

발 간 등 록 번 호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

憲法論叢

第 23 輯



憲法裁判所

目 次

1. 학문의 자유와 대학의 자치 李準一 5
- 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -
2. 미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점
..... 李明雄 49
- Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -
3. 야간옥외집회금지 조항의 허가제성 鄭柱白 93
- 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등
위헌제청 사건에 대한 분석 -
4. 선거구 획정과 평등선거 金敏培 ... 135
- 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -
5. 학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 .. 李鍾根 ... 189
- 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -
6. 현행 의료법의 문제점 金慶濟 ... 229
7. 헌법불합치결정과 입법시한 池成洙 ... 275

8. 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성
..... 鄭光賢 ... 315

9. 헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기
..... 朴燦柱 ... 353

<附 錄>

憲法論叢 收錄 論文索引 445

학문의 자유와 대학의 자치

- 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -

李 準 一

고려대학교 법학전문대학원 교수

- 目 次 -

I. 문제제기	7
II. 학문의 자유와 대학의 자치의 내용	10
1. 학문의 자유의 내용	10
가. 구성요건	10
나. 인적 구성요건	13
2. 대학의 자치의 내용	16
III. 학문의 자유와 대학의 자치의 기능	18
1. 학문의 자유의 기능	18
가. 국가의 침해행위에 대한 방어권	18
나. 사인의 침해행위에 대한 보호권	20
다. 기본권보장을 위한 절차권	24
라. 기본권실현을 위한 사회권	27

마. 소결	29
2. 대학의 자치의 기능	30
가. 기본권으로서 대학의 자치	30
나. 제도보장으로서 대학의 자치	32
IV. 학문의 자유와 대학의 자치의 관계	37
1. 헌법재판소의 입장	37
가. 목적과 수단의 관계	37
나. 개념적 포함관계	38
2. 비판과 대안	39
V. 결론	41
* 국문초록 및 주제어	44
* 영문초록 및 주제어	45
* 참고문헌	47

I. 문제제기

헌법은 “학문의 자유”를 보장하면서(헌법 제22조 제1항) 동시에 ‘대학의 자치’(“대학의 자율성”)를 보장하고 있다(헌법 제31조 제4항). 학문의 자유는 ‘정신적 기본권’의 하나로 양심의 자유, 종교의 자유, 예술의 자유와 나란히 규정되어 있다. 학문의 자유를 포함한 정신적 기본권은 기본적으로 인간의 내면활동을 보장하지만 그러한 내면활동의 결과를 외부로 표현하는 활동도 보장함으로써 인간의 문화적 형성에 기여하기 때문에 ‘문화적 기본권’으로 부르기도 한다.¹⁾ 반면에 대학의 자치는 ‘사회적 기본권’의 하나인 교육받을 권리(헌법 제31조 제1항) 안에서 교육제도를 언급하면서 규정되어 있다. 사회적 기본권은 여러 가지 의미로 이해될 수 있지만 법적·형식적 자유의 경제적·실질적 기초를 보강한다는 점에서 ‘경제적 기본권’으로 부를 수 있고,²⁾ 문화적 기본권과 대칭될 수 있다. 따라서 정신적 기본권이면서 문화적 기본권의 하나인 학문의 자유와 사회적 기본권이면서 경제적 기본권의 하나인 대학의 자치로 대비한다면 양자의 차이는 분명해진다.

그러나 대학의 자치는 사회권장에 규정되어 있지만 그 뿌리를 학문의 자유에 두고 있다. 여기서 학문의 자유와 대학의 자치는 어떠한 관계를 갖는지 문제가 된다. 학문의 자유가 이미 대학의 자치를 포함한다면 대학의 자치는 불필요하거나 같은 내용을 반복하는 ‘선언적 규정’에 지나지 않는다. 반면에 학문의 자유가 대학의 자치를 포함하지 않는다면 대학의 자치는 학문

-
- 1) 헌법재판소도 정신적 기본권과 문화의 밀접한 관계를 분명하게 실시하고 있다. 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1: “헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.”
 - 2) 경제적 기본권은 직업의 자유나 거주·이전의 자유처럼 그 보호영역이 경제활동과 관련되는 기본권으로 이해될 수도 있지만 그 보호영역이 경제적 기초의 제공인 기본권으로 이해될 수 있다.

의 자유에 포함되지 않는 ‘독자적 내용’을 담게 된다. 한편 학문의 자유가 대학의 자치를 포함한다고 해도 포함되는 것은 내용적 측면에 지나지 않고 기능적 측면이 아니라면 대학의 자치는 ‘독자적 기능’을 포함할 수 있다. 그렇지만 학문의 자유에 포함되는 대학의 자치는 내용적 측면뿐만 아니라 기능적 측면까지도 해당한다면 대학의 자치는 학문의 자유에 포함되는 내용이나 기능을 넘어서는 어떠한 것도 추가하지 않음으로써 계속해서 선언적 규정으로 남을 수밖에 없다. 이 글에서는 학문의 자유와 대학의 자치가 내용적 측면과 기능적 측면에서 어떠한 관계에 있는지에 대해서 헌법재판소의 판례를 비판적으로 검토하면서 논의하고자 한다.

검토에 앞서 가능한 견해를 분류해보면 네 가지가 가능하다. 첫째는, 학문의 자유와 대학의 자치가 내용과 기능에서 모두 일치한다는 견해(완전 일치설)다.³⁾ 이 견해에 따르면 대학의 자치는 학문의 자유에 내용적으로, 그리고 기능적으로 이미 포함되어 전혀 새로운 것을 추가하지 못한다. 대학의 자치는 그야말로 없어도 되는 선언적 규정에 지나지 않는다. 따라서 굳이 대학의 자치가 가지는 의미를 찾는다면 학문의 자유에 포함되어 있는 일정한 내용과 기능을 특별히 강조하는 역할에 국한된다. 둘째는, 이와 정반대에 서는 견해로 학문의 자유와 대학의 자치는 내용과 기능에서 전혀 일치하지 않는다는 견해(완전분리설)다.⁴⁾ 이 견해에 따르면 대학의 자치는 학문의 자유에 포함되어 있지 않은 완전히 새로운 내용과 기능을 추가한다. 학문의 자유에 포함되는 내용과 기능을 협소하게 이해하는 경우에

3) 대표적인 학자로 허영, <한국헌법론>, 제4판(2008), 417면: “대학의 자유는 ... 학문의 자유의 한 내용일 뿐이며, ... 학문의 자유에 내포된 객관적 가치질서로서의 성격으로부터 당연히 나오는 헌법적 요청이다.”

4) 김철수 교수는 “우리 헌법상 학문의 자유는 개인적인 자유권으로서의 면을 가지는 한편 ... 대학의 자치제도는 제도적으로 보장되고 있는 것”이라고 하면서 학문의 자유는 연구의 자유, 연구발표의 자유, 교수의 자유, 대학에서의 교육의 자유를 포함하고, 대학의 자치는 교원의 인사에 있어서의 자치, 시설의 관리에 있어서의 자치, 학생의 선발과 관리에 있어서의 자치, 교육·연구의 내용 및 방법의 자주결정권, 예산 관리에 있어서의 자치권을 포함한다고 한다. 김철수, <헌법학개론>, 제19판(2007), 811면 및 813면 이하 참조.

만 가능한 견해다. 협소해진 학문의 자유로 포괄할 수 없는 내용을 대학의 자치가 차지하게 된다. 이에 따라 없어도 되는 규정을 통해 다른 규정의 의미를 강조하려는 헌법제정자의 의도를 넘어 굳이 대학의 자치를 명시한 헌법제정자의 의도가 분명하게 살아나는 해석론이 된다. 셋째는, 학문의 자유와 대학의 자치는 내용적으로는 일치하지만 기능적으로는 일치하지 않는다는 견해(내용일치설)다.⁵⁾ 이 견해에 따르면 학문의 자유와 대학의 자치는 기본적으로 내용의 일치를 보이지만 학문의 자유에 포함되어 있지 않은 기능(예: 제도보장)을 대학의 자치가 추가한다. 학문의 자유에 포함되는 내용은 넓게 이해하되 그 기능을 전통적인 자유권(방어권)으로 축소하는 경우에만 가능한 견해다. 하지만 학문의 자유의 기능을 전통적 의미로 묶어 두기에는 학문의 자유에 의해 요구되는 기능이 너무 많이 확대되었다는 점에서 대학의 자치를 살리기 위해 학문의 자유를 포기하는 결과를 초래할 수 있다. 넷째는, 학문의 자유와 대학의 자치는 내용적으로는 일치하지 않지만 기능적으로는 일치한다는 견해(기능일치설)다. 이 견해에 따르면 대학의 자치는 학문의 자유에 포함되지 않는 내용(예: 대학행정의 자율성)을 추가하지만 학문의 자유가 갖지 않는 기능을 추가하지는 않는다. 하지만 이미 학문의 자유에 대학의 자치가 포함하는 기능(예: 제도보장)이 포함되어 있다고 해도 그 기능에 해당하는 내용이 공허해지는 문제점이 있다. 내용이 없는 기능을 추가한다는 점에서 실제로 주장되기에는 어려운 견해로 보인다.

5) 예를 들어 성낙인, <헌법학>, 제11판(2011), 523면: “헌법 제22조 제1항이 대학의 자치의 헌법적 근거라는 점에 이의가 있을 수 없다. … 헌법 제31조 제4항의 대학의 자율성보장은 대학의 자치를 다시 한 번 확인하고 강조하고 있다. 또한 대학의 자치는 기본권적 성격뿐만 아니라 제도보장의 성격도 동시에 가지고 있다.” 이처럼 학문의 자유와 대학의 자치 사이에 기능적 불일치를 주장하는 성낙인 교수는 대학의 자치의 내용에 “연구·교육의 내용 및 방법의 자유”가 포함되어 있다고 하여 학문의 자유와 대학의 자유 간의 내용적 일치를 전제하고 있다.

학문의 자유와 대학의 자치의 관계에 관한 견해				
	견해1: 완전일치설	견해2: 내용일치설	견해3: 기능일치설	견해4: 완전분리설
내용적 일치	O	O	X	X
기능적 일치	O	X	O	X
대학자치의 독자성	부정	부분적 인정	부분적 인정	인정
학문의 자유의 기능	방어권 +제도보장 (절차권)	방어권	방어권 +제도보장 (절차권)	방어권
대학자치의 기능	방어권 +제도보장 (절차권)	방어권 +제도보장 (절차권)	방어권 +제도보장 (절차권)	제도보장 (절차권)

II. 학문의 자유와 대학의 자치의 내용

1. 학문의 자유의 내용

가. 구성요건

학문활동은 진리를 탐구하여 외부에 표현하는 활동으로 이해되고, 이러한 학문활동의 자유에는 ① 연구(진리탐구)의 자유, ② 강의(강학 또는 교수)의 자유, ③ 연구발표의 자유, ④ 학문적 집회·결사의 자유가 포함된다고 보는 것이 대체적인 견해다.⁶⁷⁾ 다만 대학의 자치가 학문의 자유에 포함되는지에

6) 독일 기본법 제5조 제3항은 학문(Wissenschaft)의 자유와 함께 연구(forschung) 및 강의(Lehre)의 자유를 병렬적으로 열거함으로써 연구의 자유와 강의의 자유가 학문의 자유의 핵심이 된다는 사실 및 이로 인해 세 가지 자유를 통일적으로 해석할 때 연구와 강의는 학문적 연구와 학문적 강의이어야 한다는 사실을 확인하고 있다. 여기서 ‘연구와 강의의 강한 결합’이 강조되어 종래에 학문의 자유는 대학교수의 자유이

대해서는 견해의 대립이 있다. 대학의 자치가 학문의 자유에 포함된다고 보는 견해는 학문의 자유의 근거조항인 헌법 제22조 제1항(및 제31조 제4항)을 대학의 자치의 근거조항으로 드는 데 비하여⁸⁾ 대학의 자치가 학문의 자유에 포함되지 않는다고 보는 견해는 대학의 자치의 근거조항으로 헌법 제31조 제4항을 든다.⁹⁾ 앞서 언급한 것처럼 학문의 자유에 대학의 자치가 포함된다는 견해는 내용적 측면과 기능적 측면 모두에서 포함된다는 견해와 내용적 측면과 기능적 측면 가운데 하나에서만 포함된다는 견해로 구분될 수 있다. 다만 양자가 기능에서는 일치하지만 내용에서는 일치하지 않는다는 견해는 내용도 없는 기능을 대학의 자치에 인정하자는 점에서 현실적으로 주장되기에는 어려움이 있다.

헌법재판소도 학문의 자유를 “진리탐구의 자유라 할 수 있고, 나아가 그렇게 탐구한 결과를 발표하거나 강의할 자유 등도 학문의 자유의 내용으로

지만 전문대(Fachhochschule)교수의 자유로 인식되지 못하였다. 전문대교수의 강의는 연구에 기초하지 않고 단순한 지식전달에 그친다고 생각되었기 때문이었다. 하지만 최근에 독일 연방헌법재판소는 전문대교수도 학문의 자유의 주체가 된다는 사실을 확인하였다. BVerfG Beschl. von 13. 4. 2010 - BvR 216/07 참조. 이 판례에 대한 평석으로 Kaufhold, Ann-Katrin, Wissenschaftsfreiheit als ausgestaltungsbefähigtes Grundrecht?, NJW 2010, 3276면 이하; Waldeyer, Hans-Wolfgang, Die Professoren der Fachhochschulen als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, NVwZ 2010, 1279면 이하 참조.

- 7) 학문의 자유의 내용에 대해서는 계획열, 헌법상 학문의 자유, <고시연구>, 제25권 제11호(1998), 16면 이하; 김철수, 학문의 자유와 대학의 자치(상), <고시계>, 제25권 제3호(1980), 31면 이하; 조규린, 학문의 자유와 대학의 자치, <사회과학연구>(전북대학교 사회과학연구소), 제6집(1979), 127면 이하; 하철영/이동훈, 학문의 자유와 대학의 자치, <동의법정>(동의대학교 법학연구소), 제4집(1988), 205면 이하 참조.
- 8) 예를 들어 정종섭, <헌법학원론>, 제3판(2008), 497면: “대학의 자유는 헌법 제31조 제4항과 같은 명문의 규정을 두지 않더라도 학문의 자유와 밀접불가분하게 발전하여 왔고, 학문의 자유를 보장하는 핵심적인 내용이므로 헌법 제22조에서 정하고 있는 학문의 자유에서 도출된다. 따라서 대학의 자유는 헌법 제22조와 제31조 제4항을 명시적인 근거조항으로 하여 인정된다.”; 허영, <한국헌법론>, 제4판(2008), 417면: “대학의 자율성보장에 관한 헌법규정(헌법 제31조 제4항)은 ‘대학의 자치’의 근거규정이 아니라, 그 보완규정이라고 이해하는 것이 옳다.”
- 9) 예를 들어 김철수, <헌법학개론>, 제19판(2007), 817면: “현행헌법은 제31조 제4항에서 대학의 자율성보장에 관하여 명문의 규정을 둬으로써 학설상의 대립을 해소하였다.”

서 보장된다”고 하여 학설과 동일하게 이해하고 있다.¹⁰⁾ 또한 헌법재판소에 따르면 학문의 자유는 “사물의 바른 이치, 즉 진리를 찾아내고자 하는 진지하고 계획적인 활동을 보호하고자 하는 기본권”이라고 하여 ‘진지성과 계획성’을 추가로 요구하기도 한다.¹¹⁾ 이러한 진지성과 계획성의 존부를 판단할 수 있는 객관적 기준이 명확하지 않음에도 이와 같은 요건을 학문활동에 대해서 요구하게 되면 학문활동의 범위가 자의적으로 축소될 위험성을 배제할 수 없다. 기본권의 구성요건(Tatbestand)¹²⁾은 잠정적으로 넓게 이해될 때¹³⁾ 기본권이 최대한 보장될 수 있다는 점에서 논란이 될 만한 구성요건의 표지들은 포함시키지 않는 것이 타당할 것을 보인다.¹⁴⁾ 같은 맥락에서 사회적으로 허용되지 않는 주제나 방법의 학문활동도 잠정적으로 학문의 자유의 구성요건에 포함시키는 것이 타당하다.¹⁵⁾ 이러한 학문활동은 잠정적으로 구성

10) 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마814 참조. 다만 헌법재판소는 강의의 자유 대신에 “가르치는 자유”나 “수업(授業)의 자유” 또는 “교수의 자유”로 부르기도 한다. 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88; 2001. 2. 22. 99헌마613; 2006. 4. 27. 2005헌마1119 참조.

11) 헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947 참조. 학문활동의 요건으로 진지성과 계획성을 요구하는 태도는 독일연방헌법재판소에서 나타난다. BVerfGE 35, 79(113); 47, 327(367) 등 참조. 이에 따라 “Wahrheit für Deutschland(독일인을 위한 진실)”라는 책은 학문성이 인정되지 않았다. 학문성은 논거나 증명의 지지가능성 또는 관점의 완벽성에 따라서가 아니라 주장에 대한 문헌과 출처, 특히 그동안의 학문적 연구나 자료의 인용이 충분한지에 따라서 결정되기 때문이라고 한다. 이 사안에 대해서는 BVerfGE 90, 1 참조.

12) 여기서 기본권의 구성요건은 제약행위(Eingriff)를 포함한 개념으로 보호법익(보호영역)과 제약행위로 구성된다. 따라서 기본권의 확정적 효력은 구성요건에 해당할 뿐만 아니라 제약행위에 포함되지 않는 경우에 발생한다.

13) 기본권의 구성요건의 잠정적으로 넓게 이해하려면 구성요건에 포함되는 보호법익은 넓게 이해하고, 제약행위는 좁게 이해해야 한다. 이러한 입장은 구성요건에 포함되는 보호법익은 좁게 이해하면서 제약행위는 넓게 이해함으로써 구성요건을 잠정적으로 좁게 이해하려는 입장과 대비된다. 전자의 입장은 개인의 자유로부터 출발하는 ‘자유주의적 기본권이해’인 데 비하여 후자의 입장은 공동체의 명령(전통, 역사, 문화 등)으로부터 출발하는 ‘공동체주의적 기본권이해’를 의미한다.

14) 하지만 “진지하고 계획적인 노력이 깃들여 있어야” 학문의 자유에 의해 보호된다는 견해가 있다. 허영, <한국헌법론>, 제4판(2008), 411면 참조. 같은 견해로 김철수, <헌법학개론>, 제19판(2007), 810면 참조.

15) 예를 들어 현재 생명복제는 연구나 치료의 목적을 위해서만 허용되고 생식의 목적을 위해서는 허용되지 않는다. 따라서 복제연구의 목적을 고려하지 않은 채 복제연구가

요건에 포함된다고 해도 어차피 정당성을 획득하여 확정적인 구성요건에 포함될 수는 없기 때문이다. 물론 이러한 논증방식이 불필요하게 논증을 우회한다는 비판을 받을 수 있지만 ‘논증의 합리성’이라는 관점에서 애초에 자명한 구성요건을 확정하여 논증되지 않은 내용을 구성요건에 포함시키는 것보다 높은 합리성을 보장할 수 있다.

나. 인적 구성요건

학문의 자유에 포함되는 개별적 내용은 원칙적으로 ‘모든 국민’에게 보장된다.¹⁶⁾ 따라서 학문의 자유를 향유하는 주체는 전문적인 학문종사자인 교수나 연구자에게만 국한되지 않는다. 따라서 모든 국민은(국민이면 누구나) 자유롭게 주제를 선정하여 자신이 원하는 방법(문헌연구, 자료조사, 설문조사, 통계, 실험 등)으로 자유롭게 ‘연구’할 수 있다. 그리고 모든 국민은 자신이 원하는 내용의 주제에 대해서 자신이 원하는 방식(강의, 강연, 토론, 세미나 등)으로 자유롭게 ‘강의’할 수 있다. 또한 모든 국민은 자신의 연구결과(성과)를 자신이 원하는 방식(강의, 논문발표, 도서출간, 강연, 학회발표, 방송 등)으로 자유롭게 ‘발표’할 수 있다. 마지막으로 모든 국민은 연구나 강의 또는 연구발표를 위하여 ‘학문적 회합’(학술대회, 세미나, 콘퍼런스, 포럼 등)을 가질 수 있고 ‘학문적 단체(학회)를 결성’할 수도 있다. 물론 학문의 자유에 포함되는 연구, 강의, 연구결과발표 및 학문적 집회·결사는 그 구성요건의 본질이 요구하는 ‘학문성(Wissenschaftlichkeit)’을 충족해야 한다는 점에서 애초에 일반 국민이 충족시키기에는 어려움이 있을 수 있다. 하

생식의 목적을 위해서 활용될 수 있다는 점만을 고려하여 복제연구 전체가 사회적으로 허용되지 않는 연구로서 학문의 자유에 포함되지 않는다고 보게 되면 연구나 치료의 목적을 위한 연구마저도 허용되지 않는 불합리한 결론에 이르게 된다. 따라서 학문의 자유의 구성요건은 그 정당성이 검토될 때까지 잠정적인 구성요건에 포함되는 것이 합리적이다.

16) 김철수, <헌법학개론>, 제19판(2007), 812면; 장영수, <헌법학>, 제6판(2011), 704면; 정중섭, <헌법학원론>, 제3판(2008), 493면; 참조.

지만 충족시켜야 하는 학문성의 정도는 과도하게 요구하지만 았는다면 일반 국민도 충족시킬 수 있다는 점에서 처음부터 높은 학문성을 전제로 일반 국민을 인적 구성요건에서 배제할 필요는 없다. 이러한 학문의 자유는 대표적인 ‘인간의 권리(human rights)’로 이해될 수 있다는 점에서 비록 헌법규정이 “국민”으로 한정하고 있지만 ‘기본권의 성질’상 대한민국의 국적을 가진 국민뿐만 아니라 대한민국의 국적을 갖지 않은 외국인이나 심지어 무국적자도 향유하는 기본권이다.¹⁷⁾ 물론 아래에서 다시 논의하는 바와 같이 학문의 자유에 사회권적 측면이 포함될 수 있는 경우에 이러한 사회권의 측면에 대해서 외국인이 주장할 수 있는지에 관하여 논란이 될 여지는 남아 있다. 학문의 자유에 포함된 다양한 기능에 따라 이 기본권을 향유할 수 있는 주체를 구분하여 인정할 수밖에 없는 이유가 여기에 있다. 따라서 학문의 자유에 포함될 수 있는 여러 가지 기능을 구분하지 않은 채 학문의 자유를 이분법적 논리에 따라 국민의 권리나 인간의 권리로 규정하는 하는 데에는 무리가 따른다. 오히려 학문의 자유에 포함된 다양한 기능의 체계적 연관성을 고려한다면 사회권에 대해서 일반적으로 인정되지 않는 외국인의 기본권 주체성은 인간의 권리인 학문의 자유에 포함된 사회권적 기능에는 인정되는 것이 타당하다고 보인다.

헌법재판소에 따르면 ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 하여 원칙적으로 외국인의 기본권주체성을 인정한다.¹⁸⁾ 또한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등과 같이 단순히 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권 주체가 될 수 있다고 하여 인간의 권리에 대하여는 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정할 수 있다고 한다.¹⁹⁾ 따라서 인간의 권리로 볼

17) 같은 견해로 정종섭, <헌법학원론>, 제3판(2008), 494면 참조.

18) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120 참조.

19) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494; 2011. 9. 29. 2007헌마1083 참조. 기본권 주체성의 문제는 평등권의 문제와 중첩된다. 기본권 주체에서 배제하는 것은 동일한 대상으로 동등한 대우를 받아야 함에도 불구하고 상이한 대상으로 차별적 대우를 받는 것이기

수 있는 학문의 자유에 대해서도 헌법재판소는 기본권주체성을 인정한다고 추정된다. 헌법재판소가 학문의 자유에 포함된 기능 가운데 일정한 기능(예를 들어 사회권)에 대해서 국민의 권리로 보아 외국인의 기본권 주체성을 인정하지 않는다면 인간의 권리로 인정되는 ‘평등권’이 주장될 수 있다. 물론 헌법재판소는 “평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐”이라고 하여²⁰⁾ 평등권의 대상이 되는 기본권이 무엇인지에 따라 주체의 제한이 가능한 것처럼 실시하고 있다. 하지만 이러한 실시는 평등권과 그 대상이 되는 권리를 혼동한 것으로 이러한 이해에 따르면 평등권의 독자적 의미는 사라지게 된다. 평등권의 대상이 되는 권리와 상관없이 평등권은 독립적인 기준이 되어야 한다. 따라서 외국인의 기본권 주체성을 부인하게 되면 해당 기본권의 성질과 상관없이 관련되는 외국인은 평등권을 주장할 수 있어야 한다. 그리고 헌법재판소는 평등권의 대상이 되는 기본권과 상관없이 해당 기본권의 성질상 외국인에게 인정될 수 없다고 하더라도 적법성을 판단하는 단계에서 각하하지 말고, 평등권을 기준으로 본안판단을 하는 것이 외국인의 기본권보장을 위하여 바람직하다.

때문이다. 문제는 평등권이 대표적인 인간의 권리이기 때문에 외국인이라는 이유로 기본권 주체성을 인정하지 않으면 평등권을 주장함으로써 기본권 주체성의 문제를 피할 수 있다는 점이다. 그렇다면 외국인의 기본권 주체성이 문제되었을 때 기본권 주체성의 법리에 따라 문제를 해결할 것인지, 아니면 평등권의 법리에 따라 문제를 해결할 것인지가 관건이다. 기본권 주체성의 법리는 헌법상 보장된 기본권의 주체가 되는지 여부를 결정하는 하나의 이론일 뿐이다. 따라서 그 자체의 타당성이 자명한 것은 아니다. 하지만 평등권의 법리는 그 자체가 타당하지만 평등권의 내용에 포함될 수 있는지 여부가 해석의 문제로 남는다. 따라서 외국인의 기본권 주체성이 문제되는 경우에 기본권 주체성의 법리보다 평등권의 법리가 우선적으로 적용되는 것이 타당하다. 문제가 되는 기본권을 외국인이 주장할 수 있는지 여부를 적법성 심사의 단계에서부터 엄격하게 심사하여 각하하기보다는 적법성 단계에서는 평등권으로 주장할 수 있도록 하여 적법성 심사를 통과하게 하고, 본안 심사에서 평등심사의 본질인 합리성 여부를 엄격하게 심사하는 것이 타당하다고 보인다.

20) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494 참조.

2. 대학의 자치의 내용

대학의 자치가 학문의 자유에 포함되어 있는 내용을 대학의 구성원, 특히 대학교수가 향유할 수 있는 자유로 이해되면 대학의 자치는 단지 학문의 자유를 향유할 수 있는 주체를 모든 국민에서 대학과 대학구성원, 특히 대학교수로 한정(특정)한다는 의미만을 가진다. 이렇게 이해된 대학의 자치는 학문의 자유에 의해 보호되는 내용과 중첩될 수밖에 없고, ‘대학의 학문의 자유(academic freedom of universities)’로 지칭할 수 있다. 앞서 언급한 것처럼 학문의 자유는 그 구성요건의 본질상 ‘학문성’이 요구되고, 이에 따라 학문의 자유를 실제로 향유할 수 있는 주체는 대학교수와 같은 전문학문종사자에 국한되기 때문에 학문의 자유가 대학의 학문의 자유가 될 수밖에 없는 불가피한 측면이 있다.

대학에 대해서 인정되는 학문의 자유가 원칙적으로 모든 대학구성원에게 보장되어야 하지만 학문의 자유의 세부내용에 따라 그것을 향유할 수 있는 주체는 한정될 수밖에 없다. 예를 들어 대학에서 연구의 자유는 대학교수뿐만 아니라 대학생이나 대학원생도 향유할 수 있는 반면에 대학에서 강의의 자유를 향유하는 주체는 원칙적으로 대학교수에 한정된다. 물론 대학의 강의를 ‘교수와 학생의 의사소통과정’으로 이해하면 대학교수뿐만 아니라 학생도 강의의 자유의 주체가 될 수 있는 여지는 있다. 어쨌든 중요한 것은 학문의 자유에 포함될 수 있는 내용에 따라 대학의 학문의 자유는 그 주체의 범위가 달리 정해질 수밖에 없다.

헌법재판소에 따르면 학문의 자유에 대한 보호는 “개인의 인권으로서의 학문의 자유 뿐만 아니라 특히 대학에서 학문연구의 자유·연구활동의 자유·교수의 자유 등도 보장하는 취지”라고 하면서 “이와 같은 대학에서의 학문의 자유에 대한 보장을 담보하기 위하여는 대학의 자율성이 보장되어야 한다”고 하여²¹⁾ 대학의 자치를 보장해야 하는 근거로 대학이 학문의 자유를 향유하는 주체이어야 한다는 점을 강조하고 있다. 물론 헌법재판소의 이러

한 실시만으로 학문의 자유와 대학의 자치가 내용적으로 중첩된다는 의미인지는 분명하지 않다.

한편 대학의 자치는 학문의 자유를 향유하는 주체가 대학 또는 대학구성원이라는 점을 확인하는 내용을 넘어 대학의 학사, 인사, 재정, 시설, 질서유지 등 대학행정(운영)과 관련된 제반사항에 대해서 자율적으로 결정할 수 있는 권리(자율권)를 의미한다.²²⁾ 이러한 의미에서 대학의 자치는 ‘대학행정의 자유(freedom of university administration)’라고 지칭할 수 있다. 대학행정은 엄밀한 의미의 학문활동과 구분된다는 점에서 대학의 자치에 대학행정과 관련된 자유가 포함되면 대학의 자치는 학문의 자유와 구분될 것으로 보인다. 이로써 대학의 자치는 대학과 대학구성원이 향유하는 학문의 자유와 함께 대학행정의 자유를 추가로 포함하게 된다.

헌법재판소도 대학의 자치를 “대학의 운영에 관한 모든 사항(인사·학사·시설·재정 등)을 외부의 간섭 없이 자율적으로 결정할 수 있는 자유”로 이해한다.²³⁾ 또한 헌법재판소는 대학의 자치를 “대학시설의 관리·운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 학생의 전형(입학시험제도)”²⁴⁾ 뿐만 아니라 “교원의 임면에 관한 사항”²⁵⁾도 대학자치의 범위에 속한다고 봄으로써 대학자치의 범위를 넓게 이해하고 있다. 심지어 헌법재판소는 “대학의 자치의 본질적 내용”에 대학교수 개인이나 교수단체인 교수회가 “대학총장 후보자 선출에 참여할 권리”가 포함된다고 본다.²⁶⁾ 헌법재판소가 이해

21) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 참조.

22) 대학의 자치의 내용에 대해서는 계희열, 헌법상 학문의 자유, <고시연구>, 제25권 제11호(1998), 21면 이하; 김철수, 학문의 자유와 대학의 자치(상), <고시계>, 제25권 제3호(1980), 36면 이하; 조규린, 학문의 자유와 대학의 자치, <사회과학연구>(전북대학교 사회과학연구소), 제6집(1979), 130면 이하; 하철영/이동훈, 학문의 자유와 대학의 자치, <동의법정>(동의대학교 법학연구소), 제4집(1988), 209면 이하 참조.

23) 헌재 2001. 2. 22. 99헌마613 참조.

24) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68.

25) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33.

26) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047 참조.

하는 “본질적 내용”이 어떠한 경우에도 제한될 수 없는 보호영역을 의미한다면 대학의 자치에 포함된 본질적 내용도 결코 제한될 수 없는 ‘절대적 보호영역’으로 이해되어야 한다. 물론 그러한 본질적 내용이 비례성원칙에 따라 제한되고 남은 나머지 보호영역을 의미한다면 대학이 자치에 포함된 본질적 내용은 ‘상대적 보호영역’으로 이해될 수도 있다. 어쨌든 대학의 자치가 학문의 자유를 향유하는 ‘주체의 특정’이라는 의미와 함께 ‘대학행정의 자율성’이라는 의미를 포함한다는 점은 헌법재판소에게도 분명하다. 또한 대체로 기본권의 본질내용을 상대적 의미로 이해하는 헌법재판소에게 대학의 자치의 본질적 내용도 상대적 의미로 이해되어야 한다는 점도 분명해 보인다. 따라서 대학의 자치에 포함된 구성요건은 비례성원칙에 따른 제한이 가능하고, 그러한 제한이 가해지고 남은 보호영역이 대학의 자치의 본질내용이 되어야 한다.

III. 학문의 자유와 대학의 자치의 기능

1. 학문의 자유의 기능

가. 국가의 침해행위에 대한 방어권

다른 자유권적 기본권과 마찬가지로 학문의 자유에 대한 침해의 주체는 누구보다도 국가다. 역사적으로 보면 국가는 연구, 강의, 연구결과발표, 학문적 회합과 단체결성과 같은 학문활동을 끊임없이 저지하거나 방해하여 왔다. 주로 국가활동에 비판적인 학문활동에 대해서 이러한 저지나 방해가 이루어진다. 심지어 국가는 국가활동에 유리하도록 학문활동을 조종하기도 한다. 국책연구기관(정부출연 연구기관)을 통해 국가사업을 정당화하는 학문적 결과를 내놓고, 이를 언론을 통해 대대적으로 홍보하는 것이 좋은 예다. 이

처럼 학문의 자유에 대한 국가의 침해행위는 일정한 학문활동에 대한 ‘규제(금지)’를 통해서 이루어지기도 하지만 일정한 학문활동에 대한 ‘강제(명령)’를 통해서 이루어지기도 한다.

학문의 자유에 대한 1차적 침해주체가 국가라면 학문의 자유는 무엇보다도 학문의 자유에 대한 국가의 침해로부터 방어할 수 있는 ‘방어권’의 기능을 갖는다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없는 것으로 보인다.²⁷⁾ 소극적 행위를 요구할 수 있는 ‘소극적 지위(negative position)’로서 방어권의 본질은 국가의 부작위(Unterlassen)를 요구하는 데 있으므로 학문의 자유에 포함된 방어권적 기능에 따라 국민은 국가가 이 자유를 제약(Eingriff)하는 경우에 이러한 제약행위의 부작위(중지)를 요구할 수 있다. 학문의 자유에 대한 국가의 침해행위로는 대표적으로 연구의 주제나 방법에 대한 강제나 규제(특정한 연구주제나 연구방법의 강요 또는 금지), 강의의 내용이나 방법에 대한 강제나 규제(특정한 강의내용이나 강의방법의 강요 또는 금지), 연구결과의 발표에 대한 강제나 규제(특정한 연구결과의 발표에 대한 강요 또는 금지), 학문적 회합이나 단체결성에 대한 강제나 규제(특정한 학문적 회합이나 단체결성에 대한 강요나 금지) 등을 들 수 있다. 학문의 자유에 포함된 방어권의 기능은 이러한 다양한 형태의 제약행위가 발생했을 때 이를 중지하여 주도록 국가에 대해서 요구할 수 있는 것을 내용으로 한다. 다만 학문의 자유에 포함된 방어권적 기능에 따라 주장할 수 있는 국가의 부작위는 모든 제약행위에 대해서 주장할 수는 없고, 그러한 제약행위가 부당한 제약행위, 즉 기본권제한에서 헌법상 요구되는 원칙인 비례성원칙에 위배되어 침해행위로 확정된 경우에만 주장할 수 있다. 예를 들어 동물보호의 관점에서 동물 실험을 하는 연구의 자유를 제한하는 경우에 동물보호의 이익과 연구의 자유는 비례적 관계에 있어야 하고,²⁸⁾ 과도하게 동물보호의 이익만을 고려하

27) 방어권을 포함하여 학문의 자유에 포함될 수 있는 기본권적 기능에 대해서는 김명재, 과학기술과 학문의 자유, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제11권 제4호(2005), 161면 이하 참조.

28) 같은 견해로 Kobor, Hagen, Grundfälle zu Art. 5 III GG, JuS 2006, 698면 참조.

여 연구의 자유에 대한 부당한 제약행위가 가해진다면 이것은 위헌적 제약 행위, 즉 침해행위가 된다. 이와 같은 맥락에서 국가의 제약행위가 부당한 침해행위에 해당하는지 여부를 판단하는 절차가 필요하고, 이러한 절차가 바로 헌법재판제도를 통해 구체화된다.

나. 사인의 침해행위에 대한 보호권

또한 학문의 자유는 사인(개인이나 단체 또는 법인)인 국민에 의해서도 침해될 수 있다. 예를 들어 타인의 동의 없이 타인의 신체를 대상으로 행해지는 연구(연구의 자유)는 타인의 생명이나 신체적·정신적 완전성(신체불 훼손권)을 침해할 수 있다. 따라서 학문의 자유에 대한 국민의 침해로부터 보호해야 할 입법 의무(보호의무, Schutzpflicht)가 국가에게 있다. 이러한 입법 의무는 학문의 자유를 침해하는 행위를 범죄행위로 규정하여 금지하면서 이러한 금지위반에 대해서 형벌을 부과하는 내용으로 구성된다. 그러므로 학문의 자유에 대한 국가의 보호의무는 ‘의회에 대한 형사입법 의무의 부과’로 구체화된다. 이에 따라 국가(의회)가 학문의 자유에 대한 사인의 침해로부터 보호하는 형사법을 제정하지 않는 입법부작위는 잠정적인 위헌적 행위로 추정된다. 국가의 입법부작위가 확정적인 위헌적 행위가 되기 위해서는 형사입법체계 전반을 종합적으로 검토해서만 판단할 수 있다. 이러한 검토에 따라 학문의 자유를 보호하기 위한 국가의 입법이 양적으로 불완전하거나 질적으로 불충분하면 확정적으로 위헌이 된다.

학문의 자유에 대한 국가의 보호의무는 학문의 자유를 침해하는 내용의 ‘계약’이 문제된 재판의 경우에는 이 재판을 담당하는 법관에게 기본권의 제3자효에 관한 법리를 통해 ‘법관의 기본권준중의무’로 구체화된다.²⁹⁾ 따

29) 자세한 설명은 이준일, 기본권의 제3자효의 적용, <헌법실무연구>(헌법재판소 헌법실무연구회), 제10권(2009), 148면 이하 참조. 대법원도 기본권의 제3자효를 인정하고 있다. 대판 2010. 4. 22. 2008다38288: “헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로

라서 학문의 자유와 관련된 계약에 관한 분쟁을 해결해야 하는 법관은 학문의 자유를 존중하여 계약의 효력을 판단해야 한다. 다만 학문의 자유에 대한 법관의 존중의무는 재판소원이 인정되어야 관철될 수 있다는 점에서 재판소원이 인정되지 않는 현재의 제도 하에서 학문의 자유에 대한 법관의 존중의무는 윤리적 의무에 지나지 않는다. 어쨌든 학문의 자유는 사인 간에서의 의회의 형사입법의무뿐만 아니라 법관의 기본권존중의무를 통해서도 효력을 발생한다. 이처럼 사인 간에 발생하는 학문의 자유의 효력은 제3자의 기본권과 충돌하면서 조화로운 기본권실현의무로 구체화되어 한편으로는 의회에 대한 입법의무로, 다른 한편으로 법관에 대한 재판의무로 발현된다.

헌법재판소는 기본권에 대한 국가의 보호의무를 인정한다. “우리 헌법은 제10조 제2문에서 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’라고 규정함으로써 국가의 적극적인 **기본권보호의무**를 선언하고 있는바, 이러한 국가의 기본권보호의무 선언은 국가가 국민과의 관계에서 국민의 기본권보호를 위해 노력하여야 할 의무가 있다는 의미뿐만 아니라 국가가 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다는 것을 천명한 것이다.”(강조는 필자)³⁰⁾ 다만 국가의 보호의무가 문제되는 기본권의 주된 대상으로 헌법재판소는 ‘생명과 신체’를 언급하고 있다. “기본

헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법(私法)을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다.”

30) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81. 하지만 헌법의 명시적 문구에서 잘 드러나듯이 ‘국가의 기본권보장의무’와 헌법의 법리로서 ‘국가의 기본권보호의무’는 구분되어야 한다. 전자는 국가의 기본권구속의무를 의미한다면 후자는 사인에 의한 기본권침해로부터 국민을 보호해야 할 의무로 이해되기 때문이다. 물론 국가의 기본권보호의무는 입법자에 대하여 요구되는 의무이므로 입법부를 포함하여 사법부를 비롯한 모든 국가기관에 대해서 요구되는 기본권구속의무를 입법자에 대해서 구체화한 의무로 이해될 수도 있다.

권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 **생명이나 신체의 훼손**에서 문제되는데, 이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.”(강조는 필자)³¹⁾ 물론 헌법재판소도 국가의 보호의무가 문제될 수 있는 기본권의 대상을 생명이나 신체에 한정하지 않고, 기본권보호의무의 근거를 헌법에 개별적으로 열거된 기본권이 아니라 헌법 제10조 제2문에서 찾고 있기 때문에 학문의 자유도 국가의 보호의무가 요구되는 대상으로 보는 것이 헌법재판소의 입장이라고 추정된다. 예를 들어 헌법재판소는 혼인과 가족에 관한 권리에 대해서도 “제3자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함”한다고 하여 국가의 보호의무를 인정하고 있다.³²⁾ 따라서 학문의 자유가 제3자에 의해 침해되는 경우에도 국가의 보호의무를 인정하는 것이 헌법재판소의 견해라고 추정할 수 있다.

문제는 학문의 자유에 대한 국가의 입법적 보호의무에 상응하여 국민에게 학문의 자유에 대한 사인의 침해로부터 국가의 입법적 보호를 요구할 수 있는 ‘주관적 권리(보호권)’가 인정될 수 있는지 여부다. 이러한 권리는 입법(법규범의 제정)이라는 국가의 적극적 행위(작위)를 요구할 수 있는 ‘적극적 지위(positive position)’라는 점에서 소극적 지위인 방어권과 구별된다. 이처럼 국가의 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리는 ‘급부권(Leistungsrecht)’으

31) 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764.

32) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82; 2008. 10. 30. 2005헌마1156 참조. 그 밖에도 헌법재판소는 환경권에 포함된 기본권보호의무를 인정하기도 한다. 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711: “국가가 국민의 기본권을 적극적으로 보장하여야 할 의무가 인정된다는 점, 헌법 제35조 제1항이 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있는 점, 환경침해는 사인에 의해서 빈번하게 유발되므로 입법자가 그 허용 범위에 관해 정할 필요가 있다는 점, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려할 때, 일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다.”

로 지칭할 수 있다. 기본권은 국가의 의무로 이해하는 것보다 국민의 권리로 이해되는 것이 최대한으로 보장될 수 있다는 점에서 학문의 자유에 포함된 국가의 보호의무는 국민의 보호권으로까지 확대되는 것이 바람직하다고 보인다. 더욱이 기본권은 단순히 방어권으로만 이해되었다가 기본권의 객관적 성격(가치 또는 규범의 성격)까지 인정되는 방향으로 그 효력이 확장되어 왔다는 역사적 맥락에서도 기본권의 객관적 성격으로부터 도출되는 국가의 기본권보호의무는 기본권보호에 관한 국민의 권리로 확장되는 것이 기본권에 대한 올바른 이해의 방향(방어권 → 객관적 가치질서 → 객관적 가치질서의 권리화)이라고 판단된다. 대학자치에 관한 내용을 학문의 자유에 포함될 수 있는 제도보장이라는 기본권의 객관적 성격에서 인정하는 것도 같은 맥락이다.³³⁾ 따라서 국가의 기본권보호의무가 인정될 수 있다면 이제 그에 상응하는 국민의 보호권도 인정될 수 있다고 본다. 기본권이 가지는 제도보장의 측면을 인정하면서도 기본권의 보호의무를 넘어 보호권을 인정하지 않는 태도는 기본권보장에 더해 제도보장이 가지는 의미를 올바르게 이해하지 못한 데 기인한다고 보인다.

하지만 국가의 기본권보호의무에 상응하는 국민의 보호권이 인정되면 그만큼 헌법소원청구가 증가하여 헌법재판소의 업무와 경제적 부담(특히 헌법소원청구에서 국선대리인 선임을 위한 경제적 비용)을 가중시킬 수 있고, 입법부작위에 대한 헌법재판소의 권한이 확대되어 의회의 권한을 침해할 가능성도 배제할 수 없다. 그러나 업무나 경제적 비용에 대한 부담만으로 국민의 권리를 인정하지 않을 수 없고, 보호권에 근거한 헌법재판소의 결정은 입법의 ‘내용’까지도 결정하는 것이 아니라 단지 입법의 ‘한계’만을 그어준다는 점에서 보호권의 인정으로 의회의 권한이 침해되고 권력분립원칙에 위배된다는 논리에는 다소의 비약이 있다. 헌법재판소에 대한 부담이 다소 증

33) 예를 들어 허영, <한국헌법론>, 제4판(2008), 416면: “대학의 자유에 내포되고 있는 제도적 보장은 학문의 자유의 증대수단으로서의 제도적 보장이고, 그 헌법이론적 근거는 학문의 자유에 내포되고 있는 객관적 가치질서로서의 성격에 있다고 할 것이다.”

가한다고 해도 기본권의 효력은 확장될 필요가 있고, 권력분립원칙이 허용하는 한도 내에서 헌법재판소의 권한도 확대될 필요가 있다.

다. 기본권보장을 위한 절차권

학문의 자유는 모든 국민이 향유할 수 있는 개인의 자유이지만 역사적으로 보면 ‘대학’이라는 조직(단체)을 통해서 실현되어온 기본권이므로³⁴⁾ 이러한 조직이 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 조직이 될 수 있도록 입법적으로 규율해야 할 의무가 국가에게 부여된다.³⁵⁾ 대학이라는 조직에 대한 국가의 입법적 규율이 존재하지 않으면 대학구성원이 향유해야 할 학문의 자유는 제대로 실현될 수 없기 때문이다. 더욱이 경우에 따라서 국가는 대학에 관한 입법을 하면서 대학이 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 조직이 되는 것을 방해할 수도 있기 때문이다. 예를 들어 대학에 대하여 과도하게 경제논리를 적용한다든지, 대학에 위계질서를 강화하여 관료화하거나 감독 권한을 확대한다든지 하는 경우를 들 수 있다.³⁶⁾ 이와 관련하여 독일 연방

34) 근대적 의미의 대학이 11-13세기에 유럽에서 설립되었다는 사실에 근거하여 학문의 자유와 대학이 반드시 결합된 것은 아니라는 견해가 주장될 수 있으나 학문의 자유를 향유하는 주체가 대학이라는 명칭을 사용하는지가 중요한 것이 아니라 연구와 교육에 관한 조직과 단체인지가 중요하다는 점에서 학문의 자유의 시작과 함께 학문을 위한 조직과 단체는 존재했다고 볼 수 있다.

35) ‘대학’이라는 조직이 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 조직이 되기 위해서는 무엇보다도 대학의 설립자 또는 재단(이사회)으로부터 자유로운 조직이 될 수 있도록 규율하는 법률이 존재해야 한다. 물론 ‘사학의 자유’라는 측면에서 설립자나 재단의 대학 관여를 부인할 수는 없지만 설립자나 재단에 의해 대학구성원이 향유해야 할 학문의 자유가 방해받지 않고 실현될 수 있도록 설립자나 재단의 대학 관여를 규율하는 입법이 필요하다. 여기서 입법자는 절차권 형태의 학문의 자유와 사학의 자유가 균형적으로 실현될 수 있도록 기본권충돌의 경우에 요구되는 헌법적 요구(비례성원칙)에 위반되지 않는 입법적 대안을 제시해야 한다.

36) 대학에 대한 경제논리의 적용이라든지 위계질서의 강화를 학문의 자유에 포함된 절차권의 관점에서 비판하는 견해로 Schenke, Wolf-Rüdiger, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit - Neue Hochschulgesetze im Lichte des Art. 5 III GG, NVwZ 2005, 1001면 이하 참조.

헌법재판소는 이미 1973년에 “본질적으로 오로지 국가만이 제공할 수 있는 적절한 조직과 그에 부합하는 재정적 수단이 없는 경우에 오늘날 학문의 광범위한 영역에서 ... 독립적인 연구나 학문적 강의가 진행될 수 없기 때문에” 학문의 자유에 포함된 객관적 가치질서로부터 “자유로운 학문이라는 이념에 대한 ... 국가의 옹호(Einstehen)와 이 이념을 실현하기 위한 국가의 참여(Mitwirken)”가 학문의 자유의 내용에 포함된다고 실시함으로써 학문의 자유에 포함된 입법적 규율의 의무를 확인하였다.³⁷⁾ 이러한 입법적 규율의 의무를 ‘제도보장’으로 이해하기도 한다.³⁸⁾ 아무튼 학문의 자유는 주로 설립자나 재단(이사장과 이사진)에 의해서 침해된다. 일정한 주제의 연구나 강의를 설립자나 재단이 방해하기도 하고, 강요하기도 한다. 물론 설립자나 재단은 ‘사학(운영)의 자유’에 근거하여³⁹⁾ 대학의 설립이념을 강조하면서 이에 배치되는 연구나 강의를 금지하거나 이를 전파하는 연구나 강의를 강요할 수도 있다.⁴⁰⁾ 하지만 사학의 자유에 근거하여 학문의 자유를 완전히 배제할 수는 없다.⁴¹⁾ 이 경우에 사학의 자유와 학문의 자유 사이에 균형과 조화가 요구

37) BVerfGE 35, 79(113) 참조.

38) 예를 들어 김철수 교수는 “학문의 자유는 개인적 자유권의 면과 대학자치의 제도보장의 면을 아울러 가지는 것”이라고 본다. 김철수, 학문의 자유와 대학의 자치(상), <고시계>, 제25권 제3호(1980), 30면. 또한 “학문의 자유는 주관적 방어권만을 의미하고 객관적인 법원칙의 제도적 보장을 담고 있지 않은 것으로 볼 이유가 없다”고 보는 견해도 같은 취지다. 김명재, 과학기술과 학문의 자유, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제11권 제4호(2005), 162면 이하 참조.

39) 헌법재판소에 따르면 사학의 자유(“사립학교 운영의 자유”)는 “설립자가 사립학교를 자유롭게 운영할 자유”로서 “명문규정은 없으나 헌법 제10조에서 보장되는 행복추구권의 한 내용을 이루는 일반적인 행동의 자유권과 모든 국민의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제31조 제1항 그리고 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 규정하고 있는 헌법 제31조 제3항에 의하여 인정되는 기본권의 하나”다. 헌재 2001. 1. 18. 99헌바63 참조.

40) 예를 들어 기독교에 기반한 사립대학이 기독교 교리에 위반된다고 믿는 동성애에 대해 연구하거나 강의하는 것을 금지하거나 동성애를 비판하는 연구나 강의를 강요할 수 있다. 하지만 기독교 교리가 반드시 동성애를 금지한다고 보지 않는 입장도 가능해야 한다는 측면에서 사학의 자유가 학문의 자유보다 우월하다고 볼 수는 없다.

41) 헌법재판소는 오히려 사학의 자유에 대한 ‘입법자의 형성의 자유’를 넓게 인정하고 있다. 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101: “사립학교도 공교육의 일익을 담당한다는 점에

되고,⁴²⁾ 그 출발점은 사학의 자유가 사학행정(운영)의 자유로 한정되는 것이다. 어쨌든 대학이라는 조직을 규율하는 법률을 만들어 설립자나 재단에 의한 간섭을 배제하고 대학구성원들의 학문의 자유가 충분히 보장될 수 있도록 하는 입법을 마련해야 할 의무가 의회에 있다는 점은 분명하다.

여기서도 마찬가지로 국가의 입법적 규율의무에 상응하여 국민에게 대학과 같은 학문의 자유를 실현하는 조직이 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 조직이 될 수 있도록 입법적 규율을 요구할 수 있는 권리가 인정될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이러한 권리를 ‘조직과 절차에 관한 권리’ 또는 ‘절차권’으로 부른다.⁴³⁾ 절차권도 국가에 대해서 적극적 행위를 요구할 수 있는 ‘적극적 지위’인 급부권이라는 점에서 보호권과 동일하고, 소극적 지위

서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교 체도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다 할 것이고, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로, 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 수 있다.”

42) 대법원도 사학의 자유가 다른 기본권과 충돌하는 경우에 “실제적인 조화”를 강조하고 있다. 대판 2010. 4. 22. 2008다38288: “종립학교(종교단체가 설립한 사립학교)가 가지는 종교교육의 자유 및 운영의 자유와 학생들이 가지는 소극적 종교행위의 자유 및 소극적 신앙고백의 자유 사이에 충돌이 생기게 되는데, 이와 같이 하나의 법률관계를 둘러싸고 두 기본권이 충돌하는 경우에는 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 양 기본권 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 양 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 그 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다.”

43) 절차권은 크게 네 가지로 분류될 수 있다. 첫째, ‘좁은 의미의 절차에 관한 권리’로 재판절차나 행정절차에 관한 입법을 요구할 수 있는 권리가 대표적인 절차권이다. 둘째, ‘좁은 의미의 조직에 관한 권리’로 조직의 형태로 실현될 수밖에 없는 기본권의 경우에 그러한 조직이 기본권실현에 적합한 조직이 될 수 있도록 입법적 규율을 요구하는 권리도 절차권이다. 셋째, ‘사적 자치의 절차에 참여할 수 있는 권리’도 절차권에 포함된다. 넷째, ‘국가의사형성의 절차에 참여할 수 있는 권리’도 절차권으로 이해된다. 학문의 자유에서 문제가 되는 절차권을 두 번째의 절차권으로 ‘조직에 관한 기본권(Organisationsgrundrecht)’으로 부르기도 한다. 절차권에 대한 자세한 설명은 이준일, 조직과 절차에 관한 기본권, <아·태공법연구>(아세아·태평양공법학회), 제9집(2001), 133면 이하 참조. 학문의 자유에 포함된 절차권의 의미에 대해서는 Losch, Bernhard, Verantwortung der Wissenschaft als Rechtsproblem, NVwZ 1993, 626면 참조.

인 방어권과 구별된다. 보호권을 인정해야만 하는 근거로 제시한 것처럼 ‘기본권의 최대한 보장’과 ‘기본권이해의 바람직한 방향’(방어권 → 객관적 가치질서 → 객관적 가치질서의 권리화)이라는 측면에서 조직과 절차에 관한 국가의 규율의무에 상응하는 국민의 주관적 권리가 인정되는 것이 타당하다고 판단된다. 또한 ‘헌법소원청구의 남용가능성’이나 ‘헌법재판소의 권한비대화’도 절차에 관한 입법의무에 상응하는 국민의 권리를 부정하는 근거로는 충분하지 않다고 보인다. 헌법재판소가 최소한의 입법의무가 요구되는 합리적인 한계를 설정해줄 수 있고, 그런 범위 안에서만 판단을 내리게 된다면 남용가능성이나 권한비대화(肥大化)는 예방할 수 있기 때문이다.

라. 기본권실현을 위한 사회권

학문의 자유는 실현되기 위하여 시설(대학, 연구소 등), 설비(연구용 장비 등), 인력(연구보조인력, 연구지원행정인력 등) 및 재정(연구비, 인건비 등) 등과 같은 물질 기반이 필요하다는 점에서 국가는 이러한 물질 기반을 제공해야 할 의무를 부담해야 한다.⁴⁴⁾ 문제는 이러한 의무의 헌법적 근거가 무

44) 이러한 의무를 “문화국가적 과제”으로 이해하기도 한다. 장영수, <헌법학>, 제6판(2011), 709면: “헌법 제31조 제4항은 대학의 자율성을 확보하기 위하여 필요한 문화국가적 급부의 보장을 담고 있는 것으로 이해되어야 할 것이다.” 헌법재판소도 국가의 문화국가적 과제를 인정하고 있다. 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1: “문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는바, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다. 문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다원성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다.”

엇인지 하는 점이다. 우선 자유권에 대한 헌법적 보장이 형식적 보장이 아니라 실질적 보장이 되려면 자유권의 실현을 위한 물적 기반에 대한 보장의무를 국가에 부담시켜야 한다는 점에서 문제가 되는 개별 자유권에서 해당 개별 자유권의 실현을 위하여 필수적인 물적 기반에 대한 제공의무를 도출할 수 있다. 따라서 무엇보다도 학문의 자유 자체는 학문의 자유를 실현하기 위한 물적 기반을 제공해야 할 의무를 국가에 부과한다. 한편 헌법이 국가에 대해서 요구하고 있는 사회보장·사회복지 증진의무(헌법 제34조 제2항)도 학문의 자유를 실현하기 위한 물적 기반을 제공해야 할 국가의 의무에 헌법적 근거를 제시한다. 국가의 사회보장·사회복지 증진의무는 단지가난한 자의 생활에 대한 물적 기반을 제공해야 할 의무에 그치지 않고, 가난한 자든 부유한 자든 상관없이 그들이 향유하는 자유권의 실현을 위한 물적 기반을 제공해야 할 의무를 의미하기 때문이다. 따라서 국가에 부과된 사회보장·사회복지 증진의무의 중요한 대상에는 학문활동을 위한 물적 기반의 제공도 포함된다.

이 경우에도 이러한 의무에 상응하는 국민의 권리가 일종의 사회권으로서 인정될 수 있는지가 문제된다. 앞서 보호권이나 절차권과 마찬가지로 기본권은 주관적 권리로 보장될 때 최대한으로 보장되고, 기본권이해는 기본권의 기능을 확대하는 방향으로 전개되어 왔으며 헌법은 명시적으로 중요한 개별적 사회권을 열거하고 있다는 점에서 학문의 자유에 포함된 사회권적 기능도 인정될 수 있다고 본다. 물론 학문의 자유에서 사회권의 기능을 도출하면 우선적으로 빈곤층에게 보장되었던 전통적인 의미의 사회권의 내용에 변화가 올 수 있다는 점을 부인할 수 없지만 사회권의 내용을 ‘자유권의 실현을 위한 물적 기반’으로 이해하는 한 학문의 자유와 같은 정신적 기본권의 경우에도 사회권의 기능을 인정할 수 있다고 본다. 학문의 자유에 포함된 사회권의 경우에도 헌법상 요구될 수 있는 수준을 밑도는 정도의 보장

을 금지하므로 ‘과소금지원칙’에 따라 심사되어야 한다.

마. 소결

① 학문의 자유에 대한 다른 국민(제3자)의 침해로부터 보호해야 할 입법의무나 ② 학문의 자유를 실현하기 위해 필수적인 조직이 학문의 자유를 실현하는 데 적합하도록 입법적으로 규율해야 할 의무 또는 ③ 학문의 자유를 실현하기 위한 시설이나 재정 등 물적 기반을 제공해야 할 의무가 국가에게 인정되어야 한다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없다. 국민의 기본권을 보장하기 위하여 존재해야 하는 국가에 대해서 이러한 입법의무는 최소한의 의무로서 인정될 수 있기 때문이다. 문제는 이에 상응하는 주관적 권리가 국민에게 인정될 수 있는지 여부인데 앞서 언급한 대로 기본권은 국민의 권리로 보장될 때 최대한 실현될 수 있고, 기본권에 대한 이해는 기본권의 기능을 확장하는 방향으로 진행되어 왔다는 점에서 국민의 주관적 권리로 인정될 필요가 있다. 따라서 국민에게는 ① 학문의 자유에 대한 제3자의 침해로부터 보호하는 입법을 요구할 수 있는 권리(보호권)와 ② 학문의 자유를 실현하는 데 필수적인 조직인 대학이 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 조직이 될 수 있도록 규율하는 입법을 요구할 수 있는 권리(절차권) 및 ③ 학문의 자유를 실현하기 위하여 필요한 시설과 재정 등 물적 기반을 요구할 수 있는 권리(사회권)가 학문의 자유에 근거하여 도출될 수 있다. 이러한 권리들을 근거로 국민은 자신이 원하는 내용의 입법을 그대로 관철할 수 없고, 헌법재판소도 이상적 내용의 입법을 기준으로 의회의 입법부작위를 판단할 수 있는 것이 아니라 단지 의회에 부과할 수 있는 입법의무의 최소한만을 설정해줄 수 있다는 점에서 남소가능성이나 권한비대화의 위험성은 그리 크지 않다고 보인다.

2. 대학의 자치의 기능

가. 기본권으로서 대학의 자치

대학의 자치는 우선 ‘기본권’으로 이해될 수 있다. 헌법재판소도 대학의 자치를 기본권으로 이해한다.⁴⁵⁾ 다만 기본권인 대학의 자치를 향유하는 주체는 대학뿐만 아니라 교수나 교수회도 될 수 있다고 본다.⁴⁶⁾ 이처럼 대학의 자치를 기본권으로 이해하면 대학의 자치는 무엇보다도 이에 대한 국가의 침해로부터 방어할 수 있는 ‘방어권’으로 이해될 수 있다.⁴⁷⁾ 대학의 자치를 기본권으로 이해하는 헌법재판소도 대학의 자율성은 “대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록” 하는 것이라고 규정하여 대학의 자치에 포함된 방어권 (“공권력의 간섭 배제”)의 성격을 분명히 하고 있다.⁴⁸⁾ 방어권으로 이해된 대학의 자치는 학문의 자유를 향유할 수 있는 주체를 모든 국민에서 대학구성원, 특히 대학교수로 한정한다는 의미를 가진다.

또한 헌법재판소가 “외부세력”으로 부른 대상에서 공권력을 뺀 주체에 의해 대학의 자치는 침해될 수 있으므로 대학의 자치를 대학의 자치에 대한 제3자의 침해로부터 보호해야 하는 국가의 입법 의무 또는 그에 상응하는 국

45) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68; 2006. 4. 27. 2005헌마1047; 2006. 4. 27. 2005헌마1119: “대학의 자율성은 ... 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다.”

46) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047: “대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다고 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고, ... 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독, 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.”

47) 같은 견해로 예를 들어 허영, <한국헌법론>, 제4판(2008), 417면: “대학의 자유는 기본권주체인 대학의 주관적 공권으로서의 성격이 함께 내포되어 있기 때문에 대학운영에 간섭하려는 국가권력에 대한 방어권이 당연히 인정된다.”(강조는 필자)

48) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 참조.

민의 권리(보호권)로 이해하더라도 대학의 자치는 학문의 자유를 향유할 수 있는 주체를 대학구성원으로 한정한다는 의미로만 이해될 수 있다. 같은 맥락에서 대학의 자치를 침해하는 사인간의 계약도 체결될 수 있으므로 이 경우에는 비록 사적 자치의 원칙이 적용되어야 하는 영역이지만 보호의무의 법리를 준용하여 법관에게 대학의 자치를 존중해야 할 의무가 부과되고, 국민의 측면에서 법관에게 부여된 이와 같은 의무의 범위 안에서 법관에 대해서 대학의 자치를 존중하는 판결을 요구할 수 있는 권리가 있다는 점에서 제3자효와 관련해서도 대학의 자치는 학문의 자유의 주체를 한정하는 의미만을 갖는다.

또한 대학의 자치를 대학의 운영에 필요한 시설과 재정 등과 같은 물적 기반을 제공해야 할 국가의 의무 또는 이에 상응한 국민의 권리(사회권)로 이해하는 경우에도 대학의 자치는 학문의 자유를 향유하는 주체를 대학구성원으로 한정하는 의미로만 이해될 수 있다. 하지만 대학의 자치를 학문의 자유를 실현하는 데 필수적인 조직인 대학이 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 조직이 될 수 있도록 입법적으로 규율해야 하는 국가의 의무 또는 그에 상응하는 국민의 권리(절차권)로 이해하면 대학의 자치는 대학의 인사, 학사, 재정, 시설, 질서유지 등 대학행정과 관련된 제반사항에 대하여 국가가 학문의 자유를 실현하는 데 적합한 내용으로 규율해야 할 입법의무 또는 그에 상응하는 국민의 권리로 이해되어 학문의 자유를 향유하는 주체를 한정하지 않고도 대학의 자치와 그 내용이 일치하게 된다.

이처럼 기본권인 대학의 자치에 포함된 방어권이나 보호권 또는 사회권은 학문의 자유에 포함된 방어권이나 보호권 또는 사회권과 내용적으로 일치하고, 단지 그 주체를 한정한다는 의미의 차이가 있을 뿐이다. 이것은 학문의 자유가 내용적으로 대학의 자치를 포함한다는 의미이다. 따라서 학문의 자유의 기능을 방어권이나 보호권 또는 사회권으로 국한시키는 경우에만 대학의 자치에 포함된 절차권은 학문의 자유에 포함되지 않은 기능적 내용으로 이해되어 적어도 기능적으로는 학문의 자유가 대학의 자유를 포함하지

않게 된다. 하지만 학문의 자유의 기능에 절차권까지 포함되는 것으로 이해하면 학문의 자유는 절차권으로 이해되는 대학의 자치를 이미 그 안에 포함하게 된다. 뒤집어서 대학의 자치의 측면에서도 헌법이 학문의 자유와 별도로 대학의 자치를 기본권으로 규정하는 경우에 이 기본권은 학문의 자유에 포함된 절차권의 내용을 독립시킨 독자적 기본권이 아니라 이미 학문의 자유에 포함된 내용을 다시 한 번 확인하여 강조하는 기본권에 지나지 않게 된다.

나. 제도보장으로서 대학의 자치

한편 대학의 자치는 ‘제도보장(Einrichtungsgarantie)’으로 이해되기도 한다.⁴⁹⁾ 대학의 자치를 제도보장으로 이해하면⁵⁰⁾ 입법자는 헌법상 보장된 대학자치의 제도를 폐지하거나 본질적(핵심적) 내용을 침해하여 형해화시키지 않는 범위에서 광범위한 ‘형성의 자유’를 갖게 된다.⁵¹⁾ 기본권과 제도보장의

49) 대학의 자치를 제도보장으로 이해하는 견해로 예를 들어 성낙인, <헌법학>, 제11판(2011), 523면: “대학의 자치는 기본권의 성격뿐만 아니라 제도보장의 성격도 동시에 가지고 있다.” 한편 허영 교수는 “‘대학의 자유’에서는 ‘대학의 자치제도’를 보장한다는 제도적 보장의 면이 특히 중요시될 수밖에 없다”고 보고 있지만 “대학의 자유를 제도적 보장으로 이해하는 경우에도 그것은 ‘자유’와 ‘제도’의 단절관계를 전제로 한 것”이 아니라고 보기 때문에 대학의 자치를 엄격한 의미에서의 제도보장으로 이해한 것으로 볼 수는 없다. 허영, <한국헌법론>, 제4판(2008), 416면 참조.

50) 제도보장론에 대한 설명과 비판에 대해서는 오동석, 제도적 보장론 비판 서설, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제6권 제2호(2000), 51면 이하; 이승우, 기본권의 양면성이론과 제도보장의 관계, <공법연구>(한국공법학회), 제31집 제1호(2002), 300면 이하 참조.

51) 같은 맥락에서 헌법재판소는 제도보장의 경우에 ‘본질내용침해금지원칙’이 적용된다고 한다. 헌재 1998. 4. 30. 96헌바62: “지방자치제도의 ... 헌법적 보장은 ... 이러한 지방자치의 **본질적 내용인 핵심영역**은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 **핵심영역은 침해되어서는 안 되는 것이므로, ...**”; 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28: “헌법 제8조는 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하며, 그 목적·조직·활동이 민주적인 한, 국가는 제도적으로 이를 보장함과 아울러, 정당설립과 활동의 자유를 주관적인 권리로서 보호해야 할 의무가 있으며, 입법자는 그 **본질적 내용을 침해하지 않는 범위**

구분에 기초하여⁵²⁾ 대학의 자치가 이러한 제도보장으로 이해되면 대학의 자치는 기본권인 학문의 자유에 의해 보장되는 것 이상의 내용을 갖는다. 이것은 대학행정에 관한 제반사항에 관하여 대학이 자율적으로 결정할 수 있는 권리가 학문의 자유에 포함되지 않음을 의미한다. 다시 말해 학문의 자유는 앞서 언급한 방어권과 보호권 및 사회권의 내용만 포함하고, 절차권의 내용은 포함하지 않게 된다. 학문의 자유에 포함되지 않는 절차권의 내용은 바로 이러한 제도보장에 의해서 보호를 받게 된다. 단지 제도보장은 절차권의 ‘객관적 측면’만을 보장한다는 점에서 주관적 권리로서 보장되는 절차권과 차이를 보이게 된다. 이로써 대학의 자치도 학문의 자유에 포함될 방어권과 보호권 및 사회권의 내용과 분리되어 오로지 학문의 자유에 포함될 수 있는 절차권의 내용에만 국한된다. 따라서 학문의 자유에 방어권과 보호권 및 사회권의 내용뿐만 아니라 절차권의 내용도 포함될 수 있다면 제도보장은 불필요한 구분에 지나지 않게 된다. 정확히 말하면 학문의 자유에 포함된 절차권의 객관적 측면, 즉 학문의 자유를 실현하는 절차보장에 관한 국가의 의무가 제도보장의 내용과 일치하게 된다.⁵³⁾

안에서 그 내용과 활동을 규율할 수 있고, ...”

52) 헌법재판소는 기본권과 제도보장을 다음과 같이 구분한다. 헌재 1997. 4. 24. 95헌바 48: “제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법 의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 그러나 기본권의 보장은 헌법이 ... ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용될 뿐인 것이다.” 그 밖에 헌법재판소가 수용한 제도 보장론에 대해서는 김대환, 제도보장에 있어서 핵심영역의 보호 - 기본권의 본질적 내용보장과 관련하여 -, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제6권 제4호(2000), 78면 이하 참조.

어쨌든 학문의 자유에 포함된 절차권의 내용을 분리시켜 대학의 자치가 제도보장이라면 대학의 자치는 학문의 자유라는 기본권에 의해 보장되는 강도와 다른 강도로 보장되는 것을 의미하고, 대학의 자치를 구체화하는 입법에 대한 사법적 심사에서 심사강도도 달라지게 되는 것을 의미한다. 대학의 자치가 학문의 자유에 포함된 절차권(기본권)으로 보장되면 헌법개정으로도 폐지될 수 없는 헌법상 강한 보장으로 인해 대학의 자치는 이를 구체화하는 입법자를 강하게 구속함과 동시에 입법자가 구체화한 입법에 대한 사법적 심사에서도 엄격한 심사가 요구될 수밖에 없다. 하지만 대학의 자치가 학문의 자유에 포함된 절차권의 내용을 독립시킨 제도보장으로 이해되면 헌법개정으로도 폐지될 수 있는 헌법상 약한 보장으로 인해 대학의 자치는 이를 구체화하는 입법자에 대해서 단지 폐지나 형해화만을 금지함으로써 약한 구속력만을 가지고 입법자가 구체화한 입법에 대한 사법적 심사에서도 완화된 심사로 충분하게 된다.

	기본권	제도보장
헌법적 보장강도	강한 보장 (헌법개정에 의한 폐지 불가능)	약한 보장 (헌법개정에 의한 폐지 가능)
입법자 구속력	강한 구속력 (제한된 형성의 자유)	약한 구속력 (광범위한 형성의 자유)
현재 심사강도	엄격한 심사	완화된 심사

앞서 언급한 것처럼 헌법재판소는 대학의 자치를 기본권으로 이해하기도 하지만 제도보장으로 이해하는 입장을 보이기도 한다. 물론 대학의 자치가 제도보장으로 이해되는 경우에는 대학의 자치만 언급되지 않고 헌법 제31조

53) 제도보장을 기본권의 객관적 성격에서 도출하려는 견해를 “융합론”으로 부르기도 한다. 정극원, 독일기본법과 한국헌법에서의 제도보장론, <유럽헌법연구>(유럽헌법학회), 제3호(2008), 384면 이하 참조.

제4항에서 병렬적으로 열거되어 있는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성과 함께 언급되고, 또한 교육제도와 교육재정 및 교원지위에 관한 법정주의를 규정한 헌법 제31조 제6항과 함께 언급되는 것이 특징이다. 어쨌든 헌법재판소에 따르면 “우리 헌법 제31조 제4항(과) … 제6항은 … 교육의 물질기반이 되는 **교육제도**와 아울러 교육의 인적 기반으로서 가장 중요한 교원의 근로기본권을 포함한 모든 지위에 관한 기본적인 사항을 국민의 대표기관인 입법부의 권한으로 규정하고 있다”고 하면서 그 의미를 “넓은 의미에서 … 그러한 (교육)제도의 구체적 형성과 변경은 국민의 대표기관인 입법부가 그 시대의 구체적인 사회적 여건과 교육의 특수성을 고려하여 민주적인 방법에 의하여 합리적으로 이루어 나가도록 하는 것이 적합하다는 데 그 근거를 두고 있는 것”(괄호 안의 글자는 원문의 축소로 인한 이해의 편의를 위하여 필자가 추가)으로 해석하고 있다.⁵⁴⁾

이처럼 대학의 자치가 제도보장으로 이해되어 입법자의 형성의 자유에 맡겨진다는 헌법재판소의 입장은⁵⁵⁾ 대학의 자치가 기본권으로 이해되는 경우에도 입법자의 형성의 자유에 맡겨진다는 다소 이상한 주장으로 확장된다. “대학의 자율도 헌법상의 기본권이므로 기본권제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있고, 대학의 자율의 구체적인 내용은 법률이 정하는 바에 의하여 보장되며, 또한 국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 **전반적인 형성권과 규율권**을 부여받았다고 할 수 있고, 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적

54) 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106 참조.

55) 제도보장론은 대학의 자치뿐만 아니라 지방자치제도에도 동일한 의미로 적용되고 있다. 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1190: “헌법상 지방자치제도보장의 **핵심영역 내지 본질적 부분**이 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이라면, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다.”

으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 수 있다.”⁵⁶⁾ 따라서 “국가는 헌법 제31조 제6항에 의하여 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한, 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 가지고 있”으므로⁵⁷⁾ “대학의 자율성을 침해하는지 여부는 입법자가 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 **본질적 내용을 침해하였는지 여부**에 따라 판단되어야 할 것”이라고 한다.⁵⁸⁾ 제도보장으로 이해되는 대학자치의 경우에 심사기준은 ‘본질내용침해금지 원칙’이 된다는 뜻이다.

기본권과 제도보장의 구분에 기초하여 대학의 자치가 기본권으로 이해되는 경우와 제도보장으로 이해되는 경우에 헌법상 보장강도와 입법자에 대한 구속력 및 사법적 심사강도에서 차이를 보일 수밖에 없음에도 불구하고 헌법재판소는 대학의 자치를 기본권으로 보면서도 동시에 제도보장으로 이해함으로써 대학의 자치가 어떠한 헌법상 보장강도와 입법자에 대한 구속력을 갖는지를 명확하게 밝히지 않은 채 대학의 자치를 구체화하는 입법에 대한 사법적 심사척도로 본질내용침해금지원칙이 적용되어 한다는 비약적 주장으로 결론을 내고 있다. 이러한 비약적 결론을 피하기 위해서는 헌법재판소가 대학의 자치를 기본권으로 이해할 것인지 아니면 제도보장으로 이해할 것인지를 선택해야 한다. 대학의 자치를 제도보장으로 이해하려면 ‘기본권과 제도보장의 구분론’을 일관되게 견지하여 대학의 자치에 기본권의 성격을 동시에 인정하지는 않아야 하고, 대학의 자치를 기본권으로 이해하려면 ‘기본권과 제도보장의 구분론’을 견지하되 대학의 자치에 제도보장의 성격을 동시에 인정하지는 않거나 ‘기본권과 제도보장의 구분론’을 애초에 포기하고 제도보장의 내용을 기본권에 이미 포함된 기능으로 재구성해야 한다. 특히 대학의 자치를 제도보장으로만 이해하는 경우에 학문의

56) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047.

57) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16. 같은 취지의 판례로 2001. 1. 18. 99헌바63; 2006. 4. 27. 2005헌마1047 참조.

58) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌마442 참조.

자유에 대해서는 방어권과 보호권 및 사회권의 내용만을 인정하고, 대학의 자치에 대해서는 학문의 자유에 포함된 절차권의 내용만을 인정해야 한다. 대학의 자치를 제도보장으로 이해하면서도 학문의 자유에 포함된 방어권이 나 보호권 또는 사회권의 내용까지 포함시키는 경우에 학문의 자유라는 기본권에 의해 헌법상 강한 보장과 입법자에 대한 강한 구속력 및 엄격한 사법심사가 요구되는 내용을 제도보장에 포함시킴으로써 헌법상 보장강도와 입법자에 대한 구속력 및 사법적 심사강도를 축소시킬 수 있다. 바람직한 해석방향은 오히려 대학의 자치를 기본권으로 이해하거나 기본권과 제도보장의 구분론을 포기하는 것이다. 대학의 자치를 기본권으로 이해해야만 이를 구체화하는 입법에 대한 엄격한 심사가 가능해지고, 기본권과 제도보장의 구분론을 포기해야만 대학의 자치에 포함된 기본권적 내용을 제도보장으로 축소시키는 위험을 피할 수 있기 때문이다. 특히 기본권과 제도보장의 구분론을 포기해야만 학문의 자유와 대학의 자치를 체계적으로 해석할 수 있고, 대학의 자치를 학문의 자유에서 도출할 수 있는 절차권적 의미로 재구성할 수 있기 때문이다.

IV. 학문의 자유와 대학의 자치의 관계

1. 헌법재판소의 입장

가. 목적과 수단의 관계

헌법재판소는 학문의 자유와 대학의 자치의 관계에 대하여 “학문의 자유에 대한 보장을 담보하기 위하여는 대학의 자율성이 보장되어야 한다”고 하면서 “헌법 제31조 제4항도 … 대학의 자율성을 보장하고 있는데, 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학

을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, ... 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것”으로 본다.⁵⁹⁾ 요약하면 학문의 자유는 ‘목적’이고, 대학의 자치는 이 목적을 달성하기 위한 ‘수단’이라는 뜻이다. 이러한 ‘목적과 수단의 관계’는 경험적 관계(경험적 법칙을 통해 확인될 수 있는 관계)를 의미하므로 개념적 포함관계와는 구분된다. 하지만 학문의 자유에 대한 보장을 위하여 대학의 자치에 대한 보장이 목적과 수단의 관계에서 경험적으로 요구된다면 학문의 자유에 대한 보장만으로도 이미 대학의 자치에 대한 보장을 도출해낼 수 있다. 따라서 헌법재판소가 이해하는 것처럼 학문의 자유와 대학의 자치가 목적과 수단의 관계에 놓여 있다면 대학의 자치에 대한 헌법적 보장은 대학자치의 중요성에 대한 강조이거나 불필요한 중복에 지나지 않게 된다. 물론 이러한 견해는 학문의 자유와 대학의 자치를 모두 기본권으로 보는 경우에만 가능하다. 따라서 헌법재판소가 대학의 자치를 제도보장으로 이해하는 경우에는 학문의 자유라는 기본권을 보장하기 위한 수단으로 대학의 자치라는 제도보장을 독립적으로 규정했다는 논리가 가능해진다.⁶⁰⁾

나. 개념적 포함관계

한편 헌법재판소는 대학의 자치를 향유하는 주체에 대해서 언급하면서 “가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장에 대한 관계에서는 교수나 교수회

59) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 참조.

60) 같은 취지의 논리가 학설에서 발견된다. 하철영/이동훈, 학문의 자유와 대학의 자치, <동의법정>(동의대학교 법학연구소), 제4집(1988), 208면: “대학의 자치는 어디까지나 대학에서 학문연구와 학술활동을 실질적으로 보장하기 위한 수단적인 의미이므로 대학자치의 제도적 보장설이 타당하다.” 이 견해가 이해하는 제도적 보장설은 “학문의 자유가 개인의 주관적 권리인 동시에 대학자치의 제도적 보장”이라는 견해를 말한다.

가 주체가 될 수 있고, 또한 국가에 의한 침해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것”⁶¹⁾이라고 하여 학문의 자유에 대한 침해가 곧 대학의 자치에 대한 침해가 될 수 있다고 전제함으로써 학문의 자유에 대학의 자치가 개념적으로 포함된다고 이해하는 것처럼 보인다. 이러한 이해는 학문의 자유와 대학의 자치를 모두 기본권으로 이해하는 경우에만 가능하다. 기본권인 학문의 자유와 달리 대학의 자치를 제도보장으로 이해하면서 이러한 제도보장에는 기본권에 포함되어 있지 않은 내용이 있다고 보는 경우에 개념적 포함관계는 성립할 수 없기 때문이다. 다시 말해 학문의 자유와 대학의 자치가 내용적으로뿐만 아니라 기능적으로도 완전히 일치하는 경우에만 개념적 포함관계가 성립할 수 있다. 내용적으로는 일치하는데 기능적으로는 일치하지 않는다면 기능적으로 일치하는 부분에 대해서만 내용적 일치가 존재하므로 개념적 포함관계는 기능적으로 일치하는 부분에만 해당하고, 기능적으로 일치하지 않는 부분에 대해서는 개념적 포함관계가 해당하지 않는다. 반면에 기능적으로는 일치하지만 내용적으로 일치하지 않는다면 어느 한쪽의 기능에는 포함된 내용이 다른 한쪽의 기능에는 포함되지 않는 내용이 되어야 하므로 결국 내용적으로 일치하는 부분에 대해서만 개념적 포함관계가 성립하게 된다. 이러한 맥락에서 헌법재판소가 이해하는 개념적 포함관계가 어떠한 의미인지는 명확하지 않다.

2. 비판과 대안

대학의 자치는 우선 학문의 자유를 향유하는 주체를 모든 국민에서 대학과 대학구성원으로 한정한다는 측면에서 내용적으로 학문의 자유와 중첩되고, 학문의 자유에 포함될 수 있는 기능을 확대할 때 학문의 자유의 절차권적 기능으로 이해되어야 한다는 점에서 기본권과 구분되는 제도보장으로 이

61) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047.

해될 수 없다. 이미 학문의 자유에는 대학의 자치에 포함될 수 있는 내용, 다시 말해 학문의 자유를 향유하는 '주체의 특정가능성'과 학문의 자유에 의해 보장되는 '기능의 확대가능성'을 포함하고 있다. 따라서 학문의 자유와 대학의 자치는 구분될 수 없고(불가분의 관계), 학문의 자유가 개념적으로, 그리고 구조적으로(기능적으로) 대학의 자치를 포함하는 관계(포함관계)에 놓여 있다(견해1: 완전일치설).

대학의 자치가 제도보장이 아니라 기본권인 학문의 자유에 포함되는 것으로 이해되어야 한다면 학문의 자유와 중첩되는 대학의 자치의 '방어권적(소극적 행위를 요구하는) 기능'에 대해서는 '과잉금지원칙'을 준수해야 되고, 학문의 자유에 포함될 수 있는 대학자치의 보호권이나 사회권 또는 절차권과 같은 '급부권적(적극적 행위를 요구하는) 기능'에 대해서는 '과소금지원칙'을 준수해야 한다. 여기서 과잉금지원칙과 과소금지원칙은 상위개념인 '비례성원칙'으로 묶을 수 있고, 비례성원칙은 헌법 제37조 제2항에서 도출된다. 또한 헌법 제37조 제2항에서 비례성원칙과 함께 기본권제한에 관한 헌법적 원칙으로 요구되고 있는 '본질내용침해금지원칙'의 경우에 본질내용을 절대적인 것이 아니라 상대적인 것으로 이해하게 되면 비례성원칙과 본질내용침해금지원칙은 동일한 내용을 요구하는 서로 다른 원칙에 지나지 않게 된다.

이에 따르면 대학의 자치가 제도보장으로 이해되는 경우에 본질내용침해금지원칙을 적용해야 한다는 헌법재판소의 주장은 문제가 발생한다. 헌법재판소는 비례성원칙에 따른 심사만으로 본질내용침해금지원칙에 따른 심사를 대체하고 있다는 점에서 대체로 본질내용에 대한 상대설을 견지하고 있는 것으로 보이기 때문이다. 그렇다면 만약 헌법재판소가 본질내용에 대한 상대설의 입장에 서면서도 제도보장으로 이해된 대학의 자치에 본질내용침해금지원칙을 적용하게 되면 학문의 자유를 제한하는 경우에는 당연히 비례성원칙을 적용하고, 학문의 자유와 구분되는 대학의 자치를 제한하는 경우에도 실제로 비례성원칙을 의미하는 본질내용침해금지원칙을 적용하게 된

다. 그렇지 않으면 학문의 자유에 대한 제한의 경우에는 본질내용에 관한 상대설의 입장에서 비례성원칙을 적용하는 반면에 대학의 자치에 대한 제한의 경우에는 본질내용에 관한 절대설의 입장에서 본질내용침해금지원칙을 적용하게 된다. 그러나 학문의 자유와 대학의 자치는 분리될 수 없다는 점에서 양자 모두 비례성원칙이 적용되어야 하고, 양자의 기능에 따라 과잉금지원칙이나 과소금지원칙이 적용될 뿐이다. 본질내용침해금지원칙은 본질내용에 대한 절대설 또는 상대설 가운데 어떤 입장에 따르는지에 따라 추가적으로 적용될 수 있다.

V. 결론

학문의 자유와 대학의 자치는 개념적으로, 구조적으로 포함관계에 놓여 있다. 학문의 자유는 개념적 내용에서도 대학의 자치를 포함하고, 기능적 구조에서도 대학의 자치를 포함한다. 따라서 학문의 자유와 대학의 자치는 모두 방어권, 보호권, 사회권, 절차권과 같은 기본권의 다양한 기능을 포함한다. 굳이 구분이 필요하다면 대학의 자치는 학문의 자유에 포함된 절차권의 기능을 구분하여 강조하는 기본권이다. 그럼에도 불구하고 학문의 자유에서 대학의 자치를 분리하여 제도보장으로 이해하게 되면 학문의 자유에 포함된 대학자치의 기본권적 성격을 축소시킨다. 제도보장의 내용은 절차권에서 주관적 내용을 제거한 절차권의 객관적 내용에 지나지 않기 때문이다. 이로써 제도보장으로 이해된 대학의 자치에서 구체화되는 내용을 입법자에게 강하게 구속시킬 수 없고, 헌법재판소도 대학의 자치에 포함된 내용을 기준으로 입법자가 제정한 법률을 엄격하게 심사할 수 없게 된다. 심사한다고 해도 기껏해야 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 인정하여 대학의 자치에 관한 입법을 정당화해줄 뿐이다. 대학의 자치를 학문의 자유와 결합시키고, 학문의 자유에 포함된 절차권을 강조하는 의미로 이해하는 동시에 절차권으로부터

터 객관적 측면을 분리하지 않을 때에만 대학의 자치를 구체화하는 입법자를 헌법에 강하게 구속시킬 수 있고, 헌법재판소도 대학의 자치에 관한 입법을 엄격하게 심사할 수 있게 된다.⁶²⁾

하지만 헌법재판소가 대학의 자치에 관한 입법을 심사하는 기준은 과소금지원칙이므로 입법자에게 입법의 내용을 모두 결정해주는 것이 아니라 입법자가 입법해야 하는 최소한의 한계선을 그어줄 뿐이다. 따라서 대학의 자유를 학문의 자유와 결합시켜 기본권으로 이해하면 대학의 자치를 학문의 자유에서 분리하여 제도보장으로 이해하는 것과 비교할 때 헌법재판소의 권한이 다소 커지는 것은 불가피하지만 그렇다고 해서 의회의 권한을 형해화할 정도로 헌법재판소의 권한을 비대화한다고 볼 수는 없다. 학문의 자유에서 대학의 자치를 분리하여 제도보장으로서 절차권의 객관적 측면만을 보장하려는 시도는 헌법재판소의 권한확장에 대한 ‘과민한 반응’으로밖에 평가할 수 없다. 같은 맥락에서 대학의 자치를 학문의 자유에 포함된 절차권으로 보더라도 이로 인해 남소의 가능성이 급증할 것이라는 우려도 ‘지나친 노파심’에 지나지 않는다. 대학의 자치를 제도보장으로 보아 아예 헌법소원의 가능성을 차단하는 것과 비교하면 소송가능성은 다소 증가할 수 있지만 단지 과소금지원칙을 기준으로 해서만 판단할 수 있는 헌법재판소의 현실을 고려하면 국민의 입장에서 무조건 헌법소원을 청구하여 소송가능성이 급증하지는 않을 것이기 때문이다.

최근 들어 국립대학의 법인화, 사립대학에 대한 감사원의 감사 등 대학의 자치에 대한 국가의 간섭이 증가하고 있다. 국가의 입장에서는 국립대학의 경쟁력 제고, 사립대학의 투명성 강화 등 이러한 간섭을 정당화할 수 있는 공익적 명분이 없는 것은 아니다. 하지만 대학의 자치에 대한 간섭은 곧바

62) 예를 들어 최근에 문제가 된 대학에 대한 감사원의 감사와 관련하여 애초에 감사원에 대학을 감사할 수 있는 권한이 없다면 대학에 대한 감사원의 감사는 불법적 감사가 되겠지만, 만약 감사원이 대학을 감사할 수 있는 권한을 가진다면 이러한 권한을 부여한 입법은 단지 제도보장에 지나지 않는 것이 아니라 기본권으로 보장된 대학의 자치를 제약하므로 헌법재판소에 의한 엄격한 심사를 받아야 한다.

로 학문의 자유에 대한 간섭이 될 수 있다는 점에서 반드시 자제되어야 할 필요가 있다. 더욱이 국가는 이러한 간섭을 직접적인 내용으로 하거나 간섭의 권한을 부여하는 법률을 제정하지 않아야 하고, 만약 국가가 이와 같은 법률을 제정한다면 이것은 기본권으로서 대학의 자치를 침해할 뿐만 아니라 학문의 자유를 침해할 수도 있다. 단순히 대학행정(운영)에 대한 통제나 감독으로만 보일 수도 있는 국가의 간섭은 곧바로 학문의 자유에 대한 통제나 감독이 될 수 있다는 점을 고려하여 학문의 자유에 대한 심각한 위축을 초래할 수 있는 대학에 대한 국가의 간섭이 오히려 통제되고 감독될 필요가 있다. 이러한 국가에 대한 통제와 감독은 다른 아닌 학문의 자유와 대학의 자치 사이에 존재하는 긴밀한 연관성을 확인하는 데서부터 시작된다.

[국문초록]

학문의 자유와 대학의 자치

학문의 자유와 대학의 자치 간의 관계는 내용적으로나 기능적으로 완전히 일치된다고 보는 견해, 내용적으로만 일치한다고 보는 견해, 기능적으로만 일치한다고 보는 견해, 내용적으로나 기능적으로도 완전히 분리된다고 보는 견해가 가능하다. 학문의 자유는 대학의 자치를 포함하여 양자는 내용적으로나 기능적으로 모두 일치한다고 보는 견해가 타당하다. 학문의 자유에 대학의 자유를 포함시키지 않는 견해는 대학의 자치를 제도보장으로 이해한다. 대학의 자치가 제도보장으로 이해되면 국민은 대학의 자치에 대한 침해를 이유로 헌법소원을 청구할 수 없다. 헌법재판소가 제도보장으로 이해된 대학의 자치를 기준으로 입법을 통제하는 경우에도 엄격한 심사를 하지 않게 된다. 따라서 대학의 자치는 제도보장이 아니라 절차권으로 이해되어야 한다. 대학의 자치가 절차권으로 이해되면 국민은 이에 대한 침해를 이유로 헌법소원을 청구할 수 있다. 그렇다고 헌법재판소의 권한이 비대화되어 의회의 권한을 침해하지는 않는다. 헌법재판소는 절차권과 같은 급부권의 경우에 과소금지원칙에 따라 심사할 수 있기 때문이다. 같은 맥락에서 절차권으로 이해된 대학의 자치를 근거로 국민이 헌법소원의 청구를 남발할 가능성도 적다.

주제어

학문의 자유, 대학의 자치, 제도보장, 절차권, 과소금지원칙

[Abstract]

Academic Freedom and University Autonomy

Prof. ZOONIL YI, PH.D.
Korea University School of Law

There can be four opinions about the relation between academic freedom and university autonomy: the first that the former and the later are the same in the aspect of substance and function as well, the second that the former and the later are the same only in the aspect of substance, the third that the former and the later are the same only in the aspect of function, and the fourth that the former and the later are divided in the aspect of substance and function as well. It is reasonable that academic freedom has to include substantially and functionally the autonomy of university. If the academic freedom does not include the autonomy of university, the later must be understood as institutions-guarantee (Einrichtungsgarantie). And if the autonomy of university is understood as institutions-guarantee, people who claim that their autonomy of university as basic right which is guaranteed by the Constitution has been violated may not file a constitutional complaint. The Constitutional Court shall not apply restricted scrutiny when it control the legislation by the criteria of the autonomy of university. Therefore, the autonomy of university is required to be understood as procedure-right, not as institutions-guarantee. If the autonomy of university is understood as procedure-right, people who claim that their autonomy of university as basic right which is guaranteed by the Constitution has been violated may file a constitutional complaint. However, power of the

憲法論叢 第23輯(2012)

Constitutional Court shall not be exaggerated and violate the competence of the Parliament, because the Constitutional Court may apply the principle of prohibition of undersized protection (Untermaßverbet) as criteria of norm-control. In the same context, there are so few possibilities to file a constitutional complaint on the base of the autonomy of university understood as procedure-right.

Key-words

Academic Freedom, University Autonomy, Institutions-guarantee(Einrichtungsguarantie), Procedure-right, Principle of Prohibition of Undersized Protection(Untermaßverbot)

참고 문헌

- 계희열, 헌법상 학문의 자유, <고시연구>, 제25권 제11호(1998), 14~27면.
- 구병삭, 학문의 자유와 대학의 자치(1), <사법행정>(한국사법행정학회), 제15권 제12호(1974), 12~16면.
- 구병삭, 학문의 자유와 대학의 자치(완), <사법행정>(한국사법행정학회), 제16권 제1호(1975), 17~21면.
- 김대환, 제도보장에 있어서 핵심영역의 보호 - 기본권의 본질적 내용보장과 관련하여 -, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제6권 제4호(2000), 63~85면.
- 김명재, 과학기술과 학문의 자유, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제11권 제4호(2005), 155~181면.
- 김영수, 기본권과 제도적 보장 - 혼인·가족제도를 중심으로 -, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제5권 제2호(1999), 185~199면.
- 김철수, <헌법학개론>, 제19판, 2007.
- 김철수, 학문의 자유와 대학의 자치(상), <고시계>, 제25권 제3호(1980), 25~39면.
- 류지태, 지방자치의 제도적 보장론 소고, <법학논집>(고려대학교 법학연구원), 제29집(1993), 433~471면.
- 성낙인, <헌법학>, 제11판, 2011.
- 오동석, 제도적 보장론 비판 서설, <헌법학연구>(한국헌법학회), 제6권 제2호(2000), 50~68면.
- 오동석, 지방자치의 제도적 보장론 비판, <공법연구>(한국공법학회), 제29집 제1호(2000), 219~234면.
- 이승우, 기본권의 양면성이론과 제도보장의 관계, <공법연구>(한국공법학회), 제31집 제1호(2002), 295~314면.
- 이준일, 조직과 절차에 관한 기본권, <아·태공법연구>(아세아·태평양공법학회), 제9집(2001), 133~151면.

憲法論叢 第23輯(2012)

장영수, <헌법학>, 제6판, 2011.

정극원, 독일기본법과 한국헌법에서의 제도보장론, <유럽헌법연구>(유럽헌법학회), 제3호(2008), 369~395면.

정중섭, <헌법학원론>, 제3판, 2008.

조규린, 학문의 자유와 대학의 자치, <사회과학연구>(전북대학교 사회과학연구소), 제6집(1979), 125~142면.

조한상, 제도보장 이론의 공법적 의미와 문제점, 극복방향, <법학연구>(부산대학교 법학연구소), 제48권 제2호(2008), 59~84면.

하철영/이동훈, 학문의 자유와 대학의 자치, <동의법정>(동의대학교 법학연구소), 제4집(1988), 203~218면.

허영, <한국헌법론>, 제4판, 2008.

Kaufhold, Ann-Katrin, Wissenschaftsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht?, NJW 2010, 3276~3279면.

Kobor, Hagen, Grundfälle zu Art. 5 III GG, JuS 2006, 695~698면.

Losch, Bernhard, Verantwortung der Wissenschaft als Rechtsproblem, NVwZ 1993, 625~629면.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit - Neue Hochschulgesetze im Lichte des Art. 5 III GG, NVwZ 2005, 1000~1009면.

Waldeyer, Hans-Wolfgang, Die Professoren der Fachhochschulen als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, NVwZ 2010, 1279~1282면.

미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점

- Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct.
2729 (2011) -

李 明 雄

University of Washington School
of Law, Ph.D. Candidate,
前 헌법연구관

- 目 次 -

I. 문제의식 : 실체보다 형식?	51
II. Brown 판결의 요지	53
1. 사실관계	53
2. 판결요지	54
III. 표현의 자유에서 ‘compelling interest’ 기준의 문제점	56
1. ‘악의적’ 혹은 ‘의심스러운’ 기준의 생략	56
2. 주의 입법형성의 존중	62

3. 가능한 대안	65
IV. Brown 판결의 엄격심사 검토	66
1. ‘compelling interest’의 인정 문제	66
2. ‘narrowly tailored’의 인정 문제	75
3. 정리	78
V. 한국 헌법재판에 대한 시사점	82
* 국문초록 및 주제어	85
* 영문초록	88

I. 문제의식: 실체보다 형식?

2011. 6. 27. 미국 연방대법원은 *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S.Ct. 2729 (2011) (이하 ‘Brown 판결’)에서 캘리포니아주 의회가 제정한, ‘폭력적 비디오 게임’(violent video game¹⁾)의 미성년자에 대한 판매와 대여금지 규정(Cal. Civil Code §1746.2) 이하 ‘이 사건 조항’)을 표현 내용의 제한에 대한 엄격심사를 통과 못하여 위헌이라고 판단하였다. 이 판결은 표현의 자유에 대한 최근의 중요한 결정이지만, 그 논지를 보면 판결의 논리와 설득력에 의문이 제기된다. 특히 입법형성재량을 무시한 획일적 엄격심사가 미국 사법심사에서 과연 적실성이 있는지 의심스럽다. 이 글은 이러한 관점에서 위 판결을 비판적으로 검토하고, 우리 헌법재판에 어떤 시사점을 주는 지 살펴보고자 한다.

미국 연방대법원에 제기된 표현내용의 제한 사건에서, 법률이 정부의 필요불가결한 이익(compelling interest)을 달성하기 위하여 필요한(necessary) 혹은 좁게 재단된(narrowly tailored) 것이 아닌 한 위헌이라는 엄격심사(strict scrutiny)가 적용되는 경우 위헌이 될 가능성이 매우 높다. 왜냐하면 해당 입법이 반드시 필요한 공익을 달성하기 위한 것이라는 입증은 정부가 법원을 상대로 성공적으로 하기가 매우 어렵게 되어 있기 때문이다.

‘필요불가결한 공익’ 개념은 민감한 인종차별 사안에서부터 시작되었기 때문에 역사적으로 인종차별과 관련된 사안에서 연방대법원은 가장 엄격한 위헌심사기준을 정립할 수밖에 없었다. 인종차별의 경우 차별입법은 헌법적 정당화가 애초부터 의심스런(inherently suspect, suspicious) 혹은 악의적인(indivious, odious) 것으로 보게 되고 인권(평등원칙)이 절대적인 것은 아니므로 제한이 가능하지만 그러한 차별입법은 고도의 엄격한 정당화 없이는 허

1) 미학적 가치가 없는 것으로서 게임상의 사람이미지를 살해하거나, 사지절단, 불구로 만들거나, 성폭행을 하는 것을 내용으로 하는 것을 말한다. 아래 각주 23 참조.

2) California Assembly Bill 1179 (2005).

용될 수 없다는 법리가 형성되었고 이것이 엄격심사 기준으로 정형화되었다(후술). 즉 인종차별을 유지하려는 주법이 의심스럽거나 악의적인 차별을 도모하는 경우 수정헌법 제13조(노예제, 강제적 사역 금지), 제14조(평등, 적법 절차, 집행조항), 제15조(흑인의 선거권 보장)에 위반될 소지가 강하다. 이러한 엄격심사 기준이 뒤에 표현의 자유에 그대로 적용되면서 마찬가지로 표현내용의 제한에 관해서 엄격심사가 정립되었다. 한편 주가 외국인을 주민과 차별하는 것에 대해서도 ‘본래적으로 의심스런’(inherently suspect) 것이라고 보아 엄격한 심사를 하여왔다.³⁾

그런데 미국에서 표현의 자유에 있어서 엄격심사는 몇 가지 문제를 지니고 있다고 생각한다. 우선 인종차별 사안의 엄격심사에서 전제로서 작동하던 ‘의심스런’ 혹은 ‘악의적’인(차별적) 입법의도의 추정, 표현의 자유 사안에서는 대개가 탈락된다는 것이다.⁴⁾ 대부분 표현의 자유 사안은 차별 사안이 아니라 자유의 제한에 관한 것이므로, 표현내용에 관한 제한인 한 입법자의 의도가 선의이던지 불문하고 엄격심사가 그대로 적용되어 왔다. 다시 말하면, 인종차별에 대한 심사기준인 엄격심사가 표현의 자유 사안까지 넘어오면서 그러한 엄격한 심사의 전제가 탈락되었고, 한편 표현의 자유의 내용제한에 대한 별도의 심사기준이 마련되지 않았던 것이다.

이러한 상황의 문제점은, 입법자의 ‘선의’의 입법의도나 주헌법상 주어진 입법재량의 범위에도 불구하고, 연방대법원의 획일적인 엄격심사 기준의 적용 때문에 불합리한 위헌결정이 나타날 수 있다는 것이다. 이 글의 계기가

3) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971)에서 연방대법원은 “외국인 지위에 기인한 구분은 국적이거나 인종에 기인한 그것과 마찬가지로 본래적으로 의심스러운 것이며 엄격한 사법심사에 종속된다. 집단으로서 외국인들은 ‘분리되고 고립된’(discrete and insular) 소수자(*Carolene Products* 각주4 참조)의 전형적 예이므로 이들에 대해서는 그러한 높혀진 사법적 배려가 적절하다.”고 판시하였다.

4) 물론 후술하듯이 표현의 자유에서도 특정한 표현 주체를 겨냥하거나 특정한 관점만을 표적으로 그것만 제한하는 경우 강한 ‘의심’내지 ‘악의’(hostility)가 전제되고, 연방대법원은 이에 대해 엄격한 심사를 하고 있다. 그러나 일반적인 내용제한의 경우 그런 주관적 요소가 탈락되고 있다.

된 **Brown** 판결이 바로 그런 예에 해당한다.

과거에 연방대법원이 엄격심사를 통하여 표현의 자유를 최대한 보장하는 판례를 생산하여 온 것은 주지의 사실이나(심지어 미국 국기를 소각하는 의사표현 행위도 합헌), 사회문제에 대처하는 주 입법자의 정책형성이 선의의 것이며 헌법적 근거를 가지고 있어 합헌성이 의심스런 것이 아님에도 불구하고, 표현내용의 제한일 경우 기계적으로 ‘필수불가결한 공익’ 여부를 판단하는 것에 대해 필자는 동의하기 어렵다.

특히, 다음 문제로서, 보호되는 ‘표현’의 범위가 전통적으로 중요한 헌법적 가치로 평가되던 정치적 의사표현이나 언론과 비평이 아니라, 폭력적 비디오 게임의 내용이나 선정적인 표현까지 확대된 결과, 과연 표현내용에 대한 제한이거만 하면 정치적 의사표현이던 폭력적 비디오 게임이던 동일한 저울 위에 놓고 기계적으로 엄격심사를 적용하는 것이 옳은가. 그럼으로써 연방법원이 주 입법자의 정책형성과 권한에 지나치게 개입하는 것이 아닌지, 실제적 가치보다는 법의 통일성과 판례법의 일관성에 치중하여 오히려 결과에 있어서 보호가치가 명백히 약한 표현에 대하여 다른 사회적 가치를 압도하는 지위를 주는 것이 아닌지 의문이 제기된다.

II. **Brown** 판결의 요지

1. 사실관계

캘리포니아의 이 사건 조항은 “폭력적 비디오 게임”(violent video games)을 미성년자에게 판매나 대여하는 것을 금지하고, 그 포장에 “18세”로 표기하도록 하였다. 해당 게임의 정의는, 게임 참여자가 살해하거나, 불구자로 만들거나, 신체를 절단하거나 성폭력을 하는 수단을 가지고 있고, 만약 그러한 행위가 합리적인 사람의 기준으로 볼 때 전체적으로 미성년자의 정상을

벗어난 관심 혹은 병적인 관심에 호소하고, 미성년자에게 적합한 것에 대한 공동체의 기준에 명백하게 반하고, 문학적, 미학적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결여한 것이다. 이 사건 조항 위반행위는 \$1000 이하의 벌금에 처해진다.

원고들(피상소인)은 비디오 게임과 소프트웨어 산업을 대표하여 위 법률에 대한 위헌소송을 연방지방법원에 제기하였다. 연방지방법원은 이 사건 조항이 수정헌법 제1조를 위반한다며 그 효력을 정지하였고, 주(법무장관 Brown)가 항소하였으나 기각되었고, 그 후 연방대법원이 주의 사건이송명령 신청(certiorari)을 받아들였다.

연방대법원의 판결에서, Scalia 대법관의 다수의견은 이 사건 조항을 위헌으로 판단하였다(표현내용의 제한이 엄격심사를 통과하지 못함). Thomas 대법관의 반대의견(부모를 통하지 않은 미성년자에 대한 직접적 표현은 연혁적으로 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 보호범위에 포함되지 않으므로, 사안은 표현의 자유에 대한 것이 아니며 달리 위헌성 없음)과 Breyer 대법관의 반대의견(엄격심사 충족, 적법절차의 명확성 원칙 충족)이 각각 반대의견을 냈고, Alito 대법관이 작성하고 Robert 대법원장이 동의한 별개의견(폭력적 비디오 게임의 아동에 대한 유해성은 인정하나, 이 사건 조항의 구성요건은 애매하므로 적법절차에 위배되어 위헌)이 있다.

2. 판결요지

이 사건 조항은 수정헌법 제1조에 위반된다.

(1) 비디오 게임은 수정헌법 제1조의 보호범위에 있다. 보호되는 서적, 대본, 영화와 마찬가지로, 비디오 게임은 전달매체에 독특한 문체와 기능을 통하여 아이디어를 의사소통한다. …… 표현의 자유의 기본적 원리는 의사소통 매체에 따라 달라지지 아니한다. *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343

U.S. 495, 503. 가장 기본적인 원칙은, 음란(obscurity), 도발(incitement), 도전적인 말(fighting words)과 같이 역사적으로 보호되지 않는 표현행위의 한정된 예외를 제외하고는, 정부는 표현의 메시지, 아이디어, 주제 혹은 내용을 이유로 표현을 제약하는 권한을 가지고 있지 않다는 것이다. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564, 573. 입법부는 특정한 카테고리의 가치를 그것의 사회적 비용과 형량하고 만일 그것이 테스트를 통과하지 못할 경우 처벌하는 방법에 의하여 헌법상 보호되지 않는 새로운 카테고리를 만들어낼 수 없다. *United States v. Stevens*, 559 U.S. -- 참조. *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 판결에서 합헌으로 판단된 뉴욕 주법과는 달리, 캘리포니아의 이 사건 조항은 성인용으로 규정된 내용이 아동에게 무비판적으로 적용되지 않도록 하기 위하여 기존의 보호되지 않는 표현의 카테고리의 범위를 조정하지 않는다. 대신에 캘리포니아는 아동에게 향해진 표현에게만 허용되는 새로운 카테고리의 내용 제한(content-based) 규제를 창설하고자 한다. 그것은 유래가 없으며 잘못된 것이다. 이 나라에는 아동이 폭력을 표현한 것에 접근하는 것을 특별히 제한하는 전통을 가지고 있지 않다. 그리고 “상호작용하는”(interactive) 비디오 게임은 플레이어가 화면상의 폭력적 행위에 참여하여 그 결과를 결정한다는 점에서 특별한 문제를 가져온다는 캘리포니아의 주장은 설득력이 없다.

(2) 이 사건 조항은 보호되는 표현의 내용에 대한 제한이므로, 그것이 엄격심사(strict scrutiny)를 통과한다는 것, 즉 필수불가결한 정부의 이익(compelling government interest)이 존재한다는 정당화와 그 이익을 달성하기 위하여 좁게 한정된(narrowly drawn to serve that interest) 것을 캘리포니아가 증명하지 못하는 한 무효이다. *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 395. 캘리포니아는 이 기준을 충족하지 못하고 있다. 폭력적 비디오 게임에 노출되는 것과 아동에 대한 해악적 효과의 상관관계를 보여주기 위한 심리학적 연구물들은, 그러한 노출이 미성년자들이 공격적으로 행동하도록 만든다는 것을 증명하지 않는다. 발견된 효과들은 적은 것이며 다른 매체에 의하여 야기되

는 효과와 구분될 정도가 아니다. 캘리포니아가 일요일자 신문 만화와 같은 그러한 다른 매체를 규제하지 않았으므로, 비디오 게임에 대한 규제는 매우 과소한(underinclusive) 것이며, 이는 주가 과연 해당 공익을 추구하고 있는 것인지, 혹은 특정한 주체나 관점을 싫어하는(disfavoring a particular speaker or viewpoint) 것이 아닌지에 대한 심각한 의심을 야기한다. 또한 캘리포니아는 이 사건 조항의 규제가 자녀들을 폭력적 비디오로부터 제한하고자 하는 부모들의 소위 실질적인 필요성에 부합하는 것이라는 점을 보여주지 않는다. 비디오 게임 산업의 자발적인 등급 시스템(voluntary rating system)이 이미 상당 부분 그것을 충족하고 있다. 더구나, 폭력적 비디오 게임의 구입이 금지되는 아동들이 모두 그러한 게임으로부터 아동을 보호하고자 하는 부모를 가지고 있는 것은 아니므로, 이 사건 조항은 부모들을 도와준다는 수단으로서 지나치게 과대한(overinclusive) 것이다. 이 사건 조항은 엄격심사를 충족하지 못한다.

Ⅲ. 표현의 자유에서 ‘compelling interest’ 기준의 문제점

1. ‘악의적’ 혹은 ‘의심스러운’ 기준의 생략

‘필수불가결한 공익’⁵⁾이 있어야 차별이나 자유의 제한이 가능하다는 법리

5) ‘compelling interest’의 개념을 연방대법원이 직접 설명한 바는 없다. 연혁적으로 연방대법원의 그 개념 취지는 근본적 권리의 제한은 그에 걸맞는 가장 긴요한 상황(most pressing circumstances)에서만 가능하다고 전제한 것이고, 정부의 입법이유의 사회적 중요성(societal importance of government's reason)을 강조하려고 한 것이다. Adam Winkler, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, 59 Vanderbilt Law Review 793, 800 (2006) 참조. 번역에 있어서 compelling은 본래 ‘강요하는’을 뜻하지만, 그것은 정부 입장에서는 입법을 할 수밖에 없는(necessitating) 것을 의미한다고 볼 수 있다. 그런 의미에서 이 글에서는 ‘필수불

는 기본적으로 평등취급 혹은 보호가 원칙이고 차별이나 제한 자체는 매우 예외적이라는 사고방식을 전제한다. 그리하여 여하한 차별은 헌법적으로 애초부터 의심스러운(inherently suspect) 것이라거나 악의적인(invidious) 것이라고 보게 된다.

1942년 Douglas 대법관은 해당 범죄자에 대한 강제불입수술 사건에서 “결혼과 생식은 인종의 존재와 생존에 근본적이다. 행사될 경우, 불입을 시키는 권력은 예민하고, 광범위하고 황폐화시키는 효과를 가져올 것이다. 악의적이거나 부주의한 행사일 경우, 그것은 지배적인 집단에 사이가 나쁜 인종이나 특정 부류의 사람들을 약하게 하거나 사라지게 할 것이다. 법이 미치는 사람들에게 대한 구체책은 아무데도 없다. 추가 행사하는 여하한 실험은 그에게 회복할 수 없는 피해이다. 그는 영원히 기본적 자유를 박탈당한다. 우리는 이 문제를 주의 규제권한 범위를 재심사하려고 언급하는 것이 아니다. 우리는 단지 추가 불입시키는 법을 통하여 만드는 구분(classification)에 대해서는, 부지불식간에 특정한 집단이나 부류에 대하여 정당하고 평등한 법의 헌법적 보장에 위반하여 악의적 차별(invidious discrimination)이 이루어지지 않게 하기 위해서, 엄격심사(strict scrutiny)가 필수적이라는 것을 강조하려는 것이다.”고 판시하였다.⁶⁾

Black 대법관은 1944년 인종에 기인한 차별사건에서, “한 단일한 인종적 집단의 시민권을 박탈하는 모든 법적 제약은 즉각적으로 의심스러운(suspect) 것이라는 점이 지적되어야 한다. 이는 모든 그런 제약이 위헌이라는 말은 아니다. 그것은 법원들이 그것들을 가장 엄격한 심사(most rigid scrutiny)에 종속시켜야 한다는 의미이다. 절박한 공익적 필요성(pressing public necessity)이 때로는 그러한 제약의 존재를 정당화할 수 있다. 인종적 적대감은 절대로 그럴 수 없다.”고 판시하였다.⁷⁾

가결한'이라고 번역하기로 한다.

6) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 542 (1942).

7) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

Warren 대법원장은 흑백간의 결혼을 금지하는 주법이 자의적이고 악의적인 차별이며, “수정헌법 제14조의 명백하고 중심적인 목적은 주에서 모든 형태의 공식적인 악의적 인종차별(invidious racial discrimination)을 배제하려는 것이었다.”고 하였다.⁸⁾

입법부가 인종차별을 하는 법률을 제정한다면 그것은 위 법리에 따라 매우 절박한 공익적 이유가 없는 한 허용될 수 없는 것이다. 그것이 남북전쟁 후 공화당 체제에서 수정헌법 제13조 - 제15조를 제정한 입법정신이었다. “시민들간의 구분을 단지 그들의 조상만으로 행한다면 이는 그 자체로서 평등원칙을 기반으로 설립된 제도 위에 있는 자유로운 국민들에게 해로운(odious) 것이다.……인종차별은 대부분의 경우 적절성이 없으며 따라서 금지된다.”⁹⁾

이러한 법리가 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 적용되는 것은 그 자체로는 문제가 없다. 왜냐하면 표현의 자유는 헌법이 명문규정으로 “연방의회는 표현의 자유 혹은 출판의 자유를 제약하는 법을 만들 수 없다”고 하고 있으며, 이론적으로도, 첫째, 사상의 자유시장 하에서 지식과 진리를 추구하고, 둘째, 대의민주주의와 자치정부를 도모하고, 셋째, 개인의 자율성과 자기표현 및 자기성취의 증진이라는 세 가지의 원칙적 가치를 구현하는 중요한 것이므로,¹⁰⁾ 기본적으로 제한에 친숙한 것이 아니기 때문이다. 그러므로 표현의 자유의 내용제한에 기본적으로 가장 엄격한 심사가 적용된다는데 이의가 없다.

그런데 인종차별 입법과 같은 ‘의심스런’ 혹은 ‘악의적’인 입법이 아님에도 불구하고 표현의 자유 내용 제한에 대하여 무조건 엄격심사를 행하는 것은 과도한 위헌심사가 될 가능성이 있다.¹¹⁾ 다음 두 가지 요소가 그러한 법

8) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1987).

9) *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

10) Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, *First Amendment Law*, 4th ed. (Foundation Press, 2010), 5쪽.

11) 인종차별 입법에 대하여 판례는 많은 경우 그러한 입법은 의심스러운 차별(suspicious

리의 일률적 적용에 의문을 가져온다.

첫째, 수정헌법 제1조는 연방의회를 대상으로 한 것인데 비하여 오늘날 연방대법원이 판례로서 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 통하여 제1조가 주에도 적용되는 것으로 편입(incorporation) 되었다는 것이다. 전통적인 미국 헌법의 원리는 연방은 한정적으로 열거된(enumerated) 권한을 가지는 반면, 주는 특별히 주헌법에서 제약된 것이 아닌 한 전반적(plenary) 권한을 가진다는 것이다. 나아가 주는 주민들의 안전과 보건과 기본적 복지에 관한 일반적 규제권한(police power)을 가지고 있다. 그런데 연방대법원의 적법절차의 해석을 통하여 연방헌법의 권리장전 및 연방대법원이 결정한 바의 심사 기준을 주에 대하여 일률적으로 적용하게 된다면 그것은 그러한 주의 고유한 권한을 제약하는 결과가 될 수 있다. 물론 연방헌법의 주간 통상조항이나 연방법의 우위에 따른 주의 권한의 제한은 연방헌법이 본래 예상하는 것이다. 그 밖의 경우, 주는 자신의 헌법 하에서의 적법한 권한행사를 할 지위

discrimination) 혹은 악의적인 것이라고 판시하였다. 이러한 특징 요소가 뒤에 엄격 심사를 도출하는 계기가 되었다. 그러나 그러한 특징이 구체적인 엄격심사에 어떻게 적용되는지는 불명확하다. 왜냐하면 엄격심사에는 의심스럽거나 악의적인 것이 구성 요소에 들어있지 않고 필수불가결한 공익과 수단의 한정성만이 심사되기 때문이다. 그러므로 의심성과 악의 부분은 엄격심사 자체를 정당화하는 요소일뿐 심사내용은 아니다. 한편 이러한 특징적 요소는 표현의 자유의 내용심사에서도 없지 않다. 즉 표현내용에 따라 한정하여 규제하는 입법은 특정 언론 주체나 표현의 관점에 대한 적대적인(hostile) 입법의도가 추정된다는 것이다(예, R.A.V. v. City of St. Paul). 여기서도 마찬가지로 그러한 적대감이 구체적인 엄격심사의 내용에 직접 연관되지는 않고 있다. 결과적으로 연방대법원이 인종차별이나 표현내용 제한 사안에서 ‘의심스런’, ‘악의적’, ‘적대적인’ 것과 같은 개념을 사용하는 것은 엄격심사의 도출을 정당화하는 것이며, 엄격심사의 내용 자체는 아니다. 즉 그런 특징 때문에 ‘필수불가결한 공익’을 이유로 한 입법의 정당화를 요청하며, 무엇이 필수불가결한 것이냐의 문제는 다른 차원으로 결정된다. 필자의 문제의식은 인종차별 사안에서 그러한 특징 요소가 일반적인 것인 반면(왜냐하면 인종에 대한 엄격한 평등의 관점에서 차별은 그 자체로 헌법상 의심스런 것임), 표현의 내용규제에서 적대적인 경우는 일반적인 것이 아니라는 점이다. 즉 입법부는 선의적인 고려에서도 표현내용의 규제를 할 수 있는 반면, 선의적인 고려에서 인종차별 입법을 하기는 어렵다. 그렇다면 인종차별 사안에서 비롯된 엄격심사의 내용이, 적대적이거나 악의적이지 않는 표현내용 규제입법에 일률적으로 그대로 적용되는 것은 문제가 있다고 본다.

를 가지고 있는데, 연방대법원의 연방헌법해석 내지 심사기준의 내용 여하에 따라 언제든지 그것이 제약되거나 금지될 운명에 처하게 된 것이다. 한마디로 주의회의 입법형성권은 연방대법원에 의하여 언제든지 제약될 운명에 처해진다.

이러한 충격을 완화시키고자 다음과 같은 법리가 연방대법원에 의하여 정립되었다. 주법원이 연방법과 주법 문제가 얽혀있는 사건에서 주법을 재판규범으로 삼아 연방법과 독립적으로 결론에 이르렀다면 연방법원이 관할권을 갖지 않는다는 원칙(the adequate and independent state ground doctrine),¹²⁾ 한 주와 다른 주 주민들 사이의 소송에서(diversity jurisdiction) 연방법원은 실체법이 아닌 절차법에 관해서만 연방법을 적용하도록 하는 원칙(Erie doctrine),¹³⁾ 한편 연방의회가 수정헌법 제14조 제5항(집행조항: “연방의회는 적절한 입법을 통하여 이 조의 규정들을 집행할 권한을 가진다.”)에 근거하여 주에 대하여 규제를 하는 경우 교정적이거나 예방적인(remedial or prophylactic) 경우여야 하며 추구하는 목적과 수단 사이에 적합성과 비례성을 가져야 한다는 법리(doctrine of congruence and proportionality)¹⁴⁾ 등이 그것이다.

하지만 이러한 법리에도 불구하고 기본적으로 주법률의 위헌성을 다투는 사건이 처음부터 연방법원에 제기된 경우(Brown 사건도 그러하다) 여전히 연방헌법의 해석 여하에 따라 해당 주 내의 법체계와 상관없이 주법률이 연방헌법에 반하는 것으로 선언될 수 있는 구조를 가지고 있다. 엄격심사의 적용에서, 주의 법률이 주의 고유한 일반적 규제권한에 속하는지, 주의 헌법에 적합한 것인지, 주의 의회의 입법형성권을 존중하여야 할 것인지는 연방대법원이 고려하지 않는다. 이러한 결과는 연방헌법 제정자들의 의도가 그러했기 때문이 아니라, 연방대법원이 수정헌법 제14조 적법절차조항의 해석

12) *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032, 1038 (1983).

13) *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 (1938)

14) *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

을 통하여 수정헌법 제1조-제8조의 권리장전의 대부분을 연방뿐만 아니라 주에도 직접 적용되는 것으로 헌법해석을 하였기 때문이다. 그러므로 이러한 편입 내지 확장(incorporation)이 연방과 주의 공동 주권 내지 연방주의를 보장한 연방헌법 취지와는 달리, 만일 연방대법원이 지나치게 위헌심사기준을 획일적으로 정립하여 주입법에 대해서 관철하게 될 경우, 결국 주에 대하여 연방(연방법원)의 지나친 개입을 초래할 수 있게 된 것이다.

둘째 문제는 더욱 심각하다, 즉 표현의 자유에서 판례상 보호되는 표현의 범위가 매우 넓은데도 일률적으로 엄격심사가 적용된다는 것이다. 연방대법원이 보호되는 표현의 범위를 최대한 넓히고 있기 때문에 표현내용의 헌법적 비중에 상관없이 판례법상 금지되는 한정된 표현(음란, 명예훼손, 도발, 폭력적인 말)이 아닌 한 모든 표현행위의 내용이 엄격심사의 보호대상으로 자리잡게 된 것이다. 이 사건에서도 Scalia 대법관은 폭력적 비디오 게임이 헌법상 보장되는 표현임을 누차 강조하고 있다.

연방대법원은 헌법적으로 금지되는 음란 등 표현은 무가치하다는 점을 강조하지만, 나머지 보호되는 표현들에 대해서는 특별히 더 보호되고, 덜 보호되고 하는 구분을 하지 않으려고 한다.¹⁵⁾ 사실 그러한 구분은 매우 어렵고, 연방판례법의 통일성과 연방대법원 결정의 일관성을 가져오기 매우 어려울 것이다. 한 사람에 대한 표현의 가치가 다른 사람에게는 상반될 수도 있다. 그러나 사법심사에서, 위헌여부라는 중차대한 결정에 앞서, 그러한 구분은 필요한 것이 아닌가? 만일 구분이 필요한데도 하지 않는 혹은 못하는 법원의 기능상의 한계가 일률적 심사기준과 맞물려 실체를 형식에 희생하게 되는 어려움을 초래한다면 그것은 중요한 문제이다. 상식적으로 비속하거나(음란에 이르지 않는) 노골적인 성적 표현행위 혹은 이 사건에서 문제된 폭력적 비디오 게임과 같은 ‘폭력적’인 표현행위가, 전통적인 언론의 자유의

15) 간혹 연방대법원은 심사기준상의 구분을 하기도 한다. 예를 들어 상업적 언론(광고)에 대해서는 이를 보호되는 표현행위라고 하면서도 그 내용규제에 대해서는 엄격심사가 아니라 중간심사기준을 적용함으로써 엄격심사가 초래하는 ‘엄격성’을 완화하고 있다. *Central Hudson Gas v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 557 (1980).

핵심 영역, 즉 정치적 의사표시나 토론행위 혹은 정부에 대한 비판과 똑같은 정도로 위헌심사의 저울 위에 놓여서 헌법적 판단을 받는 것이 적절한지는 의문이다. 더구나 비디오 게임과 같이 치열한 상업적인 동기에서 비롯된 표현행위를 우선적으로 보호하여 아동에게 미칠 수 있는 유해성을 차단하려는 입법부의 시도를 꺾는다면 그것이 올바른 위헌심사라고 할 수 있을까. 그로써 보장되는 법적 일관성과 통일성은 사회적 문제의 해결이 아니라 표현의 자유의 극단화를 초래하게 되지 않을까. 비디오 게임의 제작이 (창작으로서 표현을 담고 있다는 점에서) 보호되는 표현행위라는 점에는 이의가 없지만, 그 보호의 정도는 다른 정치적 표현행위와 같아야 할까. 심지어 매우 극단적인 폭력성을 담고 있는 내용까지 시민의 정치적 여론과 의사표현과 마찬가지로 엄격한 보호를 받아야 하는가. 물론 수많은 표현행위 중에 어느 것이 더 보호되고 어느 것이 덜 보호되는지 일관성 있게 판단하기 어렵지만, 필자는 적어도 경계선상의 문제에서, 즉 입법이 필수적인 공익을 위한 것인지 여부가 애매한 경우라면, 그 표현행위 내용의 헌법적 가치가 재판부의 고려사항으로서 편입되어야 한다고 본다. 법원의 기능상 한계 때문에, 더 이상의 합리적인 구분이 어렵다는 이유로, 모든 내용규제 입법에 대하여 입법상황이나 입법의 선의 여부를 따지지 않고 심사를 받아야 한다는 것은 설득력이 없다. 적어도 입법의도가 의심스럽거나 입법자의 악의가 추정되지 않는 사안으로서, 헌법상 보호되는 표현으로서의 비중과 가치가 높지 않은 경우라면 입법자의 입법형성권을 존중할 필요가 있다.

2. 주의 입법형성의 존중

미국 헌법질서의 중요한 특징은 연방주의(federalism)로서 연방과 주가 독자적인 주권과 영토적, 인적 관할을 가진다는 것이다. 특히 연방은 한정적으로 열거된 권한을 지니는 반면, 주는 주헌법이 금지하지 않는 범위에서 포괄적 권한을 가진다. 수정헌법 제10조에 의해서 연방헌법에 의해 연방에 위

임되지 않거나 금지되지 않은 권한은 각 주 혹은 국민에게 유보되어 있다. 더구나 주는 주권면책(sovereign immunity)을 지니므로 주의 동의 없이는 타 주의 혹은 같은 주의 주민으로부터 소송을 제기당하지 아니한다.¹⁶⁾ 미국 헌법질서에서 연방주의의 가치는, 권력의 수직적 분할을 통하여 자유를 보호하고, 자치정부의 강화를 통해 시민의 정치참여를 높이고 실험적 정책을 경험할 수 있게 하며, 다양성과 효율성으로 주민의 선호를 더 높일 수 있다는 것이다.¹⁷⁾

그러나 그동안 연방대법원의 해석¹⁸⁾과 연방법 우위의 원칙에 입각하여, 연방의회가 주간 통상규제권한(interstate commerce power), 과세 및 비용지출 권한(taxing and spending power), 수정헌법 제14조 제5항의 집행조항(civil rights act 등 제정)을 통하여 연방의 관할을 비약적으로 확대해온 것은 주지의 사실이다.¹⁹⁾ 이에 더하여 연방대법원은 연방헌법의 권리장전의 주에 대한 적용과 연방과 주에 공통적으로 적용되는(주의 특수성을 반영하지 않은)

16) 수정헌법 제11조는 연방법원이 주의 동의없이 타주 주민들로부터 주를 상대로 소송하는 것을 금지하며, 이는 같은 주 주민들로부터의 소송도 마찬가지이다(*Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890)). 하지만 연방대법원 관례로서 주의 공무원이 연방법 위반으로 연방법원에 피소당할 수 있으며, 연방의회가 수정헌법 제14조 제5항에 근거하여 주의 면책을 무시하는 입법을 할 수 있다.

17) Daniel Farber/William Eskridge, Jr./Philip Frickey, *Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century*, 4th ed. (West, 2009), 829-831쪽.

18) 이미 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819)에서 John Marshall 대법원장은 연방의회가 명시적 권한을 집행하기 위하여 필요하고 적절한(necessary and proper) 입법을 행할 수 있도록 한 연방헌법조항을 폭넓게 해석함으로써 연방의회의 관할범위를 넓혔다.

19) 연방대법원의 관례에 의하면 연방의회의 주간 통상권한은 주간 통상에 영향을 줄 수 있는 거의 모든 사안에 미치며, 심지어 명시적 연방입법이 없어도 주는 자신이 직접 통상에 참여하지 않는 한(the market participant doctrine) 주간 통상에 실질적 영향을 주거나 차별하는 내용으로 자기 주에 대한 독자적 규제를 할 수 없고(the dormant commerce clause doctrine), 적어도 뉴딜 이후에는, 연방의 과세권한은 합리적 연관관계가 인정되는 한 정당화되며(*Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937)), 연방보조금(subsidy) 지급을 통한 수많은 정책유도권한도 그것이 주의 의사결정을 사실상 강제하는 성격을 띠지 않는 한 정당화된다는(*South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987)).

엄격한 심사기준의 적용을 통하여 연방(연방대법원)의 관할을 확대하여 왔다.²⁰⁾ 그 결과 각 주의 법원들은 자신의 주에서 문제된 기본권 문제에 대해서도 대부분의 경우 연방헌법을 재판규범으로 삼아 적용해왔으며 1980년대에 들어서야 적극적으로 연방헌법이 아닌 주헌법을 근거로 하여 독자적인 기본권 보호를 하기 시작했다.²¹⁾

그러나 여전히 연방대법원은 주법에 대한 엄격심사 사안에서 주의회의 입법형성권을 존중하지 않는다. 이는 엄격심사 자체에 입법형성권을 반영하는 구조를 지니고 있지 않기 때문이기도 하다. 즉 ‘필수불가결한 공익’의 인정여부에 입법형성권을 반영하는 것이 제도적으로 어려움이 있기 때문이다. 그러나 필수불가결한 공익이 있는지 여부를 연방대법원이 ‘전국적’인 연방의 입장에서 판단하는 것은 주의 문제는 원칙적으로 주의 관할 안에서 처리해야 한다는 ‘풀뿌리 민주주의’ 및 연방과 주의 이중 주권 내지 수직적 권력분립을 선택한 연방주의 내지 연방헌법의 취지에 부합되지 않는다. 음란 개념에 대해 연방대법원이 *Miller* 판결에서 전국적 기준이 아닌 ‘커뮤니티 기준’을 적용한 것과 같이, (표현내용의 규제에 관한) 주법의 위헌성을 판단할 경우 주법은 해당 주의 영토와 주민에게만 미치므로 주의 상황을 고려하여 ‘필수불가결한 공익’ 여부를 판단하는 것이 상당하다. 계약법과 불법행위, 그리고 범죄와 형벌이 주의 고유한 관할인 것과 마찬가지로, 어떠한 표현행위를 어떻게 규제할 것인지에 대해서도 주의 어느 정도의 자율성을 가져야 마땅하며, 연방대법원은 특별히 전국적인 통일성과 연방법의 일관성이 핵심적인 것이 아니라면 이를 고려하여야 할 것이다. 물론 중간심사나 합리성심사에서 입법부의 재량을 존중하는 것은 확립되어 있다. 그러나 입법부의 입법재량을 중시해야 하는 이유는 권력분립에 근거한 것이고, 사법심사의

20) 단적이 예가 바로 *Brown* 판결이다.

21) 이는 *Kennedy* 대법관이 연방주의를 자유의 보호를 위한 연방헌법 제정자의 기본제도로써 재강조한 뒤에 부각되었다. 예를 들어 워싱턴주의 경우 *STATE v. GUNWALL*, 106 Wn.2d 54, 720 P.2d 808 (1986)은 연방헌법이 아니라 독자적인 주헌법에 기초한 심리요건을 새로 정립하고 있다.

본질적 한계를 구성한다. 그것은 물적 인적의 한정된 사법자원으로 국민 전체의 복지를 고려한 입법정책적 판단을 대신할 수 없기 때문이다. 그렇다면 이러한 측면은 특히 주법의 위헌심사에 있어서는 엄격심사라고 하더라도 예외가 있을 수 없다고 본다. ‘필수불가결한 공익’ 문제를 판단함에 있어서 주의 입법형성권한과 사안의 복잡성과 특수성이 반영되어야 하고, 연방대법원이 가부장적으로 나서서 사회적 현실인식이 약한 상태에서 그러한 공익이 없다고 잘라 말하는 것은 부적절하다(이 사건에서 Scalia 대법관의 경우).

3. 가능한 대안

엄격심사는 개념과는 달리 그 자체로 위헌 결론이 추정되는 심사는 아니다. 심지어 인종차별 사안에 대한 엄격심사에 있어서도 정부의 입법유구가 다양한 문맥하에서 평가되어야 한다. 비록 연방대법원이 즐겨 인용하는 문구는 아닌 것으로 보이나, O'Connor 대법관은 이 점을 다음과 같이 명백히 하고 있다.²²⁾

“평등조항하에서 인종에 기인한 정부의 행위를 심사할 때에도 문맥이 문제된다(Context matters). *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339, 343, 344 (1960) (“포함 혹은 배제의 해석절차를 통해 내용을 도출하게 되는, 연방헌법의 광범위한 규정들에 따른 주장을 심사함에 있어서, 필수적인 것은, 구체적인 상황에 의하여 근거되고 제약된 일반화가 다양한 핵심 사실들을 무시한 채 적용되어서는 안된다는 것이다.”라고 경고함). *Adarand Constructors, Inc. v. Pena* 판결에서 우리는 엄격심사가 관련된 차이점들을 고려하여야 한다(strict scrutiny must take ‘relevant differences’ into account)는 점을 명백히 하였다. 515 U.S. 228. 우리가 설명한 대로 사실상 그것이 ‘근본적 목적’(fundamental purpose)이다. Ibid. 인종에 의하여 영향받은 모든 결정이 똑같이 잘못된 것

22) *GRUTTER v. BOLLINGER*, 539 U. S. 306, 327 (2003).

이 아니며, 엄격심사는 그 특수한 문맥에서 인종을 근거로 한 것에 대하여 주의 깊게 정부가 제시하는 이유의 중요성과 진정성을 심사하는 구조물 (framework)을 제공하기 위하여 고안된 것이다.”

이상의 논의를 바탕으로 하여 이 글에서 주법률에 대한 표현의 자유의 내용심사에 대한 ‘필수불가결한 공익’의 심리방식을 재정리하면 다음과 같다.

연방대법원이 표현의 자유의 내용제한입법에 대한 심사에서는 연방법의 위헌심사와 주법의 위헌심사에서 필수불가결한 공익 기준의 심리를 달리 하여야 한다. 연방주의의 헌법취지를 반영하고 주의회의 입법형성재량을 존중하기 위하여 다음과 같은 추가적 기준이 고려될 필요가 있다. 즉 연방법원이 주의 규제를 연방헌법의 표현의 자유 보장의 관점에서 판단할 경우, (1) 해당 주 헌법의 관련내용, (2) 해당 주에서 사회적 문제점과 규제의 필요성, (3) 사안에 대한 주 의회의 입법형성재량 및 선의 여부, (4) 해당 표현행위의 보호강도를 각 고려하여야 할 것이다.

IV. Brown 판결의 엄격심사 검토

1. ‘compelling interest’의 인정 문제

Scalia 대법관이 집필한 다수의견은 미성년자의 보호를 위하여 표현의 자유를 제한하는 조치가 허용되지만 정부는 좁게 한정된 범위내에서만 헌법상 보호되는 표현의 내용을 미성년자에게 전파하는 것을 금지할 수 있다고 전제한다. 비디오 게임도 의사소통의 아이디어와 사회적 메시지를 담고 있으며 인물, 대화, 각색, 음악과 같은 문예적 요소를 지니고 있으므로 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현에 해당한다고 본다. 본래 수정헌법 제1조의 표현의 자유는 공적 사안에 대한 담화를 보호하는 것이 주된 목적이지만, 연방대법원은 정치적인 표현과 오락·연예(entertainment)를 구분하는 것이 곤

란하다고 판단하여왔다는 것이다. “한 사람에게는 오락인 것이 다른 사람에게 가르침이 될 수 있다”(Winters v. New York, 333 U.S. 507, 510 (1948))고 한다.

그런데, 연방대법원이 최고법원으로서 법적 통일성과 안정성, 특히 연방 하급심과 주법원에게 명백한 판례법상의 가이드라인을 주어야 하는 책임에서, 애매한 구분을 쉽게 할 수 없는 기능상의 한계는 인정되나, 정치적 언론과 오락이나 연예를 표현의 자유의 관점에서 구분하기 곤란하다는 점이 법원으로서 양자를 ‘똑같이’ 취급하여야 한다는 정당성을 담보해 주지는 않는다. 이 사안처럼 아무런 미학적 가치도 없이(물론 이견이 가능하다), 인간 이미지를 죽이고, 절단하고, 불구로 만들고, 성적 폭력을 행하는 내용의 ‘폭력적 비디오 게임’의 경우²³⁾ 어떤 ‘가르침’이 있어 이를 공적 사안에 대한 정치적 의사표현과 같이 취급해야 하는지에 대해서는 심각한 의문이 제기된다. 앞서 제시한 대로, 형식적 구분이 곤란하더라도 구체적인 위헌심사에 있어서 엄격심사 통과 여부의 경계선상의 문제에 대해서는 표현의 자유의 비중의 차이점이, 만약 그것이 현저하다면, 간접적으로나마 심리에 반영되어야 마땅할 것이다. 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 강력한 헌법적 보호가 본래 공적 사안에 대한 정치적 의사표현과 정부에 대한 비판의 보장에서 비롯된 것을 감안한다면, 수많은 표현 내용간의 비중의 구분을 법원이 하기에 곤란하다는 사실이 그러한 구분을 법원이 애초부터 고려하지 말아야 한다는 논리를 정당화할 수는 없다.

Scalia 대법관은 이 사건에서 캘리포니아주가 필수불가결한 공익의 입증에 실패했다고 판시하였다. 캘리포니아주가 폭력적 비디오 게임과 미성년자에 대한 해락의 직접적 상관관계를 보여주지 못한다는 것을 인정했다고 하면서, 캘리포니아주가 *Turner* 판결²⁴⁾에 기초하여 입법부는 그러한 연관관계

23) “Violent video game” means a video game in which the range of options available to a player includes killing, maiming, dismembering, or sexually assaulting an image of a human being... CA Civil Code §1746 (d)(1).

24) *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994).

의 존재에 대하여 예측적인 판단(predictive judgment)을 할 수 있다고 하지만, 동 판결은 엄격심사가 아니라 내용중립적인 규제에 관한 중간심사가 적용된 것이며, 캘리포니아는 더 높은 입증부담을 지며 애매한 증명만으로는 불충분하다고 하였다. 한편 캘리포니아가 Craig Anderson 박사와 기타 소수의 심리학적 연구자료에 기인하여 폭력적 비디오 게임에 노출되는 것과 아이들에 대한 해악적 효과의 연관성을 보여주려고 하였으나, 그러한 연구자료의 결과는 하급 연방법원에서도 받아들여지지 아니하였고, 기껏해야 폭력적 비디오 게임이 아동들에게 해악을 준다는 ‘원인관계’가 아니라 양자의 ‘연관관계’만을 보여주는 것으로서 불충분한 입증이며, 연구방법론상의 문제점도 지니고 있다고 판단하였다.

그러나 폭력적 비디오 게임과 아동에 대한 유해성에 관한 이러한 엄격한 판단은 사법이 입법부의 의사결정에 지나치게 개입하는 것이며 필수불가결한 공익 요건만으로 정당화되기 어렵다고 본다. 우선 캘리포니아주 헌법 제1조 제2항(a)는 “모든 사람은, 그 권리를 남용하지 않는 한, 모든 주제에 관하여 자신의 생각·느낌(sentiments)을 자유롭게 말하고, 쓰고, 출판할 수 있다. 법은 언론 혹은 출판의 자유를 제한하거나 박탈할 수 없다.”고 규정한다. 법이 언론출판의 자유의 제한과 박탈을 금지하는 것은 연방 수정헌법 제1조와 같지만, 권리남용을 방지하고 있다는 점에서 입법자의 규율영역이 존재한다. 만일 폭력적 비디오 게임이 성인과 달리 국가의 직접적 보호대상이 되는 아동들에게 유해한 효과를 준다면, 입법자의 개입이 정당화될 것이다.

이 사안에서 폭력적 비디오 게임이 아동들에게 주는 유해한 효과에 대해서는 수많은 긍정적인 연구결과가 있고, 실제로 Breyer 재판관은 반대의견의 말미에서 부록으로 해악을 준다는 연구의 목록을 6쪽 분량으로 게재하고 있으며(한편 해악을 주지 않는다는 연구목록 2쪽도 같이 게재), 그런 학문적인 연구결과가 아니더라도, 폭력적인 비디오 게임을 반복적으로 하는 아동들에게 그런 비디오 게임이 아동들의 성격과 태도에 유해한 효과를 줄 것이라는

점은 상식적으로 인정될 수 있으므로, 그런 긍정적 연구결과는 유해한 효과에 대한 납득할만한 증거라고 볼 수 있다. 반대되는 연구결과가 존재하지만, 그 이유만으로 유해성에 대한 부인이 정당화될 수는 없다. 사회과학적 조사연구에서 대립되는 연구결과는 흔한 일이며, 문제는 법원이 어느 정도로 증명력을 인정할 것인지에 있다. 유해성에 대한 연구가 방법론상 문제가 있다는 지적은, 심리학적 조사연구에서 방법론상으로 완벽한 연구는 상상하기 어려우며, 유해성이 없다는 연구결과 역시 방법론상 문제점에서 자유로울 수는 없을 것이므로, 그러한 방법론상의 문제점만으로 사회과학적 연구결과를 거부하는 것은 부당하다.

도대체 사안의 성격상 폭력적 비디오 게임과 아동의 유해성에 대한 ‘직접적’이고 ‘의심없는’ 증거가 있기 어렵다. 왜냐하면 특별히 아동이 비디오 게임 후 행동으로서 폭력적인 행위를 하는 것이 아닌 이상, 이는 내면의 심리적인 상태 내지 후유증으로 머무르며 그 구체적 효과는 얼마나 자주, 얼마나 오래동안 게임을 하는지, 게임상으로 어떤 폭력적 수단을 어느 정도로 이용하여 하는지에 따라 달라질 수밖에 없고, 아동이 평소 이를 긍정적으로 소화해낼 역량을 가지고 있는지에 따라서도 달라진다. 이러한 애매성과 개연성은 사안에 내재된 것이며, 그렇다고 애매성과 개연성 때문에 주의 노력에도 불구하고 필수불가결한 공익의 검증이 불충분하다고 단정한다면, 주의 입법자로서는 비디오 게임에 대해 아무리 심각한 위험성과 유해성을 인정하더라도 연방대법원의 심사기준의 형식성과 단순성 때문에 아동의 안전과 복리에 대한 입법을 할 수 없다는 불합리한 결론에 이르게 될 것이다. 통상 사회적 현실은 자료詹듯이 반듯하고 논리적인 혹은 계량화된 분석으로 접근되는 것이 아니라, 애매성과 개연성 그리고 시행착오 내지 씨줄과 날줄의 복잡성과 상호작용을 통하여 진단되고 개선되는 경우가 많다. 일찍이 Holmes 대법관이 법의 생명은 ‘논리’가 아니라 ‘경험’이라고 한 것은 그런 측면을 반영한 것이다.

폭력적 비디오 게임의 판매나 대여를 규제하고 싶으면 아동에게 ‘유해한

것'이라는 명백한 입증을 하라고 법원이 요구하는 것은, 사실상 거의 불가능한 주문이다. 지나친 계량화 내지 사회과학적 지식의 과신이다. 법원으로서 그런 입증을 하지 못하면 표현의 자유의 중요성에서 볼 때 아예 입법시도를 말아야 한다고 전제하겠지만, 그것은 국민의 대표자인 입법부의 의사결정작용을 심각하게 제한하는 것이고, 만일 법원이 지나치게 엄격하고 부적합한 심사기준을 설정함으로써 결과적으로 '폭력'을 받아들이는 것이 되고 헌법적으로 이를 보호대상으로 우선하여 지지한다면, 그것이 수정헌법 제1조의 정신을 법원이 충실히 구현하는 것이라고 할 수 있을까.

이 사건에서 판결에 첨부된 많은 연구목록과 같이 폭력적 비디오 게임의 아동에 대한 유해성에 관하여 수많은 연구결과가 있으며, 오늘날 컴퓨터와 인터넷 그리고 비디오 게임으로 인한 아동의 중독성과 학업 및 신체발달에 대한 유해성은 심각한 사회문제임은 상식적 사실이다. 캘리포니아주의 입법부는 그러한 사회적 현실에서 출발하여 헌법적 근거 하에²⁵⁾ 폭력적 비디오 게임으로부터 아동의 보호를 위하여 이 사건 조항을 마련한 것이므로 이에겐 아무런 헌법적으로 '의심스런' 혹은 악의적 입법의도가 없었다고 보여진다.

한편 Scalia 대법관은 왜 캘리포니아가 유사한 효과를 지닌 서적이거나, 영화, 만화에 대해서는 규제하지 않으면서 유독 폭력적 비디오 게임에만 규제를 하는지, 이는 표현 주체와 표현의 관점에 대한 차별적 규제라는 의심을 하고 있다. 그러면서 예로서, 그림형제의 백설공주, 신데렐라, 헨젤과 그레텔도 폭력적이고 잔인하지만 규제대상이 되지 않으며, 심지어 호머의 오디세이, 단테의 신곡, 골딩의 파리대왕까지 그러하다고 거론하고 있다.²⁶⁾ 나아가 폭력적인 영화, 만화, 라디오 드라마는 그러한 규제를 하지 않고 있는 것을 지적한다. 그러나 이러한 작품들과 폭력적 비디오 게임의 차이점은 Scalia

25) 폭력성을 통한 의사소통으로 청소년의 유해환경과 무관하게 비디오 게임을 청소년에게 직접 판매, 대여하는 것은 표현의 자유를 남용하는 것이라는 입법부의 평가가 가능하다.

26) 131 S.Ct. 2729, 2736-7.

대법관은 언급하지 않았지만 작품성 내지 미학적 가치의 여부일 것이다. 또한 캘리포니아주가 주장한 것처럼 비디오 게임은 그 상호작용성(interactive)하다는 점에서 차이가 있다. 즉 게임 플레이어가 직접 게임속에서 사람을 살해, 사지절단, 성폭행을 행하고 그 결과를 게임에 반영시킨다는 점에서 다른 매체가 수동적으로 보거나 듣는 것에 비해서 커다란 차이를 인정할 수 있다.

그러나 Scalia 대법관은 이러한 주장에 대하여, 상호작용성은 비디오 게임에만 있는 것이 아니라고 한다. 즉 1969년도의 *The Adventures of You: Sugarcane Island*는 독자가 줄거리를 결정할 수 있었다고 한다. 나아가 문학 작품에도 ‘상호작용성’이 존재한다며, “성공적인 작품일수록 독자를 스토리로 이끄며, 독자가 인물과 동일시하도록 하고, 인물들을 판단하며 대적하도록 유도하고, 독자 자신처럼 인물들의 기쁨과 고통을 경험하게 한다”는 Posner 연방항소법원 판사의 판시를 인용하고 있다.

하지만 위 1969년도 작품은 문학작품의 한 특수한 경우로서 입법자가 그 작품만 금지하는 입법을 마련할 수는 없지만 폭력적인 비디오 게임은 모두가 보편적인 상호작용성을 지니므로 입법적 규율대상으로서 보편성을 지닌다. 또한, 문학작품의 상호작용성은, 그 현학적인 표현에도 불구하고, 내적, 묵시적인 독자의 인식 차원의 것임에 비하여, 비디오 게임의 상호작용성은 외적, 명시적인 행위의 측면을 지니므로, 여하한 위해적 효과의 면에서 차이가 있을 수밖에 없다. 또한 폭력적 비디오 게임의 상호작용성은 플레이어가 직접 사람형상을 살해하거나, 사지를 절단하거나, 불구로 만들거나, 성폭력을 행사하도록 함으로써 불법적이고 반윤리적인 행위에 직접 참여하도록 한다는 점에서 문학작품의 그것과 차원이 다르다. Scalia 대법관의 이에 대한 반박은 아무래도 건강부회라고 보인다. 즉 그것은 반박을 위한 인위적 논리에 불과하며, 설득력이 불충분하다.

이 판결에서 Alito 대법관은 대법원장 Robert가 가입한 별개의견에서 이 사건 조항이 불명확하므로(애매하므로) 적법절차에 위배된다고 하였으나, 이

사건 조항의 아동에 대한 유해성을 인정하고 있다. Alito 대법관은 비디오 게임과 문학작품의 상호작용성의 유사성을 피력한 Scalia 대법관의 견해에 대해 한마디로 “성급하게(prematurely)” 결론을 내린 것이라고 본다.²⁷⁾ Alito 대법관은 생생하게 오늘날의 비디오 게임이 발전된 그래픽 기술로 인해 놀라울 정도로 현실성과 3차원성을 지니고 있으며, 새로운 비디오 게임은 게임상의 인물을 사진 등을 이용하여 실제 인물과 닮게 창조하고, 종전처럼 단추를 누르거나 조이스틱을 이용한 것이 아니라 직접 행위를 흉내 내는(simulating) 것으로서 가상세계와 현실세계의 간격이 점점더 줄어들고 있으며, 한편 그 폭력성은 매우 심각한 것이라고 표현한다. 어떤 비디오 게임에서는 플레이어들이 기관총, 엽총, 몽둥이, 망치, 도끼, 칼, 전기톱을 이용하여 사지를 절단하거나 목을 자르거나 불을 지르며, 게임속 피해자들은 절망속에서 살려달라고 호소하며, 화면상 피가 튀며 피가 흥건하고, 절단된 사지들이 그래픽으로 보여지며, 때로는 게임 포인트가 살해한 사람 수가 아니라 살해하는 기술 정도에 따라 가산되고 있다. 어떤 게임은 목적이 모녀를 강간하는 것이거나, 인디언, 흑인, 라티노, 유대인의 인종청소를 행하는 것이다. 이러한 비디오 게임은 말할 수 없이 잔인하며 매우 구체적이고 생생하게 플레이어와 상호작용한다. 많은 사람에게 있어서 문학작품에서의 상호작용성과 폭력적 비디오 게임의 그것은 같을 수 없으며, 비디오 게임을 하는 것이 책을 읽거나 라디오를 듣거나 영화를 보는 것과 매우 다른 경험이라고 생각할 합리적 근거가 있다고 한다.²⁸⁾

이러한 Alito 대법관의 폭력적 비디오 게임의 묘사에 대해서, Scalia 대법관은 그러한 묘사는 우리(다수의견)를 메스껍게 하기 위한 것이지만, 혐오성(disgust) 자체는 표현내용의 자유를 제한하는 정당한 근거가 아니라고 하면서, 그러한 혐오성 내지 공격성의 강조는 아이러니컬하게도 캘리포니아주가 이 사건 조항을 통하여 표현내용의 유해성보다는 표현내용에 표시된 아이디

27) 131 S.Ct. 2729, 2751.

28) 131 S.Ct. 2729, 2749-50.

어를 규제하기 위한 것이 아닌가 하는 위험성을 부각시킨다고 한다.²⁹⁾

필자가 보기에 Scalia 대법관은 폭력적 비디오 게임의 실체를 잘 경험해보지 않았거나 모르면서도 그 상호작용성에 대하여 자신있게 과소평가를 하고 있다. 또한 아동에 대한 그 중독성과 유해성에 대한 이해가 판결문에서 제대로 다루어지지 않는다. 사회과학적 자료의 분석과 현실세계의 상식적 이해를 규범논리의 일관성만으로 재단하는 것은 적어도 개별 사안을 통하여 헌법의 규범내용을 구체적으로 형성해 가야하는³⁰⁾ 헌법해석 내지 헌법재판에 있어서는 위험한 작업이며, 더구나 새로운 표현매체의 아동에 대한 효과에 대하여 본인 스스로 혹은 부모로서 이를 전혀 경험하지 못했을 재판관이 형식적 심사기준의 뒤에서 미리 한 쪽 결론을 내린 뒤 주관적 자의성의 위험에도 불구하고 자신있게 견해를 피력하는 것이 아닌지 의심이 든다.

오늘날 비디오 게임이 많은 아동에게 해악을 주는 것은 다음 사례에서도 알 수 있다. 2009. 3. 6. 캐나다 CBC 방송이 The Fifth Estate 프로그램에서 반영한 분(Top Gun: When a video game obsession turns to addiction and tragedy)³¹⁾은 이 문제에 대하여 많은 시사점을 준다. 2008. 11. 당시 15세이던 Brandon Crisp의 부모들이 비디오 게임에 몰두하던 그를 제지하기 위하여 그의 비디오 게임기(Xbox)를 빼앗자 Brandon은 집을 뛰쳐 나가버렸고 3주 후 시체로 발견되었다. 그 경과를 추적하면서 위 방송은 비디오 게임 중독문제에 관하여 전문가를 동원한 심층취재를 하였다. 위 방송에 따르면 비디오 게임 시장은 비약적으로 성장하여 왔으며, 미국에서 2008년 11월 한 달간의 매출만 \$2.91 billion이고 2008년도는 \$22 billion을 예상한다. 비디오 게임을 하는 아동 중 12분의 1이 중독증상을 보이며, Brandon이 하던 게임은 18세 이상 이용가인 first-person shooter 게임으로서(Call of Duty) 사람이 미지를 보이는 족족 최대한 살해하여야 하며 그렇지 않으면 자신이 당한다.

29) 131 S.Ct. 2729, 2738.

30) Konrad Hesse의 헌법해석방법론(계희열 역, 독일헌법원론 제1장) 참조.

31) http://www.cbc.ca/fifth/2008-2009/top_gun/media_in_the_family.html

살해된 사람수에 비례하여 게임점수가 부여되며 더 난이도가 높아지므로 플레이어는 많은 시간을 들여 기술을 익히고 점수를 높이게 된다. 인터넷을 통한 단체게임도 행해지며, 자신의 게임기술 부진 내지 탈퇴는 팀의 게임에 지장을 주게 되므로 비난과 때로는 욕설의 대상이 되고, 그 결과 더욱 게임에 몰두하게 만드는 경향이 있다. Brandon의 경우 과도한 시간을 게임에 하면서 보냈고, 밤시간의 게임은 다음 날 학교에 가지 못하는 사태를 초래하였다. 보다못한 부모가 게임기를 압수하자 가출을 하였던 것이다.

위 방송프로그램에서 상담전문가(Dr. David Walsh)는 그러한 비디오 게임은 아동으로 하여금 직접 참여하여 가상세계의 주인공으로서 계획을 짜고 선택을 하고 감독하고 결과를 경험하게 되고, 커다란 권력의 감각을 주며, 책이나 영화에서 우리가 관람자로 있는 것과는 차원이 다른 상호작용 매체로서(“very very powerfully interactive intensive medium”), 중독성이 있고 시간가는 줄을 모르게 되고 많은 이들에게 이는 단순한 게임이 아니라 자신의 생활의 중요부분으로 몰입되는 것이라고 한다. 아동의 경우 이러한 중독성은 자신의 잘못이라기보다는 상업적인 비디오 게임이 점차 그 차원을 높여 가면서 플레이어를 게임에 얽히게 하기 때문이며, 아동에 있어서 문제점은 무엇보다도 학생으로서의 학업에 유해한 효과를 주게 되며, 가족간의 관계를 단절시키고, 신체적 약화를 초래하게 된다는 것이다.

위 프로그램에 반영된 비디오 게임의 강력한 파괴력과 폭력성은 Scalia 대 법관이 말한 백설공주와 신데렐라의 폭력성과는 비교가 되지 않으며, 상호작용성에 있어서 다른 문학적 매체와 질적으로 구분되고 있으므로, 그의 인식은 객관적 타당성과 설득력이 약하다.

캘리포니아의 폭력적 비디오 게임 내용은 여타 매체의 그것에 비하여 플레이어의 폭력적 개입과 상호작용성에 있어 다른 매체와 구분되며, 아동에 대한 그 중독성이 초래하는 유해성은 긍정적 연구결과와 일반 상식으로 뒷받침되며, 그러한 사회적 유해성에 대한 주 입법부의 판단재량이 인정될 수 있으며, 아동의 헌법적 보호는 주의 중요한 과제라는 점은 다툼이 없으므로,

연방대법원이 이 사건 조항의 입법목적이 필수불가결한 것이 아니라고 단정하는 것은 자제되어야 했을 것이다. 주 입법자는 사회적 유해성에 대한 객관적 인식을 바탕으로 특별히 다른 매체와 차별하려는 의도가 아니라 아동에 대한 폭력적 비디오 게임의 영향력을 줄이고자 아동에 대한 직접적 판매와 대여를 금지시킨 것이고, 그러한 공익은 주의회의 표현의 내용 제한에 대한 합헌적 권한의 범위내에 있으며, 이러한 입법으로 아동에 대한 부정적 효과를 차단하려는 목적은 필수불가결한 공익의 범위에 속하는 것으로 입증되었다고 보아야 할 것이다.³²⁾

2. ‘narrowly tailored’의 인정 문제

엄격심사에서 수단의 적합성 심사는 수단이 목적달성을 위하여 한정되게 차단된 것인지 여부이다. 목적과 수단간의 엄격한 적합성을 요구하며, 목적에 비하여 수단이 과도한 것이거나 과소한 것일 때, 혹은 달리 같은 입법목적을 달성하는 덜 제약적인 대안이 존재할 경우 그러한 적합성은 깨지게 된다.

Scalia 대법관은 우선 이 사건 조항이 신문만화, 서적, 영화는 제한하지 않고 비디오 게임의 조달자만 한정해서 제한하고 있는 것은 과소한(underinclusive) 수단을 사용한 것이라고 본다.³³⁾ 이는 폭력적 비디오 게임도 다른 서적이나

32) 설사 그러한 입증을 추가 제대로 못했다고 하더라도, 연방대법원이 입증책임의 분배(설득의 책임)만으로 사안에서 필수불가결한 공익이 ‘없다’고 단정하는 것은 검토를 요한다. 입증책임의 분배 제도는 대립적 당사자주의(adversary system)에서 타당한데, 민형사 소송과는 질적으로 구분되는 법률의 위헌여부 사법심사의 경우 연방대법원의 위헌효과는 전체 법질서에 미치므로, 어느 법률에 있어서 정부측이 우연히 아주 부적절한 입론으로, 합헌임을 제대로 입증못했다는 이유만으로 그 법률이 위헌이라고 선언하는 것이 타당한가. 필자의 생각으로는 사법심사에서 연방대법원은 당사자의 입증분배 이상으로 한국 헌법재판소와 같이 사안의 잠재적 논거들을 직권으로 상당 부분 고려하는 것이 필요하다고 생각한다.

33) 131 S.Ct. 2729, 2740.

만화와 같은 정도의 폭력성과 아동에 대한 영향력을 지니고 있으며, 비디오 게임의 ‘상호작용성’ 역시 다른 매체와 비교할 때 정도의 문제에 불과하므로 별 차이가 없다는 전제에서 나온 것이다. 그러나 비디오 게임이 가지고 있는 폭력성과 상호작용성은 다른 매체와 확연히 구분된다고 보아야 하고, 입법자가 그러한 전제하에서 폭력적 비디오 게임의 제공자만 규제대상으로 삼은 것은 과소한 수단을 사용한 것이라 볼 수 없다.

Scalia 대법관은 또한 캘리포니아가 부 또는 모 혹은 이모나 삼촌의 동의가 있으면 아동에게 폭력적 비디오 게임이 제공될 수 있게 허용하며, 그 관계에 대한 아무런 증명방법도 제시하지 않고 있는데, 이는 심각한 사회적 문제를 다루는 수단이라고 할 수 없다고 한다.

캘리포니아가 아동들에게 폭력적 비디오 게임의 판매와 대여를 불허하면서도, 미성년자의 부나 모, 조부나 조모, 이모, 삼촌, 혹은 법적 보호자에 의한 경우는 허용하는 것은,³⁴⁾ 성인은 누구나 그러한 비디오 게임을 사거나 빌릴 수 있고, 성인의 자신의 자식이나 친척인 아동에게 그러한 비디오 게임을 사주거나 빌려서 주는 행위는 그들의 미성년자에 대한 친권이나 후견의 행사에서 비롯된 것으로서, 그런 성인의 판단 하에 미성년자가 그런 게임을 하는 것까지 정부가 억제시킬 명분이 없고, 그러한 규제는 집행가능성도 전혀 없기 때문이다. 미성년자와 긴밀한 관계에 있는 성인의 판단과 감독 하에 폭력적 비디오 게임을 하는 것과, 미성년자 스스로가 부모나 후견인 몰래 직접 그 게임을 구입하거나 대출하는 것은 폭력적 비디오 게임의 미성년자에 대한 접근성에 있어서 차이가 있는 것이며, 입법자는 이를 고려한 것이다. Scalia 대법관의 논지라면 부모가 구입하거나 대출받아 주는 것까지 입법적으로 규제를 하거나, 아니면 아예 그러한 규제 자체를 하지 말아야 한다는 것인데, 전자는 가정 내에서의 민간의 자율성에 대한 헌법적

34) CAL. CIV. CODE § 1746.1(c). This section shall not apply if the violent video game is sold or rented to a minor by the minor's parent, grandparent, aunt, uncle, or legal guardian.

한계를 넘어서는 것이며, 후자는 사회적 위험요소를 규율하려는 입법자의 역할을 포기시키기는 것이다.

대안의 존재에 대하여, Scalia 대법관은 업계의 자율적 등급시스템³⁵⁾이 있고 그것이 잘 기능하고 있으므로 이 사건 조항이 불필요하다고 본다. 그러나 통상 업계가 판매자나 대여자에게 M 등급 게임을 부모의 동의없이 17세 이하의 미성년자에게 판매나 대여를 하지 말 것을 권유하는(encourage) 것과 이 사건 조항의 법적 규제 사이에 차이가 있음은 부정할 수 없다. Scalia 대법관이 인용한 것처럼 2009년의 FTC의 조사결과에 따르면 비디오 게임의 경우 영화나 음악보다도 자율등급이 잘 지켜지고, 은밀히 아동으로 하여금 등급에 어긋나는 구매를 타진한 결과는 80%에 이르는 경우 비디오 게임 판매자가 고객의 나이를 묻고 해당되는 등급 범위에서만 판매를 하였던 사실이 인정된다. 그러나 이 조사는 ‘판매’에만 해당되며 ‘대여’까지 조사된 것이 아니므로 이 사건 조항과 대비가 어렵다. 또한 여전히 20%의 자율규제 위반 행위가 존재하며, FTC의 조사는 250개 판매점³⁶⁾을 대상으로 하였으나 그 정도로 전국적 분포가 가능한지는 불확실하며, 비디오 게임 전문점(Game Stop/EB Games)의 경우 91%의 등급 준수율을 보인 반면, 아동들이 많이 이용하는 Toys R Us의 경우 56%에 그치고 있다. 한편 FTC가 처음 조사를 시작한 2000년도에는 자율등급이 있었지만 업소에서 거의 지켜지지 않았다고 하며,³⁷⁾ 그 후 7차례의 FTC의 조사와 권유를 통하여 현재의 단계에 이른 것으로 이해된다. 그러므로 FTC의 추후 활동 정도에 따라 자율등급의 준수 정도가 영향을 받게 될 것으로 추정된다. 이러한 점을 종합하면, 비디오 게임 판매업계의 자율등급이 이 사건 조항의 법적 규율과 동등한 규제적 효과를

35) Software Rating Board (ESRB)는 비디오 게임에 다음 등급을 할당한다: EC (Early Childhood); E (Everyone); E10+ (Everyone 10 and older); T (Teens); M (17 and older); and AO (Adults Only-18 and older).

36) Game Stop/EB Games 67개, Wal-Mart 62개, Best Buy 39개, Target 28개, Hollywood Video 18개, Kmart 18개, Toys R Us 18개.

37) <http://www.ftc.gov/os/2009/12/P994511violententertainment.pdf> (2012. 7. 31. 방문)

가져오는 것이라고 단정하기 어렵다.

마지막으로 Scalia 대법관은 부모의 동의권 보장과 관련하여, 비디오 게임을 하려는 아동들이 모두 폭력적 비디오 게임의 구매 여부에 관하여 관심이 있는 부모들을 지니고 있는 것이 아니므로 이 사건 조항은 과도(overinclusive)한 것이라고 한다. 그러나 이 사건 조항의 주된 목적은 판매자나 대여자가 아동에게 직접 판매나 대여를 하지 못하도록 하는 것이고, 부모나 친지의 동의는 부수적인 것이다. 즉 국가가 아동의 보호를 위해 나서지만 부모나 친지가 나설 경우 국가가 법으로 강제하지 않겠다는 취지이다. 한편 부모나 친지가 관심이 있을 경우, 즉 아동의 보호 여부 문제에 적극적으로 나설 경우에만 해당되며, 어떤 부모나 친지는 동의하고 어떤 부모나 친지는 동의하지 않더라도 그것은 부모나 친지의 동의권 ‘행사’에 관한 것이고 이 사건 조항은 그 한도내에서만 보장하는 것이므로, 부모나 친지의 동의권 보장과 관련하여 적용범위가 과도한 것이라고 볼 수 없다.

3. 정리

이 사건에서 Scalia 대법관과 이에 동조한 4인은 엄격심사 자체에 대한 뿌리깊은 엄격성과 확일성을 보여준다. 즉 일단 폭력적 비디오 게임이 헌법상 금지되는 음란, 모욕, 싸움거는 말과 같은 것(*Chaplinsky* 판결)이 아닌 이상, 헌법상 보호되는 표현이며, 이 사건 조항은 표현 내용의 제한이므로, 최고의 엄격한 심사가 이루어져야 하고, 그런 한 주헌법 규정 및 주의회의 형성과정이나 사회적 유해성에 대한 사회과학적 평가의 어려움 등은 아무런 고려 대상이 되지 않고 있다. 폭력적 비디오 게임이 아동에게 해악을 ‘발생시키는’(cause) 것이라는 증거가 명백하지 않는 한, 그 유해성과의 여하한 상관관계는 고려할 바 아니며, 폭력적 비디오 게임 플레이어의 폭력적 개입과 매체에 대한 상관관계성은 비디오 게임 전 세대인 재판부의 고전적(?) 인식과

맞물려 그림형제의 잔혹한 동화책 내용을 폭력적 비디오 게임의 내용과 비교할 정도로 단순하게 접근한다. 앞서 방송내용을 소개하였거니와 잔혹 동화책을 읽는다고 사람이 죽지는 않지만 비디오 게임의 중독은 아동을 죽음으로 몰아낼 수가 있다. 오늘날 메스컴을 통해 드러나는 게임 중독의 심각한 사회적 문제를 재판부는 어느 정도 인식하고 있는지 의문이다.

과도, 과소, 대안의 존재 문제로 수단의 적합성을 판단하는 내용도 객관적인 서술이라기보다는 주관적인 합리화에 가깝다. 폭력적 비디오 게임만 규제하는 것을 다른 출판, 영화 매체와 단순비교할 수 없고 이는 입법의 사회적 필요성을 규제의 확실성보다 하위의 가치에 놓은 것이고 입법자의 역할과 기능을 과소평가하고 재판부가 설정한 위헌심사기준의 형식논리에 집착하는 것으로 보여진다. 부모 등의 동의권은 사안의 성격상 필수불가결하며 이는 성인이라면 누구나 구매할 수 있는 폭력적 비디오 게임의 본질에서 나오는 것이며, 법이 기본적으로 보호되는 표현을 미성년자를 보호한다는 명목으로 가정내까지 침투할 수 없다는 상식을 반영하는 것이다. 그런데 Scalia 대법관은 이를 논리적 흠결로서 부각시키고 있으며 부모의 관심여하에 따른 과대보호조치라고 단정하고, 심지어 과소, 과대보호를 아울러 하고 있는 점을 비꼬아 생선도 육류도 아닌 정체모를 것이라고(neither fish nor fowl) 비하하고 있다. 그러나 많은 사안에서 관점에 따라 과대, 과소보호 문제가 동시에 일어날 수 있는 것이며, 이 사안에서 과대, 과소의 문제 인식은 부적절한 것임은 앞서 지적한 바와 같다.

연방대법원은 표현내용의 제한문제에 대한 확실적이고 엄격한 잣대에서 표현의 극대화(speech maximization)를 추구한다는 과제에 스스로 만족하고 있을 지 모르나, 본래 엄격심사는 서두에 지적한 것처럼 인종차별 문제의 평등심사에서 부각된 것이고, 그것은 인종차별을 도모하는 여하한 입법은 본래부터 '의심스런' 것이고 '악의적'일 가능성이 높기 때문이었다. 그러한 엄격심사를 표현의 자유에 그대로 도입하면서, 한편 연방대법원은 정치적 의사표현이나 기타 사고작용의 표현뿐만 아니라 비속, 폭력, 광고 등 수많은

분야에까지 보호되는 표현의 범위를 넓혀왔다. 문제는 그것이 잘못되었다는 것이 아니라, 엄격심사의 기준을 사안에 맞게 변형시켜오지 않았고, 어떤 표현이든지 간에 보호영역 내에 있기만 하면 그 내용제한에 항상 엄격심사를 입법자의 악의 여부나 의심스런 여부를 불문하고 행하는 것에 있다.

앞서 O'Connor 대법관의 엄격심사의 본질에 관한 의견을 소개한바 있는데, 엄격심사라고 하더라도 구체적인 사항과 입법배경을 고려하여 판단하여야 하며 이는 일반화와 배제와 포섭을 통한 헌법해석방법론을 반영하는 것이다. 더구나 연방대법원이 수정헌법 제14조의 해석을 통하여 연방헌법 권리조항을 주법에도 적용하기로 하였더라도, 수정헌법 제10조, 제11조의 연방주의를 존중하고 이원적 주권과 공화주의를 존중한다면, 연방의회를 대상으로 한 위헌심사와 주의회 입법을 대상으로 한 위헌심사를 달리하여 후자의 경우 주헌법의 내용은 무엇인지, 주의 관심사와 이법재량은 어느 정도인지, 입법의도가 무엇인지 등을 고려함이 마땅하다. 그렇지 않고 연방적(연방대법원의) 기준만을 구체적 사실관계는 사상하고 매번 앵무새처럼 반복한다면 헌법과 연방주의 내지 민주주의는 후퇴하고 말 것이다.

Scalia 대법관의 헌법해석방법론은 헌법 텍스트의 원래의 의미(the original meaning of the text)를 찾는 것이다.³⁸⁾ 수정헌법 제1조가 만들어진 1780년대에 폭력적 비디오 게임은 없었으며, 그러한 내용의 표현행위가 수정헌법 제1조의 본래의 의미에 포함되는지는 의문이다. 물론 그러한 원전주의도 합리적인 해석적 보충이 따르겠지만, 본래의 보호범위가 아니었다면 그 보호정도는 제약되는 것이 마땅하다. 정치적 표현과 오락이나 연예, 혹은 폭력적 표현이 그 보호정도에 있어서 형식적으로 구분되기는 어렵겠지만, 그렇다고 심사기준의 적용으로 위헌여부를 판단함에 있어서 이를 고려하지 말아야 한다는 논리는 성립하지 않는다. 적어도 주입법에 대한 위헌심사에서는 입법자가 제한하고자 하는 표현의 비중을 고려하여 엄격심사를 적용하여야 할 것이다.

38) Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (Princeton University Press, 1997), 38쪽.

엄격심사나 중간심사나 합리성 심사나 하는 기준들은 결국 헌법에 명시된 것이 아니라 연방대법원이 창조한 것이다. 그것은 사법심사라는 특수한 법원의 관할을 행사하면서, 추상적이고 개방적인 헌법규범을 개별 사안들에 효과적, 통일적으로 적용시키려는 법원의 시도이다. 만일 심사기준이 고정화되어 현실의 헌법문제를 재단하는 적실성을 상실한다면 이는 결국 법원의 자의적 권리행사를 가져오게 되고 헌법이 무시되는 결과가 된다. 이 사건에서 입법자의 사회적 문제에 대한 개선의도를 획일적 심사기준의 편향적 적용으로 무산시키고 헌법상의 표현의 자유의 가치를 오히려 상업적 이윤추구의 도구로서 후퇴시킨 것이 아닌가 하는 아쉬움이 남는다.

캘리포니아주 헌법은 표현의 자유를 권리의 남용 방지에 연계시키고 있으며, 무차별적으로 상업적 동기에서 폭력적 내용의 비디오 게임으로 고객들을 사로잡으려는 시도를 두고, 아동에 대한 유해성을 논하는 자리에서, 표현의 자유에 대한 가장 엄격한 보호조치를 전제하고 기계적인 엄격심사를 하는 것에는 찬성할 수 없다. Scalia 대법관은 기본적으로 폭력적 비디오 게임이 *Chaplinsky* 판결에서 적시한 보호되지 않는 표현목록에서 벗어나는 점을 누차 강조하고 있으나(즉, 보호되는 표현임을 강조), 동 판결은 분명히 “자유로운 언론의 권리는 항상, 어떤 상황에서도 절대적인 것이 아니라는 것은 잘 이해되고 있다”³⁹⁾고 전제하고 있다는 것을 잊지말아야 할 것이다. 즉 보호대상이 된다고 해서 조건 없이 보호되는 것은 아닌 것이다. 아동에게 유해한 게임물을 부모의 동의 없는 경우 아동에게 직접 팔거나 대여하지 말라는 입법이 그렇게도 ‘생선도 육류도 아닌 것이라고’ 비하될만한 것인가. 굳이 민주주의적 정당성 문제가 아니더라도, 이 사건은 국민의 대표성이 약한 소수의 법관들의 획일적 관점이 아동의 해악성 문제에 대한 해당 주의 사회적 관심사와 주입법자의 선의의 정책적 판단보다도 우위에 있어야 마땅한가.⁴⁰⁾

39) “[It] is well understood that the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances.” *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

V. 한국 헌법재판에 대한 시사점

미국 연방대법원이 ‘필수불가결한 공익’을 요구하는 엄격심사기준을 정립한 것은 원래 인종차별에 대한 입법의 위헌성 판단을 하기 위함이었다. 그것이 표현의 자유 및 근본적 권리 침해 여부에 대한 심사기준으로 변형없이 확대되었다. 우리의 경우 헌법 제37조 제2항에서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리라는 기본권 제한목적이 명시되어 있고, 헌법재판소는 이를 비례의 원칙 심사기준에 편입시켜 입법목적의 정당성을 판단하고 있다.⁴⁰⁾ 그런데 이 규정은 모든 자유와 권리에 적용되므로 통상 ‘필수불가결한 공익’ 기준

40) 한편 이 판결에서 Alito 대법관의 별개의견은, 이 사건 조항의 필요성은 긍정하지만 이 사건 조항의 개념 내용이 애매하므로 수정헌법 제14조의 적법절차 위반이라는 것이나, Breyer 대법관의 반대의견에서 지적된 것처럼 그 내용이 법원의 해석에 의하여 구체화될 수 없는 정도도 불명확한 것이라고 보기는 어렵다. Thomas 대법관은 수정헌법 제1조의 입법연혁의 관점에서 미성년자를 상대로 한 의사표현은 그들의 부모를 통하지 않는 것인 한 헌법적 보호대상이 아니며, 따라서 이 사건 조항은 표현의 자유의 문제가 아니고, 설사 그렇다 하더라도 부모의 동의 없는 직접적 판매와 대역만 한정하여 금지하고 있으므로 문면상 위헌이라고 할 수 없다는 논지를 펴고 있는데, 이는 아동에 대해서는 그 능력이 개발단계에 있으므로 부모의 개입과 통제가 필요하다라는 관점에 근거하고 있다. 또한 이는 Thomas 대법관의, 헌법기초자들의 입법 의도를 중시하는 평소의 헌법해석방법론에서 비롯되고 있다. 그런데 헌법의 기초자들의 의도를 별론으로 하면, 미성년자나 지적 능력이 떨어지는 성인을 상대로 한 표현행위가 그것이 상대방이 이해할 능력이 부족하다는 이유만으로 정부가 헌법상 보호되는 표현으로서 규제할 수 없다고 단정하기는 곤란하다. 한편 헌법 기초자들의 의도는 헌법해석에서 중요한 위상을 차지하겠지만, 200여년 전의 그것만으로 연방헌법의 해석을 마무리하는 것은 충분한 방법론이라고 할 수 없다.

41) 이러한 관점에 대해서는 비례의 원칙의 논리적 개념상 입법목적의 정당성을 심사하는 구조는 불필요하고 목적과 수단간의 적합성과 필요성, 그리고 범익형량을 통하여 이를 하면 된다는 견해가 있다. 이 문제는 독일식의 비례의 원칙을 우리나라에서 그대로 원용할 것인지, 철학적 논리적 개념의 범주를 유지할 것인지의 문제인데, 헌법재판소 판례로서 ‘한국의 비례의 원칙’은 이미 헌법 제37조 제2항에 근거하여 목적의 정당성을 구성요소로 가지고 있는 것이고, 이러한 판례가 소위 논리적으로 비약이라는 이유만으로 타당하지 않다고 단정할 수는 없으므로, 논의의 실익이 별로 없다고 생각된다. 유사한 견해로서, 정문식, 헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미, 헌양법학 제20권 3집(통권 제27집), 2009. 8., 21-3쪽 참조.

과는 달리 매우 넓은 규모를 지니고 있다. 그런데 기본권의 내용이 전체 헌법질서내에서 중요할수록 국가의 제한이유도 그에 상응하게 중요한 것이어야 할 것이다. 만일 평범한 공익이나 꼭 필수적이지 않은 공익을 이유로 근본적 권리를 쉽게 제한할 수 있다면(입법목적의 정당성을 쉽게 통과할 수 있다면) 그것은 헌법이 자유와 권리를 보장하기 위하여 존재하는 취지를 훼손하는 것이다. 그러므로 표현내용의 제한에 대한 국가의 제한이 단순히 그 표현에 대한 불만이나 대중의 선호때문이 아니라 꼭 필요한 공익을 위하여 한다는 것을 보여주기 위해서, 입법목적의 정당성 여부를 ‘엄격하게’ 심사할 필요가 있다. 다만 인종차별 역사가 없는 우리나라에서 그 공익이 반드시 ‘필수불가결한’ 것일 필요는 없을 것이다. 어쨌든 이 경우 헌법재판소가 사안의 분류에 따라 제37조 제2항의 입법목적 개념을 축소 해석해야 하는데(질서유지, 공공복리의 개념이 넓으므로), 이를 예측가능하고 설득력있게 하기는 쉽지가 않을 것이다. 그러나 이는 불가능한 것은 아니며, 만일 모든 기본권 제한에서 질서유지, 공공복리의 개념을 보편적으로 인정한다면 이는 기본권 문제에 대한 국가의 과도한 권한을 인정하는 것이며, 그 개념은 기본권의 가치와 제한의 한계를 설정하는 기능을 상실할 것이다. 이미 헌법재판소는 재외국민의 선거권 제한 사안에서 기본권 제한목적은 “필요하고 불가피한 예외적 경우”로 더 엄격히 축소한 예가 있다.⁴²⁾

“민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 이 같은 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 하는 것

42) 그 밖에 직업의 자유에 대한 단계별 심사기준도 정당화되는 공익 개념의 차별화를 도모한다. 당사자의 능력이나 자격과 상관없는 객관적 사유에 의한 제한은 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위협을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있고, 따라서 헌법재판소가 이 사건을 심사함에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 요구하는바 과잉금지의 원칙, 즉 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다. 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 427-428.

이다. 따라서 선거권을 제한하는 입법은 위 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서 유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질인 내용을 침해할 수 없다.”(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 판례집 19-1, 859, 874)

입법목적의 정당성 논의에서 기본권 제한 사항의 비중에 따른 목적의 단계화와 별도로, 법익의 균형성 심사에서도 입법목적의 중요성이 제한되는 사익과 형량하여 면밀히 검토될 수 있을 것이다. 이 단계에서는 이미 통상 입법목적의 정당성은 구비된 상태이므로, 나아가 구체적 사익에 비교하여 공익의 비중이 더 낮아 당사자에게 수인가능성이 없는 것은 아닌지가 검토 되는 것이 필요하다.

그러한 법익의 균형성 원칙을 이 사건 조항의 경우에 적용해 보면, 입법자가 청소년의 보호와 유해한 효과를 축소하기 위하여 성인용(미국의 경우 18세 이상) ‘폭력적 비디오 게임’의 청소년에 대한 판매와 대여를 금지하는 것과, 판매자 대여자에게 미치는 사익의 손실은 성인용으로 제작되는 비디오 게임을 청소년에게, 부모의 동의 없이는, 판매 및 대여할 수 없다는 정도의 불이익이며, 따라서 공익과 사익의 비중을 형량하면 이를 헌법에 위반되는 정도의 불균형으로서 당사자에게 헌법적으로 수인불가능한 정도의 것이라고 보기 어렵다. 표현의 자유는 민주주의와 개인의 자율성과 진리의 발견에 공헌하는 핵심적인 인권이지만, 표현내용의 비중을 법원이 합리적으로 예측가능할 정도로 판시할 수 있다면 이를 구체적인 심사기준의 적용단계에서 반영하는 것은 불가피하다(정치적 의견과 폭력적 비디오 게임의 내용을 동일한 저울에 놓고 위헌성을 판단할 수는 없다).

[국문초록]

미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점

미국 연방대법원은 표현의 자유의 내용제한에 대한 위헌심사에서 엄격심사 기준을 적용한다. 그런데 본래 엄격심사는 인종차별 입법의 위헌심사에서 비롯된 것으로서 악의적인 혹은 헌법상 의심스러운 입법의도를 전제하고 최고로 엄격한 위헌심사를 예정한 것이었는데, 표현의 자유에 적용되면서 그러한 주관적 요소들이 탈락되게 되고, ‘필수불가결한 공익’이 없고 있더라도 ‘좁게 재단된’ 수단과 연계되지 않으면(수단이 목적에 비하여 과대하거나 과소하거나 달리 덜 제약적인 대안이 있는 경우) 위헌이라는 일률적 기준이 정립되었다. 문제는 헌법상 보호되는 표현이 폭력적 비디오 게임의 의사소통적 표현요소를 포함할 정도로 매우 광범위하게 확대되어 왔다는 것이다. 연방대법원은 표현내용의 헌법적 가치나 경중을 고려하지 않으며, 주법률의 위헌심사도 연방법률의 위헌심사와 같이 엄격심사 사안에서는 입법형성재량을 전혀 고려하지 않는다.

그러나 판례상 헌법상 보호되는 표현의 범위가 너무 넓기 때문에 일률적인 엄격심사의 부작용을 완화하기 위해서, 적어도 주법의 위헌심사에서는 연방과 주가 각각 주권을 지니고 있다는 연방주의와 수직적 권력분립의 관점에서 주헌법과 주의회의 입법재량을 존중하고 해당 규제에서 표현내용의 헌법적 가치를 고려하는 심사가 행해져야 할 것이다.

이런 관점에서 *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S.Ct. 2729 (2011) 판결을 검토하면, 다수의견(Scalia 대법관 집필)은 캘리포니아주가 폭력적 비디오 게임을 아동에게 판매하거나 대여하지 못하도록 한 조항이 표현내용의 제한으로서 엄격심사를 통과하지 못하여 문면상 위헌이라고 판단하였다.

그러나 주헌법과 입법자의 형성재량, 그리고 비디오 게임 문제의 특수성

을 고려하지 않고, 캘리포니아주가 폭력적 비디오 게임이 아동에게 해악을 야기한다는 직접적인 입증을 하지 못했다고 단정하고, 폭력적 비디오 게임이 지니고 있는 상호작용성(interactive)과 아동에 대한 중독성과 유해성을 객관적으로 고려하지 않은 채 ‘필수불가결한 공익’이 입증되지 못했다는 것은 부적절하다. 한편 수단의 적합성 측면에서도 비디오 업계의 자율적 등급제도만으로는 이 사건 조항의 역할을 충분히 대신하고 있다고 볼 수 없으므로 ‘덜 제약적인 대안’이 있다고 단정할 수 없고, 사회적인 현안 문제에 있어서 아동의 보호를 위하여 입법자가 폭력적 비디오 게임만 규제하는 것이 다른 문학매체나 영화에 대하여 ‘과소한 수단’이라고 하기는 어렵고, 부모의 동의로서 아동에게 폭력적 비디오 게임이 제공될 수 있게 한 것은 부모의 아동에 대한 관찰과 역할을 반영한 것이고 헌법상 금지되지 않는 표현내용에 대해서 가정내의 사항에 대한 국가의 개입을 자제하는 것이므로 전혀 과도한 수단을 사용한 것이라 볼 수 없다. 다수의견은 이윤추구 동기에서 비롯된 폭력적인 비디오 게임을 아동에 대한 유해성과 이러한 사회적 문제에 대처하는 주의회의 선의의 입법재량을 무시하면서까지 과도하게 보호하는 불합리한 결과에 도달하였다.

우리 헌법재판에서도 보호되는 기본권의 비중에 따라 그에 상응하는 공익의 존재를 심사할 필요가 있으며, 이는 입법목적의 정당성 심사 혹은 법익형량(협회의 비례의 원칙)에서 고려될 수 있다. 그런데 인종차별 입법과 같이 본래 의심스럽거나 악의적인 입법의도가 우리나라에서는 쉽게 추정되지 않으므로 ‘필수불가결한 공익’ 기준은 좀더 완화될 수 있을 것이고, 미연방대법원의 입장과 같이 복잡한 사법구조와 광대한 관찰구역을 전제한 일률적인 명백한 기준의 필요성이 덜하므로, 심사기준의 정립과 적용에 있어서는 구체적으로 입법재량의 범위와 사안의 사회적 비중, 그리고 제한되는 기본권의 헌법적 가치를 형량하여 위 *Brown* 판결보다는 더 합리적인 위헌 심사가 이루어질 수 있을 것이다.

미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점

주제어

미국 연방대법원, 사법심사, 위헌심사기준, 엄격심사, 표현의 자유, 비디오 게임, 비례의 원칙

[Abstract]

A Critical View on Applying Strict Scrutiny to Contents-Based Regulation of the Freedom of Speech in the Supreme Court of the USA: Regarding *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S.Ct. 2729 (2011)

Lee, Myong Ung

University of Washington School of Law,
Ph.D. Candidate,
Former Constitution Research Officer,

In *Brown v. Entertainment Merchants Association*, the U.S. Supreme Court, Justice Scalia, held that the California law which imposed restrictions on the sale or rental of “violent video games” to minors without consent from parent, grandparent, aunt, uncle or legal guardian is unconstitutional. The Court found that: (1) video games qualify for First Amendment protection; (2) while there are limited exceptions to prohibition against content-based governmental restrictions on expression, for obscenity, incitement and fighting words, new categories of unprotected speech may not be added; and (3) California failed to satisfy burden of showing either that the law was justified by compelling government interest, or that law, which was both over-and under-inclusive, was narrowly drawn to serve that interest.

My critique of this decision here runs twofold. First, I argue that the mechanical application by the Court of Strict Scrutiny to contents-based regulations of the state, with disregarding the contents of state's constitution and relevant discretion of the state legislature, is not proper. Even in strict scrutiny

world “context matters” (GRUTTER v. BOLLINGER, 539 U. S. 306, 327 (2003)). Especially in terms of federalism, I maintain that the Court should consider the state's legal or social situation. This demand will grow much when the Court deals with a borderline freedom of expression case which has a complicated social context like the one at issue and lies far outside of the core speech--the political or against-the-government speech. Here, the “violent video game”, though it has some communicative elements protected by the 1st Amendment, is much lower and far from the core in value in light of spirit of the 1st Amendment. In such case, the Court should turn its eyes on the state's legal and social situation as well as the value of the expression at issue when deciding ‘compelling interest’.

Second, I try to show how the Court by the opinion of Justice Scalia in the case deviates from the proper role of the federal judiciary I presumed. If the Court considers the additional elements like (1) the state's constitution (California Constitution) which reserves the freedom of expression under the prohibition of the abuse of the right, (2) the state legislature's role to a pressing social problem caused by the violent video game to children, (3) the peculiar character of the problem which has brought many social studies but hardly gets consensus to the harmful effect to children by the violent video games, and (4) the fact whether the legislature acted in bad faith (‘invidious’ or ‘suspicious’) in legislation, it could have found that the state has ‘compelling interest’ even though the state proved only the casual nexus between the video games and the negative effect to children, less than the fact that the violent video games actually “cause” the harms to the children. Also the state, I think, showed compellingly the fact that violent video games have special “interactive” and violent character which is distinguished from other media like violent books and movies, on which California didn't enact similar regulation, but the Court,

without showing any contemporary recognition of phenomena of the violent video games, simply rejected the arguments, comparing naively video games with novels participated by readers in making plots.

Applying ‘narrowly tailored’ element of strict scrutiny, the Court showed again lack of understanding of the true context of such legislation. First, the Court found the means adopted was “under-inclusive” in terms of regulating only violent video games other than violent books and movies. However, it is well understood in contemporary world that violent video games are different from violent books and movies. In video games, players are sole ‘participants’ and actually direct the game whereas readers and viewers are mostly ‘observers’. The interactive nature of violent video games--like the first person shooters games--is tremendous and very powerful to the participants. From this perspective, the state legislature cannot be blamed by only focusing the specific issue on the violent video game. If the Court needs more from the state in the name of strict scrutiny, it would destroy the autonomy of the state legislature and the federalism itself.

On the other hand, the Court mentioned a voluntary rating system of the video-game industry to show that there is a less restrictive alternative, but the rating system only ‘encourages’ retailers and deals with only ‘purchase’, not ‘rental’. Furthermore, though FTC's survey shows a high percentage, 80%, of observance of the system, it is doubtful that the 250 stores surveyed total reflect the representativeness of the whole nation, and that the system will be still viable in the future without any efforts from FTC which has done an affirmative role in enforcing the system. That said, I don't think the effect of the rating system is equivalent to that of the state law in question.

Lastly, the Court articulated the ‘over-inclusive’ aspect of the means by showing that not all of the children have parents who disapprove of their

purchasing or renting violent video games. However, the consent part of parent or relative in the law is inevitable, because the parent as adult can buy or rent such game anytime and allow its kid to use it. That means, the state has no business to regulate more on such video games used inside a home by children with the permission of their parent or relative. Therefore, I cannot understand the Court's rationale on this issue.

My conclusion is that the Court should consider more aspect of federalism in dealing with state law, especially when dealing with a case which lies far from the core area of 1st Amendment protection. If we cannot agree with the result of the Court's decision because of its deviation from the true spirit of 1st Amendment, and all we see in the decision is the mechanical reiterations of the simple formula, then we might say "Oh my, the form eats out the substance". It would be a misplaced fallacy of uniformity in judicial review.

At the end of this paper, I add some suggestions based on this study for the constitutional practice of Korean Constitutional Court.

야간옥외집회금지 조항의 허가제성

Is the Nighttime Open-air Assembly Prohibition Provision
Licensing of Assembly?

- 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률
제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -

鄭 柱 白

충남대학교 법학전문대학원 교수

- 目 次 -

I. 문제의 제기	97
II. 사건의 내용과 헌재의 판단	99
1. 사건의 내용	99
가. 개요	99
나. 심판의 대상	100
2. 헌재의 판단	101
가. 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 위헌의견	101
나. 재판관 조대현, 재판관 송두환의 위헌보충의견	102

다. 재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치의견	102
라. 재판관 김희욱, 재판관 이동흡의 반대의견	103
III. 집회에 대한 허가제의 내용	103
1. 사상의 자유시장론	103
2. 언론·출판의 허가·검열과 집회에 대한 허가	104
3. 검열금지원칙에 대한 심사기준	105
IV. 집시법에 대한 기존의 판례	108
1. 집시법 제6조 제1항에 대한 현재의 결정(2007헌바22)	108
가. 결정의 내용	108
나. 검토	110
2. 집시법 제10조 단서에 대한 종전 태도(91헌바14)	113
가. 결정의 내용	113
나. 검토	114
V. 이 사건에 대한 분석	115
1. 문제의 제기	115
2. 집시법의 규범구조	116
3. 집시법 제10조 단서의 ‘신고’ 또는 ‘허용’의 자리매김	117
4. 사전억제와 사후억제	120
5. 허가제와 내용중립적 규제	123
VI. 재판의 전제성	125
VII. 결론	128

* 국문초록 및 주제어	130
* 영문초록 및 주제어	132
* 참고문헌	134

I. 문제의 제기

헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)는 2009. 9. 24. ‘집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청’ 사건에서 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제10조 중 “옥외 집회”부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분이 재판의 전제성을 갖추었다고 본 후, 위 조항들이 헌법에 합치되지 아니하고, 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는, 이른바 계속적용의 헌법불합치 결정을 한 바 있다(2008헌가25¹⁾) 이하 ‘이 사건 결정’이라 한다). 물론, 입법부가 위 시한이 지나도록 개선입법을 하지 않고 있음은 주지의 사실이다.

이 사건 결정에 있어서 핵심적인 쟁점은, 집시법 제10조 단서 또는 집시법 제10조 본문과 단서가 전체로서, 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가제에 해당하는가 하는 점이었다. 이 사건 결정에 관하여 헌법불합치 의견이 타당한 것이었는가 하는 점에 대해서는 여러 논란이 있었으나, 정작 ‘허가제’ 문제에 관하여는 논쟁이 없었던 것으로 안다.

법정의견이 집시법 제10조 본문과 단서가 결합하여 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 허가제에 해당된다고 보는 논리는 매우 간단하다. 집시법 제10조 본문에서 야간옥외집회를 ‘금지’한 후, 단서에서 관할경찰관서장이 불가피성을 인정하여 ‘허용’한 경우에는 집회를 주최할 수 있도록 규정하고 있으니까, 이는 행정법 이론에서 말하는 허가제, 즉 일반적 금지를 예외적으로 허용하는 제도에 해당하고, 이는 곧 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 헌법상의 허가제에 해당한다는 것이다.

민형기, 목영준 재판관의 헌법불합치의견²⁾과 김희욱, 이동흡 재판관의 반대이견³⁾은, 집시법 제10조 본문만 규정되어 있다가, 국민의 집회의 자유를

1) 판례집 21-2상, 427 이하.

2) 판례집 21-2상, 447-448.

신장시켜 주기 위하여 집시법 제10조 단서를 신설하였는데, 이 조항이 헌법상의 허가제로서 위헌이라는 것은 이해하기 어렵다고 하면서, 집시법 제10조 단서를 허가제 조항으로 볼 수 없다고 본다. 그 생각의 바탕에는, 헌법상의 허가제는 칙의적 규정이므로, 허가제 조항이 있는 상태보다는 없는 상태에서 국민의 집회의 자유가 확장되어야 하는데, 집시법 제10조 단서를 무효로 하면, 도리어 국민의 집회의 자유가 축소된다. 왜 이런 현상이 생겼을까? 이 점을 설명하기는 어렵지만, 위와 같은 상태는 이상하다. 그러므로, 집시법 제10조 단서는 허가제를 규정한 조항이 아니다라고 결론을 내린 것이라 짐작된다.

법정의견은, 위의 모순, 즉 집시법 제10조 단서를 삭제하면 도리어 국민의 집회의 자유가 축소되는 문제를 해결하기 위하여 아예 집시법 제10조 단서와 본문이 결합하여 허가제를 구성한다고 보았다. 이 입론에 대해서는, 집시법 제10조 단서가 삭제된 상태, 즉 집시법 제10조 본문만 있는 상태에 대해서 허가제가 아니라고 함에는 이론이 없는데, 왜 집시법 제10조 본문까지 허가제 조항으로 규정되어 위헌 결정을 받아야 하는가 하는 문제가 생기지 아니할 수 없다.

이 글은 위와 같은 혼란이 왜 생겼는가에 대해 나름대로의 의견을 개진하기 위하여 씌어졌다. 위와 같은 혼란은, 집시법 제10조 단서 중의 ‘신고’와 ‘허용’⁴⁾을 집시법 제6조 제1항의 신고,⁵⁾ 제8조 제1항의 금지통고의 맥락에서 이해하지 아니하고, 별도의 제도인 것으로 생각하였기 때문에 생긴 것이라 보인다. 이 글은 집시법 제6조 제1항, 제8조 제1항, 제22조 제2항은 헌법이 금지하고 있는 허가제에 해당한다고 본다. 현재는 이 조항들이 허가제에

3) 판례집 21-2상, 457-458.

4) 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할 경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외 집회를 허용할 수 있다.

5) 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 …… 신고서를 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다.

해당하지 않는다고 보았다.

그리고, 집시법 제10조 단서는, 집시법 제6조 제1항, 제8조 제1항, 제22조 제2항이 가지고 있는 허가제의 위헌성을 감축시켜 주는 규정이라고 본다. 즉, 집시법 제8조 제1항이 정한 금지통보대상인 집시법 제10조 본문의 야간 옥외집회에 대해, 불가피성이 인정되면 금지통보를 하지 않을 수 있도록 하는 것이 집시법 제10조 단서의 주된 기능이다. 금지통보되지 아니한 집회를 주취하였으므로, 제22조 제2항에 따라 허가제 금지로 처벌하지 아니함과 동시에 집시법 제10조 본문 위반에 대해 제23조에 따라 사후적으로도 처벌되지 않도록 하는 것이 부차적 기능이다. 따라서, 집시법 제10조 단서는 헌법이 금지하고 있는 허가제에 해당되지 않는다.

이하에서, 이 사건 결정의 내용과 헌재의 판단을 서술한 후(II.) 집회에 대한 허가제에 대한 일반이론(III.), 이 사건 결정의 대상조항과 관련된 집시법 조항에 대한 기존 판례를 검토한 후(IV.), 집회에 대한 허가제와 관련된 이 사건 결정의 타당성을 살펴보기로 한다(V.). 마지막으로, 헌재가 특정한 이 사건 결정에서 심판의 대상으로 삼은 집시법 제10조 단서가 재판의 전제성을 갖추었는가(VI.)를 보기로 한다. 결론적으로, 집시법 제10조 단서는 이 사건 결정에 있어서 재판의 전제로 되지 아니한다는 것을 보이는 것이 이 글의 목표다.

II. 사건의 내용과 헌재의 판단

1. 사건의 내용

가. 개요

제청신청인은 2008. 5. 9. 19:35경부터 21:47경까지 야간에 옥외에서 미국

산 쇠고기 수입반대 촛불집회를 주최하였다는 등의 이유로 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소되었다(서울중앙지방법원 2008고단3949). 제청신청인은 1심 계속중 제청신청인에게 적용된 집시법 제10조, 제23조 제1호가 헌법상 금지되는 집회의 사전 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판 제청신청(2008초기2418)을 하였다. 서울중앙지방법원은 위 법률조항들이 당해 사건 재판의 전제가 되고, 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다며 2008. 10. 13. 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

현재는 이 사건의 심판 대상으로, 집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회”⁶⁾ 부분이 헌법에 위반되는지 여부로 정리했다.⁷⁾ 이 사건의 심판대상 법률조항의 내용은 다음과 같다.

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외 집회를 허용할 수 있다.

제23조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지

6) 집시법 제23조는 ‘제10조 본문’에 위반한 것을 구성요건으로 하여 처벌하고 있다. ‘제10조 단서’는 구성요건에 들지 않는다. 이 점은 매우 중요하다.

7) 제청법원이 집시법 제10조 와 제23조 제1호 전부에 대하여 위헌법률심판제청을 하였으나, 제청신청인에게 적용된 부분은 ‘옥외집회’에 관한 부분이라는 이유로 심판의 대상을 위와 같이 한정하였다. 원칙적으로는, 집시법 제10조 와 제23조 제1호 중 헌재가 심판의 대상으로 삼은 부분의 나머지에 대하여는, 재판의 전제성이 없다는 이유로, 주문에서 각하 결정을 하여야 할 것이나, 실무상 다툼이 없을 것으로 보이는 경우에는, 따로 주문에서 각하 결정을 하지 아니하고, 이와 같이 정리 한다. 다만, 이와 같이 정리하는 것이 타당했는가 하는 점은, 아래의 VI. 재판의 전제성 부분에서 본다.

를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금

2. 현재의 판단⁸⁾

가. 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김중대, 재판관 송두환의 위헌의견

헌법 제21조 제2항은, 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이다. 또한 위 조항은 헌법 자체에서 직접 집회의 자유에 대한 제한의 한계를 명시한 것이므로 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 앞서서, 우선적이고 제1차적인 위헌심사기준이 되어야 한다. 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 ‘허가’는 행정권이 주체가 되어 집회 이전에 예방적 조치로서 집회의 내용·시간·장소 등을 사전심사하여 일반적인 집회금지를 특정한 경우에 해제함으로써 집회를 할 수 있게 하는 제도, 즉 허가를 받지 아니한 집회를 금지하는 제도를 의미한다.

집시법 제10조 본문은 야간옥외집회를 일반적으로 금지하고, 그 단서는 행정권인 관할경찰관서장이 집회의 성격 등을 포함하여 야간옥외집회의 허용 여부를 사전에 심사하여 결정한다는 것이므로, 결국 야간옥외집회에 관한 일반적 금지를 규정한 집시법 제10조 본문과 관할 경찰관서장에 의한 예외적 허용을 규정한 단서는 그 전체로서 야간옥외집회에 대한 허가를 규정한 것이라고 보지 않을 수 없고, 이는 헌법 제21조 제2항에 정면으로 위반

8) 헌재가 정리한 ‘결정요지’ 중 필요한 부분을 그대로 인용하였다. 판례집, 21-2상, 427 이하 참조.

된다. 따라서 집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분은 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반되고, 이에 위반한 경우에 적용되는 처벌조항인 집시법 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분도 헌법에 위반된다.

나. 재판관 조대현, 재판관 송두환의 위헌보충의견

이 사건 법률조항들이 헌법 제21조 제2항에 위반된다고만 선언할 경우에, 국회가 집시법 제10조 단서를 삭제하면 행정청이 집회의 허부를 결정하는 허가제에 해당되지 않게 되어 헌법 제21조 제2항에 위반되는 점은 해소되지만, 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점의 위헌성은 해소되지 않게 된다. 집시법 제10조 본문은 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하여 합리적 사유도 없이 집회의 자유를 상당 부분 박탈하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언할 필요가 있다.

다. 재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치의견

‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’에 해당하지 않는다. 집시법 제10조 본문은 “해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는” 옥외집회를 못하도록 시간적 제한을 규정한 것이고, 단서는 오히려 본문에 의한 제한을 완화시키려는 규정이다. 따라서 본문에 의한 시간적 제한이 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부는 별론으로 하고, 단서의 “관할경찰관서장의 허용”이 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고는 볼 수 없는 것이다. 집시법 제10조는 법률에 의하여 옥외집회의 시간적 제한을 규정한 것으로서 그 단서 조항의 존재에 관계없이 헌법 제21조 제2항의 ‘사전허가금지’에 위반되지 않는다.⁹⁾

라. 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견

집회의 자유에 대한 내용중립적인 시간, 장소 및 방법에 관한 규제는 구체적이고 명확한 기준에 의하여 이루어지는 한, 헌법 제21조 제2항의 금지된 허가에 해당하지 않는다. 이러한 입장은, 언론·출판에 대한 허가 및 검열금지에 관한 우리 재판소의 기존 해석과도 상통하는 것이고, 입법자도 같은 전제에 서서 집회의 자유를 제한하는 각종 규제조항을 마련해 놓고 있다.

따라서, 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 집회에 대한 허가에 해당하는지 여부는, 결국 그 사전적 제한의 기준이 내용중립적인 것으로서 구체적이고 명확한 것인지에 따라 결정되어질 문제라고 할 것인데, 집시법 제10조는 옥외집회의 자유를 제한함에 있어서 야간이라는 내용중립적이고 구체적이며 명확한 시간적 기준을 정하고 있으므로, 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가에 해당한다고 볼 수는 없다.¹⁰⁾

Ⅲ. 집회에 대한 허가제의 내용

1. 사상의 자유시장론

John Milton은, “진리와 허위가 대결하게 하라. … 모든 사람으로 하여금 자유롭게 말할 수 있게 하라. 그러면 진리의 편이 반드시 생존하고 승리한다. 허위와 불건전은 사상의 공개시장(the open market of ideas)에서 다투다

9) 나아가, 두 재판관은 이 사건 결정의 심판대상 조항이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라 판단하였다. 이 부분은 이 논문에서 다루는 쟁점이 아니므로 생략한다.

10) 두 재판관은 이 사건 결정의 심판대상 조항이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 이 부분은 이 논문에서 다루지 않는 쟁점이므로 생략한다.

가 마침내는 패배하리라. 권력은 이러한 선악의 싸움에 일체 개입하지 말라. 설혹 허위가 일시적으로 득세하는 일이 있더라도 선악과 진위가 자유롭게 싸워간다면 마침내 선과 진이 자기교화과정(self-righting process)을 거쳐 궁극적인 승리를 얻게 되리라.”¹¹⁾라고 설파한 바 있다.

현재도 언론·출판의 자유영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 이유로 첫째, 언론·출판의 자유가 지니는 헌법적 가치들은 입헌민주체제에서 반드시 확보되어야 할 중요한 가치라는 점, 둘째, 언론·출판은 인격의 발현으로서 사상과 견해를 외부에 표출하는 것인데, 어떤 사상이나 견해가 옳고 가치 있는 것인지를 판단하는 절대적인 잣대가 자유민주 체제에서는 존재할 수 없다는 사실, 셋째, 언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실을 들고 있다.¹²⁾

결국, 사상의 자유시장이론은 ‘자유를 통한 진리의 발견’을 추구하는 이론이다.¹³⁾ 다양한 사상과 의견들이 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악을 자체적으로 해소시킬 수 있다는 믿음, 헌법 제21조 제2항이 정하는 바의 언론·출판의 허가·검열을 금지하는 사상적 토대로 되는 것이다.

2. 언론·출판의 허가·검열과 집회에 대한 허가

헌법 제21조 제2항은, ‘언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.’고 정하고 있다. 현재는 ‘언론·출판에 대

11) John Milton, *Areopagitica; A Speech of John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*(1644). 김동민(편), *언론법제의 이론과 현실*, 한나래, 1993, 15쪽.

12) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339-340.

13) 한수웅, *헌법학*, 법문사, 2011, 730.

한 허가나 검열'과 '집회·결사에 대한 허가'를 같은 성격으로 이해하고 있다. 이 사건에서도 현재는, “언론·출판의 자유와 더불어 집회의 자유가 형식적·장식적 기본권으로 후퇴하였던 과거의 헌정사에 대한 반성적 고려에서, 집회의 자유가 실질적으로 보장되지 않는 한 자유민주주의적 헌정질서가 발전·정착되기는 어렵다는 역사적 경험을 토대로, 그 동안 삭제되었던 언론·출판에 대한 허가나 검열 금지와 함께 집회에 대한 허가제 금지를 다시금 살려내어, 집회의 허용 여부를 행정권의 일방적·사전적 판단에 맡기는 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법가치적 합의이며 헌법적 결단이라고 보아야 할 것이다.”¹⁴⁾라고 판시함으로써, 양자를 동렬에 두고 있다. 집시법 제10조 단서가 허가제를 규정한 것이 아니라고 보는 민형기, 목영준 재판관도, 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 허가제를 “행정청의 허가 없는 옥외집회를 불가능하게 하는 것”으로 이해하고 있다.¹⁶⁾ 김희옥, 이동흡 재판관도 “집회에 대하여 일반적인 허가제를 정하여 이를 사전 억제하는 것은 헌법 제21조 제2항의 취지에 반하여 허용될 수 없다.”¹⁷⁾고 본다. 그러므로, 헌법이 금지하는 허가제의 범리는 그와 같은 논리적 구조를 가지고 있는, 검열금지의 범리를 분석함으로써 좀 더 분명해 질 수 있다.

3. 검열금지원칙에 대한 심사기준

검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방

14) 판례집 21-2, 440. 밑줄은 필자에 의한 것임.

15) 선례로서는, 헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43, 판례집 13-1, 1167, 1179. 이 판례는 언론·출판에 대한 허가과 검열이 그 본질에 있어서 같다고 판시하였다. 언론·출판에 대한 허가과 집회·결사에 있어서의 허가가 그 본질에 있어서 다르지 아니한 것이므로, 선례로 인용될 수 있다고 본다. 이 사건에서 김희옥, 이동흡 재판관은 위 판례를 들면서, 허가제와 검열제가 그 본질에 있어서 같다고 한다(판례집 21-2상, 455).

16) 판례집 21-2, 447.

17) 판례집 21-2, 452.

적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 구체적으로, 검열은 ① 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, ② 행정권이 주체가 된 사전심사절차, ③ 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 ④ 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 존재라는 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다. 즉, 헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열은 “개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위 내에서 발표를 저지하는 것만을 의미”¹⁸⁾하고, 헌법상 보호되지 않는 의사표현에 대하여 공개한 뒤에 국가기관이 간섭하는 것을 금지하는 것은 아니다.¹⁹⁾

검열에 해당한다고 보는 조항 중 대표적으로, 영화법²⁰⁾의 규범 구조를 살펴보면 다음과 같다. 영화법 제12조 제1항, 제2항은, 영화를 상영하기 전에 공연법에 의하여 설치된 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다는 점, 심의를 필하지 아니한 영화는 이를 상영하지 못한다는 점을 밝힌 후, 같은 법 제13조는 심의기준을 정해 두고 있으며, 같은 법 제32조는 심의를 받지 아니하고 영화를 상영한 자에 대하여 벌칙을 정하고 있다.²¹⁾ 같은 법 제13조 제1항이 정하고 있는 심의기준에 위반된 영화를 상영하였다는 사실 자체에

18) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 759.

19) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 371.

20) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212 참조.

21) 영화법 제12조 ① 영화(그 예고편을 포함한다)는 그 상영 전에 공연법에 의하여 설치된 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다. / ② 제1항의 규정에 의한 심의를 필하지 아니한 영화는 이를 상영하지 못한다.

제13조 ① 공연윤리위원회 또는 방송심의위원회는 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의에 있어서 다음 각 호의 1에 해당한다고 인정되는 영화에 대하여는 이를 심의필한 것으로 결정하지 못한다. 다만, 그 해당부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정될 때에는 그 부분을 삭제하고 심의필을 결정할 수 있다.

1. 헌법의 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때 / 2. 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때 / 3. 국제간의 우의를 훼손할 우려가 있을 때 / 4. 국민정신을 해이하게 할 우려가 있을 때
제32조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의를 받지 아니하고 영화를 상영한 자

대하여는 처벌규정을 두고 있지 않다. 즉, 심의를 거치지 아니하고, 심의기준에 위반된 영화를 상영하더라도, 일죄다.²²⁾

사전심의를 거치지 아니한 영화의 상영을 금지	→	벌칙 있음
심의기준 위반된 영화의 상영	→	벌칙 없음

《그림 1》

한편, 영화의 내용을 이유로 사후에 처벌을 한다고 하더라도, 그것이 검열에 해당하지 아니함은 다언을 요하지 아니한다. 사후 제재에 불과한 것이기 때문이다.

이러한 사정은, 검열이 문제된 다른 법률도 마찬가지다. 한국광고자율심의기구에 의한 방송광고의 사전심의를 문제된 방송법²³⁾이나, 상업광고에 대한 사전심의를 문제가 된 ‘건강기능식품에 관한 법률’²⁴⁾ 공연윤리위원회의 심의를 받지 아니한 음반의 판매를 금지하고 이에 위반한 자를 처벌하는 규정이 문제로 된 음반및비디오물에관한법률²⁵⁾²⁶⁾이 그러하다.

22) ‘심의를 받지 아니하고 영화를 상영’ 하는 것을 구성요건으로 하여 처벌할 뿐, ‘심의 규정에 위반되는 영화를 상영’하는 것은 처벌대상으로 되지 않는다는 것이다.
 23) 현재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397. 물론, 이 사건에서 현재는, “건강기능식품의 기능성 표시·광고와 같이 규제의 필요성이 큰 경우에 언론·출판의 자유를 최대한도로 보장할 의무를 지는 외에 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 보호의무도 지는 입법자가 국민의 표현의 자유와 보건·건강권 모두를 최대한 보장하고, 기본권들 간의 균형을 기하는 차원에서 건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심의절차를 법률(건강기능식품법)로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다”고 판시한 바 있다(판례집 20-1하, 397, 253).
 24) 현재 2010. 7. 29. 2005헌바75, 판례집 22-2상, 232.
 25) 음반및비디오물에관한법률(1995. 12. 6. 법률 제5016호로 개정되기 전의 것) 제16조
 ① 판매·배포·대여 등의 목적으로 음반(…)을 제작(…)하고자 하는 자는 당해 음반(…)의 내용에 관하여 대통령이 정하는 바에 의하여 미리 공연법에 의한 공연윤리위원회(이하 “공연윤리위원회”라 한다)의 심의를 받아야 한다.
 ② 누구든지 제1항의 규정에 의하여 심의를 받지 아니한 음반을 판매하여서는 아니 된다.
 제24조 ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의

요약하자면, 사전적인 심의를 거칠 것을 요구하는 규정을 두고, 그 심의를 받지 아니한 것 자체를 구성요건으로 하여 불이익을 가하는 것이 현재가 이해하는 검열이다. 위에서 제기한 법률들의 경우는 그러하지 아니하였으나, 만약 공표되는 언론의 내용을 문제 삼아 사후적으로 처벌되는 조항을 따로 두었다면, 검열을 받지 아니하고 금지된 내용을 공표한 경우, 두 개의 죄의 실체적 경합범으로 처벌받게 될 것이다.²⁷⁾ 대개의 경우, 사전심의를 받을 것을 요구하고, 그 심의의 기준을 법으로 정하면서도,²⁸⁾ 그 심의기준에 위배되는 내용의 언론을 공표하였다는 사실 자체를 구성요건으로 하는 처벌 규정을 두지는 않는다. 그러나, 이 사건에서 문제된 집시법은 위와 같은 두 개의 규정을 모두 두었다는 점에서 특이성이 있다.²⁹⁾

IV. 집시법에 대한 기존의 판례

1. 집시법 제6조 제1항에 대한 현재의 결정(2007헌바22)

가. 결정의 내용

청구인은, 미신고 옥외집회를 주최하여 집시법 제19조 제2항,³⁰⁾ 제6조 제

벌금에 처한다.

4. 제16조 제2항의 규정에 위반한 자

② 제1항의 규정에 해당하는 자가 소유 또는 점유하고 있는 음반(...)과 그 제작 또는 복제에 직접 사용된 기자재 및 제작에 사용할 수 있는 인쇄물은 이를 몰수하고 몰수가 불가능한 때는 그 가액을 추정한다.

26) 현재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395.

27) 형법 제37조 참조.

28) 위의 영화법 제13조 제1항 참조.

29) 이 점에 대해서는 다시 본다.

30) 구 집회 및 시위에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 7123호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조(벌칙) ② 제5조 제1항 또는 제6조 제1항의 규정에 위반하거나 제8조의 규정에 의하여 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최

1항³¹⁾을 위반하였다는 공소사실로 기소되어 소송 계속 중 위 법률조항들에 대하여 위헌제청을 신청하였으나, 기각되자 현재법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하면서,³²⁾ 신고제가 행정당국에 의하여 사실상 허가제로 운영되고 있으므로, 헌법 제21조 제2항에 위배된다고 주장하였다.

이에 대하여 현재는, “구 집시법 제6조 제1항은, 옥외집회를 주최하려는 자는 그에 관한 신고서를 옥외집회를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰관서장에게 제출하도록 하고 있다. 이러한 사전신고는 경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 주최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고라고 할 것이다. 결국, 구 집시법 전체의 규정 체제에서 보면 법은 일정한 신고절차만 밟으면 일반적·원칙적으로 옥외집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하고 있으므로(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 302), 집회에 대한 사전신고제도는 헌법 제21조 제2항의 사전허가금지에 반하지 않는다”³³⁾고 판시하였다.

이에 대하여, 김종대 재판관은 “집회의 사전신고제도는 집회의 시간과 장소 등 질서유지를 위하여 필수적인 정보를 집회주최자가 경찰관청에 미리 제공하도록 함으로써 집회의 자유가 온전하게 실현될 수 있도록 하면서 동시에 경찰관청이 질서유지에 필요한 조치를 강구할 수 있도록 하는 행정절차적 협력의무를 부과하는 제도로서 집회의 사전허가제도와는 그 취지와 목적이 근본적으로 다르다”³⁴⁾고 하면서도, 집시법 “제19조 제2항의 미신고 옥

한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

31) 구 집회 및 시위에 관한 법률(2004. 1. 29. 법률 7123호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것) 제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적, 일시(소요시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업·연락처, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰관서장에게 제출하여야 한다. (단서 생략)

32) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578 이하.

33) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 589-590.

외집회 주최자 처벌규정은 단순한 행정절차적 협조의무 위반으로 행정상 제재에 그쳐야 할 것에 대하여 징역형이 있는 형벌을 부과하고, 거기에서 더 나아가 어떠한 예외도 두지 않고 법률상 금지된 집회의 주최자와 동일한 범정형으로 처단함으로써 국가형벌권 행사에 관한 범치국가적 한계를 넘어 과잉형벌을 규정한 것이므로 헌법에 위반된다.”³⁵⁾고 판시한 바가 있다.

나. 검토

이 결정의 핵심은, 허가제와 신고제는 다르다는 것, 그리고 헌법이 금지하고 있는 것은 허가제라는 것이다. 관념적으로 허가제는 일반적 금지와 예외적 허용을, 신고제는 일반적 허용과 예외적 금지를 의미한다고 보아, 양자를 구분한 뒤, 전자는 헌법 제21조 제2항에 의해 금지되나 후자는 헌법 제21조 제2항에 반하지 아니한다고 보았다.³⁶⁾

그러나, 허가제와 신고제는 상대적인 것이다. 전자는 행정청으로부터 적극적으로 허가를 받아야 집회를 할 수 있고, 후자는 행정청의 작위가 없더라도 집회를 주최할 수 있다는 점에서 다를 수 있으나, 이것은 헌법 제21조 제2항이 말하는 허가제의 문제를 논의함에 있어서 의미 있는 구분이 아니다. 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 검열제 또는 허가제는, 행정청의 결정에 의해 언론의 공포 또는 집회의 주최 여부가 결정되어서는 안 된다는 것을 의미하는 것이지, ‘행정법상의 신고제’는 금지되지 아니하고, ‘행정법상의 허가제’는 금지된다고 말하는 것이 아니다. 행정법상의 허가제로 하든 신고제로 하든, 행정청의 의사에 의하여 집회를 열 수 있는가 여부가 결정된다면, 헌법상의 허가제다.³⁷⁾

이 점은 헌재의 결정에서도 일부 드러난다. 헌재는 “언론·출판에 대한

34) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 596.

35) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 599.

36) 이러한 관점은, 이 사건에도 이어져 있다. 판례집 21-2상, 427, 442 참조.

37) 물론, 다른 요건들이 충족된다는 것을 전제로. 예를 들면, 제재.

검열금지라 함은 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유에 따라 모든 국민은 자유로이 자신의 의사를 표현할 수 있는데 이러한 의사표현이 외부에 공개되기 이전에 국가기관이 그 내용을 심사하여 특정한 의사표현의 공개를 허가하거나 금지시키는 이른바 사전검열의 금지를 말한다³⁸⁾고 판시한 바 있는데, 위 문언 중, ‘공개를 허가하거나 금지’시킨다 함은 ‘행정법상의 허가제’가 아니라 ‘행정법상의 신고제’에 의하더라도 헌법상의 집회에 대한 허가제에 해당될 수 있음을 전제로 한 것이다. ‘공개를 허가’하는 것이 ‘행정법상의 허가제’를 전제로 하는 것이라면, ‘공개를 금지’하는 것은 ‘행정법상의 신고제’를 전제로 하는 것이기 때문이다. 따라서, 행정법상의 신고제라 하더라도 집회를 열고자 하는 자로 하여금 신고를 하게 하고, 이를 행정청이 심사한 후에, 특별한 경우에는 집회를 금지하게 하고, 이를 위반하는 경우에는 제재를 가한다면 이것은 헌법 제21조 제2항이 금지하는 허가제에 해당한다.

또, 현재 결정에서 검열을 “개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위 내에서 발표를 저지하는 것³⁹⁾이라고 정의한 것은 ‘저지’의 방식이 ‘행정법상의 허가제’냐, ‘행정법상의 신고제’냐에 따라 ‘헌법상의 허가제’ 여부가 결정되지 아니한다는 것을 전제로 하는 것이다. 여기서 말하는 ‘저지’에는 일반적 금지를 전제로 허가를 하지 아니하는 것과 일반적 허용을 전제로 금지하는 것이 모두 포함된다고 보아야 할 것이기 때문이다.

그런데, “집회를 할 수 있다. 다만, 미리 신고하여야 한다. 야간집회의 경우는 금지를 통보할 수 있다. 금지된 집회를 한 자는 처벌한다.”와 “집회를 할 수 없다. 다만, 미리 허가를 받은 집회는 할 수 있다. 야간에는 허가할 수 없다. 허가받지 아니한 집회를 한 자는 처벌한다.”가 다르다는 것이 위 결정의 논리이다. 위와 같은 논리는, 얼룩말이 흰 바탕에 검은 줄이 쳐진 것인

38) 현재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 370-371.

39) 현재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 759.

지, 검은 바탕에 흰 줄이 쳐진 것인지를 구분할 수 있고, 양자는 본질적으로 다르다는 주장과 같은 것이다.

요컨대, 헌법 제21조 제2항의 허가제는, 집회를 주최하기 전에 미리 집회 주최 사실을 행정청에 고지하고, 행정청이 그 집회가 열려도 좋은가를 결정하고, 열려서는 안 된다고 행정청이 결정한 경우, 그 집회의 주최를 저지하고, 이에 위반하여 집회를 여는 경우, 행정청의 명령을 위반하였다는 이유로 처벌하는 제도이다. 그 형식이 일반적 허용된 집회를 예외적으로 금지하는가, 일반적으로 금지된 집회를 예외적으로 허가하는가 하는 것은 헌법 제21조 제2항의 허가제를 논함에 있어서는 아무런 의미가 없는 것이다.

헌법 제21조 제2항이 금지하는 허가제에 해당하지 않는 신고제의 모습은, 1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정된, 집회및시위에관한법률 부칙 제2항에 의해 폐지된 집회에관한법률⁴⁰⁾에서 볼 수 있다. 집회에관한법률은 관할 경찰서장에게 집회의 내용을 신고하도록 명령할 뿐, 관할 경찰서장이 집회에 대해 심사를 할 수 있다거나, 집회의 주최를 금지할 수 있다거나, 금지된 집회를 주최하였다고 하여 처벌하는 규정을 두고 있지 아니하다. 집회에관한법률에서 정한 신고가, 현재가 이 결정에서 실시한 바대로, ‘경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 주최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고’라고 할 수는 있을 것이나, 이 신고를 접수한 관할 경찰서장이 집회의 금지를 통보하고, 금지통보에도 불구하고 집회를 주최하는 자를 처벌하는

40) 집회에관한법률(1960. 7. 1. 법률 제554호로 제정된 것) 제1조 (집회의 신고) 집회를 주최하려는 자는 그 목적, 시일, 장소, 회합예상인원과 주최자의 주소, 성명을 기재한 신고서를 늦어도 집회의 24시간 전에 소할경찰관서장에게 제출하여야 한다. 단 종교, 학술, 체육, 친목에 관한 집회와 정당, 단체등의 역원회 또는 이에 준하는 집회는 예외로 한다.

제2조 (평화적시위행렬의 신고) 평화적시위행렬을 주최하려는 자는 그 목적, 시일, 장소, 로순, 참가예상인원과 주최자의 주소, 성명을 기재한 신고서를 늦어도 시위의 24시간 전에 소할경찰서장에게 제출하여야 한다.

제3조 (벌칙) 제1조의 규정에 위반한 자는 2만원 이하의 벌금에, 제2조의 규정에 위반한 자는 5만원 이하의 벌금에 처한다.

조항까지 두고 있는 집시법 조항이 헌법상의 허가제에 해당되지 않는다는 것은 납득하기 어렵다. 집시법 제6조가 정한 바가 ‘행정법상의 신고제’이므로, ‘헌법상의 허가제’에 해당하지 않는다는 위 결정에는 동의하기 어렵다.⁴¹⁾⁴²⁾

2. 집시법 제10조 단서에 대한 종전 태도(91헌바14)

가. 결정의 내용

비록 이 사건에 의하여 폐기되기는 했으나, 집시법 제10조의 위헌 여부가 문제되었던 사건이 이전에도 있었다. 위 사건에서 청구인은, 야간옥외집회를 주최하고, 금지통고된 옥외집회를 주최한 혐의로 기소된 사람이 집시법 제10조 등에 대해 헌법소원심판을 청구하였다.

위 사건에서 헌재는, “현행 집시법 제10조가 과거처럼 어떠한 경우에도 야간의 옥외집회·시위를 일률적으로 금지하지 아니하고(구 집시법 제6조 참조) 집회의 성격상 부득이한 경우에는 일정한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회를 허용할 수 있는 단서규정을 두고 있는 점, 이 단서규정에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는 헌법이념 및 조리상 관할 경찰관서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 해석되는 점, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회에는 이러한 금지규정이 적용되지 않을 뿐만 아니라(집시법 제13조) 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용되는 점 등을 고려할 때, 야간의 옥외집회·시위의 금지에 관한 집시법 제10조의 규정이 집회의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이라고는

41) 헌재는, 행정법학에서 사용하는 관념을 그대로 헌법적으로 받아들였다고 할 수 있다. 즉, 행정법학에서 말하는 허가 또는 신고의 관념을 그대로 헌법적 관념으로 받아들인 것이다. 그러나, 같은 단어라 할 지라도 양 자는 그 의미를 달리 할 수 있다.

42) 허가제성을 인정하는 최근의 논문으로는, 박승호, ‘집회및시위에관한법률’상 사전신고제의 위헌성, 법학논고 제38집, 2012. 2. 경북대학교 법학연구소, 1 이하 참조.

볼 수 없다. 다만 규정의 체제로는 야간의 옥외집회·시위도 원칙적으로 이를 허용하고 예외적으로 금지할 수 있는 경우를 구체적으로 규정하는 것이 집회의 자유를 보장한 헌법규정에 비추어 바람직스러운 것이나, 야간의 옥외집회·시위를 원칙적으로 금지하고 야간옥외집회에 한하여 예외적으로 조건을 붙여 허용하였다고 하여 즉 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 규정체제로 되어 있다 하여 그 사실만으로 곧 기본권 제한입법의 한계로서 요구하는 과잉금지의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없고, 더구나 집시법 전체의 규정체제에서 보면 이 법은 일정한 신고절차만 밟으면 일반적, 원칙적으로 옥외집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하면서(즉 옥외집회 및 시위의 원칙적 허용) 그 집회 및 시위의 목적, 방법, 시간, 장소 등에 따라 그것이 공공의 안녕질서에 미칠 영향의 강약 등을 고려하여 개별적으로 이에 상응한 여러 가지의 규제를 하고 있는바 집시법 제10조는 바로 일몰상태하의 옥외집회 및 시위라는 특수한 상황조건하의 옥외집회·시위에 관한 특별한 예외적 규제규정(즉 옥외집회 및 시위의 예외적 금지규정 또는 “옥외집회 및 시위의 금지시간”에 관한 규정)이라고 볼 수도 있다. 따라서 집시법 제10조는 헌법 제21조 제2항이나 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.”⁴³⁾⁴⁴⁾

나. 검토

이 결정에서는, 집시법 제10조 단서가, 집시법 제10조 본문의 위헌성을 감축시켜 주는 역할을 한다고 보았다. 만약 집시법 제10조 단서가 없었다면, 집시법은 더욱 위헌적인 상태에 가깝게 접근하게 되었을 것이라고 위 결정은 이해하고 있는 것이다.⁴⁵⁾ 이와 같은 생각은, 2000헌바67등 사건에서도 찾

43) 헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 301-302.

44) 강조점은 필자에 의한 것임.

45) 물론, 집시법 제10조 단서가, 또는 집시법 제10조 단서와 본문이 결합하여 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 허가제에 해당하는가 여부에 대하여 본격적으로 심사하지는 아니하였다. 그러면서도, 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에 위반되지 않는

아 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 위 사건에서 외교기관 인근에서 예외를 허용하지 않고, 전면적으로 집회를 금지하는 것은 최소침해성 원칙에 어긋나는데, 이를 치유하기 위해서는 ‘행정청의 허용’으로써 집회를 주최할 수 있는 여지를 마련해 두어야 한다고 보았다.⁴⁷⁾ 이 결정들에서는, 집시법 제10조 단서와 같은 조항이 침익적인 것이 아니라, 침익적인 본문의 위헌성을 감축시켜 주는 조항이라는 것을 전제로 하는 것이고, 집시법 제10조 단서가 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 허가제에 해당하지 않는다고 분명히 말하지는 아니하였으나, 직관적으로는 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 허가제에는 해당될 수 없다고 느끼고 있는 것이라 보인다. 이 사건 결정에서 민형기, 목영준 재판관이 느낀 바와 유사한 것이라 생각된다. 어쨌든, 이 사건 결정에서 집시법 제10조 단서가, 침익적 규정의 성격을 갖는, 허가제에 해당한다고 판단한 것과는 명백히 대조되는 것이다.

V. 이 사건에 대한 분석

1. 문제의 제기

이 사건 결정에서 가장 핵심적인 문제는, 집시법 제10조 단서가 독자적으로, 혹은 본문과 결합하여 집회에 대한 허가제에 해당하게 될 것인가 하는 것이다. 현재는 검열에 대하여 절대적으로 금지된다고 보고 있고,⁴⁸⁾ 이 사건 결정에서 집회에 대한 허가제도 절대적으로 금지된다고 전제하였기 때문에,⁴⁹⁾ 집시법 제10조 단서, 또는 집시법 제10조 본문과 단서가 결합하여 헌

다고 결론을 내린 것은 이유불비라 비판할 수 있을 것이다.

46) 헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등, 판례집 15-2하, 41.

47) 헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등, 판례집 15-2하, 41, 60.

48) 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 249; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 410; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222-223.

49) 판례집 21-2상, 427, 440.

법 제21조 제2항에서 말하는 허가제로 인정되는 순간 바로 위헌으로 결정될 것이다. 따라서, 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 규정한 허가제에 해당하는가 하는 점은 매우 중요한 논점이다. 물론, 허가제에 해당하지 않더라도, 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 과잉금지원칙에 위배된다는 이유로 위헌으로 결정될 가능성이 없지는 아니하다.⁵⁰⁾

2. 집시법의 규범구조

집시법은 옥외집회를 주최하고자 하는 자가 옥외집회를 시작하기 72시간 전부터 48시간 전에 신고서를 관할경찰관서장에게 제출하여야 하고(제6조 제1항 본문), 신고서를 접수한 관할경찰관서장은 신고된 옥외집회 또는 시위가 제10조 본문⁵¹⁾에 해당하는 경우에는 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위를 금지⁵²⁾할 것을 주최자에게 통고할 수 있다. 집시법 제6조 제1항의 신고를 하지 아니하거나, 제8조에 제1항에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다(제22조 제2항). 한편, 위와 같은 집회의 신고의무와는 별도로, 집시법 제10조 본문에 의해 금지된 야간옥외집회를 주최하는 경우에는, 집시법 제23조에 따라 형사처벌을 받게 된다. 양 죄는 실체적 경합범로 처벌될 것이다.⁵³⁾

이 사건의 경우, 제청신청인에게는 집시법 제10조와 제23조 제1호만 적용되었으나,⁵⁴⁾ 집시법 제10조가 적용되었다는 것은 신고를 하지 아니한 집회

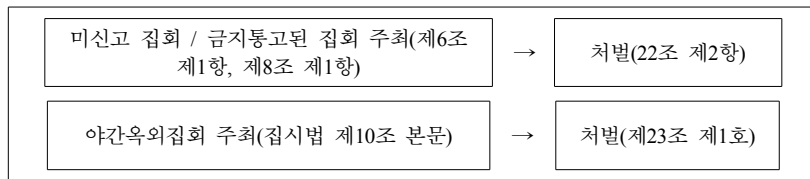
50) 조대현, 송두환 재판관의 위헌보충의견 또는 민형기, 목영준 재판관의 헌법불합치의견 참조.

51) 이외에도, 1. 제5조 제1항, 제10조 본문 또는 제11조에 위반된다고 인정될 때 / 2. 제7조 제1항에 따른 신고서 기재 사항을 보완하지 아니한 때 / 3. 제12조에 따라 금지할 집회 또는 시위라고 인정될 때를 나열하고 있다.

52) 법문에서는 ‘금지할 것’이라고 규정하고 있으나, 집회를 ‘하지 말 것’이라는 의미이다. 금지하는 자는 집회를 하는 자가 아니다.

53) 형법 제37조 참조.

를 주최하거나(제6조 제1항), 금지통보된 집회를 주최하였다(제8조 제1항)는 것이 전제된 것이다. 금지통보되지 아니한 야간옥외집회를 주최하였다면, 집시법 제10조 본문 위반으로 처벌되지 아니할 것이기 때문이다. 집시법 제10조 단서 참조. 단지, 검사가 기소편의주의⁵⁵⁾에 따라, 집시법 제6조 제1항 또는 제8조 제1항 위반 부분을 기소하지 아니하였을 따름이다.



《그림 2》

위에서 본 바의, 영화법의 검열조항과 이 사건에서 문제된 집시법 조항의 차이점은, 영화법에서는 사전심의를 받지 아니하고 영화를 상영한 것 자체를 구성요건을 하여 처벌하는 조항을 둘 뿐이고, 심의의 기준에 위배된 영화를 상영하였다는 것을 구성요건으로 하는 처벌조항은 없음에 비하여, 집시법은 미신고 집회 또는 금지통고된 집회를 주최한 자를 처벌함과 동시에,⁵⁶⁾⁵⁷⁾ 금지통고의 대상이 되는 집회를 주최한 것 자체를 처벌한다는 것이다.⁵⁸⁾

3. 집시법 제10조 단서의 ‘신고’ 또는 ‘허용’의 자리매김

먼저 집시법 제10조 단서에서 말하는 ‘신고’ 또는 ‘허용’이 집시법 전체에서 어떤 위치에 있는가를 알 필요가 있다. 이를 알기 위해서는 집시법 제10

54) 사건의 개요 참조.

55) 형사소송법 제247조 참조.

56) 집시법 제8조 제1항 참조. 영화법의 경우, 제13조 제1항이 여기에 해당된다.

57) 이 경우, 그 공소사실은, “피고인은 금지통고를 받은 집회를 주최하였다.”라는 것이 될 것이다.

58) 이 경우 그 공소사실은, “피고인은 야간에 옥외집회를 주최하였다.”라는 것이 될 것이다.

조 단서의 ‘신고’와 집시법 제6조 제1항의 ‘신고’와의 관계를 검토하여야 한다. 그 핵심은, 집시법 제10조 단서의 ‘신고’와 집시법 제6조 제1항의 ‘신고’가 하나의 맥락에서 이해되어야 할 것인가, 아니면 독자적인 맥락에 있는 별개의 절차인가 하는 것이다.

이 사건 결정에는 집시법 제10조 단서의 ‘신고’ 또는 ‘허용’을 이해하는데, 집시법 제6조 제1항의 신고가 어떤 역할을 하는가에 대해서 아무런 언급이 없다. 추론컨대, 현재는 양자가 별개라고 이해한 것으로 볼 수 밖에 없다. 즉, 현재가 종전 결정⁵⁹⁾에서 허가제가 아니라고 판단한 집시법 제6조 제1항의 신고제와는 별개의 절차로 집시법 제10조 단서의 허가제가 있다고 보는 듯 하다. 그러나, 이는 오해인 것으로 보인다. 그렇게 이해한다는 것은, 집시법 제10조 단서에 따라 ‘허용’된 야간옥외집회를 하였음에도 불구하고, 집시법 제6조 제1항, 또는 집시법 제8조 제1항에 위배된다는 이유로 집시법 제22조 제2항에 의해 처벌받을 수 있다는 것을 받아들이는 것으로 된다. 그러나, 신고하지 아니하거나, 금지통보된 집회를 주최하였다는 사실로 집시법 제22조 제2항에 따라 처벌되는 외에, 집시법 제10조 단서의 ‘신고’를 하지 아니하거나, ‘허용’되지 아니한 야간옥외집회를 하였다는 사실로 처벌하는 법률 조항은 존재하지 않는다. 그렇다면, 집시법 제10조 단서의 ‘신고’는 집시법 제6조 제1항의 신고라 보아야 할 것이다.

한편, 집시법 제10조 단서의 ‘허용’은 무엇을 의미하는가? 집시법 제6조 제1항에 의하면, 옥외집회를 주최하려는 자는 질서유지인 등 집회의 내용을 미리 신고하여야 하고, 신고를 받은 관할 경찰관서장은 야간집회인 경우 금지를 통보할 수 있다(집시법 제8조 제1항). 그런데, 집시법 제10조 단서의 사유가 있는 경우, 즉 ‘집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다’. 이 때 ‘옥외 집회를 허용’한다는 것은, 집시법 제8조 제1항 제1호에서 정해진 바의 금지

59) 위 2007헌바22.

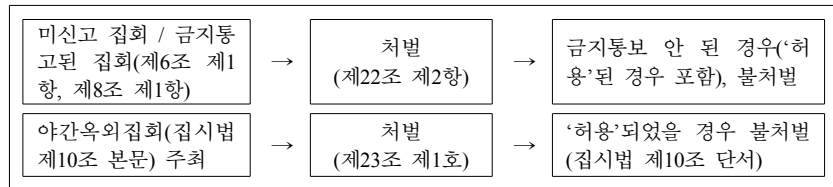
통보를 하지 않는 것이다. 법문상으로는 신고서를 접수한 때로부터 48시간 이내에 금지통보가 없으면 집회를 주최할 수 있을 것이나, 신고인이 신고한 야간옥외집회가 ‘허용’되는지 여부를 문의하였을 때, ‘집회를 하여도 좋다’, 즉 ‘금지통보를 하지 않겠다’는 의사를 표시하는 것, 그것이 집시법 제10조 단서가 말하는 ‘허용’이다.

그렇다면, 집시법 제10조 단서는 금지통보의 대상이 되는 야간옥외집회의 예외조항으로 자리매김하는 것이 적절한 것으로 될 것이다. 이를 조문화하면, 집시법 제8조 제1항 제1호 중의 ‘제10조 본문’ 부분을 ‘제10조 본문(다만, 관할경찰관서장이 집회의 성격상 부득이하다고 인정하여 질서유지를 위한 조건을 붙여 옥외집회를 허용한 경우는 제외한다)’로 고칠 수 있을 것이다. 이것은 집시법 제8조 제1항에서 허용한 관할 경찰관서장의 재량을 감축하는 역할을 하게 될 것이다. 이렇게 본다면, 집시법 제10조 단서는, 현재가 헌법 제21조 제2항에서 금지된 허가제가 아니라고 본, 집시법 제6조 제1항의 신고제의 위헌성을 더욱 약화시키는 역할을 하는 조문으로 되는 것이다.

다음으로, 집시법 제10조 단서가 하는 역할을 무엇인가, 하는 점을 규명하여야 할 것이다. 이 점에 관하여 보기 전에 다시 한 번 강조하여야 할 것은, 집시법의 구조이다. 위에서 본 바대로 영화법의 경우 사전심의를 받지 아니한 영화를 상영하는 것을 구성요건으로 하여 처벌할 뿐, 사전심의를 통고할 수 없는 영화를 상영한 것 자체를 구성요건으로 하여 처벌하는 조항은 따로 없음에도 불구하고, 이 사건 결정에서 문제된 집시법의 경우에는, 집시법 제6조 제1항과 제8조 제1항이 ‘신고제’를 규정해 두고 ‘신고를 하지 아니한 집회 또는 금지통고에 위반하여 집회를 주최하는 것’을 처벌함과 동시에, ‘금지통고의 대상인 집회를 주최하는 것’ 자체를 별도의 구성요건으로 하여 처벌한다는 것이다.

그러면 논리적으로는, 필자의 제안과 같이, 집시법 제10조 단서가 집시법 제8조 제1항 제1호의 ‘제10조 본문’의 괄호 안으로 들어가 있다고 하더라도, 그것만으로는 집시법 제10조 본문 위반의 점에 대한 처벌을 저지할 수는 없

다. 즉, 관할 경찰관서장이 야간옥외집회의 불가피성을 인정하여 금지통보를 하지 아니하였으므로, 금지통보 위반으로 처벌되지는 않겠지만, 집시법 제10조 본문이 금지하는 바, 즉 야간옥외집회를 하였다는 것 자체는 별도의 구성요건으로서 처벌의 대상으로 될 수 밖에 없다.⁶⁰⁾ 양 죄는 별개의 것이기 때문이다. 이렇게 되는 경우, 경찰관서장이 야간 옥외집회의 불가피성을 인정하여 ‘허용’을 하였음에도 처벌되는 문제가 나타날 수 밖에 없고, 이를 방지하기 위하여는 집시법 제10조 단서와 같은 조항이 불가결한 것으로 되는 것이다. 이를 그림으로 나타내 보면 다음과 같다.



《그림 3》

이 경우, 집시법 제10조 단서는, 사후억제책인 집시법 제10조 본문 위반에 대한 위법성 조각사유로 작동하는 것이다. 이 점에 대해서는 항을 바꾸어서 다시 보기로 한다.

4. 사전억제와 사후억제

집시법 전체를 보았을 때, 집시법 제10조 단서는, 집시법 제6조 제1항에서 정한 신고제에서 ‘예외적 허용의 범위를 확장시켜 주는 기능’을 함을 살펴보았다. 즉 집시법 제10조 단서는 집시법 제6조 제1항과 별개의 ‘허가제’를 구성하는 것이 아니라, 집시법 제6조 제1항의 ‘신고제’를 구성하는 한 요소라는 것이다.

60) 집시법 제23조 참조.

한편, 헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열제 또는 허가제는 사전억제책이다. 헌법 제21조 제2항은 사전억제를 금지하는 것이지, 사후억제를 금지하는 것이 아니다.⁶¹⁾ 그러면, 사전억제책은 무엇이고, 사후억제책은 무엇인가를 이해할 필요가 있다. 사전억제책은, 언론의 경우는 공표하기 전에, 집회의 경우는 집회를 열기 전에 공표 또는 주최에 대하여 행정청⁶²⁾의 심사를 받아야 하고, 행정청의 저지에도 불구하고 언론의 공표 또는 집회의 주최를 감행하는 경우, ‘행정청의 금지에 불구하고 공표 또는 주최를 하였다’는 사실을 구성요건으로 하여 제재를 가하는 제도를 말하는 것이고, 사후억제책은 일단 공표 또는 주최를 하고 나서, ‘위반행위를 한 사실’ 자체를 구성요건으로 하여 제재를 가하는 제도⁶³⁾를 말한다.

살피건대, 집시법 제10조만을 떼어 놓고 보았을 때, 집시법 제10조 단서는 사전억제책이 아니므로, 허가제에 해당될 수 없다. 집시법 제6조 제1항의 신고제를 논외로 하였을 때, 집시법 제10조 본문의 취지는, 야간옥외의 집회일지라도 집회를 주최할 수는 있다는 것, 주최를 하였다면 집시법 제23조 제1항 제1호에 의하여 처벌받는다라는 것이다. 거기에는 사전억제의 취지가 전혀 들어 있지 아니하다.⁶⁴⁾

혹자는, 법률에 의하여 금지된 집회이므로 행정청이 집회의 주최를 저지할 수 있는 것이라는 생각을 할 수도 있을 것이다. 그러나, 사전억제책으로서의 허가나 검열이 금지된다는 것은, ‘미리 저지하지 못한다’는 것을 의미한다. 사후의 제재는 별론으로 하고, 일단은 언론을 공표할 수 있고, 집회를

61) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 13-2, 212, 223.

62) 이 점에 대해서는 이론이 있을 수 있다. 왜 행정청만이 문제되는가 하는 것이다. 법원에 의해서 사전적으로 금지되는 것도 검열 또는 허가제에 해당될 수 있다는 주장이 있다. 여기서는 다루지 않는다.

63) 검열의 경우에는, 내용중립적인 규제는 검열에 해당하지 않는다고 봄에 비해(헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 126) 허가제의 경우에는 이 사건에서, 2인 재판관은 내용에 관한 규제만이 허가제에 해당한다고 보고(판례집 21-2상, 427, 452 이하), 법정의견은 내용중립적인 규제의 경우에도 허가제에 해당한다고 본다(판례집 21-2상, 427, 441).

64) ‘음란한 문서를 출판할 수 없다.’와 동치라 할 수 있다.

주최할 수 있다는 것, 그것이 헌법 제21조 제2항이 가진 헌법적 의의이다.

혹자는, 누군가가 살인을 하고자 하는데도 이를 저지할 수 없다는 말인가, 하는 의문을 제기할 수 있을 것이다. 그러나, 살인에 대하여는, 헌법적 관념으로는 일반적 행동 자유를 사전적으로 억제할 수 없다는 헌법 규범은 존재하지 않는다.⁶⁵⁾ 사전억제금지란 언론의 자유, 집회의 자유에 있는 특유한 관념이다. 그러므로, 살인이 일어나는 현장에서 행정청이 살인 행위를 저지하는 것은 헌법적으로 문제될 바가 없으나, 언론이 공표되기 전에, 또는 집회가 주최되기 전에 행정청이 언론 또는 집회를 저지하는 것은 헌법 제21조 제2항에 위반된다.

혹자는, 집시법 제10조 단서와 본문을 결합하면, ‘허가를 받지 아니한 야간옥외집회를 금지’하는 것이라 할 수 있는 것 아닌가 하는 의문을 가질 수 있을 것이다. 위와 같은 구성요건은 사전적으로 허가를 받을 것을 명령한 후에, 허가를 받지 아니하고 집회를 개최한 것을 처벌의 대상으로 삼는 것이 되는 것이고, 금지통보된 집회를 개최하는 것을 구성요건으로 하여 처벌하는 집시법 제22조 제2항, 그리고 제8조 제1항의 문제이다. 즉, 혹자의 의견과 같이 우리 집시법은 처벌을 하고 있다. 다만, 집시법 제23조가 아니라 제22조 제2항이 처벌하고 있다. 집시법 제23조가 처벌하는 바는, 집시법 제10조 본문의 ‘야간옥외집회를 개최한 것’이다. 집시법 제10조 단서에 따라 집시법 제8조 제1항에 의해 금지통보되지 아니하였다면, 처벌받지 않는다.

한편, 집시법 제23조 제1호는, 집시법 제10조 본문 위반을 구성요건으로 하고 있다. 즉, ‘야간에 옥외집회를 하였다는 것’이 구성요건인 것이지, ‘허가를 받지 아니하고 집회를 하였다’는 것이 구성요건이 아니다.⁶⁶⁾ 만약에 집시법 제10조 단서를 구성요건으로 하는 제재가 규정되어 있다면, 이것은 허가제에 해당될 여지가 있다. 그러나, 그와 같은 제재조항은 없을뿐더러,

65) 물론, 살인을 금지하는 것이 일반적 행동자유권을 제한하는가 하는 문제는 남아 있다. 일응 제한한다는 것을 전제로 한 논의이다.

66) 위에서 본 바의 영화법에서 문제된 처벌조항과 비교.

거기에 해당되는 내용은 집시법 제6조 제1항 또는 제 8조 제1항에 의해 규율될 뿐이다. 즉, 집시법 제10조 단서의 ‘허용’을 받지 아니하였다는 것은, 집시법 제6조 제1항에서 정한 신고를 하지 아니하였다는 것, 또는 신고는 하였으나, 관할 경찰관서장으로부터 금지통보를 받고도 집회를 주최하였다는 것을 의미하는 것이고, 이것들에 대하여는 집시법 제22조 제2항에 의해 처벌받는다.

나아가, 집시법 제10조 단서는 집시법 제10조 본문의 금지와 관련되는 것이다. 그런데, 집시법 제10조 본문은 사후억제책에 해당될 뿐, 사전억제책이 아니다.⁶⁷⁾ 사후억제책의 불처벌에 관하여 규정하고 있는 집시법 제10조 단서가⁶⁸⁾ ‘사전억제책’인 허가제에 해당될 수 있다는 것은 도저히 납득하기 어려운 주장이다.

또, 사전억제책의 구성요건은 매우 형식적이다. 공표된 언론 또는 주최된 집회가 어떤 것이었는가 하는 것과는 무관하다. 예를 들어, 어떤 법률조항이 검열에 해당된다고 함은, 공표된 언론이, 만약 사전 심의를 받았다면 아무런 문제없이 공표되었을 것이라 하더라도, 사전심의를 받지 아니하였다는 것 자체를 이유로 제재를 가하는 것이다. 즉, 공표된 언론 자체와는 결합하지 않는다. 그런데, 이 사건에서 문제된, 집시법 제10조 단서가 집시법 제10조 본문과 결합하여 사전억제책으로서의 허가제에 해당된다는 선뜻 납득하기 어려운 것이다.

5. 허가제와 내용중립적 규제

내용에 기한 규제만이 검열에 해당될 수 있고, 내용중립적인 규제는 허가제가 될 수 없다는 것은 현재의 확립된 판례라 할 수 있다.⁶⁹⁾ 그런데, 이와

67) 이 점은 조대현, 송두환 재판관이 지적하였다. 판례집 21-2상, 427, 445.

68) 또는 본문과 결합하여.

69) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 126.

같은 법리가 집회에 대한 허가제에는 허용되지 않는다는 것이 이 사건 결정의 법정의견이다. 그 논거로, 1962. 12. 헌법에는 제18조 제4항에서 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다고 정하고 있었으나, 현행 헌법에는 그러한 규정이 없으므로, 현행 헌법에서는 옥외집회에 대해서 시간과 장소에 관한 개별적 법률유보를 하지 않겠다는 결단의 결과이므로, 이 점은 허가제의 적용 범위를 정하는 데 있어서도 참작되어야 한다는 점을 든다.⁷⁰⁾

그러나, 우리 헌법 일반적 법률유보 조항을 두고 있으므로,⁷¹⁾ 개별적 법률유보가 특별한 의미를 가지지 아니하는 점, 1962년 12월 헌법의 제18조 제4항은, 같은 조 제2항에서 정하고 있는, 사전억제책으로서의 집회에 대한 허가제금지에 관한 규정이 아니라, 사후억제책으로서의 규제를 의미하는 것으로 보아야 한다는 점을 모아 보면, 1962년 12월 헌법의 규정이 현행 헌법의 해석론에 영향을 미칠 바는 없다고 보인다. 즉, 1962년 12월 헌법 제18조 제4항으로 인하여, 제18조 제2항의 집회에 대한 시간, 장소에 관한 허가제가 허용된다고 해석되지는 아니하고, 단지 법률로써 시간, 장소에 대한 규제가 가능함을 보인 것이고, 이에 해당하는 것이 1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정된 집시법 제6조와 제7조라 할 것이다. 만약 1962년 12월 헌법 제18조 제4항에 따라 시간, 장소에 대한 허가제가 허용되는 것이라고 본다면, 위 법률 제4조가 정하고 있는 ‘신고제’가 여기에 해당될 것이다. 위 법률에는 이 사건 결정에서 문제된 바의, 집시법 제10조 단서와 같은 조항이 없다. 이 사건 결정에서 문제된 바의, 집시법 제10조 단서는, 1962년 12월 헌법 제18조 제4항이 제2항과 함께 삭제되었다가, 현행 헌법에서 위 제18조 제2항의 허가제 금지조항이 다시 헌법 제21조 제2항에 규정된 이후인, 1989. 3. 29. 개정된 법률에서 신설된 조항이다. 법정의견의 논지에 따르면 헌법에 의하여 허용되었을 때에는, 시간, 장소에 대한 허가제를 법률에서 정하고 있지 않다

70) 판례집 21-2상, 427, 441.

71) 1962. 12. 헌법에도 제32조 제2항에 일반적 법률유보조항을 두고 있었다.

가 헌법에서 금지할 때 비로소 시간, 장소에 대한 허가제 조항을 신설하였다는 것으로 된다. 이해하기 어려운 해석이다.

한편, 사후적 규제책만 있는 경우에는, 어떠한 시간·장소·방법의 집회에 대해서도 일응 집회를 주최하게 한 후에 사후적으로 제재를 가할 수 있을 뿐이므로, 사회적으로 큰 혼란이 일어날 여지도 있다는 것을 고려해 보면, 집회의 내용에 기한 규제가 아니라, 시간·장소·방법에 대한 규제에 대해서는 허가제가 적용되지 않는다고 봄이 상당하다고 본다. 이 점을 주장하는 김희옥, 이동흡 재판관의 논리에 동감한다. 위낙 반대의견이 상세하게 논리를 전개하고 있어서 따로 더 논의하지는 않는다.

VI. 재판의 전제성

헌법재판소법 제41조에 의한 위헌법률심판제청이 적법하기 위해서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해 사건의 재판의 전제로 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률이 당해 사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하고, 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).⁷²⁾

그런데, 제청신청인은 2008. 5. 9. 19:35경부터 21:47경까지 ‘야간에 옥외

72) 여기서 상론할 일은 아니나, ① 그 법률이 당해 사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하고, ② 그 법률의 위헌 여부에 따라 (a) 재판의 주문이 달라지거나 (b) 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다는 요건을 분석해 볼 필요가 있다. 위 설시는 마치 $① \cap ②$, $(① \cap (a)) \cup (② \cap (b))$ 로 이해하는 듯 하나, (b)는 ①을 전제로 하지 않는다. ‘적용된다’는 것은 재판의 주문의 형성에 영향을 미친다는 의미다. 따라서, 적용되거나, 적용되지 아니하더라도 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다면, 재판의 전제성이 인정된다고 설시되어야 한다. 한편, ‘재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리 하는 데 관련되어 있는 경우’(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865)를 든 경우도 있었으나, 구체적인 의미가 불분명할 뿐 아니라, 이를 이유로 재판의 전제성을 인정한 예도 별로 없다(헌재, 헌법재판실무제요, 제1개정증보판, 126면 참조).

에서 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회를 주최하였다'는 사실로 기소되었다. 이 사실에 해당하는 구성요건적 법률조항은 집시법 제10조 본문이고, 집시법 제10조 본문을 위반한 자에 대하여, 집시법 제23조가 벌칙으로 규정되어 있다. 당연히 검사가 공소사실에 적용할 법조로, '집시법 제23조 제1항 제1호, 제10조 본문'을 적시하였을 것이다. 즉, '야간에 옥외집회를 주최하였다'는 점이 공소사실이, '허가를 받지 아니하고 집회를 주최하였다'는 사실이 공소사실로 되는 것이 아니다. 따라서, 집시법 제10조 단서는 당해 사건에 적용될 조항이 아니어서, 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

만약에, 현재가 이해하는 바대로, '허가받지 아니한 집회를 주최'한 사실로 제청신청인이 처벌되었다고 본다면, 거기에 적용될 법률은 집시법 제22조 제2항, 제8조 제1항이 되어야 할 것이다. 그런데, 이 부분에 대해서는 제청신청인이 기소되지 아니하였다. 나아가 종전에 현재는 이 부분에 관하여 합헌이라 결정한 바도 있다.⁷³⁾

물론, 구성요건에 해당됨을 전제로 하여, 당해 사건에 적용되어질 위법성 조각 사유에 대해 재판의 전제성이 인정될 여지가 없는 것은 아니나,⁷⁴⁾ 이 경우는 당해 조항의 효력을 상실하게 함으로써,⁷⁵⁾ 합헌성이 회복되는 것이 아니다. 위법성 조각사유의 범위가 확장되어야 함을 전제로, 현재는 헌법불합치 결정을 할 수 있을 뿐이다.

이 사건에 관하여 본다면, 집시법 제10조 단서는, 집시법 제10조 본문의 구성요건이 충족됨을 전제로 하여 그 위법성을 조각시켜 주는 조항이다. 따라서, 집시법 제10조 단서를 무효로 하는 것은 헌법으로부터 더욱 멀어지는 것을 의미하는 것이 된다.

그런데, 헌법 제21조 제2항이 금지하는 집회에 대한 허가제는, 그것이 침익적이기 때문에 금지되는 것이다. 그러나, 집시법 제10조 단서는 침익적인

73) 위 2007헌바22.

74) 현재 2001. 6. 28. 99헌바31, 판례집 13-1, 1233 형법 제21조 제1항 중 "상당한 이유" 부분 위헌소원 사건 참조.

75) 현재법 제47조 제2항 참조.

것이 아니다. 침익적이지 아니하고 오히려 수혜적인 조항을 들어 헌법이 금지하고 있는 허가제 조항이라는 이유로 위헌이라 한 것이 이 사건 결정이다.

이와 같은 모순상태를 해소하기 위하여, 법정의견은 집시법 제10조 본문과 단서를 통틀어서⁷⁶⁾ 허가제라는 이유로 위헌 결정을 했지만, 왜 ‘수혜적 조항’인 집시법 제10조 단서가 ‘침익적’인 허가제에 해당하는지에 대해서는 아무런 해명을 내놓지 않았다. 한편, 법정의견은, 집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분은 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반되고, 이에 위반한 경우에 적용되는 처벌조항인 집시법 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분도 헌법에 위반된다⁷⁷⁾고 실시하였으나, ‘집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분’을 위반하였다는 처벌조항은 없다. 그런데도, 마치 허가제를 금지하고 이를 위반하는 경우에 처벌하고 있다고 오해한 것이다.

어쨌든, 이 사건에서는 검사가 기소하면서 구성요건 조항으로 지목하지도 아니한 조항을, 진정 허가제에 해당하는 조항은 따로 두고, 위법성 조각사유에 해당하는 조항을 허가제에 해당하여 위헌이라고 판시한 것으로 되었다.

한편, 헌재는 주문에서 『‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제 8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.』는 주문을 내었으나, ‘제10조 중 “옥외집회” 부분’은⁷⁸⁾ 제23조 제1항의 구성요건의 구성요건을 이를 뿐만 아니라, 제8조 제1항의 금지통보의 대상으로서의 역할도 하는 것이다. 그러므로, ‘제10조 중 “옥외집회” 부분’ 자체를 위헌이라 결정하여서는 안 된다. ‘제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분’으로 특정함이 족하였을 것이다. 그런데, 이렇게 하는 경우, 제10조 단서의 옥외집회 부분을 위헌 판단의 범위 안에 넣기가 어려웠을 것이다.⁷⁹⁾ 이렇게 보

76) 물론, ‘옥외집회’ 부분에 한정했지만, 논리적인 구조는 같다.

77) 판례집 21-2상, 444.

78) 더 정확하게는, ‘제10조 본문의 옥외집회 부분’.

79) 제23조 자체가 ‘제10조 본문’ 위반을 구성요건으로 하고 있기 때문이다.

더라도, 제10조 본문과 단서를 통틀어서 허가제에 해당되므로 위헌이라 선언하는 것이 무리라는 것을 알 수 있다.

Ⅶ. 결론

이 사건에서 현재는 집시법 제10조 단서가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가제에 해당한다고 판시하였다. 이에 대하여, 민형기, 목영준 재판관은 집시법 제10조 단서가 허가제에 해당하지 않는다고 보았다. 그러나, 두 재판관은, “집시법 제10조의 본문만 규정되어 있는 경우에는 헌법 제21조 제2항에 위반되지 아니하여 그 다음 단계인 과잉금지 원칙 위반 여부를 심사받게 되는 반면, 오히려 제한에 대한 완화조항인 단서가 있음으로써 바로 헌법 제21조 제2항의 위반이 되어 과잉금지 원칙 위반 여부를 따져 볼 필요조차 없게 되는 논리적 모순”⁸⁰⁾⁸¹⁾을 지적하기는 하였으나, 왜 이런 모순이 일어나게 되었는가, 하는 점에 대하여 설명하지는 않았다.

현재가 이와 같은 모순에 빠지게 된 것은, 집시법 제10조 단서를 집시법 제6조 제1항 또는 집시법 제8조 제1항과 연결시켜 검토하지 않았기 때문이다. 집시법 전체를 두고 보면, 집회에 주최하고자 하는 자는 사전에 신고서를 제출하여야 하고, 법이 사후 제재를 가하는 집회에 대하여는 관할 경찰관서장이 금지통보를 하도록 규정되어 있다. 그런데, 야간 옥외집회는 집시법 제10조에 의하여, 사후 제재가 가해지는 대상이 되는 것이어서 원칙적으로 금지통보를 하여야 할 것이나, 집시법 제10조 단서에 의해, 관할 경찰관서장이 불가피성을 인정하는 경우에는, 집시법 제8조 제1항에 정하고 있는 금지통보를 아니할 수 있다. 이 경우에는, 당연히 금지통보된 집회를 주최하였다는 사실로 집시법 제22조 제2항에 의하여 처벌받지 아니한다. 금지통보를 받은 바 없기 때문이다. 그렇더라도, 집시법 제10조 본문을 구성요건으로

80) 판례집 21-2상, 427, 448.

81) 이 점은 김희옥, 이동흡 재판관의 합헌의견도 지적하고 있다. 판례집21-2상, 427, 458.

하는 집시법 제23조 제1호의 제제는 그대로 남는 것이므로, 이것을 교정해 주기 위하여 집시법 제10조 단서가 규정되어 있는 것이다. 이와 같이 이해하면, 집시법 제10조 단서가 독자적으로 허가제에 해당한다든가, 집시법 제10조 본문과 결합하여 허가제가 된다는 판단을 하지는 않았으리라 생각된다.

한편, 집회의 한 시간·장소·방법에 대한 규제가 허가제에 해당되겠는가 하는 점에 상론하지는 않았으나, 이 부분은 김희옥, 이동흡 재판관의 의견을 원용하고자 한다.

그러나, 야간옥외집회를 전면적으로 금지하는 집시법 제10조 본문이 과잉 금지원칙에 위배되어 위헌이 아닌가 하는 점은 충분히 논의될 가치가 있다고 생각한다. 그 점에 관하여 위헌이라 판단한 재판관의 의견에 대해서는 이견이 없다.

이 글은, 현재의 위헌 결정⁸²⁾이 잘못된 것이라는 것을 말하는 것이 아니다. 단지, 집시법 제10조 단서가 허가제에 해당한다는 판단에 동의하지 않는다는 것을 지적함에 그치는 것이다.

82) 정확히는 불합치 결정.

[국문초록]

야간옥외집회금지 조항의 허가제성

헌재는 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조 본문과 단서 중 ‘집회’ 부분(이 사건 법률조항)이 헌법 제21조 제2항의 허가제에 해당한다고 판단하였다. 일반적으로 금지하였다가 예외적으로 허용하는 것이므로 허가제에 해당된다고 보았다. 허가제는 절대적으로 금지되는 것이므로, 이 사건 법률조항은 위헌이라 판단되었다.

헌재는 헌법 제21조 제2항의 허가제와 행정법상의 허가제를 동일시하였다. 그러나, 행정법에서 말하는 허가의 형식이든, 신고의 형식이든 행정청의 결정에 의하여 집회의 개최 가능성이 결정되고, 위 결정을 신청하지 않거나, 위 결정에 위반되는 집회를 개최하는 것을 제재하는 것이라면 헌법상의 허가제에 해당한다. 따라서, 집회를 신고하게 하고(집시법 제6조 제1항), 심사하여 금지된 집회의 경우라면 통보하고(제8조 제1항), 신고하지 아니하거나 금지통보된 집회를 개최하는 것을 처벌하는(제22조 제2항) 것은 허가제에 해당한다. 그러나 헌재는 이 조항들에 대해 허가제에 해당하지 않는다고 판단한 바 있다.

그런데, 집시법 제10조 단서는, 위의 허가제의 위헌성을 완화시켜 주는 조항이다. 특별한 경우 금지통보를 하지 않을 수 있게 함으로, 집시법 제22조 제2항에 의해 처벌되지 않도록 해 주는 조항이다. 따라서 집시법 제10조 단서 자체가 또는 본문과 결합하여 허가제를 구성하는 것이 아니다.

한편, 당해 사건은 야간 옥외집회를 하였다는 이유로 기소된 것이지, 허가받지 아니한 집회를 개최하였다고 기소된 것이 아니다. 집시법 제10조 단서는 아예 당해 사건에 적용될 여지도 없는 조항이다. 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

야간옥외집회금지 조항의 허가제성

주제어

검열, 야간옥외집회, 재판의 전제성

[Abstract]

The Constitutional Court of Korea ruled that the ‘assembly’ part(the instant provision of this case) in the ‘Assembly and Demonstration Act’(hereinafter ADA) Article 10 main body and proviso comes under the Censorship of the Constitution Article 21 Item 2. It is recognized as Censorship because it is usually forbidden, and then exceptionally permitted. The instant provision of this case was ruled unconstitutional, because Censorship is absolutely prohibited.

The Constitutional Court identified the Censorship of the Constitution Article 21 Item 2 with the Censorship of Administrative Law. However, whether in the form of a license, or in the form of a report according to Administrative Law, it comes under the Censorship of the Constitution if the possibility of an assembly holding is decided by the ruling of the government office, and a penalty is given for an assembly which did not request the ruling of the government office or holding an assembly against it. Therefore, it comes under Censorship to make reporting an assembly necessary(ADA Article 6 Item 1), to inform in case of a banned assembly after an examination(Article 8 Item 1), and to give a penalty for an assembly which didn't report or holding an assembly which was informed as banned(Article 22 Item 2). But, the Constitutional Court ruled before that these provisions do not come under Censorship.

The proviso of ADA Article 10, however, is a provision alleviating unconstitutionality of the above Censorship. It is a provision so as not to be punished by ADA Article 22 Item 2, making it possible not to inform prohibition. Therefore the proviso of ADA Article 10 itself or the combination with main body does not constitute Censorship.

On the other hand, this original case was accused as the result of a nighttime outdoor assembly, not of holding an unauthorized assembly. The proviso of

야간옥외집회금지 조항의 허가제성

ADA Article 10 does not apply this case at all. The relevancy to the judgment can't be established.

key word

Censorship, nighttime outdoor assembly, relevancy to the judgment

참고 문헌

한수웅, 헌법학, 법문사, 2011.

성 왕, 집회및시위에관한법률제10조 등 위헌제청, 헌법재판소결정해설집 (2009년), 헌법재판소, 2010.

박승호, '집회및시위에관한법률'상 사전신고제의 위헌성, 법학논고 제38집, 2012. 2. 경북대학교 법학연구소.

이상명, 야간 옥외집회 금지규정의 위헌성, 법학연구 제35집, 2009. 8., 한국 법학회.

이부하, 집회의 자유에 대한 헌법적 해석 및 관련 법률의 비례성심사, 한양 법학 제34집, 2011. 5., 한양법학회

선거구 획정과 평등선거

- 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -

金 敏 培

인하대학교 법학전문대학원 교수

- 目 次 -

I. 연구목적	139
1. 선거구 획정과 1인 1표	139
2. 미국의 헌정사적 경험과 한국에서의 가능성	141
II. 공화정 체제와 선거제도	141
1. 미국 헌법과 공화정체제의 이념	141
2. 간접 민주주의와 선거권	143
3. 미국의 의회 선거 제도와 평등권	144
4. 인구조사 및 의석배분 기준	146
III. 정치문제와 사법판단의 회피	148
1. 정치의 덤불숲과 사법의 불개입	148
2. 의원 정수 불균형과 사법판단회피 논리	149

3. 선거구 획정과 사법심사 회피	151
IV. 선거구획정과 법원에 의한 구제조치	153
1. 선거구 획정과 정치문제에 대한 판단	153
2. 삼권분립과 구조적 한계	156
3. 법원에 의한 적극적 구제조치	157
가. 선거구 재획정에 대한 부작위와 투표권 평등	157
나. 사물관할권과 사법판단 적합성	158
다. 정치적 문제의 판단기준	159
라. 사법판단의 적합성과 구제조치	160
4. 사실상 공무원의 법리와 구제조치	161
가. 사실상 공무원의 법리	161
나. 법원에 의한 주 의회 선거구 획정	163
V. 의석 재배분과 1인 1표	166
1. 1인 1표의 원칙	166
2. 격차의 정도와 수치적 평등보호	169
3. 수치적 엄밀성과 완만한 기준	172
VI. 결론과 시사점	175
1. 연방대법원의 판례 특징	175
2. 시사점	178
가. 적극적 구제조치의 필요성	178
나. 1인 1표의 기준과 격차 정도	178
다. 구제방식과 기관	179
라. 재선거구 획정을 의무화	180
3. 결론	180

* 국문초록 및 주제어	182
* 영문초록 및 주제어	184
* 참고문헌	186

I. 연구목적

1. 선거구 획정과 1인 1표

선거구 획정은 투표권자의 투표가치를 평등하게 반영하여, 민주주의의 기반과 대표성을 확보하는데 주된 목적이 있다. 헌법상 평등권의 구현과 참정권을 실현하기 위해 민주적인 선거구 획정은 기본적 요소이다. 따라서 선거구 획정에서 왜곡이 있게 되면 민주주의 원칙의 훼손을 넘어, 1인 1표라는 선거권과 투표가치의 불평등으로 이어지게 된다.

우리나라의 경우 선거구 획정이 문제가 선거 때마다 문제가 되고 있다. 2012년 2월 27일 국회를 통과한 제19대 국회의원 선거구 획정(안)도 마찬가지이다. 당시 선거구획정위원회는 2011년 10월 30일자 인구수 50,699,478명을 기준으로 전체 지역구 248개로 분할된 선거구를 제시하였다. 선거구당 평균 인구수는 204,434명, 인구 상한선은 310,406명, 하한선은 103,469명으로 하였다. 인구편차는 +49.45%~ -48.96%(1:2.93)로 하였다.

그러나 국회는 3개의 선거구를 늘리고, 2개의 선거구를 통합하여 전체 지역선거구를 246개로 하였다. 특히 인구 30만 명이 초과된 선거구에 대해 분구보다는 경계조정을 통해 인구격차를 줄이는 조치를 취하였다¹⁾. 국회의 선거구 획정에 문제가 있지만 이 정도의 선거구 획정기준에 변화를 가져온 것은 1995년과 2001년의 헌법재판소 결정에 따른 영향이라고 할 수 있다.

1995년 12월 27일 헌법재판소는 인구편차의 기준으로서 전국단위에서 선거구 평균인구의 상하 60%(최소·최대선거구 간 인구편차 4:1)을 이탈

1) 선거구획정위원회는 전국에 8개 선거구를 분구하고, 5개의 지역구를 통합시켜, 지역구 의석은 3석 증가, 비례대표를 3석 줄이는 방안을 제시했다. 그러나 인구 30만이 초과된 선거구인 인천 남동구 갑(303,629명)과 서울 강남구 갑(307,658명) 선거구를 각각 남동구 을, 강남구 갑 선거구와 경계를 조정하였다.

하는 선거구는 투표가치 평등의 원칙에 위배된다고 판결하였다(9인 중 5인 의견).²⁾ 또한 합리적인 기간이 경과한 후에는 선거구 간 인구편차가 2:1로 설정되어야 한다는 의견도 제시하였다. 전국단위에서 최소·최대선거구 간 인구편차가 4:1을 넘거나, 도시의 각 선거구 간 또는 농어촌의 각 선거구 간 인구편차가 3:1을 초과할 경우 위헌이며, 향후 모든 선거구 간 인구편차가 2:1이 되도록 조정되어야 한다는 보충의견도 제시되었다. 다른 한편 4인의 의견에서는 도시와 농어촌의 선거구 인구편차를 독립적인 기준으로 삼아 전국 선거구의 평균 인구수에서 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균 인구수에서 그 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구의 획정은 위헌이라고 보아 보다 엄격한 기준을 제시하기도 하였다.

헌법재판소는 2001년 10월 25일 전원합의부에서 7대 2로 1995년 헌법재판소 판결에서 제시된 상하 60% 편차(4:1)를 위헌으로 결정하고, 상하 50% 편차(3:1)를 위헌여부의 기준으로 제시하였다.³⁾ 판결은 인구편차 상하 33⅓%(2:1)는 바람직하지만 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상되고, 또 이에 대한 논의가 이루어진지 5년밖에 되지 않은 현실을 감안하여 앞으로 상당한 기간이 지난 후에 선택할 수 있을 것이라는 입장을 밝혔다.

그렇다면 헌법재판소가 밝힌 ‘상당한 기간’은 얼마를 의미하는가. 분명한 것은 헌법재판소가 헌법의 정신에 맞게 선거구 획정을 올바르게 하여, 대의제 민주주의는 물론 평등권을 보장하여야 한다는 사실이다. 과연 당리당락적이고, 자의적인 방법으로 행하는 선거구 획정을 바로잡을 방법은 없는가. 이러한 문제의식을 바탕으로 미국 연방대법원의 판결들을 통해 그 해결 방안과 가능성을 추적하고자 한다.

2) 헌법재판소 1995.12.27 선고 95헌마224 결정.

3) 헌법재판소 2001.10.25 선고 2000헌마92 결정.

2. 미국의 헌정사적 경험과 한국에서의 가능성

물론 국가마다 선거의 전제가 되는 역사적, 정치적, 문화적 요소들에 차이가 있다. 그러나 연방주의와 다민족 국가인 미국이 연방의원과 주 하원에 대해 법원이 직접 선거구 획정을 할 수 있다고 판결한 사례에 주목할 필요가 있다. 입법부의 입법권을 존중하여, 그에 대처할 수 있는 충분한 시간을 부여하였음에도 불구하고, 이를 적극적으로 바로 잡지 않는 경우 법원이 선거구 획정을 할 수 있다고 한 미국의 판례는 우리나라의 정치상황과 관련하여 많은 시사점을 줄 것이다.

미국의 헌정사에서 보는 것처럼 공화정과 대의제 민주주의를 택한 미국에서도 선거평등의 실현이 매우 어려운 과제임을 알 수 있다. 선거구 획정의 왜곡, 각종 테스트를 동원한 투표권 배제, 소수자와 게리맨더링의 문제에 이르기 까지 선거권을 둘러싼 쟁점들이 계속되고 있다. 미국의 사법부가 선거구 획정과 1인 1표 원칙의 확립을 통해 헌법상 평등보장을 강화하려는 일련의 노력들은 향후 우리나라의 선거구 획정에도 많은 시사점을 줄 것이다.

본 논문에서는 헌법상 평등선거와 투표가치의 평등을 둘러싼 미국의 판례와 학설을 검토하고자 한다. 이를 통해 한국에서의 선거구 획정과 1인 1표의 원칙 그리고 평등권 실현을 위한 사법적 판단기준과 시사점을 제시하고자 한다.

II. 공화정 체제와 선거제도

1. 미국 헌법과 공화정체제의 이념

미국 헌법에는 선거권 부여에 관한 규정은 없다. 선거권 부여나 선거 제도 결정 권한은 원칙적으로 주에 있다. 그렇다면 1789년에 비준된 미국 헌

법에서 선거권에 대한 보장규정이 결여되었던 이유는 무엇인가. 당시 각 주는 노예제도의 인정여부, 납세의무 등에 대한 역사적 상황 때문에 선거제도나 선거권의 내용에 차이가 많았다. 그러므로 선거권의 확실적 보장을 미국 헌법 속에 포함시키게 되면 주 사이에서 충돌과 대립이 발생할 우려가 있었다. 결국 헌법 비준에 장애가 되는 상황을 회피하기 위해 선거권의 보장을 규정하지 못했던 것이다.

그러나 대표를 선출할 권리로서의 선거권은 자치적인 정치단체의 성립을 보장하는 기초적 조건이자 중요한 기본적 권리이다. 그것이 미국이 건국의 이념으로서 공화정체제를 채택한 이유이다. 미국 헌법의 기초자들과 연방 정부의 수립을 지향한 연방주의자들도 같은 생각이었다. ‘자유의 실현에는, 정부가 일반적으로 인민(people)⁴⁾과 공통의 이익을 갖고 있다는 것을 잊어서는 안된다... 정부는 항상 인민에게 의존하고, 인민과 일치해야만 한다. 정기적인 선거는, 의심할 여지없이 이 의존과 일치를 효과적으로 보장하기 위한 유일한 정책이다.’⁵⁾

미국 헌법은 공화정체제를 보장하고 있다. ‘미국은 이 연방 내의 각 주에 공화정체제를 보장하고, 침략에 대해 각 주를 방위한다. 미국은 주 의회 또는(의회의 소집이 불가능할 때) 집행부의 요청이 있으면, 주 내의 폭동에 대해 각 주를 방위한다.’⁶⁾ 그런데 미국의 공화정체제의 실현에 있어서 선거가 필수이며, 거기에 참가할 권리로서의 선거권의 보장도 필수적 요건이다. 미국헌법이 선거권에 대한 명문의 규정을 결여하고 있음에도 불구하고, 선거

4) people을 인민으로 볼 것인가 혹은 국민으로 볼 것인가. 19세기 미국의 정치상황과 연계해 볼 때 논란이 있을 수 있다. 본고에서는 그 개념을 선거권과 민주주의라는 입장에 한정하여, 직접 민주주의와 인민, 간접민주주의와 국민이라는 시각에서 사용하고자 한다.

5) Alexander Hamilton et al., *The Federalist*, No. 52. 연방주의자 논집은 미국 헌법의 역사를 볼 수 있는 것으로 헌법해석 등에 중요하게 사용되고 85개 논문 가운데 Alexander Hamilton이 51개(1, 6-9, 11-13, 15-17, 21-36, 59-61, 65-85), James Madison이 26개(10, 14, 37-58 and 62-63), John Jay이 5개(2-5, 64)를 집필. 18-20은 Madison과 Hamilton이 공저한 것이다.

6) U.S. Constitution. Article IV, Section 4.

의 존재를 예정하고 있다고 이해하는 것은 공화정체제의 실현이라는 전제를 그 배경으로 하고 있기 때문이다.

2. 간접 민주주의와 선거권

미국 헌법의 이념의 바탕인 공화정체제와 선거권은 동의어라고 이해하는 입장에서는 인민의 선거에 의해서 선택된 공무원에 의해서 정치를 하는 것이 공화정체제라는 것이다. 공화제 보장조항은 연방이 각 주에 대해서 이러한 공화제의 실현을 보장하고, 그에 대한 침해를 금지한 것으로 이해되고 있다.⁷⁾ 직접민주제를 채택할 수 없는 여건에서 공화정체제의 실현과 그 정당성을 확보하기 위해서는 통치권을 행사하는 공무원과 입법권을 행사하는 대표자를 인민의 선거에 의해서 선출하는 것이 필요하기 때문이다. 헌법상의 명문의 규정과 관계없이 공화정체제는 인민에 의해 선거가 실시되고, 선거에 의해 대표자가 선출되어야 하는 정치체제인 것이다.

미국 연방대법원은 공화정체제의 보장조항과 선거권의 관계에 대해 판시하였다.⁸⁾ 판결은 정치권력의 원천은 인민이며, 공화정체제에서는 두 종류의 공무원을 선출할 수 있는 인민의 권리가 있다고 한다. 하나는 행정권을 행사하는 공무원이며, 다른 하나는 입법권을 행사하는 의회의 의원이다. 행정권을 행사하는 공무원을 인민의 선거에 의해서 선출한다고 하는 이념은 미국의 주 이하의 지방정치의 원리이며, 미국 민주주의의 특색이다. 입법권을 가지고 있는 것은 인민 자신이지만 인민은 대표를 선출하는 것에 의해서 간접적으로 입법권을 행사한다고 하는 관념이 표명되고 있다. 그러므로 대표자는 인민이 보유한 본래의 입법권을 인민을 대신해 행사하는데 불과하다는 것이다.

그렇다면 입법권에 대한 이러한 시각은 ‘일반 의사의 표명’이라고 보는

7) Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution* (Harvard Univ. Press, 1993), pp. 17-39.

8) *Duncan v. McCall*, 139 U.S. 449 (1891).

1789년 프랑스 인권 선언, 1791년 프랑스 헌법 이래의 관념과는 어떠한 차이가 있는 것인가. ‘일반 의사’는 의회가 국민의 이름으로 법률의 형식을 빌려, 일반 의사를 표명한다. 이것은 법률의 우위, 행정권에 대한 입법권의 우위라는 현상으로서 나타난다. 일반의사 모델에 따르면 의회가 ‘국민의 이름으로’ 국민의 의사를 일반화하는 권한을 가진다. 즉, 국민이 명확히 입법권을 가지고 있는 것은 아니다.

그러나 법정 의견은 ‘그 입법 행위가 인민 자신의 입법 행위로 간주 된다’고 하여, 인민에게 입법권이 있는 것을 암시하고 있다. 또한 직접 민주주의 비현실성 때문에 간접 민주제 채택의 이유로 이해하고 있지만 적어도 인민 자신에 의한 직접적 정치권력 행사의 가능성을 부정하고 있는 것은 아니다. 그러므로 개개의 국민에 의한 직접적 주권 행사를 불가능하다고 보면서, 의회만이 국민의 의사를 일반화하고, 법률을 제정할 수 있다고 하는 ‘일반 의사의 표명’과는 차이가 있다고 할 수 있다.

나아가 법정 의견은 인민의 선거에 의해서 정통성이 담보되어 있지 않은 법원은 정치 문제에 대한 최종적 결정을 피해야 한다고 하는 입장을 밝히고 있다. 직접 민주제에서는 일시적 충동에 의한 폭주의 가능성이 있다는 점과 대표 민주주의를 채택한 논거를 바탕으로 대표 민주주의가 선거권에 기초하고 있다는 점을 확인해주고 있다.

3. 미국의 의회 선거 제도와 평등권

평등한 대표와 선거권의 평등이라고 하는 이념이 미국 공화제의 근본이념으로서 추구되게 된다. 의회, 연방 법원, 정당, 단체 등 영역에서 평등이 문제가 되었던 것이다. 평등은 ‘평등, 자유, 독립’을 선언한 버지니아 권리장전에서 유래되고 있으며,⁹⁾ 법 앞의 평등을 규정한 헌법 수정 14조에의 헌법

9) 건국 당초의 헌법 기초자들이 추구한 대표의 평등이란 어디까지나 일정한 재산을 소유한 백인 남성의 사이에서의 평등에 다름 아니었다. 흑인, 인디언, 여성은 대표 선

적 근거가 되고 있다. 평등에 대한 요구는 대표를 선출할 권리로서의 선거권에 직접 관계가 되는 것이었다.

미국의 연방의회는 주를 기반으로 하는 연방제의 구상에 따라 유권자 자격의 인정이나 선거를 실시하는 일시, 장소 및 방법은 원칙적으로 각 주에 맡겨져 있다. 양원 모두 주를 단위로 대표가 선출되며, 하원의원은 각 주의 인구에 비례한다. 2년마다 인민의 직접 선거에 의해 선출되며, 상원의원은 각 주 2명이다. 당초는 주 의회에 의해 선임되었지만 1913년 제17 수정에 의해 인민의 직접선거에 의하도록 개정되었다.

미국이 배분·선출 방법·임기가 다른 양원을 둔 것은, 거대 주와 소수 주 사이의 타협의 산물이기도 하다. 1인 1표 원칙은 연방 하원 및 주 의회의 선거에 대해서는 적용한다. 그러나 연방 상원에는 이를 적용하지 않는다. 주 경계를 넘어 연방 하원 선거구를 설정할 수 없다는 한계가 존재하기 때문이다.

의원 정수 불균형문제는 각 선거구의 의원 1인당 유권자 수에 차이가 있고, 그 결과 유권자 1표의 가치에 차이가 발생하기 때문에 제기되는 것이다. 그것은 1인 1표의 원칙의 문제인 동시에 선거 결과에게 주는 영향력 문제이다. 인구에 비례한 대표 선출의 중요성은 미국 헌법 제정 이전부터 인식되고 있었다.¹⁰⁾ 의원 정수 불균형 문제는 로크의 ‘시민정부론’에서도 이미 지적된바 있다.¹¹⁾ 선거가 의회 민주주의에서 핵심사항이기 때문이다.

출의 기회에서 완전히 배척되었다. 미국 헌법상 흑인에 대한 선거권의 향수·행사를 방해할 수 없게 된 것은 수정 15조의 성립 이후이며, 여성은 1920년의 수정 19조에서야 가능했다. 인디언에 대해서는 납세의 의무가 없다는 것을 이유로 인구수에 산정하지 아니하였다.

10) 대륙회의(the congress of the Confederation)의 제정한 1787년 북서부 조례(Ordinance of 1787, 40 N. E. 312-313)는 북서준주(Northwest Territory)에 대해, ‘5천명의 성인 남자가 거주하는 군이나 마을에서 의원을 선출할 때, 이러한 지역의 주민에게는, 의회에서 인구에 비례한 대표선출이 항상 보장되지 않으면 안 된다’라고 정하였다. 미국 헌법의 기초자인 J. Madison은 연방주의자 제54호에서 인구는 부와 과세의 최선의 산정 방법일 뿐만 아니라 대표 선출의 유일한 적절한 기준이라고 하였다. *Wesberry v. Sanders*, 369 U. S. 1, 9-17(1964).

미국의 선거 제도는 양대 정당제를 전제로 하여 각 선거구마다 과반수의 유권자의 신임을 얻은 사람을 대표로 삼는다고 하는 기본적 사고로부터 시작된다. 따라서 소선거구제가 원칙이다. 그러므로 중·대선거구를 택하는 경우 과반수 득표요건을 조건으로 한 완전연기명제¹²⁾가 채택되고 있다. 즉, 1회의 투표로 과반수의 표를 얻는 사람이 없는 경우에는 결선투표를 실시하는 방식이 이용되고 있다. 또한 선거구 획정에 대해서는 가능한 한 카운티나 시 등의 행정구역과 일치하도록 하여, 지리적 일체성이 있는¹³⁾ 선거구를 설정하는 방식을 채택하고 있다.

그러나 역사적으로 미국에서 투표권에 대한 보장이 불충분한 바탕에는 소수인종, 여성, 연령에 의한 투표권 보장의 불일치, 주가 아닌 지역의 주민, 외국인 등에 차별이 존재하고 있다. 특히 소수 인종에 대한 투표권 보장의 문제는 미국의 1표의 격차 문제와 밀접한 관계를 갖고 있다.

이 때문에 평등조항은 미국의 법률가에게 있어서 마지막 목표이자 판도라의 상자로 일컬어지기도 한다. 평등을 둘러싼 가치관의 대립과 충돌이 발생하는 진원지로서 작용하기 때문이다.

4. 인구조사 및 의석배분 기준

의석배분을 어떠한 계산식을 사용하여, 배분할 것인가. 연방 의회는 10년마다 인구센서스 및 의석 배분법을 제정하고, 다양한 계산식에 의해서 각 주에 의석을 배분해 왔다. 당초 할당된 의석에 대한 선출방법은 주마다 달

11) John Locke, *The Second Treatise of Civil Government*, 1632-1704, ch. XIII, §157.

12) 의원 정수 3명의 경우 각 선거인에게는 3표가 주어지며, 이것을 별도의 후보자에게 투표한다. 후보자가 당선되기 위해서는 투표의 과반수를 득표해야만 한다. *Beer v. U.S.*, 425 U. S. 130, 160 n.22(Marshall, J., dissenting) (1976)

13) 지리적 일체성과 관련하여, compact란 원형이나 육각형과 같이 선거구의 어느 두 점 사이의 최단 거리로 연결할 수 있는 것을 말한다. contiguous란 선거구의 모든 지점이 다른 지점과 연결되는 것이며, 특정지역을 비월하여 뚝 떨어진 지역이 없는 것을 말한다.

랐다. 초기에는 모든 주를 하나의 선거구로 하여 투표하는 방식을 채용하는 주가 많았다. 그 후 주가 몇 개의 선거구로 분할하여, 각 주의 의석을 각 선거구에 재배분하는 선거구제를 채택하는 주가 증가했다.

연방 의회는 의석 배분법으로 의원 선출방법에 대한 규제를 포함시키게 된다. 1842년 의석 배분법은 의원 선출방법에 대한 규제를 처음으로 포함시켰다. 단일 선거구제를 채택하고 있는 주에 대해 소선거구제를 도입하도록 요구하고, 각 선거구 간의 인구가 가능한 한 동일하도록 획정할 것을 규정하였다.¹⁴⁾

그 후에도 연방 의회는 선거구에 대한 규제를 의석배분법에 포함하였지만 각 주의 정치적·사회적 상황이 크게 달라 선거제도를 연방이 통일하려고 할 때마다 반발을 불러왔다. 1901년 법은 획정에 대해서 ① 소선거구제 ② 인접성 ③ 소형 ④ 선거구 간 인구의 평등이라고 하는 4가지 요건을 정했다.¹⁵⁾ 그리고 1911년 법 제3조는 전통적 구분 원칙을 명문화하였다.¹⁶⁾

1929년 의석배분 방법논쟁에 종지부를 찍기 위해 자동의석배분법을 제정하였다.¹⁷⁾ 그리고 1941년에는 1929년 법을 수정한 의석 배분법이 제정되었다. 그런데 1929년 법에서는 1911년 법 제3조의 요건을 삭제하였고, 1941년 법에서도 선거구 확정 방법에 대한 규정을 하지 아니하였다.

14) 5 Stat. L. 491

15) 31 Stat. L. 733.

16) 제3조 이 의석 배분에 의해서 제63 의회 및 그 후의 의회에 2명 이상의 하원의원을 선출할 권리를 갖는 주에서는 제63 의회 및 그 후의 의회의 하원의원은, 인접하고, 작게, 가능한 한 균등한 인구의 주민을 포함한 선거구에 의해, 선출되지 않으면 안 된다. 선거구는 주가 연방의회에 선출할 권리를 가지는 하원의원의 수와 같아야 하며, 어떠한 선거구도 2명 이상의 하원의원을 선출해서는 안 된다. 37 Stat. L. 13.

17) 46 Stat. L. 13. 본 법률에 의하면 인구조사 후 상무부 인구조사국이 만든 배분(안)을 명기한 성명서를 대통령이 의회에 제출한다. 성명서에는 과반수 잉여 방식에 의한 안(Webster's method)과 균등 비례 방식에 의한 안(Huntington-Hill's method)을 병기하여 제출한다. 의회는 그 중에서 의석 배분법을 제정하지만, 회기(60일)중에 제정할 수 없는 경우 배분(안) 중 전회의 배분에서 사용된 방식에 의해서 자동적으로 의석을 배분한다. 1930년에는 이 법률의 규정에 의해서 웹스타 방식으로 의석을 배분했다. <http://www.cut-the-knot.org/Curriculum/SocialScience/Webster.shtml>

1941년 법에 의하면 인구조사 후 대통령은 각 주의 인구와 그에 기초하여 인구조사국이 힐 방식에 의해서 산출한 각 주의 배분 의석수를 명기한 성명서를, 인구조사 후 최초의 의회 정례회의 개회일로 부터 1주 이내에 의회에 제출하도록 하였다. 그리고 하원 사무총장은 수리 후 15일 이내에 각 주에 대해서 하원의원 정수 증서를 송부하도록 하였다. 만약 15일 이내에 의회가 특별한 입법 조치를 강구하지 않는 경우 의석 배분이 자동적으로 행해지도록 하였다.

그 후 연방 의회는 1965년에 투표권법을 제정할 때까지 주의 선거구 확정 에 대해 불개입의 방침을 유지했다. 그 배경에는 각 주에서 나타난 도시지역에의 인구 집중 현상이 있었다. 19세기 후반 이후 미국 자본주의의 급속한 발전에 따라 농촌에서 도시지역으로 인구의 이동이 생겨 도시와 시골간의 인구 격차가 증대했다. 그럼에도 불구하고 주의 지배층은 여전히 농촌을 지지기반으로 하고 있었기 때문에, 농촌에 유리한 선거구 획정을 유지하고자 했다. 그 때문에 연방 의회의 주에 대한 요구는 의원이 소선거구제에 의해서 선출되는 것에 그치고, 그 이상의 규제는 윤리적인 차원에 머물렀다. 이러한 상황 때문에 도시지역의 선거인이 선거구의 확정을 각 선거구 인구가 평등하도록 요구해도 주의 지배층은 움직이지 않았다.

III. 정치문제와 사법판단의 회피

1. 정치의 덤불숲과 사법의 불개입

그러나 도시지역의 인구가 급증하고, 의석재배분의 불평등성을 법원에 호소하는 움직임이 나타나기 시작했다. 1표의 격차가 처음으로 미국 연방대법원에서 문제 된 것이 *Smiley v. Holm* 사건이다.¹⁸⁾ 본 사건은 1930년 인구센

18) *Smiley v. Holm*, 285 U.S. 355 (1932).

서스에 근거하여, 의석 배분을 받은 미네소타 의회가 정한 연방 하원의원의 의석배분(안)이 1911년 법에 위반된다고 주장한 사건이다. 법정 의견은 1911년 법을 원용하면서, 연방 의회가 새로운 의석 배분법을 제정할 때까지 한 개의 선거구로 하여 9명의 의원을 선출하도록 명했다. *Wood v. Broom* 사건에서는 1930년 인구센서스에 근거하여, 의석 배분을 받은 미시시피 주 의회가 정한 의석 재배분(안)이 1911년 법을 위반하고, 미국 헌법 수정 14조에 위반한다고 주장했다. 그러나 법정 의견은 헌법 문제에 대한 판단을 회피하고, 1911년 법 위반의 문제만을 판단하여, 이를 각하했다.¹⁹⁾

그런데 *Colegrove v. Green* 사건에서 법원이 정치의 덩불숲에 비집고 들어가는 것은 피해야 한다고 하면서 1표의 격차 문제에 대한 사법의 불개입의 입장을 표명하였다.²⁰⁾ 그 이후로 법원은 1표의 격차 문제의 해결을 정치 부문에 맡기게 된다. 연방대법원은 선거권의 평등은 정치적인 문제로서 정치 부문이 해결해야 할 문제이지, 사법부가 개입해서 행해야 할 문제는 아니라고 판단하였던 것이다.²¹⁾

2. 의원 정수 불균형과 사법판단회피 논리

연방 하원의 선거 방법에 대해 연방의회의 입법권을 인정하는 미국 헌법 제1장 제4조 제1항 단서의 규정에도 불구하고, 연방의회는 선거구 획정의 문제에 관여하지 않았다. 1911년 의석 배분법은 어느 주에 할당할 수 있는 의석수가 증가했을 경우 이 요건에 따른 새로운 선거구 획정을 하지 않는 이상 증가한 의석수에 대해서 모든 주를 1선거구로 하여 선거해야 한다고 규정했다.²²⁾ 그러자 유권자들은 바로 이 법률을 근거로 연방 하원의원의 선

19) *Wood v. Broom*, 287 U.S. 1 (1932).

20) *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

21) political thicket에 대해서는 Gerken, Heather K., "Lost in the Political Thicket: The Supreme Court, Election Law, and The Doctrinal Interregnum", Faculty Scholarship Series, 2004, p.357. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/357.

거구에 대해 연방 법원에 구제를 요구했다. 그리고 연방대법원에서 최초로 의원 정수 불균형 문제가 다루어진 것이 1932년의 *Wood v. Broom* 사건이다.²³⁾

그러나 1929년 1월 18일 연방의회 제정법에는 선거구의 지리적 일체성 및 인구의 평등이라고 하는 요건이 빠져 있었다.²⁴⁾ 하원의원의 배당 수가 8명에서 7명으로 감소한 미시시피 주는 1932년에 선거구 획정을 실시했지만 1:2를 넘는 인구 격차가 있었다. 원고는 같은 주의 유권자이다. 그는 같은 주 선거구획정법은 미국 헌법 제1장 제4조 및 제14수정, 1911년 연방의회 제정법 제3조에 위반한다고 하여 연방지방법원에 제소했다. 연방지방법원은 에퀴티 상의 구제로서 같은 주 선거구획정법에 근거하여 선거의 시행 금지를 인정했다.²⁵⁾

그러나 연방대법원은 법정 의견에서 원심 판결을 파기환송하였다.²⁶⁾ 법정 의견은 ‘문언 및 입법 경위에 비추어 볼 때 연방의회가 1929년 법률에서 의도적으로 지리적 일체성·인구의 평등의 요건을 삭제한 것이 분명하다. 따라서 1911년 법 제3조 및 제4조는 연방의회 자신에 의해 실효시킨 것으로, 1929년 법률에 기초한 본 사건 선거구획정법에는 적용되지 않는다. 원고의 주장은 1911년 법의 요건이 현재 더욱 유효한 것을 전제로 한 것이며, 에퀴티(equity)상으로 구제해야 할 원고의 권리 및 쟁점에 대한 사법판단 적합성에 대해서는 심리할 필요가 없다’고 판시하였다.

한편 본 사건이 1911년 법 제3조의 유효성에 대한 것이 아니라 에퀴티상

22) 1911년 8월 8일 연방의회 제정법에 의하면 제63의회 이후의 하원의원은 지리적 일체성이 있고, 될 수 있는 한 동수의 주민으로 구성되는 선거구에 의해 선거되지 않으면 아니되며, 어느 주에 할당된 의석수가 증가했을 경우 전조에 따른 새로운 선거구 획정을 하지 않는 이상 증가한 의석수에 대해서는 모든 주를 1선거구로 하여 선거를 해야만 한다고 정하고 있었다. Act of August 8, 1911, 37 Stat. 13, 2 U.S.C. §3, §4.

23) *Wood v. Broom*, 287 U.S. 1 (1932)

24) Act of June 18, 1929, 48 Stat. 21

25) 1F Supp.134(S.D. Miss.1932)

26) *Wood v. Broom*, 287 U.S. 1 (1932)

의 관할권을 결여²⁷⁾한 것으로서 각하 되어야 한다는 견해도 있었다. 본 사건에서 법정 의견은 법률위반 여부에 대해서만 판단하고, 헌법문제에 대해서는 판단을 회피하고 있다. 에퀴티상의 관할권이 결여되었고, 법원에 의한 적절한 구제 수단이 없는 의원정수 불균형의 문제는 입법부에 의해서 해결 되어야 할 정치적 문제라고 판단했던 것이다.

3. 선거구 획정과 사법심사 회피

일리노이 주 의회는 1900년의 인구센서스의 결과에 근거하여, 1901년에 연방 하원의 선거구획정법을 제정했다. 하지만 그 이후로 재획정을 실시하지 않아 1946년의 시점에서 최대 1:8을 넘는 인구 격차가 있었다. 원고는 1901년 선거구획정법은 제14수정 및 제1장 제2조·제4조·제5조 및 1911년 8월 8일 연방의회 제정법 제3조에 반한다고 하면서 연방지방법원에 제소했다. 연방지방법원은 한 표의 격차는 투표권 그 자체의 부정과 큰 차이가 없는 것으로 위헌의 혐의가 강하다는 점을 지적하면서도, 선례 구속성에 의거 원고의 청구를 기각하였다.²⁸⁾

연방대법원 역시 원고의 청구를 기각한 원심 판결을 지지하고 있다. 원심 판결이 Wood 판결에 구속되는 것으로 본 것은 올바른 판단이라는 것이다. 또한 본 사건은 고도로 정치적인 문제로서 사법 판단에 적합하지 않다는 것이다. 이 주장의 바탕에는 개인적인 이익의 침해가 문제가 되는 것이 아니라 통치기구로서 일리노이 주가 입고 있는 해약을 우선시 하는 입장이 내재되어

27) want of equity에는 2개의 의미가 있다. 첫째, 원고에게 구제를 주는 것이 정의에 반하는 경우(lack of fairness)로서 스스로 양심·신의를 반하는 행위를 한 사람은 구제를 받을 수 없다고 하는 clean hand의 원칙이다. 둘째, 에퀴티 법원의 관할권을 결여한 경우 정치적 권리의 침해에 대해서 에퀴티 법원은 전통적으로 구제조치를 하지 않았다는 원칙이다. Green v. Mills, 69 Fed. 852 cited in Giles v. Harris, 189 U.S. 475, 486(1903).

28) 선례는 Wood v. Brom(1932); 64F. Supp. 632(N.D.111., E.D.1946).

있다. 그러므로 법원이 재선거구획정을 실시할 수 없는 것은 당연한 일이며, 단지 현행의 선거구획정을 무효라고 선언할 수 있는 것에 그친다는 것이다.

만약 일리노이 주가 선거구획정을 다시 실시하지 않는 경우 연방 하원의원은 모든 주를 1개 선거구로 하여 선거를 행하여야만 한다. 하지만 연방의회에 선거구획정을 의무화시키고 있는 정치원리에 위배되며, 최초보다 나쁜 결과를 가져오게 된다고 본 것이다. 미국 헌법 제1장 제4조는 연방의회에 대해 하원에서의 각 주로부터의 공정한 대표 선출을 확보하는 배타적 권한을 부여하고 있고, 연방의회가 이 권한의 행사를 게을리 하여, 공정에 반하는 결과가 생겼다고 해도, 구제는 종국적으로는 인민에게 남겨져 있다고 판단하였다.

연방의회가 제1장 제2조에 근거하여, 인구센서스의 요건에 따라 각 주에 의원의 배분을 실시하지 않은 경우에도, 해당 법원이 직무집행 영장을 발부하여 재배분의 의무를 강제할 수 없다는 것이다. 연방의회는 1842년 이후 하원의 선거구에 대해 지리적 일체성이나 인구의 평등의 요건을 정하거나 삭제하거나 하고 있다. 물론 그러한 권한을 갖고 있는가에 대해 의문이 있지만 제정법의 규정에 관계없이 선거구의 형태나 인구에는 심한 불균형이 나타나고 있다. 법원은 이러한 정치의 덤불숲에 들어가서는 아니 된다고 판단했다. 연방대법원은 선거구 획정의 불공정에 대한 구제는 적절한 정수 배분을 행하는 주 의회 혹은 연방의회의 권한에 의해야 한다고 판시하였다.²⁹⁾

그렇다면 왜 법원은 선거구 획정을 정치적 문제라고 판단하였던가. 법원

29) *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946). 그러나 반대 의견은 '선거구획정법은 제14수정의 평등보호 조항에 반하는 동시에 제1장에 의해 보장된 특권을 침해하고, 특권 면책조항에도 반하는 것이다. 주 의회가 유권자의 투표권을 부인할 수 없는 것과 마찬가지로 한 표의 영향력을 훼손할 수 없다. 본 사건과 같이 심한 불평등은 주 의회가 평등 원칙에 근거한 선거구 획정을 실시하려고 하는 노력을 전혀 하지 않는다는 것을 증명하는 것이며, 인구가 많은 선거구에 거주하는 유권자에 대한 차별에 해당한다. 본 사건은 연방의회가 최종적 권한을 갖는 경우가 아니며, 정치적 문제에도 해당하지 않는다. 전체 주를 한개 선거구로 하는 경우 수가 불편하더라도 유권자를 차별하는 것이 아니며, 모든 사람에게 대표 선출에서 동일한 영향력을 보장하는 것이어서 헌법에도 반하지 않는다'고 주장하였다.

은 선거구 획정의 시정을 요구하는 소송을 개인적 권리의 침해를 문제로 삼기 보다는 선거구획정 제도 그 자체에 대한 주의 정책 판단에 대해 다투는 것으로 보았다. 또한 위헌으로 해도 적절한 구제 수단이 존재하지 않는다는 점과 미국 헌법 제1장 제2조에 의해 공정한 대표 선출을 확보할 권한은 오로지 연방의회에 있는 점 등을 사법심사 회피의 논거로 들고 있다.

한편 법원이 취할 수 있는 구제 수단으로서 전체 주를 1개 선거구로 하는 방안을 제시하는 것이 올바른가 하는 점이다. 왜냐하면 그러한 구제조치결과에 따르면 전체 주를 1개 선거구로 하여 선거를 실시해야 하고, 그 경우에는 연기명제가 취해지기 때문에 대표성에 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 즉, 일리노이 주와 같이 전체 주를 1개의 선거구로 하여 26명의 의원을 선택해야만 하는 경우에는 소수파에게 현저하게 불리한 결과로 나타난다는 것이다. 그러한 이유와 현실 때문에 전체 주를 1개 선거구로 하는 구제조치가 부당하다는 주장이 제기되었다. 아무튼 선거구 획정에 대한 사법심사를 거부한 이 판결은 향후 유사한 소송의 지도적 선례로서 그 역할을 하게 된다.

IV. 선거구획정과 법원에 의한 구제조치

1. 선거구 획정과 정치문제에 대한 판단

연방대법원이 의석재배분의 영역에 대한 불개입의 입장을 폐기한 것은 유명한 *Baker v. Carr* 판결이다.³⁰⁾ 본 사건에서 법정 의견은 의석재배분 소송은 사법 판단에 적합하고, 연방대법원은 헌법위반의 주장에 대해서 사법심사를 해야 한다는 점을 표명했다. 의석재배분의 영역에서는 정치 문제 법

30) *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962); Stanley H. Friedelbaum, *Baker v. Carr: The New Doctrine of Judicial Intervention and Its Implications for American Federalism*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 29, No. 4 (Summer, 1962), pp. 673-704.

리의 적용이 배제되고, 선거권의 불평등은 사법의 판결에 의해 해결되어야 할 문제로서 파악하였다.

그렇다면 주의 선거구 획정이 정치적 판단의 문제인가 하는 점이다. 과연 선거구 획정에 대해 법원은 개입할 수 없는 것인가. 이와 관련하여 주의 선거구 획정이 사법판단의 대상인가에 대해 논쟁이 일어났다. 당시 켄터키 주 헌법 제33조는 주 의회의 선거구 획정과 관련하여 ‘1 카운티에 2개 이상의 선거구가 설정되는 경우를 제외하고, 카운티를 분할해서는 안 되며, 2 이상의 카운티를 합하여 1개의 선거구를 만들어서도 안 되며, 각 선거구의 인구는 가능한 한 평등하지 않으면 안 된다’고 규정하고 있었다. 1906년 켄터키 주 의회는 주 하원에 대한 선거구획정법을 제정했다.³¹⁾ 하지만 최대 약 1:7의 인구 격차가 발생하였다. 이에 대해 선거구 간의 인구 및 면적의 불평등은 주 헌법 제33조에 위반한다고 주장하면서 선거의 금지를 요구하는 소송을 제기했다.³²⁾

켄터키 주 법원은 의석 재배분 문제가 사법적 판단의 문제이며, 정치적 문제가 아니라는 논거를 제시하면서 판결을 내렸다. 첫째, 본 사건은 정치적 문제³³⁾에 해당하지 않는다는 것이다. 헌법을 기준으로 주 의회의 행위를 판정하는 것은 법원의 역할이며, 주 의회의 행위가 명백하게 헌법의 규정에

31) An act dividing the state of Kentucky into 100 representative districts (Acts 1906).

32) Ragland v. Anderson, 125 Ky. 141, 100 S.W. 865 (1907)

33) Political question의 법리란 고도로 정치적인 문제에 대해서, 사법부가 해당 문제를 판단하는 능력이 없다는 것, 사법부가 해당 문제에 개입했을 경우 가져올 결과에 대한 악영향 등을 고려하는 차원에서 사법 심사를 실시하지 않는 법리를 말한다. 우리나라의 이른바 통치행위론에 해당한다고 할 수 있다. 연방대법원의 선례로서는, Luther v. Bolden, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849); Pacific Telephone Co. v. Oregon 223 U.S. 118 (1912); Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939); Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) 등이 있다. 이 법리를 인정해야 할 것인가 여부, 인정할 경우 그 근거는 무엇인가에 대해 학설상 다툼이 있다. 사법의 자기 억제이론에 의해 정치문제에 대한 판단을 회피하는 것이라는 주장도 많다. Louis Henkin, Is There a “Political Question” Doctrine?, The Yale Law Journal, Vol. 85, No. 5 (Apr., 1976), pp. 597-625; Barkow, Rachel E., More Supreme than Court - The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, 102 Columbia L. Rev. 237 (2002).

저촉하는 경우에는 그와 같이 선언하는 것이 사법부의 의무가 된다는 것이다. 입법부가 헌법에 반하고 있는지 아닌지에 대해 의심이 드는 경우에는 해당 법률의 합헌성을 긍정하는 판단이 이루어지는 것이 대부분이다. 하지만 헌법위반에 해당하는 것이 분명한 경우 그 문제가 법원으로 들어왔다면, 법원은 그와 같이 선언할 책무를 면할 수 없다는 것이다. 사법부가 대등한 정부 부문의 다른 행위를 심사하는 것이 바람직한 것은 아니지만, 선서에 바탕을 두고 법관으로서의 의무를 수행하지 않으면 안 된다고 판단하였다.

둘째, 본 사건에서 7배 이상의 인구 격차는 인구의 평등을 정한 주 헌법 제33조에 반한다고 판시했다. 셋째, 1906년 법이 위헌 무효³⁴⁾라고 선언된 결과, 1893년 법이 유효하게 되어, 동법에 근거하여 선거를 실시해야 한다는 것이다. 1906년 법이 위헌으로 선언되었다고 하여, 1893년 법이 위헌인 것으로는 되지 않는다고 본 것이다. 만약 1893년 법도 위헌으로 판시한다면 정부는 완전히 혼란 상태에 빠지게 되고, 법원에게 그와 같은 의무가 주어진 것은 아니라는 입장이었다. 그리고 법원이 1893년 법의 유효성을 다투기에는 이미 그 시기가 늦었다고 보았다. 그러므로 동법에 근거해 선택된 입법부가 의무감 즉, 선서에 기초한 법관의 의무와 미국 국민에게 계승되고 있는 정의감에 따라 헌법의 요건에 따른 선거구 획정을 행해야 한다는 점은 의심할 여지가 없다고 판시했다.

넷째, 인구의 평등을 확보하기 위해서 필요한 경우에는 2개 이상의 카운티를 합해 1개의 선거구로 하는 것이 좋다고 보았다. 주 헌법 제33조의 정신은 그러한 것을 요구하는 것이라고 본 것이다. 다섯째, 선거구 획정에서 수치적 엄밀성을 요구하는 것은 불가능하고, 대체적으로 인구를 동일하게 하는 것이면 된다고 판단하였다. 법원은 평등이야말로 공화정체제를 보장하는 핵심이며, 원고가 거주하는 해당 카운티에서는 7인 중 6명이 정부에 대해 대표되지 못하고 있으며, 대표 없는 과세를 강요당하고 있다고 판단하였다.

34) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

2. 삼권분립과 구조적 한계

켄터키 주 법원은 사법판단 적합성을 인정하여, 동 사건에 대해 위헌 판결을 내렸다. 그것은 주 법원 차원의 판결이지만 획기적인 판단이었다. 이 문제가 법원에서 다루어진 당시의 각 주의 주 법원에서는 *Marbury v. Madison*의 판결 취지에 따라 정치적 문제에 대해서는 판단할 수 없다는 부정설에 기초하여 판결을 내리고 있었다.

당시 주 법원은 위헌 판결로서 격차문제를 해결할 수 없었다고 보았다. 그 이유는 구제 방법이 없었기 때문이었다. 그런데 켄터키 주 연방법원은 구제 방안으로 현행법보다 나쁜 결과를 초래할 수도 있는 옛 법을 부활시켰다. 신법이 무효이고, 법원이 새로운 입법을 실시할 수 없다면, 정치적 혼란을 피하기 위해 구법이 여전히 유효하다고 하지 않을 수 없었기 때문이다. 이러한 구제 방법은 다른 주에서도 이용되었다. 그러나 주 법원에서의 판결은 구제라는 시각에서 볼 때 일정한 한계가 존재하고 있었다. 선거구 획정은 어디까지나 주 의회의 역할이며, 다른 기관이 이것을 대행할 수 없다는 삼권 분립 원칙 때문이었다. 그러므로 법원이 사법심사권을 행사하여, 선거구 획정법을 위헌이라고 판단했다고 하더라도, 의회에 강제적으로 선거구 획정을 실시하게 하거나 법원 스스로가 선거구 획정을 실시하는 등의 적극적 구제를 할 수 없었던 것이다.

다른 한편 선거구의 재획정을 실시하는 경우 규정상의 한계가 있었다. 주 헌법에 기초하여, 대부분의 주에서는 행정구역을 그대로 선거구로 하는 경우가 많았다. 그 결과 상원은 각 카운티에 1명, 하원은 인구에 비례하여 배분을 하였다. 문제는 카운티에 적어도 1명의 대표를 할당해야 한다는 규정이었다. 카운티는 면적이나 지리적 조건에서 차이가 있었고, 일부 지역이 도시화하면서 현저한 인구 격차가 생겨났다. 하지만 주 헌법상으로는 각 카운티에 최저 1명의 대표를 확보하는 것이 각 선거구 인구의 평등보다 우선하게 되어 있었다. 그 결과 인구의 평등의 달성에 구조적 제약으로 작용하였

던 것이다.

3. 법원에 의한 적극적 구제조치

가. 선거구 재획정에 대한 부작위와 투표권 평등

제2차 대전 후에도 주 의회는 의원정수 문제해결을 위해서 움직이려고 하지 않았고, 유권자의 제소는 그치지 않았다. 또 연방지방법원에서 비록 콜글로브 판결에 따르는 경우라고 해도 그 타당성에 대한 의문을 숨기지 않거나,³⁵⁾ 선례 위반을 두려워하지 않고, 사법판단 적합성을 인정해 위헌 판결을 내린 경우도 있었다.³⁶⁾

그런데 주 의회가 반세기 이상이나 선거구 획정을 사실상 거부해 온 테네시 주에서는 투표권의 평등 확보를 요구하는 시민운동이 일어났다. 당시 주 법원에서 패소했음에도 불구하고³⁷⁾ 주 내의 법률가 협회나 맴피스 시장도 참가하는 것으로 발전되었다. 그들은 이 사건을 역사에 남기고 싶다는 자세로 1958년에 테네시 주 중부 연방지방법원에 소송을 제기했다.

테네시 주 헌법은 제4조에서 주 의회의 재선거구 획정에 대해 10년마다 유권자수를 조사하여 재선거구 획정을 실시할 것, 제5조에서 하원의원의 정수는 최대 99로 하고, 상원의원의 정수는 하원의 정수의 3분의 1을 넘지 않을 것, 단, 주 인구를 의원 정수로 나눈 수의 3분의 2이상의 인구를 가지는 카운티에서는 적어도 1명의 대표를 할당할 수 있어야 할 것, 제6조에서 유권자수에 근거해 재선거구 획정을 실시하고, 끝수 처리를 위해 복수의 카운

35) South v. Peters, 87F. Supp. 672, 681 (Andrews, J., dissenting) (N.D.Geo. 1950) ; Radford v. Gary, 145F. Supp. 541, 544 (Wallace, J., dissenting) (W.D.Okla.1956).

36) Dyer v. Kazuhisa Abe, 138F. Supp. 220 (Haw. 1956). 하와이는 당시 준주(準州)에 해당되어, 연방의회나 주 의회에 관한 선례의 적용을 받지 않는 것으로 구별을 하였다.

37) Kidd v. McCansles. 200 Tenn. 273, 292 S. W. 2d 40 (1956), appeal dismissed 352 U.S. 920 (1956).

티를 1개의 선거구로 하는 경우에는 인접한 카운티를 합하고, 카운티를 분할해서는 안 된다는 것 등을 규정하고 있었다.

그러나 테네시 주 의회는 1901년 이래 선거구 획정을 실시하지 않았으며, 주 상원에 대해 1:5.1, 하원에 대해 1:18을 넘는 격차가 있었다.³⁸⁾ 원고는 1901년의 선거구획정법은 제14수정의 평등보호 조항에 반한다고 제소했다. 그런데 연방지방법원은 사물관할권이 결여되어 있다는 점, 원고가 구제에 대해 아무런 신청을 하지 않은 것을 이유로 하여 원고의 청구를 각하했다.³⁹⁾ 연방대법원은 6대 2로 원고의 청구를 각하한 원심 판결에 대해 파기 환송하였다.⁴⁰⁾

나. 사물관할권과 사법판단 적합성

연방대법원은 주 법원이 사물 관할권을 갖는다고 판결하였다. 연방지방법원에 사물 관할권이 없다고 판단되는 경우는 청구 원인이 ‘미국의 헌법, 법률 및 조약’ 아래에서 생기는 것이 아니라 제3장 제2조의 다른 유형에도 해당하지 않는 경우, 또는 관할권을 정한 연방법에서 정하지 않은 경우라고 보았다. 하지만 본 사건의 청구 원인은 미국 헌법 및 미국법전 제28편 제1343조하에서 생긴 것이며,⁴¹⁾ Colegrove의 법정 의견도 포함하여, 이런 종류

38) Baker, 369 U.S., at 275.

39) 179 F. Supp. 824.

40) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

41) 28 U.S.C. §1343 시민적 권리 및 투표권

(a) 연방 지방법원은 누구에 의해서 제소되었는지를 묻지 않고, 법에 기초하여 다음의 소송에 대해 제1심 관할권을 갖는다.

(3) 주의 법, 법률, 조례, 관습 또는 외관아래에서 미국 시민 또는 미국의 관할 내에 있는 모든 사람의 평등한 권리를 정하는 미국 헌법 또는 연방의회의 법률에 의해 보장된 권리, 특권 또는 면책의 침해를 구제하는 소송.

(4) 투표권을 포함한 시민적 권리를 보장하는 연방의회의 법률에 근거하여, 손해배상, 또는 에퀴티 상 기타의 구제를 요구하는 소송.

본 조항은 인권침해에 대해서 광범위한 소권을 인정하는 42 U.S.C. §1983(당시는 8 U.S.C. §34)을 승계하여 연방 법원의 관할권을 정한 조문이다.

의 문제에 대해 사물 관할을 부정한 선례는 찾아 볼 수 없다고 판시했다.

한편 연방대법원은 원고가 테네시 주 의회선거구획정법을 다룰 당사자 적격이 있다고 판시했다. 주에 의한 자의적인 침해를 받지 않고, 투표를 행할 권리가 헌법상 보장된 권리라는 것은 여러 가지의 선례에 의해 승인되고 있다는 것이다. 또한 당사자 적격이 있다고 판시 할 때 원고가 어떠한 구제를 얻을 수 있는 지위에 있는가 여부를 판단하는 것은 필요하지 않다고 보았다.

그리고 원고의 청구 원인에는 사법 판단 적합성이 있다는 것이다. 정치 문제가 발생하는 것은 연방대법원과 연방의회나 대통령과 같은 다른 부문과의 권력분립의 관계에서 나타나는 것이며, 연방지방법원과 주의 관계에서 발생하는 것이 아니라는 것이다. 그러므로 본 사건은 정치적 문제라고 할 수 있는 어떤 유형에도 속하지 않으며, 정치적 문제에도 해당하지 않는다고 판결했다.

다. 정치적 문제의 판단기준

정치적 문제로서 사법판단에 적합하지 않은 경우라는 주장은 다음과 같이 요약할 수 있다. 즉, 전통적으로 입법부에 의한 정책 형성에 위임되어 온 사항에 대해 연방 법원이 개입을 회피하는 것, 선거구획정문제의 성질 및 역사를 생각할 때 판단 기준을 만들어 내는 것이 곤란한 것, 본질적으로 정치적인 문제를 해결할 때 전체 주를 하나의 선거구로 하는 것과 불평등한 인구에 의한 선거와의 득실을 비교했을 경우, 적당한 구제를 하는 것이 불가능한 것 등이다.

선거구 획정 문제의 판단은 지리·경제·인구통계·도시와 시골 간 이익의 대립·현직 의원의 존중 등 법외적인 요소까지 고려하여 실시해야하는 지극히 복잡한 사안이라는 것이다. 그러므로 무엇이 적절한 선거구 획정일까 하는 문제를 법원이 판단하는 것은 매우 곤란하다는 것이다.⁴²⁾

그러나 연방 대법원은 정치적 문제가 포함되어 있다고 볼 수 있는 것은

다음과 같다고 판시했다.⁴³⁾ ‘미국헌법상 당해 문제가 명문으로 정치부문에 위임되어 있는 것, 해당 문제를 해결하기 위해 사법부가 발견하여 운용할 수 있는 기준이 결여된 것, 명백히 사법 판단에 적합하지 않고, 재량으로 위임된 문제에 대해서 정치 판단이 선행하지 않는 한 법원은 판단할 수 없는 것, 법원이 독립적으로 판단을 내리게 되면 사법부와 대등한 기관에 대한 결례를 표명하게 되는 것, 이미 내려진 정치 판단에 무조건 따르는 것이 특별히 필요한 것, 하나의 문제에 대해 복수의 부문이 여러 가지의 견해를 표명함으로써 혼란이 생길 우려가 있는 것 등’ 이라는 것이다.

라. 사법판단의 적합성과 구제조치

연방대법원은 Baker 판결을 통해 선거구획정 문제에 사법판단 적합성을 인정하였다. 물론 법정 의견에 Colegrove 판결을 변경한다는 표현이 명시적으로 기술되어 있지 않다. 하지만 그 후 Colegrove 판결의 선례로서의 힘은 완전히 사라지고, 이를 대신해 Baker 판결이 정치적 문제에 관한 지도적 선례가 되었다. 궁극적으로는 법원에 의한 적극적 구제를 용인하는 신호탄으로서의 의의를 지니고 있다.

구제조치를 법원이 적극적으로 받아들인 것은 사실관계와도 무관하지 않았다. 주 의회는 50년 이상 선거구 재획정을 실시하지 않았으며, 원고는 주 법원에서는 패소했다. 또한 주민 발안 등의 제도도 없는 주라서 다른 구제수단은 남아 있지 않았다. 연방대법원의 법정의견은 이러한 특별 사정으로부터 연방지방법원이 에퀴티상의 구제를 해야 한다는 점을 강하게 주장한 것을 검토하고, 구제 방법에 관한 논의를 거친 다음에 사법판단 적합성을 판단하는 형태로 전개되었다. 법정 의견에 첨부된 각 보충 의견의 논의로부터도 그러한 사정을 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 연방 대법원은 ‘에퀴티는 권리에 구제

42) Kidd McCannless, 200 Tenn.273, 281-282, 292 S.W.2d 40, 44(1956).

43) Baker v. Carr, 369 U.S.186(1962).

가 없는 것을 허락하지 않는다'⁴⁵⁾고 하는 형평과 정의의 이념으로 되돌아가
구제문제에 대해서도 묵시적인 선례 변경을 행했던 것이다.

Baker 판결이 사법적 구제의 자유화라는 점에서 볼 때 삼권 분립 구상의
근본적 변화, 즉 헌법 혁명을 가져왔다고 평가되는 논거이기도 하다. Baker
판결의 영향력은 매우 컸다.⁴⁶⁾ 판결로 부터 5개월이 경과하기 전에 미국의
50개 주 중 22개 주에서 선거구획정법을 다투는 소송이 연방 지방법원· 주
법원에 제기되었다. 그 후 1년 내에 테네시 주를 포함한 26개 주에서 새로
운 선거구 획정법이 제정되었던 것이다.

4. 사실상 공무원의 법리와 구제조치

가. 사실상 공무원의 법리

문제는 대표 민주제란 무엇을 대표하는 것인가. 유권자만이 대표되는 것

44) 보충의견은 다음과 같다. 본 판결은 투표권의 보장에 사법 심사가 미친다고 하는 원
칙의 유일한 예외인 Colegrove를 변경하는 것이다. 사법판단 적합성이 인정된 이상
에퀴티 상의 원리에 따라서 어떠한 구제 방법도 만들어 낼 수 있다. 본 사건은
Colegrove와는 구별된다. 본 사건 선거구획정법은 아무런 합리적 근거가 없는 입법적
작업에 불과하며, 제14수정의 평등보호 조항에도 반한다. 테네시 주에는 주민발안도
주민투표도 없고, 또 연방의회도 시정임무를 맡은 것이 아니므로 연방 법원이 개입
하지 않는 한, 같은 주의 인민은 현존하는 차별을 계속 감수할 수 밖에 없다. 구제방
안으로서 법원이 현행의 선거구 획정을 수정하는 일도 생각할 수 있지만, 의회가 선
거구 획정을 다시 하는 것을 인정해야 한다. 법정 의견은 사물관할권, 당사자 적격,
사법판단 적합성의 3개에 대해 판시 할 뿐이므로 개별 의견을 논하는 본안의 문제에
까지 다루는 것은 아니다.

45) 'Equity suffers not a right without remedy' Black's Law Dictionary, 484 - 485; MAXIMS
OF EQUITY에 대해서는 <https://anarplex.net/hosted/files/TheMaxims.pdf>.

46) 본판결은, 흑인 차별에 대해 '분리해도 평등'의 원칙을 뒤집은 Brown v. Bd. of
Education, 347 U.S. 483 (1954)이나 일련의 형사소송 개혁의 판결과 함께 워렌·코트
시대의 소송의 홍수를 불러 왔다. McCloskey, Foreword: The Reapportionment Case,
76 Harvard. L. Rev 54, 5657(1962). 각 주에서의 소송과 그 결과에 대해, 12 L.Ed.2d
1282 참조.

인가. 행정구역이나 커뮤니티의 이익도 대표되는 것인가. 비인구적 요소에 대한 고려를 인정했을 경우 인구 요소와의 관계는 어떻게 되는가. 인구 요소에 대해서 수치적으로 엄밀한 절대적 평등을 실현하는 것이 불가능한 이상 어느 정도의 인구 격차의 경우 평등보호 조항에 반하지 않는다고 말할 수 있는가 하는 점이다.

과기 환송을 받은 테네시 주 연방 지방법원은 ‘이원제를 취하는 주 의회의 일원에 대해서는 비인구적 요소를 고려하지 않고, 유권자의 인구에 근거하여 선거구획정을 실시하지 않으면 안 된다.’⁴⁷⁾로 판시하고, 1901년 법 및 주 의회가 새롭게 제정한 1962년 법을 위헌으로 판단했다. 그러나 사법적으로 허용할 수 있는 기준을 둘러싼 논란은 계속되었다. 그 후 1964년의 Reynolds v. Sims에서의 1인 1표 원칙의 확립 및 이어 계속된 연방대법원의 판례에 의해 해결되게 된다.

한편 위헌으로 선언할 경우 구제조치가 문제가 되었다. 선거구획정법을 위헌 무효라고 선언하고, 이것에 근거하는 선거의 시행을 금지하는 것을 좋다고 하면 그 뒤처리를 어떻게 할 것인가. 의회가 존재하지 않게 되는 결과도 피해야만 하고, 구법의 부활이나 전체 주를 하나의 선거구로 하는 선거에도 모두 난점이 있었기 때문이다. 따라서 새로운 구제 방법을 만들어야 할 필요가 있었다. 의회가 적절한 선거구 획정을 실시하지 않는 이상 법원이 지금까지의 삼권분립의 기초를 넘어, 주도적인 역할을 완수해야 하는 상황에 이르렀던 것이다.

테네시 주 연방지방법원은 ‘사실상 공무원의 법리’⁴⁸⁾를 인용하고, 1962년

47) Baker v. Carr, 206E Supp. 341, 349 (MD. Tenn. 1962).

48) 사실상 공무원의 법리(de facto officer doctrine)란 공무원인 권한의 외관을 가지는 자의 행위를, 후에 그 자의 임명·선거에 하자가 있었던 것이 판명되었을 경우에서도 사실상 유효한 것으로 하는 법리를 말한다. 46CJ., OFFICERS §366, P.1054 ; 67C J.S.OFFICERS §135, P.440 ; 63A AM.JUR 2D. PUBLIC OFFICERS AND EMPLOYEES §578, p.1080. 주 법원이 의원정수 불균형 문제에 대해 이 법리를 적용한 사례로서 State v. Cunningham, 81Wis 440, 51 NW.724.729가 있다. 미국에서의 사실상 공무원의 법리에 대해서는 <http://freedom-school.com/law/de-fact-officer-doctrine.pdf>. 참조.

법에 의해 선거된 의회는 사실상 유효한 존재라고 판시하였다. 한편 선택할 수 있는 구제 방법으로서 주 의회에 재선거구 획정을 실시하게 하는 방안과 법원 스스로 선거구 획정을 실시하는 방안을 제시하고, 법원은 전자의 방법을 택했다.⁴⁹⁾

다른 법원도 ‘선거구 획정은 주 의회의 해야 할 주요 역할’⁵⁰⁾이라고 판시 하면서, 우선 주 의회에 재선거구 획정을 할 것을 명하고, 주 의회가 적절한 선거구 획정을 실시하지 않는 경우 법원 스스로가 선거구 획정을 실시하여 선거구의 인구의 평등을 실현해 나갔던 것이다⁵¹⁾. 법원에 따라서는 극단적인 경우에 대해서는 의회의 존재를 무효로 하여 재선거를 명하거나, 그 정도는 아니더라도 주 헌법으로 정해진 의원 정수의 변경을 명하거나 의회의 임기·직무를 다시 정하거나, 선출된 의원의 의회에서의 투표 차이를 두는 등의 방식을 택하기도 했다⁵²⁾.

나. 법원에 의한 주 의회 선거구 획정

베이커 판결 이후 하급 법원의 대부분은 선거구 획정이 우선 주 의회의 역할이라는 점을 존중하고, 우선 주 의회에 재선거구 획정을 명하였다. 그리고 일정기간이 지나도 주 의회가 적절한 선거구 획정을 실시하지 않는 경우에는 스스로 선거구 획정을 실시한다고 하는 입장을 취했다. 법원이 주 의회의 선거구 획정을 최초로 실시하기에 이른 사례는 *Moss v. Burkhardt*이며,

49) 206 F. Supp., at 348-351.

50) *Moss v. Burkhardt*, 207 F. Supp. 885, 899 (W. D. Okla. 1962).

51) 법원이 실제 선거구 획정을 한 사례로서 *Moss v. Burkhardt*, 220 F. Supp. 149 (W. D. Okla. 1963); *Roberts v. Babcock*, 246 E. Supp. 396 (Mont. 1965); *Preisler v. State of Missouri* 341 F. Supp. 1158 (W. Mo. 1972)

52) *Holt v. Richardson*, 238 F. Supp. 468 (Haw. 1965); *Reynolds v. State Election B (L)*, 233 F. Supp. 323 (Okla. 1964). *WMCA, Inc. v. Lomenza* 238 F. Supp. 916 (NY. 1965), *aff'd* 438 U.S. 4 (1965); *Holt v. Richardson*, 238 F. Supp. 468 (Haw. 1965); *Buckley v. Hoff*, 234 F. Supp. 191 (Vt. 1964). *Thipgen v. Meyers*, 231 F. Supp. 938 (Wash. 1964).

연방 하원의 선거구 획정을 처음으로 한 사례는 *Roberts v. Babcock*이다.

오클라호마 주에서는 1962년 당시 주 의회 선거구에서 1:10 이상의 격차가 있었다. 같은 주의 유권자인 원고는 선거구 획정법이 제14수정 평등보호 조항 등에 반한다고 주장하고, 선언적 판결 및 선거의 금지를 요구하는 소송을 연방지방법원에 제기했다. 연방지방법원은 1962년 4월, 선거구획정법은 위헌 무효라고 판시를 하면서도 다음의 선거가 11월로 예정되어 있기 때문에 혼란의 회피를 이유로 선거의 금지를 인정하지 않았다.⁵³⁾

연방지방법원은 같은 해 8월, 다음과 같은 중간 판결을 실시했다. 위헌 무효를 이번 선거에 한정해 적용하지 않는다. 주 의회는 1963년의 회기 중에 선거구의 인구의 평등을 정하는 오클라호마 주 헌법 제5장 9조 a항⁵⁴⁾ 및 제14수정의 평등보호 조항에 합치하도록 법원의 지시에 따라 다시 선거구획정을 실시해야만 한다. 주 의회가 적절한 선거구 획정을 실시하지 않는 경우 사법 판결에 의해 재선거구 획정을 실시한다.⁵⁵⁾

이 판결에 이어 1963년 3월에, 주 의회는 재선거구획정법⁵⁶⁾을 가결했지만, 여전히 하원 선거구에 대해 1:4, 상원 선거구에 대해 1:5의 격차가 있었다. 그리하여 해당 재선거구획정법에 의한 구제가 적절한가에 대해 문제가 제기되었다.

연방대법원은 법원 전체의 의견을 다음과 같이 제시하였다.⁵⁷⁾ “첫째, 본 사건 재선거구획정법은 주 의회에 의한 가결 후, 주 헌법 제5장 58조가 정하는 90일의 집행 유예기간을 지나지 않았다. 따라서 아직 유효하지 않기 때문에, 원고는 동법의 합헌성을 다툴 당사자 적격을 가질 수 없다. 그렇지만 기간은 권리의 본질이 아니고, 공민권의 침해에 대해 적절한 구제를 하지 않으면 안 된다는 것, 또한 원고 및 주 의회 의원이 되려고 하는 사람을

53) 207 F. Supp.885.

54) O. S. 1961 Const. art 5, §9(a).

55) 207 F. Supp., 898-899.

56) Enrolled House Bill No.586, Senate Resolution No.8

57) *Moss v. Burkhardt*, 220 F. Supp.149(Okla.1963), 4378 U.S. 558 (1964).

위해서 장래의 선거에 적용되는 법을 결정하지 않으면 안 된다는 상황 때문에 해당 재선거구획정법을 심리하는 것이 필요하다.

둘째, 평등보호 조항은 투표 가치의 격차에 합리적 근거가 있는 것을 요건으로 하고 있지만, 본 사건 주 하원·상원 선거구의 격차에 대해서는 아무런 합리적 근거도 나타나지 않고 있어, 주 헌법 제5장 9조(a) 항 및 제14수정에 모두 반한다.

셋째, 본 사건에 대해서 주 의회는 재선거구 획정을 실시하는 능력도 의사도 없으므로 어쩔 수 없이 사법 판결에 의해 주 의회의 선거구 획정을 실시하기로 한다. 1962년 11월부터 10년간, 주 의회가 제14수정의 평등보호 조항에 따른 재선거구 획정을 실시할 때까지 당 법원이 채용하는 선거구 획정(안)⁵⁸⁾에 의해 2년마다 총선거를 실시하도록 한다.”

그러나 ‘연방지방법원이 연방의회 하원의 선거구 획정 명령을 내리는 권한을 가진다’고 명시하는 연방대법원의 판결은 없다. 그렇지만 Reynolds 판결⁵⁹⁾에서 연방대법원이 판시한 것을 법원이 선거구 획정을 할 수 있는 권한 행사의 정당화 논거로 사용하고 있다. 의회가 구제를 실시하지 않는 경우 법원에 의한 선거구 획정도 불가피하다고 본 것이다.

Baker 판결과 Reynolds 판결이 엄밀하게 사법 판단 적합성이나 1인 1표 기준에 한정되는 것으로 했다면, 연방 대법원에 의한 선례 변경 없이 법원에 의한 선거구 획정은 할 수 없었을 것이다. 그러나 Colegrove 판결이나 Baker 판결은 사법판단 적합성이라고 하는 소송 개시의 문제와 함께 구제를 해야 할 것인가 여부, 그리고 어떠한 구제가 타당한가라고 하는 소송의 종료에 대해 깊이 고민을 하였다.⁶⁰⁾ 연방대법원도 Moss 판결에서 이 문제를

58) 판결에서는 오클라호마 대학의 정부연구실 작성한 획정(안)에 의하도록 하고 있다.

59) Reynolds v. Sim. 377 U.S. 533 (1964).

60) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 560-61 (1992). 본 판결에서는 당사자 적격의 헌법상의 요건으로서 사실상의 손해(injury in fact), 해당 손해와 문제가 되는 행위와의 인과관계, 해당 손해가 승소의 판결에 의해서 구제될 가능성이 있는 것(redress ability) 등 3개를 필요로 한다고 하고 있다. 이에 의하면 Baker 판결의 당사자 적격에 관한 부분은 변경되게 되는 것처럼 보인다. 당사자 적격과 정치적 문제의

법원 전체의 의견을 통해 확인하고, 또 이후의 판결에서는 연방지방법원이 선거구 획정을 행할 수 있는 것을 당연한 전제로 하고 있다.⁶¹⁾

V. 의석 재배분과 1인 1표

1. 1인 1표의 원칙

베이커 판결 후 연방대법원에는 ‘사법적으로 운용할 기준’을 정립할 의무가 남아 있었다. 연방대법원은 조지아 주의 민주당 예비 선거를 다룬 *Gray v. Sanders*에서 1인 1표의 기준을 분명히 하였다.⁶²⁾ 법정의견은 선거권의 평등은 단순히 한 명에게 한 표가 주어지는 것 뿐만 아니라 선거구 간 인구의 평등도 요구된다는 점을 분명히 하였다. 그 후 1인 1표 원칙은 한 표의 격차 평등을 표현하는 키워드로서 사용되었다.

“다만 단지 시골에 살고 있다든가, 가장 인구가 적은 시골의 카운티에 살고 있다는 것만으로, 어떻게 해서 전체 주 규모의 선거에서, 다른 유권자보다 2배, 혹은 10배의 투표 힘을 부여받게 되는가. 대표를 선출하기 위한 지리적 단위가 설정되면 선거에 참가하는 사람은 인종·성별·직업·수입·살고 있는 선거구에 관계없이 똑같이 한 표를 갖게 되는 것이다. 이것은 제14수정의 평등보호 조항에 의해 의무화된 것이다.....독립선언으로부터 링컨 대통령의 게티스버그 연설, 제15, 제17, 제19 수정에 이르기까지의 정치적 평등의 개념은, 단지 하나라는 것, 즉, 1인 1표를 의미한다.”⁶³⁾

관계에 대해서는 중첩되는 미묘한 문제가 있지만 구제의 가능성을 소송의 개시사유로 삼은 것이다.

61) *Williams v. Moss*, 378 U.S. 558 (1964); *Connor v. Finch*, 431 U. S. 407 (1977) ; *Upham v. Seamon*, 456 U.S. 37 (1982).

62) *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963).

63) 372 U.S. 382(1963), 379-381.

1인 1표 원칙은 1964년의 *Wesberry 대 Sanders*⁶⁴⁾에서 미국 헌법 제1장 제2조를 근거로 연방 하원의 선거에도 미치게 되며, 동년의 *Reynolds v. Sims*에서 “제14수정은 주 의회의 상하 양원에 대해 인구 요소를 기준으로 선거구 획정을 실시하는 것을 의무화시키고 있다”고 하는 법정 의견에 의해 확립을 보게 된다.⁶⁵⁾ 미국 연방대법원은 법정 의견에서 유권자의 평등이라고 하는 기본 원칙으로부터의 일탈을 정당화하는 헌법상 인정되는 원리가 존재하는가 여부를 다루고 있다. 즉, *Reynolds v. Sims*에서 다음과 같이 판시하

64) 376 U.S. 3 (1964). 법정 의견을 집필한 블랙 법관은, 미국 헌법 제정 당시의 자료를 다수 인용해 ‘역사적 맥락에 입각해서 해석하면, 미국 헌법 제1장 제2조의 「연방 하원 의장은 각 주의 인민에 의해 선택된다」 라고 하는 규정은, 연방 하원의 선거에 있어서의 유권자의 한 표는 실현 가능한 한, 다른 유권자와 동등한 가치를 가져야 한다는 것을 의미한다」 고 판시했다. 그러나 제1장 제2조가 정말로 그러한 역사적 의미를 가지는 것일까에 대해서는 비판도 있다

65) *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533(1964)는 앨라배마 사건을 다룬 것이다. 당시 주 의회는 10년마다 인구센서스의 결과에 근거해 재선거구 획정을 실시하는 것을 정한 주 헌법 제9장 제200조의 규정에도 불구하고, 1901년 이후 선거구 획정을 실시하지 않고, 선거구 간의 인구 격차는 주 상원이 최대 1:41, 하원이 1:16에 이르고 있었다. 당시 앨라배마 주에서는 다른 주 처럼 각 County를 그대로 선거구로 하고 있어, 주 하원에서는 인구 13,462명의 Bullock County에 2명, 인구 634,864명의 Jefferson County에 7명의 의석을 할당하고 있었다. 상원에서는 County당 1명이 원칙이며, Jefferson County에도 인구 15,417명의 Lowndes County에도 1명을 배분하고 있었다. 유권자인 원고가 이에 대해 소송을 제기하자 주 의회는 2개의 재선거구획정법을 제정했다. 첫째, 주 헌법의 개정에 의해 주 상원의 정수를 35명에서 67명으로 증원하여, 67개의 카운티로부터 1명씩을 선출하는(최대 격차 1:59) 것과 함께, 하원에 대해서는 각 카운티로부터 1명을 선출하고, 나머지 39명에 대해서는 인구에 따른 배분을 실시하도록 하였다(1 : 4.7). Proposed Constitutional Amendment No.1 of 1962, Alabama Senate Bill No. 29, Act No. 93, Acts of Alabama, Special Session, 1962, p.124 ; 208 F. Supp., at 443-444. 둘째, 주 헌법 개정이 주민 투표로 부결되거나 법원에 의해 의견이라고 판단되었을 경우의 예비적 입법으로, 상원에 대해서는 거의 현행법의 선거구 획정을 답습하고(1:20), 하원에 대해서는 주 헌법 개정과 거의 같은 방법으로 정수를 배분하다는(1:5) 것이었다. Alabama Reapportionment Act of 1962, Alabama House Bill No. 59, Act No. 91, Acts of Alabama, Special Session, p.121 ; 208 F. Supp., at 445-446. 연방지방법원은 3개의 선거구획정법을 모두 위헌이라고 판단했다. 하지만 구체 대책으로 주 의회가 평등보호 조항에 따른 선거구 획정을 실시할 때까지는 상원에 대해 현행법으로, 하원에 대해서는 예비적 입법에 따라 선거를 실시할 것을 명했다. 208 F. Supp.431(M.D.Ala 1962).

었다.

“입법자는 인민을 대표하는 데에 있으며, 수목이나 토지를 대표하는 것이 아니다. 입법자는 유권자에 의해서 선출되는데 있으며, 농장이나 도시나 경제적 이익에 의해서 선출되는 것이 아니다. 평등보호 조항은 모든 장소에 대해, 모든 시민이 동일하게 대표되는 것을 의무지우는 것이다. 이원제를 채용하는 주 의회가 양원이라고 해도 인구에 근거해 정수배분을 하지 않으면 안 된다. 연방의회에 대해 규정을 유추하여, 주 의회에 대해 인구를 무시한 선거구 획정을 실시하는 것은 허용되지 않는다. 인구가 의석 배분의 출발점이며, 동시에 결정적인 기준이다.

정수 배분에 대해 수학적 정확성을 요구하는 것은 비현실적이다. 평등보호 조항은 주가 가능한 한 동수의 인구로 이루어지는 선거구를 작성하기 위해서 진지한 노력을 실시하는 것을 의무화시킨 것이다. 엄격한 인구 기준으로부터의 일탈이 주의 합리적인 정책을 수행하기 위한 합법적인 고려에 의하는 것이 아닌 한 인구원칙으로 부터의 일탈은 헌법상 허용될 수 있다. 본 사건 선거구획정(안)은 모두 인구의 평등으로부터의 일탈을 정당화하는 근거가 부족하고, 이는 평등보호 조항에 반한다”.

연방 대법원은 인구 요소가 비 인구 요소에 비해 우위라는 점을 확인하고 있다. 선거구 획정을 실시하는 데에 있어서 인구의 평등을 가장 먼저 고려해야 하며, 행정구획과의 일치나 지리적 일체성, 소수자의 목소리 반영, 정당간의 공평, 현직 의원에의 배려 등 비 인구요소는 인구의 평등을 해치지 않는 정도에서, 2차적으로 고려할 수 있는 요소에 지나지 않는다는 것이다.

한편 선거구 획정의 합헌성을 최종적으로 판단하는 것은 법원이라고 하는 베이커 판결 이후의 흐름을 확인하고 있다. 그런데 이 판결에서는 연방 의회의 규정을 유추하는 데 반대하고 있다. 그것은 인구에 관계없이 각 주 2명의 상원의원을 배분한 대형 주와 소형 주가 행한 대타협의 산물을 존중한다는 전제에서 시작하고 있다. 헌법 제정당시의 상황과 헌법회의의 입장을 고려한다면 연방의회에 대한 규정은 오히려 예외로 다루어야 한다는 것이다.

다시 말해 원래 독립국가인 주와 하나의 지방자치단체를 동일시 할 수 없다고 하는 논거에 의해 판결을 내리고 있다. 다른 판결에서도 주민투표에 의해 성립한 선거구 획정법이 위헌이라고 판시하면서 1인 1표 원칙은 입법부에 의해서도 인민의 다수에 의해서도 빼앗을 수 없을 권리라는 것을 명백히 하였다.⁶⁶⁾

2. 격차의 정도와 수치적 평등보호

그러나 주 의회의원 선거의 경우에는 엄격히 선거구 간 인구의 평등을 실시할 수 없었다. 연방대법원은 *Mahan v. Howell* 판결에서 인구만이 선거구의 평등의 기준이 아니고, 주 의회의원 선거의 경우에는 연방 하원의원 선거의 경우보다 넓은 범위의 격차가 허용된다는 점을 명백히 하였다.⁶⁷⁾ 이 판결 후 한 표의 전체격차가 10%⁶⁸⁾이내인 경우 무조건 위헌으로 판단하지 않는다고 판결했다.⁶⁹⁾ 그 후 연방대법원은 전체격차가 10% 이내인 경우에는 위헌으로 판단하지 않고, 10%를 넘는 경우에는 합리적인 주의 정책에 의한 정당화가 필요하다고 판시하고 있다.⁷⁰⁾

66) *Lucas V. Fourty Fourth General Assembly of Colorado*, 277 U.S. 713 (1964).

67) *Mahan v. Howell*, 410 U.S. 315 (1973).

68) 인구 격차의 표기의 방법은 국가마다 다르다. 미국에서는 우선 정수 1명 당 평균 인구를 산출한 다음, 정수 1명 당 최대 인가와 최소 인구의 편차에 의해 표기하는 방법이 본 판결 이후 넓게 이용되게 되었다. 예를 들면, 인구 100만 명, 의원 정수 100명의 주에서 소선거구제에 의해 선거구 획정을 실시하는 것으로 하면, 1선거구 당 최대 인구가 1만 8천명, 최소 인구가 9천명인 경우 단순비교에 의한 표기는 1 : 2, 미국의 총 편차에 의한 표기는 90%가 된다. 또 최대 인구가 1만 1천 명, 최소 인구가 5천 5백 명인 경우, 단순표기는 1 : 2이지만, 미국의 표기에서는 55%가 된다. *Kirkpatrick*에서는 주의 인구가 4,319, 813명, 의원 정수는 10이다. 정수 1명 당 평균 인구는 431,981명이며, 이것을 100%라고 생각한다. 실제의 선거구 획정에서는 최대 인구는 445,523명이었다. 이것은 평균 인구의 103.13%가 되어, 평균 인구로부터의 편차는 +3.13%이다. 또, 최소 인구 419,721명은 평균 인구의 97.16%이며, 편차는 2.84%가 된다. 따라서 최대 인가와 최소 인구의 편차는 5.97%가 된다.

69) *Gaffney v. Cummings*, 412 U.S. 735 (1973); *White v. Regester*, 412 U.S. 755 (1973).

70) *Ohn W. Meyer, John Boli, George M. Thomas, Francisco O. Ramirez*, "World Society

미국의 연방 하원의원의 선거와 주 의회 의원의 선거에서 연방대법원이 적용하는 1인 1표의 기준에는 차이가 있다는 의미다. 그러나 어느 경우에도 1인 1표가 가장 중요한 기준이라는 점을 공히 인식하고 있다. 선거구 간 인구의 평등만이 의석재배분의 평등을 실현하는 기준은 아니지만 1인 1표 원칙을 훼손하는 경우 합리적인 사유에 의한 정당화가 필요하다는 점을 강조하고 있다.

레이놀드 사건에 대한 판결 이후 주요한 쟁점은 ‘어느 정도의 격차라면 평등보호 조항에 반하지 않는 것인가’라고 하는 수치적 평등의 달성의 문제로 옮겨 갔다. 그런데 연방의회의 경우와 주 의회의 경우에 서로 다른 기준을 발전시켜 나갔다.⁷¹⁾ 격차의 정도와 관련하여, ‘근소한 차이’⁷²⁾와 ‘실현 가능한 한도’⁷³⁾ 범주를 둘러싼 논쟁들이 제기되었다.

미주리 주는 1967년 개정 법률에 의한 격차가 근소한 차이에 해당하므로 어떠한 정당화 사유를 필요로 하지 않으며, 실현 가능한 한 인구의 평등 요건을 충족시키고, 행정구역과 선거구가 상호 중첩되는 등의 제요소를 적법하게 고려한 결과적으로 정당화된다고 주장하였다.

그러나 연방대법원은 범정의견에서 개별 구체적인 사정에 의하지 않고, 일정한 수치를 기준으로 판단하는 것은 실현 가능한 한 각 선거구의 인구를 평등하게 해야 한다고 하는 헌법상의 요건에 부합하지 않는다고 판시했다. 미주리 주가 일정한 수치 이하이면 아무런 정당화 사유를 필요로 하지 않는다고 하는 것은 자의적인 판단에 불과하며, 또한 입법자는 실현 가능한 한

and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, Vol. 103, No.1, The University of Chicago Press (July 1997), pp. 144-181; *Chapman v. Meiser*, 420 U.S. 1 (1975); *Connor v. Finch*, 431 U.S. 407 (1977); *Brown v. Thomson*, 462 U.S. 835 (1983); *Board of Estimate v. Morris*, 109 S. Ct. 1433 (1989).

71) *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S.526(1969)

72) 근소한 차이(*de minimis*)란 법언은 법률은 사소한 사항에 대해 관여치 않는다는 원칙 (*De minimis non curat lex*)에서 유래한다.

73) Brennan의 *Opinion of the Court*에 대해서는 *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526; http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0394_0526_ZO.html 참조.

평등이 아니라 해당 수치목표를 달성에만 그치게 될 것이라고 판단하였다.

미국 헌법 제1장 제2조는 절대적 평등을 달성하고자 하는 주의 진지인 노력에도 불구하고 피할 수 없는 격차, 혹은 정당화 사유가 입증된 격차만을 허용하는 것이라는 것을 밝히고 있다. 연방지방법원이 밝힌 사실관계⁷⁴⁾에서 볼 때 미주리 주가 보다 엄밀한 선거구 획정을 실시할 수 있던 것은 분명하고, 본 사건 격차가 불가피한 것이었다고 할 수 없다고 판시하였다.

본 판결로 연방 하원 선거구의 인구 격차에 대한 판단 기준은 ‘실현가능한 한도에서 평등’하게 할 것, 즉 선거구 간의 인구 격차가 절대적 평등을 달성하려고 하는 주의 노력에 의해 감해 질 수 있는 경우에는 주가 인구 격차에 대해 정당화 사유가 있다는 것을 입증해야 한다는 원칙을 만들었다.

그러나 연방대법원의 다수 의견처럼 ‘실현가능한 한도에서 평등’ 즉, 수치적 엄밀함을 추구하는 입장은 1973년의 *White v. Weiser*(4.13%),⁷⁵⁾ 1983년의 *Karcher v. Daggett*(0.698%)에서 유지되었고, 그 결과 모두 이러한 격차가 위헌으로 판시되었다.⁷⁶⁾ 특히, 후자의 인구 격차는 인구센서스의 통계상의 오차를 밀도는 것이었다. 그러나 법정 의견은 ‘인구센서스의 인구통계에 오차가 있는 것은 본 사건과 관련성을 가지는 것이 아니고, 오차가 있다고 근소한 인구 격차가 평등하게 같은 것으로 되는 것이 아니다.’⁷⁷⁾라고 말하면서 오차를 밀도는 격차는 문제가 되지 않는다고 하는 주의 주장을 일축하고 있다.

74) 미주리 주의 연방하원 선거구 획정법 및 개정법이 연방 지방법원에 의해 위헌이라고 판단되었기 때문에, 1967년에 미주리 주 의회는 1960년의 인구센서스 통계에 근거하여, 다시 선거구획정법을 제정했지만 최대로 5.97%의 격차가 생겼다. 원심 판결은 주 의회가 인구센서스의 통계보다 약간 부정확한 자료를 기초로 하여 선거구획정을 실시한 점, 보다 격차가 적은 선거구획정(안)이 제출되었음에도 불구하고 이것을 거절한 점, 단지 카운티의 몇 개를 새로 만들어 보다 격차가 적은 선거구획정(안)을 만들었다는 것을 인정하였다. 해당 재선거구획정법은 ‘실현 가능한 한(as nearly as practicable)’ 각 선거구의 인구를 평등하게 해야 한다고 하는 헌법상의 요건에 반한다고 판시하였다. 279 F. Supp. 952(W.D.Mo.1967).

75) 412 U. S. 783 (1973) 평균인구 466,530인, 최대인구 477,856인, 최소인구 458,581인.

76) 462 U. S. 725 (1986) 평균인구 526,059인, 최대인구 527,472인, 최소인구 523,798인.

77) *Id.*, at 735. 1970년도의 인구센서스의 경우 약 2.3%의 오차가 있을 것으로 추측되고 있다.

그렇다면 연방대법원은 왜 이처럼 엄격한 심사기준을 계속 유지하고 있었던 것일까. 그 이유는 선거구 획정의 합헌성을 판단하는데 있어 사법적으로 운용할 수 있는 기준은 인구 요소 밖에 없다고 판단하고 있었다고 볼 수 있다.

3. 수치적 엄밀성과 완만한 기준

그러나 수치적 엄밀성만을 강조하고, 입법부의 재량을 완전히 박탈하고 있으며, 이미 확립되어 있는 사법심사의 이론에 반하는 동시에 근소한 차이를 허용하는 선례⁷⁸⁾에 반한다는 주장이 제기되었다. 또한 수치적 엄밀성만을 강조하는 경우 사법부에 의한 입법부에 대한 불필요한 개입을 초래하게 된다는 것이다. 그리고 연방하원의 경우에도 정당화 사유로서 동일한 경제적·사회적 이익을 가지는 지역의 분할을 막아야 한다는 점, 선거구획정법은 정치 과정에 의해 만들어지는 것이라는 점, 행정구역과 선거구와의 상호 중첩, 피선거 자격자의 수, 상정되는 인구 이동, 선거구의 지리적 일체성을 고려해야 한다고 주장하였다. 다시 말해 연방 하원에 대해서도 주 의회의 선거구 획정과 같이 완만한 심사 방법이 적용되어야 한다는 것이다.

그렇다면 연방대법원은 연방 하원과 달리 주 의회에 어떠한 기준을 적용하고 있는가. 완만한 기준을 적용한 사례를 보기로 한다. 문제가 된 버지니아 주 의회는 1971년에 주 상원 및 하원에 대한 재선거구획정법을 제정했지만 하원에 대해 16.4%의 인구 격차가 있었다.⁷⁹⁾ 원고는 하원에 대한 인구 격차, 상원 선거구를 3개의 선거구에 나누어 그 중 1개는 해군의 군인들에게 그리고 다른 1개를 흑인에게 할당한 것은 제14수정의 평등보호 조항에 반한다고 주장했다. 연방지방법원은 하원의 격차에 대해서는 Kirkpatrick에

78) Reynolds v Sims, 377 U.S. 553 (1964) ; Swann v. Adams, 385 US. 440 (1967).

79) Code Va. 1950, §§24.1-12.1, 24.1-14.1 평균인구 46,485인, 최대인구 50,964인, 최소인구 43,319인.

의거하여 위헌이라고 판단하고, 또한 상원에 대해서는 해군군인에 대한 차별이 인정된다고 하여, 3개의 소선거구를 1개의 대선거구로 통합하는 구체 조치를 취하였다.⁸⁰⁾

연방대법원은 법정 의견에서 “주 의회의 상하 양원 모두 인구에 근거해 정수 배분을 하지 않으면 안 된다고 하는 헌법상의 기본 원리를 실현하는데 있어, 제14수정에 근거하는 주 의회의 경우, 제1장 제2조에 근거하는 연방의회의 경우보다 유연한 폭이 인정된다. 선거구와 행정구역을 일치시키려고 하는 주의 목적은 오로지 특정 지역에만 관계되는 사항에 대해 입법을 하기 쉽게 하고, 동일한 행정구역에 거주하는 유권자가 일체로서 지역적 사항에 대해 주 의회에서 영향력을 가질 수 있도록 하는 것이기 때문에 합리적이라고 할 수 있다. 본 사건 선거구획정법은 선거구와 행정구역과의 일치라고 하는 주의 합리적 정책을 추진하는 것이고, 선거구 간의 인구 격차가 헌법상 용인되는 한계를 넘는 것은 아니다. 따라서 하원에 대한 선거구획정법은 평등보호 조항에 반하지 않는다.”⁸¹⁾”고 판시하였다.

그러나 연방대법원은 실제로 어디에 살고 있는가에 관계없이, 인구센서스 시에 해군 기지에서 통계가 빠진 것을 이유로, 약 36,700명의 군인을 해군 기지가 존재하는 상원 선거구에 할당한 것은 평등보호 조항에 위반된다고 판결하였다.

본 판결 이후 주 의회 선거구의 인구 격차에 대해서는 이하의 4단계의 위헌심사 기준이 적용되게 되었다. 우선 선거구 간의 인구 격차가 10% 이하의 경우에는 근소한 차이로 간주되어 해당 격차에 대해 다룰 수 없다. 격차가 10% 이상의 경우 주는 다음과 같은 3가지 요소를 입증해야 한다. 첫째, 격차를 정당화 하는 합리적인 정책의 존재 둘째, 해당 선거구획정법이 주의 합리적인 정책을 추진하는 것이라는 점 셋째, 합리적 정책의 추진의 결과 생긴 격차가 헌법상 허용하는 한도를 넘지 않는다는 것 등이다.

80) 330 F. Supp. 1138 (ED.Va. 1971).

81) Mahan v. Howell, 410 U.S. 315 (1973).

레이놀드 판결에서 연방대법원은 각 선거구의 인구의 평등이 재선거구 획정을 실시하는데 있어서의 출발점이라는 것을 강조했다. 그러나 다른 한편 ‘주 의회 상하 양원의 정수 배분에서 엄격한 인구의 평등으로부터의 이탈이 주의 합리적인 정책을 수행하기 위한 합법적인 고려에 의한 것인 한 어느 정도의 격차는 헌법상 허용 된다’⁸²⁾는 것이다. 그리고 합리성이 인정되기 쉬운 것으로서 선거구와 행정구역과의 일치를 들고 있다.

연방 하원에 대한 심사 기준이 말 그대로 ‘실현 가능한 한도 내’ 평등을 추구하는 것이어서 정당화 사유를 거의 인정받지 못하였다. 그러나 주 의회에 대해서는 10%의 근소한 차이를 인정하고, 선거구와 행정구역과의 일치 가 정당화 사유로서 인정되고 있다. 그렇다면 왜, 연방 하원의 경우와 주 의회의 경우에 심사 기준의 차이가 있는 것일까.⁸³⁾ 그것은 제14수정과 제1장 제2조라고 하는 근거 조문의 차이뿐 만 아니라 연방의회와 주 의회의 기능 차이에서 찾을 수 있다. 주 의회의 정수 배분 시 카운티 대표 확보를 위해, 인구의 평등기준보다 우선시하는 기준은 허용되지 않는다. 하지만 각 카운티가 1개의 선거구로서 대표를 선출할 수 있도록 배려하는 것을 완전히 금지하는 것에 문제가 있었다. 주 의회는 지역 주민에게 밀착한 입법권능을 담당하고 있고, 특정의 카운티에만 영향을 주는 법률을 제정하는 일도 있다. 따라서 특히 인구가 적은 카운티에 대해 다른 카운티와 병합되는 일 없이, 1개의 선거구로서 대표를 선출할 수 있도록 하는 것은 그만한 합리성이 있고, 주에 일정한 재량 범위를 인정하는 것도 허용될 수 있다는 것이다.

82) Reynolds, *supra.*, 377 U.S., at 579

83) 엄격한 기준을 지지하는 브레넌, 마셜, 더글라스 대법관 등과 완만한 기준을 지지하는 화이트 대법관 등은 서로 상대의 기준에 반대하고, 연방 하원·주 의회의 양쪽 모두에 대해 자기를 지지하는 기준을 일원적으로 채택할 것을 주장하고 있다. Mahan v. Howell 410 U.S. 315, 333(Brennan,J., dissenting in part) ; Kirkpatrick v. Preisler, Wells v. Rockefeller, 394 U.S. 542, 554 (White.J.,dissenting)

VI. 결론과 시사점

1. 연방대법원의 판례 특징

선거구 획정에 대한 법원의 개입에 대해 미국의 정치인들이 입을 다물고 그냥 쳐다보고만 있었던 것은 아니다. 1964년 연방의회에서는 헌법개정안을 포함해 법원이 선거구 획정에 관여하는 것을 막으려는 법안이나 결의안을 130건 이상 제출되었다. 그러나 평등보호를 요구하는 유권자의 소리를 배경으로 한 도시지역 출신의 의원들의 강력한 반대를 돌파하지 못했다.

미국의 헌정사를 보면 1950년대부터 1960년대에 걸쳐 미국 연방대법원은 리버럴리즘에 기초한 판결이 대세를 이룬 최고시기였다. 특히 *Baker v. Carr*, *Wesberry v. Sanders*, *Reynolds v. Sims* 사건 등을 통해 ‘1인 1표(one person, one vote)’의 원칙을 확립하였다. 1인 1표 원칙을 통해 각 선거구 의원 1인당의 선거인수에 대한 엄격한 평등이 요구되었기 때문에 이전과 같은 극단적인 격차는 사라졌다.

1965년에는 투표권법이 제정되어 선거에서 인종에 의거한 차별을 금지하고, 주의 선거 실무에 대한 연방의 개입 권한도 규정했다. 그 결과 minority, 특히 흑인의 선거권 행사를 방해하고 있던 제도들은 정리되었다. 또한 주민세를 선거인명부에의 등록 시에 부과하고, 빈곤층이 많은 minority의 선거권 행사를 실질적으로 방해하려고 하는 주법에 대해서는 연방대법원이 위헌 판결을 내렸다.⁸⁴⁾

그러나 1표 격차의 문제는 그 후 게리맨더링의 횡행과 그에 대한 소송의 급증으로 이어졌다. 선거구를 의도적 혹은 당파적으로 확정하는 게리맨더링의 문제가 본격적으로 나타났던 것이다.⁸⁵⁾ 이에 대한 문제가 계속 제

84) *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

85) Martis, Kenneth C. (2008). “The Original Gerrymander”. *Political Geography* 27 (4): 833 - 839.

기되자 연방대법원은 게리맨더와 게리맨더링에 대한 사법판단을 내려야 했다.⁸⁶⁾

미국 연방대법원에서 1표의 격차를 둘러싼 소송은 투표권법의 제정 이전에는 미국 헌법 수정 14조의 평등 보호조항을 근거로 한 차별 시정의 소송이 주류였다. 그러나 투표권법 제정 이후에는 미국 헌법 수정 14조의 평등 보호 위반을 근거로 한 헌법소송과 투표권법 규정의 위반을 문제 삼는 소송이 많이 제기되었다.

미국의 의원정수 불균형과 1인 1표를 둘러싼 소송의 특징을 정리해 보면 다음과 같다. 첫째, 헌법상의 근거가 있는가. 있다면 어느 조항을 문제로 하여 소송을 제기하고 있는가. 투표 가치의 평등은 헌법상의 기본 원칙이며, 그것으로부터 예외를 인정하려면 정당화 사유가 필요하기 때문이다. 연방 하원의 경우 미국 헌법 제1장 제2조 제1항이 소송의 근거이며, 주 의회의 경우에는 제14수정의 평등보호 조항과 주 헌법을 소송의 근거로 삼고 있다.

둘째, 원고 적격의 문제다. 미국은 원고적격을 넓게 인정하고 있다. 시민적 권리의 침해와 관련하여 원고적격을 넓게 인정하고 있는 미국 법전 제42편 1983조⁸⁷⁾에 기초하고 있다. 소송의 성격은 원고의 투표권에 근거한 주관 소송이다. 그리고 선거구 획정법이 제정되면 바로 제소하여, 해당 선거구 획정법에 의한 선거의 시행을 금지하는 방식을 택하고 있다.

셋째, 1인 1표의 기준은 무엇인가. 연방대법원의 판결을 보면 연방 하원에 대해서는 ‘실현 가능한 한도 내의 평등’을 제시하고 있다. 그리고 주 의회에 대해서는 10%를 기준으로 하여, 이를 조정하기 위한 4단계 기준을 채

86) The Gerry-mander의 첫 등장은 1812년 보스턴 가제트의 삽화에서 확인할 수 있다. Boston Gazette, 26 March 1812.

87) 42 U.S.C. § 1983. 권리침해에 대한 민사 소송 ; 주, 준주, 또는 콜롬비아 특별구의 법률, 조례, 규칙, 관습 또는 관행의 외관 아래에서, 미국 시민 또는 미국의 관할 내에 있는 자로부터 미국 헌법 및 연방법에 의해 보장될 권리, 특권 또는 면책을 침해하고, 또는 침해하는 원인을 만들어 낸 사람은, 관습법 혹은 공평상의 소송, 또는 다른 구제를 위한 적절한 절차에 의해, 손해를 입은 사람에 대해 책임을 진다.

택하고 있다.

넷째, 의원정수 불균형과 1인 1표의 가치를 지키기 위해 연방대법원은 어떠한 구제조치를 택하고 있는가. 우선 의회에 대해 재선거구 확정명령을 내리고, 의회가 이것에 따르지 않는 경우에는 법원이 스스로 선거구 획정을 실시하도록 하고 있다.

미국에서 의원 정수 불균형 문제는 사법 판단 적합성, 구제, 기준이라는 3개의 축으로 정리할 수 있다. 역사적으로 19세기 후반부터 공업화에 따라 농촌에서 도시지역으로 대규모 인구의 이동에 의해 인구 격차는 매우 심각했다. 주 법원에서 문제가 되었을 때, 주 법원은 사법판단 적합성을 인정했지만, 선거구 획정을 실시하는 것은 어디까지나 입법부의 역할이라는 삼권분립의 틀에 묶여 사법판단에 의한 적절한 구제 조치를 할 수 없었다. 연방법원 역시 사법판단 적합성을 인정하지 않았다.

그러나 입법부에 대한 위임만으로는 문제가 해결하지 않는다는 인식이 확산되었고, 1962년의 베이커 대 카 사건에서 사법판단 적합성을 인정하기에 이르렀다. 구제조치는 우선 선거구획정법을 위헌이라고 선언했을 경우 발생하는 문제해결을 위해 ‘사실상 공무원의 법리’⁸⁸⁾를 이용해 현행의 의회의 존재를 유효로 하였다. 그 다음에 의회에 선거구 획정을 다시 하도록 명령하고, 의회가 적절한 선거구 획정을 실시하지 않는 경우, 법원이 선거구 획정을 행한다고 하는 방법이 취해지게 되었다.

1964년 유권자는 선거구가 달라도 동일한 투표 가치를 미국 헌법에 의해 보장받는다라는 1인 1표 원칙을 확립했다. 그 후 어느 정도의 인구 격차가 용인되는지에 대해 논란이 있었다. 연방 하원의 경우에는 ‘실현 가능한 한도’의 엄밀성을 의무화시키고 있다. 제14수정을 근거로 하는 주 의회의 경우에는 원칙적으로 격차 10%를 기준으로 하도록 하였다.

88) Norton v. Shelby County, 118 U.S. 425, 440 (1886); Ryder v. United States (94-431), 515 U.S. 177 (1995); <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-431.ZO.html>.

2. 시사점

가. 적극적 구제조치의 필요성

미국의 헌정사적 경험에 비추어 보면 사법판단 적합성을 인정할 것인가의 문제는 구제를 인정해야할 것인가 여부의 문제다. 또한 어떠한 구제를 인정해야할 것인가라고 하는 문제와 관련되어 있다. ‘권리가 있는 곳에 구제가 있다’는 법언처럼 구제가 주어지지 않으면 권리는 그림의 떡에 불과하다. 선거구획정의 불평등문제에 대해 적극적 구제조치를 취하지 않고 있는 우리나라 사법부의 입장은 미국의 19세기 연방대법원의 판단 시각과 수준을 벗어날 수 없다고 있다고 할 수 있다. 그러므로 의원 정수의 불균형 문제와 1인 1표의 문제를 해결하기 위해서는 주관 소송으로서 평등 원칙 위반을 다룰 수 있도록 하는 판례의 적극적 변경이 필요하다. 현재와 같이 공직 선거법의 문제내지 객관소송으로 보는 시각을 넘어 헌법차원에서 문제 해결에 나서는 자세가 필요하다. 만약 위헌이라고 생각되는 선거구 획정법이 제정되는 경우 불평등에 대한 적극적 조치라는 차원에서 해당 선거의 금지를 명령할 수 있어야 한다. 정치문제와 정치의 덤불숲을 회피할 것이 아니라 헌법정신과 평등조치의 실현이라는 차원에서 사법차원의 적극적 구제조치가 필요하다.

나. 1인 1표의 기준과 격차 정도

1인 1표 원칙을 1명을 1명으로서 취급하여, 1명 이상으로도 1명 이하로도 취급해서는 안 된다는 명제로 파악한다면, 1명에게 2표를 주는 것도, 1명에게 1.5표를 주는 것도 허용되지 않을 것이다. 그렇다면 선거구 인구의 평등을 확보하기 위해서는 어느 정도의 격차를 허용해야 하는가. 법원도

학자도 각각 다른 기준을 제시하고 있다. 우리나라의 경우 1:3 정도를 위헌의 기준으로 보는 시각이 많다. 물론 최대격차 1:2를 넘으면, 1명의 유권자에게 2표를 준 것이 되어 차등 선거를 인정한다는 이유로 위헌으로 보는 의견도 있다.

결국 법의 논리로서는 분명한 한계를 마련하지 못하고, ‘실현 가능한 한도’라는 틀 속에서 평등이 정당화되고 있다. 그러나 실현 가능한 한도의 평등이라고 해도 예외적인 정당화 사유를 인정하지 않을 수 없다. 커뮤니티의 일체성 유지 및 자의적인 선거구 획정을 방지하기 위해 선거구를 행정구역과 일치시키는 것도 상당한 합리성을 갖고 있다. 출생이나 사망, 인구이동에 의해서 항상 변동하고 있는 것이기 때문에, 근소한 차이로 간주할 수 되는 격차가 존재하는 것도 확실하다. 미국이 이러한 논거를 바탕으로 주 의회의 경우 10%정도의 격차를 심사 기준으로 삼고 있다는 점도 고려할 만하다. 우리나라의 경우 국회의원 선거구, 광역의회의 선거구 그리고 기초의회의 선거구에 대해 1인 1표를 동일하게 적용할 것인가. 아니면 미국이 상원과 연방하원, 그리고 주 의회를 달리 적용하고 있는 사례를 참고하여 각 선거마다 인구기준을 달리하여 적용할 것인가에 대해서도 검토가 필요하다.

다. 구제방식과 기관

선거구획정의 불평등을 해소하기 위해 미국과 같이 법원에 의하지 않고, 국민투표나 제3기관에 의해 선거구 획정을 실시하는 것을 생각할 수 있다. 미국의 일부 주에서는 제3기관이나 입법부의 특별위원회에 선거구획정법을 결정하도록 하고 있다.

우리나라의 경우 선거구 획정을 위해 제3기관인 ‘선거구획정위원회’를 설치하여, 운영하고 있다. 그러나 선거구획정위원회가 단순히 국회에 권고안을 제시하는 수준의 한시적 기구에 불과하다. 그 결과 국회의 논의과정에서 당리당략에 의해 결정되거나 완전히 무시되고 있다. 한마디로 무의미한 기구이자

장식적 수준의 기구에 지나지 않는다. 현재와 같은 선거구획정위원회의 권한과 위상으로는 의원정수 불균형문제나 1인 1표의 평등을 실현할 수 없다.

라. 재선거구 획정을 의무화

국회의 입법권을 존중하여, 국회가 재선거구 획정에 대해 1차적인 권한을 갖고 있다는 것은 분명하다. 문제는 당리당락과 위헌적 요소를 담은 불평등한 선거구 획정을 한 경우의 문제다. 미국의 연방 법원처럼 우선 의회에 재선거구 획정을 실시할 기회를 주고, 의회가 적절한 선거구 획정을 실시하지 않는 경우에는 법원 스스로가 선거구 획정을 실시한다고 하는 구제조치를 취하도록 해야 한다. 우리나라의 경우 법원의 구제에 앞서 제3 기관에 대해 선거구 재획정에 대한 제출권을 부여하고, 국회는 제출된 대안 중에서 가결하도록 하는 방안도 함께 검토해야 한다.

만약 국회가 불평등한 선거구를 획정한 경우 혹은 제3기관이 적절한 재선거구 획정을 하지 않는 경우 법원이 판단 할 수 있는가. 미국의 경우에 비추어 보면 사법부에 가능성과 그 방법에 대한 선택을 열어 놓는 것이 타당하다고 생각한다. 헌법재판소나 대법원이 위헌성의 확인에 머무는 수준을 넘어, 직접 선거구 획정을 행할 수 있다는 것을 판결로 보여 주는 것이 진정한 민주주의 원칙에 부합하기 때문이다. 국회에 사실상 백지 위임되어 있는 선거구 획정제도는 선거권, 참정권, 평등권을 무시하는 것으로 민주주의의 바탕인 대의제도의 취지에 반하는 것이다. 법원이 역제와 균형의 틀 내에서 예외적 구제조치를 통해 의회의 자주적인 노력을 담보하도록 한 미국의 방식을 도입할 필요가 있다.

3. 결론

선거구 획정을 정치적 문제로 보아 사법부가 적극적 구제조치를 회피할

것인가. 사법부 스스로 이 문제에 대해 성찰할 시점이다. 만약 사법심사를 회피하는 이유가 정치 혹은 정치인에 대한 배려에 있다면 그것은 헌법정신에 입각한 판단이라고 하기 어렵다. 공정한 선거구 획정은 헌법상 평등권과 민주주의의 기반이다. 1인 1표의 투표가치가 왜곡되고 있다는 것은 민주주의가 왜곡되고 있다는 것을 의미한다. 지역주의를 문제 삼기보다 특정지역의 대표들이 현행의 선거구 획정에 의해 과대 대표되고 있는 한국정치의 현실을 직시해야 한다.

헌법이 보장하고 있는 참정권의 본질은 무엇인가. 민주공화국이라는 정치체제를 유지하기 위한 수단에 불과한 것인가. 아니면 민주주의를 발전시키고, 주권자인 국민이 헌법의 최후 수호자로서 위상을 확보하기 위한 것인가. 헌법이론의 시각에서 보면 선거구 획정이나 의석재분배가 어려운 과제가 아니다. 이에 대한 수학적 혹은 과학적 방법도 많이 개발되었다. 선거구 획정이나 의석재분배의 문제는 이른바 엘리트와 전문가, 학자와 정치인의 이해관계와 담론 수준을 넘어야 한다. 대안이 없는 것이 아니라 정치인과 권력이 탐욕스럽고, 이를 사법부가 외면하고 있기 때문에 해결되지 못하고 있다는 비판에 귀를 기울일 때다.

법관으로서의 선서와 그 의무를 바탕으로 선거구 재획정과 평등권의 실현에 나섰던 미국 사법부의 입장변화를 진지하게 검토할 때다. 만약 우리나라의 현실에서 법원이 그 역할을 해 낼 수 없다면 국민들에게 선거구 획정과 의석재분배 권한을 넘겨주는 방안 즉, 국민투표를 통해 선거구를 획정하는 직접 민주주의의 채택 가능성도 검토해야 한다. 헌법상 기본권의 재정립과 민주주의의 원칙을 복원시키기 위한 헌정사적 책임이 헌법재판소와 대법원에 있다는 헌법현실을 직시해야 할 때다. 국회의원의 대표성과 국회의 입법권보다 국민의 기본권과 민주주의 원칙이 우선한다는 헌법의 정신을 확인해야 할 때다.

[국문초록]

선거구 획정과 평등선거

선거구 획정은 투표권자의 투표가치를 평등하게 반영하여, 민주주의의 기반과 대표성을 확보하는데 주된 목적이 있다. 헌법상 평등권의 구현과 참정권을 실현하기 위해 민주적인 선거구를 획정하는 것이 중요하다. 선거구 획정에 왜곡이 있게 된다면 민주주의 원칙을 훼손하는 결과가 되기 때문이다. 또한 1인 1표라는 선거의 원칙과 투표가치의 불평등으로 나타나게 된다.

한국의 경우 선거구 획정의 공정성이 선거 때마다 문제가 되고 있다. 헌법재판소는 상하 60% 편차(4:1)를 위헌으로 결정하고 있다. 그리고 인구편차 상하 33⅓%(2:1)를 바람직한 조정방안으로 제시하고 있다. 그러나 국회는 헌법재판소가 제시한 기준을 정립하지 않고 있다.

헌법재판소가 헌법의 정신에 맞게 선거구 획정을 올바르게 하고 있는가를 성찰하여야 할 때다. 대의제 민주주의는 물론 평등권을 보장하여야 할 책임이 헌법재판소에 있기 때문이다. 그렇다면 당리당략적이고, 자의적인 방법으로 행하여지는 선거구 획정을 바로잡을 방법은 없는가.

이러한 문제의식을 바탕으로, 미국 연방대법원이 내린 선거구 획정과 투표가치의 평등, 그리고 1인 1표 원칙을 둘러싼 판결을 검토하였다. 구체적으로 미국의 공화정체제와 선거제도, 정치문제와 사법판단의 회피, 선거구 획정과 법원에 의한 구제조치, 의석 재배분과 1인 1표의 확립 등을 검토하였다. 본 주제와 관련하여 검토한 중요한 연방대법원의 판결들은 다음과 같다. Wood v. Broom, 287 U.S. 1 (1932); Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946); Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963); Reynolds v. Sim. 377 U.S. 533 (1964); Wesberry v. Sanders, 369 U.S. 1 (1964) 등 이다.

결론적으로, 미국 연방대법원은 입법부의 입법권을 존중하여, 그에 대처

할 수 있는 충분한 시간을 부여하고 있다. 그러나 상당한 기간이 경과하였음에도 불구하고, 선거구의 재획정을 하지 않는 경우에는, 법원이 선거구 획정을 직접 할 수 있다고 판시하였다. 미국의 연방대법원이 헌정사를 통해 확립한 선거구 획정 권한이나 1인 1표의 원칙은, 향후 한국의 선거구 획정이나 1인 1표 원칙의 확립에 많은 시사점을 줄 것이다.

주제어

1인 1표의 원칙, 사법심사, 선거구 획정, 의석의 분배 원칙, 인구조사와 인구격차, 정치문제의 범위, 투표가치와 투표권한, 평등권의 보장

[Abstract]

Redistricting and electoral equality

This essay study on decision in relation to redistricting in the United States Supreme Court and one vote one person principle. Based on the judgment of the United States, standards of redistricting and one man one vote principle is aimed at getting the implications in Korea.

Redistricting have the main purposes to make sure of represents and foundation of democracy, to reflect the equal value of vote. The most important constitutional challenge is to create a democratic redistricting in order to the implementation of constitutional equality and the realization of political rights. If you distort the redistricting, democratic principles and equal election rights will be put to undermine damage. It appears in the form as inequality of vote value represented by one man one vote principle and election principles.

In the case of Korea, every election has become an issues related to the fairness of redistricting. The Constitutional Court has been determined unconstitutional of the upper and lower 60% deviation(4:1). The Constitutional Court are presented desirable to adjust the plan deviation of the population down 33 ⅓%(2:1). However, the criteria proposed by the Constitution Court has not established. The National Assembly has not established the criteria set out by the Constitutional Court.

In the spirit of the Constitution really did fit the judgment for redistricting, the Constitutional Court should be actively reflection and introspection. The Constitutional Court are responsible for the representative democracy and equal rights of guarantees. If so, Is there any way properly modified to partisan politics and redistricting in arbitrary.

Based on awareness of these issues, I will be reviewed redistricting, voting equality of the value, and one person one vote principle focusing on the U.S. Supreme Court opinion. I was specifically investigated about the American republican system and the electoral system, political issues and the avoidance of judicial review, seat redistribution and the redistricting, the court's remedial measures and methods, one man one vote principle etc. I was investigated for the major cases of U.S. Supreme Court with respect to this theme. I did review the case law, as follows : Wood v. Broom, 287 U.S. 1 (1932); Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946); Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963); Reynolds v. Sim. 377 U.S. 533 (1964); Wesberry v. Sanders, 369 U.S. 1 (1964) etc.

The Supreme Court of the United States respect the legislative of Congress and state legislatures. Therefore, The Supreme Court has been granted adequately that can make laws for the period. But despite of a considerable period passed, if Congress do not redraw constituencies, the court should directly redistricting for constituency.

Such cases in the United States, Korea correctly has presented to implications and directions about redistricting and guarantee of the principle of one man one vote.

key word

Principle of one man one vote, Judicial review, Redistricting, Principles of distribution of seats, The population gap, Doctrine of political issues, Value of voting and voting rights, Guarantee of equal rights.

참고 문헌

- 헌법재판소 1995. 12. 27 선고 95헌마224결정
헌법재판소 2001. 10. 25 선고 2000헌마92결정
Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962)
Brown v. Bd. of Education, 347 U.S. 483 (1954)
Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946)
Duncan v. McCall, 139 U.S. 449 (1891)
Dyer v. Kazuhisa Abe, 138F. Supp. 220 (Haw. 1956)
Giles v. Harris, 189 U.S. 475, 486 (1903)
Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963)
Lujan v. Defenders of Wildlif, 504 U.S. 555, 560-61 (1992)
Mahan v. Howell, 410 U.S. 315 (1973)
Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
Moss v. Burkhardt, 220 F. Supp. 149 (W. D. Okla.1963)
Norton v. Shelby County, 118 U.S. 425, 440 (1886)
Ragland v. Anderson, 125 Ky.141, 100 S.W. 865 (1907)
Reynolds v. Sim. 377 U.S. 533 (1964)
Smiley v. Holm, 285 U.S. 355 (1932)
Wesberry v. Sanders, 369 U.S. 1, 9-17 (1964)
Williams v. Moss, 378 U.S. 558 (1964)
Wood v. Broom, 287 U.S. 1 (1932)
Alexander Hamilton et al., The Federalist, No. 52.
Barkow, Rachel E., More Supreme than Court - The Fall of the Political
Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, 102 Colum. L.
Rev. 237 (2002).
Cass R. Sunstein, The Partial Constitution, Harvard Univ. Press, 1993.

- Gerken, Heather K., “Lost in the Political Thicket: The Supreme Court, Election Law, and The Doctrinal Interregnum”, Faculty Scholarship Series, 2004.
- John Locke, The Second Treatise of Civil Government, 1632-1704.
- Louis Henkin, Is There a “Political Question” Doctrine?, The Yale Law Journal, Vol. 85, No. 5(Apr., 1976), pp. 597-625
- Martis, Kenneth C., “The Original Gerrymander”, Political Geography 27 (4), 2008, pp. 833-839.
- McCloskey, Foreword : The Reapportionment Case, 76 Harvard Law Review 54, 5657, 1962.
- Ohn W. Meyer, John Boli, George M. Thomas, Francisco O. Ramirez, “World Society and the Nation-State”, American Journal of Sociology, Vol. 103, No.1, The University of Chicago Press(July 1997), pp. 144-181
- Stanley H. Friedelbaum, “Baker v. Carr: The New Doctrine of Judicial Intervention and Its Implications for American Federalism”, The University of Chicago Law Review, Vol. 29, No. 4(Summer, 1962), pp. 673-704.
- http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/357
- <http://freedom-school.com/law/de-fact-officer-doctrine.pdf>
- <http://www.cut-the-knot.org/Curriculum/SocialScience/Webster.shtml>
- <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-431.ZO.html>
- <https://anarplex.net/hosted/files/TheMaxims.pdf>
- http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0394_0526_ZO.html

학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시

- 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -

李 鍾 根

동아대학교 법학전문대학원 교수

- 目 次 -

I. 서론	191
II. 휴대폰 수색과 프라이버시의 침해	193
1. 휴대폰 사용의 보편화	193
2. 휴대폰 수색의 필요성과 프라이버시 보호의 조화	194
3. 휴대폰의 수색과 연방헌법 수정 제4조	196
III. 휴대폰 수색의 합헌성 심사기준	198
1. 수정 제4조의 보호범위	198
2. 교직원에 의한 학생의 소지품 수색의 합헌성 기준-이익형량	200
3. 이익형량의 부가적 요건 - 침해의 정도	203

IV. 휴대폰 수색의 특수성과 T.L.O. 기준의 문제점	205
1. T.L.O. 기준의 전제조건과 휴대폰 수색의 특수성	205
2. 휴대폰 수색과 프라이버시의 기대수준	208
가. 휴대폰의 기능과 특성	208
나. 연방헌법 수정 제4조와 표현의 자유의 관계	210
나. 휴대폰 금지정책과 프라이버시의 기대수준	212
3. 휴대폰 수색의 합리적 범위와 급박한 위험 방지의 필요성	215
V. 휴대폰 수색과 프라이버시의 보호방안	217
1. 영장주의 요건의 회복	217
2. 상당한 이유 요건의 충족	218
3. 부모에 대한 통지와 부모에 의한 동의제도	220
VI. 결론	222
* 국문초록 및 주제어	224
* 영문초록	226
* 참고문헌	228

I. 서론

학교 공동체의 내부에서 미성년자인 학생의 학칙위반 행위나 범죄행위가 발생한 경우에 학생의 관련물품을 수색하는 것은 부모의 보호·감독의 대행자로서의 학교 공동체의 의무라고 할 수 있다. 한편 학생에게는 휴대폰을 비롯한 소지품에 대하여 사생활의 자유를 누릴 권리가 헌법상으로 보장되고 있다. 여기서 교사를 포함한 교직원이 영장에 의하지 않고도 학생의 소지품을 압수·수색할 수 있는가 하는 것이 문제된다.

미국의 경우를 보면, 1985년 *New Jersey v. T.L.O.* 사건¹⁾에서 연방대법원은 국가가 개인의 신체 또는 소지품에 대한 수색에 앞서 “상당한 이유(probable cause)”에 근거한 영장을 발부받아야 한다는 연방헌법 수정 제4조의 요건을 배제하고, 공립학교²⁾의 교직원이 학생들의 소지품 가방에 대한 수색을 하는 데에는 “합리적인 의심(reasonable suspicion)”만 있으면 충분하다고 하였다.³⁾ 유체물에 대한 물리적인 점유만을 염두에 둔 T.L.O. 법원은⁴⁾ 휴대폰에 저장되어 있는 내용의 수색이 장차 헌법적으로 문제가 되리라는 점은 생각하지 못한 채 소지품 가방 등의 유체물에 대하여 공립학교 학생들은 최소한도의 프라이버시만을 기대할 수 있는 것으로 판단하였다. 그러나 오늘날 학교에서 학생들의 휴대폰 소지가 일반화되면서 학교의 질서유지를 위해 통화내역, 문자 메시지, 사진 등 휴대폰에 저장된 콘텐츠의 수색과 관련하여 수정 제4조에 의한 보호를 강화해야 할 필요성이 제기되고 있다.

1) *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

2) 국가행위(state action) 이론에 의하여 학생들의 소지품 수색과 관련한 프라이버시 침해 문제는 공립학교의 교직원에게 의한 수색행위에 대해서만 일어난다. 사립학교에서의 교직원에게 의한 소지품 수색행위는 사인에 의한 수색행위이므로 국가에 의한 사생활의 침해가 아니고 단지 계약법상의 의무위반 또는 불법행위법상의 불법행위에 해당할 수 있을 뿐이다.

3) *T.L.O.*, 469 U.S. at 339-45.

4) 연방대법원이 T.L.O. 사건을 다루었던 때만 해도 휴대폰이 아직 미국의 일반사회나 공립학교에 나타나지 않았다.

우리의 경우에는 이러한 문제에 대하여 아직 논의되지 않고 있으나, 최근에 일부 학생인권조례는 교직원은 원칙적으로 학생의 동의 없이 소지품을 검사하거나 압수하여서는 아니 된다고 하고, 학교의 장 및 교직원은 학생의 휴대폰을 비롯한 전자기기 소지의 시간과 장소를 규제할 수 있으나 소지 및 사용 자체를 금지하여서는 아니 된다고 규정하고 있어서,⁵⁾ 휴대폰을 포함한 학생의 소지품 수색의 현실적인 필요성과의 충돌이 예상된다.

학생의 소지품 중에서도 휴대폰의 경우에는 특수한 문제가 제기된다. 휴대폰 그 자체의 압수와 휴대폰에 저장된 각종의 개인정보의 수색은 별개의 문제이기 때문이다. 교육목적의 범위 내에서 학생의 개인적인 물품을 압수·수색하는 행위는 부모의 보호·감독을 대신하는 행위로서 허용되어야 할 것이다. 문제가 되는 것은 학생의 반대에도 불구하고 소지품, 특히 휴대폰을 압수하여 그 내용을 수색할 수 있는가, 수색할 수 있다면 어떠한 요건 하에서 가능한 것이며, 그 수색의 범위는 어디까지인가 하는 것이다. 우리의 교육현장에서는 주로 학교폭력과 관련하여 교직원에게 휴대폰을 포함한 학생의 소지품검사 등이 가능하도록 특별사법경찰권이 주어져야 한다는 주장이 제기될 정도로 생활지도의 강화가 요청되고, 다른 한편으로는 학생인권조례의 시행을 계기로 학생의 사생활의 보호차원에서 소지품 검사 자체를 금지하고 있어 머지않아 휴대폰 수색과 관련한 헌법적 문제가 제기될 것으로 보인다.

이하에서는 미국에서 논의되고 있는 사이버불링(cyberbullying, 사이버왕따)⁶⁾이나 마약거래 등의 학칙위반 또는 범죄행위의 혐의가 있는 학생의 휴

5) 서울시 학생인권조례 제13조(사생활의 자유), 경기도 학생인권조례 제12조(사생활의 자유) 및 광주시 학생인권조례 제12조(사생활과 개인 정보를 보호 받을 권리) 참조. 학생인권조례와 상관없이 많은 학교에서 학교 내에서의 휴대폰 소지를 허용하면서 수업시간 중에는 사용을 금지하는 방식으로 규제를 해 왔다. 서울지역 초·중·고등학교의 휴대전화 사용제한 현황에 대하여 문화일보, 2009. 8. 12. 참조.

6) 최근에는 휴대폰과 다른 전자기기를 이용하여 다른 학생을 정서적으로 또는 인간관계적으로 괴롭히는 다양한 방법을 포괄하는 용어인 “사이버 왕따(cyberbullying)”로 표현되는 현상이 휴대폰 관련 중요문제로 부각되고 있다.

대폰을 압수·수색한 행위의 합헌성에 대한 미연방대법원의 판례를 분석하여 앞으로 우리의 학교에서도 발생할 수 있는 휴대폰의 압수·수색 문제에 대한 합헌성 분석의 시사점을 발견하고자 한다.

II. 휴대폰 수색과 프라이버시의 침해

1. 휴대폰 사용의 보편화

오늘날 공립학교에서의 휴대폰 사용은 일반화된 현상이다. 휴대폰에 통하여 대화나 문자 메시지 교환은 물론, 디지털 사진이나 비디오를 찍어서 보관할 수 있다. 점점 더 정교해지는 통신기술은 휴대폰으로 하여금 고속으로 인터넷에 접근하게 하고 고품질의 사진이나 비디오 또는 음악을 저장할 거대한 공간을 제공하고 있다. 이러한 휴대폰을 학교에 가지고 오는 것은 학생들이 뛰어난 성능을 장착한 휴대용 소형 컴퓨터를 학교에 지니고 오는 것과 다르지 않다. 학생들은 온라인상의 정보탐색, 사진 또는 동영상의 제작·보관, 쇼핑, 은행업무, 문서작성, 의료정보의 저장 등을 위하여 휴대폰을 사용할 수 있다.⁷⁾

이렇게 정교한 특성과 기능을 가진 휴대폰이 교정에 넘쳐남으로써 학교 관리자는 학교의 질서를 유지하는 데 있어서 어려운 문제에 봉착하였다. 즉, 학생이 학칙이나 형사법규를 위반하였다는 합리적인 의심(reasonable suspicion)이 있는 경우에 학교 당국은 휴대폰의 내용에 대하여 수색을 할 필요성에 직면한다는 것이 그것이다.

7) Deirdre K. Mulligan, Reasonable Expectations in Electronic Communications: A Critical Perspective on the Electronic Communications Privacy Act, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1557, 1572-75 (2004).

2. 휴대폰 수색의 필요성과 프라이버시 보호의 조화

휴대폰이 학생들 간의 의사소통의 일상적 수단이 되고 여러 측면의 학교 생활에 대한 증거들을 저장하는 기능을 하게 됨에 따라 학교 내에서 학생들 간의 분쟁, 학칙위반 또는 범죄행위 등이 발생한 경우에는 학교 당국은 휴대폰에 담겨 있는 이러한 콘텐츠를 수색할 필요를 느끼게 되었다.⁸⁾ 휴대폰에 저장된 문자 메시지, 사진 또는 기타 자료 들은 마약의 소지, 사용, 유통 등과 같은 범죄행위에 대한 증거가 될 수 있기 때문이다.

휴대폰의 내용을 수색할 필요성을 절실하게 느끼게 하는 문제 중의 하나는 사이버불링 문제이다. 사이버불링을 조사하기 위해서는 휴대폰에 저장되어 있는 통신의 내용을 조사하는 것이 필수적이기 때문이다. 예를 들면 사이버불링은 협박 또는 물리적 폭력을 유발할만한 문자 메시지를 송부하는 형식일 수도 있고, 어떤 특정인을 희생자로 지목하여 전화, 이메일 또는 문자 메시지를 통하여 지속적인 모욕을 가하는 형식일 수도 있다.⁹⁾ 특정인을 향한 사이버스토킹(cyberstalking) 또는 단순히 익명으로 문자 메시지나 전화 또는 이메일을 보내는 것도 사이버불링에 포함될 수 있다.¹⁰⁾ 휴대폰을 이용하여 음란한 문자 메시지나 음화(淫畵) 등과 같은 성적인 내용의 자료를 주고받는 이른바 섹스팅(sexting)도 빈번하게 발생하는 사이버불링의 한 형태이다.¹¹⁾

8) 수색은 사람의 프라이버시 이익과 관련된 것이고, 압수는 소유권에 영향을 미치는 행위라는 점에서 압수와 수색은 헌법적으로 별개의 사건이다. 따라서 휴대폰과 관련한 수정 제4조의 문제를 분석함에 있어서 휴대폰의 수색에 초점을 맞추어 분석하기로 한다.

9) Nancy E. Willard, *Cyberbullying and Cyberthreats* 6-7 (2007).

10) *Id.* at 10.

11) Dawn Zinga, *Boundaries in Cyber-Space: Media and Stakeholders as Policy Shapers*, in *Truths and Myths of Cyber-Bullying* 105, 113 (Shaheen Shariff & Andrew H. Churchill eds., 2010). 이러한 종류의 사이버불링이 비극적인 결과를 가져오는 경우가 허다하다. 예컨대, 제시카 로건(Jessica Logan)이라는 18세의 소녀가 휴대폰으로 자신의 나체를 촬영하여 당시의 남자친구에게 그 누드 사진을 전송(電送)하였다. 그 사진을 전

사이버불링의 증거를 찾아내는 전형적인 방법은 휴대폰에 저장되어 있는 내용을 수색하는 것이다.¹²⁾ 따라서 사이버불링에 대응하기 위하여 학교 당국은 학생의 휴대폰을 통하여 접근할 수 있는 정보를 수색해 볼 필요가 있게 된다. 많은 교육구(school district)가 사이버불링 사건을 조사할 필요를 반영하여 휴대폰 수색을 위한 정책을 제안한 바 있다. 예를 들어 2010-2011학년도가 시작되기 직전 무렵에 워싱턴의 한 교육구가 학생들이 휴대폰을 사용하여 이메일, 문자 메시지, 사진 등을 전송하여 다른 사람을 괴롭히는 학칙위반 행위를 한 것으로 의심되는 경우 학교장으로 하여금 휴대폰의 내용을 수색할 수 있도록 하는 정책을 제안한 바 있고,¹³⁾ 플로리다의 한 교육구도 2011-2012학년도 안내서에서 학생들은 기술적인 기계를 통하여 저지른 부적절한 행위, 비도덕적이거나 비윤리적인 행위, 위협하거나 파괴적인 행위 또는 위협적인 행위 등에 대하여 책임이 있다는 구절을 새로이 채택한 바 있다.¹⁴⁾

송받은 남자친구는 둘의 관계가 끝난 뒤 몇몇 다른 학생에게 전송(轉送)하였고, 결국에는 그 지역의 여러 학교의 수백명의 학생들의 휴대폰에 전송됨으로써 조롱거리가 되었고 모욕감을 느낀 로건이 자살한 사건이 있었다. Cindy Kranz, Family Wants Tougher Laws: Sexting Suicide, Cincinnati Enquirer, Mar. 22, 2009, at A1. 39%의 10대들이 전송자와 최초 수령자 사이에서만 공유하기로 의도된 누드 또는 반(半) 누드 등의 음란 이미지를 다른 사람과 공유한 적이 있다는 통계가 있다. Sex and Tech: Results from a Survey of Teens and Young Adults, Nat'l Campaign to Prevent Teen & Unplanned Pregnancy 11, http://www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf (2012.7.4. 검색).

- 12) 미연방헌법 수정 제4조는 대화의 수령자가 그 내용을 누설하는 경우를 보호하는 것이 아니기 때문에 메시지나 이메일의 수령자가 발신자의 의사에 반하여 수령한 정보를 교직원에게 폭로하는 것은 별개의 문제이다. 따라서 문제는 오직 교직원이 메시지 전송자의 휴대폰을 수색할 수 있는가 하는 문제이다. 즉, 수정 제4조는 제3자를 신뢰하여 메시지를 전송한 경우에도 그 제3자가 신뢰를 배반하고 학교 당국이나 정부에 누설하는 정보의 취득을 금지하는 것이 아니다. *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 443 (1976).
- 13) Jake Whittenberg, Schools' Anti-Bullying Plan Includes Cell Phone Search, King5.com (Aug. 23, 2010, 5:39 PM), <http://www.king5.com/news/education/New-anti-bullying-plan-includes-cell-phone-search-101313244.html>. (2012.7.4. 검색).
- 14) Sch. Dist. of Palm Beach Cnty., Fla., Student & Family Handbook 2011-2012, at 51 (2011), available at http://www.palmbeachschools.org/Students/handbook/documents/2011-2012_Student_Hand-book_Final_English_to_PRINT.pdf. (2012.7.4. 검색).

교직원에 의한 휴대폰 수색은 그 대상인 휴대폰이 담고 있는 내용의 성격 상 불가피하게 연방헌법 수정 제4조상의 권리침해의 우려를 야기한다. 따라서 휴대폰 수색의 필요성과 학생들의 휴대폰에 대한 프라이버시의 보호의 조화를 위해서 연방헌법 수정 제4조의 보호정도를 감축시킨 T.L.O. 기준의 재고가 요청된다. 휴대폰과 관련된 수정 제4조의 문제를 이해하기 위해서는 수정 제4조의 법리를 조망해 볼 필요가 있다.

3. 휴대폰의 수색과 연방헌법 수정 제4조

모든 사람은 휴대폰과 관련하여 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 할 수 있다. 따라서 휴대폰의 수색에 관하여는 당연히 수정 제4조가 문제되는 것이고 영장주의의 예외가 적용되지 않는 한 “상당한 이유”에 근거한 수색 영장이 필요하다. 그러나 지금까지 휴대폰이나 그와 비슷한 기계장치에 대한 수색에 있어서 헌법 수정 제4조에 의한 보호조치의 완화를 시도해왔다.¹⁵⁾ 예를 들면, *United States v. Arnold* 사건¹⁶⁾에서 제9항소법원은 랩탑(laptop) 컴퓨터에 대해서는 보다 넓은 수정 제4조상의 보호를 받아야 한다는 피고인의 주장을 기각하였고,¹⁷⁾ *United States v. Murphy* 사건¹⁸⁾에서 제4항소법원은 휴대폰의 방대한 저장능력을 고려하여 영장주의가 적용되어야 하고 합법적인 체포에 부수한 영장주의의 예외가 허용되어서는 아니 된다는

15) 학생의 휴대폰이나 랩탑(laptop) 컴퓨터와 같은 것을 수색함에 있어서 영장주의의 예외가 적용되는 것인지 여부가 문제된다. 합법적인 체포에 부수하여 하는 수색에서 영장주의의 예외로서 휴대폰의 콘텐츠에 대한 수색을 허용한 바 있다. *United States v. Finley*, 477 F.3d 250, 259-60 (5th Cir. 2007).

16) 533 F.3d 1003 (9th Cir. 2008).

17) *Arnold*, 533 F.3d at 1010. 국경에서의 수색은 본질적으로 국토안보의 문제로서 일반적으로 정당화된다. 미합중국이 주권국가로서 영토를 보전하기 위한 권위를 가지고 있고, 또 영토보전은 국가의 최고의 궁극적인 이익이므로 국경지대에서 영장주의라는 전형적인 안전장치 없이도 프라이버시 침해를 정당화한다. *United States v. Flores-Montano*, 541 U.S. 149, 153 (2004).

18) 552 F.3d 405 (4th Cir. 2009)

주장을 기각하였다.¹⁹⁾

그러나 휴대폰은 원래 수정 제4조의 예외를 확립하게 만든 사건에서 문 제되었던 그런 종류의 형태물(tangible objects)과는 분명히 다르다는 것을 인정하는 법원도 있다. 즉, 예를 들어 제10항소법원은 랩탑 컴퓨터, 하드 드라이브, 플래쉬 드라이브 또는 휴대폰 등은 여러 가지 개인적인 정보를 다량으로 보유하는 독특한 능력이 있다는 것을 이유로 자동차 수색에 대한 영장 주의의 예외(automobile exception)처럼 우선적 지위를 인정받을 가치가 충분하다는 사실을 인정하였다.²⁰⁾ 마찬가지로 취지로 오하이오주 대법원은 합법적으로 체포된 사람의 휴대폰을 수색하는 것은 휴대폰의 독특한 성격으로 인하여 불합리한 수색이 된다고 하였고,²¹⁾ 그 외에도 수정 제4조의 여러 가지 맥락에서 볼 때 휴대폰에는 일반적인 유형물과는 다른 독특한 성격이 있다는 사실을 인정한 법원이 있다.²²⁾

그러나 결론적으로 말하면 교직원에 의한 학생의 휴대폰 수색은 오늘날 프라이버시 보호와 관련하여 중대한 문제로 부상하였으나 법원은 아직 휴대폰 수색의 유효성을 공립학교에서의 T.L.O. 사건 판결의 프레임 속에서 분석하고 있다고 할 수 있다.

19) 그 이유로는 범죄현장에서 혐의자를 체포할 때에 휴대폰의 저장능력의 대소에 따라 구별하는 것이 쉽지 않다는 것을 들었다. Murphy, 552 F.3d at 411.

20) United States v. Burgess, 576 F.3d 1078, 1090 (dictum) (10th Cir.), cert. denied, 130 S. Ct. 1028 (2009). 연방대법원은 법집행관에게 자동차 수색에 필요한 “상당한 이유”가 인정되면 자동차는 재빨리 현장을 빠져나갈 능력이 있기 때문에 영장 없이 자동차를 수색하여도 수정 제4조에 위반되는 것이 아니다. 또한 “상당한 이유”가 있어 영장 없는 자동차 수색이 정당화되는 경우에는 그 수색의 범위는 트렁크를 포함한 자동차의 모든 부분과 수색의 목적물이 숨겨져 있을만한 모든 내용물을 포함한다. United States v. Ross, 456 U.S. 798, 825 (1982).

21) State v. Smith, 920 N.E.2d 949, 952-55 (Ohio 2009), cert. denied, 131 S. Ct. 102 (2010).

22) 예컨대, 휴대폰에는 방대한 양의 사적인 정보가 저장될 수 있기 때문에 휴대폰과 관련한 프라이버시에 대한 기대수준은 합법적인 체포의 경우에 영장 없이 하는 수색에 의하여 주어지는 프라이버시에 대한 기대수준보다는 훨씬 높다고 한다. United States v. Park, No. CR 05-375 SI, 2007 WL 1521573, at 8-9 (N.D. Cal. May 23, 2007).

Ⅲ. 휴대폰 수색의 합헌성 심사기준

1. 수정 제4조의 보호범위

연방헌법 수정 제4조의 근본적인 입법취지는 압수 또는 수색에 의한 자유의 침해를 정당화하기 위해서는 영장에 의거해야 한다는 것이다. 그리고 선거나 증언에 의하여 뒷받침되는 “상당한 이유”가 없거나 압수 또는 수색의 목적물이 특정되지 아니한 경우에는 영장이 발부되어서는 아니 된다는 것이다.

20세기 중반에 이르기까지 연방대법원은 수정 제4조의 범주에 정확하게 일치하지 않는 아이템, 즉 비유형물에 대해서는 수정 제4조에 의한 보호를 거부해 왔다.²³⁾ 연방대법원은 전화를 이용한 의사소통이 수색의 대상이 되는가에 관한 오랜 논쟁 끝에 *Katz v. United States* 사건²⁴⁾에서 입장을 정리한 바 있다. 즉, 수정 제4조의 정신은 구시대적으로 가택, 사람, 서류, 물건의 분류를 넘어 확장되어야 하고 따라서 수색이나 압수의 대상이 무엇이든 지간에 그것에 대하여 개인이 어느 정도의 프라이버시를 기대하는 경우에는 수정 제4조에 의하여 보호되어야 한다고 함으로써 수정 제4조의 보호대상을 확장하였다.²⁵⁾ 그 후 “프라이버시에 대한 합리적인 기대(reasonable expectation

23) 연방대법원은 1928년 *Olmstead v. United States* 사건 판결에서 집 밖에 있는 전화선(phone wires)에 대해서는 수정 제4조상의 열거된 목록에 해당하지 않는다는 이유로 수정 제4조에 의하여 보호되지 않는다고 보았다. 277 U.S. 438, 463-66 (1928). 그러나 초기의 몇몇 사건에서 연방대법원은 이러한 좁은 카테고리를 벗어나는 이익에 대해서도 수정 제4조의 보호가 가능함을 비추었는바, 예컨대, 연방대법원은 수정 제4조가 보호의 대상으로 삼는 권리를 은근슬쩍 침해하는 것을 막기 위하여 진보적(liberal)으로 해석될 필요가 있다고 함으로써 수정 제4조의 보호대상을 확장한 바 있다. *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298, 304 (1921); *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 635 (1886). 그러나 *Olmstead* 법원의 주장대로 이러한 해석은 가택, 사람, 서류, 그리고 물건 등에 대하여 실질적인 개념을 넘는 정도까지 확장해석을 정당화하지는 못할 것이다. *Olmstead*, 277 U.S. at 465.

24) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

of privacy)²⁶⁾로 알려진 이 개념을 통하여 어떤 물건이나 장소와 관련하여 프라이버시가 존재한다는 개인의 주관적인 믿음은 합법적인 것으로 인정되는 한도 내에서 보호받게 되었다.²⁷⁾

Katz 사건 이후의 판례가 분명히 하고 있듯이, 수정 제4조는 개인이 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가지고 있는 물건이나 장소 등을 수색을 행하는 경우에만 적용된다. 즉, 특정의 목적물에 대하여 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 인정되는 경우에 한하여 수색의 합리성 여부가 문제되는 것이다. 수색의 합리성에 대한 입증책임은 국가가 부담하며, 국가는 수색을 통하여 증거가 발견될 것이라는 “상당한 이유”에 근거하여 발부받은 영장을 제시함으로써 프라이버시 침해에 대한 합리성을 입증하여야 한다.²⁸⁾ 영장집행 공무원이 이러한 합리성을 입증하지 못할 경우에는 수색을 당한 개인은 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부인할 수 있을 뿐 아니라 수정 제4조의 위반을 이유로 금전적 손해배상청구를 할 수 있다. 불법적으로 휴대폰 수색을 당한 공립학교 학생의 경우 수정 제4조의 위반을 주장하면서 손해배상청구권을 행사하는 후자의 방법이 실질적인 구제수단이 될 수 있을 것이다.²⁹⁾

25) 즉, Katz 사건에서 연방대법원은 “수정 제4조가 보호하는 것은 사람이지만 장소가 아니다. 따라서 사람이 은밀한 것으로 간직하고자 하는 것은 비록 공중(公衆)에 의한 접근이 가능한 경우라고 하더라도 헌법적으로 보호되어야 한다”고 하고 있다. Katz, U.S. 347 at 351-52.

26) “프라이버시에 대한 합리적인 기대”라는 용어는 Katz 사건의 동조의견(concurring opinion)에서 할란(Harlan) 대법관에 의하여 최초로 쓰인 용어로서(Katz, 389 U.S. at 360), 이 용어가 공식적으로 채택된 것은 Smith v. Maryland 사건 판결에서이다. Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 740 (1979).

27) Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517, 526 (1984).

28) 영장을 발부하는 공무원이 알고 있는 사실과 환경, 그리고 신뢰할 수 있는 정보가 제공하는 사실과 환경이 합리적인 주의력을 가진 사람으로 하여금 그 자체로써 범죄가 저질러졌거나 저질러지고 있으며, 그 범죄와 관련된 증거가 수색 대상 장소에서 발견될 것이라는 사실을 믿게 하기에 충분한 경우에 수색을 정당화하는 “상당한 이유(probable cause)”가 존재한다. Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 40 (2001).

29) 연방법률(42 U.S.C. §1983)에 따르면, 피고인은 수정 제4조의 권리를 침해한 국가로부터 금전적 손해배상을 청구하거나 또는 국가에 대하여 금지명령을 청구할 수 있다. Thomas K. Clancy, The Fourth Amendment: Its History and Interpretation §13.8, at 654 (2008).

그러나 연방대법원은 영장주의에 대한 예외를 인정하여 특별한 사정 하에서는 공무원이 영장 없이도 수색할 수 있으며 심지어는 상당한 이유가 없는 경우에도 영장 없이 수색할 수 있는 경우가 있다고 하고 있다.³⁰⁾ T.L.O. 기준에 의하면, 연방대법원은 공립학교의 교직원들이 학생들과 그 소지품을 수색하는 것도 수정 제4조의 전형적인 예외에 해당한다.

2. 교직원에 의한 학생의 소지품 수색의 합헌성 기준

- 이익형량

교직원에 의한 학생의 소지품 수색과 관련한 연방대법원의 수정 제4조의 분석은 1985년 뉴저지주의 한 고등학교의 부교감이 학생(女)의 소지품 가방을 수색한 데 대하여 헌법 수정 제4조상의 권리의 침해를 주장한 *New Jersey v. T.L.O.* 사건³¹⁾에서 시작되었다. 부교감은 화장실에서의 흡연으로 학칙을 위반한 혐의가 있는 학생의 소지품 가방을 수색하여 담배, 마리화나 흡연용의 “말이 종이(rolling papers)”를 발견하고(첫 번째 수색), 그것을 근거로 수색을 계속하여 마리화나와 마약거래 관련 메모를 찾아내었다(두 번째 수색).³²⁾ 뉴저지주의 소년법원에서 학생은 자기의 소지품 가방에서 발견된 증거들을 위법한 절차에 의하여 수집된 증거라는 이유로 배제해 줄 것을 청구하면서, 그 구체적인 이유로는 담배를 찾아내기 위한 소지품 가방에 대한 첫 번째의 수색과 마리화나 소지 증거를 찾아내기 위한 소지품 가방에의 두 번째의 수색은 수정 제4조상의 권리를 침해하는 것이라는 사실을 들었다.³³⁾ 소년법원이 증거배제청구를 기각하고 범죄가 성립한다고 판단하자 학생은 뉴저지주 법원에 항소하였고, 뉴저지주 대법원은 최종적으로 부교감은 학생

30) 각주 20) 참조; *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 153 (1925).

31) *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

32) *Id.* at 328.

33) *Id.* at 329.

의 소지품 가방을 수색하면 범죄의 증거가 나올 것이라는 충분한 혐의 (sufficient suspicion) 없이 수색을 한 것이므로 수정 제4조를 위반한 불합리한 수색이라고 판단하였다.³⁴⁾ 그러나 미연방대법원은 뉴저지州 대법원의 판결을 파기하고 부교감의 수색은 수정 제4조 하에서의 합리적인 수색에 해당한다고 판단함으로써 공립학교의 교직원에 의한 학생들의 소지품 수색에는 영장주의 요건과 “상당한 이유” 요건이 적용되지 않음을 분명히 하였다.³⁵⁾

다수의견을 대표하는 화이트(Byron R. White) 대법관은 이 사건 수색의 합리성 판단을 위해 이익형량 기준(balancing test)을 사용하여 소지품에 대한 학생들의 프라이버시에 대한 기대와 소지품의 수색에 대한 교직원의 이익을 비교형량하였다. 한편으로는, 비록 학생들이 학교에서 생활하는 동안 소지품에 대하여 가질 수 있는 프라이버시에 대한 기대가 일반인이 자기의 소지품에 대하여 가질 수 있는 프라이버시에 대한 기대보다 훨씬 낮은 것은 사실이지만, 학생들은 학교에서의 소지품에 대하여 프라이버시에 대한 합법적인 기대를 가진다고 하면서,³⁶⁾ 다른 한편으로는 학교라는 독특한 환경에서의 규율과 질서를 유지하고 학생들 사이에서 약물범죄와 폭력범죄의 예방을 위해 특별한 관심을 가지는 교직원에게 비교적 광범위한 권능이 필요하다는 점을 인정하였다.³⁷⁾

이렇게 상충하는 이해관계를 고려하여 연방대법원은 학생의 소지품 수색에 대하여는 수정 제4조의 영장주의 요건이 배제될 수 있을 뿐 아니라 학생의 프라이버시에 대한 느슨한 수준의 기대와 학교환경에서의 수색의 필요성은 수색을 정당화하기 위한 혐의의 존재 가능성, 즉 “상당한 이유” 요건도 완화 내지 폐기할 수 있다고 하였다.³⁸⁾ 화이트 대법관의 논리에 의하면 학

34) Id. at 329-31.

35) Jon M. Van Dyke, The Privacy Rights of Public School Students, 32 U. Haw. L. Rev. 305, 305-06 (2010).

36) T.L.O., 469 U.S. at 348.

37) Id. at 339.

38) Id. at 340-41.

칙을 위반한 의심이 있는 학생을 수색하기 전에 교사로 하여금 영장을 취득하도록 하는 것은 학교가 필요로 하는 신속하고 비공식적인 징계절차의 유지를 부당하게 방해하는 것이므로 영장주의 제도는 학교환경에서는 부적합한 제도이다.³⁹⁾

헌법 수정 제4조의 전형적인 요건을 완화하면서 화이트 대법관은 학생의 소지품에 대한 교직원의 수색의 합리성 여부를 판단하기 위해 2단계 심사기준⁴⁰⁾을 확립하였다. 첫째, 교직원의 수색은 그 시작단계에서 정당한 것이어야 한다. 즉, 교직원은 수색의 시작단계에서부터 수색의 결과 학칙위반 행위나 범죄행위의 증거를 발견할 수 있을 것이라는 합리적인 기대를 가질 것이 필요하다.⁴¹⁾ 둘째, 수색은 프라이버시에 대한 침해로 정당화하는 상황, 즉 수색의 필요성을 야기한 상황과 합리적인 관련성이 있는 범위 내에서 이루어져야 한다. 교직원의 수색 범위는 학생의 나이와 성별 및 비행의 성격의 견지에서 볼 때 프라이버시를 과도하게 침해하는 것이 아니어야 한다.⁴²⁾

화이트 대법관은 이 완화된 수정 제4조의 요건을 부교감의 수색행위의 합리성을 지지하기 위하여 적용하였다. 즉, 부교감은 첫 번째 수색을 통하여 교내에서의 흡연행위라는 학칙위반의 증거를 발견할 것이라고 합리적으로 믿었기 때문에 수색의 시작단계에서 그의 수색은 정당하다고 보았다.⁴³⁾ 또한 마리화나를 발견하기 위하여 소지품 가방에 대하여 두 번째의 수색을 계속하였는바, 이 두 번째의 수색도 합리적인 범위를 벗어나지 않았다고 보았다. 소지품 가방에서 담배를 꺼낼 때 “말이 종이”를 발견한 것은 보다 중대한 범법행위인 불법마약을 소지하고 있다는 의심을 새로이 하게 하였고, 따라서 소지품 가방과 그 가방의 안쪽에 있는 주머니에 대해서까지 완전한 수색을 행한 것은 정당하다고 판단하였다.⁴⁴⁾

39) Id. at 340.

40) two step analysis, two-pronged test, two-part test 등의 용어가 비슷한 의미로 혼용되고 있다.

41) Id. at 341-42.

42) Id.

43) Id. at 345-46.

44) Id. at 347.

3. 이익형량의 부가적 요건 – 침해의 정도

2002년까지 2차례에 걸쳐 연방대법원은 공립학교에서 실시된 약물검사 프로그램의 합헌성 여부를 다루었는데, 여기서도 학생의 프라이버시에 대한 기대수준은 낮다는 것을 재확인하였다. *Vernonia School District 47J v. Acton* 사건⁴⁵⁾에서 연방대법원은 T.L.O. 사건에서처럼, 학교 운동선수의 경우에는 일반인 보다 프라이버시의 기대수준이 낮다는 것을 이유로 하여 운동선수에 대한 강제적인 소변검사를 지지하였다.⁴⁶⁾ 또 다른 약물검사 프로그램에 관한 *Board of Education v. Earls* 사건⁴⁷⁾에서 연방대법원은 학교가 제공하는 과외의 특별활동 프로그램에 참가하는 모든 학생에 대하여 교직원이 약물검사를 시행하는 프로그램의 합헌성을 지지하였다.⁴⁸⁾ 약물검사의 형식으로 행하여진 이 경우의 수색⁴⁹⁾은 일반적인 수색과 달리 별도의 분석을 요하는 것이지만, *Acton* 사건과 *Earls* 사건에서 공히 학생의 낮은 수준의 “프라이버시에 대한 기대”와 함께 “침해의 정도(degree of intrusion)”라는 부가적 요건도 고려되어야 한다고 하였다. 이 두 사건에서는 이러한 부가요건을 고려한 결과, 학생들에게는 이미 감축되어 있는 그들의 프라이버시에 대한 기대에 대하여 “무시해도 좋을 만큼의(negligible)”⁵⁰⁾ 또는 “최소한의(minimal)”⁵¹⁾ 추가적인 침해가 있는 것에 불과하다로 보았다.

학교수색에 관한 가장 최근의 사건인 2009년 *Safford Unified School District # 1 v. Redding* 사건⁵²⁾은 많은 점에서 T.L.O. 사건에서의 부교감 수

45) *Vernonia School District 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

46) *Id.* at 654-57.

47) *Board of Education v. Earls*, 536 U.S. 822 (2002).

48) *Id.* at 830-32.

49) 어떤 특정의 침해행위가 전통적인 의미에서의 수색에 해당하지 않더라도 개인의 합법적인 프라이버시에 대한 기대를 침해하는 정부의 행위는 헌법 수정 제4조의 보호의 문제를 수반하는 수색에 해당한다. Thomas K. Clancy, *The Fourth Amendment: Its History and Interpretation* §1.2.1.1.1, at 4-5 (2008).

50) *Acton*, 515 U.S. at 658.

51) *Earls*, 536 U.S. at 834.

색 행위와 비슷하다. 학교에서 중학생(8학년)이 마약(pills) 거래에 연루되었다는 신고를 받고 교감은 그 학생을 사무실로 소환하였다.⁵³⁾ 교감은 혐의를 부인하는 학생의 가방과 겹옷을 수색하였으나 불법적인 물건에 대한 증거를 발견하지 못하자 수색을 계속하기 위하여 학생을 양호실로 데리고 가서 속옷을 제외한 모든 옷을 벗기고 수색하였으나 여전히 혐의사실에 대한 증거를 찾지 못하였다. 학생으로부터 학교에서의 수색에 관하여 설명을 들은 어머니가 교육구(school district)를 상대로 헌법 수정 제4조의 권리 침해를 이유로 제소한 사건이 Redding 사건이다.⁵⁴⁾

Redding 사건에서 교감의 수색행위의 합리성을 부인함에 있어서 연방대법원은 T.L.O. 사건에서 정립된 2단계 심사기준을 그대로 적용하였다.⁵⁵⁾ 연방대법원은 먼저 학생이 마약을 소지하고 있었다는 합리적인 의심을 갖게 하는 정황으로 보아 수색의 시작단계에서는 정당성이 인정된다고 보았다.⁵⁶⁾ 그러나 양호실에서의 수색행위는 수색의 목적에 합당한 합리적인 범위를 벗어남으로써 T.L.O. 사건에서 정립된 수색의 합헌성의 두 번째 요건에는 어긋난다고 보았다.⁵⁷⁾ 교감이 발견하리라고 믿었던 마약은 상대적으로 해독성이 약한 것이라는 사실과 그것이 학생의 속옷에 숨겨져 있을 것이라고 믿을 만한 이유가 없다는 점으로 인하여 교감의 수색은 고도로 사적인 성격의 프라이버시 침해를 정당화하지 못하였다는 것이다.⁵⁸⁾ Redding 법원은 T.L.O. 사건 판결에 충실하게 다시 한 번 학생의 프라이버시에 대한 기대와 그 침해의 정도를 국가의 이익과 비교형량하였으나 국가의 이익은 학생의 프라이

52) Safford Unified School District # 1 v. Redding, 129 S. Ct. 2633 (2009).

53) Id. at 2638.

54) Id.

55) Id. at 2640-43.

56) Id. at 2641.

57) Id. at 2462.

58) 즉, 약물의 해독성이나 분량으로 볼 때 혐의사실로부터 다른 학생들에게 미칠 위험의 정후가 없고, 또 속옷에 문체의 약물을 숨겨 다닐 것으로 가정할만한 이유도 없어 이 수색에 있어서는 혐의의 내용이 침해의 정도와 조화되지 못하였다. Id. at 2642-43.

버시에 대한 기대보다 적은 것으로 판단하였다.

프라이버시에 대한 학생의 합리적인 기대와 학교질서를 유지하는 데 대한 학교당국의 이익을 비교하는 화이트 대법관의 이익형량 기준에 의한 심사는 최근의 사건에서도 유효하게 적용되고 있다. 이러한 이익형량의 분석에 근거한 T.L.O. 판결에 있어서의 2단계 심사기준은 학생의 휴대폰에 대한 교직원의 수색을 포함한 학교의 수색행위에 여전히 유효한 기준으로 적용된다.⁵⁹⁾

IV. 휴대폰 수색의 특수성과 T.L.O. 기준의 문제점

1. T.L.O. 기준의 전제조건과 휴대폰 수색의 특수성

T.L.O. 사건 판결의 효과는 교직원에 의한 학생 소지품의 수색에 대하여 수정 제4조의 영장주의 요건과 “상당한 이유” 요건의 적용을 배제하는 것이다. 위에서 본 바와 같이, 화이트 대법관은 이러한 예외의 근거를 학교라는 환경에서 중대한 교란행위를 막아야 할 학교 당국의 필요성과 학교에서의 학생들의 소지품에 대한 프라이버시 감축된 기대수준의 형량에 두었다. 그리하여 공립학교에서의 휴대폰 수색에 대해서도 T.L.O. 사건의 심사기준을 적용하게 되면 비행의 혐의에 근거를 둔 수색의 합헌성을 지지하게 될 것이다.

그러나 휴대폰의 수색에는 다음과 같은 특수성이 있다. 즉, 가상의 예를 들면, 가해 학생이 휴대폰을 이용하여 피해 학생에 대하여 사이버불링을 가하자 피해 학생의 친구가 교장에게 신고하였다. 교장은 가해 학생의 혐의사실 부인에도 불구하고 휴대폰을 압수하고 그 내용을 수색하여 휴대폰에 저

59) 예컨대, Klump 사건에서도 휴대폰 수색에 관하여 T.L.O. 사건 판결의 두 가지 요건의 심사기준을 적용하여 분석하였다. Klump v. Nazareth Area Sch. Dist., 425 F. Supp. 2d 622, 640-41 (E.D. Pa. 2006).

장되어 있는 몇 가지 사진과 메모 등을 보게 되었고, 이메일과 수백 개의 문자 메시지도 발견하였다. 이메일과 문자 메시지 중에는 패해 학생을 괴롭히기 위해 보낸 메일이나 문자 메시지들도 있었지만, 가해 학생의 아버지가 보낸 가족에 대한 사적인 정보를 내용으로 하는 메시지, 친구들과 함께 가고자 하는 여행경비를 보내 줄 돈이 없다는 가해 학생의 어머니로부터 온 메시지, 가해 학생의 여자 친구가 보낸 둘 사이의 은밀한 문제에 관한 메시지 등도 포함되어 있었다. 이와 같이 사이버불링의 증거를 찾기 위한 교장의 휴대폰 수색에는 관련 증거 이외의 많은 사적인 내용의 문자메시지나 사진, 메모 등이 부지불식간에 수색의 대상이 된다는 특성이 있다. 이 점이 바로 T.L.O. 사건 당시에는 예상하기 어려웠던 휴대폰 수색의 특징이다. 가해 학생이 자기의 휴대폰의 콘텐츠가 의사에 반하여 광범위하게 수색당함으로써 헌법 수정 제4조의 권리를 침해당하였다는 이유로 학교장을 고소한 경우, T.L.O. 기준을 적용하여 분석하면 다음과 같다.

이 사건에 대하여 법원이 교직원에 의한 학생의 소지품 수색을 분석하는 기준인 T.L.O. 사건 판결의 2단계 심사기준을 적용하면,⁶⁰⁾ 먼저 교장의 휴대폰 수색이 그 시작단계에서 정당성이 있는 것인가를 심리하게 될 것이다. 이 사건에서 교장은 믿을만한 피해 학생의 친구인 제3자로부터 가해 학생이 사이버불링을 가함으로써 학교 정책을 위반하는 행위를 하였다는 신고를 받았기 때문에 가해 학생의 휴대폰을 수색하면 학교 정책을 위반한 증거가 나올 것이라는 합리적인 의심을 가졌다고 할 수 있다. 따라서 교장의 수색행위가 처음부터 정당하지 못하다고 말하기는 어렵다.

다음으로 합리적 범위라는 요건에 관하여는 T.L.O. 기준 하에서 법원이 어떻게 판단하게 될지는 확실하지 않다고 할 수 있다. 그러나 이 사건에서 교장이 몇 개의 사진과 메모 뿐 아니라 휴대폰에 저장되어 있는 많은 사적

60) 예를 들면, Klump v. Nazareth Area Sch. Dist. 사건에서 교직원이 위협적으로 학생의 휴대폰이 내용을 수색하였는지 여부에 대하여 T.L.O. 사건 판결의 2단계 심사기준을 적용하였다. Klump, 425 F. Supp. 2d 622, 640-41.

인 문자 메시지와 이메일을 읽었다 하더라도 수색의 범위의 합리성을 인정하기 어려운 것은 아닐 것이다. T.L.O. 사건에서는 학생의 소지품 가방과 그 내부의 수색, 그리고 거기서 발견된 하나의 편지와 두 개의 메모를 수색한 것은 수색의 합리적인 범위를 벗어난 것이 아니라고 보았다. 왜냐하면 가방과 그 내부를 수색하는 것은 수색의 목적과 대체로 관련이 있기 때문이다.⁶¹⁾ 이렇게 본다면, 법원은 휴대폰에 저장된 가해 학생의 메시지와 이메일을 읽은 것이나 사진과 메모를 본 것까지도 괜찮다고 볼 것이다. 왜냐하면 교장이 수색을 위하여 채택한 방법이 휴대폰에서 접근 가능한 내용을 읽어보는 것이었고, 그러한 방법은 사이버불링의 증거를 찾기 위한 수색의 목적에 합리적으로 관련되는 것이기 때문이다. 사이버불링의 증거는 문자 메시지, 이메일, 사진 또는 의사소통의 다른 형식으로 남아 있을 수 있고, 따라서 휴대폰에 대한 수색은 휴대폰의 몇 개의 다른 내용의 수색을 수반하는 것이 합리적이라고 볼 수 있다. 그리하여 T.L.O.의 2단계 심사기준을 적용하는 법원은 교장의 수색의 합헌성을 지지할 가능성이 높다고 할 수 있다.

그러나 여기서 T.L.O. 기준을 통하여 수정 제4조의 보호수단의 최소화를 정당화하는 데 중요한 세 가지 기본적인 가정에 대하여 검토할 필요가 있다.

즉, 첫 번째 가정은 T.L.O. 법원은 학생들이 학교에 가지고 오는 유형물(tangible items)에 대하여는 프라이버시에 대한 학생의 합법적인 기대수준이 낮아질 수 있다는 것인 바, 이 가정은 휴대폰의 독특한 성격과 기능으로 인하여 휴대폰의 내용 수색과 관련해서는 프라이버시에 대한 합법적인 기대수준이 낮아지지 않을 수 있다는 것을 간과하고 있다는 문제가 있다. 두 번째 가정은 교직원은 실제로 수색의 목적물과 합리적으로 관련되는 유형적(有形的) 장소에 대해서만 합리적으로 수색의 범위를 한정할 수 있다는 것이다. 그러나 휴대폰에서는 이 가정이 적용될 수 없다고 보아야 한다. 마지막 세 번째 가정은 법원이 학교 당국으로 하여금 즉각적인 수색을 허용하는 것은

61) T.L.O., 469 U.S. at 347.

급박한 위협의 발생이 수색의 대상인 유형물과 관련되어 있다는 가정이다. 그러나 휴대폰에 의하여 야기되는 위협은 많은 경우에 급박한 위협을 즉각 야기하는 것은 아니어서 수색이라는 급박한 조치의 합리성을 감소시킨다.

따라서 휴대폰 수색은 학교의 질서유지라는 이익으로써는 정당화할 수 없을 정도로 학생의 프라이버시에 대한 기대를 침해하는 것이라는 주장이 가능하다. 그리하여 휴대폰 수색에 대하여 수정 제4조의 요건, 즉 영장주의가 충족되지 않은 경우에는 불합리한 것으로 보아야 한다. 이하에서 이러한 가정에 대하여 검토한다.

2. 휴대폰 수색과 프라이버시의 기대수준

T.L.O. 법원이 학생의 소지품에 대하여 수정 제4조에 의한 보호의 수준을 감축할 때에 가정한 것은 학생들이 학교에 소지하고 오는 것은 유형물뿐이라는 것이었다. 실제로 화이트 대법관과 다수의견은 수색의 목적물로서 교과서, 자동차, 집 열쇠, 개인적 위생품, 소지품 가방, 지갑, 그리고 경우에 따라서는 편지나 일기와 같은 물건 등을 염두에 두고 있었다.⁶²⁾ 학교생활 동안 학생들이 지니고 다니는 물건이나 정보가 필연적으로 제한되어 있다는 가정이 “학생의 소지품”에 대한 개념에 암묵적으로 포함되어 있다. 이러한 가정은 휴대폰의 성격과 특성으로 볼 때 옳지 않다.

가. 휴대폰의 기능과 특성

휴대폰은 지금까지 수정 제4조의 수색의 대상이 되어온 유형물과는 다른 점이 있다.⁶³⁾ 최근에 오하이오주 대법원이 휴대폰에는 인터넷에 접속할 수

62) T.L.O., 469 U.S. at 339. 블랙먼(Harry A. Blackmun) 대법관도 동조의견에서 공립학교에서의 수색이나 압수의 목적은 물총이나 장난감 총 등 위험한 물건으로 인한 혼란에 신속히 대응하기 위한 것이라고 하였다. Id. at 352.

있고 엄청난 분량의 사적인 정보를 저장하는 기능이 있으므로 수정 제4조의 규정에 의하지 않고 휴대폰의 수색을 허용하는 것은 법적으로 중대한 문제가 된다고 지적한 것은 수색의 대상으로서의 휴대폰의 특성을 지적한 예가 된다.⁶⁴⁾ 캘리포니아주 대법원도 이러한 문제를 인식하고, 서로 상충하는 이해관계를 형량하는 맥락에서 수정 제4조가 감축된 보호수단을 허용하였지만, 오늘날 휴대폰과 관련한 이익형량은 새로이 평가되어야 한다고 하였다.⁶⁵⁾

학교 관리자가 학생의 휴대폰 수색을 통하여 얻을 수 있는 정보의 양(量)은 소지품 가방 같은 유형물을 수색하여 얻을 수 있는 정보의 양에 비하여 엄청나게 방대하다. 이렇게 많은 다양한 정보를 휴대폰 수색으로부터 얻을 수 있기 때문에 학생의 휴대폰을 수색하게 되면 프라이버시를 침해할 가능성이 매우 커진다.⁶⁶⁾ 더욱 중요시 할 점은 휴대폰에 저장되는 정보의 개인적 성격이다. 그리하여 휴대폰을 수색하면 개인적인 인간관계, 성적 경향 또는 의무기록 뿐 아니라 사적인 이메일, 은행계좌 또는 개인적인 종교적·정치적 연계성까지 파악할 수 있게 된다. 나아가 휴대폰을 수색하면 소지품 가방에서는 알아낼 수 없는 가족에 대한 정보도 알 수 있다. 앞에서의 가상의 사건을 예로 들면, 교장은 휴대폰 수색을 통하여 가해 학생이 교장에게 보여주고 싶지 않았을 사적인 이메일과 사진 및 메모 등을 발견하였다. 더구나 교장은 가해 학생의 어머니로부터 가정의 경제형편이 나쁘다는 사실을

63) 즉, 휴대폰이 자료를 가상공간의 용기에 저장할 수 있는 능력은 유형물의 용기가 정보를 담을 수 있는 능력에 비하여 엄청나게 크다는 점과 학생의 휴대폰에 포함되어 있는 정보는 유형물인 용기에 담아서 학교에 가져오는 그 어떤 것보다 개인적인 정보의 성격이 강하다는 점이 그것이다.

64) *State v. Smith*, 920 N.E.2d 949, 954 (Ohio 2009).

65) *People v. Diaz*, 244 P.3d 501, 513 (Cal. 2011).

66) 위에서의 가상의 사건을 예로 들면 가해 학생의 휴대폰에서 사이버불링의 증거를 수색하는 과정에서 교장은 수백건의 문자 메시지를 스크롤하여 많은 이메일을 읽었으며, 몇 장의 개인적인 사진과 메모를 보았다. 휴대폰에서 접근할 수 있는 정보가 많다는 것은 필연적으로 가해 학생의 프라이버시에 대한 기대가 높다는 것을 의미한다. 가해 학생은 소지품 가방과 같은 유형물을 수색당하는 것보다 휴대폰을 수색당하는 것이 훨씬 더 많은 프라이버시의 이익을 침해당하게 된다.

인정하는 문자 메시지까지 열람하였는데, 가정의 경제형편과 같은 정보는 일반적으로 극도로 비밀로 하고 싶은 사항으로 생각된다.

휴대폰에 저장되는 정보의 양이 많아지고 그 정보의 개인적인 성격이 짙어짐에 따라 프라이버시 보호수준에 대한 합법적인 기대가 높아질 수밖에 없다. 휴대폰에 대한 교직원의 수색은 필연적으로 소지품 가방과 같은 유형물을 수색하는 경우보다 프라이버시 이익을 보다 넓고 깊게 침해하는 것이기 때문이다. 어느 평론가의 주장처럼, 휴대폰의 메모리를 들여다보는 것은 우리 삶의 “내적인 그림(subjective picture)”⁶⁷⁾을 들여다보는 것과 같다. 기술이 사회를 이끄는 시대의 학생들은 휴대폰의 특성과 기능에 상응하는 높은 수준의 프라이버시에 대한 기대를 향유할 수 있어야 한다. 따라서 휴대폰의 경우에는 당연히 T.L.O. 기준이 학생의 소지품에 대하여 인정하고 있는 프라이버시에 대한 기대수준보다는 높은 수준의 프라이버시가 보장되어야 한다.

나. 연방헌법 수정 제4조와 표현의 자유의 관계

연방헌법 수정 제1조와 수정 제4조는 직접적인 상호 보충규정은 아니라 할지라도 적어도 서로 상호작용을 하도록 입안된 것으로 보는 것이 일반적이다. 즉, 수정 제4조가 채택된 이유 중의 하나는 시민들에게 수정 제1조상의 자유를 보장하는 데 필요한 프라이버시를 보호해 주기 위한 것이었다.⁶⁸⁾ 연방대법원도 수정 제1조에 의한 표현의 자유의 보호를 위해서 수정 제4조의 보호를 강화시킬 필요가 있으며, 수색의 대상이 수정 제1조가 보호하는 권리와 관련되는 경우에는 엄격하게 영장주의가 적용된다고 한다.⁶⁹⁾

67) 휴대폰은 본질적으로 우리의 습관, 친구관계, 관심사와 활동의 “내적인 그림(subjective picture)”이라고 할 수 있는 방대한 양의 정보를 포함하고 있다. Hilary Hylton, What Your Cell Knows About You, Time (Aug. 15, 2007), <http://www.time.com/time/health/article/0,8599,1653267,00.html> (2012.7.15. 검색).

68) Reporters Comm. for Freedom of the Press v. AT&T Co., 593 F.2d 1030, 1054 (D.C. Cir. 1978).

69) 연방대법원의 선결례는 수색에 의하여 수정 제1조에 의한 표현의 자유가 위협해질

또한 수정 제1조와 제4조의 관계는 수정 제1조가 보호하는 통신이나 언론관련 서류가 수색을 통하여 발견된 경우에 합헌성을 충족하기 위해서 그 수색은 엄격한 기준, 즉 “높은 수준의 의심(heightened level of suspicion)”에 근거한 수색으로서 정당화되어야 한다고 한다.⁷⁰⁾ 솔로브(Daniel J. Solove) 교수는 어떤 수색이 영장주의의 예외에 해당한다고 하더라도 수색의 대상이 표현의 자유와 관련되는 경우에는 합리성 기준에 적합하여야 한다고 한다. 이러한 경우에 휴대폰 수색과 관련하여 합리성을 판단할 때에는 프라이버시에 대한 합리적인 기대 뿐 아니라 수정 제1조 관련 활동이 수색에 관련되는 정도도 고려하여야 한다.⁷¹⁾ 연방대법원도 수정 제4조의 영장주의의 예외에 해당하는 수색의 합헌성을 합리성 기준에 의하여 판단한 바 있다. 즉, 수정 제1조의 표현행위와 관련된 물건에 대한 압수의 합헌성을 다룬 *Roaden v. Kentucky* 사건⁷²⁾에서 수정 제4조의 영장주의의 예외로서 행하여진 문제의 침해행위가 합리성 기준을 충족하지 못한다고 판단하였다.⁷³⁾

휴대폰을 이용한 학생들의 의사소통은 수정 제1조의 보호대상인 표현행위에 해당한다. 특히 그러한 표현행위가 학교환경에 중대한 영향을 미치는 것이 아니어서 교직원의 통제범위를 벗어나는 경우에는 수정 제1조에 의한

때에는 법원은 특별히 엄격하게 영장주의를 적용하여야 한다고 하고 있다. *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547, 565 (1978). 코진스키(Kozinski)도 헌법상 보호되는 표현의 자유가 관련된 수색의 목적물에 대하여 수정 제4조의 심사기준이 너무 낮을 경우에는 표현의 자유를 위축시켜 수정 제1조상의 자유의 골자를 제거하는 것이 된다고 한다. *United States v. Seljan*, 547 F.3d 993, 1018 (9th Cir. 2008).

70) Patrick P. Garlinger, Note, Privacy, Free Speech, and the Patriot Act: First and Fourth Amendment Limits on National Security Letters, 84 N.Y.U. L. Rev. 1105, 1145 (2009). 예를 들면, 아마르(Akhil Amar) 교수는 수정 제1조의 표현의 자유의 이익이 수색에서 문제가 될 때에는 그 수색과 관련해서는 “강화된 정당성의 기준(heightened standards of justification)”과 같은 수정 제4조에 의한 특별한 보호가 필요하다고 주장한다. Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 Harv. L. Rev. 757, 806 (1994).

71) Daniel J. Solove, *The First Amendment as Criminal Procedure*, 82 N.Y.U. L. Rev. 112, 131 (2007).

72) *Roaden v. Kentucky*, 413 U.S. 496 (1973).

73) *Roaden*, 413 U.S. at 504.

보호의 필요성은 더욱 높다.⁷⁴⁾ 실제로 휴대폰을 통하여 가끔 정치적 대화, 종교적 활동, 그리고 다른 사적인 대화를 많이 하게 되는데, 그 모든 것이 전통적으로 헌법상 보호되는 표현행위에 속한다. 따라서 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유는 휴대폰과 관련하여 현재 T.L.O. 기준 하에서 보호되고 있는 프라이버시의 수준보다 높은 수준의 프라이버시를 보장하기 위한 근거가 된다. 그리하여 수정 제4조가 표현의 자유를 위하여 어느 정도의 배려를 해야 하는가에 대하여, 수정 제1조의 보호대상에 대하여 수정 제4조의 영장주의 요건과 “상당한 이유”의 요건을 배제할 때에는 보다 정밀한 심사수준이 필요하다는 점에는 의견이 일치한다고 할 수 있다.⁷⁵⁾ 따라서 학생의 휴대폰에 T.L.O. 법원이 생각했던 것보다 사적인 표현행위에 해당하는 내용이 많이 저장되어 있다면, 학생의 표현의 자유가 위축되지 않도록 수정 제1조에 의한 보호가 보다 절실하게 요구된다고 할 것이다.

나. 휴대폰 금지정책과 프라이버시의 기대수준

헌법 수정 제1조와 수정 제4조의 관계에서 본 바와 같이, 휴대폰은 의사 표현의 수단이 되므로 영장주의의 예외가 적용된다고 하더라도 학생들은 휴대폰에 대하여 높은 수준의 기대를 향유하는 것이 마땅하다. 학교의 휴대폰 금지정책은 휴대폰이라는 물적 목적물(physical object)과 그 속에 내장된 콘텐츠의 구별을 낳게 하였다.⁷⁶⁾ 학교정책이 휴대폰을 금지한다면 학생들은

74) 제3항소법원의 판례에 의하면, 교육구(school district)가 학교환경에 실질적으로 방해가 되지 않는 학교 밖에서의 표현행위를 이유로 학생을 징계하는 것은 학생의 수정 제1조상의 권리를 침해하는 것이다. *J.S. ex rel. Snyder v. Blue Mountain Sch. Dist.*, 650 F.3d 915, 930-31 (3d Cir. 2011) (en banc).

75) 그러나 제4항소법원은 국경지대에서 수정 제4조의 영장주의의 예외가 적용될 때에는 수정 제1조에 의한 표현의 자유와 관련된 것이 수색의 대상이 될지라도 수정 제4조의 합헌성 분석에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 보았다. 동 법원은 수정 제1조의 표현의 자유 관련 주장을 기각한 이유를 다른 어떤 관심사보다도 우선적으로 국가의 안전을 유지할 필요에서 인정된 국경지대에서의 영장주의의 예외의 특별한 정당성에 찾았다. *United States v. Ickes*, 393 F.3d 501, 506 (4th Cir. 2005).

휴대폰을 소지함에 있어서는 낮은 수준의 프라이버시밖에 기대할 수 없게 되지만, 학교 관리자가 휴대폰을 물리적으로(physically) 수거하는 경우에도 휴대폰에 저장된 콘텐츠는 사적인 것으로 남을 것이라는 학생의 기대를 박탈할 수는 없다.⁷⁷⁾ 실제로 최근에 학칙에 따른 휴대폰의 합법적인 압수가 뒤이어 행하여진 휴대폰의 내용 수색을 수정 제4조 하에서 정당화하지는 못한다고 판단한 연방법원의 판례가 있다.⁷⁸⁾ 즉, 휴대폰의 소지를 금지하는 학칙 위반이 있다고 하여 그 속의 내용에 대한 프라이버시 기대권이 감축되는 것은 아니라는 것이다.

그런데 T.L.O. 사건 판결의 용어대로 학교 관리자가 수색이 필요하다는 합리적인 의심을 갖게 된 경우에는 학생의 휴대폰을 수색할 수 있음을 명백히 하고 있는 학교도 있다.⁷⁹⁾ 이러한 유형의 학교정책을 가지고 있는 경우

76) 이와 관련하여, 화이트 대법관이 학생들은 사진, 편지, 그리고 일기 등과 같은 유형 물도 소지품 가방에 넣어서 가지고 다닐 것이라고 판단함으로써 프라이버시와 관련된 유형물을 휴대폰과 같은 타입으로 생각하였다는 점을 검토할 필요가 있다. *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 339 (1985). 화이트 대법관은 판결이유에서 프라이버시에 대한 기대수준을 감축함에 있어서 이러한 사적인 물품과 학생들이 필수적으로 학교에 가지고 와야 하는 물품을 구별하였다. 학생들은 필수품으로서 최소한 학용품, 열쇠, 돈, 그리고 개인 위생품 등을 학교에 가지고 와야 할 것이다. 그러나 사진이나 편지 및 일기장 등과 같이 필수품이 아닌 물건은 집에 두고 올 수도 있으나 학교에 가지고 오기로 선택하였다면 프라이버시에 대한 기대를 높게 갖지 말아야 한다는 생각이 내재되어 있다고 보아야 한다. 즉 이러한 물건을 학교에 가지고 온다는 것은 곧 그러한 물건에 대하여 학교 관리자가 T.L.O. 기준에 의하여 정당화된다면 수색을 할 수 있다는 통지를 유효하게 하는 것이 된다는 것이다. 그러나 학생은 휴대폰에 저장되어 있는 내용을 사적인 것과 그렇지 아니한 것을 분리할 수는 없다. 따라서 단순한 “사전통지(advance notice)”가 이런 복잡하고 다목적적인 휴대폰에 대한 프라이버시 기대수준을 낮출 수는 없다. 따라서 이런 분할이 가능하다고 본 화이트 대법관의 가정은 오늘날의 휴대폰에 관한 프라이버시 기대를 낮추는 데 대한 정당한 근거가 되지 못한다. Wayne R. LaFare, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* §10.11(b), at 507 (4th ed. 2004).

77) 컴퓨터를 압수할 권한과 컴퓨터에 저장된 내용을 수색할 권한의 구별에 대하여는, *United States v. Burgess*, 576 F.3d 1078, 1089 (10th Cir.) 참조. 이 사건은 2009년에 사건이송명령이 거부되어 연방대법원의 심리를 받아보지는 못하였다. 130 S. Ct. 1028 (2009).

78) Klump, 425 F. Supp. 2d at 640-41.

79) 예컨대, Marc Freeman, *New Warnings on Technology Set in Schools*, Sun-Sentinel (Fort

에는 학생들은 휴대폰에 저장된 내용에 대해서도 프라이버시의 기대수준이 낮을 수 있다. 왜냐하면 휴대폰의 콘텐츠가 수색당할 수도 있다는 사실을 학교정책을 통하여 학생들에게 효과적으로 사전통지를 한 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁸⁰⁾ 실제로 학생들이 프라이버시가 감축된다는 사전통지를 받은 상황에서는 통지가 이루어진 영역에서의 교직원의 수색행위는 일반적으로 정당화되었다.⁸¹⁾

그러나 휴대폰의 내용에 대한 프라이버시의 높은 기대수준과 학교의 휴대폰 금지정책은 별로 상관이 없다. 라페이브(Wayne LaFave) 교수의 설명에 의하면, 만일에 학생들에게 학칙위반의 혐의가 인정될 때에는 사물함이 수색당할 수 있다는 사전통지를 하게 되면, 그 통지는 학생들에게 고도의 사적인 물건을 사물함에 보관하지 말라는 경고가 되어 수색의 프라이버시 침해의 효과를 줄일 수 있는 기회를 제공한 것이므로 학생들은 띠커에 관한 프라이버시의 기대수준을 낮추어야 할 것이다.⁸²⁾ 즉, 학교에서 어떤 물건에 대하여 프라이버시 수준이 감축되면 학생들은 이러한 물건에 대하여 수색을 참아내든가 아니면 개인적인 물건은 집에 두고 옴으로써 수색을 당할 위험을 낮출 것이다. 그런데 이러한 논리는 학생들의 휴대폰에는 그대로 적용되지 않는다는 것이다. 학생들이 학교에 가지고 다니는 휴대폰은 학교생활 이외의 생활측면에서 사용하는 휴대폰과 다르지 않을 뿐더러 잠재적인 수색위험을 피하기 위하여 휴대폰에 저장된 내용을 휴대폰과 분리하는 방법도 없다. 물론 학교 교문에 들어서기 전에 휴대폰에 저장된 개인적인 정보를 지우거나 휴대폰을 집에 두고 등교할 수 있지만, 이렇게 하는 것은 학생들의 개인적·사회적 생활 및 가족생활과 과외활동에 있어서 휴대폰이 수행하는

Lauderdale, Fla.), Aug. 31, 2011, at 1B 참조.

80) 띠커(lockers)를 수색할 수 있음을 사전에 통지한 학교정책은 띠커에 대한 학생들의 기대수준을 감소시킨다. LaFave, *supra* note 76, at 506-07.

81) William G. Buss, The Fourth Amendment and Searches of Students in Public Schools, 59 Iowa L. Rev. 739, 765 (1974).

82) LaFave, *supra* note 76, at 507.

역할의 중요성에 비추어 불가능을 강요하는 것이 될 것이다.

결국 학생들에게 휴대폰에 관한 프라이버시를 낮은 수준으로 보장할 것이라는 통지를 하면 학생들이 휴대폰에 저장하는 개인적인 정보를 줄임으로써 프라이버시에 대한 기대수준을 기꺼이 낮출 것이라고 가정하는 것은 잘못된 것이다.

3. 휴대폰 수색의 합리적 범위와 급박한 위험 방지의 필요성

독특한 성격과 기능으로 인하여 휴대폰에 대한 프라이버시의 기대수준은 오로지 학생들의 소지품 가방과 그 속에 들어있을 법한 물건의 유형만을 고려하여 정립된 T.L.O. 기준과는 조화되지 않는다.

제10항소법원이 지적한 바와 같이, 컴퓨터에는 사람의 여러 가지 생활의 측면에 관련되는 많은 정보가 혼합되어 저장되어 있을 가능성이 크고 따라서 컴퓨터를 수색하는 경우에는 프라이버시에 대한 침해는 더욱 심각할 것이다.⁸³⁾ 학생의 휴대폰에 뒤섞여 저장되어 있는 내용에 대해서도 마찬가지로 학교 관리자가 휴대폰을 수색하는 경우에는 프라이버시의 침해의 위험성은 심각하다. 그리하여 교직원이 엄청난 양의 개인정보에 마주치게 되면 T.L.O. 사건 판결이 설정한 합리적인 범위를 벗어날 위험성이 많다.⁸⁴⁾

교직원들이 휴대폰 수색에 있어서 합리적인 범위를 준수할 능력이 없다는 점과 관련하여 문제가 되는 것은 당연히 수색의 범위를 벗어남으로서 학생들이 겪어야 하는 프라이버시 침해의 문제이다. 예를 들면, Acton 사건과 Earls 사건에서는 프라이버시 침해는 “무시해도 좋을 만큼(negligible)”⁸⁵⁾이거

83) United States v. Walser, 275 F.3d 981, 986 (10th Cir. 2001).

84) T.L.O. 법원은 교직원은 학생들의 유형물인 소지품으로부터 필요한 것을 골라내는 전문성, 적어도 상식적인 능력을 갖추고 있고, 학생들의 사적인 공간을 침해할 때에는 양심적으로 그 범위를 제한할 수 있는 능력을 갖추고 있는 것으로 가정하였다. 그러나 점증하는 휴대폰의 복잡성으로 인하여 이러한 가정이 옳지 않다는 것이 입증되고 있다고 할 수 있다.

나 “최소한의(minimal)”⁸⁶⁾ 정도였다. 그러나 Redding 사건에서는 알몸수색(strip search)은 “모멸적(degrading)”이었으며, 모든 알몸수색이 그렇듯이 학생의 프라이버시를 아주 심각하게 침해하는 것으로 판단하였다.⁸⁷⁾ 이러한 판단은 학생의 합법적인 프라이버시에 대한 기대가 심하게 침해당하는 경우에는 이에 대응하여 헌법 수정 제4조에 의한 보호가 강화되어야 한다는 것을 의미한다. 휴대폰의 경우에는 수색의 목적과는 무관한 여러 가지 사적인 이익을 침해할 잠재적 위험성이 크기 때문에 휴대폰 수색의 경우에는 수정 제4조의 적용기준을 다시 강화하여야 할 것이다.⁸⁸⁾

T.L.O. 사건 판결에서 약물관련 행위의 증거를 얻기 위해 휴대폰을 수색해야 하는 국가의 이익은 유형물의 소지품에 대한 학생의 프라이버시의 기대를 능가하는 것이었고, 그리하여 보통의 수정 제4조의 요건보다 훨씬 완화된 요건 하에서 수색이 정당화 될 수 있었다. 그러나 이러한 국가의 이익은 이제 휴대폰에 관하여 학생들이 갖는 프라이버시에 대한 기대수준에 비하면 오히려 낮은 수준의 이익이고, 따라서 T.L.O. 사건에서의 완화된 수정 제4조의 심사기준은 휴대폰에 대한 학생들의 변화된 프라이버시 기대를 보호하기에는 부적당한 것으로 되었다.

T.L.O. 법원의 다수의견은 학생의 소지품 수색에 대하여 수정 제4조의 기준을 감축하는 근거를 학교의 질서와 교육환경을 유지하는 데 있어서 교직원의 재량권이 필요하다는 점에 두었다. 연방대법원은 학교의 이해관계와 학생의 프라이버시에 대한 기대와의 조화 문제는 소지품의 즉각적인 수색을 통하여 압수하지 않으면 학교의 질서가 위험하거나 적어도 불법적인 방해를 지속할 우려가 있는 유형물과 관련된 것이라는 점을 지적을 하였다.⁸⁹⁾ 그러

85) Vernonia Sch. Dist. 47J v. Acton, 515 U.S. 646, 658 (1995).

86) Bd. of Educ. v. Earls, 536 U.S. 822, 834 (2002).

87) Safford Unified Sch. Dist. # 1 v. Redding, 129 S. Ct. 2633, 2641-43 (2009).

88) 영장주의의 예외로서 합법적인 체포에 부수한 수색의 경우에 수색과 관련성이 있는 서류와 무관한 서류가 뒤섞여 있어서 현장에서 그 관련서류를 쉽게 분류할 수 없는 경우에는 보다 높은 수준의 기준이 필요하다고 한다. United States v. Carey, 172 F.3d 1268, 1275 (10th Cir. 1999).

나 대부분의 휴대폰 수색 사건에서는 T.L.O. 사건에서와 같은 즉각적인 위협에 의해서 수색행위의 필요성이 정당화되지 않는다. 왜냐하면 휴대폰에 저장되어 있는 정보가 다른 학생이나 학교환경에 대하여 눈에 띄는 즉각적인 위협을 야기하지 않기 때문이다. 예컨대, 학생이 총이나 칼을 소지하였다는 의심이 있는 경우에 즉각적인 수색이 필요한 것과 같은 정도로 휴대폰에 대한 즉각적인 수색이 정당화되는 경우는 없을 것이다.⁹⁰⁾

학생이 수업시간에 방해가 될 만큼 휴대폰을 사용하는 상황을 예로 들면, 교직원이 휴대폰을 압수하면 더 이상 전화사용으로 인한 수업에 방해는 하지 못할 것이고, 따라서 휴대폰의 내용을 수색하는 것은 논리적으로 학교질서를 유지하기 위한 것이라는 정당성을 인정받기 어려울 것이다.

V. 휴대폰의 수색과 프라이버시의 보호방안

1. 영장주의 요건의 회복

학교에서의 학생 소지품 수색에 대하여 영장주의 요건을 배제하고 “상당한 이유” 요건을 완화하는 T.L.O.의 심사기준은 휴대폰과 관련하여 학생들이 합리적으로 기대하는 프라이버시를 보호하는 데 불충분하다. 학생들의 이러한 권리를 충분히 보장하기 위해서는 보다 강화된 수정 제4조의 적용이 필요하다. 수정 제4조의 기준을 회복하는 방법으로는 휴대폰 수색에 있어서의 영장주의 요건을 부활시키는 것이다. 즉, 교직원이 휴대폰을 수색하기 위

89) 블랙먼(Blackmun) 대법관도 물총과 장난감 총 또는 좀 더 일반적으로는 교실에서의 질서를 방해할 수 있으면서도 마약이나 무기와 같은 위험한 물건에 속하지 않는 유형물을 예로 들고 있다. Id. at 352.

90) 화이트 대법관의 논리를 그대로 수용하여 학생의 물건을 재빨리 수색하여 학교환경에 대한 중대한 질서 교란행위를 진압할 재량권을 교직원에게 인정한다고 하더라도 그 논리를 휴대폰에 저장된 내용의 수색에는 그대로 적용할 수는 없다. 왜냐하면 휴대폰을 압수만 해도 전화기의 소지가 학교의 질서유지에 미칠 수 있는 위협을 어느 정도 제거하는 것이 되기 때문이다.

해서는 휴대폰에 저장된 특정 파일이나 내용을 구체적으로 적시하고 충분한 혐의에 근거하여 판사로부터 발부받은 영장을 요하게 하는 것이다. 그러나 이러한 방안은 실제적으로는 매우 비현실적이어서 수정 제4조에 의한 학생의 권리를 보호하는 데 한계가 있을 수밖에 없다.

즉, 영장주의의 목적은 전통적으로 다음과 같은 두 가지로 인식되고 있다. 첫째, 영장은 중립적인 판사에 의한 독립적인 심사를 보장함으로써 특정한 경우의 권리침해가 정당인지 여부를 객관적으로 결정할 수 있도록 하는 제도이다.⁹¹⁾ 그러나 법원은 교직원의 판단을 존중할 것이 일반적으로 요청되므로 법원은 거의 모든 경우에 학교의 영장청구를 받아들일 것으로 볼 수 있다. 둘째, 영장은 시민에게 권리침해가 법에 의한 것이라는 점과 권리침해의 목적과 범위가 아주 제한적이라는 점을 보증하는 기능을 한다.⁹²⁾ 그러나 휴대폰과 관련한 영장주의 제도에서는 휴대폰에 포함되어 있는 수색 대상 정보를 찾아 해매야 하는 문제가 있다. 만약에 교직원이 휴대폰의 내용에서 프라이버시가 보호되어야 하는 파일이나 데이터를 제외한 필요한 정보를 골라내기가 어렵다면 휴대폰 수색에 관한 영장주의가 어떻게 학생의 프라이버시의 보호정도를 향상시킬 것인지는 불확실할 수밖에 없을 것이다.

2. 상당한 이유 요건의 충족

휴대폰 수색과 관련하여 영장주의가 제대로 기능을 발휘하기 어렵다는 점에서 그 대안으로서 법원은 학교 관리자가 휴대폰 수색을 하기 전에 “상당한 이유”를 명시하게 할 수 있다. 즉, 교직원은 “합리적으로 믿을만한 정보”에 근거하여 그 자체만으로도 합리적인 주의력을 가진 사람이 그 휴대폰에 학칙위반이나 형사법 위반의 증거가 포함되어 있을 것이라는 믿음을 가질 정도의 “사실과 정황”을 적시하게 할 수 있다.⁹³⁾

91) *Skinner v. Ry. Labor Execs. Ass'n*, 489 U.S. 602, 622 (1989).

92) *Skinner*, 489 U.S. at 622.

“상당한 이유”를 요구하는 이점(利點)은 교직원으로 하여금 T.L.O. 사건 판결에서 정립된 심사기준 중의 하나인 “합리적 의심 기준(reasonable suspicion test)” 보다 더 명확한 기준에 의하여 휴대폰 수색의 정당성을 확보하도록 한다는 것이다. 상당한 이유는 그 수색이 학생의 프라이버시 기대를 침해하는 수준과 조화될 수 있는 정도로 강력한 국가이익을 요구하는 것으로서 휴대폰 수색에 대하여 상당한 이유를 요구하는 것이 영장주의를 적용시키는 것보다 더 실현가능한 보호장치라고 할 수 있다. 영장주의 요건과는 달리 상당한 이유 요건은 학교환경과 조화되지 않는 것은 아니지만, T.L.O. 사건 판결이 학교 관리자에게 상당한 이유 요건을 요구하지 아니한 것은 학교의 이익을 위한 소지품의 수색이 감축된 프라이버시에 대한 기대만을 충족하면 된다고 판단하였기 때문이다.⁹⁴⁾

그러나 상당한 이유의 요구도 여전히 학생들의 권리를 확실하게 보호하지 못하는 불명확한 기준일 뿐이다. 왜냐하면 실제로 T.L.O. 사건에서도 부교감은 “상당한 이유” 기준 하에서도 수색을 정당화할 수 있었을 것이기 때문이다.⁹⁵⁾ 즉, 법원은 학교의 결정을 실질적으로 존중하므로 보다 높은 심사기준, 즉 상당한 이유 기준 하에서도 부교감은 소지품 수색의 정당성을 주장할 수 있었다는 것이다.

따라서 상당한 이유 기준도 휴대폰 수색과 관련한 학생의 프라이버시에 대한 기대를 확고하게 보호해 줄 것인지는 분명하지 않다. 상당한 이유 기준이 학교의 이익과 학생의 프라이버시 기대 사이의 불균형을 어느 정도 시정해 줄 수는 있지만, 상당한 이유의 존부의 판단과정에서 교직원의 결정을 근본적으로 존중하는 법원의 태도가 상당한 이유 기준을 실체가 모호한 것으로 만들어 버릴 수 있기 때문이다.

93) Redding, 129 S. Ct. at 2639.

94) T.L.O., 469 U.S. at 340-41.

95) LaFave, *supra* note 76, at 498.

3. 부모에 대한 통지와 부모에 의한 동의제도

법원이 영장주의 요건과 상당한 이유 요건의 회복을 통하여 수정 제4조의 적용을 엄격하게 함으로써 휴대폰에 대한 프라이버시의 기대수준을 향상시키는 것은 직접적인 방법이라고 할 수 있다. 그런데 여기에 더하여 州의 회와 교육위원회가 보충적 수단으로서 연방헌법 수정 제4조 또는 州헌법의 취지에 맞는 입법조치로써 학생들의 프라이버시 기대를 존중하는 보호장치를 마련하는 방법이 있다.⁹⁶⁾ 즉, 州의회와 교육위원회가 학생의 프라이버시에 대한 기대를 보호하기 위해 학생의 휴대폰을 수색하기 이전에 부모에 대한 통지와 부모의 동의를 얻도록 하는 정책을 마련하는 방법이 그것이다.⁹⁷⁾ 휴대폰의 수색에 부모의 동의를 요하게 하는 정책은 휴대폰 수색이 학생의 프라이버시 권리만을 침해하는 데 그치는 것이 아니라 학생의 가족이 갖는 프라이버시에 대한 기대도 침해하는 것이라는 것을 감안하는 것이다. 나아가 실질적으로는 부모의 동의에 의한 수색의 정당화는 학생의 프라이버시를 학교의 이익에 견주는 이익형량 과정에 의존하는 것이 아니라 부모가 자녀 교육권을 학교에 위임한 것으로 보는 “부모의 입장에서(in loco parentis)의 원칙”⁹⁸⁾에 근거한다. 휴대폰의 수색에 부모를 관여시키는 것은 수색의 범위

96) 州의회는 합법적인 체포에 부수하여 영장 없이 하는 수색에 있어서 법을 집행하는 자의 재량을 제한하는 역할을 할 수 있다. Adam M. Gershowitz, *The iPhone Meets the Fourth Amendment*, 56 *UCLA L. Rev.* 27, 51 (2008).

97) 이러한 방안에 대해서는 학생이 성년에 도달한 경우에도 부모가 필요한 동의를 해줄 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 그러나 부모가 성년 학생에 대하여 미성년의 경우와 같은 정도의 통제를 하고 있다면 여전히 동의를 할 수 있을 것이다. 예컨대, 부모가 휴대폰의 소유자이고 요금까지 지불하는 경우에는 학생이 법적으로 성인이 된 후에도 부모가 아직 동의할 수 있다는 것은 분명하다. 조금 다른 맥락에서의 판결이기는 하지만, 부모는 51세 아들이 방세를 내지 않았을 때, 부모가 자녀의 침실에 대하여 무제한의 접근이 가능하고 그 방에서 아들이 이용하는 인터넷 요금을 부모가 지급할 때 그 방을 수색하는 데 동의할 권한이 있다고 하였다. *United States v. Andrus*, 483 F.3d 711, 720-21 (10th Cir. 2007).

98) “in loco parentis”의 원칙은 부모는 친권(parental authority)의 일부를 아이를 가르치는 교사나 교장에게 위임하였다는 것을 가정한다. 그러나 T.L.O. 사건 이후의 판결에서

를 특정함으로써 프라이버시 침해의 정도를 제한할 수 있을 뿐 아니라 공교육기능에 필요한 요소의 하나인 학교와 학부모 사이의 신뢰를 구축하는 데에도 도움이 된다.

실제로 일부 州의회와 교육위원회는 휴대폰 수색에 학생의 프라이버시 보호문제를 배려하고 있다. 예를 들면, 콜로라도州의 한 교육구(School District)는 휴대폰 수색에 있어서 완화된 T.L.O. 기준에 근거하는 것을 반대하는 여론에 힘입어 최근에 휴대폰 수색에 있어서 합리적 의심 기준보다는 좀 더 엄격한 보호장치를 도입하였다. 즉, 콜로라도州의 보울더 벨리(Boulder Valley) 교육구가 새로 도입한 보호조치의 가이드라인에 의하면, 교육구의 관리자는 문자 메시지를 수색하기 전에 연방헌법상 수색의 최소한의 기준을 준수하여야 할 뿐 아니라 학생 또는 부모의 동의를 얻도록 하고 있다. 그러나 공공의 안전이 급박한 위협에 처한 경우에는 예외를 인정하고 있다.⁹⁹⁾ 州의회나 교육위원회가 유권자의 프라이버시에 대한 기대에 법원보다 민감하게 반응하기 때문에, 학교에서의 학생의 프라이버시 존중 문제는 법원보다는 州의회나 교육위원회에 기대하는 것이 합리적이라는 것을 보여주는 단적인 예가 된다.

여기서 부모가 전적으로 수색에 반대하는 경우에도 교직원은 학생의 휴대폰을 수색할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이 경우에도 연방헌법 수정 제4조의 원칙 하에서 교직원의 휴대폰 수색은 정당화 될 수 있다. 즉, 수정 제4조의 영장주의 요건과 상당한 이유 요건을 충족한다면 학교 관리자는 부모의 반대에도 불구하고 합헌적으로 학생의 휴대폰을 수색할 수 있는 것이다. 이렇게 본다면 휴대폰에 대한 학생들의 강화된 프라이버시의 기대는 궁극적으로는 헌법 수정 제4조의 엄격한 적용에 의존할 수밖에 없을 것이다.

이 원칙을 공립학교에 전적으로 적용하는 것은 거부하였다. Acton, 515 U.S. at 655.
99) ACLU Applauds Boulder Valley School District's Decision to Limit Searches of Students' Cell Phone Text Messages, ACLU (Apr. 21, 2008), [http:// www.aclu.org/technology-and-liberty/aclu-applauds-boulder-valley-school-districts-decision-limit-searches-student](http://www.aclu.org/technology-and-liberty/aclu-applauds-boulder-valley-school-districts-decision-limit-searches-student) (2012.7.19. 검색).

VI. 결론

이상에서 본 바와 같이, 휴대폰의 특성과 기능의 면에서 볼 때 휴대폰에 대한 교직원의 수색행위의 합헌성 심사기준으로서의 T.L.O. 기준은 학생들에게 수정 제4조가 보장하는 수준의 프라이버시를 보호해 주지 못한다. 즉 T.L.O. 기준에 의하여 학생들의 휴대폰을 수색하는 것은 학교의 이해관계에 비추어 볼 때 학생들의 프라이버시를 지나치게 침해하게 되는 것이 되어 현재 미국에서는 수정 제4조에 대한 T.L.O. 법원의 합헌성 해석기준에 대한 재평가 요구되고 있다.

우리의 경우에는, 일부 학생인권조례가 교직원에 의한 소지품 수색이나 압수는 원칙적으로 학생의 동의가 필요하며, 학교의 장 및 교직원은 학생의 휴대폰을 비롯한 전자기기 소지의 시간과 장소를 규제할 수 있으나 소지 및 사용 자체를 금지하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.¹⁰⁰⁾ 그러나 이러한 규정들이 학생의 소지품의 수색과 그에 따른 프라이버시 문제의 해결에 기준을 제공해 주는 것이 아니다. 왜냐하면, 수색에 의한 사생활의 침해 문제는 헌법 규정의 취지와 침해의 근거가 되는 법률의 합헌성의 문제이어서 조례가 최종적으로 결정할 문제가 아니기 때문이다.¹⁰¹⁾

따라서 학생의 소지품에 대한 압수나 수색은 두 가지 경우로 나누어서 판단하여야 한다. 즉, 학생이 학교에 가지고 오는 소지품에 대하여 학칙위반 행위의 증거를 발견하기 위한 압수·수색은 교육목적의 범위 내에서 학생의 동의 없이도 허용된다고 보아야 할 것이다. 그러나 절도나 사이버불링과 같은 학내에서의 범죄행위의 증거를 찾기 위하여 학생의 소지품을 압수·수색

100) 각주 5) 참조.

101) 다만, 위와 같은 사생활 보호관련 조례의 규정은 장차 학칙위반 행위나 폭력행위 등 학내에서의 범죄행위와 관련하여 휴대폰을 포함한 학생의 소지품을 압수·수색할 경우에는 원칙적으로 학생의 동의를 얻어야 한다는 원론적인 선언을 하였다는 정도의 의미는 있다.

하는 경우에는 헌법상의 영장주의가 적용되어야 한다.

전자의 경우, 즉 학칙위반 행위의 증거를 발견하기 위해 학생의 소지품을 수색하는 경우에도, 휴대폰 그 자체의 압수와 휴대폰에 저장된 정보의 수색은 사생활 침해의 정도가 다르기 때문에 휴대폰 수색의 경우에는 특수한 문제가 제기된다. 그러나 학교의 휴대폰 금지정책을 통하여 휴대폰에 저장된 정보를 수색할 수 있다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 휴대폰 금지정책은 학교에서의 휴대폰 소지금지 뿐만 아니라 금지정책을 위반하는 경우에는 휴대폰의 콘텐츠가 수색당할 수도 있다는 사실을 학생들에게 효과적으로 사전 통지를 한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

그러나 후자의 경우, 즉 학내에서의 범죄행위의 증거를 찾기 위한 수색의 경우에는, 휴대폰은 학내에서 뿐만 아니라 학교 외에서의 일상생활의 모든 면에서의 사용결과가 저장된다는 점을 고려하여, 휴대폰과 관련한 학생들의 프라이버시를 보호하기 위해서는 수색영장에 의하거나 적어도 미성년의 학생임을 감안하여 수색에 대한 부모의 동의에 의하여 휴대폰 수색의 합헌성을 담보할 필요가 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 영장 없는 휴대폰의 내용 수색을 통하여 발견된 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 부인되는 것이 마땅할 것이다.

[국문초록]

학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시

헌법상 학생의 소지품에 대하여 사생활의 자유가 보장되어 있고, 물건의 압수·수색에는 영장주의가 적용된다. 여기서 학칙위반 행위나 학교에서의 범죄행위를 조사하기 위하여 영장에 의하지 않고 학생의 소지품을 압수·수색할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 특히, 휴대폰 그 자체의 압수와 휴대폰에 저장된 각종의 개인정보의 수색은 별개의 문제이기 때문에 휴대폰 수색의 경우에는 특수한 문제가 제기된다.

교육목적의 범위 내에서 학생의 개인적인 물품을 압수·수색하는 행위는 허용되어야 할 것이나, 문제 되는 것은 학생의 반대에도 불구하고 소지품, 특히 휴대폰을 압수하여 그 내용을 수색하는 경우이다. 우리의 교육현장에서는 한편으로는 학생의 소지품검사를 통한 생활지도의 강화가 요청되고, 다른 한편으로는 학생인권조례의 시행을 계기로 사생활의 보호차원에서 소지품 검사 자체를 금지하고 있어 휴대폰을 포함한 소지품의 압수·수색과 관련한 헌법적 문제가 제기될 것으로 보인다.

휴대폰에 대한 교직원의 수색행위의 합헌성 심사기준으로서 미연방대법원이 정립한 T.L.O. 기준은 학생들에게 수정 제4조가 보장하는 수준의 프라이버시를 보호해 주지 못하는 것으로 평가받고 있다. 즉 T.L.O. 기준에 의하여 학생들의 휴대폰을 수색하는 것은 학교의 이해관계에 비추어 볼 때 학생들의 프라이버시를 지나치게 침해하게 되는 것이 되어 현재 미국에서는 수정 제4조에 대한 T.L.O. 법원의 합헌성 해석기준에 대한 재평가 요구되고 있는 실정이다.

이러한 점을 고려면, 학생의 소지품에 대한 압수·수색은 두 경우로 나누어서 판단하는 것이 옳을 것이다. 즉, 학생의 소지품에 대하여 학칙위반 행위의 증거를 발견하기 위한 압수·수색은 교육목적의 범위 내에서 학생의

동의 없이도 허용된다고 보아야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 학생의 휴대폰에 저장되어 있는 사적인 내용의 콘텐츠를 수색하는 데에는 영장이 필요하다고 보아야 한다. 한편, 절도나 사이버불링 같은 학내에서의 범죄행위의 증거를 찾기 위하여 학생의 소지품 수색을 하는 경우에는 헌법상의 영장주의가 엄격하게 적용되어야 한다고 보아야 한다.

주제어

영장주의, 휴대폰 수색, 소지품 검사, 학생인권조례, T.L.O. 기준, 연방헌법 수정 제4조, 상당한 이유(probable cause), 프라이버시, 사이버불링, 부모의 입장에서(in loco parentis)

[abstract]

The Korean constitution guarantees privacy rights of people including students on their personal belongings. A troubling question has been brought about searching students' effects related to misconducts of violation of school rules. Because the difference between seizure of a cell phone itself and the subsequent search of the contents stored on it compounds the problem, we face a difficulty seizing and searching a cell phone in a legal aspect.

It should be allowed to confiscate and search personal belongings of students within the limits of educational purpose based on a doctrine of *in loco parentis*. The problem is whether it is possible to search students' possessions without their consents or not. On the one hand, teachers at the chalkface strenuously insist the need of examining student's belongings without a warrant. On the other hand, however, combined with enforcement of student rights ordinance, there are strong arguments against search of students' effects without a warrant. Under these circumstances, constitutionality of searching the contents stored on the cell phones of students without a warrant will come into question sooner or later in Korea.

To this point, the T.L.O. standard established by the U.S. Supreme Court receives not so good a review as a guarantee of expectation for privacy on the students' belongings. That is, the T.L.O. standard justifying the abrogation of the warrant requirement in searches of students' purses and backpacks is not sufficient for guaranteeing the privacy rights which students expect in their cell phones against school searches. However, it is full of suggestions for student rights jurisprudence in Korea.

With an eye toward respecting students' expectations of privacy in their cell phones, this writing suggests two points. One is that school officials can search

학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시

the tangible objects in students' backpacks without a warrant to find evidence for violation of school rules. And the other is that they can search the contents stored on the students' cell phones only by meeting the warrant requirement.

참고 문헌

- Adam M. Gershowitz, The iPhone Meets the Fourth Amendment, 56 UCLA L. Rev. 27 (2008)
- Akhil Reed Amar, Fourth Amendment First Principles, 107 Harv. L. Rev. 757 (1994)
- Daniel J. Solove, The First Amendment as Criminal Procedure, 82 N.Y.U. L. Rev. 112 (2007)
- Dawn Zinga, Boundaries in Cyber-Space Media and Stakeholders as Policy Shapers, in Truths and Myths of Cyber-Bullying (Shaheen Shariff & Andrew H. Churchill eds., 2010)
- Deirdre K. Mulligan, Reasonable Expectations in Electronic Communications: A Critical Perspective on the Electronic Communications Privacy Act, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1557 (2004)
- Jon M. Van Dyke, The Privacy Rights of Public School Students, 32 U. Haw. L. Rev. 305 (2010)
- Nancy E. Willard, Cyberbullying and Cyberthreats (2007)
- Patrick P. Garlinger, Note, Privacy, Free Speech, and the Patriot Act: First and Fourth Amendment Limits on National Security Letters, 84 N.Y.U. L. Rev. 1105 (2009)
- Wayne R. LaFave, Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment §10.11(b) (4th ed. 2004)
- William G. Buss, The Fourth Amendment and Searches of Students in Public Schools, 59 Iowa L. Rev. 739 (1974)

현행 의료법의 문제점

金慶濟

동국대학교 법과대학 교수

- 目 次 -

I. 시작하기	231
II. 입법학의 주요 관심사	232
1. 입법학의 등장 배경	232
2. 좋은 법의 요건	234
III. 의료법의 제정 목적	236
1. 목적조항을 통한 제정 목적	236
2. 그 밖의 조항을 통한 제정 목적	238
3. 제정목적 불일치가 초래하는 결과	240
가. 논리체계의 혼란	240
나. 조항해석의 곤란성	242
IV. 의료법이 규율하는 행위와 행위자	246
1. 의료법이 전제하는 행위	246

가. 목적 조항을 통한 의료법의 규율행위	246
나. 그 밖의 조항이 규율하는 행위유형	248
다. 구성요건 행위로서 의료행위	250
2. 의료법이 규율하는 행위자	253
가. 의료인	253
나. 일반인	254
V. 제재규정과 명확성의 원칙	255
1. 제재의 종류	255
2. 제재규정의 명확성	257
가. 제재규정 형성원칙	257
나. 의료법 제87조 제1항 및 제27조 제1항의 문제점	259
3. 개념규정의 제정 필요	261
4. 면책조항에 대한 입법 요청	262
가. 의료행위의 불명확성	262
나. 위험성을 해소하는 방법	265
VI. 마무리	267
* 국문초록 및 주제어	269
* 독문초록 및 주제어	270
* 참고문헌	272

I. 시작하기

현재 시행되고 있는 법률 가운데에서 그 위헌성이 문제되어 헌법재판소에 의하여 다루어진 사례 중 아직 해결되지 않은 것 중 하나가 의료법이다. 원래 의료법은 국민이 수준 높은 의료혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민건강을 보호하고 증진하기 위한 목적으로 제정되었고 그리고 의료법은 기타 의료관계법의 기준법 혹은 일반법으로 작용한다는 점에서 중요한 의미를 가진다.¹⁾

최근에 의료법의 위헌성이 특히 문제가 되었던 이유는 질병이나 치료에 관하여 그간 새로운 사실이 발견되거나 혹은 경험이 축적되어 일반 국민들의 의료관계 지식수준이 높아졌다는 것이 중요한 원인이겠지만 그것과 더하여 의료법 자체가 가지는 입법학적인 문제점도 그 한 이유일 수 있다. 특히 의료법이 규율대상으로 삼는 의료행위는 어디까지가 의료법에서 규율해야 할 의료행위에 해당하는지 그리고 어디서부터는 의료법에서 규율할 필요가 없는 행위인지 명확히 구분할 수 없고 또 의료법 영역에서 발생하는 문제들은 민법이나 형법을 통하여 규율²⁾할 수 있기 때문에 두 법률 간의 관계에서도 의료행위의 한계 문제가 발생될 수 있다.

여기에 더하여 의료법은 개정 단계를 거치면서 의도적으로 혹은 실수로 특정 대상을 규율하지 않은 부분이 있었기 때문에 입법의 공백으로 인하여 혼란이 가중되었다. 예컨대 뜸은 1943년 이래 법 제도 안에서 하나의 의료행위로 허용되어 오던 것이 1962년 구사자격이 폐지되면서 이와 관련하여 아직까지도 그 허용성을 두고 문제가 발생하고 있다. 예컨대 최근에 문제된 사례로 뜸 시술행위가 의료법에 위반되는 행위인 점은 인정하면서도 이에 대하여 내려진 유죄취지의 기소유예처분이 시술자의 평등권과 행복추구권

1) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 2012. 2., 282면 참조.

2) Vgl. Laufs, Adolf, *Arztrecht*, 5. Aufl., München, 1993, Rn. 20.

을 침해하였다는 이유로 기소유예처분을 취소한 결정이 있다.³⁾ 그 뿐만 아니라 의료법은 의료법 각 규정이 명확성의 원칙을 충족할 수 없다는 이유⁴⁾로 혹은 특정 조항이, 예컨대 태아성감별행위 금지를 규정한 조항이 헌법에 합치하는 지⁵⁾ 의료기록부작성 및 서명의무부과⁶⁾ 및 의료광고금지⁷⁾를 규정한 조항이 관계인의 기본권을 침해하는지가 문제되었다.

이러한 배경 아래에서 이 글은 현행 의료법이 가지고 있는 문제점을 입법학적인 관점에서 밝히는데 초점을 맞춘다. 기술 순서로는 먼저 입법학적인 관점에서 하나의 법이 좋은 법이라는 평가를 받기 위하여 필요한 요건(II)을 설명하고 이것을 바탕으로 의료법은 입법목적의 각 조항을 통하여 충실하게 구현하였는지(III), 행위와 행위자 요소를 명확하게 특정하였는지(IV), 의료법의 제정목적의 관철하기 위하여 제재수단을 충분히 확보하였는지(V) 순서로 검토하고 이 글을 마무리(VI) 한다.

II. 입법학의 주요 관심사

1. 입법학의 등장 배경

입법학이, 입법자의 개별 입법행위로 만들어진 법률 그 자체 예컨대 민법 그 자체에 관한 연구 이외에, 독자적으로 법률학의 한 분야로서 각광을 받게 된 것은 입법학이 법률을 만드는 형식적인 과정만을 연구대상으로 하기 때문이 아니다. 그것만이 아니라 입법학이 독자적으로 주목을 받게 되는 것

3) 헌재 2008헌마627, 판례집 23-2하, 476 이하.

4) 예컨대 헌재 2008헌마627, 판례집 23-2상, 37면 이하. 이 사건과 관련하여서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 2012. 2., 281면 이하 참조.

5) 대표적으로 헌재 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236 이하.

6) 헌재 2008헌마593, 판례집 21-2하, 907 이하.

7) 대표적으로 헌재 2006헌가4, 판례집 19-2, 1 이하.

은 오히려 입법의 홍수 속에서 더 좋은 법률이 되게 하는 요소들을 찾아내는 것을 연구의 대상으로 하기 때문이다.⁸⁾ 그리고 좋은 법이란 내용적으로 분명한 목표와 이것을 달성할 수 있는 수단을 갖추고 그리고 각 조항이 전체적으로 올바르게 형성되고 정돈되어 있으며 완전하고 명확한 법⁹⁾을 말한다.

물론 좋은 법은 내용적인 관점에서 그리고 법 형식적인 관점에서 각각의 요구사항을 충족하여야 하지만 그 이전에 올바르게 성립되어야 한다. 즉 법의 제정도 절차적으로 법이 되기 위한 요건을 충족하여야 한다. 특히 헌법국가에서는 헌법에 따라 국가가 운영되기 때문에¹⁰⁾ 헌법에서 정한 절차에 따라 헌법 그 자신뿐만 아니라 그 이하의 법들도 제정되어야 한다.¹¹⁾ 만약 하나의 법이 제정과 관련하여 필요한 요건을 충족하지 못한다면 그 법은 정당성에 문제가 발생한다. 그러면 그 법은 그 법의 준수자로부터 그 법에 대한 불복종을 초래하는 근거를 제공하게 된다.¹²⁾ 특히 법의 성립절차와 관련하여 우리 법현실에서는 문제가 많았다. 이와 관련된 대표적인 사례로는 과거 유신헌법의 성립이나 최근의 일로 미디어법 국회통과가 그 예이다. 유신헌법의 성립은 당시 헌법이 무시된 상태에서 만들어졌는데¹³⁾ 그 이후 이와 관

8) Vgl. Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 44 ff.

9) Zittelmann, Ernst, Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrag, Dresden 1994 S. 5, in: Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 66; Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 287 ff.

10) Badura, Peter, Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg, 1987, Rn. 28.

11) 국가작용의 합헌법성에 관해서는 김경제, 국민주권에 대한 오해, 서울대학교 法學 제 46권 제3호, 2005. 9., 397면 이하, 특히 411-413면 참조.

12) Karpen, Ulrich, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in: Schreckenberger, Waldemar/ Merten, Detler, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, Berlin, 2000, S. 20.

13) 당시 대통령은 1972년 10월 17일 19시를 기해 당시 헌법에는 근거도 없이 국회를 해산하고 정당 및 정치활동의 중지 등 당시 헌법의 일부 조항의 효력을 정지시켰으며 이 정지된 헌법조항의 기능을 자신이 임명한 비상국무회의에 의하여 수행하게 하고 이 비상국무회의로 하여금 헌법개정안을 마련·의결하게 하고 이것을 대상으로 전국 주요도시에 선거계몽강연회를 개최하는 방법으로 국민들에 영향을 끼쳐 1972년 11월 21일 국민투표를 실시하여 가결시켰다. 이르는 전체 과정에서 당시 헌법의 “헌

련된 정당성의 문제로 국가운영 자체가 어려워졌고 궁극적으로 당시 대통령이 불명예스럽게 죽게 되는 결과를 초래하였으며 미디어법과 관련하여서는 헌법재판소에 의하여 제정과정에서¹⁴⁾ 국회의원들의 국회입법권한이 침해되었다는 결정¹⁵⁾까지 받았었다.

2. 좋은 법의 요건

입법학의 주된 관심사는 그러므로 법 성립의 문제가 해결되었다면 내용적으로 명확하게 입법의도가 조항을 통하여 드러나고 그리고 그 입법의도를 실현시키기 위하여 규율대상과 규율수단을 언어적으로 분명히 그리고 완전히 하는 것에 두어진다.¹⁶⁾ 다시 말하면 입법학에서 주로 다루는 사항은 하나의 법이 가지는 규율목적은 완전히 달성하기 위하여 조항 속에 규율목적 그 자체, 규율대상, 강제수단 및 그 한계를 언어적으로 분명히 하는 것이다. 하나의 법률 조항이 추상적일수록 그리고 일반적일수록 그 법은 더 쉽게 명확성의 원칙과 충돌하게 되고 그 법률에 대한 이해성과 구체성도 떨어진다.¹⁷⁾

법제정과정”은 철저하게 무시되었다. 유신헌법의 제정과정에 관해서는 성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012, 240면 이하 참조.

14) 국회는 2009년 7월 22일 신문법안, 방송법안 및 인터넷멀티미디어법안을 국회에 의결 상정하였는데 이 법안들은 여야 간에 합의가 이루어지지 않아 관련 상임위원회에서 기한까지 심의가 이루어지지 않자 당시 국회부의장이 직권 상정하고 야당의 표결 방해를 막고자 토론과 질의 없이 투표할 것을 선언하고 투표를 마친 결과 당시 재적 294인, 재석 145인, 찬성 142인, 반대 0인, 기권 3인으로 나타나 정족수가 부족한 사실이 확인되자 재투표를 실시하여 재적 294인, 재석 153인, 찬성 150인, 반대 0인, 기권 3인으로 결과가 직계되자 가결되었음을 선포하였던 사건이다. 이 일련의 과정이 가지는 문제점에 관하여는 김경제, 방송법개정안 2차 의결의 헌법적 문제점, 유럽헌법연구 제8호, 2010. 12. 263면 이하 참조.

15) 판례집 21-2하, 14면 이하.

16) Vgl. Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 287 ff.

17) Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 287.

이때 입법목적은 그 법을 제정하게 된 동기를 말한다. 그리고 이 목적은 다른 한편에서 그 법의 적용영역이 다른 법들과의 관계에서 어느 영역까지 인지를 확정하여 주는 기능을 하기도 한다.¹⁸⁾ 그리고 규율대상은 그 법이 규율하는 대상을 말하는 것으로 법이 행위규범, 조직규범 그리고 강제규범이라고 한다면¹⁹⁾ 그 대상은 그 법이 규율하고자 하는 “행위”, 그 법률이 만들어 낸 “조직” 그리고 그 법에서 사용하는 “강제수단”이 그 대상이다. 그리고 현대 성문법체계에서는 이러한 전체 내용을 언어적인 형태로 조항을 통하여 드러냄으로²⁰⁾ 그 법률이 가지고 있는 각각의 내용들을 언어를 통하여 법률조항의 형식으로 만들어내야 한다. 그러므로 입법학에서 “언어”는 중요한 의미를 가진다.²¹⁾ 이때 법률조항의 형식이란 일정한 조건(구성요건)이 발생하면 일정한 법률효과가 주어진다는 내용으로 문장을 구성하는 것이다.²²⁾

그러므로 의료법이 가지고 있는 문제점을 입법학적인 관점에서 점검한다는 것은 입법학에서 하나의 법을 입법할 때 중요한 것으로 간주하는 사항을 의료법이 개별 조항 안에서 제대로 구현하고 있는가를 확인하는 작업이다. 즉 입법자가 의료법을 제정할 때 가진 목적을 조항을 통하여 제대로 표현하고 있는지 의료법이 규율하고자 하는 내용, 행위나 행위자를 분명하게 제시하였는지 그리고 의료법에 의하여 창설되는 조직이 의료법이 추구하는 목적을 달성하게 하기 위하여 충분히 체계적인지 그리고 의료법을 통하여 달성하고자 하는 결과를 얻어내기 위하여 강제수단은 적절하게 갖추었는지를 검토하는 것이다.

18) 이와 관련하여서는 현재 2008헌가19(병합)결정을 참조. 이 결정에서 헌법재판소는 의료법이 규율하는 소위 “의료행위”라는 것을 다른 행위와 구별하기 위하여 이 법의 “목적”조항을 이용한다. 판례집 22-2상, 37, 56 참조.

19) 변해철·김동훈·이훈동·이동훈, 신법학입문, 삼우사, 2006, 29면.

20) Larenz Karl·Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der ‘Rechtswissenschaft’, 3. Aufl., Berlin, 1995, S. 71.

21) Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 184 ff.; Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg, 2002, S. 261 ff.

22) Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, 18 f; Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 386 f.

Ⅲ. 의료법의 제정 목적

1. 목적조항을 통한 제정 목적

먼저 의료법은 의료법 안에 목적 조항을 가지고 있음으로 의료법의 제정 목적이 분명히 제시되어있는지 이 조항을 문언적으로 해석하여 검토하여 보자. 여기서 문언적이라 함은 의료법의 제정목적에 담은 그 조항을 그 조항을 구성하고 있는 단어와 그 단어들의 배열 그리고 전체문장 그 자체를 가지고 그 조항이 가지고 있는 의미를 파악하는 것이다.²³⁾ 그리고 이 문언적 해석이 법조항을 해석할 때 중요한 이유는 법조항을 구성하는 문언으로부터 모든 해석은 출발하며 또한 그 문언이 가진 의미의 한계가 그 조항의 의미를 해석하는 데 한계를 구성하기 때문이다.²⁴⁾ 그러므로 법을 해석할 때에는 그 법에 사용된 단어가 가지는 의미의 한계 안에서 그 단어의 뜻을 찾아내어 그것을 전체 법이나 그 법조항의 의미를 해석할 때 사용하여야 하며 단어들의 조합이나 전체 문장의 경우에도 단어의 조합 속에서 추론되는 당연한 의미를 발견하고 혹은 그것을 확인하기 위하여 다른 조항들과의 관계에서 그것을 비교한다.²⁵⁾ 그리고 이때 해석을 통하여 찾고자 하는 법의 의미는 그 법을 제정한 입법자들이 그 법을 제정할 때 개인적으로 가졌던 의도를 밝히는 것이 아니라 그 법에서 드러나는 객관적인 의미를 밝히는 것이다.²⁶⁾

의료법의 제정목적은 의료법 제1조는 [목적]이라는 이름으로 다음과 같이

23) Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der 'Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, 1995, S. 134; Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 385.

24) Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der 'Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, 1995, S. 143; Vogel, Joachim, Juristische Methodik, Berlin, 1998, S. 117; BVerfGE 71, 108, 115.

25) Vgl. Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 385.

26) Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011, S. 385.

기술하고 있다. “이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규율함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.” 의료법의 제정목적은 알아내기 위하여 이 조항의 내용을 분석하여 보자. 먼저 이 문장은 부속언어를 제외하고 나면 [이 법(을 제정하는 목적)은 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다]이다. 이 부분에서 제외된 ‘모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록’ 하는 부분과 ‘국민의료에 필요한 사항을 규율함으로써’는 이 문장에서는 주된 요소가 아니다. 이 부분들이 이 문장 안에서 의미가 있다면 이 법이 가진 목적인 “국민의 건강을 보호하고 증진하는” 목적을 달성하는 수단으로서 국민의료에 필요한 사항을 “규율”이라는 방법이 동원되었다는 것을 알려주는 것 그리고 의료에 필요한 사항을 “규율”해야 할 방향은 ‘모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록’ 하는 데 있음을 말해주는 것이다.

그러므로 이 목적 조항을 통해서 나타나는 의료법의 제정목적은 “국민의 건강을 보호하고 증진하는 것”이다. 그것이 제1차적인 목적이고 그것을 달성하기 위한 방법이 국민의료에 필요한 사항을 규율하는 것이다. 이 목적 조항에서 추론되는 1차적인 목적이 국민건강의 보호와 증진이므로 이하의 법조항에서는 국민건강의 보호와 증진을 위한 여러 방안들이 먼저 논의되어야 한다. 만약에 “모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민 의료에 필요한 사항을 규율함”의 방법으로 이 목적을 달성할 수 있다면 이 목적 조항 이하의 규정에서는 “의료 혜택”의 의미가 무엇인지 그리고 요구되는 “수준 높은 의료 혜택”은 어느 정도까지의 혜택을 말하는지가 설명되어야 한다. 예컨대 “국가는 모든 국민이 그들의 신체건강 혹은 정신건강을 증진하기 위하여 필요한 의료시설을 구비하여야 한다”는 조항이나 “모든 국민은 매주 1회 이상 정해진 의료기관에서 정신적·육체적인 검진을 받아야 한다”는 조항이 그 예일 수 있다. 왜 이런 조항이 들어와야 하는가 하면 이 목적 조항에 들어와 있는 “국민의료”라는 단어는, 물론 이 단어가 이 법에 의하여 만들어진 전문용어임으로 정의조항을 통하여 설명되어야 하겠지만,

각각 단어의 의미나 일반적인 단어 조합 방식에 따라 해석하면 언뜻 “국민을 대상으로 하는 정부 혹은 국가의 의료서비스”²⁷⁾라는 의미를 가지는 것처럼 보이기 때문이다.

그리고 이런 내용이 모두 기술되고 나면 이제 필요한 범위 안에서 국가 밖의 의료시설 이용에 관한 부분 그리고 의료행위 단속에 대한 내용이 기술되어야 한다. 어쨌든 이 목적조항을 통해서도 의료행위나 의료기관 혹은 의료인에 대한 기술은 부속적이다.

2. 그 밖의 조항을 통한 제정 목적

그러면 여기서 의문이 제기된다. 왜냐하면 이 목적 조항에 이어서 등장하는 조항에는 어디에도 국민건강을 보호하고 증진한다는 내용과 “직접” 관련된 어떤 조항도 발견되지 않기 때문이다. 더군다나 “국민의료”나 “의료 혜택”의 의미에 대한 설명도 없고 그리고 어느 정도의 혜택이 적절한 혹은 요구되는 의료혜택의 “수준”인지도 언급되어 있지 않다. 더군다나 이 목적조항이 들어있는 부분은 의료법에서 “총강”에 해당하므로 이 장에서 이 법이 지향하는 기본적인 가치나 전문용어에 대한 설명이 기술되어 있어야 한다²⁸⁾. 그러나 이렇게 되어있지 않고 제1조 목적조항 그 이후로는 바로 제2조 [의료인], 제3조 [의료기관] 등 의료행위와 관련된 규정 등이 등장한다. 그리고 이런 흐름은 의료법의 마지막까지 이어진다.

의료법을 분석할 때 의아한 것은 제1조 목적 조항에서는 이 법이 제정 목적이 제1차적으로 국민건강의 보호와 증진이라고 선언하고 있고 그리고 그

27) 왜냐하면 “국민”이라는 단어는 특히 법률에서 사용될 때에는 정부 혹은 국가를 전제로 하는 혹은 국가를 상대로 그 구성원들을 나타낼 때 사용되는 단어임으로 국민의료라는 것은 정부의 혹은 국가의 국민에 대한 의료(행위)라고 이해된다.

28) Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 177; Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West Publishing Co., 1991, at 106.

다음의 목적으로 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받게 한다고 선언하였으면 서도 개별적인 법조항을 축조할 때 이와 관련된 어떤 내용도 법 조항에는 존재하지 않는다는 점이다. 그 밖의 규정들을 더 분석하여 보아도 달라지지 않는다. 개괄적으로 전체 법조항을 분석하여 보면 총칙 부분의 다른 조항에서 의료인과 의료기관이 나와 있고 제2장에서 의료인의 자격과 면허, 의료인의 권리의무, 의료행위의 제한, 그리고 의료인 단체, 제3장에서 의료기관, 제4장 신의료기술평가 그리고 제5장에서 의료광고, 제6장에서 감독, 제7장에서 의료분쟁의 조정, 제8장 보칙 그리고 제9장 벌칙으로 규정되어 있다. 의료법 제1조 목적조항만을 제외하고 나면 모든 조항이 의료인, 의료기관, 의료행위 그리고 의료분쟁해결과 의료법 위반에 대한 제재로 채워져 있다.

이것을 종합하면 의료법 제1조를 제외하고는 그 밖의 조항을 통하여 추론되는 의료법의 제1차적인 제정목적은 의료인과 의료행위를 규율하는 것이다. 이것은 체계적으로나 혹은 분량의 면에서 분명하다. 목적조항에서 주된 목적으로 제시하였던 국민건강의 보호와 증진이나 수준 높은 의료혜택의 제공은 의료인이나 의료행위를 규율하는 규정 뒤로 숨어버렸다.

그 밖의 조항에서 혹은 의료법 전체에서 이 법의 제정 주 목적이 의료행위를 규율하는데 있음이 명백히 드러나는 것은 이 법 제9장에 규정되어 있는 벌칙 규정을 보면 더욱 분명하여 진다. 입법자는 자신들이 가졌던 입법 목적을 달성하기 위하여 법률에 일정한 제재수단을 마련하여 둔다.²⁹⁾ 그러므로 이 제재 대상 행위를 분석하여 보면 입법자의 입법목적은 알 수 있다. 그런데 이 벌칙 조항에서 벌칙과 결부된 행위는 모두 “의료행위” 그 자체나 혹은 그와 관련된 행위이다. 즉 의료법에서 가장 무겁게 처벌하는 내용을 담은 규정이 의료법 제87조인데 여기에 해당되는 행위로 1. 면허를 대여하는 행위, 2. 의료시설 파괴나 손상 혹은 의료행위 방해, 전자처방 누출 혹은 변조 및 훼손행위, 개인정보 탐지, 누출, 변조, 훼손, 무면허 의료행위, 의료기관 개설행위가 명시되어 있다. 그런데 이들은 모두 “의료행위”와 직접 관

29) Vgl. Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 154 ff.

련되어 있다. 이러한 행위를 이 법에서 가장 엄하게 처벌하고자 한다는 것은, 물론 그 밖의 내용도 중요하게 입법자가 염두에 두었다고 하겠지만, 이 법을 제정한 가장 중요한 목적은 “의료행위”를 규율하고자 함에 있었다는 것을 말하는 것이다. 그러므로 이 벌칙 조항에서도 이 의료법을 제정한 주된 목적은 의료행위를 규율하는데 있었다는 사실을 추론할 수 있다.

3. 제정목적 불일치가 초래하는 결과

가. 논리체계의 혼란

하나의 법이 있을 때 그 법이 가진 목적 조항을 통하여 드러난 그 법의 입법목적과 그 밖의 조항들로부터 드러나는 입법목적이 일치하지 않으면 여러 가지 문제가 발생할 수 있다. 먼저 논리체계로서 법에게 요구되는 내용의 일관성에 문제가 발생한다. 특히 법의 목적 조항은 그런 조항을 가진 법이라면 그 조항이 그 법의 맨 앞에 위치하는데 그 조항이 가진 목적과 이에 수반하는 그 밖의 조항이 그와 다른 목적을 가지고 있다면 논리체계에 문제가 발생한다. 이것은 그 목적 조항을 통하여 드러나는 목적이 그 밖의 조항을 통하여 드러나는 목적과 서로 주된 목적과 간접 목적간의 역전 관계라고 하여도 다르지 않다. 왜냐하면 법 조항 사이에 주 목적과 간접 목적 간에 일치하지 않는다면 이것은 이 법을 만들 때 입법자가 입법기술이 없어서 그 목적에 맞는 법 조항을 만들어 내지 못하였다는 점을 보이는 것이거나 아니면 그 목적 조항을 규정할 때 내용을 잘못 형성하였다는 것을 의미하기 때문이다. 모두 잘못된 입법행위이다. 하나의 법을 제정할 때 원래의 목적이 목적 조항을 통하여 나타난 것이라면 그것에 맞게 그 밖의 조항을 형성하여야 한다. 다른 법조항을 통하여 추출되는 목적이 그 법을 제정하려고 하였던 본래의 제정 목적이었다면 목적 조항은 그들 조항이 가진 목적내용과 맞게 다시

기술하여야 한다.³⁰⁾ 적어도 입법과정에서 이런 불일치는 제거되어야 한다.

법 조항을 축조할 때에는 체계적으로 그리고 상호 모순 없이 배열하여야 한다.³¹⁾ 어떤 조항도 상호 의미의 연관 없이 들어 와서는 아니 되고 어떤 용어도 그 법과 관련이 없다면 사용되어서는 안 된다.³²⁾ 그 법률을 더 잘 그리고 완전히 이해할 수 있게 하기 위함이다. 만약 하나의 법 조항 안에서 사용된 용어들이 서로 공존할 수 없는 것이라면 그 조항에서는 어떤 의미도 끌어낼 수 없을 것이다. 그리고 만약 어떤 법 조항에서 사용된 용어들이 그 조항 안에서는 일정한 의미를 충분히 가지고 있다고 하더라도 다른 조항에서 다른 의미로 사용된다면 두 조항을 전체적으로 볼 경우 그 법 안에서 진정하게 의도하였던 것이 무엇인지 혼란을 초래할 것이다. 이러한 결과는 하나의 조항이 포섭하고 있는 대상에 대하여 그 조항에서 내린 법률효과와 다른 조항에서 그 대상에 대하여 다른 내용의 법률효과를 부여할 때에도 발생할 수 있다. 그것이 금지라면 과연 그 법 전체에서 그 금지 대상이 진정 금지되는지 혹은 허용되는지 혼란이 발생할 수 있다.

그러므로 통상의 입법례에서는 그 법의 목적 조항을 통하여 얻어지는 입법목적과 그 밖의 조항을 통하여 드러나는 입법목적이 일치한다. 다른 법이나 법전에서 찾을 수 있는 간단한 법들을 통하여 예를 들어보자. 신원보증법은 전체 7개 조항으로 구성되어 있는데 제1조가 [목적]조항이다. 그리고 국가배상법도 또한 제1조가 [목적]조항이다. 그러므로 이 조항을 통해서 입법자가 이 법을 제정할 때 어떤 의도를 가지고 어떤 내용을 규율하려고 하였는지 알 수 있다. 그래서 이 조항 이후에 어떤 내용을 가진 법 조항들이 등장할지 예측이 가능하다. 그리고 실제로도 그런 예측은 적중한다. 즉 국가

30) See Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 177-178.

31) Vgl. Mertens, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, S. 421.

32) Mertens, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, S. 424; See Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West Publishing Co., 1991, at Chapter 9 A.

배상법은 그 목적이 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임과 배상절차를 규정함”에 있다고 함으로 이어서 바로 제2조에서 [배상책임]이 나오는 것과 같이 배상책임과 절차가 규정되어 있고 신원보증법도 이 법의 목적이 “신원보증 관계를 적절히 규율함”이 목적이므로 그 밖의 조항에서 [정의], [신원보증계약의 존속기간 등], 그리고 [신원보증인의 책임]들로 채워져 있다. 그러므로 이런 법들은 그 전체의 내용을 이해하기가 쉽다. 그 법이 가진 목적을 정확히 알 수 있다.

나. 조항해석의 곤란성

그런데 의료법에서는 이와 반대로 규정되었다. 제1조 목적 조항에서는 이 법의 제정 주 목적이 국민건강의 증진과 보호가 주 목적이라고 하였는데 그 밖의 조항은 “의료행위”를 규율하는 것이 주된 목적인 것처럼 규정되어 있다. 두 조항 간에 입법의 주된 목적이 다르다. 논리적인 법이 아니라는 것을 의미한다. 그러므로 이 법은 이해하기가 힘들다. 어디에 이 법의 주된 목적이 있는지 알 수 없기 때문이다. 그런데 문제는 여기에 그치지 않는다. 이 목적 조항의 내용이 그 밖의 조항과 일치하지 않기 때문에, 특히 목적 조항을 통하여 중요하게 전제하였던 사항과 그 밖의 조항에서 전제하는 중요한 사항이 일치하지 않음으로, 그 법의 개별 조항을 해석할 때 문제가 발생한다. 왜냐하면 개개의 법 조항은 그 조항을 통하여 규율하고자 했던 사회적, 경제적, 정치적 문제³³⁾를 해결하기 위하여 마련된 구체적인 하나의 수단을 의미하기 때문이다. 그러므로 개개의 법 조항은 언제나 그 법의 제정목적과 연결하여 - 특히 제정목적이 목적조항을 통하여 드러나 있을 때에는 더욱 더 - 해석하여야 한다. 이때 그 조항을 해석한다는 것은 그 조항에서 예정하는 행위가 어떤 행위인지 규명하는 것 그리고 그 조항의 적용대상자는 누구

33) Gierke, Otto von, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig, 1889, S. 79 in: Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 87.

인지 또 어떤 법률효과가 부여되는지를 밝히는 것이다.

이러한 방식으로 의료법 제27조 제1항에 규정되어 있는 “의료행위”의 의미를 해석하려고 하였던 시도가 헌법재판소에 의하여 실제로 이루어진 적이 있었다. 이 시도는 2008헌가19 등 병합결정³⁴⁾에서였는데 이 사건에서는 “혈 자리에 자석을 부착하였다가 일정한 시간이 지나면 떼어주는 행위”³⁵⁾나 “일정한 자리에 쑥을 맡아 붙이고 그것을 태워 그 열로 그 부분을 데우는 행위”³⁶⁾가 “의료행위”에 해당하는지가 중요한 쟁점이었다.³⁷⁾ 이 결정에서 헌법재판소는 의료법 제27조 제1항에 규정된 의료행위의 의미를 의료법 제1조의 목적 조항과 그 밖의 조항을 통하여 찾고자 하였다.³⁸⁾ 그리하여 헌법재판소는 의료법 제27조에 규정된 의료행위란 [의료행위에는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학

34) 판례집 22-2상, 37면 이하.

35) 2008헌바108 사건.

36) 2008헌가19 사건.

37) 이 결정의 문제점에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권1호, 2012. 2., 281면 이하 참조.

38) [의료법 제1조는 “이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민 의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2항은 “의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.”고 규정하면서 제1호에 “의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.”, 제2호에 “치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.”, 제3호에 “한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.”고 규정하고 있다. 또한, 같은 법 제12조는 ‘의료행위란 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행’이라고 정의하고 있다. 위와 같은 의료법의 각 규정내용과 입법취지 등을 살펴보면, 무면허 의료행위를 처벌하는 취지는 의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하는 한편, 의료법 제27조에서 의료행위를 의사에게만 독점 허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이다. 따라서 위와 같은 입법취지를 감안할 때, 의료행위에는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다 할 것이다. 판례집 22-2상, 37, 56-57.

상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위³⁹⁾라고 정의했다.⁴⁰⁾

그런데 여기서 문제가 발생한다. 분명히 혈자리에 자석을 부착하였다가 일정한 시간이 지나면 떼어주는 행위나 일정한 자리에 쑥을 말아 붙이고 그것을 태워 그 열로 그 부분을 데우는 행위가 곧바로 의료법 제27조 제1항에서 규정하고 있는 “의료행위”에 해당하는가? 헌법재판소는 이 목적조항과 그 밖의 조항을 통하여 그렇다고 답하였다. 의료법 제1조 목적조항을 통하여 해석하면 의료법이 규율대상으로 삼을 수 있는 행위는 국민건강 보호행위와 국민건강 증진행위이다. 어떤 행위이든 이 요건을 충족하면 의료법 제1조에 따라 의료법에 수용될 수 있다. 물론 여기에도 조건은 있다. 그 행위를 입법자가 “국민의료에 필요한 사항”이라고 판단하여야 한다. 그래서 만약 뜸을 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 이 두 조건을 충족시키면 이 행위는 의료법이 이 행위를 독자적으로 규율할 수 있다. 이렇게 하여도 입법 취지에 어긋나지 않는다.

그런데 의료법 제27조 제1항이 규율하는 행위는 의료행위이다. 이 “의료행위”라는 행위는 의료법에 의하여 만들어진 전문용어이지만 이 용어에 대한 개념정의가 없다. 그래서 억지로 의료법 내용을 가지고 풀어보면 의료행위란 의료법 제2조에 따라 “의사가 임무로 하는 행위”라고 정의된다. 의료법 제2조가 의료인이라는 제목으로 의료인에 의사가 포함된다고 하고 의사는 “의료”를 임무로 한다고 규정하고 있기 때문이다. 그리고 의료법 제27조 제1항이 “의료행위”를 규정하고 있으므로 이 “의료행위”라는 행위종류는 의료법 제1조가 전제하는 두 가지 요건, 즉 국민건강 보호행위나 증진행위일 것과 규율할 필요가 있는 사항일 것의 요건을 충족한다고 전제된다. 그리고 실제로도 의사가 임무로 하는 행위를 “질병을 치료하는 행위”라고 한다면

39) 판례집 22-2상, 37, 57.

40) 이러한 개념정의의 문제점에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권1호, 2012. 2., 299-300면 참조.

의사가 임무로 하는 행위인 의료행위는 이 두 요건을 충족한다. 물론 입법학적으로는, 의료법 제27조와 같이, 개념 정의되지 않은 용어를 사용하여 금지조항을 만들지 않는다.⁴¹⁾ 왜냐하면 하나의 조항을 정의되지 않은 용어를 사용하여 구성한다면 그 조항은 의미를 밝히기가 어렵기 때문이다.⁴²⁾ 입법기술적으로는 금지조항을 개념정의가 필요한 용어로 구성해야만 한다면 별도의 조항에서 그 용어를 설명하여 주어야 한다.⁴³⁾

의료법 제27조 제1항이 의미를 가지는 것은 여기까지이다. 의료법 제27조 제1항에 “의료행위”라는 행위유형이 규정되어 있다는 사실은 “의료행위”가 입법자에 의하여 국민건강 보호행위나 증진행위에 해당되는 행위이고 그리고 규율할 필요가 있는 사항임을 인정받았다는 점을 말하는 것이 전부이다. 의료법 제27조 제1항으로부터 의료행위라는 것이 구체적으로 어떤 모양을 가진 행위인지 알 수 없다. 설사 의료행위를 의료법 제2조를 통하여 “의사가 임무로 하는 행위”라고 하여도 마찬가지이다. 그렇다고 하여도 “의사가 임무로 하는 행위”가 어떤 행위정형, 특성 혹은 외적 형태⁴⁴⁾를 가진 행위인지 이 용어로 알 수 없고 게다가 어디까지가 의사가 “임무”로 하는 행위인지 다시 문제가 제기되기 때문이다. 그래서 의료법 제27조 제1항의 의료행위는 행위구성요건으로 기능하지 못한다.

그러므로 여기에 뚝을 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 속하는지는 다른 문제이다. 이 두 행위유형이 의료법에 의하여 포섭되는 행위가 되려면 이 두 행위유형이 의료법 제1조가 예정하는 조건을 충족할 수 있는지 다시 판단하여 보아야 한다. 뚝을 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 건강을 보

41) See Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 178-179; see Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West Publishing Co., 1991, at 107.

42) Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 178-179.

43) Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West Publishing Co., 1991, at 107.

44) 이재상, *형법총론*, 박영사, 2010, 102면, 109면 참조.

호하거나 증진하는 행위라고 하더라도 현행 의료법은 이 행위를 의료법에 수용하지 않았다. 왜냐하면 의료법 어디에도 뜯 뜯는 행위나 자석을 붙이는 행위가 규정되어있지 않기 때문이다. 이것은 입법자가 이런 행위를 “국민의료에 필요한 사항”으로 보지 않았다는 것을 의미한다.

이렇게 하나의 사실을 두고 두 조항 간에 평가가 달라지는 것은 의료법 제1조와 제27조 제1항이 그 자체로 잘못 구성되었기 때문이기도 하지만 두 법의 입법목적이 다르기 때문이다. 의료법 제1조에 따르면 뜯 뜯는 행위나 자석을 붙이는 행위도 의료법에서 포섭할 수 있다. 다만 의료법이 이 행위를 포섭할 수 있기 위해서는 입법자가 이들 행위들을 (국민의료에 필요한 사항임을 인정하여) 개별 조항으로 의료법에 규정하였어야 한다.

그런데 여기서 이들 행위가 의료법에 규정되어 있다고 하더라도 그것이 의료법 제27조 제1항이 말하는 의료행위이기 때문이 아니다. 이들 행위가 의료법이 규율하고자 하는 행위요건, 즉 “건강을 증진하는 행위”이고 입법자가 이들 행위를 “규율할 필요가 있는 사항”이라고 판단하였기 때문이다. 이런 내용이 의료법에 없는 상황에서 뜯 뜯는 행위나 자석 붙이는 행위를 의료법으로 규율하려고 의료법 제27조 제1항을 무리하게 의미 확장한 것은 의료법의 목적조항과 27조 제1항의 의미를 오해한 것이고 이 두 조항의 상호 연결 관계를 고려하지 않은 것이다.

IV. 의료법이 규율하는 행위와 행위자

1. 의료법이 전제하는 행위

가. 목적 조항을 통한 의료법의 규율행위

입법학의 관점에서 하나의 법률을 평가할 때 가장 많은 무게를 두어야 할

사항이 행위이다. 왜냐하면 법은 행위규범이기 때문이다. 행위규범으로서 법은 그 준수자에게 일정한 방식, 그 법에서 요구하는 방식대로 행위할 것을 요구한다.⁴⁵⁾ 그 법에서 채택한 행위 방식은 그 공동체 구성원들이 공존을 위하여 필요하다고 인정한 방식이다. 그 구체적인 행위방식은 적극적인 행위, (타인의 행위에 대하여) 허용 혹은 용인, 그리고 행위 하지 않는 것이다.⁴⁶⁾ 그것이 정치적인 영역에서 일어나는 것이든 경제적인 영역 혹은 이념적인 영역에서 이루어지는 것이든 마찬가지이다. 이러한 면에서 법은 그 사회가 지향하는 가치체계를 질서화한 것이다.⁴⁷⁾ 그리고 행위 할 것을 요구함으로써 법은 자신의 의사를 관철할 수 있는 일정한 강제수단을 가진다. 그 강제수단은 요청되는 행위에 대하여 그 행위자에게 그것을 행위하지 않았을 때 부담을 가하는 방식이거나 혹은 그 행위를 하였을 때 이익을 주는 방식⁴⁸⁾으로 이루어진다.⁴⁹⁾

다른 한편 법은 행위“규범”이라는 의미에서 법은 행위 그 자체를 규율하기 위하여 탄생하였지만 그 요구는 행위자에게 향한다.⁵⁰⁾ 이런 의미에서 법은 행위자에 향한 요구 혹은 금지라고 할 수 있다. 그러나 일반적으로 하나의 법에서 “행위자” 요소는 “행위”요소보다 중요하지 않다. 왜냐하면 법은 일반성을 가지고 있기 때문에 그 행위자는 불특정 다수인을 전제로 하기 때

45) Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 3; 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009, 5면.

46) Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 3.

47) Vgl. Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 3.

48) Martineau, Robert J., Drafting Legislation And Rules in plain English, West Publishing Company, 1991, P. 65.

49) 강제수단에 관한 더 많은 설명은 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009, 6면 이하 참조.

50) Vgl. Martineau, Robert J., Drafting Legislation And Rules in Plain English, West Publishing Company, 1991, P. 65-66; 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: ,Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009, 5-6면 참조.

문이다. 그렇기 때문에 만약 하나의 법이 특정된 집단에 속하는 사람의 행위를 규율할 목적으로 제정되었다면 그 적용대상자를 그 법에서 특정하여 주어야 한다. 이렇게 하지 않는다면 그 법을 제정하였던 입법자의 의도, 그 법을 통하여 특정된 영역의 적용대상자를 한정하여 규율하고자 하였던 의도는 실현될 수 없다. 이렇게 되면 결과적으로 그 법은 그 법을 제정할 때 예정하지 않았던 영역의 사람들에게도 적용될 위험이 있다. 그러므로 법에서 특별히 필요가 있는 경우가 아니면 행위자를 언급하지 않는다. 예컨대 형법 제250조, “사람을 살해한 자”가 그 예이다. 이 조항은 행위자를 개방하여 두고 행위만을 언명함으로써 그런 행위를 한 사람이라면 “누구라도” 포섭하도록 규정되어 있다.

그렇다면 의료법이 규율하고자 하는 행위는 무엇인가? 일단 의료법의 제정 목적을 담고 있는 의료법 제1조를 분석하여 행위 형식으로 분석하여 보면 전체 문장으로부터 의료법이 주로 규율하고자 하는 행위는 국민의 건강을 보호하는 행위 그리고 건강을 증진시키는 행위 혹은 국민건강의 보호와 증진과 관련된 행위이다. 의료법의 제정 주 목적이 “국민건강의 보호와 증진”이기 때문이다. 그리고 이 목적 조항에서 국민의료에 필요한 사항은 이 목적을 달성하기 위한 수단적인, 보조적인 의미를 가진다. 여기에 소위 “의료행위”가 포함될 수 있다. 또 다른 행위 예컨대 뜸 뜨는 행위나 자석을 붙이는 행위가 국민의료에 필요한 행위라면 그것도 의료법 규정으로 입법하면 국민건강의 보호와 증진을 위한 수단적인 행위로 독립적인 행위로 인정되게 된다.

나. 그 밖의 조항이 규율하는 행위유형

그러면 그 밖의 규정에서 국민의료에 필요한 행위가 어떤 행위인지 살펴보자. 그리고 의료법 제1장은 총칙임으로 만약 국민의료에 필요한 사항 가운데 행위요소가 정의되어야 한다면 이 부분에 들어와 있어야 한다⁵¹⁾. 그리고 의료법 제2조는 [의료인]이라는 제목으로 면허를 받은 의료인의 종류를

말하고 그리고 그들의 임무를 규정한다. 그리고 그 임무는 각 영역에 따라 “의료”와 보건지도, 보건과 양호지도 그리고 간호, 진료보조 및 보건활동이다. 총칙의 그 밖의 조항은 의료기관 등을 기술하고 거기서 그친다. 국민건강의 보호행위나 증진행위가 어떤 행위인지 혹은 국민의료에 필요한 사항(행위)이 어떤 사항이나 행위인지 총칙에서는 규정되어 있지 않다. 다만 제2조[의료인]를 통하여 억지로 의사는 “의료”를 임무로 하는 사람이라는 것만 분명히 드러난다.

의료법의 다른 조항에서 행위가 제시된 조항들을 찾아보면 예컨대 의료법 제15조 “진료”행위, 제17조의 “진찰”, “검안”행위, 제18조의 “처방전 작성”행위, 제24조의 “요양방법 지도” 행위가 규정되어 있다. 이들 각각의 행위는 의료법의 각 조항에 규정됨으로써 그 행위는 입법자에 의하여 국민건강을 보호하거나 증진시키는 행위의 요건과 규율할 필요성이 있는 행위유형임이 선언되었다. 그리고 각각의 행위는 어느 정도 하나의 구체적인 행위유형으로 정형화할 수 있는 행위이다.

그런데 의료법에서 행위를 말할 때 문제가 발생하는 것은 이들 조항에서 아니다. 당연히 이들 조항은 행위유형이 구체적임으로 문제의 여지가 적다. 의료법에서 문제가 발생하는 것은 의료법에서 행위에 관한 일반조항으로 역할을 하는 의료법 제27조 제1항이다. 의료법 제27조 제1항은 [의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다]고 규정한다. 그러므로 이 조항의 규율형식만 보면 “의료행위”라는 하나의 정형적인 행위유형이 존재한다는 것을 전제로 규정되어 있다. 그러므로 만약 의료행위라는 것이 의료행위가 아닌 다른 행위와 “행위정형”, “행위의 외적 형태”를 통하여 구별되는 행위라면 이 행위는 금지규범의 구성요건으로서 충분히 기능할 수 있다. 그러나 27조 제1항에 규

51) 다른 법을 통하여 이것을 입증하여 보면 예컨대 유사한 법계인 약사법은 총칙에 속하는 제2조 제11호에서 약사의 주된 행위로 규정하고 있는 “조제”를 설명하고 있고 외국환거래법에서도 총칙에 편제되어 있는 제3조 정의 조항에서 이 법에 의하여 만들어진 새로운 법률용어들을 설명하고 있다.

정되어 있는 “의료행위”라는 것은 이런 역할을 할 수가 없다.

다. 구성요건 행위로서 의료행위

의료법 제27조 제1항은 다음과 같은 조건 중 어느 하나를 충족할 때 의료행위는 하나의 구성요건으로 기능할 수 있다. 먼저 “의료행위”라는 것이 그 “본래의 의미”⁵²⁾로 다른 행위와 구별되는 하나의 행위유형을 말하는 경우이다. 이런 조건이 충족된다면 의료법 제27조 제1항은 명확한 행위요건을 갖춘 조항으로 평가될 것이다. 이것이 아니라면 다른 경우로는 이 조항에서 말하는 “의료행위”가 어떤 행위를 말하는지 하나의 정의 조항을 갖추어 여기서 이 의료행위의 행위형태와 범위를 한정할 수 있는 방법을 제시하는 것이다. 그렇게 한다면 설사 의료행위가 본래의 의미로는 어떤 행위인지 알 수 없는 경우라고 하더라도 정의 조항을 통하여 금지규범의 구성요건으로 기능할 수 있을 것이다.

그런데 의료법 제27조 제1항의 “의료행위”는 이 두 요건 중 어느 것도 충족할 수 없다. 먼저 의료행위는 본래의 의미로 다른 행위와 구별되는 하나의 행위유형이 아니다. 의료법을 통하여도 이것을 밝힐 수 있다. “의료”라는 단어는 의료법 제2조에서 의료인을 설명하면서 사용된다. 여기서 “의료”라는 것은 제1호에서 [의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다]는 의료인의 설명과정에서 등장한다. 그러므로 이 조항을 통해서 “의료인”은 알 수 있을지 몰라도 행위로서 “의료”행위는 알 수 없다. 이 조항을 거꾸로 해석하여 “의사가 임무로 하는 행위”가 “의료행위”라고 한다고 하더라도 거기에서는 아무런 행위정형, 행위의 외적 형태를 찾아낼 수 없다. 임무의 범위에 따라 여기에는 여러 유형의 행위가 포함될 수 있기 때문이다. 이런 행위라면 그것은 행위구성요건으로 기능할 수 없다. 또 의료법에는 어디에도 “의료행위”

52) Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, at 178.

에 관한 개념 정의규정이 없다. 그러므로 의료법 제27조 제1항에 기술된 “의료행위”는 금지규범의 구성요건적 행위로 아무런 기능을 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 의료법 제27조 제1항의 의료행위를 [반드시 질병이 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]⁵³⁾라고 정의한 것은 하나의 정의조항을 만들어낸 것이다. 의료법의 경우와 같이 그 법에 정의규정이 존재하지 않는 경우 그 흠결을 메우기 위하여 헌법재판소가 입법자의 역할을 대신하는 것은 헌법재판소법 제4조에 따라 당시에 “존재하는 법”을 전제로 그것을 해석하고 적용하는 것을 임무로 하는 헌법재판소에 허용되지 아니한다. 아예 존재하지 않는 것을 존재하는 것으로 보고 그것을 근거로 해석하고 적용하는 것은 헌법재판소가 일종의 입법행위를 한 것을 의미한다.⁵⁴⁾ 그러므로

53) 판례집 23-2상, 37, 57.

54) 같은 취지에 관해서는 김경제, 신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554, 566 병합)의 헌법적 문제점, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6., 288-289면 참조; 김경제, 신행정수도후속대책법에대한 각하결정(2005헌마579, 763병합)의 헌법적 문제점, 헌법학연구 16집 1호, 2006. 3., 588-590면 참조. 같은 취지로 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원, 결정문 4. 다. (2) (나), (다) 참조. [형벌조항의 경우 헌법상 규정된 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항)에 의해 입법목적이나 입법자의 의도를 감안한 유추해석이 일체 금지되고 법률조항의 문언의 의미를 엄격하게 해석할 것이 요구된다. 또한 국민의 재산권과 밀접한 관련을 갖고 있는 조세법의 해석에 있어서도 조세법률주의의 원칙상(헌법 제59조) 과세요건, 절차, 결과 등 모든 면에서 엄격하게 법문언대로 해석하여야 하고 합리적인 이유 없이 확장해석하거나 유추해석할 수는 없다. 그러므로 형벌조항이나 조세관련 법규를 해석함에 있어서, ‘유효한’ 법률조항의 불명확한 의미를 논리적·체계적 해석을 통해 합리적으로 보충하는 데에서 더 나아가, 해석을 통하여 전혀 새로운 법률상의 근거를 만들어 내거나, 기존에는 존재하였으나 실효되어 더 이상 존재한다고 볼 수 없는 법률조항을 여전히 ‘유효한’ 것으로 해석한다면, 이는 법률해석의 한계를 벗어나는 것으로서, ‘법률의 부존재’로 말미암아 형벌의 부과나 과세의 근거가 될 수 없는 것을 법률해석을 통하여 이를 창설해 내는 일종의 ‘입법행위’에 해당하므로 헌법상의 권력분립원칙에 반할 뿐만 아니라 죄형법정주의, 조세법률주의의 원칙에도 반하는 것이다. 또한 헌법정신에 맞도록 법률의 내용을 해석·보충하거나 정정하는 ‘헌법합치적 법률해석’ 역시 ‘유효한’ 법률조항의 의미나 문구를 대상으로 하는 것이지, 이를 넘어 이미 실효된 법률조항을 대상으로 하여 헌법합치

이렇게 한다면 헌법재판소는 권력분립원칙에 위반하는 것이다.⁵⁵⁾

헌법재판소가 이렇게 “의료행위”가 무엇인지 정의할 수 있기 위해서는 일단 의료행위라는 행위가 형태가 정해진 행위유형으로 정의조항을 통하여 규정되어 있어야 한다. 예컨대 약사법을 통하여 이것을 입증하여 보면, 약사법은 약사와 관련된 사항을 규율하기 위하여 제정되었다. 그리고 약사 가운데 “조제”행위가 있음을 제2조 정의조항 제1호⁵⁶⁾에서 언급하고 있고 그리고 이 “조제”행위를 구체적으로 개념정의하기 위해서 제2조 정의조항 제11호를 별도로 둔다. 이 조항에 따르면 “조제”란 일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품에 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것(행위)을 말한다. 이렇게 입법이 된 경우에 현실에서 실제로 발생한, 예컨대 질병을 치료하기 위한 목적으로 “음식물을 배합하는 행위”가 약사에 해당하는지 판단하여야만 하는 경우 이때 약사법 제2조 11호 “조제”의 의미를 밝히는 것이 필요하다. 그리고 이것이 법원이나 헌법재판소가 해야 하는 법률의 해석이다. 그런데 의료법에는 어디에도 “의료”행위가 어떤 행위인지 규정되어 있지 않다. 더욱더 의료행위는 그 본래의 의미로 하나의 행위유형을 갖춘 행위도 아니다. 그러므로 의료법 제27조 제1항은 금지규범으로 기능할 수 없다. 이 규정이 기능하기 위해서는 “의료행위”에 대한 정의 조항이 반드시 규정되어야 한다.

적인 법률해석을 할 수는 없는 것이어서, 유효하지 않은 법률조항을 유효한 것으로 해석하는 결과에 이르는 것은 ‘헌법합치적 법률해석’을 이유로도 정당화될 수 없다 할 것이다.]

55) 김경제, 신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554, 566 병합)의 헌법적 문제점, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6., 288-289면 참조; 김경제, 신행정수도후속대책법에대한 각하결정(2005헌마579, 763 병합)의 헌법적 문제점, 헌법학연구 16집 1호, 2006. 3., 588-590면 참조. 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합) 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원, 결정문 4. 다. (2) (나), (다) 참조.

56) 약사법 제2조 1. “약사(약사)”란 의약품·의약외품의 제조·조제·감정(감정)·보관·수입·판매[수여(수여)를 포함한다. 이하 같다]와 그 밖의 약학 기술에 관련된 사항을 말한다.

2. 의료법이 규율하는 행위자

가. 의료인

의료법은 그 법에서 규율하고자 하는 행위자를 비교적 정확히 기술하고 있다. 그래서 의교법 제2조에 의료인, 제3조에 의료기관, 병원등과 종합병원 등을 규정한다. 그리고 의료인이 되는 방법을 제2장에서 규정하고 그 방법으로 일정한 면허취득방법을 제시하고 있다. 이에 따르면 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 취득하고 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다. 즉 의사면허를 받기 위해서는 1. 「고등교육법」 제11조의2에 따른 인정기관(이하 “평가인증기구”라 한다)의 인증(이하 “평가인증기구의 인증”이라 한다)을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받거나 2. 평가인증기구의 인증을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받거나 혹은 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비시험에 합격하고 관련 국가시험에 합격하고 보건복지부장관으로부터 면허를 받아야 한다.

그러나 현행 의료법에 따를 때 이런 요건을 갖추지 않은 사람들도 의료법에 의하여 규율되는 사람들이 있다. 이들은 소위 한지 의료인, 간호조무사, 의료유사업자, 그리고 안마사이다. 이 가운데 한지 의료인과 의료유사업자는 이 법이 시행되기 전에 한지 의료인으로 면허를 받은 사람 혹은 접골사, 침사, 구사자격을 받은 사람을 말한다. 이들은 이 법 이후 새로이 자격을 취득하는 방법이 없게 됨으로 일종의 경과조치의 일환으로 현행법에서 이러한 방식으로 규율하고 있다.

나. 일반인

그런데 의료인들은 어떤 행위를 하는가? 위에서도 말하였지만 의료법은 규율대상 “행위자”만 규정되어 있고 그들의 “행위”가 규정되어 있지 않아서 의문이 제기된다. 이 법의 이름이 의료법이고 그러므로 법의 명칭에서 이 법이 “의료행위”를 규율할 것이라고 상상은 간다. 그리고 의료법의 전체 조항, 특히 의료법 제2조와 27조에 따르더라도 이들이 하는 행위가 의료행위일 것이라고 추측은 된다. 그렇게 추측된다고 하더라도 다시 의문이 든다. 이들이 한다는 의료행위는 과연 어떤 행위인가? 인간이 하는 여러 행위 가운데 어떤 행위정형⁵⁷⁾을 가진 행위를 이 법에서 말하는 의료행위라고 하는가?

도구를 사용하여 신체의 특정 부분을 가르는 행위 혹은 신체의 일부를 떼어내는 행위를 말하는 것이라면 이런 행위는 형법이 포섭하는 행위, 특히 상해행위일 수 있는데 같은 행위라도 어떤 요소가 있으면 의료행위라고 평가되어 의료법의 적용을 받게 되는가? 왜 자석을 특정한 부분에 붙였다가 일정한 시간이 지난 후 떼는 행위가 의료행위가 된다고 하는데 이런 행위에 의료행위라고 특성지우는 어떤 요소가 있어서 그러한 평가를 받는가? 아니면 썩을 가지고 일정한 부분에 열을 가하는 행위가 의료행위라고 하는데 같은 열을 만약 돌과 같이 열을 지속할 수 있는 다른 도구를 가지고 행위하면 “의료행위”라고 평가될 것인가? 여기에서 그치는 것이 아니라 의료법이 포섭하는 안마사는 안마하는 사람인데 안마라 함은 “손으로 몸을 두드리거나 주무르는 행위”⁵⁸⁾를 말하는데 왜 이런 행위는 의료법이 포섭하는가? 만약 그렇다면 밥을 지어주는 행위나 피로를 회복시키기 위하여 잠자리를 제공하는 행위는 의료법이 포섭하는 행위인가? 그래서 이들도 의료인으로 필요한 자격을 갖추어야 하는가 의문이 제기된다.

이런 의문을 더 발전시켜 본다면 의료법이 “의료인”만을 규정하고 의료행위는 규정하지 않으면서도 의료법 제27조 제1항에서 “무면허의료행위”를 일

57) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 109면 참조.

58) 민중국어사전 참조.

반적으로 금지하고 있기 때문에 의료법은 일반인에도 적용될 수 있다. 그런데 이들 일반인들은 “의료행위”가 어떤 행위인지 알 수 없다. 왜냐하면 의료행위는 현행 의료법의 규정방식에 따르면 의료인이 임의로 하는 행위임으로 의료인이 아니면 그 임무인 행위를 알 수 없고 또 의료법에는 “의료행위”에 대한 정의 규정도 없기 때문이다. 그래서 “의료행위”의 내용이 명확하게 밝혀지지 않는다면 의료법은 이 법을 적용하는 사람, 국가의 의도에 따라 어느 행위라도 의료행위로 보고 면허여부에 따라 그를 벌할 수 있는 법이 될 수 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 더군다나 의료법이 제1조에서 법조문에서 나오는 입법의 주된 목적은 국민건강의 보호와 증진(행위)인데 여기에는 거의 모든 인간 행위가 속할 수 있다. 게다가 의료행위를 무면허로 한 경우 그 처벌은 일률적으로 의료법 제87조 제1항 제2호에 따라 5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금에 처해진다. 이 형량은 매우 중한 형량이다. 그러므로 의료법 제27조 제1항은 적용대상자가 일반인일 수 있음으로 일반인의 의식 수준에 맞추어 법 내용, 특히 “의료행위”의 의미를 충분히 이해될 수 있도록 더 많은 명확성이 요구된다.⁶⁰⁾

V. 제재규정과 명확성의 원칙

1. 제재의 종류

의료법도 행위규범으로서 의료법의 수범자에게 그 법에서 예정하고 있는 방식대로 행동할 것을 요구한다. 그리고 이러한 요구를 관철하기 위하여 의료법은 여러 가지 방법을 동원한다. 물론 법의 수범자가 그 법을 지키는 것은 그 법을 위반하였을 때 부과될 제재를 두려워하기 때문만은 아니다. 오

59) Vgl. Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, S. 385.

60) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권1호, 2012. 2., 참조.

히려 대다수 수범자는 그 법을, 그 법이 가진 내용에 동의하기 때문에 그 법을 지킨다.⁶¹⁾ 그러므로 법을 만들 때에는 그 법의 실효성을 높이기 위하여 국민들이 일반적으로 받아 들 수 있는 내용을 입법하는 것이 중요하다.

이런 철학적인 논의는 제처 두고 현행 의료법은 자신의 목적을 달성하기 위하여 행정제재와 형사제재의 방법을 사용한다. 행정제재는 먼저 행정기관, 보건복지부장관 또는 시·도지사 혹은 시장·군수·구청장에 의하여 내려지는데 이들은 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 하거나(의료법 제59조) 혹은 의료기관이나 의료인에게 필요한 사항을 보고하게 명하거나 관계 공무원을 시켜 의료기록부 등 관계 서류를 검사하게 할 수 있다(의료법 제61조). 또한 시정명령(의료법 제63조), 개설허가 취소(의료법 제64조), 자격정지(의료법 제66조) 그리고 과징금 처분(의료법 제67조)도 해당 요건이 충족되면 내려진다. 또한 과태료처분도 있다. 예컨대 신고를 하지 않고 진단용 방사선 발생장치를 설치·운영한 경우나 진단용 방사선 발생장치를 운영하면서 안전관리책임자를 선임하지 아니하거나 정기검사와 측정 또는 피폭관리를 실시하지 않은 경우 혹은 선택진료에 관한 정보를 제공하지 않은 경우 등에는 300만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다.

의료법이 가지고 있는 형사제재는 형벌, 벌금, 몰수·가액추징으로 구성된다. 이 가운데서 가장 중한 형벌이 예정되어 있는 것은 의료법 제87조 제1항의 경우로 (의사)면허증을 대여하는 행위, 의료시설 및 기물 등을 파괴·손상하거나 의료기관을 점거하여 진료를 방해하거나 이를 교사하거나 방조하는 행위, 전자처방전에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하는 행위, 전자의무기록에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하는 행위, 무면허 의료행위, 의료기관 개설요건에 위반하여 의료

61) 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역본: Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 51면 이하 참조.

기관을 개설하는 행위 그리고 면허 수를 위반하여 의원을 개설하는 행위를 한 자는 각각 5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 몰수형이 규정되어 있는 경우로는 의료법 제88조의2로 의료법 제23조의2에 위반하여 의료인, 의료기관 개설자 및 의료기관 종사자가 의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금품 등 경제적 이익을 받은 경우 혹은 의료기 제조업자, 수입업자, 판매업자 또는 임대업자로부터 의료기기 채택·사용유도 등 판매촉진을 목적으로 경제적 이익을 받은 경우 2년 이하의 징역이나 3000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 이 경우 취득한 경제적 이익 등은 몰수하고, 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징하도록 규정되어 있다.

2. 제재규정의 명확성

가. 제재규정 형성원칙

입법목적은 달성하기 위하여 가해지는 제재·부정적인 영향력은 그 양에 있어서 달성하고자 하는 목적에 합당하여야 한다. 즉 법에 규정되어 있는 제재수단들은 그 자체로 목적이 있는 것이 아니라 그 법이 담고 있는 내용을 실현하기 위하여 마련되어 있는 것이다.⁶²⁾ 그러므로 하나의 법이 담고 있는 제재는 그것을 통하여 그 법이 지향하는 목적을 달성할 수 있는 속성을 가지고 있어야 하고 그리고 그 제재의 양도 제재 대상이 된 행위가 그 목적에 대하여 가지는 성질에 따라 다르게 규율되어야 한다. 물론 형벌의 종류는 그 나라의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황이나 국민 일반의 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으

62) Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006, S. 161; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바401, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항 등 위헌소원, 결정문 1. 3. (가) 참조; 판례집 11-1, 622, 629.

로 고려하여 입법자가 결정한다. 그러나 이 때에도 형량은 형벌체계상의 균형을 잃어서는 아니 되고 또한 필요한 정도를 일탈해서도 안 된다.⁶³⁾ 따라서 어떤 행위에 대한 형량이 죄질과 보호법익이 유사한 다른 범죄에 대한 형벌과 비교할 때 현저히 형벌 체계상 정당성과 균형을 잃은 경우 그 형량은 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하여 이러한 형벌을 규정하고 있는 법은 위헌이라 판단 받게 된다.⁶⁴⁾

의료법을 제정하였던 입법자는 의료법이 지향하는 목적을 달성하기 위하여, 즉 국민건강의 보호와 증진이라는 목적을 달성하기 위하여 행정제재의 방법과 형벌의 두 가지 방법을 채택하였다. 행정제재로서는 앞에서 본 바와 같이 지도와 명령, 보고명령과 서류검사, 시정명령, 개설허가 취소, 자격정지 그리고 과징금·과태료처분이라는 종류를 선택하였다. 물론 개개의 처분이 각각의 행위유형에 합당하게 선택되었는지 그리고 처분을 통하여 입법목적 을 충분히 달성할 수 있는지는 구체적으로 검토하여 보아야 하겠지만 적어도 이 부분에서는 제재와 관련된 “행위유형” 혹은 “처분요건”이 각각의 의료법 조항을 통하여 분명히 드러난다는 점에서 문제의 소지는 형사제재 부분보다는 적다. 예컨대 의료인에게 가장 부정적인 영향을 끼칠 면허취소의 경우를 보면, 의료법 제67조는 의료인에게 결격사유가 있는 경우 혹은 자격정지처분 중 의료행위를 한 경우나 3회 이상 자격정지처분을 받은 경우에 면허취소처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 적어도 이 경우 위반행위의 존재여부 혹은 사유의 존재여부는 명백하다. 자격정지를 규정하고 있는 의료법 제66조 제1항 제1호도 그 요건은 “의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때”라고 표현되어 있지만 이것도 의료법시행령 제32조 제1항⁶⁵⁾에

63) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바401, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항 등 위헌소원, 결정문 1. 3. (가) 참조.

64) 판례집 23-2하, 159, 169; 22-2하, 368, 382; 21-1상, 137, 147; 7-2, 597.

65) 의료법시행령 제32조 제1항 (의료인의 품위 손상 행위의 범위)

① 법 제66조 제2항에 따른 의료인의 품위 손상 행위의 범위는 다음 각 호와 같다.

서 비교적 상세히 행위의 범위를 한정하고 있다.

나. 의료법 제87조 제1항 및 제27조 제1항의 문제점

의료법에 규정되어 있는 형사제재의 경우에도 대개는 그 대상행위를 개별화할 수 있지만 그러나 의료법 제87조 제1항에서 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 예정되어 있는 의료법 제27조 제1항⁶⁶⁾ 위반의 경우에는 문제가 발생한다. 이 조항은 행위규정이 [의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다]라고 규정되어 있으므로 이 조항에서 예정된 처벌상황은 면허 없는 사람이 “의료행위”를 한 경우와 의사라도 면허된 것 이외의 부문에서 “의료행위”를 한 경우이다. 그러므로 이 조항을 위반하는 결과가 되려면 먼저 “의료행위”라는 것이 존재한다는 것을 전제로 의료인이 아닌 자가 그 행위를 한 경우나 혹은 면허 있는 의료인이라고 하더라도 그 이외의 부문에서 “의료행위”를 하여야 한다. 여기서 의료인은 이 법 제2조와 제5조에 따라 명확히 특정할 수 있다. 그리고 면허된 부문도 의사라면 면허된 부분과 그렇지 않은 부분을 알아낼 수 있다. 그러므로 이 조항에서 문제가 발생할 수 있는 영역은 “의료인”이나 “면허된 것 이외의 부문”이 아니다. 이 조항에서 문제

-
1. 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산 업무와 간호 업무를 포함한다. 이하 같다)
 2. 비도덕적 진료행위
 3. 거짓 또는 과대 광고행위
 4. 불필요한 검사·투약(투약)·수술 등 지나친 진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위
 5. 전공의(전공의)의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위
 6. 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 영리를 목적으로 자신이 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위
 7. 자신이 처방전을 발급하여 준 환자를 영리를 목적으로 특정 약국에 유치하기 위하여 약국개설자나 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위]
- 66) 의료법 제27조 제1항 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

가 발생하는 영역은 이 조항이 일반인에게도 적용되므로 일반인에게 금지되는 “의료행위”가 어떤 행위인가 하는 데에서 발생한다.

그러나 의료행위는, 앞에서 여러 번 이야기 하였지만, 그것이 어떤 행위인지 의료법에 규정되어 있지 않다. 특히 의료법 제27조 제1항은 의료법 제87조와의 관계에서 형벌조항으로서 특성을 가진다. 왜냐하면 이 조항은 어떤 행위를 하면 그 행위에 어떤 형벌이 국가에 의하여 주어지는지 규정하고 있는 조항이기 때문이다. 그렇기 때문에 이 조항은 형사법에서 요구되는 죄형법정주의 원칙, 그 중에서도 엄격한 명확성의 원칙이 적용된다. 명확성의 원칙이란 형사관계 법률을 형성할 때 그 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대하여 어떤 형벌이 주어질 것인가를 누구나 예견할 수 있을 정도로 명확하게 입법하라는 요청이다⁶⁷⁾. 처벌 되는 행위가 어떤 행위인지 법을 통하여 사전에 분명히 알 수 있음으로 그 법의 적용대상자들은 자신의 행위를 조정하여 그 법에 위반되는 행위를 하지 않을 수 있다. 이렇게 자신의 행위를 결정함으로써 거기에 주어지는 형벌을 피할 수 있고 그리고 또 자신의 행위에 주어지는 형벌을 정확히 알 수 있음으로 설사 그 행위를 하였다고 하더라도 자기가 받게 될 형벌을 미리 알 수 있다.

하나의 법이 명확성이 요건을 충족하는지 판단할 때 기준이 되는 인식능력을 그 법의 적용대상자이다.⁶⁸⁾ 그래서 그 법이 만약 일반국민을 적용대상자로 예정한 경우에는 일반국민의 지적 수준에서 그 법의 내용, 행위내용과 형벌내용을 명확히 알 수 있도록 일반 국민이 친숙한 단어와 문장을 사용하여야 하며 전문용어는 가능한 한 피해야 한다.⁶⁹⁾ 그러나 만약 어떤 단어로도 입법목적이나 자신들이 규율하고자 하는 행위유형을 충분한 정확하게 표

67) 판례집 5-1, 29, 47; 9-1, 219, 232.

68) BVerfGE 92, 1, 12; 86, 288, 311; 79, 106, 120. Vogel, Joachim, *Juristische Methodik*, Berlin, 1998, S. 117; Schneider, Hans, *Gesetzgebung*, 3. Aufl., Heidelberg, 2002, Rn. 454; Schwacke, Peter, *Juristische Methodik*, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, S. 36.

69) 이에 관해서는 김경제, *의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙*, 공법학연구 제13권 제1호, 293면 참조; Mertens, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen, 2004, S. 389 f.

현할 수 없고 그리고 만약 어떤 전문용어를 사용하여 더 정확하게 표현할 수 있다면⁷⁰⁾ 명확성을 확보하기 위하여 불가피하게 전문용어를 사용하여야 하는데 이런 경우라면 그 용어는 그 법 안에서 개념 정의되어야한다.⁷¹⁾ 그리고 전문용어를 개념 정의할 때에는 또 다른 설명이 요구되는 전문용어를 사용하지 말아야 한다. 이렇게 되면 전문용어를 가진 법조항을 해석하기 위하여 또 다른 개념정의 조항을 필요로 하게 된다.⁷²⁾

의료법 제27조 제1항과의 관계에서 의료법 제87조 제1항이 담고 있는 제재수단은 특히 2호와의 관계에서 명백하다. 즉 의료법 제27조 제1항 위반행위가 발생하면 누구라도 알 수 있을 정도로 “5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금”형에 처한다고 규정되어있다. 그러므로 제재수단만을 보면 여기까지는 명확성의 원칙을 충족한다. 그러나 이것을 행위와 연결시켜 보면 문제가 발생한다. 왜냐하면 제재의 근거가 되는 “의료행위”가 명확하게 “의료행위”가 아닌 행위와 구별될 수 없기 때문이다. 그래서 어떤 행위에 대하여 5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금이 처해질 것인지 알 수 없다. 여기까지 오게 되면 의료법 제87조 제1항 제2호 및 제27조 제1항은 형벌법규에게 요구되는 명확성의 원칙을 충족할 수 없다.

3. 개념규정의 제정 필요

입법학적인 관점에서 보면 “의료행위”는 의료법에 그 개념이 정의되어 있어야 한다. 법을 구성하는 용어는 가능한 한 일상 용어, 일반인들이 사용하는 용어를 사용하여야 하는데⁷³⁾ 의료행위는 일상용어가 아니기 때문이다.

70) Davies, Jack, Legislative Law And Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, P. 178.

71) Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004, S. 390.

72) Davies, Jack, Legislative Law And Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986, P. 179.

73) Martineau, Robert J, Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991, P. 90.

일반인들은 이런 용어를 사용하지 않는다. 일반인들은 만약 의료법이 예정하고 있는 행위를 말할 때에는 “치료”한다고 한다. 치료한다는 행위는 “병이나 상처를 다스려 낫게 한다”⁷⁴⁾는 행위이다. 이것이 아니라고 하더라도 적어도 의료행위는 “의료법”에 의하여 만들어진 용어이다. 이것이 의료법에 의하여 만들어졌음은 의료법 제2조를 통하여 알 수 있다. 이 조항에서는 의료인을 정의하면서 “의료인”이라 함은 “의사” 등을 말하고 의사란 “의료와 보건지도를 임무로 한다”고 규정하고 있다.

그런데 입법자가 이렇게 의료인의 의미를 별도의 조항으로 풀어 쓴 것은 이 법에서 사용하는 용어인 “의료인”이라는 용어가 일반인들이 사용하지 않는 용어라 그것을 설명할 필요가 있었거나 아니면 일반인들이 그것을 사용한다고 하더라도 이 법 조항에서 그 의미나 내용을 그것과 다르게 사용하기 위하여 이것을 설명할 필요가 있었기 때문이다. 어쨌든 두 경우 다 “의료인”이 전문용어라는 사실을 전제로 한 것이다. 그렇게 하면서 계속하여 제2항 제1호에 예컨대 의사는 “의료”와 보건지도를 임무로 한다고 정의한다. 그런데 여기서 의료는 “의사”로부터 당연히 예정되고 이해되는 용어가 아니다. 의료(행위)를 의사가 할 수 있는 행위 대상을 말한다고 하더라도 의사가 하는 모든 행위가 의료행위인 것은 아니다. 의사로부터 의료의 내용이 특정된 행위 유형으로 구체화되지 않는다. 더군다나 “의료”는 일상용어가 아니다. 아니 거꾸로 “의료”는 의료법 제2조 제2항 제1호에 의하여 만들어진 하나의 전문용어이다. 그러므로 이 “의료”행위는 의료법에서 개념정의가 이루어져야 한다.

4. 면책조항에 대한 입법 요청

가. 의료행위의 불명확성

의료행위의 의미를 명확하게 확정할 수 없고 의료행위에 대한 정의조항

74) 민중국어사전 참조.

이 존재하지 않음으로 의료법 제87조 제1항에 의하여 “5년 이하의 징역이나 2000만 원 이하의 벌금”형에 처해질 의료법 제27조 제1항은 위헌을 면하지 못할 것이다. 이러한 결론은 헌법재판소가 “의료행위”라는 행위를 의료법 전체를 통하여 [반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]⁷⁵⁾라고 정의하였다고 하여도 달라지지 않는다. 이러한 해석은 처음부터 가능하지 않을 것일 뿐만 아니라 설사 하나의 행위를 전체 법조항 안에서 그 의미를 찾는다는 것이 법 이론적으로 가능하다고 하더라도 적어도 헌법재판소가 의료법 제27조 제1항의 의료행위를 정의한 이 내용 자체는 행위구성요건을 설명한 것으로는 무가치하다. 왜냐하면 헌법재판소가 행한 개념 정의를 통하여 “의료행위”의 의미가 분명하여 진 것이 아니라 더 혼란스럽고 애매하여졌기 때문이다.⁷⁶⁾ 이 정의 내용에 기초하여 의료행위와 의료행위가 아닌 행위를 구별해 낼 수 있는가?

이 정의문장의 [반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계 없는 것이라도 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위]라는 부분을 풀어보면 의료행위란 결국 “보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위”를 의미하게 된다. 왜냐하면 “반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고,”라는 부분에서 의료행위는 질병의 예방과 치료에 관한 행위에 “반드시” 그리고 “한정되지 않음”으로 “인간의 모든 행위”를 의미할 수 있게 되어 결국 이 부분은 이야기하지 않은 것과 같게 되기 때문이다. 그래서 이 전체 문장에서 의미 있는 것은 그 정의문장 뒷부분 “보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위”만 남게 된다. 그런데 여기서 “의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면

75) 판례집 22-2상, 37, 57.

76) 이에 관해서는 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법연구 13권 1호, 299-300면 참조.

..... 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위”라는 부분은 형법구성요건에 대한 설명으로 아무런 의미가 없다. 왜냐하면 형법에서 구성요건은 처벌의 대상이 되는 행위의 외적 형태⁷⁷⁾를 말하는 것인데 이 부분에서는 하나의 행위에 대한 “형태”를 말한 것이 아니라 어떤 행위에 대한 “평가”를 말한 것이기 때문이다. 형태와 평가는 다르다. 형태는 그 행위의 모양이나 방식을 말하는 것인데 평가는 이미 이루어진 행위가 어떤 의미를 가지는가를 말하는 것이다. 이 문구에서 사용된 기술방식이 전형적으로 여기에 해당한다. “의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 우려가 있는 행위”에서 구성요건이 될 만한 특정 행위형식은 언급되지 않았다. 이런 문구는 “어떤 행위”가 존재하는 경우를 가정해 두고 그것이 만약 일어난다면 이제서 그것이 “우려가 있는 행위”인지 아니면 “우려가 없는 행위”인지 평가할 때 사용하는 문구이다. 그리고 “우려가 있는 행위”라면 이제 그 행위는 “금지되는 행위”가 된다. 이렇게 되는 과정에서 “특정한 행위의 정형적인 행위요건⁷⁸⁾은 언급되지 않았다. 잘못된 정의개념이다.

그래서 이 의료행위에 대한 정의로는 “의료행위”가 어떤 특성을 가지고 있는 행위유형인지 알 수 없다. 당연히 어떤 형태를 가진 행위가 의료행위가 아닌지 전혀 구별해 낼 수 없다. 그것뿐이 아니라 이 정의문구 안에서 또 다시 정의가 필요한 용어 “보건위생”이 사용되었다. 게다가 “우려가 있는 일체”의 행위이다. 어디까지가 “우려가 있는 행위”이고 어디서부터 “우려가 없는 행위”가 되어 그 행위가 의료행위가 아닌 행위로 평가되는가. 법문장이나 정의문장은 불필요한 단어를 덜 쓸수록 좋고⁷⁹⁾ 가능하다면 직접적인 형식으로⁸⁰⁾ 써야 한다. 그리고 부정문 보다는 긍정문을 쓸 때 더 좋아진다.⁸¹⁾ 그러나 이

77) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 109면.

78) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 102면.

79) See Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West Publishing Co., 1991, at Chapter 9. A.

80) See Davies, Jack, *Legislative Law and Process in a Nutshell*, 2d., West Publishing Co., 1986, at 178.

81) See Martineau, Robert J., *Drafting Legislation and Rules in plain English*, West

문구에서는 전혀 그런 사항들이 지켜지지 않았다. 이 문구에서 “반드시”, “한정되지 않고”, “그것과 관계없는 것이라도”, “하지 아니하면”, “우려가 있는” 그리고 “일체의” 라는 단어들은 불필요하거나 잘못 동원된 것들이다.

의료법에 “의료행위”에 대한 정의조항이 존재하지 않고 그리고 의료행위라는 것이 만약 헌법재판소가 정의한 그런 행위라면 이런 행위는 그 범위를 명확하게 확정할 수 없어서 금지규범의 구성요건으로 기능할 수 없다. 이것은 지나치게 광범위하고 포괄적이다. 그래서 의료법 제87조 제1항 제2호 및 의료법 제27조 제1항에 해당되는 행위의 범위를 확정하기 대단히 어렵다. 이 법의 적용대상자인 일반국민은 이 조항을 통하여 어떠한 행위가 금지되는지 예측할 수 없다. 따라서 자신들의 행위를 이 법에 “위반되지 않도록” 조정할 수 없다.⁸²⁾ 그러므로 이 조항은 죄형법정주의에 위반한다.⁸³⁾

나. 위헌성을 해소하는 방법

그러나 만약 규율되어야 할 행위가 유동적이거나 혹은 광범위한 내용을 포섭하고자 한다면 그럼에도 그 사항을 규율할 필요가 있다면 어떻게 죄형법정주의의 요청을 충족시킬 것인가? 개념정의규정을 두는 것 이외에 입법학적으로 동원되는 또 다른 방법은 하위법에 행위유형과 한계를 설정할 수 있도록 위임하는 방법이다. 예컨대 의료법 제66조 제1항 제1호에 규정되어 있는 “의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위”를 의료법시행령 제32조 제1항에서 그 범위를 구체화하는 방법이다. 예컨대 의료법시행령 제32조 제1항은 품위를 심하게 손상시키는 행위유형으로 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위나 비도덕적 진료행위 그리고 거짓 또는 과대광고행위 등을 구체적으로 나열하고 있다.⁸⁴⁾

Publishing Co., 1991, at Chapter 8. A. 7.

82) 같은 취지로 판례집 5-1, 29, 47.

83) 이런 취지에 대하여는 판례집 9-2, 312, 326 참조.

84) 의료법시행령 제32조 제1항에 대해서는 주65) 참조.

이런 방법이 아니라면 그 법 안에 면책조항을 두는 것도 구성요건의 불명확성에서 오는 문제점을 해결하는 하나의 방법으로 동원될 수 있다. 하나의 구체적인 방법으로는 의료법 안에 범조항을 통하여 어떤 기관을 마련하고 그 기관으로 하여금 문제된 행위가 발생한 경우 그 행위가 구성요건에 해당되는 행위인지 혹은 해당되는 행위가 아닌지 판단하게 하는 것이다.⁸⁵⁾ 이렇게 되면 문제된 행위가 이루어졌을 때 먼저 이 기관이 기능하여 그 행위가 구성요건에 해당하는 행위인지 혹은 해당하지 않는 행위인지 판단할 것이고 그리고 만약 해당된다고 판단되면 이에 제재를 가할 것이다. 그런데 여기서 그 제재에 대하여 문제가 제기된다면 그 재판에서는 그 제재가 심판의 대상이 된다. 물론 궁극적으로는 그 법의 위헌성도 다루어질 수 있지만 그러나 이런 방법으로 적어도 그 법이 가진 명확성의 요구를 개별적인 사항에 맞추어 갈 수 있다.⁸⁶⁾ 이런 조항이 없으므로 현재에는 문제된 행위에 대한 검사의 기소 혹은 불기소처분에 대하여 문제를 제기한다. 2008헌마627사건⁸⁷⁾이 그 경우로 이 사건은 청구인이 검사자격만 가지고도 수십 년 동안 아무런 제재 없이 뜬 시술을 하여 왔는데 기소되어 유죄취지의 기소유예처분을 받아서 비롯되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 [검사로서 수십 년간 침술과 뜬 시술행위를 하여 온 청구인의 뜬 시술행위는 범질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 있으므로 이는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다]⁸⁸⁾고 보고 이 기소유예처분을 취소하였다. 그런데 이렇게 형사법의 일반원칙에 따라 개별법의 문제를 처리한다면 개별법이 가진 구성요건의 문제를 충분히 고려할 수 없다. 그래서 의료법이 가진 개

85) Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006, Rn. 137.

86) Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006, Rn. 137.

87) 판례집 23-2하, 476 이하.

88) 판례집 23-2하, 476, 482.

별법의 특성이 잘 발휘될 수 있도록 의료법 안에 이와 관련된 조항을 들 필요가 있다.

개별법의 특성이 발휘될 수 있게 하면서 또 구성요건의 광범위성에서 오는 위험성을 피할 수 있는 또 다른 방법이 있다면 그것은 그 개별법 안에 특정 조항의 법률효과를 개인이 통제할 수 있는 조항을 두는 것을 생각할 수 있다. 예컨대 의료법 제87조 안에 “동조 제1항 제2호 중 제27조 제1항의 경우에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다”는 조항을 삽입시키는 것이다. 이렇게 한다면 의료행위에 대하여 의료법이 가지는 금지의 효과는 살리면서 문제가 되는 경우에만 의료법을 가지고 심판할 수 있다. 이렇게 하면 의료행위에 대한 구성요건의 불명확성에서 유래하는 처벌의 광범위성과 엄격성을 완화할 수 있어서 의료법 제27조 그 자체와 제87조 제1항 제2호가 헌법적으로 정당화되는데 도움이 될 것이다.⁸⁹⁾

VI. 마무리

이상에서 현재의 의료법이 가진 문제점을 보았다. 조문의 형성이나 전체적인 체계에 많은 문제점이 있었다. 목적조항에 너무 많은 불필요한 부분이 존재한다. 이런 부분들은 법 조항에서 제거되어야 한다. 그리고 입법목적에서 추론되는 입법목적과 개별조항에서 도출되는 입법목적이 서로 일치하지 않아 의료법을 해석하는데 문제가 많았다. 또 필요한 부분에 정의조항이 존재하지 않아 예컨대 의료법 제27조 제1항처럼 구성요건은 존재하지만 아무런 기능을 할 수 없는 경우도 보았다. 거기에 더하여 의료행위를 억지로 정의의 내리는 방법으로 하나의 “정의조항”을 만들어 냄으로써 헌법재판소가

89) Vgl. Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006, Rn. 137. 같은 취지로 헌재 2008헌가19 등(병합)결정에서 반대의견 참조, 특히 재판관 김종대 의견 참조(판례집 22-2상, 37, 65면 이하 참조, 김종대 의견 72면).

권력분립의 원칙을 위반한 사실도 발견하였다. 이것은 모두 현재의 의료법이 잘못 만들어진 데에서 발생하는 문제들이다. 의료법은 국민건강과 관련된 사항을 다룬다는 점에서 뿐만 아니라 의료관계의 기본법으로 기능한다는 점에서 중요한 법률임에도 불구하고 입법학적인 관점에서는 좋은 법으로 평가할 수 없다.

그럼으로 다음과 같은 제안을 한다. 우선 제정목적 조항을 다음과 같이 바꿀 것을 제안한다. 즉 [이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료혜택을 받을 수 있도록 의료에 필요한 사항을 규점함에 목적이 있다] 그리고 의료법 제2조[의료인]에 “의료행위”에 대한 정의조항을 둘 것을 제안한다. 여기에서는 제2조에 언급된 “의료”행위가 구체적으로 어떤 행위유형으로 특성을 가진 행위인지 유형별로 언급되어야 한다.

나아가서 의료법에 면책조항을 삽입할 것을 제안한다. 의료행위는 과학기술의 발달에 따라 아직 발견하지 못한 새로운 행위들이 있을 수 있고 또는 그간 과학적으로 입증되지는 않았지만 여전히 치료를 받는 여러 행위들이 존재하기 때문이다. 그러므로 현재와 같은 처벌방식으로는 새로운 방식에 대한 규율이나 현재의 의료체계에서 포섭하지 않았던 많은 행위들이 의료법으로 규율될 수 없게 된다. 특히 현재의 의료법 제27조 제1항의 구조로는 새로운 방식뿐만 아니라 전통적으로 그 효능을 믿는 여러 치료방법들이 혹은 의료인이 아니라는 이유로 혹은 면허된 부분이 아니라는 이유로 처벌될 수 있다. 그러므로 문제된 행위가 발생하였을 때 그 행위가 의료행위에 해당하는지 해당하지 않는지 판단하는 권한을 가진 기구를 만들거나 아니면 면책조항을 두어 다양한 치료행위를 가능하게 하고 그 가운데 문제가 되는 경우에만 의료법으로 규율하게 하여야 한다.

[국문초록]

현행 의료법의 문제점

입법학적인 관점에서 좋은 법이란 그 법 조항들을 통하여 그 법의 제정목적, 행위, 행위자 그리고 처벌의 종류와 내용이 분명하게 드러난 법을 말한다. 그러나 현행 의료법은 이런 관점에서 많은 부족함을 보인다. 먼저 목적조항의 내용이 잘못되어 입법의도가 분명하게 드러나지 않는다. 그리고 목적조항에 들어있는 의도는 다른 조항들과 어울리지 않는다. 나아가서 의료법에는 의료행위에 대한 정의조항이 존재하지 않아 의료법이 규율하는 행위 영역을 명확하게 확정할 수 없다. 그럼에도 불구하고 의료법 제27조 제1항에 위반하여 의료행위를 하였을 경우 엄중하게 처벌한다.

그러므로 의료법의 목적조항은 내용을 간단하고 분명하게 개정할 필요가 있다. 그리고 의료법 안에 “의료행위”에 대한 정의조항을 삽입하여 의료행위의 의미를 명확하게 하여야 한다. 만약 의료행위를 명확하게 정의할 수 없다면 특별한 기구를 만들어 문제된 행위가 의료행위인지 판단하게 하거나 아니면 면책조항을 두어 의료행위를 한 경우라도 처벌되지 않을 수 있는 가능성을 마련하여 둘 필요가 있다.

주제어

의료법, 의료행위, 정의조항, 입법학, 명확성의 원칙, 입법목적, 구성요건, 전문용어, 면책조항, 좋은 법

[Zusammenfassung]

Aus der gesetzgebungswissenschaftlichen Sicht bedeutet ein gutes Gesetz das Gesetz, in dessen Paragraphen Zweck des Gesetzes, Verhalten, Verhaltende und die Arten von Sanktionen und Strafen klar formuliert werden. Allerdings scheint das aktuelle medizinische Gesetz in dieser Hinsicht eine Menge von Insuffizienzen. Erstens wird der Zweck des Gesetzes durch die Zweckklausel wegen der falschen Gesetzesgestaltung nicht deutlich hervorragend. Und der Sinn und Zweck, der aus der Zweckklausel auskommt, entsprechen nicht den Sinn und Zweck aus der anderen Paragraphen im Medizinrecht. Des Weiteren kann die Grenze des Regelungsgebiet des Medizinrechtes nicht klar gezogen werden, da in dem Medizinrecht keine Definitionsklausel von medizinischen Handlung in der Paragraphen 27 Abs. 1 des Medizinrechtes existiert. Dennoch wird die Täter, die gegen die Paragraph 27 Abs. 1 verstossen, schwer bestraft.

Daher braucht die Zielbestimmung des Medizinrechtes einfach und klar reformiert zu werden, damit der Sinn und Inhalt des Medizinrechtes deutlich bekannt wird. Und eine Definitionsklausel von der medizinischen Handlung ist in das Medizinrecht einzufügen, damit die Bedeutung der medizinischen Handlung klar wird. Wenn die medizinische Handlung durch die Definitionsklausel nicht klar definiert werden kann, hat der Gesetzgeber entweder einen speziellen Organ zu konstatuieren, um feststellen zu lassen, ob ein in Frage stehendes Verhalten der medizinischen Handlung gehört, oder hat eine Befreiungsklausel in das Medizinrecht einzufügen, damit der Verhaltende nicht bestraft werden kann, selbst wenn er ohne Erlaubnis die medizinische Handlung getan hat.

Key words

Medizinrecht, medizinische Handlung, Definitionsklausel, Gesetzgebungslehre, Bestimmtheitsprinzip, Rechtssetzungsziel, Tatbestand, Fachbegriffe, Befreiungsklausel, gutes Gesetz

참고 문헌

- 김경제, 국민주권에 대한 오해, 서울대학교 法學 제46권 제3호, 2005. 9.
- 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 2012. 2.
- 김경제, 방송법개정안 2차 의결의 헌법적 문제점, 유럽헌법연구 제8호, 2010. 12.
- 김경제, 신행정수도건설을위한특별조치법 위헌결정(2004헌마554, 566 병합)의 헌법적 문제점, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6.
- 김경제, 신행정수도후속대책법에대한 각하결정(2005헌마579, 763 병합)의 헌법적 문제점, 헌법학연구 16집 1호, 2006. 3.
- 변해철 · 김동훈 · 이훈동 · 이동훈, 신법학입문, 삼우사, 2006.
- 성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012.
- 윤재왕, 법이란 무엇인가?(번역서: Hoerster, Norbert, Was ist Recht?-Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006), 세창출판사, 2009.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2010.
- Badura, Peter, Die parlamentarische Demokratie, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg, 1987.
- Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Tübingen, 2011.
- Davies, Jack, Legislative Law and Process in a Nutshell, 2d. Ed., West Publishing Co., 1986.
- Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006,
- Gierke, Otto von, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig, 1889, S. 79 in: Emmenegger, Sigrid, Gesetzgebungskunst, Tübingen, 2006.
- Karpen, Ulrich, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in: Schreckenberger, Waldemar/ Merten, Detler, Grundfragen der

- Gesetzgebungslehre, Berlin, 2000.
- Larenz Karl · Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der ‘Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, 1995.
- Laufs, Adolf, Arztrecht, 5. Aufl., München, 1993, Rn. 20.
- Martineuau, Robert J., Drafting Legislation and Rules in plain English, West Publishing Co., 1991.
- Mertens, Bernd, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, Tübingen, 2004.
- Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Aufl., Heidelberg, 2002.
- Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart, 2003.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 20(Rechtsstaat), in: Dreier GG, 2. Aufl., Bd. 2, Tübingen, 2006.
- Vogel, Joachim, Juristische Methodik, Berlin, 1998.
- Zittelmann, Ernst, Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrag, Dresden 1994.

헌법불합치결정과 입법시한

池 成 洙

헌법연구관

- 目 次 -

I. 들어가는 글	277
II. 불합치결정에서의 기속력과 입법시한	278
1. 기속력에 관한 규정	278
2. 헌법재판소 결정의 기속력과 입법시한	279
가. 기속력이 인정되는 결정	279
나. 기속력의 내용과 불합치결정 기속력의 내용	281
다. 결정이유에 대한 기속력과 불합치결정 이유의 기속력	283
라. 불합치결정의 구성 요소와 입법시한의 기속력	285
III. 입법시한 도과와 불합치 법률의 효력	292
1. 문제 상황	292
2. 입법시한 도과 후 불합치 선언된 법률의 효력에 관한 학설	293
가. 주문에 의해 효력이 결정된다는 입장	293
나. 단순위헌결정과 동일한 효과가 나타난다고 보는 입장	294

다. 불합치 법률의 효력이 그대로 유지된다는 입장	294
3. 입법시한 도과와 불합치 법률의 효력에 관한 법원의 실무	295
가. 계속적용의 경우	296
나. 적용중지의 경우	297
4. 소결(법률 폐지의 효과)	298
IV. 입법시한 도과와 불합치 법률의 효력 상실 시기	299
1. 효력 상실에 관한 헌법재판소의 불합치결정 주문	299
2. 불합치결정 유형별 효력 상실 시기	301
가. 계속적용의 경우	301
나. 적용중지의 경우	301
3. 입법시한 도과 후의 사안 처리	302
가. 입법시한 도과시 후속 처리에 관한 논의	302
나. 수혜적 법률과 후속처리	303
다. 불리한 규정에 대한 소급적용 경과 규정의 문제	304
V. 형벌규정에서의 입법시한 도과 후 불합치 법률의 효력	306
1. 형벌규정에 대한 불합치결정의 효력과 입법시한 도과 후의 효력 ..	306
2. 입법시한 도과 후의 법원의 실무와 이에 대한 평가	307
VI. 결론	309
* 국문초록 및 주제어	311
* 독문초록	312

I. 들어가는 글

헌법불합치결정(이하 ‘불합치결정’이라 한다)은 심판대상이 된 법률 조항이 위헌이라 할지라도 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정 대신 헌법에 합치하지 아니한다는 선언을 통해 법률의 위헌성을 확인하되, 그 형식적 존속을 유지시키면서 입법자에게 법률의 위헌성을 제거할 의무를 부과하고 입법자의 개선입법이 있기까지 법원 등 다른 기관으로 하여금 위헌적 법률의 적용을 중지(또는 계속적용)시켜 궁극적으로는 개선된 신법의 적용을 받을 수 있도록 하는 결정 형식이다.¹⁾ 불합치결정은 그 자체로 법질서의 합헌성을 회복시키지는 못하고 입법자에 의한 개선입법과 그 개선입법에 따른(계속적용의 경우에는 일정시한까지 불합치 선언된 법률 적용) 법원의 재판 등 다른 관련 기관들의 협조를 통해 합헌성을 회복시키게 된다.

따라서 헌법재판소가 정한 기한 내에 입법자가 불합치결정 취지에 맞게 개선입법을 하게 되면 위헌성은 완전히 제거되어 정상적인 규범 상태가 회복되지만, 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 입법시한을 일정기간 이내로 명시하였음에도 불구하고 입법자가 아무런 조치를 취하지 아니하고 그 기간을 도과해 버린다면, 이후의 법률관계를 어떻게 규율할 것인가에 관한 새로운 문제가 등장하게 된다. 헌법재판소의 불합치결정은 관련 기관들이 그 취지에 정상적으로 따른다는 것이 전제되어 이루어지는 결정이므로, 만약 그렇지 않은 상황이 발생²⁾하게 되면 그러한 비정상적인 상황에서 관련 문제

1) 헌법재판실무(제1개정증보판), 헌법재판소, 2008, 161-162면 참조.

2) 국회는 불합치결정에 따른 개선입법을 입법시한 내에 하지 않는 경우가 종종 있다. 예컨대 통신비밀보호법 제6조 제7항에 대한 위헌제청사건(2009헌가30)에서는 그 시한을 2011. 12. 31.까지로 하였으나 아직 개선입법을 하지 않고 있고, 형벌규정인 집시법 제10조 등에 관한 위헌제청사건(2008헌가25)의 경우에도 그 시한이 2010. 6. 30. 까지였으나 입법이 이루어지지 않고 있다. 그밖에 지금은 개선입법이 이루어진 상태이나 그 시한을 도과하여 입법이 이루어진 경우도 종종 있는데, 헌법재판소는 2007. 3. 29. 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하

들을 어떻게 해결하여야 하는가의 문제를 불러오게 되는 것이다.

이 경우 입법시한이 가지는 의미가 무엇인지에 따라 불합치 선언된 법률의 운명이 결정되고, 그 운명 여하에 따라 후속 조치들이 행해질 수 있을 것이다.

이하에서는 불합치 결정시 부과되는 입법시한과 관련하여 발생하는 문제들의 관하여 살펴보고자 한다.

II. 불합치결정에서의 기속력과 입법시한

1. 기속력에 관한 규정

헌법재판소법 제47조 제1항은 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있고, 제75조 제1항은 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 규정하고 있으며, 같은 조 제6항은 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 당사자에 의한 헌법소원을 인용할 경우 같은 제47조의 규정을 준용한다고 규정하고 있다.

이와 같이 헌법재판소 결정의 실효성을 확보하기 위하여 두고 있는 헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제1항, 제6항은 헌법재판소 결정의 효력 중 기속력과 관련한 규정이다. 이러한 기속력 규정에 따라 법원, 입법부와 같은 국가기관 등은 헌법재판소의 결정에 따라야 할 의무가 발생하고, 그와 상반된 헌법해석을 하거나 이에 반하는 행위를 하여서는 안된다. 헌법재판소 결정의 기속력은 헌법재판소 자신을 제외한 모든 국가기관을 구속한다는 점에

도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대해 계속적용 불합치결정을 선고하면서 입법시한을 2008. 12. 31.까지로 하였으나(2005헌바33), 입법자는 이 기한을 넘겨, 2009. 12. 31. 개선입법을 한 바 있고, 지상파방송광고 판매대행사업자를 한국방송광고공사로 제한한 방송법 제73조 제5항 등에 대한 사건(2006헌마352)의 경우도 입법시한이 2009. 12. 31.이었으나, 그 개선입법은 2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 방송광고판매대행 등에 관한 법률에서 비로소 이루어졌다.

서 당사자는 물론, 헌법재판소도 확정된 재판의 판단 내용에 구속되는 것을 의미하는 기판력과 다르며, 일반법원의 재판에서는 통상적으로 볼 수 없는 헌법소송상의 특이한 효력이다.

그런데 불합치결정은 단순위헌결정과 달리 문제의 해당 법률을 결정 즉시 규범 체계에서 배제시키는 것이 아니라 일정 기간 유예를 두고 개선입법이 이루어질 때까지 효력을 유지시키는 결정으로서 불합치 선언되는 법률의 효력 상실 시기에 대한 유예, 다시 말해 입법시한을 두는 것이 일반적이다. 이러한 입법시한이 가지는 의미는 불합치결정의 본질을 파악하고 그 효력을 이해하는데 불가결한 요소가 된다. 이하에서는 헌법재판소 결정의 기속력과 특히 불합치결정에 있어서의 입법시한이 가지는 의미에 관하여 살펴본다.

2. 헌법재판소 결정의 기속력과 입법시한

가. 기속력이 인정되는 결정

헌법재판소법은 위에서 본 바와 같이 단순위헌결정이나 인용결정에만 기속력이 있는 것처럼 규정하고 있다. 이러한 규정 형태와 관련하여 단순위헌 결정 이외에 다른 결정에도 기속력이 인정되는지에 대해서는 논란이 있다. 일반적으로 헌법재판소 결정 중 단순위헌결정이나 양적 일부위헌결정, 즉 법률이나 법률조항의 전부, 또는 가분할 수 있는 일부에 대하여 위헌임을 선언한 경우에는 기속력을 인정하고 있고, 합헌결정에는 기속력을 인정하고 있지 않으나,³⁾ 구체적 분쟁을 해결하기 위해 법률을 해석하여야 할 법원에

3) 합헌결정의 기속력 문제와 관련하여 각하 결정을 제외하고 본안판단이 이루어진 헌법재판소의 모든 결정에 기속력이 있다는 견해가 있다(남복현, “헌법재판소 결정주문의 합의방식과 중요한 결정이유의 기속력”, 헌법학 연구 제15권 제1호, 2009. 3. 241면).

대해 해석의 방법이나 기준 또는 적용범위를 제시하는 한정합헌이나 한정위헌결정에 대해서는 그 기속력 인정 여부에 관하여 논란이 많다.

헌법재판소는 이들 결정에도 당연히 기속력이 인정된다고 하고 있는 반면(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 참조), 대법원은 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이므로 법률의 해석기준을 제시하는 헌법재판소의 한정위헌결정은 기속력을 가질 수 없다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다66272 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결)고 보고 있다.⁴⁾ 물론 학자들은 위헌법률심판은 헌법과 법률의 해석을 전제로 한다는 점, 한정위헌결정이나 한정합헌결정이 법률해석을 본질로 하는 것은 사실이나 헌법해석도 포함하고 있다는 점, 변형결정은 일부 위헌결정의 내용을 포함하고 있다는 점, 기속력의 내용을 이루는 결정준수의무나 반복금지의무는 단순위헌결정 뿐 아니라 변형결정에도 인정되어야 한다는 점, 헌법재판소 결정의 실효성을 보장하고 헌법을 정점으로 하는 법질서의 통일성을 확보하기 위해서는 변형결정에 대해 기속력을 인정하여야 한다는 점 등을 이유로 한정위헌결정 등에 대하여 기속력을 인정한다.⁵⁾ 법률에 대한 위헌성 판단은 해당 법률의 해석을 떠나 이루어질 수 없다는 점에서 이를 본질로 하는 한정위헌결정에도 기속력이 인정된다고 보아야 할 것이다.

한편, 불합치결정에 대해서는, 불합치결정도 그 대상이 된 법률에 대하여 위헌성을 확인한다는 점에서는 위헌결정의 한 유형에 속하지만, 단순위헌결정과 그 사유와 효력이 다르다는 점에서 기속력을 인정할 수 있는가에 대

4) 한정합헌(위헌)결정의 기속력을 부정하는 견해 - 장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 사법행정 1993, 57면; 김운용, “위헌결정과 변형결정의 문제점”, 강원법학 제20권, 2005. 6., 195면.

5) 김문현, “위헌법률심판에 있어서의 변형결정”, 고시연구 제24권 제8호(제281호), 고시연구사, 1997, 86면; 전광석, “헌법재판에 있어 결정 주문의 유형과 효력”, 헌법재판연구 제2권, 헌법재판소, 1991, 180면.

해 논란이 있다. 그런데 헌법재판소는 불합치결정의 경우도 그 위헌성 확인의 효력은 기속력을 가진다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 참조)고 판시한 바 있고, 법원도 불합치결정은 단순위헌결정으로 인한 법률조항의 효력 상실 시기만을 일정기간 뒤로 연기한다는 점에서 일반의 위헌결정과 차이를 가질 뿐, 위헌결정임에는 틀림없다고 하여⁶⁾ 원칙적으로 기속력을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

기속력은 헌법재판소 결정의 효력을 다른 기관으로부터 담보하기 위해 둔 특별한 효력으로서 그 인정 여부는 헌법정신에 따라 이루어져야 한다. 따라서 해당 법률 규정의 효력을 일시 유지시킨다 하더라도 위헌성을 확인하는 결정임에 틀림없는 불합치결정에도 기속력이 인정된다고 보는 것이 타당하다.

나. 기속력의 내용과 불합치결정 기속력의 내용

헌법재판소법 제47조 제1항이 규정하고 있는 위헌결정의 기속력에 따라 국가기관 등은 장래에 어떤 처분을 행할 때 헌법재판소의 결정을 존중하여야 하고(결정준수의무), 동일한 사정 하에서 동일한 이유에 근거한 동일 내용의 공권력행사(또는 불행사)를 하여서는 아니된다(반복금지 의무).⁷⁾ 이와 같은 기속력은 위헌결정의 소급효와는 별개로, 위헌결정 이후 장래에 미치는 효력으로서 위헌결정이 있는 후 해당 법률 규정과 관련하여 후속 조치를 해야 하는 국가기관 등이 따라야 할 의무에 관한 효력이다. 따라서 위헌결정 이후에 국가기관 등이 위헌법률에 근거한 처분을 집행하는 것은 결정준수의무에 위반되게 된다. 해당 기관들은 위헌법률에 근거한 새로운 법률관

6) 대법원은 1991. 6. 11. 선고 90다5450 사건에서 헌법재판소의 불합치결정은 헌법재판소법 제45조 본문 및 제47조 제1항 소정의 위헌결정임이 틀림없고, 다만 같은 법 제47조 제2항 본문의 예외로서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실 시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있음에 지나지 않는다고 판시하였다.

7) 헌법재판실무제요(제1개정증보판), 2008, 83면.

계의 형성 금지는 물론, 이미 형성된 법률관계의 소극적인 부인의무와 구체적인 집행금지의무를 부담하게 되는 것이다. 때문에 위헌선언되기 전 해당 규정을 근거로 이루어진 처분에 대해서도 위헌결정 후 그 후속집행처분을 함에 있어서는 위헌결정의 취지에 따를 것이 요구됨은 당연하다.

2012. 2. 16. 대법원은 조세 부과처분이 형식적으로 확정된 후 그 근거법률인 구 국세기본법 규정이 헌법재판소에 의하여 위헌 결정된 경우, 위헌결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 국가기관 및 지방자치단체는 위헌으로 선언된 법률규정에 근거하여 새로운 행정처분을 할 수 없음은 물론이고, 위헌결정 전에 이미 형성된 법률관계에 기한 후속처분이라도 그것이 새로운 위헌적 법률관계를 생성·확대하는 경우라면 이를 허용할 수 없다고 하여 과세처분 이후 그 근거가 되었던 법률규정에 대해 위헌결정이 내려진 상태에서 그 조세채권의 집행을 위한 압류처분이 이루어진 경우 그 압류처분은 그 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효가 된다고 보았다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체판결).⁸⁾⁹⁾

8) 다만 이 판결의 소수의견에서는, 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 행정처분의 취소 사유일 뿐이고, 일정한 행정목적을 위하여 독립된 행위가 단계적으로 이루어진 경우 일반적으로 선행처분의 하자가 후속처분에 당연히 승계된다고는 볼 수 없으므로 과세처분의 하자를 이유로 후속 체납처분인 압류처분의 효력을 다룰 수 없음은 물론, 과세처분 근거규정에 대한 위헌결정의 기속력은 체납처분과는 무관한바, 선행처분에 해당하는 과세처분에 당연무효 사유가 없고 과세처분에 따른 체납처분의 근거규정이 유효하게 존속하는 이상, 과세처분의 근거규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있었다는 이유만으로 체납처분이 위법하다고 볼 수는 없다고 하였다(대법관 안대희, 신영철, 김용덕의 소수의견).

9) 이 판결 전에도 대법원은 2002. 6. 28. 선고 2001다60873 판결에서 헌법재판소가 1999. 4. 29. 94헌바37 등 사건에서 구 택지소유상환에 관한 법률 전체에 대해 위헌결정을 한 것과 관련하여, 택지초과소유부담금 부과처분이나 그에 기한 압류처분에 확정력이 생겼다 하더라도, 체납처분절차를 진행하기 위해서는 당해 처분 당시 유효한 법률상 근거가 존재하여야 하는바, 위헌결정 이후에 별도의 행정처분으로서 체납처분절차를 진행하였다면, 이는 근거되는 법률이 없는 것이어서 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 판단할 바 있다. 2010두10907 사건과 다른 점은 부과처분 근거규정뿐만 아니라 체납처분 근거규정에 대해서도 위헌결정이 선언되었다는 점이다.

한편, 위와 같은 헌법재판소 결정의 기속력은 불합치결정에도 미치므로 그 결정 취지에 따라 법률을 해석 적용하는 법원은 적용중지 불합치결정의 경우 입법자가 개선입법을 할 때까지 재판 절차를 중지하였다가 이후 개선입법을 적용하여 재판을 하여야 하고, 계속적용 불합치결정의 경우에는 입법자가 개선입법을 할 때까지 불합치 선언된 규정이라 하더라도 이를 계속 적용하여 재판하다가 이후 개선입법이 이루어지면 개정 법률을 적용하여 재판하여야 한다.

물론 입법자의 경우도 불합치결정에 기속되므로 헌법재판소가 정한 입법시한 내에 불합치 결정 취지를 반영하여 불합치 선언된 법률을 합헌적으로 개선할 의무를 부담하게 된다.

다. 결정이유에 대한 기속력과 불합치결정 이유의 기속력

헌법재판소 제47조 제1항, 제75조 제1항, 제6항 등에 의하면 위헌결정의 기속력은 그 주문에 미치고 있음에 의문이 없고, 한정위헌결정이나 불합치결정 같은 변형결정에도 그 주문에 대한 기속력 인정에는 대체로 동의하고 있다.¹⁰⁾

문제는 결정이유에 대해서도 기속력을 인정할 수 있는가 여부¹¹⁾인데, 우

10) 황우여, “위헌결정의 효력”, 금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 헌법재판의 이론과 실제, 1993, 312면; 남북현, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 1994, 81면; 전정환, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 헌법재판연구 제7권, 1996, 63면; 이성환, “헌법재판소결정의 효력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1993, 100면.

11) 독일의 경우 중요한 이유에 대해 기속력을 인정하는 것이 연방헌법재판소(BVerfGE 1, 14; 4, 31; 5, 34; 33, 199; 40, 88 등)와 학자들 다수의 입장이라고 한다. 주문에만 기속력을 인정할 경우 헌법재판의 목적 실현에 충분치 못하게 되고, 동일한 유형의 분쟁이 반복됨으로써 법적 안정성을 기할 수 없게 되므로 중요한 결정이유에도 기속력을 인정한다. 따라서 모든 법 적용 기관은 헌법재판소가 행한 헌법해석을 자신의 행위척도로 삼아야 한다고 본다. 반면, 결정이유에 대한 기속력 인정과 관련하여 이를 부정하는 견해도 있다. 즉, 결정이유에 기속력을 인정하게 되면 결정이유가 규범화되고, 그로부터 헌법의 경직화의 위험성이 발생될 뿐만 아니라, 결정이유에 입

리나라의 경우 결정주문과 더불어 중요한 결정이유에 대해서는 기속력이 미친다고 보는 것이 일반적이다.¹²⁾ 중요한 결정이유란 주문을 지탱하는 핵심적인 판단 내용으로서 여기에 기속력을 인정하지 않으면 헌법재판소의 결정이 있다 하더라도 국가기관은 동일하거나 유사한 처분을 반복하는 것이 가능하고, 이것은 헌법재판의 본질에 반하게 된다. 따라서 중요한 결정이유에는 기속력이 인정된다고 본다.¹³⁾ 결국 장래의 유사사건이나 반복사건의 발생을 방지하여 헌법재판소 결정의 실효성을 확보하기 위해서는 중요한 결정이유에 기속력을 부여하지 않으면 안 될 것이다.¹⁴⁾

다만 법원은 헌법재판소 결정은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(기속력)이 있다고 하면서, 다만 주문은 일반적으로 간결하므로 그 기판력(기속력)이 미치는 범위를 파악하자면 주문에 대한 해석이 필요하다고 하여(대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결)¹⁵⁾ 결정이유에 대해 사실상의 기속력을 인정하는 듯하고, 헌법재판소는 위헌결정의 기속력이 결정이유에까지 미칠

법자가 구속되게 하는 것은 헌법이 입법자에게 부여한 형성의 자유를 약화 내지 침해하는 것으로 헌법적 요청에 배치된다는 것이다. Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979, S. 51ff; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S.238f(전정환, 앞의 글 63면; 남복현, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 헌법재판연구 제7권, 1996, 165-167면에서 재인용).

12) 신봉기, “헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996. 358면; 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구(소송법적 효력을 중심으로)”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 106면 이하; 허영, 헌법소송법론 제6판, 박영사, 2011, 177면.

13) 특히 결정이유에 기속력을 인정하지 않을 경우 법원에 의한 자의적 법적용을 제어할 수 없게 된다는 이유(예컨대 주문에서 불합치결정을 하면서 이유에서 적용중지 또는 계속적용을 명할 경우 주문이 아니라는 이유로 법원이 이에 따르지 않게 되면 불합치결정의 실효성을 담보할 수 없게 된다)로 결정이유에 대한 기속력 인정이 필요하다는 견해가 있다. 최희수, 위의 글, 110면.

14) 전정환, 앞의 글, 67-68면.

15) 헌법재판소의 결정이유에는 사실상의 기속력이 인정되므로 결정이유에 기속력이 인정되는지 여부에 대한 논의는 현실적으로 큰 의미가 없다는 견해도 있다. 다른 국가기관(특히 국회나 법원)은 법률이나 판결이 헌법재판소의 심판대상이 되는 것을 피하기 위해 가능하면 헌법재판소 결정이유에서 드러난 견해를 충실히 따르는 경향을 보인다는 것이다. 한수웅, 헌법학(제2판). 법문사, 2012, 1346면.

수 있는지와 관련하여 시각장애인에게만 안마사자격을 인정하고 있던 구 의료법 제61조 제1항 등 사건에서, 결정이유에까지 기속력을 인정할지에 대하여는 신중하게 접근할 필요가 있을 것이나, 설령 결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도 기속력을 인정할 수 있으려면, 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098)이라고 하여 결정이유의 기속력 인정 문제에 대해 확실한 입장을 밝히고 있지 않다.

한편, 결정이유에 대한 기속력 문제는 불합치결정에서 특히 중요한 의미를 가진다. 헌법재판소는 아래에서 보듯이 불합치결정의 4가지 주문 요소 가운데 해당 법률이 헌법에 합치되지 않음에 대해서는 반드시 주문에서 이를 선언하고 있으나, 그 밖의 사항, 예컨대 입법시한이나 시한경과 후의 해당법률의 운명, 국가기관 등의 계속적용 여부 등에 대해서는 이를 주문에서 선언하지 않고, 결정이유에서 밝히는 경우도 종종 있는데, 주문에서 이를 밝히지 않았다고 하여 불합치결정의 본질이 변하는 것은 아니므로 불합치결정의 본질적 징표라 할 수 있는 요소들에는 주문에서 표시하였는지를 불문하고 기속력이 인정될 것이다. 물론 불합치결정의 본질적인 구성요소 이외의 결정에 이르게 된 주요 이유에도 기속력이 미치게 됨은 당연하다. 그렇지 않을 경우 해당 조문을 둘러싼 무한 반복적인 위헌시비를 차단할 수 없게 되고 결정의 실효성을 담보할 수 없게 될 것이다.¹⁶⁾

라. 불합치결정의 구성 요소와 입법시한의 기속력

불합치결정 주문은 1. ○○법률은 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률은 입법자가 ○○까지 개정하지 아니하면 ○○부터 그 효력을 상실한다, 3.

16) 다만 불합치결정에 대해 기속력을 인정하면서도 헌법재판소법 제47조 제1항의 문언 그대로 기속력이 인정되는 부분을 ‘위헌결정(헌법위반결정)’에 한정된다고 보는 견해가 있다(장윤기, 앞의 글, 713면). 이에 따르면 불합치결정과 단순위헌결정은 아무런 차이가 없고, 불합치결정의 독자적인 의미는 사라지게 된다.

법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률의 적용을 중지(또는 계속적용)하여야 한다는 내용의 4가지 요소로 이루어짐이 일반적이다. 즉, ① 심판대상조항이 헌법에 어긋난다는 부분, ② 대상조항의 효력이 상실되는 시기를 일정 기간 유예한다는 부분, ③ 입법자는 대상조항을 개정하여야 한다는 부분, ④ 결정일로부터 개선입법이 이루어질 때까지의 기간 동안 법적용자가 취하여야 할 조치(대상조항의 효력지속 여부) 부분(이하 편의상 ① 헌법위반부분, ② 입법시한부분(효력상실유예부분), ③ 입법의무부과부분, ④ 적용여부부분으로 약칭한다)이 그것이다.¹⁷⁾

그런데 불합치결정을 이루는 위 요소들은 해당 법률이 헌법에 합치되지 않음을 선언함에 있어 유기적으로 결합되어 불가분적으로 취해지는 조치들이라는 점에서 위에서 본 바와 같이 주문에 표시되어 있지 않더라도 그 기속력을 부인할 수 없다.¹⁸⁾ 여기서는 입법시한과 관련하여 그 기속력의 의미에 대해 살펴본다.

(1) 입법시한의 의미와 기속력

불합치결정에 있어 입법시한은 불합치결정의 본질적인 요소이다. 해당 법률의 효력 상실 시기를 일정기간 유예함으로써 당장 그 효력을 폐기시킬 경우 발생할 수 있는 헌법 파괴적인 상황을 방지하려는 것이 불합치결정이므로 이 부분이 불합치결정에서 제외된다면 사실상 불합치결정은 그 존재 의미를 가지지 못하게 될 것이다. 따라서 불합치결정이 독자적으로 가치 있는 결정이 되도록 하는 핵심 요소인 이 부분에 대해 그 기속력을 인정하는 것은 당연하다.¹⁹⁾ 대법원도 비형벌규정에 대한 불합치결정의 입법시한부분에

17) 최완주, “헌법불합치결정”, 재판자료 제92집, 법원도서관, 2001, 373면 참조.

18) 입법기한 설정을 반드시 주문이나 결정이유에서 할 필요는 없지만, 논란의 씨를 제거한다는 측면에서 명확성을 담보하기 위해 적용중지인지 계속적용인지를 불문하고 결정주문에 적시하는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 허완중, “헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무 위반의 효과”, 헌법실무연구 제11권, 박영사, 2010, 334면.

19) 최완주, 앞의 글, 389면.

대해서는 대체로 기속력을 인정해 오고 있다.

입법시한은 입법자에게 일정기간 내에 개선 입법을 할 것을 주문함으로써 이루어지는데, 이러한 헌법재판소의 기한설정에 대해서는 이를 미래효 결정으로 파악하려는 시도와 입법촉구 결정으로 파악하려는 시도가 있다. 기한설정을 미래효 결정으로 파악하는 입장은 기한이 도래하면 해당 법률의 잠정적 효력이 상실되어 더 이상 적용할 수 없게 되는, 즉 그때부터 불합치 선언된 법률의 적용배제라는 점에서 법 적용자에게 나타나는 효과로 보고,²⁰⁾ 입법촉구 결정으로 파악하는 후자의 입장은 개선입법의무의 이행시한으로서 입법자에 대한 효과로 본다.²¹⁾ 후자에 의하면 입법시한은 입법자에 대한 관계에서는 적어도 개선입법이 이루어져야 하는 시적 한계를 의미하므로 개선입법을 하지 못하게 되면 계속적용의 경우에는 그 시한을 기점으로, 적용중지의 경우에는 불합치선언시를 기점²²⁾으로 불합치 선언된 법률의 효력이 완전히 소멸하게 된다.

결국 입법시한은 보다 헌법합치적인 상황을 만들기 위하여 위헌적인 법률의 효력을 잠정적으로 유지시키는[형식적(적용중지), 또는 실질적(계속적용)] 기능을 하는 것으로 법적용자에 있어서는 불합치 선언된 법률의 계속적용 또는 적용중지에 허용된 최대한의 시간을 의미하게 될 것이다. 그리고 입법자에게는 불합치 선언된 법률의 효력 유지가 최소화되도록 개선입법의 신속한 이행을 촉구하는 의미로서 입법자가 입법의무를 실행하기 위해 가질 수 있는 최대한의 기간이라는 의미가 될 것이다.²³⁾ 따라서 입법시한은 그 시한의 경과로 또는 입법자에 의한 입법의무의 이행으로 그 운명을 다하게 된다.

20) 방승주, 헌법실무연구회 제104회 지정토론문(헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률 개선의무 위반의 법적 효과), 헌법실무연구 제11권, 2010, 352면.

21) 남북현, 헌법불합치결정의 현안, 헌법소송연구 1, 2011, 219면; 이인호/오수정, “헌법 불합치결정에 따른 입법개선시한의 이행현황 분석과 비판”, 중앙법학 제12집 제1호, 2010. 3. 59면.

22) 이에 대해서는 논란이 있는데, 뒤에서 자세히 본다.

23) 독일 연방헌법재판소도 기한설정에 대하여 그 기속력을 인정하고 있는 것으로 보인다. BVerfGE 82, 126.

(2) 입법시한 설정의 필요성 여부

헌법재판소는 불합치결정을 하면서 대부분의 경우 입법자가 개선입법을 하여야 할 기한을 명시하는데, 보통 1년에서 2년 정도를 그 시한으로 정한다. 따라서 명시된 시한까지 입법부는 개선입법을 할 의무가 생기고, 만약 이를 하지 않는 경우 법률은 그 운명을 다하게 된다.

그런데 입법시한을 설정하지 않은 채 불합치결정이 이루어지는 경우도 상당히 많다. 헌법재판소는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호(2003헌가1), 실화책임에 관한 법률 위헌제청 사건(2004헌가25), 공직선거법 제261조 제5항 제1호 위헌제청 사건(2007헌가22), 구 사립학교교직원 연금법 제42조 제1항 전문 중 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 준용 부분 사건(2008헌가15) 등에서 불합치 선언된 법률에 대해 적용중지를 하면서도 입법시한을 붙이지 않았고, 국적법 제2조 제1항 제1호 위헌제청(국적취득에 부모 국적 차별) 사건(97헌가12), 고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률 제8조 제1항 제2호 위헌소원 사건(99헌마516), 약사법 제16조 제1항 등 위헌소원 사건(2000헌바84), 공직선거법 제38조 등 위헌확인 사건(국외구역선박항해선원 부재자투표, 2005헌마772), 형사소송법 제482조 제1항 등 위헌제청 사건(2008헌가13) 등 계속적용 불합치결정에서도 많은 경우 입법시한을 별도로 붙이지 않았다.

입법시한은 위에서 본 바와 같이 불합치 선언된 법률에 대해 법원이 계속 적용 또는 적용중지를 할 수 있는 최장의 시간을 의미하는 동시에 개선입법 시한의 최대한을 의미하지만, 불합치결정에 있어 입법시한의 명기가 반드시 필요한 요소인지에 관해서는 의견이 나뉜다.

① 먼저 입법시한 설정이 반드시 필요하다는 입장에서는 그 기한을 설정하지 않고 만연히 당해 법률이 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하는 것은 헌법재판의 실효성과 기능을 불확실하게 하는 것으로서 헌법재판의 기능과 권위를 손상시킬 위험성이 있기 때문에 분명히 표시하는 것이 필요하다고 본다.²⁴⁾ 효력상실 시기가 없는 불합치결정은 결국 ‘합리적인 시점 이내’

새로운 입법을 할 것을 명하는 불합치결정으로 볼 수 있지만, 이 경우 ‘합리적인 시점’이 언제인가에 관하여 해석이 분분할 수 있으므로 헌법재판으로서의 기능과 실효성을 불확실하게 한다는 것이다. 불합치결정 그 자체만으로도 충분히 이에 따른 법적 관계가 불안정해 질 수 있다는 것을 고려하면, 불필요한 논란을 만들지 않기 위해 법률개선 시한을 명시적으로 설정하는 것이 바람직하다고 한다.²⁵⁾

② 반면, 기한 설정이 불필요하다는 입장에서는 종종 입법자가 입법시한을 도과하도록 개선입법을 하지 않는 현실을 고려할 때, 고정된 시한을 제시하기보다 개선입법이 이루어지는 시점까지로 입법시한을 제시하는 것이 타당하다고 한다.²⁶⁾ 다만 이 입장에서도 입법자가 한참을 지나도록 개선입법을 하지 않을 수 있으므로 이러한 방법만으로 입법자의 개선입법을 압박하기에는 한계가 있음을 시인하고 있다.²⁷⁾ 이밖에 입법자가 기한 내에 개선입법을 하지 않는 경우 법적공백 상태를 우려한 불합치결정이 오히려 법적공백 상태를 야기할 가능성을 높일 수 있고, 기한을 명시하지 않는다고 하여 입법자에게 신속한 입법개선 의무가 면제되는 것도 아니므로 기한설정을 명시적으로 하지 않는 것이 바람직하다거나,²⁸⁾ 결정 주문에서 개정시한을 정하는 것은 국회입법에 대한 강요의 강도가 지나친 것이라는 견해²⁹⁾도 입

24) 박진우, “헌법불합치결정에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제35집, 2009. 8., 6면.

25) 허완중, “불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무 위반의 법적 효과”, 헌법실무연구 제11권, 2010, 333면.

26) 이인호/오수정, 앞의 글, 63면.

27) 실제 입법부는 법인의 경우 약국을 개설할 수 없도록 한 약사법 제16조 제1항에 대해 2002. 9. 19. 2000헌바84 사건에서 기한을 명시하지 않은 불합치결정을 하였는데, 아직까지도 개선입법을 마련하지 않고 있다. 이때의 불합치 주문은 [약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조 제1항은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률 조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다]였다.

28) 남복현, “헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력상실”, 공법학연구 제11권 제3호, 2010, 38-39면. 다만 이 견해에서도 기한 설정을 통한 법 적용자나 국민에 대한 법적 명확성 제공의 필요성을 완전히 부인하지는 않는다.

29) 김병기, “위헌결정 법률의 효력과 그에 대한 국회의 대응”, 토지공법연구 제28집, 사단법인 한국토지공법학회, 2005. 10., 218면.

법시한 설정이 초래할 부정적 측면을 우려하는 견해로서 그 불필요성에 동조하는 견해라 할 수 있다.

③ 불합치결정은 해당 법률의 위헌성을 인정하면서도 더 위헌적인 상황의 초래를 방지하기 위해 그 효력을 완전히 박탈하지 않고, 불합치 선언된 법률의 효력을 잠정적으로 유지시키는 결정이므로 그 효력을 일정기간으로 한정하는 것이 필요하고, 따라서 입법시한을 명시하는 것이 타당하다. 입법 개선의무를 명하면서 그 시한을 정하지 않아 입법자가 장시간 개선입법의무를 이행하지 않는 상황을 초래하는 것은 법적 불안정 상태를 가중시킨다는 점에서 허용되기 어렵다. 앞으로 입법시한이 명시되지 않은 불합치결정은 자제될 필요성이 있다고 본다.

(3) 입법시한을 명시하지 않은 경우의 입법의무와 불합치 법률의 효력

헌법재판소가 불합치결정을 하면서 입법시한을 정하지 않았다 하더라도 이 결정 역시 당해 규정의 위헌성을 확인하는 결정임에는 틀림없으므로 입법자에게 불합치결정의 취지에 따른 신속한 개선입법의무가 주어지는 것은 당연하다. 문제는 입법기한을 정하지 않은 경우 상당한 기한까지 개선입법의무를 이행하지 않더라도 당해 법률조항의 위헌성을 곧바로 확정할 수 있는 장치가 없어 이 경우에 과연 어떠한 방식으로 후속 처리를 하여야 할 것인가 하는 것이다.

이와 관련하여 먼저 구체적인 기한을 설정하지 않은 경우 개선입법에 필요한 상당한 기간이 지났음에도 입법자가 개선입법의무를 이행하지 아니한 경우에는 기한도과의 경우와 마찬가지로 불합치 선언된 법률의 효력은 상실된다고 보는 견해가 있다.³⁰⁾ 개선입법을 위한 시간적 유예가 무한한 것일 수는 없고, 그 시간은 합리적인 범위로 한정되어야 하므로 일정 기간이 경과하면 불합치 선언된 당해 법률의 효력은 상실된다고 본다.

30) 최완주, 앞의 글, 402면.

반면에 이 경우 법률의 효력이 상실되는 것은 아니지만 대신 개선입법의 지연으로 인한 국가배상과 함께 입법부작위 위헌소송이 가능하다는 견해가³¹⁾ 있다. 입법시한을 명시하지 않았으므로 개선입법을 할 때까지는 불합치 선언된 법률의 효력은 계속 유지되지만, 이와 같은 상황이 상당기간 계속된다면 위헌적 상황을 그대로 방치하는 결과가 되므로 국회의 개선입법의무를 보다 명확히 하거나 강제하기 위한 새로운 형태의 소송을 할 수 있게 된다는 것이다.

한편, 입법시한을 정하지 아니한 불합치결정의 경우 ‘일정한 기간’을 아무런 조치 없이 지나면 입법자의 입법 의무 불이행에 대해 입법부작위 위헌소원을 제기하는 방식과 더불어 당해 규정이 위헌임을 다투는 위헌법률심판청구 또는 위헌소원을 제기하는 방법으로 문제를 해결할 수밖에 없다는 견해도 있다.³²⁾ 이 견해에서는 입법시한을 정하지 않은 불합치결정의 경우에는 헌법재판소법 제39조의 일사부재리원칙에도 불구하고 이에 대한 예외로서 불합치결정을 받은 당해 규정을 직접 대상으로 하여 위헌심판제청 또는 위헌소원청구도 할 수 있다고 본다.

불합치결정은 단순위헌결정의 효력을 제약하는 결정으로서 그 합헌성 회복에 입법자의 개선입법을 필요로 하게 되므로 불합치 선언된 법률을 대체할 대체입법이 만들어지기 전까지는 불합치 선언된 법률이라 하여 함부로 그 효력을 상실시킬 수 없다. 입법자가 만든 법률의 효력을 제거하기 위해서는 헌법과 법률에서 정하고 있는 절차에 따른 권한 있는 기관의 적법한 행위가 요구되므로 매우 불분명한 개념인 ‘상당한 기간’의 경과를 이유로 불합치 선언된 법률의 효력을 자동적으로 상실시키는 것은 권력분립의 원칙과 국민주권주의에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다.

따라서 헌법재판소가 입법자의 입법재량을 존중하는 차원에서 입법시한을 명시하지 않은 불합치결정을 하였더라도, 이것이 오히려 위헌적인 상태

31) 이명웅, “헌법불합치결정의 사유 및 효력”, 헌법논총 제20집, 2009, 394면.

32) 신봉기, 앞의 글, 356면.

를 더욱 조장하는 결과를 야기하게 되는 경우에는 차후에라도 그 법률관계를 명확하게 밝혀주는 것이 필요하다. 이 경우 유용한 소송형태는 해당 규정에 대한 위헌확인이 아니라 불합치결정을 통해 부과된 개선입법의무의 해태에서 유래하는 입법부작위 위헌확인소송이 되어야 할 것이다. 개선입법에 대한 부작위가 계속된다면 작위의무를 전제로 하는 유형의 소송이 가능할 것이기 때문이다.

물론 불합치결정의 경우 될 수 있는 한 입법시한을 정하여 이로 인해 불필요한 논란이 발생하지 않도록 하여야 한다. 이를 위해 오스트리아 연방헌법이 단순위헌결정의 효력을 폐지무효로 보면서 그 폐지를 최대 18개월까지 유예할 수 있도록³³⁾하고 있는 것과 마찬가지로 우리의 경우도 입법자가 일정한 시간 내에 입법을 하지 않으면 해당 법률의 효력이 상실되는 시점에 대한 유예의 상한을 법정화 하는 것이 필요하지 않을까 생각한다.

III. 입법시한 도과와 불합치 법률의 효력

1. 문제 상황

헌법재판소는 1998. 8. 27. 96헌가22 사건에서 적용중지 불합치결정을 선고하고 있는데, 그 주문은, 1. 민법 제1026조 제2호는 헌법에 합치되지 아니한다, 2. 위 법률조항은 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다는 부분으로 이루어져 있다.

33) 오스트리아 헌법 제140조 제5항은, 법률을 위헌으로 폐지한다는 헌법재판소의 판결이 선고되면 연방수상이나 주지사는 지체 없이 이를 공고할 의무를 부담하고, 폐지는 공고한 날의 다음날 오전 0시부터 효력을 발생하나, 다만 헌법재판소가 그 실효에 대해 기한을 정한 경우에는 그러하지 아니하고, 그 기한은 18개월을 초과할 수 없도록 하고 있다.

위와 같은 주문을 내는 이유는 법원 및 관련 행정청으로 하여금 불합치 선언된 법률에 대해 적용중지 또는 계속적용을 명하면서 입법자에게는 입법시한 내에 개선입법을 하도록 하여 해당 법률 규정이 유예 기간 내에 합헌성을 회복할 수 있도록 하기 위해서이다. 따라서 정해진 기한 내에 불합치결정의 취지에 맞는 개선입법을 하게 되면 아무런 문제가 발생하지 않지만, 만약 입법시한 내에 입법자가 아무런 조치를 취하지 않으면, 이후의 법률관계 해결에 문제가 생긴다. 이러한 비정상적인 상황과 관련한 문제가 바로 입법시한 도과 후의 불합치 선언된 법률의 효력에 관한 문제이다. 이에 관해서는 아래와 같은 논의들이 있다.

2. 입법시한 도과 후 불합치 선언된 법률의 효력에 관한 학설

가. 주문에 의해 효력이 결정된다는 입장

헌법재판소 결정 주문에서 입법 의무불이행의 효과를 명시하고 있다면 입법시한 도과로 불합치 선언된 법률의 효력은 상실되지만, 그렇지 않은 경우에는 입법시한 도과와 해당 법률의 효력 상실 문제를 개별 구체적으로 살펴야 한다는 입장이다.³⁴⁾ 헌법재판소가 명시적으로 입법개선 의무 불이행의 효과를 주문에서 밝힌 경우는 그에 따라 불합치 선언된 법률의 효력이 결정되고, 결정 주문에서 시한 도과의 효과에 관한 규율을 찾아볼 수 없는 경우에는 경과규율헌법불합치결정³⁵⁾의 전제가 되는 위헌상태가 단순위헌결정의 상태였는가, 단순헌법불합치결정³⁶⁾의 상태였는가를 기준으로 그 효력을 판

34) 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 헌법실무연구 제4권, 2003, 273면.

35) 황도수 교수는 법적공백을 통하여 대상법률의 위헌성 자체는 해결할 수 있으나, 법적공백이 초래하는 사회적, 국가적 혼란 또는 당사자에게 발생하는 피해가 너무 커서 법적공백을 그대로 둘 수 없는 경우에 하는 불합치결정을 경과규율헌법불합치라 부른다.

단해야 한다고 본다. 단순위헌결정에 부과된 경과규율헌법불합치결정은 원래 위헌 선언될 대상법률에 대해 잠정 적용을 명한 것이므로 이때의 계속적용기간은 법적 혼란의 해소기간으로 보아야 하고, 이 경우 계속적용기간의 도과는 단순위헌결정으로서의 효력을 발생시키게 되나, 단순헌법불합치결정에 부과된 경과규율헌법불합치결정의 경우에는 계속적용기간의 도과가 대상법률의 효력을 상실시킨다고 보기는 어렵고, 입법개선에 대한 입법부작위가 지속된다고 볼 수밖에 없다고 한다.

나. 단순위헌결정과 동일한 효과가 나타난다고 보는 입장

아무런 개선입법 조치 없이 입법시한이 도과되는 경우 이를 단순위헌결정이 내려진 것과 동일하게 보는 견해³⁷⁾이다. 이 입장에 따르면, 입법자가 그 입법시한까지 개선입법을 하지 않는 경우 불합치 선언된 법률에 단순위헌결정이 내려진 것과 동일한 효과가 발생하므로 적용중지의 경우에는 불합치 선언시에, 계속적용의 경우는 입법시한 도과시에 해당 법률의 효력이 상실되는 효과가 나타날 것이다. 아래에서 보는 바와 같이 하급심 법원에서는 기한 도과 다음날 불합치 선언된 법률의 효력은 상실되고, 같은 날 단순위헌결정이 있었던 것과 같은 효력이 있다고 보고 있다.

다. 불합치 법률의 효력이 그대로 유지된다는 입장

불합치 선언된 법률에 대한 입법시한 도과가 해당 법률에 대한 효력 상실

36) 황도수 교수는 법적공백 부분에 일정한 내용을 채워 넣어야만 비로소 합헌성을 회복할 수 있는 경우에는 단순위헌결정 대신 불합치결정을 할 수 있다고 보는데(대표적으로 규범이 평등원칙에 위반되는 경우) 이때의 불합치결정이 단순헌법불합치라 한다.

37) 이상훈, “위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용”, 사법논집 제38집, 2004, 87-88면; 최환 “헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력”, 판례연구 제23집, 2012, 592면.

효과를 가져 온다고 보면, 수혜적 법률이나 입법부작위가 문제되어 불합치결정이 내려진 경우, 또는 봉급규정과 같이 그 집행을 계속하여야 할 필요성 때문에 불합치결정이 내려진 경우에도 그 근거 규정이 사라짐으로써 심각한 법적 공백 상태가 발생하므로 입법시한 도과가 곧바로 해당 규정에 대한 효력 상실로 이어지는 것은 아니라고 보는 견해이다.³⁸⁾

이 견해에서는 개선입법시한의 명시를 입법자에게 대한 신속한 개선입법 의무의 촉구로 이해한다. 따라서 입법시한이 도과하였더라도 여전히 해당 법률 규정들은 적용중지 또는 계속적용 상태에 있고, 입법자는 신속한 개선입법을 하여야 할 의무를 부담하게 된다. 이와 같이 보아야 사건처리 과정에서 발생하는 후속 조치에 대한 논란이나 법적 혼란을 최소화할 수 있다고 한다. 특히 계속적용 불합치결정의 경우 개선입법시한 도과로 효력이 상실된다고 보게 되면 법적공백 상태가 해소되는 것이 아니라 오히려 심화될 것이므로 입법시한 도과로 효력이 상실된다고 보는 것은 불합치결정을 하는 이유와 부합하지 않는다고 비판한다. 기한설정의 원래 취지는 해당 규정에 대한 효력 여부를 판단하기 위한 것이 아니라 입법자에게 개선입법 의무를 성실히 수행하도록 하기 위한 것이라는 점을 강조한다.³⁹⁾

3. 입법시한 도과와 불합치 법률의 효력에 관한 법원의 실무

입법자에 의한 개선입법 없이 입법시한이 도과되는 경우 법원은 해당 사안에 대해 단순위헌결정이 있는 경우와 동일하게 해결하고 있다. 그 구체적인 예는 아래와 같다.

38) 남북현, “헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력 상실”, 공법학연구 제11권 제3호, 2010, 51-52면.

39) 남북현, 위의 글, 44면, 54면; 남북현, 헌법불합치결정의 현안, 헌법소송연구 1, 2011, 234면.

가. 계속적용의 경우

헌법재판소는 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대해 2007. 3. 29. 2005헌바33 사건에서 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다는 불합치결정을 하였다. 그런데 국회는 그 입법시한이 지나도록 개선입법을 하지 아니하였다.

서울행정법원은 2009. 8. 20. 2008구합9379 퇴직연금등감액지급처분취소 사건⁴⁰⁾에서, 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 주문에서 개선입법의 시한을 둔 경우, 그 시한이 지나도록 개선입법이 이루어지지 않으면, 당해 법률조항은 바로 효력을 상실하고, 다만 헌법재판소법 제47조는 위헌결정의 효력에 대해 장래효를 원칙으로 규정하고 있으나, 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 당해사건, 병행사건, 동종사건, 나아가 처분의 기초가 되는 사실관계가 불합치결정 이후에 발생한 사안으로서 불합치결정에서 정한 위헌 법률조항의 개정 시한 다음날 당시 그 처분의 취소를 구하는 소가 법원에 계속 중이었던 경우에는, 불합치결정으로 인한 그 법률조항의 효력 상실 효과가 그 사안에도 미친다고 하여 당해사건 원고를 구제하였다.

위 공무원연금법은 그 입법시한을 1년이나 경과한 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되었는바, 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 연금 등 감액 지급 대상 범죄에서 직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 및 소속 장관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우를 제외하였다. 그리고

40) 이 사건 진행 경과를 보면, 2007. 3. 29. 공무원연금법 불합치결정(잠정적용명령, 2008. 12. 31. 개정시한)→ 2007. 12. 29. 원고에 대한 유죄판결확정(범행시기 2003. 10. - 2004. 6.)→ 2007. 12. 29. 원고 당연퇴직→ 2008. 2. 26. 피고 공단의 퇴직금지급 처분(퇴직연금일시금 및 퇴직수당 중 1/2 감액 지급)→ 2008. 3. 4. 원고 처분취소소송 제기→ 2009. 1. 1. 개정시한 도과 순.

부칙 제7조 제1항 단서에서 위 제64조의 개정 규정은 2009. 1. 1. 전의 퇴직연금·조기퇴직연금수급자가 2009. 1. 1. 이후에 받는 퇴직연금·조기퇴직연금 및 2009. 1. 1. 이후에 지급의 사유가 발생한 퇴직급여 및 퇴직수당의 지급에 대하여도 적용한다는 규정을 두었다.⁴¹⁾

나. 적용중지의 경우

헌법재판소는 1998. 8. 27. 96헌가22 사건에서 한정승인의 제척기간을 정하고 있던 민법 제1026조 제2호에 대해 그 시한을 1999. 12. 31.까지로 한 적용중지 불합치결정을 하였는바, 입법자가 그 시한을 아무런 조치 없이 도과시키자 서울지방법원은 2000. 11. 21. 선고한 2000가합33206 판결에서, 단순승인의제에 관한 민법 제1026조 제3호가 헌법재판소의 불합치결정에 따른 입법시한 도과로 2000. 1. 1.부터 효력을 상실하여 상속인이 채무를 상속한다는 근거 규정이 없다는 이유로 상속채권자의 상속인에 대한 채무이행청구를 기각하는 종국판결을 선고하였다. 즉, 판결 선고 당시로는 해당 법률관계를 규율하는 규정이 없으므로 상속인이 상속재산을 초과하는 채무는 상속하지 않겠다는 한정승인 의사표시를 하지 않았어도 채무까지 상속하는 것으로 볼 수 없다고 한 것이었다.

이후 위 규정은 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되어 시행되었고, 부칙 제3항에서 한정승인에 관한 경과조치를 두어 1998. 5. 27.부터 이 법 시행 전까지 상속개시가 있음을 안 자 중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하다가 이 법 시행 전에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월 내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다고 하였다.

41) 이 부칙 규정과 관련한 문제에 대해서는 아래에서 다시 본다.

4. 소결(법률 폐지의 효과)

경과규율헌법불합치결정이 단순위헌결정에 부과된 것인지, 단순헌법불치 결정에 부과된 것인지에 따라 불합치 선언된 법률의 효력 상실 여부를 판단하는 것은 해당 법률의 내용에 따라 입법시한 도과의 효과를 달리 보게 되어 법률관계를 일의적으로 확정할 수 없다는 단점이 있고, 그 효력이 헌법재판소 주문에 의해서가 아니라 해당 규정의 내용에 의해 좌우된다는 점에서 동의하기 어려운 견해이다.

그리고 입법시한 도과로 단순위헌결정을 한 것과 동일한 효과가 나타난다고 보는 견해에 의하면, 불합치 법률의 효력은 상실되고, 이에 따라 해당 사안들은 단순위헌결정의 소급효 문제로 처리될 것이나, 이는 불합치결정의 본질을 왜곡하는 것으로 판단된다. 불합치결정으로 해당 법률의 운명이 입법자에게 넘어간 이상, 그 법률의 운명은 입법개선의무를 부여받은 입법자의 적극적 혹은 소극적 조치들에 의해 결정된다고 보는 것이 타당하다.

한편, 불합치 선언된 법률이 입법시한을 도과하더라도 효력이 유지된다고 보는 것은 입법자가 개선입법을 하지 않는 한 불합치법률이 계속해서 유효한 규범이 된다는 것을 의미하는 것인데, 입법시한의 설정은 입법자가 개선입법을 하여야 할 최대한의 유예기간이므로 그 기간 안에 입법자가 개선입법을 하지 않았다면 불합치결정으로 발생하게 된 임시적인 상황은 종료된다고 보는 것이 타당하다. 입법시한이 도과하였음에도 불구하고 실제 개선입법이 이루어질 때까지 불합치 선언된 법률의 효력을 무한정 연장시키는 것은 불합치결정을 한 취지에 반한다.

입법시한의 도과로 나타나는 법적 효과를 단순위헌결과와 동일한 것으로 볼 것인지, 아니면 해당 법률의 폐지로 볼 것인지는 결국 그 효력이 헌법재판소 결정에 의해 나타나는 효과냐, 아니면 입법자의 소극적 입법행위에 의해 나타나는 효과냐의 문제로 귀결된다. 전자의 입장은 입법시한이 도과하면 입법시한에 관한 주문 부분이 효력을 상실하고 헌법에 합치하지 아니한

다는 주문은 여전히 남아 있게 되므로 결국 단순위헌결정과 같아진다는 것이고, 폐지의 효과가 나타난다고 보는 입장은 아무런 입법조치 없는 입법시한의 도과도 결국은 입법자의 소극적 입법행위이므로 그것에 의해 해당 법률의 효력이 좌우된다고 보는 것이다. 후자의 입장에 찬성한다. 불합치 선언된 법률 조항에는 분명 위헌적 요소가 포함되어 있는 것이 사실이나, 이에 대해 헌법재판소가 단순위헌결정 대신 불합치결정을 함으로써 위헌성 제거의 임무를 입법자에게 맡긴 이상, 그 이후의 조치는 입법자의 영역으로 이관된다. 따라서 당해 법률 조항을 폐지할 권한도 가진 입법자가 아무런 조치를 하지 않은 경우 이는 소극적 입법으로서 해당 법률 규정을 폐지한 것에 해당하고, 거기에 다시 단순위헌결정과 같은 효력을 부여할 것은 아니다. 입법자에게 개선입법 의무가 주어지더라도 입법자는 개정 대신 해당 법률을 폐기하는 방법도 얼마든지 선택할 수 있기 때문이다. 결론적으로 입법시한의 도과는 단순위헌결정의 효과가 아니라 불합치 선언된 법률을 폐지하는 효과를 발생시킨다고 보는 것이 타당하다.

IV. 입법시한 도과와 불합치 법률의 효력 상실 시기

1. 효력 상실에 관한 헌법재판소의 불합치결정 주문

헌법재판소는 불합치결정을 하면서 입법시한을 부과하는 경우 일정시한까지 개선입법을 마련하지 않으면 그 시한 이후 당해 법률조항이 효력을 상실한다고 명시하는 경우가 많다.

예컨대 동성동본 혈족 사이의 혼인을 금지한 민법 제809조 제1항에 대해 적용중지 불합치결정을 하면서 1998. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1999. 1. 1. 그 효력을 상실한다고 하는가 하면(95헌가6), 다른 모든 채권보다 우선 변제하도록 하고 있는 근로기준법 제30조의2 제2항의 근로자 퇴직금 부분에

대해서도, 적용중지 불합치결정을 하면서 입법자가 1997. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1998. 1. 1. 그 효력을 상실한다고 하였으며(94헌바19), 명의신탁자 등에 대해 과징금 30%를 부과하도록 하고 있던 ‘부동산실권리자명의 등기에 관한 법률’ 규정에 대해서도 적용중지와 더불어 입법자가 2002. 6. 30.까지 개정하지 아니하면 2002. 7. 1. 그 효력을 상실한다(99헌가18)고 하는 한편, 지방자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우에도 부단체장이 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제111조 제1항 제3호에 대해서도 적용중지 불합치결정을 하면서, 입법자가 2011. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2012. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다(2010헌마418)고 하였다. 이 결정들은 모두 개선입법이 없는 경우 그 효력 상실의 시점을 입법시한 도과시로 하고 있다.

한편, 계속적용 불합치결정의 경우에도 헌법재판소는 입법시한 도과시에 해당 법률의 효력이 상실됨을 명시하고 있다. 종합부동산세의 과세방법을 ‘인별합산’이 아니라 ‘세대별 합산’으로 규정한 종합부동산세법 규정에 대한 불합치결정에서, 2009. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 개선입법이 이루어지지 않으면 2010. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다(2006헌바112)고 하였고(주문이 아니라 이유에서 명시), 의료법 제33조 제2항 단서의 “의료인은 하나의 의료기관만을 개설할 수 있으며” 부분에 대해서도, 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 하고, 그렇지 않은 경우 2009. 1. 1.부터 효력을 상실한다(2004헌마1021)고 하였으며(이유에서 명시), 대한민국 국민임에도 불구하고 주민등록이 되어 있지 않다는 이유로 대통령 및 국회의원 선거권과 국민투표권을 행사할 수 없도록 한 공직선거법과 국민투표법 등에 대한 계속적용 불합치결정에서도 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 2009. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다(2004헌마644)고 하여(이유에서 명시) 그 효력상실 시기를 입법시한 도과시로 명시하고 있다.

2. 불합치결정 유형별 효력 상실 시기

가. 계속적용의 경우

불합치결정 중 계속적용 불합치결정의 경우는 헌법재판소가 부과한 입법시한까지 불합치 선언된 법률을 계속 적용할 수 있고, 실질적인 효력을 유지하고 있으므로 그 시한까지 개선입법이 없으면 도과시에 해당 법률의 효력이 상실(폐지)된다. 이와 같이 보더라도 계속적용이라는 결정 주문이나 그 취지와 관련하여 별 문제가 발생하지 않는다. 헌법재판소가 입법시한 도과시점을 기준으로 효력 상실에 대해 언급하였는지를 불문하며, 그 도과시에 해당 법률의 효력이 모두 상실된다. 계속적용 불합치결정을 통한 임시적인 효력 유지 조치는 입법시한의 도래로 만료되기 때문이다.

나. 적용중지의 경우

적용중지 불합치결정의 경우에도 헌법재판소가 부과한 입법시한 도과시를 불합치 선언된 법률의 효력 상실 시점으로 보게 되면, 해당 법률의 적용을 중지시킨 불합치 선언 시점과 해당 법률의 효력이 상실되는 시점 사이에 해당 사안에 적용할 어떤 규율도 존재하지 않는 법적공백이 생기게 된다. 따라서 적용중지 불합치결정의 경우에는 입법시한 도과시에 효력이 상실된다는 의미를 그 불합치결정 취지와 관련하여 파악하는 것이 필요하다. 이렇게 파악하는 경우 그 의미는 기한의 도래로 헌법재판소가 선언한 임시적이고 잠정적인 조치들이 종료된다는 의미가 될 것이다. 따라서 아무런 입법조치 없이 그 시한이 도과하였다면 해당 규정의 효력 상실은 그 적용을 중지한 불합치 선언시로 소급하여 발생하고, 이를 전제로 해당 사건의 해결을 도모할 적극적인 의무가 관련 국가기관에 발생한다. 이 경우 법원은 법률

폐지의 경우 적용되는 원칙에 따라 해당 사안의 재판에 침해야 할 것이다.

다만 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 입법시한 도과시에 해당 법률의 효력이 상실된다고 명시하게 되면, 이는 자칫 그 때를 기준으로 불합치 법률의 효력이 상실된다는 의미로 받아들여질 염려가 있다. 따라서 적용중지 불합치결정의 경우 효력상실 시기를 입법시한 도과시로 명시하는 주문은 될 수 있는 한 하지 않는 것이 바람직하다.

3. 입법시한 도과 후의 사안 처리

가. 입법시한 도과시 후속 처리에 관한 논의

위에서 본 바와 같이 불합치결정의 경우 아무런 입법조치 없이 입법시한이 도과하면 이는 소극적 입법으로서 법률 폐지의 효과가 발생하겠지만, 이는 이론상 그렇다는 것이고, 불합치 선언된 법률의 효력 상실로 모든 것이 해결되는 것은 아니다. 폐지의 효과를 가지는 불합치 선언된 법률이 침해적 규정인 경우에는 별 문제가 없겠으나, 봉급이나 연금처럼 급부의 근거가 되었거나 권리 실현에 필요한 절차 관련 규정인 경우에는 그 폐지로 법적공백이 발생하게 되어 그 공백을 메우는 별도의 입법조치가 없는 한 여전히 위헌성은 교정되지 않고 지속된다. 이러한 법적공백을 메우기 위한 후속 조치들에 대해서는 아래와 같은 논의들이 있다.

먼저 ① 불합치결정을 한 취지에 따라 법원이 판결을 하여야 한다는 견해⁴²⁾로서, 기한 안에 법률이 개선되지 않았을 경우 해당 법률은 그 효력을 상실하게 되지만 그 효력의 상실만으로 합헌상태가 회복된 것은 아니므로 법관이 범형성을 통해 합당한 결론을 이끌어 내야 한다고 본다. 다만 이 경우 법관의 범형성은 입법자의 법률개선 의무 위반에 따른 법적공백을 메우는

42) 허완중, “헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무 위반의 법적 효과”, 헌법실무연구 제11권, 2010, 342면.

최소한의 정도에 머물러야 하므로 입법형성권을 침해하지 않는 잠정적인 법형성에 그쳐야 한다고 한다.

그리고 ② 임시규율과 국가배상소송으로 해결해야 한다는 견해도 있다.⁴³⁾ 입법자의 입법부작위가 계속되는 한 입법부작위 위헌소송이 가능함은 물론이나, 입법자가 개선입법을 할 수 없거나 개선하려고 하지 않는 경우에는 헌법재판소가 긴급입법자로서 입법자의 개선입법시까지 잠정적으로 적용되는 임시규율을 제정할 수 있다고 본다. 다만 임시규율은 입법자의 입법형성권을 침해하지 않는 최소한에 그쳐야 함을 강조한다. 개선입법 불이행으로 손해가 발생한 경우 국가배상청구도 가능하다고 한다.

한편, ③ 입법부작위 위헌소송으로 해결하자는 견해도 있다.⁴⁴⁾ 입법시한이 지나면 법률의 효력이 상실되지만, 입법부작위가 기본권 침해를 발생시키는 경우 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 한다. 유사한 견해로 국회의 법률개선 의무가 헌법에 근거한 것일 경우에는 입법부작위에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있으며, 법원은 가능한 한 당사자의 입법부작위에 대한 헌법소원심판을 기다려 재판하는 것이 바람직하다는 견해도 있다.⁴⁵⁾

그런데 법원의 법보충 행위나 헌법재판소의 임시규율 부과는 새로운 법창조 행위로서 입법행위에 해당하므로 명시적인 규정이 존재하지 않는 한 사법부의 조치로서는 가능한 방법이라고 볼 수 없고, 결국 입법시한까지 개선입법을 하지 않은 경우 입법부작위 위헌소송과 손해배상청구소송을 통해 해결할 수밖에 없을 것이다.

나. 수혜적 법률과 후속처리

수혜적 규정에 대한 불합치결정의 경우에는 아무런 입법조치 없이 그 시

43) 이명웅, 앞의 글, 394면; 허완중, 위의 글, 343면.

44) 허영, 앞의 책, 253면.

45) 정중섭, 헌법소송법(제6판), 박영사, 2010, 385면.

한이 도과하더라도 평등 실현에 대한 재량을 가지고 있는 입법자가 수혜를 모두 폐지하는 쪽으로 소극적 입법을 한 것으로 못 볼 바 아니므로 그 권리 실현을 위해 새로운 입법조치나 손해배상청구는 원칙적으로 요구되지 않을 것이다.

다만 수혜적 규정이라 하더라도 그 혜택 부여에 대해 입법자가 재량을 가지고 있지 않은 경우에는 문제가 달라진다. 이러한 경우에는 개선입법의무 불이행 그 자체가 헌법위반이 될 것이므로 해당 관청이 수혜 규정의 효력 상실을 이유로 급부를 중단하는 경우 위에서 본 바와 같이 당사자들은 손해 배상청구나 입법부작위 위헌소송을 통해 구제를 받을 수 있을 것이다.

물론 위와 같은 경우 관할청에서 혜택 부여의 근거 규정이 사라졌음을 이유로 그 급부를 거절할 것으로 보이지는 않으며, 근거가 마련될 때까지 종래대로 급부를 계속할 가능성이 높다. 수혜 규정은 다시 입법될 것이고, 그 경우 법률의 공백 기간 동안 중단되었던 혜택까지도 소급하게 될 것이어서 이와 같은 사태가 미리 예상되는 가운데 관할 행정청이 혜택을 중단하지는 않을 것이기 때문이다. 즉, 이 경우는 불합치 선언된 법률이 사실상의 규범력을 가지고 혜택 부여의 근거로 작용하게 될 것이다.

다. 불리한 규정에 대한 소급적용 경과 규정의 문제

입법시한이 경과한 이후라도 입법자는, 언제든지 법률을 제·개정하여 불합치결정의 취지를 입법에 반영할 수 있고, 입법시한이 경과한 기간 동안의 법적공백 상태를 소급적용 경과규정을 통해 보완할 수 있다. 다만 이 경우 개정 법률의 소급적용이 규율 대상자에게 불리함에도 불구하고 개정 법률을 소급적용하도록 하는 경과규정을 두게 되면 이에 대한 위헌성 문제가 발생할 가능성이 높다.

공무원연금법의 경우가 여기에 해당하는데, 위에서 본 바와 같이 헌법재판소는 2007. 3. 29. 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고

이상의 형을 받은 때에는 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대해 계속적용 불합치결정을 선고하면서 입법시한을 2008. 12. 31.까지로 하였으나(2005헌바33), 입법자는 2009. 12. 31.에서야 개선입법을 하였는바, 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 연금 등 감액 지급 대상 범외에서 직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 등을 제외하고, 부칙 제7조 제1항 단서에 위 제64조의 개정 규정을 2009. 1. 1. 전의 퇴직연금·조기퇴직연금수급자가 2009. 1. 1. 이후에 받는 퇴직연금·조기퇴직연금 및 2009. 1. 1. 이후에 지급의 사유가 발생한 퇴직급여 및 퇴직수당의 지급에 대하여도 적용한다는 규정을 두어 입법시한 도과 후 개선입법이 이루어지기까지의 공백 기간에도 개정 규정을 소급적용하도록 한 것이다.

문제는 위 불합치 선언된 공무원연금법이 입법기한의 도과로 효력이 상실되어 2009. 12. 31. 공무원연금법 개정 전까지의 기간 동안 공무원 퇴직급여를 제한하는 근거 규정이 일시적으로 사라지게 되었다는 점인데, 이로 인하여 연금수급자들은 공무원연금법이 개정되기 전까지 아무런 제한 없이 퇴직연금 전액을 지급받을 수 있었던바, 위 개정법의 부칙 규정으로 인해 퇴직연금 제한 사유가 다시 입법시한까지로 소급하게 됨으로써 개정 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 감액 지급 대상 범외를 범하였던 자들의 경우 이미 지급받은 연금 중 2분의 1에 대해 환수조치를 당하게 되었다.⁴⁶⁾

그런데 헌법재판소는 위 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대해 불합치결정을 하면서 공무원연금법상의 퇴직급여 등 급여수급권이 재산권의 성격을 갖고 있음을 확인한 바 있고, 재산권에 대해서는 헌법 제13조 제2항에 의해 소급입법에 의한 박탈이 금지되는바, 위 경과규정은 사후적인 재산권 박탈의 모양을 하고 있기 때문에 이러한 개선입법이 공무원연금법에 대한

46) 공무원연금공단은 개선입법시한이 경과한 시점부터 퇴직연금 제한사유가 있던 자들에게도 연금 전액을 지급하였다가, 개정 공무원연금법 부칙 경과규정에 따라 전액 지급하였던 퇴직연금 중 1/2을 다시 환수하는 처분을 하기에 이르렀는데, 그 처분취소를 구하는 행정소송과 관련한 위헌소원이 20여건(2010헌마196등) 제기되었다.

불합치결정 취지를 반영한 합헌적 입법인지에 대해서는 논란이 있다.⁴⁷⁾ 불합치법률이 수혜적 법률인 경우에는 위와 같은 소급적용 경과 규정을 두더라도 아무런 문제가 없겠지만, 침해적 법률의 경우는 사정이 다르므로 소급적용 경과 규정을 둬 있어 주의할 필요가 있다.

V. 형벌규정에서의 입법시한 도과 후 불합치 법률의 효력

1. 형벌규정에 대한 불합치결정의 효력과 입법시한 도과 후의 효력

형벌규정에 대한 불합치결정에 대해서는 그 효력과 관련하여 의견이 분분하다. 헌법재판소법은 위헌결정의 효력과 관련하여 일반적으로는 장래효를 원칙으로 하고 있지만, 형벌규정에 대해서는 소급하여 위헌결정의 효력이 발생하도록 하고 있기 때문이다(제47조 제2항 단서).

먼저 불합치결정은 불합치 선언된 법률의 효력을 잠정적으로 유지시키는 데 그 특징이 있으므로 그 효력은 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 유지되고, 개선입법을 하게 되면 비로소 폐지되는 결과가 발생하게 되는데, 형벌규정에 대한 불합치결정의 경우도 이러한 효력을 가지는 데는 비형벌규정의 경우와 다를 것이 없다고 보는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 이에 반해 형벌규정에 대해서는 위헌결정이 소급하여 효력을 가지도록 하고 확정된 유죄판결에 대해서도 재심을 허용하고 있는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 제3항이 있음을 이유로 형벌규정에 대한 불합치결정의 경우는 적용중지이든 계속적용이든 불문하고 모두 소급하여 해당 규정의 효력이 상실된다고 보는 견해가

47) 공무원연금법 부칙 제7조 제1항 단서야말로 전형적인 소급입법에 해당한다고 보는 견해가 있다. 장영수, “헌법불합치결정의 성격 및 유형과 법적 효력에 관한 연구”, 고려법학 제60호, 2011, 385면.

48) 이명웅, 앞의 글, 397-398면.

있다.⁴⁹⁾

그런데 헌법재판소법 제47조 제2항 단서와 제3항을 문언 그대로 고집할 경우 단순위헌결정으로 인해 나타나는 문제에 고스란히 직면하게 될 수밖에 없고, 때문에 구체적 타당성과 법적 안정성의 조화라는 위 규정의 취지를 고려한 목적론적 해석을 통해 형벌규정에 대해서도 불합치결정을 선고하는 것이므로 위 헌법재판소법 규정을 들어 형벌조항에 대한 불합치결정이 단순 위헌결정과 효력이 같다고 보는 것에는 수긍하기 어렵다. 결국 형벌규정이나 비형벌규정에 대한 불합치결정의 효력에 대해서는 이를 달리 볼 이유가 없고, 소급효를 차단한다고 보아야 한다.

형벌규정에 대한 불합치결정의 효력을 위와 같이 비형벌규정의 경우와 동일하게 본다면 입법자의 개선입법조치 없는 입법시한 도과의 효력 역시 위에서 살펴본 바와 같이 계속적용의 경우는 개정시한을 도과한 이후부터 불합치 선언된 법률의 효력이 상실되고 그 때부터 폐지되는 것과 같은 효과를 가지게 될 것이고⁵⁰⁾, 적용중지의 경우는 불합치결정 시점부터 불합치 선언된 법률의 효력이 상실될 것이다. 따라서 입법시한이 도과한 경우 법원은 법률이 행위자에게 유리하게 개정된 경우와 동일하게 보고 재판을 하여야 할 것으로 사료된다.

2. 입법시한 도과 후의 법원의 실무와 이에 대한 평가

법원은 형벌규정에 대한 불합치결정의 경우에도 그 결정의 효력은 소급

49) 이준상, “불합치결정과 관련된 재판실무상의 문제점(형벌고항을 중심으로)”, 재판실무연구, 2009, 447-448면; 국회의 법개정 전에 불합치 선언된 법률을 적용하여 유죄판결을 내리는 경우에는 법개정 이후 재심청구가 쇄도해 소송경제상의 혼란과 큰 비효율이 초래되는 것을 우려하여 불합치결정이 있는 경우 무죄판결을 하여야 한다는 견해도 이 견해에 속하는 것으로 보인다[임지봉, “헌법불합치결정과 함께 내려진 계속적용 결정의 효력(집시법 제10조에 대한 헌법재판소 결정 평석을 중심으로)”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010, 268면].

50) 이명웅, 앞의 글, 400-402면.

하여 미치고, 따라서 이미 확정된 유죄판결에 대해서도 재심을 통한 무죄인정이 가능하다고 본다.

2004. 5. 27. 2003헌가1 사건에서 헌법재판소가 학교보건법 제6조 제1항 제2호에 대해 적용중지 불합치결정을 한 것과 관련하여 법원은 2009. 1. 15. 선고한 2004도7111 판결에서 형벌불소급의 원칙 등을 이유로 그 효력을 단순위헌결정과 동일하게 보았고, 2009. 9. 24. 2008헌가2 사건에서 헌법재판소가 옥외야간집회를 금지하고 있던 집시법 제10조 등에 대해 계속적용 불합치결정을 한 것과 관련해서도 그 입법시한 도과 후인 2011. 6. 23. 2008도7562 전원합의체 판결에서 불합치결정에 단순위헌결정과 동일한 효력을 부여하여 소급효를 인정하였다.

다만 위 야간옥외집회 사건 판결에는 대법관 3인의 별개의견⁵¹⁾이 있는데, 형벌법규에 대한 위헌결정에 예외 없이 소급효와 재심을 허용하여 무죄판결을 받게 한다면, 이는 과거에 존재하였던 역사적 현실을 완전히 부인하는 것일 뿐만 아니라 위헌성을 제거한 개선입법이 마련될 때까지 발생하는 법적공백으로 인한 혼란을 피할 수도 없게 되므로 헌법재판소가 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따른 소급효의 적용을 배제하는 것이 불가피하다고 판단하여 불합치결정을 하면서 해당 법규의 잠정적용을 명한 경우, 법원도 이러한 헌법적 가치와 이익형량에 관한 헌법재판소의 판단을 존중할 필요가 있는바, 헌법재판소가 이 사건 법률조항의 효력을 입법시한 다음날인 2010. 7. 1.부터 상실되도록 한 이상, 야간옥외집회 주최의 공소사실은 이 사건 법률조항이 2010. 7. 1.부터 효력이 상실됨으로써 ‘범죄 후 법령 개폐로 형이 폐지되었을 때’에 해당한다고 볼 수 있으므로 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 실제적 재판을 하기에 앞서 면소판결을 하여야 할 것이라고 하였다.

위 다수 견해에 따르면 형법규정에 대해서는 적어도 해당 불합치결정의 적용중지 여부나 입법자가 개선입법을 시한 내에 하였는지 여부와 상관없이 불합치 선언된 법률의 효력은 그 제정 또는 개정시로 소급하여 효력을 상실

51) 대법관 안대희, 신영철, 이인복의 별개의견.

하게 되므로 불합치결정의 독자적인 의미는 없고 모두 무죄판결을 받게 될 것이나, 별개의견에 따르면 입법시한 도과로 불합치 선언된 법률의 효력은 폐지되는 효과가 발생하므로 해당 사건들에 대해서는 면소판결을 받게 될 것이다. 위 별개의견에 찬성한다. 형벌규정의 경우에도 극히 예외적이긴 하나 불합치결정은 허용되는 것이고, 그렇다면 그 효력을 비형벌규정에 대한 것과 달리 보아야 할 이유가 없기 때문이다.

VI. 결론

불합치결정에 있어 입법시한은 불합치결정으로 인한 임시적인 상황을 종료시킬 수 있는 최대한의 유예기간으로서 이 기간의 설정은 법원이나 입법자 등에 곧바로 영향을 미치게 되므로 입법시한이 가지는 의미는 상당히 중요하다. 따라서 입법시한의 부과는 특별한 사정이 없는 한 이를 명시하는 것이 필요하고, 이를 명시하지 않아 상당기간 개선입법이 이루어지지 않음으로써 위헌 상태를 지속시키는 사태를 발생시켜서는 안될 것이다.

한편, 헌법재판소가 부여한 입법시한을 입법자가 아무런 개선입법 없이 도과해 버리는 경우 불합치 선언된 법률의 효력은 입법자에 의한 소극적 입법의 결과로서 해당 법률 규정을 폐지시키는 효과를 발생시킬 것이다. 물론 이와 같은 효력은 형벌규정에 대한 불합치결정에 있어서도 마찬가지이다. 형벌규정에 대한 위헌결정에 소급효를 인정하고 있는 헌법재판소법 규정이 있기는 하나 형벌규정에도 불합치결정이 허용된다고 보는 이상 비형벌규정에 대한 것과 그 효력에 있어 차이를 둘 이유는 없다.

다만 해당 법률 폐지의 효력이 발생하는 시점과 관련하여 계속적용 불합치결정의 경우에는 입법시한 도과시에 당해 법률 규정의 효력이 상실된다고 보는 것에 대체로 이의가 없으나, 적용중지 불합치결정의 경우에는 그 주문과 관련하여 효력상실의 효과가 발생하는 시점에 관해 논란이 있다. 그런데

적용중지 불합치결정은 개선입법이 되기까지 해당 법률의 적용을 중지시키는 결정이므로 이러한 성질을 감안하면, 불합치결정 선언시에 폐지의 효과가 발생한다고 보아야 할 것이다. 이 경우 문제는 입법시한 도과시에 효력이 상실된다는 헌법재판소 결정 주문의 의미인데, 이는 입법시한의 도과로 불합치결정으로 인한 임시적이고 잠정적인 조치들이 종료된다는 의미로 받아들여야 할 것이다. 적용중지 불합치결정의 성질상 입법시한 도과시에 법률폐지의 효과가 발생한다고 보게 되면, 불합치 선언시부터 입법시한도과시 까의 법률관계에 대해서는 이를 해결할 방도가 없게 된다. 적용중지 불합치결정의 경우 이와 같은 논란을 불식시키기 위해서는 입법시한 도과시에 해당 법률의 효력이 상실된다는 주문을 붙이지 않는 것이 바람직할 것이다.

[국문초록]

헌법불합치결정과 입법시한

헌법불합치결정은 단순위헌결정과 달리 문제의 해당 법률 규정에 대해 일정 기간 유예를 두고 개선입법이 이루어질 때까지 그 효력을 유지하도록 하는 결정으로서 불합치 선언되는 법률의 효력 상실 시기에 대한 유예, 다시 말해 입법시한을 두는 것을 특징으로 한다. 입법시한은 헌법불합치결정의 본질을 파악하고 그 효력을 이해하는데 불가결한 요소로, 입법자에 의한 개선입법의무의 이행으로 또는 입법시한의 도과로 그 운명을 다하게 된다.

헌법불합치결정에 있어서의 입법시한은 법적용자에 있어서는 불합치 선언된 법률의 계속적용 또는 적용중지에 허용된 최대한의 시간을 의미하고, 입법자에게는 불합치 선언된 법률의 효력 유지가 최소화되도록 이를 개선하는데 허용되는 최대한의 시간을 의미한다.

한편, 헌법불합치결정은 헌법재판소가 유예한 일정기간 동안 임시적으로 불합치 선언된 법률의 효력을 유지시키는 결정이므로 그 기간 동안 입법자가 아무런 입법조치를 하지 않으면 그 효력은 상실된다. 이는 입법자에 의한 소극적 입법의 결과로서 법률의 폐지와 동일한 효과를 가져 온다. 따라서 계속적용 헌법불합치결정의 경우에는 입법시한 도과시에, 적용중지 헌법불합치결정의 경우에는 불합치 선언시로 소급하여 불합치 선언된 법률은 폐지되는 효과를 가지게 될 것이다.

주제어

헌법불합치결정, 입법시한, 입법시한도과, 불합치결정의 기속력, 결정이유에 대한 기속력, 개선입법의무, 입법시한도과와 불합치법률의 효력, 형벌규정에 대한 불합치결정

[Zusammenfassung]

Unvereinbarerklärung und Neuregelungsfrist

Die Besonderheit der Unvereinbarerklärung gegenüber die bloße Nichtigerklärung liegt darin: das Verfassungsgericht spricht nach der Unvereinbarerklärung die Verpflichtung des Gesetzgebers aus, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, und es lässt zudem das für unvereinbar erklärte Gesetz bis zu der erforderlichen gesetzlichen Neuregelung temporär anwendbar bleiben, d. h. mit der Neuregelungsfristsetzung den Nichtgeltungszeitpunkt des für unvereinbar erklärten Gesetzes verschieben. Man versteht die Neuregelungsfrist als ein unentbehrliches Element des Wesen der Unvereinbarerklärung. Ihr Schicksal geht dann zu Ende, wenn der Gesetzgeber die erforderliche gesetzliche Neuregelung erlässt oder die Frist nicht einhält.

Die Neuregelungsfrist zeigt dem Gesetzesanwender die längste Zeit, in der ihm die vorläufige Anwendbarkeit oder Anwendungssperre des für unvereinbar erklärten Gesetzes zugewilligt werden kann, und sie zeigt dem Gesetzgeber die längste Zeit, in der er den verfassungswidrigen Zustand beseitigen und dessen korrigierenden Neugestaltung verwirklichen kann.

Außerdem lässt die Unvereinbarerklärung für die vom Verfassungsgericht angeordneten Gesetzgebungsfrist vorläufig den Bestand der verfassungswidrigen Norm unberührt bleiben. Daher werden die Rechtsfolgen der Unvereinbarerklärung erst dann außer Kraft gesetzt, wenn der Gesetzgeber die Verpflichtung zu unverzüglichem Handeln verletzt und somit die Neuregelungsfrist überschritten ist. Dies ist Folge der gesetzgeberischen negativen Gesetzgebung und hat die gleiche Wirkung wie die Vernichtung des verfassungswidrigen Gesetzes. Im Falle der Unvereinbarerklärung mit der vorläufigen Weitergeltungsanordnung hat

daher die Entscheidung des Verfassungsgericht zur Folge, dass das einschlägige Gesetz erst zum Zeitpunkt der Überschreitung der Gesetzgebungsfrist vernichtet wird. Demgegenüber wird es im Falle der Unvereinbarerklärung mit der Anwendungssperre zum Zeitpunkt der Aussprache der Unvereinbarerklärung rückwirkend vernichtet.

행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성

鄭 光 賢

헌법재판연구원 국제조사연구팀장

- 目 次 -

I. 문제의 제기	317
II. 법률에 대한 위헌결정의 효력	318
1. 법률에 대한 위헌결정의 확인적/폐지적 효력	319
2. 위헌선언된 법률의 소급/향후 무효	322
III. 법률의 위헌선언과 행정처분의 취소/무효	332
1. 서설	332
2. 근거법령에 대한 위헌선언이 기존의 행정처분의 효력에 미치는 영향	335
가. 근거법률의 위헌선언과 행정행위의 공정력 인정 여부	335
나. 근거법률의 위헌선언과 행정처분의 불가쟁력 인정 여부	336
다. 근거법률의 위헌선언과 행정처분의 기결력(既決力)의 인정	

여부	341
IV. 결론: 무효확인소송에서 재판의 전제성 부정	343
* 국문초록 및 주제어	344
* 독문초록	347
* 참고문헌	350

I. 문제의 제기

행정처분에 대한 취소소송의 제소기간을 도과한 자가, 같은 행정처분에 대하여 무효확인의 소를 제기한 후 그 소송계속중 그 처분의 근거법률의 위헌성을 주장하며 당해사건 법원에 위헌법률심판제청을 신청하고, 이것이 받아들여지지 않을 경우 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하는 경우가 가끔 있다. 이 때 헌법소원이 적법하기 위하여는, 그 법률의 위헌 여부가 행정처분에 대한 무효확인소송에서 재판의 전제가 될 것이 요구된다. 만일 재판의 전제성이 인정된다면, 비록 취소소송의 제소기간을 도과한 자라 할지라도 위헌법률에 기한 행정처분에 의해 발생한 권리침해로부터 구제받을 여지가 생긴다. 이는 개인의 권리구제와 법질서의 합헌성 보장이라는 차원에서는 긍정적으로 보인다. 그러나 반면에 행정처분에 대한 취소소송에 제소기간을 설정함으로써 달성하고자 한 법적 안정성의 확보라는 목적은 그로써 사실상 방지될 수 있다. 이러한 문제의식 하에서 이 글은 위와 같은 경우에 과연 재판의 전제성을 인정할 수 있는지, 만약 그렇다면 구체적으로 어떤 조건 하에서 인정해야 할지 등을 다루려 한다.

위에서 언급한 사안에서 재판의 전제성 요건은 일응 “법률에 대해 위헌결정이 선고되면, 그 법률에 기한 행정처분이 무효로 된다”는 명제가 성립할 때, 충족될 것이다. 그러므로 이 명제의 당부가 주요쟁점이 된다. 그러나 성급하게 이를 단번에 답하려는 것은 현명하지 못한 일일 것이다. 논리의 비약 또는 개념의 혼동으로 인한 오류를 방지하기 위해서는 단계별로 차근차근 고찰해 나가는 것이 바람직할 터이다. 위헌법률심판 내지 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 헌법재판소의 심판대상은 법률이지, 구체적인 행정처분이 아니다. “근거법률이 위헌·무효로 밝혀진 경우 당해 행정처분의 운명은 어떻게 되는가”는 “위헌결정에 의하여 법률이 어떠한 운명에 처하게 되는가”와는 다른 차원의 문제다. 전자의 문제는 후자를 답하고 난

연후에야 비로소 제기될 일이다. 그렇다면, 앞서 언급한 명제의 당부는 바로 이 상이한 두 가지 문제들에 대한 순차적인 고찰을 통하여 판단되어야 할 것이다.

II. 법률에 대한 위헌결정의 효력

법률의 위헌 여부에 관한 헌법재판소 결정의 효력은 소송법적인 것과 실체법적인 것, 이렇게 두 가지로 분류할 수 있다.

헌법재판소의 결정이 가지는 소송법적 효력으로서의 우선 형식적 확정력 및 실질적 확정력(기판력)을 들 수 있다. 이러한 확정력의 부여는 헌법재판소법 제39조의 일사부재리 규정에 이미 부분적으로 표현되어 있을 뿐 아니라, 헌법재판소의 심판절차에 관하여 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 규정하고 있는 헌법재판소법 제40조 제1항 제1문에 의해서도 근거지울 수 있다.¹⁾ 다음으로, 헌법재판소의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체에 대하여 기속력을 가진다(헌법재판소법 제47조 제1항). 이에 의하여, 비록 헌법재판소의 심판절차에 참여하지 않은 기관이라고 할 지라도, 헌법재판소의 위헌결정에 모순되는 판단을 하여서는 안 되는 구속을 받는다.

나아가, 헌법재판소의 위헌결정은 그 심판대상인 법률의 효력에 실제로 특정한 영향을 미치는 점에서 실체법적 효력도 가진다. 헌법재판소법 제47조 제2항에서, 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 “효력을 상실”하는 것으로 규정한 것이 바로 이에 해당한다.²⁾ 이 경우 효력 상실의 시점은 위헌으로 결정된 법률조항이 형벌에 관한 것이냐 아니냐에 따라 달라지

1) 기판력에 관한 명시적 규정으로는 민사소송법 제216조, 제218조 참조.

2) 한편, 위헌결정의 실체법적 효력의 법적 근거는 일차적으로 “헌법 제113조 제1항의 법률의 위헌결정에 관한 헌법재판소의 관할규정 자체에서” 찾아야 한다는 견해로는 황우여, 사법논집 제21집(1990), 5면 (20면).

는바, 형벌에 관한 것이면 “소급하여”, 그 외에는 “그 결정이 있는 날부터” 효력을 상실한다. 그러나 그 구체적 의미에 관하여는 종래 “당연무효설”과 “폐지무효설”로 대별되는 학설의 대립이 있다.

1. 법률에 대한 위헌결정의 확인적/폐지적 효력

당연무효설에 따르면, 위헌법률은 처음부터 당연히 효력이 없는 것으로 간주된다. 헌법과 법률이 서로 저촉되어 둘 중 하나에 대하여는 효력을 부인할 수밖에 없다면, 그리고 이 경우 헌법의 우위가 관철되어야 한다면, 필연적으로 위헌법률의 효력이 부인되어야 한다는 것이다. 그 결과 헌법재판소의 위헌결정은 이러한 무효상태를 단지 확인·선언하는 의미를 가진다고 한다.³⁾

이에 반하여, 폐지무효설은 법률의 위헌성에서 법률의 무효가 바로 도출되지는 않는다고 한다. 헌법 제107조 제1항이 법률의 위헌성 확인을 헌법재판소의 결정에 독점시킨 결과 헌법재판소의 위헌결정이 있기까지는 누구도 당해 법률의 적용을 임의로 거부할 수 없는바, 이러한 점에 비추어 위헌적 법률일망정 - 당연무효설이 그러하듯 - 정태적 고찰에 의존한 나머지 곧바로 “무효”로 볼 것이 아니라, 오히려 소정의 절차를 거쳐 단지 “폐지할 수 있는” 대상으로 봄이 상당하다는 것이다. 이에 따르면, 헌법재판소의 위헌결정은 이제껏 유효하던 법률을 폐지하는 효력을 가지는 점에서 형성판결의 성질을 가진다.⁴⁾

법해석방법론의 관점에서 양 설은 각기 타당한 점이 있다.

당연무효설은 우선, 헌법의 체계적 해석에 충실하다. 헌법 제103조는 “법

3) 남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 235면 이하; 이강국, 행정판례연구 제2집(1996), 333면 (340면 이하).

4) 윤진수, 재판자료 제75집(1997), 621면 (669면); 정태호, 법률행정논총 제19집(1999. 12.), 199면 (211면 이하); 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 149면 이하; 정중섭, 헌법소송법, 337-338면.

관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하여 헌법이 직접 효력을 가지는 법으로서 사법부를 구속함을 밝히고 있고, 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”, 헌법 부칙 제5조는 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”고 각 규정함으로써 헌법과 그 밖의 법령 사이에 효력의 우열을 명확히 천명하고 있다. 이로써 법률이 헌법에 저촉하는 이상, 정상적인 효력을 가질 수 없음은 분명하다. 다음으로, 법의 제정과정을 고려하는 발생사적 법해석방법에 의하더라도 당연무효설은 근거가 있다. 헌법재판소법 제정을 기초한 실무위원들 대부분은 현행 헌법이 당연무효설의 입장을 전제하고 있다고 믿었고, 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정과 관련해서도 당연무효설에 바탕한 독일연방헌법재판소법 제79조 제1항, 제2항을 주로 참조하였으며, 다만 새로운 법문 형성의 어려움과 조심스러움 때문에 이전의 헌법위원회법 등에서 실정적으로 사용하여 오던 표현을 그대로 사용하긴 하였으나, 이는 어디까지나 위 독일연방헌법재판소법 제79조 제1항, 제2항의 규율내용과 동일한 규정을 두려는 취지였다고 한다.⁵⁾

다른 한편, 헌법재판소법 제47조 제2항의 법문은 폐지무효설을 더 설득력 있게 보이게 한다. 이 조항 제1문에서 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다”고 규정한 부분은 당연무효설의 입장에서는 잘 설명되지 않는다. 국내의 다수설이 폐지무효설을 취하는 결정적 이유가 바로 여기에 있다.⁶⁾

5) 이강국, 위 논문, 342면. 같은 논문 343면에 따르면, 헌법재판소법 제47조 제2항은 다음과 같이 해석되어야 한다고 한다: “첫째, 위헌법률은 당연·소급무효이다. 둘째, ‘위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다’는 법문의 취지는 일부 논자들의 주장과 같이 장래효를 규정한 것이 아니라 독일법 제79조 제2항과 같이 이미 확정된 재판이나 처분은 위헌결정에 영향을 받지 아니하되, 그러한 확정된 재판이나 처분에 의한 집행은 더 이상 허용되지 않으며, 또한 위헌법률의 소급무효로 인한 부당이득반환청구도 허용되지 않는다는 취지로 해석하여야 한다.”

그러나 필자의 생각으로는, 양 설을 꼭 상호모순적인 것으로 바라보아야 하는지 의문이다. 대안적 견해의 출발점은, “효력”이란 개념이 항상 일의적으로 파악되는 것은 아니라는 데 있다. 가령 “채권의 효력”을 말할 때, 여기서 효력은 실체법적으로는 청구력(채권자가 채무자에게 급부를 청구하는 것), 급부보유력(채무자가 행한 급부를 수령하여 이를 적법하게 보유하는 것) 등을 포함하고, 절차법적으로는 소구력(급부를 재판상으로 청구하는 것)을 그 주요내용으로 한다. 그런데 만일 실체법적으로 유효한 채권을 보유하고 있는 자가 소송수행상 잘못으로 패소확정판결을 받은 경우 또는 본안에 대한 종국판결 후 소를 취하함으로써 민사소송법 제267조 제2항에 따라 재소가 금지되는 경우, 당해 채권은 절차법적으로 그 소구력을 상실한다.⁶⁾ 소위 “자연채무”의 전형적 사례로 들어지는 이러한 사안에서 채권의 효력은 과연 있는 것인가 아니면 없는 것인가? 만일 소구력 상실을 이유로 “유효한 채권이 존재하지 않는다고 말한다면, 비록 자연채무의 변제라고 하여도 이를 민법 제741조의 “법률상 원인 없는 이익”으로 간주하지 않는 것을 설명할 수 없게 된다. 따라서 소구력이 없는 채권도 일정한 범위 내에서는 실체법적 “효력”(여기서는 급부보유력)을 유지한다고 보아야 한다.

마찬가지로, “위헌적 법률의 효력 유무”도 두 가지 면에서 검토해 볼 수 있다. 그 하나는 실체적 규율력의 차원이고, 다른 하나는 형식적 통용력의 차원이다. 먼저, 실체적 규율력의 차원에서는 상위법인 헌법에 저촉되는 법령은 당연히 무효이다. 그렇지 않으면, 헌법의 우위에도 불구하고, 하위법령의 실체적 규율력이 헌법의 실체적 규율력에 (일시적으로나마) 우선하는 사태가 발생할 터이기 때문이다. 가령 법률하위규범이 위헌인 경우에는 누구도 그 위헌적 법령의 실체적 규율력을 특정 시점까지는 인정해야 한다고 주장하지 않는다. 마찬가지로, 위헌법령이 법률인 경우에도 그 실체적 규율력

6) 손용근, 재판자료 제76집(1997), 7면 (17면 이하 및 26면); 김운룡, 위헌심사론, 559면; 정중섭, 위 책, 338면.

7) 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의, 905면 이하 참조.

은 처음부터 부인되어야 한다. 궁극적으로 이것을 관철하기 위하여 헌법 제 107조 제1항은 법원으로 하여금 재판의 전제가 된 법률의 위헌여부심판제청을 통하여 그 적용을 거부할 길을 열어 주고 있다.

그러나 다른 한편, 헌법 제107조 제1항은 법률의 위헌성을 유권적으로 확인할 권한을 헌법재판소에 독점시키고 있다. 이로 말미암아 위헌인 법률도 그에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 있기까지는 잠정적으로 모든 법집행기관에 대하여 통용력을 발휘하게 된다. 그러나 이는 어디까지나 위헌법률심판제도의 특수한 형성의 결과인 점에서 “형식적 통용력”이라고 칭할 수 있고, 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 그러한 형식적 통용력을 폐지하는 의미를 가진다.

이상에서 논한 바와 같이, 실체적 규율력의 존부와 형식적 통용력의 인정여부는 별개의 차원이고, 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심판제도에는 이 두 가지 차원의 문제가 동전의 양면처럼 결합되어 있다고 하겠다. 당연무효설과 폐지무효설은 각각 그 중 한 측면만 부각시키고 있는 듯하다. 즉, 당연무효설은 위헌법률의 실체적 규율력이 당연히 부인될 수밖에 없다는 것을, 그리고 폐지무효설은 위헌법률의 잠정적·형식적 통용력이 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 폐지된다는 것을 지적하는 것으로 보인다. 그렇다면 양 설은 결코 상호모순적이지 아니고, 오히려 양립하는 것이다. 환언하면, 헌법재판소의 위헌결정은 한편으로는 위헌법률의 실체적 규율력이 처음부터 당연히 부인됨을 확인하는 효력을, 다른 한편으로는 위헌결정시까지 존재하던 위헌법률의 형식적 통용력을 폐지하는 효력을 함께 가진다고 할 수 있다.

2. 위헌선언된 법률의 소급/향후 무효

헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는

법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”라고 규정하고 있다. 통설은 이를 두고 소위 “장래효 원칙” 또는 “불소급효 원칙”을 규정한 것이라고 한다. 그러나 위 조항에서 “효력을 상실한다”고 규정한 의미를 논함에 있어서 “실체적 규율력”과 “절차적 통용력”의 개념 구별을 하지 않는 탓으로, “장래효 원칙”은 종종 납득할 수 없는 해석결과로 이어지고 있다. 이를테면, 형벌법규 이외의 일반 법규는 그에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있는 날부터 “효력”, 즉 “실체적 규율력”을 포함하는 의미에서의 효력을 상실한다고 해석하는 것이 그것이다. 이는 역으로, 위헌법률도 헌법재판소의 결정시까지 실체적 규율력이 있는 것으로 취급되어야 함을 의미한다. 그리하여 가사 행정처분에 대한 취소소송 계속중 당해 행정처분의 근거법률에 대하여 위헌여부심판제청이 이루어지고 이에 대하여 헌법재판소의 위헌결정까지 났다고 하더라도, 위와 같은 해석론에 따른다면, 당해사건의 법원은 여전히 근거법률의 위헌성을 이유로 행정처분을 취소할 수가 없다. 당해 행정처분의 적법성은 어쨌든 그 처분이 내려질 당시로서는 “효력”이 있는 - 즉, “실체적 규율력”도 있는 - 법률에 의하여 뒷받침되는 것으로 보아야 할 터이기 때문이다. 그러나 이렇게 되면, 애초 근거법률에 대한 위헌여부심판이 당해사건인 취소소송에 무슨 소용이 있었던 것인지조차 알 수 없게 된다.

이러한 부당한 결과를 피하기 위하여 판례는 헌법재판소법 제47조 제2항의 법문에도 불구하고 특정 경우 “위헌결정에 소급효”를 인정하고 있다. 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등 사건에서 헌법재판소는, “위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 [...] 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교衡量하여 가면서 결정할 입법정책의 문제”이고, “형벌법규 이외의 일반 법규에 관하여 위헌결정에 불소급의 원칙을 채택한 법 제47조 제2항 본문의 규정 자체에 대해 기본적으로 그 합헌성에 의문을 갖지 않지만 [...] 효력이 다양할 수밖에 없는 위헌결정의 특수성 때문에 예외적으로 그 적용을 배제시켜 부분적인 소급효의 인정을 부인해서는

안 될 것”이라고 전제한 다음, “구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건, 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 소급효를 인정하여야 할 것”이라고 판시하였다.⁸⁾

대법원은 더욱 적극적으로, “헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건뿐만 아니라(1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결; 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결; 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결; 1992. 2. 14. 선고 91누1462 판결 각 참조) 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 봄이 타당하다”는 입장이다.⁹⁾

그러나 한편으로는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 취지가 “위헌결정에 불소급효의 원칙”을 채택한 데 있다고 보면서도, 다른 한편으로는 그 예외를 아주 광범위하게 인정함으로써 사실상 원칙과 예외를 역전시키는 것은 문제가 있다. 이것이 아무리 “구체적 규범통제의 실효성 보장”을 위한 것이라고 하더라도, 법문에 반하는 그리하여 합헌적인 법률해석 내지 법관법 형성의 한계를 벗어나는 해석론이 그로써 정당화되지는 않는다. 해결책은 헌법 제107조 제1항의 취지에 기하여 소위 “장래효 원칙”에 대하여 (일부)위헌 선언을 하든가¹⁰⁾ 아니면 통상 “장래효 원칙”의 천명으로 이해되는 헌법재판

8) 판례집 5-1, 226, 249-251면.

9) 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377; 대법원 1993. 7. 16. 선고 93다3783 판결; 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다73966 판결 등 참조.

10) 이러한 견해로, 재판관 조대현의 헌재 2008. 9. 25. 2006헌바108 사건에서의 반대의

소법 제47조 제2항 본문에 대해 다른 해석을 시도하든가,¹¹⁾ 그 둘 중 하나 일 터이다.

이와 관련한 구체적 검토에 앞서 우선적으로 짚고 넘어가야 할 것은, “위헌결정의 소급효”라는 개념과 “위헌결정된 법률의 소급무효”라는 개념이 이제껏 엄밀히 구별되지 않고 혼용되어 왔다는 점이다.¹²⁾ 이 두 개념은 얼핏 유사한 것으로 보이지만, 실은 간과할 수 없는 뉘앙스의 차이가 있다. 즉, “재판의 효력”이라고 할 때, 우리는 보통 그 효력이 미치는 어떤 대상을 상상하게 된다. “당해사건, 병행사건 또는 일반사건에 대하여 위헌결정의 효력이 미친다”는 따위의 표현은 그에 바탕하고 있다고 보인다. 여기서 재판의 효력이 그 대상에 따라 다르게 미친다는 것은 거의 아무런 주의를 끌지 못한다. 통상 사법부의 재판은 개별·구체적인 분쟁을 대상으로 하는 만큼, 그 효력이 다른 사건에 일반적으로 미치는 게 오히려 예외적 현상에 속하는 탓이다. 소위 “위헌결정의 소급효”라고 말할 때, 우리의 사고체계는 부지불식간에 이와 같은 언어습관에 노출되는 것 같다.

그러나 헌법재판소법 제47조 제2항의 문언을 보면, “위헌결정된 법률이

견, 판례집 20-2(상), 492면 이하; 이승우, 법률신문 제2197호(1993. 3. 1.), 15면; 최원, 조세법연구 제15집 제3호(2009), 363면(393면 이하).

11) 이러한 시도 중 하나로, 허완중, 공법연구 제37집 제4호(2009. 6.), 229면(241면 이하). 그에 따르면, 헌법재판소법 제47조 제2항에서 “효력을 상실한다”고 규정한 것은, 법률이 “폐지된다”는 의미라기보다는, 법률이 “위헌결정이 없음을 조건으로 잠정적으로 적용”되는 상황에 있다가 위헌결정에 의하여 그 효력을 확정적으로 상실한다는 뜻이며, “이미 발생한 위헌상태를 사후적으로 구제하는” 데 본질이 있는 구체적 규범통제의 특성상, “위헌법률의 구속에서 벗어나는” 데 있어서는 “[그 법률을 적용한] 행위가 언제 이루어졌는지에 관계없이 선고일 당시 사법적 구제가 허용되는” 여부가 결정적이라고 해석한다.

12) “위헌결정의 소급효”라는 개념을 적극적으로 사용하고 있는 문헌의 예로는, 조배숙, 법학논집: 취봉 김용철 선생 고회 기념(1993), 206면 이하; 윤진수, 위 논문, 621면 이하; 손용근, 재판자료 제76집(1997), 7면 이하; 정태호, 법률행정논총 제19집(1999. 12.), 199면 이하; 손철우, 법조 제49권 제10호(2000. 10.), 145면 이하; 문주형, 재판자료 제108집(2005), 13면 이하; 박해식, 대법원판례해설 제58호(2005. 하반기), 340면 이하; 최원, 조세법연구 제15집 제3호(2009), 363면 이하; 박찬주, 서울대 법학 제19권 제1호(2011), 1면 이하.

소급하여 효력을 상실한다”고 함이 더 정확한 표현임을 알 수 있다. 그리고 법률은 그 본질상 일반·추상적 규율로서, 동종의 규율대상에 대하여는 동일한 효력을 가져야 한다. 즉, 당해사건이든 병행사건이든 혹은 그 외의 어떠한 사건이든, 그것이 동종의 규율대상을 이루는 이상, 그에 적용된 법률은 위헌선언시 이들 사건에 대해 통일적으로 ‘소급 무효’이거나 아니면 통일적으로 ‘위헌결정일로부터 무효’여야 한다. 단지 개개 사건에 대한 소송절차의 진행 정도의 차이 때문에 법률의 유·무효의 시점이 - 가령 당해사건에 대하여는 ‘소급 무효’, 그 외 사건에 대하여는 ‘위헌결정일로부터 무효’라는 식으로 - 상이하게 평가되어서는 안 된다.

위헌선언된 비형벌법규가 당해사건을 비롯한 제한된 범위의 사건들에 대해서만 소급하여 효력을 상실한다고 하는 입론은, 위와 같은 점에서 근본적으로 의문이다. 그렇다면 형벌법규 이외의 법규의 경우 소위 “장래효 원칙”이 야기하는 (전술한 바와 같은) 부당한 결과를 방지하기 위하여, 그에 대해 몇몇 “예외”를 설정하는 논리 구성을 계속 시도하기보다는, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에 대한 종래의 해석 방식 자체에 과연 문제가 없었는지를 한번 점검해 볼 필요가 있다.

위 조항의 해석·적용과 관련하여서는 다음의 세 가지 사례군을 생각할 수 있다: ① 먼저, 문제되고 있는 법률에 규정된 구성요건이 충족된 시점(이하 “법률구성요건 충족시”라고 한다) 및 그에 관한 법적 분쟁에 대하여 법원이 확정 판결을 내리는 시점(이하 “재판시”라고 한다)이 모두 위헌결정일 이후라면, 원칙적으로 헌법재판소법 제47조 제2항 본문은 해석상 별다른 어려움을 야기하지 않는다. 헌법재판소가 법률의 형식적 존속을 유지시키기 위하여 단순위헌 선언 대신 헌법불합치 선언을 하는 예외적 경우가 아닌 한, 법률은 위헌결정일 이후부터는 어차피 무효로서 더 이상 적용될 수 없다.

② 다음으로, 법률구성요건 충족시와 재판시가 모두 위헌결정일 이전에 놓이는 경우에도, 위헌법률 적용 사건에 대한 법적 취급이 헌법재판소법

제47조 제2항 본문의 해석 여하에 따라 달라지지 않는다. 이 경우, 위헌결정된 법률이 언제부터 무효로 간주되는지에 관한 견해의 대립과 상관없이, 당해 사건 확정 판결은 계속 유효하게 존속한다는 데 학설은 거의 일치되어 있다.

③ 끝으로, 법률구성요건 충족시는 위헌결정일 이전에, 재판시는 위헌결정일 이후에 놓이는 경우이다. 실무에서 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 해석이 문제되는 것은 주로 이 때이다. 통설이 이 조항에 규정된 소위 “장래효 원칙”을 이해하는 바에 따르면, 이 경우 당해 법률은 법률구성요건 충족시에 아직 유효한 것으로 적용되어야 하며, 그 후 위헌결정이 내려지더라도 기왕의 법률관계에 대하여는 평가가 달라져서는 안 된다. 그러나 이러한 견해를 철저히 고수하면, 심지어 위헌법률심판을 제정한 당해사건 법원마저도 재판시에 위헌법률의 적용을 배제할 수 없게 되어 부당하다. 이에 통설은 부득이 “장래효 원칙”에 대한 예외를 허용할 수밖에 없으며, 그 구체적 범위에 관하여는 다양한 낚임의 견해들이 피력되고 있다.¹³⁾ 하지만, 그 중 어느 견해를 취하더라도, “법문에 반하는 예외의 설정”이라는 비판은 면하기 어려워 보인다.

반면에, 일견 “장래효 원칙”을 수용하면서도 이를 통설과는 달리 해석하는 입장도 있다. 그에 따르면, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 취지는 위

13) 주지하는 바와 같이, 대법원은 당해사건, 병행사건뿐만 아니라 위헌결정 후에 계속된 일반사건에 대해서도 장래효의 예외를 폭넓게 인정하되, 기판력·행정처분의 확정력 등의 법리로 이를 다시 제약하는 입장인 데 반하여, 헌법재판소는 기본적으로 당해사건과 병행사건에 대하여만 장래효의 예외를 인정하되, 법적 안정성 및 신뢰이익을 한편에, 실제적 정의 및 형평을 다른 한편에 놓고 형량한 결과에 따라 예외를 좀 더 확장할 여지를 허용하는 입장이다. 이러한 헌법재판소의 판례를 지지하는 것으로 보이는 견해로는 조배숙, 위 논문, 229면. 이에 대하여, 비록 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석·적용에 있어서 장래효주의의 바탕 위에 예외를 일부 인정할 여지가 있다고는 하나, 예외가 지나치게 확장되어 장래효주의를 무의미하게 만드는 것은 허용되지 않는다는 견해로는 손용근, 위 논문, 96면 이하. 같은 취지에서 일반사건에 대해서까지 예외를 허용하는 것을 명시적으로 반대하는 견해로는 손철우, 위 논문, 166면. 여기서 한걸음 더 나아가, 사안에 따라 병행사건에 대해서조차 장래효의 예외를 불허할 수 있다는 견해로 정태호, 위 논문, 232면 이하.

헌선언된 법률이 향후 더 이상 유효한 재판규범으로 적용될 수 없게 하는데 있다.¹⁴⁾ 그로써 위헌선언된 법률은 위헌법률심판의 계기를 제공한 당해 사건에서뿐 아니라 위헌결정시에 이미 법원에 계속중인 사건으로서 당해 법률의 위헌 여부가 재판의 전제를 이루는 사건, 나아가 위헌결정 이후에 비로소 법원에 계속하게 된 동종의 사건에서도 재판시에 그 적용이 배제될 여지가 생긴다. 그러나 이 견해에 의하더라도, 적어도 법률구성요건 충족시에는 당해 법률이 유효하였음을 부정하지는 못한다. 그리하여, 위헌결정이 있을 시에는, 마치 법률구성요건 충족시와 재판시 사이에 법률의 변경이 있었던 것처럼 사건이 처리될 것이다. 문제는, 가령 행정처분 취소소송이 당해사건인 경우, 처분의 위법성 판단의 기준시점은 재판시가 아니라 처분시라는 데 있다.¹⁵⁾ 그렇기 때문에, “근거법률이 위헌으로 선언되어 장래를 향하여 더 이상 재판규범이 될 수 없게 되었다”는 것이 곧 논리필연적으로 “과거의 처분이 이제는 위법하게 평가되어 취소되어도 좋다”는 결론으로 바로 연결될 수가 없다. 그러한 한에서 “장래효 원칙”에 관한 통설적 견해가 안고 있는 문제점을 이 견해도 그대로 공유하게 된다.¹⁶⁾

이에 관한 한, 합당한 해결책은, 근거법률에 대하여 위헌선언이 있으면 소급하여 그 법률을 무효로 간주하는 것일 터이다. 그래야 비로소 행정처분은 그 처분시에 위법한 하자가 있었던 것으로 평가받아 그에 대한 취소소송이 인용될 여지가 있게 된다. 실제로 문헌에서 이러한 견해는 두 가지로 이론구성되고 있다. 그 중 하나가, 이미 전술하였듯이, “위헌법률은 처음부터 당연히 무효”라는 당연무효설의 이론구성방식이다.¹⁷⁾ 다른 하나는 기본적으로 폐지무효설을 취하면서도, “위헌법률은 헌법재판소의 위헌결정에 의하여

14) 황우여, 사법논집 제21집(1990), 5면(26-27면); 정재황, 고시연구 제214호(1992. 1.), 44면(57면).

15) 김남진/김연태, 행정법 I, 287면; 홍정선, 행정법원론(상), 393면; 대법원 1983. 6. 28. 선고 82누182 판결; 대법원 1996. 12. 20. 선고 96누9799 판결; 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결 등 참조.

16) 정호경, 행정법연구 제17호(2007년 상반기), 87면(88면) 참조.

17) 남북현, 위 논문, 209면 이하; 이강국, 위 논문, 340면 이하; 최원, 위 논문, 393면 이하.

소급하여 폐지된다”는 이론을 전개하는 입장이다.¹⁸⁾ 그러나 양자 공히 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 문리해석을 지나치게 무시한 것이라는 의구심을 떨치지 못한다.¹⁹⁾

생각건대, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문은 법률의 여러 가지 효력 중 오로지 ‘형식적 통용력’에 관한 규정으로 해석함이 옳다. 그에 따라 위 조항은 그 내용상 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 형식적 통용력을 상실한다”로 읽혀야 한다. 즉, 법률에 대해 헌법재판소의 위헌결정이 내려진 날부터는 다른 모든 기관도 그 법률을 적용할 의무로부터 벗어난다는 뜻이다. 반면에, ‘실체적 규율력’의 존부는 위 조항과는 별도로 판단되어야 한다. 이에 관한 한, 당연무효설의 견해가 타당하다. 다시 말하여, 헌법우위의 원칙상 위헌적인 법률은 처음부터 당연히 ‘실체적 규율력’을 전개할 수 없는 것으로 간주되어야 한다. 다만, 다른 기관이 실제로 이렇게 간주할 수 있는 시점은, 종전에 어쨌든 ‘형식적 통용력’이 존속했던 현실을 고려할 때, 동 효력이 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 제거된 이후부터라고 할 것이다. 이러한 사건의 입장에서, 위헌적 법률은 당해사건에 대해서든 병행사건에 대해서든 혹은 그 외의 사건 일반에 대해서든, 항상 ‘실체적 규율력’이 없는 것으로 간주된다. 그러므로 - 주로 통설과 관련하여 지적되고 있는 - 소위 “장래효 원칙”의 부당한 결과는 아예 일어날 여지가 없다. 그러면서도 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 문리해석에 반하는 인상을 주지 않는다. 법률이 위헌인 경우 “실체적 규율력의 당연무효”와 “형식적 통용력의 향후 폐지”를 개념적으로 구분하고 있기 때문이다.

헌법재판소법 제47조 제2항을 ‘형식적 통용력’의 소멸에 관한 규정으로 이해할 경우에 다음과 같은 여러 가지 의문이 제기될 여지가 있다. 먼저, 그

18) 윤진수, 헌법논총 제1집(1990), 273면(308면 이하).

19) 위 견해를 취하는 입장에서 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 “위헌”으로 간주하거나(윤진수, 위 논문, 315면; 이승우, 법률신문 제2197호[1993. 3. 1.자], 15면; 최원, 위 논문, 393면 이하) 적어도 “입법적으로 개선”을 요하는 것으로 보고 있는 것도(남복현, 위 논문, 242-243면) 이와 무관하지 않다고 할 것이다.

와 같은 형식적 통용력의 소멸을 굳이 명문으로 규정할 필요가 있을까 하는 질문이다. 별도의 규정이 없이도 법률은 위헌결정시부터 사실상 그 형식적 통용력을 상실할 것으로 기대되기 때문이다. 다음으로, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”고 규정하고 있다. 그러나 형벌에 관한 법규도 위헌결정시까지는 형식적 통용력을 가지며, 그러한 형식적 통용력이 실제로 작용하였던 사실 자체는 위헌결정에 의해서도 돌이킬 수가 없다. 그런데도 형벌법규의 경우 헌법재판소의 위헌결정이 있으면 “소급하여” 그 형식적 통용력을 상실한다고 규정한 것은 무슨 의미일까?

이러한 의문에 답하기에 앞서, ‘형식적 통용력’의 본질과 의미가 무엇인지 다시 한번 살펴볼 필요가 있다. 이 효력은 한마디로 법률의 실효성 내지 법적 안정성을 확보하기 위한 목적에서 부여된다고 하겠다. 법률의 ‘실체적 규율력’은 당해 법률이 상위법에 부합함으로써 자연히 인정되는 데 반하여, (단순히 사실적인 것을 넘어 법적 의미를 가지는) ‘형식적 통용력’은 법정정책 형량에 근거하여 인위적으로 부여된다. 가령 법률하위규범이 헌법에 위반되는 경우에는 실체적 규율력뿐만 아니라 형식적 통용력도 인정되지 않는다. 왜냐하면, 이에 대하여는 형식적 통용력이 부여되고 있음을 추단하게 하는 어떠한 절차법적 근거도 발견되지 않기 때문이다. 그에 따라 법률하위규범의 경우에는 모든 법원이 위헌성을 이유로 그 적용을 거부할 수 있다. 반면에, 법률의 경우에는 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조가 위헌법률에 대한 형식적 통용력 부여의 법적 근거를 이룬다. 형식적 통용력의 부여는 이처럼 제도적인 것인바, 그 존속 또한 법정정책 판단에 의존하게 된다.

헌법재판소법 제47조 제2항은 형식적 통용력의 소멸 시점을 규율함으로써 간접적으로 그 존속 기간도 규율하고 있다. 즉, 같은 항 본문은, 형벌법규 외의 경우 헌법재판소의 위헌결정이 나기 전까지는 위헌법률도 형식적 통용력을 가짐을 규정하고 있다. 그로써, 위헌선언에 의해 법률의 실체적 규율력이 처음부터 부정되는 데 따른 법적 혼란을 어느 정도 경감할 수 있게

된다. 예컨대, 위헌결정이 있기 전에 법률을 적용한 법집행기관은 원칙적으로 불법행위책임을 지지 않는다. 형식적 통용력의 존재로 말미암아, 그에게 과실을 인정할 수 없기 때문이다. 마찬가지로, 위헌이지만 아직 형식적 통용력이 있는 법률에 기한 행정처분은, 처음부터 아무런 법률적 근거 없이 내려진 행정처분에 비하여 그 하자가 덜 명백한 것으로 볼 수 있다.²⁰⁾ 하자가 중대·명백한 정도에 따라 행정처분의 취소/무효 사유를 구분하는 이론에 따를 때, 법률에 대한 형식적 통용력의 부여는 결과적으로 그 법률에 기한 행정처분의 무효 주장을 어렵게 하여 그만큼 더 법적 안정성에 기여할 수 있을 것이다.²¹⁾

반면에, 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌법규의 경우 위헌결정을 통하여 그 형식적 통용력이 소급하여 소멸함을 의제하는 취지라고 할 것이다. 이러한 의제에도 불구하고, 위헌결정 이전 시점까지 형식적 통용력이 존속하였던 사실이 없어지는 것은 아니다. 따라서 형벌법규에 대해 위헌결정이 내려지기 전에 법집행기관이 당해 형벌법규를 적용한 경우에도 그에 대해 불법행위책임을 발생하지 않는다. 그러나 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 따라 형벌법규의 형식적 통용력을 소급하여 상실시키는 것이 의미 있는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 위헌인 형벌법규의 적용을 받아 구금되었다가 기소유예처분을 받은 피의자들이 나중에 당해 법규에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있는 후 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구하면, ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’ 제27조 제1항 단서 후단의 규정에도 불구하고 보상청구권의 성립을 긍정하여야 할 것이다. 이 경우 검사의 불기소처분은 헌법재판소법 제47조 제3항에 따른 재심청구의 방법으로는 다룰 수 없고, 불기소처분에 대한 쟁송기간마저 도과하여 검찰항고 내지 헌법소원을 제기하는 것이 불가능하게 되었을 수도 있다. 그렇다고 할지라도 관련 피의

20) 유사한 취지의 견해로서 Gerhard, Die Rechtsfolgen prinzipaler Normenkontrollen für Verwaltungsakte, 43면 참조.

21) 이에 관한 상론은 아래의 III. 2. 참조.

자들은 언제든지 검사의 처분 중 자신에게 유죄를 인정한 부분이 무효임을 주장할 수 있다고 보아야 한다. 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의해 형벌법규의 형식적 통용력은 - 다른 비형벌법규의 경우와는 달리 - 소급하여 상실하는 것으로 간주되기 때문이다.²²⁾

III. 법률의 위헌선언과 행정처분의 취소/무효

1. 서설

법률에 대해 위헌결정이 내려져 그 실제적 규율력이 소급하여 부정된다고 할 때, 그로 인한 법적 안정성의 동요가 염려될 수 있다. 법률은, 위헌결정이 있기 전까지 이미 무수한 개별·구체적 법률관계를 사실상 규율했을 수도 있는데, 그러한 법률을 이제 처음부터 무효인 것으로 간주하면, 그동안 그 법률에 근거하여 형성되어 온 수많은 구체적 법률관계도 함께 법적 근거가 없었던 것처럼 취급될 수밖에 없는바, 이를 우려하는 것은 지극히 당연하다. 하지만, 한 가지 유의해야 할 점은, 법률은 구체적 법률관계를 형성함에 있어서 종종 개별행위를 매개로 하기도 한다는 것이다. 이 경우 그 법률관계의 안정성은, 단순히 법률의 유효·무효에 전적으로 의존하지 않고, 오히려 개별행위의 유효·무효에 결정적으로 좌우될 수도 있다.

물론, 법률과 개별행위 각각의 효력에 관한 법적 평가가 상호 무관하지는 않다. 구체적 사건에서 어떤 법규에 근거하여 개별행위가 행해졌는데, 나중에 그 법규가 위헌으로 선언되면, 그 개별행위도 위법하다고 보아야 한다. 근거법규에 대한 위헌선언은 이처럼 개별행위의 위법성에 결정적 영

22) 이 경우, “피의자보상의 청구는 검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분의 고지 또는 통지를 받은 날부터 3년 이내에 하여야 한다”고 규정하고 있는 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’ 제28조 제3항의 규정은 헌법합치적으로 해석하여 “위헌결정 공고일로부터” 위 청구기간이 기산하는 것으로 보아야 할 것이다.

향을 미친다. 그리고 일반적으로 개별행위가 위법하면 그것은 무효이다. 그러나 예외적으로, 법집행의 효율성 및 법적 안정성을 위해, 특정 종류의 행위는 위법한 하자가 있어도 곧바로 무효로 간주되지 않는다. 그 대표적 예가 행정행위이다. 즉, 행정행위는, 설혹 위법하더라도 그 하자가 중대·명백하지 않은 한, 강학상 소위 “공정력”을 가져, 소관 기관에 의해 취소되기까지 일정한 효력을 발휘한다. 이는, 위헌적 법률일망정 그에 대해 잠정적으로 ‘형식적 통용력’이 인정되는 것과 똑같은 이치이다. 이렇듯, 개별행위의 위법성이 항상 개별행위의 무효를 추단하게 하지는 못한다고 한다면, 근거법률에 대한 위헌선언이 그 법률에 근거한 개별행위의 효력에 - 나아가 법적 안정성에 - 어떠한 영향을 미치는지는 유형별로 나누어 고찰할 수밖에 없다.

먼저, 위헌선언된 법률이 사법적(私法的) 규율을 내용으로 하는 것이라면, 그 법률에 기초하여 이루어진 법률행위 내지 법률관계의 효력은 원칙적으로 헌법재판소의 위헌결정에 직접적으로 영향을 받을 것이다. 사법관계에서는, 공정력과 같은 잠정적 통용력이 인정되지 않기 때문이다. 그에 따라, 위헌선언된 법률에 근거한 개별 법률행위 및 법률관계는 소급하여 무효로 간주될 것이다. 단, 그로 인하여 생길 수 있는 법적 불안정성은, 가령 소멸시효나 실효의 법리 등과 같은 다른 실체법적 규율이나 (당해 법률관계에 대해 법원의 확정판결이 있을 시에는) 기관력과 같은 소송법적 제도에 의해 간접적으로 완화될 수 있을 것이다.

다음으로, 법원의 재판에 적용된 법률이 사후에 헌법재판소에 의하여 위헌선언된 경우 그 확정재판의 효력에 관하여는 헌법재판소법 제47조 제3항이 규율하고 있다. 그에 따르면, 형벌법규가 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 소급하여 그 효력(형식적 통용력)을 상실한 경우 그 법규에 근거한 유죄 확정판결은 당연히 무효로 되지는 않으며, 단지 “재심을 청구할 수 있는” 데 그친다. 그에 반하여, 형벌법규 외의 법규가 위헌으로 선언된 경우에는 헌법재판소법 제47조 제3항의 반대해석에 의하여 - 확정재판이 무효가 아

님은 물론 - 재심도 청구할 수 없다고 보아야 한다. 헌법재판소법 제75조 제6항에서 “제68조 제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 [...] 제47조를 준용한다”(밑줄은 필자에 의함)고 규정하고 있음에도, 같은 법 제75조 제7항에서 “제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다”고 규정한 것은, 같은 법 제47조 제3항의 규정이 “비형벌법규의 위헌선언시에는 재심청구가 불가능하다”는 전제 위에서 있음을 반증한다. 그렇지 않으면, 헌법재판소법 제75조 제7항은 전혀 무의미한 조항이 되어 버리고 만다.

헌법재판소법 제47조 제3항을 이상과 같이 풀이할 경우, 근거법률이 위헌·무효인 데 따른 법적 불안정성의 위험은, 개별행위가 법원의 확정재판인 경우에 관한 한, 실정법적으로 어느 정도 대처가 되어 있다고 할 것이다. 바꾸어 말하면, 위헌법률에 근거한 법원의 재판이 당연히 무효로 되지 아니하고 또한 그에 대한 재심의 허용도 제한되는 것은, 앞서 살펴본 통설적 의미의 소위 “장래효 원칙”의 채택에 따른 귀결이라기보다는, 오히려 헌법재판소법 제47조 제3항, 제75조 제6항, 제7항의 체계적 해석에 근거한 것이라 하겠다.

그 다음으로 고찰할 대상은, 법률에 대한 위헌선언이 그 법률에 근거한 기존의 행정행위의 효력 내지 공법상 법률관계에 어떠한 영향을 미치는가이다. 행정행위의 유·무효에 관하여 법원의 확정판결이 내려진 경우는 여기서 논외로 해도 좋을 것이다. 법률의 위헌선언에도 불구하고 법원의 확정판결에 대하여는 전술한 바와 같이 재심이 제한되는바, 그러한 한에서 행정행위의 효력은, 이를 인정한 확정판결의 기판력에 의하여 보호될 게 분명하기 때문이다. 그러므로 논의는 그 이외의 경우에 한정함이 상당하다. 이에 관하여는 다음의 항에서 상론한다.

2. 근거법령에 대한 위헌선언이 기존의 행정처분의 효력에 미치는 영향

가. 근거법률의 위헌선언과 행정행위의 공정력 인정 여부

행정의 실효성과 법적 안정성을 보장하기 위하여 행정행위에는 원칙적으로 “공정력”이 부여된다. 공정력은, 행정행위가 “권한 있는 기관에 의하여 취소되기까지 유효한 것으로 통용되는 힘”이며, 행정심판법·행정소송법 등에서 취소쟁송을 규정하고 있는 데서 간접적이거나 그 실정법적 근거를 찾을 수 있다. 행정행위의 “구속력”이 “행정행위의 내용에 따라 또는 직접 법률의 규정에 따라 일정한 효력을 발생하는 실체법상 효력”이라면, 공정력은 “그러한 구속력이 있는 것을 승인시키는 절차적·잠정적 효력”이다.²³⁾

공정력은 행정행위의 위법성이 중대·명백하지 않은 한에서만 인정된다고 함이 통설·판례이다. 가령 아무런 법률적 근거도 없이 내려진 행정처분은 하자가 명백하여 공정력이 인정될 수 없다. 그런데 이는, 법률이 위헌선언된 후에 그 법률에 기하여 행정처분이 내려지는 경우도 마찬가지라고 할 것이다. 그러므로 이러한 행정처분은 처음부터 무효로 간주되어야 한다.

그에 반하여, 행정처분이 내려진 후 비로소 근거법률이 위헌선언되는 경우에는 하자의 중대·명백성 판단이 그리 간단하지 않다. 이와 관련하여서는 우선, 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정에 의하여 위헌적 법률도 헌법재판소의 위헌결정일 전까지는 형식적 통용력을 보유한다는 점이 우선 고려되어야 할 것이다. 그러한 형식적 통용력에 기하여 내려진 행정처분은, 적어도 근거법률의 위헌결정일 전까지는 그 위법성의 하자가 명백하지 않은 것이 보통이다. 그러나 반대로, 근거법률의 위헌결정일로부터는 행정처분의 위법성이 자명해진다. 원래 공정력의 본질은, 행정행위의 하자가 명백하지

23) 김동희, 행정법 I, 314면 이하.

않은 한에서 당해 행정행위의 실제적 “구속력”이 있음을 승인시키는 데 있는바, 근거법률에 대해 위헌결정이 내려짐으로 말미암아 그 법률에 기한 행정행위의 하자도 명백해진 마당에는, 그럼에도 계속하여 당해 행정행위의 실제적 구속력을 승인시키는 것이 과연 무슨 의미가 있을까 하는 생각이 들 수 있다. 법치국가의 원칙 그리고 무엇보다도 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 법률의 위헌결정의 구속력은, 그러한 구속력의 계속적 의제를 허용하지 않을 것이다. 그렇다면, 행정행위의 공정력의 존부는 근거법률의 위헌결정일 전후로 달리 파악되어야 할 것이다. 즉, 위헌결정일 전에는 공정력이 있다고 할 것이지만, 위헌결정일 이후부터는 장래를 향하여 공정력이 소멸한다고 하겠다.

나. 근거법률의 위헌선언과 행정처분의 불가쟁력 인정 여부

공정력이 있는 행정행위는, 행정심판청구기간 또는 취소소송을 위한 제소기간이 지나면 “불가쟁력”(또는 “형식적 확정력”)을 취득한다. 이로써 이해관계인은 행정행위의 효력을 더 이상 다툴 수 없게 된다. 불가쟁력을 인정하는 취지는, 이해관계인이 법에 정해진 기간 내에 취소쟁송을 통하여 다투지 않은 이상, 행정상의 법률관계를 기존의 상태 그대로 확정·안정시키는 데 있다.

위헌법률에 근거한 행정행위의 효력과 관련하여, 아직 제소기간이 도과하기 전이라면 크게 문제될 것이 없다. 먼저, 이해관계인은 취소소송을 하여 그 소송계속중 자신이 직접 위헌법률심판제청신청 또는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 등의 방법으로 근거법률의 위헌성을 다툴 수 있다. 다음으로, 제소기간이 도과하기 전으로서 이해관계인이 아직 행정처분 취소의 소를 제기하지 않은 상태인데, 다른 사건절차가 계기가 되어 근거법률에 대하여 위헌결정이 내려진 경우도 생각해 볼 수 있다. 이 경우, 전술한 필자의 견해에 따르면, 위헌결정일 이후부터는 공정력이 소멸한다. 여기서 혹자는,

그처럼 공정력이 소멸한 행정행위에 대하여 이해관계인이 굳이 취소소송을 할 필요 없이 바로 무효를 주장할 수 있지 않은가 하는 의문을 제기할지도 모른다. 그러나 주의할 것은, 근거법률의 위헌결정에 따른 공정력의 소멸은 오로지 *장래를 향하여* 이루어지는 것으로 보아야 한다는 점이다. 이를 바탕으로, 위헌결정일 전에 공정력에 기하여 이미 형성된 법률관계를 *소급하여* 돌이키기 위해서는 여전히 취소소송이 필요하다고 이론 구성할 여지가 충분히 있다. 어쨌든 이 경우에도 이해관계인에게, - 비교적 안전한 쟁송수단으로서 - 취소소송을 하고 그 절차 내에서 근거법률이 위헌으로 선언되었음을 주장하여 궁극적으로 당해 행정행위에 의한 권리침해에 대해 구제를 받을 기회가 주어진다.

그에 반하여, 제소기간이 이미 도과한 상태에서 근거법률에 대하여 위헌결정이 났거나 혹은 근거법률에 대한 위헌결정이 있고 난 후에 취소소송을 위한 제소기간이 도과한 경우에는 문제가 그리 간단하지가 않다. 이 경우 불가쟁력이 발생하여 행정행위의 효력을 더 이상 다투지 못한다고 하면, 이해관계인으로서 위헌적 법률의 집행에 따른 피해를 그대로 감수할 수밖에 없기 때문이다.

비교법적으로, 독일연방헌법재판소법 제79조 제2항은 제1문에서, 법원의 확정판결이나 불가쟁력이 있는 행정행위와 같이 “더 이상 취소될 수 없는 결정”은, 비록 그 근거규정이 위헌·무효로 선언될지라도, “그 효력에 영향이 없다”는 취지로 규정하는 한편, 제2문 이하에서 “이러한 결정에 기한 집행은 허용되지 않는다. 민사소송법에 따라 강제집행이 실행될 경우에 있어서는, 민사소송법 제767조의 규정이 준용된다. 부당이득을 원인으로 한 청구는 배제된다”고 규정함으로써, 법적 안정성과 실제적 정의의 조화를 입법적으로 도모하고 있다. 그에 반하여, 우리나라에는 독일의 위 법 제79조 제2항과 같은 규정이 없는 데다가, 헌법재판소법 제47조 제3항에서도 근거법률의 위헌선언이 유죄판결의 기판력에 미치는 영향에 관하여만 규정하고 있을 뿐, 행정행위의 불가쟁력이 그로 인하여 어떠한 영향을 받는지에 관하여는

아무런 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그래서 이에 관하여는 아직까지 다양한 견해가 주장되고 있다.

(1) 무효사유설(불가쟁력 우회설)

첫째로, 근거법률이 위헌인 것은 행정행위의 단순한 취소사유가 아니라 무효사유라고 보아, 불가쟁력의 발생에 따른 권리구제의 흠결을 방지하려는 시도가 있다.²⁴⁾ “위헌인 법률에 의거하여 한 행정처분의 효력문제는 행정처분의 일반 하자과 같은 차원에서 다를 성질의 것이 아니라”는 전제 하에서, 근거법률의 위헌성이 행정행위의 무효사유를 구성하는지 아니면 취소사유를 구성하는지와 관련하여 단순히 통상적 판단기준인 중대·명백설에 따르게 아니라, 원칙적으로 “위헌법률에 근거한 행정처분의 효력을 부인”해야 한다는 것이다.

그러나 만일 이처럼 “근거법률의 위헌성 = 행정행위의 무효”라는 등식이 일반적으로 성립한다면, 위헌적 법률에 근거한 일체의 행정행위에 대하여는 불가쟁력뿐만 아니라 공정력 자체를 인정할 여지가 없게 되는바, 누구나 언제든지 소송상에서든 소송외에서든 당해 행정행위가 처음부터 효력이 없음을 주장할 수 있게 될 것이다. 이는, 일견 이해관계인의 권리구제 기회를 확대하는 점에서는 실제적 정의 관념에 부합할지 모르나, 반면에 법적 안정성은 지나치게 소홀히 한 것이라 하겠다.

이러한 실제적 문제점 외에 법해석방법론상으로는, 중대·명백설의 배척을 통하여 도달하고자 하는 위와 같은 해석결과가 과연 우리의 실정법적 규율체계에 부합하는지도 의문이다. 위와 같은 무효사유설은 무엇보다도 헌법재판소법 제47조 제2항의 입법취지를 제대로 살리지 못하는 문제가 있다. 이 조항은 외형상 단순히 위헌선언된 “법률”의 효력상실 시점을 규정한 데에 불과한 것으로 보일지도 모르나, 헌법재판소법 제정 당시 관여한 실무자

24) 이상규, 판례연구 제9집(1996), 25면(30면 이하); 김백영, 부산법조 제17집(2000. 1.), 87면(102면); 최원, 위 논문, 399면 이하.

들의 구상에 따르면, 실은 전술한 독일연방헌법재판소법 제79조 제2항의 규정과 같은 기능을 할 것으로 기대되었다.²⁵⁾ 즉, 행정관계 법률이 위헌선언된 경우 법률의 형식적 통용력 상실 시점을 “위헌결정일”로 규정함으로써 간접적으로, 그 법률에 기한 행정행위가 소급하여 무효로 취급되는 것을 방지하고, 그로써 법적 안정성을 다소나마 확보하는 게 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 입법의도였던 것이다. 만일 무효사유설의 견해대로, 근거법률의 위헌성 때문에 행정행위가 (사후에 소급하여) 무효로 간주되어야 한다면, 이는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정과는 달리, 위헌결정일 이전까지 존속하도록 되어 있는 근거법률의 형식적 통용력을 사실상 부인하는 결과가 되므로 받아들이기 어렵다.

(2) 취소사유설(불가쟁력 인정설)

이러한 견지에서 통설과 판례는, 행정처분의 근거법률이 사후적으로 위헌선언을 받는다는 것은 원칙적으로 당해 행정처분의 취소사유로 보아야 한다는 입장이다.²⁶⁾ 그 논리적 귀결로서, 당해 행정행위는 취소재판의 방법으로만 다룰 수 있고, 이를 위한 제소기간을 도과하는 경우에는 불가쟁력이 발생하게 된다. 또한, 만일 이러한 불가쟁력을 우회하기 위하여 이해관계인이 행정처분 무효확인의 소를 제기한다면, 법원은 그 근거법률이 실제로 위헌인지 여부와 관계없이 이를 기각하여야 한다.

이에 대하여 일설은, 실체적 정의 관념과 법적 안정성 사이의 개별·구체적 형량을 통하여 예외적으로 근거법률의 위헌성을 당해 행정행위의 무효사유로 볼 가능성을 전혀 배제하지는 말아야 한다는 견해를 피력하기도

25) 이강국, 위 논문, 340면 이하 참조.

26) 예컨대, 윤진수, 법조 제44권 제10호(1995. 10.), 147면(164면 이하); 김승조, 법제 제448호(1995. 4.), 90면(94면); 남복현, 헌법재판연구 제7권(1996), 151면(273면 이하); 문유석, 저스티스 제67호(2002. 6.), 134면(138-139면); 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 98두5583 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결; 판례집 22-2상, 651, 657 등 참조.

한다.²⁷⁾ 그러나 어떤 경우에 그 같은 예외가 인정되어야 하는지에 관한 구체적이고 일관된 판단기준을 정확히 제시하고 있지 않아, 이 견해는 자칫 법적 불확실성을 초래할 우려가 있다. 무엇보다도 헌법재판소법 제47조 제2항 본문을 제정한 입법자의 의도는 명백히 위헌법률에 근거한 기존의 행정처분이 소급무효가 되는 것을 방지하는 데 있다고 할 것인바, 이 조항이 유효한 한에서는, 해석을 통하여 위와 같이 예외적이거나 당해 행정행위의 무효를 인정할 여지는 전혀 남겨져 있지 않다는 점에도 유의를 하여야 할 것이다.

(3) 소결: 불가쟁력의 인정

결론적으로, 행정처분이 내려진 후 그 근거법률이 위헌선언되었다는 사정은 당해 행정처분의 불가쟁력을 소멸시키거나 저지할 사유가 되지 못한다고 보아야 한다. 즉, 위헌법률에 근거한 행정처분에도 불가쟁력이 발생할 수 있다.

그 효과는, 당해 행정처분에 기하여 형성된 기존의 법률관계가 그대로 확정되어 존속하는 것이다. 가령 세금과 같은 특정한 공적 급부가 설혹 위헌적 법률에 근거한 행정처분으로 말미암아 행해진 것이라 하여도, 당해 행정처분의 불가쟁력이 미치는 한에서는, 그에 대해 부당이득반환을 청구할 수 없다. 다만, 불가쟁력에 의하여 보호되는 것은 어디까지나 근거법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있기 직전까지의 법률상태이다. 만일 과세처분이 내려진 후 그 근거법률이 위헌선언될 때까지 납세의무자가 단지 부과액 중 일부만 납부한 상태에서 취소재송의 제소기간을 도과하였다면, 불가쟁력이 미치는 것은 실질적으로 기납부 부분에 한하고, 미납부분에 관하여는 장래를 향하여 납부의무가 소멸한 것으로 보아야 한다. 이는, 불가쟁력의 근간인

27) 예컨대, 이기중, 판례연구 제6집(1996. 1.), 585면(596-597면); 오진환, 특별법연구 제5권(1997. 6.), 136면(177면); 배보윤, 행정판례연구 제4집(1999), 81면(95면); 김유환, 행정판례연구 제5집(2000), 68면(82-83면); 정호경, 위 논문, 105면; 현재 1994. 6. 30. 92헌바23 사건에서 재판관 5인의 다수의견(판례집 6-1, 592, 605-606) 등 참조.

공정력 자체가 근거법률에 대한 위헌결정일을 전후하여 시기별로 달리 파악되어야 하는 것에 상응하는 결론이라 할 수 있다.

끝으로, 불가쟁력은 처분청이 근거법률의 위헌선언을 계기로 행정처분을 재심사하는 것을 방해하지 않는다고 할 것이다. 즉, 불가쟁력은, 이해관계인이 더 이상 행정처분의 취소를 구할 수 없도록 할 수는 있을지언정, 처분청 자신도 당해 행정처분을 직권취소하지 못하게 하는 것은 아니다. 오히려 법치국가원칙과 헌법재판소법 제47조 제1항상의 기속력의 취지를 적극적으로 해석하면, 근거법률의 위헌선언이 있을 경우 이미 불가쟁력이 발생한 행정처분을 취소할지 여부에 관하여 처분청은 최소한 하자 없는 재량판단을 할 의무를 지는 것으로 이론 구성할 여지도 있다.²⁸⁾ 이 경우 처분청은 구체적 타당성의 추구하고 법적 안정성 확보 사이에 상충하는 이익들을 적절히 형량하여 직권취소 여부를 결정하여야 할 것이다.

다. 근거법률의 위헌선언과 행정처분의 기결력(既決力)의 인정 여부

여기서 행정처분의 “기결력(既決力)”이란, 행정처분이 그 후행 행정작용의 발령에 있어서 하나의 기준(規準)으로서 작용하는 힘을 말한다.²⁹⁾ 행정행위의 “확정력”이 당해 행정행위의 효력 자체가 직접 다투어지거나 변경될 수 있는지 없는지에 관한 것이라면, 행정처분의 “기결력”은 당해 행정처분이 그와 배치되는 다른 후행 행정작용에 의하여 사실상 그 효력이 복멸되는 것과 같은 결과가 야기되는 것을 허용할지 말지에 관한 것이라고 할 수 있다. 즉, 행정처분의 불가쟁력(형식적 확정력)에 의하여 추구되는 법적 안정성의 목적이, 선행처분에 모순되는 후행 행정작용에 의하여 도로 훼손되어서는 안 된다는 관념이 “기결력”에 관한 논의의 기저를 이루고 있는 것이다.

28) Gerhard, 위 논문, 179면 이하.

29) “기결력” 내지 “기준력” 개념에 관하여는 김남진/김연태, 행정법 I, 313면 이하 참조.

선행 결정에 모순적인 후행 결정을 가로막는 점에서 행정행위의 기결력은 일견 판결의 기판력과 유사한 기능을 하는 듯하지만, 양자는 본질적으로 동일하지 않다. 판결은 중립적인 사법기관이 엄격한 절차를 거쳐 내리는 것인 데 반하여, 행정행위는 그에 비견할 만한 중립성 및 절차의 엄격성을 갖추고 있지 못하고, 판결의 기판력이 분쟁의 종국적 해결을 지향하는 것인 데 반하여, 행정행위의 기결력은 주로 행정청의 일련의 법집행상의 연속성 내지 안정성을 추구한 것이기 때문이다.³⁰⁾ 따라서 행정행위의 기결력은 판결의 기판력과 똑같은 정도로 관철되기 어렵다.

이상의 기결력 개념을 전제로 하여, 근거법률의 위헌선언이 행정처분의 기결력에 어떠한 영향을 미치는가 하는 질문을 던져 볼 수 있다. 즉, 불가쟁력이 발생한 행정처분의 근거법률이 사후적으로 위헌선언된 경우, 당해 행정처분이 그럼에도 계속 후행 행정작용의 기준으로서 작용할 수 있는가? 예컨대, 공과금 부과처분이 내려진 후 그 근거법률이 위헌으로 선언되었으나 제소기간의 도과로 당해 공과금 부과처분 자체는 더 이상 다툴 수 없게 된 경우에, 위 법률의 위헌성을 들어 공과금 체납처분을 다투는 것이 확정력 있는 부과처분의 기결력에 반하는 것으로서 허용될 수 없는가 하는 점이다.

이에 관하여는 극히 소수의 학자가 이를 긍정하는 견해를 피력하고 있으나,³¹⁾ 통설과 판례는 이를 부정하고 있다.³²⁾ 실질적 법치국가의 원칙 및 헌법재판소법 제47조 제1항에 규정된 기속력의 취지를 감안할 때, 통설과 판례가 타당하다. 요컨대, 근거법률의 위헌선언이 있으면 행정처분은 원칙적으로 기결력을 상실하는 것으로 봄이 상당하다.

30) 김동희, 행정법 I, 341면 참조.

31) 장석조, 사법논집 제34집(2002. 12.), 643면(685면 이하); 대체로 같은 의견으로는 윤진수, 재판자료 제75집(1997), 621면 (704-705면).

32) 이강국, 위 논문, 344면; 남북현, 헌법재판연구 제7권(1996), 151면(282면 이하); 김백영, 위 논문, 104면; 이동흡, 행정판례연구 제4집(2001), 55면(66-67면); 문유석, 위 논문, 142면 이하; 대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 판결 등 참조.

IV. 결론: 무효확인소송에서 재판의 전제성 부정

이상의 논의를 바탕으로 할 때, 제소기간 도과로 불가쟁적인 행정처분에 대하여 이해관계인이 무효확인소송을 하면서 그 주된 논거로 근거법률의 위헌성을 주장하며 다투는 경우 그 법률의 위헌 여부는 당해사건에서 재판의 전제가 되지 못한다고 판단된다. 헌법재판소법 제47조 제2항의 입법취지는, 형벌법규 이외의 법률이 그 형식적 통용력을 소급하여 상실함으로써 그에 기한 수많은 행정행위도 일거에 소급하여 무효로 되는 것을 방지하는 데 있다고 할 것이고, 이러한 입법취지에 비추어 볼 때, 주장되는 근거법률의 위헌성은 결국 당해 행정행위의 무효사유를 구성하지 못한다고 보아야 하기 때문이다.

이해관계인으로서의 되도록 불가쟁력이 발생하기 전에 당해 행정처분에 대하여 취소소송을 하여 근거법률의 위헌성을 주장하도록 노력하여야 할 것이다. 제소기간을 도과한 경우에는, 단지 별개의 사건절차에서 근거법률이 위헌선언되기를 기다리는 외에 다른 도리가 없다. 이 경우 그 위헌선언이 행정처분의 제반 효력에 어떠한 영향이 미칠지에 대하여는 위에서 이미 상술한 바와 같다.

[국문초록]

행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성

취소소송의 제소기간이 지나면, 위법한 행정행위라고 할지라도 존속력이 생긴다. 그리하여 그에 대한 취소의 소는 더 이상 인용될 수 없고, 부적법 각하된다. 그러나 이는 “취소할 수 있는” 행정행위에만 적용될 수 있고, “무효인” 행정행위에는 적용되지 않는다. 통설에 의하면, 행정행위는 특별히 중대하고도 명백한 하자가 있는 경우에 무효로 된다(소위 “중대·명백설”). 만일 그러한 하자가 있는 경우가 아니라면, 행정행위는 단지 취소할 수 있는데 그친다.

여기서 다음과 같은 문제가 제기된다: “위헌적 법률에 근거한 행정행위는 단순히 취소할 수 있는 것인가 아니면 무효인가?” 실무에서 이러한 문제가 제기되는 것은 특히 다음과 같은 상황에서이다. 즉, 취소소송의 제소기간이 지나면 취소소송의 형식을 통해서도 더 이상 승소의 가능성이 없기 때문에 당사자는 그 대신에 행정행위 무효확인소송을 시도하는 경우가 적지 않은데, 바로 그 소송절차에서 주로 근거법률의 위헌성이 쟁점으로서 다투어지는 상황이 그것이다. 이러한 경우에 위와 같은 하자를 행정행위의 취소사유에 해당하는 것으로 본다면, 당해 법률의 위헌 여부는 재판의 전제성이 없을 것이다. 행정행위가 무효라는 주장은 어차피 이유가 없는 것으로 귀결될 것이기 때문이다. 그렇지 않고 만일 무효사유에 해당하는 것으로 본다면, 재판의 전제성은 인정될 수 있을 것이다. 그리고 이는 곧 당해 법률에 대한 법원의 위헌심판제청이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 받아들여질 수 있음을 의미한다.

이 논문은 위와 같은 상황에서 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부의

문제를 다루고 있다. 이에 관하여 중요한 출발점을 이루는 것은 헌법재판소법 제47조 제2항이다. 이 조항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”고 규정하고 있다. 학계에서는, 이 규정이 기본적으로 위헌법률은 단지 취소될 수 있을 뿐이라는 “폐지무효설”에 입각한 것이라는 견해와 위 규정이 위헌법률은 처음부터 무효라는 소위 “당연무효설”과도 잘 조화될 수 있다는 견해가 대립하고 있다. 생각건대, 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석에 있어서는 “실체적 규율력”과 “형식적 통용력”이라는 두 가지 용어를 구별해서 사용함이 좋을 것이다. 실체적 규율력과 관한 한, 당연무효설의 이론이 타당해 보인다. 헌법의 우위라는 대전제에서 출발하는 경우, 위헌적 법률은 어쨌든 실체적 의미에서의 효력을 온전히 가져서는 안 될 것이라고 추론하는 것이 아주 자연스럽게 때문이다. 그에 반하여, “형식적 통용력”이라는 개념은 법적 안정성을 충분히 확보하는 데 기여할 수 있을 것이다. 형식적 통용력이란, 위헌인 법률일망정 규범 통제권이 집중되어 있는 관계로 부득이하게 그 잠정적 규율력을 인정할 수밖에 없는 현상을 가리키는 것으로, 선형적으로 인정되는 효력이라기보다는, 그 본질상 헌법재판권의 어떤 특수한 형성이 반영된 결과라고 할 것이며, 그러한 특수한 형성의 한 가지 예가 바로 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정이다.

헌법재판소법 제47조 제2항은 어디까지나 위헌법률의 효력에 관한 조항이지, 위헌법률에 근거한 행정행위의 취소가능성 내지 무효성에 관한 조항이 아니다. 하지만, 헌법재판소법 제47조 제2항이 위헌법률도 특정시점까지는 아직 유효로 간주되어야 함을 의미하는 것으로 해석되어야 한다면, 이는 곧 그 위헌법률에 기하여 행해진 행정행위도 마찬가지로 형식적 통용력의 관점에서 무효로 평가되어서는 아니 됨을 시사한다. 이러한 결과는 발생사적 해석에 의해서도 뒷받침된다. 헌법재판소법의 제정자는 위 조항을 통하여 실체적 정의뿐 아니라 법적 안정성도 고려하고자 하였기 때문이다.

요컨대, 근거법률의 위헌성이 곧바로 그에 기한 행정행위의 무효로 귀결 될 수는 없다고 해야 한다. 그렇다면, 행정행위 무효확인소송에서 근거법률의 위헌 여부는 재판의 전제성이 없다.

주제어

행정행위 무효확인소송, 재판의 전제성, 폐지무효설, 당연무효설, 실체적 규율력, 형식적 통용력, 위헌결정의 장래효, 소급효, 행정행위의 공정력, 불가쟁력

[Zusammenfassung]

Wird die Anfechtungsfrist versäumt, so ist selbst ein rechtswidriger Verwaltungsakt bestandskräftig. Das heißt, einer Anfechtungsklage gegen ihn kann nicht mehr stattgegeben werden, sondern vielmehr muss die Klage als unzulässig abgewiesen werden. Zu beachten ist allerdings, dass dies nur für “anfechtbare”, nicht aber für “nichtige” Verwaltungsakte gilt. Nach der herrschenden Meinung ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden offensichtlichen Fehler leidet (sog. “Evidenztheorie”). Wenn dies nicht der Fall ist, sei er lediglich anfechtbar.

In diesem Zusammenhang stellt sich die folgende Frage: “Ist ein Verwaltungsakt, der auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht, bloß anfechtbar oder nichtig?” Diese Frage taucht in der Praxis insbesondere in der Konstellation auf, in der der Einzelne nach dem Ablauf der Anfechtungsfrist - anstelle einer nicht mehr erfolgsversprechenden Anfechtungsklage - eine Feststellungsklage auf Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes erhebt und in diesem Verfahren hauptsächlich die Verfassungswidrigkeit eines dem in Frage stehenden Verwaltungsakt zugrunde liegenden Gesetzes rügt. Sollte man in einem solchen Fall von der Anfechtbarkeit des Verwaltungsaktes ausgehen, so wäre die Frage, ob das Gesetz wirklich verfassungswidrig ist, nicht entscheidungserheblich; die Behauptung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes müsste hierbei sowieso als unbegründet angesehen werden. Ansonsten wäre die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes durchaus entscheidungserheblich, was bedeutet, dass die richterliche Vorlage des Gesetzes beim koreanischen Verfassungsgericht oder die gegen das Gesetz erhobene Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 KVerfGG statthaft sein könnte.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Frage nach der Entscheidungserheblichkeit

eines Gesetzes in einer vorstehenden Konstellation. Dabei bildet § 47 Abs. 2 KVerfGG einen wichtigen Ansatzpunkt. Diese Vorschrift lautet: “Ein Gesetz verliert ab dem Tag, wo es für verfassungswidrig erklärt worden ist, seine Gültigkeit. Ein strafrechtliches Gesetz verliert hingegen rückwirkend seine Gültigkeit.” Im Schrifttum ist umstritten, ob sich diese Regelung grundsätzlich auf die “Theorie der Vernichtbarkeit” eines verfassungswidrigen Gesetzes stützt oder ob sie auch mit der sog. “Theorie der ipso-jure-Nichtigkeit” kompatibel ist. Meines Erachtens sollte man aber bei der Auslegung der § 47 Abs. 2 KVerfGG terminologisch zwischen “materieller Wirksamkeit” und “formeller Geltungskraft” differenzieren: Was materielle Wirksamkeit angeht, scheint mir die Theorie der ipso-jure-Nichtigkeit zuzutreffen. Der Vorrang der Verfassung legt nämlich die Folgerung nahe, dass ein verfassungswidriges Gesetz jedenfalls keine vollständige Wirksamkeit im materiellen Sinne erhalten sollte. Demgegenüber kann man mithilfe des Begriffs “formeller Geltungskraft” hinreichend für die Rechtssicherheit sorgen. Hierbei handelt es sich um eine vorläufig anerkannte Regelungskraft eines verfassungswidrigen Gesetzes, welche sich unausweichlich aus dem Monopol der Gesetzesverwerfung ergibt. Eine solche Geltungskraft ist also nicht a priori anzuerkennen; ihrem Wesen nach stellt sie sozusagen einen Reflex einer spezifischen Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit dar, zu der auch die Regelung der § 47 Abs. 2 KVerfGG gehört.

Zwar betrifft § 47 Abs. 2 KVerfGG die Gültigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes, nicht aber die Anfechtbarkeit/Nichtigkeit eines auf dem Gesetz beruhenden Verwaltungsaktes. Sollte § 47 Abs. 2 KVerfGG aber dahingehend interpretiert werden, dass selbst ein verfassungswidriges Gesetz bis zum bestimmten Zeitpunkt noch als gültig anzusehen ist, so suggeriert dies, dass ein auf dem Gesetz beruhender Verwaltungsakt seinerseits ebenfalls unter dem Blickwinkel der formellen Geltungskraft nicht als nichtig bewertet werden darf.

Dieses Ergebnis stützt sich auch auf eine genetische Auslegung. Mit der genannten Vorschrift wollten die Väter des KVerfGG nicht nur der materiellen Gerechtigkeit Rechnung tragen, sondern auch der Rechtssicherheit.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht ohne Weiteres zur Nichtigkeit des auf dem Gesetz beruhenden Verwaltungsaktes führen kann. Im Verfahren der Feststellungsklage auf Nichtigkeit des Verwaltungsaktes ist die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes somit nicht entscheidungserheblich.

참고 문헌

- 김남진/김연태, 행정법 I, 제15판(2011).
- 김동희, 행정법 I, 제17판(2011).
- 김백영, 택지소유상한에관한법률에 대한 위헌결정의 효력, 부산법조 제17집 (2000. 1.), 87-105면.
- 김승조, 위헌법률에 기한 행정처분의 효력과 그에 대한 권리의 구제, 법제 제448호(1995. 4.), 90-96면.
- 김운룡, 위헌심사론, 초판(1988).
- 김우환, 위헌법률에 근거한 행정처분의 효력 - 판례이론의 중대명백설 이해에 대한 비판과 대안, 행정판례연구 제5집(2000), 68-86면.
- 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의, 제10판(2011).
- 남복현, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문 (1994).
- 남복현, 헌법재판소의 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 헌법재판연구 제7권(1996), 151-435면.
- 문유석, 택지초과소유부담금 채납으로 인한 압류의 존속 허용 여부, 저스티스 제67호(2002. 6.), 134-153면.
- 문주형, 공무원연금법상 퇴직연금 지급정지규정에 대한 위헌결정의 소급효, 재판자료 제108집(2005), 13-58면.
- 박찬주, 위헌결정과 소급효, 서울대 법학 제19권 제1호(2011), 1-47면.
- 박해식, 일반사건에 대한 위헌결정의 소급효, 대법원판례해설 제58호(2005. 하반기), 340-363면.
- 배보윤, 위헌결정과 행정처분의 효력, 행정판례연구 제4집(1999), 81-101면.
- 손용근, 위헌결정의 소급효에 관한 재검토, 재판자료 제76집(1997), 7-104면.
- 손철우, 위헌결정의 소급효에 관한 소고, 법조 제49권 제10호(2000. 10.), 145-187면.

행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성

- 오진환, 조례의 무효와 그 조례에 근거한 행정처분의 당연무효 여부 - 지방자치단체의 사무와 조례제정권 -, 특별법연구 제5권(1997. 6.), 136-183면.
- 윤진수, 위헌법률의 효력 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토 -, 헌법논총 제1집(1990), 273-321면.
- 윤진수, 위헌인 법률에 근거한 행정처분의 당연무효 여부, 법조 제44권 제10호(1995. 10.), 147-173면.
- 윤진수, 헌법재판소 위헌결정의 소급효, 재판자료 제75집(1997), 621-718면.
- 이강국, 위헌법률의 효력, 행정판례연구 제2집(1996), 333-346면.
- 이기중, 행정처분의 근거법령이 무효로 된 경우 그 행정처분의 효력, 판례연구 제6집(1996. 1.), 585-606면.
- 이동흡, 위헌법률에 근거한 처분에 대한 집행력 허용 여부, 행정판례연구 제4집(2001), 55-74면.
- 이상규, 위헌법률에 근거한 처분의 효력, 판례연구 제9집(1996), 25-34면.
- 이승우, 위헌법률의 효력에 관하여, 법률신문 제2197호(1993. 3. 1.), 15면.
- 장석조, 위헌법률에 기초한 과세처분의 집행력 - 구 택지소유상한에관한법률에 대한 위헌결정에 따른 부담금 부과처분의 집행 문제를 포함하여 -, 사법논집 제34집(2002. 12.), 643-770면.
- 정재황, 헌법재판소와 국회·법원과의 관계, 고시연구 제214호(1992. 1.), 44-59면.
- 정종섭, 헌법소송법, 제6판(2010).
- 정태호, 법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰, 법률행정논총 제19집(1999. 12.), 199-242면.
- 정호경, 행정처분 발령후 근거법률이 위헌결정된 경우의 행정처분의 효력 - 대법원 판례에 대한 비판적 검토 -, 행정법연구 제17호(2007년 상반기), 87-110면.
- 조배숙, 위헌결정의 소급효, 법학논집: 취봉 김용철 선생 고회 기념(1993), 206-229면.

憲法論叢 第23輯(2012)

최원, 조세 등 부과근거법령에 대한 위헌결정의 소급효 - 학교용지부담금 환급 등에 관한 특별법 제정과 관련하여 -, 조세법연구 제15집 제3호(2009), 363-414면.

최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 박사학위논문(2001).

허완중, 한국헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석, 공법연구 제37집 제4호(2009. 6.), 229-255면.

홍정선, 행정법원론(상), 제19판(2011).

황우여, 위헌결정의 효력, 사법논집 제21집(1990), 5-37면.

Gerhard, Torsten, Die Rechtsfolgen prinzipaler Normenkontrollen für Verwaltungsakte: § 79 Abs. 2 BVerfGG und § 183 VwGO, Berlin 2008.

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

Time of losing validity as a law operating immediately before
the commencement of the Constitution but contravening it

朴 燦 柱

조선대학교 법과대학 교수

- 目 次 -

I. 머리말	357
II. 영법계에서의 위헌선언의 연혁	359
III. South Africa	362
1. 헌법 규정	362
2. 판례	367
가. 잠정헌법의 경우	367
나. 현행헌법의 경우	368
다. 소급효와 장래효의 결정기준	373

IV. India	375
1. 헌법 규정	375
2. 판례	377
가. 폐기효 논쟁	377
나. 소급효 논쟁	379
다. 무효의 범위	381
라. 장래효와 소급효에 대한 일반적 논의	390
V. Hong Kong	392
1. 기본법 규정	392
2. 판례	397
가. 전국인민대표대회상무위원회와 대법원의 권한의 분배	397
나. 위헌선언의 소급효·장래효 논쟁	402
VI. Trinidad and Tobago	413
1. 헌법 규정	413
2. 판례	417
가. 판례형성의 배경	417
나. Roodal v The State (Trinidad and Tobago) 사건판결	420
다. Matthew v Trinidad and Tobago 사건판결	425
VII. 대한민국헌법 부칙 제5조의 해석론에 미치는 영향	430
1. 각국의 해석론의 요약	430
2. 대한민국헌법 부칙 제5조	431
가. 필자의 이전의 주장	431
나. 현행헌법 시행 전의 법률이 현행헌법에 위배되는 경우에 무효가 되는 시기에 대한 토론	432

다. 외국인에 대한 위헌결정의 효력	434
라. 헌법재판소의 수정권한	435
마. 식상(蝕相)의 문제	436
VIII. 맺음말	436
* 국문초록 및 주제어	438
* 영문초록 및 주제어	439

I. 머리말

현행헌법 부칙 제5조에서는 『이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』라고 규정하고 있다. 이와 유사한 규정은 제헌헌법에도 존재하고 있다.¹⁾ 제헌헌법 제100조에서는 『현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다』고 규정하고 있었고, 그 후 4차 일부개정까지는 동 일부개정과 관련한 부칙규정들이 제헌헌법 및 그 후 이루어진 일부개정과 관련한 부칙규정들에 추가하는 형식으로 이루어지고 있었기 때문에 제헌헌법 제100조가 적용되었다 할 수 있다. 그러나 5·15군사혁명 후 국민투표를 통해 전문개정 형식으로 제정된 제3공화국헌법에서는 동 헌법이 비대의(非代議)기관인 국가재건최고회의에서 성안이 되고 국민투표에 부쳐져 가결되었고 동 국가재건최고회의가 동 기관의 설치근거법인 국가재건비상조치법에 근거하여 대의기관인 국회를 대신하여 많은 법률들을 제정하였던 사정을 고려하여 부칙 제1조 제2항에서는 동 국가재건비상조치법은 제3공화국헌법의 시행과 동시에 효력을 상실한다고 규정하는 한편, 부칙 제3조에서는 『국가재건비상조치법에 의거한 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』고 규정하면서 제4조에서는 『① 특수범죄처벌에관한특별법· 부정선거관련자처벌법· 정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 그 효력을 지속하며 이에 대하여 이의를 할 수 없다. ② 정치활동정화법 및 부정축재관리법과 이에 관련되는 법률은 이를 개폐할 수 없다.』는 예외규정을 두고 있었다. 동 제3조가 제헌헌법 제100조가 규정하는 바와 같은 『이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 ...』이라는 형식을 취하지 아니하고 있지 않다. 따라서 국가재건비상조치법에 의거한 법률이라고는 할 수 없는 제3공화국헌법의 시행 이전에 시행되어 오던 법률과 제3공화국헌법의 관계에 대해서는 규정하고 있

1) 부칙에서는 『법령』으로 규정되어 있다. 그러나 이 글의 성격상 『법률』이라는 측면과 관련하여 논할 뿐이다.

지 아니하기 때문에 동 법률들이 제3공화국헌법에 위배되는 경우에 어떠한 효력을 부여하는지에 대해서는 불분명한 점이 있다. 유신헌법은 역시 비대의기관인 비상국무회의에서 마련되어 국민투표를 통해 제정되었지만 부칙 제6조 제1항에서는 『이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』고 규정하여 제헌헌법과 동일한 형식을 유지하면서, 제11조에서 제3공화국헌법 부칙 제3조를 계수하여 동일하게 규정하고 있다. 이에 대해 제5공화국헌법은 비대의기관인 국가보위입법회의에서 성안되어 국민투표를 거쳐 제정되었기 때문에 부칙 제6조 제2항에서는 『국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다』고 규정하는 한편, 부칙 제9조에서는 『이 헌법 시행당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』고 규정하고 있다. 그리하여 제5공화국헌법 시행당시의 법률 가운데 국가보위입법회의가 제정한 법률은 동 헌법을 이유로 제소하거나 이의할 수 없다고 함으로써 위헌심사가 배제되고 따라서 그대로 효력을 지속하는데 대해, 국가보위입법회의의 설치 이전부터 시행되어 오던 법률은 동 헌법에 위배되지 아니하는 한 효력을 지속하는 형식을 취하고 있다.²⁾ 그러나 제6공화국헌법인 현행헌법에서는 앞서 설명하듯 부칙 제5조에서 『이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』라고 규정함으로써 동 원칙에 대한 예외규정들을 두지 아니하고 있다.

문제는 동 부칙 제5조가 규정하는 『이 헌법에 위배되지 아니하는 한』이

2) 이와 같은 결론은 제5공화국헌법의 부칙규정들의 관계에 비추어 당연하다고 할 수 있다. 그러나 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정에서는 『구 헌법의 제소금지 규정의 배경을 살펴보면 국가보위입법회의라는 비상기관에서 비상절차에 의하여 제정된 각종 법률에 대하여 헌법적 근거를 부여함과 동시에 그 제정절차, 즉 성립의 하자를 문제삼는 것을 예방하기 위한 비상제동장치를 마련하는데 있었다고 사료되며 그 내용의 위헌성 여부를 다투는 것을 봉쇄하는데 그 의도가 있었던 것으로 보여지지 않는다』고 실시하여 부칙 제6조 제3항 규정에 불구하고 내용(실체)에 대한 위헌성 여부를 다투는 것은 허용된다고 해석하고 있다.

라는 부분과 『그 효력을 지속한다』라는 부분의 의미가 무엇인가 라는 점이다. 제헌헌법 시행당시로부터 지금까지 경과된 기간은 60년을 훌쩍 넘었다. 그럼에도 불구하고 이 점에 대한 논의는 거의 이루어지지 아니하고 있다. 따라서 이 글에서 논리를 전개함에 있어서 참고하여야 할 문헌도 거의 존재하지 아니한다. 이러한 사정으로 필자는 영국법계의 몇 나라들이 이 문제를 어떻게 접근하고 있는가 라는 점을 판례를 통해 추적하고, 나아가 현행헌법 부칙 제5조의 해석론과 관련하여 필자의 의견을 제시하기로 한다.

II. 영법계에서의 위헌선언의 연혁

우리나라의 법체계가 전반적으로 독일법의 영향을 받은 탓으로 영법계에서의 『헌법』이라는 개념의 유래나 헌법에 배치되는 법률의 효력에 대한 이해는 그다지 깊지 못하다. 그리하여 『헌법』에 대응하는 『constitution』이라는 용어는 미국연방헌법인 『Constitution of the United States』에서 처음으로 사용되었고 헌법에 배치되는 법률의 효력을 상실시키는 방법, 즉 『위헌법률』이라는 선언은 미국연방대법원의 *Marbury v Madison* 사건판결³⁾이라고 이해하는 수준에 그치고 있다. 그리고 동 사건판결에 대해 『경계표적 판결(landmark decision)』⁴⁾이라고 평가하는 상황에서는 무리하다고 볼 수 없는 측면이 없는 것은 아니다. 그러나 비록 소문자이기는 하지만 『constitution』이라는 용어는 북아메리카의 동부 13개 영국식민지 주민들이 세금납부를 거부하는 과정에서 『대표 없이는 조세도 없다(no taxation without representation)』이라는 주장을 들고 나온데 대한 영국의회에서의 논박⁵⁾ 및 William Pitt 수상

3) 5 U.S. 137 (1803).

4) **Gerald Gunther**, *Constitutional Law, Cases and Materials*, 10th ed., Foundation Press, 1980, p. 1.

5) 뒤이은 본문의 『실질적 대표(virtual representation)』라는 개념에 대한 Earl Camden의 비판에 대한 Chief Justice James Mansfield, Robert Henley, 1st Earl of Northington 등의 논박: 『[T]he British Parliament have no right to tax the Americans. I shall not consider

의 연설⁶⁾ 과정에서 이미 사용되고 있다. 그리고 비록 13개 주민들로부터 동 주민들의 대표자가 선출되어 영국의회에서 동 주민들의 이익을 대변하지는 못하지만 『실질적 대표(virtual representation)』에 의해 대변되고 있다는 이유로 13개 주민들의 주장을 일축하고 있다.

영국이 성문헌법을 가지지 아니하다고 하여 영국에서 자신들에게 『헌법』이 존재하지 아니한다고 보지는 않는다. 그리하기 때문에 판결에서 『constitution』이라는 용어가 수시로 사용되고 있으며, 최고법원에 해당하는 『귀족원(House of Lords)』이 『대법원(최고법원. Supreme Court of the United Kingdom)』으로 개편함에 있어서 근거가 되는 법률이 『헌법개혁법(Constitutional Reform Act 2005)』이다. 이러한 점을 염두에 두면서 헌법에 배치되는 법률의 효력상실 문제에 대해 살펴볼 필요가 있다.

이 문제에 대한 접근을 함에 있어서는 1610년의 *Dr. Bonham case*⁷⁾를 주목할 필요가 있다. 동 사건에서 Lord Coke는 『우리들이 이용할 수 있는 서적들에 의하면 보통법(common law)는 의회의 행동들을 통제하며, 때로는 의회의 행동들을 완전히 무효라고 판결한다고 설명되고 있다. 다시 말하면 의회의 제정입법이 일반적인 정의와 조리(common right and reason)에 어긋나고 시행에 모순을 가져오거나 시행불가능한 경우에는 보통법은 의회의 행동을 통제하며 그러한 행동을 무효라고 판결한다』⁸⁾는 고전적 공식을 실시한

the Declaratory Bill now lying on your table; for to what purpose, but loss of time, to consider the particulars of a Bill, the very existence of which is illegal, absolutely illegal, contrary to the fundamental laws of nature, contrary to the fundamental laws of this constitution? ... Taxation and representation are coeval with and essential to the constitution. ...」 From “*No Taxation without Representation*” in Wikipedia.

6) 『The idea of a virtual representation of America in this House is the most contemptible that ever entered into the head of a man. It does not deserve a serious refutation. The Commons of America, represented in their several assemblies, have ever been in possession of the exercise of this their constitutional right, of giving and granting their own money. They would have been slaves if they had not enjoyed it.』 From “*No Taxation without Representation*” in Wikipedia.

7) (1610) 8 Co Rep 114a: 77ER 646.

8) (원문): “It appears in our books, that in many cases, the common law will control acts of

바 있다. 이러한 Lord Coke의 주장은 보통법의 의회에 대한 우위(supremacy of the common law over Parliament)를 선언한 것으로서 한동안 일부 판결들이 이를 추종하였고⁹⁾ 미국동부의 13개 주민들이 『대표 없이는 조세도 없다(no taxation without representation)』이라는 슬로건 아래 문제된 인지조례(Stamp Act of 1765)에 대해 반기를 드는데 있어서도 이론적 근거의 하나가 되는 등¹⁰⁾ 영향력을 가졌다. 그러나 그 후 제기된 많은 논란과 William Blackstone(1723. 7. 10. - 1780. 2. 14.)에 의해 제기된 『영국법에 대한 주석(Commentaries on the Laws of England』 초판에서 『의회가 적극적으로 비합리적인 입법을 한다고 하더라도 이를 통제할 수 있는 어떠한 권한이 존재한다는 것을 알지 못하고 있다. 그리고 제정법의 주된 목적이 비합리적인 경우에 법관들은 자유롭게 동 제정입법의 적용을 거부할 권한을 가진다는 법리를 뒷받침한다고 주장하는 예들의 어느 것도 이 점을 증명하고 있다고 할 수 없다. 만일 동 법리가 사법부의 권한을 입법부의 권한 위에 놓고자 하는 것이라는 이는 모든 정부를 전복하게 될 것이다.』라는 비판¹¹⁾으로 영국에서 의회주권(Sovereignty of Parliament)¹²⁾ 사상이 확립되기에 이르렀다. 그리하여 예를 들면 Lord Reid는 *Madzimbamuto v Lardner Burke & Anor* 사건판결¹³⁾에서 『연합왕국의회가 특정한 문제를 다루는 것에 대해 대부분의 사람들이 정말로 적절하지 못하다고 보고 있는데도 연합왕국의회가 다룬 경우¹⁴⁾

Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void.”

9) *Day v Savadge and Lord Sheffield v Ratcliffe*, (1614) Hob.85; 80 ER 235); *City of London v Woo*, (1701) 12 Mod Rep 669.

10) “When the Stamp Act of 1765 was declared invalid by the Massachusetts Assembly, the rationale was that it was ‘against Magna Charta and the natural rights of Englishmen, and therefore, according to the Lord Coke, null and void.’ From “*Dr. Bonham’s Case*” in Wikipedia.

11) From “*Dr. Bonham’s Case*” in Wikipedia.

12) per Lord Bingham in *R (Jackson) v Attorney General*, [2005] UKHL 56.

13) [1968] UKPC 2.

14) 동 사건에서 문제된 연합왕국의회가 다룬 일은 『Southern Rhodesia Act 1965』의 제정

에 이는 위헌이라는 주장들이 종종 제기되고 있다. 그러나 연합왕국의회가 이를 다루었다고 하더라도 그것이 의회의 권한을 넘어선 것을 의미하는 것은 아니다. 그리고 연합왕국의회가 그러한 일을 의도적으로 다룬 경우에 법원들이 의회가 제정한 법률에 대해 효력을 부정할 수 없다.』고 선언하고 있다.

역설적이지만 Lord Coke 사상의 편린은 웨스트민스터법(Statute of Westminster 1931)에서 살아남고 있다. 웨스트민스터법은 영국의회가 자치정부가 수립된 식민지에 관하여는 자치정부의 동의가 없이는 입법하는 것을 금지하는 법이라고 할 수 있다. 영연방에 속했던 국가들이 독립하는 기회에 또는 독립에 준하는 지위를 획득하는 기회에 헌법을 마련하는 경우에 동 헌법에 배치되는 법률의 무효를 선언하고 현존하는 법률에 대한 구제규정(saving clause)을 두고 있는 것은 웨스트민스터법의 정신을 반영하는 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 연합왕국 자신은 『의회주권』에 기초하기 때문에 귀족원이나 대법원이 헌법에 위반되는 법률에 대해 위헌선언을 하지 아니하고 있다. 다만 추밀원(Privy Council)은 영연방회원국의 헌법 및 동 회원국의 제정법 사이의 관계가 문제된 사건과 관련하여 위헌성을 다루고 있었기 때문에, 추밀원의 위헌성에 관한 논의는 앞으로 연합왕국의 대법원이 위헌법률심사권한을 가지게 되는 경우에 취할 태도를 짐작할 수 있는 표지가 되기에 부족함이 없다.

III. South Africa

1. 헌법 규정

South Africa 헌법(현행헌법)에서는 법률에 대한 위헌선언은 헌법재판소는

에 관한 것이다.

물론이고 대법원(Supreme Court of Appeal), 고등법원 또는 이와 유사한 지위의 법원(High Court or a court of similar status)에서도 가능하다고 규정하고 있다. 그러나 동 헌법 제172조 제3항에서는 헌법재판소 이외의 법원의 위헌선언은 헌법재판소에 의한 무효확인이 이루어지지 않는 한 위헌선언으로서의 효력을 가지지 못한다고 규정하면서, 동 헌법 제167조 제5항에서는 헌법재판소는 법률의 위헌성에 대한 최종적 권한을 가지고 있으며 헌법재판소 이외의 법원의 위헌선언의 정당성을 확인하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 동 헌법 제172조는 헌법재판소나 그 이외의 법원의 위헌선언과 위헌선언의 소급효와 관련하여 『(1) 권한 범위 내에 있는 헌법적 문제를 결정함에 있어서 법원은 (a) 헌법에 부합하지 아니하는 법률이나 행동은 그 법률 또는 행동이 어떠한 것이든 헌법에 부합하지 않는 범위 내에서 무효라고 선언해야 한다. (b) 공정하면서도 형평에 맞는 어떠한 명령도 내릴 수 있다. 동 명령에는 다음의 명령을 포함한다. (i) 무효선언의 소급효를 제한하는 명령 (ii) 관할기관에서 결함을 교정할 수 있도록 일정한 기간 동안 일정한 조건에서 무효선언을 유보하는 명령』¹⁵⁾이라고 규정하고 있다. 현행헌법에서는 헌법재판소 이외의 법원도 법률의 헌법 위배여부를 판단하는 것이 가능하다.

South Africa 헌법의 특징은 현행헌법의 시행 이전의 기간인 1994. 4. 27. 부터 1997. 2. 4.까지 잠정헌법(Interim Constitution of South Africa)¹⁶⁾이 시

15) Section 172 Powers of courts in constitutional matters

“(1) When deciding a constitutional matter within its power, a court - (a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency; and (b) may make any order that is just and equitable, including - (i) an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity; and (ii) an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect.”

- 16) 『잠정헌법』은 『interim constitution』이라고 불리는 이외에도 『provisional constitution』, 『transitional constitution』이라고 불리며, 과거에 Republic of China(1912. 3. 11 - 1931. 6. 1), Confederate States of America(1861. 2. 8 - 3. 11), State of Iraq(2004. 6. 28 - 2005. 10. 15), Indonesia(1950. 8. 17-1959. 7. 5), Ireland(Dáil Constitution. 1919. 1.

행되었다는 점이다.¹⁷⁾ 이러한 사정으로 현행헌법에 대한 이해를 위해서는 잠정헌법에 대한 이해를 필요로 한다. 잠정헌법 제229조에서는 잠정헌법의 시행 전에 적용되어 오던 법률의 효력의 지속성과 관련하여 『이 헌법에 의한 제약 하에서 이 헌법의 시행이 개시되기 직전에 국가의 영토의 부분을 형성하는 일정한 지역에서 적용되고 있던 모든 법률은 권한 있는 기관에 의한 동 법률들에 대한 폐지 또는 개정(repeal or amendment)이 있기까지는 효력을 지속한다』¹⁸⁾고 규정하고 있다. 그와 함께 잠정헌법 제98조 제2항(c)에서는 동 헌법의 시행이 개시된 후 의회에서 제정된 법률인지 또는 그 이전부터 적용되어오던 법률인지를 묻지 아니하고 그 위헌성 여부에 대한 심의를 포함하여 동 헌법에 관한 해석, 보호와 강제 등과 관련한 일체의 문제에 대해 최종심으로서 관할권을 가진다고 규정하면서,¹⁹⁾ 제5항 내지 제7항에서 『(5) 헌법재판소는 특정한 법률 또는 법률규정이 헌법과 부합하지 아니하지 아니한다고 판단하는 경우에는 동 법률 또는 법률규정이 헌법에 부합하지 아니한 범위 내에서 무효를 선언하여야 한다. 헌법재

21-1922. 12. 6), Tanzania(1964 - 1977), Thailand(2006. 10. 1 - 2007. 8. 19)에, 현재로는 Egypt(2011. 3. 30 -), Libya(2011. 8. 3 -), Nepal(2007. 1. 15-) 및 South Sudan(2011. 7. 9 -)에서 채택하고 있다. From “*Interim Constitution*” in Wikipedia.

17) 잠정헌법 이전에도 영국의회가 제정하였던 South Africa Act 1909가 헌법으로 기능하고 있었다. 그러나 위헌법률심사라든지 기존법의 지속효 등에 대한 규정 등은 없었다. 동 법은 Republic of South Africa Constitution Act, 1961로 대체되었으나 이 헌법은 『여왕』에 대한 규정이 『대통령』으로 바뀐 것을 제외하고는 내용은 South Africa Act 1909와 사실상 동일하다.

18) **Section 229 Continuation of existing laws:** “Subject to this Constitution, all laws which immediately before the commencement of this Constitution were in force in any area which forms part of the national territory, shall continue in force in such area, subject to any repeal or amendment of such laws by a competent authority.”

19) **section 98 Constitutional Court and its jurisdiction**
“(2) The Constitutional Court shall have jurisdiction in the Republic as the court of final instance over all matters relating to the interpretation, protection and enforcement of the provisions of this Constitution, including- ... (c) any inquiry into the constitutionality of any law, including an Act of Parliament, irrespective of whether such law was passed or made before or after the commencement of this Constitution;”

판소는 정의와 좋은 통치를 위해 의회나 다른 권한 있는 기관에 대해 헌법재판소가 정한 기간 내에서 법률이나 법률규정의 결함을 교정할 것을 요구할 수 있고 이 경우에 동 법률이나 법률규정은 교정이 이루어지고 있는 동안 또는 헌법재판소가 정한 기간의 종료일까지 효력을 지속한다. (6) 헌법재판소가 정의와 좋은 통치(good government)를 위해 달리 명령하지 않는 한, 그리고 헌법재판소가 달리 명령하는 범위를 제외하고는 헌법재판소의 법률이나 법률규정에 대한 위헌선언은 (a) 적용 중이던 법률 또는 법률규정에 대한 것인 경우에는 위헌선언이 효력을 발생하기 전에 동 법률 또는 법률규정에 근거하여 행하여지거나 허용되었던 것을 무효로 하지 않는다. (b) 이 헌법의 시행이 개시된 이후에 제정된 법률 또는 법률규정에 대한 것인 경우에는 동 법률 또는 법률규정에 근거하여 행하여지거나 허용되었던 것들은 모두 무효로 한다. (7) 헌법재판소가 주의 집행적 행위나 행동, 위협에 직면하고 있는 집행적 행위나 행동에 대해 위헌임을 선언하는 경우에는 주의 관련기관에 대해 그러한 행위나 행동을 금지할 것을 명하거나 동 명령에서 정하고 있는 조건과 기간 내에 이 헌법에 부합하도록 그러한 행동을 교정할 것을 명할 수 있다.』²⁰⁾고 규정하고 있다. 한편 현

20) **Section 98:** “(5) In the event of the Constitutional Court finding that any law or any provision thereof is inconsistent with this Constitution, it shall declare such law or provision invalid to the extent of its inconsistency: Provided that the Constitutional Court may, in the interests of justice and good government, require Parliament or any other competent authority, within a period specified by the Court, to correct the defect in the law or provision, which shall then remain in force pending correction or the expiry of the period so specified. (6) Unless the Constitutional Court in the interests of justice and good government orders otherwise, and save to the extent that it so orders, the declaration of invalidity of a law or a provision thereof- (a) existing at the commencement of this Constitution, shall not invalidate anything done or permitted in terms thereof before the coming into effect of such declaration of invalidity; or (b) passed after such commencement, shall invalidate everything done or permitted in terms thereof. (7) In the event of the Constitutional Court declaring an executive or administrative act or conduct or threatened executive or administrative act or conduct of an organ of state to be unconstitutional, it may order the relevant organ of state to refrain from such act or conduct, or, subject to such conditions and within such time as may be specified by it, to

행헌법에서는 제14장으로 『일반규정(General Provision)』을 설정하고 제241조에서 『이행(移行)조치(Transitional Arrangements)』라는 표제 하에 『부속명세서 6은 이 헌법에 의해 확립된 새헌법질서로의 이행에 및 동 이행에 부수하는 모든 문제에 적용한다』고 규정하고 동 제241조에 근거한 부속명세서 6의 제1조(정의조항. Definitions)로서 현행헌법을 『새헌법(new Constitution)』으로, 잠정헌법을 『중전헌법(previous Constitution)』으로, 중전헌법의 시행 개시 전에 제정되었던 법률을 『옛질서법률(old order legislation)』으로 정의하면서, 동 부속명세서 제2조에서는 『현존하는 법률의 효력의 지속(Continuation of existing law)』이라는 표제 하에 『새헌법의 시행 개시 당시의 모든 현존하는 법률은 (a) 수정 또는 개정 (b) 새헌법과 부합이라는 제약 하에서 효력을 지속한다. (2) 위 제1항에 근거하여 효력이 지속하는 옛질서법률은 (a) 보다 확장하여 적용할 수 있도록 후속하여 개정이 이루어지지 않는 한 중전헌법의 시행 개시 전에 영토적으로 또는 그 밖의 방법으로 적용되던 범위보다 확장하여 적용할 수 없으며, (b) 새헌법의 시행이 개시되던 당시에 동 법률에 대한 집행을 담당하던 기관은 새헌법의 제약 하에서 계속하여 동 법률을 집행한다.』고 규정하고 있다. 위에서 인용한 잠정헌법 제98조 제5항은 현행헌법 제172조 제1항에 대응하는 규정이라고 할 수 있다. 그리고 위와 같은 대비를 통해 알 수 있는 것은 잠정헌법의 경우에는 동 헌법의 시행 이후에 제정된 법률이 동 잠정헌법에 위배되는 경우에 절대적 무효를 선언하고 있는데 대해, 현행헌법에서는 법률이 현행헌법의 시행이 개시되기 전에 제정된 것인지 그 이후에 제정된 것인지를 묻지 아니하고 『공정하면서도 형평에 맞는(just and equitable)』 명령을 가능하게 한다는 점이다.²¹⁾

correct such act or conduct in accordance with this Constitution.”

21) *per Leach J* at para. [25] in *S v Jafra* [2003] ZAECHC 18 (High Courts - Eastern Cape)

2. 판례

적용 중이던 법률이 시행을 개시한 헌법에 위배되는 경우에 헌법재판소는 어떠한 효력을 인정하는가. 효력이 어떻게 되는가. 이 문제에 대해 먼저 잠정헌법의 시행으로 인한 판례를 살펴보고, 나아가 현행헌법의 시행에 따른 판례의 태도를 살펴보는 순으로 진행하고자 한다.

가. 잠정헌법의 경우

Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others 사건판결²²⁾에서 헌법재판소가 판시한 점은 잠정헌법 시행 당시에 현존하던 법률이 잠정헌법을 위반하는 경우에는 『잠정헌법의 시행 시점에서 무효가 되며 헌법재판소의 판결(order)²³⁾에 의해 법률이 무효가 되는 것은 아니며, 이러한 의미에서 『법률들은 동 법률들이 이 헌법에 부합하는지 여부에 의해 객관적으로(objectively) 유효이거나 무효가 된다. 헌법에 부합하지 않는다는 분쟁이 헌법의 시행 개시 수년 후에 결정될 뿐이라는 사실은 무효의 객관적 성격(objective nature of the invalidity)에 영향을 미치지 않는다.』고 할 수 있다(para. [27]). 이러한 법리는 영국법계에서의 전통적 이론인 사법적 결정의 선언이론(declaratory theory of judicial decisions)²⁴⁾을 위헌선언에 수용한 것이라고 할 수 있다. 어쨌든 *Ferreira* 사건판결의 태도는 현행헌법의 시행 이후에 이루어진 대통령의 포고(proclamation)의 효력에 관한 *Kruger v President of the Republic of South Africa and Others* 사건판결²⁵⁾에서 소수의 견을 개진한 *Yacoob* 대법관의 설시이유 para. [32]에서 인용되고 있으며, 다

22) [1995] ZACC 13; 1996 (1) SA 984 (CC); 1996 (1) BCLR 1 (CC).

23) 우리나라 판결의 『주문』에 해당한다.

24) 이에 대하여는 박찬주, 법(계약)·경제학, 조선대학교출판부, 2012, 442쪽 이하 참조.

25) [2008] ZACC 17; 2009 (1) SA 417 (CC); 2009 (3) BCLR 268 (CC).

수의견을 대표한 Skweyiya 대법관의 설시이유 para. [52]에서는 위 인용부분을 포함한 para. [25]-[30]을 근거로 대통령의 포고가 처음부터(from the outset) 무효라고 보고 있다.

나. 현행헌법의 경우

Gory v Kolver NO and Others 사건판결²⁶⁾은 적용 중이던 법률이 현행헌법에 위배되는 경우에는 현행헌법의 시행과 동시에 효력을 상실하고 있다는 내용의 헌법재판소의 판결이다. 동 사건판결에서 위헌성이 문제된 법률조항은 잠정헌법의 이전에 제정된 무유언상속법(법정상속법, Intestate Succession Act of 1987)과 관련한 것으로 제1조 제1항에서는 상속인으로 『배우자(spouses)』라고만 규정할 뿐 『이성배우자(heterosexual spouses)』만을 의미하는지 『영구적 동성반려자(permanent same-sex life partners)』를 포함하는지 여부를 분명하게 규정하고 있지 않았다. 동 사건에서 Pretoria High Court의 Hartzberg 판사는 ① 무유언상속법 제1조 제1항의 『배우자(spouses)』라는 용어 뒤에 『영구적 동성반려자(permanent same-sex life partners)』와 관련한 규정이 누락되어 있는 상태에서는 무유언상속법 제1조 제1항은 현행헌법에 부합하지 아니하는 위헌적 규정이라는 점, ② 다만 누락된 규정을 읽어 보충하는 것이 가능하다는 점, 및 ③ 동 법원의 명령일에 이르기까지 이미 청산이 종결되어 이행된 행위들에 대해서는 이와 같은 명령들이 어떠한 효력도 미치지 아니한다고 판시하였다.²⁷⁾ 동 판사가 취한 해석방법을 『읽어 보충하는 것(reading-in)』이라고 부르는데,²⁸⁾ 헌법재판소의 입장을 개진한 Van Herdean 대법관은 Hartzberg 판사의 조치를 수긍하고 있다. 이 글에서는

26) [2006] ZACC 20; 2007 (4) SA 97 (CC); 2007 (3) BCLR 249 (CC).

27) *Gory v Kolver NO and Others* [2006] ZAGPHC 28; 2006 (7) BCLR 775 (T).

28) 이러한 해석론을 공백보충기능(default rule)이라고 부른다. 영법계에서의 『읽어 보충하는 것(reading-in)』의 범리에 대해서는, 박찬주, 앞의 법(계약)·경제학, 630, 634, 657쪽 참조.

이러한 해석방법이 타당한가 라는 문제에 대해서는 다루지 않는다. 이 점은 우리나라에서 통용되는 해석론에 의할 것이 아니라 South Africa에서 통용되는 해석론에 의하여야 하기 때문이다. 헌법재판소의 위 판결에서는 『배우자』라는 용어 뒤에 『영구적 동성반려자』와 관련한 규정이 누락된 상태에서는 동 규정은 성(sex)에 기인한 차별을 금지하는 잠정헌법 제8조 제2항, 제4항, 현행헌법 제9조 제3항, 제5항을 위배한 것으로서 위헌이라는 이유로 위 ①의 판시를 지지하고(para. [19]), 현행헌법 제172조 제1항(b)에 의해 위헌선언하는 법원은 『공정하면서도 형평에 맞는(just and equitable)』 명령을 내릴 수 있고 그러한 명령에는 『관할기관에서 결함을 교정할 수 있도록 일정한 기간 동안 일정한 조건에서 무효선언을 유보하는 명령』이 포함되어 있다고 지적하면서(para. [20]) 『읽어 보충하는 것(reading-in)』을 『공정하면서도 형평에 맞는(just and equitable)』 것으로 보고 있다(para. [21]-[31]).²⁹⁾

다음으로 문제가 되는 것은 법원의 위헌선언이 소급효를 가지는지의 점인데, 현행헌법 부속명세서 6 제2조 제1항에서는 현행헌법이 시행을 개시할 당시에 현존하는 모든 법률은 현행헌법과 부합하는 범위 내에서만 개정이나 수정이 이루어지기까지의 기간 동안 효력을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 *Gory v Kolver NO and Others* 사건판결에서는 잠정헌법하에서의 *Ferreira* 사건판결의 태도를 보다 명확히 하기 위해 『적용 중이던 법률(pre-existing law) 또는 법률규정이 위헌인 경우에는 이 헌법이 시행이 개시됨과 동시에 무효가 되었다. 이것은 이 헌법의 소위 ‘최상위규범조항’(최고법규조항.

29) 판결에서는 잠정헌법 232조(해석조항. Interpretation) 제3항에 대해 언급하지 않고 있다. 동 규정의 내용은 축소해석을 통해 위헌성의 제거가 가능한 경우에 그러한 해석 방법을 택하여야 한다는 것으로, 동 판결에서는 『축소』가 아니라 『읽어 보충하는 것』에 의해 『확장』이라는 결과가 초래되기 때문으로 본다. 규정내용은 다음과 같다: “No law shall be constitutionally invalid solely by reason of the fact that the wording used is *prima facie* capable of an interpretation which is inconsistent with a provision of this Constitution, provided such a law is reasonably capable of a more restricted interpretation which is not inconsistent with any such provision, in which event such law shall be construed as having a meaning in accordance with the said more restricted interpretation.”

supremacy clause)(제2조)³⁰⁾의 효력에 기인한다. 동 규정에 의해 헌법은 공화국의 최고법이며, 이에 부합하지 아니하는 모든 법과 행동은 무효이다. ... 무효선언을 하는 경우에 법원은 단순히 이미 이 헌법에 의해 무효이었던 법률이나 법률규정에 대해 무효를 선언할 뿐이다. ‘객관적인 헌법적 무효’(objective constitutional invalidity)라고 알려진 이 원칙은 잠정헌법의 시행이 개시되던 당시 적용되고 있던 위헌적 법률은 설사 원고의 소인(cause of action)이 1996년헌법이 1997. 2. 4. 시행이 된 이후 발생하였다고 하더라도 1994. 4. 27. 효력을 가지게 된 동 잠정헌법에 의해 무효가 될 수 있었다는 것을 의미한다. 헌법 제172조 제1항(a)에 의하면 위헌여부를 결정하는 법원(헌법재판소)은 헌법에 부합하지 못하는 법이나 행동에 대해 헌법과 부합하지 못한 범위 내에서 무효임을 선언‘해야 한다.’고 실시하고 있다.

동 판결은 현존하는 법률의 효력상실시기를 주안으로 하는 판결이지만 무효선언의 소급효 문제에 대해서도 일정부분을 다루고 있다. 동 판결에서는 『객관적 헌법적 무효의 원칙의 운용은 무효를 선언하는 법원은 정의와 형평을 달성하기 위해 헌법 제172조 제1항(a)에 의해 무효선언의 소급효를 제한할 수 있는 가능성이 열려 있다.³¹⁾』고 실시하고 있다. 그와 아울러 Van

30) **Section 2 Supremacy of Constitution:** “This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled.”

* **잠정헌법 제4조 제1항**도 같은 취지이다: “[t]his Constitution shall be the supreme law of the Republic and any law or act inconsistent with its provisions shall, unless otherwise provided expressly or by necessary implication in this Constitution, be of no force and effect to the extent of the inconsistency.

31) See *S v Bhulwana*; *S v Gwadiso* [1995] ZACC 11; 1996 (1) SA 388 (CC); 1995 (12) BCLR 1579 (CC) at para 32; *S v Ntsele* [1997] ZACC 14; 1997 (2) SACR 740 (CC); 1997 (11) BCLR 1543 (CC). at para 14; see further **Curie & De Waal** *The Bill of Rights Handbook* 5 ed (Juta, Cape Town 2005) at 206-209; **Rautenbach** “Introduction to the Bill of Rights” in *Bill of Rights Compendium* (Butterworths, Durban 1998, with looseleaf updates) para 1A98.5 at 1A-202 - 1A-203 and the other authorities there cited.

* *per O’regan J* in *Bhulwana*: “[32] Central to a consideration of the interests of justice in a particular case is that successful litigants should obtain the relief they seek. It is only when the interests of good government outweigh the interests of the individual

Herdeen 대법관은 이 점과 관련하여 『[41] 이미 완결된 행위의 최종성에 대해 가지는 공공이익을 보호하기 위해 Pretoria High Court은 ‘동 법원판결의 명령일까지 종국적으로 해산되기에 이르렀던 무유언재산의 관리와 관련하여 수행되었던 모든 행위’에 대하여 명령(order) 1항 및 2항에 포함되어 있는 헌법적 무효명령의 소급적 효력을 배제하기 위해 동 명령의 3항을 마련하였다. 본인은 *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha, and Others* 사건판결³²⁾에서 들고 있는 이유들을 들어 고등법원의 제한명령은 동 명령에서 사용된 용어에 비추어 지나치게 나아가고 있다는 소송참가인(Mr Bell)의 주장에 동의한다. … (앞서 인용한 Bhe 사건판결에서의 Langa DCJ의 설시를 인용하고 있다) … [42] 무유언상속법 제1조 제1항의 소급적 무효를 명하는 명령의 잠재적으로 파열적인 효력과 그 소급적 효력이 제3자의 기득권에 대해 미치는 효력을 한편으로 하고 원고(Mr Gory) 그리고 원고와 동일한 처지에 있는 사람들에게 대해 효과적인 구제방법을 제공하여야 할 필요성을 다른 편으로 하여 양자 사이에 균형을 맞추는 것이 필요하다. 균형을 맞추는 가장 적절한 방법은 Bhe 사건판결에서 이 법원이 실시하고 있는 관련부분에 따른 제한적 명령으로 바꿔 적용하는 것이며, 심각한 관리적 및 실제적 어려움으로

litigants that the court will not grant relief to successful litigants. In principle too, the litigants before the court should not be singled out for the grant of relief, but relief should be afforded to all people who are in the same situation as the litigants (see *United States v Johnson* [1982] 457 US 537; *Teague v Lane* [1989] 489 US 288). On the other hand, as we stated in *S v Zuma* 1995(2) SA 642 (CC); 1995(4) BCLR 401 (CC) (at para 43), we should be circumspect in exercising our powers under section 98(6)(a) so as to avoid unnecessary dislocation and uncertainty in the criminal justice process. As **Harlan J** stated in *Mackey v United States* [1971] 401 US 667, at 691: 'No one, not criminal defendants, not the judicial system, not society as a whole is benefited by a judgment providing a man shall tentatively go to jail today, but tomorrow and every day thereafter his continued incarceration shall be subject to fresh litigation on issues already resolved.' As a general principle, therefore, an order of invalidity should have no effect on cases which have been finalised prior to the date of the order of invalidity.』

32) [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC).

명령에 변형이 요구되고 있다는 것을 증명한 이해당사자의 신청이 있는 경우에는 변형에 대한 규정을 두는 것이다. [43] 지금까지 논한 본인의 결론을 요약하면 다음과 같다. ... (첫째, 둘째의 점은 생략) ... 셋째로, 헌법적으로 무효라는 이 명령은 대체로 소급적으로 작용한다. 그러나 이 법원은 헌법 제172조 제1항(b)(i)에 의한 권한을 행사함에 있어서는 망인재산의 관리에 있어서의 혼란으로 인한 위험을 감소시키고 가능한 한 선의의 제3자의 지위를 보호하기 위해 헌법성³³⁾ 명령의 소급적 효력을 제한하는 명령으로 바뀌 적용하여야 한다.』고 실시하고 있다. 그리고 그 후의 *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha, and Others (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae); Shibi v Sithole and Others; South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa and Another* 사건판결³⁴⁾에서 다루어졌었는데, 동 판결에서 Langa 재판관은 『[126] 이 헌법 제172조 제1항은 이 법원이 무효선언을 함에 있어서 무효의 소급효를 제한하는 것을 포함하여 공정하면서도 형평에 맞는 명령을 할 수 있는 권한을 수여하고 있다. 이 헌법과 부합하지 아니하는 것으로 판단되었던 제정법 규정이나 관습법³⁵⁾은 그 부합하지 아니한 정도가 극심하여 완전히 장애효 만을 선언하는 것은 정당화될 수 없다. 한편으로는 무제한한 소급효는 상당히 장기간에 걸쳐 이루어졌던 모든 소유권의 이전에 대해 재의하는 결과를 가져

33) 본문의 대응용어는 『constitutionality』로 되어 있다. 본래 『constitutionality』은 『합헌성』이겠지만, 여기서는 『위헌선언』의 소급효가 문제되고 있으므로 『헌법성』이라고 번역하였다.

34) [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC).

35) *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others* 사건판결([2003] ZACC 18; 2003 (12) BCLR 1301 (CC)) para. 51에서는 『과거에는 토착적인 법(indigenous law)을 보통법이라는 렌즈를 통해 접근하였지만 지금은 우리의 법의 일체를 이루는 한 부분으로(as an integral part of our law) 접근하여야 한다. 모든 법과 마찬가지로 관습법의 강제력과 유효성은 헌법에 의존한다. 관습법의 유효성은 보통법이 아니라 헌법에 대한 고려를 통해 판단하는 것이다.』라고 실시하고 있는데, *Bhe* 사건판결 para. [43]에서는 이 실시를 인용하고 있다. 관습법에는 『공인된 관습법(official customary law)』과 『살아 있는 관습법(living customary law)』이 있는데, 동 판결에서는 『살아 있는 관습법』의 중요성을 강조하고 있다.

오기 때문에 공정하지 못하다고 할 수 있다. 그러나 종결된 모든 이전에 대해 이 헌법규정의 적용을 면제하는 것 또한 정의나 형평에 맞지 않는다. (모든 거래에 소급효를 제한하는 것은) 자신에게 이득이 부여되는 근거규정들이 법원에서 (헌법의 위배를 이유로) 그 효력이 쟁점화 되고 있다는 것을 알면서 수령한 상속인에 대해서도 (이전이 이루어진) 거래에 대한 재심을 불가능하게 할 것이다. ... [127] ... 공정하고도 형평에 맞다고 할 수 있는 것은 무효선언을 문제가 되고 있는 법률규정의 헌법적 유효성이 쟁점화 되고 있다는 점을 알지 못하고 있다는 의미에서 선의인(bona fide) 상속인에게 완전한 이전이 이루어진 경우에는 적용하지 아니함으로써 명령의 소급효를 제한하는 것이다. 9법률규정의 헌법적 유효성이 쟁점화 되고 있다는 점에 대해 알고 있는(on notice) 상속인이 취득한 모든 소유권의 이전은 면책되어서는 아니 된다고 보는 것이 공정하고도 형평에 맞다고 할 수 있다.』고 판시하고 있다.

다. 소급효와 장래효의 결정기준

S v Ntsele 사건판결³⁶⁾에서 실시하듯 소급효, 장래효 및 위헌명령의 조건부정지(conditional suspension)는 종종 선택이라는 어려운 문제를 제기한다. 이러한 선택은 증거의 뒷받침을 전제로 한 것이지만 예들 들어 위헌법률 또는 법률규정이 위헌선언과 더불어 바로 폐기되는 경우에 정의의 실행에 미칠 수 있는 충격(likely impact on the administration of justice)³⁷⁾이나 소급적 명령이 제3자에게 미치는 재무적 파생결과³⁸⁾ 등과 같은 요인에 의존한다.

잠정헌법 제98조 제6항 본문 및 (a)는 『헌법재판소가 정의와 좋은 통치를 위해 달리 명령하지 않는 한, 그리고 헌법재판소가 달리 명령하는 범위를

36) [1997] ZACC 14; 1997 (11) BCLR 1543.

37) As in *S v Ntuli* [1995] ZACC 14; 1996 (1) SA 1207 (CC); 1996 (1) BCLR 141 (CC).

38) As in *Brink v Kitshoff NO* [1996] ZACC 9; 1996 (4) SA 197 (CC); 1996 (6) BCLR 752 (CC).

제외하고는 헌법재판소의 법률이나 법률규정에 대한 위헌선언은 (a) 적용 중이던 법률 또는 법률규정에 대한 것인 경우에는 위헌선언이 효력을 발생하기 전에 동 법률 또는 법률규정에 근거하여 행하여지거나 허용되었던 것을 무효로 하지 않는다』고 규정하는데, 이는 원칙적으로 소급효의 입장을 취한 것이라고 할 수 있다.³⁹⁾ 위헌선언의 효력을 장래효의 입장에서 파악하는 한 동 규정은 당연한 것이라고 할 수 있기 때문이다. 다만 논리적인 입장에서 *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 사건판결⁴⁰⁾에서는 소급효를 인정할 것인가를 결정함에 있어서 고려해야 할 주된 요인과 관련하여 O'Regan 재판관의 실시하는(para. [32]) 『특정한 사건에서 정의라는 이익의 고려에서 핵심적인 것은 승소한 당사자는 동인이 구하는 구제를 받아야 한다는 것이다. 법원이 승소한 당사자에게 구제를 허용하지 아니하는 것은 좋은 통치라는 이익이 개별적 당사자의 이익보다 중요한 가치를 가지는(outweigh) 경우이다. 또한 원칙이기는 하지만, 소송을 제기한 당사자들에게만 선택적으로 구제를 허용하여서는 아니 되며, 소송을 제기한 당사자들과 동일한 처지에 있는 모든 자들에게 구제가 제공되어야 한다.⁴¹⁾ 한편 이 재판소가 *S v Zuma* 사건판결⁴²⁾에서 실시하듯 이 재판소는 헌법 제98조 제6항(c)에 의해 주어진 권한을 행사함에 있어서 형사사법절차에서의 불필요한 혼란과 불확실성을 회피하도록 신중하지 않으면 아니 된다. Harlan 대법관은 *Mackey v United States* 사건판결⁴³⁾에서 ‘만일 어느 자가 오늘 시험적으로 교도소에 가야 하지만 내일 또는 그 이후의 어느 날이건 동인의 지속된 수감이 이미 종결된 쟁점에 대해 새로운 소송을 제기할 수 있는 근거가 되어야 한다면 어느 자도, 심지어 형사피고인, 사법제도, 전체로서의 사회까지도 판결에 의해 이익을 누

39) 다만 이 점을 명백히 지적하는 헌법재판소 판례는 보이지 않는다.

40) [1995] ZACC 11; 1996 (1) SA 388 (CC); 1995 (12) BCLR 1579 (CC).

41) 참조판례로 *United States v Johnson* [1982]457 US 537 (1982); *Teague v Lane* [1989]489 US 288 (1989)을 들고 있다.

42) 1995(2) SA 642 (CC); 1995(4) BCLR 401 (CC).

43) [1971] USSC 61; 401 US 667 (1971) at 691.

리고 있다고 할 수 없다'고 실시하고 있다. 원칙적으로 말하면 그와 같이 위헌선언은 무효를 선언한 날 이전에 완결되었던 사건에는 전혀 영향을 미쳐서는 아니 된다.』는 법리로 요약할 수 있다. 주의할 점은 위 인용부분의 *Mackey v Uited States* 사건판결은 *S v Bhulwana*; *S v Gwadiso* 사건판결에서 논리 전개를 하면서 동 판결들을 편의적으로 인용하고 있을 뿐이며, 반드시 일반적인 소급효의 원칙에 관한 판결은 아니라는⁴⁴⁾ 점이다.

IV. India

1. 헌법 규정

India헌법⁴⁵⁾ 제131A조에서는 India 대법원(Supreme Court)에게 중앙정부가 제정한 법률(Central laws)의 유효 여부를 판단할 수 있는 진속적 권한을 부여하고 있었으나 1977년 34차 헌법개정⁴⁶⁾에 의해 폐지되었다. 그리하여 India에서 법원의 위헌선언은 『기본권과 부합하지 아니하거나 기본권을 훼손하는 법률(Laws inconsistent with or in derogation of the fundamental rights)』

44) 앞의 각주에서 언급하는 *US v Johnson* 사건판결은 형사사건에 관한 판결로서 [1982] Justice White (Chief Justice, Justice Stewart, Justice Blackmun join) in *Mackey v United States*: “We have today reaffirmed the nonretroactivity of decisions overruling prior constructions of the Fourth Amendment. *Williams v United States* and *Elkanich v United States*, [1971] 401 U.S. 646. The decision in those cases represents the approach to the question of when to accord retroactive sweep to a new constitutional rule taken by this Court in the line of cases from *Linkletter*(*Linkletter v. Walker*, [1965] 381 US 618) in 1965 to *Desist*(*Desist v. United States*, [1969] 394 US 244) in 1969. Among those cases were two which determined that earlier decisions extending the reach of the Fifth Amendment privilege against compelled self-incrimination would not be retroactively applied to invalidate prior convictions that in all respects conformed to the then-controlling law.”

45) India헌법은 제헌의회(Constituent Assembly)에 의해 1949. 11. 26. 제정되어 1950. 1. 26.부터 시행되었다.

46) India헌법은 동 헌법 제368조에 의해 India 의회에서 개정된다.

의 효력에 대해 규정하는 동 헌법 제13조에 근거하여 이루어지고 있다. India헌법 제13조는 다음과 같이 규정하고 있다: 『(1) 이 헌법의 시행이 개시되기 직전에 India 영토 내에서 적용되어 오던 모든 법률은 이 장(章)의 규정들과 부합하지 아니하는 한 부합하지 아니하는 범위 내에서 무효이다. (2) 주(州)는 이 장에서 부여하고 있는 권리를 박탈하거나 훼손하는 어떠한 법률도 제정하여서는 아니 되며, 이를 위반하여 제정된 어떠한 법률도 위반한 범위 내에서 무효이다. (3) 문맥에 비추어 달리 규정하는 것으로 해석되지 않는 이상 이 조(條)에서 사용하는 (a) ‘법(law)’은 India 영토 내에서 법으로서 효력을 가지는 조례, 명령, 정관, 규칙, 통지, 관습 또는 관행을 포함하며, ‘적용 중인 법(law in force)’에는 입법부나 이 헌법의 시행이 개시되기 직전에 India 영토 내에서 입법부와 동등한 권한을 가지는 다른 기관에서 통과되거나 제정된 법률로서 이전에 폐지되지 아니한 법률을 포함하며, 동 법률 또는 법률규정이 특정한 지역 내에서 전혀 또는 부분적으로 시행되지 못하고 있는 사정은 고려하지 아니한다. (4) 이 조는 제368조에 근거한 헌법개정에는 적용하지 아니한다.』⁴⁷⁾

한편 India헌법 제372조에서는 동 헌법의 시행이 개시되기 전에 적용되어

47) **Article 13. Laws inconsistent with or in derogation of the fundamental rights:**

(1) All laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far as they are inconsistent with the provisions of this Part, shall, to the extent of such inconsistency, be void.

(2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void.

(3) In this article, unless the context otherwise requires,-- (a) “law” includes any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage having in the territory of India the force of law; (b) “laws in force” includes laws passed or made by a Legislature or other competent authority in the territory of India before the commencement of this Constitution and not previously repealed, notwithstanding that any such law or any part thereof may not be then in operation either at all or in particular areas.

(4) Nothing in this article shall apply to any amendment of this Constitution made under article 368.

오던 법률의 지위에 대해 다음과 같이 규정하고 있다: 『(1) 제395조에서 언급되고 있는 법령(enactments)에 대한 이 헌법에 의한 개정(enactments) 및 이 헌법의 다른 조에서의 연계에도 불구하고 이 헌법의 시행이 개시되기 직전에 India 영토 내에서 현존하는 모든 법률은 권한을 가지는 입법부 또는 다른 기관에서 폐지되거나 개정이 이루어지기까지 효력을 지속한다. (2) 대통령은 India 영토 내에서 현존하는 법률규정에 대해 이 헌법규정과 조화를 이루도록 하기 위해 명령으로 필요하거나 적절하다고 판단되는 방법으로 수정이나 개정을 통해 동 법률을 각색하고 수정할 수 있다. 동 법률은 명령에서 정하고 있는 날부터 각색되고 수정된 내용에 따라 효력을 가지게 되며, 법원은 그 각색과 수정에 대해 문제를 삼아서는 아니 된다.』⁴⁸⁾

2. 판례

가. 폐기효 논쟁

India의 초기판결들을 보면 Willoughby의 저서⁴⁹⁾의 일절, 『헌법과 충돌하는 제정법에 대한 위헌선언은 당사자에게만 영향을 미칠 뿐이고 제정법에

48) Article 372. Continuance in force of existing laws and their adaptation. —

(1) Notwithstanding the repeal by this Constitution of the enactments referred to in article 395 but subject to the other provisions of this Constitution, all the law in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution shall continue in force therein until altered or repealed or amended by a competent Legislature or other competent authority.

(2) For the purpose of bringing the provisions of any law in force in the territory of India into accord with the provisions of this Constitution, the President may by order make such adaptations and modifications of such law, whether by way of repeal or amendment, as may be necessary or expedient, and provide that the law shall, as from such date as may be specified in the order, have effect subject to the adaptations and modifications so made, and any such adaptation or modification shall not be questioned in any court of law.

49) “The Constitution of the United States” vol. I, p. 10.

대해서는 어떠한 판결을 선고할 것도 아니다. 법원의 의견이나 이유는 다른 유사한 사건에 대한 판단을 함에 있어서 선례로 작용할 수는 있다. 그러나 위헌선언은 동 제정법을 법전에서 제거하는 것은 아니다. 동 소송의 당사자들은 판결에 의해 법률관계가 종결되지만 그 이외의 어느 누구도 동 판결에 구속되는 것은 아니다. 새로운 소송당사자는 위헌선언된 바로 그 법률에 근거하여 새로운 소송을 제기할 수 있다. 그리고 종전판결은 금반언의 항변으로 제출되는 것은 아니고 선례로서 기능할 뿐이다.』을 즐겨 인용하고 있는데, 위 인용구절에서의 법리를 American doctrine⁵⁰⁾이라고 부른다. 이 Willoughby의 일절을 인용하는 *Behram Khurshed Pesikaka v Bombay* 사건판결⁵¹⁾에서는 India헌법의 시행 직전에 제정된 Bombay Prohibition Act (1949)에 대해 위헌선언을 하면서 그 위헌선언의 효력에 대해 논하고 있다. 다수의견은 『India헌법 제141조에서는 대법원에서 선언된 법률(law)은 India 영토 내에서 모든 법원을 기속한다고 선언하고 있다. 이러한 명백한 조항의 규정에 비추어 India에서는 Willoughby가 선언한 American doctrine은 적용될 여지가 없다.』고 하면서, 『일단 제정법이 이 법원에 의해 제13조 제1항이나 제13조 제2항에 근거하여 무효라고 선언되면 동 선언은 법률로서 효력을 가지며, 동 제정법은 동 제정법에 의해 기본권을 침해당한 자에 대한 관계에서(qua persons whose fundamental rights) 더 이상 법률로서 취급되지 않는다.』고 실시한다. 다만 소수의견을 개진한 Das 대법관은 『헌법의 시행이 개시되기 전에 입법된 제정법이 헌법을 위반하였고 따라서 무효라고 선언된 사건의 경우에는 적용되지 않는다는 것이 명백하다. 그러한 사정 하에서는 사법적 선언은 그러한 제정법이 헌법의 시행이 개시되기 전에 이루어진 과거의 거래를 포함하여 모든 목적과 관련하여 무효라는 것을 의미하는 것이고 말할 수는 없다』와 다른 견해를 취하는 것은 위헌이라는 사법적 선언은 제정법을 폐기하거나 개정하

50) 초기의 American doctrine에 대한 이론정립에 대해서는, **The James B. Thayer**, 'The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law', 7 Harvard Law Review 129 (1893).

51) [1954] INSC 15.

는 것은 아니라는 확고하게 확립된 건전한 원칙을 무시하는 것(to ignore the sound principle well established in law)이라고 할 수 있다.』고 설명하고 있다. 다만 이러한 폐기효 논의는 뒤에서 살필 후속하는 판결들에 의해 크게 제약이 되고 있다. 특히 식상(蝕相)의 원칙(doctrine of eclipse)으로 인한 제약이 따르고 있다. 따라서 폐기효가 원칙 그대로 적용되기 위해서는 이러한 제약이 문제되지 아니하는 사건들에 국한된다고 할 수 있다.

나. 소급효 논쟁

일반적으로 제정법은 동 제정법에서 명백히 또는 불가피한 추론을 통해 (by necessary implications) 소급적으로 적용되는 것으로 규정하고 있지 아니하는 한 일단 장래효를 가진다.⁵²⁾ India 대법원의 *Keshavan Madhava Menon v The State of Bombay* 사건판결⁵³⁾에서 다수의견은 이러한 비소급효추정원칙 (presumption against retrospectivity)은 헌법해석과 관련하여서도 당연히 적용된다고 보고 있다. 그리고 위헌선언에 대해 소급효를 인정하는 것에는 다음과 같은 문제가 있다고 지적하고 있다: 『India헌법 제3장 규정들은 소위 기본권을 보장하고 있다. 실제로 제3장의 표제는 ‘기본권(Fundamental Rights)’이다. 이러한 기본권은 우리 헌법에 의해, 그리고 이 헌법 하에서 처음으로 주어졌다. 헌법이 시행되기 전에는 기본권과 같은 규정들은 존재하지 아니하였다. 제13조가 규정하는 것은 (헌법에 의해 처음으로 창설된) 기본권의 행사와 충돌하고 있는 현존하는 모든 법률들은 충돌하는 범위 내에서 무효라는 점이다. 기본권은 헌법의 시행일부터 작동하기 때문에(became operative) 현존하는 법률(existing law)이 기본권과 부합하지 않는지의 문제는 이러한

52) *Keshavan Madhava Menon v Bombay* [1951] INSC 3; [1951] SCR 228; AIR 1951 SC 128. South Africa 대법원의 *National Director of Public Prosecutions of South Africa v Carolus and Others* 사건판결([1999] ZASCA 101; [2000] 1 All SA 302 (A))도 같은 취지이다.

53) [1951] INSC 3; [1951] SCR 228; AIR 1951 SC 128.

기본권이 존재를 드러낸 날로부터 제기되는 것은 불가피하다. 따라서 제13조 제1항은 어떠한 소급적 효력도 가지고 있지 아니하며 그 작동에 있어서 완전히 장래효적이다(wholly prospective in its operation).』

Keshavan Madhava Menon v Bombay 사건판결은 위 *Behram Khurshed Pesikaka v Bombay* 사건판결보다 먼저 선고된 판결이다. 따라서 일정부분 서로 충돌할 수밖에 없는데, 위 인용부분에 이어 실시되는 부분은 *Behram Khurshed Pesikaka* 사건판결에서의 소수의견을 개진한 Das 대법관의 의견과 대체로 동일하다.⁵⁴⁾ *Keshavan Madhava Menon v Bombay* 사건판결에 의하는 한 폐기효는 원칙적으로 부정될 수밖에 없다. 동 판결에서는 『제13조 제1항은 문언상 적용 중이던 법률이 기본권과 부합하지 아니하는 경우에 동 법률을 처음부터 또는 모든 목적에 비추어 무효인 것으로(void *ab initio* or for all purposes) 만들지는 않는다. 그와 반대로 동 조항은 현존하는 모든 법률이 기본권과 부합하지 아니하는 경우에 동 법률은 부합하지 아니하는 범위 내에서 무효라고 규정하고 있다. 동 법률들은 모든 목적과 관련하여 무효인 것이 아니라 기본권과 충돌하는 범위 내에서만 무효일 뿐이다. 달리 말하면 헌법의 시행이 개시된 날 이후에는 현존하는 어떠한 법도 기본권의 행사를 방해하는 것이 허용되지 않는다. 따라서 현존하는 법률의 무효가 되는 범위는 기본권의 장래의 행사로 제한된다. 제13조 제1항 규정을 부합하지 아니하는 법률의 일체의 작동을 말살하거나 법전으로부터 완전히 제거하는 내용으로 읽을 수는 없다. 그와 같이 읽는 것은 우리가 말했듯 기본권에 대해 동 권리들이 가지지 못하고 있는 소급효를 부여하는 것이다. 동 법률들은 과거의 모든 거래 그리고 헌법의 시행일 이전에 발생하였던 모든 권리와 의무를 위해 존재하여왔다.』고 실시하고 있다.

54) *Behram Khurshed Pesikaka* 사건판결의 다수의견은 Mehr Chand Mahajan 대법원장과 Mukherjea, Vivian Bose 및 Ghulam Hasan 대법관이며, *Keshavan Madhava Menon v Bombay* 사건판결은 다수의견은 Kania 대법원장, Patankali Sastri, Mehr Chand Mahajan, Das 및 Chandrasekhara Aiyar 대법관이고 소수의견은 Fazl Ali, Mukherjea 대법관이다.

다. 무효의 범위

(1) 유·무효의 기준

India헌법이 1950. 1. 26. 시행이 개시되었으며 동 헌법의 『기본권』에 관한 장에서 규정하는 기본권의 하나인 제19조 제1항에서는 언론·표현의 자유, 집회·결사의 자유, 거주·이전의 자유, 직업의 자유를 규정하고 있지만, 제2항 내지 제6항에서는 각 자유들에 대한 제한을 규정하고 있다. 그리고 제1항(g)에서 보장하는 직업의 자유와 관련하는 제한규정은 제6항이다. 동 제6항에서는 『위 조항(g)는 현존하는 법(existing law)이 일반대중의 이익을 위하여 동 조항(g)에 의해 부여된 권리의 행사에 대해 합리적인 제한을 가하거나 주(州)가 합리적인 제한을 가하는 법률을 제정하는 것을 금지하는 것인 한 동 조항(g)는 현존하는 법의 작동(operation of any existing law)에 영향을 미쳐서는 아니 되며, 특히 현존하는 법이 전문직업(profession)의 개업 및 일반직업(occupation)이나 거래(trade)·사업(business)의 수행에 대해 필요한 전문자격 또는 기술적 자격을 규정하는 법을 제정하거나 주(州)가 일정한 기관에 이를 규정하는 권한을 부여하는 것을 금지하고 있는 한 동 조항 (g)는 현존하는 법의 작동에 전혀 영향을 미쳐서는 아니 된다.』고 규정하고 있었다.⁵⁵⁾ 동 헌법 제19조 제6항은 1차 헌법개정법(Constitution (First Amendment) Act, 1951)에 의해 개정되면서 위 제한과 유사한 규정과 함께 시민들(citizens)

55) **Article 19 (6)**(개정 전): “Nothing in sub-clause (g) of the said clause shall affect the operation of any existing law in so far as it imposes, or prevent the State from making any law imposing, in the interests of the general public, reasonable restrictions on the exercise of the right conferred by the said sub-clause, and, in particular, nothing in the said sub-clause shall affect the operation of any existing law in so far as it prescribes or empowers any authority to prescribe, or prevent the State from making any law prescribing or empowering any authority to prescribe, the professional or technical qualifications necessary for practising any profession or carrying on any occupation, trade or business.”

은 전적으로 또는 부분적으로 배제하고 또는 기타의 방법으로 주가 직접 또는 주가 소유하거나 지배하는 회사를 통해 거래, 사업, 산업 또는 서비스업을 수행하는 것과 관련한 법을 제정하지 못하도록 하는 제한이 추가되었다.⁵⁶⁾ 문제가 되고 있는 법은 자동차량법(Motor Vehicles Act, 1939 (Central Act IV of 1939))⁵⁷⁾으로 동법에서는 지방정부에게 운송사업과 관련하여 지방정부에게 독점권을 부여할 수 있는 권한 등을 포함한 광범위한 권한을 부여하고 있었는데, 동 규정은 제헌헌법에 의하면 India헌법 제19조 제6항에 위배되는 위헌법률규정에 해당하지만⁵⁸⁾ 제1차 개정헌법에 의하면 그 위헌성이 문제되지 아니한다는 것을 전제로 동 자동차량법의 해당규정과 제1차 개정헌법 제19조 제6항과의 관계가 문제된 것이다. India 대법원은 *Bhikaji Narain Dhakras v Madhya Pradesh & Anr* 사건판결⁵⁹⁾에서 동 헌법 제19조 제6항은 소급효를 가지는 규정은 아니라고 보고 있다. 이는 제1차 헌법개정법 제3조에서 제헌헌법 제19조의 제2항(언론·표현의 자유)과 제6항(직업의 자유)에 대해 달리 취급하기 때문이다. 즉 제19조 제2항은 소급효를 부여하는 내용으로 규정하고 있다.⁶⁰⁾

56) **Article 19 (6)**(개정 후): (앞의 각주의 밑줄 친 부분에 대응하는 개정부분) “... in so far as it relates to, or prevent the State from making any law relating to, - (i) the professional or technical qualifications necessary for practising any profession or carrying on any occupation, trade or business, or (ii) the carrying on by the State, or by a corporation owned or controlled by the State, of any trade, business, industry or service, whether to the exclusion, complete or partial, of citizens or otherwise.”

57) 이 법은 1948년 개정이 이루어졌으며, 법의 명칭은 『C.P. & Berar Motor Vehicles (Amendment) Act, 1947 (Act III of 1948)』으로 변경되었고, 판결에서는 『Amending Act (III of 1948)』이라고 약칭하고 있다.

58) *Shagir Ahmad v The State of UP & Others*, [1954] INSC 89; [1955] 1 SCR 707.

59) [1955] INSC 48; [1955] 2 SCR 589; AIR 1955 SC 781.

60) **3. Amendment of article 19 and validation of certain laws.-**

(1) In article 19 of the Constitution, -

(a) for clause (2), the following clause shall be substituted, and the said clause shall be deemed always to have been enacted in the following form, namely: (내용생략) ...

(b) in clause (6), for the words beginning with the words “nothing in the said sub-clause” and ending with the words “occupation, trade or business”, the following

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

Bhikaji Narain Dhakras v Madhya Pradesh & Anr 사건판결은 전원일치 판결이며 법원의 의견은 Das 대법원장에 의해 개진되고 있다. 동 판결에서는 위에서 인용한 *Keshavan Madhava Menony* 사건판결의 법리에 이어 『사용되고 있는 문언에 비추어 India헌법 제13조 제1항은 부합하지 아니하는 법률의 모든 작동을 파괴하여버렸다거나 법전으로부터 동 조항을 제거하여 버렸던 것으로 읽을 수는 없다. (문제가 되고 있는 자동차량법)은 *Keshavan Madhava Menon* 사건판결에서 실시하고 있듯 헌법의 시행일 이전에 발생한 과거의 모든 거래 및 권리와 책임에 대한 강제를 위해 존속하고 있었다. 동 법률은 헌법의 시행이 개시된 후에도 India 시민에 해당하지 아니하므로 기본권을 주장할 수 없는 사람들과 관련하여 계속하여 효력을 지속하고 있다.』고 하여 대법원의 위헌선언에도 불구하고 위헌선언의 혜택을 받을 수 없는 자의 범위를 명백히 하면서, 나아가 『제13조 제1항은 당시 유효하게 존재하고 있던 제6항과 관련하여 읽음으로 해서 제19조 제1항 (g) 규정과 부합하지 아니하게 된 현존하는 법률을 무효로 하거나(nullifying) 헌법의 시행이 개시된 날 및 장래를 향하여 기본권의 행사에 국한하여 법적 강제력이나 구속력을 가지지 못한 상태로 만드는(ineffectual, nugatory and devoid of any legal force or binding effect) 효과를 가지고 있다. 따라서 1950. 1. 26.로부터 1951. 6. 18. 사이의 기간 동안, 의문이 제기되고 있는 법은 제190조 제1항(g)에 의해 India시민들의 기본권행사를 방해할 수 없다.』고 실시하고 있다.

(2) 식상(蝕相)의 원칙(doctrine of eclipse)

식상의 원칙이란 위헌상태는 흡사 일식이나 월식현상에 의해 본래의 모습이 감추어졌다가 그러한 현상이 제거됨으로 해서 해와 달이 본래의 모습대로 빛을 발하는 것을 비유적으로 표현한 것이다. *Bhikaji Narain Dhakra* 사건판결에서는 이 점에 대해 이렇게 설명하고 있다. 『진정한 지위는 의문이

shall be substituted, namely: (앞의 각주 참조)

제기되고 있는 법은, 말하자면, 기본권에 의해 빛을 잃은 상태에 있다(*be eclipsed*). 제1차 헌법개정법(*Constitution (First Amendment) Act 1951*)의 효과는 의문이 제기되고 있는 법률에 드리워진 그늘을 제거하고 의문이 제기되고 있는 법으로 하여금 모든 결점과 약점으로부터 해방하는 것이다. 이렇게 해석하지 아니한다면, 가정적이지만(*ex hypothesi*), 주(州)의 독점을 가능하게 하는 모든 현존하는 법률들은 당시 유효하게 존재하고 있던 제6항과 관련하여 읽음으로 해서 ‘현존하는 법’이 제19조 제1항 (g) 규정의 작동으로부터 구제하고자 하였던 것이 과연 무엇이었는지를 이해할 수 없다. 미국의 선례들이란 단순히 헌법규정에 부합하지 아니하는 헌법 시행 이후에 제정된 법률에 관해서만 언급하고 있을 뿐이다. 따라서 미국선례들은 헌법의 시행 이전에는 완전히 유효하였던 헌법 시행 이전의 법률들에는 모두 그대로 적용할 수는 없다. 그러나 헌법의 시행 이전의 법률들과 우리가 의존할 필요성을 느끼지 아니하는 헌법의 시행 이후에 제정된 법률 사이에 존재하는 차이는 별문제로 하고, 현존하는 법률이건 장래의 법률이건 우리 헌법 제3장의 규정들과 부합하지 아니한 법률들은 제13조의 명시적 규정에 의해 ‘부합하지 아니한 범위 내에서는’ 무효가 된다는 점을 기억해야 한다. 그러한 법률들은 모든 목적에 비추어 죽어 있었던 것은 아니다. 그러한 법률들은 헌법의 시행이 개시되기 전의 권리와 책임이라는 목적을 위해 존재하고 있었고, 헌법의 시행이 개시된 후에도 비(非)시민에 대한 관계에서 작동하여 왔다.』

동 판결에서는 문제가 되고 있는 자동차량법은 식상의 원칙을 적용하기에 적절한 법률이라고 보면서 『이 법원의 판단으로는 1951. 6. 18. 제19조 제6항의 개정 후에는 의문이 제기되고 있는 법률은 위헌적인 상태가 그치고 다시 소생하게 되었으며(*became revived*) 비시민은 물론이고 시민들을 상대로 강제할 수 있게 되었다. 개정된 제6항은 소급효를 가지도록 되어 있지 아니하므로 의문이 제기되고 있는 법률은 1950. 1. 26.부터 1951. 6. 18. 사이의 기간 동안 시민을 상대로 작동할 수 없었고, 어떠한 권리나 책임도 동 기간 동안 의문이 제기되고 있는 법률규정에 바탕을 두고 성립할 수 없는

데, 개정된 제2항은 명문으로 소급효를 인정하고 있으므로 동 기간에도 효력을 가진다는 점을 맞다. 그러나 제6조가 개정된 후에는 즉시 의문이 제기되고 있는 법률은 시민에 대한 관계에서도 완전하게 작동하게 되었다.』고 보고 있다.

(3) 식상의 원칙의 적용기준

식상의 원칙의 초기적인 형태는 *MP v Sundararamier & Co v The State of Andhra Pradesh* 사건판결⁶¹⁾에서 Venkatarama Aiyar 대법관에 의해 이루어지고 있는데, 동 대법관은 앞서 소개한 Willoughby의 『미국헌법(Constitution of the United States)』과 India 대법원의 *Bhikaji Narain Dhakras v Madhya Pradesh & Anr* 사건판결 및 미국연방대법원의 *John M Wilkerson v Charles A Rahrer* 사건판결⁶²⁾을 함께 언급하면서 위헌선언된 법률의 법적 지위를 다음과 같이 요약하고 있다: 『어느 법률이 부분적으로 위헌이지만 나머지 부분은 유효인 경우에, 물론 두 부분을 분리할 수 있다(severable)는 것을 전제하지만, 동 법률은 법전에서 제거가능하다고 볼 수는 없다. 동 법률의 유효한 부분의 강제를 위해 동 법률은 모두 인정하듯이 그대로 남아 있어야 하기 때문이다. 그리고 동 법률이 법전 상에 그대로 남아 있으므로 위헌임을 이유로 설사 강제할 수 없는 부분이라고 하더라도 헌법적 장애(Constitutional bar)가 제거된 경우에는 동 법률은 고유의 효력으로(*proprio vigore*) 작동을 하게 되며, 동 법률에 효력을 부여하기 위해 새로 입법할 필요는 없다. ... (Madras General Sales Tax Act, 1939)는 동 법률이 주간 거래에 속하지 아니한 거래에 대한 과세를 금지하는 범위 내에서는 유효하지만 주 안에서 이루어지는 거래에 대한 관계에서는 무효이다. 그러한 거래는 제286조 제2항⁶³⁾과 충돌

61) [1958] INSC 19; 1958 SCR 1422.

62) [1891] 140 US 545.

63) **286. Restrictions as to imposition of tax on the sale or purchase of goods.**

(1) No law of a State shall impose, or authorise the imposition of, a tax on the sale or purchase of goods where such sale or purchase takes place-- (a) outside the State; or

하기 때문이다. 충돌하는 부분에 대해 무효라는 사실은 동 법률을 법전으로부터 제거하는 효력을 가지는 것은 아니다. 동 법률은 충돌하지 아니하는 부분은 유효라고 동 부분에 대한 강제를 위해 법전에 그대로 남아 있어야 하기 때문이다. 의문이 제기되고 있는 법률(*impugned Act*)을 입법한 결과는 제286조 제2항 하에서의 장애를 제거하는 것이며 그러한 장애를 제거함으로써, Madras 밖에서 양도되었지만 Madras 내에서 인도된 물건에 대한 판매행위와 관련되고 있지만 이전에는 강제할 수 없었던 의 해설(*Explanation*⁶⁴) 부분은 유효하게 되었고 강제할 수도 있게 되었다는 점이다. 이러한 점에서 이 법원으로서 의문이 제기되고 있는 규정이 그 전체로서 위헌인 경우에 장애의 제거가 결과적으로 차이를 가져오는 것인지의 점에 대해 어떠한 의견이라도 제시하지 않을 수 없다(*do to feel called upon to express any opinion*).』

식상의 원칙의 적용기준과 관련하여서 India 대법원은 그 기준을 헌법 제 13조 제1항과 제2항의 적용상의 차이에서 구하고 있다. *KK Poonacha v Karnataka* 사건판결⁶⁵에서는 Sales Tax Laws Validation Act, 1956에서는 주(州)법이 1951. 4. 1.부터 1955. 9. 1. 사이의 기간 동안 주(州) 간 판매에 세금을 부과하는 것은 무효라고 규정하고 있었는데, Madras General Sales Tax Act, 1939에서는 주간 판매에 대해 세금을 부과하고 있었고 따라서 그 효력이 문제되었다. 한편 India헌법은 앞서 설명하듯 1950. 1. 26. 시행이 개시되고 있었다. India 대법원은 문제된 법률의 무효성 판단을 하는 과정에서 식상의 원칙의 적용기준에 대해 다음과 같이 실시하고 있다.

(b) in the course of the import of the goods into, or export of the goods out of, the territory of India.

(2) Parliament may by law formulate principles for determining when a sale or purchase of goods takes place in any of the ways mentioned in clause (1).

64) India헌법에서는 헌법규정에 대해 정부에 소속한 법률위원회(Law Commission)에서 해설하는 경우가 있는데, 이를 『*Explain*』이라고 한다. 우리 법해석에 있어서의 『유권해석』에 해당한다.

65) [2010] INSC 706.

『para. 12 법률은 예를 들어 Entry in List I⁶⁶⁾와 같이 그 주제(topic)가 의회의 권한 내에 포함된 것이지만 제정하고자 하는 법률의 성격에 비추어 헌법 제3장에서 규정하고 있는 제한과 같이 헌법에서 가하고 있는 제한을 침해하는 것일 수 있다. 이 경우에도 법률이 헌법에 배치되는 범위 내에서는(to the extent of the repugnancy) 무효이다. 따라서 어느 법률의 주제가 입법부의 권한 내에 속하지 아니한 경우와 입법부의 권한 내에 속하지만 헌법상의 제한을 위반한 경우는 모두 법원에서 동일한 취급을 받고 있으며, 어느 경우도 법률들을 강제할 수 없다. 그러나 그러한 사정으로 양 사정의 법률들이 동일한 질과 성격을 가지고 있으며 모든 목적과 관련하여 동일한 기반 위에서 있다고 보아야 할 것인가. 이 문제는 미국 법원들의 수많은 판결들에서 논의의 주제가 되어 왔다. 다만 입법부의 능력(competence) 내에 속하지 아니한 문제에 관한 법률은 무효(nullity)이지만 입법부의 능력 내에 속하는 경우에는 헌법적 금지를 위배하더라도 단순히 강제할 수 없는(unenforceable) 것이라는 입장이 우세하다. 이러한 구별은 이 사건에서의 논의에 실질적 관련을 이루고 있다. 만일 법률이 입법부의 영역(domain)에 위치하니 아니한 장(field)에 위치하는 경우에는 동 법률은 절대적으로 무효이고 입법부에 그 장(field)에 대해 후속하는 이양(subsequent cession)이 이루어졌다고 하더라도 사산(still-born piece)으로 끝난 입법에 생명을 불어넣지는 못하며, 동 주제에 대해 새로운 입법이 반드시 필요하다. 그러나 법률이 입법부의 관장사항에 속하는 문제에 대한 것이지만 법률규정들이 헌법적 금지를 무시한 경우에는 비록 헌법적 금지를 이유로 동 법률을 강제할 수는 없다고 하더라도 그러한 제한이 제거되는 경우에는 동 법률은 재입법을 거칠 필요 없이 유효하게 된다. (para. 12)』

『para. 17. *Mahendra Lal Jaini v The State of UP* 사건판결⁶⁷⁾에서 신청인은

66) 동 소송에서 위헌성이 문제되고 있는 Bangalore Development Authority Act, 1976의 별표목록.

67) (1963) Supp 1 SCR 912.

UP Land Tenures (Regulation of Transfers) Act, 1952와 Indian Forest (U.P. Amendment) Act, 1956의 헌법적합성에 대해 의문을 제기하고 있다. ... 이 법원의 헌법법정에서는 다양한 선례들을 검토하고 식상의 원칙은 제13조 제1항에 의해 규율되는 헌법 시행일 이전의 법률들에 적용되지만 제13조 제2항에 의해 규율되는 헌법 시행 이후의 법률들에는 적용되지 않는다고 결론지었다. 이 법원은 제13조 제1항 및 제2항 양자 모두에게 식상의 원칙을 적용하는데 있어서는 차이가 있어서는 아니 된다는 주장을 배척하고 다음과 같이 설시하였다: “제13조 제2항은 한편으로는 주는 제3장에서 부여하고 있는 권리를 박탈하거나 훼손하는 법률을 제정하여서는 아니 된다는 명령(injunction)과 함께 시작하고 있다. India의회와 제245조에 근거한 주의 입법부의 법률제정권한은 India헌법의 다른 규정들에 의해 제한을 받으며, 따라서 제13조 제2항의 적용을 받는다. 동 제13조 제2항에서는 주는 기본권을 박탈하거나 훼손하는 법률을 제정하지 못하도록 특히 금지하고 있다. 따라서 우리들이 보기에는 제13조 제2항에 포함된 금지는 헌법의 제7부속명세서에 포함된 India의회와 주(州)입법부 사이에서의 권한의 분배에 반하는 법률을 제정한 경우와 마찬가지로 주가 기본권을 박탈하거나 훼손하는 법률을 제정하는 능력을 가지지 못한(incompetent) 것으로 만들고 있다. 더욱 제13조 제2항은 헌법을 위반하는 범위 내에서(to the extent of contravention) 무효라고 규정하고 있다. 문맥에 따른 위반현상은 법률이 제정된 경우에만 발생한다. 위반이라는 것은 기본권을 박탈하거나 훼손하는 법률을 제정하는 것에 대한 금지이기 때문이다. 제13조 제2항에서 규정하는 위반이란 계속적인 문제(continuing matter)라는데 대해서는 어떠한 의문도 없다. 따라서 헌법 시행 후의 법률이 문제되는 경우에 주는 기본권을 박탈하거나 훼손하지 못하도록 금지하고 있다. 게다가 그러한 금지가 위반되는 경우에 동 법은 위반하는 범위 내에서 무효이다. 이와 같은 명백한 규정을 고려하면 제정될 당시에는 유효하였던 제13조 제1항이 적용되는 법률과는 달리 제13조 제2항이 적용되는 금지를 위반하여 제정된 법률은 위반의 정도에 비추어 법률의 전체적으

로 또는 부분적으로 사산된 법률이라고 할 수 있다.” 그러한 법률은 시작 단계에서부터 죽은 상태이고 식상(蝕相)의 원칙에 근거하여 부활한다는 문제는 발생하지 아니한다. 따라서 제13조 제1항과 제13조 제2항에 사용된 문언을 순수하게 읽는다고 하더라도 양자 사이에는 명백한 차이가 드러난다. 제13조 제1항은 그와 같이 기본권과 부합하지 아니한 헌법 시행 전의 법률들은 무효임을 선언하고 있다. 제13조 제2항은 두 부분으로 이루어져 있다. 첫 부분에서는 주에 대해 기본권을 위반하는 법률의 제정을 금지하고 있다. 그리고 두 번째 부분에서는 첫 부분의 파생적 부분인데, 위반의 효과를 언급하고 있다. 식상(蝕相)의 원칙이 부활시킬 수 있는 것은 헌법이 시행되기 까지 작동하고 있다가 헌법의 시행과 함께 전체적으로 또는 부분적으로 작동하지 아니하게 되었던 법의 작동이다. 동 원칙은 제13조 제2항을 위반하고 있는 법을 제정할 수 있는 권한을 주에게 부여할 수는 없다. 이를 허용하는 것은 헌법 시행 후에 제정된 법률에 식상의 원칙을 적용하는 것과 같은 효력을 가지는 것이 될 것이다. 따라서 현존하는 법에 적용되는 제13조 제1항의 경우에는 *Bhikaji Narain* 사건판결에서 판시하듯 식상(蝕相)의 원칙이 적용되는데 비해, India헌법의 시행이 개시된 이후에 제정된 법률에는 제13조 제2항이 적용되며, 이 법원이 지적하듯 *Saghir Ahmad* 사건판결까지 소급한다.』

『**para. 20.** 다양한 선례들에 대한 위에서의 논의와 분석의 결과 알 수 있는 것은 다음과 같다: 입법부의 영역 내에 속하지 아니하거나 India헌법 제3장에서 부여한 권리를 침해하는 헌법 시행 이후에 제정된 법률은 처음부터 무효이다. 제정된 법률이 India연맹(Union)⁶⁸이나 주의 입법부로서의 능력 (legislative competence)의 내에 속하고 있고 헌법 제3장에서 부여하고 있는

68) 『Dominion of India (Bhārata Adhirājya)』 또는 『Union of India』는 오늘날 India가 탄생하기 전인 1947. 8. 15.부터 1950. 1. 26. 사이에 존재하던 독립주들의 결합형태이다. 현행 India헌법이 1950. 1. 26. 시행되면서 『Republic of India』으로 바뀌었으나 판결문에서는 그대로 India정부를 지칭할 때 관례적으로 『Union of India』 (또는 단순히 『the Union』)라는 표현을 사용하고 있다. From “*Dominion of India*” in Wikipedia

기본권들을 침해하지 아니한 경우에는 헌법 제255조에 근거하여 규정된 방법으로 동의(assent)가 이루어진다면 (법 제정 이전에 요구되는) 추천(권고, recommendation)이나 승인(인가, sanction)과 같은 절차적 요건을 따르지 아니하였다는 것을 근거로 무효라고 선언될 수는 없다.⁶⁹⁾ 법률제정 후의 동의가 동 법률을 유효하게 하기 위해 필수불가결한 것인 경우에는 그러한 동의가 이루어지기까지는 동 법률은 강제력을 가지거나 보충될 수 없다. 달리 말하면 어떠한 법률이 입법부의 능력 내에 속하는 경우에는 법률제정 후에 대통령의 동의가 이루어지지 아니하였다는 이유로 동 법률은 무효가 되거나 제정법에서 제거될 수는 없다. 그러한 법률은 법전에 그대로 남아 있으면서 다만 대통령에 의한 동의가 이루어지기까지 강제될 수 없을 뿐이다. 일단 동의가 이루어지면 동 법은 유효하게 되고 강제력을 가진다. 법률을 제정하기 전에 승인을 얻거나 법률이 제정된 후 대통령의 동의를 얻도록 요구하는 규정이 폐지된 경우에는 동 규정이 폐지된 날로부터 동 법률은 유효하게 되고 강제력을 가지게 되며, 단순히 동 법률이 대통령의 고려를 위해 유보되어 있지 않았거나 대통령의 동의를 얻지 아니하였다는 것을 근거로 위헌 선언이 이루어져서는 아니 된다.』

라. 장래호와 소급효에 대한 일반적 논의

앞서 살핀 논의들은 위헌결정과 관련한 것이다. 변경된 판례의 소급효 문제에 대해서는 영국 귀족원(House of Lords)의 *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd* 사건판결⁷⁰⁾에서 다음과 같이 실시하고 있다. 『8. 사람들은 일반적으로 자신이 법률은 이러하다고 이해하는 바탕 위에서 자신의 일을 처리한다. 이러한 성격의 법의 변경으로 인한 ‘소급적’ 효과(소급효)는 파

69) 이 실시에 등장하는 『동의(assent)』는 India헌법 제254조 제2항에 규정되어 있다. 이에 대한 내용은 생략한다.

70) (2005) UKHL 41; [2005] UKHL 41; 2005 (3) WLR 58.

괴적이며 표면적으로 보아도 공정하지 못한 파생결과를 가져온다. ‘장래를 향한 폐기’는 때로는 ‘비소급적 폐기’(‘non-retroactive overruling’)이라고 부르기도 하는데, 이러한 부정적 결과를 경감하기 위해 만들어진 사법적 도구이다. 이 장래를 향한 폐기는 정도의 차이는 있지만 법원의 판결이 가지는 통상적인 소급효를 가지지 못하도록 하기 위해 고안된 법률문제에 관한 법원의 결정에 대한 속기적 서술(축어적 서술)이다. **9.** 장래를 향한 폐기는 몇 가지 상이한 양식이 있다. 가장 간단한 양식에 있어서는 장래를 향한 폐기는 법원이 이 사건에서 은행이 구하고 있는 성격의 판결을 선고하는 것을 필요로 한다. 이러한 단순한 또는 ‘순수한’(pure) 형태의 폐기는 법원의 설시법리가 전적으로 장래를 향한 효력을 가지는, 그러한 효력만을 가진다. 이러한 설시법리는 법원의 판결선고일 이후 발생한 거래나 사건에 대해서만 적용된다. 동 판결이 선고되기 전에 체결된 거래나 발생한 사건은 법원이 그러한 판결을 선고하기 이전에 법이라고 생각하였던 법에 의해 그대로 규율된다. **10.** 다른 양식의 장래를 향한 폐기는 법원의 판결이 가지는 통상적 효력으로부터의 이탈이 보다 제한적이고 ‘선별적’(selective)이다. 운용에 있어서 이러한 설시법리는 장래를 향한 것이다. 그리고 이에 덧붙여 동 설시법리가 주어졌던 사건의 당사자들 사이에서 그 효력은 소급적이다(retrospective)이다. 또는 동 설시법리가 장래를 향한 것임과 함께, 이에 덧붙여 동 설시법리가 이루어진 사건당사자들 사이에서, 그리고 판결선고 전에 법원에 계속된 다른 모든 사건의 당사자 사이에서도 소급적이다. 그리고 동일한 주제에 대한 다른 변형들도 존재한다. **11.** 최근 Jacobs Advocate General은 보다 급진적 형태의 장래를 향한 폐기를 제안하고 있다. Jacobs는 유럽사법재판소의 설시법리에 대한 장래효와 소급효는 장래의 어느 날까지, 즉 회원국가가 새로운 입법을 도입할 합리적인 기회를 가지게 된 날까지 잠정적으로 제한을 받을 수 있다고 제안하고 있다. Advocate General은 Jacobs은 유럽사법재판소 판결(설시법리)의 소급효 및 장래효는 판결(설시법리)은 장래의 특정일까지, 즉 회원국이 새로운 입법을 할 수 있는 합리적인 기회를 가질 수 있었을 때까지 효

력이 발생하지 아니하는 것으로 시적 제한이 이루어질 수 있다고 제안하고 있다.⁷¹⁾ 귀족원의 공식입장을 대변하는 Lord Nicholls of Birkenhead는 장래를 향한 폐기권한은 귀족원에게도 이용가능하다는 점을 명백히 하고 있다.⁷²⁾』

India 대법원의 *P v George v Kerala* 사건판결⁷³⁾에서의 S B Sinha 및 Markandey Katju 대법관은 『이 계열의 전거 가운데 가장 뒤에 나온 것은 *In re Spectrum Plus Ltd (in liquidation)* 사건판결⁷⁴⁾로, 동 판결에서는 장래를 향한 폐기는 ‘입법부기능에 대한 사법부의 권한침해(judicial usurpation of the legislative function)에 해당할 수 있다’는 위험성이 인정되었다.⁷⁵⁾ 그럼에도 불구하고 Lord Nicholls는 인권 영역에서 “결코 있을 수 없다고 말하는 것은 결코 있을 수 없다”(Never say never)는 말은 이 나라의 현명한 판단력 있는 가르침’이라고 설시하고 있다(para. 42. 그러나 실제로는 para 41.에 해당). 43. 이 문제는 학술잡지에서 흥미를 끌어들였다.⁷⁶⁾』고 설시하고 있는데, 이는 소급효가 원칙적 형태임을 인정하는 것이라고 할 수 있다.

V. Hong Kong

1. 기본법 규정

홍콩기본법(Hong Kong Basic Law)의 정식명칭은 『중화인민공화국홍콩특

71) *Banco Popolare di Cremona v Agenzia Entrate Ufficio Cremona* (Case C-475/03, 17 March 2005), paras 72-88.

72) 그러나 무척 제한된 범위에서의 설시임이다. *In re Spectrum Plus Ltd* 사건판결 para. 43 참조

73) [2007] INSC 68 (정식 사건명은 *PV George & Ors v State of Kerala & Ors*이다).

74) [2005] UKHL 41, [2005] 3 WLR 58.

75) per Lord Nicholls at para. 28.

76) See Arden LJ, “Prospective Overruling”, (2004) LQR 7; Lord Rodger of Earlsferry, “A Time for Everything under The Law; Some Reflections on Retrospectivity”, (2005) 121 LQR 57 and Duncan Sheehan and T T Arvind, “Prospective Overruling and Fixed/Floating Charge Debate”, (2006) 122 LQR 20.”

별행정구기본법(The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China)⁷⁷⁾이다. 홍콩기본법의 제정은 1990. 4. 4. 이루어진 것으로, 제정목적은 1840년 아편전쟁에서 청국에 승리한 영국이 일정기간 조차하다가 반환되어 1997. 6. 30.부터 중국이 홍콩에 대해 주권을 행사하게 되었으나, 그 반환에 앞서 장기간 지속되어 온 상이한 체제로 인한 갈등을 최소화하기 위해 1국 2체제 원칙(“One Country, Two Systems” principle)을 구현하기 위한다. 홍콩기본법의 성격에 대해서는 두 가지 입장이 있을 수 있다. 일반적으로 중국학자들은 기본법은 중화인민공화국헌법에 근거한 순수한 중국의 내국법이라고 보고 있으나, 일부에서는 기본법이 중·영(中·英)합동선언(Sino-British Joint Declaration)⁷⁸⁾에 직접 근거한다는 이유로 순수한 중국의 내국법으로 보는 것에 대해 반대한다.⁷⁹⁾ 뒤에서 언급하는 *Ng Ka Ling and Another v The Director of Immigration* 사건판결⁸⁰⁾은 기본법을 일종의 헌법으로 보고 있다. 어쨌든 이러한 상이한 시각의 차이는 기본법의 해석과 적용에 차이를 가져올 수 있겠지만, 여기서는 Hong Kong 대법원의 판례를 중심으로 필요한 논의를 전개하기로 한다.

홍콩기본법 제8조에서는 『Hong Kong에서 이전에 적용되었던 법률, 즉 보통법, 형평원칙, 조례, 종속입법(subordinate legislation) 및 관습법은 이 기본법과 모순되는 경우를 제외하고는, 홍콩행정특별구 입법부의 개정에 의한 제한을 받는 외에는, 그 효력을 유지한다』⁸¹⁾고 규정하고 있다. 그리고 제9장

77) 홍콩기본법 제9조에서는 영어를 중국어와 함께 집행부, 입법부 및 사법부에서 사용하는 공인어로서의 인정하고 있다. 홍콩기본법에 대한 영문표기는 이 원칙에 입각한 것이다.

78) 이에 대하여는 『*Sino-British Joint Declaration*』 in Wikipedia 참조.

79) 이에 대하여는 『*Hong Kong Basic Law*』 in Wikipedia 참조.

80) (1999) 2 HKCFAR 4.

81) **Article 8:** “The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for any that contravene this Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region.”

* 第八条: “香港原有法律, 即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法, 除同本法相

부칙의 제160조 제1항에서는 다소 중첩적이지만 『Hong Kong 특별행정구의 수립에 있어, Hong Kong에서 종래 적용되어 오던 법률들은 전국인민대표대회상무위원회(Standing Committee of the National People's Congress)가 이 기본법을 위배하고 있다고 선언한 법률들을 제외하고는 동 특별행정구의 법률로서 채택된다. Hong Kong 특별행정구의 수립 이후에 이 기본법을 위배하고 있다는 것이 발견된 법률은 어느 것이건 이 기본법에서 정하고 있는 절차에 따라 개정되거나 효력을 상실한다.』⁸²⁾고 규정하고 있다. 한편 동 기본법 제8장에서는 『기본법의 해석과 개정(Chapter VIII : Interpretation and Amendment of the Basic Law)』이라는 표제 하에 제158조⁸³⁾에서 기본법의 해

抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外, 予以保留”

82) **Article 160:** “(제1문) Upon the establishment of the Hong Kong Special Administrative Region, the laws previously in force in Hong Kong shall be adopted as laws of the Region except for those which the Standing Committee of the National People's Congress declares to be in contravention of this Law. If any laws are later discovered to be in contravention of this Law, they shall be amended or cease to have force in accordance with the procedure as prescribed by this Law. (제2문) Documents, certificates, contracts, and rights and obligations valid under the laws previously in force in Hong Kong shall continue to be valid and be recognized and protected by the Hong Kong Special Administrative Region, provided that they do not contravene this Law.”

* 第一百六十条: (제1문) 香港特别行政区成立时, 香港原有法律除由全国人民代表大会常务委员会宣布为同本法抵触者外, 采用为香港特别行政区法律, 如以后发现有的法律与本法抵触, 可依照本法规定的程序修改或停止生效。(제2문) 在香港原有法律下有效的文件、证件、契约和权利义务, 在不抵触本法的前提下继续有效, 受香港特别行政区的承认和保护。

83) **Article 158:** “(제1문) The power of interpretation of this Law shall be vested in the Standing Committee of the National People's Congress. (제2문) The Standing Committee of the National People's Congress shall authorize the courts of the Hong Kong Special Administrative Region to interpret on their own, in adjudicating cases, the provisions of this Law which are within the limits of the autonomy of the Region. (제3문) The courts of the Hong Kong Special Administrative Region may also interpret other provisions of this Law in adjudicating cases. However, if the courts of the Region, in adjudicating cases, need to interpret the provisions of this Law concerning affairs which are the responsibility of the Central People's Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgments on the cases, the courts of the Region shall, before making their final judgments which are not appealable, seek an interpretation of the relevant provisions from

석에 관한 특별규정을 두고 있다. 제158조는 4문으로 규정되어 있는데, 제1문에서는 『이 기본법에 대한 해석권한은 전국인민대표대회상무위원회에 귀속한다』고 규정하고, 제2문에서는 『전국인민대표대회상무위원회는 Hong Kong 특별행정구 법원들에게 사건에 대한 판결을 선고함에 있어서 동 지역의 자치 범위 내에 속하는 이 기본법 규정들을 독자적으로 해석할 수 있는 권한을 부여하여야 한다.』고 규정하며, 제3문에서는 『홍콩특별행정구법원들은 사건에 대한 판결을 선고함에 있어서 이 기본법의 다른 규정들에 대해 해석할 수 있다. 그러나 동 법원들은 판결을 선고함에 있어서 해석이 요구되는 이 기본법 규정이 중앙인민정부가 관리책임을 부담하는 사무 또는 중앙인민정부와 홍콩특별행정구 사이의 관계에 관한 사무와 관련되고 있고 그 해석이 사건에 대한 판결에 영향을 미치는 경우에는 홍콩특별행정구법원들은 상소가 허용되지 아니하는(not appealable) 중국판결을 선고하기에 앞서 홍콩특별행정구대법원(Court of Final Appeal of the Region)을 통해 전국인민대표대회상무위원회로부터 관련된 규정에 대한 해석을 구하여야 한다. 상무

the Standing Committee of the National People's Congress through the Court of Final Appeal of the Region. When the Standing Committee makes an interpretation of the provisions concerned, the courts of the Region, in applying those provisions, shall follow the interpretation of the Standing Committee. However, judgments previously rendered shall not be affected. (제4문) The Standing Committee of the National People's Congress shall consult its Committee for the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region before giving an interpretation of this Law.”

* 第一百五十八条: (제1문) 본법의解释权属于全国人民代表大会常务委员会。(제2문) 全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。(제3문) 香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释, 而该条款的解释又影响到案件的判决, 在对该案件作出不可上诉的终局判决前, 应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释, 香港特别行政区法院在引用该条款时, 应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。(제4문) 全国人民代表大会常务委员会在对本法进行解释前, 征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。

위원회가 관련규정에 대한 해석을 한 경우에는 홍콩특별행정구법원들은 동 규정을 적용함에 있어서 상무위원회의 해석을 따라야 한다. 그러나 이전에 선고된 판결들은 영향을 받지 아니한다.』고 규정하고, 제4문에서는 『전국인민대표대회상무위원회는 이 기본법에 대한 해석을 제공하기에 앞서 홍콩특별행정구기본법위원회에 의견을 물어야 한다.』고 규정하고 있다.

전국인민대표대회상무위원회의 기본법에 대한 해석권한과 관련한 논의는 『체류권(right of abode)』과 관련하여 이루어졌다. 체류권은 중·영(中·英)합동선언(Sino-British Joint Declaration)과 기본법에 의해 소중하게 간직되고 있으며 영구거주자(permanent resident)로서의 지위와 동의어이다. Hong Kong 영구거주자는 체류권에 의해 홍콩특별행정구에 상륙할 수 있는 권리, 동 특별행정구에서의 체재(단기체재를 포함한다)에 있어서 어떠한 조건으로부터 자유로울 수 있는 권리, 동 특별행정구로부터 강제추방되지 않을 권리 및 이송당하지 아니할 권리를 가진다. 한편 기본법 제24조에서는 제2문에서 6종의 영구거주자를 정의하는 한편 제3문에서 『위에서 언급한 거주자는 Hong Kong 특별행정구에서 체류할 수 있는 권리를 가지며, 동 특별행정구의 법률에 따라 거주자의 체류권이 기재된 영구신분카드를 취득할 자격을 가진다.』고 규정하고, 제4문에서는 『Hong Kong 특별행정구의 비영구거주자란 동 특별행정구의 법률에 따라 Hong Kong 신분증을 취득할 자격을 가지고 있으나 체류권을 가지지 못한 자를 말한다.』고 규정하고 있다. 그리고 제2문에서 규정하는 영구거주자에는 다음의 자들이 포함된다: 『(1) Hong Kong 특별행정구의 수립 전이나 후에 Hong Kong에서 태어난 중국시민, (2) Hong Kong 특별행정구의 수립 전이나 후에 계속하여 Hong Kong에서 통상적으로 7년 이상을 거주한 중국시민, (3) 위 (1) 및 (2) 목록에 포함된 거주자로부터 Hong Kong 이외의 지역에서 태어난 중국 국적의 자』

한편 법원이 판결을 선고함에 있어서 해석이 요구되는 이 기본법 규정이 중앙인민정부가 관리책임을 부담하는 사무 또는 중앙인민정부와 홍콩특별행정구 사이의 관계에 관한 사무와 관련되고 있고 그 해석이 사건에 대한 판결

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

에 영향을 미치는 경우에는 홍콩특별행정구대법원을 통해 전국인민대표대회 상무위원회에게 관련된 규정에 대해 해석을 구하도록 되어 있다. 그리고 홍콩 특별행정구대법원은 *Ng Ka Ling and Another v The Director of Immigration* 사건판결⁸⁴⁾에서 홍콩특별행정구에서 체류할 수 있는 권리를 가지는 부모의 자녀들은 동 자녀들이 출생할 당시에 부모들이 영구거주자이었던지 여부를 묻지 아니하고 체류권을 가진다고 판시하였다. 이 판결로 인해 중국본토에 거주하는 약 30만 명에 이르는 사람들이 즉시 Hong Kong 특별행정구에서의 체류권을 획득할 수 있게 되자, 홍콩정부는 홍콩특별행정구대법원의 동의를 얻었다는 것을 들어 직접 전국인민대표대회상무위원회에 기본법 제24조 제2항 내지 제4항에 대한 재해석을 요구하였고 동 상무위원회의 해석은 홍콩특별행정구대법원의 판결을 뒤엎는 것이었다. 이러한 조치를 둘러싸고 사법부의 독립성이 훼손된 것은 아닌가 라는 논란이 가열되고 있다.⁸⁵⁾

2. 판례

가. 전국인민대표대회상무위원회와 대법원의 권한의 분배

앞서 언급한 *Ng Ka Ling and Another v The Director of Immigration* 사건판결에서 Hong Kong 특별행정구대법원은 위 사태의 배경이 된 『이민조례(Immigration Ordinance)』의 헌법적합성을 둘러싼 두 가지 쟁점을 검토하게 되었다. 그 중 하나는 기본법 제24조 제2항 (1), (2) 『목록에 포함된』 영구거주자로부터 『Hong Kong 이외의 지역에서 태어난 중국 국적의 자』(『persons of Chinese nationality born outside of Hong Kong of those residents listed』 who were permanent residents under Article 24(2)(1) and Article 24(2)(2))란 태어날 당시에 부모의 어느 일방이 이미 영구거주자가 된 경우만을 의미하는

84) (1999) 2 HKCFAR 4.

85) 『*Right of abode in Hong Kong*』 in Wikipedia 참조.

가, 태어난 후에 부모 어느 일방이 영구거주자가 된 것으로도 충분한가 라는 점이다. Hong Kong 특별행정구대법원은 위 쟁점에 대한 고찰에 앞서 약간의 근본적인 헌법원칙을 확인하면서, 먼저 『기본법의 해석에 대한 접근방법(Approach to interpretation of the Basic Law)』이라는 표제 하에 다음과 같이 실시하고 있다.

『먼저 우리는 문서의 성격을 인정하고 평가함으로써 시작하고자 한다. 기본법은 ‘1국가 2체제(one country, two systems)’라는 독특한 원칙을 보완하는 참호로 둘러싸인 헌법적 문서(entrenched constitutional instrument)이다. 헌법적 문서에서는 통상적이지만 기본법에서는 넓고도 일반적인 용어를 사용하고 있다. 헌법은 변천하는 필요와 상황을 충족하기 위한 목적의 살아 있는 문서(living instrument⁸⁶⁾ intended to meet changing needs and circumstances)이다. 기본법과 같은 헌법의 해석에 있어서는 목적론적 접근방법(purposive approach)⁸⁷⁾이 이용된다. 헌법은 일반원칙을 명시하고 사용된 용어의 특징을 요약하거나 정의하지 아니한 채(without condescending to particularity and definition of terms) 목적을 표현한다는 사정에서 목적론적 해석은 필수불가

86) 『living instrument』를 『살아 있는 문서』라고 번역하였지만 그 취지는 『살아 있는 법』이라는 취지가 강하다. 유럽인권재판소는 *Bayatyan v Armenia* 사건판결([2011] ECHR 1095) para. 109에서 『In the light of the foregoing and in line with the “living instrument” approach, the Court therefore takes the view that it is not possible to confirm the case-law established by the Commission, and that Article 9 should no longer be read in conjunction with Article 4 § 3 (b). Consequently, the applicant’s complaint is to be assessed solely under Article 9.』라고 실시하고 있다. 『살아 있는 법』과 관련하여 미국 헌법학에서는 『살아 있는 헌법(living constitution)』이라는 형식으로 논의되고 있다 (『Living Constitution』 in Wikipedia 및 David A. Strauss, 『The Living Constitution』, Oxford, 2010 참조). 캐나다에서는 『living tree doctrine』이라는 원칙으로 변용되는데, 이 원칙은 캐나다헌법의 해석과 관련한 영국추밀원(Privy Council)의 *Edwards v AG of Canada* [1930] AC 124에서 Lord Chancellor Viscount Sankey가 『The British North America Act planted in Canada a *living tree* capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention...』라고 실시하면서 사용되기 시작하였다. 『Living Tree Doctrine』 in Wikipedia.

87) 이에 대해서는 『Purposive Approach』 in Wikipedia.

결하다. 간극과 불명확이라는 문제는 일어날 수밖에 없고, 이러한 문제를 푸는데 있어서 법원은 헌법에서 선언하고 있고 헌법 및 관련된 외부자료들로부터 확인하여야 하는 원칙과 목적들에 효력을 붙여넣어야 하기 때문이다. 따라서 문서의 진정한 의미를 확인함에 있어서 법원은 전후맥락에 비추어 문서에서 사용된 문언은 물론이고 문서의 목적과 관련된 규정들을 고찰하지 않으면 안 된다. 전후맥락은 헌법적 문서의 해석에 있어서 특히 중요하다. 목적과 관련하여 말한다면, 기본법의 목적은 중·영합동선언에서 자세하게 그리고 정성들여 설명하고 있는 바와 같이 Hong Kong에 관한 중화인민공화국의 기본정책에 부합하는 고도의 자치의 허용과 함께, Hong Kong 특별행정구를 ‘1국가 2체제’라는 원칙 하에서 중화인민공화국의 양도할 수 없는 지역으로 확립하는데 있다. 특정한 규정의 목적은 기본법이나 합동선언을 포함한 관련된 외부자료들의 성격이나 다른 규정들로부터 확인할 수 있다. 문서의 문언에 관련하여 말한다면, 법원은 문자적, 기술적, 협의적 또는 경제적 접근방법을 피하여야 한다. 법원은 전후관계를 고려하여야 한다. 특정한 규정의 전후맥락은 합동선언을 포함한 관련된 외부증거와 함께 기본법 자체에서 찾을 수 있다. 물론 사용된 용어에 의미를 부여할 수 있는 전통이나 관행(사용법. usage)으로부터 도움을 얻을 수 있다. (이하 생략)』

동 판결에서는 다음으로 『언급되고 있는 쟁점들(reference issues)』라는 표제 하에 먼저 제158조 제1항은 기본권의 해석에 관한 권한은 전국인민대표대회상무위원회에 귀속하는 것으로 규정하고 있다. 제158조 제2항은 상무위원회는 홍콩특별행정구법원에게 ‘사건에 대한 판결을 선고함에 있어서 동 지역의 자치 범위 내에 속하는 이 기본법 규정들을 독자적으로 해석할 수 있는 권한을’ ‘부여하여야 한다’고 규정하고 있다. 양 당사자의 변호사들이 인정하듯 이 규정은 헌법적 위임을 포함하는 내용임이 분명하다. ‘독자적으로(on their own)’라는 용어는 Hong Kong 특별행정구의 고도의 자치와 법원의 독립성을 강조하고 있다는 것이 우리의 입장이다.』라고 실시하고, 나아가 기본법 규정을 중심으로 하급법원과 대법원의 권한에 대하여 살펴본 후 『하

급심법원들은 기본법의 모든 규정들에 대한 해석권한을 가지며 아무런 제한이 없다. 유일한 제한은 대법원의 관할에 대한 것이다. 제158조 제2항의 문언은 동 특별행정구의 자치의 범위 내에 속하는 규정들에 대해 ‘독자적으로 (on their own)’ 해석할 수 있는 권한을 강조하고 있다. 대법원에 관한 한 두 조건이 충족되는 한 상무위원회에 조회하여야 할 의무를 부담하고 있다: (1) 첫째로, 문제가 되고 있는 기본법 규정은 (a) 중앙인민정부가 관리책임을 부담하는 사무에 관한 것이거나 (b) 중앙인민정부와 홍콩특별행정구 사이의 관계에 관한 사무에 관한 것이어야 한다. 이것이 제외규정이다. 우리는 이를 ‘분류조건(the classification condition)’이라고 부르기로 한다. (2) 둘째로, 대법원은 판결을 선고함에 있어서 동 규정들(제외규정들을 말한다)에 대해 해석이 필요하고 그러한 해석이 사건에 관한 판결에 영향을 미칠 수 있어야 한다. 우리는 이를 ‘필요성조건(the necessity condition)’이라고 부르기로 한다. 사건에 대한 판결을 선고함에 있어서 양 조건이 충족되고 있는지 여부를 결정하는 것은 이 대법원의 몫이고 대법원만이 결정하여야 하는 몫이라고 본다. 분류조건이 충족되고 있는지 여부를 결정하는 것은 전국인민대표자대회의 몫이 아니라 이 대법원의 몫이다. ... 분류조건이 충족되지 아니하는 경우에는 이는 문제의 끝이 될 것이다. 설사 이 법원이 관련된 규정에 대해 해석하여야 할 필요성을 느낀다고 하더라도, 그리고 동 조항에 대한 해석이 사건에 대한 판결에 영향을 미칠 수 있다고 하더라도 문제의 조항이 제외조항에 해당하지 아니할 것이기 때문에 필요성조건이 충족되지 못한다고 할 것이다. 분류조건이 충족된 경우에는 당시 문제된 사건에서 필요성조건이 충족되고 있는지 여부를 이 대법원만이 결정하여야 하여야 하는 몫이다. 양 조건이 충족되고 있다고 판단되면 대법원은 관련된 제외규정에 대해 상무위원회로부터 해석을 구하여야 한다. 상무위원회에 넘겨야 하는 것은 일반적으로 얽혀 있는 해석이 필요한 문제가 아니라(not the question of interpretation involved generally) 특정한 제외규정의 해석에 관한 것이다.』

그리하여 남은 문제는 분류조건을 충족하고 있는지 여부를 결정함에 있

어서 이 법원이 어떠한 기준을 채택하여야 하느냐 라는 점이 되는데, 이에 대해서는 다음과 같이 논하고 있다. 『① 분류조건이 충족되고 있는지 여부를 검토함에 있어서 적용되어야 할 기준으로는 목적론적 해석방법이 채택되어야 한다. 제158조의 중요한 목적은 대법원을 포함한 Hong Kong 특별행정구법원들에게 기본법 중 제외규정에 속하지 아니한 규정들, 특히 동 특별행정구의 자치에 속하는 규정들에 대해 ‘독자적으로(on their own)’ 해석할 수 있는 권한을 부여하는데 있다. 이것이 특별행정구에 허용된 고도의 자치에서 본질적인 부분이다. 이러한 접근방법의 관점에서 적용하여야 할 기준으로 방향을 돌리기로 한다. Hong Kong 특별행정구 자치의 범위 내의 규정인 규정 X(여기서는 제24조)는 그러한 전후관계에서 해석되어야 한다. 그러한 전후관계에는 자연적으로 규정 X의 해석과 여러 가지 방식으로 관련성을 가질 수 있는 기본법의 다른 규정들이 포함된다. 예를 들어, 다른 규정들은 규정 X를 제한할 수 있으며 그 제한은 추가, 삭감 또는 수정이라는 방식으로 이루어진다. 또는 다른 규정들은 규정 X의 의미를 그럴 듯하게 만들거나 규정 X의 해석에 있어서 지침을 제공할 수도 있다(end colour to its meaning or provide a pointer to its construction). Mr Ma SC(피상고인 변호사)의 주장에 의하면, 일단 제외규정(이 사건에서 제22조 제4항)이 그와 같이 관련성을 가지게 되면 해석문제는 상무위원회에 넘겨져야 할 것이다. 넘겨지는 주체는 규정 X에 대한 해석은 아니다. 규정 X는 제외규정에 해당하지 아니하기 때문이다. 이러한 제안은 넘겨지는 주체는 규정 X의 해석과 관련성을 가지는 한 제외규정에 대한 해석일 수 있다는 것으로 보인다. 그와 같이 해석작업을 넘기는 것은 기본법중 Hong Kong 특별행정구의 자치의 한계 내에 있는 규정(규정 X)의 해석을 대법원의 관할로부터 회수하는 것이 된다. 그리고 이는 동 특별행정구의 자치를 상당할 정도로 훼손하는 것이 되고, 올바른 것은 아니다. ② 우리들은 분류기준의 충족 여부를 고려함에 있어서의 기준은 신청인 변호사 Mr Chang SC가 제기한 기준이라고 본다. 실질적 문제로서, 사건에 대한 판결을 선고함에 있어서 어떠한 규정이 해석하여야 하

는 규정 중에서 지배적인가? 그에 대한 대답이 제외규정이라면 대법원은 해석작업을 넘기지 않으면 아니 된다. 이와 달리 그 대답이 제외규정에 해당하지 아니하는 규정이라면 설사 제외규정이 비제외규정의 해석에 관련성을 가지고 있고 경우에 따라서는 비제외규정을 한정하는 정도에 이르고 있다고 논의될 여지가 있더라도 해석작업을 넘겨서는 아니 된다. 이러한 해석은 기본법 특히 제외규정에 대한 해석을 상무위원회에 귀속시키는 목적과, 비제외규정 특히 동 특별행정구의 자치의 한계 내에 있는 규정들을 ‘독자적으로 (on their own)’ 해석할 수 있는 권한을 동 특별행정구 법원들에게 부여하는 목적이라는 제158조의 두 가지 주요목적(main objects) 모두에게 효력을 부여한다. 제158조가 관련되고 있는 제외규정에 대해서만 상무위원회에 해석작업을 넘기도록 요구하는 것은 상당히 중요한 의미를 가진다고 우리는 보고 있다. 동 조항은 (제외규정을 포함하여) 다수의 규정들이 해석이 필요한 문제에 해답을 제공하는데 관련성을 가질 수 있다고 하더라도 일반적으로 얽혀 있는 해석이 필요한 문제(the question of interpretation involved generally)를 넘기도록 요구하지는 않는다. 실질적 문제로서 이 사건에서 판결을 선고함에 있어서 이 기준을 적용할 때 지배적인 규정은 우리가 해석작업을 하고 있는 제24조이며, 동 조항은 영구거주자에게 체류권과 동 권리의 내용을 규정하고 있다. 동 조항은 이 사건 상고에서 신청인이 강제를 구하고 있는 바로 그 권리의 원천이다. 이러한 점에서 비록 제22조 제4항이 제24조의 해석에 관련성을 가지는 것으로 논의할 여지가 있다고 하더라도 이 법원은 상무위원회에 해석작업을 넘겨야 한다고는 보지 않는다.』

나. 위헌선언의 소급효 · 장래효 논쟁

홍콩항소법원(Hong Kong Court of Appeal)에서 선고한 *HKSAR v Yim Chuen* 사건판결⁸⁸⁾의 사안은 위험한 의약품에 대한 거래를 한 피고인에 대한 것이다. 동 사건에 적용되고 있는 법령은 Dangerous Drugs Ordinance 제

47조 제1항 및 제2항으로, 그 내용은 『(1) 다음 어느 하나에 해당하는 물건을 물리적으로 소지하고 있다는 것이 증명된 사람은 반대사실이 증명되지 아니하는 한 동 의약품을 소지하고 있는 것으로 추정한다. (a) 위험한 의약품을 담고 있거나 지탱하고 있는 것, (b) 위험한 의약품을 담고 있는 고리짜, 서류가방, 상자, 용기, 찬장, 서랍, 안전금고, 안전용기 또는 이와 유사한 용기의 열쇠 (2) 위험한 의약품을 소지하고 있었던 것으로 증명되거나 추정된 사람은 반대사실이 증명되지 않는 한 동 의약품의 성질을 알고 있었던 것으로 추정한다.』⁸⁹⁾ 으로 되어 있다.⁸⁹⁾ 항소심에서 논의되고 있는 쟁점은 Dangerous Drugs Ordinance 제47조 제1항 및 제2항에 의해 제기된 추정(presumptions)은 동 추정을 피고에게 설득책임(persuasive burdens of proof)을 부담시키는 것으로 해석한다면 동 추정이 기본법 제39조에 의해 인정되고 있는 헌법적 보호인 무죄추정(presumption of innocence)과 양립할 수 있느냐 라는 것과, 양립할 수 없다고 한다면, 해석에 관한 적용가능한 규범을 적용하여, 동 규정들을 증거제출책임(evidential burden)⁹⁰⁾을 부담시키는 것으로 읽는 것이 가능

88) [2006] HKCA 32; CACC411/2003.

89) **Section 47. Presumption of possession and knowledge of dangerous drug:**

(1) Any person who is proved to have had in his physical possession-

(a) anything containing or supporting a dangerous drug;

(b) the keys of any baggage, briefcase, box, case, cupboard, drawer, safe-deposit box, safe or other similar container containing a dangerous drug;

(c) (Repealed 62 of 1994 s. 6)

shall, until the contrary is proved, be presumed to have had such drug in his possession.

(2) Any person who is proved or presumed to have had a dangerous drug in his possession shall, until the contrary is proved, be presumed to have known the nature of such drug.

* 제3항은 다음과 같다: “The presumptions provided for in this section shall not be rebutted by proof that the defendant never had physical possession of the dangerous drug.”

90) 영미증거법상 『evidential burden』이란 변론절차에서 정당하게 쟁점을 제기하는 것이 가능하도록 증거를 제출할 책임을 말한다. 우리나라에서의 강학상 개념인 『주관적 증명책임』 내지 『증거제출책임』에 유사하다. 이러한 의미에서의 『evidential burden』

하겠느냐 라는 점이였다. Dangerous Drugs Ordinance 제47조의 각 항들을 설득책임(persuasive burdens)⁹¹⁾을 부담시키는 것으로 읽는다면 보호되고 있는 무죄추정과 양립할 수 없지만, 동 추정을 증명제출책임만을 창설하는 규정으로 해석하는 것도 합리적으로 가능할 수 있기 때문이다. Hong Kong 항소심법원은 *HKSAR v Hung Chan Wa* 사건판결⁹²⁾에서 후자의 입장에 『우리는 결국 적용을 명령받은 해석에 관한 원칙상, Dangerous Drugs Ordinance 제47조 제1항 및 제2항을 통해 제정된 추정들은 각기 증거제출책임(evidential onus)⁹³⁾을 형성하는 추정으로 해석하는 것이 합리적으로 가능하고 따라서 그렇게 해석하는 것이 우리들의 의무라는 결론, 그리고 동 규정들은 설득적 증명책임(persuasive burdens of proof)⁹⁴⁾을 부담시키는 것으로 간주되어서는

을 다하지 못한 경우에는 법정에서 쟁점을 제기할 수 없다. 공격방어할 수 없다는 의미이다. Lord Bingham of Cornhill은 House of Lords의 *Sheldrake v DPP* [2004] UKHL 43, para. 1에서 『An evidential burden is not a burden of proof. It is a burden of raising, on the evidence in the case, an issue as to the matter in question fit for consideration by the tribunal of fact. If an issue is properly raised, it is for the prosecutor to prove, beyond reasonable doubt, that that ground of exoneration does not avail the defendant.』라고 실시하고 있다. 이 경우에는 『주장책임』에 유사한 의미가 된다. 이 판결에서의 주된 쟁점은 도로교통법(Road Traffic Act 1988) 제5조 제2항 및 테러방지법(Terrorism Act 2000) 제11조 제2항에서 피고에게 증명책임을 피고에게 지우거나 번복가능한 추정을 하는 것이 유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1953) (Cmd 8969)) 제6조 제2항을 위반하고 있는지의 것이고, 따라서 논리적인 접근은 본문의 *HKSAR v Yim Chuen* 사건판결과 유사하다.

91) 우리의 강학상의 『증명책임』에 해당한다.

92) [2005] HKCA 231; [2005] 3 HKLRD 291; CACC411/2003.

93) *HKSAR v Lam Kwong Wai and another*, para 62, (4)(b) quoted in *HKSAR v Hung Chan Wa* [2005] HKCA 231: 『The evidential burden requires that there is adduced sufficient evidence to raise an issue for the determination of the tribunal of fact. What is required to discharge the evidential burden has been the subject of different formulae. The imposition of an evidential burden is not inconsistent with the presumption of innocence. See *R v DPP ex parte Kebilene* [2000] 2 AC 326, 379. That is because such a burden does not create the risk of a conviction in the face of a reasonable doubt as to an essential element of the crime.』

94) *HKSAR v Lam Kwong Wai and another*, para 62, (4)(c): 『The persuasive burden (sometimes called the probative burden or the legal burden) requires an accused to prove

아니 된다는 결론에 만족하고 있다.』고 실시하였다. 즉 *Dangerous Drugs Ordinance* 제47조 제1항, 제2항 규정은 위헌이라고 보지는 아니하였다. 이와 관련한 점은 다시 살펴본다.

판결에서는 **para. 10** 이하에서 『적용에 대한 정의(defining application)』이라는 표제 하에 다음과 같이 실시하고 있다. 『**10.** ‘장래를 향한 폐기(prospective overruling)’라는 용어는 동 용어가 표면적으로 암시하듯 앞서의 법원의 판결이 후속하는 판결에 의해 계기되었던 경우에만 활용될 수 있는 장치라고 한다면 정확하지 못하다. 왜냐하면 동 장치는 법률규정의 유효성에 대한 이전의 법원의 해석이나 결정이 존재하는지 여부를 떠나 동 법률규정이 법원에 의해 무효라고 선언되거나 해석이 이루어지고 있고 그 경우에 동 판결의 시적 효력의 제한을 구하는 상황도 포함되기 때문이다. 동 용어는 ‘법원이 동 판결의 소급적 효력에 대하여 명백한 제한을 설정하는 모든 기술을 포괄하기 위해’ 사용되고 있다.⁹⁵⁾ 동 용어는 보다 넓은 의미에서 엄밀하게는 정확하지 않다. “중요한 점은 그와 같은 구제방법은 이를 허용할 때 장래효를 가진다는데 있지 않다. 선언 가운데 거의 전부는 어느 사건에서도 이러한 효력을 가진다고 생각되기 때문이다. 관련된 핵심은 ‘장래를 향한 선언’은

that it is more likely than not that his version of a fact in issue, a fact necessary for the determination of guilt or innocence, is true. ... Failure to discharge that burden when it is imposed in relation to a fact necessary to the determination of guilt gives rise to the real risk that a person may be convicted though there is a reasonable doubt as to his guilt. The precise effect of a persuasive burden of the type that we now address was summarised by the Privy Council in *Kwan Ping Bong v The Queen* [1979] AC 609, 615-616: “Where ... there is provision that on proof by the prosecution of the existence of certain facts some other fact shall be presumed to exist unless the contrary is proved (in the instant case guilty knowledge on the part of the accused), the effect of the provision is to convert an inference which at common law the jury would not be entitled to draw unless they were satisfied beyond all reasonable doubt that it was right, into an inference which they are bound to draw unless they are satisfied that on the balance of probabilities it is wrong. So they must draw it even though they think that it is equally likely to be right is to be wrong.”』

95) see “Prospective Overruling” Dame Mary Arden (2004) 120 LQR 7.

단순히 장래를 향한 것일 수 있다(a ‘prospective declaration’ may be prospective only)는 점이다. 따라서 보다 정확한 용어는 ‘비소급적 선언(non-retrospective declarations)’이라고 하겠으나, 이러한 기술방법은 채용하기에는 너무 어색하다.”⁹⁶⁾ 11. 이러한 맥락에서 이전에 법원들이 탐구하여온 헌법적합성에 관한 Dangerous Drugs Ordinance 제47조 제1항 및 제2항의 추정에 대한 정도에 대한 분석에 매달리는 것은 거의 목적을 달성하지 못한다. 우리는 이 법원이 이전에 선고한 *R v Sin Yau-ming* 사건판결⁹⁷⁾의 para. 92 이하에서 현행조례(Ordinance) 제47조 제2항(당시는 제 47조 제3항)에 포함된 추정을 설득책임이라고 읽는다면 받아들일 수 있다는 점을 암시했지만 그렇게 결정하지는 않았다. 이러한 언급은 방론일 뿐이다. 제47조 제3항(당시의 규정)은 동 추정은 그 자체가 효력을 가지지 못한 다른 추정에 근거하고 있다는 바탕 위에서 동 판결에 의해 폐기되었다. 모두 1심법원 판결들이기는 하지만 이 법원은 *R v Lum Wai-ming* 사건판결⁹⁸⁾과 *R v Chan Wai-ming (No 2)* 사건판결⁹⁹⁾에 대해 언급하면서 그 추정(설득책임의 추정이라고 하더라도)은 유효하다는 취지라고 해석하는 한 동의할 수 없다고 말한 바 있다.¹⁰⁰⁾ 이들 두 판결이 당면의 목적들과 관련성을 가진다는 것 및 동 판결들에 대하여 우리가 유감스럽지만 동의할 수 없는 것은, 동 판결들이 이 법원이 심리하고 있는 사건들에서 쟁점이 되고 있는 추정에 대해 언급하고 있는 한, 피항소인들이 동 판결들은 검사들이 오랫동안 신뢰하여 온 법에 대한 중전의 이해를 증거하고 있다고 말하고 있다는 점이다. 신뢰라는 문제에 대해서는 뒤에서 돌아와 살펴보기로 한다. 그러나 명확성을 기하기 위해(for definitional purposes), 판결이 가지는 시적 효력을 제한하여 줄 것을 우리에게

96) Lord Woolf, “The Additional Responsibilities of the Judiciary in the New Millenium” The Clifford Chance Lectures (Hart Publishing, 2000) pp 142-143.

97) [1992] 1 HKCLR 127.

98) (1992) 2 HKPLR 1782.

99) (1992) 2 HKPLR 231.

100) *HKSAR v Hung Chan Wa* [2005] HKCA 231; [2005] 3 HKLRD 291; CACC411/2003 (23 June 2005)의 paras. [99]-[100]에서의 항소심법원의 설시를 말함.

게 요구하고 있다고 말하는 것으로 충분하다. 이것이 이 판결에서 ‘장래를 향한 폐기(prospective overruling)’라는 용어에 대해 의도하는 의미이다. 12. 장래를 향한 폐기는 여러 형태를 취할 수 있다. 순수한 형태는 동 폐기는 오직 장래에서만 작동하고, 새로운 법리나 해석이 선언된 소송과 관련한 소송당사자에게조차 이익이 되지 못한다. 또는 동 폐기는 수정된 형태를 취할 수 있는데, 소송당사자, 그리고 아마 문제의 선언이 이루어지고 있는 날 소송이나 항소가 계속중인 사건의 당사자들에게 이익이 되는 것을 제외하면 전혀 소급적 효력을 가지지 못한다. 결과적으로 피항소인이 이 법원에 요청하고 있는 것은 수정된 형태의 선언이다. ... 이 사건에서의 적용을 위한 변론과정에서 Mr McCoy(피항소인 변호사)는 아직도 더 이상의 수정을 제안하고 있다. 자신의 제안이 받아들여지는 경우에는 이 법원의 결정은 시간 내에 신청을 하지 못한 것을 정당화 하거나 신청하지 못한데 대한 책임을 면제하는(justifying or excusing the failure to apply within time) 예외적 상황을 증명할 수 있는 자들에 대해서도 소급적으로 작동할 수 있다는 것을 근거로 하고 있다. 제안되고 있는 추가적 수정내용에 대한 기원은 나중에 설명하기로 한다.』

판결에서는 『논의의 출발점(the starting point)』이라는 표제 하에 판례와 제정법의 효력상의 차이에 대해 다음과 같이 실시하고 있다. 『13. 출발점은 판결들은 통상적으로 장래효와 함께 소급효를 가진다는 점이다. 판결들이 소급효를 가진다는 것은 법관들은 필연적으로 과거의 사건에 대해 판결하는 업무를 담당하고 있다는 것, 그리고 심리중인 과거의 사실에 적용하여야 할 법이 무엇인가를 결정함에 있어서 법관들은 그러한 사건이 발생한 당시에 존재하던 법은 무엇인가를 확인하고 선언하기 때문이다. 당사자들의 권리와 책임은 그러한 사건들이 발생한 당시의 법에 따라 결정된다. 판결들은 장래효도 가지고 있다. 보통법에서 선례가 담당하는 역할 때문이다. 이에 대해 입법부는 자신들이 입법하는 법률에 대해 장래효를 부여하며 소급효는 부여하지 아니한다. 14. 제정법의 해석에 있어서 법관들은 법률이 제정될 당시에

무엇이 제정법의 의미이었던지를 결정한다. 그리고 사법적 결정의 선언이론(declaratory theory of judicial decisions)¹⁰¹⁾을 이유로 뒤의 판결이 번복한 상반된 해석을 하고 있는 종전판결이 존재하는 경우에도 제정법의 의미가 적용된다. 폐기의 효과는 종전판결은 법률을 표현하지 못하고 있었다는 것이다.¹⁰²⁾ 선고된 판결들에서는 법관들은 “일반적으로는 보통법을 발전시키는 것은 ‘단지 갈라진 틈 사이로만(only interstitially)’¹⁰³⁾ 하는 것이지만 때로는 보통법을 발전시킬 수 있다는 것이 인정되고 있다. 권리에 대한 침해가 허용될 것인지의 여부를 판단함에 있어서 비례성의 측정에 영향을 미치는 사회적 요인들은 지배하는 상황에 따라 변할 수 있는 요인들이기 때문에 기본권 그 자체와 충돌하는 제정법의 해석도 변하기 쉽다. 이런 점을 감안하면(that said) 출발점은 이러하다: “... 법원이 하고 있는 의회의 법에 대한 해석은, 법적 개념상으로는, 의회의 법이 법전이라는 무대에 올라간 바로 그 날부터 동 제정법이 몸에 지니고 있는 의미이다.”¹⁰⁴⁾ 15. 이 사건에서 이 법원은 제정법의 해석이라는 과제를 다루어왔다. 우리가 하여왔던 것은 기본법에 의해 보호되는 헌법적 권리라는 점을 감안하여 제정법 규정을 해석하는 것이었다. 그러한 권리들은 기본법이 효력을 발생한 날인 1997. 7. 1. 당일 그리고 그 이후에 헌법적으로 보호되고 있다. 비록 무죄추정이라는 보호는 물론 그보다 긴 역사를 가지고 있지만, 특허장(Letters Patent)¹⁰⁵⁾과 권리장전

101) 이에 대하여는 **박찬주**, 앞의 법(계약)·경제학, 442쪽 이하.

102) (판결의 각주): see Blackstone Commentaries on the Laws of England (1st edn, vol 1, p 70); and *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln County Council* [1999] 2 AC 349, referred to by the Court of Final Appeal in *Lau Kong Yung v Director of Immigration* (1999) 2 HKCFAR 300, 326.

103) per **Lord Goff** in *Kleinwort Benson Ltd* at p 378B.

104) *Re Spectrum Plus Ltd: National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and others* [2005] 4 All ER 209, at 225, per **Lord Nicholls**.

105) The Hong Kong Letters Patent was one of the two principal constitutional instruments of Hong Kong during the period of its administration as a colony under British administration. (The other principal instrument was the Hong Kong Royal Instructions). Originally issued in the form of a royal charter on 5 April 1843, the Letters Patent were reissued on 19 January 1888, and again on 14 February 1917. **The 1917 letters patent**

조례(Letters Patent and the Bill of Rights Ordinance)¹⁰⁶⁾의 도움으로 1991. 6. 8.부터 Hong Kong에서 헌법적 보호와 제정법적 보호가 이루어졌다. 16. 제 160조를 제외하더라도 2005. 6.에 있었던 이 법원의 판결이 가지는 효력은 관련성을 가지는 규정들이 가지는 의미를 동 규정들이 제정될 당시를 기준으로 결정하지 않으면 아니 되며, 이 사건의 경우는 1992년이다.』

판결은 나아가 위와 같은 일반적 논의가 기본법과 관련하여 어떠한 의미를 가지는가에 대해 『기본법 제160조(Article 160 Basic Law)』라는 표제 하에 다음과 같이 실시하고 있다. 『18. 피항소인의 주장은 기본법 제160조로 인해 1997. 7. 1. 이전에 제정된 법률이 기본법에 위배된다는 것이 1997. 7. 1. 이후에 결정되는 사건들의 경우에 장래를 향한 폐기가 요구되는 규범이러는데 있다. 피항소인의 그러한 주장은 동인의 장래를 향한 폐기가 실제상의 규범이었다는 것을 암시하는 것은 아니다. 실제로 이러한 문제가 이전에는 제기되었던 바는 없다. 피항소인이 말하고자 하는 점은 1997. 2. 23. 전국인민대표대회상무위원회는 Hong Kong에서 기본법 시행 이전에 효력이 발생하여왔던 법률들에 대해 ‘법률취급에 관한 결정(Decision on Treatment of the Laws)’을 수용하였는데 이는 기본법 제8조 및 제160조의 실행을 위해 설계되었다는 점 및 동 결정에는 이전에 적용하여 오던 것으로서 기본법에 위배

(as amended from time to time) remained the basis for Hong Kong's system of government until the formal transfer of sovereignty on 1 July 1997 to the People's Republic of China. Issued under the royal prerogative, the letters patent were the formal legal basis of the office of Governor and Commander-in-Chief, the Executive Council, and the Legislative Council. After the transfer of sovereignty to China, the Letters Patent ceased to have effect, being superseded by a new Basic Law. 『*Hong Kong Bill Letters Patent*』 in Wikipedia.

106) **The Hong Kong Bill of Rights Ordinance**, often referred to as the **Hong Kong Bill of Rights**, is Chapter 383 of the Laws of Hong Kong, which transposed the International Covenant on Civil and Political Rights so that it is incorporated in Hong Kong law. It supersedes conflicting laws to protect human rights. The Bill was developed in 1990, and was passed by the Legislative Council in June 1991. It contains 14 sections. Section 3 provides that all earlier laws identified as contravening the Covenant are to be repealed; this affected some provisions of the Public Order Ordinance. 『*Hong Kong Bill of Rights Ordinance*』 in Wikipedia.

되므로 Hong Kong 특별행정구의 법률로서 채택하지 아니한다는 조례의 목적이 제정법상의 특정규정들과 함께 부속되어 있었다는 점이다. 우리가 관심을 가지는 1992년에 제정된 Dangerous Drugs Ordinance의 어느 규정도 동 부속명세서(Annexes)에서 찾을 수 없다. 동 부속명세서의 일람표가 기본법사실상 위배하고 있는 법률들에 대한 망라적이라는 것을 암시하지는 않지만, 이 사건에서 문제가 되고 있는 제정법상 규정들은 동 일람표에 포함되어 있지 아니하므로 동 일람표에 포함되어 있지 않으면서 나중에 이 기본법에 위배된다는 점이 발견된 모든 법률들의 운명과 함께 하여야 한다는 점이 암시되고 있다. 그리고 함께 하여야 할 운명은 제160조의 문언에서 찾을 수 있다: “... 개정되거나 효력을 상실한다(shall be amended or *cease to have force*)” (강조부분은 *HKSAR v Yim Chuen* 사건판결에서 첨가한 것). ‘효력을 상실한다’는 부분의 의미는 동인의 주장에 따르면 ‘동 발견이 있었던 날 이후 즉각적으로 효력을 상실한다’는 의미이다. 이는 특정규정이 기본법에 위배된다는 것이 발견되고 선언이 이루어지기까지는 그대로 효력을 지속한다는 것을 의미한다. 기본법이 장래를 향한 폐기를 금지하고 있지 아니할 뿐 아니라 주장되고 있듯 제160조의 문언은 장래를 향한 폐기를 지시하고 있다. 기본법은 장래를 향한 폐기를 규범(norm)으로 요구하고 있다. 19. 우리는 이러한 주장에 동의하지 않는다. 이러한 주장에는 특정한 사건과 관련하여서만이 아니라 일반적으로 근본적인 문제를 안고 있다.』

우리는 앞서 Hong Kong 항소심법원의 *HKSAR v Hung Chan Wa* 사건판결에서 Dangerous Drugs Ordinance 제47조 제1항, 제2항 규정은 위헌이라고 보지는 아니하고 있다는 점을 본 바 있다. *HKSAR v Yim Chuen* 사건판결에서는 para. 18에서 문제로 삼고 있는 점과 관련하여서 para. 20에서 『여기 특정한 사건과 관련하여, 동 주장과 관련한 근본적인 문제는 Dangerous Drugs Ordinance 제47조 제1항, 제2항의 어느 규정도, 다시 말하면 동 제47조 제1항, 제2항에 의해 창설된 어느 추정도 기본법에 위배된다는 것을 찾아내지 못했다. 우리가 결정하였던 것¹⁰⁷⁾은 ‘경합하고 있는 해석들에도 불구하고

입법자는 협약¹⁰⁸⁾의 요건과 양립하는 규정을 의도하고 있었어야 한다¹⁰⁹⁾는 것, 그리고 Dangerous Drugs Ordinance의 제47조 제1항 및 제2항에서의 ‘반대 사실이 증명되기까지(until the contrary is proved)’라는 용어는 피고인에게 증거채움책임만을 부담시키는 것으로 해석하는 것을 합리적으로 가능하게 한다는 점이었다. ... 우리가 *HKSAR v Hung Chan Wa* 사건판결에서 취하였던 것은 관련되고 있는 제정법규정들이 입법되기 전에 국내적 효력이 발생하였던 국제인권협약(ICCPR)과 양립하는 규정들을 입법하는 입법부측의 의사를 추론하였고, 그에 따라 동 규정들을 해석하였다. 제160조에 관한 논쟁의 밑바탕이 되었던 전제는 이 사건에서는 발생하지 아니하였다. **21.** ... 설사 우리가 위 para. 20에서 실시한 견해와는 달리 동 추정이 ... 설득책임에 해당한다고 하더라도, 제160조 논쟁에는 이 사건에 적용하여야 하는 또 다른 장애가 등장하고 있다. 제47조가 지우고 있는 부담들에 대한 우리의 결정은 동 부담들이 1997. 7. 1. 이전에 존재하는 형식 그대로 동등하게 동 규정들에게 적용되어야 한다. 그리하여 중전의 법으로 생각되고 있는 설득책임은 기본법이 시행을 개시하면서 ‘이전에 적용되어오던 법(a law previously in force)’이었던 것으로 말하는 것은 정당하지 않게 되었다. 동 규정들은 1992년 입법되었으며 동 규정들이 요구하는 것이 특별한 설득책임이라면 그러한 설득책임은 허용될 수 없고, 당시 시행중이던 특허장(Letters Patent)은 그러한 규정들의 입법을 배제하고 있었다. 동 규정들은 국제인권협약(ICCPR)과 배치되기 때문이다. 그러한 무효라는 효력은 동 규정들의 입법이 이루어진 날까지 소급한다는 것이 명백하다. 이러한 접근방법은 홍콩대법원(Court of Final Appeal)의 *Solicitor v Law Society of Hong Kong & Secretary for Justice*

107) *HKSAR v Hung Chan Wa* [2005] HKCA 231의 para. 137 (원주에 따름).

108) 국제인권협약(International Covenant on Civil and Political Rights)을 의미.

109) 동 판결의 원문은 『**137.** It follows that the presumption to which we have referred, that in the face of competing available constructions, the legislature should be taken to have intended a provision compatible with the requirements of the Covenant, is a presumption which can safely be applied to the enactment in 1992 of sections 47(1) and (2) as presently framed.』

사건판결¹¹⁰⁾과 일치하고 있다. 22. 제안에 대해 일반적으로 말하면 제160조는 하나의 규범으로서 순수히 장래효만을 가지는 선언을 지시하고 있다는 것, 그러한 제안은 전체로서의 기본법의 구도와 불편한 관계에 있다는 것, 그리고 제160조이 목적론적 해석과 함께 그리고 이러한 목적을 위해 1997. 7. 1. 이전에 입법된 규정들의 위헌을 선언하는 판결을 하는 책임을 떠맡고 있다는 것이다.』라고 실시하면서, 위 para. 22에서는 이어 상세하게 동 실시를 뒷받침하기 위한 논리를 전개하고 있다.

항소법원은 *HKSAR v Yim Chuen* 사건판결에서 위와 같은 논의 끝에 para. 45에서 다음과 같이 결론짓고 있다: 『장래를 향한 폐기라는 기법을 사용하는 사법적 권한은 앞서 설명한 바와 같이 기본법에서 지시되고 있지 아니하다. 그리고 홍콩특별구법원들에게 그러한 길을 따라 여행하도록 권한을 수여하고 있는 제정법적 규정도 존재하지 않는다. 검토 중에 있었던 책임전환 규정의 목적을 밝히기 위해 그러한 기법을 받아들여도록 보통법에서 우리에게 권한을 부여하고 있는지 여부를 결정하는 것이 전혀 불필요하는 경우가 있는가 하면 그에 대한 착수가 필요하다고 판단되는 종류의 해석의 경우나 제정법규정이 기본법과 부합하지 아니한 것으로 결정하였던 경우에도 불필요하다. 우리가 앞서 완곡하게 말하였듯, 설사 그러한 권한이 존재하고 우리의 판단이 양립불가성의 선언에 해당한다고 하더라도 그러한 권한은 예외적인 상황에서만 행사될 수 있는 성질의 것이고¹¹¹⁾ 이 사건과 같은 경우에는

110) [2004] 1 HKLRD 216.

111) 이 점에 대한 판결의 실시는 *HKSAR v Yim Chuen* 사건판결의 para. 34에서의 다음 일절만을 소개하는 것으로 그치기로 한다: 『In so far as *Spectrum* has hinted at the possibility of utilizing the technique in exceptional circumstances, it is, again, the injustice that would flow from undoing rights acquired in reliance on settled law that is stressed as the basis for its exceptional use: “There could be cases where a decision on an issue of law, whether common law or statute law, was unavoidable but the decision would have such gravely unfair and disruptive consequences for past transactions or happenings that this House would be compelled to depart from the normal principles relating to the retrospective and prospective effect of court decisions.” per Lord Nicholls at p 699, para. [40]. And this suggested premise for its use is an echo of the position

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

이에 해당하지 아니하므로 그러한 판단은 불필요하다고 할 수 있다.』

VI. Trinidad and Tobago

Trinidad and Tobago는 영연방소속국가이다. 이 글에서 특히 이 Trinidad and Tobago의 헌법규정과 판례를 살피는 것은 동 헌법과 유사한 헌법들이 영연방에 속한 나라에서 이 글에서 주제로 삼고 있는 동 헌법과 거의 유사하거나 변형되고 있는 헌법들이 시행되고 있고, 한편 영국의 추밀원(Privy Council)이 이러한 문제들에 대한 최종심으로서 판단을 하고 있기 때문에 이 글의 주제에 대한 추밀원의 근본적 접근방법을 어느 정도 짐작할 수 있기 때문이다.

1. 헌법 규정

Trinidad and Tobago헌법 제2조는 『이 헌법은 Trinidad and Tobago의 최고 법이며 이 헌법과 부합하지 아니하는 법률은 부합하지 아니하는 범위 내에서 무효이다』라고 규정하며, 제3조는 해석규정(Interpretation)으로 『‘법률(law)’에는 (이 헌법 시행 이후에 제정된) 법률과 이 헌법이 Trinidad and Tobago의 법의 일부로서 시행을 개시하기 전에 효력을 가지고 있었던 연합 왕국(United Kingdom)의 법률이나 행정입법 및 성문화되지 아니한 법원칙을 포함된다』¹¹²⁾고 규정하고 있다.

of the European Court of Justice: “The court has taken that step [of limiting the temporal effect of a ruling] only in quite specific circumstances, where there was a risk of serious economic repercussions owing in particular to the large number of legal relationships entered into in good faith on the basis of rules considered to be validly in force and where it appeared that both individuals and national authorities had been led into adopting practices which did not comply with Community legislation. ...” *R v (Bidar) v Ealing London Borough Council* at p 846H-847A, para 69. ...』

112) 3. **Interpretation:** “‘law’ includes any enactment, and any Act or statutory instrument of

동 헌법 제1장 『기본적 인권과 자유의 인정과 보호(The Freedom and Protection of Fundamental Human rights and Freedoms)』의 제1부 『신성한 권리(Rights Enshrined)』에서는 제5조에서 권리와 『자유에 대한 인정과 선언(Recognition and declaration of rights and freedoms)』을, 제6조에서 『자유와 권리의 보호(Protection of Rights and Freedom)』을 규정하고 있으며, 제2부 『현존하는 법률에 대한 예외(Exceptions for Existing Law)』의 제6조에서는 『현존하는 법률에 대한 구제(Savings for Existing Law)』라는 표제 하에 다음과 같이 규정하고 있다: 『1. 제4조 및 제5조는 다음의 것들을 무효로 하지 아니한다. a. 현존하는 법률; b. 현존하는 법률에 대해 변경을 가함이 없이 폐지¹¹³⁾하거나 재입법한 법률; c. 현존하는 법률을 변경하고 있지만 이전에는 이 장에서 보장되고 있는 기본권을 훼손하고 있지 않던 현존하는 법과 같은 방식으로 또는 그 범위 내에서 제정된 법률. 2. 현존하는 법률을 폐지하거나 수정을 가하여 재입법하고 있고 동 제정법률이 당시에는 기본권을 훼손하고 있지 않던 현존하는 법률과 같은 방식으로 또는 그 범위 내에서 제정되었으나 이 장에서 보장하고 있는 기본권을 훼손하고 있는 것으로 해석되는 경우에는, 제13조 및 제54조¹¹⁴⁾의 제한범위 내에서, 현존하는 법률조항은 이전에는 기본권을 훼손하고 있지 않았던 기본권과 같은 방식으로 또는 그 범위 내에서 기본권을 침해한다고 해석되는 제정법률규정을 대체한다. 3. 이 조에서 현존하는 법과 관련하여 ‘변경한다(alters)’에는 현존하는 법을 폐지하고 수정과 또는 상이한 규정을 두는 방법으로 이루어지는 동 법률을 대체하여 이루어지는 재입법 또는 현존하는 법률의 수정을 포함하며, ‘현존하는 법률(existing law)’이란 이 헌법의 시행이 개시되기 직전에 Trinidad and Tobago

the United Kingdom that before the commencement of this Constitution has effect as part of the law of Trinidad and Tobago, having the force of law and any unwritten rule of law.”

113) 대체법률의 제정과 더불어 이루어지는 유보부폐지(repeal with re-enactment (or replacement) of the repealed law)를 말한다.

114) 헌법개정에 관한 규정이다.

의 법률의 일부로서 적용되고 있었던 법률을 의미하며, 제1항에서 언급하는 제정법을 포함하고, ‘권리(right)’는 자유를 포함한다.’¹¹⁵⁾고 규정한다.

제1항에서 언급하는 제4조에서는 『이제 Trinidad and tobago에서 인종, 소속, 피부색, 종교 또는 성을 이유로 차별을 받음이 없이 다음에 열거하는 기본적 인권 및 자유가 존재하여왔으며 앞으로도 계속하여 존재할 것임을 인정하고 선언한다. 즉, (a) 개인의 생명에 관한 권리 ... 적법절차에 의하지 아니하고는 생명을 박탈당하지 아니할 권리; (b) 개인의 법 앞에서 평등 및 법의 보호를 받을 권리 ...』라고 규정하고 있고, 제5조에서는 『(1) 이 장에서 명백하게 달리 규정하는 경우 및 제54조를 제외하고는 어떠한 법률에서도 이 장에서 인정하고 선언하고 있는 어떠한 권리와 자유에 대해서도 이를 폐기하고 박탈 또는 침해하거나 폐기, 박탈 또는 침해하도록 권한을 부여할 수 없다. (2) 제1항을 침해하지 아니하고 이 장 및 제54조의 제한에 따르는

115) Section 6. Savings for existing law:

“1. Nothing in sections 4 and 5 shall invalidate-

a. an existing law;

b. an enactment that repeals and re-enacts an existing law without alteration; or

c. an enactment that alters an existing law but does not derogate from any fundamental right guaranteed by this Chapter in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right.

2. Where an enactment repeals and re-enacts with modifications an existing law and is held to derogate from any fundamental right guaranteed by this Chapter in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right then, subject to sections 13 and 54, the provisions of the existing law shall be substituted for such of the provisions of the enactment as are held to derogate from the fundamental right in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right.

3. In this section-

“alters” in relation to an existing law, includes repealing that law and re-enacting it with modifications or making different provisions in place of it or modifying it;

“existing law” means a law that had effect as part of the law of Trinidad and Tobago immediately before the commencement of this Constitutions, and includes any enactment referred to in subsection (1);

“right” includes freedom.

경우에도 의회는 다음의 것을 할 수 없다. ... (b) 잔인하고 기이한 대우나 처벌을 가하거나 그 권한을 수여하여서는 아니 된다.』고 규정하고 있다. 그리고 제5조에서는 제1항에서 『본조의 적용을 받는 외에 헌법의 시행이 개시 되는 날(appointed day) 이후에는 현존하는 법률의 작동은 1962년추밀원명령의 취소에 의해 영향을 받지 아니한다. 현존하는 법률은 이 헌법과 조화를 가져오도록 필요하다고 판단되는 수정·변용·제한요건 또는 예외의 설정을 하면서 해석하여야 한다.』는 내용을 규정하고 있다.¹¹⁶⁾

그리고 제6조 제2항에서 언급하는 제13조는 제4부 『특정법률에 대한 예외(Exceptions for Certain Legislation)』에서의 『제4조 및 제5조와 부합하지 아니하는 법률(Acts Inconsistent with Sections 4 and 5)』라는 표제 하의 한 조로 다음과 같이 규정하고 있다. 『1. 이 조항의 적용을 받는 법률은 제4조, 제5조와 부합하지 아니하더라도 효력을 가진다고 선언할 수 있다. 그리고 동 법률에서 그러한 선언을 하는 경우에는 사회가 개인의 자유와 권리에 대한 정당한 존경을 하고 있다는 점에 대해 합리적으로 정당화할 만한 사유가 존재하지 않는다는 점이 증명되지 아니하는 한 동 법률은 선언에 따른 효력을 가진다. 2. 이 조항이 적용되는 법률은 동 법률에 대한 안이 양 원에 의해 통과되었고 각 원의 최종표결에서 각 원의 모든 재적의원의 5분의 3 이상의 찬성표에 의해 지지되었던 법률을 말한다. 3. (생략)』 다만 제54조는 헌법개정 에 관한 규정으로 이 글의 주제와는 직접 관계가 없다.

Trinidad and Tobago에서 법률의 헌법위반 여부에 대한 판단은 항소법원은 1심법원에 해당하는 High Court에서도 가능하다(제100조 제2항). 그러나 최종적인 판단은 사법위원회(Judicial Committee)에 상고가 이루어지는 경우에(제

116) section 5.- “1. Except as is otherwise expressly provided in this Chapter and in section 54, no law may abrogate, abridge or infringe or authorise the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights and freedoms hereinbefore recognised and declared. 2. Without prejudice to subsection (1), but subject to this Chapter and to section 54, Parliament may not- a. authorise or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person; b. impose or authorise the imposition of cruel and unusual treatment or punishment; (이하 생략)”

109조) 항소법원 법관들로 구성된 대법원(제99조)에서 이루어지게 된다.

2. 판례

가. 판례형성의 배경

영연방국가들의 많은 국가들에도 공통된 것이지만, 그리고 나라에 따라 일부 변형되기도 하지만, Trinidad and Tobago에서는 ‘신체에 대한 범죄행위법(Offences Against The Person Act 1925)’ 제4조에서는 『살인의 유죄판결을 받은 자는 중죄인으로 사형에 처한다(Every person convicted of murder shall suffer death as a felon)』고 규정하고 있다. 즉 동조는 절대적 사형선고에 관한 규정이다. 한편 Trinidad and Tobago에서 시행되어 오던 해석법(Interpretation Act 1962) 제64조에서는 『어느 성문법에서 어떠한 문언을 사용하는 특정한 행위를 행한 자는 형벌에 처한다고 규정하는 경우에 동 행위는 동 성문법에 의한 범죄행위를 구성하는 것으로 간주한다』고 규정하고 있고, 동 제68조에서는 『(1) 어느 성문법에서 동 성문법을 위반하는 범죄행위에 대해 형벌을 규정하는 경우에, 동 규정은 동 범죄행위에 대해 동 규정에서 정한 형벌을 초과하지 아니하는 형벌에 의해 처벌할 수 있다는 것을 의미한다. (2) 어느 법률 또는 행정입법에서 형사범죄행위에 대한 형벌로서 최소형벌이나 벌금형 또는 확정형벌이나 벌금형을 규정하는 경우에, 동 법률이나 행정입법은 각 규정에 따라 그러한 최소형벌이나 벌금형이 규정되지 아니한 것으로서의 또는 확정형벌이나 벌금형이 최고형벌이나 벌금형을 규정하고 있는 것으로서 효력을 가진다.』고 규정하고 있다. 이러한 규정형식으로 해석법 제64조에 의해 살인은 성문법상의 살인에 해당하고,¹¹⁷⁾ 그러한

117) 이 주장은 영국법계에서 영국보통법상의 살인을 인정하고 있는 현실에 따른 것이다. 뒤이은 본문의 *Roodal v The State (Trinidad and Tobago)* 사건판결의 para. 4에서 Trinidad and Tobago에서도 마찬가지로라는 점을 명백히 하고 있다.

전제 위에서 해석법 제68조에 의해 범죄행위법 제4조에서 규정하는 절대적 사형규정은 최고형 사형규정으로 변경되었다고 주장하고 있다. 즉 살인에 대한 형의 선고는 재량이라는 주장이 제기될 수 있다. 이 문제는 추밀원의 *Roodal v The State (Trinidad and Tobago)* 사건판결¹¹⁸⁾ 및 *Matthew v Trinidad and Tobago* 사건판결¹¹⁹⁾에서 논의되고 있다.

Trinidad and Tobago 헌법은 당초 1961년추밀원명령(Order in Council of 1961)에 포함되고 있었는데 동 명령은 1962년헌법에 의해 1962년명령(Trinidad and Tobago (Constitution) Order in Council 1962)의 한 부분으로 대체되었다. 1962년헌법 제1조와 제2조는 권리장전에 관한 규정인데 제2조에서는 잔인하고 기이한 대우나 처벌을 금하는 보장규정을 두고 있는데, 제3조에서는 『이 헌법의 제1조 및 제2조는 이 헌법의 시행이 개시되기 전에 Trinidad and Tobago에서 적용되는 법률과 관련하여서는 적용되지 아니한다』고 규정하고 있었고, 1962년명령 제4조에서는 『본조의 적용을 받는 외에는, 이 명령의 시행이 개시된 후에는 현존하는 법률은 현존하는 법률의 취소에 의해 영향을 받지 않는다. 그러나 현존하는 법률은 이 명령과 조화를 가져 오기 위해 필요하다고 판단되는 경우에는 그에 상응하여 수정·변용·제한 요건 또는 예외의 설정을 하면서 해석하여야 한다.』¹²⁰⁾고 규정하고 있다. 동 명령에서 규정하는 『현존하는 법률(existing laws)』에 대해서는 동 명령 제4조 제5항에서 『이 명령이 시행을 개시하기 직전에 Trinidad and Tobago 식민지의 법의 일부로서 효력을 가지는』 법률을 의미한다고 정의하고 있다.

Trinidad and Tobago 항소법원은 *Roodal v The State (Trinidad and Tobago)* 사건에서 항소법원장(Chief Justice)의 설시를 통해 먼저 『우리는 법¹²¹⁾ 제5

118) [2003] UKPC 78

119) [2004] UKPC 33; [2005] 1 AC 433; [2004] 3 WLR 812; [2004] All ER (D) 116

120) **Section 4(1)**: “Subject to the provisions of this section, the operation of the existing laws after the commencement of this Order shall not be affected by the revocation of the existing Order but the existing laws shall be construed with such modifications, adaptations, qualifications and exceptions as may be necessary to bring them into conformity with this Order.”

조 제1항에 근거하는 수정을 하면서 해석할 수 있는 권한은 어느 제정법에서 발견되는 불합치를 법원이 실질적으로(virtually) 제거하거나 교정하기에 충분할 만큼 넓다고 보고 있다. 추밀원은 *Reyes* 사건판결,¹²²⁾ *Hughes* 사건판결¹²³⁾ 및 *Fox* 사건판결¹²⁴⁾에서 강제적사형선고규정(mandatory death penalty)을 제거하기 위해 강제적 선고를 규정하는 법률을 수정하는 방법을 승인하고 있다. 우리는 Trinidad and Tobago에서 그러한 방법이 이용될 수 있다는 점에 대해 아무런 의문을 가지고 있지 아니하다. 이는 *Fox* 사건판결에서 St. Christopher and Nevis¹²⁵⁾에서 상응규정에 대해 이루어지고 있는 것과 같은 ‘신체에 대한 범죄행위법(Offences Against The Person Act 1925)’ 제4조에 대한 수정에 지나지 아니하며, 경우에 따라서는 법원에 살인의 유죄판결을 선고받은 자에게 징역형을 선고할 수 있도록 하는 해석법 제68조 제2항에 대한 수정에 지나지 아니한다고 할 수 있다. 제5조 제1항은 재량적사형선고방법의 제공을 통해 1925년법¹²⁶⁾ 제4조를 수용하기에 충분할 만큼 넓다는 점에서 공통된다. (para. 23)』고 실시하고, 나아가 『수정의 효력은 강제적사형선고규정의 무효성을 인정하고 이를 실행하기 위한 것이다. 그와 같은 수정은 일부무효(partial invalidity)에 대한 선택수단이나 대체수단이라기보다는 일부무효의 파생결과이다. 그러나 강제적 사형선고는 헌법 제6조 제1항에 의해 무효로부터 구제되었다. 그러므로 강제적선고규정을 제거하기 위해 법¹²⁷⁾ 제5조 제1항이 활동하도록 압력을 가할 필요는 없다. 어찌되었든 엄

121) Constitution of the Republic of Trinidad and Tobago Act, 1976을 의미한다. Trinidad and Tobago 헌법은 이 법률의 부속명세서에 포함되고 있다. *Roodal v The State (Trinidad and Tobago)* 사건판결 para. 19.

122) *Reyes v R (Belize)* [2002] UKPC 11

123) *R v Hughes* [2002] UKPC 12

124) *Fox v R* [2002] UKPC 13

125) St. Kitts와 Nevis 섬으로 이루어진 Caribbean 국가. 수도는 Basseterre.

126) Offences Against The Person Act 1925

127) Constitution of the Republic of Trinidad and Tobago Act, 1976을 의미한다. Trinidad and Tobago 헌법은 이 법률의 부속명세서에 포함되고 있다. *Roodal v The State (Trinidad and Tobago)* 사건판결 para. 19.

격하고도 협소하게 ‘무효로 한다(invalidate)’는 용어가 해석될 수 있다고 하더라도, 우리는 합리성이라는 어떠한 모습의 이름을 빌리더라도(with any semblance of rationality) 동 용어가 법 제5조 제1항에 근거한 수정에 의해 무효의 원인이 제거될 수 없고 그와 같이 제거될 수 없는 경우에만 무효가 된다는 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있다고 생각하지는 않는다. 그러한 해석은 현존하는 법으로부터 1962년헌법의 특별구제조항에 근거하여 제공되고 있는 모든 구제방법을 실질적으로 박탈하여버릴 것이다. 우리는 그러한 것이 헌법의 특별구제조항의 문언에 의해 의도되고 있었던 것이라는 주장을 받아들이지 않는다. (밑줄친 부분은 판결에서 가한 강조부분)』고 결론지었다.

나. *Roodal v The State (Trinidad and Tobago)* 사건판결

Roodal v The State (Trinidad and Tobago) 사건에 관하여 Trinidad and Tobago 항소법원은 해석법 제64조 및 제68조가 적용되어야 한다는 변호사의 주장과 관련하여, 추밀원은 이 문제는 헌법적 차원에서 적용가능한 규범들과 함께 탐구되기까지는 그에 대한 결정은 미루어져야 할 필요가 있다는 이유로, 변호인의 주장에 대한 적극적 판단을 유보하고 있다.

추밀원의 Lord Steyn은 다수의견을 대표하여 『헌법적 수정(Constitutional Modification)』이라는 표제 하에 항소법원장의 해석은 1962년헌법을 근거로 한다는 점을 먼저 언급하고 나아가 해석의 타당성에 대해 다음과 같이 설시하고 있다: 『25. 항소법원장은 1962년헌법과 1976년헌법에 근거한 수정권한의 범위는 동일하다는 것을 가정한다. 제1962년명령 제4조에 근거한 수정권한과 1976년 제5조 제1항에 근거한 수정권한의 비교는 이루어질 수 있다. 그러나 1962년헌법 제3조와 1976년헌법 제6조 제1항을 동일시하는 것은 정당화될 수 없다. 전자는 직설적으로 배제규정(‘shut out’ provision)이다.¹²⁸⁾ 재량적사형선고방법의 제공을 통해 1925년 제4조 규정을 수정하는 것은

1962년헌법 제3조에 의해 명백하게 배제되고 있다. 1976년법과 헌법은 현존하는 법에 대해 보다 개방적인 짜임새의 구성방법을 취하고 있다. ‘적용하지 않는다(shall not apply)’는 부분이 ‘무효가 되지 않는다(shall not invalidate)’는 부분으로의 용어상의 변화는 의도하지 아니하였던 것이라고는 할 수 없다. 그렇지 않으면 현존하는 법률과 관련한 1962년헌법의 ‘배제규정(‘shut out’ provision)’의 연속성을 기대하였을 것이다. 1976년 추밀원 앞에서 지금 전개되고 있는 논쟁에 대한 문이 열렸다. 26. 어찌 되었든 가능한 해석의 한 가지가 더 있다. 첫 번째 단계는 제정법의 문언이 헌법과 조화를 이루도록 법률의 일부규정을 일부 배제하고 해석하거나(reading down) 법률에 일정 내용을 보충하면서 해석하며(reading in) 또는 분리하는 방법(severance)으로 1925년법 제4조가 1976년법 제5조에 근거하여 수정이 이루어질 수 있는지를 결정하는 단계이다. 헌법 제6조 만이 수정에 호소하여 고칠 수 없는 것으로 증명되었던 현존하는 법률의 무효화를 배제하기 위해 작동하게 된다. 그 경우에 제4조나 제5조에 대한 비부합규정(section 4 or 5 non-conformity)은 제6조에 의해 구제되지 아니하는 한 제2조에 의해 무효가 된다. 물론 제5조와 제6조 사이에 잠재적 긴장관계가 존재한다는 것은 사실이다. 이러한 해석 방법은 제5조에 대해 관대한 해석을 할 수 있는 장점을 가지고 있다. 그리고 동시에 이러한 해석방법은 제2부에서 ‘현존하는 법률에 대한 예외(Exceptions for Existing Law)’라고 기술하고 있고 제6조 제1항을 포함하고 있는 조항들에게 확장해석(extensive interpretation)을 하지 않는다. 헌법적 권리장전에 포함된 예외들은 통상적으로 넓기 보다는 좁게 해석하여야 한다. 이러한 접근방법이 해석에 관한 정통규범에 터 잡아 정당화된다. 27. 상이한 용어로 내던져진 헌법항의 규정들을 비교함에 있어서는 무척 주의를 기울여야 하지만, 그와 같은 두 단계 해석절차는 Canada, New Zealand, South Africa 및 연합왕국(United Kingdom)의 권리장전에서 비양립성 또는 간혹은 무효가 검토되기에 앞서 취하여야 하는 법률의 일부규정을 일부 배제하고

128) (원주): see *de Freitas v Benny* [1976] AC 239, at 244G-H.

해석하는 의무규정(obligation of 'reading down' provision)에 영향을 미칠 것이라는 점을 주목하는 것도 필요하다.¹²⁹⁾ 그것은 개인적 권리와 좋은 민주 정부 사이에 불가피하게 긴장관계가 존재하는 현실세계에서 기본권에 대한 합리적인 보호조치를 부여하는 실행가능하고 자애로운 기법이다. **28.** 제안되고 있는 해석방법은 불부합의 경우들에 있어서 역동적이지만 과장되지 아니하는 역할을 수행하도록 수정하는 헌법적 권한을 허용하고 있다. 예를 들면 사형선고와 같은 것들에 대한 도전은 보장하지 않는다. 한편으로는 항소법원은 1976년법 제5조의 작동에 대해서는 최소한의 영역만을 허용하고 있다.

129) (원주): see *Schachter v Canada* [1992] 2 SCR 679, at 695-6; *Moonen v Film and Literature Board of Review* [2000] 2 NZLR 9; *S v Manamela* [2000] 3 SA 1; 2000(5) BCLR 491; section 3 and 4 of the Human Rights Act 1998(UK).

* **3. Interpretation of legislation:**

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section – (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.

* **4. Declaration of incompatibility:**

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(4) If the court is satisfied – (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility.

(5) In this section “court” means – (생략)

(6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) – (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.

생명과 죽음이라는 쟁점과 관련하는 기본권이라는 문맥은 소위 “일람표화한 율법주의의 엄격성(the austerity of tabulated legalism)’을 피하고 개인에게 언급되고 있는 기본권과 자유에 부족함이 없는 조치를 취하기에 적합한 ‘너그러운 해석(a generous interpretation)’”¹³⁰⁾을 요구하고 있다. 대신 항소법원은 보다 기교적인 접근방법을 채택하고 있다. **29.** 가능한 한 헌법은 Trinidad and Tobago가 부담하는 국제적 책임에 순응할 수 있도록 해석하여야 한다. 1991. 5. 28. Trinidad and Tobago는 미주인권협약(American Convention on Human Rights 1969)을 비준했다. 1998. 5. 26. Trinidad and Tobago가 동 협약을 탈퇴한 것은 사실이다. 탈퇴는 탈퇴당일 효력을 발생했다. 그러나 살인의 시기, 즉 1995. 8. 19-20.에는 Trinidad and Tobago가 미주인권협약의 당사자이었다. 피항소인 국가(Trinidad and Tobago)는 범행 당시에 적용되던 법률이 결정적이라는 점을 받아들이고 있다. 따라서 동 협약은 이 사건에 적용가능하다. 동 협약 제4.2조에서는 ‘사형은 가장 중대한 범죄에 대해서만 가할 수 있다’고 규정하고 있다.¹³¹⁾ 강제적사형선고는 미주내인권법원(Inter-American Court of Human Rights)이 Hilaire 사건판결¹³²⁾에서 판시하듯 동 협약 제4조와 부합하지 않는다. 가능한 한 동 협약과 부합하는 해석이 채택되어야 한다. **30.** 더욱 Trinidad and Tobago는 아직까지 미주기구(Organization of American States)의 회원국이다. 당초 ‘인간의 권리와 의무에 대한 미주인 선언(American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948))’은 법적 의무를 창설하는 것으로 보고 있지 않았다. 한편, Trinidad and Tobago가 1991년 미주인권선언을 비준하기 전에 동 협약에 의해 창설된 기구는 동 선언에 규범적 효력을 부여하기 시작하였다.¹³³⁾ 미주인권선언은 미주기구의 회원국

130) *Minister of Home Affairs v Fisher* [1980] AC 319, at 328.

131) (원문의 일부): Advisory Opinion OC - 3/83 of 8 September 1983 by the Inter-American Court of Human Rights: Restrictions to the Death Penalty (Articles 4(2) and 4(4) of the American Convention on Human Rights, para 54.

132) *Hilaire, Constantine and Benjamin v Trinidad and Tobago* [2002] IACHR 4.

133) (원문의 일부): see Resolution No. 3/87, *Roach and Pinkerton v United States*, by the Inter-American Commission on Human Rights, 22 September 1987; Advisory Opinion

이 되었던 근거이었다. Trinidad and Tobago는 미주인선언의 위반에 대한 위원회의 신청절차에 따라야 한다. 미주인선언은 Trinidad and Tobago에 대해 적용가능하다.¹³⁴⁾ 동 선언은 잔인하고 부끄럽거나 기이한 처벌에 대한 보장규정을 제26조에서 규정하고 있다. 위원회는 2001. 4. 4. 판결에서 강제적사형선고는 다른 어느 것 보다도 제26조를 위반하고 있다고 결론짓고 있다(paras 137, 138 and 147). 이러한 판결의 기초는 동 선고는 ‘범행자의 개인적 상황이나 개별적 범죄행위의 상황에 대한 고려를 하지 아니한 채 ... 오로지 범죄유형에 근거하여 사람들로부터 그들의 자유를 박탈하는 효력’을 가진다. 강제적 사형선고는 동 선언에 근거한 Trinidad and Tobago의 국제적인 책임과 부합하지 아니한다. Trinidad and Tobago의 국제적 책임과 부합하는 해석이 선호되어야 한다. **31.** 이러한 모든 이유들에 근거하여 평결회합(Board)에서는 1925년법 제4조는 재량적종신형(discretionary life sentence)을 규정하는 것으로 해석하여야 한다고 결론짓고 있다. **32.** 수정은 어떻게 이루어져야 하는가. 이 문제는 우리를 해석법(Interpretation Act)으로 돌린다. 동 법은 내국적 및 국제적 규범과 함께 오늘날의 세계 속에서 그리고 헌법의 입장에서 해석되어야 한다. 따라서 해석법의 해석이 이루어진 제68조는 살인에 대해 고정된 형벌인 죽음을 규정하고 있는 것이 아니라 죽음이라는 최대형벌이 죽음이라는 것을 규정하고 있는 것으로 읽혀야 한다. 달리 말하면 살인에 대한 죽음이라는 형벌은 재량적이다. 죽음에 대한 선택적 수단으로 명백한 것은 징이다. 1925년법 제4조에 대한 더 이상의 수정은 요구되지 않는다.』

by the Inter-American Court of Human Rights, OC 10/89, dated 14 July 1989, given at the request of the Government of Colombia; Oppenheim's International Law 9th ed., 1992, 1027-1029; **Schabas**, The Abolition of the Death Penalty in International Law, 3rd ed., 2002, at 315.

134) (원문의 일부): the Inter-American Commission on Human Rights Report No. 48/01 in cases numbers 12.067 (Edwards), 12.068 (Hall), and 12.086 (Schroeter and Bowley) against The Bahamas dated 4 April 2001.

다. *Matthew v Trinidad and Tobago* 사건판결

Matthew v Trinidad and Tobago 사건판결에서 상고인은 1999. 12. 3. Port of Spain 순회재판소에서 Louise Gittens를 살인하였다는 점에 대한 유죄가 인정되어 사형을 선고받았다. 2000. 12. 1. Trinidad and Tobago 항소법원은 유죄판결에 대한 항소를 기각하였다. 이에 상고인은 추밀원에 유죄 및 사형 선고에 대한 상고의 허가신청을 하였다. 2003. 5. 12. 유죄판결에 대한 상고 허가신청은 기각되었다. 그러나 2004. 1. 12. 사법위원회는 사형선고에 대하여는 상고허가를 받아들였다. 상고의 유일한 근거는 법원은 사형선고가 강제적인 것으로 잘못 생각했다는 데 있다. *Matthew* 사건판결은 위에서 언급한 *Roodal* 사건판결이 선고된 후 1년도 채 지나지 아니하여 내려진 것으로 동 판결을 번복한 판결이다. 그러면 어떠한 사정에 의해 그와 같은 단기간에 *Roodal* 사건판결을 폐기하는 *Matthew* 사건판결이 선고된 것인가. 이는 *Roodal* 사건판결이 선고된 후 유사한 문제가 제기되고 있는 Barbados 사건인 *Boyce and Joseph v The Queen* 사건의 상고심 공판과정에서 *Roodal* 사건판결의 정당성에 대한 의문이 제기되었고, 그리하여 추밀원이 최종 상소법원인 여러 나라에서 유사한 규정들을 가지는 모든 헌법에 적용될 수 있는 확고한 법리형성(definitive ruling)에 도달하고자 하는데 있었다. *Matthew* 사건판결이 선고된 같은 날, 추밀원에서는 *Boyce and Joseph v The Queen* 사건판결을 함께 선고하였다. 동 *Boyce* 사건판결에서는 *Roodal* 사건판결에서의 설시이유를 배척하고 Barbados에서 강제적사형선고를 규정하는 법률은 유효한 상태로 남아 있다고 판결하였다. 뒤에서 보듯 *Matthew* 사건판결에서 다수의견을 대표하던 Lord Steyn은 *Matthew* 사건판결에서는 소수의견으로 전락하고 있다. *Matthew* 사건판결에서의 다수의견은 Lord Hoffmann에 의해 이루어지고 있다.

Lord Hoffmann은 서론부분에 해당하는 『요약(Summary)』에서 다음과 같이 설시하고 있다: 『2. 제6조 제1항의 문언과 목적은 뚜렷하므로 Trinidad and

tobago 항소법원 법관들(Lordships)의 사형에 대한 도덕성이나 효용에 대한 입장이 어떠하든 법관들은 법원으로서 동 법률을 실행하여야 하는 의무를 지고 있다. Lord Bingham of Cornhill이 *Reyes v The Queen* 사건판결¹³⁵⁾에서 실시하듯 “법원은 자신의 편견이나 도덕적 가치를 헌법에 읽어 보충하는 면허를 가지고 있지 못하다.” 동 법관들은 사람들이 헌법을 단순하게 읽는 경우에 강제적사형선고가 헌법 제4조, 제5조와 부합하지 못하기 때문에 무효라고 보아야 할 근거는 전혀 없다고 항소인이 주장하는 것을 이해하지 못하고 있다. 3. 이 점은 무척 중요하다. 헌법 그 자체에 어떤 모호함이 있다고 암시되고 있지 아니하다. 강제적사형선고는 아무리 사리에 밝고 전향적이라고 하더라도 제6조 제1항은 어쨌든 그리고 언젠가는 소진되어버릴 단순히 잠정규정일 뿐이라고 말하는 것을 가능하게 하는 해석을 전혀 수용할 수 없는 것으로 받아들이고 있을 뿐이다. 헌법 제6조 제1항은 의회가 현존하는 법률을 변경하기로 결정하는 그러한 시기까지 현존하는 법률의 유효성을 보호하면서 그 자리에 서 있는 것이다. … 5. 오늘 선고된 *Boyce and Joseph v R* 사건판결¹³⁶⁾에서 추밀원대법관들이 개진하는 이유들에 의하면 동 대법관들은 이러한 주장은 전혀 유지될 수 없는 것으로 보고 있다. 이러한 주장은 Trinidad and Tobago에서 최고법인 헌법의 지위와 양립할 수 없으며 그 결과에 있어서 불합리하다고 할 수 있을 정도로 자의적이다. 주장이 배척되어야 하는 것은 당연하다고 보고 있다. 6. 강제적사형선고규정이 제4조, 제5조의 현행해석과 부합하지 아니한다고 하더라도 동 사형규정은 제6조 제1항에 의해 위헌성을 면하고 있다. 강제적 사형규정은 마찬가지로 Triidad and Tobago가 당사자인 다양한 인권조약의 현행해석과 부합하지 않고 있다. 항소법원 법관들은 이러한 결과를 회피할 수 있는 가능한 헌법해석이 존재하고 있는지를 마음 졸이며 고찰하였지만, 어떠한 해석도 존재하지 않는다고

135) [2002] 2 AC 235, 246.

136) *Boyce and Joseph v R (Unreported) C a b'Dos Suit* [2002] BBSC 16 Supreme Court of Barbados에 대한 미보고판결.

결론이었다. … 7. 오늘자 판결의 효력은 최근의 *Roodal v State of Trinidad and Tobago* 사건판결을 번복하는 데 있다. 이후에도 살인에 대한 사형선고는 강제적이다. 그러나 동 대법관들이 설명하듯, 현재 사형선고를 받고 있는 사람들로 부터 *Roodal* 사건판결의 혜택을 박탈하는 것은 공정하다고 생각하지 않는다. 따라서 동인들에게 사형선고형에 대한 상고를 허용하고 종신형의 선고로 대체하는 것을 허용하고자 한다.』

Lord Hoffmann은 나아가 『상고심 판단(The Appeal)』이라는 표제 하에 다음과 같이 설시하고 있다: 『18. 1976년법을 참고하지 아니한 채 헌법을 읽으면 제4조 및 제5조는 현존하는 법률에 대해 어떠한 영향을 가지는 것도 의도하지 아니하고 있었다는 점에 아무런 의심도 남기지 않는다. 헌법이 어떠한 법률들에 대해 영향을 미치도록 동조들을 규정하는 유일한 방법은 동조들과 부합하지 아니한 법률들의 무효에 관한 명문의 규정을 통하는 것이다. 그러한 법률들은 ‘부합하지 아니하는 범위 내에서 무효’라는 제2조, ‘어떠한 법률도’ 선언되고 있는 자유와 권리를 훼손하여서는 ‘아니 된다’(‘no law may’)는 제5조 제1항 규정 및 ‘의회는 하여서는 아니 된다’는 제5조 제2항 규정을 통해 명기되고 있는 행위를 실행하고 있다. 이것이 무효에 관한 문언이다. 제6조 제1항에서 제4조 및 제5조의 어떠한 조도 현존하는 법률을 무효화하지 못한다고 규정하지 못한다고 규정하는 것은 그와 같이 규정하지 아니하는 경우에 발휘하는 효력을 정확하게 반영하고 있다. 19. 항소법원 법관들은 ‘적용해서는 아니 된다’(‘should not apply’)에서 ‘무효화해서는 아니 된다(shall not invalidate)’로 문언이 바뀌는데 대해 큰 의미를 부여하지 아니하고 있다. 이러한 변경에 심오한 목적이 존재한다면 헌법의 독자들은 이만저만하지 않는 애매함을 발견할 것이다. 효력도 정확하게 동일하다 (그러한 변경에) 어떤 이유가 있다면 아마 제2조의 최고성의 선언에 관한 문언, ‘부합하지 아니하는 범위 내에서 무효(void to the extent of the inconsistency)’에 있다고 할 수 있는데, 제2조는 1976년헌법에서 새로 도입된 것으로 기안자들은 ‘어떠한 것도 … 무효화할 수 없다(Nothing … shall invalidate)’라는 용어를 그대로 반

영하는 것이 편리하다고 생각했기 때문이다. **20.** 만일 헌법 자신이 현존하는 법률을 보존하기로 하는 명백한 의사를 보인다면 항소법원 법관들이 의회가 1976년법 제5조 제1항을 입법함으로써 동 규정의 효력을 허물어뜨리는 헌법 외적 장치를 창설할 수 있었을(can have created a mechanism outside the Constitution) 것이라고 받아들인다는 것은 불가능하다. 주권을 가지는 Trinidad and Tobago 의회에서 제정된 그와 같은 규정에 대한 Barbados 독립명령(Barbados Independence Order 1966 SI 1455)의 상응규정에 대해 능력외의 것(*ultra vires*)은 아니었다고 동 법관들이 보고 있는 것과 마찬가지로 동 법관들은 Trinidad and Tobago의 그와 같은 규정에 대해서도 능력외의 것은 아니었다고 보고 있는 것은 사실이다.¹³⁷⁾ 그러나 제5조 제1항은 1962년헌법을 시행하도록 한 1962년추밀원명령(Trinidad and Tobago (Constitution) Order in Council 1962 SI 1962 No. 1875) 제4조를 사실상 글자 그대로 재생한 것으로 제5조 제1항이 동 명령 제4조와 다른 목적에 봉사한다는 것은 믿기 어렵다. **21.** Mr Fitzgerald(항소인 변호인)의 해석방법이 가져오는, 즉 수정이나 변용이 불가능한 법률들은 어느 것이나 유효하게 남는다는 비합리적인 파생결과는 *Boyce and Joseph v The Queen* 사건판결에서 충분히 논의되었고, 평결위원회에서는 동 사건에서 그러한 근거를 채택하였던 것이다. Mr Fitzgerald의 주장에 의하면, 제6조가 활동할 수 있도록 하기 위해서는, 일부 사건들에서는 제4조 및 제5조와의 불부합성은 완전한 무효와 전혀 다를 바 없는 결과를 초래하는 것은 피할 수 없지만, 평결위원회는 제5조 제1항에서 부여된 수정권한은 극히 광범한 것으로 받아들이고 있다.¹³⁸⁾ 제4조 및 제5조와 부합하지 아니하는 것으로 가정하는 법률의 생존은 실제보다는 형식에 의존한다는 어리석은 파생결과를 낳는 것은 바로 그것이다. **22.** 한편 수정권한에 대한 해석을 통하여 이루어지는 합리적인 설계는, 아무리 수정권한이 광범하다고

137) see *Boyce and Joseph v The Queen*.

138) (원문의 일부): see the passage from the judgment of **de la Bastide CJ** in *Roodal*, quoted in [2004] 2 WLR at p. 662.

하더라도, 헌법과 부합하는 현존하는 법률의 그러한 부분들의 유지의 지향이 라는 것에서 비롯한다. 그러한 경우에 있어서 법률의 형식이 현존하는 법률의 일부의 유지인 경우에는 구체방법은 제5조에 의한 수정이며, 헌법에 공격적인(offensive) 부분을 제거하는 것이다. 전체가 헌법에 공격적인 경우에는 동 법률은 무효화된다. 어느 경우이건 폐기되는 것은 공격적인 규정이며, 이는 형식보다는 실체에 근거하여 이루어진다. **23.** 이러한 목적은 제5조 제1항의 문언으로부터 드러나고 있으며, ‘Barbados에 관한 추밀원명령(Barbados Order in Council)’의 상응규정보다도 훨씬 명확하다. 추밀원명령의 상응규정의 시작은 ‘현존하는 법률의 작동은’ 헌법에 의해 ‘영향을 받아서는 아니되며’(‘the operation of the existing laws shall not be affected’) 적절한 수정과 함께 ‘해석되어야 한다(‘shall be construed’ with appropriate modifications)’고 되어 있다. 이러한 문언은 실제적으로 헌법에 부합하지 아니하는 것은 아니지만 수정권한이 존재하지 아니하는 경우에는 형식의 문제로서 이의가 제기될 수 있는 규정들에 구속되어야 하므로 무효가 될 수도 있는 법률의 부분들을 보존하자는데 있다는 것을 보이고 있다. ... **28.** 항소법원 법관들이 해결해야 할 유일한 문제는 강제적사형선고가 Trinidad and Tobago의 실제헌법과 조화를 이루고 있는지의 점이다. 헌법 자체에서는 대통령에 의한 형의 감면에 대한 명백한 규정을 두고 있고 강제적사형선고제도를 유지하고 있기 때문에 대법관들은 이러한 법률들이 무효화되어야 한다고는 생각하지 않고 있다. **29.** 이러한 이유로 항소법원 법관들은 *Roodal* 사건판결은 잘못 결정된 판결이라고 보고 있다. Mr Fitzgerald는 그럼에도 불구하고 *Roodal* 사건판결을 따라야 한다고 보고 있다. 통상적으로는 그것이 옳다. 나중에 구성된 평결위원회가 종전판결이 잘못 결정되었다는 이유만으로 종전판결로부터 이탈하는 것은 대법관들의 관행은 아니다. 그러나 지금의 확대된 위원회는 *Roodal* 사건판결이 Trinidad and Tobago에서만 아니고 Trinidad and Tobago와 유사한 헌법을 가지고 있고 추밀원에 상고할 수 있는 다른 Caribbean 국가에서도 따라야 하는가 라는 점을 결정할 목적으로 구성된 것이다.』

Ⅶ. 대한민국헌법 부칙 제5조의 해석론에 미치는 영향

1. 각국의 해석론의 요약

South Africa의 경우, 앞서 살펴본 현행헌법과 잠정헌법의 규정들 및 헌법재판소의 판례를 종합하면 South Africa 헌법재판소는 헌법 시행이 개시되기 전부터 적용되어 오던 법률 또는 법률규정이 헌법에 위배되는 경우에 동 법률 또는 법률규정은 헌법의 시행이 개시되는 시점에서 법률 또는 법률규정으로서의 효력을 상실한다. 헌법재판소의 위헌선언은 헌법에 위배됨으로써 이미 효력을 상실한 법률 또는 법률규정의 효력상실 사실을 확인하고, 다만 동 재판소의 위헌선언이 있기 전에 아직 위헌선언되지 아니하고 있는 법률 또는 법률규정이 헌법을 위배하지 아니하고 있고 따라서 유효한 것으로 알고 거래를 한 선의의 자에 대한 구제를 논하고 있다.

India의 경우, 앞서 살펴본 India 대법원의 판결들을 종합하면 다음과 같다. India헌법 시행이 개시되기 전에 적용중이던 법률, 즉 현존하는 법률의 지위는 *Keshavan Madhava Menon* 사건판결에서 실시한 법리, 즉 현존하는 법률이 India헌법과 부합하게 되었다고 하더라도 동 법률은 완전히(*in toto*) 무효가 되었거나 모든 목적과 관련하여, 모든 시기에 걸쳐 또는 모든 사람과 관계에 있어서 무효가 된 것은 아니며 『부합하지 아니하는 범위 내에서』 즉, 시민들에게 기본권을 부여하는 제3장의 규정들과 부합하지 아니하는 범위 내에서 무효가 되었을 뿐이다. 현존하는 법률들은 India헌법이 시행되기 전에는 유효한 법률이었기 때문에 India헌법과 부합하지 아니하게 되었다고 하여 현존하는 법률이 제정될 당시까지 소급하여 동 법률이 무효가 되는 것은 아니다. 그리고 India헌법의 기본권 규정과 부합하지 아니함으로 인해 전부 또는 일부가 무효가 된다고 하더라도 그 무효가 India시민이 아닌 사람들

에게 당연히 미치는 것은 아니며, 무효인 법률이라고 하더라도 비(非)시민과의 관계에서는 그대로 존속한다.

Hong Kong의 경우, 기본법에서 장래효적 폐기 그 자체를 규정하고 있지는 않지만, 소급효적 효력을 부여하여야 할 예외적 상황이 존재하는 경우가 아니라면 기본법을 위배한 제정법의 폐기에 소급효를 인정하는 것은 허용되지 아니한다는 것이다. 이는 장래효를 원칙적 형태로 받아들인다는 취지이다.

마지막으로 Trinidad and Tobago에서는 헌법 자체에서 동 헌법 시행이 개시되기 전의 현존하는 법률은 설사 그 내용이 헌법 제4조, 제5조와 부합하지 아니한다고 하더라도 위헌선언을 할 수 없으며, 현존하는 법률에 대한 대체법률이 동 헌법 제6조 제1항에 의해 현존하는 법률과 같은 방식으로 또는 그 범위 내에서 제정되었으나 헌법에서 보장하고 있는 기본권을 훼손하고 있는 것으로 해석되는 경우에는 현존하는 법률규정이 대체법률의 규정을 대체하는 것으로 규정한다. 이는 위헌성 논란을 줄이기 위한 것이다. 한편 헌법 제5조에서는 제1항에서 법원에게 수여하는 현존하는 법률과 관련한 수정권한에는 동 헌법과 조화를 가져오도록 필요하다고 판단되는 수정·변용·제한요건 또는 예외의 설정을 하면서 해석하도록 하는 것으로서, 그 범위가 무척 넓다. 그리고 판례에 의해 그러한 수정권한은 헌법의 명문의 규정을 배치하여 이루어질 수 없다고 규정하고 있다.

2. 대한민국헌법 부칙 제5조

가. 필자의 이전의 주장

현행헌법 부칙 제5조에서 『이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다』고 규정하고 있다. 그러나 이 헌

법규정과 관련한 국내학자들의 연구는 거의 전무한 실정이며, 헌법재판소 결정이나 대법원판결에서 이 규정이 가지는 의미를 그다지 염두에 두고 있지 아니한 것으로 보인다. 다만 필자는 부칙 제5조와 관련하여 발표한 글¹³⁹⁾이 있는데, 거기에서 논한 주요점들은 ① 현행헌법 시행 전의 법률로서 현행헌법과 배치되는 법률은 헌법 시행과 동시에 법률로서의 효력을 상실하였고, 따라서 헌법재판소에서 위헌을 선언한다고 하더라도 그 형식은 위헌확인결정이어야지 창설적 효력을 가지는 위헌결정에는 해당하지 아니하다는 것, 그러한 확인은 대법원도 가능하지만 헌법재판소의 해석과 어긋나서는 아니 되므로 양 기관의 해석이 상이한 경우에는 헌법재판소의 해석에 따라야 한다는 점, 위헌확인결정이 되었든 위헌결정이 되었든 그 결정은 단순위헌의 형식이어야지 헌법불합치결정이나 한정위헌결정을 하여서는 아니 된다는 것이었다. 그러나 이 글을 통해 얻게 된 몇 가지 시사적인 점들을 고려하여 다음과 같이 보아야 할 것이다.

나. 현행헌법 시행 전의 법률이 현행헌법에 위배되는 경우에 무효가 되는 시기에 대한 보론

이 글에서는 변경된 판례의 소급효는 살펴보지 아니하였다. 다만 일정한 범위 내에서 소급효를 인정하는 국가에서는 소급효와 관련한 일반론을 이 주제와 관련한 현존하는 법률(existing law)의 헌법적합성이라는 문제에서도 동일하게 적용하려는 기미를 보인다. 그러나 양자는 엄격하게는 분리되어야 하는 문제이다. 어찌되었든 무효가 되는 시기는, 동 법률에 대한 위헌의 확인이 헌법 시행이 개시된 후 어느 정도의 시간이 지나서 이루어지는지에 관계가 없이 헌법 부칙 제5조의 정신에 따라 동 헌법의 시행이 개시된 날이다.

139) 박찬주, '헌법 부칙 제5조의 몇 가지 문제점', 법과 정책 15집 2호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2009, 123-153쪽.

India 판결들에서 명백히 하고 있듯 현행헌법이 시행되지 아니하고 있던 당시의 법률들은 이 헌법과는 무관한 것이기 때문에 이 헌법에 대한 헌법적 합성이 문제될 여지가 없다. 물론 우리나라 헌법들은 그 개정이 말 그대로 헌법개정에 해당하는지 헌법제정에 해당하는지의 점은 논란이 있을 수 있지만 개정헌법 부칙에서 현행헌법 부칙 제5조와 유사한 규정들을 두고 있다. 따라서 현행헌법이 시행되던 당시의 현존하는 법률이 현행헌법 이전의 헌법들에 배치될 수 있다. 이 경우에 현존하는 법률이 이전헌법에 근거한 위헌선언기관에서 위헌선언되지 아니한 상태에서 현행헌법의 시행당시까지 존속하여왔을 수 있지만, 이 경우에도 그 이전헌법에서 현행헌법 부칙 제5조와 같은 문제가 발생하는 경우에는 동 이전헌법의 시행과 동시에 효력을 상실한 것이고, 그 효력상실은 현행헌법이나 현행헌법 부칙과는 아무런 관계가 없는 것이다. 이런 의미에서 유신시대의 대통령 긴급조치를 현행헌법에 배치된다는 이유로 무효라고 선언한 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체판결은 잘못이라고 보아야 한다.¹⁴⁰⁾ 현행헌법 시행 전의 이전헌법이 시행되고 있던 당시에 제정된 법률은 그 이전헌법과 관련하여서는 동 이전헌법 부칙의 적용을 받지 아니한다. 따라서 동 법률의 효력은 동 이전헌법에 의해 결정된다. 예를 들어 제5공화국헌법 제112조 제1항 제1호에서는 위헌결정을 헌법위원회의 관할로 하고 있으며, 당시 시행되던 헌법위원회법 제18조 제1항에서는 현행헌법재판소법과 같은 취지에서 형벌에 관한 조항이 아니라면 장래효를 가지는 것으로 규정하고 있다. 따라서 헌법위원회에서 위헌결정을 받지 아니한 법률은 현행부칙에 의해 효력을 상실하는 것이다.

이를 헌법재판소에서 사용하는 개념이지만 헌법제정권력의 실재성을 전제로 하는 경우에 현행헌법 부칙 제5조와 같은 규정은 헌법제정권력의 결단에 관한 규정이다.¹⁴¹⁾ 현행헌법 전의 이전헌법은 동 헌법에 대한 헌법제

140) 박찬주, '대통령 긴급조치와 위헌선언', 인권과 정의 제421호, 대한변호사협회, 2011, 45쪽 참조.

정권력의 결단에 속하는 문제이다. 현행헌법의 헌법제정권력과 이전헌법의 헌법제정권력은 동일한 권력인가. 이 점은 헌법제정권력의 속성과 관련된 문제이고 여기서 논할 성질은 아니다. 그러나 양 권력이 다를 수 있다고 가정한다면 현행헌법 이전의 시기로 위헌결정의 소급효를 인정하는 것은 과거의 헌법제정권력의 의사에 반하는 것이 된다. 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32·33 결정에서 구 국가보위입법회의법 부칙 제4조 단서에 대해 위헌결정을 하면서 『현행헌법에서는 국민의 민주화요구에 부응하여 번성적 견지에서 제소금지조항을 승계하지 않았다고 보아야 한다』고 실시하여 헌법제정권력의 결단을 강조한 것은 양 헌법 하에서의 헌법제정권력의 의사는 다를 수 있다는 것을 간접적으로 실시하는 것이 된다.

다. 외국인에 대한 위헌결정의 효력

India 대법원은 동 법원에 의한 위헌결정이 이루어지더라도 이는 Indiatlals에 대한 관계에서 그러하다는 것이지 외국인에 대해서는 그대로 효력을 가진다고 보고 있다. 그 취지가 외국인에게는 전혀 위헌성이 문제되지 아니하다는 취지인지는 불분명하다. 외국인과 가장 관련이 되는 기본권은 평등권이고 가급적 내국인과 동등하게 평등하게 보장되어야 하겠지만, 단순위헌결정이 우리나라에서 위헌결정의 원칙적 형태인 마당에 어느 법률에 대해 단순위헌결정을 선고받으면 동 결정의 폐기효 위헌결정된 법률은 전체적으로 실효됨(헌법재판소법 제47조 제2항 참조)으로 인해 외국인에 대한 관계에서도 실효되어버린다. 이러한 결론은 외국인이 기본권의 주체인가 라는 논의의 실익을 무용하게 하는 것이지만, 그 문제를 떠나서 과연 그러한 효력을 부여해야 하는지는 재고를 요한다. 그렇다고 모든 위헌결정에 있어서 외국인에 대한 관계를 고려하여 한정위헌결정이나 한정합헌결정을 하는 것은 너

141) 허영, 헌법이론과 헌법, 제2판, 박영사, 2008, 65쪽.

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

무 번잡하다. 그리고 그와 같은 한정결정으로 동 법률이 제거되지 아니한 채 법전에 남아 있는 것을 이용하여 대법원이 다른 관점에서 동 법률에 대해 해석을 가함으로써 외국인에 대한 관계 이외의 점에서도 헌법재판소의 위헌결정의 취지를 잠식할 가능성이 있다. 궁극적으로는 헌법재판소법 제47조 제2항이 개정되어야 할 문제이다.

라. 헌법재판소의 수정권한

과거 영국의 식민지이었던 Carrebean 국가들의 대부분에 공통하고 있지만, Carrebean 국가들은 현존하는 법률에 대해 대법원에 광범위한 수정권한을 부여하여 시행중인 헌법과의 충돌을 막고 있다. 이 점은 그와 같은 규정이 없는 우리나라에도 무척 시사하는 바가 있다. 비록 명문의 규정은 없지만, 그리고 반드시 현존하는 법률에 국한할 것은 아니지만, 위헌성을 가급적 줄이기 위해 헌법재판소에 그와 같은 권한이 있는 것으로 헌법재판소가 선고하는 결정들을 통해 확장하는 것이 필요하고, 반드시 불가능한 것은 아니라고 본다. 그리고 이를 긍정하는 경우에는 현행헌법 시행 전의 법률이 현행헌법에 위반됨으로 인해 효력이 상실되는 시기를 현행헌법의 시행이 개시된 시기로 못 박는 헌법 부칙 제5조의 경직성을 완화할 수 있다.

우리의 헌법현실로 돌아왔을 때, 선거를 앞두고 위헌성 있는 법률에 대한 위헌결정을 하거나 헌법불합치결정을 하는 경우에는 입법자에게 위헌상태가 제거된 입법을 기대하는 것은 사실상 불가능한 반면, 행정기관이 특정한 조치를 취하는 경우에는 그와 같은 조치를 조건으로 합헌결정을 함으로서 정상적인 선거를 가능하게 할 수 있다. 헌법재판소 1992. 3. 13. 선고 92헌마 37·39 결정이 이에 대한 것인데,¹⁴²⁾ 이는 실질적으로 Carrebean 국가들이

142) 헌법재판소 1992. 3. 13. 선고 92헌마37·39 결정은 舊국회의원선거법 제55조의3과 관련하여 『정당추천후보자에게 무소속후보자에 비하여 소형인쇄물을 2種 더 제작·배부할 수 있도록 한 國會議員選舉法 제56조의 규정은 불평등한 것으로서 위헌적인 규정이지만 무소속후보자에게 소형인쇄물을 추가로 배부할 수 있도록 허용하는

시행하는 현존하는 법률에 대한 수정과 다를 바가 없다.

마. 식상(蝕相)의 문제

식상의 원리(doctrine of eclipse)은 고유한 현존하는 법률의 효력에 관한 논의는 아니다. 그러나 국회의 제정법률이 국회의 입법능력에 속하지만 헌법의 규정에 비추어 동 규정이 입법능력과는 무관하고 단순히 입법권한을 제한하는 것으로 판단되는 경우에는 권한을 위반한 제정법률은 그러한 제한이 철폐되는 경우에 무효인 동 법률의 재입법을 하지 아니한 상태에서 동 법률은 유효한 법률이 되었다고 볼 수 있는 것은 아닐까라는 문제제기가 가능하다. 입법능력의 내에 있는 제정법률인가, 입법능력의 한계 내에서 제정되었지만 늘역과 관계없는 제한을 위반한 경우에는 동 법률에 대한 위헌결정이 선고되지 아니한 상태인 것을 전제로 하는 것이지만, 우리나라에서도 유효한 법률로 전환되었으며, 유효로 전환된 뒤에는 헌법적 제한을 이유로 위헌결정을 하여서는 아니 된다고 본다.

Ⅶ. 맺음말

이 글에서는 South Africa, India, Hong Kong 및 Carrebean 국가의 하나인 Trinidad and Tobago의 위헌선언기관의 판결을 중심으로 헌법 시행 전에 시행되어 오던 법률이 시행헌법과 배치되는 경우에 동 법률의 효력상실과 관련하여 살펴보았다. 그리고 살펴본 판결들이 시사하는 바에 따라 몇 가지 주장을 하고 있다.

경우에는 違憲性의 소지가 제거될 수 있으므로 위 규정 역시 당해 지역구에서 정당이 소형인쇄물 2종을 추가 배부하는 경우에는 무소속후보자에게도 그에 준하는 종류의 소형인쇄물을 제작·배부할 수 있도록 선거운동의 기회를 균등하게 허용하지 아니하는 한 헌법에 위반된다.』는 주문은 낸 바 있다.

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

첫째는, 현행헌법과 배치되는 헌법 시행 전의 법률이 효력을 상실하는 시기는 헌법의 시행이 개시된 시기이다. 그 효력을 현행헌법 시행 이전으로 소급하지는 않는다.

둘째는, 효력을 잃는 것은 국민에 대한 관계이고 외국인에 대해서까지 효력을 상실하는 것으로 보는 것은 지나치다.

셋째는, 헌법재판소에 헌법의 시행이 개시되기 전에 시행되어오던 현존하는 법률(existing law)에 대해 수정권한을 부여하여 현존하는 법률과의 충돌을 줄이는 것이 요청된다. 그리고 이러한 수정권한의 부여는 효력상실시기를 헌법의 시행시기로 못박는 경직성을 완화할 수 있는 길이다.

[국문초록]

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

이 글에서는 South Africa, India, Hong Kong 및 Carrebean 국가의 하나인 Trinidad and Tobago의 위헌선언기관의 판결을 중심으로 헌법 시행 전에 시행되어 오던 법률이 시행헌법과 배치되는 경우에 동 법률의 효력상실과 관련하여 살펴보았다. 그리고 살펴본 판결들이 시사하는 바에 따라 몇 가지 주장을 하고 있다.

첫째는, 현행헌법과 배치되는 헌법 시행 전의 법률이 효력을 상실하는 시기는 헌법의 시행이 개시된 시기이다. 그 효력을 현행헌법 시행 이전으로 소급하지는 않는다.

둘째는, 효력을 잃는 것은 국민에 대한 관계이고 외국인에 대해서까지 효력을 상실하는 것으로 보는 것은 지나치다.

셋째는, 헌법재판소에 헌법의 시행이 개시되기 전에 시행되어오던 현존하는 법률(existing law)에 대해 수정권한을 부여하여 현존하는 법률과의 충돌을 줄이는 것이 요청된다. 그리고 이러한 수정권한의 부여는 효력상실시기를 헌법의 시행시기로 못을 박는 경직성을 완화할 수 있는 길이다.

주제어

위헌선언의 소급효/장래효, 현존하는 법률, 식상(蝕相)의 원리, 강제적사항선고, 대법원/헌법재판소의 제정법에 대한 수정권한

[Abstract]

Time of losing validity as a law operating immediately before the commencement of the Constitution but contravening it

- Park, Chanju

- Professor of Law, Chosun University; Lawyer

This essay deals with the time of invalidity as laws operating immediately before the commencement of the prevailing Constitution but contravening it under Article 5 of Addenda of the Constitution of Republic of Korea. This essay can be divided into two part. The first part deals with constitutions of four countries and decisions by the final courts with proper jurisdictions about declaration of unconstitutionality on their respective laws.

I.

In **South Africa**, Article 172 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 confers on Constitutional Court of declaration of invalidity of any law inconsistent with the Constitution to the extent of its inconsistency, and also confers granting a temporary interdict or other temporary relief to a party, or may adjourn the proceedings, pending a decision of the Constitutional Court on the validity of that law, but does not provide clearly the time of invalidity existing law operating immediately before the commencement of the Constitution. Instead, the Constitutional Court decides the time of losing validity on and after the date of the commencement of the Constitution. The declaration of the Constitutional Court does have not the formative but the declarative i.e. confirmative effect,¹⁴³⁾ but saves the transactions made *bona fide* during the

time between the date of the commencement of the Constitution and date of declaration of invalidity by the Constitutional Court.

In **India**, Article 13 of the Constitution of India provides as all laws in force which are inconsistent with the provision of Part III Fundamental Rights shall be void to the extent of such inconsistency. And Article 372 as a special provision makes as all the law in force immediately before the commencement of Constitution shall continue in force until altered or repealed or amended by a competent Legislature or other competent authority. Supreme Court of India takes the position, as in *Keshavan Madhava Menon v The State of Bombay*¹⁴⁴⁾ that the law did become void not in toto or for all purposes or for all times or for all persons but only “to the extent of such inconsistency” with the provisions of Part III which conferred the fundamental rights on the citizens, and as in *KK Poonacha v Karnataka*¹⁴⁵⁾ that if a law is valid when made but a shadow is cast on it by supervening constitutional inconsistency or supervening existing statutory inconsistency, then when the shadow is removed, the impugned Act is freed from all blemish or infirmity.¹⁴⁶⁾

In **Hong Kong**, Article 8 of The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China provides as following: the laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for any that contravene the Basic Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region. But Article

143) This attitude reflects the declaration theory of judicial decision widely accepted by the former British Commonwealth of Nations.

144) [1951] INSC 3.

145) [2010] INSC 706.

146) This is the doctrine of eclipse. That doctrine was mentioned in *Jagannath v Authorised Officer, Land Reforms* [1971] INSC 279.

158(3) specially restricts the judicial power of interpretation. The power of interpretation of this Law is vested in the Standing Committee of the National People's Congress. The judicial power of interpretation is derived from the authorization by the Standing Committee, though the authorization of the Standing Committee is mandatory by the Basic Law. But the courts have to seek the interpretation to the Standing Committee if the provisions of the Basic Law are those concerning affairs which are the responsibility of the Central People's Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgments on the cases. The Court of Appeal of Hong Kong, though not supreme court of Hong Kong, opined that judicial power to engage the technique of prospective overruling is not mandated by the Basic Law, but retroactive overruling should be used 'altogether exceptionally', and the notion of exceptionality require to protect the legal relationships established in good faith.

In **Trinidad and Tobago**, Section 4 of the Constitution of the Republic of Trinidad and Tobago recognizes and declares the fundamental human rights and freedoms and section 5 thereof prohibits the abrogation, abridgment or infringement of any of those rights and freedoms. But Section 6 restricts the application of Sections 4, 5 as following: “(1) Nothing in sections 4 and 5 shall invalidate- **a.** an existing law; **b.** an enactment that repeals and re-enacts an existing law without alteration; or **c.** an enactment that alters an existing law but does not derogate from any fundamental right guaranteed by this Chapter in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right. (2) Where an enactment repeals and re-enacts with modifications an existing law and is held to derogate from any fundamental right guaranteed by this Chapter in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right then, subject to

sections 13 and 54, the provisions of the existing law shall be substituted for such of the provisions of the enactment as are held to derogate from the fundamental right in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right.” The purport of Section 6(2) is to reduce the possibility of unconstitutionality. Though *Matthew v The State (Trinidad and Tobago)*¹⁴⁷⁾ is a case for mandatory death penalty in Trinidad and Tobago, Privy Council decided that, although the existence of the mandatory death penalty will not be consistent with a current interpretation of sections 4 and 5, it is prevented by section 6(1) from being unconstitutional. It will likewise not be consistent with the current interpretation of various human rights treaties to which Trinidad and Tobago is a party. It follows that the decision as to whether to abolish the mandatory death penalty must be, as the constitution intended it to be, a matter for the Parliament of Trinidad and Tobago.

II.

In the second part, the writer after the groping for the possibility of introduction of those jurisprudence. First, the time of invalidity as laws operating immediately before the commencement of the prevailing Constitution but contravening it under Article 5 of Addenda of the Constitution of Republic of Korea is that of the time of commencement of the Constitution. Effect of invalidity is not retroactive. Second, The extent of invalidity is toward the citizen of Korea but not toward the foreigner. Thirdly, though the Constitution of Republic of Korea does not confer expressly the power of modification to the Constitutional Court, the power of modification to the Court must be conferred by interpretation in order to prevent the possible frequent legal vacuum owing to declaration of constitutionality. This way may reduce the

147) [2004] UKPC 33

헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기

rigidity of fixation of time of invalidity of existing law under Article 5 of Addenda of the Constitution.

Key words

retroactivity/prospectivity of declaration of unconstitutionality, existinf law, doctrine of eclipse, mandatory death penulty, judicial powe of modification on statutory provisions

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1 輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宥	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁 三 承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宥	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

憲法論叢 第23輯(2012)

論 題	筆 者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審查의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3 輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 燊	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅲ)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性의 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令 · 規則에 대한 違 憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 燾	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석 · 적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李 明 雄	321
憲法上的 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99

憲法論叢 第23輯(2012)

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裴 俊 相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓 相 範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭 宗 燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴 洪 佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜 潤 遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛 奉 起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘 秉 朔	5
環境權考	金 哲 洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李 康 嫻	121
憲法學論 및 憲法學 敎育	崔 大 權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃 道 洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁 泰 鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金 顯 哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛 奉 起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅 仁 均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓 秀 雄	481

第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法의 獨自性	丁 泰 鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

第 8 輯(1997年)

論 題	筆 者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權 寧 星	43
憲法上 宗教의 自由	桂 禧 悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金 善 擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金 柱 賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

憲法論叢 第23輯(2012)

論 題	筆 者	收錄面數
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

第 9 輯(1998年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

第 10 輯(1999年)

論 題	筆 者	收錄面數
集會의 自由-集團의 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

論 題	筆 者	收錄面數
相續制度的 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論 題	筆 者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性의 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禧悅)	481

第 12 輯(2001年)

論 題	筆 者	收錄面數
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

第 13 輯(2002年)

論 題	筆 者	收錄面數
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 國교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權的 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 事實상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

論 題	筆 者	收錄面數
憲法上の 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌 법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

第 14 輯(2003年)

論 題	筆 者	收錄面數
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단 에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

第 15 輯(2004年)

論 題	筆 者	收錄面數
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杙	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

第 16 輯(2005年)

論 題	筆 者	收錄面數
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

第 17 輯(2006年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

論 題	筆 者	收錄面數
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

第 18 輯(2007年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案의 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341

第 19 輯(2008年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金哲洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所の 改革	鄭宗燮	91
憲法裁判과 行政法	洪準亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔大權	177
헌법재판과 남북한 통일	金昇大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金日秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓秀雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃道洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金河烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金善擇	489
평등권의 보장과 발전	成基鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金文顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴容相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁泰鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全光錫	741
조세법과 헌법재판	金性洙	773
<外國論文>	Otto	819
재판소원의 저주와 극복	Depenheuer	
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

第 20 輯(2009年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴容相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金顯哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南福鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明載眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李垚根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李明雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全光錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度의 出現과 制度化	鄭宗燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃致連	463

第 21 輯(2010年)

論 題	筆 者	收錄面數
민사절차상의 재판을 받을 권리	李時潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴容相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金敏培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳奇斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李明雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李鍾根	445
지역통합과 역사사법기구에 대한 전망	李鎬善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹瑛植	525

第 22 輯(2011年)

論 題	筆 者	收錄面數
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李奉儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李相莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李濬熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金敏培	129
친권포기각서의 위헌성	李準一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金珍漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李明雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金慧眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許完重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓秀雄	447

版 權
所 有

憲法論叢(第23輯)

2012年 10月 10日 印刷

2012年 10月 15日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (代) 708~3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(非賣品)