이다. 국가는 이러한 방법을 통하여 달리 사고하는 소수 국민에 대하여 자신의 관대함과 강함을 보이고, 국가권력의 보다 강력한 정당성을 이끌어 내는 것이다. 이러한 관점에서 본다면, 오늘날의 헌법체계에서 양심의 자유는 자유권의 출발점이 아니라 자유권의 완결이라고 할 수 있다.<sup>522)</sup> 국가는 양심의 자유를 보장함으로써 양심과 법질서가 충돌하는 경우 국민에게 가능한 범위 내에서 법적 의무를 면제하는 방법으로 피난처를 제공하고, 이로써 범치국가가 감당할 수 있는 최종적 한계까지 국가권력의 행사를 자제하는 것이다.

## 2. 保護範圍

양심의 자유의 보호범위는 양심의 자유에 부여된 憲法上的 고유한 目的 및 意味에 의하여 제한되어야 한다. 헌법상의 기본권체계 내에서의 양심의 기능이란, 다시 말하자면 인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현의 관점에서 볼 때, 양심의 기능은 개인적 인격의 정체성을 유지하는데 있다.<sup>523)</sup> 양심의 자유가 보호하고자 하는 법익은 양심의 불가침성, 즉 개인의 倫理的 正體性·同質性이다.<sup>524)</sup> 따라서

521) 같은 취지로 허영, 헌법이론과 헌법, 2000, 514-515면

522) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65

523) Vgl. Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90(1965), S.264ff.; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.179f.

524) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.66f.; Bethge, Gewissensfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.6, 1989, §137, Rn.11; Bäuml, VVDStRL 28(1970), S.9; Mager, Art.4, in: Münch/Kunig, 5. Aufl., 1999, Rn.22; 허영, 한국헌법론, 1999, 370면은 이를 “인간의 윤리적 自同性”으로 표현하고 있다.

양심의 자유를 제한하는 행위는 개인의 윤리적 정체성을 침해하는 행위이다. 양심은, 자아가 그 정체성을 상실하지 않도록 감독하고 통제하는 심급으로서, 일상적으로 표출되는 것이 아니라 인격의 동질성을 유지하는 가능성이 심각하게 위협받고 있는 상황, 소위 존재의 정체성의 위기상황에서 비로소 활동한다.<sup>525)</sup> 그러나 단순한 의심이나 회의는 ‘도덕적 인격체로서의 개인의 정체성에 대한 중대한 위기’에 의하여 규정되는 ‘양심상의 갈등’ 단계에 이르지 못한다.

양심의 자유가 양심을 내적으로 형성하는 자유뿐이 아니라 또한 양심을 외부로 실현하는 자유도 보장한다면, ‘언제 개인의 행위가 양심의 자유에 의하여 보호를 받는가’ 하는 것은 ‘언제 良心上の 決定이 존재하는가’의 문제에 달려 있다. 그러나 개인이 자신의 행위의 근거가 되는 내적 동기를 ‘양심상의 결정’이라고 주장하는 모든 경우에 양심의 자유가 문제된다면, 양심의 자유란 자신의 내적 결정에 따라 자율적으로 행동할 자유, 결국 일반적 행동의 자유를 의미하게 되며, 이로써 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보장되는 일반적 행동자유권과 거의 동일한 보호범위를 가지게 된다. 그러나 헌법이 양심의 자유를 통하여 보장하고자 하는 것은 개인의 일반적 행동의 자유가 아니라 인격적·정신적 정체성의 유지 내지 양심의 불가침성이며, 양심의 자유에 의하여 인간의 모든 행위가 보호받는 것이 아니라 ‘양심상의 명령에 근거한 행위’만이 보호된다.

## 가. ‘良心上の 決定’

(1) ‘양심상 결정’의 개념

(가) ‘良心上の 決定’이란, 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤

---

525) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.68f.

리적 결정으로서, 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에, 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.<sup>526)</sup> 여기서 말하는 “倫理的 결정”이란, 도덕적 인격체로서 인생을 영위함에 있어서 개인의 내면적·윤리적 심급의 당위적 요청에 근거하여 내려지는 결정을 말하며, 윤리적 결정의 “眞摯性”이란 인격의 정체성·동질성을 상실하지 않고 유지하기 위하여 양심상의 결정이 반드시 필요하다는 인식을 말하는데, 국가나 외부세계의 관점에서 객관적으로는 ‘양심상 결정을 주장하여 법질서에 위반하는 개인이 이로 인한 불이익까지도 감수할 자세가 되어 있는가’의 관점을 통해서 간접적으로 파악될 수 있다. “無條件的 준수”라 함은, 양심상의 단순한 회이나 권유가 아니라 고유한 인격의 동질성을 유지하기 위해서는 양심상의 명령에 따르는 것 외에는 달리 가능성이 없는 경우를 말한다. 따라서 법질서가 요구하는 특정 행위에 대하여 마음이 내키지 않는 감정이나 이를 마지못해 하는 것은 양심상의 결정이라고 할 수 없다.<sup>527)</sup> 또한 정치적·사회적 상황에 대한 단순한 비판이나 불만은 양심의 자유의 문제라 할 수 없다.<sup>528)</sup>

(나) 양심의 자유에 의하여 개인의 양심, 특히 사회적 소수의 양심이 보호되기 위한 법적 전제조건은, 양심의 개념이 타인이나 사회적 다수가 타당하다고 생각하는 것으로부터 내용적으로 독립하는

526) 유사한 개념정의로는 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263; BVerfGE 12, 45, 55; 48, 127, 173f.; 계획열, 양심의 자유, 고서연구 1997. 6., 76면; 허영, 한국헌법론, 1999, 370면

527) 음주측정을 거부하는 경우나 타인에 대한 명예훼손으로 인하여 법원이 명하는 사죄광고를 거부하는 경우, 법질서의 명령과 충돌하는 良心上の 命令이 존재하지 않기 때문에, 양심의 자유의 문제가 아니라 할 것이다, 이에 관하여 자세하게 아래 V. 2. 가. (2) 참조; 같은 견해로는 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 서울대법학 1998. 11., 4면 이하.

528) 이에 관하여 자세히 아래 (2) 참조

것이다.<sup>529)</sup> 국가가 특정 종교나 세계관과 일치시키지 않음으로써, 그 결과 “양심”의 개념도 内容的으로 中立의 性格을 지니게 되었으며, 이로써 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다.<sup>530)</sup> 양심의 자유에서 항상 현실적으로 문제가 되는 것은 사회적 다수의 양심이 아니라, 국가의 법질서나 사회의 도덕률에서 벗어나는 소수의 양심이다. 일반적으로 민주적 다수는 법질서와 사회질서를 그의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 그들이 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 양심상의 갈등을 일으키는 것은 예외에 속한다. 따라서 ‘양심의 자유’가 보장하고자 하는 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 관점에서 판단되어야 한다.<sup>531)</sup> ‘양심의 자유’의 이와 같은 순수한 主觀的인 基準으로 말미암아, 양심상 결정의 존재여부는 그 대상이나 내용 또는 동기나 근거에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심상 결정의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다. 그러므로 양심의 내용과 방향을 미리 확정하고 개인의 양심상의 결정을 그 내용에 따라 평가하려는 개념 정의는 헌법상 양심의 자유와 부합할 수 없다.<sup>532)</sup>

## (2) 보호범위의 制限 문제

529) Vgl. Eckertz, Die sekularisierte Gewissensfreiheit, Der Staat 1986, S.252

530) Mager, in: Münch/Kunig, Rn.30

531) Vgl. Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, S.2205

532) Preuß, Art.4, AK, Rn.37

(가) 그렇다면 언제 양심상의 결정이 존재하는가? 역사적으로 또는 헌법적으로 보나, 양심의 자유가 그 현실적 기초를 두고 있는 위험상황이란, 양심의 갈등에 빠진 개인의 예외적 상황이며, 이러한 정신적 갈등 상황에서 자신의 인격적 정체성을 유지하기 위하여 법질서에 대한 복종을 거부하는 개체의 상황이다. 양심의 자유란 개인에게 그가 스스로 초래하지 않은 갈등 상황에서 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여함으로써, 국가에 의하여 강요된 양심상의 갈등상황을 방어할 수 있는 권리를 부여하는 기본권이다.<sup>533)</sup> 개인의 기본권으로서의 ‘양심의 자유’의 핵심적 내용은 국가에 의하여 강요된 갈등상황에 대한 방어적 기능이다.

양심의 자유는 ‘良心의 命令’과 ‘法秩序의 命令’의 衝突 상황을 그 보호대상으로 한다.<sup>534)</sup> 따라서 상이한 내용을 가진 2 개의 명령, 즉 특정 행위에 대한 행위명령과 금지명령이 서로 충돌하는 경우에만, 양심의 자유가 문제될 수 있다. 무조건적 준수를 요구하는 양심상 결정과 법 적용의 예외를 허용하지 않는 법규범이 서로 충돌하는 경우. 비로소 양심의 자유에 대한 制限이 존재하는 것이다.<sup>535)</sup> 우리의 현실에서 볼 때, ‘여호아의 증인’과 같이 종교적인 이유로 병역의무의 이행을 거부(소위 집총거부)하는 경우가 양심의 자유가 제한당하는 대표적인 예이다.<sup>536)</sup>

533) Vgl. Muckel, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, NJW 2000, S.689

534) Vgl. 최대권, 양심의 자유와 사회광고, 8면; Preuß, Art.4, AK, Rn.34; Herzog, Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, DVBl 1969, S.720; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.64

535) W. Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, in: Festschrift für J. Listl, S.228

536) 이에 대하여 대법원의 판례는 집총거부가 양심의 자유에 속하지 않는 것으로 판단하고 있다(1985. 7. 23. 대판 85도1094; 1992. 9. 14. 대판 92도1534). 그러나 종교적 양심에 근거하여 병역의무를 거부하는 것은 양심의 자유에 의하여 보호받는 행위임에 의문의 여지가 없다. 집총거부가 양심의 자유의 保護範圍에 속하는가의 문제와 양심의 자유·병역의무의 法益較量過程에서 양심의 자유가 국가 안전보장 등 중대한 공익에 대하여 양보해야 하는가의 문제는 별개의 문제로서 구분되어 판단되어야 한다.

(나) 따라서 종교적 규율이나 법질서가 특정 행위를 금지하거나 명령하는 것이 아니라 단지 허용한다면, 양심의 자유에 대한 제한이 존재하지 않고, 이에 따라 양심의 문제는 발생하지 않는다. 예를 들자면, 모르몬교는 그 신자에게 一夫多妻制를 허용하는 것이지 명령하는 것이 아니기 때문에, 모르몬 교도는 二重婚을 금지하는 법질서와의 충돌상황에 빠질 수 없고, 따라서 양심의 문제를 일으킬 수 없다. 마찬가지로 국가가 가석방 대상자의 준법의지를 확인하기 위하여 ‘대한민국 국법질서를 준수한다’는 내용의 遵法誓約書의 제출을 요구하는 것은, 수형자에게 준법서약서를 제출해야 할 의무를 부과하고 이를 강제하는 것이 아니기 때문에, 법적 의무의 부과로 인하여 양심상의 명령과 충돌하는 상황이 발생하지 않는다.<sup>537)</sup>

537) 遵法誓約書의 제출을 요구하는 것은, 국가의 법질서를 준수하겠다는 의지를 평소 수형 중에 보일 뿐이 아니라 이를 다시 한번 외부로 천명할 것을 요구하는 것으로서, 가석방의 적격여부를 판단하기 위한 여러 요소, 예컨대 수형중의 태도, 재범의 위험성 중의 하나인 것이다. 특히 준법의지의 여부는 재범의 위험성 여부와 직결된다는 점에 비추어, 가석방여부를 판단하기 위하여 준법의지를 인터뷰 등을 통하여 심사하는 절차의 도입은 헌법적으로 아무런 하자가 없다고 보이며, 준법의지를 서면으로 표현하도록 하는 것은 준법의지를 심사하는 한 방법이라고 할 수 있다. 준법서약서의 제출은 단지 국가로부터 가석방이라는 혜택을 부여받기 위한 요소로서, 이러한 요건을 충족시킬 것인가의 여부는 수형자 개인이 양심의 목소리를 따라 스스로 자유롭게 결정할 수 있다. 수형자가 준법서약서를 제출하지 않는다 하더라도, 그에 대하여 어떠한 형태의 징계나 처벌이 따르지 아니한다. 준법서약서의 제출은 가석방의 대상에 포함되기 위한 요건으로서 국가에 의하여 강요되는 것이 아니라는 점에서 법질서의 강제가 존재하지 아니하고, 따라서 법적 명령과 양심상의 명령 사이의 충돌이 존재하지 않는다. 그렇다면 준법서약서제도에 의하여 양심의 자유가 제한된다고 볼 수 없다; 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 24면 이하에서도 비록 논거를 달리하나 준법서약서의 제출은 양심의 문제가 아니라고 한다.

이에 대하여 강경근, 양심의 자유와 사상전향제도, 고시연구 1991. 8., 93면 이하에서 ‘사상전향제도는 강제성의 여부에 관계없이 양심을 추측케 할 수 있는 행위를 하도록 하는 것이므로 양심추지의 금지에 반한다’고 하나, ‘양심추지의 금지’란 ‘양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유’를 말하므로 양심표명의 강제성여부가 양심의 자유의 문제인가를 판단함에 있어서 결정적인 기준이 된다. 양심의 자유가 보호하고자 하는 양심상의 갈등상황은, 국가에 의하여 특정한 행위를 하도록 강요받는 상황이지, 국가가 ‘준법서약서의 제출’과 같은 특정 행위를 허용하는 상황이 아니다, 만일 준법서약서의 제출이 양심추지의 금지에 반한다면, 가석방여부를 판단하기 위하여 준법의지를 인터뷰 등을 통하여 심사하는 절차도 마찬가지로 양심을 추측케 할 수 있는 행위를 하도록 간접적으로 강제한다는 점에서 양심의 자유를 침해하는 헌법적으로 허용되지 않는 절차라는 결론에 이르는데, 이

또한, 개인에게 자신의 사상과 결정에 따라 외부세계에 영향을 미치고 사회를 적극적으로 형성하는 광범위한 가능성을 보호하고자 하는 것은 양심의 자유의 헌법적 기능이 아니다. 이러한 행위는 표현, 집회, 결사의 자유 또는 보충적으로 일반적 행동자유권에 의하여 보호된다. 양심이란 그 본질상 개인의 고유한 인격의 동질성과 행동을 감독하고 통제하는 심급이므로, 양심의 자유의 보호범위도 마찬가지로 기본권의 주체가 인격의 정체성을 유지하고 자신의 행동을 규율하는 영역에 국한되는 것이다. 이에 대하여 타인이나 사회공동체에 대하여 자신의 가치관을 관철하고 타인의 행위에 영향을 행사하려는 적극적 행동은 양심의 자유에 의하여 보호되지 않는다.<sup>538)</sup> 양심의 자유가 보호하고자 하는 것은, 양심상의 이유로 국가 법질서의 명령을 거부할 권리를 부여함으로써 인격의 정체성을 보호하고자 하는 소극적인 것이다. 이러한 의미에서 소위 ‘市民 不服從’의 형태로 이루어지는 법적 의무의 위반은 양심의 자유에 의하여 보호되지 않는다.

뿐만 아니라, 양심의 자유는 각자의 個人的 責任 영역에 귀속될 수 있는 個人的 良心上의 決定 및 그에 따른 행위를 보호하고자 하

---

러한 결과가 타당할 수 없다고 본다. ‘양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유’가 보호하고자 하는 바는 ‘양심의 유지’이므로, 국가가 양심을 포기할 것을 강제하는 상황에서 비로소 ‘양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유’가 제한된다. 그러나 준법서약서제도는 국가가 양심의 포기를 강요하는 제도가 아니라 단순히 가석방의 조건을 심사하는 제도이다.

538) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65; Bethge, HdbStR Bd.6, §137 Rn.40ff.

는 것이므로, 개인이 소속된 단체가 그의 개인적 양심에 반하는 행동을 하기 때문에 그 단체에 소속된 사람으로서 공동책임을 느끼고 이로 인하여 양심상의 갈등에 빠지는 경우, 그 개인은 양심의 자유를 주장할 수 없다. 단체의 그러한 행위에 대한 책임은 전적으로 그 단체에 있는 것이기 때문에, 단체의 각 구성원에게 그의 행위로서 귀속될 수 없다. 예컨대 그가 속한 의료보험조합이 자신의 양심에 반하는 낙태행위를 보험급여의 범위에 포함시켰다는 이유로 보험료의 납부를 거부하는 행위는 양심의 자유의 보호를 받지 못한다. 마찬가지로 국가가 자신이 낸 세금을 군비확장에 사용하고 있다는 이유로 조세의 납부를 거부하는 행위도 양심의 자유에 의하여 보호받는 범위에 포함되지 않는다.<sup>539)</sup>

또한, 양심의 자유가 보호하고자 하는 것은 ‘人格上의 양심’이기 때문에, 헌법 제46조 제2항, 제103조에 규정된 국회의원이나 법관의 양심은 헌법 제19조의 의미에서의 양심이 아니라 職務上의 양심이다.<sup>540)</sup> 직무상의 양심은 기본권적으로 보장되는 것이 아니라 국가기관에게 부여된 법적 지위로서, 직무상의 양심이 침해된 경우에는 헌법소원이 아니라 권한쟁의로 다투어야 한다.

## 나. 양심상 결정의 確認 節次

539) Vgl. BVerfG, NJW 1993, 455f., 독일의 연방헌법재판소는 ‘납세의 의무를 이행하는가에 관한 결정은 개인의 양심상 결정과 아무런 관계가 없다’고 판시하였다. ‘國民에 의한 조세의 납부와 議會의 예산사용에 관한 결정권을 엄격하게 분리함으로써, 국가는 그를 재정적으로 지원하는 납세자로부터 예산사용에 관한 독립성을 확보하고, 한편으로 납세자는 이로 인하여 국가의 재정지출 결정에 대한 책임을 면제받으므로, 납세의 의무는 양심의 자유의 보호범위에 속하지 않는다’고 결정하였다.

540) Vgl. Bethge, HdbStR VI, §137 Rn.9; 이에 대하여 최대권, 헌법학강의, 2001, 274면에서 헌법 제46조제2항, 제103조의 “양심”을 제19조의 “양심”과 같은 것으로 보고 있다.

다른 자유권이 객관적으로 존재하고 확인할 수 있는 법익이나 인간의 행위(예컨대 재산권, 생명, 직업활동, 표현행위 등)를 보호하는 데 반하여, 양심의 자유의 경우, 외부로부터 명확하게 확인될 수 없는 순수하게 정신적·내적 과정이나 또는 그러한 결정과정에 근거한 인간의 행위가 보호된다는데 그 특수함이 있다. 따라서 양심의 자유의 가장 큰 문제는 양심의 개념정의에 있다기 보다는 오히려 ‘진정한 양심상의 결정이 존재하는가’의 여부를 밝히는데 있다고 할 수 있다. 헌법상 보호되는 양심이 종교적 양심으로부터 분리·독립되어 종교적 동기가 없는 모든 양심상의 결정에 확대됨으로써, 오늘날 사실상 모든 문제가 양심상의 문제가 될 수 있고, 한편으로는 양심의 자유가 내적인 양심형성의 자유뿐이 아니라 양심실현의 자유, 즉 외부로 나타나는 개인의 행위도 보장하기 때문에, 필연적으로 양심상의 결정과 그 외의 결정을 구분하는 어려움, 보다 정확히 말하자면 인간의 다양한 행위 중에서 양심상의 결정에 근거한 행위를 어떻게 가려내고 식별할 수 있는가의 立證의 문제가 발생한다.

인간의 양심상의 결정은 내면의 목소리로서, ‘개인이 양심상의 명령을 윤리적으로 절대적이며 무조건적인 것으로 받아들여야 하는가’의 여부는 외부에서 명확하게 확인할 수도 인식할 수도 없다. 그러나 비록 제3자가 양심적 명령의 眞正性을 직접 인식할 수는 없지만, 도덕적 명령의 진지성, 절대성, 무조건성은 일차적으로 ‘言語’라는 매개수단을 통하여 외부로 전달되고 표현된다.<sup>541)</sup> 따라서 양심의 자유의 기본권적인 보호를 받고자 하는 자는 제3자가 어느 정도 납득할 수 있도록 양심상 결정의 내용 및 그 진지성, 절대성, 무조건성, 구속성을 주장하고 소명해야 하는 책임을 진다. 즉 기본권의 주체는

---

541) Vgl. H. H. Rupp, Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, NVwZ 1991, S.1034

법질서와 충돌하는 양심상 명령의 기초가 되는 도덕을 및 그 도덕규범이 인격의 정체성유지에 대하여 어떠한 의미를 가지는가를 제3자가 납득하게끔 설명하여야 한다.<sup>542)</sup> 양심의 자유가 개별적인 경우에 법적인 의무로부터 면제를 허용하고 개인적 의무면제의 유일한 조건이 바로 양심상 결정의 존재여부이기 때문에, 이에 대한 심사 및 확인절차는 헌법 제11조 제1항의 ‘법 앞에서의 평등’에 대한 예외를 인정하기 위한 필수적인 전제조건이다. 물론, 언어를 통한 양심결정의 소명은 유일하거나 절대적인 기준은 아니다. 기본권의 주체는 언어를 통하여 양심상 결정의 존재여부를 속일 수도 있으며 양심상의 갈등을 주장하고 소명하는 기술은 사전의 준비와 연습을 통하여 익힐 수도 있다는 점에서, ‘양심상의 결정에 따라 살아 왔고 앞으로 살아갈 자세가 되어 있는가’ 하는 평소의 생활양식이나 행동도 양심상 결정의 존재여부를 확인하는 절차에서 함께 고려하여야 한다.

‘기본권의 주체가 양심상 결정의 존재를 어느 정도로 소명해야 하는가’에 관하여는 다음과 같은 정도의 차이가 있다.<sup>543)</sup> 양심상의 결정이나 그에 따른 행위가 종교적 교리나 계율에 근거하고 있다면, 종교적인 이유에 기인하는 양심상의 결정은 객관적인 종교적 교리나 계율에 의하여 증명될 수 있기 때문에, 양심의 자유를 주장하는 자가 평소 그의 신앙에 따른 생활을 해온 경우라면, 양심상 결정의 존재를 인정하기 위하여 그로부터 장황한 설명을 요구할 필요가 없다. 이에 대하여 양심상의 결정이 객관적으로 확인할 수 있고 인정할 수 있는 종교적 교리가 아니라 주관적 윤리관·가치관에 근거하고 있다면, 양심상의 갈등을 주장하는 자를 이를 보다 소상하게 소

---

542) 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 서울대 법학, 98, 11., 8면 이하에서도 양심상 결정의 존재를 확인하는 절차적 조치의 필요성을 강조하고 있다; vgl. Mager, in: Münch/Kunig, 5. Aufl., 1999, Art.4, Rn.29

543) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1035

명해야 한다.

한편, 주장하는 양심상의 결정이 평소의 행동과 일치하지 않는 경우, 문제되는 행위가 양심상의 결정에 근거하지 않는다는 의심이 크기 때문에, 양심의 자유를 주장하는 자는 제3자가 보다 납득할 수 있게끔 소명해야 할 책임이 있다. 물론 인간의 인생관이나 가치관도 바뀔 수 있고, 따라서 최종적, 도덕적 심급으로서의 양심의 목소리도 바뀔 수 있지만, 양심은 인간의 정체성을 유지하는 최고의 도덕적 심급으로서 임의로 교체될 수 있는 것이 아니기 때문에, 가치관이나 인생관의 변화는 보다 설득력있게 소명되어야 한다. 따라서 국가가 兵役義務와 같이 1, 2명의 국민이 아니라 집단적으로 양심상의 갈등을 야기할 수 있는 법적 의무를 부과하는 경우, 입법자가 병역의무를 대신하는 대체복무의 가능성을 도입하면서 양심상의 갈등을 입증할 수 있는 적절한 節次를 마련하는 것은 양심의 자유에 반하지 않는다. 그러나 한편으로는 양심을 입증하기 위하여 국가기관 앞에서 개인적 인격의 모든 것을 드러내고 정신적으로 발가벗을 것을 강제함으로써 인간의 존엄성을 침해해서도 안된다.

### III. 양심의 자유의 保障內容<sup>544)</sup>

---

544) 국내의 학자들은 ‘양심의 자유’의 내용을 다양하게 설명하고 있다. 김철수 교수, 헌법학개론, 2001, 574면 이하는 양심의 자유를 양심형성의 자유와 양심유지의 자유(침묵의 자유, 양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위를 강제당하지 아니할 자유)로, 권영성 교수, 헌법학원론, 1998, 430면 이하는 양심결정의 자유와 침묵의 자유(양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위의 금지)로, 허영 교수, 헌법이론과 헌법, 2000, 516면 이하는 양심형성의 자유, 양심유지의 자유(침묵의 자유, 양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위의 금지), 양심실현의 자유(양심의 결정을 작위·부작위로 실현하는 자유)로 구분하고 있다.

그러나 김철수, 권영성 교수의 경우, 십자가 밝기의 강요와 같은 ‘양심추지의 금지’가 동시에 ‘양심에 반하는 행위의 금지’를 의미한다는 점에서 兩 영역의 구분이 불분명하며, 특히 권영성 교수는 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 부작위의 자유를 “침묵의 자유”로 표현하고 있으나, 이러한 용어가 “침묵의 자유”의 구체적 보장내용으로 열거한 ‘양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위의 금지’를 모두 포괄하는 개념으로서 적절한가의 의문이 든다. 허영 교수의 경우, ‘양심유지의 자유’의 내용인 “양심에 반하는 행위의 금지”는 바로 “부작위에 의한 양심실현의 자유”를 뜻하므로, 동일한 내용의 자유에 다른 이름을 부여하여 서로 다른 것처럼

## 1. 良心形成의 자유

양심형성의 자유란, 외부로부터의 어떠한 간섭이나 압력·강제를 받지 아니하고 양심을 형성하고 내적으로 양심상의 결정을 내리는 자유로서 ‘양심상의 문제에서의 思考의 자유’를 의미한다. 그러나 개인의 내면적·윤리적 통제심급인 양심은 외부와의 사상적 교류 없이는 형성되지 않으며 그 형성과정에서 국가와 사회에 의하여 다양하게 영향을 받기 때문에,<sup>545)</sup> 양심형성의 자유가 외부로부터의 일체의 영향을 배제하려는 것이 아님은 물론이다.<sup>546)</sup> 양심형성의 자유는 단지, 국가가 개인의 윤리적 통제심급을 마음대로 조종할 목적으로 개인이 윤리적으로 독자적인 결정을 내리는 것을 방해하는 것을 막으려는 것이다. 양심형성의 자유란 양심에 대한 국가의 결정권을 배제하려는 것이며, 특히 교도소나 군대와 같은 특별권력관계에서 양심형성의 자유가 침해될 가능성이 크다.

인간의 내심영역은 본질상 국가가 간섭할 수 없고 국가의 영향권 밖에 있기 때문에,<sup>547)</sup> 인간의 내적 사고영역·결정영역을 보호하고자 하는 양심형성의 자유는 사실상 기본권에 의한 별도의 보호를 필요로 하지 않으며, 이에 따라 양심형성의 자유에 대한 침해는 현

---

럼 구분하고 있다.

545) 특히 국가는 헌법 제31조(포괄적인 교육책임)에 근거하여 학교교육을 통하여 개인의 사고형성에 광범위한 영향력을 행사할 수 있는 권한을 위임받았다.

546) Vgl. Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.271f.; Preuß, AK, Rn.40

547) 외부 세계로 나타나는 인간의 행위만이 국가의 간섭과 제한의 대상이 될 수 있다.

실적으로 큰 의미가 없다. 단지, 오늘날의 현대국가는 최면, 세뇌, 마취분석, 마약 등과 같이 양심의 형성과정에 부당한 영향을 미치거나, 개인의 내적인 심금을 제거하여 개인을 굴복시키고 윤리적으로 침묵시키는 것에 적당한 수단을 가지고 있으므로, 내심의 영역 또한 이러한 점에서 보호되어야 할 필요성이 있다.<sup>548)</sup>

## 2. 良心實現의 자유

### 가. 양심보호의 핵심적 영역으로서 양심실현의 자유

양심의 자유는 ‘양심형성의 과정에서 국가의 간섭이나 강요를 받지 아니할 자유’뿐이 아니라 내적으로 자신을 구속하고 반드시 따라야 하는 양심상의 명령에 따라 행동하거나 행동하지 아니 할 자유, 즉 양심을 실현할 자유를 보호한다.<sup>549)</sup> 양심은 소극적인 부작위 및 적극적인 작위에 의해서 실현될 수 있으므로, 양심실현의 자유는 크게, 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유(不作爲의 자유)와 양심에 따른 행동을 할 자유(作爲의 자유)를 포함한다.

양심의 자유의 내용으로서 내심의 자유인 양심에 따라 결정할 권리만을 인정하고 양심상의 결정에 따라 행동할 권리를 부정하는 것은 헌법상 양심의 자유의 보장을 사실상 무의미하게 하는 것이다. 만일 내심의 자유로서 양심형성의 자유만이 보장된다면, 양심의 명

---

548) Vgl. Bethge, HdbStR VI., 1989, §137, Rn.13; Herzog, DVBl 1969, S.719; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.51

549) 독일에서의 지배적인 견해이다. 홍성방, 양심의 자유, 고시연구 2000. 1., 주 38)에서 양심의 자유의 보호를 행위영역에 확대하는 것을 부정하는 학자로서 Böckenförde 교수와 Zippelius 교수를 들고 있으나, Böckenförde 교수는 처음부터 이를 긍정하였고, Zippelius 교수는 BK Art.4 Rn.44f., 57에서 그의 견해를 변경하였다고 볼 수 있다.

령과 법질서의 명령이 법현실에서 서로 충돌하는 경우 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유는 헌법상 아무런 보장을 받을 수 없게 되며, 이에 따라 양심의 자유는 사실상 기본권적 보호의 필요성이 거의 없는 내심의 자유의 보호에 제한되어 결과적으로는 국가권력으로부터 개인의 양심을 보호하는 아무런 역할을 할 수 없게 된다. 그렇다면 왜 헌법이 양심의 자유를 명문으로 보장하고 있는지 묻지 않을 수 없다.

양심의 자유에 양심실현의 자유를 포함시키는 경우, 물론 다른 법의 과 충돌할 수 있고 타인의 권리를 침해할 수도 있기 때문에 ‘良心實現의 자유를 어떻게 制限해야 하는가’ 하는 어려운 헌법적 문제가 발생한다. 그러나 양심실현의 자유와 국가의 법질서를 양립시키는 것이 어렵다는 것을 이유로 양심의 자유의 보호범위를 처음부터 내심의 영역에 제한해야 한다는 주장은, ‘기본권제한의 문제를 법리적으로 해결할 수 있는가의 여부가 기본권의 보장내용을 결정한다’는 주장과 다름없을 뿐 아니라, 한편으로는 다른 법의과의 충돌을 비례의 원칙을 통하여 조화와 균형의 상태로 조정하는 것이 모든 기본권에 있어서 일반적으로 나타나는 자유제한의 문제라는 것을 간과하고 있다.<sup>550)</sup> 역사적으로 보더라도, 양심이 종교적 양심만을 의미하던 때에도 양심의 자유란 단지 신앙을 가지는 자유뿐이 아니라 종교적 확신에 따라 행동할 자유, 특히 자신의 종교를 가정에서 예배의 형태로 실현할 자유를 당연히 포함하였다.<sup>551)</sup> 자주적인 인격체

---

550) 예컨대 홍성방, 양심의 자유, 고시연구 2000. 1., 132면 이하, ‘양심실현의 자유를 인정하면 다른 법의과의 충돌이 발생할 수 있고 무정부상태가 나타날 수 있다’고 한다. 이로써 ‘양심실현의 자유의 보장’과 ‘그에 대한 제한’의 문제를 구분하지 않고, 자유의 보장이 곧 무제한의 절대적 보장이라는 전체에서 출발하고 있다; 위와 같은 견해로 권영성, 헌법학원론, 1995, 432면

551) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.51

에 있어서 사고와 행동은 분리되어 판단될 수 없으며, 개인에게 사고와 결정의 자유를 보장하면서 사고와 결정에 따른 행동의 자유를 부인하는 것은 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현을 기초로 하는 헌법의 인간상과도 부합하지 않는다.<sup>552)</sup>

따라서 양심의 자유는 양심실현의 자유를 포함하며, 良心實現의自由는 헌법이 개인의 양심과 관련하여 보장하고자 하는 핵심적 영역이다. 양심실현의 자유는 양심형성의 내부영역을 넘어서, 양심을 외부영역에서 실현하고 집행하기 위하여 필요한 모든 자유영역을 포함한다. 이에 따라 양심실현의 자유는 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(良心表明의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(不作爲에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(作爲에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다. 양심의 자유는 양심을 가지지 아니할 자유나 양심에 따라 행동하지 아니할 자유와 같은 소위 ‘소극적 자유’<sup>553)</sup>도 보장한다.

---

552) Vgl. Herzog, Art. 4, in: Maunz/Dürig, Rn.135f.; Bäumlín, VVDStRL 28(1970), S.16

553) 계획열, 양심의 자유, 고시연구 1997. 6., 79면 이하에서 양심활동의 자유를 소극적 자유와 적극적 자유로 구분하여 積極的自由를 ‘형성된 양심을 적극적으로 표명하고 그에 따라 행동할 자유, 즉 작위의 자유’로서, 消極的自由를 ‘형성된 양심을 표명하도록 또는 양심에 반하여 행동하도록 강요당하지 않을 권리’로서 이해하고 있으나, 이러한 표현은 기본권의 적극적·소극적 자유와 혼동될 우려가 있으므로, 적극적·소극적 자유란 표현보다는 作爲·不作爲의自由란 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 생각된다. 기본권의 소극적 자유란, 기본권을 행사하지 아니할 자유를 의미하며, 이는 양심의 자유의 경우, 양심형성의 자유의 소극적 측면으로서 ‘양심을 형성하지 않을 자유’ 또는 양심실현의 자유의 소극적 측면으로서 ‘형성된 양심을 실현하지 아니할 자유’를 의미한다. 따라서 양심을 표명하지 아니할 자유(소위 침묵의 자유)나 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유(소위 부작위의 자유) 모두 양심실현을 위하여 필요한 요소라는 점에서 양심실현의 자유의 적극적인 측면인 것이다. ‘양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유’란 ‘양심에 따라 살 자유’, 곧 ‘양심실현의 자유’이며, 이에 반하여 소극적 자유는 ‘양심에 따라 살지 않을 자유’이다. 물론 도덕적 확신을 갖지 아니한 자는 법적 의무의 부과로 인하여 양심상의 갈등에 빠질 수 없으며, 소극적 자유는 국가에 의하여 침해될 가능성이 없고 또한 보호받을 필요성이 없기 때문에, 이를 확인하는 실익은 없다고 할 것이다.

## 나. 良心表明의 自由

우선, 양심실현의 자유는 내적으로 형성된 양심을 국가로부터 간섭이나 불이익을 받지 않고 외부로 表明할 자유를 포함한다. 국가가 특정 내용의 양심상 결정에 대하여 적대적인 태도를 취하고 이를 징계함으로써 국민들로 하여금 양심상 결정을 포기하도록 강요하는 상황에서는 국민은 자신의 양심을 자유롭게 외부로 표명할 수 없다. 양심의 보유 그 자체 또는 양심의 단순한 표명에 대하여 국가가 처벌·징계 등 불이익을 가하는 것은 양심표명의 자유에 대한 제한이다. 국가가 특정 이념이나 종교를 탄압하거나 日帝 때 기독교인을 가리기 위하여 강요한 “십자가 밟기”와 같이 행동을 통하여 양심을 간접적으로 표명하도록 강요하는 상황과 같이, 개인이 양심을 보유하고 있는 것 그 자체에 대하여 국가가 간섭하거나 불이익을 가하는 경우가 양심표명의 자유가 적용되는 전형적인 예이다. 이러한 점에서 ‘양심을 외부로 표명하도록 강요받지 않을 자유’인 소위 “沈黙의 自由”나 “良心推知의 禁止”란 양심표명의 자유의 소극적인 표현에 지나지 않는다. 양심표명의 자유가 보호하고자 하는 것은 궁극적으로 양심의 유지이므로, 이는 또한 良心維持의 自由라고 할 수 있다.<sup>554)</sup>

종교적 중립성을 국가의 기본원리로 삼는 오늘날의 민주적 법치

---

554) 이러한 이유에서 김철수, 헌법학개론, 2001, 574면 이하 및 허영, 헌법이론과 헌법, 2000, 516면 이하의 ‘침묵의 자유’(양심을 언어에 의해서 표명하도록 강요당하지 않을 자유)와 ‘양심추지의 금지’(양심을 일정한 행동을 통해 간접적으로 표명하도록 강요당하지 않을 자유)를 ‘양심유지의 자유’라는 상위개념에 귀속시키고 있다.

국가에서 양심표명의 자유가 침해당할 가능성은 희박하므로, 양심형성의 자유와 마찬가지로 양심표명의 자유는 실질적으로 큰 의미가 없다고 할 것이다. 양심표명의 자유를 양심형성의 자유 및 양심실현의 자유와 함께 별개의 자유영역으로 분류하는 것도 가능하나, 양심의 유지가 양심실현의 사실적 전제가 된다는 점에서 ‘양심표명 또는 양심유지의 자유’를 별도로 분류할 것이 아니라 양심실현의 자유에 포함되는 것으로 보는 것이 적절하다고 본다.<sup>555)</sup>

#### 다. 作爲 및 不作爲에 의한 양심실현의 자유

양심이란 그 본질상 외부로부터의 강제에 대하여 소극적·수동적으로 반응하는 내적인 통제심급이지, 자발적·능동적으로 법적 금지명령에 반하여 행동함으로써 국가의 법질서와 갈등상황을 야기하는 것이 아니다. 이러한 점에서 볼 때, 양심의 명령은 일반적으로 외부로부터의 행위요구에 대한 不作爲(“...행위는 해서는 안된다”)의 命令이다. 양심실현의 자유가 일차적으로 보호하고자 하는 바는, 법적 의무의 면제를 통하여 기본권의 주체에게 양심에 반하는 행위를 강요하지 않으려는 데 있다. 따라서 양심실현의 자유는 우선적으로, ‘법질서에 의하여 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니 할 자유’, ‘양심에 반하는 법적 의무를 이행하지 아니할 자유’, 즉 不作爲의 自由이다. 구체적으로 양심실현의 자유란 양심에 반하는 병역의무, 고지의무, 선서의무 또는 계약이행의무 등의 이행을 거부할 권리이다.

한편, 양심의 자유의 고유한 기능이 국가에 의하여 강요된 갈등상

555) 현재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정(국가보안법상의 불고지죄)에서도 “양심의 자유는 내심적 자유뿐이 아니라 양심적 결정을 외부로 表現하고 實現할 수 있는 양심실현의 자유를 포함한다”고 판시하였다(판례집 10-2, 159, 166-167).

항에 대한 방어에 있고, 강요된 갈등상황이란 법적 행위의무뿐이 아니라 금지명령의 부과에 의하여 발생할 수 있기 때문에, 법적 금지명령에 대한 양심상의 방어로서 ‘양심의 명령에 따른 積極的인 行爲’, 즉 作爲의 自由도 보호된다.<sup>556)</sup> 그러나 특정 행위를 할 것을 요청하는 양심상의 행위명령과 그러한 행위에 대한 법적인 금지명령이 서로 충돌하는 것은 매우 드문 경우이다.<sup>557)</sup> 적극적인 행위를 통하여 국가의 금지명령을 위반할 자유는, 바로 이러한 행위를 하는 것만이 양심상 명령의 무조건적인 요청에 해당하는 경우, 즉 개인이 스스로 선택하거나 야기하지 아니한 구체적인 상황에서 양심의 목소리를 따르기 위해서는 법적 금지명령을 위반하는 것 외에는 달리 아무런 행위가능성이 없는 경우에 한하여 양심실현의 자유에 의하여 보호된다.<sup>558)</sup>

그러나 양심상의 명령은 대부분의 경우 적극적인 행위를 통해서는 여러 가지 방법으로 구현될 수 있으며, 한편으로는 “...행위는 해서는 안된다”는 법적인 금지는 금지된 행위 외에는 다른 행위가능성을 전반적으로 허용하고 있으므로, 처음부터 양심실현의 방법에 있어서 다양한 행위가능성이 개방되어 있다. 예를 들자면, “가난한 자를 도우라”는 양심상의 명령은 ‘부자에게서 재물을 빼앗아 가

556) 이에 대하여 양심실현의 자유를 ‘양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유’ 또는 ‘양심에 반하는 행위를 해야 할 법적 의무로부터 면제받을 권리’로서 소위 부작위의 자유로 제한하려는 견해로는 김철수, 헌법학개론, 2001, 575면 이하; 권영성, 헌법학원론, 1998, 433면; Arndt, NJW 1966, S.2205

557) 양심상의 行爲命令과 그러한 행위에 대한 법적인 금지명령이 서로 충돌하는 예로는, 예컨대 휴일에도 일하라는 종교적 명령과 휴일작업 금지법이 충돌하는 경우, 치유가능성이 없는 환자를 그의 간곡한 요구에 의하여 양심상의 결정에 따라 살해하는 경우 또는 직무상의 기밀을 양심상의 이유로 누설하는 경우, 보안사의 민간인 정치사찰을 폭로하기 위하여 부대를 빠져나간 군인의 양심의 자유가 군무이탈금지명령과 충돌하는 경우(대법원 1993. 6. 8. 93도766 판결)를 들 수 있다.

558) Vgl. Preuß, AK, Rn.43; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.27

난한 자에게 나누어 주는 방법’ 외에도 다양한 행위형태로 실현될 수 있으므로, “가난한 자를 도우라”는 양심상의 행위명령은 ‘부자에게서 재물을 빼앗는 행위’의 명령과 일치하지 않는다. 따라서 ‘가난한 자를 도우라’는 양심상의 행위명령과 “도둑질을 하지 말라”는 형법상의 행위금지명령의 충돌이 존재하지 않고, 이에 따라 양심상의 갈등 상황은 일반적으로 발생하지 않는다.

결국, 국가의 행위명령에 대한 거부가 양심의 자유와 관련하여 전형적이고 가장 빈번하게 발생하는 경우라는 점에서, 양심의 자유는 법이 요구하는 특정 행위를 하지 아니할 자유를 부여하는 것이다. 이 경우에도 양심의 자유가 양심에 반하는 국가적 강제로부터 개인의 양심상의 결정을 보호하려는 것이지 법적 의무 그 자체를 면제하려는 것이 아니기 때문에, 국가가 법적 의무의 부과를 통하여 실현하려는 목적을 달성하기 위하여 양심을 보호하는 다른 대체의무를 부과하는 것은 양심의 자유에 반하지 아니한다. 예를 들자면, 양심상의 이유로 병역의무를 거부하는 자에게 그 대신 대체복무의 의무를 부과하는 것이다.

#### IV. 良心實現의 自由의 保障 문제

##### 1. 헌법적 질서의 일부분으로서 양심실현의 자유

양심의 자유의 보장내용을 단지 개인의 내면세계에서 이루어지는 양심형성의 자유로 제한한다면, 법질서에 의한 제한의 필요성이 없지만, 양심의 자유가 또한 양심실현의 자유를 포함하는 한, 양심의 자유는 법질서나 타인의 법익과 충돌할 수 있고 이로써 필연적으로

제한을 받는다. 양심의 자유가 보장된다는 것은, 곧 개인이 양심상의 이유로 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리를 부여받는다라는 것을 의미하지는 않는다. 만일 그렇다면, 법질서는 ‘법적 명령이 개인의 양심에 반하지 않는 한, 국가의 법질서는 유효하다’는 의미의 良心留保의 원칙하에 있게 된다. 이는 법질서의 해체, 국가와 헌법의 해체를 의미한다.

양심의 자유는 헌법상의 기본권에 의하여 보호되는 자유로서 실정법적 질서의 한 부분이다. 기본권적 자유는 법적 자유이며, 법적 자유는 절대적 또는 무제한적으로 보장될 수 없다. 어떠한 헌법규범도 헌법 스스로를 파괴하는 근거가 될 수 없으며, 이러한 의미로 해석될 수 없다. 기본권의 행사가 국가공동체 내에서의 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 모든 기본권의 원칙적인 한계이며, 양심의 자유가 다른 헌법적 법익과 마찬가지로 헌법적 질서 내에 자리잡음으로써 모든 헌법적 법익을 구속하는 한계가 이미 설정되었다.

국가의 존립과 법질서는 국가공동체의 모든 구성원이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건이다. 양심의 자유는 국가의 법질서를 무시할 수 있는 법적 권한이 될 수 없으며, 자유민주적 기본질서는 양심의 자유를 주장하는 기본권 주체의 자유로운 처분에 맡겨 질 수 없다. 만일 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 한계를 극복하는 파괴력을 가진다면, 국가의 법질서는 양심의 자유를 주장하는 세력에 의하여 붕괴되고 말 것이며, 결국 양심의 자유는 자유민주적 질서를 구성하는 기본권이 아니라 국가와 헌법을 제거하는 기본권이 될 것이다.

## 2. 법익교량과정의 特殊性

양심실현의 자유의 보장 문제는 ‘양심의 자유’와 ‘국가의 법질서’ 사이의 調和의 문제이며, 양 법익간의 법익형량의 문제이다. 그런데 수단의 적합성, 최소침해성을 심사한 후 법익형량을 통하여 어느 정도까지 기본권이 공익상의 이유로 양보해야 하는가를 밝히는 비례원칙의 일반적 심사과정은 양심의 자유에 있어서는 그대로 적용되지 않는다.<sup>559)</sup> 양심의 자유의 경우, 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합할 수 없다. 양심상의 결정이 법익교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 “양심”이 아니다.<sup>560)</sup> 예컨대 종교적 양심상의 이유로 병역의무를 거부하는 자에게 병역의무의 절반을 면제해 주거나 아니면 유사시에만 병역의무를 부과한다는 조건 하에서 병역의무를 면제해 주는 것은, 국방을 책임진 국가의 관점에서나 또는 병역의무 거부자의 양심의 관점에서나 채택될 수 없는 해결책이다. 마찬가지로 전쟁을 예찬하는 서적을 인쇄하는 작업은 평화주의자인 자신의 양심에 반한다는 이유로 근로계약상의 의무이행을 거부하는 인쇄소 직원의 양심상의 갈등은 인쇄할 서적의 양을 반으로 줄이거나 근무시간을 반으로 줄인다고 하여 해소되지 않는다.

이러한 관점에서 볼 때, 비례의 원칙을 통하여 기본권제한의 정도와 한계를 확정하려는 작업은 양심의 자유의 본질에 비추어 독특한

559) Vgl. Mager, in: Münch/Kunig, Rn.24f.

560) Vgl. Rupp, Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, NVwZ 1991, S.1036f.; 허영, 한국헌법론, 1999, 371면, 양심은 타협이나 합의가 불가능하다는 점에서 그 특수성을 들고 있다.

형태를 가진다. 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’와 ‘공익’ 중 兩者擇一, 즉 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 ‘강요받는가 아니면 강요받지 않는가’의 문제가 있을 뿐이다.<sup>561)</sup>

### 3. 양심실현의 자유의 구현 방법

#### 가. 양심의 갈등을 해소할 수 있는 代案의 존재여부

이러한 이유로 양심실현의 자유의 보장 문제는 범공동체가 개인의 양심을 존중하는 방법을 통하여 양심상의 갈등을 덜어줄 가능성을 가지고 있는가의 여부에 관한 문제이다. 결국, 양심실현의 자유의 보장 문제는, ‘국가가 소수의 국민을 어떻게 배려하는가’의 문제, 소수에 대한 국가적·사회적 관용의 문제이며, ‘국가가 법질서를 유지하면서도 또한 양심도 보호하는 代案을 제시할 수 있는가’의 문제이다. 국가와 양심의 조화를 이루게 하는 원칙은 寬容의 原則이며, 양심의 자유는 양심과 법질서의 갈등문제를 국가적 관용을 통하여 해결하고자 하는 것이다.<sup>562)</sup> 즉 국가가 양심의 자유를 주장하여 법적 의무의 이행을 거부하는 자에게 법적 의무를 면제해 주는 것을 감당할 수 있고 의무면제를 대신하는 다른 가능성이 있다면, 양심의 자유는 국가공권력에게 법적인 대체가능성을 제공할 의무를 부과하는 것이다.<sup>563)</sup> 이러한 점에서 볼 때, 법률의 위헌성심사에 있어서 다

---

561) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1036f.

562) Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65; Arndt, NJW 1966, S.2206; Bäumlín, VVDStRL 28(1970), S.20

563) Vgl. Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90(1965), S.283ff.; Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, SzöR. Bd. 92, 1969, S.35; Muckel, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, NJW 2000, S.690; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.61f., 71; Preuß, AK, Rn.43, 45

른 기본권의 침해여부를 우선적으로 심사해야 하며, 법률이 다른 헌법적 관점에서 합헌이라는 것을 전제로 하여, 양심의 자유의 문제는 최종적으로 판단되어야 한다.

#### 나. 양심의 자유를 고려해야 할 立法者의 義務

(1) 양심의 자유는 일차적으로 立法者에 대한 요청으로서, 가능하면 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과하는 기본권이다.<sup>564)</sup> 법적 의무와 개인의 양심이 충돌하는 경우, 법질서를 위태롭게 함이 없이 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적 면제와 같은 代案을 提示함으로써 양심상의 갈등이 제거될 수 있다면, 입법자는 이와 같은 방법을 통하여 개인의 양심과 국가 법질서의 충돌가능성을 최소화해야 할 의무가 있다. 입법자는 공익상의 이유로 법적 의무로부터 면제하거나 또는 이를 대체할 수 있는 다른 가능성을 제공할 수 없다면, 법적 의무에 위반한 경우 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 적어도 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는가를 살펴보아야 한다. 반대로 國民 個人의 입장에서 본다면, 법률에 의하여 양심의 자유를 침해당했다고 주장하는 경우는 법률이 국민 누구에게나 적용되는 법적 의무를 부과하면서 자신의 고유한 윤리적 갈등상황을 특별히 배려해 주지 않는다는 것, 즉 개인의 양심상의 갈등 상황

---

564) Vgl. Bäumlin, VVDStRL 28(1970), S.21; Faller, Gewissensfreiheit und ziviler Ungehorsam, in: FS für Hildebert Kirchner, 1985, S.78; Scholler, Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat, DÖV 1969, S.532

을 고려하는 의무면제규정이나 대체의무규정과 같은 特例規定을 두고 있지 않다는 것을 문제삼는 경우이다.<sup>565)</sup>

그러나 한편으로는, 양심은 지극히 주관적인 현상으로서 언제 범규범의 제정이 국가공동체의 구성원에게 양심상 갈등을 가져오는지 양심갈등의 발생여부를 사전에 예측하기 어려울 뿐 아니라, 양심과 법질서가 충돌할 수 있는 상황은 그 대상에 있어서 제한되어 있지 않기 때문에 모든 범규범의 경우 개인적 양심갈등의 현상이 발생할 수 있다. 그렇다고 하여 입법자에게 법률의 제정시 양심상 갈등의 여지가 발생할 수 있는 모든 사안에 대하여 사전에 예방적으로 양심의 자유를 고려하는 일반조항을 둘 것을 요구할 수는 없다. 따라서 조감할 수 없는 무수한 개별적 양심갈등 발생의 가능성에 비추어 법적 의무를 대체하는 다른 대안을 제공해야 할 입법자의 의무는 원칙적으로 부과될 수 없다.<sup>566)</sup> 그러므로 입법자가 법률의 제정 당시 양심의 자유와 법질서가 충돌할 가능성을 예견하지 못하였기 때문에 이러한 가능성을 규범화하지 않았다면, 개별적 경우 법률을 구체적으로 적용한 결과가 양심의 자유에 대한 침해로 나타난다고 하더라도, 법률이 이로 인하여 위헌적 법률이 되는 것이 아니며, 따라서 법률의 효력에는 아무런 영향을 받지 않는다.<sup>567)</sup>

---

565) 예컨대 병역법이 병역의무를 부과하면서 종교적인 이유 등으로 양심상의 갈등에 처하게 되는 일부 국민에게 이러한 갈등을 완화할 수 있는 민간복무와 같은 다른 가능성을 규정하지 않는 경우가 법률에 의한 양심의 자유의 침해를 주장하는 전형적인 예이다.

566) Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, Art.4, Rn.174; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.282; Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, in: Festschrift für J. Listl, S. 232f.; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.28

567) Vgl. Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S.286f.; 개인의 양심이 법률의 효력을 문제삼을 수 없다는 것은 또한 미국 연방대법원의 일관된 관례이다. 미국 연방대법원의 관례에 관하여 자세히 vgl. Herdegen, a.a.O., S.97ff.

(2) 이러한 점에서 양심의 자유는 다른 기본권과 근본적인 차이가 있다. 생명, 재산권, 표현의 자유, 집회의 자유, 직업의 자유 등은 기본권 주체의 개인적·주관적인 내적 상황과 관계없이 보장되고 또한 국가권력에 의하여 침해될 수 있다는 특징이 있다. 그러므로 어떤 법규정이 한 개인의 기본권을 침해한다면, 이 법규정이 다른 개인에 적용되는 경우 또한 다른 개인의 기본권을 침해하게 된다. 법률이 누구에게나 모든 경우에 대하여 일반·추상적인 효력을 가진다는 것은, 이 법률에 의하여 누구나가 一般的으로 기본권을 침해당할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 개별적 경우 법률에 의한 기본권의 침해가 확인된다면, 그 법률을 구체적 사건의 당사자에 한하여 적용하지 않는 것에 그치는 것이 아니라 법률의 일반적 효력 때문에 당해 법률을 위헌결정을 통하여 법질서에서 제거하는 것이 정당화된다.

그러나 양심은 그 본질상 지극히 主觀的이기 때문에 양심상 결정과 국가 법질서의 충돌, 이로 인하여 발생할 수 있는 양심의 자유에 대한 침해는 필연적으로 個人的이며, 이로써 법규정이 한 개인의 양심의 자유를 침해하였다고 하여 다른 개인의 양심의 자유가 침해된다는 일반적 효과가 존재하지 않는다.<sup>568)</sup>

이러한 관점에서 양심의 자유를 침해하는 법률에 대하여 위헌결정을 함으로써 그 법률을 법질서에서 제거하는 것은 적절치 않다. 뿐만 아니라 모든 생활영역에서 양심상의 갈등이 발생할 수 있고 이에 따라 모든 법규범의 경우 양심의 자유에 대한 위반이 확인될 수 있기 때문에, 만일 양심의 자유를 침해하는 법규정이 법질서에서 제거되어야 한다면, 이는 곧 개별적으로 발생할 수 있는 단 하나의 양

---

568) Vgl. Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, S. 232f.

심상 갈등이 법질서의 대부분을 마비시킬 수 있다는 것을 의미한다.

(3) 설사 입법자가 법률의 제정 당시 양심의 자유와 법질서가 충돌할 가능성을 예견하였거나 또는 법시행 이후 양심의 갈등상황이 집단적으로 나타나기 때문에 이를 충분히 인식할 수 있음에도 법적 의무로부터 면제하거나 또는 양심을 고려하는 다른 대안을 제시하는 규정을 두지 않는다 하더라도, 그로 인하여 법규정이 양심의 자유에 위반되기 때문에 위헌인 것은 아니다. 양심의 자유는 개별적으로 발생할 수 있는 무수한 양심상 갈등에 대하여 입법자가 구체적 경우마다 어떠한 방법으로 개인의 양심을 배려해야 하는가에 관하여는 아무런 구체적인 지침을 제시하지 않는다. 마치 헌법 제11조의 평등원칙이 입법자에게 ‘정의로운 법질서의 형성을 위하여 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 규범의 대상을 實質적으로 平等하게 規律해야 할’ 일반적 의무를 부과하는 것과 같이, 양심의 자유는 입법자에게 단지 양심의 자유의 객관적 내용인 ‘寬容의 原則을 실천할 것’, 즉 ‘양심의 자유를 보호하는 법질서를 형성할 것’을 위임하고 있을 뿐이다.

따라서 양심의 자유에서 과생하는 입법자의 의무는 단지 입법과정에서 양심의 자유를 고려할 것을 요구하는 一般的 義務이지 구체적 내용의 대안을 제시해야 할 헌법적 입법 의무가 아니므로, 헌법재판소는 원칙적으로 양심의 자유가 부과하는 입법자의 추상적 의무를 근거로 대안을 부여하지 않는 법률에 대하여 위헌판단을 하거나 또는 입법부작위 위헌 확인을 할 수 없다.<sup>569)</sup> 다시 말하자면, 양심의 자

569) 군복무를 거부하는 여호와의 증인과 같이 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 자에 대하여 대체복무의 가능성을 입법화하지 않은 것은 合憲이다. 병역의무와 양심의 자유가 충돌하는 경우 입법자는 병역형량과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 의무가 있으나, 병역형량의 결과가 국가안보를 고려할 때 국방이란 공익을 위태롭게 하지 않고서는 양심의 자유를 실현할 수 없다는 판단에 이르렀기 때문에 병역의무를 대체하는 대체복무의 가능성을 제공하지 않았다면, 이러한 입법자의 결정은 양심의 자유에 근거하는 입법자의 양심보호의무에 대한 위반이라고 할 수 없다. 헌법이 스스로 양심상의 이유로 인한 병역거부의 경우에 대하여 대체의무를 제공할 것을 규정하고 있지 않는 한, 입법자는 양심의 자유에 의하여 대체의무를 제공해야 할 구체적 의무를 부과받지 아니하고, 따라서 양심의 자유에 의해서는 아무런 구체적인 헌법적 구속을 받지 아니한다. 이에 따라 병역교량과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 국가의 과제는 실질적으로 법적용

유는 입법자로부터 구체적 법적 의무의 면제를 요구하거나 법적 의무를 대체하는 다른 가능성의 제공을 요구할 수 있는 주관적 권리, 다시 말하자면 자신의 주관적 윤리적 상황을 다른 국민과 달리 특별히 배려해 줄 것을 요구하는 권리를 원칙적으로 부여하지 않는다.

단지, 예외적으로 헌법이 스스로 대안을 제공할 것을 규정하고 있거나<sup>570)</sup>, 또는 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있었고 공익실현이나 법질서를 저해함이 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우에 한하여,<sup>571)</sup> 양심을 보호하는 대안을 제시해야 할 구체적인 입법자의 의무가 인정된다. 그러나 법익교량과정에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성을 허용하더라도 실현하고자 하는 공익의 달성이 명백한 경우는 사실상 예외에 해당한다고 보이므로, 입법과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 입법자의 의무는 헌법적으로 거의 관철될 수 없는 것으로 판단된다.<sup>572)</sup>

---

기관에게 전가되었다.

570) 우리 헌법에는 법적 의무를 대체하는 가능성을 명시적으로 제시하는 규범이 없으나, 독일 기본법은 양심상의 이유로 병역의무를 거부할 권리를 명문으로 인정하면서(제4조 제3항) 병역의무에 대한 대안으로서 ‘대체복무’(제12조 제2항)를 규정하고 있고, 연방대통령 등의 취임선서와 관련하여 ‘종교적 내용없는’ 선서를 할 수 있다고(제56조 제2문) 대안을 명문으로 제시하고 있다.

571) 또한 법제정 당시에는 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 예측할 수 없었으나, 법 적용기관이 법률을 적용한 결과 양심의 자유에 대한 과도한 침해가 발생한다는 것이 확인되었고 입법자도 이를 장기간에 걸쳐 충분히 인식할 수 있으며 대안을 제시하더라도 법질서나 공익을 위태롭게 하지 않는다는 것이 명백하다면, 대안을 제시하는 방향으로 法律을 改善해야 할 의무를 인정할 수 있다, 독일의 판례 중 유일하게 입법자의 입법개선 의무를 언급한 결정으로는 vgl. BVerfGE 33, 32ff.(Eidespflicht)

572) ‘법률이 양심의 자유에 위반되는가’의 문제는 ‘입법자가 양심의 자유를 고려해야 할 의무를 제대로 이행했는가’의 문제로 귀결된다. 자유권에서 파생하는 보호의 무나 사회적 기본권의 실현의무와 마찬가지로, 입법자에 의한 良心 保護義務의 이행은 ‘헌법의 객관적 내용인 寬容의 原則의 실현여부’에 관한 것이기 때문에, 권력분립과 민주주의 원칙의 관점에서 입법자에게 광범위한 형성권이 부여되며, 그 결과 입법자의 의무이행은 헌법재판소에 의하여 매우 제약적으로만 관철될 수 있다. 소위 “明白性의 理論”은 입법자가 헌법의 객관적 내용을 실현하는 영역에서 일반적으로 적용될 수 있는 심사기준이므로, 입법자에 의한 양심보호의무의 이행여부를 판단함에 있어서도 이러한 기준이 적용되어야 한다고 본다, 사회적 기본권 실현에 대한 헌법재판소의 판단기준으로서 명백성 원칙에 관하여 한수웅, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계, 인권과 정의 1997. 1., 82면 이하, 보호의무의 실현에 대한 헌법재판소의 판단기준으로서 명백성 원칙에 관하여 한

## 다. 양심의 자유를 고려해야 할 法適用機關의 義務

양심의 자유를 고려해야 할 입법자의 의무가 헌법소송으로 관철하기 어려운 일반적 의무라 한다면, 결국 양심의 자유를 보호하는 과제는 입법자가 아니라 사실상 법을 적용하는 법원과 행정청으로 전이되었으며, 양심의 자유와 법질서간의 법익교량의 문제는 양심의 갈등이 발생한 개별 사건에서의 구체적인 法適用過程에서 해결해야 할 문제가 되었다.

헌법적으로 아무런 하자가 없는 合憲的 法律을 적용하는 경우에도 개인에 따라 양심상의 갈등을 일으킬 수 있으므로, 양심의 자유는 법률을 적용하는 국가기관인 法院과 行政廳에 대하여 합헌적 법률을 개별적인 경우에 적용하는 과정에서 발생하는 양심상의 강제에 대한 보호를 요청한다. 모든 범규범은 다양한 생활관계를 일반·추상적으로 규율해야 하기 때문에, 입법자의 법익형량이 구체적인 경우의 고유하고 특수한 상황, 특히 개인에 따라서는 양심상의 갈등을 불러일으킬 수 있다는 것을 충분히 고려하지 못한다. 따라서 개별적인 경우의 구체적인 상황을 고려하여 법관이 다시 한 번 양심

---

수용, 입법부작위에 대한 헌법소원, 이명구 박사 화갑기념논문집, 1996, 710면 이하

의 자유와 공익간의 법익형량을 해야 한다. 이러한 의미에서 양심의 자유는 法官에 대한 요청, 구체적으로 法律의 良心友好的 適用에 대한 요청이다.<sup>573)</sup>

법률이 법 적용기관에 재량을 부여하고 있다면, 법 적용기관은 입법 목적을 실현하면서도 양심의 자유를 고려하는 방향으로 재량을 행사해야 한다. 또는 법규범이 해석을 요하는 一般條項이나 不確定 概念을 담고 있는 경우, 법관은 양심우호적으로, 즉 개인이 양심을 유지할 수 있도록 대체의무나 대체행위 가능성을 제공할 수 있는 방향으로 법규범을 해석해야 한다.<sup>574)</sup> 이는, ‘국민 모두에게 적용되는 법률에 대하여 예외를 허용하여 양심상의 결정을 가능하면 그대로 유지하도록 하면서, 한편으로는 법적 의무를 대체할 수 있는 다른 의무를 이끌어낼 수 있는가’를 판단하는 작업이다. 물론 전제조건은, 법률을 그러한 방법으로 해석하는 것이 가능하고 그러한 해석에도 불구하고 법률이 의도하는 공익의 실현이 가능하며, 또한 양심상의 갈등을 주장하는 개인에게도 그러한 해결책을 받아들일 것을 요구할 수 있는 경우이다. 이러한 조건이 성립될 수 없다면, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하는 자는 의무위반에 대하여 가해지는 법률상 규정된 불이익이나 징계를 감수해야 한다. 양심의 갈등을 피할 수 있는 대안이 있고 대안을 제시해도 공익과 법의 목적이 충분히 실현될 수 있음에도 법관이 이와 같은 양심우호적 해석을

---

573) Vgl. BVerfGE 23, 127, 134; 33, 23, 32ff., 독일의 연방헌법재판소는 이 결정에서 ‘법적 근거없이 증언이나 선서를 거부하는 행위를 징계하는 규정(독일 형사소송법 제70조 제1항)을 해석함에 있어서, 형사소송법에 명시적으로 열거된 이유 외에도 또한 기본법 제4조 제1항의 양심·종교의 자유가 선서의 거부를 정당화하는 “法的 根據”로서 고려될 수 있도록, 헌법합치적으로 해석해야 한다’고 판시하였다; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.291f.; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.24

574) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1036f.

하지 않는다면, 이러한 법관의 결정은 양심의 자유에 대한 과도한 제한으로서 비례의 원칙에 위반된다.

#### 라. 私人間의 분쟁의 경우 良心友好的 規範解釋의 요청

법관에 대한 양심우호적 규범해석의 요청은 私人間의 분쟁에 있어서, 특히 노동법상 근로자가 양심상의 이유로 作業을 拒否하는 경우에 문제된다.<sup>575)</sup> 이 경우, 법관은 우선 다른 대체 작업가능성을 타진해 보고 이러한 가능성을 제공하는 것이 불가능한 경우에 비로소 근로자의 해고가 정당화된다고 판단해야 한다.

기본권은 사인에 의해서도 침해될 수 있기 때문에, 기본권은 사인간의 관계에서도 효력을 가진다. 이 경우 기본권의 대사인적 효력이 직접 효력인가 아니면 간접효력인가의 논쟁에 관계없이, 법원에 미치는 기본권의 효력은 동일하다. 基本權의 第3者效란, 민사법원의 법관은 그의 판결을 통하여 기본권을 존중하고 실현해야 할 의무가 있다는 것을 의미하며, 이러한 의무는 특히 법관의 헌법합치적 또는 기본권합치적 법률해석과 위헌제청의무에서 표현된다.

마찬가지로, 양심의 자유도 국가의 법적 의무관철에 대한 방어기능 외에, 사인의 강제에 대하여 개인의 양심을 보호해야 할 국가의 의무를 부과하며, 이는 구체적으로, 채무자가 양심상의 이유로 계약의 이행을 거부하는 경우, 즉 私法上的 청구권이 문제될 때, 민사법원이 양심상의 갈등이라는 抗辯事由를 존중하고 고려해야 한다는 것을 의미한다.<sup>576)</sup> 민사법원은 ‘양심의 자유’와 이를 제한하는 사적

575) Vgl. W. Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, S.229

576) Vgl. Prueß, AK, Rn.48; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.31

자치의 원칙의 구체적 표현으로서 ‘계약준수의 원칙’을 교량해야 하는데, 이러한 법익교량의 장소는 일반조항이나 불확정개념이다. 계약의 효력은 채무자의 양심상의 갈등에 의하여 원칙적으로 문제삼아 질 수 없다. 민사법원이 양심의 자유를 고려하기 위해서는 양 당사자에게 요구할 수 있는 대안이 있는가를 판단해야 하는데, 이는 구체적으로 양심을 유지시킬 수 있는 다른 가능성이 있고 이를 채권자에게 요구하는 것이 가능한가에 달려 있다.<sup>577)</sup> 만일 이러한 가능성이 없다면, 양심상의 갈등으로 말미암아 계약을 위반하는 자, 즉 채무자가 계약의무이행의 거부에 대한 책임을 져야 한다. 민사법원이 ‘양심상의 갈등이 존중받을 만한 것인가’의 판단에 있어서, 의무의 이행을 거부하는 채무자가 계약의 체결시 양심상의 갈등을 예견할 수 있었는가 하는 관점이 또한 중요한 역할을 한다.

#### 마. 良心犯의 문제

良心友好的 解釋의 또 다른 중요한 적용영역은 소위 良心犯에 대한 量刑이다. 법규정이 법관에게 양형의 가능성을 부여한다면, 법관은 양형에 있어서 범죄인의 양심의 자유를 고려해야 한다. 국가의 법적 평화와 타인의 법익의 보호의 관점에서 형법의 효력이 개인의 양심의 동의여부에 달려 있을 수 없음은 물론이다. 따라서 양심범도 원칙적으로 처벌받아야 하나, 법관은 개별적인 경우의 구체적인 상황을 고려하여 양심의 자유와 국가의 형벌권 사이의 법익형량을 해야 한다. 즉 법관은 형벌권의 행사에 있어서 가능하면 개별적인 경우마다 범행동기에 해당하는 양심상 결정의 윤리성을 고려해야 한다.<sup>578)</sup>

577) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1037f.; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.51

578) 같은 취지로 허영, 헌법이론과 헌법, 2000, 524면

타인의 생명, 신체의 자유, 재산권 또는 헌법적으로 보호되는 제3자의 법익 등을 보호하는 형법규범에 대한 위반은 양심에 따른 행위의 경우에도 그 위법성이 조각되지 않는다. 그러나 범죄행위의 동기로서 양심상 결정이 행위의 責任性이나 量刑의 범주에서 고려될 수 있다.<sup>579)</sup> 법규범에 합치하는 행위를 기대할 수 있는 가능성이 전혀 없는 특수한 상황에서는, 양심상 결정을 고려하는 것이 예외적으로 책임성 조각사유로 인정될 수 있다. 그러나 일반적으로 행위의 주관적 비난가능성으로서 책임이 조각되는 것은 아니나, 범인의 의사와 관계없이 발생한 갈등상황에서 행한 범죄의 경우, 특히 부작위범의 경우 형의 감경이 고려될 수 있다. 양심의 자유와 법적 의무의 충돌이 범질서에 미치는 영향이 제한적일수록, 범인의 범행동기의 윤리성이 높을수록, 범인이 자신의 의도와 관계없이 양심상의 갈등상황에 처하고 갈등상황의 발생에 대하여 아무런 영향을 미칠수 없을수록,<sup>580)</sup> 형법상의 책임성 판단이나 양형에 있어서 양심상 결정이 피고인에게 유리한 요소로서 고려되어야 한다.<sup>581)</sup> 이러한 점에서 볼 때, ‘여호아 증인’의 병역의무 거부에 대하여 개인의 양심의 자유를 전혀 고려하지 않고 법정최고형을 선고한다면, 이러한 판결은 법률의 적용에 있어서 기본권의 의미를 완전히 간과한 것으로서 위헌이다.<sup>582)</sup>

---

579) Vgl. BVerfGE 32, 98, 108; Preuß, AK, Rn.4; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.50; Faller, Gewissensfreiheit und ziviler Ungehorsam, in: FS für Hildebert Kirchner, 1985, S.78; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S. 299ff.

580) ‘갈등야기의 책임’에 따른 구분을 언급한 것으로는 허영, 한국헌법론, 1999, 379면

581) Vgl. Mager, in: Münch/Kunig, Rn.50

582) Vgl. BVerfGE 32, 98, 108ff., 종교상의 이유로 모든 의료조치를 거부하는 부부의 경우, 妻가 출산 중 시급히 수혈을 요하는 상황에서 스스로의 결정으로 수혈을 거부하였고 이에 夫가 처에게 수혈을 받도록 설득하지도 않았기 때문에 그 결과 처가 사망하였다. 이 사건에서 법원은 부가 救助行爲를 하지 않았다는 이유로 부에게 벌금형을 선고하였는데, 독일의 연방헌법재판소는 ‘독일 형법 제330c 조의 救助不作爲罪의 해석과 적용에 있어서 양심의 자유(이 사건에서 헌법재판소는 종교의 자유를 심사기준으로 하여 판시하였으나, 그 법리는 양심의 자유에도 동일하게 적용된다)를 고려해야 하는데 법원이 이를 간과하고 판단하였다’는 이유로 법원의 판결을 취소하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 ‘처는 스스로의 결정에 의하여 수혈을 거부하였고 부는 처의 이러한 결정을 무시하고 자신의 결정

#### 4. 양심실현의 자유의 保障의 程度

‘어떠한 경우에 양심의 자유가 다른 헌법적 법익에 대하여 양보해야 하는가’의 문제는 ‘개인에게 양심실현의 자유를 허용하는 경우, 국가 및 그의 법질서가 어느 정도로 이를 견디어 낼 수 있는가’의 문제와 표리 관계에 있다. 국가가 개인의 양심실현의 자유를 존중할 수 있는가의 문제는, 양심의 실현이 작위에 의하여 아니면 부작용에 의하여 이루어지는가, 양심실현의 자유를 존중하여 법질서의 위반에 대하여 예외를 허용하는 것이 국가공동체와 법질서의 존속을 근본적으로 문제삼는가, 법질서와의 충돌에서 발생하는 양심상 갈등의 강도 등의 관점에서 판단되어야 한다. 이러한 관점을 하나씩 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 일반적으로 국가가 양심실현의 자유를 허용할 수 있는 정도는 ‘법적 의무의 이행을 거부하는가, 즉 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유가 문제되는가’(不作爲의 자유) 아니면 ‘양심상의 결정을 적극적인 행위를 통하여 실현하려고 하는가’(作爲의 자유)에 따라 다르다.<sup>583)</sup> 법적 의무의 이행거부는 단지 수동적인 부작용에

---

으로 대체해야 할 의무가 없을 뿐 아니라 오히려 부부는 서로 상대방의 생과 사에 관한 진지한 결정을 존중해야 하고, 동일한 믿음을 가진 부부가 서로에게 신앙에 근거한 수혈거부행위의 위험성을 확인시키고 결국 서로 각자의 신앙을 포기하도록 설득할 것을 국가공동체는 요구할 수 없기 때문에, 처의 결정을 존중하려는 부의 행위는 형법적으로 비난할 여지가 없다’고 판시하였다.

583) Vgl. Arndt, NJW 1966, S.2205f.; Bethge, HdbStR Bd.6, S.459; Luhmann, AöR 90, S.282f.; 물론 이러한 기준은 절대적인 것이 아니라 법익형량과정에서 고려할 수 있는 하나의 중요한 관점이다. 법적 의무의 구체적 성격에 따라, 부작용에 의한 양심실현이 작위에 의한 양심실현보다도 공익과 법질서를 위해하는 경우도 있다.

그친다는 점에서, 일반적으로 타인의 법익을 직접 침해하는 것도 아니고 공익을 크게 저해하지도 않기 때문에 법질서에 미치는 영향이 작다. 따라서 국가가 의무이행의 거부를 관용할 수 있는 여지가 있다. 이에 대하여 적극적인 행위를 통하여 양심을 관철하려는 대부분의 경우, 타인의 법익을 직접 침해하고 법질서에 대한 파괴효과가 지대하기 때문에, 국가의 법질서가 건디어 낼 수 있는 한계를 넘어선다. 이러한 경우 국가가 관용을 보일 수 있는 여지가 지극히 제한될 뿐 아니라, 오히려 타인의 법익보호와 법질서의 유지를 위하여 그러한 행위를 징계해야 할 필요성이 강하게 나타난다.

둘째, 법질서의 복종무에 대한 예외의 허용은 國家의 存立을 위해 하지 않는 경우에만 가능하다. 인간의 생명과 신체를 훼손당하지 않을 자유, 국가의 존립, 법적 평화와 국가안보는 국가의 근본적이고 최종적 존립목적으로서, 국가는 어떠한 경우라도 이러한 법익을 포기할 수 없다.<sup>584)</sup> 따라서 이러한 중대한 법익은 양심의 자유라 하더라도 원칙적으로 넘을 수 없는 헌법상의 한계이며, 국가가 관용을 보일 수 없는 영역이자 양심실현의 자유가 양보를 해야 하는 영역이다.

국가공동체 및 법질서의 존속이 문제되지 않는다면, 양심의 자유는 규범적 명령을 준수해야 하는 의무로부터의 부분적인 면제를 허용해 줄 것을 요청한다. 국가가 절대로 포기할 수 없는 근본적인 영역이 아닌 한, 국가는 개인의 양심을 존중하기 위하여 寬容과 義務免除의 가능성이 존재하는가를 판단해야 한다. 법질서는 원칙적으로

---

584) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.59f.; Bethge, HdbStR Bd.6, §137 Rn.30

합헌적 법률과 그에 근거한 법적용기관의 결정에 대한 복종을 요구하지만, 예외적인 경우 양심의 자유는 법질서의 준수의무로부터의 면제나 법복종의무의 위반시 가해지는 국가적 징계의 경감이나 면제를 가져올 수 있다.

셋째, 국가의 법적 의무의 부과로 인하여 ‘양심에 반하는 행위를 강요받지 아니 할 자유’가 문제되는 경우, 양심상의 결정을 유지하려는 개인에게 발생하는, 법질서의 강제에 의한 良心上 葛藤의 程度는, ‘양심에 반하는 행동을 스스로 하도록 강요받는가’ 아니면 ‘양심에 반하는 행동이 타인에 의하여 대체될 수 있기 때문에, 타인이나 국가의 개입에 의하여 강제적으로 양심에 반하는 행동이 이루어질 수 있는가’에 따라 다르다.<sup>585)</sup> 예컨대 병역의무나 선서의무, 고지의무와 같이, 법적 의무의 성격상 국민이 자신 스스로의 행동을 통하여 이행해야 하는 의무의 경우, 개인이 겪는 양심상의 갈등이 크다는 점에서 특히 관용이 요청된다. 그러나 양심의 자유를 주장하는 자에 대하여 아무런 대체의무의 부과없이 국민 모두에게 적용되는 의무로부터 면제하는 것은 기본권이 허용하지 않는 특권을 부여하는 것과 같다. 그러므로 양심의 자유가 개별적으로 국민의 의무로부터의 예외를 허용한다면, 이러한 관용과 부분적인 의무면제가 소수의 특권이 되지 않도록, 국가는 가능하면 다른 대체의무의 부과를 통하여 이러한 불평등적 요소를 상쇄해야 한다.<sup>586)</sup>

이에 대하여 양심상의 이유로 납세의무의 이행을 거부하거나 또는 보호자가 자녀의 생명이 달린 치료에 대한 동의를 거부하는 경

585) Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.61f.

586) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.61f.; Bethge, HbStR Bd.6, Rn.35, 예컨대, 종교적 내용의 선서를 거부하는 자는 ‘종교적 내용없는’ 선서의 의무를 이행해야 한다. 병역의무를 거부하는 자는 그의 양심을 존중하는 다른 대체복무를 받아들여야 한다.

우, 법질서가 요구하는 행동이 제3자나 국가에 의하여 법원의 명령이나 조세의 강제징수의 형태로 대체될 수 있다. 이러한 경우 국가의 법질서가 개인에게 양심에 반하는 행동을 강요하는 것이 아니라 이미 양심을 보호하는 다른 대체행위 가능성을 제공하고 있는 것이다.<sup>587)</sup> 양심의 자유는 단지 자신이 직접 양심에 반하는 행위를 하는 것을 금지하는 것이지 제3자가 대신하는 것을 금지하는 것은 아니다. 양심상의 이유로 납세의무의 이행을 거부하는 자는 자신의 행동을 통한 자발적인 납부를 거부할 수 있다. 그러나 그 대신 대체행위로서 국가에 의한 강제징수를 감수해야 한다.

## V. 양심의 자유에 관한 憲法裁判所의 주요결정 및 그 문제점

### 1. 주요결정 요지

#### 가. 현재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정(사죄광고제도)<sup>588)</sup>

헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 여기의 양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적

587) 조세의 납부를 거부하는 행위는 이미 위 II. 2. 가. (2)에서 서술한 바와 같이 양심의 자유에 의하여 보호되지 않으나, 설사 이를 보호범위에 포함시킨다 하더라도, 국가는 “강제징수”란 대체행위의 가능성을 통하여 납세자의 양심의 자유를 보호하고 있다.

588) 판례집 3, 149, 153-154면

판단도 포함된다고 볼 것이다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안되는 내심의 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유, 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다. …그런데 사죄광고제도란 타인의 명예를 훼손하여 비행을 저질렀다고 믿지 않는 자에게 본심에 반하여 깊이 “사과한다.”하면서 죄악을 자인하는 의미의 사죄의 의사표시를 강요하는 것이므로, 국가가 재판이라는 권력작용을 통해 자기의 신념에 반하여 자기의 행위가 비행이며 죄가 된다는 윤리적 판단을 형성강요하여 외부에 표시하기를 명하는 한편, 의사·감정과 맞지 않는 사과라는 도의적 의사까지 광포시키는 것이다. 따라서 사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 겉과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며, 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약이라고 보지 않을 수 없다.

#### 나. 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정(음주측정에 응할 의무)589)

양심이란 인간의 윤리적·도덕적 내심영역의 문제이고, 헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리이지, 막연하고 추상적인 개

---

589) 판례집 9-1, 245, 263-264면

념으로서의 양심이 아니다. 음주측정에 응해야 할 것인지, 거부해야 할 것인지 그 상황에서 고민에 빠질 수는 있겠으나, 그러한 고민은 선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라 할 수 없으므로, 그 고민 끝에 어쩔 수 없이 음주측정에 응하였다 하여 내면적으로 구축된 인간양심이 왜곡·굴절된다고 할 수 없다.

따라서 음주측정요구와 그 거부는 양심의 자유의 보호영역에 포괄되지 아니하므로, 주취운전의 혐의자에게 주취여부의 측정에 응할 의무를 지우는 도로교통법 규정은 양심의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

#### **다. 현재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정(국가보안법상의 불고지죄)590)**

헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유(forum internum)뿐만이 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유(forum externum)를 포함한다고 할 수 있다. 내심적 자유, 즉 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다. 그리고 양심실현은 적극적인 작위의 방법으로도 실현될 수 있지만 소극적으로 부작위에 의해서도 그 실현이 가능하다 할 것이다.

그런데 국가보안법 제10조가 규정한 불고지죄는 국가의 존립과

---

590) 판례집 10-2, 159, 166-167면

안전에 저해가 되는 타인의 범행에 관한 객관적 사실을 고지할 의무를 부과할 뿐이고 개인의 세계관·인생관·주의·신조 등이나 내심에 있어서의 윤리적 판단을 그 고지의 대상으로 하는 것은 아니므로, 양심의 자유 특히 침묵의 자유를 직접적으로 침해하는 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 국가의 존립·안전에 저해가 되는 죄를 범한 자라는 사실을 알고서도 그것이 본인의 양심이나 사상에 비추어 범죄가 되지 아니한다거나 이를 수사기관 또는 정보기관에 고지하는 것이 양심이나 사상에 어긋난다는 등의 이유로 고지하지 아니하는 것은 결국 부작위에 의한 양심실현 즉 내심의 의사를 외부에 표현하거나 실현하는 행위가 되는 것이고, 이는 이미 순수한 내심의 영역을 벗어난 것이므로 이에 대하여는 필요한 경우 법률에 의한 제한이 가능하다 할 것이다. 그리고 여러 가지 국내외 정세의 변화에도 불구하고 남·북한의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 여전히 존재하고 있는 우리의 현실, 불고지죄가 보호하고자 하는 국가의 존립·안전이라는 법익의 중요성, 범인의 친족에 대한 형사처벌에 있어서의 특례설정 등 제반사정에 비추어 볼 때, 이 사건 심판대상이 양심의 자유를 제한하더라도 그것이 과잉금지의 원칙이나 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지의 원칙에 위반된 것이라고 볼 수 없다.

## 2. 비판

### 가. 양심의 概念, 양심의 자유의 保護範圍 및 기본권의 主體

(1) 양심의 자유에 관한 종래의 결정을 보면, 헌법재판소가 양심의 概念을 어떻게 이해하고 양심의 자유의 보호범위를 어떻게 설정

하고 있는가 하는 것이 불분명하다.

사죄광고 결정 및 불고지죄 결정에서는 양심을 “세계관·인생관·주의·신조 등을 비롯하여 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단”으로 정의함으로써 양심을 매우 넓게 이해하고 있다. 헌법재판소가 초기의 결정부터 양심의 자유를 내심의 자유뿐 아니라 양심실현의 자유도 포함되는 것으로 판단하였다는 점을 감안한다면, 위와 같은 정의에 따른 양심의 자유란, 결국 ‘자신의 인생관이나 가치관, 사상을 형성하고 그에 따라 행동할 자유’를 보장하는 것이 된다. 그러나 ‘자신의 결정에 따라 표현하고 집회에 참가하고 직업을 행사하는 등 행동하는 자유’는 이미 다른 기본권에 의하여 보장되므로, 양심의 자유가 기본권의 체계 내에서 그에게 부여된 고유한 기능을 담당하도록, 다른 기본권의 보호범위와 경계를 설정하는 것이 필요하다. 양심의 자유가 보장하는 바는, 국가가 부과하는 법질서의 명령과 자신의 양심상 명령 사이에서 인격의 정체성을 유지하기 위하여 갈등하는 개인에게 양심에 반하는 행위를 강요하지 않고자 하는 것이다. 이러한 점에서 양심은 “음주측정거부” 결정에서 정의한 바와 같이, “선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정”이라고 좁게 정의하는 것이 타당하며, 이에 따라 양심의 자유가 적용되는 범위는 ‘도덕적 존재로서의 개인의 정체성이 위협받는 상황’에 제한되어야 한다.

(2) 음주측정을 거부하는 경우나 타인에 대한 명예훼손으로 인하여 법원이 명하는 사죄광고를 거부하는 경우, 법질서의 명령과 충돌하는良心上的 命命이 존재하지 않기 때문에, 양심의 자유의 문제가 아니랄 것이다. 양심의 자유가 문제되기 위해서는, 음주측정에 응하는 것이나 사죄광고를 하는 것이 종교적이나 윤리적인 확신에 반하는 것이라는 수긍할만한 주장이 가능해야 하는데, 위와 같은 경

우 이러한 주장을 납득할 수 있게끔 하는 것이 사실상 불가능하다. 음주측정이나 사죄광고를 거부하는 것은 양심상의 명령에 의한 것이 아니라 단지 법질서의 명령에 따르기 싫다는 것에 불과하다. 특히 사죄광고를 거부하는 경우, ‘잘못한 것이 없기 때문에 사과할 수 없다’는 것 그 자체만으로는 자신을 구속하는 윤리적 명령, 즉 양심상의 명령을 구성할 수 없고, 따라서 양심상의 갈등상황을 야기하지 않는다,<sup>591)</sup> 양심의 자유가 보호하고자 하는 갈등상황은 본인의 의사와 관계없이 법질서에 의하여 강요된 상황에 있으며, 양심의 자유의 고유한 기능이란 국가에 의하여 일방적으로 강요된 갈등상황에 대한 방어에 있다. 그러나 음주 운전이나 명예훼손 등의 능동적인 행위를 통하여 법질서를 위반함으로써 법질서와의 갈등상황을 스스로 야기한 자를 법질서 위반의 결과를 책임지는 과정으로부터 보호하고자 하는 것이 헌법상 양심의 자유의 기능이 아니라고 할 것이다. 만일 사죄광고의 법적 강제가 양심의 자유의 문제라면, 당사자가 승복하지 못하는 판결을 집행하는 모든 경우가 곧 양심에 반한다는 논리인데, 그렇다면 법의 집행과 국가의 형벌권행사는 ‘개인의 양심에 반하지 않는 한 가능하다’는 양심유보의 원칙하에 있게 되며, 이는 결국 법질서와 형벌권의 포기를 의미한다.

양심의 자유가 보장하고자 하는 것이 고유한 인격의 정체성 유지라는 점에 비추어 볼 때, 언론기관에 대한 사죄광고 명령은 언론의 공적 과제의 이행을 위한 보도활동의 범주 내에서 이루어지는 것으로서, 개인적 인격의 정체성 유지와는 아무런 관계가 없다. 즉 신문사의 사죄광고 게재로 인하여 그 기사를 작성한 언론인의 윤리적 정체성이 진지하게 위협받을 가능성은 없는 것이다. 사죄광고가 법

---

591) 같은 견해로는 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 7면 이하,

인인 신문사의 이름으로 게재되며 사죄광고의 실질적 주체도 타인의 명예를 훼손하는 기사를 작성한 언론인이 아니라 신문사라는 점도 사죄광고의 문제가 개인적 양심의 문제가 아니라는 것을 뒷받침한다. 사죄광고의 게재에 있어서 문제되는 것은 언론기관과 언론인의 言論의 자유에 대한 제한의 문제이지, 個人的 良心의 문제가 아닌 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 헌법재판소는 사죄광고 사건에서 양심의 자유가 아니라, 언론의 자유를 침해된 기본권으로서 판단하는 것이 타당하였다고 생각된다.<sup>592)</sup>

(3) 양심의 자유의 보호법익이 ‘개인의 윤리적 정체성·동질성’이라는 점에 비추어, 양심의 자유의 주체는 오로지 自然人이다.<sup>593)</sup> 양심의 자유는 그 성격상 인간 누구에게나 인정되는 인권으로서 외국인도 기본권의 주체가 된다. 양심이란 항상 자주적 인격체의 단독적인 윤리적 결정이기 때문에, 단체에 의하여 집단적으로 행사될 수 있는 종교의 자유와는 달리 양심의 자유는 고도의 個人的 權利이며, 따라서 단체나 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다. 그렇다면 헌법재판소의 결정이유와는 달리, 사죄광고의 주체인 신문사는 양심의 자유를 주장할 수 없다.

## 나. 양심의 자유의 內容

헌법재판소는 “사죄광고” 결정에서, 개인의 윤리적 판단에 국가가

592) 유사한 취지로 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 12면; 한편 허영, 사죄광고와 양심의 자유, 법률신문 1991. 7. 15. 15면에서 양심의 자유와 언론의 자유를 함께 제한된 기본권으로 보고 있다.

593) 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 15면 이하; 계획열, 고시연구 1997. 6., 85면; 권영성, 헌법학원론, 1995, 428면; 김철수, 헌법학개론, 2001, 579면; vgl. Bethge, HdbStR Bd.6, §137 Rn.5;

개입해서는 안되는 “內心の 자유”와 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 “沈黙의 자유”로 양심의 자유의 내용을 구분하면서 “양심에 반하는 행위를 강제받지 아니 할 자유”를 “침묵의 자유”의 한 내용으로 보았으나, “불고지죄” 결정에서는 양심의 자유를 내심의 자유인 “良心形成의 자유”와 양심의 결정을 외부로 표현하고 실현하는 “良心實現의 자유”로 구분하면서 양심실현의 자유는 적극적인 작위에 의한 양심실현과 소극적인 부작위에 의한 양심실현을 포함한다고 판시하였다. 종래의 결정과 달리, “불고지죄” 결정은 양심의 자유의 포괄적인 내용을 모두 포함하도록 적절한 기준에 의하여 구분하였고, 특히 양심실현의 자유에는 부작위에 의한 양심실현의 자유뿐 아니라 作爲에 의한 양심실현의 자유도 포함된다고 밝힌 데 그 의미가 크다.

헌법재판소는 “사죄광고” 결정에서 양심의 자유의 내용을 크게 “내심의 자유”와 “침묵의 자유”로 구분하였는데, 이러한 구분이 양심의 자유의 내용을 제대로 반영하는 것인지 의심스럽다. 헌법재판소가 “불고지죄” 결정에서 판시한 바와 같이, 양심의 자유란 크게 양심형성의 內部 영역과 형성된 양심을 실현하는 外部 영역 또는 形成의 영역과 實現의 영역으로 나누어 볼 수 있기 때문에, 그 내용도 또한 마찬가지로 인간의 내부영역에서 양심을 형성하는 “양심형성의 자유”와 양심을 외부에서 실현하는 모든 자유영역을 포함하는 “양심실현의 자유”로 구분하는 것이 타당하다고 본다.

헌법재판소가 언급하는 “沈黙의 自由”란 “양심을 외부에 표명하도록 강제받지 아니 할 자유”인데, 이러한 내용의 침묵의 자유는 “양심에 반하는 행동을 강요받지 아니 할 자유”(부작위에 의한 양심실현의 자유), “양심에 따른 행동을 할 자유”(작위에 의한 양심실현의 자유)를 포괄하는 상위개념이 되기에는 너무 협소하다. 뿐만

아니라 일반적으로 양심의 자유가 외부영역에서 문제되는 경우란 국가가 양심에 반하는 행위명령이나 금지명령을 부과함으로써 개인에게 양심에 반하는 작위나 부작위를 강제하는 상황이며, 그 반면에 침묵의 자유가 보호하고자 하는 상황인 “양심을 표명하도록 강제받는 상황”이란 법적 현실에서 지극히 예외적으로 발생한다는 점을 감안한다면,<sup>594</sup> 양심의 자유의 보호내용 중 침묵의 자유는 거의 현실적 의미가 없다.<sup>595</sup> 또한 “양심을 표명하도록 강제받는 상황”이란 대부분의 경우 ‘양심에 반하는 행위를 강요받는 상황’이라는 점에서 보더라도, 침묵의 자유는 양심실현의 자유를 대신하는 용어가 될 수 없음은 물론이고, 양심실현의 자유의 내용 중 일부로서도 독자적인 위치를 차지하기에는 실질적 중요성이 없는 자유영역이라 하겠다.

따라서 헌법재판소는 앞으로의 결정에서는 “내심의 자유”와 “침묵의 자유”로 양심의 자유를 설명할 것이 아니라, 양심형성의 자유와 양심실현의 자유로 구분하는 것이 양심의 자유의 내용을 보다 타당하게 표현하는 것이라고 생각된다.

## 다. 良心實現의 자유의 保障 문제

헌법재판소는 불고지죄 결정에서 ‘국가의 안전에 지해가 되는 죄를 범한 자라는 사실을 알고서도 이를 수사기관에 고지하는 것이 양심에 어긋난다는 이유로 고지하지 않는 것은 不作爲에 의한 良心實現이’라고 판단하였고, 이어서 중대한 공익인 국가 안보와 개인의

594) 양심을 표명하도록 강제당하는 상황으로서 예컨대 日帝 때 기독교인을 가리기 위하여 강요한 “십자가 밝기”와 같이 행동을 통하여 양심을 간접적으로 표명할 것을 강요하는 상황을 상정할 수 있는데, 이러한 상황이란 양심의 자유가 제한되는 전형적인 경우가 아니라, 오늘날 법치국가에서는 거의 발생할 수 없는 예외적 현상에 속한다.

595) “침묵의 자유”에 관하여 자세한 것은 위 III. 2. 나.(양심표명의 자유) 참조.

양심의 자유의 법익교량 결과 양심의 자유에 대한 제한은 정당하다고 판시하였다.

본법과 친족관계에 있거나 친구관계에 있는 자에게 본법의 범행을 국가기관에 고지해야 하는 상황은 고지의무가 부과된 자에게 양심상의 갈등을 야기하는 전형적인 경우이다. 이러한 상황에서는 ‘친구나 친족을 고지할 수 없다’는 양심상의 결정과 ‘타인의 범행을 고지해야 한다’는 법질서의 명령이 서로 충돌한다. 친구나 친족의 범행을 고지해야 하는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기상황에 해당하며, ‘친구나 친족을 고지할 수 없다’는 결정은 양심상의 심각한 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 진지한 윤리적 결정인 것이다. 이와 같은 경우에 개인에게 그가 스스로 초래하지 않은 갈등 상황에서 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여하고자 하는 것이 바로 양심의 자유가 보장하고자 하는 대표적인 영역이다. 고지의무의 이행을 거부하는 것은 ‘법질서에 의하여 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니 할 자유’, ‘양심에 반하는 법적 의무를 이행하지 아니 할 자유’, 즉 不作爲에 의한 良心實現의 자유에 해당한다.

‘법률이 양심의 자유를 침해하는가’의 문제는 ‘입법자가 법률의 제정 시 법익교량과정에서 양심의 자유를 보호해야 하는 의무를 이행하였는가’의 문제, 구체적으로 ‘입법자가 양심의 자유를 고려하는 특례규정을 두더라도 고지의무의 부과를 통하여 실현하려는 공익을 달성할 수 있는가’를 판단하는 문제이다. 입법자는 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 代案을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그

의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여지가 있는가를 살펴보아야 한다.

국가가 양심실현의 자유를 어느 정도로 보장할 수 있는가, 역으로 어느 정도로 제한할 수 있는가의 문제는 ‘개인에게 양심실현의 자유를 허용하는 경우, 국가가 어느 정도로 이를 견디어 낼 수 있는가’에 달려 있다. 일반적으로 국가가 양심실현의 자유를 허용할 수 있는 정도를 판단함에 있어서, 무엇보다도 ‘개인이 소극적으로 법적 의무의 이행을 거부하는가 아니면 양심상 결정을 적극적 행위를 통하여 실현하려고 하는가’, ‘법질서의 복종의무에 대한 예외를 허용하는 것이 국가의 존립과 국가안보와 같은 포기할 수 없는 법익을 위해하는가’ 하는 관점이 중요한 기준으로 고려될 수 있다.<sup>596)</sup>

이러한 기준에 의한다면, 고지의무의 이행거부는 법이 명하는 작위의무를 이행하지 않은 不作爲犯이라는 점에서 작위범보다 법질서의 파괴 효과가 적고, 양심상의 갈등상황이 개인의 의사와 관계없이 개인이 아무런 영향을 행사할 수 없는 상황에서 발생했다는 점, 즉 외부에 의하여 갈등상황이 강요되었다는 점에서, 국가가 의무이행의 거부를 관용할 여지가 있다. 그러나 한편으로는 불고지죄의 보호법익이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서이므로, 이와 같은 중대한 법익은 양심의 자유라 하더라도 원칙적으로 넘을 수 없는 한계이자 국가가 관용을 보일 수 없는 영역을 의미한다. 그럼에도 불구하고 친족관계에 있는 자의 범행을 고지할 의무를 부과하는 것은 국가가 보호해야 할 혼인과 가정 생활(헌법 제36조 제1항)의 사실적 성립기초를 뒤흔드는 것이자 인간의 본성에 반하는 것으로서 행위의 기대가능성이 없으며, 본범과 친족관계에 있는 자에게 예외를

---

596) 이에 관하여 위 IV. 4. 참조

허용하더라도 국가공동체나 법질서의 존립이 근본적으로 문제되지 않는다는 점에서, 적어도 친족의 범행에 대한 고지의무의 부과는 입법과정에서나 개별적인 범죄에 대한 법관의 책임성 및 양형의 판단과정에서 달리 취급될 것이 요청된다. 따라서 이러한 경우 입법자는 친족의 양심의 자유를 보장하기 위하여 고지의무로부터의 면제나 아니면 적어도 고지의무의 위반시 가해지는 처벌의 경감이나 면제의 가능성을 규정해야 한다. 그런데 국가보안법상의 불고지죄는 그 단서조항에서 “다만, 본범과 친족관계에 있을 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”는 특례규정을 통하여 친족의 양심상 갈등을 특별히 배려하는 규정을 두고 있으므로, 양심실현의 자유에 대한 제한은 비례의 원칙에 위반되는 과도한 제한이라 볼 수 없다.

물론, 양심은 지극히 주관적인 현상으로서 양심갈등의 발생여부를 사전에 예측하기 어려울 뿐이 아니라 모든 범규범의 경우 개인적 양심갈등의 현상이 발생할 수 있다는 점에서, 양심을 배려하는 특례규정을 두어야 하는 입법자의 의무는 원칙적으로 부과될 수 없다. 양심의 자유에서 파생하는 입법자의 의무는 단지 입법과정에서 양심의 자유를 고려할 것을 요구하는 一般的 義務이지 구체적 내용의 대안을 제시해야 할 헌법적 입법의무가 아니므로, 양심의 자유는 자신의 고유한 윤리적 갈등상황을 다른 국민과 달리 특별히 배려해 줄 것을 요구하는 주관적 권리를 원칙적으로 부여하지 않으며, 이에 따라 헌법재판소는 양심의 자유가 부과하는 입법자의 추상적 의무를 근거로 대안을 부여하지 않는 법률에 대하여 지극히 제한적으로만 위헌판단을 할 수 있다.<sup>597)</sup> 그럼에도 친족의 범행을 고지하는 것을 인간에게 기대할 수 없다는 점, 헌법 스스로 혼인과 가족생활을 보호해야 할

---

597) 이에 관하여 위 IV. 3. 나. 참조

국가의 의무를 부과하고 있다는 점에서 보더라도, 친족에 대한 고지의 의무 부과는 예외적으로, 입법자가 양심갈등의 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있고 공익실현이나 법질서를 저해함이 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우, 다시 말하자면 법률이 달성하려는 공익보다도 개인의 양심상 결정이 명백히 우위를 차지하는 경우에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 생각한다.<sup>598)</sup>

## VI. 맺는말

양심은 자주적·도덕적 인격의 최상의 또는 최종적 윤리적 심급으로서 인격의 정체성·동질성을 심각하게 위협받고 있는 상황에서 비로소 문제된다. 양심의 자유가 보호하고자 하는 바는 양심의 불가침성, 즉 개인의 倫理的 正體性·同質性의 보장이다. 양심의 자유에 의하여 내심의 결정에 근거한 인간의 모든 행위가 보호받는 것이 아니라 ‘양심상의 명령에 근거한 행위’만이 보호된다. ‘良心上の 決定’이란, 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서, 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에, 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.

개인의 基本權으로서의 ‘양심의 자유’의 핵심적 내용은 국가에 의하여 강요된 갈등상황에 대한 방어적 기능이다. 양심의 자유가 그

---

598) 이에 대하여 친족 외에 고지의무의 부과로 인하여 양심의 갈등에 빠지는 자의 양심의 자유는 입법자에 의하여 고려될 것을 요청할 수는 없고, 법을 적용하는 법관에 의하여 책임성과 양형의 판단과정에서 고려되어야 한다. 예컨대 본범이 친구이기 때문에 고지의무를 이행하지 않은 자의 경우, 범행동기에 해당하는 양심상 결정의 윤리성이 적어도 양형단계에서 피고인에게 유리한 요소로서 고려되어야 한다.

현실적 기초를 두고 있는 危險 狀況이란, 양심의 갈등에 빠진 개인의 예외적 상황이며, 이러한 정신적 갈등상황에서 자신의 인격적 정체성을 유지하기 위하여 법질서에 대한 복종을 거부하는 개체의 상황이다. 양심의 자유란 개인에게 그가 스스로 초래하지 않은 갈등 상황에서 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여함으로써, 국가에 의하여 강요된 양심상의 갈등상황을 방어할 수 있는 권리를 부여하는 기본권이다.

개인의 방어권으로서의 양심의 자유는 國家의 觀點에서는 법질서 내에서 개인의 양심상 결정을 어느 정도로 존중하는가 하는 寬容의 문제를 의미한다. 국가는 양심의 자유를 주장하여 법질서에 대한 복종을 거부하는 국민에게 관용을 보임으로써 ‘법질서는 모든 국민에 의하여 존중되고 준수되어야 한다’는 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이다. 따라서 양심의 자유를 어느 정도로 보장할 수 있는가의 문제는 국가가 국민에 대하여, 특히 민주적 공동체의 다수결정과 달리 생각하고 달리 행동하고자 하는 소수의 국민에 대하여 어느 정도까지 국가의 체제와 법질서를 유지하면서 관용을 베풀 수 있는가의 문제이다. 이러한 점에서 볼 때, 법률의 위헌성심사에 있어서 다른 기본권의 침해여부를 우선적으로 심사해야 하며, 법률이 다른 헌법적 관점에서 합헌이라는 것을 전제로 하여, 양심의 자유의 문제는 최종적으로 판단되어야 한다.

양심의 자유란, 국가의 법질서와 개인의 양심상 결정이 충돌하는 경우 寬容의 原則을 실현해야 할 의무, 구체적으로 양심상 갈등을 완화할 수 있는 가능성을 제공해야 할 國家의 義務를 부과하는 기본권이다. 양심의 자유는 일차적으로 立法者에 대한 요청으로서, 가능하면 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과한다. 입법자가 법률의 제정과정에서 양심의 자유를 고려

해야 한다는 요청은 입법자의 一般的 義務이므로, 이로부터 구체적 법적 의무로부터의 면제나 구체적 내용의 대체의무의 제공을 청구할 수 있는 개인의 주관적 권리가 도출되지는 않는다. 개인은 입법자로부터 국민 누구에게나 부과되는 법적 의무의 면제를 통하여 자신의 윤리적 갈등상황을 다른 국민과 달리 특별히 배려해 줄 것을 원칙적으로 요구할 수 없다. 예외적으로 법적 의무를 면제 또는 대체하는 다른 가능성을 허용하더라도 실현하고자 하는 공익의 달성이 명백한 경우에 한하여, 헌법재판소는 입법자에 의한 양심의 자유의 침해를 확인할 수 있을 뿐이다. 따라서 헌법재판소는 입법자의 의무이행 여부를 단지 매우 제약적으로만 심사할 수 있다.

결국, 양심의 자유를 보호하는 과제는 실질적으로 입법자가 아니라 법을 적용하는 법원과 행정청으로 전이되었으며, 양심의 자유와 법질서간의 법익교량의 문제는 양심의 갈등이 발생한 개별 사건에서의 구체적인 法適用過程에서 해결해야 할 문제가 되었다. 따라서 헌법상 양심의 자유의 본질적 기능은 법적용기관에 대한 良心友好的 法適用의 요청이라고 할 수 있으며, 양심의 자유가 보장하고자 하는 바는 결국 合憲的 法律의 적용에서 발생하는 국가의 강제에 대한 방어라고 할 수 있다. 법관이나 행정청과 같은 법적용기관은 법규범의 해석이나 부여된 재량의 행사에 있어서 가능하면 양심의 자유를 실현할 수 있는 방향으로 법을 적용해야 하며, 특히 형법의 영역에서는 양심우호적 법적용의 요청은 책임성의 판단이나 양형에 있어서 중대한 의미를 가진다.

# 構造化 法規範理論과 그 方法論

- 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -

金 周 煥

憲法裁判所研究員 · 法學博士

- 目 次 -

## I. 서 론: 헌법학 방법론의 실천적 의의

## II. 실천적 기본권해석론의 출발점

1. 기본권논증의 과제와 기능: 법치국가적 합리성
2. 기본권의 '실정성'
3. 기본권의 이중적 성격과 그 실천적 의의
  - 가. 기본권개념의 이중성
  - 나. 기본권의 이중적 성격
  - 다. 이중적 성격의 상관성
4. '이중적 성격'의 방법론적 및 사항적 관련성
  - 가. 기본권규범의 법적 효과로서의 주관적 공권
  - 나. 자연권으로서의 주관적 공권?

## III. 기본권규범의 구체화

1. 법규범이론 및 방법론의 문제제기

- 가. 구체화절차의 입력정보: 사건과 규범텍스트
- 나. ‘말하는 헌법’의 입으로서의 헌법해석자?
- 2. 기존의 규범이론 및 방법론에 대한 비판
  - 가. 법실증주의 포섭이데올로기 비판
  - 나. 반(反)실증주의 규범이론 비판
- 3. 탈(脫)실증주의 규범모델: 구조화 법규범이론과 그 방법론
  - 가. 법규범의 정태적 구조
  - 나. 법규범의 동태적 구체화
  - 다. 구체화과정의 세분화
- 4. 기본권규범의 유형론적 세분화

#### IV. 결 론

## I. 서론: 헌법학 방법론의 실천적 의의

민주적 법치국가에서 헌법규범의 효력을 현실적으로 관철하고, 그럼으로써 ‘헌법현실’<sup>599)</sup>을 확장해 나아가는 것은 특히 학계와 법조계의 과제다. 이 같은 과제는 헌법의 모든 규율영역에서 수행되어야 하지만, 개인의 자유와 권리가 국가에 의해 침해될 가능성이 상존하는 기본권 영역에서는 특히 중요한 의미를 갖는다. 그러나 구체적인 경우에 개인의 자유와 권리에 대한 국가의 제한이 어느 정도로 가능한지, 개인의 자유로운 활동이 어느 정도로 허용되는지는 당해 기본권규범의 내용과 기능을 구체적으로 해명한 후에야 비로소 대답할 수 있는 문제다. 그러한 한, 기본권 제한의 정당성 여부를 판단하는 것은 언제나 기본권규범의 ‘구체화(Konkretisierung)’, 즉 해석과 적용의 문제로 귀결된다. 따라서 헌법, 특히 기본권의 구체화와 관련하여 올바른 문제해결에 이를 수 있는 합리적인 절차와 규칙의 탐구를 목적으로 하는 헌법학 방법론은 단순한 현학적 관심이 아닌, 법치국가적 합리성의 요청을 제고하려는 실천적 관심의 표현이다. 그러나 헌법의 해석과 적용은 해석자의 주관적 가치판단이 배제된 기계적인 논리적 추론이 아니라, 거의 모든 과정에 해석자의 선이해(先理解, Vorverständnis)와 주관적 가치판단이 개입되는 법적 작업이다. 따라서 해석자의 ‘이해의 지평’을 결정하는 선이해와 그에 따른 주관적 가치판단, 그리고 이 같은 주관적 요소들의 형성에 결정적인 영향을 미치는 헌법관과 기본권관을 무시한 방법론의 연구만으로는 법치국가적 합리성의 요청을 실현할 수 없다. 이러한 이유에

---

599) 여기에서 ‘헌법현실’의 개념은 ‘규범’과 ‘현실’의 이원적 구별과 대립이란 의미에서가 아닌, 헌법규범의 현실화란 의미에서의 ‘실현된 헌법’을 뜻한다. 이에 관해서는 K. Hesse (계희열 역), 독일헌법원론, 제20판, 박영사 2001, 단락번호 47 참조.

서 헌법학 방법론은 철학, 이론, 도그마틱, 정책 또는 실무와 아무런 관련 없이 고립된 영역으로 존재하는 것이 아니라, 이 영역들과 불가분의 관계를 맺으며 헌법의 해석과 적용을 결정하게 된다. 따라서 방법론의 논의가 헌법철학, 헌법이론, 헌법도그마틱, 헌법정책 그리고 헌법실무의 인식을 포함하게 되는 것은 필연적인 현상이다. 그러나 지난 2000년 9월 23일 한국공법학회 제90회 학술발표회에서 행해진 ‘공법학 방법론의 근본문제’에 대한 논의(가600) 방법론의 제일차적 관심을 법치국가적 합리성의 요청을 실현할 수 있는 헌법해석의 절차와 규칙의 모색에 두지 않고, 헌법해석의 과정에 영향을 미치는 해석자의 선이해, 즉 헌법관과 헌법이론의 조명에 두었을 뿐 아니라, 그에 대한 방법론적 검토역시 만족스럽지 못했던 것은 아직도 헌법학 방법론의 실천적 의미가 무엇인지 명확히 해명되지 않았기 때문인 것 같다. 이러한 이유에서 본고에서는 추상적·일반적인 헌법이론이 현행 실정헌법에 입각한 구체적·개별적인 헌법해석론, 특히 기본권과 관련해서는 기본권해석론으로 전환될 때 비로소 헌법학 방법론이 실천적 의미를 갖게 된다는 점을 강조하고자 한다.

## II. 실천적 기본권해석론의 출발점

### 1. 기본권논증의 과제와 기능: 법치국가적 합리성

현행 헌법 제2장은 ‘국민의 권리와 의무’라는 표제 하에 일련의 자유와 권리를 실정화하고 있다. 학설과 판례는 이를 ‘기본권’이라는

---

600) 이에 관해서는 김명재, 현대헌법해석방법론에 대한 비판적 고찰, 공법연구 제29집 제1호 (2000), 1쪽 이하; 오세혁, 국가와 규범·가치·힘 - 공법학 방법론에 관한 법철학적 고찰 -, 공법연구 제29집 제1호 (2000), 59쪽 이하 참조.

개념으로 간결하게 표현하고 있다.<sup>601)</sup> 현재 이 기본권 개념은 헌법재판소법 제68조 제1항 제1문에 명시된 법적 개념으로서, 실정 헌법상의 자유와 권리를 개별적으로 또는 포괄적으로 지칭하는 데 사용되고 있다. 그러나 이와 동시에 헌법 제10조 제2문에서는 ‘인권’ 또는 ‘기본적 인권’이라는 개념이 사용되고 있으며, 이것은 대체로 기본권의 개념적 연원을 이루는 것으로 이해되고 있다.<sup>602)</sup> 그러나 ‘기본권’이란 개념은 그 자체가 이미 다양한 관점에서 각각 서로 다른 의미로 이해될 수 있는 다의적 개념이기 때문에, 일단 개념 사용에 있어 통일성을 기하기 위해서는 논의의 제일차적 대상으로서 기본권의 의미와 법적 성질을 명확히 규명할 필요가 있다.<sup>603)</sup> 사실 기본권의 개념과 법적 성질에 관한 명확한 이해가 선행되지 않으면, 기본권의 구체화, 즉 해석과 적용은 그 대상 자체의 불명확성으로 인해 그 의미를 상실하고 만다. 이에 더하여 방법론적 성찰마저 결여된다면, 그 같은 법적 작업은 결코 법치국가적 합리성의 요청들, 즉 논증의 일관성, 상호주관적 통제가능성, 추수행(追遂行)가능성 및 예측가능성 등을 충족시킬 수 없게 된다.<sup>604)</sup> 기본권의 해석과 적용에 대해 이처럼 법치

601) 학설과 판례의 일반적 용어사용에 따라 때, ‘기본권’은 독일 헌법학의 영향으로 성립된 법적 개념으로서 독일 바이마르공화국헌법상의 ‘Grundrecht(e)’에서 유래한 개념이다. 이에 관해서는 김철수, 헌법학개론, 박영사 2001, 246쪽; 유진오, 헌법해의, 일조각 1959, 56쪽 (“이곳에 국민의 권리 의무라 함은 소위 기본적 권리 의무 Grundrechte und Grundpflicht를 말하는 것이다.”) 참조.

602) 예컨대 권영성, 240쪽: “버지니아권리장전과 프랑스인권선언에 있어서 인권 또는 인간의 권리라는 것을 독일에서는 기본권(Grundrechte)이라 하고 있다.”; 김철수, 229쪽.

603) 지금까지의 논의상황에 관해서는 이덕연, 기본권의 본질과 내용: 한국 기본권이론의 반성과 과제, 정천허영박사화갑기념논문집, 박영사 1997, 35 이하; 정종섭, 기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개, 정천허영박사화갑기념논문집, 박영사 1997, 1 이하 참조.

604) ‘구체화’의 개념에 관해서는 계획열, 서론, 계획열(편역), 헌법의 해석, 고려대학교 출판부 1993, 3 이하 (66 이하); 계획열, 헌법학(상), 박영사 1995, 66 이하; 필리, 법적 방법에 관한 주요명제, 계획열(편역), 헌법의 해석, 고려대학교 출판부 1993, 270 이하 참조.

국가적 합리성이란 과제와 기능을 요구하는 이유는 헌법해석의 과제가 단순히 헌법적으로 ‘올바른’ 결론을 찾아내는 데 있는 것이 아니라, 더 나아가 헌법적으로 올바른 결론을 합리적이고 통제 가능한 절차 속에서 찾아내고, 합리적이고 통제 가능하게 이 결론의 근거를 제시함으로써 법적 확실성과 예측가능성을 마련하는 데 있기 때문이다.<sup>605)</sup> 기본권이 헌법의 일부를 이루고 있는 한, 기본권논증이 이 같은 법치국가적 합리성의 요청을 충족시켜야 하는 것은 당연하다. 따라서 기본권의 개념과 법적 성질의 해명도 역시 궁극적으로는 기본권의 해석과 적용에 있어 요구되는 법치국가적 합리성의 요청을 실현하는 데 기여한다. 이 같은 인식을 논의의 기초로 할 때, 실천적 기본권해석론의 출발점은 무엇보다 기본권의 개념과 법적 성질, 그리고 그 구체화절차를 방법론적으로 해명하는 데 있다.

## 2. 기본권의 ‘실정성’

헌법상의 기본권규정들을 이해의 대상으로 하며, 이로부터 구체적인 사건의 해결에 필요한 규범적 의미내용을 구체화하기 위해서는 우선 기본권보장의 헌법적 의미를 명확히 할 필요가 있다. 주지하듯, 기본권보장의 문제가 역사상 등장하게 된 것은 봉건국가 또는 전제군주국가에서 자행된 통치권자의 무제한적 권력에 대항하여 모든 사람은 특정한 불가침, 불가양의 천부적 권리를 가졌으므로 통치권자라 할지라도 자의적으로 이를 침해할 수 없다고 주장하던 근대 시민민주주의의 요청에 의한 것이었다. 그러나 오늘날 특히 헌법상의 기본권을 이해함에 있어서도 이 같은 자연권설의 입장을 계속해

---

605) 계획열, 헌법학(상), 67.

서 고수해야 하는지는 의심스럽다. 천부적, 자연적 권리의 선행성에 입각한 기본권논증은 기본권이 현실적으로 각인된, 즉 그 규율대상인 현실의 구조에 상응하여 구체적으로 형성된 질서모형임을 주목하지 못하고, 규범과 현실의 상호관련성을 부정하거나 기본권해석자의 시각을 추상적으로 분리된 규범이나 현실의 어느 한 축으로 고정시킴으로써 구체화과정에서 요구되는 합리적 논증의 부담을 회피하는 유효적절한 수단으로 전락할 위험이 있기 때문이다. 게다가 “권리란 법과 국가가 있는 연후에 비로소, 또는 적어도 법과 국가와 동시에 있을 수 있는 것이므로 천부인권 운운은 적어도 법적 주장으로는 성립되지 아니함이 명백”하기 때문이다.<sup>606)</sup> 헌법상 기본권으로 보장된 개인의 자유와 권리는 국가와의 관계에서 개인에게 인정되는 많은 공법상의 권리들 가운데 특히 중요한 의미를 갖는 ‘기본적’인 것만을 헌법적으로 규정한 것이다.<sup>607)</sup> 그리고 이처럼 국민의 기본적 권리를 헌법에 규정한 것은 특히 국가권력에 의한 침해로부터 그것을 보다 효과적으로, 또한 입법자의 처분에 의해 좌우될 수 있는 법률적 차원의 권리보다 그 규범적 효력과 존립의 계속성을 더 강하게 보장하기 위한 것이다. 따라서 기본권은 초실정법적 성격을 갖는 인권과는 달리 어디까지나 실정성을 그 본질로 하는 권리인 것이다. 그러나 ‘기본적’ 권리만을 헌법에 규정했다고 해서, 실정성의 의미를 그 밖의 공법상의 권리는 국가권력에 의해 함부로 침해되어도 상관없다는 식으로 오해해서는 안 된다. 여기에서 의미하는 실정성은 논리적으로 완결된 폐쇄된 체계로서의 기본권체계를 의미하는 것이 아니기 때문이다. 즉 헌법의 텍스트구조를 볼 때, 개별 기본권규범은 ‘헌법변천(Verfassungswandel)’의 테두리 내에서 규율

---

606) 유진오, 전계서, 60.

607) 유진오, 전계서, 56쪽.

대상의 시간적 변화에 따라 새로운 의미내용을 갖게 되는 등 시간적·사항적 개방성을 그 특징으로 하며, 가령 헌법 제10조의 행복추구권과 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙은 이 같은 개별 기본권규범들에 의한 자유권과 평등권 보호의 흠결을 보충하는 일반조항으로 기능하고 있고, 더 나아가 헌법 제37조 제1항은 “국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 함으로써 가능한 한 흠결없는 권리보호 체계를 지향하고 있기 때문에, 기본권의 실정성을 전제한다고 해서 그것이 곧 법실증주의적 규범관으로의 후퇴를 의미하는 것은 아니다.

### 3. 기본권의 이중적 성격과 그 실천적 의의

인권의 초실정법성을 그대로 기본권의 법적 성격으로 전용하게 되면, 기본권의 천부인권성, 전국가성, 초실정법성을 강조하여 기본권의 대(對)국가적 방어권의 성격을 부각시킬 수는 있지만 기본권개념의 다양한 의미층을 주목할 수는 없다. 그 결과, 자연권설은 기본권의 ‘이중적 성격’ 내지 ‘양면성’이란 표현을 통해 인정되고 있는 기본권개념의 이중성과 그것이 암시하고 있는 기본권의 주관적 차원과 객관적 차원의 구별, 그리고 이 두 차원 사이에 존재하는 방법론적 및 사항적 관련성을 적확하게 파악할 수 없다. 이에 반해, 전술한 바와 같이 기본권의 실정성을 논증의 출발점으로 삼으면 기본권의 법적 성격은 다음과 같이 올바르게 이해될 수 있다.

#### 가. 기본권개념의 이중성

기본권의 ‘이중적 성격’이란 표현방식은 법규범이론 및 방법론의

관점에서 볼 때 기본권의 법적 성격을 명확하게 이해하는 데 도움이 되기보다는, 오히려 혼동을 야기하는 부적절한 개념일 수도 있다.<sup>608)</sup> 이 ‘이중적 성격’이란 표현방식은 어디까지나 독일 헌법학의 영향을 받아 확립된 용어로서, 독일어의 ‘레히트(Recht)’라는 개념이 객관적 차원에서는 일반적·추상적인 ‘법’, 즉 ‘법규범(Rechtsnorm)’을 의미하는 한편, 주관적 차원에서는 개인의 ‘권리’를 의미한다는 사실에서 비롯된 것이기 때문이다.<sup>609)</sup> 따라서 객관적 의미에서의 ‘법’, 즉 ‘법규범’과 주관적 의미에서의 ‘권리’가 개념적으로 명확히 구별되고 있는 우리말에서 이처럼 기본권이란 하나의 동일한 개념에 이중적 의미를 인정하는 것은 어찌면 개념적 혼동을 야기할 수 있을 지도 모른다. 사실 헌법소원심판의 청구 사유를 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 제1문에서의 ‘기본권’이나 헌법 제2장 ‘국민의 권리와 의무’에 목록화되어 있는 다수의 기본권규정에서 사용되고 있는 ‘권리’<sup>610)</sup> 및 그와 유사한 표현방식들은<sup>611)</sup> 모두 주관적 공권으로서의 기본권을 의미한다. 그러나 학설과 판례의 용어사용을 분석해 보면, 일단 ‘기본권’이란 개념은 - 자연권설의 입장에서 역시 인정하고 있듯 - 그 자체가 이미 독일어의 ‘Grundrecht(e)’의 번

608) 가령 F. Müller/Pieroth/Fohmann, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, Berlin 1982, S. 109.

609) F. Müller/Pieroth/Fohmann, S. 109에 의하면 가령 독일기본법 제1조 제3항, 제19조 제1항 제1문 및 제2문, 제28조 제3항, 제142조 등에서 사용되고 있는 ‘기본권’은 객관적 법규범으로서의 기본권규범을 의미하며, 제18조 제1문과 제93조 제1항 제4a호의 ‘기본권’이란 표현은 주관적 공권으로서의 기본권을 의미한다.

610) 예컨대 헌법 제10조 제1문, 제12조 제4항 제1문, 제12조 제5항 제1문, 제12조 제6항, 제22조 제2항, 제26조 제1항, 제27조 제1항, 제27조 제3항 제1문 및 제2문, 제31조 제1항, 제32조 제1항 제1문, 제34조 제1항, 제35조 제1항, 제37조 제1항 및 제2항 등.

611) 가령 헌법 제23조 제1항 제1문과 제23조 제2항 및 제3항의 ‘재산권’, 제24조의 ‘선거권’, 제25조의 ‘공무담임권’, 제33조 제1항 및 제2항의 ‘단결권, 단체교섭권 및 단체행동권’, 제33조 제3항의 ‘단체행동권’, 제35조 제2항의 ‘환경권’ 등은 ‘권리’의 압축된 표현방식으로 이해될 수 있다.

역어로서 일반화되어 사용되고 있고, 그럼으로써 그 개념이 항상 주관적 의미의 기본‘권’과 객관적 의미의 법규범인 기본권‘규범’으로 정확하게 구별되어 사용되고 있는 것은 아니기 때문에, 개념적 혼동의 가능성만을 이유로 기본권의 ‘이중적 성격’ 그 자체를 부인할 수는 없다. 그리고 이 같은 사실은 특히 기본권의 이중적 성격을 부정하는 자연권설의 입장에서 무의식적으로 “기본권은 입법권, 집행권, 사법권을 구속하는 법규범”이라고 주장할 때 더욱 더 명백하게 확인된다.<sup>612)</sup>

## 나. 기본권의 이중적 성격

기본권은 (a) 주관적 ‘권리’로서 개인의 실질적인 헌법적 지위를 근본적으로 규정하고 보장하는 한편 (주관적 권리성), (b) 객관적 법규범으로서, 즉-‘가치’, ‘가치척도’, ‘객관적 가치결단’, ‘가치결단적 원칙규범’, ‘근본결단’, ‘객관적 원리’ 또는 ‘객관적 원칙규범’ 등 다양한 개념들로 표현되는-기본권‘규범’(Grundrechtsnorm)으로서<sup>613)</sup> 공동체의 민주적, 법치국가적 질서의 기초를 형성하고 개인을 이 질서 속으로 편입시키는 (객관적 규범성) ‘이중적 성격’<sup>614)</sup> 내지 ‘다기능성’<sup>615)</sup> 그 개념적 특징으로 한다. 물론 이 경우에 개별 기본권규범의 의미내용을 ‘가치’로 파악하고 동시에 헌법에 실정화된 기본권규범

612) 김철수, 237.

613) 여기에서 의미하는 기본권의 객관적 법규범으로서의 차원, 즉 기본권‘규범’은 경우에 따라서 ‘물적’ 제도’라는 개념으로 표현되기도 한다. 이에 관해서는 김주환, P. Häberle의 제도적 기본권이론의 기초-특히 M. Hauriou의 제도이론과 제도개념을 중심으로-, 고시연구 1992. 10, 173 이하 참조.

614) K. Hesse (계희열 역), 단락번호 279 이하.

615) A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 3. Aufl., Köln [u. a.] 1989, S. 197.

전체를 하나의 완결된 ‘객관적 가치질서’ 내지 ‘가치체계’로 이해하는 ‘가치질서 사상’에 대해서는,<sup>616)</sup> 특히 다원주의사회에서 ‘가치’에로의 소급은 방법적으로 기본권해석의 방법적 명확성을 저해하며 때로는 기본권의 규범적 내용과 일치하지 않는 해석자의 주관적 가치평가의 개입을 초래하고 따라서 법적 안정성을 희생하게 된다는 비판이 있을 수 있다.<sup>617)</sup> 그러나 여기에서 말하는 ‘가치’는 결코 실정법질서에 ‘앞서’, 그 ‘외부에’ 혹은 그 ‘위에’ 선존하는, 불확실한 이데올로기와 주관주의철학에 법의 실정성 자체를 희생시키는, 법적 해석의 차원을 벗어난, 현실적인 삶의 외부에 정적인 것으로서 존재하는 추상적인 정신적 차원의 것을 의미하지 않는다. 그것은 오히려 역사적 경험을 통해서, 즉 봉건적 통치질서와 일본제국주의의 식민지배 하에서 자행된 온갖 인권유린과 정치적 억압 및 경제적 착취의 역사적 경험을 통해서 이제 ‘대한민국헌법’에 의해 새로이 창설된 국가질서의 역사적 의미와 그 포기할 수 없는 핵심 및 그 질서의 정당화근거가 바로 인권사상에 기초한 기본권의 실정화에 있음을 의미한다. 그러한 한, ‘가치’는 단지 헌법에 실정화된 기본권규범의 의미내용을 지시하는 표현에 불과하며 “오직 구체적으로 실현되는 가운데서만, 즉 - 이를 법과 관련시키면 - 실정화되는 가운데에서만 실재한다.”<sup>618)</sup> 따라서 ‘객관적 가치질서’ 내지 ‘가치체계’도 역시

616) 허영, 228 이하; 헌법재판소도 역시 1996년 6월 13일의 결정에서 헌법을 ‘하나의 통일된 가치체계’로서 이해하고 있다 (94 헌바 20 - 헌법 제29조 제2항 등 위헌소원). -그러나 헌법이론적 관점에서 볼 때 이 ‘가치체계’의 관념은 기본권목록속에 일종의 완결된 가치 및 이익체계, 즉 문화체계가 규범화되어 있다고 파악한 스멘트(R. Smend)의 통합론에 그 기원을 두고 있다. 이에 대해서는 R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: *dems., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 119 ff. (263 ff.) 참조.

617) 이에 대해서는 이덕연, 64 이하; 포르스토프, 헌법률의 개조, 계획열(편역), 헌법의 해석, 고려대학교 출판부 1993, 89 이하 참조.

618) 홀러바흐, 법치국가적 헌법의 해체? 칼 슈미트 기념논문집에 실린 에른스트 포르스토프의 논문 ‘헌법률의 개조’에 대하여, 계획열(편역), 헌법의 해석, 고려대학교 출판부 1993, 125 이하 (143).

- 법실증주의적 관점에서 주장하듯 - 기본권의 현실관련성을 추상적으로 평면화시키는, 이른바 ‘논리적으로’ 완결된 무흠결의 기본권체계로 파악하거나, 혹은 - 자연법적 사유에서 발견되는 바와 같이 - 초실정법적으로 선존하는, 실정법의 외부에서 헌법을 지배하는 ‘자연적인’ 또는 초역사적인 절대적 가치체계로 이해할 수 없다.<sup>619)</sup> 그것은 오히려, ‘의미체계’란 개념이 의미하듯, 기본권규범들의 내용은 엄밀한 개별화를 극복하고 그것들 사이의 상호관련성을 주목할 때 비로소 올바르게 이해될 수 있음을 의미한다.<sup>620)</sup> 그러한 한 기본권은 헌법적 보장을 통해서 창설된 개인의 주관적 공권인 동시에, 그 규율대상인 구체적 생활관계에 의해 물적으로 형성된 구속력 있는 ‘질서모형(Ordnungsmodell)’으로서 - 즉 사항적으로 구조화된, 실정법질서의 일부를 이루는 ‘부분질서’ 모형으로서 - 국가질서 및 공동체생활의 법적 기초와 골격을 규정한다.<sup>621)</sup> 그리고 ‘의미체계’로서의 기본권 전체는 개별규범의 연역적 추론이 가능한 총체규범으로서 이미 완결되어 존재하는 것이 아니라, 그 규범적 의미내용이 상호 정서될 때 비로소 실질적 통일성을 이룰 수 있는 헌법적 보장의 체계를 의미한다.<sup>622)</sup>

619) F. Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, S. 217; 이러한 맥락에서 홀러마흐, 143도 역시 “가치체계는 일정한 법칙과 필연성에 따라 기능하는 비타협적으로 완결된, 은폐된 자연법의 추상적 도식을 의미하지는 않는다”고 한다.

620) 홀러마흐, 144. - “모든 개체는 항상 스스로 일반성을 지향하고 있으며, 개체는 일반성의 개체로서만 존재한다.”

621) K. Hesse (계희열 역), 단락번호 290 이하; F. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 168 ff., 217 f.; B. Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 11. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 74 참조.

622) 이러한 이유에서 기본권의 해석과 적용에 있어서도 역시 구체화의 원리로서 ‘헌법의 통일성의 원리’와 ‘실제적 조화의 원리’가 특히 강조된다. 이에 관해서는 K. Hesse (계희열 역), 단락번호 70 이하; 계희열, 헌법학(상), 75 이하; 엠케, 헌법해석의 원리, 계희열(편역), 헌법의 해석, 고려대학교 출판부 1993, 163 이하 (192 이하); 허영, 74 이하, 263 이하, 268 이하 참조.

#### 다. 이중적 성격의 상관성

기본권의 이중적 성격을 이해함에 있어 특히 주목해야 할 것은 공동체의 객관적 법질서의 일부를 이루는 부분질서로서의 기본권규범은 그 속에 편입된 개인의 실질적인 헌법적 지위를 구체적으로 형성하고 그 한계를 규정하며 보호하지만, 그 질서 자체는 다시 개인의 주관적 권리 행사를 통해서 비로소 생동하는 현실이 될 수 있다는 점이다. 따라서 기본권의 두 차원, 즉 주관적 공권으로서의 차원과 객관적 법규범으로서의 차원은 결코 고립된 채 상호 대립하는 것이 아니라, 긴밀한 상호관련성 속에서 공존하는 것으로 인식되어야 한다.<sup>623)</sup> 이러한 의미에서 헌법재판소는 1996년 8월 29일의 결정에서 헌법 제15조의 “직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소”임을 강조한 바 있다.<sup>624)</sup> 그러나 이 같은 상관성을 “천부인권으로서의 자연권은 헌법에 규정됨으로써 비로소 헌법규범이 되고, 이러한 헌법규범이 국가권력을 구속하기 때문에 자연권은 헌법규범으로서의 성격을 가지고 객관적 질서를 이루는 것”이라고 설명한다면,<sup>625)</sup> 동전의 양면처럼 총체적으로 기본권을 구성하고 있는 이 두 차원 사이에 존재하는 상호 불가분의 관

623) 이에 관해서는 김주환, 184 이하; 허영, 한국헌법론, 신정9판, 박영사 1998, 225 이하 참조.

624) 공보 17 (94헌마113 지가공시및토지등의평가에관한법률시행령 제30조 등 위헌 확인).

625) 김철수, 234.

계는 ‘자연권 선존(先存)’의 일방적 인과관계를 통해서 그만 해체되고 만다. 사실 이 같은 이중성 및 상관성에 대한 인식의 차이가 단지 “기본권을 인식하는 시각에 지나지 않는 것인지 아니면 구체적인 권리관계에서 법적인 효력에 차이를 가져오는 것인지”의 문제는<sup>626)</sup> 개별 기본권의 해석과 적용이 방법론적으로 엄격하게 수행되지 않는 한 결코 적절하게 해명될 수 없다. 그러나 분명한 것은 - 독일에서의 기본권논의가 증명하듯<sup>627)</sup> - 학설과 판례의 계속적 발전을 통해서 구체적인 사건들을 방법론적으로 보다 명확하게 해결할 수 있는 확고한 관점과 규칙들이 개발될 때까지는 적어도 기본권의 두 차원 사이에 존재하는 긴밀한 상호관련성의 인식이 기본권 해석에서 매우 중요한 실천적 역할을 수행한다는 점이다.<sup>628)</sup> 가령 민법 제847조 제1항의 위헌성 여부를 판단함에 있어 “친생부인의 소에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가의 문제는 (...) 이해관계인들의 기본권적 지위와 혼인 및 가족생활에 관한 헌법적 결단을(!) 고려하여” 해결해야 한다는 헌법재판소의 결정은<sup>629)</sup> 적어도 “기본권의 실정성 혹은 초실정성 여부에 관한 논의를 포함하여 기본권의 기능과 효력에 관한 기본권일반이론상의 대부분의 논의는(가) 우리 사회의 현실과는 거리가 먼”<sup>630)</sup> “박제된 이론”이<sup>631)</sup> “사법시행용, 정치적 장식용 또는 전시용 기본권이론”에<sup>632)</sup> 불과한 것이 아님을 명백히 보여주고 있다.

---

626) 정중섭, 28.

627) 이에 관해서는 이덕연, 54 이하 참조.

628) 이에 관해서는 K. Hesse (계희열 역), 단락번호 299 참조.

629) 1997.3.27. 95 헌가 14, 96 헌가 7 (병합) 전원재판부 - 민법 제847조 제1항 위헌 제청 등 (괄호속의 강조는 필자에 의한 것임).

630) 이덕연, 74 (괄호속의 보충은 필자에 의한 것임).

631) 이덕연, 73.

632) 이덕연, 79.

#### 4. '이중적 성격'의 방법론적 및 사항적 관련성

##### 가. 기본권규범의 법적 효과로서의 주관적 공권

그럼에도 불구하고 자연권설은 계속해서 전술한 바와 같은 철저한 이원적 분리를 통해서 결국은 기본권보장을 통해 창설된 개인의 헌법적 지위를 여전히 국가와 실정법을 초월하여 이미 선존하는 비역사적 추상화로서의 '자연적' 지위로 파악하고자 한다. 그러나 이 같은 시도는 법(규범)이론과 방법론의 관점에서 볼 때 기본권의 주관적 공권으로서의 차원과 객관적 법규범으로서의 차원 사이에 존재하는 긴밀한 방법론적 및 내용적 관련성을 철저하게 무시하는 것이다. 즉, 자연권설의 주장에 따르면 주관적 공권으로서의 기본권은 근본적으로 초실정법적인 자연적 권리로서 여전히 자연법의 영역에 머물러 있는 반면, 기본권의 객관적 법규범으로서의 성격은 실정법적 차원에서의 헌법적 보장으로 이해된다. 그러나 기본권의 이중적 성격을 이와 같이 이원적으로 분리하여 각각 서로 다른 범주의 법적 차원에서 파악하려는 시도는 헌법에서 주관적 공권으로서의 기본권과 그 법적 기초인 기본권규범의 관계가 예컨대 사법(私法)에서 주관적 사권으로서의 청구권과 그 청구권의 근거인 객관적 사법규범의 관계와 근본적으로 동일하다는 사실을 오해하고 있다. 따라서 이 같은 오해는 주관적 공권으로서의 기본권은 언제나 그 법적 근거인 객관적 의미에서의 기본권규범으로부터 도출되기 때문에 양자는 항상 동일한 법적 차원에서 파악되어야 한다는 기본권해석론의 전제를 무시함으로써, 결국 “권리가 실정법을 떠나서 성립할 수 없다는 것은 사법적 개념을 고집한 것”으로서 “권리에는 자연권과 실정권이 있는데, 자연권은 실정법이 없더라도 권리로 인정되는 것”임

을 다시 강조하게 된다.<sup>633)</sup> 그러나 이 같은 자연법적 구성은 주관적 공권으로서의 기본권과 그 법적 기초를 이루는 객관적 의미에서의 기본권규범 사이에 존재하는 긴밀한 방법론적 및 내용적 관련성을 고려해 볼 때 더 이상 주장될 수 없다. 주관적 공권으로서의 기본권은 어디까지나 ‘구체적인 법적 사건’에서 그 기본권의 근거를 이루는 일반적·추상적인 기본권규범을 해석·적용함으로써 비로소 주관화되는 개별적·구체적인 ‘법적 효과’이기 때문이다.<sup>634)</sup> 따라서 개별 기본권주체와 구체적인 청구내용으로부터 분리된 일반적·추상적 기본권규범이 개별 기본권주체와 구체적인 청구내용을 전제로 하는 주관적 공권의 법적 근거를 이루는 한, 기본권해석의 ‘대상’인 동시에 구체화과정의 ‘전제조건’이 되는 것은 바로 기본권규범인 것이다.<sup>635)</sup>

#### 나. 자연권으로서의 주관적 공권?

기본권의 해석과 적용이 당해 사건을 규율하는 헌법상의 ‘규범텍스트(Normtext)’, 즉 ‘기본권규정’으로부터 출발하는 한, 그 구체화의 결과는 - 그것이 기본권규범이건 주관적 공권이건 - 모두 헌법상의 기본권규정으로 귀속될 수 있어야 한다. 게다가 헌법 제111조 제1항 제5호 및 헌법재판소법 제68조 제1항 제1문에 따르면, 헌법소원심판에서 문제되는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 침해된 기본권

633) 김철수, 232.

634) F. Müller/Pieroth/Fohmann, S. 109. 특히 방법론적 및 기본권해석론적 관점에서 의 문제해결에 관해서는 B. Jeand'Heur, Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, in: JZ 1995, S. 161 ff. 참조.

635) 이에 관해서는 F. Hufen, S. 52 f.; F. Müller/Pieroth/Fohmann, aaO., S. 109 참조.

은 어디까지나 청구인의 ‘헌법상 보장된 기본권’이어야 한다. 따라서 헌법재판소는 초실정법적 자연권을 그 결정의 법적 근거로 원용할 수 없다. 그럼에도 불구하고 주관적 공권으로서의 기본권은 자연권으로서 “실정법이 없더라도(!) 권리로 인정되는 것”이며<sup>636)</sup> 명문의 규정이 없든(!) “자신을 위하여 국가의 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는 현실적인 권리”로서 “입법권은 물론 집행권과 사법권도 (직접) 구속하는 것”이라는 자연권설의 주장은<sup>637)</sup> 방법론 및 해석론의 관점에서 볼 때 더 이상 허용될 수 없다. 그 같은 주장은 ‘일정한 법규정이 존재하고’ 그 규정의 법적 효과로서 국가에게 작위 또는 부작위 의무가 부과되는 동시에, 이 규정을 통해서 이익을 얻는 자에게는 국가에 대해 그 의무에 따른 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는 법적 힘이 부여되어 있을 때 주관적 공권이 인정된다는 전통적인 관념과 부합하지 않기 때문이다.<sup>638)</sup> 사실 헌법재판소가 어떠한 기본권규정으로도 귀속될 수 없는 초실정법적 자연법규범을 직접 그 결정의 법적 근거로 원용한다면, 그것은 곧 초실정법에 기초한 헌법의 ‘개조’로서 헌법해석의 한계와 기능적 정당성에 관한 심각한 논의를 수반하게 될 것이다.<sup>639)</sup>

### Ⅲ. 기본권규범의 구체화

#### 1. 법규범이론 및 방법론의 문제제기

636) 김철수, 232 (괄호속의 강조는 필자에 의한 것임).

637) 권영성, 242 (괄호속의 보충은 필자에 의한 것임). - ‘현실적 기본권’의 개념에 대해서는 권영성, 250; 김철수, 243 참조.

638) 이에 관해서는 F. Müller/Pieroth/Fohmann, S. 88 참조.

639) 이에 관해서는 계획열, 76 이하, 78 이하 참조.

## 가. 구체화절차의 입력정보: 사건과 규범텍스트

법학에 특수한 인식적 관심은 ‘재판의 관심’이다. 그것은 법적 작업이 이미 존재하는 법규범을 인지(認知, Kognition)하는 데 불과한 것이 아니라, 재판 내지 법적 판단을 통해서 인간 사회세계의 한 단면을 법적으로 구속력 있게 규율하려는 것이기 때문이다.<sup>640)</sup> 재판 내지 법적 판단을 위한 입력정보로서는 두 개의 요소, 즉 사실적 입력정보인 ‘사태(Sachverhalt)’와 규범적 입력정보인 ‘규범텍스트’를 들 수 있다. 여기에서 ‘사태’는 실제로 발생한 사건 또는 가상의 사건을 ‘사건의 개요’ 등 언어로 포착한 법적 문제를 의미한다. 이에 반해서 ‘규범텍스트’란 해석자가 사태의 표지들을 분석한 후 현행법으로부터 가설적으로 선택하는 법조문(Rechtssatz)을 말한다.

## 나. ‘말하는 헌법’의 입으로서의 헌법해석자?

기존의 방법론 논의에서는 헌법규범, 특히 기본권규범의 구체화과정에서 이 입력정보들이 갖는 의미와 기능은 충분히 고찰되지 않았다. 가령 ‘주관적 해석론’과 ‘객관적 해석론’의 논쟁을 보더라도, 논의의 초점은 어디까지나 사태를 삼단논법적 추론을 통해 포섭(包攝)하여 결론을 찾을 수 있는 규범텍스트 속의 주관적 또는 객관적 ‘의사’를 확인하는 데 있었지 (의사 독단, Willensdogma), 규범텍스트와 사태 그리고 규범의 상호관계를 이론적으로 해명하는 것은 아니었다. 이 같은 방법론적 인식에서 중요한 의미를 갖는 것은 해결해야 할 사태와는 상관없이 이미 존재하는 주관적 또는 객관적 의사

---

640) F. Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl., Berlin 1993, S. 159 f., 162 f.

를 객관적으로 확실하게 확인하고 이를 사후집행하는 것일 뿐이다. 이를 냉소적으로 표현한다면, 해석자는 이미 사태와 관련하여 무엇이 규범인지를 ‘말하는’ 헌법의 입에 불과한 것이다. 그러나 내용적 광의성, 불확정성, 구조적 개방성 등을 특징으로 하는 헌법의 규범텍스트에서 사태의 해결을 위한 명확한 기준이나 헌법 또는 헌법제정자의 사전결정을 찾을 수 있는 경우는 그리 많지 않다. 헌법의 규범텍스트는 해석자에게 사태의 해결을 위한 ‘단서’ 내지 ‘실마리’만을 제공할 뿐, 이를 기초로 규범적 의미를 완성해서 규범텍스트에 귀속시키는 것은 바로 해석자의 창조적 작업이다. 실제로 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정을 기다리는 많은 사건들은 이미 확립된 관례만으로는 간단히 해결될 수 없는 새로운 유형의 복잡한 사건들이거나, 당해 헌법규정의 다양한 해석가능성으로 인해서 결국 법원이나 헌법재판소의 유권적 해석을 필요로 하는 사건들이다.

(예) 헌법 제24조와 제41조 제1항은 국회의원선거와 관련하여 국민의 보통·평등·직접·비밀선거의 권리를 보장하고 있다. 그러나 국회의원지역선거구구역표에 따른 선거구획정이 선거구간 인구편차에 관한 헌법적 허용한계를 넘어서는 것인지 여부의 문제와 관련, 위 헌법 규정들로부터 도출되는 평등선거 원칙은 선거에 있어 결과가치의 평등을 ‘규범프로그램(Normprogramm)’으로 제시하고 있을 뿐, 사건해결을 위한 구체적 허용한계로서 4 : 1 또는 3 : 1의 편차를 규범으로 제시한 것은 헌법재판소 재판관들이다.<sup>641)</sup>

## 2. 기존의 규범이론 및 방법론에 대한 비판

### 가. 법실증주의 포섭이데올로기 비판

---

641) 예컨대 헌법재판소판례집 7-2, 760쪽 이하 참조.

고전적 법(률)실증주의는 ‘삼단논법’과 ‘포섭’에 의한 형식주의 규범모델을 그 특징으로 한다. 이에 따르면 규범과 사건의 관계는 다음과 같이 이해된다. 즉, 규범적 지시내용은 사건이 발생하기 전에 이미 규범텍스트에 내포되어 있으므로, 법규범은 규범텍스트와 동일하며 (법규범 = 규범텍스트), 법적 판단은 포섭, 즉 규범텍스트로부터 이미 존재하는 완성된 명령을 형식논리적 추론에 의해 도출함으로써 내려진다고 한다. 이에 따르면 예컨대 헌법재판소 재판관은 삼단논법이라는 순수한 논리적 인지절차를 통해서 법규범을 사건에 적용함으로써 ‘결정’을 내리게 된다. 이 같은 실증주의 테제에 따르면, 규범의 구체화란 이미 존재하는 일반적 성격의 법규범을 사건의 해결에 맞게 개별적 성격의 특별규범으로 축소시키는 것을 의미한다. 그러나 법적 개념의 의미는 다양하게 규정될 수 있으며, 이에 대한 한계가 규범텍스트 그 자체로부터 당연히 도출되는 것은 아니다. 따라서 규범텍스트는 고정된 언어의 소재지가 아니라, 해석을 통해서 그 의미내용이 새로워지거나 달라질 수 있는 기호자료일 뿐이다.<sup>642)</sup> 그렇다면, 규범텍스트는 사건해결을 위한 단서 내지 실마리를 제공할 뿐, 이미 완성된 해결내용을 포함하고 있는 것은 아니다. 따라서 규범텍스트는 기호가치만을 가질 뿐, 거기에서 사용되고 있는 법적 개념들의 의미는 각각의 사용방식을 고려하여 이해하지 않으면 안 된다. 이 같은 사실은 구체적 사건을 법적 개념에 포섭시키는 것이 극히 드문 예외적 경우에만 가능하다는 점을 통해서도 알 수 있다. 일반적으로 법규범은 법적 개념들의 표지가 의미론적으로

---

642) 법규범과 규범텍스트를 동일시하는 실증주의적 관점에 대한 비판에 대해서는 R. Christensen, *Der Richter als Mund des sprechenden Textes*, in: F. Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989, S. 47 ff. (50 f., 78 f.); F. Müller, *Juristische Methodik*, S. 135 ff., 154 ff.; dens., *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 147 ff., 234 ff. 참조.

불명확하기 때문에 매우 복잡한 구체화를 필요로 한다. 여기에서 구체화과정은 규범과 사건의 의미론적 간격을 없애는 과정을 의미한다.<sup>643)</sup> 이 같은 법실증주의 비판을 통해서 알 수 있듯, 법규범은 규범텍스트 이상의 것으로서 규범텍스트와는 구별된다 ('규범과 규범텍스트의 비동일성' 테제). 더 나아가 법실증주의 규범이론은 규범과 사회적 현실의 관계를 이해함에 있어 처음부터 문제의 축을 잘못 이해하였다. 이에 따르면 법질서는 논리적으로 완결된 체계로서, 이로부터 논리적 법리구성을 통해 사건의 해결책을 추론해 내는 것이 가능하다고 한다. 따라서 사건의 해결을 위해서 역사적, 철학적, 정치적 논거 등 이질적인 비(非)법학적 논거들을 도입해서는 안 된다고 한다. 그러나 이 같은 논거의 폐쇄성으로 인해서 현실의 요소들은 모두 구체화과정에서 제외되고 만다. 그 결과, 사회적 현실의 구조변화로 인하여 '헌법변천' 내지 '규범변천(Normwandel)'이 발생해도, 그것은 어디까지나 비(非)법적 현상으로서 규범텍스트에 새로운 의미내용이 부여되는 것은 아니라고 한다.

## 나. 반(反)실증주의 규범이론 비판

이에 대해서는 법실증주의 규범이론을 극복하려는 입장에서, 구체화과정의 논거를 개방함으로써 규범과 법적 판단을 매개하는 한편, 규범개념의 사회학적 개방을 통해서 법규범과 사회적 현실을 매개하려는 시도가 행해졌다. 그러나 여기에서도 극단적인 입장들이 있어서, 예컨대 극단적 결단주의(Dezisionismus)는 헌법적 논증의 초점을 규범보다는 정치적 결단에 맞추었으며, 극단적 사회학주의

---

643) F. Müller/Pieroth/Fohmann, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, Berlin 1982, S. 97.

(Soziologismus)는 논증의 초점을 규범에서 사회적 현실로 이전시켰다. 그러나 이 같은 시도들이 법치국가원리와 헌법에의 구속이라는 요청을 충족시킬 수 없음은 더 이상 설명을 요하지 않는다. 이에 반해, 중도적 입장의 반실증주의 규범이론은 규범과 현실을 변증법적으로 또는 상관적으로 매개하려는 시도이긴 하지만, 어디까지나 규범과 현실의 상호대립에서 출발하여 양자를 단지 사후적으로 매개하는 데 불과하다.<sup>644)</sup> 따라서 이 같은 시도를 통해서는 규범과 현실의 이원론을 특징으로 하는 법실증주의 패러다임을 완전히 극복할 수 없다.

### 3. 탈(脫)실증주의 규범모델: 구조화 법규범이론과 그 방법론

#### 가. 법규범의 정태적 구조

탈(脫)실증주의 규범모델은 뮐러(F. Müller)의 ‘구조화 법이론(Strukturierende Rechtslehre)’을 통해서 비로소 수립되었다.<sup>645)</sup> 이에 따르면 법규범의 개념은 언어적 구성요소인 ‘규범프로그램’과 현실적 구성요소인 ‘규범영역(Normbereich)’으로 구성된다(‘규범 = 규범프로그램 + 규범영역’).<sup>646)</sup> 여기에서 ‘규범프로그램’은 지금까지 규범으로 이해되어 온 ‘법적 명령(Rechtsbefehl)’을 말하며, 이것은 모든

---

644) 규범과 사회적 현실을 이원론적으로 대립시키는 실증주의적 사유모델을 벗어나지 못하고 있는 전통적인 규범관에 대한 비판적 논의에 관해서는 F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 24 ff., 77 ff. 참조.

645) ‘법규범의 구조화이론’ 및 ‘구조화 방법론’의 구상에 관해서는 가령 F. Müller, Normstruktur, S. 147 ff., 168 ff., 184 ff.; dens., Juristische Methodik, S. 121 ff.; dens., Strukturierende Rechtslehre, S. 225 ff. 참조.

646) F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 232, 238.

언어정보를 해석해서 얻어진 결과다. 따라서 그것은 모든 방법론적 수단에 의거한 규범텍스트 해석의 결과인 것이다. 이에 반해서 ‘규범영역’이란 사실정보, 즉 자연적, 역사적, 사회적 현실의 구조를 경험적으로 분석한 결과를 의미한다.<sup>647)</sup> 법규범의 개념이 이처럼 규범영역을 포함한다면, 그것은 확실히 법전상의 언어형상인 규범텍스트 이상의 것이다.<sup>648)</sup>

## 나. 법규범의 동태적 구체화

법규범의 이 같은 정태적 구조모델은 동태적 구체화 과정모델을 통해 보완된다. 여기에서 ‘구체화’란 개념은 이미 완성된 형태로 존재하는 일반적 법규범을 사건에 맞게 개별적 법규범으로 축소하는 것이 아니라, 구체적인 사건해결의 과정에서 일반적 법규범을 ‘창조’하는 것을 의미한다.<sup>649)</sup> 즉, 법규범은 구체적인 사건에서 그때그때 비로소 창조되는 것이다.<sup>650)</sup> 규범적 명령과 이를 통해 규율되는 현실, 즉 규범프로그램과 규범영역은 이 구체화과정에서 상대적으로 독립된 병렬적 작용요소에 불과하다. 즉, 법규범은 구체적 사건에서 이 두 요소의 협동작용을 통해서 비로소 도출되는 것이다. 따라서 규범프로그램과 규범영역은 법규범의 규범성(Normativität)을 위한 필요조건이며, 양자의 상호작용은 그 충분조건이다. 여기에서 ‘규범

---

647) ‘규범프로그램’ 및 ‘규범영역’의 개념에 관해서는 F. Müller, aaO., S. 238. - ‘규범영역’과 ‘보호영역(Schutzbereich)’의 용어론적 구별에 대해서는 F. Müller, Juristische Methodik, S. 64 Fn. 111, 278 Fn. 453. 참조.

648) F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 236.

649) F. Müller, Juristische Methodik, S. 169. - ‘구체화’의 개념에 대해서는 F. Müller, ‘Richterrecht’, Berlin 1986, S. 46 ff.

650) F. Müller, Juristische Methodik, S. 14, 26 f., 168, 170; K. Hesse, aaO., § 2 Rn. 60, 64, 66.

성'이란 법규범의 정태적 성격이 아니라, 사항적으로 구조화된 법규범의 창조 및 사건해결을 위한 전환의 과정을 의미한다.<sup>651)</sup> 따라서 규범성은 규범프로그램과 규범영역의 상호작용 전체에 인정되는 것으로서, 모든 구체화절차에서 계속 새롭게 창조되는 것이다. 규범성을 창조하는 과정에서 두 요소가 갖는 유용성은 비록 동일하지 않지만, 그 가치는 동등하다.<sup>652)</sup>

#### 다. 구체화과정의 세분화

법규범의 창조와 법적 사건의 해결을 간단히 규범의 구체화라고 표현한다면, 하나의 통일적인 구체화과정은 그에 따라서 2단계 과정으로 구조화될 수 있다. 제1단계의 과정에서는 법규범이 비로소 창조되고, 제2단계의 과정에서는 '결정규범(Entscheidungsnorm)'이 창조된다. 제1단계의 법규범 창조과정은 다시 두 개의 과정으로 분리될 수 있는데, 그 하나는 '해석' 과정이며, 또 하나는 '규범영역분석' 과정이다. 이미 언급한 바와 같이, 실천적인 구체화과정 또는 실제적인 사건해결의 과정은 현실적인 사건 또는 가상의 사건을 언어로 포착하여 사건의 개요로 보고 되는 일정한 사태로부터 출발한다. 헌법 해석자는 이 같은 사태의 표지들을 통해서 자신의 선지식에 따라 현행 헌법으로부터 사건의 해결과 관련된 규범텍스트 가설을 선택한다. 이 같은 규범텍스트가설의 선택을 통해서 해석자는 그와 관련된 '사항영역(Sachbereich)'으로 이르게 된다. 여기에서 '사항영역'이란 가정된 법규범과 관련된 모든 사실적 측면들을 의미한다.<sup>653)</sup>

---

651) F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 232, 257.

652) F. Müller/Pieroth/Fohmann, aaO., S. 101.

653) '사항영역'의 개념에 대해서는 F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 251 ff. 참조.

그러나 사항영역을 이루는 사실자료들은 그 범위가 지나치게 넓기 때문에, 그것을 완전히 파악하고 처리한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 게다가 사태의 개별성을 고려해 볼 때 그와 무관한 사항영역의 모든 사실들을 다 다룰 필요는 없을 것이다. 따라서 이 광범한 사항영역은 작업의 경제성을 위해서 대체로 ‘사건영역(Fallbereich)’으로 축소된다. ‘사건영역’이란 당해 사항영역의 한 단면, 즉 관련된 법규범의 사항영역에 해당하는 사실들 중에서 ‘바로 그 사태’와 관련하여 중요한 의미를 갖는 사실자료들을 의미한다.<sup>654)</sup> 이에 이어서 해석자는 전통적인 방법론에 의해서 인정된 모든 수단들을 동원하여 규범텍스트를 다루게 되는데, 이 과정은 모든 언어자료들을 해석함으로써 규범텍스트로부터 규범프로그램을 얻어내는 과정이다. 여기에서 의미하는 언어자료들은 규범텍스트와 좁은 의미에서의 방법론적 구체화요소들, 즉 전통적인 해석규칙들은 물론, 도그마틱, 헌법이론, 헌법정책 및 사건해결의 기술 등을 포함하는 매우 다양한 것들이다. 이 같은 방식으로 얻어낸 규범프로그램은 구성요건과 법적 효과로 세분화될 수 있는 규범적 척도가 된다.<sup>655)</sup> 전통적인 규범이론을 고수하는 학설에서 때때로 발견되는 당위명제로서의 ‘규범’으로의 전환은 바로 이 규범프로그램의 확정을 의미한다. 이 규범프로그램의 도움으로 해석자는 다시 사건영역에서 규범적으로 작용하는 사실들의 일부, 즉 규범영역을 추출해 낸다. 여기에서 의미하는 규범영역은 규범프로그램에 의해 포착된 객관적 생활관계의 근본구조를 말한다.<sup>656)</sup> 이 규범영역은 우선 사태를 통해서 구체화과정에 도입된 사실들 중에서 규범프로그램과 관련된 것으로서 결정규범을

654) ‘사건영역’의 개념에 관해서는 F. Müller, aaO., S. 254 ff. 참조.

655) F. Müller/Pieroth/Fohmann, aaO., S. 101.

656) F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 252.

위해 중요한 의미를 갖는 것으로 판단되는 사건관련적 사실들을 추출하고, 이 중에서 다시 일정한 사항의 특성과 맥락을 추출해 낸 것을 의미한다.<sup>657)</sup> 규범프로그램과 규범영역의 이 같은 공동작용을 통해서 비로소 구체화의 중간결론으로서 추상적, 일반적 성격의 법규범이 도출된다. 이 법규범은 추상성과 일반성을 특징으로 하기 때문에, 당해 사건과 동일한 유형의 사건들에 대해서도 적용될 수 있는 것이다. 그러나 실제적인 사건해결의 절차에서는 항상 사건의 당사자가 특정되어 있다. 따라서 이 같은 개별적 성격의 특정사건을 구속력 있게 해결하기 위해서는, 전술한 바와 같은 일반적·추상적 법규범이 종국적으로 구체적·개별적 성격을 갖는 결정규범으로 개별화되지 않으면 안 된다. 구체화의 최종적 결론으로서 결정규범을 창조하는 이 마지막 단계는 예외적으로 삼단논법적 추론, 즉 중간결론으로서 이미 창조된 법규범에의 포섭을 통해 이루어진다.<sup>658)</sup>

#### 4. 기본권규범의 유형론적 세분화

전술한 바와 같은 법규범의 구조화이론 및 구체화절차는 법규범의 하나인 기본권규범의 구체화에서도 그대로 적용된다. 우선 헌법의 기본권 규정들은 일단 ‘…는 허용된다’, ‘…는 금지된다’ 또는 ‘…하여야 한다’와 같은 당위적 표현들을 사용하고 있지 않기 때문에, 마치 현실적인 상황을 있는 그대로 묘사하고 있는 듯한 인상을 준다. 그러나 기본권규정은 법적인 언어텍스트로서, 이것은 구체적인 사건에서 이를 규율하는 각각의 규범적 지도사상을 해석하는 기초가 된다. 게다가 헌법 제111조 제1항 제1호의 위헌법률심판, 제111

657) F. Müller, aaO., S. 253.

658) F. Müller, Juristische Methodik, S. 27.

조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조의 헌법소원, 헌법 제107조 제2항의 행정행위의 헌법에의 구속, 헌법 제103조의 법관의 헌법에의 구속 등을 고려해 볼 때, 헌법의 일부를 이루는 이 기본권규정들은 당위 명제로서 입법, 집행 및 사법을 직접 구속하는 효력을 갖는 법규범의 도출근거가 된다. 그러나 이처럼 기본권의 구속력을 순수하게 형식적으로 인정한다고 해서 구체적인 사건에서 당해 기본권이 어떠한 규범적 내용을 통해서 공권력의 행사 또는 불행사를 규율하는가에 관해서는 아직 해명되지 않았다. 이 같은 문제들에 대해서 곧 바로 명확한 결론을 제시한다는 것은 사실 기본권규정의 의미론적 및 구조적 개방성을 고려해 볼 때 불가능하다. 게다가 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권이 나 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙을 고려해 보더라도, 이 규정들은 그 규율영역의 광범성과 복잡성으로 인해서 오늘날 헌법생활에서 이들이 갖는 규범적 의미를 충분히 평가할 수 없을 정도로 다양한 유형의 사건들을 규율하는 데 기여한다. 이 같은 기본권규정들의 해석과 적용은 결코 단순한 법적 작업이 아니다. 바로 이러한 이유에서 헌법의 해석자는 각각 구체적인 법적 사건에서 시대에 맞는, 또한 결론적으로도 타당한 기본권규범을 구체화할 과제에 직면하게 된다. 결국 기본권의 해석과 적용은 전술한 바와 같은 법규범의 구체화과정에 따라 창조되어야 하며, 이렇게 해서 창조되는 기본권규범도 역시 다른 법규범과 마찬가지로 그 구조에서는 본질적으로 두 개의 구성요소, 즉 기본권적 규범프로그램과 이에 의해 규율되는 규범영역으로 구성되게 된다.<sup>659)</sup> 따라서 기본권규범의 구체화도 역시 전술한 바와 같이 각각의 구체적인 사건에서 이 두 요소들간의 공동작용을 통해 비로소

---

659) E. Stein, aaO., S. 213 ff. 참조.

창조되게 된다. 기본권규범의 이 같은 현실구속성 또는 현실관련성을 고려해 볼 때 그것은 결국 역사적 현실을 통해서 그때그때 개별적으로 형성된 - 물론 재산권의 경우와 같이 때에 따라서는 현실 그 자체를 통해서 형성되었다기 보다는 규범적으로 형성된 - 일정한 개인적 및 사회적 행동이나 조직, 또는 사항들에 대한 보호보장이 된다.<sup>660)</sup> 때때로 학설에서는 기본권을 일반조항과 동일시하려는 견해가 발견되는데, 이 같은 견해는 규범영역의 사항적 제한가능성 및 이를 가능하게 하는 헌법의 텍스트구조의 엄격성을 충분히 고려하지 않은 것으로 이해된다.<sup>661)</sup> 구조화 법규범이론에 따르면 일반조항은 사실상 그 규범구조에서 다른 법규범들과 마찬가지로 완전하다. 즉 일반조항의 규범텍스트로부터 출발할 때에도 규범프로그램과 규범영역을 통해서 각각의 사건을 규율하는 법규범을 구체화하고, 또 이를 결정규범으로 개별화하는 것이 얼마든지 가능하다. 단지 일반적인 법규정들과 차이가 있다면, 그것은 바로 일반조항의 지극히 모호한 규범텍스트의 표현양식에 있다. 가령 민법 제2조 제1항과 동조 제2항과 같은 일반조항은 단지 ‘신의성실’, ‘권리남용’ 등과 같은 표현들을 사용하고 있기 때문에 구체화과정에서 그 규범영역의 범위를 포착하기가 매우 어렵다. 이 같은 표현들은 사실 그 구체화에서 단지 예외적으로 실정법의 내용을 지시하고 있을 뿐, 대체로 비(非)법적인, 가령 윤리적 또는 사회적 기준들을 지시하고 있을 뿐이다. 따라서 이 같은 표현들의 구체적인 규범적 내용은 그것이 지시하는 각각의 규범영역을 분석함으로써 비로소 확정될 수 있을 뿐

---

660) F. Müller, Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 1990, S. 11, 40 ff., 87; K. Hesse, aaO., § 9 Rn. 300; U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, in: DÖV 1971, S. 505 ff. (509) 참조.

661) 가령 P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1983, S. 102, 168, 186 Fn. 367, 214, 218.

이다. 이에 반해서 개별 기본권규정은 보다 조밀한 텍스트구조를 취하고 있으며, 이것이 비록 명확하게 한정된 규범영역을 제시하지는 못한다 할지라도 일단 대체적인 윤곽을 파악할 수 있을 정도의 규범영역을 제시하고는 있다.<sup>662)</sup> 따라서 헌법의 기본권규정들은 일단 헌법 제10조와 제11조 제1항 제1문의 규정들을 예외적으로 일반조항으로 이해한다면, 그 밖의 규정들은 일괄적으로 일반조항과 동일시되어서는 안 된다.<sup>663)</sup> 이처럼 기본권규정의 텍스트구조에서 나타나는 상이한 규범적 밀도는 헌법재판소에 의한 통제에서도 중요한 의미를 갖는다. 그것은 개별 기본권들이 사항적으로 특정된 규범영역을 제시하고, 그러한 한보다 조밀한 통제의 관점들을 제시하는 반면, 일반조항은 지극히 모호한 규범텍스트로 인해서 사항적으로 특정된 규범영역을 제시하지 못하기 때문이다. 이 같은 일반조항의 규범텍스트의 포괄적 지시기능과 이로부터 나오는 규범영역의 사항적 불특정성은 그로부터 유형화될 수 있는 일반적·추상적 성격의 규범을 곧 바로 도출해 내는 것을 불가능하게 하므로, 모든 공권력에 대해서 일반적으로 적용되는 유형화 가능한 기본권규범은 각각의 규율대상으로 파악된 일정한 생활관계의 근본구조를 분석함으로써 비로소 전개되지 않으면 안 된다. 따라서 일반조항의 성격을 갖는 기본권의 규범적 내용은 각각의 규범영역의 특성에 따라 세분화되고 엄밀화되지 않으면 안 된다.<sup>664)</sup> 여기에서 ‘규범성’을 내용적으로 함께 구성하는 사항적 요소들은 예컨대 헌법소원심판에서 공권력의 행사를 통제하는 경우에는 일반적으로 당해 공권력이 행사된 문제의 사항영역으로부터 추출되게 된다. 이에 반해서 규범통제에서

662) 기본권과 일반조항의 구별에 관해서는 F. Müller, Normstruktur, S. 201 ff. 참조.

663) 이에 대해서는 F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 327 f., 404 ff. 참조.

664) BVerfGE 75, 108, 157.

는 규범영역의 요소들은 대체로 심판의 대상이 되는 법률규정의 규범영역으로부터 추출되게 된다. 또한 기본권의 규범영역은 각각의 사건과 관련된 다른 헌법규정 또는 법률규정들의 규범영역으로부터도 추출된다.<sup>665)</sup> 이 같은 과정을 통해서 일반조항의 규범영역은 유형론적으로 확정되게 되며, 이와 같은 법적 전통이 축적되는 과정에서 이 일반조항에는 점차 통상적인, 즉 개별적인 사건을 특정하여 규율하는 법규범과 결정규범이 확립되게 된다. 이 같은 방식으로 규범영역을 유형론적으로 엄밀화하는 것은 해석자의 자의적 결정의 여지를 축소하고 기본권을 영역에 따라 특수하게 적용하는 것을 가능하게 해준다.

#### IV. 결 론

이상의 고찰을 통해서 알 수 있듯, 기본권의 해석과 적용은 단순한 헌법철학적 사변이나 헌법이론적 논증의 차원에서 끝나는 것이 아니다. 이 같은 철학적 또는 이론적 논증은 헌법상 보장된 기본권의 구체적인 규범적 의미내용을 해명함에 있어 동원될 수 있는 다양한 구체화요소들 중 일부에 지나지 않는다. 따라서 헌법관 또는 헌법이론, 그리고 기본권이론에 관한 논의와 그 이해는 기본권규범의 구체화과정에 도입될 수 있는 것으로서 결코 해석자의 객관적 해석을 방해하는, 또는 구체적인 해석과정에 있어 무용한 메타법학적 차원의 것으로 도외시되어서는 안 된다. 그러나 기본권규범의 구

---

665) 이와 같은 구체화전략에 관해서는 F. Müller, Normstruktur, S. 121, 201 f.; dens., Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 14; dens., Juristische Methodik, S. 282 f. 참조.

체화는 단지 이 같은 구체화요소들만을 통해서 완성되는 것도 아니다. 기본권의 구체화는 당해 사건의 객관적 생활관계의 구조와 그 특성에 대한 분석과 이해를 필연적으로 요구하며, 또한 이를 통해서만 비로소 법규범과 결정규범으로 귀결될 수 있다. 그러나 기본권의 규범텍스트가 광범한 규범영역을 지시하고 있는 한, 기본권규정으로부터 창조될 수 있는 기본권규범은 매우 다양할 수밖에 없다. 이 같이 다양한 규범들은 각각의 규범영역의 특성에 따른 유형화를 통해서 비로소 단순한 기본권규정을 풍부한, 그리고 입체적인 규범복합체로 보이게끔 만든다. 기본권규정의 단순한 문구를 넘어서는 풍부한 법규범의 창조와 그에 따른 적용사례의 유형화는 해석자가 헌법상의 기본권을 해석·적용함에 있어 자칫 범할 수 있는 자의적 법창조의 오류와 그로 인한 헌법재판의 기능법적 한계의 일탈을 가능한 한 축소시켜 준다. 게다가 여기에서 제안되고 있는 법창조의 세분화된 구조화모델은 사건과 헌법조문으로부터 출발하여 법규범과 결정규범의 창조에 이르는 일련의 과정을 실제의 법실무 과정을 적확하게 분석하여 수립되었을 뿐 아니라, 각각의 구체화단계들을 세분화함으로써 이 같은 절차의 진행을 각각 상호 주관적으로 통제하고 추수행 가능하게 하며, 납득할 수 없는 헌법해석의 오류가 어디에서 발생했는가를 손쉽게 찾을 수 있도록 해석자의 선이해와 논거의 제시를 철저하게 요구하는 장점을 갖는다. 그러나 주의해야 할 것은 여기에서 제안된 구조화모델은 어디까지나 많은 해석모델 가운데 하나의 모델로 생각될 수 있는 것이지, 이 모델을 통해서만 기본권의 해석과 적용이 가능하다는 것을 의미하는 것은 아니다. 방법론의 논의에서 중요한 것은 해석적 결론의 타당성이 반드시 법치국가적 합리성을 보증하는 것이 아니라, 올바른 방법만이 결론의 납득가능성을 정당화한다는 점이다.