

# 언론의 자유와 공정한 재판

朴 容 相  
辯護士(法學博士)  
前 憲法裁判所事務處長

## - 目 次 -

I. 서론 .....	7
1. 법의 지배와 여론의 지배 .....	7
2. free press v. fair trial .....	10
II. 사법절차에 대한 언론의 접근 및 취재 .....	11
1. 서 .....	11
2. 재판공개제도 .....	12
가. 연혁 및 의의 .....	13
나. 재판공개원칙의 실제적 적용 - 미국의 예 .....	20
다. 재판공개주의와 그 예외 - 독일 .....	27
3. 사법절차에 대한 접근 및 취재 - 한국 .....	30
가. 재판공개제도의 운영 .....	30
나. 법원 구내의 출입 .....	38
다. 수사 및 재판에 관한 문서에 대한 취재 .....	40
4. 법정 내 언론활동의 허용범위 .....	53
가. 개관 .....	53

나. 각국의 예 .....	55
다. 한국 - 현행 법령의 상황 .....	66
III. 사법절차에 대한 언론보도와 그에 대한 규제 .....	69
1. 언론의 재판보도의 경향 .....	69
가. 언론의 사법 비판의 당위성 .....	69
나. 여론재판의 폐해 .....	71
2. 영국 .....	77
가. 재판보도에 대한 형사처벌 - 법정모욕죄 제도 .....	77
나. 법정모욕죄로 처벌되는 경우 .....	78
3. 미국 .....	88
가. 개관 .....	88
나. 법원에 의한 통제의 경과 .....	90
다. 간접적 규제의 유형 .....	112
4. 독일 .....	117
가. 입법론상의 논쟁 .....	117
나. 법제와 새로운 시도 .....	119
다. 자율규제 .....	121
5. 한국 .....	122
가. 개관 .....	122
나. 법규정 .....	123
다. 직무상의 공보지침 .....	129
라. 법원의 조치 .....	132
마. 결론 .....	133
IV. 제언 .....	135
1. 사법의 과제 .....	136
2. 언론의 과제 .....	138
참고 문헌 .....	140

## I. 서론

### 1. 법의 지배와 여론의 지배

사법권은 국가권력구조에 있어서 입법권 및 행정권에 대하여 정립(鼎立)하는 독립된 지위를 가지고 그들과는 다른 비정치적인 입장에서 법적 분쟁이 있는 경우에 이를 합법적인 관점에서 해결함으로써 법질서를 유지하고 기본권을 보호·실현하는 기능을 행한다. 우리 헌법은 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하며(헌법 제101조 1항), 법관은 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 심판할 것을 규정하고 있다(헌법 제103조). 사법은 이미 정해진 헌법과 법률을 기준으로 합법성(合法性, Legalität)의 논리에 의해 법적 분쟁의 해결을 기도하게 되므로 현상유지를 지향하며 보수적 성향을 띠게 마련이다.<sup>1)</sup>

그에 비하여 언론<sup>2)</sup>이 헌법상 행하는 공적 기능은 일체의 국가 및 사회의 공적 사항에 대한 보도·논평을 통하여 여론을 형성하고 그에 의해 국가 및 사회적 결정의 정당성(正當性, Legitimität)을 위해 활동하는 것으로 이해되고 있다. 언론은 끊임없는 보도와 논평에 의해 국민의 알 권리를 충족시키고, 여론형성에 참여함으로써 새로운 정책결정에 방향을 제시할 뿐 아니라 그 공시기능으로 인하여 놀라운 통제기능을 수행한다. 언론은 국가권력기구의 외곽에서 자발적으로 설립·조직되고 자유로이 활동하는 사회적 제도임에도 이러한 강력한 통제력을 행사한다는 점에서 이른바 제4의 권력이라고까지 비유되고 있다.

---

1) 그밖에도 우리 헌법은 제109조에서 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 하여 재판공개 원칙을 규정하고, 제27조에서는 국민의 기본권으로서 “헌법과 법률이 정한 법원에 의하여 법률에 의한 재판에 받을 권리”, 형사피고인의 판결확정시까지 무죄추정권을 규정하고 있다.

2) 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론출판의 자유와 집회결사의 자유를 갖는다”고 규정한다.

언론의 공적 과업으로 표시되는 언론의 헌법적 기능의 요체(要諦)는 정당 화기능과 통제기능에 있다. 즉, ① 언론은 모든 정치적 과정을 공개하고 정치적 판단에 필요한 정보를 제공함으로써 국민의 알 권리를 충족시키는 동시에 그 주권행사를 능동화하고, ② 다원적 이익과 의견간의 토론을 가능하게 함으로써 타협과 조화를 통하여 국가의사의 결정을 가능하게 하며, ③ 그러한 과정에서 소수파에게 의견개진의 기회를 보장으로써 (소수자의) 기본권보호와 평화적 정권교체를 가능하게 하고 ④ 다수결에 의한 대의제적 의사결정에 정당성을 부여할 뿐 아니라 ⑤ 대의자와 피대의자간의 항구적 의견소통을 가능하게 함으로써 국가권력 행사에 정당성을 부여하는 한편, ⑥ 폭로와 비판을 통해 관료제적 구조와 정당국가적 경향이 심화된 현대국가에서 놀라운 통제기능을 행하게 된다.<sup>3)</sup>

이와 같이 사법과 언론 양자를 비교하면 우선 사법은 ‘법의 지배’를 관할하는 국가기관이고 언론은 ‘여론(輿論)의 지배’를 담당하는 사회적 제도라고 말할 수 있다. 여론의 지배나 법의 지배는 이념적으로 보아 힘 또는 권력의 자의적(恣意的) 지배에 대한 대응개념으로 논할 수 있다. 연혁적으로 보면 여론의 지배는 근대 자유주의의 시민혁명의 과정에서 태어나게 되었으며, 현대의 대중민주주의국가에서 이른바 매스컴의 자유에 의해 국민주권주의(國民主權主義)의 이념을 실현할 수 있는 수단으로서 새로운 의미를 부여받게 되었다. 한편 권력분립론과 함께 자유주의 헌법의 산물로서 등장한 법치주의(法治主義) 역시 권력의 자의적 지배를 제어하기 위한 제도였으며, 이른바 ‘실질적 법치국가’를 지향하는 현대국가에서는 인간의 존엄이라고 하는 가치 질서에 구속받게 되었다.

그러나 언론은 그 통합적 기능의 행사에 있어서는 물론 통제적 기능의 행사에 있어서는 정당화원리(Legitimitätsprinzip)에 봉사하게 되지만, 사법은 합법성원리(Legalitätsprinzip)<sup>4)</sup>에 따라 인간의 존엄에 구속된 법질서를 수호한다는데 기본적인 차이를 보여준다.

3) 박용상, 언론의 자유과 공적 과업, 교보문고 (1982), 282면 이하

4) Address by President Taft (Mar. 8. 1912), quoted in Willoughby, Principles of Judicial Administration 356-357 (1981) 정인진, 미국의 법관윤리진범에 관한 연구, 법원행정처 간행, 외국사법연수론집[9] 재판자료 제58집(1992), 31면에서 전제

이에 관하여 미국의 제27대 대통령과 제11대 연방대법원장을 지낸 William H. Taft는 법관 및 사법부의 성격과 기능을 다음과 같이 설명한다.

“사법부는 그 구성원인 법관의 선임방식이 임명제이든 선거제이든 어떠한 의미에 있어서도 대의체라고 할 수는 없다. 법관은 그 직책을 수임하는 순간부터 그들이 발견하는 대로의 법을 적용하여 나갈 뿐이다. 그는 입법부의 법률을 그 제정의도에 따라 해석·적용하지만, 만약 입법부가 헌법의 수권내용을 넘는 내용의 법률을 제정할 때에는 상위규범인 헌법에 따라 그 법을 무효화한다. 법관은 정의의 원칙에 따라 분쟁을 해결할 뿐이다. 개인과 개인 사이에서, 개인과 국가 사이에서, 다수와 소수 사이에서, 그리고 경제적·사회적·정치적 강자와 그 약자 사이에서 법관은 공평을 유지하며, 두려움이나 편애함이 없이 판결하여야 한다.

그러나 법관이 다수의 의사에 따라 판결하여야 한다고 믿는다면 그것은 우리의 통치체제, 나아가 정의를 추구하는 어느 통치체제에 대하여도 커다란 오해이다. 수많은 사건에서 문제된 쟁점에 관한 진짜 이해당사자는 어느 한 시점에서의 다수일 수 있고, 그 다수는 왕왕 기본법이 보장하는 개인 또는 소수의 권리를 박탈하려고 시도하는 것이지만, 법관이 다수의 대변자나 대리인으로서 그들의 의사를 실현하려 한다면 그 순간부터 사법부는 본래의 성격을 완전히 상실할 것이고, 그런 식의 사법은 어릿광대극이 되고 말 것이다.”

휴고 블랙 대법관은 “자유언론과 공정한 재판은 우리 문명이 가장 소중히 여기는 정책이며, 그 양자 중 택일하는 것은 어려운 일이다”라고 논한 바 있다(Bridges v. California 314 U.S. 252, 260 (1941)).

미국헌법의 규정을 보면 연방헌법 수정 제1조는 종교, 언론 및 출판의 자유와 집회 및 청원의 권리로서 “연방의회는 국교를 정하거나 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만사항의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 정할 수 없다”고 규정한다. 한편, 연방헌법 수정 제6조는 공정한 재판을 받을 권리라든가 제하에 “모든 형사소추에 있어서 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 재판을 받을 권리, 사건의 성질과 이유에 관하여 통보받을 권리, 자기에게 유리한 증인을 얻기 위하여 강제적 절차를 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리가 있다”고 규정한다.

## 2. free press v. fair trial

이와 같이 언론이나 사법은 어느 것이나 국가 사회의 모든 분야에서 통제 기능을 행한다는 데에 공통점을 가지며, 양자는 긍정적 입장에서 상호 협조하는 관계를 가지는 한편 상호 견제적 관계를 보여주게 된다.

먼저 긍정적 측면을 보면 언론은 법원의 공개에 의해 다양한 보도자료를 얻을 수 있고, 사법은 언론의 규범전달기능(規範傳達機能)에 의해 그 법치주의적 요구를 충족시킬 수 있게 된다는 점에서 양자는 상호의존적 관계를 갖는다.<sup>5)</sup> 나아가 양자가 협력하면 막강한 통제력을 행사하게 된다는 점을 간과할 수 없다. 우리의 역사적 경험에서 보는 바와 같이 언론과 사법은 독재와 전제에 대항하여 기본권옹호의 임무를 공동으로 수행하여 온 사례가 적지 않았다. 재판실무상의 경험으로 보더라도 다수파인 권력자의 비리에 대한 수사 내지 단죄나, 소수파의 억압에 대한 견제가 필요한 사건에서는 언론의 희생적 보도가 사법의 통제기능 발휘에 없어서는 안되었던 사례가 적지 않았다.

다른 한편, 언론과 사법은 다른 어떠한 권력으로부터의 통제도 거부하는 독립된 권력이며, 동시에 양자가 서로를 통제하는 관계에 있다고 할 수 있다. 이른바 free press v. fair trial이라는 문구에서 상징적으로 표시되는 바와 같이 언론과 사법은 그 권한과 과업의 수행에 있어서 여러 관점에서 대립·상충하는 이해관계를 갖게된다. 언론의 배경에는 국민의 ‘알 권리’라고 하는 강력한 민주주의적 요구가 터잡는 한편, 사법작용 속에는 국민의 ‘공정한 재판을 받을 권리’가 실현되고 있는 것이다. 이 글에서는 양자의 관계를 고찰함에 있어서 사법권이 갖는 헌법상 지위 및 활동원리와 관련하여

---

5) Winfried Hassemer, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren aus strafrechtliche Sicht, in: Dietrich Oehler, Friedrich-Adolf Jahn, Rudolf Gerhardt, Manfred Burgstaller, Winfried Hassemer, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln Band 52, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1990, S. 71

여 자유롭고 공개적인 정보체제 하에서 언론이 정당화기능, 통제기능, 규범전달기능 등 그 과업을 수행함에 있어서 제기되는 여러 문제를 살펴보려 한다.

이러한 관점에서 이 글에서는 첫째, 사법권의 활동조건인 재판공개 원칙과 관련하여 국민의 알 권리를 대행하는 언론의 사법활동에 대한 접근 및 취재의 문제, 둘째로 독립적이고 중립적인 사법권행사의 요청과 관련하여 언론의 재판보도가 국민의 공정한 재판을 받을 권리에 대하여 이야기하는 여러 가지 문제와 그에 대한 대책에 관하여 고찰한 후, 마지막으로 우리의 현행법제 하에서 이러한 여러 문제를 해결하기 위해 사법과 언론이 각자 이행해야 할 임무에 관하여 필자의 소견을 피력하게 될 것이다.

## II. 사법절차에 대한 언론의 접근 및 취재

### 1. 서

우리 헌법은 “국회의 회의는 공개한다”고 하여 의사(議事) 공개의 원칙을 규정하고(제50조 제1항), “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 하여 재판공개 원칙을 규정하고 있다(제109조). 국민의 생활과 가장 밀접한 관계를 갖는 행정부의 활동에 관하여는 헌법상 명시적인 규정이 없으나, 국민의 알 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 행정정보의 공개를 의무화하는 정보공개법이 제정된 바 있다. 국민의 알 권리를 대행한다고 일컬어지는 언론 미디어와의 관계에서 그 보도자료를 수집하는 취재활동을 위하여 이러한 헌법상의 원리와 규정이 큰 의미를 갖게 됨은 물론이다.

오늘날 취재의 자유가 헌법상 언론의 자유의 일부로서 보호된다는 점에 대하여는 이론이 없다. 언론 미디어 측의 입장에서 보면 재판에서 행해지는 사건의 진말(顛末)은 빠뜨릴 수 없는 독자의 관심거리이며, 사법의 입장에서 보더라도 언론보도에 의한 규범전달은 사법의 신뢰와 법치인식의 확산을 위해 불가결한 활동이다. 그리고 언론이 사법에 접근할 수 있어야 하

는 것은 재판사무 자체가 국가기관이 행하는 공권력 행사의 하나로서 공적인 이해사항이라는 데 있다. 즉, 법원은 판례의 형성과 각 분야의 법적 문제에 관한 결정을 통하여 사회 전체에 대해 실질적인 영향을 미치고 헌법상 권리를 구체화하는 중대한 직책을 행하는 것이므로 그에 대하여는 국민이 알 권리를 가지며, 언론으로서도 그에 액세스할 이익을 갖는 것이다.

그러나 언론의 사법부에 대한 접근 및 취재는 사법권의 특수한 지위 및 기능에 비추어 여러 가지 문제를 제기한다. 미국에서 재판공개에 원칙을 실제로 적용함에 있어서 특히 문제된 것을 보면 첫째 기자의 법정 출입권을 위시한 사법절차에 대한 언론의 액세스권 문제, 둘째 일반적인 공문서공개에 원칙과 관련하여 사법절차에 관한 사항을 그에 대한 예외로 취급할 것인가 하는 문제, 셋째 법정에서 허용되는 취재 및 보도활동의 태양, 넷째 재판의 공정성을 해할 수 있는 언론 보도에 대한 대책 여하 등의 문제가 논의되었다.

본항에서는 공개재판제도의 연혁과 의의에 관하여 살펴보면서 언론이 법원에 액세스할 수 있는 범위 및 그와 관련하여 생길 수 있는 법적 문제들에 관하여 살펴보기로 한다.

## 2. 재판공개제도

언론 및 공공의 사법에 대한 접근은 재판공개제도에 의해 그 기본적인 원칙이 설정되고 있다. 헌법은 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 하여 재판공개의 원칙을 천명하고 있다(헌법 제109조). 이 조항이 언론 매체의 사법 접근에 중요한 의미를 가짐은 물론이다. 재판공개제도의 연혁과 의의에 비추어 그 실제적 적용이 언론의 취재활동에 관하여 미치는 영향을 살펴볼 필요가 있다.



## 가. 연혁 및 의의

### (1) 연혁

공개재판제도(presumptive openness of the trial, Öffentlichkeitprinzip)는 중세부터 배심제를 채용한 영국에서 오랜 관습과 경험에서 전통으로 지켜져 왔으며, 밀실재판의 폐해로 악명높던 성청(星廳)재판소(Court of Star Chamber)가 1641년 폐지된 후, 17·8세기에는 사법권의 불가결한 요소로서 확립되게 되었다. 이러한 영국의 전통은 1789년 혁명으로 프랑스에 도입되었고, 독일에서는 1848년에 실정법에 규정되어 19세기 전반 계몽주의 시대에는 전 유럽으로 보급되게 되었다. 현대에 이르러 문명국가의 헌법은 법치국가적 원칙으로서 이러한 재판의 공개제를 예외 없이 채용하고 있다.

영미에서 배심제도(陪審制度)와 관련하여 공개재판의 원칙이 전개된 경위와 그 제도가 갖는 법적 의의에 관하여 다음의 미국 연방대법원 판례는 포괄적이고 상세하게 설명하고 있다.

#### [사례] 공개재판제도의 연혁 (1980)

미국 연방대법원 *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555(1980)

이 사건은 공공과 언론이 미국 연방 수정헌법 제1조 및 제14조에 의해 형사재판에 접근할 권리를 갖는가 하는 문제가 다루어진 사건인데, 연방대법원은 보다 우월한 이익에 관한 입증이 없으므로 이 형사사건의 심리는 공공에 공개되어야 한다고 판시하면서 영미법에서 재판공개주의의 연혁과 발전을 상세하게 설명하고 있다.

이 사건에서는 한 살인사건에 대한 4번째 형사재판이었음에도 법원이 비공개로 진행하려 한 것 때문에 문제되었다. 첫 번째 재판에서는 증거능력 없는 증거에 의해 범죄사실을 인정하였다는 이유로 버지니아주 최고법원이 피고인에 대한 유죄판결을 파기하였고, 이어서 제2, 제3의 재판 역시 오판으로 결론지어진 바 있었다. 네번째로 행해진 문제된 재판에서 *Richmond Newspaper*의 기자 2인은 그 사건의 취재를 원하였으나, 피고인의 변호사는 피고인의 이익을 위하여 재판의 비공개를 신청하였다. 사실심법원은 법원에

의한 비공개권한을 허용한 버지니아주법에 따라 재판을 비공개로 진행하였고, 피고인에게는 결국 무죄가 선고되었다. 위 신문사는 주최고법원에 사실심법원의 비공개명령에 대하여 항고하면서 직무집행명령 및 금지의 영장을 신청하였다. 주최고법원은 신문사의 위 신청과 항고를 모두 기각하였고, 결국 사건은 연방대법원에 올라오게 되었다.

미국 연방대법원은 미국에서 형사재판에 대한 공공의 접근을 허용하는 오래된 전통을 확인하고, 재판공개 원칙이 비록 헌법이나 수정헌법 조항에 명시적으로 규정되어 있지 않다고 하더라도 그것은 미국의 형사사법제도에 본질적인 것으로 내재한다고 실시하고, 그 사건에서는 피고인의 공정한 재판을 받을 보다 우월한 이익 또는 그밖에 비공개를 요하는 사정에 관한 입증이 없었으므로 그 재판은 공개되어야 한다고 판단하여 신문사의 주장을 받아들였다.

이 사건에서 법원이 행한 다음 실시는 영국에서 배심재판제도로부터 기원한 재판공개제도의 연혁과 의의를 다음과 같이 웅변적으로 설명하고 있다.

“영미의 사법에서 현대적 형사소송의 모습을 갖추게 된 소송의 기원은 참조기록을 넘어 추적될 수 있다. 여기서 우리가 검토하려는 것은 그 발전의 전부가 아니라 그 역사의 교훈적인 부분이다. 현재의 목적에 의미를 갖는 것은 그 발전과정 전체를 통하여 소송이 참관하려는 자에게는 누구에게나 공개되었다는 점이다.

노르만족의 정복이 있기 전 영국에서 사건은 일반적으로 그 사회의 자유민이 참석하여 개최되는 읍이나 군의 법원과 같은 법정에서 다루어졌다. 오늘날 배심의 의무와 같이 자유민은 이 옛날 모임에의 출석이 의무적이었고, 그들은 판결을 내릴 권한을 가졌다.

노르만정복 이후 시대에 배심원제도가 점진적으로 발전함에 따라 심리에 출석하여 판결하여야 하는 모든 자유민의 의무는 완화되었으나, 형사재판이 공개되지 않는다는 징후는 없었다. 일정 집단이 의무적 참여에서 해방된 후에도 제정법에 의한 면제는 참석을 금지하지 않았으며, Coke경이 관측하였듯이 “면제된 자들은 출석이 강요되지 않았지만 출석 여부는 그들의 자유에 맡겨졌다”고 한다.... 이 옛날부터 법원과 절차에 큰 변화가 일어났음에도 유죄와 무죄가 결정되는 재판의 공개성만은 변함이 없이 유지되었다....

후에 영국의 법원이 ‘정의로운 법원에 본질적인 특성’(one of the essential qualities of a court of justice)으로서 불리어진 재판공개 원칙(presumptive openness of the trial)이 식민지였던 미국의 사법절차에서도 기본 속성이 아니었다는 암시를 아무데서도 찾아볼 수 없다....

우리가 제시한 바와 같이 그리고 Gannet사건<sup>6)</sup>의 이유에서 제시된 바와 같

이 역사적 증거는 우리의 조직법이 채용된 당시 미국과 영국에서 형사재

판이 오랫동안 원칙적으로 공개되어 왔다는 점을 확실하게 보여준다. 이것은 역사의 핑계가 아니고, 그것은 영미의 재판에 있어서 불가결한 속성으로 인식되어 온 것이다. 17세기의 Hale과 18세기의 Blackstone도 재판이 적절히 운영되기 위해 공개의 중요성을 알았으며, 그것은 절차가 모든 관계인에 대하여 공정하게 수행됨을 보증하였고, 그것은 위증, 참여인의 비행 및 비밀스런 편견이나 편파성에 근거한 판결을 억제하였던 것이다. Jeremy Bentham은 공개된 사법은 건강을 유지하는 가치를 갖는다고 인식하였을 뿐 아니라 그것을 근본원리로 보았다.

“공개되지 않는다면 그 밖의 어떠한 점점도 충분치 못하며, 공개에 비하면 다른 모든 검사장치는 유용하지 못하다. 다른 제도가 아무리 견제의 성격을 나타낸다 하더라도 기록, 상소 등 제도는 검사라기보다는 걸치레로 작용하게 된다. 실제에 있어서는 은폐수단인면서 외관상으로는 검사수단인 것이다.” (1 Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* 524 (1827))

공개에 대한 찬사는 결코 영국인의 자화자찬에 국한된 것만 아니었다. 18세기와 19세기에 영국의 형사재판절차를 관찰한 외국인들은 자기들의 본국에서는 법정출입이 불가능하였음에도 영국의 법정에는 자신들이 자유롭게 들어갈 수 있었음에 감명을 받고 돌아갔다... 공개와 공정성, 그리고 공정성의 인식간의 연관성은 잊혀지지 않았다.

“법관, 변호인, 그리고 배심원은 모두 끊임없이 공공의 호평에 노출되었고, 이것은 영국인들이 사법의 운영에 주는 비상한 신뢰를 증대시키는 성향을 갖는다.”(Bentham, id.)

이 관측은 “사법절차의 공개는 단순히 증언의 질에 대한 효과보다도 훨씬 더 넓은 결실을 이끌어내는 요건이다”(Wigmore)라고 하는 중요한 점을 제시한다. 공개재판에 관한 옛날의 역사는 행동과학자들(behavioral scientists)이 존재하기 훨씬 전이었음에도 공개재판이 갖는 중대한 사회치유적 가치(community therapeutic value)가 널리 승인되었음을 부분적으로 반영해 준다. 그러한 개념을 이론화하는 전문가가 없었음에도 사람들은 특히 형사사법의 운영에 있어서 정의를 달성하기 위해 사용되는 수단은 절차와 그 결과에 대한 공공의 승인으로부터 유래하는 지지를 얻어야 한다는 점을 경험과 관찰로부터 추리하였다.

충격적 범죄가 발생하였을 때에는 종종 사회의 반응으로서 분노와 공격 향의가 뒤따른다. 사법의 공개된 절차는 사회적 관심과 적대감 및 감정의 분출구를 마련해 주면서 중요한 예방적 목적에 봉사한다. 범죄행위에 대하여 사회의 응징이 진행되고 있다는 점을 알지 못하면 분노와 향의의 자연스

---

6) *Gannet Company v. Judge DePasquale*, 443 U.S. 368, 439 (1979)

런 인간의 반응은 좌절을 겪게 되고, 신개척지에서 자정단원의 활동 속에서 통상 행하는 바와 같이 그 자신이 보복적 자력구제(vengeful “self-help”)의 형태로 나타나게 될 수도 있다 ....

돌이켜보면 고대의 동네모임(town meeting) 형식의 재판은 너무 부담스럽게 되었기 때문에 공동체의 12인이 대리인으로서 행위하도록 위임받게 되었으나, 공동체는 자신이 재판의 진행을 관찰할 권한을 포기하지 않았다. 시민들은 자신들이 사실상 정의가 실현되는가를 충족시킬 수 있도록 하는 “임석(臨席)할 권리”(right of visitation)를 유보하였다. 공개된 사회의 시민은 그들의 제도에 무오류성을 요구하지는 않지만 그들의 관찰이 금지되는 것을 용인하는 것은 어렵다 ....

옛날 영국과 미국에서는 법정외의 방청은 통상적인 소일거리였다 .... 오늘날에 법정방청은 이제 여러 사람의 소일거리가 아니고, 신문, 영화, 그리고 전파매체가 한 때는 법정에서만 이루어졌던 실제의 생활드라마의 현실성을 재현하여 주고 있다. 오늘날에도 공공의 개입은 시민에게 법률교육의 한 형태를 제공하며 공정한 사법운영에 대한 신뢰를 증진한다고 하는 희망적 생각이 전혀 비현실적인 것이라고 할 수 없다. 직접 방청하거나 그 방청자의 입을 통하여 재판에 관한 정보를 전해들은 대신에 오늘날 사람들은 주로 활자 및 전파매체에 의해 그 정보를 얻는다. 어떤 의미에서 이것은 공공의 대리인(surrogates for the public)으로서 언론의 기능에 관한 주장을 뒷받침한다. 미디어의 대리인들은 일반 대중과 동일한 접근권을 가지며, 나아가 그들에게는 임석했던 시민들이 보고 들을 수 있었던 바를 보도할 수 있도록 특별 좌석과 우선 출입권이 부여된다. 이것은 법치주의에 대한 공공의 이해와 전체적인 형사사법 시스템의 기능을 이해하는데 기여한다.

이 굳건하고 이의없는 역사로부터 과거 수세기 동안은 물론 오늘날에도 유효한 이유를 근거로 한다면 우리는 공개성의 추정(presumption of openness)이 우리의 사법체제하에서 형사재판의 본질에 내재한다고 결론을 내리지 않으면 안된다.<sup>7)</sup>

“권리장전은 재판이 원칙적으로 공개된다는 오래된 역사의 배경하에 제정된 것이다. ... 언론·출판 등의 자유를 보장함에 있어서 수정헌법 제1조는 재판에 출석할 수 있는 모든 사람의 권리가 명시적으로 보장되도록 하는 의미로 해석될 수 있다. ... 언론의 자유는 들을 권리도 포괄한다. ... 이것이 재판과 관련하여 의미하는 바에 의하면 수정헌법 제1조에 의한 언론 및 출판의 보호는 그 자체가 정부로 하여금 간단히 법정문을 폐쇄하는 것을 금한다.”

---

7) Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555, 572-573 (1980)

이렇게 확립·전파된 재판공개주의는 현대 대중민주주의 국가에서 여론을 형성하고 전달하는 대중매체의 기능과 관련하여 새로운 관계가 정립되게 되었다. 현대의 매스컴 사회에서 법원의 공개는 ‘일반 공개’, 즉 법정외의 문을 개방하는 것만으로는 그 본래의 의미를 살릴 수 없고, 언론매체의 도움이 없다면 공개재판의 원칙은 공허한 구호에 불과할 수밖에 없다. 자발적 동기에서 법원의 활동을 보도하는 매스 미디어의 도움이 없이는 법원의 활동이 일반 공공에게 알려질 수 없기 때문이다.

오늘날의 매스컴 사회에서 언론은 공개법정의 사법활동을 보도함으로써 ‘언론에 의한 공개’(formale ‘Gerichtsöffentlichkeit’ als ‘Medienöffentlichkeit’)를 통하여 ‘형식적인 재판공개 원칙’에 대하여 그 실질적 의미를 충실히 하게 되었다.<sup>8)</sup> 재판공개 원칙은 언론의 규범전달기능을 통하여 심리적 강제에 의한 일반예방의 교육적 기능과 함께 법원에 대한 신뢰의 전제가 되는 공공의 승인과 지지를 얻을 수 있는 계기를 마련하게 되는 것이다. 오늘날 법원 공개의 진면목(眞面目)은 언론공개로 의미가 변환되었다고 일컬어지고 있는 것은 이러한 이유 때문이다.

## (2) 의의

일찍이 영국의 벤덤(J. Bentham)은 “공개는 사법의 영혼(靈魂)이다”(Publicity is the soul of justice)<sup>9)</sup>라고 말한 바 있다. 영국 보통법상 재판공개 원칙은 ‘정의로운 법원에 본질적인 특성’(one of the essential qualities of a court of justice)<sup>10)</sup>으로 인식되고 있다.

재판의 공개주의가 갖는 의의는 여러 가지로 논해지고 있다. 그 의의는 재판이 비공개로 행해지던 시절의 폐해를 보면 쉽게 이해할 수 있다. 재판의 비공개는 편견(偏見)과 자의(恣意)의 의혹을 불러일으키며, 그것은 다시

---

8) Friedrich-Adolf Jahn, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren aus gesetzgeberischer Sicht, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln Band 52, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München (1990), S. 11

9) J. Bentham, A Treatise of Judicial Evidence, 67 (1825)

10) Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)

금 법에 대한 불신(不信)을 낳는다. “침묵의 벽 뒤에서는 정의가 살아남을 수 없다”는 원리는 공개재판의 필요성을 단적으로 지적한다.

언론에 의한 공개가 이루어지고 있는 현대의 매스컴사회에서 재판공개제도는 사법의 기능과 관련하여 여러 가지 의미를 갖는다.

첫째, 재판의 공개는 법원 및 소송에 관계하는 모든 자에게 통제작용을 하게 된다. 재판의 공개는 시민들로 하여금 형사사법체제와 공무원의 행적에 관해 정보를 얻는 수단을 제공하며, 그로 인해 법원, 검찰, 경찰의 권력남용에 대한 보호를 마련하며 법정의 정직성을 보장한다.

“침묵의 벽 뒤에서 정의가 살아남을 수 없다는 원리는 비공개재판에 대한 영미의 오랜 불신을 반영하여 왔다. 책임있는 언론은 특히 형사분야에서 언제나 효율적인 사법행정의 시종(侍從)으로 간주되어 왔다. 이에 관한 그의 기능은 수세기간 그 인상적인 봉사의 기록에 담겨져 있다. 언론은 단지 사건에 관하여 정보를 공표하는데 불과한 것이 아니라 경찰, 검찰 및 사법절차를 광범위한 공공의 검열과 비판에 종속시킴으로써 사법의 부정을 방지한다.”<sup>11)</sup>

둘째, 재판의 공개는 법원의 신뢰를 증진하는 전체를 마련한다. 재판의 공개는 공공으로 하여금 절차적 권리가 존중되며, 정의가 평등하게 부여된다는 것을 확인시켜준다. 재판의 비공개는 편견과 자의의 의혹을 야기하며, 그것은 다시금 법에 대한 불신을 낳는다. 그러므로 재판의 판결이 사법의 운영에서 공공의 신뢰를 유지한다는 목적을 달성하려면 공공의 접근은 필수적이다.<sup>12)</sup> 사법이 공공의 신뢰를 얻으려면 법원이 하는 일에 대한 공공의 승인과 지지를 얻어야 하기 때문이다.

셋째, 전술한 판례<sup>13)</sup>가 논하는 바와 같이 공개재판제도는 사회치유적 기능을 갖는다. 재판의 공개는 범죄행위에 대한 응징(膺懲)이 이루어진다는 것을 명백히 알려 사회적 감정과 분노의 배출구를 마련하여 주기 때문

---

11) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 349 (1966)

12) Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 554

13) Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)

이다.

넷째, 특히 재판의 공개는 형벌이론과 관련하여 각별한 의미를 갖는다. 재판의 공개는 죄에 대한 대가가 주어진다라는 것을 널리 알림으로써 심리적 강제에 의해 범죄를 예방할 수 있다는 일반예방론(Lehre von der Generalprävention)의 실현에 기여한다.

다섯째, 가장 일반적인 의의로서 지적할 수 있는 것은 공개재판은 일반공중에게 법치주의의 규범전달기능을 행한다는 점이다. 그것은 사회에 대한 법률교육을 가능하게 하고 전체적인 사법시스템의 기능을 이해하게 함으로써 법치주의를 전파하는 초석이 된다.

형사소송의 공개원칙(Öffentlichkeitsprinzip im Strafprozeß)은 현대적 형벌이론인 ‘일반예방론’(die Lehre von der Generalprävention)에 의해 강력한 근거를 제시받았다고 한다. 계몽주의의 형사철학자였던 포이어바하(Feuerbach)는 형법은 장기적으로 범죄를 저지하거나 또는 완전히 사라지게 하는 생산적인 작용을 하여야 하며 또한 할 수 있다고 생각하였다. 포이어바하는 인간을 자율적인 이성적 존재로 이해하는 계몽주의 인류학 이론에 바탕하면서도 인간은 원래 악(惡)의 경향을 가지고 있기 때문에 그를 효과적으로 구속하기 위하여는 사슬을 채워야 한다고 생각하였다. 그는 그 사슬을 심리적인 수단으로 이론화하였는데, 형벌의 위협과 집행에 의하여 범죄행위에 대한 대가는 범죄의 이익보다 크다는 점을 보여 모든 이성적인 인간이 스스로 범죄를 멀리하게 하여야 한다는 것이다. 이러한 ‘심리적 강제의 이론’(Theorie des psychologischen Zwangs)이 공개재판제도를 필요로 하였다는 것은 명백하다. 사람들은 범죄인들이 어떻게 처우되며 그로부터 어떠한 생각을 해야 하는가를 보아야 하는 것이다. 이러한 전달을 통해서만 형법은 인간이 법에 충실한 점에 대하여 이성의 소명을 다할 수 있었다. 그러한 기대는 종전의 ‘응보형이론’(Lehre von der gerechten Vergeltung)에 의해서는 이해될 수 없는 것이었다.<sup>14)</sup>

---

14) Winfried Hassemer, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren aus strafrechtlicher Sicht, a.a.O. S. 65.

## 나. 재판공개원칙의 실제적 적용 - 미국의 예

### (1) 공개의 원칙

재판공개 원칙이 영미법상의 일반화된 전통이었음에도 미국에서 기자와의 관계에서 법정공개 원칙이 확립되기에는 상당한 우여곡절을 겪었다. 미국에서는 1940년대 이후 법정모욕사건에서 확인되어 온 바와 같이 “법정에서 발산되는 것은 모두 공적인 재산이다”(What transpires in the courtroom is public property)라고 하는 입장에서 재판공개 원칙이 널리 지켜져 왔다.<sup>15)</sup>

그러나 1979년 가넷사건<sup>16)</sup>에서 연방대법원이 수정헌법 제6조는 피고인 개인에게 공정한 재판을 받을 권리를 인정하는 것일 뿐, 언론과 공공에 대하여 재판에 참여할 수 있는 권리를 부여하는 것이 아니라고 판결 한 후에 많은 법원에서는 예심절차 뿐 아니라 공판절차까지도 비공개로 진행하는 사례가 많았다.<sup>17)</sup>

이러한 비공개재판의 확대조치는 언론에 의해 강하게 비판받게 되었고, 이듬해인 1980년 사건<sup>18)</sup>에서 연방대법원은 언론과 공공은 수정헌법 제1조에 의해 형사재판에 대하여 참석할 권리(the right to attend criminal trials)가 있음을 천명하였고, 그 이후 점차 언론의 취재 및 접근권은 확대되어 현재에는 거의 모든 절차에 언론의 참여가 허용되고 있다.

미국 연방대법원은 1982년 한 판결에서 주(州)는 제정법으로 형사재판의 전부나 일부를 비공개로 할 수 없으며, 수정헌법 제1조의 제한적 권리가 양보되어야 하는 경우라면 사례별로 그 비공개의 이유가 정당화되어야 한다고 판시하였고,<sup>19)</sup> 그 후의 판결에서는 배심선정절차(voir dire proceedings)

---

15) Craig v. Harney, 331 U.S. 367, 374 (1947)

16) Gannett Company v. Judge DePasquale, 443 U.S. 368, 99 S.Ct. 2898

17) 동 판결 후 10개월 동안 220건의 비공개신청이 있었고 그 중 절반이 받아들여진 것으로 보고되고 있다. Dwight L. Teeter, Jr. & Don R. Le Duc, Law of Mass Communications Freedom and Control of Print and Broadcast Media, 7th Ed. Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. (1992) p. 682

18) 앞서 본 Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)

19) Globe Newspapers v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982)



에 언론이 참석할 수 있는 수정헌법 제1조에 의한 제한적 권리가 인정되었으며,<sup>20)</sup> 형사사건의 예심절차에 대한 참석권도 제한적으로 인정되게 되었다.<sup>21)</sup> 아직 민사사건에 대한 언론과 공공의 참여권에 관한 문제는 다루어진 바 없으나, 일반적으로 민사사건은 공개된 법정에서 심리되고 있다. 민사사건의 재판기록 및 사건에 관련되는 자료에 대한 접근 여부는 주마다 상이하다고 한다.<sup>22)</sup>

미국의 경우 공개된 공적 기록(open public record)에 관한 보통법상의 공개원칙에 비추어 재판절차에 관한 사항도 공문서에 수록된 경우에는 공개되지 않을 수 없다는 사고가 기본으로 되어있다. 예를 들면 1981년 한 연방법원은 보안관이 성범죄자 및 그 피해자의 이름과 그 범죄의 상세한 내용의 언급을 억제하도록 규제한 미시간주의 법률을 수정헌법 제1조에 위반된다고 판시하였다.<sup>23)</sup> 이러한 판례에 비추어 보면 미국의 경우 보도제한이 의도된 사건에서 이렇게 정보가 ‘공적 기록’의 일부에 해당한다고 판단되는 것은 언론이 그 정보를 보도하는 권리를 뒷받침하는 중요한 의미를 갖는다.<sup>24)</sup>

## (2) 비공개 사유

이와 같이 미국의 경우 재판공개 원칙은 엄격하게 지켜지고 있으며, 비공개로 할 수 있는 경우에 관하여 엄격한 요건을 충족하는 경우에 한하여 예외적으로 인정한다. 이에 관하여 1982년의 판례는 이익형량에 의할 것을 명하면서도 비공개로 할 국가의 이익은 필수적인 것으로서 그것을 달성하기 위해 좁게 재단된 방법을 취하여야 한다는 기준을 제시하였다.<sup>25)</sup> 이 사건에서는 성범죄 사건에서 미성년 피해자의 증언을 비공개로 규정한 Massachusetts주 법률이 문제되었는데, 주(州)는 성범죄 사건의 미성년 피

---

20) Press-Enterprise Co. v. Superior Court, 104 S.Ct. 819 (1984)

21) Press-Enterprise II, 106 S.Ct. 2735 (1986)

22) Teeter, id. p. 682

23) WXYZ, Inc. v. Hand 658 F.2d 420 (6th Cir. 1981)

24) Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975) 참조.

25) Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982)

해자를 미래의 상처와 당혹으로부터 보호하고 그러한 피해자의 법정 증언을 고무하기 위한 주의 이익을 주장하였으나, 법원은 그러한 이익의 중요성은 피해자의 연령, 심리적 성숙도, 범죄의 성질 및 피해자나 그 가족의 희망 등 사건 마다 달라질 수 있으므로 그러한 변수를 고려함이 없이 미성년 피해자의 증언을 모든 사건에서 비공개하도록 규정한 위 법령은 무효라고 판시하였다.

나아가, 1986년의 판례는 피고인의 공정 재판청구권을 위협하게 할 ‘합리적 잠재성’(reasonable likelihood)이 있는 것만으로는 족하지 않고, 보도에 의해 공정재판청구권이 왜곡될 실질적 가능성(substantial probability)이 있고, 불보도가 편견을 방지하기 위해 유용하고, 그러한 목적을 위해 다른 합리적 대체수단이 없는 경우에 한하여 비공개가 허용된다는 이른바 ‘실질적 가능성’의 기준을 제시하였다.

#### [사례] 예비심문 비공개 사건(1986)

미국 연방대법원 Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California, 478 U.S. 1 (1986)

이 사건에서 시법원의 치안판사는 해당 사건에 전국적인 관심이 집중되어 있고, 언론에 의해 일방적 보도가 우려된다는 이유로 California주 형법 제868조에 의해 피고인의 비공개 신청을 받아들여 그 예비심문 절차(preliminary hearing)를 비공개로 진행하였다. 기사가 위 살인사건의 예비심문 절차의 속기록(transcription)에 대한 열람을 신청한 사건에서 California주 대법원은 기자들의 신청을 기각하였다.

연방대법원은 형사소송에 출석할 수 있는 언론의 권리는 제한적인 것임을 전제하였으나, 비공개 조치가 보다 우월한 이익을 보전하기 위하여 중요하고 그러한 목적을 위해 좁게 재단된 방법이라는 특수한 사정에 관한 입증 없으면 허용될 수 없으며, 예비심문의 비공개 요건은 그 공개가 피고인의 공정한 재판청구권을 박탈하게 될 ‘실질적 가능성’(substantial probability)이 있어야 한다고 판시하였다. 이 실질적 가능성의 기준에 의하면 사전심리 절차에서 비공개의 요건은 피고인의 공정 재판청구권이 보도에 의해 왜곡될 실질적 가능성이 있고, 불보도가 편견을 방지하고 그러한 목적을 위해 다른 합리적 대체수단이 없는 경우에 한한다는 것이다. 이 기준에 의하면 뉴스 보도가 피고인의 공정 재판청구권을 위협하게 할 ‘합리적 잠재성’(reasonable likelihood)이

있는 것만으로는 당사자의 범정의 진술의 금지나 사건기록의 봉인을 정당화함에 족하지 않다(In re The State-Record Co. Inc. (1990), 917 F.2d 124, 18 Media L. Rep. 1286 (4th Cir. 1990)).

이러한 입장에서 법원은 구체적으로 반대 법익이 침해된다고 주장되는 사건에서 비공개를 명하는 경우가 있다. 이렇게 비공개로 결정된 사건에 대하여 언론의 접근 및 취재가 거부됨은 물론이다. 비공개의 요건과 그 입증 책임에 관하여 미국의 판례는 다음과 같이 실시한다.

법원의 특정 사건기록에 대한 접근을 거부하기 위하여 국가는 죄 없는 당사자에게 단순한 곤혹감만을 가져오는 것이 아니라 중대한 해가 야기될 큰 위험이 있다는 등 그러한 거부 조치가 필수적인 이익을 위해 필요하고 그 이익을 보호하기 위하여 좁게 재단된 것임을 입증하여야 한다. (United States v. Smith I, 776 F.2d 1104, 12 Media L. Rep. 1345 (3d Cir. 1985), United States v. Smith II, 787 F.2d 111, 12 Media L. Rep. 1935 (3d Cir. 1986)) 이러한 입장에서 법원은 언론과 공공은 원칙적으로 유죄인정 약정(plea agreement)과 그 관련기록에 대한 접근권을 가지는 것이므로 피고인 측에 비공개 요건의 입증책임을 지우지 아니하고, 미디어 측에 공개의 필요성에 관한 주장·입증책임을 부담시킨 법원의 조치는 잘못이라고 판시한 바 있다 (Oregonian Publishing Co. v. District Court, 920 F.2d 1462, 18 Media L. Rep. 1504 (9th Cir. 1990)).

피고인의 공정재판청구권이나, 관계인의 프라이버시의 권리가 침해될 우려가 있다는 이유로 공개의 제한이 허용된 사례도 있다.

[사례] Nixon v. Warner Communications, Inc. (1978)

미국 연방대법원 435 U.S. 589 (1978)

이 사건에서 언론사인 Warner Communications, Inc.는 Watergate사건과 관련된 형사사건에서 피고인들이 제출한 녹음 테이프의 복사를 신청하였다. 사실심 법원은 동 언론사에게 그 테이프의 녹취록에 대한 열람을 허용하였기 때문에 동사는 그 녹취록을 보도할 수 있게 되었다.

그러나 미국 연방대법원은 수정헌법 제1조가 기자에 대하여 공공에게 허용되는 것 이상의 권리를 부여하는 것은 아니라는 이유에서 동 언론사에게

보도를 위해 그 테이프 자체의 녹음을 재생할 권리가 허용되는 것은 아니라고 판시하였다.

법원의 형사사건에 관한 문서와 증거물에 대한 열람을 다룬 하급법원의 판결 중에는 보석심문절차를 비공개로 하는 것을 허용한 사례(후술 비공개 보석심문사건)가 있고, 살인사건 피고인을 치료해 준 정신과 의사(원고)가 그 살인사건의 증거를 보유하고 있을지 모른다는 의심 때문에 경찰이 그 집에 대한 수색영장을 발부받아 이를 실시하면서 촬영한 비디오테이프의 공개를 언론이 청구한 사건에서 공공의 알 권리는 그 의사의 프라이버시의 권리보다 우월하지 않다고 판시한 사례가 있다.<sup>26)</sup>

또, 피고인의 집에 대하여 수색영장을 실시함에 있어서 촬영된 비디오테이프의 사본을 미디어사가 청구한 사안에서 법원은 그 테이프는 그에 대한 피고의 비공개신청에 의해 공개된 범정의 공판전 심문(pretrial hearing) 절차에서 이미 제시된 것이었고, 미디어가 이미 그 예비심문에 참여할 수 있었을 뿐 아니라, 그 기록에 대한 접근은 공공에 대해 바람직하지 못한 영향을 줄 수 있기 때문에 허용될 수 없다고 실시하면서 미디어는 수정헌법 제1조나 보통법에 의해서도 그러한 권리를 갖지 못한다고 판시한 사례가 있다.<sup>27)</sup>

#### [사례] 비공개 보석심문 사건 (1990)

United States v. Gotti, 753 F. Supp. 443, 18 Media L. Rep. 1567 (E.D.N.Y. 1990)

공갈 및 살인 혐의를 받고 있던 피의자의 보석절차에서 피의자의 변호인은 피의자의 프라이버시와 공정 재판청구권을 보호하기 위해 그 절차의 심문을 비공개로 할 것을 신청하였다. 그 주장에 의하면 그 절차에서는 전자적으로 도청된 대화와 신뢰적 제보자로부터 수집된 정보가 증거로 제시될 것이므로 그러한 정보가 공개·보도되는 경우에는 그것을 듣거나 읽는 자는

---

26) Oziel v. Los Angeles Superior Court, 223 Cal. App. 3d 1284, 273 Cal. Rptr. 196, 18 Media L. Rep. 1113 (1990)

27) United States v. Thomas, 745 F. Supp. 499, 18 Media L. Rep. 1132 (M.D. Tenn. 1990)

모두 그에 감염되거나 흥분되어 그에 의해 결과된 편견은 극복할 수 없게 될 것이므로 그의 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 것이라고 주장하였다.

그에 대하여 미디어 측은 피고인이 너무나 악명 높기 때문에 그에 관해 보도하더라도 그에 관한 공공의 인식에 하등 더 해를 가하는 바가 없고, 그의 공정 재판청구권을 해하지 않을 것이며, 그에 대한 보도의 제한은 “선량한 법이나 선량한 논리”가 될 수 없다고 주장하였다.

법원은 사전심리 절차에서 피고인의 공정 재판청구권이 보도에 의해 왜곡될 실질적 개연성이 있고, 불보도가 편견을 방지하고 그러한 목적을 위해 다른 합리적 대체수단이 없는 경우에 한하여 비공개가 허용된다는 *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California* 판결의 ‘실질적 가능성’의 기준에 의거하여 가장 악독한 자에 대하여도 공정한 재판을 받을 권리를 보장한다는 것이 우리 사법제도가 헌신하는 바의 진실한 기준이라고 판시하면서 기자들의 신청을 기각하였다.

이 사건에서 법원은 보도가 개인의 공정 재판청구권을 왜곡한다는 실질적 가능성 유무의 결정은 사법적 판단의 행사에 관련된 것이고, 그 사건의 특수한 사실관계 하에서 피고인의 수정헌법 제6조의 권리는 미디어의 수정헌법 제1조의 권리보다 우월한 이익이었고, 비공개 방법 이외에 그러한 이익을 보호할 합리적 방도가 없다는 판단 아래 그 보석신문 절차는 언론과 공공에 대하여 비공개되어야 한다고 판시하였다.

비공개가 부당한 것으로 판시된 사례로서는 FBI가 수색영장(search warrant)의 발부신청을 위해 연방지방법원에 제출한 선서진술서(affidavit)에 관하여 법원은 그 비공개보다는 배심원 선정절차(voire dire process)를 적절히 운영함으로써 피고인의 공정 재판청구권을 보호할 수 있는 방도가 있다는 이유로 피고인의 비공개신청을 기각하였고(*Washington Post Co. v. Hughes*, 923 F.2d 324, 18 Media L. Rep. 1593 (4th Cir. 1991)), 유죄인정 약정은 원칙적으로 공개되는 것이므로 그것을 비공개하려면 그 결정 전에 서면에 의한 비공개의 신청이 있고, 유관 관계자가 청문될 기회를 부여하기 위해 그 신청이 공공에 고지되어야 한다는 입장에서 법원의 비공개조치를 무효화한 사례가 있다 (*Oregonian Publishing Co. v. District Court*, 920 F.2d 1462, 18 Media L. Rep. 1504 (9th Cir. 1990); *The Washington Post v. Robinson*, 953 F.2d 282, 18 Media L. Rep. 2027 (D.C. Cir. 1991))

또 미국 연방대법원은 배심원이 소환에 응하였거나 출석하지 않은 경우 그 성명은 언론과 공공에 공개되어야 한다고 판시하였다(*Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596 (1982)). 그에 대한 비공개는 배심원에

대한 간섭의 위협이 있다고 믿을만한 사정이나 개개 배심원에 대한 개인적 가해의 위협 등 사법절차에 대한 심각한 위협 때문에 사법의 이익이 요구하는 경우에만 허용된다.

민사사건 기록에 대한 보도가 허용되는가의 여부에 관하여 이를 일반적으로 다룬 미국 연방대법원의 판례는 없으나, 다만 사전 증거개시절차에서 제출된 증거에 대한 공개제한조치를 허용한 사례가 있다.

#### [사례] 민사 증거자료 보도금지사건 (1984)

미국연방대법원 *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20 (1984)

미국 연방대법원은 이 사건에서 민사사건의 사전 증거개시절차(discovery)에서 얻어진 자료에 대한 공개의 제한을 지지한 바 있다. 그 사건에서 *Seattle Times*는 사이비종교에 관한 보도 때문에 그 교주에 의해 명예훼손을 이유로 피소되었는데, 그 신문은 그 사이비 종교를 지지한 인물의 명단을 보도하려고 하였다. 이에 법원은 민사 명예훼손 소송의 증거개시 절차에서 얻은 정보를 신문이 보도하기를 금지하는 보호명령을 내렸다.

미국 연방대법원은 위 하급법원의 판단을 지지하면서 증거개시절차에서 제출되었으나 아직 자백되지 않은 정보에 대한 제한은 전통적인 공적 정보원에 대한 제한이 아니며, 이 사건에서 문제된 정보는 본절차 이전에 국가의 강제적 절차에 의해 얻어진 것이기 때문에 국가는 적어도 다른 중한 이익을 옹호하기 위하여 필요한 경우라면 그 전과에 대하여도 조건을 설정할 수 있는 것이라고 하는 입장을 취하였다. 특히, 이 사건에서 그 사이비 종교단체에 대한 현금자 명단을 공개하는 것은 동등한 헌법적 차원의 보호이익인 결사의 자유와 종교의 자유를 위협할 수 있으므로 그 보호명령은 수정헌법 제1조를 위반한 것이 아니라는 것이었다.

주법원에서 민사사건의 재판기록 및 사건에 관련되는 자료에 대한 접근 여부는 각 주마다 상이하다고 한다.<sup>28)</sup> 다만, 하급법원의 판례들은 전술한 *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia* 사건 판결(1980)<sup>29)</sup>에 의해 형사사건에서 형성된 법리를 민사사건에 대하여도 확대 적용하려는 경향을 보

---

28) Teeter, id. p. 682

29) *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980)

인다.<sup>30)</sup>

## 다. 재판공개주의와 그 예외 - 독일

### (1) 공개의 원칙

독일에서 형사 피고인에 대한 심리는 법원조직법상의 공개재판주의에 따라 공공의 입장이 허용된 공개된 법정에서 이루어진다. 그것은 과거의 폐쇄된 비밀주의적인 사문주의(査問主義) 재판절차를 지양하여 공개적 변론절차에서 진실을 발견하고, 소송당사자, 특히 형사피고인을 사법의 자의(恣意)로부터 보호하는 한편, 법관의 독립을 보장하여 사법에 대한 국민의 신뢰를 강화함에 그 목적이 있는 것이다.

그러나 현대에 이르러 재판공개주의의 운영 경험에 의하면 수많은 테러리스트의 재판 사례에서 보여주듯이 공공의 입장허용은 법원에 압력을 가하려는 의도에서 선동과 소란을 가져왔고, 오히려 진실발견을 어렵게 한 측면이 있었다. 이러한 경향에 비추어 보면 오늘날 재판공개주의의 주된 의미는 공공의 알 권리를 충족시키는데 있고, 법정공개는 반사적 효과로서 이해되던 언론매체에 의한 간접공개가 보다 중요한 의미를 부여받게 되었다.

그리고 종전에 공개를 배제하는 주요 이유는 국가의 비밀 또는 공서양속 등 공적인 것이었으나 오늘날에는 관계인의 인격권 보호에 그 중점이 옮겨지게 되었다.

### (2) 비공개

독일 법원조직법 제172조에 의하면 법원은 국가안보, 공공질서 또는 공공윤리에 대한 위해(危害)가 우려되는 경우, 소송관계인이나 증인의 개인적 생활관계나 영업상의 비밀이 진술될 경우, 16세 미만자의 진술이 청취되는

---

30) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer on Freedom of Speech: a Treatise on the First Amendment, Student Edition, Matthew Bender & Co., Inc. New York (1994) p. 13-42

경우에는 심리의 전부나 일부의 공개를 배제할 수 있다. 앞서 본 바와 같이 독일은 관계자의 인격권을 보호하기 위해 형사소송절차에서도 재판의 비공개 가능성을 종전보다 확대해 나가고 있다. 즉, 1986년 개정된 법원조직법은 특히 인격권 보호와 절차관계인의 비밀 보호를 위해 형사절차의 비공개 사유를 상당히 확대하고 있다(법원조직법 제171조 b, 이른바 형사피해자보호법, Opferschutzgesetz). 이로써 형사소송절차에서 소송당사자, 증인, 범죄피해자의 사생활 보호를 위해 공개주의원칙의 배제가능성이 인정된 것이다. 이 규정은 형사소송절차를 염두에 두고 제정된 것이기는 하지만 민사소송절차에도 당연히 적용된다

독일의 법원조직법은 소송관여인, 증인 또는 범죄피해자의 개인적 생활영역에 관한 사정이 진술되는 경우 그 공개적 진술이 보호할 이익을 침해하게 되고, 그 보호할 이익이 그 사항의 공개적 언급에 우월하는 것이 아니면 공개는 배제될 수 있다고 규정한다(동법 제171b조 제1항 1문). 나아가 동법은 비공개를 어느 정도 관여인의 처분에 맡김으로써 그의 자결권 및 인격권을 각별히 강조하고 있으며, 그가 비공개에 이의하면 공개로 하게 되어 있다(동조 제1항 2문 및 제2항). 관여인이 비공개를 신청하면 법원은 제1항 1문의 요건이 존재하는 경우에는 그 신청에 따라야 한다. 오늘날 형사절차가 피고인을 최대한 옹호하게 이해하려는 노력에서 피고인 등 소송관여자에 관한 인격의 탐구를 과업으로 하고 있으며, 그 때문에 변론에서 피고인은 물론 증인과 범죄피해자의 개인적 사정을 청취할 필요가 커지고 있는 사정에 비추어 동조는 심리과정에서 강력히 추급되는 이러한 인격영역, 특히 내밀영역, 비밀영역이나 사사적 영역이 공공에게 노출되지 않도록 하는 인격보호조치를 마련한 것이다.

독일에서는 특히 공판절차를 개선하기 위해 이를 2분화하고, 피고인의 개인적 사정을 조사하는 절차는 가급적 비공개로 하는 방안이 논의되고 있다. 그에 의하면 공개변론에서 피고인의 정신적 또는 신체적 건강상태와 성격, 그 중에서도 특히 전과, 가족간의 불화나 이혼기도 등 가정내부의 사항, 심리적 감정의 결과 및 성생활의 사정 등에 관하여 진술하는 것은 적합치 아니하여 비공개로 하게 된다.

비공개 여부의 결정에는 구체적인 사례의 사정에 따라 공공의 정보의 이



익과 소송관계인의 인격보호 필요성을 비교형량하여야 한다. 인격영역의 침해 정도가 심한 사항일수록 인격보호를 중시하여야 한다. 법원도 인격보호를 중시하는 입장에서 비공개조치에 인색하지 않다.

그러나 한편 형사사건에서 공개원칙을 과도하게 배제하는 것은 입법자의 명료한 의사에 반하는 것이며, 소송경과의 투명성과 범죄경위에 관한 이해를 위하여 그 보완책이 문제된다. 재판장은 비공개를 해제한 후에 그 결과에 관하여 압축·설명하거나 감정인으로 하여금 진술하게 함으로써 공공의 정보욕구를 충족시키는 방안이 시도되기도 한다. 연방헌법재판소도 1973. 5. 3 Lebach사건에서 이러한 방법을 택한 바 있다.

비공개 결정에 대하여는 불복할 수 없다(독일 법원조직법 제171b조 제3항). 독일 법원조직법은 비공개의 경우 법원은 변론자료의 대외적 교부를 금지할 수 있다고 규정하여(동법 제174조 제3항) 필요한 보완조치까지 마련하고 있다. 또 피고인의 인격이나 행위배경의 이해를 위하여 변론을 비공개로 한 경우 법원은 비보도를 조건으로 기자의 입장을 예외적으로 허용할 수 있다(독일 법원조직법 제175조 제2항 1문).

국가안보에 대한 위해 또는 사적인 비밀보호 및 영업적인 비밀보호를 위해 공개가 정지된 경우(독일 법원조직법 제172조 2호 및 3호) 법원은 출석중인 자 및 기자에 대해서 변론에 의해 또는 본안에 관계되는 직무상의 기록에 의해 인식하게 된 사실의 묵비를 의무화할 수 있다. 법원에 의해 명령된 묵비의무의 위반은 형사범으로서 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처해진다(독일 형법 제353조 d 2호). 개인적으로 묵비명령에 의해 의무를 지게 된 자만이 처벌될 수 있다. 비공개 재판에 출석한 자만이 그에 해당될 수 있다. 출석하지 않은 자도 구속하는 결정은 무효이다. 그러므로 비공개 재판으로부터의 과정을 제3자 측으로부터 전해 듣고 보도한 기자는 처벌되지 않는다.

### 3. 사법절차에 대한 접근 및 취재 - 한국

#### 가. 재판공개제도의 운영

##### (1) 개관

우리 헌법은 그 제109조에서 재판공개 원칙을 규정하고, 법원조직법은 그 제57조에서 심리와 판결의 공개를 명시적으로 규정하면서, 다른 한편으로 법원으로 하여금 당사자의 신청 여부와 상관없이 공서양속(公序良俗)과 안녕질서(安寧秩序)의 위험이 있는 경우에 재판의 비공개를 명할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 우리의 경우 재판공개 원칙은 헌법에 규정되고 있어 헌법상 명문의 규정이 없는 미국이나 독일의 경우보다 그 규범적 효력이 더 강화되어 있다고 볼 수 있다. 위 조문에 의하면 재판공개 원칙은 민사소송에서도 동일하게 적용되는 것으로 규율되고 있으나, 민사소송절차에서 재판의 공개는 형사소송의 경우와 다른 여러 문제를 제기한다.

공개재판의 원칙은 역사적으로 형사재판에서 발전하였다. 그것은 실제적 진실발견과 재판의 정당성을 보장할 것이라는 기대 때문에 도입된 것이었다. 이 원칙이 재판절차의 투명성을 담보함으로써 재판의 민주화에 기여한 점은 부인할 수 없으나, 현대에 이르러 그 정당성과 기능에 관하여는 여러 각도에서 비판이 행해지고 있다.<sup>31)</sup> 공개재판의 원칙이 그 본래의 목적을 달성할 수 없거나 재판의 공개가 이익보다 큰 불이익을 가져다 줄 것이 예상되는 경우 또는 재판의 공개가 변론의 촉진보다는 오히려 이를 방해하거나 진실규명을 어렵게 만드는 경우에는 당연히 공개가 제한되어야 한다는 것이다. 이러한 경우에 재판공개 원칙은 그 내적 정당성을 상실하게 되기 때문이다.<sup>32)</sup>

특히, 일반인이 관심을 가질 수 없는 개인간의 민사소송절차에서는 재판

---

31) 鄭仙珠, 民事訴訟節次에서 公開裁判의 原則과 秘密保護, 저스티스 제33권 제1호 (2000/3), 54면 이하

32) 정선주, 전계 논문 60면

의 공개에 의하여 기대되는 일반 국민들에 의한 통제 내지 감독의 효과는 현저히 떨어질 수밖에 없다.<sup>33)</sup> 또 실질적으로 보면 오늘날 민사소송절차는 주로 서면심리에 의해 행해지고 있는데, 이러한 경우 재판공개 원칙을 철저히 시행하여 그 소송자료를 일반에 무차별적으로 공개한다면 그 오용가능성 때문에 여러 문제를 야기하게 된다. 최근 정보화 시대의 경향과 더불어 개인의 사적인 정보 뿐 아니라, 기업의 지적 소유권과 영업비밀 내지 경영비밀 등에 대한 보호의 필요성이 강조되고 있음에 비추어 볼 때 민사소송에서 재판공개 원칙은 상당한 제한이 불가피한 점을 알 수 있다. 이러한 시대적 요청에 비추어 본다면 일반적 공개 원칙은 완화되지 않을 수 없고, 오히려 개인정보 내지 기업정보에 무게를 둔 비공개가 폭넓게 허용되어야 한다는 주장이 설득력을 갖는다.<sup>34)</sup>

## (2) 재판공개 원칙 및 범위

우리 헌법 제109조는 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 하여 재판은 공개된다는 원칙을 규정하며, 법원조직법 제57조도 위 헌법의 재판공개 원칙에 따라 같은 취지의 규정을 두고 있다. 이 규정은 헌법 제27조 제3항의 형사피고인의 공개재판을 받을 권리와 함께 앞서 본 바와 같이 증대한 의의를 갖는 재판공개 필요성에 비추어 이를 제도적으로 보장한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 이것은 모든 국민 개개인에게 법정 출입할 수 있는 주관적인 권리를 부여하는 것은 아니며, 공개재판이 제도적으로 보장됨으로 인하여 개인에게 그러한 기회가 주어지는 것이라 할 수 있고, 이것은 언론의 대리인인 기자에 대하여도 마찬가지라고 생각된다.

재판의 ‘심리’의 의미가 형사소송에 있어서는 공판절차를 의미함에는 의문이 없지만, 민사소송에 있어서는 여러 종류의 어떠한 절차를 공개로 하여야 하는가가 명백하지 않다. 종국재판이 판결로 종료되도록 규정된 소송절차의 변론 및 증거조사절차는 공개법정에서 행하여야 할 것으로 생각된다.

---

33) 정선주, 전계 논문, 59면 이하

34) 그 상세한 내용에 관하여는 정선주, 전계 논문, 54면 이하 참조

재판의 공개에 관한 규정을 위배한 때에는 민사에 있어서는 절대적 상고 이유가 되며(민사소송법 제394조 1항 5호), 형사에 있어서는 항소이유(형사소송법 제361조의 5 제9호)가 된다. 그러나 이들 규정의 적용에 있어서는 앞서 살펴본 바와 같이 공개원칙의 의의 변화에 비추어 융통성 있게 대처하여야 할 것이다.

재판이 공개되는 경우 당사자에게(직접공개) 뿐 아니라 원칙상 언론에도 공개되는 것(간접공개)은 물론이다. 다만 법원조직법 제59조는 “누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가 없이 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 하지 못한다”고 규정하여 간접공개 중에서도 일정한 태양의 공개는 원칙적으로 금지하는 입장을 취한다.

### (3) 법률에 의한 비공개절차

비송사건절차법에 의한 비송사건의 심문은 공개하지 아니하며, 민사조정법에 의한 조정절차는 공개하지 아니할 수 있다. 다만, 법원은 상당하다고 인정하는 자에게 방청을 허가할 수 있다(비송사건절차법 제13조, 민사조정법 제20조). 소년보호사건의 심리는 공개하지 아니하며, 판사는 적당하다고 인정하는 자에 대하여는 재석을 허가할 수 있다(소년법 제24조 2항). 종전에 구 가사심판법은 가사심판절차를 비공개로 규정하였으나, 현행 가사소송법은 비공개규정을 폐지하였다. 다만, 그 사건의 당사자에 관한 실명(實名) 보도가 금지되는 것은 종전과 같다(가사소송법 제10조 참조).

### (4) 사례별 비공개 심리

재판공개는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때에는 배제할 수 있다(법원조직법 제57조 제1항 단서). 그러나 이 공개의 배제는 앞서 본 재판공개제의 의의라든가 국민의 알 권리라는 이익과 개인의 법익 보호라는 요청을 대비 형량하여 합리적으로 처리하여야 할 것이다. 형사소송에 있어서는 민사소송에 있어서보다 그 비공개요건에 관하여 엄격히 심사되어야 할 것이며, 그 비공개로 하는 조치도 필요한 절차 이외의 절차로 확대되어서는 안될 것이다.

일본 헌법 제82조(재판의 공개)는 “① 재판의 대심과 판결은 공판 정에서 이를 행한다. ② 재판소가 재판관의 전원일치로 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있다고 결정한 경우에는 대심은 공개하지 않고 행할 수 있다. 단, 정치범죄, 출판에 관한 범죄 또는 이 헌법 제3장에서 보장하는 국민의 권리가 문제로 되는 사건의 대심은 항상 이를 공개하지 않으면 안된다”고 규정하고 있다.

법문상 비공개(非公開)로 할 수 있는 사유는 국가의 안보, 안녕질서 및 선량한 풍속 등 국가적 사회적 이익을 보호하기 위한 경우에 국한되고 있다. 그러나 이러한 열거를 제한적 열거로 보기보다는 예시적 열거로 보는 것이 타당할 것이다. 오늘날에는 법문에 열거된 사유보다는 개인의 인격권이나 기업의 비밀보호를 위하여 비공개로 할 것이 요청되는 경우가 더 흔하기 때문이다. 개인의 프라이버시나 영업비밀이 침해되는 경우에도 법에 열거되지 않은 사유라 하여 비공개로 할 수 없다면 새로운 법의 요청에 부응할 수 없을 것이다. 이들 이익을 이유로 한 비공개신청이 있는 경우에는 재판공개 원칙이 갖는 의의에 비추어 사안에 따라 공공의 정보의 이익과 소송관계인의 인격보호 필요성을 비교형량하여야 한다.

인격영역의 침해 정도가 심한 사항일수록 인격보호를 중시하여야 한다. 그 경우 언론에 의한 재판보도는 인격보호의 이익을 소홀히 하는 경향이 있다는 점과 대중은 법적으로 의미있는 사정보다는 이러한 범죄의 주변 사정에 관하여 더 큰 관심을 가지며, 이를 비난적 요소로 평가하는 경향을 갖는다는 점을 고려하여야 한다. 예컨대, 독자들이 관심을 갖는 피고인의 직업생활이나 생계생활의 사정은 성질상 공개적인 범위에서 이루어지는 것이며, 사생활의 주변영역에 속하는 것으로서 사적 영역과 공개적 영역의 중간에 존재하는 것이기 때문에 그에 대한 보도나 공개 여부는 어려운 비교형량의 문제를 제기한다. 그에 비하여 내밀영역 및 비밀영역이나 사사적 영역과 같이 인격영역의 핵심에 관계되는 사항으로서 공개적으로 비난받을 위험이 클수록 공개원칙은 더욱 후퇴되게 된다.

형사소송에서 공개는 전술한 바와 같이 그 객관적 기능과 필요성 때문에

제도적으로 보장되는 것이고, 형사사건에서 공개원칙을 과도하게 배제하는 것은 입법자의 명백한 의사에 반하는 것이어서 소송관계인 등이 개인적 의사에 따라 임의로 공개를 배제할 수는 없는 것이다. 이러한 취지에 비추어 비공개로 하는 경우에도 소송경과의 투명성과 범죄경위에 관한 이해를 위하여 그 보완책이 고려되어야 한다. 독일에서 행해지는 바와 같이 재판장은 비공개를 해제한 후에 그 결과에 관하여 압축·설명하거나 감정인으로 하여금 진술하게 함으로써 공공의 정보욕구를 충족시키는 방안이 시도될 수 있다.

법원은 인격보호를 중시하는 입장에서 비공개조치에 인색할 필요가 없다. 비공개로 재판을 받게 해달라는 신청이 있는 경우 비공개의 요건이 존재하는 한 법원은 그에 따라야 한다. 비공개의 요건이 존재한다고 해도 소송관계인 모두가 명시적으로 공개 변론을 원하는 경우에는 물론 공개로 하여야 한다. 비공개의 요건이 있음에도 신청이 없는 때에는 법원이 재량권을 갖지만, 공개원칙보다 인격보호가 원칙적 우위를 가지며, 의문이 있는 경우에는 내밀 영역, 비밀영역 및 사사적 영역에 우위가 주어진다. 피고인의 사회복귀를 어렵게 하는 내밀한 사항, 주목받게 될 정신적·육체적인 사항 등에 관한 진술이 예정된 경우와 같이 피고인의 인격적 영역에 대한 중대한 침해의 위험이 있는 경우에는 재량의 여지가 없고, 피고인이 이의하지 않으면 법원은 비공개할 것이 강제된다고 보아야 한다. 형사소송의 경우보다 민사소송에 있어서는 인격보호의 필요성이 인정되면 당사자의 의사를 더욱 존중하여야 할 것이다.

위와 같이 비공개로 하는 경우에는 법원의 결정으로써 이유를 개시(開示)하여 선고하여야 한다(법원조직법 제57조 제1항 단서 및 제2항). 비공개결정을 함에는 사전에 비공개신청인으로 하여금 그 사유를 소명하게 하고, 상대방 당사자나 관계인의 의견을 청취하는 것이 바람직할 것이다. 여기서 기자는 관계인이라고 볼 수 없지만 그들로부터 보도를 원한다는 등 의견의 개진이 있는 경우에는 이를 조서에 기재하거나 의견서를 제출케 하여 참고로 함이 좋을 것이다. 형사재판에서 강간죄 등 피해자의 증인신문에 있어

서는 직권에 의해 비공개로 신문하는 경우가 많다. 비공개결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 자의 재정을 허가할 수 있다 (동조 제3항).

법원은 공공의 통제 및 정보의 이익과의 교량에서 사건의 전면적인 비공개보다는 개인적 법익의 보호를 위해 필요한 한도에서 그 일부의 일시적인 비공개 조치를 취할 수도 있다.

또 1991. 1. 1.부터 시행된 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제8조에 의하면 약취·유인·강간·강도 등 특정강력범죄로 수사 또는 심리 중에 있는 사건의 피해자나 그 사건을 신고하거나 고발한 자에 대하여는 그 신원을 알 수 있는 사항을 보도할 수 없다 (동법 제8조). 피해자의 프라이버시보호와 함께 보복범죄의 피해를 사전에 예방하기 위한 것이라고 할 수 있다.

비공개로 한 재판에 관하여는 소송에 관여한 자도 이를 공개할 수 없으며, 언론기관이 보도할 수도 없다. 그러나 현행법상 그에 대한 처벌규정은 없다. 입법상의 보완을 요하는 점이다. 그러한 위반이 민사소송에서 손해배상책임으로 귀결될 수 있음은 별개의 문제이다.

#### **(5) 법정 보도의 허용성 및 한계**

법정의 보도가 허용된다고 하여 특히 그 수사대상과 관련하여 피고인 등 소송관계인의 신원공개가 자동적으로 허용되는 것은 결코 아니다. 공개재판주의가 언론매체의 신원공개보도를 허용하는 근거가 될 수는 없는 것이다.

소송절차에서 개인적 생활환경이나 자료에 관한 진술이 있다고 하더라도 그것은 법원이나 소송관계인을 상대로 한 것이고, 공개에 대한 동의를 포함하는 것은 아니므로 언론이 그것을 그대로 보도할 수 있는 것은 아니다. 소송에서 진술된 피고인의 개인적 생활영역에 속하는 사정이 넓은 범위의 공공에게 전달될 수 있는가의 여부는 그 사건의 시사적 의미 및 그 보도가 피고인과 그의 혐의사실을 올바르게 이해하는데 필요한가의 여부에 의존한다.

공개재판절차를 보도하는 경우에도 전술한 바와 같이 일반적 법리에 따라 피고인에 대한 혐의사실과 소송경과는 진실되게 객관적으로 보도해야 한다. 사실관계에 의해 뒷받침되지 않는 설명이나 피고인을 모욕하거나 그 인격권을 침해하는 표현은 금지된다. 심리에 있어서는 피고인의 여러 개인적 생활 환경이 언급되기 마련이지만, 소송절차에 대한 보도에 있어서는 피고인의 사적 영역 및 비밀영역이나 내밀영역에 대한 권리를 존중하여야 하는 한계를 지켜야 한다.

### (6) 입법론적 개선사항

앞서 살펴본 바에 의하면 재판공개 원칙은 여러 측면에서 수정과 제한이 요구됨을 알 수 있다. 이에 관한 현행 법제는 재판공개제도의 고전적 개념에 머무른 채 원활한 사법적 기능수행에만 치중한 나머지 소송절차에서 제기되는 개인의 법익이라든가, 산업사회에서 요구되는 기업비밀 등은 물론 정보화사회에서 요청되는 개인정보 보호의 관점이 등한시되고 있다. 앞으로 입법상 개선할 점을 요약하여 살펴본다.

첫째, 법원조직법 제57조가 규정하는 비공개(非公開)로 할 수 있는 사유는 국가의 안보, 안녕질서 및 선량한 풍속 등 국가적 사회적 이익을 보호하기 위한 경우에 국한되고 있으나, 개인의 인격권 보호나 기업의 비밀보호를 추가하여야 할 것이다.

둘째, 비공개로 하는 개인적 법익을 위한 사유로서 독일의 경우와 같이 피고인, 당사자, 피해자, 증인 등 절차관계인 개인의 사적 생활영역에 대한 정황이 심리대상으로 되는 때에는 그들의 인격보호의 이익을 위하여 그 재판은 비공개로 할 수 있고, 공판에서 언론의 참석을 배제하는 조치가 가능하며, 대립하는 양자의 이익의 형량에 있어서 의심이 있는 때에는 인격보호가 우선되어야 한다는 취지가 성문화되어야 할 것이다.<sup>35)</sup> 우리의 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법은 일정한 특정강력범죄의 수사 및 심리에 있어서만 피해자의 프라이버시보호와 함께 보복범죄의 피해를 사전에 예방하

---

35) 상술한 독일 피해자보호법 §171 b GVG i. d. F. des Opferschutzgesetzes vom. 18. Dez. 1986 (BGBl. I S. 2496) 참조



기 위한 보도금지 조항(동법 제8조)을 두고 있으나, 이것만으로는 미흡하다고 생각된다.

셋째, 공판절차의 실무에 있어서도 독일에서 시도되고 있는 바와 같이 이를 2분화하여, 피고인의 개인적 사정을 조사하는 절차는 가급적 비공개로 하는 방안을 검토할 필요가 있다. 피고인의 정신적 또는 신체적 건강상태와 성격, 그 중에서도 특히 전과, 가족간의 불화나 이혼기도 등 가정내부의 사항, 정신감정의 결과 및 성생활의 사정 등에 관한 진술은 공개변론에 적합하지 아니하므로 비공개로 하는 방안이 필요하기 때문이다.

넷째, 비공개로 하는 결정의 절차와 그 후 이를 보완하거나 그 비공개성을 확보하는 절차가 구체적으로 규정될 필요가 있다.

공개배제의 결정에 대하여는 불복할 수 없게 하고(독일 법원조직법 제171b조 제3항 참조), 비공개의 경우 필요한 보완조치로서 법원은 변론자료의 대외적 교부를 금지할 수 있게 하거나(독일 법원조직법 제174조 제3항 참조), 세인의 주목을 끄는 사건에서는 변론을 비공개로 한 경우에도 피고인의 인격이나 행위배경의 이해를 위하여 법원은 비보도를 조건으로 기자의 입장을 예외적으로 허용할 수 있게 하는 규정(독일 법원조직법 제175조 제2항 1문)을 둘 필요도 있을 것이다.

비공개로 한 재판에 관하여는 소송에 관여한 자도 이를 공개할 수 없으며, 언론기관도 보도할 수도 없도록 하고, 그에 위반한 경우 처벌하는 조항이 규정되어야 할 것이다. 예컨대, 독일 형법 제353d조(법원심리에 관한 보도의 금지)는 ① 국가의 안보를 이유로 비공개로 진행된 심리에 관하여 보도한 경우, ② 비공개재판에서 출석이 허용된 자가 수비명령에 위반하여 금지된 사항을 공개한 경우 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하는 규정을 두고 있다. 그러한 묵비명령의 요건 및 절차가 구체적으로 명시될 것을 요함은 물론이다.

다섯째, 재판의 공개에 관한 규정을 위배한 경우 상소이유로 규정하는 현행 소송관계법 조항에 대하여는 새로운 검토를 요한다. 적어도 민사에 있어서는 절대적 상고이유로 하는 조문(민사소송법 제394조 1항 5호)은 폐

지되어야 하며, 형사에 있어서도 항소이유로 하는 조문(형사소송법 제361조의 5 제9호)에는 일정한 제한적 요건이 설정되어야 할 것이다.

여섯째, 정보공개 청구소송에 있어서 보호정보의 보호를 위한 조치는 정보법의 차원에서 별도로 검토되어야 할 것이다.<sup>36)</sup>

## 나. 법원 구내의 출입

우리의 경우 기자가 취재를 위해 공개로 진행되는 법정에 자유로이 출입할 수 있음은 물론이다. 기자라고 하여 타인들 보다 더 큰 권리를 갖는 것은 아니지만, 좌석수가 제한된 법정에 출입하는 경우 기자들이 우선적으로 배려되는 것이 법원의 실무 관행이다. 사회의 이목이 집중된 사건의 재판에서 비공개로 하는 조치는 신중을 기해야 한다. 예컨대, 예상되는 언론보도 때문에 진실발견이 방해받을 수 있다고 하는 단순한 가능성만을 가지고 공개를 정지하여 기자들을 배제하는 것은 허용되지 않는다.<sup>37)</sup> 비공개로 진행되는 절차에는 기자들도 역시 입장할 권리를 갖지 못한다. 법정질서를 어지럽히는 행위를 하는 자는 재판장의 법정경찰권에 의해 퇴정당할 수 있다.

재판관계 보도를 담당하는 일간신문·통신·방송의 기자 등 출입기자단의 취재편의를 위하여 법원 당국은 여타의 일반 국가기관의 출입처에서와 마찬가지로 기자실을 설치하여 사용하도록 하는 것이 오랜 관례로 되어있다. 대법원예규<sup>38)</sup>도 이러한 관행을 인정하여 법원의 “각급 기관 중 지방법원 이상의 기관에는 가급적 기자실을 설치하여 출입 기자의 활동에 편의를

---

36) 그 상세한 내용에 관하여는 박용상, ‘정보보호법제’, 1996, 아산사회복지사업재단 제7회 사회윤리심포지엄, 정보사회와 사회윤리, 120면, 170면 이하, 이상돈, ‘정보보호와 형사절차’, 저스투스 제29권 제1호 한국법학원, 68면 이하 및 한위수, ‘알 권리와 정보공개청구권’, 재판자료 제77집 법원도서관, 407면 이하 참조

37) Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Handbuch des Äußerungsrechts, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln (1994), S. 443

38) 1993. 7. 28. ‘법원홍보업무에 관한 내규’(대법원내규 제198호, 1995. 8. 29 내규 제217호로 최종 개정) 위와 같은 내용의 조문은 1962. 6. 27. 대법원내규 제12호부터 있었다.

제공하여야 한다”고 규정하고, 나아가 각급 기관은 언론기관의 취재활동이 법원의 보안, 업무진행 또는 재판당사자의 인권 보호에 지장이 있는 경우 이외에는 이에 적극적으로 협조할 것을 지시하고 있다(동 예규 제10조 및 제11조 참조). 공적 과업을 담당하는 언론기관에 대한 배려라고 생각된다.

판사실 또는 법원 사무과의 사무실 등에 대한 출입은 법원의 시설관리권에 따르게 되어 있으나, 현재 기자들의 그러한 장소의 출입에 관하여는 특별한 규제가 없고 임의적인 수시의 취재가 이루어지고 있다. 그러나 일반 민원인에게도 출입이 개방된 장소 이외의 공간에 대한 기자의 임의출입은 허용될 수 없는 것이므로 사전에 건물관리자 또는 그 점유자에게 취재의 취지와 취재사항을 통고하여 사전의 동의를 구하는 것이 바람직하다고 생각된다. 위 예규에 의하면 각급 기관의 장은 해당 법원의 질서, 보안 또는 재판관계인의 인권보호에 필요하다고 인정하는 경우, 출입 기자에 대한 표식을 교부하고, 일정한 장소에 대하여는 표식이 없는 기자의 출입을 제한할 수 있다 (동 예규 제12조 참조).

법정이 아닌 법원 구내에서의 촬영 등에 관하여는 특별한 규제가 없기 때문에 법정에 입장하는 판사, 검사, 변호사를 촬영하는 것은 방임되고 있다. 특히, 세인의 관심을 불러일으키는 사건에서 피고인 또는 소송관계인이 법원 구내에서 차에서 내려 청사내에 들어가기까지 촬영 등 기자의 경쟁적 취재 때문에 혼란이 야기되는 사례가 적지 않다. 이러한 혼란을 방지하기 위해서는 기자단의 자율적인 규제가 요청된다. 뿐만 아니라 초상권이나 인격권에 대한 인식이 고조되고 있는 최근의 추세를 보면 단순히 혐의단계에 있는 피의자의 사진을 그의 명백한 의사에 반하여 억지로 찍어서 보도하는 것은 명백한 초상권의 침해로 보이며, 관계자로부터 손해배상의 청구가 있다면 취재 기자는 법원에서 패소할 가능성이 크다.

## 다. 수사 및 재판에 관한 문서에 대한 취재

### (1) 개관

수사 및 재판에 관한 문서에 대하여 취재하는 경우 현행 법제상 어떠한 규제가 이루어지고 있는가에 관하여는 상술할 필요가 있다. 일반적인 정보공개에 관하여는 공공기관의 정보공개에 관한 법률이 있지만, 이러한 일반적 규율이 수사나 재판에 관한 문서에 관하여도 적용되는가에 관하여는 논란이 있을 수 있다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의하면 “정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우”(동법 제4조 1항)에는 동법이 적용되지 아니하며, “다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 경우”(동법 제7조 1항 1호)에는 비공개대상정보로 규정되어 있다.

일반론으로서 수사와 재판에 관한 문서의 공개 여부는 그 공개를 바라는 자가 누구인가(피고인 또는 당사자와 제3자), 소송의 종류 여하(민사소송인가 형사소송인가)에 따라, 그리고 진행중인 소송에 관한 것인가, 아니면 확정되어 보존된 사건의 소송문서인가에 따라 적용 법리와 공개절차가 구별되어 검토되어야 한다.

첫째, 원칙적으로 본다면 일반 시민은 소송에 관한 문서에 관하여도 일반적인 정보공개절차에 따라 알 권리를 갖는다고 보아야 한다. 기자 역시 이러한 입장에 있음은 물론이다. 알 권리가 국가정보에 대한 접근권(access권)의 보장이라는 면을 가지고 있는 것을 고려한다면 국가에 대한 접근은 입법, 행정, 사법, 헌법재판 등 국가작용의 전반에 걸쳐 인정되는 것이기 때문이다. 다만, 이 경우에도 사법절차는 당사자나 피고인 등 특정 개인의 권리관계에 관한 다툼을 다루는 것이어서 일반적인 정보공개절차와 다른 특수성이 있어, 정보공개법도 이에 관하여 특칙을 규정한다. 정보공개법은 진행중인 재판에 관련된 정보 기타 범죄수사 등에 관한 정보는 비공개 대상정보로 규정하고 있다(동법 제7조 4호).

미국에서도 정부가 가진 정보에 대한 언론 미디어를 포함한 일반의 접근권을 보장하는 법률로서는 연방의 모든 행정기관에 적용되는 정보자유법(FOIA, Freedom of Information Act, 1967)과 각 부처 장관을 제외한 50개 기관의 회의시에 적용되는 정부공개법(1977년 시행 Government in the Sunshine Act)이 있고, 주차원의 회의공개법(Open Meeting Law) 및 문서공개법(Open Records Law)이 모든 주에서 제정·시행되고 있는데, 이들 법률은 법원의 절차와 법원문서에 대하여 적용되지 아니한다. 법원문서와 절차는 일반적 정보 공개절차와는 다른 독자적인 문제와 규율을 가지고 있기 때문이다. 정보자유법에서는 법집행기록도 예외로 규정되고 있다.

그에 비해 소송당사자나 피고인 등 직접 이해관계인은 자기와 관계된 소송사건에 관하여 원칙적으로 그 기록 및 문서를 열람하거나 등사할 권리를 갖는다. 이것은 일반적인 정보공개법상 정보주체로서 인정되는 권리가 아니라, 그 이전부터 소송법상의 권리로서 인정되어 온 것이다. 형사 피고인이나 민사소송의 당사자가 가지는 열람·등사청구권은 증거절차 및 소송절차에서 공격과 방어를 위해 요구되는 것으로서 재판청구권(헌법 제27조 제1항)의 행사와 보장이라는 특수한 요구에 부응하여야 하는 것이기 때문에 일반적인 정보공개법리에 우선하여 소송법적 규율이 적용되어야 하는 것이다.<sup>39)</sup> 당사자가 자기관련 소송기록의 열람 및 등사를 신청한다면, 여기서 문제되는 기본권은 일반적인 알 권리가 아니라 공정한 재판을 받을 권리에 근거한 것이다.<sup>40)</sup>

이러한 관점에서 각종의 소송관계법은 피고인 또는 당사자나 이해관계인의 소송관계 서류에 관한 열람·등사권을 따로 규정하고 있다.

이에 관하여 유력한 학설은 공정한 재판절차에서는 소송당사자가 법원의 결정에 앞서 자신의 권리와 관계되는 자신의 견해를 진술할 수 있는 기회를 가져야 하며, 이를 위해서는 당사자가 소송과 관련된 모든 사실에 관한 정보를 얻을 수 있어야 하므로, 당사자의 소송기록 열람청구권은 헌법상 보장

39) 동지, 정종섭, '확정된 형사기록을 열람·등사할 권리와 그 제한', 인권과 정의 235호 (1996), 84면

40) 헌재 1991. 5. 13. 선고 90헌마133 결정

된 재판청구권(헌법 제27조)의 본질적 보장내용으로서 ‘효율적 권리 보호’를 실현하기 위한 필수조건을 의미한다고 한다.<sup>41)</sup>

둘째, 진행중인 사건에 있어서 당사자나 피고인 등 소송관계자의 소송기록에 대한 열람 등사청구는 재판청구권의 가장 핵심적인 보장내용으로서 가능한 한 넓게 허용되어야 한다. 그러나 진행중인 사건에 관하여 그 이외의 제3자(여기에는 기자도 포함된다)는 민·형사를 막론하고 소송기록에 대한 접근은 원칙적으로 배제된다고 보아야 한다. 그 예외에 관하여는 후술한다.

셋째, 이미 확정되어 보존절차에 들어간 재판관계 문서에 관하여도 당사자나 피고인 등 소송관계자의 알 권리는 넓게 허용되어야 한다. 헌법재판소의 관례에 의하면 피고인이었던 자가 자신의 형사피고사건이 확정된 후 그 소송기록에 대하여 열람, 복사를 요구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 허용되어야 한다고 한다.<sup>42)</sup>

그러나 기자 등 제3자가 공개를 청구하는 경우에는 일반적인 정보공개법리에 따라 그 공개여부가 결정되어야 할 것이다. 법원이나 검찰도 국가기관으로서 일응 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 적용을 받게되며(동법 제2조 3호), 이 경우 공개청구의 상대방이 되는 것은 기록을 보존하는 법원이나 검찰청이며, 정보공개법이 정하는 정보공개심의회의 심의를 거쳐 그 공개 여부가 결정된다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제10조 참조). 대법원과 법무부의 관계 규칙은 보존기록의 공개에 관한 규정을 두고 있다.

이하에서는 수사관계 문서와 재판관계 문서에 관하여 항목을 나누어 상술한다.

---

41) 한수웅, ‘헌법상의 알 권리 - 헌법재판소 주요결정에 대한 判例評釋을 곁하여 -’, 월간법조, 2002. 8. (통권 551호) 35-73면

42) 현재 1991. 5. 13. 90헌마133 결정의 경우, 비록 형사확정소송기록의 열람이 문제된다 하더라도, 재심청구의 가능성을 배제할 수 없기 때문에 소송기록을 열람할 이익이 인정되고, 이러한 이익은 재판청구권의 보호범위에 포함되는 것이다. 이 경우 열람을 신청하는 자가 ‘왜 이를 신청하는지’의 주관적 의도는 중요하지 않다.

참고로 일본의 형사소송법 제53조는 “누구라도 피고사건의 종결 후 소송기록을 열람할 수 있다. 다만, 소송기록의 보존 또는 법원이나 검찰청의 사무에 지장이 있는 때에는 그러하지 아니하다.”(제1항)고 규정하고, “변론의 공개를 금지한 사건의 소송기록 또는 일반의 열람에 적당하지 않다고 하여 그 열람이 금지된 소송기록은 전항의 규정에도 불구하고 소송관계인 또는 열람에 관하여 정당한 이유가 있고 특히 소송기록 보관자의 허가를 얻은 자가 아닌 한 이를 열람할 수 없다.”(제2항)고 규정하고 있다.

## (2) 수사관계문서에 대한 열람 등사

범죄에 대한 정보나 각종의 행정상 단속법규의 집행에서 수집된 정보가 어디까지 공개될 수 있는가는 미묘한 문제이다. 범죄의 수사에 있어서는 사안의 성질상 밀행성(密行性)이 요구되는 경우가 적지 않고, 수사상의 정보는 개인의 프라이버시와 깊은 관련을 갖게되며, 정보제공자의 신원을 보호할 필요가 있는 한편, 국민의 비판을 받도록 공개가 요청되는 측면도 있기 때문이다.

(가) 수사중인 사건에 관한 문서 등

### 1) 피의자 피고인 및 변호인

헌법재판소 판례에 의하면 “검사가 보관하고 있는 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사는 실질적 당사자 대등(對等)을 확보하고 신속·공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 ‘신속·공정한 재판을 받을 권리’를 침해하는 것이다.”<sup>43)</sup>

변호인은 기소 전 피의자에 대한 고소장과 신문조서의 열람 및 등사를 청구할 수 있고 경찰서장이 그 정보 공개를 거부한 것은 변호인의 변호권과 알 권리를 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.<sup>44)</sup>

### 2) 일반 제3자

현행 형사소송법 제47조는 “소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공의상의 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다”고 규정하여 소송서류의 비공개주의를 취하고 있다. 이 조항과 피의사실의 공표를 금하는

43) 수사기록 열람신청거부 사건(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 676)

44) 헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 결정

형법 제126조에 따라 일반 형사사건에서 일반 제3자와 기자들의 수사기록에 대한 접근은 봉쇄되고 있다고 할 수 있다.

형법 제126조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

그밖에도 소년법 제45조(보도상의 주의)는 “소년범죄는 소년법의 취지에 따라 신속히 처리하고 소년의 주거, 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 그자를 당해 본인으로 추지할 수 있는 정도의 사실이나 사진이 보도되지 아니하도록 특히 주의하여야 한다”고 규정하며, 사법경찰관리집무규칙 제7조(비밀의 엄수)는 “사법경찰관리는 범죄를 수사함에 있어서 기밀을 엄수하여 수사에 지장을 초래하지 아니하도록 주의하여야 하며 피의자 피해자 기타 관계인의 명예를 훼손하지 아니하도록 하여야 한다”고 규정한다.

그러나 사회의 이목이 집중된 사건에서 수사관계 문서의 공개를 전면적으로 배제하는 것은 국민의 알 권리에 비추어 문제가 있다. 진행중인 재판에 대하여도 국민의 알 권리는 존중되어야 하기 때문에 진행중인 사건의 기록에 관하여도 기자의 열람 내지 개시청구가 일률적으로 완전히 배제될 수 없고, 그 경우 공개 여부를 결정함에 있어서는 법원의 심리와 재판에 관한 공개주의의 원칙과 공정한 재판의 보장이라는 이익을 종합적으로 비교 검토하여 그 공개 여부가 결정되어야 할 것이다. 미국의 예에서 보는 바와 같이 기자의 취재가 가능한 경우와 비공개로 되는 사항을 명확히 규정함이 바람직할 것이다.

미국의 정보자유법(FOIA, Freedom of Information Act, 5. U.S.C. § 522)은 법집행관계문서의 비공개사유에 관하여 명시하고 있다. 1974년 개정법에 의하면 법집행의 목적으로 작성된 조사·수사기록으로서 공개하게 되면 ① 법집행절차를 방해하게 되는 경우 ② 공정한 재판 또는 재결의 권리를 해하는 경우 ③ 개인의 프라이버시를 부당하게 침해하는 경우 ④ 기밀적인 정보원의 신원을 노출하게 되는 경우 및 형사법의 집행기관이 범죄수사의 과정에서 작성한 기록 또는 합법적인 국가안보상의 정보수집을 관장하는 행정기



관이 작성한 기록에 있어서는 비밀정보원이 제공한 비밀정보가 누설되는 경우 ⑤ 조사·수사상의 기술 및 절차를 노출시키게 되는 경우 ⑤ 법집행직원의 생명 또는 신체의 안전을 위협하게 하는 경우에는 공개하지 않을 수 있다고 규정한다 (5. U.S.C. § 522 (b) (7)). 다만, 위 정보자유법은 행정부처의 각종 기관이나 위원회 및 공법인에게 적용되나, 입법부나 사법부에 대하여는 적용되지 않는다.

이들 정보 중 공개 여부의 기준이 되는 것으로 법집행지침(law enforcement manuals)과 수사기록(investigatory records)의 개념이 있다. 법집행지침 중에서 예컨대 기소재량자료나 징계의 기준 등 법령의 해석이나 운영기준에 관하여 직원에게 지시하는 내용의 매뉴얼은 공공이 관심을 갖게 되므로 공개되어야 하나, 검사, 수사, 체포 또는 압수의 기술 등을 언급한 매뉴얼은 단순한 행정의 내부사항에 불과하므로 비공개로 할 수 있다. 그에 반하여 수사기록 즉, 조사 및 수사기록과 형사법 뿐 아니라 각종의 단속법규의 준수를 확보하기 위하여 이루어지는 절차에서 작성된 기록(investigatory records)은 미국의 정보자유법에서도 공개의 예외사유로 규정되어 있다. 구체적인 경우 법집행 목적을 방해하게 되는 것이기 때문이다. 테러 범죄조직 또는 외국의 첩보활동의 조사·수사의 정보도 비밀로 할 필요가 있는 사항이다.

현행 정보공개법은 “진행중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나, 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 한다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 정보”는 공개하지 아니할 수 있다고 규정한다 (정보공개법 제7조 제1항 제4호).

그 취지는 수사의 방법 및 절차 등이 공개되는 것을 막고자 하는 것으로서, 수사기록 중의 의견서, 보고문서, 메모, 법률검토, 내사자료 등이 이에 해당한다.<sup>45)</sup>

이 경우 공개의 허부를 결정하는 것은 사건을 담당하는 기관으로서 사실상 기록을 관리하는 기관이다. 경찰은 검찰에 송치하기 전까지, 검찰은 법원에 기소하기 전까지, 법원은 각 심급마다 상소되어 기록을 송부하기 전

---

45) 헌법재판소 1997. 11. 27. 94헌마60 결정 참조

까지 그 공개 여부를 판단하게 된다.

(나) 완결·보존된 수사 및 형사재판기록

형사소송이 완결되어 보존된 수사 및 재판기록은 관할 검찰청(제1심 법원에 대응하는 검찰청)에서 보관하게 된다. 사건이 완결되어 보존절차에 들어간 문서나 기록은 위와 같은 비공개에 필요가 상당 부분 소멸된다고 볼 수 있다.

1) 피고인 등 특별 이해관계인

헌법재판소의 관례에 의하면 피고인이었던 자가 자신의 형사피고사건이 확정된 후 그 소송기록에 대하여 열람, 복사를 요구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 허용되어야 한다고 한다.<sup>46)</sup>

이에 관하여 검찰보존사무규칙(1981. 12. 24. 법무부령 제234호로 제정, 2003. 7. 28. 법무부령 제534호로 최종 개정)은 그 열람 및 등사절차를 상세히 규정하고 있다. 그에 의하면 피고인 또는 피의자였던 자, 소송관계인, 청구사유를 소명한 고소인·고발인 또는 피해자 및 참고인은 재판확정기록의 전부나 일부에 대하여 소정의 수수료를 내고 열람·등사를 청구할 수 있고, 재판서 또는 재판을 기재한 조서의 등·초본의 교부를 청구할 수 있다.

구체적으로 보면, 피고인이었던 자, 피고인이었던 법인의 대표자 및 이들의 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·호주 등은 재판확정기록의 열람·등사를 청구할 수 있다(동 규칙 제20조 1항). 고소인·고발인 또는 피해자는 청구하는 사유를 소명하여 본인의 진술이 기재된 서류에 대하여는 열람을, 본인이 제출한 서류와 실황조사서·진단서·감정서 등 비진술서류에 대하여는 열람·등사를 청구할 수 있고(동 규칙 제20조 2항), 참고인 또는 증인으로 진술한 자는 본인의 진술이 기재된 서류에 대하여는 열람을, 본인이 제출한 서류에 대하여는 열람·등사를 청구할 수 있다(동 규칙 제20조 3항).

이들은 또 재판서 또는 재판을 기재한 조서의 등·초본의 교부를 청구할

---

46) 확정 형사기록 복사거부사건, 헌법재판소 1991. 5. 13. 90헌마133결정

수 있으며(동 규칙 제26조), 열람·등사청구에 관한 위 제20조의 규정은 불기소사건기록, 진정·내사사건기록 등 검사의 처분으로 완결된 사건기록에 대한 열람·등사의 청구에 관하여도 준용된다(동 규칙 제20조의2).

검사는 위 청구에 대하여 신속하게 허가 여부를 결정하여야 하는데(동 규칙 제21조 1항), 필요하다고 인정하는 경우에는 청구인에게 정당한 사유가 있음을 소명하는 자료의 제출을 요구할 수 있다(동 규칙 제21조 2항).

검사는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 기록의 열람·등사를 제한할 수 있다(동 규칙 제22조).

1. 재판이 비공개로 진행되었던 경우. 다만, 추후에 사정변경이 있는 경우는 예외로 한다.

2. 사건의 확정 또는 결정 후 3년이 경과한 경우. 다만, 특별한 사유가 있는 경우는 예외로 한다.

3. 기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속 기타 공공의 질서 유지나 공공복리를 해할 우려가 있는 경우

4. 기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 해할 우려가 있는 경우

5. 기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우

6. 기록의 공개로 인하여 피고인의 개선이나 갱생에 지장을 초래할 우려가 있는 경우

7. 기록의 공개로 인하여 비밀로 보존하여야 할 수사방법상의 기밀이 누설되거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우

8. 기타 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우

그러나, 피고인이었던 자가 본인의 진술이 기재된 서류나 본인이 제출한 서류에 대하여 열람·등사를 청구하는 경우에는 위와 같은 제한이 적용되지 않는다(동 규칙 제22조, 제20조 1항).

기록의 열람·등사는 검사가 지정하는 일시·장소에서 하여야 하며(동 규칙 제23조 1항), 보존사무담당직원은 열람에 참여하여 기록훼손 기타 불법행위가 발생하지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다(동조 제2항). 검사가 기록의 일부에 대하여서만 열람·등사를 허가한 경우 보존사무담당직원은 허가된 부분만 발췌하거나 다른 부분은 밀봉하는 등의 방법으로 허가되지 아니한 부분이 누설되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다(동조 제3항).

검사는 청구의 전부나 일부를 허가하지 아니하는 경우에는 청구인에게 사건기록열람·등사 불허가통지서에 그 이유를 명시하여 통지하여야 한다(동 규칙 제21조 3항).

이와 같이 형사재판기록에 대한 열람등사권을 제한한 위 규칙의 합헌성에 관하여는 논란이 있다. 위헌설에 의하면 동 규칙은 국민의 기본권인 형사확정기록에 대한 열람·등사권을 법률이 아닌 법무부령으로 제한한 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위반되고 그 내용에 있어서도 검사의 허가를 받도록 하고 있으며 그 청구권자를 제한하고 있고 검사의 불허가에 대한 불복절차를 정하고 있지 아니하는 점 등에서 위헌무효라고 한다.<sup>47)</sup>

그러나, 합헌설에 의하면 위 규칙은 법무부령으로서 형식상은 범규명령이나 그 중 검사의 허가 및 열람등사의 제한에 관한 부분 등은 확정기록의 열람·등사청구에 대한 내부사무처리의 준칙을 정한 것으로서 실질적으로는 행정규칙의 성격을 띤다고 할 것이므로 위 규칙에 의하여 그 열람·등사청구권자가 제한되었다고 할 수 없으며, 검사가 위 규칙 제22조에 의하여 열람·등사를 제한하였다 하여도 그 제한이 위 규칙 소정의 사유에 해당하는가의 여부가 아니라 구체적인 경우에 있어서의 이익형량 등에 의하여 그 제한이 적법한가의 여부를 결정하여야 할 것이므로 위 규칙을 바로 위헌이라고 볼 것은 아니라고 한다.<sup>48)</sup>

생각건대, 정보공개청구권을 헌법상의 직접적인 구체적 기본권으로 파악하는 헌법재판소 관례(헌법재판소 1991. 5. 13. 선고 90헌마133 결정)의 입장에 의하면 그러한 기본권 제한은 법률에 의해 헌법 제37조 2항의 요건에 따

47) 정종섭, '확정된 형사기록을 열람·등사할 권리와 그 제한', 인권과 정의 235호 (1996), 86-92면

48) 한위수, '알 권리와 정보공개청구권', 재판자료 제77집 법원도서관, 469면

라 행해져야 할 것이다.

대법원은 이에 관하여 검찰보존사무규칙 중 “재판확정기록 등의 열람·등사에 대하여 제한하고 있는 부분은 위임근거가 없어 행정기관 내부의 사무처리준칙으로서 행정규칙에 불과하므로, 위 규칙에 의한 열람·등사의 제한을 공공기관의정보공개에관한법률 제4조 제1항의 ‘정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’ 또는 제7조 제1항 제1호의 ‘다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 경우’에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판시하였다(대법원 2003-12-26 2002두1342).

## 2) 일반 제3자

또 위 규칙에 의하면 검사는 학술연구 등의 목적을 위하여 필히 필요하다고 인정되는 경우에는 소속 검찰청(지청의 경우에는 소속지방검찰청)의 장의 허가를 받아 열람과 등사를 허가할 수 있도록 규정되어 있다. 기자들이 취재의 목적으로 재판확정기록을 열람하고자 하는 경우에는 이러한 규정에 따라 열람 등사 또는 등·초본의 교부를 청구할 수 있다고 생각된다(동 규칙 제20조 내지 제27조).

### (3) 법원문서에 대한 액세스

#### (가) 헌법상 재판공개 원칙과 재판기록 공개의 관계

헌법상 재판공개 원칙에 의해 재판기록도 공개하여야 하는가 하는 점에 관하여는 논란이 있다. 부정설은 재판공개 원칙은 소송기록의 공개를 요구하는 것은 아니며, 이를 공개할 것인가 또 어느 정도까지 공개할 것인가는 입법정책의 문제에 불과한 것이라고 한다.<sup>49)</sup> 그에 반해 긍정설은 재판이 공개로 진행된 이상 재판의 경과와 결과를 기록해 놓은 소송기록이 공개의 대상이 되는 것은 당연하며, 재판기록이 공개되지 않는다면 재판의 공개는 그 의미가 반감되는 점에 비추어 재판의 공개에는 재판기록의 공개도 당연히 내포한다고 주장한다.<sup>50)</sup>

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 현대 사회에서 재판공개제도가 갖는 기능을 올바르게 이해한다면, 공개의 필요성과 범위는 소송관계자의 이익을 위해

49) 구병삭, 제3전정판 신헌법원론, 박영사(1996), 1157면

50) 정종섭, 전제 논문, 85면

양보되어야 하는 경우가 있을 수 있다. 유의할 것은 당사자나 피고인 등 이해관계인에 의한 공개청구인가, 아니면 기자 등 제3자의 공개청구인가에 따라 그 적용법리가 달라져야 한다는 점이다. 전자의 경우에는 소송법적인 관점에서 재판청구권의 실현과 적법절차의 실현을 위해 원칙적으로 공개되어야 하나, 후자의 경우에는 알 권리의 이익을 대변하는 기자의 공개의 이익과 공개에 의해 피해를 볼 수 있는 반대법익을 비교 형량하는 방법에 의해 결정되어야 할 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 공개가 제한 또는 배제되는 범위에서 기자 등의 공개청구는 허용될 수 없다.

그러므로 재판공개 원칙이 바로 재판기록의 공개로 귀결되는 것이라고 볼 수는 없고, 법익 형량에 따라 문서의 공개 여부가 결정된다고 보아야 할 것이다.<sup>51)</sup> 그리고 그 기준은 뒤에서 보는 바와 같이 일응 재판 보도가 허용되는 범위에서 기자의 열람청구도 허용되어야 한다고 할 수 있을 것이다.

#### (나) 민사소송 기록

민사소송기록에 관하여 현행 민사소송법 제151조 제2항은 “당사자와 법률상 이해관계 있음을 소명한 제3자는 법원사무관 등에게 소송기록의 열람·등사를 청구할 수 있다”고 규정한다. 이 조문의 해석에서 기자가 사건보도의 이익을 이유로 법률상 이해관계를 갖는 자로 취급될 수 있는가에 관하여는 논란이 있을 수 있다. 명문의 문언해석상으로 뿐만 아니라 민사소송은 원래 사인간의 문제이므로 특별한 사유가 없는 한 위 조항에 의한 기자의 민사소송기록에 대한 열람권은 부정된다고 해석된다.

그러나 진행 중인 사건의 기록에 대하여 기자의 열람권을 전면적으로 차단하는 것은 헌법적으로 문제의 소지가 있다. 민사소송법상 변론은 구술주의에 의하도록 하고 있음에도 실무상 재판이 서면심리를 위주로 진행되고 있는 현실에 비추어 본다면 민사사건을 심리하는 법정의 방청만으로는 소송의 쟁점과 진행과정 여부를 정확히 알아볼 수 없고, 소송기록의 열람이 허용되지 않는다면 재판공개 원칙은 무의미하게 된다고 할 수 있다. 사

---

51) 동지, 한위수, 전계 논문 466면

회의 이목을 끄는 중요한 사건에 관해서는 정확한 보도로 국민의 알 권리를 충족시킬 수 있기 위해 당사자의 이익을 해하지 않는 범위 안에서 시간 및 장소 등 제한된 조건하에서 일정한 기준을 정하여 기자에게도 열람을 허용하는 방안이 바람직하다고 생각된다. 이를 위해 법익형량의 기준과 함께 기록공개요건의 요건과 절차에 관한 구체적인 사항을 법률 또는 대법원규칙 등으로 명문화할 필요가 있을 것이다.

그러나 완결된 사건의 기록에 관하여는 정보공개법의 일반적 법리에 따라 기자 등 제3자도 그 정보공개를 구할 수 있다.

참고로 일본의 민사소송법 제151조는 “누구라도 소송기록의 열람을 법원서기관에게 청구할 수 있다. 다만 소송기록의 보존 또는 법원의 직무에 지장이 있는 때에는 그러하지 아니하다.”(제1항)고 규정하고, 예외적으로 “공개가 금지된 구두변론에 관련된 소송기록에 대하여는 당사자 또는 이해관계를 소명한 제3자에 한하여 전항의 규정에 의한 청구를 할 수 있다.”(제2항)고 규정하여 소송기록의 일반적 공개원칙을 규정하고 있다.

#### (다) 형사소송기록

형사소송기록에 관하여는 앞서 본 바와 같이 형사소송법 제47조에 의해 공판의 개정 전에는 공익상의 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못하며(소송서류의 비공개원칙), 이에 위반하여 “검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때”에는 형법 제126조에 따라 형사처벌을 받게 된다. 따라서 일반 형사사건에서 공판청구 전에 기자들의 수사기록에 대한 접근은 봉쇄되고 있다고 할 수 있다.

종래에 법원에서 형사사건에 관한 기자의 취재관행을 보면 우선 피의자의 구속단계에서 검찰의 구속영장신청을 접수하면서 작성되는 영장접수부(피의자의 성명, 직업과 죄명이 기재됨)와 영장이 발부된 후 그 혐의 범죄사실이 기재된 영장 부분을 열람하고 법원으로서도 이를 허용하는 것이 관례로 되어 왔다. 그러나 이와 같은 관행은 조속히 시정되지 않으면 안된다고 생각된다. 우선 형사소송기록은 공판개정 전에는 이를 공표하는 행위가 법

으로 금지되어 있어 이를 기자에게 공개하는 것은 법원이 스스로 범을 위반하는 것이 될 뿐 아니라, 구속영장은 그 본질상 효과적인 집행을 위하여 용의자에게 알려져서는 안되는 밀행성을 요하는 것이고, 아직 범죄에 대한 충분한 확정자료가 없는 영장발부 단계에서 영장의 범죄사실이 공개된다는 것은 관계인의 인격권을 침해할 소지가 크기 때문이다. 공공의 이익이 있는 경우에는 담당법관의 허가를 얻게 하는 등 합리적인 규율이 필요하다고 생각된다.

보통법(common law) 상 공개재판기록에 대하여는 기자의 액세스가 인정되는 미국에서도 대배심 기소장은 피의자가 체포될 때까지 봉합되며, 수색영장은 증거인멸의 우려 때문에 그 발부사실 자체가 비밀로 취급되고 있다.<sup>52)</sup>

형사소송법은 제35조에서 “변호인은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다.”고 규정하고, 제55조 제1항에서 “변호인이 없는 때에는 피고인은 공판조서의 열람을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또 동법 제45조에 의하면 피고인 기타의 이해관계인은 비용을 납입하고 재판서 또는 재판을 기재한 조서의 등·초본 또는 소송에 관한 사항의 증명서의 교부를 청구할 수 있다.

이들 규정은 진행중인 형사사건에서 피고인 등 소송에 직접 관계된 자들의 소송상의 공격과 방어를 위해 인정되는 열람권이라고 볼 수 있고, 위 규정 등의 해석에 있어서도 기자는 열람을 청구할 수 있는 이해관계인에 포함된다고 볼 수 없다(형사소송규칙 제27조). 그러므로 기자가 위 규정에 의해 사건 기록을 취재하려면 고소인, 고발인, 피해자 등의 협조를 받아 그들의 이름으로 위 서류 등의 교부를 청구하는 방법을 취할 수밖에 없을 것이다(동 규칙 제26조).

이렇게 현행 형사소송법에는 진행중인 사건에 관하여 알 권리 차원에서 제3자의 소송기록 열람, 등사에 관한 규정은 두고 있지 않다. 그러나 명문규정이 없다고 하더라도 민사재판기록의 경우와 마찬가지로 기자를 포함한

---

52) Marc A. Franklin & David A. Anderson, Mass Media Law, Cases and Materials - 4th. Edition, The Foundation Press, Inc. Westbury, New York (1990)



제3자에 대하여는 재판기록의 공개로 인한 이익이 재판기록을 공개하지 않음으로써 보호되는 이익보다 클 때는 형사재판기록도 공개하여야 할 것이다.<sup>53)</sup> 그러한 이익형량의 기준을 구체화하여 진행중인 사건에서도 형사기록을 공개할 수 있는 사항과 절차를 법률 또는 대법원규칙으로 정하는 것이 바람직하다. 완결된 형사소송 기록은 검찰청에 보존되는 것이므로 전술한 바를 참조하여야 한다.

#### 4. 법정 내 언론활동의 허용범위

##### 가. 개관

###### (1) 직접공개와 간접공개

헌법에서 보장하는 재판의 공개는 그것이 당사자에 대한 공개일 뿐 아니라 일반에게도 공개됨을 의미함에는 의심의 여지가 없다. 그러나 재판의 공개는 일반시민에게 법정에서의 입정(入廷)을 허용함으로써 족한 것인가 하는 문제가 이를 취재·보도하는 언론의 활동과 관련하여 논란되게 되었다. 전술한 바와 같이 현대의 매스컴사회에서는 법정의 개방, 즉 ‘직접공개’만으로는 공개의 의미를 충분히 살릴 수 없고, 매스 미디어에 의한 이른바 ‘간접공개’가 보장되지 않으면 공개의 진정한 취지를 살릴 수 없다. 법정 방청(傍聽)의 현실을 보면 개개의 사건에 관심을 갖는 소수 일반인의 방청은 큰 의미를 갖지 못하는 한편, 사건이 공적인 인사나 공공의 관심사에 관련되는 경우에는 미디어의 관심과 취재가 보다 중시되지 않을 수 없기 때문이다. 이와 같이 오늘날 일반에 대한 법정공개는 그 의미가 감소되고 있으며, 언론에 대한 공개(Medientöffentlichkeit)가 이루어짐으로써 보다 확대된 의미를 부여받게 된다.<sup>54)</sup>

그러나 공개된 법정에서 국민의 알 권리, 특히 보도의 자유를 어떠한 한

53) 한위수, ‘알 권리와 정보공개청구권’, 재판자료 제77집 법원도서관, 468면

54) Winfried Hassemer, aaO. S. 62 f.

도에서 보장하여야 하는가는 논란되고 있다. 재판관을 받는 형사피고인으로서의 공개재판을 받을 헌법상의 주관적 권리가 보장되지만, 헌법 제109조에 의한 공개재판의 보장이 국민 개개인에게 재판에의 액세스를 보장하는가 하는 문제는 별도의 논의를 필요로 한다. 법정에서 방청인의 입장에서 소극적으로 방청하는 이외에 기자 등 언론의 대표자가 할 수 있는 취재 또는 보도행위의 수단 내지 태양으로서는 속기 내지 메모, 사진촬영, 녹음, 중계방송 등의 행위가 있으나, 그 중 어떤 것을 어떠한 범위에서 허용할 것인가가 고찰될 필요가 있는 것이다. 이것은 간접공개의 허용 여부 및 그 방식에 관한 문제이다.

한마디로 말하면, 이러한 언론 미디어의 행위는 대부분의 국가에서 제한되고 있다. 이를 제한하는 근거로서 제시되는 주된 사유는 그러한 미디어의 행위가 공정한 재판을 위한 실체적 진실의 발견을 저해(沮害)한다는 데 있다. 구체적으로 거론되는 점을 보면 ① 이를 의식하게 되는 피고인, 증인 등을 포함한 소송관계인들이 심리적 영향을 받아 과도하게 위축되거나 과잉적인 연기를 유발하는 경우가 있고, ② 증인, 피고인의 초상권을 포함한 인격권의 침해가 문제되며, 그 때문에 필요한 증인 등의 협조가 거절되는 사례가 있고 ③ 그에 의해 법정내의 평온과 정숙이 깨지고 법관의 숙고적 판단능력을 저해한다는 데 있다.

미국 연방대법원은 Sheppard v. Maxwell (384 U.S.Ct. 333, 86 S.Ct. 1507 (1966))사건의 다수의견에서 “재판도중에 법정에는 대혼란이 지배하였고 기자들은 특히 셰퍼드를 위시하여 재판의 모든 참여자를 몰아대며 실질적으로 법정 전체를 접수하였다”고 하면서 사실심의 판사가 언론에 대하여 취한 조치는 사법적인 침착성과 차분함(judicial serenity and calm)에 대한 피고인의 권리를 박탈하는데 도왔다고 하면서 유죄판결을 파기하고 재심을 명한 결과 피고인은 무죄가 되었다.

## (2) 녹음·촬영 및 중계방송 등

법정 내에서의 사진촬영·녹음·방송은 언론기관의 보도로서 혹은 그 준비행위로서 행해짐이 보통이다. 정보화사회에서 영상보도는 가장 진실에

부합하고 생생한 보도를 제공하는 것이므로 법정외의 공개를 허용하는 경우에 가장 중요한 수단으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 제국의 예를 보면 법정 내에서의 사진촬영에 관하여는 영국<sup>55)</sup>과 네델란드에서는 전면적으로 금지되고 있으나, 이태리와 노르웨이에서는 전면적으로 허용된다고 한다. 그 이외의 대부분의 국가에서는 심리 중인 때에는 법정 내에서 사진촬영이 금지되지만, 심리개시 전에는 허용됨이 보통이다.<sup>56)</sup> 법정으로부터의 라디오 및 TV의 생중계방송뿐 아니라 방송을 목적으로 한 녹음·녹화는 미국의 일부 주를 제외한 거의 모든 나라에서 금지되고 있다.

그러나 방송기자재의 발달로 인하여 재판의 진행에 지장을 주는 영향이 줄어들고, 국민의 알 권리의 요구가 더욱 강조되고 있으며, 그에 따라 언론의 요구도 더욱 강화되리라고 예상되기 때문에 머지 않은 장래에 영상에 의한 법정보도가 일반화될 전망이다.

## 나. 각국의 예

### (1) 영국

영국에는 재판의 공개에 관한 법령은 없지만, 사진촬영 등에 관하여 1925년의 형사재판법(Criminal Justice Act)은 법정 및 법정외에 있는 건물의 부근에서 법관, 배심원, 증인 또는 당사자를 촬영하는 행위와 그 공표행위를 엄격하게 금지하고, 법정 안에서의 녹음행위와 녹음장치를 사용하기 위하여 법정 안에 가지고 들어가는 것을 금지하고 있다.<sup>57)</sup>

녹화·방송 등에 관하여도 별도로 금지규정이 없지만, 사진촬영 등과 마

---

55) 영국은 1925년이래 형사재판법에 의해 법정 내에서는 물론 법원건물 주변에서의 사진촬영이나 심지어 스케치도 전면적으로 금지되며, 위반시에는 50파운드의 벌금에 처해진다.

56) 船田三雄, 裁判の公開, 知る權利と公正な裁判の實現, 判例時報 1320호, 4면 참조

57) 이균용, '법정에서의 사진촬영·녹음·방송 -법원조직법 제59조의 합리적인 운용방안에 관한 시론-', 사법연구자료 제25집 법원도서관, 113-4면

찬가지로 엄격하게 금지되고 있다. 따라서 텔레비전 뉴스의 리포터가 법원 앞에서 현장보도를 하는 경우에도 증인이나 당사자 등이 촬영되지 않도록 배려하고 있고, 영국의 매스컴에서는 영상시대에 대응하는 방법으로 화가에 의한 상상화(想像畵)를 게재하는 것으로 만족하고 있는 상황이라고 한다.<sup>58)</sup>

그러나 최근 보도에 의하면 2004년 말 영국 법원 당국은 새로운 추세에 따라 ‘TV 카메라의 법정 취재 규칙’을 제정하기 위해 시험적으로 법정내 TV 취재를 허용하였다고 한다.<sup>59)</sup>

## (2) 미국

이에 관하여 미국 판례의 태도는 흥미 있는 변화를 보여주고 있다. 공공의 알 권리, 즉 사법절차 및 기록에 대한 언론의 접근권과 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 간의 긴장·충돌관계는 1935년 린드버그(Lindbergh) 유괴사건의 재판에서 최초로 문제되었다. 위 사건을 계기로 미국법조협회(American Bar Association, ABA)는 재판절차에 대한 사진보도를 금지하는 윤리강령 제35호를 채택하였고, 동 조항은 이어서 라디오와 텔레비전에 의한 보도도 금지하게 되었다. 법정에서의 사진촬영과 소송절차의 방송행위는 절차의 위엄에 손상을 주며 법원의 지위를 떨어뜨리고 공중에게 오해를 불러일으킬 소지가 있다는 이유 때문이었다.<sup>60)</sup>

한편 1946년 연방형사소송규칙 제52조는 “법원은 사법절차가 진행 중인 법정 안에서 사진촬영 또는 법정 안에서 사법절차의 라디오방송을 허가하여서는 아니 된다”고 규정하였다. 1962년 3월의 연방사법회의(Judicial Conference for the United States)는 “연방법원에서는 모든 재판절차에 관련하여 텔레비전 방송, 사진촬영 등을 허가하여서는 아니 된다”고 결의하여 위 기본원칙을 민사소송절차에도 확대함과 동시에 텔레비전에 의한 방송 및 법정 주변의 취재도 금지하는 것으로 하고, 이 결의의 취지에 따른 금지규정을 각 연

---

58) 이균용, 전계 논문, 114면

59) [런던=연합뉴스] 이창섭 특파원 2004. 11. 15 보도

60) 정인진, 미국의 법관윤리전범에 관한 연구, 법원행정처 간행, 외국사법연수문집[9] 재판자료 제58집(1992), 111면

방법원이 채택하도록 권고하였다. 이에 따라 지방규칙(local rule)에서 법정 안 및 그 주변에서의 텔레비전방송, 사진촬영 등을 금지하는 유사한 규정을 두기에 이르렀다.<sup>61)</sup>

그 후 미국에서 법정내의 방송, 촬영, 녹음 등은 철저히 금지되어 왔다. 예컨대, 1965년 미국 연방대법원은 피고인의 이의에도 불구하고 예비심리 및 본심리에 대하여 TV취재가 허가된 Estes사건에서 법정내 카메라의 존재는 그 자체로서 피고인에게 불리한 편견을 일으키게 한다는 이유로 그 사건 피고인에 대한 유죄판결을 취소한 바 있었다.

#### [사례] 에스테스 형사공판 방영사건 (1965)

##### 미연방대법원 *Estes v. State of Texas*, 381 U.S. 552 (1965)

이 사건은 형사재판의 텔레비전 방영이 공정재판을 방해하였다고 하여 재심을 명령한 사례이다.

1960년대에 텍사스 주에서는 재판을 텔레비전으로 방송하는 사례가 너무 빈번하였는데, 이 사건은 그러한 사례 중에 대표적인 것이었다. 이 사건에서 텍사스의 화려한 재력가(Billie Sol Estes)는 사기죄로 사실심 법원과 텍사스 형사항소심 법원에서 유죄판결을 받아 확정되었으나, 그 심리 중 사진이 촬영되고 텔레비전으로 방송되도록 허가된 것 때문에 취소되어 재심을 받게 되었다.

1962년 9월 피고인 에스테스에 대한 재판은 그 지역에서 뜨거운 관심의 대상이었다. 여론의 편견에 의해 영향받을 것을 우려한 변호인의 이송신청에 따라 피고인은 범행지로부터 서쪽으로 약 500마일 떨어진 군(郡)에서 재판을 받게 되었다. 그럼에도 담당판사는 예상되는 배심원들에 대한 심문 또는 증인의 증언을 제외하고는 재판의 생방송을 허용하였다. 주요 방송사는 텔레비전 카메라를 설치하도록 허용되었고, 다른 방송사들은 방송용 녹화 필름을 제작하도록 일괄적으로 허용되었다. 그밖에 주요 통신사인 AP, UP, 그리고 그 지방신문의 사진기자들도 법정 내에서 촬영하도록 허가되었다. 그 결과 공판 당시 법정 안팎은 방청객으로 가득 채워졌고, 2대의 텔레비전 카메라가 법정 안쪽에 자리잡고 있었으며, 4대의 카메라가 법정 뒷편에 정렬되어 있었다. 법정 건물 밖에는 대형 중계차가 진을 치고, 법정을 향하는

---

61) 이균용, 전계 논문, 82면 이하

통로와 계단에는 각종 송신 장비와 케이블이 혼란스럽게 배치되어 있었다. 사진기자들은 아무 통제도 받지 않고 이리저리 법정을 돌아 다녔고, 한 사진기자는 법대 위 법관석의 뒤로 가서 사진을 찍기도 했다. 에스테스의 변호사는 모든 카메라들이 법정으로부터 나가도록 요청했으나, 판사는 텔레비전과 사진기자들을 일부 규제했을 뿐이었다.

상고기록을 접수한 연방대법원은 5:4의 합의로 어떤 형사재판이든 간에 텔레비전 방송이 허용되는 한 공정한 재판이 진행될 수 없다고 단언하고, 형사재판을 텔레비전으로 방송하는 것은 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해서 보장되는 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 보아, 이 사건은 신성한 법정이 기계장비들로 압박된 상황에서 진행된 ‘가장 악명높은 것’ 중의 하나라고 하여 원심을 파기하고 피고인 에스테스에 대한 재심을 명하였다.

다수의견에 의하면 형사재판을 텔레비전으로 방송하고, 사진촬영을 하는 것은 그 재판에 관계되는 모든 참가자들에게 피할 수 없는 영향을 줌으로써, 진실을 추구하기 위한 법정의 중대한 목적에 도움이 되지 않고, 재판 본연의 목적을 변질시킨다고 하여 다음과 같이 판시하였다.

첫째, 형사재판을 텔레비전으로 방송하고, 사진촬영을 하는 경우 배심원들은 카메라가 그들을 ‘경계하는 위험신호’로 인식하거나, 전체 재판과정이 텔레비전으로 방송되고 있다는 생각 때문에 주의가 산만해질 수 있어 배심원들로 하여금 편견을 갖게 하는 부적절한 사실을 재판과정에 주입시키는 기회를 증대시킬지 모른다.

둘째, 그것은 증인들의 증언의 질을 해치게 된다. “증인이 많은 시청자들에게 의해서 관찰되고 있다는 사실이 증인의 인식에 미치는 영향은 단순하게 헤아릴 수 없다. 주눅이 들어서 겁을 먹는 경우나, 거만 떨고 과장하는 경우가 있을지도 모른다. 기억을 더듬거리게 될지도 모르고, 진술의 정확성이 심하게 손상될지도 모른다. 방해는 자연적으로 극화되는 경향이 있기 때문에, 그것은 진실의 추구를 저해할지도 모른다.”

셋째로, 법정에 텔레비전 카메라의 존재는 피고인의 방어권이나 그 심리적 안정감에 대한 위협을 줄 수 있고, 텔레비전으로 방송된 재판의 피고인들은 재판받는 동안 다른 피고인들이 경험하지 못한 편견된 상황 속에 소외되게 되는데, 그것이 비록 ‘경찰관서 또는 엄중한 취조와 같은’ 심리적 괴롭힘이 아니라고 할지라도, 한 형태의 정신적인 괴롭힘이 될 수 있다. “경기장 또는 시장, 전국적인 투기장이 아닌 법정에서 특수한 형사재판의 피고인은 그의 날(日)일 권리가 있다. 라디오와 텔레비전 방송에 의한 재판은 우리들의 체계에 맞지 않는다. 나아가, 텔레비전 방송은 피고인의 효과적인 변호를 박탈할지도 모른다. 일반 청취자들에게 영향을 미치는 텔레비전에 의해 제

공되는 유혹, 그리고 변호사와 소송의뢰인과의 두터운 신뢰관계에 대한 침해, 혼란은 가끔 변호사들 뿐만 아니라 판사, 배심원 그리고 증인들에게 직접적인 영향을 준다.”

넷째, 재판을 텔레비전으로 방송하는 것은 재판과정에서 공정을 보장하려고 노력하는 판사의 임무를 더 어렵게 만들 수 있다. 나아가 텔레비전에 의해 방송된 재판은 재판과정의 위엄을 손상시키고, 그들의 신뢰도를 저하시킨다는 느낌을 들도록 한다.

다수의견은 법정으로부터 카메라와 마이크를 축출하는 것이 전파매체를 불공정하고, 위헌적으로 차별한다고 하는 주장에 관하여 신문기자가 그의 타이프라이터나 인쇄기를 소지하고 입정하는 것이 허용되지 않는 것과 마찬가지로 법원이 텔레비전 카메라 또는 마이크를 법정에서 축출한다 하더라도 하등 차별취급이 아니라고 실시하였다. “텔레비전 매체가 다른 커뮤니케이션 매체처럼 재판에 대표자들을 참석시키고, 그들의 시청자들에게 이러한 재판을 보도하는 것이 자유로운 한 언론자유의 축소는 없다. 커뮤니케이션 매체가 재판과정에 대해서 논평할 권리를 갖는다고 하더라도 그것이 진실을 추구하는 재판의 목적을 변경시키기 위해서 재판과정의 구조에 논평을 주입시키는 권리까지 가지는 것은 아니다. 신성한 영역에 생방송이 들어오면, 국민의 자유와 재산이 위태롭게 되므로, 텔레비전 방송국의 대표들은 일반 대중이 갖는 권리만을 향유해야 한다. 다시 말하면, 그들은 재판과정을 관찰하기 위해서만 방청하여야 하고, 만약 그들이 원한다면 그 후에 재판과정을 보도하도록 해야만 한다.”는 것이었다.

다만, 이 점에 관하여 다수의견은 다소 유보적인 신중함을 표명하고 있다. 즉, 다수의견도 “법정에서 텔레비전을 사용하는 것이 재판절차의 존엄성을 해칠지도 모른다는 모든 합리적인 가능성을 배제할 만큼, 일반인들의 생활 속에서 일어나는 평범한 일상사로 받아들여질 시기가 올지도 모른다. 그리고 만약 그 시기가 오면, 헌법상 판단의 요청에 의해서 또는 당연하게 그 정당한 절차 조항의 관례적인 운용에 따라서 재검토되어야 될지도 모른다”고 하여 미래의 기술발전에 의한 재검토의 여지를 남겨놓았던 것이다.

그에 반하여 4인의 소수의견은 텔레비전이 재판을 방송하는 것을 반대하는 정당한 논거가 충분히 입증되었다고 믿지 않았고, 텔레비전 방송을 반대하는 서투른 금지는 시기상조라고 생각하였다. 특히 소수의견은 에스테스에 대해 유죄판결은 결과적으로 옳았다는 것을 강조하면서 그 판결을 선고한 법정은 패거리들의 점유에 의해 지배되었다거나, 불법재판의 환경 또는 편견으로 격분된 배심원에 의해 행해진 것이 아니라고 생각하였다.

그러나 텔레비전이 국민생활에 정착하게 되자, 미국법조협회는 1972년 법관윤리강령을 개정하였는데, 신강령(The American Bar Association's New Code of Judicial Conduct)은 법정 내에서 라디오방송, 텔레비전방송, 녹음 및 사진촬영을 원칙적으로 금지하는 입장을 유지하면서도, 당사자의 동의가 있고 또 소송에 관여하는 자의 주의를 산만하게 하지 않고 절차의 존엄성을 해하지 않는 등 일정한 조건이 지켜지는 경우 법정내의 라디오방송, 텔레비전방송, 녹음 및 사진촬영을 허가할 수 있다고 규정하게 되었다. 이에 따라 1976년에 앨러바마 및 워싱턴 2개주가 법정의 텔레비전방송 등을 허가하는 규칙을 채택한 것을 계기로 여러 주에서는 재판에 대한 텔레비전 방송을 허용하기 시작하였고, 1980년대 중반에 이르기까지는 11개 주가 사건관계자에 대한 여러 가지 보장책을 마련하는 것을 조건으로 법정내의 사진보도 및 전파에 의한 보도를 허용하였다.

연방대법원이 다시 이 문제를 다룬 것은 1981년 *Chandler v. Florida* 사건<sup>62)</sup>이었다. 그 사건에서 법원은 이를 긍정적으로 보는 입장에서 방송미디어의 단순한 존재가 본래적으로 재판절차에 악영향을 미친다는 것을 확증함에 족한 실증적 데이터는 없고, 단지 심리적 악영향의 우려가 있다는 이유만으로 이를 절대적으로 금지하는 것은 옳지 않다고 하면서, 헌법은 주가 전파(電波)와 사진에 의한 재판보도를 시험하는 것을 금하지 않는다고 판시하였다. 위 판결 이후 각주는 법정내의 방송보도를 허용하게 되었고, 현재에는 41개 주가 영구적 또는 실험적으로 전파에 의한 보도를 허용하고 있다. 최근 보도에 의하면 한 주법원은 재판의 전과정을 인터넷으로 생중계한 바 있다.<sup>63)</sup>

연방법원 차원의 논의를 보면 연방사법회의는 다시 논란 중인 문제를 심

---

62) *Chandler v. Florida*, 449 U.S. 560, 101 S.Ct. 802, 66 L.Ed.2d. 740 (1981) 그럼에도 연방대법원은 원칙적인 방송불가의 입장을 밝힌 위 *Estes* 사건을 폐기하지 않았다. 그 결과 연방대법원은 헌법수정 제1조가 법정의 사진 및 전파에 의한 언론보도의 권리를 보장하는 것으로 인정하지 않고 있으며, 피고인으로서 그러한 보도가 그들의 수정 제6조에 의한 기본권을 해할 수 있다는 주장을 가능하게 하고 있는 것이다.

63) 중앙일보, 마이애미 AFP=연합 1999. 8. 17. 보도



의하여 1991년 7월부터 3년간의 예정으로 민사절차에 한하여 영상보도를 실험적으로 허용할 것을 결정하였으나,<sup>64)</sup> 아직 형사절차의 사진촬영, 라디오 방송 및 텔레비전방송은 전면적으로 금지되어 있다(위 연방형사소송규칙 제 53조 참조).

### (3) 독일

독일에서도 법정에서의 촬영을 허용할 것인가 여부에 관하여는 논란이 되어 왔다. 법정을 영상에 의해 극화하려는 경향에 대처하는 법적 제도로서 예컨대 영국과 스웨덴에서는 오래 전부터 법정에서의 촬영이 법적으로 금지되어 왔으며, 독일에서도 다수 학설은 이러한 제한을 지지하여 왔다. 1953. 8. 1. 제정된 ‘형사절차를 위한 지침’(Richtlinien für das Strafverfahren)은 법원에 대한 권장사항으로서 진실을 발견하고 피고인의 방어권을 보호한다는 입장에서 피고인 신문 및 증거조사 중에는 보도기관에 의한 사진촬영 및 녹음을 금지하고, 그 밖의 경우에도 당사자의 정당한 희망을 존중하는 것이 바람직하다고 정하고 있었다.<sup>65)</sup> 그럼에도 보도기관의 법정보도에 대해 비판적이었던 법조단체들은 라디오·텔레비전 방송을 금지하는 입법을 강력히 요구하여 왔고, 언론인들과 격렬한 논란이 행해진 결과 1964년 개정된 독일 법원조직법은 법정으로부터의 영상보도를 제한하는 규정을 신설하게 되었다.<sup>66)</sup>

1964년 개정된 독일 법원조직법 제169조는 “판결 및 결정의 선고를 포함하는 판결법원에서의 절차(Verhandlung)는 공개한다. 라디오·텔레비전으로 방송하는 것과 일반인에게 공개하거나, 보도를 목적으로 한 녹음이나 영화촬영은 허용되지 아니한다.”고 규정하여 공판절차 중 보도를 목적으로 하는 영화 및 텔레비전 녹화를 금지하게 되었다. 그에 따라 독일에서 변론

---

64) 이균용, 전계 논문, 82면 이하

65) 이균용, 전계 논문, 114면

66) Herwigh Engau, Straftäter und Tatverdächtige als Personen der Zeitgeschichte: Ein Beitrag zur Problematik identifizierender Mündendarstellungen (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 1376), Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang 1993, S. 509

그 자체에 관한 이른바 간접적인 공개는 허용되지 않는다.

동법 개정시에 제시된 입법이유에 의하면 법정에서의 방송을 위한 녹음 및 영화촬영은 공판절차를 공개하려는 법의 보호를 훨씬 초과하는 것이고, 형사절차에서 진실발견에 위협을 초래할 뿐 아니라 피고인의 방어권도 침해한다는 것이었다. 즉, 그것은 공판절차에서 피고인 및 증인의 주의를 산만하게 하고, 경우에 따라서는 눈에 보이지 않는 무제한한 거대한 시청자층에 위축되어 피고인과 변호인이 방어를 위해 필요한 발언·진술을 하는 것을 방해한다. 또 그러한 조치는 피고인 신문 시에 증인은 재정해서는 아니 된다는 독일 형소법 제243조 제4항의 취지를 무시하게 되며, 뒤에 조사할 증인에 대하여 먼저 조사한 증인의 증언내용을 알 수 있는 기회를 제공하게 되고, 유죄의 선고를 받지 않은 피고인으로 하여금 널리 일반인의 주목을 받도록 하기 때문에 피고인으로서의 참기 어렵게 된다는 것이었다.<sup>67)</sup>

이러한 개혁은 다수 학설에 의해 지지되었고, 그에 의해 미디어의 영상보도가 피고인의 존엄에 대한 모욕을 위한 도구로서, 진실발견에 대한 위협으로서, 그리고 선정적 법정보도의 수단으로서 작용하는 폐단이 종국적으로 폐지되었다고 평해진 바 있다.<sup>68)</sup> 나아가, 1982년 제54차 독일 법률가대회는 법원 전체의 구내에서 보도를 목적으로 한 사진촬영은 불법이라고 선언하였다.

독일 법원조직법 제169조가 금지하는 것은 ‘방송’과 ‘공개목적의 녹음·영화촬영’이며, 그것은 사실적으로 변론이 이루어지고 판결과 결정이 고지되는 시간 동안만 적용된다. 그러므로 위 규정에 의하더라도 공판의 개정 전 및 폐정 후 또는 휴정 중에, 또는 공개와 보도의 목적이 아닌 경우에는 위 금지가 적용되지 않고, 재판장이 법정경찰권(법원조직법 제176조)에 의해 허가하면 녹음 및 촬영이 가능하다. 실무에서는 개정 중에는 허가하지 않는 것이 일반적이고, 법관이 입정한 후 심리를 개시하기 전에 한하여 사

---

67) 이균용, 전계 논문, 115면

68) Dahn, Die kleine Strafprozeßreform. Zum Strafprozeßänderungsgesetz vom 19. Dezember 1964, in: NJW 1965 S. 81, 86

전에 피고인의 동의를 얻은 경우에 법정 안의 사진촬영을 허가하고 있고, 법정 밖에서의 촬영 등은 청사관리권자가 결정한다고 한다.<sup>69)</sup> 법원의 허가에는 인격권 보호의 관점이 존중된다.

#### (4) 일본

일본 헌법 제82조는 재판공개 원칙을 선언하고 있지만, 법정에서의 녹음 촬영에 관하여는 논란되어 왔다.

일본에서는 전후(戰後) 한 때 법정에서 자유로운 취재가 허용된 바 있었다. 그러나 재판장의 제지를 무시하고 법대에 올라가 증인을 촬영하거나 인 정신문 중에 피고인을 촬영하는 등 법정이 마치 스튜디오와 같이 혼란을 가져왔기 때문에<sup>70)</sup> 1949년에는 형사소송규칙<sup>71)</sup>에 의해 공판정에서 사진의 촬영, 녹음 또는 방송은 재판소의 허가를 얻도록 규정하게 되었다. 이에 따라 최고재판소는 공정한 심판에 대한 지장을 방지하기 위하여 소화 27.(1952) 1. 25. 사무총장통달로서 개정중인 법정의 사진촬영은 허가하지 말 것, 법원이 상당하다고 인정하고 피고인이 이의하지 않는 경우에는 개정 전에 한하여 이를 허가할 것을 지시하였고,<sup>72)</sup> 그 이후 동경의 지방재판소 및 고등재판소가 사실상 법정으로부터 카메라를 추방한 이래 강경한 태도가 유지되어 오고 있다고 한다. 그 후 1956년 민사소송규칙의 개정으로 민사소송에서도 같은 취지의 허가제가 시행되었다.<sup>73)</sup>

---

69) 이균용, 전계 논문, 115면

70) 이하 別所宗郎, 法廷のカメラ取材 - レンズを拒む 裁判所, マス メディアの現在, 法學セミナー 総合特集シリーズ 35, 日本評論社, 1986, 70면 이하 참조

71) 일본 형사소송규칙 제215조(소화 24. 1. 1. 시행) “공판정에 있어서의 사진의 촬영, 녹음 또는 방송은 재판소의 허가를 얻지 않으면 이를 할 수 없다.”

72) 소화 31. 12. 13. 최고재 사무총장통지는 공판정에서 사진촬영을 무제한 허용하는 때에는 피고인의 기본적 인권을 해할 우려가 있을 뿐 아니라 사건의 성질, 법정의 구조 등에 따라서는 법정의 정숙을 어지럽힐 우려라든가 피고인, 증인 등의 심리에 미묘한 영향을 미칠 우려가 있다는 것을 그 이유로 들고 있다.

73) 민사소송규칙 제11조(31. 6. 1. 시행) “법정에 있어서 사진의 촬영, 속기, 녹음 또는 방송은 재판장의 허가를 얻지 않으면 할 수 없다.”

[사례] 법정 내 사진촬영 사건 (1958)

일본 최고재 소화 33년 2월 17일 대법정결정, 형집12권 2호 253면

1963년 쿠시로(鉤路) 지방재판소에는 한 강도살인 사건의 공판에 당하여 기자들에게 공판정에서의 사진촬영은 공판개시 전에 한한다는 뜻을 통고하였다. 법정에 임한 북해타임즈 보도부 사진반원인 피고인은 공판개시 후에 재판장의 제지에도 불구하고 재판관석에 있는 단상에 올라 단상으로부터 사진을 촬영하였다. 이 행위에 대하여 재판소는 허가를 얻지 않고 또 재판장의 명령에 반하여 행하여진 것이므로 ‘법정 등 질서유지에 관한 법률’ 제2조 1항에 해당하는 것이라고 판단하여 1,000엔의 과료에 처하였다. 피고인은 이에 대하여 항고하였는데 기각되었으므로 특별항고에 이른 것이다.

최고재판소는 이 특별항고를 기각하면서 다음과 같이 판시하였다.

“무릇 신문이 사진을 보도하는 것은 헌법 제21조가 인정하는 표현의 자유에 속하고, 또 그것을 위한 취재활동도 인정하여야 된다는 것은 말할 것도 없다. 그러나 … 헌법이 재판의 대신 및 판결을 공개법정에서 행할 것을 규정하고 있는 것은 절차를 일반에게 공개하여 그 심판이 공정하게 행하여질 것을 보장하는 취지 이외에는 없는 것이므로, 가령 공판정의 상황을 일반에게 보도하기 위한 취재활동일지라도 그 활동이 공판정에 있어서 심판의 질서를 어지럽히고 피고인 기타 소송관계인의 정당한 이익을 부당하게 해하는 것은 원래 허용되지 아니하는 바라고 말하지 않으면 안된다. 그런데 공판정에서 사진의 촬영 등은 그 행하는 시·장소 등 여하에 따라서는 전기와 같은 좋지 않은 결과를 가져올 우려가 있으므로 형사소송규칙 제215조는 사진촬영의 허가 등을 재판소의 재량에 맡기고, 그 허가에 따르지 않는 한 이러한 행위를 할 수 없는 것을 분명히 한 것이며 위 규칙은 헌법에 위반하는 것이 아니다.”

위 규칙의 운용상황을 보면 1952년 형사법관회동에서 협의된 법정질서유지에 관한 방침요강(소화 27(1952). 1. 25. 형1 제1101호 사무총장통달 ‘1952년 1월에 개최된 형사법관회동에서 협의된 법정질서유지에 관한 방침요강에 관하여’)에서 “법정에서의 사진촬영은 법원이 상당하다고 인정하고, 또 피고인의 이익이 없는 경우에는 개정 전에 한하여 이를 허가하고, 이 경우에 신병이 구속된 피고인에 대하여는 그 수갑이나 포승을 풀고 신체의 구속을 받지 않는 상태에서 촬영하도록 유의하며(제16항),” “라디오, 신문

등의 보도기관의 법정에서의 녹음 또는 방송은 이를 허가하지 아니한다(제17항)”고 되어 있었다.<sup>74)</sup>

언론은 이러한 법원의 실무에 대하여 그 규제의 완화를 요청하여 왔는데, 1987. 12. 최고재판소는 일본신문협회 편집위원회에 시행기간을 3년으로 하여 다음과 같은 운용요령을 제시하였다. ① 사건을 담당하는 재판장의 허가에 의하여 법정 안의 사진취재를 인정한다. ② 촬영은 법관이 착석한 후 개정을 선언할 때까지의 2분 이내로 하고, 형사사건에서는 피고인이 재정하지 않은 상태에서 행한다. ③ 취재는 기자클럽 가맹사의 대표취재로 하고, 인원은 정지카메라, 비디오카메라 각 1명으로 한다. ④ 촬영은 법정의 후방에서 법관석이 있는 정면을 향하여 한다. ⑤ 조명이나 녹음기계의 사용은 인정하지 않는다. 그 시행기간이 지난 후 1990년 12월 최고재판소는 운용요령을 ① 촬영의 개시 시기를 법관이 착석하기 전의 입정시로부터 동작이 나오도록 하는 것, ② 법관석에 한정되어 있던 촬영대상을 클로즈업하지 아니하는 것을 조건으로 당사자석까지 확대하는 것으로 개정하여 현재까지 시행하고 있다.<sup>75)</sup>

위 운용요령에 따라 일본 최고재판소에서는 개정 전 3분간 스틸사진에 한하여 취재를 허용하는 것이 오랜 관례로 되어왔고, 지방재판소에서는 기자단의 신청에 따라 법정내의 카메라취재를 허가하는 경우도 있으나, 사건의 수에 비하면 극히 미미한 건수에 불과하다. 이와 같이 일본에서는 허가제가 엄격히 운영되기 때문에 사실상 금지의 조치가 취해지는 것과 같은 결과가 되고 언론과 법원간에 취재문제를 에워싸고 트러블이 생기곤 한다.

이와 관련하여 일본에서는 법정 내에서의 메모에 관하여 이를 허용할 것인가의 여부에 관하여 크게 논란된 일이 있었다. 일본에서는 법정 내에서 속기(速記)도 원칙적으로 금지되고 허가를 얻게 되어 있으므로 메모에 관하여도 최고재판소 뿐 아니라 하급 법원에서 원칙적으로 금지되어 왔다. 다만, 그 허가제의 운영에 있어서 일반 방청인의 메모는 원칙상 금지하되,

---

74) 이균용, 전계 논문, 118면

75) 이균용, 전계 논문, 119면

언론기관의 메모는 원칙상 허용하는데, 신청이 있는 경우 개개의 신청사유와 심리에 미치는 영향을 검토하여 허부를 결정하여 온 것이 관례였다. 언론기관으로서 메모행위는 보도를 위한 준비행위로서의 취재행위이므로 언론의 자유가 보장된다면 그 취재행위도 보장되어야 하나, 일반 국민의 메모행위에 관하여는 재판공개 원칙의 법적 성질과 관련하여 논란이 있었다.

그러한 논란은 일본헌법상 재판공개 원칙의 법적 성질이 ‘객관적 제도의 보장’인가 아니면 국민 일반에게 ‘주관적 권리’로서 방청의 권리를 인정한 것인가에 관한 법적 논쟁으로 전개되었는데, 일본 최고재판소는 1988년 한 결정에서 그에 관하여 제도설을 취하였다.

#### [사례] 법정메모불허가 국가배상청구사건 (1988)

일본 최고재판소 대법정 평성 원년 3. 8.

이 사건은 법정 방청석에서 메모행위의 허가신청을 하였으나 기각당한 재일미국인이 재판장의 조치를 위한 위법이라고 주장하면서 국가배상청구소송을 제기한 것이었는데, 최고재는 위법성의 요건이 충족되지 못한다는 이유로 원고의 청구를 기각하였으나, 재판공개의 원칙과 관련한 헌법적 쟁점에 관하여는 공개법정에서의 메모행위는 허용된다는 원고측의 주장을 받아들인 것이었다.

판시에 의하면 재판공개의 원칙은 재판에 방청하여 메모하는 것을 주관적 권리로 보장하는 것은 아니지만, 필기행위는 여러 가지 의견, 지식, 정보에 접하고 이를 섭취하는 것을 보조하는 것이므로 헌법상 표현의 자유의 정신에 비추어 존중되어야 한다는 전제에서, 법정 내에서의 필기행위는 통상 공정한 재판에 미치는 영향이 경미하므로 특별한 경우 이외에는 허용되어야 한다는 결론을 내렸다. 위 판결 이후 일본에서 법정내의 메모행위는 사실상 전면 허용되고 있다.

#### 다. 한국-현행 법령의 상황

우리의 법원조직법은 “누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가 없이 녹화, 촬영, 중계방송 등의 행위를 하지 못한다”고 규정한다(법원조직법 제59조). 이것은 우리의 법제가 법정에서 미디어의 보도활동을 원칙적으로 금

지하고 있음을 의미한다.

법정에서의 보도행위를 원칙적으로 금지하여야 하는 이유로서 제시되는 이유를 보면 ① 녹음 촬영 등의 행위는 물리적으로 소송관계인의 주의를 흐트러뜨리며, 심리적으로도 방송된다는 생각 때문에 주의를 산만하게 하고 증인을 위축시키며, 법관이나 변호사로 하여금 심리적 부담감을 주어 적절한 재판진행에 지장을 주고, ② 전파매체의 보도는 활자매체의 경우 보다 피고인의 프라이버시를 침해하는 정도가 더 크고, ③ 그 보도는 단편적이고 일방적 편집의 결과 실상을 왜곡하거나 공중을 오도할 소지가 많으며 ④ 방송을 허용하는 경우 법정의 구조변경, 배심의 격리 등 사법행정상 법원에게 과도한 부담을 준다는 것을 이유로 들고 있다.<sup>76)</sup>

법정에서의 방청 촬영 등에 관한 규칙은 재판장의 허가를 받고자 하는 자는 녹화, 촬영, 중계방송 등의 목적, 종류, 대상, 시간 및 소속 기관명 또는 성명을 명시한 신청서를 재판기일 전날까지 제출하여야 한다. 재판장은 형사사건의 피고인 또는 법정에 출석하는 민사소송의 원·피고의 동의가 있는 때에 한하여 위 신청에 대한 허가를 할 수 있다. 다만, 그들의 동의 여부에 불구하고 촬영 등의 행위를 허가함이 공공의 이익을 위하여 상당하다고 인정되는 경우에는 동의 없이도 허가할 수 있다(위 규칙 제4조). 재판장이 허가를 하는 경우에도 촬영 등의 행위는 공판 또는 변론의 개시 전으로 제한하고, 법단 위에서 촬영하거나, 촬영 등의 행위로 소란케 하여서는 아니되며, 구속피고인은 수감 등을 풀은 후 불구속 상태로 한 후에 촬영하게 하여야 하며, 소년에 대하여는 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 그 자가 당해 본인으로 추지(推知)될 수 정도로 촬영 등의 행위를 하게 하여서는 아니된다(동 규칙 제5조).

우리의 경우 1995. 12. 전직 대통령에 대한 재판과정에서 이례적으로 형사법정 내의 촬영이 허가되면서 재판에 대한 언론보도를 둘러싼 관심과 다양한 의견이 제기된 바 있었다. 미디어 측에서는 생중계를 요구하는 이유로

---

76) 정인진 전계 논문, 115면

재판도 국민에게 보도되어 국민들의 신뢰와 이해를 얻고, 때에 따라서는 비판도 받아 공정한 법의 실현이 보장되어야 하며, 전문법관에 의하여 재판하는 우리나라의 경우 재판과정의 중계방송으로 인하여 법관이 영향을 받는다고 볼 수도 없고 그래서도 안되며, 법정에서의 혼란은 현대적인 촬영장비로 해소될 수 있고 재판의 권위가 더 많은 사람이 본다고 해서 감소될 수는 없다고 주장하였다(동아일보, 1995. 12. 14.자 18면; 한겨레, 1995. 12. 14.자 10면 보도 참조).

이러한 미디어 측의 요청에 따라 위 사건에서 담당 법원은 법정에서의 방청 촬영 등에 관한 규칙에 의해 재판장이 1회 공판 시작 전 2대의 ENG카메라를 들여와 피고인의 정면모습을 제외한 30초간의 촬영을 허가하였고, 구치감에서는 각 언론사별로 한 명씩 출입증을 받아 취재할 수 있도록 하였으며, 선고공판시에는 정면촬영까지 허용하였다(이광범, ‘형사사건 수사·재판단계에서의 취재보도와 피의자·피고인의 인권’, 96년 법조출입기자 심포지엄 결과보고서(법원행정처), 293면)

그러나 최근 들어서는 언론이 취재경쟁에 집착한 나머지 텔레비전의 취재는 무차별 기습공격 방식을 취하거나, 때로는 기망적 비밀촬영까지도 마다하지 않고, 법정에서의 은밀한 녹음이나 촬영까지 시도하는 사례가 있다고 한다 (홍기태, ‘형사재판에 대한 보도와 그 한계’, 재판자료, 제77집 (법원도서관), 362면). 예를 들어 MBC는 1996. 7. 2. 방영 PD수첩에서 소위 ‘치과의사 살인사건’을 다루면서 재판장 허락 없이 선고법정을 몰래 촬영한 화면을 방송함으로써 문제가 발생하였다. 위 방송사는 서울고등법원의 요청에 따라 사과방송을 행하였고, 이와 함께 동 방송사에 대하여 4개월간의 법원촬영금지 처분이 내려진 사례가 있었다(법률신문 1996. 7. 15. 보도).

이와 관련하여 기사가 법정에서 허가 없이 촬영 등의 행위를 감행하는 때에는 담당 법원으로부터 감치(監置) 또는 과태료(過怠料)의 처분을 받게된다. 현행법상 법정의 질서유지는 재판장이 행하며, 재판장은 법정의 질서와 존엄을 해할 우려가 있는 자의 입정금지 또는 퇴정을 명하거나 기타 법정의 질서유지에 필요한 명령을 발할 수 있다(법원조직법 제58조). 법원은 직권으로 법정 내외에서 법정질서 유지를 위한 재판장의 명령 또는 녹화 등의 금지에 위배하는 행위를 하거나 폭언 소란 등의 행위로 법원의 심리를 방해하거나 재판의 위신을 현저하게 훼손한 자에 대하여 결정으로 20일 이내의 감치 또는 100만원 이하의 과태료에 처하거나 이를 병과할 수 있다



(법원조직법 제61조).

### Ⅲ. 사법절차에 대한 언론보도와 그에 대한 규제

#### 1. 언론의 재판보도의 경향

##### 가. 언론의 사법 비판의 당위성

헌법상 3권분립의 원칙에 따라 사법권은 법원에 주어지고 법관에게는 직무상의 독립성이 특별히 보장된다. 국가권력 중에서도 선거에 의해 정당성을 부여받고 대의제(代議制)의 원리에 따라 활동하는 국회와 행정부에 있어서는 그 정당성을 위하여 언론의 여론형성에 의한 관여가 요구되고 필수적이다. 그에 반하여 헌법이 사법의 독립성을 특히 보장하는 이유는 이러한 정치적 원리의 개입을 떠나 독자적인 합법성(合法性)의 원리가 적용될 수 있게 하려는 헌법적인 인식이 작용하고 있기 때문이다.

그렇다면 법관 및 사법활동에 대한 언론의 비판은 허용될 수 없는 것인가? 사법부의 활동을 비판하는 언론활동이 모두 법정모욕을 구성하고 법원 자체에 의해 인지·처벌되는 영국 보통법(common law)상의 전통은 합법성의 논리만에 의존하여야 할 법원의 판단이 수시로 변할 수 있는 여론에 의해 영향받아서 안된다고 하는 사고를 바탕으로 한 것이었다.<sup>77)</sup> 그러나 법관이 법률의 입으로서 역할한다고 하더라도 그는 형사재판기능은 물론 국가와 국민간의 법적 관계와 시민간의 법적 분쟁에 관한 결정권을 독점하며(이른바 ‘법관의 사법독점의 원칙’), 사항에 따라서는 그에게 막강한 재량권이 부여된다. 법과 양심에 구속되어야 할 그의 판단작용이 올바르게 행사되는가의 여부는 국민의 검사대상이며, 따라서 언론의 비판대상이 되어야 한다는 것은 민주국가의 원리상 부인할 수 없다. 오히려 법관 및 사법권

77) 이재홍, 법정모독죄와 법정소란, 법원행정처, 사법논집 제21집 (1990), 560면

의 기능이 증대하다고 강조할수록 그것은 더욱 비판에 노출되어야 하는 것이다.

이러한 관점에 관하여 미국 판례의 태도를 일별해 볼 필요가 있다. 연방대법원은 “국가권력의 행사에 비판적인 언론이 수정헌법 제1조의 중심에 위치한다는 점에는 의문이 없다.”는 입장에서<sup>78)</sup> 질서 있는 사법 운영의 관심이 언론자유에 대한 제한을 정당화한다는 주장을 일관하여 거부하여 왔다.<sup>79)</sup>

정부제도가 공무원에 비판하는 언론과 마찬가지로 법원과 법관에 대한 비판은 금지되지 아니하며, “법관들이 판결함에 있어서 공공의 소란이나 언론의 보도와 사실을 무시하여야 하고 전통적으로 법관은 공적인 논의를 따르지 않는다고 하더라도, 법은 인간으로서의 법관이나 제도로서의 법원에 대하여 … 다른 사람이나 제도에 대한 비판보다 더 큰 면제를 인정하지 않는다.”<sup>80)</sup>

사법권에 대한 존중 역시 평가될 사회적 가치에 의심이 없지만 중공적 분석에 의하면 법관은 공무원이고 국민의 공복이다. Black대법관의 말에 의하면 “사법권에 대한 존중이 언론의 비판으로부터 법관들을 보호함으로써 얻어질 수 있다는 가정은 미국 여론의 성질을 잘못 평가하는 것이다. … 오로지 재판부의 위엄을 지키기 위한다는 명목으로 강요된 침묵은 아무리 절제적인 것이라 하더라도 존경을 고양하기보다는 원한, 의혹 및 모욕감을 야기할 가능성이 있다.”<sup>81)</sup>

떠들썩한 개방적 민주주의 사회에서는 공무원이 타인의 신랄한 공격에 대하여 그를 투옥시킴으로써 압도하는 것이 허용되지 않으며, 법원 역시 그러한 사회의 일부분일 뿐이다. 법관의 평판은 정당한 국가적 관심의 대상이지만, 격렬한 공적 생활의 장에 입장하는 대가의 일부로 난폭한 운명의 투석과 화살을 감내해야 하는 수많은 연방, 주, 및 지방공무원 등의 평판 이상으로 확대될 수 없다. Felix Frankfurter대법관이 지적한 바와 같이 수정헌법 제1조는 법원을 신비스런 존재로, 법관을 속세로부터 격리된 개인이나 성직자와 같이 민주주의에서 다른 공무원들에게 노출되는 비판을 받지 않도록 보호하는 것은 허용하지 않는다고 한다.<sup>82)</sup>

---

78) *Gentile v. State Bar of Nevada*, 111 S.Ct. 2720, 2724 (1991)

79) Rodney A. Smolla, *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech: a Treatise on the First Amendment*, Student Edition, Matthew Bender & Co., Inc. New York (1994) p. 8-59

80) *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829, 838-39 (1978)

81) *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 270-71 (1941)

82) *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 291 (1941)

이렇게 언론의 사법활동에 대한 보도는 헌법상의 당위이며 언론의 공적 과업의 일부에 속하는 것이지만, 거기에는 법관의 중립성(中立性) 및 국민의 공정한 재판청구권과의 관계에서 여러 가지 법적 문제가 제기된다. 언론이 법원이나 재판에 대하여 보도하는 동기 중 가장 큰 것은 독자의 관심을 끌기 위한 것이다. 주목할 만한 형사사건에 대한 언론보도의 충동은 일반적인 것이며, 범죄와 형사처벌에 관한 언론의 보도가 영리를 목적으로 한 선정주의(煽情主義)에 지배되는 경향은 피할 수 없다. 또 법조인들은 언론의 사법 비판이 법적 안정성이라고 하는 법치주의적 관점을 무시한 채 시사적이고 대중적인 인기를 위주로 한다고 비난한다.

여기서 언론이 사법권의 활동을 보도하고 비판함에 있어서 지켜야 할 한계가 어디에 있는가 하는 문제와 함께 그러한 한계를 넘어 여론재판식의 보도나 선정적 보도로 인하여 소송관계인의 재판청구권이나 인격권이 침해된다고 생각되는 경우 법적으로 어떠한 대책이 가능한가 하는 문제가 제기된다.

본항에서는 우선 사법활동에 대한 언론보도의 폐해의 모습과 그 원인을 살펴보고, 나아가 제국에서 그 폐해를 시정하기 위해 이루어진 대책 등에 관하여 살펴보기로 한다.

## 나. 여론재판의 폐해

언론이 보도에 관심을 갖는 사건은 보통 사회적으로 센세이셔널한 사건이고 독자의 인기에 영합하지 않을 수 없는 미디어가 이러한 대중적 구미를 부추기게 되는 경향은 보도의 실상에서 경험되고 있다. 따라서 언론의 재판보도는 다수 독자층의 의견에 영합하는 편견적(偏見的) 보도(präjudizierende Berichterstattung)의 경향을 띠게 되고, 여기에는 대중적 비난이나 집단적 혐오가 가세하기 마련이다. 언론간의 취재 및 보도경쟁의 결과 이러한 경향은 상승작용을 일으키게 된다.

### [사례] 케네디 살해범 피살사건(1963)

신문재판의 예로서 논의되는 것이 케네디대통령 살해범으로 지목된 Lee Harvey Oswald에 대한 보도태도였다. 그 진상을 조사하기 위해 설치된 Earl Warren 위원회는 조사 끝에 대통령의 피살 후에 저질러진 미디어에 의한 재판의 문제를 공공의 양심에 극적인 문제로 제기하였다.<sup>83)</sup> 그 위원들은 언론인들에 대해 자율적 기율이 없었다고 통렬히 비난하였고, 알 권리뿐 아니라 수정헌법 제6조의 권리도 지킨다는 전문직업의 윤리규범을 요청하였다.

미국변호사협회의 주장에 의하면 수사공무원의 진술과 세세한 증거의 공개 보도로 인하여 그에 대한 유죄의 심증은 널리 퍼지게 되었으며, 그 사건을 위한 배심원의 선정과 공정한 재판은 불가능에 가까웠다고 한다. 대통령 피격 후 검거된 Lee Harvey Oswald를 둘러싸고, Dallas경찰서는 기자와 사진사 뿐 아니라 구경꾼으로 혼잡하였다. 이러한 혼란 속에서 그는 재판을 받기도 전에 경찰서 복도에서 Jack Ruby에 의해 사살되었다. 이러한 공판전의 지나친 보도 때문에 만약 그가 살아서 재판을 받게 되었다면 설사 그가 진범인이라고 단정될 수 있을지라도 적법절차준수의 불가능성 때문에 상급심에서의 무죄도 가능했을 것이라는 견해도 제기되었다.<sup>84)</sup>

이와 같이 언론이 재판사건에 대하여 보도하는 양상은 여러 가지 문제점을 야기하지만, 우선 지적할 것은 이른바 ‘여론재판’(輿論裁判, trial by newspaper, Medienjustiz)의 폐해라고 논의되는 것이다. 통상 문제가 되는 것은 범죄와 형사사건에 관한 보도에 있어서 수사와 재판을 담당하는 기관에 앞질러 사건을 비난하거나 또는 그에 관련된 인물을 묘사하고 평가하는데 있다. 그것은 주로 탄핵적이거나 또는 우호적인 경향을 갖는다. 이러한 유죄인정식 보도나 무죄로 단정하는 보도는 매체간, 특히 신문의 경쟁이 격화되고 있는 오늘날 더욱 심각한 상황으로 나아가고 있다.

언론이 재판에 관여하는 형태는 이른바 “언론에 의한 형사소송의 수행”(Strafprozeßführung über Medien)으로 일컬어지는 폐단이다.<sup>85)</sup> 이것은

---

83) Report of the President's Commission on the Assassination of President John F. Kennedy (Washington: Government Printing Office, 1964), p. 241

84) Teeter, id. p. 637

85) Joachim Wagner, Strafprozeßführung über Medien, 1987, S. 101; Friedrich-Adolf Jahn, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren aus gesetzgeberische Sicht, in: Dietrich Oehler, Friedrich-Adolf Jahn, Rudolf Gerhardt, Manfred Burgstaller, Winfried Hassemer, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln Band

사전에 관련성 여부나 증거능력의 여하를 불문하고 잡다한 증거를 제시·평가하며, 혐의자에 대하여 유리·불리한 의견을 제시함으로써 사실상 집단적으로 형사소송에 개입하는 경우를 의미한다. 이러한 보도태도는 특히 피고인의 생명과 자유가 다루어지는 형사소송절차에서 중대한 영향을 미친다. 피고인을 무차별적으로 단죄(斷罪)하는 언론의 보도는 문명사회가 형사소송법으로 어렵게 구축한 증거법칙을 무의미하게 만들기 때문이다. 예컨대, 이른바 ‘증거배제의 법칙’에 의하면 아무리 중요한 증거가치를 포함하는 것이라 하더라도 이른바 증거능력 없는 증거는 법률상 증거로 허용될 수 없는 것이어서 법정에서 가지고 들어오는 것 자체가 허용되지 않지만,<sup>86)</sup> 무차별적인 소나기식 보도는 이러한 법칙을 무의미하게 한다. 증거능력이 있는지 여부를 불문하고 언론이 법정 외에서 모든 증거를 제시하고, 증거내용을 상세하게 설명하고 평가하게 되면, 피고인의 적법절차에 의한 공정한 재판을 받을 권리는 박탈당하게 된다. 물론 증거법칙에 문외한인 배심에 의한 재판이 아니라 전문직인 직업법관에 의해 처리되는 우리의 경우 이러한 우려가 덜할지 모른다. 그러나 법관에게도 선입견(先入見)이 형성될 수 있음은 물론이고 사회적으로 적대시되는 범죄자에 대하여는 이미 광범위하게 조성된 여론에 의한 단죄를 무시하고 피고인에게 유리한 판결을 함에는 힘겨운 결단을 요하게 될 뿐 아니라, 혹시 쉬운 길을 가려는 법관이 있다면 그들로 하여금 여론에 추수하는 판결을 유도하게 될지 모른다.

그 뿐 아니라 언론이 일방적으로 복을 쳐대면서 편견적 입장을 반복하여 전파하게 되면 공중은 그에 사로잡히게 되고, 그들의 머리 속에는 그에 상응하는 인상이 조성되며, 이것은 이른바 ‘편견적(偏見的) 여론’(öffentliche

---

52, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1990, S. 6

86) 예컨대, 형사소송법상의 전문법칙(傳聞法則, hearsay evidence rule)에 의하면 증인의 진술내용이 직접 체험한 것이 아닌 타인으로부터 전해들은 것을 대상으로 하는 때에는 이른바 전문증거(傳聞證據)로서 원칙상 증거능력이 없다(형사소송법 제 310 조의2). 이렇게 보면 기자가 직접 체험한 사실이 아니라 타인들로부터 취재하여 작성된 기사는 모두 전문증거이다.

Vorverurteilung)의 형태로 나타나게 된다.<sup>87)</sup> 강력한 영향력을 갖는 신문과 방송이 예단(豫斷)을 갖고 용의자를 유죄나 무죄니 단정하는 보도를 하게 되면 일반 공공의 머리 속에는 그에 상응하는 판단이 형성되게 마련이다. 그에 의해 재판도 받기 전에 여론의 표적이 된 당사자나 피고인에 대한 부정적 또는 긍정적 인상이 전파되면 그것은 법관에게 뿐 아니라 증인에게도 영향을 미치게 된다. 그렇게 되면 법관은 이미 예단없는 상태에서 증거를 조사할 수 없게 되고, 증인도 선입견 없이 사건에 임할 수 없게 된다. 경우에 따라서는 미디어의 이러한 영향 아래 판사와 검사가 영향을 받게 되며, 그에 굴복하게 될 우려가 생기는 경우도 없지 않다. 때로는 원·피고 등 소송의 이해관계자는 물론 사건을 다루는 검사나 변호사가 언론을 동원하는 경우도 있다. 그러한 현상은 조용하고 숙고적(熟考的) 작용에 의해 이루어져야 할 법관의 판단작용을 저해하게 될 뿐 아니라 재판을 받는 형사피고인이나 민사소송의 당사자로 하여금 법과 양심에 따라 독립성이 보장되는 법관에 의해 재판받을 권리를 박탈하게 한다.<sup>88)</sup>

무엇보다도 이러한 보도경향이 사법에 주는 좋지 못한 영향은 사법에 대한 신뢰(信賴)의 저하 내지 불신이다.<sup>89)</sup> 편견적인 보도가 법관의 중립성을 해칠지 모른다는 우려가 일반적으로 퍼지게 된다면 그것은 사법의 존재근거인 그에 대한 국민의 신뢰를 저하시키게 된다. 또 재판결과가 예단적 보도와 어긋나는 경우에는 법관에 대한 불신으로 이어지게 된다. 오로지 변론과정에서 나타난 것만을 가지고 재판해야 하는 법원이 그에 의해 판결한 결과가 이미 종전 언론에 보도된 내용과 다르게 나타나는 때에는 이미 예단에 의해 판단을 내린 시민들은 법원의 판단을 불신하게 될 것이기 때문이다.

---

87) Friedrich-Adolf Jahn, a.a.O. S. 7

88) Dwight L. Teeter, Jr. & Don R. Le Duc, id. p. 636

89) Winfried Hassemer, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren aus strafrechtliche Sicht, S. 67

### [사례] 송두율교수 재판 보도 사건(2004)

이 사례는 우리 사회에서 계류 중인 재판에 관한 언론의 보도 논평이 문제된 대표적인 케이스라고 할 수 있다.

서울고등법원은 국가보안법 위반혐의로 구속 기속된 재독학자 송두율교수에 대한 국가보안법 위반 사건의 심리를 진행 중이었는데, MBC는 ‘PD수첩’ 프로에서 2004. 7. 13. ‘송두율과 국가보안법’편을 방영하려고 하였다. 송씨는 동년 3월 1심에서 징역 7년을 선고받았으며, 6. 30. 항소심에서 징역 15년이 구형된 뒤 7. 21. 선고를 앞두고 있었다.

대법원은 7. 9. 법원행정처 공보관 명의로 “프로그램이 예정대로 방송될 경우 21일 선고를 앞둔 송씨의 항소심 재판에 영향을 미칠 우려가 있는 만큼 신중을 기해달라”는 내용의 공문을 보냈다. 대법원은 “방송은 재판이 계속 중인 사건을 다룰 때에는 재판의 결과에 영향을 줄 수 있는 내용을 방송해서는 안 된다”는 방송심의 규정(제11조)을 들어 MBC에 프로그램 제작과 방영에 신중을 기해 줄 것을 요구했다. 대법원이 TV프로그램에 대해 방송사에 공문을 전달한 것은 이례적인 일이었지만, 방송도 되지 않은 특정 프로그램에 대해 입장 표명까지 한 것은 그 방송시점이 최소한의 법 상식과 방송윤리마저 무시하고 있으며 이런 상태로 프로그램이 방영될 경우 불러일으킬 악영향을 방관할 수 없었기 때문이었다.

그에 앞서 MBC 경영진은 같은 해 6. 7. 같은 이유로 제작중단지시를 내렸다가 제작진과 노조가 크게 반발하자, 시사교양국장 주재의 시사회를 거친다는 조건으로 중단 지시를 철회한 바 있었다. MBC 노조는 ‘제작중단’ 지시가 ‘편성, 보도, 제작의 실무책임과 권한은 국장에게 있다’고 규정한 단체협약을 위반한 것이라며 사과와 재발방지 약속을 요구하기도 했다.

‘PD수첩’ 제작진은 국보법이 변화된 남북관계를 제대로 반영하지 못하고 있다는 지적이 꾸준히 제기돼왔고 송씨에 대한 1심 판결 이후 국보법 개폐논란이 거세게 일고 있는 점 등을 감안, 이번 프로그램을 기획했으며, 이미 1심에서 사실관계가 명확해 진 사안이어서 재판에 영향을 줄 만한 내용이 없다고 주장하면서 “이 사건에 가치판단을 두는 것이 아니라 이를 통해 국가보안법 개정 및 폐지 논의를 해 보고자 한다”는 입장을 전했다.

그럼에도 이렇게 경영진의 제작 중단 지시와 노조의 항의 농성, 법원행정처의 ‘우려’ 공문 발송 등으로 논란을 빚어온 MBC ‘PD수첩-송두율과 국가보안법’ 편이 7. 13. 밤 예정대로 방송됐다. 프로그램은 검찰의 공소 내용을 부인하는 송씨의 주장을 비중 있게 소개했고, 국가보안법 개폐 필요성을 강조하는 취지의 주장이 주된 내용이었다(동아일보 2004. 7. 14. 보도 참조).

프로그램은 초반 20여분 송씨가 2003년 9월 입국한 후 구속되기까지를 다루었고, 나머지 부분에서 송씨 재판에서 쟁점이 되는 부분과 ‘친북 행위

대한 자의적 해석' 등 국가보안법에 관한 논쟁을 다루었다. 이 프로그램은 특히 △송두윌은 북한 노동당 정치국 후보위원 김철수와 동일 인물인가 △김철수의 실존 여부 △후보위원으로서 활동한 증거 △유학생 입북 권유 등 재판에서 쟁점이 되는 부분을 다뤘다. 그 과정에서 이 프로그램은 송씨가 북한 정치국 후보위원 김철수가 아니라는 점에 관하여 송씨 부인과 변호사를 수시로 등장시켜 송씨측의 주장을 충실하게 전달했고, 1심에서 유죄로 인정된 사실에 대한 반증을 여럿 소개하였다.

재판 선고를 일주일 앞둔 상황에서 사회적 영향력이 막강한 공영방송이 피고인의 입장을 충실히 소개한 것은 일종의 '변호 방송'으로, 언론의 도를 넘었다는 지적도 나왔다(중앙일보 2004. 7. 15. 보도 참조). 제1심에서 유죄로 판단된 사안들을 다시 시비에 부침으로써 결과적으로 송두윌씨 측을 돕는 셈이 됐고, 판결이 잘못됐을 수도 있다는 뉘앙스를 날렸다는 것이다.

이러한 여론재판의 폐해에 대해 각국은 법적 대응을 추구하여 왔으나, 언론의 자유와 사법활동에 대한 비판의 필요성 때문에 그 대책은 어려운 법적 문제를 안고 있다. 영국은 그 전통적인 보통법상의 금지명령 및 보호명령 등 사전적 규제를 허용하여 왔고 그 위반에 대하여 법정모욕으로 처벌함으로써 재판에 영향을 미치려는 보도 내용에 강력히 대처하여 왔으나, 미국의 경우에는 언론에 대하여 사전억제를 반대하는 연방대법원의 강경한 입장 때문에 영국의 위와 같은 제도는 살아남지 못하였고, 독일의 경우에도 영국식 규제 제도의 도입은 좌절되고 있다.

다만, 미국의 판례는 뒤에서 보는 바와 같이 이러한 여론재판의 폐해에 대해 단호한 입장을 취하여 왔다. 형사소추에 관한 언론의 보도가 피고인의 공정한 재판을 받을 권리(defendant's right to a fair trial)를 방해하게 되는 경우가 적지 않고, 법원은 편견적인 언론보도에 의해 공정한 재판이 박탈된 피고인의 유죄판결을 취소할 것임을 누차 강조한 바 있다. 때로는 재심을 받게 한다거나 무죄 방면된 사례도 있었다. 미국 연방대법원은 1961년 어윈 살인범 단정보도 사건<sup>90)</sup>에서 한 사람의 혐의자가 적대감으로 충만된 환경에서 기소됨으로써 그 기소가 단지 하나의 형식적인 절차에 불

---

90) Irvin v. Dowd, 366 U.S. 717, 후술 참조



과하게 된 때에는 혐의자가 정당한 법적 절차를 박탈당한 것이라는 원칙을 확립하였다. 미국 연방대법원의 이러한 태도는 후술하는 에스테스 형사공판 방영사건<sup>91)</sup> 및 ‘도망자’ 셰퍼드 사건<sup>92)</sup>에서도 확인되고 있다. 유명한 Samuel Sheppard 박사의 살인사건에서 연방대법원은 언론의 선정주의적 보도가 셰퍼드박사의 공정재판청구권을 박탈하였다고 판시하였다.

## 2. 영국

### 가. 재판보도에 대한 형사처벌 - 법정모욕죄 제도

영국과 영국법의 전통을 이어받은 영연방 국가에서는 공정한 재판의 이익이 언론자유 이익보다 명백히 더 우월한 것으로 다루어지는 것이 일반적인 경향이다.<sup>93)</sup> 이것이 후술하는 미국의 경우와는 구별되는 점이다. 영국에서는 일반적인 법정모욕법과 특별법에 의해 법원에 대한 보도가 금지되는데, 그것은 공정한 재판, 법원의 권위, 관계인의 익명성(匿名性) 보호에 의한 사법의 원활한 운영 등 다양한 목적을 갖는다.

배심제를 채택하고 있는 영국에서 공중의 부당한 영향에 의하여 재판의 공정성이 위협받을 우려가 있을 때 법원은 제한명령, 사전제한명령, 보도관계자의 배제, 배심원에 대한 적절한 지도, 법정모욕죄에 의한 처벌 등의 조치를 취할 수 있다. 제한명령(restrictive orders)은 불공정한 사전보도에 의한 공정한 재판의 침해를 방지하기 위하여 법원이 피고인, 변호인, 집행관, 증인 등에게 특정한 정보의 누설을 제한하는 명령을 말하며, 사전제한명령(prior restraint orders)이란 법원이 공정한 재판을 보장하기 위하여 보도기관으로 하여금 직접적으로 사건에 대한 일정내용의 보도를 못하도록 하는 명령이다. 이는 필요최소한도에서 언론의 자유가 제한되는 법리에 따른 것

---

91) *Estes v. State of Texas* 381 U.S. 532, 85 S.Ct. 1628, 14 L.Ed. 543 (1965)

92) *Sheppard v. Maxwell* 384 U.S. 333, 86 S.Ct. 1507 16 L.Ed. 2d 600 (1966)

93) Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1989 p. 223.

으로 법원은 그와 같은 위협의 존재에 대한 증거를 가지고 있어야 한다.

## 나. 법정모욕죄로 처벌되는 경우

### (1) 개관

그 중에서도 영국의 법정모욕죄(法廷侮辱罪)와 그 처벌을 위한 소환(召喚) 제도는 사법에 대한 언론활동을 규제하기 위한 제도로서 잘 기능하고 있다. 영국법의 전통에 의하면 수세기 전부터 배심원들은 여론의 영향을 우려하여 평결의 합의에 이르기까지 수주일간 감금되어 외계로부터 완전히 차단되기도 하였다. 또 영국에서 법원은 법정모욕죄(contempt of court)를 적용함으로써 사전에 미디어에 표현되는 의견의 통제를 시도하기도 한다. 보도를 제한하는 영국 보통법상의 법리는 그것이 후의 재판에 영향을 미치게 된다는 점을 주된 이유로 한다.

원래 영국법상 법정모욕에 관한 법은 불확실한 점이 많다. 이러한 점을 시정하려는 노력이 시도되고 있는데, 이제까지 판례의 취지를 종합하면 모욕의 개념을 넓게 보아 어떤 행위가 정당한 재판진행을 방해하는 것으로 간주되면 법정모욕이 성립된다고 하는 것이 일반적 입장이다. 즉, 그것은 정당한 재판의 진행을 방해할 실제적인 가능성이 있는 행위를 의미하는 것이다.

영미법상 일반적이고 전통적인 개념으로서의 법정모욕행위는 ① 법원의 명령이나 판결, 소환에 대한 불복종 ② 판사가 재정(在廷)한 법정에서의 불미스런 행동 ③ 사법활동을 방해하거나 이에 혹종의 영향을 미치려는 행위 ④ 법원을 경멸하거나 모욕하는 내용의 출판과 방송 ⑤ 법원에서 진행중인 사건에 관한 서류의 파괴·은닉 ⑥ 법원의 직원이 법관의 적법한 직무상 명령을 듣지 않거나 기타 불미스런 행위를 하는 경우 등이 논하여지고 있다.<sup>94)</sup>

그 처벌의 절차에 따르면 법관의 면전에서 행해진 방해행위에 대하여 기소나 증거조사를 요하지 않고 약식절차로 처벌되는 직접모욕(direct contempt)의 형태와 배심절차에 의하지 아니할 뿐, 기소절차와 증거조사절차를 거치는 이른바 간접모욕(indirect contempt) 또는 추정적 모욕(constructive contempt)

---

94) 이재홍, 전계논문, 558면

의 형태가 있는데, 법정모욕으로 처벌되는 언론보도는 후자의 형태에 속한다.<sup>95)</sup>

영국에서 언론의 이익보다 사법의 이익을 더 중시하는 전통은 헌법 수정 제1조에 의해 정보의 사전 제한은 극히 예외적으로 필수적인 경우에만 허용되는 미국의 경우와 현저히 다른 것이다. 이에 관하여는 미국과는 달리 영국은 단일 민족에 의한 동질성의 사회이며 경찰이나 법관의 부패가 거의 없는 점 등 사회적·문화적 배경이 다른 것을 지적하는 견해가 있다.<sup>96)</sup> 사정이 그와 다른 미국에서는 언론의 사법절차에 대한 감시기능이 보다 더 기대되었다는 것이다.

그밖에도 법정모욕으로 처벌되는 행위는 배심의 합의과정(토론)을 공개하는 경우와 법원의 공개금지명령(non-disclosure order)에 반하여 당사자나 증인의 성명을 공표하는 경우가 있다. 1981년의 법정모욕법에 의하면 법원은 익명으로 증거를 제시한 증인의 이름과 소송과정에서 언급된 자의 이름을 사법의 운영에 필요한 경우 그 공표를 금지할 권한을 갖는다. 특히, 공갈 또는 강간피해자의 성명은 물론 강간사건의 피고인에 대해서도 일반적인 익명성을 규정한다(1976년 제정된 영국의 성범죄법에 의하면 강간 피해자는 익명으로 고소를 제기할 수 있다).

언론활동이 법정모욕으로 처벌되는 유형은 여러 가지가 있는데, 여기서는 우선 ① 법원에 대한 공격 ② 형사소송에 대한 보도 및 ③ 민사소송에 대한 보도가 법정모욕으로 처벌되는 경우를 나누어 살펴보기로 한다.

## (2) 법원에 대한 비난

법원에 대하여 해로운 공격을 가하는 행위(scandalizing the court)를 금하는 법정모욕의 유형은 다양한데, 이것은 1765년의 알몬사건의 판시로부터 유래한다고 한다.<sup>97)</sup> 그에 의하면 판사가 자의적이라거나 부패하였다고 비난하는 것은 적정한 사법의 운영에 관한 공공의 신뢰와 법원의 권위를 잠식하는 것이므로 법정모욕으로 처벌된다는 것이었다. 그 목적은 판사 개

---

95) 이재홍, 전계논문, 571면

96) Teeter, id. p. 659

97) Barendt, id. p 218. 이러한 유형의 모욕죄는 의회 및 의원에 대하여도 적용된다.

인을 보호하려는 것이 아니므로 법정의 행위와 관련되지 않는 법관의 성품에 관한 언급은 제외된다. 다만, 법원의 재판에 대한 합리적이고 온건한 비판은 동죄를 구성하지 않는다. 부당한 동기에 의한 매도(罵倒)와 선의의 비판(批判)을 구별하는 것이 관례의 태도이다.<sup>98)</sup>

이러한 유형의 법정모욕죄에서 논란되는 것은 법관의 정치적·종교적·인종적 태도에 관한 공격이 죄로 된다는 점이다. 그것이 죄로 되려면 법관은 그러한 점에서 완전히 편견 없이 행위한다는 것이 전제되어야 하지만, 성장배경과 이념적 신념에 따라 영향받지 않을 수 없는 법관에 대하여 이러한 전제가 의문시될 수 있음은 물론이다. 이러한 점에서 법원이나 법관 개인에 대한 비판은 관용되어야 한다는 주장이 강력히 제기되었다. 또 법관은 정치적으로 책임을 지지 않음에도 행정부나 의회의 공무원에 대한 것 보다 더 큰 보호를 받는다는 점에 대한 문제도 제기되었다.

이러한 유형의 법정모욕죄는 확립된 제도의 권위존중이 언론의 자유에 우선한다고 하는 영국적 전통에 의한 것이었으나, 너무나 언론자유를 제한하게 된다는 이유로 적용된 사례가 적었으며, 1930년 이후에는 처벌된 사례가 없다고 한다.<sup>99)</sup>

이 점에 관하여 법정모욕죄에 관한 한 연구위원회는 1974년 보고서에서 이 유형의 범죄의 의미에 의문을 제기하고, 여러 대안 중에서 무절제한 비판에 대하여 개인적 평판을 보호하기 위해 법관 개인이 명예훼손소송을 제기하도록 하는 방안과 법관의 정치적 입장에 관하여 배심원 앞에서 신문하도록 하는 방안은 바람직하지 않은 것으로 생각하였으나, 법원비방죄와 그를 위한 간이절차를 폐지하는 대신에 보다 확실성 있는 엄격한 요건의 새로운 범죄를 신설할 것을 권고한 바 있다 (Report of (Phillimore) Committee on Contempt of Court (1974)).

문제는 법관의 정직성에 대한 비난이 진실인 경우에 처벌할 것인가의 여부였는데, 법관의 부패에 대한 주장이 진실이라면 처벌될 수 없다는 주장에 대하여는 법관에 대한 비난이 있을 때마다 그 정확성 여부에 관하여 법관을 조사한다는 것은 합리적인 것이 되지 못함을 이유로 반대하는 견해가 지배

---

98) *Ambard v. Att.-Gen. for Trinidad Tobago* [1936] AC 322

99) *Barendt*, id. p 219

적이었다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 미국은 이러한 유형의 법정모욕죄를 폐지하고, 다만 법정내에서 또는 물리적으로 가까운 곳에서 이루어지는 비행만을 법정모욕으로 처벌하고 있다(Nye v. US, 313, US 33 (1940)). 영국에서는 아직도 위와 같은 법이 존재한다는 것만으로 편집자들로 하여금 신중한 처리를 하도록 하는 효과가 있다고 한다.

그러나 프랑스에서는 1958년 영국법을 모방하여 위와 같은 유형의 법정모욕죄가 신설되었는데, 거기에서는 법원을 폄훼(貶毀)하려는 의도는 요구되지 않으며, 영국과는 달리 기사문안의 형식과 터무니 없음이 실질적인 의미를 갖는다. 1963년 프랑스의 한 판례는 한 마르크스주의의 신문이 푸조자동차회사에 의한 노동자 해고를 허용한 중재위원회에 대하여 '계급사법'(justice de classe)이라고 매도(罵倒)한 데 대하여 이 죄를 적용하고 있다.

### (3) 형사소송에 대한 보도

영국의 경우 형사소송의 보도에 대하여는 법정모욕의 법리가 더욱 무겁게 적용된다. 이 부문에서 영국은 언론의 자유에 대해 공정한 재판의 이익을 명백히 우선시킨다. 영국법의 증거법칙(rule of evidence)은 엄격함에도 여론재판의 폐해는 널리 인식되고 있으며, 사법의 운영에 대한 공공의 신뢰가 필요하다고 생각되고 있기 때문이다.

1967년 법에 의해 영국에서는 치안판사에게 제출된 증거의 상세한 내용은 그 소송이 종료하기까지 보도할 수 없다. 혐의자의 체포와 기소 이전에 혐의 사실을 보도하는 것도 법정모욕으로 처벌된다. 수사기관의 수사상황을 보도하는 것도 금지된다. 영국의 언론은 피의자의 자백을 인용하는 것은 물론 자백이 있었다는 사실조차도 보도할 수 없으며, 형사기록의 사전보도와 증거능력이 없는 자료를 보도할 수도 없다. 증인과의 인터뷰나 증인의 증언을 위촉시키는 보도도 행해질 수 없다. 피고인을 유리하게든 불리하게든 편드는 보도도 허용되지 않는다. 폭력행사자에 대하여 엄벌해야 한다고 사실을 게재한 신문의 필자를 처벌한 사례도 있었다.

뉴질랜드의 판례는 성폭행 혐의를 받는 사람에 대하여 그가 선고받을 때에는 가장 준엄한 법의 조치를 받아야 한다고 요구하는 취지의 사실을 게재한 신문에 대하여 이를 법정모욕으로 처벌한 사례가 있으며, 북아일랜드의

판례는 후에 살인죄로 기소된 자가 체포되기 2일 전에 그 범행을 보도한 기사에 대하여 법정모욕을 인정한 사례가 있다.<sup>100)</sup>

그러므로 영국에서는 미국과 달리 체포 및 기소 이전에 특정인의 범죄사실을 스스로 취재·보도하는 이른바 탐사보도(探査報道)의 관행(investigative journalism)은 허용되지 않는다. 영국의 신문들이 재판에 대하여 보도할 수 있는 것은 사건이 종료된 후에 비로소 가능할 뿐이다.<sup>101)</sup> 이렇게 보면 영국에서는 사실상 형사사건에 대한 언론의 논평이 배제된다고 할 수 있다.

그러나 1981년 개정 법정모욕법(Contempt of Court Act 1981)에 의해 위와 같은 엄격한 처벌은 상당한 정도로 완화되었다. 종전의 법정모욕은 표현행위가 편견을 가져다 줄 가능성만 있으면 성립하는 것이었다. 그러나 이 ‘편견의 가능성기준’(likely to prejudice test)은 1981년 법개정으로 “보도가 해당 사건에서 정의의 수행이 중대하게 저해받거나 편견을 주게될 실질적인 위험을 야기하는 때”에만 인정되게 되었다. 이것은 죄를 씌우는 중대한 보도에 대해서만 법정모욕으로 처벌하려는 의도였음에도 실제의 적용에 있어서는 공정한 재판에 대한 경미한 위험만을 배제하는 것으로 운용되고 있다고 한다.<sup>102)</sup> 동시에 공적 사항에 대한 선의의 토론(bona fide discussion)의 일부로서 행해진 보도는 특정 소송에 대한 선입견의 위험이 그 토론에 부차적인 경우 법정모욕으로 처벌할 수 없도록 개정되었다.

1957년의 악명 높았던 Adams사건 이후 의회는 1967년 법정모욕의 범리와는 상관없이 공판회부심사절차(committal proceedings)에 대한 보도를 금지하는 법률<sup>103)</sup>을 제정하였다. 그것은 공판회부 여부를 심사하는 치안판사의 절차에서 검찰이 후에 공판절차에서는 제출할 수 없는 선도적 증거를 제출하는 폐단에 대한 비판에 따라 위 단계에서 검찰이 제출한 증거의 상세한 내용을 보도할 수 없고, 보도할 수 있는 것은 그가 공판에 회부되기

---

100) Barendt, id. p. 226

101) 그 대신 영국에서의 재판은 미국에서와 달리 신속하게 진행되며, 보통 항소절차를 포함하여 2달내에 종료된다고 한다. (Teeter, id. p. 659).

102) Barendt, id. p. 226

103) Criminal Justice Act of 1967, s. 3, now Magistrates' Courts Act 1980, s. 8

로 결정된 후에 그 증거의 요지뿐이며, 이러한 금지는 그 재판이 종결하기까지 계속된다. 이와 같이 위 법에 의해 피고인의 이익을 위하여 언론자유가 제한된 데에는 특수한 계기가 있었다.

#### [사례] 미칼레프 범행보도 사건 (1956)

영국 1 Queen's Bench Division, 1956. 10. 2, 및 10. 11. 선고

Regina v. Odhams Press Ltd. and others, ex parte Attorney-General

이 사건은 영국에서 계류중인 사건에 대하여 재판에 영향을 끼치는 사실을 보도하는 행위가 법정모욕죄로 처벌됨을 보여 준다. 이 사건에서는 재판에 계류중인 사건의 증거를 공표하고, 혐의자의 처벌을 요구한 신문보도가 문제되었는데, 법원은 그에 대해 공정재판을 방해하는 것이라고 하여 법정모욕죄로 처벌하면서, 법정모욕죄의 성부는 문제된 보도가 재판과정을 방해할 만한 것이었는지의 여부에 있는 것이지, 그러한 효과를 의도했는지의 여부는 문제되지 아니하며, 소송이 진행중임을 모른채 관련 기사를 보도한 경우에도 법정모욕죄가 성립하며, 보도된 사실의 진실 여부도 그 성립에 상관이 없다고 판시하였다

피고인이 발행하는 '더 피플'지는 1956년 사창(私娼) 경영 혐의로 이미 검거되어 재판 대기 중이었던 미칼레프가 악질적인 사창경영자로 알려진 메시나형제들과 관련을 맺고 있으면서 사회악을 조장하고 거리의 여자들을 부리는 일에 관여하였다고 주장하면서 그 내용과 처벌을 촉구하는 기사를 게재한 사실로 법정모욕죄로 기소되었다. 피고인들은 미칼레프가 기소된 사실을 모르고 보도하였으므로 법정모욕죄는 성립하지 않는다고 주장하였다.

법원은 피고인들에게 유죄를 선고하면서 신문은 사기나 범죄행위로 여겨지는 어떤 사람의 행위를 폭로하거나 언급할 수는 있지만, 그러기 위해서는 그 언급에 대한 적절한 제한이 가하여져야 하며, 재판에 계속중인 사건의 경우 법으로 금하는 증거의 공표는 특히 삼가하여야 한다고 판시하였다. 특히, 법원은 법정모욕죄에서 범의(犯意: mens rea)는 필수 요건이 아니며, 법정을 모욕할 의도가 없었다든지, 관련 형사소송이 진행중임을 몰랐다는 것은 형을 정함에 있어 고려할 요소가 될 뿐이라고 판시하였다. 법정모욕죄에 있어서 심리 대상은 기소된 사건이 재판과정을 방해할 만한 것인가의 여부에 대한 것이고, 기자나 발행인이 그 결과를 의도하였는지 여부에 대한 것이 아니며, 형사책임을 다룬 문제의 기사가 그에 따른 책임을 질만큼 위험한 것이었는지의 여부에 있다.

[사례] 공갈피해자 신원보도사건 (1974)

영국 고등법원 여왕좌부 1 Queen's Bench Division, 1974. 10. 16. 선고

Regina v. Socialist Workers Printers & Publishers Ltd. and Another,  
Ex parte Attorney-General

이 사건에서 법원은 공갈사건 피해자의 신원 공개를 금지한 법원의 명령을 어긴 행위는 범정보육이 되고, 장차 있을 수 있는 공갈사건에 관한 피해자의 신원공개도 증인의 범정에 대한 신뢰감을 상실케 함으로써 정당한 사법집행을 방해하는 행위로 생각되기 때문에 범정보육에 해당한다고 판시하였다. 법원은 재판이 원칙적으로 공개되어야 하지만, 일정한 경우에는 전부를 비공개로 할 필요가 있고, 또 이 사건에서와 같이 증인이 될 피해자의 신원만을 비공개하는 것이 합리적일 수 있다는 입장에서 그 비공개조치를 어긴 언론의 보도를 범정보육으로 처벌하고 있다.

이 사건의 경위를 보면 피고인 제니 존스(Janie Jones)양은 1973년 말 매춘과 공갈 혐의로 기소되어 그녀에 대한 2차례의 공판이 진행된 바 있었다. 그녀는 매춘 후 두 남자에게 자신에 대한 적절한 보상이 없으면 그들의 매춘행위를 폭로하겠다고 위협하여 공갈하였다는 혐의를 받고 있었다. 공갈사건의 고소인들은 존스양이 비밀을 지킨다는 명목으로 그녀에게 돈을 지불해 왔다. 이 사건에 대한 공판을 주재하던 판사는 공갈 혐의로 기소된 위 피고 존스양에 대한 공판과정에서 기소유지에 필요한 증거를 제공한 갈취사건의 피해자 2명의 신원공개를 금하고, 그들을 Y씨 및 Z씨로 호칭할 것을 명하였다.

그럼에도 공판이 끝나기 전 1974. 4. 피고 '사회주의 노동자'지(Socialist Worker)는 "Y, Oh Lord, Oh why . . ."라는 제하의 기사에서 "판사 및 법정 변호사, 그리고 창녀들의 사전조치로 호기심을 주는 신사들의 이름은 은폐되었다"고 주장하고, 의도적으로 원고의 성명, 주소, 기타 인적 사항을 공개하였다. 기사를 작성한 푸트 기자는 증인의 성명을 공개치 말라는 법정의 조치를 비판하였을 뿐 아니라, 공공연히 Y씨, Z씨의 성명, 주소, 기타 인적 사항을 밝히고 있었다. 그 당시 판사는 판결문을 요약·개괄하는 작업을 진행 중이었다. 검찰총장(Attorney-General)은 위 신문사와 그 발행인 및 기사 작성사의 담당 편집인이자 기사작성자인 푸트 기사를 범정보육죄로 기소하였다.

법원은 피고인들에 대하여 유죄를 선고하면서 다음과 같이 판시하였다.

범정보육죄란 정당한 재판의 진행을 방해할 실제적인 가능성이 있는 행위를 의미하는 것이며, 재판이란 연속성을 갖는 것이어서 정당한 재판진행을 방해하는 것은 재판의 종료 후에 발생한 것이라 해도 범정보육에 해당하고, 증인에 대한 가해는 장차 있을 재판에까지 증인의 자진 출석을 방해하



고 또한 솔직한 증언을 방해할 가능성을 초래할 수 있기 때문에 법정모욕죄를 구성한다. 이 사건에서 첫째 피고인들은 판사의 명령을 무시하고 증인의 신원을 공개함으로써 법정의 권위를 모욕하였고, 둘째 이와 같은 보도로 인해 특히 공갈범 공판에서 증인이 보호되지 않는다면 장차 다른 범인의 법정증언에까지 영향을 미칠 것이란 점에서 법정모욕이 성립될 수 있다.

#### [사례] 외국잡지 배포 법정모욕 사건 (1957)

영국 고등법원 여왕좌부 1957. 5. 10. 선고,

Regina v. Griffiths & Others Ex parte A-G [1957] 2 Q.B. 192

이 사건에서 법원은 공판이 진행중인 사건에 관한 기사가 게재된 외국간행물을 수입·배포한 행위도 법정모욕죄에 해당한다고 하면서, 외국에서 출판된 잡지의 배포자는 당해 기사의 게재 여부를 알았느냐의 여부를 불문하고 법정모욕죄의 책임을 진다고 판시하였다.

1957. 3. 18. 런던의 중앙형사법원에서는 의사인 피고인 Jonn Bodkin Adams에 대한 살인사건의 공판이 시작되었고, 4. 4.에 속개되었다. 그런데 4. 4. 런던의 서점가에 시판된 시사주간지인 'Newsweek' 4. 1.판에는 '재판받는 의사'와 '유산'이라는 두 개의 긴 기사가 실려 있었다. 위 형사재판에 관한 위 기사는 법정에 증거로 제출되지 아니한 것으로서 위 피고인에게 지극히 불리한 내용을 다루고 있었다. 이 기사가 법정모욕죄가 성립된다는 점에 대하여는 다툼이 없었다.

Newsweek지는 미국 Ohio주에 등록된 회사에서 발간되고, 이 회사는 뉴욕에 사무실을 두면서, 아시아판과 유럽판을 편집하고 있었는데, 문제된 판은 Newsweek 런던사무소와 관계가 없는 2개의 회사가 영국에 수입 배포한 것이었다. 법원은 영국내 뉴스를 취재하여 뉴욕에 보내는 것일 뿐 Newsweek지가 영국에 들어와 볼 때까지 그 내용을 전혀 알 수 없는 영국내 대표자에게는 그 기사의 작성에 관여한 바 없기 때문에 법정모욕죄의 책임을 지을 수는 없으나, 실제로 문제 잡지를 수입 배포한 회사는 문제된 기사가 게재되었는지 여부를 알았느냐의 여부를 불문하고 법정모욕이 성립된다고 판시하였다.

#### (4) 민사소송에 대한 편견적 보도

수면제의 복용으로 인해 기형아를 출산한 피해자들이 제약사를 상대로 제기한 1974년 유명한 집단손해배상소송에 관하여 'Sunday Times'가 계속중인 위 소송에서 제조회사의 과실 등 몇 가지 쟁점에 관하여 이를 평가하

는 기사를 게재한 것이 문제된 사건<sup>104</sup>)에서 영국의 최고법원인 상원은 그 보도가 재판을 앞두고 판결 결과를 미리 판단하였다는 이유로 법정모욕이 성립한다고 판시한 바 있었다.

위 사건을 계기로 영국에서는 배심절차가 거의 행해지지 않는 민사소송에 있어서도 형사소송에 있어서와 같은 법정모욕의 논리가 그대로 적용될 수 있는가에 관하여 논쟁이 있었다. 위와 같은 결론을 지지하는 근거로서 배상의 요건이 되는 과실 여부에 관하여 공공이 미리 판단하게 된다는 점, 언론에 의한 캠페인이 행해지면 그것은 법원에 대하여 큰 압력으로 작용하게 될 뿐 아니라 일반인으로 하여금 소송상의 법적 해결을 언론의 힘을 빌려 행하려는 경향이 생길 것이고, 반대측의 소송당사자로서는 법률에 정한 법관에 의해 재판받을 권리가 침해된다는 등의 이유가 제시되었다.

#### [사례] 탈리도마이드 민사소송 보도사건 (1974)

영국 귀족원, Attorney-General v. Times Newspapers, [1974] AC 273

이 사건에서 법원은 계속중인 민사소송에 대하여 일방 당사자를 편드는 기사를 보도하는 것은 기사내용이 사실일지라도 법정모욕에 해당한다고 판시하였다.

1959년 경 디스틸러즈 주식회사가 생산, 판매한 탈리도마이드 수면제를 복용한 바 있는 임신부들로부터 약 450명의 기형아가 탄생하였다. 그 때문에 1968년 위 회사를 상대로 한 62건의 소송이 제기되었는데, 그 소송에서는 회사가 변상하되 제약회사의 과실을 묻지 않는다는 조건으로 화해가 성립되었다. 그 후 이 약과 관련한 379건의 소송이 또 제기되었고, 1971년 위 제약회사의 제안으로 협상이 시작되었으나 타결이 되지 않던 중, 1972. 9. 24. 피고 회사 발행의 '선데이 타임즈'지에 위 약으로 인한 기형아들의 상태에 대한 관심을 호소하는 시리즈물의 첫회분이 게재되었다. 위 기사는 디스틸러즈사를 비판하면서 그들이 약품의 부작용을 제대로 테스트하지 않았다는 과실에 혐의를 두는 것이었다.

위 제약회사는 소송이 계속중인 상황에서 그러한 기사를 보도하는 것은 법정모욕에 해당한다고 주장하며 법무장관에게 위 기사의 게재중지를 요청하였다. 법무장관은 법원에 위 기사의 게재중지명령을 신청하여 제1심 법원

---

104) Att.-Gen. v. Times Newspapers [1974] AC 273

이 1972. 11. 17. “피고인 타임즈사는 디스틸러즈제약회사가 피고로 된 계류중인 소송에서 논란되는 과실의 문제, 계약위반, 기타 증거사실을 예단하는 어떠한 기사도 공표하여서는 아니된다”는 결정을 내리자, 피고 신문사가 항소하였다. 그러던 중 1972. 11. 29. 의회에서 탈리도마이드의 비극에 대한 토론이 시작되자 언론과 일반 시민은 제약회사가 피해자들에게 좀더 나은 조건을 제시하라고 압력을 가하는 전국적인 캠페인을 전개하였다. 그 후 항소법원이 피고의 항소를 받아들여 기사게재중지명령을 취소하자 법무장관이 상고하였다.

최종심인 상원은 원심판결을 과기하면서 다음과 같이 판시하였다.

다수의견에 의하면 민사소송과 관련된 법정모욕은 특정 당사자의 편에서 다른 당사자가 받아야 할 공정한 심리를 침해하는 것으로 판단되는 행위에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 당사자가 그들의 헌법상의 권리를 행사할 수 없게끔 그들을 공중의 비난 속에 빠뜨리는 행위에 대해서도 적용된다. 이 사건에서 선데이타임즈의 기사는 위 2 유형 중 후자에 속하는 성질의 행위에 해당한다. 그 기사에서는 디스틸러즈제약회사의 과실혐의에 대한 제약회사의 항변사실과 법적 시비에 대해 법정의 심리가 종결되기도 전에 미리 판단했던 것이다. 그런 점에서 제1심 법원의 게재중지결정이 옳았다.

한편 제약회사를 상대로 낸 소송들이 중지상태에 있었기 때문에 문체된 신문기사는 법정모욕을 구성하지 않는다고 본 항소심의 결정에 동의할 수 없다. 그 당시 소송상의 제 절차가 진척되고 있지는 않았다고 하더라도 당사자들끼리는 해결을 위하여 협상 중이었다. 그러므로 그러한 기사의 게재는 특정 당사자가 법이 허용한 그의 권리를 포기하게끔 공중의 비난에 빠뜨림으로써 그들간에 협상을 방해하고 정당한 재판진행을 침해하는 것이라고 본다. 왜냐하면 법적인 근거에서 볼 때 해결을 위한 협상도 정당한 재판진행의 문체에 포함되기 때문이다.

위 다수의견에 대하여 소수의견은 불법적인 행위에 의하거나 재판의 성격 및 재판을 둘러싼 상황을 오도하는 등의 행위로 소송당사자가 체소 또는 응소를 하지 못하도록 하는 것은 명백히 법정모욕에 해당할 것이지만, 작자가 사실을 공정하고 정확하게 기술하고 온건한 말투로 자기의 견해를 표현한다면 그것이 일방 당사자에게 커다란 압력을 가하는 것이라는 사실만으로 법정모욕이라고 볼 수는 없다는 입장을 취하였다.

### 3. 미국

#### 가. 개관

영국 보통법(common law)의 엄격한 전통을 이어 받았음에도 독립 후 자유스런 풍토를 이룩해 가던 미국에서 법정모욕죄의 전통적 법리는 연방헌법 수정 제1조의 강력한 언론보호조항에 힘입어 최소한으로 축소되었다. 무엇보다도 법원에 대한 언론의 비판에 대해 법정모욕에 의한 형사적 제재를 불가능하게 한 것은 1831년의 연방법률이 법정모욕죄의 요건으로서 법원의 절차를 방해하는 비행은 “법관의 면전에서 또는 그에 근접하여” 행해질 것을 요하는 것으로 개정하였기 때문이었다.

그 결과 미국의 법원은 언론의 재판보도를 처벌하는 법정모욕(contempt by publication)의 권한이 위축되었고, 미국의 언론은 계속중인 재판을 보도함에 거의 제약을 받지 않았다. 그러나 미국의 경우에도 언론의 재판보도의 폐해는 해결을 요하는 문제였다.

언론의 무절제한 재판보도의 폐해를 여지없이 드러낸 사건이 Lindbergh유괴사건에 관한 1935년의 재판이었다. 미국법조협회(ABA, American Bar Association)는 이 사건에서 드러난 폐해를 방지하기 위하여 재판절차에 대한 사진보도를 금지하는 윤리강령을 채택한 바 있었다.

최초의 대서양횡단비행에 성공함으로써 국가적인 영웅으로 된 린드버그의 2살 난 아들이 유괴 살해된 후 3년만에 검거된 Bruno Richard Hauptmann에 대한 재판이 열린 New Jersey주 Flemington의 법정에는 온통 기자와 사진기자로 들끓었고, 증인, 배심원 또는 그 사건과 조금이라도 관계 있는 사람들은 모두 언론의 취재경쟁의 대상이었고, 그 재판의 모든 것은 심리되기 전에 언론에 공개됨으로써 그의 공정한 재판에 대한 권리는 완전히 포기된 정도였다. 그는 유죄판결을 받고 처형되었지만 언론계와 법조계는 이러한 무질서에 대해 문제를 제기하고 그 해결책을 강구하게 되었다.<sup>105)</sup>

---

105) William E. Francois, Mass Media Law and Regulation, 5th Edition, Iowa State

그럼에도 미국 연방대법원은 1940년대에 이르러 대법원이 법정모욕으로 기소된 사건에서 ‘명백하고 현존하는 위험’이라는 엄격한 기준을 적용하기 시작하였다. 1941년 연방대법원은 언론보도에 의한 법정모욕(contempt by publication)은 그로 인하여 사법의 운영에 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)이 야기되는 경우에만 처벌될 수 있다고 판시하였고,<sup>106)</sup> 이후 미국의 법원은 언론보도에 대하여 법정모욕 처벌권을 사용할 수 없었다.

연방대법원은 1941년 법관에 대한 비판을 처벌하는 법정모욕사건(Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941))에서 명백하고 현존하는 위험 기준을 적용한다는 입장을 확립하였다. 이 사건에서는 법관이 형사사건의 피고인에 대하여 보석을 한다면 오류를 범하는 것이라고 주장한 신문 사실이 문제되었는데, 법원은 이에 대하여 명백하고 현존하는 위험이 존재하지 않는다는 이유로 유죄판결을 파기하였다. 법정모욕이 유죄로 되려면 그러한 기준이 충족되어야 하는데, 그 언론에 의해 야기된 해악이 지극히 중대하고 그 절박성이 지극히 높아야 한다는 것이었다.

마찬가지로 1962년의 사건(Wood v. Georgia, 370 U.S. 375 (1962))에서도 연방대법원은 명백하고 현존하는 위험 기준을 적용하여 법정모욕죄를 인정할 하급심 판결을 취소하였다. 이 사건에서는 선거직 보안관이 주법원의 법관에 대하여 비난하는 성명을 언론에 제공한 사실이 문제되었다. 그 성명에서 보안관은 법관이 군(郡)의 선거에서 흑인의 투표 매매죄로 주대배심의 수사에 연루되었고, 인종차별적 선동과 흑인 선거권자 및 그 지도자에 대한 사법적 협박의 죄를 범하였다고 주장하고, 그 대배심의 소환은 KKK단의 활동에 대한 것과 같은 것이라고 비유하였다. 이러한 보안관의 행위를 법정모욕으로 처벌한 판결에 대하여 연방대법원은 상고인을 침묵시킬 법정모욕 처벌권의 행사를 정당화하기 위하여는 사법의 과정을 저해하려고 현실적으로 기도된 실질적 해악의 입증이 있어야 하는데, 이 사건에서는 그러한 입증이 없었고 지적하고, 그 발언은 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 것이라고 판시하였다.

이 시기에 미국에서는 언론의 자유가 공정한 재판에 대하여 명백한 우위

---

University Press / Ames (1990) p. 396

106) Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941); Pennekamp v. Florida, 328 U.S. 331 (1946)

를 차지하게 되었으나, 언론보도로 인한 피해는 더욱 심각하게 인식되었고, 미국의 법원은 공정한 재판이 위협받는 경향에 대처하기 위해 영국과는 다른 길을 걷게 되었다.

재판보도에 관한 문제가 더욱 쟁점화한 것은 Kennedy대통령 암살사건의 피의자에 대한 수사과정에서 언론이 보인 무질서한 취재 및 보도의 행태와 관련하여 논란된 1960년대 초부터였다. 뒤에서 보는 바와 같이 워런조사위원회의 보고서(Warren Report)는 그러한 문제점을 고발하면서 그에 대한 대책 마련을 요구하였다. 그러나 언론에 의한 재판보도의 피해가 광범위하게 인식 되었음에도 불구하고 미국연방대법원의 완강한 태도 때문에 미국에서 제정 법으로 재판 및 법원에 대한 언론의 보도 자체를 규제하는 것은 어려웠다. 이와 같은 언론보도에 대한 법적 규제의 공백사태에서 변호사단체와 언론단체 간의 자율적인 협약이 이루어지게 되었으나, 그것 역시 그 강제성의 결여 때문에 법원으로서 공정한 재판을 담보하기 위한 충분한 대책이 될 수 없었다.

이렇게 미국의 법원과 법무부는 언론 자체를 대상으로 제한 또는 처벌하는 방법을 단념하고, 그 대신 그 뉴스 소스를 제공하는 수사나 재판에 관여하는 공무원이나 변호사에게 언론에의 진술을 통제하는 방향으로 나가게 되었다. 이러한 움직임은 연방검찰총장이 발한 1965년의 Katzenbach guidelines(후에 Katzenbach- Mitchell guidelines)으로 나타났고, 미국법조협회가 설립한 Reardon Committee가 1966년 작성·보고한 보고서(Reardon Committee Report)에서도 같은 취지로 뉴스 소스에 대한 제한을 제안하게 되었다. 이러한 움직임은 언론계와 논쟁을 불러 일으켰으나, 그 기본취지가 널리 인정받아 미국법조협회(ABA)와 다수의 주에서 수용되게 되었다.

## 나. 법원에 의한 통제의 경과

### (1) 연방대법원의 입장

사법절차에 관한 언론의 보도에 관하여 미국의 판례는 이른바 ‘공정보도

의 특권'의 법리에 의해 관계인의 명예훼손소송으로부터 언론을 해방하고 있었다. 그 뿐 아니라 1940년대부터 법정모욕에 관한 미국의 판례는 이른바 '명백하고 현존하는 위험의 기준'(clear and present danger test)을 적용하여 계속(繫屬)중인 소송사건에 대한 보도라 하더라도 그것이 그 소송의 결과에 영향을 미치리라고 하는 명백하고 현존하는 위험이 입증되지 않는 한 언론 자유는 제한될 수 없다는 입장을 취하였다. 따라서 상세한 피고인의 자백내용이나 경찰의 심증내용을 상세히 보도하는 것 등을 사전에 금지하는 조치도 사전억제(prior restraint)를 금하는 연방대법원의 원칙적 입장에 따라 지지받지 못하였고, 피고인의 권리를 보호할 수 있는 여타의 조치가 시도되었음에도 보도제한조치(gag order)는 언론자유에 제약이 불가피한 경우에 한하여 허용되었다.

#### 미국판례법상 공정보도의 특권

미국법상 언론매체의 사법절차에 대한 보도에 관하여 가장 특징적인 것은 그 과정에서 언론의 명예훼손으로 인한 손해배상 책임을 면책하는 이른바 '공정보도의 특권'(fair report privilege 또는 "public eye" doctrine)이다. 이것은 일정한 공적인 절차와 기록에 관한 공정하고 정확한 보도는 거기에 설사 명예훼손적 내용이 포함되어 있는 경우에도 면책된다는 보통법상의 법리인데,<sup>107)</sup> 그 특권이 적용되는 경우로서 리스테이트먼트는 "공적 직무상의 행위나 절차 또는 공적 관심사를 다루는 공개된 모임에 관한 보도에 있어서 타인에 대한 명예훼손적 사항의 공표는 그 보도가 정확하고 완전하다거나 또는 보도된 행사의 공정한 요약인 경우에는 면책된다"고 한다.<sup>108)</sup>

영국에서 이미 18세기에 생긴 이 이론은 이러한 특권이 인정되는 근거에 관하여 언론매체는 독자, 청취자, 시청자들 자신이 볼 수 있었던 바를 대리인 또는 '공공의 눈'으로서 보도하기 위하여 활동하는 것이고, 만천하에 공개된 사법절차에 관하여 법정에서 행해지는 것을 진실하게 전한다는 것은 위법할 수 없다는 논리('agency' or 'public eye' rationale)를 제시하였다. 현대의 미국에서는 위 특권이 인정되는 근거에 관하여 언론은 수정 헌법 제1

107) Bruce W. Sanford, *Libel and Privacy*, Second Edition, Prentice Hall Law & Business (1993), p. 456. 공정보도의 특권에 관한 상세한 논의는 박용상, 언론과 개인법익, *조선일보사* 1997, 423면 이하 참조

108) *Restatement (Second) of Torts* §611(1977)

조의 의의에 비추어 공무원이나 공적 제도의 실행에 관하여 공공에게 알리는 것을 가능하게 하며, 그럼으로써 정부과정에 대한 공공의 감시와 참여를 가능하게 한다고 하는 민주주의적 감시기능(supervisory function)이 공공의 이익에 속한다는 것을 내세우는 입장이 지배적이다.<sup>109)</sup>

공정보도의 특권에 의해 보호를 받는 요건은 첫째로 보도가 실질적으로 정확하고(substantial accuracy) 또 공정해야(fairness) 한다. 명예훼손의 주장이 있는 경우 정확성과 공정성의 요건은 그 요점사항에 관해 고려되어야 한다. 보도가 일반 평균 독자나 시청자의 인상에 대한 가능한 효과에 비추어 절차의 실체를 언급한 것이면 공정한 것으로 간주된다.<sup>110)</sup>

원래 이 특권은 18세기 영국에서 법원의 재판에 대한 정확한 보도를 위해 사법절차에 대한 보도에 관하여 인정된 것이 입법 또는 행정절차에까지 확대되었다. 사법기능을 행하는 법정에서의 사법절차이면 심급의 고저, 공개여부를 불문하며, 대배심절차나 청문절차에서 행해진 증인의 증언이나 변호사의 주장 등 모든 진술과 과정에 관한 보도가 면책된다. 사법절차(judicial proceedings)에 관한 보도가 면책되어야 하는 이유에 관하여 판례는 “사법을 운영하는 자들이 언제나 공적인 책임의식 하에서 행동해야 하며, 모든 시민이 공적인 임무가 수행되는 모습에 관하여 자신의 눈으로 만족할 수 있어야 한다는 것은 대단히 중요한 것이다”라고 한다.<sup>111)</sup>

미국 판례의 새로운 경향은 헌법상 표현자유에의 논리에 의해 위 법리를 승화시키고 그 적용범위를 확대시키고 있다. “공적인 직무상의 절차에 대한 정확하고 공정한 요약이라면 명예훼손이든 프라이버시의 침해이든 그에 대한 소송이 인용된다는 것은 헌법적으로 유지될 수 없다”는 것이다.<sup>112)</sup> 이러한 이유에서 진실한 정보가 일단 법원의 공적 기록에 나타나 공공의 열람에 공개되었다면 그것을 전파함에 관하여 언론은 제재받을 수 없다는 것이 미국 판례의 기본입장이다. 이러한 입장에서 미국판례는 심지어 강간피해자의 성명의 공개도 면책된다는 입장을 취한다.<sup>113)</sup>

그럼에도 미국의 판례는 형사소추에 관한 언론의 보도가 피고인의 공정

---

109) Robert D. Sack, “Common Law Libel And The Press - A Primer”, in: James C. Goodale, Communications Law 1985, Patents, Copyrights, Trademarks, And Literary Property Coruse Handbook Series Number 210, Practising Law Institute, p. 41

110) Murray v. Bailey, Med. L. Rep. 1369 (N.D. Cal. 1985)

111) Read v. News-Journal Co., 474 A.2d 119 (Del. 1984)

112) 불법행위법의 요약(Restatement (Second) of Torts §611, comment b(1977)

113) Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469(1977)



한 재판을 받을 권리(defendant's right to a fair trial)를 방해하게 되는 경우가 적지 않음을 인식하여 이러한 여론재판의 폐해를 간과하지 않았고, 1960년대 후반에 이르러 공정한 재판을 보호하려는 새로운 조치를 시도하게 되었다.

이를 위해 미국 연방대법원은 언론보도에 의해 영향받았다고 여겨지는 재판을 취소하는 방안을 취하였고,<sup>114)</sup> 나아가 하급법원에 그러한 영향을 차단하기 위한 조치를 명하였다.<sup>115)</sup> 연방대법원은 재판 전 및 재판 중에 편견적인 보도가 중대한 정도로 행해진 사례에서 피고인에 대한 재판이 수정헌법 제14조의 적법절차를 어겼다는 이유로 피고인의 유죄판결을 파기한 바 있었고, 때로는 재심을 받게 한다거나 무죄 방면한 사례도 있었다. 대법원은 하급심법원이 언론에 의한 소송보도를 법정모욕죄로 처벌할 수 없다고 하더라도 과도한 언론보도가 형사절차에 대한 위협을 가져올 우려를 저지하는 일련의 조치를 취하도록 명하였다.<sup>116)</sup>

#### [사례] 어빈 살인범 단정 보도사건 (1961)

미국 연방대법원 *Irvin v. Dowd*, 336 U.S. 717 (1961)

이 사건은 재판전의 보도가 공정한 재판을 방해했다는 이유로 미연방대법원이 주의 형사유죄판결을 파기한 첫번째 사례였다.

가석방자인 레슬리 어빈은 1954년 인디애나 주에서 발생한 여섯명의 피살자들에 대한 강도와 부도수표발행 혐의로 1955. 8.에 체포되었다. 체포 직후 에반스빌 경찰과 검찰관은 ‘미친개 어빈’이 일가족 3명을 포함하여 6명을 모두 살해했다고 주장하는 보도자료를 공표했다. 이 범죄사건들은 현지에서 뉴스매체에 의해 널리 보도되었다. 뉴스매체들은 전쟁이라도 일어난 듯 어빈사건을 보도했고, 많은 기사들이 어빈의 재판 전에 그가 ‘6명을 살해한 명백한 살인자’라고 공표하거나 방송했다. 피고인은 체포 후 살인현장의 광란적인 흔적을 추적해서 피고인에게 불리한 편견을 갖게 하는 잇따른 보도들에 의해 고통을 받게 되었다. 어빈의 국선변호인 역시 많은 비난을 받았다.

어빈은 곧 반더버그 군 배심에 의해서 6명에 대한 살인자로 기소되었다.

---

114) 살인범 단정 보도사건 *Irvin v. Dowd*, 336 U.S. 717 (1961)

115) ‘도망자’ 사건 *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966)

116) 살인범 단정 보도사건 *Irvin v. Dowd*, 336 U.S. 717 (1961)

어빈의 국선변호인의 이송신청에 의해 재판할 법원이 인근 군 소재 법원으로 변경되었으나, 거기에서도 그에 대한 보도는 마찬가지였다.

그 재판은 1955. 11. 14에 시작되었다. 배심원이 되리라고 예상되는 430명 중 약 90%가 어빈이 유죄라는 견해를 가지고 있었다. 어빈의 변호사는 확정된 배심원 중 20명을 기피하였고, 법원에 의해서 선정된 12명의 배심원들에 대하여도 기피했으나 받아들여지지 않았다. 결국, 어빈은 유죄평결을 받아 사형을 선고받았다. 어빈의 유죄판결은 인디애나 주 대법원에 의해서 유지되었고, 그의 재심신청도 거부되었다. 어빈은 두 차례에 걸쳐서 미연방대법원에 상소하였다.

1961년에 이르러서야 연방대법원은 어빈이 공정한 재판을 받지 못했다는 이유로 주대법원 판결을 취소하면서, 비록 어빈이 궁극적으로 유죄라고 할지라도 재심을 받아야 한다고 판시하였다. 연방대법원은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리에 비추어 편견을 지닌 보도가 갖는 효과에 관하여 중점적으로 논하였다. 다수의견을 대변한 클라크대법관은 형사심리에 있어서 배심원들이 관련 사실이나 쟁점에 관해 전적으로 무지한 것이 요구되지는 않으나, 그들은 법정에서 제시된 증거에만 입각해서 평결하여야 한다고 지적하였다. 그는 심리가 있기 전 6~7개월 동안에 홍수처럼 보도된 일련의 신문제목, 기사, 만화 및 사건들에 비추어, 그리고 배심원으로 최종 관여한 12명 중에 8명이 어빈이 유죄라고 믿었다는 점을 지적하여 어빈에 대한 보도가 “편견을 조성한 것이 명백하고 유력하다”고 결론을 내렸다.

프랑크퍼터 대법관은 재판전 보도를 금지시킬 수 있는 법적 제한이 취해져야 한다고 하는 입장에서 “법정에서의 재판 대신에 배심에게 행해진 신문에 의한 재판”에 대해 강력히 비난하면서 다음과 같은 보충의견을 제시하였다. “이 소송에서처럼 검찰관들과 합작한 빈번한 선동적 기사로 인하여 배심평결이 왜곡되었다는 실제적인 주장 때문에 유죄판결을 재심하도록 간곡히 요청된 경우는 당 법정 이외에 전국의 어느 주에서도 결코 없었다. 검찰과 신문의 합작은, 만약 불가능하지 않다면, 재판 전에, 그리고 심지어 재판이 진행되고 있는 동안에도 배심원들에게 압력을 넣어서 그들이 공판정에 제출된 증거를 채택할 가능성을 보호하는 것을 극도로 어렵게 했다. 실제로 우리 헌법에 의해 보장된 품위 손상으로 인한 외부의 영향력이 때로는 너무 강력해서, 피고인이 배심에 의한 실질적 재판을 포기하도록 강요되기도 한다.”

결국 어빈 사건은 지방법원에 환송되었고, 어빈은 감정이 누그러진 분위기 속에서 인디애나 법정에서 무기징역을 선고받았다.

다음의 판례는 은행 살인강도범의 자백을 사전에 보도한 사안에서 위와

같은 보도의 영향을 문제시하여 그에 대한 유죄판결을 취소한 극적인 사건이다.

[사례] 리도 사전자백 방송 사건 (1963)

미국 연방대법원 *Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723, (1963)

이 사건에서는 1961년 루이지애나주에서 은행 고객 3명을 인질로 잡고 현금을 강탈한 뒤, 인질 한 명을 살해한 은행강도사건에 대한 재판이 문제되었다. 범행 수시간 후 범인 윌버트 리도(Wilbert Rideau)가 경찰에 체포·수감되었다. 그 이튿날 구치소에서는 보안관이 리도를 심문하는 장면이 약 20여 분간 촬영되었는데, 그 내용은 보안관의 심문에 대하여 리도가 은행강탈과 인질극 및 살인사실을 시인하는 광경이었다. 며칠 후 그 인터뷰장면이 그 지역의 텔레비전에 3차례에 걸쳐 방영되어 그 지역 주민 15만 중 1차 방영에서는 약 2만 4천명이, 2차에서는 약 5만 3천명이, 3번째에서는 약 2만 명이 시청하였다.

2주 후 리도는 무기소지, 인질 및 살인혐의로 기소되었는데, 그의 변호사들은 즉각 위와 같이 3차례에 걸친 텔레비전 방송 때문에 그 지역에서 재판은 공정을 기할 수 없다는 이유로 이송신청을 했고, 배심원 중 위 인터뷰장면의 방송을 시청한 3인의 배심원과 켈커슈구의 보안관대리 2인은 제외되어야만 한다며 이의하였으나 모두 기각되었고, 리도는 결국 켈커슈구의 법정에서 살인죄로 사형을 선고받았다. 그 후 루이지애나 대법원도 유죄판결을 인정하였다.

그러나 연방대법원은 다음과 같은 이유를 들어 위 유죄판결을 파기하였다.

법원이 확정된 사실에 의하면 이 사건의 증거물에 포함된 것으로서 이미 방영되었던 녹화필름에는 보안관과 경찰관이 구금된 리도를 조사하는 장면이 들어 있었는데, 그것은 보안관의 신문에 대해 리도가 강도, 인질 및 살인 등의 범죄사실을 자세히 시인하는 광경이었다. 그것은 그 지방검찰의 적극적인 협조와 참여로 이루어진 것임을 알 수 있었으나, 리도가 촬영되고 있었다는 사실을 알고 있었는지 여부조차 제시되지 못했다.

연방대법원은 정당한 법적 절차를 보장하고 있는 연방헌법에 의하면 형사사건의 피고인은 변호인의 조력을 받을 권리와 불리한 진술을 거부할 권리 및 법원에 의한 재판을 받을 권리 등 최소한도의 기본적인 권리들을 부여받고 있는데, 이 사건에서는 리도에게 묵비권을 행사하라고 충고해 줄 변호사도 없었던 상황에서, 보안관의 주재하에 구치감에서 취조받는 리도의 모습을 주민들은 세번씩이나 시청했음에 주목하고, 이송신청이 거부된 채 그 지역의 법원에 의해 진행된 인민재판식의 절차과정은 어떠한 후속되는

적법절차도 단지 형식적인 절차에 불과하게 될 것이므로 정당한 법절차를 사실상 박탈한 것과 다름이 없었다고 판시하였다. 헌법상 보장되고 있는 정당한 법절차에 의하면 이런 식의 증거물 제시에 의한 기소 방법으로는 어떠한 혐의자에 대해서도 사형선고를 할 수 없다고 명시하고 있다(Chamers v. Florida, 309 U.S. 227, 241 참고).

미국 연방대법원의 이러한 태도는 전술한 에스테스 형사공판 방영사건<sup>117)</sup> 및 다음의 ‘도망자’ 셰퍼드 사건<sup>118)</sup>에서도 확인되고 있다. 유명한 Samuel Sheppard 박사의 살인사건에서 연방대법원은 언론의 선정주의적 보도가 셰퍼드박사의 공정재판청구권을 박탈하였다고 판시하였다.

#### [사례] ‘도망자’ 셰퍼드 사건 (1966)

미연방대법원 Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333 (1966)

이 사건은 의사가 자기 처를 살해했다는 혐의로 기소된 형사사건에서 미국 역사상 가장 선정적으로 보도된 악명 높은 사건 중 하나였다. 그에 대한 살인죄의 유죄판결은 12년 후 파기되어 무죄로 결말이 났는데, 그 이유는 재판 전 및 재판중의 보도가 그의 공정한 재판의 수행을 저해하였다는데 있었다.

사건은 1954년 정형외과 의사였던 피고인 셰퍼드박사의 임신한 부인 매릴린이 침실에서 구타 살해된 채 발견된 데서 시작되었다. 범죄를 신고한 셰퍼드 역시 부상당한 모습이었으나, 그가 수사담당관에게 한 말은 산만하고 납득이 가지 않는 점이 많았다. 그는 부인이 잠자리 2층으로 올라간 후, 아래층 벤치에서 졸던 중 부인의 비명을 듣고 윗층으로 쫓아 올라갔는데, 현관으로부터 비친 희미한 빛으로 그의 부인 곁에 머리카락이 무성한 남자가 서 있는 것을 보고, 그 사람과 맞붙잡고 싸우다가, 목덜미를 얻어맞고는 실신하여 쓰러졌다. 그가 정신을 차린 후 어린 아들방으로 가서 아들이 무사함을 알았는데, 시끄러운 소리를 들은 후에, 그는 아래층으로 내려갔더니, 집을 떠나는 어떤 모습을 보고 호숫가까지 그를 쫓아갔고, 모래톱에서 그 침입자와 맞붙어 싸우다가 다시 정신을 잃고 쓰러졌다는 것이었다.

처음부터 셰퍼드박사는 이 사건의 제일 용의자로 취급되었고, 수사관들은 그를 진범으로 단정하였다. 병원으로 옮겨진 셰퍼드는 검시관에 의해서 심

117) Estes v. State of Texas 381 U.S. 532 (1965)

118) Sheppard v. Maxwell 384 U.S. 333, 86 S.Ct. 1507 16 L.Ed. 2d 600 (1966)

문을 받았으나, 거듭된 수사관의 심문에 대한 답변을 거부하였고, 거짓말 탐지기 검사를 거부하였다. 그의 집에서 그 범행의 기억을 재연하는 자리에는 수사관에 의해 초빙된 기자들이 입회·취재하였다. 검시관의 검시에는 수많은 기자가 참여하였고 생방송되었으나 세퍼드 측의 변호인은 참여가 거부되었다.

검시관이 그에게 혐의를 두는 발언과 함께 거짓말 탐지기 검사를 요구받았으나 거부하는 등 그가 경찰의 수사에 비협조적이라는 사실이 보도되었다. 세퍼드의 행위가 뉴스매체에 그의 사진과 함께 장문으로 보도되었는데, 신문은 미심쩍은 그의 행위에 대하여 그를 비난하였다. 세퍼드에게 혐의를 두게 된 지방신문들은 1면 또는 사설로써 세퍼드에 대한 적극적 수사를 촉구하기 시작하였다. 미디어들은 재판 전임에도 불구하고 관계자에 의한 증거의 설명을 인용·보도하였다. 후에 법정에는 제출되지도 않은 그에게 불리한 증거에 관한 주장이 사전에 보도되었고, 배우자 살해의 동기가 될 수 있는 세퍼드의 다수 여인과의 혼외 연애관계가 취재·보도되었는데, 실상 법정에서의 증언에는 단 한 여자만이 언급되었다. 그밖에도 신문은 연일 그를 비난하는 사설과 그에 불리한 사실을 대서특필하였고, 이러한 상황은 재판이 개시된 이후에도 계속되었다. 세퍼드부인의 피살 시부터 1954. 12. 그의 유죄판결이 날 때까지 클리블랜드에 있는 3개 신문이 보도한 기사를 모으면 다섯 권 분량에 달하였다. 그밖에 라디오방송의 보도도 적지 않았다. 75인의 배심원 명단이 주소와 함께 신문에 게재되었고 그들에게는 익명의 편지와 전화가 쇄도하였다. 선임된 배심원의 사진은 재판중에 무려 40회 이상 보도되었고, 그들은 격리도 되지 않은 채로 자유행동이 방임되었다. 또 세퍼드소송의 수석담당검사는 민사법원판사 후보자였고, 심리를 담당한 허버트 브리던판사는 임기가 만료되어 재출마를 계획하고 있었다.

세퍼드는 1954년 제1심에서 유죄를 선고받고 항소하였으나 기각되었고, 연방대법원 역시 1956년 상고를 기각한 바 있었다. 그러나 그 후 6년이 경과된 1964년 연방대법원은 세퍼드가 신청한 인신보호청장사건에서 그에 대한 재심을 명하였고, 그는 1966년 재심에서 무죄 판결을 선고받게 되었다.<sup>119)</sup>

연방대법원은 위 사건에서 재판전과 재판중에 자행된 언론의 사건에 대한 개입에 깊은 반감을 표명하였을 뿐 아니라, 그밖에도 세퍼드가 공정한 재판을 받을 수 없게 된 데 대한 책임은 언론과 이를 방조하거나 방치한 경찰, 검찰 및 법원에 있다고 그들의 잘못을 비난하였다. 연방대법원은 다수의견에서 “재판 도중에 법정에는 대혼란이 지배하였고, 기자들은 특히 세퍼드

---

119) William E. Francois, id. p. 363

를 위시하여 재판의 모든 참여자를 몰아대며 실질적으로 법정 전체를 접수 하였다”고 하면서 법원은 공정한 재판을 받을 수 있도록 제1차적인 책임을 지게 됨은 물론이며, 사실심의 판사가 언론에 대하여 취한 조치는 사법적인 침착성과 차분함(judicial serenity and calm)에 대한 피고인의 권리를 박탈하는데 도왔다고 강조하였다.<sup>120)</sup>

다수의견을 대변한 클라크대법관은 먼저 사법의 집행에 관련된 뉴스매체의 중요성을 다음과 같이 피력하였다. “재판이 침묵의 벽 뒤에서 존립할 수 없다는 원리는 ‘비밀재판에 대한 영국계 미국인의 불신’에서 오랫동안 영향을 받아오고 있다. 책임 있는 언론은, 특히 형법분야에서, 항상 효과적인 사법행정의 보조자적인 특성을 지니고 있는 것으로 간주되고 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 언론의 기능은 수세기 동안에 걸쳐서 공헌한 인상적인 기록에 의해서 문서로 증명된다. 언론은 단순히 재판에 관한 정보를 공표하는 것이 아니라, 광범위한 공개적 음미와 비평을 위해서 경찰, 검찰 그리고 사법절차에 의해서 자행되는 오심을 경계하는 것이다.”

클라크대법관은 셰퍼드에 대한 재판전이나 재판중에 뉴스매체들이 행한 행위에 대한 깊은 우려를 표명하였다. 그럼에도 그는 뉴스매체만이 셰퍼드가 공정한 재판을 받는 것이 불가능하도록 한 유일한 범죄자는 결코 아니었음을 지적하고, 뉴스매체, 경찰, 검시관 그리고 법원 등을 골고루 비난했다. 그리고 사실심 판사가 피고인을 보호하기 위해서 취했어야 할 조치에 대해 명료하게 설명했다.

“법정과 법원구내가 재판을 위한 통제에 지장을 주었기 때문에, 재판의 광란적인 분위기가 쉽사리 가라앉을 수 없었다. 우리들이 에스테스(Estes)사건에서 강조한 바와 같이, 재판절차에서 피고인이 어떤 측면에서 편견을 받게 되거나 불이익을 당하는 것이 명백할 때, 언론의 법정출입은 제한되어야 한다. 대량의 재판전 공표가 바람직하지 못하다고 생각되면, 셰퍼드의 변호인단이 요청한 것처럼 판사는 보도기자들의 법정이용을 통제하는 엄중한 조치를 채택해야만 했다. 기자들의 입정 자체가 재판을 와해시킬 수 있다는 으름가는 조짐으로 간주되어서, 많은 기자들이 법정에 들어오는 그것 자체가 제한될 수 있었다. 그들이 법정 간막이의 안쪽에 자리잡아서는 안되는 것은 확실한 것이었다. 나아가 판사는 법정 안에서 보도기자들의 행위를 좀더 엄격하게 통제해야만 했는데 그렇지 못했다. 예를 들면, 판사는 휴정 중에 변호인단 책상 위에 놓여 있는 소송사건 적요서를 손으로 만지거나 사진촬영을 하지 말도록 뒤늦게 요청했다.”

---

120) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 363, 86 S.Ct. 1507, 1522-23, 16 L.E.2d 600, 621 (1966)

나아가, 그 사실심 판사는 배심원들과 증인들을 뉴스매체로부터 격리시켜야만 했다. 그리고 그는 경찰, 증인 그리고 양쪽의 변호인단이 언론에게 기사 자료, 정보 그리고 가십 등을 제공하는 행위를 통제하기 위한 어떤 노력을 해야만 했다.

클라크대법관은 계속해서 다음과 같이 개진했다.

“피고인이 판사의 과실적 행위에 대해 법적 책임을 묻는 것과 마찬가지로, 재판전에 행해지는 뉴스공표에 대한 범행은 기소될 수 있다. … 더 상세하게 말하면, 그 심리법정은 재판전의 사항들을 누설한 변호사, 당사자, 증인 또는 법원직원에 의한 재판사항 이외의 진술을 금지시키는 것이 옳았었다. 즉, 심문이나 거짓말탐지기 검사의 실시에 대한 세퍼드의 거부, 법원직원에게 행한 세퍼드의 진술, 예상되는 증인의 신원 또는 무죄에 대한 확신, 또는 그 사건의 시비곡직에 관한 진술 등이다.”

무책임한 여론재판 때문에 그가 실형선고를 받은 후, 세퍼드의 집안은 수난으로 이어졌다. 세퍼드 구속 2주 후 그의 어머니가 권총 자살했고, 다시 2주 후엔 그의 아버지마저 위출혈로 세상을 등졌다. 수년 후엔 그의 장인까지 자살하는 비극이 이어졌다. 세퍼드는 석방 후 폭음으로 소일하다가 1970년 46세로 기구한 삶을 마감했다. 그러나 사건 당시 7세였던 그의 외아들 샘 리즈 세퍼드는 아버지의 결백을 밝히기 위해 1995년 오하이오주를 상대로 숨진 아버지가 잘못된 판결로 억울한 수감생활을 했다면 법원에 2백만달러의 손해배상을 청구하는 소송을 냈다. 샘 리스는 10여 년 동안 아버지 사건을 추적한 끝에 사건 현장에서 채취한 혈흔의 DNA가 아버지나 어머니 것이 아니라 집안에 드나들던 일꾼 리처드 에벌링의 것임을 입증해 냈다고 보도되었으나, 미 오하이오주 쿡야호가카운티 법원은 2000. 4. 13. 아들 리스 세퍼드(53)의 청구에 대해 사건현장이 이미 훼손돼 검사결과를 믿지 못하겠다는 이유로 “결백을 입증할 증거가 충분치 않다”고 기각했다 (디지털조선일보: 국제 1997. 10. 8. 뉴욕=윌희영기자, 중앙일보 1998. 12. 4. 최준호 기자, 동아일보 뉴스: 국제 2000. 4. 13. 강수진기자 보도).

이 사건은 그 극적 상황전개 때문에 텔레비전 드라마, 영화, 소설 등의 소재가 되었다. 아내 살해 누명을 쓰고 외팔이 진범을 찾아 도피행각을 벌이는 의사를 주인공으로 한 작품이 ‘도망자’란 타이틀로 국내에도 소개된 바 있었다.

## (2) 세퍼드 사건(1966) 이후 사전억제의 관행

연방대법원이 공정재판을 해하는 언론보도에 대한 대책을 강구하라고 명령한 위 1966년 ‘도망자’ 세퍼드 사건 판결<sup>121)</sup>을 계기로 각급 법원들은 세

인의 관심을 끄는 형사사건의 보도에 관하여 공정한 재판을 위해 보도를 금지하거나 제한하는 명령(이른바 ‘gag order’)을 내리게 되었고, 이를 위반한 기자나 신문 등 미디어를 법정모욕으로 처벌하려 하였다. 사건 담당 판사들은 수정헌법 제6조의 가치를 중시하여 형사사건에 대한 언론의 보도가 피고인의 공정재판청구권을 방해하게 될 개연성을 감소시키기 위하여 언론에 대하여 사전억제를 취하려는 경향이 장기간 동안 계속되었다. 통계에 의하면 1966년부터 1976년까지 사이에 수백 건의 이러한 보도금지명령이 발해졌다고 한다.<sup>122)</sup>

그 대표적인 예로서는 *United States v. Dickinson* (465 F.2d 496 (5th Cir. 1972))이 있다. 그 사안을 보면 한 자원봉사대원이 주공무원을 살인하기로 음모했다고 기소된 사건에서 사실심 법원은 “금일 청취된 증인의 증언은 어떠한 미디어에서도 보도할 수 없다”고 금지명령을 발하였는데, 위 금지명령을 위반하여 증언내용을 상세히 기록·보도한 2인의 기자에 대하여 법원은 그들을 심문한 후 형사 법정모욕으로 각 벌금 300불을 선고하였다. 이에 불복·항소한 사건에서 연방 제5항소법원은 기자들이 법원의 보도금지명령에 대해 이의하여 그 시정을 구하지 아니하고 막바로 법원의 명령을 위반하였으니 제1심의 법원모욕죄의 처벌은 정당하다고 지지하였고, 연방대법원은 그에 대한 상고허가를 거부하였다(414 U.S. 979, 94 S.Ct. 270 (1973)).

그러나 법원의 무절제한 보도관제명령(報道管制命令, gag order)의 남발은 또 다른 문제점을 야기하게 되었으며, 언론계에서는 이러한 법원의 명령은 헌법 수정 제1조가 금하는 법원의 언론에 대한 직접적인 사전억제라고 항변하였다.

### (3) 1976년 네브라스카 사건 기준 - 사전 제한의 금지

이러한 논란에 새로운 방향을 제시한 것이 1976년의 네브라스카 재판 보도금지 사건이었다. 상고를 허가한 연방대법원은 이러한 보도관제명령과 같이 표현행위에 대한 사전억제는 언론자유에 대한 가장 용납할 수 없는

---

121) *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333

122) *Teeter*, id. p. 666.



조치로서 위헌의 추정(presumption of unconstitutionality)을 받는다고 확인하였다. 그것이 허용될 수 있는 것은 극히 예외적인 경우로서 다음과 같은 3가지 요건, 즉 ① 보도가 공정한 재판에 대한 권리를 침해할 것 ② 보도의 영향을 감소시키기 위해 사전억제조치보다 덜 제한적인 대안이 불가능하거나 실용할 수 없을 것 ③ 사전억제조치가 피고인의 권리에 대한 해를 효과적으로 방지할 것이라고 하는 점을 충족시키지 않으면 사전억제는 정당화될 수 없으며, 사전억제를 시도하는 자는 그 정당화를 위한 무거운 입증책임을 부담한다고 판시하였다.

[사례] 네브라스카 재판 보도금지 사건 (1966)

미국 연방대법원 *Nabraska Press Association v. Judge Stuart*, 427 U.S. 539 (1966)

이 사건은 공정재판의 쟁점과 관련하여 사전억제의 원칙을 최초로 검토한 판례였다. 그 사안을 보면 1976년 인구가 840여인에 불과한 Nebraska주의 한 소 부락에서 일어난 6인의 가족살해사건의 피의자로 체포된 29세의 잠역부 출신 무직자는 살해한 사체를 시간(屍姦)하였다라는 혐의도 받고 있었다. 체포 이후 검찰과 변호인의 요청에 따라 Hugh Stuart판사는 ① 피의자가 공개된 기소인부절차에서 검찰관에게 자백을 한 여부 및 그 진술내용 ② 그 밖의 사람들에게 피의자가 진술한 여부 및 그 내용 ③ 범죄 당일 그가 기재한 노트의 내용 ④ 예심절차에서 청취된 의학적 진술의 관점, 성폭행을 당한 피해자의 신원과 그 폭행의 내용 및 ⑤ 그 보도금지명령 자체에 대한 보도를 금지하는 명령을 발하였다. 위 금지내용은 네브라스카주의 변호사단체와 언론단체간에 협정된 지침의 내용을 그대로 인용한 것이었다.

이에 대하여 네브라스카주의 언론인협회와 기타 언론사가 이의하자, 주 최고법원은 위 ①, ②항의 내용은 그대로 유지하고 ③항 이하에 관하여는 단지 피고인에게 “강하게 혐의를 주는” 사실에 대한 보도를 금지한다고 수정하였다.

연방대법원은 이러한 보도관제명령과 같이 표현행위에 대한 사전억제는 언론자유에 대한 가장 용납할 수 없는 조치로서 위헌의 추정(presumption of unconstitutionality)을 받는다고 확인하였다. Burger 대법원장에 의한 법원의 의견은 사전억제가 허용될 수 있는 것은 극히 예외적인 경우로서 다음과 같은 3가지 요건을 충족시키지 않으면 사전억제는 정당화될 수 없으며, 사전억제를 시도하는 자는 그 정당화를 위해 위 요건에 관하여 무거운 입증

책임을 부담한다고 판시하였다. 그 요건은 ① 보도가 공정한 재판에 대한 권리를 침해할 것 ② 보도의 악영향을 감소시키기 위해 사전억제조치보다 덜 제한적인 대안이 불가능하거나 실용할 수 없을 것 ③ 사전억제조치가 위협받는 위협의 방지를 위해 효과적이라는 점을 입증하는 것이었다.

그러나 이 사건에서 연방대법원은 아무리 전반적이고 집중된 재판전의 보도라 하더라도 그것이 자동적으로 모든 종류의 형사사건을 불공정하게 이끌 것이라고 간주될 수는 없다고 하면서 해악이 아무리 중대하다 하더라도 그 실현이 불가능하다면 그 정도를 고려하여야 하며, 그러한 발생불가능한 위험을 방지하기 위해서 언론의 자유를 침해할 필요가 있는가를 따져보아야 한다는 Learned Hand판사의 말을 인용하고, 여기에서는 그러한 필요성이 입증되지 않았다고 보았다. 나아가, 해당 법원은 공정한 재판을 보호하기 위해 가능한 모든 조치를 강구한 후에야 언론에 대해 보도금지를 명할 수 있으나, 당해 사건에서는 그러한 시도가 행해진 바 없었다고 하여 스튜워트판사의 위 보도 금지명령은 정당화될 수 없다고 결론지었다. 위 의견은 사전억제 대신에 행할 수 있는 대안으로서 예컨대, 관할 이전, 공중의 분노가 가라앉을 때까지 공판의 연기, 예상 배심원의 탐색 및 격리, 주법이 허용하는 경우 사전심문 절차를 언론 및 공공에게 비공개로 하는 방안 등의 조치를 들었다.

위 판결은 언론에 승리를 가져다 준 사건으로서 언론계의 환영을 받았으나, 다른 한편 필요한 경우에는 법정이 공공과 언론에 대해 완전히 폐쇄될 수도 있음을 암시한 것으로서 우려하는 학자도 있었다.<sup>123)</sup>

#### (4) 네브라스카 사건 기준의 적용

위 판결의 다수의견이 형사사건에서 사전억제를 집요하게 반대하는 것이었다 하더라도 그것은 형사사건의 보도에 대한 사전억제가 어느 상황에서나 절대적으로 허용되지 않는다고 한 것은 아니었다. 그러나 6인의 대법관이 참여한 보충의견 중 3인의 대법관은 사전억제가 국가안보라는 유일한 예외를 제외하고는 형사재판의 보도를 저지하기 위해서는 결코 허용될 수 없다는 절대론에 가까운 견해를 취했기 때문에 하급심들은 네브라스카 사건 기준을 사전억제에 대한 절대적 금지에 준하는 것으로 취급하여 사법절차의 언론보도에 대한 제한을 허용하는 명령을 항상 거부하였다.

그 때문에 몇 개의 예외에도 불구하고 언론 미디어의 재판보도에 대한

---

123) Teeter, id. p. 669

사전억제를 위헌으로 추정하는 법리는 판례법상 확고하게 자리잡게 되었다. 그리고 사실심에서 사전억제가 채용되었다 하더라도 대부분의 경우 그것은 항소심에서 취소되었다. 다음의 사례는 관계자의 인명(人命)에 대한 위험이 야기될 수 있다고 주장된 사안이었음에도 이러한 경향을 보여주는 대표적인 것이다.

[사례] 모사드 내부비밀 폭로사건 (1990)

미국 연방항소법원 State of Israel v. St. Martin's Press, Inc., 166 A.D.2d 251,560 N.Y.S. 2d 450 (1990)

이스라엘의 비밀첩보기관인 모사드의 전직 요원 Victor Ostrovsky는 캐나다 언론인 Claire Hoy와 함께 '기만의 방법으로 : 모사드 내부자의 파멸적 자화상'이라는 서적을 저술하여 미국에서 발행하려고 하였다. 그 서적은 레바논에서 241인의 미국 복무자가 자살 폭탄 테러에 의해 살해되는 사건이 발생하기 전에 모사드가 그 테러리스트의 공격계획을 알고 있었음에도 미국과 아랍국 간의 관계를 악화시키기 위하여 의도적으로 미국에 그 정보를 제공하지 않았다는 암시를 포함하고 있었다. 또 그것은 모사드가 뉴욕과 워싱턴 등 미국 내에서 스파이행위, 요원의 모집, 조직 및 비공개 공작을 적극적으로 수행하고 있는 사실도 포함하고 있었는데, 이러한 사실은 이스라엘 정부가 성명에 의해 밝힌 공식적 진술에 반하는 사실이었다.

원고인 이스라엘 정부는 그 서적이 이스라엘 정부의 다수 피용자의 생명을 위태롭게 하고 이스라엘 정부에 해로운 극히 기밀적 정보를 유포하게 될 것이라고 주장하면서 그 발행의 금지를 위해 제소하였다. 맨해튼 소재 연방지방법원은 그 서적 발행사에 대하여 미국내에서 피고들 서적의 발간 배포를 금지하는 잠정적 금지명령을 내렸다.

그러나 이틀날 뉴욕의 항소법원은 그 명령을 취소하고 그 금지를 바로 해제하였다. 그 판결 이유는 그 발행에 의해 회복할 수 없는 손해가 결과될 것이라는 점에 대하여 입증할 증거가 불충분하다는 것이었다.

(가) 소년심판절차와 어린이의 신원

연방대법원은 미성년 피고인의 신원이라 하더라도 공개절차에서 알려진 이상 그 보도를 금지하는 것은 사전억제라고 하여 이를 금지하였고, 이에 따라 하급심법원들은 소년사건이나 어린이 피해자의 프라이버시가 개재된 경우에도 사전억제가 위헌이라고 판단하는 것이 일반적이다. 이러한 위헌

성의 추정은 언론이 소년심판 사건에 관한 정보를 법원의 기록에서 취제한 경우와 독자적 취재에 의해 얻은 경우에 모두 적용되고 있다.

[사례] 미성년 피고인 신원공개 사건 (1977)

미국 연방대법원 Oklahoma Publishing Co. v. District Court, 430 U.S. 308(1977)

이 사건에서 연방대법원은 살인죄로 기소된 11세 소년의 형사소송에 대한 사전억제를 무효화하였다. 오클라호마주법은 예비심문절차의 비공개를 허용하고 있었으나, 법원은 비공개 결정을 하지 않았기 때문에, 언론은 예비심문절차에 입회가 허용되어 그 소년의 이름을 알게 되었고 사후에 법정에서 호송되어 나오는 그의 사진을 찍었다. 지방법원은 언론이 그 소년의 이름과 사진을 보도하지 말 것을 명하였다. 그러나 연방대법원은 Nebraska Press 기준을 적용하여 그 정보는 “범죄사건의 기소와 관련하여 공개적으로 알려진 것”이었다는 이유로 제1심 법원의 인정선을 취소하였다.

또 성적 학대에 관한 미성년자의 묘사를 포함하는 필름의 방송을 금지하는 잠정적 금지명령은 허용될 수 없는 사전억제라고 판시한 사례<sup>124)</sup>도 있었다.

(나) 소송관계자의 신원 및 프라이버시

대부분의 판례는 언론이 소송사건에 관련된 인물 이름의 공개를 금지하는 것을 무효화하였다. 예를 들면, 법원은 대배심의 수사대상으로 공개법정에서 신원이 밝혀진 변호사의 이름의 보도를 금지하는 법원의 명령이 과도한 사전억제였고, 피고인의 공정한 재판청구권을 방해하는 것도 아니었다고 판시한 사례,<sup>125)</sup> 의료과오를 범한 의사의 녹음이 그러한 커뮤니케이션의 도청을 금지하는 연방법에 위반되는 것이라 하더라도 그 방송을 금지하는 명령은 정당화될 수 없다고 판시한 사례<sup>126)</sup>가 있다. 이혼소송과 같이

---

124) In re Lifetime Cable, Inc., 17 Media L. Rep. 1648 (D.C. Cir. 1990), cert. denied sub nom. Foretich v. Lifetime Cable, 498 U.S. 847 (1990)

125) In re The Charlotte Observer, 921 F.2d 47, 18 Media L. Rep. 1365 (4th Cir. 1990)

126) In re King World Prods., Inc., 898 F.2d 56, 17 Media L. Rep. 1531 (6th Cir. 1990)

프라이버시를 포함하는 소송사건에서 공적 기록의 보도에 대한 제한도 위헌이라고 판단된 사례가 있다.<sup>127)</sup>

(다) 배심의 신원 보호

판례는 일정한 상황 하에서 배심원의 이름의 공개를 금지하는 조치를 지지한다. 또 배심원의 스캐치가 그를 알아 볼 수 있는 정도의 것이면 그의 보안과 공정성에 대한 우려가 야기될 수 있다는 이유에서 그 공개가 금지된 사례가 있다.<sup>128)</sup>

**(5) 소송관계자 등에 대한 묵비명령(Gag Orders)**

법정은 이른바 공개된 공적 포럼이 아니며, 재판을 위한 법원의 통제가 허용됨은 물론이다. 법원은 공정하고 질서있는 절차를 위하여 법정 내에서의 일상사를 처리할 실질적이고 고유한 권한으로서 포괄적인 법정경찰권(the power of courts to control courtrooms)을 보유한다. 그 권한에 의해 판사는 당사자, 배심, 변호사 기타 소송 관련자에 대하여 수정헌법 제1조의 문제가 관련되는 사항이더라도 제한을 가할 수 있다. 문제는 어떠한 범위에서 판사가 법정내의 사람들의 활동을 통제할 수 있는가 하는 점이다. 이에 관하여는 당사자 등 관여자, 소송 담당 변호사 이외에 언론 등 비관여자에 대한 제한이 허용되는가 여부에 관하여 나누어 살펴볼 필요가 있다.

(가) 당사자

미국의 하급심 판례는 사법절차상의 참여자(participants)가 공공이나 언론에게 그 소송에 관해 말하지 못하도록 금지하는 묵비명령(gag orders)은 사전억제이기 때문에 수정헌법 제1조의 위반이 추정되는 것이라고 판결하여왔다. 다른 경우에는 자유로이 말할 수 있는 사항의 진술을 소송 참여자에 대하여는 금지하고 이를 어기는 경우 법정모욕으로 처벌한다면 그러한 금지명령은 확실히 사전억제에 해당하는 것이다.

그러나 언론 미디어에 대한 법원의 사전통제가 위에서 본 바와 같이 거의 허용되지 않는 것과는 달리, 소송참여자(participants)에 대한 법원의 통

---

127) Doe v. Edward A. Sherman Publishing Co., 593 F.2d 457 (R.I. 1991)

128) Tsokalas v. Purtill, 756 F. Supp. 89 (D. Conn. 1991)

제는 일정한 범위 내에서 허용될 수 있다. 관례도 형사사건의 관여자에 대한 묵비명령은 기자가 소송에서 보거나 취득한 정보에 관하여 언론에 대해 내리진 묵비명령 보다 긍정적으로 다룸이 보통이다.<sup>129)</sup>

문제는 제3자에 대한 묵비명령에 비하여 관여자에 대한 제한이 더 쉽게 정당화되는가 하는 점이다. 허용되는 통제와 정도는 관여자가 누구인가에 따라, 그리고 통제되는 진술의 성격 및 그러한 진술이 사법운영에 대해 미치는 위해의 현실적 정도 등에 따라 결정된다고 볼 수 있다.

(나) 변호사에 대한 묵비명령

계속중인 사건에 관하여 변호사의 법정외 진술을 금지하는 조치는 허용되는가?

중진 하급 법원의 관례는 ‘소송의 공정성에 대한 중대하고 절박한 위협’(serious and imminent threats to fairness of the proceedings)이 발생할 것을 요건으로 하여 계속중인 사건에 관하여 변호사의 법정외 진술을 금지하는 조치를 허용하며, 그러한 위협이 없는 한 그러한 묵비명령을 취소하는 경향이다.<sup>130)</sup>

그 예로서 법원은 석면제조회사를 상대로 한 민사소송에서 원고 변호사에 대한 묵비명령 신청을 거부한 사례<sup>131)</sup>가 있었다. 그 사건에서 원고를 대리한 변호사는 전국적으로 방영된 프로에 출연하여 그가 석면이 건강에 미치는 위협에 관한 정보를 확인시키는 석면 제조업자의 편지를 입수하였다고 하면서 그 내용에 관하여 언급하였고, 피고인 제조업자는 그에 대한 묵비명령의 부과를 구하는 신청을 하였는데, 법원은 그 방송된 진술이 실제로 그 사건의 배심에 편견을 주리라고 믿을 근거가 없다는 이유로 위 제조업자의 신청을 배척한 것이다.

그러나 그 명령이 중대하고 절박한 위협을 제거하기 위해 좁게 재단된 것(narrowly tailored)이면 항소법원은 그러한 명령을 유지하는 경향이다.

---

129) Rodney A. Smolla, id. p. 8-57

130) Smolla and Nimmer, id. p. 8-67

131) Ruggieri v. Johns-Manville Prods. Corp., 503 f. Supp. 1036 (D.R.I. 1980)

그 대부분은 진술이 심리의 공정성에 현실적 편견을 주게될 것이라는 판단에 근거하는 것으로 보인다.

다음의 사례는 계속중인 사건에 관하여 변호사의 법정 외 진술을 금지하는 조치가 허용된 것들이다.

- ① 교도관의 학대범죄 피고사건에 관하여 행해진 주 검찰과 보안관실에 의한 공개적 코멘트가 피고인의 공정재판청구권에 편견을 주게 될 것이라는 이유로 그 금지 명령이 유지된 사례<sup>132)</sup>
- ② 한 살인사건의 심리에 관하여 검사, 변호인, 법원직원, 증인이 될 자 및 법집행공무원에 대하여 법정외에서의 진술을 금지한 법원의 조치가 피고인의 공정재판청구권을 보호하기 위해 필요한 것이었다고 인정된 사례<sup>133)</sup>
- ③ 소년양육권 사건에서 소년법정이 완전히 언론과 국외자에게 개방되어서는 안된다고 하는 입장에서 언론보도가 그 심리에 부정적 영향을 줄 수 있음을 나타내는 상당한 양의 증거가 있다는 이유로 성인 당사자와 그 변호사의 법정외 진술을 금지하는 명령이 유지된 사례<sup>134)</sup>
- ④ 변호인, 법집행 공무원 및 살인 피고인이 사건에 관하여 언론미디어와 논의하는 법정 외의 진술이 피고인의 공정재판청구권에 대한 편견을 야기할 합리적인 가능성이 있다는 이유로 그들이 사건에 관하여 언론 미디어와 논의하는 것을 금지한 보호명령을 위헌적 사전억제가 아니라고 한 사례<sup>135)</sup>
- ⑤ 피고인과 배심의 권리를 보호하기 위하여 변호사, 법집행 공무원, 사설 탐정, 법원직원 및 특정한 증인의 법정 외 진술을 제한하고 배심에 대한 사진촬영을 금지한 사례<sup>136)</sup>

또 연방 제9항소법원은 그러한 묵비명령은 심리의 공정을 해하고 사법제도의 완전성을 위협하는 사전 보도를 감소시키기 위해 필요한 경우에는

---

132) Florida Freedom Newspapers, Inc. v. McCray, 520 So. 2d 32 (Fla. 1988)

133) State v. Williams, 7 Media L. Rep. 1852 (Ga. 1981)

134) State ex rel. Dispatch Printing Co. v. Solove, 52 Ohio St. 3d 6, 556 N.E.2d 439, cert. denied, 498 U.S. 958 (1990)

135) State ex rel. E. W. Scripps Co. v. Stillwell, 10 Media L. Rep. (Ohio Ct. App. 1983)

136) State v. King, 6 Media L. Rep. 2269 (Ohio Ct. Comm. Pleas 1980)

허용될 것이라고 판시하였다.<sup>137)</sup> 그러나 법원은 변호사가 배심에 의해 결정될 경위를 내용으로 하는 당해 사건의 관점에 관한 공개적 진술을 금지하는 제1심 법원의 명령은 너무 광범하다고 결론지었다. 오히려 법원은 그러한 명령은 사법절차의 운영에 대한 ‘중대하고 절박한 위협’(serious and imminent threats to the administration of justice)이 있는 법정 외의 진술만을 금지하는 것으로 국한되어야 한다고 판시하였다.

이 쟁점에 관한 연방대법원의 입장은 1991년의 사건에서 개진되었다. 다음에 보는 사건에서 연방대법원은 정부가 특정 소송사건에 관한 미디어의 보도나 출판을 금지하려면 형사사법 시스템의 기능장애(malfunction in the criminal justice system)를 가져올 ‘명백하고 현존하는 위협’의 입증이 있어야 한다는 종전 법원의 입장을 확인하고, 소송의 당사자와 국외자를 구분하는 전제에서 형사사건에서 피고인을 대변하는 변호사에게는 위 기준 보다 완화된 기준에 의해 사건에 관한 그의 공개적 언론을 대상으로 그를 징계할 수 있다고 판단하였다. 그는 그 경우 ‘실체적 편견을 주는 실질적 개연성’(substantial likelihood of material prejudice)의 기준이 계속중인 사건에 관한 변호사의 수정헌법 제1조의 권리와 공정한 재판에 관한 정부의 이익 간에 헌법적으로 허용되는 균형을 준다고 생각하였다. 그러한 기준에 의한 규제는 실질적으로 소송에 편견을 줄 가능성이 있는 언론에 대해서만 적용되는 것이고, 견해중립적이며 변호인의 발표를 심리의 종료시까지 연기만 시키는 것이므로 좁게 재단된 것이어서 허용된다는 것이었다.

[사례] 변호사 기자회견 사건 (1991)

미국 연방대법원 *Gentile v. State Bar of Nevada*, 111 S.Ct. 2720 (1991)

이 사건에서 연방대법원은 법원이 사건에 관한 변호사의 표현행위를 사전에 제한할 수 있는 기준으로서 ‘실체적 편견을 주는 실질적 개연성’(substantial likelihood of material prejudice)의 요건을 지지하였다.

---

137) *Levine v. United States District Court*, 764 F.2d 590, 598, 11 Media L. Rep. 2289 (9th Cir. 1985)



변호사 Dominic Gentile은 그의 의뢰인이 형사사건으로 기소된 직후, 기자회견을 갖고 준비된 성명서를 발표한 후 기자들의 질문에 답하였다. 그 변호사의 행위는 법정 외에서 언론에 대하여 그가 알거나 합리적으로 알아야 하는 판단적 과정에 대하여 ‘실체적으로 편견을 주게 된다는 실질적 개연성’(substantial likelihood of materially prejudicing)이 있는 진술을 금지하는 주최고법원의 명령을 위반한 것이었다.

6개월 후 그의 의뢰인은 배심에 의해 무죄방면되었다. 네바다주 변호사회는 Gentile에 대하여 그가 네바다주 최고법원 규칙 177을 위반하였다고 주장하면서 불만을 제기하였다. 주변호사회의 지방징계위원회는 동 규칙 위반을 확인하고, 그가 개인적으로 비난받아야 한다고 권고하였다. Gentile은 그 징계 절차를 비공개로 할 권리를 포기하였고, 네바다 최고법원은 위 징계위원회의 결정을 지지하였다.

Gentile은 연방대법원에 상고하면서 수정헌법 제1조에 의하면 변호사를 그의 표현행위 때문에 제재할 것인가의 여부를 결정함에는 네바다주가 사용한 “실체적으로 편견을 주게 된다는 실질적 개연성” 기준보다는 더욱 엄격한 “현실적 편견이나 공정한 재판에 대한 실질적이고 절박한 위협”이 인정되어야 한다고 주장하였다.

Rehnquist대법원장은 법원의 의견에서 정부가 특정 소송사건에 관한 미디어의 보도나 출판을 금지하려면 형사사법 시스템의 기능장애(malfunction in the criminal justice system)를 가져올 ‘명백하고 현존하는 위협’의 입증 있어야 한다는 종전 법원의 입장을 확인하고, 소송의 당사자와 국외자를 구분하는 전제에서 형사사건에서 피고인을 대변하는 변호사에게는 위 기준 보다 완화된 기준에 의해 사건에 관한 그의 공개적 언론을 대상으로 그를 징계할 수 있다고 판단하였다. 그는 그 경우 ‘실체적 편견을 주는 실질적 개연성’(substantial likelihood of material prejudice)의 기준이 계속중인 사건에 관한 변호사의 수정헌법 제1조의 권리와 공정한 재판에 관한 정부의 이익 간에 헌법적으로 허용되는 균형을 준다고 생각하였다. 그러한 기준에 의한 규제는 실질적으로 소송에 편견을 줄 가능성이 있는 언론에 대해서만 적용되는 것이고, 견해중립적이며 변호인의 발표를 심리의 종료시까지 연기만 시키는 것이므로 좁게 재단된 것이어서 허용된다는 것이었다.

그럼에도 법원은 네바다 최고법원의 그 규칙 177호에 관한 해석은 모호하여 무효라고 판시하였다. Kennedy대법관이 기술한 의견에 의하면 “변호사는 항변의 ... 일반적 성격 ... 에 관하여 가공(加功)함이 없이(without elaboration) 진술할 수 있다”고 규정한 동 규칙 177(3)의 피난조항에 관하여 동 조항은 그 문언이 너무 모호하기 때문에 그 규칙을 지키려고 시도하는 변호사 자신이 그것을 해석하도록 요구하고 있으며, Gentile이 기자회견을

하더라도 동 규칙을 위반하는 것이 아니라고 잘못 생각하게 하였다는 것이다. Kennedy 대법관은 ‘일반적’, ‘가공’ 이란 말은 모두 법의 해석상 정해진 용법이 없는 정도를 표시하는 용어이며, 변호사가 하는 말이 어떤 경우에 ‘일반적’이라는 안전한 항구로부터 ‘가공한다’는 금지된 바다로 나가게 되는가를 결정하는데 아무 원칙도 갖지 못하고, 따라서 동 규칙은 경솔한 자에 대해서뿐 아니라 세심한 자에 대해서도 함정을 제공하게 되고, 너무 부정확하기 때문에 현실적으로 차별적 적용이 가능하다고 결론지었다.

#### (다) 비당사자

언론 미디어 등 비관여자에 대한 법원의 사전억제에 의한 제한은 그 대상이 진실한 정보인 경우 무거운 위헌성의 추정을 받게 된다는 것이 연방대법원의 입장이다. 다음의 사건은 이러한 연방대법원의 입장을 보여준다.

#### [사례] 법관 징계혐의 공표 사건 (1978)

미국 연방대법원 *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829

이 사건은 언론이 취득한 정보가 진실하다면, 언론이 그 정보에 대하여 적법한 권리를 갖지 않는 경우에도 이를 보도할 수 있다는 원리를 발전시킨 중요한 판례 중에서 최초의 것이다.

Virginia주의 법률은 법관에 대한 불만을 수사하는 임무를 가진 Virginia주의 ‘법관조사 및 심사위원회’(Judicial Inquiry and Review Commission)에 계속중인 징계 또는 윤리 위반 혐의에 관련되는 정보를 누설하는 행위를 형사 처벌하는 규정을 두고 있었다. 버지니아의 한 신문이 그 법률에 도전하여 동 위원회에서 다루고 있던 한 주 판사의 비위혐의에 관하여 상세한 기사를 게재 보도하였다.

주 정부는 그 기밀성의 요구는 사법절차의 완전성을 고양하는 것이라고 주장하면서, 미결 중인 혐의에 관하여 비밀을 유지하는 것은 무고한 법관을 불만 있는 당사자나 변호사의 고발로 인한 여론의 거센 주목으로부터 보호하고, 재판부의 완전성에 관한 공공의 신뢰를 높인다고 주장하였다. 나아가, 주 정부는 현실적으로 법관에 책임이 있고 그가 부패했거나 무능한 경우였다고 하더라도 그 수비조항은 공익을 옹호하게 되는데, 사악한 법관은 수사에 의해 당황스런 시선이 집중되는 경우보다는 오히려 무대의 뒷편에서 신중한 중용과 압력에 의해 더 쉽게 사임이나 퇴직할 수 있게 된다고 주장하였다.

그러나 연방대법원은 주정부의 위와 같은 주장을 배척하고 위 법률을 위헌이라고 판시하였다. 법원은 공무원의 직무수행에 관한 비판적 언론은 수정헌법 제1조의 핵심에 속하는 것이며, 법관도 미국 생활의 다른 모든 공무원과 마찬가지로 그들이 부역에 들어가기에 결정한 경우에는 그 열을 감당해야 하는 것이므로 법원이나 법관도 이 원칙에 대한 예외가 될 수 없다고 판시하였다. 이 사건에서 연방대법원은 주가 주법관에 대한 혐의를 비밀로 함에 정당한 이익을 갖는다는 점을 부인하지 않았으나, 그러한 이익을 지키려면 주가 내적인 단속절차를 통하여 그 누설을 방지하여야 한다는 입장을 취하였다. 그 판시에 의하면 수정헌법 제1조는 그 심문절차와 무관한 언론 미디어나 제3자가 그 위원회의 비공개절차에 관하여 진실한 정보를 누설 또는 보도하였음을 이유로 형사처벌하는 것을 허용하지 않는다고 하면서, “공화국의 법관의 명예를 보호하는 이익이나 그 법원의 제도적 완전성을 지키는 이익도 문제된 언론의 사후처벌을 정당화하기에 충분치 않다”고 판시하였다.

위 판결에서 법원은 법관의 징계절차 관여자에 대한 제한과 제3자에 대한 제한간의 구별 가능성에 관하여 언급하였다. 법원은 위원회의 위원 및 공무원이나 피용 직원과 그 이외의 제3자라고 하는 2가지 범주의 참여자를 생각하였는데, 주의 실제 공무원이나 피용자에 관하여는 정부가 대외비로 정당하게 분류된 사항을 비밀로 취급하라고 요구하고 그 의무를 위반하는 자를 처벌할 권한이 있다고 생각할 수 있으나, 증인이나 당사자로서 그 조사절차에 불려진 시민에 대하여는 그렇지 않다는 것이다.

이렇게 랜드마크사건에서 확립된 원칙은 법관에 대한 비공개절차에 관련된 하급심의 수개의 사건에서도 적용되었는데, 거기서는 일정 유형의 관여자에 대하여 적어도 소송의 일정 단계에까지 위와 같은 보호를 확대하였다.

#### [사례] 대배심 증언 묵비명령 사건(1990)

미국 연방대법원 *Butterworth v. Smith*, 494 U.S. 624 (1990)

이 사건에서 연방대법원은 대배심절차에 관한 규제를 무효화하였다.

Florida주 Charlotte군의 한 신문 기자인 Michael Smith는 취재 중에 군(郡)의 보안관실과 검찰청의 비행에 관한 증거를 얻게 되었다. 그러한 제보를 수사하기 위해 특별 대배심이 소집되고 특별 검사는 스미스 기사를 소환하여 대배심 앞에서 증언하도록 하였다. 플로리다 주법은 일정한 예외를 제외하고는 대배심에서의 증인이 그 증언을 공개하는 것을 금지하고 있었는데, 그 묵비법에 의하면 그 증언의 내용, 요지 또는 취지는 그 증인이 법정에서 공개된 것이 아닌 한 대배심의 절차가 종료한 후에도 영구적으로 공개

하는 것을 금지하였다. 특별 검사는 스미스가 증언했을 때 그의 증언을 어떠한 방법으로든지 누설하여서는 안되고, 누설하는 경우에는 기소당하게 될 것이라고 경고하였다.

그러나 스미스는 대배심의 수사절차가 종료한 후 이를 공표하기로 마음먹고 그 수사에 관한 서적을 집필하면서 그의 대배심에서의 증언과 경험도 기술하였다. 그는 플로리다의 주법이 이러한 저술을 외관상 금지하고 있었으므로 그 언론억압법은 위헌이라고 하는 확인과 주가 자기를 처벌하지 못하도록 금지하는 인정권을 구하는 소송을 제기하였다. 연방 지방법원은 플로리다 주법을 지지하였으나, 제11항소법원은 동법이 수정헌법 제1조를 위반하였음을 이유로 위 판결을 취소하였다.

연방대법원은 항소법원의 판결을 지지하면서 다음과 같이 판시하였다.

법원이 만약 위 ‘대배심 증언 묵비법’을 유효한 것이라고 지지하였다면, 정부는 시민을 공개 법정에서 출두시킴으로써 개인이 보유하고 있던 정보를 정부의 보호하에 이관하여 더 이상의 전파를 금지시킬 수 있게 될 것이므로 언론의 자유에 대한 극적인 제한이 되었을 것이다. 그러한 결과는 자유사회에서 용납될 수 없는 것이고, 수정헌법 제1조의 가치를 배반하게 될 것이다. 스미스는 대배심에 소환되기 전에는 자유로이 공개할 수 있었던 정보를 대배심에 소환되어 증언한 후에는 그 내용 뿐 아니라 그 요지도 영원히 묵비할 의무를 부담하게 된다는 점에서 극적인 것이었다. 그러한 결과가 공무원 측에서 불법적 비행을 아는 사람을 대배심에 소환함으로써 이를 은폐시키는 방편으로 남용될 수 있음은 물론이다.

## 다. 간접적 규제의 유형

### (1) 법무부의 지침 - *Katzenbach-Mitchell guidelines*

1960년대 초 전술한 워런보고서(Warren Commission Report)가 사건에 대한 언론보도활동의 폐해에 대해 지적하고, 그와 함께 공판전의 공개로 인한 법적 분쟁을 야기한 일련의 사건들에 대한 법원의 판결<sup>138)</sup>들이 내려지자 미국법조협회(ABA)는 새로운 대책의 마련에 들어가게 되었다.

예컨대 전술한 ‘도망자’ 셰퍼드 사건에서 연방대법원은 셰퍼드박사에 대한 기소사건에서 재판전과 재판중에 자행된 언론의 사건에 대한 개입을 우

---

138) 그 대표적인 예가 전술한 *Irvin v. Dowd* (1961), *Rideau v. Louisiana* (1963), *Estes v. Texas* (1965), *Sheppard v. Maxwell* (1966) 등의 사건이었다.

려하면서 셰퍼드가 공정한 재판을 받을 수 없게 된 데 대한 책임은 언론 뿐 아니라 이를 방조(幫助)하거나 방치한 경찰, 검찰 및 법원에도 있다고 하면서 법원이 취해야 할 조치에 대하여 다음과 같이 예시한 바 있었다.<sup>139)</sup>

- ① 기자의 법정 내 취재에 대한 엄격한 통제
- ② 심리를 혼란시킬 수 있는 법정내 기자수의 제한
- ③ 언론으로부터 증인예상자의 격리

④ 변호사, 당사자, 증인 또는 법원직원에 대한 선입견을 가져오는 법정 외에서의 진술(extra-judicial statements)의 금지 (특히 변호사가 형사사건의 공정성에 영향을 주는 정보에 관하여 상호 협력하였다면 그것은 규제 대상일 뿐 아니라 징계되어야 마땅한 것으로서 크게 비난받아야 한다).

- ⑤ 심리의 연기 또는 다른 관할 법원으로 사건의 이송
- ⑥ 배심원의 격리

이러한 분위기가 아래 제정된 것이 1965년 연방법무장관 Nicholas Katzenbach가 공포한 가이드라인이었다.<sup>140)</sup> 후에 1971년 법무장관 Mitchell에 의해 보완된 위 지침은 연방 소속의 법집행공무원에게 수사상의 정보 중 언론에 제공할 수 없는 사항을 정하였다. 그것이 적용되는 경우는 원래 형사사건에 관하여 피의자의 체포 또는 기소의 시점부터였으나, 1971년 보완 후에는 민사사건에 대해서도 적용되었으며, 적용시점도 실제로 특정인이 수사의 대상이 된 시점 이후부터로 확대되었다. 이 지침은 다수의 주경찰과 지방경찰에서도 채택되고 있다.

위 지침이 정하는 정보제공 또는 누설이 금지되는 사항은 편견을 일으킬 우려가 있는 다음과 같은 종류의 것으로서 의미 있는 법집행기능에 상관이 없는 사항이다.

- ① 피의자 또는 피고인의 성격에 관한 관측
- ② 피의자가 한 것으로 보이는 진술, 승인, 자백이나 알리바이 또는 피의자의 진술상의 오류나 진술거부 사실

---

139) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 363 (1966)

140) William E. Francois, id. p. 365

③ 지문, 거짓말탐지기 검사, 탄도검사 기타 과학수사검사 등의 수사과정 또는 피의자가 그러한 검사에 응하지 않은 사실에 관한 언급

④ 사건의 증거 또는 법적·사실적 주장에 관한 진술

⑤ 장래 증인이 될 자의 신원, 증언내용 또는 신빙성 등에 관한 진술

⑥ 피고인의 유죄에 대한 의견 또는 피고인이 기소사실을 인정할 가능성 또는 보다 낮은 죄로 인정할 가능성에 대한 의견

법집행공무원은 그들의 구금 하에 있는 피의자가 촬영되거나 녹화되도록 협조하여서는 안될 뿐 아니라 그들의 사진이 법집행 목적에 필요한 경우(예컨대 도망자의 수배) 이외에 이용되도록 하여서는 아니된다고 한다.

반면 정보제공이 허용되는 사항은 ① 피고인의 성명, 연령, 주소, 직업, 결혼 여부 및 기타 유사한 배경정보 ② 고소, 고발 또는 기소와 같은 혐의의 요지 또는 문안 ③ 수사 및 체포의 관할기관과 수사의 기간 ④ 체포의 시간과 장소, 저항, 추적 및 무기의 사용 여부와 압수된 물건 등을 포함하여 체포 당시의 주변상황 등이다.

제공될 수 있는 사실관계는 이의 없이 명백한 것에만 국한하여야 하고, 주관적인 관측을 포함하여서는 아니된다. 배경정보나 체포 또는 수사의 상황에 관한 정보가 높은 정도로 편견적이고 그 발표가 법집행기능에 하등 기여하는 바가 없는 경우에는 이를 공개하여서는 아니된다. 피고인의 전과기록은 자진해서 공표될 수 없으나 개별적인 요청이 있는 경우에는 연방전과기록에서 뽑은 자료가 제공될 수 있다.

민사소송에 관한 지침의 중요한 내용을 보면 민사소송과 관계된 직원은 법무부의 수사나 소송계속 중에 공적인 기록으로부터의 인용 또는 참조 이외에 법정 외의 진술로서 합리적인 사람이 공정한 재판에 간섭하게 될 합리적인 개연성이 있다고 생각하는 것이면 공적인 커뮤니케이션에 의해 전달되기를 기대하게 될 다음과 같은 사항을 진술하거나 그에 관여하여서는 아니된다.

① 관련 발생요인과 거래에 관한 증거

② 당사자, 증인 또는 증인 예상자의 성격, 신용, 전과

③ 검사 또는 테스트의 시행 및 그 결과 또는 당사자가 그 제출을 하지 못하였거나 거부한 사실

④ 법률이나 행정상 의무인 경우를 제외하고 일방 당사자의 주장이나 항변의 당부에 관한 의견

⑤ 사건의 공정한 심판을 저해할 합리적 개연성이 있는 기타 사항

## (2) 변호사단체의 규율

미국법조협회(ABA)는 공정한 재판의 확보를 위한 대책을 마련하려 하였고, 그 연구를 위해 위촉한 12인의 법관과 변호사로 구성된 리어든위원회는 1966년 보고서(Reardon Committee recommendations)를 내게 되었고, 미국법조협회는 1968년에 이르러 그 제안내용의 대부분을 채용하게 되었다.

ABA가 1968년에 채용한 “공정한 재판과 언론의 자유에 관한 기준”을 보면 편견적인 정보를 소스에서부터 차단하려는 목적으로 판사와 담당 검사 및 변호사가 언급하여서는 안될 사항을 위에서 본 Katzenbach-Mitchell guidelines과 대동소이하게 정하였다.

그것은 특히 법정모욕죄의 처벌권한은 상당히 신중하게 행사되어야 하며, 다음과 같은 요건이 있는 경우 이외에는 행사되지 않아야 한다고 권고하고 있다.

① 배심재판이 계속중이거나 그 소송에 대한 배심이 선정중임을 알면서도 (a) 공개적 커뮤니케이션의 수단을 사용하여 법원의 공적 기록에 있지 않은, 소송에 관한 피고인이나 쟁점에 관한 법정 외의 진술로서 그 자에 의해 소송의 결과에 영향미치려고 고의적으로 의도되고 그러한 효과를 갖기 위해 심각히 위협적인 것을 전파하거나 (b) 그러한 진술이 공개적 커뮤니케이션의 여하한 수단으로든 전파되기를 의도하면서 그러한 진술을 한 자와

② 소송의 종결 또는 소송외의 처분이 있을 때까지 ABA가 채용한 권고에 따라 비공개된 사법심문 중에 언급된 특정 정보를 전파하지 않도록 하는 법원의 유효한 명령을 고의로 위반한 자

그러나 리어든보고서가 발행된 후 언론계에서는 상당한 반발을 보였고, 그 결과 1981년에 이르러서는 완화된 내용의 권고안이 발표되었다. 1991년 개정에 의하면 검사는 법정 외에서 “피고인에 대한 기소의 일반적 성격에 대해서”만 진술할 수 있을 뿐이고 변호사 역시 형사사건에 실질적으로 편견을 줄 수 있는 말을 삼가야 한다. 비공개에 관해서는 “명백하고 현존하는 위험”의 엄격한 기준에서 한층 완화되어 ‘해악의 실질적 가능성’(substantial likelihood of harm)이 있는 경우에 허용하는 것으로 정하였다.

### (3) 언론단체의 자율규제

재판보도에 관한 법적·강제적인 차원에서의 노력이 좌절하였음에도 위에서 본 미국법조협회의 노력은 상당수의 주에서 호응받게 되었다. 이미 그러한 노력의 일환으로서 미국의 27개 주에서는 법원, 변호사회, 언론 등 전문가 집단<sup>141)</sup> 간의 합의에 의한 자율적인 가이드라인(voluntary guidelines by bench-press-bar groups)이 자율적인 제정 또는 협정의 형태로 ABA의 지침과 대동소이한 내용이 규정되게 되었다.

예컨대, ‘California Joint Declaration of Principles and Policy’에서는 일반적으로 형사사건기록에 관해서 사전보도를 허용하지 아니하며, 언론보도가 수사 및 재판의 담당자에게 선입견을 주는 가장 큰 소스라는 인식 아래 기자들은 경찰, 검찰 또는 변호인이 뉴스매체를 여론이나 개인적 공표의 공명판으로 사용하지 않도록 주의해야 한다고 충고한다. 또 살인사건에 있어서 형식적 기소가 행해지기 전까지는 살인범으로 표시하지 않고 혐의자로 표시하여야 하며, 혐의자의 자백이 보도되는 경우에는 사후에 배심이 그러한 진술의 유무를 결정해야 하게 되므로 그 보도는 절제되어야 한다고 정한다.

1969년 채택되어 1979년과 1987년에 수정된 ‘Wisconsin Fair Trial and Free Press Principles and Guidelines’는 구속적 성질의 것은 아니었지만, 형사피고인의 무죄추정은 사법, 재야, 언론 및 수사관계자들의 공동의 의무로서 보호할 것을 요구하고 있다. 법정을 보도할 헌법상 명문의 권리를 갖

141) 그에 관련된 단체는 미국법조협회(ABA, American Bar Association), 미국편집인협회(ASNE, American Society of Newspaper Editors) 및 미국발행인협회(ANPA, American Newspaper Publishers Association) 등이다.



는 언론은 정확성, 균형, 공정성 및 객관성을 위해 노력하여야 하며, 범죄 수사와 관련해서는 ① 공적인 기록 속의 정보 ② 수사가 진행중인 사실, ③ 범죄의 특성과 수사의 범위에 관한 정보는 억제되어서는 안되고, ④ 편견이 개입할 여지가 없는 피고인의 성명, 연령, 주소, 직장 등은 제공될 수 있고 ⑤ 체포 당시의 상황은 보도될 수 있으나, 선입견의 우려가 있는 사항 예컨대, 자백의 존부나 범죄와 관련한 피고인에 대한 검사실시 여부는 보도될 수 없다고 한다.

임의적인 위 협정이 그 준수약정 하에 입장이 허용된 경우 강제력을 갖게 된 경우가 *Federated Publications v. Swedberg*(96 Wash.2d 13, 633 P.2d 74, 75 (1981))사건이었다. 동 사건에서 Swedberg판사는 예심절차에 대한 피고인의 비공개신청을 기각하는 대신 워싱턴주의 제조·재야 법조 및 언론이 협약한 원칙을 준수한다는 서면동의를 제출한다는 조건하에 기자들의 입장을 허용하는 결정을 내렸다. 이러한 결정에 이의한 사건에서 동주의 최고법원은 법원이 비공개를 명할 수 있는 권한이 있으므로 합리적인 조건을 붙여 기자의 출석을 허용한데 아무 잘못이 없다고 판시하였다. 이 사건의 여파로 지침 채택의 움직임은 언론계의 반발 때문에 상당히 지체되었다고 하는 관측이 있다.<sup>142)</sup>

그 지침은 강제되는 것은 아니지만, 나름대로 훌륭한 역할을 한다고 보고되고 있다. 한 연구결과에 의하면 이러한 지침이 채택된 주에서는 비록 그리 중시되지 못하는 경우라 하더라도 채택되지 아니한 주에서보다 지침에 위반된 사례가 훨씬 적었다는 것이다.<sup>143)</sup>

## 4. 독일

### 가. 입법론상의 논쟁

영국법에 비하여 독일에서는 원래부터 언론보도에 대해 법원과 검찰에게 주어지는 보호책은 적었고, 명예훼손법에 있어서도 이렇다 할 방어기능이 발전되지 못하였다. 이러한 법제하의 독일에서도 언론의 재판보도에 따

---

142) Francois, id. p. 376

143) Francois, id. p. 375

른 폐해와 그에 대한 대책의 필요성은 오래 전부터 논의되어 왔다. 그 논의의 주요 쟁점은 영국식의 법정모욕제도를 도입할 것인가 여부에 있었다. 1935년의 형법개정안에서는 사법에 대한 경멸 또는 소송관계인에 의한 위협을 처벌하는 조항을 넣었고, 1952년의 모범초안도 소송관계인에 의한 위협과 사전보도로 인한 재판작용에 대한 위협을 처벌하는 규정을 두었으나, 언론의 강력한 반대로 개정안에서 사라지게 되었다.<sup>144)</sup>

이러한 논의는 1984년 정당기부금과 관련하여 정치인과 재계인사에 대한 다수의 수사 및 소송절차에 대한 언론보도가 큰 폐해를 야기하자 재연되게 되었다. 여러 사건에서 다수의 미디어가 집단적으로 형사재판에 개입하는 사례가 발견되었으며, 그 때문에 일반 시민은 수사당국과 법원의 직업상 요구되는 중립성이 침해되는 것이 아닌가 하는 우려를 갖게 하였다. 이러한 우려가 널리 퍼지게 된다면 그것은 형사사법이 일상적인 직무수행에서 필요·불가결하게 요구하는 국민의 신뢰를 잃게 된다는 점이 심각하게 지적되었던 것이다.<sup>145)</sup>

이를 계기로 독일 연방의회는 연방정부에 대하여 공적인 편견이 공정한 절차에 장애를 주지 않도록 영국 소송법상의 제도가 독일 소송법에 도입될 수 있는가에 관하여 연구·보고할 것을 요구한 바 있었다. 그에 따라 연방정부는 1985년 “공적인 선입견과 공정한 절차”라고 하는 보고서를 작성하여 연방의회에 제출한 바 있다. 거기에서도 연구의 테마는 편견적인 언론보도가 형사소송에 대해서 미치는 영향이었는데, 문제가 되었던 것은 형사사건과 범죄에 대한 보도가 수사과 재판을 담당하는 기관에 앞지르는 방법으로 사건을 비난하거나 또는 그에 관련된 인물을 묘사하고 평가하는데 있었다.

그러나 1985년의 독일연방정부 보고서는 영미법계의 법정모욕 모델을 독일의 편견적 언론보도문제의 해결책으로서 받아들일 수는 없고, 독일에

---

144) Rudolf Wassermann, *Notwendigkeit und Grenzen der Justizkritik in Jutiz und Medien*, Luchterhand (1980), S. 41f.

145) Friedrich-Adolf Jahn, a.a.O. S. 6ff

서는 법원조직법과 형사소송법에 대한 입법적인 개입은 바람직하지 않다는 결론을 내렸다. 언론 보도에 대하여 법원이 형사적으로 제재할 수 있는 법정모욕 처벌권한은 영국의 특수한 법전통에 기한 것으로서 일반적으로 언론의 자유를 법원절차의 보호보다 후퇴시키는 사고를 바탕으로 하는 제도라는 것이었다.

그 대신 위 보고서는 기본적인 대책으로서 언론의 자율규제를 강화하는 방안을 들고, 이를 위하여 제재와 집행의 권한을 가지고 있는 스웨덴의 언론평의회의 모범을 따를 것을 권고하였다. 동시에 편견적인 여론조성에 대한 법적 차원의 대책으로서는 형사소송에 관여하는 관계자의 징계 및 신분법상의 조치를 제안하였다.

#### 나. 법제와 새로운 시도

독일은 현행 형법상 법원의 재판에 관한 일정한 사항의 보도를 금지하는 규정을 가지고 있으며, 그밖에 형법 이외의 차원에서 새로운 시도가 행해지고 있다.

독일 형법 제353d조 제1 내지 3호는 “법원심리에 관한 보도의 금지”라는 제목으로 다음과 같은 행위를 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하는 규정을 두고 있다.

① 국가의 안보를 이유로 비공개로 진행된 심리에 관하여 보도한 경우(이 경우 비공개결정은 조서에 기재되어 있어야 한다)

② 비공개재판에서 출석이 허용된 자가 수비명령(守秘命令)에 위반하여 금지된 사항을 공개한 경우(여기서 수비명령도 조서에 기재되어 있어야 한다)

③ 형사절차의 공소장이나 기타 공식적인 문서의 전부나 그 중요한 일부를 공개재판절차에서 진술되기 전 또는 그 절차가 종료되기 전에 문안(文案)대로 공개하는 경우. 이 부분의 처벌조항에 관하여는 독일연방헌법재판소의 합헌판결이 있었으나, 이 경우 구성요건은 ‘문안대로’ 공개하는 것을

처벌하는 것이므로 이를 요약하거나 변경하여 공개하는 경우에는 처벌될 수가 없어 그 실효성이 의문시되고 있다.<sup>146)</sup>

한편, 전술한 연방정부의 보고서가 지적한 바에 의하면 독일에서는 연방정부가 형사소송으로부터 나오는 공식적인 정보의 흐름을 통제하기 위하여 검찰의 공보지침(公報指針)이 시행되고 있으며, 피해자보호법은 소송에 관여하는 피해자의 신원을 보호하는 규정을 두고 있다.

첫째, 연방의 각주는 오랜 협의에 의해 연방에 통일적인 지침을 설정하게 되었는데, 그에 의하면 검찰은 그가 담당하는 수사절차에서 언론에 대해 정보를 제공하는 경우 그 문제에 관해 설정된 지침(Verwaltungsrichtlinie)을 준수해야 한다. 이 규정은 일련의 비교衡量기준(比較衡量基準)을 제시하고 있으며, 피고인의 공정한 재판에 대한 청구권을 명시함과 함께 소송의 결과를 선취하는 정보의 제공을 강력히 금지하고 있다. 언론을 염두에 둔 일반적인 정보의 흐름에 대처하기 위한 조치로서 공소의 제기 여부와 공소장의 내용은 피고인에 대한 고지 이후에만 공개될 수 있다고 하는 새로운 원칙이 규정되었다.<sup>147)</sup>

개개의 주에서 이루어진 보충적인 조치를 보면, 예컨대 Saarland주의 경우 검찰이 언론에 대해 서면으로 설명과 정보를 제공할 때에는 동시에 소송관계인에 대해서도 그 내용을 알려야 하며, 검찰의 기자회견에는 피의자와 그 변호인이 기자회견시에 출석하고 반대의견을 제시할 수 있도록 알려주어야 할 의무가 있고, 그릇된 사실의 전파에 의해 야기된 선입견에 대해서는 이를 시정하는 설명으로 대처할 의무가 있다고 규정한다.<sup>148)</sup>

둘째, 연방차원의 효과를 갖는 개선책은 피해자보호법(Opferschutzgesetz)에 의해서 달성되고 있다. 피고인, 피해자, 증인 등과 같은 절차관계인의

---

146) Löffler/Ricker Handbuch des Presserechts, 2. Aufl. C.H.Beck, München (1986) S. 97

147) Nr. 23 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Sept. 1987 (BAnz. Nr. 181, S. 13361)

148) Allgemeine Verfügung Informationserteilung an Presse und Rundfunk (AV des MdJ Nr. 12 1986) vom 18. Juli 1986, Gem. Min. Blatt Saarland S. 390

인격보호의 이익을 위하여 그에 대한 법적 취급은 크게 강화되었으며, 그들의 개인적 생활영역에 대한 정황이 심리되는 때에는 재판의 비공개조치나 공판에서 언론의 참석이 배제되는 조치가 취해지게 되었다. 대립하는 양자의 이익형량에 관하여 의심이 있는 때에는 인격보호가 우선되어야 한다고 한다.

그와 동시에 사적 사항에 대한 비밀유지의무를 준수할 것을 조건으로 기자들의 참여를 허용하는 부분적 공개(Teilöffentlichkeit)의 가능성이 확대되었다. 법원이 이러한 개선방책을 사려있고 공정하게 충분히 사용하게 된다면 사정에 따라서는 특히 괴롭히는 형태의 편견적인 보도의 원천은 봉쇄될 수 있을 것이다. 형사 변호인들이 언론에 의한 영향력 행사의 전략을 구사하려는 경우도 종종 있기 때문에 이에 대한 변호사윤리상의 방지조치도 요구되며, 연방헌법재판소의 판시도 이를 가능한 방안으로 제시하고 있다.

#### 다. 자율규제

독일의 언론윤리규범을 알아보려면 장기간의 중단 끝에 1985년부터 임의적인 자율규제기관으로서 기능을 재개한 ‘독일언론평의회’(Deutsche Presserrat)의 활동을 주목할 필요가 있다.<sup>149)</sup> 그것은 편집작업에 대한 언론의 윤리장전과 지침에서 범죄사건과 계속중인 형사소송에 대한 보도에 관하여 특수한 규칙을 발전시켰다. 언론윤리와 그 수행은 그 집행의 실효성 문제만 제외한다면 편견적인 보도와 인격권을 침해하는 보도에 대해 가장 이상적인 것이다.

독일언론평의회가 규칙위반에 대해서 내릴 수 있는 제재는 구체적으로 그 위반을 확인하는 결정을 내리고 이를 공개하는 것이다. 직업윤리 의식에 호소하는 이러한 제재수단은 강력한 상업주의적 영향을 받게되는 언론사에 대해서 충분한 압력이 되지 못한다. 그러한 조치는 해당 언론제작물의 독자들, 즉 그 발행부수에 대해서도 아무 영향을 미치지 못한다. 그럼에

---

149) Friedrich-Adolf Jahn, a.a.O. S. 11

도 상술한 연방정부의 보고서는 더 효율적인 자율규제제도를 조성하고 인쇄매체 이외의 매체에 대해서도 확대할 것을 권고하고 있다.

## 5. 한국

### 가. 개관

이상 제 외국의 예에서 살펴본 바와 같이 언론의 재판보도의 폐해에 대처하는 일은 국민의 알 권리라는 이익과 충돌하기 때문에 민감하고 어려운 법적 문제로 인식되고 있다. 우리나라의 경우에도 예외는 아니다. 다만, 배심제를 채택하지 않고 직업법관이 유·무죄를 결정하는 우리나라의 사법제도에서는 언론보도가 법관에 영향을 미쳐 재판의 공정성을 해할 우려는 비교적 적다고 할 수 있다. 그러나 판사도 사회구성원인 이상 그 사회의 여론이나 비판이 판사의 심리에 영향을 미치지 않는다고 말할 수 없고, 특히 양형에 있어서 어느 정도의 영향을 받는 것으로 보인다.<sup>150)</sup>

언론이 자율규제로 만족할만한 해결을 할 수 있다면 더 이상 바랄 것이 없을 것이다. 움부즈만의 활동이 법적으로 뒷받침되고 있는 스웨덴 이외에 언론의 자율규제가 성공한 나라는 없으며, 우리나라의 경우에도 사정은 다르지 않다.

언론의 자율규제는 취재 및 보도에 관한 윤리규범의 설정과 그 위반사례를 적발하고 제재하는 기구의 설립에 그 요체가 있다. 그 기구의 제재는 윤리규범의 침해사례를 적발확인하고 이를 공개하여 공적으로 반성하게 하는 방법을 취하는 것이 일반적이다. 자율규제제도의 개선은 언론계 자신만이 할 수 있으나, 아직 만족할 만한 해결이 이루어졌다는 보고는 없다. 그럼에도 자율규제의 확대에 의하지 아니하면 해결되지 못할 새로운 형태의 관행이 점점 증가하고 있다. 예컨대, 언론이 계속중인 사건의 이해관계가 대립하는 특정 당사자 일방의 이익을 위한 특집을 게재하거나 그를 주인공으로 한

---

150) 한위수, 법관이 본 사법관련보도의 문제점과 제언, 언론중재(1994), 가을, 21면.

다큐멘터리를 제작·방송하는 사례라든가, 범인으로부터 일정한 거리를 두고 보도하여야 할 방송이 인질극의 현장보도를 통하여 폭력범죄에 대하여 자기 시현의 장을 마련해주는 사례 등이 그러한 것들이다.

이하에서는 우리 현행법의 현황을 알아보고 우리 법원이 부당한 재판보도에 대처할 수 있는 조치에 관하여 알아보기로 한다.

## 나. 법규정

### (1) 보도금지사항

현행법상 언론에 대하여 직접 보도를 금지하는 사항은 가사소송법과 소년법에 규정되어 있다. 1991. 1. 1.부터 시행된 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법은 피해자나 고발자의 신원(身元)을 밝힐 수 없도록 규정하고 있다.

가사소송법 제10조에 의하면 “가정법원에서 처리중에 있거나 처리한 사건에 관하여는 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 본인임을 추지할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문, 잡지 기타 출판물에 게재하거나 방송할 수 없다”. 위 규정에 위반한 자는 2년 이하의 금고 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제72조). 가정법원에서 다루어지는 혼인 기타 가족관계에 관한 내용은 개인의 사적인 사항에 속하는 것이기 때문에 이를 보호하려는 것이 법의 취지인 것이다.

소년법 제68조는 “이 법에 의하여 조사 또는 심리 중에 있는 보호사건 또는 형사사건에 대하여는 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 그 자가 당해 본인으로 추지할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재 또는 방송할 수 없다. 제1항의 규정에 위반한 때에는 신문지에 있어서는 편집인과 발행인, 기타 출판물에 있어서는 저작자와 발행자, 방송에 있어서는 방송편집인과 방송인을 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정한다. 이것은 비행소년의 사회복귀를 돕기 위한 것이다.

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제8조에 의하면 약취, 유인, 강간,

강도 등 특정강력범죄로 수사 또는 심리 중에 있는 사건의 피해자 또는 그 사건을 신고하거나 고발한 자에 대하여는 그 신원을 알 수 있는 사항을 보도할 수 없다(동법 제8조). 이것은 피해자의 프라이버시 보호와 함께 보복범죄의 피해를 사전에 예방하기 위한 것이라고 할 수 있다. 다만, 피해자, 신고인 또는 고발자 등이나 그 법정대리인이 동의한 경우에는 예외이다.

위 조항들은 후술하는 바와 같이 그 소정의 특정 사안에 관하여 이른바 ‘익명보도주의’를 채용한 것이라 할 수 있다. 따라서 그러한 소송절차가 공개적으로 심리되는 한 그 사안 자체의 보도가 금지되는 것은 아니며, 다만 그 관계자의 신원공개만이 금지될 뿐이다.

## (2) 피의사실공표죄

현행 형사소송법 제47조는 “소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상의 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다”고 규정하여 소송서류의 비공개주의를 취하고 있으며, 형법 제126조는 “검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다”고 규정한다.

연혁상 이와 같은 취지의 규정을 둔 입법례는 오스트리아와 독일이 있다. 그러나 이들 규정은 그 실효성에 관하여 의문시되고 있으며, 실제의 운영에 있어서도 적용되는 사례가 희소한 것으로 논하여지고 있다.

종전에 독일 각주의 언론법은 “언론은 형사절차 또는 벌금부과절차의 공소장, 기타의 직무상 서류를 공개적인 공판에서의 진술 또는 절차의 종결 이전에는 관할 관청의 승인이 있는 경우에만 공표할 수 있다”고 하는 규정을 갖고 있었는데, 이 규정은 1974년 이래 형사소송법 제353조d 제3호에 의해 대체되었다. 동 조항은 “법원심리에 관한 보도의 금지”라는 제목하에 형사절차의 공소장이나 기타 공식적인 문서의 전부나 그 중요한 일부를 공개재판절차에서 진술되기 전 또는 그 절차가 종료되기 전에 문안대로 공개하는 경우” 이를 처벌한다. 1982. 1. 1. 시행된 오스트리아의 언론매체법 제23조는 “형사재판에 대한 영향력행사의 금지”라고 하는 제목하에 “언론매체에 의해 기소회부가 확정된 이후 법원의 형사재판 중에 제1심의 단독판사의 절



차 또는 본안회부 이후 구법원의 절차에서 제1심의 판결이 있기 이전에 형사재판의 결과에 대하여 영향을 미치기에 적합한 방법으로 형사재판 결과의 예측 또는 증거의 가치에 관하여 설명한 자는 법원에 의해 180일만에 해당하는 벌금에 처한다”고 규정한다.

1862년의 라서조항(Lasser'schen Artikeln)에 의한 오스트리아의 형법개정안은 형사재판에 대한 활자매체의 부당한 영향에 포괄적으로 대처하기 위하여 2개의 특별범죄를 설정하고 있었다. 첫째로 공소장 또는 기록으로부터 나온 증거를 본안절차에서 이용되기 전에 인쇄에 의해 공표한 범죄에 대하여 벌금형을 부과하였다. 둘째로 1929년의 개정문안에 의하면 출판물에서 제1심의 판결이 있기 전에 형사재판의 추정적 결과 또는 증거의 가치를 설명하는 범죄에 대하여 자유형을 과한 것이었다. 위 양 범죄는 고의범 뿐 아니라 과실범도 처벌하였고 그 잠재적인 처벌범위는 강력한 것이었지만 실제로 그렇지 못했다. 위 조항들은 새 언론매체법의 시행으로 폐지되었다.

오스트리아에서는 1989년 전술한 언론매체법 제23조(형사재판에 대한 금지되는 영향력행사)가 적용된 사례가 있었다. 그 사안은 한 주지사가 총기에 의한 암살음모사건으로 중상을 당한 사건에 관하여 살인미수죄로 구속·기소된 피고인에 대해서 제1심의 참심원(배심과 유사한 것으로 명예직법관이라고도 불리어짐)은 그를 단순한 과실치상과 강요죄로 판단하였다. 그러나 담당 직업법관은 명예직법관의 오류를 이유로 이 평결을 무효화하고, 다른 참심법원에 재심절차를 명하였는데, 위 피고인에 대한 두번째 절차에서도 참심원은 역시 살인미수를 부인하고 다만 중상해의 고의를 인정하여 3년형을 선고하였고, 이 판결은 항소심에서 확정되었다. 제1심과 제2심 사이에 한 주간지가 제1심 절차의 참심원이 옳았는가 직업법관이 옳았는가, 모든 사례에서 참심원의 평결에 대한 법관의 무효화가 추문적이고 국민에 대한 조롱인가의 여부에 관하여 의견을 묻는 설문조사를 행하였고, 제2심의 본안변론이 시작되기 전에 그 설문조사의 결과를 기사로 공개하면서 절대적인 다수는 제1심의 참심원의 평결을 지지한다고 보도하였다. 위 주간지의 기사는 언론매체법 제23조 위반으로 기소된 결과 제1심법원은 그를 유죄로 판결한 바 있었다.<sup>151)</sup>

우리의 경우에도 위 피의사실공표죄의 실효성 여부 내지는 존폐 여부에 관하여 논란이 계속되고 있다. 그러나 이를 폐지하는 것은 적절치 않다. 위

---

151) Manfred Burgstaller, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren - Zur Situation in Österreich, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln Band 52, (1990) S. 51f

조문이 국민의 관심이 지대한 사건에 관하여 국민의 알 권리를 차단(遮斷)하는 것으로 사용되어서는 안될 것이지만, 언론보도의 폐해를 사전에 예방할 수 있는 제도로서 그 구체적인 적용의 기준과 적절한 운영이 새로이 검토되어야 한다고 생각된다.

위 피의사실공표죄의 구성요건은 우선 수사담당자 등을 행위주체로 명시하고 있어 공무원 등의 직무상 범죄의 장에 규정되고 있으나, 기자도 공무원에 대하여 이를 사주(使囑)하거나 공모한 때에는 위 조문에 의하여 처벌될 수 있다(형법 제33조 참조). 그러나 이에 대해서도 형법 제20조의 정당행위라고 인정될 수 있으면 위법성이 조각될 수 있다. 대법원의 판례<sup>152)</sup>는 일반적인 초법규적 위법성조각사유의 이론에 따라 정당행위가 인정되는 범위를 엄격하게 제한하고 있으나, 국민의 알 권리와 조화를 위해 다소 완화하여 적용함이 좋을 것이다. 따라서 국민의 알 권리를 위하여 부득이하고 중대한 사안이거나 공개수사를 위해 긴박한 공공의 이해가 있는 경우에는 피의사실공표가 허용될 수 있다고 다루는 것이 타당하며, 현재 행해지고 있는 바와 같은 관행은 보다 신중하게 처리되는 방향으로 시정되어야 할 것이다.

서울고등법원은 “우리의 형법이 피의사실 공표를 금하고 있는 취지에 비추어 검찰이나 경찰 등 범죄수사기관이 그 관할 처리사건에 관하여 국민의 알 권리를 충족시키기 위해 공식발표를 할 수 있는 경우란 그 사건의 국민 전반에 미치는 영향이 광범위하고 지대하여 국민 대다수의 긴절한 궁금증을 풀어주기 위하여 긴박하고 불가피한 경우에 한하여 신중하게 처리되어야 한다고 할 것이고, 검찰, 경찰의 공식발표는 위와 같은 실체적 요건이

---

152) 대법원은 “위법성조각사유로서 정당행위를 인정하려면 첫째 건전한 사회통념에 비추어 그 행위의 동기나 목적이 정당하여야 한다는 정당성, 둘째 그 행위의 수단이나 방법이 상당하여야 하는 상당성, 셋째 그 행위에 의하여 보호하려는 이익과 그 행위에 의하여 침해되는 법익이 서로 균형을 이루어야 한다는 법익권형성, 넷째 그 행위당시의 정황에 비추어 그 행위가 긴급을 요하고 부득이한 것이어야 한다는 긴급성 및 다섯째로 그 행위 이외에 다른 수단이나 방법이 없거나 또는 현저하게 곤란하여야 한다는 보충성이 있어야 한다고 풀이할 것이다”라고 하여 엄격한 요건을 요구하고 있다(1983. 3. 8. 선고 82도3248판결).

존재하는 경우에 공보에 관한 법령이 정하는 바에 따라 공보관으로서 임무를 부여받은 자가 공식적인 기관 내부의 의사결정절차를 거쳐 기자회견 또는 보도자료배포 등 법령이 정하는 절차에 따라 이루어져야 한다”고 한다.<sup>153)</sup> 나아가 대법원은 “직접 수사를 담당한 수사기관이나 수사담당 공무원이 피의사실을 공표하는 경우에는 공표하는 사실이 의심의 여지없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고 타당한 확증과 근거가 있는 경우가 아니라면 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없다”고 판시하여 그 공표사실의 진실성에 관한 실체적 요건을 제시하고 있다.<sup>154)</sup>

대법원은 1999년 피의사실공표죄에 해당하는 행위의 위법성이 조각될 수 있는 경찰의 공식발표의 요건에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다.

[사례] ‘산업스파이’ 오보사건 (1999)

대법원 1999. 1. 26. 선고 97다0215, 10222 판결 [공1999상, 330]

원심판결 서울고법 1997. 1. 17. 선고 96나4659, 4666 판결

이 사건에서 대법원은 수사기관의 피의사실 공표행위가 허용되기 위한 요건 및 그 위법성 조각 여부의 판단 기준을 설시하고 있다.

사실관계를 보면 피해자인 소외 주식회사 코리아 세븐 대표이사 소외 M은 1991. 1. 서울지방검찰청에 위 회사 상품기획부 차장 X(원고)와 재무관리부 과장 소외 P가 위 회사의 사업계획서 등 기밀서류를 복사하여 소외 경쟁사 간부들에게 건네주는 등 회사기밀을 누설하였다는 이유로 X(원고)와 위 P를 고소하였다. 서울지방검찰청 P검사는 그 무렵 위 고소인 M과 이러한 사실을 제보한 소외 회사 물류과장을 소환하여 조사한 다음, 원고와 위 P를 소환하여 신문하고, 서울형사지방법원으로부터 구속영장을 발부받아 원고를 구속하였다.

P검사는 같은 날 검사실에서 기자들이 동석한 가운데 원고와 위 P에 대한 피의사실을 요약·정리한 수사자료를 배포하면서, 이 사건 관계자들을 조사한 결과 원고 등이 경쟁업체에 스카우트되기 위하여 소외 회사의 영업비밀을 유출하였음이 밝혀졌다는 내용의 수사 경위와 앞으로의 수사 방침에 대하여 발표하였다.

피고 조선일보사 사회부 K기자는 1991. 1. 22. 원고에 대한 구속영장 사

153) 이혼소송주부 청부폭력 오보사건, 서울고등법원 1996. 2. 27. 선고 95나24946판결

154) 대법원 1998. 7. 14. 96다17257판결, 공98. 8. 15. [64], 2108

본을 열람하여 원고에 대한 혐의사실을 지득하고, 이어 앞서 본 바와 같이 수사담당검사를 찾아가 수사 내용에 대한 설명을 듣는 방법으로 원고에 대한 피의사실을 취재한 다음, 이를 기초로 같은 달 23. 조선일보 제23면에 ‘회사기밀 유출 간부 구속’이라는 제목으로 그 혐의사실을 기사화하여 공표하였다. 그 후 원고는 업무상 알게 된 소의 회사의 영업기밀을 유출하여 위 회사에 손해를 가하고 회사기밀문건을 복사하여 절취하였다는 이유로 업무상배임죄 및 절도죄로 기소되었는데, 위 공소사실 중 업무상배임 부분에 대하여는 공소가 취소되고 절도 부분에 대하여는 공소장 변경절차를 거쳐 무죄판결이 확정되었다.

원고가 명예훼손을 이유로 제기한 손해배상청구 사건에서 대법원은 위 검사P가 위와 같이 직무상 알게 된 원고에 대한 피의사실을 공표하여 그 피의사실이 언론에 보도되게 함으로써 원고의 명예를 훼손하였다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

“일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이라 할 것이나, 한편 헌법 제27조 제4항은 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 천명하고 있고, 형법 제126조는 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 행위를 범죄로 규정하고 있으며, 형사소송법 제198조는 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계 있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하여야 한다고 규정하고 있는바, 수사기관의 피의사실 공표행위는 공권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다는 점을 고려할 때, 수사기관의 발표는 원칙적으로 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하고, 이를 발표함에 있어서도 정당한 목적하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여야 하며, 무죄추정의 원칙에 반하여 유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피하는 등 그 내용이나 표현 방법에 대하여도 유념하지 않으면 안되므로, 수사기관의 피의사실 공표행위가 위법성을 조각하는지의 여부를 판단함에 있어서는 공표 목적의 공익성과 공표 내용의 공공성, 공표의 필요성, 공표된 피의사실의 객관성 및 정확성, 공표의 절차와 형식, 그 표현 방법, 피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 참작하여야 한다.”

위와 같은 입장에서 대법원은 피의자가 피의사실을 강력히 부인하고 있었음에도 불구하고 담당 검사가 추가 보강수사를 하지 않은 채 참고인들의 불확실한 진술만을 근거로 피의자의 범행동기나 그가 유출한 회시기밀의 내용 및 경쟁업체 관계자들에 대한 향후 수사확대 방향 등에 관하여 상세히 언급함으로써 마치 피의자의 범행이 확정된 듯한 표현을 사용하여 각 언론사의 기자들을 상대로 언론에 의한 보도를 전제로 피의사실을 공표한 경우, 피의사실 공표행위의 위법성이 조각되지 않는다고 결론지었다.

## 다. 직무상의 공보지침

### (1) 검찰 및 경찰

범죄행위에 대한 언론의 보도는 대부분 경찰과 사법기관의 정보에 의존하기 때문에 이들 기관의 정보사무의 개선은 해당 언론보도의 내용과 형식상의 질을 높이는 동시에 형사절차에 대한 바람직하지 않은 영향을 부분적으로 배제하는 계기를 제공하게 될 것이다. 경찰이나 검찰의 업무상 언론과의 접촉은 그 기관장의 업무로서 포기될 수 없는 것으로 간주되고 있다. 또 구체적인 범죄사건에 관하여 경찰 검찰 및 법원의 책임한계가 명백히 구분될 필요가 있다.

오스트리아의 예에 의하면 내무장관과 법무장관이 합의에 따라 경찰은 확인되지 않은 범인이 수사되는 동안, 그리고 특정인에 대한 고소가 고소관청에 접수되기까지 언론에 대해 정보를 제공한다. 그 후의 시점으로부터 검찰은 공보업무를 넘겨받으며, 사전수사의 개시 내지는 사전수사가 없이 시행된 공소제기시까지 그 업무를 수행한다. 그 이후에는 법원의 공보관이 권한을 갖는다. 실질적인 필요가 있는 경우에는 문제되는 공보관의 양해 하에 이와 같은 기본적인 규율이 적용되지 않을 수 있으며, 경찰, 검찰 및 법원이 언론에 대한 공동의 정보제공이 가능하다.

현행 형사소송법 제198조는 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계 있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 사법경찰관리집무규칙 제7조는 “사법

경찰관리는 범죄를 수사함에 있어서 기밀을 엄수하여 수사에 지장을 초래하지 아니하도록 주의하여야 하며 피의자, 피해자 기타 관계인의 명예를 훼손하지 아니하도록 하여야 한다.”고 한다.

그러나 이러한 단순한 규정만으로는 효과적인 공보업무에 대처할 수 없다. 미국에서 시행되고 있는 Katzenbach-Mitchell guidelines나 독일 및 오스트리아에서 제정·시행되고 있는 공보지침을 참고로 하여 상세한 내용이 명문화되어야 할 것이다. 이들 공보업무의 내용에 관한 규정은 관계인, 특히 범죄혐의자의 인격보호를 위해서, 그리고 사안에 적합하지 않은 다른 영향으로부터 절차를 보호하기 위하여 공보관은 언론매체에 정보를 제공함에 있어서 언제나 적절한 방법으로 무죄추정의 의미를 인식할 수 있도록 하여야 할 뿐 아니라 범죄혐의자의 익명성이 확보될 수 있도록 주지시켜야 한다고 되어 있다. 또 법집행공무원은 그들의 구급 하에 있는 피의자가 촬영되거나 녹화되도록 협조하여서는 안될 뿐 아니라 그들의 사진이 법집행목적에 필요한 경우(예컨대 도망자의 수배) 이외에 이용되도록 하여서는 아니된다고 한다.

## (2) 법원

대법원은 1993. 7. 28. 법원의 홍보체제와 그 운영을 효율화, 체계화하여 언론매체로 하여금 법원에 관하여 신속하고 정확한 보도를 하게 함으로써 법원홍보활동을 강화하기 위하여 ‘법원홍보업무에 관한 내규’(대법원내규 제198호, 최종 개정 1995. 8. 29 내규 제217호)<sup>155)</sup>를 제정하여 시행하게 되었다. 이것은 객관적이고 통일적인 기준에 의해 언론에 대한 공보정책을 입안하고 공보업무를 전문화하기 위한 것으로서 법원의 공보업무에 대한 새로운 인식을 반영하고 있어서 주목할 만하다.

위 예규는 공보사무를 정책보도, 재판보도, 일반보도로 구분하여 그 사무를 집중적으로 담당할 공보관을 두고 공보사무수행에 있어서 주의할 사항을 규정하고 있다. 공보관이 되는 자는 법원행정처에서는 기획심의관, 각급

---

155) 위 내규는 종전 법원공보업무내규(1962. 6. 27. 대법원내규 제12호)를 폐지하면서 전면 개정된 것이다.

법원에서는 선임 부장판사, 지방법원지원은 지원장이다 (동 예규 제3조).

재판에 관한 공보업무에 관하여 보면 “재판진행에 관한 보도는 재판장 또는 공보관이 이를 국민들에게 알릴 필요가 있다고 판단할 때 또는 각종 언론매체의 보도내용이 국민의 오해를 불러일으킬 우려가 있다고 판단될 때에 한하여 행한다. 각급 법원 공보관이 재판진행에 관한 보도자료를 제공한 때에는 지체없이 그 내용을 법원행정처장에게 보고하여야 한다”(동 예규 제7조). 각급 기관의 공보관이 ① 법원의 보안업무에 관한 규정에 저촉되는 사항 ② 법원의 위신을 손상시킬 우려가 있는 사항 ③ 사회질서를 혼란시킬 우려가 있는 사항에 해당하는 보도에 관하여 자료를 제공할 경우에는 법원행정처 공보관과 사전 협의를 거쳐야 한다 (동 예규 제8조).

법원의 업무와 관련된 기사가 언론매체에 보도된 경우 그것이 법원의 자료제공에 의한 것이 아니면 해당 공보관은 “언론매체에 보도된 관계 기사를 분류하여 이를 소속기관의 장에게 보고하고, 관계되는 법관 및 법원공무원에게 지체없이 통지”하며, “보도와 관계되는 법관 및 법원공무원은 전항의 통지를 접수한 때로부터 2일 이내에 그 내용의 진위 여부와 의견을 공보관에게 통지한다.” 위 통지를 받은 공보관은 이를 검토하여 그 결과를 법원행정처장에게 보고하며 “법원행정처 공보관은 재판이나 법원의 정책 또는 시책 등과 관련된 언론보도가 사실과 다르다고 판단될 경우 이의 시정업무를 총괄, 지휘한다.”(동 예규 제9조) 종전에 진실과 다른 재판관계의 보도가 행해졌을 때 법원은 내부적으로만 확인하는 등 소극적으로 대응하여 온 것이 통례였다. 그러나 해당 보도기관으로 하여금 오보를 시정할 기회를 갖게 하고 동일한 오보가 재발되지 않도록 하기 위해서는 최소한 해당 데스크의 책임자에게 그 사정을 알릴 필요가 있을 것이다.

법원과 검사는 자기들이 담당하는 사건에 관해서는 불공정하다는 인상을 피하기 위하여 소송계속 중에는 언론매체에게 아무 의견도 제시할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 판결선고 후에 보도를 위하여 그 판결의 상세한 사실관계나 법적인 관점에 관하여 질문을 받게 되는 경우에는 적극적으로 설명하여 오보를 미연에 방지하는 것이 바람직하다고 생각된다.

## 라. 법원의 조치

법원은 편견적인 보도의 자료가 제공되는 것을 막고 거기서 한 걸음 더 나아가 편견적인 여론의 피고인 등 관계인에 대한 막강한 작용을 상쇄할 수 있는 방안을 강구하고, 이미 공중에 편견적 여론이 조성된 경우에는 이를 배제하기 위한 조치를 취하여야 한다. 법원이 취할 조치로서 생각할 수 있는 것으로 다음과 같은 것들이다.

① 관할법원의 변경 : 사건이 발생한 지방의 지역감정에 의한 부당한 영향을 배제하기 위해 그러한 영향을 덜 받는 지역의 법원으로 이송하는 것이 우선 법원이 고려할 수 있는 조치이다.

② 법관의 회피 : 사전보도에 의한 선입견을 가졌기 때문에 공정한 재판에 임하기 어렵다고 생각하는 법관은 스스로 해당 사건의 재판에서 회피하는 것이 바람직하다.

③ 심리의 연기 또는 중단 : 사건에 대한 보도와 공중의 소란이 가라앉을 때까지 재판을 지연시키는 방법을 생각할 수 있으나, 여기에는 신속한 재판을 받을 권리를 해하고 재판시까지 피고인의 미결구금을 장기화한다는 흠이 있으므로 이러한 사정들을 적절히 고려하여야 한다. 그러나 민사소송의 경우에는 논란과정에서 편견적인 여론의 상황이 심각한 경우에는 소송의 장기적인 중단이 요청될 수도 있다.

④ 소송절차의 엄격한 준수 : 피고인이 편견적인 여론에 의해 불리한 상황에 있다고 생각되는 경우에는 그의 증거신청권, 신문권, 변론권을 충실하게 배려하는 조치가 요구된다. 특히 사선변호인이 선임되지 않은 경우에는 편견적인 여론에 대처할 수 있는 변론능력을 위하여 국선변호인을 선임하는 방안도 권장된다.

⑤ 공중에 대한 주의환기 : 예컨대 법원은 공개법정에서 출석한 기자 등 공중에 대하여 편견적인 상황을 비판적으로 지적하고 자제를 요청하는 것을 생각할 수 있다.



## 마. 결론

법조계의 일각에서는 현행법상의 규정이 미비하므로 우리도 영국의 법정 모욕제도를 도입하여야 한다는 견해가 주장된 바 있었다. 그러나 앞서 본 바와 같이 그 제도는 법원이 국민의 신뢰를 확보한 영국사회에서 재판제도를 더 존중하여야 한다는 전통적 분위기 아래서 판례법상 오랜 기간을 통하여 생성되어 온 제도이다. 이러한 제도가 우리에게 도입된다 하더라도 실효성을 갖게 될 것인가는 미지수이며, 언론자유에 이념에 비추어 보더라도 사법에 대한 언론의 비판활동을 위축시키게 될 우려가 있기 때문에 이를 입법화하려는 주장에는 찬성할 수 없다.

우리의 경우에도 사법의 이익을 위해 언론보도를 직접 규제하는 방안은 법규정상 가능하지도 않으며 바람직하지도 않다. 이 문제는 보도가 예컨대 국가의 안보나 명예 또는 프라이버시와 같은 다른 법익을 침해하는 경우 그에 대해 형사책임을 추궁하는 경우와 별개의 문제이다.

각국의 예에서 본 바와 같이 국민의 알 권리는 세계적 추세이며, 재판에 대한 보도는 계속 확충될 전망이다. 그에 따라 언론의 재판보도의 폐해에 대한 대책으로서 형사적 제재의 방법은 쇠퇴하고 있으며, 그에 대해 언론을 직접적으로 규제하려는 입법적 시도도 좌절하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 이러한 입법의 부재 속에서 법원이 이러한 폐해에 대처할 수 있는 방안은 무엇인가?

생각할 수 있는 대책은 미국과 독일에서 채택되고 있는 바와 같이 해로운 영향이 조성될 수 있는 정보의 흐름을 사전에 차단하는 조치와 함께 언론이 보도활동을 행함에 있어서 헌법상 이른바 ‘무죄추정(無罪推定)의 원칙’(Grundsatz der Unschuldsvermutung)이 실질적으로 지켜질 수 있도록 익명보도(匿名報道)의 원칙 등 개인의 법익보호를 위한 간접적인 대책을 강구하는 것이 보다 바람직하다고 생각된다.

무죄추정의 원칙이란 법치국가원리의 발현으로서 당해 형사소송에서 유죄의 판결이 확정되기 전에는 그를 죄를 범한 것으로 다루어서는 안된다는

요청이다. 그 방안은 요컨대 사건관계의 보도가 문제된 사건을 다룸에 있어서 법원이 헌법상 무죄추정의 원칙을 엄격히 적용하여 그 헌법상의 요구가 최대한 존중되도록 언론보도를 유도하자는 것이다. 그것은 법원에 대한 비판을 억제함으로써 법원의 권위를 보전하려는 생각을 떠나, 소송관계인의 재판청구권이나 인격권의 보호에 중점을 두고 이를 철저히 보호함으로써 간접적으로 재판관계보도를 규제한다는 입장으로 전환함을 의미하는 것이다. 이러한 방식이 간접적인 것이라고 하여 덜 효과적이라고 할 수는 없다.

무죄추정의 원칙(Grundsatz der Unschuldsvermutung)을 바탕으로 한 민사적인 우회적 해결방안은 편견적인 보도에 대한 대책으로서 구미 각국의 법원이 이미 취하고 있는 노력이기도 하다. 오스트리아의 법무장관을 지낸 저명한 형법학자 Broda는 이미 1970년에 20세기의 최후 사반세기에 법이 수행할 중대한 과업은 바로 무죄추정의 원칙을 실현하는 것이라고 말한 바 있고, 이러한 움직임은 1960년대 북유럽에서부터 시작되어 세계적으로 과급되는 경향에 있다. 독일에서도 최근의 판례는 인격의 침해가 문제된 민사사건에서 무죄추정원칙을 적용하는 경향이 일반화하고 있다.

[사례] 무죄추정 위반 사건 (1987)

Köln고등법원 1987. 6. 2. 판결(Archiv für Presserecht, IV. Quartal 1987, S. 705ff)

이 사건에서 법원은 형사절차에서 유죄가 확정되지 않은 한, 그 혐의자에 대하여 유죄라고 주장하는 언론보도는 후에 그 혐의가 진실로 밝혀진 여부를 불문하고 허용되지 않음을 명백히 하고 있다.

한 시사잡지가 시 공무원의 수뢰사건에 대한 수사절차를 보도하면서 그가 이미 유죄로 되었다고 보도하였으나, 형사법원이 증거의 부족을 이유로 검찰의 공소를 받아들이지 않았다. 그렇게 되자 그 공무원이 고등법원의 제2심 민사소송에서 그 잡지사에 대하여 위자료 10만 마르크의 지급을 청구한 사안에서 법원은 다음과 같이 판시하였다.

“무죄추정의 원칙에 의하면 언론이 중요한 혐의사유가 있음을 내세워 관계인의 유죄를 주장하는 경우에도 그것은 정당한 이익이 있는 것으로 간주되지 않는다. 언론의 그러한 주장은 논리적으로 보면 진실 여부를 불문하고

형사법원의 판결이 있기까지는 위법한 것이다. 이렇게 무죄추정의 원칙을 엄격히 취급하는 것은 형사절차가 종결되지 않았는데, 부작위 청구의 소 또는 가처분신청을 결정하여야 하는 경우에 특히 그 실익이 있다. 진실 여부가 문제되지 않는다고 하는 귀결로서 무죄추정의 원칙을 침해한 자는 피해자가 유죄라고 하는 증거의 제출이 허용되지 않는다. 그러므로 피해자의 죄책에 관한 심리가 민사소송과 형사소송에서 동시에 병렬적이고 경합적으로 시행되는 것은 지장받게 된다.”

위 판결의 고려는 형법상의 책임은 오로지 담당 형사절차에서만 결정되어야 할 것을 존중하자는 것이고, 이것은 형사적으로 확정되지 않은 피고인의 방어권을 강화하여 선입견에 대한 민법의 예방적 효과를 의도한 것이라고 할 수 있다.

#### IV. 제언

이상 살펴본 바에 의하면 헌법상 별개의 임무가 부여되는 언론과 사법은 상호간 긴밀한 관계에 있으면서도 한편에서는 미묘한 긴장관계에 있음을 보게 된다. 여론과 법의 관계는 여론이 법을 형성하고 쇄신하는 한편 법은 여론에 테두리를 설정하고 안정적 기반을 제공하는 형태로 상호 교류와 순환을 통하여 상호 협조하면서 견제하는 관계를 유지하게 된다. 이렇게 법치의 식과 여론의 존중이 상호 어우러져 하나를 이루게 될 때 민주주의의 이념은 법치의 형식을 가지고 인간의 존엄을 담은 공공복리를 실현할 수 있을 것이다.

이러한 이상적인 지향을 위하여 언론(言論)과 법조(法曹) 각자는 법적인 차원에서 뿐 아니라 윤리적 차원에서 자기반성을 필요로 하며, 철저한 사명 의식을 바탕으로 상호간의 이해와 협력을 필요로 한다고 할 수 있다. 그럼에도 우리나라에서 양자를 서로 이해하고 올바른 관계설정을 위하여는 충분한 상호소통의 기회도 없었고 이론적 연구도 많지 않았다. 언론과 법조는 모두 고도의 전문직으로서 엘리트의식에 사로잡힌 나머지 자기의 권한과 위신만에 집착하여온 것이 그 이유의 하나가 아닌가 생각된다. 글을 맺으면서 언론과 사법간의 올바른 관계설정을 위하여 각자가 하여야 할 일

이 무엇인가를 생각해 보았다.

## 1. 사법의 과제

우선 사법으로서 하여야 할 일은 첫째 범조인의 언론에 대한 부정적 인식을 바꾸는 일이라고 생각된다. 범조인들은 언론의 보도가 법에 대한 무지를 반영하며 도덕적인 관점을 포기한 채 선정적 욕구만을 따른다고 비난한다. 또 형사법관들은 언론의 재판에 대한 취재나 보도를 사법권에 대한 침해로 생각하는 경우가 적지 않다.

사법활동에 대한 비판이 전문지식을 필요로 함은 물론이며, 재판보도가 완전성과 객관성을 갖추는 것이 바람직한 것은 물론이다. 그러나 기자들은 법률가가 보는 관점과는 다른 소인(素人)의 상식적 입장에서 범죄와 재판을 보게되고 기사의 작성에 있어서는 대중의 구미를 거스를 수 없는 직업상의 법칙을 따라야 한다는 사정을 이해하지 않으면 안된다. 앞서 본 바와 같이 범죄에 관한 보도는 아무리 선정적이고 인기 위주의 것이라 하더라도 최소한의 규범전달기능을 행하고 있는 것이다. 또 언론의 비판적 시각은 법규정보다 훨씬 앞서서 발전하는 사회의 새로운 움직임을 반영하는 경우가 적지 않다. 언론은 국민의 친진난만한 법의식과 정의의 요청을 전달하는 자로서 법외적인 시각과 발전하는 각 분야의 전문적 시각을 사법에 전달한다고 볼 수도 있고, 그러한 바람은 경직되고 보수적인 사법으로 하여금 살아있는 법의 발견과 적용을 가능하게 할 수도 있다는 점을 인식하여야 할 것이다.

둘째, 법관(法官)의 독립(獨立)이 갖는 진정한 의미를 재검토할 필요가 있다는 점이다. 법관은 소수자의 기본권이 위협받는 때에는 다수의 여론으로부터도 독립할 것이 요청된다. 그러나 법관의 물적 독립이란 요청이 사회적 현실을 무시한 법을 상아탑 속에서 논리조작만으로 해결하라는 의미는 결코 아닐 것이다. 법원은 사회 속에 존재하며 활동하는 것이다. 사법이 저항과 적용의 절차 속에서 사회적으로 시의있고 유용한 법을 선언할 수

있기 위하여는 시대정신(時代精神)과 교류하여야 하는 것이다. 법관은 자기가 결정할 문제에 대하여 사회의 일반인이 널리 생각하는 바를 알지 않으면 안되는 것이다. 물론 세론에 영합하는 결정이 바람직하다는 것은 아니다. 정상적인 자질을 가진 법관이라면 개인과 국가간의 관계와 사회 속의 개인간의 관계에 관하여, 그리고 국가공동체 내에서의 모든 행위는 자유민주주의(自由民主主義)의 기본이념에 비추어 판단되며, 그에 터잡아 법적 안정성의 요구와 구체적 타당성의 요구를 조화적으로 해결할 수 있는 것이다.

셋째, 법원의 홍보활동(弘報活動)의 중요성이다. 법관은 판결로만 말한다고 하지만 이것은 어디까지나 목가적(牧歌的)인 전통사회에서 고고(孤高)한 법관상을 상징하는데 불과하다고 생각된다. 재판의 직접 이해당사자도 판결의 난해한 문구를 이해할 수 있는 사람이 거의 없음은 물론, 당사자 이외에 어떠한 판결이 있었다는 사실을 알 수 있는 국민은 없다. 재판공개주의에 관한 고찰에서 살펴보았듯이 언론의 보도가 없으면 사법활동의 규범전달적 필요성은 실현불가능하며, 사법이 진정 국민의 신뢰(信賴)를 얻으려면 국민에게 알리는 것이 불가결한 일이다.

사법의 홍보업무의 중요성은 이미 선진 제국에서 보편적으로 인식되고 있으며 이를 위한 제도가 운영되고 있다. 우리 대법원도 1993년부터는 법원홍보업무에 관한 내규를 대폭 개정하여 공보관제를 적극적으로 운영하고 있어 다행한 일이라고 생각된다. 그리고 1994. 7.부터는 대법원에서 선고되는 판결에 관하여 공보관으로 하여금 일주일에 2차례 정기적으로 주요 판결에 대한 브리핑을 실시하여, 취재기자들의 취재편의를 제공하고 보도의 정확성을 위해 배려하고 있다.

법조기자들의 어려움은 판결의 올바른 취지를 이해하는 데 있다고 한다. 한 법조기자의 경험에 의하면 비전문가인 기자들이 충분한 설명을 듣고 써야 하는 기사임에도 판사들의 권위적인 태도나 불친절함 때문에 아예 대화를 포기하고 자기생각대로 처리하는 경향도 있다고 한다.<sup>156)</sup> 그들은 복잡

---

156) 이상현, 사법관련보도의 취재환경과 정보접근, 언론중재위원회간행, 언론중재, 1994. 가을 17면

하고 쟁점이 많은 판결이유 전부를 이해할 수도 없고 마감시간에 쫓기면서 한정된 지면에 주체가 흐려지지 않도록 복잡한 사실관계를 단순화 명료화시켜야 하는 어려움을 갖고 일한다. 담당 재판부 이외에는 개개의 판결에 대해 설명할 수 있는 사람이 없다면 그 판결에 대한 기자의 이해를 돕고 의문을 풀어주는 것도 법관 개개인이 법원의 홍보업무에 참여하는 길이 될 것이다.<sup>157)</sup>

## 2. 언론의 과제

정치가 민주화하고 언론이 본격적인 경쟁시대에 접어든 오늘날 법에 대한 관심이나 법률서비스에 대한 수요가 커지면서 언론보도에서 법조기사가 차지하는 비중이 점차 높아지는 것으로 보인다. 이러한 상황에서 사법활동의 취재보도에 있어서 문제가 발생할 소지는 더 커지고 있다. 사법의 입장에서 언론에 바라는 바는 여러가지가 있을 수 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 법적으로 요구할 수 있는 것은 거의 없음을 알 수 있다.

그럼에도 첫째로 요청되는 것은 언론이 자율적으로 윤리규범(倫理規範)을 정립하여 지켜주는 일이다. 앞서도 언급한 바와 같이 사법에 대한 취재와 보도에 있어서 언론의 자발적인 자율규제에 의하지 않는다면 그로 인한 폐단의 해결이 불가능하다. 법원내에서도 자행되는 지나친 취재경쟁은 엘리트기자들을 무법자로 보이게 하는 경우가 적지 않다. 그러한 사례들이 법관들의 언론에 대한 부정적 인식에 기여하여 온 것도 사실이다. 자유로운 언론은 책임을 의식하는 언론이며, 윤리의식을 결여한 저널리즘은 진정한 과업을 이행할 수 없다는 점을 이해한다면 언론의 자율규제는 시급한

---

157) 그러나 1972년의 미국 법관윤리전범에 의하면 현재 계속 중이거나 장차 계속되게 될 사건에 관한 법관의 의견 표명은 그 자체가 금지되는 것으로 규정되고 있다. 정인진, 미국의 법관윤리전범에 관한 연구, 법원행정처 간행, 외국사법연수론집[9] 재판자료 제58집(1992), 101면 이하 참조. 본문에서는 선고된 사건에 대한 것을 의미한다.

과제라고 생각된다. 자율규제를 위하여 우선 할 일은 재판관계의 취재와 보도에 있어서 지켜야 할 사항을 보다 상세한 내용의 윤리규범으로 설정하는 것이 될 것이다. 그와 함께 법조언론에 국한된 일은 아니지만 신문윤리위원회의 기능을 활성화하는 것이 다음 단계에서 이루어져야 할 일일 것이다.

둘째로, 양적 팽창과 질적 개선을 이루고 있는 한국의 언론이 이제는 사법관계보도에 있어서도 전문성을 확보할 필요성이 절실하다는 점이다. 정확하고 완전한 재판보도와 함께 수준높은 판례비판이 기대된다. 전문기자나 대기자를 확충하고, 증면된 스페이스를 법률관계의 전문포럼으로 할애한다면 법치意識의 확산에 크게 기여하게 될 것이다. 선진 제국의 사정을 보면 한국의 언론이 새로이 개발할 분야가 법조기사임에 틀림이 없다.

셋째로 강조하고 싶은 것은 사건보도에 있어서 헌법상 요구되는 무죄추정(無罪推定)의 원칙을 충분히 이해하고 그 취지를 살려 익명보도(匿名報道)의 원칙(Anonymitätssprinzip)을 관행화할 필요가 있다는 점이다. 사회적으로 비위에 연루되어 언론보도의 대상이 된 사람은 법률에 의한 처벌은 감수하지만 자기가 왜 언론보도로 만천하에 공개되고 망신을 당해야 하는가에 대하여 납득하지 못하는 경우가 많다. 실제로 언론의 보도는 법에 의한 처벌보다 훨씬 더 관계인에게 주는 피해가 큰 경우가 많다. 이러한 문제의 제기는 최근에 이르러 법적으로도 국민의 알 권리의 요건 및 범위에 관한 문제로서 또는 알 권리와 사건관계자의 인격권의 조화에 관한 문제로서 크게 논란되고 있다. 그러한 논쟁의 결과 현재 합의된 결론에 의하면 공공의 알 필요가 있는 것은 예컨대 사회적 비리와 그 대처방안과 같은 공적인 이익이 있는 사안(事案) 자체일 뿐이지 그에 관계되는 개인의 신원(身元) 여하는 특별한 이유가 없는 한 알권리의 대상이 될 수 없다는 것이다. 국민의 알 권리와 보도대상이 된 개개인의 인격권의 보호라는 상충하는 이익을 조절하기 위해 안출된 이론이 바로 익명보도주의이다.

## 참고 문헌

- 이광범, '형사사건 수사·재판단계에서의 취재보도와 피의자·피고인의 인권', 96년 법조출입기자 심포지엄 결과보고서(법원행정처)
- 홍기태, '형사재판에 대한 보도와 그 한계', 재판자료, 제77집 (법원도서관), 358면 이하
- 손창열, '범죄보도와 인권침해에 관한 형사적 고찰', 검찰 제100호(1990), 455면 이하
- 유일상, '법정공개와 피의자의 인권, 알 권리', 언론중재(1996), 봄, 41면 이하
- 한위수, '알 권리와 정보공개청구권', 재판자료 제77집 법원도서관, 407면 이하
- 한위수, '법관이 본 사법관련보도의 문제점과 제언', 언론중재(1994), 가을.
- 이상현, "사법관련보도의 취재환경과 정보접근", 언론중재(1994), 가을. 17면
- 김기정, 독일형사소송절차에서의 공개주의, 재판자료 제88집, 외국사법연수론집 [19], 63면 이하
- 정선주, 민사소송절차에서 공개재판의 원칙과 비밀보호, 저스티스 제33권 제1호 2000/3
- 이상돈, '정보보호와 형사절차', 저스티스 제29권 제1호 한국법학원, 68면 이하
- 이균용, '법정에서의 사진촬영·녹음·방송 - 법원조직법 제59조의 합리적인 운용방안에 관한 시론 -', 월간 법조 1999/2월호 통권 509호 82면 이하
- 정인진, 미국의 법관윤리전범에 관한 연구, 법원행정처 간행, 외국사법연수론집[9] 재판자료 제58집(1992), 31면
- 이재홍, 법정모독죄와 법정소란, 법원행정처, 사법논집 제21집 (1990), 560면
- 팽원순, 매스커뮤니케이션법제이론 (개정판), 법문사 (1988),
- 박용상, 언론의 자유와 공적 과업, 교보문고 (1982)
- 박용상, '언론기본법해설', 김철수편 정치관계법, 박영사 (1982), 158면 이하



박용상, ‘정보보호법제’, 1996, 아산사회복지사업재단 제7회 사회윤리심포지엄,  
정보사회와 사회윤리, 120면 이하

William E. Francois, Mass Media Law and Regulation, 5th Edition, Iowa  
State University Press / Ames (1990) p. 396

Dwight L. Teeter, Jr. & Don R. Le Duc, Law of Mass Communications  
Freedom and Control of Print and Broadcast Media, 7th Ed.  
Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1992

Harvey L. Zuckman, Martin J. Gaynes, Esq., T. Barton Carter, Juliet  
Lushbough Dee, Mass Communications Law in a Nutshell, 3d. Ed.  
West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1988,

Marc A. Franklin & David A. Anderson, Mass Media Law, Cases and  
Materials - 4th. Edition, The Foundation Press, Inc. Westbury, New  
York (1990)

Eric Barendt, Freedom of Speech, Clarendon Press, Oxford, 1989 p. 223.

Robert D. Sack, “Common Law Libel And The Press - A Primer”, in:  
James C. Goodale, Communications Law 1985, Patents, Copyrights,  
Trademarks, And Literary Property Course Handbook Series  
Number 210, Practising Law Institute

Robert D. Sack and Sandra S Baron, Libel, Slander, and Related Problems  
(2nd Edition), Practising Law Institute, New York (1993)

Bruce W. Sanford, Libel and Privacy, Second Edition, Prentice Hall Law  
& Business (1993)

Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Handbuch des  
Äußerungsrechts, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln (1994)

Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts 2. Auflage, C.H.Beck, München  
(1986)

- Rudolf Wassermann, Notwendigkeit und Grenzen der Justizkritik, in: Jutiz und Medien, Luchterhand (1980)
- Dietrich Oehler, Friedrich-Adolf Jahn, Rudolf Gerhardt, Manfred Burgstaller, Winfried Hassemer, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Band 52, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München (1990)
- Peters, Strafprozeß (3. Auflage)
- Pauli, Der Schutz von Presse und Rundfunk (1988)
- Herwigh Engau, Straftäter und Tatverdächtige als Personen der Zeitgeschichte: Ein Beitrag zur Problematik identifizierender Mendiendarstellungen (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 1376), Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang 1993
- Dahs, Die kleine Strafprozeßreform. Zum Strafprozeßänderungsgesetz vom 19. Dezember 1964, in: NJW 1965 S. 81, 86
- Manfred Burgstaller, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren – Zur Situation in Österreich, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln Band 52, (1990) S. 51f
- 別所宗郎, 法廷のカメラ取材-レンズを拒む 裁判所, マス メディアの現在, 法學セミナー-総合特集シリーズ 35, 日本評論社, 1986, 70면 이하 참조
- 内野正幸, 裁判を受ける権利と裁判公開原則, 法律時報(日本評論社), 66卷 1號 1994. 1. 66面
- 船田三雄, 裁判の公開, 知る権利と公正な裁判の實現, 判例時報 1320호, 4면
- 清水英夫, 取材源の秘匿と公正な裁判, マスコミ判例百選(第二版), 有斐閣 (1985), 13면
- 上口 裕, 捜査機關による報道資料の差押, 法律時報 61卷 13號 63면 이하 및

62卷 1號 89면 이하

上口 裕, 西ドイツにおける報道資料の差押, 法律時報 62卷 10號, 26면 이하

# 출생전 인간생명의 헌법적 보호

金善擇

高麗大學校 法科大學 教授

## - 目次 -

I. 문제제기 .....	147
II. 인간생명의 발달단계와 헌법적 보호의 시기 .....	149
1. 인간생명의 발달단계 .....	149
가. 인간생명의 의미 .....	149
나. 자연임신·인공수정을 통한 수정란(배아)의 발달 단계 .....	150
다. 치료연구 목적의 체세포 복제배아의 발달 단계 .....	151
2. 법적 개념으로서의 인간과 인간생명의 이중성 .....	152
3. 인간생명에 대한 헌법적 보호의 시기 .....	154
III. 인간의 존엄과 생명권, 국가의 보호의무 .....	156
1. 헌법상의 '인간으로서의 존엄과 가치'와 '생명권'의 해석 .....	156
가. 헌법 제10조 제1문의 '인간으로서의 존엄과 가치'의 해석 .....	156
나. 헌법상의 '생명권' .....	160
다. 인간존엄권과 생명권, 결합하는가 또는 분리가능한가? .....	164

2. 인공수정배아(인공수정을 통해 생성된 체외수정란)의 경우	
- 특히 잔여배아의 문제를 포함하여 .....	165
가. 인공수정배아와 인간으로서의 존엄과 가치 .....	165
나. 인공수정배아와 생명권 .....	167
3. 체세포복제배아의 경우 .....	167
가. 문제의 소재 - 인공수정배아와 동일취급 가능성? .....	167
나. 복제배아와 인간으로서의 존엄과 가치 .....	168
다. 복제배아와 생명권 .....	169
라. 복제배아의 연구목적이용에 대한 기간상의 제한 .....	169
IV. 생명윤리및안전에관한법률의 내용 및 헌법적 평가 .....	169
1. 생명윤리법의 제정 .....	169
2. 배아의 기본권적 지위 및 국가의 생명보호의무의 확인 .....	170
3. 생명윤리심의를 위한 기관구성 .....	171
4. 배아의 개념규정 .....	172
5. 인공수정배아의 생성 및 잔여배아의 연구목적 이용 .....	172
가. 인공수정배아의 생성 .....	172
나. 잔여배아의 연구목적 이용 .....	173
6. 체세포복제배아의 생성 및 연구목적 이용 .....	174
가. 핵이식기술에 의한 체세포복제배아 생성 .....	174
나. 인간복제의 절대금지 .....	175
다. 하이브리드(Hybrid)의 절대금지 .....	175
라. 체세포복제배아의 연구목적 이용 .....	176
7. 배아에 대한 유전자검사 내지 유전자치료의 허용여부 .....	177
가. 배아에 대한 유전자검사 .....	177
나. 배아에 대한 유전자치료 .....	177
V. 결론 .....	178

## I. 문제제기

현대 생명과학의 발전은 법학의 세계에서 정의될 수도 없고(Carlo Schmitt-인간의 본질은 ‘정의할 수 없는 것’), 해석될 수도 없다고(Theodor Heuss-인간의 존엄은 ‘해석되지 않는 명제’) 믿었던 ‘명제’를 정의·해석하지 않으면 안되는 ‘과제’로 만들어버렸다. 인간이란 무엇인가. 존엄하다는 것의 의미는 무엇인가. 존엄하다는 것과 살아있다는 것은 어떠한 관계에 놓여 있는가. 모든 법적 판단의 출발점이자 전제로서 더 이상 증명이 필요없는 공리로 인정되어 왔던 절대적 (법)가치개념들이 아니었던가. 특히 생명이라는 - 자연적 - 현상과 인간의 존엄과 같은 - 규범적 - 가치가 분리될 수 있으리라고는 과거 예측하지 못했던 일이다.

과거에는 남녀간의 성적 결합을 통한 임신의 경우 정자와 난자의 수정의 시점을 확인할 기술적 방법을 알지 못했고, 자궁에 착상(수정 후 12~14일)된 이후에야 비로소 확인 가능했다. 그리하여 인간생명의 시기를 수정란의 자궁 착상 시점으로 보는 것으로 충분했는지도 모른다. 이러한 견지에서 출생 전 인간생명에 대한 형사법적 보호인 낙태죄규정이 자궁착상이후의 인간 생명만을 보호대상으로 해온 것도 이해할 수 있다. 그러나 이러한 논리는 생명과학기술의 발전으로 더 이상 유지하기가 불가능해졌다. 인공수정기술의 발전은 체외수정으로 생성된 수정란을 자궁에 착상시키기 전 단계에서도 규율해야 할 필요성을 발생시켰다.

나아가 생명과학기술의 발전은 수정의 방식이 아니라 핵이식의 방식을 통한 체세포 복제 배아를 만들어 내는데 성공하였다. 인공수정이 종래의 태아 보호의 시점을 어느 단계까지 소급시켜야 하는가의 시기문제에 불과했다면, 오늘날 배아복제는 인간생명의 보호시기에 관한 문제를 넘어 무엇이 인간생명인지, 복제된 배아를 인간이라고 할 수 있는 것인지 더 깊은 차원에서 문제를 제기하고 있다.

배아복제는 목적에 따라 임신·출산(생식)을 위한 복제와 치료연구를 위한 복제로 나눌 수 있다. 임신·출산 목적의 배아복제는 복제된 배아를 자궁에 착상시켜 출산하기에 이르면 인간 복제에 해당하게 됨으로 절대적으로 금지해야 한다는데 거의 의견이 일치하는 것으로 보인다. 그러나 치료연구 목적의 배아복제는 자궁에 착상시켜 출산하게 할 의도가 처음부터 없는 것이라는 점에서 인간복제의 문제는 비켜갈 수 있지만, 인간생명을 자기목적이 아닌 다른 목적을 위해 수단화한다는 문제에 직면한다. 즉, 치료연구 목적의 복제배아는 인간생명임에도 인간이 되지 못할 운명을 갖고 생성된다. 인간이 되지 못할 인간생명도 인간인가? 이 문제는 인공수정 후 임신에 사용되고 남은 이른바 잔여배아에서도 나타난다. 자궁에 착상되어 인간으로 생성될 기회를 - 영구히 - 상실한 잔여 배아의 운명도 결과적으로는 치료연구 목적의 복제배아와 다를 것이 없다. 그렇다면 잔여배아는 인간인가 아닌가?

여기서 우리는 다음 두 가지 과제를 인식하게 된다: 첫째, 종래 법적 보호가 미치는 인간생명의 초기 단계로서의 태아가 그 개념 범위를 확장하는 형태이든 아니면 배아와 같은 생물학의 개념을 원용하는 형태이든 인간생명에 대한 법적 보호의 시기를 앞당겨야 한다는 것; 둘째, 자연임신·인공수정·체세포복제 등 인간생명이 생성되는 방식과 목적에 따라, 그리고 그에 따라 생성된 인간생명의 발달단계에 따라 달리 검토하여야 한다는 것을 알 수 있다.

출생 전 인간생명에 대한 헌법적 보호 가능성을 검토함에 있어서 전제되어야 할 것은 출생 후 인간 성체와 달리 그것이 실제로 향유할 수 있는 법익이 매우 제한된다는 점이다. 독립된 인간 개체로서 다양한 관계망 속에 생활하는 인간 성체가 자신의 존재자체 뿐만 아니라 다종다양한 영역에서의 그의 작위·부작위 등 모든 태도가 법적 보호의 대상이 되는 것과 달리 출생 전 인간생명은 ‘무엇인가 존재한다는 것’, ‘살아 있다는 것’, ‘물건과

같은 무생물체나 동·식물과 같은 다른 생물체와 비교하여 보다 가치있는 것'이라는 좁은 범위 내에서 법적 보호의 대상이 되는 것이다. 따라서 이 논문에서는 출생 전 인간생명에게도 '하나의 인간으로서' 헌법 제10조 제1문의 인간으로서의 존엄과 가치가 인정되는가, 그리고 헌법 제10조 제1문, 제37조 제1항 등에 의하여 보장되는 생명권이 그것)에게도 미치는지를 중심으로 논의한다.

따라서, 아래에서는 생물학적 의미에서의 인간생명이 헌법적 보호(법익)의 주체로서 인간생명으로 인정받는 시기는 언제인가를 우선 살펴보고(Ⅱ.), 인공수정을 통해 생성된 - 잔여배아를 포함한 - 체외수정란의 경우와 핵이식 기술을 통해 생성된 복제배아의 경우를 나누어(생식목적의 복제배아는 인간복제로 연결되어 인간의 유일회성 내지 동일성을 침해하는 것으로 인간의 존엄을 최고의 법가치로 보호하는 근대법질서 하에서 허용될 수 없음이 명백하므로 이하에서는 별도로 다루지 않겠다) 인간으로서의 존엄과 가치와 생명권이 보장되는지, 보장된다면 어떻게 그러한지를 논하고(Ⅲ.), 마지막으로 2004년 1월 29일 제정· 공포되고 2005년 1월 1일 시행되었으며, 2005년 3월 24일 일부 개정된 생명윤리및안전에관한법률의 내용을 헌법적 관점에서 비판적으로 고찰한 후(Ⅳ.), 그에 대한 헌법적 평가를 결론으로 제시하기로 한다(Ⅴ.).

## Ⅱ. 인간생명의 발달단계와 헌법적 보호의 시기

### 1. 인간생명의 발달단계

#### 가. 인간생명의 의미

물론 인간생명(체)에 대하여, '인간으로서의 생명(체)'이라고 보아 인간성을 인정해야 한다고 말할 수도 있다. 이렇게 보면 '인간'만이 권리보호의



주체가 되고 ‘생명’은 보호법익으로서만 기능하게 된다. 이럴 경우 인간생명의 발달단계 전 과정을 나누어 보는 것이 법적으로는 무의미해진다. 여기서는 논의의 가능성을 확대하기 위하여 일용 ‘인간’과 ‘인간생명’을 구분하기로 한다. 인간이라 함은 출생하여 독립된 개체로서 인간사회(질서)의 구성원으로서의 기능과 역할을 수행하는 생명체를 일컫는다. 즉 성체로서의 인간, 이른바 완성된 인간을 말한다. 반면에 인간생명(체)이라 함은 자연임신이든 인공수정이든 체세포복제이든 수정란 또는 배아가 생성된 후 - 자궁에의 착상 전 · 후를 불문하고 - 적절한 영양의 보급과 적절한 생존 조건이 부여되면 (성체로서의) 인간으로 성장할 수 있는 생명체를 말한다.

#### 나. 자연임신 · 인공수정<sup>158)</sup>을 통한 수정란(배아)의 발달 단계

수정은 정자가 난자에 돌입하면서 시작되고 난자의 핵과 정자가 완전히 하나로 융합하면 완료된다. 그렇게 발생한 단세포 수정란을 접합체(zygote)라고 부른다. 접합체는 스스로 분열을 시작한다. 최초의 분할 단계에서는, 추정컨대 8세포단계까지는 세포들이 여전히 전능적인(totipotent=각 세포로부터 완전한 인간개체가 발생할 수 있는) 상태에 있다. 세포분열이 거듭되어 분화가 더 촉진되면 뿔나무 열매와 비슷한 모양을 하고 있어서 붙여진 이름인 상실배(morula)단계가 되는데, 약 0.2밀리미터 크기쯤 된다. 이 초기단계에서는 배아가 난자의 껍질로부터 완전히 벗어나지 못하고 발달능력이 있는 부분이 남아서 두 부분으로 분리되어 각각 발달하면 일란성 쌍둥이로 형성될 수 있다. 대략 4~6일이 지난 후 여러 차례의 세포분열 후 배반포(blastocyst)단계로 되는데 1밀리미터 보다 작은 크기이다. 바깥의 세포들은 영양공급과 자궁 점막에 자리잡는 역할을 하고 안쪽에 있는 세포들은

---

158) 여기서의 인공수정은 넓은 의미의 인공수정으로서, 좁은 의미의 인공수정 - 즉 남성의 정액을 여성의 체내에 인공적으로 주입하여 임신을 시도하는 기술 - 과 체외수정 - 즉 남성의 정액과 여성의 난자를 모두 체외로 배출하여 시험관에서 수정시킨 후 동 수정란을 다시 여성의 자궁에 이식하여 임신을 시도하는 기술 - 을 포괄하는 개념으로 사용한다.

본래의 배아로 발달하게 된다. 이 내부 세포들로부터 다능적인(pluripotent=완전한 인간개체로 성장할 수는 없으나 인간을 구성하는 모든 종류의 조직으로 형성될 수 있는) 배아 간세포를 추출 할 수 있다. 이 경우 배반포는 파괴된다. 생체 내에서 발달이 계속 진행되면 자궁 점막에 자리 잡는 일(착상)이 시작되고 12~14일째에 완료된다. 이 시점에서, 즉 14일째쯤 배반포의 한쪽 끝에 원시선(primitive streak)이 나타나며 이 시점부터 각 세포들이 구체적인 신체기관으로 발달한다. 이와 같이 수정한 때로부터 발생학적으로 원시선이 나타나는 14일째쯤까지의 배아를 초기배아(pre-embryo: 전배아라고도 함)라고 하여 그 후의 배아단계와 구분하기도 한다. [착상과 개체화는 동시적인데 이 때 이후로는 일란성 쌍둥이 형성은 더 이상 가능하지 않다. 이렇게 생겨난 태아를 형법이 낙태죄규정으로 보호하는 것이다.] 발생 후 최초 1개월 말 무렵 배아는 약 6밀리미터 크기가 된다. 3주째에 심장이 뛰기 시작한다. 단 심장 박동소리는 12주째에나 비로소 밖에서도 들을 수 있다. 대략 6주후에 배아는 인간의 신체형태를 갖춘다. 47일째쯤에는 뇌파검사가 가능하다. 56일까지는 모든 기관이 갖추어지고 이때부터 배아(embryo)를 태아(fetus)라고 부른다.<sup>159)</sup>

#### 다. 치료연구 목적의 체세포 복제배아의 발달 단계

배아복제란 난자로부터 유전정보를 지닌 핵을 제거한 후 체세포로부터 유전정보를 담은 핵을 추출하여 이 핵을 핵이 제거된 난자에 전기충격으로 융합·이식하여 배아, 정확히 말해서 초기배아를 생성하는 기술이다. 남자의 정자와 여자의 난자를 결합하는 방식이 아니라 - 남성·여성을 불문하고

---

159) 강희원, 배아복제와 인간존엄성의 정치학, 법제연구 제20호, 한국법제연구원, 2001, 13~14면; 정현미, 배아의 생명권과 착상전 유전자진단, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 261면; Brian E. Edwards/John D. Gearhart/ Edward E. Wallach, The human pluripotent stem cell: impact on medicine and society, Fertility & Sterility, vol.74, No.1, July 2000, pp.1~4; Erik Parens, Embryonic Stem Cells and the Bigger Reprogenetic Picture, WOMEN'S HEALTH ISSUES, vol.10, No.3, May/June, 2000, p.117.

- 누군가의 몸으로부터 확보한 체세포의 핵을 - 그 체세포를 제공한 여성을 포함하여 - 어떤 여성으로부터 획득한 - 핵을 제거한(탈핵화한) - 난자의 핵이 있던 자리에 결합시키는 방식인 바, (체세포) 핵을 제공한 자와 생성된 배아는 99.9% 동일한 유전정보를 갖게 됨으로써 복제라고 불리운다.

복제된 배아도 인공수정된 수정란(배아)과 마찬가지로 분할하기 시작하고 그 후의 과정도 마찬가지로 진행된다. 임신·출산 목적의 배아복제는 결국 인간복제를 목적으로 하는 것이므로 절대적으로 금지된다. 따라서 배아복제는 오로지 치료연구 목적을 가진 것만 허용 여부가 문제될 수 있다. 그렇다면 복제된 배아는 여성의 체내에 이식될 가능성이 없는 것이므로 자궁착상을 전제로 한 그 후의 - 완성된 인간으로의 - 발달과정은 따져볼 필요가 없다. 복제된 배아도 핵이식이후 14일째쯤 원시선이 나타나고 이 때 개체로서의 자격을 인정받게 된다.<sup>160)</sup> 이 이후에는 인간의 존엄성을 침해할 가능성이 있으므로 14일 이상의 배양이 금지되어야 한다는 점에 대하여는 이론의 없으므로 14일 이후 단계는 - 복제배아의 경우 - 최소한 법적으로는 정당하게 논의될 수 없다.

## 2. 법적 개념으로서의 인간과 인간생명의 이중성

‘인간’이라든가 ‘인간의 생명’이라는 개념이 법에 있어서 언제나 일의적으로 쓰이는 것은 아니다. 예컨대 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고

---

160) 원시선이 출현하는 14일을 중요하게 보는 까닭은 그 시점 이전 배아의 생물학적 특성 때문이다. 원시선이 나타나기 이전의 배아, 이른바 초기배아(pre-embryo)의 모든 세포들은 각각 인간개체로 발달할 수 있는 잠재력을 가지고 있다. 예컨대 8세포단계의 각 세포는 8명의 인간개체로 발달할 수 있다. 그러나 원시선이 나타나는 시점부터는 배반포는 하나의 인간개체로만 발달할 수 있다 (원시선은 배아가 분화하기 위해 배아의 머리와 꼬리뿐만 아니라 좌우방향을 나타내는 척추가 형성되는 것을 말한다. 원시선이 나타난 후 비로소 인체의 기본이 되는 척추 및 신체 각 기관이 구체적으로 형성되기 시작한다).

있다. 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권은 국적과 상관없이 인간이면 누구나 누릴 수 있는 천부적 자유권의 성질을 가지므로 ‘모든 국민’이라는 문언에도 불구하고 그 주체가 인간이라는데 대하여는 이론이 없다. 따라서 위 조문은 “인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 …”로 읽을 수 있다. 앞의 ‘인간’은 권리 내지 헌법적 보장을 향유하는 주체의 의미로, 뒤의 ‘인간’은 권리 내지 헌법적 보장의 객체(=보호법익)의 의미로 사용되고 있다. 전자의 인간이 ‘누가 인간인가’라는 물음에 대한 대답이라면 후자의 인간은 전자의 인간에 포섭된 자들에 대하여 공동체가 부여하는 법적 지위 내지 법적 가치를 표현하는 것이다. 극단적으로 표현하면 “인간은 인간이며…”라는 표현에 지나지 않는 것이다. 헌법에 인간의 생명을 보장하는 명시적 규정은 없지만 인간생명(주체)과 인간생명(보호객체)의 관계도 마찬가지로 볼 수 있을 것이다. 즉 인간생명으로 인정될 수 있는 생명체에 대하여 인간생명으로서의 지위와 가치를 보호하는 것이다.

이렇게 이중적으로 법개념이 사용되에도 큰 문제가 없었던 것은 보호주체로서의 인간 또는 인간생명이 항상 결합하는 것으로 이해되었고, 그 자체가 입법에 전제된 - 생물학적 - 사실로서 더 이상 법적 규명을 요하지 않는, 더 정확히 말하자면 법적 평가를 해서는 안되는 존재로 간주되었기 때문이다. 또한 그동안 법(학)에서는 인간 또는 인간생명의 보호 문제가 언제나 출생 이후의 성체로서의 인간을 중심으로 하여 논의되었기 때문이기도 하다. 그래서 출생의 기점을 언제로 볼 것이냐가 주된 문제였고, 주지하다시피 진통설(형사법), 일부노출설, 전부노출설(민사법), 독립호흡설 등이 분기하였다. 그 전 단계인 태아의 보호문제에 관하여는 일반적으로(이른바 일반적 보호주의) 또는 개별적으로(이른바 개별적 보호주의) “이미 출생한 것으로 간주하는” 방식으로 성체인간에 준하는 지위를 인정하거나(민사법)<sup>161)</sup>, 태아의 생명침해를 범죄화하는 방식으로(형사법) 해결하였다. 이 경

161) 이에 관하여 자세히 검토한 것으로는 김천수, 태아의 법적 지위, 한국비교사법학회, 비교사법 제10권 제2호, 2003, 21~64면 참조.

우 태아도 인간에 준하는 인간생명으로 보는데 이론이 없었으므로 진지한 시비의 대상이 될 여지가 없었다.

그러나 현대생명과학의 발전은 인간생명의 발달단계를 상세하게 들여다 볼 수 있게 해줌으로써 성체인간을 중심으로 하고 태아를 제한된 범위에서 그에 준하여 보호하는 것으로는 충분치 않게 되었다. 체외수정란은 물론이고 그것의 발달단계인 초기배아-배아-태아의 각 경우, 또한 생식세포가 아닌 체세포를 복제한 배아의 체외 배양에 이르면 과연 무엇이 인간(생명)이고 그에 대하여 인간(생명)으로서의 보호가 미칠 수 있는 것인지 문제되지 않을 수 없다. 법적 보호가 미치는 보호주체의 범위와 보호객체 사이의 새로운 대응관계가 요구 되고 있는 것이다. 여기서 보호주체로서의 인간 또는 인간생명이 법적 규율에 앞서 자명한 사실로서 전제될 수 없게 되었고, 어느 단계에 어떠한 법적 보호가 상응할 수 있는가에 대한 규범적 평가가 요구되고 있다.

### 3. 인간생명에 대한 헌법적 보호의 시기

수정란(배아)생성 이후 출생에 이르기까지를 인간생명이라 하였다. 인간으로서의 존엄과 가치이든 생명권이든 혹은 이러한 법익에 대한 국가의 보호의무이든 헌법적 보호가 인간생명의 어느 단계부터 미칠 수 있을지 문제된다. 임신출산목적의 인공수정의 경우 수정시부터인가(수정시설),<sup>162)</sup> 수정란이 자궁에 착상한 때부터인가(착상시설),<sup>163)</sup> - 사망인정시점으로서의 뇌사

---

162) 신동일, 배아 생명 보호를 위한 형법적 개입의 시기, 형사정책연구 제13권 제3호, 한국형사정책연구원, 92~93면; 이인영, 인간복제 및 인간배아연구와 관련된 처벌규정에 관한 고찰, 비교형사법연구 제4집 제2호, 한국비교형사법학회, 2002, 248면; W. Höffling, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und humanbiologisches Material, Gutachten, mai 2001, S. 40.

163) 신동일, 위의 논문(주 5), 93면; 이인영, 위의 논문(주 5), 248면; Hans-Ludwig Schreiber, Der Schutz des Lebens an seinem Beginn durch Recht, 형사정책연구 제13권 제3호, 2002 가을, 한국형사정책연구원, 246~248면.

에 대응하여 - 두뇌활동을 개시한 시점부터인가(뇌파확인시설),<sup>164)</sup> 처음으로 심장이 뛰기 시작한 순간부터인가(심장박동시설), 최초로 고통의 감각을 느끼는 시점부터인가(통증지각시설). 인간생명의 시기를 아예 인간의 시기와 일치시켜 출생으로부터만 '인간'생명으로서의 자격을 부여하고 성체인간에 대하여만 인간=생명으로서의 헌법적 보호가 미칠 수 있다고 보는 견해조차 없지 아니하다.

여러 견해의 대립에도 불구하고 더 근본적인 문제는 인간생명이 인간으로 발달하는 과정중의 어느 한 시점을 선택하여 그 전과 그 후를 질적으로 달리 평가할 수 있겠는가 하는 점이다. 어느 시점이건 간에 그러한 상이한 평가를 정당화할 만한 합리적 근거를 제시할 수 있을지 문제된다. 수정란의 경우 인간개체로 성장할 수 있는 완전한 잠재성을 가지고 있고 출생에 이르기까지의 과정이 연속성이 있다는 점에서 그 후의 단계와 질적으로 차별받을 합리적 근거를 찾기 어렵다. 결국 임신·출산 목적의 인공수정에 있어서는 당해 수정란이 정상적인 임신·출산의 과정에 들어가게 되는 한 - 이미 자궁에 착상되어 출산과정에 들어있는 경우는 물론이고 체외수정란단계라 하더라도 임신·출산 목적을 유지하는 한, 수정시부터 인간생명으로서 헌법적 보호의 대상이 되어야 한다고 본다.

체세포복제의 경우는 핵을 이식하여 융합이 이루어진 때부터인가, 세포가 분열하여 일정한 단계에 이르렀을 때, 예컨대 배반포 단계에서 원시선이 발생하여 하나의 인간개체로만 성장할 잠재성이 있는 개체화의 단계에 이르렀을 때인가 - 이 시점 이후에 체세포 복제배아를 치료연구 목적에 이용하는 것은 금지되므로 더 이상 배양할 수 없을 것이고 따라서 그 이상의 단계는 최소한 법적으로는 (금지를 관철하는 수단에 관한 것 말고는 더 이상) 문제되지 않는다 - 어느 쪽인가 만이 문제된다. 체세포 복제배아의 경

---

164) C. D. Classe, Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte, DVB 1. 2002, S. 141ff; Hans-Martin Sass, Hirtod und Hirnleben, Hans-Martin Sass(Hrsg.), Medizin und Ethik, Stuttgart, 1994, S. 170~173.

우 처음부터 임신·출산 목적이 아니라 오로지 치료연구 목적으로 생성된 것이므로 인공수정배아와 똑같이 볼 수 있는가가 문제되긴 하지만, 일단 핵 융합이 이루어지면 그 후 - 법적으로 금지되어 불가능하긴 하지만 - 자궁에 착상시킨다면 인간개체로 성장할 잠재성은 있는 존재이므로 수정란과 마찬가지로 인간생명으로서 헌법적 보호의 대상이 된다.

### III. 인간의 존엄과 생명권, 국가의 보호의무

#### 1. 헌법상의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’와 ‘생명권’의 해석

##### 가. 헌법 제10조 제1문의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 해석

###### (1) 헌법적 근거

헌법은 기본권장(제2장 “국민의 권리와 의무”)의 모두조항인 제10조의 제1문에 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고 있다. 헌법 제10조는 헌법상의 기본권목록을 여는 조항이다. 그래서 기본권목록을 닫는 조항인 헌법 제37조와 더불어 기본권총칙적 규정으로 간주되고 있다. 여기서 인간으로서의 존엄과 가치는 헌법이 기본권을 보장하는 이념인 동시에 출발점으로 이해된다. 기본권보장을 헌법의 핵심으로 생각하는 입장에서는 인간으로서의 존엄과 가치가 - 기본권장에 규정되어 있기는 하지만 - 실질적으로는 헌법 전체, 나아가 법질서 전체를 관류하는 제왕조항으로 이해한다. 그렇게 보면 대한민국이라는 국가와 그 국가의 법질서는 인간의 존엄과 가치라는 핵심가치를 초석으로 하고 있다고 할 수 있다.

###### (2) 법적 성격(기본권성 여하)

헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치가 헌법을 구성하는 핵심원리라는 점에 대하여는 이론이 없다. 그런데 이 조문이 단순히 객관적인 헌법원리를 선언한데 불과한 것이냐<sup>165)</sup>, 아니면 그와 더불어 개인의 주관적 권리를

---

165) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 375면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 322~323면.

까지 보장한 것이냐<sup>166)</sup>를 둘러싸고 논란이 있다. 헌법재판소 판례는 동 조항으로부터 ‘인격권’이라는 개인의 주관적 권리를 도출해냄으로써 주관적 권리성을 인정하는 편에 서있다.<sup>167)</sup> 주체 스스로가 자신의 존엄과 가치를 방어할 수 있는 권리를 부여하지 않으면서, 그 주체에게 존엄과 가치가 있다고 말하는 것은 모순이 아닐 수 없으므로, 인간으로서의 존엄과 가치는 주관적 권리의 성격을 가지는 것으로 이해해야 할 것이다.

### (3) 보호의 내용

인간으로서의 존엄과 가치에 주관적 권리성을 인정했을 때 그 권리의 내용(보호영역)은 어떤 것인가? 여기서 문제되는 것은 인간의 존엄과 가치가 ‘왜’ 보호되어야 하느냐 하는 것이 아니고 인간의 존엄과 가치라는 권리로서 보호하고자 하는 것은 ‘무엇’인가 하는 것이다. 기타의 자유권의 경우에서와 마찬가지로 헌법문언상의 ‘개념’을 보호영역의 경계를 확정하는데 사용한다면, ‘인간의 존엄과 가치’를 정의하여야 하는 어려운 문제에 부딪치게 된다. 이 논문 서두에서 말한 바와 같이 인간존재의 본질이든 인간의 존엄이든 정의해서는 안 될, 그리고 정의내리는 것 자체가 불가능한 ‘진제된 개념’으로 받아들여져 왔다. 여기서 발생하는 ‘정의하여야 하지만 정의할 수 없는’ 개념의 딜레마를 피하기 위하여 무엇이 인간의 존엄과 가치를 내용적으로 구성하는 것이냐 라고 묻는 대신에, 소극적으로 무엇이 인간의 존엄과 가치(를 실현하는 것)에 해당하지 않느냐, 즉 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이냐를 묻는 방식이 선호되었다. 침해사례를 유형화하여 인간의 존엄과 가치를 침해하여 법적으로 금지되어야 할 것들을 열거함으로써 인간의 존엄과 가치가 보호되어야 할 범위를 소극적으로 규정하는 것이다. 그런데 이 방식은 - 역사적 경험에 바탕하여 자명하다고 주장할런지는 모르

166) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005, 397면; 김선택, 헌법 제9조 제1문 전단 「인간으로서의 존엄」의 의미와 법적 성격, 고려대학교대학원 석사학위논문, 1983, 80면 이하.

167) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306.



나 - 인간의 존엄과 가치가 침해되었다고 하는 사례가 무엇을 기준으로 그러한 판단에 이르게 된 것인지 하는 의문에 부딪치게 된다. 결국 판단주체 자신의 주관적인 인간의 존엄과 가치에 대한 기준이 암묵적으로 작용한 것일 수밖에 없으니 문제를 해결한 것이 아니라 숨긴데 불과하다는 비판을 받게 된다. 또 다른 문제로서 침해사례의 유형화는 과거로부터 하나씩 하나씩 수집되어 온 것이므로 망라적일 수 없고, 따라서 급변하는 시대에 그때그때 발생하는 새로운 침해유형에 신속히 대처하기 어려운 치명적 결함이 있다.

그래서 망라적 기준이 필요하게 되는 바, 독일철학자 칸트(Kant)의 영향하에서 독일의 헌법학자 듀리히(Dürig)가 정립하고 독일연방헌법재판소가 수용한 이른바 객체공식(Objekt formel)이 이에 부합하는 것일 수 있다.<sup>168)</sup> 즉 “어떤 구체적 인간이 객체로, 단순한 수단으로, 대체가능한 단위로 전락되어서는 안된다”<sup>169)</sup>는 것이다. 그러나 이 기준은 추상성으로 인하여 개별적인 상황별로 구체적인 판단을 내리는 기준으로서 항상 유용할 수는 없다는 문제가 있다.<sup>170)</sup> 객체공식은 실무에서 적용되기 위하여는 보다 구체화되어야 한다.

결국 인간의 존엄과 가치도 법개념인 한에 있어서 그것을 실무적으로 관철하려면 적극적으로 정의내리는 것을 시도하지 않을 수 없다. 첫째, 인간은 법공동체 내에서 다른 인간과 마찬가지로 인간으로 취급되어야 한다는 점에서, 모든 인간이 인류의 구성원으로서의 기본적인 법적 지위에 있어서 평등하여야 한다. 둘째, 인간은 법공동체 내에서 ‘주체’이지 ‘객체’로 취급되어서는 안된다, 즉 자신의 문제에 관한 자기결정권이 완전히 박탈되어서는 안된다. 셋째, 인간은 다른 그 무엇도 아닌 ‘자기자신임’을 인정받아야 하는

168) BVerfGE 39, 1 참고.

169) Dürig, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art.1 I Rdnr. 28.

170) 독일연방헌법재판소도 도청판결(Abhör-Urteil)에서 “인간은 국가권력의 단순한 대상으로 격하되어서는 안된다는 공식과 같은 이러한 일반적 공식은 다만 방향만을 암시할 수 있다.”고 판시하고 있다. - BVerfGE 30, 1(25) 참고; Annkatrin Paul, Möglichkeiten und Grenzen der Forschung an embryonalen Stammzellen und des therapeutischen Klonens, Hamburg, 2004, S. 50~52.

데, 이것은 모든 인간이 유일회성, 정체성, 동일성(identity)을 가져야 한다는 것을 말한다. 즉 인간의 인간성, 주체성, 동일성이 침해될 경우 인간의 존엄을 침해받았다고 할 수 있다.<sup>171)172)</sup>

#### (4) 보호의 정도(절대성 또는 상대성)

주지하다시피 인간의 존엄을 헌법에 명문으로 보장하는 헌법전통은 독일 기본법에서 비롯된 것이다. 독일기본법은 “인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 책무이다”(제1조 제1항)라고 규정하고 있을 뿐만 아니라 아무런 제한가능성을 규정하고 있지 않아 인간의 존엄을 절대적으로 보장하고 있음을 문언에서부터 알 수 있다. 이와는 달리 대한민국 헌법은 제10조 제1문에서 단지 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며…”라고 규정하고 있을 뿐이고, 나아가 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 … 법률로써 제한할 수 있다”라고 규정하여 일반적 법률유보를 두고 있다. 문언으로만 보면 헌법상 인간의 존엄과 가치도 국민의 기본권 중의 하나라면 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보하에 놓이게 되는 것이다. 즉 인간의 존엄과 가치도 헌법 제37조 제2항의 조건, 주로 비례성만 갖추면 다른 중요한 법익과의 형량 가운데 법률로써 제한가능하다는 논리가 가능해 보인다. 그렇다면 인간의 존엄과 가치도 상대적인 권리가 되고 만다.

그러나 실제로는 학계에서도 인간의 존엄과 가치가 절대적으로 보장되어야 한다는데 이론이 없는 것으로 보인다.<sup>173)</sup> 그것은 아마도 인간의 존엄과 가치로써 보호하고자 하는 내용이 가지는 성격과 비중 때문일 것이다. 인간으로 구성되는 공동체에서 절대적으로 양보할 수 없는 존재근거가 바

171) 이와 같이 인간존엄의 개념과 관련하여 구체적인 징표를 확정하고자 하는 시도로 대표적인 것으로는 김선택, 위의 논문(주 9), 93면 이하 및 이 견해를 수용한 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2004, 198~200면 참조.

172) 인간을 단순히 생물학적 존재가 아니라 생물학적-사회적 산물이라고 하면서 인간의 존엄성 인정에 있어서 후자에 비중을 둘 것을 주장하는 견해가 최근에 독일에서 박사학위논문으로 발표되었다. Annkatrin Paul, a.a.O. 특히 S.48~50 (“soziale Biografie”라는 흥미로운 용어를 사용하고 있다).

173) 계획열, 위의 책(주 13), 213면; 권영성, 위의 책(주 8), 376면; 김철수, 위의 책(주 9), 422면; 허영, 위의 책(주 8), 326면.

로 인간의 존엄과 가치이기 때문이다.<sup>174)</sup>

### (5) 국가의 보호의무와 단계적 보호의 가능성

인간의 존엄과 가치는 헌법상의 범익가운데 최고의 것이다. 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치를 박탈당한 개인은 받을 수 있는 침해 중 최대의 것을 당하는 것이다. 따라서 이러한 범익에 대한 국가의 보호의무도 가장 무겁다고 보지 않을 수 없다. 국가가 스스로 존중하여야 하는 것은 물론이고 제3자에 의한 침해가능성에 대하여도 엄격한 제재를 가하여야 할 것이다.

그런데 인간(생명)의 발달단계에 따라서 인간의 존엄과 가치의 보호를 단계적으로 달리할 가능성은 있는가?<sup>175)</sup> 이는 인간의 존엄과 가치와 그 주체 사이의 연관관계를 어떻게 이해할 것이냐의 문제이다. 일단, 어떤 인간이 ‘더 존엄’하고 다른 어떤 인간은 ‘덜 존엄’하다는 사고방식은 인간=존엄이라는 등식에 비추어 성립불가능한 논리이다. 즉 존엄의 차등화는 성공할 수 없다. 분리보호의 가능성은 존엄이 미치는 주체의 범위의 광협에 관한 것만이 남는다. 즉, 인간생명발달의 어떤 단계부터 인간의 존엄이 미치는 인간(생명)이냐 하는 것만이 문제된다(구체적인 것은 후술한다. 아래 2. 가. (1) 참조).

## 나. 헌법상의 ‘생명권’

### (1) 헌법적 근거

헌법에는 인간의 생명을 보호법익으로 하는 기본권규정이 없다. 생명을

---

174) 그런데 여기서 잊지 말아야 할 것은 절대적 보호의 외피가 강력한 것이긴 해도, 그것이 강하면 강할수록 감쌀 수 있는 범위가 좁아진다는 점이다. 인간의 존엄의 절대적 보호는 여타의 범익과의 형량의 여지가 없을 정도로 명백하게 우월한 범익의 한도 내로 인간의 존엄의 보호내용을 최소화한다는 점에서 반드시 관련당사자인 구체적 개인에게 유리한 것만은 아니다. 따라서 조화가 필요하다.

175) 주목할 만한 것으로 독일학계의 저명한 기본법주석서인 Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar의 기본법 제1조 제1항에 대한 Mattias Herdegen의 새로운 주석과 그에 대한 Thomas Traub의 비판(Schutz der Menschenwürde in Stufen?, ZfL 2003, 130ff.) 참조.

전제로 하지 않는다면, 재산권행사를 비롯한 법률행위에 해당하는 행동은 물론이고(민법 제3조에 따라 생존한 동안의 사람에게만 사법상의 권리능력이 부여됨을 생각할 것) 신체의 자유를 비롯한 자연적인 행동들도 의미를 가질 수 없다는 점에서, 후자를 보장하면서도 그 전제가 된다고 할 수 있는 전자에 대하여 침묵하고 있는 헌법의 태도는 기이하게 느껴진다. 헌법은 모든 중요한 보호법익을 빠짐없이 명시할 수 없다는 현실과 그럼에도 불구하고 그들을 빠짐없이 기본권적인 보호망 속에서 보호해야 한다는 과제를 포괄적 권리규정을 통하여 해결하고 있다. 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권조항은 자유권적 기본권의 포괄적 조항, 즉 독일 기본법 제2조 제1항의 해석론에서 나온 이른바 ‘일반적 행동자유권’으로 해석되고 있다.<sup>176)</sup> 이로 인하여 자유권적 보호를 요하는 인간행동에 대한 기본권적 보호에는 흠결이 발생하지 않는다. 나아가 헌법은 제37조 제1항에서 미국헌법 수정조항 제9조(1791)<sup>177)</sup>를 모델로 하여 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정함으로써 또 하나의 포괄적인 기본권 요건을 규정하고 있다. 여기서는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 헌법에 열거되지 아니한 권리조항 사이의 관계를 어떻게 정립할 것인가 하는 문제는 학계의 해묵은 숙제라는 점만 지적하는데 만족하기로 하고,<sup>178)</sup> 어쨌든 생명권이 이러한 포괄적 기본권요건에 포섭될 수 있다는 점에 대하여는 이론이 없고 따라서 헌법의 기본권체계하에서도 생명권이 기본권적 보호를 받는다는 점에 대하여도 의문이 있을 수 없다.

## (2) 보호의 법적 성격(기본권 및 국가의 보호의무)

생명권은 우선 생명의 주체인 개인의 주관적 권리를 보장한다. 나아가 생명과 같은 중대한 보호법익에 대하여는 국가에 보호의무가 부과된다. 이

176) 김선택, 헌법재판소판례에 비추어 본 행복추구권, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1999, 24면 이하; 현재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268(275-276); 1992. 4. 14. 90헌바23, 판례집 4, 162(171); 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1(28) 등.

177) The enumeration of the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

178) 김선택, 위의 논문(주 19), 321면 이하; 동인, “행복추구권”과 “헌법에 열거되지 아니한 권리”의 기본권체계적 해석, 안암법학 제1집, 안암법학회, 1993, 184면 이하.

것을 독일학계에서 ‘기본권적 보호의무’라 하여 선도적으로 논의해 왔는데,<sup>179)</sup> 기본권적으로 보호되는 중대한 법익에 대한 제3자의 위해로부터 당해 법익을 보호하기 위하여 적절하고도 효과적인 최소한의 보호조치를 국가가 취해야 한다는 것이다. 이 보호의무의 일차적 수범자는 입법자인데, 입법자는 기본권보호를 위한 입법의무 또는 기존입법의 개선의무를 부담한다. 이러한 입법이 헌법이 요구하는 최저한의 보호수준에 미달할 경우 헌법재판소는 과소보호금지원칙 위반을 선언할 수 있다. 이때의 최저보호수준은 일의적으로 확정할 수 없고, 개별 사례마다 관련되는 법익의 종류 및 그 법익이 헌법질서에서 차지하는 위상, 그 법익의 침해에 대한 위협의 태양과 정도, 상충하는 법익의 의미 등을 비교·형량하여 구체적으로 확정된다.

### (3) 보호의 내용과 정도

생명권의 보호법익은 생명이다. 이때의 생명은 생물학적 의미의 육체적 실존 그 자체이지 별도의 규범적 평가를 허용해서는 안된다. 이른바 ‘살 가치 없는’ 생명과 ‘살 가치있는’ 생명의 이분화가 초래될 우려가 있기 때문이다.

생명권이 헌법의 절대적 보호의 대상인지 상대적 보호의 대상인지에 관하여는 생명권 자체가 명시되어 있지 않기 때문에, 기본권조항에서 바로 도출해낼 수는 없다. 그러나 헌법은 제37조 제2항에 일반적 법률유보를 규정함으로써 예외없이 모든 기본권을 - 물론 일정한 한계요건을 충족시켜야 한다는 전제하에서이긴 하지만 - 법률적 제한대상으로 하고 있다는 점에서 생명권도 헌법상으로는 상대적 권리로 인정할 수밖에 없다.

문제는 인간의 존엄과 가치처럼 권리 자체의 내용이 성격상 절대적 보호를 지향하는 것이어서 헌법문언상의 기본권체계와 다른 해석이 허용될 수 있겠는가 이다. 생명권을 선형적이고 자연법적인 성격의 권리로서 어떠한

179) 이 논의가 학계에 자세히 소개되어 헌법재판소에서도 수용되었다. 정태호, 기본권 보호의무, 인권과정의 제252호, 대한변호사협회, 1997. 8., 83~108면; 송기훈, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1999; 현재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225(236).

법률이나 제도에 의하여도 이를 박탈할 수 없다고 주장하는 견해(예컨대 헌법재판소 전재판관 조승형의 의견<sup>180</sup>)도 없지 않으나, 예컨대, 인질의 생명을 구출하기 위하여 다른 대안이 없는 경우 납치범을 경찰이 정밀조준하여 살해하는 것, 정당방위에 의한 살인, 임산부의 생명과 태아의 생명이 충돌할 경우 전자를 우선시하여 인공임신중절수술을 제한적이거나 허용하는 것(물론 현재 모자보건법이 규정하는 인공임신중절 허용범위는 지나치게 넓은 것으로 비판받고 있지만), 사형의 제도화(합헌인지 여부가 의심스럽긴 하지만) 등에서 볼 수 있는 것처럼, 생명권은 절대적 보호법익이 아니라 다른 마찬가지로 중요한 법익과 비례적으로 형량하여 법률로써 제한할 여지가 있는 상대적 권리로 볼 수 있다.<sup>181</sup>

#### (4) 보호의 단계화 가능성

생명권을 보호함에 있어서 인간생명의 발달단계에 따라서 그 보호를 단계적으로 달리할 가능성은 있는가?<sup>182</sup> 헌법차원은 아니지만, 법률차원에서는 이미 생명에 대한 국가적 보호의무의 이행수준이 차등화되어 있다. 예컨대 형법상 살인죄(형법 제250조 제1항: ‘사람을 살해’, ‘사형, 무기 또는 5년 이상의 징역’), 영아살해죄(형법 제251조: ‘분만중 또는 분만직후의 영아를 살해’, ‘10년 이하의 징역’), 낙태죄(형법 제269조: ‘부녀가 … 낙태한 때’, ‘1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금’)의 법정형이 달리 규정되어 있음을 보면, 다 같은 인간‘생명’에 대한 침해임에도 불구하고 법적 보호의 수준이 침해되는 생명의 발달단계에 의존하고 있음을 알 수 있다. 물론 법률차원의 보호입법을 기준으로 헌법차원의 생명보호문제를 재단하는 것은

180) “...인간의 생명권은 사람의 생존본능과 존재목적 그리고 고유한 존재가치에 바탕을 두고 있으므로 이는 선택적이고 자연법적인 권리일 수밖에 없다. 또한 이는 모든 기본권이 생명이 있음을 전제로 하여 비로소 의미를 가지는 것으로서 모든 기본권의 근원이 되는 최고의 기본권이기 때문에, 어떠한 법률이나 제도에 의하여서도 박탈될 수 없다고 할 것이다.” 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537(557).

181) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537(548-549).

182) 이와 관련한 독일학계의 논의로서 주목할 만한 최근의 것으로 Horst Dreier, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377ff.와 그에 대한 비판(Rainer Beckmann, Wachsendes Lebensrecht?, ZRP 2003, 97ff.) 참조.

법단계에 반하는 논리일 수 있다. 그러나 생명권이 경우에 따라 제한될 수 있는 상대적 권리라는 점, 따라서 다른 중요한 헌법적 법익과의 형량이 불가피하다는 점을 고려한다면, 법률차원의 차등화가 헌법적으로도 정당화될 수 있다는 관점에서 접근할 수도 있을 것이다. 결국 비례에 맞는 보호의 단계화 가능성은 열려 있다고 본다.<sup>183)</sup>

#### 다. 인간존엄권과 생명권, 결합하는가 또는 분리가능한가?

(인간)생명이 곧 인간임을 인정받기 위한 전조건(알파이자 오메가)이고, 인간이라는 것이 존엄가치를 인정받기 위한 전조건인가? (인간)생명이 인정되면 바로 인간임을 인정되고 또한 인간임을 인정되면 바로 존엄가치가 헌법상 보장된다고 연쇄적으로 보아야 하는가. 후자의 연관, 즉 인간=존엄이라는 등식을 풀 수는 없다. 그러나 전자의 연관, 즉 (인간)생명=인간이라는 등식은 필수적인 것은 아니다. 그렇게 되면 (인간)생명=존엄의 등식도 인정해야 할 것이다. 그러나 생명이 당연히 인간존엄의 내용을 형성하는 것으로 볼 수는 없다. 즉 생명을 침해한다고 해서 곧바로 인간의 존엄을 침해하는 것을 의미하지는 않는다.<sup>184)</sup> 만약 생명의 침해가 곧바로 인간의 존엄의 침해를 의미한다면, 위에서 살펴 본 생명권의 상대적 권리성 및 타법익과의 비교형량의 가능성에 입각한 법제도적인 생명제한은 전부 다 법적으로 불가능한 것이다. 인간의 존엄이 절대적 보호의 우산 아래 있는 한, 실무상 생명권과 인간의 존엄을 분리하여 이해할 수밖에 없다.

---

183) 김선택, 생명공학시대에 있어서 학문연구의 자유, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2001, 271면: “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).”

184) Horst Dreier, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2004, Rn. 67.

## 2. 인공수정배아(인공수정을 통해 생성된 체외수정란)의 경우

- 특히 잔여배아의 문제를 포함하여

### 가. 인공수정배아와 인간으로서의 존엄과 가치

#### (1) 수정란(배아)의 인간존엄권주체성

위에서 살펴본 대로 인간의 존엄의 주요한 개념징표는 인간성, 주체성, 동일성이다. 엄격하게 보면 출생 후의 인간만이 이러한 징표(특히 자율성을 인정해야 한다는 의미에서의 주체성과 동일성)를 충분히 만족시킬 수 있다. 그렇게 본다면 인간의 존엄은 출생 후의 인간에게만 미치고 그 이전 단계의 인간생명에게는 인간존엄은 문제되지 아니하고 오로지 생명권만이 문제될 것이다. 그러나 조금 완화시켜 보면, 보호법익의 내용으로서의 세 징표 가운데 인간성과 (객체화·수단화되지 않아야 한다는 의미에서의) 주체성은 출생 전의 인간생명에게도 수정란까지로 소급하여 인정할 수 있다. 단, 동일성은 수정 직후가 아니라 개체화가 이루어진 후에야 보호될 수 있는 것이므로, 자궁에의 착상 내지 수정 후 14일 후에야 비로소 인정될 수 있을 것이다.

이러한 기준에 따를 때, 자궁에 착상된 배아는 인간생명인 동시에 발달중의 인간이라고 보아야 한다. 이 인간생명을 출생 후의 인간과 단절하여 아직 인간이 아니면서 인간으로 되어가는 존재로 간주해서는 안된다. 이 (보호주체의 관점에서의) 인간생명은 이미 (보호법익의 의미에서의) 인간이면서 - 완성된 - 인간으로 발달되어 가는 존재로 보아야 한다.<sup>185)</sup> 따라서 자연임신으로 생성된 배아는 자궁착상 이후부터 인간의 존엄과 가치의 주체가 된다. 자연임신의 경우에도 자궁착상전의 수정란은 인간생명이라는 하되 아직 인간의 존엄성의 주체라고 보기는 어렵다.

---

185) 독일연방헌법재판소에서도 배아에 대해서 '인간으로 발전하는 존재(zum Menschen)'가 아니라 '인간인 존재(als Mensch)'로 이해하고 있다. - BVerfGE 88, 203(251) 참고.



## (2) 인공수정배아의 인간존엄권주체성

인공수정으로 체외에서 수정란을 생성하는 것은 우선 임신·출산을 목적으로 하는 경우에만 허용된다. 처음부터 다른 인간을 치료할 목적으로 또는 연구를 목적으로 수정란을 만들어내는 것은 인간의 자기목적성, 즉 주체성에 대한 파괴로서 인간의 존엄과 가치라는 헌법원리에 반한다. 파괴가 예정된 인간생명(수정란)의 존엄성침해문제 이전에 치료연구목적의 수정란생성행위 자체가 객관적인 헌법질서를 위반하는 것으로서 허용될 수 없는 것이다.

임신·출산을 목적으로 인공수정을 통해 생성된 체외수정란의 경우, 인간의 자궁에 착상을 시키면 그때부터는 자연임신의 경우와 다를 바 없다. 그렇지 않고 체외배양할 경우 역시 동일성이라는 표지 때문에 더 이상 일란성 쌍둥이 같은 현상이 생기지 않는 단계인 14일째까지는 인간의 존엄의 주체라기보다는 인간생명의 주체로서 보호되어야 할 것이다. 다만, 이때의 체외 수정란은 임신·출산이라는 단 하나의 목적으로 지향된 존재이므로 - 보존기간내에 있는 한 - 여성 자궁에 착상시키는 것이 목적일 것이고 따라서 수정 후 14일 이내에서만 문제될 것이므로 인간의 존엄 문제는 별도로 논할 실익이 없다. 자궁에 착상될 기회를 갖지 못한 체외수정란의 경우 아래 잔여배아의 문제로 넘어간다.

## (3) 잔여배아의 연구목적 이용과 인간존엄성

본래 임신·출산 목적으로 생성하였으나 인공수정이 성공한 후 남겨져, 냉동보존되고 있는 이른바 잔여배아는 영구보존을 하지 않는 한 일정한 보존기간이 도과되면 폐기되어 자연사하게 된다. 이들을 치료·연구목적에 이용하는 것은 헌법상 허용되는가? 수정 후 14일 이내에 이용하는 한, 인간으로서의 동일성을 인정할 수 없어 일단 인간의 존엄의 보호대상은 안된다고 본다. 물론 인간생명으로서 헌법적 보호의 대상은 된다. 수정 후 14일 이상 배양하여 연구목적에 이용한다면, 이미 인간성·주체성·동일성이라는 존엄성에 해당하는 모든 보호법익을 구현하고 있는 인간존재(인간으로서의 인간생명)에 대한 침해로서 인간의 존엄과 가치를 침해하는 일이 될

것이다.

## 나. 인공수정배아와 생명권

### (1) 수정란(배아)의 생명권주체성과 보호의 단계화

자연임신의 경우이든 인공수정의 경우이든 수정란(배아)이 인간생명임은 분명하다. 따라서 다른 생명체, 즉 동·식물보다 높은 보호의 대상이 되어야 할 것이다. 문제는 보호의 수준인데, 자연임신된 수정란이든 임신·출산 목적의 인공수정배아이든 자궁에 착상되기 전인가 후인가에 따라 생명에 대한 보호단계가 차등화될 수 있을 것으로 보인다. 위에서 살펴 본 것처럼 사람-영아-태아의 각 단계별로 생명에 대한 형사법적 보호가 완화된 도식이 연장되어 배아-초기배아단계로 이어질 수 있을 것이다.

생명권은 상대적 권리이고, 다른 중요한 헌법상의 법익과의 비교형량에 있어서 비례성요건이 충족되면 법률로써 제한될 수 있으므로, 입법자는 배아의 생명을 보호하기 위한 입법의무를 이행함에 있어서 어느 정도 재량권을 가질 것이다.

### (2) 잔여배아의 연구목적 이용과 생명권

보존기간이 지난 잔여배아를 연구목적에 이용함으로써 파괴한다면 인간생명에 대한 침해가 발생하는 것은 사실이다. 그러나 이 경우에도 수정 후 14일 이내의 생명체로서 다른 중대한 법익과 형량하여 제한을 감수하지 않으면 안될 경우로 국한하여 입법하면 헌법에 합치될 것이다.

## 3. 체세포복제배아의 경우

### 가. 문제의 소재 - 인공수정배아와 동일취급 가능성?

핵이식기술을 이용하여 생성되는 체세포복제배아를 인공수정으로 생성된 수정란과 동등한 것으로 볼 수는 없다. 물론 둘 다 인간의 자궁에 착상

시키고 영양공급과 일정한 생존조건을 마련해주면 또 하나의 인간개체로 발달할 수 있다는 점에서는 같아 보인다. 그러나 이런 (발생)생물학적 관점을 떠나서 규범적 평가의 세계로 들어오면 양자는 본질적인 차이를 드러낸다. 무엇보다도 인공수정배아가 오로지 임신·출산의 목적으로만 생성되어야 하고 다른 목적으로 생성되면 인간의 존엄성을 침해하게 되는 것과 정반대로 체세포복제배아는 치료연구목적으로만 생성되어야 하고 임신·출산목적으로 생성되면 인간의 존엄성을 침해하게 된다는 점을 대표적인 것으로 들 수 있다. 인공수정은 불임부부의 임신·출산을 돕기 위해서만 허용되는 것이고, 체세포복제배아의 경우 임신·출산이 인간복제를 의미하는 것이기 때문에 절대적으로 금지되는 것이다. 여기서 인공수정배아는 인간으로 발달할 기회(가능성)에 지향되어 있고, 체세포복제배아는 처음부터 인간이 될 가능성이 봉쇄되어 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

생물학의 시각에서는 체외수정란이나 체세포복제배아나 인간발생의 초기 단계로서 유사한 것일지 모르나, 규범적 평가를 주로 하는 법학의 세계에서는 양자는 전혀 다르다고 하지 않을 수 없다. 전자는 스스로가 인간 그 자체에 지향된 것이고, 후자는 인간에 대한 봉사에도 지향된 것이다. 따라서 전자는 후자보다 훨씬 더 고양된 보호의 대상이 되어야 한다. 후자에 대하여는 인간으로서의 성질을 전제로 검토하여서는 안된다고 본다.

## 나. 복제배아와 인간으로서의 존엄과 가치

체세포복제배아는 인간생명이라는 하지만 인간이 될 가능성이 없다. 즉, 인간으로의 발달단계를 밟을 기회가 주어지지 않는다. 인간복제는 복제된 대상인간이건 복제인간 당사자이건 인간의 동일성을 근본적으로 파괴하는 행위이므로, 인간개체의 유일회성 내지 동일성을 근본으로 하는 현행의 법사고 하에서 허용될 가능성은 전무하다. 체세포복제배아는 핵을 제공한 자와 유전학적으로 99.9%에 가까운 동일체로 인정되므로 핵제공자와 동일성이라는 인간존엄성의 주요한 지표에서 충돌하게 된다. 핵제공자를 배제하

고 체세포복제배아에게 그 동일성의 주체성을 인정할 수는 없을 것이다. 따라서 체세포복제배아에게 인간으로서의 존엄과 가치를 인정할 수는 없다.

## **다. 복제배아와 생명권**

복제배아도 생명체라는 것은 부정할 수 없다. 그것도 인간의 유전적 소질을 가진 생명체이다. 따라서 복제배아에게도 생명권의 주체성은 인정할 수밖에 없다. 그러나 복제배아의 생명권이 제한될 경우 헌법적 정당성 여부는 인공수정배아의 경우와 달리 완화된 비례성심사의 대상이 될 것이다.

## **라. 복제배아의 연구목적이용에 대한 기간상의 제한**

복제배아는 처음부터 치료·연구목적으로만 생성되고, 인간으로의 발달 기회는 부여되지 않는다. 그렇다면 체세포복제배아는 기간의 제한없이 배양하여 치료목적이나 연구목적에 이용해도 상관없는 것인가? 인간으로의 발달 기회를 부여하지 않는다는 기본관념에 비추어 개체화가 수행되는 원시선 발생 시점인 핵이식 후 14일을 지나서까지 배양하도록 허용하는 것은 모순이라고 할 것이다. 따라서 체세포복제배아도 연구목적 이용에 관한 한 인공수정배아와 마찬가지로 핵이식 후 14일 이내까지만 배양하여 이용할 수 있다고 할 것이다.

# **IV. 생명윤리및안전에관한법률의 내용 및 헌법적 평가**

## **1. 생명윤리법의 제정**

1997년 복제양 ‘돌리’의 탄생 이후 촉발된 생명윤리관련법안의 필요성이, 입장을 달리하는 여러 집단간의 대립으로 6년간 논란을 거듭하다가, 비로

소 2003년 12월 29일 ‘생명윤리및안전에관한법률’(이하 약칭하여 ‘법’이라 한다)로서 국회를 통과하였고, 2004년 1월 29일 공포되어 인간복제 금지조항 및 이종간 착상행위 금지조항 (및 그 위반시의 처벌조항)은 즉시 발효되었고, 그밖의 조항들은 2005년 1월 1일부로 시행되었다.<sup>186)</sup> 그리고 2005년 3월 24일 일부개정(이) 있었다. 동 법에 대하여는 생명을 보호하기는커녕 과학주의와 상업주의가 결합하여 생명을 경시한 것이라는 비판과 더불어 시행 전부터 개정하라는 요구가 나오기도 하였다.<sup>187)</sup> 아래에서는 배아의 생명보호라는 헌법적 시각에서 동 법률을 검토하기로 한다.

## 2. 배아의 기본권적 지위 및 국가의 생명보호의무의 확인

법에는 배아의 법적 지위라든가 배아가 누리는 기본권적 법익에 관하여 구체적 언급이 없다. 다만, 법 제1조에 “이 법은 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, 생명과학기술이 인간의 질병예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다”고 하여, 인간의 존엄과 가치 내지 신체의 권리와 치료연구 목적을 병행규정함으로써 양자간에 상하의 가치서열을 인정하지 않고 있다. 생명과학기술과 관련하여 충돌하는 법익들을 그때그때 비교형량하여, 발생하는 문제를 해결하고자 하는 기본적 발상을 엿볼 수 있다. 이러한 출발점 자체는 불가피한 면이 있음을 부정할 수 없으나, 인간의 존엄과 가치 및 생명이라는 법익의 헌법적 중요성에 비추어 소홀하

---

186) 동 법의 입법추진 경위에 대하여는 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 한국생명윤리학회, 생명윤리, 제4권 제1호, 2003, 21~44면 참조.

187) 카톨릭 등 종교계열의 비판 외에도 윤리학계의 비판이 특히 주목할 만 한데 대표적으로 진교훈, 생명공학의 발전과 생명윤리, 환경과 생명, 2002년 9월호, 39~52면; 홍석영, 인격주의에 기초한 생명윤리 연구, 서울대학교대학원 박사학위논문, 2004; 동인, ‘생명윤리및안전에관한법률’에 대한 비판적 검토, 2004 한국생명윤리학회 봄모임 및 총회자료집, 한국생명윤리학회, 2004년 5월 22일, 18~29면 참조.

다는 인상을 지울 수 없다.

국가 등의 보호의무를 다시 구체적으로 규정한 동 법 제4조를 보면, “생명 과학기술을 연구·개발 및 이용하고자 하는 자는 생명과학기술이 인간의 존엄과 가치를 침해하지 아니하고 생명윤리 및 안전에 적합하도록 노력하여야 한다”(동 조 제2항)고 규정하여 개인연구자에 대하여는 인간의 존엄과 가치를 존중하도록 요청하는 반면에, “국가 또는 지방자치단체는 생명과학기술의 개발·이용과정에서 일어날 수 있는 생명윤리 및 안전에 관한 문제에 효율적으로 대처할 수 있도록 필요한 시책을 마련하여야 한다”(동 조 제1항)고 규정함으로써 인간의 존엄과 가치에 관한 국가의 보호의무를 의도적으로 회피한 듯한 인상까지 주고 있는 것은 문제가 아닐 수 없다.

### 3. 생명윤리심의를 위한 기관구성

생명윤리관련법을 제정하는데 있어서 계속 장애가 되었던 것은 배아이용 연구의 범위라든가 인간유전자조작가능성이 있는 유전자검사·치료의 가능한 범위 등 세부적인 문제에 대한 견해차였다. 모든 문제를 입법적으로 해결할 수 없다는 인식하에 법은 국가차원에서 국가생명윤리심의위원회를, 배아 연구기관·유전자은행·유전자치료기관 등에 기관생명윤리심의위원회를 두어 구체적인 문제를 결정하도록 유보하는 방식을 채택하고 있다(법 제2장).

그런데, 국가의 생명윤리 및 안전에 관한 정책을 수립하고, 잔여배아 및 체세포복제배아를 이용한 연구의 종류·대상·범위 등 중요한 사항을 결정할 국가생명윤리심의위원회의 구성을 보면(법 제7조), 정부각료 7인(교육인적자원부장관, 법무부장관, 과학기술부장관, 산업자원부장관, 보건복지부장관, 여성가족부장관, 법제처장), 생명과학·의과학 관련 학계·연구계 또는 산업계 대표자 7인이내로 대통령이 위촉하는 자, 그밖에 각계(종교계·철학계·윤리학계·사회과학계·법조계·시민단체 또는 여성계) 대표자 7인이내로 대통령이 위촉하는 자로 하고 간사위원을 과학기술부장관과 보건복

지부장관으로 하는 등 생명과학기술로 위협받는 배아의 보호와 관련한 객관적인 의사결정보다는 정책적 관심에 지향된 정부의 영향력이 지배적이 되도록 한 것이 아닌가 하는 의심이 든다.

#### 4. 배아의 개념규정

‘배아’를 “수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지 분열된 세포군”이라고 규정함으로써(법 제2조 제2호) 모든 기관이 형성되는 시점인 수정 후 56일까지를 배아로 정의하고 있는 바, 이는 일반적인 용어례에 따른 것으로 보인다.

법에서는 수정 후 14일을 기준으로 하는 초기배아와 배아의 단계를 구분하지 않고 ‘배아’로 통칭하고 있지만, 인공수정 후 인공수태에 이용되지 않은 잔여배아의 경우 원시선이 나타나기 전까지 연구목적으로 이용할 수 있다고 규정(법 제17조)함으로써 초기배아와 배아의 구별을 암묵적으로 수용하고 있다.

#### 5. 인공수정배아의 생성 및 잔여배아의 연구목적 이용

##### 가. 인공수정배아의 생성

인공수정은 ‘임신’을 목적으로 한 경우만 허용하고 있다(법 제13조 제1항). 그 경우에도 특정의 성을 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키는 행위, 사망한 자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위, (혼인한 자가 자신의 자녀를 얻기 위한 경우는 예외로 하고)미성년자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하고 있고(동 조 제2항), 나아가 금전 또는 재산상의 이익 등 반대급부를 조건으로 하는 정자·난자의 제공을 금지함으로써(동 조 제3항) 상업주의적 인공수정을 원천적으로 봉쇄하고 있다. 인공수정으로 생성되는 수정란의 경우 종래의 자연임신에 있어서 생성되

는 수정란과 다를 바 없다는 점에서 이러한 엄격한 규제는 불가피한 면이 있다.

그러나 임신목적에 국한하여서만 인공수정을 허용하면서도 자궁에 착상시키는 데 불가피한 범위내의 수정란을 생성하는데 그치도록 규제하지 않은 점은 문제이다. 법이 인공수정배아의 생성에 있어서 숫자적 제한을 두지 않은 것은 입법적 미비로 볼 수 있다. 만약 처음부터 의료기관에서 잔여배아를 확보할 목적으로 필요한 숫자 이상의 인공수정배아를 생성시킨다면 어떻게 할 것인가. 이 경우에는 임신 목적을 인정할 수 없고, 처음부터 출산이 아니라, 단순히 - 타인을 위한 - 수단으로 이용할 목적으로, 심하게 말하면 (배아)살해를 목적으로, 인공수정을 하는 것이다. 이러한 문제점을 통제하기 위하여 법에 한 기관이 동시에 배아생성의료기관과 배아연구기관이 되지 못하도록, 즉 분리되도록 규정하지 않은 것도 문제로 지적될 수 있다.

#### 나. 잔여배아의 연구목적 이용

인공수정으로 생성된 배아 중 임신목적으로 이용되고 남은 이른바 잔여배아는 5년간 보존하되(법 제16조 제1항, 정자제공자·난자제공자 등 동의권자가 보존기간을 5년 미만으로 정할 수 있도록 되어 있어 기간이 임의로 단축될 수 있다), 이 기간이 경과하면 “발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여” “체외에서” 불임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구, 근이영양증 그밖에 대통령령이 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구, 그밖에 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 연구목적으로 이용할 수 있다(법 제17조). 이 조항에 따르면 잔여배아를 ‘초기단계의 배아(pre-embryo) 상태에 있는 동안’에 한하여 ‘체외에서’ 치료·연구목적으로 사용할 수 있도록 허용하고 있는 것이다. 수정 후 14일이 지나야 개체화가 이루어져 인간으로서의 동일성을 확보하게 되므로 이때부터 인간의 존엄성의 주체가 될 수 있다는 점에서, 수정 후 14일 전에 있는 잔여배아는 생명권만이 문제될 것이고, 생명권이 상대적 권리라는 점에서 법이



규정하는 치료연구의 중요성과 비교형량할 때 비례성을 충족할 수도 있을 것으로 보인다. 다만, 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 연구목적으로 잔여배아의 연구범위를 확장할 수 있도록 규정하고 있는 바, 비록 보호의 단계가 완화될 수 있다 하더라도 인간생명을 제한하는 것인 만큼 엄격한 비례성심사가 요청된다. 즉 중대한 연구목적이 있어야 하고 최소침해수단으로서 배아연구가 불가피한 경우에 한하여 잔여배아를 이용할 수 있도록 엄격하게 심사·결정하지 않으면 헌법위반의 의심을 받게 될 것이다.

## 6. 체세포복제배아의 생성 및 연구목적 이용

### 가. 핵이식기술에 의한 체세포복제배아 생성

핵이 제거된 인간 또는 동물의 난자에 인간의 체세포핵을 이식하는 것을 체세포핵이식행위라 하고(법 제2조 제4호), 체세포핵이식행위에 의해 생성된 배아를 체세포복제배아(동 조제5호)라고 부르고 있다. 체세포핵이식은 오로지 대통령령이 정하는 희귀·난치병 치료를 위한 연구목적으로만 허용된다(제22조 제1항). 즉 체세포복제는 임신·출산 목적으로는 허용되지 아니한다.

인간의 난자에 인간의 체세포핵을 이식하여 체세포복제배아를 만들 수 있도록 허용하는 것은 동 복제배아에게 인간으로 발달할 수 있는 가능성을 원천적으로 인정하지 않는다는 전제하에서, 즉 핵이식 후 14일 이내에 있어서 핵제공자와의 동일성 충돌이 발생하지 않는 기간에 한해서만 배양한다는 조건하에서, 인간이 아니라 인간생명으로서 인정되고, 이러한 인간생명의 생성과 이용의 가능성은 다른 중대한 헌법적 법익과의 비례성을 충족하는 한 헌법적으로도 허용된다고 본다. 인공수정배아의 이용목적인 대통령령이 정하는 희귀·난치병 치료를 위한 연구목적에 한하여 체세포핵이식에 의한 복제배아생성을 허용하는 입법은 헌법적으로 허용되는 범위 안에

있다고 본다.

그런데, 동물의 난자에 인간의 체세포핵을 이식하여 체세포복제배아를 만들 수 있도록 허용하고 있는 것은 문제이다. 인간체세포핵과 동물난자를 결합시킨 배아의 경우 연구결과에 따르면 동물난자의 미토콘드리아의 영향이 완전히 차단되지 않는다는 것이 밝혀져 있으므로, 인간생명으로 인정할 수 있는지 여부는 물론이고 하이브리드(Hybrid)의 의심이 있다. 따라서 인간의 존엄과 가치를 침해할 여지가 있어 재고되어야 할 입법이다.

#### **나. 인간복제의 절대금지**

누구든지 체세포복제배아를 자궁에 착상시켜서는 안되며, 착상된 상태를 유지하거나 출산하여서는 안된다(법 제11조 제1항). 즉 인간복제는 절대적으로 금지된다. 인간의 유일회성 내지 동일성을 보호하는 인간의 존엄과 가치라는 헌법원리에 비추어 이론의 여지가 없는 규정이다.

#### **다. 하이브리드(Hybrid)의 절대금지**

누구든지 인간의 배아를 동물의 자궁에 착상시키거나 동물의 배아를 인간의 자궁에 착상시키는 행위를 하여서는 아니된다(법 제12조 제1항). 즉 이종간 착상행위는 절대적으로 금지된다. 나아가 인간의 난자를 동물의 정자로 수정시키거나 동물의 난자를 인간의 정자로 수정시키는 행위, 핵이 제거된 인간의 난자에 동물의 체세포핵을 이식하는 행위, 인간의 배아와 동물의 배아를 융합하는 행위, 다른 유전정보를 가진 인간의 배아를 융합하는 행위는 금지되고(동 조 제2항) 더불어 이들 금지된 행위를 자행하여 생성된 것을 인간 또는 동물의 자궁에 착상시키는 행위도 절대적으로 금지된다(동 조 제3항). 인간변종의 출현은 인류의 정체성을 훼손하는 행위로서 헌법의 핵심원리인 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 이를 절대적으로 금지한 입법태도는 이론의 여지가 없는 것이다.

그런데, 인간의 난자에 동물의 체세포핵을 이식하는 행위는 금지하면서도 반대로 동물의 난자에 인간의 체세포핵을 이식하여 복제배아를 생성하는 것은 허용되어 있어 문제가 발생한다. 이것이 인간의 배아인지 동물의 배아인지 아니면 제3의 무엇인지 존재의 정체부터 의문이 있다. 일응 인간의 배아라고 본다면 인간복제 절대금지의 원칙(법 제11조 제1항)이 적용되어 인간 또는 동물의 자궁에 착상시키는 것이 금지될 것이다. 만에 하나 인간의 배아가 아니라고 본다 하더라도, 하이브리드(Hybrid)의 우려가 있는 이종간 착상을 엄격하게 금지하는 법 제12조 제1항의 취지에 비추어 동 복제배아는 인간 또는 동물의 자궁에 착상시킬 수 없다 할 것이다.

## 라. 체세포복제배아의 연구목적 이용

체세포복제배아의 생성 자체가 희귀·난치병의 치료를 위한 연구목적에 국한하여 인정되는 바, 그 구체적인 연구의 종류·대상 및 범위는 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하도록 하고 있다(법 제22조 제2항).

체세포복제배아의 경우 인공수정배아의 연구에 있어서의 “발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여”와 같은 기간상의 제한이 명시되어 있지 않아, 기간의 제한없이 배양하여 이용할 수 있도록 허용한 것이 아닌가 의심할 수도 있다. 체세포복제배아도 인간의 유전적 소질을 다 갖추고 있는 인간생명이고, 핵이식 후 14일 이상 배양하면 개체화도 이루어질 것이고 나아가 인간으로서의 신체기관도 차례로 갖추어 갈 것인데 무기한의 배양을 허용한다는 것은 헌법적으로 가능하지 않을 것이다. 그러나 이 문제는 해석상으로 제한하여 해결가능할 것으로 보인다. 즉, 법 제23조 제2항이 체세포복제배아의 연구에 있어서 별도의 구체적 규정을 두지 않고 인공수정배아의 연구에 관한 법 제19조 내지 제21조의 규정을 준용하도록 하고 있으므로, 체세포복제배아 연구기관으로서 인공수정배아 연구기관의 경우와 마찬가지로의 제한을 받는다고 해석하여 역시 체세포복제배아도 “발생

학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여” 연구대상으로 삼을 수 있다고 보아야 할 것이다. 물론 여기서 입법자가 법률문언을 작성함에 있어서 정밀하지 못했다는 인상을 지울 수 없다.

어쨌든 핵이식 후 14일까지의 체세포복제배아는 생명권만이 문제되고, 생명권이 상대적 권리라는 점에서 법이 규정하는 치료연구의 중요성과 비교형량할 때 동 복제배아를 이용하는 치료연구는 비례성을 충족할 수도 있을 것으로 보인다.

## 7. 배아에 대한 유전자검사 내지 유전자치료의 허용여부

### 가. 배아에 대한 유전자검사

법 제25조 제2항은 “유전자검사기관은 근이영양증 그밖에 대통령령이 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적 외에는 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 하여서는 아니된다”고 규정함으로써 결국 제한된 범위내에서이긴 하지만 배아에 대한 유전자검사를 허용하고 있다. 따라서 착상 전 유전자검사를 통하여 일부 하자(?)있는 - 인공수정된 - 배아의 착상을 회피하고, 5년 미만으로 배아보존기간을 정할 수 있도록 동의권자에게 맡긴 조항(법 제16조 제1항), 잔여배아연구를 허용한 조항(법 제17조)에 의하여 (물론 법 제17조 단서규정에 의하여 해당 목적으로의 이용에 대한 동의권자의 또 한번의 동의를 요한다고는 하지만) 바로 연구목적에 이용할 수 있는 길이 열려 있다. 이 경우 잔여배아의 경우와 마찬가지로 볼 수밖에 없다.

### 나. 배아에 대한 유전자치료

법 제36조 제2항은 “정자·난자·배아 또는 태아에 대하여 유전자치료를 하여서는 아니된다”고 규정하여 배아에 대한 유전자조작을 금지하고 있다.

## V. 결론

출생 전 인간생명에 대한 헌법적 보호의 문제에 접근하는 태도로서는 다음 세가지 견해가 가능해 보인다<sup>188)</sup>:

첫째, 인간생명=인간으로 보고, 즉 초기배아·배아·태아 할 것 없이 모두를 출생 후 인간과 동등한 인간으로 보고, 생명권과 인간의 존엄성을 결합하는 것으로 이해하며, 인간의 존엄성을 절대적 보호법익이라고 하여 어떠한 제한도 불가능하다고 하는 견해로서, 인간복제 뿐만 아니라 잔여배아연구, 체세포복제와 복제배아연구도 모두 금지되어야 한다는 결론에 이른다. 이는 종래의 헌법 법리에 따라 비교적 평탄하게 주장할 수 있는 논리이기는 하나 현대 생명과학발전을 도외시하는 견해이다.

둘째, 위 견해와 마찬가지로 인간생명=인간으로 보지만, 인간의 존엄성 자체를 상대적 보호법익으로 보고 비례성요건만 충족하면 제한가능하다고 볼 경우, 인간의 존엄과 생명권 모두가 상대화되어 법익간의 형량을 통하여 구체적 입법을 판단할 수 있게 된다. 그러나 인간의 존엄의 보호내용이 성질상 상대화될 수 있는 것인지 의문이고, 나아가 인간의 존엄이 다른 법익과의 형량에서 과연 후퇴할 수 있는 것인지도 의문이며, 비례성을 검토하면 된다면 인간의 존엄이라는 헌법질서의 초석을 흔들었을 때의 파급효과가 우려된다.

셋째는 인간생명체와 출생 후 인간을 분리하고, 생명권과 인간의 존엄도 분리시켜 이해하는 견해이다. 자연임신 내지 인공수정의 경우 자궁착상을, 체외수정 또는 체세포복제의 경우 배아에 원시선이 나타나는 수정/핵이식 후 14일째를 기점으로 그 전단계의 초기배아라는 인간생명에 대하여는 생명권만 인정하고 그 후 배아단계의 인간생명에는 인간으로서의 존엄까지

---

188) 배아단계, 특히 초기배아단계의 인간생명에 대하여 단순한 세포덩어리에 불과하다고 하면서 아무런 기본권적 지위를 부여하지 않으려고 하는 견해가 없지 않은 바, '인간'의 존엄과 '인간의' 생명을 최우선의 가치로 하는 인간공동체의 법질서하에서 인간으로의 발달이 가능한 생명체에 대한 그러한 물화시도는 진지한 숙고로서 받아들이기 어렵다고 생각되어 여기서는 논외로 하였다.

인정하는 견해로서, 잔여배아든 복제배아든 수정/핵이식 후 14일 이내에 해당한다면, 그들의 생명과 다른 중대한 헌법적 보호법익을 비교형량하여 비례성에 맞는 입법을 하면 헌법에 위반되지 않는다고 본다. 이 견해에서는 인간생명이 곧 인간인 것은 아니고, 인간생명 즉, 초기배아-배아-태아의 각 발달단계에 따라 생명권의 단계화된 보호가 허용되는 것으로 본다. 이 견해에 대하여는 인간생명의 발달단계는 연속성이 있는 것임에도 불구하고 일정한 시점을 기준으로 질적 차이를 인정하는 것은 자의적인 것이 아닌가 하는 비판과 인간생명과 인간, 그리고 생명권과 인간의 존엄을 분리하여 이해하는 것이 인간생명에 대한 부실한 보호를 초래하지 않을까 하는 우려가 제기된다.

이 논문에서는 세 번째 견해를 취하여 그 기준을 가지고 생명윤리및안전에관한법률을 고찰해보았다. 그 결과는 다음과 같다:

첫째, 국가의 정책적 관심이 인간의 존엄이라든가 생명보호라는 헌법적 가치관점보다 많이 반영되어 있다.

둘째, 인간복제와 하이브리드(Hybrid)는 절대적으로 금지하여 근대법질서의 기초를 지키고 있다

셋째, 인공수정은 임신목적으로만 허용하고, 보존기간을 초과하여 폐기될 운명에 있는 즉 인간으로서의 발달가능성이 전무한 잔여배아를, 수정 후 14일 이내에 한하여 희귀·난치병 치료를 위한 연구 등 중대한 목적을 위하여 이용할 수 있도록 하고 있는 것은 비례성에 합치하는 것으로 헌법에 반하지 아니한다.

넷째, 체세포핵이식에 의한 복제배아생성은 희귀·난치병 치료를 위한 연구라는 중대한 목적을 위해서만 허용하고, 동 복제배아를 핵이식 후 14일 이내에 한하여 그러한 목적에 국한하여 이용한다는 조건하에서 비례성을 충족하여 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.

동 법률(제45조)도 성체줄기세포의 연구육성을 위한 국가 또는 지방자치단체의 재정지원을 특별히 규정하고 있는데서 알 수 있듯이, 잔여배아든

체세포복제배아든 생식세포로부터 줄기세포를 얻는 대신에 성체세포로부터 마찬가지로 효과의 줄기세포를 획득할 수 있다면, 위 법률이 잔여배아와 체세포복제배아를 치료연구목적으로 이용하도록 허용하고 있는 것은 최소침해성위반으로 비례성을 충족하지 못하게 될 것이다. 과학기술의 발전은 입법의 정당성을 한시적으로 만드는 경향이 있음을 여기서도 확인할 수 있다. 인간의 존엄이나 생명과 같은 헌법의 핵심가치를 위협하는 생명과학기술이 그러한 핵심가치를 위하여 오히려 더욱 발전하여야 한다는 것은 변증법적 모순으로서 이를 지양할 날을 대망해 마지 않는다.

# 위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의

金 時 徹

大田地方法院 洪城支院長

## - 目 次 -

I. 우리 위헌법률심판제도의 기본특성 .....	185
1. 우리 위헌법률심판제도의 헌법적 근거와 기본이론 .....	185
가. 신청주의에 입각한 구체적 규범통제제도 .....	185
나. 사법작용을 통한 법률의 위헌여부심사 .....	187
2. 우리 위헌법률심판제도에 대한 비교법적 검토 .....	190
가. 넓은 의미의 구체적 규범통제에 관하여 확립된 기본원칙 .....	190
나. 우리 위헌법률심판제도와 독일·오스트리아와의 제도와의 차이점 등 .....	192
다. 소결론 .....	193
3. 당해 사건의 재판규범인 법률에 관한 사법적 유권해석 .....	194
가. 당해 사건의 재판규범인 법률과 위헌법률심판절차의 심판대상인 법률의 관계 .....	194
나. 비교법적 검토 .....	196
다. 당해 사건의 재판규범인 법률의 해석이 법원의 권한이라는 취지의 헌법재판소 판례 등 .....	204
4. 위헌법률심판절차 등에 관한 헌법재판소 결정의 의미 .....	211



가. 당해 재판의 전제가 되는 입법작용에 대하여 헌법적 한계를 설정하는 결정 .....	211
나. 당해 재판에 적용되는 법률의 효력을 좌우하는 결정 .....	211
II. 위헌제청심판에 관한 적법요건에 관하여 .....	216
1. 위헌제청의 대상적격이 있는 법규범 .....	216
가. 위헌법률심판의 제도적 의의 .....	216
나. 위헌법률심판의 대상이 되는 법률의 범위 .....	222
2. 위헌제청신청서의 기재에 관한 적법요건 .....	226
가. 법률의 위헌성에 관한 구체적 기재가 누락된 경우 .....	226
나. 당해사건의 사실인정 내지 법률해석 등에 관한 다툼만이 신청서에 기재된 경우 .....	227
다. 수개의 법률조항에 관하여 위헌제청신청을 하는 경우 .....	227
라. 하나의 법률조항에 관하여 여러 측면의 위헌성을 주장하는 경우 .....	228
3. 위헌제청심판의 심사기준 .....	228
가. 헌법의 명문규정과 헌법원칙 .....	228
4. 위헌제청신청에 대한 법원의 결정절차의 기본구조 .....	231
가. 법원에서 이루어지는 결정절차의 기본구조 및 결정시점 .....	231
5. 위헌제청신청에 대한 법원의 각하결정에 관하여 .....	233
6. 위헌제청신청에 대한 법원의 기각결정에 관하여 .....	234
가. 법 제68조 제2항의 규정내용 .....	234
나. 법 제68조 제2항 제1문에 관하여 .....	235
다. 법 제68조 제2항 제2문에 관하여 .....	235
라. 법 제68조 제2항과 제75조 제7항의 상관관계 .....	243
7. 법원의 위헌제청결정에 관하여 .....	243
가. 위헌제청신청의 실질적 의미 .....	243
나. 형사사건에 관련된 문제 .....	244
다. 민사사건 등에 관련된 문제 .....	246

8. 헌법 제107조 제1항 등에 규정된 재판의 의미 .....	247
가. 개요 .....	247
나. 구체적인 재판유형별 검토 .....	250
III. 마치면서 .....	254

## I. 우리 위헌법률심판제도의 기본특성

### 1. 우리 위헌법률심판제도의 헌법적 근거와 기본이론

#### 가. 신청주의에 입각한 구체적 규범통제제도

##### (1) 추상적 규범통제에 대비되는 구체적 규범통제

###### (가) 구체적 규범통제

規範統制는 “어떤 규범이 그 상위규범과 합치하는지 여부를 심사하는 것”으로서, 일반적으로 ① 구체적 사건과 관계없이 행하여지는 抽象的 規範統制와 ② 해당 규범에 대한 심사가 구체적 사건의 해결에 전제가 되기 때문에 개별 사건과 연관되어 행해지는 具體的 規範統制로 대별할 수 있다.<sup>1)</sup>

그런데 우리 헌법은 ‘법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다(제107조 제1항).’라고 규정하면서 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판을 헌법재판소의 관장사항으로 함으로써(제111조 제1항 제1호) 법률에 대한 사후적·구체적 규범통제제도를 규정하고 있는바, 헌법 제111조 제1항 제5호에 근거한 헌법재판소법(이하, “법”이라고 한다) 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판청구도 그 본질은 위헌법률심판절차와 다르지 않다(헌재 1997. 11. 27. 96헌바60 결정).

###### (나) 미국식 분산형 제도와 독일·오스트리아식 집중형 제도

넓은 의미의 구체적 규범통제는 “일정한 이해관계를 가진 당사자가 존재하는 구체적 사건을 해결하기 위하여 관련 규범에 대하여 심사하는 것”을 의미하는 것으로서 아래와 같은 미국식 제도와 독일·오스트리아식 제도

---

1) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 14. Aufl. C.F. Müller(1984), Rn 680(趙炳勳, 違憲法律審判提請의 要件, 재판자료 제76집, 법원도서관 (1997), 185면에서 재인용함).

등을 포괄하는 개념이다.<sup>2)</sup>

미국에서는 연방대법원이 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803)에서 구체적 사건의 해결에 전제가 되는 법률의 위헌여부를 법원이 심사할 수 있다고 선언한 이래 각급 법원이 附隨的 規範統制方式으로 위헌심사를 하고 있는데, 이를 “분산형(비집중형) 규범통제제도”라고 한다.

그 후 오스트리아는 1920년 연방헌법을 제정하면서 전통적 의미의 법원으로부터 분리된 헌법재판소를 설치하였고,<sup>3)</sup> 독일은 1947년 기본법을 제정하면서 최고법원 중 하나로 연방헌법재판소를 설치하고(제92조), ‘법원이 재판에서 그 유효성이 문제되는 법률을 위헌이라고 판단할 때에는 그 절차를 중지하고, 지방헌법의 침해가 문제될 때에는 그 지방의 헌법쟁송에 관하여 관할권을 갖는 법원의 결정을 구해야 하고, 기본법의 침해가 문제될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.’라고 규정하였는데(제100조 제1항), 이와 같이 위헌법률심판과 같은 규범통제를 단일한 사법기관에서 집중적으로 담당하는 제도를 “집중형 규범통제제도”라고 한다.

## (2) 신청주의에 입각한 위헌법률심판절차

우리 헌법은 구체적인 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부에 대하여 ① 심판주체인 헌법재판소가 직권으로 절차를 개시할 수 없도록 하고(審判主體의 被動性), ② 당해 사건을 심리하는 법원의 제청이 있는 경우에 한하여 법률의 위헌여부를 심판할 수 있도록 하는 사법적 심사구조를 취하고 있는바(申請主義), 위헌제청신청을 법원이 기각한 경우 당사자에 의하여 제기되는 법 제68조 제2항 소정의 헌법소원사건에서도 “신청주의”가 그대로 준수되고 있다.

---

2) 다만 미국식 분산형 규범통제는 흔히 부수적 규범통제라고 일컬어지므로, 아래에서는 별도의 설명이 없는 이상 구체적 규범통제는 독일·오스트리아식 집중형 규제통제만을 지칭하는 좁은 의미로 파악하고, 양자를 포괄하는 경우에는 “넓은 의미의 구체적 규범통제”라고 칭하기로 한다.

3) 자세한 내용은 劉南碩, 오스트리아의 憲法裁判制度, 재판자료 제92집, 법원도서관(2001), 154-163면 참조.

## 나. 사법작용을 통한 법률의 위헌여부심사

### (1) 삼단논법에 의한 심사구조

넓은 의미의 구체적 규범통제방식에 따른 위헌법률심판절차가 본질적으로 司法的 判斷節次인 이상,<sup>4)</sup> 그 본안판단은 ① 추상적인 심사기준을 大前提로 하고, ② 구체적인 심판대상을 小前提로 하여 ③ 三段論法에 의하여 결론에 이르는 과정에 따라 형성되는바, 그 판단구조를 살펴보면 “헌법을 심사기준”으로 하고 “법률을 심판대상”으로 하여 이루어지는 삼단논법의 결론이 “위헌”인지 아니면 “합헌”인지 여부를 판단하게 되는 것으로서, 그 사법적 결론의 효력범위 등에 관한 사항은 그 다음단계의 절차적 문제일 뿐이다.

따라서 이러한 삼단논법의 사법적 결론에 관하여 독일·오스트리아식 제도와 같이 “일반적 효력”을 부여할 것인지, 아니면 미국식 제도와 같이 원칙적으로 “당해 사건에 대한 기속력(law of the case)”만을 인정하고 다른 사건에 대하여는 “先例拘束의 原則(the doctrine of stare decisis)” 등에 따라서 그 판단의 효력이 간접적으로 미치도록 할 것인지 등에 관한 논점은 구조적으로 그보다 선행하는 삼단논법의 판단과정에 영향을 미칠 수 없다.<sup>5)</sup>

### (2) 법률의 위헌여부를 심사하는 절차에서 이루어지는 사법적 유권 해석의 개념

#### (가) 심사기준인 헌법에 대한 유권해석

일반적으로 “司法的 有權解釋”은 대전제가 되는 “裁判規範(審査基準)의 內容을 確定하는 것”일 뿐이고,<sup>6)</sup> 소전제인 “審判對象을 特定하는 것”은 사

4) 金雲龍, 違憲審査論, 三知院 (1998), 115-124면 참조.

5) 다시 말하면, ① 법률의 위헌여부에 관한 사법적 결론에 관하여 일반적 효력을 부여하지 아니하는 유형의 구체적 규범통제절차에서 “違憲”으로 판단되는 법률이 일반적 효력을 부여하는 유형의 절차에서 본안판단을 한다는 이유만으로 “合憲”이라고 선언될 수는 없고 ② 그 逆의 경우도 마찬가지이기 때문에, 재판주문이 “一般的 效力”을 가지는지 여부는 원칙적으로 심판대상이 위헌인지 여부에 대한 본안판단에 직접 영향을 미칠 수 없다는 것이다.

6) 郭潤直, 신정 민법총칙, 박영사 (1998), 66면 참조.

법적 유권해석에 포함되지 아니한다.

그러므로 “법률의 위헌여부를 심사하는 사법절차”에서 재판기관이 그 “심사기준인 헌법의 객관적 의미를 밝히기 위한 사법적 유권해석”을 할 수는 있지만,<sup>7)</sup> “심판대상인 법률의 해석문제”는 원칙적으로 헌법적 차원의 위헌성 다툼이 될 수 없으며,<sup>8)</sup> 설령 그 심판과정에서 재판기관이 필요에 따라서 “심판대상인 법률을 해석하는 경우”에도 이는 “심판대상을 잠정적으로 특정하는 의미”를 가질 뿐이고 이를 사법적 유권해석으로 볼 수 없는

---

7) 모든 규범에 관하여 ① 原則的 有權解釋權者는 해당 규범의 制定權者이고, ② 司法的 有權解釋의 경우, 재판규범에 관한 해석권한이 공식적으로 인정된 사법기관의 재판과정에서 필요한 경우에 한하여 행하여지는 것으로서 (비록 ②의 접근방식은 학리해석과 유사하지만) 학리해석과 달리 일정한 공권적 효력이 인정되는 것이다.

따라서 “사법적 유권해석”은 본질적으로 “해당 규범의 제정권자의 원칙적 유권해석을 보완하는 의미”를 가지는 것으로서 언제나 원칙적 유권해석 보다 劣位에 놓이게 된다. 예컨대 헌법의 경우 원칙적 유권해석은 헌법제정권자가 헌법규정 자체로(혹은 헌법상 “정의규정” 등으로) 그 내용을 확정하는 것이고, 재판기관의 경우 하위규범의 위헌여부 등을 심사하는 과정에서 심사기준인 헌법규정 자체만으로 그 내용을 확정하기 어렵게 되면 그 심사기준을 보완하기 위하여 헌법에 대하여 사법적 유권해석을 하게 되는 것이며, 憲法에 관한 司法的 有權解釋을 변경하기 위해서는 ㉔ 당해 사법기관 스스로가 사법적 유권해석(판례)을 변경하거나, ㉕ 원칙적 유권해석자인 헌법제정권자가 헌법을 개정해야 하고, 위헌법률심판절차의 심판대상에 불과한 입법자의 법률로는 이를 변경할 수 없는 것이다. 위 ㉕에 관한 대표적인 사례로는, 미국 연방대법원에서 흑인노예의 해방에 관련된 법률이 심사기준인 연방헌법에 위반된다는 사법적 유권해석을 한 다음(Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)), 미국 헌법제정권자가 이러한 연방대법원의 판례를 번복하기 위하여 연방헌법을 개정한 사례(수정헌법 제13조 등), 우리 대법원에서 군인·군속이 국가배상법상 손해배상청구권을 행사하는 것을 제한한 법률에 대한 위헌판단을 한 다음(대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결(집 19-2, 민110)), 이를 번복하기 위하여 1972. 12. 27. “헌법개정”을 통하여 이러한 국가배상청구권의 제한을 허용하는 “헌법적 특별규정”을 명문으로 규정한 사례 등을 예시할 수 있다.

8) 현재 1994. 9. 6. 94헌바36 결정; 2000. 8. 31. 99헌바98 결정; 2003. 11. 27. 2002헌바62 결정 등은 ‘당사자가 재판의 전제가 되는 법률에 관한 헌법소원을 청구하면서 당해 사건에 적용되는 법률의 위헌성을 다투는 취지가 아니라 당해 사건 재판에 적용되는 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 주장만을 하는 경우, 이는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 없어 부적법하다’는 취지로 판시하고 있는데, 이는 위에서 살펴본 “사법적 유권해석에 관한 일반이론”과 일맥상통하는 것이다.

것은 사법적 작용에 관한 일반이론에서 도출되는 결과이다.

(나) 민사소송절차에서 이루어지는 법률에 대한 사법적 유권해석과의 비교·검토

예컨대, 법률이 재판규범인 민사소송사건의 경우, 사법적 판단의 대전제(심사기준)는 법률이고 소전제인 심판대상은 사실관계인데, 재판부는 심판대상(사실관계)을 100% 확인할 수 없다는 이유로 재판을 거부할 수 없고, 따라서 입증책임 등에 관한 증거법칙에 따라서 小前提인 審判對象을 일단 特定하는 것은 그 절차에서 심사기준인 법률을 적용하기 위한 暫定的인 土臺를 마련하는 것일 뿐이다.

이는 민사소송절차에서 심판대상인 사실관계가 일단 특정되었다고 하더라도, ① 위와 같이 잠정적으로 특정된 사실관계가 당사자들 사이에서 이미 형성된 역사적 사실관계(진실)와 완전히 일치한다는 의미가 될 수 없고, ② 이러한 역사적 진실을 실질적으로 변동시킬 수도 없으며, ③ 나아가 당해 소송의 종결 이후에 당사자들이 잠정적으로 특정되었던 사실관계와 전혀 다른 거래관계를 새롭게 형성하는 것을 금지하는 취지는 더더욱 아니라는 것을 의미한다. 그러므로 민사소송절차에서 법원이 소전제인 사실관계를 특정하는 것이 재판을 하기 위한 필수적 요건이고 재판이유에도 사실인정에 관한 구체적 내용이 기재되는 것은 분명하지만, 그렇다고 해서 위와 같은 “소전제의 특정”을 사법적 유권해석이라고 할 수는 없는 것이다.

반면에, 민사소송절차에서 심사기준이 되는 법률규정이 그 자체만으로 그 내용을 확정하기 어려운 경우 법원은 그 심사기준을 보완하기 위하여 해당 법률에 대한 해석을 통하여 그 의미를 확정하게 되는데, 위와 같이 “사법절차에서 그 심사기준의 의미를 확정하는 것”이 바로 “사법적 유권해석”이고, 이러한 사법적 유권해석은 (사정변경이 없는 이상) 당사자가 전혀 상이한 후속사건에 관해서도 그대로 적용된다는 측면에서, 본질적으로 잠정적 성격을 가지는 소전제의 특정과는 완전히 다른 것이다.

## 2. 우리 위헌법률심판제도에 대한 비교법적 검토

### 가. 넓은 의미의 구체적 규범통제에 관하여 확립된 기본원칙

#### (1) 미국식 부수적 규범통제에 관한 기본원칙

부수적 규범통제방식을 취하고 있는 미국에서는 ① 입법부가 제정한 법률의 경우 일반적으로 헌법에 합치되는 것으로 추정되기 때문에(presumption of constitutionality, 合憲性推定の原則),<sup>9)</sup> ② 법원은 구체적 사건을 해결함에 있어서 법률의 위헌여부를 판단해야 할 필요가 있는 경우에 한하여 그 심사를 하며(the doctrine of strict necessity),<sup>10)</sup> ③ 만일 쟁점이 된 법률의 위헌 여부를 판단하지 아니하고도 당해 사건을 해결할 수 있는 독립적이고 비헌법적인 근거(independent nonconstitutional ground)가 있는 경우 법원은 해당 법률의 위헌여부에 대하여 판단하지 아니한다는 원칙<sup>11)</sup> 등이 확립되었다.

#### (2) 독일·오스트리아식 구체적 규범통제에 관한 기본원칙

한편 독일·오스트리아에서도 구체적 규범통제 등에 관련하여 ① 법률은 일반적으로 합헌으로 추정되는데(Vermutung der Verfassungsmässigkeit),<sup>12)</sup> ② 헌법재판소의 위헌법률심판절차는 당해 사건에 관한 단일한 소송절차 내에서 하나의 부분을 이루는 中間節次(Zwischenverfahren)이기 때문에, 위헌법률심판절차도 법원의 소송절차와 마찬가지로 일차적으로 당해 사건의 재판을 위한 것으로서<sup>13)</sup> 헌법재판소는 구체적으로 계속된 재판에

---

9) Fletcher v. Peck 6 Cranch 87 (1810); Lawrence v. State Tax Commission of Mississippi, 286 U.S. 2764 (1932); Concordia Fire Ins. Co. v. People of State of Illinois, 292 U.S. 535 (1934) 등 다수 판례.

10) United Broth. of Carpenters and Joiners of America v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945); Bush v. State of Tex., 372 U.S. 586 (1963); Rosenberg v. Fleuti, 374 U.S. 449 (1963) 등 다수 판례.

11) Lane v. Wilson, 307 U.S. 268 (1939); Blum v. Bacon, 457 U.S. 132 (1982); Escambia County, Fla. v. McMillan, 466 U.S. 48, (1984) 등 다수 판례.

12) BVerfGE 2, 282; 7, 412.

13) BVerfGE 42, 42 (49); 77, 259 (261).



필요한 때, 그리고 필요한 범위 내에서만 규범을 심사하는 것이 원칙이고,<sup>14)</sup> ③ 일반법원이 스스로 위헌이라고 판단하는 법률을 당해 사건에 적용하지 않고서도 재판을 할 수 있다면 “재판의 전제성”이 결여된 것으로 보아야 한다는 원칙<sup>15)</sup> 등이 확립되어 있다.

### (3) 미국식 규범통제와 독일·오스트리아식 규범통제의 기본원칙에 대한 비교검토

집중형 규범통제제도를 취한 독일·오스트리아의 경우, ① 구체적 사건에 관하여 법률을 해석·적용하는 법원이 법률의 위헌여부심판을 제정하는 단계와 헌법재판소에서 그 법률의 위헌여부를 심판하는 단계가 분명하게 구별되고, ② 헌법재판소의 결정 또는 위헌결정에 관하여 일반적 효력 내지 기속력을 실정법에 규정하고 있다는 측면(독일 연방헌법재판소법 제31조 및 오스트리아 연방헌법 제140조 제5항, 제7항)에서는 선례구속의 원칙 등을 토대로 하여 분산형 규범통제제도를 취하고 있는 미국식 제도와 다르다.<sup>16)</sup>

그러나 구체적 사건을 해결하기 위하여 필요한 범위 내에서 헌법을 심사기준으로 하고 법률을 심판대상으로 하여 사법적 결론에 도달하는 판단구조는 나중에 그 재판주문이 어떠한 효력을 발생하는지 혹은 그 심판주체가 누구인지와 관련이 없기 때문에, 이러한 삼단논법의 결론이 도출되는 단계

14) Klaus Schlaich (정태호 역), 독일헌법재판론, 미리교역 (2001), 단락번호 139 참조.

15) BVerfGE 64, 251 (254).

16) 미국 연방법원은 연방법률의 해석·적용문제를 심리함과 동시에 그 연방법률의 위헌여부까지 함께 판단하기 때문에 흔히 “단일한 사법기관”에서 “법률” 및 “헌법”에 대한 사법적 유권해석을 동시에 행한다고 알려져 있다. 그러나 州法律의 경우 그 최종적인 사법적 유권해석은 주의 최고법원에서 행하고, 이러한 해석을 토대로 하여 주법률이 연방헌법에 위배되는지 여부만을 연방대법원이 심사하기 때문에, ① 심사대상인 주법률에 대한 사법적 유권해석기관(州 最高法院)과 ② 심사기준인 연방헌법에 대한 사법적 유권해석기관(聯邦大法院)이 분리되는바, 이러한 사법체계는 ㉞ 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부심사에 관하여 부수적 규범통제방식을 취할 것인지 아니면 구체적 규범통제방식을 취할 것인지에 관한 문제와, ㉟ 헌법 및 법률에 대한 사법적 유권해석기관이 각각 분리되어 있는지 아니면 하나로 통합되어 있는지에 관한 문제가 실질적으로 아무런 관련이 없다는 것을 분명히 보여주고 있다.

까지는 미국식 부수적 규범통제와 독일·오스트리아식 구체적 규범통제 사이에 본질적 차이가 없다.<sup>17)</sup>

따라서 미국과 독일에서 넓은 의미의 구체적 규범통제에 관련하여 확립된 기본원칙의 경우 모두 담당 법원이 구체적 사건을 해결함에 있어서 필요한 범위 내에서 법률의 위헌여부를 심사한다는 공통점을 가지고 있기 때문에, 그 세부적인 용어상의 차이에도 불구하고 사실상 동일한 취지로 파악할 수 있고, 이와 유사한 구조인 우리 위헌법률심판제도에 관련해서도 별다른 異見 없이 그대로 원용되고 있는 것이다.<sup>18)</sup>

## 나. 우리 위헌법률심판제도와 독일·오스트리아의 제도와의 차이점 등

### (1) 抽象的 規範統制에 관하여

독일·오스트리아의 경우 “일정한 이해관계를 가진 당사자가 존재하는 구체적 사건과 관련 없이” 공공기관의 제소에 따라서 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심사할 수 있는 “抽象的 規範統制”가 존재한다는 측면(독일

---

17) 예컨대, 본문 가.항 및 나.항의 기본원칙 ②③에 관련하여, ㉠ 미국에서는 연방헌법 제3조 제2항 제1호 소정의 “사건성 혹은 분쟁성(cases or controversies)”에 관한 해석문제로서 구체적 사건의 사법심사적격성(justiciability), 성숙성(ripeness), 권리보호이익(mootness), 청구적격(standing)에 관한 논의가 이루어지고 있는데, ㉡ 독일, 오스트리아에서는 유사한 논의가 “재판의 전제성(Entscheidungserheblichkeit)” 내지 “재판의 선결성(Präjudizialität)”에 관한 검토과정에서 이루어지고 있다. 상세한 내용은 拙稿, 우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象(審査範圍), 헌법실무연구 제4권, 박영사 (2003), 504-520면, 557-574면 등 참조.

18) 예컨대, 우리 민사소송절차에서 원고가 당해 사건에서 승소하기 위하여 제기한 여러 가지 선택적 주장들 중에 당해 사건에 적용될 가능성이 있는 법률이 위헌이라는 주장이 포함되어 있는 사안에서, ① 원고의 다른 주장을 인용하는 것만으로도 원고가 전부 승소할 수 있는 경우 위와 같은 위헌성 주장은 구체적 사건의 해결에 필수적이라고 볼 수 없고, ② 반면에 당해 소송의 적법요건이나 사실관계 등 선결문제에 대한 검토결과 위 위헌성 주장에 대하여 판단하지 아니한 상태에서 원고 패소판결이 불가피한 경우에도 원고의 위헌주장은 “재판의 전제성” 요건을 충족시킬 수 없다고 보아야 할 것인데(李明雄, “재판의 전제성”에 관련된 실무상 문제점들, 헌법재판소 연구관세미나 (2002. 11.) 발표문 13면), 이러한 결론은 미국과 독일 등에서 확립된 기본원칙을 그대로 수용한 결과라고 하겠다.

기본법 제93조 제1항 제2호, 오스트리아 연방헌법 제140조 제1항 제2문)에서 구체적 규범통제만을 허용하고 있는 우리 헌법규정과 상이한데, 이에 관하여 우리 헌법재판소는 재판의 전제가 되지 아니한 법률의 위헌여부에 대한 심사는 추상적 규범통제를 하는 결과가 되어 허용할 수 없는 것이므로 이 부분에 관한 위헌심판제청은 부적법하다고 판시하고 있다(헌재 1997. 9. 25. 97헌가4 결정).

### (2) 申請主義의 例外에 관하여

또한 오스트리아 연방헌법은 구체적 규범통제와 관하여 헌법재판소에 계속중인 사건에 적용되는 법률이라면 위헌법률심판제청 등이 없더라도 “職權”으로 위헌여부를 심판할 수 있는 “申請主義의 例外”를 헌법적 차원에서 설정하고 있어(제140조 제1항 제1문), 위헌법률에 관하여 “申請主義”에 입각한 구체적 규범통제만을 규정한 우리 헌법과 차이가 있다.

### (3) 憲法裁判所 決定의 效力에 관한 法的 根據에 관하여

한편 독일에서는 헌법재판소의 모든 결정에 대하여 “法律”에 의하여 일반적 효력 내지 기속력을 인정하고 있으나(독일 연방헌법재판소법 제31조), 오스트리아에서는 “憲法”이 위헌결정에만 일반적 효력 내지 기속력을 인정하고 있다(오스트리아 연방헌법 제140조 제5항, 제7항). 그런데 우리나라의 경우 ① 헌법재판소의 위헌결정에 대해서만 다른 국가기관에 대한 기속력 및 일반적 효력을 인정하고 있는 점{법 제47조 제1항, 제2항}에서 내용상 독일의 입법례와 다르고 오스트리아의 입법례와 유사한 반면에, ② 헌법재판소 위헌결정의 일반적 효력 등이 “헌법”이 아닌 “법률”에 근거하고 있다는 형식적 측면은 독일의 입법례와 유사하고, 오스트리아 입법례와는 다르다.

## 다. 소결론

우리 현행제도에 의하면, 설령 위헌적 법률이 존재한다고 가정하더라도 ① 그 법률이 적용되는 “일정한 이해관계를 가진 당사자가 존재하는 구체

적 분쟁사건”이 현실적으로 발생할 여지가 없는 경우, ② 혹은 위와 같은 구체적 사건이 실제로 발생하여 법원에 계속중이라고 하더라도 그 적용법률의 위헌여부에 관하여 법원의 위헌제청 등이 적법하게 제기되지 아니하는 경우에는 헌법재판소가 직권으로 그 법률의 위헌여부에 관한 판단을 할 수 없고, 법 제68조 제2항의 헌법소원도 당사자의 제청신청을 법원이 기각한 경우에만 제기될 수 있는 것으로서, 헌법재판소의 심리단계에 이르러 추가적인 법률에 관하여 위헌여부심판을 구하는 것은 부적법한 것으로 처리된다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바41 결정; 1997. 11. 27. 96헌바12 결정 등).

위와 같이 具體的 規範統制制度에서 당사자의 위헌제청신청 내지 법원의 위헌제청결정은 “一般的으로 合憲으로 推定되어 당해 사건에 적용될 어떤 법률에 違憲的 瑕疵라는 特別한 事情”이 있기 때문에 헌법재판소로부터 그 法律的 效力喪失을 宣言하는 “違憲決定”을 구한다는 취지이고, 당해 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부에 관한 법원의 위헌제청 등이 헌법재판소의 심판대상(심사범위)을 한정하는 기능을 하게 되는데, 이는 실무적으로 대단히 중요한 의미를 가진다.

### 3. 당해 사건의 재판규범인 법률에 관한 사법적 유권해석

#### 가. 당해 사건의 재판규범인 법률과 위헌법률심판절차의 심판대상인 법률의 관계

##### (1) 위헌법률심판절차에서 심판대상이 되는 법률의 범위

우리 위헌법률심판제도에 의하면, 설령 당해 사건에 적용되는 것이 분명한 법률인 경우라 할지라도, 당사자의 위헌제청신청 또는 법원의 위헌제청의 대상이 되지 아니한 법률의 위헌여부에 대하여 헌법재판소가 직권으로 분안심사를 할 수 없다.

따라서 당해 사건에 적용되는 재판규범 전체의 위헌여부가 헌법재판소의 심판대상이 되는 것이 아니고, 그 중 일부 법률규정의 위헌여부만이 헌

법재판소의 심판대상이 되는 것이다.

### (2) 위헌법률심판절차에서 이루어지는 사법적 유권해석 (헌법에 대한 유권해석)

사법작용의 일반이론에 비추어 볼 때, 법률의 위헌여부를 심사하는 위헌법률심판절차에서 헌법재판소는 그 “심사기준인 헌법의 객관적 의미를 밝히기 위한 사법적 유권해석”을 할 수는 있지만, 그 심판과정에서 필요에 따라서 “심판대상인 법률 등을 해석”하는 것은 “심판대상을 잠정적으로 특정하는 의미”를 가질 뿐이고, 심판대상 법률에 대하여 구속력이 있는 사법적 유권해석을 하는 것으로 볼 수 없다는 점은 위에서 살펴본 바와 같다.

### (3) 당해 재판의 전제성 요건을 결정하는 법률의 해석·적용문제

한편, 재판의 전제성 요건이 충족되는지 여부를 판단하기 위해서는 ① 당해 사건이 법원에 계속 중인지, ② 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 재판에 적용되는지, ③ 그 법률의 위헌여부에 따라 담당 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는지 여부 등을 검토해야 하는데(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정 등), ①②③ 요건 자체에서 “재판의 전제성”에 관한 사법적 판단은 본질적으로 당해 사건을 심리하는 각급 법원이 그 재판규범을 해석·적용하는 과정에서 이루어지는 것이라는 점을 쉽게 확인할 수 있다.

그런데 위헌법률심판절차와 관련하여 당해 사건에 관한 재판규범을 분류하면, 그 절차의 “심판대상이 된 법률”과 “심판대상이 되지 아니한 법률” 등 2가지 유형으로 나눌 수 있다.

(가) “재판의 전제성”을 결정하는 법률의 위헌여부가 “심판대상이 된 경우”

당사자가 당해 사건의 소송요건 등에 관한 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다는 취지로 위헌제청신청을 하는 경우, “재판의 전제성”을 결정하는 법률의 위헌여부가 바로 위헌법률심판절차의 심판대상이 될 수 있다.

따라서 이러한 유형의 사건에서 “재판의 전제성” 요건의 충족 여부에 대하여 판단하는 과정에서는 헌법재판소가 위헌제청을 수용하여 위헌결정을 하는 상황까지를 고려해야 한다.<sup>19)</sup>

19) 예컨대 담당 법원이 “친생부인의 소에 관한 제소기간을 자(子)의 출생을 안 날로부터 1년간으로 제한한 민법 제847조 제1항의 위헌여부”가 재판의 전제가 된다는 위헌제청을 할 것인지 여부를 결정함에 있어서는, ① 당해 친생부인의 소가 위헌제청신청대상 법률에 규정된 제소기간을 초과하여 제기되었다는 사정만으로 재판의 전

(나) “재판의 전제성”을 결정하는 법률의 위헌여부가 “심판대상이 아닌 경우”

반면에 헌법재판소에서는 그 심판대상이 된 법률의 위헌여부에 대해서만 심판할 수 있기 때문에, “재판의 전제성”을 결정하는 법률이 아닌 다른 재판 규범의 위헌여부를 심판대상으로 하는 대부분의 사건에서 당해 재판의 전제성을 결정하는 법률에 대한 위헌결정이 선고될 가능성이 없다.

그러므로 위와 같은 유형의 사건에서 “재판의 전제성” 요건이 구비되었는지 여부는 전형적인 법률의 해석·적용문제일 뿐이므로, 이에 대한 최종적인 사법적 판단은 전적으로 당해 사건을 심리하는 법원이 담당하게 되는 것이다.

## 나. 비교법적 검토

### (1) 사법제도의 유형에 따라서 사법적 유권해석의 본질에 차이가 있는지 여부 (소극)

“憲法”에 대한 司法的 有權解釋은 憲法制定權者의 意思에 대한 補完的 意味를 가지고, “法律”에 대한 司法的 有權解釋의 경우 立法者의 意思에 대한 補完的 意味를 가진다는 점에 관한 논의는 독일 등과 같이 일반 집중형 규범통제제도를 취한 국가에서만 이루어지는 것이 아니고, 분산형 규범통제제도를 취하고 있는 미국에서도 동일한 검토가 이루어지고 있다.

---

제성이 흠결되었다고 볼 수는 없고, ② 더 나아가서 헌법재판소가 위 법률에 대하여 위헌결정을 하는 경우 재판의 전제성이 충족될 수 있는지 여부까지 검토해야 하는 것이다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 결정 등 참조).

## (2) 독일의 경우<sup>20)</sup>

(가) 이른바 “특수한 헌법(spezifisches Verfassungsrecht)”에 관한 논의 - Heck 공식(Hech'sche Formel)

독일 연방헌법재판소의 판례 및 학계의 통설에 의하면, 일반법에 대한 광범위한 심사권의 행사는 헌법재판소의 소관업무가 아니라고 한다.

예컨대, 독일 연방헌법재판소에서는 ‘일반법원이 재판절차를 정하는 문제, 사실관계를 확정하고 평가하는 문제, 일반법률을 해석하고 구체적인 사건에 적용하는 것은 원칙적으로 전문법원(일반법원)의 고유업무이고, 특수한 헌법이 침해되지 않는 이상 헌법재판소에 의한 심사는 허용되지 아니한다.’라고 판시하고 있는데,<sup>21)</sup> 이는 일반법원이 재판을 함에 있어서 기본권을 존중하지 않는 잘못을 범함으로써 “특수한 헌법”을 침해한 경우에 한하여 헌법재판소의 통제를 받는다는 취지이다. 이러한 판례에 의하면 실무적으로 “특수한 헌법의 침해” 및 “기본권규범과 그 잣대에 대한 오인”을 어떻게 이해할 것인가가 실질적인 문제가 될 것인데, 일반적으로 헌법재판소의 심사권한의 범위는 소송절차적으로 정해질 수 있으며, 통상적으로 일반 법률을 해석하여 내린 판결에 객관적으로 하자가 있다는 사정만으로 특수한 헌법의 침해가 있다고 볼 수는 없고, 더 나아가서 “(헌법에 규정된) 基本權의 無視”에 이를 정도의 瑕疵가 있어야만 비로소 特殊한 憲法の 侵害가 발생하는 것으로 보는 것이 지배적인 견해이다.

(나) Schumann 공식(Schumann'sche Formel)

모든 법률위반은 자동적으로 기본법 제20조 제3항에 위반되는 것은 아니고, 단순한 법률위반이 있다는 사정만으로 바로 (헌법적 차원의 문제인) 기본권침해의 근거가 되지 못하기 때문에, 연방헌법재판소는 이러한 단순한 법률위반 문제에 대하여 심사권한이 없다는 취지이다.

---

20) 본문 (2) 항 (가)(나)의 내용은 한국공법학회 2003년 정기총회 및 학술대회(헌법재판과 행정소송)의 발표문(선정원, ‘권위들의 충돌과 합법성 심사의 발전방향’)에 대한 이기철 교수의 지정토론편 273-278면에서 발췌한 내용을 정리하여 재인용한 것이다.

21) BverfGE 1, 418 (420); 18, 85(92), 79, 372 (376f.); 80, 81(95) 등.

따라서 개별 사건에 관하여 일반법원이 잘못된 비교형량을 하는 경우 단순히 일반 법률의 침해만을 의미하므로, 통상적으로 이러한 법률문제는 단지 위법적(nurgesetzwidrig)일 뿐이고, 이러한 사유만으로 바로 위헌적이라고 볼 수는 없으며(nicht direkt verfassungswidrig), 요컨대, 독일 연방헌법재판소의 심사권한이 문제가 되는 경우에 고려해야 될 사항은 일반법원의 재판이 실정법상 옳은지 또는 틀린지 여부에 관한 것이 아니고, 헌법재판소의 간섭이 불가피한 “憲法上の 瑕疵”를 포함하고 있는지 여부인 것이다. 따라서 헌법재판소의 심사권한의 범위는 소송절차적으로 정해지는 것이다.

(다) “재판의 전제성”에 관한 독일 연방헌법재판소의 판례요지{BVerfGE 2, 181 (190-192)}

1) 기본법 제100조 제1항에 따른 제청의 적법성을 판단함에 있어서, 원칙적으로 제청법원이 자신의 법적 견해에 의할 경우 당해사건에 대한 재판이 위헌으로 간주하고 있는 법률의 효력여부에 좌우된다고 판단하는 것으로 충분하다. 만약 제청법원의 법적 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우에 위와 같은 원칙에 대한 예외를 인정할 것인지 여부에 대하여 검토할 수는 있지만, 이 사건은 그와 같은 예외적 사안이 아니므로 이에 대하여 논의할 필요가 없다. 왜냐하면 주고등법원의 견해와 같이 형식판결(Prozeßentscheidung)이 심판대상 법률의 효력여부에 의존하고 있다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없기 때문이다. 그러므로 연방헌법재판소는 이 사건 제청의 적법성을 심사함에 있어 주고등법원이 부수적 문제들(Inzidentfragen)에 관해 표명한 견해가 적절한 것인지에 대해서는 판단하지 아니한다.

2) 법원의 경우 절차법적으로 본안판단에 앞서 청구의 적법성여부를 전면적으로 심사해야 하는 권한과 의무가 있다는 점은 일반적으로 자명한 것으로 간주되고 있지만, 연방헌법재판소가 기본법 제100조 제1항에 근거하여 행하는 구체적 규범통제절차에서 이러한 일반원칙에 대하여 위 1)항과 같은 제한이 가해지는 것은 규범통제의 성질로부터 도출되는 결과인 것이다. 만약 그렇게 보지 않는다면(역주 : 일반 법원과 마찬가지로 연방헌법



재판소도 적법성여부에 대하여 전면적으로 심사하게 될 경우를 의미함) 실무상 불합리한 결과에 이르게 될 것이다. 왜냐하면 연방헌법재판소의 입장에서 자신이 판단하기에 심판대상 법률의 유효여부가 제청법원이 심리하는 당해 재판의 전제가 되지 않는다고 보는 경우 기본법 제100조 제1항에 따른 본안판단을 할 수 없을 것인데, 제청법원의 입장에서는 자신이 당해 재판의 해결에 관하여 선결문제로 파악하고 있는 연방헌법재판소의 본안판단이 이루어지지 아니한 이상, 당해 사건에 관하여 재판을 할 수 없다고 판단하게 될 것이기 때문이다. 제청법원의 경우 연방헌법재판소의 결정에 구속된다는 점을 지적함으로써 그와 같은 결론을 회피하고자 하는 것은 부적절하다. 왜냐하면 법원에 대한 기속력은 (역주 : 연방헌법재판소가 적법성여부를 전면적으로 심사하는 것으로 보는 전제에서) 연방헌법재판소로 하여금 소송상의 이유에서 심판청구를 각하하도록 하는 결론에 이르게 하는 법적 견해(위 1)항에서 언급한 부수적 문제들에 대하여 일반법원이 전개하고 있는 법적 견해)에까지 미치는 것은 아니기 때문이다. 그와 같은 포괄적인 구속은 구체적인 법적 분쟁에서 자신의 판단에 따라 관련된 법적 관점에 기초해 독립적으로 판단하는 제청법원의 권한을 헌법적 근거 없이 제한하는 결과가 될 것이다. 오히려 연방헌법재판소는 기본법 제100조 제1항의 의미와 목적에 따라 제청법원의 법적 견해를 기초로 하여 제청된 “憲法的 問題(Verfassungsfrage)”만을 결정하여야 한다.

(라) 독일 연방헌법재판소의 관례 등에 대한 종합적 검토

위와 같이 독일에서는 법률에 대한 구체적 규범통제 등에 관하여, ① 당해 사건 소송절차의 재판규범이 되는 법률의 해석·적용권한은 일반 법원에 귀속되고, ② 헌법재판소의 임무는 헌법의 해석·적용에 한정되는 것으로 파악하고 있다. 이는 연방헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심사하는 절차에서 심판대상 법률이 실정법상 올바르게 해석·적용되었는지 여부 등과 같이 단순한 법률위반여부에 관한 문제까지 전면적으로 재심사하는 것이 아니며, 심판대상 법률로 인하여 憲法上的 瑕疵가 발생하였는지 여부만을 심사한다는 것으로서, 위헌법률심판절차 등의 심사기준인 헌법에 대해서만

사법적 유권해석을 한다는 취지이다.

독일 기본법의 경우 (우리 헌법과 달리) 연방헌법재판소를 사법부를 구성하는 연방법원들 중 하나로 규정하고 있고 재판소원을 일반적으로 인정하고 있음에도 불구하고, 연방헌법재판소에서 법률의 해석·적용 등과 같은 “법률적 차원”의 문제를 전면적으로 재심사하지 않고 있다는 점은 이론적·실무적으로 매우 중요한 의미를 가진다.<sup>22)</sup>

### (3) 미국의 경우

(가) 미국의 선례구속의 원칙과 사법적 유권해석

1) 미국 연방대법원은 연방헌법 및 연방법률에 대하여 부수적 규범통제 방식으로 사법적 유권해석을 할 수 있는데,<sup>23)</sup> 흔히 판례법국가로 불리는 미국에서도 일정한 적용영역에 관한 연방법률을 해석한 연방대법원의 판례에 대응하는 제정 법률의 변경이 있으면 先例拘束의 原則(the doctrine of stare decisis)이 더 이상 적용되지 않는 것으로 보고 있다.<sup>24)</sup>

2) 한편 연방대법원은 선례구속의 원칙에 관련하여 ① 연방법률에 대한 사법적 유권해석에 대하여는 상대적으로 선례구속의 원칙을 엄격하게 준수하는 반면에, ② 연방헌법의 사법적 유권해석에 대하여는 이를 기계적으로 준수할 수 없다는 입장을 취함으로써 개념적으로 ①, ② 사안을 구별하면서, 그 구별이유에 관하여 ㉠ 연방법률에 대한 사법적 유권해석의 경우, 연방의회가 원한다면 언제든지 해당 법률을 개정함으로써 그 법률에 대한 연방대법원의 유권해석을 반복할 수 있는 반면에, ㉡ 연방헌법에 대한 사법적 유권해석의 경우 연방의회가 통상적인 입법작용으로 연방대법원

22) 이는 우리 헌법이 개정되어 독일 기본법과 같이 헌법재판소가 헌법상 사법부의 구성기관 중 하나로 규정되는 경우에도, 최소한 위헌법률심판절차에서는 “법률적 차원의 문제(단순한 위법여부)”에 대해서까지 전면적인 재심사를 해서는 안 된다는 점을 의미하기 때문이다.

23) 이는 미국 연방대법원에서 일반적으로 ① “연방헌법을 심사기준”으로 하는 사법적 절차뿐만 아니라, ② “연방법률을 심사기준”으로 하는 사법적 절차까지 함께 주관하고 있다는 것을 의미한다.

24) 선정원, ‘권위들의 충돌과 합법성 심사의 발전방향’ 한국공법학회 2003년 정기총회 및 학술대회(헌법재판과 행정소송)의 발표자료 100면 및 아래에서 살펴보는 미국의 판례변경에 관한 내용 참조.

의 관례를 반복하거나 수정할 수 없고 오로지 헌법개정절차를 통해서만 이를 반복할 수 있으며, 따라서 만일 선례구속의 원칙을 기계적으로 준수하는 경우 실무적으로 심각한 문제가 야기될 위험성이 있기 때문이라는 취지로 판시하고 있다.<sup>25)</sup>

3) 그러므로 연방헌법 및 연방법률에 대하여 모두 사법적 유권해석을 할 수 있는 미국연방대법원에서도, 구조적으로 ① 연방법률의 위헌여부에 관한 심사기준이 되는 연방헌법에 대한 사법적 유권해석은 헌법제정권자에 대한 보완적 유권해석이고(憲法的 次元의 問題), ② 당해 사실관계 등에 대한 심사기준이 되는 연방 법률에 대한 사법적 유권해석은 입법자에 대한 보완적 유권해석이라고 파악함으로써(法律的 次元의 問題), 개념적으로 헌법적 차원의 문제와 법률적 차원의 문제를 명확하게 구분하고 있는 것이다.

(나) 州法律이 聯邦憲法에 위반되는지 여부에 대한 司法審査

나아가, 연방대법원의 확립된 관례는<sup>26)</sup> 연방대법원이 당해 사건에 적용되는 下位規範인 州法律(審査對象)이 上位規範인 聯邦憲法(審査基準)에 위반되었는지 여부를 판단할 수 있지만, 스스로 하위규범인 주법률에 대하여는 사법적 유권해석을 할 수 없다는 점을 명시하고 있다.<sup>27)</sup> 다시 말하면, 주법률의 위헌성심사절차에서 심사기준인 상위규범(연방헌법)에 대하여 사법적 유권해석을 할 수 있는 사법기관(연방대법원)이라고 할지라도, 그 심사대상이 될 수 있는 하위규범(주법률)에 대해서까지 당연히 유권해석을 할 수 있는 것은 아니라는 취지이다. 이에 관한 연방대법원의 관례에 따른 실무처리내용 등을 검토하면 다음과 같다.<sup>28)</sup>

---

25) Payne v. Tennessee 501 U.S. 808 (1991) 및 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 U.S. 833 (1992)에서 그 취지를 발취, 요약함.

26) 예를 들어, Herb v. Pitcairn v. Louisville & N.R. Co 324 U.S. 117 'The United States Court will not review judgments of state courts that rest on adequate and independent state grounds'

27) 미국 연방대법원에서 聯邦憲法을 審査基準으로 하여 州法律의 違憲性을 審査하는 절차에서는 (우리 나라 혹은 독일의 경우와 유사하게) ① 헌법에 대한 사법적 유권해석기관과 ② 법률에 대한 사법적 유권해석기관이 분리되는 현상이 발생하게 된다.

28) 아래의 내용은 Constitutional Analysis (West Nutshell Series), Chapter 1 Judicial Review (5) Disposition of a Case on Nonconstitutional Grounds(p 22-27)를 발취·요약·번역한 것이다.

1) 법원이 법률에 대하여 위헌판단을 하는 것을 피하는 방법 중 하나는 法律에 대하여 憲法合致的 解釋을 하는 것이다(interpreting a statute to make it constitutional). 예를 들어, 법률규정이 모호한 사안에서, 이를 넓게 해석하면 위헌이지만 좁게 해석하는 경우 합헌인 경우가 있다. 이러한 사안에서 법원이 해당 법률에 대하여 위헌선언을 하는 것보다는 합리적인 범위 내에서 합헌적으로 축소해석을 하는 것이 바람직한 것으로서, 위와 같이 법률에 대하여 헌법합치적 해석을 하는 방법은 ① 연방법원이 연방법률을 해석할 경우, ② 혹은 주법원이 그 주법률을 해석할 경우 등에서 자주 사용된다.

2) 다만 연방대법원은 이러한 해석방법을 오로지 연방법률에 대해서만 사용할 수 있고, 주법률 등에 대하여 헌법합치적 해석을 할 수는 없는데, 이는 흔들리지 않는 원칙(inexorable principle)이다. 이는 연방대법원이 주법률을 축소해석함으로써 이를 합헌적으로 만들 수 없고, 주법률에 관련해서는 주의 최고법원의 사법적 유권해석을 그대로 수용해야만 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면, 연방대법원이 주법률에 대한 위헌선언을 하는 많은 사례 중에서, 만일 심사대상 법률이 연방 법률이었다면 이를 단순히 축소해석함으로써 위헌선언을 피할 수 있었을 사례들이 상당수 존재한다는 것이다.

3) 위와 같은 포기할 수 없는 원칙(unwavering principle)은 州法律에 대하여는 해당 주가 最終的 解釋權限(final authority)을 행사하여야 한다는 것으로서, 연방대법원은 주의 최고법원이 주법률에 대하여 행한 최종적인 해석(definitive interpretation)을 변경할 권한이 없고, 주 최고법원의 해석을 토대로 하여 심사대상인 주법률이 심사기준인 연방헌법에 위반되는지 여부를 심사할 수 있을 뿐이다.

4) 한편 원·피고가 서로 다른 주의 시민이라는 이유로 연방법원에 계속된 소송사건의 유일한 쟁점이 주의 최고법원으로부터 사법적인 유권해석

이 아직 내려지지 아니한 주법률의 해석·적용문제인 경우, 연방법원은 위 사건을 해결해야 하기 때문에 해당 주법률을 해석해야 할 의무가 있다는 점은 명백하다. 그러나, 이러한 경우에서도 연방대법원 등이 해당 주법률에 대하여 행한 해석은 오로지 暫定的인(혹은 試驗的인, tentative)이기 때문에, 위 3) 기재와 같은 본질적인 원칙은 계속 유지된다. 다시 말하면, 해당 주법률에 대하여 연방대법원 등이 행한 잠정적인 해석은 동일한 주법률의 해석 등이 쟁점이 된 다른 사건에서 해당 주의 최고법원에 의하여 언제든지 번복될 수 있는 것이다(subject to being “overruled”).

5) 결론적으로 주법률 등의 해석 및 적용에 관한 最終的 解釋權限(final authority)은 해당 주의 최고법원에 귀속되고, 연방대법원은 이미 주의 최고법원에 의한 해석이 이루어진 주법률 등에 대하여는 헌법합치적인 축소해석을 할 수 없으며, 다만 주 최고법원의 해석을 토대로 하여 심사대상인 주법률이 심사기준인 연방헌법에 위반되는지 여부를 심사할 수 있을 뿐이다.

#### (4) 소결론

위와 같은 비교법적 검토를 통하여, ① 심사대상인 법률의 위헌여부를 심사하는 절차에서는 심사기준인 헌법에 대해서만 사법적 유권해석이 이루어진다는 기본원리는 독일식 사법제도를 취하였는지 아니면 미국식 사법제도를 취하였는지 여부와는 직접적인 관련이 없고, 오히려 삼단논법에 의한 사법적 판단의 일반이론에 관련된 문제라는 점, ② 당해 사건의 소송절차의 재판규범이 되는 법률의 해석·적용문제의 경우, ㉞ 위헌법률심판절차의 심판대상이 되지 아니한 법률에 대한 해석·적용문제는 물론이고 ㉜ 그 “심판대상인 법률”에 대한 해석·적용문제까지도 원칙적으로 당해 사건을 심리하는 법원에서 행해져야 하는 것으로서, 위헌법률심판절차에서 단순한 법률위반과 같은 법률적 차원의 문제까지 전면적으로 재심사하는 것이 아니라는 점을 확인할 수 있다.

## 다. 당해 사건의 재판규범인 법률의 해석이 법원의 권한이라는 취지의 헌법재판소 판례 등

### (1) 위헌법률심판절차의 심판대상이 아닌 법률에 대한 해석문제

(가) “재판의 전제성”에 관한 헌법재판소의 판단이 나중에 선고된 법원의 판결에 의하여 무의미하게 된 사례

항소심 법원이 증여세부과처분무효확인소송사건을 심리하던 중 증여세부과처분에 관한 근거법률의 위헌여부가 당해 재판의 전제가 될 가능성이 있다는 이유로 위헌제청을 하고 헌법재판소가 이에 대하여 위헌결정을 선고하였으나(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3 결정), 그 후 속개된 당해 사건의 심리과정에서 원고가 동일한 과세처분에 대한 취소소송에서 패소확정판결을 받은 이후에 다시 무효확인소송을 제기하였다는 사실이 밝혀졌기 때문에, 대법원은 동일한 과세처분의 취소소송에 관한 패소확정판결의 기판력이 당해 소송사건에 미친다는 점을 지적하면서, 그 근거법률의 위헌 여부와 관계없이 원고의 무효확인청구는 기각되어야 할 것이므로 이에 관한 위헌제청신청은 “재판의 전제성” 요건을 충족시킬 수 없다고 판시하였다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777 판결).

그런데 위 과세처분의 근거법률에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 하였다는 것은 논리적으로 당해 재판의 전제성 요건에 관한 법률판단 등을 先行하였다고 보아야 한다. 따라서 위 사례는 설령 “다른 국가기관에 대한 기속력” 및 “일반적 효력”이 인정되는 違憲決定이 선고되었다고 하더라도, 당해 재판의 전제성 등에 관한 헌법재판소의 판단이 담당 법원이 행하는 당해 사건의 재판규범에 대한 사법적 판단을 구속할 수 없고, 결과적으로 당사자에게도 아무런 효력을 미칠 수 없다는 점을 잘 보여주고 있다.

(나) 헌법재판소가 “재판의 전제성”에 관하여 暫定的으로 행한 법률판단이 법원을 구속하지 아니한다는 취지를 명시한 사례

생명보험회사의 주주 및 이사들이 원고가 되어 금융산업구조개선관련법률 제2조 제3호 가목 등에 근거한 증자명령 및 감자명령에 관한 취소청

구를 한 당해 사건에 관하여, 제1심 법원이 원고적격의 흠결 등을 이유로 소각하판결을 선고함과 동시에 증거명령 등의 근거법률의 위헌여부에 관하여 청구인들이 제기한 위헌제청신청을 기각하였는데(실질적으로는 각하취지로 볼 수 있음), 당해 사건에 관한 소각하판결이 확정되지 아니한 상태에서 심리된 헌법소원사건에서도 당해 소송의 적법요건에 관한 논란이 계속되었다.

이에 관하여 헌법재판소는 ‘① 구체적 사건에 관하여 사실관계를 인정하고 법률을 해석하여 적용하는 것은 어디까지나 일반법원의 역할이고, 헌법재판소는 일반법원이 구체적 사건에 관한 재판을 할 때 선결문제가 되는 법률의 위헌여부의 심사 및 선언을 하는 것이다. 즉, 일반법원의 재판규범인 법률이 위헌법률심판절차의 심판대상으로 헌법에 위반되는지 여부를 다투는 경우가 아닌 한, 단순히 법률의 해석·적용을 다투는 것은 우리 재판소의 심판대상이 될 수 없고 그 최종적인 사법적 해석권한은 법원에 있다. 그렇지만, 우리 재판소가 이 사건에서와 같이 헌법소원심판을 판단하기 위하여는 당해 소송사건이 행정소송법 제12조의 원고적격이라는 소송요건을 충족하였는지 여부에 관하여 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 불가피하게 판단할 수밖에 없는 경우도 있다. 그렇다고 하더라도 우리 재판소의 사실인정이나 법률해석에 일반법원이 구속되는 것은 아니라 할 것이다. ② 이 사건 법률에 근거한 이 사건 처분과 관련하여, 원고적격을 가진 자가 주식회사인 경우에 그 회사의 “주주” 또는 “이사” 등이 가지는 이해관계를 행정소송법 제12조 소정의 “법률상 이익”으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 당해소송의 제1심과 항소심 법원은 이를 부정하고 소를 각하하는 판결을 선고하였다. 그러나, 이 사건에 직접 원용할 만한 확립된 대법원의 판례는 아직까지 존재하지 않고, 해석에 따라서는 당해소송에서 청구인들의 원고적격이 인정될 여지도 충분히 있다. 따라서, 우리 재판소는 일단 청구인들이 당해소송에서 원고적격을 가질 수 있다는 전제하에 이 사건 법률조항에 대한 심판청구가 우선 재판의 전제성요건을 갖춘 것으로 보고 본안에 대한 판단에 나아가기로 한다.’라고 판시하였다(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91

결정).

위 사례는 위헌법률심판절차의 심판대상이 아닌 당해 사건의 재판규범에 대하여 헌법재판소가 행한 暫定的 判斷은 담당 법원을 구속하지 아니한다는 점과 법원에서 이와는 상이한 사법적 판단을 할 수 있다는 점 등을 결정이유에 명시한 사례로 볼 수 있다.<sup>29)</sup> 실제로 대법원에서는 위 결정이 선고된 이후 당해 사건의 원고적격에 대한 적법요건 판단을 하면서, ㉔ 위 회사의 “주주”의 경우 그 주식이 소각되거나 법인에 대한 권리가 소멸하는 등 주주의 지위에 중대한 영향을 초래함에도 불구하고 법인이 이를 다룰 것을 기대할 수 없고 달리 주주의 지위를 보전할 구제방법이 없기 때문에 위 처분에 대한 취소를 구할 원고적격이 인정되는 반면에, ㉕ “이사”의 지위에 있던 당사자의 경우 그 지위를 유지하고 있다고 볼 수 없어 원고적격을 인정할 수 없다는 취지로 판시함으로써(대법원 2004. 12. 23. 선고 2000두2648 판결), 헌법재판소에서 본안판단을 한 당사자 중 일부에 대해서만 한정적으로 원고적격을 인정하였다.<sup>30)</sup>

(다) 당해 사건의 재판규범에 대한 법원의 해석·적용이 객관적으로 잘못되었다는 사유만으로 헌법재판소가 이미 확정된 법원의 법률판단과 배치되는 판단을 할 수 있는지 여부 (소극)

“원판결의 본안사건에 대한 재심심판”에 적용되는 법률의 위헌여부가 심판대상인 사안에서 헌법재판소는 ‘형벌에 관한 법률에 대한 위헌결정으로 유죄의 확정판결에 대해 재심이 청구되어 재심개시결정이 확정되면 법원은 그 사건에 대해 다시 심판을 하여야 하고, 설령 법원이 재심개시결정을 함에 있어서 위법한 판단을 하였다고 하더라도 당사자가 불복하지 아니하고 즉시항고기간이 도과되어 그 재심개시결정이 확정된 이후에는 담당 법원 및 상급법원에서 그 확정력을 다룰 수 없으므로, 설령 객관적으로 재심개시사유가 존재하지 아니하였다고 가정하더라도 이러한 사유만으로 헌법재

29) 同旨 헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9 결정.

30) 이는 헌법재판소가 심판대상이 된 법률에 대하여 “위헌결정”을 하였는지 아니면 “합헌결정”을 하였는지 여부가 “이사”의 지위에 있던 당사자에 대하여는 실질적으로 아무런 영향을 미칠 수 없다는 것을 의미한다.



판소에서 원판결의 본안에 적용되는 처벌규정의 위헌여부에 관한 재판의 전제성을 부인할 수는 없다.’라는 취지로 판시하였다(헌재 2000. 1. 27. 98헌가9 결정).

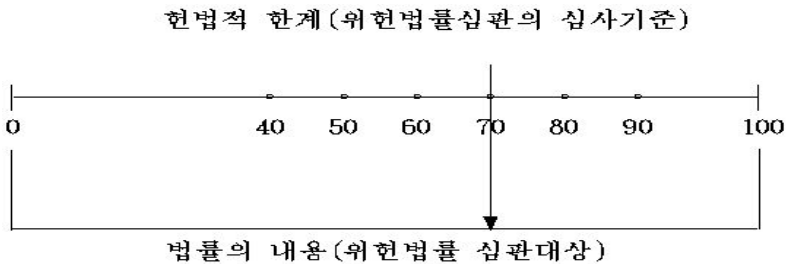
위 사례의 경우 당해 사건에 관한 법률판단은 법원이 담당하는 것으로서, 헌법재판소가 위헌법률심판절차에서 단순한 법률위반과 같은 법률적 차원의 문제까지 전면적으로 재심사하는 것이 아니고, 설령 담당 법원의 판단이 객관적으로 잘못되었을 가능성이 있더라도 이에 관한 법원의 재판이 확정된 이상, 그 사법적 판단은 당사자는 물론 헌법재판소에 대해서도 구속력을 미친다는 기본원칙을 재확인한 것이라고 하겠다.

## (2) 위헌법률심판의 심판대상인 당해 사건의 재판규범에 대한 해석 문제

### (가) 일반론

우리 헌법의 체계 및 사법적 판단절차의 일반이론 등에 비추어 볼 때, 일반 소송절차의 재판규범이 되는 법률의 내용은 원칙적으로 입법자가 정하는 것이고 이를 보완하는 사법적 유권해석은 법원에서 행하는 것으로서, 설령 헌법재판소가 위헌법률심판절차를 진행하기 위해서 불가피하게 심판대상인 법률의 내용을 일단 특정하는 취지의 잠정적 해석을 해야 하는 경우에도 이러한 잠정적 해석은 “법률적 차원”에서 당사자에 대한 최종적 구속력을 가질 수 없고, 다만 헌법재판소의 결정이 입법자의 법률제정(혹은 이를 보완하는 법원의 사법적 유권해석)의 헌법적 한계를 설정할 수는 있는데, 이에 대해서는 아래에서 상세하게 살펴본다.

### (나) 도표 1.



1) 헌법재판소의 A법률 제2조에 관한 위헌법률심판절차

예를 들어, 일반 소송절차의 재판규범으로서 위헌법률심판절차의 심판대상이 된 A법률 제2조 규정을 文理解釋하는 경우 관련 당사자의 기본권을 40 내지 100 정도 제약하는 것으로 해석할 여지가 있는데, 이에 대하여 “입법자의 정의규정”이 없고, “최고법원인 대법원의 사법적 유권해석(판례)”도 존재하지 않는 사안에서 하급심 법원이 A법률 제2조의 위헌여부에 관하여 위헌제정을 하였다고 가정한다.<sup>31)</sup>

이러한 경우 헌법재판소는 그 심판대상인 법률의 내용을 잠정적으로 특정한 다음 심사기준을 적용하여 삼단논법에 따른 결론을 도출할 필요가 있다고 할 것인데, ① 예컨대 A법률 제1조 및 제3조 등을 종합적으로 검토해 볼 때 제2조의 규율내용은 당사자의 기본권을 60 정도 제약하는 것으로 파악하고(暫定的 解釋을 통한 審判對象의 特定), ② 위 적용영역에서는 도표 1.과 같이 당사자의 기본권을 70정도까지 제약하는 것이 헌법적 한계라고 판단한 경우(審査基準의 設定), 결과적으로 심판대상 법률의 내용이 헌법적 한계를 유월하지 아니하였기 때문에 합헌이라는 결정을 하게 될 것이다.<sup>32)</sup>

2) A법률 제2조에 관한 대법원의 사법적 유권해석이 나중에 이루어진 경우

위 합헌결정 이후에 대법원에서 ‘A법률 제1조, 제3조 내지 제5조 등을 종합적으로 검토하는 경우, 소송절차의 재판규범인 A법률 제2조의 규율내용은 위 적용영역에서 당사자의 기본권을 50정도 제약하는 것으로 봄이 상당하다.’라는 취지로 최종적인 사법적 유권해석을 하게 되면, 이러한 제2조의 규정내용(좀더 정확하게는 대법원의 사법적 유권해석에 의하여 의미가 확정된 규정내용)이 헌법적 한계를 유월하지 아니하였음이 분명하기 때문에 대법원의 A법률 제2조에 대한 사법적 유권해석이 위 1)항과 같은 헌법재판소의 헌법에 대한 사법적 유권해석과 저촉될 가능성은 없다.<sup>33)</sup>

31) 논의를 단순화시키기 위하여 A법률 제2조가 명확성의 원칙 등에 위배되는지 여부에 대한 쟁점은 일단 별론으로 한다.

32) 이러한 경우 헌법재판소에서 잠정적 해석을 함에 있어서 결과적으로 “헌법합치적 해석”을 하였다고 볼 여지도 있다.

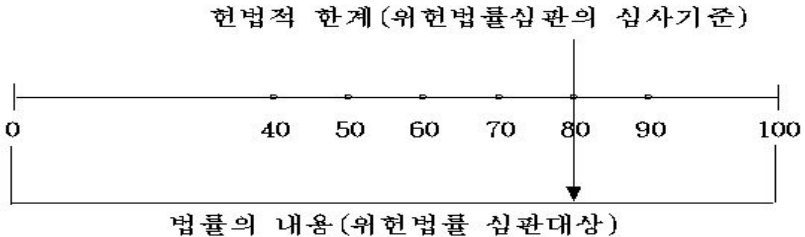
33) 이는 법률에 대한 원칙적 유권해석자인 입법자가 A법률 제2조에 관한 법률개정을 하면서, “정의규정”을 추가하여 당사자의 기본권을 50정도 제약한다는 점을 명시한 경우, 이러한 개정 법률이 헌법적 한계를 유월하지 않는 것과 동일한 맥락이다.

한편 위와 같은 대법원의 사법적 유권해석이 이루어지면 (헌법재판소에서 심판대상 특정을 위하여 잠정적으로 A법률 제2조를 해석한 결과와는 달리), A법률 제2조의 경우 50-60 영역에 관한 기본권제약을 하는 재판규범으로 적용될 수 없기 때문에, 이러한 측면에서 헌법재판소의 법률에 대한 잠정적 해석의 경우 당사자에 대한 최종적 기속력을 가질 수 없는 것이다.

3) 원칙적인 유권해석권자인 입법자가 “정의규정”을 추가한 경우

나아가, 만일 법률에 대한 원칙적 유권해석자인 입법자가 A법률 제2조에 관한 법률개정을 하면서, 이에 관한 “정의규정”을 추가하여 당사자의 기본권을 40정도 제약한다는 점을 명시적으로 밝혔음에도 불구하고, 그 후 행정기관이 A법률 제2조를 적용하여 당사자의 기본권을 60정도 제약하는 행정처분을 한 경우(혹은 법원에서 같은 취지의 재판을 한 경우), 이러한 행정처분(재판)은 명백하게 법률을 위반한 것이지만(單純한 法律違反), 이러한 사정만으로는 위 행정처분(재판)이 헌법적 한계를 유월하였다고 할 수는 없는 것이다(독일의 Shumann 공식 중 “單純한 法律違反”과 “憲法違反”의 차이).

(다) 도표 2. (헌법개정 또는 헌법에 대한 헌법재판소의 판례변경)



반면에 위 (나) 2)항과 같은 합헌결정이 선고된 이후에 만일 대법원에서 A법률 제2조 규율내용이 당사자의 기본권을 80정도 제약하는 것으로 사법적 유권해석을 하는 경우, 이는 위 영역에 관한 헌법재판소의 선례가 설정한 심사기준(헌법적 한계)을 유월하는 것이기 때문에,<sup>34)</sup> ① 헌법재판소가 스스로 판례를 변경하여 도표 2.와 같이 심사기준을 변경하거나, ② 혹은 헌법제정권자가 유사한 취지로 헌법을 개정하지 않는 이상, 대법원의 사법적 유권해석으로 인하여 그 의미가 확정된 A법률 제2조는 헌법적 한계를 유월한 것으로 볼 수 있고,<sup>35)</sup> 따라서 헌법재판소에서 위와 같은 先例를 유지하는 이상, 후속사건에서는 (실질적으로 새로운 심판대상이라고 볼 수 있는) A법률 제2조에 대하여 위헌판단을 하게 될 것이다.

### (3) 헌법재판소가 당해 사건의 재판규범이 아닌 법률에 대한 해석을 하는 경우

한편 헌법재판소가 그 심판절차에서 “당해 사건의 재판규범이 아닌 법률”을 해석하는 때에는 당사자에게 구속력을 가지는 사법적 유권해석을 하는 경우가 있다. 예컨대, 법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서 헌법재판소는 당해 청구가 법 제69조 제2항의 청구기간을 준수하였는지 여부를 심리·판단하게 되고, 그 과정에서 법 제69조 제2항에 대한 해석을 하게 되는데, 이러한 법률해석은 당사자에 대하여 직접적·최종적 구속력을 미치고, 따라서 후속 헌법소원사건에 대한 선례로서 직접적인 의미를 가지게 된다.

법 제23조 제2항 제2호는 “종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우”에 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다고 규정하고 있는바,<sup>36)</sup> 헌법재판소의 법률해석에 관한 판례변

34) 이는 법률에 대한 원칙적 유권해석자인 입법자가 A법률 제2조에 관한 법률개정을 하면서, 이에 관한 정의규정을 추가하여 당사자의 기본권을 80정도 제약한다는 점을 명시한 경우, 이러한 개정 법률이 헌법적 한계를 유월하는 것과 동일한 맥락이다.

35) 이러한 측면에서 특정 규범에 대한 사법적 유권해석은 실천적 의미에서 해당 규범에 관한 형성과 유사한 기능을 하게 되는 것이다.

36) 법 제23조 제2항 제2호와 같은 헌법재판소의 판례변경에 관한 법률조항은 미국의 先例拘束의 原則에서 유래된 것으로서, 독일 연방헌법재판소법에는 판례변경에 관한 별도의 규정이 없다.

경은 위와 같이 “당해 사건의 재판규범이 아닌 법률”에 대한 사법적 유권 해석을 변경하는 것을 의미하는 것으로 봄이 상당하다.<sup>37)</sup>

#### 4. 위헌법률심판절차 등에 관한 헌법재판소 결정의 의미

##### 가. 당해 재판의 전제가 되는 입법작용에 대하여 헌법적 한계를 설정하는 결정

위에서 본 바와 같이 헌법에 대한 사법적 유권해석과 법률적 차원의 사법적 유권해석은 본질적으로 차이가 있기 때문에, ① 헌법재판소가 위헌법률심판절차에서 당해 사건의 재판규범인 법률에 대하여 사법적 유권해석을 하는 것으로 볼 수는 없고, ② 위 절차에서 심판대상인 법률 등에 대해서 해석을 하는 경우에도 이는 잠정적인 해석에 불과하기 때문에, 법원이 이러한 법률판단에 구속되는 것은 아니지만, ③ 위 절차에서 심사기준인 헌법에 대해서 행하는 해석은 헌법제정권자의 의사를 보완하는 기능을 하는 사법적 유권해석으로서, 입법작용 등에 대한 헌법적 한계를 설정하는 실질적인 의미를 가진다고 하겠다.

##### 나. 당해 재판에 적용되는 법률의 효력을 좌우하는 결정

한편 신청주의에 입각한 헌법재판소의 위헌법률심판절차에서는 당해 사건에 적용되는 규범내용의 위헌여부에 대하여만 심판하게 되는데, 헌법 제107조 제1항의 규정 등에 비추어보면, 담당 법원의 위헌제청에 근거하여

---

37) 왜냐하면 당해 사건의 재판규범인 법률에 관한 사법적 유권해석권한은 담당 법원에 귀속되는 것이고, 이에 관한 헌법재판소의 해석은 당사자에 대하여 직접적인 구속력을 가질 수 없는 잠정적인 효력만을 가질 뿐이므로 선례로서 직접적 의미가 없기 때문이다.

선고되는 헌법재판소의 결정 중 ① 합헌결정의 경우 심판대상인 법률이 헌법에 위배되지 아니하기 때문에 이를 당해 사건에 적용할 수 있다는 취지이고, ② 위헌결정의 경우 위 법률이 헌법에 위배되기 때문에 이를 당해 사건에 적용해서는 안 된다는 취지인 것은 분명하지만, 위와 같은 위헌결정이 항상 추상적인 법률조항의 문언을 그대로 삭제하는 것과 동일한 효과를 발생하는 것은 아니다.

### (1) 합헌결정

#### (가) 사법적 판단과정 등

헌법재판소가 구체적 규범통제방식에 따라서 법원이 심리하는 당해 사건에 관하여 재판의 전제가 되는 법률의 위헌 여부에 관하여 본안판단을 한 결과, 그 심판대상이 된 법률규정으로 인한 위헌적 상황이 발생하지 아니하였다는 사법적 결론을 내린 경우 합헌결정을 하게 된다.

그러므로, 만일 입법자가 제정한 법률에는 아무런 위헌요소가 없는데 이를 근거로 한 행정입법이나 행정행위 등이 위헌적 상황을 야기한 경우에는 입법자에게 아무런 귀책사유가 없고 이를 위헌법률심판절차를 통하여 시정할 수 없기 때문에, 이러한 사안에서 헌법재판소는 ‘심판대상이 된 법률은 헌법에 위배되지 아니한다.’라는 취지의 합헌결정을 하게 될 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18, 97헌바46·47 결정).

#### (나) 합헌결정의 효력에 관한 논의 (독일 제도와와의 차이)

독일 연방헌법재판소법 제31조(재판의 구속력) 제1항은 ‘연방헌법재판소의 재판은 聯邦과 支邦의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 기속한다.’라고 규정하고 있기 때문에, 일반적으로 연방헌법재판소의 “合憲決定”의 경우도 “特別한 羈束力”이 있는 것으로 해석하고 있다.

반면에 우리 나라의 경우 당해 사건을 담당하는 법원의 위헌제청에 관하여 헌법재판소가 선고한 합헌결정이 그 심판대상이 되었던 법률을 당해 사건에 적용할 수 있다는 취지라는 점은 헌법 제107조 제1항의 규정취지상 명백하지만, 법 제47조는 ‘법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다(제1항). 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그

결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다(제2항).’라고 규정하고 있을 뿐, 합헌결정에 관한 포괄적 기속력 내지 일반적 효력 등을 인정하지 않고 있으며, 법 제23조 제2항 제2호에서 헌법재판소의 판례변경에 관하여 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

이에 근거하여 헌법재판소는 합헌결정에 관하여 “일반적 효력 내지 포괄적 기속력”을 인정할 수 없지만, 그 先例로서의 의미를 인정할 수는 있다는 취지로 판시하고 있는데, 구체적으로 ① 간통죄를 규정한 형법 제241조에 관하여 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정을 통하여 합헌결정을 한 다음, ② 형법 제241조에 관하여 다시 제기된 위헌제청에 관하여 헌재 1993. 3. 11. 90헌가70 결정을 통하여 합헌결정을 하면서 89헌마82 결정을 先例로 인용하였고, ③ 그 후 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정에서도 다시 합헌결정을 한 사례 등을 예시할 수 있다.

(다) 法律의 合憲性推定原則에 관하여

입법부가 제정한 법률은 일반적으로 헌법에 합치되는 것으로 추정된다는 점, 합헌결정의 경우 일반적이고 포괄적인 기속력을 인정할 수 없다는 점 등을 고려한다면, 합헌결정은 “형성적 효력”을 가지는 위헌결정과 상당한 차이가 있다. 심판대상 법률의 효력을 부인하는 위헌결정과 달리, 합헌결정은 이미 합헌으로 추정되고 있는 법률에 대하여 위헌여부를 심사하였으나 여전히 헌법에 위반되지 아니한다는 결론에 이르렀다는 취지일 뿐이기 때문이다.

## (2) 위헌결정

(가) 사법적 판단과정 등

헌법재판소가 구체적 규범통제방식에 따라서 법원이 심리하는 당해 사건에 관하여 재판의 전제가 되는 법률의 위헌 여부에 관하여 본안판단을 한 결과, 그 심판대상이 된 법률규정으로 인한 위헌적 상황이 발생하였다는 사법적 결론을 내린 것이다. 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하고(법 제47조 제1항 : 포괄적 기속력), 위헌

으로 결정된 법률은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하되, 다만 형벌에 관한 법률규정은 소급하여 그 효력이 상실되는바(법 제47조 제2항 : 일반적 효력), 우리 현행법률은 위헌결정에 관하여 독일의 제도와 유사한 취지로 규정하고 있다.

(나) 헌법재판소의 위헌결정의 범위

1) 한편 위헌결정의 범위는 원칙적으로 위헌법률심판절차의 심판대상과 일치하는 것이므로, 헌법재판소는 원칙적으로 “제청된 법률 또는 법률조항”으로서 “재판의 전제성이 있는 법률 또는 법률조항”에 한하여 위헌선언을 할 수 있다(법 제45조 본문). 따라서 심판대상이 되었던 법률규정 중 일부에 대해서만 위헌선언이 이루어진 경우, 이를 제외한 나머지 법률규정은 효력을 그대로 유지하는데(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1 결정), 이는 법률의 합헌성추정원칙에 비추어 볼 때 당연한 결론이다.

2) 위헌결정의 효력범위를 확장할 수 있는 근거규정

다만 헌법재판소에서 구체적 규범통제방식에 따라서 “재판의 전제성이 있는 법률규정”의 위헌여부에 관하여 본안판단을 한 결과가 “위헌”인 경우, 위 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정할 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다(법 제45조 단서).

구체적 규범통제절차에서 선고되는 “違憲決定”에 “一般的 效力”을 인정하는 제도를 채택하고 있는 우리나라와 독일 등에서는 구조적으로 위헌결정의 “일반적 효력”으로 인하여 결정주문에 표시된 “규범조문(Normtext)”의 추상적 효력이 전면적으로 상실되는 경우, 그 결정이유 중 심사범위에 실질적으로 포함되지 아니한 규범부분(餘集合)까지 한꺼번에 효력이 상실되는 현상(過剩規範消去現象)이 발생하게 되는데,<sup>38)</sup> 오스트리아<sup>39)</sup> 내지 독

38) 이에 관한 이론적 검토 내지 상세한 내용은 전제 줄고 545-548면 참조.

39) 연방헌법에서 위헌결정의 “일반적 효력” 등을 명시하고 있는 오스트리아의 헌법재판소의 경우, ‘어떤 법률 조항의 합헌적인 적용영역이 있다고 하더라도 그 조항의 문언(Wortlaut)을 위헌적인 부분과 합헌적인 부분으로 분해할 수 없다면, 헌법재판소는 그 조항 전부를 폐지하여야 한다.’라는 입장을 취하고 있고(헌법재판소 1961. 6. 22.자 결정(VfSlg 3971) 및 1966. 10. 15.자 결정(VfSlg 5375) 참조), 학설도 대체로 이러한 입장을 지지하고 있는데(예컨대, 법률조항의 내용일부(Teilinhalt)만이 위헌이라고 하더라도 그 법률조항 중에서 위헌적 내용을 담고 있는 문언을 분리해 낼 수 없다면, 그 법률조항 전체를 위헌인 것으로서 폐지하여야 한다. H. Haller, a.a.O., S. 273f. 참조, 오스트리아의 현황에 대하여는 유남석, 전제논문 173-174면에서 발췌, 인용함.), 위와 같은 학설·판례는 위헌결정의 “일반적 효력” 등을 인정하는 제도에



일<sup>40)</sup> 등의 제도를 참조한 우리 현행제도 하에서 법 제45조 단서는 위헌결정으로 인하여 발생하게 되는 과잉규범소거현상 등을 정당화할 수 있는 법률적 근거를 명시한 것으로 봄이 상당하다.

한편 법 제45조 단서는 “재판의 전제성” 등을 비롯한 적법요건을 구비한 심판대상에 대한 본안판단의 결과가 “합憲”인 경우에는 적용될 여지가 없고, 그 심판대상이 “違憲”이라는 판단이 이루어진 경우에 한하여 사후적으로 제기되는 문제인 “위헌결정의 효력범위”에 관한 사항만을 규율하는 것으로서, 삼단논법에 따른 사법판단과정에서 헌법재판소의 심판대상 자체를 확장하는 것은 아니다.<sup>41)</sup>

### (3) 당해 사건에 대한 기속력과 위헌결정의 일반적 효력 등에 관한 법적 근거의 차이

(가) 위헌법률심판절차에서 헌법재판소의 결정이 내려지면 제청법원은 당해 사건에 관한 소송절차를 속개하는데, 이 경우 재판의 전제가 된 법률이 합헌인지 아니면 위헌인지 여부에 대한 쟁점에 관해서는 그 결정에

---

서 필연적으로 “過剩規範消去現象”이 발생할 수밖에 없다는 점을 당연한 전제로 하고 있는 것이다.

40) (추상적 규범통제에 관한) 독일 연방헌법재판소법 제78조 : 연방헌법재판소가 聯邦法이 기본법과, 또는 支邦法이 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우, 연방헌법재판소는 그 법을 무효로 선언한다. 동일한 법의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우, 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정을 무효로 선언할 수 있다.

(구체적 규범통제에 관한) 제82조 ① [이 경우에는] 제77조 내지 제79조의 규

정을 준용한다.

41) 제1개정판 헌법재판실무제요(이하, “헌법재판실무제요”라고 한다) 109면 참조. 다시 말하면, 구체적 규범통제절차의 “심판대상(심사범위)”를 확정하는 것은 사법적 판단의 삼단논법의 “소전제”를 특정하는 것으로서, 구조적으로 삼단논법의 결론이 “위헌”으로 결정된 경우에 한하여 사후적으로 제기되는 문제인 “위헌결정의 효력범위”에 관한 법률규정의 존재로 인하여 본래 “심판대상” 자체가 확대될 수는 없다는 취지인데, 상세한 내용은 전계 출고 545-548면 참조.

의하여 재판하게 된다(헌법 제107조 제1항). 따라서 당해 사건에 대한 헌법재판소 결정의 기속력은 헌법에 직접 근거를 둔 것으로서(憲法的 次元의 問題), 이는 그 결정이 합헌결정인지 아니면 위헌결정인지 여부와 관계없이 발생하는 것이다.

(나) 반면에 우리 헌법은 (오스트리아 헌법과 달리) 위헌결정의 일반적 효력 등에 대하여 아무런 규정을 하지 않고 있으므로, 위헌결정의 일반적 효력 등은 입법자가 법률적 차원에서 규정한 효력에 불과하다(立法政策的 問題). 따라서 만일 입법자가 헌법재판소의 위헌결정에 대하여 일반적 효력 등을 부여하는 법률조항을 삭제하는 경우 이러한 법률이 헌법에 위배된다고 볼 수는 없는 반면에, 만일 입법자가 위헌법률심판절차에서 헌법재판소가 선고한 결정이 당해 사건에 대해서까지 기속력을 인정할 수 없다는 취지의 입법을 하는 경우 이러한 법률은 헌법에 배치되는 것으로 보아야 할 것이다.

## II. 위헌제청심판에 관한 적법요건에 관하여

### 1. 위헌제청의 대상적격이 있는 법규범

#### 가. 위헌법률심판의 제도적 의의

(1) 成文憲法에 근거한 權力分立原則을 토대로 하여 立法作用을 統制하는 制度

성문헌법이 존재하지 아니하고 모든 권력이 의회에 집중되어 있는 영국에는 위헌법률심사라는 개념 자체가 존재하지 아니하고 다만 행정작용에 대한 사법심사만이 가능하다는 점<sup>42)</sup> 헌법에 근거한 권력분립원칙이 전제되지 아니하는 이상 국민의 대표기관인 입법부가 제정한 법률의 효력을

---

42) S. A. de Smith, Constitutional and Administrative Law, 3rd ed(Harmondsworth, England : Penguin Books, 1977) 28-30면(김운용, 전게서 49-50면에서 재인용).

사법적 작용을 통하여 실효시키는 제도가 성립될 수 없음을 잘 보여주고 있다.

여러 유형의 규범통제 중 법률의 위헌여부를 사법적으로 심사하는 제도는 본질적으로 “成文憲法에 근거한 權力分立原則을 토대로 하여 立法府의 權限濫用을 統制하는 제도”이고,<sup>43)</sup> 그 절차에서 立法作用을 제외한 다른 국가작용(예컨대, 行政作用 내지 司法作用 등)에 대해서까지 포괄적으로 심사하는 것은 아니다.

참고로 독일의 재판소원 중 規範統制를 수반하지 아니하는 裁判訴願은 연방헌법재판소가 헌법에 근거하여 일반법원이 司法權을 濫用함으로 발생한 위헌적 상황을 통제하는 제도로 파악할 수 있는데,<sup>44)</sup> 우리나라에서는 이러한 형태의 재판소원이 허용되지 아니하고,<sup>45)</sup> 또한 우리 헌법 제107조

43) 좀더 상세한 내용은 김운용, 전제서 421-450면 참조.

44) 독일 연방헌법재판소는 1997. 5. 6. “自身の血統을 알 權利”에 관련된 결정을 선고하였는데(BVerfGE 96, 56), 이는 독일민법 제1618a조 { (助力과 配慮의 義務) ‘父母와 子는 서로 助力하고 配慮할 의무를 진다.’}를 적용한 법원의 재판에 대한 헌법소원 사건이었다. 당시 쟁점은 “母가 이미 성년이 된 婚外子에 대하여 生父의 신분을 고지할 의무가 있는지의 여부, 만약 의무가 있다면 어떤 전제조건 하에서 그 의무가 있다고 볼 것인지 여부”였다. 연방헌법재판소는 ① 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항을 종합하여 인정되는 자가 “自身の血統을 알 權利” 및 기본법 제6조 제5항을 종합적으로 검토하더라도, 婚外子가 自身の 母를 상대로 生父의 이름을 알려줄 것을 요구할 수 있는 청구권을 인정할 수 있는지에 관한 확정적 결론이 도출되지는 않는다. ② 따라서 법원은 일반조항인 민법 제1618a조의 해석, 적용에 관련하여 서로 대립하는 母와 子의 基本權을 衡量함에 있어서 원칙적으로 광범위한 재량을 행사할 수 있다.”라고 판시한 다음, 다만 헌법소원의 대상이 된 구체적인 판결의 경우 請求人인 子의 “自身の血統을 알 權利”를 침해하였다는 이유로 위 판결을 파기하여 이를 환송하였다.

위 사건의 경우 당해 사건에 적용된 법률조항(독일민법 제1618a조)에 대한 위헌결정을 통하여 해당 법률을 실효시키지는 아니하면서도, 법원의 구체적인 법률적용의 결과가 위헌적 상황을 야기하였다는 이유로 해당 판결을 파기한 것으로서, 연방헌법재판소가 규범통제와 관계없이 일반법원에 부여된 재량권의 남용(司法權의 濫用)으로 인한 기본권침해를 시정하는 취지의 결정을 하였다는 점을 주목할 필요가 있다.

45) 우리 헌법재판소는 ‘법 제68조 제1항 본문의 “법원의 재판”에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다.’라는 限定違憲決定을 한 다음(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등 결정), 법원의 재판 자체는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니함이 원칙이고, 다만 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대하여만 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 판시하였다(헌재 2001. 7. 19. 2001헌마102 결정 등 참조). 위 판례의 당부는 일단 별론으로 하고, 이는 당해 재판에 적용된 법령에 대한 규범통제와 아무 관계가 없는 헌법소원은 허용되지 않는다는 취지로 파악할

제2항이 구체적 재판의 전제가 된 명령·규칙 또는 처분의 위헌여부를 법원에서 심사한다고 규정하고 있어서, 違憲的인 行政立法의 制定 등과 같은 行政權의 權限濫用으로 인한 위헌적 상황에 대한 통제가 원칙적으로 담당 법원의 업무라는 것이 헌법규정상 명백하다는 점도 독일의 제도와 분명하게 구별되는 차이점이라고 하겠다.

## (2) 비교법적 검토

### (가) 미국의 경우

법률에 대한 사법적 규범통제제도의 실질적 출발점으로 볼 수 있는 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803)에서, 미국 연방대법원은 *Marbury*에게 임명장을 교부하지 아니한 행정작용이 부당하다는 점 등을 지적하면서도, 관련 법률의 위헌여부를 심사하는 부수적 규범통제에 관해서는 오로지 연방 의회가 그 법률을 제정할 수 있는 권한이 있었는지에 대해서만 심사함으로써, 위헌법률심사제도의 경우 본질적으로 모든 국가작용에 대하여 포괄적인 사법심사를 하는 것이 아니고 오로지 헌법에 근거하여 입법부의 권한남용을 사법적으로 통제하는 제도라는 점을 분명히 밝혔다.<sup>46)</sup>

---

수 있다.

46) 위 사건에서 미국 연방대법원은 전임 대통령인 Adams에 의하여 공식적으로 판사로 임명된 *Marbury*(원고)에게 신임 대통령인 Jefferson의 각료인 국무장관 *Madison*(피고)에 대하여 판사임명장 교부청구를 할 수 있는 권리가 있고 이러한 권리에 대하여 사법적 구체수단이 허용되어야 한다고 판시하면서도, 위와 같은 유형의 직무집행 영장(the writ of mandamus) 청구사건에 관하여 연방대법원으로 하여금 제1심으로서의 관할권을 행사하도록 규정한 1789년 법원법(Judiciary Act)은 헌법 제3조 제2항 제2호에 배치(repugnant)되기 때문에 효력이 없고, 따라서 위 법원법에 근거하여 제기된 원고의 청구는 부적법하다고 각하결정을 하면서, ‘일반적으로 폭넓은 입법재량권(discretion)이 인정되는 연방의회라고 할지라도 헌법규정에 배치되는 법률을 제정할 수는 없다는 의미에서 연방의회의 권한(power)은 한정되고 제한을 받는 것으로서(defined and limited), 헌법은 이에 배치되는 어떠한 입법행위도 통제할 수 있다. 헌법은 최고규범으로서 의회가 통상적인 입법작용(ordinary legislative acts)을 통하여 이를 改廢(alter)할 수 없는 것이다.’라는 취지로 판시하였다.

#### (나) 독일의 경우

독일 연방헌법재판소도 위헌법률심판제도는 원칙적으로 客觀化된 立法者의 意思로 파악할 수 있는 形式的 意味의 法律이 憲法에 違背되는지 여부를 판을 심판하는 것이고, 法律에 대한 違憲決定權을 憲法裁判所에 集中시킨 것은 立法者에 대한 統制를 의미하는 것으로서, 그 위헌법률제청절차 등을 통하여 일반법원을 통제하려는 취지가 아니라고 판시하고 있다.<sup>47)</sup>

#### (다) 소결론

우리 헌법 제107조 제1항 및 제111조 제1호에 규정된 위헌법률심판절차도 본질적으로 사법기관이 헌법에 근거하여 입법작용을 통제하는 제도인 만큼, 원칙적으로 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률의 위헌여부만이 그 심판대상이 되는 것은 당연하다고 하겠다.

따라서 ① 법률이 헌법에 합치되지 아니하기 때문에 이를 그대로 반영한 행정입법이나 행정처분 등이 당연히 위헌적 상황을 야기할 수밖에 없는 경우에는 위헌법률심판절차를 통하여 “違憲의 狀況의 根源인 立法作用”에 대하여 위헌선언을 해야 하겠지만, ② 법률에는 아무런 위헌요소가 없는데 이를 근거로 한 행정입법, 행정처분 등이 위헌적 상황을 야기한 경우에는 입법자에게 귀책사유가 없기 때문에 이를 위헌법률심판절차를 통하여 시정할 수는 없고, 단지 위 행정입법, 행정처분 등에 대하여 법원에 의한 일반적 사법통제만이 가능할 것이며, ③ 반면에 법률이 “포괄위임금지의 원칙” 내지 “명확성의 원칙” 등에 위배된 경우, 설령 그 법률을 근거로 한 행정입법이나 행정처분 등의 세부적 내용은 위헌적이라고 보기 어렵다고 가정하더라도, 헌법 제75조, 제95조의 규정 및 법치국가원칙 등에 비추어 볼 때 명확한 법률규정이 존재하지 아니한 상태에서 행정작용이 이루어지는 것 자체가 헌법상 허용될 수 없기 때문에 위헌법률심판절차를 통하여 그 위헌적 상황의 근원인 입법작용을 통제하게 되는 것이다.

47) BVerfGE 2, 213 (217); 7, 1 (15); 18, 38 (45) 참조.

### (3) 위헌법률심판절차에서 심판할 수 있는 위헌사유의 유형

#### (가) 법률의 “실체적 하자”와 “절차적 하자”

대부분의 사건에서 쟁점이 되는 것은 법률의 실체적 내용이 헌법에 위반되는지 여부이지만, 국회가 헌법 제49조의 요건에 미달하는 의결정족수의 찬성으로 법률안을 의결하는 경우 등과 같이 절차적으로 헌법규정을 위반하였다는 것도 위헌제청사유가 될 수 있을 것이다.<sup>48)</sup>

#### (나) 법률의 실체적 하자의 유형

##### 1) 법률의 구체적 내용이 헌법에 위배된 경우

국회가 자유권적 기본권에 관해서는 침해적 법률을, 평등권에 관해서는 차별적 법률을 제정하는 등 그 권한을 남용하여 이해관계자에게 위헌적 상황을 야기하는 유형을 예시할 수 있다.

##### 2) 법률의 내용이 구체성 내지 명확성을 결여하여 헌법에 위배된 경우

예를 들어, 구 상속세법시행령 시행규칙의 근거법률인 구 상속세법 제9조 제4항 제4호는 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반한 것이라는 헌법소원이 제기되자, 헌법재판소는 ‘상속재산 중 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산의 평가방법에 관하여, 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시의 시가 중 큰 금액으로 평가한다고 규정한 구 상속세법 제9조 제4항 제4호는 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여 대강의 평가기준도 제시하지 아니하고 이를 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임한 것이므로 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조에 위배된다.’라고 판시하였다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바78 결정). 위 결정은 당해 사건의 당사자에게 좀더 직접적 영향을 미치는 시행령에는 상속재산의 평가에 관하여 구체적으로 규정되어 있음에도 불구하고, 명확한 법률규정이 존재하지 아니한 상태에서 행정작용이 이루어지는 것 자체가 헌법상 허용될 수 없고, 법률

48) 다만, 국회가 국회법 등 법률에 위반되는 방식으로 입법행위를 하였다는 사유만으로는 충분한 위헌제청사유가 될 수 없기 때문에, 위헌결정을 하기 위해서는 입법절차에 관하여 “單純한 法律違反”의 수준을 넘어서는 “違憲的 瑕疵”가 존재해야 할 것이다.

의 위헌여부를 심판하는 절차에서는 행정작용의 정당성에 대하여 판단하는 것이 아니고 오로지 입법작용의 결과인 법률이 포괄위임금지원칙 등에 위배되는지 여부만을 심판대상으로 삼아야 한다는 점을 밝힌 취지로 볼 수 있다.

한편 헌법재판소는 종합토지세 분리과세 대상을 “대통령령으로 정하는 공장용지”라고 규정한 지방세법이 포괄위임금지의 원칙에 위배된다는 주장을 배척하면서, ‘위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적 관계가 없다. 따라서 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고, 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 授權法律條項까지 위헌으로 되는 것은 아니다.’라고 판시하였는바(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18, 97헌바46·47 결정), 이는 설령 행정작용에 어떠한 하자가 있다고 하더라도, 이에 관하여 입법자에게 귀책사유가 없는 이상 이러한 사유만으로 그 수권법률규정에 대하여 위헌선언을 할 수는 없다는 취지이다.

#### (4) 소결론

결국 違憲法律審判制度는 立法作用으로 인하여 違憲的 狀況이 야기되었는지 여부가 구체적 裁判의 前提가 된 경우 이에 대한 司法的 審査를 통하여 그 違憲的 狀況을 是正하도록 하는 제도적 장치이므로, 입법부가 제정한 법률에 실제적·절차적 측면에서 문제가 없는 경우, 설령 이를 근거로 한 시행령 등 행정작용의 내용이 명백하게 헌법에 위반된다고 하더라도, 위헌법률심판절차에서 그 시행령 내지 행정처분 등에 대하여 위헌판단을 할 수는 없는 것이다.

특히 우리 헌법 제107조 제2항은 구체적 사건의 재판의 전제가 된 명령 등의 위헌여부를 각급 법원에서 심사한다고 규정하고 있기 때문에, 위헌법률심판절차에서 행정입법 등의 위헌여부를 심사할 수 없고 오로지 법률의 위헌여부에 대해서만 심판하게 된다는 점은 실무적으로 중요한 의미를 가

진다. 당해 당사자에 대하여 위헌적 상황을 야기한 근원이 법률의 하자인 경우에는 담당 법원이 헌법재판소에 위헌제청을 해야 하지만, 이와는 달리 위헌적 상황의 근원이 행정입법 등의 하자인 경우에는 법원이 스스로 이에 대한 위헌심사를 해야 하기 때문이다.

## 나. 위헌법률심판의 대상이 되는 법률의 범위

### (1) 법률규정 자체에 위헌성이 있는 경우

실무적으로 당사자가 위헌제청신청을 하면서 당해 사건에 적용되는 법률 조항 자체에 관하여는 위헌주장을 아니한 채 그 法律의 解釋·適用에 관한 문제 등을 거론하면서 자신에게 패소판결을 해서는 안 된다는 취지의 주장만을 한 경우가 있는데, 이러한 위헌제청신청은 적법하다고 할 수 없다(헌재 2000. 8. 31. 99헌바98 결정; 2003. 11. 27. 2002헌바62 결정 등 참조).

독일 연방헌법재판소에서조차도 위헌법률심판절차의 심판대상은 오로지 立法者의 客觀的인 意思이고 그 합헌성 여부 등에 관한 특정한 해석은 그 심판 대상이 아니기 때문에,<sup>49)</sup> 각급 법원에서는 “법률규정 자체”만을 대상으로 하여 위헌제청을 해야 하고, “법률규정의 합헌성 여부에 대한 특정한 해석”을 문제 삼을 수는 없으며,<sup>50)</sup> 각급 법원은 구체적인 재판에 적용할 각 법조문에 대하여 고유의 책임범위 내에서 그 의미를 조사하여야 하고, 어떤 법률이 해석상 합헌적인지 여부에 관한 상급심 법원과의 견해차이 같은 것을 위헌법률심판제청의 대상으로 할 수는 없다는 취지로 판시하고 있다.<sup>51)</sup>

구체적 사건을 해결하기 위하여 필요한 법률의 해석·적용은 典型的인 司法作用으로서 立法作用이 아니므로, 위헌법률심판절차를 통하여 이에 관

---

49) BVerfGE 18, 38 (45).

50) G. Leibholz/R. Rupprecht, BverfGG, 80 Rn 12.

51) BVerfGE 22, 373 (378f.).



한 권리구제를 할 수 없다는 우리 나라와 독일의 지배적 판례는 이론적으로 당연한 것이다.<sup>52)</sup>

## (2) 헌법의 개별규정(憲法(Verfassung)과 憲法律(Verfassungsgesetz)의 구별 여부)

(가) 우리 헌법재판소는 군인 등의 국가배상청구를 제한하고 있는 헌법 제29조 제2항과 관하여, ‘헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니다.’라고 판시하고 있는바(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3 결정; 1996. 6. 13. 94헌바20 결정; 2001. 2. 22. 2000헌바38 결정 등), 이는 헌법의 개별규정이 다른 헌법규정에 어긋나는지 여부는 위헌법률심판절차의 심판대상이 된다고 할 수 없다는 취지이다.

(나) 우리 제도와 독일 제도의 차이

독일 연방헌법재판소는 ‘기본법 제3조 제2항에 저촉되는 법은 그것이 이 기본법 규정에 적용하기까지 효력을 가지나, 1953년 3. 31. 이후부터는 효력을 갖지 아니한다.’라고 규정한 기본법 제117조(제3조 제2항과 제11조에 관한 경과규정) 제1항의 위헌여부를 위헌법률심판절차를 통하여 심사할 수 있다고 판시한 적이 있다(BVerfGE 3, 225).

그러나 독일의 경우 기본법 제79조(기본법의 개정) 제3항에서 ‘연방을 각 支邦으로 분할편성하는 것, 입법에 있어서 지방의 원칙적인 협력, 또는 제1조와 제20조에 규정된 원칙들에 저촉되는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.’라고 규정함으로써 일정한 유형의 헌법개정은 헌법적 차원에서 허용되지 아니한다는 점을 명시하고 있다. 이는 “헌법제정권자도 침해할 수 없는 초실정법적인 성격의 憲法(Verfassung)”과 “헌법제정권자가 그 재량에 따라서 처분할 수 있는 憲法律(Verfassungsgesetz)”을 구별하는 취지로서, BVerfGE 3, 225에서도 이러한 독일 기본법의 특성에 관하여 언급한 다음 경과규정인 기본법 제117조 제1항이 헌법(Verfassung)에 위배되는지 여부

52) 따라서 대법원에서 심판대상 법률에 대하여 “합헌적 법률해석”을 하였음에도 불구하고, 하급심이 그 전에 대법원 판례에 배치되는 법률해석을 한 적이 있다는 이유를 들어 이를 전제로 限定違憲決定을 한 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57 결정은 이론적으로 심각한 문제가 있다.

를 연방헌법재판소에서 판단하는 것이 타당하다는 결론에 이른 것이므로, 이러한 판례취지를 우리 헌법에 대한 일반적인 해석론으로 쉽게 수용하기는 어렵다고 본다.<sup>53)</sup>

### (3) 관습법

민법 제1조 등에 근거하여 법률을 보충하는 효력을 가지는 관습법의 경우, 국회의 입법작용에 의하여 형성된 규범이 아니라는 점에 비추어 볼 때 그 위헌여부를 법원이 스스로 판단할 수 있다고 봄이 상당하다(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결).<sup>54)</sup>

### (4) 명령, 규칙, 조례 등

#### (가) 일반론

우리 헌법 제107조 제2항은 ‘명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.’라고 규정하고 있다. 헌법 제107조 제1항 등에 근거한 위헌법률심판제도가 본질적으로 국회의 권한남용으로 인한 위헌적 상황을 사법적으로 통제하는 제도적 장치라는 점에 비추어 볼 때, 우리 헌법 제107조 제2항은 國會가 아닌 다른 公共機關에서 제정한 각종 下位規範의 위헌 여부가 裁判의 前提가 된 경우 法院이 스스로 審査·判斷을 해야 한다는 점을 명백히 밝힌 것으로 볼 수 있다. 그러므로, 행정부에서 제정하는 대통령령, 총리령, 부령뿐만 아니라, 지방의회에서 제정하는 조례의 경우도 법원의 위헌제청대상이 되지 않는다(헌법재판실무제요 83면).

따라서 당사자가 당해 사건에 적용되는 명령 등이 헌법에 위반된다는 주장을 제기한 경우 각급 법원이 附隨的 規範統制方式으로 이에 대한 심사를

53) 일부에서는 헌법 제29조 제2항이 우리 헌법에 위반된다는 취지의 주장을 계속 하고 있는데(예컨대, 정연주, “軍警은 왜 국가배상을 못 받나”, 동아일보 2005. 6. 8.자 31면 등), 이는 위헌법률심판절차에서 “規範論”이 아닌 “當爲論”에 따라서 판단해야 한다는 주장이거나, 혹은 독일 기본법과 우리 헌법의 차이점을 간과한 주장으로 보인다.

54) 독일에서도 관습법의 위헌여부는 위헌법률심판절차의 대상이 될 수 없다고 보는 것이 통설이라고 한다(Maunz · Schmidt-Bleitreu · Klein · Ulsamer, BverfGG, 80 Rn 69 ; G. Leibholz/R. Rupperecht, BverfGG, 80 Rn 6 참조).

한 다음 재판이유 등에서 그 판단취지를 적시하면 족하고, 명령 등에 관하여 별도로 제기된 위헌제청신청은 부적법하므로 담당 법원에서 이를 각하해야 한다.<sup>55)</sup>

(나) 시행령 등의 위헌성과 수권법률조항의 위헌성의 상관관계

어떤 시행령의 근거가 되는 법률에 대하여 헌법재판소에서 위헌결정을 하는 경우, 그 시행령은 근거가 소멸하였기 때문에 더 이상 그 효력을 유지할 수 없을 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18 결정). 그렇지만 하위법규인 시행령의 내용이 위헌이라는 사유로 그 근거법률이 위헌이 되는 것은 아니고, 나아가 위헌결정을 받은 구 법률이 합헌적으로 개정된 다음에 개정 법률을 근거로 하여 종전 시행령과 유사한 시행령을 제정하였다는 사유로 그 시행령이 위헌이 되는 것도 아니다.

헌법재판소는 행정입법의 경우 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 될 수 없기 때문에, 시행령으로 인하여 당해 사건에 위헌적 상황이 발생한 것을 위헌법률심판절차를 통하여 시정할 수 없다는 점을 분명하게 밝히고 있다.<sup>56)</sup>

(다) 법률 및 시행령에 관한 위헌 주장이 포괄적으로 제기된 경우 실무상 주의할 점

따라서 당사자가 막연히 법률 및 시행령 등의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 주장하는 경우, 재판부는 당사자가 주장하는 위헌적 상황이 법률의 위헌성에서 비롯된 것인지 아니면 시행령의 위헌성에서 비롯된 것인지 여부를 판별해야 하고, 담당 법원이 시행령에 대해서만 위헌판단을 함으로써 당해 사건에 관한 위헌적 상황의 근원을 제거할 수 있다면 근거법률의 위헌여부는 재판의 전제가 되지 아니하므로, 담당 법원에서 본안판결을 하면서 부수적 규범통제방식에 따라 시행령에 관한 당사자의 위헌주장을 수용하는 판단을 하면 족하고 별도로 제기된 법률에 관한 위헌제청신청에 대해

55) 대법원 1991. 4. 23. 91초16 결정; 1991. 6. 11. 90부5 결정; 1994. 9. 30. 94부18 결정; 1996. 5. 10. 96부10 결정 참조.

56) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바63 결정; 1999. 4. 29. 96헌바22등 결정; 2001. 1. 18. 98헌바75등 결정 등

여는 이를 결정으로 각하해야 한다.<sup>57)</sup>

관련 담당 법원이 위와 같은 시행령 등의 위헌여부에 대한 위헌제청신청 부분에 대하여 각하결정을 하지 아니하고 법률과 시행령의 위헌 여부에 대하여 포괄적으로 위헌제청을 한 경우, 헌법재판소에서는 시행령 등의 위헌여부에 관해서는 이를 무조건 각하하고, 법률의 위헌여부에 관해서는 당해 재판의 전제가 되는 경우에 한하여 이에 대한 본안판단을 해야 할 것이다.<sup>58)</sup>

## 2. 위헌제청신청서의 기재에 관한 적법요건

### 가. 법률의 위헌성에 관한 구체적 기재가 누락된 경우

당사자는 위헌제청신청서를 제출하면서 당해 사건의 재판에 전제가 되는 특정 법률이 위헌이라고 해석되는 이유를 반드시 기재하여야 하고(법 제41조 제2항, 제43조 제4호), 만일 당사자가 위헌제청신청서에 이에 관한 “구체적 기재”를 하지 아니하는 경우 그 신청은 “부적법”하다.

이에 관하여 대법원은 소송당사자가 관련 재판이 위법하거나 그 결론이 부당하므로 이를 시정하여 달라는 취지만 기재되어 있을 뿐, 특정 법률이나 법률 조항이 위헌이거나 위헌이라고 해석되는 이유에 관한 사항이 포함되어 있지 아니한 위헌제청신청은 각하해야 한다고 판시하고 있고(대법원 1990. 8. 28. 90초77 결정; 1996. 1. 4. 95초28 결정), 헌법재판소도 법 제68

---

57) 정기간행물의등록에관한법률상 일간 및 일반주간신문 발행을 위한 물적 시설기준과 관련된 법률조항에 대하여 限定違憲決定을 선고한 헌재 1992. 6. 26. 90헌가23 결정에 관련하여, 위 사안의 경우 그 물적 시설이 자기소유임을 요구한 “施行令의 違憲 또는 違法 여부”가 실질적인 쟁점이었기 때문에, 담당법원으로서의 해당 법률에 대하여 위헌제청을 하기 보다는 스스로 해당 시행령 규정이 헌법 또는 법률에 위반된다는 구체적 이유를 적시하면서 그 시행령의 적용을 배제하는 방식으로 사법판단을 하는 것이 좀더 적절한 실무처리였다고 볼 여지가 있다.

58) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바63 결정; 1999. 4. 29. 96헌바22등 결정; 2001. 1. 18. 98헌바75등 결정 등

조 제2항 소정의 헌법소원심판청구를 하면서 그 청구서에 심판대상 법률이 위헌이라고 해석되는 이유를 구체적으로 적시하지 아니한 경우 이러한 청구는 부적법한 것으로서 각하해야 한다고 판시하고 있다(헌재 1998. 9. 30. 98헌바3 결정; 2003. 12. 8. 2002헌바91, 94 결정).

#### **나. 당해사건의 사실인정 내지 법률해석 등에 관한 다름만이 신청서에 기재된 경우**

실무적으로 당사자가 법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구를 하면서, 당해 사건에 적용되는 법률의 위헌성을 다투는 취지가 아니라 당해 사건 재판의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 주장만을 하는 경우가 있는데, 이러한 위헌제청신청은 부적법하다.<sup>59)</sup>

#### **다. 수개의 법률조항에 관하여 위헌제청신청을 하는 경우**

예컨대, 당사자가 당해 사건에 적용될 여지가 있는 법률 제1조, 제2조, 제3조에 관한 위헌제청신청을 한 사안에서는, 담당 법원이 그 중 제1,2조에 관한 부분은 적법요건을 충족시키지 못하였다고 판단되는 경우 제1,2조에 관한 제청신청부분을 각하하고 나머지 제3조에 관해서만 본안판단을 해야 하고(대법원 2001. 2. 26. 98아40결정 참조), 제1조, 제2조, 제3조에 관한 위헌제청신청이 모두 적법하기는 하지만 제3조에 관한 신청부분만이 이유가 있는 경우, 제3조에 관해서만 위헌제청을 하면서 나머지 신청부분을 기각해야 한다(대법원 2004. 4. 13. 2001초472 결정 참조).

---

59) 헌재 1994. 9. 6. 94헌바36 결정; 2000. 8. 31. 99헌바98 결정; 2003. 11. 27. 2002헌바62 결정 등.

## 라. 하나의 법률조항에 관하여 여러 측면의 위헌성을 주장하는 경우

나아가 단일한 법률조항의 위헌성에 관하여 헌법소원심판청구인 등이 제기하는 주장취지 중 일부측면은 적법요건을 구비하고 있지만 나머지 주장부분은 적법요건을 충족시키지 못하는 경우도 있는바, 이러한 경우 헌법재판소는 적법성이 구비된 위헌제청신청부분에 관해서만본안판단을 하면서, 나머지 부분에 관해서는 적법요건이 흠결되었기 때문에 본안판단을 하지 아니한다는 점을 적시할 필요가 있다.<sup>60)</sup>

### 3. 위헌제청심판의 심사기준

#### 가. 헌법의 명문규정과 헌법원칙

##### (1) 심사기준의 내용

위헌법률심판절차는 법원에 계속된 구체적 재판의 전제가 되는 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 판단하는 절차이므로(헌법 제107조 제1항, 법

---

60) 헌법재판소는 단일한 법률조항에 관하여 여러 측면의 위헌성을 주장하는 헌법소원을 기각한 사안에서, ① ‘법 제68조 제2항 소정의 헌법소원청구의 경우 청구인들은 법 제71조 제2항, 제43조 제4호의 규정에 따라서 심판대상 법률이 위헌이라고 해석되는 이유를 구체적으로 적시하여야 한다. 그런데, 청구인들은 이 사건 법률조항 등으로 인하여 청구인들의 행복추구권, 재산권 등이 침해되는 결과가 발생하였다고 막연하게 주장하고 있을 뿐이고, 그 주장을 청구인들에게 유리하게 해석하더라도 이러한 주장부분이 이 사건 법률조항의 구체적 위헌성을 주장하는 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 위헌적으로 헌법 제10조, 제23조 제1항 소정의 기본권 등을 침해하고 있는 상황을 구체적으로 적시하지 아니한 위 주장부분은 특별히 그 판단을 하지 아니하기로 한다.’(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91, 94결정), ② ‘형식적으로 법원의 구속영장 발부라는 구체적 재판에 적용되는 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다루는 듯한 외관만을 갖추고서, 실질적으로는 청구인에 대한 구체적 인 재판의 당부에 포함되는 단순한 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다루고 있는 위와 같은 주장에 관련된 청구부분을 적법하다고 할 수 없고, 따라서 이러한 주장부분에 대하여 우리 재판소에서 별도의 본안판단을 하지 아니하기로 한다.’(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593 결정)라고 판시하고 있다.

제41조 제1항 참조), 그 심사기준이 될 수 있는 “헌법”은 원칙적으로 형식적 의미의 “헌법전에 기재된 명문규정”을 의미한다.

다만 “헌법”의 개념은 헌법전에 포함된 개별 규정들의 단순한 총합만을 의미하는 것은 아니고, 개별 규정들의 근거에 가로놓여 있는 헌법원칙들이나 근본적 결단들을 포함하는 것이기 때문에, 각 명문규정들에 대한 종합적 검토 및 구체적인 논증 등을 통하여 도출될 수 있는 “헌법원칙”의 경우도 위헌 법률심판의 심사기준이 될 수 있다(法治國家原理를 위헌법률심사기준으로 제시한 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 결정 등 참조).<sup>61)</sup>

## (2) 심사방법 (단계적 검토)

따라서 재판의 전제가 되는 법률이 위헌이라는 주장을 검토함에 있어서 ① 먼저 위 법률이 憲法の 明文規定에 위배되는지 여부를 살펴보고, ② 다음으로 구체적 논증에 기초한 헌법해석을 통하여 도출된 憲法原則 등에 위배되는지 여부를 검토할 필요가 있다.

한편 실무적으로 당사자가 법률이 헌법에 위반된다고 하면서 막연한 “當爲論”을 “憲法原則”인 것처럼 주장하는 경우가 있는데, 이러한 경우 그 논거에 관한 헌법적 정당성을 판단하기 위해서는 구체적인 논증에 기초한 헌법 해석을 통하여 위 주장에서 제기된 구체적 헌법원칙이 인정될 수 있는지 여부를 먼저 검토해야 한다.<sup>62)</sup>

61) 이와 관련하여 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 566 (병합) 결정의 다수의견은 엄격한 요건을 구비한 “관습헌법”의 경우 위헌법률심판의 심사기준이 될 수 있다고 판시하였다.

62) ① 헌법소원심판청구인이 형사소송법 제201조 제1항 소정의 구속사유가 인정되지 아니한다는 이유로 법원에서 제1차로 구속영장을 기각한 피의자에 관하여 검사가 다시 구속영장을 청구하는 사안에 대하여는 최초 구속사유에 실질적 가중요건을 추가하는 것이 헌법적 요구임에도 불구하고, 위 법률조항은 이러한 가중적 요건을 규정하지 아니함으로써 청구인의 신체의 자유 등을 침해하고 있다고 주장한 사안에서, ② 헌법재판소는 ‘청구인은 구체적인 헌법적 논증을 하지 아니한 채 “청구인이 주장하는 내용을 포함한 법률규정의 경우 수사기관이나 법원으로 하여금 좀더 신중한 판단을 하도록 함과 동시에 법원 등의 판단에 의하여 석방된 피의자로 하여금 특별한 사정이 없는 이상 그 신체의 자유가 다시 제한되지 않을 것이라는 점을 예견할 수 있도록 함으로써, 당사자의 신체의 자유에 대한 침해가능성을 최대한 억제하고 무죄추정의 원칙을 실현하게 된다.’라는 취지의 막연한 주장만을 하고 있다. 그러나, 입법자가 헌법상 기본권인 “공정한 재판을 받을 권리” 등을 구현하기 위하여 법에서 “전문법칙”을 채택하였다는 이유만으로 이러한 “전문법칙” 자체가 바로 “헌법원칙”이 될 수 없는 것과 마찬가지로(헌재 1995. 6. 29. 93헌바45 결정 참조), 실형 피의자 등에 대한 체포포·제구속의 요건을 가중하는 것이 헌법 제27조의 “공정한 재판을 받을 권리” 및 “무죄추정의 원칙” 등을 이어받아 이를 “법률적 차원”에서 구현

### (3) 법률의 충돌문제

위헌법률심판절차에서 심사기준이 되는 것은 헌법의 개별규정 내지 헌법 원칙 등이고, 법률이나 법률과 동등한 효력만을 가지게 되는 각종 국제조약 등은 심사기준이 될 수 없다. 따라서 위헌제청대상이 된 어떤 법률조항의 내용이 다른 법률조항의 내용과 서로 충돌된다는 사유만으로는 원칙적으로 법률의 위헌문제가 발생하지 아니하고, 다만 이러한 법률의 충돌을 어떻게 조화롭게 해석할 것인지 여부와 같은 법률해석 문제가 생길 뿐이다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마54 결정; 1998. 11. 26. 96헌마74등 결정 참조).

규범통제는 “어떤 규범이 그 상위규범과 합치하는지 여부를 심사하는 것”이고 단순위법의 문제는 헌법적 차원의 문제가 아니라 법률적 차원의 문제라는 점 등을 고려한다면, 심판대상인 법률이 그 상위법규인 헌법에 위배되는지 여부만이 위헌법률심판절차의 심리대상이 된다는 헌법재판소의 판시내용은 이론적으로 당연한 것이다.

---

할 수 있는 성질의 것이라고 하더라도, 이러한 사정만으로 청구인이 주장하는 내용의 “헌법원칙”이 존재한다고 볼 수는 없다. 위와 같이 청구인의 논거에 관하여 헌법적 정당성을 인정할 수 없는 이상, 이 사건 법률조항의 위헌성은 관련된 헌법의 명문규정이나 기타 확립된 헌법원칙 등에 위배되는지 여부에 따라서 결정되는 것이고, 이 사건 법률조항이 청구인의 독자적 논거에 위배되는지 여부에 의하여 결정되는 것은 아니다.’라고 판시하였다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593 결정). 위 판례는 헌법의 명문규정과 일정한 요건을 구비한 헌법원칙만이 위헌법률심판절차의 심사기준이 될 수 있다는 점을 분명하게 천명한 것으로 볼 수 있다.



#### 4. 위헌제청신청에 대한 법원의 결정절차의 기본구조

##### 가. 법원에서 이루어지는 결정절차의 기본구조 및 결정시점

###### (1) 법원의 통상적인 결정절차와 동일한 구조

당사자의 위헌제청신청을 접수한 담당 법원에서는 ① 그 “적법요건”이 구비되지 아니한 경우에는 결정으로 그 신청을 “각하”하여야 하고, ② 적법요건은 충족되지만 당해 법률이 “위헌이라는 점에 대하여 상당한 이유”가 없을 때에는 이를 “기각”하여야 하기 때문에, ③ 그 신청의 적법요건과 당해 법률의 위헌성에 관한 상당한 이유라는 2가지 요건이 모두 인정되는 경우에 한하여 “위헌제청결정”을 하게 된다.

이는 당사자의 신청에 따라서 개시되는 법원의 통상적인 결정절차와 완전히 동일한 구조이고, 법원에서는 위헌제청신청의 적법요건을 먼저 판단한 다음 본안판단을 해야 하기 때문에, 만일 그 신청이 부적법한 경우에는 각하결정을 해야 한다.

###### (2) 위헌제청신청에 대한 결정시점

(가) 위헌제청신청에 대한 법원의 결정은 원칙적으로 당해 사건의 심리가 충분히 진행되어 그 재판에서 적용할 법률의 윤곽이 밝혀지고 그 위헌여부에 따라 그 재판의 결과에 영향을 미칠 “개연성”이 인정되는 단계에서 이루어져야 하고, 단순히 제청대상 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 될 “가능성”이 있다는 이유로 성급하게 위헌제청을 해서는 안 된다. 사실관계에 대한 심리가 제대로 이루어지지 아니한 상태에서 막연히 당사자의 주장을 사실로 추단하고 위헌제청을 한 경우, 설령 헌법재판소의 위헌결정이 선고된다고 하더라도 그 이후에 속개된 심리결과에 따라서 “재판의 전제성” 요건 등이 흠결되는 사건임이 판명될 수도 있기 때문이다.

(나) 이에 관하여 독일 연방헌법재판소는 ‘법원의 제청결정은 그 자체로서 이해될 수 있어야 하며 또 사실관계와 법적 근거들을 빠짐없이 기술하여야 한다’라고 하면서(BVerfGE 64, 192 (200f.); 65, 237 (244); 65,

265 (277); 65, 308 (315); 70, 219 (228); 75, 40 (55); 93, 373 (376) 등), 일반 법원이 증거조사 내지 사실심리를 생략할 목적으로 행하거나 자신의 노력을 아낄 목적으로 행한 위헌제청은 부적법하다고 판시하고 있다(BVerfGE 11, 330 (335); 50, 108 (113)).

(다) 우리 실무에 대한 검토

실제로 항소심에서 증여세부과처분무효확인소송사건을 심리하던 중 증여세부과처분의 근거법률인 구 상속세법 제29조의4 제2항의 위헌여부가 “재판의 전제가 될 가능성”이 있다는 이유로 위헌제청을 하고 헌법재판소가 위법률에 대하여 위헌결정을 선고하였으나(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3 결정), 그 후 속개된 당해 사건의 심리과정에서 원고가 동일한 과세처분에 대한 취소소송에서 패소확정판결을 받은 다음에 다시 무효확인소송을 제기하였다는 사실이 밝혀졌기 때문에, 대법원은 동일한 과세처분의 취소소송에서 원고가 받은 패소확정판결의 기판력이 당해 소송사건에까지 미친다는 점을 지적하면서, 그 근거법률의 위헌 여부와 관계없이 원고의 무효확인청구는 기각되어야 할 것이므로 위 제청신청은 “재판의 전제성” 요건을 충족시킬 수 없다고 판시하였다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777 판결).

위와 같이 헌법재판소의 결정이 당해 사건의 해결과 유리되는 현상은 추상적 규범통제를 규정하지 아니한 우리 헌법취지에 어긋날 뿐만 아니라(헌재 1997. 9. 25. 97헌가 4 결정 참조), 당해 사건 해결의 지연을 초래하게 되어 바람직하지 않다.

따라서 담당 법원에서는 위헌적 상황의 발생을 예방하는 차원에서 ① 위헌제청신청에 대한 결정을 하기 전에 당해 사건에 관한 심리를 충실하게 하고, ② 위헌제청결정을 함에 있어서는 헌법재판소에서 소송기록을 보지 않고도 그 결정으로부터 제청법원이 위헌의 합리적 의심이 있다고 판단한 법률이 어떤 근거로 당해 재판에 전제가 되는지를 쉽게 인식할 수 있도록 하여야 할 것이며, ③ 또한 재판의 전제성 등 적법요건의 흠결을 이유로 한 却下決定과 위헌여부에 관한 본안판단인 棄却決定을 확실히 구별해야

하고, ④ 각하·기각결정을 하는 사안에서도 그 결정이유 등에 사실관계를 제대로 적시함으로써 나중에 당사자가 법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구한 경우에 위헌적 상황이 발생하지 않도록 유의해야 한다.

실무적으로 우리 헌법재판소는 담당 법원에서 사실심리 등을 충분히 하지 아니하여 당해 사건의 사실관계가 명백하지 아니한 사안에서도 제청법원의 견해를 존중한다는 차원에서 그대로 본안판단을 하는 경우도 있고,<sup>63)</sup> 더 나아가 입법사실 등 사실관계 여하에 따라 계쟁 법률의 의미가 달라지는 사안에서 假定的으로 본안판단을 한 사례까지 있기 때문에,<sup>64)</sup> 담당 법원에서 위헌제청결정을 하는 경우에는 신중하게 검토할 필요가 있다고 본다.

## 5. 위헌제청신청에 대한 법원의 각하결정에 관하여

법 제68조 제2항에 규정된 헌법소원심판절차의 경우 그 본질은 위헌법률심판절차와 다를 바 없기 때문에, “재판의 전제성”의 요건 등과 같은 적법요건을 갖추지 아니하면 구체적 규범통제로서의 심판이익을 상실하여 부적법하다(헌재 1997. 11. 27. 96헌바60 결정).

그렇다면 당해 사건을 심리하는 법원에서 당사자의 위헌제청신청이 부적법하다는 이유로 각하한 경우에는, 설령 당사자가 이에 대하여 법 제68조제2항에 근거한 헌법소원심판청구를 하더라도 그 심판청구는 原則적으로 적법요건의 흠결로 인하여 헌법재판소로부터 본안판단을 받지 못하고 却下될 것이고, 다만 담당 법원이 실질적으로 위헌문제에 관한 판단을 하였기 때문에 제청신청을 기각하여야 함에도 불구하고 각하결정의 형식으로 이를

---

63) 예컨대, 헌재 1993. 9. 27. 92헌가5 결정은 ‘제청신청인은 이 사건 위헌제청의 전제가 된 재판에서 예비적 주장을 함에 있어서, 제청신청인이 이 사건 부동산에 대하여 가등기담보등에 관한 법률 소정의 정산절차를 밟았는지의 여부에 관하여서는 밝히지 않고 있으나 이 사건은 법원의 위헌제청사건이며 이 때에 재판의 전제성 문제는 특단의 사정이 없는 한 제청법원의 판단을 존중하여 이 곳에서는 거론하지 않는다.’라고 판시하고 있다.

64) 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3 결정 참조.

배척한 경우 등과 같이 例外的 狀況에서는 헌법소원심판청구가 허용될 수 있을 것이다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32 결정, 헌법재판실무제요 242면 등 참조).

그러므로 헌법재판소의 결정이유 중 “법원이 위헌제청을 기각하거나 각하한 경우” 법 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판청구가 허용된다는 판시내용은 위와 같은 예외적 상황까지 고려한 표현이고, 위헌제청신청을 각하한 법원의 적법요건에 관한 판단이 적절한 경우까지 헌법재판소에서 헌법소원에 대한 본안판단을 하게 된다는 취지로 보기는 어렵다.

## 6. 위헌제청신청에 대한 법원의 기각결정에 관하여

### 가. 법 제68조 제2항의 규정내용

법 제68조 제2항은 ‘제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다.’라고 규정하고 있다.

그런데 독일 연방헌법재판소의 위헌법률심판절차는 당해 사건에 관한 단일한 소송절차 내에서 하나의 부분을 이루는 中間節次(Zwischenverfahren)이기 때문에 위헌법률심판절차도 법원의 소송절차와 마찬가지로 일차적으로 당해 사건의 재판을 위한 것으로서,<sup>65)</sup> 헌법재판소는 위와 같이 구체적으로 계속된 재판에 필요한 때, 그리고 필요한 범위 내에서만 규범을 심사하게 된다는 점<sup>66)</sup> 위에서 살펴본 바와 같고, 우리 위헌법률심판절차에서도 당사자의 위헌제청신청은 “일반적으로 합헌으로 추정”되어 당해 사건에 적용될 법률에 “위헌적 하자”가 있기 때문에 그 법률의 효력상실을 선언하

65) BVerfGE 42, 42 (49); 77, 259 (261).

66) Schlaich 전게서 단락번호 139 참조.

는 中間訴訟的 性格의 “위헌결정”을 구한다는 취지로 볼 수 있으므로, 법 제68조 제2항 등을 해석함에 있어서 이러한 구체적 규범통제의 본질적 성격을 충분히 고려해야 할 것이다.

#### 나. 법 제68조 제2항 제1문에 관하여

법원이 당사자의 위헌제청신청에 관한 결정을 한 경우, 당사자는 이에 대하여 항고 및 재항고를 할 수 없다(법 제41조 제4항 및 대법원 1990. 5. 3. 89두11 결정 등 참조). 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부는 당해 사건을 심리하는 법원이 언제든지 “직권”으로 판단할 수 있고 당사자가 그 본안사건에 대하여 상소를 제기한 때에는 상소심은 위 법률이 위헌인지 여부를 독자적으로 판단할 수 있기 때문에, 위헌제청신청기각결정은 본안에 대한 종국재판과 함께 상소심의 심판을 받는 “중간적 재판”의 성질을 갖는 것으로서 특별항고의 대상이 되는 결정에 해당하지도 않고(대법원 1993. 8. 25. 93그34 결정; 1999. 6. 14. 99그18 결정 등 참조), 위헌제청신청을 기각당한 당사자는 법 제68조 제2항에 근거하여 헌법소원을 청구할 수 있을 뿐이다.

#### 다. 법 제68조 제2항 제2문에 관하여

당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부 심판의 제청을 신청할 수 없다고 규정한 법 제68조 제2항 제2문에 관해서는 ① “이 경우”가 위헌제청신청이 기각된 때를 의미하는 것인지 아니면 그 신청이 기각되어 헌법소원심판청구를 한 경우를 의미하는 것인지, ② “당해사건의 소송절차”가 각 심급을 별도로 구분한 개념인지 아니면 모든 심급을 포괄하는 의미인지, ③ “동일한 사유”가 어떠한 의미인지 등을 검토할 필요가 있다.

## (1) 관련 판례

이에 관하여 대법원은 ‘당사자가 “하급심”에서 사립학교법 제28조 제2항, 제51조는 제3자의 재산권을 본질적으로 침해하고 있어 과잉금지의 원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하면서 위헌제청신청을 하였다가 기각되었는데, 그 “상고심”에서 다시 대법원에 같은 이유를 들어 위 법률조항이 위헌이라고 주장하면서 위헌제청신청을 한 것은 같은 사건의 소송절차에서 동일한 사유로 다시 한 것으로 부적법하다.’라고 판시하였다(대법원 2000. 6. 23. 2000카기44 결정),

한편 헌법재판소는 ‘헌법소원심판의 전제가 된 당해 사건의 “항소심”에서 위헌제청신청이 기각되었는데도 이에 대한 헌법소원을 청구하지 아니하고 있다’가, 다시 “같은 항소심절차”에서 같은 법률조항에 관하여 동일한 사유를 이유로 위헌제청신청을 하고 그것이 기각되자 헌법소원심판청구를 한 것은 법 제68조 제2항 후문의 규정에 위배되어 부적법하다.’라고 판시하였다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14 결정).

## (2) “이 경우”에 대한 해석

일부에서는 헌법소원심판청구의 기회를 되도록 폭넓게 제공해야 한다는 점 등을 강조하면서, “이 경우”를 “위헌제청신청이 기각되어 헌법소원심판청구를 한 경우”로 해석해야 하고, 따라서 만일 위헌제청신청이 기각된 이후 당사자가 헌법소원심판청구를 하지 아니한 경우에는 다시 위헌제청신청을 하는 것을 허용하여야 한다는 취지로 주장하고 있다.<sup>67)</sup>

그러나 법 제68조 제2항의 헌법소원제도는 관련 법률이 위헌이라는 당사자의 제청신청을 법원이 기각한 사안에 관하여 당사자에게 헌법재판소로부터 판단을 받을 수 있는 기회를 절차적으로 보장하는 취지로서, 당사자에게 헌법소원을 청구할 수 있는 절차적 기회를 제대로 제공하고 있는지 여부는 핵심적 사항이라고 하겠지만,<sup>68)</sup> 더 나아가서 당사자가 실제로 이러

67) 예컨대, 鄭宗燮, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원제도, 헌법재판연구 1, 철학과 현실사(1995), 139면은 이러한 견해를 취하고 있다.

68) 韓秀雄, 憲法 제27조의 裁判請求權, 헌법논총 10권(1999)에는 代表的인 節次的 基本權으로 파악할 수 있는 재판청구권에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다. ‘裁判請求權은 법원조직법이나 절차법과 같은 立法者의 具體的인 形成을 전제로 한다. 재판청구권의 보장이 입법자의 구체적인 입법활동에 의존하고 있으므로, 국민의 권리보호를 위한 최소한의 정도는 보장되어야 한다는 의미에서 재판청구권은 司法節次的 制度的 保障이라고도 일컬어진다(Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art.19 IV,

한 기회를 활용하였는지 여부, 즉 헌법소원을 실제로 청구하였는지 여부를 따져볼 필요는 없을 것이다. 한편 법 제69조 제2항은 당사자가 법원의 기각 결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다고 규정하고 있는데, 만일 소수설을 취하는 경우 청구기간을 명시한 법 제69조 제2항이 사실상 사문화된다는 점 등에 비추어 보면, “이 경우”를 “위헌제청신청이 기각된 경우”로 해석하고 있는 대법원 및 헌법재판소의 판례취지는 정당하다.<sup>69)</sup>

### (3) “당해 사건의 소송절차”에 관한 해석

대법원은 하급심에서 위헌제청신청을 기각당한 당사자가 상고심에서 동일한 사유로 다시 위헌제청신청을 하는 것이 부적법하다고 판시함으로써 “당해 사건의 소송절차”라는 것이 “모든 심급에 걸친 소송절차”를 의미한다는 취지로 판시하였다.

그런데 일부에서는 심급이 달라질 경우 위헌제청신청에 대한 상급심 법원의 판단이 하급심 법원의 판단과 항상 일치한다고 볼 수 없고, 따라서 상급심 법원에서는 하급심 법원과 달리 재판의 전제가 되는 법률에 대하여 위헌 제청을 할 여지도 있기 때문에, 당사자에게 상급심에서 다시 한번 위헌제청 신청을 할 수 있도록 허용하지 않으면 당사자의 헌법소원심판청구권을 부당하게 제한하는 결과를 초래한다는 취지로 주장한다.<sup>70)</sup>

그러나 상소는 하급심의 재판에 불복하는 당사자가 “그 소송절차가 종료되기 이전에” 상급법원에 대하여 그 취소 내지 변경을 구하는 불복신청방법을 의미하는 것이기 때문에,<sup>71)</sup> “당해 사건의 소송절차”의 경우 “당해사

---

Rn.14; Krebs, 주2, Rn.49(349면) ‘재판청구권이 적어도 한번의 재판을 받을 권리를 보장한다는 점에서, “司法節次의 制度的 保障”이란 표현은 司法節次의 開設에 관한 그 타당성을 지닌다(363면).’

69) 동지 金柱賢, 裁判의 前提性에 관한 考察, 헌법논총 제8집 (1997), 163-165면.

70) 이명웅, 전게논문 19-21면.

71) 李時潤, 신민사소송법, 박영사 (2003), 686면.

건의 소송절차가 종료되기 이전의 모든 심급의 소송절차”로 해석하는 것이 文理解釋上 타당하다. 또한 현행법상 위헌제청신청을 기각당한 당사자에게 헌법소원심판청구를 할 수 있는 절차적 기회가 분명하게 보장되어 있는 이상, 위 당사자가 일정한 청구기간 내에 헌법소원심판청구를 하지 아니함으로써 인하여 발생하는 불이익은 스스로 자초한 것이기 때문에, 위 당사자에 대하여 동일한 사유를 이유로 하여 상급심에서 다시 위헌제청신청을 할 수 없도록 제한하는 것이 절차적으로 부당하다고 보기는 어렵고, 상급심 법원은 그 판단이 하급심과 상이한 경우 언제든지 “직권”으로 위헌제청을 할 수 있기 때문에 하급심의 판단이 상급심을 구속하는 부당한 결과를 초래할 여지도 없다.

따라서 당사자가 하급심에서 제기한 위헌제청신청이 기각된 다음에 동일한 사유를 이유로 하여 상급심에서 다시 위헌제청신청을 하는 것은 법 제68조 제2항 제2문에 위배되는 것으로서 이를 각하해야 한다는 대법원의 판시 내용은 타당하고, 다만 실무적으로 당사자의 이러한 신청이 “상급심의 직권 발동을 촉구”하는 의미를 가질 수는 있다고 하겠다.

#### (4) “동일한 사유”에 관한 해석

이에 관하여 헌법재판소가 구체적 규범통제절차에서 당해 법원의 소송이나 당사자 등이 주장하는 위헌사유에 구애됨이 없이 모든 헌법적인 관점에서 당해 법률의 위헌 여부를 판단할 수 있음에 비추어, “동일한 사유”는 “당사자가 주장하는 동일한 위헌사유”가 아니라 “동일한 법률조항”으로 봄이 상당하고, 따라서 최초 위헌제청신청이 기각된 이후 사정변경이 없는 이상 동일한 법률조항에 대하여 다시 위헌제청신청을 하는 것은 부적법하다는 견해가 있다.<sup>72)</sup>

그러나 위에서 본 바와 같이 당사자가 위헌제청신청을 하는 경우 법원은 독자적으로 적법요건 등에 대하여 판단하는 것이고, 당사자가 다시 제기한 위헌제청신청이 법 제68조 제2항 제2문에 위배되는지 여부는 최초의 제청신청을 기각당하였던 당사자가 실제로 헌법재판소에 헌법소원을 청구하였

72) 김주현, 전계논문, 164-165면.



는지 여부와 관계없이 결정되는 것이며, 단일한 법률조항의 위헌성에 관하여 당사자가 제기하는 주장취지 중 일부측면은 적법요건을 구비하고 있지만 나머지 부분은 적법요건을 충족시키지 못할 수도 있음에도 불구하고(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91, 94 결정; 2003. 12. 18. 2002헌마593 결정 등 참조), 헌법재판소 심리방식의 특성 등을 이유로 하여 “동일한 사유”를 일률적으로 “동일한 법률조항”으로 해석해야 한다고 보기는 어렵다.

따라서 ① 최초의 위헌제청신청서에 기재된 “당해 재판에 전제가 되는 법률의 위헌여부에 관한 구체적인 이유”와 사후에 제기된 신청서상의 “구체적인 이유”를 서로 비교하여 양자를 “실질적으로 동일한 사유”로 파악할 수 있는지 여부를 검토하고, ② 다만 아래에서 보는 바와 같이 법 제68조 제2항 제2문에 근거한 再申請에 대한 制限을 법원이 최초 위헌제청신청사건의 본안에 대하여 심리한 다음 실질적 의미에서 기각결정을 한 경우에만 적용하고, 법원이 적법요건만을 심리한 상태에서 각하결정을 한 경우 등에는 원칙적으로 이를 적용하지 아니하는 등 그 비교과정에서 “재판의 전제성” 등에 관련된 전반적인 검토를 하는 방법으로 “동일한 사유”를 “실질적 의미”로 파악하는 것이 타당하다고 하겠다.

### (5) 종합적 검토

(가) 일부에서는 대법원 판례와 같이 “당해 사건의 소송절차”를 모든 심급에 걸친 소송절차를 의미한다고 해석하는 경우 당사자의 권리구제가 미흡하게 될 수 있다고 비판하고 있으나,<sup>73)</sup> 법원에서 위헌제청신청

73) 예컨대 이명웅, 전제논문 20-21면에서는 ‘하급심에서 위헌제청신청을 제기하였다가 그 신청을 棄却당하면서 본안재판에서는 승소한 당사자의 경우, 상대방이 상소하였기 때문에 상급심에 패소할 가능성이 있다는 이유로 미리 법 제68조 제2항에 관한 헌법소원심판청구를 하였을 경우, 이를 적법한 것으로 볼 것인지 여부는 법 제68조 제2항 단서를 어떻게 해석할 것인지에 달려있다. 위와 같은 사안에서 대법원의 판시와 같이 “당해 사건의 소송절차”라는 것이 모든 심급에 걸친 소송절차를 의미한다고 해석하는 경우, 헌법재판소는 ① 청구인이 하급심에서 승소판결을 받았다는 이유만으로 위와 같은 헌법소원에 관하여 재판의 전제성 내지 권리보호이익이 흠결되었다고 각하할 수 없기 때문에, ② 상급심 결과를 마냥 기다리거나, 혹은 그 상소심이 진행되는 도중에 이미 하급심에서 승소한 당사자가 제기한 법률의 위헌여부에 대하여 심판하게 되는데, 이러한 경우 법 제68조 제2항 헌법소원의 ‘주관적 권리구제’ 성격과 불일치하게 되고, 본안 판단이 假想的인 것이 될 위험성이 있는 등 불합리한 결과를 초래한다. 따라서 이러한 경우 헌법재판소는 하급심에서 승소한 당사자가 제기한 헌법소원을 바로 각하하고, 추후 당사자가 상소심에서 패소할 경우에 다시 법원에 위헌제청신청을 할 수 있도록 허용하는 것이 제도의 목적에 맞는 것이다.’라는 취지로 주장하고 있는데, 私私과 같이 최초의 위헌제청신청이 실질적으로 각하된 경

에 대한 기각결정과 각하결정을 구분하는 등 “동일한 사유”에 관하여 실질적으로 검토하는 경우 비판론에서 제기하는 문제점은 대부분 해소될 수 있다.

(나) 최초 제청신청이 却下된 경우(혹은 却下되어야 하는데 形式上 棄却 決定을 받은 경우)

예컨대, 원고가 “항소심절차”에서 주위적 청구 및 예비적 청구를 하면서 예비적 청구에만 적용되는 법률에 대하여 위헌제청신청을 하였는데 담당 법원이 주위적 청구를 전부 인용하는 판결을 하는 경우, 원고의 위헌제청신청에 대해서는 “재판의 전제성 요건”을 충족시킬 수 없다는 이유로 각하결정을 하게 될 것인데,<sup>74)</sup> 위와 같이 담당 법원에서 위헌제청신청사건의 본안에 대하여 심리·판단하지 아니한 경우는 “기각결정”에 해당하지 아니하는 것으로 보아야 한다.<sup>75)</sup> 그리고, 만일 대법원에서 위 항소심 판결을 파기환송하는 경우 항소심에서 원래 예비적 청구에 대하여 다시 심리하게 될 것인데,<sup>76)</sup> 이러한 경우 원고는 최초 위헌제청신청의 본안에 대하여 항소심

---

우에는 법 제68조 제2항 제2문에 따른 제한을 받지 않는 것으로 파악하게 되면 실무적으로 별다른 문제가 발생하지 않을 것이다.

74) 법 제68조제2항에 규정된 헌법소원심판은 그 본질이 위헌법률심판과 다르지 아니하므로, “재판의 전제성”의 요건 등을 갖추지 아니하면 구체적 규범통제로서의 심판이익을 상실하여 부적법하게 된다(헌재 1997. 11. 27. 96헌바60 결정). 따라서 당해 사건을 심리하는 법원에서 당사자의 위헌제청신청이 부적법하다는 이유로 각하결정을 한 것이 적정한 사안에서는, 설령 당사자가 이에 대하여 헌법소원심판청구를 하더라도 원칙적으로 헌법재판소로부터 본안판단을 받을 수 없는 것이다.

75) 동지 김주현, 전계논문, 165면.

76) 이와는 달리 대법원에서 피고의 상고를 기각하는 등 당해 사건에서 원고에게 유리한 판결이 확정된 경우에는 원고가 위헌제청신청을 한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 한다 하더라도 당해사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치지 아니므로 “재판의 전제성” 요건이 흠결된다(헌재 2000. 7. 20. 99헌바61 결정 참조).

의 판단을 받은 적이 없기 때문에, “동일한 심급인 항소심”에서 원고에게 최초 위헌제청신청과 완전히 “동일한 사유”를 이유로 하여 다시 위헌제청신청을 하는 것도 허용된다고 보는 것이 법 제68조제2항 제2문의 취지에 부합한다.

한편 실무적으로 제1심 법원이 위헌제청신청을 한 원고에 대해서 전부 승소판결을 선고함과 동시에 그 위헌제청신청을 기각하는 사례가 있으나(이러한 실무처리는 부적절하다), 이러한 사안의 경우 제1심 법원의 판단에 따른다면 원고가 위헌제청신청을 한 법률이 위헌인지 여부와 관계없이 승소할 수 있다는 취지이므로, 그 신청은 원칙적으로 “재판의 전제성”이 없기 때문에 각하되어야 한다. 그리고 위와 같이 제1심 법원이 “재판의 전제성”이 인정되지 않는 위헌제청신청을 각하해야 함에도 불구하고 이를 기각하면서 원고 승소판결을 한 경우, 설령 제1심 법원이 해당 법률의 위헌성에 대하여 형식적으로 심리·판단하였다고 하더라도 이는 당해 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부에 대한 판단이라고 볼 수 없기 때문에, 그 후 항소심에서 제1심 판결을 취소하고 피고 승소판결을 하는 경우에는 원고가 대법원에 상고하면서 “동일한 사유”로 위헌제청신청을 하는 것을 허용하는 것이 타당하다고 본다.

#### (다) 최초의 위헌제청신청이 기각된 경우

당사자가 제기한 최초의 위헌제청신청을 법원이 실질적 의미에서 기각한 경우, 당사자에게 법 제69조 제2항의 청구기간 내에 헌법소원을 청구할 수 있는 기회가 보장되어 있는 이상, 당사자가 실제로 헌법소원심판청구를 하였는지 여부와 관계없이 당해 사건의 모든 심급에서 “동일한 사유”를 들어서 다시 위헌제청신청을 하는 것은 부적법하다고 보아야 한다.

#### (라) 2개의 신청 중간에 사정변경이 발생한 경우

최초의 위헌제청신청이 기각된 이후 당사자가 동일한 소송절차에서 형식적으로 “동일한 법률조항”의 위헌여부에 대하여 다시 위헌제청신청을 한 경우에도, 그 중간에 사정변경으로 인하여 심판대상 법률의 의미가 실질적으로 변동되었다면 위 2개의 신청에 나타난 “법률의 위헌여부에 관한 구제

적인 이유”가 달라질 개연성이 있다. 위와 같이 일정한 사정변경이 나중에 제기된 위헌제청신청의 “구체적인 이유”에 실질적인 영향을 미치게 되면 형식적으로 “동일한 법률조항”의 위헌여부를 심판대상으로 하여 다시 위헌제청신청을 하였다는 사유만으로 이를 법 제68조 제2항 제2문에 위배된다고 할 수는 없을 것이다.

흔히 이러한 사정변경의 유형으로 예시되는 것은 ① 심판 대상 법률에 관한 대법원 판례가 변경된 경우, ② 관련 법률이 개정된 경우, ③ 관련 법률이 폐지되거나 헌법재판소의 위헌결정 등으로 그 효력이 상실된 경우, ④ 민사사건에서 청구변경 등으로 인하여 소송물이 변경되거나 기초적 사실관계가 변동된 경우, ⑤ 형사사건에서 공소장이 변경된 경우 등인데, 구체적으로 위와 같은 사유가 실질적으로 사정변경에 해당하는지 여부를 먼저 검토해야 할 것이다.<sup>77)</sup>

또한 당사자가 사정변경을 이유로 당해 사건에 관하여 재차 위헌제청신청을 한 경우, 담당 법원이 법 제68조 제2항 제2문의 적용 여부를 판단함에 있어서는 위에서 예시한 사정변경 등이 존재하는지 여부만을 검토하는 것으로 충분하지 않고, 항상 최초의 위헌제청신청서에 기재된 “당해 재판에 전제가 되는 법률의 위헌여부에 관한 구체적인 이유”와 사후에 제기된 신청서상의 “구체적인 이유”를 서로 비교하여 양자를 실질적으로 “동일한 사유”로 파악할 수 있는지 여부를 면밀하게 검토해야 한다.<sup>78)</sup>

77) 예컨대, 관련 법률이 개정되었다고 하더라도 심판대상 법률의 위헌여부와 아무런 관련이 없는 부분에 대해서만 법률개정이 이루어졌다면 구체적인 위헌이유에 어떠한 영향을 미칠 수 없다.

78) 위 본문 ④와 같은 청구변경이나 공소장 변경 등이 이루어진 다음 다시 제기된 위헌제청신청의 적법 여부를 심리하는 경우, 만일 청구변경 이전의 신청 자체가 “재판의 전제성” 요건을 충족시키지 못하였다가 청구변경으로 인하여 비로소 적법요건을 구비하게 되었다면 애당초 재신청을 금지하고 있는 법 제68조 제2항 제2문이 적용되기 어렵기 때문에, 이 경우 법원에서는 사정변경 등에 대한 검토를 하기 전에 최초의 위헌제청신청 자체가 “적법 요건”을 충족시키고 있었는지 여부 등을 먼저 검토할 필요가 있을 것이다(본문 (2)항 기재 설명 등 참조).

## 라. 법 제68조 제2항과 제75조 제7항의 상관관계

법 제68조 제2항의 헌법소원청구가 제기되더라도 당해 재판절차는 정지되지 아니하므로, 당사자가 당해 소송절차에서 적법한 불복절차를 밟았음에도 불구하고 헌법재판소의 결정 이전에 당해 사건이 형식적으로 확정될 수 있는바, 법 제75조 제7항은 이러한 경우 발생할 수 있는 불합리한 결과를 방지하기 위하여 당사자로 하여금 위헌결정이 선고된 이후에 재심청구를 할 수 있도록 허용하고 있다.

다만 법 제75조 제7항은 당사자가 당해 사건의 형식적 확정 이전에 위헌결정을 받지 못하였다는 사유에 기인한 불이익을 방지하기 위한 것일 뿐이고, “위헌제청신청사유와 관계없는 다른 사유”로 인하여 당해 사건이 확정된 경우에 적용되는 것이 아니기 때문에, 예컨대 당사자가 항소심에서 유죄판결을 선고받은 후 상고를 하지 아니하고 위헌제청신청만을 하였다가 위 유죄판결이 확정된 다음에 법원에서 그 신청이 각하되자 이에 관하여 헌법재판소에 제기한 헌법소원심판청구는 재판의 전제성이 흠결되기 때문에 부적법하다고 보아야 한다(헌재 2000. 6. 1. 99헌바73 결정 등).<sup>79)</sup>

## 7. 법원의 위헌제청결정에 관하여

### 가. 위헌제청신청의 실질적 의미

#### (1) 기본원칙

당사자가 당해 사건에 적용되는 법률규정에 관하여 포괄적으로 위헌제청신청을 한 경우, 담당 법원에서는 가능한 한 이를 세분하여 재판의 전제가 되는 부분만을 특정하여 위헌제청을 하여야 하고, 헌법재판소의 심판범

---

79) 따라서 당사자가 하급심에서 패소한 다음 상소를 제기하지 아니함으로써 불리한 판결이 확정된 사안에 관하여 “재판의 전제성”을 인정한 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57 결정은 이론적으로 심각한 문제가 있다.

위는 법원이 제청한 범위에 한정되는 것이 원칙인바, 이는法律의 合憲性推定原則과 당해 사건의 해결을 전제로 하는 具體的 規範統制制度의 基本的 構造로부터 생기는 결론으로서, 司法作用에 일반적으로 적용되는 申請主義를 반영하고 있는 것이고, 법 제68조 제2항 소정의 헌법소원에서도 같은 원리가 적용된다(헌법실무제요 83면, 108면 등 참조).

## (2) 당사자의 주장취지·당해 재판의 진행과정 등에 상응하여 재판의 전제성을 판단함

헌법재판소는 ① 국세기본법 제35조 제1항 제3호 가목 등 위헌소원 사건에서, 청구인은 당해 사건에서 해운대구에 대한 부당이득금반환청구의 청구원인으로 해운대구청장이 경락기일 전에 경매법원에 취득세의 교부청구를 하지 아니하였음에도 경매법원이 이를 위 구청장에게 배당한 것이 위법이라는 주장만 하고 있으므로 지방세의 근저당권에 대한 우선 여부에 관한 구 지방세법 제31조 제2항 제3호는 당해 사건에 적용될 여지가 없다고 판시한 반면에(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46 결정), ② 당해 사건을 심리하던 항소심 법원이 청구인들에게 원고적격이 없다는 이유로 소를 각하하면서 위헌제청신청을 각하하였으나, 상고심에서 원고적격을 인정하고 제2심 판결을 파기 환송함으로써 당해 사건이 다시 항소심 법원에 계속된 사안에서는, 본안 사건에 적용될 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 판시하였다(헌재 1999. 7. 22. 97헌바9 결정).

## 나. 형사사건에 관련된 문제

### (1) 구성요건에 관한 법률규정과 형벌에 관한 법률규정의 차이

행정형벌에 관한 법률규정은 ① 구성요건을 규정한 법률규정부분과 ② 형벌을 규정한 법률규정부분으로 구분할 수 있는 경우가 많은데, 이에 대한 위헌제청을 하는 경우에도 그 제청대상을 필요한 부분으로 한정해야 할 것이다.

따라서 만일 당사자의 위헌주장취지가 공소사실과 같은 행위를 처벌하

는 것 자체가 위헌이라거나 혹은 구성요건에 관한 법률규정이 명확성의 원칙 등에 위배된다는 취지인 경우에는 원칙적으로 그 구성요건에 관한 법률규정에 대해서만 위헌제청을 해야 한다. 그리고 구성요건에 관한 법률규정에서 다른 법률조항을 인용하고 있는 경우에는 적절한 방법으로 그 제청대상을 정리하는 것이 바람직하다.<sup>80)</sup>

한편 구성요건에 관한 법률규정이 위헌이라는 취지로 헌법소원심판이 청구된 사건에 대하여, ㉞ 헌법재판소가 이를 심판대상으로 하여 위헌여부를 검토한 다음 그 사법적 결론이 “합헌”인 경우에는 그대로 합헌결정을 하는 반면에(헌재 1992. 6. 26.90헌바26 결정), ㉜ 만일 구성요건에 관한 법률규정이 “위헌”이라는 결론에 도달한 경우 그 심판대상에 대해서만 위헌결정을 하는 사례도 있고(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등 결정 등), 처벌규정부분 역시 독자적인 존재의의를 상실하는 경우가 많다는 점을 감안하여 법 제45조 단서의 규정에 따라서 그 위헌선언의 범위를 처벌규정에 대해서까지 확장하는 사례도 있는데, 이러한 확장사례는 본래 심판대상에 대한 삼단논법에 따른 사법적 결론이 “위헌”인 경우에 한하여 비로소 발생할 수 있는 “위헌선언의 범위”에 관한 문제일 뿐이고 원래 삼단논법에 따른 판단과정에서 헌법재판소의 심판대상 자체를 확장하는 것은 아니기 때문에, 이러한 경우에도 법원의 위헌제청대상은 필요한 부분인 구성요건 규정에 한정함이 상당하다(헌법재판실무제요 109면 참조).

반면에 비교적 경미한 구성요건에 대하여 지나치게 중한 형벌을 규정한

80) 참고로 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등 결정은 ① 제청법원이 ‘제1항의 규정에 의한 대통령령에는 필요한 별칙을 둘 수 있다.’라고 규정한 수산업법 제52조 제2항을 위헌제청 대상조문으로 표시하고, 제청이유에 위 제2항이 범죄구성요건의 해당여부나 처벌여부를 대통령령에 백지위임한 것에 위헌의 의문이 있다고 기재한 사안에서, ② 수산업법 제52조 제2항의 내용을 확정하기 위해서는 같은 조 제1항이 전제가 된다는 점을 지적하면서 제1항 중 관련사건에 적용될 구성요건을 규정한 제4호의 일부(“어구의 선적·사용에 관한 제한 또는 금지”부분)만을 선별하여 심판대상에 포함시키고, 위 제2항의 “필요한 별칙”의 종류 및 상한을 규정한 같은 조 제3항(“제2항의 별칙에는 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료의 규정을 둘 수 있다.”)을 심판대상에 포함시킨 다음, 이에 대하여 합헌결정을 하였다.

것이 위헌이라는 취지인 경우에는 형벌에 관한 법률규정부분에 대해서만 위헌제청을 해야 한다.<sup>81)</sup>

## (2) 공소장변경 등에 관하여

공소제기되지 아니한 법률조항의 위헌여부는 당해 형사사건의 재판의 전제가 될 수 없고(헌재 1989. 9. 29. 89헌마53 결정; 1997. 1. 16. 89헌마240 결정 등), 설령 공소장의 “적용법조”란에 적시된 법률조항이라 하더라도 구체적 소송사건에서 법원이 적용하지 아니한 법률조항의 위헌여부는 형사재판의 전제가 되지 않는다(헌재 1997. 1. 16. 89헌마240 결정).

한편 법원은 공소사실에 관한 기본적 사실관계가 변동되지 아니함과 동시에 피고인의 방어에 실질적 불이익을 끼칠 우려가 없는 경우에 공소장의 변경 없이도 직권으로 공소장 기재와 다른 법조를 적용할 수 있으므로(대법원 1984. 12. 11. 84도1782 판결 등), 이러한 요건이 구비된 경우 공소장에 적시되지 아니한 법률조항이라고 할지라도 법원이 공소장변경 없이 “실제로 적용한 법률조항의 위헌여부”는 그 재판의 전제가 되지만(헌재 1997. 1. 16. 89헌마240 결정), 공소장 변경이 이루어지지 아니한 상태에서는 적용될 수 없는 법률조항의 경우, 설령 기본적 사실관계가 동일하여 향후 공소장변경이 허용될 수 있는 범주에 속하더라도, 이러한 사정만으로 실제로 적용될 수 없는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 볼 수는 없고, 따라서 공소장변경 이전에 이에 대한 위헌제청을 해서는 안 된다.

## 다. 민사사건 등에 관련된 문제

민사사건이나 행정사건에서 당사자가 청구의 기초가 변경되지 아니하는 한도 내에서 청구변경을 할 가능성이 있더라도(민사소송법 제262조), 실제

---

81) 이에 관해서는 종전에 국가보안법위반 등의 범죄로 금고 이상의 형의 선고를 받았던 사람이 일정한 기간 내에 다시 법정최고형이 7년 이하의 징역으로 규정된 국가보안법 제7조 제1항의 위반죄 등을 저지른 경우에 “그 법정형의 최고(最高)를 사형으로 하도록 가중하고 있는 같은 법 제13조의 위헌여부”에 관한 헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5 결정을 참고할 수 있을 것이다.



로 청구변경이 이루어지지 아니한 상태에서는 적용될 수 없는 법률의 위헌여부는 재판의 전제가 된다고 볼 수 없다.<sup>82)</sup>

## 8. 헌법 제107조 제1항 등에 규정된 재판의 의미

### 가. 개요

#### (1) 재판의 개념

헌법 제107조 제1항 및 헌법재판소법 제41조 제1항에 규정된 “재판의 전제성”에 관하여 살펴보기 위해서는 먼저 “재판”의 개념을 검토해야 하는데, 일반적으로 재판이란 재판기관이 구체적인 법적 분쟁에 관하여, 추상적인 심사기준을 대전제로 하고, 구체적 심판대상을 소전제로 하여 삼단논법에 의하여 결론에 이르는 사법적 판단작용을 의미한다.

#### (2) 중국적 재판

당해 사건을 심리하는 법원이 중국적 판단을 함으로써 그 심급을 이탈시키는 “중국적 재판”이 위 재판의 개념에 포함된다는 점에는 일반적으로 특별한 이견이 없다.<sup>83)</sup>

#### (3) 중간적 재판

“중간적 재판”이라 함은 법원의 심리도중 문제가 된 사항에 대하여 판단하여 중국적 재판의 준비로 하는 재판을 의미하는데,<sup>84)</sup> 헌법재판소에서는 “중간적 재판”이 헌법재판소법 제41조 제1항 소정의 재판에 해당한다고 취

---

82) 헌재 2002. 6. 20. 2000헌바58등 결정도 이와 유사한 맥락에서, ‘당해 사건이 “도시계획시설결정취소거부처분취소의 소”인데, 입법자가 새로운 입법을 하는 경우 같은 사실관계를 토대로 하여 기존의 청구를 “손실보상청구”로 변경할 가능성이 있다는 점까지 고려할 필요는 없다.’라고 판시하였다.

83) 중국적 재판에는 판결의 형식으로 이루어지는 경우뿐만 아니라 결정·명령 등의 형식에 의한 재판도 포함되고, 본안에 관한 재판뿐만 아니라 소송절차 등에 대한 재판의 경우도 포함되며, 집행사건 내지 비송사건 등에 대한 중국재판도 포함된다. 다만 “잠정적 구체절차(가구제절차)”에서의 중국적 재판의 특성에 관해서는 아래에서 좀더 구체적으로 살펴보기로 한다.

84) 이시윤, 전거서 501면.

지로 판시한 적이 있으나(헌재 1994. 2. 24. 91헌가3 결정; 1996. 12. 26. 94헌마1 결정 등 참조), 이 점에 대해서는 좀더 신중한 검토가 필요하다.

(가) 중간적 재판에 관한 일반론

민사소송법 제392조는 ‘중국판결 이전의 재판은 항소법원의 판단을 받는다. 다만, 불복할 수 없는 재판과 항고로 불복할 수 있는 재판은 그러지 아니하다.’라고 규정함으로써 법원의 소송지휘 등을 비롯한 모든 중간적 재판은 별도의 규정이 없는 이상 독립하여 불복신청을 할 수 없고, 다만 중국재판과 함께 불복할 수 있을 뿐이라는 취지를 밝히고 있는바,<sup>85)</sup> 이는 중간적 재판이 이미 성립된 이후에는 원칙적으로 그 법적 효과가 중국재판에 흡수된다는 의미이다.<sup>86)</sup>

결국 위헌법률에 근거한 중간적 재판이 이미 성립된 이후에 이로 인하여 당사자에게 실질적인 불이익이 발생하기 위해서는 원칙적으로 해당 법률의 유효 여부에 따라서 중국재판의 내용이 좌우되어야 하기 때문에, 일반적인 사안에서는 당사자에게 중국적 재판을 계기(기준)로 하여 그 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부를 다룰 수 있는 기회가 보장되는 이상 위헌법률로 야기될 수 있는 위헌적 상황의 발생은 효과적으로 저지될 수 있다.

(나) 중간적 재판을 위헌제청의 계기로 파악한 헌재 1994. 2. 24. 91헌가3 결정

1) 인지침부및공탁제공에관한특례법 제2조는 국가에 대하여 민사소송절차 등에서 인지를 침부하지 아니하도록 규정하여 일반당사자에 대한 특칙을 인정하고 있는데, 담당 법원이 국가가 제출한 “항소장심사”를 하면서 인지도정명령을 할 것인지 여부에 관련하여 위 특례법규정이 사경제의 주체인 국가에게 우월한 지위를 부여함으로써 상대방 당사자를 차별한다고 볼 만한 의심이 든다는 이유로 위헌제청을 한 사안에서, 헌법재판소는 ‘제청법원이 하고자 하는 인지도정명령은 당해 소송사건의 본안에 관한 판결주문에 직접 관련된 것은 아니지만 헌법 제107조 제1항 등에 규정된 재판

85) 이시윤, 전게서 501면.

86) 헌재 1992. 6. 26. 89헌마271 결정; 1992. 12. 24. 90헌마158 결정 등 참조.

에 해당하고, 제청대상 법률이 위헌으로 심판되는지 여부가 앞으로 진행될 소송절차와 관련한 중요한 문제점을 선결결정해야 하는지 여부에 관한 법원의 판단에 영향을 주는 경우도 재판의 전제성이 있다고 보아야 하는데, ① 만일 위 특례법규정에 대하여 위헌결정이 선고되면 국가도 일반당사자와 마찬가지로 인지를 첩부할 의무가 있어서 제청법원이 그 항소장심사절차에서 “보정명령”을 내려야 하고, 보정이 이루어지지 않는 경우 제청법원이 항소장을 각하해야 하는 반면에, ② 위 특례법규정이 합헌이라면 제청법원은 보정명령을 할 수 없기 때문에, 위 특례법규정의 위헌 여부는 “항소장심사절차”에 관련하여 재판의 전제성을 인정할 수 있다.’라는 취지로 판시하면서 본안에 관해서는 합헌결정을 하였다.

2) 위헌제청의 계기(기준)가 된 당해 사건 : “본안 사건”이 아니라 “항소장심사”

한편 위 결정이유에는 “항소장 심사”가 당해 사건으로 기재되었고, 제청법원은 헌법재판소의 합헌결정이 있을 때까지 위헌제청의 계기가 된 “항소장심사절차”를 더 이상 진행하지 아니하였는데, 위와 같이 위헌제청의 계기가 된 중간재판절차를 독립적으로 파악할 수 있고 아울러 제청법원이 헌법재판소의 결정시까지 그 중간재판절차를 정지하더라도 별다른 문제가 없는 사안에서 위와 같은 결정이 선고되었다는 것은 실무적으로 중요한 의미가 있다.<sup>87)</sup>

---

87) 독일 연방헌법재판소는 중간적 재판이 위헌제청의 계기(기준)가 되는 경우가 있기는 하지만, 그 소송절차의 심리가 더 진행될 경우 문제가 되고 있는 법률의 위헌여부에 관한 해명이 실질적인 선결문제가 되지 않을 수도 있기 때문에, 중간재판의 경우 그 절차의 진행을 위하여 긴급한 필요성이 있는 예외적인 사안에서만 위헌제청의 계기(기준)가 될 수 있다고 판시하고 있다(BverfGE 63, 1(21f)). 이는 중간적 재판이 성립된 이후에는 원칙적으로 그 법적 효과가 종국재판에 흡수된다는 본질을 감안한 것으로 보인다. 반면에 아래에서 살펴보는 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1 결정의 경우 중간적 재판을 기준으로 하여 “재판의 전제성”이 충족되었다고 판시하고 있지만, 위 결정은 이론적 타당성에 의문이 있기 때문에 그 판시내용을 다른 사건에까지 일반적으로 원용하는 것은 부적절한 것으로 보인다.

## 나. 구체적인 재판유형별 검토

### (1) 잠정적 권리구제절차

(가) 가압류·가처분신청 등과 같은 잠정적 권리구제절차에서도 그 신청 이유가 아닌 신청 자체의 적법요건에 관한 법률규정에 대한 위헌제청은 일반적으로 허용될 수 있을 것이다.

(나) 그러나 당사자가 피보전권리로 주장하는 실체법적 청구권의 준거인 법률규정에 대한 위헌제청은 잠정적 권리구제절차의 긴급성 등과 관련하여 좀 더 신중한 검토를 할 필요가 있다. 독일의 지배적 견해에 따르면 잠정적 권리구제절차에서 당사자가 피보전권리로 주장하는 실체법적 청구권의 준거인 법률규정에 대한 위헌제청은 본안재판을 광범위하게 선취하는 예외적인 상황이 아닌 이상 허용되지 않는데,<sup>88)</sup> 위 견해의 경우 잠정적 권리구제절차의 소송대상은 실체법적 청구권의 존부가 아니라 법원이 이익형량을 근거로 하여 본안재판을 하기 전에 사실관계의 종결을 저지하거나 혹은 잠정적 지위를 부여할 것인지 여부이기 때문에 실체법적 청구권에 관한 법률규정의 효력에 대하여 종국적인 판단을 할 필요가 없고, 위와 같은 법률의 유효성에 대한 의심은 이익형량에 관한 하나의 자료로서 고려하면 충분한 것으로 파악하고 있다.<sup>89)</sup> 잠정적 권리구제절차의 특성 등을 고려할 때, 우리 실무에서도 위와 같은 사안에 관하여 본안절차가 아닌 잠정적 권리구제절차에서 위헌제청을 하는 것은 원칙적으로 부적법한 것으로 봄이

88) 잠정적인 상태규율이 본안재판을 광범위하게 선취하게 되는 예외적인 사안에서만 잠정적 구제절차를 계기(기준)로 하는 위헌제청이 허용된다는 취지의 독일 연방헌법재판소 판례로는 BverfGE 46, 43 (51); 63, 131 (141); 79, 69 (74) 등 참조.

89) Klein, in: Umbach/Clemens(Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz (1992), § 80 Rdnr. 44, 46. 이러한 독일의 지배적 견해는 긴급성이 요구되는 잠정적 구제절차에서 담당 법원이 실체법적 청구권의 준거법률에 대한 위헌판단을 받기 위하여 그 절차를 정지하고 헌법재판소의 결정을 기다리는 경우, 효과적인 권리보호를 위하여 잠정적 구제절차를 규정한 입법취지가 완전히 몰각될 우려가 있다는 점 등을 중시하고 있는데, 이러한 견해는 가압류신청사건의 본질에 비추어 볼 때 재판의 전제성을 인정하여 위헌제청을 함으로써 가압류절차를 정지하는 것은 부당하다는 취지의 부산지방법원 울산지원 1997. 2. 26. 97카기95 결정(법률신문 1997. 3. 17.자 11면)과 같은 맥락이라고 하겠다.

상당하다고 생각한다.<sup>90)</sup>

## (2) 증거채부에 관한 결정

(가) 증거채부결정에 관한 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1 결정

1) 헌법재판소는 위 결정에서 형사소송법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정이 비록 당해 소송사건을 종국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당한다고 판시함으로써 증거채부에 관한 재판절차에서도 위헌제청을 할 수 있음을 시사하였다.

2) 그러나 위 결정의 경우 다음과 같은 이론적 문제점이 있다.

① 먼저 그 사안을 살펴보면, 피고인이 기소되기 전에 검사의 청구에 따라서 구 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 등에 근거하여 목격자에 대한 증인신문이 실시된 다음, 검사가 제출한 공판기일 전 증인신문조서를 본안 사건의 담당 법원이 증거로 채택하는 결정을 하였는데, 그 후 피고인은 위 증인신문의 근거법률이 당사자의 반대신문권을 보장하지 않고 있음에도 불구하고 그 신문조서에 포괄적인 증거능력이 인정하는 것은 적법절차원칙 등에 위반된다고 주장하면서 위헌제청신청을 하였으나, 담당 법원에서는 목격자가 이미 공판기일에서 위 증인신문조서와 사실상 동일한 취지로 증언을 마친 사정 등을 적시한 다음, ㉠ 만일 본안 재판에서 청구인이 무죄로 인정되는 경우에는 위 증인신문조서의 증명력이 배척될 것이므로 재판의 전제성이 없게 되고, ㉡ 청구인이 유죄로 인정되는 경우 위 증인신문조서를 제외하더라도 이와 동일한 내용인 공판기일에서의 목격자의 증언만으로 유죄로 인정될 수 있기 때문에, 결국 위 법률규정의 위헌여부에 따라서 본안재판의 내용이 좌우된다고 볼 수 없다는 이유로 피고인의 제청신청을 기각하였고(실질적으로는 각하결정으로 볼 수 있음), 이에 대하여 피고인이 헌법소원심판을 청구하였다는 사실을 확인할 수 있다.

② 위와 같은 사안에서 헌법재판소는 위 법률규정은 법원의 증거채부결

90) 同旨, 조병훈 전계논문 836면, 김주현 전계논문 139면 등.

정의 대상이 된 공판기일전 증인신문조서의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 조서를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있기 때문에, 그 위헌성을 다투는 헌법소원은 적법하다고 보았다.

③ 그러나 피고인의 경우 증거채부단계에서 제청신청을 한 것이 아니라 이미 “증거채택결정”이 성립되어 그 중간적 재판의 법적 효과가 종국재판절차에 흡수된 다음에 제청신청을 하였기 때문에 청구인은 “본안 재판”을 기준으로 하여 제청신청을 한 것으로 볼 수밖에 없을 것인데, 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 “증거채부결정”을 기준으로 하여 “재판의 전제성”이 인정되었다고 판단한 것은 중간재판의 본질 및 청구인의 신청취지 등과 쉽게 조화되기 어렵다. 그리고 만일 “본안 재판”을 기준으로 하는 경우, 목격자에 대한 공판기일 전 증인신문조서에 대한 증거채부결정 및 공판기일에서의 같은 목격자에 대한 증인신문 등이 이미 완료된 단계에서는 제청신청대상 법률의 위헌여부가 본안재판의 전제가 된다고 보기 어렵기 때문에, 이러한 측면에서 본안 사건에 관해서는 “재판의 전제성” 요건이 흠결되었다는 담당법원의 판단이 오히려 타당하다고 하겠다.<sup>91)</sup>

(나) 증거채부결과와 관련하여 최근 선고된 헌재 2004. 9. 23. 2002헌바46 결정

헌법재판소는 교통사고 피해자인 원고가 제1심에서 일부승소 판결을 받고 항소한 다음, 항소심 단계에서 추가로 제기한 피고 본인신문신청 등이 담당 법원에 의하여 채택되지 아니하자, ‘당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거는 그러하지 아니하다.’라고 규정한 구 민

---

91) 위 본안재판에 관하여 제1심 수소법원은 공판기일 전 증인신문조서 및 공판기일에서의 목격자 증언 등의 증명력을 모두 배척하여 이에 관한 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고(서울형사지방법원 1991. 12. 20. 92고합1570 판결), 항소심 법원은 검사의 항소를 기각하였으며(서울고등법원 1994. 10. 4. 94노236 판결), 이에 대하여 검사가 상고하지 아니함으로써, 결국 헌법재판소가 1996. 12. 26. 위 결정을 선고하기 훨씬 전에 이미 본안 사건에 대해서는 무죄판결이 확정된 상태였다.

사소송법 제263조의 위헌여부가 항소심 본안 재판의 전제가 된다는 취지로 위헌제청신청을 하였다가 기각당한 다음 헌법소원을 청구한 사안에서, ① 그 합헌결정이유에 당해 사건으로 “증거채부절차”가 아닌 “본안 사건”을 적시하고, ② 재판의 전제성에 관해서는 위 법률규정으로 인하여 항소심 본안 재판의 주문 내지 그 내용 등이 달라지는지 여부를 검토하였다. 이는 최소한 “증거채부결정”이 성립되어 그 법적 효과가 중국재판에 흡수된 이후의 단계에서는 중간적 재판이 아니라 중국재판을 기준으로 하여 “재판의 전제성” 요건의 충족 여부를 판단해야 한다는 취지로 보인다.

### (3) 재심사건

#### (가) 일반론

당해 사건이 재심사건인 경우 ① “재심의 개시여부에 관한 사항”에 적용되는 법률규정의 위헌여부는 “재판의 전제성”이 폭넓게 인정되지만, ② “원판결의 본안사건에 대한 재심재판”에 적용되는 법률규정의 위헌여부는 법률에 규정된 재심개시사유가 인정되는 경우에 한하여 재판의 전제성 요건을 충족시킬 수 있다.<sup>92)</sup> 재심개시사유 자체가 존재하지 않는 경우에는 원칙적으로 담당 법원이 원판결의 본안사건에 대하여 심리할 수 없기 때문이다.

#### (나) 재심의 개시여부에 관한 법률의 위헌여부만이 재심재판의 전제가 되는 경우

형사소송법 제56조의 위헌여부에 대한 위헌소원 사건에서, 헌법재판소는 ‘청구인이 재심사건에서 재심의 이유로 내세우는 사유는 단지 공판조서의 기재가 잘못되었다는 것이고, 이는 형사소송법 제420조가 규정한 재심사유의 그 어느 것에도 해당되지 아니하여 이 사건 법률조항은 당해 재심사건에 적용할 법률이 아니므로 재판의 전제성이 없다.’라는 취지로 판시함으로써(헌재 1993. 11. 25. 92헌바39 결정), 재심개시사유가 인정되지 않는 사안에서는 원판결의 본안에 적용되는 법률의 위헌여부는 재판의 전제가 되지

92) 대법원 1990. 11. 28. 90마866 결정; 1994. 10. 21. 94쿠17 결정; 헌법재판소 1992. 8. 19. 92헌바36 결정 참조.

않는다는 점을 분명히 하였다.<sup>93)</sup>

(다) 원판결의 본안사건에 관한 법률의 위헌여부도 재심재판의 전제가 되는 경우

반면에 재심개시사유가 인정되는 경우에는 원판결의 본안에 적용된 법률 규정의 위헌여부도 재심재판의 전제가 될 수 있는데, 주의할 점은 설령 객관적으로 재심개시사유가 존재하지 아니함에도 불구하고 재심청구를 받은 법원이 법률판단을 잘못하여 위법한 재심개시결정을 하였다고 하더라도, 그 결정이 이미 확정되었다면 법원은 원판결의 본안사건에 대하여 반드시 심리를 해야 하기 때문에(대법원 2004. 9. 24. 2004도2154 판결 참조), “원판결의 본안사건”에 적용되는 법률규정의 위헌여부는 재판의 전제성 요건을 충족시킬 수 있다는 것이다.<sup>94)</sup>

### III. 마치면서

우리 헌법 제107조 제1항에 규정된 위헌법률심판제도는 미국과 독일 등과 같은 선진국의 제도를 참고하여 우리나라에 도입된 것으로서 그 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않는데, 그 제도의 운영과정에서 발생하는 여러 가지 절차적 쟁점에 관하여 이론적으로 검증함과 동시에 비교법적 검토를 비롯한 심도 있는 논의를 하는 것은 위와 같이 중요한 제도를 제도적으로 정착시키기 위해서 필수적인 것으로 생각한다.

이 논문에서는 현재까지 충분한 논의가 되었다고 보기 어려운 몇 가지 절차적 쟁점에 관하여 검토·분석하고자 노력하였는데, 이러한 시도가 우리 위헌법률심판제도를 이론적·실무적인 측면에서 안정적으로 정착시키는 데에 조금이나마 도움이 되었으면 한다.

---

93) 동지 헌재 1999. 3. 10. 99헌바21 결정.

94) 헌재 2000. 1. 27. 98헌가9 결정 참조.



# 憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察

金顯哲  
憲法研究官

## - 目次 -

I. 서론 .....	257
II. 심판절차에서의 특수성 .....	260
1. 서면심리원칙 및 직권심리주의 .....	260
가. 서면심리원칙 .....	260
나. 직권심리주의 .....	261
다. 처분권주의와 직권주의 .....	262
2. 심판대상의 확정 .....	265
가. 심판대상의 제한 .....	265
나. 심판대상의 확장 .....	267
다. 심판대상의 변경 .....	274
3. 위헌제청의 철회 또는 심판청구의 취하 .....	276
가. 위헌제청의 철회 .....	276
나. 헌법소원심판청구의 취하 .....	278
4. 권리보호이익과 헌법적 해명 .....	281
가. 의의 .....	281

나. 법 제41조 제1항 위헌법률심판의 경우 .....	282
다. 법 제68조 제2항 헌법소원심판의 경우 .....	283
라. 법 제68조 제1항 헌법소원심판의 경우 .....	284
Ⅲ. 헌법재판소 결정의 효력의 특수성 .....	287
1. 일반적 효력 .....	287
2. 기속력 및 법규적 효력 .....	288
가. 기속력 .....	288
나. 법규적 효력 .....	296
3. 위헌결정의 시간적 효력 .....	299
가. 원칙적 장래효 .....	299
나. 예외적 소급효 .....	300
4. 재심의 허용 여부 .....	304
가. 의의 .....	304
나. 법 제41조 제1항 위헌법률심판의 경우 .....	306
다. 법 제68조 제2항 헌법소원심판의 경우 .....	306
라. 법 제68조 제1항 권리구제형 헌법소원심판의 경우 .....	307
Ⅳ. 결론 .....	310

## I. 서론

헌법재판(Verfassungsgerichtsbarkeit)이란 헌법을 운용하는 과정에서 헌법의 규범내용이나 기타 헌법문제에 대한 다툼이 생긴 경우에 이를 유권적으로 해결함으로써 헌법의 규범적 효력을 지키고 헌정생활의 안정을 유지하려는 헌법의 실현작용,<sup>1)</sup> 즉 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 유지·수호하는 국가작용<sup>2)</sup>이라고 일컬어진다.

헌법재판은 헌법의 규범력과 실효성을 보장하고, 헌법에서 보장하고 있는 기본권을 실현하며, 국가작용의 합헌성을 보장하여 모든 국가작용이 헌법질서 속에서 행해지도록 함으로써 헌법을 보호하고 실현한다. 헌법재판은 입헌주의(constitutionalism)와 자유민주주의(liberal democracy)의 핵심적 징표 중의 하나로 평가된다.<sup>3)</sup>

헌법재판제도는 위헌법률심사를 비롯한 헌법재판기능이 일반법원이 아닌 별도의 다른 기관에 집중되어 있는지 여부에 따라 크게 집중형과 비집중형으로 나누인다.<sup>4)</sup>

집중형 또는 “헌법재판소형”은 일반법원이 아닌 별도의 재판기관인 헌법재판소를 설치하고 위헌법률심사권을 비롯한 헌법재판권을 그 기관에 부여하는 헌법재판제도로서, 1920. 10. 1. 설립된 오스트리아 헌법재판소<sup>5)</sup> 제도를 그 원형으로 한다. 집중형 헌법재판제도는 독일·스페인·이탈리아·포르투갈을 비롯한 유럽 대륙에 널리 확산되었고, 동구 공산정권이 붕괴된 이후 러시아를 비롯한 동구권 국가들 거의 대부분이 이 제도를 채택하고

---

1) 허영, 「한국헌법론」(박영사 2005), 1041면.

2) 「헌법재판실무제요」(헌법재판소 2003), 1면.

3) 정종섭, 「헌법소송법」(박영사 2004), 4면.

4) 「헌법재판제도의 이해(요약)」(법원도서관 2002), 1면.

5) 오스트리아 헌법재판소는 독일 연방헌법재판소의 권한에 비견될 만한 권한을 부여받았음에도 불구하고 비교적 소극적인 태도를 취하고 있다고 한다. K. Schlaich(정태호 역), 「Das Bundesverfassungsgericht(독일연방헌법재판소)」(헌법재판소 1999), 4면.

있다.

비집중형 또는 “최고법원형”은 한 나라의 모든 법원에 위헌법률심사권을 부여하는 헌법재판제도로써, 1803년의 *Marbury v. Madison*<sup>6)</sup> 판결부터 시작된 미국의 위헌법률심사제도<sup>7)</sup>가 그 시초이다. 비집중형 헌법재판제도는 미국을 비롯하여 캐나다·호주·인도 등에서도 채택되었으며, 19세기 후반과 20세기 초반에 걸쳐 남미 여러 나라와 일본 등에서 도입하였다.<sup>8)</sup>

그 밖에 프랑스의 경우는 특수한 형태의 헌법재판기관인 헌법평의회(Conseil Constitutionnel)가 설치되어 있고,<sup>9)</sup> 한편 영국·네덜란드·룩셈부르크·스웨덴·리비아 등과 같이 의회우위의 원칙에 입각하여 위헌법률심사제도를 채택하지 않은 나라도 있다.<sup>10)</sup>

우리 나라의 경우 1948년의 제헌헌법 때부터 제도상으로는 헌법재판이 있었으나 그 실적이 미비하다가 1987년 현행헌법이 시행된 이후 헌법재판소를 설치하여 본격적으로 가동되고 있는바,<sup>11)</sup> 특히 위헌법률심판이나 헌법소원심판은 헌법재판소의 관할사항 중 우리 국민들이 구체적인 권리구제수단으로 이를 적극 활용하고 있다.

---

6) 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803).

7) 미국의 사법심사는 부수적 위헌심사의 성질을 가지는 것으로서 ‘私權모델’(private right model)이며, 따라서 헌법상의 사건성과 쟁송성(case and controversy)이 강하게 지배한다. 정종섭, 전계서(2004), 10면.

8) 집중형 헌법재판제도와 비집중형 헌법재판제도의 비교 및 그 합일화경향에 대한 자세한 설명은 Mauro Cappellatti (구병삭/강경근/김승환 공역), 「Judicial Review in the Contemporary World (현대헌법재판론)」(법문사 1989), 67-91면 참조.

9) 프랑스혁명 시대 이후 “법관에 의한 통치(gouvernement des juges)”에 대한 공포가 뿌리깊게 박혀 있는 프랑스는 1958년 헌법평의회를 설립하였다. 헌법평의회는 법률의 합헌성을 예방적으로(즉 법률의 시행전에) 심사하며 또 그 구성과 절차에 비추어 볼 때 오히려 입법절차 내의 최종적인 정치적(통제)기관과 법원 사이에 있는 중간적 기구이다. 그러나 1971년 이후에는 헌법평의회가 규범통제분야에서 기본권과 인권을 매개로 보다 독립적인 역할을 수행하는 현상이 증가하고 있다. K. Schlaich, 전계번역서(1999), 4면.

10) 위 「헌법재판제도의 이해」, 2면.

11) 따라서 우리 나라의 현행 헌법재판제도는 “집중형”이라고 할 수 있다. 그리고 미국형의 ‘사권모델’과는 달리 ‘특수기능모델’(special function model)에 해당한다. 정종섭, 전계서(2004), 10면.

헌법재판의 기능적 특성으로는, 첫째 법적인 영역과 정치적인 영역을 이어 주는 교량 역할로서의 정치형성재판의 특성, 둘째 그 결정의 실효성 보장에 헌법기관 내지 국가권력의 성의 있고 자발적인 집행의지와 국민의 강한 헌법예의 의지(Wille zur Verfassung)가 필요하다는 특성, 셋째 헌법적 가치질서에 대한 모든 사회구성원의 확고하고 폭넓은 공감대를 전제로 해서만 그 실효성을 나타낼 수 있다는 특성 등을 들고 있다.<sup>12)</sup>

한편, 헌법소송의 특수성으로는 변호사강제주의(헌법재판소법<sup>13)</sup> 제25조) 및 국선대리인제도(법 제70조)의 채택, 심판비용의 국고부담(법 제37조), 서면심리원칙(법 제30조), 포괄적인 자족적 절차규정 미비(법 제40조), 직권증거조사(법 제31·제32조), 결정의 효력(법 제75조) 및 관보계재(법 제36조), 심판기간(법 제38조)등이 언급되고 있다.<sup>14)</sup> 헌법재판소는 헌법소원심판에 관하여 “헌법재판소법 제25조, 제26조, 제30조, 제31조, 제32조, 제37조, 제68조, 제71조 등에 의하면 헌법소원심판제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용 등의 소송구조로 되어 있다.”고 판시한 바 있다.<sup>15)</sup>

본고에서는 위와 같은 헌법재판의 소송법적 특성을 기초로 하여, 헌법재판소의 관장사항 중 가장 활용빈도가 높은 위헌법률심판과 헌법소원심판의 판례를 중심으로 일반 민사소송<sup>16)</sup>이나 행정소송<sup>17)</sup>과 구별되는 특징을 심판절차에서의 특수성(Ⅱ) 및 결정의 효력의 특수성(Ⅲ)으로 나누어 다루고자 한다.

12) 허영, 전계서(2005), 1043-1045면 참조.

13) 이하 “법”이라고 한다.

14) 이시윤, 「헌법재판개관」(헌법재판소 1989), 53-59면.

15) 현재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320.

16) 이에 관하여 강현중, 헌법의 이념과 민사재판, 「고시계 제451호」(국가고시학회 1994. 8), 163면 이하 참조.

17) 이에 관하여 김문현, 헌법재판과 행정재판, 「고시계 제439호」(국가고시학회 1993. 8), 74면 이하; 박정훈, 헌법과 행정법 : 행정소송과 헌법소송과의 관계, 「서울대법학 제109호」(서울대학교법학연구소 1999.2), 81면 이하 참조.

## II. 심판절차에서의 특수성

### 1. 서면심리원칙 및 직권심리주의

#### 가. 서면심리원칙

일반적으로 소송의 심리는 소나 청구에 대하여 판결 또는 결정을 내리기 위하여 그 기초가 될 소송자료를 수집하는 것으로 각종 소송절차의 가장 중핵적인 것이다. 이러한 심리의 방법으로는 구술에 의하는 것(구술심리)과 서면에 의하는 것(서면심리)으로 나눌 수 있는데, 법 제30조 2항에 따르면 위헌법률심판 및 헌법소원심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 들을 수 있다.<sup>18)</sup>

독일연방헌법재판소의 경우도 연방헌법재판소법 제25조 제1항은 “연방헌법재판소는 특별한 규정이 없는 한 변론에 기하여 재판한다. 다만, 모든 당사자가 변론을 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여 구두변론<sup>19)</sup>이 원칙으로 되어 있으나 실무상으로는 드물게 열리는 예외가 되고 있다.<sup>20)</sup> 그리하여 위헌법률심판 및 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하며 구두변론은 예외적으로만 운영되고 있다.<sup>21)</sup>

---

18) 헌법재판이 가지고 있는 의식(ritual)으로서의 기능을 고려하면 구두변론을 적절히 활용하는 것은 사회의 통합과 헌법재판의 정당성을 확보하는데 도움이 된다는 견해로 정중섭, 전게서(2004), 143면.

19) 구두변론이 일단 열린 경우에는 통상 공개적으로 공포되는 “판결”(Urteil)이 내려지게 되고, 그렇지 아니한 경우에는 “결정”(Beschuß)이 내려지게 된다(연방헌법재판소법 제25조 제2항).

20) 구두변론에 관한 현재의 실무에 대하여 비판적인 견해로는 R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Auflage 1988, S.104f.; R. Gerhardt, “Das Bundesverfassungsgericht ... !”, in: FS Simon, 1987, S.63ff. 한편, T. Ritterspach, Unvorgreifliche Gedanken zu Reformen im verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: FS Stein, 1983, S.298에 의하면 이와 같은 실무는 용인될 수 없는 것이라고 한다. K. Schlaich, 전게번역서(1999), 46면.

21) 이에 대하여 P. Häberle는, 구두변론이 소송촉진에 큰 도움을 줄 수 있을 것인 만큼 연방헌법재판소법 제25조 제1항에 의한 구두변론을 원칙으로 하고 서면심리의 활용을 엄격히 제한하여야 한다고 주장한다. 정태호, “헌법소송의 독자성” 문제에 관한 고찰, 「법과 국가 (운남서정호교수 정년기념논문집)」(1997), 326면 이하(III. 1. (3))

다만 독일의 경우 후자, 즉 구두변론에 있어서만 소송대리인 강제주의를 채택하여(연방헌법재판소법 제22조 제1항)<sup>22)</sup> 구두변론절차에 있어서만 변호사나 대학의 법학교수가 대리하도록 하고,<sup>23)</sup> 대리인을 선임하지 않으면 이미 문서로 제출한 사항은 유효하지만 구두변론에서 청구나 증인신문 등의 절차적 권리는 인정하지 않고 있는 점이, 국선대리인제도라는 대상조치가 있기는 하지만 완전한 변호사강제주의<sup>24)</sup>를 시행하고 있는 우리 나라와 다르다.

## 나. 직권심리주의

사적자치의 원칙이 지배되는 민사소송에서는 소송절차의 개시, 심판의 범위 및 절차의 종결에 대하여 처분의 자유를 인정하여 이른바 처분권주의(민소법 제203조) 아래 진행되고 소송자료의 수집책임도 당사자에게 부과

---

부분) 참조.

- 22) 연방헌법재판소법 제22조 ① 당사자는 소송절차의 어떠한 단계에서라도 독일법원에서 허가된 변호사 또는 독일대학의 법률학교수로 하여금 대리하게 할 수 있다. 연방헌법재판소에서의 변론에 있어서는 당사자는 위와 같은 방법으로 대리되어야 한다. (이하 생략)
- 23) 이러한 소송대리를 하는 법학교수는 모두 변호사의 자격을 가지고 있다. 정종섭, 전거서(2004), 134면.
- 24) 이에 관하여는 정종섭, 헌법소원심판절차와 변호사의 헌법소송수행, 「인권과정의 제194호」(대한변호사협회 1992. 10), 59면 이하; 신봉기, 헌법소원과 변호사강제주의, 「인권과정의 제198호」(대한변호사협회 1993. 2), 134면 이하; 문일봉, 헌법재판상 변호사강제의 제문제, 「사법연구자료 제22집」(법원행정처 1995. 12), 169면 이하 참조. 한편, 헌법재판은 일반 민·형사재판과는 다른 독특한 목적과 성격을 가지며, 헌법해석원리도 일반법해석의 그것과는 다르다는 점에서 헌법재판의 대리인의 자격을 반드시 변호사에 한정해야 할 것인지는 의문이며, 대리인 자격으로 공법학교수도 포함되도록 하거나 일정기간 이상 헌법연구관의 경력을 가진 자에게도 자격을 부여하는 것이 바람직하다는 의견이 있다. 김철용 외 2인, 「헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구(헌법재판연구 제4권)」(헌법재판소 1993), 28-29면; 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 「헌법재판 운영현황과 활성화(헌법재판자료 제6집)」(헌법재판소 1993), 170면.

시키는 변론주의에 의하여 지배됨이 원칙이다. 그러나 공적인 국민의 권리구제와 아울러 행정목적의 달성과 행정법규의 정당한 적용을 그 목적으로 하는 행정소송에 있어서는 공익성의 요청에 따라 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있도록 이른바 직권심리주의를 규정하고 있다(행소법 제26조).<sup>25)</sup>

헌법재판은 주지하는대로 헌법을 보호하고 국민의 기본권을 보장하는 역할을 한다. 그런데 일반적인 법원의 민·형사재판과는 달리 객관적인 헌법규범의 해석과 이로 인한 객관적인 헌법질서의 보장을 위한 기능이 헌법재판에서는 중요한 의미를 가진다. 따라서 헌법소송은 다른 재판에서와는 달리 헌법재판기관, 즉 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 요구되는 정도가 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다.<sup>26)</sup>

독일의 경우에도 “진실발견을 위한 재판소의 증거조사”에 관하여 규정하고 있는 연방헌법재판소법 제26조에 근거하여 헌법재판절차에 직권심리주의(Untersuchungsgrundsatz)가 지배하고 있는데, 이러한 직권심리는 공익소송으로서의 헌법소송의 특성상 당연히 인정되는 것으로서,<sup>27)</sup> 헌법재판소의 권한이자 의무라고 보고 있다.<sup>28)</sup>

## 다. 처분권주의와 직권주의

(1) 헌법재판소의 심판절차는 신청권자의 심판청구에 의하여 개시된다. 헌법소송에 있어서도 여타 소송과 마찬가지로 신청주의원칙(Antragsprinzip)<sup>29)</sup>

25) 「법원실무제요 (행정)」(법원행정처 1997), 244면.

26) 김철용 외 2인, 전계논문(1993), 37-38면; 정재황, 전계논문(1993), 171면.

27) C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, S.57f.; F. Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, vor §17, Rdnr.7; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., 1997, Rdnr.57; H. Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbband, 1959, S.702ff.

28) 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 「공법연구 제28집 제4호 제2권」(한국공법학회 2000.6), 204면.

29) 독일의 연방헌법재판소법 제23조는 신청주의를 규정하고 있다. 동법 제23조(소송절차의 개시) ① 소송절차를 개시하는 신청은 서면으로 연방헌법재판소에 제출하여야 한다. 신청은 그 이유가 소명되어야 하고, 필요한 증거방법이 제시되어야 한다. ② 재판장은 피청구인 및 기타 당사자에게 일정한 기간 내의 의견진술의 최고와 함께



이 적용된다. 따라서 심판절차의 개시에 관해서는 원칙적으로 처분권주의가 적용된다.<sup>30)</sup> 우리 법도 신청주의를 채택하고 있는바,<sup>31)</sup> 그 절차를 개시하고자 하는 신청인에게는 기본적인 주장책임이 존재한다. 무엇보다도 신청의 대상을 특정하여야 하고 심판대상 법률이나 공권력작용이 위헌으로 해석되는 구체적인 이유를 제시하여야 한다.<sup>32)</sup>

처분권주의(Dispositionsmaxime)는 보통 심판절차의 개시, 그 목적 내지 소송물 및 그 종료 등에 관하여 심판절차의 당사자가 처분권을 가지고 이 문제에 관하여 자유로이 결정할 수 있다는 원칙을 의미한다.<sup>33)</sup> 즉, 심판절차의 진행을 원칙적으로 당사자의 지배하에 두는 것을 말한다. 이에 반하여 처분권주의의 대립개념인 직권주의(Offizialmaxime)는 심판절차를 개시하고 진행하며 종료하는 소송행위를 법원이 직권으로 행하는 원칙이다.<sup>34)</sup>

헌법재판은 단순히 제청신청인이나 헌법소원 청구인의 주관적 권리구제만을 위한 제도가 아니고, 객관적 헌법질서를 수호·유지하기 위한 제도이기도 하다. 따라서 헌법재판소는 피청구인 또는 심판대상을 직권으로 확정하기도 하고,<sup>35)</sup> 위헌제청되지 않은 법률조항이라 하더라도 체계적으로 밀

---

지책임이 신청서를 송달한다. ③ 재판장은 당사자에게 일정한 기간 내에 재판소와 기타 당사자를 위하여 필요한 수의 문서 사본을 제출할 것을 명할 수 있다.

- 30) 정태호, 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰, 「공법연구 제24집 제2호」(한국공법학회 1996.6), 307면.
- 31) 예컨대 제41조 제1항(위헌법률심판), 법 제68조 제1항·제2항(헌법소원심판), 제49조 제2항(탄핵심판), 제55조(정당해산심판), 제61조 제1항(권한쟁의심판)이 그것이다. 정종섭, 전거서(2004), 127면.
- 32) 구체적인 위헌성을 주장하지 않은 헌법소원심판청구를 각하한 사례가 있다(헌재 1998. 9. 30. 98헌마3, 판례집·공보 미수록). 정종섭, 전거서(2004), 128면.
- 33) O. Jauering, Zivilprozeßrecht, 23. Aufl., 1991, §24; Rosenberg/Schwabe/ Gottwald, Zivilprozeßrecht, §77.
- 34) 정태호, 전거논문(1996.6), 306면.
- 35) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320; 1998. 3. 26. 93헌마12, 판례집 10-1, 226, 232.

접불가분의 관계에 있거나 동일한 심사척도가 적용되는 등의 경우에는 그 법률조항도 심판대상에 포함시켜 위헌제청된 법률조항과 함께 그 위헌 여부를 판단하기도 한다.<sup>36)</sup> 이는 모두 헌법재판의 객관적 기능을 충실히 구현하고자 하는 취지에서 비롯된 것이다.<sup>37)</sup>

(2) 그러므로, 헌법재판소는 법 제41조에 의한 위헌법률심판절차와 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판절차에서 심판대상인 법률의 위헌성을 판단하는 경우, 위헌제청신청인이나 청구인이 주장한 기본권의 침해 여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상인 법률조항이 헌법에 부합하는가를 심사해야 한다.<sup>38)</sup>

법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판이 청구되는 경우에도 청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정하지 않고 가능한 한 모든 범위에서 헌법상 기본권침해의 유무를 직권으로 심사한다.<sup>39)</sup> 나아가 헌법재판소는 “헌법소원심판 제도는 변호사강제주의, 서면심리주의, 직권심리주의, 국가비용부담 등의 소송구조로 되어 있어서 민사재판과 같이 대립적 당사자간의 변론주의 구조에 의하여 당사자의 청구취지 및 주장과 답변만을 판단하면 되는 것이 아니고, 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 변호사의 조력을 받아 그 침해된 권리의 구제를 청구하는 것이므로, 소송비용과 청구양식에 구애되지 않고 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사 판단하는 것을 원칙으로 하고 있다.”고 판시하였다.<sup>40)</sup>

또한 헌법소원심판에 대하여는 변호사강제주의가 적용되고 있으므로 청구인 당사자가 심판청구서에서 기재한 심판대상과 대리인이 기재한 심판대

36) 헌재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14; 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 172.

37) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 8.

38) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 690; 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 122.

39) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 1992. 10. 1. 91헌마31, 판례집 4, 620, 625.

40) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320.

상이 다른 경우 그 대리인이 청구인 본인의 청구취지를 원용하지 않는 한 대리인이 기재한 내용으로 심판대상을 확정한다.<sup>41)</sup>

(3) 반면에, 사법권을 행사하는 기관(법원이나 헌법재판소)은 당사자가 제기하는 사건(소송물)에 대하여서만 그 권력(재판권)을 행사하는 속성을 지니고 있고, 그 권력행사의 효과 내지 효력이 바로 그 권력을 행사한 사항(소송물)에만 미치리라는 것은 사법권 행사의 당연한 논리적 귀결이라고 할 수 있다는 견해<sup>42)</sup>가 있다.

이러한 견해에 의하면 소위 “不告不理의 원칙”이라는 개념 자체는 주로 형사소송절차와 관련하여 사용되고 있는 개념이지만, 헌법재판소의 헌법재판권도 당사자적격을 지닌 자에 의한 제소사항 이외에는 재판권도 재판권행사의 효력도 미치지 아니한다는 의미에서 헌법재판에서도 통용되는 원칙이라고 할 수 있고, 이와 같이 헌법재판에서 불고불리의 원칙이 지배하여야 하는 것이 헌법상의 원칙이라면 헌법재판소의 추후 재량에 따라 비로소 그 결정의 효력범위를 결정하는 한정합헌 내지 한정위헌과 같은 변형결정의 유형은 존재하여야 할 이유가 없다고 한다.<sup>43)</sup>

## 2. 심판대상의 확정

### 가. 심판대상의 제한

#### (1) 일반례

실무상 제청법원이나 헌법소원심판 청구인은 심판대상을 적절하게 제한하지 않고 당해 법률조항 전부 또는 심지어 법률 전체에 대하여 위헌심판제청(법 제41조 제1항)이나 헌법소원심판청구(법 제68조 제2항)를 하는 사례가 많다. 이 경우 헌법재판소가 재판의 전제성이 없는 부분을 처리하는

41) 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 590 참조.

42) 최대권, 헌법재판의 소송물과 결정의 효력, 「서울대법학 제103호」(서울대학교법학연구소 1997.5), 1면.

43) 최대권, 전개논문(1997.5), 2면.

실무는 결정의 이유 중에서 심판의 대상을 제한하고 그 제한된 대상에 대하여만 주문에서 판단하는 경우가 일반적이다.<sup>44)</sup>

법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에서도, “청구인은 독거수용실의 창문도 철망으로 폐쇄되어 있다고 주장하면서 그 위험확인을 구하나, 청구인이 언제 독거수용실에 수용되었는지에 대한 구체적인 주장이 없고 주된 청구취지는 징벌수용실의 창문폐쇄로 보이므로 독거수용실에 관한 청구 부분은 심판의 대상으로 삼지 않는다.”고 한 사례<sup>45)</sup>가 있다.

## (2) 형벌규정의 경우

형벌규정은 구성요건을 규정한 부분과 형벌을 규정한 부분으로 이루어져 있다. 그러므로 위헌심판 제청이유에 따라 제청의 대상이나 심판대상을 해당 부분에 한정하여야 할 것이다. 다만, 구성요건 부분이 위헌으로 선언되면 형벌부분은 독자적인 존재의의를 상실하므로 그 부분에까지 심판대상을 확장하는 것은 별개의 문제이다. 이 점에 관하여 헌법재판소의 실무는 조문 전체(구성요건규정과 형벌규정이 별개의 규정인 경우에는 양 규정 모두)에 대하여 심판하고 있는 것이 일반적이다.<sup>46)</sup>

반면에 구성요건만 심판대상으로 삼은 예로는 1992. 6. 26. 선고한 90헌바26 결정,<sup>47)</sup> 1994. 6. 30. 선고한 93헌가15등 결정,<sup>48)</sup> 1996. 10. 4. 선고한 93헌가13등 결정<sup>49)</sup> 등이 있다.

## (3) 주위적 청구와 예비적 청구가 전부와 일부의 관계인 경우

헌법재판소는 주위적 청구의 양적 일부분에 불과한 예비적 청구는 별도의 심판대상이 되지 않는다고 판시하고 있다.

예컨대 2002. 9. 19. 선고한 2001헌바56 결정에서, “청구인은 주위적으로

44) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 328; 1997. 4. 24. 96헌가3등, 판례집 9-1, 416, 423; 1998. 12. 23. 96헌가23, 판례집 10-2, 807, 810 참조.

45) 헌재 2004. 11. 25. 2004헌마178, 판례집 16-2하, 438, 440.

46) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 543; 1995. 9. 28. 93헌바50, 판례집 7-2, 297, 300 등 참조.

47) 판례집 4, 362, 365.

48) 판례집 6-1, 576, 578.

49) 판례집 8-2, 212, 215.

는 도로법 제65조 제1항 단서의 위헌확인을 구하고 예비적으로는 같은 조항이 비관리청이 시행하는 도로공사로 인하여 유발된 타공사 비용에도 적용된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 결정을 구하고 있으나, 위 예비적 청구는 주위적 청구에 대하여 일부와 전부의 관계에 있다고 보여지므로 별도로 판단하지 아니하고 이 사건 심판의 대상을 도로법 제65조 제1항 단서로 한다.”고 하였고,<sup>50)</sup> 2004. 4. 29. 선고한 2003헌마484 결정에서는 “청구인은 예비적으로 ‘이 사건 법률조항이 건축주와 공사시공자가 동일한 경우에도 적용하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 주장을 하고 있으나, 위 예비적 청구는 주위적 청구와 동일한 심판대상에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하고 있고 주위적 청구의 양적 일부분에 불과하여 헌법재판상의 예비적 청구라고 볼 수 없으므로 따로 나누어 판단하지 아니한다.”고 하였다.<sup>51)</sup>

## 나. 심판대상의 확장

위와 같은 심판대상의 제한과는 반대로, 헌법재판의 실무상 심판대상 법률조항을 분할하는 것이 어렵거나 관련조항과의 관계에서 심판대상을 확장함이 보다 합목적적인 경우가 생기게 된다. 따라서 심판의 대상을 법원에 의하여 위헌제청된 법률조항 또는 헌법소원 청구인이 주장하는 심판대상조항에만 국한시키지 아니하고 다른 법률조항에까지 확장해야 할 필요가 있을 경우도 있다.

### (1) 법 제45조 단서의 적용에 의한 경우

법 제45조 단서는 심판대상이 된 법률조항이 위헌으로 결정되어 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 헌법재판소는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로, 이 경우에는 제청된 법률조항 뿐만 아니라 법률 전부에 대하여 심판대상이 확장된다.<sup>52)</sup>

50) 판례집 14-2, 304, 310.

51) 판례집 16-1, 574, 580.

52) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 117.

이와 같은 예로는 1999. 4. 29. 선고한 택지소유상한에관한법률에 관한 위헌소원 사건을 들 수 있다. 이 결정에서 헌법재판소는, “위헌으로 판단된 위조항들 중 택상법 제7조 제1항은 택지소유의 상한을 정하는 규정이고, 부칙 제2조는 동법 시행 이전부터 이미 택지를 소유하고 있는 택지소유자에 대하여도 택지소유 상한을 적용하고 그에 따른 처분 또는 이용·개발의무를 부과하는 규정으로서, 사실상 택지소유 상한제도의 가장 기본적인 요소라고 할 수 있다. 따라서 이들 규정이 위헌결정으로 인하여 그 효력이 상실된다면 택지소유 상한제도 전체의 효력이 상실되는 것과 마찬가지로의 결과를 가져온다 할 것이다. 또한 이 사건의 당해 사건들은 부담금 부과처분의 취소를 구하는 사건들이 대부분인데, 부담금의 부과율을 정한 제24조 제1항이 위헌결정으로 인하여 그 효력이 상실된다면 위 사건들에 있어서는 동법 전체의 효력이 상실되는 것과 마찬가지로 할 수 있다. 따라서 이 사건에 있어서는 위와 같은 조항들이 위헌으로 결정된다면 동법 전부를 시행할 수 없다고 인정되므로, 헌법재판소법 제45조 단서의 규정취지에 따라 동법 전부에 대하여 위헌 결정을 하는 것이 보다 더 합리적”이라고 하였다.<sup>53)</sup>

법 제45조 단서규정은 법률 전부에 대한 심판범위의 확장을 규정하고 있지만, 심판대상이 된 법률조항을 위헌으로 결정함으로써 인하여 동일 법률의 일부 다른 조항의 독자적인 존재의미가 없게 되는 경우에는 그 부분에 대하여만 심판범위를 확장할 수 있다.<sup>54)</sup> 즉, 헌법재판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언된 경우 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때에는 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 조항을 위헌선언하여야 할 경우가 있다.<sup>55)</sup>

53) 판례집 11-1, 289, 347.

54) 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 342; 1991. 11. 25. 91헌가6, 판례집 3, 569, 581.

55) 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829.

## (2) 동일한 심사척도가 적용되는 경우

제청법원이 단일 조문 전체를 위헌제청하고 그 조문 전체에 같은 심사척도가 적용될 심사대상인 경우에 그 조문 전체에 대하여 심판대상을 확장할 수 있다. 헌법재판소는 이와 관련하여, “법률조항 중 당해사건의 재판에서 적용되지 않는 내용이 들어 있는 경우에도 관세법 제182조 제2항(… 그 ‘예비를 한 자’와 ‘미수범’은 …)과 같이 병렬적으로 적용대상이 규정되어 있는 경우라도 그 내용이 서로 밀접한 관련이 있어 같은 심사척도가 적용될 위헌심사 대상인 경우 그 내용을 분리하여 따로 판단하는 것이 적절하지 아니하다.”고 판시하였다.<sup>56)</sup>

한편, 2001. 1. 18. 선고한 99헌바112 새마을금고법 제66조 제1항 제2호 위헌소원 결정에서도 이와 같은 전제하에 당해사건의 재판에서 적용되지 않은 ‘정관’ 부분에 대하여도 심판의 대상으로 삼아 판단하였다.<sup>57)</sup>

그 밖에 법 제68조 제1항 헌법소원사건의 결정에서도, “청구인들에게는 이 사건 고시<sup>58)</sup> 중 3인가구 최저생계비가 적용되나 청구인들이 이 사건 고시 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였고, 그 고시 전체에 동일한 심사척도가 적용될 수 있으므로 이 사건 고시 전체로 심판대상을 확장하는 것이 타당하다.”고 한 사례<sup>59)</sup>가 있다.

## (3) 체계적으로 밀접불가분한 경우

헌법재판소는 재판의 전제성이 있는 부분과 체계적으로 밀접한 관련이 있는 부분에 대하여도 심판대상을 확장하고 있다.

예컨대, 제청법원이 수산업법 제52조 제2항 및 같은 법 제79조 제2항의 위헌 여부만을 제청한데 대하여, 제52조 제2항의 내용을 확정하기 위해서는 같은 조 제1항의 규정이 전제로 되며 또한 같은 법 제79조 제2항의 내

56) 헌재 1996. 11. 28. 96헌가13, 판례집 8-2, 507, 516.

57) 판례집 13-1, 85, 95.

58) 보건복지부장관이 2001. 12. 1.에 한 2002년도 최저생계비 고시(보건복지부고시 제 2001-63호).

59) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195, 199.

용을 확정하기 위해서는 마찬가지로 제1항이 전제가 된다는 이유로 제정된 법률조항이 아닌 수산업법 제52조 제1항, 제79조 제1항의 관련부분에 대하여 심판대상을 확장하였다.<sup>60)</sup>

한편, 이와 같은 이유로 심판대상을 확장한 사례를 보면, “수표법 제29조 제1항은 국내수표의 지급제시기간은 10일간이라는 것으로, 이것만으로는 청구인이 다투는 선일자수표의 기산일에 관한 아무런 규율이 되지 않을 뿐 아니라, 여기에 반드시 기산일에 관한 규정인 같은 조 제4항을 보태어 보아야만 비로소 의미를 갖게 된다. 즉, 수표법 제29조 제4항은 같은 조 제1항을 보충하는 규정으로서 이 두 규정은 이 사건에서 서로 필연적 연관관계에 있다고 할 것이므로, 묵시적으로나마 선일자수표의 기산일에 관한 법률조항인 같은 조 제4항에 대하여도 위헌제청신청이 있었고, 그에 대한 법원의 기각결정도 있었다고 못 볼 바 아니므로 이를 심판대상에 포함시켜 함께 판단하기로 한다.”고 한 사례<sup>61)</sup>와, “청구인들은 구 상속세및증여세법 제41조의2 제1항 본문을 심판대상으로 기재하고 있으나 위 법 제41조의2 제1항 본문은 그 단서 제1호, 제2항 중 ‘타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우’ 및 제5항과 유기적으로 연결되어 서로 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있으므로 이들 모두를 함께 심판대상으로 삼는다.”고 한 사례<sup>62)</sup> 등이 있다.

#### (4) 청구인의 주장취지를 참작하여 확장한 경우

그 밖에 청구인의 주장취지를 참작하여 확장한 경우가 있다. 즉, “청구인은 증권거래법 제188조 제2항 중 ‘단기매매차익반환의 청구권자를 법인으로 정한 부분’이 헌법에 위반된다고 주장한다. 그러나 이 부분에 대한 청구는 청구인이 제출한 청구이유서의 기재에 의하면 이 부분을 포함한 위 조항 전부에 대한 위헌주장의 취지로 보이므로(위 위헌제청신청 기각결정의 이유도 동일하다) 위 조항 전부에 대한 심판청구로 봄이 상당하다.”고 한

60) 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 584.

61) 헌재 2001. 1. 18. 2000헌바29, 판례집 13-1, 111, 114.

62) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40등, 판례집 17-1, 946, 952.



사례<sup>63)</sup>와, “청구인들은 이 사건 헌법소원의 심판대상으로 국민연금법 제75조와 제79조만을 청구하고 있다. 그러나 연금보험료의 강제징수에 관한 위 제75조와 제79조는 국민연금의 강제가입에 관한 규정인 제6조, 제8조, 제10조 제1항의 각 본문과는 표리의 관계에 있다고 할 수 있고 청구인들 또한 강제가입으로 말미암아 자신들의 노후대책을 스스로 선택할 수 있는 행복추구권을 침해받고 있다는 취지의 주장도 하므로 심판대상을 강제가입에 관한 위 각 규정에까지 확장하기로 한다.”고 한 사례<sup>64)</sup>가 그것이다.

#### (5) 심판대상 확장의 한계 : 다른 법률조항으로의 확장 여부

(가) 심판대상이 된 법률이 개정된 경우에 개정된 신 법률에 심판대상조항과 동일 내용의 법률조항이 있는 경우에 개정된 신법의 해당 조항에까지 심판대상을 확장할 수 있는지가 문제된다. 독일의 판례와 학설은 이를 긍정하고 있다. 그리하여 심판대상이 된 법률규정이 후에 폐지되었거나 동일한 내용의 다른 규정으로 대체된 경우에도 법질서의 수호를 위하여 심판대상인 법률규정 뿐만 아니라 새롭게 시행된 동일한 내용의 법률규정까지 위헌으로 선언하는 것이 필요하다고 한다.

(나) 그러나 우리 헌법재판소는, 위헌제정은 개정전 법률조항에 대하여 이루어졌지만 개정법률 또는 다른 유사법률에 제정신청된 법률과 마찬가지로의 위헌성이 있는 경우 이에 대하여 심판대상을 확장할 수 있는가 하는 점에 대하여 부정적 입장을 취하고 있다

예컨대, 1990. 9. 3. 선고한 89헌가95 결정에서 헌법재판소는 담보권에 대한 국제우선규정인 국제기본법 제35조 제1항 제3호 중 “으로부터 1년” 부분이 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. 당시 동법 제35조 제2항, 제42조 제1항, 지방세법 제31조 제1항 단서 및 제2항 제3호에도 심판대상 조항과 같은 우선규정을 두고 있었는데, 헌법재판소(다수의견)는 이 사건의 경우에만 위헌으로 결정된다면 가등기담보권·양도담보권·지방세 등과의 관계에서 불공평하고 불합리한 차별이 생겨나 오히려 혼란이 생기게 되므로

63) 헌재 2002. 12. 18. 99헌마105등, 판례집 14-2, 774, 780.

64) 헌재 2001. 2. 22. 99헌마365, 판례집 13-1, 301, 307-308.

이들 조항과 일괄 처리해야 한다는 소수의견(합헌의견)에 대하여, “(그와 같은 불평등이나 혼란의 가능성은) 헌법 제111조 제1항 제1호와 헌법재판소법 제41조 제1항, 제45조 본문이 법률의 위헌여부 심판에 있어서 구체적 규범통제절차를 채택하고 있는데서 비롯되는 부득이한 현상으로서, 관련성이 있는 다른 법률과 동시에 해결되어야 한다는 주장은 이론상으로는 비록 경청할 가치가 있고 또 장차 그러한 방향으로 법률이 개정될 수도 있다고 할 것이나, 현행법제하에서는 이에 관한 명문규정이 없어 일괄처리하기에는 현재로서 문제가 있기 때문에 이 주장도 수긍하기 어려운 것”이라고 하여 배척하였다.<sup>65)</sup>

마찬가지로 2004. 8. 26. 선고한 2003헌바26 결정에서도 헌법재판소는, “헌법재판소가 2001. 6. 28. 99헌바54 결정에서 ‘상속재산의 가액은 상속개시 당시의 현황에 의한다’고 규정한 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 구 상속세법 제9조 제1항에 대하여 과세요건 불명확을 이유로 헌법불합치결정을 선고하였는데, 이 위헌결정의 효력은 실질적으로 같은 내용인 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되어 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 상속세법 제9조 제1항에 그대로 미치는 것은 아니라고” 판시하였다.<sup>66)</sup>

같은 맥락에서, 헌법재판소는 개정전 법률조항이 적용되어야 할 사안에서 같은 내용의 개정후 법률조항을 위헌제청한 경우에 이러한 위헌제청은 부적법하다고 하였다. 즉, “교육기본법은 1997. 12. 13. 법률 제5437호로 제정되어 1998. 3. 1.부터 시행되었으며, 이로써 교육법은 폐지되었다. 그런데 제청신청인의 자녀는 1995. 3. 1.부터 1998. 2.경까지 중학교에 재학하면서 수업료를 납부하였다는 것인바, 제청신청인이 당해사건에서 반환을 구하는 부당이득금의 원인이 된 것은 수업료 징수행위인데, 그 수업료 징수의 근

65) 판례집 2, 245, 259. 이 결정에 대하여, 현행헌법 및 헌법재판소법에서 추상적 규범통제를 인정하지 않았기 때문에 유사규범에 대한 심판대상 확대가 인정되지 않은 것으로 보는 견해가 있다. 장영철, 헌법재판소 결정의 효력, 「헌법판례연구(1)」(박영사 1999), 224면.

66) 판례집 16-2상, 215, 224-225.

거가 된 것은 이 사건 법률조항이 아니라 제청신청인의 자녀가 중학교에 재학중일 당시 시행되던 구 교육법 제8조의2이다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건 재판에 적용될 법률이 아니며, 그 위헌 여부는 당해사건의 재판과 아무런 관련이 없으므로 재판의 전제성 요건을 흠결한 것임이 분명하다.”고 하였다.<sup>67)</sup>

한편, 개정법에 대한 청구취지 확장청구가 있었으나 이를 받아들이지 않은 경우가 있었다. 즉, 청구인은 헌법소원심판을 청구하면서 개정된 의료보험법 제32조 제1항도 청구취지에 포함시켰으나, 헌법재판소는 위 개정된 조항의 위헌 여부에 대하여는 재판의 전제성도 인정되지 아니할 뿐 아니라 청구인이 당해소송 법원에 위헌여부 심판의 제청신청조차 한 바 없어 위 조항에 대한 심판청구는 부적법하다는 이유로 심판대상에서 제외하였다.<sup>68)</sup>

(다) 헌법재판소는 2005. 3. 31. 2003헌가20 결정에서 “구 학교용지확보에 관한특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서 ... 공동주택을 분양받은 자에게 학교용지확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다는 부분은 헌법에 위반된다.”고 선고하였는데, 2002. 12. 5. 법률 제6744호 개정법에도 같은 내용을 규정하고 있었다(단서조항만 신설함). 당시 헌법재판소는 종전의 예와 같이 위 개정법조항을 심판대상에 포함시키지 않았다.

그런데 행정청에서 헌법재판소의 위헌결정 전에 위 개정법조항에 따라 학교용지부담금 부과처분을 하였고, 원고는 동 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 이에 대하여 서울행정법원 제1부는 2005. 6. 2. 선고한 2003구합39467 판결에서, 위 부과처분의 근거가 된 개정법 제5조 제1항 본문 부분은 헌법재판소가 위와 같이 위헌결정한 법률조항과 그 내용이 같으므로 결국 동 조항을 근거로 한 위 부과처분은 위법하다며 원고승소 판결을 선고하였다.<sup>69)</sup> 이 판결은 피고 행정청이 항소하지 않아 확정되었다.

67) 헌재 2001. 4. 26. 2000헌가4, 판례집 13-1, 783, 791.

68) 헌재 2002. 10. 31. 99헌마76등, 판례집 14-2, 410, 420.

69) 「법률신문」, 2005. 7. 11.자, 11면.

헌법재판소의 선례에 따른다면 이러한 경우 법원으로서의 당해소송의 재판권을 정지하고 위 개정법조항에 대하여 위헌제청을 했어야 하나, 당해소송 법원은 그렇다고 하더라도 어차피 헌법재판소에서 다시 위헌결정을 선고할 것이고 그 때까지 당사자의 구제가 미루어질 뿐이라는 판단을 한 것으로 보인다. 이와 같은 경우에 헌법재판소가 위헌결정 당시 개정된 신법조항에도 같은 내용의 규정이 있다면, 동 개정조항에까지 심판대상을 확장할 필요가 있다는 견해가 있다.<sup>70)</sup>

#### 다. 심판대상의 변경

헌법재판소는 직권으로 심판대상을 변경하기도 한다.

(1) 즉, 구 증권거래법 제209조 제7호 중 ‘제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 자’ 부분의 위헌 여부에 관한 위헌제청 사건에서 헌법재판소는, “위 법 제54조는 증권회사만을 수범자로 규정하고 있으므로 제209조 제7호 중 ‘제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 자’라는 부분은 증권회사만이 그 적용대상이 된다. 증권회사의 임직원 또는 그 공범으로서 제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 경우는 위 조항에 대한 양벌규정인 제215조에 의하여 형사처벌을 받게 된다. 그렇다면, 비록 제청법원이 ‘제209조 제7호 중 제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 자’라는 부분의 위헌 여부에 관하여 제청을 하였더라도 당해사건에서 적용될 조항은 제215조임이 명백하므로, 이 사건의 심판대상은 제215조에서 위 조항이 준용하는 제209조 제7호 중 제54조에 관한 부분(즉, ‘법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제209조 제7호 중 제54에 의한 명령을 위반한 때’라는 부분)의 위헌 여부라고” 하였다.<sup>71)</sup>

(2) 또한 청구인들이 법원에 위헌여부 심판의 제청을 구하였으나 그 신

---

70) 남복현, 학교용지부담금 위헌결정의 효과를 둘러싼 몇 가지 소회, 「법률신문」, 2005.8.25.자, 15면.

71) 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가26, 판례집 16-2상, 394, 396.

청이 기각당한 법률조항은 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이고 헌법소원 심판청구를 통하여 위헌확인을 구하는 부분도 동 조항이었던 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는, “당해사건에서의 청구인들의 청구취지는 이 사건 토지들이 국유가 아니라 청구인들의 사유토지임을 전제로 대한민국과 서울특별시를 상대로 소유권확인을 구하는 것이므로 당해사건의 재판에 보다 직접적으로 관련을 맺고 있는, 다시 말해서 그 위헌 여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 법률조항은 제외지를 하천구역에 편입시키고 있는 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이라기보다 오히려 하천구역을 포함하여 하천을 국유로 한다고 규정함으로써 직접 제외지의 소유권귀속을 정하고 있는 동법 제3조”라고 판단한 다음, 청구인들의 심판청구이유, 법원에서의 위헌여부심판 제청신청사건의 경과, 당해사건 재판과의 관련성의 정도, 이해관계기관의 의견 등 여러 가지 사정을 종합하여 직권으로 심판의 대상을 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목에서 동법 제3조로 변경하였다.<sup>72)</sup>

(3) 한편 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에서도, “청구인이 실제로 다투고자 하는 것은 기본연금 월지급액의 차이이며, 이는 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 [별표 4] 연금지급구분표 중 1. ‘기본연금 지급구분표’에서 규정한 월 기본연금 지급액이 헌법에 위반되는지의 여부일 뿐이지, 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제22조가 헌법에 위반되는지의 여부 그 자체가 아니다. (그러므로) 청구인의 헌법소원심판 청구이유, 이해관계기관의 의견 등 여러 가지 사정을 종합하여 직권으로 이 사건 심판의 대상을 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제22조에서 국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 [별표 4] 연금지급구분표 중 1. 기본연금 지급구분표로 변경하기로 한다.”고 한 사례<sup>73)</sup>와 “청구인은 피청구인(국방부장관)의 2002. 5. 7.자 금2,000원의 예비군 훈련보상비 지급처분의 취소를 구하고 있다. 그러나 청구인이 내세우는 청구이유 등을 종합적으로 고

72) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232-233.

73) 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 591.

려하여 보면, 청구인이 실질적으로 구하는 것은 피청구인의 훈련보상비 금 2,000원 지급처분의 취소라기보다는 오히려 위 지급처분의 효력이 유지되는 것을 전제로 피청구인이 그 이상의 훈련보상비를 지급하지 않고 있는 부작위가 위헌임을 확인하여 달라는 심판청구라고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 심판의 대상은, 피청구인이 1일의 예비군 소집훈련을 받은 청구인에 대하여 금2,000원을 지급한 것 외에 추가적으로 훈련보상비를 지급하지 않고 있는 부작위가 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지의 여부” 라고 한 사례<sup>74)</sup> 등이 있다.

### 3. 위헌제청의 철회 또는 심판청구의 취하

#### 가. 위헌제청의 철회

(1) 당해소송의 당사자는 당해법원에 계속된 소송의 종료를 초래하는 소송행위(소·항소·상고의 취하<sup>75)</sup> 등)를 함으로써 당해 소송절차를 종료시킬 수 있다. 이 경우에는 법원에 계속된 구체적 사건의 존재를 전제로 하는 그 구체적 규범통제절차로서의 본질상 헌법재판소에 계속된 위헌법률심판절차도 무의미해진다. 따라서 제청법원은 이 경우 그 위헌제청을 철회하여야 한다.<sup>76)</sup>

74) 현재 2003. 6. 26. 2002헌마484, 판례집 15-1, 802, 806.

75) 이와 관련하여 당사자의 소송상 화해 또는 청구포기·인낙이 있는 경우 제청을 철회할 수 있는가. 현행 민사소송법에 의하면 청구포기·인낙은 기일에 진술하여야 하고(민소법 제220조), 소송계속중의 소송상 화해도 기일에 하므로 법 제41조 제1항의 절차에서 당해사건의 재판이 정지된 경우에는 당사자가 청구포기·인낙이나 소송상 화해를 하고자 기일지정을 신청(민소법 제165조 제1항)하여도 법원이 이를 처리할 수 없으므로 청구포기·인낙이나 소송상 화해를 할 수 있는 여지가 없다. 이런 경우 당사자가 소송을 종결하고자 하는 경우에는 당사자간 화해를 하고 소를 취하하면 된다. 이렇게 하여 소가 취하되어 소송계속이 소멸한 때에는 제청법원은 제청을 철회할 수 있다. 정종섭, 전거서(2004), 266면.

76) 현재 1989. 7. 14. 88헌가5등 : “원래 제청법원은 일단 제청한 뒤에는 제청결정의 기속력때문에 제청요건을 갖추지 못했다는 확신에 이른다 하여도 제청결정을 변경할 권한은 없다고 할 것이다. 그러나 법률이 변경되는 경우나 본안소송에서 소의 취하 등으로 적법하게 사건이 종료된 경우에는 예외적으로 제청법원은 재판의 전제성이 없는 것으로 보고 제청결정을 변경하거나 또는 철회할 수 있다고 할 것이다.”(판례집 1, 69, 90. 재판관 이시윤의 보충의견)

유사한 문제는 제청법원이 위헌제청 이후에 새롭게 발생되거나 확인된 사실, 법률의 개정, 법률의 위헌 여부에 대한 헌법재판소의 결정에 의거하여 법 제41조 제1항의 위헌제청 요건들이 더 이상 충족되지 않는다는 판단에 이른 경우에도 발생한다. 가령 제청법원은 위헌제청 이후에 당해소송의 당사자가 사망한 경우나 법률이 개정·폐지된 경우에는 제청요건이 아직도 존재하는지 여부를 검토하여야 하고, 만일 그 요건이 더 이상 존재하지 않는 경우에는 그 위헌제청을 철회하여야 한다. 그리고 개정된 신법률이나 법률조항으로 제청대상을 변경하여 제청절차를 유지할 필요가 있는 경우에는 제청대상을 변경<sup>77)</sup>하여야 한다.

실무상으로, 헌법재판소가 1989. 7. 14. 88헌가5등 사건에서 구 사회보호법 제5조 제1항의 소위 “필요적 보호감호” 조항을 위헌으로 선고한<sup>78)</sup> 후, 위 위헌선고 이전에 동일한 조항에 대하여 위헌제청을 한 제청법원이 그 위헌제청결정을 취소하고 그 취소결정의 정본을 헌법재판소에 송부함으로써 그 위헌제청을 철회한 사례가 있다(88헌가1 등 여러 건이 있음). 이러한 위헌제청의 철회에 대하여 헌법재판소는 별다른 재판없이 위헌심판절차가 종료된 것으로 처리하였다.

독일의 경우에도 연방헌법재판소는 우리의 위헌법률심판제도에 해당하는 구체적 규범통제절차에서 제청법원이 위헌제청 이후에 제청결정을 취소하는 것이 가능한 것으로 보고, 그 경우에는 심판절차를 종료시키고 있다.<sup>79)</sup>

(2) 반면에, 만일 위헌제청 이후의 사정변경으로 재판의 전제성이 소멸하였음에도 제청법원이 그 제청을 철회하지 않는 경우에는 헌법재판소가 그 위헌제청을 재판의 전제성이 없어 부적법하다는 이유로 각하한다.<sup>80)</sup>

---

77) 同旨, 정종섭, 전게서(2004), 267면.

78) 판례집 1, 69, 73.

79) E. Friesehnahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S.98; 정태호, 전게논문(1996.6), 311-312면.

80) 헌재 1989. 4. 17. 88헌가4, 판례집 1, 27, 29 참조. 위헌제청의 대상이 되었던 법률조항이 개정된 사례임.

예컨대 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 사건에서 헌법재판소는, “법원이 이 사건 위헌 여부 심판을 제청할 당시, 구법조항이 위헌이라면 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 제청신청인은 대한민국 국적을 취득할 수 있기 때문에 제청신청인이 외국인임을 전제로 한 강제퇴거명령은 이를 집행할 수 없게 되므로(제청신청인은 서울고등법원의 1996. 4. 13.자 강제퇴거명령처분 효력정지 결정에 의하여 같은 달 15. 보호해제 되었다), 구법조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 전제성이 있었다. 그러나 1997. 12. 13. 개정된 신법에서는 부모양계혈통주의로 개정하였고(제2조 제1항 제1호), 당해사건에서도 1998. 6. 14.부터는 신법을 적용하여야 한다(부칙 제1조). 따라서 구법조항은 이 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하여 부적법하므로 주문 1항과 같이 각하 결정을 하기로 한다.”고 판시하였다.<sup>81)</sup>

(3) 다만, 헌법재판소는 당해 소송사건이 종료되어 재판의 전제성이 제청 이후의 사정변경으로 소멸한 경우에도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성이 인정되는 경우에는 그 위헌제청의 적법성을 인정할 수 있다고 보고 있다. 이에 대하여는 후술 4.의 가. 및 나.에서 구체적으로 살핀다.

## 나. 헌법소원심판청구의 취하

(1) 통상 헌법소원 사건의 경우 청구인이 심판청구를 취하하면 헌법재판소는 심판절차종료선언을 한다. 예컨대 헌재 1995. 12. 15. 95헌마221등 사건과 같이 그 주문은 “이 사건 헌법소원심판절차는 청구인들의 심판청구의 취하로 1995. 12. 14. 종료되었다.”<sup>82)</sup> 등으로 표시한다.<sup>83)</sup> 동 결정이유에 의

81) 관례집 12-2, 167, 178. 이러한 헌법재판소의 태도를 비판하고, 구법조항에 대하여도 “위헌확인” 결정을 선고했어야 한다는 견해로 남북현, 관례평석: 개정된 국적법상 국적취득제한 경과규정의 헌법불합치결정에 관한 헌법소송법적 검토, 「공법연구 제 30집 제3호」(한국공법학회 2002.2), 139면 참조.

82) 관례집 7-2, 697, 702. 이 결정에 대한 비판적 평석으로 정태호, 전계논문(1996.6), 333-335면; 정연주, 전계논문(2000.6), 191면 이하.

83) 같은 취지로 헌재 2003. 4. 24. 2001헌마386, 관례집 15-1, 443, 448 참조.



하면 “청구인들이 1995. 11. 29. 서면으로 이 사건 헌법소원심판청구를 모두 취하하였고, 이미 본안에 관한 답변서를 제출한 피청구인에게 취하의 서면이 그 날 송달되었는바, 피청구인이 그 날로부터 2주일내에 이의를 하지 아니하였음이 분명하므로 (구)민사소송법 제239조에 따라 피청구인이 청구인들의 심판청구의 취하에 동의한 것으로 본다. 그렇다면 이 사건 헌법소원심판절차는 청구인들의 심판청구의 취하로 1995. 12. 14. 종료되었음이 명백하므로, 헌법재판소로서는 이 사건 헌법소원심판청구가 적법한 것인지 여부와 이유가 있는 것인지 여부에 대하여 판단할 수 없게 되었다.”는 것이다.<sup>84)</sup> 다만, 이 결정에는 “헌법소원제도는 본질상 청구인 개인의 주관적인 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 수호·유지하는 기능도 함께 가지고 있는 것이므로, 헌법소원사건에 대한 심판이 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 않는다 하더라도 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중요한 의미가 있는 경우에는 예외적으로 청구인이 심판청구를 취하하여도 심판절차는 종료되지 않는다고 보아야 한다는 재판관 4인<sup>85)</sup>의 반대의견이 있었다.<sup>86)</sup>

심판절차의 당사자들에 의한 헌법소원심판청구의 취하가 있는 경우에 이와 같이 견해가 갈리고 있는 근본적인 이유는 사건에 따라서는 헌법소원의 주관적 기능과 객관적 기능이 상호 충돌할 수 있다는 데 있다. 즉, 청구인이 청구취하를 통하여 헌법재판소에 더 이상 심판절차가 속행되는 것을 원하지 않는다는 의사를 표시하였지만 헌법의 수호자인 헌법재판소로서는 헌법소원을 통하여 제기된 헌법적 문제를 적극적으로 해명할 필요가 있을 수 있다. 헌법소원의 양기능이 이처럼 대립하고 있는 경우에 그 객관적 기

84) 동 판례집 747.

85) 이 중 재판관 1인은 청구취하의 효력을 제한하여 평의 내용대로 선고하여야 한다는 입장이고, 나머지 3인의 재판관은 청구취하의 효력을 제한하면서도 헌법재판소의 판단범위를 일반적 의미를 갖는 헌법적인 문제에 국한시켜야 한다는 입장을 취하였다. 정태호, 전개논문(1996.6), 334면.

86) 동 판례집 748, 749. 위 2001헌마386 결정에도 재판관 2인의 반대의견이 있다.

능에 과연 어느 정도의 의미를 부여할 수 있느냐, 또 헌법소원심판절차에는 어느 정도 직권주의적 요소가 존재한다고 보느냐에 따라 청구취하의 효력에 관한 견해도 갈리고 있는 것이다.<sup>87)</sup>

(2) 한편, 청구의 취하는 소송행위이므로 사기·강박·착오를 이유로 청구취하의 철회나 취소를 주장할 수 없다. 다만 청구취하의 의사표시가 타인의 강요나 폭행 등 범죄행위에 의하여 이루어진 경우에는 민사소송법 제451조(재심사유) 제1항 제5호의 사유를 유추하여 무효 또는 취소를 주장할 수 있다고 할 것이다.<sup>88)</sup>

헌법재판소는, 청구인은 피청구인(청송제2교도소장)이 청구인의 종교집회 참가요청에 대하여 한 불허행위에 대하여 사과를 할 것이니 헌법소원 심판청구를 취하하여 달라고 거짓말을 하여 이에 속은 청구인이 헌법소원 심판청구를 취하하였으나 이는 사기에 의한 의사표시로서 취소한다는 주장을 하면서 위 헌법소원심판청구 취하의 효력을 다툰 사안에서, “헌법소원 심판청구의 취하는 청구인이 제기한 심판청구를 철회하여 심판절차의 계속을 소멸시키는 청구인의 우리 재판소에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 청구인의 주장대로 청구인이 피청구인의 기망에 의하여 이 사건 헌법소원 심판청구를 취하하였다고 가정하더라도 이를 무효라고 할 수도 없고, 청구인이 이를 임의로 취소할 수도 없다 할 것이므로, 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다.”고 하였다.<sup>89)</sup>

심판청구의 취하로 인한 심판절차종료선언은 권한쟁의심판절차에서도 있을 수 있다.<sup>90)</sup>

87) 정태호, 전계논문(1996.6), 305면.

88) 대법원 1985. 9. 24. 선고 82다카312 판결 참조. 정종섭, 전계서(2004), 130-131면.

89) 헌재 2005. 3. 31. 2004헌마911, 공보 103, 544, 545, 판례집 미수록.

90) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218, 1221 참조. 다만 이에 대하여도, “이 사건 권한쟁의심판에 대하여는 이미 실제적 심리가 다 마쳐져 더 이상의 심리가 필요하지 아니한 단계에 이른 이후에야 비로소 이 사건 심판청구가 취하되었으며, 그 때까지 심리한 내용만을 토대로 판단하더라도 이 사건 권한쟁의심판은 향후 우리나라 국회, 특히 상임위원회가 준수하여야 할 의사절차의 기준과 한계를 구체적으로 밝히는 것으로서 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항일 뿐만 아니라, 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 지닌다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 이 사건의 경우에는 비록 청구인들이 심판청구를 취하하였다 하더라도 소의 취하에 관한 민사소송법 제239조의 규정의 준용은 예외적으로 배제되어야 하고, 따라서 위 심판청구의 취하에도 불구하고 이 사건 심판절차는 종료되지 않는다고 보아야 한

(3) 생각건대, 헌법재판은 일반적으로 헌법의 수호·유지의 기능을 수행하는 등 공익성을 강하게 띤다. 따라서 일단 심판청구가 있는 뒤에는 공익의 실현이라는 관점 때문에 심판절차의 운명을 전적으로 심판청구인에게 맡겨둘 수만은 없는 경우가 있다. 그러므로 논란의 여지를 제거하려면 심판청구인이 심판청구를 취하하였다도 심판절차를 속행하여야 할 공익이 존재하는 경우에는 청구취하의 효력을 제한할 수 있음을 법 또는 규칙에서 명문으로 규정할 필요가 있다고 할 것이다.<sup>91)</sup>

#### 4. 권리보호이익과 헌법적 해명

##### 가. 의의

일찌기 헌법재판소는 법률에 대한 헌법소원심판에서, “헌법소원의 본질은 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도, 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 헌법소원의 이익을 인정하여야 할 것”이라고 판시한<sup>92)</sup> 이래, 이와 같은 법리는 구체적 규범통제로서의 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판절차에서도 존중되어야 한다고 하여 재판의 전제성이 요구

---

다.”는 취지의 재판관 2인의 반대의견이 있었다(동 판례집 1226 이하).

91) 정태호, 헌법재판관에 대한 기피와 헌법소송법의 독자성, 「헌법논총 제7집」(헌법재판소 1996. 12), 290면 참조.

92) 헌재 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111, 판례집 4, 51, 56.

되는 위헌법률심판(법 제41조 제1항) 및 위헌법률소원심판(법 제68조 제2항) 절차에까지 확대적용하고 있다.<sup>93)</sup> 즉, 헌법재판소는 당해 소송사건이 종료되어 재판의 전제성이 제청 이후의 사정변경으로 소멸한 경우에도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성이 인정되는 경우에는 그 위헌제청의 적법성을 인정할 수 있다고 보고 있다.

## 나. 법 제41조 제1항 위헌법률심판의 경우

헌법재판소는 법원의 보석허가결정 등에 대한 검사의 즉시항고를 허용하는 형사소송법 제97조 제3항에 대한 위헌제청사건의 결정에서, “위헌심판제청된 법률조항에 의하여 침해되는 기본권이 중요하여 동 법률조항의 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요성이 있는데도 그 해명이 없거나, 동 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는데도 좀처럼 그 법률조항에 대한 위헌심판의 기회를 갖기 어려운 경우에는 위헌제청 당시 재판의 전제성이 인정되는 한 당해소송이 종료되었다라도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 적극적으로 그 위헌 여부에 대한 판단을 하는 것이 헌법재판소의 존재이유에도 부합하고 그 임무를 다하는 것이 된다.”고 판시하였다.<sup>94)</sup>

또한, 헌재 2000. 7. 20. 99헌가7 결정에서는, “당해사건 신청인 겸 피고인의 집행형기를 검사의 형집행지휘대로 계산한다 하더라도 이미 피고인에 대한 형집행은 종료한 것으로 보인다. 따라서 이 결정시점에는 이 사건 법률조항에 대한 위헌여부를 판단할 소의 이익은 소멸되었다. 그러나 이 사

93) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 721.

94) 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 591. 이 사건의 당해사건에서 법원은 보석허가결정 후 검사가 즉시항고를 하자 검사의 즉시항고권을 규정하고 있는 형사소송법 제97조 제3항에 관하여 위헌제청을 하고도, 당해사건인 보석허가결정에 대한 즉시항고사건 기록을 항고법원에 송부하고 항고법원도 검사의 즉시항고를 기각하는 결정을 하였는바, 이는 헌법재판소법 제42조의 명문규정에는 반하나 피고인의 구속상태가 계속중인 상황에서 헌법재판소의 결정을 기다리게 하는 것은 피고인에게 지나치게 가혹하므로 법원의 이러한 조치는 이해할 수 있다는 견해로, 위 「헌법재판제도의 이해」, 100-101면.

건 법률조항(형사소송법 제482조 제1항)은 형집행에 관한 것으로서 국민의 신체의 자유에 관련된 문제이고, 그 문제에 관하여 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 그리고 이 사건 법률조항으로 말미암아 많은 피고인들의 형집행에 있어서 기본권침해가 반복될 것 또한 명백하므로 이에 대한 위헌여부심판을 하기로” 하였다.<sup>95)</sup>

## 다. 법 제68조 제2항 헌법소원심판의 경우

법 제68조 제2항 헌법소원사건에서 재판의 전제성이 없게 되었음에도 불구하고, 헌법적 해명을 이유로 본안판단을 한 사례는 다음과 같다.

청구인은 1931. 11. 12.생으로 이 사건이 헌법재판소에 적법하게 계속중인 1992. 12. 31.로서 공무원 연령정년이 되었으므로 이 사건 헌법소원이 인용된다고 할지라도 공직에 복귀할 수 없어 헌법소원의 전제가 된 법원에서의 재송사건과의 관련에서 볼 때 권리보호의 이익이 없다고 할 것이다. 그러나, 이 사건 헌법소원에서 문제되고 있는 5급이상 공무원 특별채용 배제문제는 비단 청구인 한 사람에게만 국한된 것이 아니고 비슷한 처지에 있는 1980년도 해직공무원 1,367명에게 이해관계가 있고 헌법적 해명이 필요한 중요한 의미를 지니고 있는 사안이므로 본안판단의 필요성이 있다.<sup>96)</sup>

청구인들은 1997. 10. 28. 및 1997. 12. 30. 각 기간갱신처분을 받았고, 각 그 처분에 대하여 효력정지를 구하는 가처분신청을 하면서 보안관찰법 제24조 단서 부분에 대한 위헌제청신청을 하였다. 그런데, 위 각 기간갱신처분은 이 결정시에는 2년의 처분기간이 만료되었을 것이므로 위 법률조항에 대한 헌법소원이 인용된다 하더라도 당해 가처분신청사건에 영향을 미칠 수 없는 것이어서 재판의 전제성이 없다. 그러나, 위 법률조항에 의한 기본권침해 문제는 앞으로 많은 사람에게 관하여, 그리고 여러 차례 일어날 수 있는 성질의 것이어서 그 헌법적 해명이 긴요한 사안이라 할 것이므로, 이

95) 판례집 12-2, 17, 25.

96) 헌재 1993. 9. 27. 92헌바21, 판례집 5-2, 267, 273.

에 대하여 위헌 여부를 본안판단을 할 필요가 있다.<sup>97)</sup>

청구인은 이미 미국에 인도되었으므로, 이 사건 조항(범죄인인도법 제3조)의 위헌성을 다툴 권리보호의 이익이 없는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 그러나 설사 그렇다고 하더라도 이 사건은 헌법적 해명이 필요한 경우로서 본안판단의 필요성이 있다.<sup>98)</sup>

이 사건 법률조항(법무사법 제19조)은 재판의 전제성이 없어 당해 소송사건에 영향을 미치지 않지만, 이 사건 법무사 보수제한 문제는 비단 청구인 한 사람에게만 국한된 것이 아니고 모든 법무사에게 이해관계가 있고 앞으로도 법무사들의 직업활동의 자유의 제한과 관련하여 계속적으로 문제되는 중요한 사안임에도 아직까지 이에 대한 헌법적 해명이 없어 이를 해명할 필요가 있다.<sup>99)</sup>

이 사건에서 본 바와 같이 검사가 수사단계에서 발부받은 구속영장의 효력이 유지되는 기간은 비교적 단기간으로서, 이에 관련된 헌법소원심판청구에 대한 우리 재판소의 심리도중에 심판청구인의 권리보호이익이 사후적으로 소멸될 개연성이 높다. 따라서, 만일 이러한 유형의 사건에서 주관적 권리보호이익이 사후적으로 소멸하였다는 이유로 헌법소원심판청구의 이익이 없다고 보게 되면, 청구인의 경우 인신구속에 관한 중요한 사항에 대하여 적용되는 법률조항(형사소송법 제214조의2 제1항)의 위헌 여부를 헌법재판소로부터 판단받을 기회를 사실상 박탈당하는 결과를 초래하기 때문에, 이 사건 심판청구인에 관하여는 예외적 상황을 인정하여 그 권리보호이익을 인정함이 상당하다.<sup>100)</sup>

## 라. 법 제68조 제1항 헌법소원심판의 경우

헌법소원은 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장의

---

97) 헌재 2001. 4. 26. 98헌바79등, 판례집 13-1, 799, 817.

98) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바95, 판례집 15-1, 69, 74.

99) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 721.

100) 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386, 393-394.

기능도 겸하고 있으므로 가사 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정한다.<sup>101)</sup> 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 권리를 기준으로 엄격하게 해석해서는 안되기 때문이다. 다만, 여기에서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이어야 한다.<sup>102)</sup>

헌법재판소는, 청구인이 헌법소원심판을 청구한 이후 심판대상 법률조항이 개정된 경우에 개정전의 조문인 심판대상 법률조항에 대하여 위헌 여부를 심판할 권리보호이익이 있는지가 문제된 사건에서 “이 사건 법률조항<sup>103)</sup>의 위헌 여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바 없고 개정된 조항에도 이 사건 법률조항과 유사한 내용이 규정되어 있어 동종의 기본권 침해의 위험이 상존하며, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 궁극적으로 개정된 조항의 재개정 여부에 영향을 미칠 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 헌법적 해명은 중대한 의미를 지니고 있다고 할 것이므로 권리보호이익을 인정할 수 있다.”고 판시하였다.<sup>104)</sup>

그리하여 침해행위가 이미 종료하여 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 안되는 경우라도 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언한 예로는 현재 1992. 1. 28. 91헌마111(미결수용자의 변호인접견중 수사관참여),<sup>105)</sup> 현재 1992. 4. 14. 90헌마82(국가보안법사범의 구속기간연장),<sup>106)</sup> 현재 1995. 7.

101) 현재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688.

102) 현재 1996. 11. 28. 92헌마108, 판례집 8-2, 588, 596.

103) 구 지방의회의원선거법(1990. 12. 31. 법률 제4311호로 전문개정되어, 1994. 3. 16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법의 시행으로 폐지되기 전의 것) 제36조 제1항 중 기초의회의원 후보자가 되려는 자에게 기탁금 200만원을 기탁하도록 한 부분

104) 현재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 694; 同旨, 현재 1995. 5. 25. 91헌마 67, 판례집 7-1, 722, 736, 2003. 5. 15. 2001헌마565, 판례집 15-1, 568, 575.

105) 판례집 4, 51.

106) 판례집 4, 194.

21. 92헌마144(미결수에 대한 서신검열행위),<sup>107)</sup> 헌재 1997. 11. 27. 94헌마 60(제1회공판기일전 수사기록 열람등사거부행위),<sup>108)</sup> 헌재 1998. 8. 27. 96헌 마398(수형자에 대한 서신검열행위),<sup>109)</sup> 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등(미결 수용자에 대한 수의착용),<sup>110)</sup> 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546(유치장내 화장 실),<sup>111)</sup> 헌재 2001. 8. 30. 99헌마496(수감자 증인소환),<sup>112)</sup> 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327(신체과잉수색행위),<sup>113)</sup> 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707(평균임금 결정·고시 부작위),<sup>114)</sup> 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474(고소장·피의자신문조 서 비공개),<sup>115)</sup> 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193(군사법경찰관의 구속기간연 장),<sup>116)</sup> 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163(수형자 계구사용행위),<sup>117)</sup> 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882(교사임용후보자 경쟁시험시행요강),<sup>118)</sup> 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138(피의자신문시 변호인참여권),<sup>119)</sup> 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마 478(금치기간중 운동금지처분),<sup>120)</sup> 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728(검사조사실 계구사용),<sup>121)</sup> 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49(검사조사실 계구사용)<sup>122)</sup> 등이 있다.<sup>123)</sup>

107) 판례집 7-2, 94.

108) 판례집 9-2, 675.

109) 판례집 10-2, 416.

110) 판례집 11-1, 653.

111) 판례집 13-2, 103.

112) 판례집 13-2, 238.

113) 판례집 14-2, 54.

114) 판례집 14-2, 65.

115) 판례집 15-1, 282.

116) 판례집 15-2하, 311.

117) 판례집 15-2하, 562.

118) 판례집 16-1, 441.

119) 판례집 16-2상, 543.

120) 판례집 16-2하, 548.

121) 공보 105, 687.

122) 공보 105, 710.

123) 그 밖에 헌법재판소가 헌법적 해명의 필요성을 인정하여 본안판단을 한 심판청구 를 기각한 사례로는 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 777; 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678; 1998. 5. 28. 97헌마362등, 판례집 10-1, 712, 717; 1998. 10. 29. 97헌마17, 판례집 10-2, 609, 612; 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 644-645; 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1425; 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 359; 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 361-362; 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609, 623; 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 431; 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468,



### III. 헌법재판소 결정의 효력의 특수성

#### 1. 일반적 효력

헌법재판의 법적 성격에 대하여는 사법작용설,<sup>124)</sup> 정치작용설,<sup>125)</sup> 정치적 사법작용설,<sup>126)</sup> 입법작용설,<sup>127)</sup> 제4의 국가작용설<sup>128)</sup> 등이 있는바, 어떠한 입장에서든 헌법재판이 사법작용의 성격을 갖는다는 점에서는 차이가 없다.<sup>129)</sup> 즉, 헌법재판소의 결정은 일반재판으로서의 효력, 즉 소송법상으로 불가변력, 불가쟁력(형식적 확정력) 및 기판력(실질적 확정력)<sup>130)</sup> 등의 이

---

476; 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 547-548; 2004. 10. 28. 2002헌마 328, 판례집 16-2하, 195, 203-204; 2004. 12. 16. 2002헌마333등, 판례집 16-2하, 515, 530-531; 2004. 12. 16. 2004헌마376, 판례집 16-2하, 598, 603-604 참조.

- 124) H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsbarkeit*, VVDStRL 5, 1929, S.56; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.Aufl., 1975, S.11ff.; Th. Maunz, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar*, 1985, Art.94 RN 2; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 14.Auf., 1984, S.214 (RN 565); 김철수, 「헌법학개론」(박영사 2004), 1446면; 이옥한, 헌법재판과 법과 정치, 「헌법논총 제3집」(헌법재판소 1992), 445면; 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교대학원 박사학위논문(1994.2), 11면 이하.
- 125) C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in: derselbe, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2.Auf., 1978, S.73f.
- 126) 권영성, 「헌법학원론」(법문사 2004), 1098면; 문홍주, 「제6공화국 한국헌법」(해암사 1987), 595-596면; 구병삭, 「신헌법원론」(박영사 1989), 1092면.
- 127) K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 3.Aufl., 1975, S.249; W. Henke, *Der Staat* 31, 1964, S.449ff.
- 128) H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 2.Aufl. 1966, S.709; W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3.Aufl., 1970, S.29ff.; G. Azzariti, *JöR* 8, 1959, S.19; E. Forsthoft, *Gedächtnisschrift f.W.Jellinek*, 1955, S.231; 허영, *전게서*(2005), 1048-1049면.
- 129) 장영철, *전게논문*(1999), 224면; 정중섭, *전게서*(2004), 9-20면 참조.
- 130) 헌법재판소의 구체적 규범통제 결정의 기판력에 대하여는 김지형, 헌법재판소결정의 기판력, 「헌법논총 제3집」(헌법재판소 1992), 275면 이하; 장영철, *전게논문*(1999), 218-236면; 남복현, 동일한 사건의 인정범위와 헌재결정의 기판력, 「강의중교수 정년기념논문집」(교학연구사 2002), 90면 이하; 최희수, 규범통제결정의 기판력, 「헌법논총 제14집」(헌법재판소, 2004), 535면 이하 참조.

른바 ‘확정력’<sup>131)</sup>을 갖는다.

그러나 헌법재판소의 결정에는 헌법규범의 특성, 즉 개방성·불완전성·정치성·역사성 등으로 말미암아 재판의 형성적 성격이 상대적으로 강하게 나타난다. 그리고 객관적 법질서를 보호하는 헌법재판의 기능 때문에 다른 국가기관의 행위에는 인정되지 아니하는 특수한 효력으로서 모든 국가기관을 기속하는 기속력과 법규적 효력이 인정된다. 이하에서는 기속력과 법규적 효력, 위헌결정의 시간적 효력, 재심의 허용 여부 등을 살펴 본다.

## 2. 기속력 및 법규적 효력

### 가. 기속력

#### (1) 의의 및 법적 근거

법 제47조 제1항은 위헌법률심판의 기속력에 대하여 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다”라고 규정하고 있고, 제68조 제2항의 헌법소원에 대하여 법 제75조 제6항 역시 “제68조 제2항의 헌법소원을 인용할 경우에는 제45조 및 제47조의 규정을 준용”하도록 규정하고 있으며,<sup>132)</sup> 또한 법 제75조 제1항은 헌법소원과 관련하여 “법 제68조

---

131) 이에 대하여는 남복현, 헌법재판소 결정의 확정력, 「한양법학 제3집」(한양법학연구회, 1992.2), 213면 이하 참조.

132) 한편, 당사자적격을 가진 사람의 제소(불고불리의 원칙)에 의하여 특정지위인 범위를 벗어나 법률 또는 법률조항 전체의 효력을 좌지우지하는 결정권을 가지는 것이나, 당사자적격을 가지지 아니한 사람과 당사자로서 참여하지 아니하는 사람에게도 효력을 미치는 결정을 행할 수 있는 권한은 입법적이라고 할 수밖에 없으며, 그런 의미에서 이러한 헌법재판소의 관행 및 이를 뒷받침하는 법 제45조 및 제47조 제1항·제2항은 위헌이라는 견해로 최대권, 전개논문(1997. 5), 12-13, 16면 참조.

제1항의 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정함으로써 기속력에 대한 법적 근거를 명시하고 있다.

기관력은 원칙적으로 당사자 사이에만 미치는 데 반하여 기속력은 모든 국가기관을 구속한다는 점에서, 헌법재판의 기속력은 일반법원의 재판에서는 통상적으로 볼 수 없는 헌법소송상의 특이한 효력이다.<sup>133)</sup>

## (2) 내용 및 범위

### (가) 기속력의 내용

기속력의 효력으로 모든 국가기관이 헌법재판소의 구체적인 결정에 따라야 하며, 그들이 장래에 어떤 처분을 행할 때 헌법재판소의 결정을 존중하여야 한다.<sup>134)</sup> 뿐만 아니라 기속력은 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정에서 문제된 심판대상 뿐만 아니라 동일한 사정하에서 동일한 이유에 근거한 동일내용의 공권력행사 또는 불행사를 금지한다.

다만, 헌법재판소의 각하결정은 소송판결이기 때문에 기속력이 발생하지 않는다.<sup>135)</sup>

### (나) 객관적 범위

결정주문은 심판대상에 관한 결정으로서 여기에 기속력이 미친다는 데에는 이론이 없다. 또한 결정이유 중에서도 심판대상과 직접적인 관계가 없는 부수적 의견이나 간접사실의 판단에 대하여는 기속력이 미치지 않는다. 다만, 중요한 결정이유에서 드러난 헌법해석에 대한 기본원칙에도 기속력이 미치는가에 관하여는 견해가 긍정설과 부정설로 나뉘어 있다.

독일 연방헌법재판소는 중요한 결정이유에도 기속력이 있다고 한다.<sup>136)</sup> 그러나 다수의 학설은 결정주문에 한정하여 기속력을 인정한다. 그 이유로는 헌법재판소의 결정이유에 기속력을 인정하면 헌법재판소의 결정이유가

133) 위 「헌법재판실무제요」, 58면.

134) 그러므로 헌법재판소가 한정위헌 결정을 선고함으로써 이미 부분적으로 그 효력이 상실된 법률조항을 적용한 법원의 판결은 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하는 것이다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 865).

135) BVerfGE 78, 320 [328]. 장영철, 전계논문(1999), 221·244면.

136) BVerfGE 40, 88 [94].

법전화(Kanonisierung)되며, 그 결과 법발전이 고착화된다는 것을 들고 있다.<sup>137)</sup>

우리 헌법재판소도 결정주문에만 기속력이 미치는 것으로 보고 있다.<sup>138)</sup> 그러나 예컨대, 헌법재판소의 종전 위헌결정<sup>139)</sup>은 전문개정된 신 건축법의 형벌조항에 대한 것이었음에도 불구하고, 제청법원이 (거의 같은 내용의) 구 건축법이 적용되어 확정된 사건도 법 제47조, 제75조 제7항<sup>140)</sup>에 관련된 소송사건인 것으로 보고(오해하여) 개심개시결정을 한 사례에서, 헌법재판소는 재판의 전제성을 인정한 후에 신법조항에 대한 판시내용과 같은 취지로 위헌결정을 하였는바,<sup>141)</sup> 이는 신 건축법에 대한 위헌결정의 효력(기속력)이 주문뿐만 아니라 이유에도 미치는 것으로 인정한 것으로 볼 수 있을 것이다.<sup>142)</sup>

137) K. Schlaich, a.a.O., S.328ff. RN 452ff.; Vogel, in BVerfG u. GG I, 1976, S.599ff.; K. Stern, Das Staatsrecht II, S.1038; M. Sachs, Die Bindung des BVerfG an seine Entscheidung, 1977, S.111; 장영철, 전개논문(1999), 239-240면.

138) 현재 1992. 2. 25. 89헌가104 : “헌법재판소가 한정축소적 합헌해석방법을 취한 경우에 이 부분적 위헌선언이 법률해석의 지침을 제시하는데 그치지 아니하고 나아가 한정적 위헌선언을 한 경우와 마찬가지로 본질적으로 부분적 위헌선언의 효과를 부여하여 국가기관에 대한 기속력까지를 가질 수 있게 하기 위하여는 이러한 내용은 결정의 이유에 표시되는 것만으로서서는 부족하고 결정의 주문에까지 등장시켜야 한다. 왜냐하면 헌법재판소법 제47조 제1항에 의하면 법률의 ‘위헌’ 결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있고 어떠한 결정이 위헌인지의 여부는 그 결정의 주문에 포함되어야 하기 때문이다.”(판례집 4, 64, 113. 재판관 조규광의 보충의견)

139) 현재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529.

140) 대법원은, 법 제75조 제7항의 취지는 당사자의 위헌심판제청신청을 법원이 기각하여 그 신청을 한 당사자가 헌법소원심판을 청구한 경우에 그 헌법소원심판 절차중에도 법원에 계속중인 당해 소송사건의 재판은 정지되지 아니한 채 확정되는 수도 있음을 고려하여, 그 헌법소원이 인용된 경우에 그에 앞서 이미 확정된 당해사건의 구제를 위한 불복수단을 마련해 주어야 함에 있는 것이므로, 위 규정 소정의 “당해 헌법소원과 관련된 소송사건”이라 함은 당해 헌법소원의 전제가 된 당해 소송사건만을 가리키는 것으로 보고 있다(대법원 1992. 5. 12. 선고, 91누7101 판결; 1993. 7. 27. 선고, 92누13400 판결; 2003. 4. 25. 선고, 2003제다248 판결). 「법률신문」, 2003. 6. 26.자, 8면 기사 참조.

141) 현재 2000. 1. 27. 98헌가9, 판례집 12-1, 1.

142) 실제로 이 결정에는, “이 결정으로 인하여 신 건축법에 대한 위헌결정의 효력을 구 건축법인 이 사건 법률조항과 관련된 소송사건도 개심을 청구할 수 있게 그 범위를 넓힌 것은 법적안정성을 크게 해치는 결과를 빚게 된다(법무부장관의 의견에 의하면, 구 건축법 위반에 해당되는 사건은 78,415건이고 인원은 86,715명으로 상당 부분이 용도변경으로 처벌되었다고 한다). 이러한 다수의견의 결론은 신 건축법에 대한 위헌결정의 효력이 주문뿐만 아니라 이유에도 미치는 것으로 인정한 셈이 되

### (다) 주관적 범위

법 제47조 제1항, 제67조 제1항 및 제75조 제1항에 의하면 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 수범자의 범위는 “법원 기타 국가기관 및 지방자치단체”이다. 기속력은 후술하는 법규적 효력과는 달리 대세적 효력은 없으며, 단지 공권력의 주체에 대하여만 효력을 갖는다. 이러한 관점에서 본다면 기속력은 기관력의 주관적 범위를 확장하고 있다고 볼 수 있다. 여기에서 공권력의 주체는 입법부·사법부·행정부 및 지방자치단체, 기타 공공단체를 모두 포함하며, 국가적 공권을 부여받은 사인(公務受託私人)도 해당된다(정부조직법 제5조 제3항, 행정권한의위임및위탁에관한규정 참조)고 할 것이다.<sup>143)</sup>

독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 동 헌법재판소는 헌법재판소 결정의 기속력에 기속되지 않는다.<sup>144)</sup> 우리나라에서도 법 제23조 제2항 제2호에서 규정하고 있는바 “중전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경할 수 있다.”는 규정에 근거하여 헌법재판소는 자기 결정에 기속되지 않는다는 것이 다수의 입장이다.<sup>145)</sup>

### (3) 헌법불합치결정과 입법개선의무

(가) 어떠한 법률조항을 헌법재판소가 위헌으로 결정하면, 그 법률은 효력을 상실하게 된다. 이는 위헌결정으로 인한 법적 효과일 뿐이므로 입법자인 국회가 별도로 효력을 상실시키거나 폐지하는 법률을 제정해야

---

므로, 형벌조항에 대한 위헌결정의 소급효가 어느 범위까지 미칠지 그 한계를 가늠할 길이 없다.”는 재판관 2인의 반대의견이 있었다(위 판례집 12면 이하).

143) 위 「헌법재판실무제요」, 60-61면.

144) BVerfGE 85, 117 [121]; 82, 198 [205]; 78, 320 [328]; 20, 56 [87]. 장영철, 전계논문(1999), 248면.

145) 이성환, 전계학위논문(1994. 2), 106면; 황우려, 위헌결정의 효력, 「금량김철수교수 화갑기념논문집」(박영사 1993), 308면; 남북현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 한양대학교대학원 박사학위논문(1994. 8), 246면; 장영철, 전계논문(1999), 249-250면.

할 의무를 부담하는 것이 아니다. 헌정위헌이나 헌정합헌 결정의 경우에도 헌법재판소의 결정 자체로부터 동 결정의 법적 효과가 발생한다. 그러므로 헌법재판소의 결정으로 입법자에게 개선입법의 법적 의무가 부과되는 것은 오로지 헌법불합치결정의 경우뿐이다.<sup>146)</sup>

(나) 입법개선의무의 내용

독일연방헌법재판소는, “헌법불합치선언이 되면 입법자는 지체 없이 위헌 상태를 제거할 의무가 있고 그 때까지 법적용절차는 정지되나 그 정지상태가 너무 길게 되면 그 자체가 위헌성을 띠게 되므로 소송절차가 정지되는 기간은 제한될 수 있고, 입법자가 상당한 기간 내에 입법개선의무를 이행하지 아니한 경우 법원은 절차를 속행하여 합헌적으로 결정해야 한다.”고 판시하였다.<sup>147)</sup> 한편, 연방헌법재판소가 계속적용을 허용한 기한이 지날 때까지 입법자가 개선입법을 하지 않은 경우 위헌으로 선언된 규범은 더 이상 적용될 수 없고,<sup>148)</sup> 이 경우 법원은 절차를 정지하여야 한다.<sup>149)</sup>

우리나라의 다수설 및 판례<sup>150)</sup>도 헌법불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일내에 제거해야 할 입법자의 입법개선의무를 수반하게 된다고 한다.<sup>151)</sup> 그리하여 법률이 헌법과 합치되지 아니한다고 선언된 경우 그와 같은 헌법불합치 상태는 하루빨리 법개정을 통하여 제거되어야 할 것이며, 불합치상태를 제거하기 위한 여러 가지 가능한 방법 중 어느 것을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속한다.<sup>152)</sup>

입법자의 입법개선의무의 범위는, 헌법불합치결정이 선고된 시점 이후의 장래의 법률관계에 대하여뿐만 아니라 그 법률이 발생시킨 과거의 위헌적

146) 남복현, 전계신문기고문(2005.8.25), 15면.

147) BVerfGE 82, 126 [155].

148) BVerfGE 61, 319 [357].

149) 위 「헌법재판제도의 이해」, 134면.

150) 현재 1999. 10. 21, 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 418 참조.

151) 다만, 이 경우에도 이미 개선입법이 이루어져 있다면 반드시 또다시 새로운 개선입법을 요구하는 것으로 이해해서는 안되지 않을까 한다는 견해로 남복현, 전계논문(2002. 2), 148면.

152) 현재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 206.

인 법률관계에 대하여도 소급적으로 개선할 것을 포함하고 있다. 법률에 대하여 위헌결정을 선고하였을 경우에 발생하는 법적 공백이 헌법재판소 결정선고 시점 이후뿐만 아니라 결정선고 시점 이전에도 소급적으로 발생하기 때문이다.<sup>153)</sup> 이러한 입법자의 입법개선 의무는 헌법불합치결정이 적용중지를 명하는 것이든 잠정적용을 명하는 것이든 모두 해당되며, 적용중지를 명하는 경우 개선입법에서는 원칙적으로 헌법재판소가 위헌으로 확인한 시점까지 합헌적인 개정법률을 소급적용하는 경과규정을 두어야 한다.<sup>154)</sup>

그러나, 이 경우에도 헌법재판소가 입법의 방향이나 기준을 제시할 경우 국회에서 이와 상반된 견해의 제출이 사실상 곤란하게 되어 헌법재판소가 실질적으로 입법권을 침해한다는 비난을 받을 수 있다는 견해<sup>155)</sup>가 있다.

#### (다) 개정법률의 소급효

1) 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 적용중지를 명하는 경우 입법자는 당해 조항에 대한 입법개선 의무를 지게 되는데, 개선입법을 하면서 헌법불합치결정시부터 개정법의 시행시기 사이의 법률관계를 규율하는 경과규정을 두어야 한다.

헌법재판소는, “헌법불합치결정은 언제나 입법자에 대한 입법촉구를 명하는 것으로 되는 것이므로 헌법불합치결정이 선고된 경우 법원은 구체적인 사건에 대한 그의 판단을 입법자의 새로운 결정이 있을 때까지 미결상태로 보류하고 있다가 개정법률에 따라 이를 판단함으로써 당사자로 하여금 위헌적 요소가 배제된 개정법률에 의한 혜택을 받을 수 있도록 기회를 주어야 한다. 왜냐하면 헌법불합치결정의 경우에는 헌법재판소 스스로가 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적인 결정을 입법자에게 미룬 것이므로, 법원은 당연히 입법자의 최종결정을 기다려 그에 따라 판단을 하여야 함”

153) 황도수, 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정의 효력, 「법률신문」, 1999. 12. 16.자, 15면.

154) 방승주, 구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력, 「헌법실무연구 제1권」(박영사 2000), 276면.

155) 김명수, 변형결정(한정합헌, 한정위헌 및 헌법불합치결정)의 기속력과 법원의 재판, 「헌법문제와 재판(상)」(사법연수원 1996), 341면.

불합치결정의 원래의 뜻에 부합하기 때문이다. 이는 곧 위헌적인 법률이 더 이상 적용되어서는 아니된다는 법치국가의 요청에 따른 당연한 귀결이며, 개정된 법률의 당해사건 또는 병행사건에 대한 소급효력은 헌법불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소인 것이다.”라고 판시함으로써,<sup>156)</sup> 헌법불합치결정에는 당연히 소급효가 인정되어 개선입법이 이에 대하여 특별히 규정을 두지 않더라도 개선입법은 당연히 소급적용 된다고 보고 있다.

대법원도 “헌법재판소 1994. 7. 29. 92헌바49·52(병합) 사건에서 구 토지초과이득세법(1994. 12. 22. 법률 제4807호로 개정되기 전의 것) 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 하면서, 입법자에게 법의 폐지 혹은 개정은 물론, 법을 개정하는 경우에 있어서 미실현이익의 과세문제, 이중과세 문제, 과세대상의 범위 문제 등 결정이유에서 제기된 여러 가지 위헌적 요소의 제거와 그 밖에 위헌시비가 있는 부분의 개선까지를 광범위하게 입법자의 재량에 위임하였고, 이에 따라 1994. 12. 22. 법률 제4807호로 위 결정에서 위헌성이 있음이 구체적으로 지적된 조항을 포함한 여러 토지초과이득세법 조항이 개정되었으며, 이를 계기로 하여 하위법령에 있어서도 그 취지가 반영되어 1994. 12. 31. 대통령령 제14470호로 토지초과이득세법시행령이, 1995. 5. 19. 총리령 제506호로 토지초과이득세법시행규칙이 각 개정되었다. 따라서 구 토지초과이득세법령 중에서 위와 같이 입법자가 헌법불합치결정에 따라 그 결정에서 지적된 위헌적 요소를 제거하거나 그 개선을 위하여 개정한 모든 법, 시행령 및 시행규칙의 각 조항은 그것이 납세의무자에 불리하게 적용되지 아니하는 한 당해사건 등에 대하여 (소급) 적용된다.”고 하였다.<sup>157)</sup>

나아가 헌법재판소는 “헌법재판소가 헌법불합치라는 변형결정 주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 경우에는, 이 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 이 사건 법률조항을 적용하여 행할 부과

156) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1등, 판례집 7-2, 221, 256.

157) 대법원 1996. 1. 26. 선고 93누17911 판결, 공1996상, 814.



처분에 대하여는 법리상 이 결정 이후 입법자에 의하여 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 할 것”이라고 하였다.<sup>158)</sup>

2) 반면에, 단순위헌결정에 소급효가 인정되어야 하는 것과 마찬가지로, 헌법불합치결정에도 원칙적으로 소급효가 인정되어야 하지만, 이는 입법자에게 그러한 소급입법을 하여야 할 의무를 부과하는 것일 뿐, 입법자가 개선입법을 하기는 하였으나 그러한 소급입법을 하고 있지 않을 때에도 당연히 개선입법이 소급적용되거나 또는 헌법재판소가 개선입법의 소급적용을 명할 수는 없다는 주장이 있다.<sup>159)</sup> 그리하여 그는 “입법자가 개선입법을 하기는 하였으나 그것이 소급한다는 규정을 두지 않은 경우에는 헌법재판소의 견해와 같이 당연히 그러한 개선입법이 소급적용될 것인가? 그와 같이 볼 수는 없다. 헌법불합치결정은 입법자에 대하여 소급효가 있는 개선입법의 의무를 부담시키는 것일 뿐이며, 만일 입법자가 이러한 소급적인 개선입법의 의무를 이행하지 아니하였으면 위 개선입법 자체가 위헌성을 띠게 되어 위헌으로 선언되어야 하거나, 경우에 따라서는 구법이 소급적으로 폐지된 것으로 이해할 수는 있을지언정 헌법재판소의 결정이 입법을 대신할 수 있는 것은 아니기 때문”이라고 한다.<sup>160)</sup>

같은 입장에서, 법률의 소급적용 여부는 원칙적으로 법률로써 결정되어야 할 것으로 입법권에 속하는 사항이라고 할 것인바 소급적용 규정이 없더라도 헌법재판소의 결정에 따라 소급적용할 수 있다면 이는 곧 헌법재판소가 입법권을 행사하는 결과가 될 것이라는 비판적인 견해도 있다. 이 견해에 따르면, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 적용중지 결정을 한 경우 입법자가 개선입법을 하면서 당해 법률이 소급적용되는 범위와 시기에 관한 규정을 두지 않았다면 당해 개선입법은 일반원칙에 따라 장래효만 있다고 한다. 다만, 입법자가 소급효 있는 개선입법의무에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 경우에는 헌법에 어긋난다고 할 것인바, 이러한 경우에는

158) 헌재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 판례집 12-1, 16, 39.

159) 윤진수, 상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점, 「헌법은총제11집」(헌법재판소 (2000), 218면.

160) 윤진수, 전계논문(2000), 224-225면.

법원은 개선입법에 소급적용 규정을 두지 않은 것은 위헌이라는 이유로 헌법재판소에 위헌제청을 하고, 헌법재판소가 이에 대하여 위헌결정을 하면 법원이 소급적용하는 것이 원칙이라고 한다.<sup>161)</sup>

## 나. 법규적 효력

### (1) 의의

법규적 효력(Gesetzes Kraft)이란 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 일반적 구속력을 가지고 일반사인에게도 그 효력이 미치는 것을 의미한다. 즉, 법규적 효력은 심판대상이 법규범일 경우에 한해서 헌법재판소의 결정에 인정되는 절차법적 효력이다.<sup>162)</sup>

이러한 효력의 명칭에 대하여 학설은 법규적 효력,<sup>163)</sup> 법률적 효력,<sup>164)</sup> 일반적 구속력,<sup>165)</sup> 일반적 효력,<sup>166)</sup> 형성적 효력<sup>167)</sup> 등으로 부르고 있는바, 헌법재판소는 1992. 6. 26. 선고한 90헌아1 사건에서 “법규적 효력”이라는 용어를 사용하였다.<sup>168)</sup>

---

161) 위 「헌법재판제도의 이해」, 130-131면.

162) 남복현, 법률에 대한 위헌여부 결정의 법규적 효력, 「공법연구 제21집」(한국공법학회 1993), 334면.

163) 최광률, 헌법재판소법개관, 「헌법재판제도의 제문제 (헌법재판자료 제1집)」(헌법재판소 1989. 5), 491면; 이석연, 헌법소원심판의 결정유형과 효력에 관한 고찰, 「헌법논총 제1집」(헌법재판소 1990), 386면; 이시윤, 한국의 헌법재판제도, 「헌법재판의 이론과 실제 (헌법재판자료 제3집)」(헌법재판소 1990. 12), 87면; 전정환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰, 「헌법재판연구 제7권」(헌법재판소 1996), 80면; 남복현, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 「헌법재판연구 제7권」(헌법재판소 1996), 195면; 황도수, 헌법재판소 위헌결정의 효력, 「금강김철수교수 정년기념논문집」(박영사 1998), 874·882면.

164) 김지형, 전개논문(1992), 279면.

165) 계획열, 헌법재판과 국가기능, 「헌법재판의 회고와 전망 (창립10주년 기념세미나)」(헌법재판소 1998), 236면의 註 85. 동인은, 독일 연방헌법재판소법 제31조 제1항은 ‘기속력’을, 제2항은 ‘법률적 효력’을 규정하고 있으나, 우리 헌법재판소법은 법률적 효력 개념을 두고 있지 않다고 보고 있다.

166) 황우려, 위헌결정의 효력, 「사법논집 제21집」(법원행정처 1990. 12), 17면.

167) 이성환, 전개학위논문(1994.2), 120면 이하.

168) 판례집 4, 378, 384.

일반법원의 모든 법관에게는 법률의 합헌성을 심사하고 필요한 경우에는 헌법합치적 해석을 시도할 권한과 의무가 있다. 이 경우 법관이 지게 되는 책임 및 재판부담은 헌법재판소가 규범을 위헌 무효로 폐기하는 경우에 못지 않다.<sup>169)</sup> 법원에는 법률을 대세적 구속력을 갖고 확정적으로 폐기하는 권한만이 없을 뿐이다. 그러한 권한은 법규적 효력이 부여되는 재판을 관할하는 헌법재판소에 유보되어 있다.<sup>170)</sup>

우리 헌법재판소는 “헌법소원을 인용하는 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 효력 이른바 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가지는 것이고, 이러한 효력은 일반법원의 재판이 원칙적으로 소송당사자에게만 한정하여 미치는 것과는 크게 다르다.”고 판시하였다.<sup>171)</sup>

## (2) 법적 근거

독일의 경우 기본법 제94조 제2항<sup>172)</sup>에서 연방헌법재판소 판결의 법규적 효력에 대하여 연방법률에 위임하였고, 이에 따라 연방헌법재판소법 제31조 제2항<sup>173)</sup>은 법규적 효력에 관해 규정하고 있다.

우리나라의 경우 헌법재판소 결정의 법규적 효력을 명문에서 직접 언급한 헌법규정이나 헌법재판소법의 규정은 없다. 그러나 법 제47조 제2항은

169) C. Pestalozza, Berlin ohne Verfassungsrecht, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit I, S.228.

170) K. Schlaich, 전계번역서(1999), 17면 참조.

171) 현재 1995. 12. 15. 95헌마221등, 판례집 7-2, 697, 749. 재판관 3인의 반대의견; 헌재 2003. 4. 24. 2001헌마386, 판례집 15-1, 443, 455. 재판관 2인의 반대의견. 이들 사건은 심판선고 직전에 청구인들의 취하로 심판절차종료선언의 결정이 선고되었으나, 위 반대의견의 판시내용은 청구취하전 전체재판관 평의의 결과와 같다.

172) 기본법 제94조(연방헌법재판소, 구성과 절차) ② 연방헌법은 연방헌법재판소의 조직과 절차를 규정하고 어떠한 경우에 그 판결이 법률상의 효력을 갖는지를 규정한다. 연방법률은 헌법소원의 제기를 위하여 권리구제절차가 소원제기이전에 모두 종료되어야 한다는 것을 요건으로 할 수 있고 특별한 심판회부절차를 규정할 수 있다.

173) 연방헌법재판소법 제31조 ② 제13조 제6호, 제11호, 제12호 및 제14호의 사건에서는 연방헌법재판소의 재판은 “법률로서의 효력”을 가진다. 연방헌법재판소가 법률이 기본법에 합치 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언한 경우에는 제13조 제8a호의 사건에서도 위와 같다. (이하 생략)

“위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”고 규정하고 있으며, 법 제75조 제6항은 동조 제5항의 경우(법 제68조 제1항에 의한 통상의 일반적인 헌법소원을 인용하면서 부수적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 근거법률 또는 법률의 조항을 위헌선언하는 경우) 및 법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서 법률 또는 법률의 조항이 위헌이라는 인용결정을 하는 경우에는 위 제47조 제2항을 준용하도록 규정하고 있으므로(법 제68조 제1항에 의한 법률소원을 인용하는 경우도 마찬가지이다) 이들 조항을 법규적 효력의 근거로 볼 수 있다고 할 것이다.<sup>174)</sup>

### (3) 일반적 구속성

법규적 효력은 법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 대하여 소송당사자를 수범인으로 하는 기관력의 주관적 범위뿐만 아니라 국가기관을 수범인으로 하는 기속력의 주관적 범위를 능가하여 일반사인에게도 그 효력이 미치는 일반적 구속성을 가진다(대세적 효력). 따라서 국가기관과 마찬가지로 일반국민은 헌법재판소가 위헌으로 선언한 법규범에 더이상 구속을 받지 않는다.

대법원은, “체납한 택지초과소유부담금의 징수를 위해 지방자치단체가 부담금 미납자의 부동산에 대해 압류등기를 해 놓았다 하더라도 1999. 4. 헌법재판소의 위헌결정<sup>175)</sup> 이후에는 공매처분 등 체납처분 절차를 진행하지 못할 뿐만 아니라 다른 사람에 의해 개시된 임의경매절차에 참가해 배당을 받을 수도 없다.”고 판시하였다.<sup>176)</sup>

법규범에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 법규적 효력을 갖기 위해서는 결정주문에 표시되어야 한다. 즉 법규적 효력은 결정주문에만 부여되고, 결정이유에는 부여되지 않는다.<sup>177)</sup>

174) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887 참조.

175) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289

176) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2002다2294 판결, 공2002. 6. 1.(155), 1122.

177) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 113. 재판관 조규광의 보충의견 참조.

### 3. 위헌결정의 시간적 효력

#### 가. 원칙적 장래효

(1) 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하는 것이 원칙이다.<sup>178)</sup> 즉, 법률에 대한 위헌결정은 원칙적으로 즉시효 내지 장래효를 갖는다. 이처럼 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 원칙적으로 부인함으로써 우리의 입법자는 법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였다.<sup>179)</sup>

이와 같은 입법의 태도는 오스트리아와 유사하다. 오스트리아의 경우 헌법재판소가 법률의 '위헌폐지' 결정에서 당해 법률의 효력상실시기(18개월 이내)를 정하지 않는 한 법률의 폐지는 동 결정이 공고된 때로부터 효력이 발생한다(오스트리아 연방헌법 제140조 제5항). 또한, 헌법재판소의 결정에 따라 법률이 위헌인 것으로 폐지되면 그 결정에서 달리 정하지 않는 한 그 폐지시부터 폐지법률에 의하여 종전에 폐지(변경)되었던 법률규정이 다시 효력을 발생한다(동 연방헌법 제140조 제6항). 이 규정은 폐지결정을 하더라도 법의 흠결이 없이 새로운 법률상태로 이행할 수 있도록 하기 위해서 둔 것으로서, 부활하는 구법규정은 원칙적으로 위헌법률의 효력상실 이후에 발생한 사실관계에 적용된다.<sup>180)</sup>

(2) 이에 반하여 독일의 경우는 연방헌법재판소의 위헌결정은 소급효를 갖는다는 것을 전제로 연방헌법재판소법 제79조에서 그 구체적인 효력의 범위를 규정하고 있다.<sup>181)</sup> 즉, 위헌인 법률은 무효임을 전제로 하되 형벌법

---

178) 이에 관한 학설의 소개로는 윤진수, 헌법재판소 위헌결정의 소급효, 「헌법문제와 재판(상)」(사법연수원 1996), 431면 이하; 정태호, 법률에 대한 위헌결정의 소급효 문제에 대한 비판적 고찰, 「법률행정논총 제19집」(전남대학교 법률행정연구소 1999), 199면 이하 참조.

179) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250.

180) 위 「헌법재판제도의 이해」, 54면.

181) 위 「헌법재판제도의 이해」, 74면.

규가 위헌으로 선고된 경우를 제외하면 위헌의 선고는 더 이상 다룰 수 없게 된 결정(법원의 재판이나 행정처분)의 효력에는 영향을 미치지 않으며, 이러한 처분에 어긋나는 부당이득반환 청구소송도 허용되지 않는다고 규정하는 한편, 더 이상 다룰 수 없게 된 결정이라도 그에 기한 강제집행을 위한 결정 이후에는 금지시키는 방식을 채택하였다.<sup>182)</sup>

한편 이탈리아의 경우, 헌법 제136조는 헌법재판소가 법규의 위헌성을 확정하면 그 법규는 그 재판이 선고된 다음날부터 효력을 상실한다고 규정하고 있지만, 헌법재판소법 제30조는 위헌으로 선고된 법규는 결정의 공고 다음날부터는 더 이상 적용되지 않고 위헌으로 선고된 법률에 기한 확정된 형사판결은 집행과 그 외의 모든 형벌효과가 중지된다고 규정하고 있고, 학설과 판례도 위헌결정의 소급효를 인정하고 있다.<sup>183)</sup>

## 나. 예외적 소급효

### (1) 법률의 규정

형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항이 위헌으로 선언되는 경우에 그 결정은 법률의 규정에 의하여 원칙적으로 소급효를 갖는다. 즉 위헌으로 선언된 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다(법 제47조 제3항). 이 경우 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다(법 제47조 제4항). 유의할 것은 법 제47조 제3항의 규정이 법원에 의하여 이미 선언된 유죄판결을 그 자체로 무효로 만든다거나 유죄확정판결의 집행을 정지시킨다거나 또는 진행중인 형의 집행을 금지시키는 것은 아니고, 다만 유죄판결을 받은 자가 재심청구를 통하여 유죄의 확정판결을 다룰 수 있을 뿐이라는 것이다. 이미 형의 집행이 종료된 이후에도 재심청구를 제기할 수 있다.<sup>184)</sup>

182) 정태호, 전개논문(1999), 228면.

183) T. Ritterspacher, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien, in: Starck/Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teil Band 1, S.235; 정태호, 전개논문(1999), 206면의註 16.

184) 위 「헌법재판실무제요」, 123면.

형사실체법 규정에 대한 위헌선언만이 소급효를 가지며, 법원조직법이나 형사소송법 등 절차규정에 대한 위헌선언의 경우에는 그러한 소급효가 없다고 보아야 한다. 즉, 법 제47조 제2항 단서규정에 의하여 위헌법률의 법규적 효력에 대하여 소급효가 인정되는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”의 범위는 실제적인 형법법규에 한정하여야 하고, 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 동 조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로 합당하다.<sup>185)</sup>

그러나, 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이라 하더라도 그것이 위헌으로 선언될 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되는 경우에는 죄형법정주의의 정신상 소급효가 인정되지 아니한다. 즉, 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원에 대한 결정에서 헌법재판소는, “특례법 제4조 제1항은 비록 형벌에 관한 것이기는 하지만 불처벌의 특례를 규정한 것이어서 위 법률조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 헌법재판소법 제47조 제2항 단서의 적용범위에 포함시키는 것은 그 규정의 취지에 반하고, 따라서 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 선고되더라도 형사처벌을 받지 않았던 자들을 소급하여 처벌할 수는 없다.”고 판시하였다.<sup>186)</sup>

## (2) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 법 제47조 제2항에 관한 위헌제청사건 등의 결정에서, “우리의 입법자는 법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 정당화된다.”고 하여 위 법률조항의 합헌성을 확인하면서도, 효력이

185) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887.

186) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90, 107.

다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 부분적인 소급효의 인정을 부인할 수 없다고 판시하였다.<sup>187)</sup>

즉, 헌법재판소는 다음과 같은 경우에는 예외적으로 법률의 위헌결정에 소급효를 인정할 수 있다고 보았다.

첫째, 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 소급효를 인정하여야 할 경우<sup>188)</sup>로서, ① 법원의 제청, 헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해사건,<sup>189)</sup> ③ 따로 위헌제청신청을 하지 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건과, 둘째, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적인정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에도 소급효를 인정할 수 있다.

그리고 어떤 사안이 이와 같은 사건의 테두리에 들어가는가에 관하여는

---

187) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744, 746, 판례집미수록.

188) 예컨대 헌재 1992. 2. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 888.

189) 오스트리아도 처음에는 위헌결정의 소급효가 미치는 당해사건의 범위를 위헌결정의 직접적인 계기가 된 사건으로 엄격히 제한하여(開始者惠澤 : Ergreife-Prämie), 형평의 문제 및 기본권보장을 지나치게 소홀히 한다는 비판을 받았다. 그러다가 그 후 헌법재판소에 계속중인 사건이 원래의 당해사건과 마찬가지로 법률심사절차의 계기가 될 수 있는가는 ‘사무처리의 경과’와 당시 다루어지고 있는 ‘사건의 양 및 종류’라는, 전적으로 헌법재판소 내부의 우연한 사정에 달려 있고, 다른 사건에서 심사대상인 규범이 이 사건에서도 전제문제가 된다는 사실은 구두변론 과정이나 그 후의 합의과정에서 비로소 밝혀질 수 있는 경우도 많은데, 이러한 관련성이 뒤늦게 밝혀졌다는 이유만으로 이미 계속중인 사건에 대하여 당해사건으로서 받을 수 있는 이익을 부정하는 것은 옳지 않다는 이유로 당해사건의 범위를 “위헌결정 이전에 헌법재판소에 계속된 동종사건”으로 확대하였다(1984. 6. 22. Vfsg. 10067; 1985. 10. 9. Vfsg. 10616). 윤진수, 전계논문(1996), 454-455면; 남북현, 전계논문(1996), 229면; 정태호, 전계논문(1997), 233면의 註 85.



본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나,<sup>190)</sup> 직접 밝히지 않으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반법원이 구체적 사건에서 당해 법률의 연혁·성질·보호범의 등을 검토하고 제반이익을 형량해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것이라고 한다.

### (3) 대법원의 입장

대법원은 법률의 위헌결정의 소급효의 범위에 관하여 헌법재판소와 부분적으로 견해를 달리하고 있다. 대법원은 처음에는 헌법재판소의 위헌결정은 법원의 제청 또는 헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 구체적 사건, 즉 “당해사건”에 대해서는 장래효 원칙의 예외로서 소급효를 인정하여야 한다고 판시하였으나,<sup>191)</sup> 그 후 단계적으로 헌법재판소의 위헌결정의 소급효의 범위를 넓혀 왔다. 그리하여 대법원 1992. 2. 14. 선고 91누1462 판결<sup>192)</sup>에서 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에도 미친다고 하여 전면적으로 소급효를 인정하였다.<sup>193)</sup>

특히 대법원은, 헌법재판소가 1993. 5. 13. 선고한 92헌가10등 (병합)결정<sup>194)</sup>에서 위헌결정은 원칙적으로 소급효가 없다고 선고한 뒤에도 여전히 위헌결정의 효력은 그 결정 이후에 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되었음을 이유로 법원에 제소된 사건의 경우에도 미친다고 보았다.<sup>195)</sup>

그러나, 대법원은 다른 한편으로는 확정판결의 기판력<sup>196)</sup>이나 행정처분

190) 그러나 지금까지 헌법재판소가 위헌결정을 선고하면서 그 결정의 소급범위를 명시한 예는 없는 것 같다.

191) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결, 공1991, 1895; 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결, 공1991, 2056.

192) 공1992, 1065.

193) 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377(공1993, 698)도 같은 취지임.

194) 판례집 5-1, 226.

195) 대법원 1993. 7. 16. 93다3783, 공1993, 2290.

196) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777, 공1993, 1609.

의 확정력<sup>197)</sup> 등의 법리에 의하여 위헌결정의 소급효를 제한하고 있다. 특히 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결<sup>198)</sup>은, 위헌결정의 소급효는 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에도 미친다고 하면서도, “그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요구되는 바라 할 것”이라고 판시하였다.

이러한 대법원의 입장에 대하여는, “비록 소급효를 다른 법리에 의하여 제한할 수 있는 가능성을 열어 두기는 하였으나, 과연 예상되는 소송폭주 사태와 국가의 재정마비 등 그로 인한 국가기능 장애에 효과적으로 대처할 수 있는 법리를 형평성에만 초점을 맞추는 ‘원칙적 소급효’론의 바탕 위에서 개발할 수 있을지는 의문이며, 대법원의 태도는 헌법재판소로 하여금 불요불급하게 헌법불합치 등 변형결정으로 도피하는 결과를 조장할 것”이라는 비판이 있다.<sup>199)</sup>

#### 4. 재심의 허용 여부

##### 가. 의의

헌법재판소의 결정이 확정되면 그 결과는 헌법질서를 형성하게 되고, 이렇게 형성된 헌법질서는 법적안정성을 가지게 된다. 그런데 헌법재판이라고 하더라도 중대한 결함이 있어서 그러한 결함을 가진 상태의 법적안정성이 입헌주의의 실현을 포함하는 정의에 비추어 심하게 문제가 될 때 법적안정성과 정의의 이념을 조화시키기 위하여 재심을 인정할 필요성이 있

197) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463, 공1994, 3139.

198) 공1994, 3077.

199) 정태호, 전계논문(1999), 241-242면.

다.<sup>200)</sup>

법은 헌법재판소의 결정에 대한 재심의 허용여부에 관하여 별도의 명문규정을 두고 있지 아니하다. 그러므로 헌법재판소의 결정에 대하여 재심을 허용할 수 있는가 하는 점에 관하여 논의가 있을 수 있으나, 헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 효과가 한결같지 아니하기 때문에 재심의 허용여부 내지 허용정도 등은 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 판단될 수밖에 없을 것이다.<sup>201)</sup>

반면에, 한때 “법 제40조에서 재심에 관한 특별규정을 두지 아니하고 준용규정을 두게 된 취지는 일반적으로 재심을 허용하지만 헌법재판소가 관장하고 있는 5가지 심판(위헌법률심판·탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판·헌법소원심판)의 기능 및 성질이 상이하기 때문에 각 심판마다 구체적으로 규정함이 극히 어려워 그 기능 및 성질에 따라 준용할 소송법만을 구별하여 준용하게 하였으며 결코 어느 심판에 관하여는 재심을 허용하고 허용하지 아니한다는 취지가 아니고 준용되는 법령상의 재심사유 중 헌법재판의 성질상 허용되는 사유인지 여부만을 헌법재판소의 해석에 일임한 취지라 보여진다.”며 헌법재판소가 관장하는 모든 심판사건은 원칙적으로 재심이 허용된다는 견해<sup>202)</sup>가 있었으나, 이러한 견해는 그 후 더 이상의 동조의견을 얻지 못했다. 다만, 재판부의 구성에서 위법한 점이 있는 경우에는 헌법 제111조에서 정하고 있는 각종의 모든 심판에서 재심을 인정하여야 한다는 견해는 있다.<sup>203)</sup>

한편, 동일한 당사자가 합헌으로 결정된 법률 또는 법률조항에 대하여 다른 사유를 들어 다시 헌법소송을 제기하는 것은 언제나 가능하고, 이는 재심의 문제가 아니다. 동일한 당사자가 동일한 사유를 들어 다시 헌법소송을 제기하는 것은 재심과 유사한 구조를 가지지만 이는 새로운 청구이지 재심청구로 볼 수 없다. 이에 대하여는 경우를 나누어서, 사정변경이 있으

---

200) 정종섭, 전계서(2004), 182면.

201) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 119.

202) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 124. 재판관 조승형의 별개의견.

203) 정종섭, 전계서(2004), 183면.

면 다시 심리하여 결론을 내리고, 사정변경이 없으면 같은 이유로 합헌을 선언하거나 청구를 기각하면 될 것이다.<sup>204)</sup>

#### 나. 법 제41조 제1항 위헌법률심판의 경우

헌법재판소는 법원에 위헌제청신청을 한 당사자는 헌법재판소의 위헌법률심판의 결정에 대하여 재심을 청구할 지위 내지 적격이 없다고 하였다. 즉, “위헌법률심판의 제청은 법원이 헌법재판소에 대하여 하는 것이기 때문에, 당해사건에서 법원으로 하여금 위헌법률심판을 제청하도록 신청을 한 사람 자신은 위헌법률심판사건의 당사자라고 할 수 없다. 원래 재심은 재판을 받은 당사자에게 이를 인정하는 특별한 불복절차이므로 청구인처럼 위헌법률심판이라는 재판의 당사자가 아닌 사람은 그 재판에 대하여 재심을 청구할 수 있는 지위 내지 적격을 갖지 못한다. 그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 청구인적격을 결한 사람이 제기한 것이어서 부적법하다.”는 것이다.<sup>205)</sup> 위헌제청신청인 뿐만 아니라 위헌제청을 한 제청법원도 재심을 청구할 수 없다고 할 것이다.<sup>206)</sup> 제청법원이나 당해소송의 당사자들(원·피고 등)은 구체적 규범통제절차의 당사자가 아니기 때문이다.<sup>207)</sup>

#### 다. 법 제68조 제2항 헌법소원심판의 경우

헌법재판소는 “만약 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여 재심에 의한 불복방법이 허용된다면, 종전에 헌법재판소의 위헌결정으로 효력이 상실된 법률 또는 법률조항이 재심절차에 의하여 그 결정이 취소되고 새로이 합헌결정이 선고되어 그 효력이 되

204) 박상훈, 헌법재판소 결정에 대한 재심규정의 신설필요성에 관하여, 「헌법재판제도  
의 이해 (재판자료 제92집)」 (법원도서관 2001), 740면.

205) 현재 2004. 9. 23. 2003헌아61, 판례집 16-2하, 615, 617.

206) 同旨, 박상훈, 전계논문(2001), 740면.

207) K. Schlaich, 전계번역서(1999), 44면 참조.

살아날 수 있다거나 종래의 합헌결정이 후일 재심절차에 의하여 취소되고 새로이 위헌결정이 선고될 수 있는바, 이러한 결과는 그 문제된 법률 또는 법률조항과 관련되는 모든 국민의 법률관계에 이루 말할 수 없는 커다란 혼란을 초래하거나 그 법적 생활에 대한 불안을 가져오게 할 수도 있다. 결국 위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있고, 따라서 헌법재판소의 이러한 결정에는 재심에 의한 불복방법이 그 성질상 허용될 수 없다고 보는 것이 상당하다.”고 판시하였다.<sup>208)</sup> 이와 같은 논리는 법 제68조 제1항에 의한 범령소원의 경우에도 같다고 할 것이다.

## 라. 법 제68조 제1항 권리구제형 헌법소원심판의 경우

(1) 오스트리아는 우리와 동일한 형식으로 헌법재판절차에 있어 규정흡결의 경우 민사소송법 준용규정<sup>209)</sup>을 두고 있는 한편, 헌법재판소 결정의 재심에 관한 특별규정을 헌법재판소법 및 헌법재판소규칙에 마련하고 있다. 즉, 헌법소원제기인이 행정처분에 의하여 헌법상 보장된 권리가 침해되거나 위헌명령, 위헌법률 또는 위법한 조약의 적용에 의해 자신의 권리가 침해되었다고 주장하면서 제기하는 소위 행정처분에 대한 헌법소원절차의 경우 재심이 허용되며(헌법재판소법 제34조), 이 때에는 민사소송법이 준용된다(헌법재판소규칙 제43조).<sup>210)</sup>

우리나라의 경우 헌법재판소 판례에 의하면, 법 제68조 제1항에 의한 헌

208) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1, 판례집 4, 378, 384.

209) 오스트리아 헌법재판소법 제35조 ① 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 민사소송법을 의미에 적합하게 준용한다. ② 특히 청구기간의 계산에 관하여는 민사소송법이 준용된다. 우편송달기간은 기간에 산입하지 아니한다.

210) 장영철, 헌법소송에 있어 일반소송법 준용규정의 해석, 「헌법판례연구(2)」(박영사 2000), 414-415면.

법소원 중 “행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원”에 있어서는 우선 사안의 성질상 일반적으로 헌법재판소의 결정에 대한 재심은 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에는 허용된다.<sup>211)</sup> 그 밖에 실무상 문제가 되었던 경우는 다음과 같다.

(2) 판단유탈이 재심사유가 되는지 여부

헌법재판소는 처음에, 헌법소원심판절차에서는 변론주의가 적용되는 것이 아니어서 직권으로 청구인이 주장하는 청구이유 이외의 헌법소원의 적법요건 및 기본권침해 여부에 관련되는 이유에 관하여 판단하는 점과, 헌법재판이 헌법의 해석을 주된 임무로 하고 있는 특성, 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원심판절차에서는 사전구제절차를 모두 거친 뒤에야 비로소 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 사정 등을 고려할 때, 이러한 헌법소원심판절차에서 선고된 헌법재판소의 결정에 대하여는 (구)민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다고 판시하였다.<sup>212)</sup> 그 후 1998. 3. 26. 선고한 98헌아2 불기소 처분취소(재심) 사건에서는 재판관 5인이 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차 중 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 관한 심판에 대하여 법 제40조에 따라 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 함은 물론 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 “결정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때”는 재심사유가 된다는 의견을 표시하였으나, 법 제23조 제2항 단서 제2호 소정의 판례변경을 위한 정족수에 이르지 못하였다.<sup>213)</sup>

그러나, 2001. 9. 27. 선고한 2001헌아3 불기소처분취소(재심) 사건에서는, “민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈을 재심사유로 허용하는 것은 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원의 성질에 반한

211) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 121.

212) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 121. 이 결정에는 재판관 3인의 반대의견이 있었다.

213) 판례집 10-1, 320, 324.

다고 할 수 없으므로 민사소송법 제422조 제1항 제9호를 준용하여 판단유탈도 재심사유로 허용되어야 한다.”고 판시하면서, 따라서 종전에 이와 견해를 달리하여 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 한 권리구제형 헌법소원에 있어서 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다는 취지로 판시한 헌법재판소의 의견<sup>214)</sup>을 변경하였다.<sup>215)</sup>

한편, 재심대상결정이 애초에 헌법소원의 대상이 될 수 없다면 그 결정에 판단유탈이 있다고 주장하면서 제기하는 재심은 인정될 수 없다. 즉, 헌법재판소는 “(재심대상결정의 하나인) 95헌마308 헌법소원 사건의 경우 심판의 대상은 법 제68조 제1항의 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분과 ‘대법원 판결’이었는데, 이들은 결국 헌법재판소의 헌법소원 사건에 대한 재심의 대상이 될 수 있는 영역인 ‘행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원’에 해당하지 아니하므로 위 95헌마308 결정에 대하여는 재심이 허용될 수 없다. 따라서 법률에 대한 헌법소원이나 법원의 재판에 대한 헌법소원 사건에 대하여도 재심의 대상으로 할 수 있음을 전제로, 위 95헌마308 결정에는 결정에 영향을 미칠 수 있는 판단유탈이 있었음에도 불구하고 이를 다루는 청구인의 위와 같이 거듭된 재심청구를 각하한 헌법재판소의 일련의 결정을 취소하고 상당한 결정을 다시 내려달라는 청구인의 주장은 결국 재심의 대상이 될 수 없는 위 헌법재판소의 결정에 대한 불복이라고 할 것이어서 부적법하다.”고 하였다.<sup>216)</sup>

### (3) 사실인정의 오류가 재심사유가 되는지 여부

사실인정의 오류가 재심사유가 되는지에 관하여 헌법재판소는 처음에 2000. 6. 29. 선고한 99헌아18 불기소처분취소(재심) 사건에서 재판관 7:2의 의견으로, “청구인은 원결정 당시 재항고기간을 준수하였고 따라서 적법한

214) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113; 1998. 3. 26. 98헌아2, 판례집 10-1, 320.

215) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3, 판례집 13-2, 457, 460-461; 同旨, 헌재 2001. 11. 29. 2001헌아10, 판례집·공보 미수록; 헌재 2002. 3. 28. 2001헌아22, 판례집·공보 미수록.

216) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌아2, 판례집·공보 미수록.

사전구제절차를 경유하였음에도 원결정이 이를 오인한 사실은 인정된다. 그러나, 이 사건 심판청구는 위 헌법재판소 판례상의 ‘재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우’라고 보기도 어려워 재심이 허용될 수 없고, 한편 법에는 재심에 관하여 특별한 규정이 없으므로 법 제40조 제1항에 따라 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 한다고 보는 경우라도 민사소송법상의 재심사유에는 청구인이 주장하는 바와 같은 사실인정의 오류는 포함되어 있지 아니하므로 역시 재심사유에 해당되지 아니한다”고 하였다.<sup>217)</sup>

그러나 2003. 9. 25. 선고한 2002헌아42 불기소처분취소(재심) 사건에서는 재판관 전원일치의 의견으로, “이 사건 재심대상사건에서 청구인은 위 불기소처분에 대하여 검찰청법에 따라 항고 및 재항고를 경로함으로써 적법하게 사전구제절차를 거쳐 그 취소를 구하는 헌법소원 심판청구를 제기하였다고 할 것인바, 잘못 기재된 사실조회 회보에 기하여 청구인의 위 심판청구를 적법한 사전구제절차를 경유하지 아니하여 부적법하다는 이유로 각하한 이 사건 재심대상결정은 적법하게 제기된 위 심판청구의 본안에 들어가 판단을 하였어야 했음에도 불구하고 이를 판단하지 아니하였으므로 법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 제451조 제1항 제9호의 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’에 준하는 재심사유가 있다고 볼 것이다.” 라고 하여<sup>218)</sup> 종전의 위 99헌아18 결정을 변경하였다.<sup>219)</sup>

#### IV. 결 론

우리 입법자는 헌법재판의 절차와 재판결과의 효력 등 헌법소송법의 法

217) 판례집 12-1, 972, 976.

218) 판례집·공보 미수록.

219) 그러나 이와 같은 판례변경에도 불구하고 동 결정문에는 판례변경에 관한 기재내용이 없다.



源을 구성하고 있는 ‘헌법재판소법’의 제정과정에서, 헌법재판의 운영에 있어서 불가결한 규정들을 만드는데 주력하고, 나머지는 헌법재판소가 헌법과 ‘헌법재판소법’ 및 기타 관련 법률의 범위 안에서 소송법의 일반원칙 및 다른 소송법 규정의 유추적용이 가능한 경우에는 그 유추적용을 통하여(법 제 40조의 포괄적인 준용규정 참조), 그렇지 아니한 경우에는 구체적인 심판절차의 특성과 사건의 성격에 합당한 법을 판례를 통하여 보완적으로 형성해 나갈 수 있는 여지를 부여한 것으로 보인다.<sup>220)</sup>

이에 반하여 독일의 경우는 우리 법 제40조에서와 같은 포괄적인 준용규정을 두고 있지 아니하고 다른 소송법을 예외적으로, 즉 개별적인 문제와 관련해서만 준용하고 있다(연방헌법재판소법 제17조, 제28조 제I항, 제38조, 제61조 제1, 제2항 참조).<sup>221)</sup> 연방헌법재판소의 말을 인용하면, “연방헌법재판소법은 소송절차에 관한 빈틈없는 규율이 아닌 ‘헌법재판절차의 특수성’에 맞게 만들어진 꼭 필요한 소수의 규정들만을 포함하고 있을 뿐이다. 그 밖의 사항을 위하여 절차의 합목적적인 형성을 위한 법적 기초를 여타 독일 소송법을 유추하는 방식으로 발견하는 것은 연방헌법재판소에 위임되어 있다.”<sup>222)</sup>고 말할 수 있다.<sup>223)</sup>

그러므로 헌법재판소는 ‘헌법소송의 특수성’에 비추어 다른 소송법의 규정이나 법원칙을 유추하여 적용할 수 없는 경우에는 판례로써 헌법소송법을 형성해 나가야 할 것이고, 실제로 지금까지 그 역할을 충실히 해 왔다<sup>224)</sup>고 할 수 있다.

독일의 Häberle는 헌법소송법은 두 가지 면에서 구체화된 헌법<sup>225)</sup>이라고

220) 정태호, 전계논문(1997), 326·349면 이하; 同人, 전계논문(1999), 229면.

221) 정태호, 전계논문(1997), 326면.

222) BVerfGE 1, 108 [110f.]; 2, 79 [84].

223) K. Schlaich, 전계번역서(1999), 41면 참조.

224) 참고로 독일 연방헌법재판소는, “연방헌법재판소는 기본법과 연방헌법재판소에 부과한 법률을 통하여 제시된 기본방향에 의거하여 자신의 심판절차를 위한 보다 광범한 법원칙들을 발전시켜야 한다.”고 판시하였다(BVerfGE 2, 79 [84]). 정중섭, 전계서(2004), 197면.

225) P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: 동인(편저), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S.23.

한다. 즉, 헌법소송법 자체가 구체화된 헌법인 동시에 헌법소송법이 헌법 구체화의 수단이라는 점에서 구체화된 헌법이라는 것이다. 그는 이와 같은 입장에서 “헌법소송법의 독자성”<sup>226)</sup>을 추론하고 있다.<sup>227)</sup> 반면에 이러한 극히 올바른 분석으로부터도 헌법재판의 특수성들을 도출해 낼 수는 없다는 견해가 있다.<sup>228)</sup> 왜냐하면 모든 절차법과 소송법들은 - 비록 밀도에 있어서 차이는 있을지라도 - 헌법을 구체화하고 있기 때문<sup>229)</sup>이라는 것이다.<sup>230)</sup>

이러한 입장에서는, 연방헌법재판소의 재판에 “합리성 그리고 그에 따르는 재판에 대한 승복자세”를 조성 내지 창출해 줄 수 있는 것은 바로 “질서있게 규율된 법적 과정”이며,<sup>231)</sup> 재판소가 자유롭게 선택하는 절차는 정당성과 설득력을 창출해 낼 수 없기 때문에 이를 위해서는 미리 입법자가 가급적 정확히 확정해 놓은 절차가 필요하다고 한다.<sup>232)</sup> 그리하여 적용되어야 할 규범이 개방적이고 불확정적이며 추상적일수록 - 헌법이 특히 그러하다 -, 재판소가 자신의 재판에 구속력이 있다고 자부하고 또 그래야 한다면 완결된 소송법이 필요하다면서, “개방적” 헌법질서에 대응하여야 하는 것은 개방적 소송법이 아니라 “엄밀한” 소송법이라고 한다.<sup>233)</sup>

226) P. Häberle, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts, JZ 1973, S.451ff.; 동인, 위 Grundprobleme, S.24; 동인, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S.414.

227) Häberle의 “헌법소송법의 독자성”에 관하여 소개한 국내문헌으로는 정태호, 전계논문(1996.12) 및 동인의 전계논문(1997) 참조.

228) “헌법소송법의 독자성” 테제에 대하여 비판적인 견해로는 E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, AöR 108 (1983) S.618ff.; Schumann, Einheit der Prozeßordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken?, JZ 1973, S.484ff.; K. Stern, Staatsrecht II, S.1028ff.; H. Soell, Zur Methodik der Rechtsfindung des BVerfG, ZfA 12 (1981), S.521; Fröhlinger, Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, 1982, S.75ff.; R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. 1988, S.120; W. Neutz, Verfassungsprozeßrecht - Untersuchung zur These von seiner Eigenständigkeit, Diss. jur. Mainz 1990; K. Schlaich, VVDStRL 39 (1981), S.136f.

229) Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), S.32.

230) K. Schlaich, 전계변역서(1999), 42면 참조.

231) E. Klein, aaO., S.624.

232) Wieland, Herr des Verfahrens, in: FS für Mahrenholz, 1994, S.886.

233) K. Schlaich, 전계변역서(1999), 42-43면 참조.

우리나라에서도 현행 헌법재판소법은 헌법재판소의 조직법 부분과 헌법소송의 절차법 부분으로 구성되어 있는데, 이를 “헌법재판소조직법”과 “헌법소송법”으로 구분하여 보다 상세하게 규정하자는 제안이 있었다.<sup>234)</sup>

그런데 앞서서도 보았듯이 헌법재판소의 심판절차 및 그 결과로서의 결정의 유형 및 효력 등에 관하여는 아직도 치열한 논의의 와중에 있고, 헌법재판소 스스로도 판례의 형성 중에 있는 것들이 있다. 따라서 이러한 영역, 예컨대 자세한 “헌법소송법” 규정에 관하여 입법을 함에 있어서는 신중함을 요한다고 할 것이다.

헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 헌법에서 위임받고 있다(헌법 제113조 제2항). 헌법재판소 설립 후 만 17년이 경과하는 현재 헌법재판소에서는 가칭 “헌법재판규칙”을 성안 중에 있는바, 이 규칙 안에는 그 동안 헌법재판소의 판례에서 드러난 헌법재판절차를 포함한 헌법소송의 특수성을 감안한 여러 규정이 포함될 것으로 기대된다.

이와 같이 헌법재판소의 판례의 축적과 규칙에의 반영 등의 과정을 거쳐 중국에는 헌법소송법 - 그것이 별개의 법률제정이든 현재의 헌법재판소법의 개정이든 - 에 이를 규정함으로써 헌법소송절차에 대한 예측가능성과 법적안정성을 높이는 것이 바람직하다고 생각된다.

---

234) 김철수, 헌법재판소법 개정문제, 「판례월보 제230호」(판례월보사 1989.11), 6면.

# 사인에 대한 헌법적용문제에 관한 고찰

- 미국의 논의를 중심으로 -

李 魯 弘  
憲法研究員

## - 目 次 -

I. 머리말 .....	317
II. 우리 헌법상 사인에 대한 헌법적용과 관련된 학설 및 판례의 태도 .....	318
1. 기본권 대사인적 효력에 관한 다수설과 그 문제점 .....	318
2. 기본권 대사인적 효력에 관한 법원의 판례경향 .....	323
III. 미연방헌법상 사인에 대한 헌법적용논의 .....	325
1. State Action이론의 의의 및 연방대법원의 심사기준 .....	325
2. State Action이론에 대한 비판론 및 대안론 .....	335
IV. 결론 .....	344

## I. 머리말

최근 사립학교내 종교의 자유 보장을 촉구하다가 퇴학처분을 당했던 학생이 목숨을 건 단식 끝에 예배참석을 선택사항으로 두겠다는 학교측의 약속을 받아내는데 성공한 사례가 보도되면서 사립학교에 의한 종교의 자유침해 문제가 사회적 문제로 떠올랐다.<sup>1)</sup> 헌법적 관점에서 볼 때, 이는 바로 오늘날 기본권이 국가권력에 의해서만이 아니라 사회적 세력, 단체, 또는 일반 사인에 의해서도 침해될 수 있다는 예를 극명하게 보여주고 있는 것이라 할 수 있다. 사실 헌법상 기본권이란 역사적 또는 문언적으로 국가권력으로부터 국민을 보호하기 위한 것, 즉 국가에 대해 국민이 가지는 공권으로 인정되어 온 것이었으나, 20세기 이후 새로운 사회적 제권력들의 등장과 함께 헌법상 기본권이 사인에게도 확대 적용되어야 한다는 필요성이 대두되게 되었고 이에 따라 기본권의 제3자적 효력 또는 대사인적 효력이라는 주제하에 다양한 헌법이론들이 소개되어왔다. 독일이론의 영향에 따라 그간 우리 학계의 다수설은 기본적으로 사인간의 기본권효력을 인정하기는 하지만, 그 적용은 단지 법률의 개괄적인 조항, 즉 사법상의 일반원칙들을 통해서만 가능하다는 간접효력설이었다. 그러나 이 같은 간접효력설은 기본권의 대사인적 효력문제를 헌법해석의 차원이 아닌 단지 법률해석, 그것도 사법의 일반조항의 해석차원에서 취급하게 되어 결과적으로 기본권의 효력을 부인할 수 있다는 비판을 면치 못하고 있고, 또한 헌법소원 대상을 법원의 재판을 제외한 “공권력의 행사 또는 불행사”로 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석과 관련하여서도 과연 사인에 의한 기본권침해와 관련된 헌법소원에 있어 간접효력설이 어떤 의미와 기능으로 작용할 수 있을지 의문시되고 있다.

따라서 이하에서는 우선 사인에 대한 헌법적용문제에 관한 우리 학설과 판례의 경향, 이에 대한 문제점을 살핍으로써 우리 헌법상 사인에 대한 헌

---

1) “학내종교자유화 아직은 먼길” 경향신문, 2005. 7. 20.; “종교의 자유” 단식, 조선일보 2004. 10. 18.

법적용문제를 재검토해보는 기회를 가져 보고자 한다. 특히 이 문제를 고찰함에 있어 헌법의 적용대상을 명시적으로 국가(state)로 한정하고 있음에도 불구하고 다양한 이론을 통해 사인에 대한 헌법의 적용을 인정하고 있는 미국의 판례와 이론, 그 찬반론 등에 초점을 두고 검토를 한 후, 그 시사점과 수용가능성에 대해서도 함께 살펴보도록 하겠다.

## II. 우리 헌법상 사인에 대한 헌법적용과 관련된 학설 및 판례의 태도

### 1. 기본권 대사인적 효력에 관한 다수설과 그 문제점

우리 헌법상 기본권은 국가에 대해 효력을 갖는 권리이며 사인에 대한 효력은 직접적인 헌법규정이 존재하지 않는 경우,<sup>2)</sup> 사법상의 일반조항을 매개로 해서만 현실적으로 사인에게 적용된다는 간접효력설이 다수설을 차지하고 있고,<sup>3)</sup> 일부에서 효력부인설<sup>4)</sup>이나 직접효력설,<sup>5)</sup> 또는 미국의 state

---

2) 우리 헌법상 대사인적 효력이 인정되는 명문규정의 구체적 예에 대해 견해가 일치하고 있지는 않다. 우선 다수의 기본권 또는 모든 기본권에 관한 포괄적 효력을 인정하는 헌법규정은 없다는 점에는 동의하나 그 개별적 명문규정의 존재에 대해서는 의견이 나뉘고 있다. 일단 헌법 제21조 제4항(언론, 출판에 의한 명예 또는 권리침해금지), 헌법 제35조 제1항(환경권과 국민의 환경보전의무), 32조 제3항 또는 제5항(근로조건의 기준 및 여자와 연소자의 근로보호)과 제33조(근로 3권) 등이 사인간 직접적 효력을 인정하는 헌법의 명문규정의 예로 제시된다. 한병호, 한국에서의 기본권의 대사인적 효력이론에 관한 고찰 -다수설에 대한 비판적 재검토를 중심으로-, 헌법규범과 헌법현실, 권영성교수정년기념논문집, 법문사, (1999) p. 935.

3) 구병삭, 신한국헌법론, 일신사 (1990), p. 248; 권영성, 헌법학원론, 법문사 (2004) p. 330; 이강혁, 헌법의 기본원리, 한국헌법학회출판부 (1978), p. 44.; 허영, 한국헌법론, 박영사 (2005) p. 258-61. 기본권의 대사인적 효력에 대해 간접효력설을 취하고 있는 견해도 사인에게 직접효력이 있는 기본권과 간접효력이 있는 기본권 또는 효력이 없는 기본권으로 이분 또는 삼분하고 있는 실정이다. 이런 기본권의 효력구분에 대한 비판에 대해서는 한병호, 앞의 논문, p. 933 이하 참조.

4) 윤세창, 신헌법, 일조각 (1983), p. 105.

5) 김기범, 한국헌법, 교문사 (1973), p. 131.

action이론의 수용설,<sup>6)</sup> 법사회학적 접근설<sup>7)</sup>, 그리고 최근 기본권보호의무론<sup>8)</sup> 등이 주장되고 있다.

많은 학자들의 지지를 받아 온 간접효력설이란 기본권의 효력은 '법률의 개괄적인 조항, 특히 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위는 무효'라고 정하는 민법 103조의 공서양속, 신의성실, 권리남용, 불법행위금지 등과 같은 사법상의 일반원칙들을 통해서만 사인간에도 적용된다는 학설로, 이는 결국 사법적 일반 원칙의 해석과 적용에 있어 기본권의 가치실현에 초점을 맞추어야 한다는 것을 의미한다고 볼 수 있을 것이다. 이렇게 헌법합치적 해석대상을 민법의 일반조항으로 축소하는 간접효력설의 근거로는 i) 기본권은 개인적 공권이라는 관념을 바탕으로 만일 기본권이 사인간에 직접 적용된다면 헌법과 사법은 서로 다른 종류의 범영역이라는 공·사 구분, 사법의 독자성을 무시하는 것이 되고, 사인간의 법률관계에 대한 기본권의 침투로 사적 자치는 부인될 것이며, 사인에 대한 기본권적용 영역의 획정은 원칙적으로 법관이 아닌 입법자의 임무이기에 권력분립에 반할 수 있다는 점에서 직접 적용설은 문제가 있고, ii) 헌법은 상위규범으로 하위규범인 사법을 구속하고, 사법의 의미내용은 헌법에 따라 정해진다는 것을 인정함에 따라 효력부인설이 갖는 한계를 극복할 수 있다는 점을 들 수 있다. 다시 말해 간접효력설은 지금의 공·사법 이원체계를 무너뜨리지 않은 채, 계약의 자유와 사적 자치라는 사법상 원리를 유지시키고, 기본권 존중과 보장이라는 공법사상을 사법에 도입할 수 있는 최적의 해석방법이라고 볼 수 있다는 것이다.<sup>9)</sup>

그러나 이와 같은 간접효력설에 대해서는 많은 문제점이 지적되고 있는

---

6) 안용교, 한국헌법, 서울, 고시연구사 (1989).

7) 최대권, 기본권의 제삼자적 효력-법사회학적 접근의 시도-, 공법연구, 한국공법학회, (1983).

8) 송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문 (1999); 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 226호 (1995).

9) 환경권의 대사인적 효력, 송기춘, 공법연구 제28집, 제3호 (2000, 3); 한병호, 앞의 논문; 정종휴, 사법관계에서의 헌법원리의 충돌, 현대민법의 과제와 전망, 남송 한봉회 교수회갑기념논문집 (1994) 참조.

데 이를 간략히 살펴보면 간접효력설은 i) 사법을 해석함에 있어 기본권이 어떠한 방식으로 그 효력을 미치게 되는지 구체적인 해답을 제공하고 있지 않으며, 결국 사법해석의 주체로서의 법원이 개별상황에 따른 가치에 근거하여 해석을 해야 하고, ii) 사법의 일반조항을 통해서만 기본권의 대사인적 효력이 인정된다는 전제는 사인 상호간의 관계에 효력을 미치게 되는 기본권의 규범내용이 헌법의 기본권규정에서 직접 도출된다는 것인지, 아니면 사법의 일반조항의 해석과정에서 비로소 인식되는 것인지 불분명하다는 것이다. 이런 비판에 따르면 전자의 경우를 취한다면 이는 사실상 직접효력설과 다름이 없기에 굳이 헌법상의 기본권규정 자체로부터 인식된 동일규범내용이 왜 사법의 일반조항의 해석을 통해서만 적용된다고 주장하는지 이해하기 힘들게 되며, 후자의 경우를 취한다면 기본권의 대사인적 효력문제를 헌법해석의 차원이 아닌 단지 법률해석, 그것도 사법의 일반조항의 해석의 차원에서 취급하는 결과가 되어 효력부인설과 다르지 않게 된다. 또한 iii) 사법상 일반조항은 그 속에 포함된 불확정개념(예로 민법 103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서,’ 104조의 ‘공정’, 750조의 ‘위법행위’ 등)에 의해 물론 기본권의 규범내용을 쉽게 포섭할 수도 있지만 사법적 해석에 있어 일정한 한계가 있을 수밖에 없기에 기본권의 규범내용까지 포함하지 않는 경우도 발생할 수 있게 된다.<sup>10)</sup> 그리고 iv) 간접효력설의 근거로 제시되는 공·사법이원론의 유지라는 관점에서 볼 때 사실상 이런 공·사분리가 우리법학의 당연한 전제로 되어있기는 하나 공·사법을 명확히 구분할 수 있는 통일적 기준이 있는 것도 아니고, 오늘날 그 구별은 점차 상대화되어가고 있으며<sup>11)</sup>, 또한 무엇보다도 헌법상 기본권에 대비되는 것으로 언급되는 사법은 형식적 법률인데도 불구하고 기본권과 사법의 관계를 공·사법이원론에 의거해 파악하는 것은 헌법과 법률사이의 명백한 상

10) 한병호, 앞의 논문, p. 959-60. 최대권교수도 간접효력설은 사실상 효력부인설의 수정이론으로 보고 기본권대사인적 효력에 대한 대답은 논리적으로 있다와 없다라는 두 가지 뿐이며, 간접효력설은 논리적으로 직접효력부인설이라고 보았다. 최대권, 앞의 논문, p. 197-98.

11) 권영철, 헌법과 사법의 관계에 관한 서설, 공법연구 제28집 제3호 (2000, 3), p. 69-70.; 한병호, 앞의 논문, p. 960-62.; 정종휴, 앞의 논문, p. 1364.



하관계를 무시하는 것이라 할 수 있다. 마지막으로 vi) 기본권이 사인에게 직접 효력을 미친다면 사적 자치의 원칙이 무너지고 사법의 독자성도 유지될 수 없다는 판단에서 도출된 간접효력설의 유지근거도 오늘날 사적 자치원칙이 단지 사법에서만 아니라 헌법적으로도 보호되고 있다는 점을 간과한 것이며, 사적 자치라는 것 역시 사법의 독자성을 확보하기 위해 기본권과 별도로 존재하는 법원칙이 아니라 국가의 기본법이자 최고법인 헌법에 의해 인정되는 하나의 기본권이라는 점에서 볼 때 이는 타당하다고 보기 어렵다.

이와 같은 비판에 따라 최근 학계에서 소개되고 있는 이론이 바로 독일의 ‘국가의 기본권보호 또는 보장의무이론’이라 할 수 있다. 이를 간단히 살펴보면 기본권 보호의무란 국가의 침해에 대한 방어권적 기능만이 아니라, 기본권에 의하여 보호되는 기본권적 법익을 사인인 제3자의 위법한 침해로부터 보호하여야 할 국가의 의무를 말한다고 볼 수 있다.<sup>12)</sup> 사인간의 기본권 적용문제의 관점에서 볼 때 협의의 기본권보호의무는 두가지 방향으로 구성될 수 있는데, 첫째는 국가에 대해 적용할 수 있는 방어권의 구성이 사인간에도 그대로 타당하다는 방어권적 구성과 둘째, 국가와 사인의 행위를 구분하여 국가는 사인의 기본권을 다른 사인에 의한 침해로부터 보호할 의무가 있기에, 타인으로부터 기본권을 침해받은 사적 당사자는 국가에게 보호를 요청할 대국가적 보호청구권을 가진다는 보호권적 구성이 바로 그것이다.<sup>13)</sup> 우리 헌법은 제10조 제2문에 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있기에 이런 국가의 기본권보호의무는 충분히 도출 가능한 것이라고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 그런데 이와 같은 기본권보호의무이론은 입법부작위나 사인의 기본

12) 이런 보호의무의 개념은 본래 형법 또는 행정법적 영역에서 출발한 것이지만 이를 사법적인 영역까지 끌어들이는 것이라고 하겠다. 권영실, 앞의 논문 p. 78.

13) 정종휴, 앞의 논문, p. 1368-70.

14) 헌법재판소는 몇몇 판례를 통해 ‘국가의 기본권보호의무’에 대해 언급한 예가 있는데 이는 입법부작위와 불가소처분과 관련된 사안과 관련된 것이었고 사인에 의한 기본권침해가 문제된 것은 아니었다. “國家의 基本權保護義務의 이행은 立法者의 立法을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 國家가 그 保護義務를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 立法裁量의 範圍에 속하는 것이다. 國家의 保護義務를 立法者가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 立法者의 책임범위에 속하므로, 憲法裁判所는 權力分立의 관점에서 소위 過少保護禁止原則을, 즉 國家가 國民의 法益保護를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 되어, 결국 憲法裁判所로서는 國家가 특정조치를 취해야만 당해 法益을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 保護義務의 위반을 확인하게 된다.” 헌재, 1997. 1. 16. 92헌바6·26.

권침해와 관련하여 헌법을 통한 사법부의 개입에 대해 정당성을 부여하는 충분한 근거가 될 수는 있겠지만 과연 국가가 어느 시점에서 어느 정도로 사인간의 관계에 헌법적 보호의무를 근거로 개입해야 하는가에 대한 기준을 제시하는 데는 한계가 있어 보인다. 물론 기본권보호의무이론에 따르면 기본권을 침해받은 자가 국가에 대해 보호를 요청한 경우 국가는 적어도 최소한의 보호이상을 제공할 의무가 있다는 과소보호금지원칙이 제시되고 있고, 또한 기본권보호의무는 기본권 서열이 높을수록, 기본권침해가 심각할수록, 위협의 강도가 높을수록, 기본권자의 자기방어능력이 적을수록 상대방의 기본권의 중요도가 낮을수록 발생가능성이 높으며, 또한 계약에 의한 기본권 제한정도가 협의의 과잉금지원칙에 반하는 경우에 법원의 개입이 필요하다는 기준이<sup>15)</sup> 주장되기도 한다. 그러나 과소보호금지라든지, 기본권서열, 기본권 침해의 심각성, 위협의 강도 등과 같은 해석기준도 역시 국가의 기본권보호의무의 정도를 명확하게 하는 데는 한계가 있으며, 이와 같은 해석은 궁극적으로 헌법상 기본권이 사인에게도 직접 적용된다고 보아 문제된 양 당사자간의 기본권을 직접 비교형량하는 것, 즉 직접효력설과 과연 어떤 실질적, 결과적 차이가 존재하는가라는 의문이 든다. 그렇다면 결국 국가가 보호의무라는 미명하에 모든 사인간의 관계에 개입하여 사적 자치를 침해할 위협의 발생 가능성, 그리고 사법부가 입법부의 위치를 대신할 위험성 등과 같은 기본권의 직접효력설에 대한 비판가능성을 공유하게 된다는 점 또한 지적하지 않을 수 없다.

---

15) 이는 독일의 학자 Alexy의 견해라고 볼 수 있다. 정종휴, 앞의 논문, 1371- 1381.

## 2. 기본권 대사인적 효력에 관한 법원의 판례경향

기본권의 대사인효에 관한 우리의 법원의 입장은 사실상 일관적이라고 보기는 어려운 것 같다. 1995년 부산대학교가 인근 고층아파트 신축 공사에 대해 공사증지가처분을 신청한 사건에서 부산고등법원은 헌법 제35조 제1항인 환경권조항으로부터 직접 사법상 환경이익의 침해방지청구권이 도출되는 것으로 해석하여 기본권의 직접적인 효력을 인정하였지만,<sup>16)</sup> 대법원은 헌법 제35조 규정이 개개의 구체적인 사법상의 권리를 부여하는 것이 아니고 사법상의 권리로서 환경권이 인정되기 위해서는 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다고 결론지었다. 또한 ‘중중회원은 선조 정자원자(正字元字)의 후예자손으로 구성한다’고 규정된 중전의 정관을 개정하여 중중회원을 만 20세 이상의 남자로 구성한다고 변경하면서 중중재산을 매각하여 각 종원에게 배분하기로 한 임시총회결의는 규정관에 따라 중중자격이 있는 여성원고에게 통지없이 진행된 것으로 무효라며 제소된 중중회원확인 소송에서<sup>17)</sup> 서울 고등법원은 ‘규정관이 남자후손으로 한정하지 않고 후예자손이라고 규정함으로 여자 후손을 포함시켰다하더라도 이 조항자체가 중중의 본질에 반하여 무효이며, 여자 및 미성년자를 배제한 성년이상의 남성으로 형성되는 중중의 종래 관습이 헌법상의 남녀평등의 원칙 등과 조화를 이루지 못한다고 볼 여지가 있다하더라도, 헌법상의 평등권은 사인 상호간의 법률관계에 있어서 사법상의 일반조항을 통하여 간접적으로 적용되는 것일 뿐’이라며 피고의 청구를 기각하였다.<sup>18)</sup> 이와 같

16) 부산고등법원 1995. 5. 18. 선고 95카합5 판결, 하집1995-1, 50. 서울지방법원도 봉은사사건에서 같은 취지의 판결을 내렸다. 서울지법 1995. 9. 7. 선고 94카합 6253 판결.

17) 서울 고법 제10민사부, 2001.1.11. 선고. 서울 고법 2000 나 36097.

18) 이에 대한 상고심에서 2005. 7. 21. 대법원은 중중 구성원의 자격을 성인 남성으로 인정하여 오던 관습법이 헌법과 전체 법질서에 부합하지 않는다는 이유로 종래 관습법의 효력을 부인하였다. 대법원의 다수견해는 “중원의 자격을 성인 남자로서만 제한하고 여성에게는 중원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여 우리 사회 구성원들이 가지고 있던 법적 확신은 상당 부분 흔들리거나 약화되어 있고, 무엇보다도 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기조로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀

은 판결들은 현재 법원이 기본권의 대사인적 효력에 대한 간접적용설의 입장을 그대로 취하고 있음을 분명히 명시한 판결임과 동시에 바로 간접효력설이 갖는 문제점도 그대로 입증하고 있는 판결이라고 볼 수 있다. 이 판결에서는 i) 기본권이 어떠한 방식으로 그 효력을 미치게 되는지 구체적 분석이나 답을 제공되지 않았고, ii) 사인을 구속하는 기본권의 효력의 범위가 사적 자치를 제한하는 사법의 일반조항의 효력범위를 벗어나지 않았으며, iii) 기본권의 대사인적 효력문제를 헌법해석의 차원이 아닌 단지 법률해석, 그것도 사법의 일반조항의 해석의 차원에서 취급하여 효력부인설과 결과적으로 같게 될 수 있는 간접적용설의 위험을 그대로 보여주고 있기 때문이다.

그러나 사립대학교의 종교교육이 문제된 사례에서 대법원은<sup>19)</sup> 숭실대학교가 학칙으로 대학예배의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 경우, 위 대학교의 대학예배는 목사에 의한 예배 뿐만 아니라 강연이나 드라마 등 다양한 형식을 취하고 있고 학생들에 대하여도 예배시간의 참석만을 졸업의 요건으로 할 뿐 그 태도나 성과 등을 평가하지 않는 사실 등에 비추어 볼 때, 이 경우의 예배는 복음 전도나 종교인 양성에 직접적인 목적이 있는 것이 아니고 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생

---

의 차별을 두지 아니하며, 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하고 남녀평등을 실현하는 방향으로 변화되어 왔으며, 앞으로도 이러한 남녀평등의 원칙은 더욱 강화될 것인바, 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다. 따라서 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다”고 판시하였다. 대판 2005. 7. 21. 2002다 1178.

19) 대판 1998. 11. 10. 96다37268.

들에게 종교교육을 함으로써 진리·사랑에 기초한 보편적 교양인을 양성하는데 목적을 두고 있다고 보아 대학예배의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 숭실대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니라고 판시하였다. 이 판결에서 대법원은 분명한 입장을 표하지는 않았으나 사립대학이라는 사인의 행위와 학생간의 관계를 단순히 민법상 계약관계로 보고 민법의 일반조항을 통해 기본권적용여부를 심사하였다기보다는 오히려 사립대학의 종교교육의 자유 및 대학의 자치권과 학생의 종교의 자유라는 양당사자의 헌법상 기본권을 직접 비교형량한 것이 아닌가 한다. 이 판례에 따르면, 만일 사립대학이 전도의 목적으로 목사만의 예배로 구성되는 예배참여를 졸업요건에 하였거나 태도나 성과 등을 반영하였다면 그런 학칙은 학생의 종교의 자유를 침해하는 위헌적 학칙이 될 수 있다는 해석 또한 가능하기 때문이다. 이렇게 본다면 기본권 대사인적 효력에 대한 판단에 있어 우리의 법원은 일반적으로 ‘간접효력설’을 취하고 있다고 볼 수는 있지만 결코 일관되거나 확고한 입장은 아니라고 생각된다.

### III. 미연방헌법상 사인에 대한 헌법적용논의

#### 1. State Action이론의 의의 및 연방대법원의 심사기준

사인에 대한 헌법적용문제에 관한 미국 헌법상의 논제는 바로 국가행위(State Action)이론이다. 미연방헌법상 개인의 자유와 권리를 보호하는 기본권관련 규정들은<sup>20)</sup> 단지 정부의 행위, 즉 연방과 주정부의 행위<sup>21)</sup>에 대

20) 미연방헌법상 권리장전규정, 수정헌법 제14조 제15조 등.

21) State Action 이론에 있어 “state action”은 “state(주)”와 “action(행위)”이라는 두 개의 단어로 이뤄져있다. 여기에서 “state(주)”는 초기 단지 연방의 반대개념인 ‘주(州)’만을 의미하는 개념이었겠지만, 오늘날 연방정부의 행위에 대한 규정인 권리장전의 내용은 수정 제14조를 통해 대부분 주로 수용되었고 주정부의 행위만을 대상으로 하는 수정 제14조의 평등보호조항 또한 수정 제5조를 통해 연방정부에도 적용되기에, 이제 “state”는 주이외에 연방과 지방정부(local government), 카운티에 이르는 정부기능을 수행하는 모든 정부기관 또는 국가기관을 의미한다고 해석되고 있다.

해서만 그 제한과 의무를 부과하고 있기에 사인의 행위는 일반적으로 헌법의 적용대상이 아니다. 물론 이에 대한 구체적 인식은 수정헌법 제14조 제1항<sup>22)</sup>의 “어떤 주도 … 할 수 없다(No state shall…)”라는 문구를 해석하고 정의해 온 연방대법원의 판례를 통해 확립되었는데 적법절차와 평등보호조항의 적용대상을 ‘주(state)’로만 한정하고 있는 이 조항에 있어 수식구인 ‘주’의 범위를 어떻게 확장할 것인가, 특히 이 조항을 ‘주’가 아닌 특정 ‘사인(private entity)’에게도 적용시킬 수 있는가에 하는 문제는 지난 1세기동안 법원을 가장 힘들게 만들었던 난제이기도 하였다.

남북전쟁이후 제정된 수정헌법조항들의 가장 큰 목적은 노예제의 폐지와 인종차별의 축출이었고 이를 위해 연방의회는 주에 의한 차별행위이상으로 인종평등의 큰 장애를 가져오는 ‘사인’에 의한 차별행위에 대해 일련의 민권법을 규정하여 규제하기 시작하였다. 그러나 수정 제14조 제1항은 ‘주’에 의한 권리침해만을 금지하였고, 동조 제5항<sup>23)</sup>은 연방의회에게 제1항의 적절한 시행을 위한 입법권한만을 부여하고 있어서, 과연 연방의회가 제14조의 효력을 사인에게도 직접 적용시키는 입법을 제정할 권한을 가지는지가 문제되었다.

1883년 Civil Rights Cases<sup>24)</sup>에서 연방대법원은 공공장소에서 사인간의 인종차별을 금지한 1875년 민권법의 위헌성여부를 심사하게 되었고 의회의 입법권한의 판단을 위해 먼저 수정 제14조의 적용범위를 설정하여야만 하였다. 여기서 법원은 수정 제14조는 주의 행위(state action)만을 금하는 것이고, 사적 권리에 대한 사인의 침해는 이 조항의 주제가 아니라며 문자적 의미 그대로 공식적인 주의 행위만이 수정 제14조의 적용대상이 된다는 state action 이론의 성립시켰다. 또한 동조 제5항에 따른 연방의회의 입법

22) 수정 제14조는 제1항에서 어떤 주도 미합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 실시할 수 없으며, 어떤 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며 그 통치권 내에 있는 어떤 사람에 대해서도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다고 규정하고 있다.

23) “의회는 적절한 입법으로 동 조항을 시행할 권한을 가진다.”

24) The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883).

권한도 동조 제1항을 위반하는 ‘주’의 행위에 대한 ‘구제적(remedial)’ 범위 내에서 존재하는 것이기에 사인의 차별행위를 규제하는 적극적 입법은 의회의 권한을 넘는 것으로 위헌임을 선언하였다. 이렇게 사인의 행위는 아무리 차별적이고 부당한 것이더라도 수정 제14조의 적용대상이 되는 “state action”이 아니기에 헌법의 적용대상이 되지 않는다는 state action이론은 i) 개인의 자유 또는 자치영역의 보장, ii) 시민의 권리에 대한 주된 보호자는 ‘주’이고 연방정부는 만일 주가 그런 보호를 실패한 경우에만 오로지 이를 보호할 수 있는 권한을 갖는다는 연방주의의 보존, iii) 연방입법이 존재하지 않는 경우 연방사법부는 결코 사적 행위를 평가할 수 없다는 권력분립이론에 근거하여 지지되고 유지되었다. 그러나 Civil Rights판결로 인해 사인의 행위가 수정 제14조의 적용대상이 되지 않게 되어 사인간의 인종차별을 금한 민권법 또한 휴면상태에서 아무런 효력을 발휘하지 못하자 민권은 암흑기를 맞을 수밖에 없었고 이런 입법의 공백을 메워야하는 부담은 다시 연방대법원의 몫으로 돌아왔다.<sup>25)</sup> 이와 같은 목적을 달성하기 위해 연방대법원이 취한 조치가 바로 몇몇 이론들을 통한 state action개념의 확장이었고, 이를 통해 특정한 사인의 인종차별행위는 state action으로 전환되어 헌법의 구속을 받게 되었다.<sup>26)</sup> 연방대법원에 의한 state action개념의 확장배경에는 이 같은 인종차별철폐라는 시대적 목적이외에 또 다른 사회적 현상의 변화를 들 수 있는데 이는 바로 20세기이후 나타난 사회 권력들(social forces)의 등장이라 할 수 있다. 기업, 언론매체, 재단, 노동조합, 병원, 무역협회, 대학 등과 같은 거대하게 조직화된 사적 집단의 출현은 사회 각 분야에 많은 변화를 가져왔고 이들은 주와 거의 유사한 형태의 권력을 가지고 국가의 사회적, 경제적, 정치적 생활에 직접적이고 결정적인 영향력을 행사하던 것이다.<sup>27)</sup> 이들 사적 권력들이 힘없는 개인들로부터 권리를

---

25) Ronna Greff Schneider, *State Action - Making Sense Out Of Chaos - An Historical Approach*, 37 U. Fla. L. Rev. 737, 739 (1985).

26) 그러나 state action개념의 확장이라는 형태로 나타난 인종차별에 대한 법원의 반감은 상대적으로 사인의 선택의 자유보장과 연방주의의 유지문제에 대한 무시를 보여주는 것이기도 하였다.

27) Morton J. Horowitz, *The History of th Public/Private Distinction*, 130 U. Pan. L. Rev. 1423, 1428 (1982).

침해하는 현실과 그 가능성은 증대되었고 따라서 이런 거대사인에게 대해 주권력에 적용되는 것과 같은 헌법상의 제한을 두는 것은 타당하고도 필수적인 요청으로 다가왔다. 이와 더불어 19세기 정부의 비개입 정책은 20세기 중반부의 복지국가(activist welfare state), 적극국가(positive state)의 출현과 더불어 획기적 전환을 맞이하게 되었으며, 특히 사기업규제 등을 통한 적극적인 정부의 영향력증대는 주의 행위와 사적 단체의 행위를 한데 얽어놓아 과거 쉽게 식별이 가능했던 공·사 행위간의 경계선을 흐리게 하였고 곧이어 제정된 국가노동관계법과 사회보장법률들도 사적 관계에 대한 광범위한 정부개입의 지지를 의미하는 것임과 동시에 공과 사의 구분을 어렵게 만드는 것이었다. 결국 적극적 국가의 도래는 state action개념 확장에 중요한 원인으로 작용하였다.<sup>28)</sup>

이러한 시대적 배경속에서 1940년대 이후 등장한 사법적극적 연방대법원은 사인의 행위에 의한 헌법침해문제의 위험성과 심각성을 깨닫고 사인의 행위를 state action으로 전환시키는 여러 이론들을 도입하였으며, 이제 연방대법원은 국가 그 자체의 행위는 물론, 국가의 행위로 귀속되는 것이 적절한 (fairly attribute to the state) ‘사인의 행위’도 헌법의 적용대상이 된다는 해석하에<sup>29)</sup> 그간 state action개념의 확장을 위해 도입된 여러 이론을 기준으로 문제된 사인의 행위에 대한 state action존재여부를 심사하고 있다. 그러나 1961년 연방대법원이 “state action이 존재하는지를 결정하는데 있어 정확한 공식을 유형화하고 적용하는 것은 법원이 한번도 시도해 본적이 없는 불가능한 작업”이라고 언급한 것처럼<sup>30)</sup> 법원은 그간의 state action심사에 있어 심사이론의 용어나 기준에 대한 명확한 분석이나 해석을 행하지 못하였으며 그 적용에 있어서도 일관성 있는 모습을 보여주지

28) Michael J. Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 St. Louis U. L. J. 683, 725-28(1984). Ronna Greff Schneider, *supra*, at 738-39.

29) *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U.S. 922, 939 (1982). *Edmondson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 500 U.S. 614 (1992).

30) *Burton v. Wilmington Park Authority* 365 U.S. 715, 722 (1961).



못하였다. 따라서 미연방대법원의 state action심사이론을 정확히 분류하여 설명한다는 것은 어려운 일이나 지금까지의 state action관례관례를 분석하여 보면 이를 공적 기능이론, 공생관계이론, 긴밀 관련성이론, 강제 및 조장이론으로 나누어 볼 수 있다.

이에 관해 간단히 살펴보면 우선 공적 기능이론이란 사인의 행위가 국가와 어떤 연관성이 없는 경우라도 본질적으로 국가의 기능과 같은 경우, 이는 “공적 기능(public function)”을 행하는 것으로 보아 state action으로 간주한다는 이론이다. 이와 같은 공적 기능이론은 i) 국가는 자신이 행하여야 할 기능을 사인에게 떠맡김으로써 헌법적 구속을 피할 수 없으며, ii) 어떤 행위는 본질적으로 고유한 국가의 행위로 볼 수 있기에 때문에 이를 행하는 사적 주체 또한 헌법의 구속을 피할 수 없다는 근거에서 도출되었다고 볼 수 있다.<sup>31)</sup> 이런 공적 기능이론의 출발은 1944년 정당의 백인만의 예비선거(white primary cases)사례에서 선거제도의 운영은 주의 본질적 기능으로 예비선거도 선거과정에 필수적인 부분이기에 ‘공적 기능’이라고 선언한 Smith 판결<sup>32)</sup>에서 시작되었지만, 사기업 소유의 타운에 대한 state action심사였던 Marsh판결<sup>33)</sup>에서 구체화되었다고 할 수 있다. 이 판결에서 연방대법원은 ‘소유자가 그의 이익을 위해 재산을 공공의 사용에 제공하면 할수록 소유자의 권리는 이를 이용하는 자의 헌법적 그리고 법률적 권리에 의해 제한을 받기에... 공공의 이익을 위해 지어져 운영되는 시설은 본질적으로 공적 기능(public function)이 된다’고 판시하였다. 이런 Marsh판결의 광범위한 공적 기능이론은 1966년 사설공원, 1968년 쇼핑센터로 그 적용영역을 확대시켜 나갔지만 Burger법원 이후 1974년 전기회사에 대한 공적 기능성이 문제된 Jackson판결에서<sup>34)</sup> 연방대법원은 “의사, 안경사, 변호사, 우유판매업소는 모두 공익에 영향을 미치는 필수적인 재화와 용역을 공급

---

31) Thomas G. Quinn, *State Action: A Pathology and a Proposed Cure*, 64 Calif. L. Rev. 146, 167 (1976). Chemerinsky, *Constitutional Law* (1997) p. 397.

32) *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944).

33) *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

34) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974).

하면서 규제를 받는 사업들이지만, 이런 지위로 인해 그들의 모든 행위가 주의 행위로 전환되지는 않는다”고 판시하며 전기회사에 대한 공적 기능을 부인하였다. Jackson판결로 공적기능이란 “전통적으로 국가의 주권과 관련되고 배타적으로 국가에 의해 운영되는 행위나 기능들”<sup>35)</sup>을 의미하는 것으로 그 의미가 축소되었고, 다시 Flagg판결<sup>36)</sup>에서는 배타성이 더욱 강조되어 “많은 기능이 전통적으로(traditionally) 국가에 의해 수행되어 왔지만, 배타적으로(exclusively) 국가에 귀속되는 권한은 거의 없다”며 단지 백인전당 대회 사례와 회사타운 사례만을 전통적으로 배타적인 공적 기능이라고 보았다. 이렇게 Burger법원 이후 ‘공적 기능이론’은 ‘주권 기능(sov​er​eign function)이론’으로 부를 정도로 그 범주가 엄격하게 한정되었고, 이후 Rehnquist법원에서도 무조건적 배심원기피신청<sup>37)</sup>만이 공적 기능으로 첨가되었을 뿐 여전히 이 같은 보수적이고 경직된 공적 기능이론의 해석은 일관되고 있다. 공생관계 또는 공동 참여이론은 주의 재산을 임차한 레스토랑에서의 인종차별행위문제를 다룬 1961년 Burton판결<sup>38)</sup>에서 성립되었다. 이 판결에서 연방대법원은 “주는 서비스를 거부한 당사자를 만들었을 뿐만 아니라 차별의 뒤에 주의 권한, 재산, 특권을 부여하였으며, 주는 너무 깊숙이 스며들어(insinuated) 상호의존적 위치가 되었고, 이는 차별행위에 있어서 주가 공동참여인(joint participant)이라는 것을 인식해야만 한다.”며 주와 사인간의 상호의존성, 특히 주의 수익적 관계를 근거로

---

35) Id.

36) Flagg Bros., Inc. v. Brooks, 436 U.S. 149 (1978).

37) 예비배심원에 대해 소송 당사자가 이유를 설명할 필요 없이 기피를 요구하여 배심원을 선택할 수 있는 절대적 권리를 인정해 주는 무조건적 기피신청제도는 당사자주의라는 미국의 사법체계에서 100여년간 지속되어오고 있는 제도이다. 그러나 소송의 진행에 있어 배심원 개개인에 대한 신상정보가 부족한 경우 당사자 또는 그 변호인들은 대부분 인종에 대한 정형화된 가정에 기초하여 흑인에 대한 무조건적 기피를 사용하게 되었고 이는 현실적으로 인종차별을 가져오는 결과를 이끌었다. 그러나 무조건적 기피제도는 우선 state actor가 아닌 사인이 행하는 것이고, 특히 피고 또는 피고인에게 있어 가장 중요한 권리 중의 하나로 공정한 재판 절차를 보호하는 수단이기 때문에 이에 대한 state action인정여부는 많은 논란의 대상이 되었다.

38) 365 U.S. 715 (1961).

주와 공동참여자(joint participant)관계에 있는 사인의 행위를 state action 이라고 판시하였다. 1972년 *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*판결<sup>39)</sup>에서 연방 대법원은 Burton판결의 기준을 공생관계(symbiotic relationship)라고 언급하였고,<sup>40)</sup> 이후부터 Burton판결은 공생관계이론, 공동참여이론의 선례로 명명되었다. 그러나 연방대법원은 공생관계이론의 적용범위를 Burton사안처럼 국가와의 임대차관계에 있거나 국가가 사인으로부터 수익을 얻는 경우, 또는 공무원과 공동 참여의 관계에 있는 사인의 행위로만 한정시켰다. 따라서 state action심사에 있어 공생관계이론의 효력이 지속될 지에 대해서는 회의적인 견해가 나타나기도 하였지만<sup>41)</sup> 연방대법원은 지속적으로 공생관계이론을 state action의 존재를 파악하는 기준으로 언급하였다.<sup>42)</sup> 최근 “Burton판결은 수정 제14조상의 ‘state action’을 다루는 초기 판결들 중 하나일 뿐이며, 이후 판례들은 Burton판결에서 나타난 모호한 ‘공동참여심사(joint participation test)’를 재정립해왔다”는 Sullivan판결<sup>43)</sup>에서의 평가처럼 공생관계이론은 Burton판결의 사안범위 이상으로 그 범위가 확장된 경우는 결코 없었고, 대신 공무원과의 공동 참여자관계에 있는 사인에 적용되는 이론으로 다시 자리 잡는 모습을 보이고 있다. 셋째, 연방대법원은 주와 사인 간에 충분한 긴밀 관련성(close nexus)이 존재하는 경우, 문제된 사인의 행위는 state action으로 전환될 수 있다는 긴밀 관련성이론을 전개하였다. 이 이론 하에서 심사의 대상이 된 사례는 대부분 주의 과도한 규제나 직접적인 주의 원조행위였는데 연방대법원은 1973년 *Norwood*판결<sup>44)</sup>과

39) 407 U.S. 163 (1972).

40) 이후 *Jackson*판결(419 U.S. 345, 1974)에서도 법원은 전기회사는 주로부터 재산을 임차한 것도 아니기에 Burton판결에서의 공생관계(symbiotic relationship)가 존재하지 않는다면, Burton사안을 계속하여 공생관계로 명명하였고 그 적용 또한 공적 재산의 임차인으로만 한정하였다. id. at 357-358.

41) Hala Ayoub, *Comment: The State Action Doctrine in State and Federal Courts*, 11 Fla. St. Univ. L. Rev. 893, 898 (1984).

42) 이 심사기준의 효력이 지속되는 가는 의심의 여지가 있으나 연방대법원은 이런 공생관계심사기준을 state action의 존재를 설명하는 수단으로서 지지하였다. *Lebron v. National R. R. Passenger Corp.*, 115 S. Ct. 961 (1995).

43) *Sullivan v. Barnett*, 119 S. Ct. 977, 987 (1999).

44) *Norwood v. Harrison* 413 U.S. 455 (1973).

Gilmore판결<sup>45)</sup>에서 인종차별적 사립학교에 대한 교과서의 지급이나 시운 동장에 대한 독점사용허가 등은 특별하고 직접적인 주의 원조로 위헌적 state action이라고 보았다. 그러나 이후 연방대법원은 주에 의한 어떤 광범 위한 원조나 과도한 규제행위가 존재하더라도 문제된 사인의 행위에 주가 직접적으로 영향을 미치거나 개입한 경우가 아니라면 그 규제나 원조행위 자체만으로 사인의 행위가 state action으로 전환된다고 보고 있지 않다. 예 를 들어, 학습장애아들에 대한 특별교육프로그램지원정책에 의해 학교 운영 비용의 90-99%를 공적 자금으로 보조받는 사립학교에서의 교사해고행위가 문제된 *Rendell-Baker v. Kohn* 사건<sup>46)</sup>에서도 연방대법원은 “사실상 모든 학 교의 수입원이 정부의 자금으로 운영된다는 것은 state action의 존재를 밝히 는 가장 강력한 요건이었지만 학교가 공적 자금을 받았다는 것만으로 이런 해고 결정이 주의 행위가 되지 않는다.”고 하였다. 결국 긴밀 관련성이론 은 state action개념의 확장을 위해 가장 많은 잠재적 실용성을 가지기는 했 으나, Burger법원이후 높아진 기준에 따라 실질적 기능의 발휘를 기대하기란 어려워 보인다. 평가는 받고 있다. 마지막으로 연방대법원은 주가 권한을 부여하여 사인의 행위를 강제하거나 사인의 행위를 조장한 경우 이에 따른 사인의 행위는 state action으로 헌법의 구속을 받는다는 주권한하의 강제 및 조장이론을 전개하였다. 그 대표적인 예로는 1948년 백인거주지역의 부동산 을 흑인에게 매도하는 것을 금하는 인종차별적 제한약관에 대한 사법적 집행이 문제된 *Shelley*사건을 들 수 있다. 여기서 연방대법원은 “인종차별적 약정이 자발적으로 준수되는 경우에는 사적 행위로 수정 제14조의 적용대상 이 되지 않으나, 이것이 판결의 형태로 강제되는 경우에는 주의 행위”가 된 다며 이 사안에서 ‘주는 인종을 근거로 흑인 *Shelley*의 재산권향유를 부인하 려는 사인들에게 완벽한 정부의 강제력(full coercive power of government) 을 이용할 수 있도록 행위하였기에 제한약관에 대한 사법적 강제는 위헌적 state action이라고 판시하였다. 어찌 보

45) *Gilmore v. City of Montgomery* 417 U.S. 455 (1974).

46) 457 U.S. 830 (1982).

면 사법부의 판결은 대표적인 국가기관의 하나인 사법부의 행위에 대한 것이고, 판사들 또한 당연히 state actor이며, 불공정한 사법절차과정문제만이 수정 제14조에 위반된다고 볼 수도 없기에 Shelley판결은 당연한 것이라고 볼 수도 있다. 그러나 사인간의 계약에 대한 이행강제는 거의 대부분이 법원의 행위에 의존하기 때문에 이 판결의 내용대로라면 모든 사적 계약이 헌법적 기준에 충족되어야 한다는 결과를 낳게 되어 state action개념을 무한정 확장시킴과 동시에 state action이론 자체의 존재의의를 상실시킬 수 있다는 점에서 많은 논란과 비난의 대상이 되었다. 그러나 우려와 달리 보수적 판사의 잇단 영입에 따른 Burger법원이후의 state action접근은 과거 Warren 법원과는 달리 state action요건을 다시 강화하는 확실한 state action개념범위에 대한 축소와 후퇴를 보여주는 것이었다.

그런데 최근 연방법에 따라 설립되고, 실질적으로 연방정부의 재정으로 설립되었으나 법률에 의해 “Amtrak은 미연방정부의 기관이거나 시설이 아니다”라고 규정된 철도회사 Amtrak이 헌법을 준수해야 하는 국가기관인가여부가 문제된 사건<sup>47)</sup>에서 연방대법원은 8대 1의 결정으로 “국가는 그것이 주이든 연방이든 간에 간단히 회사의 형태에 의존하여 헌법상 부과된 가장 신성한 의무(most solemn obligation)를 회피할 수는 없다”며 만일 “국가가 회사를 설립하고 회사에 유효한 통제를 유지하였다면 적어도 많은 목적에 있어서 그 회사는 국가의 일부분 그 자체”라고 판시하였다.<sup>48)</sup> 이는 1988년 United States Olympic Committee 사건<sup>49)</sup>에서 연방대법원이 연방의회가

47) *Lebron v. National R.R. Passenger Corp.*, 513 U.S. 373 (1995).

48) *Id.* at 398-9. 연방대법원은 Amtrak이 미국 여객철도 운송업의 소멸을 막기 위해 특별법에 의하여 설립된 회사이고, Amtrak의 이사회 구성원 9명 중 8명이 대통령에 의하여 임명되며, 더욱이 국가는 Amtrak의 모든 우선주를 보유하고 있고, 매년 발생하는 Amtrak의 적자를 지원하고 있기에, 비록 Amtrak의 설립에 관한 연방법률이 Amtrak이 사기업이고 연방정부의 한 기관이 아니라고 규정하였다더라도 Amtrak은 실질적으로 국가의 기관이고 따라서 헌법을 준수해야만 한다고 결론지었다. Krotoszynski, Jr., *An Argument in Favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determination*, 94 *Michigan L. Rev.* 302, 303-05 (1995).

49) *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987).

설립하고, 아마추어 스포츠법에 의해 ‘올림픽’이라는 용어와 상업적 목적을 위한 다양한 올림픽 상징물의 사용에 대한 배타적인 권한을 부여받은 비영리 회사인 미국 올림픽위원회(USOC)의 조치의 state action 여부를 판단함에 있어, 연방의회가 올림픽위원회에 법인격을 부여했고 연방정부가 법률상 동위원회를 규제하였으며 의회가 올림픽용어에 대한 배타적 사용권을 부여하였다는 이유만으로 단순히 동위원회가 state actor가 되는 것은 아니라고 판시한 것과는 판결과는 사뭇 배치되는 판결이었다.<sup>50)</sup> 또한 연방대법원은 2001년 Brentwood Academy 판결<sup>51)</sup>에서 테네시주의 공·사립학교 상호간의 스포츠 조직과 운영을 위한 비영리 연합인 테네시 중등학교 스포츠협회(TSSAA)의 징계행위에 대한 state action 논란<sup>52)</sup>에서 연방대법원은 하급심 판결을 파기하고 “사적 단체의 운영이나 지배에 대한 정부의 과도한 교합관계(pervasive entwinement)”라는 새로운 용어를 사용하여 이 협회의 구성원의 84%가 공립학교장이고, 이들은 협회에서 그들의 학교를 대표하는 공적 영역에서 행위하며, 이들은 협회의 규칙이나 제재를 행사함으로써 협회에 대한 배타적 통제권을 행사하여 이 협회에 대한 주공무원의 과도한 관련성이 인정된다”고 판시하였다.<sup>53)</sup> 이 두 판례는 이전의 엄격한 state

50) Id. at 543. 연방대법원은 미올림픽위원회의 행위가 state action인지 판단하기 위해 역시 공적 기능이론, 간접 관련성이론 등의 심사기준에 따라 state action 심사를 하였다.

51) Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Ass’n 531 U.S. 288 (2001).

52) 1988년 National College Athletic Association v. Tarkanian (488 U.S. 179, 1988) 사건에서도 스포츠 협회에 관한 공무원의 참여가 이 스포츠 협회를 state actor로 전환시키는지의 여부가 문제되었지만 연방대법원은 주립대학의 경우는 당연히 의문의 여지없이 state actor이지만 NCAA는 그 조직이 다수의 사립대학과 공립대학으로 구성된 것이고 그런 조직체의 규율에 주립대학이 참여하고 기준을 적용하였다고 NCAA의 행위가 state action으로 전환되는 것은 아니라고 판시하였다. id. at 193.

53) 이에 대해 Thomas 판사는 법원의 전통적인 state action 용어(vocabulary)에는 교합(entwinement)이라는 기준은 존재하지 않는다고 지적하며 “이런 다수견해의 의견은 state action 이론을 허용이 불가능한 지역까지 확장시켜 이 이론이 보호하고자 하는 개인의 자유의 영역을 침해하고 있다”고 비난하였다. Id. at 304. 여기에는 Rehnquist 대법원장과 Scalia, Kennedy 판사가 동조하였다.

action심사에서 벗어나 완화된 모습을 보이고는 있으나 확정적인 경향이라고 단정하기는 이르다고 평가되고 있고 결국 state action심사는 어색한 비일관성과 함께 예측이 불가능하다는 비판속에서 state action이론은 그 중요성에도 불구하고 여전히 개념적 정의나 이해가 가장 어려운 ‘헌법상의 검은 숲<sup>54)</sup>’으로 남아있다.

## 2. State Action이론에 대한 비판론 및 대안론

“state action이론은 미국법에 있어 가장 중요한 문제”이나 “정확한 형태를 갖추지 못한 이론(doctrine without shape)”이며 state action사례들은 “개념상의 혼동영역(conceptual disaster area)”라고 한 1967년 Black교수의 평가는 오늘날 더 쉽게 직접적으로 와 닿는다고 할 수 있다. 많은 학자들은 우선 현재 state action이론의 개념상의 혼란과 법원의 일관성 없는 적용, 또 이에 따른 예측불가능성에 대해 강한 비난을 표했으며, 시대상황의 변화에도 불구하고 여전히 state action이론에 대한 고전적 이론 원칙을 고수하고 있는 법원의 태도에 불만을 나타내었다. 우선 학자들은 “헌법은 사인의 행위가 아무리 차별적이고 사악한 것일지라도 이에 대해서는 어떠한 방패막(shield)도 될 수 없다”는 연방대법원의 지속적 언급<sup>55)</sup>에서 나타나는 것처럼 법원은 결국 사인이 가장 중요하고도 근본적인 헌법적 가치를 침해하는 경우에도 이를 중지시킬 수 없다는 무력함을 자인하였다고 비판하였다.<sup>56)</sup> 그리고 현대는 대기업과 같은 사인의 손에 쥐어진 부와 권력의 집중화현상에 의해 사실상 사적 행위의 효력이 국가행위와 구별된다고 볼 수 없는 경우가 많고<sup>57)</sup> 국가권력만큼이나 사적 당사자들이 헌법적 가치에 커

---

54) Ronald J. Krotoszynski, Jr., *supra*, at 303 (1995).

55) *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 13 (1948); *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349 (1974).

56) state action이론은 헌법적 권리의 침해가 문제된 경우 사법심사의 실질적 장벽이다. : *Quinn, supra*, at 152.

57) Berle교수는 기업의 세력은 국가권력만큼 심각하게 개인의 권리를 침해할 수 있기에 헌법의 적용의 통한 권리의 구제가 필요하다고 주장하였다. Berle, *Constitutional Limitations on Corporate Activity - Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power*, 100 U. PA. L. Rev. 993 (1952) 참조.

다란 침해를 가할 수 있는 가능성은 너무나 많다는 점을 지적하였다.<sup>58)</sup>

Black, Karst, Horowitz, Williams 교수 등과 같은 많은 학자들은 전통적인 state action이론에 대한 문제점을 지적하며 이에 대한 대안으로 직접적인 비교형량론을 제시하였다.<sup>59)</sup> Williams교수는 state action의 분석의 목적은 state action이 존재하였는지 여부가 아니라 차별을 제거해야만 하는 주의 헌법적 이익이 과연 사인의 차별과 관련된 사적 권리보다 우세하는지 여부로 비교형량되어야 한다며 비교형량이론(balancing test)의 도입을 주장하였다.<sup>60)</sup> 그는 비교형량이란 비록 어떤 공식도 발견할 수 없고 각각의 문제는 관련된 사안에 따라 달라지겠지만, 선례는 종국적으로 state action사례에 예측가능성에 대한 척도가 될 수 있을 것이라고 하였다.<sup>61)</sup> Black교수도 이런 Williams교수의 견해를 반복하면서 법원은 모든 부분에 퍼져있는 state action의 존재를 인정하고, 오히려 헌법에 의해 침해될 수 없는 사적 이익이라는 특별한 영역을 밝히도록 노력해야 한다고 언급하였다.<sup>62)</sup> 그러나 이들의 견해가 제기되던 당시의 state action문제는 대부분 사적인 인종차별과 관련된 행위가 주를 이루었고 따라서 이들이 제기한 비교형량이론 또한 모든 state action 사례에 대한 접근이라기보다는 인종차별과 관

---

58) “사인 단체들의 권력 증가는 거대한 형태로 자유를 침해할 수 있다.” Bazelon, *Civil Liberties - Protecting Old Values in the New Century*, 51 N.Y.U. L. Rev. 505, 512-13 (1976).

59) Black, Forward: “State Action”, *Equal Protection, California’s Proposition 14*, 81 Harv. L. Rev. 69 (1967); Horowitz & Karst, *Reitman v. Mulkey: A Telophrase of Substantive Equal Protection*, Sup. Ct. Rev. 39 (1967); Williams, *The Twilight of State Action*, 41 Tex. L. Rev. 347 (1960) 참조.

60) Williams, *supra*, at 390. Horowitz교수 역시 “주는 항상 사적 행위에 어떤 법적 의미를 부여하기 때문에 state action은 언제나 사적 행위와 겹치는 것”이라며 모든 사례에 있어 그 분석은 state action의 존재여부와 관련되어서는 안되고 항상 존재해 있는 state action의 합헌성여부에 초점을 두어야 한다고 주장하였다. Horowitz, *The Misleading Search for “State Action” Under the Fourteenth Amendment*, 30 S. Cal. L. Rev. 208, 218 (1957).

61) Williams, *supra*, at 390.

62) Black, *supra*, at 103.



런된 state action문제에 대한 제한적 접근이었다고도 볼 수 있다.<sup>63)</sup>

그러나 이런 초기 비교형량이론 지지자와 달리 Chemerinsky교수는 state action이론은 현대의 헌법적 관점에서 볼 때 많은 문제를 지니고 있다면서 state action이론의 폐지와 더불어 그 대안으로써 직접적 비교형량이론을 강력히 주장하였다.<sup>64)</sup> 그는 우선 “사적 자치의 보호”라는 state action이론의 주된 이론적 근거는 state action이론의 보존을 위한 정책적 근거밖에는 되지 않는다고, state action이론의 기원은 바로 “사인간의 권리침해문제는 커먼로(common law)로부터 보호를 받는다고 생각하였기에 헌법은 사인의 행위에는 적용하지 않게 되었던 것”이라고 주장하며 역사적 맥락에서 그 해답을 찾았다. 그는 우선 역사적 관점에서 보면, 헌법이 쓰여진 시기에 개인은 자연권을 갖는다는 폭넓은 믿음이 있었고, 커먼로는 이러한 자연법을 수용하여 사적 침해로부터 개인의 자유를 완전히 보호하고 있다고 생각되었기에 이미 커먼로상 완전히 보장되었던 권리를 헌법이 재론할 필요는 없었으며, 결국 당시 중앙 정부를 창조하는 과정에서 나타난 주된 관심은 커먼로의 원칙에 의하여 제어되지 않고 사인이 행할 수 없는 방법으로 자유를 침해하는 국가 권력에 대한 제한에 관한 것이었고, 그 중에서도 특히 주권면제에 호소하여 개인의 권리를 침해할 가능성이 많은 연방정부의 권력규제에 대한 것이었다고 하였다. 그러나 1937년이래 연방대법원은 성문헌법에 언급되거나 내포되지 않은 새로운 권리를 공공연하게 인정하기 시작하여 헌법 또는 헌정사 그 어디에도 보장을 의도한 적이 없는 privacy,<sup>65)</sup> 여성의 권리,<sup>66)</sup> 여행권<sup>67)</sup> 등을 보호하여 개인의 헌법적 권

---

63) Rotunda & Nowak, *supra*, at 576.

64) Nowak교수 또한 “state action사례는 사적 권리들간의 충돌과 관련된 것으로 법원은 헌법이 어떠한 권리의 우월성을 지시하고 있는지를 결정해야만 한다”며 이런 권리충돌을 해결하기 위해서 법원은 양자의 권리를 직접 비교형량해야 한다고 주장하였다. Rotund & Nowak, *Constitutional Law*, p 574-76.

65) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 959 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 959 (1973). *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

66) *Mississippi Univ. Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 1124 (1976); *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

67) *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1966).

리를 확장시켜왔지만, 커먼로는 더 이상 새로운 권리보호의 확장을 위한 근거로 사용되지 않았고, 그 결과 사적 당사자들은 이제 정부는 행할 수 없는 방법으로 언론, 사생활 그리고 평등이라는 근본적 가치를 침해할 수 있었으며, 침해는 클 수 있었던 반면 어떠한 구제도 존재하지 않았기에 커먼로는 이제 헌법적 권리들로 간주되는 가치의 보호를 제공하는데 실패하게 되었으므로 이제 state action 요건은 하나의 시대착오적인 것임에도 불구하고 법원이 이 이론을 엄격히 적용되고 있는 현실은 많은 문제점을 가진다고 주장을 하였다. 이어 Chemerinsky교수는 state action이론은 개인의 자유보호를 위해 불필요한 이론으로 state action이론을 폐지하여 관심의 초점을 state action의 존재유무가 아니라 문제된 권리의 보호가치유무에 직접 두는 것이 개인의 자유를 최대로 극대화시키는데 도움이 될 것이라고 주장하였다.<sup>68)</sup> 그는 자유는 법원이 상충하는 이익들을 공개적으로 분석하여 그들을 비교형량할 때 최상으로 보호된다고 하며 state action이 결여되었다는 이유로 법원이 사안을 기각하는 것은 법원의 회피로 인해 보장되는 가해자의 자유가 어떠한 것인지를 명확히 규정하지 못하는 것이고, state action이론에 의해 보호되는 개인의 자치영역도 확정되지 못한 채 남겨지는 것이라고 하였다. 예를 들어, 문언상 종종 언급되는 사례가 바로 state action요건이 없다면 사람들은 거실에서 데모하는 사람을 내쫓지 못하고, 모든 저녁 만찬파티는 인종차별적 초대 없이 모두 통합되어야만 한다는 것이나, 그런 가정 자체는 privacy나 결사의 자유에 대한 믿음을 부인하는 것으로 잘못된 예라고 하면서 그런 상황에서는 privacy나 결사의 자유라는 권리가 언론의 자유나 평등권보다 중요한 것이라는 것을 직접 주장하는 것이 오히려 더 논리적인 방법이라고 하였다.

그러나 이와 같은 비교형량론의 도입에 대한 비판론도 만만치 않다. 그 근거로는 우선 첫째, state action이론이란 어떤 행위를 국가의 심사로부터 면제시키는 방패막(shield)을 창조하여 개인의 자유영역을 보호하는 것으로, 결국 state action이론이 없다면 개인은 다른 사람의 권리와 관련된 모든

---

68) Chemerinsky, *supra*, at 539.

행위를 정당화시키기 위해 법정에 나갈 수밖에 없고 그러한 법원의 심사 가능성 자체가 바로 자유의 부인을 의미한다는 것이 된다는 것이다. 둘째, state action이론을 폐지하고 비교형량을 도입한다면 소송은 무한정 증가할 것이고 법원은 곧 사건의 홍수 속에 빠지게 될 것이며 이를 위한 비용 또한 거대할 것이기에 state action이론의 존재는 필수적이라는 것이다. 사실상 법원의 능력과 자원은 한계를 가지며, 법원만이 헌법적 권리와 가치를 보호하고 증진시키는 국가기관이 아니기에 법원은 권리에 대한 최후의 수호자로 남아야 함에도 불구하고 법원이 권리의 모든 사적 침해를 구제할 수 있다면 사법부의 권한은 바람직하지 않게 강화될 것이고 미국 사회에 과도한 지배권을 가지게 될 것이라는 우려도 지적되고 있다.<sup>69)</sup> 셋째, 과연 분석적인 비교형량이 가능한가 그리고 그런 선택이 권장할 만한 것인가에 대한 문제이다. 비교형량의 반대론자들은 판사들이 단지 비교형량이라는 지침서만으로 일관된 판결을 내린다는 것은 불가능하다며 예를 들어 종교적 이유로 반대하는 결혼을 하는 자녀에게 상속권을 배제하려는 부모의 권리와 종교적 차별에서 자유로워야 하는 자녀의 권리 중 하나를 선택함에 있어 법원은 과연 어떤 근거에 따라 분석을 할 수 있겠는가? 라는 의문을 제기하였다. 비교형량이론의 주창자중 한사람인 Henkin교수도 이러한 위험을 인식하고 “비교형량이란 판사에게 그의 권위를 높이거나 아니면 임무를 간소화시키고 싶은 유혹이 뒤따른다”고 언급을 하였으며<sup>70)</sup> Wechsler교수 역시 “비록 사회의 어떠한 가치질서는 필수적일수 있겠지만, 어느 것을 우선시해야 하는가에 대한 판단 과정은 본질적이 어려움이 존재한다”며 비교형량이론의 문제점을 지적하기도 하였다.<sup>71)</sup> 넷째, 헌법적 권리가 상충하는 경우 법원은 헌법적 자유에 대한 우선 순위를 분석할 것을 강요받게 될 것이고 그 결과 어떤 자유는 헌법상의 중요성에 있어 후순위를 차지고 있다는 것으로 판명되어 바로 헌법적 “패배자(loser)”집단을 창출할 수 있다는

69) Lino A. Graglia, *State Action: Constitutional Phoenix*, 67 Wash. U. L. Q. 777 (1989) 참조.

70) Henkin, *Constitutional Balancing*, 78 Colum. L. Rev. 1022 (1978) 참조.

71) Wechsler, *supra*, at 25.

데 비교형량이론의 커다란 위험이 도사리고 있다고 보았다. 따라서 state action이론은 이런 상충하는 권리에 대한 선택의 어려움이 존재함에도 불구하고 판사들에게 불가능한 결정을 내리도록 강요하는 것을 막고, 헌법적 권리들이 위협에 처하는 기회를 최소화하는 것만으로도 사적 행위를 헌법적 심사로부터 격리시키는 state action이론의 정당성은 존재한다고 주장하였다. 결국 현재 연방대법원의 state action심사는 문제점이 존재하고는 있지만 헌법적 권리라는 것은 불필요한 비교형량의 대상이 아니며, 헌법상 권리라는 힘은 무언가 특별하다는 관념에 의존하고 있는데 이를 사인에게 적용한다는 것은 결국 헌법적 보호라는 의미를 미미하게 하여 “진정한” 헌법침해주장에 대한 보호력을 약화시킬 우려가 있고, 이는 궁극적으로 헌법적 권리의 과도한 적용과 노출로 이어져 헌법적 권리에 대한 경시와 동시에 이에 대한 두려움을 양산할 것이라고 비난하였다.<sup>72)</sup> 이와 같은 비교형량이론의 비판에 대해 Chemerinsky교수는 다시 한번 i) 헌법적 권리가 근본적 가치를 나타내는 것이라면, 이들 가치에 대한 부당한 침해는 정지되어야 하고, 물론 국가가 그 크기나 권한 면에서 사인의 침해행위보다 더 심각할 수 있지만 그렇다고 일반사인에 의한 침해는 정말로 미약하거나 충분한 정당성을 지니고 있다고 확신하여 근본적 가치에 대한 사인의 침해에 대해 사법심사를 금할 하등의 이유가 없으며, ii) state action이론이 개인의 자유 또는 자치를 증진시키는 것이라고는 하나 이는 문제된 양측의 자유가 아니라 한쪽의 자유만을 살핀 것이고, state action이론을 폐지하고 비교형량을 하면 일단 소송의 양은 늘겠지만 이는 단기적 현상일 것이며 국가는 개인의 근본적 자유를 보호하는 것이 필수적이기에 이를 위한 비용의 감수 또한 당연한 것일 뿐만 아니라, iii) 국가기관의 권력배분이란 개인의 자유에 대한 보호를 위한 것이고, 법원이 해야 할 가장 중요한 역할은 권리의 보호이기에 이런 사법적 담론은 헌법적 권리가 침해될 때마다 가능해야만 한다고 반박하였다.<sup>73)</sup> 이와 같은 Chemerinsky교수의 견해는 개인의 권리

72) Marshall, William P., *Diluting Constitutional Rights: Rethinking “Rethinking State Action”*, 80 Nw. U. L. Rev. 558 569-70 (1985).

73) Chemerinsky, *More Is Not Less : A Rejoinder to Professor Marshall*, 80 Nw. U. L. Rev. 571 (1985).

보호라는 면에서 살필 때 가장 이상론적인 주장들이라 할 수는 있지만, 비교형량의 도입으로 현실적으로 발생 가능한 위협과 헌법적 권리의 오용 및 남용가능성을 지적하고 있는 비판론 또한 충분히 숙고할 만한 가치가 있다고 본다. 그렇다면 이 양자에 대한 조화는 필수적이라 할 것이고 그 대안론으로 주장되고 있는 이론이 바로 Krotoszynski교수<sup>74)</sup>가 주장하는 총체적 심사이론(meta analysis test)이다.

비교형량론이 state action이론 자체에 대한 비판에서 비롯된 대안론이라면 연방대법원의 심사의 경직성과 엄격성에 대한 현실적인 대안론으로 제기되는 것이 총체적 심사이론이라고 할 수 있다. Krotoszynski교수는 state action문제를 다루는 연방대법원이 각 심사기준을 상호 고립시킨 채로 너무 형식적으로 심사하여 국가행위로 보는 것이 적절한 사적 행위를 헌법심사에서 면제시키는 결과를 낳고 있다고 비판하였다. 이러한 연방대법원의 state action심사기준은 그 자신뿐만 아니라 하급법원에도 일관된 지침을 제공하지 못하였고 다양하고 특별한 상황에 대한 정확한 판단이 요구되는 상황에서 state action판단 근거가 전체적 상황분석을 통해 사안을 살폈다면 (Rendell-Baker 사건에서) 특수사립학교는 state actor라고 판단했을 것이라고 주장하였다. Krotoszynski교수는 이 판결에서 Marshall판사의 주장이 바로 총체적 심사(meta test)에 대한 도입견해라고 분석하며, 현재 연방대법원이 실시하는 state action심사는 다양한 현실을 수용하는 유연성이 부족하다고 지적하고 실질적이고 유용한 state action심사를 위해 과학적 분석을 통한 총체적 심사의 도입을 주장하였다. 그는 총체적 분석심사(meta-analysis test)란 어떤 기준에 95%만 만족하면 충족되는 것으로 받아들이는 접근방법으로써 개개의 엄격한 심사기준을 모두 만족시킬 것을 요구하는 현재의 state action심사와 달리 심사 기준의 일정한 충족양만을 만족시키면 state action의 존재를 인정해 주자는 이론이라고 설명하였

---

74) Krotoszynski, An Argument in Favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determination 94 Mich. L. Rev. 302(1995).

다.<sup>75)</sup> 그러나 총체적 심사이론은 현재의 엄격하고 유연하지 못한 state action이론에 가장 적절한 대안처럼 보일 수는 있으나, 국가와 사인간의 관련성이란 그 정도나 수치에 있어 자연과학처럼 정확히 파악되는 것이 아니고 따라서 총체적 심사이론을 도입하는 경우 state action심사의 자의성과 state action개념의 무한한 확장가능성에 대한 위험 또한 간과할 수 없다는 점이 지적될 수 있을 것이다.

마지막으로 연방하급법원은 종종 state action문제를 심사하며 그 판단의 일부로 소송당사자의 실제적 권리를 고려하는 태도를 보여 왔는데 이는 문제된 실제적 권리에 따라 각기 다른 state action심사를 적용하는 것으로 차등적 심사이론(differential state action test)이라고 부를 수 있을 것이다.<sup>76)</sup> 예를 들어, 절차적 적법절차침해와 관련된 state action심사는 인종차별과 관련된 state action심사에서 보다 엄격한 state action입증책임을 지우는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 차등적 state action심사이론은 “state action심사는 당사자의 상충하는 실제적 이익에 따라 다양해질 수 있다”는 연방대법원 판결의 소수견해를 통해 간혹 주장된 예도 있으나<sup>77)</sup> “법원은 state action의 존재를 판단하는 경우, 소송당사자의 실제적 권리를 고려해야만 한다”는 Friendly판사의 강력한 주장에 따라 제2순회법원에서 주로 선도되어져 왔고 이는 많은 연방하급심 법원에도 영향을 미쳤다. Jackson v. Statler Foundation판결에서<sup>78)</sup> 제2순회법원은 “인종차별과 관련된 사례에는 좀 완화된(less onerous) state action심사를 그리고 다른 주장들에 대해서는 더 엄격한 기준의 적용”해야 한다고 주장하였고, 법원은 세금면제혜택을 받은 13개 회사의 인종차별행위는 state action이 존재한다고 보기

---

75) state action사례를 심사하는 법원은 특정 피고가 state action심사기준 중 어떤 하나를 충분히 만족시키지 않는 경우 한발짝 물러나 총체적인 관점에서 피고의 state action의 충족여부를 고려해야만 할 것이다. Krotoszynski, *supra*, at 337.

76) Jody Young Jakosa, *Parsing Public From Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 Harv. C.R.-C.L. Rev. 193 (1984).

77) Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345, 373-374 (1974) (Marshall, dissenting); Adickes v. S.H Kress & Co., 398 U.S. 144, 190-191 (1970) (Brennan, dissenting).

78) 496 F.2d 623 (2d Cir. 1974), cert. denied, 420 U.S. 927 (1975).

에 충분하다고 판시하였다.<sup>79)</sup> 물론 이런 차등적 state action 심사를 연방대 법원이 받아들인 것은 아니었지만 앞에서 본 것처럼 연방하급심법원을 중심으로 널리 적용되고 있는 것처럼 보인다. 그러나 어떤 법원에서도 다양한 권리들간의 구체적인 서열분석을 시도한 적은 없었고<sup>80)</sup>, 어떤 법원도 이런 차등적 심사기준의 정당성의 근거를 설명하지 않았다. 그저 수정 제14조의 제정의도가 인종차별의 폐지를 위한 것이었다는 역사적 설명으로 인종과 관련된 사례에는 조금 완화된 심사기준이 그리고 그 외의 헌법침해주장에는 좀 더 엄격한 기준이 적절하다는 언급만이 있었을 뿐이었다. 또한 이런 차등적 판단의 중심에는 헌법이 모든 권리에 동등한 가치를 부여한 것은 아니라는 사고, 그리고 인종차별은 헌법적으로 그리고 사회적으로 시민의 권리나 자유를 침해하는 다른 종류의 침해보다 좀 더 침해적이라는 가정만이 자리 잡고 있을 뿐이다.<sup>81)</sup> 따라서 state action 이론에 대한 전통적 접근이 너무 기계적이라는 비판속에서 각 사안과 관련된 실체적 권리를 고려하여 state action 심사에 유연성의 필요를 수용하려는 차등적 심사이론은 사실상 입증되지 않은 헌법적 권리간에 엄격한 순위 또는 서열(hierarchy)을 부여함과 동시에 특수한 상황에서 양당사자간의 실체적 권리를 조심스럽게 비교하기보다는 단지 원고의 권리가 무엇인가에 초점을 두어 state action 심사기준을 결정하는 것으로 오히려 피고의 권리침해 가능성을 배제하기 어렵다는 비판을 받았다. 그리고 이런 서열에 따른 심사기준은 판사가 실체적 권리를 판단하는 데서 오는 어려움을 단순히 회피하는 단순한 기준이 될 수밖에 없기에 이는 전통적인 state action 이론이 갖는 문제점과 그다지 많은 차이를 보이는 것도 아니다.

79) Id. at 635.

80) 물론 법원이 이런 서열을 명시적으로 드러낸 적은 없으나, 차별적 분석방법을 도입한 하급법원의 state action 심사 경향을 살펴보면 인종에는 완화된(less onerous) 기준, 성은 중간적 기준(intermediate), 언론, 결사, 다른 기본권은 좀 더 엄격한 기준(more rigorous), 그리고 적법절차는 가장 엄격한 기준(especially rigorous)이 적용되었음을 파악할 수 있다. Jakosa, supra, at 206.

81) H. Friendly, The Dartmouth College Case and the Public-Private Penumbra (Austin, Univ. of Tex., 1969) p. 22.

#### IV. 결론

이상에서는 사인에 대한 헌법적용문제에 대한 우리헌법상의 이론과 그 문제점, 그리고 이에 대한 미연방헌법상의 이론과 논의들에 대해 간략히 살펴 보았다. 그렇다면 앞에서 살펴본 바와 같이 현재 우리 헌법상 사인에 대한 헌법적용문제의 다수설이라 할 수 있는 간접효력설이 나타나고 있는 문제의 해결을 위하여 state action이론, 정확히 state action개념의 확장이론이나 심사이론들에 대한 도입문제에 대해 검토해 볼 필요가 있다고 본다. 물론 우리 헌법은 미연방헌법과 달리 문언상 헌법의 적용범위를 국가(state)로 한정하고 있지 않기에 state action이론의 도입논의는 그 자체가 타당하지 않다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 반대로 우리헌법규정이 기본권을 국가와 사인 모두에게 적용한다는 명시적 일반규정을 가지고 있는 것도 아니다. 또한 역사적 관점에서 헌법상의 기본권들은 대국가적 방어권으로써 발생, 전개되어 왔고 이는 우리나라의 경우도 예외는 아닐 것이다. 따라서 단지 기본권을 대국가적인 것으로 규정하는 명문의 규정이 없다는 이유로 헌법상 기본권이 본래 국가에 대해 적용되는 것이라는 원칙 자체를 부인한다는 것은 헌법의 역사성이라는 특성에 비춰 보아도 바람직하지 않다고 본다. 물론 우리헌법상의 명문규정에 가장 근접하면서도 객관적 가치질서라는 헌법의 특성을 잘 반영하고 있다고 보이는 국가의 기본권보호의무이론으로도 사인에 대한 헌법적용문제를 접근할 수 있겠으나, 국가의 기본권보호의무이론은 사적 관계에 헌법 적용을 정당화시키는 근거로써는 유용할 수 있겠지만 과연 국가가 보호의무라는 명분으로 어느 정도까지 사적 관계에 개입하여 사인에게 헌법적 구속을 가해야 하는가, 사인의 기본권침해의 경우 과연 국가의 기본권 침해하는 경우와 동일한 선상에서 논의하는 것이 타당한가? 만일 국가와 사인 간의 기본권침해가 다르다면 어떠한 차등적 기준을 적용하여 심사하여야 하는가?에 대한 문제에 대해서는 구체적인 해답을 주지 못한다. 그렇다면 헌법상의 기본권은 원칙적으로 국가에 적용되나, 사인의 행위의 본질과 국가 관련성을 기준으로 그 권력의 형태나 영



향력의 면에서 국가행위로 보는 것이 적절한 사적 행위는 국가행위로 보아 헌법을 직접 적용하는 미국의 state action이론의 수용은 일반인에 대한 자유침해위험, 사적 자치의 침해위험을 상대적으로 줄이면서 현재 문제되는 거대사인에 의한 헌법침해문제를 해결하는데 많은 도움이 될 것이다. 물론 미국의 state action이론도 Burger법원이후의 보수적 판결로 인해 많은 비판을 받고 있고 그 결과 state action심사는 모호하고 비밀관적이라는 비난을 받고 있는 실정이지는 하나 state action심사가 진행되는 한 언제든지 사인에 대한 헌법의 적용가능성은 열려있기에 현재 법원의 보수적 운용만을 이유로 state action심사이론의 도입가능성을 배제할 필요는 없다고 본다.

또한 이와 같은 미국의 state action이론은 사인에 의한 기본권침해문제를 다루는 일반법원 뿐만 아니라, 헌법소원의 심판대상을 “공권력의 행사 또는 불행사”로 한정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석에도 적용시켜 헌법재판소 역시 국가행위로 보는 것이 적절한 특정한 사인의 행위를 심사 대상으로 확대하여야 한다고 생각한다.<sup>82)</sup> 오늘날 사인에 대한 헌법적용에 관한 인식의 주된 원인은 무엇보다도 국가와 권력과 영향력에 있어 차이를 두기 어려운 거대한 사조직, 사회적 권력들의 출현 때문이라고 할 수 있고, 물론 많은 관련 입법들이 이들 사회적 권력에 대해 통제를 가하고는 있지만 그렇다고 발생 가능한 모든 기본권침해문제를 해결할 수 있는 것은 아니다. 따라서 ‘주는... 할 수 없다’라는 연방헌법상의 명문규정에도 불구하고 사인의 본질, 그리고 국가와의 관련성을 판단하여 특정한 사인에게 state action 개념을 확장시킨 미연방대법원의 노력이 이제 우리 헌법재

82) 물론 미국의 경우 사인의 행위의 위헌성여부만 다루는 순수한 헌법소송보다는 미연방성문법 제42장 제1983조상의 헌법적 손해배상(Constitutional Tort)을 함께 다루는 경우가 많고, 만일 우리 헌법재판소가 사인의 행위에 대한 헌법소원을 인용한다면 다시 법원에 손해배상을 해야 한다는 소송 절차적 문제에 대한 지적이 있을 수 있으나, 모든 헌법소원이 손해배상소송을 동반하는 것도 아니고 설사 동반한다 하더라도 손해배상의 문제를 생각하여 헌법재판소가 위헌성판단을 자제하여야 한다는 논리는 타당하지 않다고 본다. 따라서 헌법적 가치가 사법적 경제라는 요청에 따라 저울질되어서는 안된다는 Thompson교수의 언급도 귀 기울일 필요가 있다. Thompson, Piercing the Veil of State Action, Wiscon. L. Rev. 1, 30 (1977).

판소에게도 필요하다고 본다. 그리고 모든 사인의 행위에 헌법심사를 하는 것이 아니라 특정한 사인의 행위만을 국가의 행위로 간주하여 헌법의 구속이 가능하도록 하는 것은 일반인에 대한 자유 침해위험을 상대적으로 줄이면서 현재 문제되는 거대사인에 의한 헌법침해문제를 해결하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만, 문제된 사인의 행위를 심사하는 경우 각 심사기준들을 너무 개별적이고 고립된 관점에서 판단한 것보다는 총체적이고 누적적인 접근방법을 채택하여 국가행위여부를 판단하는 것이 옳다고 본다. 문제된 사인의 행위가 이러한 각 심사기준 중 어느 하나만을 충족시키는 경우도 존재할 수는 있겠지만 현대 국가의 경우 국가로부터 많은 규제나 원조를 받는 경우 대부분 그와 같은 사인은 공적 기능을 행하는 경우가 많고 그 반대적 해석도 가능하기 때문이다. 그리고 현재 미연방대법원의 공적 기능기준은 전통적 배타적 국가의 기능이라는 엄격한 해석을 고수하고 있지만 이를 그대로 도입하기보다는 복지, 건강 또는 교육의 의무를 가지는 적극적 국가의 기능을 포함하고, “소유자가 그의 이익을 위해 재산을 공공의 사용에 제공하면 할수록 소유자의 권리는 이를 이용하는 자의 헌법적 그리고 법률적 권리에 의해 제한을 받기에… 공공의 이익을 위해 지어져 운영되는 시설은 본질적으로 공적 기능(public function)이 된다”고 본 초기 Marsh판결의 기준을 포괄하는 공적 기능기준의 도입이 바람직할 것이라고 본다. 공생관계이론과 긴밀 관련성이론은 어떤 구체적이고 명확한 구분에 따른 분석이라기보다는 미국의 선판례 구속원칙에 따라 state action이론의 전개과정에서 분류된 이론들로써 결국 국가와의 관련성 정도에 따른 구분들로 정의할 수 있다. 따라서 이 두 이론의 구분이 과연 우리의 헌법사례에도 필요한 것인지는 의문이 있을 수 있으나 단순한 관련성이론에 따른 고찰보다는 이를 좀더 세분화시켜 관련사례들을 분석하는 것 또한 의미가 있다고 본다. 공생관계란 미국의 사례처럼 국가와 사인간의 임대차관계와 같은 수익적 관계라든지 공무원의 많은 참여에 따른 공동관계 등에 고려할 수 있을 것이고 긴밀 관련성이론은 과도한 국가의 규제나 특별하고 직접적인 원조를 받는 사인의 행위에 적용될 수 있다. 물론 미국의 판례는 최근

과도한 규제나 원조이외에 국가가 직접적으로 문제된 사적 행위를 조장하거나 간섭하는 행위까지 요구하는 경향을 보이고 있으나, 주의 과도한 규제와 특별하고 직접적인 원조만으로도 국가는 이미 일반적인 사인과 문제된 사적 단체를 다르게 취급할 이유를 가지고 있는 경우가 많고, 또한 국가가 기본권을 침해하는 행위를 하는 사적 단체에게 특별한 원조를 행한다는 것은 그 자체로도 많은 위헌의 소지를 지니기에 긴밀 관련성의 기준을 더 엄격히 설정할 필요는 없다고 본다.

이와 같은 state action심사이론에 따라 국가기관으로 전환되어 헌법의 직접적인 적용이 가능한 대상을 살펴본다면 그 대표적인 예로는 정당, 각종 공사, 교육기관, 의료기관, 사적 복지기관, 그리고 최근 민영화가 시도된 또는 시도될 기관들이 주된 심사의 대상이자 적용대상으로 포함될 수 있을 것이다. 정당의 경우 공직선거 후보자를 추천 또는 선출하는 과정에서 당원의 기본권을 침해하는 경우를 생각해볼 수 있는데 우리나라에는 정당의 공직선거 입후보자 공천과정을 규율하는 법규가 거의 없고 정당은 국가기관이 아니므로 헌법이 직접 적용될 가능성도 거의 없다. 그러나 현대 국가에 있어 정당의 위치는 일반 사적 결사단체와 그 역할이나 기능면에서 동일시 할 수 없는 공적 성격을 많이 띄고 있는 것은 부인하기 어려운 사실이다. 따라서 정당은 “단순히 회사나 사적 기관과 같은 사적 이해관계의 범주에서 행위하는 것이 아니라, 고도의 공적 이익과 관련되고 국가의 권한을 행사하는 영역과 직접적으로 관련된 문제에서 행위<sup>83)</sup>”를 하며, 우리의 일상을 통치하는 법을 만들고 실행하고 해석하고 집행하는 일을 하는 사람들이 바로 공직자이기에 이들을 선출하는 선거과정보다 더 국가적인 것은 없을 것이고, 선거권이야말로 민주국가의 중요한 본질이라는 근거에서 이런 선거제도와 관련된 정당의 사적 행위는 공적 기능으로 보아 state action개념을 확장하였던 미연방대법원의 판단은 우리에게 시사하는 바가 크다고 보인다. 또한 이들 정당에 대한 국가의 규제와 원조는<sup>84)</sup> 국가와 정

83) Nixon v. Condon, 286 U.S. 73, 88 (1932).

84) 헌법 제8조 제3항은 ‘정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다’고 규정하고 있고 선거에 관한 경비를 원칙적으로 부담하지 않는 선거공영제(제116조 2항), 정당이 수령하는 기부 찬조, 기타 재산상의 출연에 대한 면세(정치자금에 관한 법률 제27조) 등과 같은 국가의 특별한 원조와 국가의 많은 규제(정치자금에 관한 법률 및 정당법 참조) 부과하고 있다.

당간의 긴밀 관련성을 인정하기에 충분하므로 정당에 의한 기본권침해문제는 헌법의 직접 적용의 대상이 된다고 보는 것이 기본권의 보호에 있어 타당하다고 본다. 또한 현재 우리나라는 한국전력공사, 수자원공사, 전매공사, 철도공사, 담배인삼공사 등을 비롯한 많은 공사들이 존재하나 이들은 법인으로 규정되어 있어 이들의 권리분쟁은 민법의 적용을 받고 있다. 그러나 이들 공사들은 전력, 수자원, 철도, 댐건설 등과 같은 현대 국민생활의 필수적 공익과 관련된 공적 기능을 목적으로 하는 국가투자기관으로 대부분 자본금의 50%이상을 국가가 출자하고, 정부투자기관관리기본법과 각각의 공사관련법의 규율을 받기에 그 공적 기능성과 충분한 국가와의 긴밀 관련성은 당연히 인정된다고 할 수 있다.<sup>85)</sup> 따라서 이들은 “국가는 간단히 회사의 형태에 의존하여 헌법상 부과된 가장 신성한 의무들을 회피할 수는 없다”며, 만일 국가가 국가의 목적을 증진시키기 위하여 회사를 설립하고 그 회사에 유효한 통제를 유지하였다면 그 회사는 국가 기관 그 자체라고 본 미국의 사례처럼,<sup>86)</sup> 우리의 경우도 이들 공사를 실질적으로 국가기관으로 보아 헌법의 직접 적용을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 현대 국가의 기능 중 가장 중요한 것이 바로 교육이고, 이런 교육기관이 단지 사립이라는 이유로 공립교육기관과 헌법상 차이가 있다고 보여지지는 않는다. 우선 교육의 공익성이라는 것은 말할 것도 없고, 사실상 대부분의

---

85) “정부투자기관은 이와 같이 국가공익사업의 합리적 운영을 통해 공익추구라는 사회적 기능을 담당하고 있는 공기업 중의 하나로서 국가가 납입자본금의 2분의 1 이상을 출자하고 있으며, 그 사업이 대부분 국민생활과 밀접하게 관련되어 있고 사실상 국가나 지방자치단체의 업무를 대행하거나 그로부터 위임된 업무를 수행하는 경우가 많다. 또한 정부투자기관의 공익성과 국민생활에 미치는 사회적, 경제적 영향력의 중대함에 비추어 정부투자기관관리기본법의 여러 규정을 통하여 정부는 정부투자기관 임원의 임면, 예산의 편성, 회계 및 감사, 사업계획의 보고 및 경영실적에 대한 평가 등 운영전반에 관하여 상당한 개입을 하여 실질적 지배력을 행사하고 있다.” 현재 2003헌바40 (2005).

86) *Lebron v. National Railroad Passenger Corp.*, 513 U.S. 373 (1995).

사립학교가 많은 국가의 규제와 지원의 대상이 되기에 국가와의 긴밀 관련성 또한 충분히 인정된다 할 것이다. 특히 중·고등학교의 경우 몇몇 특수목적학교를 제외하고는 학생들에게 공·사립학교에 대한 선택권이 주어지는 것도 아니고, 대학의 경우도 다양한 선택의 가능성을 부여되고 있는 실정이 아니기에 한국적 현실에서 사립학교를 단지 그 소유권만을 이유로 당연히 공립학교와 다르다고 보아 헌법의 직접적인 대상이 되지 않는다고 보는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 마지막으로 현재 세계적으로 많은 나라들이 국가기능을 사인에게 이전하고 있고 이 같은 민영화현상은 우리의 경우도 예외가 아니다. 민영화에 따라 20세기에 들어 진정한 공적 책임(public responsibility)으로 인정되어 온 어린이, 실업자, 장애인, 그리고 수형자 등에 대한 보호는 이제 효율과 비용이라는 경제적 목적에 따라 사인의 손으로 위임되고 있다. 그러나 이들은 사실상 이 사회에서 가장 침해받을 가능성이 많고, 의존적이며, 힘없는 구성원임과 동시에 정치적 영향력 행사도 충분치 않은, 그러므로 가장 많은 헌법적 보호를 필요로 하는 사람들이기도 하다.<sup>87)</sup> 따라서 이러한 민영화기관들은 단지 그 운영주체가 사인이라는 이유로 공·사 이원론적 논리를 적용시켜 헌법의 구속으로부터 배제시켜서는 안될 것이다.

개인의 자유, 평등, 적법절차, 인간의 존엄과 프라이버시는 오늘날 국가의 행위보다 사인의 행위에 의해 훨씬 더 많은 위협을 받고 있다. 물론 정치적 기관인 입법부는 헌법적 권리를 보호하고 확장하기 위한 적극적인 헌법적 의무를 지니고 있고 정치적 기관이 그런 소임을 다 하는 만큼 법원의 개입 가능성은 축소될 것이다. 그러나 입법부가 이런 헌법적 권리를 보호할 책임을 위반하거나 침묵할 때 법원은 이들 권리의 궁극적인 보호자가 되어야만 할 것이고,<sup>88)</sup> 입법자들이 헌법에 함축된 기본적 가치를 인식하거나

---

87) Alfred C. Aman, Jr., *New Forms of Governance: Ceding Public Power to Private Actors: Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law*, 49 *UCLA L. Rev.*1687 (2002) 참조.

88) 입법부는 종종 간단히 정치적 비용을 이유로 정치적 소수의 필요를 간단히 무시할 수도 있다. Thomas G. Quinn, *supra*, at 153.

보호하지 못한 경우 이를 위해 적어도 한 부분 그것도 가장 중요한 부분을 다루어야 할 기관으로 자리매김하여야 할 것이라 생각한다. 따라서 단지 입법이 존재하지 않고 국가 또는 공권력에 의한 행위가 아니라는 이유로 사인에 의한 헌법침해를 간과한다는 것은 현재의 헌법의식에도 타당하지 못하며 결국 그 적용의 방식이나 형태가 어떠한가의 문제와 상관없이 사인에 의한 기본권침해로부터의 보호에 좀 더 적극적인 사법부의 역할이 절실히 필요하다고 본다.<sup>89)</sup>

---

89) Clyde W. Summers, *Commentary*, 67 Wash. Univ. L. Q. 799, 804-05 (1989) 참조.

# Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점

李明雄  
憲法研究官

## - 目次 -

I. 序論 .....	353
1. Marbury v. Madison 판결의 의의 .....	353
2. 정치적 배경 .....	354
3. 동 판결의 요지 .....	357
4. 동 판결 이유의 전개과정 .....	358
5. 비교법적 쟁점 .....	359
II. 비교법적 쟁점의 검토 .....	360
1. 법원이 의회입법을 위헌무효라고 선언하는 권한의 근거 .....	360
2. 어떻게 위헌심사를 할 것인가 .....	382
III. 結論 .....	390
IV. 餘論 John Mrashall의 약력 .....	391

## I. 序論

### 1. Marbury v. Madison 판결의 의의

1803년 2월 24일 미국 연방대법원은 Marbury v. Madison 사건에서 판결(이하 ‘동 판결’이라 함)을 선고하였다.<sup>1)</sup> 이 판결로써 연방법원이 연방의회가 제정한 법률 및 대통령(행정부)의 행위가 헌법에 위반되는지를 심사할 권한, 즉 사법심사(judicial review) 권한이 인정되었다.<sup>2)</sup> 동 판결은 연방대법원이 헌법에 반하는(repugnant to the Constitution) 연방법률을 무효라고(void) 선언할 권한이 있다고 판시하였다. 판결문을 집필한 대법원장 John Marshall(1755-1835)은 동 판결을 통하여 연방대법원을 명실상부한 3권분립의 국가기관으로 격상시켜 입법부·대통령과 함께 동등한 지위를 가지게 하였고, 연방헌법의 기본원칙을 확고히 실현함으로써 오늘날의 강력한 미합중국의 기초를 다졌다는 평가를 받고 있다.

동 사건은 정치적 색채가 매우 강한 것이었는데, 드라마틱한 배경의 진

---

1) 5 U.S. (1 Cranch) 87 (1803). William Cranch가 私設판례집(여기서는 제1권, 137쪽 이하)을 간행했기 때문에 그 명칭이 표기되고 있다. 이 판결에 관한 국내 문헌의 예로서는, 李性鎬, “Marbury. v. Madison 事件”, 성균관대 成均法學 19輯(1987. 3.), 124쪽 이하; 鄭然宙, “Marbury v. Madison 판결의 재조명”, 공법연구 제32집 제3호(2004), 199쪽 이하; 박 철, “John Marshall 대법원장”, 민사법연구 제12집 제1호(2004. 6.), 183-7쪽 참조. 영문으로 된 간략한 소개자료로는 [http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury\\_v.\\_Madison](http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison) (Wikipedia사전) 참조.

2) ‘사법심사(judicial review)’는 주로 위헌법률심사를 지칭하지만 대통령(행정부)의 행위에 대한 위헌심사를 포함한다. ‘constitutional review’라고도 한다. Marbury v. Madison 판결의 논지를 보면 대통령의 행위도 그것이 정치문제(political question)가 아닌 한 헌법에 위반될 수 없고 이는 법원이 판단한다고 하였으므로, 행정행위에 대한 위헌성 심사가 포함되었다. 한편 영국에서 자주 사용되는 ‘judicial review’ 개념은 ‘행정행위에 대한 위법성 심사’를 의미할 뿐이다.

3) 연방대법원은 이미 1794년에 의회의 입법을 위헌이라 선언한 적이 있었지만, 당시 결정 이유는 없었다는 주장도 있다. JOEL B. GROSSMAN, “The 200th Anniversary of Marbury v. Madison: The Reasons We Should Still Care About the Decision, and The Lingering Questions It Left Behind”, 2003. 2. 24. ([http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030224\\_grossman.html](http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030224_grossman.html)), Findlaw’s Writ: Commentary에 수록.



개와 논리적 반전과정이 거듭되므로 한편의 영화를 보는 것처럼 흥미롭다. 그 클라이맥스는 소송을 각하하면서도 연방법원의 사법심사권을 인정한 John Marshall의 치밀하고 명료한 판시였다. 물론 논리의 치밀함과 명료함이 한 판결의 정당성과 설득력을 담보하는 충분조건은 아니지만…….

동 판결은 우리나라의 헌법재판의 관점에서 볼 때 비교법적으로 검토해야 할 중요한 쟁점들을 지니고 있다. 그 쟁점들은 헌법재판(사법심사)의 정당성, 위헌판단의 기준, 위헌결정의 효력 등 헌법재판의 본질적 영역 전반에 관계된다. 이에 관하여 살펴보고자 하는 것이 이 글의 내용이다.

이 문제를 살펴보기 전에 우선 동 판결의 요지 내지 이유를 알아야 할 것인데(I.3.-4.), 한편으로 동 판결을 제대로 이해하기 위해서는 그보다 먼저 사건 당시의 정치적 배경을 살펴볼 필요가 있다(I.2.).<sup>4)</sup> 이 글은 사법심사의 헌법적 근거 및 위헌심사의 방법을 중심으로 비교법적 쟁점을 추출하여(I.5.), 이들을 중심으로 개별적 문제들을 살펴보고자 한다(II.).

## 2. 정치적 배경

George Washington 대통령에 이어 연방주의자인 John Adams가 대통령으로 재직하던 시기(1797-1801)는 연방주의자들(Federalists)과 공화주의자들(Republicans 혹은 Anti-Federalists) 사이에 정치적 노선 갈등이 매우 심하였다. 공화주의자들은 재무장관 Alexander Hamilton이 연방의 조세권한 강화와 국제발행권을 주장한 것은 주들의 권한을 침해하는 것이라고 다투었다. 또한 공화주의자들은 영국과의 부채문제 등을 협의하기 위해 파견된 John Jay가 영국과 맺은 조약(the Jay Treaty)은 불공정한 것이고, 연방의회(당시 연방주의자들이 다수였음)가 이민자를 제약하는 법(the alien Act)과<sup>5)</sup> 연방의회나 대통령에 대한 반대를 선동하는 것을 처벌하는 치안

---

4) 한편 이 글 끝에 수록된 John Marshall의 약력을 참조하면, 정치적 배경을 이해하는데 더 도움이 될 것이다.

5) 당시는 프랑스에 대한 적대감이 높았던 때이며, 새 이민법의 적용을 받게 된 프랑스 및 아일랜드 이민자들은 대통령 후보로 Jefferson을 지지하였다.

법(the Sedition Act)을 제정한 것(1798)은 자신들을 겨냥한 것이라고 공격하였다.<sup>6)</sup> 또한 법원조직법의 개정은 공화주의자들을 분노케 하는 것이었다. 1801년 2월 13일 공포된 법원조직법(the Judiciary Act of 1801)은 연방판사를 16인 늘리고, 연방대법관들을 순회재판으로부터 면제해주고, 연방대법관의 정원을 6인에서 다음 공석 시부터 5인으로 축소하도록 하였다.<sup>7)</sup> 증가된 연방법관들은 퇴임을 불과 3주 앞둔 Adams 대통령에 의해 지명되는 것이었으므로 공화주의자들은 이 법에 대한 불만이 컸다.<sup>8)</sup>

1800년 12월 중순 Adams가 퇴임하기 2-3개월 전 대법원장 Oliver Ellsworth가 사임하였다. 이 때는 대통령선거에서 연방주의자들이 Thomas Jefferson을 후보로 한 공화주의자에게 패배할 가능성이 높았다. 따라서 Adams 대통령은 후임 대통령과 새 의회를 공화주의자들이 모두 장악하게 될 것에 대비해, 연방대법원을 포함한 사법부만은 연방주의자들의 최후의 보루가 되기를 바랐다. 그리하여 강력한 연방주의자가 대법원장 후보로 모색되었다. 초대 연방대법원장이었고 영국에 특사로 파견된 적이 있던 John Jay<sup>9)</sup>가 후보로 지명되어 다음날 상원의 동의까지 얻었으나, 후에 Jay는 대

---

6) 한편 치안법위반 사건들에 대한 재판에서 동법이 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장되었으나, 순회판사로서 재판을 한 연방대법관들은 치안법의 합헌성을 긍정한바 있었다. William H. Rehnquist, *The Supreme Court: how it was, how it is* (New York: Quill, 1987), 105쪽. 당시 연방대법원 대법관들은 순회판사로서 해당 지역의 항소심 판사를 겸직하였으며, 연방대법관의 정원은 6인이었고, 그 당시 임명된 사람들은 모두 연방주의자 계열이었다.

7) 연방대법관들은 일년에 2차례 해당 지역에 가서 순회판사를 겸직하여야 했는데, 이는 상당한 부담으로 작용하였다. 한편 정원을 줄인 이유는 후임 대통령(Jefferson)의 대법관 임명 기회를 제한할 의도였다. Francis N. Stites, *John Marshall: Defender of the Constitution* (Harper Collins, 1981), 78-9쪽 참조.

8) Jefferson은 나중에 이를 두고 ‘연방주의자들은 사법부라는 요새로 퇴임하려고 했다’(retired into the judiciary as a stronghold)고 하였다. Rehnquist, 위의 책, 107쪽. Jefferson이 대통령에 취임한 뒤 새로 법률이 제정되어 종전 법원조직법은 폐기되었다. 또한 연방대법원의 회기를 축소하는 법률이 제정되었다. 이에 따라 연방대법원은 1801년 12월부터 1803년 2월까지 14개월간 휴정하여야 했다.

9) Jay는 미국 최초의 연방대법원장이었으나 재임 중 New York주 주지사 선거에 나가기 위해 사임하였다. 당시는 연방대법관직이 인기가 없던 시절이었다. 한편 Jay는 Hamilton, Madison과 함께 연방헌법의 비준을 옹호하던 *The Federalists* 紙의 저자였다.

법원장직을 거절하는 편지를 보내왔다. Adams는 다음으로 현직 대법관인 Cushing을 후보자로 고려하였으나 68세에 건강이 좋지 않았다. 그런데 당시 는 위 법원조직법이 하원을 통과하기 직전이었고, 동법이 공포되면 대법관 정원이 1인 줄게 되어 Adams는 해당 대법관의 지명권을 행사할 수 없게 되었으므로 시급히 후보자를 구하여야 했다. 이 과정에서 국무장관이던 John Marshall이 전혀 예상 밖으로 대법원장에 지명되었다.<sup>10)</sup>

1801년 1월 20일 상원에 회부된 대법원장 안건에 대하여 상원의원들은 후보자를 탐탁찮게 생각하고 1주일간 동의절차를 미루면서 Adams로 하여금 후보자 교체의 압력을 넣었으나, 결국 누그러져서 1월 27일 동의가 이루어졌다. 그 날은 바로 위 법원조직법이 하원을 통과한 날이었다. John Marshall은 Adams 대통령의 요청에 따라 대통령 퇴임 시까지 국무장관직을 무급으로 계속 수행하였다. 1801년 2월 27일 그는 공식적으로 대법원장에 취임하였다.

1801년 2월 17일 확정된 대통령선거에서 Thomas Jefferson은 현직 대통령을 누르고 제3대 대통령으로 당선되었다. 그의 취임일은 1801년 3월 4일이었다. 그 사이에 Adams 대통령과 연방주의자들이 다수였던 연방의회는 정치적 성향이 같은 연방판사들을 추가로 임명하고자 하였다. 2월 27일 연방의회는 순회법원법(An Act concerning the District of Columbia)까지 제정하여 순회법원을 신설하였다. 3월 2일 Adams 대통령은 총 42인의 연방판사들을 지명하였고, 상원은 3월 3일까지 계속해서 이들을 인준하느라 바빴다. Adams 대통령과 국무장관 John Marshall은 3월 3일 밤까지도 판사들과 검사들, 법원직원들의 임명장(commission)에 서명을 하고, 국무장관은 國印을 날인하여 해당자들에게 배달(delivery)하느라 정신이 없었다. 그 중에는 임명장에 서명과 날인이 끝났음에도 미처 배달되지 못한 사람들이 있었는데 수도의 치안판사로 임명된 William Marbury가 이에 포함되었다.<sup>11)</sup>

10) Rehnquist, 위의 책, 103쪽. ‘청천벽력과 같이(like a bolt out of the blue)’ Marshall을 선택하였다고 표현되고 있다.

11) Marshall이 부주의로 미처 Marbury에게 배달하지 못한 것(carelessly failed to deliver)이라고 하는 문헌도 있다. Stites, 전제 John Marshall, 84쪽.

1801년 3월 4일 정오에 Adams 대통령은 떠나고 Jefferson이 대통령에 취임하였고 새 국무장관으로 James Madison이 임명되었다. Jefferson 대통령은 Madison에게 Marbury를 비롯한 16인의 관사들에 대한 임명장 배달을 중지하라고 명령하였다.<sup>12)</sup> Marbury 등은 국무장관을 상대로 임명장을 보낼 것을 명하는 직무집행명령(mandamus)을 연방대법원에 신청하였다. 그것이 동 판결의 대상이 된 사건이었다.

당시 연방대법원은 John Marshall 대법원장을 포함한 재판관 6인 전원이 연방주의자들이었다. 그러므로 이 사건은 정치적 노선 갈등이 심하던 시절에, 한 연방주의자(Marbury)가 반연방주의자인 국무장관(James Madison)을 상대로 {실질은 반연방주의자인 대통령(Thomas Jefferson)을 상대로}, 다른 연방주의자들(John Marshall과 대법관들)에게 직전 국무장관(John Marshall)이 미처 배달하지 못한 관사임명장의 배달을 청구한 것이다.<sup>13)</sup>

### 3. 동 판결의 요지

동 판결의 요지는 다음과 같다. 사법심사권에 관련된 구체적 내용은 아래 II.1.에서 보도록 한다.

- 연방대법원은 헌법에 의해서 보장되지 않은 원심관할권(original jurisdiction)을 행사하게 되는 경우에는, 국무장관에게 직무집행명령을 발할 수 있는 권한을 갖지 못한다.
- 연방의회는 헌법에 열거된 것 이외의 사건에 대하여는 원심관할권을

---

12) Marshall이 배달 중지를 명한 Jefferson에 대하여 불만이었으며, “비난이 내게 향할 것”(some blame may be imputed to me)이라고 말했다고 전한다. 같은 출처.

13) Marshall은 전임 대통령을 도와 문제의 임명장에 서명하고 국인을 날인하였으나 부주의로 미처 배달하지 못했던 국무장관이었으므로 사건의 관여자인데도, Marbury v. Madison 사건에서 ‘제척·기피 혹은 회피’가 없었고, 직접 판결문을 작성하였다. 이 점에서 비판되어지기도 한다. 그런데 당시 대법관은 6인이었고 그나마 2인(Cushing, Moore)은 그 사건의 심리와 결정에 참여하지 않았으므로(재판관 Marshall, Paterson, Chase, Washington만 참여) 불참하기가 어려웠는지도 모른다.

연방대법원에 줄 권한이 없다.

- 헌법에 모순되는(repugnant) 연방의회의 법률은 법이 될 수 없다.
- 연방법원들은 헌법을 준수하여야 할 의무가 있다.
- 대통령에 의한 공무원 임명에 임명장이 필수적인 것은 아니다.
- 임명장은 단지 임명의 증거에 불과하다.
- 배달(delivery)은 쓰여진 임명내용(letters-patent)의 효력발생에 필수적인 것은 아니다.
- 대통령은 국무장관으로 하여금 법률에 의해서 명령된 직무의 수행을 하지 않도록 할 수 없다.
- 수도(D.C.)의 치안판사는 대통령의 의사에 따라 해임될 수는 없다.
- 대통령이 임의로 해임할 수 있는 직이 아닌 공무원에 대한 임명은, 대통령이 사인하고 국무장관에게 보내져 관인이 날인되고 등록된 때에는 취소될 수 없다. 그 임명은 완성된 것이다.
- 직무집행명령은 자격 있는 당사자에게 국무장관이 임명장을 배달하도록 강제하는 적절한 수단에 해당된다.

#### 4. 동 판결 이유의 전개과정

동 판결 이유의 논리전개는 다음과 같았다.

- 우선 Marbury가 임명장의 배달을 청구할, 즉 직무집행명령을 청구할 법적 권리가 있는지가 문제된다. 이 문제를 다루기 위하여, 판사직과 같은 공무원의 임명은 언제 완성되는지를 검토하였다. 여기서는 일단 상원의 인준을 거쳐 대통령의 임명행위가 있고 임명장에 대통령과 국무장관의 서명이 이루어지고 관인이 찍혔다면, 그로써 임명이 완료된 것이라고 보았다. 그 후의 임명장의 배달 여부는 후속행위에 불과하다고 한다. 따라서 Marbury는 치안판사로 이미 임명된 것이고 그 지위에서 자신의 임명장을 받을 법적 권리가 있다고 보았다.
- 다음으로 법원은 대통령의 정치적·재량적 행위에 대해서는 원칙적으

로 사법심사를 할 수 없으나(Political Question), 권리가 침해된 경우라면 피해자는 사법적 구제수단이 부여되어야 한다고 판시하였다. 그러므로 Marbury는 국무장관을 상대로 하여 임명장을 받을 법적 권리의 침해를 법원을 통하여 구제받을 수 있다고 한다.

- 법률이 헌법에 반할 경우 법원은 그 법률이 위헌이며 무효라고 선언하여야 한다.
- 연방대법원이 원심관할권<sup>14)</sup>으로써 공무원에게 직무집행명령을 발할 수 있도록 한 법원조직법(1789년의 연방법원조직법 제13조)은 헌법에서 열거적으로 규정한 원심관할권 조항에 반한다.
- 그러므로 결국 연방대법원은 이 사건에서 직무집행명령을 발할 수 없다.

## 5. 비교법적 쟁점

동 판결의 논리적인 사법심사권 인정에도 불구하고 동 판결은 여러 가지 소송법적, 실체법적 측면에서 비판되어지기도 한다. 가령 왜 John Marshall이 재판에서 사건의 관계자로서 회피되지 않았는지, 원심관할에 관한 헌법규정의 해석이 올바른 것인지, 문제의 법원조직법 조항이 과연 연방대법원에 원심관할권을 규정한 것인지, 왜 관할권 문제가 처음부터 판시되지 않고 Marbury가 임명장에 대한 법적 권리를 가지며 법원은 그 구제기관이라는 점이 서두에서 자세히 판시되었는지, 동 판결의 논지라면 그 자체로 Marbury가 판사로서의 지위를 가지는 것이 아닌지 등이다. 또한 Marbury가 왜 관할에 관한 헌법문제가 전혀 없는 하급 연방법원에 직무집행명령을 신청하지 않았는지, 또한 동 판결 후에도 왜 하급 연방법원에 다시 권리구제를 청구하지 않았는지도 흥미있는 질문들이다. 그런데 이들에 관해서는

---

14) 연방헌법 제3절 제2조 제2문은 “대사, 공사, 영사에 관한 사건 및 추가 당사자인 사건에서 대법원은 원심관할권을 가진다.”고 규정한다. 이는 연방대법원이 상고심으로서가 아니라 1심이자 최종심으로 관할권을 가지는 것을 뜻한다.

는 다른 문헌에서 다루어지고 있으며, 이 글의 관심 대상은 아니다.

이 글에서는 우리나라와 같이 명문 헌법규정으로 헌법재판제도를 두고 있는 관점에서 볼 때, 판례로써 사법심사권(위헌법률심사권)을 인정하든 판결이 지니는 시사점과 문제점이 우선 지적될 수 있다. ‘위헌심사권의 헌법적 근거’라는 관점에서 관련된 여러 문제를 살펴볼 수 있을 것이다. 또 하나의 문제는 헌법에 명문규정이 없거나 있더라도 극히 기본적인 사항만이 규정되고 있는 경우, 과연 위헌심사를 어떠한 기준에서 어느 정도의 강도를 가지고 어떻게 할 것인가 하는 점이다. 이에 대하여는 ‘위헌심사의 방법’이라는 제목으로 관련된 여러 문제들을 살펴볼 필요가 있다.

## II. 비교법적 쟁점의 검토

### 1. 법원이 의회입법을 위헌무효라고 선언하는 권한의 근거

미국 연방헌법은 법원의 위헌법률심사권이나 사법심사권을 명시적으로 인정하진 않는다. Marshall은 연방법원의 사법심사권한은 국민의 원천적 의사결정인 성문헌법의 우위성(the Supremacy of Constitution), 법관의 헌법준수의무, 헌법에 의하여 창설된 의회의 입법의 헌법적 한계, 법이 무엇인가를 선언할 법원의 의무를 고려할 때 당연한 것이라고 본다. 이에 관한 동 판결의 원문 내용은 다음과 같다.<sup>15)</sup> 분량이 좀 길지만 이 부분은 이 글의 논의의 바탕이 되므로 그대로 인용하기로 한다(밑줄은 필자가 추가함).

“헌법에 모순되는(repugnant to the constitution) 입법이 국가의 법이 될 수 있는가의 문제는 합중국에 깊은 이해관계가 있는 문제이다. 하지만 다행이도 그러한 이해관계에 비례하는 만큼 복잡하지는 않다. 이를 판단하기 위해서는 단지 오랫동안 잘 확립되어 온 특정 원칙들을 인식하는 것으로 충분할 것 같다. 국민들이, 그들의 미래의 정부를 위하여, 자신들의 생각으로 그들 자신의 행복에 가장 이바지 할 원칙들을 세울 본래의 권리(an original

---

15) 5 U.S. 176-7.

right to establish such principles)를 갖는다는 것은 미국의 전체 구조(whole American fabric)가 세워져 있는 토대이다. 이 본래의 권리의 행사는 하나의 매우 커다란 노력이며, 빈번하게 반복될 수도 없고 그래서도 안 된다. 그러므로 그렇게 설정된 동 원칙들은 근본적인 것으로 고려된다. 즉, 그러한 원칙들을 초래하는 권위는 최고의 것이고 매우 드물게만 행사될 수 있으므로, 그 원칙들은 영구적인 것으로 설계된다.

이 본래적인 최고의 의지(this original and supreme will)는 정부를 조직화할 것이고, 각 다른 기관들에 각각 그들의 권력을 배분할 것이다. 그 의지는 여기서는 이 정도로 멈추거나, 혹은 그 기관들이 초월할 수 없는 특정한 한계들을 설정한다. 미합중국 정부는 후자의 경우에 속한다. 입법부의 권한은 규정되고 한계지어 있고, 그러한 한계들은 오해되거나 잊혀지지 않을 것이다. 즉 헌법이 성문화되어 있는 것이다. 만약 이러한 한계들이 어느 때나 제약되기로 의도된 그 기관들에 의하여 초월된다면, 무슨 목적으로 권한들이 제한되고 또 무슨 목적으로 그러한 한계가 성문화 되고 있겠는가? 만약 그러한 한계들이 그들이 대상으로 하는 사람들을 제한하지 못하고, 만약 금지된 입법과 허용된 입법이 똑같은 강제력을 갖는다면, 제한된 권력을 갖는 정부와 무제한한 권력을 갖는 정부 사이의 구별은 사라진다. 헌법은 자신에 모순되는 어떠한 의회입법도 통제한다는 명제는 논쟁하기에는 너무나 자명한 것이다. 그렇지 않다면 입법부가 통상적인 법률에 의해서 헌법을 변경할 수 있다는 것이 된다.

이러한 대안들 사이에는 중립지대가 없다. 헌법은 통상적인 수단에 의해서 변경이 불가능한 가장 우월적인 최고의 법이던지, 아니면 여타의 법률과 같은 위치의 것으로서, 다른 법률과 같이, 입법부가 그것을 바꾸고자 할 때는 바꿀 수 있는 것이 될 것이다. 만일 前者의 대안이 맞는다면, 헌법에 반하는 의회입법은 법이 아니다. 만일 後者の 대안이 맞는다면, 시민들의 입장에서 성문헌법들이란 성질상 한계 지워질 수 없는(illimitable) 권력을 제한하려는 불합리한 시도(absurd attempts)에 불과한 것이다.

확실히, 성문헌법들을 기초한 모든 사람들은 그것들을 국가의 근본적인 최고의 법으로 형성하려고 심사숙고하며(contemplate), 결과적으로, 모든 그러한 정부에 대한 이론은 헌법에 모순되는(repugnant to the constitution) 입법부의 입법은 무효(void)라는 것이 되어야 할 것이다(must be). 이 이론은 성문헌법에 본질적으로 수반되며, 따라서 이 법원에 의하여 우리 사회의 근본적 원칙들의 하나로서 고려된다. 그러므로 이 주제의 더 깊은 고찰에 있어서도, 이것은 잊혀져서는 안 될 것이다.

만약 헌법에 모순된 입법부의 법률이 무효라면, 그 무효성에도 불구하고 그 법률은 법원을 구속하고, 법원으로 하여금 그 법을 실행하도록 강제할



수 있는가? 아니면, 다른 말로, 비록 그것은 법이 아니지만, 마치 법이었던 것처럼 효력을 갖는 규범(rule)을 구성할 수 있나? 이는 사실상 이론에서 확립된 것을 뒤집는 것이 될 것이다. 일견 이는 주장되기에는 너무 큰 불합리(absurdity)로 보인다. 하지만 이에 대해 좀 더 검토될 필요가 있다.

무엇이 법인가를 말하는 것은(to say what the law is) 단연코 사법기관의 영역이고 의무이다. 특정한 사건들에 규범을 적용하는 사람들은 필연적으로 그 규범을 설명하고 해석하여야 한다. 만약에 두 개의 법이 서로 충돌한다면, 법원이 각각의 효력에 대하여 결정하여야 한다. 그래서, 만일 어떤 법률이 헌법에 반하고, 만일 그 법률과 헌법이 모두 특정사건에 적용된다면, 법원은 헌법을 무시하고 법률에 따라 그 사건을 결정할지, 아니면 법률을 무시하고 헌법에 따라서 그 사건을 결정할지 양자택일을 하여야 한다. 법원은 이러한 상충되는 두 개의 규범 중에서 어느 것이 그 사건을 규율하는가를 결정하여야 한다. 이것은 매우 본질적인 사법적 의무에 속한다. 그렇다면, 법원은 헌법에 따라야 하고, 헌법은 입법부의 법률보다 우월하므로, 두 규범이 다 적용되는 그 사건을 규율하여야 하는 것은 법률이 아니라 헌법이다.”<sup>16)</sup>

이상의 판시는 논리적으로 흠잡기가 어렵고 치밀하다. 연방대법원에 원심관할로서 직무집행명령을 발할 권한을 부여한 법원조직법이 헌법에 위반되며 따라서 무효이고, 그러므로 법원은 그 법률 조항이 아니라 헌법을 적용하여야 한다는 논거에 이의를 제기하기 어렵다. 또한 Marshall이 논의의 기초로 삼은 제한·등장하는 법리에 해당되는바, 이는 사회계약설에 바탕을 둔 것으로서 시민들은 자유의 보장을 위하여 권력의 남용을 방지하고자 하며, 정부의 권력을 최소화하고, 한계를 설정하고 이를 헌법에 성문화함

---

16) 이어서 “그러면, 헌법이 최고법으로 법원에서 고려되어야 한다는 그 원리를 반대하는 사람들은, 법원은 헌법에 대하여는 눈을 감아야 하고 오직 법률만을 보아야 한다고 주장하는 것이 될 것이다. 그러한 주장은 모든 성문헌법의 기초를 파괴할 것이다. 그것은, 우리 정부에 대한 원칙과 이론에 따르면 전적으로 무효인 법률이 여전히 실제에 있어서는 완전히 시행되어야 한다고 선언하는 것이다. 그것은, 만일 입법부가 명시적으로 금지된 것을 행한 경우에, 그 행위는 명시적인 금지에도 불구하고 실제적으로 효력이 있다고 선언하는 것이다. 그것은 입법부에게, 같은 입으로 자신의 권한이 좁은 한계 내에 있다고 고백하게 하면서, 동시에 실질적인 진정한全能(omnipotence)을 주는 것이다. 그것은 한계를 규정하면서, 그 한계는 임의로 초월될 수 있다고 선언하는 것이다.”라고 판시하였다.

로써 권력에 대한 제약과 합리적 통제를 도모한다는 것을 뜻한다. Marshall은 여기서 국민들이 정부의 기본원칙을 정하는 고유의 우월적인 권위(이를 ‘국민주권’이라고도 표현할 수 있을 것이다)를 가지고 있고, 미국 연방헌법은 국민들이 채택한 원칙에 따라 국가기관의 권력의 내용과 한계를 성문화한 최고 법규범이며, 따라서 의회의 법률 역시 헌법에 위배될 수 없다고 한다.

그런데, Marshall이 헌법에 반하는 의회입법은 무효(void)라고 단언하였을 때, 과연 그렇게 단언할 수 있는 헌법적 근거는 무엇인지, 헌법이 그러한 권한을 본래부터 예정하였는지는 여전히 해결되어야 할 문제이다. 이 문제에 대한 논의는 다음과 같은 관점들에서 접근할 수 있다.

### 헌법의 흠결 문제

헌법을 비롯한 모든 성문법은 중요한 법적 규율사항을 다 성문화하지 못한다. 그런 점에서 헌법의 측면에서는 ‘실질적 의미의 헌법’이나 ‘관습헌법’과 같은 영역이 논의되고 있다. 일반적 추상적 규범으로서 법은 흠결되거나 보충되어야 하는 부분이 있을 수밖에 없다. 예를 들어, 형법은 명백히 반사회적인 행위에 대해서도 처벌규정을 마련하지 않았을 수 있고, 행정법규가 명령이나 요구를 규범화 하면서도 위반시 제재규정을 마련하지 않는 경우도 있다. 나아가 선언적 의미에서 법이 규율하는 경우가 있고, 법 준수 수준을 높이기 위한 장치를 법 내부에 마련하지 않고 정치적 과정에 맡기거나 사회의 자치적 규율에 맡겨야 하는 경우도 존재한다.

미국 연방헌법의 경우, 기본적으로 국가기관의 권력을 분리하여 배분하고 그들 간에 상호 견제를 통하여 권력 간의 균형을 도모하고(Checks and Balances), 이로써 권력의 남용과 폭정(tyranny)을 방지하려고 한 것이지만,<sup>17)</sup> 그 구체적 내용이 모두 성문 헌법전에 담겨져 있는 것은 아니다. 헌

---

17) B. F. Wright (ed.), *The Federalist* by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay (The Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1966), 356쪽 (No. 51). 매디슨(Madison)은 이를 “Ambition must be made to counteract ambition”이라고 표현하였다.

법을 통하여 실현하고자 했던 이념, 즉 ‘권력의 제약과 권력의 합리화’를 뜻하는 立憲主義(Constitutionalism)<sup>18)</sup>를 통하여, 헌법규정의 흠결을 보완하고 헌법규정을 구체화하게 될 것이다. 한편으로는 헌법제정자들은 독립전쟁을 승리하여 자유와 권리에 대한 국가의 의식수준이 높아진 상황에서, 이 정도의 헌법전이라면 국민의 자유와 평등이 충분히 보장될 수 있다는 믿음을 가졌을지도 모른다.

그들은 현실에서 ‘헌법이 위반될 때 어떻게 할 것인가’의 문제에 대해서는 구체적으로 다루지 않았다. 예를 들어, 대통령이 헌법이 허용한 권력을 일탈 혹은 남용했을 때 어떤 제재를 할 것인지, 국회가 헌법에 위반되는 내용을 입법하였을 때 어떤 제재를 할 것인지, 연방대법원이 헌법에 반하는 판결을 하였을 때 어떻게 할 것인지에 관한 규정은 없다.

헌법상 기관들 간에 상호 견제장치를 마련한 것 외에 이에 관한 특별한 규정을 마련하지 않았던 것이다. 대통령과 법관에 대해서는 탄핵제도를 마련하였으나, 그나마 국회의원은 탄핵대상이 아니다.<sup>19)</sup> 비로소 영국과의 전쟁을 거쳐 독립된 연방국가를 구성하고 비로소 성문헌법을 제정하게 된 미국민들 내지 그들의 대표들은 적어도 새로이 민주적으로 출범하는 연방의회가 입법을 잘못할 경우 이를 어떻게 대처할 것인지를 구체적으로 고안하지 않았고, 그럴 필요까지도 없었다고 보았을지 모른다.

오히려 버지니아주의 비준과정에서 나타나듯이(IV. 참조), 관할권이 불명확하고 연방의회에 의한 관할의 확대가능성이 있는 연방법원이 과연 주의 권한을 제한하거나 주의 사건들을 잠식할 것인지가 문제 거리였다. 물론 연방 의회의 권한 남용도 문제될 수 있으나, 다음과 같은 헌법 규정에서 보

---

18) Harvey Wheeler, “Constitutionalism” in Greenstein/ Polsby (ed.), *Governmental Institutions and Process, Handbook of Political Science, Vol. 5* (Reading: Addison. Wesley, 1975), 1쪽.

19) 연방헌법은 탄핵의 대상을 “대통령과 부통령 그리고 모든 민간 공무원(all civil officers)”으로 규정하고 있으나, 조문의 해석상 의원은 탄핵의 대상에서 제외된다는 것에 대하여 異論이 없다. 헌법재판소 간, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제12권(2001),쪽 참조.

듯이 이에 대한 기본적 조치가 마련되고 있었던 것이다.

헌법제정자들은 연방헌법 제1절(Article I.)에서, 연방의회를 상하원으로 분할하고(Sec. 1.), 입법과정에 대한 절차규정을 마련하고(Sec. 7.), 하원의원은 2년마다 상원의원은 6년마다(단 3부분으로 나뉘 매2년마다 선거) 선출하여 국민들의 주기적 신임에 귀속시키고(Sec. 2-4.), 임기 중 효력 있는 수당 증가를 불허하고, 의원의 공무원 겸직을 금지하고(Sec. 6.), 주에 대하여 조세 등 부담을 전국적으로 통일시키고, 의회의 권한 범위를 구체적으로 열거(Sec. 8.)하고 있다. 연방의회의 입법권의 범위와 관련해서는, 반란이나 전시가 아닌 한 인신보호영장(Writ of Habeas Corpus)을 중지할 수 없으며, 사권박탈법(Bill of Attainder)이나 사후입법(ex post facto Law)의 통과를 금지하고, 人頭稅(Capitation Tax)를 금하며, 주의 수출물품에 대한 과세를 금지함으로써 연방의회의 권한을 제한하였다(Sec. 9.). 한편 다른 공직자들과 같이 의원들도 헌법을 준수한다는 취임선서를 하게 하였다(Art. VI.). 또한 연방에 위임되지 않은 주의 독자적 재량을 규정함으로써(수정헌법 제10조) 연방의 지나친 확장장을 제약하였다.

이러한 장치들은 그 자체가 연방의회의 권력에 대한 합리적 제약과 통제들이다. 그러나 헌법의 기초자들은 연방의회의 법률이 헌법에 위반할 경우 어떻게 처리할 것인지, 연방법원이 이를 무효로 할 것인지, 혹은 적용하지 않아야 할 것인지에 대하여 규정하지 않았다. 한편 그들이 연방의회가 헌법에 어긋나는 법률을 제정하면 이는 당연히 무효(void)라거나 법원이 이를 선언할 권한이 있다고 전제하였다고 볼만한 증거도 없다.

물론 식민지시대의 洲법원들이 주헌법에 위반되는 주법을 무효화한 판례들이 있었고,<sup>20)</sup> 헌법제정회의에서 재심위원회(Council of Revision)를 설치하여 대통령과 연방대법관들이 함께 의회의 입법에 대한 거부권을 행사하도록 하자는 안건에서, 한 반연방주의자(Luther Martin)는 법률이 위헌인지 여부는 직무상 대법관들에게 닥칠 문제라고 한바 있고,<sup>21)</sup> 헌법안이 통

20) 이들의 목록은 전제 [http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury\\_v.\\_Madison](http://en.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison) 참조. Marshall 역시 버지니아주 비준회의에서 주법원의 사례를 인용한바 있다(후술).

21) 이에 대해서는 Gunther/ Sullivan, *Constitutional Law*, 13판 (The Foundation Press, 1997), 15쪽 참조.

과된 후 비준절차에서 Alexander Hamilton이 The Federalist 紙 No. 68 (1788. 6. 14.자)에서 동 판결의 논거와 거의 같은 이유로 법원이 위헌인 의회입법을 무효로 선언할 권한이 있다고 하였으나,<sup>22)</sup> 역사적 고찰만으로는 헌법의 기초자들이 과연 사법심사를 당연한 것으로 전제했는지 여부에 대해서는 알 수 없고, 논자에 따라서는 서로 상반된 결론에 도달하기도 한다.<sup>23)</sup> 그러나 Hamilton의 위 No. 68 부분은 헌법의 기초자들이 사법심사를 인정하였다는 것에 대한 중요한 증거가 되는 것이라고 볼 여지도 있다.<sup>24)</sup> 그러나 사법심사와 같은 중요한 문제에 대하여 헌법제정회의에서 본격적으로 다루어지지 않았다는 것은 그러한 권한이 당연하다는 논의에는 의심을 품게 한다.

일반적으로 연방의회는 미합중국 국민들의 대의기관으로서 국민들의 주권의 대변자이고, 모든 국민들이 선출하는 하원의원뿐만 아니라 각 주의 목소리를 고루 대변하게 되어있는 상원의원들로 구성되므로, 이들이 합작하여 만든 입법은 그 자체로 국민의 대변된 의사로 간주된다. 그 입법은 또 다른 국민의 대의기관인 대통령에 의하여, 헌법위반을 이유로 한 거부권이 행사될 수 있음에도 불구하고 거부권이 행사되지 않고 공포된 것이다. 그러한 입법이 ‘헌법에 반할 수 있을 것’이라고 처음부터 상정하기는 어렵다.

설령 입법자들이 법을 잘못 만들었다고 다루어질 경우에도 주권의 대변자인 그들의 입장에서는 상당한 이유가 있을 것이고, 또한 입법자 역시 법원 못지않은 헌법의 수호자이며 독자적으로 헌법해석을 행하는 이상, 그러한 입법을 ‘헌법위반’이라고 주장하게 되는 것은 쉽지 않은 일일 것이다. 입법자와 법원이 헌법위반에 대하여 서로 다른 견해를 가질 경우, 법원의

22) 심지어는 ‘repugnancy’라는 단어도, 비록 법원이 ‘헌법에 반한다는 구실로’(on the pretense of a repugnancy) 자신의 의견으로서 입법자의 헌법적 의도를 대체해서는 안 된다는 의미에서 쓰였지만, 여기서 등장한다.

23) Lockhart 외 4인, The American Constitution: Cases-Comments-Questions, 8판 (West, 1996), 12쪽 참조.

24) Sotirios A. Barber, “Judicial Review and The Federalist”, The University of Chicago Law Review, Vol. 55 (1988), 886쪽.

견해가 반드시 입법자를 구속한다고 볼 근거도 불확실하였다. 적어도 연방 헌법 초기에 연방의회에 비한 연방대법원의 지위는 그러한 막강한 사법심사권과는 거리가 먼 것이었다. 물론 Marshall이 동 판결에서 예를 든 것처럼 사권박탈법의 제정이나 명백한 소급입법일 경우 위헌성의 주장은 설득력을 획득하겠지만, 그 경우에도 다시 헌법과 법률의 구체적인 해석이 또 필요한 것이다. 또한 대부분의 다른 입법에 대해서는 추상적·일반적인 헌법규정의 특정상 그 위반 여부를 권위 있게 따지기는 매우 어렵다. 그러한 헌법의 해석에 있어서의 다양성은 이를 더 어렵게 한다.

다른 한편 의회의 제정법을 무효로 선언하는 것은 의회로서 대표되는 국민의 민주적 의사결정을 무효화 하는 것이 된다. 따라서 그것이 애초부터 법원의 권한이라고 쉽게 상정하기는 어려운 것이다. 그러므로 ‘의회의 입법이 위헌일 경우 무효일 것인가’, 또한 ‘법원이 무효를 선언할 것인가’라는 문제의식은 성문헌법의 제정단계에서는 애초부터 구체화되기 어려웠고, 독특한 정치적 혹은 사법적 현실에서 구체적인 문제가 발단된 경우에 가시화될 수 있는 것이었다.

그렇다면 의회입법에 대한 위헌무효 선언 내지 사법심사의 권한 문제는 연방헌법이 미처 규정하지 않은 것이고, 이를 헌법제정자들이 당연한 것으로 인정하였다고 보기 곤란하다. 따라서 그것은 하나의 헌법의 흠결에 해당한다고 보여진다. 한편 그 흠결은 국민의 대의기관인 의회와 단지 6인의 판사만으로 구성된 연방대법원의 대립이 내포된 문제이므로, 사법부의 일방적인 헌법해석만으로 쉽게 메꾸어지기도 어려운 문제였다.

## 헌법위반과 무효 문제

의회의 입법이 헌법에 반한다 하더라도 이로 인하여 의회의 입법이 논리 필연적으로 ‘무효’가 되는 것은 아니다. 의회를 통과하여 대통령이 공포한 입법은 헌법에 의하여 부여된 효력을 지닌다. 입법이 위헌이므로 무효이고, 따라서 더 이상 시행될 수 없다고 하려면 이는 의회의 입법권을 직접 제약

하고 거부권을 지닌 대통령의 법률 공포행위를 비난하게 되는 것이므로, 그러한 헌법기관들의 행위에 대한 ‘무효화’는 엄정한 헌법적 근거를 요한다고 보아야 할 것이다. 즉 의회입법이 헌법과 의회법에 따라 적법한 절차를 거쳐 제정되었다면, 이를 (처음부터) 아무런 효력이 없다고 하기 위해서는 그러한 선언권한의 근거가 헌법에서 직접 나와야 한다는 것이다. 만일 그러한 근거가 없다고 한다면 법률이 위헌이라고 주장되더라도 의회 스스로가 다시 법을 개정하거나 폐지하여 그 결함을 보완할 수 있을 뿐이다(영국의 경우). 이 경우 국민의 대표기관인 의회가입법절차를 준수하여 공개와 토론, 타협을 거쳐 다수결원칙에 따라 법률을 제정하였다면 그 법률은 여전히 시행되어야 하는 것이다.

Marbury v. Madison 판결의 논지가 보편성을 지닌 것이라면, 왜 다른 성문헌법 국가들에서는 법원이 의회의 제정법을 무효라고 선언할 수 없는지가 문제된다. 프랑스나 스위스의 법원은 의회의 제정법을 위헌·무효라고 선언할 수 있는 권한을 갖고 있다고 인정된바 없다. 그것은 법원의 소극적인 자세 때문인가, 아니면 헌법에 명문 규정이 없는 상태에서 헌법의 우위성이나 사법권의 범위만으로 의회의 입법을 ‘무효화’시키는 것이 곤란하다는 사정이 반영된 것인가.<sup>25)</sup>

헌법이 명문의 규정으로 사법심사제를 두고 있지 않는 한 규범논리적으로 “위헌인 법률은 당연히 무효” 라거나 그것이 “헌법의 당연한 전제”라고 단정할 수 없다고 볼 것이다. 다만 헌법의 기속을 받는 법원으로서 “위헌인 법률은 당해사건에 적용할 수 없다”라고 할 수 있을 뿐이다. 그러므로 동 판결의 내용이 법원이 판단한 위헌법률은 법원이 스스로 이를 적용할 수는 없다는 논지를 넘어서 위헌법률은 ‘무효’이다 라는 판단을 포함한다면, 이는 그 근거가 헌법상 충분하다고 볼 수 없는 것이다.

---

25) 같은 견해로는 William Van Alstyne, “A Critical Guide to Marbury v. Madison”, Duke L. J. 1, 17 (1969). Lockhart 외 5인, 위 The American Constitution, 9쪽에서 인용.

## 司法과 규범충돌 문제

Marshall은 “무엇이 법인가를 말하는 것은(to say what the law is) 단연코 사법기관의 영역이고 의무이다. …두 개의 법이 서로 충돌한다면, 법원이 각각의 효력에 대하여 결정하여야 한다. …법원은 헌법에 따라야 하고, 헌법은 입법부의 법률보다 우월하므로, 두 규범이 다 적용되는 그 사건을 규율하여야 하는 것은 법률이 아니라 헌법이다.”고 말한다.

이에 대해서는 우선 ‘무엇이 법인가’라는 문제와 ‘법과 법의 충돌’ 문제는 다르다는 관점에서 접근할 수 있다. 고대로부터 ‘너희는 사실을 말하라, 나는 법을 말하겠다’는 청구인과 법원 사이의 관계설정은, 법에 대한 판단의 주체는 법원이라는 것에 귀결된다. ‘司法’이란 말 자체가 ‘법을 판단한다’, ‘법을 말한다’는 취지인 것이다. 권력분립주의(3권분립) 하에서는 ‘법’을 중심으로, 법을 만들고(立法), 집행하고(執法, 법집행), 판단하는(司法) 기관이 분립되는 삼각형 구조를 이루어 왔으며, 법원은 재판을 통하여 사실을 평가하고 법을 해석하고 적용하는 것을 본질적 요소로 하는 것이다. ‘司法’은 “독립적인 법원이 원칙적으로 직접 조사한 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석·적용하여 유권적인 판단을 내리는 작용”이며, 사법절차를 특징지우는 요소는 “판단기관의 독립성·공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장”이라고 할 수 있다.<sup>26)</sup>

그러므로 사법권(Judicial Power)은 사안을 평가하고 법을 해석·적용하는 것이고, 법 상호간의 규범충돌문제는 그 고유한 영역에 당연히 포함된 것이 아니었다. 만일 권력분립원칙 하에서 의회가 만든 일반·추상적인 법률을 단순히 해석, 적용하는 것이 아니라, 그 의회의 법률 자체의 정당성을 따지는 것까지 사법권에 속했다면, 당연히 이는 권력분립주의(separation of powers)의 한 핵심적 내용으로 언급되었어야 했을 것이다. 왜냐하면 이는 의회의 권한 남용을 견제하는 핵심적 장치에 속하게 되기 때문이다. 그러나 권력분립원칙의 고전적 내용에서는 사법심사는 포함되고 있지 않다. 즉

26) 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 18-19.



분쟁에 있어서 사실을 판단하고 법의 내용을 밝히는 사법작용에 있어서 법 자체의 위헌성 판단은 인류의 법역사에서 비교적 ‘최근의’ 현상인 것이다. 그런데 Marshall이 판시한 대로, 법관은 법률이 헌법과 모순된다고 볼 경우 그러한 법률에 따라 재판할 수는 없다. 최고의 법규범으로서 헌법은 당연히 법원을 기속하며, 따라서 법원이 헌법과 모순되는 하위 법을 사건에 적용할 수는 없다. 이는 현실적인 법원의 태도 여하에 불구하고 규범논리적으로 당연한 결과이다.

그러나 위헌인 법률에 대하여 당해사건에서 ‘적용거부’를 하는 것에서 더 나아가 ‘위헌무효’라고 선언하는 것은 사법권의 본질에 속하는 사항이라고 보기 곤란하다. 미국의 경우 연방헌법의 사법권은 연방헌법 하에 제기되는 모든 사건(cases)과 쟁송(controversies)에 미치지만(Art. III. Sec. 2.), 여기서의 ‘사건과 쟁송’은 통상의 사건들, 즉 권리 침해 주장에 대한 법의 해석·적용을 해야 하는 사건들을 말하며, 헌법과 법률이 충돌될 때 그 법률의 무효를 선언할 수 있는 것까지 포함하는 의미라고 보기는 어렵다.<sup>27)</sup> 또한 만일 그것까지 포함한다고 이해되려면 다음과 같은 부수적 문제도 해결될 수 있어야 한다.

우선 법률을 위헌무효라고 선언할 수 있다고 할 때는 그러한 위헌결정의 시적 효과에 대하여도 판단되어야 한다. 위헌무효 선언이 글자 그대로 그 법률을 입법 시부터 무효화 하는 것인지, 아니면 위헌선언 이후부터 폐지하는 것인지가 결정되어야 한다. 이 문제는 매우 중요하다. 만일 연방대법원이 판례로써 전자를 택한다면 법률의 제정시부터 소급효가 인정되어 법적 안정성을 해하고 그동안 형성된 수많은 법률관계를 뒤집는 결과가 된다.

---

27) Alexander Bickel은 동 조항의 사법권 규정은 법원이 ‘어떤 사건’을 관할할 수 있는지에 대한 근거는 되지만, ‘사건을 결정하는 방법’까지 규정한 것은 아니라고 하며, 그 점에서 법률의 위헌여부의 심사가 동 조항에 내포되어 있는 것이라 보기는 어렵다고 한다. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 5-6쪽. Lockhart 외 5인, 위 *The American Constitution*, 10쪽에서 인용. 한편 Alstyne은 동 조항의 “in pursuance thereof” 규정으로부터, 입법의 절차적 하자에 대한 법원의 심사권한이 도출될 수는 있으나, 입법의 내용에 대한 심사권한이 당연히 도출된다고 보기는 어렵다고 한다. Alstyne, *전계 논문*, 20-22쪽 참조.

다. 한편 후자를 택한다고 할 때는 왜 위헌무효인(void and null) 법률이 단지 장래효만 지니는지 의문이 제기될 수 있다. 그러므로 이러한 민감한 문제에 있어서는 적어도 법적 근거가 존재하는 것이 바람직할 것이고, 사법부의 관례만으로 위헌법률의 소급효 문제를 결정하는 것은 쉽지가 않으며,<sup>28)</sup> 그러한 문제에 대한 판단은 일반적 의미의 ‘司法’과는 친숙하지 않은 사항인 것이다.

한편 성문헌법이 아닌 관례로써 법률에 대한 사법심사권을 연방법원이 갖는다고 할 때, 과연 위헌결정의 내용적 효력이 어느 범위에서 인정될 것인지도 어려운 문제이다. 어느 법률이 수많은 법원들 중 한 법원에 의하여 위헌무효라고 선언되었다면, 다른 법원들이나 국가기관들은 자동적으로 그 법률의 적용이나 시행을 중지하여야 할 것인가? 어느 법률에 대하여 수많은 연방법원들 간에 어떤 법원은 합헌이고 어떤 법원은 위헌인지를 달리 판단하면 어떻게 될 것인가? 한편 법률이 위헌이라고 결정한 후 관례를 변경하여 같은 법률을 합헌으로 결정할 수 있을까? 그 경우 해당 법률은 별도의 입법 없이도 다시 효력을 지니게 되는가? 이러한 제 문제의 해결은 입법적 해결 없이 관례법만으로는 해결하기가 용이하지 않은 것이다.

성문의 사법심사제도가 없는 미국에서는 법률을 위헌으로 선언하더라도 이는 기본적으로 당해사건에서 적용되지 않는 것에 그칠 수밖에 없다 (unconstitutional as-applied to a particular set of circumstances).<sup>29)</sup> 따라

28) 연방대법원은 위헌법률의 소급효 여부 문제를 관례의 소급효 여부의 문제로 보며, 기본적으로 해당 사건마다 범익형량을 통하여 이에 관하여 결정을 하는데, 어느 경우에 어느 범위에서 소급효를 인정할 지는 쉽게 일반화하기가 어렵다. 이와 관련해서는 윤진수, “미국법상 관례의 소급효: 우리 법상 위헌결정의 소급효와 관련하여”, 저스티스 제28권 제1호(1995) 참조.

29) 다만 예외적으로 해당 법률조항이 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 광범위하게 제한하고 있다고 (overbreadth doctrine) 다룰 경우나 어느 사안에서나 그 조항은 위헌이라고 주장할 수 있다면 文面上 違憲(unconstitutional on its face)을 주장하는 소송(Facial challenge)이 허용된다. 문면상 위헌이 선고되면 당해사건을 넘어선 모든 사안에 대하여 위헌결정의 효력이 미친다(다만 그 내용은 아래에서 보듯이 제약적이다). 그러나 문면상 위헌을 주장하기 위해서는 모든 사안에서 해당 법률조항이 위헌이라는 점을 당사자가 입증하여야 하는데, 연방대법원 스스로가 이는 매우 어려운 일이라고 판시하고 있다. United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 745 (1987); Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991).

서 위헌결정이 있어도 그 법률은 당해사건에 적용되지 않음에 그치며, 그 법률이 법전으로부터 사라지거나, 일반적 효력으로서 ‘폐지’되는 것은 아니다. 법률이 폐지되는 것이 아닌 것은 문면상 위헌선언의 경우에도 마찬가지이다. 다만 그 법률이 또다시 시행될 경우 ‘선례구속의 원칙’에 의하여 법원에서 거부될 것이기 때문에 사실상 법률이 죽은 것과 같은 효과를 가질 뿐이다.

심지어는 미국에서는 위헌결정이 후에 번복될 경우 종전에 위헌결정을 받았던 법률은 다시 별도의 입법 없이도 다시 효력을 회복한다. 왜냐하면 위헌결정에도 불구하고 동 법률은 법전에서 사라지거나 폐지되는 것이 아니며 다만 더 이상 적용되지 않을 뿐이며, 죽은 것이 아니라 단지 휴면상태에 처해질 뿐이기 때문이다(dormant but not dead). 따라서 후에 종전 판결이 번복되면서 소급효를 가질 경우 그 법률조항은 다시 자동적으로 효력을 가지게 된다.<sup>30)</sup>

헌법상 사법심사권과 위헌결정의 효력에 대한 명문 규정이 없기 때문에 미국에서는 연방대법원이 어느 법률이 위헌무효라고 선언하더라도, 이는 기본적으로 당해사건에 적용되지 않는 것으로 귀결되는 것이다. 그 이상의 위헌결정의 효력, 즉 일반적 폐지효나 대 국가적 구속력을 판례법상으로 인정하기는 어려운 것이다. 더구나 하급 연방법원에서의 법률의 위헌판결은 그 연방법원이 관할하는 지역에 한하여 효력을 지니며, 그 경우에도 당해사건을 넘어서서 비적용 되기 위해서는 법원의 금지명령을 다시 받아야 한다.<sup>31)</sup> 이러한 하급심 결정으로 해당 법률이 폐지되는 것이 아니기 때문

---

30) 이는 미국의 판례와 학설의 일반적 견해이다. Treanor/ Sperling, “Prospective overruling and the revival of “unconstitutional” statutes”, 93 Colum. L. Rev. 1902, 1913. 하지만 동 문헌의 저자들은 달리 보고 있다.

31) 예를 들어, 2005. 9. 15.자 San Francisco Chronicle에 수록된 제9 연방항소심(the Ninth US. Circuit Court of Appeals)이 내린 위헌결정 참조. 동 결정은 학교 내에서 ‘under God’란 표현이 포함된 서약을 하도록 하는 법조항을 위헌으로 선언하였는데, 그 판결의 효력을 당해사건이 관련된 3개 학교구역에 한정하였고, 그 구역 내의 학교들에서 더 이상 위 서약조항을 적용시키지 않기 위하여 다시 금지명령을 발하고 있다.

에 상소심에서 파기되더라도 규범의 효력은 다시 미치는 것이다.

그리하여 Marshall 역시 동 판결에서 ‘헌법에 반하는 법률은 무효이다’라고 했지만, 문제된 ‘법원조직법 제13조가 무효이다’고 직접 판시하지는 않았다. 그러한 판시 여부는 현실에 있어서는 매우 큰 차이를 초래하는데, 동 판결에도 불구하고 법원조직법 제13조는 ‘계속 유효하다’고 여전히 주장될 수는 있는 것이다. 다만 계속 시행될 경우 연방법원에서는 같은 내용을 판시하는 무익한 소송이 될 뿐인 것이다. 그러한 소송 결과에 대한 비난은 법집행당국이 지게 될 것이다. 결국 연방대법원이 어느 법률은 헌법에 반하므로 무효라고 말할 수는 있겠지만 그렇다고 해서 동 법률이 폐지되는 효과를 갖는 것이라 볼 수 없다. 법원조직법 제13조 자체가 폐지된다고 하기에는 사법심사권 혹은 위헌무효선언권 및 위헌결정의 효력에 관한 법원의 권한이 너무 약한 헌법적 근거를 가지고 있는 것이다. 그러므로 규범충돌문제에 대한 동 판결의 결론은, 그 논리적인 修辭에도 불구하고, 사실상 기본적으로 ‘당해사건에 대한 법률적용 배제’에 그칠 수밖에 없다. 또한 사법심사권의 인정과, 법원조직법이 헌법에 반한다는 Marshall의 판시는 동 판결에서 결국 방론(dicta)에 불과한 것이다.<sup>32)</sup>

일반적으로 규범충돌의 문제는 법원에서 쉽게 다룰 수 없다. 그것은 사건의 당사자와 법원 간의 문제와는 차원을 달리 하여, 다른 국가기관 즉 규범제정기관의 존재를 건드리기 때문이다. 법원에 의한 어느 규범의 무효화는 필연적으로 다른 국가기관의 권위와 업무를 제약하게 된다. 법률에 대한 사법심사권의 인정과 위헌법률은 무효라는 명제는 ‘권력분립원칙’의 관점에서 당연히 정당화 되는 것이 아니라 오히려 강력한 비판을 받아 왔다.<sup>33)</sup> 혹자는 대통령이 만일 연방대법원의 결정이 위헌이라고 판단한다면

---

32) Morris Cohen, “The Faith of a Liberal”, 178-80쪽 (1938). Lockhart 외 5인, 위 The American Constitution, 8-9쪽에 인용된 부분을 참조함.

33) Jefferson은 사법심사가 권력 간의 분립이 아니라 사법부를 독재적 기관(a despotic branch)으로 만들게 된다고 비판하였고, Andrew Jacson은 판사들의 판결의 의회에 대한 권위는 의회의 견해의 판사들에 대한 권위 이상이 아니며, 그 점에서 대통령은 양자로부터 독립적이라고 하였고, Abraham Lincoln은 법원의 권위는 다른 기관들이 존중하여야 하지만, 만일 법원이 전체 국민들에게 영향을 주는 중요한 사안에 대한 정부의 정책을 잘못 판단하여 위헌이라고 한다면, 이는 국민들이 자신의 지배자가 되는 것을 그치게 하고, 사실상 그들의 정부를 법원의 판사들의 손에 맡기는 것이라고 지적하였다. Lockhart 외 5인, 위 The American Constitution, 13-4쪽에서 인용.

그 결정의 집행을 하지 않아도 되는가 라고 반문한다. 기본적으로 헌법이 권력 간의 분립을 설정한 이상 다른 국가기관의 행위에 대한 통제는 명백한 헌법적 근거가 필요하다. 규범충돌의 문제는 종래의 사법권의 영역에 서는 논의되지 않았으며, 헌법의 규범력이 확산되고 관철됨에 따라 발생한 현상이다.<sup>34)</sup> 그러므로 종래의 사법권 개념만으로 사법심사권 및 위헌무효의 법리를 주장하는 것은 근거가 약할 수밖에 없는 것이다.

위헌법률심사는 ‘다수결원칙’을 부인하는 결과가 된다. 법관들은 국민이 선출하지도 않았고 국민에게 책임지지도 않는다. 의회의 수많은 법률안 중에서도 소수만이 입법절차를 거쳐 살아남아 법률이 되는 것에 비하여 법원의 심리과정이나 연방사법권의 행사는 매우 연약한 민주적 뿌리(brittle democratic roots)를 지닐 뿐이다.<sup>35)</sup> 이러한 문제점 때문에, 법률에 위헌성의 문제점이 있더라도 그 교정은 국민의 대의기관인 의회 자체의 입법절차를 통하여 스스로 이루어지는 것이 바람직하다고 보는 관점이 존재하는 것이다. 영국과 프랑스가 채택한 사법시스템은 그러한 전제에 서 있다.

또한 ‘헌법에 반하는 법률은 무효이다’라는 법원의 판단은, 의회의 법률을 실제로 무효로 만들 수 없을 뿐만 아니라, 설사 그렇다 하더라도 의회가 동일한 반복입법을 하는 것을 저지할 수 없다.<sup>36)</sup>

34) 특히 인권침해와 양차 세계대전을 겪은 후인 20세기 후반기부터 두드러지는 문제이다.

35) Jesse Choper, “The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice”, 122 U. Pa. L. Rev. 810, 830-2 (1974). Lockhart 외 5인, 위 The American Constitution, 17쪽에서 인용함.

36) 이러한 법리는 헌법재판제도를 성문화하고, (위헌)결정의 일반적 기속력을 규정한 나라에서도 마찬가지이다. 독일에서는 의회가 위헌결정의 기속력을 받지 아니한다는 견해가 많다. 정중섭, 헌법소송법 (박영사, 2002), 296쪽; K. Schlich 저(정태호 역), 독일연방헌법재판소(헌법재판소, 2000), 단락번호 446-8 참조. 한편 독일 연방헌법재판소 제2부는 결정의 기속력이 인정되므로 의회가 반복입법을 못한다고 하는데 비하여, 제1부는 1997년의 BVerfGE 96, 260 (263)에서 입법자가 위헌으로 선언된 법률과 똑 같은 내용을 제정하는 것을 방해할 수는 없지만, 원래의 법률에 대하여 헌법위반으로 제시된 근거들 외에 특별한 근거가 요구된다고 하였다.

이상을 종합하면, 연방헌법이 명시적으로 부여하지 아니한 이상, ‘헌법에 위반되는 규범을 사법부가 적용할 수 없다’는 법리 이상으로 ‘헌법에 반하는 법률은 무효이다’고 선언할 권한은 근거가 약할 수밖에 없다고 생각된다. 결국 Marshall의 판시 중에서 ‘의회가 위헌인 법률을 제정한 것이라고 법원이 판단하였을 때에는 법원은 그 법률을 적용할 수 없다’는 취지의 부분만이 헌법적 근거를 갖춘 것이고, ‘법원은 헌법에 반하는 법률을 무효라고 선언할 수 있다’는 부분은 헌법적 근거가 불충분하다.<sup>37)</sup>

### 사법심사의 성문화의 필요성과 그 장단점

Marbury 판결은 헌법에 모순되는 입법은 무효이고, 국가의 법이 아니라고 하였지만, 동 판결의 논지만으로는 근본적 문제, 즉 민주적 정당성이 취약한 연방법원이 어떻게 국민들의 대표기관인 연방의회의 입법을 무효화 시킬 수 있는지, 과연 그러한 헌법해석은 정당한 것인지, 또한 언제 어느 정도로 어떻게 법원이 위헌성을 심사하는지, 왜 정치문제에는 사법심사가 자제되어야 하는지 등에 관한 논란을 피할 수 없다. 동 판결의 논지의 정당성은 항상 의심될 수 있고 비판의 위험에 놓여 있는 것이다.

동 판결 이후의 상황은 동 판결의 논지가 활발한 생명력을 갖지 못했음을 보여준다. 1803년 이후 1887년까지 연방대법원에서 동 판결이 사법심사

37) 참고로, Marshall은 동 판결에서 헌법의 기초자들(the framers of the constitution)이 헌법에 위반되는 제정법은 적용되어서는 안 된다는 것을 숙고했다(contemplated)고 말한다. 그러면서 헌법상, 다른 주로부터 수입된 물품에 대한 과세금지, 사권박탈법이나 사후입법 금지, 반역죄 인정에 2인 이상의 증언이 필요한 것, 법관 임용시 헌법수호가 포함된 선서를 하는 것을 예로 들며, 헌법에 어긋나는 입법이 있을 경우 법원이 그 입법을 적용할 수 있겠느냐고 반문한다. 또 사법권이 연방헌법 하에 제기되는 모든 사건들에 미친다는 연방헌법 규정을 들어, 이 규정을 만든 목적은 법원으로 하여금 헌법을 준수하라는 것이며 따라서 법원이 헌법을 도외시하고 재판할 수는 없다고 한다. 그러나 이러한 논거 역시 헌법제정자가 의회입법에 대한 법원의 무효선언권을 인정하거나 용인한 것이라는 취지를 입증할 논거로는 불충분하다.

의 근거로 원용된 적이 없었다. 1801년도의 법원조직법을 폐지한 1803년의 폐지법은 이미 선임된 판사들의 판사직을 법원의 폐지라는 형식으로 박탈한 것이어서 중대한 헌법문제가 있는 것이었다. 그러나 연방대법원은 동 판결이 선고된 지 2주 후에 이를 합헌으로 인정하였다(Stuart v. Laird).<sup>38)</sup> 동 판결 다음으로 연방의회의 행위(the Missouri Compromise of 1820)에 대하여 사법심사를 하여 무효화한 사건은 Dred Scott 사건(1857)에 대한 판결이었다. 그런데 이 판결에서는 Marbury v. Madison 판결이 언급조차 되지 않았다.<sup>39)</sup> 동 판결의 후속적인 실현은 20세기애나 이루어졌다.<sup>40)</sup> 이러한 현실은 동 판결에 대한 연방대법원의 논거의 정당성과 무관하다고 할 수 없다. 만일 사법심사의 근거와 효력이 정당성을 지닌다면 동 판결은 좀더 활발하게 원용되었을 것이다.

한편 연방대법원은 시대의 추이에 따라 위헌심사를 엄격하게도 완화되게도 하였는데, 그러한 변천 역시 사법심사제에 대한 동 판결의 정당성이 확고하지 못했기 때문에, 결국 시대의 흐름에 따라 위헌판단의 흐름이 달라질 수밖에 없었던 사정을 반영하는 것이다.<sup>41)</sup> 이는 결국 위헌법률심사는 국민의 대표기관인 의회의 행위를 번복하는 것이므로 헌법에 성문의 근거가 없이 헌법의 우위성이나 사법권의 기능만으로 이를 인정하는 것은 곤란하다는 사정을 반영하는 것이다.

법률의 제정은 의회주의의 핵심 내용이며 한 국가의 헌법체계의 운영과 실현에 직접 관계되는 것으로서 여러 가지 법익형량을 거쳐 이루어지며,

---

38) 1 Cranch (5 U.S.) 299 (1803). 다만 동 판결에는 Marshall이 빠지고 Paterson 대법관이 집필한 법정의견이 선고되었다.

39) JOEL B. GROSSMAN, 위 “The 200th Anniversary of Marbury v. Madison. 참조.

40) Grossman, 위 인터넷 자료.

41) 대표적인 것이 Lochner 판례의 후퇴라고 할 수 있다. 19세기말-20세기 초반 동안 연방대법원은 실제적 적법절차에서 도출되는 인권론으로 사회·경제적(socio-economic) 연방입법에 대하여 적극적인 위헌결정을 하였는데(대표적인 것이 1905년의 Lochner v. People of State of New York, 198 U.S. 45 (1905)), 법원의 사법심사의 기능과 한계에 대한 비난이 쏟아지자, 1937년 Lochner 판결을 번복하였고(West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)), 그 후부터는 사회·경제적 입법에 대한 위헌심사를 ‘사실상’ 포기하였다.

입법과정은 복잡한 의사결정 규칙을 거쳐 이루어진다. 정치적 목표와 국가적 정책형성에 대한 전문성이 약한 법원이 의회의 입법을 무효화 시킬 수 있으려면, 이는 기본적 인권과 자유의 강조 내지 국가권력에 대한 강력한 제어장치를 도모하려는 헌법적 의지와 그 의지의 구체적 성문화가 없이는 정당성을 확보하기 어려운 것이다. 판례법만으로 그러한 강력한 권한을 인정하려면 결국 그 국가의 법원 시스템과 법관의 법발견에 대한 사회적 컨센스가 매우 강한 전통 하에 놓여 있어야 할 것이다.<sup>42)</sup>

판례법 전통의 국가가 아닌 대륙법계(Civil Law) 국가의 법원이 그러한 권한을 헌법의 명문 규정도 없이 판례로써 인정할 수 있을까? 프랑스나 독일의 법원이 의회의 입법에 대하여 헌법적 근거 없이 위헌무효라고 선언한다는 것은 이론상으로 가능하지만 상상하기 어렵다.<sup>43)</sup> 심지어 판례법 전통의 영국에서도 법원이 그러한 권한을 인정한다는 것은 불가능한 것으로 보인다. 또한 영미형의 사법부를 둔 나라라 하더라도 법원의 전통이 약한 나라라면 사법심사가 판례법으로서 인정되기는 어려울 것이다. 일본은 영미식의 사법제도를 운영하며 독립된 헌법재판소를 두고 있지 않지만, 헌법에서 명문으로 사법심사에 관한 근거규정을 두고 있는 것이다(제84조).<sup>44)</sup> 일

42) 사법심사를 하는 것 자체가 재판기관의 힘(strength)이 전제된 것이다. W. Lasser. *The Limits of Judicial Power* (Chapel Hill : The Univ. of North Carolina Press, 1988), 272쪽.

43) 대륙법계 전통의 법관이 사법심사를 하기 어려운 점에 관련하여 비교헌법학자인 M. Cappelletti는 다음과 같이 분석한바 있다. “유럽의 사법부의 대부분은 司法審査에 포함되어 있는 價値判斷的 準政治的機能을 수행하는 데 심리적으로 무능력한 것같이 생각된다. 대륙의 법관은 일반적으로 직업법관으로서 아주 젊어서부터 司法府에 들어와 주로 年功序列에 따라 승진하게 되어 있다. 그들이 받는 전문훈련은 制定法의 政策의 適用能力보다는 그 機械的 適用技術을 기르게 한다. 그런데 사법심사권의 행사는 법적용이라고 하는 一般司法機能과는 매우 다른 것이다. 近代의 憲法은, 무엇이 法장인가에 대한 고정된 관념에 자신을 한정시키지 않고, 장래의 행위를 위한 프로그램을 포함하고 있다. 그러므로 憲法解釋의 일은 오로지 一般法律을 해석하는 경우보다도 고도의 裁量判斷力을 종종 요구하고 있다. 이것이 바로 켈젠이나 칼라만 드레이 등이 憲法解釋은 순수한 司法的 活動이라기보다 立法的 活動이라고 말한 한 가지 이유였던 것이다.” M. Cappelletti, 구병석 外 역, 현대헌법재판론 (법문사, 1989), 85-6쪽.

44) 제81조 최고재판소는 법률, 명령, 규칙 혹은 공권력 행위에 대한 위헌성을 판단하는 최종 권한을 가지는 법원이다.



본에서 그러한 규정 없이 최고재판소가 판례로서 의회 제정법을 위헌으로 선고한다는 것은 상상하기 어렵다. 그러므로, 대륙법계 국가에서 오늘날 입헌주의, 민주주의, 권력분립주의, 법치주의의 중요한 보완장치로서 필요한 위헌법률심사 등의 헌법재판제도가 성문헌법의 명문 규정으로 인정되고 있는 것은 필수적인 것이다.

성문헌법으로 사법심사 내지 헌법재판을 규정할 경우, 그 장점은 의회입법을 무효화시키는 것에 대한 명확한 헌법적 근거를 갖춤으로써, 이에 대한 법적·정치적 반박을 사전에 해소하고, 나아가 입법에 의하여 헌법재판절차와 결정의 효력이 객관적으로 정해지고, 헌법재판의 전문성을 강화할 수 있다는 것이다. 미국헌법에서 사법심사의 근거와 범위, 그리고 결정의 효력 및 법원의 민주적 정당성에 관한 근본적 의문이 제기되는 것은 기본적으로 성문헌법에 그에 대한 명문의 근거가 없기 때문이므로,<sup>45)</sup> 이에 비교할 때 헌법전에 사법심사를 명문으로 규정하고 독립된 헌법재판소를 둔 경우는 그와 같은 의문은 대부분 해소된다.

성문화된 헌법적 근거를 지닌 유럽식의 헌법재판소는 그러한 법원의 민주적 정당성(countermajoritarian difficulty) 문제에 민감할 필요가 없다. 헌법이 직접 헌법재판권을 헌법기관에 부여함으로써 민주적 정당성 문제가 부각될 수 어렵기 때문이다. 헌법이 헌법재판권을 인정하고 그것을 의회의 권위에 맞추어(이는 통상 재판관 전원의 의회 선출체도로 담보된다) 특별한 헌법재판소에 부여하는 시스템은 공통적인 하나의 헌법적 목표를 지니는바, 바로 인권의 최대한 보장이다. 민주주의는 국민의 의사에 의한 정책

---

45) 동 판결은 미국 연방법원의 판례로서 선례구속의 법리에 의하여 법적 효력을 갖지만(이는 헌법문제에 관한 것이므로 판례법상 ‘헌법적 효력’을 지니며 의회의 법률로써 사법심사를 금지할 수 없다), 그 정당성에 대한 시비는 지금도 계속되며 중요 사항에서 합헌 또는 위헌결정이 내려질 때 마다 ‘법원의 기능과 한계’에 대한 논쟁은 계속된다. 이러한 논쟁은 바람직한 측면도 있으나 사후평가 이상으로 연방대법원의 판례 전개에 영향을 주고 법적안정성과 예측가능성을 저하시키는 요인이 된다. 그러한 논쟁의 근거에는 항상 민주주의적 토대가 약한 연방대법원이 민주주의의 대표기관인 의회의 입법에 대한 적극적 사법심사를 하는 것이 부적당하다는 관점이 전제되기 때문이다.

결정을 의미하고, 의회의 입법절차의 차원에서는 공개와 토론, 타협과 함께 다수결원리(majority rule)를 뜻하지만, 헌법재판제도를 둔 헌법은 그러한 민주주의가 국민의 의사를 반영할 것과 더불어 그 반영된 의사결정이 人權과 正義에 맞는 실질적인 것을 요청한다(실질적 법치주의). 따라서 다수의 결정이라도 그것이 인권과 정의라는 헌법적 가치에 어긋날 경우 시정되어야 하며, 그 방법으로 헌법재판소에 사법심사권이 주어지는 것이다.<sup>46)</sup> 그러므로 헌법재판소에 대한 민주적 정당성의 문제제기는, 헌법이 직접 부여한 또 다른 헌법적 가치의 관점에서 융화되는 것이다. 헌법재판소의 사법심사의 정당성은 헌법에 의하여 직접 부여되므로 민주적 정당성의 흠결을 이유로 한 논의는 우월성을 가질 수 없는 것이다.

헌법재판의 성문화는 단순히 사법심사의 근거를 명확히 한다는 데에 그치는 것이 아니다. 헌법재판의 관할과 절차와 효과를 구체적으로 규정함으로써 헌법문제에 대한 포괄적 심사가 가능해지고<sup>47)</sup> 헌법재판에 필요한 전문성이 강화되고,<sup>48)</sup> 이로써 헌법의 규범력을 전체 국가기관에 확산하게 되는 계기가 된다.

또한 위헌결정의 효력은 개별 사건에서의 적용배제가 아니라 규범자체의 무효 혹은 폐지라는 것으로 나타나므로(위헌결정의 일반적 효력) 헌법재판의 실효성이 강해지고 예측가능성을 가진다. 나아가 헌법문제에 대한 관할이 법에 의하여 정해지므로, 미국식의 정치문제 법리(Political Question Doctrine)와 같은 사법자제론이 개입할 여지가 적어진다. 정치문제 혹은 통치행위의 법리는 주로 대통령의 외교적, 정치적 행위에 대하여 사법심사를 자제하는 논리로 발전되어 왔고, 이로써 법원의 권위와 한계가 손상되는

---

46) Jutta Limbach, How a constitution can safeguard democracy : The German Experience, 2003. 1. 30. Hongkong 대학 강연문 (Goethe-Institut 주최).

47) 권한쟁의, 선거소송, 추상적 규범통제, 헌법소원, 탄핵심판, 정당해산과 같은 포괄적인 헌법재판이 가능해진다.

48) 법률의 해석·적용에 관한 일반 사건을 담당하지 않고, 법률과 국가작용에 대한 사법심사를 전담하고, 헌법재판에 전문적 인력과 자료가 집중되므로 헌법재판의 전문성이 강화될 수밖에 없다. 또한 헌법판례의 체계적 편찬과 헌법적 논의가 활성화 되게 된다.

것을 방지하고 법원의 에너지를 중요한 본질적인 헌법문제에 쏟을 수 있는 장점이 있었다. 정치문제의 법리는 기본적으로 타 기관의 권한존중이라는 데서 출발하지만, 미국에서 그러한 법리가 전면에 등장하게 된 것은 한편으로는 사법심사가 헌법에 명시적 근거가 없었기 때문이기도 하다. 사법심사제도에 대한 정당성이 늘 문제되는 상황에서 타 국가기관의 정치적 재량적 행위 영역을 법원이 쉽게 개입할 수는 없는 노릇이다. 그러나 유럽형의 헌법재판제도는 성문헌법과 그 위임을 받은 하위법(헌법재판소법)에 의하여 헌법적 관할과 심판절차와 결정의 효력이 결정되며, 이는 헌법을 수호하기 위한 헌법의 명시적 결단에 해당되므로, 기본적으로 ‘정치문제’란 형식으로 사법자제를 전면에 내세울 수 없다. 아무리 대통령의 정치적 외교적 행위라도 그것이 헌법규정이나 기본권에 위반되면 그 자체가 심사되어야 하고, 이를 정치문제라는 법리로 회피하기는 쉽지 않은 것이다.<sup>49)</sup> 미국식의 정치문제 원칙은 법원을 위시한 사법기관이 스스로의 제도적 통일성, 중립성, 독립성을 보호할 수 있는 방법을 제공하여 주는 것이므로, 한국에도 적용되어야 한다는 견해도 있다.<sup>50)</sup>

---

49) 헌법재판소는 종전에는 “통치행위란 고도의 정치적 결단에 의한 국가행위로서 사법적 심사의 대상으로 삼기에 적절하지 못한 행위라고 일반적으로 정의되고 있는바… 고도의 정치적 결단에 의한 행위로서 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위의 개념을 인정할 수 있고… 그러나 이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것”(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 116)이라고 하였다. 그런데 최근 이라크파병을 다룬 사건에서는, ‘이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.’고 한바 있다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814, 판례집 16-1, 601).

50) 예를 들어, Sean Hayes, “Political Question Doctrine”, 헌법논총, 제15집(2004).

사법심사의 성문화는 위와 같은 장점도 있지만 한편으로 문제점도 지니게 된다. 우선 법원이 사건을 심리하면서 법률의 위헌 여부 문제가 발생할 경우 헌법재판소의 위헌결정이 있어야 그 사건에서 법률의 적용을 배제할 수 있다. 이러한 사법권과 위헌심사권의 분리는 법원과 헌법재판소의 협력과 동시에 갈등을 내포한다. 특히 헌법재판소가 법률조항을 폐지하지는 않지만 그 해석범위를 제한하는 한정위헌결정을 하였을 때 법원이 이를 무시하게 되는 계기가 되기도 한다. 독일의 경우 재판소원을 헌법소원에 포함시킴으로써 헌법재판소가 자신의 결정취지를 법원에 관철시킬 수 있게 되나, 그러한 제도가 없는 경우 상호간의 갈등이 해결되기는 쉽지 않다. 법률의 합헌적 해석의 원칙에 따라, 또한 규범의 일부 적용범위에만 한정하여 위헌성 판단을 함으로써 법적 안정성을 유지하기 위해서는 한정위헌결정이 필수적이지만 재판소원제도가 없는 한 헌법재판소가 한정위헌결정을 관철시키기는 어렵다.

또한 헌법재판은 구체적 사안을 넘어서 해당 법규범의 적용대상 전반을 고려하여 동 법규범과 헌법의 충돌문제를 다루므로, 이는 대립당사자 소송구조를 취하기 어렵게 하며, 결정이 구체적 사안과 단절되어 추상화 될 위험성이 있다. 또한 위헌성의 심사기준이 추상적이고 그 구체적 적용 결과에 대한 예견가능성을 충분히 주지 못하는 문제점이 있다.

그러나 이러한 문제점에도 불구하고 사법심사권한에 대한 헌법의 근거와 독립된 헌법재판소제도는 헌법재판의 정당성을 강화하고 헌법의 규범력을 최대한 실현하게 하는 계기를 마련한다. 아울러 국민의 헌법의식을 확산하며 기본권에 대한 이해와 주장을 증진시키고 헌법재판의 참여도를 높이는 효과가 발생한다. 관례만으로 의회의 입법에 대한 위헌무효선언권을 인정하는 경우에 발생하는 정당성 문제와 불확실성은 성문화된 헌법재판제도에 의하여 방지된다. 성문헌법에 깊은 뿌리를 둔 사법심사제도는 흔들림이 없이 헌법정신을 추구할 수 있는 강한 계기를 제공하는 것이다.

## 2. 어떻게 위헌심사를 할 것인가

동 판결은 의회입법이 “헌법에 모순될 때(repugnant to the constitution)” 효력이 없다고 한다. ‘repugnant’는 뭔가 혐오스럽거나 무엇에 반대되는 것을 뜻한다.<sup>51)</sup> 이 구절은 단순히 헌법에 어긋나는 이상으로 명백히 위반되거나 훼손하는 경우를 뜻한다고 할 수 있다.<sup>52)</sup> 그러나 어느 정도로 위반될 때까지에 해당하는가? Marshall은 동 판결에서 기준을 제시하지 않았다. 동 판결이 연방대법원의 원심관할권에 관한 법원조직법의 애매한 조항 때문에 발생되었다는 점에서 그 기준을 추정하기는 더욱 어렵다.

일반적으로 헌법에 위반되는지를 권위적으로 판단하는 것은 매우 곤란하다. 사권박탈법이나 사후입법금지과 같이 명백히 보이는 규정들도 구체적인 사안에서 이를 올바르게 해석해내기가 쉬운 일이 아니다. 다양한 논거의 가능성과 보다 구체적인 사례로써 그 추상성을 달리 풀어나갈 잠재성은 항상 존재한다. 동 판결상 문제 되었던 대법원의 원심관할권 문제는 더욱 그러하다. 법원조직법 제13조의 직무집행명령은 대법원이 상소심 관할을 행하면서 영장을 발부할 수 있도록 하는 것으로 해석될 수 있고(그러한 법률해석 하에서는 위헌성 문제가 없다), 원심관할권을 규정한 헌법규정이 예시적이라거나, 열거적이라 하더라도 의회로 하여금 추가적 원심관할권을 부인하지 않는 취지라면, 아무런 위헌문제가 없다. 실제로 그런 측면에서 동 판결의 문제점을 지적하기도 한다.

헌법은 포괄적인 국가 법체계의 구성을 규범화한 것이며 함축된 많은 원리들로 표현된다. 헌법은 ‘원리들의 법’인 것이다. 나아가 국가의 법생활 전체를 아우르는 중심과 기준으로서 역할을 하기 위해 헌법은 불가피하게

---

51) 일반적으로 ‘비위에 거슬리는’, ‘반대의’, ‘모순되는’이란 뜻이다. American Heritage Dictionary는 다음과 같이 정의한다.

ADJECTIVE: 1. Arousing disgust or aversion; offensive or repulsive: *morally repugnant behavior*. 2. *Logic* Contradictory; inconsistent.

ETYMOLOGY: Middle English, antagonistic, from Old French, from Latin *repugnns*, *repugnant-*, present participle of *repugnre*, to fight against.

52) Prof. Sean Hayes는 이 점을 항상 강조한다.

‘개방성’과 ‘추상성’을 지니게 되므로, 이는 사법심사에 어려움을 더해 준다. 따라서 어떤 법률이 헌법에 위반되는지 안 되는지를 ‘권위’가 아닌 ‘설득력’을 바탕으로 법원이 판단하기는 참으로 어렵다. 그 결론이 내포하는 다양하고 시간적인 생활관계에 대한 그 영향력은 매우 크다. 대양의 향해하는 지침을 헌법의 해석방법론이 제공해줄 수 있지만, 헌법의 해석방법의 다양성은 해석자가 처해 있는 지식사회학적 입장에 따라 다변적인 경향을 지니고 있다. 미국의 경우 보수와 진보의 기치아래 헌법해석 방법론의 양극화가 뚜렷하며 양당제의 정치문화는 헌법해석 방법에도 강한 영향력을 주어 왔다. 사법심사를 하는데 있어서 그 근거에 대한 문제 못지않게 헌법을 어떻게 해석하고 어떻게 위헌 여부를 판단하는지가 중요한 문제가 될 수밖에 없다. 다만 근거 문제와 판단 문제는 서로 영향을 주게 된다.

### 헌법해석의 특수성 및 미국의 헌법해석론

헌법의 특성에 따른 개방적 規範構造는 헌법해석과 법률해석을 방법상으로 구분짓게 한다.<sup>53)</sup> 무엇보다도 헌법은 개방적 규범이므로 헌법에 의도된 해석의 목표는 미리 존재하지 않는다. 따라서 규범의 내용이 미리 확정되었음을 전제로 하는 3단논법식 도그마는 헌법해석에 있어서 부적절하다. 오늘날, 헌법의 해석자는 규범의 내용을 해석자 자신이 처해있는 구체적 역사적 상황으로부터 출발해야 하며, 헌법의 統一性을 유지하면서 보호법칙의 실제적 調和가 추구되도록 하여야 한다는 관점<sup>54)</sup> 일반 법률의 해석과 다른 헌법해석의 특성을 잘 보여준다.

한편 미국에서 헌법해석이 지니는 다양성과 비중은 헌법의 어떤 측면을 더 존중할 것이냐에 따라 달라지는 경향이 있다. 불명확한 규정이 있을 경우, 법관은 성문헌법에 규정되어 있거나 명백히 내포된 규범을 집행하는 것에 자신을 한정할 것인지(interpretivism. 註釋主義), 아니면 그런 관점을

53) 계획열, “헌법의 해석”, 공법연구, 제20집, 1992, 149쪽 이하.

54) K. Hesse, Grundzuge des Verfassungsrechts der BDR, 16판, 21-27쪽.

넘어서, 헌법 내에서 발견될 수 없는 규범도 집행해야 하는지 (noninterpretivism. 非註釋主義)에 관하여 견해가 나뉜다.<sup>55)</sup> 후자는 특히 대의 민주주의(representative democracy)가 국민의 의지를 대변하는데 명백히 실패했을 때, 그 代議 과정을 적극적으로 교정하고자 한다.

주석주의가 논리와 일관성을 지니기는 하나, 비주석주의 역시 사법심사에서 드물지 않게 나타난다. 주석주의자들은 어의가 명확하지 않을 경우에는 계약의 경우처럼 그 제정자의 의사를 존중하여야 하고, 원의(original intent)에 충실한 것이 사법부의 전제를 막을 수 있다고 한다.<sup>56)</sup> 성문헌법에 근거하는 한 불확정한 가치개념에 나름의 의미를 부여하는 재량은 허용된다고 본다.<sup>57)</sup> 한편 주석주의를 지지하면서도 민주적 정치과정이 제대로 작동되지 못하거나, 소수자의 권리가 제대로 대변되지 못했을 때는 불명확한 헌법규정의 해석을 사법부가 적극적으로 하여야 한다는 견해도 존재한다.<sup>58)</sup>

주석주의자에 대한 비판은 그들이 정치적 고려를 법의 이름으로 포장한다는 것이다.<sup>59)</sup> 비주석주의자는 헌법적인 정치도덕의 일반원칙, 즉 권리,

55) John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, : A Theory of Judicial Review (Harvard University Press, 1980), 1쪽의 분류 참조.

56) 주석주의와 비주석주의의 소개에 대해서는 한상희, “미국에서의 사법심사의 준거 - 헌법의 해석학을 중심으로 -”, *미국헌법연구* 제9호(1998), 177-192쪽 참조.

57) 헌법에 규정이 없는 프라이버시권을 인정한 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) 판결을 비판한다.

58) John Hart Ely, 위 *Democracy and Distrust* 131-4, 148쪽 참조. 오늘날 의회는 선거구민의 잡심부름꾼으로 전락하고 책임질 일은 위원회로 떠넘기는 등 진정한 대의민주주의의 절차가 이루어지지 못하는 경향이 있다고 한다. 법원은 미국 사회의 진정한 민주주의적 가치의 실현을 위하여 대의제가 제대로 되지 못하는 경우 적극 개입하여야 한다고 본다. 또한 소외된 소수자에게는 그들의 목소리가 제대로 대변되지 않는 경우 정치과정(political process)에서 특별한 헌법적 보호(constitutional protection)를 받을 자격이 있으므로, 법원은 적극적인 심사를 하여야 한다고 본다.

59) 주석주의자들에 대한 비판은(M. Lerner), 그들이 법을 뻔뻔스럽게 인용하고 그럴듯하게 유지하나, 미국의 연방대법원은 법의 이름 하에 이미 정치·경제적 권력투쟁의 장이 되어 별T고, 연방대법원은 더 이상 주어져 있는 법의 의미내용의 발견자로서의 소극적인 지위에 한정된 것이 아니라, 다양하고도 역동적으로 제기되는 각종의 권력투쟁의 한 복판에서 그것들을 ‘법의 이름으로’ 처리하고 해결하는 가정 효율적인 장(arena)이 되어 있다고 한다. 한상희, 같은 논문, 185쪽.

평등 및 배분적 정의 또는 실용주의적 합리성을 사법심사의 원천으로 본다. 이들은 연방대법관들이 추상적이고 모호하게 규정되어 있는 헌법text를 자신의 개인적이 성향에 따라 (또는 연방대법원내의 상호작용관계나 지명권자와의 관계에 따라) 이용하고 또 조작하는 것을 지적한다.<sup>60)</sup> 헌법규정의 해석에서는 다소간 당해 법원이 가지고 있는 조직적 목표 또는 당해 법관의 개인적 정책지향 등이 개입되고 해석 또한 이러한 맥락에서 어떠한 사법결정의 논리적 정합성을 마련하고 그 정당성을 부여하는 수단으로 파악할 수 있다는 것이다. 이런 입장에서 *Marbury v. Madison*을 보는 경우, 동 사건은 Jefferson대통령의 공화주의적 정당체제에 대한 연방주의적 대법관들의 과두정적 답변이라 볼 수 있다는 점에서 법해석자로서의 법원이 정책결정자로서의 법원으로 전이되는 새로운 국면이 형성되는 계기를 이룬 것이고, 연방대법원이 이 사건 이후 주의 희생 위에 연방권한을 확대하여 연방의 입법권을 확장하면서, 연방의 우월성의 원칙을 적용, 주의 경찰권이나 과세권을 축소하는 방향으로 결정하는 태도를 보이고 있다고 본다. 연방대법원의 그러한 태도는 명백히 연방주의적 헌법관에 일치하면서 자유방임주의를 주창하고 있는 공화주의와는 상당한 거리를 보이는 것이며, 결국은 헌법의 해석이 그 해석자(대법관)의 정치적 태도여하에 따라 달라질 수 있음을 단적으로 보여주는 예라고 한다.<sup>61)</sup>

동 판결에서 Marshall은 한편으로는 정치적 동지인 *Marbury*의 입장을 지지하면서, 다른 한편 연방대법원의 권위를 지키기 위하여<sup>62)</sup> 헌법에 명문규정이 없음에도 불구하고 적극적으로 법률에 대한 사법심사권을 도출해 냈다. 이 점에서 Marshall은, 비록 헌법의 명문규정이나 제정권자의 의도가 불분명했음에도 헌법의 다른 규정을 전면에 내세워 사법심사권을 도입하였으므로, 동 판결에서는 非原義주의자(non-originalist)였지만 주석주의자에

60) 한상희, 같은 논문, 194쪽.

61) 같은 논문, 196쪽.

62) 당시 연방대법원이 직무집행명령을 발했어도 Jefferson 정부가 이를 집행할 가능성이 없었다.



속하였다고 본다.<sup>63)</sup> Marshall은 최초의 사법적극주의자(judicial activist)였던 것이다.<sup>64)</sup>

한편 이러한 주관적 관점은 대법원장(대법관)에 따라 *Marbury v. Madison* 사건도 사법심사제와 무관하게 다른 이유로 판단되었을 수 있다는 것을 보여준다. Marshall의 치밀한 논리진개에도 불구하고, 그것은 다른 대법관에 의해서도 동일하게 전개될만한 판결이유는 아니라고 보게 되는 것이다. Marshall 자신 역시 동 판결 이후의 32년 대법원장 기간 동안 더 이상 연방 의회의 입법을 위헌으로 선언한 적이 없다. 이러한 논의는 적어도 헌법해석 방법론의 스펙트럼이 넓은 것을 보여준다.

## 심사기준 문제

동 판결에서 Marshall이 제시한 ‘repugnant to the constitution’이란 어느 경우가 위헌무효로서 법원이 무시할 입법이 될 것인지 기준을 알려주지 않는다. 사람들은 그 표현이 입법에 의하여 법원의 권위가 침해될 경우에 한정하여 수비적으로(defensive) 사법심사를 할 수 있다는 뜻이라고 축소적으로 이해하기도 하나, 한편으로는 동 판결 논지의 강한 어투와 단정적인 표현이 공격적인(aggresive) 사법심사를 뜻한다고 보기도 한다.<sup>65)</sup> 하지만 민감한 부분에서 Marshall은 전략적으로 모호하게 표현하여 논쟁적 쟁점을 피하려는 모습도 보여준다. 위 구절은 의회가 행한 정책결정과 판단재량은 최대한 존중되어야 하고, 법원이 입법을 무효화시키는 경우는 ‘중한’ 헌법위반에 한정되어야 한다고 볼 수 있다. 그러나 여전히 위 구절만으로는 사법심사를 어떻게 행할지에 관한 단서를 발견할 수 없다.

오늘날 연방대법원은 의회입법을 심사할 때 주어진 사안의 내용 혹은 성격에 따라 그 심사의 엄격성에 차등을 두는 심사기준을 가지고 있다.<sup>66)</sup> 그

---

63) Joel B. Grossman, 위의 글, 6쪽 참조.

64) 같은 곳.

65) Grossman, 위의 인터넷 자료 참조.

66) 엄격심사(strict scrutiny)와 완화된 심사, 즉 합리성 심사(rationality 혹은 resonableness test), 그리고 중간심사로 나눌 수 있다. 엄격심사는 수정 제1조와 같은 근본적 권리의 제한시 행해지며, 수단은 “목적에 맞게 재단된”(narrowly tailored) 것이 요구되며, 같은 목적을 달성하는 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것을 뜻한다(Clark v. Community For Creative Non-Violence, 468 U.S. 288 (1984)). 성별이나 불법이민

러한 심사기준의 구분은 자유와 권리의 제약의 정도에 비례하는 것이라고 할 수 있다.<sup>67)</sup> 심사기준의 2분론 혹은 3분론의 유형화는 예측가능성과 법적 안정성을 가져다주기도 한다. 만일 아무런 세부구분이 없다면 사법심사의 결과는 다양한 헌법해석의 방법론과 결합되는 정도에 따라, 또 재판관들의 개인적 성향에 따라 좌우되어버릴 위험성이 있다.

그러나 연방대법원이 정립한 심사기준의 내용이 왜 현재와 같이 그려해야 하는지 논리적으로 이해하기는 어렵다. 왜 연방대법원이 경제-사회적 입법에 대해서는 합리성 심사로서 위헌선언을 자제하고, 근본적 권리 침해는 엄격한 심사로서 위헌선언을 비교적 쉽게 하는지는 논리적으로 설명하기 어렵다. 또한 근본적 권리의 인정기준은 무엇인지도 불명확하다. 유형화, 차별화된 심사기준론은 헌법의 바다에서 항해노선을 제공할 수 있겠지만, 그러한 유형화의 근거가 헌법인지, 아니면 대법관들의 창작에서인지는 명확하지 않다. 현실적으로 분명한 것은 심사기준의 ‘설정방법’에 따라 위헌결정의 빈도수가 좌우된다는 것이다.

헌법의 개방성, 추상성, 원리성은 개별 법률이 어느 정도의 헌법위반이 있는지, 결론이 위헌인지 여부를 따지는 것을 어렵게 한다. 각국의 사법심사는 각 재판소의 다양한 헌법해석 재량에 따라 특정 차원의 심사척도, 심사기준 혹은 심사강도를 중심으로 행해지고 있다.

우리 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항에서 ‘과잉금지의 원칙’을 도출하고, 그 구체적 내용을 ‘입법목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성,

---

자에 대한 사건에서 적용되는 중간심사의 경우 수단은 목적에 “실질적으로 관련된”(substantially related) 것이 요구되는데, 이는 목적달성에 “밀접하게 관련된”(closely related) 것을 뜻한다(Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981)). 합리성 심사는 입법자가 택한 목적과 수단이 최소한의 합리성만 있으면 합헌으로 지지한다. 주로 사회·경제입법에 대한 심사에서 나타난다.

67) 엄밀히 보면 어느 정도로 위헌성 심사를 할 것인가라는 점에서 ‘심사강도’라고 표현해야 하나 여기서는 일반적 용어로서 심사기준으로 표현한다.

법익의 균형성'이라는 표지로 세부화 하였다. 또 헌법전에는 없지만 일반 원칙으로서 '법치국가원칙'을 인정하고 이로부터 '일반적 명확성 원칙, 신뢰 보호의 원칙, 소급입법금지의 원칙'을 도출한다. 판례는 이러한 심사척도들의 일반적 정의에 바탕하여 추상적 레벨에서 위헌판단의 기준을 판시하고 있으나, 미국에서처럼 사안의 성격에 따라 비례적으로 유형화된 복수의 심사기준을 설정한 것은 아니다. 다만 '직업의 자유' 제한 문제에서 3단계로 나눈 심사기준이 적용되고 있고, 상업광고에 대한 과잉금지 원칙의 적용에서 다소 완화된 심사기준을 제시하기도 한다.<sup>68)</sup>

미국에 비교할 때, 대체로 단일화된 과잉금지원칙과 같은 우리의 심사기준은 일관성과 정합성을 가지기 쉽지만<sup>69)</sup> 주장책임이나 입증책임론의 완화와 결합하여 개별 사안에 있어서 사법심사의 심리과정과 결과를 예측하기 곤란하고, 재판관에 따른 결론의 편차가 커질 위험성이 있게 된다.<sup>70)</sup> 위헌심사의 기준은 헌법과 법률에 나타나지 않지만 위헌 여부를 실제적으로 좌우하는 것이므로,<sup>71)</sup> 헌법적인 위헌심사기준의 올바른 정립은 한 나라의 헌법재판의 방향을 설정하는 것이 된다.

## 헌법의 규범력

동 판결에서 Marshall 대법원장의 논거에 대한 중요한 변수는 '헌법의 규범적 효력의 수준'이다. 헌법은 국가의 최고법으로서 국가의 권력행사의 근거와 기준이 되며 다른 모든 국가 법규범의 효력근거가 되지만, 선언적이고 강령적인 내용이 적지 않다. 헌법의 규범력은 그럴듯한 헌법의 존재

68) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정.

69) 미국의 경우 왜 다 세분된 기준이 아닌 2분 혹은 3분된 기준인지, 왜 입법목적과 수단 간의 관계가 각 기준에서 제시된 바와 같아야만 합헌인지에 대한 근거가 불명확하다.

70) 특히 비례의 원칙과 관련한 문제점으로서, 이명용, “비례의 원칙의 단계별 심사기준”, 헌법논총 15집(2004) 참조.

71) 그동안 우리 헌법재판소가 위헌결정을 많이 했던 것은 위헌심사의 기준이 엄격했다는 점도 고려될 수 있다. 예를 들어, 과잉금지원칙은 거의 모든 기본권 제한에 폭넓게 적용되며, 재산권의 제한에 있어서도 거의 마찬가지였다.

로써 자동적으로 주어지는 것이 아니다. 국가기관들과 국민들의 헌법에의 의지(Wille zur Verfassung)를 지니는 만큼 헌법은 그 규범력을 발휘한다. 헌법규범은 그에 의하여 규정된 상태를 현실 속에서 실현하려고 하는 效力主張(Geltungsanspruch)을 지니는 만큼의 規範力(normative Kraft)을 갖게 되는 것이다.<sup>72)</sup>

한 국가에서 헌법의 규범력이 약하다면 그 헌법은 하위의 법률에 대한 위헌심사 척도로서 제대로 기능하지 못한다. 헌법의 優位가 제대로 확립되지 못하고 헌법이 하나의 정치적 선언이나 프로그램에 불과하다면 Marbury 판결은 불가능했을 것이다. 독일에서 기본법 제정 전 입법자는 기본권(평등권)에 구속되지 않으며, 바이마르헌법 하에서 사회적 기본권은 프로그램에 불과하다고 보았다. 그러한 일반적 관점 하에서 법원은 통상 의회 제정법을 헌법과 충돌할 수 있는 것으로서 다루기는 어려울 것이다. ‘유신헌법’ 하에서, 우리 법원은 긴급조치위반 사건에서 긴급조치의 위헌주장을 거의 받아들이지 않았는데, 법관의 정의감은 별론으로 하고 이것은 헌법의 규범력에 대한 낮은 수준과 헌법에의 의지의 약함을 반영하는 것이다.

적어도 Marbury 판결에서 Marshall의 연방헌법에 대한 규범력의 인식과 의지 수준은 매우 강했으며, 헌법정신에 대한 강한 확신에서 연방헌법에 위반되는 의회입법에 대한 사법심사권한이 주창될 수 있었던 것이라 생각된다.<sup>73)</sup> 동 판결은 비교법적으로 헌법의 규범력에 대한 인식 수준 및 헌법의 실천의지가 올바른 사법심사의 발전에 필수적인 것이라는 교훈을 주고 있는 것이다.

---

72) Konrad Hesse, “Die normative Kraft der Verfassung” in : Recht und Staat, Heft 222 (1959), 계희열 역, 憲法の基礎理論, 第一章(2. 憲法の規範力) (삼영사, 1985), 31-33쪽.

73) 미국 연방대법원 건물의 지하1층 중앙에는 커다란 John Marshall 좌상이 있다. 이는 연방대법원의 중추가 되어온 그의 위상을 보여준다. 동 판결에서 보여준 치밀한 논리와 강인한 헌법정신은 동 판결을 이끌어낸 원동력이었으며, 비록 ‘연방주의’라는 테두리 내이기는 하지만 35년간의 그의 재직시절 내내 일관된 주제였다.

### III. 결론

오늘날 전 세계적으로 확산되어 가는 헌법재판제도는 그것이 영미식의 것이든 유럽식 모델(European Model)이든 모두 *Marbury v. Madison* 판결에 뿌리를 두고 있다. 그러므로 동 판결의 중요성은 심대하다. 그러나 사법심사권의 인정과 위헌판단의 기준에 관한 동 판결의 논지는 논리적으로는 치밀하나 설득력은 충분치 않다. 헌법에 명문으로 그 근거를 부여한 독립된 헌법 재판소 시스템은 사법심사에 있어서 그러한 불충분함을 보완하려는 중요한 시도였다.<sup>74)</sup> 이는 동 판결이 있었기에 가능한 것이다.

이 글은 동 판결을 분석하면서, 헌법이 부여한 권한과 절차에 따라 대표기관인 의회가 입법하여 대통령이 공포한 법률을 연방법원이 무효화 시킬 수 있는 근거에 대한 논리와 그 불충분성을 살펴보았다. 그 결과 입법부와 대통령의 헌법위반행위를 번복하기 위해서는 헌법에 명문의 근거를 두는 것이 필요하다고 보았다.

한편 이 글은 동 판결의 체계적 논리진개에도 불구하고 사법심사에 있어서 헌법해석을 어떻게 할 것인지는 해결되기 어려운 문제이며, Marshall이 제시한 ‘repugnant to the Constitution’으로 이를 풀어나갈 수 없다고 보았다. 이러한 문제는 기본적으로 우리 헌법의 경우에도 마찬가지이며, 다만 위헌심사의 척도나 심사기준은 쉽게 성문화되거나 구체화되기 어렵지만 헌법 재판의 핵심 잣대가 되므로 그 유형화에 대한 헌법적 모색이 지속적으로 필요하다.

우리의 헌법재판 시스템은 미국의 사법심사제를 헌법적 차원에서 진일보시킨 현대적인 유형에 해당하지만, ‘헌법정신’과 ‘헌법의 실현’에 대한 국민의 의지, 그리고 재판관의 사명이 바탕이 되지 않고서는 그러한 발달된 시스템도 ‘내용’이 제대로 채워질 수 없는 것이다.

---

74) 다만 헌법소원제도를 두면서 재판을 그 대상에서 제외한 것은 불충분한 것이며, 선거소송 등 헌법사항에 대해서는 헌법재판소의 관할이 확대되어야 할 것이다.

#### IV. 餘論：John Marshall의 약력

John Marshall은 미국의 사법제도에 가장 큰 영향을 준 법률가이지만 그의 생애와 경력은 잘 알려져 있지 않다. 동 판결이 지니고 있는 강한 연방주의적 입장과 법의 지배 내지 입헌주의에 관한 강력한 그의 소신을 잘 이해하기 위해서는 그의 이력을 간략하게나마 점검해 보는 것이 의미가 있을 것으로 생각한다.<sup>75)</sup>

John Marshall은 1755년 9월 24일 버지니아주에서 어머니 Mary Randolph Keith와 아버지 Thomas Marshall 사이의 15명 자녀 중 첫째로 출생했다. 어머니의父는 영국 국교회 목사였고 그 집안은 Jefferson, Randolph, Lee 집안과 함께 초기 Virginia의 대표적인 집안이었으며, Thomas Marshall은 그녀를 통하여 그 집안들과 인맥을 가질 수 있었다. John Marshall이 10살 때 아버지는 Lee 집안으로부터 블루리지 마운틴 지역의 숲에 350에이커를 빌려 이사를 하였는데, 8-9년 뒤부터는 자신의 토지를 소유하게 되었고 점차 가산이 확대되었다. Thomas Marshall은 George Washington의 오랜 친구였고, 인디언전쟁(the Indian Wars)과 독립전쟁에서 많은 전투에 장교로서 Washington과 함께 참전하였고, 지역의 租稅査定官, 치안판사, 주의회 의원으로 활동을 하였다.<sup>76)</sup>

John Marshall은 당시 대부분의 아이들처럼 정규교육은 거의 받지 못했으나, 10대에는 시와 문학을 매우 좋아했으며 Alexander Pope의 “Essay on Man”을 즐겨 암송했다고 한다. 법학교육으로는 1780년에 William and

---

75) Francis N. Stites, John Marshall: Defender of the Constitution (Harper Collins, 1981); William H. Rehnquist, The Supreme Court: how it was, how it is (Quill, 1980), 103쪽99-122쪽; John Marshall에 대한 인터넷 자료

(<http://odur.let.rug.nl/~usa/B/jmarshall/marsh.htm>)를 참조하였다.

76) 후일 John Marshall은 아버지에 대하여 “재산은 거의 없고 매우 제한된 교육만 받은 분이였으나, 그에게는 자연의 풍요함이 있었고 그는 주도면밀하게 그 선물을 향상시켰다.”(… but he was a man to whom nature had been bountiful, and who had assiduously improved her gifts.)고 회고한다. Stites, 위 John Marshall, 4쪽.

Mary College에서 3달간 배운 것이 전부였다.<sup>77)</sup> 그러나 거기서 George Wythe로부터 배운 법률강좌는 영국의 법률지식으로부터 토론과 모의재판, 그리고 입법기술에 이르기까지 다양한 것이었다. 20세 초반부터 25세까지 John Marshall은 영국과의 독립전쟁에 장교로서, George Washington 장군의 휘하에서 여러 유명한 전투(Valley Forge 전투 등)에 참전하였다. 이러한 영국 측과의 많은 전투는 John Marshall로 하여금 연방의 단합에 대한 신념과 미합중국에 대한 애국심의 강력한 계기가 되었다.<sup>78)</sup> 또한 George Washington을 존경하여 그를 미연방의 상징으로서 보게 되었다.<sup>79)</sup> Marshall은 후에 Washington의 권유에 의하여 연방의회에 진출하기도 하였고, 대법원장 시절에는 Washington의 전기를 집필한 것에서 보듯이<sup>80)</sup> 그에게 Washington은 일종의 정신적 지주였던 것으로 보인다.

John Marshall은 1780년 8월 버지니아주 변호사시험에 합격하였고,<sup>81)</sup> 주지사이던 Thomas Jefferson으로부터 자격증을 받았다.<sup>82)</sup> 그는 1782년 거주지이던 Fauquire 카운티에서 주의회 의원으로 당선되기도 하였다. 1783년 1월 3일 그 전부터 아버지의 주선으로 알고 있던 Mary Willis Ambler(“Polly”로 불림)와 결혼하였다. 둘의 결혼생활은 1831년 Polly가 죽을 때까지 30여년간 계속되었다.<sup>83)</sup>

결혼 후 3년째 들어 Richmond에서의 변호사 업무는 점차 자리를 잡아

77) ‘한달’이었다거나 ‘6주’였다는 문헌도 있다.

78) “United we are strong, divided we fall.”이 모토가 되었다.

79) Marshall은 워싱턴을 “가장 위대한 사람”(the greatest Man on earth)으로 부른바 있었다.

80) 이는 George Washington의 조카이던 Bushrod Washington 대법관의 권유에 의한 것인데, 예상과는 달리 과대한 노력이 드는 작업이었다.

81) 당시 시험은 요식적인 것(a perfunctory examination)이었다고 한다.

82) 그러나 그 후부터 마지막까지 Marshall과 Jefferson은 서로 조화될 수 없는 사이로 지내게 되었다.

83) 둘 사이에는 모두 10명의 자녀가 태어났으나 6명만이 성년에 도달하였다. 2자녀의 연이은 사망 때부터는 Polly는 정신쇠약과 병약함을 지니게 되어 말년까지 건강이 좋지 못하였다. Marshall은 아내의 건강을 걱정하고, 항상 고향에서 변호사 업무를 하면서 가족과 함께 하는 전원적 생활을 꿈꾸었으나, 시대적 상황은 그로 하여금 가족과 떨어져 수도에 거주하게 하는 공인으로 만들었다.

갔으나, 1788년에는 연방헌법안이 버지니아에서 비준될지 여부가 큰 문제였다. 버지니아는 헌법제정회의의 설립에 주도적 역할을 하였으나 연방헌법안의 주된 반대자가 되고 있었다. 헌법제정회의의 버지니아주 대표였던 Randolph, George Mason, Richard Henry Lee는 모두 연방헌법안의 서명(비준)을 거부하였다. 당시 버지니아의 비준은 연방헌법의 제정에 필수적이었다. 주의회 의원이던 John Marshall은 연방헌법의 적극적인 지지자로 자임하고 비준을 위하여 노력하였다.

당시 쟁점의 하나는 연방헌법안 Article III이 연방사법권을 창설하는 것이었다. 지나친 관할권을 인정할 경우 영국과의 채무 문제나 서부의 영토 문제 등에 대하여 연방법원이 주를 제약하는 결과가 우려되었다. 6월 19일 Mason은 새로운 시스템이 주 법원과 결국은 주정부를 파괴하는 제도라고 주장하였다. 특히 연방의회가 무한대로 하급 연방법원을 설치할 수 있도록 한 것이 지적되었다. 6월 20일 John Marshall은 이를 반박하는 연설을 하였다. 연방사법권의 창설은 그 전에는 다룰 수 없었던 분쟁이나 제대로 다루어지지 못한 분쟁을 심리할 수 있다는 점에서 “위대한 발전”(great improvement)이라고 하였다. 한편 헌법의 우월성 조항 때문에 연방정부는 한정된 권한만을 가질 수 있고, 연방의회가 헌법의 열거되지 않은 권한 내용의 법률을 제정한다면 이는 연방헌법을 위반한 것이고, 그러한 법률은 헌법을 지켜야 할 연방법원이 적용할 수 없고, 연방법원은 그 법률을 무효라고 선언할 것이라고 주장하였다.<sup>84)</sup> 이러한 주장은 이미 버지니아주 항소심법원이 1782년 11월 헌법에 위반되는 입법부의 입법을 무효라고 선언하는 것은 법원의 의무라고 판단한 것에 바탕을 두었다. Marshall은 법원이 아니고서 어느 기관에게 그러한 헌법보호 의무를 줄 수 있겠느냐고 반문하였다. Marshall의 주장은 사법부 문제에 대한 대립을 완화시키는 역할을 하였다. 결국 버지니아주는 연방헌법안을 대의원 89대 79로 비준하였다.

---

84) If Congress “were to make a law not warranted by any of the powers enumerated, it would be considered by the judges an infringement of the constitution which they are to guard. They would not consider such a law as coming under their jurisdiction. They would declare it void.”



연방헌법이 시행되어 연방정부가 구성되었지만 재무장관(Hamilton)의 재정정책에 대한 찬반, 프영전쟁에서 미국이 중립선언을 한 데 대하여 비판한 주미 프랑스 대사 Genet의 처리문제 등은 점차 연방주의자와 공화주의자의 대립이 심해지게 하였다. 버지니아주에서는 Patrick Henry를 중심으로 연방정부에 대한 비판이 점차 정치적 세력화하기 시작했다. 양자간의 정치적 대립은 Jay 조약으로 더욱 촉발되었다. 1794년 Madison은 연방의회에서 영국에 대한 차별적 입법을 제안하였고, 이 문제가 논의될 무렵 영국이 미국 배들을 약탈했다. Washington은 전쟁을 방지하기 위하여 John Jay를 영국에 파견하여 1794년 말 조약을 맺게 하였으나 그 내용은 전쟁을 피하기 위하여 영국에게 많은 부분을 양보한 것이었다. 버지니아주는, 특히 독립전쟁 때 영국이 징집한 노예들에 대한 영국의 미보상, 미국 내 토지에 대한 영국의 소유권 인정, 영국 채권자에게 빚을 지불하기로 한 연방정부의 약속에 대하여 불만이 컸다. 그 조약의 상원 인준문제에 대하여 Jefferson과 Madison은, 조약이라는 명분으로 법을 제정하려는 시도라고 비판하였다.

그즈음 Marshall은 1789-1791년 동안 리치몬드 대표로 주 의회의원을 하였고 1795년 다시 같은 직에 당선되었다. 그동안 그는 여러 번 연방의 공직을 제의받았으나 고사하였다. 1782년부터 시작된 그의 변호사업무는 1796년까지 성공적으로 번성하였다.

Washington 대통령 퇴임 후 Adams가 당선된 1796년 대통령 선거에서 연방주의와 공화주의 양 진영은 매우 치열한 대립을 하였다. 1797년 Jay 협약을 둘러싼 프랑스와 미국의 갈등 상황에서 John Marshall은 중부 洲들의 대표로서, 남부를 대표한 Pinckney와 중립적인 Elbridge Gerry와 함께 프랑스에 특사로 파견되었다(소위 XYZ Commission). 6개월에 걸친 여정은 프랑스의 지도자 Talleyrand의 비협조적인 태도로 실패로 끝났으나, 프랑스측이 이면의 협상조건으로 미국 측에게 거액의 대부와 Talleyrand 개인에 대한 뇌물을 요구했었다는 사실이 드러남으로써 미국은 분노에 휩싸였다. 1798년 6월 미국에 돌아온 Marshall은 애국심에 고취된 시민들로부터

터 열렬한 환영을 받았다. 이 일은 그의 공직 인생에 전환점을 이루었다.

한편 그 해에 연방의회가 이민법 및 치안법을 만들고 군대를 증원하고 재산을 신설하자 버지니아주는 반발이 심하였다. 연방주의자들은 지지율이 떨어져 갔고, 그들은 Marshall이 연방의회에 진출하기를 원했으나 그는 움직이지 않았다. George Washington이 나서서 그를 사저(Mount Vernon)로 불러 설득하였고 이에 Marshall은 연방의원 선거에 나서게 되었다. 그 즈음 Adams 대통령은 Marshall에게 James Wilson 대법관의 사망으로 공석이 된 연방대법관직을 제안하였으나 대법관(associate Justice)의 급료 3500달러에 만족할 수 없어 거절하였으며 Bushrod Washington이 대신 임명되었다.<sup>85)</sup>

그즈음 그는 남부에서, 혹은 아마 전국에서, 가장 유명한 연방주의자였다. 그는 선거기간 중 이민법과 치안법에 대한 질문에서, 동법들은 통합이 필요한 시기에 불만과 분열을 조장하므로 지지하지는 않는다고 답변하였다. 당시 그는 동법들에 대한 유보적 태도를 지닌 유일한 연방주의자였다. 선거 며칠 전 동생에게 쓴 편지에서 그는 “파벌싸움보다 더 인간의 마음을 타락시키는 것은 없다고 믿게 된다.”고 하였다.<sup>86)</sup> Marshall은 1799년 연방의회 선거에서 하원의원으로 적은 표 차이로 당선되었다. 당시 버지니아주 당선인 19인 중 연방주의자는 8인이었다.

제6회 연방의회에서 Marshall이 행한 가장 큰 노력은 Thomas Nash 사건에서 Adams 대통령을 방어한 것이었다.<sup>87)</sup> 1801년 Marshall은 Adams 대통령의 국무장관직 제의를 수락하였다. 그 후 1800년 12월 대통령 선거에서 Jefferson과 Aaron Burr가 동률로서 Adams 대통령을 누를 무렵(후에

---

85) Stites, John Marshall, 67쪽.

86) “Nothing I believe more debased or pollutes the human mind than faction.”

87) 영국선원인 Nash는 동료들과 영국 배에서 선장 등을 살해한 죄로 미국 내에서 체포되었다. Nash는 자신이 미국 시민권자라고 주장했다. 영국은 Jay 협약에 따라 범죄인인도를 요구하였고 1800년 2월 연방정부가 이를 수용하였고, Nash는 처형되었다. 공화주의자들은 군주국가에 대한 불필요한 대통령의 조치에 분노하였다. 공화주의자들은 이 문제를 연방법원에 가져가려고 하였고, 이에 대하여 Marshall은 그러한 정치문제(political question)는 법원이 아닌 행정부가 결정하는 것이 더 적절하다고 주장하였다.

하원에서 Jefferson이 선출됨) Marshall은 리치몬드로 돌아가 변호사활동을 계속하고자 했다. 사실 Marshall은 늘 고향에서 변호사업을 하면서 사랑하는 Polley와 가족들과 함께 조용히 지내는 것을 원했다. 그러나 그의 희망은 결코 달성될 수 없었다. 갑자기 대법원장이 사임하였고, Adams는 우여곡절 끝에(전술) 1801. 1. 19. 믿을 수 있는 연방주의자였던 그를 대법원장으로 지명하였던 것이다. 1주일 후 상원은 이를 동의하였다.

1845년 사망하기 전 34년간의 연방대법원장 재직기간 동안 John Marshall은 민주주의의 요청과 정당의 압력으로부터 거리를 두고 연방헌법의 아버지들이 정립했던 헌법의 기본 원리들을 확고하게 재정립하려고 노력했다. 이를 통하여 결국 연방대법원은 연방의 강력한 기관으로 자리 잡게 되었다.<sup>88)</sup>

Marshall은 다른 동료 대법관들로부터 존경과 협력을 받아 대부분 일치된 의견의 판결들을 내렸는데(적어도 1820년대 후반까지는),<sup>89)</sup> Rehnquist 대법원장에 의하면, John Marshall은 탐 클래스의 법조인 교육이나 경력으로서 존경을 받은 것은 아니나 그가 독립전쟁의 일선 장교로서 국가를 위하여 헌신했던 경험이 책으로 얻은 지식 이상으로 동료들을 설득하는 능력이 되었을 것이라고 한다.<sup>90)</sup>

John Marshall은 재직시(1801-1835) 연방대법원에서 내려진 총 1106건

---

88) Adams 대통령은 작고하기 전 Marshall은 미국 국민에 대한 자신의 선물이었다고 회고한바 있다(“John Marshall was my gift to the American people.”).

89) 이는 Marshall의 선고절차 변경에도 영향이 있다. Marshall은 대법원장이 되자 판결을 선고할 때 영국식으로 각 재판관이 자신의 의견을 말하는 방식(seratim)을 바꿔 자신만이 의견을 말하였는데, 이는 실은 반대의견을 사실상 불가능하거나 매우 어렵게 하는 효과를 가져왔다. 그러나 Jefferson이 임명한 William Johnson은 1804년부터 간간히 반대의견을 개진한 바 있다. 대체로 Marshall은 의견조율을 잘 해내는 리더였는데, 그러한 의견조율에는 회기중 워싱턴의 합숙소에서 늘 함께 생활하던 대법관들의 생활방식도 일조하였던 것으로 보인다.

흥미있는 것은 Johnson 대법관 및 다음 대통령 Madison이 임명한 Joseph Story은 공화주의자 계열이었음에도 불구하고 대부분 Marshall의 의견에 동조하였다는 것이다. Jefferson은 자신이 임명한 Johnson이 Marshall과 같은 편이 되어 자신에게 불리한 결정을 하자 심히 실망했다고 전해진다. Lawrence M. Friedman, A History of American Law, 2판 (Touchstone, 1985), 134쪽 참조.

90) Rehnquist, 전계 The Supreme Court, 122쪽.

(헌법문제를 내포한 것은 총 62건)의 의견(판결) 중 519개(헌법문제를 내포한 36건 포함)를 직접 작성하였다.<sup>91)</sup> 역설적인 것은, 그가 개탄하였던 당파 정치가 사법부를 둘러싼 갈등을 만들어냈고, 그것이 Marshall로 하여금 연방대법원을 발전시키는 계기가 되었다는 것이다.<sup>92)</sup>

Marshall이 소년 시절 즐겨 암송한 “Essay on Man”을 보면, 다음 구절이 눈에 띈다.

… On life’s vast ocean diversely we sail, Reason the card, but passion is the gale (인생의 광대한 대양에서 다양하게 우리는 항해한다, 이성은 나침반이지만, 정열은 큰 바람이다) …

그는 논리적이고 체계적인 법논리로 무장하여 미합중국 헌법의 수호자로서의 정열을 실천하는 인생을 살았다고 생각된다.

---

91) Stites, John Marshall, 109쪽.

92) Stites, John Marshall, 77쪽.

# 재산권의 보호영역

全 鍾 杙  
憲法研究官

## - 目 次 -

I. 서 .....	401
II. 연구의 범위와 방법 .....	402
III. 부동산에 관한 재산권 .....	404
1. 소유제한 및 소유권 상실 .....	404
2. 사용제한 .....	408
3. 공적 장부의 효력 및 제한물권 .....	409
4. 재산권제한이 부인된 사례 .....	410
IV. 채권 기타 민사법상의 청구권 .....	412
1. 민사계약상 채권 .....	412
2. 손해배상청구권 .....	414
3. 소멸시효 .....	415
4. 기타 .....	416

V. 상속권 .....	417
VI. 사회보장급여 등 공법상의 권리 .....	417
1. 공법상 권리의 재산권 보호 요건 .....	417
2. 연금급여 .....	418
3. 연금이외의 사회보장급여 .....	420
VII. 조세 .....	422
1. 과세대상, 납세자, 과세표준 .....	422
2. 세율과 세액의 계산 .....	425
3. 재산권제한이 부인된 사례 .....	428
VIII. 부담금 .....	430
1. 부담금 부과 .....	430
2. 부담금의 면제 .....	432
IX. 직업 및 경제활동 .....	432
1. 재산권 제한을 인정한 사례 .....	432
2. 재산권 제한을 인정하지 않은 사례 .....	433
3. 검토 .....	437
X. 기타 .....	437
1. 지적재산권, 어업권, 광업권 .....	437
2. 주주 및 단체 구성원의 재산권 .....	438
3. 계약의무 등 .....	440
XI. 결론 .....	441

## I. 서

1. 헌법 제23조는 제1항에서 모든 국민의 재산권은 보장되며 그 내용과 한계는 법률로서 정한다고 규정하여 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다. 따라서 헌법상의 재산권은 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 통하여 실현되고 구체화한다. 그렇다 하더라도 입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형성의 자유를 가지는 것은 아니다. 재산권은 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하므로 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕을 의미하며 자유와 재산권은 상호 불가분의 관계라 할 수 있다.<sup>93)</sup> 따라서 어떠한 재산을 사용, 수익할 수 있는 사적 유용성과 원칙적인 처분권을 본질로 하는 재산권은 법률로 구체적인 내용과 한계가 형성되어 있지 않는 경우에도 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 인간의 자주적이고 주체적인 삶을 이루어나기 위한 범위에서 헌법적으로 보장되어 있어야 한다. 결국 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한하는 것으로 볼 수 있다.<sup>94)</sup>

2. 헌법재판소는 “헌법조항들에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리로서 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니다”(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103-104 ; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664 참조)라고 판시하여 사적 유용성 및 원칙적 처분권, 재산가치를 재산권의 개념요소로 들고 있다. 이에 따라 재산권은 경제적 가치가

93) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927, 945 참조

94) 이명용, 헌법 제23조의 구조, 헌법논총 제11집, 2000, 315-317쪽 참조

있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하며 여기에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310; 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372).

그러나 이 정도의 개념적 요소들만 가지고는 구체적으로 무엇을 재산권으로 볼 것인가, 어느 경우에 재산권의 제한을 인정할 것인가 하는 것을 명확하게 알 수 없다. 이러한 재산권의 범위를 어떻게 확정할 것인가 하는 것의 시작이 바로 재산권 보호영역의 문제이다.

## II. 연구의 범위와 방법

1. 기본권침해 여부를 판단할 때 논리적으로 가장 먼저 이루어져야 하는 것이 바로 당해 공권력 작용이 심판청구인의 기본권 영역에 접촉하여 관련성을 가지는지 여부를 살펴보는 것이다. 이러한 영역이 확정되고 나서야 비로소 국가조치가 보호되는 권리나 법적 지위에 부정적인 영향을 미치는지 여부에 관한 기본권의 제한이 문제되며 이러한 부정적인 영향이 헌법적 정당성을 가지는지 여부, 즉 정당하지 않은 제한으로서 침해에 해당하는지를 판단할 수 있기 때문이다. 이때 기본권에 의해서 보호되는 생활영역을 통상 기본권의 보호영역(Schutzbereich)이라 한다.<sup>95)</sup>

개별적인 기본권의 보호영역은 일차적으로 개별 기본권 규정의 해석에 의하여 결정된다. 그러나 기본권에 관한 헌법규정들은 흔히 대략적인 개념을 통해서 간략하게만 표시되므로 해석을 통해 그 보호영역을 확정해나가는 것이 쉬운 일은 아니다. 또한 개념적으로 기본권과 반사적 이익 그리고 법률에 의하여 보장되는 권리가 구별된다 하더라도 구체적인 사례에서 이

---

95) Pieroth/Shlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 1999; 정태호역, 독일기본권론, 64-65쪽; Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 2000, 방승주 역, 헌법II- 기본권론, 117-118쪽.



들 간의 경계가 반드시 명확한 것도 아니다. 특히 기본권의 보호영역은 언제나 고정불변의 것이 아니어서 헌법의 시대상응성, 역사성, 현실적응력 그리고 기본권의 변천에 의해 장기적으로 그 영역한계선이 변화한다.<sup>96)</sup> 따라서 기본권으로 보호되는 내용은 반드시 특정될 수 있어야 하나 이는 엄격하고 중국적이 아닌 잠정적인 것에 불과하며 상당히 넓고 가변적으로 이루어질 수 있다.<sup>97)</sup>

결국 재산권 보호영역의 설정은 수많은 개별 사례를 통해 이루어지는 수밖에 없다. 일차적으로 헌법상의 재산권보호 규정의 해석을 통해 추출된 개념요소들을 사례를 통해 재검토하고 추상적인 개념에 구체적인 내용을 채워나가는 방식에 의하여야 한다. 순수하게 논리적으로 보면 보호영역이 선행하여 존재한 이후에야 재산권 제한과 침해가 판단될 수 있으나 실제로는 헌법재판소가 기본권 제한을 인정하는 개별사건들을 통해 보호영역을 간접적으로 확인할 수 있을 뿐이다. 따라서 재산권의 보호영역을 파악하기 위해서는 재산권에 관한 헌법재판소 결정례들을 분석하여 어떤 경우에 개별 기본권의 제한을 인정하였는지를 정리함으로써 무엇을 재산권이라 하였고 무엇을 재산권에 해당하지 않는다고 하였는지를 분석해내는 수밖에 없다.

2. 이 글에서는 1989년부터 2004년까지 헌법재판소 판례집 제1권부터 제16권에 수록되어 있는 재산권에 관한 판례를 분석한다. 다만 헌법재판소 결정문을 보면 재산권이 문제되는지 여부를 비교적 명확하게 판시한 것도 존재하나, 특히 위헌법률심판사건(헌법재판소법 제68조 제2항 사건 포함)의 경우 재판의 특성상 청구인들의 주장에 대한 답변을 위해 침해여부를 언급하는 경우도 있다. 즉 청구인이 재산권을 침해받았다고 주장하는 경우 당해 공권력작용이 재산권의 보호영역과 관련되어 있지 않다 하더라도 청구인의 주장에 대한 답변으로 ‘재산권을 침해하지 않는다’고 판시하는 것이

---

96) 정종섭, 기본권의 개념에 관한 연구, 서울대학교 법학 제44권 제2호, 2003. 6. 57쪽

97) Sachs, 주3, 방승주 역, 123-124쪽

다. 따라서 비록 결정문에서 결론적으로 ‘재산권을 침해하지 않는다’고 판시하였다 하더라도 이를 보호영역에 포함되는 것으로 인정하였다고 보지 않고 구체적인 이유 설시를 참고하여 다시 확인해야 한다.

### Ⅲ. 부동산에 관한 재산권

헌법재판소는 “헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을 의미하지는 않는다”고 판시(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948)하여 토지재산권의 현실적인 보장범위가 상당히 좁아질 수 있음을 시사하였다. 그러나 이어진 “토지재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 아니된다”는 내용과 아래에서 살펴볼 사례들을 종합해 보면 적어도 보호범위 설정단계에서는 토지를 최대한 자유롭게 사용할 권리를 염두에 두고 판단해야함을 알 수 있다.

#### 1. 소유제한 및 소유권 상실

가. 부동산의 처분을 제한하거나 소유의 상한을 정하는 것은 재산권의 제한에 해당한다.

국토이용관리법 제21조의3 제1항 토지거래허가제는 재산권(특히 토지소유권) 제한<sup>98)</sup>이며 나아가 허가를 받지 아니한 토지거래행위의 채권적 효력을 부인하는 것 역시 재산권의 제한에 해당한다.<sup>99)</sup> 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동의 효력 부인 역시 사적자치원칙과 재산권 제한에 해당하며<sup>100)</sup>

98) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 합헌

99) 헌재 1997. 6. 26. 92헌바5, 판례집 9-1, 59, 합헌

100) 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 판례집 13-1, 1017, 합헌. 관련법위반시와 유예기간 중 실명등기를 하지 않는 경우, 기존양도담보권자의 서면제출의무 위반시, 그리고 장기미등기자의 경우 가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과하는 것은 과잉금지 원칙에 위반되는지가 문제되어 앞의 두가지는 헌법불합치, 나머지는 합헌결정이 선고.

나아가 귀속재산을 매수한 자가 법에서 규정한 기간 내에 매매대금을 납부하지 아니하면 예외 없이 매매계약이 자동 해제되도록 한 규정도 재산권을 제한한 것으로 본다.<sup>101)</sup>

또한 택지소유 상한을 200평으로 정하고 기간의 제한 없이 고율의 부담금을 계속적으로 부과하며 매수청구 후 부담금을 부과하는 것은 재산권 제한에 해당한다.<sup>102)</sup>

나. 물론 부동산의 개발과 수용에 의하여 보유하던 소유권 자체를 상실하는 경우가 있으며 이것이 재산권의 제한에 해당함은 명백하다.<sup>103)</sup>

동원대상지역 내의 토지 및 시설의 사용과 수용에 대한 특별조치를 하고 보상을 징발법으로 하도록 한 것은 재산권의 제한에 해당<sup>104)</sup>하며, 수용<sup>105)</sup>과 마찬가지로 사업시행자가 공공사업을 시행을 위해 토지를 협의취득하는 가운데 일정한 공시송달로서 협의를 갈음할 수 있도록 한 공공용지의 취득 및 손실 보상에 관한 특례법 규정<sup>106)</sup> 및 개인 소유의 제외지를 국유로 한 하천법 규정<sup>107)</sup> 역시 재산권을 제한한 것이다. 농지개량사업에서 환지처분으로 토지소유권을 상실한 경우도 마찬가지이다.<sup>108)</sup> 수용은 아니지만 취득

---

101) 현재 2000. 6. 1. 98헌가13, 판례집 12-1, 568, 매수자에게 정당한 사유가 있는 경우에 한정하여 위헌  
102) 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 위헌  
103) 이 경우 대개 본안의 심사에서는 소유권 상실 이후 정당한 보상이 이루어졌는지 여부가 문제된다.  
104) 현재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 위헌  
105) 수용의 경우 수용된 토지에 대한 보상액 산정을 공시지가를 기준으로 하여 개발이익을 배제하고 인근토지의 가격변동률과 도매물가상승률 등에 의하여 행하도록 한 것이 정당한 보상인지가 문제되었다(현재 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721; 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519; 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932 합헌).  
106) 현재 1995. 11. 30. 94헌가2, 판례집 7-2, 538, 위헌  
107) 현재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 합헌  
108) 현재 2000. 4. 27. 99헌바58, 판례집 12-1, 544, 합헌. 농지개량사업에서 환지처분으로 처분대상토지의 소유권을 취득한 후 90일 안에 청산금을 지급하도록 한 것은 소유권을 잃은 사람에 대한 정당한 보상임.

시효제도 역시 소유권자의 재산권을 제한하는 것이라 할 수 있다.<sup>109)</sup>

또한 재건축참가자에게 재건축불참자의 구분소유권에 대한 매도청구권을 인정 한 것은 재건축불참자의 재산권을 제한하는 것으로 볼 수 있고,<sup>110)</sup> 토지 소유권의 연장선에서 도시재개발사업의 우선적인 사업시행자가 될 수 있는 토지소유자나 재개발조합이 인가신청기간을 도과한 경우 건설부장관이 시행자를 달리 지정할 수 있도록 한 것은 토지소유자의 재산권을 제한하는 것으로 본다.<sup>111)</sup>

다. 나아가 일정한 경우 발생하는 수용된 토지에 대한 환매권은 헌법상의 재산권으로 보호된다.

환매기간을 10년 이내로 설정한 것은 재산권 제한에 해당하며<sup>112)</sup> 국방부장관에 의한 징발매매의 결과 발생한 환매권 행사의 기한을 제한한 것<sup>113)</sup> 역시 마찬가지이다. 협의취득 또는 수용된 토지가 당해 공익사업의 폐지·변경 기타의 사유로 필요 없게 되었을 경우 발생하는 환매권이 그 토지를 다른 공익사업에 사용할 수 있도록 함으로써 행사에 제한을 받는 것 역시 재산권의 제한에 해당한다.<sup>114)</sup>

한편 헌법재판소는 징발매매로 인하여 발생하였다가 제척기간의 경과로 환매권이 소멸한 이후 다시 한시적으로 부여된 환매권 역시 재산권에 해당

---

109) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 합헌; 이와 관련하여 헌법재판소는 국유잡종재산에 대하여 시효취득을 부인하는 국유재산법 규정이 헌법에 위반된다고 결정하였으나 주로 평등의 문제로 취급하여 시효취득에 대한 기대 또는 이익이 구체적인 재산권인지 여부는 불분명하다(헌재 1991. 5. 13. 89헌가97, 판례집 3, 202, 한정위헌).

110) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바73등, 판례집 11-2, 285, 합헌. 재산권을 명시적으로 언급하지 않음.

111) 헌재 1996. 3. 28. 95헌바47, 판례집 8-1, 213, 합헌

112) 헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 합헌

113) 헌재 1995. 2. 23. 92헌바12, 판례집 7-1, 152; 1995. 10. 26. 95헌바22, 판례집 7-2, 472; 1996. 4. 25. 95헌바9, 판례집 8-1, 389. 모두 합헌

114) 헌재 1997. 6. 26. 96헌바94, 판례집 9-1, 631, 합헌

한다고 하였으나<sup>115)</sup> 동원대상지역 내의 토지 및 시설의 수용에 대한 특별 조치를 하고 발생한 환매권의 환매기간 제한은 재산권의 제한에 해당한다고 하면서도 구법상의 환매권이 이미 소멸된 토지의 피수용자 또는 그 상속인에게 부여된 당해 토지에 대한 우선 매수권은 재산권이 아닌 수혜적인 성질을 가진 권리에 불과하다고 판시하였다.<sup>116)</sup>

라. 부동산 이외의 기타 재산에 대한 수용과 이에 대한 보상청구권도 재산권과 관련되어 논의된다.

우선 해방후 보상절차가 규정된 군정법령에 의하여 사설철도회사의 전 재산을 수용하고 이후 조선철도의 통일 폐지 법률로 위 군정법령을 폐지하면서 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률을 제정하지 아니한 것은 손실보상청구권이 확정된 자의 재산권을 침해하는 것이며<sup>117)</sup>, 면허 없는 공유수면매립을 위하여 투입된 토사 등 물건의 소유권 또는 이를 상실한 경우 발생하는 부당이득반환청구권은 재산권의 대상이기는 하나 면허 없이 공유수면을 매립한 자에게 원상회복의무를 면제하면서 공유수면에 있는 시설 기타 물건을 국가의 소유로 하는 것은 강제수용이 아니라고 판시하였다.<sup>118)</sup> 그 밖에 행정청이 아닌 시행자가 도시계획사업을 시행하여 새로이 설치한 공공시설을 그 시설을 관리할 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속하도록 한 주택건설촉진법 규정도 재산권을 제한하는 것이다.<sup>119)</sup>

---

115) 헌재 2001. 6. 28. 99헌바106, 판례집 13-1, 1307, 한시적으로만 환매권을 행사할 수 있도록 한 것을 다툼. 합헌

116) 헌재 1998. 12. 24. 97헌마87등, 판례집 10-2, 978, 합헌

117) 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 위헌; 보상과 관련하여 수용당시의 주식시세를 알 수 없어 대차대조표에 기초한 산정박식을 택하고 수용시점을 기준으로 생산자물가 지수변동률을 적용한 것은 정당한 보상이다(헌재 2002. 12. 18. 2002헌가4, 판례집 14-2, 762, 합헌)

118) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바34, 판례집 12-1, 607, 합헌

119) 헌재 2003. 8. 21. 2000헌가11, 판례집 15-2 상, 186, 합헌

## 2. 사용제한

헌법재판소는 기본적으로 부동산의 사용을 제한하는 공권력작용은 재산권을 제한하는 것으로 보고 있다.

우선 개발제한구역 지정과 그 안에서 건축물의 건축 및 용도변경 등의 행위를 제한하는 것<sup>120)</sup> 및 자연공원법에 의한 국립공원지정<sup>121)</sup>은 토지재산권을 제한한다고 하였고, 마찬가지로 사인의 토지를 도시계획시설로 지정하는 것은 매수시까지 변경금지의무가 부과되므로 재산권을 제한하는 것이라고 판시하였다.<sup>122)</sup> 또한 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하면서 용도변경의 허용기준을 대통령령에 위임하는 것<sup>123)</sup>과 고양시 일산지구 내 다가주주택의 가구수를 3가구 이하로 제한한 도시계획시행지침 규정<sup>124)</sup>은 건물소유자의 재산권을 제한한다고 하였다. 헌법재판소는 이와 같은 각종 사용, 개발의 제한과 함께 주거환경개선을 위해 사인의 대지에 건축후퇴선을 적용한 결과 그 대지 일부가 도로로 사용되게 된 경우<sup>125)</sup>와 같이 직접 사인의 토지가 일정한 공적인 용도로 이용되는 경우도 재산권 제한으로 보았다.

사용 및 개발 제한의 연장선상에서 도시계획시설사업의 집행계획이 공고된 토지에 건축물을 건축한 자에게 사업이 시행될 때 원상회복의무를 부과하는 것<sup>126)</sup> 역시 재산권의 제한에 해당한다.

---

120) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 헌법불합치; 2004. 2. 26. 2001헌바80등, 판례집 16-1, 202, 합헌

121) 헌재 2003. 4. 24. 99헌바110등, 판례집 15-1, 371, 합헌

122) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 장기간 보상없이 수인하도록 하는 것은 위헌

123) 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103, 합헌

124) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마402, 판례집 15-1, 787, 합헌

125) 헌재 2001. 1. 18. 99헌마636, 판례집 13-1, 129, 청구인이 손실보상을 하지 않은 부작위를 다룬 사안에서 손실보상 작위의무 인정되지 않아 각하

126) 헌재 1999. 9. 16. 98헌바82, 판례집 11-2, 315, 합헌

### 3. 공적 장부의 효력 및 제한물권

가. 부동산의 소유 자체나 사용, 처분을 직접적으로 제한하는 것과 마찬가지로 등기 또는 토지대장의 등록에 의한 효력 역시 재산권과 관련되어 논의된다.

민법 시행일전의 법률행위로 인한 물권의 득실변경을 시행일로부터 6년 내에 등기하지 않으면 효력이 없도록 한 것은 재산권 제한이며<sup>127)</sup> 주택건설 촉진법상의 사업주체가 당해 주택건설대지에 관하여 처분금지의 부가등기를 한 경우 부기등기 후의 사업대지의 양수, 제한물권의 설정 또는 압류·가압류·가처분 등을 무효로 하는 것은 계약의 자유와 함께 재산권을 제한한 것이다.<sup>128)</sup>

토지대장의 등록사항 중 지목의 정정을 청구할 수 있는 권리 역시 재산권의 하나로 본다. 따라서 토지대장의 등록사항으로 지목에 대한 적법한 정정 신청을 정당한 이유없이 거부하는 것은 재산권을 제한하는 것이며<sup>129)</sup>, 종전 토지의 지목을 ‘전’에서 ‘도로’로 직권변경한 것 역시 재산권 제한에 해당한다.<sup>130)</sup>

나. 부동산 소유권 이외에 제한물권도 재산권에 포함된다.

우선 많은 사례에서 헌법재판소는 조세채권을 피담보채권에 대하여 우선하도록 한 것은 재산권인 담보물권을 제한하는 것이라고 판시하였고,<sup>131)</sup>

---

127) 헌재 1996. 12. 26. 93헌바67, 판례집 8-2, 800, 합헌

128) 헌재 2002. 2. 28. 2001헌바73, 판례집 14-1, 141, 합헌

129) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 위헌; 2001. 1. 18. 99헌마703, 판례집 13-1, 139, 지목정정신청에 대한 반려처분이 심판의 대상이었으나 직권변경에 오류가 없어 기각.

130) 헌재 2002. 1. 31. 99헌마563, 판례집 14-1, 62, 합헌

131) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 국세기본법상 조세채권을 담보물권에 대해 납부기한으로부터 1년 소급하여 우선하도록 한 것, 위헌; 1991. 11. 25. 91헌가6, 판례집 3, 569, 지방세법상 조세채권을 담보물권에 대하여 1년 소급하여 우선하도록 한 것, 위헌; 1994. 8. 31. 91헌가1, 판례집 6-2, 153, 당해 재산에 부과되는 조세를 담보물권보다 우선하게 하는 것, 한정위헌; 2000. 7. 20. 98헌바91, 판례집 12-2, 86, 당해 재산에 부과되는 조세, 같은 취지 한정위헌

나아가 조세채권과 피담보채권간의 우열을 정할 때에 신고납세방식인 국세의 경우 신고일<sup>132)</sup>, 납세의무성립일이 법정 되어 있는 지방세의 경우 납세의무의 성립일,<sup>133)</sup> 부과납세방식인 국세의 경우 납세고지서의 발송일<sup>134)</sup>을 기준으로 우열을 가리도록 한 것을 다투는 사건에서 모두 재산권 제한을 인정하였다.

또한 퇴직금 전액에 대하여 질권자나 저당권자에 우선하여 변제수령권을 인정하는 것은 질권자나 저당권자의 재산권을 제한하는 것이라 하였고<sup>135)</sup> 임차보증금의 우선변제권(대항요건과 확정일자) 인정은 후순위권리자, 주택의 소유자, 양수인의 재산권을 제한하는 것이라 하였다.<sup>136)</sup> 우선변제를 인정받을 소액임차인 및 보증금의 범위와 기준을 정함에 있어 특별시 및 광역시와 기타 지역에 차별을 두고 광역시 내의 군지역은 기타 지역과 마찬가지로 정한 것을 다투는 사건에서 주로 평등판단을 하면서도 담보물권자와 소유권자의 재산권이 제한된다는 점을 언급하였다.<sup>137)</sup>

직접 채권간의 우열을 조정하는 것과는 다르지만 임의경매신청시 경매의 원인이 된 채권을 기재하도록 하고 그 이후 확장하지 못하도록 한 것을 경매신청인의 재산권인 담보권의 실행을 제한하는 것으로 본 판례도 있다.<sup>138)</sup>

#### 4. 재산권제한이 부인된 사례

가. 부동산과 관련된 공권력작용 중 재산권에 해당하지 않는다고 본 사

132) 현재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 합헌

133) 현재 1995. 7. 21. 94헌바18등, 판례집 7-2, 65; 1996. 12. 26. 96헌가21, 판례집 8-2, 715, 합헌

134) 현재 1997. 4. 24. 93헌마83, 판례집 9-1, 459, 합헌

135) 현재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 판례집 9-2, 243, 헌법불합치

136) 현재 1998. 2. 27. 97헌바20, 판례집 10-1, 141, 합헌

137) 현재 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 합헌

138) 현재 1998. 2. 27. 95헌바32, 판례집 10-1, 87, 합헌



레도 상당수 존재한다.

우선 헌법재판소는 재산권은 구체적 권리여야 하며 단순한 경제적 이익이나 재화의 획득에 관한 기회는 보장의 대상이 아니라고 하면서, 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원으로 하여금 국유재산을 취득할 수 없도록 한 것은 재산권 제한이 아니며 이러한 취득행위를 무효로 한 것은 재산권 보장이 아닌 사유재산제 및 사적자치의 원칙 문제라고 밝혔다.<sup>139)</sup>

또한 국립공원 입장료 수입을 국가·지방자치단체·국립공원관리공단의 수입으로만 귀속시키는 것은 국립공원내에 위치한 토지소유자의 과실수취권과 아무런 관련이 없다고 판시하였고,<sup>140)</sup> 토지구획정리사업에서 발생한 미매각 체비지 및 미징수청산금의 집행잔액 등 수익금을 당해 구획정리사업지구안의 공공시설설치에만 사용할 수 있도록 하던 것을 도시개발법상의 특별회계에 귀속시켜 이러한 제한을 폐지한 경우 당해 사업지구의 거주자는 그에 대한 반환청구권이 없으며 공공시설의 설치로 인한 이익은 사실상의 이익 내지 반사적 이익으로 법률상의 이해관계가 아니라고 판시하였다.<sup>141)</sup>

나. 나아가 자연해물지를 재산권으로 보호하지 않는다 하여 재산권 보장정신에 반하지 않으므로 국가가 이를 공공사업지구로 편입, 매립하여 사용한다 해도 보상해야할 입법적무는 존재하지 않는다며 이를 주장한 헌법소원심판청구를 각하하였고<sup>142)</sup> 부산직할시장이 청구인 소유 토지를 도시계획도로 예정지로 결정만 하고 그 후 20여 년이 경과하도록 아무런 조치도 취하지 아니함으로써 재산권과 평등권을 침해하고 있다는 이유로 당해 토지를 수용하지 아니하거나 준용도로로 지정하지 아니한 행정청의 부작위에 대하여 위헌확인을 청구한 헌법소원심판사건에서 헌법재판소는 이러한 의무가 재산권으로부터 도출되지는 않는다고 하면서 각하하였다.<sup>143)</sup> 국가 등

139) 헌재 1999. 4. 29. 96헌바55, 판례집 11-1, 462, 합헌

140) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바44, 판례집 13-1, 1346, 합헌

141) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌마563, 판례집 14-2, 723, 각하

142) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634, 각하

143) 헌재 1996. 11. 28. 92헌마237, 판례집 8-2, 600, 각하. 그러나 이 경우 해당 토지소유자는 헌법상 보장된 재산권으로부터 도출되는 방어권에 기하여 도시계획예정지구의 해제를 요구할 수 있고, 도시계획예정지구 내에서의 일정 기간 이상의 현상변경금지조치에 대하여 보상규정을 마련하거나 도시계획예정지구 지정 이후 일정기간 경과 후에는 자동적으로 그 지정이 실효되도록 하는 규정을 마련하는 등 재산권보호를 위한 적절한 대책을 세우지 아니한 입법자의 입법부작위를 다룰 수 있으며, 그

에 의하여 개인소유의 토지가 불법사용되는 경우 수용청구권을 인정하지 않는다 하여도 재산권제한이 없음을 판시한 사례도 있다.<sup>144)</sup>

다. 덧붙여 토지대장과는 달리 건축물대장상의 '위법건축물' 표시의 말소신청 반려행위에 대하여 청구인이 재산권침해를 주장한 사안에서 이는 권리나 법적 지위에 아무런 영향이 없고 당초부터 기본권 침해의 가능성이나 위험성이 없다는 이유로 각하결정을 하였고<sup>145)</sup>, 단순히 군수관리의 임야조사서, 토지조사부에 대한 청구인의 열람·복사 신청에 불응한 것 역시 알 권리의 침해에는 해당하나 재산권과는 관련이 없는 것으로 보았다.<sup>146)</sup>

#### IV. 채권 기타 민사법상의 청구권

##### 1. 민사계약상 채권

가. 헌법재판소는 일반적인 민사법상의 채권은 재산권에 해당하며 계약에 의한 채권형성과 형성된 이후의 효력에 영향을 주는 것을 재산권 제한으로 보고 있다.

우선 이자율 제한과 채권 실효에 관한 제도를 모두 재산권과 관련하여

---

러한 점에서 불완전한 기존의 도시계획관련법 자체를 다룰 수 있다고 하였다. 이러한 도시계획법에 장기간 보상없이 제한을 수인하도록 한 것이 헌법에 위반된다는 판례로서 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383(헌법불합치)을 들 수 있다.

144) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바21, 판례집 9-1, 304, 국가배상에 의한 손해배상이 가능하며, 민법상의 부당이득도 가능, 합헌

145) 헌재 2000. 8. 31. 99헌마602, 판례집 12-2, 247, 각하

146) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 재산권 제한이 아니라고 명시하지는 않음, 알권리 침해로 위헌

논의한다. 공탁금에 대한 이율을 1%로 하고 있는 것<sup>147)</sup>은 재산권의 제한이며 금전채무불이행에 의한 손해배상에서 소장 등이 송달된 다음날부터는 약정이율을 배제하고 법정이율을 적용하도록 한 것은 계약의 자유와 재산권이 문제된다.<sup>148)</sup> 또한 멸실한 국채 등에 대하여 공시최고절차에 의한 증서의 실효제도를 배제한 것은 채권자의 재산권을 제한하며,<sup>149)</sup> 수취인과 발행일을 어음의 필요적 기재요건으로 규정하여 그 기재가 누락된 어음을 지급제시할 경우 배서인에 대한 소구권이 상실되도록 하는 어음법 규정은 어음소지인의 재산권을 제한하는 것이다.<sup>150)</sup>

회사정리절차나 화의절차 등에 있는 채권면책과 관련된 여러 가지 제도 역시 재산권과 관련되어 논의된다. 우선 정리계획인가결정이 내려지면 정리채권에 관하여 회사가 책임을 면하도록 한 것<sup>151)</sup>과 회사정리절차에서 정리채권 등의 추완신고기간을 정리계획안심리를 위한 관계인집회시까지로 한정 한 것<sup>152)</sup>은 모두 정리채권자의 재산권 제한에 해당한다. 이와는 다르지만 주채무자에 대한 시효의 중단이 보증인에 대하여 효력이 있도록 하는 민법규정은 보증인의 재산권을 제한한다고 보았다.<sup>153)</sup>

그밖에 헌법재판소는 회사정리절차<sup>154)</sup>나 화의법에 의한 화의절차<sup>155)</sup>에서 보증인 및 담보제공자 등에게 면책 등의 효력이 미치지 못하도록 하는 것 역시 재산권의 제한으로 보고 있기는 하나 이러한 면책효력이 과연 재산권의 보호영역에 포함되는지는 의문이다.

147) 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 선량한 관리자의 의무를 다하여 침해 아님, 합헌

148) 헌재 2000. 3. 30. 97헌바49, 판례집 12-1. 303, 합헌

149) 헌재 1995. 10. 26. 93헌마246, 판례집 7-2, 498, 위헌

150) 헌재 2000. 4. 24. 97헌바41, 판례집 12-1, 152, 합헌

151) 헌재 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27, 합헌

152) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 합헌

153) 헌재 1996. 8. 29. 93헌바6, 판례집 8-2, 32, 사건은 회사정리절차에서 이 규정이 적용된 경우였음, 합헌

154) 헌재 1992. 5. 26. 91헌가8등 판례집 4, 323, 재산권 제한을 분명하게 언급하지는 않음, 주로 평등판단, 합헌

155) 헌재 2000. 8. 31. 98헌바27등, 판례집 12-2, 190, 합헌

나. 일정한 경우 채무변제의 책임을 부담하도록 하는 것 역시 재산권 제한에 해당한다. 따라서 헌법재판소는 상호신용금고의 임원과 과점주주에게 법인의 채무에 대하여 연대변제책임을 부과하는 것은 결사의 자유와 함께 재산권을 제한하는 것이며,<sup>156)</sup> 원사업자가 파산 등의 사유로 하도급대금을 지급할 수 없는 경우 하도급계약의 당사자가 아닌 발주자에게 하도급대금지급의무를 부과하고 원사업자의 도급대금채권을 소멸시키는 것은 발주자 및 원사업자의 계약자유권과 재산권을 제한한다고 판시하였다.<sup>157)</sup>

## 2. 손해배상청구권

계약에 의한 채권 뿐 아니라 각종 손해배상청구권도 재산권이다. 따라서 경과실로 인한 실화자에 한하여 피해자의 손해배상청구권을 인정하지 않는 것은 재산권인 실화 피해자 개인의 손해배상청구권을 제한하는 것이며<sup>158)</sup> 선의의 투자자에 대한 감사인의 손해배상책임을 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 않거나 허위의 기재를 함으로써 제3자에게 손해를 발생하게 한 때에 발생한다는 규정과 손해배상액을 정해놓은 것은 투자자의 재산권을 제한한다고 보았다.<sup>159)</sup> 승객이 사망하거나 부상한 경우 운행자에게 무과실책임을 지우는 자동차손해배상보장법 규정은 운행자의 재산권을 제한하는 것이다.<sup>160)</sup>

국가배상청구권 역시 재산권에 해당한다. 향토예비군대원들에 대한 국가배상청구권을 일정하게 제한한 것이나,<sup>161)</sup> 국가배상청구권에 소멸시효를 인정하는 것은 모두 재산권 제한에 해당한다.<sup>162)</sup> 그리고 일반국민이 군인과의

156) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5·6등, 판례집 14-2, 106, 한정위헌

157) 헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98, 판례집 15-1, 534, 합헌

158) 헌재 1995. 2. 23. 92헌가4등, 판례집 7-1, 289, 합헌

159) 헌재 1996. 10. 4. 94헌가8, 판례집 8-2, 239, 앞의 규정은 판단기준이 모호하나 임무해태가 없었음을 증명하는 경우 책임을 지지 않는 것으로 해석하면 합헌, 뒤의 규정은 추정규정으로 해석하여 합헌

160) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등, 판례집 10-1, 522, 합헌

161) 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20, 판례집 8-1, 475, 합헌

162) 헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 합헌

공동불법행위로 다른 군인에게 공상을 입혀 피해자에게 손해를 배상하고 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 금지하는 것 역시 마찬가지로 본다.<sup>163)</sup>

### 3. 소멸시효

가. 채권에 대하여 소멸시효를 인정하는 것은 기본적으로 재산권의 제한에 해당한다. 따라서 임금 및 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효설정<sup>164)</sup>, 국가<sup>165)</sup> 또는 지방자치단체<sup>166)</sup>에 대한 금전채권의 소멸시효를 5년으로 정한 것, 그리고 국가배상청구권에 소멸시효를 인정하는 것<sup>167)</sup>은 채권자의 재산권을 제한한 것이다. 또한 관리청의 지정처분 없이 하천구역으로 되어 국유로 된 제외지 등의 토지에 대한 손실보상청구권은 재산권이므로 이에 대하여 소멸시효를 정하는 것은 재산권 제한에 해당한다.<sup>168)</sup>

나. 그러나 채무자가 소멸시효의 진행이 중단됨이 없이 채무불이행 상태를 유지함으로써 얻을 수 있는 사실상의 이익은 법적 권리로서 보호할 만한 실질을 가지고 있다고 보기 어려우므로 법령의 규정에 의하여 국가가 행하는 납입의 고지에 시효중단의 효력을 부여하는 예산회계법 규정은 재산권을 제한하는 것이 아니다.<sup>169)</sup> 확정된 지급명령에 대하여 확정판결과 같은 효력을 인정하지 않고 단기소멸시효를 10년으로 연장하는 사유에 지급명령의 확정을 포함시키지 않은 것 역시 재산권 제한과 관련이 없다.<sup>170)</sup>

163) 헌재 1994. 12. 29. 93헌바21, 판례집 6-2, 379, 한정위헌

164) 헌재 1998. 6. 25. 96헌바27, 판례집 10-1, 811, 퇴직금채권은 후불임금으로서 재산권에 포함, 합헌

165) 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 합헌

166) 헌재 2004. 4. 29. 2002헌바58, 판례집 16-1, 499, 주로 평등판단, 합헌

167) 헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 재산권과 함께 국가배상청구권이라는 독립된 청구권적 기본권을 제한하였다고 판시, 합헌

168) 헌재 1995. 3. 23. 92헌가19, 판례집 7-1, 324, 합헌

169) 헌재 2004. 3. 25. 2003헌바22, 판례집 16-1, 411, 주로 평등판단, 합헌

170) 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바61등, 판례집 15-1, 113, 주로 평등판단, 합헌

#### 4. 기타

가. 그밖에 소송비용의 재판에 대하여 독립하여 항소를 하지 못하도록 한 것은 재판을 받을 권리와 함께 재산권인 소송비용청구권을 제한하는 것이며<sup>171)</sup> 법률에 군법무관의 봉급과 그 밖의 보수를 법관 및 검사의 예에 준하여 지급하도록 하는 대통령령을 제정할 것을 규정하였는데 해당 대통령령을 제정하지 않은 것은 군법무관들의 법률에 의하여 인정된 재산권인 보수청구권을 제한한다.<sup>172)</sup> 또한 의료기관의 교통사고환자에 대한 진료비 직접청구를 제한하는 자동차손해배상보장법 규정은 의료기관의 재산권인 진료비청구권을 제한한다고 보고 있다.<sup>173)</sup>

나. 한편 채권의 하나의 효력으로서 강제집행권은 재산권으로 보호되지 않는다. 헌법재판소는 강제집행권은 국가가 보유하는 통치권의 한 작용으로 민사사법권에 속하는 것으로서 재산권에 해당하지 않는다고 명시적으로 밝히고 있다. 이에 따라 외국의 대사관저에 대하여 강제집행의 불가능하게 된 경우 국가에게 그 손실을 보상할 입법의무는 존재하지 않는다고 보았다.<sup>174)</sup>

---

171) 헌재 1996. 2. 29. 92헌바8, 판례집 8-1, 98, 합헌

172) 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 위헌

173) 헌재 2004. 2. 26. 2002헌바97, 판례집 16-1, 272, 합헌

174) 헌재 1998. 5. 28. 96헌마44, 판례집 10-1, 687, 각하; 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 금융기관의 신청에 의하여 진행되는 민사소송법에 의한 부동산경매절차에서 통지 또는 송달을 경매신청당시 당해 등기부상에 기재되어 있는 주소에 발송함으로써 송달된 것을 보도록 한 것은 재판청구권을 제한하는 것이고 그로인한 재산적 이익의 상실은 간접적인 효과에 불과하여 재산권제한을 인정되지 않는다. 강제경매 위헌, 임의경매 합헌

## V. 상속권

헌법재판소는 상속권이 재산권의 일종임을 전제로 상속회복청구권의 행사 기간을 제한한 것을 재산권 제한으로 보고 있고,<sup>175)</sup> 상속제도와 상속권의 내용으로서 상속인에게 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하도록 한 민법 규정은 상속인의 재산권, 사적자치권을 제한한다고 하였다.<sup>176)</sup>

상속제도와 관련하여 가장 문제가 된 것은 채무승계와 관련한 한정승인의 문제로서, 헌법재판소는 상속인이 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월 내에 한정승인이나 포기를 하지 아니한 때에는 단순승인을 한 것으로 보는 것은 재산권 제한이라 하였다.<sup>177)</sup>

## VI. 사회보장급여 등 공법상의 권리

### 1. 공법상 권리의 재산권 보호 요건

헌법재판소는 공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다고 밝히고 있다. “첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며

---

175) 헌재 2001. 7. 19. 99헌바9등, 판례집 13-2, 1, 상속개시일로부터 10년으로 제한한 것은 재산권, 재판청구권 제한, 위헌; 2002. 11. 28. 2002헌마134, 판례집 14-2, 756, 상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년으로 제한한 것은 재산권 제한, 합헌; 2004. 4. 29. 2003헌바5, 판례집 16-1, 509, 상속침해를 안 날로부터 3년으로 제한한 것은 재산권, 재판청구권 제한, 합헌.

176) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13, 판례집 16-2 하, 76, 합헌

177) 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 일반적 행동자유권에서 파생되는 사적 자치권도 제한, 헌법불합치; 헌법재판소는 위헌결정에 따라 위 규정을 개정하여 상속채무초과사실을 안 날로부터 3월 내에 한정승인신고를 할 수 있도록 하고 부칙에서 1998. 5. 27. 전에 상속개시가 있음을 안 자를 경과규정의 적용대상에서 제외한 것은 재산권, 사적 자치권을 침해한다고 하여 헌법불합치 결정을 선고하였다 (헌재 2004. 1. 29. 2002헌가22등, 판례집 16-1, 29).

(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하고(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다.” 따라서 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리는 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다고 본다.<sup>178)</sup>

## 2. 연금급여

가. 여러 가지 사회보장적 급여 중 각종 연금급여는 재산권으로 보호되므로 기존 급여지급을 정지하거나 제한하는 것은 재산권 제한에 해당한다.

따라서 군인연금법상 퇴직연금의 수급자가 정부투자기관 등으로부터 보수 또는 급여를 받는 경우<sup>179)</sup> 그리고 공무원연금법상 퇴직연금의 수급자가 학교기관<sup>180)</sup> 및 정부투자기관<sup>181)</sup>으로부터 보수 기타 급여를 지급받는 경우 퇴직연금의 지급을 정지하는 것은 재산권의 제한에 해당한다. 또한 공무원이 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받았거나 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 경우 퇴직급여액을 일부 감액하는 것도 재산권 제한에 해당하며<sup>182)</sup> 급여의 제한사유인 범죄행위를 퇴직 후의 사유에도 적용하는 것은 재산권의 침해로 헌법에 위반된다.<sup>183)</sup>

그러나 국가 등의 양로지설 등에 입소하는 국가유공자에게 기존에 지급

178) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 948-949

179) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543, 2분의 1을 초과하는 범위에서 위헌; 2003. 9. 25. 2001헌가22, 판례집 15-2 상, 231, 주로 포괄위임금지 판단, 위헌

180) 헌재 2000. 6. 29. 98헌마106, 판례집 12-1, 833, 이와 함께 급여액 환수시 이자 및 환수비용 가산 및 체납처분의 예에 의하도록 한 것도 재산권 제한에 해당, 합헌

181) 헌재 2003. 9. 25. 2000헌바94등, 판례집 15-2 상, 254, 주로 포괄위임금지 판단, 위헌

182) 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 합헌

183) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 한정위헌



되던 부가연금, 생활조정구당 등의 지급을 정지하는 것은 재산권제한이 아닌 사회보장권의 구체적인 형성으로 보고 있고<sup>184)</sup> 임용결격공무원등에대한 퇴직보상금지급등에관한특례법에 의하여 임용결격·당연퇴직공무원에게 공무원연금법상 공무상요양비 또는 공무상요양일시금 이외의 다른 급여를 인정하지 않는 것은 헌법 제34조 제1항에 의한 사회보장수급권을 제한하는 것으로 보고 있다.<sup>185)</sup>

나. 급여의 정지 또는 제한과 마찬가지로 연금급여의 형성단계에서 지급대상에서 제외되거나 계산방법을 규정하는 것 역시 재산권의 형성이자 제한에 포함되는 것으로 본다.

공무원이 유족없이 사망하였을 경우 수급권자의 범위를 직계비속으로만 한정하는 것은 비직계비속 상속권자들의 재산권을 제한하며<sup>186)</sup> 18세 이상인 자로서 폐질상태에 있지 않은 자를 유족인 자녀의 범위에서 제외하는 것 역시 재산권 제한에 해당한다.<sup>187)</sup>

퇴직연금 등의 급여액산정의 기초를 종전 퇴직 당시의 보수월액에서 평균 보수월액으로 변경한 것 및 물가연동제에 의한 연금액조정규정은 종래 급여 수급자들에 대한 신뢰보호원칙과 재산권제한이 문제되며<sup>188)</sup> 가입자 자격을 상실한 후 1년이 경과한 국민연금 가입자는 반환일시금을 받을 수 없도록 한 규정과 가입자의 사망, 국적상실, 국외이주, 장애발생 등의 사유가 발생하거나 만 60세가 되어야만 반환일시금을 받을 수 있도록 한 규정은 재산권을 제한하는 것이다.<sup>189)</sup>

184) 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 합헌

185) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마342, 판례집 13-2, 422, 합헌

186) 헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 합헌

187) 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 합헌

188) 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 판례집 15-2 상, 319, 소급입법에 의한 재산권 제한은 아니라 판단, 주로 신뢰보호의 원칙에 의한 판단, 직접적으로 재산권 제한언급은 물가연동제에 한함, 합헌; 2003. 9. 25. 2001헌마194, 판례집 15-2 상, 391, 군인연금법의 같은 취지

189) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌바15, 판례집 16-1, 719, 합헌; 그밖에 군인연금법 급여액산정의 기초가 되는 복무기간 계산의 소급범위를 정부수립일까지로 제한한 것에 대한 위헌을 주장한 사건이 있었으나 재산권에 대한 언급은 없고 주로 평등판단을 하였다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바55, 판례집 8-2, 457, 합헌).

다. 그밖에 연금제도와 관련하여 공무원연금법상의 급여를 받을 권리에 대한 압류금지지는 채권자의 재산권을 제한하는 것이고<sup>190)</sup> 연금보험료의 강제징수 규정 역시 재산권과 행복추구권 제한에 해당한다고 본다.<sup>191)</sup>

### 3. 연금이외의 사회보장급여

가. 연금 뿐 아니라 의료보험이나 산업재해보상보험 같은 사회보험 분야에서도 재산권과 관련된 문제가 발생하기는 하나 직접적으로 사회보험법상의 급여제한이 재산권으로 인정된 예는 극히 적으며 구체적으로 형성된 급여청구권이 제한된 경우로 한정된다. 산업재해보상보험법과 근로기준법에 의하면 근로자의 평균임금을 산정할 수 없는 경우 노동부장관이 평균임금을 정하여 고시하여야 하는데, 이를 행하지 않음으로써 산업재해보상보험법에 따른 유족급여와 장의비를 받을 수 없도록 한 것은 급여대상자인 청구인들의 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 제한한 것<sup>192)</sup>이라는 사례가 이에 해당한다.

나. 같은 맥락에서 급여의 형성단계에서 지급대상에서 제외되거나 계산방법을 규정하는 것을 재산권의 형성이자 제한에 포함되는 것으로 보는 연금과는 달리 헌법재판소는 다른 사회보장적 급여를 포함한 국가로부터 지급되는 여러 가지 보상금 또는 보조금은 구체적으로 형성되기 전에는 이용가능성(사적 유용성)이 존재하지 않으므로 재산권이라 할 수 없고 처음으로 이를 형성하는 규정은 재산권을 제한한다고 할 수 없다고 본다.

따라서 국가유공자의 보상을 받을 권리를 등록신청을 한 날로부터 발생하도록 한 것에 대한 판단에서 헌법재판소는 위와 같은 보상청구권은 재산

190) 헌재 2000. 3. 30. 99헌바53등, 판례집 12-1, 344, 합헌

191) 헌재 2001. 2. 22. 99헌마365, 판례집 13-1, 301, 합헌

192) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 위헌

권의 하나이나 법정요건을 갖추기 전에는 재산권이라 할 수 없고 단지 기대이익에 불과하다고 밝혔다.<sup>193)</sup> 나아가 헌법재판소는 고엽제후유증환자에 대한 보상수급권의 발생시기를 등록신청을 한 날이 속하는 달부터 발생하는 것으로 규정한 것은 평등의 문제로 보면서도 재산권에 대하여는 언급하지 않았고,<sup>194)</sup> 같은 맥락에서 월남전에 참전한 자가 생전에 고엽제후유증환자로 등록신청을 하지 아니하고 사망한 경우 그 유족에게 유족등록신청자격을 부인하였다 하여도 아직 재산권을 취득하지 못한 상태였으므로 침해를 인정할 수 없다고 판시하였다.<sup>195)</sup>

또한 재해근로자의 평균임금이 높은 경우 보험급여를 제한하기 위하여 최고보상기준금액을 정한 규정과 장의비의 최고금액을 규정한 조항들의 시행 이후 재해근로자는 이미 획득한 보험수급권의 제한을 받는 것이 아니라 이 조항들에 의하여 비로소 최고보상기준금액을 한계로 한 산재보험수급권을 획득하므로 재산권 침해를 주장할 지위에 있지 않다고 보았다.<sup>196)</sup>

다. 나아가 급부행정의 일종인 보조금지급의 경우에도 마찬가지로, 염전 소유자가 폐전을 결정하는 경우 국가가 지급하는 폐전지원금의 지급범위를 정하는 것은 재산권의 제한에 대한 손실보상이 아니므로 이로써 재산권 제한을 인정할 수 없고<sup>197)</sup>, 조세범처벌법을 위반한 자의 포탈세액 또는 벌금액을 산정하는 데에 중요한 자료를 제공한 자에게 확정벌금액의 일부금액을 교부금으로 지급함으로써 징역형을 선고받거나 단순 추징, 부과처분을 받을 경우 교부금을 받을 수 없도록 한 것으로는 재산권 침해가 성립되지 않는다고 보았다.<sup>198)</sup>

193) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 합헌; 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 15, 합헌

194) 헌재 2000. 7. 20. 98헌가4, 판례집 12-2, 1, 합헌

195) 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 평등원칙 위반, 헌법불합치

196) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52, 판례집 16-2 하, 297, 합헌

197) 헌재 1997. 11. 27. 96헌마279, 판례집 9-2, 733, 합헌

198) 헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 입법형성권으로 설명, 재산권 제한인지는 불분명, 합헌

라. 그밖에 재산권이 문제된 것은 사회보험제도의 간접적인 효과에 대한 것이다. 근본적으로 국민건강보험에 의무적 가입을 규정하고 임의혜지를 금지하면서 보험료를 납부하게 하는 것<sup>199)</sup> 및 경제적 능력에 따른 보험료 납부제도는<sup>200)</sup> 일반적 행동의 자유권과 재산권 제한에 해당한다. 그밖에 경과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 제한하는 것은 재산권이며 사회적 기본권인 의료보험수급권을 제한하는 것이고,<sup>201)</sup> 의료보험의 요양급여비용을 인상한 결과 본인일부부담금이 인상되면 재산권 제한이 된다.<sup>202)</sup>

## VII. 조세

헌법재판소는 “조세의 부과징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙으로 재산권의 침해가 되지 않는다”는 입장을 취하면서도 “그로 인하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게되는 경우에는 그것도 재산권의 침해가 될 수 있다”고 하고 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762; 2003. 11. 27. 2003헌바2, 판례집 15-2 하, 281). 이에 따라 조세와 관련된 사건에서 많은 경우 재산권이 제한된 것으로 보고 그 침해여부를 판단하여왔다.<sup>203)</sup>

### 1. 과세대상, 납세자, 과세표준

가. 우선 과세대상을 설정하는 규정들이 재산권과 관련하여 논의된다. 증여를 받은 후 증여세 신고기한인 6개월이 지난 때에는 합의에 따라 재산을

199) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마668, 판례집 13-2, 287, 합헌

200) 헌재 2003. 10. 30. 2000헌마801, 판례집 15-2 하, 106, 합헌

201) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2 하, 441, 위헌

202) 헌재 2000. 12. 14. 2000헌마659, 판례집 12-2, 437, 사안은 위임없는 요양급여산정 기준이 헌법에 위반됨, 5인 위헌의견으로 기각

203) 많은 사건들이 재산권에 대한 언급없이 실질조세법률주의 등에 따른 실질판단에 의하여 위헌여부의 심사가 이루어진다. 이러한 사례들은 제외하였다.

반환하더라도 증여세를 부과할 수 있도록 한 것<sup>204)</sup>이나 토지초과이득세의 과세대상인 유휴토지에서 제외되는 임야를 한정된 규정,<sup>205)</sup> 그리고 수증자가 증여받은 재산을 증여자에게 반환하는 경우 증여받은 때로부터 1년이 도과한 경우 반환에 대하여 증여세를 부과하는 것<sup>206)</sup>이 그와 같은 것들이다.

이 중 특히 문제되는 것으로 일정한 사실을 간주하는 규정을 들 수 있다. 즉 배우자간 또는 직계비속간의 부담부증여를 일정한 경우를 제외하고 쟁송으로 다투어 볼 여지도 없이 단순증여로 보아 과세하는 것,<sup>207)</sup> 법인의 증자시 실권주를 배정받음으로써 얻은 이익을 증여로 보아 증여세를 부과하는 것,<sup>208)</sup> 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 특수관계자에게 자산을 증여한 후 증여받은 자가 그 자산을 2년 이내에 다시 타인에게 양도한 경우 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 보는 것<sup>209)</sup> 및 명의신탁이 조세회피를 목적으로 이용되는 경우 증여세를 부과하도록 한 상속세 및 증여세법 규정<sup>210)</sup>은 모두 재산권 제한에 해당한다. 그밖에 이미 세액을 납부한 후 후발적 사유로 과세의 기초가 해소된 경우에도 납세의무를 부담시키는 것은 재산권을 제한하는 것이라고 밝힌 판례도 있다.<sup>211)</sup>

나. 납세의무자와 일정한 관계에 있는 자에게 제2차 납세의무를 부과하는 규정들 역시 의무를 부담하는 자의 재산권을 제한하는 것이다.

204) 헌재 1999. 5. 27. 97헌바66등, 판례집 11-1, 589, 합헌

205) 헌재 1999. 7. 22. 97헌바55, 판례집 11-2, 149, 합헌

206) 헌재 2002. 1. 31. 2000헌바35, 판례집 14-1, 14, 합헌

207) 헌재 1992. 2. 25. 90헌가69등 판례집 4, 114, 위헌

208) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바13, 판례집 14-1, 36, 합헌

209) 헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2 상, 38, 증여자(양도소득세 부과) 및 수증자(증여세부과)의 재산권 제한, 수증자의 경우 침해, 헌법불합치

210) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2 하, 314, 합헌

211) 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252, 후발적 사유에 의한 경정청구권을 인정하는 국세기본법이 시행되기 이전에 과세표준신고서를 제출한 자 등은 경정청구를 할 수 없으나, 이 경우 조리상 경정청구권 인정해야 한다. 위헌 5명, 각하 4명으로 기각 결정

과점주주에게 일률적으로 법인이 납부할 세금에 대한 제2차 납부의무를 부과하는 것<sup>212)</sup> 및 과점주주 중 주식을 가장 많이 소유하거나 법인의 경영을 사실상 지배하는 자와 생계를 함께하는 자에게 제2차 납세의무를 부담시키는 것<sup>213)</sup> 그리고 법인의 무한책임사원에게 일률적으로 제2차 납세의무를 부과한 국세기본권 규정<sup>214)</sup>이 이에 해당하며, 사업양수인으로 하여금 양수한 재산의 가액을 초과하여 제2차 납세의무를 지도록 한 것 역시 마찬가지이다.<sup>215)</sup>

다. 구체적으로 과세표준을 산정하는 방법에 관한 규정에 의하여 재산권 제한을 인정한 사례들도 존재한다.

상속세·증여세 신고의무 불이행시 과세가액산정을 과세시로 한 상속세법 규정<sup>216)</sup> 및 상속재산 가액에 상속인 이외의 자에 대한 생전증여재산 가액을 가산하는 것<sup>217)</sup>은 상속인의 재산권 제한에 해당하며, 상속개시전 일정기간의 증여의 효력을 부인하여 재산처분행위가 없었던 것으로 보고 증여의 가액을 상속 당시의 현황에 의하여 평가하여 상속세를 부과하는 것은 피상속인의 사유재산에 관한 처분권(재산권)을 제한하는 것이다.<sup>218)</sup> 또한 증여세가 면제된 재산을 출연받은 법인이 일정한 기간 안에 그 재산을 양도하는 경우에는 재산출연자의 취득가액을 당해 법인의 취득가액으로 보아 양도차익을 산출하도록 한 것<sup>219)</sup>이나 승용자동차세의 과세표준으로 배기량만을 기준으로 하고 있는 것<sup>220)</sup> 그리고 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계에 있는 주주 또는 출자자의 주식 및 출자지분에 대하여는 통상의

212) 헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등, 판례집 9-1, 611, 한정위헌

213) 헌재 1998. 5. 28. 97헌가13, 판례집 10-1, 570, 위헌

214) 헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 주로 평등 판단, 합헌

215) 헌재 1997. 11. 27. 95헌바38, 판례집 9-2, 591, 한정위헌

216) 헌재 1992. 12. 24. 90헌바21 판례집 4, 890, 위헌

217) 헌재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529, 합헌

218) 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 위헌

219) 헌재 2001. 5. 31. 2000헌가2, 판례집 13-1, 1126, 합헌

220) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌가24, 판례집 14-2, 138, 합헌

방법으로 평가한 주식 등의 가액에 100분의 10을 가산하여 평가하도록 한 상속세및증여세법 규정<sup>221)</sup> 역시 재산권을 제한하는 것으로 보고 있다. 그리고 상속개시 1년 전에 피상속인이 상속재산을 처분한 경우 그 금액의 합계액이 5천만 원 이상으로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 것 중 대통령령으로 정하는 것을 과세가액에 산입하는 규정을 간주규정으로 해석하는 것은 재산권을 침해하여 위헌이라 하였다.<sup>222)</sup>

## 2. 세율과 세액의 계산

가. 우선 세율자체가 문제된 사건에서 재산권 제한을 인정한 사례들이 있다.

골프장 취득에 대한 중과세,<sup>223)</sup> 종합토지세의 종합합산과세의 세율이 최고 1000분의 50까지 초과누진세율을 적용하도록 되어 있는 것,<sup>224)</sup> 유흥주점영업장 등 고급오락장용 건축물과 그 부속토지에 대하여 1000분의 50이라는 중과율의 재산세와 종합토지세를 부과하는 지방세법 규정<sup>225)</sup>은 재산권 제한에 해당한다. 증여세를 납부하지 아니한 납세자에게 10%~30%의 가산세를 부과하는 것도 마찬가지이다.<sup>226)</sup>

221) 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바65, 판례집 15-1, 121, 주로 평등 판단, 합헌

222) 헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 한정위헌; 그밖에 가액산정방법에 관한 판례들은 다음과 같다. 헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271, 상속재산의 가액평가에 관하여 단순히 상속개시 당시의 현황에 의하도록 하고 있는 것은 과세요건법정주의와 명확주의에 반하며 자의적 과세처분권의 행사로 말미암아 재산권 침해, 헌법불합치; 2002. 5. 30. 2000헌바81, 판례집 14-1, 466, 부당하게 낮은 대가를 받은 경우 자기가 공급한 재화 또는 용역의 시가를 부가가치세의 과세표준으로 하도록 한 것은 재산권 침해아님, 과세요건 명확주의에 위반되지 않아 재산권도 침해되지 않는 것으로 판단, 합헌

223) 헌재 1999. 2. 25. 96헌바64, 판례집 11-1, 96, 합헌; 2000. 2. 24. 98헌바94등, 판례집 12-1, 188에서 헌법재판소는 법인의 비업무용 토지에 대하여 통상의 취득세율의 100분의 75으로 중과세하는 것은 직업수행의 자유를 제한하는 것이라 하고 재산권을 언급하지 않았다. 합헌.

224) 헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 합헌

225) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바16, 판례집 15-2 하, 487, 합헌

226) 헌재 1999. 6. 24. 98헌바68, 판례집 11-1, 753, 합헌; 2001. 7. 19. 2000헌바86, 판례집 13-2, 52, 이 사건에서 헌법재판소는 취득세의 신고납부를 하지 않은 채 취득일로부터 2년 이내에 미등기 전매하는 경우 80%의 중가산세를 부과하도록 한 것은 과잉금지원칙 위반이 아니라고 판시하면서 특정 기본권에 대하여 언급하지 않았다. 합헌

나. 부과되는 조세의 감면 또는 세액의 공제 등 예외를 설정할 때 그 대상이나 액수 기타 요건을 설정하는 경우 대개 조세평등주의가 문제되나 재산권이 언급되는 경우도 있다.

종합소득세율에 의한 세액이 양도소득세율에 의한 과세방법에 의한 세액을 초과하는 경우 양도소득특별공제를 하지 않는 것,<sup>227)</sup> 상속에서 배우자공제액 제한,<sup>228)</sup> 증여계약만 체결된 채 소유권이전등기가 경료되지 아니한 상태에서 피상속인이 사망한 경우 당해 부동산에 대하여 상속세를 부담하고 증여세액 공제를 받지 못하게 하는 것<sup>229)</sup>은 모두 재산권의 제한에 해당하며, 이자소득금액의 계산에 있어서 필요경비의 공제를 인정하지 아니하는 것<sup>230)</sup>이나 양도소득세 계산시 양도가액에서 공제할 필요경비에 위헌결정이 선고된 기납부 택지초과소유부담금을 포함하지 않은 것<sup>231)</sup>과 같은 필요경비공제의 제한 역시 마찬가지이다.

또한 토지매입자만을 양도소득세 면제신청자로 한 규정<sup>232)</sup>이나 검인계약서에 의하여 실거래가격이 입증되는 개인간의 거래만 세금을 감경하도록 한 부산시 조례규정<sup>233)</sup> 및 주택건설등록업자의 신청을 양도소득세 감면요건으로 한 규정<sup>234)</sup>과 같은 면제 또는 감면의 요건을 설정한 규정들도 재산

227) 현재 1998. 2. 27. 95헌바5, 판례집 10-1, 49, 이로써 물가상승으로 인한 부동산가격 상승분에 대하여 양도소득세를 부과, 합헌

228) 현재 2001. 11. 29. 99헌바120, 판례집 13-2, 596, 배우자가 피상속인으로부터 상속 개시 5년 이내에 증여받은 재산가액을 상속재산가액에 가산한 다음 배우자 인적공제를 할 때 가산한 배우자에게 증여된 재산의 가액을 배우자공제액에서 다시 차감하여 공제액을 제한하는 것, 결과적으로 세금이 증가할 수 있음, 합헌

229) 현재 2001. 12. 20. 2001헌바25, 판례집 13-2, 863, 위 규정과 상속인 이외의 자에게 국내에 있는 재산에 대하여 상속개시 3년 전까지 생긴 증여채무만을 공제대상으로 한 규정은 공동상속인들의 재산권 제한, 합헌

230) 현재 2001. 12. 20. 2000헌바54, 판례집 13-2, 819, 합헌

231) 현재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 합헌

232) 현재 1995. 10. 26. 94헌바7등, 판례집 7-2, 434, 양도자의 재산권제한, 합헌

233) 현재 1995. 10. 26. 94헌바242, 판례집 7-2, 521, 주로 평등 판단, 마지막에 법인과의 거래를 한 청구인의 재산권 제한 언급, 합헌

234) 현재 2000. 2. 24. 97헌바15, 판례집 12-1, 142, 합헌



권의 제한에 해당하는 것으로 본다.<sup>235)</sup>

그밖에 세금계산서의 부실기재에 대한 제재로서 매입세액의 공제를 허용하지 아니하는 내용의 부가가치세법 규정을 재산권 제한으로 본 사례가 있다.<sup>236)</sup>

다. 조세감면에 대한 신뢰보호와 관련하여 재산권에 대한 제한이 인정되는 것으로는 양도소득세액의 합계액이 3억 원을 초과하는 경우 초과부분을 감면하지 아니하는 것(감면되던 종전 수혜자의 재산권 제한)<sup>237)</sup> 및 종전에 감면되던 양도소득세 중 일부를 농어촌특별세로 부과징수하면서 법 시행 이후 양도된 경우까지 곧바로 적용하는 것<sup>238)</sup>이 있다.

라. 그밖에 토지초과이득세(미실현이득, 가공이득에 대한 과세, 지가산정수단의 미비, 단일비례세율 등으로 말미암은 원본잠식의 문제)는 재산권을 침해하여 위헌이며<sup>239)</sup>, 특례제척기간 내에 판결 또는 결정의 이유에서 밝혀진 절차적 위법사유를 보완한 동일한 내용의 재처분을 허용하고 있는 국세기본법 규정은 재산권을 제한한다는 판례가 있다.<sup>240)</sup>

---

235) 다만 간이과세 또는 과세특례 적용대상자가 일반과세에 관한 규정을 적용받기 위해서는 적용을 받고자 하는 달의 전달 20일까지 관할세무서장에게 신고하도록 한 부가가치세법 규정은 과잉금지원칙위반이 아니라고 판시하고 달리 재산권에 대한 언급은 없다(헌재 2001. 4. 26. 99헌바108등, 판례집 13-1, 904, 합헌).

236) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌바50, 판례집 14-2, 153, 합헌

237) 헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 합헌

238) 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 신뢰보호원칙에 위반되는 재산권 침해 아님으로 판시, 합헌

239) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 헌법불합치; 1999. 4. 29. 96헌바10등, 판례집 11-1, 399, 위헌결정에 따라 토지초과이득세의 과세대상이 되는 유희토지 등의 가액을 산정하는 규정이 기본공제제도를 만들고 세율을 완화하였으며 과세표준산정방식도 보완하였으면 재산권 침해는 아님, 합헌

240) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌바27, 판례집 14-2, 840, 합헌

### 3. 재산권제한이 부인된 사례

가. 조세법상의 면제 등을 수익적 입법의 시혜로 인정하고 그 대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대나 앞으로 과세되지 않을 것이라는 기대가 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않는다고 본 사례가 존재한다.

농지소재지에 거주하는 거주자의 경우에게 자경농지 양도소득세의 면제를 규정한 조세특례제한법 규정은 거주·이전의 자유를 제한하기는 하나 재산권의 제한에 해당하지 않으며,<sup>241)</sup> 비슷한 취지로 공익법인에 출연한 재산에 대하여 과거 법에 의하면 상속세 과세가액에 산입하지 않고 그 재산으로 내국 법인의 주식을 100분의 20까지 취득하는 경우 증여세 면제혜택을 주었으나, 법을 개정하여 100분의 5까지 취득하는 경우에만 면제혜택을 주고 개정 이후 주식 또는 출자지분의 취득부터 적용하도록 한 것은 재산권의 제한에 해당하지 않는다.<sup>242)</sup> 또한 공유수면매립지의 양도로 인한 소득에 대하여 특별부가세를 부과하지 않을 것이라는 신뢰는 단순한 기대에 불과할 뿐 헌법상 보장된 재산권이 아니라고 보았다.<sup>243)</sup>

조세법상의 면제조치들을 시혜적인 것으로 받아들여 그로 인한 이익을 재산권의 보호영역에 포함시키지 않거나 과세되지 않을 것이라는 기대가 재산권의 영역에 포함되지 않는다는 이러한 사례들은 앞서 살펴본 조세감면에 대한 신뢰보호나 면제 또는 감면의 요건을 설정하는 규정에 대하여 재산권 제한을 인정한 사례들과 논리적으로 조화되기 어려워 보인다. 조세의 예외적 감면 등은 헌법상 인정되는 납세의무를 정책적인 이유로 일부 조정하는 조치라는 점에서 이러한 예외를 설정해 줄 것을 요구할 권리가

241) 헌재 2003. 11. 27. 2003헌바2, 판례집 15-2 하, 281, 합헌

242) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바63, 판례집 16-2 하, 59, 증여세 면제혜택에 대한 기대는 재산권이라 할 수 없음, 합헌

243) 헌재 1995. 3. 23. 93헌바18등, 판례집 7-1, 376, 합헌; 헌재 2003. 6. 26. 2000헌바82, 판례집 15-1, 678, 상속세부과권의 제척기간을 연장하는 국세기본법 개정규정은 신뢰보호, 소급과세에 의한 재산권 침해 아님, 합헌.

헌법상 기본권으로 당연히 인정된다고 보기는 어렵다. 따라서 원칙적으로 재산권이 제한되지 않는다고 보는 사례들이 타당하다(다만, 이 경우에도 평등의 문제는 남아있다).

나. 이와는 별도로 일정 과세기간의 결손금을 그 전 과세연도에서 발생한 이익으로 전보하는 법인세법상의 결손금소급공제제도를 부칙을 통하여 제한적으로 인정하고 이에 따라 법인세할 주민세도 환부받을 수 있도록 법을 개정하면서 그 적용시점을 제한한 경우 법인세액이 소급공제로 인하여 환급되었다 하여도 주민세에 대한 환급청구권은 헌법상 보장되지 않으므로 재산권 제한이 인정되지 않는다는 사례<sup>244)</sup>와 토초세의 물납 및 매각의외제도는 그 이용여부가 전적으로 납세자의 선택에 맡겨져 있으므로 납세자에게 인정되는 권리의 하나일 뿐 어떠한 의무를 지우는 것이 아니라는 사례가 있다.<sup>245)</sup>

다. 기타 주목할만한 특이한 것으로서 단순한 납세의무를 정한 규정은 재산권의 제한에 해당하지 않는다고 하는 판시내용이 있다. 상장주식의 양도차익을 양도소득세의 과세대상으로 정한 소득세법 규정에 대하여 헌법재판소는 주로 신뢰보호원칙위반여부를 판단하면서 “헌법 제23조 제1항 후문은 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있고, 헌법 제38조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다고 규정하고 있는바, 이 사건 법률조항은 위와 같은 헌법상 국민의 납세의무에 기초하여 양도소득세의 과세대상을 규정하고 있을 뿐이므로 납세의무자의 재산권을 침해하는 것이라고 할 수 없다.”고 하였다.<sup>246)</sup>

문언상으로는 침해가 아니라고 하였으나 이유의 취지에 의하면 과세 자

---

244) 헌재 2004. 9. 23. 2003헌바24, 판례집 16-2 상, 525, 합헌; 그밖에 토초세의 물납 및 매각의외제도는 그 이용여부가 전적으로 납세자의 선택에 맡겨져 있으므로 납세자에게 인정되는 권리의 하나일뿐 어떠한 의무를 지우는 것이 아니라는 사례가 있다.

헌재 1995. 7. 27. 93헌바1등, 판례집 7-2, 221, 합헌

245) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1등, 판례집 7-2, 221, 합헌

246) 헌재 2003. 4. 24. 2002헌바9, 판례집 15-1, 406 합헌

체만으로는 재산권의 보호영역에 들어오는 것이 아니라고 읽을 수 있다. 다만 이렇게 취지를 이해한다면 앞서 살펴본 많은 사례에서 과세로 인한 재산권 제한을 인정한 것과 조화가 이루어지지 않는다는 문제가 있다. 따라서 극히 예외적인 판시내용으로서 판례로서 의미를 부여하기는 어렵다.

## VIII. 부담금

### 1. 부담금 부과

가. 부담금과 관련한 많은 사례에서도 조세와 마찬가지로 재산권의 제한이 인정되었다.

먹는샘물제조업자에게 수질개선부담금을 부과하는 것<sup>247)</sup>, 카지노사업자에게 총매출액의 100분의 10 범위 안에서 일정금액을 관광진흥개발기금에 납부하도록 한 것<sup>248)</sup>, 내국인 국회여행자에게 2만 원의 범위에서 일정한 금액을 관광진흥개발기금에 납부하도록 한 것<sup>249)</sup>, 농지조성비를 납입하여야 하는 자에게 농지전용부담금까지 부과·징수하도록 한 것<sup>250)</sup>, 공연 등의 관람을 위해 시설을 이용하는 자들에게 문화진흥기금을 납입하도록 하는 것<sup>251)</sup>, 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 기준고용률 이상에 해당하는 장애인을 고용해야 하는 장애인고용의무제를 실시하면서 그 실효성 확보수단으로 장애인고용부담금을 납부하도록 하는 것<sup>252)</sup> 그리고 먹는 샘물 수입판매업자에 대하여 먹는 샘물 평균판매가액의 100분의 20 범위 안

247) 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 합헌

248) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바84, 판례집 11-2, 433, 합헌

249) 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 합헌

250) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바88, 판례집 14-2, 519, 합헌

251) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2 하, 367, 4인은 특별부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 국민의 재산권 침해의견, 다른 4인은 포괄위임입법금지 원칙 위반 위헌의견, 위헌

252) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌바96, 판례집 15-2 상, 58, 재산권과 함께 계약의 자유, 직업수행의 자유 제한, 합헌

에서 수질개선부담금을 부담하도록 하는 것<sup>253)</sup>은 모두 납부의무자들의 재산권을 제한한다.

도로점용자에게 그 점용으로 인하여 필요하게 된 부대공사비용의 부담을 명한 도로법 규정<sup>254)</sup>이나 사업자가 지역난방시설 사용자에게 공사비부담금을 부과할 수 있도록 한 것<sup>255)</sup> 역시 마찬가지이다.

나. 부담금 납부를 위한 대상의 가액산정에 대한 규정들도 재산권을 제한하는 것으로 본다. 따라서 개발부담금의 산정을 위해 실제 매입가액이 개시시점시가가 될 수 있는 경우를 한정(위임)하여 그 이외에는 개별공시지가를 기준으로 하도록 하는 것은 과도한 금전납부의무를 과할 수 있으므로 재산권 제한에 해당하고,<sup>256)</sup> 개별공시지가를 기초로 개발부담금을 산정하여 부과하는 것<sup>257)</sup>이나 인구집중유발용도시설과 기타의 용도시설이 복합된 건물의 과밀부담금을 건축물 전체 건축비를 기준으로 산정하는 것<sup>258)</sup> 역시 재산권의 제한과 관련되는 것으로 본다.

다. 그밖에 개발부담금 부과시점을 사업을 개시한 때가 아닌 “개발사업의 인가 등을 받은 날”로 한 것이 재산권을 제한한다고 보았고,<sup>259)</sup> 개발부담금 산정시 공제되는 개발비용에 취득세, 등록세 등 토지매입관련경비와

---

253) 현재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2 상, 14, 합헌

254) 현재 2002. 9. 19. 2001헌바56, 판례집 14-2, 304, 합헌

255) 현재 2003. 5. 15. 2001헌바90, 판례집 15-1, 520, 합헌

256) 현재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 위헌

257) 현재 2000. 8. 31. 99헌바104, 판례집 12-2, 233, 합헌; 2000. 8. 31. 98헌바100, 판례집 12-2, 211, 개발부담금 부과대상토지를 분양 등 처분할 때 처분가격이 법규정에 의하여 제한되어 있으면 그 처분가격을 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액으로 할 수 있도록 하고 사실상 처분가격이 제한된 경우를 제외한 것은 재산권 침해없음으로 관시, 주로 평등판단, 합헌

258) 현재 2001. 11. 29. 2000헌바23, 판례집 13-2, 606, 합헌; 2004. 6. 24. 2004헌바23, 판례집 16-1, 770, 과밀부담금을 건축비의 100분의 10으로 하되 100분의 5까지 조정할 수 있도록 한 규정 및 표준건축비를 기준으로 산정하도록 한 규정에 대하여 과잉금지원칙위반 여부 판단, 합헌

259) 현재 2002. 5. 30. 99헌바41, 판례집 14-1, 442, 쟁점은 가공의 이익에 대한 부담금인지 여부, 합헌

도로개설비용 및 민원보상비용 등 기타비용을 포함하지 않고 개발대상토지에 지출된 비용만을 규정한 것 역시 재산권을 제한하는 것으로 보고 있다.<sup>260)</sup>

## 2. 부담금의 면제

시혜적인 조치로 일정한 부담금을 면제함으로써 얻을 수 있는 이익은 재산권으로 볼 수 없다. 따라서 산업단지에 입주하는 기업에 대하여 관리비를 징수하지 않기로 하면서 이미 관리비를 납부한 기업들의 경우 이를 반환하되 준공인가 전 사용허가를 받은 경우 반환대상에서 제외하는 규정이 문제된 사안에서 그 대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로 재산권 침해는 문제되지 않는다.<sup>261)</sup>

## IX. 직업 및 경제활동

### 1. 재산권 제한을 인정한 사례

우선 헌법재판소는 많은 사례에서 직업 기타 경제활동의 규제가 곧바로 재산권의 제한으로 연결된다고 보았다. 종합유선방송국으로 하여금 공영방송인 한국방송공사와 교육방송의 동시재송신을 의무화한 것은 재산권을 제한하는 것이고<sup>262)</sup>, 터키탕(증기탕) 업소 안에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 한 것은 터키탕 영업자 및 입욕보조자의 직업선택의 자유와 함께 재산권을 제한하는 것으로 본다.<sup>263)</sup> 신문발행 및 판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료신문대금의 20%이하로 제

260) 헌재 1998. 5. 28. 95헌바37, 판례집 10-1, 601, 합헌

261) 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 합헌

262) 헌재 1996. 3. 28. 92헌마200, 판례집 8-1, 227, 합헌

263) 헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-1, 187, 주로 직업의 자유 판단, 재산권은 실질적인 판단 없이 마지막에 언급, 합헌

한하는 신문고시 역시 마찬가지이다.<sup>264)</sup> 수도권지역에서 공장 신설 등의 총허용량을 정한 뒤 이를 초과하는 부분의 신설 등을 제한하는 공장총량제는 공장을 신설하려는 자들의 직업의 자유와 재산권을 제한하며<sup>265)</sup>, 일반주거지역, 준주거지역, 준공업지역 안에서 단란주점을 건축할 수 없도록 한 도시계획법 시행령규정은 단란주점을 경영하고자 하는 자들의 직업수행의 자유와 재산권을 제한한다.<sup>266)</sup> 초등학교 부근 학교환경위생정화구역 안에서 여관시설과 여관업을 금지한 학교보건법 규정 역시 위와 같다.<sup>267)</sup>

또한 대한민국과 일본국간의 어업에 관한 협정으로 인한 조업범위의 제한은 어업종사자들의 영토권, 직업선택의 자유, 재산권을 제한하는 것이며<sup>268)</sup> 건설업자가 명의대여행위를 한 경우 건설업 등록을 필요적으로 말소하도록 한 것<sup>269)</sup>이나 음주측정거부자에 대한 필요적 면허취소 규정<sup>270)</sup> 역시 재산권을 제한한다고 판시하였다.

## 2. 재산권 제한을 인정하지 않은 사례

가. 직업활동이나 경제활동의 제한 또는 제약이 문제된 사례에서 재산권이 문제될 것이 없다고 본 경우도 상당수 존재한다. 기본적으로 영리획득의 단순한 기회, 기업활동의 사실적 법적 여건에 해당하는 법규정들은 재산권제한과 관련이 없다.

따라서 헌법재판소는 국가 또는 지방자치단체가 행하는 사업의 근로자를 산업재해보상보험의 적용대상에서 제외하면 업무상 재해 면책약관의 적용에서 제외되어 보험회사의 재산권을 제한한다는 주장에 대하여 이는 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적 법적 여건이라는 이유로 재산

264) 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 합헌

265) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78, 판례집 13-2, 646, 합헌

266) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌마556, 판례집 14-2, 185, 합헌

267) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41, 판례집 16-2 하, 138, 합헌

268) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 합헌

269) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바27, 판례집 13-1, 665, 침해아님 판단, 합헌

270) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바87, 판례집 16-2 하, 489, 합헌

권 제한을 인정하지 않았고,<sup>271)</sup> 약사법상 약사에게 인정된 한약조제권은 법률에 의하여 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하고 그로 인한 판매이익 역시 장래의 불확실한 기대이익에 불과하여 재산권의 범위에 속하지 않는다고 보았다.<sup>272)</sup> 마찬가지로 보건복지부장관이 치과전문자의자격시험제도를 실시할 수 있도록 시행규칙을 제정하거나 필요한 조항을 신설하는 등 제도적 조치를 마련하지 아니한 부작위는 전공의수련과정을 마친 청구인들의 재산권을 제한하지 않으며<sup>273)</sup> 또한 동물용의약품으로 되어 있는 물질을 새로 사료의 범위에 추가하여 사료제조업자도 제조할 수 있도록 하여 기존 동물용의약품제조업자의 영업이익이 감소된다 하여 청구인은 직업의 자유와, 재산권 침해를 주장하였으나 이는 반사적 이익에 불과하여 기본권 제한이 없다고 하였다.<sup>274)</sup> 일정한 시기부터 한국의 민간기업이 자유롭게 중국산 마늘을 수입할 수 있다고 한 중국와의 마늘교역에 관한 합의 내용도 재산권 제한에 해당하지 않는다.<sup>275)</sup>

나. 나아가 일정한 활동에 대한 허가 또는 등록을 요구하거나 제재수단으로 이를 취소하는 경우에도 재산권의 제한을 인정하지 않았다.

기부금품 모집행위를 하기 위해서 행정자치부장관의 허가를 받도록 한 것은 기부금품을 모집하고자 하는 자의 행복추구권의 하나인 일반적 행동자유권을 제한하는 것일 뿐 재산권행사와는 전혀 무관할 뿐 아니라, 기부를 하고자 하는 자의 재산권보장이란 관점에서 보더라도 재산권 보호범위에 자유로이 기부행위를 할 수 있는 기회의 보장은 포함되지 않으며<sup>276)</sup>, 무등록자의 운전교육행위 및 운전연습시설제공행위금지 는 일정한 직업과

271) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 합헌

272) 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 합헌

273) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 사실적·경제적 기회의 문제에 불과, 직업의 자유 침해로 위헌

274) 헌재 1999. 11. 25. 99헌마163, 판례집 11-2, 644, 각하

275) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마579, 판례집 16-2 하, 568, 각하

276) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 허가여부를 행정청의 재량으로 하고 목적을 제한하는 것은 위헌



행위를 금지하거나 제한하는 것일 뿐 구체적인 재산에 대한 사용·수익 및 처분권한을 제한하는 것은 아니므로 재산권 제한이 아니다.<sup>277)</sup> 건설업자가 부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 경우 건설업등록을 필요적으로 말소하도록 하여 발생하는 폐업으로 인한 재산상의 손실 역시 재산권으로 보호되는 범위에 포함되지 않는다.<sup>278)</sup>

다. 직업이나 일정한 경제행위를 강제하거나 제한하더라도 이것이 반드시 재산권의 제한으로 귀결되지 않는다.

헌법재판소는 의료보험법상 요양기관 강제지정제가 문제된 사례에서 교육이 장래에 일정한 결실을 맺으리라는 기대나 시설투자가 일정한 이윤을 가져오리라는 예상 등은 재산권의 보호범위에 포함되지 않는다고 판시하였고<sup>279)</sup>, 방송사업자의 경우 대통령령이 정하는 범위 안에서 협찬고지를 할 수 있도록 하는 방송법 규정에 의한 협찬계약의 제한으로 받는 불이익은 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회에 불과하여 재산권 보장의 대상이 아니라고 하였다.<sup>280)</sup>

이와 같은 제한들이 종래 일정한 이익을 획득하던 것을 장래 제한하더라도 재산권의 제한이 인정되지 않는 것은 마찬가지이다. 교육공무원의 정년을 65세에서 62세로 단축함으로써 재직하면서 재화를 획득할 기회의 박탈은 재산권을 제한하는 것이 아니며<sup>281)</sup>, 기존 폐기물재생처리신고업자의 사업이 개정법의 폐기물중간처리업에 해당하는 경우 영업을 계속하기 위해 1년 이내에 허가를 받도록 하는 것은 재생처리신고업자의 직업결정의 자유 제한에는 해당하나 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회의 활용에

---

277) 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마447등, 판례집 15-2 상, 420, 침해아니라고 판시, 합헌

278) 헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35등, 판례집 16-21 하, 77, 합헌

279) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 합헌

280) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마49, 판례집 15-2 하, 502, 합헌

281) 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 합헌; 2002. 12. 18. 2001헌바55, 판례집 14-2, 810, 공무원 아닌 자의 명예퇴직수당에 대하여 100분의 50의 퇴직소득공제율을 적용하면서 공무원의 경우 100분의 75를 적용한다고 하여도, 이는 시혜적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 것으로 단순한 재산상 이익의 기대는 재산권의 영역에 포함되지 않는다. 주로 평등판단, 합헌

불과하므로 재산권의 제한으로 볼 수 없다.<sup>282)</sup> 기존 허가를 받아 영업하던 게임장운영자들에게 개정법에 따라 6개월 이내에 새로 게임제공업의 등록을 하고 게임물의 등급분류를 받도록 한 것으로 인하여 청구인들이 영업을 포기해야 하기 때문에 발생하는 재산상의 손실은 재산권의 보호영역에 속하지 않으며<sup>283)</sup>, 사업장일반폐기물 수집·운반업의 업무범위에서 사업장생활폐기물을 제외함으로써 그 업무범위를 사업장배출시설폐기물만의 수집·운반으로 축소할 경우 자신에게 유리한 경제적·법적 상황이 지속되리라는 일반적인 기대나 희망은 재산권의 범위에 해당하지 않는다.<sup>284)</sup> 또한 약국의 영업이익 내지 영업권은 재산권의 범위에 속하지 않으므로 의료기관의 시설 또는 부지의 일부를 분할·변경 또는 개수하여 약국을 개설하는 것을 금지하고 이를 어긴 경우 약국개설등록을 취소하거나 그 업무를 정지할 수 있도록 하며 기존 개설약국은 법 시행일로부터 1년까지만 영업을 가능하도록 한 규정은 재산권을 제한하지 않고<sup>285)</sup>, 중소기업협동조합중앙회장이 수행하던 외국인산업연수생의 연수활동 중의 관리업무를 연수생을 파견한 외국의 송출기관이 수행하도록 하는 지침의 개정에 의하여 종전 중소기업협동조합중앙회장으로부터 위 업무를 위탁받아 업으로 하던 회사는 이제 송출기관의 협력업체가 되어야만 종전 업무를 수행할 수 있게 된 경우 이로써 발생하는 이익상실은 간접적, 사실적, 경제적 이해관계에 불과하다는 이유로 재산권의 제한을 인정하지 않았다.<sup>286)</sup>

282) 헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 합헌

283) 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 합헌

284) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마159, 판례집 14-2, 203, 주로 신뢰이익의 침해여부로 판단, 합헌

285) 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700등, 판례집 15-2 하, 137, 합헌

286) 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마134, 판례집 16-1, 569, 각하; 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 담배자판기 설치를 제한하고 철거하도록 한 부천시조례는 소급입법에 의한 담배소매업자들의 재산권 제한이 아님(주로 신뢰보호의 원칙 판단), 합헌; 2002. 2. 28. 99헌바117, 판례집 14-1, 118, 게임물관매업자가 되고자 하는 자로 하여금 문화관광부장관 또는 시장·군수·자치구의 구청장에게 등록하도록 요구하는 것은 재산권 침해없음(다만 청구인의 주장에 따른 것으로 보임), 합헌

### 3. 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 직업활동 또는 경제활동에 의한 이익의 획득이 재산권의 범위에 포함되는지 여부에 대한 판례는 엇갈리고 있다. 그러나 재산권의 제한을 인정한 사례들을 보면 대부분 재산권만이 아닌 다른 기본권(특히 직업의 자유)의 제한도 함께 문제되고 있고, 청구인의 재산권 침해 주장에 대하여 이들 기본권과 함께 침해가 아니라고 판단하는 과정에서 보호영역을 명확하게 하지 않은 채 한꺼번에 헌법 제37조 제2항 위반여부를 심사하고 있다. 게다가 재산권에 대하여 실질적으로 판단하지 않고 단지 말미에 잠깐 언급한 것도 존재하므로 이들 사례들을 헌법재판소의 기본입장이라고 보기에는 무리가 있다. 또한 이론적으로 보아도 직업활동 또는 경제활동에 대한 제한으로 말미암은 경제적 이익의 상실은 자유를 제한함에 따른 부수적인 결과로서 사실적, 간접적인 것에 불과하고 그러한 이익은 대개 구체화되지 않은 기대이익에 해당한다. 따라서 직업활동이나 경제활동에 대한 제한으로 인한 경제적 이익의 상실은 재산권의 보호영역에 포함되지 않는다는 일련의 판례들을 헌법재판소의 기본입장으로 보는 것이 타당하다.

## X. 기타

### 1. 지적재산권, 어업권, 광업권

가. 민법상의 물권, 채권뿐 아니라 상호권, 실용신안권 역시 재산권의 영역에서 논의된다. 음란 또는 저속한 간행물을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해한 경우 출판사 또는 인쇄소의 등록을 취소하는 것은 재산권인 상호권을 제한하며,<sup>287)</sup> 식품이나 식품의 용기·포장에 음주전후 또는 숙취

287) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 음란 부분 합헌, 저속 부분 위헌

해소라는 표시를 금지하는 것은 청구인의 재산권인 ‘숙취해소용 천연차 및 그 제조방법’에 대한 특허권을 제한하는 것이고,<sup>288)</sup> 실용신안권의 등록료 납부기한을 1회 6개월간 유예하고 미납시 실용신안권을 소멸시키면서 다른 사후적 구제수단을 두지 않는 것 역시 마찬가지이다.<sup>289)</sup> 나아가 출원 상표의 식별력 구비 여부 판단의 기준시점을 등록사정이나 심결시로 한 것은 합리적인 이유가 있다고 판시한 결정은 위 규정을 재산권의 형성으로 보아 판단한 것으로 볼 수 있다.<sup>290)</sup>

나. 어업권 역시 재산권으로 인정된다. 종래 인정되던 관행어업권에 대하여 2년 이내에 등록하면 이를 인정하여 행사할 수 있도록 한 수산업법 규정에 대한 판단에서 관행어업권을 재산권으로 보고 재산권의 제한으로 판시하였으며,<sup>291)</sup> 내수면 양심어업면허기간 연장신청을 불허하고 일정한 경우에만 보상하도록 하는 것 역시 재산권을 제한하는 것이다.<sup>292)</sup>

그러나 광업권 자체가 재산권이라고 하더라도 이는 광물을 채굴·취득하기 위한 한도 내에서만 인정되는 것이고 광석을 석재로 사용·판매하기 위하여 채취할 경우에는 광업권의 범위를 벗어나는 것이므로 광업권자가 석재를 채취할 때 국유림의 경우 산림청장과 토석매매계약을 체결하도록 하는 것은 재산권을 제한하는 것이 아니다.<sup>293)</sup>

## 2. 주주 및 단체 구성원의 재산권

가. 구조조정 또는 회사정리절차에서 주식소각 등의 방법으로 자본을 감소시키는 것 역시 주주의 재산권 제한에 해당한다.

---

288) 헌재 2000. 3. 30. 99헌마143, 판례집 12-1, 404, 위헌

289) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 합헌

290) 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바31, 판례집 15-2 상, 94, 합헌

291) 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 합헌

292) 헌재 2001. 3. 21. 99헌바81등, 판례집 13-1, 577, 합헌

293) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바47, 판례집 16-2 상, 43, 합헌

따라서 금융감독위원회가 정부 등이 출자를 하였거나 출자하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다는 금융산업의구조개선에관한법률 규정은 주주의 재산권을 제한하는 것이며<sup>294)</sup>, 회사이사 등의 중대한 책임이 있는 행위로 인하여 정리절차 개시의 원인이 발생한 경우 그 행위에 상당한 영향력을 행사한 주주의 주식 3분의 2이상을 소각하는 방법으로 자본감소를 정하도록 한 회사정리법 규정 역시 주주의 재산권을 제한한다.<sup>295)</sup>

나. 단체의 자산에 대하여 단체 구성원의 재산권을 인정하기도 한다. 원호 대상자정착직업재활조합의 자산을 국가가 설치·관리하는 원호기금으로 귀속하도록 한 규정은 조합원들의 재산권을 제한하는 것이고<sup>296)</sup> 국민연금기금을 공공자금관리기금에 예탁하도록 한 규정은 역시 가입자들의 재산권 제한에 해당한다.<sup>297)</sup> 또한 축협중앙회의 해산 및 새로 설립되는 농협중앙회로의 통합을 규정한 농업협동조합법은 축협중앙회 및 회원들의 결사의 자유와 함께 재산권을 제한한다고 보았다.<sup>298)</sup>

그러나 헌법재판소는 기존 농지개량조합 및 조합연합회, 농어촌진흥공사를 해산하고 농업기반공사에 합병되도록 한 사례에서는 조합원의 의결권과 기반시설 이용수익권은 재산권으로 볼 수 없고 조합재산에 대한 개개인의 재산권 역시 인정되지 않는다고 하였고,<sup>299)</sup> 의료보험조합을 해산하고 국민건강보험공단으로 통합한 사례에서 적립금의 승계가 있다 하더라도 이에

294) 헌재 2003. 11. 27. 2001헌바35, 판례집 15-2 하, 222, 합헌; 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2 하, 104, 합헌

295) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91등, 판례집 15-2 하, 406, 합헌

296) 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3, 판례집 6-1, 203, 한정위헌

297) 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 가입자들의 장래 연금수급권을 침해하지는 않는다. 인간다운 생활을 할 권리 제한도 인정, 합헌

298) 헌재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686, 법인설립에 관한 직업선택의 자유 제한, 합헌

299) 헌재 2000. 11. 30. 99헌마190, 판례집 12-2, 325, 결국 어떠한 기본권의 보호범위에도 들지 않음, 그러나 판시는 침해로 함, 합헌

대한 개별 가입자의 재산권은 인정되지 않는다고 판시하였다.<sup>300)</sup>

구성원 또는 가입자의 재산권을 인정하지 않은 사례들을 보면 공법상 인정되는 단체에 대한 구성원의 권리가 재산권으로 보호받아야 할 요건인 사적유용성이나 기여 등이 요건을 충족시키지 못한 경우들이다. 따라서 이에 대한 판례의 입장이 엇갈리는 것으로 보기는 어렵다.

### 3. 계약의무 등

가. 일정한 계약의무를 부여하는 법규정들에서 헌법재판소는 계약의 자유 뿐 아니라 재산권이 문체된다는 점을 받아들이기도 하였다.

특수건물의 소유자에게 화재보험가입을 강제하는 것은 일반적 행동자유권 내지 경제활동의 자유 제한한다고 하면서 재산권 및 직업선택의 자유 제한을 언급하기도 하고,<sup>301)</sup> 학교법인이 의무를 부담하고자 할 때 관할청의 허가를 받도록 하는 것은 기본적으로 사립학교운영의 자유를 제한한다고 하면서도 거래상대방의 재산권 제한을 언급하였다.<sup>302)</sup> 또한 수차의 도급에 의하여 사업이 이루어지는 경우 그 원수급인을 산업재해보상보험법상의 사업주로 보고 하수급인을 사업주로 하기 위하여는 근로복지공단의 승인을 얻도록 하는 것은 역시 원수급인의 계약의 자유와 재산권을 제한하는 것이라 하였다.<sup>303)</sup>

그러나 이러한 사례들에서 재산권의 제한을 인정할 수 있는지 의문이다. 한편으로 계약의 자유가 확실히 인정되고 있고 당해 법규정들로 인하여 상

---

300) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 주로 평등판단, 합헌

301) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 위헌

302) 헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 합헌; 2001. 11. 29. 2000헌마278, 판례집 13-2, 762, 사립학교에 학교운영위원회를 의무적으로 설치하도록 한 것은 사학설립자 및 재단의 재산권 제한에 해당하지 않는다. 가정적으로 제한을 인정하여 판단함. 합헌

303) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌바70, 판례집 16-2 하, 178, 사업주인 원수급인이 보험가입신고를 태만히 한 기간 중에 발생한 산업재해에 대하여 근로복지공단이 보험급여를 지급하는 경우 그 전부 또는 일부를 징수할 수 있도록 한 규정 역시 재산권 제한에 해당한다. 합헌

실하는 것은 일정한 기대이익에 불과하다고 한다면 직업, 경제활동의 제한과 마찬가지로 그로 인하여 상실하는 이익은 재산권의 보호영역에 포함된다 고 보지 않는 것이 타당하다.

나. 그밖에 드물게 각종 재산형에 의한 처벌규정이 재산권을 제한한다고 본 사례들이 존재하며,<sup>304)</sup> 정기간행물 2권을 공보처장관에게 보내는 납본제도,<sup>305)</sup> 국회의원 선거의 기탁금 및 국가귀속제도,<sup>306)</sup> 동산압류방식에 의한 부부공유 유체동산에 대한 집행제도,<sup>307)</sup> 그리고 내부자가 6월 이내의 기간에 자기회사의 주식 등을 거래하여 차익이 발생한 경우 당해 법인에게 차익의 반환을 청구할 수 있도록 한 것<sup>308)</sup>에서 재산권의 제한을 인정하였다.

## XI. 결론

1. 이상에서 재산권에 관하여 1998년부터 2004년까지 선고된 헌법재판소의 판례들을 분석하여 어느 경우에 재산권의 제한이 인정되었는지를 살펴보고 판례의 입장이 일관되지 않거나 적절하지 않은 부분을 확인하였다.

---

304) 현재 1995. 3. 23. 92헌가14, 판례집 7-1, 307, 노동위원회의 구제명령위반을 2년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌하는 것은 신체의 자유 또는 재산권 제한, 위헌; 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550 무등록 음반판매업자 등에 해당하기만 하면 음반 등을 모두 필요적으로 몰수하거나 추징하도록 하는 것은 과도한 재산권 침해, 위헌; 1998. 2. 5. 96헌바96, 판례집 10-1, 4, 내국인이 외국에서 선박을 매수하고 서류상의 외국회사에 등록하여 수입하는 편의치적에 의한 선박수입을 관세포탈죄로 처벌하면서 선박자체를 몰수하거나 그 가액 상당을 추징하는 것은 비례원칙위반 아님(기본권 언급 없음); 2002. 10. 31. 2000헌가12, 판례집 14-2, 345 관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 것은 게임물 소유자의 재산권 제한, 합헌.

305) 현재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 합헌

306) 현재 1997. 5. 29. 96헌마143, 판례집 9-1, 569, 합헌

307) 현재 1999. 3. 25. 96헌바34, 판례집 11-1, 185, 채무자가 아닌 배우자의 재산권을 제한, 합헌

308) 현재 2002. 12. 18. 99헌바105등, 판례집 14-2, 774, 합헌

부동산의 경우 소유와 사용제한은 당연히 재산권의 제한으로 인정되었고 토지수용으로 인하여 발생한 환매권 역시 헌법상 재산권으로 보고 있다. 물론 부동산은 아니더라도 기타 재산의 수용에 의한 보상청구권 역시 마찬가지이다. 나아가 공적 장부인 등기 또는 등록에 의한 효력 역시 재산권과 관련되어 논의되며 소유권 이외의 제한물권도 당연히 재산권에 포함된다. 그러나 토지와 관련하여 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회는 재산권으로 보장되지 않으며 토지대장과는 달리 건축물대장의 효력은 재산권으로 인정되지 않는다.

민사상 채권이나 손해배상청구권은 물론 상속권이나 연금급여를 받을 권리 등 일부 공법상의 권리도 재산권으로 인정된다. 그러나 사회보험 또는 공적 부조에 의한 사회보장적 급여, 공법상의 보조금을 받을 권리는 일부 구체적으로 형성된 것을 제외하고 대개 사회보장권으로 논의된다.

조세와 관련하여 기본적으로 과세요건을 설정하는 규정을 다투는 경우 재산권 제한을 인정하였다. 그러나 조세감면에 대한 신뢰보호나 면제 또는 감면의 요건을 설정하는 규정에 대하여 재산권 제한을 인정하면서도 조세법상의 면제조치로 인한 이익이나 과세되지 않을 것이라는 기대는 재산권의 영역에 포함되지 않는다는 입장을 취하기도 하여 서로 엇갈리는 모습을 보이기도 한다. 부담금의 경우 조세와 거의 같은 형태로 재산권 제한이 인정된다.

가장 큰 문제가 되는 것은 직업활동이나 경제활동에 관한 제한으로서 많은 판례에서 이를 직업의 자유 또는 계약의 자유로 보고 재산권은 관련이 없다고 밝히고 있으나 재산권을 인정한 사례도 상당수 존재하여 일관되지 않은 듯이 보인다. 그러나 재산권을 인정한 사례의 경우에도 판시의 취지를 볼 때 대개의 경우 다른 기본권과 관련되어 논의하고 있고 재산권은 실질적으로 판단하지 않은 경우가 많아 이를 헌법재판소 판례로 보기는 무리가 있다. 직업활동이나 경제활동과 관련 없는 계약강제의 경우도 마찬가지여서 일부 재산권을 인정한 사례들이 있으나 이 역시 계약의 자유로만 논의하는 것이 타당할 것이다.



기타 지적재산권, 어업권, 광업권도 재산권으로 인정되며 주주의 회사소유권 또는 단체구성원의 단체자산에 관한 재산권도 인정된다.

2. 개별 기본권의 보호영역을 판례 분석을 통해 파악해나가는 것은 퍼즐맞추기를 통해 일종의 미완성 지도를 그려나가는 것에 비유할 수 있다. 지도는 실제 사회를 100% 구현할 수 없고 표현방식과 배율에 따라 완전하지 못한 모습을 보여줄 수밖에 없다. 따라서 일정한 범위에서 대상의 모습을 알아볼 수 있을 뿐이다. 보호영역 역시 마찬가지로여서 판례를 통하여 대강의 모습을 그려볼 수 있다 하더라도 완전한 개념화는 불가능하다. 게다가 시대에 따라 어떠한 것을 기본권으로 보호해야 하는지 여부조차 변화하는 것이 예정되어 있으니 앞으로 있을 사례들을 통해 빈 공간을 보충해 나간다고 하더라도 그 과정이 끝나는 시점을 생각하기는 어렵다.

이 글은 이러한 미완성의 그림을 전제로 하고 있다. 따라서 결국 앞으로 나올 판례들을 다시 분석하여 더욱더 구체화하는 작업이 필요하며, 재산권 뿐 아니라 다른 주요 기본권들에 대하여도 마찬가지로의 작업이 이루어져야 한다. 보호영역의 지도그리기가 어느 정도 윤곽이 잡힐 때에야 비로소 각 영역별로 심사기준 또는 심사의 강도 등 기본권론의 다른 주제들의 연구가 이루어질 수 있으므로 이러한 연구는 기본권 이론 연구의 기초작업이라 할 수 있다.

# 憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則

鄭南哲  
淑明女大 法科大學 教授

## - 目次 -

I. 論議의 爭點 .....	447
II. 行政規則의 憲法訴願 對象性에 관한 判例分析 .....	451
1. 行政規則과 憲法訴願의 對象으로서 “公權力行使”의 意味 .....	451
2. 憲法訴願의 對象性에 관한 憲法裁判所 判例類型 .....	454
가. 憲法訴願의 對象性을 肯定한 事例 .....	454
나. 憲法訴願의 對象性을 否認한 事例 .....	455
다. 行政規則의 憲法訴願 對象性 判斷의 區別基準 .....	457
III. 소위 “行政規則形式의 法規命令”의 法的 性質 .....	459
1. 學說上의 論議와 爭點 .....	459
가. 法規命令說 .....	459
나. 行政規則說 .....	461
다. 規範具體化行政規則說 .....	461
라. 授權與否基準說 .....	462

마. 違憲·無效說 .....	463
2. 比較法的 考察 .....	464
가. 獨逸 .....	464
나. 美國 .....	465
다. 英國 .....	467
라. 日本 .....	468
3. 小 結 .....	470
IV. 法令補充的 行政規則은 法規命令인가? .....	472
V. 맺음말 .....	476
참고 문헌 .....	447

## I. 論議의 爭點

행정실무에 있어 告示, 訓令, 通牒 등의 형식으로 행정규칙이 발령되는 경우에 이를 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있는지가 문제된다. 행정규칙은 법규명령과 달리 법률상의 수권 없이 상급기관이 하급기관에게 그 권한의 범위 내에서 발하는 일반·추상적 규율이며, 상위법령이나 상급행정규칙에 위반되지 않는 범위 내에서 허용될 수 있다. 또한 행정규칙은 대외적인 구속력을 가지지 않는 것이 원칙이므로, 그 受範者는 일반 시민이 아니라 행정조직 내의 기관 또는 그 구성원이다. 따라서 행정공무원이 행정규칙을 위반하면, 바로 위법의 문제가 발생하는 것이 아니라 징계의 원인이 되는 것이 보통이다(국가공무원법 제57조, 제58조 및 지방공무원법 제49조, 제69조 참조).<sup>1)</sup> 즉 행정규칙을 위반한 경우에 학설의 다툼이 있기는 하나 행정규칙은 재판규범성이 부인되기 때문에 바로 위법이 되지 않고, 평등원칙이나 신뢰보호의 원칙을 매개로 하여 간접적으로 위법성이 검토될 수 있다고 보는 것이 학설의 지배적 견해이다.<sup>2)</sup>

한편, 행정규칙의 형식을 취하면서 대외적 구속력(또는 통설적 의미의 법규성)을 가지는 경우를 소위 “行政規則形式의 法規命令” 또는 “法令補充의 行政規則”이라고 부르는데, 과연 어떠한 경우에 이러한 성격의 행정규

---

1) 대법원판례 역시 그러한 입장을 취하고 있다. 즉 「검찰청법 제11조의 위임에 기한 검찰근무규칙 제13조 제1항은, 검찰청의 장이 출장 등의 사유로 근무지를 떠날 때에는 미리 바로 윗 검찰청의 장 및 검찰총장의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있는바, 이는 검찰조직 내부에서 검찰청의 장의 근무수칙을 정한 이른바 행정규칙으로서 검사징계법 제2조 제2호의 징계사유에 해당한다」고 판시하였다(대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두7704 판결). 다만 대법원은 소위 ‘심재륜 사건’과 관련된 위 판결에서 검찰근무규칙 제13조 제1항이 검찰청법 제11조의 ‘위임’에 의한 것임을 명백히 밝히고 있음에도 불구하고, 행정규칙으로서의 성질을 확인하고 있다.

2) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 제4전정판, 1993, 333면; 김남진/김연태, 『행정법 I』, 제11판, 166면; 김동희, 『행정법 I』, 제9판, 165면; 박윤훈, 『최신행정법강의(상)』, 개정 제29판, 2004, 258-259면. 김동희 교수는 이러한 간접적 외부효를 “準法規說”이라고 하나, 이러한 용어사용은 행정규칙이 법규성을 가진다는 오해를 불러일으킬 수 있다는 점에서 비판이 제기되고 있다. 홍정선, 『행정법원론(상)』, 2005, 223면. 한편, 행정규칙의 법규성을 긍정하는 견해로는 이상규, 『신행정법론(상)』, 신판, 1997, 307-308면 참조.

칙을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이 문제는 어떤 법령이 행정기관에 대하여 구체적인 사항을 정할 수 있도록 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하는 경우에 주로 발생한다.<sup>3)</sup>

대법원은 한편으로는 행정규칙의 대외적 구속력을 부인하는 판결을 하면서,<sup>4)</sup> 또 다른 한편으로는 재산제세사무처리규정과 같은 국세청장의 훈령 등에 대하여 대외적 구속력을 인정한 사례도 있다.<sup>5)</sup> 그러나 대법원판례에서는 고시, 훈령 등 행정규칙의 대외적 구속력을 인정함에 있어 그 이유를 구체적으로 設示하고 있지 않다.<sup>6)</sup> 대법원은 남양유업(주)이 공정거래위원회를 상대로 시정명령 등 처분취소를 다투는 소송에서, 공정거래위원회고시 제1997-12호인 ‘시장지배적지위남용행위의유형및기준’을 소위 “法律補充의 行政規則”으로 보고 있다. 대법원은 위 판결에서 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제2호에서 규정하는 ‘부당하게 조절하는 행위’에 관하여 위 고시 III. 2. 나. (1)호와 (2)호에서 규정하는 ‘생산량 또는 판매감소’와 ‘재고증가’가 위 법률의 ‘위임’에 의해 위 법률 제3조의2 제1항 제2호의 내용을 보충한다는 점을 실시하면서, 고시 (1)호와 (2)호에 해당하는 행위가 있으면 공정거래위원회가 별도로 그 부당성을 입증하지 아니하여도 위 법률 제3조의2 제1항 제2호에서 규정하는 ‘부당하게 조절하는 행위’로 평가된다고 판시하고 있다. 또한 대법원은 구 관세법 제7조의3과 동법 시행령 제1조의10 제1항이 위임한 관세율표상 품목분류의 기준을 정한 관세청고시가 통일적인 해석기준, 즉 재량준칙으로서 관계법령의 목적이나 근본취지에 명백히 배치

3) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두1592 판결; 2003. 9. 26. 선고 2003두2274 판결.

4) 대법원 1988. 3. 22. 선고 87누564 판결; 2001. 8. 24. 선고 2000두7704; 2003. 9. 5. 선고 2001두403 판결.

5) 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결.

6) 특히 대법원은 집행정지와 관련된 판결에서 「어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다」고 하여, “고시”의 법적 성질이 다양함을 시사하고 있다.

되거나 서로 모순되는 등의 특별한 사정이 없는 한 효력이 없는 것이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.<sup>7)</sup> 위 판결에서도 관세율표상 품목분류의 적용 기준에 관한 상위법령의 위임을 받아 품목분류의 세부기준을 정하기 위해 마련된 규정으로서 상위법령의 내용과 결합하여 대외적인 효력을 가지게 되는 법규명령이라고 보고 있다.<sup>8)</sup> 그 외에도 공업배치및공장설립에관한법률 제8조의 규정에 따라 공장입지기준을 정한 “공장입지기준고시”(산업자원부고시 제1999-147호)가 법규명령으로서의 효력을 가진다고 보았다.<sup>9)</sup> 요컨대 대법원판례는 대체로 고시가 상위법령의 ‘위임’에 의하고 구체적인 처분의 재량준칙이 되는 경우에 이러한 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 가지는 것으로 보고 있다.

그러나 행정입법<sup>10)</sup>(위임입법)은 의회입법원칙의 예외이므로 그 형식과 절차가 엄격히 준수되어야 한다. 즉 법규명령이 발급되기 위해서는 적어도 헌법 제75조 및 제95조에 따라 그 주체와 범위가 제한되며, 법령등공포에관한법률에서도 대통령령 및 총리령·부령에 대하여 일정한 형식과 절차를 요구하고 있다(동법 제7조, 제9조 참조). 오늘날 행정입법의 현상을 살펴보면, 소위 “複委任禁止의 原則”(non-delegation principle: delegata potestas non potest delegari)을 엄격히 적용하는 것은 더 이상 설득력을 가질 수 없고,<sup>11)</sup> 실재는 “法律의 洪水”를 능가하여 오히려 “行政立法의 洪水”로 전이되고 있음을 실감할 수 있다.<sup>12)</sup> 또한 행정청이 법규명령의 엄격한 법적

7) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두1592 판결.

8) 다만 하급심에서는 이를 행정규칙으로 파악하였다(서울고법 2003. 1. 7. 선고 2002누8109 판결).

9) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003두2274 판결.

10) ‘행정입법’이라는 용어는 일반적으로 법규명령과 행정규칙을 포함하는 광의의 개념으로 사용되고 있으나, 일부학설은 행정규칙이 행정‘입법’의 일종으로 볼 수 없으므로 법규명령에 한정하여 좁은 의미의 행정입법개념을 주장하기도 한다(洪準亨, 행정법총론, 제4판, 2001, 351면). 한편, 영국에서도 행정입법에 해당하는 “administrative legislation”이라는 표현이 발견되나, 이러한 행정입법은 행정작용의 일환으로서 이해되며, 일반적으로 행정작용을 지배하는 동일한 법원칙(예컨대 월권법리)에 의해 지배된다고 본다. Wade/Forsyth, Administrative Law, 8th ed., 2000, p.840.

11) K. C. Davis, Administrative Law Treatises, 2nd ed., 1978, Vol. 1, p. 150.

12) 법제처의 현행법령 현황을 살펴보면, 2005. 3. 31. 현재 전체 법령 3,886건 중 헌법을 제외하고 법률은 1,106건, 대통령령 1,451건, 총리령 67건 및 부령 1,261건을 차지하고 있다.

제한을 회피하기 위하여 ‘行政規則으로의 逃避’현상이 점증하고 있음을目睹할 수 있다. 이는 실질적 법치주의의 관점에서 바람직한 현상이 아니다. 왜냐하면 개인의 권익이 침해되어 구체적 분쟁이 발생하였을 경우, 사법부의 판결을 통해서 그 대외적 효력 유무가 결정되는 것은 당사자에게 예측가능성과 법적 명확성을 담보하기 어렵다. 또한 이는 잘못된 행정관행을 고착화시키는 길이며 법리적으로도 自家撞着이다. 독일에서는 행정규칙의 직접적인 대외적 구속력을 인정하는 소수설을 제외하고 행정규칙을 法源論이 아니라 대체로 행정조직법에서 다루고 있다.<sup>13)</sup> 왜냐하면 행정규칙은 고권적인 일반·추상적 규율로서의 대외적 구속력을 갖는 法規範(Rechtsnorm)이 아니므로 法源(Rechtsquellen)이 될 수 없고, 따라서 행정조직내부에서만 효력을 미칠 뿐이기 때문이다.<sup>14)</sup> 그러나 특별권력관계(특수신분관계) 이론의 변화로 말미암아 행정조직 내부에서도 사법심사가 완전히 배제되는 것은 아니다. 특히 법률유보의 원칙과 관련하여 본질사항유보설(또는 중요사항유보설)의 입장에서는 더욱 그러하다.

이러한 관점에서 우선 헌법재판소의 판례에 나타난 소위 법령보충적 행정규칙에 대하여 살펴보고(Ⅱ), 행정규칙형식의 법규명령의 법적 성질에 관한 학설상의 논의(Ⅲ)와 이에 대한 비판적 고찰(Ⅳ)을 중심으로 검토하고자 한다.

13) 다만 Ossenbühl 교수는 행정규칙의 法源性을 인정하고 있다. F. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., S. 152 ff.

14) 홍정선, 전게서(상), 213-214면 참조.

## II. 行政規則의 憲法訴願 對象性에 관한 判例分析

### 1. 行政規則과 憲法訴願의 對象으로서 “公權力行使”의 意味

소위 법령보충적 행정규칙이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 “공권력행사”에 해당하여야 한다. 여기서의 “공권력의 행사”란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관의 고권적 작용뿐만 아니라,<sup>15)</sup> 간접적인 국가행정으로서 공법상 사단·재단과 국립대학교<sup>16)</sup>와 같은 營造物(Anstalt) 등 공공단체의 고권적 작용도 포함하고 있다. 다만 현행법상 재판소원이 인정되지 않기 때문에 법원의 재판은 제외되며,<sup>17)</sup> 외국이나 국제기관의 공권력작용<sup>18)</sup>도 이에 포함되지 아니한

15) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692.

16) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 667-668; 1998. 8. 27. 97헌마372등, 판례집 10-2, 461, 470. 특히 서울대학교가 제정하여 발표한 “94학년도 대학입학고사주요요강”에 대하여 행정쟁송의 대상인 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해의 위험을 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 현실적으로 발생하였다고 보아야 한다는 점을 이유로 헌법소원의 대상성을 인정한 바 있다. 그러나 여기에서 말하는 “사실상의 규범작용”이 무엇을 의미하는지 명확하지 않다. 또한 침해의 예견가능성이라는 척도를 가지고 이러한 행정내부의 결정 내지 준비행위에 불과한 것을 헌법재판소법 제68조 제2항의 공권력의 행사의 개념에 포함시키고 있다는 점에서 공권력행사의 개념을 지나치게 넓게 확대하고 있다.

17) 헌법재판소법 제68조 제1항 제1문은 “재판을 제외하고는” 이라고 명시함으로써, 헌법소원의 대상에서 소위 재판소원을 배제하고 있다. 그러나 헌법재판소는 원칙적으로 법원의 재판자재를 대상으로 하는 헌법소원의 심판청구는 원칙적으로 不許하지만, 예외적으로 재판도 헌법소원의 심판대상으로 보고 있다. 특히 헌법재판소법 제68조 제1항 위헌확인사건에서, 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해하는 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다고 결정한 바 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등(병합), 판례집 9-2, 842, 861-862; 2001. 2. 22. 99헌마461등, 판례집 13-1, 328, 338-339; 2002. 5. 20. 2002헌마781, 판례집 14-1, 555, 562).

18) 헌재 1997. 9. 25. 96헌마159, 판례집 9-2, 421, 427.



다. 한편, 행정소송법 제2조 제1항 제1호에서는 “처분등”의 개념을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용”이라고 정의하고 있다.<sup>19)</sup> 즉 쟁송법상의 처분개념의 핵심도 역시 “공권력의 행사”이라고 볼 수 있으며, 이는 주로 “상대방에 대하여 우월적 지위에서 행하는 고권적 또는 일방적 행위”를 의미한다. 그러나 행정소송법의 공권력행사의 개념은 ‘행정청’이 행하는 작용이라는 점에서 헌법소원의 대상으로서의 그것보다는 좁다.

한편 행정소송법상의 “공권력행사”의 개념해석을 둘러싸고 행정법학자들 사이에는 여전히 의견대립이 존재한다. 예컨대 권력적 사실행위를 공권력행사의 개념에 포함시킬 것인가 다투어지나, 행정소송법 제2조 제1항 제1호 처분개념 중 “그밖에 이에 준하는 행정작용”이라는 문언을 법률조문에 포함시킨 취지가 항고소송의 대상을 확대하는 데에서 찾는다면 여기에 권력적 사실행위를 포함시킬 수 있다고 판단된다.<sup>20)</sup> 그러나 공권력행사의 개념에는 적어도 “直接的 外部效”의 의미를 내포하고 있으므로, 단순한 행정내부의 근무지침이나 단순사무처리 등은 여기에 포함시킬 수 없다.<sup>21)</sup>

따라서 행정규칙은 대외적 구속력을 갖는 것이 아니므로 원칙적으로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.<sup>22)</sup> 그러나 헌법재판소는 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나, 재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되

19) 최근 행정소송법개정위원회에서는 개정안을 발표한 바 있는데, 여기에서 항고소송의 대상인 ‘행정행위’(광의의 행정행위)의 개념을 “법적·사실적 행위로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”이라고 규정하고 있다. 대법원, 행정소송법 개정안 참고. 이는 항고소송의 개념을 매우 넓게 파악함으로써, 성질과 효과를 달리하는 명령·규칙뿐만 아니라 권력적 사실행위도 포함할 수 있으며(金南辰, “일본과 한국에서의 행소법개정·개정논의를 보고”, 法律新聞 제3343호(2005. 3. 3.), 15면 참조), 이는 자칫 —특히 명령·규칙 등의 규범통제와 관련하여— 헌법재판소와 대법원 사이의 권한분배문제에 있어 갈등을 야기할 우려가 있다.

20) 이러한 논의에 대한 상세는 金裕煥, 『註釋 行政訴訟法』(편집대표 김철용/최광윤), 박영사, 2004, 528면 이하.

21) 同旨見解: 김유환, 전계서, 534면.

22) 헌재 1991. 7. 8. 91헌마42, 판례집 3, 380, 383.

어 행정관행이 성립되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 사실상의 효력으로서 대외적인 구속력을 가지게 되는데, 이러한 경우에 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 보고 있다.<sup>23)</sup> 나아가 법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이면, 그 제정형식을 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보고, 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권침해를 받았다면, 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 결정하였다.<sup>24)</sup> 이에 근거하여 식품접객업소영업행위제한기준은 그 제정형식이 비록 보건복지부장관의 ‘告示’라는 행정규칙의 형식이지만, 식품위생법 제30조의 위임에 따라 영업행위의 대상과 시간제한이 정해진 것으로서 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령의 성격을 가지므로 헌법소원의 대상성을 인정하고 있다.<sup>25)</sup>

헌법재판소의 선례를 살펴보면, 대법원판례와 마찬가지로 어떠한 경우에 행정규칙의 대외적 효력을 인정함으로써 헌법소원의 대상성을 인정하는지에 관하여 그 구체적인 이유나 근거를 제시하지 않고 있다. 따라서 이러한 문제점을 인식하고 우선 행정규칙의 헌법소원대상성을 인정한 사례와 부인한 사례를 고찰하고, 헌법재판소의 판례에 設示된 구별기준을 상세히 검토하기로 한다.

23) 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303; 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 93.

24) 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449 참조.

25) 헌재 2000. 7. 20. 99헌마455, 판례집 12-2, 153, 160.

## 2. 憲法訴願의 對象性에 관한 憲法裁判所 判例類型

### 가. 憲法訴願의 對象性을 肯定한 事例

헌법재판소는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 등 위헌 확인사건에서, ‘청소년유해매체물의 표시방법’에 관한 정보통신부고시가 헌법소원의 대상이 된다고 결정하였다. 즉 「이 사건 고시는 청소년유해매체물을 제공하려는 자가 하여야 할 전자적 표시의 내용을 정하고 있는데, 이는 특정인에 대한 개별적·구체적인 처분의 성격을 지닌 것이라기보다는 청소년유해매체물의 전자적 표시 일반에 관한 일반적·추상적인 규정의 성격을 지닌 것이라 봄이 상당하다. 나아가 이 사건 고시는 법 제42조 및 시행령 제21조 제2항, 제3항의 위임규정에 의하여 제정된 것으로서 국민의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있으므로 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 기능하고 있는 것이라 볼 수 있으므로 헌법소원의 대상이 된다」고 판시하였다.<sup>26)</sup>

또한 신문업에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적지위남용행위의 유형 및 기준 제3조 제1항 등 위헌확인에서, 그 심판대상인 「신문고시가 공정거래법과 동 시행령 규정의 위임에 따라 수입행정기관인 공정거래위원회가 법령내용을 보충하는데 필요한 구체적 사항을 정한 경우에 해당하고, 신문업에 있어서의 불공정거래행위의 유형과 기준을 한계 지움으로써 상위법령인 공정거래법과 동 시행령과 결합하여 일반국민에 대한 대외적 구속력을 가지는 일종의 법규명령적 성격을 함께 갖는다고 할 수 있다. 그렇다면 이 사건 고시는 행정조직인 공정거래위원회 내부에서만 효력을 가지는 것이라고는 볼 수 없으며, 이로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면 이에 대해

26) 헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894, 판례집 16-1, 114, 125. 위 결정에서 “청소년유해매체물의 심의·결정은 청소년보호법 및 그에 따른 구체적, 개별적인 행정처분(고시)으로 이루어지고 있는데”라고 設示한 부분이 있으나, 이는 심의·결정의 법적 성질을 행정처분으로 본 것은 이해되나 이를 ‘고시’라고 본 점은 법리상의 오해로 보인다(위 2001헌마894, 판례집 16-1, 114, 135 참조).

여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다」고 결정하였다.<sup>27)</sup>

그리고 공무원임용령 제35조의2 등에 대한 헌법소원사건에서도, “대우공무원 및 필수실무요원의 선발·지정등운영지침”(총무처예규 제231호)이 「공무원임용령 제35조의2 제3항의 위임에 따라 같은 해 6. 7. 제정되어 같은 해 7. 1. 부터 시행되었으며, 위 법령과 시행에 따라 같은 날 제1차 대우공무원 선발이 있었음을 알 수 있다. 따라서 청구인이 위 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다면, 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보아야 한다」고 하여, 위 예규의 헌법소원대상성을 인정하였다.<sup>28)</sup>

#### 나. 憲法訴願의 對象性を 否認한 事例

헌법재판소는 전라남도 교육위원회의 1990학년도 인사원칙(중등)에 대한 헌법소원에서, 「이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니다. 다만, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다. 그러나 위 인사관리원칙은 피청구인이 그 소속 중등학교 교원 등에 대한 임용권을 적정하게 행사하기 위하여 그 기준을 미리 일반적·추상적 형태로 제정한 조직내부의 사무지침에 불과하다」라고 결정하였다.<sup>29)</sup> 위 판례는 행정규칙의 효력에 관한 지배적인 학설을 반영한 초기의 판례라고 볼 수 있다.

그 후 헌법재판소는 ‘96학년도대학입시기본계획등 위헌확인사건<sup>30)</sup>에서

27) 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 94.

28) 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 450.

29) 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303.

30) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마70, 판례집 9-2, 131, 141.

도, 교육부장관이 발표한 1996학년도 대학입시기본계획 중 전국의 대학에 대하여 대학별고사에서 국·영·수 위주의 필답고사 실시에 신중을 기하여 줄 것을 권고하고, 그 세부사항으로 계열별·학과별 특성에 따라 대학수학능력시험이나 고등학교 내신성적을 보완하는 선에서 교과목을 최소화하도록 권고하는 부분은, 법령의 위임을 받아 그 내용을 구체화하거나 법령의 구체적인 내용을 보충하는 것으로 볼 수 없어 청구인들의 기본권을 침해하는 공권력의 행사에 해당한다고 할 수 없다고 결정하였다. 다만 위 결정에서는 교육부장관이 발표하는 대학입시기본계획의 성격을 한편으로는 법령의 범위 내에서 대학입시제도의 내용을 구체화하거나 보충하는 행정규칙의 성질을 가짐과 동시에, 대학입시제도에 관한 국가의 기본방침을 천명하는 행정계획의 성질을 가지고 있다고 보고 있다. 그러나 대학입시기본계획이라는 행정계획은 비구속적 성질을 가지는 행정내부의 결정 내지 행정지침에 해당할 뿐이다. 이러한 행정계획의 법리 오해는 행정작용형식의 하나인 행정계획이 다양한 법형식을 가질 수 있다는 점을 간과한 것에서 緣由한다. 그리고 예술고 학생에 대한 학생부성적반영지침 위헌확인사건<sup>31)</sup>에서도 마찬가지로 교육부장관이 수립·확정한 ‘1998년 대학입학전형 기본계획’에 근거하여 “예술고 학생에 대한 학생부성적반영지침”은 청구인들의 기본권을 새로이 침해하는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다고 결정하였다.<sup>32)</sup>

그 밖에 공직선거및선거부정방지법 제179조 제3항 제3호 등 위헌확인에서, 「중앙선거관리규칙은 중앙선거관리위원회가 헌법 제114조 제6항 소정의 규칙제정권에 의하여 공선법에서 위임된 사항과 대통령·국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거의 관리에 필요한 세부사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 법규명령이라고 할 것이다. 그러나 이 사건에서 쟁점이 된 공직선거에 관한 사무처리예규는, 각급선거관리위원회와 그 위원 및 직원이 공직선거에 관한 사무를 표준화·정형화하고, 관련법규의

31) 헌재 1997. 12. 19. 97헌마317, 판례집 9-2, 751, 760.

32) 그러나 헌법재판소는 전술한 바와 같이 서울대학교가 제정·발표한 “94학년도 大學入學考查主要要綱”에 대한 헌법소원심판청구에서는 법적 구속력이 없는 행정계획안에 불과한 행정내부의 결정에 대해서도 헌법소원의 대상성을 인정하였다.

구체적인 운용기준을 마련하는 등 선거사무의 처리에 관한 통일적 기준과 지침을 제공함으로써 공정하고 원활한 선거관리를 기함을 목적으로 하는 것이므로 개표관리 및 투표용지의 유·무효를 가리는 업무에 종사하는 각급 선거관리위원회 직원 등에 대한 업무처리지침 내지 사무처리준칙에 불과할 뿐 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙이다」라고 하여, 공직선거에 관한 사무처리예규를 대외적 구속력이 없는 행정규칙으로 파악하였다.<sup>33)</sup>

#### 다. 行政規則의 憲法訴願 對象性 判斷의 區別基準

헌법재판소는 행정규칙의 형식을 가지는 경우에도 어떠한 경우에는 그 대외적 구속력을 인정하기도 하고, 또 다른 경우에는 이를 부인하여 헌법소원의 대상으로 인정하고 있지 않다. 이 경우 과연 어떠한 기준을 가지고 이를 구분할 것인가가 문제된다. 위에서 제시된 헌법재판소의 결정들을 가지고 행정규칙의 대외적 효력을 인정함으로써 헌법소원의 대상으로 삼은 경우를 분석하면, 우선 다음과 같은 요건하에 대외적 구속력을 인정하고 있는 것으로 보인다. 즉, (i) 法令規定이 행정관청에게 그 법령의 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 (ii) 裁量準則이 반복되어 행정관행이 형성된 경우에 평등원칙, 신뢰보호원칙을 매개로 한 자기구속의 법리에 의한 경우<sup>34)</sup> 그리고 (iii) 法令의 직접적 委任에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적 사항을 정한 경우에 上位法令과 결합하여 대외적 구속력을 가지는 경우<sup>35)</sup> 등의 경우에 헌법소원 대상성을 인정하고 있다.

생각건대 헌법재판소 관례에 의한 법규성인정기준 3가지 요건 중 적어도 (iii)의 요건은 법규명령으로 제정되어야 할 사항을 행정규칙으로 제정한 것으로서, 상위법령의 위임에 의하여 상위법령과 결합하여 대외적 구속

33) 헌재 2000. 6. 29. 2000헌마325, 판례집 12-1, 963, 970.

34) 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303.

35) 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449; 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 94.

력을 인정하고 있다. 그러나 판례는 고시, 예규 등 행정규칙형식으로 제정된 것을 법규명령으로 인정해야 하는 구체적 이유를 設示하고 있지 않다. 이는 법규명령으로 제정되어야 할 사항을 그 발급형식과 절차가 簡易한 행정규칙의 형식을 빌려 대외적 효력을 인정한 결과를 가져왔기 때문에 소위 “행정규칙으로의 도피”라는 비난을 면할 수 없다. 또한 (i)의 요건은 행정공무원의 업무지침적인 성격이 강하다. 즉 법령의 내용이 매우 추상적인 경우에 구체적인 처분을 위해 해당 법령의 보충이나 보완이 필요한 것이다. 따라서 그 법적 구속력은 행정공무원에 대한 것이지, 일반 시민에게 미치는 것이 아니다. 마지막으로 (ii)의 요건은 전형적인 행정규칙의 간접적인 대외적 효력을 인정하는 것이다. 따라서 이는 행정규칙의 외부적 효력을 인정하였을 뿐이지, 엄밀히 말하면 행정규칙이 법규명령으로 그 성질이 전환된다고 보기는 어렵다. 예컨대 어떤 행정청(B)이 일정한 재량준칙을 규정하고 있고, 이러한 재량준칙이 오랫동안 되풀이 되어 행정관행으로 굳어진 경우에, 영업허가를 신청한 X에게는 허가를 발급하면서, 이를 신청한 동일한 조건의 또 다른 당사자인 Y에게는 허가발급을 거부하는 경우에 당해 행정규칙의 법적 성질이 문제될 수 있다. 이 경우에 행정규칙의 위법성을 다투면서 그 대외적 효력을 주장할 수 있는지가 검토될 수 있다. Y는 당해 행정청이 그 처분의 근거인 행정규칙이 정한 것과 다르게 처분한 사실을 평등원칙 위반을 이유로 하여 그 위법성을 다투 수 있다. 그러나 주의할 것은 여기서 위법의 근거는 행정규칙 그 자체가 아니라 평등원칙이나 신뢰보호원칙 등의 법원칙위반이라는 점이다(소위 “行政의 自己拘束의 法理”).<sup>36)</sup> 또한 행정규칙의 이러한 구속적 효력은 행정규칙 그 자체에서 비롯된 것이라기보다 헌법상의 평등원칙이나 이를 운용하는 행정실무에서 나오는 것이다.<sup>37)</sup> 결론적으로 행정규칙은 법규명령으로 그 성질이 변하는 것이 아니다.

36) 同旨見解: 김남진/김연태, 전게서(I), 169면.

37) Hans D. Jarass, Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999, S. 108.

### III. 소위 “行政規則形式의 法規命令”의 法的 性質

#### 1. 學說上의 論議와 爭點

소위 행정규칙형식의 법규명령을 어떻게 이해할 것인가에 대해 학설은 대립하고 있다. 특히, 행정규제기본법은 ‘고시’ 형식의 법규명령을 명시하고 있다. 즉 동법 제4조 제2항은 「다만, 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 告示등으로 정할 수 있다」고 하여, 일반 법률로서 이러한 유형의 법규명령을 인정하고 있다. 그러나 헌법 제75조 및 제95조에서 규정하고 있는 법규명령의 형식인 대통령령, 총리령 및 부령 그리고 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 이외에, 일반 법률로서 이러한 ‘고시등’의 형식으로 법규명령을 인정할 수 있는지가 문제된다.<sup>38)</sup> 이와 관련된 학설상의 논의와 쟁점을 정리하고 비판하면 다음과 같다.

#### 가. 法規命令說

법규명령설은 비록 행정규칙형식으로 발령되었더라도 법령을 보충하여 국민에 대하여 대외적 구속력을 발한다고 주장한다.<sup>39)</sup> 현재 다수설의 입장이다. 대법원판례 역시 이미 언급한 바와 같이 재산제세사무처리규정과 같은 국세청훈령이나 식품제조영업허가기준과 같은 보건사회부고시에 있어서

38) 이에 대하여 홍정선 교수는 법률보충규칙이 비록 헌법상 명시적으로 규정된 것은 아니지만, 우리 헌법상 민주국가원리와 법치국가원리에 비추어 헌법질서에 반하는 것은 아니라고 하여 合憲說을 주장하고 있다. 홍정선, 전계서(상), 186면.

39) 김동희, 전계서(I), 169-171면; 박윤훈, 전계서(상), 248-249면; 변재욱, 『행정법강의(I)』, 1989, 215-216면; 이상규, 전계서(상), 295면; 장태주, 『행정법개론』, 신정판, 현암사, 2003, 332면; 홍준형, 전계서, 403면. 한편, 유지태 교수는 종래 법규명령설을 주장하셨으나(同人, 「행정법신론」, 제8판, 213면), 개정판(제9판)에서 위헌·무효설로 학설을 변경한 것으로 보인다.



법규명령으로서의 성질을 인정한 바 있다.<sup>40)</sup>

그러나 이러한 법규명령설에 대하여는 법규명령의 엄격한 형식과 절차를 회피하여 행정규칙의 형식으로 제정되었다는 비판이 제기될 수 있다. 또한 이러한 경우에 행정청이 법규명령이나 행정규칙 가운데 임의로 선택할 수 있고, 예컨대 형식이나 절차가 상대적으로 쉬운 행정규칙의 형식으로 제정하고 여기에 법규명령의 성질을 부여함으로써 법규명령의 성질변경이 허용된다면, 행정규칙과 법규명령의 구분은 무의미해질 수 있다. 이러한 학설은 주로 실질설에 기초하고 있는 것으로 보인다.<sup>41)</sup> 특히 행정구제의 목적으로 개인의 권익구제가 아니라 행정의 적법성통제에 비중을 두는 입장에서는 이러한 접근이 매우 합리적일 수 있다. 왜냐하면 일단 어떠한 형식의 행정작용인지를 불문하고, 법적 구속력이 있는지 여부에 따라 사법심사의 잣대를 들 수 있기 때문이다. 그러나 현행 행정소송법 제1조가 명시하고 있는 바와 같이 행정소송의 주된 목적은 개인의 권익구제이며, 더구나 헌법소원은 공권력에 의한 기본권침해를 구제하기 위한 것임은 자명하다.

한편, Ossenbühl 교수는 “始原的 執行部の 法”(originäres Exekutivrecht)이 존재함을 이유로 특정한 행정규칙(예컨대 재량준칙)에는 직접적인 대외적 구속력이 인정될 수 있다고 주장하고 있다.<sup>42)</sup> 이는 독일의 대표적인 소수설이다. 그러나 이러한 견해에 대해서 Maurer 교수는 소위 “시원적인 집행부의 법”은 권력분립의 원칙, 법률유보의 원칙 및 법규명령에 관한 헌법규정(독일기본법 제80조 제1항)의 관점에서 타당하지 않다고 비판하고 있다.<sup>43)</sup> 鄭夏重 교수 역시 “始原的 執行部の 法”의 인정은 권력분립의 원칙에 반할뿐 아니라 실정법상의 집행부(해당 행정규칙을 발한 행정청)가 외부적 효력을 가지는 법규명령과 내부적 효력을 가지는 행정규칙의 구분에

40) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93누21668 판결; 대법원 1988. 3. 22. 선고 87누564 판결 참조.

41) 예컨대, 홍준형, 전거서, 589면.

42) F. Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., S. 152 ff.

43) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 24 Rdn. 25a.

있어 법규명령을 발급하는 대신 요건이나 절차·형식이 비교적 쉬운 행정규칙을 통하여 대외적 효력을 주장하는 것은 타당하지 않다고 주장한다.<sup>44)</sup>

## 나. 行政規則說

이 설은 행정규칙이 의회입법원칙에 대한 예외이므로 헌법에 그 근거가 있어야 하며, 국민의 권리와 의무를 직접적으로 규율한다는 점에서 법률의 수권을 필요로 하며 엄격한 절차와 형식에 따라 제정되어야 하므로 행정규칙형식의 법규명령은 부인되어야 한다고 주장한다.<sup>45)</sup>

한편, 헌법 제107조 제2항의 규정 그리고 법규명령과 행정규칙의 결정효력에 있어서의 차이점 등을 근거로 헌법소원대상성을 부인하는 견해<sup>46)</sup> 역시 행정규칙설로 이해된다.

## 다. 規範具體化行政規則說

일부학설은 소득세법시행령의 위임에 의해 국세청훈령의 형식으로 발령된 재산제세사무처리규정을 ‘규범구체화행정규칙’(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)으로 이해하고 있다.<sup>47)</sup> 한편, 규범구체화행정규칙은 1985년 12월 19일 독일연방행정법원의 Whyl 판결<sup>48)</sup>에서 연유하고 있는 것으로, 동 법원은 연방임대시온방지법 제48조(§ 48 BImSchG)에 근거하여 발령된 연방내무장관의 “배출공기 또는 지표수를 통한 방사성물질유출에 있어

---

44) 정하중, “행정규칙의 효력”, 『고시연구』, 1995. 12, 133면; 동인, 『행정법총론』, 159-161면 참조.

45) 강구철, 『강의행정법 I』, 1999, 280면; 김도창, 전개서(상), 325면; 김남진/ 김연태, 전개서(D), 166면; 박근성, 행정법론(상), 168면, 정하중, 전개서, 166면;

46) 김학성, “헌법소원에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1989, 217면; 동인, “헌법소원의 쟁송대상”, 『헌법재판의 이론과 실제』, 헌법재판자료 제3집, 1990. 12, 352면.

47) 김남진, 행정법의 기본문제, 제4판, 1994, 192면.

48) BVerwGE 72, 300/320f.

서 방사선노출에 대한 일반적 산정기준”(Allgemeine Berechnungsgrundlage für Strahlenexposition bei radioaktiven Ableitungen mit der Abluft oder im Oberflächengewässer)에 대하여 예외적으로 직접적인 대외적 효력을 인정하였다.<sup>49)</sup> 그러나 이러한 규범구체화행정규칙은 환경법이나 기술안전법 등 특수한 분야에서 행정청의 전문적인 지식이나 경험을 존중하여 매우 예외적으로 인정된다는 점에서 이를 지나치게 확대해석하는 것은 타당하지 않다는 견해가 오늘날 유력하다.<sup>50)</sup>

## 라. 授權與否基準說

먼저 법정책적인 관점에서 행정규칙형식의 법규명령이 필요함을 인정하면서, 법이론적인 관점에서는 법규명령사항을 행정규칙으로 정하는 경우에 법령의 수권여부에 따라 구분하여 이해하는 입장이다. 즉 국민의 기본권을 제한하는 사항(침해적 사항)을 법령의 위임이 없이 고시나 훈령으로 발령하는 경우는 행정규칙의 성질을 가지며, 위임이 있는 경우에는 법규명령이 된다는 견해이다. 특히 후자에 대한 실정법적 근거로 행정규제기본법 제4조 제2항 단서를 들고 있다. 한편, 수익적인 사항의 경우에는 법규성을 가진다고 본다.<sup>51)</sup> 요컨대 침해적 사항인 경우에는 상위법령의 수권여부에 의해 법규성을 판단하고 있다.

이 견해는 개인의 권익구제의 확대라는 점에서는 의의가 있으나, 역으로 실질적 법치주의의 관점에서는 침해적 사항을 법령의 위임에 의해 행정규칙의 형식으로 정하고 여기에 소위 대외적 구속력을 인정하게 되는 결과를 가져온다는 점에서 법이론적으로는 모순이다. 또한 행정규칙은 행정청의 처분을 위한 하나의 준칙 내지 기준이므로, 행정규칙의 단계에서 침해적인지 수익적인지를 판가름하기는 쉽지 않으며, 이에 근거해서 발급되는 개

49) 이에 대한 상세는 김남진/김연태, 전계서(I), 159-160면.

50) 김남진/김연태, 전계서(I), 160면; 정하중, 전계서, 160면 참조.

51) 홍정선, 전계서(상), 207-208면.

별·구체적인 처분이나 기타 행정작용을 통하여 개인에게 어떻게 영향을 미치는지에 따라 보다 명확하게 구별될 수 있다. 또한 현대행정의 분쟁양태를 살펴보면, 특정인에게 수익을 줌과 동시에 부담을 주거나(예컨대 부관부행정행위) 또는 제3자 보호와 관련된 다면적인 법률관계를 형성하고 있다. 즉 소위 복효적 행정행위(특히 제3자효 행정행위)의 경우에 이러한 구별기준으로 판단하기는 쉽지 않다. 따라서 침해적 사항은 법률유보의 원칙에 의하더라도 원칙적으로 법률 또는 그 위임에 의한 법규명령의 형식으로 제정되는 것이 바람직하며, 법규명령의 제정에 따르는 절차적 통제를 피하기 위해 행정규칙의 형식으로 도피하는 것을 오히려 허용하는 결과를 초래할 수 있다.

#### 마. 違憲·無效說

이 설은 이러한 유형의 행정규칙은 그 법적 성질을 논의할 문제가 아니라, 헌법적 근거가 없는 위임입법이므로 위헌으로 평가되어야 한다고 본다. 즉 「학설이나 판례는 법규명령 또는 행정규칙으로 그 법적 성질을 이해하여 실무상 문제점을 해결하려고 하지만, 이는 위헌적 행정입법을 방치하게 되는 문제점만 발생할 뿐이다. 따라서 이 문제는 법적 성질을 규명하는 학설 논의의 대상이 되어서는 안 될 것이다」라고 주장한다.<sup>52)</sup>

그러나 이 견해는 일견 법이론적으로 명쾌하나 현실적으로 이러한 성질을 가지고 존재하는 다수의 행정규칙에 대하여 모두 위헌·무효를 결정하는 것은 쉬운 일이 아니며, 이에 대한 법령정비작업에 많은 시간과 비용이 소모될 수 있다. 나아가 이를 통해 개인의 권리와 이익이 침해된 경우에 현실적으로 권리구제에 미흡할 수 있다는 문제점이 지적될 수 있다.<sup>53)</sup>

52) 柳至泰, 「행정법신론」, 제9판, 245면. 石琮顯 교수는 우리 헌법상 법규명령의 형식은 한정적인 것이므로 행정규칙형식의 법규명령은 허용되지 않는 것으로 보고 있다. 이러한 견해 역시 위헌·무효설에 가까운 것으로 보인다. 同人, 일반행정법(상), 제11판, 2005, 185면.

53) 박종보, “법령에 대한 헌법소원”, 서울대학교 박사학위논문, 1994. 2, 78-79면 참조.

## 2. 比較法的 考察

### 가. 獨逸

독일기본법 제93조 제1항 4a호 및 독일헌법재판소법 제90조 제1항에 의하면, 헌법소원의 대상은 “公權力”(öffentliche Gewalt)의 措置이다. 이러한 헌법소원의 대상은 직접적 외부효를 가지는 실체적 결정이어야 한다. 따라서 법적인 관여나 침해가 없는 행정청의 조치들은 이러한 공권력조치에서 배제된다. 특히 행정규칙은 법규범(역사적·관습적 의미의 법규개념에 의하면 법규)이 아니며<sup>54)</sup> 외부효도 가지지 아니하므로,<sup>55)</sup> 역시 이러한 헌법소원의 대상에서 배제된다는 것이 독일의 지배적인 견해이다.<sup>56)</sup> 독일연방헌법재판소도 그러한 입장을 견지하고 있다.<sup>57)</sup> 다만, 독일에서도 개인이 기본법 제3조 제1항(평등원칙) 또는 신뢰보호원칙에 근거하여 행정규칙의 적용에 대하여 청구권을 행사할 수 있는지 또는 이것이 가능하다면 어떠한 요건하에 가능한지가 문제되고 있다.<sup>58)</sup>

한편, 행정규칙의 대외적 효력에 대한 분수령을 이룬 것은 전술한 독일연방행정법원의 Why! 판결이다. Why! 판결 이후 소위 규범구체화행정규칙의 직접적인 외부적 효력이 인정되었다. 독일연방헌법재판소 역시 Sasbach결

---

54) 독일연방행정법원은 제량준칙의 성격을 가지는 보조금(자금조성)지침에 대하여, “이러한 종류의 지침들은 法規範(Rechtsnormen)이 아니다. 이러한 지침들은 법규의 성격을 가지지 않는다.”라고 판시한 바 있다(BVerwGE 58, 45/49; 55, 250/255).

55) BVerfGE 18, 1/15; 41, 88/105.

56) Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., 1997, Rdn. 205; Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 180; Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, Rdn. 503; Kley/Rühmann, in: Urbach/Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 90 Rdn. 35 참조. 다만, 행정규칙도 예외적으로 외부에 영향을 미치고 직접적인 관련성을 가지는 경우에는 헌법소원의 대상성이 인정될 수 있다고 보는 견해도 있다. Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 93 Rdn. 69; Ch. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, S. 21 참조.

57) BVerfGE 2, 237/242f.; 18, 15; 33, 20.

58) BVerfGE 78, 214/229.

정<sup>59)</sup>에서 규범구체화행정규칙이 법원에 대해 구속력을 가지는 것으로 판단하였다. 그러나 근년에는 규범구체화행정규칙의 외부적 효력을 일반화하는 것에 대해 비판하는 판결도 나오고 있으며,<sup>60)</sup> 특히 규범구체화행정규칙의 근거는 判斷餘地(Beurteilungsspielraum)이며, 이러한 판단여지가 인정되는 환경 및 기술안전법의 영역에 한하여 사법심사가 제한되는 것으로 보고 있다.<sup>61)</sup> 연방헌법재판소도 이러한 원자력법상의 허가를 “특별한 경우”라고 이해하고 있다. 가장 논란이 많이 되었던 대기정화기술지침(TA Luft)에 대해서도 새로이 그 법규범으로서의 성격을 부인하는 연방행정법원의 판례<sup>62)</sup>가 나오고 있음은 주목할 만한 사실이다.<sup>63)</sup> 일찍이 독일 연방행정법원 및 하급심 판례는 대기정화기술지침(TA Luft)과 같은 행정규칙을 “先取된 鑑定人の 評價意見”(antizipiertes Sachverständigengutachten)이라고 파악하였으나,<sup>64)</sup> 이러한 행정규칙을 발급하는 경우에 그 아래에 깔려있는 가치적이고 정치적인 요소가 고려되지 않기 때문에 이러한 선취된 감정인의 평가의견은 충분한 설명을 해주고 있지 못하다는 비판이 제기되고 있다.<sup>65)</sup>

## 나. 美國

미국에는 행정입법에 해당하는 것으로 規則(rule)이 있다. 규칙은 “불특정인의 권리의무나 행정청의 조직 등에 관하여 정하는 일반추상적인 것”을 의미함이 보통이다. 또한 연방행정절차법(APA) 규정에 의하면, 규칙은 “법률이나 정책을 규정·해석 또는 시행하기 위해 장래에 향하여 일반적 또는 특별한 사항에 대해 적용되는 행정청의 의사표시의 전부 또는 일부”(the whole or a part of an agency statement of general or particular

59) BVerfGE 61, 82/114.

60) BVerwGE 107, 338/341.

61) Maurer, a.a.O., § 24 Rdn. 25a 참조.

62) BVerwGE 110, 216/219; 114, 342/344.

63) 여기에 대한 상세는 U. Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 36f.

64) BVerwGE 55, 250/256ff.; OVG Berlin, NVwZ 1985, S. 759.

65) Jarass, a.a.O., S. 108.

applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy)라고 정의되고 있다.<sup>66)</sup> 그러나 이러한 ‘규칙(rule)’이라는 용어는 Frederick Schauer의 지적과 같이 매우 다양한 현상과 관련하여 사용되고 있으며, 규칙에 관한 연방행정절차법의 정의규정은 매우 광범위하며, 또한 재결과 규칙제정을 구별하는 데 도움을 주지 못한다는 비판이 제기되고 있다.<sup>67)</sup> 특히 “特別한 事項에 대한 適用可能性”(particular applicability)이라는 문언은 규칙의 성질과 일견 모순되는 것처럼 보이나, 이는 歷史的인 變形物로서 이해되고 있다. 공적 사용을 위해 집적된 관세나 요금률표의 승인과 관련된 것으로서, 이를 재결보다는 규칙제정절차로서 보고 있다.<sup>68)</sup>

이러한 규칙은 대체로 法規的 規則(legislative rule)과 解釋的 規則(interpretative rule)으로 구분된다.<sup>69)</sup> 한편, 미국 행정절차법 제553조 (d)항에서는 “법규적 규칙” 대신에 實體的 規則(substantive rule)이라는 용어를 사용하고 있다. 법원이 이러한 규칙의 종류를 구별함에 있어 사용하는 기준으로 는 수권여부에 의해 구분하는 방법과 실질적으로 이해관계인에게 영향을 미치는지 여부에 의해 구분하고 있다.<sup>70)</sup> 위 두 가지 유형의 규칙 가운데 보다 중요한 것은 역시 법규적 규칙이다. 이는 법률의 힘과 영향력을 가지며, 항상 의회에 의해 권한이 부여된 것에 뿌리를 두고 있으며, 대외적 구속력을 가지고 있다(準立法).<sup>71)</sup> 반면에 해석적 규칙은 법적 권리로 전환되기 보다는 기존의 법률이 요구하는 것을 행정청의 관점에서 언급하는 것이다. 즉 해석적 규칙은 부가적 기능을 수행하는 것으로서 제정법 등의 의미에 관한 입장을 표현한 것이다. 요컨대 법규적 규칙은 의회가 제정하는

66) 5 U.S.C.A. § 551 (4).

67) Richard J. Pierce, Jr., *Administrative Law Treatise* II, 4th ed. 2002, p. 302.

68) Gellhorn/Levin, *Administrative Law and Process*, 3rd ed., 2003, p. 300.

69) 한편, Schwartz교수는 규칙의 유형을 實體的 規則(substantive rules), 節次的 規則(procedural rules) 및 解釋的 規則(interpretive rules)으로 구분하고 있다. Bernard Schwartz, *Administrative Law*, 3rd ed., 1991, p. 180 참조,

70) 이상규, 『영미행정법』, 법문사, 2001, 154-157면 참조.

71) *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 302(1979).

제정법(statute)과 마찬가지로 구속적 효력(binding effect)을 가지나, 해석적 규칙은 이와 달리 대외적 효력을 가지지 않는다는 점에서 차이가 있다.

미연방대법원은 위헌법률심사권도 가지므로 행정입법의 소산인 규칙의 적법성에 관해 사법적 심사가 가능하다는 점에 대해서는 이론이 없으나, 당해 규칙이 구체적 사건에 대한 재판의 전제가 된 때에 사법적 심사가 이루어진다는 점에서 구체적 규범통제의 형식을 취하고 있다.<sup>72)</sup>

#### 다. 英國

영국에서는 의회입법은 議會優越(Parliamentary supremacy)의 원칙 때문에 사법심사가 제한되지만, 의회 이외의 행정기관이 제정한 規則(rule)은 원칙적으로 사법심사를 받게 된다. 사법심사가 가능한 규칙은 대체로 3가지 유형으로 구분된다. 첫째, 1946년 제정된 法令文書法(Statutory Instruments Act)의 규정에 의한 이른바 “法令文書”(statutory instruments)이다. 이러한 “법령문서”라는 총칭개념에는 제정법의 수권에 의하여 樞密院(Privy Council)의 자문을 받은 국왕 또는 장관이 제정하는 모든 규칙이 포함된다. 둘째, 법령문서법의 규율대상에 속하지 아니하는 것 중에서, 규칙을 제정할 수 있는 제정법권한(statutory power)을 행사하여 만들어지는 “立法(法規)文書”(legislative documents)가 있다. 여기에는 종종 “再委任立法”(sub-delegated legislation)이 포함된다. 또한 이러한 카테고리에는 지방자치단체의 條例(byelaws)가 포함되는 것으로 보고 있다. 셋째, 정부기관에 의해 제정된 規則(rule)이 있다. 이는 규칙을 제정하기 위해 어떠한 법령이나 보통법(common law)의 권한 또는 대권(prerogative power)의 행사에 의한 것이 아니다. 이러한 규칙들은 準立法(quasi-legislation), 행정규칙(administrative rules), 행정지침(administrative guideline), 제3규칙(tertiary rules), 回覽(circulars) 및 비공식규칙(informal rules) 등 다양한 명칭으로 불리고 있다. 이러한 규칙들은 종종 공포도 되지 않고 의회의 동의나 승인

---

72) 이상규, 전거서, 171면.



도 받지 않는 것이 특징이다.<sup>73)</sup>

위임입법은 의회의 제정법과 달리 사법심사의 대상이 된다. 사법심사는 대체로 越權法理(doctrine of ultra vires)에 의하여 행한다. 월권법리에 의한 심사는 절차적 월권과 실체적 월권으로 구분된다. 전자는 위임입법에 요청되는 자문(consultation)이나 통지(notice)가 흠결된 경우에는 무효가 될 수 있다. 후자의 경우에 영국은 성문헌법이 존재하지 않으므로 헌법상의 원리(constitutional principle)에 의해 모법이나 기타 상위법을 위배하였는지 여부를 심사한다.<sup>74)</sup> 그러나 행정규칙의 경우에는 원칙적으로 사법심사의 대상이 되지 아니하나, 근년에는 행정규칙의 합법성에 대해 판결을 내리기도 한다. 특히 Bridge 卿은 법령의 내용을 담지 않는 勸告(advice)의 합리성은 사법심사의 대상이 되지 아니하나, 이러한 행정규칙의 예외로서 정부부서가 공보에 법령상 오류가 있는 공문서상의 권고를 발령한다면, 법원이 이를 심사하여 오류를 시정할 수 있음은 밝힌 바 있다.<sup>75)</sup> 또한 規約(code)이나 回覽(circulars)의 경우에 법적 과정 내에서 실체적 힘이 부여되는데, 이것이 가지고 있는 의미를 해석하는 것은 사법기관이다. 따라서 법원은 행정기관이 적용한 규약의 해석을 심사할 수 있다. 또한 관련된 수권법의 범위 내에 있는지 여부를 결정하기 위해 재량의 목적, 관련성, 합리성 및 기속 등을 심사할 수 있다.<sup>76)</sup>

## 라. 日本

일본의 경우에도 행정규칙을 원칙적으로 “행정권이 정립하는 일반적인 규정으로서 법규로서의 성질을 가지지 않는 것”<sup>77)</sup> 또는 “행정기관이 정립

---

73) 여기에 대한 상세는 Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 3rd ed., 1996, pp. 29-30.

74) P. P. Craig, *Administrative Law*, 3rd ed., 1994, pp. 262-265.

75) *Cillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] A.C. 112.

76) P. P. Craig, *op. cit.* p. 276.

77) 田中二郎, 新版 行政法 上卷, 全訂第二版, 166頁.

하는 규정이지만, 국민의 권리·의무에 직접 관계를 가지지 않고, 요컨대 외부효과를 가지고 있지 않는 것”<sup>78)</sup>이라고 정의하는 것이 지배적 견해이다. 이러한 행정심판은 법규의 성질을 가지고 있지 않기 때문에, 국민이나 재판소도 여기에 구속되지 않고, 외부적으로 직접적인 법적 효력을 가지고 있지 않기 때문에 행정쟁송의 대상인 처분이 아니라고 보고 있다.<sup>79)</sup> 그러나 일본에서도 소위 “行政規則의 外部化現象”이 논의되고 있다. 일본 최고재판소는 행정청의 재량사항에 대해 재량권행사의 준칙을 정하였음에도 불구하고, 이러한 준칙은 원래 행정청의 처분의 타당성을 확보하기 위한 것은 아니므로, 처분이 위 준칙에 위배하여 행하여졌을지라도 원칙적으로 不當 여부의 문제만을 일으킬 뿐, 당연히 違法이 되는 것은 아니라고 보고 있다.<sup>80)</sup> 그러나 塩野 宏 교수는 재량준칙(재량기준)을 위배하여 행하게 되면, 재량권의 공정한 행사의 확보, 평등취급의 원칙 및 상대방의 신뢰보호라고 하는 요청에 비추어, 준칙과 상이한 판단을 하는 것은 이에 대한 합리적인 이유가 필요하다고 본다. 그는 또한 이러한 재량준칙이라고 하는 것은 법규명령으로 분류할 수 없으나 일정한도에서 외부효과를 가진다고 말할 수 있다고 한다.<sup>81)</sup>

일본의 행정규칙에는 통상적으로 告示, 訓令, 通達(通牒) 등이 있는데, 그 가운데 告示는 행정기관이 결정한 사항을 공시하여 일반에게 알리는 것으로서(公示), 행정권의 당연한 권능이며 별도의 명문의 근거를 요하지 않는다(內閣府設置法 제7조 제5항, 일본행정조직법 제14조 제1항 참조). 그러나 고시와 법령의 조문이 결합한 결과로서, 법령의 내용을 보충하는 법규적 성질을 가지는 경우가 있다. 예컨대 국립공원·國定公園의 지정의 공시, 鑛區禁止地域의 지정의 고시, 생활보호기준의 고시 등이 그러하다.<sup>82)</sup> 일본최고재판소는 文部省告示의 형식으로 발령된 學習指導要領에 대하여 전체로

78) 塩野 宏, 行政法 I, 第三版, 2003, 86頁 以下.

79) 南 博方·原田尙彦·田村悦一, 行政法(1), 1996, 167頁.

80) 最判昭和 五三 · 一〇 · 四 民集 三二卷 七号, 1223頁, 行政判例百選 I 81事件.

81) 塩野 宏, 前掲書(I), 88頁 以下.

82) 南 博方, 行政法, 第五版, 2004, 111頁.

서 대강의 기준을 정하는 성격을 가진 것으로 그 법적 구속력을 인정하고 있다.<sup>83)</sup> 또한 訓令, 通達도 일반적으로 행정기관을 구속하기 위한 것이지 직접 국민을 구속하는 것이 아니며, 따라서 항고소송의 대상이 아니라고 보는 것이 일본최고재판소의 입장이다.<sup>84)</sup> 그러나 南 博方 교수는 형식은 훈령, 通達이라도 법률의 해석이나 재량의 기준을 설정하는 것으로 국민의 권리·의무를 규율하여, 이를 관보 등에 등재하거나 공표하는 것은 법규로서의 성질을 가지는 것으로 해석할 수 있다고 본다.<sup>85)</sup> 일본에서의 이러한 논의는 국내 학설에 직·간접적으로 많은 영향을 준 것으로 보인다.

### 3. 小 結

행정규칙 형식의 법규명령과 관련하여 헌법재판소의 판단이 집약된 대표적인 사례는 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목 등 위헌소원사건<sup>86)</sup>이다. 헌법재판소는 이 사건에서 「행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다」라고 하여, 소위 고시형식의 법규명령을 ‘한정적’(!)으로 긍정하고 있음은 주목할 만한 사실이다. 또한 이 결정의 소수의견은 「우리 헌법은 제40조에서 국회입법의 원칙을 천명하면서 예외적으로 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규

83) 最判昭和 五一・五・二一 刑集 三〇卷 五号, 615頁,

84) 最判昭和 四三・一二・二四 民集 二二卷 一三号, 3147頁.

85) 南 博方, 前掲書, 112-113頁.

86) 헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2(하), 104.

칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙을 한정적으로 열거하고 있는 한편, 우리 헌법은 그것에 저촉되는 법률을 포함한 일체의 국가의사가 유효하게 존립될 수 없는 경성헌법이므로, 법률 또는 그 이하의 입법형식으로써 헌법상 원칙에 대한 예외를 인정하여 고시와 같은 행정규칙에 입법사항을 위임할 수 없다」고 하여, 법률에서 임의로 위임입법의 형식을 창조한 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다.

한편, 이 결정의 다수의견과 소수의견의 차이는 헌법 제75조, 제95조의 헌법상 규정이 소위 위임입법의 형식을 예시적으로 보는지 아니면 한정적인 것으로 보는지의 문제에서 출발한다. 다수의견은 이를 예시적으로 이해하여, 비록 제한적이기는 하지만 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하다고 보고 있다. 이러한 다수의견은 다분히 독일의 “규범구체화행정규칙”의 법리를 채용한 것으로 보인다. 그러나 과연 이 사건에서 이러한 법리가 채용될 수 있는지는 여전히 의문이며, 독일에서도 이러한 점에 있어서 후술하는 바와 같이 상당한 변화가 있었다. 국내 일부학설은 고시를 상위법령의 수권여부에 따라 법규명령과 행정규칙으로 구분하자고 주장하면서, 법규명령의 성질을 가지는 경우에는 당연히 법규명령의 제정절차에 따라야 함을 강조하고 있다.<sup>87)</sup>

특히 행정규제기본법 제4조 제2항은 헌법상의 명시적 근거도 없이 ‘고시’ 형식으로 법규명령을 제정할 수 있는 법률적 근거를 부여하고 있다는 점에서, 실질적 법치주의의 관점에서 중대한 의문점이 제기되고 있다. 또한 학설 및 판례가 이러한 고시형식의 법규명령을 인정하는 것에 대하여, 高永訓 교수는 「현실문제를 해결하기 위해서 비정상적인 상태를 언제까지 그대로 방치할 수는 없는 것이며, 당면한 사례를 해결하기 위해서 법체계적으로나 논리적으로 합당하지 않는 주장을 할 수는 없다고 생각된다. 규범이 현실과 괴리가 있을 때는 규범과 현실 중 하나가 잘못되어 있는 것이다. 규범을 고치든지 아니면 현실을 개선하여 규범과 현실이 합치되도록 하여야 할 것이다. 그렇지 않고 괴리된 현상을 그대로 두고 규범의 해석을 작

---

87) 정하중, 전게서, 167면.

위적으로 함으로써 현실을 애써 합법화하려고 하는 것은 법적 명확성 및 안정성과 실효성을 위해 옳지 않는 것이다」라고 지적하고 있다.<sup>88)</sup> 이러한 비판은 규범과 현실이 괴리된 채 운영되고 있는 우리 행정현실의 단면을的確하게 지적하고 있다. 법규명령의 형식으로 제정되어야 할 사항을 ‘고시’ 형식으로 제정하는 것은 매우 행정편의주의적인 발상이며, 장차 법규명령과 행정규칙의 구분을 有名無實로 만들 위험성을 내포하고 있다. 또한 잘못된 행정관행을 교정하기 보다는 이러한 그릇된 관행에 대하여 합법화의 빌미를 제공해 줄 수도 있다. 그러한 이유에서 행정규제기본법 제4조 제2항 단서의 규정은 재검토되어야 한다.<sup>89)</sup>

#### IV. 法令補充의 行政規則은 法規命令인가?

결국 이상의 논의는 소위 행정규칙형식의 법규명령을 형식적 기준으로 판단할 것인지 아니면 실질적 기준으로 판단할 것인지의 문제로 귀착된다.<sup>90)</sup> 미국의 규칙제정에서 보는 바와 같이 법규적(또는 실제적)·해석적 규칙이나 구속적·비구속적 규칙을 구분함에 있어 이해관계인에 대한 실질

88) 고영훈, “행정상의 고시의 법적 문제점과 개선방향에 관한 연구”, 『공법연구』 제29집 제1호, 285면.

89) 특히 행정규제기본법 제4조 제2항 단서의 “고시등”의 규정은 행정규칙형식을 명확히 열거하지 않고, 매우 모호한 표현을 사용하고 있다. 여기에는 고시 이외에도 예규나 통첩 등이 포함될 수 있다. 그러나 법규명령의 형식을 한정적으로 이해하는 입장에서 이러한 법률용어사용은 특히 법규명령의 형식과 관련하여 문제가 있어 보인다. 한편, 이 조항의 입법론적 문제점 내지 위헌성을 지적하는 견해로는 홍준형, 전게서, 589면; 오준근, “각종 「규제개혁기본법」 제정방안에 대한 행정법적 고찰”, 법제연구』(통권 제12호), 한국법제연구원, 1997, 198-199면 참조.

90) 예컨대 실질적 기준설을 취하면서 행정소송의 목적을 행정소송의 적법성 통제에 둔다면, 법규명령과 행정규칙의 형식적 구분보다는 국민에 대한 영향력을 기준으로 삼을 수 있다. 이러한 견해는 결국 항고소송의 대상을 넓은 의미의 행정행위개념에 ‘광의의’ 행정입법을 모두 포함시키려는 사고가 맥을 같이 한다. 결국 법규명령과 행정규칙을 모두 입법작용이 아니라 ‘행정작용’으로 이해하여, 일반법원의 심판대상으로 보고자 하는 것이다. 그러나 헌법 제107조 제2항의 규정을 살펴보면, 이러한 생각의 基底에는 헌법재판소와 법원간의 갈등구조가 여전히 상존하고 있다.

적인 영향력이나 법령의 수권여부 등에 의한 실질적 기준에 의한 구분도 의미가 있을 수 있으나, 미국이나 영국과 달리 현행 헌법에는 법규명령에 관한 명문의 규정(헌법 제75조, 제95조)을 두고 있다. 이는 오히려 독일기본법이 법규명령의 발급에 대해 명문의 규정을 둔 것과 가깝다. 즉 독일기본법 제80조는 수권의 내용, 목적 및 정도가 법률에 규정되어야 하고, 또한 그 법적 근거가 명시되어야 함을 규정하고 있다. 특히 현행 헌법은 위헌법률심사(헌법 제111조) 그리고 명령·규칙 또는 처분에 대한 사법적 심사(헌법 제107조 제2항) 등을 규정하고 있다. 이는 비록 강학상 그리고 실무상 “法規”(Rechtssatz)개념을 둘러싼 개념상의 혼란과 헌법상 명문규정의不在에도 불구하고, 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 ‘대외적 구속력’을 가지는 일반·추상적 형식의 규율인 法規範(Rechtsnorm)과 개별·구체적 작용인 처분에 대해 사법적 통제를 할 수 있음을 헌법적으로 전제하고 있다고 볼 수 있다. 또한 현행 헌법에는 행정규칙에 관한 법적 근거를 찾아보기 힘들다. 이는 법규명령과 행정규칙의 구분이 전혀 무의미하지 않음을 反證하는 것이다.

필자는 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목 등 위헌소원사건에서 소수의견이 보여준 ‘警告’의 의미에 주의해야 된다고 생각한다. 즉 이러한 고시형식의 법규명령의 창설은 국민의 권리와 자유를 부당하게 침해하고, 행정권의 비대화를 촉진시켜 입헌주의와 법치주의를 훼손하는 결과를 초래할 수 있다.<sup>91)</sup> 이미 언급한 바와 같이 법규명령은 헌법상 규정(제75조, 제95조)에 근거하여 엄격한 요건과 절차에 의해 행해지므로, 이러한 부담을 덜기 위하여 행정실무상 법규명령으로 정하여야 할 사항을 행정부가 이보다 더 경미한 절차에 의하는 행정규칙의 형식으로 발급하여 왔던 것이다.<sup>92)</sup> 그러나 법치행정의 원리에 비추어 보면, 이는 국민의 권리와 이익을 위하여 법규명령의 발급에 엄격한 요식행위를 요구하는 헌법의 기본이념(특히 법치국가원리에서 과생되는 법적 명확성과 예측가능성)에도 반

91) 헌재 2004. 10. 28. 99헌마91, 판례집 16-2(하), 104, 131.

92) 유상현, “행정처분기준의 법규성”, 『공법연구』 제31집 제1호, 517면.

하는 것으로 보인다. 따라서 고시나 훈령 등의 형식으로 발령되는 법령보충적 행정규칙은 법규명령의 형식으로 제정되는 것이 바람직하며, 또한 이를 헌법소원의 대상인 공권력행사로 보기 위해 행정규칙의 사실적 효력을 인정하는 경우에도 평등원칙이나 신뢰보호원칙 등을 매개로 간접적으로 대외적 구속력을 인정하여야 한다. 즉 그 본질은 어디까지나 행정규칙이지, 이러한 간접적인 대외적 구속력을 근거로 법규명령, 즉 법규범으로서 그 법적 성격이 변형되는 것은 아니다. 문제는 “統制 없는 行政規則으로의 逃避”를 허용하고 이를 사법적으로 통제할 것인지, 아니면 이러한 문제를 사전에 제도적으로 정비하여 바람직한 방향으로 유도하는 것이 더 타당한지를 숙고하는 것이 당면과제이다. 잘못된 행정관행을 시정하기보다 이를 인정하고 수용하는 것은 바람직한 방법이 아니다. 또한 법령보충적 행정규칙을 법규명령으로 보는 견해는 개인의 권익구제를 위해 필요한 것으로 여길 수 있으나, 이는 事物의 本末이 顛倒된 것이다. 우선 권리침해를 전제로 이를 헌법소원의 대상으로 삼는다면, 이는 행정규칙의 형식으로 기본권(또는 권리)이 침해될 수 있음을 허용하는 결과를 초래한다. 이러한 접근방식은 결국 死後藥方文의 의미를 가질 뿐이다. 역으로 법규명령형식의 행정규칙의 경우에 실질적은 이를 행정규칙으로 본다. 그러나 개인의 권익구제를 위해서는 이러한 경우에도 법규명령으로 보는 것이 오히려 논리적인 것이다. 특히 주목할 점은 대법원이 이러한 경우에도 명확한 근거도 제시하지 않고 대통령령과 부령을 구별하여 전자에만 법규명령으로서의 성질을 인정하고 있다는 것이다.<sup>93)</sup>

그리고 “행정규칙형식의 법규명령” 또는 “법규명령형식의 행정규칙”이라는 용어사용은 종래 혼란을 가중시킨 바 있다. 이와 관련하여 朴鍾普 교수는 「행정규칙의 형식을 띤 법규명령」이라는 표현을 사용하는 경우가 있는

93) 즉 대법원은 처분기준을 정하고 있는 주택건설촉진법 시행령 제10조의3 제1항 [별표 1]의 규정에 대하여 법규명령으로 판시하였다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결참조). 이러한 대법원판례 역시 대통령령과 부령을 구별하는 합리적인 기준의 설시 없이 양자에 대하여 상이한 판단을 하는 것은 문제가 있어 보인다.

데, 앞의 ‘행정규칙’은 형식적 의미이고, 뒤의 법규명령은 내용적 의미이다. 어떤 일반 추상적 규정이 법규명령 아니면 행정규칙 둘 중의 하나에 해당하여야 당연한 것인데도, 이와 같은 개념상의 혼란이 오는 이유는, 법규명령이나 행정규칙 개념에 형식개념 외에 내용개념을 포함시키기 때문이다。」라고 지적하면서, 내용에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항을 규율하는지 여부는 법규명령과 행정규칙을 구별 기준이 될 수 없으며, 그 형식에 따라 판단되어야 한다고 주장한다.<sup>94)</sup> 필자도 그러한 이유에서 일차적으로는 형식적 기준에 따라 법규명령과 행정규칙을 판단하여야 한다고 생각한다. 대외적 구속력을 미치는, 즉 국민의 권익에 영향을 미치는 일반·추상적 규율을 제정하여야 하는 경우 법규명령의 형식으로 제정되어야 하고, 이를 고시 등의 형식으로 제정하는 것은 지양되어야 한다. 다만 현실적으로 존재하고 있는 법령을 정비하는 작업에는 많은 시간과 노력이 소모될 것이다. 그러나 헌법재판소가 위 99헌바91 사건의 소수의견에서 그 하나의 대안으로 ‘단순위헌’ 대신 ‘헌법불합치결정’을 고려하고 있다. 이는 현실적인 문제점을 적시하고 이를 해결하기 위한 하나의 좋은 방법으로 여겨진다. 또한 이러한 여러 가지 현실적인 문제점들을 인식하고 점차적으로 법령을 정비해 나가는 것이 장기적인 관점에서 개인의 권익구제에 더욱 바람직하며, 또한 正道임이 자명하다.

나아가 행정규칙의 헌법소원 대상성(헌법재판소에 의한 통제)을 논함에 있어, 과연 행정규칙제정권의 본질은 무엇에서 비롯하는가 하는 근본적인 물음에 답해져야 한다. 이미 비교법적 고찰에서 살펴본 바와 같이, 독일은 물론 영국·미국의 경우에도 법규명령과 행정규칙에 상응하는 규칙의 유형이 존재하고 있다. 따라서 법규명령과 행정규칙을 구별할 실익은 여전히 존재하는 것으로 보인다. 지금까지의 이러한 문제에 대한 混沌은 일본의 학설을 무비판적으로 수용한 것에서 연유하며, 이제 이러한 문제에 대한 재검토가 요구되는 시점이라고 판단된다.

---

94) 박종보, 전계논문, 79-80면 참조.



## V. 맺음말

지금까지 헌법재판소의 판례에 투영된 헌법소원의 대상으로서 소위 법령보충적 행정규칙에 관하여 검토하였다. 특히 고시 등 행정규칙의 형식으로 발령된 법규명령을 인정함에서 있어 헌법재판소의 판례는 대법원과 마찬가지로 그 구체적인 이유나 근거를 충분히 論究하지 못하였다. 특히 법령규정이 행정관청에게 그 법령의 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량준칙이 반복되어 행정관행이 형성된 경우에는 평등원칙이나 신뢰보호원칙을 매개로 한 행정의 자기구속의 법리에 의하여 개인에게 간접적·사실적 효력이 미치므로, 그 행정규칙과 이에 근거한 개별·구체적 행정작용에 대한 사법적 심사는 충분히 가능하다. 그러나 그렇다고 하여 그 본질에서 있어 행정규칙이 법규명령으로 전환되는 것은 아니다. 왜냐하면 이 경우 그 위법사유는 엄격히 말하자면 행정규칙 자체의 위법이라기보다 헌법상의 평등원칙이나 또는 신뢰보호원칙에 위반한 것이기 때문이다. 그러한 이유에서 간접적인 대외적 구속력을 근거로 행정규칙을 法規命令化(?)하는 것은 일종의 法理論的 虛構(Fiktion)에 불과하다. 특히 대법원과 헌법재판소는 일련의 결정을 통해 법령의 직접적 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적 사항을 정한 경우에 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 가지는 경우 등의 경우에 항고소송 또는 헌법소원의 대상성을 인정하고 있으나, 이는 법규명령으로 제정되어야 할 사항으로 보인다. 이러한 사항을 행정규칙의 형식으로 제정하는 것은 권력분립의 원칙, 법률유보의 원칙 등에 비추어 타당하지 않다. 특히 행정기관이 행정규칙을 제정하는 경우에 법원의 판단에 의해 그 대외적 구속 여부가 좌우된다면, 예측가능성이나 법적 명확성의 관점에서 국민은 매우 불안정한 위치에 놓일 수밖에 없다. 그러한 이유에서 소위 법령보충적 행정규칙의 문제는 再考되어야 한다.

## 참고 문헌

### 【國內文獻】

- 高永訓, “行政上の 告示의 法的 問題點과 改善方向에 관한 研究”, 『공법연구』 제29집 제1호, 277-298면.
- 金南辰, 『행정법의 기본문제』, 제4판, 법문사, 1994.
- 金南辰/金連泰, 『행정법(I)』, 제9판, 법문사, 2005.
- 金道稔, 『일반행정법론(상)』, 제4전정판, 청운사, 1992.
- 金東熙, 『행정법(I)』, 제11판, 박영사, 2005.
- 金性洙, 『개별행정법』, 법문사, 2001.
- 金鐵容/崔光律(대표편집), 『註釋 行政訴訟法』, 박영사, 2004.
- 金學成, “憲法訴願에 관한 研究”, 서울대학교 박사학위논문, 1989., “헌법소원의 쟁송대상”, 헌법재판의 이론과 실제, 헌법재판자료 제3집, 1990. 12.
- 朴鈺旿, 『최신행정법강의(상)』, 개정 제29판, 박영사, 2004.
- 朴正勳, “항고소송의 대상 및 유형”, 2004 행정소송법 개정안 공청회 자료집 (대법원).
- 朴鍾普, “法令에 대한 憲法訴願”, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 柳至泰, 『행정법신론』, 제9판, 신영사, 2005.
- 石琮顯, 『일반행정법(상)』, 제11판, 삼영사, 2005.
- 李尙圭, 『신행정법론(상)』, 신판, 법문사, 1997., 『영미행정법』, 법문사, 2001.
- 鄭夏重, 『행정법총론』, 제2판, 법문사, 2004., “독일경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(상)”, 『사법행정』, 1994. 2. 16면
- 洪井善, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2005.

### 【日本文獻】

- 田中二郎, 新版 行政法 上卷, 全訂第二版.

塩野 宏, 行政法 I, 제3판, 2003.

南 博方, 行政法, 제5판, 2004.

南 博方 · 原田尙彦 · 田村悅一, 行政法(1), 1996.

### 【獨逸文獻】

U. Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2002.

Erichsen/Ehlers(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin  
2002.

Ch. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, Heidelberg 1988.

H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 24 Rdn. 25a.

Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991.

K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., München 1997.

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 45 Rdn. 76.

### 【英美文獻】

P. Cane, An Introduction to Administrative Law, 3rd ed. 1996.

P. P. Craig, Administrative Law, 3rd ed., 1994.

K. C. Davis, Administrative Law Treatises, Vol. 1, 2nd ed., 1978.

Gellhorn/Levin, Administrative Law and Process, 3rd ed. 2003.

Richard J. Pierce, Jr., Administrative Law Treatise, 2002.

B. Schwartz, Administrative Law, 3rd ed., 1991.

Wade/Forsyth, Administrative Law, 8th ed., 2000.

# 정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질

丁泰鎬

慶熙大學校 法科大學 教授

## - 目次 -

I. 문제의 제기 .....	481
II. 정당에 관한 규범적 요청과 현실 .....	483
1. 정당국가의 본질에 관한 논의 .....	483
가. 주요 정당국가이론 .....	484
나. 정당국가론에 대한 평가 및 보완의 방향 .....	485
2. 정당에 관한 규범적 요청과 현실 .....	490
가. 국민의 정치의사형성에 참여하는 조직으로 정당 .....	491
나. 정당국가적 현실과 당내민주주의 .....	495
III. 국민정당과 당내민주주의 .....	505
1. 국민정당의 개념과 특성 .....	505
2. 국민정당과 당내민주주의 .....	508
IV. 당내민주주의와 정당재정 .....	510

V. 당내민주주의의 개념 .....	513
1. 헌법의 複合民主主義(komplexe Demokratie) 모델 .....	514
가. 민의에 의한 지배의 정당화절차로서의 민주주의 .....	514
나. 국민의 국가권력행사에의 참여형식으로서의 정당활동 .....	515
다. 참여의 기제로서의 정당과 복합민주주의모델 .....	520
2. 당내민주주의 원칙 .....	523
가. 당내민주주의의 구체화는 입법자의 과제인가 정당의 자치사항인가? .....	523
나. 당내민주주의의 요건은 정당의 자치 때문에 민주주의원리에 비하여 완화되는가? .....	525
3. 당내민주주의의 의미 .....	531
가. 당내민주주의의 객관법적 측면 .....	531
나. 당내민주주의의 주관적 권리의 측면 .....	535
4. 당내민주주의와 당원의 권리 .....	538
가. 입당·탈당·당잔류의 권리 .....	538
나. 당원의 참여권과 평등권 .....	541
다. 당원권의 절차적 보호 .....	544
참고 문헌 .....	546

## I. 문제의 제기

헌법은 제8조 제2항 전단에서 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야” 한다고 규정하고 있다. 그러나 헌법 스스로 여기서 말하는 정당의 목적, 조직, 활동의 “민주성”(\*여기서는 이를 국가의 구조원리로서의 민주주의와 구별하기 위하여 당내민주주의로 칭한다)에 대하여 정의하고 있지는 않다. 따라서 특히 당의 민주성을 확보하기 위하여 당내의 의사형성의 절차와 질서, 조직구조를 구체화하는 것은, 비록 이와 관련한 명시적인 수권은 없기는 하지만, 일차적으로 입법자의 과제가 되었다. 현행 정당법도 당내민주주의의 요청을 충족시키기에는 미흡하지만 적지 아니한 관련 규정을 두고 있다.

정당이 우리의 정치현실에서 - 긍정적이든 부정적이든 - 주도적 역할을 수행하는 만큼 정당과 관련된 문제들은 정치과정의 모든 국면에 영향을 미치고 있다. 당내민주주의 문제 역시 당내부의 문제로 그치지 아니한다.<sup>1)</sup> 정당의 취약한 구조는 정치체제를 취약하게 만든다. 당내민주주의가 실현될 때에야 국가는 민주적으로 작동된다는 말이 결코 과언이 아니다.<sup>2)</sup> 당내민주주의라는 주제는 이와 같이 중차대한 의미를 갖고 있으며, 그렇기 때문에 우리 학계도 이 문제에 지속적으로 관심을 가져왔다.<sup>3)</sup>

- 
- 1) 당의 내부문제가 대외적으로 결정적인 의미를 가질 수 있으며, 정당의 자유로운 질서는 국가의 자유로운 질서의 핵심을 이룬다고 보는 G. Dux, *Meinungsfreiheit als innere Ordnung der politischen Parteien*, DVBl. 1966, S. 553 (554) 참조.
  - 2) 국가 민주주의의 존립이 당내민주주의를 얼마나 가꾸느냐에 달려 있다고 보는 E. Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 4. Aufl., 1968, S. 119. 그 밖에도 H. Trautmann, *Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat*, 1975, S. 15 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.
  - 3) 계획법, 정치개혁과 당내민주주의, 정부장관 제1실 정책자료집(1994), 24쪽 이하; 최대권, 헌법과 당내민주주의, 서울대 법학 118호(2001. 5), 1쪽 이하; 정만희, 정당과 당내민주주의 - 정당내부질서의 민주화를 위한 법적 규제를 중심으로 -, 현석김병규박사화갑기념논문집 (1980. 12) 135; 정만희, 정당의 내부질서, 세계헌법연구 제1집(1994. 10), 78쪽 이하; 광상진, 공천에 있어서의 당내민주주의문제, 경시대 법학연구 6집, 1997, 244쪽 이하; 장영수, 정당의 헌법적 기능과 당내민주주의, 공법연구 제25집 제3호(1997. 6), 49쪽 이하; 장영수, 한국 헌법의 장래와 정당민주주의의 의미, 공법연구 30집 제3호(2003), 1쪽 이하; 방승주, 권력구조의 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로 -, 헌법학연구 제8권 제2호(2002. 3), 9쪽 이하; 김선택, 정당의 민주화를 위한 법적 방안, 정당과 헌법질서(심천계회열박사 화갑기념논문집), 1995, 275쪽 이하; 김선택, 정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 - 국회의원선거 후보자추천을 중심으로 -, 아태공법연구(2000. 12), 37쪽 이하; 전광석, 정당의 내부질서와 민주적

그럼에도 불구하고 필자가 비루한 생각을 더 하고자 하는 것은, 학계의 논의에도 불구하고 당내민주주의를 구체화할 일차적 책임을 지는 입법자 등 실무계에는 당내민주주의의 의미가 충분히 전달되지 않고 있다는 인상을 받고 있기 때문이다. 평당원들이 당내의사형성에 참여하는 데 불가결한 통로인 지구당의 폐지와 헌법재판소에 의한 그 합헌성 확인<sup>4)</sup>에 뒤 이은 사실상의 지구당인 당원협의회의 허용은 당내민주주의의 본질에 대한 인식부재가 낳은 혼란스런 상황을 확연히 보여주고 있는 것이다.

본고에서는 정당의 내부질서의 민주적 형성과 관련한 총론적 고찰에 만족하고자 한다. 정당조직의 지역적·지역적·수직적·수평적 분화, 정당 산하의 특별조직, 의사형성의 절차와 구조 및 결정기제, 공직선거후보자의 공천, 당내분쟁처리절차 등의 개별 문제들은 총론적 인식을 토대로 하면서도 그 자체 심도 있는 연구를 필요로 하기 때문에 원칙론적인 수준을 넘어가는 상세한 고찰은 다음 기회로 미루고자 한다. 본고는 먼저 정당국가적 현실에서 정당의 과제와 정당의 현실적인 작용영역을 분석한 뒤 그것이 당내민주주의에 대하여 갖는 의미를 평가하고(II), 오늘날 주요 정당들이 자임하고 있는 국민정당의 특성이 당내민주주의의 실현과 관련하여 제기하는 특수한 문제들을 검토한 후에(III), 당의 재정문제가 당내민주주의에 미치는 영향을 살펴본 뒤(IV), 당내민주주의의 개념과 기본적 내용을 살펴보고자 한다(V).

---

인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학연구 제6권 제1호(2000. 5), 130쪽 이하 등 참조.

4) 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618.

## II. 정당에 관한 규범적 요청과 현실

### 1. 정당국가의 본질에 관한 논의

정당국가(Parteienstaat)의 개념은 단순한 정치적 표어에서 현실적인 국가를 지칭하는 개념으로 발전하였다.<sup>5)</sup> 이 개념은 바이마르 시대에는 정당의 결정적인 참여가 없이는 기능할 수 없는 국법적 조직형태를 가진 국가를 지칭하다가,<sup>6)</sup> 오늘날에는 국가의 헌법적 구조와 정치가 사실상 그리고 법적으로 정당의 활동에 의해 결정적으로 규정되는 국가를 나타내고 있다. 민주적 정당국가의 개념은 그 원어에 정당(Parteien)이라는 말이 복수로 사용되고 있다는 것을 통해서도 알 수 있듯이 일당제국가의 무조건적 부정을 의미하고 또 의회민주주의의 개념이 국가적·제도적인 흐름에만 초점을 맞출 수 있는 편협성을 공적·사회적 연관을 끌어들이며 제거함으로써 의회민주주의의 개념을 확대하고 있다.<sup>7)</sup>

당내민주주의를 제대로 조명하려면 먼저 정당국가에서 당내민주주의와 연관관계에 있는 것들을 확정하고, 관련 헌법규정들에 대한 전체적 해석을 통해서 헌법의 통일성의 관점에서 그 기능적인 연관을 스케치하는 것이 필요하다. 보통선거제와 평등선거제가 관철된 이래 대중민주제에서는 개인들의 정치적인 이익실현은 정치적 목표가 일치하는 이익들 사이의 협력을 통해서만 가능하게 되었다. 정당은 이를 위한 조직형태의 정수이다. 정치적으로 능동적인 시민들이 정당을 통해서 행동력 있는 집단으로 결집된다. 처음에는 헌법에서 주목받지 못하고 사회학적인 현상으로만 다루어지던 정당이 헌법에 의해서 현대 의회민주주의의 전제로서 헌법에 명시되기에 이르렀다. 그러므로 먼저 헌법학분야의 주요 정당국가이론들의 개요를 살펴

5) “민주제는 필연적으로 그리고 불가피하게 정당국가일 수밖에 없다”는 H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929, S. 20의 말을 상기하라.

6) O. Koellreutter, Die politischen Parteien im modernen Staate, 1926, S. 86 참조.

7) H. Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, 1975, S. 23 참조.



보고, 당내민주주의 문제가 어느 정도나 인식되고 해결되었는지를 확인해 본다.

## 가. 주요 정당국가이론

### (1) 라이프홀쯔(G. Leibholz)의 정당국가론

독일 실정헌법을 기초로 정당국가론을 전개한 것 중에서 가장 널리 알려진 것은 라이프홀쯔의 이론<sup>8)</sup>이다. 그는 정당국가적 대중민주주의와 대의제적 의회주의는 완전히 이질적인 구조를 갖고 있는 민주주의 유형이라고 본다. 의원이 국민을 정치적·이념적 통일체로서 대표하여야 한다면, 의원은 자유롭고 독립적으로 결정을 내려야 하며 정당의 영향을 받아서는 안 되는 것이다. 의회의 대표기능에 관한 이와 같은 고전적 이론은 모든 서방민주주의국가의 정치현실과 더 이상 부합하지 않는다고 한다.<sup>9)</sup> 그 대신에 등장한 현대 정당국가는 직접민주제의 합리화된 형태 또는 대규모국가의 직접민주제의 대용물<sup>10)</sup>이라고 한다. 이러한 관점에서 국민, 정당, 국가를 분리·대립시키는 이론을 극복하고자 한다. 그의 이론에 의하면 국가를 지배하는 정당은 곧 국민, 국민의사의 수호자라고 한다. 정치의 중점이 의회에서 능동적 시민을 조직하는 기능을 수행하는 정당으로 바뀌었다고 본다. 정당은 지배기구에 부가된 국가영역의 요소라고 한다. 라이프홀쯔는 정당은 양적으로 볼 때는 국민이 아니지만, 정당을 통해 조직된 정치적으로 능동적 시민들의 질적 요소 때문에 정당을 국민으로 볼 수 있다고 본다. 그는 공직선거를 국민의사와 의회와 정부를 통한 그 의사의 집행을 연계시키는 행위로서 정당국가적 대중민주주의에서는 장차의 정치와 관련한 직접민

---

8) 그의 이론을 소개하고 비판하고 있는 국내문헌으로는 김문현, 정당국가현상과 대의제 민주주의, 공법연구 제24집 제4호, 1996, 97쪽 이하 참조. 그 밖에 바이마르시대의 정당국가론에 대해서는 송석운, 정당국가와 법실증주의법학 - 바이마르공화국에서의 논의 -, 공법연구 제24집 제4호, 제127쪽 이하 참조.

9) G. Leibholz, Der Strukturwandel der modernen Demokratie, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., 1967., S. 86.

10) G. Leibholz, Der Strukturwandel der modernen Demokratie, S. 93 f.

주제적 성격을 띠고 본다. 그에 따르면 당내민주주의는 국민에서 독립한 과도적 정당기구가 그 조직의 힘을 빌어서 유권자와 당원의 의사에 반하여 자신의 의사를 관철시킬 수 있는 가능성을 막는 것이라고 한다. 정당국가와 민주제가 밀접하게 얽혀있기 때문에 무엇보다도 능동적인 시민들이 정당 자체의 민주화를 바탕으로 활성화되어야 한다고 한다.

## (2) 헤세의 지위이론

헤세<sup>11)</sup>는 라이프홀츠와는 달리 정당과 조직화된 국가를 구분하면서도 정당에 대한 헌법적 이해를 심화하고 보충하였다. 그는 정당의 지위를 자유, 평등, 공공의 지위로 구분하고, 자유의 지위를 다시 대외적 자유와 대내적 자유의 지위로 세분하였다. 그에 의하면 정당은 헌법이 부여한 자유, 평등, 공공의 지위를 유지하면서 활동할 때에만 헌법이 정당에 부여한 과제를 수행할 수 있다고 본다. 그는 이로써 그 동안 인식하지 못했던 정당의 자유와 평등 그리고 회계 등의 공개의무 사이에 존재하는 상호의존관계를 설득력 있게 논증하였다.

## 나. 정당국가론에 대한 평가 및 보완의 방향

### (1) 정당국가론에 대한 평가

라이프홀츠의 정당국가론은 정당민주제에서 어떻게 국민의 직접적 참여를 통해서 국가권력이 지속적으로 정당성을 확보할 수 있는가의 문제에 답을 주지 못하고 있다. 라이프홀츠는 선거를 장차의 정책방향과 관련한 국민투표로 평가함과 동시에 국민의사와 이를 실현하는 국가기관을 연결시켜주는 고리로 평가함으로써<sup>12)</sup> 오늘날의 국민정당의 정치적 현실을 간과하고

---

11) K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (27). 유사한 견해를 주장한 이로는 U. Scheuner, Die Parteien und die Auswahl der politischen Leitung im demokratischen Staat - Zur Stellung der Parteien, DÖV 1958, S. 461 (462). 한편, 헤세의 이론은 계획열, 헌법학(상), 2005, 201쪽 이하에 잘 요약되어 있다.

12) G. Leibholz, Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, Verhandlungen des 38. DJT (1951), Teil C, S. 10 f.

있다. 유권자들은 자신들이 생각하는 정책방향에 어느 정도 근접하는 소수의 대안들 중에서 선택할 수밖에 없다. 그러므로 정당국가적 직접민주제론을 뒷받침하는 본질적인 논거는 국민의 정치적 의사를 소관국가기관에 전달하는 데 있어서 당원의 지위와 당내민주주의가 수행하는 기능이라고 보아야 할 것이다. 정당의 민주화는 정당기구 안에서의 과두제의 철폐만을 의미하는 것이 아니라, 무엇보다도 정당의 결정과 국가의 결정에 시민들이 당원으로서 지속적으로 참여할 수 있는 형식을 보장할 것을 요구하는 것이다.<sup>13)</sup>

헷세의 지위이론도 정당의 자유·평등·공공의 지위를 토대로 정당에 의한 국가의 상시적인 민주적 정당화가 법적으로 어떻게 수행되는지를 구명하지는 않고 있다. 헷세를 비롯한 통설은<sup>14)</sup> 정당의 헌법적 기능을 주로 국민의 정치적 의사를 예비적으로 형성하고 정치과정의 개방성을 유지하는 것으로 인식하고 있기 때문이다. 즉 정당은 국회의원과 같이 당에 소속된 자들 중 국가기관에 진출해 있는 자들을 통해서 사실상 이미 완성된 결정을 국가기관에 보낼 수는 있어도 정당 스스로는 국가기관이 되어 국가의사를 직접 결정할 수는 없다고 보기 때문이다. 그러므로 여당이 국민과 국가기관을 어떻게 상시적으로 연결하고 또 야당을 통해 국민이 국가기관을 어떻게 상시적으로 통제할 수 있는지를 밝히는 것이 중요한 문제로 대두된다.<sup>15)</sup>

## (2) 능동적 시민, 특히 당원의 기본권에 대한 조명의 필요성

정당에 대한 연구는 무엇보다도 정당과 민주주의의 원칙적인 문제에 집중되어 있다. 조직체로서의 정당과 그 기능이 그 주된 연구대상이다. 그렇지만 이러한 연구를 기초로 해서 대중민주주의에서 조율을 거칠 수밖에 없는 개인들의 이익이 정당을 매개로 해서 그리고 정당 안에서 실현될 수 있는지 그리고 어떻게 실현되는지가 검토되어야 한다. 정당국가를 이론적으

13) H. Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, S. 31 참조.

14) K. Hesse, VVDStRL 17 (1959), S. 23; W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl., 1972, S. 18; 계획열, 헌법학(상), 237쪽.

15) H. Trautmann, S. 26 참조.

로 해명할 때 전적으로 당내민주주의의 규범적 명령에만 의거하고 국민, 정당, 국가, 기본권이 민주공화국에서 맺고 있는 전체적인 연관관계를 종합적으로 고려하지 않는 경우에는 당내민주주의가 갖고 있는 위상을 올바르게 인식하고 그 의미를 충분히 구현할 수 없다. 보통선거 및 평등선거를 위한 투쟁의 목적인 국민의 지위강화는 정당의 권력적 지위를 현저하게 강화하는 결과를 낳았다.<sup>16)</sup> 그러나 선거권의 민주화를 통해 공동체 전반의 민주화를 달성하려는 의도는 모두 실현되지 못하고 정치상태에 빠져버렸다. 유권자 개인의 영향력 그리고 국민 전체의 영향력의 증가 정도는 정당의 영향력이 증가한 것에 비하면 매우 미미하다. 이러한 상태를 돌파하기 위해서는 정당의 민주화가 무엇보다도 중요하다. 이를 위해서 중요한 것은 당원들의 참여가능성이 기본권규정을 비롯한 법규범을 통해서 확보되어야 한다는 것이다.

### (3) 정당국가적 헌법질서에서 대의제적 요소와 직접민주제적 요소의 보완관계

우리 헌법에는 선거와 국민투표를 제외하고는 국민이 직접적으로 정치의 사형성에 참여할 수 있는 가능성이 없고, 따라서 국가의사는 대의제 형식으로 결정된다는 생각은 충분한 검증 없이 통설적인 지위를 확보하고 있다.<sup>17)</sup> 현대 정당국가와 대의민주제가 양립할 수 없다는 주장 역시 충분한 검증을 받지 않았다. 사실 헌법 제46조 제2항(국회의원), 제69조(대통령) 등에 기초를 두고 주장되고 있는 자유위임의 원칙, 즉 공직선거를 통해 선출

16) G. Leibholz, Der Strukturwandel der modernen Demokratie, S. 89.

17) “오늘날의 정치는 의회제도를 통한 대의제민주주의를 그 근간으로 하고 있다”(헌재 2000. 03. 30. 99헌마594, 공보 44); “헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 대통령과 국회의원이 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의제를 원칙으로 하면서, 헌법 제 72조 및 제 130조 제2항에서 ‘국가안위에 관한 중요정책’과 ‘헌법개정안’에 관하여 국민투표의 가능성을 규정함으로써 예외적으로 직접민주주의적 요소를 가미하고 있다”(헌재 2003.11.27. 2003헌마694, 판례집 15-2, 350에 수록된 대통령신임투표는 위헌이라는 취지의 4인의 반대이견); “대의제민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법의 통치구조에서 선거제도는 통치기구의 조직원리이므로”(헌재 1996. 03. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289); 권영실, 대의민주주의와 직접민주주의 - 그 긴장과 조화의 과제 -, 공법연구 33집 제1호, 2004년 11월, 125쪽 이하 등 참조.

되는 대의기관의 구성원들은 이념상 국민의 일부가 아니라 선량으로서 공화국 전체를 각기 독립해서 대표하기 때문에 특수이익의 대표자일 수 없다는 원칙은,<sup>18)</sup> 선거권의 민주화에 비추어 볼 때 그 이론적 전제를 상실하였다고 보아야 한다.<sup>19)</sup> 공동선을 대표하는 자유로운 명망가가 아니라 이른바 국민정당을 표방하는 정당들의 공천을 받은, 다양한 이익을 대변하는 정치엘리트들이 선출된다고 보는 것이 현실에 부합한다. 그렇다면 자유위임의 원칙을 헌법체계에 반하는 헌법원칙으로 평가하는 것도 무리가 아닐지 모른다. 그러나 그러한 결론을 내리기에 앞서 자유위임의 원칙을 헌법체계에 맞게 해석하려는 노력이 선행되어야 할 것이다. 자유주의적인 대표의 개념요소들 중 자유주의시대에 뿌리를 두고 있어서 역사적으로 이미 극복된 요소들을 제거하여야 한다. 특히 제46조 제2항을 자유주의시대의 대표이론의 영향에서 해방시켜서 헌법 전체의 맥락 속에서 해석하여야 한다. 국회의원과 대통령선거 관련 조항들과 국회의 입법권과 대통령의 권한 관련조항들도 선입견 없이 보면 반드시 대의제 민주주의를 뒷받침하는 규범적 근거라고 볼 수 없다. 그 조항들은 다른 헌법조항들을 들여다보지 않더라도 참여적 성격의 정당국가적 민주제를 뒷받침하는 조항으로도 해석할 수 있다. 그 조항들이 국민과 국가기관 사이의 결합방식에 대해서 직접 말하고 있지 않기 때문이다. 이 문제를 해명하는 데는 헌법 제8조도 직접적으로 관련성이 있다. 그러므로 대통령, 국회의원 등이 자신의 의사를 가지고 국민의 의사를 대표하는지, 아니면 국민의 의사가 정당과 같은 직접민주제적 요소를 통해서 정치의사형성에 결정적인 의미를 갖고 있는지는 헌법에 대한 전체

---

18) 헌재 2005. 04. 28. 2004헌마219, 공보 104; 1998. 10. 29. 96헌마186, 판례집 10-2, 600; 1994. 04. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415 요지 나, 헌법재판소는 의원의 자유위임의 원칙의 헌법적 근거를 헌법(憲法) 제7조 제1항, 제45조, 제46조 제2항의 규정들에서 종합적으로 구하고 있다(헌재 1994. 04. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415). 그러나 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2, 17 요지 3은 정당국가적 현실에서 국회의원들이 직면하는 자유위임의 원칙과 정당기속의 긴장관계를 상임위원회배정 문제와 관련해서는 후자에 우위를 부여하는 방식으로 해소하고 있다.

19) A. Abendroth, Innerparteiliche und innerverbandliche Demokratie in der Bundesrepublik, in: Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, 1967, S. 272 (276).

적인 해석을 통해서만 확인될 수 있다.

대의제 민주주의론과 정당국가적 직접민주주의론의 양자택일을 강요하는 헌법해석론은 타당성이 없다. 자유주의적 대의민주주의론은 자유주의시대의 이데올로기를 떨쳐내야 하고, 현대 대중민주주의에서 대의제적 요소와 정당국가적 직접민주제적 요소의 상호보완이 가능할 수 있기 때문이다. 선거를 능동적인 시민들이 정당의 강령이나 공약에 대해 내리는 결정으로, 그에 따라 직접민주제의 증거로 이해하는 것도 정당의 강령이나 공약의 추상성에 비추어 볼 때 그리고 현대 정당의 생사가 걸린 실용주의에 비추어 볼 때 비현실적이다. 다른 한편, 의원들이 선거를 통해 획득한 개인적인 정당성에 의거하여 모든 결정을 완전히 자유롭게 내릴 수 있다고 보는 상반된 입장 역시 비현실적이기는 마찬가지이다. 국회의원선거는 지역구선거까지도 주로 정당의 선택이라는 의미를 갖는다. 지역구도에서 펼쳐지는 선거에서는 이러한 경향은 더욱 선명해진다. 정당을 통해서 대의민주제와 정당국가적 직접민주제를 결합함에 있어서 결정적인 의미를 갖는 것은 당내민주주의를 통하여 결정된 것을 실현할 수 있는 정당의 잠재력이다. 헌법의 대의제적 요소와 직접민주제적 요소 사이의 조화의 문제는 무엇보다도 정당법의 문제이며, 국민이 정당을 통하여 정치의사결정에 직접적으로 참여할 수 있는 헌법적 가능성은 충분히 열려 있다.<sup>20)</sup> 대의제적인 정치질서만을 엄격히 고집하는 것은 시민의 정치적 성숙도와 자결능력에 대한 부정을 의미한다.<sup>21)</sup> 그러므로 직접민주제나 아니면 간접민주제 또는 양자의 혼합형태나를 둘러싼 논쟁은 결국 당내민주주의의 내용과 기능과 관련된 문제이다.

그렇다면 민주주의조항(제1조 제1항, 2항)과 정당조항(제8조)은 오늘날과 같은 정당민주주의적 현실에서는 애초부터 하나의 연관 속에서 고찰되어야 하는 것이다.<sup>22)</sup> 정당을 정치적으로 능동적인 국민이 국가권력에 참여하기

---

20) E. Fraenkel, Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsrecht, Recht und Staat 219/220, 1958, S. 57 f. 참조.

21) F. C. Karsch, Demokratie und Gewaltenteilung, Zur Problematik der Verfassungsinterpretation in der BRD, 1973, S. 110 참조.

22) P. Häberle, Unmittelbare Staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz - BVerfGE 20, 56, JuS 1967, S. 64 (66 ff.) 참조.

위한 조직형태로 이해한다면, 이러한 참여의 근거를 헌법에서 찾고 그 참여를 헌법 제1조 제2항이 말하는 국가권력의 행사로 평가해야 일관성이 있는 것이다.<sup>23)</sup>

## 2. 정당에 관한 규범적 요청과 현실

우리 헌법은 단순히 권한과 절차, 정치의 한계만을 규율하고 있는 도구적 성격의 헌법이 아니라, 정치과정에 대하여 구체화<sup>24)</sup>를 요하는 특성의 가치를 설정하고 있는 ‘실질적인 헌법’<sup>25)</sup>이다. 그렇기 때문에 우리 헌법은 정확히 준수될 수 있는 기차운행시간표의 일종이 아니라, 목적지는 정해져 있지만 이 목적지에 이르는 세부 선로와 운행시간은 그때그때 확인되어야 하는 미래형성을 위한 이정표와 같은 의미를 갖는다. 그 구체적인 선로와 운행시간은 목적지가 제시하는 지침 안에서 현실분석을 통해 확정될 수밖에 없다. 그렇기 때문에 헌법과 그것에 의하여 규율되어야 할 헌법현실은 상호 무관하게 대답하는 것이 아니라, 상호관련성이 있다고 보아야 한다.<sup>26)</sup> 따라서 당내민주주의의 개념을 구체화하려면, 헌법 제8조 제2항 전단이나 관련규정들, 그 규정들의 성립사 등에 포함되어 있는 언어정보를 통해 확인할 수 있는 규율계획(규범프로그램)의 분석과 확인에 그쳐서는 안 된다. 당내민주주의와 관련된 언어정보는 지나치게 추상적이어서 그 자체로서는 당내민주주의 내용에 대한 충분한 답을 제시할 수 없다. 오히려 그에 의하여 규율되어야 하는 정당의 현실, 따라서 정당국가적 현실(규범영역; Normbereich)을 분석하고, 이를 통해 발견된 당내민주주의실현에 의미 있

---

23) H. Trautmann, S. 35 참조.

24) 이에 대하여 상세한 것은 계획열, 헌법학(상), 72쪽 이하.

25) 이에 대해서 상세한 것은 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht(1928), in: Staatsrechtliche Abhandlung, 2. Aufl., S. 124 ff.

26) R. Smend, Integrationslehre, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 478; 계획열, 헌법학(상), 39쪽.

는 관점들(Topoi)을 헌법해석의 원칙들에 의거하여 평가하는 것도 필요하다.<sup>27)</sup> 이렇게 할 때에만 헌법 제8조 제2항 전단의 당내민주주의 규정에 대한 사리에 맞는 해석이 가능하다.

## 가. 국민의 정치의사형성에 참여하는 조직으로 정당

헌법은 제8조 제2항 후단에서 정당에게 국민의 정치의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 갖출 것을 요구하고 있다. 정당의 본질적 과제인 정치의사형성에의 참여는 민주적인 공동체에서는 창당의 자유(헌법 제8조 제1항), 정당의 기회균등(헌법 제8조 제1항, 제11조, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제116조 제1항 참조) 당내민주주의(헌법 제8조 제2항 전단)를 전제로 하고 있다.

### (1) 국민의 정치의사형성에 관한 2단계론과 그 문제점

흔히 국민의 정치의사형성을 정치의사의 예비형성과 제도화된 국가기관에 의한 국가의사형성으로 이분하곤 한다.<sup>28)</sup> 정치의사의 예비형성의 영역에서는 정당, 조직화된 집단, 대중매체, 자신의 기본권을 행사하는 국민들이 구속력 없는 주장과 판단이 표출되는 반면, 조직된 국가기관에 의한 의사형성의 영역에서는 국가의 구속력 있는 결정이 내려진다. 이 2분법은, 두 영역이 마치 분리·고립되어 있는 것처럼 오해를 유발할 수 있다. 국민은 자신의 정치의사의 표현을 통해서 대의기관의 결정을 구속해서는 안 되며, 반대로 국민의 정치의사형성은 국가의 간섭을 받음이 없이 자유롭게 이루어져야 한다는 것이다.<sup>29)</sup> 이 2단계설은 일견 그럴 듯해 보이지만, 현대 민

27) 이와 같은 문제변증론적인 헌법해석의 방법에 대하여 상세한 것은 계희열, 헌법학(상), 78쪽 이하 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.

28) 계희열, 헌법학(상), 232쪽 이하 참조. 그는 국민의 직접적 정치의사형성을 국민투표, 선거, 정치의사의 예비형성(이익단체, 정당, 여론형성)으로 나누어 설명하고 있다. 정치의사의 예비형성이라는 개념은 U. Scheuner, Zeitschrift für evangelische Ethik, 1957, S. 34 ff.에서 유래하며, 독일의 판례(BVerfGE 8, 104, 113; 20, 56, 98)에도 수용되었다.

29) U. Scheuner, Der Staat und die intermediären Kräfte, in: Zeitschrift für evangelische Ethik, 1957, S. 34 ff.



주주의에서 국민의사와 국가의사는 결코 대립적인 관계에 있지 않다는 점을 간과하고 있을 뿐만 아니라,<sup>30)</sup> 헌법이 예정하고 있는 민주적 정치의사형성의 모습과도 일치하지 않는다.<sup>31)</sup>

먼저, 선거는 한편으로는 대통령을 확정하고, 국회의석을 배분하고, 원내교섭단체의 세력관계를 결정한다. 그렇기 때문에 선거를 정치의사의 예비형성의 영역으로 분류할 수 없는 것이다. 그렇지만 선거는 2단계설이 말하는 조직화된 “국가기관”의 결정이 아니다. 왜냐하면 2분설의 생명은 조직화된 국가와 국민을 대립시키는 것이고, 따라서 국민을 국가기관으로 분류할 수는 없기 때문이다. 이처럼 전통적인 민주적 절차인 선거를 분류할 때부터 헌법의 구체적인 규정에 비추어 볼 때 2분설에 의한 추상적 분류방식을 유지하는 것은 불가능하다. 민주공화국 내에서 전개되는 공적인 결정과정을 2원적으로 분리하는 것은 두 단계 사이에 존재하는 내재적인 연관성을 무시하는 것이다. 국민의 정치의사형성에 참여하는 정당의 기능이 무엇보다도 국가의사형성에 영향을 미치는 것이라면, 국민의 정치의사형성이 국가의사형성과 근본적으로 이질적인 것이라고 볼 수는 없다. 오히려 국가의사형성은 국민의 정치의사형성의 특별한 측면 내지 한 부분이라고 보아야 한다. 그러므로 국민의 정치적 의사형성은 모든 국가권력의 출발점(헌법 제1조 제2항)에 부합하는 것으로서 국민과 국가기관에 분배된 국가권력을 포괄하는 과정이다.

2단계설은 그 밖에도 국민의 정치의사형성과정의 다층적 구조를 적절하게 파악할 수 없다는 점에서도 지지를 받기 어렵다. 대의기관들에 대한 정당화 과정은 국민에서 국가기관으로 일차원적으로 진행된다. 그렇지만 정치의사형성이라는 보다 포괄적인 과정은 그렇게 단선적으로 흐르지 않는다. 즉 국민이 자극을 주면 정당이 이를 수용하고, 궁극적으로 의회와 정부가 정당의 중개를 받아 국민의 의사를 실현하는 일방적인 하의상달의 구조

---

30) 후에 U. Scheuner, Parteiengesetz und Verfassungsrecht, DÖV 1968, S. 88 (89)에서 스스로 이 점을 인정하였다.

31) 보다 자세한 것은 H. Trautmann, S. 43 ff. 참조.

를 갖지 아니한다. 오히려 그것은 쌍방향적 구조를 갖는다. 또 이 과정은 개방되어 있다. 이 개방성은 모든 요인들이 다양한 통로로 진행되는 통합과정에 관여할 수 있다는 것을 의미한다.

## (2) 국민의 정치의사형성에 대한 정당의 참여기능

정당은 헌법 제8조 제2항 후단, 정당법 제1조가 규정하고 있는 것처럼 진솔한 국민의 정치의사형성과정에 참여하는 것을 과제로 한다. 참여라는 말은 정당이 이 과정에 참여하는 여러 요인들 중의 하나라는 것을 시사한다. 가령 각종 이익단체, 시민단체들과 일종의 경쟁관계에 있다. 그렇기 때문에 헌법 제8조는 중요하기는 하지만, 민주적 참여권의 목록에 포함되어 있는 여러 요인들 중의 하나에 불과하다. 그렇지만 정당은 정치의사형성과정에서 주도적인 역할을 한다. 정당국가적 현실에서 직·간접적으로 정당이 관여하지 않는 중요한 정치적 결정은 없다고 해도 과언이 아니다. 최근 매우 활발해지고 또 정치적 영향력이 무시할 수 없을 정도로 커지고 있는 시민단체의 활동은, 정당을 통해 조직되지 아니한 일반 시민들의 정치적 관심사에 정당이 둔감하거나, 그들의 정치적 의사를 수용할 자세나 능력이 결여되어 있거나, 다수의 시민들이 기존 정당들의 정치행태에 혐오감을 가지고 있다는 증거일 뿐이다.

정당의 정치적 의사표현이 개인이나 다른 집단의 그것과 질적으로 다른 의미를 획득하는 원인은, 정당이 자신의 정치적 결정을 지속적·효과적으로 관할 국가기관을 통해 국가적 결정으로 변형시킬 수 있는 가능성을 독점하고 있다는 것이다.<sup>32)</sup> 공직선거에서 당선되는 자들은 거의 대부분 정당이 추천하는 자들이다. 정당은 이러한 관점에서 보면 사실상 대통령을 비롯한 행정부, 국회의 창조기관으로서의 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 국민들은 본래 국가기관에 제기하여야 할 요구도 정당에게 제기하고 또 이 요구는 정당의 중개를 거쳐 국가기관에 전달되곤 한다.

---

32) 정당의 개념표지에 대하여 상세한 것은 줄고, 정당설립의 자유와 정당등록제의 위헌성에 관한 관견, 인권과 정의 제297호, 2005. 3. 97 (99쪽 이하) 참조. 정당과 단체의 구분에 대해서는 전광석, 정당과 단체의 헌법적 위상; 단체의 활동을 중심으로, 공법연구 제24집 제2호, 81 (93쪽 이하) 참조.

반대로 국민은 국가기관들이 수행하는 활동을 보고 정당에게 책임을 묻거나 정당에 지지를 보낸다. 정당의 이와 같은 독점적 지위 때문에 어떤 형태로든 정당의 주목을 끌지 못하는 정치적 주장은 국가기관을 통해서 실현되기 어렵다.

국민의 정치의사형성에 대한 정당의 참여는 정책적인 측면에서는 공동체의 모든 차원에서 시민들의 정치적 주장을 자극하고, 취합하고 精緻化하는 한편(정치주도 및 정치집중 기능), 그것을 평가·선별하고 관할 국가기관을 통해 국가정책으로 전환(선별 및 변형기능)시키는 형태로 이루어지고, 인사문제와 관련해서는 시민들의 정치적 참여욕구를 일깨우고, 정치적 참여를 촉진하고, 정치적 지도자들을 양성·선발하고 공직선거에서 이들을 지지하며 또 이들을 통해 정당의 프로그램을 국가정책의 형식으로 실현하는 형태로 이루어진다(정당법 제1조 제2항 참조).

### (3) 정당의 참여기능과 당내민주주의

위에서 살펴본 바와 같이 정당의 내외에서 국민의 정치적 의사형성에 관여하는 다른 요인들과 정당 사이에는 정보전달, 의사소통, 결정의 통로들이 긴밀히 연결되어 있다. 정당의 내부질서는 국민의 정치적 의사형성 과정의 일부이다. 정당의 내부질서는 당원들의 정치적 의사와 정당, 원내교섭단체, 정부 내에서 내려지는 결정의 유기적인 결합에 대한 절차적 규율을 의미한다. 정당국가적 현실에서 민주적 의사형성 과정에서 핵심적인 연결고리는 정당이다. 그렇기 때문에 각종 단체, 재벌을 비롯한 대기업, 자금력이 있는 개인들은 정당정책에 대하여 강력한 영향력을 행사함으로써 국민의 정치의사형성에 불가결한, 정당 내부의 자유로운 의사형성과정과 의사결정과정을 방해할 가능성이 높다. 이러한 위협에 대해서는 민주적 의사형성을 보장하는데 적합한 절차적 규칙들이 존재할 때에만 효과적으로 대처할 수 있다. 국민의 정치의사형성에 대한 정당의 참여기능이 원활하게 수행된다면 법률과 당헌을 통해서 그와 같은 실재하는 위협요인들에 대한 대처방안을 제도화하여야 한다.

정당의 통합기능은 정치세력이 약하거나 조직되지 아니한 사회계층들의

이익들이 당내 논의과정에서 배제되는 경우에도 위협받는다. 그러므로 정당의 내부질서는 이러한 국민들의 이익주장에 대하여 보다 개방성을 띠도록 형성되어야 한다. 특히 수는 많지만, 경제력이 약하고, 따라서 정치력이 약한 이익들이 보다 효과적으로 관철될 수 있도록 당내의사형성과정에서 평등원칙이 강하게 관철되어야 한다.

## 나. 정당국가적 현실과 당내민주주의

당내민주주의의 문제는 정당의 활동반경과 같은 외연을 갖는다. 그렇기 때문에 당내민주주의의 윤곽을 파악하려면 정당이 민주공화국 내에서 펼치는 활동의 영역을 개관할 필요가 있다. 이에 대한 개관을 통해 정당의 기본문제들에 대해서도 영향을 미치고 있는 국가와 사회의 관계에 관한 자유주의적 이원론의 극복 필요성을 확인할 수 있을 것이다. 가령 국민의 정치의사형성과 국가의사형성을 분리하는 것, 의회와 정부의 관계를 분리·대립의 관계로만 파악하는 것, 공무원의 중립성과 정당을 통한 지배 내지 다원주의적 지배가 대립관계에 있는 것으로 파악하는 것, 정당의 국가로부터의 자유 확보를 위한 노력은 모두 이원론의 유산이다. 그렇지만 정당국가라는 말 자체가 정당과 국가를 그렇게 이원적인 분리·대립의 관계로 파악할 수 없다는 것을 시사하고 있다. 그와 같은 이원론은 정당이 국가기관에 다양한 방식으로 침투하고 있는 현실을 무시하고 있는 것이다.

### (1) 정당의 조직된 국가영역에의 진입

(가) 국회 및 행정부에의 침투 : 국회법은 “국회에 20인이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 된다”는 국회법 제33조 제1항의 규정을 통해 정당과 국가기관인 의회 사이의 교차관계를 공식적으로 인정하고 있다. 대부분의 국회의원들은 당에서 중요한 당직을 겸임하고 있다. 현실적으로 압도적 다수의 국회의원들이 정당에 소속되어 있고<sup>33)</sup> 또 이 국회

33) 가령 제15대 국회의원선거에서는 재적 299명 중 15명, 제16대 국회의원선거에서는 무소속국회의원은 재적 273명 중 5명, 제17대 국회의원선거에서 무소속 국회의원은 재적 299명 중 2명에 불과하였다.

의원들은 당의 추천과 지원을 받아 당선되고 또 재선을 위한 정당의 공천을 의식하기 때문에 비교적 강한 정당구속을 받는다. 그러므로 의회는 정당의 활동무대가 되었다고 할 수 있다. 즉 정당은 원내교섭단체 내지 자당 소속의 국회의원들을 통해 제도화된 국가의 영역 안에서도 활동하고 있는 것이다.

한편, 대통령도 정당의 추천과 지원을 받아 선출된다. 우리나라에서 아직까지 무소속 후보자가 대통령으로 당선된 경우는 없다. 또 현행법상 대통령은 자당 소속 의원들을 국무위원으로 임명할 수 있다. 이 경우 의원직을 겸직하는 국무위원들은 소속정당을 의식하면서 활동한다. 대통령은 소속 당의 당내 인사들 중 의원이 아닌 자들을 국무위원을 임명할 수도 있고, 또 자신 내지 소속당의 정책적 구상을 이해하고 또 그것을 실현할 의지가 있는 무당적상태의 전문가나 전문가 등을 국무위원으로 임명할 수 있다.<sup>34)</sup> 대통령의 행정부구성 권한(제86, 87, 94조)과 공무원임면권(제78조)을 통해서 정당은 자당 소속의 대통령을 통해 행정부의 고위직에 소속 당원들을 진출시킬 수 있고, 이를 통해 행정부 전체에 영향을 미칠 수 있게 된다.

정당, 대통령과 정부, 여당의 원내교섭단체들의 이해관계는 고도로 일치한다. 그렇기 때문에 정당을 매개로 대통령과 정부 그리고 원내의 여당 사이에 긴밀한 협조관계가 형성된다. 고도화된 정책정당의 경우 당의 기구들이 수립한 포괄적인 전략에 입각하여 대통령과 정부 그리고 여당의 원내교섭단체는 공동의 목적인 권력의 유지와 확대를 위해 상호 협력하고 지원한다. 그러므로 정당은 실제적인 정치권력의 보유자이다.<sup>35)</sup> 선거에서의 책임추궁의 대상도 전체로서의 국회나 대통령 내지 정부가 아니라, 경쟁관계에 있는 정당들이다. 정부정책의 성공과 실패의 계산서는 궁극적으로 정당이

---

34) 그렇기 때문에 이른바 코드인사 비판은 대통령의 인사권에 대한 부당한 정치공세인 것이다. 선거를 통한 정권의 교체는 정책을 변경하라는 요구이며, 이 요구를 실현하기 위해서는 당연히 코드인사가 이루어져야 한다. 문제는 능력의 검증이다.

35) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Aufl., 1995, Rn 157, 158; 계획열, 헌법학(상), 241쪽 참조.

선거를 통해 유권자들로부터 받게 된다.

그에 따라 의회의 기능도 변화하고 있다. 먼저 의회의 토론은 반대파 의원들을 설득하고 타협을 모색하기 위한 것이라기보다는 주로 정당의 입장을 대중들에게 해명하고 설명하는 수단으로 활용되고 있다. 국가의 중대한 결정도 의회의 본회의가 아니라, 실질적으로는 이미 정당과 그 원내교섭단체 또는 정당과 정부의 협의체(당정회의)에서 내려지게 된다. 의회와 정부와의 관계도 분리를 통한 견제와 균형이라는 고전적 3권분립의 형태가 아니라 여당에 의한 정부의 지원과 야당에 의한 대 정부 비판과 통제의 관계로 변하고 있다.<sup>36)</sup>

물론 여당도 대통령과 정부에 대한 통제기능을 수행한다. 이 통제기능은 주로 원내가 아닌 원내교섭단체의 의원총회, 당정협의, 정부와 여당의 연석회의, 전당대회 등을 통해 행사된다. 원내에서는 여당은 대체로 정부를 비판하기보다는 야당의 정부공격으로부터 정부를 옹호한다. 여당의 정부정책에 대한 통제는 오늘날 사후적·교정적 통제보다는 정책의 입안 단계에서부터 시작되는 사전적·예방적 통제의 양상을 보이고 있다. 의회의 관점에서 보면, 정책에 대한 예방적 통제는 의회의 통제범위가 그 만큼 시간적으로 확장되는 것을 의미한다. 여당, 특히 여당의 원내교섭단체에 의한 정부

---

36) 과거 권위주의시대 때에는 대통령은 당총재직을 겸직하면서 공천권을 통해 여당 소속 국회의원, 나아가서는 국회를 통제하였다. 여당이 원내소수당인 경우에는 권력기관을 통해 야당의원들을 빼오기 위한 공작을 펼치거나 합당을 통해 인위적으로 원내다수를 확보하고, 이를 기반으로 사법부까지 장악하였다. 다행히도 현재 주요 정당들은 당총재직을 폐지하였고(열린우리당은 당헌 제31조 이하에 의하여 당의장 및 상임중앙위원회가 그 역할을 수행하며, 한나라당은 당헌 제21조 이하 및 제30조 이하에 따라 대표최고위원과 상임중앙위원회가 그 역할을 수행한다) 공직선거 공천도 경선의 방식이나 당의 공천위원회가 주도함으로써 과거의 폐해는 많이 해소되어 가고 있는 중이다(열린우리당 당헌 109조 이하; 한나라당 당헌 제47조 이하 참조). 또한 대통령도 당정분리의 원칙을 천명하면서 당직을 보유하고 있지 않으며(열린우리당 당헌 제140조 참조) 당무에 간섭하지 않겠다는 의지를 거듭 밝히고 있다. 그에 따라 여당 및 여당 소속 국회의원들의 대통령에 대한 독립성도 강화되어 가고 있다. 전체적으로 볼 때 국회가 대통령에 종속되는 위헌적인 헌정현실은 극복되었다. 국회의 대통령에 대한 탄핵소추의결은 이를 웅변하는 사건이다. 헌정현실이 헌법이 예정한 질서로 접근해 가면서 정부와 의회의 관계도 정상화되고 있다. 그렇지만 정당을 매개로 대통령과 여당이 밀접한 관계를 유지하고 있다는 사실에는 변함이 없다.

정책 통제를 통해서 여당은 당의 노선을 지키고 또 여당이 대통령 내지 정부의 정당으로 전락하는 것, 대통령 내지 정부가 정당의 기반인 당원이나 지지계층에서 유리되는 것을 방지한다. 그렇기 때문에 정당국가에서는 당내 민주주의 실현이 국가영역의 민주주의 실현에 관건적 의미를 갖고 있는 것이다.

(나) 행정부 공무원과 정당 : 정부와 여당의 결정은 정당 정책의 실현을 의미하는 경우가 많기 때문에 그 결정의 과정에서 나타나는 정당정책의 측면을 간과해서는 안 된다. 당내의 참여는 최고 국가기관들의 결정에 영향을 미칠 뿐만 아니라 간접적으로 그 집행에도 영향을 미친다. 공무원은 일당이 아닌 “전체 국민의 봉사자”요, “공무원의 정치적 중립성”의 보장을 명시하고 있는 헌법 제7조는 정당국가적 현실에서는 적어도 부분적으로는 시대착오적인 측면이 있다.

먼저 정치적 고려에 의하여 임명되거나 선거에 의해 선출되는 행정부소속의 정무직공무원들은 행정부 조직의 정점에서 인사권 및 감독권을 통해 직업공무원들의 저항을 분쇄하고 정부의 정책을 관철하는 역할을 한다는 점에서 정당국가에서도 포기할 수 없는 제도이다.<sup>37)</sup> 정치공무원들은 정부정책의 전도사요 실천가이다. 이들은 대통령을 수반으로 하는 정부의 정책과 기본적으로 같은 견해를 가지고 있어야 한다. 정부의 정책의 배후에는 여당이 있고 또 궁극적으로 여당이 그 정책에 대한 책임을 공유하기 때문에 대통령에 의해 임명되는 정무직공무원들은 현실적으로 대통령소속 정당의 노선을 따를 수밖에 없다. 정당국가적 헌법은 선거를 통해서 정당성을 확보한 대통령 및 그가 속한 정당이 그 정치적 구상을 법률, 법규명령, 행정규칙을 통해서 관철하는 것을 전제로 하고 있다.

정무직공무원들과는 달리 공무원신분이 보장되는 직업공무원들은 법률상의 결정을 집행하고 또 구체화된 목표를 실현하는 권한만을 보유할 뿐이

---

37) 독일도 정무직 공무원제도를 갖고 있다. 독일의 경우 이 제도는 입헌군주제 시대에서 의회민주제로 이행하는 과정에서도 큰 수정 없이 수용되었다. 이에 대해서는 G. Wacke, Die Verletzung politischer Beamten in den einstweiligen Ruhestand, AöR 91 (1966), S. 441 (445 ff.) 참조.

다. 그들의 활동은 법률, 법규명령, 행정규칙, 개별적인 지시에 의하여 명확히 한정되어 있기 때문에 법적 책임을 보충하는 (정당) 정치적 정당성이나 정치적 책임을 필요로 하지 않는다. 그러나 이들도 엄밀히 말하면 정치적으로 중립적으로 행동하는 것이 아니며 또 그렇게 할 수도 없다. 왜냐하면 직업공무원들은 (정당)정치를 통한 만들어진 법률에 구속되고 그에 근거하여 그리고 그 테두리 안에서 그리고 자신들의 상관인 정치적 공무원들의 지시를 받아 행정활동을 하기 때문이며, 법률의 해석을 통해서 개별사례를 규율하는 것 자체가 법률해석의 창조적 성격에 비추어 볼 때 정치적 활동을 의미하고 있기 때문이다. 정권교체기의 행정의 계속성과 안정성은 직업공무원의 중립성을 요구하는 것이 아니라, 법규의 형태로 존재하는 이미 내려진 정치적 결정의 집행을 위한 행정공무원의 헌신을 요구한다. 그 자체로서는 구체적인 결정을 내리는 데 필요한 아무런 지침도 제공할 수 없는 가치인 중립성을 위한 여지는 존재하지 않는다. 중요한 것은 공무원의 중립성이 아니라 정치적 결정권한이 있는 기관들이 법률 등의 형식으로 설정한 정치적 목표를 구속력 있는 것으로 수용하고 집행하는 공무원의 자세일 뿐이다.<sup>38)</sup> 공무원에게 이른바 초당적인 입장을 요구하는 것은 가능하지도 현실적이지도 않다. 정당국가에서 직업공무원의 기능은 정당정치의 환경 속에서 수행되기 때문이다. 이렇게 볼 때 공무원의 정치적 중립성은 단지 권한 있는 정치적 결정기관이 내린 결정에 반하여 공무원 자신이 생각하는 정책을 실현하려는 것의 금지<sup>39)</sup> 등 제한적인 의미만을 가질 뿐이다. 요컨대, 정당은 국가의 공직과 공무원 기구들을 통해서도 정책결정과 집행에 관여할 수 있는 헌법적 정당성을 갖고 있다. 정당은 입법에 참여할 뿐만 아니라 정부를 제어하고 또 정부를 통해 행정을 제어할 때에만 현대 산

38) 이에 대하여 보다 상세한 것은 H. Trautmann, S. 68 ff., 특히 75 f. 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.

39) 법의 성립과 작용을 비정치적인 것으로 파악할 수 없고 또 양자를 분리할 수 없기 때문에, 법치국가원리인 법률의 우위는 기능상 합헌적인 상위의 결정의 하위의 행정활동에 대한 우위로 확대되어야 하며, 법질서의 통일성만이 아니라 헌법적 결정질서 및 집행질서의 통일성이 중요하다고 지적하고 있는 H. Trautmann, S. 75 f.



업국가적 현실에서 공직 생활에 대한 주도적인 영향력을 행사할 수 있다.<sup>40)</sup>

(다) 정당과 사법부 : 끝으로 정당은 법원과 헌법재판소의 구성에도 직간접으로 영향을 미치고 있다. 대법원과 헌법재판소는 대법관과 헌법재판관에 계 조직적 민주적 정당성을 매개하기 위하여(헌법 제1조 제2항 참조) 정치적 방식으로 구성되고 있다(헌법 제104조, 제111조 제3, 4항 참조). 법의 해석이 법문에 잠재되어 있는 구체적인 법규범을 기계적으로 발견하는 것이 아니라 해석자의 선이해의 영향을 받는 창조작업이며 사건의 이해와 평가도 재판관의 선이해의 영향을 받는다는 점을 감안한다면,<sup>41)</sup> 재판의 공정성을 제고를 위해서는 기술적·전형적인 사건들이 아닌 한 가급적 합의부가 재판을 담당하여야 하고, 합의부, 특히 최고 법원의 재판부는 사회의 다원성을 반영할 수 있도록 구성하는 것이 합리적이다. 이러한 관점에서도 최고법원들의 구성에 대통령과 국회, 그리고 이 기관들의 배후에 있는 정당이 관여하는 것은 필요하고 또 정당화된다. 재판의 독립성을 이유로 사법부의 비정치적인 구성, 따라서 정당의 직간접적인 개입의 배제를 주장하는 것은 우리 헌법의 정당민주주의와 양립하지 않으며, 그 자체 정치적 성격을 띠는 주장에 불과하다. 문제는 구성상의 다원성을 확보하는 방법일 뿐이다. 최고법원의 구성이 정치적으로 이루어질 수밖에 없다는 것이, 최고법원들의 재판이 법학적 논증을 무시한 채 전적으로 정치적으로 내려질 수 있다는 것을 의미하지 않음은 물론이다.

## (2) 정당국가적 현실의 당내민주주의에 대한 의미

(가) 정당영역과 국가영역을 엄격히 구분하는 이원론의 극복 : 정당의 국가종속<sup>42)</sup> 내지 정당의 국가화<sup>43)</sup>를 방지하기 위하여 정당의 영역과

---

40) H. Tarutammn, S. 83-84 참조.

41) 이에 대하여 상세한 것은 이상돈, 법이론, 1996, 31쪽 이하의 실증주의적 법인식론에 대한 비판적 조명 참조.

42) W. Leisner, Parteienvielfalt bei gleichem Parteiprogramm?, DÖV 1971, S. 649 (651).

43) W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 18.

국가의 영역을 명쾌하게 구분하라는 이원론적 요구<sup>44)</sup>는 헌법에 따라 형성된 위와 같은 정치적 현실과 모순된다. 정부와 의회가 정당에 의하여 주도되는 현실에 비추어 볼 때 독립적인 의회와 정부가 정당을 위협할 수 있는 가능성은 별로 없다.<sup>45)</sup> 물론 대정당들이나 여당이 그 당원들이 진출해 있는 의회나 정부의 권력을 이용하여 다른 정당들의 기회균등을 위협할 수는 있을 것이다. 그렇지만 이러한 위협에 대처하는 방법이 정당을 다시 순수한 사회의 영역으로 되돌려 보내는 것일 수는 없다.

이원론의 또 다른 논거는 정당의 영역과 국가의 영역을 엄격히 분리하지 않으면 정당이 헌법 제8조 및 정치적 자유권을 통해서 의도되고 또 보장된 자유로운 정치과정의 담당자 내지 매개자로서의 역할을 수행할 수 없다는 것이다.<sup>46)</sup> 그러나 가령 “정당의 국가로부터의 자유”를 보장하기 위하여 정당에 대한 국고보조를 거부한다면, 정당을 부유한 소수개인들이나 자금동원력이 있는 기업 또는 단체와 같은 사회적 세력의 영향에 내맡기는 결과를 초래하게 될 것이다. 여기서 민주주의의 관건인 개방적이고 자유로운 의사형성 과정이 보장되려면, 정당의 국가로부터의 자유를 위협하는 요인들을 극복하는 것만이 아니라 국가의 정당에 대한 평등한 보호(헌법 제8조 제3항)도 필요하다는 것을 알 수 있다. 정당처럼 공동체의 의사형성에 대한 민주적 참여를 매개하는 영역은 국가의 영역으로부터 분리될 수 없으며, 국가기관에 진출해 있는 당원들의 정치적 발언과 제안이 당의 정책에 미치는 영향력을 자유주의적 이원론을 통해서 무시할 수도 없다.<sup>47)</sup>

정치가 선진화될수록 자유의 큰 적은 국가가 아니다. 자유를 국가로부터의 자유와 등치시킬 수 없다.<sup>48)</sup> 정당의 자유는 국가로부터의 자유가 아니

44) 그와 같은 주장을 하는 이로는 W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 18 f. 참조.

45) H. Trautmann, S. 91.

46) W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 18; W. Leisner, DÖV 1971, S. 649 (651). 이는 독일 연방헌법재판소가 한 때 국가가 정당에 대하여 일반적인 재정 보조를 하는 것의 위헌성을 뒷받침하는 논거로 사용되었다. BVerfGE 20, 56, 102.

47) P. Häberle, JuS 1967, S. 72; H. Trautmann, S. 93.

48) 계획원, 헌법학(상), 353쪽; 헌법학(중), 2004, 35쪽 이하 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

라 국가 안에서의 자유이다.<sup>49)</sup> 정당이 기능적으로 국가에 통합될 때 비로소 당원들이 정치의사형성에 실효성 있게 참여하고 또 국가기관의 결정에 영향을 미치는 것이 가능하다. 그러므로 정당은 사항에 따라서는 국가와 결부되어야 하고, 당원의 참여목표는 궁극적으로 국가기관에 영향력을 행사하는 것이다.<sup>50)</sup>

(나) 感化的 議員職을 통한 자유위임과 기속위임의 대립의 극복 : 정당국가에서 자유위임이나 기속위임이나를 둘러싼 논쟁도, 대의민주제나 아니면 정당국가적 직접민주제이나를 둘러싼 논쟁이 그러한 것처럼 양자택일을 강요하는 방식의 논쟁을 통해서는 해결책을 찾을 수 없다. 자유위임론이 자유주의적 대표이론에 기반을 두고 있다면, 직접민주주의모델은 명령위임과 결부되어 있다. 우리 헌법이 민주주의의 양 요소를 수용하여 결합하고 있다는 인식을 기초로 대의기관 구성원의 지위의 특성에 대한 논의를 위한 새로운 논거를 얻을 수 있다.<sup>51)</sup>

먼저 의원직은 헌법 제46조 제2항만이 아니라, 의원직을 어느 정도 구속하는 다른 규범들에 포함되어 있는 직접민주제적 요소들에 의해서도 법적으로 형성되고 있다. 헌법 제8조, 헌법의 선거관련규정 등이 그것이다. 공직선거후보자들은 대부분은 당원들이고 또 그렇기 때문에 당헌에 구속된다. 이종당적의 금지는 후보자들의 행동반경을 더욱 좁힌다. 그러한 구속은 그들이 의원으로 선출된 후에도 미친다. 압박의 고리는 차기선거에서의 공천탈락가능성이다. 의원의 지위와 당원의 지위가 헌법적 기능을 통해서 결합되고 있다.<sup>52)</sup> 의원은 정당의 당원으로서 국민의 대표자 역할을 수행하는 것이다.<sup>53)</sup> 그러므로 정당국가에서 의원은 유권자로부터 법적 구속력 있는

---

49) P. Häberle, JuS 1967, S. 74.

50) H. Trautmann, S. 94.

51) 이하의 논증에 대하여 보다 상세한 것은 H. Trautmann, S. 96 ff. 참조.

52) F.F. Siegfried, Mandatverlust bei Parteiausschluß, ZRP 1971, S. 9 (10) 참조.

53) F. Schäfer, Überlegungen zu Art. 38 GG, in: Zur Sache 1/1973, Fragen der Verfassungsreform, Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, 1973, S. 122 참조.

지시를 받지 않지만, 자유주의이론이 주장하는 것처럼 그렇게 자유로운 것은 아니다. 따라서 제46조 제2항은 정당의 구속을 받는 의원의 자유로운 의원직을 보호한다고 보아야 한다.<sup>54)</sup>

의원이 지시에 법적으로 구속되지는 않지만 정당과 소속 의원 사이에는 법적으로 제한적인 의존관계가 존재하며, 이것이 정당의 정책을 국가기관의 정책으로 전환시키는 것을 보장하고, 그럼으로써 당원의 정치적 참여의 실효성을 보장하는 것이다. 물론 당원이 자신의 정치적 의사를 관철하기 위하여 할 수 있는 것은, 당원의 이익과 구체적인 참여욕구를 정기적으로 거행되는 후보자선정절차에 참여하여 표현하는 것뿐이다. 그러나 의원이 공천탈락을 우려하여 당원을 의식할 때 당의 민주적 의사결정의 결과도 존중하게 될 것이다. 그러므로 정당국가에서 의원직은 자유위임도 명령위임도 아닌 정치적 영향을 받는 의원직(感化的 議員職; *influenzierendes Abgeordnetenmandat*)으로 파악될 수 있다.<sup>55)</sup> 이는 국민의 정치의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 갖출 것을 요구하는 헌법 제8조 제2항 후단이나 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직으로 정당을 정의하고 있는 정당법(제2조)에 의해서도 법적으로 의도된 것이다.

정당의 의사형성기관들에 의해 의결된 정책은 감화적 의원직을 통해서 같은 당 소속 의원들로 구성되는 원내교섭단체에게도 감화력을 발휘한다. 정당 지도부와 원내교섭단체지도부의 권력은 당원의 참여를 향해 열려 있어야 한다. 왜냐하면 정당은 원내교섭단체의 창조기관으로서 공직선거후보자추천을 둘러싼 갈등이 존재하는 경우에 효과적인 규율수단을 가지고 있는 보다 강력한 조직이기 때문이다. 물론 당내민주주의가 실현되지 않는 경우 원내교섭단체는 당의 기층과 분리되어 당지도부의 도구가 되거나 당

---

54) H. Trautmann, S. 98 참조.

55) 정당국가적 현실에서 의원직의 이와 같은 성격에 대한 보다 상세한 논증은 H. Trautmann, S. 90 ff., 특히 99 ff. 참조.

의 기층 위에서 균립하게 될 것이다. 나아가 정부에도 당의 감화작용이 미쳐야 한다. 국무위원 대부분이 당소속의 국회의원이거나 당인인 경우에는 감도가 분명 높아질 것이지만, 전문관료출신이 많은 경우에도, 대통령이 정당의 기반과 분리되어 있지 않는 한, 당정책의 감화력은 대통령을 통해서 정부정책에 미치게 된다. 이른바 당정회의 등을 통해 당과 정부가 정책을 조율하는 것도 정당정책의 감도를 높이는 수단이다. 결국 당내민주주의가 제대로 기능한다면, 당원은 정부의 정책에도 참여할 수 있게 되고 대의제하에서 부족한 참여가 보충될 것이다.

(다) 정당권력의 비대화와 당내민주주의 : 정당과 국가기관들이 모든 정치적 문제를 해결하는 조화로운 협동작용을 하는 것이 아니라, 오히려 정당의 기능을 통해서 국민 내부의 이익갈등이 사례별로 하나씩 항상 새롭게 해소되는 것이다. 이를 위한 도구는 오늘날 의회가 아니다. 의회가 수행하던 공공복리의 구현기능의 상당부분은 정당으로 넘어갔다. 과거에 폐쇄적이던 국가의사형성과정에서 정당국가에서는 국민정당들에게 개방되고 또 정당을 통해서 국민에게 개방됨으로써 민주주의의 새로운 차원, 즉 정당국가적 차원이 열리게 된다. 정당국가에서 국가권력의 정당화는 정기적인 의회선거를 통해서만 이루어지지 않으며, 정당을 통해서 상시적으로 진행되어야 한다. 그렇다면 정당국가에서 비대해진 정당의 권력이 시민, 특히 당원들로부터 자유롭고 평등한 정당성을 획득하도록 대책을 세우지 않으면 안 된다. 당내민주주의의 형성은 이와 같은 실정헌법적 정당화와 관련되어 있다. 당내민주주의는, 국민이 정당의 정책을 통해서 이루어지는 공동체 전체의 현실적인 정치적 방향의 결정과정에 국민이 효과적으로 참여할 수 있는 메카니즘을 제공할 것을 요구한다. 국가와 정당이 함께 성장할 때 비로소 당내민주주의는 국가권력도 시민들의 참여가 강화되면서 그만큼 높은 정당성을 갖는 것이다.

### Ⅲ. 국민정당과 당내민주주의

#### 1. 국민정당의 개념과 특성

현재 우리의 정치를 주도하는 양대 정당인 열린우리당과 한나라당은 모두 국민(또는 대중)정당임을 표방하고 있다. 국민정당(Volkspartei)<sup>56)</sup>이란 특정 계층 내지 계급의 이익을 실현하는 것을 목표로 하는 이익정당에 대비되는 개념으로 사회 내에 존재하는 수많은 이익의 대립에도 불구하고 모든 사회 집단들이 선택할 수 있고 또 가입할 수 있는 정강정책을 가진 정당을 의미한다. 국민정당은 따라서 잠재적으로 모든 국민의 지지를 모으고 또 모든 국민계층에서 그 당원을 확보하는 것을 지향하고 있다. 이를 위해서 그 정강정책이 모든 사람들에게 무엇인가를 제공하여야 한다. 그에 따라 국민정당의 지향은 정당의 내부구조에도 영향을 미치게 된다. 국민정당을 지향할 경우 대립하는 이익들을 원칙적으로 당내에서도 관용하고 또 이 대립적 이익들을 조정·통합함으로써 통일적인 전체이익으로 형성하려고 하여야 한다. 국민정당도 다시 유권자형과 당원형으로 나눌 수 있다. 유권자형 국민정당은 당원수에 비하여 지지유권자의 수가 매우 많고 또 유권자와 각별한 결합력을 보이는 정당을 말한다. 유권자형의 국민정당은 당원과 당원의 정당정치에의 참여보다는 유권자의 지지확보에 초점을 맞춘다.

우리나라의 양대 정당들은 당비를 내는 당원을 기준으로 분류한다면, 당원형 국민정당이라기보다는 유권자형 국민정당이라고 보아야 한다. 이렇게 당비를 내는 당원의 수가 적고 또 실제로 적극적으로 정당활동에 참여하는 당원의 수는 더욱 적은 현실은,<sup>57)</sup> 무엇보다도 우리나라의 정당 내지 정당

---

56) O. Kirchheimer, Der Wandel des westeuropäischen Parteiensystems, PVS 1965, S. 20 (27 ff.). 국민정당은 “catch-all-partei”라고도 지칭된다.

57) 열린우리당의 공식발표에 의하면 2005년 2월 1일 현재 등재된 기간당원(월 2,000원의 당비를 6개월 동안 낸 당원)의 수는 21만 3,853명, 미등재 되었지만 입당원서가 제출된 당원수 35,950명으로 도합 24만 9803명이다. 전체 유권자수 대비 기간당원수는 0.702%라고 한다. 그러나 후에 전당대회가 끝나자마자 대규모 탈당사태가 매스컴에 보도되는 등 이 숫자에는 열린우리당의 새 지도부를 구성하기 위한 전당대회를 앞두고 이른바 동원된 당원이 다수 포함되어 있다는 의혹이 일고 있다.

의 지도부가 지지유권자들을 당원, 그것도 적극적으로 정당활동에 참여하는 당원으로 끌어들이기 만한 능력이 없거나 의식적으로 그러한 노력들을 해 오지 않았음을 시사하고 있다.

어쨌든 주요 정당들이 국민정당을 표방하는 이유는 무엇보다도 선거에서 승리하기 위해서는 다수의 지지를 모아야 하기 때문이다. 더구나 대통령제는 정당의 국민정당화를 촉진하고 있다. 정당이 자신의 정책을 실현하기 위한 지름길인 대선에서 승리하려면, 특정 집단의 이익을 대표하는 것만으로는 부족하고, 다른 당과 연합 내지 연정을 하거나<sup>58)</sup> 정당이 추진하는 정책의 폭을 넓힘으로써 다수 유권자의 지지를 받을 수 있도록 노력하여야 하기 때문이다. 그렇다면 이익정당에서 국민정당으로의 발전은 헌법이 예정하고 있는 정치체제의 정당한 결과라고 평가하여야 할 것이다.

정당체제가 소수의 국민정당을 중심으로 형성되면, 이들 정당들이 모든 유권자들의 지지를 얻기 위해 노력하기 때문에 주요 정당들의 정강정책이 상당히 접근하게 된다. 물론 그렇다고 사람을 빼고는 정당들이 모두 같다고 말하는 것은 아니다. 각 정당들은 그 생성배경, 전통, 정체성 때문에 최소한 정치적 이데올로기를 가지고 있으며, 중점을 두는 사회계층으로부터 외연을 확대하면서 다수의 지지를 확보하려는 노력을 하게 된다.<sup>59)</sup> 명실상부한 국민정당이 되려면, 정당의 내부 또는 그 산하에 각계각층의 국민들을 포섭할 수 있는 조직들이 형성되고, 그들의 다양한 이익들이 당내에서 표출되고 하나의 통일적인 이익으로 조정되어야 한다. 이렇게 당 내부의 특별조직을 통해 결합된 각 이익집단들의 구성원들은 자신들이 속한 집단들의 이익을 소속 정당의 정책을 통해서 지켜내려 한다. 이에 따라 각 정

---

58) 국민의 정부시절의 DJP연합은 정치적인 관점에서는 지극히 자연스러운 연정의 일종이었음에도 당시 야당인 신한국당(후에 한나라당으로 당명변경)으로부터 부도덕한 연합으로 공격받았으며, 야당의 캠페인과 이를 받아 적는 국민의 정부에 비판적인 주요 언론매체의 비난은 연정에 익숙하지 못한 유권자들에게 먹혀들었다.

59) 주요정당의 이러한 경향성을 기초로 가령 한나라당은 보수, 열린우리당은 중도우파(또는 중도좌파), 민주노동당은 좌파라는 평가가 내려지는 것이다.

당 내부에는 다양한 파벌 내지 분파가 형성될 수 있다.

대정당들은 자체 내에서 다양한 이익이 대표될 수 있도록 시도하고 있지만, 개별이익들을 대변하는 수많은 단체들이 형성되고 있고 또 그럴 수밖에 없다. 헌법도 이러한 단체들이 형성될 수 있는 가능성을 기본권보장(무엇보다도 제21, 33조)을 통해 보장하고 있다. 단체들은 국민정당들과는 달리 동질적인 이해관계를 가진 사람들의 이익을 대변한다. 정당이 정권획득을 목표로 하기 때문에 단체의 요구를 쉽게 무시할 수 없으며, 그에 따라 단체들의 정치적 영향력의 총합은 매우 커지게 된다. 회원의 수가 많은 단체의 경우에는 정기적으로 거행되는 선거 때문에 매우 큰 정치적 세력을 형성하게 된다. 결과적으로 정권획득을 목표로 하는 정당들은 당내에서는 특수이익들이 당의 정책에 반영될 수 있도록 제도화해야 하고, 당 외부에서 제기되는 강력한 단체들의 요구를 수렴하지 않으면 안 되는 등 당의 내외에서 압력을 받게 된다. 그러나 모든 단체들이 하나의 동질적인 세력을 형성하지 않는다. 그렇기 때문에 어떤 단체나 소수 단체가 그 이익을 일방적으로 관철하려는 압력에 대해 상반된 이해관계를 가지고 있는 단체들이 반발하게 된다. 요컨대, 국민정당의 등장과 더불어 단체 전체의 영향력은 증가하였지만 한 단체가 한 정당을 자신의 이익을 실현하기 위한 지렛대로 사용할 수 있는 가능성은 줄어들었다. 전체적으로 볼 때 고도로 분화된 수많은 단체와 그들의 주장을 흡수할 수 있도록 내적으로 분화되어 있는 정당이 어우러져서 이익들 사이의 복잡한 절충이 이루어지면서 정당의 정책이 되고, 정당을 매개로 국가정책으로 전환되게 되는 것이다. 국민정당의 기능 중의 하나도 많은 단체들의 일방적 주장들을 민주적인 절차를 통해서 절충해 내고, 균형 있는 정책으로 승화시키는 것이다.

그런데 현실에서는 정치적 무관심 때문에 조직되지 못해 대변되지 못하는 이익들도 있을 뿐만 아니라, 이익들을 대변하는 단체들의 현실적 영향력과 그 이익의 관철력에도 큰 차이가 있다. 경제적으로 영향력이 큰 단체들의 이익이 과잉 대표될 위험도 있다. 그럼에도 단체들이 국가기관의 정책형성과정에서 그 의견을 제시하거나 발언권을 행사할 수 있는 가능성까



지 제도화되고 있다. 그러나 단체들은 정당들과는 달리 헌법에 의해서 직접 그 내부조직과 활동을 민주화할 의무를 지고 있지 않다. 단체내부의 문제는 단체 내지 단체구성원들의 자치에 맡겨져 있을 뿐이다.<sup>60)</sup> 게다가 단체수뇌부가 단체구성원들의 사실상의 이익상황에 부합하지 않는 독단적인 행동을 할 수도 있다. 그렇기 때문에 단체들이 직접 국가권력의 행사에 참여할 수 있는 다양한 통로를 만들어주는 것을 곧바로 민주주의를 강화하는 길이라고 볼 수는 없다.<sup>61)</sup> 반면, 국민정당들은 편협한 이익을 대변하는 단체들과는 달리 다원적인 이익들이 주장될 수 있는 내적인 복합성을 가지고 있고 또 사회의 다원성을 적절하게 정책적으로 가공해 낼 수 있도록 참여의 메카니즘을 활용할 수 있다. 국민정당임을 표방하는 정당이 그러한 메카니즘을 제공할 수 있느냐 그리고 어느 정도로 그렇게 할 수 있느냐는 바로 당내민주주의의 활성화정도와 밀접한 관련이 있다. 우리의 정치체제가 사실상 정치생활의 모든 결정과 의사형성을 소수의 당원들에게 맡겨버리고 있다는 비판도 이와 같은 주장에 대한 반론이 될 수는 없다. 시민들의 참여부족은 시민들의 참여를 통해서만 보완될 수 있으며, 이를 위한 제도적 가능성도 존재하기 때문이다.

## 2. 국민정당과 당내민주주의

국민정당론에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 즉 국민정당들은 선거승리만을 의식하여 모호한 정치적 타협을 일삼기 때문에 자신의 정치적 정체성과 선명한 정치적 주장을 상실하고,<sup>62)</sup> 정당의 정치적 스펙트럼이 넓어짐에 따라 당원이나 지지유권자와의 결속력이 약해지고 또 그들

---

60) 이에 대하여 그리고 異說에 대하여 상세한 것은 에른스트-볼프강 비켄뢰르데, 사회국가적 민주제에서 경제적·사회적 단체 및 이익주체들의 정치적 기능, 同人 지음 (김효전/정태호 공역), 헌법과 민주주의 - 헌법이론과 헌법에 관한 연구 -, 310쪽 이하, 특히 335쪽 이하 참조.

61) H. Trautmann, S. 124 참조.

62) O. Kirchheimer, PVS 1965, S. 27 참조.

과의 의사소통도 소원해지며,<sup>63)</sup> 결과적으로 유권자들의 정치적 선택의 여지가 좁아지고 일반적인 탈정치화 경향을 초래한다<sup>64)</sup>는 것이다.

사회 내에 존재하는 갈등과 모순에 비추어 볼 때 사회 내에 존재하는 모든 집단들의 지지를 모으려는 정당은 그 사회의 갈등과 모순을 떠안아야 한다는 것을 의미한다. 국민정당을 표방하는 정당의 정책적 스펙트럼이 넓을수록 그 정당은 다양한 생각과 이익집단을 수용하여야 한다. 국민정당이 유권자의 지지와 당원들을 새로운 이익집단들로부터 획득하려면 이 집단들에 속하는 이들을 당내의 의사결정 과정에 적절하게 참여시켜야 하기 때문이다. 경합하는 당내 집단들이 단순히 존재한다고 하여 당내에서 주장되는 다양한 이익들이 타협을 거쳐서 정당정책으로 형성되는 것은 아니다. 당내에 자유롭고 공개적인 논의가 활성화될 수 있는 구조가 존재하여야 한다. 새로운 집단들이 들어 올 수 있도록 정당을 개방하는 것이 아니라, 당내로 들어온 집단들 간의 경쟁을 억압하는 것이 사실상 존재하는 정치적 대립을 억압하여 탈정치화시켜 버리는 것이다. 국민정당이 사회적 갈등과 대립을 탈정치화한다는 비판은, 사실은 국민정당 내에서 당내민주주의가 작동할 경우 타협의 과정이 정당 안에서 이루어지고 국회를 비롯한 정당 내부에서는 이 타협의 모색을 위한 논의가 줄어들다는 사실을 지적하는 것에 불과하다. 게다가 각종 집단들의 이익 주장은 당 밖에서도 자유롭게 전개되며, 따라서 정치과정에서 추방된 것이 아니라는 점을 간과하고 있는 것이다.

우리나라의 주요 정당들은 국민정당을 표방하면서도 당의 내부구조와 정체성을 새로운 상황에 충분히 맞추어 개혁하고 있지 못하고 있는 실정이다. 당내의 다양한 집단들이 실제로 그가 대변하는 이익을 기초로 경쟁할 수 있어야 함에도 다양한 목소리가 나오는 것을 억제한다. 민주적인 토론에 익숙하지 못한 우리 현실에서 당내의 활발한 논쟁은, 당내의 결정과정

---

63) J. Dittberner, Die Rolle der Parteitage im Prozeß der innerparteilichen Willensbildung, PVS 1970, S. 230 (267) 참조.

64) K. Sontheimer, Zur neueren Kritik an der Theorie der pluralistischen Demokratie, in: Fraenkel/K. Sontheimer/B. Crick, Beiträge zur Theorie und Kritik der pluralistischen Theorie, 1969, S. 25 (30).

을 대중에게 투명하게 드러내주고 그 결정의 내용을 합리화할 수 있는 것임에도 불구하고 당의 단결을 해치는 것으로 평가되곤 한다. 그러나 명실상부한 국민정당이라면 대동단결만을 외치면서 당내의 비판적 소수를 해당행위자로 몰지 말아야 한다. 그것은 이익정당에나 적합한 구호일 뿐이다.

국민정당의 조직구조는 당내민주주의 실현을 위한 긍정적 전제를 제공하고 있다. 당내에 존재하는 다양한 분파들이 비교적 자유로운 의사소통 구조 속에서 당내에서 자유롭게 경쟁할 수 있을 경우 당원들의 이익이 적절하게 주장되고 조정되며 당의 결정에 참여할 수 있는 가능성이 현저하게 높아지기 때문에 당내민주주의에 유리하게 작용한다. 또 당내의 대립과 경쟁은 각 분파가 자신의 견해를 비판적으로 진술할 수 있기 때문에 당의 의사결정 구조가 경직되는 것을 막고 당지도부를 통제할 수 있게 해준다. 국민정당에서 분파의 형성과 통합은 이익정당에서와는 달리 결코 대립개념이 아니다. 물론 국민정당이 당내민주주의에 긍정적인 작용을 할 지 여부는 국민정당의 내부구조가 당내의 다양한 흐름들이 당의 결정에 효과적으로 참여할 수 있도록 형성되는지에 달려 있다.

#### IV. 당내민주주의와 정당재정

정당의 민주적인 내부구조는 독재적·과두제적 구조에 비하여 많은 비용이 든다. 이 때문에 정당에 대한 국고보조의 필요성이 제기되고 있고, 현행 헌법은 그 가능성을 명시하고 있다(제8조 제3항 후단, 정치자금에관한법률 제17조 이하 참조). 정당에 대한 국고보조는 당내민주주의에 영향을 미친다. 그러므로 헌법이 정당에 대한 국고보조의 가능성을 명시하고 있다고 해서, 국가가 국고를 가지고 정당의 재정수요를 무제한적으로 충족시켜주는 것은 헌법적으로 용납되지 않는다. 합리적인 분배기준만이 당내민주주의를 촉진할 수 있으며, 분배기준이 잘못될 경우 당의 과두화를 초래하여 헌법 제8조 제2항 전단의 당내민주주의 요청을 무력할 위험이 있기 때문이다.

정당이 재력이 강한 특정 사회적 세력이나 개인에 종속되는 것을 막기 위하여 국가가 정당의 재정수요의 대부분을 국고에서 보조한다면, 정당의 당내 민주주의를 가능하게 해주는 긍정적 측면 못지않게 정당의 국가의존도가 커져<sup>65)</sup> 정당의 국가로부터의 자유를 침해할 위험이 발생한다. 국고보조의 긍정적 작용과 부정적 작용을 형량하면, 정당의 국고의존성향은 비교적 작은 악이라고 할 수 있으며, 종속의 우려 때문에 일반적 국고보조제도의 정당성을 부정할 수는 없다고 본다. 다만, 국고보조금의 비중이 클수록, 당지도부는 당비를 내는 다수의 당원들의 확보에 관심을 갖지 않을 가능성이 높다. 당원을 확보하기 위해 당원들에게 공직후보자공천절차 등 당의 의사결정과정에서 민주적으로 참여할 수 있도록 권리를 보장하고, 당내의 조직과 의사형성의 절차를 민주적으로 형성하는 것은 당지도부에게는 성가시고 부담스러운 일이기 때문이다.

그러므로 한편으로는 정당이 다수의 당원을 확보함으로써 자활을 위한 노력을 게을리 하지 않는 수준으로 국고보조에 상대적인 한계가 설정될 필요가 있다. 만일 현재의 국고보조금이 정당재정에서 점하는 비율이 너무 높아서 일시에 그 비율을 하향조정할 수 없다면, 연차적으로 그 비율을 낮추어 정당에 가해지는 충격을 완화하는 것을 고려하여야 한다. 독일 연방헌법재판소는 그 수준을 정당에 대한 일반적 국고보조가 허용된다고 보면서도 국고보조에 절대적 한계(정당의 과제 수행을 위하여 꼭 필요한 비용만을 보조하여야 한다는 원칙)와 상대적 한계(각 정당이 스스로 조달하는 금액 이상을 보조할 수 없다는 원칙)를 설정하고 있다.<sup>66)</sup> 또 자금력이 강한 당 밖의 소수의 사회적 세력에 정당이 종속되지 않도록, 1인이 낼 수 있는 후원금의 한도를 지나치게 높게 잡아서 안 된다. 2004년의 정치자금에관한법률의 개정으로 법인이나 단체의 후원제도를 폐지하고 자연인인 개인이 낼 수 있는 후원금의 상한은 많이 하향 조정되었다. 그러나 아직도

65) 이것이 독일 연방헌법재판소가 처음에 정당에 대한 선거비용보상이 아닌 일반적인 국고보조를 위헌이라고 본 이유이다. 이에 대해서는 BVerfGE 20, 56, 97 ff. 참조.

66) BVerfGE 85, 264, 290 참조.

1인의 후원회회원이 연간 최고 2,000만까지 후원할 수 있다(정치자금에관한법률 제6조의2 참조). 이러한 규율은 당지도부로 하여금 소액을 후원하는 다수의 후원회원이나 당원을 확보하기 위하여 당의 정책을 개발하고 당을 개방하기 위하여 노력하기 보다는 소수의 다액후원자를 확보하려는 유혹을 떨쳐 버리기 힘들게 만들고 있다. 세제상의 혜택을 받는 후원금은 정치적 영향력행사의 가능성을 의미하기 때문에 후원금의 상한이 지나치게 높을 경우 정치영역에서의 개인의 평등권을 침해할 수 있다.<sup>67)</sup> 마찬가지로의 관점에서 소수의 당원이 금력을 배경으로 당의 의사결정을 좌우할 수 없도록, 당원이 1년에 낼 수 있는 당비에도 한계를 설정하여야 한다. 그러나 현행의 정치자금에관한법률은 당비에 대해서는 상한을 설정하고 있지 않다.

다른 한편, 국고보조금의 배분을 각 정당이 선거에서 획득한 유효득표비율이나 득표수만이 아니라, 당비를 내는 당원의 수 내지 당내의사결정에 실제로 참여하는 당원의 수와도 연동시킬 필요가 있다.<sup>68)</sup> 유효득표비율이나 유효득표수만을 배분기준으로 할 경우, 선거에서 많은 지지를 받을수록 당이 수령하는 국고보조금액은 커지고, 당지도부는 당내민주주의의 실현을 외면할 가능성이 높기 때문이다. 그러므로 국고보조금의 일정비율은 각 당이 선거에서 획득한 유효득표의 수를 기준으로 배분하고, 나머지 일정비율은 각 당이 확보한 당비를 내면서 당의 의사결정에 능동적으로 참여하는 당원의 수를 기준으로 배분하는 것이 당의 개방성과 참여가능성을 제고하는 길일 것이다.

끝으로 확보된 당의 재원의 배분과 용도를 확정하는 데에도 당원들의 참여가 보장되어야 한다. 정당의 과두화를 막기 위해서는 이미 집행된 당재정의 공개(정치자금에관한법률 제22조 이하 참조)를 통한 당재정의 투명성 확보와 당재정운영 결과에 대한 통제 못지않게 중요한 당재원의 배분에 대

---

67) 독일 연방헌법재판소는 당비나 후원금에 대하여 무제한적인 세액공제 또는 정률적인 세액공제 등의 혜택을 부여하는 것은 정당 및 개인의 평등권을 침해한다고 보았다. 세제혜택에 대해서는 상대적인 한계가 아닌 절대적 한계를 설정하여야 하고, 절대적 한계도 지나치게 높아서 안 된다는 것이다. 이에 대해서는 BVerfGE 8, 51, 66; 24, 300, 357 ff.; 52, 63, 91; 85, 264, 313 참조.

68) 이와 같은 제안을 하는 이로는 H. Trautmann, S. 142 ff.

한 당원의 사전적인 참여가능성에 대해서는 입법자는 침묵하고 당헌에 맡기고 있다.<sup>69)</sup>

## V. 당내민주주의의 개념

헌법 제8조 제2항에 의하면 정당의 목적과 활동은 물론 조직도 민주적이어야 한다. 그렇지만 당내민주주의의 규범적 내용은 명증하게 드러나지 않는다. 그 규범적 의미를 확인하기 위해서는 먼저 헌법의 민주주의개념에 대한 해명과 아울러 당내민주주의의 개념적 엄밀화가 필요하다. 물론 헌법에는 전통적으로 민주적인 것으로 평가되어온 일련의 제도와 절차가 존재하지만, 민주주의의 개념은 그러한 형식적인 요소들을 단순히 늘어놓는다고 해서 얻어질 수 있는 것은 아니다. 중요한 것은 헌법이 짜놓은 복합적인 질서체계 안에서 그것이 어떻게 구현되고 또 어떤 기능을 수행하고 있느냐 하는 것이다.<sup>70)</sup>

우리 헌법이 민주제와 관련하여 내린 가치결정들 중의 하나가 제8조 제2항의 당내민주주의 명령이다. 당내민주주의는 공동체의 민주제 안에서 일정한 기능을 수행한다. 그렇기 때문에 당내민주주의는 정치체계의 환경적 조건들로부터 영향을 받는다. 그렇기 때문에 다른 헌법적 제도들, 이 제도들의 기능과 권한 등과의 복합적인 연관을 고려할 때에만 그 내용을 올바르게 구체화할 수 있다. 이를 기초로 당내민주주의의 특별한 기능과 양태가 구현되어야 한다. 즉 민주적 공동체의 전체 구조원리들과의 관계 속에서 당내민주주의가 구체화되어야 한다.

---

69) 열린우리당은 당중앙위원회회의으로 하여금 심의·의결하도록 하고 있고(당헌 제93조 참조), 한나라당은 운영위원회의 의결을 거쳐 대표최고위원이 임명하는 15인 이내의 위원으로 구성되는 당 재정위원회가 예산을 편성한다(당헌 제44조 제2항 참조).

70) 계획열, 헌법학(상), 221쪽 참조.

## 1. 헌법의 複合民主主義(komplexe Demokratie) 모델

### 가. 민의에 의한 지배의 정당화절차로서의 민주주의

모든 민주주의론은 궁극적으로 국민의 자율영역과 타율영역의 관계를 어떻게 설정하느냐에 따라 달라진다. 우리 헌법도 모든 국가권력의 원천을 국민으로 규정하면서도(제1조 제2항) 이 국가권력의 직접적 행사는 원칙적으로 국민에 의해서 직·간접적으로 구성되는 국가기관들에 맡기고 있다(제40, 41조, 제66조 제4항, 제67조, 제101조, 제104조, 제111조 등 참조). 문제가 되는 것은 국민이 국가권력의 행사에 참여하는 범위와 국민에 의해 정당화되는 지배의 범위이다. 양자는 상호 배타적인 것이 아니다. 양자는 오히려 정치적 통일체를 구체적으로 형성할 때 사용되는 서로 다른 기준일 뿐이다. 어느 나라에서든 둘 중 어느 하나가 다른 하나를 압도한다.<sup>71)</sup> 민주제를 인간에 의한 인간의 지배를 폐지하는 제도로 이해하려는 시도도 없지 않으나, 어떤 급진적 민주주의론도 그 구상을 일관성 있게 실현할 경우 지배를 제거할 수는 없다. 전원일치에 의한 결정은 공동체의 기능을 마비시킬 것이기 때문에 정치의사의 결정원리로서 다수결원리를 채택하는 것은 불가피하다. 그렇기 때문에 현실을 직시하는 어떤 민주주의론도 지배의 문제를 피해갈 수 없다. 우리 헌법상의 민주제도 지배의 종식이 아니라, 지배의 순화를 모색할 뿐이다.<sup>72)</sup> 그리고 정당국가에서 민주주의 내지 지배 문제의 현저한 부분은 정당과 관련되어 있다.<sup>73)</sup>

그런데 지배가 행해지는 경우 민주질서에서는 지배의 정당성 문제가 제기된다. 국민이 스스로 결정하지 않은 문제에 대한 결정은 민주적 정당화가 필요한 것이다. 모든 국가권력이 국민으로부터 나온다(헌법 제1조 제2항)는 것은 국민으로부터 도출되지 아니한 국가권력은 존재할 수 없다는

71) C. Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl., 1970, S. 206.

72) 계희열, 헌법학(상), 223쪽 참조.

73) 이에 대해서는 F. Naschold, Organisation und Demokratie, 3. Aufl., 1972, S. 8 참조.

것을 의미한다. 그런데 국민은 국가권력을 직접 행사할 수도 있으며, 국가기관을 통해서 국가권력을 행사할 수도 있다. 어려운 문제는 두 영역을 구분하고 내용적으로 한정하는 일이다. 국가기관의 공식적인 권한범위를 확정하는 것은 상대적으로 큰 문제가 아니다. 반면에 국민이 직접 국가권력을 행사하는 범위를 확정하는 것은 간단한 문제가 아니다. 그 범위는 국가기관들의 권한행사범위를 공제함으로써 자동적으로 도출되지 않는다. 국민이 국가기관 내지 그 구성원에 영향을 미치는 형태로 국가권력행사에 참여하는 경우도 있기 때문이다.

## 나. 국민의 국가권력행사에의 참여형식으로서의 정당활동

### (1) 고전적 참여형식

현행 헌법상 국민이 직접 결정을 내리는 경우로는 먼저 헌법개정안에 대한 국민투표(제130조 제2항), 국회의원 및 대통령 선거를 들 수 있다. 선거는 대의기관을 구성하는 인사문제에 대한 결정이다. 국가권력은 그 기관의 권한 범위에서 선거에서 선출된 자가 행사한다. 물론 공직선거의 후보자 배후에는 정당정책과 공약을 제시하는 정당이 있으며, 유권자의 투표가 이와 완전히 무관하게 행해지는 것은 아니다. 따라서 선거에는 정책사안에 대한 어느 정도의 직접적 결정의 요소가 포함되어 있다고 할 수 있다. 그러나 이 요소가 라이프홀쓰가 주장하는 것처럼 선거를 미래의 정책에 대한 포괄적인 국민투표라고 할 수 있을 정도로 지배적인 요소라고는 할 수 없다. 선거는 일차적으로 여당과 야당 그리고 그 구성원인 후보자들의 기성의 업적에 대한 회고적 심판과 그에 따른 지속적인 신임여부에 대한 결정이기 때문이다.<sup>74)</sup> 한편, 헌법 제72조의 정책적 국민투표는 정책에 대해서 국민 전체가 그 의사를 표시할 수 있는 제도이기는 하나, 그 법적 구속력에 대해서는 논란이 있다.<sup>75)</sup> 표결의 결과가 법적 구속력이 아닌 단순한 정치적

74) F. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970, S. 79 f. 참조.

75) 자세한 것은 무엇보다도 김선택, *정책국민투표의 성격과 효력*, 헌법논총 제11집, 2000, 233쪽 이하, 특히 240쪽 이하 참조.



구속력을 가질 뿐이고, 따라서 제72조의 국민투표가 자문형에 불과한 것이라면, 그 수용여부의 최종 결정은 대통령에게 맡겨져 있다. 그러나 이 설에 의하더라도 대통령이 국민투표의 결과를 함부로 무시할 수 없기 때문에 제72조의 국민투표는 국민이 국가의사형성에 직접 참여하는 방식의 일종이라는 사실에는 변함이 없다.

## (2) 정당을 통한 참여

통설은 전통적인 자유주의적 대표이론을 고수하면서 참여와 대표는 양립할 수 없는 것처럼 기술함으로써 정당국가적 현실에 적합한 대표이론을 제시하지 못하고 있다.<sup>76)</sup> 그러나 정당에 가입한 시민은 기초·광역 지방자치단체 차원만이 아니라 중앙정치 차원에서 공직선거후보자공천과 같은 인사문제는 물론 정책문제에 대한 당의 의사결정에 참여함으로써 간접적으로 국가기관에 의한 국가권력의 행사에 참여할 수 있다. 정당은 국민의 정치참여조직이다(헌법 제8조 제2항 후단). 정당을 통해서 대의기관의 결정권한과 대의기관의 구성원에 영향을 미치고자 하는 국민의 정치적 의사가 연결되는 것이다. 당원은 공직선거권보다도 더욱 적극적이고 활발하게 당내 활동을 통해서 국가권력의 행사에 참여할 수 있는 가능성을 가지고 있다. 헌법은 모든 시민에게 당원으로서 국가권력의 행사에 참여할 수 있는 자유를 보장하고 있다. 민주적 의사결정과정에 적용되는 원칙인 보통선거의 원칙이 당내의 의사결정과정에도 적용되어야 한다는 것은 제41조 제1항, 제67조 제1항과 제8조 제2항을 결부시켜 해석함으로써 도출된다. 당내의사 결정에서 당원투표의 직접성원칙도 마찬가지로 도출될 수 있다. 직접적인 정당성 부여 원칙을 유권자와 후보자 사이에 자유로운 결정권을 행사하는 중간기관을 배제하는 원칙으로 형식적으로만 이해하는 것은 직접선거, 당내의 의사결정, 헌법 제1조 제2항 사이의 밀접한 연관을 간과하는 것이다. 현

---

76) 예를 들면 허영, 한국헌법론, 2005, 143쪽. 그는 정당제도 역시 대의민주제의 불가결의 요소로만 이해하고 있다; 그렇지만 언론·출판·집회·결사의 자유를 통한 여론의 형성, 정당활동 등에 의한 정치의사형성에의 참여의 가능성을 지적하고 있는 계획, 헌법학(상), 236-237쪽.

대의 정당국가적 대중민주제의 현실에서 제1조 제2항, 제8조 제2항, 제41조 제2항, 제67조 제1항은 하나의 연관 속에서 고찰되어야 하기 때문이다. 이 규범들은 상호 관련되어 있기 때문이다. 시민들의 국가권력행사에의 참여는 정당민주제에서는 정당 안에서 그리고 정당을 통해서 가장 효과적으로 이루어질 수 있다.

정당민주제에서는 정치적 사안에 대하여 단순한 가부결정을 국민들에게 묻는 전통적인 형식의 국민투표의 경우보다 국민이 실효적으로 정치적 결정에 참여할 수 있다. 국민투표에서 국민은 수동적으로 대의기관이 제시한 물음에 답하지만, 정당민주제에서 능동적인 시민들은 정당 안에서 그리고 정당을 통해 의제의 선정, 가공, 타협, 결정에 이르는 전 과정에 참여할 수 있다. 비록 당내의 결정 자체가 바로 법적 구속력을 갖는 것은 아니지만, 국가기관에 진출해 있는 당의 대표들을 통해서 국가의사를 결정하는 절차를 통해서 구속력을 확보할 수 있게 된다.

### (3) 대표와 참여의 보완적 관계

물론 모든 국민이 현안에 대한 정치적 결정과정에 참여하는 이상적인 모델은 대중민주제의 현실에서는 정치영역이 확대되고 또 복잡해졌기 때문에 실현될 수 없다. 또한 정보사회에서 노동시간이 줄면서 시민들이 공적 문제에 할애할 수 있는 시간이 늘고, 필요한 양질의 정보를 용이하게 수집할 수 있지만, 지속적으로 정치문제에 참여할 수 있는 동기, 시간, 열정, 능력을 가진 사람은 제한되어 있다. 그렇기 때문에 그와 같은 이상적 모델의 근사치, 즉 모든 시민들이 어느 정도 평등하게 특별하게 마련된 결정절차들에 참여할 수 있는 가능성을 기초로 하는 모델<sup>77)</sup>만이 현실성이 있다. 정치적으로 경쟁하는 인적 집단들을 위한 특별한 정치조직인 정당은 이러한 요청을 충족시킬 수 있다. 정당은 지역과 직역 등으로 세분화된 조직들을 통해서 시민들에게 원칙적으로 평등하게 참여할 수 있는 가능성을 제공할 수 있기 때문이다. 정당이 어떤 문제에 대해서 견해를 밝히고 또 국가기관

---

77) F. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, S. 59은 이를 “축소된 참여모델(reduziertes Partizipationsmodell)”로 지칭한다.

에 진출해 있는 당원들의 정치에 영향력을 행사할 것인지는 궁극적으로는 당원들이 결정하는 것이다. 물론 평당원들이 모든 정치문제들에 대하여 일일이 당내에서 의사결정을 할 수는 없는 일이다. 정당도 부분적으로 불가피하게 대의의 원칙에 따라 대응할 수밖에 없다. 현대의 대형화된 대중민주체제에서는 대의적 결정형식을 포기할 수는 없다. 현대 국가의 현실에서 대표와 참여는 민주주의의 상호 보완적인 측면들이며, 결코 상호 대립하거나 배타적인 것이 아니다. 대통령을 비롯한 내각 구성원 그리고 의원들은 정당의 단순한 이행보조자가 아니라, 폭넓은 독자적인 결정의 여지를 보유하고 있다. 참여와 대표의 형식들은 변증적으로 상대화되어야 하고 또 상호 관련을 맺고 있어야 한다.<sup>78)</sup> 국민의 대표로서 결정할 수 있는 국가기관들의 권한은, 정당을 비롯한 다양한 참여의 기제들을 통해 표현되는 국민의 사실상의 정치적 의사와 민주적으로 연계되는 것이다.

#### (4) 여론과 정당의 교호작용

이처럼 정당을 통한 국가권력행사에 대한 참여 가능성을 강조하는 해석은 정당의 기능과 당내민주주의의 헌법적 명령, 그리고 참여를 통해서 국가기관의 국가권력 행사에 영향력을 행사할 수 있는 다양한 수단들을 제공하는 기본권에 그 기반을 두고 있는 것이다. 선거나 국민투표 이외에도 국민은 정치의사형성에 다양한 방식으로 참여할 수 있다. 국민은 평시에도 다양한 언론매체들이 참여하는 여론형성, 집회, 시위, 결사를 통해서 정치의사형성에 참여한다. 언론·출판·집회·결사의 자유와 같이 민주적 의사형성의 개방적 구조를 보장하는 기본권을 통해서 이 가능성이 보장된다. 정치의사형성에 참여하는 그러한 기제들을 통해서 국가기관들은 자극을 받고, 정보를 얻고, 통제를 받으며, 대체로 국민의 의사와 보조를 맞추게 된다.<sup>79)</sup> 이 모든 기제들은 모든 단체, 집단, 주장들을 정당의 정책을 통해서 통합하려고 하는 정당과 밀접한 관련이 있다.

78) H. Trautmann, S. 157 참조.

79) M. Kriele, Das Demokratieprinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (65) 참조.

이러한 맥락에서 가령 여론형성에 있어서 정당의 기능은 동시에 당내민주주의와 관련된 문제이다. 정당국가에서 중요한 것은 단순한 시중의 여론이 아니라, 여론이 정당의 참여하에 절차적으로 어떻게 형성되고, 조직되고, 그 축정되느냐 하는 것이다. 정당은 정치적인 주장들을 여론의 의제로 만들 수 있고, 여론형성과정을 주도하고 또 조직하고 있다. 여론이 저절로 형성되어 존재하는 경우는 드물다. 오히려 여론은 대부분 조직적인 협동작용의 소산이다.<sup>80)</sup> 이 과정에서 정당은 이해관계를 가진 집단 및 단체와 마찬가지로 국민과 국민의 정치적 의사와 대립하는 것이 아니라, 그 조직의 내외에서 정치적으로 적극적인 시민들과 집단들의 적극적인 참여에서 그 활력을 얻고 있다. 이렇게 볼 때 정당과 여론은 작용과 반작용을 상호 주고 받는 것이다. 선거가 없는 평시에도 여론은 종종 매우 산만하기는 하지만 당내의 정치적 활동을 통해서 부분적으로 구체화되기도 한다. 정당의 정책은 여론을 가시화하고, 여론의 소리는 정치가들에게 당원을 비롯한 국민의 의견을 전달한다. 국민은 정당을 통해서 선거가 없는 평시에도 국가기관의 결정에 영향력을 행사한다. 정당의 강령과 결의에는 여론을 해석·평가하고 구체화한 내용이 담기게 되고, 이는 다시 국가기관에 진출해 있는 그 정당의 대표들을 통해 국가의사로 굳어질 수 있다. 당내의 민주적인 논의와 의결은 “보이지 않는 의회”인 여론을 보다 활성화하고, 부분적으로는 보다 선명하게 드러내준다. 여론이라는 다수의 능동적 시민들의 목소리는 직접민주제와 대의제의 중간에 위치한다. 대의기관의 권한과 직접적인 참여기체들은 상호 보완관계에 있다. 즉 결정은 국가기관들이 내리지만, 시민들은 결정과정에 참여함으로써 국가를 이끌고 나갈 때 있어서 고려하여야 할 지침과 방향을 제시하고 또 그럼으로써 실질적 정당성을 매개해 준다. 여론의 참여기능과 정당화기능은 정치질서의 민주적 하부체계에서도 나타난다. 가령 당내의 여론은 당원의 참여와 지도부의 정당화에 기여할 수 있다.

---

80) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Rn 150 참조.

## 다. 참여의 기제로서의 정당과 복합민주주의모델

### (1) 민주주의의 기본가치로서의 자유와 평등

민주주의의 시원적 이념은 국민주권의 이념이지만, 국민의 자결은 개인의 자결에서 시작된다. 현대 민주국가도 모든 소속 국민들의 정치적 자결 사상을 기초로 하고 있다. 정치적 참여는 민주주의의 수단이자 목적이다. 즉 국가지도부의 충원, 정치의 방향설정, 이익실현의 수단이요 공동체 안에서 개인의 자기발현을 위한 목적이다. 헌법 제10조의 인간존엄성보장은 자신을 스스로 규정하고 자신과 환경을 형성할 개인의 자유를 보장한다. 인간의 존엄성보장은 언론·출판·집회·결사의 자유와 같은 다른 기본권들을 통해서 구체화된다. 기본권에 의해서 보장되는 자유의 행사는 민주적 과정이 기능하기 위한 전제이다. 그러므로 헌법상의 민주제가 기능하는 데 필요한 전제의 일부인 기본권은 민주주의의 제도이기도 하다. 헌법의 민주주의원리는 기본권과 그 행사를 통해서 내용적으로 보충되기 때문에 민주적 과정에 형성적으로 참여하는 국민의 이익실현에도 기여한다. 그러므로 헌법의 민주주의개념이 참여요소들을 포함하지 않는다고 보는 것은 헌법의 민주주의원리를 부당하게 축소하는 것이다.

민주적 공동체의 특징은 모든 시민들이 정치적 사안에 평등하게 참여할 권리를 가지고 있다는 것이다.<sup>81)</sup> 참여의 양식과 정도는 헌법의 기준에 따라 정해진다. 현대 대중민주제는, 개인의 주장이 절차를 통해서 처리되지 않고 중도에서 소멸되는 것을 막기 위해 개인의 필요와 희망을 집단적인 형태로 지속적으로 전달하는 구조를 필요로 한다. 다양한 다원주의<sup>82)</sup> 모델

---

81) U. Scheuner, Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Verfassungsstaat, in: FS. G. Müller, 1970, S. 379 (385). 공동체에서 동등한 권리를 가진 자들이 공적 문제에 대하여 절차에 따라서 결정을 모색하는 형식원리로 민주주의를 정의하고 있는 Ders., Probleme der staatlichen Entwicklung in der Bundesrepublik, DÖV 1971, S. 4.

82) 계희열, 헌법학(상), 237쪽도 우리 헌법상의 민주주의의 본질을 이익다원주의, 집단의 다원주의로 규정한 바 있다; 헌법재판소 판례에서 같은 취지의 소수의견을 찾을 수 있다. 가령 헌재 1999.11.25. 98헌마141, 판례집 11-2, 614, 626 참조.

이 바로 여기에 착안하고 있다. 시민의 정치적 영향이 실효성을 발휘하려면 개별 시민과 정치 지도층 사이에 중간집단을 개입시킬 필요가 있기 때문이다. 이와 관련하여 다원주의자들의 흥미를 끄는 문제는 자율적인 집단들의 경쟁을 어떻게 제도화하고 또 보장할 수 있느냐 하는 것이다. 그렇지만 집단 자체에서 전개되는 과정에는 거의 주목하지 않는다.<sup>83)</sup> 그러한 구상은 결국 시민들의 민주적인 능력을 부정하는 엘리트 경쟁에 의한 집단의 다원주의에 이를 수밖에 없다.

## (2) 참여의 활성화를 통한 엘리트 중심의 다원주의의 극복

다원주의를 기능적으로 민주적 의사형성의 수단으로 이해한다면, 그 다원성은 가장 낮은 차원에서부터 확보되어야 한다. 즉 개인들의 다원성, 즉 개인들이 자신의 이익을 주장하면서 정치의사형성과정에서 참여할 수 있어야 한다. 헌법은 그러한 내용의 다원성을 기본권규정들(무엇보다도 제8조, 제21조, 제33조)을 통해서 보장하고 있다. 정치엘리트들만이 이 기본권들을 향유할 수 있는 것이 아니다. 대중민주제에서 모든 시민들이 정치적 결정에 평등하고 활발하게 참여하는 것이 현실적으로 불가능하기 때문에 민주제에 대한 수정은 불가피하다. 그렇지만 특정 계층 출신의 소수의 시민들과 소수 집단의 지도부만이 아니라, 개인들과 집단들이 어느 정도 평등하게 자신의 이익을 주장할 수 있도록 참여기구와 참여절차가 제도화되어 있어야 한다.<sup>84)</sup> 모든 시민들이 충분히 참여할 수 없기 때문에 적어도 조직되어 있거나 조직될 수 있는 모든 이익의 주체들이 참여할 수 있는 절차를 통해서 개인들의 참여부족을 보충할 필요가 있다. 우리 헌법에 의해서 조직된 공동체는 엘리트지배를 정당화하고 공고하게 만드는 이론이 말하는 다원주의사회가 아니라, 개인들의 참여를 가로막는 과두제적 구조의 고착화를 극복하기 위한 기능적 다원성(funktionale Pluralität)<sup>85)</sup>이 보장되는 사

83) W. D. Narr, in: W. D. Narr/F. Naschold, Theorie der Demokratie, Einführung in die moderne politische Theorie(Narr / Naschold, Teil III), 1971, S. 157.

84) 그렇게 볼 때 각종 단체는 선거운동을 할 수 없게 금지하면서, 예외적으로 노동조합에만 이를 허용하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제87조와 그 합헌성을 확인하고 있는 헌재 1999. 11. 25. 98헌마141, 판례집 11-2, 614 이하의 판례는 현대 민주주의의 본질을 간과하고 있는 것이다.

85) E. Fraenkel, Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung, in: E. Fraenkel/K. Sondheimer/B. Crick, Beiträge zur Theorie der pluralistischen Demokratie, 1969, S. 16 참조.

회이다.

### (3) 참여와 효율의 동시적 확보모델 : 복합민주주의

시민들의 참여 활성화는 정치체제의 비효율성을 초래한다는 비판이 있을 수 있다. 물론 참여의 활성화가 반드시 정치체제의 효율을 증대시키는 것은 아니다. 그렇지만 참여와 효율은 일정한 조건에서는 동시에 달성될 수 있다. 헌법의 지침은 정치체제의 능률을 유지하는 가운데 가능한 한 폭넓은 시민의 참여가 가능하도록 하는 것이라고 요약할 수 있다. 그러나 이와 같은 지침은 정치환경의 복잡성과 환경의 요청에 그에 합당한 민주적 능력을 가지고 부응할 때에만 실현가능하다. 정당은 복잡한 환경에 적절하게 반응할 때에만 헌법의 당내민주주의 명령을 충족할 수 있다. 정당은 다층적이고 다양한 참여기제를 마련함으로써 능동적으로 정치에 참여할 수 있고 또 그러한 의지가 있는 모든 사람들에게 원칙적으로 동등한 참여의 기회를 제공하여야 한다. 정당은 다양한 형식들을 민주적 내용과 결합시킬 때에만 이를 위해 필요한 복잡성을 확보할 수 있다. 즉 참여적 요소, 대의적 요소, 다원적 요소, 공개적 요소들을 모두 구비하고 있어야 한다.

이와 같은 복합적 민주주의론(komplexe Demokratietheorie)은 현행 헌법에 의하여 구현된 구체적 민주질서에 부합한다. 참여적 요소는 제8조 제2항, 제41조, 제67조(당내민주주의, 국회의원 및 대통령선거)와 기본권(제21조)에, 대의적 요소는 자유위임의 원칙을 구현하고 있는 것으로 평가되는 제46조 제2항에서, 다원적 요소는 제8조(다당제)와 제21조(결사의 자유), 제33조(근로 3권), 공개적 요소는 제8조 제2항(활동의 민주성의 요청의 한 내용으로서의 공개성), 제21조의 언론의 자유에 내포된 정보의 자유, 제50조(국회회사의 공개) 등에서 확인할 수 있으며, 다른 규정들에도 간접적으로 포함되어 있다. 헌법의 민주적 질서의 요소들은 헌법의 민주적 잠재력을 최적으로 실현하기 위하여 실제적 조화의 원리에 따라 정서되어야 한다.<sup>86)</sup>

---

86) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn 140 ff. 참조. 그는 국가기관의 대의제적 권한 이외에 언론의 자유 등을 대의기관들에 의한 매개를 수정하는 간과할 수 없는 요소로 평가하고 있다. 이에 비하여 라이프홀츠는 정당국가에서는 공동체의사는 대의제적 요소의 개입 없이 성립할 수 있다고 주장한다.

## 2. 당내민주주의 원칙

헌법 제8조 제2항 전단은 정당의 목적, 활동, 조직의 민주성을 요구하고 있다. 그렇지만 이러한 명령의 이행을 위해서 정당은 구체적으로 어떤 제도와 절차를 확보하여야 하는지 불분명하다. 분명한 것은 당내민주주의라는 개념이 형성의 여지를 부여하고 있다는 것뿐이다. 그렇지만 누가 이 영역을 어느 정도까지 구체화하여야 하는지의 문제부터 논쟁의 대상이 되고 있다. 입법자가 당내민주주의 원칙을 세세하게 구체화한다면, 모든 정당을 법적으로 구속하는 동등한 정당활동의 기반이 마련된다. 반면, 정당이 이 원칙의 구체화를 떠맡게 될 경우에는 정당마다 조직형식이 달라지고 또 정당체계의 공통의 법적 기반은 최소화되게 된다. 정당마다 당내민주주의에 대한 이해나 민주성의 구현의지에 차이가 있을 수 있기 때문이다. 따라서 헌법 제8조 제2항 전단의 일차적 수범자가 누구인지의 문제는 매우 중대한 실천적 의미를 갖는다.

### 가. 당내민주주의의 구체화는 입법자의 과제인가 정당의 자치사항인가?

우리 헌법은 독일 기본법과는 달리 정당에 관한 상세한 규율을 입법자에게 맡기는 명문의 규정도 없다. 그렇다면 당내민주주의의 실현은 전적으로 정당의 자치에 맡겨진 문제인가? 입법자에게 상세한 규율을 위임한 독일에서도 정당의 내부질서형성에 정당에게 광범위한 형성의 여지가 부여되어 있다는 주장을 뒷받침하기 위하여 정당의 자치<sup>87)</sup>나 형성의 자유<sup>88)</sup>를 인용

---

87) H. Schiedermaier, Parteiausschluß und gerichtlicher Rechtsschutz, AöR 104 (1979), S. 200 ff., 205, 는 정당을 자율적인 헌법기관으로 지칭하면서 정당의 자치는 제21조를 통해 정립된 정당국가적 민주제에서 포기할 수 없는 헌법적 조직원리라고 평가하고 있다; Ph. Kunig, Parteien, HStR, Bd. II, 1987, § 33, Rn 28에 의하면 당내민주주의를 민주주의 문화를 기준으로 실행하는 것은 정당에 맡겨져 있다; 그 밖에도 M. Müller/K. Kartin, Kandidatenaufstellung und innerparteiliche Willensbildung am Beispiel der Hamburger CDU, in: J. Hartmann/U. Thasen (Hrsg.), Pluralismus und Parlamentarismus in Theorie und Praxis, W. Steffani zum 65. Geburtstag, S. 99 f.; Bericht der Parteienrechtskommission, S. 158 ff. 참조.

88) W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 53. 그는 가령 당내의 구체절차를 소진하기 전에 국가법원에 제소하는 것은 정당의 자결에 반하기 때문에 허용되지 않는다고 본다(W. Henke, BK, Art. 21 GG, Rn 311). 물론 그도 정당이 국가기관의 구성과 그 행위에 직접적으로 영향을 미치고 있기 때문에 공법의 규율을 받아



하는 견해들이 적지 않다. 판례도 이렇다할만한 논거 없이 이를 인정하고 있다.<sup>89)</sup>

그렇지만 정당은 당의 기본노선, 정강정책의 선택과 형성, 인사문제에 대한 결정과 같은 정당활동의 내용의 측면에서는 자율성을 갖지만, 아래에서 살펴보는 바와 같이 당내민주주의의 요청 때문에 민주적인 의사결정의 절차나 방식 등과 관련해서는 헌법과 법률의 테두리 안에서만 자율권을 행사할 수 있을 뿐이다.<sup>90)</sup> 헌법이 부과한 정당의 과제인 국민의 정치의사형성

---

야 한다는 점을 인정한다(같은 곳, Rn 67 f.). 그러나 정당의 내부질서가 민주적 원칙에 부합하여야 한다는 기본법 제21조 제1항 제3문의 문구를 충실히 따를 것을 요구하는 H. Preuß의 주장(AK-GG, Bd. 2 Art. 21 Rn 16-25, 54-59)을 비판함으로써 정당의 자치에 중점을 놓고 있다; U. Scheuner, DÖV 1968, S. 88, 91.

89) 우리 헌법재판소도 헌법 제8조 제2항 후단은 “정당의 핵심적 기능과 임무를 ‘국민의 정치적 의사형성에 참여’하는 것으로 선언하면서 동시에 위 기능과 임무를 민주적인 내부질서를 통하여 수행할 수 있도록 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 입법자에게 부과하고 있다”(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812-813; 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618)고 판시함으로써 이러한 입장에 서있는 것 같다. 한편, 독일 연방헌법재판소는 정당에게 당의 내부 사항을 독립적으로 규율할 권리가 있음을 강조하고 있다(BVerfGE 89, 243ff.) 특히 입후보자 추천시 정당이 존중하여야 할 선거법의 기준과 정당이 광범위하게 자율적으로 형성할 수 있는 정당 내부의 사항(정관으로 규율할 수 있는 권리)을 구분하고 있다(앞의 판례 252). 물론 이와 같은 구분의 상세한 근거는 제시되어 있지 않다. 정당의 재정보조와 관련된 사건(BVerfGE 85, 264, 287)에서도 헌법이 정당의 국가로부터의 자유를 전제하고 있으며, 그렇기 때문에 정당의 국가에 대한 독립을 보장하여야 할 뿐 아니라 정당은 사회적·정치적 영역에 뿌리를 둔 자유롭게 형성된 집단으로서의 성격을 유지한다고 지적하고 있다.

독일 연방법원의 확립된 판례에 의하면 정당(BGHZ 75, 158)을 비롯한 사단법상의 정계조직은 국가의 법원에 의한 통제를 받지만 사단자치의 원칙적 승인에 일정한 한계를 지켜야 한다(BGH NJW 1994, 2610, 2611).

90) K. A. Schachtsschneider, Res publica res populi: Grundlegung einer allgemeinen Republiklehre, 1994, S. 816; 그를 인용하고 있는 D. Kressel, Parteigerichtbarkeit und Staatsgerichtbarkeit, 1998, S. 224 f. 참조. H. Trautmann, S. 171 ff.는 각 정당이 당내민주주의를 달리 이해할 경우 정당의 기회균등이 침해될 우려가 있다는 이유로 정당자치를 이유로 정당에 대한 입법자의 규율권한을 부정할 수 없다고 주장한다. 국내의 문헌들도 대체로 상세한 논증은 없으나 입법자에게 당내민주주의의 구체화 권한이 있다는 전제하에서 논의를 진행하고 있다. 가령 김선택, 정당의 민주화를 위한 법적 방안, 280쪽 이하; 방승주, 권력구조의 민주화와 정당, 41쪽 이하; 특히 공직선거후보자 추천과 관련하여 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학 연구 제6권 제1호, 2000. 5., 130(141, 148쪽 이하); 정만희, 정당의 내부질서, 102쪽.

에의 참여가 “민주적으로” 어떻게 이루어져야 하는지의 문제에 대하여 헌법과 입법자는 법률적 지침을 제시할 수 있다.

#### 나. 당내민주주의의 요건은 정당의 자치 때문에 민주주의원리에 비하여 완화되는가?

과연 정당의 특성에 비추어 당내민주주의 명령의 내용을 민주주의원리의 내용에 비하여 축소할 수 있는가? 당내민주주의와 국가조직의 민주주의원리는 상호 어떤 관계에 있는가? 이 문제와 관련해서는 미묘한 차이를 보이고 있는 다양한 견해들이 주장되고 있다.

##### (1) 하향수정설

국가에 대한 민주주의요청은 정당과 관련해서는 포기할 수 없는 소수의 원칙으로 축소된다는 입장이다. 국민의 정치의사형성에 대한 정당의 참여는 민주적 원칙을 충족시키는 절차, 즉 국가 및 지방자치단체 차원에서 민주주의의 형식으로 전개되어야 한다고 보면서<sup>91)</sup> 국가에 대한 민주주의명령을 노선과 정체성이 각이한 정당에 도식적으로 전용하는 것은 가능하지도 또 요구되고 있지도 않으며, 오히려 당내민주주의를 사단법(Vereinsrecht)에 요구되는 최소한의 수준을 넘어서 실현하는 것은 사단법의 지침과 당헌에 표현된 정당의 자치에 맡겨져 있다고 본다.<sup>92)</sup> 헌법 제1조, 제4조, 제8조 제

---

91) Ph. Kunig, HStR, Bd. II, § 33 Rn 27.

92) Ph. Kunig, HStR, Bd. II, § 33 Rn 28. 그는 그 근거로 독일 기본법이 제21조 제1항 제3문에서 당내질서를 민주주의가 아닌 민주적 “원칙”에 “부합”하여야 한다고 규정하고 있다는 것을 들고 있다; K. Stern, Staatsrecht der BRD I, § 13, Die politischen Parteien, III 4; 이러한 견해로는 그 밖에도 Stern의 주장을 인용하고 있는 김선택, 정당의 민주화를 위한 법적 방안, 심천 계획열박사 화갑기념논문집, 273(279쪽) - “사회민주화의 요청과 국가민주화의 요청의 중간 어딘가에 위치를 정할 수밖에 없다 ...”; 분명하지는 않지만 정만희, 정당의 내부질서, 105쪽; M. Morlok, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 1998, Rn. 117은 당내민주주의 원칙을 알렉시가 말하는 원리로 보면서 그 구체화의 필요성 때문에 최소한의 내용만이 현실적인 의미를 가질 수 있다고 본다; D. Grimm, Die politischen Parteien, in: HdbVerfR, § 14 Rn 39: “규범적 목표와 사리적 구조 사이의 교호작용”.

4항의 법적 민주주의의 개념과 사회의 자유를 민주주의에 포함시키는 정치적 민주주의의 개념을 구분하면서 당내민주주의의 헌법적 명령은 국가에 대해 요구되는 국법상의 민주주의 원칙을 “비국가적·사회적 조직”인 정당에 적용하는 것이기 때문에 법적 민주주의의 예외적 현상이고,<sup>93)</sup> 정당의 투쟁단체로서의 성격을 고려하여야 하기 때문에 당내에서는 다원적 성격의 국가에 서와 동일한 정도의 개인적 자유와 평등이 인정될 수 없다고 본다.<sup>94)</sup>

## (2) 대체로 완화되지만, 부분적으로 강화된다는 설

당내민주주의 규범적 명령의 내용이 국가에 대한 민주주의요청보다 완화되는 것이 보통이지만, 부분적으로는 후자보다도 까다로운 요건을 제시하고 있다는 설이다.

Seifert<sup>95)</sup>는 당내민주주의의 요청이 국가민주주의의 요청보다 낮다는 것을 인정하면서도 전자가 부분적으로는 후자보다도 강화된다고 봄으로써 중도적인 입장을 취하고 있다. 당내민주주의는 국가모델이 아니라 사단의 특성에 맞게 그리고 정당의 각별한 본질에 적합하게 이해되어야 한다고 한다. 당내 민주주의명령은 정당민주제로 조직된 국가가 도달할 수밖에 없는 필연적 결론으로서 이러한 국가에서는 어떤 제도도 정당만큼 민주적 질서

---

93) W. Henke, Bonner Grundgesetz Kommentar(이하 BK), Stand 1996, Art. 21 GG Rn 262.

94) W. Henke, BK, Art. 21 GG Rn 268.

95) K.-H. Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 189 f.

를 많이 필요로 하는 것이 없다고 주장한다. 정치의사형성의 예비영역인 정당에서 민주적 의사형성의 길이 막혀 있다면, 국민의사가 민주적으로 형성될 수 없다는 것이다. 정당의 경우 국가가 민주주의실현을 위하여 많은 비용을 들여가면서 보유하고 있는 기구들을 보유할 수 없기 때문에 통상의 경우 당내민주주의 요청은 국가에 대한 민주주의요청보다 완화되는 것이 보통이라고 본다. 그러나 정당은 가령 상설의회를 보유하기 어렵기 때문에 일부 민주적 요청들은 오히려 국가영역에 적용되는 민주적 요청보다도 강화되어야 한다. 가령 당지도부의 임기는 국회의원의 임기보다 짧아야 한다고 한다.

### (3) 민주주의원리를 변형하기는 하지만, 그 요건을 완화하지는 않는다는 설

이 설은<sup>96)</sup> 당내민주주의는 민주주의원리가 국가에 대하여 요구하는 것이 상을 요구하지는 않으나, 후자의 요구수준에 비추어 볼 때 완화된 요건을 제시하지는 않는다고 본다. 헌법 제8조 제2항 전단의 민주적이라는 개념은 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서의 “민주적”이라는 개념과 같은 것이기는 하지만, 정당의 개념과 본질을 감안한 수정을 필요로 한다는 것이다. 가령 정당내부의 선거에는 모든 국민이 아니라 당원만이 참여한다든가, 복수정당제는 정당 안에서는 적용되지 않는다고 한다.

### (4) 당내민주주의의 명령이 민주주의원리의 내용보다 엄격하다는 설

이 설은<sup>97)</sup> 당내민주주의는 민주주의원리에 비하여 보다 까다로운 요건을 제기한다고 본다. 헌법 제8조 제2항 전단의 당내민주주의와 헌법 제8조 제4항의 민주주의개념 사이의 차이, 심지어 양자의 대립관계를 인정하면서, 정당국가적 현실에서 국가조직의 근간이 대의제적 성격을 띠기 때문에 발생하는 민주주의의 부족을 당의 수뇌부가 평당원들로부터 보다 강한 민주적 정당성을 확보하도록 함으로써 보정하여야 한다는 것이다. 헌법과 헌법

96) I. v. Münch, in: Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., 1995, Bd. 2, Art. 21 GG Rn 56 참조.

97) D. Th. Tsatsos/M. Morlok, Parteienrecht: Eine verfassungsrechtliche Einführung, 1982, S. 41 참조.

현실에서 대의제적 요소가 실현되는 정도가 높을수록, 당내민주주의는 정당원의 영향력을 강화시키는 방향으로, 즉 직접민주제적 요소의 실현을 강화시키는 방향으로 실현되어야 한다는 것이다.

#### (5) 당내민주주의와 민주주의원리가 동질성을 띤다고 보는 설

이 설은 민주주의개념을 이원화하면서 정당에 대한 당내민주주의 실현 요구의 수준을 국가에 대한 민주주의의 요청에 비하여 낮추는 데 반대한다.<sup>98)</sup> 이에 따르면 당내민주주의 원칙은 “권위주의적 당지도부의 출현을 방지하는” 소극적 역할을 하는 데 그치는 것이 아니라, 당내의 민주적인 질서구조를 형성하고 또 정당에 민주적 내부질서를 부여함으로써 정당을 강화하는 적극적인 기능도 수행한다고 본다. 당내민주주의를 비롯한 모든 민주주의의 핵심요소들은 자유와 평등의 조성 및 보장이기 때문에 국가의 민주주의 요청에 비하여 당내민주주의의 요구수준을 낮출 수 있는 근거가 없다고 본다. 헌법은 민주주의원리를 국가의 기본질서로 명시하면서도 민주주의 실현의 양식만을 기술하고 있지만, 이 개념의 내용적 충족을 정치적 세력들에 일임한 것은 결코 아니라고 한다.

이 설에 의하면 법적 민주주의 개념과 정치적 민주주의 개념을 구분할 수 있는 여지가 거의 없다.<sup>99)</sup> 헌법상의 민주주의의 개념은 전적으로 “헌법 자체에 의한 민주주의의 구체적 형성을 통해서”만 확정될 수 있고, 그것은 정당에 대해서도 타당성을 갖는다고 본다. 그리하여 당내민주주의 원칙은 당내질서를 국가의 형식원리들과 동질화하라는 명령이며, 당내민주주의 원칙은 자유민주적 기본질서의 구성요소인 정치적 기본권들과 의미와 실체에 있어서 같다고 한다.<sup>100)</sup>

98) J.-Th. Blank, Die innerparteiliche Willenswilldung nach dem Grundgesetz, ihre Ausgestaltung im Parteiengesetz und ihre Berücksichtigung in den Parteistatuten, DVBl. 1976, S. 564(565). 별다른 논거의 제시 없이 이러한 견해를 주장하고 있는 국내의 견해로는 최대권, 헌법과 당내민주주의, 9쪽. 최대권 교수는 민주주의는 거시 민주주의는 물론 정당이나 단체의 내부와 같은 미시적 영역에도 적용된다고 본다.

99) J.-Th. Blank, aaO.

100) J.-Th. Blank, DVBl. 1976, 565; 무엇보다도 국민의 정치의사형성에의 참여와 당내 질서문제와는 불가분적인 관련이 있다는 이유로 이에 동조하는 견해로는 D. Kressel, Parteigerichtbarkeit und Staatsgerichtbarkeit, 1998, S. 106 ff. 비교적 신중하게 유사한 견해를 피력하고 있는 R. Naujoks, Blockwahlquotient und innerparteiliche Demokratie, DVBl. 1975, S. 244 (246). 그는 그 이유로 제8조 제2항의 당내민주주의원칙이 국가의 구조원리인 민주주의원리를 원용하지 않았다는 점을 들고 있다.

**(6) 사건 : 국민의 정치의사형성과정에서의 정당의 기능을 기초로 독자적으로 확정되어야**

당내민주주의의 구체화와 관련하여 국가질서와 정당질서가 동질성을 띠는 주장이 조직화된 국가영역의 민주적 제도와 절차를 정당의 내부질서형성을 위하여 그대로 전용하여야 한다는 말이라면 수용하기 어렵다. 정당에 소속된 모든 당원이 국가의 국민의 역할을 수행한다는 주장도 지나친 단순화로 설득력이 없다. 전당대회를 의회와 비교하거나, 당의 최고위원회 내지 당대표를 정부 내지 대통령과 비교할 수는 없다. 그러므로 당내민주주의가 요구하는 민주성의 수준이 민주주의원리의 수준과 같은지, 아니면 높거나 낮은 것인지를 물음 자체가 잘못된 것이다. 당내민주주의를 파악함에 있어서 결정적인 것은, 국민의 민주적인 정치의사형성의 과정에서 정당이 수행하는 기능이다. 그렇다면 헌법 제8조 제2항 전단의 해석을 위한 준거로 볼 수 있는 것은 국가조직에 관한 규정이라기보다는 정치과정을 구성하고 보장하는 헌법규정들이 될 것이다.

정당은 시민이 정치의사형성에 지속적으로 참여할 수 있도록 함으로써 선거 때만이 아니라 평시에도 국가권력을 지속적으로 정당화하는 역할을 수행하여야 한다. 정당은 당원들이 정치적 욕구를 지속적으로 표출할 수 있도록 촉진하여야 하고 또 당의 의사형성 결과를 결정권이 있는 국가기관에 매개하여야 한다. 이를 통해 선거를 통한 형식적인 정당화에 대한 보완이 이루어진다. 현행 헌법상의 민주제에 포함되어 있는 참여적 요소는 정당국가적 현실에 비추어 볼 때 무엇보다도 정당과 결부되어 있다. 제1조 제2항, 민주제와 밀접한 관련성이 있는 기본권들(제21조, 제24조), 국민의 정치의사형성과정에 대한 규범적 지침들(제8조 제1, 2항, 제41조 제1항, 제67조 제1항)에 대한 종합적 해석은 이러한 이해를 뒷받침한다. 헌법은 국

가영역에 형성된 대의제적 구조를 보충하기 위하여 정당을 통해서 국민과 국가기관 사이에 상시적인 피드백이 형성될 수 있도록 배려하고 있는 것이다. 그렇기 때문에 정당의 구조는 민주적으로 형성되어야 하며 또 그렇기 때문에 유권자들이 정당 안에서 능동적으로 정당활동, 특히 정당의 의사결정에 참여할 수 있는 가능성이 항상 열려 있어야 한다. 그러므로 국가영역의 대의제에 상응하는 당내의 대의체계만으로는 헌법 제8조 제2항 전단의 요청을 충족시키지 못한다. 왜냐하면 국가기관이 국민으로부터 유리되는 경향을 억제하고 그러한 경향을 시민이 정치권력에 지속적으로 참여할 수 있는 가능성을 통해 보정하는 것이 정당의 과제이기 때문이다.<sup>101)</sup> 그렇다고 전당대회 내지 대의원대회를 매일 열 수는 없다. 그렇기 때문에 정당의 대의기관들에게 대의모델에 의거해서만 설명될 수 있는 독자적인 권한을 부여하는 것은 불가피하다. 결국 정당 내에서도 당원의 직접적인 참여와 대의는 양자택일이 아니라 상호보완적으로 결합되어야 한다.<sup>102)</sup>

정치현실에서 당지도부는 자신의 권력을 공고화하기 위하여 당원의 참여보다는 대의원리를 강조하는 경향이 있다. 그 결과 당의 엘리트들에게 당의 권력이 집중되고, 또 당의 뿌리인 평당원들의 의사와는 무관하게 당이 운영되게 된다. 이는 다시 당원들의 당무에 대한 무관심을 유발한다. 정당이 크면 클수록 당의 과두화는 더욱 심화될 위험이 있다.<sup>103)</sup> 당원들이 무관심 때문에 권력을 당지도부의 수중에 맡겨버리면, 과두화의 위험성은 더욱 커진다. 이러한 위험에 대처하는 길은 당원들의 참여와 대의적 요소를 균형 있게 결합시킨 당내질서를 형성하는 것이다. 특히 하의상달구조를 정당의사형성의 핵심적인 프로세스로 삼을 것을 ‘국민이 정치의사형성에 참여하는 데 필요한 조직’을 갖출 것을 요구하고 있는 헌법 제8조 제2항은

101) H. Trautmann, S. 175 f.; U. Müller, Die demokratische Willensbildung in den politischen Parteien, 2. Aufl., 1967, S. 97 참조.

102) 그러나 방승주, 권력구조의 민주화와 정당, 27쪽 이하는 정당의 과두화 및 당지도부에 의한 정당의 비민주적 운영의 현실을 이유로 상향식 정치의사형성 모델을 당내민주주의의 모델로 이해하고 있다.

103) 정당 과두화의 철칙을 제시하고 있는 R. Michel, Soziologie des Parteiwesens, Neudruck der 2. Aufl. von 1925, 1970, S. 343 ff. 참조.

요구하고 있다고 본다.

그러므로 당내질서는 당원의 영향력이 극대화되고 당원이 상시적으로 그리고 실효적으로 결정에 참여할 수 있도록 형성되어야 한다.<sup>104)</sup> 나아가 다수의 국민이 정당의 정치생활에 능동적으로 참여할 수 있도록 정당국가의 양적 확대가 이루어져야 한다. 이러한 목표들을 달성하기 위해서는 다양한 민주주의 실현형식들이 유기적으로 결합되고 또 환경의 요청에 맞게 하나의 복합적인 당내민주질서의 틀로 합체되어야 한다. 그렇게 볼 때 당내민주주의의 개념과 내용은 민주주의원리가 핵심영역으로 축소되는 것이 아니고 정당의 헌법적 과제를 고려하여 독자적으로 확정되어야 하는 것이다.<sup>105)</sup>

### 3. 당내민주주의의 의미

헌법 제8조 제2항 전단의 당내민주주의의 명령은 객관적·주관적인 의미를 갖고 있다. 물론 양자는 무관하게 병존하는 것이 아니라 상호 불가분적으로 결합되어 있으면서 보완·강화하는 작용을 한다.

#### 가. 당내민주주의의 객관법적 측면

##### (1) 참여촉진적 절차와 조직의 헌법적 요청

정당의 과제는 능동적 시민들이 국가권력에 참여할 수 있도록 절차적·조직적으로 매개하는 일이다. 이러한 과제는 정당의 구조와 내부질서가 시민들의 정당참여를 촉진하고 또 당원들이 당내의사형성 및 결정과정에 평등하고 자유롭게 참여할 수 있도록 형성될 것을 요구한다. 이와 같은 요청

---

104) E. Forsthoff, Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien, in: E. Forsthoff/K. Loewenstein/W. Matz, Die politischen Parteien im Verfassungsrecht, 1950, S. 16 f.; W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 50; H. Trautmann, S. 180.

105) H. Trautmann, S. 181.



은 헌법 제8조에 이미 담겨 있다. “정당은 국민의 정치의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 갖추어야 한다”는 제8조 제2항 후단의 규정을 통해서 직접적으로, 그리고 당내질서의 ‘민주성’을 요구하는 제8조 제2항 전단의 규정을 통해서 간접적으로 표현되고 있다. 헌법 제8조에 내포된 절차적 요청은 언론·출판·집회·결사의 자유 등 민주주의와 밀접한 관련을 갖는 기본권에 내포된 절차적·참여촉진적인 성격을 강화한다. 입법자는 정당법을 비롯한 법률의 차원에서 민주주의 관련 기본권들에 토대를 둔 능동적 절차적 지위(status activus processualis)<sup>106)</sup>를 구체적으로 형성하여야 한다.

기본권에 의해 보장되는 자유를 ‘집단적’으로 그리고 ‘조직적’으로 행사하는 것 자체가 개인의 기본권적 지위를 강화할 수 있다.<sup>107)</sup> 이러한 효과는 헌법 제8조에 의하여 부여되는 정당의 특권을 통해서 보다 강화된다. 기본권 행사의 집단적 측면은 당내에서도 실현된다. 능동적 시민의 일반적인 기본권적 지위는 정당 가입을 통해 질적으로 강화된다. 즉 사실상으로는 집단적인 요소를 통해서, 법적으로는 정당의 지위를 통해서 그리고 절차법적·실체법적으로는 개별 기본권에 내포되어 있고, 민주적인 당내의사형성과정을 통해서 실현되는 절차적 측면을 통해서 질적으로 강화되는 것이다.<sup>108)</sup> 기본권과 정당은 이렇게 공동작용을 하면서 지배질서가 지속적으로 민주적 정당성을 확보하기 위한 전제를 조성하는 것이다. 정당조항은 정당이라는 일견 순전한 형식으로 보이는 조직의 요소를 통해 참여의 새로운 형식과 참여의 가능성에 대한 보장을 함축하고 있는 기본권촉진적인 조직의 영역에 속하는 것이다.<sup>109)</sup>

---

106) 이에 대해서 자세한 것은 P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 86 ff. 참조.

107) 같은 취지로 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 145-146쪽: “민주적인 절차에 따른 입후보자추천은 ... 선거와 관련된 국민의 기본권을 보다 제고하는 핵심적인 요소”.

108) H. Trautmann, S. 189 f.

109) P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 51 f.

## (2) 조직의 수직적·수평적·지역적·직능적 분화의 필요성

구조적으로는 당내에 독립적으로 의사를 형성할 수 있는 다수의 조직들이 형성되어 있어야 한다. 사회의 다원적인 구조 및 정당의 국민정당으로의 발전추세에 비추어 볼 때 사회내에 존재하는 다원적 이익들의 주체가 정당에 용이하게 참여하고 당내에서 자신의 이익을 주장할 수 있도록 당내 조직의 수평적·직능적인 분화가 이루어져야 한다.

또 조직의 수직적·지역적 분화가 충분히 이루어져서 당원들이 하의상당의 의사형성구조를 통해서 정치적 문제에 대한 논의에 손쉽게 참여할 수 있는 충분한 가능성이 보장되어야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 지구당의 폐지 여부를 입법정책의 문제로 보고 중앙당과 시도당만을 존치시키고 지구당을 폐지한 정당법조항의 합헌성을 확인한 헌법재판소의 결정은<sup>110)</sup> 헌법 제8조 제2항의 의미를 충분히 반영하지 못한 채 내려진 결정이라는 비판을 면하기 어렵다.<sup>111)</sup> 당원참여를 용이하게 하기 위해서는 지구당의 존치가 불가결하기 때문이다. 국회가 최근 개정된 정당법(2005. 08. 04. 법률7684호) 제37조를 통해 시군 차원뿐만 아니라 읍면동 차원의 당원협의회의 구성을 허용함으로써 지구당을 사실상 부활시킬 수밖에 없었던 이유도 시도당이 정당의 최하위 조직단위가 되었을 때의 불합리를 절감했기 때문이다. 당원협의회는 사무실을 둘 수 없고, 따라서 유급직원도 둘 수 없다는 점에서만 종전의 지구당과 차이가 있을 뿐이다.

## (3) 당내민주주의의 법적 관철수단

당내민주주의의 요청에 부응하지 못하는 비민주적인 정당도 헌법적 의미의 정당이라는 하다. 당내민주주의명령 위반에 수반되는 제재<sup>112)</sup>는 법에

110) 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618.

111) 동지: 계획열, 헌법학(상), 2005, 274-275쪽 주 169a. W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 78은 극단적인 중앙집권화는 설사 중앙의 지도부가 민주적으로 구성되고 운영된다고 하더라도 허용되지 않는다고 본다; H. Trautmann, S. 231,은 조직의 수직적 분화의 목적은 당원이 당의 의사형성에 적절하게 참여하는 것이므로, 최하위의 지역조직이 가장 기본적인 의미를 갖는다고 한다.

112) 이 문제에 대한 상세한 고찰로는 김선택, 정당의 민주화를 위한 법적 방안, 282쪽 이하; 오호택, 정당내규에 대한 통제, 정당과 헌법질서(심천계회열박사화갑기념논문집), 1995, 155쪽 이하; 장영수, 정당의 헌법적 기능과 당내민주주의, 75쪽 이하; 정민희, 정당의 자유와 법적 규제 - 미국 정당의 후보자지명과정의 통제를 중심으로 -, 정당과 헌법질서(심천계회열박사화갑기념논문집), 1995, 262쪽 이하 등 참조.

의해서 자동적으로 발동되거나 또는 명시적으로 선고되게 된다. 당내민주주의 또는 이를 구체화한 정당법의 규정에 반하는 당헌상의 규정이나 정당의 결정은 효력이 없다고 보아야 한다.

현행 정당법은 정당등록시에 제출되어야 하는 당헌이 당내민주주의의 요청을 충족하는지 여부를 실질적으로 심사할 권한을 중앙선거관리위원회에 부여하고 있지 않다. 이에 비하여 독일법은 이 경우 관할관청으로 하여금 해당 서류를 반려할 수 있도록 하였으며, 독일 정당법 제6조 제2항의 의무를 이행하지 않을 경우 강제이행금을 부과할 수 있도록 하였다.

독일의 경우 공직선거후보자 선출의 경우에 당내민주주의원칙에 위반될 경우에는 선거관리위원회는 그 하자가 적시에 치유되지 않을 경우 해당 후보자추천을 수리하지 말아야 한다는 규정이 있으나(독일 연방선거법 제25조), 우리 선거법에는 해당규정이 없다. 강행법규인 헌법 제8조 제2항 전단의 당내민주주의 원칙에 대한 위반을 이유로 공천에 탈락한 자나 당원이 당의 공천무효확인을 구하는 민사소송을 제기할 수는 있다.<sup>113)</sup> 국회의원이거나 대통령선거, 나아가 정당추천후보자 선정의 민주성이 갖는 중요한 의미에 비추어 볼 때 과거의 견해에 비하여 엄격한 기준이 적용되어야 하며,<sup>114)</sup> 당내에서 공직선거후보자를 선정하는 과정이 당내민주주의 원칙에 현저하게 위반된 경우 선거무효의 결과를 초래할 수 있다고 보아야 한다.<sup>115)</sup> 한편, 비민주적인 당내질서는 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본

---

113) 동지: 김선택, 정당의 민주화를 위한 법적 방안, 290쪽; 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 153쪽 이하. 2000. 4. 13의 제16대 국회의선거를 앞두고 제기된 공천무효확인가처분 소송에서 민주적 공천을 요구하는 정당법규정의 강행법규성과 공천의 사법심사가능성을 인정한 서울민사지방법원의 판례(2000 카합489)는 큰 주목을 받았다. 그러나 동 법원은 수일 후에 이미 입후보등록을 하였기 때문에 선거법상 추천을 취소 또는 변경할 수 없다는 이유로 본안소송을 각하하였다(2000카합729).

114) BVerfGE 89, 243, 251ff.

115) 1993년 5월 4일의 함부르크 헌법재판소의 판결(DVBl. 1993, S. 1070, 1073)은 이 점을 명백히 하고 있다. 함부르크 주 선거 등에 앞서 거행된 함부르크 기민당(CDU)의 후보자추천절차가 선거라고 할 수 없을 정도로 비민주성을 띠었다는 이유로 함부르크 헌법재판소에 제기된 선거소원절차에서 동 재판소는 다음과 같이 설시하고 있다. “확인된 심각한, 부분적으로 매우 심각한 결함이 주의회 및 구역의 회의 구성에 영향을 미쳤을 가능성이 확실성에 가깝다(인과관계 및 선거결과와의 유관성). 그렇지만 이러한 효과는, 그 결함이 선거 이전의 단계에 존재하는 당사건과 같은 경우에는 절대적 확실성을 가지고 확인되거나 배제되지 않는다. 그렇지만 당 재판소는 모든 상황에 대한 종합적인 평가에 의거하여 선거소원을 인용하기에 불가결한 결함과 선거결과와의 관련성이 확실성에 가까운 개연성으로 존재한다는 확신에 도달하였다.” 즉 한 정당의 당내민주주의가 중대한 결함이 주선거의 재실시를 불가피하게 만들 수 있음을 확인하고 있다.

질서에 위배된다는 증거가 될 수도 있다.

당내민주주의명령에 대한 위반이 국고보조에 영향을 미칠 수 있는가? 국고보조를 비롯한 국가기관들이 정당 관련 사무를 집행할 때 당내민주주의명령을 준수하여야 한다. 당내민주주의명령에 위반하는 정당이 국가로부터 재정적 보조를 받는다는 것은 불합리하다. 그러나 국고보조의 거부는 정당사이의 경쟁에 대한 중대한 제약요인이므로 위반의 기준을 확정하고 관련 절차를 규율하는 법률의 근거를 두어야 할 것이다.<sup>116)</sup>

#### **(4) 정당활동의 공개성 확보의 필요성**

정당의 공개성은 당원과 유권자에 의한 통제를 가능하게 하며, 당원지위의 법적 보호장치는 당내민주주의의 실효성을 확보해준다. 헌법의 당내민주주의명령은 당내민주주의를 위하여 정당에 대내적 공개의 의무를 부과하고 있으며, 당내의 권리보호절차의 도입의무를 부과한다.

### **나. 당내민주주의의 주관적 권리의 측면**

#### **(1) 당내민주주의의 바로미터인 당원의 주관적 권리**

당내민주주의와 관련된 개인의 권리는 당원의 권리를 정하는 규정에 의해 구체화된다. 물론 이는 사법적 관계로서 헌법 제8조 및 정당법에 포함되어 있는 공법적 지침에 의해서 각인된다. 당원은 당내의사형성의 과정에

---

116) M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 122 참조.

서 당원의 지위에서 나오는 행위가능성을 주장하고 관철함으로써 당내민주주의의 실현에 이바지한다. 그 동안 당내민주주의의 이와 같은 차원이 등한시되어 왔다. 독일에서도 사건화된 것들은 구체적인 당원의 권리문제가 주종을 이루며, 당내민주주의의 관점은 등한시되었다. 당원의 권리를 이처럼 강조하는 것은, 이러한 방법이 기본권을 당원과 정당의 관계에 적용하려는 시도의 배경이 되고 있는 필요를 충족시킬 수 있기 때문이다.<sup>117)</sup>

## (2) 당원권리의 구체화의 필요성과 제3자효의 적용문제

정당은 공권력의 주체가 아니며, 따라서 기본권의 수범자도 아니다. 오히려 정당은 기본권의 주체이다. 당내민주주의의 주관적 권리로서의 측면을 보장하는 데는 당원의 지위에서 나오는 개인의 주관적 권리들에 의거하는 것이, 보다 특별법적 의미를 갖기 때문에 제3자효론에 의거 기본권을 적용하는 것보다 합리적이다.<sup>118)</sup> 국가는 정당의 자유의 객관법적 효과에 비추어 볼 때 당원에게 능동적·절차적 권리를 부여함으로써 당내에서 실효적으로 자유를 행사할 수 있도록 입법적으로 그리고 재판을 통해서 배려할 의무가 있다.

당내문제에 제3자효론을 응용하는 것은 당(공급적으로 당지도부)과 당원의 대립관계를 전제로 기본권을 이에 직접적이든 간접적이든 적용하는 논리이지만, 당원의 권리범위, 따라서 당원의 지위를 추상적인 기본권규정에 의해 보호되는 법익들의 형량을 담당하는 법원에 맡겨버리는 결과를 낳고, 이는 당원의 지위를 불확실한 형량의 결과에 의존하게 함으로써 불안정하게 만드는 것이다. 또 제3자효론은 참여민주주의의 출발점, 즉 당원의 참여

117) 그러한 시도로는 R. Wolfrum, Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteigesetz, 1974, S. 134ff. 그 밖에도 당내민주주의실현을 위해서는 당원의 지위의 보장이 불가결하다는 것을 강조하고 있는 계획열, 한국정당의 내부질서와 민주화 방안에 관한 연구, 21쪽 참조.

118) 이에 대해서는 H. Trautmann, S. 185 ff.; M. Morlok, aaO, 1998, Art. 21 Rn 115 참조. 그렇지만 당헌에 위반되는 공천과 관련하여 제3자효론을 적용하는 이로는 최대권, 헌법과 당내민주주의, 5쪽 이하; H. Ehmke, Staat und Gesellschaft als verfassungstheoretisches Problem, in: Festgabe für R. Smend, 1962, S. 47 f.; Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission: Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, 2. Aufl., 1958, S. 122, 160 참조.

지위를 충분히 반영하기 어렵다. 정치적 자유는 당내외의 정치의사형과정을 통해서 질적으로 강화되고 또 실현된다. 정치적 자유를 보장하는 기본권은 그 객관적 가치로서의 측면을 통해 이 자유의 실현에 필요한 절차와 조직을 형성할 의무를 입법자에게 부과한다.<sup>119)</sup> 정당 안에 존재하는 지배의 문제와 그에 따른 당원의 소극적 지위의 확보문제는 그 다음 문제이다. 당원들은 자신의 능동적 권리를 행사함으로써 대의적 형태의 지배를 자결 내지 자기지배의 형태로 바꾸어 놓을 수 있기 때문이다. 당지도부의 권력을 제어하는 일차적 수단은 기본권의 방어적 측면이라기보다는 참여를 보장하는 정치적 권리의 적극적 행사이다. 당원들이 정당의 과두화에 불만을 토로하고 그것을 막기 위해 노력하면서도 당의 의사결정과정에 소극적인 태도를 보인다면, 이는 앞뒤가 맞지 않는 것이다. 이 경우 방어권의 행사, 궁극적으로 법원은 아무런 실질적 도움을 주지 못한다. 정치적 참여를 지향하는 당원의 기본권적 지위는 당원들이 능동적으로 참여할 때에만 실현될 수 있다. 그러나 당원들이 능동적으로 당내의사결정에 참여할 수 있으려면, 자신의 법적 지위가 명확하고 상세하게 구체화되어 있어야 한다. 당원들이 자신의 권리를 알고 있어야 하고 또 그것을 주장할 수 있어야 한다. 이러한 측면에서 볼 때 입법자는 정당의 기존 구조가 당원들의 능동적인 참여를 충분히 보장하고 있는지를 상시적으로 점검하고 경우에 따라서는 당원들의 기본권이 최적으로 실현될 수 있도록 기존의 구조를 보완하거나 변경하여야 한다. 그렇게 할 때에야 정당은 당원의 공적 자유를 실현하는 자유실현의 장이 될 수 있다. 여기서 우리는 정당을 당원들의 자유의 잠재적인 적으로만 이해하는 사고에 바탕을 둔 제3자효이론은 능동적인 참여의 가능성을 충분히 보장하지 못한다는 것을 확인할 수 있다.

### (3) 당원의 주관적 권리의 한계

당원의 당내 활동의 자유는 물론 조직체인 당 및 다른 당원의 당의 노선

119) 동지: 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 146쪽. 선거의 공정성 확보를 위한 입법적 규제의 필요성을 논증하고 있는 헌재 1994. 7. 29, 93헌가4, 판례집 6-2, 30쪽도 참조.

에 대한 권리와 충돌하고 또 다른 정당들과의 경쟁에서도 효율적인 정당 활동의 가능성과도 충돌한다. 정당은 당원에 대해서도 정당의 특성을 수호하여야 하고 또 대중에게 정당정체성을 홍보하고 왕성하고 효과적인 활동을 통해 다가가야 한다는 점을 감안하여야 한다. 정당이 정권획득을 위한 투쟁 조직이기 때문에 내적 결속이 필요하고 이를 위해서는 어느 정도의 기강이 필요하다. 당의 기강을 잡기 위한 징계나 제명조치가 정당화될 수 있다. 따라서 정당내부에서의 특권적인 기본권의 행사는 정당의 의미와 목적에 구속을 받는다. 그렇지만 국민정당으로의 발전추세를 감안한다면, 당원들이 대외적으로 당의 분열로 보일 수 있는 행동을 자제하여야 한다는 요청을 엄격하게 제기할 수는 없다. 당원의 권리와 개별사례에서 보호되어야 할 정당의 이익 사이에는 실제적인 조화가 모색되어야 한다.

#### 4. 당내민주주의와 당원의 권리

당원의 권리에 대한 규율은 본질적으로 당내민주주의의 형식과 정도를 결정한다. 기성정당에서의 당원의 지위는 개인이 정치적 의사형성에 참여하는데 거의 불가결적 의미를 갖는다.

##### 가. 입당·탈당·당잔류의 권리

정당설립의 자유가 보장되어 있지만, 개인이 자신의 정치적 확신을 실현하기 위하여 정당을 창설하는 것은 매우 어려운 일이다. 그렇기 때문에 일차적으로 고려되는 것은 자신의 정치적 확신과 일치하거나 유사성이 있는 정강정책을 표방하고 있는 기성 정당에 가입하는 것이다. 따라서 정당활동의 권리는 현실적으로 보았을 때 정당에 가입할 수 있는 권리가 존재할 때에만 의미 있게 행사될 수 있다.

##### (1) 입당의 권리

입당의 권리에 대해서는 학설이 대립하고 있다. 창당의 자유를 이유로

이를 부정하는 설과<sup>120)</sup> 특정 신청자의 가입을 거부할 수 있는 중대한 사유가 존재하는 경우에만, 즉 정당의 정체성을 유지하기 위하여 또는 조직적 완결성 또는 경쟁력을 확보하기 위하여 필요한 경우 거부할 수 있으며, 이 경우 그 이유를 제시하여야 한다는 제한적 긍정설<sup>121)</sup>이 대립하고 있다. 어느 설에 의하든 타 정당 소속의 당원에 대해서는 그 가입신청에도 불구하고 가입요구를 거부할 수 있다. 정당법 제19조 제2항은 2중당적을 금지하고 있다. 한편, 우리 정당법은 입당의 강요를 금지하고 강요행위를 처벌함으로써 소극적인 입당의 자유를 명시하였다(제19조 제1항, 제47조). 적극적인 입당의 자유에 대해서는 입당에 대한 정당의 심사권을 인정함으로써(정당법 제20조 제2, 3항) 부정적인 입장을 취하고 있는 것으로 해석된다.

## (2) 탈당의 권리

즉각적인 탈퇴의 권리도 보장된다(정당법 제23조 제1항). 현행 정당법은 탈당신고서가 소속시·도당 또는 중앙당에 접수된 때에 탈당의 효력이 발생한다고 명시되어 있다(제23조 제2항). 탈당증명서의 교부는 탈당의 효력발생요건이 아니다.<sup>122)</sup>

120) BGHZ 101, 193 (200); U. Stoklossa, Der Zugang zu den politischen Parteien im Spannungsfeld zwischen Vereinsautonomie und Parteienstaat, 1989; W. Henke, BK, Art. 21 Rn. 272.

121) 계희열, 한국정당의 내부질서와 민주화 방안에 관한 연구, 21쪽; Morlok, Der Anspruch auf Zugang zu den politischen Parteien, in: FS f. Franz Knöpfle, 1996, S. 231-271; F. Knöpfle, Der Zugang zu den politischen Parteien, Der Staat 9 (1970), S. 321 ff.; S. Magiera, Der Rechtsanspruch auf Parteibeitritt, DÖV 1973, S. 761 ff.; P. Maly-Motta, Die Sicherung eines freien Zugangs zu den politischen Parteien (Parteibürgerrecht), 1972; R. Wolfrum, aaO, S. 156ff.; Trautmann, S. 193ff.; D. Grimm, § 14 Rn 41. 이 설에 의하면 “정당의 관할기관은 당원의 상세한 규정에 의하여 입당에 대하여 자유롭게 결정할 수 있다. 입당신청의 거부에는 이유를 제시할 필요가 없다. 일반적인 입당제한은 기한이 정해진 경우에도 허용되지 않는다. 판결로 피선거권이나 선거권을 상실한 자는 당원이 될 수 없다”고 규정하고 있는 독일 정당법 제10조 제1항 중 제2문은 위헌이라고 한다.

122) 탈당신고의 처리착오 등으로 인한 일시적인 이중당적은 유효하고, 따라서 그 이중당적자의 국회의원후보등록도 유효하다는 대법원 1965. 7. 1. 선고 63수13 판결 [집 13(2)선,001]도 참조.



### (3) 당잔류의 권리와 당의 당원제명권의 한계

당에 잔류할 권리도 보장된다.<sup>123)</sup> 이미 획득한 당원지위는, 당원의 지위가 유지될 것이라는 기대가 보호할 만한 가치가 있고 또 당내민주주의는 당내의 의사형성과정에서 당론과 다른 견해를 주장한 자의 지위가 보호될 수 있을 때에만 유지될 수 있기 때문에, 입당의 자유에 비하여 상대적으로 강하게 보호된다고 보아야 한다.

제명은 국민정당을 지향하는 주요 정당들의 현실에 비추어 볼 때 입당거부를 정당화할 수 있는 정도의 비중 있는 사유가 존재하는 경우에만 정당화될 수 있다고 보아야 한다. 정당의 강령에 대한 현저한 이해의 차이, 이중당적이나 타당의 후보자가 된 경우와 같이 당원의무에 대한 위반, 타당과의 경쟁의 기회를 현저히 침해한 경우 등에는 당원의 잔류에 대한 이익과의 형량을 통해서 제명조치가 정당화될 수 있다.<sup>124)</sup> 독일 정당법 제10조 제4항<sup>125)</sup>은 그와 같은 형량상황을 명시하고 있으나, 우리 정당법은 서면결의 또는 대리인에 의한 결의를 금지한 것과 정당소속국회회원의 제명에 소속국회 의원 전원의 1/2 이상의 찬성을 추가로 요구한 것을 제외하고는(제29조 제1항, 제32조) 거의 모든 것을 당헌에 맡기고 있어 당내민주주의의 실현을 위한 입법의무를 해태하고 있다. 합리적인 제명절차의 형성은 당원지위 보장에 중요한 의미를 갖고 있다. 독일 정당법은 제10조 제5항<sup>126)</sup>, 제14조<sup>127)</sup>에서 제명 등 징계절차에 대하여 규율하고 있으나, 우리 정당법은 이

123) 이에 대해서는 M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn. 127 참조.

124) 소송을 통한 권리구제의 실효성에 대하여 회의적인 견해로는 계획열, 한국정당의 내부질서와 민주화 방안에 관한 연구, 24쪽.

125) “당원은 고의로 당헌을 위반하였거나 당의 원칙이나 질서를 현저히 위반하고 이로써 당에 중대한 피해를 입힌 경우에만 제명될 수 있다.”

126) “제명에 대해서는 당내중재법원규정(Schiedsgerichtsgerichtsordnung)에 의하여 관할권을 갖는 중재법원이 결정한다. 상급 중재법원에의 항소가 보장되어야 한다. 결정은 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다. 신속한 조치를 요구하는 긴급하고 중대한 경우에는 중앙당이나 지구당의 의장단(Vorstand)은 중재법원의 결정이 내려질 때까지 해당 당원의 권리 행사를 정지할 수 있다.”

127) “제14조(당내중재법원)

- (1) 중앙당 또는 지구당과 당원 사이의 분쟁 및 당헌의 해석 및 적용에 관한 분쟁의 중재와 재판을 위하여 중앙당과 지구당(Partei und Gebietsverbänden der jeweils höchsten Stufe)에 당내중재법원을 두어야 한다. 1개 군에 속하는 복수의 지구당을 관할하는 공동중재법원을 둘 수 있다.
- (2) 당내중재법원의 중재위원은 4년 이하의 임기로 선출된다. 중앙당이나 지구당 의장단의 구성원은 중재위원이 될 수 없으며, 중앙당이나 지구당에 고용되어 있거나 그로부터 정기적인 급여를 받아서는 안 된다. 중재위원은 독립성을 갖고 또 지시에 구속되지 않는다.
- (3) 당헌은 당내중재법원을 일반적으로 구성하거나 분쟁당사자들이 동수로 지명하는 자들로 구성하도록 규정할 수 있다.
- (4) 당내중재법원의 활동에 관한 당내중재법원규정은 사건관련자들에게 청문권, 공정한 절차, 중재위원에게 불공정한 결정의 우려가 있는 경우의 기피를 보장하여야 한다.”

에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않음으로써 당의 자치에 맡겨 버리고 있다.

## 나. 당원의 참여권과 평등권

### (1) 당내의사결정절차에의 참여권

당내민주주의 주관적 권리의 측면은 다양한 종류의 참여권을 내포하고 있다. 각종 신청권, 후보자추천권, 당직선거입후보권, 공직선거후보자를 추천하기 위한 당내경선절차에 입후보할 수 있는 권리, 발언권, 정보공개요구권 등이 보장되어야 한다.

### (2) 평등한 당원지위의 보장

당원의 당내의사형성에의 참여는 평등권의 뒷받침을 받지 않으면 안 된다. 즉 모든 경쟁자들에게 그들이 갖고 있는 권리 때문에 평등한 기회를 부여하는 의사형성절차의 공정한 형성에 의해 뒷받침되지 않으면 안 된다. 이를 위해서는 표결권의 형식적 평등(독일 정당법 제10조 제2항 제1문), 당내경선후보자에 대한 적정한 발언시간의 배정<sup>128)</sup>, 결정권이 부여된 위원회에 선거를 거치지 않는 당연직 위원의 수 제한 등이 필요하다. 대의원회의의 구성에도 대표되는 당원들의 평등권이 존중되어야 한다. 당원을 상대적으로 적게 확보한 지역을 특별히 배려하기 위한 조치는 제한적으로만 정당화될 수 있다.<sup>129)</sup> 당내 의사결정에 대한 참여권은 선거권처럼 고도의 인격

128) BVerfGE 89, 243, 259 f. 참조.

129) 독일 정당법 제13조 제3항에 명시된 50%의 상한은 지나치게 높다는 비판이 제기되고 있다. 이에 대해서는 M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 129 참조.

성을 띠는 권리이기 때문에 그 주체만이 행사할 수 있으며, 투표권의 양도 내지 위임은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.<sup>130)</sup> 정당법 제29조의2 제1항도 대의기관의 결의 형식으로 서면결의와 대리인에 의한 결의를 금지하고 있다.

### (3) 당내야당권

당내민주주의는 현실적으로 당내에 형성된 집단들 사이의 경쟁의 형태로 작동되고 있다. 따라서 당내민주주의 실현을 위한 권리보장은 개인들의 평등한 참여의 자유를 보장하여야 할 뿐 아니라, 정치과정의 본질적인 담당자인 당내 집단들의 활동의 여지를 배려하여야 한다. 그렇다면 이른바 당내야당권도 인정되어야 한다.<sup>131)</sup>

### (4) 당내선거의 원칙

당내선거제도를 형성할 때 대의기관의 선거에서 적용되는 원칙(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항)이 적용되는가? 이에 대해서는 견해가 갈린다. 정당국가적 현실에서 당내공직후보자추천절차가 공직선거의 결과에 매우 중대한 영향을 미친다는 이유로 이를 원칙적으로 긍정하는 견해<sup>132)</sup>와 자유선거 및 평등선거의 원칙을 제외한 다른 선거의 원칙의 경우 정당의 자율에 맡겨져 있다는 견해<sup>133)</sup>가 대립하고 있다. 국민정당을 표방하는 현대의 대규모 정당에서 직접선거의 원칙을 항상 관철하기는 어려울 것이다. 따라서 제한적인 범위에서 대의원에 의한 간접선거를 용인할 수밖에 없을 것이

---

130) 투표권의 양도가 허용되는지에 대해서는 견해가 갈린다. 당원의 기회균등 보장을 위하여 이를 부정하는 견해로는 M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 129; 반면 당원이 명시한 경우 독일민법 제38, 40조를 근거로 허용된다고 보는 견해로는 W. Henke, Art. 21 Rn 269; Seifert, aaO, S. 262.

131) D. T. Tsatsos, Ein Recht auf innerparteiliche Opposition? in: FS Mosler, 1983, S. 997ff.; v. Münch, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 21 Rn. 57; 방승주, 권력구조의 민주화와 정당, 38-39쪽. 이에 대해 비판적인 견해로는 Ph. Kunig, Parteien, in: HStR II, 1987, § 33 Rn. 30.

132) M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 131; Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 21 Rn. 18; BVerfGE 89, 243, 251.

133) 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 144쪽.

다. 그러나 여타의 원칙들은 공직선거후보자 추천을 비롯한 당내선거에서 적용되어야 한다고 본다. 현행 정당법은 공직선거후보자추천의 민주성을 요구하면서도 구체적인 추천절차의 형성은 물론 당내경선실시여부까지도 당헌에 맡기고 있다(제31조 제1, 2항 참조). 납득할 수 없는 규율이라고 본다. 일단 경선이 실시될 경우 선거운동방법과 관련해서는 공직선거에 준하는 엄격한 규제를 가하고 있다(정당법 제31조의2 이하 참조).

당내의 각종 선거제도는 당내 소수파도 대표를 낼 수 있는 가능성이 존재하게 형성되어야 한다.<sup>134)</sup> 이러한 관점에서 볼 때 선거인들이 선출하여야 할 인원과 같은 수만큼의 투표권을 행사하도록 하는 엄격한 블록선거(Blockwahlssystem)는 당내민주주의원칙에 위반된다고 보아야 한다. 소수파는 자신이 지지하지 않는 후보자를 선출할 수밖에 없고 또 소수집단에 속한 당원이 선출될 수 있는 가능성이 거의 없기 때문이다.<sup>135)</sup>

특정 소수집단이 대표를 낼 수 있도록 보장하는 할당제는, 정당이 당헌에 의거하여 자율적으로 결정한 것인 한, 원칙적으로는 허용된다. 정당이 내부사안의 형성에 있어서 당파성을 떨 수 있지만, 당내민주주의의 요소인 평등선거원칙에 부합하여야 한다. 구체적으로 어떤 형태의 할당제가 합법성을 떨 것인지에 대해서는 견해가 갈리고 있다.<sup>136)</sup> 현행 정당법은 비례대표전국구선거거구국회의원 및 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자 50% 이상을 여성으로 추천하도록 법제화하고 있다(제31조 제4, 5항). 그러나 이와 같은 강제적인 할당제는 남성의 평등권은 물론 정당의 자유를 침해할

---

134) M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 131.

135) M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn. 131. 한편, BGH NJW 1974, 183 (184)는 한 집단이 10%의 유권자의 지지를 받으면 대표자를 낼 수 있는 경우에는 블록선거제는 허용된다고 보았다.

136) 여성할당제의 합법성에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 허용된다고 보는 이로는 K. Lange, NJW 1988, S. 174ff.; I. Ebsen, Verbindliche Quotenregelungen für Frauen und Männer in Parteistatut, 1988. 부정적인 입장으로는 E. V. Heyden, DÖV 1989, S. 649 ff.; König, Verfassungsbindung der politischen Parteien, 1993, S. 77ff., S. 82. 절충적인 입장으로는 U. Maidowski, Umgekehrte Diskriminierung, 1989, S. 108ff., 184ff., 203 ff.; Degenhardt, Staatsrecht I, Rn 75; v. Münch, Staatsrecht I, Rn 220 ff.; 계획원, 헌법학(중), 246쪽 이하 참조.

소지가 매우 높다고 본다.

### (5) 회의소집의 원칙

당원이나 대의원을 회의에 소집하고 또 회의를 진행할 경우에 민주적이고 평등한 의사형성을 보호하려면 소집 등과 관련하여 사단에 일반적으로 통용되는 원칙들이 준수되어야 한다. 그것을 준수하지 않은 경우 무효설과 취소설이 대립하고 있다.<sup>137)</sup> 대의원들에 대한 기속위임의 채택은 허용되지만,<sup>138)</sup> 당내민주주의 실현을 위해 반드시 필요한 것은 아니다.<sup>139)</sup>

## 다. 당원권의 절차적 보호

법치국가원리와 당내민주주의는 법률과 당헌에 의해 부여된 당원권이 보호되고 관철될 수 있도록 보장할 것을 요구한다.

이와 관련하여 당내분쟁을 중재할 필요성이 있다. 헌법은 이러한 목표에 부합하는 기관을 창설하고 이 기관들에게 이 과제를 해결하는 데 필요한 절차적 규율을 부여하는 것을 요구하고 있다.<sup>140)</sup> 독일정당법은 이에 입각하여 당내 중재재판기구를 의무적으로 설치하도록 규정하였다. 정당의 중재재판기구가 민사소송법상의 임의중재법원인지에 대해서는 다툼이 있다. 그렇지만 당의 중재재판기구가 사적인 이익을 추구할 뿐만 아니라 당내민주주의 실현과 관련되어 있다는 점에서는 순수한 사적인 중재재판기구로 보기는 어렵다. 중재재판절차는 당내활동의 일부이고 또 그렇기 때문에 경향성을 띤다. 독일에서는 이를 근거로 당원자격을 가진 변호사만이 보조자로 변호활동을 할 수 있다는 견해가 주장되고 있다. 정당의 공공적 지위에 비추어 볼 때 이 절차는 적어도 당내에서는 공개되어야 한다.

당원권 및 당내민주주의의 보호 그리고 일반적인 권리구제절차의 보장

137) 이에 대해서는 M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 132 참조.

138) H. Trautmann, S. 250 f.; M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 132 참조.

139) Seifert, Parteien, S. 237, 262; M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 132 참조.

140) 이에 대하여 상세한 것은 H. Trautmann, S. 286 ff.; D. Kessel, Parteigerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit 참조.

은 당원이 자신의 지위와 관련된 문제와 관련하여 법원에 제소할 수 있는 가능성도 포함한다.<sup>141)</sup> 정당의 자유가 국가법원에 의한 통제를 금지하는 것은 아니다. 다만 통제의 강도가 분화되어야 하고<sup>142)</sup> 또 당의 자율성을 확보하기 위하여 제소 전에 당내의 권리구제절차를 거쳐야 하는지에 대해서는 견해가 대립된다.<sup>143)</sup> 필요적 경유를 요하는 명문의 규정이 없을 뿐 아니라, 법원의 통제를 받게 하더라도 통제강도를 자의심사로 낮추면 정당의 자율성을 침해하지 않고 또 당내의 권리구제가능성은 당사자들이 잘 알고 있다고 보아야 할 것이기 때문에 당내구제절차를 경유할 것인지는 관련 당원의 판단에 맡겨져 있다고 보아야 한다. 당내결정의 기초가 된 사실, 당내의 해당 절차규정들의 준수여부에 대해서는 무제한적으로 심사가 가능하지만, 당헌과 국가의 법의 적용은 당의 자율영역에서의 경향적 결정의 가능성에 비추어 볼 때 자의심사에 국한된다.<sup>144)</sup>

---

141) 정당의 공천에 대한 사법심사가능성을 논증하고 있는 최대권, 헌법과 당내민주주의; 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 153쪽 이하.

142) M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 134; Grawert, Parteiausschluß und innerparteiliche Demokratie, 1987, S. 280; 심사강도를 낮출 것을 요구하는 이로는 W. Henke, BK, Art. 21 Rn 312; M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 134.

143) 긍정설로는 M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 134 및 주 453에서 인용된 문헌 참조. 부정설로는 D. Kressel, aaO, S. 246 f.

144) M. Morlok, aaO, Art. 21 Rn 134.

## 참고 문헌

### 【국내문헌】

- 계희열, 정치개혁과 당내민주주의, 정무장관 제1실 정책자료집(1994), 24쪽 이하
- 계희열, 헌법학(상), 2005
- 계희열/김선택/장영수, 한국정당의 내부질서와 민주화방안에 관한 연구, 1999-2000년도 한국의 의회발전연구회 지원연구 논문
- 곽상진, 공천에 있어서의 당내민주주의문제, 경상대 법학연구 6집, 1997, 244쪽 이하
- 김선택, 정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 - 국회의원선거 후보자추천을 중심으로 -, 아태공법연구(2000. 12), 37쪽 이하
- 김선택, 정당의 민주화를 위한 법적 방안, 정당과 헌법질서(심천계희열박사 화갑기념논문집), 1995, 275쪽 이하
- 김선택, 정책국민투표의 성격과 효력, 헌법논총 제11집, 2000, 233쪽 이하
- 방승주, 권력구조의 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로 -, 헌법학연구 제8권 제2호(2002. 3), 9쪽 이하
- 에른스트-볼프강 뵐켄포르데, 사회국가적 민주제에서 경제적·사회적 단체 및 이익주체들의 정치적 기능, 「헌법과 민주주의 - 헌법이론과 헌법에 관한 연구 -」, 2003 (E-W. Böckenförde저, 김효진/정태호 공역) 310쪽 이하
- 오호택, 정당내규에 대한 통제, 정당과 헌법질서(심천계희열박사화갑기념논문집), 1995, 155쪽 이하
- 이상돈, 법이론, 1996
- 장영수, 정당의 헌법적 기능과 당내민주주의, 공법연구 제25집 제3호(1997. 6), 49쪽 이하
- 장영수, 한국 헌법의 장래와 정당민주화의 의미, 공법연구 30집 제3호(2003), 1쪽 이하

- 전광석, 정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천, 헌법학연구 제6권 제1호(2000.5), 130쪽 이하
- 전광석, 정당과 단체의 헌법적 위상; 단체의 활동을 중심으로, 공법연구 제24집 제2호, 81쪽 이하
- 정만희, 정당과 당내민주주의 - 정당내부질서의 민주화를 위한 법적 규제를 중심으로-, 현석김병규박사화갑기념논문집 (1980. 12) 135 이하
- 정만희, 정당의 내부질서, 세계헌법연구 제1집(1994. 10), 78쪽 이하
- 정민희, 정당의 자유와 법적 규제 - 미국 정당의 후보자지명과정의 통제를 중심으로 -, 정당과 헌법질서(심천계회열박사화갑기념논문집), 1995, 262쪽 이하
- 정태호, 정당설립의 자유와 정당등록제의 위헌성에 관한 관견, 인권과 정의 제297호, 2005. 3. 97쪽 이하
- 최대권, 헌법과 당내민주주의, 서울대 법학 118호(2001. 5), 1쪽 이하
- 허영, 한국헌법론, 2005

#### 【외국문헌】

- Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission: Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, 2. Aufl., 1958
- Blank, J.-Th.: Die innerparteiliche Willensbildung nach dem Grundgesetz, ihre Ausgestaltung im Parteiengesetz und ihre Berücksichtigung in den Parteistatuten, DVBl. 1976, S. 564 ff.
- Fraenkel, E: Deutschland und die westlichen Demokratien, 4. Aufl., 1968
- Grimm, D: Die politischen Parteien, in: HdbVerfR, 2. Aufl., 1994, § 14
- Häberle, P.: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 86 ff.
- Henke, W: Kommentierung des Art. 21 GG, in: Bonner Kommentar, Stand, 1991
- Henke, W: Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl., 1972
- Hesse, H: Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Aufl., 1995
- Hesse, K: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), S. 11 ff.
- Kelsen, H: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929
- Kressel, D: Parteigerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit, 1998
- Kriele, M: Das Demokratieprinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 ff.



- Kunig, Ph.: Parteien, HStR, Bd. II, 1987, § 33
- Leibholz, G: Der Strukturwandel der modernen Demokratie, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., 1967
- Leisner, W: Parteienvielfalt bei gleichem Parteiprogramm?, DÖV 1971, S. 649 ff.
- Morlok, M: Kommentierung des Art. 21, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 1998
- Münch, I. v.: Kommentierung des Art. 21 GG, in: Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., 1995
- Naujoks, R: Blockwahlquotient und innerparteiliche Demokratie, DVBl. 1975, S. 244 ff.
- Preuß, U: Kommentierung des Art. 21 GG, in: Alternative Kommentar, R. Wassermann(Hrsg.), BD. 1, 2. Aufl., 1989
- Scheuner, U: Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Verfassungsstaat, in: FS G. Müller, 1970, S. 379
- Schiedermaier, H: Parteiausschluß und gerichtlicher Rechtsschutz, AöR 104 (1979), S. 200 ff.
- Seifert, K.-H.: Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975
- Smend, R: Verfassung und Verfassungsrecht(1928), in: Staatsrechtliche Abhandlung, 2. Aufl., S. 124 ff.
- Trautmann, H: Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, 1975
- Tsatsos, D. T.: Ein Recht auf innerparteiliche Opposition? in: FS Mosler, 1983, S. 997ff.
- Tsatsos, D. Th./Morlok, M: Parteienrecht: Eine verfassungsrechtliche Einführung, 1982
- Wolfrum, R.: Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteigesetz, 1974

# 행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여

河明鎬  
憲法研究官

## - 目次 -

I. 서론 .....	553
II. 행정상 인신구속의 의의 .....	554
1. 개념 .....	554
2. 다른 인신구속절차와의 구별 .....	555
가. 형사절차에서의 체포·구속과의 구별 .....	555
나. 보안처분과의 구별 .....	556
3. 법적 성질 .....	556
III. 현행 법률에서 규정하고 있는 행정상 인신구속 .....	558
1. 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에 의한 보호조치 .....	558
가. 보호조치의 의의 .....	558
나. 보호조치의 요건과 대상 .....	559
다. 보호조치의 방법 .....	560

라. 보호조치의 기간과 장소 .....	560
2. 출입국관리법에 의한 보호조치 .....	561
가. 강제퇴거절차 개관 .....	561
나. 출입국관리법에 규정된 보호조치 .....	562
3. 전염병감염자 등에 대한 격리수용 .....	563
가. 개관 .....	563
나. 전염병예방법 제29조에 의한 격리수용 .....	564
다. 결핵예방법 제25조에 의한 입원명령 .....	565
라. 후천성면역결핍증예방법 제15조에 의한 강제처분 .....	565
4. 마약류관리에관한법률 제40조의 치료보호 .....	565
가. 의의 .....	565
나. 판별검사를 위한 입원조치 .....	566
다. 치료보호명령 .....	566
5. 정신보건법상의 강제입원 .....	567
가. 정신보건법상 입원형태 .....	567
나. 행정상 인신구속에 해당하는 강제입원 .....	567
IV. 헌법상 보장된 신체의 자유와 행정상 인신구속과의 관계 .....	568
1. 행정상 인신구속과 신체의 자유와의 관계 .....	568
가. 신체의 자유의 의의 .....	568
나. 신체의 자유의 보장에 관한 헌법 규정 .....	569
다. 헌법 제12조 제1항 제2문에 규정된 체포·구속과 행정상 인신구속과의 관계 .....	569
2. 행정상 인신구속의 한계 .....	572
가. 의의 .....	572
나. 실체적 한계로서의 비례의 원칙 .....	572
다. 절차적 한계로서의 적법절차의 원리 .....	573

V. 위법한 행정상 인신구속에 대한 기존의 통제제도 .....	578
1. 개관 .....	578
2. 일반적인 구제수단 .....	579
가. 행정쟁송 .....	579
나. 민·형사상의 구제수단 .....	580
3. 개별법에 규정된 통제제도 .....	581
4. 기존 구제제도의 부적합성과 특별한 구제제도의 필요성 .....	583
가. 기존의 구제제도의 부적합성 .....	583
나. 특별한 구제제도의 필요성 .....	584
VI. 헌법 제12조 제6항의 구속적부심사제도에 관하여 .....	585
1. 헌법의 관련규정과 신체의 자유와의 관계 .....	585
가. 헌법의 관련규정 .....	585
나. 신체의 자유와 구속적부심사제도와와의 관계 .....	585
2. 헌법 제12조 제6항의 연혁과 미군정법령 및 비교법적 고찰 .....	586
가. 미군정법령과 비교법적 고찰의 필요성 .....	586
나. 비교법적 고찰 .....	587
다. 헌법 제12조 제6항의 연혁과 미군정법령의 내용 .....	597
3. 헌법 제12조 제6항의 해석 .....	599
가. 연혁적인 검토에 따른 헌법 제12조 제6항의 의미 .....	599
나. 헌법 제12조 제6항의 구체적인 해석 .....	600
다. 헌법 제12조 제6항에 관련된 입법형성의무 .....	603
VII. 행정상 인신구속에 관한 구속적부심사제도의 부존재로 인한 헌법위반 .....	605
1. 개관 .....	605
2. 우리 나라에서의 구속적부심사제도의 법률적 구체화의 연혁 .....	606
가. 미군정법령과 제헌헌법 및 제정 형사소송법	

(1954. 9. 23. 법률 제341호) .....	606
나. 제3공화국 헌법 및 그 당시 법률제정 및 개정논의 .....	609
다. 제4공화국 헌법 .....	611
라. 제5공화국 헌법 .....	611
마. 현행 헌법 .....	612
3. 입법부작위로 인한 헌법위반 .....	612
가. 행정상 인신구속에 대한 헌법 제12조 제6항의 적용여부 .....	612
나. 형사절차에서의 구속적부심사제도에 대한 검토 .....	613
다. 행정상 인신구속에 관한 구속적부심사제도에 대한 검토 .....	615
VIII. 구속적부심사제도의 일반법으로서의 인신보호법의 제정에 관하여 .....	616
1. 개관 .....	616
2. 구속적부심사제도 도입형식과 인신보호법의 도입노력 .....	616
가. 입법의 두 가지 방식 .....	616
나. 인신보호법의 도입노력 .....	617
3. 구속적부심사제도의 일반법으로서의 인신보호법 .....	618
가. 제정되어야 할 인신보호법의 기본이념과 성격 .....	618
나. 제정되어야 할 인신보호법의 적용범위 .....	620
다. 인신보호청구권의 요건 .....	623
라. 심판절차 .....	627
IX. 결 론 .....	628

## I. 서론

신체의 자유란 신체적 거동의 자유(körperliche Bewegungsfreiheit)를 의미한다<sup>145)</sup>. 즉, 신체의 자유란 적극적으로는 어디든지 원하는 장소로 이동할 수 있는 자유, 다시 말하면 현재 있는 장소를 떠나 원하는 어떤 장소든지 방문할 수 있는 자유를 말하고, 소극적으로는 현재 있는 장소에 머무를 자유, 다시 말하면 피하고 싶은 어떤 장소든지 피할 수 있는 자유를 말한다<sup>146)</sup>.

그런데, 신체의 자유 제한에 대한 관심은 형사절차에서의 체포·구속에 집중되어 있다. 그 이유는 헌법 제12조에서 말하는 체포·구속은 형사절차에서 빈번히 이루어지고 그 침해의 심각성<sup>147)</sup> 또한 부각되어져 있어서 형사소송법에는 형사절차에서의 체포나 구속절차에 관하여 상당히 세밀한 입법과 학계의 연구가 이루어져 있기 때문인 것으로 보인다. 그러나, 공권력에 의한 신체의 자유의 침해이기는 하지만 형사절차 이외에서에의 인신구속, 특히 행정목적 달성을 위한 행정작용에 의한 구속은 국민들의 생활에 생각보다 가까이 있고<sup>148)</sup>, 그 침해의 심각성 또한 형사절차에서의 체포·구

---

145) Christoph Gusy, 'Freiheitsentziehung und Grundgesetz', NJW 1992, Heft8, 제458쪽

146) 계희열, 헌법학(중), 박영사(2004), 제287쪽

147) 헌법재판소는 형사절차에서의 신체자유 침해의 해악에 대하여 '신체의 자유가 제한되는 경우는 가정과 사회에서의 행복추구권이 상실되고, 고용관계와 사업관계 등 경제생활은 물론이요 사회적·정신적인 모든 생활면이 파괴되며, 세인으로부터 유죄의 추정을 받아 개인의 명예와 장래의 취업에도 지울 수 없는 낙인이 찍히게 되는 수도 있고, 형사소추에 관련하여서는 자기에게 유리한 증거수집 등 방어준비를 충분히 할 수 없게 되고, 유·무죄의 판단에 있어서 법원으로 하여금 편견을 가지게 할 우려가 있으며, 수사나 재판과정에서도 빨리 신체의 자유를 얻기 위하여 본의 아닌 자백을 함으로써 공정한 재판을 저해하는 수도 있고, 가족의 생활도 곤궁에 빠지게 되는 등 그 손실이 크다'고 강조하였다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 594).

148) 2004년도 출입국관리 통계연보에 따르면, 강제퇴거된 외국인이 19,307명에 이르는 데 이 중 대부분이 행정상의 인신구속에 해당하는 보호조치를 받았을 것으로 보인다(자세한 통계자료는 출입국관리국의 홈페이지 <http://www.immigration.go.kr> 참조). 한편, 정신보건법에 의하여 입원된 자에 대한 통계를 살펴보면, 우리나라에서 2003. 6. 30. 현재 총 입원자수는 64,083명에 이르고, 그 중 93.4%에 이르는 59,901명이 강제입원되었고, 다시 강제입원된 자 중 1.2%를 제외한 나머지는 모두 보호의무자에 의한 입원이었는데, 65.9%인 41,853명이 보호의무자가 가족인 경우이고, 26.3%인 17,293명이 보호의무자가 시장·군수·구청장인 경우였다(서동우 대표집필, 2003년 지역사회정신보건사업 기술지원단 사업보고서 참조).

속에 못지않다. 그럼에도 불구하고 공권력에 의한 인신구속 중에서 행정작용에 의한 인신구속은 형사절차에서의 체포·구속에 비하여 소홀히 다뤘던 것이 사실이고, 그와 같은 인신구속을 정한 법률은 구속의 요건을 엄격히 규정하고 있지 못한 경우도 많고, 일반적으로 절차적 통제규정이나 사후구제에 관한 규정을 두고 있지 않거나 두고 있더라도 매우 부실하다. 이러한 법제도의 불비 및 국민의 무관심속에서 이 분야에서 인신의 자유에 대한 침해의 가능성이 상존하고 있고 실제로 그 위험성이 현재화되는 경우가 많은 것이 우리의 현실이므로, 행정분야에서의 인신구속에 대한 검토와 이 분야에서의 인권보장은 우리가 안고 있는 현실의 과제라 할 수 있다<sup>149)</sup>.

따라서, 이 글에서는 형사절차에서의 체포·구속에 비하여 상대적으로 소홀히 다루어지고 있는 행정작용에 의한 인신구속이 무엇이고 현행 법률상 어떻게 이루어지고 있으며, 헌법상 보장된 기본권인 신체의 자유와의 관계에서 그 한계는 어디까지인지 살펴보고, 그에 대한 효과적이고 즉각적인 통제수단을 모색하고자 한다.

## II. 행정상 인신구속의 의의

### 1. 개념

인신구속은 공권력에 의하여도 이루어질 수 있고 사인에 의하여도 이루어질 수 있다. 공권력에 의한 인신구속은 흔히 생각할 수 있는 형사절차에서의 체포·구속 외에도 전염병 예방을 위한 격리라든가 정정보건법상의 강제입원 등 행정목적 달성을 위하여 행정기관에 의하여 이루어지는 인신구속이 생각보다 많은 분야에서 많은 수의 인원에 대하여 이루어지고

---

149) 박균성, '행정상 인신구속에 대한 법적 통제', 공법학의 제문제: 현제 김영훈박사 화갑기념, 법문사(1995), 제487쪽.

있다. 이러한 인신구속을 형사절차에서의 인신구속과 구별하기 위하여 이 글에서는 ‘행정상 인신구속’<sup>150)</sup>이라고 부를 것이고, 이러한 행정상 인신구속은 행정작용이라는 점에서 형사절차에서의 인신구속이 사법작용인 것과 구별된다 할 것이다.

## 2. 다른 인신구속절차와의 구별

### 가. 형사절차에서의 체포·구속과의 구별

형사절차에서의 인신구속제도는 체포와 구속으로 이원화되어 있다. ‘체포’란 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 단시간 동안 수사관서 등 일정한 장소에 인치하는 제도로서 수사초기에 피의자의 신병을 확보하기 위한 구속의 전단계 처분으로 체포기간이 단기이고 요건이 완화되어 있다는 점에서 구속과 구별된다<sup>151)</sup>. 한편, ‘구속’은 피의자 또는 피고인에 대한 신체의 자유를 체포에 비하여 장기간에 걸쳐 제한하는 강제처분으로서 피고인 또는 피의자를 교도소 또는 구치소 등에 감금하는 ‘구금’과 피고인 또는 피의자를 법원 기타 장소에 인치하는 ‘구인’으로 나뉘어진다<sup>152)</sup>. 위와 같은 형사절차에서의 인신구속제도의 목적은 형사절차의 진행과 형벌의 집행을 확보하는 것, 즉 피고인 또는 피의자에 대한 신체의 자유를 제한함으로써 형사절차에서의 출석을 보장하고 증거인멸에 의한 수사과 심리의 방해를 제거하며 확정된 형벌의 집행을 확보하기 위한 것을 목

---

150) 행정상 인신구속이라는 용어는 이 분야에 관한 연구가 소홀한 것에서 보는 바와 같이 사용된 예가 거의 없는 것으로 보이고, 학계에서 합의된 용어도 아니다. 다만, 공권력에 의한 인신구속을 형사절차에서의 인신구속과 그렇지 않은 행정작용에 의한 인신구속으로 나눈다면 전자에 대비되는 개념으로 후자에 관한 용어를 일응 행정상 인신구속으로 부를 수 있을 것이고, 이러한 용어를 사용한 문헌으로는 박근성, ‘행정상 인신구속에 대한 법적 통제’, 공법학의 제문제 : 현제 김영훈박사 화갑기념, 법문사(1995)가 있다.

151) 이재상, 형사소송법 제6판, 박영사(2002), 제216쪽

152) 이재상, 위의 책, 제227쪽



적으로 한다<sup>153)</sup>.

이에 대하여 행정상 인신구속은 수사기관이나 법원에 의하여 이루어지는 것이 아니고 행정기관에 의하여 이루어지며, 사회방위나 치료 등 행정목적 달성을 위한 것이다.

## 나. 보안처분과의 구별

보안처분이라 함은 범죄에 대한 사회방위의 방법으로 형벌만으로써는 불충분 또는 부적당하므로 형벌 이외의 방법으로 형벌을 보충하고 대체하는 의미에서 범죄행위자 또는 범죄위험자에 대하여 국가가 시행하는 범죄예방 처분을 말하고, 그 법적 성격에 관하여는 보안처분을 형벌과 동일한 성질의 것으로 보아 형사사법작용으로 보는 견해(일원설)와 보안처분을 형벌과는 다른 성질의 것으로 보아 행정작용으로 보는 견해(이원설)가 대립되고 있다<sup>154)</sup>. 보안처분은 범죄에 대한 형법상 제재인 보안처분과 새로운 범죄를 요건으로 하지 않는 행정작용으로서의 보안처분으로 나누어 볼 수 있다. 그러나, 행정작용으로서의 보안처분도 범죄의 예방을 위한 것이라는 측면이 강하기 때문에 범죄와는 무관하게 행정 목적을 달성하기 위하여 행하여지는 행정상 인신구속과는 구별된다고 보아야 할 것이다. 즉, 보안처분은 넓은 의미의 형사사법작용에 속하며 따라서 행정작용으로서의 성질을 가지는 행정 목적을 위한 인신구속과는 그 법적 성질이 다르다고 보는 것이 타당하다<sup>155)</sup>.

## 3. 법적 성질

행정상 인신구속은 각각의 요건과 형태를 따져서 그 법적 성질을 규명하

---

153) 이재상, 위의 책, 제228쪽

154) 배종대, 형사정책 제5집정관, 홍문사(2003), 제424쪽; 정영석, 신양균 공저, 형사정책, 법문사(1997), 제370쪽

155) 박균성, 위의 글, 제489쪽

여야 할 것이지만, 통상 구속을 결정하는 절차와 그 결정을 집행하는 절차로 나눌 수 있을 것이다. 전자는 치료시설에 입원할 것과 같은 의무부과를 명하는 결정이나 명령으로 행정행위의 성질을 가지는 것이 대부분일 것이고, 후자는 행정상 즉시강제나 직접강제에 해당할 것이다. 일반적으로 ‘행정상 즉시강제’라 함은 목전에 급박한 행정상 장애를 제거하여야 할 필요가 있으나 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때, 또는 그 성질상 의무를 명해가지고는 그 목적을 달성하기 곤란할 때에 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이라고 설명<sup>156)</sup>하고, ‘직접강제’란 행정법상의 의무불이행에 대하여 직접적으로 의무자의 신체나 재산에 실력을 가하여 의무의 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현하는 강제수단을 말하고, 이는 대체적 작위의무뿐 아니라 비대체적 작위의무, 부작위의무 및 수인의무 등 모든 의무의 불이행에 대하여 행할 수 있다는 점에서 대집행과 구별된다고 설명한다. 그리고, 직접강제와 즉시강제는 법률이나 행정처분에 의하여 의무가 미리 과해진 경우를 전제로 하는 것인지로 구별하는 것이 통설적인 견해이다. 따라서, 행정상 인신구속을 집행하는 절차가 상대방인 국민에게 사전에 의무(예, 입원명령)를 명함이 없이 행하여지는 경우에는 행정상 즉시강제가 되고, 사전에 국민에게 의무를 명하고 상대방인 국민이 이 의무를 이행하지 않는 경우에 행하여지는 경우에는 직접강제에 해당하게 될 것이다<sup>157)</sup>.

---

156) 류지태, 행정법신론 제8판, 신영사(2004), 제296쪽; 홍준형, 행정법총론 제3판, 한울아카데미(1997), 제568쪽, 이러한 통설에 대하여 통설이 사용하는 개념은 너무 포괄적이라는 지적을 하면서 급박한 행정상 장애를 제거하여야 할 필요가 있으나 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때에는 협의의 즉시강제 또는 즉시집행이라고 부르고, 성질상 의무를 명해가지고는 그 목적을 달성하기 곤란할 때에는 직접시행 또는 광의의 즉시강제로 부르는 것이 좋다는 견해도 있다(김남진, 김연태 공저, 행정법 I, 법문사(2004), 제454쪽).

157) 박균성, 위의 글, 제488쪽; 류지태, 위의 책, 제296쪽; 홍준형, 위의 책 제569쪽

### Ⅲ. 현행 법률에서 규정하고 있는 행정상 인신구속

행정상 인신구속은 그것을 규정하고 있는 개개의 법률에 따라 그 요건이나 절차가 다르다. 아래에서는 행정상 인신구속으로 대표적인 것이라고 생각되는 몇가지를 소개한다.

#### 1. 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에 의한 보호조치

##### 가. 보호조치의 의의

일반적으로 보호조치(ingewahrsamnahme von Personen)는 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자에 대하여 그 위해를 방지하기 위하여 잠정적으로 신체의 자유를 제한하여 보호하는 조치를 말한다. 우리나라는 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호에 ‘경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다’고 규정하고 있다.

보호는 예방적 이유에 의한 경찰의 자유박탈이라는 성격을 가지고 있는 점에서 형사절차에서의 체포·구속과 동일하나 범죄의 수사 또는 범죄에 대한 제재로서 행하여지는 것이 아닌 점에서 구별되므로, 이는 행정상 인신구속에 해당한다.<sup>158)</sup> 보호는 자유로운 의사형성이 불가능한 상태 또는 무력하여 의지할 바가 없는 상태에 있는 경우에 허용되고, 보호의 목적은 개인의 생명·신체 등의 법익의 보호에 제한된다.

---

158) 김재광, ‘경찰관직무집행법의 개선방안 연구’, 한국법제연구원(2003), 제80쪽

## 나. 보호조치의 요건과 대상

보호조치의 결정권자는 경찰관이다<sup>159)</sup>. 이때 보호조치의 대상자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 일반적인 사회통념에 따라 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여야 할 것이고 그에 해당한다고 하더라도 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있어야 한다.

보호조치의 대상은 정신착란 또는 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자이다. 여기에서 정신착란이란 사회통념상 명확히 정상이 아닌 상태·정상적인 판단능력이나 의사능력을 결한 상태에 있는 것을 말하고, 술에 취한 상태라 함은 알코올의 영향에 의하여 사회통념상 심취하여 정상적인 판단능력이나 의사능력을 상실할 정도로 취한 상태이다. 한편, 자살을 기도하는 자란 극약을 소지하거나 투신목적으로 강변에서 방황하는 등 주위의 상황과 본인의 거동 등을 합리적으로 판단할 때 자살을 결행할 위험성이 있는 자를 말한다.

그런데, 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제2호에서는 미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자에 대하여도 경찰관은 보호조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나, 이는 당해인이 이를 거절하지 않는 경우에만 행하여 질 수 있으므로, 자유박탈이라고 할 수 없어 행정상 인신구속이라 할 수 없을 것이다.

---

159) 독일의 경우 뒤에서 보는 바와 같이 보호조치에 근거하여 사람을 구급한 경우 경찰은 지체없이 자유박탈의 허용성과 계속성에 관한 법관의 결정을 받도록 되어 있으나, 경찰조치의 이유가 없어지고 난 후에야 비로소 법관의 결정이 있을 것으로 인정될 때에는 법관의 결정을 구할 필요가 없도록 하여 경찰의 판단만으로 보호조치가 가능하도록 하고 있다(남승길, '경찰관직무집행법', 공법연구 제25집 제3호, 한국공법학회, 제105쪽; 정하중, '독일 경찰법의 체계와 한국 경찰관직무집행법의 개선방향(下)', 사법행정 제399호, 한국사법행정학회, 제8쪽 참조).

## 다. 보호조치의 방법

위와 같은 보호조치 대상자를 발견한 경찰관은 보건의료기관 또는 공공구호기관에 응급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다. 보건의료기관이란 보건소, 병원, 한의원, 조산소 등 응급조치로 생명·신체의 구조를 행할 수 있는 공·사를 불문한 기관을 말하고, 공공구호기관이란 국가나 지방자치단체가 설립한 아동보호소, 부녀보호소, 양로원 등의 일체의 사회복지시설을 말한다<sup>160</sup>). 이 때 긴급구호요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유없이 긴급구호를 거절할 수 없다(제4조 제2항).

경찰관은 보호조치를 할 때 피구호자가 휴대하고 있는 무기·흉기 등 위험을 야기할 수 있는 것으로 인정되는 물건을 경찰관서에 임시영치할 수 있고 그 기간은 10일을 초과할 수 없다(제4조 제3항, 제7항).

## 라. 보호조치의 기간과 장소

경찰관서 내에서의 보호는 24시간을 초과할 수 없다(제4조 제7항). 보호의 장소는 통상 경찰서 내에 일정한 자를 사실상 유치하기 위하여 설치한 구역인 보호실이 될 것이다. 이는 보호조치된 자를 수용하기 위하여 설치·운영되고 있는 시설로서 피보호자 외에 형사절차에서의 연행자라든가 구속피의자, 임의동행자 등은 보호실에 유치할 수 없고, 유치장은 법률이 정한 절차에 따라 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위한 시설로서 보호시설인 보호실과는 그 법적 성격을 달리한다고 한다<sup>161</sup>).

160) 김형훈, '경찰관직무집행법 개정방향', 경찰학연구 창간호, 경찰대학, 제83쪽

161) 김재광, 위의 책, 제90쪽

## 2. 출입국관리법에 의한 보호조치

### 가. 강제퇴거절차 개관

외국인이 허가된 체류기간 내에 출국하지 않고 그 기간을 도과하거나 기타 범법행위를 하였을 때 출입국관리소장 등은 그 위반사실을 조사한 후 통고처분, 출국권고, 강제퇴거 등의 조치를 취한다. 이 때 강제퇴거는 출입국관리법상의 해당 외국인에 대한 출입국관리소장 등의 행정처분으로서 외국인의 국내체류를 불허함은 물론 체류외국인의 의사에 관계없이 대한민국의 영토 밖으로 퇴거조치하는 처분을 말하고, 출입국관리법상 가장 강력한 처분이다<sup>162)</sup>. 강제퇴거처분을 받은 자는 우리 나라에서의 거주권을 박탈당하고 경우에 따라서는 그 사람의 생활을 근본적으로 뒤집는 결과를 초래할 가능성을 가지고 있기 때문에 행정절차에 의한 형벌이라고 비유되기도 한다<sup>163)</sup>.

우리 나라 출입국관리법상 강제퇴거절차를 개관하여 보면 다음과 같다. 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 소지하지 않고 입국하거나 체류자격이 없는 등 출입국관리법 제46조 각호에 열거된 규정에 위반한 외국인은 강제퇴거의 대상자가 된다. 출입국관리공무원은 강제퇴거 대상자에 해당한다고 의심되는 외국인(이하 ‘용의자’라고 한다.)에 대하여 조사를 할 수 있는 바, 그 절차는 위 법 제47조 내지 제50조에 규정되어 있다. 출입국관리공무원이 위와 같은 조사를 마친 때에는 출입국관리사무소장 등은 지체없이 용의자가 강제퇴거 대상자에 해당하는지의 여부를 심사하여 결정하여야 하고, 이에 해당한다고 인정될 때에는 강제퇴거명령서를 발부한다(제59조 제2항). 이에 불복하는 용의자는 강제퇴거명령서를 송달받은 날부터 7일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다(제60조). 강제퇴거명령서

162) 김광효, ‘강제퇴거의 현실태와 문제점’, 법무연구 제19호, 법무연수원, 제367쪽

163) 장지표, ‘강제퇴거관련 집행정지요건에 관한 일고찰’, 법무연구 제27호, 법무연수원, 제351쪽

가 발부되면, 출입국관리공무원은 제62조 내지 제64조의 규정에 따라 이를 집행하게 된다.

## 나. 출입국관리법에 규정된 보호조치

위와 같은 강제퇴거의 심사 및 집행절차에 부수하여 해당 외국인의 신병이 문제가 되는 바, 일정한 요건을 갖춘 경우에는 출입국관리사무소장의 보호명령 등에 의하여 행정상 인신구속에 해당하는 보호조치가 취하여진다.

### (1) 용의자에 대한 보호

외국인이 출입국관리법 제46조 제1항 각호의 소정의 강제출국의 대상이 된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 사료되는 용의자라고 하여 반드시 보호하여야 하는 것은 아니나 그가 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정되는 경우에는 원활한 조사를 위하여 부득이 신병을 확보할 필요가 있을 수 있다. 출입국관리법 제51조는 그러한 용의자에 대한 보호절차를 규정하고 있는데, 출입국관리공무원은 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받아 그 해당 외국인을 보호할 수 있다. 다만 긴급을 요하여 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있고, 그 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발부받아 그 외국인에게 이를 내보여야 하며, 이를 발부받지 못한 때에는 즉시 보호를 해제하여야 한다.

이 때 보호기간은 10일 이내로 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 범위내에서 1차에 한하여 연장할 수 있다(제52조 제1항). 한편, 보호할 수 있는 장소는 외국인보호실·외국인보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소로 한다(제52조 제2항).

## (2) 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 보호

한편, 출입국관리공무원은 출입국관리사무소장 등이 결정하여 발부한 강제퇴거명령서를 지체없이 집행하여야 하나, 여러 가지 사정으로 인하여 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이때 강제퇴거명령을 받은 자를 보호할 수 밖에 없고 송환이 가능할 때까지 외국인보호실·외국인보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 보호하게 된다(제63조 제1항).

## (3) 외국인의 일시보호

위와 같이 용의자가 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정되는 경우나 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 송환할 수 없는 경우 외에도 출입국관리법에는 외국인을 일시보호하는 규정을 두고 있다. 즉, 출입국관리공무원은 입국이 거부된 자, 조건부 입국허가를 받은 자로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자, 그리고 출국명령을 받은 자로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자에 대하여 48시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 외국인보호실에 일시보호할 수 있다(제56조 제1항). 다만 일시보호한 외국인에 대하여 출국교통편의 미확보, 질병 기타 부득이한 사유로 48시간 내에 송환할 수 없는 때에는 출입국관리사무소장 등의 허가를 받아 48시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 1차에 한하여 보호기간을 연장할 수 있다(제56조 제2항).

# 3. 전염병감염자 등에 대한 격리수용

## 가. 개관

보건행정관청은 전염병이나 결핵, 후천성면역결핍증 등의 감염자의 치료효율을 높일 필요성이 있을 뿐만 아니라 새로운 전염원으로부터 더 이상의 확산을 방지하기 위하여 격리치료조치를 취할 수 있다<sup>164)</sup>. 이를 규정한 대표적인 법률은 전염병예방법과 결핵예방법, 후천성면역결핍증예방법 등을

164) 한국의료법학회 보건의료법학 편찬위원회, 보건의료법학 개정판, 동림사(2003), 제 365쪽 참조



들 수 있는 바, 아래에서는 이에 대하여 간략히 살펴본다.

#### 나. 전염병예방법 제29조에 의한 격리수용

전염병예방법 제29조에 의하면, 같은 조 소정의 전염병환자 등은 격리수용되어 치료를 받아야 한다. 즉, 제1군 전염병환자 등은 전염병예방시설이나 시장·군수·구청장이 지정하는 의료기관<sup>165)</sup> 등 장소에 격리수용되어 치료를 받아야 하고, 제3군 전염병환자 중 보건복지부령으로 정하는 자<sup>166)</sup>는 격리수용되어 치료를 받아야 하며, 제4군 전염병환자 중 보건복지부장관이 정하는 전염병환자 및 생물테러 전염병환자 등은 전염병예방시설에 격리수용되어 필요한 예방접종 및 치료를 받아야 한다고 규정하고, 질병관리본부장 및 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위의 전염병환자와 제1군 내지 제4군 및 생물테러전염병환자 등과 접촉하여 전염병의 감염 또는 전파의 우려가 있다고 인정하는 자에 대하여는 자가에서 격리치료를 하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

여기에서 격리수용하여야 할 기간은 전염병환자로 진단받은 때부터 치료를 통하여 주요증상이 쇠퇴하여 미생물학적 검사 결과 그 병원체를 발견할 수 없을 때까지이다(전염병예방법 시행령 제5조).

---

165) 전염병예방법 시행규칙 제15조에 의하면, 시장·군수·구청장이 지정하는 의료기관은 의료법 제3조 제2항의 규정에 의하여 개설된 종합병원·병원 및 한방병원을 말한다.

166) 전염병예방법 시행규칙 제16조에 의하면, 제3군 전염병환자 중 격리수용되어 치료를 받아야 할 자는 자가치료를 함으로써 타인에게 전염시킬 우려가 있다고 시장·군수·구청장이 인정한 자와 부랑·걸식·치료거부 등으로 타인에게 전염시킬 우려가 있어 전염병 예방상 격리 수용하여 치료함이 필요하다고 시장·군수·구청장이 인정한 자이다.

#### **다. 결핵예방법 제25조에 의한 입원명령**

결핵예방법 제25조에 따르면, 시장·군수·구청장은 결핵예방상 동거자 또는 제3자에게 결핵을 전염시킬 우려가 있다고 인정할 때에는 환자 또는 그 보호자에게 일정한 기간을 정하여 결핵병원(요양소·부설결핵병동 포함)에 입원할 것을 명할 수 있다.

#### **라. 후천성면역결핍증예방법 제15조에 의한 강제처분**

후천성면역결핍증예방법 제14조에 따르면, 보건복지부장관 또는 도지사는 인간면역결핍바이러스의 전염을 방지하기 위하여 감염자의 치료가 공익상 필요하다고 인정할 경우에는 ‘타인에게 감염시킬 우려가 높은 자 등 대통령령이 정하는 감염자’에 대하여 전문진료기관에서 치료를 받도록 할 수 있고, 같은 법 제15조에 의하여 치료지시를 받은 감염자가 이에 응하지 아니할 경우 소속공무원으로 하여금 그 감염자가 있다고 인정되는 거소 기타 장소에 들어가 필요한 조사를 실시하고, 감염자에 대하여 치료를 받게 할 수 있다.

### **4. 마약류관리에관한법률 제40조의 치료보호**

#### **가. 의의**

마약류관리에관한법률에 의하면 식품의약품안전청장 또는 시·도지사는 마약류중독자를 위한 치료보호기관을 설치·운영하거나 지정할 수 있고, 마약류사용자에 대하여 마약류 중독 여부의 판별검사를 받게 하거나 마약류 중독자로 판명된 자에 대하여 치료보호를 받게 할 수 있다(법 제40조 제1항, 제2항). 이러한 판별검사 또는 치료보호를 하고자 하는 때에는 치료보호심사위원회의 심의를 거쳐야 하는데, 중앙치료보호심사위원회는 식품

안정청에, 지방치료보호심사위원회는 특별시·광역시 및 도에 둔다(법 제 40조 제4항).

## 나. 판별검사를 위한 입원조치

마약류중독자치료보호규정에 의하면, 검사는 중독자 또는 중독자로 의심되는 자(이하 ‘중독자등’이라 한다)에 대하여 치료보호를 할 필요가 있거나 중독여부를 판별할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 당해인을 치료보호기관에 입원의뢰하고 그 사실을 해당 치료보호기관을 관할하는 식품의약품안전청장 또는 시·도지사에게 통보하여야 하고, 중독자등 본인, 그의 배우자·직계존속·후주 또는 법정대리인은 판별검사 및 중독자의 치료보호를 위하여 식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 치료보호기관의 장에게 치료보호기관의 입원을 신청할 수 있다(규정 제9조). 식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 치료보호기관의 장은 위와 같은 통보·입원신청 또는 입원의뢰를 받은 때에는 치료보호위원회의 심의를 거쳐 지체없이 당해인을 치료보호기관에 입원시켜 판별검사를 하여야 한다(규정 제10조 제1항, 제11조). 다만 부득이한 사유로 인하여 미리 위원회의 심의를 거칠 수 없다고 인정되는 경우에는 중독자등을 입원시킨 후에 지체없이 해당 위원회의 심의를 거쳐야 한다(규정 제10조 제2항 단서). 이 경우 판별검사기간은 1개월 이내로 한다(법 제40조 제2항 제2문).

## 다. 치료보호명령

식품의약품안전청장 또는 시·도지사는 위의 판별검사결과 중독자로 판명된 자에 대하여는 지체없이 해당 치료보호위원회의 심의를 거쳐 치료보호기간을 정하여 치료보호를 명하여야 한다(법 제40조 제2항, 규정 제13조). 이 경우 치료보호기간은 12월 이내로 한다(법 제40조 제2항 제2문).

## 5. 정신보건법상의 강제입원

### 가. 정신보건법상 입원형태

우리 나라 정신보건법에는 입원형태에 따라 다음과 같이 입원절차를 규정하고 있다. 정신질환자가 자의로 입원을 신청하여 입원하는 ‘자의입원’(제23조), 정신질환자의 보호의무자가 동의하여 입원하는 ‘보호의무자에 의한 입원’(제24조)<sup>167)</sup>, 시·도지사가 정신질환자를 입원시키는 ‘시·도지사에 의한 입원’(제25조), 정신질환자가 자신 또는 타인을 해할 위험이 크고 상황이 급박한 경우’에 정신질환자 자신 또는 타인의 안전을 보호하기 위하여 경찰관 등에 의하여 72시간에 한하여 실력을 행사하여 행하여지는 임시적 강제입원 조치인 ‘응급입원’(제26조)이 그것이다. 여기에서 ‘시·도지사에 의한 입원’은 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자에 대하여 그 증상의 진단을 위한 ‘평가입원’(제25조 제3항)과 그 자가 정신질환자로 판명된 경우 입원치료를 시킬 수 있는 ‘법정입원’(제25조 제6항)으로 나눌 수 있다<sup>168)</sup>.

### 나. 행정상 인신구속에 해당하는 강제입원

정신보건법에 규정되어 있는 위 5가지의 입원절차를 정신질환자의 자발적 의사에 기한 것인지 여부로 나누어 보면, 자의입원은 자발적 입원이 될 것이고, 보호의무자에 의한 입원, 시·도지사에 의한 입원, 응급입원은 정신질환자의 의사여부와 관계없이 입원당하는 비자발적 입원, 즉 강제입원

---

167) 정신보건법이 제정될 당시에는 ‘동의입원’이라는 용어를 사용하였는데, 1997. 12. 31. 법률 제5486호로 전문개정되면서, ‘보호의무자에 의한 입원’이라는 용어를 사용하게 되었다.

168) 정신보건법에는 입원의 주체를 기준으로 전자와 후자를 구별하지 않고 ‘시·도지사에 의한 입원’이라는 조문에 함께 규정하고 있는데, 양자의 목적과 성격, 요건 등이 다르므로, 이후부터 설명의 편의상 전자를 ‘평가입원’이라고 하고 후자를 ‘법정입원’이라고 한다.

이다<sup>169</sup>). 한편, 입원의 성격을 기준으로 입원형태를 나눈다면, 자의입원과 보호의무자에 의한 입원은 사법적 계약의 형태로 입원되는 절차이고, 나머지 시·도지사예 의한 입원, 응급입원은 행정작용에 의한 입원이 될 것이다.

따라서, 정신보건법상의 입원절차 중 강제입원이면서 행정작용에 의한 입원, 즉 시·도지사예 의한 입원(평가입원과 법정입원)과 응급입원은 행정상 인신구속에 해당하게 된다.

#### IV. 헌법상 보장된 신체의 자유와 행정상 인신구속과의 관계

##### 1. 행정상 인신구속과 신체의 자유와의 관계

###### 가. 신체의 자유의 의의

신체의 자유란 앞에서 언급한 바와 같이 신체적 거동의 자유를 말한다. 신체의 자유와 관련하여 헌법재판소는, 헌법 제12조 제1항 전문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하여 신체의 자유를 보장하고 있는 것은 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것이라고 판시<sup>170</sup>)한 바 있다.

신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이다<sup>171</sup>). 즉, 신체의 자유는 모든 기본권보장의 전제가 되는 가장 중요한 기본권으로서, 신체의 자유가 보장되지 아니하면 그 밖의 자유나 권리의

169) 전병서, ‘정신질환자의 강제입원’, 법률신문 1993. 5. 6.자 제2214호, 제14쪽

170) 헌재, 1992. 12. 24. 92헌바8, 판례집 4, 853, 874

171) 헌재 1992. 4. 14. 90헌바82, 판례집 4, 194, 206

향유는 물론이고, 인간의 존엄성 유지와 민주주의 그 자체의 존립마저 불가능한 것이 된다.

## 나. 신체의 자유의 보장에 관한 헌법 규정

우리 헌법은 신체의 자유에 대하여 제12조 이하에서 상세히 규정하고 있다. 헌법 제12조 제1항은 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다’고 규정하고 있다.

위와 같이 헌법 제12조 제1항에서 신체의 자유 일반을 선언한 다음, 같은 항에서 신체의 자유의 실체적·절차적 보장을 규정함으로써, 죄형법정주의와 체포·구속 등의 법률주의와 적법절차를 규정하고, 제2항에서 고문금지와 묵비권의 보장, 제3항 본문에서 ‘체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’고 하여 영장제도와 적법절차, 제4항에서 변호인의 조력을 받을 권리, 제5항에서 체포 또는 구속의 이유 등을 고지받을 권리, 제6항에서 구속적부심사제도, 제7항에서 자백의 증거능력 제한을 각 규정하고 있다. 또한 제13조에서 일사부재리와 소급입법의 금지 및 친족의 행위로 인한 불이익처우금지 등을 규정하고 있으며, 그 외에도 제27조와 제28조에서 형사피고인으로서의 권리를 규정하고 있다.

## 다. 헌법 제12조 제1항 제2문에 규정된 체포·구속과 행정상 인신구속과의 관계

신체의 자유에 대한 우리 헌법 제12조 제1항 제2문 중 체포·구속의 의미가 구체적으로 무엇인지에 관하여 형사절차에 의한 체포·구속으로 한정하여야 할 것인지, 아니면 행정상 인신구속 등 다른 공권력에 의한 인신구

속도 포괄하여야 할지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다.

우리나라 헌법학자들은 위 헌법조항에 규정된 체포·구속의 범주에 관하여 명확한 인식을 가지고 설명하는지는 불분명하나 문헌에서 설명하고 있는 내용을 보아 다음과 같이 견해를 나누어 볼 수는 있을 것이다.

우선 수사기관의 체포·구속 뿐만 아니라 그 밖의 일반적인 체포·구속을 포괄하는 것으로 설명하는 포괄설이 있다. 즉, 헌법 제12조에 규정되어 있는 ‘체포’는 실력으로 신체의 자유를 구속하는 것으로서 형사소송법상의 체포·구인·구류 등을 포함하는 것이고, ‘구속’은 신체의 자유를 구류하여 그 장소적 이전의 가능성을 제한·박탈하는 것으로 설명하고 있다<sup>172)</sup>.

다음으로 수사기관의 체포·구속으로 한정하여 설명하는 제한설이 있을 수 있다. 이에 관한 것으로는 헌법 제12조에 규정되어 있는 ‘체포’는 수사기관이 피의자를 인치하여 일정기간 유치하는 강제처분을 말하고, ‘구속’은 수사기관이 피의자의 신체의 자유를 박탈하여 일정한 장소에 일시적 또는 계속적으로 유치하는 것(구인과 구류)이라는 설명이다<sup>173)</sup>.

신체의 자유는 역사적으로나 현실적으로 수사기관에 의하여 침해되는 경우가 매우 많을지라도 반드시 수사기관에 의하여만 이루어진다고 볼 수 없고, 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여 직접 제한될 수도 있다<sup>174)</sup>. 구속이란 신체의 자유가 박탈되고 감금되는 경우를 말한다. 문제는 치료시설 또는 복지시설에의 수용 등이 인신의 구속인가 하는 것이다. 시설 수용이 구속이 되기 위하여는 그것이 감금을 포함하는 것이어야 한다. 감금이란 폐쇄된 시설에의 수용뿐만 아니라 폐쇄되지 않은 시설에의 수용

---

172) 계획열, 위의 책, 제289쪽; 김철수, 헌법학신론, 박영사(2004), 제369쪽

173) 권영성, 헌법학개론, 법문사(1998), 제289쪽

174) 대법원은 사무감사·조사를 위하여 증인에 대한 동행명령장을 발부할 수 있도록 허용하는 지방의회의 조례에 관한 무효확인청구소송에서, 이러한 동행명령장이 증인의 신체의 자유를 억압하여 일정 장소로 인치하는 것으로서 이는 헌법 제12조 제3항의 “체포 또는 구속에 준하는 사태로 보아야 한다고 하면서 법관이 아닌 지방의회 의장이 발부한 동행명령장에 의하여 증인을 인치할 수 있도록 규정한 조례안은 위헌이라는 취지로 판시하였는데(대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결), 이는 ‘신체의 자유’가 수사기관이 아닌 지방의회 등 다른 국가기관에 의하여 직접 침해될 수 있음”을 나타낸 것이다.

일지라도 시설관리자가 피수용자를 일정한 시설에 가두고 탈출을 제지하는 권한을 부여받고 있는 경우에는 사실상 탈출의 가능성이 다소 있어도 구속에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 이 때 시설에 수용하게 된 동기는 문제가 되지 않는다. 시설수용이 경찰행정적 관점으로부터 공공의 안녕질서의 유지를 위하여 행하여진 경우 뿐만 아니라 복지행정적 측면으로부터 치료를 위하여 행하여졌더라도 감금을 수반하는 시설수용은 구속에 해당한다고 보아야 한다.

제한설은 헌법 제12조에 규정된 체포·구속을 형사소송법상의 개념과 유사한 것으로 보는 취지이다. 그러나, 헌법 제12조 제1항 제2문은 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니한다고 규정하고 있는바, 체포·구속을 수사기관에 의한 것으로 제한한다면 다른 국가기관에 의한 인신구속은 법률적 근거가 없어도 된다고 해석되어야 논리적일 것이다. 그러나, 그러한 결론은 누구도 받아들일 수 없을 것이므로, ‘신체의 자유’를 헌법적 차원에서 보장하고 있는 헌법 제12조 소정의 ‘체포·구속’은 포괄적인 개념으로 해석함이 상당하다.

한편, 제한설을 취하더라도 헌법 제12조 제1항에 관련하여, ‘적법절차의 원칙이 자유와 권리를 절차적으로 보장하는 것을 목적으로 하는 것이라면, 행정처분에 의하여 자유와 권리가 제한되는 경우에도 적법절차의 원칙이 적용되어야 한다고 본다’라고 설명하고 있으므로, 양설의 큰 차이는 없다고 할 수도 있다.

그렇다고 하더라도, 헌법 제12조 제1항 제2문의 체포·구속을 수사기관에 의한 것으로 한정할지, 아니면 모든 공권력에 의한 체포·구속을 포괄할지는 헌법 제12조 제6항의 체포·구속적부심사조항과 관련하여 매우 중요한 해석상의 문제를 낳을 수 있다. 즉, 헌법 제12조 제6항은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다’고 규정하고 있는 바, 위 조항에서 말하는 체포·구속을 수사기관에 의한 것으로 한정해 버린다면 다른 국가기관에 의한 체포·구속에 대하여는 적부심사를 청구할 수 없다는 결론에 다다르기 때문이다.



## 2. 행정상 인신구속의 한계

### 가. 의의

행정상 인신구속은 헌법 제12조에서 말하는 체포·구속에 해당한다고 해석되므로, 당연히 그에 의한 신체의 자유의 제한은 헌법에 의하여 설정된 한계를 준수하여야 할 것이다. 우리 헌법은 기본적 인권을 보호하기 위하여 특별히 두 가지 제도적 장치를 마련하고 있는바, 대륙법계에서 볼 수 있는 법치주의와 영미법계에서 볼 수 있는 적법절차에 의한 보장이다.

따라서, 위와 같은 신체의 자유의 제한의 한계원리는 행정상의 인신구속의 한계원리로서 그대로 적용될 수 있는바, 아래에서는 실체적 한계로서의 비례의 원칙과 절차적 한계로서의 적법절차의 원칙을 살펴보도록 한다.

### 나. 실체적 한계로서의 비례의 원칙

행정상 인신구속은 치료나 사회방위 또는 피구속자 및 제3자의 법익의 보호를 위하여 필요한 경우 등의 행정목적 달성을 위한 것으로 한정되어야 하고, 이러한 목적이 전제되지 않는 행정상 인신구속은 정당화될 수 없다(적합성의 원칙).

다음으로 인신의 구속에 이르지 않는 다른 수단에 의하여 행정목적 달성을 할 수 있는 경우에는 인신의 구속은 허용되지 않는다(필요성의 원칙 또는 최소침해의 원칙)<sup>175</sup>. 정신보건법상의 강제입원을 예로 들면, 환자를 강제입원시키지 않고서도 정신질환자의 치료와 사회복귀라는 목적을 달성할 수 있다면 강제입원 등은 지양되어야 할 것이고, 입원을 하더라도 자발적 입원이 권장되어야 하고, 낮병동이나 밤병동과 같은 제한적 강제입원으로도 환자의 치료라는 입법목적 달성을 할 수 있다면 그와 같은 수단을 선택

---

175) 정신보건법 제2조 제5항에서는 입원치료가 필요한 정신질환자에 대하여는 항상 자발적 입원이 권장되어야 한다고 규정하고 있다.

하여야 할 것이다.

또한, 추구하는 행정목적과 인신의 구속은 비례관계를 유지하여야 한다(협의 비례의 원칙). 인신구속으로 달성하려는 행정목적이라는 공익과 침해되는 사익인 인신구속의 해악을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다.

## 다. 절차적 한계로서의 적법절차의 원리

### (1) 헌법원리로서 적법절차의 원리

현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 적법절차의 원칙을 헌법상 명문 규정으로 두고 있는데, 헌법 제12조 제1항 제2문은 “누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있고, 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이는 개정 전의 헌법 제11조 제1항의 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다.”라는 규정을 1987. 10. 29. 제9차 개정된 현행 헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제5조<sup>176)</sup>와 제14조<sup>177)</sup>에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에

---

176) 수정헌법 제5조는 “누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”고 규정하고 있다.

177) 수정헌법 제14조는 “어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다”고 규정하고 있다.

상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본권 제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다.

적법절차의 원칙이라 함은 「국가권력의 자의적 행사를 금지하고 개인의 생명·자유와 재산을 보장하기 위한 ‘자유와 정의의 일반원칙’으로서 이들 가치를 제한하는 경우에는 ‘적정한 법의 절차’를 거쳐 행하므로써 궁극적으로 인간의 존엄성을 실현하기 위한 법의 지배 내지 입헌주의의 기본원칙」이라고 말하여진다. 헌법재판소는 ‘현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차 뿐만 아니라 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있다. 현행 헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실제적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보 제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다.’고 판시(178)한 바 있다. 이어서, 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않는 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다. 더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해

---

178) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877

하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이라고 실시하고 있다.

## (2) 적법절차원리의 적용범위와 행정상 인신구속

우리나라에서 적법절차의 적용대상과 범위에 관하여 견해가 대립하고 있다. 즉, 헌법규정을 엄격히 해석하여 적법절차의 원칙은 처벌·보안처분·강제노역과 영장발부에 제한적으로 적용된다는 견해(제한적 열거설)<sup>179)</sup>와 현행 헌법의 처벌·보안처분 또는 강제노역은 적법절차의 대상을 한정적으로 열거한 것으로 해석하지 않고 예시적인 것에 불과하다는 견해(예시설)<sup>180)</sup>가 그것이다. 제한적 열거설은 헌법이 명문으로 적법절차에 의하지 아니한 처벌·보안처분·강제노역과 적법절차에 의하지 아니한 영장의 발부만을 금지하고 있다는 점과 입법연혁상 형사절차와 이에 준하는 성격을 갖는 보안처분에 국한시켜 적법절차조항을 둔 것이라는 점에 근거를 둔다. 예시설은 외국의 입법례 즉, 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·신체 또는 재산을 박탈당하지 아니한다고 규정한 미국연방헌법 수정 제5조와 제14조 및 적법절차에 의하지 아니하고는 생명 또는 자유를 박탈당하거나 그 밖의 형벌이 과하여지지 아니한다고 규정한 일본 헌법 제31조에 근거를 둔다. 즉 우리 헌법 제12조 제1항 후단은 미국헌법상의 적법절차조항이나 일본 헌법상의 법정절차조항과 비슷한 내용을 규정하였다고 보고, 적법절차의 원칙이 국민의 자유와 권리를 보장하는 것을 목적으로 하는 점에 비추어 그 적용대상을 헌법에 한정적으로 열거한 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 적법절차조항을 적법한 절차에 의하지 아니하고는 본인에게 신체적·정신적 그리고 재산상 불이익이 되는 일체의 기본권 제한을 당하지 아니한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 예시설이 타당하다고 생각하고, 헌법재판소도 예시설을 취하고 있다<sup>181)</sup>.

179) 윤명선, '적법절차의 원리', 경희법학 제26권 제1호, 경희대학교(1992. 2.), 제81쪽

180) 권영성, 위의 책, 제295쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사(2003), 제340쪽

181) 헌재 1992. 11. 12. 91헌가2, 판례집 4, 713, 722; 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876; 2001. 11. 29. 2001헌바41, 판례집 13-2, 699, 703

한편, 적법절차의 원리가 형사절차 외에 행정절차에도 적용되는가에 관하여도 적용설과 유추적용설이 대립되고 있다. 적용설은 예시설을 취하는 견해에 의하여 주장되고 있고, 유추적용설은 한정적 열거설을 취하는 견해 중에서 주장되고 있다. 적용설에 의하면 적법절차의 원리는 형사절차 뿐만 아니라 행정절차에도 적용된다고 주장한다<sup>182)</sup>. 유추적용설에 의하면, 헌법 제12조의 적법절차조항은 직접적으로는 형사사법권의 발동에 관한 조항이고 행정절차의 근거조항은 아니지만 행정처분에 의한 불이익한 조치에는 적법절차의 원리를 유추적용할 수 있다고 본다<sup>183)</sup>. 헌법 제12조의 적법절차의 원칙이 행정상 인신구속에도 당연히 적용된다고 보아야 할 것이다.

### (3) 행정상 인신구속에서의 적법절차의 내용

헌법상 적법절차원리는 행정상 인신구속에도 그대로 적용되어야 한다고 생각하는바, 그 내용은 다음과 같을 것이다.

첫째, 정당한 권한을 가진 기관에 의하여 행정상 인신구속이 결정될 것을 요구한다.

둘째, 행정절차의 상대방에 대하여는 고지·청문의 기회가 보장될 것을 요구하고 있다<sup>184)</sup>. 이 요청에 따르면 행정상 인신구속이 이루어질 경우 피구속자 본인이나 가족에게 인신구속의 이유, 시기, 장소 등이 고지되어야 한다. 한편, 인신구속 후 법적인 구제절차를 강구하는 것이 일반적이라 할 수 있겠지만 이러한 사후구제절차가 제대로 행사되지 못하는 현실을 고려할 때 사전적 고지나 청문절차가 더욱 중요한 의미를 가진다 할 것이다.

셋째, 판정기관은 공정하게 구성된 독립된 기관일 것을 명한다.

넷째, 최종적 결정은 행정목적에 합치되고 헌법에 반하지 않는 법률에 근거하여 판정을 내릴 것을 명한다.

### (4) 행정상 인신구속과 영장제도

영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함

182) 권영성, 위의 책, 제295쪽; 허영, 위의 책, 제341쪽

183) 윤명선, 위의 글, 제83쪽

184) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 399; 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18

에 있어서는 사법권독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다고 할 수 있다. 우리 헌법 제12조 제3항은 인신의 구속에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 하고 일정한 긴급한 경우에는 사후에 영장을 청구할 수 있다고 규정하여 영장주의를 천명하고 있다.

그런데, 행정상 인신구속의 경우에도 헌법 제12조 제3항에서 규정된 영장제도가 적용된다고 해석할 수 있을 것인가. 이는 행정상 즉시강제에 영장주의를 적용할 것인가와도 관련이 있는바, 이에 대하여 견해가 대립되고 있다. 먼저 영장필요설<sup>185)</sup>과 영장불요설<sup>186)</sup> 및 원칙적으로 영장필요설에 있으면서 행정목적의 달성을 위하여 불기피하다고 인정할 만한 특별한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 영장주의의 적용을 받지 않는다는 절충설<sup>187)</sup>이 대립하고 있다. 그러나, 사건으로는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장이 그대로 행정목적을 위한 인신의 구속에도 요구된다고 하는 것은 타당하지 않다고 본다. 헌법 제12조 제3항의 영장제도의 중요한 내용은 형사절차상의 인신의 구속 등을 법원의 결정에 의하도록 함으로써 국민의 기본권을 보장하고자 하는데 있으므로, 행정상 인신구속을 반드시 법원의 결정에 의하여야 한다고 해석할 수는 없을 것이다.

헌법재판소도 헌법 제12조 제1항과 제3항과의 관계에 관하여 ‘신체의 자유는 정신적 자유와 함께 모든 기본권의 기초가 되는 것임에도 역사적으로 국가에 의하여 특히 형벌권의 발동형식으로 침해되어 온 예가 많으므로 헌법은 제12조 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지

185) 이 견해는 과거의 학설로만 의미를 가지고, 오늘날 이러한 견해를 주장하는 입장은 존재하지 않는다고 한다(유지태, 위의 책, 제297쪽 참조).

186) 박균성, 위의 글, 제501쪽; 박윤혼, 최신행정법강의 개정28판, 박영사(2002), 제628쪽  
187) 김남진, 김연태 공저, 위의 책, 제458쪽; 김도창, 일반행정법(상) 제4전정판, 청운사(1993), 제589쪽; 김철수, 위의 책, 제376쪽; 이상규 신행정법론(상) 신판, 법문사(1993), 제553쪽; 허영, 위의 책, 제347쪽; 홍준형, 위의 책, 제571쪽

제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있는 바, 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다...”라고 규정함으로써 영장주의를 천명하고 있다.<sup>188)</sup>라고 판시<sup>188)</sup>하였고, 아울러 헌법 제12조 제1항은 ‘신체의 자유’에 관한 일반규정이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정이라고 판시<sup>189)</sup>하였으며, 한편 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이라고 판시<sup>190)</sup>한 바 있다. 헌법재판소의 위 결정들에 따르면, 헌법 제12조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차에 적용되어야 할 것이므로, 행정상 인신구속절차를 마련할 때 인신구속의 주체를 법원으로 하지 않은 것을 두고 위헌이라고 할 수는 없을 것이다.

## V. 위법한 행정상 인신구속에 대한 기존의 통제제도

### 1. 개관

행정기관의 작용으로 자신의 권리나 이익이 침해되었거나 침해될 것으로 주장하는 자는 행정기관이나 법원에 원상회복 또는 손해전보, 당해 행정작용의 취소나 변경을 청구하거나 기타 피해구제 등을 청구하고 이에 대하여 행정기관 또는 법원이 이를 심리하여 권리나 이익의 보호에 관한 결정을 내리는 것을 행정구제라고 한다. 법치주의원리가 제대로 적용되기 위

188) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28, 판례집 9-1, 313, 319-320 등 참조

189) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2, 593, 604

190) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12, 판례집 14-2, 345, 358

하여는 사전적으로 행정기관이 법령 등을 잘 준수하여야 할 뿐만 아니라, 국가기관의 작용이 위법한 경우 사후적으로 이를 바로잡아 국민의 권리구제에 도움을 줄 수 있어야만 한다. 이러한 의미에서 기능하는 제도가 행정구제 제도이다. 따라서, 행정상 인신구속을 당한 자도 당연히 위법한 인신구속에 대한 행정구제를 신청할 권리가 있다. 또한, 경우에 따라서는 위와 같은 행정구제 외에도 자신의 권리를 침탈한 자에 대하여 민·형사상의 책임도 물을 수도 있을 것이다.

한편, 위와 같은 기존의 구제제도는 위법한 인신구속으로부터 행정상 인신구속을 당한 자를 구제하는데 실효성이 없는 경우가 많을 수 있다. 즉, 행정상 인신구속을 당한 자가 기존의 민·형사소송이나 행정소송을 통하여 위법한 인신구속을 다룰 수 있다고는 하지만, 피구속자가 이러한 구제제도를 이용하여 구제를 받는 것에는 현실적으로 어려움이 많고, 또한 신속한 구제가 보장되지 못한다는 문제점이 있다. 그러므로, 행정상 인신구속을 정한 각각의 법률에는 독특한 사전적·사후적 구제수단을 마련하고 있는 경우가 많다.

그러나, 위와 같은 각 제도도 피구속자의 인권을 보장하는데 미흡한 점이 많고 다음에서 보는 바와 같이 헌법상의 구속적부심사제도와와의 관계에서 위헌의 소지가 있을 수 있다.

## 2. 일반적인 구제수단

### 가. 행정쟁송

행정기관에 의한 인신구속의 결정과 그에 대한 집행은 행정처분의 성질을 가진다. 정신보건법상의 강제입원을 예로 들면, 시·도지사에게 의한 입원, 즉 평가입원과 법정입원에서 시·도지사의 입원결정은 행정행위의 성질을 가질 것이고, 긴급한 상황 하에서 행하여지는 응급입원은 행정상 즉시강제에 해당하고 기간의 제한은 있지만 계속적 성질을 갖는 권력적 사실



행위이다. 일반적으로 행정상 즉시강제는 단기간에 그 실행이 완료되어 버리고 취소되어도 어떠한 권익구제도 가져오지 않기 때문에 즉시강제의 취소를 구할 권리보호의 이익이 없을 경우가 많으나, 계속적 성질을 갖는 즉시강제의 경우에는 취소소송을 제기할 소의 이익이 있다. 따라서, 위 세 가지의 강제입원 모두 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 독립된 행위로서, 위법 또는 부당하게 국가기관에 의한 강제입원을 당한 자는 행정심판(취소심판)을 제기할 수 있고, 위법하게 국가기관에 의한 강제입원을 당한 자는 행정소송(취소소송)을 제기할 수 있다<sup>191)</sup>.

## 나. 민·형사상의 구제수단

행정상 인신구속에 불법행위가 개입되어 있으면, 국가배상 또는 손해배상과 같은 민사상의 절차에 따른 사후구제를 받을 수 있을 것이다. 한편, 행정상 인신구속에 있어서 위법이 있으면 형법상의 감금죄<sup>192)</sup> 등으로 처벌

191) 박균성, 위의 글, 제504쪽

192) 정신질환자에 대한 위법한 강제입원에 대하여 폭력행위등처벌에관한법률위반(감금)죄로 처벌한 예는 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결을 찾아 볼 수 있는 바, 그 사안은 보호의무자에 의한 입원의 경우이다. 위 사건의 사안은 피고인이 피해자를 정신병원에 강제입원시키기 전에 위 병원 정신과전문의와 상담하여 피고인의 실명을 들은 그로부터 피해자에 대한 입원치료가 필요하다는 의견을 들었으나, 아직 피해자를 대면한 진찰이나 위 정신병원장의 입원결정이 없는 상태에서 위 병원 원무과장에게 강제입원을 부탁하여 위 원무과장이 자신의 판단으로 피해자를 강제로 구급차에 실어 위 병원에 데려와 입원시킨 것이다. 대법원은 비록 ‘강제입원조치 후’ 위 병원의 정신과전문의가 피해자를 진찰한 결과 편집성 인격장애 및 알콜의존증의 치료를 위한 입원이 필요하다고 진단하였고 위 병원장이 입원을 결정하였다는 사정이 있더라도 보호의무자에 의한 입원은 보호의무자의 동의가 있더라도 정신과전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다고 판시하면서 피고인에 대하여 폭력행위등처벌에관한법률위반(감금)죄로 의욕한 원심의 판단이 적절하다고 하였다. 한편, 위 판결의 후반부에는 피고인이 정신질환자인 피해자의 보호의무자로서 그의 재산상의 이익 등 권리보호를 위하여 노력하여야 할 의무(제22조 제3항)를 저버리고 피해자를 정신병원에 입원시킨 상태에서 퇴원을 간절히 바라는 그의 궁박한 상태를 이용하여 퇴원을 조건으로 재산을 이전받은 이 사건 행위는 사회통념상 허용되는 정도나 범위를 넘는 것으로서 공갈죄를 구성한다고 판시하였다.

을 받을 수 있음은 물론이다.

### 3. 개별법에 규정된 통제제도

행정상 인신구속을 규정한 개별법에는 인신구속의 남용을 막기 위하여 위에서 살펴본 일반적인 구제수단 외에도 개별적인 상황에 맞는 통제제도를 규정한 경우가 있다.

먼저, 경찰관직무집행법은 보호조치로 인한 개인의 권익침해를 방지하기 위하여 일정한 적법절차조항을 두고 있다. 즉, 위 법 제4조 제4항에서는 ‘경찰관이 보호조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족·친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 하며, 연고자가 발견되지 아니할 때에는 피보호자를 적당한 공중보건의료기관이나 공공구호기관에 즉시 인계하여야 한다.’고 규정하고 있다. 여기에서 가족·친지는 민법규정에 의하여 그 범위가 결정될 것이고, 연고자는 내연의 처와 같이 본인과 사회적·심리적으로 긴밀한 관계자를 말한다<sup>193)</sup>. 경찰관은 위와 같이 피구호자를 공중보건의료기관 또는 공공구호기관에 인계한 때에는 즉시 그 사실을 소속 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장에게 보고하여야 하고(경찰관직무집행법 제4조 제5항), 보고를 받은 소속 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 피구호자를 인계한 사실을 지체없이 당해 공중보건의료기관·공공구호기관의 장 및 그 감독행정청에 통보하여야 한다(같은 법 제4조 제6항).

다음으로, 출입국관리법에 의하면 통지제도나 이의제도를 두고 있다. 출입국관리공무원이 용의자를 보호하는 경우 국내에 있는 그의 법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·변호인 또는 용의자가 지정하는 자에게 3일 이내에 보호의 일시·장소 및 이유를 서면으로 통지하여야 하고(제

---

193) 김재광, 위의 책, 제88쪽

54조), 출입국관리공무원으로부터 보호된 용의자 또는 그의 법정대리인 등은 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다(제55조). 한편, 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 보호의 경우에는 용의자가 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대하여 법무부장관에게 이의를 신청할 수 있다(제60조).

마약류중독자치료보호규정도 제10조 제3항에서 치료보호기관의 장은 중독자 등을 입원조치한 경우에는 지체없이 당해 중독자등의 배우자·직계존속·호주 또는 법정대리인에게 입원의 일시·장소 및 그 사유를 서면으로 통보하도록 규정되어 있다.

정신보건법에는 다른 법률보다 좀더 특별하고 상세한 통제수단들을 마련하여 놓고 있는데, 가장 두드러지는 특징은 정신보건에 관하여 보건복지부장관과 시·도지사의 자문에 응하고 정신보건에 관한 중요한 사항의 심의와 심사를 하기 위하여 정신보건심의위원회라는 기구를 설치하여 두고 있다는 것이다. 그리하여, 정신의료기관에 입원중인 자 또는 그 보호의무자가 퇴원을 청구한 경우 시·도지사는 지방정신보건심의위원회에 회부하고 그 심사와 그에 따른 조치내용, 즉 퇴원 또는 가퇴원 및 처우개선을 청구서 접수일로부터 30일 이내에 청구자에게 서면으로 통지하여야 하며, 이러한 통지를 받은 자는 심사결과에 불복하거나 기간 내에 심사를 받지 못한 때에는 보건복지부장관에게 재심사를 요청할 수 있다. 위와 같은 불복심사제도는 일반적인 행정구제와는 별도의 구제절차로서 정신보건법의 독특한 제도라 할 것이다. 한편, 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 정신보건시설의 설치·운영자에 대한 소관 업무에 관하여 지도·감독권을 행사할 수 있고, 연 1회 이상 그 업무에 관하여 보고 또는 관계서류의 제출을 명하거나, 관계공무원으로 하여금 당해 시설의 장부·서류 기타 운영상황을 검사하게 할 수 있다. 정신보건법에는 위와 같은 보고징수·검사권을 규정한 것 외에도, 보건복지부장관 또는 시·도지사는 정신보건심의위원회의 위원으로 하여금 정신보건시설에 출입하여 입원 또는 입소한 정신질환자들을 직접 면담하여 입원 또는 입소의 적절성 여부, 퇴원

또는 퇴소의 필요성 또는 처우에 관하여 심사하게 할 수 있다는 규정도 마련하고 있다. 그밖에도 정신보건법에는 누구든지 응급입원의 경우를 제외하고는 정신과 전문의의 진단에 의하지 아니하고 정신질환자를 정신의료기관에 입원시키거나 입원을 연장시킬 수 없다고 규정하여, 입원절차에 의료적인 통제절차를 마련하고 있고, 강제의료 등이 행하여지는 때 그것을 진료기록부에 기재하게 하거나 정신질환자 또는 보호의무자에게 통지하는 제도를 곳곳에 두고 있다.

#### 4. 기존 구제제도의 부적합성과 특별한 구제제도의 필요성

##### 가. 기존의 구제제도의 부적합성

위법한 행정상 인신구속은 그 피해가 막대하고 회복이 곤란함에도 불구하고 그에 대한 기존의 구제제도는 즉각적이고 효율적인 구제수단이 되지 못한다는 한계를 가지고 있다.

위법한 행정상 인신구속에 대하여 행정쟁송을 통한 권리구제는 일정한 한계가 있다. 첫째, 위법이 무효가 아닌 단순위법에 불과한 경우에는 불복제기기간의 제한을 받는다는 문제가 있다. 둘째, 위법한 인신구속에 대한 권리구제는 신속하게 행하여져야 하는데 행정쟁송을 통하여는 그 구조상 신속한 권리구제를 기할 수 없다. 셋째, 원고적격을 갖는 인신을 구속당하고 있는 자, 특히 정신질환자에 대한 강제입원의 경우 강제입원된 정신질환자가 소송을 제기하기에는 상당한 현실적인 어려움이 있을 것이다.

한편, 행정소송법 제23조 제2항 본문은 ‘취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다’고 규정하고 있는 바, 위와 같은 행정소송법상의 집행정지는 행정상 인신구속에

대한 즉각적이고 효율적인 구제수단이 되므로 뒤에서 보는 인신보호절차와 같은 특별한 구제제도가 필요없다는 주장이 있다. 그러나, 집행정치는 행정소송을 제기하여 승소한 경우에도 이미 처분이 집행되는 등의 사정에 의하여 회복할 수 없는 손해를 입게 되어 권리구제가 되지 못하는 것을 막기 위한 제도로서 본안소송이 법원에 제기되어 계속중임을 요건으로 한다. 따라서, 앞에서 언급한 바와 같은 행정쟁송이 즉각적이고 효율적인 구제수단이 되지 못하는 이유는 집행정지에 관하여도 그대로 적용되므로, 위 주장에 찬동하기 힘들다.

다음으로, 출입국관리법상 이의신청제도나 정보통신법상 불복심사청구제도는 위법·부당한 인신구속에 대한 신속한 구제수단이 될 수는 있다. 그러나, 이의신청이나 불복심사청구는 그 결정기관이 어디까지나 행정관청이고 사법기관이 아니라는 문제점을 가지고 있다. 그와 같은 제도들만으로는 헌법상의 구속적부심사제도를 구현한다고 볼 수 없으므로, 다음에서 보는 바와 같이 입법부작위로 인한 위헌상태를 해소할 수는 없다 할 것이다.

## 나. 특별한 구제제도의 필요성

따라서, 행정상 인신구속에 대하여 사법기관에 의하여 이루어지고 즉각적이고 효율적인 특별한 구제제도를 마련하는 것이 필요하다 할 것이다. 그러한 특별구제제도는, 인신구속의 결정이 법원이 아닌 행정기관에 의하여 이루어진 경우에는 사후에 그 구속적부의 심사를 법원에 청구할 수 있는 제도가 되어야 한다<sup>194)</sup>.

아래에서는 우리 헌법 제12조 제6항의 규정내용을 음미하여 보고, 행정상 인신구속의 적부에 대하여 법원에 의한 심사를 받을 권리가 어떻게 형성되어야 할 것인가에 관하여 모색하여 보도록 한다.

---

194) 박균성, 위의 글, 제503쪽

## VI. 헌법 제12조 제6항의 구속적부심사제도에 관하여

### 1. 헌법의 관련규정과 신체의 자유와의 관계

#### 가. 헌법의 관련규정

체포·구속적부심사청구권의 헌법적 근거는 헌법 제12조 제6항이므로, 그 규정 및 관련된 헌법규정들의 내용은 다음과 같다.

제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

#### 나. 신체의 자유와 구속적부심사제도와의 관계

헌법재판소는 형사공판단계에서 수소법원이 헌법 제12조 제1항에 근거하여 직권으로 피고인을 구속할 수 있도록 허용한 형사소송법의 관련규정을 합헌이라고 결정한 헌재 1997. 3. 27. 선고 96헌바28등 결정 사건에서, ‘신체의 자유는 정신적 자유와 함께 모든 기본권의 기초가 되는 것임에도 역사적으로 국가에 의하여 특히 형벌권의 발동형식으로 침해되어 온 예가 많으므로 헌법은 제12조 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지 제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운

데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있다.’라고 판시하였다<sup>195)</sup>.

위 판시내용에 의하면, 헌법 제12조 제1항은 ‘신체의 자유’에 관한 일반원칙을 선언한 것이고, 같은 조 제6항은 체포·구속의 방법으로 위와 같은 신체의 자유가 부당하게 침해되는 경우에 대한 사후적인 구제절차를 헌법적 차원에서 보장하는 특별규정으로 파악할 수 있다<sup>196)</sup>.

## 2. 헌법 제12조 제6항의 연혁과 미군정법령 및 비교법적 고찰

### 가. 미군정법령과 비교법적 고찰의 필요성

우리 헌법제정권자는 헌법 제정 당시 시행중이던 남조선과도정부 법령(이하 미군정법령이라 한다.) 제176호 제17조 및 제18조에 규정된 미국식 Habeas Corpus 제도를 구체적으로 의식한 상태에서 제헌헌법 제9조 제3항을 규정한 것으로 보인다<sup>197)</sup>. 한편, 제헌 헌법 제9조 제3항과 현행 헌법 제12조 제6항의 규정내용 등을 서로 비교하여 볼 때, 문리해석상 헌법개정으로 인하여 위와 같이 제헌 헌법에 규정되었던 ‘적부심사청구권’의 본질적 내용이 변경되었다고 보기도 어렵다.

따라서, 현행 헌법 제12조 제6항에서 규정한 ‘적부심사청구권’의 본질적 내용 등을 이해하기 위하여는 우선 미국의 Habeas Corpus 제도의 일반적 특성, 미군정법령 제176호의 내용 등을 먼저 검토한 다음, 직접·간접적으로 미국식 Habeas Corpus 제도의 영향을 받은 독일과 일본의 법체계와의 공통점과 차이점, 현행 헌법의 다른 규정과의 상호관계 등을 종합적으로 검토할 필요가 있다.

195) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등 판례집 9-1, 313, 319-320.

196) 김시철, ‘형사소송법 제201조 제1항 위헌확인’, 헌법재판소결정해설집(2003), 헌법재판소, 제905쪽

197) 유진우, 신헌법해의, 일조각(1954), 제70쪽 참조

## 나. 비교법적 고찰

### (1) 영국에서의 인신보호영장제도(the Writ of Habeas Corpus)의 기원<sup>198)</sup>

구속적부심사제도는 채용하는 나라에 따라 그 양태가 다르게 나타나고 있지만 그 기원은 영국의 인신보호영장(the Writ of Habeas Corpus)제도에 기원을 두고 있다. 인신보호영장은 현대적 의미에 있어서는 사람의 신체를 구속하고 있는 자에 대하여 그 신병을 법원 또는 법관 앞에 구속의 이유와 더불어 제출할 것을 명하고 구속의 이유가 충분하지 않는 경우에는 법원 또는 법관이 피구속자를 석방하는 영장으로서 부당한 인신구속으로부터 신속히 신체의 자유를 회복하는 것에 의미가 있다.

그러나, 인신보호영장의 초기인 중세의 영국에서는 신체의 자유를 보호하려는 것이 아니라 국왕재판소에 재판의 편의를 위하여 당사자 또는 배심원의 신체를 구금하여 두고 필요한 시기에 그 출정을 확보하기 위하여 발하여졌던 것이다. 그 당시의 인신보호영장은 ‘Habeas Corpus’라는 라틴어 그대로 ‘You have the body’, 즉 법정 또는 재판관의 면전에 신병을 제출한다는 의미에 불과하였다. 그런데, 인신보호영장이 신체의 자유를 보호하는 영장이라는 관념이 생기게 된 것은 스투어트왕조 전기에 국왕이 성실재판소(星室裁判所, Court of Star Chamber) 등 커먼로(Commonlaw) 외의 기관을 이용하여 반대파를 억압하려고 하는 때, 그렇게 구속되어진 자 및 관련자의 신청을 받은 보통법원(Common Pleas)이 그 구속주체에 대하여 인신보호영장을 발부하여 현재 체포·구속하고 있는 당사자를 Common Pleas에 출두시키도록 명령하여 해방시켰던 것에서 기원한다.

---

198) 영국에서의 인신보호영장제도와 다음 항에서 살펴 볼 미국에서의 그것에 관하여는 이수엽, ‘구속적부심사’, 사법행정 제22권 제12호(1981. 12.), 제23쪽 이하; 이영란, 구속적부심사제도에 관한 연구, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문(1987), 제44쪽 이하; 최경원, ‘영·미법상의 인신보호영장제도(1), (2)’, 법조 제29권 제6호(1980. 6.), 제45쪽 이하, 제7호(1980. 7.), 제36쪽 이하를 참조하여 서술한 것임을 밝혀둔다.



이러한 관념을 토대로 1679년의 인신보호법(Habeas Corpus Act)이 성립하게 되어, 반란죄 기타 중죄로 인한 구금으로서 그 이유가 구금장에 명시되어 있는 경우를 제외하고는 모든 형사절차에서의 인신구속에 대한 구제절차가 정비되었고, 그 이후 1814년의 인신보호법에 이르러 형사절차 이외에서의 인신구속에 대하여도 제도를 정비하게 되었다.

## (2) 미국의 인신보호영장제도<sup>199)</sup>

### (가) 미국 연방헌법의 규정

미국 헌법상 Habeas Corpus 제도는 미국의 고유한 제도가 아니라 당시의 영국에 존재하던 제도를 계수한 것이었다. 미국 연방헌법에서 ‘Habeas Corpus’를 직접 언급한 부분은 1789년 헌법을 제정할 당시의 조문인 제1조 제9항(Article 1 Section 9) 중 ‘인신보호영장에 관한 특권은 반란의 경우 또는 공공의 안전이 위태로운 경우가 아니면 이를 정지할 수 없다(The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.)’라는 부분이다.

### (나) 미국의 Habeas Corpus 제도의 일반적 특성

미국의 Habeas Corpus 제도는 역사적으로 발전·변천하고 있는 것으로서, 그 내용을 일의적으로 정의하는 것은 불가능하지만 대체로 다음과 같은 일반적 특성을 가진 것으로 파악되고 있다.

첫 번째 미국의 Habeas Corpus 제도의 특징으로 ‘2단계 심사절차’를 들 수 있다. 미국의 Habeas Corpus 제도는 통상 인신보호영장의 발부 여부를 검토하는 절차(제1단계 서면심사)와 위 영장이 발부된 경우에 한하여 법관이 당사자를 직접 심문한 다음 그 신병에 관한 결정을 하는 절차(제2단계 실질심사)로 구성된다.

두 번째 특징으로 미국의 Habeas Corpus 절차는 ‘Civil Procedure’라는

---

199) 미국의 인신보호영장제도에 관하여 김시철, ‘형사소송법 제214조의2 제1항 위헌소원’, 헌법재판소 결정해설집(2004년), 헌법재판소, 제129쪽 이하에서 자세히 설명되어 있고, 이 부분은 위 논문을 상당부분 참조하였다.

것이다. The Writ of Habeas Corpus 제도는 당사자에 대한 체포·구속이 이루어진 절차와는 완전히 분리된 별도의 절차(collateral review)로서, 본질적으로 민사절차(Civil Procedure)로 파악되고 있다<sup>200</sup>). 따라서 당사자의 청구가 있는 경우에 한하여 위 절차가 개시되고, 일반적으로 법원은 1단계 서면심사에서 당해 체포·구속의 형식적인 적법성 등을 검토하는데, 청구인이 제출한 청구서 및 관련 자료에 의하여 당해 체포·구속의 불법성이 부각되지 않는 경우 제1단계에서 청구인의 영장신청을 기각(각하)하고, 1단계 심사결과 그 정당성 여부에 의문이 있다고 판명된 경우에 한하여 법원이 인신보호영장을 발부하여 구속주체와 피구속자를 함께 소환한 다음 구체적인 적법성 여부 등에 대한 제2단계 실질심사를 하게 된다. 청구인은 원칙적으로 자신의 청구에 관한 주장·입증책임을 부담하고, 구속주체는 반대당사자로서 당해 구속의 적법성에 대하여 주장·입증을 하게 되는데, 법원은 2단계 심사절차에서 당해 구속의 실질적인 불법성이 구체적으로 인정되는 경우 피구속자의 신체의 자유를 회복시키는 조치를 하고, 위와 같은 불법성이 인정되지 아니하면 구속주체로 하여금 당사자에 대한 체포·구속 상태를 그대로 유지하도록 한다<sup>201</sup>).

세 번째의 특징은 미국의 Habeas Corpus 절차는 체포·구속절차 등과 분리된 별도의 사법심사절차, 즉 ‘Collateral Review’라는 것이다. Habeas Corpus 제도는 당사자에 대한 체포·구속이 행해진 절차와는 완전히 분리된 별도의 절차이기 때문에(collateral review), 그 심리절차에서 법원은 체포·구속이 이루어진 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단을 하는 것이 아니고, 체포·구속 자체의 실질적 정당성 여부 등에 대해서만 별도로

---

200) 김시철, ‘형사소송법 제201조 제1항 위헌확인’, 제909쪽, 영미법상 Criminal Procedure는 수사기관이나 검사가 개시하는 형사사건에 관한 절차이고, Criminal Procedure가 아닌 모든 절차는 포괄적으로 Civil Procedure로 보고 있는데, Habeas Corpus 제도의 경우, ‘국가기관’이 절차를 개시하는 것이 아니라 ‘일반 당사자(피구속자)’가 당해 절차를 개시하기 때문에 당연히 Civil Procedure의 범위에 속하게 된다고 한다.

201) 다만, 당해 체포·구속이 적법한 경우에도 필요한 경우 적당한 조건을 붙여서 청구인에 대한 보석(bail)을 하여 조건부로 당사자의 ‘신체의 자유’를 회복시키는 경우도 있다고 한다.

심리·판단하게 된다.

(다) 적용영역 및 심사범위

1) 체포·구속의 주체 및 근거

원래 Habeas Corpus 제도는 불법적인 체포·구속에 의한 신체의 자유에 대한 침해를 구제하는 제도에서 출발한 것이므로, 연혁적으로 국가기관 등 공권력 행사기관에 의한 체포·구속은 물론 공권력행사와 전혀 관계가 없는 사인에 의한 체포·구속의 경우에도 적용되었다.

다만, 국가질서가 정비되면서 사인이 체포·구속의 방법으로 타인의 신체의 자유를 불법적으로 침해하는 경우 Habeas Corpus 제도를 통하여 권리구제를 청구하는 사례는 드물게 되었기 때문에, 20세기 이후 미국에서는 입법·사법·행정을 망라한 각종 공권력 행사기관이 행하는 체포·구속의 불법성 여부가 주로 문제가 되었다. 예를 들어, 보건당국이 전염병에 감염된 것으로 의심되는 사람을 격리하거나 구금한 경우, 당사자는 Habeas Corpus 제도를 통하여 이러한 조치에 대한 적법성 여부를 법원이 심사하여 줄 것을 청구할 수 있고, 출입국관리법(이민법) 등에 근거하여 법무부장관이 행하는 억류결정의 경우도 원칙적으로 Habeas Corpus 제도의 적용대상이 된다.

2) 법원의 영장 등 재판에 근거한 체포·구속에 대하여 적용된 심사기준

Habeas Corpus 제도가 모든 공권력행사기관이 행하는 체포·구속에 적용되는 이상, 법원의 재판에 의하여 ‘신체의 자유’가 제한되는 경우에도 이론적으로 당사자가 Habeas Corpus의 청구를 할 수는 있다.

다만, 영국에서는 Habeas Corpus 제도가 정당한 권한 없는 자에 의하여 구속된 때에만 적용되므로, 법관의 영장에 의하여 구속된 경우에는 당해 영장을 발부한 법원에 재판관할권(jurisdiction)이 없을 때에만 Habeas Corpus 제도에 의하여 석방될 수 있다는 원칙이 확립되었다<sup>202)</sup>.

위와 같은 영국의 제도를 계수한 미국의 경우 인신보호영장은 원래 재판관할권이 없는 법원이 재판을 한 경우에 대한 구제수단으로 사용되는 것으

---

202) 이재상, 위의 책, 제249쪽 참조.

로서, 재판관할권이 있는 법원의 재판에 근거하여 ‘신체의 자유’가 제한된 사안에서는 원칙적으로 재판의 존재만으로 당해 체포·구속이 정당화되는 것으로 파악되고 있다.

그러므로, 미국에서도 법원의 재판이 체포·구속의 근거인 경우 청구인이 당해 재판에 ‘단순한 법률위반’이 존재한다는 것을 주장·입증하였다는 사유만으로는 제1단계 서면심사를 통과할 수 없고, 예외적으로 제1단계 심사절차에서 재판 자체에 ‘단순위법’ 이상의 명백한 하자가 있다는 점이 인정된 경우에 한하여(예를 들어, 해당 법원에 재판청구권이 존재하지 않는 경우, 혹은 재판의 결정문 자체에서 당사자의 헌법적 권리가 침해되었다는 점이 확인되는 것과 같이 당해재판의 형성과정에 ‘헌법위반’이 있음이 인정되는 경우 등<sup>203)</sup>) 비로소 인신보호영장을 발부하여 제2단계 실질심사를 실시하는 제도가 정착되었다.

### 3) 현실적인 체포·구속이 계속 유지되는 것이 Habeas Corpus의 청구요건인지 여부

연혁적으로 타인에 의하여 실제로 체포·구속되어 있는 모든 당사자가 the Writ of Habeas Corpus를 청구할 수 있다는 점은 분명하다. 그런데, 미국 연방대법원에서는 더 나아가서 관련 법률에 관한 해석을 하면서, ‘보석(bail), 집행유예(probation), 가석방(parole)된 당사자의 경우 일반적으로 당해 체포·구속의 근거가 된 처분의 효력이 완전히 소멸한 것이 아니기 때문에 체포·구속요건을 충족시킬 수 있고, 다만 특정 재판에 근거한 징역형의 형기가 이미 종료되어 이를 근거로 하여 다시 구속될 가능성이 소멸한 경우 등에서는 이러한 요건이 흠결된다고 판시하고 있다.

---

203) 다만, 구체적으로 어떠한 사안에서 법원이 인신보호영장을 발부할 정도로 단순위법 이상의 명백한 하자의 존재를 인정할 수 있는지에 대하여는 미국 연방대법원의 심사기준이 시대에 따라서 변천되었는데, 일반적으로 1960년대 Warren Court에서는 그 심사기준을 다소 완화하였다가, 1970년대 이후 Berger Court, Rehnquist Court에서는 그 심사기준을 엄격하게 한 것으로 평가되고 있다고 한다. 다만 Warren Court의 경우에도 법원의 재판에 단순위법사항이 있다는 이유로 Habeas Corpus 청구를 인용한 사례는 없고, 그 재판형성과정에 일정한 헌법위반이 있다는 점이 밝혀진 경우에 한하여 인신보호영장을 발부하였다고 한다.

### (3) 일본의 제도<sup>204)</sup>

(가) 일본헌법 (1946. 11. 3. 제정)

1) 헌법규정의 연혁과 내용

제2차 세계대전 이후 일본헌법이 개정될 당시 일본정부에서 1946. 2. 1. 작성한 최초의 헌법개정안에는 ‘구금된 당사자의 절차적 권리’에 관한 규정이 전혀 없었다. 그런데, 미군 총사령부는 위와 같은 개정안이 명치헌법적 색채가 강하게 남아있다는 이유로 이를 거부한 다음, 일본정부에 대하여 1946. 2. 13. 새로운 헌법개정안을 제시하였는데, 그 제31조에는 ‘...누구든지 정당한 이유 없이 구금되지 아니하며, 요구가 있으면 그 이유는 즉시 본인 및 변호인이 출석하는 공개 법정에서 제시되어야 한다.’라고 규정되어 있었다.<sup>205)</sup>

이에 일본정부는 1946. 2. 22. 미군 총사령부의 안을 수락하고 이에 기초하여 새로운 헌법초안을 마련하였고, 미군 총사령부에서 이를 다시 검토한 후에 최종안이 확정되었는데, 위와 같은 과정을 거쳐 확정된 현행 일본 헌법 제31조는 ‘누구든지 법률에 정하는 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 또는 그 밖의 형벌을 받지 아니한다.’라고 규정하고, 제34조는 ‘누구든지 이유를 즉시 전하여 듣고 또한 즉시 변호인에게 의뢰할 권리가 부여되지 아니하면 억류 또는 구금되지 아니한다. 또한 누구든지 정당한 이유 없이 구금되지 아니하며, 요구가 있으면 그 이유는 즉시 본인 및 변호인이 출석하는 공개 법정에서 제시되어야 한다.’라고 규정하고 있다.

2) 검토

일본의 현행 헌법에 규정되어 있는 ‘구금된 당사자의 절차적 권리’는 미국법의 영향을 강하게 받았다고 볼 수 있는데<sup>206)</sup>, 일본에서는 일반적으로

---

204) 일본의 제도에 관하여는 김시철, ‘형사소송법 제201조 제1항 위헌확인’, 제910쪽에서 제911쪽; 이영란, 위의 논문, 제121쪽에서 제151쪽을 주로 참조하여 서술한 것임을 밝힌다.

205) 高柳賢三 外 2人 編, 日本國憲法制定の課程 I:原文と翻譯, 有斐閣(1972), 제281쪽

206) 田中英夫, ‘人身保護手續’, 英米法研究3:英米法と日本法, 동경대학출판회(1988. 3.), 제204쪽

위 제34조 후단이 영미법상 Habeas Corpus 제도를 수정된 형태로 채용한 것으로 파악하고 있고, 이러한 헌법규정을 토대로 일본의 현행 형사소송법 및 관련법률의 기본골격이 이루어진 것이다.

(나) 일본헌법의 법률에 의한 구체화

1) 형사소송법 (1948. 7. 10. 제정 법률 제131호)

일본의 형사소송법에는 구류된 피의자가 재판관에 대하여 구류이유의 개시를 청구할 수 있는바(제82조), 이는 일본 헌법 제34조 후단에 근거를 두고 있다<sup>207)</sup>. 구류이유가 공개된 법정에서 개시된 후 만일 구류이유 또는 구류의 필요가 없을 때에는 관련자의 청구 등에 의하여 구류를 취소할 수 있다. 다만, 일본 형사소송법은 수사단계에서 법원의 영장에 근거하여 체포·구속된 형사피의자 등에 대하여 우리 형사소송법에서 규정한 것과 같이 직접적인 적부심사청구권을 규정한 적은 없다<sup>208)</sup>.

2) 인신보호법 (1948. 7. 30. 법률 제199호)

한편, 일본 입법자는 ‘기본적 인권을 보장하는 헌법정신에 따라서 국민으로 하여금 현재 부당하게 박탈당하고 있는 인신의 자유를 사법재판에 의하여 신속하고 용이하게 회복시키는 것’을 입법목적(제1조)으로 하여, 모든 형태의 부당한 구속에 대한 일반적인 구제절차를 규정한 일반법인 인신보호법을 제정하였다. 일본 인신보호법은 영미법상 Habeas Corpus 제도의 일반적인 특성을 대부분 그대로 수용한 것으로서, 우리나라에서 시행되었던 미군정 법령 제176호 제17조 내지 제18조에 규정된 ‘구속적부심사제도’와 본질적으로 유사한 구조임을 쉽게 알 수 있다.

207) 三井誠/酒巷匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 법문사(2003), 제57쪽

208) 일본의 구류이유개시제도가 구금의 이유를 공개법정에서 개시할 것을 요구함에 그치지 때문에, 직접적으로 불법구금된 자의 석방을 명하는 제도인 Habeas Corpus와 구별된다. 따라서 이유개시에 의하여 구속의 이유가 없거나 구속을 계속할 수 없다고 인정될 때 직권으로 구류를 취소하거나 구속에 대한 준항고 또는 구속취소청구의 사유가 될 수 있을 뿐이다(이제상, 위의 책, 제250쪽, 제251쪽).

#### (4) 독일의 제도

##### (가) 독일 기본법 제104조의 규정과 검토

독일 기본법 제104조는 ‘신체의 자유에 대한 박탈’이라는 개념을 도입하여 형사절차상의 체포·구금 뿐만 아니라 모든 형태의 ‘신체의 자유’에 대한 제한을 법률에 정한 방식에 따르도록 하면서, 특히 모든 ‘자유박탈의 허용과 계속’을 관사만이 결정하도록 함으로써 ‘자유박탈’에 대해서는 사법절차에 의한 결정을 필수적 요건으로 규정하였고, 그 중 형사피의자에 대한 구속에 관하여는 ‘법관대면기회’를 헌법적 차원에서 보장하였다는 점에서 특징이 있다. 반면에, 독일 기본법은 우리 헌법 제12조 제6항이나 일본 헌법 제34조 후단과는 달리, ‘당사자가 부당한 체포·구속에 관하여 법원에 대하여 일정한 절차개시를 청구할 수 있는 절차적 기본권’을 헌법에 규정하지는 아니하였다.

##### (나) 독일기본법 제104조의 법률에 의한 구체화

1) 일반법으로서의 ‘자유박탈에 관한 재판절차법(1956. 6. 29. 제정, Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, FrhEntzG)’

위와 같은 독일 기본법 제104조를 구체화한 일반법은 ‘자유박탈에 관한 재판절차법’이다. 위 법률에 따르면, 자유박탈이라 함은 어떠한 자를 그의 의사에 반하여 또는 의사상실상태에서 사법형무소, 구치소(Haftraum), 격리위탁시설(abgeschlossenen Verwahranstalt), 격리보호시설(abgeschlossen Anstalt der Fürsorge), 격리병원 또는 병원의 격리된 일부에 수용하는 것이라고 정의하고(제2조 제1항), 자유박탈은 관할행정청의 신청으로 구법원(Amtsgericht)만이 명할 수 있는데(제3조), 신청을 받은 법원은 전염병에 걸린 경우 등 소정의 경우를 제외하고는 자유를 박탈당할 자를 구두로 청문을 하여야 한다(제5조). 자유박탈 여부에 관한 법원의 결정은 항고로 다룰 수 있다(제7조).

다만, 위 법률은 연방법에 의거하여 명령된 자유박탈에 있어서의 재판절차는 연방법이 달리 절차를 정하지 아니하는 때에 한하여 적용이 되기 때문에(제1조) 형사소송법 등 재판절차에 관한 다른 연방법이 있을 때에는

적용이 되지 않는다. 한편, 자유박탈의 근거가 연방법이 아닌 주법일 경우에도 위 법률이 적용되지 아니하므로<sup>209)</sup>, 정신질환자, 마약중독자 및 알콜중독자에 대한 자유박탈은 주법에 근거를 두기 때문에 위 법률이 적용되지 아니하고 비송사건절차법(Gesetz über die Anlegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG) 제70조 내지 제70조의 n에 따른다<sup>210)</sup>.

## 2) 형사소송법의 규정

독일 형사소송법은 독일 기본법 제104조의 규정을 형사절차 내에서 구현하고 있는데 그 특징은 다음과 같다.

첫째, 수사기관에게 형사피의자 등을 판사의 면전에 인치할 의무를 부과하고 있다. 수사기관이 피의자를 체포한 경우, 법원의 사전영장이 존재하는지 여부와 관계없이, 늦어도 그 다음날이 종료할 때까지 피의자를 법관에게 인치하여 당해 자유박탈의 계속에 대하여 판사의 결정을 받아야 할 의무가 있다(형사소송법 제115조, 제128조)<sup>211)</sup>. 위와 같이 수사기관에게 피의자의 체포에 관하여 일정한 의무를 부과하는 구조는 행정기관 등에 의한 체포·구속에 관한 사법적 결정절차와 유사하다(기본법 제104조 제3항).

둘째, 형사피의자의 ‘법관대면기회’를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 따라서, 입법자가 형사피의자의 ‘법관대면기회’를 제한하는 경우 그 자체로 위헌성 논란이 발생할 수 있다.

셋째, 구속에 대한 사후적인 통제제도로서 구속심사제도와 항고제도를 두고 있다. 구속된 피의자는 구속명령을 발한 영장담당법관에게 구속심사(Haftprüfung)를 청구할 수 있다(제117조). 독일의 구속심사제도는 구속명령을 발한 영장담당법관이 담당하고, 구속의 정당성 여부를 심사하는 제도가 아니라, 구속의 계속(Fortdauer der Untersuchungshaft)이 필요한가를 심사하는 제도라는 점에서, 영미의 Habeas Corpus 제도와 구별된다<sup>212)</sup>. 한

209) Maunz-Dürig, Grundgesetz\*\*\*\*, Verlag C.H.Beck(2002), Art. 104 부분 제14쪽

210) Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15.Auflage, Verlag C.H.Beck (2003), 제1590쪽

211) 이재상, 위의 책, 제250쪽 참조.

212) 이재상, 위의 책, 제250쪽.



편, 독일 형사소송법 제304조에는 명시적인 규정이 없는 한 법원의 모든 결정에 대하여 항고할 수 있으므로, 법관의 구속명령에 대하여도 항고를 할 수 있다. 이때 구속심사의 청구와 동시에 구속명령에 대한 항고를 할 수는 없다(제117조 제2항).

### (5) 영미법, 일본법과 독일법의 비교

영미법이나 일본법에서는 인신의 구속이 반드시 법관의 관여에 의하여 이루어지는 것은 아니고 영장의 발부 등 법관의 관여에 의하여 인신의 구속이 이루어지더라도 법관과 구속을 당할 자의 대면은 헌법적으로 보장되어 있는 것은 아니고<sup>213)</sup>, 다만 사후적으로 부당한 인신의 구속을 구제하는 제도로서 영미법상의 인신보호영장제도와 일본 구류개시제도가 마련되어 있는바, 위 제도들은 원칙적으로 당사자의 신청에 의하여 절차가 개시되도록 규정되어 있다. 이에 비하여, 독일은 모든 인신구속을 법관이 결정하여야만 하도록 규정하고 있고 형사피의자의 경우에는 반드시 법관의 대면이 있어야 하도록 기본법에 규정하고 있기 때문에, 구속적부심사제도와 같은 특별한 구속에 대한 사후적인 통제제도가 기본법 차원에서 마련되어 있지는 않다. 다만 형사소송법에 구속에 대한 항고나 구속심사가 규정되어 있어 구속명령에 대한 사후적인 통제수단으로 마련되어 있다.

한편, 영미의 Habeas Corpus 제도나 일본의 제도는 당해 구금에 대하여 법원에서 헌법적 차원의 정당한 이유가 있는지 여부를 심사하도록 규정되어 있는 반면, 독일의 제도는 원칙적으로 법원은 ‘신체의 자유에 대한 자유박탈의 계속’이 필요한지 여부만을 심사하도록 규정되어 있다.

---

213) 미국에서는 형사피의자가 Initial Appearance 절차에서 법관을 대면할 수 있는 기회가 제공되나 이는 ‘헌법적 차원’에서 보장되는 것이 아니라 ‘법률적 차원’에서 부여되는 것이라고 한다.

## 다. 헌법 제12조 제6항의 연혁과 미군정법령의 내용

### (1) 헌법 제정 이전의 미군정법령 제176호로 구속적부심사제도의 도입

우리 헌법상 체포·구속적부심사제도가 영미법상 인신보호영장제도(the Writ of Habeas Corpus)를 연원으로 하고 있고, 그 중에서도 미국법의 영향을 직접적으로 받았다고 보는 것이 지배적인 견해이다<sup>214</sup>. 미국식 Habeas Corpus 제도가 현실적으로 우리나라에 도입된 것은 1948. 3. 20. 제정되어 1948. 4. 1. 효력이 발생한 미군정법령 제176호 제17조 내지 제18조에 미국식 Habeas Corpus 제도의 일반적 특성을 그대로 수용한 독립적인 사법적 절차를 규정한 것에서 비롯된다.

### (2) 미군정법령 제176호에 대한 내용

#### (가) 개괄적인 내용

일제시대에 식민지인 우리나라에 적용되었던 조선형사령은 일본 형사소송법상의 영장제도 등을 철저히 왜곡하여 수사기관 등이 자의적으로 인신구속을 할 수 있도록 허용하고 있었다. 이러한 문제점을 시정하기 위하여 해방 이후 미군정은 대법원, 대검찰청, 미국인 고문(길리엄) 등이 작성한 각종 ‘초안’을 바탕으로 하여 미군정법령 제176호를 제정하면서, 수사기관에 대하여 강제처분권을 광범위하게 인정하고 있었던 조선형사령 중 일부 규정을 폐지하고(제24조), 인신구속 혹은 압수수색에 관하여 원칙적으로 재판소의 영장이 필요하다고 규정하였다(제3조, 제5조). 위와 같이 미군정법령 제176호에 규정된 대부분의 내용은 형사소송절차에 관한 규정이었다<sup>215</sup>.

#### (나) 미국식 Habeas Corpus 제도를 도입

그런데, 미군정법령 제176호 제17조 내지 제18조에는 위에서 살펴본 미국의 Habeas Corpus 제도의 일반적인 특성을 그대로 수용한 구속적부심사

214) 계희열, 위의 책, 제310쪽; 김철수, 위의 책, 제378쪽

215) 김시철, ‘형사사법제도에 관한 우리나라와 미국의 헌법 등에 대한 비교법적 검토’, 헌법논총 제15집, 헌법재판소(2004), 제253쪽

제도에 관한 독자적인 절차가 규정되었는데, 그 개략적 내용은 다음과 같다<sup>216)</sup>.

1) 구속적부심사제도는 일반 형사소송절차와 독립된 별도의 절차로서, 당사자의 신청이 있는 경우에 한하여 당해 절차가 개시되는 것으로 규정되었다.

2) 모든 국가기관에 의한 구속은 물론 사인에 의한 구속의 경우에도 적부심사신청의 대상이 되었기 때문에,<sup>217)</sup> 모든 피구속자는 법원에 적부심사신청을 할 수 있었다. 다만, 피구속자가 재판소의 구속영장에 의하여 구속된 경우에는 그 영장을 발부한 재판소의 이름과 그 영장의 하자에 관하여 신청서에 기재하도록 하였다.

3) 재판소는 심사신청서에 대한 심사단계(제1단계 서면심사)에서 그 구속이 적법하다고 인정되는 경우에는 신청서를 각하하고, 신청서에 의하여 그 구속이 일응 불법하다고 인정하는 경우에 한하여 7일 이내의 심문기일(제2단계 실질심사)을 지정하여 구속자에게 피구속자와 함께 재판소에게 출두하여 그 구속자에 대한 구속을 계속해야 하는 이유를 설명할 것을 명하도록 규정되었다.

4) 심문기일이 지정된 경우에도 그 기일 이전에 구속자가 미군정법령 제176호 제8조 및 제9조의 규정에 의하여 발부된 구속영장을<sup>218)</sup> 담당 재판부에 제출한 경우에는 구두심문을 하지 않고 신청을 각하할 수 있었다.

5) 재판소는 구속의 이유 피구속자의 주장 및 구속의 적법여부에 관하여 필요한 증거를 조사한 후 그 구속이 불법하다고 인정되는 때는 피구속자의 석방을 명하도록 규정되었다.

---

216) 이에 관하여는 이영관, 위의 논문, 제191쪽 이하 참조

217) '구속'은 경찰관, 검찰관 또는 군사재판관계관리 등의 관리나 또는 정신병원, 교정원소년보호단체 혹은 청년단체 등에 의한 신체의 구속 등 실제로 신체의 자유를 속박 당하는 모든 경우를 포함하는 개념이었다(이영관, 위의 논문, 제193쪽).

218) 제8조는 재판소의 사후영장에 관한 규정이고, 제9조는 재판소의 구속기간연장결정에 관한 규정이다.

### (3) 헌법 제정 및 개정경위

위와 같은 미군정법령 제176호가 시행된 직후인 1948. 7. 17. 제정된 헌법 제9조 제3항에는 ‘누구든지 체포·구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.’라고 규정됨으로써, 체포·구금에 관한 적부심사제도가 헌법에 도입되었는데, 이는 미군정법령 제176호 제17조 및 제18조를 계수한 것이라고 볼 수 있다.

한편, 제3공화국 헌법 제10조 제5항에는 ‘누구든지 체포·구금을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다가 1972. 12. 27. 제4공화국 헌법에서는 이에 관한 규정이 삭제되었다. 그 후 1980. 10. 27. 제5공화국 헌법 제11조 제5항에 ‘누구든지 체포·구금을 당한 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다가, 1987. 10. 29. 현행 헌법 제12조 제6항에 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다.

## 3. 헌법 제12조 제6항의 해석

### 가. 연혁적인 검토에 따른 헌법 제12조 제6항의 의미

위와 같은 연혁적인 검토에 의하면, 미국의 Habeas Corpus 제도에서 비롯된 제헌 헌법 제9조 제3항은 부당하게 ‘신체의 자유’가 침해되는 것을 방지하기 위하여 헌법적 차원에서 적부심사제도를 규정하였다고 봄이 상당하다. 이를 구체적으로 살펴본다면, ① 행정기관 등에 의하여 체포·구속이 이루어진 사안에 관련하여, 입법자는 당사자의 신청에 의하여 법원이 포괄적으로 실질적인 적법성 여부를 심사할 수 있도록 하는 법률을 제정할 의무가 있지만, ② 이와는 달리 일반적인 재판에 의한 체포·구속에 대하여는 그 적부심사절차의 제1단계 서면심사에서 재판 자체의 명백한 하자<sup>219)</sup>

219) 미국의 Habeas Corpus 제도를 참고한다면, ① 재판관할권이 없는 법원이 재판을 하였다거나, 혹은 ② 법원이 발부한 영장에 헌법상 요건이 결여되어 있다거나, 해당 재판의 결정문에서 당사자의 헌법적 권리가 침해되었다는 점이 인정되는 등 주로

등이 발견되지 않는 이상, 제1단계에서 당사자의 심사청구를 각하(혹은 기각)하도록 규정하는 법률을 제정할 수 있고, 법원의 재판에 근거한 체포·구속의 단순위법사항에 대해서까지 다시 법원이 포괄적으로 심사하는 법률을 제정해야 하는 입법형성의무가 존재하였다고 보기는 어렵다.

현행 헌법 제12조 제6항은 위와 같은 제헌헌법과 본질적 내용에 있어서 다를 바 없는바, 위와 같은 연혁적, 비교법적 검토를 바탕으로 하여, 현행 헌법 제12조 제6항 및 관련 헌법규정에 대한 체계적인 해석에 대하여 아래에서 구체적으로 살펴본다.

## 나. 헌법 제12조 제6항의 구체적인 해석<sup>220)</sup>

### (1) 체포·구속의 개념

체포·구속의 의미가 구체적으로 무엇인지에 관하여 수사기관에 의한 것으로 한정할지, 다른 공권력에 의한 체포·구속도 포괄하여야 할지에 관하여 해석상 견해의 대립이 있고, 헌법적으로 보장되는 ‘신체의 자유’는 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의해서 직접 제한될 수도 있고, ‘신체의 자유’를 헌법적 차원에서 보장하고 있는 헌법 제12조 소정의 ‘체포·구속’은 포괄적인 개념으로 해석함이 상당하다는 것은 앞에서 이미 살펴보았다.

### (2) 체포·구속의 주체에 관한 검토

(가) 공권력행사기관에 의한 체포·구속

헌법 제12조에서 보장하고 있는 ‘신체의 자유’와 같은 자유권적 기본권이

---

재판의 형성과정에서의 헌법위반문제에 관하여 예외적 사정을 명백한 하자로 예시할 수 있을 것이다.

220) 구속적부심사청구권을 규정한 헌법 제12조 제6항에 대한 해석은 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386, 396-398에 상세히 기술되어 있는바, 아래에서는 위 헌법재판소의 결정을 참조한바가 크다.

일반적으로 주관적 공권성을 가진다는 점에 대하여는 학설상 이론이 없다<sup>221)</sup>. 그렇다면, 최소한 국가기관, 지방자치단체 등 모든 공권력 행사기관이 ‘체포’ 또는 ‘구속’의 방법으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용된다.

(나) 사인에 의한 체포·구속이 포함되는지 여부

연혁적으로 Habeas corpus 제도는 공권력행사와 전혀 관계가 없는 사인에 의한 체포·구속의 경우에도 적용되었다. 다만, 현행 헌법 제12조 제6항이 위와 같은 사인에 의한 체포·구속에 대해서까지 법원에 대한 적부심사 청구권을 헌법적 차원에서 보장하는 것인지 여부에 대하여는 견해의 대립이 있을 수 있다. 적극설<sup>222)</sup>은 Habeas Corpus 제도의 연혁 등을 중시하는 견해이고, 소극설<sup>223)</sup>은 우리 헌법상 기본권은 특별한 사정이 없는 한 공권력행사기관에 대한 주관적 공권일 뿐이고, 사인에 대한 권리가 아니라는 일반 헌법이론을 중시하면서 현행 헌법 제12조 제6항에 관하여 사인에 의한 체포·구속에 대하여 법원에 적부심사를 청구할 수 있는 권리가 헌법적 차원에서 보장된다고 해석하기는 어렵다는 견해가 될 것이다.

적극설의 당위성과 입법적 해결을 통하여 적부심사 청구권자를 확대하여야 한다는 필요성에 대하여는 전적으로 동의하지만 헌법 제12조 제6항의 체포·구속의 개념은 형법상의 체포 또는 감금의 개념과 달리 국가기관에 의한 체포·구속을 전제로 하는 것이고, 특히 사인에 의한 ‘신체의 자유’에 대한 불법한 침해에 대하여 법원에 구제를 청구할 수 있도록 규정한 제3공화국 헌법 제10조 제3항의 규정이 삭제된 이상 적극설을 따르기는 어려울 것이다.

### (3) 적부심사청구권의 행사주체

현실적으로 체포·구속을 당한 사람의 경우, 헌법 제12조 제6항 소정의 권리를 행사할 수 있다고 보아야 한다. 한편, ‘누구든지 ... 권리를 가진다.’

221) 김철수, 위의 책, 제196쪽 참조.

222) 심회기, ‘한국형 인신보호법 제정의 필요성’, 인신보호법 제정을 위한 공청회 자료, 제21쪽

223) 조국, ‘인신보호법 제정의 필요성’, 위 자료, 제40쪽

라는 헌법 제12조 제6항의 규정에 비추어 볼 때, 입법자가 법률로써 이러한 권리행사의 주체를 임의로 제한할 수 없다 할 것이다.

#### (4) ‘적부의 심사’를 법원에 청구할 수 있는 권리

(가) 체포·구속 자체의 적부에 대한 심사절차

우리 헌법 제27조 제1항은 ‘모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.’라고 규정하고, 제101조 제1항은 ‘사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.’라고 규정하며, 제103조는 ‘법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.’라고 규정되어 있다. 그러므로, 국가기관을 비롯한 타인이 체포·구속의 방법으로 당사자의 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 관련하여 그 원인관계의 정당성에 다툼이 있는 경우, 위와 같은 사법권행사에 관련된 일반적인 헌법규정에 근거하여 법원은 최종적인 사법적 판단을 하게 된다. 한편, 법치국가의 원칙에 비추어 볼 때, 위와 같은 원인관계를 인정할 수 없다는 취지의 판결이 확정된 경우,<sup>224)</sup> 구속주체인 국가기관 등이 당사자의 ‘신체의 자유’에 대한 제한을 더 이상 유지할 수 없음은 당연하므로, 이러한 원인관계에 대한 사법적 절차에 따라 ‘신체의 자유’를 회복시키기 위해서 우리 헌법제정권자가 헌법 제12조 제6항을 별도로 규정하였다고 보기는 어렵다.

따라서, 헌법 제12조 제6항은 당사자가 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단을 구하지 아니하고도, 체포·구속 자체에 대한 적부 여부를 법원에 청구할 수 있는 절차를 별도로 헌법적 차원에서 보장하는 규정으로 보아야 할 것이다.

(나) 적부심사제도에 관한 당사자의 절차개시권

한편, 적부심사청구권이 ‘신체의 자유’를 보장하기 위한 절차적 기본권이라는 측면을 고려한다면, 헌법은 체포·구속된 당사자의 청구에 의하여 개

---

224) 예컨대, 구속된 상태에서 형사재판을 받던 피고인에 관련하여 그 구속의 원인관계인 공소사실에 관하여 법원이 무죄판결을 한 다음 형사본안판결이 확정된 경우나, 행정처분에 의하여 정신병원에 강제입원되었던 당사자가 그 입원의 원인관계인 정신질환의 존부에 관하여 제기한 행정소송절차에서 그 억류의 원인관계인 질병이 애당초 존재하지 않은 것으로 판명되거나 혹은 치료가 완료되었다고 인정하는 판결을 받은 다음 그 판결이 확정된 경우 등을 예시할 수 있다.

시된 절차에서 법원이 당해 체포·구속 자체의 적부에 대하여 제대로 심사하는 기회를 최소한 1번 이상 보장하는 것을 요구한다고 보아야 한다<sup>225)</sup>.

(다) ‘적부’에 대한 해석문제

적부의 심사대상은 무엇인지에 관하여 논란이 될 수 있다. 우선 당해 체포·구속 자체의 ‘헌법적 정당성(실질적 적법성)’이라는 견해가 있을 수 있고, 체포·구속을 ‘계속’하는 것이 적당한지 여부로 보는 견해가 있을 수 있다. 만일 후자의 입장을 견지할 경우, 형사절차를 예를 들면 당사자의 청구에 의하여 당해 체포·구속에 관련하여 법원의 보석결정을 통하여 당사자를 석방할 수 있는 제도를 법률에 규정되어 있으면, 헌법상 요구되는 최소한의 입법형성의무가 이행된 것으로 보아야 할 것이다.

그러나, 헌법재판소는 우리 헌법의 연혁 등에 비추어 볼 때, 헌법 제12조 제6항에 규정된 ‘적부’는 당해 체포·구속 자체의 ‘헌법적 정당성 여부’로 해석함이 상당하므로, 결국 당사자의 청구에 따라서 법원이 당해 체포·구속 자체의 ‘헌법적 정당성’을 심사함과 동시에 만일 이러한 정당성이 인정되지 아니하면 이를 이유로 하여 법원이 그 당사자를 석방하도록 결정할 수 있는 제도가 법률에 규정되어야만 헌법에서 요구하는 입법형성의무가 제대로 이행된 것으로 볼 수 있다고 판시하고 있고, 이러한 측면에서 우리 헌법은 모든 유형의 ‘자유박탈의 허용과 계속’에 대하여 판사가 전적으로 결정하도록 하되, 피구속자에게 헌법적 차원에서 위와 같은 절차개시권을 보장하지 아니한 독일 기본법과는 구조적으로 상당한 차이가 있다고 한다<sup>226)</sup>.

## 다. 헌법 제12조 제6항에 관련된 입법형성의무

### (1) 헌법 제12조 제6항의 규정내용

‘누구든지 … 권리를 가진다.’라는 헌법 제12조 제6항의 규정에 비추어

225) 한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총 제10집, 헌법재판소(1999), 제349쪽 참조.

226) 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386, 397



볼 때, 우리 헌법이 헌법적 차원에서 일정한 권리를 인정하고 있고, 입법자가 법률로써 이러한 권리행사의 주체를 임의로 제한할 수는 없다. 한편, 헌법 제12조 소정의 ‘신체의 자유’는 대표적인 자유권적 기본권이지만, 위와 같은 ‘신체의 자유’를 보장하기 위한 방법의 하나로서 같은 조 제6항에서 규정한 ‘체포·구속적부심사청구권’은 절차적 기본권(청구권적 기본권)이라는 점은 그 규정내용상 분명하다.

한편, ‘체포·구속을 당한 때’라고 하는 매우 구체적인 상황에 관련하여 헌법적 차원에서 ‘적부의 심사를 법원에 청구할 권리’라는 절차적 권리를 보장하고 있기 때문에, 위와 같이 구체적 적용영역에 대한 입법권의 행사는 직접적으로 헌법적 제약을 받게 된다.

## (2) 입법자에 대한 입법형성의무의 부과

어느 헌법규정의 내용이 구체적인 적용영역 및 그 본질적 내용 등에 관련하여 법률에 의한 보완이 필요하지 않을 정도로 충분히 구체적이라고 볼 수 있는 경우<sup>227)</sup>에는, 권리주체가 법률에 의한 권리의 형성을 기다릴 필요 없이 헌법규정의 직접적 효력에 의하여 이러한 절차적 기본권을 바로 행사할 수 있을 것이다. 다음으로, 당해 헌법규정이 적용되는 것은 구체적인 영역에 한정되는 것이고 그 본질적 내용도 어느 정도 특정할 수 있지만, 입법자가 그 절차적 기본권의 구체적인 내용을 형성해야만 권리주체가 비로소 이를 행사할 수 있는 경우에는, 이른바 헌법의 개별규정에 의한 헌법위임(Verfassungsauftrag)이 존재한다고 볼 수 있다. 따라서 만일 입법자가 헌법적 차원에서 부과된 구체적인 입법형성의무 등을 제대로 이행하지 아니하는 경우, 입법부작위 등을 이유로 하여 헌법위반상대가 초래될 것이다<sup>228)</sup>. 한편, 위와는 달리 구체적인 절차적 기본권이 아닌 포괄적인 절차적

227) ‘피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때... 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.’라고 규정하고 있는 헌법 제12조 제7항은 그 예이다.

228) 일반적으로, 입법부작위가 성립하기 위해서는 입법자의 작위의무, 즉 입법의무의 존재가 전제되어야 하는데, 입법의무는 그의 위반을 확인할 수 있을 정도로 헌법 스스로가 입법의무의 내용과 범위를 구체화하고 있는 경우에 인정될 수 있다. 이러한 입법의무가 인정되는 것은, 헌법이 개별규정에 의하여 입법의무의 내용과 범위를 본질적으로 규정하는 이른바 헌법위임(Verfassungsauftrag)의 경우와 명백한 헌법위임이 없는 경우라 할지라도 객관적 헌법질서의 기본결정으로부터 헌법해석을 통하여 입법자의 구체화된 행위의무나 보호의무를 도출해 낼 수 있는 경우이다. 이에 관하여 자세한 내용은 한수웅, ‘헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력-독일에서의 판례와 이론을 중심으로-’, 헌법논총 제6집, 헌법재판소(1995), 제481쪽 참조.

기본권으로 파악할 수 있는 헌법 제27조 소정의 재판청구권 등의 경우<sup>229)</sup>, 그 적용영역 자체가 포괄적·망라적이기 때문에 헌법규정의 직접적 효력에 의하여 바로 절차적 기본권을 행사할 수도 없고, 개별규정에 의한 헌법위임이 존재한다고 보기도 어렵다.

그런데, 헌법 제12조 제6항의 경우 비록 구체적 영역에 한정적으로 적용되는 것이기는 하지만, 헌법규정의 직접적 효력이 인정되는 사안과 달리 입법자의 형성적 법률이 존재하지 아니하는 경우 현실적으로 법원에서 당사자의 ‘체포·구속적부심사청구권’에 대하여 심리할 수 없으므로, 입법자가 법률로써 구체적인 내용을 형성해야만 권리주체가 실질적으로 이를 행사할 수 있는 경우에 해당하는 것으로서, 이른바 헌법의 개별규정에 의한 헌법위임이 존재한다고 볼 수 있다. 따라서, 입법자가 헌법적 차원에서 부과된 입법형성 의무를 제대로 이행하지 아니하는 경우, 입법부작위로 인한 헌법위반상태에 놓이게 된다.

## VII. 행정상 인신구속에 관한 구속적부심사제도의 부존재로 인한 헌법위반

### 1. 개관

앞에서 살펴본 바와 같이 우리 헌법 제12조 제6항은 입법자에게 당사자

---

229) 재판청구권의 경우, 법원조직법이나 절차법과 같은 입법자의 구체적인 형성을 전제로 할 수밖에 없다는 점에 대하여는 한수웅, ‘헌법 제27조의 재판청구권’, 제349쪽 참조

가 법원에서 ‘체포·구속적부심사’를 받을 수 있도록 법률로써 구체적인 절차를 형성할 의무를 부과하고 있다 할 것이다. 그런데, 현행법의 전체적인 체계를 살펴보면, 전염병예방법 제29조에 근거한 강제격리나 정신보건법 제25조에 근거한 시·도지사에 의한 입원 등과 같이 행정기관과 같은 공권력 행사기관이 개별법률에 근거하여 독자적으로 헌법상 ‘신체의 자유’를 구속의 방법으로 제한할 수 있도록 허용하는 제도가 적지 않음에도 불구하고, 우리 입법자는 행정상 인신구속의 헌법적 정당성 여부에 관하여 법원에 심사청구를 할 수 있는 별도의 절차가 전혀 규정하지 않고 있다. 따라서, 입법자가 행정상 인신구속에 관련하여 헌법 제12조 제6항 소정의 법원에 대한 적부심사청구권을 인정한 법률을 전혀 제정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

먼저 우리나라 헌법에서 보장된 구속적부심사청구권이 법률적 차원에서 어떻게 역사적으로 구현되어 왔는지 살펴본 다음 미군정법령 제176호가 폐지된 이래 행정상 인신구속에 대한 구속적부심사제도가 존재하지 아니하여 법적공백상태가 발생하였고, 그러한 입법부작위가 헌법위반이 될 수 밖에 없다는 점에 관하여 살펴본다.

## 2. 우리 나라에서의 구속적부심사제도의 법률적 구체화의 연혁

### 가. 미군정법령과 제헌헌법 및 제정 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호)

#### (1) 미군정법령 제176호에 규정된 ‘적부심사제도’에 관한 규정

1948. 4. 1. 효력이 발생한 미군정법령 제176호 제17조 내지 제18조에 규정된 구속적부심사제도는 미국의 Habeas corpus 제도의 본질적 특성을 대부분 그대로 수용한 것으로서, 재판소의 영장 등에 근거한 위와 같은 구속에 대하여는 그 영장 자체에 하자가 존재하는 등 특별한 사정이 없는 이

상, 서면심사단계에서 그 신청을 각하하도록 규정하고 있었음은 앞에서 본 바와 같다.

그런데, 형사소송절차에 관한 미군정법령 제176호에는 검사가 영장발부절차에 관련하여 재판소에 대하여 수사기록 등 관련 자료를 제출하여야 한다는 취지의 명문의 규정이 없었다. 그래서, 그 당시 구속영장처리실무에 관련하여 검찰관이 수사기록과 같은 소명자료도 첨부하지 아니한 채 재판소에 구속영장청구서만을 제출하고, 법관은 영장청구의 형식요건만을 심사한 채 영장을 발부하는 실무관행이 정착되었고, 이로 인하여 재판소는 피의자에 대한 구속영장 발부단계에서 구속 사유의 실질적인 적법성 여부를 전혀 검토하지 못하였기 때문에, 미군정법령 제176호 제17조의 규정내용과 관계 없이, 재판소가 발부한 영장에 근거하여 구속된 피의자가 구속적부심사청구를 하는 경우에도, 제1단계 서면심사에서 각하하지 아니하고 일단 피의자 등을 소환하여 제2단계 실질심사를 한 것으로 보인다<sup>230</sup>).

## (2) 형사소송법 제정

국회에서 1954년 형사소송법의 제정에 관한 심의를 할 당시에도, 구속영장의 발부에 관하여 기존의 실무관행인 형식주의를 유지해야 한다는 검찰의 주장<sup>231</sup>과 법관이 피의자에 대한 구속영장의 형식요건 뿐만 아니라 영장발부의 필요성까지 심사한 다음 영장을 발부하여야 한다는 실질주의를 지지하는 견해<sup>232</sup>가 대립하였다.

이러한 견해의 대립을 배경으로 하여, 그 당시 입법자는 피의자에 대한

---

230) 이러한 실무관행에 대하여는 법전편찬위원회의 위원장으로서 형사소송법 초안의 작성을 주도한 김병로 대법원장의 1954. 2. 15. 제18회 정기국회 제18차 본회의 발언 참조(발언내용은 형사정책연구원간, 형사소송법제정자료집, 형사정책연구원(1990), 제269쪽에 수록).

231) 그 당시 한격민 검찰총장은 1954. 1. 9. 형사소송법 초안에 대한 공청회에서 실질심사를 하게 되면 증거가 인멸되어 수사에 막대한 지장을 줄 것이라고 발언한 점 참조(그 발언내용은 위 형사소송법제정자료집, 제125쪽에 수록).

232) 그 당시 형사소송법 초안에 규정된 형사피의자의 구속영장에 관한 실질주의는 미국법상의 Initial Appearance(필요적 피의자심문제도) 혹은 현행 형사소송법에서 규정한 바와 같은 임의적 피의자심문제도를 의미하는 것이 아니라, 단순히 검사가 법원에 구속영장을 청구하면서 수사기록 등 소명자료를 제출해야만 한다는 취지였다(위 형사소송법제정자료집, 제124쪽에서 제126쪽 참조).

구속영장의 발부에 관하여 기존의 형식주의를 유지하는 경우 인권보장에 문제가 있고, 반면에 구속영장에 관한 영미식 법률체도를 그대로 수용하는 경우 현실적으로 수사에 지장이 있다고 판단한 다음, 검사가 구속영장을 신청할 때 필요한 소명자료를 제출하도록 하되, 미국법상의 Initial Appearance(필요적 피의자신문제도)를 도입하지는 않기로 하고, 다만, 구속영장의 발부단계에서는 법원이 수사기록을 검토하는 등 제한적인 범위 내에서만 실질심사가 이루어지고 형사피의자의 법관대면기회가 전혀 인정되지 않는 점을 감안하여, 영미의 일반적인 Habeas Corpus 제도와는 달리 법관이 발부한 영장에 근거한 구속의 단순위법사항에 대해서까지 사후적으로 구제할 수 있는 구속적부심사를 허용하면서, 나아가 모든 피의자에게 적부심사절차에서 법관을 직접 대면할 수 있는 기회를 부여하는 법률을 제정하였다.

### (3) 제헌헌법 제9조 제3항과 제정 형사소송법 제201조에 대한 검토

제헌헌법 제9조 제3항 후단은 미군정법령 제176호 제17조 및 제18조를 구체적으로 의식하고 제정되었다. 한편, 제정 당시 형사소송법 제201조 제4항 내지 제6항<sup>233)</sup>의 경우 비록 일반적인 형태의 미국식 Habeas Corpus 제도와는 상당한 차이가 있지만, 그 당시 입법자가 미국식 Habeas Corpus 제도를 모범으로 하여 위 제도를 만든 것이 분명한 이상, 이를 다음과 같이 수정·변형된 독특한 형태로 파악함이 상당하다.

첫째, 제정 형사소송법상 제도는 당사자의 청구에 따라 그 구속 자체의 헌법적 정당성을 법원이 별도로 심사하는 절차를 규정한 것이다.

둘째, 일반법이 아닌 개별 법률인 형사소송법 중 일부에 규정됨으로써

233) 제정 형사소송법 제201조

- ④ 전3항의 규정에 의하여 구속을 받은 자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주나 가족은 관할법원에 구속의 적법여부의 심사를 청구할 수 있다.
- ⑤ 전항의 청구를 받은 법원은 지체 없이 구속한 자와 구속받은 자를 심문하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 구속받은 자의 석방을 명하여야 한다.
- ⑥ 전항의 청구를 기각하는 결정에 한하여 항고할 수 있다.

수사단계에서 구속된 피의자에 대해서만 적용하도록 한정되었다.

셋째, 위와 같이 일반적인 형태의 구속적부심사제도가 수정·변형된 근본적인 이유는 입법자가 법원이 수사단계에서 구속영장을 발부하는 절차에 관련하여 형사피의자에게 ‘법률적 차원’에서 ‘법관대면기회’를 제공할 것인지 여부를 검토하다가, 그 당시 수사현실 등을 고려하여 이를 인정하지 않기로 결정하였기 때문이다.

위와 같은 경위로 입법자는 수사단계에서 법원이 발부한 구속영장의 경우 그 실질적인 적법성을 추정하기 어렵다고 판단한 것으로 보이는데, 영장에 명백한 하자 등이 있는지 여부와 관계없이 단순위법사항까지 법원이 포괄적으로 다시 심사할 수 있는 제도가 마련되었다. 또한 입법자는 일반적 형태의 Habeas Corpus제도에서 볼 수 있는 제1단계의 서면심사에 의한 청구기각(각하)을 인정하지 아니하였고, 청구가 있는 경우 법원은 구속된 모든 피의자를 소환하여 구두심문하는 방법으로 제2단계 실질심사를 실시하도록 규정함으로써, 적부심사제도에 관련하여 ‘법률적 차원’에서 구속된 모든 당사자(피의자)에게 ‘법관대면기회’를 보장하였다.

## 나. 제3공화국 헌법 및 그 당시 법률제정 및 개정논의

### (1) 제3공화국 헌법규정

제3공화국 헌법 제10조 제5항은 ‘누구든지 체포·구금을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.’고 규정하고 있었다.

### (2) 인신보호법안의 제출

우리 입법자가 Habeas Corpus 제도에 관한 일반법을 제정한 적은 없었다. 다만, 1969. 7. 9. 당시 야당인 신민당에서 ‘헌법 제10조 제5항에 관련하여, 영장에 의한 구속에 대하여는 형사소송법상 구속적부심사제도가 있으나, 다른 형태의 구속으로 인하여 신체의 자유가 부당하게 침해되는 것에

대한 법률이 제정되지 않아서 헌법상 보장된 권리를 행사할 수 없기 때문에 이에 대한 입법이 요청된다.’라는 것을 입법목적으로 하여 인신보호법안을 국회에 제출하였으나, 위 법률안은 입법화되지 못하였다.

### (3) 형사소송법상의 구속적부심사제도에 관한 개정논란

한편, 형사소송법에 규정된 구속적부심사제도를 개선하기 위하여 1972. 5. 19. 공화당에서 개정초안을 발표하였고<sup>234)</sup>, 이에 관하여 대법원<sup>235)</sup>과 대한변호사협회<sup>236)</sup>에서도 각자 독자적인 개정초안을 제시하였다. 주목할 점은 3가지 개정초안이 공통적으로 헌법재판소의 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104 사건의 쟁점과 유사한 검사에 의한 전격기소에 대한 문제해결책을 포함하고 있었다는 것이다<sup>237)</sup>. 반면에, 검찰측에서는 제정 형사소송법에 규정된 구속된 피의자에 대한 ‘적부심사제도’를 폐지하여야 한다는 주장을 강력하게 제기하였다<sup>238)</sup>.

234) 공화당의 개정안 주요골자는 ① 변호서제출제 ② 48시간내의 처리 ③ 소환방식의 민사소송법준용 ④ 공소제기후의 처리방도 신설 ⑤ 구속적부심사제도와 병행하여 검사의 청구에 의하여 구속집행정지제도를 보완하는 것 등이었다고 한다(이영란, 위의 논문, 제200쪽에서 제201쪽).

235) 대법원장의 자문기관인 형사소송법법제개선심의위원회에서 만든 개정안에 의하면, 검찰의 이른바 전격기소의 폐단을 방지하기 위하여 공소제기 전에 적부심이 신청된 경우에는 공소제기 후라도 심사결정할 수 있도록 하는 조항을 신설하고자 하는 것으로 이 점은 공화당안과 유사한 것이었다(이영란, 위의 논문, 제201쪽).

236) 대한변호사협회 개정안의 주요요지는 ① 당회의 심문기일을 정하여 검사가 출석하지 아니하거나, 구속필요 소명자료를 제출하지 아니할 때는 석방명령을 할 것 ② 심사청구의 통지를 받은 검사는 만기일까지 기소를 할 수 없도록 하는 것 ③ 48시간내의 처리 등을 보완하는 것이다(이영란, 위의 논문, 제201쪽).

237) 그밖에 3개 개정안에서 공통적으로 지적된 것은 ① 검사나 사법경찰관이 구속적부심사절차에 관하여 불성실하게 임할 경우의 대처방법 ② 심사기간을 제한할 수 있는 법적 규제 등으로서, 위와 같은 문제점들은 당시 구속적부심사제도 운영에 있어서 20년간의 실무상의 난점들을 입법적으로 해결하기 위하여 부각된 문제들이었다(이영란, 위의 논문, 제201쪽 이하).

238) 이러한 폐지론의 주요내용은 다음과 같다(이영란, 위의 논문, 제202쪽). ① 법관이 발부한 영장에 의하여 구속된 자의 구속의 적부여부를 법관이 다시 판단하는 것은 이론상 모순이고(이른바 옥상옥 이론), ② 외국에 유사한 입법례가 없다. ③ 영장을 발부하는 법관은 자기가 다시 한번 심사할 기회를 가질 수 있으므로 영장 발부에 소홀할 염려가 있다. ④ 사선번호인을 선임할 정도의 경제적 여유가 있는 사람만이 구제받고 가난한 서민층은 적절히 이 제도를 이용하지 못하여 석방의 기회에서 배제되는 등 법조부조리의 한 원인이 된다. ⑤ 석방률 및 석방된 자의 도주율이 높아져 수사에 막대한 지장을 준다.

## 다. 제4공화국 헌법

위와 같은 구속적부심사에 대한 폐지주장이 제4공화국헌법의 개정과정에서 수용되어 구속적부심사제도에 관한 헌법규정이 삭제되었고, 이어 제정 형사소송법에 규정되었던 구속적부심사제도는 1973. 1. 25. 법률 제245호로 폐지되었다. 그러나, 유신헌법이 시행되는 동안 여러 가지 영역에서 ‘신체의 자유’를 침해하는 사례가 늘게 되었기 때문에, 구속적부심사제도를 ‘부활’시켜야 한다는 주장이 제기되었다. 주의할 점은 그 당시까지도 수사단계의 구속영장 발부절차에서 형사피의자의 ‘법관대면기회’가 전혀 보장되지 않아서 인권침해의 문제점이 매우 심각하였고, 우리 입법자가 적부심사제도에 관한 일반법을 제정한 적이 없었기 때문에, 위와 같은 부활론은 주로 기존의 폐지론을 반박하면서 제정 형사소송법에서 규정하였던 종래 형사피의자에 대한 구속적부심사제도를 부활해야 한다는 취지에 한정되었다는 점이다.

## 라. 제5공화국 헌법

### (1) 헌법규정

위와 같은 구속적부심사제도의 부활론 등에 힘입어서 1980. 10. 27. 제5공화국 헌법 제11조 제5항에는 ‘누구든지 체포·구금을 당한 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다.

### (2) 형사소송법의 개정(1980. 12. 18. 법률 제3282호)

형사소송법 제214조의 2를 신설하여, 제정 형사소송법에 규정되었던 피의자에 대한 구속적부심사제도를 부활하였는데, 다만 ① 구속적부심사청구의 청구사유를 구속영장의 발부가 법률에 위반한 때와 구속 후 중대한 사



정변경이 있었을 때로 제한하였고, ② 검찰인지사건과 공안사건, 법정형이 중한 사건에 대하여는 피의자의 청구권 자체를 배제하는 등 그 적용영역을 상대적으로 축소시켰다.

## 마. 현행 헌법

### (1) 헌법 규정

위와 같이 부활된 형사소송법상 구속적부심사제도의 적용영역이 지나치게 제한적이라는 비판이 계속되었는데, 1987. 10. 29. 현행 헌법 제12조 제6항에는 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다.

### (2) 형사소송법의 개정

이러한 헌법개정 이후, 입법자는 1987. 11. 28. 법률 제3955호로서 형사소송법을 개정하여, 검찰인지사건 등에 대하여 피의자의 구속적부심사청구권 자체를 배제하는 제한규정을 삭제하는 등 구속적부심사제도의 적용범위를 현저하게 확대하였고, 그 후 여러 차례의 형사소송법의 개정 등에 의하여 이 사건 법률조항 등에 의한 현행 제도가 정착되었다. 그 후 1995. 12. 29. 법률 제5004호로 형사소송법을 다시 개정하여, 입법자는 형사소송법 제201조의2를 신설하여 수사단계의 형사피의자에 대한 구속영장 발부 이전에 법관이 임의적으로 피의자신문을 할 수 있는 제도를 도입하였고, 그 후 이에 관한 여러 차례 법률이 개정되었으나, 임의적 피의자신문제도의 큰 틀은 그대로 유지되고 있다.

## 3. 입법부작위로 인한 헌법위반

### 가. 행정상 인신구속에 대한 헌법 제12조 제6항의 적용여부

헌법 제12조 제6항은 적어도 국가기관, 지방자치단체 등 모든 공권력 행

사기관이 ‘체포’ 또는 ‘구속’의 방법으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 대하여 적용되고, ‘누구든지 ... 권리를 가진다.’라는 위 규정의 형식에 비추어 볼 때, 행정상 인신구속을 당한 자라 해서 형사절차 내에서 구속을 당한 자와 달리 구속적부심사에 대한 권리주체에서 배제할 수는 없으므로, 그에 대한 구체수단으로 구속적부심사제도를 두지 않는다면 헌법 제12조 제6항에 위반된다 할 것이다. 즉, 헌법은 행정기관에 의하여 인신구속이 된 자 등의 청구에 의하여 개시된 절차에서 법원이 당해 인신구속의 적부에 대하여 제대로 심사하는 기회를 최소한 1번 이상 보장하는 것을 요구한다고 보아야 한다.

## 나. 형사절차에서의 구속적부심사제도에 대한 검토

### (1) 구속적부심사제도의 원칙적인 실현

형사소송법에 규정된 수사단계의 구속영장에 대한 적부심사제도의 경우, 최소한 그 제도가 적용되는 범위 내에서는 입법자가 헌법상 요구보다 법원의 심사정도를 심화·확대하였고, 모든 구속된 피의자에 대하여는 ‘법관대면 기회’ 등을 보장하는 등 절차적 기회를 원칙적으로 부가적으로 제공하였기 때문에, 전반적인 위헌성 문제는 발생하기 어렵다. 다만, 이른바 전격기소의 문제에서 발생하는 매우 좁은 범위에서의 법적공백상태에 대하여는 위헌여부가 문제되었다.

### (2) 이른바 전격기소의 문제와 헌법재판소의 헌법불합치 선언

헌법재판소는 형사소송법 제214조의2 제1항의 위헌심판(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104 결정)에서, ‘구속적부심사절차에서의 ‘피의자’라는 청구인적격을 ‘절차개시요건’이 아니라 ‘존속요건’으로 규정함으로써, 청구인이 구속적부심사청구권을 행사한 다음 검사가 법원의 결정을 기다리지 아니하고 전격적으로 기소하는 경우, 위와 같은 영장에 근거한 구속의 정당성에 대하여 법원이 실질적인 판단을 하지 못하고 그 청구를 기각할 수밖에 없도록 규정하고 있는바, 이는 검사의 전격기소가 있는 경우 위 영장 자체의

헌법적 정당성 여부에 관하여 결정할 권한이 없는 검사의 일방적인 행위로 인하여 법원으로부터 실질적인 심사를 받고자 하는 청구인의 ‘절차적 기회’가 박탈되는 결과가 초래된다. 그러나, 구속된 피의자가 적부심사청구권을 행사한 경우 검사는 그 적부심사절차에서 피구속자와 대립하는 반대 당사자의 지위만을 가지게 되는데, 위와 같은 대립적인 절차에서 헌법상 독립된 법관으로부터 심사를 받고자 하는 청구인의 ‘절차적 기회’가 반대 당사자의 ‘전격기소’라고 하는 일방적 행위에 의하여 제한되어야 하는 공익적 필요성 등을 전혀 인정할 수 없다. 또한 현행법상 검사가 전격기소를 한 이후 청구인에게 ‘구속취소제도’라는 후속절차가 보장되어 있었다고 하더라도 그 이전단계에서 이미 행사된 적부심사청구권의 당부에 대하여 법원으로부터 실질적인 심사를 받을 수 있는 청구인의 절차적 기회를 완전히 박탈하여야 하는 합리적인 이유를 발견할 수 없으므로, 입법자는 그 한도 내에서 적부심사청구권의 본질적 내용을 제대로 구현하지 아니하였다고 보아야 한다.’고 판시하고, 형사소송법 제214조의2 제1항이 헌법에 불합치한다고 결정하였다.

그 후 헌법재판소의 위와 같은 결정으로 인하여 2004. 10. 16. 법률 제7225호로 형사소송법 제214조의2 제3항이 개정되어, 검사의 전격기소로 인한 형사소송법 부분에서의 법적공백은 해소되었다<sup>239)</sup>.

---

239) 개정된 형사소송법 제214조의2 제3항은 ‘제1항의 청구를 받은 법원은 지체없이 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다.’고 규정되어, 피의자가 구속적부심사를 청구한 이후 검사가 기소를 하더라도 법원은 이미 제기된 심사청구를 실질적으로 행할 수 있게 되었다.

## 다. 행정상 인신구속에 관한 구속적부심사제도에 대한 검토

(1) 미군정법령의 폐지로 인한 입법부작위상태의 발생

(가) 미군정법령 제176호의 폐지

제정 당시 형사소송법 부칙 제8조는 ‘본법 시행(1954. 10. 14.)<sup>240)</sup>직전까지 시행된 다음 법령은 폐지한다... 2. 미군정법령 중 본법에 저촉되는 법조’라고 규정하고 있었는데, 일반적 형태의 구속적부심사절차를 규정한 미군정법령 제176호 제17조 및 제18조가 제정 형사소송법에 저촉된다고 보기 어려우므로 형사소송법 제정으로 위 미군정법령이 폐지되었다고 단정하기 어렵다. 그러나, 우리 입법자는 이에 관한 후속입법을 전혀 하지 않았는데, 1961. 7. 15. 구법령정비에관한특별조치법(법률 제659호)의 시행으로 인하여 1948. 7. 16. 이전의 법령으로서 제헌 헌법 제100조의 규정에 의하여 의용되고 있는 구법령은 1961. 12. 31.까지 새 법령으로 대치되지 않는 경우, 1962. 1. 20. 일괄적으로 폐지되는 것으로 간주되었기 때문에, 적어도 1962. 1. 20. 이후에는 미군정법령 제176호 제17조 및 제18조에 근거한 구속적부심사제도는 확정적으로 폐지되었다고 보아야 한다.

(나) 행정상 인신구속에 관한 적부심사청구권의 부존재

그렇다면, 제헌 헌법 제9조 제3항에서 보장한 체포·구금의 당부에 관한 적부심사청구권이 미군정법령 제176호의 폐지로 인하여 행정상 인신구속의 영역에서 입법부작위가 발생하게 되었다 할 것이고, 미군정법령 제176호가 효력을 잃은 시점, 즉 제정 형사소송법의 시행일인 1954. 10. 14. 또는 구법령정비에관한특별조치법에서 정한 구법령의 일괄폐지시점인 1962. 1. 20. 이후 현재까지 전반적인 헌법위반상태가 계속되고 있다고 볼 수 있다. 현행 헌법 제12조 제6항의 적용영역이 매우 광범위하기 때문에 구속적부심사제도에 관한 일반법의 형태가 아닌 개별 법률로서 헌법상 요구되는 입법형

240) 그 당시 형사소송법 부칙 제9조에는 시행일자가 1954. 5. 30.로 규정되었는데, 대통령의 공포절차가 지연되어 1954. 9. 23. 법률 제341호로 공포되었고 1954. 10. 14. 효력이 발생하였다(위 형사소송법제정자료집, 제392쪽).

성의무를 포괄적으로 충족시키는 것은 입법기술적으로 쉽지 않다는 점에 비추어 볼 때, 구속적부심사제도에 관한 일반법이 존재하지 않는다는 사실이 우리 헌법에 규정된 체포·구속적부심사제도에 관련된 가장 근본적인 문제라고 할 수 있다.

## **VIII. 구속적부심사제도의 일반법으로서의 인신보호법의 제정에 관하여**

### **1. 개관**

이미 논한 바와 같이 우리 헌법의 구속적부심사제도는 형사소송법에서의 전격기소의 경우와 행정상 인신구속에 관한 적부심사제도라는 두 가지 부분에서의 법적공백으로 인한 헌법위반상태에 있었는데, 전자는 이미 헌법재판소에서 헌법불합치결정이 내려진 바 있고, 그에 따라 형사소송법이 개정되어 법적 공백상태가 해소되었다.

이제 행정상 인신구속에 대한 법적공백상태를 어떻게 메울 것인가의 문제가 남았으므로, 아래에서는 구속적부심사제도의 도입의 형식에 대하여 살펴보고, 구속적부심사제도의 연혁, 형식과 절차적인 측면에서 유사한 일본의 인신보호법을 참조하여 제정되어야 할 우리나라의 인신보호법의 내용이 무엇인지 살펴보도록 한다.

### **2. 구속적부심사제도 도입형식과 인신보호법의 도입노력**

#### **가. 입법의 두 가지 방식**

형사소송에서의 체포·구속 외에 행정기관 등과 같은 공권력행사기관이 개별 법률에 근거하여 헌법상 ‘신체의 자유’를 구속의 방법으로 제한할 수

있도록 허용하는 제도에 대응하는 구속적부심사제도를 마련하여야 한다는 점은 앞에서 논증하였다.

그와 같은 구속적부심사제도의 입법형태는 인신보호법과 같은 일반법을 제정하는 방안과 체포·구속을 가능하게 하는 개개의 법률에 구속적부심사 조항을 삽입하는 방안을 생각해볼 수 있다. 전자는 입법자가 모든 형태의 체포·구속적부심사제도를 포괄하는 일반법으로 인신보호법을 제정하는 것으로서, 이것이 원칙적인 입법형식이라고 할 수 있다. 그러나, 헌법 제12조 제6항에 입법형식 등에 대한 특별한 제한이 없는 이상, 개별 법률에서 부분적인 적용영역에 대하여 적용되는 체포·구속적부심사제를 규정하더라도 위와 같은 개별규정이 헌법 제12조 제6항의 최소한도의 요구사항을 충족시키는 이상, 그 적용영역에서는 입법형성의무를 이행하지 않았다고 볼 수는 없을 것이다.

그러나, 개인적으로는 구제의 효율성의 측면에서 보나 입법기술적인 측면에서 보나 인신보호법과 같은 일반법을 제정하는 것이 이상적이라고 생각한다.

## 나. 인신보호법의 도입노력

그런데, 위와 같은 행정상 인신구속에 대한 구속적부심사제도의 도입노력이 우리나라 헌정상 전혀 없었던 일은 아니다. 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 제3공화국 헌법 당시인 1969. 7. 9. 야당인 신민당에서 인신보호법안을 국회에 제출한 적이 있다. 당시의 입법안 제13조를 보면 준비조사결과 청구가 이유 없는 것이 명백할 때에는 법원이 심문절차를 거치지 않고 결정으로 청구를 기각하도록 규정하는 등 그 입법안의 내용은 Habeas Corpus 제도의 일반적인 특성을 대부분 그대로 수용한 것이었다<sup>241)</sup>.

위와 같은 제3공화국 헌법 하에서 인신보호법의 제정이 수포로 돌아간

---

241) 상세한 내용은 이영란, 위의 논문 제198쪽에서 제200쪽, 당시의 신민당안의 원문은 이영란, 위의 논문, 제344쪽에서 제350쪽까지 수록되어 있다.

이후에도, 인신보호법의 제정노력이 사라진 것은 아니었다. 1999년 결성된 대통령 자문기구인 사법개혁추진위원회는 인신보호법의 제정을 결의하였다. 당시 제안된 인신보호법의 주요내용은 ① 청구권자를 무제한으로 하고 청구요건은 보충성의 원칙에 의하여 상당한 기간 내에 구제목적 달성할 수 없음이 명백한 경우에 한하여 청구할 수 있도록 하였고, ② 청구형식은 서면으로 청구하는 것과 변호사 강제주의를 원칙으로 하되, 변호사를 선임할 수 없는 사정을 소명한 경우 청구자의 직접청구가 가능하도록 하였으며, ③ 관할법원은 피구급자 등 청구자의 소재지 관할 법원, 지원의 합의부라고하고 심리절차는 예비절차를 거치도록 하는 것이었다<sup>242)</sup>.

한편, 헌법재판소의 위 형사소송법분야의 진격기소에 대한 헌법불합치결정 이후 현재의 제17대 국회 일각에서도 인신보호법의 제정 움직임이 있으므로, 향후 그 추진결과를 지켜볼 만하다<sup>243)</sup>.

### 3. 구속적부심사제도의 일반법으로서의 인신보호법

#### 가. 제정되어야 할 인신보호법의 기본이념과 성격

##### (1) 신속한 구제

구속적부심사제도는 국민으로 하여금 현재 부당하게 침탈되고 있는 신체의 자유를 사법기관에 의하여 신속하고 용이하게 회복시키는 것을 목적으로 하는 제도이므로, 이에 관한 일반법으로서의 인신보호법은 신속성의 요구가 제1차적인 목적이 되어야 할 것이다<sup>244)</sup>. 따라서, 일본의 인신보호법

242) 사법개혁추진위원회편, 민주사회를 위한 사법개혁 : 대통령 자문위원회 보고서, 사법개혁추진위원회(2000), 제65쪽 이하 참조

243) 제17대 국회에서 나경원의원의 49인이 2005. 1. 31. 인신보호법 제정을 발의하였고, 현재 위 법안은 국회 법제사법위원회에 상정되어 있다.

244) 일본의 인신보호법 제1조는 '이 법률은, 기본적 인권을 보장하는 일본국헌법의 정신에 따르고, 국민으로 하여금 실제로 부당하게 빼앗기고 있는 인신의 자유를 사법재판에 의해 신속하고 용이하게 회복하게 하는 것을 목적으로 한다.'고 규정되어 있는 점 참조

에서는 인신보호청구가 있는 날부터 1주일 이내에 심리가 개시되어야 하고(제12조 제4항), 상소기간도 3일로 하고 있으며(제21조), 입증도 증거가 아닌 소명으로 같음하게 하고 있다.

## (2) 보충적 성격

영미법에 있어서 인신보호영장은, 원래 국왕의 특권에 속하는 영장(perogative writ)의 하나로서, 통상적인 구제방법이 적용되지 않거나 적당하지 않다고 인정되는 경우에 한하여 발하여지는 영장으로 예외적인 구제방법(extraordinary remedy)이다<sup>245</sup>). 즉, 오늘날의 영미법에서 현재 계속중인 사건이 그 상소심에서 다투면 충분하다는 등 다른 구제수단이 인신보호절차와 동등한 효과를 가지고 있는 경우 인신보호영장의 청구가 제한된다. 일본의 인신보호규칙 제4조 단서도 ‘다른 구제의 목적을 달성하는데 적당한 방법이 있는 때에는 그 방법에 의하여 상당한 기간 내에 구제의 목적이 달성되어지지 않는 것이 명백하지 않으면, 인신보호영장의 청구를 할 수 없다.’고 보충성의 원칙을 규정하고 있다.

우리나라에서 인신보호법을 제정할 때에 보충성의 원칙을 고려한다면, 형사소송법상의 구속적부심사제도는 당연히 인신보호법의 적용대상에서 제외되어야 할 것이다. 다만 정신보건법상의 불복심사제도를 어떻게 볼 것인가에 관하여는 이미 앞에서 설명한 바와 같이 퇴원 등의 결정은 정신보건심의위원회 심사를 필요적으로 받아야 하지만, 그 결정권자는 사법기관이 아닌 행정기관, 즉 시·도지사의 결정에 의하는 것이고, 정신보건심의위원회의 심사는 심의에 불과한 점에 비추어 보면, 정신보건법상의 불복심사제도를 거치지 않았다고 하여 보충성의 요건을 결한다고 볼 수는 없을 것이다.

245) 최경원, ‘영·미법상의 인신보호영장제도(下)’, 제37쪽



## 나. 제정되어야 할 인신보호법의 적용범위

### (1) 문제의 소재

공권력에 의한 구속에 대하여 구속적부심사제도를 도입하지 않는다면 헌법 제12조 제6항을 위반하게 된다는 점에 대하여는 앞에서 충분히 논증하였으므로, 제정되어야 할 인신보호법의 적용범위에 행정상 인신구속 등 공권력에 의한 구속이 포함되어야 함은 당연하다. 따라서, 전염병예방법 제29조에 근거하여 강제격리를 당한 자나 정신보건법 제25조에 근거하여 시·도지사로부터 정신병원에 강제로 입원된 자 등은 인신보호법에 따라 법원에 그 구속적부를 심사하여 달라고 청구할 수 있어야 한다.

문제는 사인에 의한 위법한 인신구속에 대하여도 인신보호법이 적용되어야 하는지 여부이다. 사인에 의한 구금 등에 의하여 의료시설·복지시설 등 단체 또는 개인이 운영하고 있는 수용·보호시설에 수용당하고 있는 자도 인신보호법에 따라 법원에 그 구속적부를 심사하여 달라고 청구할 수 있는 제도가 없다고 하여 헌법 제12조 제6항에 위반하여 위헌이라고 할 수는 없더라도, 그 영역에서도 구속적부심사제도를 도입하여야 할 필요성은 충분히 있다.

### (2) 사인에 의한 인신구속에 대한 구속적부심사제도의 부존재의 위헌여부

헌법 제12조 제6항의 체포·구속의 개념은 형법상의 체포 또는 감금의 개념과 달리 국가기관에 의한 체포·구속을 전제로 하는 것이고, 특히 사인에 의한 ‘신체의 자유’에 대한 불법한 침해에 대하여 법원에 구제를 청구할 수 있도록 규정한 제3공화국 헌법 제10조 제3항의 규정이 삭제된 이상 사인에 의한 체포·구속에 까지 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 보기는 어렵다. 따라서, 일반적으로 사법적 계약의 형태로 강제입원이 이루어지는 보호의무자에 의한 입원에서 구속적부심사제도를 도입하지 않는다고 하여 헌법 제12조 제6항을 위반한다고 볼 수는 없을 것이다.

다만, 사법적 계약관계에 의한 인신구속의 형태를 가지고 있지만 행정기

관 등의 공권력이 그 인신구속에 개입하는 경우에는 공권력에 의한 구속으로 못 볼 바 아니므로, 이 경우에는 구속적부심사제도가 도입되지 않는다면 헌법위반이 될 것이라고 생각된다.

예를 들면, 정신보건법 제24조 제1항에는 정신의료기관의 장은 정신질환자의 보호의무자의 동의를 있는 때에는 정신과전문의가 입원이 필요하다고 진단한 경우에 당해 정신질환자를 입원시킬 수 있는바, 위와 같은 보호의무자에 의한 입원의 법적 성질은 정신질환자가 수익자가 되고 보호의무자가 요약자가 되며 병원의 운영자가 낙약자가 되는 이른바 제3자를 위한 계약이라는 견해와<sup>246)</sup> 보호의무자는 정신질환자의 법정대리인으로서 정신병원의 운영자와 통상의 입원계약을 체결하는 것이라는 견해<sup>247)</sup>가 있는데, 위 양 견해는 정신질환자에 대한 보호의무자에 의한 입원이 정신의료기관의 사법적인 계약에 의하여 이루어진다는 점에서 일치한다. 그런데, 정신보건법 제21조에 따르면, 보호의무자는 원칙적으로 정신질환자의 민법상의 부양의무자<sup>248)</sup> 또는 후견인이나 보호의무자가 없거나 보호의무자가 부득이한 사유로 인하여 그 의무를 이행할 수 없는 경우에는 당해 정신질환자의 주소지(주소지가 없거나 알 수 없는 경우에는 현재지)를 관할하는 시장·군수 또는 구청장이 그 보호의무자가 되는 경우가 있다. 이렇게 행정기관이 보호의무자가 되어 강제 입원에 공권력이 관여하는 경우에는 실질적으로는 공권력에 의한 구속으로 볼 수 밖에 없으므로, 이 경우에 구속적부심사제도가 도입되지 않는다면 헌법위반이 된다고 생각한다. 독일의 경우에도 사법에 근거한 권력관계, 즉 부모나 후견인에 의한 자유박탈은 기본법 제104조 제2항이 적용되지 않으나, 청소년청(Jugendamt)에 의하여 수행된 후견활동은 공권력의 수행이므로, 기본법 제104조 제2항이 적용된다고 해석하고 있다<sup>249)</sup>.

---

246) 東京地裁 昭和48. 8. 17. 선고 昭48(ワ)2267 판결, 判例時報 740号 79頁

247) 전병서, 위의 글, 제14쪽

248) 민법 제974호(부양의무) 다음 각 호의 친족은 서로 부양의 의무가 있다.

1. 직계혈족 및 그 배우자간

2. 삭제<1990.1.13>

3. 기타 친족간(생계를 같이 하는 경우에 한한다.)

249) Maunz-Dürig, Grundgestz\*\*\*\*\*, Art.104 부분, 제5쪽

### (3) 사인에 의한 인신구속에서 구속적부심사제도 도입의 당위성

공권력에 의하지 아니한 사인에 의한 인신구속에 대한 구제절차로서 구속적부심사제도를 두고 있지 않다고 하여 위헌이라고 할 수 없다고 하더라도, 위와 같은 형태의 인신구속에 있어서도 구속적부심사제도 도입의 필요성이 부인되는 것은 당연히 아니고, 오히려 다음과 같은 이유에서 입법정책적으로 구속적부심사제도의 도입을 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

첫째, 신체의 자유는 기본권 중의 기본권으로 그 중요성과 박탈의 고통은 다른 기본권보다도 월등한 것이므로 보호의 범위나 정도도 넓어야 함은 당연하다. 따라서, 구속적부심사제도와 같은 신체의 자유에 대한 절차적 보장은 사적인 법률관계에도 방사되어야 할 것이다<sup>250</sup>). 이미 우리 제3공화국 헌법에서는 사인에 의한 구속의 경우에도 구속적부심사제도를 두도록 규정하고 있었음은 이를 반영한 것이라고 볼 수 밖에 없다.

둘째, 국가는 기본권보호의무를 부담하고 있으므로, 사인에 의한 신체의 자유의 침해에 대한 구제수단을 입법적으로 마련하여야 할 책무를 가지고 있다. 일반적으로 기본권 보호의무란 기본권에 의하여 보호되는 기본권적 법익을 사인인 제3자의 위법적 제약으로부터 보호하여야 할 국가의 의무를 말한다. 보호의무는 결국 동등한 기본권 주체들의 기본권 영역들을 상호확정하고, 그렇게 확정된 영역에서 타 기본권 주체의 행위나 영역으로부터 나오는 기본권적 법익에 대한 위협을 억제하여 각 기본권 주체가 자신의 기본권을 원만히 행사할 수 있도록 법질서를 형성·유지해야 할 국가의 의무로 이해할 수 있을 것이다<sup>251</sup>). 이러한 기본권 보호의무는 모든 자유권적 기본권들의 공통적인 기능이나, 독일의 연방헌법재판소에서 이것이 문제가 된 사안은 대부분 신체의 자유와 관련된 것이라고 한다<sup>252</sup>). 우리 헌법재판소는 교통사고처리 특례법 제4조 제1항 등에 대한 헌법소원심판사건에서 기본

250) Von Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar BandIII, Mohr Siebeck(2000), 제709쪽 참조

251) 정태호, '기본권보호의무(Grundrechtliche Schutzpflicht)', 인권과 정의 제252호, 대한변호사협회(1997), 제85쪽

252) 정태호, 위의 글, 제88쪽 참조

권 보호의무(grundrechtliche Schutzpflicht)를 위 법률조항의 합헌성 판단에 있어서의 심사기준들 중의 하나로 제시하였다. 그 판시내용을 살펴보면, “국가의 기본권 보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이다. 국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 과소보호금지의 원칙을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 되어, 결국 헌법재판소로서는 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 보호의무의 위반을 확인하게 된다.”고 판시한바 있다<sup>253)</sup>. 따라서, 사인에 의한 인신구속에 대하여 구속적부심사제도를 도입하지 않은 현재의 상태가 헌법에 위반된다고 판단할 것인지 여부는 사안에 따라 위와 같은 헌법재판소의 기준에 의거하여 판단되어야 하고 이에 대한 검토가 더욱 상세하게 이루어져야 할 것이지만, 적어도 국가의 기본권보호의무로부터 입법정책적인 면에서 사인에 의한 인신구속에 대한 구속적부심사제도 도입의 당위성은 충분히 뒷받침된다고 볼 수 있다.

## 다. 인신보호청구권의 요건

### (1) 현실적으로 신체의 자유를 박탈, 제한하는 구속행위

그 행위가 공권력에 의한 것(체포장, 구인장, 판결에 의한 구속, 경찰관의 보호조치 등)인지, 아니면 사인에 의한 것인지(보호의무자가 정신질환자를 정신병원에 입원시키는 경우 등) 관계없이 당사자는 법원에 대하여 인신보호청구권을 행사할 수 있어야 한다.

253) 헌재, 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 119-122

## (2) 구속이 법률상 정당한 절차에 의하지 아니하고 행하여졌을 것

일반적으로 ‘법률상 정당한 절차’는 일본 헌법 제31조의 ‘법률이 정하는 절차’와 같은 취지로서, 그 절차가 법률상 근거를 흠결하거나 법률에 위반하여 행하여진 것을 의미한다.

그런데, 형사사건에 관하여 법원의 재판에 의하여 구속이 행하여진 경우(예를 들어, 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우)에는 그 재판의 존재 자체가 구속의 정당한 이유가 되기 때문에, 그 재판서 등본 등을 제출함으로써 원칙적으로 구속주체의 답변이 충분한 것이 되고<sup>254)</sup>, 그 재판이 번복되지 않는 이상 인신보호절차에서 그 재판의 당부를 심사할 수 없음이 원칙이다. 법원은 헌법 제27조, 제12조 제1항 등에 근거하여 피고인에 대하여 유죄판결을 하면서 징역형을 선고할 수 있고, 헌법 제12조 제3항에 근거하여 수사단계에서 피의자에 대한 체포·구속영장을 발부할 수도 있는데, 위와 같은 유형의 재판이 있는 경우 당사자들의 ‘신체의 자유’가 직접적으로 제한되는 것은 사법권행사의 본질적인 내용에 해당하고, 그러한 사법권행사의 본질적인 특성 때문에 우리 헌법에서는 ‘법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.’라고 규정한 다음(제103조), 대법원을 정점으로 하는 단일한 법원조직이 사법권을 행사하도록 하면서(제101조), 바로 그 법원으로 하여금 헌법 제12조 제6항 소정의 적부심사를 담당하도록 하고 있다. 또한 법원의 재판 자체에 단순위법사항이 존재한다는 것이 사후적으로 밝혀지는 경우에도, 일반적으로 당해 사건의 심급절차가 아닌 예외적 절차를 통하여 그 재판의 효력을 번복하는 것은 엄격하게 제한되고 있는데<sup>255)</sup>, 헌법상 법치 국가의 원칙 및 그 파생원리인 법적 안정성 등에 비추어 볼 때 위와 같은 제한적인 법률규정은 헌법상 허용된다 보기 때문이다<sup>256)</sup>. 그렇기 때문에 체포·구속이 법원의 재판에 근거하여 이루어

254) 일본 인권보호규칙 제29조 제4항 ‘재판에 근거하여 행하여진 구속은 적법한 것으로 추정한다.’

255) 예를 들어, 민사소송법이나 형사소송법상 재판에 대한 재심사유는 매우 제한적이고, 일반적으로 당해 재판에 단순위법사항이 있다는 사유만으로는 재심사유로 인정되지 않는다.

256) 헌법재판소는 민사소송법상 재심사유의 제한에 관련하여, ‘위와 같은 법리에 비추어 재심이나 준재심을 확정판결이나 확정판결과 같은 효력이 있는 화해조서 등에 대한 특별한 불복방법이고, 확정판결에 대한 법적안정성의 요청은 미확정판결에 대한 그것보다 훨씬 크다고 할 것이므로 재심을 청구할 권리가 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없고 어떤 사유를 재심사유로 정하여 재심이나 준재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정된 판결이나 화해조서에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제라고 할 것이다.’라고 판시한 바 있다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179).

진 경우, 특별한 사정이 없는 한 이에 관한 헌법적 정당성을 추정함이 상당하다.

반면에 정신보건법상의 강제입원과 같은 행정기관 등에 의하여 체포·구속이 이루어진 경우에는 그 행정처분의 존재만으로는 헌법적 정당성을 추정하기 어려울 것이므로, 당사자의 적부심사청구가 있는 경우 법원으로 하여금 포괄적으로 당해 체포·구속의 정당성을 다시 심사하도록 하여야 할 것이다. 따라서, 우리 헌법 제12조 제6항의 해석상 정신보건법상의 강제입원과 같은 행정처분에 의한 구속의 경우에는 체포·구속의 계속여부, 체포·구속의 명백한 하자여부, 체포·구속의 단순위법사항이 심사되어야 할 것이고, 당사자도 그러한 실질적인 심사를 받을 수 있는 권리를 헌법적으로 부여받은 것이라고 보아야 한다.

### (3) 위법의 현저성 문제

일본의 인신보호법 제2조 제1항은 ‘법률상 정당한 절차에 의하지 않고 신체의 자유를 구속당하고 있는 자는, 이 법률이 정하는 바에 따라 그에 대한 구제를 청구할 수 있다’고 규정하고 있을 뿐이나, 인신보호규칙 제4조에서는 인신보호법에 기한 구제의 신청은 어떤 자가 신체의 자유를 구속당하고 있는 경우에 있어서 그 구속 또는 구속에 관한 재판 혹은 처분이 그 권한 없이 되어지거나, 또는 법령이 정한 방식 혹은 절차에 위반이 있다는 점이 현저한 경우에 한하여 비로소 허용되는 것이라는 취지로 규정되어 있다.

이에 관하여 일본에서는 인신보호규칙 제4조가 청구를 이유 있게 하는 요건으로 해석하는 최고재판소의 판례가 적절한가하는 논란이 있다. 즉, 최

고재판소는 정신질환자로서 정신병원에 수용된 경우 그 입원에 관하여 적법하게 선임된 보호의무자의 동의가 없는 경우 또는 피구속자가 정신장애자이고 그 진료 또는 보호를 위하여 입원의 필요가 있다고 하는 진단이 일견 명백한 오류가 있다고 인정되는 경우에 한정하여 그 구제가 허용될 수 있다고 한다. 한편, 진단의 당부에 관하여는 이것이 의학적 판단에 관한 사정이 고려되어진다면, 담당의사가 그 자격이 있지 않은지, 또는 제3자와 통모하여 다른 목적을 위하여 피구속자를 구속했을 것이라는 등 위 진단이 의학적 상식을 일탈한 목적 또는 방법에 의한 것이라는 소명이 있고, 그 결과 위 진단에 기하여 피구속자를 구속하는 것이 허용되어지지 않은 것과 같은 경우에 비로소 구속의 위법성이 현저하다고 할 것이라고 해석하고 있다<sup>257)</sup>. 최고재판소의 위와 같은 견해에 대하여 입원의 필요성과 같은 강제입원의 실제적 요건에 대하여도 심리를 하여야 할 것이라는 견해가 있다<sup>258)</sup>.

우리나라에서 인신보호법이 제정될 경우 위와 같은 문제에 대하여 법원은 입원의 필요성 등 강제입원의 실제적 요건에 대하여도 심리하여야 한다고 생각한다. 그 이유는 이미 앞에서 설명한 바와 같이 헌법 제12조 제6항 소정의 적부심사제도는 당사자의 청구에 의하여 법원이 당해 체포·구속 자체의 ‘헌법적 정당성’을 심사하도록 하는 독립적인 절차를 의미하는데, 당해 체포·구속이 법원의 재판에 근거하여 이루어진 경우 특별한 사정이 없는 한 이에 관한 헌법적 정당성을 추정함이 상당하나, 행정기관 등에 의하여 체포·구속이 이루어진 경우에는 헌법적 정당성을 추정하기 어렵기 때문에, 당사자의 적부심사청구가 있는 경우 법원으로 하여금 포괄적으로 당해 체포·구속의 정당성을 다시 심사하도록 하는 것으로 해석하여야 할 것이기 때문이다.

257) 最決 昭46年 5月 25日 民集25卷 3号 435頁

258) 竹中 勳, ‘情神醫療と人身保護請求’, *ジュリスト* No. 840(1985. 7. 1.), 제56쪽

## 라. 심판절차

### (1) 당사자

당사자는 법률상 정당한 절차에 의하지 않고 신체의 자유를 박탈된 자, 즉 피구속자에 한하지 않고 누구라도 피구속자의 자유로운 의사에 반하지 않는 한 구제청구를 할 수 있다고 하여야 할 것이다(일본의 인신보호법 제2조 제2항 참조). 청구권자를 피구속자로 한정하지 않은 것은 피구속자가 실제로 구제청구를 할 수 없는 경우가 적지 않으니 당연하다 할 것이고, 인신보호의 견지에서 피구속자와 아무런 관련이 없는 자라도 구제청구를 할 수 있도록 하여야 인신보호의 실효성을 확보할 수 있을 경우도 있기 때문이다.

### (2) 심리와 결정기관

심리와 결정기관은 당연히 사법기관인 법원이 되어야 할 것이다. 일본의 인신보호법은 피구속자, 구속자 또는 청구자의 소재를 관할하는 고등재판소 혹은 지방재판소에서 이를 할 수 있다(제4조)고 규정하고 있다. 그러나, 우리나라의 현실에서는 형사소송절차에서의 구속적부심과 마찬가지로 지방법원에서 관할하는 것이 적절할 것이다.

### (3) 심리 및 결정절차

일본의 인신보호법과 우리나라의 구속적부심사제도의 연혁과 해석 등을 참조하면, 구제청구의 심리절차는 다음과 같은 단계를 거치는 것이 바람직하다.

당사자의 청구가 있어야만 개시되고, 만일 청구의 요건 또는 필요한 소명이 흠결된 경우 법원은 결정으로 이를 각하할 수 있고(일본의 인신보호법 제7조 참조), 법원에서 준비조사를 한 결과 청구의 이유가 없는 것이 명백한 경우에는 심문절차를 경유하지 아니하고 결정으로 청구를 기각할 수 있도록 한다(일본의 인신보호법 제11조 제1항 참조).

법원이 준비조사를 한 다음 위와 같은 유형에 해당되지 아니한다고 판단한 경우에 한하여, 구금자(구속주체)에 대하여 피구금자를 심문기일에 출석



시킬 것을 명함과 동시에, 그 기일까지 구속의 사유를 분명히 기재한 답변서를 제출하도록 명하는 인신보호명령을 발한다(일본의 인신보호법 제12조 등). 법원은 심문기일에서 구속자와 피구속자의 주장 및 제출자료 등을 검토한 다음(제2단계 심사), 구속사유가 정당하면 청구를 기각하고(일본의 인신보호법 제16조 제1항), 당해 구속사유가 불법이면 피구속자를 즉시 석방하는 판결을 한다(일본의 인신보호법 제16조 제3항).

#### (4) 불복절차

일본의 인신보호법 제21조은 인신보호사건의 판결에 대하여 3일 이내에 최고재판소에 상소할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나, 최고재판소(最決 昭23年 10月 29日 民集2卷 11号 391頁)는 제11조 제1항에 의한 청구기각의 경우 즉, 법원에서 준비조사를 한 결과 청구의 이유가 없는 것이 명백한 경우 통상의 상소는 허용되지 않고, 헌법위반을 이유로 한 특별항고만 허용된다는 태도를 취하고 있다<sup>259)</sup>. 한편, 상소의 제기가 일심법원 판결의 집행력을 정지시키는 지에 관한 문제는 일본의 인신보호법 제16조 제3항에서 ‘청구의 이유가 있다고 볼 때에는 판결로 피구속자를 즉시 석방한다’고 규정한 취지와 신체의 자유의 신속한 회복을 목적으로 하는 제도의 취지를 종합하면, 상소의 제기로서 일심법원 판결의 집행력을 정지시키지 않는 것으로 해석하고 있고, 실무의 취급도 그러하다고 한다<sup>260)</sup>.

이에 관하여, 우리 나라에서 제정될 인신보호법에서의 불복절차를 일본의 그것과 같이 할 것인지는 의문이고 형사소송법에서 규정된 통상의 항고절차를 준용하면 족하지 않나 생각된다.

## IX. 결론

신체의 자유는 이미 밝힌 바와 같이 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든

259) 田中英夫, 위의 글, 제220쪽에서 재인용

260) 田中英夫, 위의 글, 제221쪽

기본권 보장의 전제조건이다. 즉, 신체의 자유는 모든 기본권보장의 전제가 되는 가장 중요한 기본권으로서, 신체의 자유가 보장되지 아니하면 그 밖의 자유나 권리의 향유는 물론이고, 인간의 존엄성 유지와 민주주의 그 자체의 존립마저 불가능한 것이 된다. 그런데, 신체의 자유에 대한 침해가능성은 형사절차 내에서의 체포·구속 못지 않게 행정목적 달성을 위한 행정작용에 의한 구속이나 사인에 의한 인신구속 등의 영역에서도 빈번히 발생할 수 있고, 그 침해의 심각성 또한 형사절차에서의 체포·구속에 못지않다. 그럼에도 불구하고 행정상 인신구속 등 형사절차 이외에서의 인신구속에 대하여 상대적으로 소홀히 다뤘던 것이 사실이고, 그와 같은 인신구속에 관한 법률은 인신구속의 요건을 엄격히 규정하고 있지 못한 경우도 많고, 일반적으로 절차적 통제규정이나 사후구제에 관한 규정을 두고 있지 않거나 두고 있더라도 매우 부실하여, 인신의 자유에 대한 침해의 가능성이 상존하고 있고 실제로 그 위험성이 현재화되는 경우가 많다.

그런데, 행정상 인신구속 등 형사절차 외에서의 인신구속에 대하여는 기존의 통제제도만으로는 즉각적이고 실효적인 구제가 이루어지기 어려우므로, 위법한 행정상 인신구속 등에 대한 효과적이고 신속한 사법기관의 구제제도를 마련하는 것이 필요하다. 우리 헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하여 공권력에 의한 체포·구속에 대한 적부심사제도를 두고 있다. 위와 같은 구속 적부심사권은 영미법상 인신보호영장제도(the Writ of Habeas Corpus)를 연원으로 하여, 1948. 3. 20. 제정되어 1948. 4. 1. 효력이 발생된 남조선과도정부 법령 제176호 제17조 내지 제18조로 도입된 것을 제헌헌법에서 받아들인 이래 현행헌법에 이르기까지 헌법상의 기본권으로 규정하고 있다.

이렇게 헌법상 보장된 구속적부심사제도가 형사절차에서는 형사소송법에 구체화되어 있는 것과는 달리 우리 입법자는 행정기관 등에 의한 ‘신체의 자유’에 대한 구속 자체의 헌법적 정당성 여부에 관하여 법원에 심사청구를 할 수 있는 별도의 절차를 전혀 규정하지 않고 있다. 이러한 입법자

의 입법부작위는 헌법 제12조 제6항에 위반된다고 볼 수 밖에 없다.

그러므로, 정신보건법상의 강제입원과 같은 행정상의 인신구속 뿐만 아니라 사법상의 인신구속까지 포괄하는 구속적부심사제도를 마련하여 국민으로 하여금 현재 부당하게 침탈되고 있는 신체의 자유를 사법기관에 의하여 신속하고 용이하게 회복시킬 수 있도록 하는 법률이 제정되어야 할 것이고, 그러한 구속적부심사제도의 일반법으로 인신보호법의 제정이 요구된다 할 것이다.

# 國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界

-헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -

韓 秀 雄

弘益大學校 法經大學 教授

## - 目 次 -

I. 머리말 .....	633
II. 憲法上的 經濟秩序 .....	635
1. 학계의 견해와 헌법재판소의 관례(社會的 市場經濟秩序) .....	635
2. 市場經濟秩序와 基本權 .....	636
3. 헌법 제119조의 의미 .....	638
가. 시장경제질서의 헌법적 보장? .....	638
나. 헌법적 원리가 아니라 政治的 指導原理로서의 시장경제질서 .....	639
다. 경제헌법의 지도원리로서 헌법 제119조 .....	642
III. 경제헌법의 구조 .....	643
1. 경제적 기본권 .....	643
2. 국가경제정책의 헌법적 근거 .....	645
3. 경제에서의 國家의 管轄에 관한 규범으로서 경제헌법 .....	646

IV. 국가경제정책의 헌법적 근거 .....	646
1. 社會國家原理 .....	646
가. 사회국가원리의 의미 .....	646
나. 경제에 대한 사회국가원리의 구체적 요청 .....	648
다. 기본권의 제한을 정당화하는 헌법적 근거 .....	649
2. 국가경제정책에 관한 구체적 헌법규정 .....	650
가. 국가경제정책의 일반적 수권조항(헌법 제119조 제2항) .....	650
나. 構造政策(헌법 제123조) .....	664
다. 消費者政策(헌법 제124조) .....	669
3. 社會化 .....	673
가. 사회화의 개념 .....	674
나. 私營企業(헌법 제126조) .....	678
다. 自然資源(헌법 제120조) .....	680
라. 國土(헌법 제121조, 제122조) .....	681
마. 소결론 .....	683
V. 맺는말 .....	684

## I. 머리말

경제질서가 개인과 국가 생활에 대단히 중요한 의미를 갖는 국가 공동체의 근본적인 문제에 속하기 때문에, 헌법에서는 어떤 형태로든 경제에 관한 공동체의 중요한 결정이 표현되고 있다. 헌법에 규정된 경제에 관한 조항을 經濟憲法이라 하는데, 대부분의 헌법에는 특정 경제질서에 관한 명문의 언급이 없기에, 이러한 경우 경제와 관련된 헌법규범으로부터 특정한 경제질서에 관한 헌법적 결정을 이끌어 낼 수 있는가 하는 것이 문제된다.

우리 학계의 다수의견은 헌법상의 경제질서를 ‘사회적 시장경제질서’로 이해하고 있다. 그런데 여기서 우리 헌법이 ‘사회적 시장경제질서’와 같은 특정한 경제질서를 보장하고 있는지, 이와 같이 헌법으로부터 특정한 경제질서를 도출하는 것이 어떠한 의미와 목적을 가지고 있는지의 문제가 제기된다. 경제헌법에 관한 핵심적인 논의는 국가경제정책의 가능성과 한계의 문제, 특히 경제영역에서의 입법자의 형성의 자유의 한계에 관한 문제이다. 헌법으로부터 특정 경제질서를 도출하고자 하는 시도의 경우, 입법자를 기본권과 같은 개별적인 헌법규범 외에 일정 경제체제에 기속시킴으로써 국가경제정책에 대하여 또 하나의 부가적인 제한을 가할 수 있는가 하는 것이 논의의 주안점이라 할 수 있다. 이러한 관점에서 사회적 시장경제질서가 국가의 경제활동에 대한 또 다른 제한으로서 국가경제정책의 위헌성을 판단하는 기준으로 어느 정도로 기능할 수 있는지의 문제가 규명되어야 한다.

위와 같은 문제는 단지 헌법이론적인 문제가 아니라 현재 헌법재판의 실무에서 일상적으로 제기되는 문제이다. 종래 헌법재판소에 계류된 다수의 헌법소원심판사건에서, 청구인은 심판의 대상이 되는 법률의 위헌성을 주장하면서, 심판대상조항이 헌법상 보장된 기본권을 침해할 뿐만 아니라 헌법상 경제질서에도 위반된다는 주장을 하고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 경우 심판대상

---

1) 근래에 문제된 몇 가지 사건의 예를 들자면, 청구인들은 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시키는 국민건강보험법규정에 대하여 위 규정이 개별요양기관의 자유로운 경제활동과 경쟁을 유도하기 보다는 국가가 주도적인 중앙통제경제를 통하여 행정편의적이고 규제적인 경제정책을 취하고 있으므로, “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하고 있는 헌법 제119조에 위반된다고 주장하였다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76). 또한, 청구인은 헌재 2001. 2. 22. 99헌마365(국민연금법 제75조 등 위헌확인) 사건에서 강제가 입과 소득재분배 효과를 전제로 한 연금보험료의 강제징수에 관한 국민연금법 규정

규정의 위헌성을 판단함에 있어서 헌법상 보장된 기본권 외에도 헌법상의 경제질서 또는 헌법 제119조의 규정이 어느 정도로 독자적인 심사기준으로서 기능할 수 있는지 하는 ‘경제적 기본권과 헌법상의 경제질서의 관계’가 문제되는 것이다.

또한 경제영역에서의 입법에 대하여 그 위헌성을 다투는 심판청구가 헌법재판소가 처리하는 사건 중에서 큰 비중을 차지함에도, 헌법 제119조 이하의 경제조항의 헌법적 의미를 밝히고자 하는 시도는 거의 이루어지지 않고 있다.<sup>2)</sup> 헌법상 경제조항과 관련하여, 특히 다음과 같은 일련의 문제가 제기된다. 국가경제정책을 정당화하는 헌법적 근거와 그 한계는 무엇인가? 사회국가원리와 헌법 제119조 제2항 이하의 국가경제정책에 관한 헌법규정은 어떠한 관계에 있는가? 헌법 제119조 제2항에서 언급하는 ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정’, ‘적정한 소득의 분배’, ‘시장의 지배와 경제력남용의 방지’란 경제영역에서의 국가목표는 구체적으로 어떠한 경제정책적 과제를 의미하는가? 특히, ‘경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’의 의미는 무엇인가? ‘지역경제의 육성’, ‘중소기업의 보호’, ‘소비자의 보호’란 목표는 국가에게 어떠한 경제정책적 과제를 부과하는가? 사회화와 공용수용의 차이는 무엇이며, 농지개혁도 사회화에 속하는가? 우리 헌법은 재산권보장과

---

이 재산권보장과 행복추구권 외에 헌법상의 시장경제질서에 위반되는지를 다투었다. 또한, 신문판매업자가 독자에게 1년 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 독자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우 동 무가지와 경품류의 제공행위가 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 소정의 불공정거래행위에 해당하는 것으로 규정한 신문고시 조항이 심판대상이 된 사건에서 헌법재판소는 재산권을 침해여부와 함께 헌법 제119조 제1항에 정한 자유경제질서에 반하여 위헌인지 여부를 판단하였다(헌재 2002.07.18. 2001헌마605, 관례집 14-2, 84, 104).

2) 대부분의 헌법교과서에서도 경제조항에 관한 부분은 단지 몇 면의 개괄적 설명에 그치고 있을 뿐이다.

사회화를 어떻게 조화시키고 있는가?

이 글에서는 우선 우리 헌법상의 경제질서에 관하여 살펴보고(아래 II), 이어서 경제헌법의 구조를 간략하게 확인한 후(아래 III), 국가경제정책의 헌법적 근거에 관하여 개별적으로 그 헌법적 의미를 검토해 보기로 한다(아래 IV).

## II. 憲法上的 經濟秩序

### 1. 학계의 견해 및 헌법재판소의 판례(社會的 市場經濟秩序)

학계의 다수견해와<sup>3)</sup> 헌법재판소의 일부 판례는<sup>4)</sup> 한국 헌법상의 경제질서를 사회적 시장경제로 파악하면서, 사회적 시장경제를 ‘사회적 법치국가에 대응하는 경제질서로서 사유재산제와 자유경쟁을 기본원리로 하는 시장경제질서를 근간으로 하되, 사회정의를 실현하기 위하여 경제에 대하여 규제와 조정을 가하는 경제질서’로 정의하고 있다. 이로써 한국의 ‘사회적 시장경제’는 독일에서의 ‘사회적 시장경제’와 같은 기술적인 의미에서의 특정 경제정책적 개념이 아니라, 단지 사회적 법치국가의 헌법에 상응하는 경제질서, 즉 혼합경제질서 또는 수정자본주의적 경제질서와 같은 의미로서 이해되고 있다. 사회적 시장경제질서의 의미를 위와 같이 이해한다면, 사회적

---

3) 대표적으로 한태연, 헌법학, 1983, 1035면 이하; 권영성, 헌법학원론, 2004, 166면 참조.

4) 예컨대, 헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1456; 1996. 4. 25. 92헌바 47, 판례집 8-1, 370, 380; 1998. 5. 28. 96헌가4등, 판례집 10-1, 522, 533-534 등에서 “우리 헌법은 전문 및 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써, 우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”고 판시하고 있다.



법치국가를 국가의 기본원리로서 채택하고 있는 우리 헌법의 범주 내에서 현실적으로 형성되는 경제질서를 ‘사회적 시장경제’로 표현할 수 있다. 물론 이러한 의미의 사회적 시장경제는 ‘사회적 법치국가의 경제질서’를 뜻하는 개념으로서, 시장경제를 헌법적 질서로 규정한 것을 제외한다면, 경제질서도 헌법의 기본결정에 상응해야 한다는 것 외에는 달리 의미하는 바가 없다.

그러나 한 보 더 나아가, 사회적 시장경제란 개념이 헌법이 보장하는 하나의 객관적 원칙으로서 ‘규범적 의미’로 사용된다면, 이 경우 여러 가지 어려운 문제가 발생한다. 시장경제를 헌법상 보장된 원리나 객관적 질서로서 파악한다면, 사회적 시장경제의 근간이 되는 시장경제는 민주·법치·사회국가 원리와 같은 헌법상의 기본원리와 같이, 또 하나의 헌법상의 객관적 원칙으로서 당연히 국가기관을 구속하는 헌법규범적 성격을 갖게 된다. 따라서 우리 헌법이 사회적 시장경제를 헌법적으로 보장하고 있는 것으로 이해한다면, 사회적 시장경제가 국가기관을 구속하는 헌법원리로서 기능할 수 있는지, 헌법을 일정 경제체제에 귀속시키는 것이 과연 필요하고 유용한 것인지의 근본적인 문제가 제기된다.

## 2. 市場經濟秩序와 基本權

학계의 일부 견해는 사유재산제와 직업의 자유를 보장하는 헌법 제23조 및 제15조로부터 시장경제질서를 헌법상 보장된 원리로서 도출하고 있다.<sup>5)</sup>

가. 그러나 기본권이 경제적 자유를 보장하고 개인이 경제적 자유를 행사함으로써 시장경제와 같은 일정한 경제질서를 형성할 수 있으나, 이러한 기본권의 ‘秩序形成的 效果’는 기본권행사의 간접적 결과이지 기본권보장의 목적이 아니다.<sup>6)</sup> 왜냐하면 자유권은 경제행위의 내용, 즉 自由의 內容에

5) 예컨대, 권영성, 헌법학원론, 2004, 562면(“직업선택의 자유는 자유시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소”); 허영, 유사하게, 한국헌법론, 2004, 444면.

6) Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S.1530f.; Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S.70, Fn.99

있어서는 중립적이기 때문이다. 법질서의 테두리 내에서 개인이 각자 스스로 자유의 내용과 행사방법을 결정할 수 있다는 것은 자유권의 본질에 속한다. 자유권은 개인의 자유를 바로 그 자체 때문에, 즉 인간의 존엄성 때문에 보장하는 것이지, 특정한 사회·경제질서를 실현하고자 보장하는 것은 아니다. 물론 기본권이 직업의 자유와 사유재산권을 보장함으로써, 자유경쟁질서나 분권적 경제구조에 매우 유리하게 작용한다는 것을 부인할 수 없으나, 시장경제에 미치는 기본권의 효과는 기본권행사의 간접적 결과이지, 기본권의 목적이 아니다.<sup>7)</sup> 즉, 기본권은, 자유가 시장경제와 같은 일정질서로 기능화될 수 있는 ‘기회’를 보장할 뿐, 일정질서의 형성이라는 ‘기능’ 그 자체를 보장하는 것은 아닌 것이다.

나. 자유권은 적극적인 자유 뿐만이 아니라, 또한 자유를 행사하지 않는 消極의 자유도 동시에 보장하고 있다. 모든 자유권과 마찬가지로, 또한 경쟁의 자유도 기본권주체가 자신의 자유를 사용할 것인지의 여부를 각 개인 스스로의 결정에 맡기고 있다. 그러므로 경쟁의 자유로부터 경쟁의 의무를 수반하게 되는 경쟁질서의 제도적 보장을 도출할 수 없다. 기본권주체가 경제적으로 옳게, 합리적으로 또는 시장경제질서에 합치하게 행동하느냐 하는 것은 헌법적으로 그의 자유이고 그의 스스로의 선택에 달려 있다. 그러나 경제적 자유로부터 시장경제질서를 헌법적 질서로서 도출한다면, 원래 인간의 존엄성 때문에 보장된 경제적 자유는 경쟁질서 또는 시장경제질서 내에서의 자유, 경제적으로 합리적인 행위를 할 자유로 규정되고 축소된다.

따라서 기본권에 의한 경제적 자유의 보장은 경쟁과 시장경제질서의 형성을 가능하게 하나, 그것이 곧 경쟁질서 또는 시장경제질서의 헌법적 보장을 의미하는 것은 아니다.<sup>8)</sup>

7) Vgl. Kriele, Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung, NJW 1976, S.780f. ders., Einführung in die Staatslehre, 1975, S.196, 200; Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.619; Scholz, Grenzen der staatlichen Aktivitäten unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: Duwendag, der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, 1976, S.123

8) 경제질서와 기본권의 관계에 관하여 상세하게 한수웅, 한국헌법상의 경제질서, 1995. 11., 공법학의 현대적 지평(계희열 박사 화갑기념논문집), 181면 이하 참조, 憲法裁判所는 일련의 결정에서, “직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수호를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행

### 3. 헌법 제119조의 의미

#### 가. 시장경제질서의 헌법적 보장?

헌법 제9장에 규정된 조항들은 그의 상세하고도 광범위한 내용 때문에, 한국 헌법상의 경제질서에 대한 보다 구체적인 해명을 기대하게 한다. 국민경제학의 이론에 따르면, “경제계획체제”와 “재산제도”가 경제체제의 근본적인 구성요소로 간주된다.<sup>9)</sup> 따라서 ‘헌법이 보장하는 경제체제가 무엇인가’를 판단하기 위해서는 우리 헌법이 경제체제의 근본적인 구성요소로 간주되는 ‘경제계획체제’와 ‘재산제도’에 관하여 어떻게 규정하고 있는가를 살펴보아야 한다. 시장경제 또는 자본주의경제에서는, 경제계획이 개인에 의하여 분권적으로 수립되어 계획 간의 조화는 시장과 가격을 통하여 이루어지고, 재산제도에 있어서는 생산수단에 대한 사유재산이 보장된다. 즉 시장경제질서는 개인의 자유로운 창의에 의한 분권적 계획과 사유재산의 보장에 기초하고 있는 것이다.

이러한 관점에서 본다면, 헌법은 제119조 제1항에서 경제질서가 “개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정함으로써, 개인과 국가 간의 경제영역에서의 관할 배분에 관한 문제, 즉 누가 경제계획을 세우고 실현하여야 하는가의 문제에 관하여 ‘경제계획은 원칙적으로

---

에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다”고 판시하고 있는데(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 162; 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 427 등), 이로써 기본권의 ‘사실적인 질서형성적 기능’과 ‘규범적인 헌법적 질서’를 혼동하고 있다.

9) Vgl. Koch, Wirtschaftswissenschaften für Juristen, 1976, S.41ff.; Tuchtfeldt, Wirtschaftssysteme, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd.9, 1982, S.331ff.

개인에 의하여 수립된다’는 근본결정을 내리고 있다. 또한 헌법은 제23조에서 재산권을 보장함으로써 헌법 제126조의 社會化의 가능성에도 불구하고 사회화조항의 명백한 예외적 성격으로 인하여 생산재에 대한 사유재산제도를 강하게 보장하고 있다. 또한 헌법의 경제에 관한 장(제9장)에 규정된 다른 헌법규범들이 언급하는 경쟁정책 및 경기정책(제119조 제2항), 구조정책(제123조) 등은 모두 시장경제에서의 경제정책의 주요과제를 의미한다는 점에서, 헌법이 시장경제를 전제로 하고 있다는 견해를 뒷받침하고 있다. 결국 우리 헌법은 다양한 경제적 기본권과 경제에 관한 근본조항인 제119조 제1항의 규정을 통하여 시장경제의 두 개의 지주인 ‘개인에 의한 분권적 계획’과 ‘사유재산’을 보장하고 있고, 이로써 헌법상의 경제질서로서 시장경제질서를 채택하고 있다고 볼 여지도 있다.

#### 나. 헌법적 원리가 아니라 政治的 指導原理로서의 시장경제질서

그러나 한국헌법이 시장경제를 헌법적 질서로 규정하고 있다면, 헌법을 일정한 경제질서에 귀속시키는 것이 필요하고 유용한지, 그리고 시장경제질서의 헌법적 보장은 국가 경제정책의 위헌성여부를 판단하는 기준이 될 수 있는지 의문이 제기된다.

(1) 헌법적 질서로서의 시장경제원칙은 무엇보다도 ‘시장경제체제에 반하는 국가의 간섭은 헌법상의 중요한 공익을 근거로 단지 예외적으로 허용될 수 있고, 여러 가지 침해의 가능성 중에서 선택의 여지가 있는 경우에는 국가는 경제의 자동조절기능을 가장 활성화시킬 수 있는 소위 합시장적 조치를 택해야 한다’는 내용의 국가경제정책에 대한 원칙적인 市場性의 요청으로 이해된다.<sup>10)</sup> 다시 말하자면, 경제에 대한 국가의 간섭은 가능하면

10) 현재 2003.11.27. 2001헌바35, 판례집 15-2,222[증권거래법 제191조의7 제3항 등 위헌 소원] 반대이견; vgl. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1965, S.21; Erhard/Müller-Armack, Soziale Marktwirtschaft, S.43; Tuchtfeldt, Soziale Marktwirtschaft und Globalsteuerung, in: Soziale Marktwirtschaft in Wandel, 1973, S.160.

기업 등 경제주체의 결정의 자유를 존중해야 하고, 시장기능을 고려해야 하며, 시장의 자동조절기능이 활성화되도록 자제되어야 한다.

시장경제질서를 헌법적 질서로 인정하여 헌법이란 규범적 영역에 수용한다면, 합시장성(Marktkonformität)의 요청과 같은 經濟學的 要請이 동시에 헌법적 지위로 승격된다. 그 결과, 시장경제체제에 반한다는 것은 곧 위헌성을 의미하게 되고, 이로써 국가의 경제정책은 법치국가원칙이란 규범적 척도 외에, 또한 합시장성의 요청을 기준으로 심사되어야 한다. 그러나 무엇이 시장경제체제에 합치하는 것이고 반하는 것인지에 관해서는 경제학 자체 내에서도 명확한 기준이 없기 때문에, 헌법이란 규범의 영역에 경제학의 체제적 사고를 도입하는 것은 문제해결에 기여하는 것이 아니라 오히려 새로운 문제를 만들게 된다.<sup>11)</sup>

특히, 經濟와 法이라는 두 영역이 추구하는 목적과 가치가 상이하다는 사실도 헌법규범을 경제학적으로 파악하고자 하는 시도의 한계를 제시한다. 경제와 법은 각각 그들이 실현하고자 하는 목적이나 또는 그들을 지배하는 최고의 가치에 의해서 구별된다.<sup>12)</sup> 경제의 목적은 현존하는 한정된 재화를 가지고 인간의 물질적 욕구를 충족시키는데 있는 것이며, 경제의 척도는 합목적성과 효율성이다. 이에 대해 법의 목적은 인간의 공동체 생활에서의 정의로운 질서의 형성에 있으며, 법이 추구하는 최고의 가치는 바로 정의인 것이다.

결국, 헌법규범을 시장경제질서로 이해한다는 것은 헌법과 경제의 목적과 가치의 차이를 외면하여 헌법학이 경제학적 인식에 필연적으로 의존할 수밖에 없게 되며, 한마디로 헌법이 사회현상과 그에 관한 이론의 불확실성에 내맡겨지게 되는 것이다.

---

11) 심사기준으로서의 합시장성에 대한 비판으로 vgl. Bäuml, Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz, 1980, S.191ff.; Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S.66; Blum, Marktwirtschaft, soziale, in: HdWW Bd.5, 1980, S.156.

12) Vgl. Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: FS für Gierke, 1950, S.189; ders., Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, n. F., Bd.33, 1964, S.220

(2) 보다 근본적인 문제는, 시장경제질서가 국가경제정책의 위헌여부를 판단함에 있어서 독자적인 규범적 기준을 제공할 수 있는가 하는 것이다.<sup>13)</sup>

‘시장경제기능의 보호’란 측면에서 본 市場性의 요청, 즉 시장의 기능을 고려하는 국가경제정책에 대한 요청은 규범적으로는 ‘기본권 보호’의 관점에서 본 헌법상의 比例의 原則을 의미하게 된다. 국가경제정책의 합시장성이란 ‘기업 등 경제주체의 결정의 자유에 대한 존중’, ‘시장기능에 대한 고려’, 또는 ‘시장의 자동조절기능의 활성화’ 등으로 달리 표현될 수 있고, 이를 헌법적인 관점에서 본다면 기업의 자유, 경제적 자유를 존중하는 국가경제정책에 대한 요청, 결국 경제적 자유에 부합하는 국가경제정책에 대한 요청, 즉 基本權性(Grundrechtskonformität)을 의미한다. 합시장성의 요구는 이미 자유를 제한하는 국가권력을 다시금 제한하는 비례의 원칙에

---

13) 헌법재판소는 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 [구 의료보험법 제32조 제1항 등 위헌소원] 결정에서 요양기관 강제지정제에 의하여 제한될 수 있는 기본권을 판단함에 있어서, 헌법상의 경제질서는 심사기준으로서 부적합하다는 것을 다음과 같이 異例적으로 밝히고 있다(판례집 14-2, 410, 428). “헌법은 제119조에서 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하기 위한 경제질서를 선언하고 있다. 이 규정은 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침이고, 동 조항이 언급하는 ‘경제적 자유와 장의’는 직업의 자유, 재산권의 보장, 근로 3권과 같은 경제에 관한 기본권 및 비례의 원칙과 같은 법치국가원리에 의하여 비로소 헌법적으로 구체화된다. 따라서 이 사건에서 청구인들이 헌법 제119조 제1항과 관련하여 주장하는 내용은 구체화된 헌법적 표현인 경제적 기본권을 기준으로 심사되어야 한다.”

그러나 그 외의 사건에서는 一般적으로 기본권의 침해여부의 판단에 이어서 시장경제질서에 위반되는지의 여부를 형식적이거나 별도로 판단하고 있다. 그러나 경우에 따라서는 형식적인 판단을 넘어서 동문서답식 또는 혼란스러운 대답을 하고 있는 판시내용도 드물지 않다. 예컨대, 헌재 2001. 2. 22. 99헌마365 (국민연금법 제75조 등 위헌확인) 사건에서 강제가입과 소득재분배 효과를 전제로 한 연금보험료의 강제징수에 관한 국민연금법 규정이 재산권보장과 행복추구권 외에 헌법상의 시장경제질서에 위반되는지에 관하여 “우리 헌법의 경제질서 원칙에 비추어 보면, 사회보험방식에 의하여 재원을 조성하여 반대급부로 노후생활을 보장하는 강제저축 프로그램으로서의 국민연금제도는 상호보조의 원리에 입각한 사회연대성에 기초하여 고소득 계층에서 저소득층으로, 근로세대에서 노년세대로, 현재세대에서 다음세대로 국민간에 소득재분배의 기능을 함으로써 오히려 위 사회적 시장경제질서에 부합하는 제도라 할 것이므로, 국민연금제도는 헌법상의 시장경제질서에 위배되지 않는다.”고 판시하고 있다.

의하여 충분히 고려되고 충족되고 있기 때문에, 기본권의 헌법적 보장에 별도로 시장경제질서를 헌법적으로 보장하는 것은 불필요하다.

그러므로 헌법 제119조 제1항으로부터 시장경제질서의 헌법적 보장을 도출한다 하더라도, 시장경제질서는 국가경제정책의 위헌성을 심사하는데 결코 유용한 기준을 제공할 수 없다. 시장경제질서는 국가경제정책의 합목적성을 판단함에 있어서 하나의 정치적 지도원리로서의 의미를 가질 수 있으나, 구체적인 법적 문제를 헌법적으로 심사하는 경우에는 규범적 성격이 결여되어 있기에 아무런 헌법적 판단기준이 되지 못한다. 왜냐하면 시장경제질서는 기본권과 법치국가적 원칙을 통하여 비로소 헌법적으로 구체화되고, 기본권과 경제적 자유로의 ‘개념적 전환’을 통해서만 비로소 규범의 영역에 들어오고 규범적 효력을 가지기 때문이다. 그러므로 국가경제정책의 합헌성여부는 규범의 영역 외에서 구성된 일정 경제체제인 시장경제질서와 같은 사회현상에 의해서가 아니라, 단지 헌법의 규범에 의해서만 심사될 수 있는 것이다.

#### 다. 경제헌법의 지도원리로서 헌법 제119조

경제헌법은 시장경제와 같이 아무런 규범적 표현가치가 없는 일정 경제체제에 기초하여 파악되어야 하는 것이 아니라, 기본권이나 국가의 기본원리, 목표조항 등으로 표현되는 헌법적 기본결정에 입각하여 형성되고 이해되어야 한다. 근대헌법에서 왜 경제적 문제가 헌법적 문제로서 헌법에 수용되었는가 하는 경제헌법의 의의와 역사적 배경을 보더라도, 근대헌법에서의 경제의 문제를 헌법화한 것은 특정 경제체제를 헌법적으로 보장하고자 한 것이 아니라 경제적 자유주의에 대한 반성을 계기로 사회정의의 개념을 헌법의 규범 안에 수용한 것이었다.

따라서 헌법 제119조는 제1항 및 제2항을 분리하여 제1항에서 ‘시장경제질서’, 제2항에서 ‘사회적’이라는 명제를 각 도출해 낼 수 있는 것이 아니라, 두 항을 서로 내적 연관관계에서 파악하여 ‘개인의 경제적 자유를 보장

하면서 사회정의를 실현하는 경제질서'라는 의미의 '경제헌법의 지도원리'로 이해하여야 한다.

경제헌법은 입법자의 헌법적 구속이자 경제영역에서의 국가활동의 한계를 의미하는 '경제적 자유'에 관한 부분과, 국가의 적극적인 경제정책을 정당화하는 '경제정책의 헌법적 근거'에 관한 부분으로 구성되어 있고, 헌법 제119조는 '경제헌법의 지도원리'로서, 국가와 경제의 관계, 개인의 경제적 자유와 국가의 경제에 대한 책임과의 관계를 근본적으로 제시하고 있다. 우리 헌법이 '자유와 사회적 기속'이라는 두개의 기본가치에 기초하고 있듯이, 경제헌법도 위 두 가지 기본결정에 의하여 형성되어 있고, 이러한 관점에서 헌법 제119조는 '자유와 사회적 기속'이라는 두 가지 기본가치 사이의 밀접한 연관성과 상호영향관계를 보여주는 대표적인 헌법규범이다. 한마디로 한국 헌법상의 경제질서는 경제영역의 형성을 사회와 국가로부터 동시에 기대하는 '자유주의적이며, 사회적인 경제질서'이다.

### III. 경제헌법의 구조

국가가 사회와 경제의 전반적인 현상에 대하여 포괄적인 책임을 지는 오늘날의 사회적 법치국가에서는 국가가 경제와 사회의 영역에서도 중심적인 역할을 하며, 이로써 경제질서의 형성은 국가와 사회의 공동과제가 되었다. 이에 따라 헌법상의 경제질서에 관한 규정(경제헌법)은, 국가행위에 대하여 한계를 설정함으로써 경제질서의 형성에 개인과 사회의 자율적인 참여를 보장하는 經濟的 基本權과 경제영역에서의 국가활동에 대하여 기본방향과 과제를 제시하고 국가에게 적극적인 경제정책을 추진할 수 있는 권한을 부여하는 경제에 대한 干涉과 調整에 관한 규정으로 구성되어 있다.

#### 1. 경제적 기본권

경제·사회의 모든 과정에 대한 책임을 지고 간섭하고 규율·조정하려



고 시도하는 사회국가는 한편으로는 자유행사의 실질적 조건을 마련해주는 자유실현적인 성격을 가지고 있고, 다른 한편으로는 사회국가가 그에게 부여된 과제의 이행을 위하여 경제에 대한 포괄적인 간섭을 가져올 수밖에 없다는 의미에서 ‘자유에 대한 위협’으로서의 이중적 성격을 가지고 있다. 사회국가에서는 국가가 사경제에 과도하게 간섭할 위험성이 상존하기 때문에, 대국가적 방어권으로서의 경제적 기본권의 성격은 사회국가에서도 마찬가지로 중요하다. 따라서 오늘날의 다양한 기본권이론에도 불구하고, 경제적 기본권은 역사적으로나 법적 의미에서나 일차적으로 국가권력에 의해 위협을 받고 있는 개인의 자유영역을 보호하려는 대국가적 방어권이다.

개인의 관점에서 볼 때, 기본권이 개인의 주관적 방어권을 의미한다면, 관점을 바꾸어 국가의 시각에서 본다면, 경제적 자유권은 국가의 활동영역과 결정영역을 제한함으로써 경제영역에서 개인과 국가의 관할을 분배하는 규범으로서의 객관적 성격을 가진다.<sup>14)</sup> 자유권은 개인과 사회가 담당해야 할 영역과 국가의 영역과의 경계를 설정하고, 국가작용을 사적영역에서 배척함으로써 국가권력을 제한하는 국가권력행사에 대한 否定的 權限規範으로서의 성격을 갖는다. 즉, 경제적 기본권은 경제와 관련된 특정한 생활영역이나 인간의 행위, 법익의 보장을 통하여 경제영역에서의 국가행위의 한계를 제시하고 입법자가 그의 사회·경제입법에 있어서 존중해야 하는 헌법적 기속을 의미한다.

또한, 경제적 기본권은 개인에게 경제적 자유를 보장함으로써 분권적·자유주의적 경제질서의 형성을 가능하게 하고<sup>15)</sup> 법치국가적 보장에 근거한 안정성·지속성·예측성의 요소를 경제질서에 부여하고 있다. 특히 개인의 자유로운 직업활동을 보장하는 직업의 자유, 사유재산권을 보장하는 재산권의 보장, 임금과 근로조건에 관하여 노사단체의 사적 자치를 보장하는

---

14) Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Rn.291; Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S.1530; Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S.619.

15) 위 II., 2., 가., 참조.

근로3권은 경제질서의 형성에 있어서 매우 중요한 의미를 가지는 기본권들이다.

## 2. 국가경제정책의 헌법적 근거

경제헌법은 국가활동에 대한 한계를 제시하는 부정적 권한규범으로서의 기본권 뿐 아니라, 이와는 반대로 경제에 대한 국가의 간섭과 조정을 정당화하는 일련의 헌법적 근거를 두고 있다. 이와 같은 국가경제정책의 헌법적 근거에는 무엇보다도 사회적 기본권, 헌법 제119조 이하의 경제조항, 사회화에 관한 규정이 속하는데, 이러한 헌법규정은 국가의 적극적인 경제정책에 대한 수권규범이자 동시에 개인의 경제적 자유에 대한 제한을 정당화하는 규범이다.

헌법 제119조 이하의 규정에 위치하고 있는 국가경제정책의 헌법적 근거 규범에는 ‘경제영역에서의 국가의 과제가 어느 정도로 부과되고 있는지’ 하는 경제에 대한 국가적 책임의 정도가 표현되고 있다. 특히 헌법 제119조는 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하는 경제질서를 경제헌법의 지도원칙으로 표명함으로써, 국가가 개인의 경제적 자유를 존중해야 할 의무와 더불어, 사회국가원리를 도입한 헌법의 정신에 부합하게 국가가 국민경제의 전반적인 현상에 대하여 포괄적인 책임을 지고 있다는 것을 규정하고 있다. 우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등’의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 언급함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다.<sup>16)</sup>

16) 또한, 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692-693.

### 3. 경제영역에서의 國家의 管轄에 관한 規範으로서 경제헌법

경제헌법은 한편으로는 국가에게 적극적인 경제정책을 추진할 수 있는 권한을 부여하면서, 다른 한편으로는 국가의 경제활동에 대하여 한계를 설정하고 있다. 이로써 경제에 대한 국가의 책임과 개인의 경제적 자유는 개인·사회와 국가의 관계에서 경제영역에서의 관할을 배분하는 요소로서 작용한다. 경제정책을 통하여 경제현상에 대하여 영향을 행사할 수 있는 국가의 권한은 한편으로는 경제에 대한 국가의 책임을 확인하고 경제에 대한 조정과 간섭을 정당화하는 국가경제정책의 근거규범과 다른 한편으로는 경제에 대한 국가의 간섭을 부정하고 배제하는 경제적 기본권, 즉 경제영역에서의 국가활동을 긍정하는 규범과 부정하는 규범에 의하여 규정되고 제한된다. 경제헌법이 이와 같이 국가경제정책의 규범적인 울타리를 설정한다는 점에서, 경제헌법은 경제영역에서의 國家의 管轄에 관한 규범이라고 할 수 있다.

한편, 국가의 經濟政策과 개인의 經濟的 自由는 상호대립관계에 있는 것이 아니라 서로 내적인 연관관계에 있다. 국가의 모든 경제정책은 경제에 간섭하는 국가가 원칙적으로 개인의 경제적 자유를 인정한다는 것을 그 전제로 하고 있다. 경제정책은 자유경제질서의 필연적인 결과이며, 자유경제질서는 그 생존에 있어서 국가의 경제정책을 통한 간섭과 형성에 의존하고 있다.

## IV. 국가경제정책의 헌법적 근거

### 1. 社會國家原理

#### 가. 사회국가원리의 의미

우리 헌법은 사회국가원리를 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 헌법

전문,17) 광범위한 사회적 기본권의 보장, 경제에 관한 장애 위치하는 포괄적인 국가경제정책의 수권조항과 기본권의 사회적 기속 등, 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하고 있다.

사회국가란 한 마디로, 사회적·경제적 대립을 조정하고 누구에게나 동등한 출발기회를 제공함으로써 가능하면 광범위한 국민의 기본권실현을 위하여 그의 실질적 조건을 마련해 주는 국가, 즉 모든 국민이 자신의 자유를 각자 자력으로 실제로 행사할 수 있는 상태를 형성하는 국가를 말한다.18) 따라서 사회국가는 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 적극적으로 관여할 것을 요청한다. 사회적 법치국가는 경제에 대하여 단지 소극적으로 현재의 상태를 보호하고 유지하고, 때때로 필요에 의하여 경제에 간섭하는 것에 그치는 것이 아니라, 적극적으로 계획·유도하고 급부를 제공하며 재분배함으로써 국민경제의 전반적인 형성에 대하여 포괄적인 책임을 져야 한다.19)

법치국가원리는 그 본질상 현존하는 상태를 유지하고 보호하는 정적·현상유지적인 국가원리인 반면, 사회국가원리는 사회를 형성하고 교정하는 동적·미래지향적 국가원리이다.20) 따라서 사회국가원리를 실현하기 위한 국가의 과제가 일반적으로 미리 정해져 있는 것이 아니라 사회현상의 발전에 따라 변화하며, 사회국가원리의 구체적 내용도 국가공동체의 구체적 사회적 상황에 의하여 결정된다. 사회국가원리의 언제나 변함없는 내용은, 국

---

17) 헌법전문에서 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 각인의 기회를 균등히 하고”, “국민생활의 균등한 향상을 기하고”라고 언급함으로써, 국민들 간의 전반적인 사회적 조정(Sozialer Ausgleich)을 통하여 실질적인 자유와 평등을 실현해야 할 국가의 의무를 강조하고 있다.

18) Vgl. Isensee, Wirtschaftsdemokratie-Wirtschaftsgrundrechte-soziale Gewaltenteilung, Der Staat 1978, S.169f.; Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S.1538; Stern, Staatsrecht, Bd.I, S.925, 930f.; Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1980, §27 I 1.

19) 이에 관하여 자세하게 한수웅, 한국헌법상의 경제질서, 계획열박사 화갑기념논문집, 1995, 193면 이하 참조.

20) Vgl. Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: HdbVerR, S.522f.; ders. Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, 1966, S.104; v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S.40.

가가 사회현상의 발전에 비추어 그 때마다 필요한 조치를 취해야 한다는 데 있다.

#### 나. 경제에 대한 사회국가원리의 구체적 요청

경제영역에 대한 사회국가의 구체적 요청은 경제정책을 통한 정의로운 경제질서의 형성이다. 국민경제의 전반에 대한 사회국가의 포괄적인 책임은 일차적으로 경제성장의 의무와 경기정책적 책임(국민경제의 안정)을 포함한다.<sup>21)</sup> 특히, 사회국가원리는 적정한 經濟成長의 의무를 국가에게 부과하고 있다. 경제성장은 사회국가실현을 위한 경제적 전제조건으로서 중요한 의미를 가진다. 국가는 받은 것 없이는 아무 것도 제공할 수 없기 때문에, 국가의 급부능력은 사회국가실현을 위한 조건이며, 국가는 급부를 제공하기 위하여 국가와 납세자의 재정능력에 의존하고 있다.

또한, 경제 과정이나 사회적 과정을 미리 계획하고 유도하는 국가행위를 통하여 사회나 경제에서 부정적 현상이 발생하는 것을 미리 방지해야 할 국가의 의무가 사회국가원리로부터 나온다. 따라서 이미 나타난 잘못된 사회현상을 사후적으로 제거하는 것 뿐만 아니라 사회·경제 영역의 이상적인 발전방향에 관한 전반적인 계획을 세워야 할 국가의 의무도 또한 사회국가원리의 요청이다. 오늘날의 사회국가는 단순히 그 때 그 때마다 잘못된 사회현상에 반응하는 국가가 아니라, 사회의 발전을 일정한 방향으로 유도하고자 하는 計劃國家로 이해된다.<sup>22)</sup> ‘계획’이란 사회적 법치국가로의

---

21) Vgl. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: HdbStR. Bd.1, S.1079; Ipsen, VVDStRL 24(1966), S.222; ders. Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Kaiser(Hrsg.), Planung, Bd.2, S.87; Badura, Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit, in: Festschrift für H.P. Ipsen, 1977, S.367ff.; Starck, Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, DVBl 1978, S.939f.

22) Vgl. Schmitt-Aßmann, Planung unter dem Grundgesetz, DÖV 1974, S.543; Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaats an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?, 50.DJt(1974), S.149; Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30(1972), S.117ff.

국가성격의 변화에 따라 20세기에 나타난 ‘합리적인 사회형성의 도구’로서 국가행위의 중요한 부분을 차지한다.

경제에 대한 사회국가적 책임은 이에 그치는 것이 아니라, 경제영역에서 발생하는 모든 부정적 현상에 적절하게 대처해야 할 국가의 포괄적인 의무를 포함하고 있다. 따라서 사회국가는 자본주의경제에 내재된 위험, 예컨대 부의 편재와 빈부격차의 심화, 독·과점 등으로 인한 시장자동조절 기능의 마비, 소비자의 보호문제 등 더 이상 사회가 스스로 해결할 수 없는 부정적인 경제현상에 대하여 소득정책, 경쟁정책, 구조정책, 소비자정책 등을 통하여 정의로운 경제질서를 형성해야 한다.

이와 같은 경제영역에서의 사회국가적 과제에 비추어 볼 때, 헌법이 제119조 이하에서 사경제에 대한 간섭과 규제를 할 수 있는 규정들을 두지 않는다 하더라도, 이미 사회국가원리로부터 제9장 경제에 관한 장에 규정된 국가의 경제정책적 목표와 과제가 나온다.<sup>23)</sup>

#### 다. 기본권의 제한을 정당화하는 헌법적 근거

헌법이 사회국가원리를 도입함에 따라, 국민의 다수가 기본권적 자유를 실제로 행사하기 위하여 필요한 기본적인 조건을 마련하고 유지할 의무가 국가에게 부과되었고, 이는 기본권의 보장과 관련해서는 기본권적 자유와 그의 실현가능성이 양립할 수 있도록 그에 필요한 규율과 간섭을 할 수 있는 國家의 權限을 의미한다.<sup>24)</sup>

입법자가 개인의 자유권을 제한하는 경우 공익상의 사유로 정당화되어야 하는데, 특히 사회국가원리는 이러한 자유의 제한을 정당화하는 헌법적 근거가 될 수 있다. 한편, 우리 헌법은 사회적 기본권, 경제에 관한 조항 등을 통하여 사회국가원리를 수용하고 있고, 동시에 사회국가원리는 위 헌

23) 예컨대 우리와는 달리, 경제에 관한 상세한 규정을 두고 있지 않는 독일기본법에서는 사회국가원리로부터 경제에 대한 구체적인 요청을 이끌어내고 있다.

24) Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S.1538.

법규정들에 의하여 구체화되고 있다. 따라서 사회국가원리와 이를 구체화하는 헌법규범 사이에는 일반·특별의 관계가 존재하므로, 사회국가원리를 구체화하는 다른 개별적 헌법규범이 존재한다면, 일반적인 사회국가원리가 아니라 보다 구체화된 내용을 가진 헌법규범이 일차적으로 기본권의 제한을 정당화하는 근거로서 고려되어야 한다. 예컨대 “인간다운 생활을 할 권리”(헌법 제34조 제1항), “사회보장의 증진에 노력할 의무”(제34조 제2항), “시장의 지배와 경제력의 남용의 방지”(제119조 제2항) 등의 개별규범이 개인의 경제적 자유를 제한하는 근거로서 고려된다면, 우선적으로 이와 같은 사회국가원리의 구체화된 헌법적 표현들이 적용되어야 한다.

## 2. 국가경제정책에 관한 구체적 헌법규정

### 가. 국가경제정책의 일반적 수권조항(헌법 제119조 제2항)

우리 헌법은 경제정책적 국가목표에 관한 체계적인 목록을 갖추고 있다. 헌법 제119조 제2항은 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 위 조항에서 언급된 일반적 목표의 확정은 특히 중요한 의미를 가진다. 경제정책은, 시장경제가 올바른 궤도를 유지하도록 하기 위하여 경제과정에 대한 국가의 적극적인 영향력의 행사가 불가피하다는 사고에 그 바탕을 두고 있다. 이러한 관점에서, 헌법 제119조 제2항에 언급된 경제정책적 목표는 개인의 경제적 자유에 기초한 분권적인 사경제적 경제질서에 대한 헌법적 선택의 필연적인 결과라 할 수 있다. 따라서 헌법이 위 조항에서 경제정책에 관한 국가의 수권을 부여한 것은 사회적 문제, 독·과점문제, 경제위기에 대한 국민경제의 취약성, 불균형적인 소득분배 등 자본주의경제의 시행으로 인하여 발생하는 부작용에 대한 헌법적 대응을 의미한다.

### (1) 成長政策 및 景氣政策

헌법 제119조 제2항은 ‘균형 있는 국민경제의 성장 및 안정’의 목표를 통하여 국가에게 거시경제적 조정을 통한 성장정책과 경기정책을 추진할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

(가) 경기정책의 목표는 무엇보다도 국민경제의 전체수요와 전체공급의 균형 유지에 있으며, 반면에 성장정책은 국민경제의 성과(실질국민총생산)의 지속적인 증가를 목표로 하는 경제정책이다. 헌법은 제119조 제2항에서 “국민경제의 안정”과 “균형 있는 국민경제의 성장”을 서로 대비시킴으로써, 양 경제정책간의 긴장관계가 서로 조화를 이루는 방법으로 해결될 것을 요청하고 있다.<sup>25)</sup> 따라서 경기정책과 성장정책은 서로 분리하여 별개로 이해해서는 안 되고 상호연관관계에서 고찰되어야 한다.<sup>26)</sup>

(나) ‘國民經濟의 安定’이란 무엇보다도 물가의 안정 및 경기의 안정을 말한다. ‘물가의 안정’은 지나친 물가상승의 방지를 의미한다. 물가의 안정은 통화의 안정이나 화폐가치의 안정으로 바꾸어 표현할 수 있다. 물가상승으로 인하여 화폐가치가 하락하는 경우 채무자, 특히 기업이 수혜자로서 이득을 보는 반면, 예금자, 특히 소액예금자가 손해를 보기 때문에, 물가의 안정은 경제정의에도 기여한다.<sup>27)</sup> 이러한 점에서 화폐가치의 하락은 그 결과에 있어서 국민적으로 넓게 분산된 재산형성의 목표에 배치된다. 화폐가치의 하락은 단지 부당한 결과를 초래할 뿐만 아니라, 국민의 저금이 생산성의 정도에 따라 투자되는 것이 아니라 예상되는 화폐가치의 보장 정도에 따라 일차적으로 투자되는 결과를 가져오기 때문에, 또한 국민경제의 관점에서 생산성의 감소를 가져온다.

화폐가치의 안정에 대한 일반국민의 이익은 거의 조직화될 수 없고, 경제정책의 결정에 있어서 다른 정치적 고려가 지배적으로 작용하기 때문에

25) 예컨대, 경제성장의 목표는 일반적으로 물가의 안정이란 경제목표를 어느 정도 희생해야만 달성될 수 있다.

26) Vgl. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S.45f.

27) Vgl. v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, S.160f.; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 1984, S.110.



정책결정과정에서 관철되기 어렵다.<sup>28)</sup> 그러므로 물가의 안정은 다원적인 정치체력 또는 이익간의 투쟁과정에서 자칫하면 뒷전으로 밀릴 우려가 있다. 화폐가치의 하락은 적지 않은 경우 국민생산의 분배에 관한 노사단체 간의 투쟁의 결과이다. 가격의 인상을 통하여 높은 임금상승을 일반국민과 소비자에게 전가할 수 있는 탈출구가 존재하는 한, 노동조합과 사용자는 ‘적’이라기 보다는 ‘동맹자’, 즉 가격인상을 통하여 소비자와 예금자인 일반국민에게 부담을 지우는 동맹자이다. 헌법 제119조 제2항은 ‘국민경제의 안정’을 통하여 ‘물가의 안정’의 목표를 특히 강조하고, 이로써 다원적 이익간의 자유경쟁과정에서 물가의 안정을 위협하는 상황을 고려하고 있다.

경기정책의 또 다른 목표는 ‘높은 고용수준’ 또는 ‘상대적 완전고용’이다. 상대적 완전고용의 목표는 헌법 제32조 제1항 제2문에서 “국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 …노력하여야 하며…”라고 규정함으로써 ‘근로의 권리’란 사회적 기본권의 형태로 고려되고 있다. ‘물가와 화폐가치의 안정’이 금전적 재산의 소유자에 대하여 헌법상 재산권보장의 실효성을 높이는 반면,<sup>29)</sup> ‘높은 고용수준’은 헌법상 보장된 직업선택의 자유가 사실상 무의미하게 되는 것을 방지한다. 직업선택의 자유는 선택할 수 있는 직업이 있다는 것을 전제로 하여 직업이란 생활영역을 보호하는 것이므로, 직장을 구할 수 없는 상황에서 직업선택의 자유는 무의미하기 때문이다.

국가의 경기정책은 한편으로는 財政政策을 통하여 이루어진다. 재정정책의 기본사고는 공공단체가 전경제적 수요에 영향력을 행사할 수 있다는 가능성을 전제로 국가의 재정을 경기조절적으로 활용하고자 하는 데 있다. 공공단체는 공공예산의 지출부문 뿐만 아니라 수입부문을 통해서도 전경제적 수요에 영향을 미칠 수 있다는 점에서, 재정정책적 수단의 2 가지 유형

---

28) Vgl. v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, S.175f. 207f.; ders. Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S.293ff.

29) Vgl. Kaiser, Markt ist nicht mehr gleich Markt, in: Forsthoff, Weber, Wieacker (Hrsg.), Festschrift für E. R. Huber, 1973, S.246ff.; Benda, Die aktuellen Ziele der Wirtschaftspolitik und die tragenden Grundsätze der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967, S.853; Badura, Eigentum, in: HdbVerfR, 1983, S.671f.

이 구분되어야 한다. 하나의 수단은 공공단체의 지출을 경기조정적으로 형성함으로써 국가의 수요를 조절하고자 하는 것이고, 또 다른 수단은 조세의 인상이나 인하를 통하여 사경제의 수요에 영향을 행사하고자 하는 것이다.

경기정책을 수행하기 위한 거시경제적 조정의 또 다른 방법은 중앙(한국)은행의 통화정책이다. 通貨政策은 국민경제에 대한 자금조달을 조정함으로써 전경제적 발전에 영향을 미치고자 하는 것이다. 화폐발권은행의 통화정책은 통화량의 조정(통화량정책) 및 금리수준에 대한 영향력행사(금리정책)를 통하여 이루어진다. 특히 투자의 현저한 부분이 용자를 통하여 조달되기 때문에 통화량과 금리수준은 국민경제의 전체수요에 영향을 미친다.

(다) 국민경제가 충분히 성장하는 경우에만 ‘국민경제의 안정’에 관하여 이야기 할 수 있다. 經濟成長은 사회국가원리를 실현하기 위한 실질적 전제조건으로서 헌법 제119조 제2항에서 언급하고 있지 않다 하더라도 사회국가원리로부터 도출되는 헌법적으로 인정된 경제정책적 기본목표이다. 경제성장과 그로 인한 국민복지의 향상은 개인이 법적 자유를 실제로 행사함에 있어서 장애요소가 되는 경제적 제약을 감소시키고 이로써 기본권에 의하여 보장된 자유의 실효성을 높인다. 나아가, 성장하는 국민경제에서는 국민이 자신의 소득이나 재산에 대한 삭감을 우려함이 없이 잉여분을 분배할 수 있기 때문에, 경제가 성장하는 경우에만 법적 안정성의 포기 없이 사회적 정의를 실현하는 것이 가능하게 된다. 물론, 경제성장의 목표는 절대시되어서는 안 되며, 특히 헌법 제35조에 명시적으로 규정된 환경보호, 즉 다음 세대들의 생활근거를 유지해야 할 법익과의 상충관계에서 양 법익이 적절한 조화를 이루어야 한다.

경기정책의 수단이 일차적으로 경기변동을 단기적으로 제거하고자 하는 것인 반면, 경제성장의 확보는 장기적으로 계획된 정책을 전제로 하며, 이러한 관점에서 구조정책적인 수단을 요구한다.<sup>30)</sup> 경제성장정책의 수단으로

---

30) Vgl. R. Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S.153f.; v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, S.174f.

서, 헌법 제123조의 구조정책적인 수단, 제125조의 대외무역의 육성 및 제127조의 ‘과학기술의 혁신과 인력개발’ 외에도, 특히 경제성장을 목표로 하여 과거 수차에 걸쳐 시행된 ‘5개년 경제계획’을 들 수 있다.

## (2) 所得政策

(가) 헌법은 제119조 제2항에서 “국가는 ……적정한 소득의 분배를 유지하고……”라고 하여 ‘적정한 소득분배’를 국가경제정책의 목표로서 규정하고 있다. 1962년 처음으로 제1차 5개년 경제계획을 추진한 이래, 지속적인 산업화와 함께 임금근로자의 수가 크게 증가하였다. 과거 우리 경제의 눈부신 성장은 적지 않은 부분이 값싼 노동력의 활용에 기인하는 것이었다. 수차례의 5개년 경제계획을 시행하는 동안, 소득관계를 조정하는 것은 완전히 도외시 되었고, 대신 경제성장에 절대적 우위가 부여되었다. 이와 같이 많은 부작용을 수반하는 산업화의 과정에서 사회계층간의 소득의 차이는 심화되었고, 이러한 배경에서 헌법은 ‘적정한 소득분배’를 국가의 경제정책으로 확인하기에 이르렀다.

(나) 소득정책은 경제과정에서 직접 이루어지는 一次的 소득분배에 관한 것이 아니다. 일차적인 소득분배, 즉 기업가 또는 사용자와의 관계에서 근로자의 임금이 정당하게 형성되느냐 하는 것은 오늘날 헌법적으로 노사단체간의 집단적 협약에 의하여 보장된다(헌법 제33조 제1항). 노사단체가 헌법상 근로삼권의 보장에 의하여 국민소득을 어떻게 임금비율과 이윤비율로 분배할 것인지에 관하여 자율적으로 결정하는 것이다.<sup>31)</sup> 카르텔이나 기업합병이 헌법적으로 용인되지 않는 반면, 근로자와 사용자의 단체는 노동시장에서 서로 대립하는 독점적 세력으로서 헌법적으로 보호된다. 여기서 동일한 경제헌법 내에서 경제적 세력에 대한 근본적으로 상이한 입장을 확인할 수 있다. 경제적 세력을 이와 같이 상이하게 취급하는 것은, 근로자가 단체로 결합함으로써, 즉 집단적으로 임금에 관하여 결정함으로써 노동시장에서의 근로자와 사용자 간의 경쟁이 비로소 가능하다는 것에 기

31) Vgl. v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, S.272.

인한다.

일차적 분배에 의하여 형성된 소득 및 재산의 구조는 대부분의 경우 불만족스럽고 수정의 필요성이 있기 때문에, 소득과 재산의 재분배, 구체적으로 소득과 재산에 있어서의 차이의 축소를 목표로 하는 二次的 分配가 시도되어야 한다.<sup>32)</sup> 헌법이 제119조 제2항에서 언급하고 있는 “적정한 소득분배”란 국가경제정책의 목표는, 소득에 대한 누진세율, 최저임금정책, 사회적 급부, 사회보장 등과 같은 국가적 조치를 통하여 이루어지는 이차적 분배 또는 재분배를 말하는 것이다.

국가는 소득재분배를 통한 계층 간의 사회적 조정을 통하여 사회정의를 회복하고자 노력해야 한다. 계층 간의 조정은 한편으로는 국가가 누진적으로 조세를 부과하고, 다른 한편으로는 경제적 약자에게 급부를 제공하는 방법으로 이루어진다.<sup>33)</sup> 사회국가는 이로써 재분배국가가 된다. 계층 간의 사회적 조정은 ‘모든 국민생활의 경제적 평준화나 획일화’ 또는 ‘경제적 계층 간의 역전’을 목적으로 하는 것이 아니라, 가능하면 다수의 국민이 교육이나 직업 교육, 직업선택, 재산의 형성 등에 있어서 균등한 출발의 기회를 가질 수 있도록 기회의 균등을 회복하기 위한 것이다.

(다) 또한 국민경제의 부분적인 불균형을 시정할 목적으로 특정 인적 집단이나 특정 경제부문에 대하여 소득관련 혜택을 부여하는 것도 국가의 소득정책에 속한다. 그러므로 농업경제 영역에서의 가격유지정책도 소득정책에 포함시킬 수 있다. 이러한 영역에서는 구조적인 문제로 인하여 시장경제에 기초한 경쟁의 조건하에서는 경제정책적으로 생산자나 소비자에게 바람직하지 않은 결과가 발생할 수 있다.<sup>34)</sup> 따라서 이러한 영역에서는 경쟁과 시장거래의 사경제적 규정을 보완하거나 심지어 배제하는 경제질서가 존재한다. 예컨대, 곡물가격의 하락을 방지하고 농부에게 적정한 임금을 보장하기 위하여, 곡물에 대한 가격을 확정하고 농부에게는 농업생산

32) Vgl. Schachtschabel, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 1975, S.91f.

33) Vgl. Maurer, Staatsrecht, 1999, §8, Rn.76.

34) Vgl. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1971, S.165.

물을 인도해야 할 의무를, 국가에게는 이를 수매해야 할 의무를 부과할 수 있다.

(라) 한편, 소득의 정도는 재산의 보유에 달려있고 역으로 재산형성의 능력은 소득의 정도에 의하여 직접적으로 영향을 받기 때문에, 즉 소득과 재산 사이에는 밀접한 연관관계가 있기 때문에, “적정한 소득분배”의 경제정책적 목표는 소득분배의 조건으로서 재산형성에도 관련된다. 이러한 연관관계에서 특히 저소득층 근로자와 경제적 약자의 재산형성을 지원하기 위하여 국가적으로 지원된 주식구입(소위 “국민주식”) 및 ‘유리한 저축상품’을 예로 들 수 있다. 이와 같은 저축지원조치는 소득·재산정책적 목표 뿐만 아니라 성장정책적(자본시장정책적) 목표도 함께 추구한다.

### (3) 競爭政策

(가) 우리 헌법 제109조 제2항은 “국가는 ...시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 ...경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 규정함으로써, 獨寡占規制란 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 명문화하고 있다. ‘시장의 지배와 경제력의 남용의 방지’의 목표는, ‘스스로에게 맡겨진 경제는 카르텔의 결성, 콘체른의 형성, 독점화에 의하여 필연적으로 시장의 자유를 제한하고 폐지하게 되므로, 국가의 법질서에 의하여 경쟁질서를 형성하고 확보하는 것이 필요하다’는 인식에 그 바탕을 두고 있다.<sup>35)</sup> 즉, 독과점규제란 국가목표는 무엇보다도 시장경제가 제대로 기능하기 위한 전제조건으로서 가격과 경쟁의 기능을 유지하고 촉진하고자 하는 것이다.

독과점규제는 국가의 競爭政策에 의하여 실현되며 경쟁정책은 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진을 그 목적으로 하고 있다. 따라서 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복이라면 이 목적을 실현하는 방법 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이라야 한다.<sup>36)</sup> 영업의 자유를 비롯한 경제적

35) Vgl. v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, 1984, S.100ff.; Rinck/Schwark, Wirtschaftsrecht, 1985, S.65f.; 황적인/권오승, 경제법, 1994, 61면 이하; 이기수/유진희, 경제법, 2003, 29면 이하.

36) 이러한 의미에서, 헌법재판소는 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 결정(주세법 제38조의7 등에 대한 위헌제청)에서 ‘주세법의 강제구매제도는 지방소주업체를 직접 경쟁으로부터 보호함으로써 오히려 경쟁을 저해하기 때문에 공정하고 자유로운 경쟁을 유지하고 촉진하려는 목적의 “독과점규제”의 공익을 달성하기에 부적합하다’고 판시하였다(판례집 8-2, 680, 696).

자유에 처음부터 내재하는 경제력집중적 및 시장지배적 경향으로 말미암아, 경쟁질서의 확립과 유지는 자연적으로 발생하는 사회현상이 아니라 국가의 지속적이고 항구적인 과제이다. 시장은 새로운 진입자에 대하여 개방되어야 하고, 카르텔의 결성과 기업합병으로 인한 시장지배적 세력의 발생은 이미 발생한 세력의 남용과 마찬가지로 방지되어야 한다.<sup>37)</sup>

(나) 효과적인 경쟁정책의 중요한 전제조건은 국가의 경쟁정책과 사경제의 명확한 분리와 사경제에 대한 경쟁정책의 독립성이다. 국가와 사경제간의 협력관계가 절실히 요구된다 하더라도, 국가는 경제질서의 자율성과 개방성을 시장의 지배로부터 보호하기 위하여 항상 자신의 독립성을 유지해야 한다.<sup>38)</sup> 그러나 수차에 걸친 5개년 경제계획의 시행 과정과 수출지향적 산업화의 과정에서, 시장의 지배가 국가에 의하여 방지된 것이 아니라 국내기업의 국제적 경쟁력을 강화하기 위하여 국가에 의하여 오히려 의도적으로 촉진되고 조장되었다는 데에 과거 우리 경제발전과정의 특수성이 있다. 국가는 경제계획에서 확정한 목표, 특히 그의 성장정책적 목표를 달성하기 위하여 기업의 결합 등 경제력을 집중하는 방법을 이용하였다. 이러한 이유에서 시장지배적 지위가 생성되고 강화되는 현상은 장기간 동안 전경제적인 이유에서 또는 국가의 공익상의 이유에서 정당화되었다.

한편, 국가는 경제성장의 관점에서 스스로 기업의 집중과정을 추진하였으나, 증대하는 기업집중의 현상과 함께 경제의 독점화로 인한 국민경제적 부작용, 즉 장기적인 생산성축진 및 성장축진의 저해, 소비자의 착취, 궁극적으로 모든 국민의 복지에 대한 위협 등에 직면하게 되었다. 이에 따라 1980년 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’이 제정됨으로써 비로소 시장지

---

37) Vgl. v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, 1984, S.100ff.

38) Vgl. Tietmeyer, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privatsektor in der sozialen Marktwirtschaft, in: Duwendag(Hrsg.), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, 1976, S.31.

배적 지위의 남용, 기업결합, 부당한 공동행위를 포괄적으로 규제할 수 있는 도구가 마련되었다.<sup>39)</sup>

#### (4) 經濟의 民主化

(가) ‘경제의 민주화’ 또는 ‘경제민주주의’의 일반적 의미

일반적으로, ‘경제의 민주화’ 또는 ‘경제민주주의’란 근로자를 경제적 결정 과정에 참여시킴으로써, 정치적 민주주의를 경제적 민주주의로 보완해야 한다는 요청으로 이해되고 있다.<sup>40)</sup> 경제영역에서의 결정에의 참여 또는 공동결정에 대한 요청은, 기업 차원에서는 근로자의 결정참여권의 형태로 또는 전경제적 차원에서는 국민경제회의와 같은 국가기구에서의 국가경제 수립과정에 있어서의 근로자의 공동결정의 형태로 나타나고 있다.<sup>41)</sup>

우선 경제민주화의 문제와 관련하여, 경제의 민주화가 헌법적으로 요청된다고 하는 의미에서의 ‘憲法的 要請’로서의 경제의 민주화와 社會政策的 要請으로서의 경제의 민주화, 즉 정치적 민주주의가 그의 안정을 위하여 또는 그의 이상적인 ‘사회·경제적 실질적 전제조건’으로서 경제영역을 비롯한 사회영역의 민주화를 보충적으로 필요로 한다는 의미에서의 경제적 민주화는 서로 엄격히 구분되어야 한다.<sup>42)</sup>

1) 경제의 민주화가 헌법적 요청인가 하는 ‘憲法的 問題’로서의 경제의 민주화는 국가와 사회의 구분이라는 관점에서 조명되어야 한다. 국가와 사

---

39) 독점규제법 헌법상의 경제정책적 목표는 무엇보다도 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’에 의하여 구체화되었다. 위 법 제1조는 ‘사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다’고 이 법률의 입법목적을 밝히고 있다.

40) Vgl. Naphtali, Wirtschaftsdemokratie, Ihr Wesen, Weg und Ziel, 1977, S.7ff., 22ff.

41) Vgl. Rittner, Wirtschaftsrecht, 1987, S.99f.; Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, 1966, S.178ff., 190ff.; Thiele, Wirtschaftsverfassungsrecht, 1974, S.101ff.; Reich, Markt und Recht, 1977, S.331ff.

42) Vgl. Isensee, Grundrechte und Demokratie, Der Staat 1981, S.168; Denninger, Demokratisierung - Möglichkeiten und Grenzen, in: Cappenberger Gespräche, Bd.11, 1976, S.47ff.; Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29(1971), S.74

회의 헌법적 구분은 자유민주적 헌법질서의 근본적인 전제조건이다. 한국 헌법의 기본질서인 자유민주주의 질서는 민주적 정당성에 바탕을 둔 ‘정치적 영역’과 자유권적 기본권에 의해 형성되는 ‘법치국가적 영역’의 두 요소로 구성되어 있으며, 이로써 국가와 사회의 구분에 기초하고 있다.<sup>43)</sup> ‘정치적 영역’에서는, 개인은 정치적 공동체의 일원으로서 전체로서의 국민에 통합되는 한 부분이다. 정치적 영역에서의 개인에게는 국가적 권력의 형성과 정치적인 사결정과정에서 균등하게 참여할 수 있는 길이 열려져 있다. ‘정치적 자유’라는 것은 결국 국가 안에서의 국민의 참정권을 의미한다. 이와는 달리 ‘사회적 영역’은 개인의 사적영역에서의 자치와 자기결정권을 보장하고, 민주적 정당성으로도 표결될 수 없고 침해될 수 없는 기본권적 자유에 기초하고 있다. 정치적 민주주의가 국가의 정치의사 형성을 위하여 모든 개인의 기계적·형식적 평등을 요구한다면, 사회의 영역은 개체의 고유성, 상이함, 다양성에 기초하고 있다.

민주주의원칙을 국가적·정치적 영역에 국한시켜야 하는 본질적인 이유가 바로 국가와 사회의 구분에 있다. 국가형태로서의 민주주의원칙을 사회의 영역에 확대시킨다면, 모든 개인이 모든 개인의 고유영역에 관한 중요결정에 광범위하게 참여하게 되고, 이는 곧 자유민주적 기본질서의 근간을 이루는 국가와 사회의 이중적 구조를 폐기하는 것을 의미한다.<sup>44)</sup> 사회영역의 민주화는 사회영역의 정치화를, 즉 사회영역을 정치영역에서의 기본원리인 ‘다수결의 원리’와 ‘평등의 원칙’에 예속시키는 것을 의미한다.<sup>45)</sup> 그러므로 정치적 원리로서의 민주주의원칙을 사회영역 전반에 수용하는 경우, 그것은 곧 개인이 모든 사회영역에서 가정, 기업, 교육장소 등 사회공동체의 결정에 따라야 하는 ‘사회의 독재’, 결국 ‘전체주의적 민주주의’로 이어

---

43) Vgl. Rupp, Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S.1541f.; Isensee, Wirtschaftsdemokratie - Wirtschaftsgrundrechte - soziale Gewaltenteilung, Der Staat 1978, S.168; ders., Grundrechte und Demokratie, Der Staat 1981, S.171

44) Vgl. Hennis, Die mißverständene Demokratie, 1973, S.47; Isensee, Wirtschaftsdemokratie - Wirtschaftsgrundrechte - soziale Gewaltenteilung, Der Staat 1978, S.168; Rupp, Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S.1542.

45) Vgl. Hennis, Die mißverständene Demokratie, 1973, S.38



진다.<sup>46)</sup>

민주주의는 모든 국민의 권리와 의무가 동등하다는 형식적 평등에 기초하고 있으나, 이에 반해 사회의 영역은 평등이 아닌 고유성과 상이함을 그 본질로 하고 있다.<sup>47)</sup> 그러므로 사회조직을 국가조직과 동일시하는 것은 다원적 사회의 잠재적 다양성과 기본권적 자유를 폐지하는 결과를 가져온다. 민주주의는 국가권력행사의 형식원칙으로서 직접 국가권력행사라고 하는 기능에 관련되어 있지만, 사회영역에서는 지배관계라고 하는 측면보다는 각 영역에서의 고유한 기능의 수행(생산, 교육, 이익 대변 등)이라는 각 영역마다의 상이한 목적이 중심을 이루고 있다. 설사 기업을 지배구조로 파악한다 하더라도, 이는 정치적 지배가 아니라 각 개인의 기본권 사용의 결과로서 파생한 사회적 우월적 지위에서 기인하는 것이다.

그러므로 민주주의원칙을 사회영역에 확대 수용하는 것은, 각 사회영역의 구조적 고유성과 그에 따른 각 영역을 지배하는 특수한 법칙성에 내재하는 민주화의 한계를 간과하는 것이다. 또한 경제적 결정에의 참여의 요구는 동질성을 보유한 단체구성원의 평등성(Egalität)이 아닌, 서로 경쟁하는 상이한 집단 간의 대등성(Parität)에 기초하고 있다.<sup>48)</sup> 따라서 경제민주주의에 대한 요청은 근본적으로 상이한 집단(사용자와 근로자) 간의 대립적 사고에 지배되기에 신분연관적인 것이지, 민주적인 것이 아니다.<sup>49)</sup>

2) 따라서 경제민주주의의 요청은 그것이 어떠한 형태이든 간에 정치적 민주주의로부터 도출될 수 없으며, 이에 따라 사회·경제영역을 민주적 구조로 전환하는 것은 헌법적으로 요청되지 않는다. 경제·사회적 지배관

---

46) Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S.197ff.; Rupp, Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S.1542

47) Vgl. Quaritsch, Demokratisierung, in: Cappenberger Gespräche, Bd.11, 1976, S.38; Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd.1, 1984, S.632; Hennis, Die mißverständene Demokratie, S.47

48) Vgl. Isensee, Wirtschaftsdemokratie - Wirtschaftsgrundrechte - soziale Gewaltenteilung, Der Staat 1978, S.168

49) Vgl. Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29(1971), S.84; Hennis, Die mißverständene Demokratie, S.33f.

제도 민주적 구조로 전환해야 한다는 요청은 헌법적인 요청이 아니라 사회정치적 문제이다.<sup>50)</sup> 그러므로 경제민주주의에 대한 요청도 헌법적 요청이 아니라, 일정한 사회정책적 프로그램에 지나지 않는다.

어느 정도로 경제의 민주화를 도입할 수 있는가 하는 문제는, 입법자가 정 의로운 사회질서를 실현해야할 사회국가적 의무를 이행하는 범주 내에서 입 법자에게 부여된 광범위한 형성의 자유를 근거로 결정하여야 할 문제이다.<sup>51)</sup> 따라서 입법자는 그가 설정한 사회국가적 목표의 실현을 위하여 헌법이 허용하는 범위 내에서, 특히 개인의 기본권과 법치국가원리를 존중하는 범위 내에서 경제민주주의란 사회정책적 도구를 이용할 수도 있고, 그 결과 독일 과 같이 기업경영에 관한 결정에 근로자가 공동으로 참여하는 것을 부분적 으로 허용할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 경우에도 경제의 민주화는 결 코 민주주의 실현이라는 헌법적 위임의 이행이 아니라, 사회국가적 동기에 의한 입법자의 형성행위라는 것을 유의해야 한다.<sup>52)</sup>

#### (나) 헌법 제119조 제1항의 ‘경제의 민주화’의 의미

헌법 제119조 제2항에 언급된 다른 경제정책적 목표가 그 내용에 있어서 상대적으로 명확하게 파악될 수 있는 반면에, “경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화”의 목표가 무엇을 의미하는지에 관하여는 견해가 갈리고 있다.<sup>53)</sup>

---

50) Vgl. Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, 1966, S.179f.; Denninger, Demokratisierung - Möglichkeiten und Grenzen, in: Cappenberger Gespräche, Bd.11, 1976, S.66.

51) Vgl. Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, 1972, S.265; Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 1987, S.892.

52) Scholz, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S.29f.

53) 헌법재판소는 헌재 2003. 11. 27. 2001헌바35 결정에서 금융감독위원회에게 기존 주주의 주식을 소각 또는 병합함으로써 부실금융기관에 대하여 자본금의 감소를 명령할 수 있는 권한을 부여하는 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제3항이 헌법 제119조 제2항의 “경제민주화”에 위반되는지 여부에 관하여, “따라서 헌법 제119조 제2항에 규정된 “경제주체간의 조화를 통한 경제민주화”의 이념도 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다. 그러나 이 사건 법률 조항이 자본금 감소의 명령을 할 수 있도록 한 것은 금융거래의 보호와 예금자보호라는 공익을 실현하기 위한 것으로서 헌법 제119조 제2항의 “경제민주화”와 아무런 연관이 없을 뿐 아니라, “경제민주화”의 이념이 경제영역에서의 국가행위의 한계를 설정하고 청구인의 기본권을 보호하는 헌법규범이 아니라 개인의 경제적 자유에 대한 제한을

1) 일부 학자는 ‘경제의 민주화’를 ‘사경제에 대한 국가의 간섭과 규제 완화 및 사경제의 자율성의 강화’로 이해하고자 한다.<sup>54)</sup> 그러나 ‘경제의 민주화’를 경제에 대한 국가의 규율과 조정을 정당화하는 근거로서 언급하고 있는 헌법 제119조 제2항의 헌법 내에서의 전체적 연관관계와 수권규범적 성격에 비추어, 위 견해는 그 근거를 결여하고 있다고 할 것이다. ‘경제의 민주화’를 ‘국가규제의 완화’로 이해한다면, ‘경제의 민주화’는 국가행위의 헌법적 근거가 아니라 오히려 국가행위를 제한하는 근거를 의미하는데, 이러한 해석은 위 개념의 원래의 의미를 완전히 반대방향으로 전도시키는 것이다.

아마도 학계의 지배적인 견해는 ‘경제의 민주화’를 ‘민주주의원리가 국가영역에 대해서만이 아니라 경제에 대해서도 적용되어야 한다’는 의미에서, 즉 ‘공동결정을 통한 경제영역에서의 근로자의 동등한 지위’라는 의미에서 이해하는 것이 아니라, 과거 1980년 헌법 제120조 제2항의 규정(“모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현”)을<sup>55)</sup> 고려하여 ‘경제영역에서의 실질적 평등’ 또는 ‘사회적·경제적 정의’로 이해하고 있는 것으로 보인다.<sup>56)</sup>

---

정당화하는 근거규범이라는 점에서도 헌법 제119조 제2항의 “경제민주화”는 이 사건 법률 조항의 위헌성을 판단하는 근거로서 고려될 수 없다.’고 판시한 바 있다(판례집 15-2, 222, 239).

54) 예컨대, 권영철, 고시연구, 제16권(1988), 31면 참조.

55) 1980년 헌법 제120조는 다음과 같다. 제120조 ① 대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다. ③ 독과점의 폐단은 적절히 규제·조정한다.

56) 예컨대, 권영성, 헌법학원론, 2004, 169면(“경제의 민주화라 함은 경제활동에 관한 의사결정권이 한 곳에 집중되지 아니하고 분산됨으로써 경제주체간의 견제와 균형이 이루어지고 시장기구가 정상적으로 작동하는 상태를 말한다.”); 성낙인, 헌법학, 2004, 173면(“경제적 약자를 경제적 강자로부터 보호함으로써 국민경제 전체를 보호하는 것이다.”).

이에 대하여 일부 견해는 이를 넘어서 ‘경제의 민주화’란 목표로부터 정치 형태로서의 민주주의를 경제영역에 확대하는 관점도 함께 도출하여 위 목표를 근거로 하여 근로자의 공동결정을 도입하는 것이 배제되지 않는다고 주장한다.<sup>57)</sup>

2) 우선, 헌법 제119조 제2항의 ‘경제의 민주화’란 ‘민주주의원리가 경제영역에 대해서도 확대되어야 한다’는 의미에서의 경제민주주의를 의미하는 것은 아니라고 판단된다. 역사적 해석의 관점에서 보더라도, 만일 ‘경제의 민주화’가 위와 같은 내용의 혁신적인 경제민주주의를 의미하는 것이라면, 헌법 개정과정에서 이에 관한 논의가 어떠한 형태로든 이루어졌어야 하는데, 그러나 이러한 논의가 이루어진 바가 없다. 또한, ‘경제의 민주화’를 수식하는 ‘경제주체간의 조화를 통한’이란 문구를 보더라도, 경제주체간의 관계란 근로자와 사용자의 관계 외에도 소비자와 기업, 가계와 기업, 기업과 기업의 관계 등 다양한 관계가 존재하는데, ‘경제의 민주화’를 ‘경제민주주의’(근로자의 공동결정)로 해석함으로써 단지 ‘근로자와 사용자의 관계’로 한정하는 것은 ‘경제주체간의 조화를 통한’의 문언과 완전히 부합하지 않는다.

헌법 제119조 제2항이 사경제의 영역에 대한 국가의 간섭과 조정을 정당화하는 헌법상 수권규범의 성격을 가지고 있다는 점에서, 여기서의 “경제주체”란 국민경제학에서 경제적 결정의 주체로서 구분하는 ‘기업, 국가, 가계’라는 기술적인 의미가 아니라, 일반적인 의미에서 사경제의 주체로서 ‘경제영역과 관련하여 활동하는 국민’으로 이해해야 한다. ‘경제의 민주화’란 개념은 이를 수식하는 “경제주체간의 조화를 통한”의 표현에 의하여 구체화되는 바와 같이, 경제영역에서 활동하는 국민간의 사회적·경제적 불균형을 조정하고 經濟領域에서의 社會正義를 실현해야 할 국가의 과제를 의미한다고 보아야 한다.

물론, 이와 같이 포괄적인 의미에서 ‘경제상의 정의’로 이해되는 ‘경제의 민주화’의 목표는 헌법에서 규정하고 있는 다른 경제정책적 목표, 즉 ‘적정

57) 예컨대, 권영성, 고시연구, 1988/2, 96면 이하.

한 소득의 분배’, ‘시장의 지배와 경제력 남용의 방지’, ‘소비자보호’ 등의 목표와 그 내용에 있어서 중복된다. 즉, ‘경제의 민주화’의 목표는 헌법 제 119조 제2항에 언급된 목표와 그 외 다른 헌법규범에 규정된 목표의 내용적 범위를 넘어서, 헌법상 보장된 경제적 자유를 행사함으로써 발생할 수 있는 모든 문제와 관련된다. 그러므로 ‘경제의 민주화’란 경제정책적 목표는 헌법에 명시적으로 언급된 모든 구체적인 경제정책적 목표와 과제에 대한 上位概念으로서, 경제영역에서 발생하는 폐해와 부작용이 헌법에 명시적으로 규정된 구체적인 경제정책적 목표에 의하여 해결될 수 없는 경우 비로소 기능하는 補充的 目標로서 작용한다.

‘경제의 민주화’가 그 내용에 있어서 궁극적으로 ‘경제영역에서의 사회정의의 실현’을 의미하는 것이라면, 다의적 해석의 가능성으로 말미암아 그 개념에 있어서 불명확하고 논란의 여지를 제공하는 ‘경제의 민주화’란 표현 대신, 과거 헌법규정의 표현을 다시 도입하는 것이 입법정책적으로 바람직하다고 생각된다.

#### 나. 構造政策(헌법 제123조)

헌법은 제123조에서 특히 농수산업정책(제1항, 제4항, 제5항), 지역적 경제 지원(제2항)과 중소기업정책(제3항, 제5항)의 필요성을 구체적으로 강조함으로써, 구조정책적 목표를 규정하고 있다. 구조정책(Strukturpolitik)은 지역 간의 경제적 차이를 조정하고 국민경제적 이유에서 특정 경제분야를 변화한 시장조건에 용이하게 적응하도록 하기 위하여 또는 경쟁에서의 상이한 조건을 수정하기 위하여, 경제적으로 낙후한 지역이나 일정 경제부문을 지원하려고 시도하는 경제정책이다.<sup>58)</sup> 즉 국가가 보조금이나 세제상의 혜택 등을 통하여 시장의 과정에 지역적으로 또는 경제부문별로 관여함으

58) Vgl. Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 1984, S.122; Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S.46f.; R. Schmidt, Wirtschaftspolitk und Verfassung, 1971, S.117; Reich, Markt und Recht, 1977, S.137f.

로써 시장에서의 경쟁이 국가의 지원조치에 의하여 조정된 새로운 기초 위에서 이루어질 수 있도록 하는 것에 구조정책의 목적이 있다. 이로써 구조정책은 경제조성 또는 경제촉진(Wirtschaftsförderung)의 전형적인 적용영역이다. 경제조성은 무엇보다도 직접적인 보조금 또는 조세감면혜택 등을 통한 간접적인 보조금의 지급, 公共委任(öffentliche Aufträge)에 있어서의 특혜를 통한 실질적인 지원, 상담, 조직상의 지원, 판매의 지원 등의 조치를 통하여 이루어진다.<sup>59)</sup>

### (1) 地域經濟의 육성

(가) 헌법 제123조 제1항, 제4항 및 제5항의 구조정책이 특정 경제부문(농업·어업)과 관련되고, 제3항과 제5항의 정책이 특정 기업규모(중소기업)와 관련된 것이라면, 제2항은 지역적인 경제구조의 개선에 관한 것이다. 국가 地域政策의 목적은 일차적으로 지역 간의 경제적 불균형의 축소에 있으며, 지역 간의 상이한 경제력과 경쟁조건의 수정과 조정에 있다.<sup>60)</sup> 특히 농업과 수산업에 의존하는 지역이 지역적 경제구조에 있어서 심한 불

59) 슈토버(최송화 역), 독일경제행정부, 1996, 277면 이하; 김남진, 행정법 II, 2000, 578면; 홍정선, 행정법원론(하), 2004, 657면 이하, '경제조성'이란, 국가나 지방자치단체가 특정한 경제정책적 목적을 위하여 직접 또는 간접적으로 사인을 지원하는 모든 조치를 말하는데, 학자에 따라 '경제촉진'으로 표현하기도 한다.

60) 헌법재판소는 현재 1996. 12. 26. 96헌가18 결정(주세법 제38조의7등에 대한 위헌제정)에서 지역경제의 육성의 목표에 관하여, "그러나 강제구매제도를 통하여 지방소주업체를 경쟁으로부터 보호하고 그 결과로 각 도에 하나씩의 소주제조기업이 존재한다는 것 그 자체는 아직 헌법 제123조의 '지역경제의 육성'이란 공익을 의미하지 않는다. 입법자가 개인의 기본권 침해를 정당화하는 입법목적으로서의 '지역경제'를 주장하기 위해서는, 각 지역에 하나의 기업이 더 존재하는 것이 지역경제에 어떠한 의미로운 기여를 한다는 지극히 당연한 사실을 넘는, 문제되는 지역의 현존하는 경제적 낙후성이라든지 아니면 특정 입법조치를 취하지 않을 경우 발생할 지역 간의 심한 경제적 불균형과 같은 남뜰할 수 있는 구체적이고 합리적인 이유가 있어야 한다. 왜냐하면 지역정책이란 한마디로 지역 간의 상이한 경제력과 경쟁조건의 수정과 조정을 의미하기 때문이다. 그러나 전국 각 도에 골고루 하나씩의 소주제조기업을 존속케 하려는 주세법에서는 수정되어야 할 구체적인 지역 간의 차이를 확인할 수 없고 따라서 1도 1소주 제조업체의 존속유지와 지역경제의 육성 간에 아무런 상관관계를 찾아 볼 수 없으므로 '지역경제의 육성'은 이 사건조항의 기본권 침해를 정당화할 수 있는 공익으로 고려되지 않는다."고 판시하였다(판례집 8-2, 680, 698).

균형을 보이기 때문에, 헌법 제123조 제2항에서 규정하는 “지역간의 균형 있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무”는 일차적으로 특히 경제적 낙후성을 보이는 농어촌 지역에 대한 것이나, 이를 넘어서 전국적으로 지역적인 경제적 불균형의 시정을 그 내용으로 한다.

(나) ‘지역경제의 육성’의 목표는 경제정책적인 관점 뿐만 아니라 또한 경제외적인 일반정책적인 관점에서도 중요하다. 경제적으로 낙후된 지역의 주민은 단지 경제적인 이유로 인하여 경제력이 강한 지역으로 이주하도록 강요되어서는 아니 되고, 그의 거주 지역에서 생업에 종사할 수 있는 적절한 기회가 제공되어야 한다. 이로써 국가지역정책은 동시에 농·어촌의 이주현상과 대도시로의 과도한 인구집중을 방지하고 국토의 균형 있는 인구분산을 꾀하고 있다.<sup>61)</sup> 지역정책은 궁극적으로 경제의 성장과 안정이라는 전경제적 목표를 달성하는데 기여하고, 전국적으로 균형 있는 경제·사회·문화적 생활관계를 형성하는 사회정책적 목표를 촉진하게 된다.

경제적으로 낙후된 지역에 대한 지원조치로는 산업경제의 지원 및 기업연관 기간산업의 확충(특히 산업지역의 개발, 교통망의 확충)에 대한 지원을 들 수 있다. 또한, 지원이 필요한 문제 지역에서의 기업의 투자에 대해서는 다양한 세제혜택을 부여하고, 반면에 산업의 과밀지역에서의 기업설립이나 확장에 대해서는 조세상의 부담을 부과하는 방법도 산업을 분산하기 위한 조치로서 고려된다.

(다) 급속한 산업화와 경제성장의 과정에서 1970년대에 들어오면서, 농·어업과 산업, 도시와 농촌, 대기업과 중소기업 사이에 그 발전에 있어서 현저한 차이가 점차 심각하게 드러나기 시작하였다. 현대의 산업사회에서도 농업은 식량생산의 수단으로서 국민경제의 기본적 조건에 해당하는 중요하고 불가결한 경제부문이다. 농업생산물이 더 이상 이윤을 남기고 판매될 수 없는 경우 시장경제의 원리에 따르면 농업이 고사하거나 또는 최소한의 상태로 축소되어야 하지만, 국가는 국민경제적인 이유에서 농업의 근간을 유지시키기 위하여 이를 지원해야 하는 것이다.

---

61) Vgl. Püttner, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989, S.288.

산업의 집중화 현상과는 반대로, 농업부문은 그 구조에 있어서 소규모의 단위로 분산화되어 있다는 특징이 있어,<sup>62)</sup> 농업의 기업화와 합리화를 도입하는데 한계가 있으며, 뿐만 아니라 1960년대 이래 수출지향적인 산업만을 강조하고 이에 모든 지원을 집중하였던 경제정책은 농업부문을 소홀히 할 수밖에 없었다. 더욱이, 농산물의 가격을 의도적으로 낮게 유지함으로써 물가의 안정을 달성하고 동시에 생산단가를 낮추는 방법으로 기업의 경쟁력을 높이고자 한 성장위주의 경제정책은 농업에 대하여 일방적인 희생을 강요하였다. 이에 따라 60년대 이래 농업의 발전은 특징적으로 농민의 수입의 감소, 생산성의 감소, 식량자급률의 하락, 외국으로부터의 농산물의 수입, 농촌 인구의 도시로의 이주 등으로 표현될 수 있다.

이러한 상황에서 국가는 오랫동안 등한시해온 농업부문을 국가적으로 지원해야 할 필요성을 절감하게 되었고, 특히 현행 헌법에서는 과거 헌법에 규정된 “농민·어민의 자조를 기반으로 하는 농어촌개발”, “농민·어민...의 자조조직을 육성”이라는 농어업에 대한 제한적인 지원의사를 넘어서, 제123조 제1항에서 “국가는 농업 및 어업을 보호·육성하기 위하여 농·어촌종합개발과 그 지원 등 필요한 계획을 수립·시행하여야 한다.”고 적극적이고 포괄적인 지원의 의지를 밝히고 있다.

## (2) 中小企業의 보호

국가의 구조정책적 경제조성(촉진)은 또한 기업의 규모와 연관되어 실시될 수 있다.<sup>63)</sup> 우리 헌법은 제123조 제3항에서 “국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.”고 하여 중소기업을 보호·육성해야 할 국가의 과제를 규정하면서, 같은 조 제5항에서는 “국가는 ...중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.”고 규정하고 있다.

(가) 국가의 구조정책은 중소기업이 처한 구조적인 불리함을 조정하기 위하여, 전체경제적인 이유에서 뿐만 아니라 경쟁정책적인 이유에서도 중소기업을 지원해야 한다. 그러나 건실한 중소기업의 존재는 국민경제가

62) 이에 관하여 아래 IV., 3, 라., (1) “농지개혁” 참조.

63) 슈토버(최송화역), 독일경제행정법, 1996, 279면 참조.



제대로 기능하기 위하여 필요하다는 사고, 즉 중소기업의 사회적·경제적 중요성에 대한 인식이 경제성장 지상주의의 시기에는 완전히 뒷전으로 밀리게 되었다. 60년대와 70년대의 급속한 산업화의 과정과 수출지향적 경제구조 하에서, 국민경제의 독과점화가 국내의 취약한 기업기반의 결과로서 지속적으로 진행되었다. 거대기업과 재벌은 경쟁에서 규모의 장점을 이용함으로써 합법적으로 중소기업을 경쟁의 장으로부터 축출할 수 있었다. 다른 한편으로는 국제시장에서의 우리 기업의 경쟁력을 확보하기 위하여 금융, 조세 및 외환과 관련된 모든 특혜가 만성적인 자본조달의 부족에 시달리는 수출지향적 재벌기업에게 집중적으로 제공되었다. 거대기업과 재벌에 대한 이와 같은 일방적인 특혜는 물론 다른 기업군의 희생 하에서 이루어지는 것이었고, 이로써 대기업과의 경쟁에서의 중소기업의 불리함은 더욱 심화되었다.

(나) 중소기업은 생산과 고용의 증대에 기여하고 대기업보다 경기의 영향을 적게 받으며 수요의 변화에 적절히 대처하고 새로운 기술의 개발을 기대하게 하고 사회적 분업과 기업 간의 경쟁을 촉진함으로써 전 국민경제에 크게 기여하고 있다.<sup>64)</sup> 그러므로 우리 헌법은 중소기업이 국민경제에서 갖는 중요함 때문에 “중소기업의 보호”를 국가경제정책적 목표로 명문화하고 있다. 그러나 중소기업은 대기업에 비하여 자금력, 기술수준, 경영능력 등에 있어서 열세하기 때문에 자력으로는 경영의 합리화와 경쟁력의 향상을 도모할 수 없는 경우가 많다. 중소기업이 국민경제에서 갖는 중요한 가치에 비추어, 국가는 대기업과의 경쟁에서 불리한 위치에 있는 중소기업을 지원하는 방법으로 경쟁에서의 불리함을 조정하고 가능하면 균등한 경쟁조건을 형성함으로써 대기업과의 경쟁을 가능하게 하고자 하는 것이며, 즉 경쟁정책적인 이유에서 중소기업을 지원하는 것이다.<sup>65)</sup> 이러한 점에서 중

64) 황적인/권오승, 경제법, 1994, 267면 이하; vgl. Püttner, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989, S.320ff.

65) 헌법재판소는 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 결정(주세법 제38조의7등에 대한 위헌제정)에서 “중소기업의 보호란 공익이 자유경쟁질서 안에서 발생하는 중소기업의 불리함을 국가의 지원으로 보완하여 경쟁을 유지하고 촉진시키려는 데 그 목적이 있으므로, 주세법상의 구매제도는 이러한 공익을 실현하기에 적합하지 않은 수단이다.”라고 판시하였다(판례집 8-2, 680, 700).

소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미한다. 그러므로 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 한다.

중소기업육성이란 공익을 경쟁질서의 테두리 안에서 실현해야 한다는 것은 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’에서도 잘 나타나고 있다. 능력에 의한 경쟁을 원칙으로 하는 위 법에서는 중소기업을 경쟁으로부터 보호하는 중소기업에 대한 지원조치를 찾아볼 수 없다.<sup>66)</sup> 위 법은 단지 제19조 제2항 제6호에서 중소기업의 경쟁력향상을 향상하기 위하여 공동행위를 하는 경우에는 이를 예외적으로 허용하고 있을 뿐이다. 자유시장경제를 기본으로 하는 법질서 하에서는 중소기업도 경쟁을 통하여 시장에서 자신의 위치를 관철하여야 하므로, 경쟁법에서는 모든 기업의 ‘경쟁에서의 균등’이란 원칙이 지배한다.

그러므로 중소기업육성책은 공정하고 자유로운 경쟁을 가능하게 하는 수단이여야지 경쟁을 배제하는 방법이어서는 아니 된다. 중소기업의 육성은 중소기업에 우호적인 세금공제가능성과 조세감면가능성 등의 세법상의 혜택과 중소기업기본법 등 중소기업지원을 위한 특별법에 규정된 특수한 중소기업육성책을 통하여 이루어져야 한다.<sup>67)</sup>

#### 다. 消費者政策(헌법 제124조)

(1) 헌법은 제124조에서 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.”고 하여 소비자정책을 규정하고 있다. 소비자정책도 시장기능의 결함이나 장애에 대한 조정적, 보완적 조치로서 이해된다. 시장경제질서에서 소비자가 시장기능을 통하여 생산품의 종류, 범위 및 방향 등 경제전체

---

66) 또한 독일에서의 법적 상황에 관하여 vgl. Püttner, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989, S.321.

67) 황적인/권오승, 경제법, 1994, 267면이하.

의 자원배분을 결정한다는 것을 내용을 하는 ‘消費者主權’은 오늘날 실제의 현실과는 상당한 괴리가 있다.<sup>68)</sup> 경제력의 집중화와 시장지배적 경향은 오늘날 경쟁의 약화와 함께 공급자와 수요자 사이의 세력의 불균형을 초래하였고, 소비자의 지위는 거대기업에 대한 ‘시장에서의 구조적 열세’에 의하여 특징적으로 표현되고 있다.<sup>69)</sup> 게다가, 시장과정을 규율하는 법적인 장치가 적극적인 시장주체인 기업의 이익에 부합하도록 소비자에게 불리하게 활용되었고(대표적인 예로 대기업의 약관), 그 결과 계약의 자유는 소비자를 약탈하는 수단으로 변질되었다. 이로써 과거의 ‘주권자’는 이제 시장과정의 ‘신민’으로 전락하였다.

위에서 서술한 바와 같이, 소비자가 자유시장경제에서 그에게 부여된 역할을 더 이상 제대로 이행할 수 없고, 이로부터 소비자와 시장경제과정에 대한 손해가 우려되기 때문에, 우리 헌법은 소비자정책을 하나의 경제정책목표로서 규정하고 있는 것이다. 물론, 자유시장경제에서 경쟁은 공급자인 사업자의 세력을 약화시키고, 경쟁이 강화될수록 소비자는 그의 욕구를 보다 유리하게 시장에서 충족시킬 수 있으며, 자신의 구매결정을 통하여 경쟁과정에 영향을 미칠 수 있다는 점에서,<sup>70)</sup> 경쟁정책은 소비자정책의 중요한 구성부분이다. 그러나 최상의 경쟁정책도 소비자정책을 완전히 대체할 수는 없으므로, 소비자정책은 경쟁정책을 지원하고 보완하기 위하여 추가적으로 시행되어야 한다.

(2) 헌법 제124조는 ‘소비자보호운동’의 보장을 규정함으로써 소비자보호를 위하여 고려될 수 있는 다양한 정책 중에서 단지 하나의 수단만을 보장하는 형태를 취하고 있다. 그러나 ‘소비자보호운동’은 ‘소비자보호’란 목적을 실현하기 위한 하나의 수단에 불과하고 그 자체로서 독자적인 목적이나 궁극적인 헌법적 법익이 될 수 없다는 점에서, 위 규정은 국가권력에게 효

68) Vgl. Gygi, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 1978, S.45; Reich, Markt und Recht, 1977, S.183.

69) 소비자의 열등성에 관하여 권오승, 소비자보호법, 2002, 7면 이하; 박상용/엄기섭, 경제법원론, 2003, 515면 이하.

70) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 (주세법 제38조의 7 등에 대한 위헌제청), 판례집 8-2, 680, 692 참조.

과적이고 포괄적인 소비자보호의 의무와 과제를 부과하는 것으로 이해해야 하고, 나아가 포괄적인 소비자정책을 시행하도록 권한을 부여하는 국가에 대한 수권규범으로 이해해야 한다. 이로써 헌법 제124조는 소비자를 사기, 기망, 생명, 신체 및 재산상의 위해로부터 보호하고 소비자에 대한 정보제공과 교육을 지원해야 할 의무를 국가에 부과하고 있다.<sup>71)</sup>

소비자보호운동이나 소비자조직과 관련하여, 노동시장영역에서 사용자의 우월적 지위에 대한 반대세력을 창출하고자 근로자를 노동조합으로 집단적으로 결성하게 하는 것과 유사점을 발견할 수 있으나, ‘소비자보호’란 이익은 국민 누구에게나 관계되기 때문에 특수이익으로서의 매력이 적고 단체의 소속에 관계없이 누구나 단체가 획득한 성과에 참여할 수 있기 때문에, 이익을 유효적절하게 대변할 수 있는 단체로 조직되기 어렵다. 이에 따라 소비자들이 장기적으로 비조직화되어 있기 때문에, 소비자보호운동은 집단적인 협상능력을 바탕으로 시장에서의 자신의 이익을 거대기업에 대하여 관철할 수 있는 이익단체로서의 확고한 조직을 결여하고 있다.<sup>72)</sup>

(3) 우리 헌법은 1980년 헌법에서 소비자의 문제를 비로소 규범화하여 소비자보호를 명문으로 규정하였다(제125조). 소비자보호를 헌법에 규범화하는 과정에서 이를 기본권으로 파악하려는 견해와 경제의 장에 소비자보호를 독과점규제와 더불어 규정하려는 견해가 대립하였으나,<sup>73)</sup> 1980년 헌법은 경제의 장에 따로 소비자보호조항을 신설하기에 이르렀으며, 현행 헌법도 이를 그대로 답습하고 있다.

그럼에도 헌법 제124조의 소비자보호조항을 인간의 존엄성, 인간다운 생활을 할 권리와 의 연관관계에서 자유권적 요소와 사회권적 요소를 포함하

---

71) 헌법 제124조를 근거로 하여 1980년 소비자보호를 위한 특별법인 ‘소비자보호법’이 제정되었으며, 약관의 규제에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률 등 민법상의 소비자보호 규정 외에도 경제감독법의 영역에서 식품위생법, 품질경영 및 공산품안전관리법 등 소비자의 보호를 위한 다수의 법률이 제정되었다.

72) Vgl. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1978, S.164ff.; v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S.293ff.; Reich, Markt und Recht, 1977, S.182, 222.

73) 이에 관한 논의에 관하여 성낙인, 헌법학, 2005, 181면 참조.

는 포괄적인 基本權으로서 파악하고자 하는 견해가 있다.<sup>74)</sup> 그러나 헌법 제124조는 그의 객관적 성격의 규범형식으로 보나 국가경제정책의 목표와 과제를 규정하는 장소에 위치하고 있다는 점으로 보나, 위 규정으로부터 직접 개인의 주관적 권리인 自由權을 도출할 수 없다. 국가의 침해에 대한 대 국가적 방어권으로서 ‘소비자의 자기결정권’은 우리 기본권의 체계 내에서 일반적이고 보충적인 자유권의 지위를 가지고 있는 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 도출되는 자유로 보아야 한다. 물론, 행복추구권으로부터 자유권으로서의 소비자의 권리를 도출하는 경우, 헌법 제124조의 규정이 소비자의 권리를 독자적인 기본권으로서 인정하고 보호해야 할 필요성을 강조하는 하나의 보조적 근거규범으로서 작용할 수는 있다. 헌법재판소도, 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 소비자의 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보호되는 것으로 판단하고 있다.<sup>75)</sup>

다른 한편으로는, ‘소비자의 보호’가 시장경제에서의 경제적 약자인 소비자에 대한 국가적 배려를 요청하는 사회국가원리에서도 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다는 점에서, 社會的 基本權으로서의 소비자의 권리를 생각해 볼 수 있다. 사회가 스스로 해결할 수 없는 부정적 사회현상이 발생하는 경우, 구체적으로 시장경제의 자동조절기능으로는 소비자와 다른 사경제주체간의 세력불균형이 시정될 수 없는 경우에는, 국가에 의한 사회국가적 조치는 항상 요청되는 것이다. 물론, 이와 같이 헌법 제124조로부터 도출된 사회적 기본권이 위 조항에 규정된 국가경제정책의 객관적 원리, 즉 국가의 과제와 의무 조항보다 소비자보호의 관점에서 보다 많은 것을 달성할 수 있으리라고는 생각되지 않는다. 사회적 기본권이란, 사회국가의 실현을 위하여 헌법에 기본권의 형식으로 규정된 국가목표조항으로서, 본질상 국가의 의무나 목표를 의미하므로,<sup>76)</sup> 소비자의 사회적 기본권도 결과적으로 소

74) 예컨대, 권영성, 헌법학원론, 2004. 572면.

75) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691; 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 429.

76) 그러므로 사회적 기본권은 그 형식이나 장소에 있어서 다양한 방법으로 규정될 수 있다. 사회적 기본권은 기본권의 형식뿐이 아니라 국가목표규정이나 입법위임규정의 형식으로 헌법에 수용될 수도 있으며,<sup>1)</sup> 그 규정장소와 관련해서도 기본권에 관한 章 뿐만 아니라 경제에 관한 章, 또는 별도의 사회질서에 관한 章에 규정될 수도 있다. 이 모두 헌법적 미학이나 헌법적 정책의 문제이지, 규정 형식과 규정장소에 따라 사회적 기본권의 법적 성격이 달라지는 것은 아니다. 한수웅, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계, 인권과 정의, 1997. 1, 74면 참조.

비자를 보호해야 할 국가의 의무를 뜻하기 때문이다.

### 3. 社會化

사회화에 관한 헌법규정들은 오늘날 헌법현실에서 아무런 의미를 가지지 못하는 사문화된 규정이라 할 수 있다. 헌법상 보장된 재산권이 제23조 제2항 및 제3항의 제한을 넘어서 또한 사회화를 시행하는 법률에 의해서도 제한될 수 있다는 사실을 오늘 거의 인식하지 못하고 있다. 사회화에 관한 규정이 적어도 가까운 장래에 현실적 중요성을 가질 가능성은 없어 보이며, 또한 현재 공공단체의 경제활동과 관련되어 논의되는 사안들이 국유화나 사회화의 문제<sup>77)</sup>가 아니라, 오히려 공공단체의 경제활동의 한계나 공기업의 사유화라는 점에서 더욱 그러하다. 그러나 헌법이 경제에 관한 장에 위치하는 여러 조항에서 사회화와 관련된 언급을 하고 있는 이상, 사회화의 개념, 의미 및 한계에 관하여 적어도 본질적인 것이 규명되어야 한다. 특히 ‘재산권보장과 사회화를 어떻게 조화시킬 것인지’ 하는 것은 경제헌법의 영역에서 제기되는 근본적인 문제 중의 하나이다.

사회화조항이 현행 헌법질서, 특히 기본권질서와 합치하기 위해서는, 위 조항은 헌법 제23조의 재산권보장과는 달리 제약적·축소적으로 이해되고 해석되어야 한다. 이에 따라 우리 헌법은 사회화조항을 헌법 제23조에 대한 예외적 규정으로 이해하여, 사회화가 법률에 의해서만 가능하도록 규정함으로써(헌법 제126조) 사회적 변혁의 수단이 아니라 법치국가적 질서 내의 법적 제도로서 규정하였다.<sup>78)</sup> 특히 우리 헌법은 헌법 제126조에서 사영

---

77) 국유화와 사회화의 구분에 관하여 아래 IV., 3., 가., (3), (나) 참조.

78) Vgl. Krüger, Sozialisierung, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte, Bd.III/1, 1958, S.310ff.; Badura, Eigentum, in: HdbVerfR, 1983, S.696; Dicke, in: Münch, GG, 2.Aufl., Art.15 Rn.28.

기업의 사회화를 매우 제한적인 조건하에서만 허용함으로써 사회화조항의 예외적 성격을 강조하고 있다. 이로써 사회화의 가능성은 사회주의적 또는 혁명적인 성격이 아니라 社會國家的 性格을 가지는 것이고, 그 결과 재산권 질서에 대하여 사회국가원리가 헌법적으로 구체화된 표현으로서 이해되어야 한다.<sup>79)</sup>

## 가. 사회화의 개념

우리 헌법은 ‘사회화’가 무엇을 의미하는지에 관하여 스스로 정의를 하고 있지는 않으나, 제126조에서 “사영기업을 國有 또는 公有로 이전”이라고 언급함으로써 사회화의 개념을 밝히는 데 있어서 중요한 단서를 제공하고 있다.

### (1) 독일 헌법상의 사회화규정과 차이

독일 기본법은 사회화의 문제를 기본권의 부분에 재산권보장(기본법 제14조)에 이어서 제15조에서<sup>80)</sup> 규정하고 있는 반면, 우리 헌법의 사회화규정은 경제에 관한 별도의 장(제9장)에 위치하고 있다. 독일 기본법이 통일적인 단일 조항(제15조)에서 사회화의 대상인 토지, 자연자원, 생산재에 대하여 일괄적으로 사회화의 가능성을 규정하는 반면, 한국 헌법은 사회화의 가능성을 그 대상에 따라 분리하여 여러 조항에서 규정하고 있다. 우리 헌법은 사회화의 대상을 본질적으로 자연자원(헌법 제120조 제1항)과 사기업(헌법 제126조)에 제한하고 있다. 토지에 관한 한, 헌법 제121조는 사회화

---

79) Vgl. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10(1952), S.74ff.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.2, 1954, S.149; Bryde, in: v. Münch, GG, 3.Aufl., Art.15 Rn.1.

80) 독일 기본법 제15조는 다음과 같다. “토지, 자연자원 및 생산재는 보상의 종류와 범위를 규정하는 법률에 의하여 공유화를 목적으로 공동재산 또는 공동경제의 다른 형태로 이전될 수 있다. 보상에 관하여는 기본법 제14조 제3항 제3문 및 제4문이 준용된다.”

의 가능성이 아니라 단지 농지개혁을 규정하고 있는 것이므로, 위 헌법조항은 기본법 제15조에서 언급하는 토지에 대한 사회화의 가능성에 대응하는 것이라 할 수 없다.

우리 헌법상의 사회화조항은 바이마르 공화국헌법의 관련조항과 많은 유사점을 가지고 있다. 헌법 제120조 및 제121조는 지하자원과 경제적으로 이용할 수 있는 자연력을 국가의 감독 하에 두고 토지개혁을 지원하기 위하여 토지의 수용을 허용하는 바이마르 헌법 제155조의 규정을 그대로 수용하고 있다. 뿐만 아니라, 헌법 제126조는 사기업의 공유재산으로의 이전과 공공단체의 사경제적 기업에의 참여를 규정하는 바이마르 헌법 제156조를 모델로 삼고 있다.

## (2) ‘公用收用’과 ‘社會化’의 근본적인 차이

헌법이 공용수용과 사회화를 각 다른 장소에 별도의 제도로서 규정하였고 이로써 양 제도 사이의 명확한 구분이 헌법적으로 요청되는 것이라면, 공용수용과 사회화 간의 근본적인 제도적 차이는 다음과 같이 확인되어야 한다. 사회화는 공용수용의 특수한 경우이거나 하부개념이 아니라 독자적인 법제도이다. 재산권의 ‘공용수용’과 ‘사회화’는 양자 모두 재산권을 박탈한다는 점에서 일견 유사하나, 수용과 사회화는 그 시행의 규모라는 양적인 관점 뿐만 아니라 질적으로도, 즉 그 본질과 구조에 있어서 근본적으로 상이하다.

(가) 公用收用은 특정한 공공과제를 이행하기 위하여 개별적인 재산권객체를 그 소유자로부터 박탈하는 것을 의미한다(대표적으로 도로건설을 위한 토지의 박탈). 수용은 재산권의 질서를 변경하고자 하는 것이 아니라, 공익사업을 위하여 필요하지만 소유자의 자발적인 양보에 의하여 私法的으로 취득할 수 없는 재화를 강제적으로 조달하고자 하는 것이다. 따라서 국가는 수용에 대하여 보상을 해야 하며, 수용의 당사자는 보상을 통하여 등가적인 재산권객체를 다시 구입할 수 있는 상황에 놓여야 한다. 공용수용은 기존의 재산권질서 그 자체를 문제 삼는 것이 아니라 오히려 이를 전제로 하여 단지 개별적인 재산권객체를 박탈하는 것이다.



(나) 이에 대하여 社會化는 재산권의 박탈과 재산권주체의 변경에 그치는 것이 아니라 재산권질서 또는 재산권내용의 변형을 목표로 한다. 사회화는 사유재산을 해체하고 이를 共有財産(Gemeineigentum)으로 대체함으로써 사경제적 재산권질서를 근본적으로 개혁하고자 하는 것이다. 사회화는 기존의 재산권질서를 바탕으로 하여 공공필요에 따라 단지 재화의 조달에 그치는 것이 아니라, 새로운 재산권질서의 도입을 의미하고, 이로써 기존의 경제질서에 대한 침해를 의미한다. 사회화의 경우, 재산권질서의 변형을 목표로 하기 때문에, 보상을 하는 경우 사회화를 통하여 추구하는 경제·사회정책적 목표가 달성될 수 없다면, 보상은 필요하지 않으며, 심지어 사회화의 체계에 반한다고 할 수 있다.<sup>81)</sup>

물론, 사회화가 기존의 경제질서의 완전한 변형을 가져올 필요는 없다. 사회화는 예컨대 철강, 석탄, 전기 등 특정한 재화에 제한될 수도 있고, 생산수단과 관련하여 특정한 기업부문에 제한될 수 있다. 그러나 사회화는 단지 개별적인 재산권객체를 대상으로 하는 것이 아니라 특종의 기업과 같이 일정 유형의 재산권객체 전체를 대상으로 하는 것이며, 이에 따라 개별적 조치가 아니라 일반적 법률에 의하여 이루어진다.

### (3) 사회화의 概念 및 유사한 법적 현상과의 구분

(가) 사회화는 국유화 또는 공유화의 방법으로 재산권의 소유자의 변경을 통하여 재산권내용의 변형을 목적으로 하는 사유재산에 대한 공권적 침해이다. 즉, 사회화란 자연자원, 농지, 생산수단 등에 대한 국유화 또는 공유화의 방법으로 공법적 수단에 의한 재산권소유자의 변경을 가져와야 하며, 나아가 단순한 소유자의 변경뿐만 아니라 소유권 자체의 내용의 변화, 즉 소유권에 대하여 종래의 사유재산과는 다른 전혀 새로운 내용을 형성하는 것이다. 사회화의 목적은 '사유재산질서에 대한 반대원칙'을 형성하는 데에 있다. 즉, 시장경제적 원칙에 따라 사적인 유용성을 위해서가 아니라 공공복리의 목적에서 공익적으로 경영하고자 하는 것에 사회화의 목

81) Vgl. Maurer, Staatsrecht, 1999, §8 Rn.95., 이 경우, 기껏해야 당사자에 대한 개인적인 임시적 보조금(Überbrückungshilfe) 정도가 고려될 수 있을 뿐이다.

적이 있다. 바로 여기에 ‘財産權內容의 變形’ 또는 ‘새로운 재산권질서의 도입’이란 사회화의 본질적 요소가 있는 것이다.<sup>82)</sup>

요컨대, 사회화는 국유화 또는 공유화의 방법으로 재산권을 박탈하여 박탈한 재화를 共同經濟로 이전하는 것이다. 이러한 관점에서, 사회화의 최종적 상태를 서술하는 상위개념은 바로 ‘공동경제’이며, 예컨대 공동재산은 공동경제의 하위개념에 속한다. 공동경제는 그 개념에 있어서 한편으로는 공동경제의 목적에 의하여, 다른 한편으로는 그 조직형태에 의하여 특징지어진다. 공동경제의 목적은 이윤획득이 아니라 일차적으로 사회·경제적 공익적 목표, 특히 사회적 수요의 충족에 기여하는 것이다.<sup>83)</sup> 공동경제의 조직과 관련해서는, 다른 사람과 함께 공동으로 경영하는 것, 즉 재산권객체에 대한 처분권이 집단화되어 경제공동체의 수중에 있어야 한다는 것을 요구한다.<sup>84)</sup> 공동경제의 경우, 경제활동의 목표의 변화와 경제활동이 이루어지는 형태의 변화가 요청되는 것이다.

(나) 이러한 이유에서 사회화는 ‘國有化’ 또는 ‘公有化’와 일치하지 않는다.<sup>85)</sup> 국유화나 공유화는 그 자체로서 단지 국가가 해당 재산권객체에 대한 처분권을 가진다는 것만을 의미한다. 경제활동의 목표의 변화를 가져오지 않는 단순한 국유화, 예컨대 국고적 목적을 위한 국유화는 사회화의 요건을 충족시키지 못한다.

(다) 우리 학계에는 사회화를 그와 유사한 현상, 즉 근로자의 기업경영에의 참여를 위한 공동결정과 같은 ‘사실적 共有化’의 현상이나 농지개

---

82) Vgl. Krüger, Sozialisierung, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte, Bd.III/1, 1958, S.310ff.; Badura, Eigentum, in: HdbVerfR, 1983, S.696; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.2, 1954, S.143ff..

83) Vgl. Krüger, Sozialisierung, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte, Bd.III/1, 1958, S.288f.; Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.43; Rittstieg, AK-GG, Art.15 Rn.233ff.; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art.15 Rn.20.

84) Maunz, in: Maunz/Dürig, Art.15 Rn.21; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.2, 1954, S.50, 142, 158f..

85) Vgl. Leisner, Der Sozialisierungsartikel als Eigentumsgarantie, JZ 1975, S.275; Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1988, S.43.

혁, 심지어는 사회국가의 실현을 위한 조치와 혼동하는 견해가 있다. 특히 문제가 되는 것은, 사인의 토지를 다른 사인에게 분배할 목적으로 국가가 개인의 토지를 박탈하는 조치인 農地改革을 사회화에 귀속시키고 있다는 점이다.<sup>86)</sup> 그러나 농지개혁은 사인으로부터 박탈한 농지를 공동경제로 이전하는 것이 아니라, 박탈한 토지를 개인에게 귀속되는 사유재산의 형태로 사인 간에 새롭게 분배하는 것을 목표로 하고 있다. 따라서 이러한 형태의 농지개혁은 사회화를 의미하지 않는다.<sup>87)</sup>

(라) 마찬가지로, 근로자가 기업경영에 共同決定의 형태로 참여하는 것도, 사익적 이윤추구라는 기업경영의 목표가 변경되지 아니하고 기업에 대한 국가나 공공단체의 영향력을 확보하지 아니한 채, 단지 기업경영에 근로자가 참여하는 것을 목적으로 한다면, 이 경우 공동결정을 정당화하는 헌법적 근거로서 사회화는 고려될 수 없다.

#### 나. 私營企業(헌법 제126조)

헌법 제126조는 “국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.”고 규정하고 있다. 사회화의 예외적 성격은 위 헌법규정에서 분명히 드러나고 있다. 헌법 제126조는 사회화의 대상범위를 전체 경제부문을 망라하는 “사영기업”으로 매우 포괄적으로 규정하면서도,<sup>88)</sup> 그러나 다른 한편으로는 제119조 제1항과의 연관관계에서 자유주의적 경제헌법의 원칙에서 출발하여 사영기업의 사회화를 매우 엄격한

86) 대표적으로 한태연, 헌법학, 1983, 1046면 이하 참조.

87) Vgl. BVerfGE 46, 268ff.; W. Weber, Die Entscheidung in der westdeutschen Bodenreform, DÖV 1953, S.353f.; Ipsen, Die hessische Bodenreform vor dem Bundesverfassungsgericht, DVBl 1953, S.619; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.II, 1954, S.161f.; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art.15 Rn.12; Rittstieg, AK-GG, Art.14/15 Rn.240.

88) 이에 대하여 독일 기본법의 경우 사회화의 대상을 “생산수단”으로 제한하고 있는데, 이를 제한적 해석을 통하여 용역의 영역(예컨대 금융, 보험, 운송, 교통, 상업 등)을 제외한 물질 재화의 생산영역에 다시금 한정하고 있다.

요건 하에서 단지 예외적인 경우에만 허용하고 있다. 여기서 “국방상의 긴절한 필요”란, 문제의 사기업을 사회화하지 않고서는 도저히 국방의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말하며, “국민경제상 긴절한 필요”란, 문제의 사기업을 사회화하지 않고서는 국민경제의 정상적인 운영이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우를 말한다.<sup>89)</sup> 이로써 사영기업에 대한 사회화의 가능성은 비상적 상황에 연관되고 있다. 사영기업에 대한 사회화의 경우, 그 대상은 개개의 특정 기업이 아니라 제철, 전기, 해운 등과 같은 특종의 企業群이어야 한다는 것은 이미 위에서 언급하였다.

위 헌법규정은 사영기업의 사회화의 方法으로서 2가지 절차를 언급하고 있다. 즉, 헌법 제126조는 “사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나”라는 표현을 통하여 재산권주체의 변경을 통하여 사기업을 공동경제로 이전하는 절차와 “그 경영을 통제 또는 관리”라는 표현을 통하여 국가 등 공공단체가 소유권이전과는 다른 방법으로 공동경제의 목적을 달성하기 위하여 사기업에 충분한 영향력을 확보할 수 있는 절차를 사회화의 방법으로 언급하면서, 입법자로 하여금 위 2가지 절차 중에서 선택할 수 있도록 하고 있다.<sup>90)</sup>

89) 한태연, 헌법학, 1983, 1047면 참조.

90) 헌법재판소는 “여기서 ‘사영기업의 국유 또는 공유로의 이전’은 일반적으로 공법적 수단에 의하여 사기업에 대한 소유권을 국가나 기타 공법인에 귀속시키고 사회정책적·국민경제적 목표를 실현할 수 있도록 그 재산권의 내용을 변형하는 것을 말하며, 또 사기업의 ‘경영에 대한 통제 또는 관리’라 함은 비록 기업에 대한 소유권의 보유주체에 대한 변경은 이루어지지 않지만 사기업 경영에 대한 국가의 광범위하고 강력한 감독과 통제 또는 관리의 체계를 의미한다.”고 그 개념을 정의하면서, ‘사납금제를 금지하기 위하여 택시운송사업자의 운송수입금 전액 수납의무와 운수종사자의 운송수입금 전액 납부의무를 규정한 자동차운수사업법규정이 사기업의 국공유화를 금지한 헌법 제126조에 위반되는지 여부’를 판단함에 있어서, “이 사건 법률조항들이 규정하는 운송수입금 전액관리제로 인하여 청구인들이 기업경영에 있어서 영리추구라고 하는 사기업 본연의 목적을 포기할 것을 강요받거나 전적으로 사회·경제정책적 목표를 달성하는 방향으로 기업활동의 목표를 전환해야 하는 것도 아니고, 그 기업경영과 관련하여 국가의 광범위한 감독과 통제 또는 관리를 받게 되는 것도 아니며, 더구나 청구인들 소유의 기업에 대한 재산권이 박탈되거나 통제를 받게 되어 그 기업이 사회의 공동재산의 형태로 변형된 것도 아니므로, 이 사건 법률조항들이 헌법 제126조에 위반된다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다(헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 635).

헌법 제126조는 사회화가 法律에 의하여 이루어져야 한다는 것(“법률이 정하는 경우”)을 규정함으로써 사회화가 법치국가의 범주 내에서 법치국가적 절차에 따라 이루어져야 한다는 것을 분명히 하고 있다. 이에 따라 사영기업의 사회화의 경우 헌법 제23조 제3항의 공용수용에 대한 보상규정을 준용해야 할 것이다. 물론, 사회화의 경우 보상을 해야 한다는 것은 이로 말미암아 사회화가 현실적인 이유로 사실상 거의 불가능하다는 것을 의미하며, 헌법 제126조가 사문화되는 결정적인 이유를 제공한다.

#### 다. 自然資源(헌법 제120조)

헌법 제120조 제1항은 “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다.”고 규정함으로써, 사회화의 대상을 자연자원으로 확대하고 있다.

위 헌법규정은 입법자에게 사회화의 권한을 위임하는 수권조항이 아니라 자연자원에 대한 사회화가 직접 위 헌법규정에 근거하여 실현되고 완결된다는 데에 그 특수성이 있다. 헌법 제126조가 사회화의 가능성을 규정하면서 입법자가 사회화에 관한 수권을 사용할 것인지의 여부에 관하여 그 결정을 전적으로 입법자에게 맡기고 있는 것에 반하여, 제120조는 완결된 사회화를 전제로 자연자원을 원칙적으로 국가에 유보하면서 입법자가 특허를 허용할 것인지의 여부와 그 범위만을 법률로써 정하도록 입법자에게 위임하고 있다. 여기서 ‘특허’란, 자연자원에 대한 사회화를 전제로, 이를 채취, 개발, 이용하고자 하는 자에게 이에 해당하는 권리를 설정케 하는 것을 의미한다.<sup>91)</sup>

사회화규정은 헌법상의 경제질서에서 예외적인 성격을 가지고 있고 또한 국민의 자유권을 제한한다는 점에서, 헌법 제120조 제1항은 제약적·축

---

91) 한태연, 헌법학, 1983, 1645면 참조.

소적으로 해석되어야 하며, 이에 따라 헌법규정에서 언급된 사회화의 대상은 확정적으로 간주되어야 하고 유추적 해석은 허용되지 않는다. 그러므로 “경제상 이용할 수 있는 자연력”에 원자력은 포함시킬 수 있으나, 山地와 같은 토지는 포함되지 않는다.

## 라. 國土(헌법 제121조, 제122조)

### (1) 農地改革(헌법 제121조)

헌법은 제121조 제1항에서 “국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.”고 하면서, 제2항에서 “농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.”고 규정하고 있다.

(가) 이미 위에서 확인한 바와 같이, 헌법 제121조의 의미에서의 농지개혁은 사회화가 아니다. 위 농지개혁은 2가지 요소로 구성되어 있는데, 그 하나는 사법상 매매의 방법으로 임의로 구입될 수 없는 농지의 조달을 공익적 이유에서 가능하게 하고자 강제구매의 방법을 통한 재화조달의 과정으로서 ‘公用收用’이고, 다른 하나는 해당 토지를 새로운 소유자들에게 사적인 이윤 극대화의 목적으로 이전하는 ‘새로운 分配’이다. 따라서 새로운 분배에 의하여 형성되는 것은 사회화의 궁극적 목적인 공유재산이 아니라, 개인의 사유재산인 것이다.

(나) 1945년 일본의 식민지통치로부터 해방된 직후 80% 이상의 국민이 시골에서 거주하며 농업을 생업으로 삼고 있었는데, 전체 농업용지의 63%가 소작농에 의하여 경작되었고, 농업인구 중 소작농과 반소작농의 비율은 각 49%와 35%를 차지하였다.<sup>92)</sup> 이와 같은 경제적 상황으로 말미암아 그 당시 사회는 심각한 사회적 불안 또는 사회혁명적 위협에 노출되어

---

92) Vgl., SooWoong, Han, Merkmale der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft in Deutschland und Korea(Diss.), 1992, S.185.

있었고, 이에 따라 토지문제는 시급한 해결을 요하는 매우 중요한 문제였다. 이러한 이유에서 1948년의 제헌헌법은 제86조에서<sup>93)</sup> 농지의 분배를 규정하였고, 위 헌법규정에 근거하여 같은 해에 제정된 ‘농지개혁법’에 의하여 국가가 조달한 경작지를 소작농에게 분배하였다. 1962년의 헌법에서는 농지개혁이 완성된 것으로 간주하였기 때문에 제헌헌법 제86조의 규정을 삭제하였다. 이에 대하여 현행 헌법은 이미 완성된 농지개혁을 전제로 하여 농지개혁에 의하여 달성된 성과를 유지할 목적으로 단지 “**耕者有田의 원칙**”과 “**농지의 소작제도 금지**”를 담고 있을 뿐이다.

물론, 농지개혁은 부정적인 결과도 함께 가져왔다. 토지소유가 분할되었기 때문에 농업의 기계화와 합리화를 곤란하게 하는 너무 작은 단위의 농지가 형성되었고, 결과적으로 생산수익율의 감소를 수반하였다. 이에 더하여, 농업 인구가 도시로 이주하는 지속적인 현상이 나타남으로써 농업지역은 계속 인구가 감소하였다. 이와 같은 상황에 직면하여, 헌법은 농업의 생산성과 합리성을 제고할 목적에서 불가피하게 “**농지의 임대차와 위탁경영**”을 인정하기에 이르렀다(제2항).

## (2) 국토의 이용(헌법 제122조)

헌법은 제122조에서 “**국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.**”고 규정하여, 국토를 효율적이고 균형있게 이용·개발할 의무를 국가에게 부과하면서 동시에 이러한 과제를 이행하기 위하여 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

위 헌법규정은 그 효력에 있어서 이미 헌법 제23조 제2항 및 제3항, 제119조 제2항에 의하여 허용되는 범위를 넘지 않기 때문에, 그 자체로서 독자적인 의미를 가지지 못한다. 헌법 제122조는 한편으로는 경제에 대하여 규제와 조정을 할 수 있다는 헌법 제119조 제2항이 토지와 관련하여 구체

---

93) 제헌헌법 제86조의 규정은 다음과 같다. “**농지는 농민에게 분배하며 그 분배의 방법, 소유의 한도, 소유권의 내용과 한계는 법률로써 정한다.**”

화된 조항이라 할 수 있고, 다른 한편으로는 헌법 제23조 제2항 및 제3항에서 표현되는 재산권의 사회적 기속성의 구체화된 표현이다. 이미 헌법 제23조에서 예정하고 있는 재산권에 대한 제한과 공용수용 이상으로 토지재산권을 제한할 수 있는 가능성이 헌법 제122조에 의하여 독자적으로 마련되는 것은 아니다. 이러한 관점에서, 토지에 대한 보다 강화된 제한가능성을 강조하고자 하는 개념인 ‘土地의 公概念’도 그 헌법적 근거가 원래 제23조 제2항 및 제3항에 있는 것이며, 헌법 제122조는 헌법 제23조에서 이미 부여된 재산권에 대한 제한가능성을 토지재산권과 관련하여 다시 한 번 확인하는 것에 지나지 않는다.

뿐만 아니라, 위와 같은 이유에서 헌법 제122조에서 택지와 山地에 대한 사회화의 헌법적 근거를 찾고자 하는 시도는 타당하지 않다. 또한 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.”고 규정하는 헌법 제120조 제2항도 택지에 대한 사회화의 헌법적 근거로서 고려되지 않는다.

## 마. 소결론

개인의 경제적 자유와 사유재산제를 헌법상 경제질서의 기본으로 하는 민주국가에서는 사회화의 가능성을 인정하는데 일정한 한계가 있다. 모든 생산수단의 전면적인 사회화는 필연적으로 계획경제로의 경제체제의 전환을 가져오며, 계획경제는 이를 관철하기 위한 독재적 정치체제로 발전을 의미한다.<sup>94)</sup> 따라서 사유재산의 사회화는 사유재산제와 개인의 경제적 자유를 부정하는 것이기 때문에, 사회화는 사유재산권의 보장을 비롯한 헌법상의 자유주의적 경제질서와 조화를 이룰 수 있는 범위 내에서만 가능하다. 사회화조항이 헌법 내에 존재하는 한, 이는 다른 모든 헌법조항과 마찬가지로, 헌법의 전체체계 내에서 다른 헌법규범과 양립할 수 있도록 고찰되고 해석되어야 한다.

---

94) 한태연, 헌법학, 1983, 1048면 참조.



우리 헌법은 ‘사회화’란 이질적 경제질서 또는 재산권질서가 헌법상의 경제질서와 양립할 수 있도록 하기 위하여 이미 헌법적 차원에서 적절한 배려를 하고 있다. 우리 헌법에서 사회화의 대상은 자연자원과 사영기업으로 제한되며, 자연자원에 대해서는 이미 헌법에 의하여 직접 포괄적인 사회화가 이루어졌으나, 사영기업의 경우 매우 제약적인 조건 하에서만 법률에 의하여 사회화가 가능하다. 헌법 스스로 위와 같은 제약적 조건을 정하지 않은 경우에는, 입법자는 사회화의 가능성을 사용함에 있어서 단지 일반적인 법치국가적 제약을 받게 된다. 즉, 입법자는 기본권제한입법의 일반적 원칙을 준수해야 하는데, 특히 ‘사회화를 통하여 추구하는 목적이 정당한지, 사회화가 이러한 목적과의 관계에서 그 종류와 범위에 있어서 적합하고 필요하며 적정한 것인지’를 심사하는 比例의 原則을 준수해야 한다.<sup>95)</sup> 그러나 헌법 제126조는 이와 같은 일반적 법치국가적 요청을 넘어서 헌법 스스로 사회화의 가능성을 극도로 제한함으로써 헌법상 보장된 재산권과 개인의 자유와 창의를 기본으로 하는 경제질서와 발생할 수 있는 긴장과 모순을 제거하고 있다.

한편, 헌법 제121조의 의미에서의 농지개혁은 사회화가 아니며, 또한 헌법 제122조의 국토이용에 관한 조항도 사회화의 가능성을 규정한 것이 아니라 단지 헌법 제23조에 규정된 재산권의 사회적 구속성이 토지재산권과 관련하여 구체화된 표현이라 할 수 있다.

## V. 맺는말

헌법 제119조는 사회적 시장경제를 헌법적으로 보장하는 규정이 아니라, ‘개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하는 경제질서’를 ‘경제헌법상의 지도원리’로서 선언하는 규정으로 이해하여야 한다. 한국헌법상의 경제질서는 경제영역의 형성을 사회와 국가로부터 동시에 기대하는 ‘자유주의적이며 사회적인 경제질서’이다.

95) Vgl. Maurer, Staatsrecht, 1999, §8 Rn.96.

물론, 헌법의 범주 내에서 구체적으로 형성되어 오늘날 한국 현실에 존재하는 경제질서를 ‘사회적 시장경제질서’라 부를 수 있으나, 헌법으로부터 사회적 시장경제질서와 같은 특정한 경제질서를 헌법상 보장된 객관적 질서로 도출하는 것은 헌법이론적으로 문제가 있을 뿐만 아니라, 시장경제질서와 같은 경제학적 개념에는 규범적 성격이 결여되어 있기에 구체적인 국가경제정책의 합헌성을 판단함에 있어서 아무런 헌법적 심사기준을 제공하지 못한다는 점에서도 불필요하다. 결국 시장경제질서는 기본권과 법치국가적 원칙을 통해서 비로소 헌법적으로 구체화되고, 기본권과 경제적 자유로의 ‘개념적 전환’을 통해서만 비로소 규범의 영역에 들어오고, 규범적 효력을 띠게 된다. 따라서 사회적 시장경제질서는 국가경제정책의 위헌성을 판단하는 독자적인 규범적 심사기준을 제공하지 못한다.

이러한 이유에서, 국가경제정책이 사회국가원리나 헌법 제119조 이하의 조항과 같은 국가경제정책에 관한 헌법규정에 의하여 정당화되고 다른 한편으로는 기본권과 비례의 원칙을 비롯한 법치국가원리에 부합한다면, 이는 이미 또한 헌법상의 경제질서에도 부합한다는 것을 의미하는 것이다. 역으로, 국가의 경제정책적 조치가 헌법적으로 정당화하는 근거를 결여하고 있거나 또는 경제적 기본권을 비례의 원칙에 위반되게 침해하는 경우에는 이미 이러한 이유로 헌법상의 경제질서에도 위반되는 것이다. 따라서 국가경제정책의 헌법적 근거와 경제적 기본권을 근거로 한 위헌심사 외에 헌법상 경제질서를 기준으로 하는 별도의 위헌심사는 불필요하다.

한편, 입법자가 국가의 경제정책을 실현하기 위하여 개인의 경제적 자유를 제한하는 경우 공익상의 사유로 정당화되어야 하는데, 사회국가원리는 경제적 자유의 제한을 정당화하는 헌법적 근거가 된다. 한편, 우리 헌법은 사회적 기본권, 경제에 관한 조항, 기본권의 사회적 구속 등을 통하여 사회국가원리를 수용하였고, 동시에 사회국가원리는 위 헌법규정들에 의하여 구체화되고 있다. 따라서 사회국가원리와 이를 구체화하는 헌법규범 사이에는 일반·특별의 관계가 존재하므로, 사회국가원리를 구체화하는 다른 개별적 헌법규범이 존재한다면, 일반적인 국가원리인 사회국가원리가 아니

라 보다 구체화된 내용을 가진 헌법규범인 경제에 관한 조항이나 사회적 기본권의 규정이 일차적으로 기본권의 제한을 정당화하는 근거로서 고려되어야 한다. 이와 같은 규정들은 국가의 적극적인 경제정책에 대한 수권규범이자 경제에 대한 국가의 간섭과 조정을 정당화하는 근거규범이다.

이에 대하여, 국가경제정책에 대한 헌법적 한계는 경제적 기본권과 법치국가원리에 의하여 설정된다. 재산권보장, 직업의 자유, 근로삼권과 같은 경제적 자유권은 국가의 활동영역과 결정영역을 제한함으로써 경제영역에서의 국가행위의 한계를 제시하고 입법자가 존중해야 하는 헌법적 기속을 의미한다. 결국, 경제정책을 통하여 경제에 영향을 행사할 수 있는 국가의 권한은 한편으로는 경제에 대한 국가의 책임을 확인하고 경제에 대한 조정과 간섭을 정당화하는 국가경제정책의 근거규범과, 다른 한편으로는 국가경제정책에 대한 한계를 설정하는 경제적 기본권에 의하여 규정되고 제한되며, 이러한 의미에서 경제헌법은 경제영역에서의 국가의 관할을 정하는 규범이라고 할 수 있다.