

憲法實務研究

제 14 권

(2013)

憲法實務研究會 編



헌법재판소

발 간 사

헌법실무연구회는 헌법학계와 헌법재판에 직접 관여하는 실무가들이 함께 참여하여 연구하고 토론하는 장입니다. 헌법실무연구회를 통한 헌법학계의 질정이 있었기에, 헌법재판소가 나날이 발전하고 인권 보호를 위한 세계 헌법재판 기관들의 흐름과 함께 할 수 있었습니다. 또한 헌법재판소 결정의 취지와 배경을 헌법학계에 소개함으로써 헌법학의 발전에 미력이나마 기여해 왔습니다.

이러한 헌법실무연구회의 지난 한 해 동안의 연구 성과를 담은 「헌법실무연구」를 발간하게 된 것을 기쁘게 생각합니다. 「헌법실무연구」 제14권에서는 2012년 12월에 열린 제124회 월례발표회부터 2013년 11월에 열린 제131회 월례발표회까지의 발표와 토론을 담았습니다. 지난 1년간 평등심사 기준, 국가목표조항의 기능과 심사기준, 동성혼과 평등권 심사기준 등과 같은 다양한 헌법적 쟁점들과 함께, 시민의 정치적 자유, 사생활의 비밀과 자유, 한정위헌 청구의 심판대상, 주민등록번호 제도, 성매매 여성 처벌 문제 등과 같이 최근에 헌법재판소가 결정하였거나, 현재 심리 중인 구체적 사건들에 대한 깊이 있는 논의와 평석이 있었습니다. 헌법학회와 공동학술대회를 개최하여 우리 사회의 현안인 복지국가와 헌법의 주요 쟁점을 연구하기도 하였습니다.

앞으로도 헌법실무연구회는 우리 사회의 현실에 기반을 두고 헌법적 쟁점들을 가장 구체적으로 연구하고 토론하는 자리가 되겠습니다. 헌법실무연구회의 지속적인 발전을 위하여 회원 여러분의 많은 관심과 참여를 부탁드립니다.

끝으로 발표와 지정토론 및 토론에 참여한 모든 회원들과, 연구 성과를 좋은 책으로 출판할 수 있도록 애쓴 헌법재판소 직원들에게도 감사의 말씀을 전합니다. 지난 13년 동안 학문발전을 위해 「헌법실무연구」를 훌륭하게 발간하여 온 것에 더하여, 디자인 사용 등 여러 가지를 배려한 박영사에도 감사드리고 더욱 발전하기를 기원합니다.

2014. 4.

헌법실무연구회 회장 강 일 원

일러두기

- (1) 이 책은 2012. 11. 제124회 월례발표회부터 2013. 11. 제131회 월례발표회까지 대체로 매월 둘째 주 목요일 저녁 헌법재판소(2층 회의실)에서 이루어진 주제 발표, 지정토론 및 자유토론을 수록한 것입니다.
- (2) 각 발표문의 체제와 관결인용방법 등은 대체적으로 원문 그대로이고, 별도로 통일시키지 않았습니다.
- (3) 토론요지는 녹음된 자유토론의 내용을 정리하여 수록한 것입니다. 다만 녹음 상태나 발언의 내용에 따라 그의미를 충분히 알기 어려운 경우가 있었음을 양해바랍니다.
 - * 제124회 월례발표회 발표문에는 토론요지가 없습니다.
- (4) 발표자, 토론자의 직함은 원칙적으로 발표일을 기준으로 하였습니다.

차 례

제124회(2012. 12. 13.) 발표문	
정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유	
- 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로 -	윤 영 미 1
지정토론문	26
지정토론문	32
제125회(2012. 3. 14.) 발표문	
헌정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위	
- 헌재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석 -	정 광 현 39
지정토론문	62
지정토론문	72
토론요지	85
제126회(2013. 4. 11.) 발표문	
헌법상 평등의 이념과 심사기준	
- 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기 -	김 진 옥 99
지정토론문	142
지정토론문	148
토론요지	152
제127회(2013. 5. 9.) 발표문	
국가주의와 주민통제	
- 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -	한 상 희 164
지정토론문	213
지정토론문	217
토론요지	226

제128회(2013. 6. 21.) 발표문

성매매 처벌의 문제점과 대안	이 경 재 239
진화적 관점에서 바라본 성매매	전 중 환 261
지정토론문	271
지정토론문	277
지정토론문	284
토론요지	290

제129회(2013. 9. 4.) 발표문

동성혼과 평등권 심사기준

- 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 - ... 김 지 혜 302

지정토론문	334
지정토론문	347
토론요지	349

제130회(2013. 10. 10.) 발표문

헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점

- 성기구 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마176)에 대한 평석을 중심으로 -

..... 임 지 봉 358	
지정토론문	382
지정토론문	388
토론요지	399

제131회(2013. 11. 14.) 발표문

국가목표조항의 기능과 심사기준

..... 명 재 진 407	
지정토론문	440
지정토론문	444
토론요지	450

헌법실무연구 수록논문 색인(제1권~제13권)	4
--------------------------------	---

정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유

- 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로 -

윤 영 미*

I. 우리나라 대의제 민주주의의 위기와 정치적 개방성의 확대 필요성

보통선거의 확립, 정기적인 선거, 정권교체가능성 확보와 같은 민주화의 최소 기준은 달성되었으나 대의제민주주의를 근간으로 하는 우리나라 정치체도와 정치현실에서의 민주주의 발전상황을 둘러싸고 학계에서든 시민사회에서든 많은 회의와 불만이 있다. 대의제민주주의 실패는 다원적 이익과 요구를 가진 국민 다수를 대표하고, 다양한 이익과 요구에 반응하며 책임 있는 정치를 하여야 한다는 요청, 즉 대표성, 반응성 및 책임성의 결여나 부족에 관한 문제로 요약된다.

정당은 대의제의 주요 기제인 선거와, 대표를 통한 국정운영에서 중심적 위치를 차지한다. 정당은 교섭단체제도, 국고보조 등 여러 가지 제도적 뒷받침을 통해 의회운영에서 주도적 역할을 하고 선거에서도 특권적 혜택을 부여받는다. 그러나 우리나라 정당이 다수국민의 의사를 대표하고 매개하는 기능을 제대로 하고 있는지에 대해서는 많은 의문이 제기되고 있는 상황이다. 정부형태가 승자독식의 대통령제이고 국회의원선거에서는 비례대표의 비중이 매우 적은데다 지역구 국회의원선거는 소선거구제와 상대다수득표제의 조합에 의해 이루어지며, 교섭단체 구성인원은 20인 이상으로 되어 있다. 이러한 제도는 양당 중심의 안정적 국정

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

운영을 지향하는 것이지만 권력구조가 지나치게 단순화됨으로써 국민의 다원적 이해관계와 다양한 요구가 제대로 대표되고 반영되기는 어렵고, 특히 소수파는 대표되기 어렵다.¹⁾

이에 국민들의 다양한 선호와 갈등을 표출하고 조직화할 수 있는 여러 가지 제도개선방안들이 논의되어 왔다. 교섭단체 구성요건의 완화가 의회내 소수파에 의해 지속적으로 주장되어 왔고, 이번 대통령선거에서는 국회의원선거에서의 비례대표 확대가 공약으로 제시되었다. 최근에는 비정규직 근로자 다수가 투표에 참여하지 못한다는 조사결과가 나온 것을 계기로 투표시간 연장도 주장되고 있고, 대통령선거에서의 선호반영을 보다 정확하게 하기 위한 결선투표제도 거론되고 있다. 기성정치세력에게 유리하게 작용하는 공직선거법상의 과도한 규제의 철폐가 학계와 시민사회 등에 의해 주장되어 왔고, 부분적으로 개선되기도 하였다. 정당의 발전방향에 대해서는, 원내정당의 역할을 강화하고 의원의 자율성을 제고하는 원내정당 강화방향으로 가야하는지, 아니면 사회적 균열과 이익갈등에 대한 대표성을 제고하는 대중정당의 제도화가 시급한지 등을 둘러싸고 서로 다른 시각들이 있으나, 정책의제 선정과 정책결정과정에서 시민들의 다양한 갈등과 요구를 반영하고 조정하기 위한 시민의 보다 많은 참여가 필요하다는, 즉 정치과정의 개방성이 확대될 필요가 있다는 점에 대해서는 별로 이견이 없는 것 같다.²⁾

우리나라 시민의 정치에 대한 낮은 참여도는 낮은 투표율과 정당가입율, 정당지지율이 말해준다. 대통령선거와 국회의원선거에서의 투표율은 민주화 이후 약 20%가까이 하락했고, 최근 국회의원선거의 투표율은 50% 남짓에 불과하였다.³⁾ 우리나라 국민의 정당가입율은 정확하게 산정되지 않으나 매우 낮으며 진성당원 비율은 더욱 낮다.⁴⁾ 시민의 이와 같이 낮은 정치 참여도는 정치현실에 대한

1) 송자독식의 대통령제와 소선거구 중심의 국회의원 선거제도는 진보정당 뿐 아니라 소수세력, 신진세력의 성장을 어렵게 한다고 지적하면서 이러한 제도 하에서 기성 정당들이 국민의 의사와 욕구를 국정운영하는 매개기능을 수행하는 역할의 비중에 비해 누리는 권력은 너무 크다는 지적으로는 김만홍, 『정당정치, 안철수현상과 정당재편』, 한울아카데미, 2012, 81, 102, 141면 등 참조.

2) 정진민, “원내정당론을 둘러싼 오해들에 대한 정리”, 『한국정치연구』 제18집 제1호, 2009, 40면 이하; 최장집, 『한국 민주주의 무엇이 문제인가』, 생각의 나무, 2008, 40면 이하; 같은 필자, “한국 민주주의를 이해하는 방법에 관한 하나의 논평”, 『경제와 사회』 2010년 봄호(통권 제85호), 108면 이하 각 참조.

3) 국회의원 선거 투표율: 1988년 75.8%, 1996년 63.9%, 2008년 46.1%, 2012년 54.3%

대통령 선거 투표율: 1987년 89.2%, 1997년 80.7%, 2007년 63.0%

지방선거 투표율: 1995년 68.4%, 1998년 52.7%, 2002년 48.9%, 2006년 51.6%

이상 국가기록원 인터넷 자료 <http://theme.archives.go.kr/next/vote/info/electInfo.do> (2012.12. 2 검색); 중앙선거관리위원회 자료 등 참조.

4) 한 여론조사기관의 조사에 의하면 2009. 5. 현재 한나라당과 민주당 지지율이 각각 21.5%, 20.8%이고

실망과 혐오에도 그 원인이 있겠지만 그 보다 먼저 시민의 정치참여를 가로막고 정치혐오를 불러일으키는 제도의 폐쇄성 자체에서 원인을 찾아야 할 것이다.

민주주의 이론가 로버트 달은, 공동체 성원들이 정책결정이 이루어지기 전의 과정에서 선호를 표출할 수 있는 평등하고 효과적인 참여기회를 가지고, 정책 결정과정에서도 평등하고 효과적으로 투표할 기회를 가지는지, 선택상황에서 선택할 수 있는 정책안들에 대해 이해할 기회를 가지고, 정책의제설정 에 대해서 통제력을 가지는지, 그리고 위와 같은 제반의 참여에서 사회성원들이 배제되지 않는 참여의 포괄성을 구비하는지를 현실에서 실천되는 민주주의의 평가척도로 보았다.⁵⁾ ‘자기결정’을 실현하기 위한 정치과정에 대한 참여의 자유와 평등이 민주주의의 요체임을 말한 것이며, 현재 우리나라 민주주의의 발전을 위해 관심을 기울여야 할 것도 이러한 정치과정 참여에 관한 자유와 평등의 신장을 통한 정치과정의 개방성 확대이다.

물론 대의제민주주의의 위기극복을 위한 대처방안의 검토범위가 대의제 자체에만 국한되어서는 안 되겠지만, 정당을 중심으로 하는 대의제는 여전히 포기될 수 없을 뿐 아니라 국정운영의 중심적 틀로 유지될 것이다. 다행히 인터넷 기반 통신기술의 발달로 의제설정, 정책안에 대한 이해, 정책결정전의 정보·의견 소통에서의 대중적 참여를 위한 기술적 여건이 눈부시게 발전하였으므로 선거와 국정운영에서 시민의 참여를 확대하고, 시민의 다양한 요구와 의사를 반영하며 숙의할 수 있는 정치과정의 설계로 우리나라 대의제를 한 단계 더 발전시킬 필요가 있다. 이러한 정치과정의 개방성 확대는 민주성 제고를 위해서 뿐 아니라 사회통합을 위해 필요하고, 장기적 관점에서는 국정운영의 효율성을 위해서도 필요하다. 정치과정이 공동체 구성원의 갈등을 은폐·축소·왜곡하거나, 욕구를 억압하는 부분이 많으면, 단기간은 국정운영의 효율성을 높이는 데는 도움이 될지 모르나 장기적으로는 누적된 갈등을 해소하고 확대된 문제를 해결하기 위해 많은 사회적 비용을 지불하여야 할 것이다.

이 글에서는 최근 1년의 헌법재판소 결정들 중 시민의 정치적 자유에 관련된

지지정당이 없는 무당층은 45.4%, 유권자 중 정당가입율은 약 7%, 그 중 당비를 내는 진성당원은 11% 정도라고 한다. 인터넷 경향 http://news.khan.co.kr/kh_news/ 2009-09-29 기사 “문제는 정치다 (3)정치로 풀자”.

우리나라의 시민들의 낮은 정치참여도와 정당의 제도화 수준의 저조함을 지적하면서 한국민주주의의 과제를 대의민주주의의 민주적 재편, 그리고 참여민주주의 성장과 제도화라고 본 글로는 김수진, 『한국민주주의와 정당정치』, 백산서당, 2009, 248면, 262면 이하.

5) Dahl, *On Democracy*, Yale University Press, 1998, 37-38면(최장집 외 2인, 『어떤 민주주의인가』, 도서출판 후마니타스, 2007, 88면에서 재인용).

는 결정들을 개관한 다음, 일반국민, 공무원·교원의 정치적 자유를 제한하는 일부 조항들과 헌법재판소의 합헌논거에 대한 비판적 검토를 통해 시민의 정치적 자유에 대한 불필요한 제한을 제거하여 정치과정의 개방성을 좀 더 확대할 여지가 없겠는지 생각해보고자 한다.

II. 정치적 자유에 관한 헌법재판소의 최근 주요결정 개관

1. 일반 시민의 표현의 자유

헌재 2011. 12. 29, 2007헌마1001 공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인
선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화 등의 배부·게시 등을 금지하고 처벌하는 공직선거법 제93조 제1항의 ‘기타 이와 유사한 것’ 부분 및 이에 대한 제255조 제2항 제5호의 처벌규정이 심판대상으로, 헌법재판소는 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’, 즉 인터넷이 포함된다고 해석한다면, 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해한다고 보았다(반대의견이 있음).

헌재 2012. 2. 23, 2011헌가13, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌제청

방송통신심의위원회의 직무의 하나로 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 규정한 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제21조 제4호가 심판대상이 되었고, ‘건전한 통신윤리’ 부분이 명확성 원칙에 위배되는지 여부, 심판대상조항이 포괄위임입법금지원칙 및 법률유보원칙에 위배되는지 여부 및 과잉금지원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이었으며 합헌으로 결정되었다(반대의견 있음).

헌재 2012. 8. 23, 2010헌마47, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한

법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인

인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었으며 위헌으로 결정되었다.

2. 공무원·교원의 정치적 자유

현재 2012. 5. 31, 2009헌마705, 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등 위헌확인
공무원에 대하여 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 반대·방해 행위를 금지한 구 국가공무원 복무규정 제3조 제2항, 구 지방공무원 복무규정 제1조의2 제2항이 법률유보원칙, 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부, 공무원에 대하여 직무 수행 중 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지한 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항과 지방공무원 복무규정 제1조의3 제2항이 법률유보원칙, 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었으며 합헌으로 결정되었다(반대의견 있음).

현재 2012. 7. 26, 2009헌바298, 국가공무원법 제65조 제2항 등 위헌소원
교원의 선거운동을 금지하는 구 공직선거법 제60조 제1항 제4호 중 ‘국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원 중 교육공무원’에 관한 부분 및 같은 항 제5호 중 ‘제53조 제1항 제7호에 해당하는 자’ 부분이 과잉금지원칙을 위배하여 선거운동의 자유를 침해하는지 여부, 공무원의 투표권유운동 및 기부금모집을 금지하고 있는 국가공무원법 제65조 제2항 제1호 및 제4호가 과잉금지원칙을 위배하여 선거운동의 자유 및 정치적 의사 표현의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었으며 합헌으로 결정되었다.

3. 공직 후보자의 선거운동의 자유

현재 2012. 3. 29, 2010헌마673, 공직선거법 제57조 제1항 등 위헌확인

사전선거운동 금지의 예외로서 예비후보자홍보물의 발송을 허용하면서도 그 수량을 제한하는 구 공직선거법 제60조의3 제1항 제4호 전문 중 ‘세대수 100분의 10에 해당하는 수 이내’ 부분이 청구인의 선거운동의 자유 등을 침해하는지 여부, 예비후보자의 배우자와 직계 존·비속이 예비후보자의 명함을 교부하거나 지지를 호소하는 등으로 독자적으로 선거운동을 할 수 있도록 하는 공직선거법 제60조의3 제2항 제1호가 평등권을 침해하는지 여부 등이 심판대상으로, 주요 심판대상이 합헌으로 결정되었다(제60조의3 제2항 제1호에 대한 반대 의견 있음).

4. 총 평

지난 1년간의 표현의 자유 관련 결정 중에서는 공직선거법 제93조 1항에 대한 한정위헌결정⁶⁾과 인터넷 실명제의 위헌결정⁷⁾으로 인한 인터넷상 표현의 자유 신장이 두드러진다.

방송통신심의위원회의 직무의 하나로 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 규정하고 있는 법률조항 ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제21조 제4호의 ‘건전한 통신윤리’ 부분이 명확성 원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 한 결정이 있고,⁸⁾ 실명제에 관해서는 위와 같은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 대한 위헌결정이 있기 2년 반 전인 2010. 2. 25. 공직선거법에 있는 선거운동기간중의 실명인증제를 합헌이라고 한 결정⁹⁾이 있기는 하나, 민주주의의 발전 및 민주적 정당성 제고를 위한 국민 참여의 필요성을 강조하고, 인터넷이

6) 현재 2011. 12. 29, 2007헌마1001

7) 현재 2012. 8. 23, 2010헌마47

8) 현재 2012. 2. 23, 2011헌가13

“공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불은통신의 개념은 너무나 불명확하고 애매하여 위헌이라고 한 결정(현재 2002. 6. 27, 99헌마480), “저속” 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이어서 명확성 원칙 및 과도한 광범성 원칙에 반한다고 한 결정(현재 1998. 4. 30, 95헌가16)과 비교할 때 ‘건전한 통신윤리’가 요구되는 정도의 명확성을 갖추었다고 판단한 이번 결정의 종전결정과의 일관성이나 타당성에 대해서는 의문이 남는다.

9) 현재 2010. 2. 25, 2008헌마324

쌍방향적 매체로서 기회의 균형성·투명성·저비용성을 추구하는 공직선거법의 목적에 부합하는 특성을 가진다는 점을 강조한 2007헌마1001 결정이 던진 사실상의 메시지가 강력하여 공직선거법상 선거운동기간중의 실명인증 규정의 규범력은 매우 감소되었다고 볼 수 있을 것이고, 인터넷 기반 매체가 시민들의 정치적 의사소통에 기여하는 비중에 비추어 최근의 위 위헌결정들이 시민들의 정치적 자유를 확대한 효과는 매우 크다고 평가할 수 있을 것이다. 한편, 공직선거법상의 여러 규제는 여전히 논란 대상이고, 그 중 입후보자에 대한 규제는 대체로 정치신인에게 불리한 요소로 작용한다고 지적되는데, 2010헌마673 사건에서 제기된 문제가 주로 이런 것이다.

위와 같이 인터넷상 의사표현의 자유가 확대됨에 따라 일반 시민들의 정치적 표현의 자유, 선거과정에서의 정보·의사소통의 개방성도 확대되었으나 시민의 정치적 정보·의사소통에 관한 제도적 폐쇄성은 아직도 무시할 수 없는 정도로 남아있다. 공직선거법 제93조 제1항의 인터넷을 제외한 나머지 매체 이용 표현의 금지는 그 한 예이다. 인터넷 부분만 위헌으로 판단되었으므로 여타의 온갖 매체를 통한 정치적 표현은 시기, 방법, 표현내용에 있어 여전히 광범위하게 제약되며 불명확성으로 인한 자의적 규제의 위험도 있다.

공무원과 교원의 정치적 자유 제한에 대한 합헌결정의 논지는 그 전의 결정들과 일관된 경향이지만 공무원이나 교원의 정치적 자유 제한의 근거로 제시되는 공무원의 정치적 중립성과 교육의 정치적 중립성의 목적과 의미, 그로부터 도출되는 구체적 제약가능성의 범위는 다시 생각해볼 여지가 있다.

이하에서는 그 전과 마찬가지로 최근결정에서도 나타나는 정치적 자유 제한을 뒷받침하는 주요 근거들, 즉 2007헌마1001 결정에서 볼 수 있는 일반시민의 정치적 표현의 자유 제한, 기타 공직선거법의 각종 규제를 뒷받침하는 선거의 공정성, 2009헌마705, 2009헌바298 결정에서 공무원이나 교원의 정치적 표현 등 정치적 자유 제한을 뒷받침하는 공무원의 정치적 중립성이나 교육의 정치적 중립성에 대한 검토를 중심으로, 현행법령의 광범위한 정치적 자유 제한에 문제가 없는지를 살펴본다.¹⁰⁾

10) 같은 논거를 적용한 그 전의 결정으로는 공무원과 교원에 관해서는 공무원의 정치적 중립성 등을 규정 한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 한 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정, 교육행정기관인 교육감 후보자에 대하여 일반 자치단체의 장과 달리 일정 기간 정당의 당원으로 활동한 경력이 있는 자를 배제하는 것은 지방교육자치의 행정에 있어서 교육의 정치적 중립성을 확보하기 위한 것으로서 공무원임권을 침해하지 않는다고 한 현재

Ⅲ. 정치적 자유 제한을 정당화하는 논거들에 대한 비판적 검토

1. 일반시민의 정치적 표현

(1) 선거에서의 정치적 표현의 자유의 중요성과 선거의 공정성의 의미

표현의 자유가 특히 중요한 것으로 강조되는 것은 인격발현을 위해 필요하다는 측면 외에도 표현의 자유 보장이 민주주의의 필수적 요소이기 때문이며, 이 점에서 정치적 표현의 자유가 그 중에서도 핵심적인 보호대상으로 여겨진다. 이처럼 민주주의와의 관련성을 고려하자면 대의제를 근간으로 하는 체제에서는 선거에 관련된 표현의 자유가 특히 중요하다고 해야 할 것이다. 물론 기술과 여건이 허용하는 한 선거와 선거 사이에도 정책의제 설정, 정책의 입안과 결정과정에서 국민의 다양한 의사와 다원적 이해관계가 광범위하게 고려·반영되고 조정될 수 있어야 할 것이고, 인터넷 등을 통한 정보·의사소통이 그 중요한 수단 중 하나가 될 것이다.

한편, 선거는 경쟁에 나선 입후보자들의 우열을 가리는 일에 그치는 것은 아니다. 우선 선거제도의 설계 자체가 대표성을 일정수준 이상 높일 수 있는 것이어야 한다. 예컨대 국회의원 선거에서의 비례대표제의 확대, 대통령 선거에서의 결선투표제 등 여러 가지 대안이 검토되고 있는 것은 대표성, 민주적 정당성을 높이기 위한 것이다. 또한 오늘날 선거제도는 정책에 대한 국민의 선호를 나타내는 기능을 하므로 선거제도나 표현의 자유에 관련된 법규가 정책에 관한 국민의 선

2008. 6. 26, 2007헌마1175 결정 등이 있다. 공직선거법의 각종 규제에 대한 여러 결정에 대해서는 선거의 공정성 확보가 주된 논거로 적용되었다. 공무원, 교원의 정치적 자유 제한에 대한 헌법재판소의 합헌 결정 논거를 검토한 글로는 정영태의 다음 글이 보인다. “공무원의 정치적 자유에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『한국정치연구』 제19집, 제1호, 2010. “초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점” 『교육문화연구』 제16-2호, 2010. 그 중 공무원의 정치적 자유에 관한 논거를 분석한 위의 글은 현재 1995. 5. 25. 91헌마67 결정에서 제시된 ‘국민 전체의 봉사자설’, ‘정치와 행정의 분리설’, ‘공무원의 이익보호설’, ‘공적 중재자설’ 각각에 대해 검토하였다.

한편 공무원이자 교사인 피고인들이 전국교직원노동조합 간부들과 공모하여, 정부의 정책과 국정운영을 비판하고 국정쇄신을 촉구하는 내용의 시국선언, 표현의 자유 보장과 시국선언 탄압 중지 등을 요구하는 내용의 시국선언, ‘교사 공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 관여함으로써 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’를 하였다고 하여 구 국가공무원법 위반으로 기소된 사안에서, 대법원의 법정의견은 유죄를 인정하면서(반대의견 있음) 공무원과 교원의 정치적 중립성을 주요 논거로 적용하였다(대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결).

호를 정확하게 표출하도록 되도록 발전시킬 필요가 있다. 물론 정당의 정책개발·제안은 선거 전후에만 이루어지는 것이 아니지만, 선거를 앞두고 집중적으로 정책을 개발하여 경쟁하고 선거결과를 정책에 대한 국민의 찬반의 의사표시로 간주하여 이를 현실화 하려는 노력을 하거나 요구받게 된다. 이러한 과정에서 국민의 광범위한 참여를 통한 정보소통과 의사의 결집·조정은 성공적 정책개발과 수행을 위해 반드시 필요하다. 선거가 없는 시기 뿐 아니라 각종의 대형 정책이 마련되는 선거전후의 시기에 이러한 정보소통과 의사의 결집·조정 기회가 얼마나 주어지는지 여부는 국정의 민주적 운영뿐 아니라 성공적 정책개발과 수행 측면에서도 큰 차이를 초래한다.

헌법재판소는 선거에 관련된 표현의 자유 제한의 대표적 근거로 선거의 공정성을 든다.¹¹⁾ 그리고 이러한 선거의 공정성은 후보들의 경쟁기회의 균등, 그리고 이를 위한 홍보기회의 균등과 동일 또는 유사한 개념으로 사용되는 것 같다.

후보들의 선거경쟁이라는 측면에 초점을 맞추면 이러한 기회균등의 의미가 가장 부각되는 것은 사실이다. 그러나 좀 더 시야를 확대해서 선거의 기능을 염두에 둘 필요가 있다. 선거가 국민의 대표를 선출하여 민주적 정당성을 부여하는 기능을 가짐에 비추어 볼 때 선거에 있어서의 공정성은 결국 그러한 선거의 기능을 가장 잘 발휘하는데 기여하는 공정성이어야 하고, 이는 단순한 홍보기회의 형식적 균등만으로 자동적으로 달성될 수 없다. 알권리와 표현의 자유의 제약은 규제의 규범적 효과 측면에 한정된 형식적 홍보기회 균등에는 기여할지 모르나 결과적으로 국민에게 제공되는 정보의 불충분을 초래할 수 있고, 한편 기성 정치세력과의 관계에서 홍보기회의 사실상의 불균등을 야기할 수 있다. 선거에서의 경쟁기회균등을 위해 표현의 자유를 제한하는 입법은 유권자에 대한 정보제공의 측면에서 충분한 순기능을 할 때 비로소 정당화 될 수 있다.

(2) 공직선거법 제93조 제1항의 문제점

공직선거법 제93조 제1항은 선거전 약 6개월 동안 누구이든 선거에 영향을 미치는 정치적 표현을 자유로이 할 수 없도록 함으로써¹²⁾ 주제, 방법, 내용에 있

11) 2007헌마1001 결정에서 심판대상조항의 입법목적을 판시한 부분에서도 선거의 공정을 들었다.“이 사건 금지조항을 포함한 이 사건 법률조항은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 달성하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당하다.”

어 광범위하게 시민의 정치적 참여기회를 제한하고 있다.

2007헌마1001 사건에서 당사자는 ‘기타 이와 유사한 것’뿐 아니라 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’의 불명확성 또한 주장을 하였으므로 제93조 제1항에 대해 전반적으로 위헌성을 검토할 수도 있었다. 그러나 헌법재판소는 ‘기타 이와 유사한 것’ 중 인터넷 매체에 의한 정치적 의사표현으로 검토범위를 좁히고, 인터넷을 통한 의사표현에 한정하여 위헌결정을 하였다. 한정위헌결정이라는 결정유형의 일반적 장·단점을 떠나 이 사건의 경우에는 위축효과를 동반하는 표현의 불명확성이 문제되었고, 헌법재판소 또한 그리 멀지 않은 과거에 같은 조항에 예시되지 않은 ‘기타’ 매체에 인터넷 기반 매체가 포함됨을 전제로 같은 조항에 대해 합헌결정을 한 바도 있어¹³⁾ 불명확성 주장이 상당한 근거를 가지고 있으며, 아래에서 보듯 이번 결정의 법정외견 판시의 논거에 비추어보건대 같은 조항 전부의 과잉금지원칙 위배가 의심될 수 있음에도 심판범위를 위와 같이 한정된 것은 아쉽다.¹⁴⁾ 헌법재판소는 종래 헌법재판의 객관적 헌법수호기능을 중시하여 당사자가 주장하지 아니한 관점에서 위헌성 유무를 검토하고 위헌판단을 할 수 있다는 입장이었으나 이 사건에서는 ‘당해사건 해결’을 기준으로 당사자 주장보다 더 판단범위를 좁힌 것이다.

물론 이번 결정에서 종전에 합헌결정이 있었음을 언급한 바와 같이 “선거에 영향을 미치게 하기 위하여”가 명확성원칙에 위배되는지 여부, 또 같은 조항이 전체적으로 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 판단한 종전 사건에서 합헌결정이 선고되었지만,¹⁵⁾ 이번의 한정위헌 결정 판시를 보면 인터넷 매체가 아니더라도 공직선거법 제93조 제1항의 정치적 표현의 자유 제약은 과잉금지원칙을 충족시키기 어려운 것이 아닌가 생각된다.

우선 같은 조항의 수범자는 ‘누구나’인데, 표현금지기간으로 규정된 180일 자체도 장기간이지만, 이번 결정에서 지적하다시피 각종 선거시기가 일치하지 않으므로 거의 상시적으로 일반시민의 정치적 표현이 제한된다.¹⁶⁾

12) 제93조 제1항은 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하는 내용이다. 처벌규정인 공직선거법 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항부분도 심판대상이 되었다.

13) 헌재 2009. 7. 30, 2007헌마718

14) 미국 헌법소송에서는 위헌법률로 판단할 경우 당해사건에의 적용배제를 원칙으로 하지만 표현의 자유 제한의 광범성이나 불명확성이 문제되는 경우에는 문면 무효를 할 수 있다. 위축효과 때문이다.

15) 예컨대, 헌재 2001. 8. 30, 99헌바92

16) 선거에 영향을 미칠 목적을 요하나 법원은 미필적 인식만으로도 족하다고 해석한다(대법원 2006. 3.

같은 조항의 입법목적은 그리 분명하지 않으나¹⁷⁾ 이 조항으로 막고자 하는 바가 이번 결정에서 판시하듯 ‘선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동, 비방이나 허위사실공표’ 등이라면 이에 대해서는 별도로 규제조항이 있다. 그리고 이번 결정에서 판시하듯 “언론의 정파성, 선정성, 또는 불공정한 보도로 선거의 공정성이 해쳐질 것이 우려된다 하여 ‘일정한 기간 선거관련 보도를 일률적으로 금지’하는 것이 허용될 수 없는 것과 마찬가지로, 일반유권자의 정치적 표현 내지 선거운동 속에 비방·흑색선전 등의 부정적 요소가 개입될 여지가 있다 하여 ‘일정한 기간 정치적 표현을 전면적으로 금지’하는 것은 허용될 수 없다”는 점, “나아가, 정치적 공론의 과정에서 기존 매체를 통한 일방적인 정보 전달을 넘어…… 정치과정 참여의 기회와 범위가 넓어질수록 보다 충실한 공론의 형성을 기대할 수 있을 것” 이므로, “일반유권자의 정치적 표현의 자유는 실질적 민주주의의 구현을 위하여 적극 장려되어야 하는 측면도 있다”는 점을 고려할 때 최소침해성을 충족하기 어려운 점은 인터넷 외의 다른 매체를 통한 표현이라도 마찬가지로 아닌가 한다. 또한 “이 조항이 달성하려는 선거의 공정성이 명백하거나 구체적이지 못한 반면”, “대의제 민주주의 하에서 민주주의를 구현하는 원동력은 일반유권자의 자발적인 정치 참여에 있는바, 오늘날 선거 참여율이 갈수록 낮아지는 현상으로 대의제 민주주의의 정당성이 약화되고 있는 점 등을 고려할 때, 일반유권자의 정치적 표현의 자유를 진작하는 것은 중대한 공공적 법익에 해당한다”는 점을 고려할 때 법익균형성도 갖추기 어렵다.

다만 이 결정은 인터넷 매체의 특성 자체가 다른 매체와 달리 ‘기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고’라는 공직선거법의 목적에 부합한다는 점을 강조하였으나, 인터넷상 표현이 아니라도 글, 그림, 영화 등에 담긴 공개적 의사표현은 그것이 토론가치가 있다면 인구에 회자되면서 쌍방향적 토론으로 이어지며, 종종

24. 선고 2004도8716 판결 참조). 이 조항의 종래의 해석·적용례에 대해서는 윤영미, “선거의 공정성에 관한 검토 -공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로”, 『헌법학연구』 제16권 제3호, 2010, 참조.

17) 비용이 드는 매체의 사용을 제한한다는데 초점이 있는지, 표현내용에 초점이 있는지 불분명하다. 이번 결정에는 다음과 같이 비용이 드는 표현매체 한정 및 비방 등의 방지를 아울러 실시하고 있다. “우선, 후보자들 간의 경제적 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 방지한다는 입법목적에 관련하여 보면……다음으로, 선거운동의 부당한 경쟁이란 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 흑색선전을 통한 선거를 의미한다 할 것인데, 그 중 금권에 의한 선거는 앞서 언급한 경제적 차이에 따른 불균형의 문제이고, 관권 및 폭력에 의한 선거는 일정한 기간 일정한 내용의 정치적 표현을 규제하는 이 사건 금지조항의 입법목적과는 거리가 있으므로, 이 사건 금지조항에 의해 방지하고자 하는 부당한 경쟁의 폐해란 후보자에 대한 인신 공격적 비난, 허위사실 적시를 통한 비방 등 구분별한 흑색선전이 난무하여 공정을 해하는 결과가 발생할 우려를 의미한다고 할 수 있다.”

인터넷상의 토론으로 이어진다. 그리고 표현비용은 문제가 안 되는 경우가 많고, 문제가 된다 하더라도 선거비용 규제가 따로 있으며, 이제 인터넷상 의사표현이 가능한 이상 가용 홍보매체가 더 이상 문서 등으로 한정되지 않으므로 문서 등의 전통적 표현매체에 드는 비용과 후보자들 사이의 경제력 차이에 의한 경쟁불균등을 연결시키기는 어렵다. 사실 여러 가지 매체를 이용한 선거에 영향을 미치는 표현은 매우 빈번히 이루어지지만 이에 대한 규제범위가 넓다보니 선거관리위원회나 수사기관의 일관성 없는 규제가 의심되는 상황이다. 시민단체 등이 추진하는 운동이 선거 시기에 이르러 후보자들 사이에 선거쟁점이 되었을 때, 선거관리위원회가 이를 고발하거나 수사기관이 기소를 한 예는 제한의 과도성과, 형벌 구성요건으로서의 불명확성으로 인한 자의적 규제의 위험성을 보여준다. 예를 들어 2010. 6. 2. 실시된 제5회 전국동시지방선거를 앞두고 무상급식정책을 지지하던 시민단체 구성원들이 이 조항의 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위를 하였다는 이유로 기소되었는데, 법원은 그 중 위 선거이전부터 지지하던 무상급식 정책이 선거에서 각 정당 및 후보자 사이에 선거쟁점이 되었다는 사정만으로 선거쟁점이 된 이후에 계속적으로 무상급식 정책을 지지하는 활동을 전개한 피고인에게 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적이 있었다고 단정할 수 없다고 하면서 그 행위 중 무상급식 정책에 찬성·반대하는 특정 정당 또는 특정 후보자를 직·간접적으로 언급하면서 이를 지지·비판한 부분에 대해서는 위 조항 위반으로 유죄를 인정하고, 그렇지 않은 행위에 대해서는 무죄를 인정하였다.¹⁸⁾ 이와 같이 선거에서 쟁점화된 특정정책을 지지하거나 추진한다는 이유만으로 기소위험에 처할 수 있는 것이다. 나아가 판례는 위와 같이 특정정책을 지지하고 추천하는 과정에서 특정 정당이나 후보자에 대한 지지, 반대의사를 언급하는지 여부를 가지고 유무죄를 판가를 하는 기준으로 삼았으나, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시는 ‘선거운동’의 범위에서 제외되므로(공직선거법 제58조 제1항) 어떤 정책에 대한 주장과 관련하여 정당이나 후보자에 관한 지지·반대의 의견을 개진하였다 하여 금지되어야 할 행위라고 보는 것도 쉽게 납득하기가 어려운 것이다. 물론 선관위나 수사기관, 나아가 법원이 이 법률조항을 지나치게 넓게 해석한다고 비판할 여지도 있지만, 정책선거가 강조되는 오늘날 어떠한 영향이든 가리지 않고 선거에 영향을 미치는 표현행위를 광범위하게 금지한 이 조항을 헌법합

18) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결

치적으로 해석하기는 어렵다. 선거를 전후하여 많은 정책이 제시되고 이루어지므로 이 과정에서 여론의 청취와 의견 및 이해관계의 조정 또한 필요함을 감안하면 더욱 그렇다.

정치적 표현의 자유 제약은 유권자에게 제공되는 정보의 감소를 수반한다는 점에서 선거의 기회균등측면에서도 순기능을 하는지 의심스럽지만, 그에 못지않게 심각한 것은 광범위한 정치적 표현의 자유 제한이 정책생산 과정에서 시민의 의사반영을 차단할 수 있다는 것이다. 중요정책들이 공약으로 쏟아지는 선거시기에 시민의 의사표현을 광범위하게 제한하는 것은 정책설정과정에서의 다원적 요구갈등의 표출과 숙의의 기회를 축소시키는 것이다. 인터넷상 의사표현이 아니라도 시민의 정치적 의사표현의 광범위한 제한은 정당화되기 어렵다.

2. 공무원과 교원의 정치적 자유

(1) 공무원의 ‘정치적 중립성’과 공무원의 정치적 자유

국가공무원법 제2조의 공무원과 지방공무원법 제2조의 공무원은 정당가입이 금지되고¹⁹⁾ 그 밖의 정치활동 및 선거운동이 금지된다.²⁰⁾ 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원 등은 정당가입이 가능하고²¹⁾ 국가공무원법 제65조의 정치활동도 가능하다.²²⁾ 다만 공직선거법에서는 국회의원과 지방의회의원 외의 정무직공무원도 선거운동을 할 수 없는 자의 범위에 포함시켰다.²³⁾ 한편 공직선거법 제85조에서는 공무원이 그 지위를 이용한 선거운동을 할 수 없도록 규정하고, 제86조에서는 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위유형들을 나열하여 금지하는 규정을 두었다.

현재 2012. 5. 31, 2009헌마705 결정의 심판대상이 된 국가공무원 복무규정에는 국가공무원법을 구체화한(또는 추가적인) 정치적 자유의 제한규정을 두었다.

헌법 제7조 제2항에서는 공무원의 정치적 중립성을 보장한다고 규정하는데 공무원을 “전체국민의 봉사자”라고 규정한 제1항이 전체 공무원에게 적용되는 것

19) 정당법 제 22조 제1항 제1호. 이하 편의상 국가공무원 위주로 살펴본다.

20) 국가공무원법 제65조, 공직선거법 제60조 제1항. 국가공무원법 제65조에 의해 금지되는 행위유형에는 공직선거법의 선거운동에 해당하는 투표권유 등도 포함되어 있다.

21) 정당법 제22조 제1항 제1호

22) 국가공무원법 제3조 제3항

23) 공직선거법 제60조 제1항 제4호

과는 달리 제2항은 좁은 의미의 공무원, 즉 현행 국가공무원법상의 경력직 공무원에게만 적용된다고 해석된다. 그러므로 전체국민에 대한 봉사를 위해 반드시 공무원의 정치적 중립성이 요구되는 것은 아니다. 공무원의 ‘전체국민의 봉사자로서의 지위’는 공무원의 정치적 자유를 제한하는 직접적 논거가 되기에는 너무 추상적이고 대상이 되는 인적범위도 포괄적이다. 제2항의 적용대상인 협의의 공무원에 속하지 않는 대표적 그룹은 이른바 ‘정치적 공무원’이라고 지칭되기도 하는 대통령, 국회의원, 국무위원 등의 특수경력직이 있다.²⁴⁾

“정치”란 국가를 경영하는 것이며²⁵⁾ 오늘날 민주주의 국가의 국가경영은 국민의 의사를 결집하는 과정이 그 중요부분을 구성하므로 ‘정치적으로 중립적이지 아니함’, 또는 ‘정치적’이라는 것이 반드시 권력 그 자체만을 추구하거나 공익의 희생 아래 특정 부분집단의 이익만을 추구한다는 의미에서의 ‘과당적’ 또는 ‘편파적’이라는 것과 동일시 될 수는 없다. 그러기에 정치적 공무원들에게 정당활동이 허용되는 것이다. 정당가입등을 “정치적”(운동)이라고 표현하면서(제65조) 그것이 금지되는 수범자 범위에서 선거로 선출되는 공무원과 정책적 결정에 종사하는 고위 공무원들을 제외한 국가공무원법 또한 양자를 동일시하지는 않는다고 할 수 있다. 한편 정당은 국가의 보호를 받으며(헌법 제8조) 대통령과 국회의원은 대부분 정당소속 후보들로 구성된다. 국회의 운영에서도 정당이 교섭단체를 통해 실질적으로 주도적인 역할을 한다. 정당은 국민의 참여 속에서 정책을 개발하여 제시하고, 이를 통해 국정에 국민의 의사를 반영하며, 무엇보다 선거를 통해 집권함으로써 정책을 실현할 것을 목표로 하여 움직인다. 공직선거법에서 정치적 공무원에게도 선거운동을 금지하고, 헌법재판소는 공직선거법 제9조의 선거에서의 중

24) 국가공무원법에서는 제65조에서 ‘정치 운동의 금지’라는 표제 아래 정당이나 정치단체 결성이나 가입, 선거에서의 특정 정당이나 특정인 지지나 반대를 위한 투표권유등을 금지사항으로 들고, 다만 같은 법 제3조 제3항에서 대통령령으로 정하는 공무원에 대해 제65조의 적용을 배제하도록 하였는데, 국가공무원법제3조제3항의공무원의범위에관한규정을 보면 이에 해당하는 특수경력직 공무원은 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 처의 장, 각 원·부·처의 차관, 정무차관 등이다. 고도의 정책결정을 주 임무로 하는 이들 공무원들을 ‘정치적 공무원’이라고 부르기도 한다. 이러한 공무원들은 국가공무원법만 보면 정당가입활동을 할 수 있다. 이들은 심지어 통상적 정당활동 뿐 아니라 선거운동에 해당되는 행위도 할 수 있는 것으로 보인다. 물론 공직선거법에서는 선거운동 금지 조항이 따로 있고, 또 제9조(공무원의 중립의무 등) 제1항에서 “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.”의 해석문제가 있으므로 선거와 관련한 구체적 활동의 허용범위는 국가공무원법과 다를 수 있다.

25) “정치”의 사전적 의미는 “나라를 다스리는 일. 국가의 권력을 획득하고 유지하며 행사하는 활동으로, 국민들이 인간다운 삶을 영위하게 하고 상호 간의 이해를 조정하며, 사회 질서를 바로잡는 따위의 역할을 한다.”라고 한다. 또한 “중립성”은 “어느 편에도 치우치지 아니하고 공정하게 처신하는 성질”이라고 한다. 네이버 국어사전 참조.

립의무의 수범자에 국회의원과 지방의회 의원을 제외한 정치적 공무원이 포함된다고 하였지만²⁶⁾ 전반적으로 볼 때 주요 정책결정자인 정치적 공무원이 누리는 정치적 자유의 범위는 협의의 공무원에 비하면 규범적으로나 사실상 상당히 넓다.

헌법 제7조 제2항에서 요구하는 정치적 중립성 보장은 규정형식이 중립성을 보장한다고 되어 있고, 입법배경으로 미루어 보더라도²⁷⁾ 그 주된 취지가 집권세력, 특히 여당의 당파적 영향으로부터 공무원을 보호하여 직무의 계속성·전문성을 살리려는 것으로서, 이를 위해 공무원의 신분이 정권교체와 상관없이 보장되도록 한다는 것이다. 그러므로 이들의 정치적 표현의 자유나 정치적 활동의 자유 제약이 반드시 요구되는 것은 아니다.²⁸⁾ 즉, 헌법 제7조 제2항의 정치적 중립성으로 인해 공무원의 정치적 자유 제한이 당연히 정당화되는 것은 아니다.

그러므로 공무원이라는 이유로, 또는 협의의 공무원이라는 이유로 획일적으로 정치적 자유를 광범위하게 제한하는 것이 쉽게 정당화될 수는 없다. 헌법재판

26) 헌재 2004. 5. 14, 2004헌나1; 헌재 2008.1.17, 2007헌마700

27) 이 조항은 1960. 6. 15. 제3차 개헌시 도입되었다.

자유당 시절 엽관인사, 공무원의 선거동원, 3·15부정선거 등을 겪은 것이 배경이 되었다는 개정배경 설명으로는 손민호, “일반공무원의 정치참여에 관한 헌법적 고찰”, 2012. 6. 고려대학교 대학원 석사학위논문, 33면 참조.

제3차 개헌시 선거의 공정성을 기하기 위하여 헌법기관으로서 중앙선거위원회를 신설하고, 경찰의 중립을 위하여 필요한 기구의 설치를 헌법에 규정하는 내용의 개정도 아울러 이루어졌다. 국회 본회의 회의록을 보면, 경헌주 개헌안 기초 위원장이 개헌안 제안이유 설명 과정에서 다음과 같이 공무원의 정치적 중립성과 신분보장, 경찰의 중립성 보장, 선거의 공정성을 기하기 위한 중앙선거관리위원회 신설 등에 대해 한꺼번에 설명하였는데, 위와 같은 여당의 공무원 동원 사례가 이와 같은 개정의 배경이 되었으리라는 추측을 가능케 한다(제4대 국회 제35회-제33호 국회 본회의 회의록, 1960. 6. 10.): “헌법 제27조의 2항을 신설하고 공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률에 의해가지고 이를 보장할 것을 헌법적으로 아주 규정을 했습니다. 특히 제75조에 있어서는 제2항을 신설해가지고 경찰의 중립성을 보장하기 위해 가지고 필요한 기구를 설치할 것을 또한 헌법적으로 이것을 규정했습니다. 지금 국회에서 심의가 되고 있는 경찰중립화법안도 이 취지에 의한 것이라고 이렇게 생각이 됩니다. 또 한가지 선거의 공정성을 기하기 위해가지고 제75조의 2의 규정에 의해가지고 헌법기관으로서 중앙선거관리위원회를 신설하게 했습니다.”

28) 공무원의 정치적 중립성이 헌법에 규정된 직후인 1962년에 한동섭 교수가 집필한 논문 “공무원의 정치적 중립성”(고려대학교 법률행정논집 제3집, 1962. 5.)에서는, 공무원은 전체국민의 봉사자이지만, 공공복리 내지 국민의 행복이 무엇인지를 결정하는 문제는 민주주의적 원리에 의해 결정되어야 함을 유의하여야 한다고 하고, 공무원이 당파적 의사가 아닌 모든 ‘정치적’인 것으로부터 절연함으로써 관료직이 형성되게 하여서는 아니 된다고 지적하였다. 또 전체국민의 봉사자라 하여 또는 정치적 중립이 요구된다 하여 모든 공무원에 대해 일률적인 정치활동의 금지나 단결권, 단체행동권의 금지 등 기본권 제한이 정당화되지는 않는다고 하면서, 공무원의 직무 성질에 따라 정치활동 등의 제한이 공공복리의 관점에서 검토되어야 한다고 하였다.

공무원의 정치적 자유에 대한 외국 입법례에 대해서는 허경, “서독 공무원의 정치적 활동권”, 고려대학교 『법률행정논집』 제12집, 1974. 10; 정영태, “공무원의 정치적 자유에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『한국정치연구』 제19집, 제1호, 2010, 73면 이하 각 참조.

소 또한 공무원이라는 이유로 정치적 자유를 일률적으로 광범위하게 제한할 수는 없다는 결정을 한 예가 있다.²⁹⁾ 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 ‘공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’를 금지한 것이 위헌인지 여부에 대해 판단하면서 헌법재판소는, “공무원이 선거운동의 기획행위를 하게 되는 경우 그 지위에 따른 영향력으로 인하여 선거의 공정성을 해할 수 있으나, 공무원도 개인으로서 새로운 공직선거에 출마하거나 배우자, 친지 등의 선거운동의 기획행위를 도와줄 자유를 지니므로, 선거의 공정성의 보장과 그러한 개인의 자유는 서로 조화되어야 하며 불필요한 규제는 피해야 한다.”라고 하면서 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면, 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로도 충분하므로 같은 조항은 수단의 적정성과 피해의 최소성을 갖추지 못하였으며, 공무원의 편향된 영향력 행사를 배제하여 선거의 공정성을 확보한다는 공익은, 그 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보될 수 있으므로 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동의 기획행위를 일체 금지하는 것은 정치적 의사표현의 자유라는 개인의 기본권을 중대하게 침해하는 것이라고 판단하였다.

정치에 대한 무관심은 민주주의의 시민으로서의 덕성이 될 수는 없으며 오히려 덕성의 결여라고 하여도 좋을 것이다. 이 점은 공무원인 시민의 경우에도 마찬가지라고 할 것인데, 그러기에 공무원들이 특정 정당을 지지하고 투표할 권리를 가진다는 것조차 부정하는 견해는 찾아볼 수 없다. 공동체에 대한 관심이 희박한 사람이 공무를 담당할 때 오히려 사적 이익추구 동기에 따른 부패의 위험은 더 높아질 것이다. 그리고 정치적 표현을 제약 당한다 하여 이들이 정치적 견해를 가지지 않게 되는 것도 아니므로 정치적 표현의 제약 자체만으로 공정성 보장에 도움이 된다고 추정할 수는 없다.

공직자들의 정당정치적 의사표현의 금지가 불편부당한 공직수행에 대한 국민의 신뢰를 제고한다는 시각이 있지만³⁰⁾ 과연 그렇게 볼 수 있을지도 의문이다. 공직자들이 정당정치적 견해를 가지고 있을 가능성까지 배제할 수 없고, 민주적 참여의식이 없는 사람이 공익을 추구하는데 적합하다고 생각하기가 어려우니 그와 같은 견해를 갖지 않는 것이 바람직하다고 생각할 수도 없기 때문이다. 나아가

29) 헌재 2008. 5. 29, 2006헌마1096

30) 공무원복무규정사건(2009헌마705)의 법정의견이 그러한 시각을 가진 듯하다.

대다수 경력직 공무원은 어떤 정치적 견해를 가지고 있다는 이유만으로 편파적으로 업무를 수행하리라고 의심받을만한 직무를 담당하지 않거나 넓은 재량을 가지지 못한다. 또한 재량을 남용할 경우 이를 시정할 수 있는 행정적·사법적 통제절차가 있다.

한편 정치적 표현의 자유 제한은 개인의 기본권 측면에서 뿐 아니라 민주적 참여의 장, 즉 정보·의견의 유통에 가용한 자원을 매장함으로써 상당한 비용을 치른다.³¹⁾ 더욱이 공무원들은 그들의 교육과 경험에 기초하여 국민들의 정책선택에 영향을 미칠만한 양질의 정보와 견해를 제공할 수 있다. 이러한 다수 공무원들과 정보·의견을 공유할 수 없다는 것은 나머지 시민들에게 값비싼 비용이다. 공무원의 정치적 자유를 제한하려면 이와 같은 비용을 지불할 만한 충분한 이유가 있어야 것이다.

물론 정당활동이나 선거운동에 적극적으로 가담한다면 공직수행에서의 직무전념성을 저해할 수도 있고, 공무원의 구체적 직무에 따라서, 또는 활동유형에 따라서 지지정당 또는 소속정당에 대한 충성 때문에 직무나 선거의 공정성을 저해할 가능성, 또는 지위를 이용하여 선거운동을 할 위험성이 있고, 이 경우 정치적 자유 제한이 정당화될 수도 있을 것이다. 그러나 직무성격, 활동유형, 지위이용 여부를 불문하고, 광범위한 정치적 자유를 제한하면서 ‘전국민봉사자성’이나 ‘정치적 중립성’, 또는 이에 더하여 선거의 공정성이나 공무수행의 원활성을 저해할 ‘우려’ 정도로 정당화할 수는 없을 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 협행법령의 금지규정들은 그 수범자나 금지대상 행위가 지나치게 획일적이고 광범위하다.

공무원 복무규정사건에서 법정의견은 복무규정에 의한 집단적 의사표시 금지의 과잉금지원칙 위배여부를 판단하면서 “공무원이라고 하여 기본권이 무시되거나 경시되어서도 아니 되지만, 공무원의 신분과 지위의 특수성에 비추어 공무원에 대해서는 일반 국민에 비해 보다 넓고 강한 기본권제한이 가능하게 된다. 그런 측면에서 우리 헌법은 공무원이 국민전체의 봉사자라는 지위에 있음을 확인하면서 공무원에 대해 정치적 중립성을 지킬 것을 요구하고 있다(헌법 제7조 제1항, 제2항).”라고 판시하였다. 그러나 전술한 바와 같이 제7조 제1항으로부터 제2항에서 명시한 정치적 중립성이 당연히 나오는 것은 아니며 제2항에서 규정하는 정치적 중립성은 그 자체만으로는 정치적 의사표현을 금지하는 근거가 되지 어렵다.

31) 공무원복무규정사건에서 송두환 재판관의 의견 참조.

다만 법정의견은 이어서 “근무기강이 자칫 해이해지고, 국민전체의 봉사자로서의 지위를 잃고 공무원 집단 자신의 이익을 도모하거나 특정 정당이나 당파의 이익에 봉사할 우려”를 언급하고 있으므로 헌법 제7조 제2항의 정치적 중립성 보장을 바로 입법목적으로 보았다기 보다는 근무기강 확립, 공무집행의 불편부당성 보장을 입법목적으로 보았다고 볼 수 있다. 그러나 “국가 정책에 대한 반대·방해 행위를 금지하는 것은 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위해서도 반드시 필요”하고, “근무시간 외에 혹은 직무와 관련없이 집단적인 정치적 표현 행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰는 유지되기 어렵(다)”거나, “직무 내에서의 집단적 행위에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수도 없다.”고 한 부분, 그리고 국가 정책에 대한 찬반 의사표시를 통해 간접적으로 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대를 표현하는 결과를 발생시킴으로써 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 수 있다고 한 판사에서 나타나듯 ‘정치적 중립성’을 주요 근거로 채용하였다. 그러나 전술한 바와 같이 정치적 중립성 자체만으로는 직무성격이나 행위의 성격에 관계없는 광범위한 정치적 자유제한을 정당화할만한 실질적 내용이 있는 논거가 제공되지 않는다. 결국 같은 결정에서는, 헌법 제7조 제2항의 ‘정치적 중립성’ 외에 구체적이고 실질적인 근거가 있는지 여부를 충분히 검토하지 않았고, 다른 한편 공무원의 정치적 표현의 자유 보장이 기본권으로서, 또 민주주의의 요소로서 가지는 의미를 충분히 고려하지 아니하였다. 즉, 요구되는 정도의 엄밀한 심사가 이루어지지 않은 것으로 생각된다.

(2) 교육의 정치적 중립성과 교원의 정치적 자유

공무원인 초·중등 교원은 공무원에게 적용되는 정당가입 및 선거운동 금지 등 정치적 자유의 제한이 그대로 적용되고, 사립학교 초·중등 교원 또한 정당가입 및 선거운동이 금지된다. 다만 대학교수는 예외이다.³²⁾

교원에 대한 정치적 자유제한에 대해서는 교육의 정치적 중립성(헌법 제31조 제4항)이 근거로 제시되고, 공무원인 교원의 경우 공무원으로서의 정치적 중립성 또한 근거로 제시된다. 여기서는 ‘교육의 정치적 중립성’에 대해 검토해 본다.

교원에 대한 선거운동금지규정이 합헌이라고 판단한 헌재 2012. 7. 26, 2009

32) 정당법 제22조 제1항, 공직선거법 제60조 제1항 제5호, 같은 법 제53조 제1항 제7호

헌바298 결정에서는 그 근거로 헌법 제31조 제4항의 정치적 중립성의 의미를 다음과 같이 당파성의 배제로 들었다.

“헌법 제31조 제4항은 “교육의 ... 정치적 중립성... 은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 이를 강력히 보장하고 있다. 이는 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 뜻한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적인 것이기 때문에 서로 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직한 까닭이다. 즉, 교육은 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서 교육방법이나 교육내용이 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 하고, 인간의 내면적 가치 증진에 관련되는 교육 분야에 있어서는 당파적인 정치적 관념이나 이해관계가 그대로 적용되는 것은 바람직하지 않다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 762; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436-437 참조).”

교육의 정치적 중립성을 교육이 당파적 이해관계에 의해 편향된 영향을 받지 않도록 하여야 한다는 취지로 이해하는 것은 타당하다고 생각된다.³³⁾ 다만 이때 보호되어야 할 것은 ‘교육’ 그 자체이므로 교육에 대한 당파적 이해관계로부터의 부당한 영향배제를 위해 교원의 정치적 자유를 제한하여야 할 것인지는 검토를 요한다.

헌법 제31조 제4항의 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성은 결국 같은 조 제1항의 교육을 받을 권리의 보장을 위한 것이고, 교육을 받을 권리의 보장을 위해서는 교육이 ‘교육 자체의 목적’을 위해 이루어져야 하며, 이를 위해서는 단지 정치적 중립성 뿐 아니라 보다 넓은 의미에서의 중립성이 요구된다. 그러므로 헌법재판소는 “교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 할

33) 헌법 제31조 제2항 내지 제6항 소정의 교육을 받게 할 의무, 의무교육의 무상, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성, 평생교육진흥, 교육제도와 그 운영·교육재정 및 교원지위 법률주의 등은 수확권의 효율적인 보장을 위한 규정이며, 헌법이 교육제도와 그 운영에 관한 기본적인 사항을 법률로 정할 수 있도록 한 것은 국가의 백년대계인 교육이 일시적인 특정정치 세력에 영향을 받거나 집권자의 통치상의 의도에 따라 수시로 변경되는 것을 예방하고 장래를 전망한 일관성이 있는 교육체계를 유지·발전시키기 위한 것이라는 취지로는 헌재 1999. 3. 25, 97헌마130 결정 참조.

것”이라고 하였고,³⁴⁾ 교육기본법 제6조에서는 교육의 중립성이라는 표제 아래 제 1항에서 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·과당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.”, 제2항에서 “국가와 지방자치단체가 설립한 학교에서는 특정한 종교를 위한 종교교육을 하여서는 아니 된다.”라고 규정하여 교육 본래의 목적과 기능 달성을 위한 보다 넓은 의미의 중립성 요청을 규정하였다. 사립학교의 경우 사학의 자주성과 종교의 자유로 인해 공교육을 담당하는 학교로 하더라도 학생의 종교의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 선교의 자유가 인정되지만 국·공립학교라면 교육은 종교적으로도 중립적이어야 한다. 그러나 이와 같은 교육의 중립성 요청에도 불구하고 공교육을 담당하는 교원이 사생활 영역에서 종교단체에 가입하고 선교활동을 포함한 종교활동을 할 자유를 제한당하지 않으며, 이와 같은 종교인이 교육을 한다고 하여 교육에서의 중립성요청이 위협해지리라고 크게 우려하지는 않는다. 교육의 본래목적을 달성하기 위해 교육자의 사적 생활에서의 종교의 자유를 제한하는 것이 불합리한 것처럼 교육자의 사적 생활에서의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것도 마찬가지로 불합리하지 않을까?

위 결정은 당파적 이해관계로부터의 영향을 배제하여야 한다고 설명하는 중에 교육을 현실과 어느 정도 거리를 둔 이상적인 영역으로 보아야 한다는 표현을 하였는데³⁵⁾ 이러한 표현은 같은 쟁점의 다른 결정에서도 사용되었다.³⁶⁾ 교육은 정치적 문제에 대한 관심으로부터 일정한 거리를 둘 필요가 있다는 이와 같은 믿음이 결국 모든 공, 사립 교원에 대해 과도하게 넓은 범위의 정치적 자유를 제한하는, 그리고 이를 정당화 하는 주요 이유일수도 있다고 짐작된다.

그러나 교육이 정치적 문제나 이에 대한 관심과 절연되어 있도록 바랄 수는 없다. 교육의 목적은 개인의 인격실현과 생활능력의 배양에도 있지만 우리 헌법이 추구하는 인간상은 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”이며,³⁷⁾ 교육목적인 인격실현 또한 고립된 개인을 상정하는 인격실현일 수 없다.³⁸⁾ 헌법재판소도 오늘날 교육의 기능중 하나는 민주시민의 자질을 길

34) 헌재 1992. 11. 12, 89헌마88

35) “교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적인 것이기 때문에 서로 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직함”

36) 예를 들어 위 결정에서 인용하고 있는 헌재 2004. 3. 25, 2001헌마710

37) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

러짐으로써 민주주의가 원활히 기능하기 위한 정치문화의 기반을 조성하는 것이라고 천명한 바 있고,³⁹⁾ 교육기본법 또한 민주시민 양성을 교육이념에 포함시키고 있다.⁴⁰⁾ 그렇다면 교육의 “가치중립성”을 말할 때 이것이 공동체 구성원들이 추구하는 다양한 가치와 이들 사이의 갈등에 대한 접촉기회의 배제나 축소로 지켜져야 할 탈세속적인 그 무엇을 의미할 수는 없다. 오히려 다원사회의 다양한 가치·요구와 갈등에 대한 인식, 공동체의 유지·번영을 위한 관용, 조화의 모색과 연습, 즉 정치과정, 정치현실에 대한 인식능력의 함양, 정치적 자유와 권리의 행사, 의무행을 통한 시민으로서의 정치적 역할의 수행 또한 교육의 내용에 포함되어야 한다. 그렇다면 이러한 교육의 주체인 교원 또한 민주시민으로서 다원적 이해관계와 갈등을 표출·조정하고 조정하는 과정인 정치에 관심을 가지고 참여하는 정치적 자유를 누리는 것은 그 자신의 민주적 시민의식을 양성하는 것이며 오히려 모범을 보이는 일이 될 수 있다. 이러한 자유의 부여가 교육내용에 필연적으로 당파성·편파성을 초래하리라고 추정하는 것은 다원적 가치의 공존가능성을 인정하는 태도와 병립하기 어렵다.⁴¹⁾ 덧붙여, 공무원인 교원이라 하더라도 선거의 공정성에 미칠 수 있는 직무를 가진 경우가 아니라면 선거의 공정성에 영향을 미칠 것이라고 상정하기도 어렵다.

한편, 초·중등교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 대학교수와 달리 제한하는 것이 불합리한 차별로서 평등권 침해가 문제된 종전의 사건에서⁴²⁾ 헌법재판소는 아래와 같이 대학교수의 주된 직무는 연구이며, 대학의 교육은 학문의 연구·

38) 특히 고등학교정도에 이르러서는 정치공동체의 사회적 경제적 문제에 대한 이해와 해결방안의 능력함양은 교육에 필수적으로 포함되어야 할 내용이다.

2012학년도 서울대학교 정시 인문계 논술시험에서는 사회문화, 경제 교과서에 산재된 개념들인 공동체의식, 이질성, 지니계수 등을 사용한 문제를 출제하였는데, 공표된 “출제의도”에 의하면 이들 개념들은 연계하여 분석하고 사회현상에 대한 심도 있는 이해와 이를 바탕으로 적절한 대응방안을 제시할 수 있는 능력을 평가하는 문제라고 한다(서울대학교 입학처 홈페이지 ‘입학자료실’).

39) 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26

40) 교육기본법 제2조(교육이념)

교육은 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

41) 핀란드는 국회의원 200명 가운데 10%가 핀란드 교원노조 출신 교사들이며 이들은 의원직이 끝나면 다시 학교로 돌아가 학생들을 가르친다고 한다. 교원노조 가입율은 98%이며 교사들이 시민으로서 정당에 가입해 당비도 내고 행사에 참여하는 것은 당연시된다고 한다. 학생들도 15세부터 정당가입이 가능하다고 한다(인터넷 오마이뉴스 12. 3. 23. 기사 "15세에 정당 가입하고, 대선 후보가 고등학교서 유세"). 그 밖의 여러 나라의 교원의 정치적 자유의 범위에 관해서는 정영태, “초·중등학교 교원의 정치적 자유권 제한에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『교육문화연구』 제16-2호, 2010, 6면 참조.

42) 예컨대 이번의 2009헌바298 결정에서 인용하고 있는 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710

활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다는 이유로 양자의 차별은 합리적인 것이라고 판단하였다.

“대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원에 비하여 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다(헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154). 뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150).

그렇다면 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이므로...” (헌재 2004. 3.25. 2001헌마710)

그러나 정당가입 등 정치활동의 자유가 대학에서의 연구나 교육의 질을 높이는데 유익하다면 초·중등교육의 경우 이러한 정치활동의 자유가 유해하다기 보다는 -초·중등교육이 기초적 지식의 전달에 중점이 있다 하더라도- 오히려 어느 정도는 유익할 것이라는 추정을 할 수 있다. 초·중등학교와 비교할 때 대학에서 연구기능이 큰 비중을 차지하는 것은 사실이지만 대학에서 대학교원이 담당하는 기능 중 교육기능 또한 연구기능 못지않게 강조된다. 게다가 대부분의 전공에서는 대학교수의 정치적 활동이 연구기능과 무관하다. 다만 교육정책의 결정과 집행이 일반적으로 대학의 연구나 교육에 미치는 영향은 크겠지만 이는 대학교만 그러한 것이 아니다. 교육시설, 교육내용과 방법, 입시제도, 교육받을 권리의 보장을 위한 국가의 기타 급부 등 교육과 관련된 정책의 설정과 집행은 초·중등학교 교육과도 상관관계가 많다. 정치적 자유가 교육에 당파적 편향성을 불러올 수 있다면 아마도 상대적으로 기초지식 전달의 비중이 높은 초·중등학교가 아니라 교육내용에 많은 재량을 가지는 대학교육에서 더욱 그러할 것이다.

그 밖에 헌법재판소는 초·중등교원의 정당가입이나 선거운동에 대한 금지가 필요한 이유로 초·중등학교 학생들에게는 교원의 생활이 직무외의 것이라도 많은 영향을 끼치며, 정치활동이 학부모들과의 갈등을 야기할 우려가 있다는 근거를 들기도 했다.

“교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다... 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점...”(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710)

그러나 객관적으로 볼 때 교원이 시민으로서 당연히 가지는 정치적 자유를 누린다고 하여 학생들에게 당파적 편향성을 가지고 교육에 임하리라고 추정할 수 없다면(대학교원의 경우에 이와 같이 보고 있는 듯하다), 학생과 학부모가 편견을 가질 수 있다 하여 언제까지나 이를 이유로 교원의 정치적 자유를 광범위하게 제한할 수는 없다.⁴³⁾

(3) 소 결

공무원의 ‘정치적 중립성’은 그 초점이 공무에 대한 당파적 영향의 배제에

43) 기부금품모집행위를 제한한 법이 위헌이라고 판단한 사건에서 헌법재판소는 “1951년 법이 제정된 이래 우리 사회는 정치·경제·문화 모든 분야에서 엄청난 변화를 겪었고, 입법당시의 상황과는 비교할 수 없을 만큼 오늘날 국민의 생활수준이 향상되었으며 국민의 의식 또한 크게 성숙하였다. 이제 우리 국민은 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민으로 발전하였다.……그럼에도 불구하고 법 제3조의 모집목적의 제한을 통한 모집행위의 원칙적인 금지는 바로 우리 헌법의 인간상인 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민을 마치 다 자라지 아니한 어린이처럼 다룸으로써, 오히려 국민이 기부행위를 통하여 사회형성에 적극적으로 참여하는 자아실현의 기회를 가로 막고 있다.”고 판시한 바 있다 (헌재 1998. 5. 28. 96헌가5).

있음에 비추어볼 때 공무원의 정치적 자유를 광범위하게 제한하는 근거가 되기에 충분하지 않다. 교육의 정치적 중립성 또한 교육자체의 중립성을 요하는 것이므로 초·중등교원에 대한 폭넓은 정치적 자유의 제한이 그것만으로 당연시되지는 않는다.

공무원과 초·중등 교원의 정치적 자유의 제한은 그 직무에 따라, 또 문제되는 행위에 따라 이루어져야 하고 불필요한 제한은 제거되어야 한다. 현행법상의 각종 제한은 규제편의적인 획일적이고 과도한 제한으로 보인다. 헌법재판소의 심사과정에서도 정치적 자유의 기본권적 중요성과 민주적 정치과정의 구성요소로서의 정치적 자유의 의미를 과소평가한 것이 아닌지 의심된다.

적극적 정당활동이나 선거운동에 가담할 경우 직무전념성을 해하거나, 정당과의 일체감, 즉 당과심으로 인해 공무나 교육에 편향된 영향을 미치거나 선거의 공정성을 해할 가능성, 지위를 이용하는 선거운동의 가능성이 있다는 점을 전면 부인하지는 않는다. 그러나 다수 공무원·교사의 사적 영역에서의 정치적 자유를 획일적으로 광범위하게 제한하면서 양질의 정치적 자원을 매몰시키기 보다는 직무성격과 활동유형에 따른 제한, 지위를 이용한 선거운동 제한과 같은 방식(로44) 제한을 최소화하려는 노력이 필요하다.

IV. 맺는 말

‘정치적 중립성’, ‘선거에서의 중립성’을 목적으로 정치적 자유의 제한을 정당화하는 입법자는 정치적 영향력이 부재하는 일종의 중립적 공간을 상정하는 듯하다. 그러나 현실에서는 정치적 영향력이 부재하는 공간이 거의 없다. 사회저변에 있는 시민들의 정치적 참여 배제, 소통기회의 축소는 ‘안정’에 정향된 정치적·제도적 환경에서 유리한 지위를 점하여 온 기성 정치세력과, 이들과 이해관계를 같이하는 거대 언론매체들의 영향력을 더 강화한다. 다수의 공무원과 교원의 정치참여 배제 또한 판로기구와 교육기구의 보수성을 강화한다고 볼 수 있다.45) 계

44) 예컨대 공직선거법 제85조, 86조가 그와 같은 방식이다.

45) 정영태, “공무원의 정치적 자유에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『한국정치연구』 제19집, 제1호, 2010, 95면에서는 교원을 포함한 공무원이 중립성 원칙은 오히려 기준질서를 유지하는 보수적 이데올로기로 작용할 수 있다고 보았다. 이종수, “공무원의 정치적 활동의 허용여부와 그 한계”, 『연세법학연구』, 제8권 제1호, 연세법학회, 2001, 186면에서도 현행 법률의 공무원의 정치적 기본권에 대한 과도하고 획일적인 제한은 공무원을 정부여당의 시너로 삼은 권위주의 정권의 유산이라고 평가하였다. 최강

다가 정작 정책결정의 재량이 있는 고위직 공무원의 인사는 정파적 영향에서 자유롭지도 않은 듯하다.⁴⁶⁾

정치과정의 공개성확보는 대의제민주주의의 대표성, 책임성 강화로 이어지고, 다수 국민, 특히 사회저변에 있는 시민들이 자신들의 생활과 관련되는 정책결정에 대해 참여하여 선호를 표현하고 조정할 수 있는 기회를 부여하는 정치과정의 개방성은 사회경제적 불평등 완화에 기여한다. 반대로 낮은 수준의 대표성과 책임성, 정치과정의 폐쇄성은 사회경제적 불평등을 야기하고, 또 사회경제적 불평등은 참여의 기회와 질을 축소시키는 악순환 구조를 만든다.⁴⁷⁾ 최근의 경제민주화 논란, 복지확대에 관한 요구의 분출은 단지 사회·경제영역에 국한된 문제로만 볼 것은 아니다. 물론 사회·경제적 문제의 원인은 지역적·시대적으로 광범위한 배경에서 진단되어야 되겠지만 우리나라의 경우 이와 같은 문제가 우리나라 대의제, 정당정치 위기가 거론되는 시기에 함께 제기되고 있는 것은 우리 정치과정의 폐쇄성과 무관하지 않은 것으로 보인다.

복지와 경제민주화에 관한 향후의 거대하고 장기적인 과제를 성공적으로 수행하기 위해서는 공론의 장을 개방하고 확대하는 작업이 필수적으로 동반되어야 할 것이다. 물론 이는 정치권과 입법부가 수행하여야 할 과제이지만 기득권을 내려놓기는 쉽지 않을 것이므로 아마도 헌법재판소는 향후로도 반복하여 관련제도에 관해 판단할 기회를 가지게 될 것으로 예측된다. 시민의 정치적 참여는 기본권일 뿐 아니라 민주주의의 요소이므로 그 의미와 비중이 충분히 고려되어야 한다.

집, 한국 민주주의 무엇이 문제인가, 생각의 나무, 2008, 82면에서는 관료기구가 정치적으로 중립적인 행정적 집행기관이라 하더라도 행정관료들은 행정조직이 갖는 위계적, 권위주의적 성격으로 인해 민주주의 보다는 보수적 에토스를 더 강하게 가지는 경향이 있다고 지적한다. 관료집단을 거느린 강력한 대통령이 가져오는 위험에 대해서는 같은 책 133면 참조. 앞의 한동섭의 글에서도 관료화의 위험을 지적한 바 있다.

46) 정영태, “공무원의 정치적 자유에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점”, 『한국정치연구』 제19집, 제1호, 2010, 85면.

47) 민주주의와 사회·경제적 효과의 이와 같은 쌍방향적 영향에 대해서는 최장집 외 2인, 『어떤 민주주의인가』, 도서출판 후마니타스, 2007, 88면 이하 참조.

제124회 발표회 지정토론문

발제문: 정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유
- 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로

발제자: 윤영미(고려대 교수)

일시 및 장소: 2012. 12. 13.(목) 헌법재판소 2층 회의실

서 경 미*

정치과정의 개방성 확대의 관점에서 기존의 헌법재판소가 정치적 표현의 자유를 제한하는 논거로 사용하였던 선거의 공정성과 공무원 및 교원의 정치적 중립성에 대하여 비판적 검토를 할 수 있도록 해 주신 윤영미 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 발제문을 통하여 많은 것을 배웠습니다. 저는 발제문을 읽으면서 느낀 점과 의문나는 점을 중심으로 토론을 진행하고자 합니다.

1. 공직선거법 제93조 제1항에 대하여

헌법재판소가 선거와 관련된 표현의 자유를 제한하면서 대표적인 논거로 선거의 공정성을 드는 것에 대하여 선거의 공정성이 후보자간 경쟁의 기회 균등이라는 관점에서 시야를 넓혀 선거가 국민의 대표를 선출하는 대의민주제의 핵심과 정임을 고려하여 불충분한 정보 속에서의 대표선출이 아닌 국민의 알권리와 표현의 자유가 보장되는 선거로서의 공정성으로 관점을 전환하여야 한다는 점에 대해서는 깊은 공감을 합니다.

공직선거법에 의하면 선거운동은 원칙적으로 선거운동기간(선거기간개시일부터 선거일 전일)에만 할 수 있습니다(공직선거법 제59조). 그러나 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보

* 헌법연구관

자 추천에 관한 단순한 지지, 반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동, 특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위는 선거운동에서 제외되어 언제든지 할 수 있습니다(공직선거법 제58조, 제59조).

그러나 공직선거법 제93조 제1항은 다시 공직선거법 제58조의 선거운동에 이르지 않은 행위라도 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적으로’ 정당 또는 후보자를 지지, 추천하거나 반대하는 내용을 포함하거나 정당의 명칭이나 후보자의 성명을 나타내는 인쇄물 등의 매체를 유포하지 못하도록 금지하고 있습니다.

헌법재판소가 2007헌마1001 등 결정에서 인터넷상의 표현을 허용하였으므로, 현재 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 규제되는 매체는 인터넷을 제외한 문서, 도화, 녹음테이프 등 시청각에 호소하는 오프라인상의 매체들입니다. 이러한 매체들의 특징은 이미 헌법재판소 결정을 통하여 수차례 언급한 바와 같이 전파에 비용이 듭니다. 이러한 비용이 드는 매체를 이용하여 ‘선거에 영향을 미칠 목적으로’ 정당 또는 후보자에 대한 지지·추천 또는 반대의 의사를 표현하는 것은 순수한 정치적 의사표현을 뛰어 넘어 사전 선거운동 또는 선거운동으로 변질될 가능성이 있습니다. 정책에 대한 지지 또는 반대의 의사표시를 규제하는 것이 아니라 ‘정당 또는 후보자’에 대한 표현을 규제한다는 점에서 공직선거법 제93조 제1항이 선거와 관련된 정책에 대하여 일체의 의사표현을 규제하고 있는 것은 아닙니다.

물론 공직선거법 제93조 제1항의 규정은 제목에서부터 ‘탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지’라고 하여 일반 국민의 정당 또는 후보자에 대한 지지 또는 반대의 의사표현을 금지하고자 하기 보다는 후보자에 의한 탈법가능성 차단을 주된 목적으로 하고 있는 것으로 보입니다. 헌법재판소도 2001. 8. 30. 99헌바92결정에서 “행위주체의 범위에 예외를 인정하여 후보자 본인 또는 그 가족 등에 대하여는 이를 허용하는 것이 선거운동의 자유에 대한 침해를 최소화하는 것일 수 있다는 점, 선거의 공정과 비용이 적게 드는 선거의 보장이라는 위법조항의 목적을 해하지 않는 범위 내에서 비용의 상한을 정하여 이를 허용한다면 선거의 자유와 공정을 조화시킨다는 공선법의 목적에 부합할 수도 있다는 점 등의 반론이 있을 수 있으나, 행위주체에 예외를 인정한다면 후보자 본인 또는 그 가족만이 아니라 이들의 지시를 받은 소속 선거운동원은 물론 일반인들까지도 위법조항이 규제하고 있는 위반행위를 할 염려가 있으며, 그렇게 되는 경우 그 입법취지가 몰각될 수밖에 없다는 측면에서 행위주체에 있어서의 예외는 인정하기

어렵”다고 판시하였습니다.

그래서 발제문에서도 지적하는 바와 같이 공직선거법 제93조 제1항은 후보자에 의한 탈법가능성을 지나치게 염려하여 국민들의 진지한 정치적 의사표현까지 제한하는 측면이 존재합니다.

그러나 후보자에 의한 탈법행위의 가능성이 없는 경우라도 인터넷과 달리 오프라인상의 시청각 매체들은 쌍방향 의사소통이 아닌 일방적인 의사 전달 수단으로 그 표현에 있어 일정한 비용이 들기 때문에 재정적 능력에 따라 표현의 기회에 차이가 발생할 수 있습니다.

일방적인 매체를 통하여 특정 정당이나 후보자가 지속적으로 노출이 되면, 정책의 실질적 내용 보다는 정당이나 후보자 자체에 대한 인지도나 선호도가 높아져 선거광고를 한 것과 비슷한 효과를 얻을 수 있습니다.

유권자에 대한 정보의 제공은 특정 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대의 의사표시 외에도 특정 정책에 대한 지지나 반대의 의사표시를 통하여도 충분히 표현이 가능하고, 헌법 제93조 제1항은 ‘선거에 영향을 미칠 목적’으로 하는 특정 ‘정당이나 후보자’에 대한 지지 또는 명칭, 이름의 표시로서 재정적 능력에 따라 기회에 불균등이 발생할 수 있는 오프라인 상의 매체를 통한 유포만을 규제하고 있다는 점에서 후보자간의 관계에서 뿐만 아니라 국민들의 입장에서조차 재정적 능력에 따라 정보에 대한 노출과 접근 빈도가 결정되지 않는다는 점에서 여전히 선거의 공정성에 기여하고 있다고 볼 수는 없는지 궁금합니다.

2. 공무원의 정치적 중립성과 공무원의 정치적 자유에 관하여

공무원의 국민전체의 봉사자로서의 지위와 정치적 중립성만으로 공무원의 정치적 표현의 자유를 획일적이고 일률적으로 제한하는 것은 정치적 표현의 자유가 민주주의 사회에서 가지는 중요성을 제대로 고려하지 못한 것이라는 지적에 대하여는 공감을 합니다.

정무직 공무원을 포함한 모든 공무원은 당파적 이익이 아닌 전체 국민의 복리를 위하여 공무를 수행해야 하므로 국민전체의 봉사자라는 것은 모든 공무원에게 요구되는 것입니다. 그런데 국민 전체의 봉사자라는 것이 바로 공무원의 정치적 색채를 부정하는 것은 아니기 때문에 바로 공무원의 정치적 자유를 제한하는 논거로 활용되기에는 무리한 점이 있습니다.

정치적 중립성 또한 공무원의 정치적 절연을 의미하는 것이 아니라 특정한

당파적 이익에 귀속되는 것을 막고 공직의 취임과 유지가 정치적 충성심이 아니라 능력과 실력에 의하도록 하여 공무수행의 연속성과 질을 담보하기 위한 것이라는 점을 고려하면, 정치적 중립성을 유지해야 한다는 것이 공무원의 정치적 활동을 전면적으로 규제해야 한다는 논거로 사용되기에 무리가 있습니다.

뿐만 아니라 공무원의 집단적 의사표현이나 개인적 의사표현을 바로 당파적 이익이나 공무원집단의 이익을 위한 표현이라는 선입견을 가지고 규제하는 것 또한 표현의 자유의 중요성에 비추어 볼 때 불명확한 위협에 대한 과도한 규제로 볼 여지도 있습니다.

헌법재판소는 2012. 5. 31. 2009헌마705 결정에서 공무원 주도의 단체적 의사표현을 규제하는 복무규정에 대하여 원활한 정책의 수립과 집행 및 공무원의 정치적 중립성을 이유로 합헌 결정을 하였습니다.

이 규정은 정치적 활동이 허용된 정무직 공무원을 제외한 모든 공무원들에 대하여 직무 관련성을 불문하고 국가정책에 대한 집단적인 반대의 의사표시를 규제하고 있습니다.

그런데 정무직 공무원을 제외한 경력직 공무원, 특수경력직 공무원 중 별정직, 계약직 공무원은 직무와 관련한 정치적 중립성을 훼손하는 행위(불성실한 직무수행, 소속 상관의 명령에 대한 불복종, 정당 가입, 선거운동 등)를 하는 경우에는 징계처분이나 형사처벌까지도 가능합니다(예, 국가공무원법 제56조, 제57조, 제63조, 제65조, 제66조, 78조, 84조).

그럼에도 위 복무규정은 이에 이르지 아니한 행위라도 집단적인 반대의 의사표시이면 정책에 대한 건전한 비판까지도 차단하고 있어 표현의 자유 규제가 지나친 측면도 존재한다고 생각합니다.

하지만 한편으로는 정치적 책임을 지는 정무직 공무원과 달리 정치적 책임과 무관한 공무원들이 국가정책과 관련하여 집단적 의사표현을 하는 것, 특히 반대의 의사를 표현하는 것이 적절한 것인지 의문이 들기도 합니다.

특히 오늘날과 같이 정책을 둘러싼 첨예한 갈등이 있는 경우 선거에 의하여 선출된 국민의 대표가 정책을 실현하는 과정에서 국민들에 대하여 직접 또는 간접적으로 아무런 정치적 책임을 지지 않는 공무원들이 특히, 그 중에는 신분까지 보장된 공무원들이 특정한 정책의 수행을 반대하거나 거부하는 것이 공무수행자로서의 공무원의 지위에 부합하는 것인지, 더 나아가 대의 민주주의에도 부합하는 것인지 의문이 듭니다.

정무직 공무원은 정치적 견해 표명에 대하여 일정한 기간이 경과하면 선거

를 통하여 그들의 정치적 방향성에 대하여 국민들로부터 평가를 받을 기회가 존재하나, 신분이 보장된 직업공무원들은 국민에 의하여 정책집행의 기회를 부여받은 정무직 공무원의 집행행위에 대하여 반대의 견해를 표명하는 경우라도 국민으로부터 그 정당성을 평가받을 절차와 기회가 존재하지 않습니다. 그렇다면 이러한 경우에는 직업공무원들이 국민으로부터 정책을 실현하도록 권한을 위임받은 공무원의 정책 집행을 방해하는 결과를 초래하여 결과적으로 국민의 의사의 반하는 것은 아닌지 의문이 듭니다.

3. 교육의 정치적 중립성과 교원의 정치적 자유에 대하여

교육의 정치적 중립성은 교육에 대한 정치적, 당파적 개입과 지배를 배제하고, 교육이 그 본연의 역할을 벗어나 정치적 영역에 개입하는 것을 금지합니다.

교육의 정치적 중립성을 위하여 교육 내용 자체에도 정치적 중립성이 요구됩니다. 여기서 요구하는 교육의 중립성이란 교육이 정치적, 이념적 또는 세계관적 주입교육의 수단으로 사용되어서는 안되고, 교사 또한 자신의 정치적 견해를 그의 영향 하에 있는 학생들에게 일방적으로 강조하고 전달하기 위하여 자신의 지위나 권위, 신뢰를 남용해서는 안된다는 것을 의미합니다.

현재 교육기본법 제6조 제1항에서는 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치적·당파적 또는 개인적 편견의 전파를 위한 방편으로 이용되어서는 아니된다.”고 규정하고 있습니다. 그리고 제14조 제4항에서는 “교원은 특정정당 또는 당파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있습니다.

또한 교육공무원법 제51조 제1항은 국가공무원법 제78조 제1항의 징계사유를 교육공무원법의 징계사유로 규정하고 있고, 국가공무원법 제2조 제2항 제2호에 의하면 교육공무원은 특정직 공무원으로 같은 법 제65조의 정치활동 규제를 받고 있습니다. 사립학교의 교원은 사립학교법 제55조의 규정에 의하여 국·공립학교 교원의 복무에 관한 규정을 준용하도록 되어있고, 제58조 제1항은 정치활동을 면직사유의 하나로 규정하고 있습니다. 다만, 정당법 제22조에서 국·공·사립학교의 총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수는 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있으나, 그 외의 일반교원은 여전히 정치활동이 금지되고 있습니다.

그러나 발제문에서도 지적하고 있는 바와 같이 교육의 목적이 민주시민 양성에 있다는 점에 비추어 보았을 때 국·공·사립학교의 총장, 학장, 교수, 부교수,

조교수를 제외한 다른 모든 교원의 정치적 표현의 자유 표출을 바로 교육의 중립성을 저해하는 행위로 단정지어 전면적으로 규제를 하는 것은 지나친 면이 있다고 생각합니다.

특히 헌법재판소가 대학의 교육은 학문의 연구, 활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다는 이유로 대학교수 등과 다른 교원의 정당활동 가입 등의 차별을 합리적인 이유가 있다고 하였는데, 현재 대학에서도 대학교육을 담당하는 모든 교원이 아닌 조교수 이상의 교수에 한정되어 있는 것을 볼 수 있어, 스스로의 판단능력을 가지고 있는 대학생들의 교육을 담당하는 교원마저도 지나치게 정치적 활동의 자유를 제한하고 있는 듯한 인상을 줍니다.

뿐만 아니라 대학교수 이외의 초, 중, 고등학교의 교원들이 특정한 정파적 이익에 귀속되는 교육을 주입하는 것을 규제하는 것을 넘어 모든 교원들의 정치적 의사표현을 교육이라는 직무관련성이나 선거의 공정성이라는 측면과 무관하게 전면적으로 금지하고 있습니다.

교육은 구체적인 정책집행과 무관한 미래세대의 민주시민으로서의 자질을 함양하는 과정임을 볼 때 국민의 다수에 의하여 대표가 된 대표자의 구체적인 정책실현을 방해할 우려가 상대적으로 적은 교원에 대하여는 다른 일반 경력직 공무원에 비하여 상대적으로 정치적 표현의 자유를 허용할 여지가 있다고 생각합니다.

이것으로 부족한 토론을 마치고자 합니다.

제124회 발표회 지정토론문

발제문: 정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유
- 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로

발제자: 윤영미(고려대 교수)

일시 및 장소: 2012. 12. 13.(목) 헌법재판소 2층 회의실

조 재 현*

평소 표현의 자유나 표현물은 사상의 시장원리에 맡겨야 한다는 생각을 하고 있었던 터라 발제자의 발표내용에 공감하는 부분이 많습니다. 발제자께서는 정치과정의 개방성의 관점에서 정치적 자유 그 중에서도 정치적 표현의 자유에 관한 관례를 분석하면서 1. 일반시민의 정치적 표현의 자유, 2. 공무원의 정치적 자유, 3. 교원의 정치적 자유에 관하여 발제문의 주요 논제로 다루고 있습니다.

정치적 표현의 자유는 많은 영역에서 논의되는 것이지만, 특히 선거와 관련하여 특히 중요한 의미를 갖기 때문에 이 토론문에서도 선거와 관련하여 몇 가지 말씀드리려고 합니다.

I. 일반시민의 정치적 표현의 자유

발표문 6페이지의 내용처럼 정치적 표현의 자유는 표현의 자유의 핵심적 내용이며, 대의제를 근간으로 하는 체제에서는 선거에 관련된 표현의 자유가 특히 중요하다. 그 때문에 우리 헌법재판소도 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우에는 국민주권과 민주주의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않게 될 것임

* 동아대학교 법학전문대학원 교수

로, 이를 제한하는 입법에 대하여는 엄격한 심사기준을 적용하여야 할 것이라고 판시하고 있다.¹⁾ 표현의 자유의 중요성과 함께 헌법재판소의 관례도 점점 표현의 자유를 확대하는 방향으로 결정을 하고 있는 것은 긍정적이라 평가할 수 있다. 다만 발표문에서 지적하듯이 공직선거법 제93조 제1항은 주체, 방법, 내용에 있어서 광범위하게 시민의 정치적 자유를 제한하고 있기 때문에 헌법재판소의 결정에서 인터넷매체에 한정하여 위헌결정을 한 점은 아쉬운 점이라는 생각된다.

공직선거법은 제58조 제2항에서 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다.”는 법문의 취지와는 달리 정작 법에서는 선거운동이나 선거에서의 정치적 표현의 자유를 제한하기 위한 법의 형태로 규범화되어 있다. 기간에 따라, 행위태양에 따라, 표현이 이루어지는 정황에 따라 매우 광범위한 형태의 정치적 자유에 대한 제한이 이루어지고 있다. 과거의 잘못된 역사에서 비롯된 선거운동의 제한 관행은 이제 점차로 축소되어야 할 것으로 보이며, 특히 정치적 표현의 자유와 관련된 공직선거법상의 제한은 헌법재판소의 표현의 자유 확대화 경향에 맞추어 보다 개선될 필요가 있으며, 헌법재판소도 그러한 입법태도에 대해서는 어느 정도 엄격한 입장을 견지해야 할 것으로 생각된다.

II. 공무원의 정치적 자유

1. 공무원의 정치적 중립성

헌법재판소는 공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자로서의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)”이라고 하면서, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 “공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지

1) 헌재 2011.12.29, 2007헌마1001.

하기 위하여 필요한 것”이라고 판시한 바 있다²⁾. 그렇기 때문에 공무원의 정치적 중립성은 공직의 중립성, 어떤 의미에서는 국가에 대한 충성심으로서 공직중립성(Amtsneutralität)을 의미한다.

공무원의 정치적 중립성을 공무수행 및 직무수행에서의 중립성으로 이해한다면 공직수행과 관련성이 없거나 공무 외적인 사항에 대해서는 공무원의 공평한 직무수행이 보장되고 특정정당에 편향된 당파적 인상을 주지 않는다면 공무원의 정치적인 활동도 허용되어야 한다는 견해³⁾가 있다. 그러나 공무원의 공무 외적인 정치활동은 허용된다고 하더라도, 공무원의 활동이 공적인 행위와 관련된다면 정치적으로 자제가 요청되는 것은 당연하다. 공무원의 의사표현이나 발언이 공적인 활동과 가까우면 가까울수록 정치적 자제의무가 요청되는 강도는 더욱 강해진다. 그러므로 공무원의 정치적 활동의 한계는 공무원의 충성의무(politische Treuepflicht)를 형성한다고 보는 것⁴⁾도 그러한 이유이다.

2. 공무원의 정치적 중립성과 정치적 자유

공무원의 정치적 표현의 자유의 한계를 설정함에 있어서 공무원의 범위, 직무수행과의 관련성, 정치적 표현의 태양이나 정도 등이 종합적으로 고려되어야 할 것으로 보인다. 발표문 제12면에서도 직무성격, 활동유형, 지위이용 여하를 불문하고 광범위한 정치적 자유를 제한하면서 전국민봉사자성, 정치적 중립성 등을 이유로 정당화될 수 없다고 지적하는 것도 그러한 이유에서일 것이다. 예컨대 미국의 해치법의 경우 정치활동에 있어 ‘약한 제한을 받는 공무원’과 ‘정치활동의 제한이 강한 공무원’, 연방공무원, 연방의 자금과 관련이 있는 주 또는 지방공무원 등을 구분하여 정하고 있다. ‘보다 강한 정도의 제한을 받는 공무원’(further restricted employees)이란 주로 법집행에 대한 일반적인 책임이나 국가안보문제에 관하여 책임을 부담하고 있는 기관에 종사하는 공무원을 의미하는 것⁵⁾으로, 더

2) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마333.

3) Monika, Jachmann, Bonner Grundgesetz(Mangoldt/Klein/Starck) Bd. 1, Franz Vahlen, 4. Aufl. 1999, Art 33, Rn. 47.

4) Monika, Jachmann(FN 3), Rn. 47.

5) 해치법에서는 정치활동에 있어서 보다 엄격한 제한을 받는 기관으로 다음과 같이 열거하고 있다. the Federal Election Commission, the Federal Bureau of Investigation, the Secret Service, the Central Intelligence Agency, the National Security Council, the National Security Agency, the Defense Intelligence Agency, the Merit Systems Protection Board, the Office of Special Counsel, the Office of Criminal Investigation of the Internal Revenue Service, the Office of Investigative Programs of the United

강한 제한을 받는 연방의 공무원에 대하여는 엄격한 정도의 제한(heightened level of restrictions)을 적용하고 있다.

해치법 하에서 공무원들은 자신의 업무 중이 아니거나 업무수행과 관련이 없는 경우에는 어느 정도의 정치활동이 허용되고 있으며, 정당이나 후보자 등에 대한 기부와 같은 정치적인 활동이나 정치자금모금운동 역시 허용된다. 1993년의 법 개정으로 공무원은 선거운동에 참여하는 것이 가능해졌으며, 비정당적인 정치 활동 즉 특정정당에 편향되지 않는 정치적 활동은 해치법의 적용대상인 모든 공무원에게도 허용되게 되었다.

해치법에서는 공무원에게 금지되는 정치활동도 정하고 있다. 정치활동에 약한 정도의 제한을 받는 공무원과 보다 강한 제한을 받는 공무원 모두에게 금지되는 정치활동을 열거하면서, 보다 강한 정도의 제약을 받는 공무원에게는 그 밖에 특별히 금지되는 정치활동을 추가적으로 규정하고 있다. 해치법에 의하면 공무원은 정당이 참여하는 공직에 입후보하거나 정치헌금의 기부를 요구하는 행위, 자신이 속한 관청의 업무와 관련된 자들에게 정치적 활동을 종용하는 행위, 자신의 직위를 이용하여 선거결과에 영향을 미치는 행위 등이 금지된다. 즉 선거에서 자신의 직위를 이용하여 선거를 방해하거나 선거자금모금운동을 하는 행위, 업무 중에 이메일을 사용하거나 유권자를 선동하는 행위 등의 정치적 활동에 참여하는 행위는 금지된다. 그 밖에도 정치적 단체나 정당의 당원과 협력하여 선거인쇄물 등에서 후보자에 대한 반대나 지지 등을 할 수 없으며, 그들과 협력하여 선거유세 등을 하는 것은 허용되지 않는다. 특정 정당의 전당대회에서 정당이나 정치단체의 책임자, 대표, 또는 대리로서의 직책을 갖거나, 정치적 단체와 연합하여 특정 후보에 대한 찬성 또는 반대의 연설을 하는 행위 등은 금지된다.

하지만 보다 강한 제한을 받는 공무원도 다양한 정치적 활동에 참여할 수 있다. 정당에 대한 기부를 목적으로 하는 모임이나 정치적 단체에 참여할 수도 있으며, 정치적 문제나 후보자에 대하여 개인적으로 자신의 의견이나 의사를 표시할 수 있다.

States Customs Service, the Office of Law Enforcement of the Bureau of Alcohol, Tobacco, and Firearms, the National Geospatial-Intelligence Agency, the Office of the Director of National Intelligence. 5 U.S.C. § 7323(b)(2)(B).

3. 선거에서의 중립의무

공직선거법 제9조 제1항에서는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다’는 선거중립의무에 관하여 규정하고 있다. 공직선거법에서 말하는 선거중립의무라 함은 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 해서는 안 될 의무를 의미한다.

공직선거법 제9조에 의하면 선거중립의무가 부과되는 대상은 ‘공무원 기타 정치적 중립의무가 있는 자’이다. 정치적 중립의무가 있는 자는 선거에서 당연히 중립의무를 유지할 것이 요구된다. 선거중립의무를 준수해야 하는 자의 범위와 관련하여 공직선거법은 공무원이라고만 규정하고 있다. 선거중립의무가 요구되는 공무원의 범위와 관련하여 정무직 공무원은 제외해야 한다는 견해가 있다.⁶⁾ 우리 헌법재판소는 선거에 있어서의 정치적 중립성은 행정부와 사법부의 모든 공직자에게 해당하는 공무원의 기본적 의무라고 판시하고 있다. 그렇지만 정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아, 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없는 국회의원과 지방의회의원은 공직선거법 제9조의 ‘공무원’에 해당하지 않는다고 한다.⁷⁾ 조대현·송두환 재판관은 반대의견에서 ‘공무원’은 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 자’의 예시라고 보고 있다. 따라서 공직선거법의 수범자는 모든 공무원이 수범자로 되는 것이 아니라 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’만 그 수범자로 되는 것으로 보아야 한다고 주장한다.⁸⁾

4. 공무원의 정치적 중립성과 선거중립의무

공무원의 정치적 중립성에 대한 요청은 그들의 직무수행과 관련된 개념으로 직무수행과정에서의 정치적 이해관계와 정치적 이념에 따른 당파적 관료주의를 근절하기 위한 것으로 파악할 수 있다. 그렇기 때문에 정치적 중립성은 모든 공무원에게 요구되는 것은 아니다. 반면에 선거중립의무는 선거결과에 부당한 결과를 방지하기 위하여 요청되는 것으로 정치적 중립의무가 요구되는 공무원은 물론이고 정치활동이 허용되는 공무원을 포함한 모든 공무원이 선거에서 중립의무를 부

6) 남복현, “정당국가에서 대통령의 선거중립의무는?”, 헌법학연구 제13권 제3호, 2007, 9, 494면.

7) 헌재결 2004. 5. 14. 2004헌나1.

8) 헌재결 2008. 1. 17. 2007헌마700.

답해야 하는 것은 당연하다. 그러므로 선거중립의무의 의미를 정치적 중립성의 의미와 동일한 것으로 이해해서는 안될 것으로 생각된다.

정치적 공무원에게 정치적 활동이 허용된다고 하더라도 선거에서의 선거중립의무의 요청으로 인하여 선거나 선거결과에 부당한 영향력을 행사하는 것은 금지된다. 선거에서 금지되는 선거결과에 대한 영향력이라 함은 부당한 영향력을 의미하는 것이지 모든 일체의 영향력을 의미하는 것은 아니다. 유권자들에게 제공하는 정보의 제공이나, 의견개진, 정치적 의사표시 등은 부당한 영향력이 아닌 긍정적인 영향력 즉 정보제공이라는 의미를 가지며, 이는 국민의 알권리의 실현이라는 차원에서 보더라도 선거에서 반드시 금지해야 하는 것은 아니다.

대통령이나 국회의원 및 지방의회의원은 정무직 공무원으로서 정치적 중립성이 요구되지 않는다는 점에서 동일하다고 생각한다. 또한 선거에서의 중립의무의 의미를 선거결과에 대한 부당한 영향력 행사의 금지라고 이해한다면, 대통령 뿐만이 아니라 국회의원이나 지방의회의원도 동일하게 선거에서의 중립의무가 요구된다. 공무원조직의 동원가능성 및 선거관리에 대한 접근가능성 때문에 양자를 차별하는 것은 설득력이 없다. 선거사무 관리의 공정성은 직업공무원제도, 선거관리위원회의 헌법적 보장 등 다른 법적·제도적 장치에 의하여 보장되어야 하는 문제이지, 선거관리공무원에 대하여 집행기관으로서의 대통령이 그들에 대한 통제가능성이 있다는 것을 이유로 선거중립의무를 대통령에게만 요구하는 것은 설득력이 부족하다.

5. 정치적 표현의 자유와 선거중립의무

헌법재판소는 대통령은 국가의 원수 및 행정부 수반으로서의 지위에서 직무를 수행하는 때에는 원칙적으로 정당정치적 의견표명을 삼가야 하며, 대통령이 정당인이나 정치인으로서가 아니라 국가기관인 대통령의 신분에서 선거관련 발언을 하는 경우에는 선거에서의 정치적 중립의무의 구속을 받게 되는데, 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다는 것이다. 헌법재판소는 대통령의 정치적 표현의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 이익형량원칙에 따른 양자택일의 관계로 파악한다.

생각건대 정치적 표현이 의견 내지 의사표시를 넘어 선거결과에 부당한 영향력을 행사할 목적으로 행사되는 경우에는 이미 그것은 표현의 자유의 한계를 벗어나는 것으로 정치적 표현의 자유로서 보장될 수 없으며, 자유선거원칙에 배

치되는 것으로 허용되지 않는다. 자신의 지위를 이용하여 선거결과에 부당한 영향력을 행사하거나 선거결과에 영향을 미칠 의도를 가진 표현이라 함은 표현의 내용 그 자체가 문제되는 경우는 거의 없다. 오히려 선거중립의무의 위반여부를 판단하는데 있어서는 표현의 내용보다는 표현의 방법이나 표현이 이루어지는 그 밖에 정황 등이 문제되는 경우가 많으므로, 이러한 요소들이 함께 고려되어야 한다.

Ⅲ. 교원의 정치적 자유

발표문 17면에 나타난 바와 같이 교원의 정치적 자유에 대한 제한은 그 직무에 따라 문제되는 행위에 따라 이루어져야 하고, 불필요한 제한은 제거되어야 한다는 점에는 위에서 제시한 내용과 동일한 취지라고 생각한다. 특히 교원의 경우에는 교육이라는 직무의 성격이 특히 고려되어야 할 것으로 생각된다.

초중등교원과 대학교원의 차이를 인정한다는 점에는 동의하지만, 학생을 교육하는 지위와 개인으로서의 지위를 전혀 구별하지 않고, 초중등교원이라고 하여 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것은 교원의 자유를 지나치게 축소시키는 것이다. 발표문 17면의 지적처럼 초중등교원의 정치적 자유에 대한 제한은 직무에 따라 문제되는 행위에 따라 이루어져야 하고, 불필요한 제한은 제거되어야 한다는 점에는 같은 생각이다.

이상으로 부족한 토론을 마치도록 하겠습니다.

한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위

- 헌재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석 -

정 광 현*

I. 서 론

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 제기함에 있어서 이른바 “한정위헌청구를 적법하게 제기할 수 있는가” 하는 문제는 오래 전부터 학계와 실무의 관심사였다. 그동안 한정위헌청구의 적법성을 정면으로 다룬 논문과 판례만 해도 여럿 있는 것이 벌써 이러한 사실을 증명한다.¹⁾ 이 글이 평석대상으로 하는 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정 역시 한정위헌청구의 적법성을 적극적으로 옹호한 판례라는 점에서 세간의 주목을 끌고 있다.

그런데 한정위헌청구의 적법 여부가 이처럼 학계와 실무의 관심사가 된 연유는 무엇일까?

이 질문에 답하기에 앞서 “한정위헌청구”란 도대체 무엇인지 그 개념정의부터 짚고 넘어갈 필요가 있다. ① 일설에 따르면, 한정위헌청구는 “법률이나 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률이나 법률조항의 특정 해석 가능성이나 적용 가능성을 채택하거나 채택하지 아니하는 한 위헌이라는 취지의 청구를 말한다”고 한다.²⁾ ② 또 다른 견해는, 한정위헌청구란 “청구인이 헌법재판소

* 법무법인 지평 변호사

1) 박순성, 한정위헌청구의 적법성 여부, 헌법실무연구 8권(2007), 574쪽 이하; 황도수, 한정위헌청구의 적법성, 헌법실무연구 8권(2007), 603쪽 이하; 이준상, 한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여, 헌법논총 18집(2007), 273쪽 이하; 허완중, 한정위헌청구의 적법성, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집(2013), 513쪽 이하; 이규홍, 예산회계법 제96조 제2항 등 위헌소원 - 한정위헌청구의 적법성과 소멸시효 규정의 적용배제 -, 헌법재판소결정해설집 2008, 567쪽 이하 등 참조.

2) 허완중, 위 논문, 513쪽; 박순성, 위 논문, 574쪽.

법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구하면서 한정위헌결정을 청구하는 것, 즉 ‘헌법재판소가 심판대상이 된 법률조항의 해석적용범위 중 일정부분을 특정한 뒤 그 적용범위에 대하여 위헌선언을 해 달라는 취지의 청구를 하는 것’을 말한다”고 한다.³⁾ ③ 헌법재판소의 종전의 판례는 “법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 ‘……하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구”가 한정위헌청구라는 입장으로, 전자의 견해(즉, ①의 견해)에 가까운 것으로 보인다.⁴⁾

위 개념정의를 모두 일견 비슷하지만, 미묘한 뉘앙스의 차이가 있다. 즉, ①이나 ③의 견해(이하 ‘①의 견해’라고만 한다)는 심판청구대상으로서의 “법률조항”과 “법률조항의 해석”을 엄격히 구분하는 전제에서 출발하여, “한정위헌청구는 법률조항의 특정한 해석을 위헌심판대상으로 삼는 청구”로 정의한다. 반면에, ②의 견해는 “심판청구대상이 법률조항 그 자체가 아니라 법률조항의 특정 해석인가”하는 관점에서 벗어나, “한정위헌청구의 경우에도 법률조항 자체가 심판대상이긴 하지만, 법률조항 전체에 대하여 위헌선언을 할 게 아니라, 단지 그 질적 일부에 대하여만 위헌선언을 해 달라는 청구”로 이해한다.

다시 말하여, ①의 견해가 “청구인이 위헌심판청구한 대상이 ‘법률조항 자체’인지 ‘법률조항의 해석’인지 가려, 후자라면 부적법하다고 해야 함이 원칙”이라는 인상을 암묵적으로 주고 있다면, ②의 견해에 따르면, “한정위헌청구의 형식이라 할지라도 청구인의 목시적 의사는 법률조항 자체를 심판대상으로 삼은 것이라고 할 것이고, 다만 한정위헌청구를 통하여 청구인은 헌법재판소가 내릴 위헌결정의 범위에 대한 사견을 제시한 것에 불과하다”는 이해방식을 시사하고 있다.

필자의 견해는 결론적으로 ②의 견해가 더 타당한 접근방법이라고 생각한다. “법률조항 자체”와 “법률조항의 해석”을 정확히 구분하는 것은 이론상으로는 가능할지 몰라도 실제적으로는 매우 어렵다. 그러므로 이러한 개념구분의 난점에 벌써부터 발목을 잡히는 방식은 별로 선호할 만하지가 않다. 더구나, ②의 견해는 청구인의 권리구제 기회를 더 많이 보장하는 점에서 장점이 있다. 심판대상의 특징은 청구인의 소관이고, 이를 잘못 특정할 경우 청구인은 헌법소원 각하의 불이익을 받게 될 것이다. 반면에, 위헌결정의 범위에 관한 결정은 헌법재판소의 소관이고, 그에 대해 청구인이 잘못된 의견을 제시할 경우에는 헌법재판소는 본안에서 이를 배척하면 그만일 뿐, 헌법소원 자체를 각하할 일은 아니다. 한정위헌청구

3) 황도수, 위 논문, 603쪽.

4) 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161.

를 ②의 견해와 같이 이해하면, 청구인에게 더 유리하다는 것은 바로 이러한 이유에서이다.

이제 다시 한정위헌결정의 적법성이 그동안 왜 문제되었는가 하는 질문으로 돌아오자. 그것은 한정위헌청구의 이해에 있어서 판례가 ①의 견해를 취하여 왔기 때문이라는 것이 필자의 생각이다. 그리하여 종래의 판례는 한정위헌청구를 원칙적으로 부적법한 것으로 간주하고, 다만 한정위헌청구의 형식에도 불구하고 실질적으로 법률조항 그 자체를 다투는 것으로 보이는 예외적 경우에만 제한적으로 헌법소원을 적법한 것으로 받아들였다. 한정위헌청구를 널리 허용하면, 사실상 재판소원을 허용한 것 같은 외관을 줄 것이라는 우려도 그와 같은 판례의 태도에 영향을 미친 것으로 추측된다. 하지만, 재판소원을 도입한 것 같은 인상은, 엄밀히 말하면, 청구인의 한정위헌청구에서 비롯된 게 아니라, 본질적으로 헌법재판소가 내리는 한정위헌결정이라는 주문형식에 그 근본원인이 있다. 그렇다면 헌법재판소가 자신이 한정위헌결정을 할 권한이 있다는 입장을 고수하는 이상, 단지 청구인이 한정위헌결정을 청구하였다는 이유만으로 헌법소원을 각하할 수는 없는 노릇이다.

2012. 12. 27.에 선고된 2011헌바117 결정은 “헌법재판소는 한정위헌결정을 계속해 오면서도 제청법원이나 헌법소원청구인은 원칙적으로 한정위헌청구를 할 수 없고, 위에서 본 바와 같은 예외적인 경우에만 한정위헌청구를 할 수 있다고 하는 종래의 선례들은 사리상으로도 합당하지 않은 것이다.”라고 하여 이 점을 적절히 지적하고 “한정위헌청구가 적법한가”라는 진부한 쟁점과 관련하여 종래 헌법재판소 판례가 취해 온 모순적 태도로부터 결연히 탈피하는 전기를 마련하였다. 그러나 전체적으로 그 이론적 정초에 있어서는 아직 완숙한 것 같지는 않다. 그리하여 위 결정은 다시 여러 가지 이론적 난점들에 봉착하고 있다.

이 글은 위 결정이 드러내고 있는 이론적 약점들에 대한 진단과 함께 나름의 해결방안을 모색하고자 한다. 그 중 특히 주안을 두는 부분은 심판범위에 관한 것이다. 아래에서는 먼저 위 결정의 판시사항을 통하여 심판범위에 관한 헌법재판소의 인식이 어디서 문제를 일으키고 있는지 살펴보고, 그에 대한 줄건을 밝히도록 하겠다.

II. 헌법재판소 2011헌바117 결정의 요지

1. 사건의 개요

대학교수인 청구인은 ‘2003. 2. 1.경부터 제주도 통합(환경·교통·재해)영향평가위원회 재해분과심의위원으로 위촉되어 ○○골프장, □□골프장 등의 재해영향평가 심의를 하는 과정에서 재해영향평가 심의위원의 직무와 관련하여, 2006. 12.경 현금 35,000,000원, 2007. 5.경 현금 46,500,000원을 수수하는 등 용역비 명목으로 억대의 금품을 수수하였다’는 범죄사실로 기소되었다.

항소심에서 일부 범죄사실에 대하여 무죄를 받고, 또 수뢰액은 ‘용역비 상당액’이 아니라 ‘용역계약을 체결할 기회 또는 이에 참여하여 그 대금의 일부를 지급받을 수 있는 기회의 제공’으로 보아야 한다고 하여, 당초의 죄명인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)은 무죄로 선고되고, 형법 제129조 제1항만이 적용되어 징역 2년을 선고받았다. 청구인은 대법원에 상고를 하였지만, 기각되어 이 형이 확정되었다.

한편, 청구인은 항소심 계속중 위 법률조항의 “공무원”에 일반공무원이 아닌 지방자치단체 산하 위원회의 심의위원이 포함된다고 해석하는 한 위헌이라는 취지로 위헌심판제청을 하였으나, 기각되자 헌법소원을 제기하였다.

2. “심판의 대상”에 관한 판시

헌법재판소는 위 헌법소원 사건에서 “심판의 대상은 형법 제129조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 ‘공무원’에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것)(이하 ‘이 사건 특별법’이라 한다) 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 위헌인지 여부로 한정한다”고 하였다.

참고로, 심판대상 조항과 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 조항]

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조(수뢰, 사전수뢰) ①
공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

[관련 조항]

구 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것) 제352조(별칙적용에서의 공무원 의제)
지원위원회 위원, 도인사위원회 위원 및 감사위원회 위원 중 공무원이 아닌 위원은 ‘형법’ 그 밖의 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

한 가지 흥미로운 것은, 이 사건 헌법소원이 실은 다음과 같이 주위적 청구와 두 개의 예비적 청구로 구성되어 있었다는 점이다.

주위적 청구취지: 형법 제129조 제1항의 공무원에 국가, 지방자치단체, 공법인 산하 위원회의 위원이기는 하나 공무원이 아닌 외부 위촉위원이면서 벌칙 적용에 있어서 공무원 의제규정에 의하여 공무원으로 의제되지 않는 위원을 포함시키는 범위에서 위헌이다.

제1차 예비적 청구취지: 형법 제129조 제1항의 공무원에 국가, 지방자치단체, 공법인 산하 위원회의 위원이기는 하나 공무원이 아닌 외부 위촉위원이면서 벌칙 적용에 있어서 공무원 의제규정에 공무원 의제대상으로 명시되지 아니한 위원을 포함시키는 범위에서 위헌이다.

제2차 예비적 청구취지: 형법 제129조 제1항의 공무원에 이 사건 특별법의 제주자치도 위촉위원을 포함시키는 범위에서 위헌이다.

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.

“헌법재판소법(이하 ‘법’이라 한다) 제41조의 위헌법률심판절차와 ‘법’ 제68조 제2항의 헌법소원 등 구체적 규범통제절차에서는, 특히 형벌조항에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우에는 그 소급효와 법원 등 국가기관에 대한 기속력 때문에 심판대상과 심판범위를 가능한 한 최소한으로 제

한하여 명백히 하는 것이 원칙이며, 당해사건에서 청구인에게 적용된 부분도, 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 이 사건 특별법상의 제주자치도 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용된 부분이고, 청구인의 주된 청구이유도 이 부분에 집중되어 있으므로 청구취지의 순서에 관계없이 청구인의 청구취지 중 제2차 예비적 청구취지에 따라 판단하기로 한다.”

3. “한정위헌청구의 적법성 여부”에 관한 판시

위 결정에서는 한정위헌청구의 적법성과 관련하여, 이를 긍정하는 재판관 6인의 다수의견과 그에 반대하는 재판관 3인의 소수의견으로 나뉘었다. 찬반의 논거들 중 이 글에서 중요하게 다루고자 하는 대목만 간추려 인용하면 다음과 같다.

가. 다수의견

(1) 법률조항과 그에 대한 해석은 서로 별개의 다른 것이 아니라 동전의 양면과 같은 것이어서 서로 분리될 수 없는 것이다. 따라서 ‘법 제41조 제1항의 ‘법률’이나 ‘법’ 제68조 제2항의 ‘법률’의 의미는 당해사건과는 관계 없는 일반적·추상적인 법률규정 그 자체가 아니라, 당해사건 재판의 전제가 되고, 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용을 가리키는 것이다. [...] 더 이상 개념법학적 관념을 기초로 하여 ‘법률’과 ‘법률의 해석’을 별개의 것으로 인식할 것은 아닌 것이다.

(2) 헌법재판소가 [...] 위헌법률심판권 등을 행사하기 위해서는 [...] 필수적으로 통제규범인 헌법에 대한 해석·적용과 아울러 심사대상인 법률조항에 대한 해석·적용을 심사하지 않을 수 없는 것이다. 그러므로 [...] 구체적 규범통제절차에서의 법률조항에 대한 해석과 적용권한은 (대)법원이 아니라 헌법재판소의 고유권한인 것이다.

(3) 헌법재판소가 구체적 규범통제권을 행사하기 위하여 법률조항을 해석함에 있어 당해 법률조항의 의미가 다의적이거나 넓은 적용영역을 가지는 경우에는 가능한 한 헌법에 합치하는 해석을 선택함으로써 법률조항의 효력을 유지하도록 하는 것(헌법합치적 법률해석의 원칙)은 규범통제절차에 있어서의 규범유지의 원칙이나 헌법재판의 본질에서 당연한 것이다. 나아가, 구체적 규범통제절차에서 당해사건에 적용되는 법률조항이 다의

적 해석가능성이나 다의적 적용가능성을 가지고 있고 그 가운데 특정한 해석이나 적용부분만이 위헌이라고 판단되는 경우, 즉 부분적·한정적으로 위헌인 경우에는 그 부분에 한정하여 위헌을 선언하여야 하는 것 역시 당연한 것이다.

(4) 제청법원이나 헌법소원청구인이 당해사건 재판의 근거가 되는 법률조항 그 자체나 그 전체의 위헌성을 주장하지 않고 당해 법률조항의 특정한 해석가능성이나 적용가능성에 대하여만 제한적·한정적으로 위헌을 주장한다면 헌법재판소로서는 제청법원 등이 주장하는 범위 내에서 위헌여부를 심판하는 것이 원칙이며, 그 이외의 부분까지 위헌여부를 심판하게 된다면 그것은 헌법재판에서 요구되는 직권주의를 감안하더라도, 헌법재판소법상의 신청주의나 적법요건으로서의 재판의 전제성에 위반될 수 있는 것이다. 그러므로 제청법원 등이 하는 한정위헌청구는 자칫 헌법재판소가 소홀히 할 수 있는 당해 법률조항에 대한 한정위헌결정 여부를 헌법재판소로 하여금 주의깊게 심사하도록 촉구하여 위헌의 범위와 그에 따른 기속력의 범위를 제한적으로 정확하게 한정할 수 있게 할 것이고, 그 결과 규범통제절차에 있어서 위헌여부심판권의 심사지평을 넓힐 수 있게 될 것이어서, 금지되어서는 안 될 뿐만 아니라 오히려 장려되어야 할 것이다.

(5) 다만, [...] 재판소원을 금지하고 있는 ‘법’ 제68조 제1항의 취지에 비추어 한정위헌청구의 형식을 취하고 있으면서도 실제로는 당해사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다루거나 의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다루는 경우 등은 모두 현행의 규범통제제도에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없는 것이다.

나. 반대의견

다수의견은 [...] 이 사건의 심판대상을 청구인의 주된 청구이유에 따라 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 제주자치도 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부로 한정하고 있다. 그러나 이 사건의 심판대상을 위와 같이 한정하는 것은 다음과 같은 이유로 적절하지 않을 뿐만 아니라 결국 재판소원 금지에 저촉되어 부적법하다고 생각

한다.

첫째, 심판대상을 당사자가 청구하는 대로 한정하는 것은 하나의 법률 조항에 대하여 수없이 많은 후행의 한정위헌청구를 허용하게 되므로 이는 규범통제절차에 있어 바람직한 모습은 아니며, 후행의 한정위헌청구가 선행의 한정위헌청구와 그 심판대상이 동일한 것인지 여부의 판단에도 실무상 많은 어려움이 가중될 것이다.

둘째, 한정위헌청구에 있어 심판대상을 당사자가 청구하는 대로 한정하는 것은 심리방식이나 최종 결론을 도출함에 있어 문제가 있다. 예를 들어 청구인이 한정위헌청구를 하면서 해당 법률조항에 대한 명확성의 원칙 위반 주장을 함께 하는 경우에는 일단 법률조항 자체에 대한 심사를 선행할 수밖에 없는데, 위와 같이 해당 법률조항의 위헌성에 대한 심사를 선행하였음에도 결론에 이르러서는 당사자가 한정 심판대상에 기속되어 그 당부만 판단하는 것은 비효율적일 수밖에 없다. 또한, 심리결과 당사자가 한정된 법률조항에 대한 특정한 해석보다는 그 해석과 관련된 법률조항 자체가 위헌성을 지니고 있는 경우에는 어떻게 할 것인지도 문제이다. 그 경우에 당사자가 청구한 범위에 기속되어 단순 위헌결정을 할 수 없다고 한다면, 이는 헌법재판소의 위헌법률심판 권한을 부당하게 제약하는 결과에 이르게 된다.

법률조항에 대한 특정한 해석을 심판대상으로 하는 한정위헌청구라고 하더라도 여전히 심판대상은 규범, 즉 구체적 법률조항으로 보거나, 적어도 그 법률조항에 대하여 상당기간에 걸쳐 형성·집적된 일정한 해석으로서 법률조항의 가분된 의미영역이라고 하여야 한다. 즉 이 사건에 있어서 심판대상은 이 사건 법률조항의 ‘공무원’ 부분이라고 하거나, 적어도 국가 공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이나 다른 법률에 따라 이 사건 법률조항의 공무원으로 간주되는 사람 이외의 사람이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것(이는 종래 헌법재판소의 선례에서도 적법한 한정위헌청구의 하나로 인정하고 있고, 청구인의 주위적 청구취지에도 부합한다)이 헌법에 위반되는지 여부라고 보아야 한다.

4. 본안에 대한 판단

가. 다수의견

다수의견은 본안에서 이 사건의 쟁점을 다음과 같이 파악하고 있다.

“이 사건 특별법에는 청구인과 같은 제주자치도 위촉위원에 대하여는 벌칙적용에 있어서 공무원 의제규정이 없음에도 그가 행하는 직무의 성질과 내용에 비추어 ‘공무원’에 포함된다고 해석·적용하는 것이 죄형법정주의의 명확성의 원칙이나 유추해석금지의 원칙에 위배되어 위헌인지의 여부이다.”

하지만, 본격적인 판단에 들어가서는 법원의 유추해석금지 위반을 주로 다루고 있고, 이 사건 법률조항의 구성요건이 불명확한지에 대하여는 아무런 판단을 하고 있지 않다.

나. 반대의견

반대의견은 이 사건 법률조항이 명확성 원칙을 위반하였는지 여부와 관련하여 다음과 같이 판단하고 있다.

죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용 대상자가 누구이며 구체적으로 어떤 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다(헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53, 판례집 22-2하, 425, 431).

대법원과 같이 뇌물죄의 주체가 되는 공무원의 개념을 담당하는 업무 등에 따라 실질적으로 해석한다고 할지라도, 법령에 의하여 위촉된다는 객관적 표시와 담당 직무의 공적인 성격에 대한 법적 판단이 이루어지게

되므로 일반인의 예측범위에서 벗어나거나 자의적인 해석이라고 할 수 없다.

이 사건 법률조항 중 ‘공무원’의 의미내용은 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람을 기준으로 하여 합리적으로 파악될 수 있다고 판단되고, 대법원 판결 등에 의하여 그에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있어 법집행기관이 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로 이 사건 법률조항 중 ‘공무원’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

5. 법정의견(다수의견)에 따른 주문

“형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조 제1항의 ‘공무원’에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것) 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.”

III. 한정위헌결정의 본질과 합헌적 법률해석

1. 문제의 소재

위 2011헌바117 결정의 판시에서도 드러나지만, 헌법재판소는 한정위헌결정과 합헌적 법률해석의 원칙을 사실상 동일시하거나 적어도 본질적으로 차이가 없는 것으로 이해하고 있다. 그에 따르면, 양자는 모두 위헌적인 “법률해석가능성”에 대한 통제역할을 한다. 그러면서 이러한 위헌적 해석가능성 통제는 법률조항에 대한 “일종의 부분적 위헌선언”이라고 한다.⁵⁾

그러나 “법률 자체”에 대한 규범통제의 일환으로 행해지는 질적 일부무효 선언과 헌법적 가치질서를 고려한 “법률의 해석”으로서의 합헌적 법률해석을 동

5) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 147-148; 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 861.

일한 차원에 놓는 것이 과연 타당한 접근방법인지는 재고해 볼 필요가 있다고 생각한다. 이하에서 상술한다.

2. 합헌적 법률해석 원칙의 의미

합헌적 법률해석의 원칙은, “법률규정이 다의적(多義的)이어서 한편에서는 상위규범인 헌법과 합치하는 해석이, 다른 한편에서는 헌법과 합치하지 않는 해석이 다 같이 가능하다면 항상 헌법과 합치하는 해석을 선택하여야 한다는 원칙”이다.⁶⁾ ① 법질서는 통일적이어야 한다는 것과 ② 그러한 법질서 속에서 헌법이 가장 우위에 있다는 것을 그 이론적 근거로 한다.⁷⁾

합헌적 법률해석은 어디까지나 “해석”의 본질을 가진다.⁸⁾ 그러므로 아무리 헌법의 우위를 관철시키기 위해서라고 하더라도, 법률의 문구(Wortlaut)와 입법자의 명백한 입법의도(Das gesetzgeberische Ziel)를 무시하면서까지 합헌적 “법률해석”의 외형을 통한 실질적 “법률변경”을 도모해서는 안 된다.

위 원칙은, 사비니(Savigny) 이래로 일반적 법해석기법으로 자리잡은 네 가지 전통적 해석기준, 즉 문리해석, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석 등을 동원한 결과 법률이 일견 여러 가지 해석가능성을 가질 것을 전제로 한다. 만일 이러한 전통적 해석기법을 동원한 결과 법률이 일의적으로밖에 해석될 수 없다고 판단되는 경우에는 더 이상 합헌적 법률해석 원칙이 역할을 할 여지는 없다고 보아야 한다.⁹⁾

합헌적 법률해석은, 헌법과 법률에 구속되어야 하는 모든 행정 및 사법기관의 공동과제이다.¹⁰⁾ 이들 기관이 자신의 책임으로 이미 해석의 범주에서 합헌적 결과를 가져올 수 있는 이상, 헌법재판소는 규범통제절차 등을 통하여 법률에 대하여 위헌선언을 하는 것을 자제하여야 한다(이른바 입법권 존중[favor-legis]의 원칙). 이러한 방식으로 국민의 민주적 대표기관인 입법자에 대해 존중을 표하기를 포기할 수 있는 것은, 오직 어떠한 해석에 의하더라도 그 법률이 합헌일 수 없는 그런 경우만이다.¹¹⁾

6) 이강국, 헌법합치적 법률해석, 3쪽.

7) 이강국, 위 책, 55-58쪽, 61쪽 참조.

8) 이강국, 위 책, 111쪽 이하 참조.

9) 이강국, 위 책,

10) Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 441 참조.

3. 질적 일부무효선언의 의미

규범통제절차에서 심판의 대상은 법률 또는 법률조항이다. 그런데 예컨대 법률조항에 대하여 심판을 한 결과, 위헌성이 그 법률조항 전체가 아니라 법문 중 특정 어구 혹은 단어에 관련해서만 있는 것으로 판단되는 경우에는 어떻게 할 것인가? 만일 그 어구나 단어가 해당 법률조항 규정의 핵심적 부분을 이루어서 그것을 폐지하면 법률조항의 규율 내용이 본질적으로 변경되는 경우라면 그 법률조항 전체에 대하여 위헌선언을 하여야 할 것이다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 위헌성이 있는 어구나 단어에 대해서만 위헌선언하는 것이 실무이다. 이는, “법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다”고 한 민법 제137조의 법리의 연장선상에서 이해할 수 있고, 그를 통하여 입법자가 제정한 법률의 효력을 최대한 유지시키는 점에서 권력분립 원칙에 기반한 헌법적 정당화가 가능하다고 하겠다.

그런데 만일 법문에 드러나 있지는 않지만, 그 법률조항이 적용된 개별·구체적 사례와 관련하여서만 위헌성이 발견되는 경우에는 어떻게 되는가? 헌법재판 실무에서는 앞서 본 바와 마찬가지로의 이치에서 이 경우에도 해당 법률조항 전체에 대하여 위헌선언을 하지 않고, 그 부분적 위헌성만 선언한다. 전자의 경우를 양적 일부위헌선언이라고 부르는 것에 대칭하여, 이를 질적 일부위헌선언이라고 한다.

여기서, 규범이 개별·구체적 사건에 적용된 것과 관련하여 위헌심판을 하므로, 질적 일부위헌선언은 법령의 해석·적용의 통제이지, 규범 자체의 통제가 아니라는 반론이 제기될지도 모른다. 그러나 이에 대하여는 다음과 같은 기준으로 양자를 구별할 가능성을 지적할 수 있다. 즉, 위헌성을 야기한 것으로 비난받을 주체가 법령의 해석·적용자인가 아니면 입법자인가? 이 질문에 대한 답변이 만일 후자라면 명백히 규범통제의 본질을 가진다고 보아야 할 것이다. 가령 법령이 다른 해석의 여지가 없이 일의적으로 규정되어 법령이 합헌적 해석이 불가능한 경우가 바로 그러한 경우에 해당할 것이다.

이러한 입법자에 대한 통제는 헌법재판소의 전속적 관장사항이다.

11) Schlaich/Koriath, 위 책, Rn. 443 참조.

4. 헌법재판소의 합헌적 법률해석 권한

규범통제권한을 가진 헌법재판소가 합헌적 법률해석을 할 수 있는가에 관하여, 주지하는 바와 같이, 우리 대법원은 “합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것”이라며 부정적인 입장을 고수하고 있다.¹²⁾

이러한 부류의 견해는 일찍이 독일에서도 주장된 바가 있다. 즉, 법률의 유권해석권한은 일반법원에 있다는 전제에서 한때 헌법재판소는 합헌적 법률해석을 해서는 안 된다는 견해가 있었다.¹³⁾ 심지어 규범에 대한 질적 일부무효선언도 실질적으로는 “법률 자체”에 대한 위헌선언이 아니라 “법률의 해석”에 대한 위헌선언으로 간주하여, 헌법재판소가 이를 하면 안 된다고 하는 견해도 있었다.¹⁴⁾

그러나 이 견해는 다음과 같은 문제를 안고 있다는 비판을 받았다.¹⁵⁾ 첫째로, 법률이 위헌적으로 해석될 가능성이 있다는 이유만으로 법률 전체를 무효화하는 것은 명백히 입법권 존중의 정신에 반한다. 둘째로, 만일 법률의 본령에 합헌적 적용가능성이 내재하고 있다고 하여, 법률에 대하여 무조건적으로 합헌선언을 하여야 한다면, 행여 일반법원이 법률을 위헌적으로 해석·적용하더라도 이를 전혀 저지할 수 없게 된다. 그러므로 이러한 경우 헌법재판소는 법률이 특정한 해석하에서만 합헌임을 선언할 수 있어야 한다는 것이다.¹⁶⁾

오늘날 독일에서 지배적 견해는, 원칙적으로 헌법재판소도 합헌적 법률해석을 할 권한이 있음을 인정하고 있다.

그런데 헌법소송에서 합헌적 법률해석은 헌법재판소의 특수한 지위로 인하여 특별한 의미를 가진다. 즉, 헌법재판소는 헌법적 문제에 대한 최고의 유권해석 기관이고 전속적 규범통제권한을 가지는데, 헌법재판소가 법률의 해석과 관련하여 합헌 또는 위헌 의견을 말하면, 그것은 잠재적으로 입법자를 포함한 모든 국가기관을 구속하게 된다. 이 때문에 헌법재판소에 의한 합헌적 법률해석은 사실상

12) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결; 대법원 2005. 5. 13. 자 2005초기189(2005도1936) 결정 등.

13) Haak, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, 304쪽, 307쪽; Spanner, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 91 (1966), 503쪽(529쪽).

14) Spanner, 위 논문, 532쪽.

15) Eckardt, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 69쪽.

16) Eckardt, 위 책, 70쪽.

규범통제의 한 유형이라고 보는 견해가 생겨났다.¹⁷⁾ 심지어 이러한 논리를 극단으로 밀고 나가, 일반법원은 규범통제권한이 없으므로 실질적으로 규범의 일부무효선언의 성격을 가지는 합헌적 법률해석을 하는 게 불가능하다고 보는 견해까지 나타났다.¹⁸⁾

그러나 다른 한편, 기능법적(funktionell-rechtlich) 관점에서 헌법재판소가 합헌적 법률해석을 통하여 지나치게 일반법의 해석에 관여하는 데 대하여는 여전히 경계하는 목소리가 높다. 헌법재판소가 사실상 “초상고심”(Superrevisionsinstanz)의 역할을 하게 될 우려 때문이다. 그에 따르면, 헌법재판소는 자신이 직접 합헌적 법률해석이 무엇인지를 적극적으로 논하기보다는 되도록 일반법원이 한 법률 해석을 존중하고 따르되, 다만 그 법률해석에 위헌성이 발견되는 경우 소극적으로 이 부분만 특정하여 위헌선언하여야 한다고 한다.¹⁹⁾

한 가지 유념할 것은, 독일연방헌법재판소에 의한 합헌적 법률해석이 이루어지는 주요 무대는 규범통제절차가 아니라 오히려 재판소원절차라는 점이다. 이 경우 법원의 재판은 헌법소원의 직접적 심판청구대상을 이루고, 법률은 부수적 심사대상이 된다. 여기서 헌법재판소가 “법률해석”을 심사하는지 아니면 “규범의 질적 일부”를 심사하는지를 굳이 따질 실익은 그리 크지 않아 보인다. 헌법재판소는 어차피 양자 모두에 대해 심사할 권한이 있기 때문이다. 그리하여 더러는 합헌적 법률해석 통제의 외형만 빌렸을 뿐, 실질적으로는 명백히 일의적인 규범에 대한 질적 일부위헌선언을 한 것 같은 사례도 가끔 보인다.²⁰⁾ 학계에서 양자의 본질을 동일시하는 입론을 전개할 수 있었던 배경이 여기에 있다고 짐작된다.

반면에, 우리나라에는 아직 재판소원제도가 도입되어 있지 않고, 다만 그 기능을 일부 대체하는 제도로써 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 도입되어 있을 뿐이다. 이 유형의 헌법소원은, 법원에 법률의 위헌여부심판제청을 신청

17) Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 93쪽 이하, 100-102쪽, 126쪽; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 171-172쪽; Prüm, Verfassung und Methodik, 272쪽; Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 22쪽; Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte - Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), 117쪽 (179-180쪽).

18) Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung. Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung?, 120쪽 이하, 132쪽; Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 104쪽, 108-112쪽.

19) Burmeister, 위 책, 107쪽 이하; Bettermann, 위 책, 28쪽 이하; Voßkuhle, 위 논문, 198쪽.

20) Schlaich/Korioth, 위 책, Rn. 449 참조.

한 소송당사자가 그 신청이 배척된 경우 제기할 수 있게 한 점에서 구체적 규범통제제도와 연계되어 있고, 헌법재판소법 제71조 제2항이나 같은 법 제75조 제6항에서 규범통제제도의 관련 규정을 준용하고 있는 점에서 본질적으로 규범통제제도의 일종으로 파악되고 있다. 따라서 그 심판대상은 “법률 또는 법률의 조항”이 되어야 한다(헌법재판소법 제71조 제2항, 제43조 제3호). 더구나 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하고 있는 만큼, 헌법재판소는 위 헌법소원절차에서 가령 법원이 한 “법률의 해석”에 대하여 심사를 할 수가 없다고 전제하여야 한다.

그에 따라, 합헌적 법률해석 통제와 규범에 대한 질적 일부위헌선언의 본질 구별도 좀 더 엄밀히 할 필요가 있다. 양자는 본질이나 기능면에서 서로 다른 차원에 속한다. 법률에 대한 한정위헌결정을 하면서 그 논거로 “합헌적 법률해석 원칙”을 끌어들이는 것은, 헌법재판소가 하는 합헌적 법률해석의 실제적 작용이나 의미가 어떠하든, 결과적으로 법원에게 해석통제를 한 것 같은 인상을 준다. 그러므로 되도록 규범통제로서의 본질이 더 뚜렷한 “질적 일부위헌선언”을 한다는 외관을 취하는 것이 헌법재판소와 법원 사이의 불필요한 마찰을 줄이는 길이라 생각한다. 헌법재판소의 공식입장도 한정위헌결정은 규범통제의 일환으로 행해지는 “질적 일부무효선언”이라는 것이다.

이러한 맥락에서 한정위헌청구의 개념부터 재구성할 필요가 있다. 즉, 한정위헌결정을 더 이상 “법률의 특정한 해석가능성에 대한 위헌선언”이라고 하지 말자는 이야기이다. 그보다는 “구체적 사건성 속에서 발견된 법률 그 자체의 부분적 위헌성 선언”이라 함이 상당할 것이다.

그러한 부분적 위헌성 선언은 헌법재판소의 독자적 법률해석권한을 주장하는 가운데 “헌법재판소가 보기에 다의적 해석가능성이 있다”고 전제하는 데서 출발할 게 아니라, 오히려 “권한법적 관점에서 헌법재판소는 법률에 대한 법원의 유권해석을 존중함이 원칙이므로, 법원이 한 것과 다른 해석가능성을 상정할 수 없어, 그러한 법원의 해석을 곧 법률 그 자체의 내용으로 볼 수밖에 없다”는 것을 전제하여야 할 것이다.

그것이 아직 재판소원이 도입되지 않은 현 제도를 실무적으로 존중하는 태도이자, 법원을 불필요하게 자극하지 않으면서도 실제로는 거의 같은 효과를 가져올 수 있는 길이라고 믿는다.

IV. 심판대상과 심판범위의 구별

1. 문제의 소재

한정위헌청구의 적법성을 부인하던 종래의 관례에 따르면, 헌법재판소법 제 68조 제2항에 의한 헌법소원 심판청구를 하는 청구인은 “법률조항”에 대하여 심판청구를 하여야 하지 “법률조항의 해석”을 대상으로 하여 심판청구를 하면 안 된다고 하였다. 그러면서 다른 한편, 헌법재판소 자신은 한정위헌결정을 통하여 법률조항의 특정한 해석가능성에 대하여 위헌심판을 해 왔다. 그리고 그러한 특정한 해석가능성을 “법률조항의 질적 일부”에 해당하는 것으로 설명하였다. 여기서, 왜 유독 헌법소원 청구인만 법률조항의 “질적 일부”를 대상으로 심판청구를 해서는 안 되는가 하는 의문이 제기될 여지가 있었다.

2011헌바117 결정의 다수의견이 “헌법재판소법 제41조 제1항의 ‘법률’이나 동법 제68조 제2항의 ‘법률’의 의미는 당해사건과는 관계없는 일반적·추상적인 법률규정 그 자체가 아니라, 당해사건 재판의 전제가 되고, 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용을 가리키는 것”이라고 한 것은 바로 이 의문에 답을 하고자 한 것으로 보인다. 그에 따르면, “당해사건 재판의 전제가 되는 법률 또는 법률조항에 대한 규범통제는 결국 해석에 의하여 구체화된 법률 또는 법률조항의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제”라는 것이다. 이로써 헌법재판소법 제68조 제1항의 “법원의 재판을 제외하고는”이라는 문구는 사실상 사문화될 상황에 처했다. 법원의 재판에 대한 헌법소원이 주로 목적하는 바가 바로 “법원의 해석에 의하여 구체화된 법률 또는 법률조항의 의미와 내용”에 대한 위헌심사이기 때문이다. 반대의견이 재판소원금지를 내세워 다수의견을 비판한 것은 그런 점에서 이해할 만하다.²¹⁾

그런데 다수의견은 거기서 한 발 더 나아가, “제정법원이나 헌법소원청구인이 당해사건 재판의 근거가 되는 법률조항 그 자체나 그 전체의 위헌성을 주장하지 않고 당해 법률조항의 특정한 해석가능성이나 적용가능성에 대하여만 제한적·

21) 그런데 다수의견도 이러한 사실상의 재판소원 도입을 꼭 의도한 것 같지는 않다. “한정위헌청구의 형식을 취하고 있으면서도 실제로는 [...] 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다루거나 의미있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다루는 경우 등은 모두 현행의 규범통제제도에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없는 것”이라는 말을 덧붙이고 있기 때문이다. 다만, 그런 한계 설정이 과연 얼마만큼 실효를 거둘 수 있는지는 심히 의문이다.

한정적으로 위헌을 주장한다면 헌법재판소로서는 제청법원 등이 주장하는 범위 내에서 위헌여부를 심판하는 것이 원칙이며, 그 이외의 부분까지 위헌여부를 심판하게 된다면 [...] 헌법재판소법상의 신청주의나 적법요건으로서의 재판의 전제성에 위반될 수 있는 것이다.”라고까지 하였다.

여기서 특히 눈에 띄는 단어는 “신청주의”이다. 위 맥락에서 이 말은, 하나의 법률조항 중에서도 당사자가 다투는 특정 해석가능성에 대한 것을 넘어 심판하면 안 된다는 것으로 귀결될 수 있는데, 종래 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 적법한 심판청구대상은 “법률조항 자체”이어야 하지 “특정 해석가능성”이어서는 안 된다고 하여 헌법소원을 각하하던 것과 비교하면, 가히 대조적이다.

그러나 이와 같은 발상의 전환이 과연 타당한지는 좀 더 검토할 필요가 있다. 반대의견이 적절히 지적하였다시피, “심리결과 당사자가 한정된 법률조항에 대한 특정한 해석보다는 그 해석과 관련된 법률조항 자체가 위헌성을 지니고 있는 경우에는 어떻게 할 것인지도 문제”된다. 이러한 문제의식에서 아래에서는 심판대상의 특정과 심판의 범위 문제를 살펴보고 위 다수의견의 견해에 대하여 평가를 하고자 한다.

2. 심판대상 특정의 문제

가. 심판대상에 관한 법률의 규정

전술한 바와 같이, 기존의 판례는 헌법재판소법 제41조에 의한 위헌여부심판제청이나 같은 법 제68조 제2항의 헌법소원의 심판청구대상은 “법률 또는 법률조항”으로 보았다.

이는 위 두 조문에서 “법률”이라고 명시하고 있는 이외에도, 법적으로 다음과 같은 근거가 있었다. ① 첫째, 두 종류의 절차에 공히 적용 내지 준용되는 같은 법 제43조도 제3호에서는 “위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항”을 기재하도록 되어 있다. ② 둘째, 같은 법 제45조 본문에서는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 결정한다.”고 하여 제청 또는 심판청구 대상이 “법률 또는 법률조항”임을 명확히 하고 있다. ③ 셋째, 같은 법 제47조에서도 위헌 결정은 “법률 또는 법률의 조항”에 대하여 행해짐을 명시하고 있다.

여기에 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에서 “법원의 재판을 제외하고는”이라고 한 취지도 함께 고려할 필요가 있다. 구체적 규범통제의 범주에 속하는 절차

에서 심판대상의 위헌여부는 그것이 법원의 재판에 전제가 될 것이 요구된다. 심판대상이 “법률 또는 법률조항”이라고 할 때에는, 헌법 제107조 제1항에서 헌법재판소에 전속적 심판권한을 부여하고 있기 때문에 법원이 이를 문제삼을 여지가 없다. 그러나 심판대상이 “청구인이 특정한 개별 법률해석”이라고 한다면 상황이 달라진다. 그것은 법원의 법률해석에 직접적으로 영향을 줄 수 있기 때문이다. 이를 방지하기 위한 것이 재판소원 배제의 취지였다면, 이를 몰각하는 취지의 법적 용은 해석의 범주에서는 불가능하다고 할 것이다.

요컨대, 심판의 대상이 “법률 또는 법률조항 자체”이어야 하지 “법률의 특정한 해석가능성”이 될 수는 없다고 함은 나름의 법적 근거가 충분히 있었다.

나. 신청주의와 심판대상의 직권 수정

헌법재판소법 제45조 본문에서 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 결정한다.”고 하고 있으므로, 이러한 점에서 신청주의가 도입되어 있다고 할 수 있다.

문제는 신청주의의 취지가 심판대상인 “법률 또는 법률조항” 이외의 부분에도 적용될 수 있는가 하는 문제이다. 무엇보다 검토의 대상이 되는 것은, 헌법재판소법 제43조 제4호에 따라 제청서 또는 헌법소원 심판청구서에 기재해야 하는 “위헌이라고 해석되는 이유”가 그러한 신청주의의 적용범위에 드는지, 즉 청구인이 주장하는 위헌사유에 국한하여 헌법재판소가 심판하여야 하는가 하는 물음이다.

이 질문에 대하여 헌법재판소의 확립된 판례는 이미 명확한 답을 내놓고 있다. 즉, 헌법재판소는 법률에 대한 위헌심판에서 위헌 여부를 판단할 때, 제청법원이나 청구인이 주장하는 헌법과 법률해석에 구애받지 않고, 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점을 종합적으로 검토해서 판단을 하여야 한다는 것이다.²²⁾ 그런 점에서 2011헌바117 결정의 다수의견이 말하는 바와 같은, “청구인의 제한적·한정적 위헌 주장에 구속되어야 한다”는 의미에서의 신청주의는 여기서 벌써 선례와 충돌을 일으킨다고 하겠다.

한편, 신청주의와 관련해서 또 한 가지 짚고 넘어갈 것은 헌법재판소에 의한 심판대상의 직권 수정의 가능성이다. 즉, 헌법재판소는 헌법재판소법 제45조 본

22) 현재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 690; 현재 현재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 445 등 참조.

문의 규정에도 불구하고, 특히 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서, 청구인의 심판청구이유 등 제반사항들을 종합적으로 고려할 때, 청구인이 심판대상을 잘못 특정하고 있음이 명백한 경우에는 직권으로 그 진의에 부합하는 대상으로 수정하여 주는 경우가 있다.²³⁾ 신청주의의 엄격한 적용에 대한 관례법상 인정된 예외라고 할 것이다.

다. 한정위헌청구 사건에서의 심판대상

한정위헌청구에 대한 기존의 관례는, 원칙적으로 “법률”을 심판대상으로 하지 않은 것이라고 하여 한정위헌청구를 한 헌법소원을 부적법하게 처리하면서, 다만 예외적으로 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우에는 적법한 것으로 받아들였다고 함은 이미 앞서 언급한 바와 같다. 그러나 이러한 관례의 태도는 전술한 심판대상의 직권수정의 경우와 비교할 때, 상대적으로 너무 엄격한 것이었다고 생각한다. 당사자의 진의가, 만일 한정위헌청구가 잘못된 것임을 알았다면, 심판대상을 특정 “법률해석”이 아닌 “법률조항 자체”로 특정하였을 것으로 추정되는 경우라면, 마찬가지로 직권수정함이 상당했다.

어쨌든 한정위헌청구가 적법하다고 받아들여진 예외적 경우에 있어서, 헌법재판소는 심판대상 법률조항 전체에 대하여 단순위헌·합헌 결정을 하기도 하였고, 꼭 한정위헌·합헌 결정을 한 것은 아니었다. 그런 점에 비추어볼 때, 한정위헌청구가 적법한 경우에도 심판대상은 청구인이 신청한 특정 법률해석의 위헌 여부가 아니라 그 법률조항 자체의 위헌 여부라고 인식되고 있었음을 추론할 수 있다.

라. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서 심판대상은 “법률 또는 법률조항” 자체만 될 수 있는 것으로 보아야 한다. 신청주의는 이러한 심판대상에 한하여서만 의미가 있을 뿐이고, 심판대상조항이 위헌인 이유 등과 관련하여 청구인이 주장하는 법적 관점이나 헌법 및 법률해석에 구속되는 데까지 미치지 않는 것이라고 할 것이다. 만일 청구인이 “법률의 해석”에

23) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232-233; 헌재 2000. 8. 31. 98헌바27, 99헌바13등, 판례집 12-2, 190, 194-195 등 참조. 명백한 착오에 의하여 과다하게 심판청구를 한 것으로 보이는 경우 그 심판대상을 제한한 예로는 헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 438; 헌재 1998. 4. 30. 96헌바 78, 판례집 10-1, 394, 397-398.

대하여 위 유형의 헌법소원을 하는 경우에는 원칙적으로는 심판대상을 명백히 잘못 특정한 것으로 볼 수밖에 없고, 필요한 경우 직권수정 등을 통하여 헌법소원심판대상을 관련 법률조항 자체로 특정해 주어야 한다고 본다.

3. 심판범위의 문제

가. 개념도입의 필요성

“심판대상” 특정의 문제와 개념적으로 구별할 수 있고 또 해야 한다고 생각되는 것으로는, 헌법재판소가 현실적으로 “심판 범위”를 어디까지로 할 것인지 결정하는 문제이다. 전자가 소송물에 관한 문제라면, 후자는 말하자면 공격방어방법의 판단 범위에 관한 문제라고 할 수 있을 것이다.

이 주제에 관하여는 아직 학계에서 본격적으로 다루어지고 있지 않은 듯하다. 그러나 그 실무적 필요성은 간과할 수 없다고 생각한다. 가령 법률조항 중 특정한 어구나 단어 부분이 위헌적인지 쟁점이 되는 경우(이를 ‘양적 일부무효선언’의 용어례를 좇아 ‘법률조항의 양적 일부’라고 칭한다), 혹은 심판대상 법률조항을 특정한 적용사례와 관련하여서만 그 위헌 여부를 확정하는 것으로 족하다고 판단되는 경우가 그러하다(이것은 ‘법률조항의 질적 일부’라고 칭할 수 있을 것이다). 특히 후자의 경우에는 법문에 그러한 적용사례가 명시적으로 표시되는 게 아니기 때문에 적극적인 범위설정의 작업이 필요하리라고 본다.

나. 설명을 위한 사례

한 가지 예를 들어 설명하면, 헌법재판소 2004. 10. 28. 2002헌바70 결정에서 헌법재판소는 다음과 같이 “심판의 대상”을 특정하였다.

“청구인의 청구취지는 유동화전문회사가 유동화자산으로서 부동산을 양수한 경우에만 소유권이전등기에 관한 등록세 및 취득세가 면제되고 선박을 양수한 경우에는 그 등록세 및 취득세가 면제되지 않음을 다투는 데 있다. 그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 조세특례제한법(1999. 12. 28. 법률 제6045호로 개정되고 2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정되기 전의 것) 제119조 제1항 제13호 가.목 및 제120조 제1항 제12호 중 ‘유동화자산을 양수하는 경우로서 면세가 되는 대상을 부동산으로 한정함으로써 선박을 그 대상에서 배제한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부로 봄이 상당”하다.

이 사례에서 청구인은 자산유동화전문유한회사였는데, 자산유동화에 관한 법률에 따른 자산유동화의 일환으로 선박을 양수하여 소유권이전등기를 마쳤다. 그런데 구 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 가.목에서는 자산유동화의 일환으로 부동산을 양수한 경우에는 등기에 대한 등록세를 면제하도록 하고 있었다. 청구인은 위 법률조항에 따른 등록세 면제를 받을 수 없었는바, 선박과 부동산을 차별취급한 점에서 조세평등원칙에 위반된다며 헌법소원심판청구를 한 것이다. 참고로, 위 법률조항의 내용을 보면 다음과 같다.

구 조세특례제한법 제119조(등록세의 면제 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 등기에 대하여는 등록세를 면제한다.

13.유동화전문회사가 자산유동화에 관한 법률 제3조의 규정에 의하여 등록된 자산유동화계획에 따라 자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수하거나 양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기

가. 부동산의 소유권이전에 관한 등기

위 사안에서 쟁점은 선박을 양수한 자에 대해서도 등록세를 면제해 주지 않은 것이 조세평등원칙에 위반하는지 여부인데, 선박 양수자에 관하여는 위 법률조항의 법문에 드러나지 않는다. 그러나 그렇다고 선박 양수자를 포함한 모든 종류의 자산에 대한 자산유동화를 상정하여 각각에 대하여 부동산 양수자와의 관계에서 위헌적으로 불평등한지를 일일이 심사하는 것은 불가능해 보인다. 위 결정에서는 이러한 난점을 해결하기 위하여 “심판의 대상”을 위와 같이 한정한다고 한 것이다.

그 실무적 필요성은 충분히 수긍할 여지가 있으나, 결론적으로 위 결정에서 “심판의 대상”을 위와 같이 한정한다고 한 표현은 잘못이었다. 청구인은 단지 조세평등주의 위반만을 주장한 게 아니라, 위 법률조항의 불명확성도 주장하였기 때문이다. 그러므로 심판의 대상은 명확성심사와 관련하여서는 위 “법률조항 자체”가 될 필요가 있었으며, “유동화자산을 양수하는 경우로서 면세가 되는 대상을 부동산으로 한정함으로써 선박을 그 대상에서 배제한 부분”만으로 한정할 수 없었다.

이를 합리적으로 선해하자면, 위 결정에서 한정된 것은 “심판의 대상”이 아니라 “심판의 범위”였다고 할 것이다. 즉, 조세평등원칙 위반의 쟁점에 관하여는

선박 양수인이 면세대상에서 배제된 부분만을 심판범위로 하였고, 명확성원칙 위반의 쟁점에 관하여는 심판범위를 위 법률조항 전체로 넓혔다고 할 것이다.

다. 법이론적 근거

하나의 심판대상 법률조항에 대하여 쟁점에 따라 심판범위를 달리 설정할 수 있다고 할 때, 그 법이론적 근거가 무엇일지 의문이 들 수 있다.

생각건대, 이와 관련하여 상정할 수 있는 근거로는, 첫째로 규범의 의미관련적 분할가능성이다. 즉, 동일한 법률조항에 각기 독자적인 여러 하위규범이 들어 있다고 볼 수 있는 경우, 각 하위규범 별로 심판범위에 포함시킬지 말지를 나누어 결정할 수 있다고 할 여지가 생긴다.

둘째로, 재판의 전제성이다. 즉, 평등원칙 위반의 쟁점에 관해서는 각 하위규범이(위 사례의 경우 “선박 양수인에 대해서 면세를 하지 않도록 한 부분”) 독자적으로 그 위헌여부가 재판의 전제가 될 수도 있고, 가령 명확성 쟁점에 있어서는 법률조항 자체에 함께 묶인 상태로만 재판의 전제가 될 수 있다고 할 때, 쟁점별로 심판대상 중 일부 또는 전부에 관하여 재판의 전제성 인정이 달라짐을 상정할 수 있다고 할 것이다.

라. 심판범위 설정의 주체

심판대상의 특징이 신청주의에 따른다고 하더라도, 심판범위 설정까지 신청주의가 미친다고 볼 것은 아니다. 재판의 전제성은 헌법재판소의 직권판단사항이라는 점에서도 그렇고, 청구인의 구체적 주장에 구애되지 않고 심판범위를 모든 헌법적 쟁점으로 넓힐 수 있다고 한 판례의 태도에 비추어 보아도 그러하다. 결국 심판범위 설정의 주체는 헌법재판소 자신이라고 할 것이다.

V. 대상 판례에 대한 비판

아래에서는 이상에서 전개한 분석틀을 가지고 대상 판례를 비판하는 것으로 이 글의 결론을 갈음하고자 한다.

1. 법률해석 통제의 외관

대상 결정에서 다수의견은, 형법 제129조 제1항의 “공무원”에 이 사건 특별법 제299조 제2항에 따른 위촉위원이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 판단하였다. 그 결정이유에서는 주로 유추해석에 기한 죄형법정주의 위반을 논하였다. 그러나 유추해석을 하였다는 것은 법집행기관을 비난할 일이지, 입법자를 비난할 일이 아니다. 그런 점에서 규범 자체가 아니라 규범의 포섭·적용이 잘못된 것이라고 판단한 듯한 인상을 주고 있다. 재판소원의 가능성이 배제된 상태에서 이러한 것은 문제가 있다.

필자의 생각으로는 대안이 없지 않다. 형벌조항의 명확성 요청에 대한 위반으로 충분히 이론구성이 가능하였다고 본다. 그 전제는 일응 법원의 해석에 대하여 가부판단을 보류한 다음, 일반인의 상식적 법감정에 비추어볼 때, 법원의 해석한 바대로의 형벌조항이 과연 명확하다고 할 수 있는가를 따져 주면 그만이라고 생각한다. 비록 실질에 있어서는 큰 차이는 없지만, 이것이 법원의 해석을 정면으로 통제한 듯한 인상을 주는 것보다 훨씬 마찰을 줄이는 길일 것이라고 생각한다.

2. 심판대상과 심판범위의 혼동

청구인의 복잡한 주위적, 예비적 청구들에도 불구하고, 이 사건 심판대상은 형법 제129조 제1항 자체라고 함이 상당하다. 앞서 지적하였듯이 심판대상은 “법률 또는 법률조항”만이 될 수 있기 때문이다. 한정위헌청구를 한 경우에도 심판대상은 청구인이 문제삼고 있는 특정한 해석가능성이 아니라 그렇게 해석된 법률조항 자체라고 선택하여야 할 것이다.

반면에, 대상 결정이 “심판의 대상”항목에서 실제로 한정된 것은 “심판범위”였다고 보아야 할 것이다. 그리고 심판의 대상과는 달리 심판범위의 설정은 직권적인 것이고, 신청주의의 적용을 받지 않는다고 하겠다.

다수의견이 구체적 규범통제의 특성으로부터 심판범위의 제한적 설정가능성을 도출한 것은 결과적으로 타당하였지만, 그것을 신청주의의 문제와 결부시킬 일은 아니었다고 생각한다. 다수의견의 취지가 사실은 심판범위 한정에 있었다고 볼 때, 반대의견의 비판, 즉 한정위헌청구에 있어 심판대상을 당사자가 청구하는 대로 한정하는 것은 심리방식이나 최종 결론을 도출함에 있어 문제가 있다는 비판은 이미 그 대상을 상실한 것이라고 할 것이다.

제125회 발표회 지정토론문

발제문: 한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위
- 현재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석
발제자: 정광현(법무법인 지평 변호사)
일시 및 장소: 2013. 3. 14.(목) 헌법재판소 2층 회의실

오 영 신*

1. 쟁점 및 평석 대상 사건의 특성

가. 쟁점

발제자는 2011헌바117 결정(이하 “이 사건 결정”이라 한다)이 “한정위헌청구가 적법한가”라는 진부한 쟁점과 관련된 종래의 모순적 태도(한정위헌청구를 원칙적으로 부적법하다고 보면서 한정위헌결정을 변형결정의 하나로 인정)로부터 결연히 탈피하는 전기를 마련하였다고 하면서도 여러 이론적 난점들에 봉착하였다고 평가하였다. 첫째, 법률자체에 대한 질적 일부무효선언으로서의 한정위헌결정과 헌법적 지침에 따른 법률의 해석으로서의 합헌적 법률해석은 서로 다른 차원임에도 동일한 차원에서 논의되고 있고, 둘째, 심판대상을 법률조항 전체로 보지 않고 신청주의에 따라 청구인의 주장취지에 국한되는 것으로 본 것은 잘못이라는 주장하였다. 결론적으로 살피면, 발제자는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원(이하 ‘위헌소원’이라 한다)은 위헌법률심판과 같이 규범통제절차라는 전제하에 심판대상은 법률이나 법률조항이 되어야 하며 이 사건 결정에서 “법원의 해석”이 심판대상이 된다고 한 것은 실상 재판소원이라고 보이므로, 이러한 오해(?)를 벗기 위해서는 한정위헌결정에 대한 개념정립을 새로이 하여 질적 일부위헌결정의 외관을 명확히 하자는 취지로 이해된다.

* 헌법연구관

이하에서는 발제문에 대한 의견을 밝히고, 이번 결정이 가지는 의미 및 관련된 논점들에 대한 지경토론자의 의견을 부연하도록 한다.

나. 이 사건 결정의 특성

본격적인 논의에 앞서 이 사건 결정의 특성에 대하여 검토할 필요가 있다. 구간 헌법재판소는 헌가, 헌마, 헌바 사건에서 한정위헌결정을 하여 왔는데 그 주된 논리구조는 심판대상 법률조항의 일정한 해석·적용의 유효성¹⁾을 전제로 그 부분이 기본권을 침해하였는지 여부를 검토하여 위헌성을 확인하는 것이었다.

그런데 지난 2012. 5. 31. 선고된 2009헌바123등 결정(이하 ‘GX Caltex 결정’이라 한다)에서는 심판대상 법률조항이 실효되지 않았다는 해석 자체가 권력분립 원칙과 조세법률주의 원칙에 위배된다는 취지로 한정위헌결정을 하였고, 이 사건 결정에서도 역시 심판대상 법률조항에 대한 해석 자체가 죄형법정주의에 위배된다는 취지로 한정위헌결정을 하였다.

양자는 외관상으로는 ‘한정위헌결정’이라는 동일한 형태를 보이고 있으나, 심사의 논리구조를 살펴보면, 심판대상 법률조항에 대한 법원해석의 유효성을 전제로 한 뒤 기본권침해 논의로 나아가는지(2단계 심사), 아니면 법원해석의 유효성 확인 단계에서 바로 헌법상 일반원칙 위반으로 위헌이라고 할 것인지(1단계 심사)의 차이를 보이고 있다.²⁾ 이러한 차이가 가지는 법리적 의미를 명확히 하는 것이 기존 한정위헌결정에 대한 논의를 더욱 깊고 풍부하게 할 수 있을 것이라고 생각된다.³⁾

-
- 1) 한정위헌결정이 검토되는 사안에서는 통상 법치국가원리에서 파생되는 법률의 명확성 원칙이나 죄형법정주의원칙의 명확성 원칙위반 여부를 검토하면서 이러한 해석적용이 법률의 해석·적용범위에 포함될 수 있음을 전제한 뒤 기본권침해(과잉금지원칙 등)를 검토한다는 점에서 엄밀한 의미는 아니나 유효성이라는 표현을 사용하였다.
 - 2) 이 사건 결정은 법정의견과 반대의견에서 이러한 차이를 잘 보여주고 있고, 즉 법정의견은 심판대상 조항의 일정한 해석(법원에 의해 확립된)이 죄형법정주의원칙에 위배된다고 하여 한정위헌결정을 하였고, 반대의견은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 따라 심판대상 조항을 검토하여, 신분상 공무원이 아니더라도 심판대상 조항의 공무원으로 해석될 수 있음을 확인(1단계 심사)한 뒤 이러한 해석이 과잉금지원칙을 위반하거나 평등권을 침해하는지를 검토하였다(2단계 심사).
 - 3) 지난 123회 헌법실무연구회(2012. 11. 8.)에서 이미 논의된 내용에 대하여는 필요한 범위에서만 간략하게 검토하여 논의의 중복을 피하도록 한다. 지난 실무연구회 발제자(방승주 교수님)는 GX Caltex결정은 새로운 유형의 한정위헌결정이라는 입장을 피력하였고, 심판대상도 ‘법률조항’이 아닌 ‘... 실효되지 않은 것으로 해석하는 것’이라고 하여 이 사건 결정의 심판대상 설정과 같은 태도를 취하였으며 이에 대하여 위헌소원의 성격과 관련된 논의가 있었다.

2. 합헌적 법률해석과 한정위헌결정

가. 발제자의 주장

발제자는 독일에서 합헌적 법률해석은 주로 재판소원 절차에서 이루어지고, 질적 일부위헌결정은 규범통제절차에서 이루어진다는 점을 소개하면서 재판소원이 금지된 우리 법제하에서 위헌소원절차는 (입법자에 대한) 규범통제절차이므로 “권한법적 차원에서 법률에 대한 법원의 유권해석을 존중함을 원칙으로 하여 법원의 해석을 곧 법률 그 자체의 내용”으로 본 뒤 “구체적 사건성 속에서 발견된 법률 그 자체의 부분적 위헌성 선언”을 하여야 한다고 주장하고 있다.

나. 비판적 검토

위헌소원이 규범통제절차로서 현행 법상 금지된 재판소원에 해당하지 않음을 명백히 하려는 발제자의 주장취지는 충분히 공감이 간다. 그러나 합헌적 법률해석과 질적 일부위헌결정은 서로 긴밀한 연관성을 가지는 것으로 법원이 1차적으로 합헌적 법률해석권을 행사하되, 최종적인 해석권은 헌법재판소에 있는 것으로 입법권의 존중 차원에서 질적 일부위헌결정을 한다는 점에서 이를 명확히 구분하기는 어려운 것으로 보인다.

발제자의 논리를 그대로 따라가면, ① 법률에 대한 법원의 해석(위헌심사대상 법률내용의 확정) ② 헌법의 일반원칙 위반 여부(죄형법정주의, 조세법률주의 등), ③ 기본권침해 여부(과잉금지원칙, 평등권 침해 여부)가 될 것이다. 이때 발제자는 ②③항은 법원의 해석에 의해 구체화된 법률자체에 대한 위헌심사(규범통제의 대상은 입법자)라고 보는 것이나, 측면을 달리하여 보면, ②항은 법률을 합헌적으로 해석하여야 하는 법원에서 헌법의 일반원칙에 어긋나게 해석한 것에 대한, ③항의 경우에도 경우에 따라서는 법원에서 헌법상 기본권의 취지를 제대로 반영하지 못하게 해석한 것에 대한 위헌심사(따라서 통제의 대상은 법원)라고 볼 수도 있다.⁴⁾ 발제자는 규범통제의 대상이 입법자가 되어야 한다는 입장을 명확히 하고 있는바, 그렇다면 입법에는 문제가 없으나 법원의 위헌적 해석이 문제되는 ②항의 위헌심사가 가능하지 않고 ③항 중에서도 법률조항 자체에서 헌법합치적 해석을 할 수 없도록 되어 있는 경우만이 입법자가 통제대상이 되므로 위헌소원

4) 법률조항 자체가 헌법합치적 해석을 할 수 없도록 하고 있는 경우에는 법원의 해석이 문제가 아니라 법률조항 자체의 위헌성이 문제될 것이다.

의 대상이 될 것이므로 위헌소원에 의한 규범통제의 범위는 크게 축소될 것으로 보인다.

한편, 법률에 대한 법원의 해석을 통해 위헌심사대상 법률내용이 확정된다는 점에 관하여는 다음과 같은 문제제기가 가능하다.

③항의 심사에 이르게 될 경우에는 그 전 단계에서 법원의 해석이 법률의 문언과 체계, 목적 등을 고려한 정당한 해석으로서 헌법원칙에 위배되지 않음을 평가받게 되므로 이러한 심사를 해석에 의해 구체화된 법률조항 자체에 대한 심사라고 볼 수 있겠으나, ②항의 경우에는 이 사건 결정에서 보는 바와 같이 법률조항 중 ‘공무원’에 신분상 공무원은 아니지만 위촉에 의해 공무를 담당한 사람을 포함시켜 해석하는 것은 죄형법정주의라는 헌법의 원칙에 위배되는 것으로서 해석범위를 벗어난 위헌적 해석이 법률조항으로 구체화되었다고 법이론적으로 전제할 수 있을지에 관하여는 충분한 논의가 필요한 것으로 보인다.

이 사건 결정(“법관에 의한 구성요건의 창설에 해당하고 법률해석의 한계를 넘는 것으로 죄형법정주의원칙에 위배된다”)과 GX Caltex 결정(“법률해석의 범위를 벗어난 일종의 입법행위로 헌법상 권력분립원칙, 조세법률주의 위반”) 결정에서도 법원의 해석이 ‘법률해석’의 범위를 벗어난 것이라고 명시하고 있다.

②항 심사와 관련하여 문제되는 것은 결국 법원의 위헌적인 ‘유추해석 내지 적용’이 될 것인데 이와 관련하여, ‘유추’가 법률해석인지에 대하여 문제된다. 왜냐하면 위 사건 결정들(조세법률주의, 죄형법정주의가 문제된 사안)에서는 유추는 법률해석의 범위를 벗어난 것으로 간주되었기 때문이다.

종래 독일 법학계에서는 ‘법발견’과 ‘법형성’이라는 용어를 사용하는데 법관에 의한 법률해석이 법문언의 가능한 의미 안에 있으면 법률로부터 해당되는 사안에 대한 법을 찾아내는 것이 ‘법발견’에 해당하고, 법문언의 가능한 의미를 넘어선 것이라면 이는 바로 규율되어야 할 사안에 대해 적합한 법규정이 존재하지 않는 소위 ‘법의 흠결’의 경우이며 여기서 유추 등의 추론방식에 의한 법흠결의 보충은 법관의 ‘법형성’이라고 한다.⁵⁾ 이러한 이해방식에 따르면 ‘유추’는 해석의 하나로 포섭할 수 없게 된다. 그러나 현재 독일 학계에서는 해석과 유추의 엄격한 한계는 이미 존재론적으로 가능하지 않고 유추는 모든 해석에 내재하는 필연적인 논리적 구조라는 이유(Kaufmann) 등으로 해석과 유추의 준별에 대하여 회의적인 견해가 다수를 차지하고 있다.⁶⁾ 독일의 판례도 제국법원 당시 전기절도를 절도죄

5) 김영환, 법철학의 근본문제, 홍문사, 2006, 224면.

6) 김영환, 형법해석의 한계.허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계, 법률해석의 한계, 법문사, 2000,

로 처벌하는 것에 대하여 유추로서 법창조에 해당한다고 하여 엄격히 금지하였으나, 점차 완화되어 1957년에는 수레를 이용한 산림절도를 가중처벌하는 규정에 자동차를 이용한 산림절도가 적용될 것인지 문제된 사안에서 가중처벌이 가능하다고 판결하는 등 유추와 해석 사이의 경계가 불명확하다고 한다.⁷⁾

이처럼 유추가 법창조가 아닌 법률 해석방법의 하나라고 인식된다면,⁸⁾ 또한 유추해석인지 여부가 명확하지 않다는 점(이 사건 결정에서도 법정의견은 ‘유추해석이라고 주장하고, 반대의견은 ‘유추해석이 아니다’라고 주장한다. 대법원에서 유추해석금지가 문제된 사안에서도 다수의견과 소수의견은 유추여부를 가지고 의견이 나뉜다)을 고려한다면, 법원의 (위헌적일 수 있는 유추)해석 또한 권한 있는 법해석으로서 법률의 내용을 구성한다는 발제자의 주장이 설득력을 얻을 수 있을 것이다. 또한 이 사건 결정이 가지는 논리적 하자(법률의 의미가 법률의 해석에 의해 확인되는 것이라고 하여 법률의 해석을 심판대상으로 삼으면서도 ‘유추’를 해석이 아니라고 보는 문제점)를 해소할 수도 있겠다.

다. 이 사건 결정의 의미

이 사건 결정은 그동안 법상 금지된 재판소원의 혐의를 벗기 위해 노력하였던 종래의 입장에서 탈피하여 이 사건 법률조항의 공무원의 범위에 대한 법원의 판단을 정식으로 다루고,⁹⁾ 법원의 확립된 법률의 해석·적용이 헌법상 죄형법정주의 원칙에 위배됨을 명확히 하고, 심판대상도 사실상 청구인이 뇌물죄의 공무원에 해당하는지 여부로 보았다는 점에서 위헌소원제도가 간접적 재판소원의 성격을 가짐을 명확히 하였다고 평가된다.

그러나 우리 법은 재판소원을 금지하고 있음이 명백하고, 간접적 재판소원의 형태를 띠지만 결국은 법원의 법률해석이 아닌 법률해석 등에 의해 구체화된 법률조항에 대한 규범통제를 하여야 한다는 점에서 논란의 소지가 있다고 보인다. 즉 헌법상 죄형법정주의에 위배되는 해석임에도 ‘법원의 판결을 통해 실질적

29-30면 참조; 라렌즈, 법학방법론, 허일태 역, 세종출판사, 264-272면 참조(유추는 해석의 하나의 방법으로 소개되고 있다).

7) Wolfgang Naucke, Interpretation and Analogy in Criminal Law, Brigham Young University Law Review, 1986, 535-551면을 참조하였다.

8) 그러나 현실적으로 우리 학계에서는 조세법규나 형벌 법규에서의 유추해석은 성질의 유사성을 이유로 ‘법문의 가능한 의미’를 넘어선 해석으로서 법창조에 해당하여 이는 허용되지 않는다는 것이 대법원의 일관된 관례이고, 학계의 입장이기도 하다.

9) 2009헌바123 등 결정의 경우에도 그러하였다.

으로 규범력이 부여되는 위헌적 상황을 해소'한다는 규범통제차원에서 접근하여 야지, 개별 사건에서 법원의 해석을 심사대상으로 삼을 수 있다는 취지로 확대해석 되어서는 아니될 것이다.

이런 측면에서 이 사건 결정은 결정이유에서 보듯이 '청구인'에 국한될 필요가 없었으므로 주문을 "형법 제129조 제1항의 '공무원'에 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이나 다른 법률에 따라 공무원으로 간주되는 사람 이외의 사람이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다"고 하는 것이 보다 적절하였고, 규범력이 부여되었던 위헌적 법률해석 부분 일반을 위헌선언한다는 의미에서 위헌소원의 규범통제로서의 성격에 부합하였을 것으로 생각된다.

3. 심판대상과 심판범위

가. 발제자의 주장

발제자는 이 사건 결정의 다수의견이 헌법재판소법 제68조 제2항의 '법률'의 의미를 '당해사건 재판의 전제가 되고, 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용'이라고 함으로써 재판소원금지가 사문화될 상황에 처했다고 하면서 '신청주의'는 기존의 헌재 선례와 충돌을 일으킨다는 점을 지적하였다.

나. 비판적 검토 및 이 사건 결정의 이해

'신청주의'에 대한 발제자의 비판은 충분한 설득력을 가진다고 생각된다. 그러나 이 사건 결정의 논리구조를 그대로 따라가보면, 기존에 논의되었던 것처럼 법률조항과 그 해석은 서로 준별될 수 없는 것이고, 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항의 '법률'을 위와 같이 '해석에 의하여 구체화, 개별화된 법률의 의미와 내용'이므로 '신청주의'라는 개념에 너무 얽매이지 않는다면, ②항의 경우, 결국 청구인이 문제삼는 해석영역이 위헌심사의 중점 대상이 될 것이므로 이를 고려하여 헌법재판소 스스로가 판단한 중요한 부분(이 사건 결정에서는 '제2차 예비적 청구'가 이에 해당한다고 보았다)을 심판대상으로 삼는 것이어서 청구인이 중점적으로 위헌이라고 주장하는 '법률조항에 대한 일정한 해석'을 심판대상으로 삼는 것은 논리적으로 자연스럽다. 실제 단계적 심사를 생각해보면, 1단계 심사에서 위헌임이 밝혀져 2단계 심사에 나아가지 않게 되므로 심판대상을 '해석, 적용부분의 위헌여부'로 하는 것이 문제가 되지 않는다는 점이다.

반면, ③항의 경우에는 1단계에서 법률조항 자체의 명확성원칙 위반여부 심사를 거치게 되고, 과잉금지원칙 심사도 법률조항 전체를 대상으로 하므로¹⁰⁾ 심판대상은 당연히 법률조항 전체이나, 위헌결정의 범위는 한정되는 것이다.

이에 대하여는 합헌, 위헌에 따라 심판대상이 달라진다는 비판이 있으나,(이 사건 결정 반대의견), 조세법률주의나 죄형법정주의상 ‘유추’가 해석의 범위에 포함될 수 없다는 기존의 논의를 전제한다면, 해석에 포함될 수 없어 법률의 내용에 포함될 수 없는 것(GX Caltex 결정에서는 ‘실효된 법률’)을 심판대상으로 삼아 심판한다는 어설품과 비판을 벗어나기 어렵다.

따라서 ②항의 경우에는 심판대상을 ‘... 해석하는 것이 위헌인지 여부’로 하는 것이 오히려 걱정된 것이라고 생각된다.

다만, 이 사건 결정에서 심판대상을 “형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 ‘공무원’에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것) 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 위헌인지 여부”로 한정된 것은 앞서 본 바와 같이 구체적 규범통제를 개별 사안에 국한한 점에서 비판의 소지가 있다.¹¹⁾

4. 그밖에 이 사건 결정에서 살펴보아야 할 사항

가. 이 사건 결정과 같은 방식의 위헌심사(1단계 심사)가 인정되는 범위

(1) 헌법의 일반원칙에 위반되는 경우가 여기에 해당할 것인데 조세법률주의(헌법 제38조)와 죄형법정주의(헌법 제13조 제1항)의 엄격해석 즉 유추해석금지가 이에 해당할 것이다. 한편, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 법률의 경우에도 엄격해석을 하여야 한다는 점에서 ‘헌법상 원칙’에 해당한다고 볼 수 있다.¹²⁾ 그런데 이와 같이 해석할 경우에는 모든 기본권 제한 법률에서의 법원의 해석이 그 자체로서 위헌심사의 대상이 되는 문제가 발생하게 되어 사실상 재판소원이 되는

10) 한정위헌이 문제되는 사안에서 과잉금지심사는 목적의 정당성과 수단적합성은 법률조항 전체를 상대로, 침해최소성 법익균형성에서는 문제되는 해석부분을 검토하는 방식을 취하고 있다.

11) 이에 대하여는 추측컨대, 형벌법규의 위헌결정시 소급효가 가지는 과급력을 고려한 것이라 보인다.

12) 박철, 법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석, 법철학연구(제6권 제1호), 2003, 201-204면 참조

문제가 생긴다. 헌법재판소는 일반 기본권제한 법률이 명확한 것인지 여부를 검토할 때 법치국가 원리에서 비롯한 명확성원칙을 언급하고 있을 뿐 헌법 제37조 제2항의 헌법상 원칙으로서 유추해석금지를 얘기하고 있지는 않다.

(2) 허용되는 유추해석

조세법률주의나 죄형법정주의가 적용되지 않는 영역(민사, 행정 등)에서는 유추해석이 허용되므로 법원의 해석 자체가 헌법의 일반원칙에 반하는지에 대한 심사는 이루어질 수 없다.

즉 법률의 흠결이 있는 경우 민사법 영역에서는 우리 대법원은 명시적으로 유추적용을 허용하고 있다. “신의칙 또는 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때, 불법행위의 피해자에게는 그로 인한 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무가 있으며 피해자가 합리적인 이유 없이 위 손해경감조치의무를 이행하지 않을 경우에는 (피해자에게 과실이 있는 것은 아니지만) 법원이 그 손해배상액을 정함에 있어 민법 제763조, 제396조의 과실상계 규정을 유추적용할 수 있다”고 하였고(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다 10714 판결), 하천법상 손실보상 보상규정이 없는 경우, 해당 법 내의 보상규정을 유추적용하여 손실보상권을 인정하였다(대법원 1985. 11. 12. 선고 84카36 결정). “민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법률적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에 있어서는 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법률적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추해석이나 확장해석을 할 수 있다고 할 것”이라고 한다(대법원 1994. 8. 2. 선고 93다52808 판결).

이와 관련하여, 98헌바74 결정에서는 민사법 영역에서 유추적용이 문제된 사안에서 각하하여야 한다는 법정의견에 대하여 반대의견은 “법원이 유추적용한 법률이 법률조항과는 전혀 관계없고 예측도 할 수 없는 사항에 해당한다면 그것은 바로 해석이 아닌 입법형성영역으로서 권력분립 원칙에 어긋나는 입법권의 침해에 다름 아니므로, 한정위헌선언을 하여야 한다.”고 하였다.

이 견해에 따르면, 권력분립원칙이라는 헌법상 원칙을 매개로 하여 민사법 영역에서의 법원의 유추해석도 헌법재판소의 위헌심사대상이 될 수 있다는 것이나, 이에 대하여는 동의하기 어렵다. 민사법영역에서 유추해석은 법원에 주어진 권한이고, 이러한 유추해석을 통해 기본권 침해가 발생할 때 비로소 위헌의 문제가 제기될 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다.

이런 취지에서 보면 GX Caltex 결정과는 달리 이 사건 결정에서 권력분립의 원칙을 언급하지 않은 것은 적절하였다고 생각된다.

나. 형벌규정에 대한 한정위헌결정의 효력(기속력의 인정여부)

기존 대법원이나 하급심 판례에서는 한정위헌결정의 기속력을 부인하여 재심청구를 받아주지 않고 있다(대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결, 부산고등 2004재누14 판결, 서울고등 94재구126 판결 등).

구 공직선거법 제93조 제1항에 대한 한정위헌결정(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등)이 있음을 근거로 재심을 청구한 사건에서도, 법원은 ‘한정위헌결정은 법원에 대한 기속력이 없고, 따라서 청구인이 주장하는 재심사유를 인정할 수 없다’는 이유로 재심청구를 기각하는 결정을 하였다(수원지법 안산지원 2012재고합 3, 부산지법 2012재고합2 등).

이 사건의 경우에도 마찬가지로의 결정이 내려질 것으로 보이는데 이런 재심 기각결정에 대한 헌법소원이 제기되는 경우에는 2001헌마386 결정의 취지에 따라 헌법재판소법 제75조 제7항은 ‘법 제68조 제2항의 헌법소원이 인용된 경우에 한정위헌결정이 포함되지 않는다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다’는 한정위헌결정과 함께 당해사건의 법원판결은 취소되어야 할 것이다. 그러나 그렇다고 하더라도 재심개시결정에 불과하고 재심본안에 들어갈 것을 관철할 수 있는 수단은 없다는 점에서 한계가 있다.

5. 결론

이 사건 결정은 한정위헌청구의 적법성을 원칙적으로 인정하였고, 법률과 법률의 해석이 준별되지 않는다는 점을 명확히 하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 법률에 ‘당해사건 재판의 전제가 되고, 해석에 의하여 구체화개별화된 법률의 의미와 내용’이 포함된다고 하여 심판대상을 법률조항의 위헌여부가 아닌 ‘... 해석이 위헌인지 여부’라는 새로운 유형을 시도하였다는 점에 의의가 있으나, 심판대상을 지나치게 좁게 설정하여 법원 일반사건의 법률해석을 대신하는 듯한 입장을 보인 점은 아쉬움이 있다. 법원의 법률해석을 그대로 법률의 내용으로 보고, 이에 대한 법률조항 통제를 하지는 발제자의 주장은 현행법상 재판소원이 금지된 상황에서 나름의 해결책이 될 수 있으나, 실제 한정위헌결정을 할 수 있는 범위가

크게 축소되는 문제가 있다. 개인적으로는 법원의 해석에 대한 한정위헌결정의 인정범위에 대하여 대법원과 헌재 사이에 일종의 타협책 마련이 필요하다고 생각된다. ‘헌바’ 사건에서 ‘헌법상 조세법률주의와 죄형법정주의의 엄격해석 원칙을 벗어난 유추해석에 대하여만’ 제한적으로 운용함이 상당하다.

제125회 발표회 지정토론문

발제문: 한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위
- 현재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석
발제자: 정광현(법무법인 지평 변호사)
일시 및 장소: 2013. 3. 14.(목) 헌법재판소 2층 회의실

황 도 수*

I. 서론

늦은 시간까지 발표문을 준비해주신 정변호사님께 감사드립니다.

마침, 얼마 전에 연구하였던 분야이었습니다. 헌법재판연구원에서 ‘헌법재판 주요선례연구 2’에 “한정위헌 및 한정합헌(헌법합치적 법률해석)”이라는 논문을 게재한 적이 있었습니다.

몇 가지 의견을 첨부하고 합니다.

II. 법률과 해석, 그리고 위헌법률심판

1. 입법과 해석의 구분

“유추해석을 하였다는 것은 법집행기관을 비난할 일이지, 입법자를 비난할 일이 아니다”

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

2. 구체적 규범통제

가. “당해 사건”에 적용되는 “법률”에 대한 위헌심판

나. 법원은 당해 사건을 판단함에 있어서 “법률”에 의거하여 재판한다. “사법부의 결정에 의거하여 재판한다”는 표현은 존재하지 아니한다.

다. 해석된 결과로서의 ‘법규범’은 법률이 아니고, 단순히 ‘해석’일 뿐이라고 말할 수 있는가?

3. 법집행기관의 해석에 대한 비난

가. 합목적성 관점에서의 비난

A, B, C, D, 등 가능한 해석 중 “가장 합목적적인 C를 선택하지 아니한 것에 대한 비난

나. 합법성(합헌성) 관점에서의 비난

A, B, C, D, 등 가능한 해석 중 선택된 해석의 내용이 “헌법에 위반되는 여부”에 대한 비난

위헌법률심판의 권한은 ‘나’에 한정된다.

재판소원은 ‘가’와 ‘나’에 대한 통제가 가능하다.

4. 위헌법률심판 대상으로서의 ‘법규범’

가. 법률 문구는 명확성 원칙 등 다른 ‘헌법 규정’에 위반되지 아니한다.

나. 법집행기관이 ‘유추해석’을 해서, “명확성 원칙”에 어긋나거나, 기타 다른 “헌법조항(과잉금지원칙 등)”에 위반되는 ‘법규범’을 시행하고 있다.

다. 대법원은 그러한 하급심의 해석을 지지하고 있다.

라. 국민들은 위헌소원심판을 청구하였다.

III. 명확성 원칙

1. 명확의 개념

가. 법률조항 자체가 명확한 것인가?

나. 당해 법률관계를 규율하는 ‘법률조항’이 명확한 것인가?

2. 구체적 규범통제로서의 위헌법률심판

당해 사건을 규율하는 ‘법규범’이 명확한가?

IV. 한정합헌결정의 본질과 합헌적 법률해석

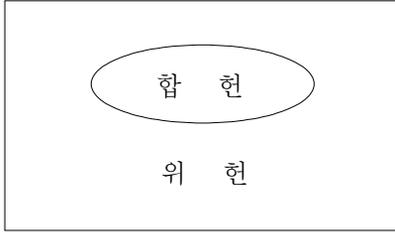
가. 한정합헌결정의 효력에 대한 논리적 분석

한정합헌결정의 주문에서 특정되어 합헌으로 선언된 부분 이외의 나머지 부분에 대한 재판 상태를 어떻게 이해할 것인지에 관하여, 논리적으로 두 가지 가능성이 있음을 확인할 수 있다.¹⁾

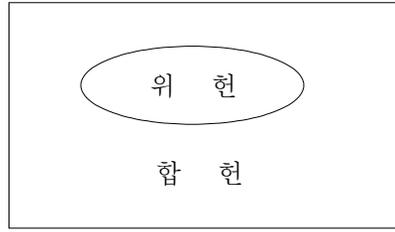
첫째는, 헌법재판소 이론과 같이, 한정합헌결정의 주문에서 특정되어 합헌으로 선고된 부분 이외의 나머지 법률조항부분에 대하여는 위헌이라는 결정을 선고한 것으로 이해하는 방법이다. 즉, 한정합헌결정은 법률(조항) 중 주문에 특정한 부분에 대하여만 재판을 선고하는 것이 아니라, 법률(조항) 전부에 대하여 재판을 행하는 것이라는 것이다. 외형적으로는 주문에서 특정한 일정 부분에 대하여만 합헌을 선언하고 있지만, 그 실질에 있어서는 주문에서 특정되지 아니한 나머지 부분에 대하여도 재판을 행하는 것이고, 그 재판 내용은 한정위헌결정이다.

1) 여기에서 설명되는 논리는 한정합헌결정과 한정위헌결정에서 차이가 없다. 설명의 편의를 위하여, 한정합헌결정에 대하여만 설명한다. 다만, 이해의 편의를 위하여 벤다이어그램은 한정합헌결정과 한정위헌결정을 함께 표시한다.

< A유형 >

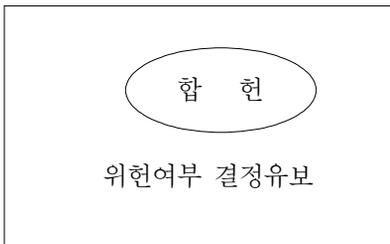


< B유형 >

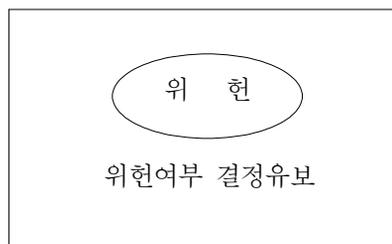


둘째는, 한정합헌결정의 주문에서 특정되지 아니한 나머지 법률조항부분에 관하여는 헌법재판소가 위헌 여부에 관하여 아직 결정하지 아니한 상태로 남아 있다고 보는 방법이다. 한정합헌결정의 주문에서 특정된 부분이 합헌이라고 하여, 나머지 법률조항부분이 모두 위헌이어야 한다는 결론이 논리적으로 바로 도출되는 것은 아니므로, 그 나머지 부분은 헌법재판소가 아직 위헌 여부에 관하여 결정하지 아니한 상태라고 이해하여야 한다는 이론이다. 한정위헌결정에서는 이러한 이해가 일반적이다. 예를 들어, “민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다”라고 결정하고 있는 헌재 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정은 대표적인 것이라고 하겠다. 명예회복에 적당한 처분으로 ‘무릎꿇고 사죄하기’ 등을 또한 상상할 수 있는데, 이러한 처분이 위헌임은 또한 명백하기 때문이다.

< C유형 >



< D유형 >



위와 같은 논리가능성에 대한 구분은 특히 한정합헌결정을 이해하는데 중요한 의미를 가진다. 전자의 방법에 의하면, 한정합헌결정은 한정위헌결정(A유형)의 효력을 동시에 발생시키는데 반하여, 후자의 방법에 의하면, 한정합헌결정은

주문에서 특정된 부분에 한정하여 행해진 합헌결정(C유형)에 불과하다. A유형의 한정합헌결정의 경우에는, 주문에서 특정되지 아니한 나머지 부분에 대하여 위헌 결정으로서의 기속력을 가지게 되는데 반하여, C유형의 한정합헌결정의 경우에는 기속력이 발생할 여지가 없게 된다.²⁾

이들 두 이론의 근본적인 차이점은, 한정합헌결정이 법률(조항) 전체에 대하여 결정을 선고한 것인지, 아니면 주문에서 특정된 부분에 대하여만 결정을 선고한 것인지에 있다. 이하에서는 논의의 편의를 위하여, 전자의 방법에 대하여는, 주문에서는 특정부분에 대하여만 합헌결정을 선고하고 있지만, 실질적으로 당해 법률 또는 법률조항의 전부에 대하여 위헌 여부에 대하여 결정을 선고하였다는 의미에서 ‘조항전체결정이론’으로, 후자의 방법에 대하여는, 주문에서 특정하고 있는 일부분에 대하여만 합헌결정을 선고하고 있고, 나머지 부분에 대하여는 위헌 여부에 대하여 결정을 선고하고 있는 것이 아니라는 점에서 ‘특정부분결정이론’이라는 명칭을 사용하기로 한다. 그리고 이들의 각 이론에 속하는 개별 유형에 대하여는 A유형, B유형, C유형, D유형이라고 이름하고 논의를 진행한다.

나. 조항전체결정이론에 대한 비판적 검토

1) 조항전체결정이론의 요지

헌법재판소 실무에서 보여주는 조항전체결정이론의 요지 내지 논리적 귀결을 이론적으로 정리하면 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 조항전체결정이론은 일도양단성을 가진다. 한정합헌결정은 법률(조항) 전체에 대하여 위헌 여부를 심판한다는 의미를 가진다. 그 중 일정부분은 합헌이고, 나머지 부분은 위헌이라는 결론을 내리는 것이다. 따라서 한정합헌결정은 심판대상 법률(조항) 전체집합을 합헌부분과 위헌부분으로 일도양단하는 성질을 가지고 있다. 그리고 주문에서 합헌의 영역을 특정하는 행위는 합헌영역과 위헌영역을 구분하는 기준을 설정하는 의미를 가지게 된다.

2) 한편, 한정위헌결정의 경우에는, 한정합헌결정에서와는 달리, 위와 같은 논리적 구분이 법적으로 실질적 의미를 갖지 못하고 있다. 즉, 전자의 방법에 의하더라도, 한정위헌결정은 위헌결정의 효력을 가지고, 후자의 방법에 의하더라도 한정위헌결정은 위헌결정의 효력을 가지기 때문이다. 한편, 우리나라 헌법재판소법 제47조 제1항은 헌법재판소 결정의 기속력을 위헌결정에 대하여만 부여하고 있으므로, B유형의 한정위헌결정과 D유형의 한정위헌결정에서의 법적인 차이점은, 각 주문에서 특정된 부분 이외의 나머지 부분에 대하여 합헌결정으로서의 기판력이 미치는가 여부의 차이만을 보일 뿐이다. 따라서 실무상 실질적 차이는 거의 미미하다고 볼 수 있다.

둘째, 헌법재판소 실무에 의하면, 법률(조항) 전체에 대하여 위헌 여부를 심판하고는 있지만, 당해 사건이 위헌영역 또는 합헌영역의 어느 영역에 속하는지에 대하여는 아무런 결론을 제시하지 않고 있다. 물론 헌법재판소는 당해 사건이 위헌영역 또는 합헌영역에 속하는지 여부에 대하여 지적할 수도 있었다. 그러나 우리 헌법재판소 실무에서는 당해사건이 어느 영역에 속하는지에 대하여 판단을 행한 바 없었다. 구체적인 사실인정을 직접 담당하고 있지 아니한 헌법재판소로서 취할 수 있는 방법일 수는 있겠으나, 뒤에서 보는 바와 같은 근본적인 문제점이 있는 태도라고 아니할 수 없다. 아무튼 현재의 실무에 의하면, 헌법재판소는 구체적 규범통제를 행함에 있어서 심판대상이 된 법률(조항)에 대하여 위헌 여부를 판단하고 있으나, 당해 사건에 대하여는 결론을 제시하지 못하는 상태로 남아 있게 된다.

2) 일도양단성의 문제점

가) 부분집합 설정의 의미

조항전체결정이론에 의하면, 특정부분결정이론에 의하면, 한정합헌결정을 행함에 있어서 헌법재판소는 주문에서 법률(조항) 중 일정부분을 특정하는 행위를 행하게 된다. 이러한 점에서 법률(조항) 전체를 전체집합이라고 볼 때, 한정합헌결정은 전체집합을 2분할하는 본질을 가지고 있다.

그런데 그 2분할의 의미, 즉 부분집합의 설정이 가지는 법적 의미는 조항전체결정이론과 특정부분결정이론에 있어서 엄청난 차이를 보이고 있다.

조항전체결정이론에 따르면, 한정합헌결정은 법률(조항) 전체집합을 심판대상으로 하여 그 위헌 여부를 결정하는 것이다. 주문에서 합헌이라고 특정한 부분, 즉 부분집합에 해당되는 요소는 모두 합헌이라는 결정을 선고하는 것이고, 나머지 부분 즉, 여집합(보집합)부분에 해당되는 요소들은 모두 위헌이라는 결정을 선고하는 것이다. 한정합헌결정에 있어서 주문에서 합헌영역을 특정하는 기준선, 부분집합의 설정기준선, 전체집합과 부분집합을 구분하는 기준선, 당해 부분집합과 여집합을 구분하는 경계선은 위헌과 합헌을 구분하는 경계선이라는 의미를 갖게 된다. 그 경계선은 위헌의 한계선이고, 합헌의 한계선인 것이다. 따라서 헌법재판소가 한정합헌결정을 선고한다는 것은, 위헌과 합헌의 영역을 엄밀하게 구분해 내는 엄청난 과업을 수행하는 것을 의미하게 된다.

이에 대하여 특정부분결정이론에 의하면, 주문에서 법률(조항) 중 일정부분

을 특정하는 행위는 결정대상의 범위, 즉 심판대상의 범위를 특정하는 의미만을 가질 뿐이다. 한정합헌결정은 주문에서 특정된 부분에 대하여만 위헌 여부를 결정할 뿐, 나머지 부분에 대하여는 재판하지 아니함을 나타내기 위한 수단이 될 뿐이다.

나) 위헌영역 기준설정과 관련된 문제점

구체적 규범통제제도로서의 위헌법률심판의 사명은 당해 법률(조항)이 헌법에 위반되는지 여부를 심판하는 것, 즉 심판대상 법률(조항)이 위헌영역에 속하는지 여부만을 결정하면 충분한 것이다. 나아가, 주문에서 합헌영역이 어디까지이고, 위헌영역이 어디까지라는 구체적인 경계선을 반드시 밝힐 필요성은 없는 것이다.

현실적으로 법규범 영역에서 위헌과 합헌의 경계선을 엄밀하게 설정 내지 확인하는 것은 실질적으로 불가능한 것이다. 위헌과 합헌의 경계선은 재판관마다 다를 수 있기 때문이다. 위헌법률심판을 행한다는 것은, 심판대상이 된 법률(조항)이 개개 재판관이 생각하는 위헌영역에 속한다고 판단하는 재판관들의 숫자가 6인이 넘는다는 것을 의미할 뿐이다. 그리고 그 일정한 결정대상이 위헌영역에 속하는지 여부는 개개 재판관들이 상정하는 위헌영역의 기준에 따라 개별적으로 판단될 뿐이다. 만일 위헌법률심판에 있어서 위헌영역과 합헌영역의 구분선이 재판관들 사이에서 일치되어야 할 것이 요구된다면, 헌법재판소 재판관 9명 중 6인의 찬성을 얻는 것은 사실상 거의 불가능하게 될 것이다.

한정합헌결정의 경우에도, 법률(조항)의 특정부분이 합헌의 영역에 속한다는 것만을 선언하는 것으로 충분한 것이다. 헌법재판소가 한정합헌결정 내지 한정위헌결정을 선고하는 것은, 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면 법률(조항)이 합헌으로 유지될 수 있도록 하자는 의미에서의 선의(?)로 시작된 것이었다. 나아가 위헌영역과 합헌영역을 엄밀하게 구분하는 과업을 수행하기 위한 것이 원래의 목적은 아니었다.

물론 위헌영역과 합헌영역의 경계선이 재판관들 사이에 분명하게 일치되는 경우도 있을 수 있다. 그리고 위헌영역과 합헌영역의 경계선이 심판대상의 법률(조항)의 적용영역과 일치되는 경우도 있을 수 있다. 그러나 그러한 경우는 극히 드문 예외적 상황에 불과하다. 그럼에도 불구하고 조항전체결정이론은 그 경계선이 항상 일치하여야 할 것을 전제로 하고 있다는 점에서, 현실적으로 불필요한 것, 나아가 거의 불가능한 것을 규범적으로 요구하고 있다는 점에서 근본적인 문

제점이 있는 것이다.

이러한 점에서, 위에서 살펴본 바, “어떤 법률의 해석에서 다의적인 해석이 가능하고 각각의 다의적인 해석 적용에서 어느 경우가 합헌이며 어느 경우가 위헌인지가 구체적인 모든 경우들에 있어서 완전히 밝혀져 있지 않는 한(전체집합이 확정되지 못한 경우), 헌법재판소가 심판할 당시 위헌이라고 해석되는 경우만 대외적으로 선언하는 것이 논리적인 모순을 피할 수 있다.”³⁾는 정교수의 견해는 조항전체결정이론의 불필요한 위험부담에 대한 경계를 적확히 지적하는 것이라고 볼 수 있다.

다) 전체집합 변동가능성의 문제점

법률은 시대와 상황에 따라 다양하게 해석될 수 있고, 해석되어야 한다. 법률의 구체적인 내용은 해석 여하에 따라서 변할 수도 있고 변하게 된다. 따라서 모든 법률(조항)의 외연, 즉 전체집합은 변동가능성에 대하여 열려있는 것이다. 법규범의 위와 같은 성격으로 인하여, 사법권의 행사는 사건성 내지 분쟁성을 요구하고 있다고 볼 수 있다. 구체적인 사건을 전제로 그 법규범의 적용여부를 결정하도록 하고 있다고도 볼 수 있다. 법규범의 외연은 분쟁해결의 과정에서 비로소 구체적으로 밝혀진다고 볼 수 있는 것이다. 추후에 또 다른 사건이 제기되면, 그 법규범의 외연에 대하여 다른 해석이 가능한 것이다. 한정합헌결정의 대상이 된 법률(조항)도 법규범으로서 그 전체집합의 외연이 특정 시점에 확정되어 더 이상 변동이 없는 것이라고 장담할 수 없는 것이다. 다만, 예측만이 가능할 뿐이다.

그런데 조항전체결정이론에 의하면, 한정합헌결정은 법률(조항) 전체집합을 위헌영역과 합헌영역으로 2분할하는 것인 바, 이때 여집합은 전체집합의 특징을 전제로 한다. 따라서 한정합헌결정은 당해 법률(조항)의 전체집합, 즉 당해 법률(조항)에서 발생할 수 있는 모든 경우의 수에 대한 판단을 마쳤다는 것을 의미한다. 합헌부분을 제외한 나머지 부분 ‘전체’가 위헌이라는 것을 선언하는 것이다. 더구나 여집합 부분이 위헌결정부분이므로, 그 부분에 대하여 위헌결정으로서 기속력을 부여하겠다는 것이다.

그러나 여집합 부분은 위에서 살펴본 법규범의 개방성, 전체집합의 개방성으로 인하여 어느 누구도 확정적으로 인식할 수 있는 사항이 아니다. 현실적으로 거의 불가능한 것이다. 여집합 부분이 모두 위헌이라고 단정하는 재판을 하라는

3) 정종섭, 같은 책, 347.

것은 헌법재판소로 하여금 너무 큰 위험부담을 감수하게 하는 것이다. 그리고 실제로도 심판대상에 해당되지 아니하는 나머지 법률조항에 전체에 대하여 실질적으로 판단하였다고 볼 수도 없는 것이다. 헌법재판소가 한정합헌결정을 선고할 당시 - 미래에 발생하게 될 사건들을 포함하여 - 그 모든 해석의 경우들을 모두 눈앞에 등장시켰다는 것은 오히려 이례적이라는 점을 감안하면 그렇다.⁴⁾

일도양단성 설명 부분에서도 언급하였듯이, 헌법재판소는 ‘구체적 규범통제’ 권한을 행사하고 있을 뿐이다. 심판대상이 된 법률(조항) 또는 그 일부분이 ‘위헌영역’에 속하는지 여부만 판단하면 충분한 것이다. 불필요한 사항에 대하여 너무나 많은 시간과 비용을 낭비할 것을 요구하는 조항전체결정이론은 바람직한 이론이라고 볼 수 없다.

3) 구체적 규범통제로서의 문제점

우리나라에서는 위헌법률심판의 경우는 물론, 법령에 대한 헌법소원심판의 경우에도 결국 구체적 규범통제만을 상정하고 있다. 즉, 우리나라에서 법률에 대하여 위헌 여부를 심판하게 되는 경우는 모두 구체적 사건성을 기초로 하는 것이다.

구체적 규범통제는 당해 사건의 해결에 기여함을 목적으로 한다. 따라서 구체적 규범통제에 있어서는 당해 사건에서 전제가 된 법률(조항)의 적용과 관련해서 그 위헌 여부를 밝혀서 적용에서 배제할 것인지 여부를 밝히는 것이 핵심 과제이다. 따라서 구체적 규범통제의 결과로서의 주문은 당해 사건에 적용되는 법률(조항)이 위헌인지 여부를 밝히는 것이어야 한다. 당해 법률(조항)의 전반에 대하여 어느 부분은 위헌이고, 어느 부분은 합헌이라고 일일이 판단하고 설명하는 것은 구체적 규범통제의 목적이 아니다. 재판의 전제가 되었다고 하는 법률(조항)의 내용에 대하여 일일이 설명하고, 그 모든 부분에 대하여 위헌 여부를 결정하는 것이 위헌법률심판의 목적이 아닌 것이다. 그렇다면 구체적 규범통제에 있어서의 주문은 당해 사건의 결론을 말하는 것이어야 한다. 위헌법률심판을 제청한 목적이 그것이기 때문이다.

한정합헌결정 내지 한정위헌결정이 구체적 규범통제의 결론임을 물론이다. 한정합헌 내지 한정위헌결정을 선고한다는 취지는, 당해 사건에 적용되는 특정 일부분에 대하여 위헌 여부를 결정하는 것이 시간적, 경제적으로 합리적이라고

4) 신평, 같은 논문, 355.

판단될 때, 그 특정부분에 대하여만 먼저 위헌 여부를 판단함으로써, 사건 처리의 효율성을 높이고자 함에 있는 것이다. 굳이 당해 사건 처리에 있어서 직접 관련이 없는 나머지 부분에 대한 위헌 여부 판단을 유보하더라도 당해사건의 처리에 있어서 아무런 지장이 없다는 효율성 관점이 주된 취지인 것이다. 그렇다면, 한정합헌결정에 있어서도 당해 사건에 대한 해결이 주된 관건이다.

따라서 한정합헌결정의 주문은 당해 사건에 적용될 부분에 대하여 심판한 결론이어야 한다. 한정합헌결정의 주문에서 특정된 부분은 당해 사건을 포섭하는 것이어야 한다. 한정위헌결정에 있어서도, 당해 사건은 당해 주문에서 특정된 부분에 해당되어야 한다는 것과 마찬가지로이다. 이러한 점에서 한정합헌결정은 합헌 결정이고, 한정위헌결정은 위헌결정이어야 하는 것이다.

조항전체결정이론에 따른 현재 헌법재판소의 실무는 구체적 규범통제의 본질적 과제를 소홀히 하는 결과를 초래하고 있다. 한정합헌결정의 주문에서 당해 사건 관련성에 대한 결론을 찾아볼 수 없기 때문이다. 조항전체결정이론은 당해 사건에 적용될 법률(조항) 중 일정 부분은 합헌이고, 나머지 부분은 위헌이라는 결론만을 도출하였을 뿐, 당해 사건이 위 두 부분 중에 어느 영역에 속하는지에 관하여는 아무런 판단이 없을 수 있는 가능성을 제시하고 있는 것이다.

결국 이러한 의미의 조항전체결정이론은 당해 사건 해결에 간접적인 해결에 그치게 되어 구체적 규범통제로서의 목적을 망각한 것이라는 비판을 면할 수 없게 된다. 법률관계에서 외형과 실질이 괴리하는 현상을 초래하고 있는 것이다.

다. 특정부분결정이론에 대한 검토

특정부분결정이론에 있어서는 조항전체결정이론에서 보이는 문제점을 발견할 수 없다. 특정부분결정이론은 법률(조항)이 심판의 개시 당시부터 또는 심판도중에서 가분성을 가지고 있음을 발견하고, 그 중 당해 사건이 속한 부분에 대하여 그 위헌 여부를 판단하는 것에 불과하기 때문이다. 경제적, 시간적으로 심판의 효율성을 높이고자 하는 한정위헌결정 내지 한정합헌결정 본래의 취지를 충실히 수행하는 이론이라고 볼 수 있다. 그러면서도 당해 사건의 해결이라고 하는 구체적 규범통제제도의 목적도 충분히 달성하게 되는 것이다.

특정부분결정이론에 따라 한정합헌결정 내지 한정위헌결정을 이해한다고 하여, 한정합헌결정 내지 한정위헌결정을 선고하기 위하여, 심판의 개시 시점부터 심판대상을 법률(조항)의 일정부분을 특정하여 심리하여야 한다는 것을 의미

하는 것은 아니다. 심판의 개시는 법률(조항) 전체를 대상으로 할 수도 있다. 다만 당해 법률(조항)에 대하여 심리·판단하는 과정에서 법률(조항)의 특정부분에서 위헌임을 발견하였을 경우 - 그 발견 자체가 이미 특정부분이 가분되는 상황이라는 것을 의미하게 된다 - 헌법재판소는 가분된 법률(조항) 중 당해 사건이 포함된 부분이 합헌부분인 경우에 한정합헌결정을 선고하는 것이다. 즉, 심판의 개시 및 심리의 진행은 법률(조항) 전체 대하여 행하였다고 하더라도, ‘결정’은 법률(조항)의 일부에 대하여만 행하게 되는 것이다.

이러한 점에서 심리과정에서 당해 법률조항에서 위헌성이 일정 부분에서 확인되었으나, 당해 사건이 법률(조항)의 위헌부분에 해당되지 아니하는 경우에는, 헌법재판소로서는 한정위헌결정을 선고하여서는 아니된다. 특정부분결정이론에 따라, 당해 사건이 속해 있는 특정부분에 대하여 한정합헌결정을 선고할 뿐이다. 그리고 위헌성이 인정되는 나머지 부분에 대하여는 추후의 다른 사건에서 위헌법률심판이 제정되기를 기다려야 한다. 만일, 위와 같은 경우에 헌법재판소가 한정위헌결정을 선고하게 되면, 헌법재판소는 ‘재판의 전제성’이 없는 법률(조항) 부분에 대하여 위헌법률심판을 행한 것이고, 그 자체가 권한없는 부분에 대한 권한 행사로서 위법한 것이라는 비난을 면할 수 없게 되는 것이다. 그리고 자칫 당해 사건의 당사자는 ‘재판의 전제성’도 없는 법률(조항) 부분에 대한 위헌성을 계기로 ‘필요 이상의 혜택’을 누릴 가능성이 발생하게 될 위험성도 있는 것이다.

특정부분결정이론은 재판의 전제성과 관련하여 심리과정에서 해결할 문제점을 제기하게 된다. 심판 개시 당시에는 구체적으로 인식되지 않았으나, 심리도중에 법률(조항)의 특정부분만 위헌으로 판단되는 경우, 당해 사건이 위헌영역에 속하는지 합헌영역에 속하는지, 즉 그 영역 구분과 관련하여 당해 사건의 ‘재판의 전제성’ 판단이 불명확하게 되는 경우가 발생할 수 있기 때문이다. 이 경우 헌법재판소로서는 제청법원에 대하여 당해 사건이 법률(조항) 중 어떠한 부분(위헌부분 또는 합헌부분)에 속하는 것인지 여부에 대하여 석명하여야 한다. 제청법원은 위헌법률심판의 제청을 위한 “재판의 전제성” 여부의 판단에 이르기 위하여, 적어도 그에 필요한 사실관계를 정리할 의무가 있는 바, 위와 같은 헌법재판소의 석명에 따라야 한다. 이때, 법원은 그 석명에 응하기 위하여 필요한 경우 추가적인 심리를 진행하여야 하고, 또한 경우에 따라서는 위헌법률심판제청을 철회할 수도 있다.

위헌소원의 경우에는, 이미 법원의 판결이 선고된 상태이므로, 이미 사실인정이 마쳐진 상태이다. 따라서 헌법재판소로서는 법원의 재판서에서 인정한 사실

관계에 기초하여 당해 사건이 법률(조항)이 어떠한 ‘적용영역’에 해당하는지를 스스로 판단하여, 결정을 선고하면 충분하다고 본다. 이때 의심스러운 경우에는 한정위헌결정을 선고하는 것이 바람직하다. 한정합헌결정을 선고하는 경우에는 재심의 기회가 근본적으로 박탈되기 때문이다.

특정부분결정이론은 한정합헌결정 내지 한정위헌결정의 법적 효과에 대한 명확한 이해에도 기여한다. 그 이론에 의하면, 한정합헌결정은 합헌결정이고, 한정위헌결정은 위헌결정이기 때문이다. 주문에 따라, 주문에 기재된 내용대로의 법적 효과가 발생하는 것이다. 한정합헌결정은 단지 기판력만 발생시킬 것이고, 한정위헌결정은 기판력과 기속력을 동시에 발생시키게 된다. 한정합헌결정에 있어서 외형과 실질이 분리되거나 혼동되는 현상은 발생하지 않는다.

이때 주의할 점은, 기판력 내지 기속력은 주문에 한정된다는 점이다. 헌법재판소가 행한 ‘재판의 전제성’에 대한 판단부분에까지 미치는 것은 아니라는 점이다. 특히, 법원의 재판이 종결된 상태에서 행해지는 위헌소원의 경우에 의미를 가질 수 있다. 재심사건을 담당하는 법원은 법률의 위헌 여부에 판단, 즉 주문에 기재된 법률의 위헌여부에는 구속되지만, ‘재판의 전제성’에 대한 헌법재판소의 판단에는 직접적으로 구속된다고 볼 수는 없기 때문이다. 사실인정에 관한 최종적 판단권한이 사실심 법원의 소관이라는 점을 고려하면, 더 더욱 그러하다. 다만, 법원이 헌법재판소가 행한 ‘재판의 전제성’에 대한 판단과 다른 판단을 하게 될 때에는 그 충분한 이유를 재판에 설시하여야 할 의무를 부담하게 된다는 사실상의 효과만이 존재할 뿐이다.

라. 결론

이 글에서는 한정합헌결정을 선고한 헌법재판소의 판례들을 평석하면서, 한정합헌결정에 대하여 헌법재판소가 정립하고 있는 이론을 비판적으로 검토하였다. 특히, 한정합헌결정에 대한 헌법재판소 이론이 심판대상 법률조항을 합헌인 부분과 위헌인 부분으로 일도양단하는 성질을 가진다는 점에 주목하고, 그 이론의 합리성 여부를 검토하였다.

그 검토는 한정합헌결정 내지 한정위헌결정이 행할 수 있는 기능 내지 역할의 논리적 가능성이 일단 두 가지로 구분될 뿐이라는 점에 착안하여 진행되었다. 이들 두 가지 가능성 중에서 하나의 가능성을 배제하는 것만으로도 한정합헌결정에 대한 이론적 혼란성과 복잡성을 축소할 것이라는 기대를 가질 수 있기 때문이

었다.

한정합헌결정과 관련된 이론을 조항전체결정이론과 특정부분결정이론으로 구분하는 것이 그것이었다. 즉 한정합헌결정에 대하여 심판대상이 된 법률(조항) 전체에 대하여 위헌 여부를 심판하는 것으로 이해하는 이론을 조항전체결정이론이라고, 그리고 한정합헌결정 또는 한정위헌결정은 단지 주문에 기재된 법률(조항)의 특정부분에 대하여만 그 위헌 여부를 결정할 뿐, 나머지 부분에 대하여는 아무런 결정을 하지 아니하는 것이라고 이해하는 이론을 특정부분결정이론이라고 정의한 뒤, 이들 양자의 이론을 비판적으로 검토하였다.

결론적으로, 현재 헌법재판소가 전개하고 있는 조항전체결정이론은 포기하는 것이 바람직한 결론에 이르렀다. 오히려 특정부분결정이론으로 한정합헌결정의 이론을 구성하는 것이 구체적 규범통제로서의 위헌법률심판 내지 헌법소원 심판의 취지에 부합한다는 것이다.

제125회 발표회 토론요지

사 회 자(경희대 정태호 교수) : 발표자 정광현 변호사님은 무엇보다 헌법재판소 법정의견이 한정위헌청구의 적법성을 인정한 기본전제 중 하나인 이른바 법률조항이 곧 법률해석이라는 기본 테제에 대해서 의문을 제기 하셨습니다. 그렇게 할 경우에 재판소원금지조항에 반해서 결국은 법원의 재판을 사실상 통제하는 결과를 초래할 가능성이 높고, 그래서 가급적이면 한정결정으로 통합되어 있는 이른바 헌법합치적 법률해석의 문제와 이른바 독일식으로 얘기하면 규범 조문의 삭제 없는 일부위헌의 결정을 일단 분리하고, 전자의 경우에는 가급적 법원에 법률해석을 일단 존중하는 차원에서 현재가 독자적으로 해석하는 것은 가급적 피하고 그것을 규범으로 보고 그것에 대해서만 판단을 하는 방향으로 나가는 것이 두 기관간의 충돌을 줄이는 것이 아닌가라고 본 것 같습니다.

그 도구개념으로 이른바 심판대상 내지는 소송물과 심판범위를 구분했으면 좋겠다, 이런 창의적이고 좋은 제안을 해주셨습니다.

지정토론을 맡아 주신 황도수 교수님은 결국은 위헌여부에 대한 헌법재판소의 통제는 법률해석에 대한 통제일 수밖에 없지 않느냐는 것입니다. 그 전제 자체가 잘못됐다는 정변호사님 입장과는 좀 다른 입장인 것 같습니다.

발표자 : 먼저 황도수 교수님 토론 잘 들었습니다. 대체로 제가 동감할 수 있는 같은 의견을 가지신 것 아닌가 하는 생각을 했고요, 법률해석과 법을 구별하는 것에 대해서는 방법에 있어서 약간 이견이 있는 것으로 보입니다.

법하고 법률해석을 이론상으로는 구별할 수 있다고 저는 생각합니다. 이론상으로만 구별할 수 있고, 현실적으로는 법이 뭔지 인식하는 작업이 필요하다고 생각합니다. 그래서 결국은 법이 무엇인지 말하려면 법률해석을 해야 되고 그렇기 때문에 해석된 결과가 법률내용이고 그래서 양자는 통합되어 가는 형태를 취하게 될 것 같습니다. 그런 점에서 양자를 구별하는 것을 문제 삼을 수 있을 것 같습니다.

다만 한계가 있습니다. 어떤 전통적인 해석기법에 따른 해석의 방법론을 충실히 적용한 그런 법률해석이어야 합니다. 아무렇게나 해석해 놓고 그것이 법의 내용이라고 하면 그것은 받아들일 수 없게 됩니다. 예를 들어서 이 사안의 경우에

유추해석을 했다고 하는데 그것이 해석기법을 따른 해석인가 의문이 들 수 있습니다. 만약 유추해석이라고 전제를 해버리면 이미 그것은 법률을 다투는 것이 아닌, 법률 이외의 무언가를 다투는 것이 되어 버립니다. 무언가 좀 이상해져 버리지요. 법의 합리적인 해석기법 이런 것을 충실히 따른 해석에 한해서만 법률해석을 어느 정도 법의 내용 그 자체인 것으로 간주할 수 있다고 생각합니다.

다만 그것을 누가 할 것인가 하는 권한적인 문제가 여기서 고려되어야 합니다. 그것은 일반 법원의 몫이라고 저는 생각합니다. 그렇기 때문에 현재는 일반 법원이 한 법률해석을 법으로 간주할 수밖에 없는 것입니다. 만약에 현재의 몫이라고 하면 아무리 일반 법원이 어떻게 법을 해석하고 적용하더라도 그것은 현재 입장에서는 법률이 아니고 법의 하나의 해석일 뿐입니다. 그 법의 해석에 대해서 문제 삼고 계속 위헌선언하고 하면, 그 본질은 결국은 해석통제가 되는 거지요.

그런데 그렇게 할 것이 아니고, 유권해석 권한을 법원에 주어버리는 것입니다. 주어버리면 내용은 간단해집니다. 그래서 법의 해석이 결국 법이 되는 것이고 법의 내용이 됩니다. 현재는 법의 내용 자체를 통제하는 규범통제의 형식을 취하면 그만입니다.

다음에 오영신 연구관님의 토론 잘 들었습니다. 개인적으로 저도 비슷한 고민을 했습니다. 심판대상을 법률 또는 법률조항으로 한정한다면 그러면 구체적인 규범통제절차에서 너무 범위를 넓혀서 쓸데없는 것까지 다 불필요하게 심사를 해야 되고, 문제가 있을 수 있는 것 아닌가?

그런 문제의식에서 제가 나름으로 창안한 개념이 심판범위라는 개념입니다. 심판대상은 법률 또는 법률조항 그 자체로 둡니다. 다만 쓸데없이 심판범위를 그 법률조항 전체로, 심판대상인 법률조항 전체로 넓힐 필요없이 구체적인 규범통제이고 재판의 전제성이 있는 범위 내에서 판단하면 되는거니까 그 범위로 심판범위를 좁히는 아이디어는 어떻겠는가 해서, 심판대상과 별개의 개념으로 구별되는 심판범위라는 개념을 써 보았습니다.

그러한 심판범위는 재판의 전제성이라는 개념을 이용해서 현재가 직권으로 설정할 수 있다고 생각합니다. 그렇게 처음부터 심판대상의 특징이 아닌 심판범위를 특정해 놓고, 그 심판범위에 대해서 현재는 위헌이다 합헌이다 판단하면 되지 않느냐 하는 생각이 듭니다.

지정토론자(건국대 황도수 교수) : 대체적으로 의견이 합치되는 것 같습니다.

한 가지 말씀드리자면, 법원의 해석의 결과는 어차피 다 합헌적 법률해석의 결과라고 봅니다. 왜냐? 그 법률조항을 적용하는 것은 합헌이라고 생각하기 때문에 법원이 적용하는 것입니다. 위헌이라고 생각하면 위헌제청했어야지요. 그런데 합헌이라고 적용하고 있거든요. 위헌제청 안 한 사건이 무수히 위헌이 나가고 있어요.

합헌적 법률해석 한 것에 대해서 헌법재판소가 열심히 위헌 내리고 있는데 아무런 얘기를 안 해요. 그러다가 한정위헌 할 때는 왜 합헌적 법률해석권한이 현재의 권한이다 법원의 권한이다 왜 싸울까요. 이상합니다.

어차피 합헌적 법률해석은 법원의 권한이라고 전 봅니다. 법원이 다 가져가라고 하는 것이 저는 맞다고 봅니다.

사 회 자 : 일단 헌법재판소가 초기에는 구분을 했던 것 같습니다. 처음에는 적용위헌 내지는 규범조문의 삭제없는 일부위헌결정 문제와 헌법합치적 법률해석의 소산으로서의 한정결정 이것을 구분했었는데, 나중에 이것을 통합해 버렸습니다.

그런데 독일은 학문적으로도 실무상으로도 여전히 구분하고 있습니다. 물론 학자에 따라서 양자의 구분이 실익이 없다 이렇게 보고 있는 분들도 있습니다. 유독 슬라이히나 이런 사람들 책이 국내에 번역되고 많이 소개되면서 구분실익이 없다는 주장이 많이 득세를 했던 것 같습니다.

그런데 정병호사께서는 이걸 그렇게 구분해야 된다는 주장을 하십니다. 적용위헌 문제는 규범통제로서의 전형적인 특징을 가지고 있다. 그렇지만 헌법합치적 법률해석 이 부분은 자칫하면 재판소원 금지 규정에 반하는 결과를 낼 수 있기 때문에, 그런 결과를 방지하기 위한 논리 구성들을 할 필요가 있다는 주장을 하셨습니다.

먼저 이 부분에 대해서 한번 토론을 해봤으면 좋겠습니다.

그리고 나서 재판소원금지규정을 감안하면서 다른 한편 우리 실무를 하다보면 이른바 문면위헌, 법률조항 전체를 모든 경우를 상정해서 위헌여부를 따지는 것은 사실 불가능에 가깝고 당해사건에서 문제되고 있는 해석이라든가 하위규범의 위헌여부에 한정해서 판단할 수밖에 없는 것 같습니다.

그런데 재판소원금지 부분하고 현재 실무상 심판대상의 축소, 이것을 조화시키기 위한 도구개념으로서 심판대상은 법률조항으로 한정하고 이른바 재판의

전제성 요건 등과 관련해서 실제적으로 당해사건과 관련된 부분을 떼어내는 작업은 이른바 심판범위라는 개념을 가지고 하자는 제안에 대해서 토론을 해봤으면 좋겠습니다.

먼저 첫 번째 문제에 대해서 의견을 가지고 계신 분들 좀 말씀해 주시지요.

토 론 자(황치연) : 발제자와 상당부분 견해를 달리합니다.

일단 합헌적 법률해석과 그 해석에 대한 위헌결정권은 구분을 해야 합니다. 합헌적해석권은 대법원도 할 수 있고 헌법재판소도 할 수 있지요. 다만 그 해석에 대한 위헌결정권은 대법원이 가지고 있지 않습니다. 그 점을 먼저 분명히 하고 싶습니다.

헌법재판소가 법률해석에 대한 유권적 확정권 없이 법률의 위헌결정권을 행사할 수가 없습니다. 만약에 대법원의 해석만을 전제로 한다면 예를 들어 헌법재판소법 같이 대법원의 해석이 거의 없는 경우에는 누가 해석합니까?

그것에 대한 명백한 입법례로 독일연방헌법재판소법 79조에 법률에 대한 것이나 해석에 대한 위헌결정은 똑같이 기속력을 갖는다는 규정이 있습니다. 그러니까 규범과 해석을 일단 구분하기 어렵습니다. 왜냐? 규범의 해석은 텍스트에 의해서 발언하지만 결국 규범 자체에 귀속되는 것입니다.

발제자는 법률의 특정한 해석가능성에 대한 위헌선언이라고 하지 말고 구체적인 사건 속에서 발견된 법률 그 자체의 부분적인 위헌으로 하자는 것인데, 이것이 어떻게 구분이 가능합니까? 특정한 해석 가능성의 결과가 발견된 법률 그 자체입니다. 이 둘을 구분하기가 어렵고, 실무상으로도 거의 채택하기 어렵다고 생각합니다.

재판소원을 터치한다, 이 측면을 어떻게 생각할 수 있냐하면, 법원의 재판자체가 문제되는 경우가 있고, 법원의 재판이 적용된 근거법률의 위헌적 해석에서 문제가 되는 경우가 있습니다. 후자의 경우에 적용근거 법률의 위헌적 해석 부분에 대해서 위헌결정권을 행사하는 것은, 재판소원금지와 저촉되지 않습니다. 이것은 유권적인 위헌결정권의 행사이기 때문입니다.

토 론 자(중앙대 이인호 교수) : 저는 발제자의 입장에 거의 전적으로 동의하는 입장입니다.

정태호 교수님께서 적절하게 말씀하신 것처럼 헌법재판소가 초기에는 한정위헌과 적용위헌이 다르고 그것을 나름대로 구분하려고 했고, 설령 적용위헌 쪽

으로 간다 하더라도 상당히 조심스러워 했습니다.

그런데 이번 결정은 아예 적용위헌까지도 헌법재판소의 관장사항으로 포섭한 것이 라서, 저는 이 결정은 발제자의 생각처럼 전형적인 재판소원이라고 생각합니다. 그 점에서 발제자와 기본적인 생각을 같이 합니다.

지금 자꾸 ‘규범과 해석을 구분해야 된다’와 ‘구분하는 실익이나 구분할 필요 없다’는 논쟁을 하고 있습니다. 저는 그보다 법원이 행하는 법률의 해석적용에는 2가지 방식이 있다고 봅니다.

독일에서도 재판소원에 두 종류가 있지 않습니까? 그 두 종류가 여기 언급되어 있고 우리도 구분해야 된다고 봅니다.

기본적으로 우리 헌법은 헌법재판소와 대법원을 병렬적으로 놓았고, 법률이 정하는 헌법소원을 허용한 것입니다. 그래서 입법자가 헌법재판소법에 재판소원 금지조항을 규정한 것입니다. 그리고 헌법재판소도 재판소원금지조항은 계속 합헌이라고 했었거든요. 그러니까 지금 이 결정은 그 구조를 깨버린다고 봅니다. 사실상 헌법재판소가 대법원 상위에 올라가는 그런 구조를 현재 스스로가 만들어버린 것입니다. 이것은 헌법적인 관점에서는 헌법의 사법질서를 깨뜨린 것이라고 생각합니다.

우리가 그동안 치밀하지 못했던 것은 해석적용을 할 때 2가지 방식을 엄밀하게 구분하지 않았습니니다. 저는 구분할 수 있다고 봅니다. 발제자께서도 언급했듯이, 간단히 보면 법률조항 자체의 위헌성이 있는 경우와 법률조항 자체에는 위헌성이 없지만 기본권적 가치결정을 제대로 고려하지 않은 적용이 있을 수 있습니다.

그 대표적인 것으로, 이전의 국가보안법의 찬양고무죄 사건에서는 전형적으로 법 자체에 위헌성이 있습니다. 그래서 그것을 어떻게 좁히느냐에 따라서 합헌적인 부분을 살려내고 위헌적인 부분을 도려낼 수 있는 거지요. 아까 황도수 교수님께서서는 한정합헌에 대해서 부정적인 입장을 가지고 계셨습니다만 저는 찬양고무죄사건에서의 한정합헌결정이 전형적인 한정위헌이라고 봅니다.

그런데 적용위헌에 해당되는 것의 예를 들면 독일의 1960년대 초의 슈피겔지 사건이 있습니다. 슈피겔지 사건은 우리 형법의 간첩죄조항의 적용과 관련된 것인데, 독일에서 슈피겔지가 국가기밀을 보도했다는 이유로 기소되고 압수수색이 돼서 문제가 되었습니다.

그때 독일연방헌법재판소도 그 조항 자체에 대해서는 위헌성이 없다. 그러

나 슈피겔지라는 잡지가 보도하는 과정에서 국가기밀이 언급될 수도 있는데, 그럴 때 유죄로 인정하거나 압수수색을 하는 경우에는, 표현의 자유가 가지는 가치결정을 충분히 고려하지 않은 해석적용이라는 것입니다. 법률 조항 자체에 위헌성은 없는데 법원이 해석적용하는 과정에서 표현의 자유에 대한 가치결정을 충분히 인식을 못하고 결정을 내렸던 것이지요.

기본적으로 그 사안에서는 전형적인 적용위헌의 문제입니다. 따라서 저는 이것을 구분할 수 있다고 봅니다. 그것을 나눠야만 지금 우리 헌법질서 안에서 병렬적으로 열거되어 있는 두 사법기관이 나름대로 균형을 맞출 수 있는 것 아닌가하는 것이 제 기본 생각입니다.

그리고 심판대상과 심판범위를 구분해야 된다, 저도 전적으로 동의합니다.

발 표 자 : 먼저 헌법재판소법 제68조 제1항과 제68조 제2항을 분리해서 따로따로 보는 것 보다는 같이 보아야 한다고 생각합니다. 왜냐하면 68조 2항이 만들어진 것은 68조 1항에서 ‘법원의 재판을 제외하고는’이라는 부분을 넣었기 때문입니다. 서로 연관성이 있습니다. 그래서 여기서 ‘법원의 재판을 제외하고는’이라는 부분이 68조 제2항에 없으므로 별개로 따로따로 고려하자는 것은, 입법연혁에 비추어 본 해석의 차원에서 받아들이기 어렵지 않나 생각합니다.

그 다음에 저는 이인호 교수님하고 다르게, 이 사안이 다른 질적일부위헌 선언의 외관을 취했다면 규범통제가 되고, 이것이 재판통제는 아니며, 헌재가 할 수 있다고 생각합니다. 그렇기 때문에 이 결정이 기속력도 가져야 된다고 생각하고 있습니다.

처음에는 이인호 교수님 걱정하시는 취지대로 생각도 했는데, 그럼에도 불구하고 이 사안에 대한 제 나름의 해결방안은 명확성원칙입니다. 명확성원칙을 심사할 때는 법률 텍스트 전체를 심사범위로 해야 되는 것이 원칙적인 경우라고 생각합니다.

그런데 이 사안의 특수성은 조금 다른 것 같습니다. 그래서 공무원에 이러이러한 경우의 사람을 포함시킨다고 해석하는 전제 하에서 봤을 때 그 한도 내에서 만 분명하다라고 할 여지가 있다라고 생각합니다.

제가 하는 것들이 전부 약간 기교적인 것이 들어가기는 하는데, 결국 해석과 자꾸만 관련되는 것 아니냐 생각하는 것을 일부위헌선언의 형식으로 둔갑시키려고 애를 쓰는 것이지요. 그 자체를 하지 말자는 것이 아니고 그 외관만 그렇게

가져가자는 견해입니다.

그 다음에 합헌적 법률해석의 권한은 오히려 규범통제권한을 가진, 무엇이 위헌성을 가지는지 확정할 수 있는 기관이 해야 되는 것 아니냐 하는 논의는 독일에서도 있었습니다. 심지어는 학자들 사이에서도 헌재만이 그런 합헌적 법률해석을 할 수 있다고 보아야 한다는 주장까지 있습니다.

그런데 그런 주장은 받아들이기 힘들고요, 또 일차적으로 정책적이랄까 소송경제 이런 여러 가지 관점에서 봤을 때 법원이 합헌적 법률해석의 주도권을 가지는 것이 훨씬 유리합니다. 왜냐하면 헌재가 자꾸만 법률해석이라든가 여러 가지 매개를 통해서 무엇이 합헌이고 위헌이고 말을 하면, 헌재의 권한이 강해지는 것 같고 일반국민들도 더 보호를 받을 수 있는 것 같고 그렇게 보일 수 있지만, 실제로 그것이 하나의 폐단이 있습니다. 법률 또는 법질서 전체가 화석화 될 위험이 있습니다. 헌재가 그 만큼 전지전능하지도 않을 수가 있거든요.

주도권을 일반 법원에게 내주고, 그 일반 법원은 전혀 기속력 있는 합헌적 법률해석론을 펼칠 수는 없지요. 이런 저런 합헌적 법률해석론을 펼칠 것입니다. 그 중에서 헌재는 들여다보고, 아 이것은 채택할 만하다 한 것을 사후적으로 심사숙고해서 합헌적 법률해석을 그 때가서 해도 늦지 않을 것입니다.

말하자면 합헌적 법률해석권한의 주도권은 일반 법원이 가져야지 헌재가 가지려고 자꾸만 대들어서는 안 된다는 것입니다. 헌재는 소극적으로만 위헌적으로 해석한 것에 대해서 그 한계선을 넘어섰다는 것을 확인해주면 된다고 생각합니다.

미국에도 비슷하게 어보이던스 룰이라고 해서 되도록이면 연방대법원 내지는 연방법원들은 헌법적인 논증을 자제합니다. 왜냐하면 헌법적 논증을 끌어오는 순간에 입법자를 구속하거든요. 입법자가 이런저런 입법을 만들 수도 있는데, 이 사안에서 구체적인 사안을 놓고 헌재가 이견 합헌이고 저견 위헌이고 하는 순간에, 위헌이라고 말한 전체가 다 나중에 입법도 못하게 되는 문제가 생길 수 있습니다. 그것은 입법권한의 축소이기 때문에 미 연방대법원은 되도록이면 다른 법률해석 기법을 통해서 똑같은 결과를 가져올 수 있다면 헌법적인 논증을 피하려는 어보이던스 룰이 있습니다. 마찬가지로 지혜가 필요하다고 생각합니다.

사 회 자 : 일단은 이 부분은 이 정도 하고요. 두 번째 부분으로 가서 심판대상과 심판범위를 구분해서, 실무적인 필요에 부응하면서 재판소원금지하고 충돌되는 것을 피해보자는 구상의 타당성에 대해서 이야기를 해봤으면 좋겠습니다.

토 론 자(황치연) : 발제자는 이 문제를 명확성의 원칙, 명확한 정도로 넘어가지고 하는데, 미국의 예를 들면 법률조항 자체가 명확한 것인가에 대해 그 자체 전부위헌을 다룰 수 있는 문면상 위헌이라는 경우가 있습니다. 그러나 이 사건과 같이 당해 법률관계를 규율하는 해석하는 바가, 그 규범 내용이 명확한 것인가 했을 때는 우리와 똑같이 한정위헌결정을 해요, 미국 연방대법원도. 그렇기 때문에 심판대상을 가급적이면 이 사건과 같이 좁게 대상을 확정하는 것이 미국 연방대법원의 확립된 관례이고 그것이 위헌 판단의 위험성을 줄이는 것입니다.

이에 대해서도 법원에서는 법발견, 법형성 해서 법원의 관례로서 이렇게 할 수 있지 않느냐 하는데, 헌법재판소의 판단은 헌법의 범위 내에서 이루어지는 것이지 위헌적인 법발견, 법형성까지 규범내용으로 충전시킬 수는 없습니다.

더 나아가서 이인호 교수님은 한정합헌 결정권을 옹호하고 저는 오히려 황도수 교수님 견해와 일치하는데 우리 2기 재판부 때에 이미 이 문제가 해결됐습니다. 한정합헌과 한정위헌과의 관계에 있어서 독일이나 미국과 같이 위헌결정권을 행사하면 그걸 존중하는 분위기라면 모르겠는데, 우리의 한정위헌결정권이 아직 제대로 준수되지 않는 단계에서 한정합헌권을 행사하면, 한정합헌에서 배제된 부분이 과연 위헌인가 여부에 대한 현재 결정의 주문에 대한 법원의 또 다른 해석 가능성이라는 문제가 생깁니다.

그래서 2기 재판부 때 이미 주문에 대해서는 실무상 당사자의 구체 즉 재심을 위해서도 명확하게 위헌성을 드러내는 한정위헌을 선언할 수밖에 없다고, 이렇게 정리되었습니다. 그 이후에 3기나 4기 들어와서 극히 예외적인 경우를 빼놓고는 한정위헌결정권으로 다 정립이 된 겁니다.

또 심판대상 확정 문제에 관해서 보자면, 우리 헌법재판소가 신청주의에 입각하지만 거기에 구속되는 바가 없어요. 신청주의라는 것이 심판대상 확정권까지 포함하는 개념이 아니라, 사건의 계속성 또는 사건에 대한 처분성에 대한 관점에서 적용되는 것입니다. 당사자가 제시한 내용이 하나의 참고자료가 될 수 있어도, 헌법재판소가 위헌판단권을 행사하기 위해서 심판대상을 확정하는 데까지 신청주의에 입각하는 것은 아니다, 심판범위가 그런 것은 아니다, 이렇게 이야기하고 싶습니다.

지정토론자(황도수) : 심판대상과 관련해서 헌재가 취하고 있는 신청주의와의 관계에서 헌법재판소가 굉장한 많은 재량권한을 가지고 있죠.

장점은 헌법재판의 당사자들 또는 대리인들이 겪는 어려움을 극복할 수 있는

반면, 단점은 심판대상이 무엇인가를 당사자들이 모를 경우도 있다는 것입니다.

공격방법, 방어방법이 뭔지도 모르고 심판받는 경우도 있다는 것이지요. 그것은 좀 피해야 된다고 생각합니다. 지금 논의와는 조금 다른 차원이지만. 그런 의미에서 헌법재판소에서 적극적으로 석명권한을 행사해 주셨으면 어떨까 합니다. 그러면 최소한 현재입장에서 당사자애기를 들어보고 재판하니까. 좀 편안하지 않겠는가 생각합니다.

그런 의미에서 신청주의, 심판대상, 심판범위는 그런 것들이 조금 개선되고 나면 깊은 논의가 될 수 있지 않겠는가 하는 생각입니다. 그것이 어느 정도 형성되면 당사자에게 알려서 우리가 이런 정도를 판단할 테니까 의견을 내라는 식으로 진도가 나가면 어떤가 하는 생각을, 관련해서 말씀드려 봅니다.

토 론 자(한양대학교 정문식) : 정변호사님 논리에서 처음에는 법률과 법률 해석의 문제를 구분하기 어렵다고 보고 출발한 것처럼 느꼈는데, 나중에 심판대상과 범위를 구분할 수 있다는 것이 과연 일관될 수 있는지 약간 의문입니다.

또 하나 제가 느낀 바로는 법원의 유추해석을 문제삼아서 헌법재판소가 이 결정을 한 것이 아닌가 생각합니다. 그렇다면 합헌적 법률해석 문제랑 유추해석이 구별될 수 있는 것 같은데 혼합해서 다루신 것이 아닌가 하는 느낌이 좀 들었습니다.

아까 공무원의 개념을 명확성의 원칙에 의해서 해결하실 수 있다고 말씀하셨는데, 실제로 조항 자체로는 입법자가 설정한 공무원이라는 개념은 제가 볼 때 크게 불명확한 것 같지 않은데, 이 개념에 법원이 유추해석을 통해서 소위 말하는 신분상 공무원 말고도 활동이 공무 관련되는 활동을 하는 사람들까지도 포함시키는 것 때문에 문제되는 것이 아닌가 합니다. 그렇다면 여기서는 합헌적 법률해석의 문제보다는 유추해석 자체가 문제 아닌가 하는 느낌이 듭니다. 과연 정변호사님 말씀처럼 명확성 원칙을 적용하시면 현재와 같은 결정이 날 수 있는 것인지에 대한 약간 의문이 듭니다.

마지막으로 현재는 사실 제 개인적으로 볼 때는 헌법적 법률해석을 막 하려고 하는 그런 의도를 보이는 것 같지 않습니다. 태아와 관련한 불법행위 손해배상 책임에서 민법 제3조의 해석에서 법원의 입장을 그냥 지지했던 것 같습니다. 민사법률에서는 법원의 법률해석을 상당히 인정하지만 형사법에서 유추해석금지와 같은 이런 해석원리를 위반한 것들은 통제한다는 의미에서, 한정위헌 등이 남용될 여지는 그렇게 많지 않다는 생각이 듭니다. 이걸 그냥 민사법률 해석할 때

형사법률 해석할 때 똑같이 할 게 아니라 현재는 좀 나눠서 접근한 건 아닌가하는 의문이 납니다.

발 표 자 : 일단은 제가 생각하기에는 이번 결정의 주문을 이렇게 내면 어떨까 생각합니다. 이리이러한 위촉위원을 뇌물죄로 처벌하는 부분에 있어서 위헌이다. 형법 제129조 제1항의 뇌물죄 규정은 그 공무원에 그러한 위촉위원을 포함시키는 한도 내에서 위헌이다. 왜냐하면 포함되는 순간에 통상적인 상식적인, 일반인의 상식의 관념에서는 그게 공무원이라고 예상하기 쉽지 않은 상황이기 때문에 명확하지 않다는 거죠. 그 공무원에 바로 그 위촉위원이 포함된다고 보는 한도 내에서 법률조항이 위헌이라고 하는 것입니다.

그러면 부분적인 일부위헌선언이 됩니다. ‘무엇이라고 해석하는 한’이라는 말을 굳이 도입할 필요없이 공무원에 이 위촉위원이 포함되는 그 한도 내에서 그 범위 내에서 이 법률조항은 불명확하기 때문에 위헌이라고 하는 것입니다.

그 다음에 심판범위와 심판대상을 나누는 취지는, 미국의 적용위헌 청구(as applied challenge)하고 문면상 위헌 청구(facial challenge) 이야기에서 중요한 것은 여기서 챌린지(청구)거든요. 미국의 사법기관은 당사자가 다투는 쟁점에 대해서만 즉 챌린지하는 부분에 대해서만 판단할 것입니다. 그런데 우리는 그렇게 하면 안 된다고 생각합니다. 당사자가 다투지 않은 범위에서도 위헌일 수 있다면 그것을 체크해서 심판대상이 된 법률조항의 위헌적인 부분을 제거해 줘야 한다고 생각합니다.

그러려면 당사자가 명시적으로 다투는 부분으로 심판대상을 한정해 버리면 안 되는 것입니다. 심판대상 자체는 넓고 심판범위만 좁히면 되는 것 아닌가 하는 생각이 제 발상의 근본이었던 것입니다.

심판범위를 당사자의 주장에 국한시키지 않을 수 있는 점에서, 당사자에게 조금 더 유리하게 하면서도, 헌법재판소의 재판의 경제성이라든가 현명하게 재판 내리기에 더 좋게 만드는 방안입니다. 왜냐하면 사건성을 떠나서는 일반추상적으로 심사하기가 좀처럼 쉽지 않습니다. 그렇기 때문에 미국에서도 페이스 챌린지보다 애즈 어플라이드 챌린지를 더 선호하는 것입니다.

토 론 자(헌법재판연구원 허완중) : 과연 한정위헌청구를 인정할 경우에 과연 실익이 무엇인가? 저는 그 실익은 하나밖에 없다고 생각했습니다. 심판대상을 확정하는 효과가 없으면 실질적으로 인정하나마나 한 것입니다.

실제로 제가 현재 연구관들한테 들어본 바로는 여태까지 한정위헌청구를 전부 위헌청구로 들어온 경우에 한 번도 각하한 적이 없다고 합니다. 그래서 아는 변호사들은 한정위헌청구를 절대 안 한다, 그런 얘기를 들었습니다. 따라서 심판대상을 확정하는 효과가 없으면 아무런 의미가 없다는 것이 하나의 쟁점입니다.

다음으로 청구와 결정의 관계가 무엇인가? 청구란 것은 당사자가 현재한테 어떤 결정을 달라고 하는 것인데, 실질적으로 당사자 입장에서는 자기가 이러이러한 사건이 있는데 이런 사건에서 이 법률이 이러이러한 내용으로 적용되는 이것을 배제해달라고 청구하는 것입니다. 전체 법률이 위헌인지 합헌인지 그것은 청구인이 관심이 없습니다. 자기 사건에 적용되는가 안 되는가 그것만 관심있습니다.

실질적으로 현재 입장에서 어떤 법률에 있는 위헌가능성을 전부 다 찾아내서 그것이 다 합헌이다, 위헌이다는 것을 다 살펴서 결정할 수 없고 불가능합니다. 그럼 뭘니까? 현재입장에서는 차라리 한정위헌청구로 해 주는 것이 더 좋다는 거지요. 당사자가 이러이러한 점에서 문제점을 제기하면 이러이러한 이유로 해서 그건 합헌이다, 위헌이다 하는 것이 현재는 편하고 오히려 그것이 일반적인 것이 아닐까요. 실제 독일에서도 거의 대부분의 청구는 그런 형식입니다. 재판소원이라고 흔히 말하는 것들이 이렇게 해석했는데 내 사건에 적용돼서 문제가 있다는 것입니다.

그 다음에 법률하고 법률해석 사이의 차이점이 있는가? 분명히 구별이 가능합니다. 법률이라는 것은 분명히 해석의 대상이고 그 해석을 통해서 어떤 결과물이 나오지요. 그런데 실제로 적용되는 것은 무엇이나? 바로 해석의 결과물입니다. 그런데 그 결과물을 적용할 때 법률이라고 하면서 적용합니다. 이론적으로는 분명히 구별되지만 실제 적용이라는 측면에서 바라보면 법률이라는 이름 하에 법률의 해석이 적용됩니다. 구별할 수 없습니다.

법원은 특히 대법원은 자기들이 법률해석권을 독점한다고 얘기합니다. 그런데 과연 이 말이 가능한가? 독점한다 그러면 다른 기관은 못한다는 얘긴데 그러면 행정부나 헌법재판소나 법률을 적용할 때 대법원에 가서 물어봅니까? 이런 법률이 있는데 이거 해석이 어떻게 되냐고 물어볼 수는 없습니다. 그 이야기는 즉 각자의 기관들이 법률의 어떤 적용권한이 있다면 적용해야 된다면 자기가 하는 것입니다. 자기가 그 해석을 해서 이런 내용이라고 판단해서 적용하고 그것이 문제됐을 경우에 법원에서 그 범위 내에서 청구가 들어가면 거기에 대해서 결정하겠지요.

마찬가지로 헌법재판소도 어떤 사건이 들어오면 법원에게 절대 물어보지 않습니다. 자기가 해석을 해서 적용하지요. 왜냐하면 법원이 아무리 최종적인 법해석권이 있다고 하더라도 그것이 법은 아닙니다. 법원의 판결일 뿐이지요. 그 문제된 사건에서만 적용될 뿐이고 그 이상의 효과는 없습니다. 기관력은 넘어가면 안 되는 것입니다. 당해사건 외에는 적용되지 않습니다.

그래서 저는 법원의 판결하고 선례는 구별되어야 한다고 생각합니다. 분명히 법원의 판결은 당해사건에서 최종적인 해석으로서 기능하지만 당해사건 넘어서게 되면 선례로서는 기능할 수 있겠지만 그 이상의 아무런 의미가 없습니다. 그런데 선례는 깨도 됩니다. 대법원도 깨고 하위법원도 깨는데 헌법재판소가 못한다? 독점해석권 주장의 가장 큰 문제는 법원의 해석이 없으면, 선례가 없으면 어떻게 합니까?

마지막으로 과연 그러면 가장 큰 쟁점이 재판소원이 되는가의 문제입니다. 그런데 재판소원이라는 것은 이론상의 어떤 개념이지, 그런 제도는 없습니다. 다만 헌법소원 중에서 법원의 재판을 대상으로 하게 되면 그걸 우리가 ‘재판소원’이라고 얘기하는 것이지 어떤 특별한 절차나 특별한 유형의 헌법소원을 이야기하는 것은 아닙니다.

그런데 이미 헌법재판소법 제68조 제1항에서 배제했기 때문에 법원의 재판을 대상으로 해서는 어떤 식으로 들어오든 불가능하지요, 현재 상태로는 들어올 수 있는 방법은 선례를 공격하는 방법밖에 없습니다, 지금은. 선례를.

발 표 자 : 독일이 연방헌법재판소 외에 독일최고법원을 만들려고 했습니다. 그건 일반법의 해석적용에 있어서는 통일성을 기할 수 있는 최고법원인데 이들 사이의 관계설정에 있어서 어떻게 누구를 먼저 선으로 놓을 것이냐에 대해서 견해대립이 있었거든요. 말하자면 우리 식으로 하면 대법원을 먼저 놓을 것인지 아니면 연방헌법재판소를 먼저 조문 앞에 서두에 넣을 것인지. 결론적으로는 연방헌법재판소를 먼저 넣고 그리고 쉽게 말해서 대법원(Oberstes Gericht) 그것이 설립이 안 되었습니다.

설립하려고 했던게 설립이 안 되었고 그 하위에 고등법원 쯤에 해당하는 것들이 BGH라든지 이런 것들이 5개, 그 당시에는 고등연방법원정도 급이었는데 그것들이 말하자면 일반법의 최고 재판권한을 가지게 되지요. 그 전에는 원래 기본법을 제정할 당시에는 그것 위에 있는 오버스테 게리히트를 생각을 했었습니다. 했었고 그것이 우리 식의 말하면 대법원 비슷한 조직이었는데 훨씬 인원도 작고

하지만 제한적인 범위 내에서만 상소를 받아들이는, 그래서 일반법의 통일 해석을 기하는 것이었습니다. 그런데 현실적으로는 무의미하다고 해서 오히려 여러 고등연방법원이 각 파트별로 재판권별로 일반법의 해석 통일을 기하는게 더 효율적이라고 해서 그 오버스테 게리히트는 세워지지 않았습니다. 나중에 독일기본법에서 삭제가 됐는데, 그 단계에서 나온 이야기가, 일반법의 해석에 있어서 의문이 있는 경우에는 연방헌법재판소도 그 오버스테 게리히트로 법률해석 제청을 하자는 제안이 있었습니다.

마찬가지로 우리도 그것을 도입할 수 있다고 생각합니다, 만약에 필요하다면.

회 장(박한철 헌법재판관) : 문제의 쟁점은 충분히 부각된 것 같아, 더 언급할 필요가 없을 것 같습니다. 다만 아까 헌법재판소가 우위를 점하는 그런 결정을 내려서 위에 설려고 한다는 그런 말씀을 하셨는데, 싸움이 전제되어 있다고 하는데, 그것은 굉장히 단견인 것 같습니다.

법원과 헌법재판소간에는 기관 간에 같은 헌법과 법률해석을 놓고 다투니까 우열이 있는 것처럼 자꾸 착각을 하는데 그건 아니지요. 헌법해석과 법률해석은 차이가 있고 각 기관의 고유기능이 명백히 헌법상으로도 구분되어 있는데 그것을 마치 서열다툼으로 보는 것은 곤란하지 않겠느냐 싶습니다.

우선 간단하게 얘기하면 헌법에 위반되는 경우에 대통령의 권한행사라든가든지 공권력 행사를 취소해 버리지 않습니까? 그러면 대통령보다 헌법재판소가 우위에 있습니까? 또 입법부가 제정한 법률을 위헌 무효화 시키는데 그런 막강한 권한을 행사하니까 입법부보다 우위에 있나요? 이건 아니지요.

결국은 국민의 기본권을 어떻게 충실하게 보장할 것이냐 하는 문제에 초점이 있는 것이지 기관의 우위다툼으로 보는 것은 굉장히 단견이고 표피적인 서열 문화가 반영된 것이 아닌가 하는 그런 생각이 듭니다.

그 다음에 법정의견의 논리에 있어서 여러 가지 반론이 제기됐는데 그 부분에 대해서는 제가 언급을 안 하겠습니다. 왜냐하면 이 결정 자체도 6대3으로 결정되었고, 이 부분은 치열한 논쟁이 있었습니다. 황도수 교수님이 적절히 지적하셨듯이 각 재판관마다 견해가 다 다른 부분이 있을 수 있는 부분이에요. 그런데 접점을 이루어서 여섯 분은 소위 한정위헌에 있어서 청구가 가능하다고 이번에 본 것이지요. 그런데 세 분은 그것이 결국은 재판소원을 허용하는 결과가 되기 때문에 안 된다고 본 것이고. 그렇기 때문에 이 점에 있어서 그 기준점을 어디로 삼는

냐 하는 것이 결국 개인의 철학이라든지 역사성을 갖는 우리 사회의 현실, 이런 것을 놓고 판단한 것입니다.

아까 황교수님이 헌법재판소가 너무 많이 나갔지 않았느냐 이런 표현을 쓰셨는데, 솔직히 제가 재판관의 입장에서 답변드린다면, 너무 많이 나간 것이라는 것도 약간 착각이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 왜냐하면 헌법재판소의 권한의 입장에서 자꾸 생각하니까 얼핏 그런 생각이 듭니다. 재판소원을 어디까지 적정하게 소위 헌법재판소가 자체를 해서 중심을 잡을 것이냐 하는 것이 재판관의 고민이기도 합니다. 왜냐하면 재판소원을 헌법재판소법에서 금지하고 있기 때문에, 과연 정면으로 판결을 파기한 것은 아니지만 결국 이렇게 해석하는 한 위헌이다 하는 것은 결국 궁극적으로는 개별적인 판결을 취소한 것과 같은 효과 아닌가 하는 점에 있어서 고민하게 되는 것이지요.

그런데 거꾸로 국민의 입장에서 이해를 해보시면 한정위헌결정의 당위성이라든지 타당성 이런 부분에 대해서는 더 이상 논란하지 않는다면, 한정위헌결정을 헌법재판소는 마음대로 하면서 그럼 국민의 입장에서는 그걸 청구를 못한다는 것은 넌센스입니다. 지금까지 우리 선례가 3가지 예외를 인정해서 아주 극히 제한적으로 이 경우에는 법률해석에 관한 문제도 법률규정의 위헌성을 따지는 것으로 보아서 받아주자고 보았지만, 국민의 입장에서는 여전히 불안하지요. 그것을 정면으로 인정하자는 것입니다.

국민의 입장에서 보면 과거의 태도가 국민의 기본권을 보장하는 데 있어서 불충실하기 때문에 정면으로 인정해서 헌법소원의 지평을 열어주자는 것입니다. 그런 각도에서 보시면 좀 이해가 될 겁니다.

구체적인 부분에 대해서는 많은 의견이 제시되었으니, 그 부분에 대한 이야기는 생략합니다. 수고 하셨습니다.

헌법상 평등의 이념과 심사기준*

- 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기 -

김 진 옥**

<상>/ 저스티스 2013년2월호 게재부분	<하>/ 저스티스 2013년4월호 게재부분
<p>I. 서론</p> <p>II. 독일연방헌법재판소의 심사기준</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 독일기본법의 평등 관련 조항 2. 자의금지원칙에 의한 심사 3. 소위 '새로운 공식'과 '최신의 공식'에 의한 심사 <p>III. 미국연방대법원의 심사기준</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 미국 연방헌법의 평등보호조항 2. 평등보호조항 적용에 있어서의 심사방법 3. 평등보호조항 관련 심사기준의 전개 4. 합리성심사 5. 엄격심사와 Carolene Products Co. 사건 판결의 각주 <ol style="list-style-type: none"> 가. Carolene Products Co. 사건 판결의 각주 나. 의심스러운 구분(suspect classification)에 의한 차별 다. 근본적인 권리(fundamental rights)를 제한하는 경우 6. 중간심사 <p>IV. 헌법재판소의 평등심사에 있어서의 심사기준</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 헌법상 평등에 관한 규정 2. 헌법재판소의 평등심사기준의 성립과정 및 평가 <ol style="list-style-type: none"> 가. 제대군인 가산점 사건 이전의 심사기준 나. 제대군인 가산점 사건에서의 심사기준 다. 제대군인 가산점 사건 이후의 평등심사 라. 검토 3. 헌법 제11조 제1항의 해석 <ol style="list-style-type: none"> 가. 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문 사이의 관계 나. 헌법 제11조 제1항 제2문에 관한 예시규정설과 열거규정설의 대립 	<ol style="list-style-type: none"> 4. 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념의 내용 <ol style="list-style-type: none"> 가. 절대적 평등이 아닌 상대적 평등 나. 헌법 전문에 나타난 평등의 원칙적 내용 다. 헌법 전문상의 평등의 이념의 개별 헌법조항에의 적용 라. 한국인의 평등에 관한 가치체계(평등의식) 마. 헌법상 평등의 이념과 평등심사기준과의 관계 5. 평등심사기준의 제검토 및 대안의 모색 <ol style="list-style-type: none"> 가. '헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우'와 '차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 경우' 사이의 관계 나. '헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우' 다. '차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 경우' 라. 간접적 차별과 관련하여 마. 적극적 평등실현조치의 심사기준에 관하여 <p>V. 결론</p>

* 이 논문은 「저스티스」 2013년 2월호 및 2013년 4월호에 게재된 논문의 일부임.

** 헌법연구원

IV. 헌법재판소의 평등심사에 있어서의 심사기준

3. 헌법 제11조 제1항의 해석

헌법재판에 있어서의 평등심사기준과 관련하여서는 헌법 제11조, 그 중에서도 제11조 제1항이 주로 논의가 되는바, 헌법 제11조 제1항의 해석과 관련해서는 다음과 같은 논의가 가능할 것이다.

가. 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문 사이의 관계

(1) “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 헌법 제11조 제1항에 대하여는, 이 규정 전체를 일반적 평등의 원리를 규범화한 것으로 보고 제1문¹⁾과 제2문²⁾을 규범적으로 구별하지 않는 견해가 있는 반면에³⁾, 제1문과 제2문을 규범적으로 구별하여 달리 보는 견해가 있다.

(2) 제1문과 제2문을 구별하여 보는 견해에 의하면, 헌법 제11조 제1항 제2문은 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 절대적으로 금지함으로써 어떤 표지가 차별의 정당화사유가 될 수 없는지를 규정하고 있는 반면에, 제1문은 정당화사유가 없는 차별을 금지함으로써 차별의 정당화사유를 요구하고 있다는 점에서 양자의 존재 근거가 서로 다르기 때문에 제1문과 제2문은 구별할 필요가 있다는 것인바,⁴⁾ 우선 제1문은 일반적 평등의 원칙을 선언한 것이고 제2문은 개별적 평등의 원칙을 규정한 것이라고 보는 견해가 있다.⁵⁾

1) “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”

2) “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”

3) 예컨대, 성낙인, 헌법학(제12판), 법문사, 2012, 435면

김주환 교수는, 김철수 교수 역시 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문을 구별하지 않고 제1항 전체를 “일반적 평등의 원칙”으로 이해하고 있다고 한다.

김주환, “평등권 심사기준의 체계화”, 강원법학 제31권(2010. 10.), 37면

4) 김주환, “일반적 평등원칙의 심사기준과 방법의 합리화 방안”, 공법학연구 제9권 제3호(2008), 한국비교공법학회, 202-203면

5) 김주환, 앞의 논문(주 4), 202-205면

조홍석, “평등에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 전망”, 공법연구 제33집 제4호(2005. 6.), 117-120면

그러나 살펴건대, 헌법 제11조 제1항 제2문을 개별적 평등의 원칙이라고 볼 경우 제1문과 제2문 모두 평등의 원칙에 관한 규정이 되는바, 헌법재판실무상으로 어떠한 법률조항 등의 헌법 위반 여부가 심판대상이 되는 위헌법률심판사건(“헌가”사건)이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원사건(“헌바”사건)의 경우에는 별 문제가 없겠으나(즉, 이 경우는 당해 조항의 평등의 원칙 위반 여부가 헌법재판을 통해 판단될 것임) 청구인의 기본권 침해 여부가 심판대상이 되어야 하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원사건(“헌마”사건)에서는 법률조항 등의 평등의 원칙 위반 여부가 아니라 청구인의 기본권의 침해 여부가 심판대상이 되어야 한다는 점에서 헌법 제11조 제1항에 의거하여 (일반적) 평등권이 인정이 되지 않을 경우 심판대상 선정상의 문제점이 있다.

또한 규정의 형식이나 내용면에서 볼 때에도, 헌법 제11조 제1항 제1문은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”라고 하여서 규정 형식이나 내용면에서 근대국가에서의 평등사상이나 ‘법 앞의 평등’의 이념을 헌법에서 명시적으로 선언한 평등의 원칙에 관한 규정으로 볼 수 있는 반면에, “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 제2문은 성별·종교 또는 사회적 신분과 같은 차별금지사유가 열거되고 차별금지영역도 구체적으로 열거되는 등으로 그 규정형식이나 내용면에서 제1문에 비해 상당히 구체화되었다는 점에서, 제2문은 국가에 대해서는 성별·종교 등과 같은 불합리한 차별사유에 기하여, 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 영역에 있어서 차별하지 말 것을 명령(차별금지명령)하는 동시에, 국민에게는 국가에 대하여 평등한 대우를 요구할 권리를 보장하는 규정으로 보는 것이 온당하다 할 것이다.⁶⁾ 그런데 앞서 본 바와 같이 제2문의 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’에 대하여, 헌법이 이러한 사유에 기한 차별을 절대적으로 금지한다는 지적이 있는바, 성별·종교 또는 사회적 신분을 이유로 한 차별은 불합리하고 자의적인 차별의 예라고 이해하여야 하지, 절대적인 차별금지사유로 보는 것은 문제가 있다 할 것이다.⁷⁾

6) 헌법재판소 역시 “평등의 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다.”라고 판시하여(헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 관례집 1, 2) 같은 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

7) 헌법재판소 역시, “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 제2문의 규정은 “불합리한 차별의 금지에 초점이 있고,

(3) 다음으로, 헌법 제11조 제1항 제2문을 평등권을 보장한 규정한 것으로 보는 견해 중에도, 이것을 일반적 평등권을 보장한 규정이 아니라 개별적(구체적) 평등권을 보장한 것으로 보아야 한다는 견해가 있는바,⁸⁾ 헌법 제11조가 인간의 존엄과 가치와 행복추구권을 보장하고 국가의 기본적 인권 보장 의무를 규정한 헌법 제10조의 바로 뒤에 위치하고 신체의 자유나 거주이전의 자유 등 개별적인 기본권 규정들 앞에 위치해 있다는 점, 제11조 제1항 안에서도 제2문은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”는 일반적 평등의 원칙 선언 규정의 바로 뒤에 있으면서 “성별·종교 또는 사회적 신분”을 차별금지사유로 거시하기는 하였으나, “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역”에 있어서 차별을 받지 아니한다고 규정하여 대단히 포괄적인 내용으로 규정되어 있다는 점, 반면에 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리(제31조 제1항), 여자의 근로에 대한 특별한 보호 및 고용·임금 및 근로조건에 있어서의 차별금지(제32조 제4항), 혼인과 가족생활에 있어서의 양성의 평등의 보장(제36조 제1항) 등의 개별적인 평등규정은 각 개별적인 기본권 영역과 관련하여 해당 부분에서 규정되고 있다는 점을 종합하여 볼 때, 헌법 제11조 제1항 제2문은 개별적(구체적) 평등권을 보장한 규정이라기보다는 일반적 평등권을 보장한 규정이라고 봄이 온당하다 할 것이다.⁹⁾ 아울러 이러한 해석은, 헌법재판소가 평등의 원칙과 평등권을 같은 것으로 취급하여 혼용하고 있는 태도 와도 일치하는 것이라 할 것이다.¹⁰⁾

예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다.”라고 판시한 바 있다(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2(하), 446, 453-454).

- 8) 계희열, “우리 헌법상의 평등권”, 법학논집 제33호(1997), 고려대학교 법학연구원, 14-22면
조홍석, 앞의 논문(주 5), 117-118면
- 9) 현행 헌법 제11조의 내용은 제헌헌법 제8조의 내용과 크게 다르지 아니한바, 제헌헌법의 내용을 보면 다음과 같다.
제헌헌법은 “제2장 국민의 권리 의무”의 첫 조문으로 평등에 관해, “모든 국민은 법률 앞에 평등하며, 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. 사회적 특수계급의 제도는 일체 인정되지 아니하며 여하한 형태로도 이를 창설하지 못한다. 훈장과 기타 영전의 수여는 오로지 그 받은 자의 영예에 한한 것이며 여하한 특권도 창설되지 아니한다.”라고 규정하였다.
- 10) 헌법재판소는 헌재 1989. 1. 25. 88헌가 7 결정에서 “우리 헌법은 그 전문에서 ‘정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고’라고 규정하고, 제11조 제1항에 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다’고 규정하고 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는바, 평등의 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다.”(판례집 1, 2)라고 판시하여 평등의 원칙과 평등권을 같은 것으로 보고 있다.

그리고 이와 같이 헌법재판소가 평등의 원칙과 (일반적) 평등권을 같은 것으로 취급하여 혼용하고 있는 근거는 헌법 제11조 제1항의 규정 형식과 내용에서 찾을 수 있다고 사료된다. 즉 그 규정 형식과 내용 면에서 볼 때, “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 제2문은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”는 제1문의 평등의 원칙을 좀 더 구체화하여 규범화한 것으로서, 같은 내용을 달리 표현한 것으로 볼 수 있고, 이를 다시 표현하자면, 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 즉, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 규정으로 볼 수 있으므로 이러한 점에서도, 헌법 제11조 제1항 중 제1문은 (일반적) 평등의 원칙을 선언한 규정이고 제2문은 일반적 평등권을 보장한 규정으로 보는 것이 자연스러운 해석이라 할 것이다.

나. 헌법 제11조 제1항 제2문에 관한 예시규정설과 열거규정설의 대립

헌법 제11조 제1항 제2문의 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’의 차별금지사유¹¹⁾에 관하여는, 이것은 예시적 규정으로서 성별·종교 또는 사회적 신분이 아닌 다른 근거에 의한 차별도 그것이 자의적이거나 불합리한 경우에는 금지된다는 견해(예시규정설)¹²⁾가 있는 반면에, 예시적인 조항이 아니라 열거조항이라는 반대 견해도 있다(열거규정설).¹³⁾

열거규정설에 의하면, 먼저 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’을 예시적인 것으로 보면 모든 차별이 이 규정에 의해 금지되기 때문에 제1문의 규범적 내용이 공동화된다고 하는바, 위 사유들을 예시적인 것으로 보더라도 그것 때문에 일반적 평등의 원칙을 밝힌 제1문의 규범적 내용이 공동화된다고 보기 어렵고, 더구나 앞서 본 헌법재판소의 판시에 의하면 평등의 원칙과 (일반적) 평등권은 결국 같은

11) 헌법 제11조 제1항 제2문의 ‘사회적 신분’에 관하여는, 이종수, “사회적 신분에 의한 차별금지의 헌법적 의미”, 공법연구 제31집 제1호(2002), 한국공법학회, 351면 이하 참조

12) 계희열, 앞의 논문, 14면
김철수, 헌법학개론(제19전정신판), 박영사, 2007, 543면
허영, 한국헌법론(전정2판), 박영사, 2006, 336면
성낙인, 앞의 책, 440면

13) 조홍석, 앞의 논문(주 5), 118면
김주환, “일반적 평등원칙의 심사 기준”, 헌법재판 주요선례연구 I, 헌법재판연구원, 2012, 50-51면

것이라는 취지이므로 그러한 점에서도 평등권 규정 때문에 평등의 원칙의 규범적 의미가 공동화된다고 볼 수는 없고 오히려 그 반대라 할 것이다.

또한 “성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여” 부분 바로 뒤에 있는 “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 (차별을 받지 아니한다)” 부분에서의 ‘정치적·경제적·사회적·문화적 영역’은 ‘모든 영역’에 포함되는, 부분적인 영역으로서 예시적인 것으로 보이므로, 그렇다면 앞부분의 차별금지사유만을 유독 열거적인 것으로 볼 이유도 별로 없어 보인다는 점, 그리고 앞서 본 바와 같이 독일 기본법은 제3조 제3항에서 차별금지사유로 “성별·가문·종족·언어·출신지와 출신·신앙·종교적 또는 정치적 견해” 등 여러 가지 다양한 사유들을 들고 있는바, 이러한 입법례에 비추어 보더라도 우리 헌법이 “성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 차별을 받지 아니한다.”고 규정한 것은 성별·종교 또는 사회적 신분 이외의 사유에 의한 차별을 허용한 취지라고는 도저히 볼 수 없고 차별이 금지되는 불합리한 사유의 예를 든 것으로 볼 수밖에 없다는 점 등을 종합적으로 고려하여 볼 때, 열거규정설은 타당하지 않다 할 것이다. 관련하여, 열거규정설은, ‘성별·종교 또는 사회적 신분’을 차별금지 사유를 열거한 규정으로 보더라도 학력이나 정치관, 건강, 연령 등 다른 사유에 의한 차별이 허용되는 것은 아니고, 여전히 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”는 제11조 제1문의 규정에 의해 허용되지 않는다고 하는바, 성별·종교 등의 차별금지사유를 예시적인 것으로 보면 되지 이와 같이 우회적이고 기교적으로 제11조 제2문과 제1문을 해석할 이유도 없다 할 것이다.

다음으로, 열거규정설은 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’을 예시적인 것으로 보면 이에 준하는 사유에 의한 차별의 경우에도 비례성심사가 적용되어야 하는 문제가 있다고 주장하는바, 이러한 논거 역시 다음과 같은 이유로 타당하지 않다 할 것이다. 즉, 열거규정설은, 헌법재판소가 1999. 12. 23. 제대군인 가산점 사건 결정에서 “헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다.”고 판시한 이래, 헌법상의 차별금지 사유가 중요한 의미를 띠게 되었는데 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’을 예시적으로 볼 경우, 엄격한 비례성심사를 해야 할 경우가 너무 많아질 것이라는 문제의식에서 비롯된 것으로 보이나, 이는 결국 ‘헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하고 있는 경우’ 등에

대한 해석의 문제라고 볼 수 있고, 우리 헌법에 명시적으로 열거되지는 않았으나 차별금지 사유로 보아야 할 사유들이 있는지, 있다면 어떠한 사유들이 있는지(예컨대, 영·호남 등 출신지역이나 인종 등에 기한 차별) 등은 결국 헌법재판을 통하여 가려질 문제라 할 것이므로, 헌법재판소의 비례성심사를 이유로 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’을 열거적으로 보아야 한다는 주장은 본말이 전도된 타당하지 않은 주장이라 할 것이다.

4. 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념의 내용

한편, 헌법재판에 있어서의 평등심사기준을 논함에 있어서는, 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념의 내용이나 국민들이 평등에 관하여 가지는 가치체계 등이 심사기준 설정에 있어서 고려 요소가 될 수 있을지 살펴볼 필요가 있을 것이다. 왜냐하면 우리 헌법상의 평등의 이념이 별 내용도 없는 것이라면 모르되, 그것이 아니라 일정한 내용이나 지향점을 가지고 있는 것이라면 그와 같은 평등의 이념이나 국민들의 평등관이 심사기준 설정에 있어서도 고려 요소가 될 수 있음은 당연하다 할 것이기 때문이다.

그런데 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념의 내용을 밝힘에 있어서는 다음과 같은 점을 염두에 둘 필요가 있다. 첫째는, 헌법상의 평등에 관한 기술 내용이 헌법에서 차지하는 위치를 고려해야 한다는 것인데 예컨대, 헌법 전문에 기술된 평등에 관한 내용은 전문이 헌법전 내에서 차지하는 위치에 비추어 보더라도 헌법에 산재하여 있는 평등 관련 조항의 해석에 있어서 지침이 될 수 있을 것이다. 둘째는, 평등에 관한 헌법 조항을 해석함에 있어서는 헌법에 있는 다른 조항의 해석과 마찬가지로 헌법 전체를 유기적인 일체로 보아 통일적으로 해석해야 한다는 점이다.¹⁴⁾

14) 참고로 **일본 헌법**을 보면 일본 헌법 제14조(법 아래 평등, 귀족제도의 부인, 영전의 한계)는 아래에서 보는 바와 같이 우리 헌법 제11조의 내용과 대단히 유사하나, 일본헌법 전문에는 아래에서는 보는 바와 같이 평등에 관한 직접적인 규정은 없다.

제14조(법 아래 평등, 귀족제도의 부인, 영전의 한계)

- ① 모든 국민은 법 아래 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 내지는 문벌에 의해, 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에 있어서, 차별받지 아니한다.
- ② 화족 기타 귀족의 제도는, 이를 인정하지 아니한다.
- ③ 영예, 훈장 기타의 영전의 수여는, 어떠한 특권도 수반되지 아니한다. 영전의 수여는, 현재 이를 가지고 있거나, 또는 장래에 이를 받는 자의 당대에 한하여, 그 효력을 갖는다.

가. 절대적 평등이 아닌 상대적 평등

헌법재판소는 헌재 1994. 2. 14. 92헌바43 결정¹⁵⁾ 등을 통하여 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”라고 판시하여 우리 헌법상의 평등은 절대적 평등이 아니라 합리적 근거나 정당한 이유에 따른 차별은 인정하는 상대적인 평등이라는 점을 분명히 하였다.¹⁶⁾ 이러한 차원에서 보더라도 헌법 제11조 제1항 제2문¹⁷⁾의 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’은 우리 헌법이 합리적 근거나 정당한 이유가 없는 차별사유의 예로 거시한 것임이 분명하다 할 것이다.

나. 헌법 前文에 나타난 평등의 원칙적 내용(평등의 이념의 3대 원칙)

(1) 우리 헌법은 헌법 제11조 제1항 제1문에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”는 평등의 원칙을 천명하기 앞서서 헌법 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다.”고 밝히고, 그에 앞서서 전문에서 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고”라고 밝히고, 그 뒷부분에서는 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써”라고 밝히고 있는바, 헌법의 전문이 헌법에서 차지하는 위치에 비추어 보더라도 위와 같은 평등에 관한 내용은 우리 헌법이 지향하는 평등의 모습을 전체적으로 밝힌 것이라 할 수 있을 것이다. 더구나 미국 연방헌법이나 독일 기본법 그리고 일본 헌법 등 다른 나라의 헌법이 전문에서 평등의 구체적인 내용에 관해 직접적인 기술을 하지 않고 있음에 반하여¹⁸⁾ 우리 헌법은 전문에서 상

일본헌법 전문

“일본 국민은, 정당하게 선거된 국회에서의 대표자를 통하여 행동하고, 우리들과 우리들 자손을 위하여, 모든 국민과의 협력과 화합에 의한 성과와 우리나라 전 국토에 걸쳐 자유가 가져오는 혜택을 확보하며, 정부의 행위에 의하여 또 다시 전쟁의 참화가 일어나는 일이 없도록 할 것을 결의하며, 여기에 주권이 국민에게 있음을 선언하며, 이 헌법을 확정한다. (이하 생략)”

오현수 역, 일본헌법, 다나기희, 2006, 17-29면

15) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75-77

16) 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등 결정(판례집 1, 48)도 같은 취지의 결정이다.

17) “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”

당히 구체적으로 평등의 모습을 기술하고 있다는 점을 보태어 본다면, 헌법이 밝힌 위와 같은 평등에 관한 내용은 헌법제정권자가 우리 헌법이 지향하는 평등의 내용으로 특별히 결단한 것으로 충분히 볼 수 있을 것이다.

(2) 따라서 위와 같은 헌법 규정들을 종합하여 볼 때, 우리 헌법 제11조의 법 앞의 평등은 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 기인한 인격의 평등으로부터 출발하는 것이되, ‘정치·경제·사회·문화의 모든 영역’에 있어서 “각인의 기회를 균등히” 하는 ‘기회의 평등’을 지향하는 것으로, 결과에 있어서의 평등이나 도착점에서의 평등이 아니라 출발선에서의 평등을 선언한 것으로 볼 수 있을 것이다.¹⁹⁾ 그리고 이러한 ‘기회의 균등’으로서의 평등은 “자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여” 기해진다는 것이므로, 우리 헌법은 사회주의적 평등이나 공산주의적 평등이 아닌 ‘자유주의적 평등’ 또는 ‘자유민주주의적 평등’의 원칙을 천명하고 있다고²⁰⁾ 볼 수 있을 것이다.²¹⁾ 따라서 우리 헌법이 지향하는

18) 앞서 살펴본 바와 같이 일본헌법 전문에는 평등에 관한 직접적인 기술 내용이 없고, 미국의 **연방헌법 전문** 역시 아래에서 보는 바와 같이 평등에 관한 직접적인 기술 내용이 없다.

“We the People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

아울러 **독일 기본법 전문** 역시 아래에서 보는 바와 같이 평등에 관해 직접적으로 기술하고 있지 않다. “독일 국민은 신과 인간에 대한 책임을 자각하고 합일된 유럽의 동등한 권리를 갖는 구성원으로서 세계평화에 기여할 것을 다짐하며 헌법제정권력에 의해서 이 기본법을 제정하였다. 바덴-뷔템베르크·바이에른·베를린·브란덴부르크·브레멘·함부르크·헷센-메클렌부르크-포어포메른·나이더작센·노르트라인-베스트팔렌·라인란트-팔츠·자아르란트·작센·작센-안할트·슐레스비히-홀슈타인·튀링겐의 각 州의 독일 국민은 자유로운 자기결정에 따라 독일의 통일과 자유를 성취하였다. 이에 따라서 이 기본법은 전체 독일 국민에게 적용된다.”

19) 브라이언 터너는 평등의 유형을 **機會의 균등(equality of opportunity)**, **條件의 평등(equality of condition)**, 그리고 **結果의 평등(equality of outcome)**으로 나누었는데, 기회의 균등은 자본주의 사회에서 가장 널리 퍼져 있는 평등의 범주로서 채프먼의 표현에 의하면 “가장 무능한 자와 가장 유능한 자에게 성공을 위한 경주의 평등한 출발을 부여한다.”는 것이다. 조건의 평등은 기회의 균등과 연결된 것으로서 사회적 기회를 획득하려는 자유경쟁의 출발조건을 평등하게 정리하고자 노력하는 것인 반면에, 결과의 평등은 출발점이나 자연적인 능력은 고려하지 않은 채 법적인 조치나 정치적인 수단 등을 이용하여 마지막 결과의 평등만을 얻고자 애쓴다는 것이다.

이상, 박호성, 평등론, 창작과 비평사, 1994, 57-58면

20) 『미국의 민주주의』를 쓴 토크빌은 1848. 9. 12. 제헌의회에서 “민주주의와 사회주의는 단 한 단어, 즉 평등으로 연결되어 있다. 그러나 그 차이는 분명히 지적되어야 한다. 민주주의는 자유 속에서의 평등을 원한다. 반면에 사회주의는 가난과 예속 속에서의 평등을 원한다.”라고 연결하였다는 것이다.

박호성, 앞의 책, 94면

21) 토크빌은 평등의 개념을 기회의 균등으로 보았다고 한다.

이종수, “평등의 요청과 기본권의 실현”, 계명법학 제8집(2004), 계명대학교 사회과학연구소, 203면

평등의 이념은 인간으로서의 존엄과 가치에서 비롯되는 개인의 자유와 자율을 전제로 하는 ‘기회의 균등’으로서, 분배 결과에 있어서의 평등이나 집단주의원칙 등을 지향하는 사회주의적 평등(또는 공산주의적 평등)과는 엄연히 구분되는 것임이 분명하다.²²⁾

(3) 아울러 헌법 전문 말미에 있는 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써”라는 부분에서의 ‘국민생활의 균등한 향상’은 실질적인 기회균등이나 평등을 달성하기 위하여²³⁾ 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 평등(“상향식 평등화”)을 말하는 것이고, 그 반대로 상위계층이나 다수자를 끌어 내리는 평등(“하향식 평등화”)은 아니라는 의미로 해석할 수 있을 것이다.²⁴⁾

결국 우리 헌법제정권자가 헌법 전문 등을 통하여 밝힌 헌법이 지향하는 평등의 이념은, 인간으로서의 존엄과 가치에서 비롯되는 인격의 평등을 바탕으로, 첫째는 결과에 있어서의 평등이나 도착점에서의 평등이 아닌 출발선에서의 평등으로서의 ‘기회균등’의 원칙(제1원칙),²⁵⁾ 둘째는 사회주의적 평등이나 공산주의적 평등이 아닌 ‘자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서’를 토대로 한

22) 북한은 「조선민주주의인민공화국 사회주의헌법」에서, “조선민주주의인민공화국에서 국민의 권리와 의무는 ‘하나를 전체를 위하여, 전체는 하나를 위하여’라는 집단주의원칙에 기초한다.”(제63조), “국민은 국가사회생활의 모든 분야에서 누구나 같은 권리를 가진다.”(제65조)라고 규정하고 있다. 북한 헌법은 그 외에도, 모든 생산수단은 국가와 사회협동단체가 소유하고(제20조), 국가는 모든 근로자들이 먹고 입고 쓰고 살 수 있는 온갖 조건을 마련하여 주며(제25조), 그 인민경제는 계획경제(제34조)라는 등의 내용을 규정하고 있는바, 이러한 내용들을 종합하여 볼 때, 북한의 헌법이 지향하는 평등은 자유주의적 평등과는 거리가 먼 사회주의적 평등 또는 공산주의적 평등임이 분명하다 할 것이다.

23) 우리 헌법이 지향하는 출발선에서의 평등으로서의 ‘기회균등’은 앞서 본 브라이언 터너의 평등의 유형에 따르면, 단지 기회의 평등(equality of opportunity)만을 의미하는 것은 아니고 조건의 평등(equality of condition) 즉, 사회적 기회를 획득하려는 자유경쟁의 출발조건을 평등하게 정리하고자 하는 노력까지를 포함하는 ‘실질적인 기회균등’으로 사료된다.

24) 관련하여, 헌법 전문이 ‘국민생활의 균등한 향상’이라는 표현을 쓴 것으로 보아서, 우리 헌법이 ‘상향식 평등화’(‘상향평준화’)를 지향하는 것은 맞지만, ‘하향식 평등화’(‘하향평준화’)를 부정하는 것인지 여부는 분명하지 않다. 이 점에 관해서는 찬반양론이 가능하여 논란이 될 수 있는 부분이므로, 여기서 살펴보는 평등의 이념의 3원칙에서는 ‘상향식 평등화’를 지향한다는 점에 관해서만 기술하기로 한다.

25) William Ryan은 그의 책 *Equality*의 앞부분에서 평등과 관련하여 fair play와 fair shares를 대비하고, 미국에서 fair play의 원칙이 지배적이 된 원인으로, 능력이나 성과가 좋은 사람이 더 많은 몫을 분배받을 자격이 있다는 전통적 정의론과 더불어 미국이 기회의 나라라는 생각이 뿌리 깊기 때문이라고 진단하고 있다.

William Ryan, *Equality*, Pantheon Books, 1981, pp. 3-10.

‘자유주의적 평등’ 또는 ‘자유민주주의적 평등’의 원칙(제2원칙),²⁶⁾ 셋째는 사회적인 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’(또는 ‘상향평준화’)의 원칙(제3원칙)²⁷⁾을 그 내용으로 하는 것이라 볼 것이다. 관련하여 헌법재판소가, 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하는 가치와도 어긋나는 결과가 된다고 판시한 것에 비추어 볼 때²⁸⁾ 헌법재판소 역시 우리 헌법상 평등의 원칙이 ‘상향식 평등화’를 지향하는 것으로 보는 듯하다.

26) 한스 켈젠에 의하면, 노동과 노동생산의 관계에 대한 평등원칙의 적용은 똑같은 노동일 경우 노동생산의 몫이 같아야 한다는 요구가 되고 자본주의 사회질서의 기초를 이루는 정의, 소위 자본주의 경제체계의 평등법이 되는데, 마르크스는 이것은 인간 사이에 존재하는 노동능력의 차이를 고려하지 않으므로 실제로는 불평등한 법이고 정당한 법이 아니라 부당한 법이라면서 공산주의적 평등을 주장하였다는 것이다.

한스 켈젠, 정의란 무엇인가(*Was ist Gerechtigkeit*), 김선복 역, 책과 사람들, 2010, 36-38면

27) 차진아 교수는 진정한 의미의 평등은 왜곡된, 불합리한 조건 하에서 형식적인 경쟁을 통해 승리한 자에게 더 많은 혹은 대부분의 몫이 돌아가도록 하는 것이 아니고, 정당한 능력과 노력에 대한 평가를 의미하며 이를 위해서는 그 전제가 되는 경쟁의 조건 또한 실질적으로 평등할 것이 요청되는데, ‘사회적 평등’은 사회경제적으로 왜곡된 부분들을 수정·보완함으로써 평등을 ‘실질화’하고자 하는 것이라고 하면서, 이러한 사회적 평등은 사회국가원리와 평등원칙의 결합을 통해서만 제대로 이해될 수 있다고 주장한다.

차진아, “사회적 평등의 의미와 실현구조”, 안암법학 제21권(2005), 안암법학회, 237-238면

정금례 교수는, 사회국가의 평등은 모든 사람이 그가 속한 법률·경제·문화공동체의 구성원으로서의 지위를 누릴 수 있도록 보장에 주므로 공동체가 발전해 감에 따라 그 내용이 변하게 되는데, 따라서 사회국가에서의 평등은 국가의 급부능력 및 보장능력 면에서 일반의 법적·경제적 수준을 평준화하여 개인을 이러한 수준으로 향상시키며 서로 다른 생활조건을 사실상의 자유의 조건 상태로 접근시킴으로써 평등은 평준화기능·역동적 기능을 수행한다고 하였다.

정금례, 차별심사와 차별기준에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 18-19면

28) 헌법재판소는 현재 1990. 6. 25. 89헌마107 결정에서 다음과 같이 판시한 바 있다.

“헌법이 보장하는 평등의 원칙은 개인의 기본권신장이나 제도의 개혁에 있어서 법적 가치의 상향적 실현을 보편화하기 위한 것이지, 불균등의 제거만을 목적으로 한 나머지 하향적 균등까지 수용하고자 하는 것은 결코 아니다.

헌법이 규정하는 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 이러한 점은 그 제도의 개선에 과도한 재원이 소요되거나 이 사건에서와 같이 전제되는 여러 제도적 여건을 동시에 갖추는 데에는 기술적인 어려움이 따르는 경우 더욱 두드러진다. 그것이 허용되지 않는다면, 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하는 가치와도 어긋나기 때문이다.”(관례집 2, 178, 196-197)

(4) 위와 같은 헌법 전문이 밝힌 평등의 3원칙이 상호간에 어떠한 관계에 있는지를 살펴보면, 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념은, 인간으로서의 존엄과 가치에서 비롯되는 개인의 자유와 자율을 토대로 한 자유주의적 평등 또는 자유민주주의적 평등으로서의 ‘기회균등’이 원칙이되, 사회적 소수자나 약자 계층을 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’를 통해 이를 보완함으로써 단지 形式的인 의미에서의 기회의 균등이 아닌 實質的인 기회의 균등을 꾀하는 것이라 볼 수 있으므로, 평등의 제1원칙(기회의 균등)은 제2원칙(자유주의적 평등 또는 자유민주주의적 평등)을 바탕으로 하되 제3원칙(상향식 평등)에 의해 보완·완성되는 관계에 있다 할 것이다.²⁹⁾ 그리고 이를 한마디로 정리하자면 우리 헌법이 지향하는 평등은 **자유주의적 평등으로서의 ‘실질적 기회균등’(또는 ‘실질적 평등’)의 원칙**으로 요약할 수 있을 것이다.

다. 헌법 前文상의 평등의 이념의 개별 헌법조항에의 적용

(1) 우리 헌법은 제2장 ‘국민의 권리와 의무’의 장 중 제11조에서, “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”(제1항), “사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.”(제2항), “훈장 등의 영전은 이를 받는 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.”(제3항)라고 규정하고 있는바, 헌법 제11조 제1항은 전문에 이어서 우리 헌법이 ‘기회균등’의 원칙, 즉 출발선에서의 평등을 지향함을 재차 밝히되 보다 구체적으로는 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’과 같은 불합리한 차별사유를 가지고 (출발선에서부터) 불평등하게 취급하는 것을 명시적으로 금지하고 있는 규정이라 볼 수 있을 것이다. 아울러 제11조 제2항의 ‘사회적 특수계급의 제도’나 ‘훈장 등의 영전’이 인정되지 않거나 이를 받은 자에게만 인정된다는 의미는 우리 헌법이 ‘사회적 특수계급’에 따른 차별은 성별·종교 등에 따른 차별과 마찬가지로 불합리한 차별로 보고, ‘훈장 등 영전’의 경우에도 이를 수여받은 자 본인을 넘어서서 국가가 이를 인정하는 것은 불합리한 차별이 될 수 있음을 밝힌

29) 콘라드 헤세 역시 전체적으로 선거권의 평등과 기회의 균등으로서의 평등의 원리가 민주주의의 본질적 기초가 되고 헌법에 명시된 차별금지를 통하여 오늘날의 전체 법질서의 기초가 되며, 정의의 원리로서의 그 일반적인 意義를 통하여 법치국가의 기초가 된다고 하였고, 또한 평등의 원리는 공평한 분배의 기준으로서, 그리고 공평한 부담의 기준으로서 사회적 법치국가에 있어서 중심적인 의의를 갖는다고 하였다.

콘라드 헤세, 헌법의 기초이론(제2판, 계획열 역), 삼영사, 1988, 226면

것이라 볼 것이다.

(2) 우리 헌법은 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 하여서 교육 영역에서의 평등을 규정하고 있는바, 여기서 ‘균등하게’는 우리 헌법이 전문에서 “각인의 기회를 균등히 하고”라고 밝힌 ‘기회균등’을 의미하는 것으로, 반면에 국가가 교육의 기회를 제공함에 있어서 ‘능력에 따라’ 차등을 두는 것은 합리적인 것으로 허용된다는 점을 밝힌 규정이라 할 것이다. 다만, 여기서의 ‘능력’은 학습능력을 말하는 것이지 본인이나 부모의 정치적·경제적·사회적 능력을 말하는 것은 아닐 것이다. 다음으로, 헌법 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.”고 하여 근로의 영역에서의 평등을 규정하고 있는바, 그 내용으로서는 국가가 여자의 근로에 대하여 ‘고용·임금 및 근로조건’의 영역에 있어서 부당한 차별을 해서는 안 된다는 점(다만, ‘부당한 차별’이 금지되므로 합리적인 근거나 이유가 있는 차별은 허용된다는 반대해석이 가능할 것임)과 여자의 근로는 국가의 특별한 보호를 받는다는 優待명령을 규정하여, 앞서 살펴본 ‘상향식 평등화’의 평등의 제3원칙이 적용되는 경우로 볼 수 있을 것이다.³⁰⁾

그런데 헌법 제32조 제4항과 같이 국가의 특별한 보호의무와 優待명령에 관한 명시적 규정이 없고 단지 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있는 헌법 제31조 제1항의 교육 영역에서의 ‘기회의 균등’ 역시 다음과 같은 이유로 단지 형식적인 의미에서의 기회균등이 아니라 실질적인 기회균등을 의미하는 것으로 봄이 온당하므로 ‘상향식 평등화’의 평등의 제3원칙이 적용되는 영역으로 볼 수 있을 것이다. 즉, 현대 사회에서 교육을 제대로 받지 않고서는 직업 선택이나 다른 생활 영역에서의 기회균등이 실질적으로 보장되기 어려울 것이고, 헌법 전문의 말미에 있는 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고”라는 부분에서의 ‘국민생활의 균등한 향상’이나 실질적인 평등은 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’(또는 ‘상향평준화’)에 의해서 보완되지 않고서는 실질적으로 달성되기 어렵다는 점, 그리고 교육이야말로 ‘국민생활’의 핵심적인 영역 중의 하나이자 ‘국민생활의 균등한 향상’을 기하는 데에 있어서

30) 한편, 우리 헌법은 제36조 제1항에서는, “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 하여 혼인과 가족생활에 있어서의 평등을 규정하고 있다.

핵심적인 수단이 된다는 점에서 헌법 제31조 제1항의 교육에서의 ‘기회의 균등’은 평등의 제3원칙이 적용되는 영역이라 할 것이다.³¹⁾

(3) 정치적 영역에서의 평등과 관련하여 보면, 우리 헌법은 먼저 선거운동과 관련하여, “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”(제116조 제1항)라고 규정하여서 선거운동에 있어서의 기회균등의 원칙을 선언하고 있는바, 선거제도는 자유민주주의의 기초가 된다는 점에서 앞서 본 헌법 전문상의 평등의 제1원칙 및 제2원칙과 직결되는 규정으로 볼 것이다. 우리 헌법은 선거권의 행사와 관련하여서는 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.”(제41조 제1항)라거나 “대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.”(제67조 제1항)라고 규정하여 평등선거의 원칙을 밝히고 있는바, 이는 기회균등에 관한 평등의 제1원칙은 물론이고, 선거제도와 대의민주주의를 핵심적 구성요소로 하는 자유민주적 기본질서를 토대로 한 자유주의적 평등 또는 자유민주주의적 평등에 관한 평등의 제2원칙에 관한 내용으로 볼 수 있을 것이다.

(4) 경제적 영역에서의 평등과 관련하여 보면, 우리 헌법상 경제질서에 관한 원칙 규정인 제119조는 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다(제1항). 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다(제2항).”라고 규정하고 있는바, 헌법 제119조(특히 제2항의 경우) 역시 평등과 직접 관련된 헌법 규정으로 볼 수 있을 것이다.³²⁾

그런데 헌법 제119조를 자세히 살펴보면 앞서 살펴본 바와 같은 헌법 전문상의 평등에 관한 규정과 기본적인 구조와 내용면에서 대단히 유사함을 알 수 있다.

31) 1970-2003년 사이에 입학한 서울대학교 사회대생 1만여 명을 대상으로 분석한 자료를 보면 전문직관리직으로 이루어진 고소득 직군 자녀들의 입학률이 저소득 직군의 자녀보다 무려 16배(2003)나 높았고, 2004-2010년 서울대학교 신입생의 아버지 직업의 변천을 보면 전문직과 경영관리직의 아버지를 둔 신입생이 2004년에 전체 신입생의 60%를 차지했는데 2010년에는 64.8%로 늘어난 반면, 농축수산업·미숙련노동에 종사하는 아버지를 둔 신입생의 비율은 2004년 3.3%에서 2010년 1.6%로 더욱 줄어들었다고 한다.

이상, 황경식, “공정한 경기와 운의 중립화”, 공정과 정의사회, 조선뉴스프레스, 2011, 15면

32) 계획열, 앞의 논문, 4면

즉, 헌법재판소는 헌법 제119조와 관련하여, “우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반하는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”라고 판시하였는바,³³⁾ 헌법상의 경제질서는 자유시장경제질서를 기본으로 하되(제119조 제1항), 실질적인 자유와 평등의 달성을 위하여 국가의 경제에 관한 규제와 조정을 용인한다(동조 제2항)는 것이므로 결국 헌법 제119조 제2항은 기본적으로 동조 제1항을 전제로 한 규정으로 볼 것이다.³⁴⁾ 그렇다면 개인의 자유와 창의를 존중하는 자유주의적 평등 또는 자유민주주의적 평등(평등의 제2원칙)을 토대로 한 ‘기회의 균등’(평등의 제1원칙)이 실질적인 자유와 평등의 달성을 위하여 국가의 경제에 관한 규제와 조정을 통한 상향식 평등화(평등의 제3원칙)에 의해 보완·완성되는 관계에 있다 할 것이므로 앞서 본 헌법 전문상의 평등의 3원칙과 그 기본적 구조가 같다고 볼 수 있을 것이다.³⁵⁾ 다만, 헌법 전문상으로는 단지 “국민생활의 균등한 향상”과 같은 상향식 평등화의 원칙 천명이나 정책목표의 선언이 있었을 뿐이지만, 헌법 제119조(특히 제2항)를 통해서도 그와 같은 정책목표나 상향식 평등화의 원칙 달성을 위한 ‘국가의 경제에 관한 규제와 조정’ 등의 정책수단의 사용이 명시되었다는 점에서, 우리 헌법이 지향하는 ‘상향식 평등화의 실현’, 그리고 이를 통한 公正한 社會의 실현을 지향하는 보다 진일보한 규정으로 볼 수 있을 것이다.

(5) 한편, 이명박 대통령은 2010년 한국사회에서 화두가 된 ‘公正한 社會’에 대한 담론을 그해 8·15경축사에서 “공정한 사회는 출발과 과정에서 공평한 기회를 주되, 결과에 대해서는 스스로 책임지는 사회입니다. 공정한 사회는 개인의 자유와 개성, 근면과 창의를 장려합니다. 공정한 사회에서는 패자에게 또 다른 기회가 주어집니다. 넘어진 사람은 다시 일어설 수 있고 일어선 사람은 다시 올라설

33) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380-381

헌법재판소는 또한 1998. 5. 28. 96헌가4 등 결정에서는, “우리 헌법은 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있다.”고 판시한 바 있다(판례집 10-1, 522, 533-534).

34) 김진욱, “기업활동의 자유의 헌법적 측면”, *Business Finance Law* 제54호, 서울대학교 금융법센터(2012. 7.), 82-83면 참조

35) 다만, 헌법 제119조는 제1항과 제2항을 별도의 항으로 구분하여, 제2항은 제1항을 전제로 함을 명확하게 밝히고 있다는 점에서 헌법 전문에서보다는 평등의 3원칙 상호간의 구조가 명확하게 더 잘 정리되었다고 볼 수 있을 것이다.

수 있습니다. 영원한 승자도, 영원한 패자도 없습니다. 이런 사회라면 승자가 독식하지 않습니다.”라고 정리하였는바, 여기서의 ‘공정한 사회(fair society)’는 경쟁의 출발선과 경쟁 과정 모두에서 공평한 기회가 제공되고 결과에 대해서는 각자가 책임지는 사회, 즉 경쟁에 있어서 공평한 기회가 제공되고 경쟁 과정에서의 ‘공정성’(fairness), 즉 ‘공정한 경쟁’이 보장되고 그 결과에 대해서는 책임이 따르는 사회로 요약될 수 있겠다.³⁶⁾ 이를 역으로 보면, 자유민주주의와 자본주의 시장경제질서를 근간으로 한 우리나라에서 국민들이 경쟁의 결과에 대해 스스로 책임(responsibility)을 지도록 하기 위해서는 경쟁에 있어서의 공정한 기회(fair opportunity)가 제공되고, 공정한 경쟁(fair competition)이 보장되어야 함이 전제가 되어야 함을 밝힌 것이라고 볼 수 있겠는바, 공평한 기회(fair opportunity)의 제공과 관련하여서는 우리 헌법이 전문 등에서 밝힌 출발선에서의 평등으로서의 ‘기회균등’의 원칙, 그리고 공정한 경쟁(fair competition)과 관련하여서는 공정한 경쟁을 저해하는 행위에 대한 국가의 단속 또는 ‘규제와 조정’의 근거로서의 헌법 제119조 제2항³⁷⁾ 등이 거론될 수 있을 것이다.³⁸⁾

라. 한국인의 평등에 관한 가치체계(평등의식)

(1) 앞서 살펴본 바와 같이 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념은, 자유주의적인 평등 또는 자유민주주의적인 평등으로서의 실질적 기회균등이 원칙이라 볼 수 있겠는바, 이러한 헌법상의 평등의 이념이 과연 한국인들이 평등에 대해 품고 있는 가치체계나 평등의식에 부합하는지 살펴보기로 한다. 왜냐하면 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념은 한국인들의 평등에 관한 가치체계나 평등의식과 부합할

36) 윤평중 교수는 이를 공평성의 차원과 공정성의 차원의 두 가지 차원으로 정리하였는바, 전자는 개인의 자유와 창의성이 존중되는 가운데 모든 사람이 최대한의 능력을 발휘할 수 있도록 경쟁의 출발과 과정에서 균등한 기회를 주는 것이고, 후자는 경쟁의 결과에 대해서는 책임을 지도록 하되 탈락자나 패자에게 재기의 기회를 제공하는 것이라고 한다.

윤평중, “자유시장경제는 과연 정의롭고 공정한가?”, 공정과 정의사회, 조선뉴스프레스, 2011, 117-118면

37) 헌법 제119조 제2항은 ‘시장의 지배와 경제력의 남용 방지’ 등을 위해 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있다.

38) 그리고 이와 같이 공평한 기회가 제공되고 공정한 경쟁이 이루어진 뒤에 나타난 결과에 대해서는 기본적으로 각자가 책임을 지는 것이 원칙이지만, 국가가 사회국가의 원리나 ‘상향식 평등화’의 원칙 등에 입각하여 ‘패자에게도 또 다른 기회를 제공’하여 이를 補正한다는 것이므로, 이명박 대통령이 8·15경축사에서 위와 같이 밝힌 ‘公正社會論’ 역시 헌법상 평등의 제2원칙(자유주의적 평등 또는 자유민주주의적 평등)을 바탕으로 한 평등의 제1원칙(기회의 균등)이 평등의 제3원칙(상향식 평등)에 의해 보완완성되는 관계에 있는 것이어서 앞서 살펴본 헌법 전문상의 평등의 3원칙 상호간의 관계와 같은 구조라고 볼 수 있을 것이다.

때 더욱 더 규범력을 발휘할 것이기 때문이다. 또한 한국인들이 평등에 관하여 어떠한 가치체계나 의식을 가지고 있는지는 헌법재판소가 헌법상 평등에 관한 규정들을 해석하거나 헌법재판을 통해 평등위반 심사를 함에 있어서도 상당히 중요한 의미를 가진다고 생각되므로 이를 살펴보는 것은 상당한 의미가 있는 작업일 것이다.

(2) 그런데 한국사회과학연구협의회는 주요 연구 사업의 하나로 1990년부터 매 5년마다 「한국사회의 불평등과 공정성」 조사를 실시하여 그 결과를 발표하였고, 가장 최근의 조사연구가 2005년에 이루어져서 『한국사회의 불평등과 공정성 의식의 변화』 라는 책으로 출간되었는바³⁹⁾, 제6장에서는 ‘한국인의 평등의식’에 관해 다루고 있다.

동 연구결과에 의하면, 우리 국민 대다수는 모두가 성공의 기회를 균등하게 가져야 한다는 것에 대해서는 지지하지만 모두가 중국에 동일한 경제적 보상을 얻게 될 것이라는 것에 대해서는 부정적이고⁴⁰⁾, “근로자에 대한 보수는 생계에 필요한 만큼 주어야 하는가? 혹은 일한 만큼 주어야 하는가?”라는 질문에 대하여는 다수의 응답자가 일한 만큼 주어야 한다고 답변하여, 전체적으로 볼 때 평균적인 한국인들의 평등의식은 결과의 평등보다는 기회의 평등을 지향하는 것으로 보인다.⁴¹⁾

그리고 다수의 한국인들은 가난한 사람의 처지를 개선하려면 정부가 도와야 한다는 응답이 다수를 차지하여 사회적·경제적 약자를 지원하는 정부의 역할에 대해 호의적이고, 특히 교육의 기회균등과 관련하여 “가난하여 대학에 진학할 수 없는 학생에게 정부가 학비를 지원해 주어야 하는가? 혹은 지원해 줄 필요가 없는가?”라는 질문에 대하여 무려 85.4%의 응답자가 정부의 지원을 지지하고 적극

39) 석현호·차종천·이정우·박종민·김명언·나은영, 『한국사회의 불평등과 공정성 의식의 변화』, 성균관대학교 출판부, 2005

40) 한국사회과학연구협회에 조사결과에 의하면 누구나 정부의 간섭 없이 성공할 기회를 똑같이 가져야 한다는 데에 대하여 81.1%의 응답자가 동의하였고, “경제제도가 공정하다면 대부분의 사람들이 비슷하게 벌 것인가 아니면 능력 있는 사람들이 더 많이 벌 것인가”라는 질문에 대하여 응답자의 79.5%는 능력자가 더 벌 것이라고 응답하였다고 한다.

석현호·차종천·이정우·박종민·김명언·나은영, 앞의 책, 168-171면

41) 석현호·차종천·이정우·박종민·김명언·나은영, 앞의 책, 166-173면

적인 개입을 선호하며, 실질적인 기회의 균등을 이루기 위해 정부가 적극적으로 나서야 한다는 태도를 보이고 있다.⁴²⁾

또한 “누구나 정부정책에 영향을 줄 기회를 똑같이 가져야 한다.”는 의견에 대하여 무려 77.3%의 응답자가 동의하는 등으로 평균적인 한국인들은 정치적 영역에서의 인간가치의 평등과 참정권의 평등을 전폭적으로 지지하고, 민주주의가 기초한 정치평등의 가치를 수용하고 있다는 것이다.⁴³⁾

(3) 따라서 이와 같이 평균적인 한국인들은 평등에 관하여, 결과의 평등이 아닌 자유민주적 기본질서를 토대로 한 자유주의적인 평등 또는 자유민주주의적 평등으로서의 기회의 평등이 원칙이라는 점을 인정하되, 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’를 위한 정부의 적극적인 역할을 지지하고 있다는 점에서, 앞서 본 헌법 전문에서의 평등의 제1원칙(기회의 균등), 제2원칙(자유주의적 평등 또는 자유민주주의적 평등), 그리고 제3의 원칙(상향식 평등)은 이러한 한국인의 평등에 관한 가치체계나 평등의식을 잘 반영하여 헌법에 구현한 것이라 할 것이므로, 헌법재판소의 평등심사에 있어서도 이와 같은 한국인들의 평등에 관한 가치체계나 이를 구현한 헌법상 평등의 이념이 반영되는 것이 바람직하다 할 것이다.

마. 헌법상 평등의 이념과 평등심사기준과의 관계

따라서 이와 같은 차원에서 우리 헌법의 지향하는 평등을 이해한다면, 헌법 재판에서 평등심사를 함에 있어서도 앞서 본 제대군인가산점 사건에서 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’의 요건과 관련하여, ‘헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우’에 해당하지만 검토하여 평등심사를 하는 것은 충분하지 않다 할 것이다. 왜냐하면, 헌법에서 명시적으로 차별을 금지하거나 평등대우를 명하는 경우만 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’로 제한하여 불어무런 이유가 없고, 국가가 헌법을 통하여 일정한 인적 집단을 우대하기 위하여 오히려 차별취급을 하거나 불평등대우를 하라고 적극적으로 명령하는 경우에는

42) 석현호·차종천·이정우·박종민·김명언·나은영, 앞의 책, 175-177면 및 210면

43) 석현호·차종천·이정우·박종민·김명언·나은영, 앞의 책, 160-161면 및 210면

그러한 우대 또는 불평등대우 명령의 결과 차별취급을 받는 인적 집단이 필연적으로 생길 수밖에 없는 것인데, 이와 같은 헌법상의 우대명령(불평등대우명령) 등을 고려하지 않은 채 평등심사를 하는 것은 지금까지 살펴본 우리 헌법상의 평등의 이념(특히 평등의 제3원칙)에 오히려 반하는 결과가 될 수 있으므로, 헌법이 명시적으로 차별을 금지하거나 평등대우를 명하는 경우에 해당하는지 여부뿐만 아니라 특별히 불평등을 요구하고 있는 경우인지 여부 등도 종합적으로 고려하여 평등심사를 하여야 할 것이기 때문이다.⁴⁴⁾

한편, 헌법재판에서의 평등심사는 국가가 입법을 통하여 개인의 자유권을 침해하는 등으로 침해적 행위를 하거나 아니면 수혜적 또는 급부적 행위를 함에 있어서 불평등하게 대우하여 차별취급 문제가 생기는 경우 관련된 기본권 조항의 침해 여부와 함께 해당 입법이 평등의 원칙에 위반되는지 또는 청구인의 평등권이 침해되었는지 여부가 심판의 대상이 되어 검토가 될 것이나, 그와 같은 자유와 권리의 영역이 아닌 국민으로서의 의무의 영역, 예컨대 고전적 의무로 분류되는 국방의 의무 등의 이행 등과 관련된 차별취급과 기본권침해가 문제되는 경우에, 관련 기본권의 침해는 결국 국방의 의무 등의 이행과정에서 또는 그와 연관되어 생길 것이기 때문에, 평등심사에 있어서도 관련된 기본권의 침해라는 결과에만 주목할 것이 아니라, 그 원인이 되는 국민의 의무 부담 등에 있어서 우리 헌법이 ‘특별히 평등을 요구하고 있는 경우’인지 등이 헌법 제11조 등과 함께 종합적으로 검토되어야 할 것이다.

5. 헌법재판소의 평등심사기준의 재검토 및 대안의 모색

이상에서 살펴본 바와 같이, 우리 헌법재판에 있어서의 평등심사기준은 제대군인 가산점 사건에서 헌법재판소가 정립하여 지금까지 운용하여 온 완화된 심사와 엄격심사의 기준, 그리고 앞서 본 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정에서 헌

44) 이와 같이 헌법이 적극적으로 優待명령 또는 差別명령을 하는 경우로는, 여자의 근로에 대하여 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 하지 말 것을 명령하는 동시에 국가의 여자의 근로에 대한 특별한 보호의무도 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항 이외에도, 연소자의 근로에 대한 특별한 보호를 규정한 헌법 제32조 제5항, 국가유공자상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 우선적인 근로기회 제공을 규정한 헌법 제32조 제6항, 국가가 여자의 복지와 권익 향상을 위해 노력할 것을 규정한 헌법 제32조 제3항, 노인과 청소년의 복지향상을 위해 노력할 것을 규정한 헌법 제32조 제4항, 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호의무를 규정한 헌법 제32조 제5항, 국가가 모성 보호를 위해 노력할 것을 규정한 헌법 제36조 제2항 등이 있다.

법재판소가 언급한 ‘완화된 비례심사’⁴⁵⁾의 다중기준(multiple standards)으로서 헌법재판소의 평등심사기준은 독일연방헌법재판소나 미국연방대법원의 평등심사기준의 내용과도 다른 독자적인 것이라 할 것이지만 이에 대해서는 지금까지 많은 비판이 제기되고 문제점이 지적된바 있다.

이에 따라 헌법재판소의 평등심사기준의 재검토 및 이에 대한 대안 모색을 위하여, 독일연방헌법재판소와 미국연방대법원의 심사기준을 살펴보고 헌법재판소의 평등심사기준의 성립과정과 그 내용, 헌법 제11조 제1항의 해석론, 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념의 내용 등을 검토하였는바, 이하에서는 지금까지의 검토내용을 종합하여 헌법재판소의 평등심사기준에 대한 바람직한 대안을 모색해 보기로 한다.

가. ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’와 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 경우’ 사이의 관계

(1) 헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서, 앞서 본 바와 같이 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 엄격한 비례성심사기준이 적용되는 두 가지 경우로 밝히면서도 그 상호간의 관계에 대하여는 별 다른 판시를 한 바 없는바, 위 사건에서 제대군인 가산점 제도는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 위 두 가지 경우 모두에 해당한다고 판시한 것에서 미루어 볼 때, 헌법재판소는 위 두 가지 기준을 양 기준 중 어느 하나에만 해당될 수도 있고, 양 기준 모두에 해당될 수도 있는, 각기 독립적으로 적용되는 별개의 심사기준으로 설정한 것으로 보인다.⁴⁶⁾

45) 다만, 앞서도 밝혔듯이 헌법재판소가 이 결정 등을 통해 ‘완화된 비례심사’라는 새로운 유형의 심사기준을 수립한 것인지, 그렇다면 동 심사기준의 내용은 무엇인지 등은 아직 분명하게 해명되지 않았다.

46) 따라서 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’에는 해당하나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 ‘중대한’ 기본권의 제한을 초래하는 경우에는 해당하지 않고 관련 기본권의 경미한 제한에 그치는 경우도 있을 것이다. 또한 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하게 되는 경우’도 차별취급을 하는 사유가 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에 해당하는 경우도 있을 것이고 반면에 그 경우에는 해당하지 않고 특별히 헌법상 차별금지사유로 규정된 경우가 아닌 다른 사유에 의한 차별적 취급을 하는 경우도 있을 것이다. 그리고 제대군인 가산점 사건의 경우처럼 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한이 초래되는 두 가지 조건 모두에 해당하는 경우도 있을 것이다.

(2) 그런데 기본권 제한에 있어서의 일반적인 심사기준으로 널리 쓰이는 과잉금지 원칙⁴⁷⁾의 경우에는 평등심사기준과는 달리, 심사강도 등만 달리하여 단일한 기준으로 모든 사건에 적용되는바, 평등심사에 있어서도 자의금지원칙에 의한 합리성심사나 비례성심사 중에서 하나의 통일적인 기준을 정해서 심사를 하면 되는 것 아닌가 하는 근본적인 의문이 생길 수도 있겠다.

생각건대, 평등심사에 있어서 자의금지원칙에 따른 합리성심사가 원칙임은 권력분립의 원리상 당연하다고도 할 수 있고 실제로도 독일연방헌법재판소나 미국연방대법원 등은 모두 합리성심사를 원칙으로 해 왔다는 점, 그럼에도 불구하고 미국연방대법원이나 독일연방헌법재판소가 모두 엄격한 심사기준을 새로 도입하여 평등심사에 있어서 다중기준(multiple standards)을 정립한 것은, 합리성심사로는 충분하지 않은 차별 입법의 유형이 있을 수 있는바, 이러한 입법 유형에 대해서는 법률의 합헌성 추정이 더 이상 유지될 수 없고 엄격하게 심사하여야 할 필요성이 있으며 또한 그러한 엄격심사는 헌법에 의해서도 충분히 정당화되고, 엄격심사를 통해 위헌 결론에 좀 더 용이하게 도달할 수 있다는 생각 등에서 비롯되었다고 볼 수 있겠다.

우리나라의 경우에도 같은 이치에서, 제대군인 가산점 제도와 같이 자의금지원칙을 적용하여 차별취급에 합리적인 이유가 있는지만 심사하면 심사기준을 통과할 가능성이 있지만 차별취급의 목적과 수단 간의 엄격한 비례관계가 성립하는지를 심사하는 비례성심사를 하면 통과하지 못할 입법의 유형이 있고, 그러한 입법유형이 입법자의 입법형성권이 축소되어 엄격한 심사가 정당화될 수 있는 경우라면, 평등심사에 있어서의 자의금지의 원칙과 비례의 원칙 중에서 엄격한 기준인 비례의 원칙에 입각하여 심사하기로 헌법재판소가 결단한 것으로 볼 수 있을 것이다. 다만, 그렇다고 해서 모든 입법에 대하여 비례성심사를 하는 것은 권력분립의 원칙상 입법권에 대한 과도한 제한이 될 수 있고 바람직하지도 아니며, 평등심사에 있어서는 어디까지나 자의금지원칙에 의한 합리성심사가 원칙이 될 수밖에 없고 엄격한 기준인 비례성심사는 이에 대한 예외로서 일정한 요건 하

47) 황치연 박사는 과잉금지원칙의 내용으로 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 비례성의 원칙을 언급하였는바, 비례성의 원칙은 고권적인 침해조치에 있어서 목적과 수단과의 관계가 상당해야 할 것을 요구하는데 여기서 목적이란 문제가 된 국가행위의 바탕에 놓여 있는 의도(intention)로 정의될 수 있다고 하였다. 황치연, 헌법재판의 심사적도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교대학원 박사학위 논문, 1995, 82-83면

에 제한적으로 적용되어야 하는 것이므로,⁴⁸⁾ 심사기준을 합리성심사와 비례성심사로 2원화하는 것은 합리적이고 적절하다고 볼 수 있을 것이다.

(3) 이와 같이 평등심사에 있어서 엄격한 기준인 비례성심사가 자의금지원칙에 따른 합리성심사에 대한 예외로서 일정한 요건 하에 제한적으로 적용되어야 한다는 관점에서 볼 때, 미국연방대법원이 이를 입법이 의심스러운 구분(suspect classification)에 기하여 차별취급을 하거나 근본적인 권리(fundamental rights)에 대한 제한을 하는 경우로 정리한 것이나, 독일연방헌법재판소 제1부가 기본적으로 행위 관련이나 사항적 차별이 아닌 인적 차별을 하는 경우로 엄격심사의 적용요건을 정리한 것은 우리 헌법재판에 있어서의 평등심사기준 설정에 많은 참고가 될 수 있다 할 것인바, 이하에서는 헌법재판소가 제대군인 가산점 사건에서 평등심사에 있어서 엄격한 심사척도가 적용된다고 밝힌 경우를 요건별로 차례대로 살펴본다.

나. ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’

(1) 헌법재판소는 제대군인가산점 사건에서, “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다.”고 전제한 다음, “첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다.”라고 판시하였다.⁴⁹⁾

따라서 위 판시에 의하면, 엄격한 심사척도가 적용될 수 있는 ‘헌법에서 특

48) 정문식 교수에 의하면, 헌법재판에서 평등심사를 함에 있어서 일반적인 심사기준은 자의금지원칙이 될 수밖에 없고 교육의 기회균등에 관한 헌법 제31조 제1항, 고용·임금 및 근로조건에서의 여성 차별금지에 관한 헌법 제32조 제4항, 국가유공자 등에 대한 우선적 근로기회 제공에 관한 헌법 제32조 제6항, 혼인과 가족생활에서의 양성평등에 관한 헌법 제36조 제1항, 선거의 평등에 관한 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 등의 규정에 따라 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’에는 예외적인 엄격한 심사기준으로서의 비례의 원칙에 기하여 평등심사를 하여야 한다는 것이다.

정문식, “평등위반 심사기준으로서의 비례원칙”, 부산대학교 법학연구 제51권 제1호(2010), 37-38면

49) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787

별히 평등을 요구하고 있는 경우'는 바로 다음 문장인 '헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우'를 지칭하는 것이라 할 것인바,⁵⁰⁾ 그럼에도 불구하고 입법자가 차별이 금지된 기준을 근거로 차별을 하거나 차별이 금지된 영역에서 차별을 시도한다면 엄격한 심사기준이 적용되는 것이다.

(2) 그런데 위 요건과 관련하여, '헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우'가 '헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나,⁵¹⁾ 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우'밖에 없는 것인지, 아니면 헌법이 '특별히' 평등대우나 불평등대우를 요구하고 있는 다른 경우가 있는지를 먼저 살펴보아야 할 것인바, 이하에서 보는 바와 같이 헌법이 '특별히' 평등을 요구하는 경우를 헌법이 '스스로' 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 차별금지기준이나 사유를 제시하거나 차별을 '특히' 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우로 한정하여 볼 이유는 없다 할 것이다.

즉, 우리 헌법은 헌법 제11조 제1항에서 '성별·종교 또는 사회적 신분'에 기한 차별대우를 금지하고 있기는 하지만 다른 한편으로는 앞서 본 바와 같이 헌법 제32조 제4항에서 여자의 근로에 대한, 동조 제5항에서 연소자의 근로에 대한, 특별한 보호의 우대명령을 규정하고 있는바, 이와 같이 일반적으로는 불합리한 사유에 기한 차별대우를 금지하면서 개별적인 경우에는 우대명령을 발함으로써 오히려 불평등대우를 명한 경우에는 이러한 우대명령 내지 불평등대우명령이 우선하는 것으로 볼 수 있으므로, 이러한 헌법상의 요청까지 고려하여 '헌법이 특별히

50) 헌법재판소 역시 2004. 10. 28. 2002헌바70 결정에서, "헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 다시 말하여 헌법이 직접 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준이나 차별을 특히 금지하는 영역을 제시하는 경우에는 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격히 심사하여야 하며, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에도 엄격한 심사척도를 적용하여야 한다."라고 판시한 바 있다(판례집 16-2(하), 159, 169-170).

그러나 이와 달리, 여기서 '헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우'는 '헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우'와는 다른 별개의 요건이라고 보는 견해(예컨대, 김주환 교수)도 있다.

51) 관련하여 헌법재판소는, "이 사건 법률조항으로 인한 차별은 성별·종교 또는 사회적 신분과 같은 헌법이 특히 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 것으로 들고 있는 기준들에 의존하고 있지 않다. (중략) 따라서 이 사건에서는 입법자의 결정에 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하는 자의금지원칙에 따른 심사기준을 적용함이 상당하다."고 판시하여(헌재 2006. 6. 29. 2006헌마87, 판례집 18-1(하) 510, 523-524), 헌법 제11조 제1항 제2문의 '성별·종교 또는 사회적 신분'이 헌법상의 차별금지사유에 해당함을 명백히 한 바 있다.

평등을 요구하고 있는 경우’ 요건의 해당 여부를 판단하는 것이 마땅할 것이다. 왜냐하면 헌법이 우대명령을 발하고 있는 경우에는 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’가 아니라 오히려 ‘헌법이 특별히 불평등을 요구하고 있는 경우’에 해당하여 엄격심사기준이 적용되는 경우가 아니라고 볼 수 있을 것이기 때문이다.

그리고 이러한 해석은, 우리 헌법이 지향하는 평등이 자유주의적인 평등 또는 자유민주주의적 평등으로서의 ‘기회의 균등’이 원칙이되, 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’를 통해 동 원칙이 보완완성되는, ‘실질적인 기회균등’이 원칙이라는 점에 의해서도 뒷받침된다 할 것이다. 즉, 앞서 살펴본 바와 같이, 여자의 근로에 대하여 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 하지 말 것을 명령하는 동시에 국가의 여자의 근로에 대한 특별한 보호의 무도 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항, 연소자의 근로에 대한 특별한 보호를 규정한 헌법 제32조 제5항, 국가유공자상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 우선적인 근로기회 제공을 규정한 헌법 제32조 제6항, 국가가 여자의 복지와 권익 향상을 위해 노력할 것을 규정한 헌법 제32조 제3항, 노인과 청소년의 복지향상을 위해 노력할 것을 규정한 헌법 제32조 제4항, 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호의무를 규정한 헌법 제32조 제5항, 국가가 모성 보호를 위해 노력할 것을 규정한 헌법 제36조 제2항 등은 이러한 ‘상향식 평등화’ 및 ‘실질적인 기회균등’ 달성을 위한 헌법상의 우대명령으로서, 이러한 우대(불평등대우)명령이 있는 경우는 헌법이 오히려 차별대우를 할 것을 요청하는 경우라 할 것이므로, 이러한 점까지 고려하여 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’ 요건에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 앞서 본 헌법상의 평등의 이념에 부합하는 길이라 할 것이다.

(3) 또한, 앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 대한민국 국민 중 남자에 대해서만 병역의무를 지우는 병역법 조항의 위헌성이 문제된 사건(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328)에서, 평등심사기준으로 위 제대군인 가산점 사건의 심사기준을 인용하고 난 뒤, 당해 병역법 조항이 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 규정하고 있고, ‘성별’에 의한 차별은 헌법 제11조 제1항 제2문이 예시하는(차별금지)사유에 기한 차별임은 분명하다고 전제하고서도, 이러한 헌법규정이 “남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한

차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례 군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정 짓기는 어렵다.”고 판시하였는바,⁵²⁾ 다음과 같은 사정을 고려하더라도 이 사건은 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’에 해당하지 않는다고 생각한다.

즉, 우리 헌법이 제39조 제1항에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”라고 규정하는 국방의 의무는 납세의 의무와 더불어 국민의 고전적인 의무 중의 하나로 제헌 헌법에서부터 규정되어 있었던 것이고 비록 조문 상으로는 “모든 국민”이 의무주체로 되어 있기는 하나,⁵³⁾ 사회통념상으로 보더라도 동 조항의 제정 당시에는 물론이고 현재에 이르기까지 남자가 아닌 여자에게까지 병역의무⁵⁴⁾를 부담시킨다는 의미에서 이 조항이 제정되고 현재까지 유지되고 있다고 보기는 어렵다 할 것인바, 따라서 병역의무 부담에 있어서 우리 헌법은 처음부터 남자와 여자 사이에 균등하지 않은 의무부담을 예정하고 있었다 할 것인바, 그렇다면 이 사건은 병역의무의 부담의 면에서, ‘헌법에서 특별히 남자와 여자 사이에서 평등을 요구하고 있는 경우’에 해당하지 않는다 할 것이므로, 평등심사에 있어서도 엄격한 심사기준을 적용할 경우가 아니라고 볼 것이다.

(4) 다음으로, 헌법재판소는 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우’의 의미에 관하여, “헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다.”라고 판시하여 헌법이 ‘스스로’ 차별금지기준을 제시하거나 차별을 ‘특히’ 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다고 표현한 것으로 보아서, 앞서 본 바와 같이 일응 헌법에 명시된 차별금지기준이나 차별금지영역을 말하는 것으로 해석된다 할 것이다.⁵⁵⁾

52) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2(하), 446, 453-455

53) 제헌헌법은 제30조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국토방위의 의무를 진다.”라고 규정하였다.

54) 물론 ‘국방의 의무’와 ‘병역의무’가 동일한 것은 아니나 이 사건에서 헌법재판소가 밝혔듯이 병역의무는 국방의 의무의 주요한 부분을 이루고 있다는 것은 틀림이 없다(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2(하), 446, 453).

55) 그리고 이와 같은 논의는, 미국연방대법원의 1938년 *Carolene Products Co.* 사건 판결의 각주 4번에 관한 논의로부터도 시사점을 받은 것이다. 즉, 앞서 살펴본 바와 같이 미국연방대법원의 *Stone* 대법관은 1938년 *Carolene Products Co.* 사건 판결의 각주 4번에서, 법원이 입법에 대한 위헌심사를 함에 있어서

그런데 헌법에는 비록 명시되지 않았지만 헌법의 해석상 차별금지기준으로 생각되는 기준 또는 차별금지영역으로 생각되는 영역에서의 차별의 경우 위 심사기준이 적용되는지는 분명하지 않다. 생각건대, 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등의 원칙은 입법자를 기속하는 행위규범으로서 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하는 입법의 지침이자 한계라는 것인바,⁵⁶⁾ 헌법에 명시된 차별금지사유나 차별금지영역의 경우에는 입법자에게도 그 기준이 명확하여 입법자가 당연히 준수할 것으로 기대할 수 있으므로 이를 위반한 경우 엄격한 심사기준으로 평등심사 하는 것이 충분히 정당화된다고 볼 수 있지만, 명시되지 않은 차별금지사유나 차별금지영역의 경우에는 단지 헌법 규정의 합리적인 해석에 의하여 추가적인 차별금지사유나 차별금지영역이 도출가능하다는 것만으로는 충분하지 않다 할 것이다.

왜냐하면 헌법 규정의 해석도 얼마든지 서로 다를 수 있어서 입법자에게는 무엇이 헌법상 허용되고 무엇이 허용되지 않는 것인지 그 기준이 명확하지 않을 수 있고 그러한 상황에서는 기준 준수를 기대할 수도 없을 것인바, 다만 헌법재판소가 집적된 선례들을 통하여 헌법 규정을 유권적으로 해석하여 일정한 유형으로 차별금지사유 등을 추가적으로 인정한 경우라면, 입법자에게도 그 기준이 명확하고 예측가능성도 있다 할 것이므로 엄격한 심사기준을 적용해도 무방하다 할 것이다. 만약 이와 같이 헌법재판소가 그 결정들을 통해서 차별금지사유 등을 제시할 수 있는 가능성을 열어 놓지 않고 오로지 헌법의 명시적인 규정만을 가지고 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우’의 유형을 해석하는 것은, 헌법의 개방성에도 반할 뿐만 아니라 국민의 기본권 보호에 충실하지 않는 결과를 낳을 수도 있다 할 것이므로 위와 같은 요건 하에서, 제한적으로 엄격심사기준의 적용을 인정하는 것은 바람직하다 할 것이다. 그리고 이렇게 보아야 앞서 제3.항 헌법 제11조 제1항의 해석에 관한 부분에서 본 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’에 관한 예시규정설도 더욱 의미를 가질 것이다.

보다 엄격하게 심사해야 하는 경우 중 첫 번째로 ‘어느 법률이 미국 연방헌법 수정 제1조부터 제10조와 같이 문면 상(on its face) 헌법에서 특별히 침해를 금지하고 있는 경우’를 들었으나, 이는 제대군인가산점 사건에서 ‘헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우’의 요건과 맥을 같이 하는 내용으로서, 이러한 차원에서 보더라도 우리 헌법재판에서도 헌법의 명시적인 규정이 우선적으로 고려 대상이 되어야 함은 당연하다 할 것이다.

56) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 114-116

(5) 관련하여, 인종차별의 오랜 역사를 거치면서 미국에서는 입법자일지라도 인종 등을 이유로 차별취급을 하는 것은 헌법상 허용될 수 없다는 국민적 합의가 형성되었고, 이를 토대로 미국연방대법원은 수많은 판례들을 통하여 인종 등을 이유로 한 차별입법을 ‘의심스러운(suspect) 구분에 의한 차별’로 보아서 합헌성 추정을 배제하고 엄격하게 심사하는 법리를 확립하였는바, 우리의 경우에도 헌법이 명시적으로 금지하고 있는 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’ 뿐만 아니라 이에 준하는 사유로서 헌법재판소가 집적된 선례를 통하여 차별금지사유로 인정한 사유 등에 기한 차별을 입법자가 規範적으로 시도하는 경우라면,⁵⁷⁾ 입법자의 입법 의도나 입법형성권 행사에 대하여 합리적인 의심을 가질 수 있는 경우에 넉넉히 해당하여 입법형성권은 축소되고 헌법재판소의 엄격한 심사는 정당화된다고 충분히 볼 수 있을 것이다.

다. ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 重大한 제한을 초래하는 경우’

(1) 헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서, 엄격심사기준이 적용되는 두 번째 경우로, “둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”라고 판시하였는바,⁵⁸⁾ 이 요건은 앞서 살펴 본 바와 같이 차별취급의 사유가 헌법상 차별이 금지된 사유인지, 아닌지 여부 등은 불문하고 차별취급으로 인해 관련 기본권의 중대한 제한이 초래된다는 결과에 초점을 맞춘 요건으로 보인다.

(2) 생각건대, ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하게 되는 경우’의 요건, 특히 그 중에서도 관련 기본권의 ‘중대한 제한’의 요건은 어느 정도가 되어야 ‘중대한’ 제한이 되는지 그 ‘중대성’의 기준이 객관적으로 명확하지 않고 입법자나 일반 국민들의 입장에서도 이에 관한 예측가능성도 별로 없을 뿐만 아니라, 관련 기본권 제한의 ‘중대성’ 여부는 결국 본안심사를 해 보아

57) 이준일 교수는 법적 평등이란 규범적 차원에서의 평등, 즉 기회 또는 가능성의 평등을 뜻하고, 사실적 평등이란 현실이라는 사실적 차원에서의 평등, 즉 실제적 결과에 있어서의 평등을 의미한다고 하는데, 헌법상 평등조항이 법적 평등을 의미한다는 데에 대하여는 의문이 없다고 한다.

이준일, “법적 평등과 사실적 평등 - 제대군인가산점제도에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로”, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 한국헌법학회, 7-10면

58) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787

야 비로소 판단이 되는 문제일 텐데 그와 같은 판단에 선행하는 심사기준으로서 관련 기본권의 ‘중대한’ 제한이 있으면 엄격심사기준을 적용하겠다는 것은 논리적으로도 문제가 있다 할 것이다. 즉, 관련 기본권의 제한이 중대하면 할수록 위헌가능성이 높아지고, 경미하면 할수록 합헌가능성이 높아진다고 보는 것이 온당하지, 이것을 아예 심사기준으로 쓰고 나서, 또 다시 본안에서 기본권 제한의 ‘중대성’ 여부로 재차 판단하는 것은 동일한 기준을 두 번 적용하는 셈이 된다 할 것이므로, 이러한 점에서 기본권 제한의 ‘중대성’ 여부는 심사기준에서 제외하는 것이 바람직하다 할 것이다.

그러나 그렇다고 하여서 “이러한 판시는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고 볼 것이다.”라고 판시한 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30 결정⁵⁹⁾ 등과 같이 “관련 기본권의 ‘제한’만 있으면 되는 것으로 하되 기본권의 ‘중대한’ 제한을 초래할수록 보다 엄격한 심사척도를 적용한다.”는 식의 기준 역시 명확성이나 예측가능성 면에서 문제가 있을 뿐만 아니라, 그와 같은 기준을 적용할 경우 거의 모든 경우에 엄격한 심사척도를 적용하게 되어, 평등심사에 있어서 원칙이라고 할 수 있는 자의금지원칙에 의한 합리성심사를 적용할 여지가 없어진다는 문제가 있다. 또한 ‘차별취급으로 인하여 관련 기본권의 제한이 초래되는 경우’의 요건에서 ‘인하여’에 초점을 맞추는 견해⁶⁰⁾ 역시 차별취급과 관련하여 기본권 제한이 문제되는 경우는 차별취급과 관련 기본권 사이의 인과관계가 인정되는 경우가 대부분이라는 점에서 대안으로 받아들이기는 어려운 기준이라 할 것이다.

59) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2(상), 501, 510

60) 성기용 교수는 제대군인 가산점 사건의 두 번째 엄격심사요건과 관련하여, 기본권에 대한 ‘제한’에 초점을 맞추는 견해나 기본권에 대한 ‘중대한’ 제한에 초점을 맞추는 견해는 모두 찬성하기 어렵고, 헌법재판소가 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우’에 해당한다고 하여 비례심사를 한 경우는 실제로는 모두 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우에 일정 집단에게만 혜택을 부여함으로써 관련 기본권에 대한 제한을 초래한 경우에 한정되므로, “차별취급이 기본권의 제한과 직접적·실질적으로 관련을 가지고 있는 경우 즉 차별취급으로 ‘인하여’ 관련 기본권에 대한 제한을 가져온 경우”에 비례심사를 하는 기준으로 정리해야 하고 기본권 제한의 ‘중대성’ 요건은 심사기준에서 제외해야 한다는 취지로 주장하였다.

성기용, “평등권의 보장과 발전”, 헌법논총 제19집(2008), 헌법재판소, 544-550면

(3) 관련하여, 헌법재판소의 이 부분 심사기준에 대한 대안으로는 크게 다음 두 가지 방안이 제시되고 있다.

첫째는, 차별취급으로 관련 기본권의 중대한 제한이 초래되는지 여부 등을 따질 것이 아니라, 독일연방헌법재판소의 앞서 본 평등심사에 있어서의 ‘최신의 공식’에 따라서 (a) 인적 차별의 경우, (b) 물적 차별이 간접적으로 인적 집단의 차별을 초래하는 경우, (c) 행위 관련 차별로서 행위자 자신이 차별의 불이익을 피할 수 없는 경우, (d) 인적 또는 물적 차별로서 기본권에 의해 보호되는 자유의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우에는 엄격한 비례성심사를 하고, 단지 물적 차별로서 인적 차별을 초래하지 않는 경우, 행위 관련 차별로서 행위자 자신이 차별의 불이익을 피할 수 있었음에도 불구하고 차별을 받고 있는 경우, 그리고 인적 또는 물적 차별로서 기본권에 의해 보호되는 자유의 행사에 영향을 미치지만 그 영향이 지극히 경미한 경우에는 자의금지원칙에 의한 심사를 하는 것으로 심사기준을 세분화 하자는 견해이다.⁶¹⁾

둘째는, 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는지 여부는 매우 불명확한 기준으로 심사기준의 선택 자체를 모호하게 할 위험이 있는 등 문제가 많고, 헌법재판소의 심사기준의 문제는 기본적으로는 민주주의와 헌법재판의 조화, 헌법재판소의 적정한 역할, 헌법재판소와 국회, 정부의 기능배분과의 관계 등에 관련되므로 그와 같은 관점에서 엄격심사, 합리성심사의 여부를 정하여야 하는바, 엄격심사 여부의 기본적 기준으로는 민주적 과정이론을 바탕으로 민주적 과정과 소수자 인권문제로 보는 것이 타당하고, 따라서 선거권, 피선거권, 공무담임권, 언론·출판·집회·결사의 자유 등의 기본권과 관련하여 차별이 문제되는 경우 엄격심사기준이 적용되어야 하고, 다수지배에 맡겨 놓을 수 없는 문제, 예컨대 인간의 생명이나 정체성, 그리고 소수자의 인권, 예컨대 양심의 자유, 종교의 자유, 학문의 자유 등과 관련한 차별문제 등은 엄격심사를 통해 판단하여야 한다는 견해이다.⁶²⁾

(4) 그러나 첫째 견해는 기본적으로 독일연방헌법재판소 제1재판부의 ‘최신의 공식’을 우리 헌법의 내용에 맞춰서 정리한 내용으로서 헌법재판소의 평등심

61) 김주환, 앞의 논문(주 4), 218-221면

62) 김문현 외, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법(헌법재판연구 제19권), 헌법재판소, 2008, 272-278면

사기준과 비교해 볼 때 지나치게 세분화된 복잡한 기준이라는 점, 1999년 제대군 인가산점 사건에서 헌법재판소가 정립하여 현재까지 12년 이상 적용되고 있는 평등심사기준을 이와 같이 급격하게 변경하는 경우 평등심사에 있어서의 일관성이나 예측가능성 면에서도 문제가 있다는 점, 위와 같은 심사기준은 독일연방헌법재판소의 제1재판부가 사용하고 있을 뿐이고 제2재판부는 사용하지도 않는 심사기준으로서 우리의 평등심사기준을 이와 같이 급격하게 바꾸어야 할 만한 충분한 이유도 찾기 어렵다는 점 등을 종합하여 볼 때, 이와 같은 의견은 받아들이기 어렵다 할 것이다.

다음으로 둘째 견해는 헌법재판소가 기본권의 ‘중대한 제한’이라는 침해의 정도에 따라 심사기준을 정하는 것은 문제가 있고, 그 보다는 미국연방대법원의 ‘근본적인 권리’에 관한 판례와 같이 기본권의 종류를 나누어서 민주적 과정(political process)과 소수자보호이론에 따라서, 선거권, 피선거권, 공무담임권, 언론·출판·집회·결사의 자유 및 소수자의 인권과 관련된 경우에는 엄격심사기준을 적용하자는 것으로 보이는바, 심사기준 성립에 있어서 그 성립의 역사적 배경과 과정, 그 근거 등이 상이한 미국의 심사기준과 이론을 거의 그대로 가져다 쓰자는 의견으로 생각되어 역시 선뜻 받아들이기 어려울 뿐만 아니라, ‘민주적 과정’에 관련된 선거권, 피선거권, 공무담임권, 언론·출판·집회·결사의 자유 등의 기본권은 그 적용범위가 비교적 명확하다고 볼 여지도 있으나, ‘소수자의 인권’과 관련된 기본권의 경우, 어떠한 기본권이 이에 해당하는지 그 적용범위가 불분명하고, 생각하기에 따라서는 거의 모든 기본권이 ‘소수자의 인권’과 관련된 것으로 볼 수 있으므로 그 적용범위가 너무 넓어서 심사기준으로서 별 의미가 없다는 점에서, 이와 같은 의견 역시 받아들이기 어렵다 할 것이다.

(5) 엄격심사기준의 바람직한 대안의 모색

생각건대, 평등심사에 있어서의 심사기준 모색에 있어서, 독일연방헌법재판소 제1재판부의 ‘최신의 공식’을 살펴보면 기본적으로 인적 차별인지 사항적 차별인지의 차별의 유형과 차별의 결과로 나타나는 기본권의 제한 등과의 조합으로 되어 있고, 미국연방대법원의 엄격심사기준 역시 차별사유와 관련된 ‘의심스러운 구분’의 기준과 차별의 결과로 나타나는 ‘근본적인 권리’의 제한의 기준으로 되어 있는바, 헌법재판소의 엄격심사기준 중 첫째 기준인 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’는 앞서 본 바와 같이 차별사유 등에 관한 것이므로, 둘째 기준

은 차별의 결과나 차별의 결과로 나타나는 기본권의 제한을 가지고 심사기준을 유형화하는 것이 자연스럽다 할 것이다.

그러나 차별취급의 결과로 나타나는 관련 기본권의 제한이 ‘중대한지’ 여부를 심사기준으로 삼는 것은 위에서 본 바와 같은 여러 가지 문제점을 가지고 있으므로 이를 제외하기로 하되,⁶³⁾ 그럴 경우 심사기준의 적용범위가 너무 넓어지고 평등심사에 있어서 원칙적으로 자의금지원칙에 의한 합리성심사를, 예외적으로 비례의 원칙에 의한 엄격심사기준을 적용한다는 취지도 몰각될 것이므로, 심사기준의 적용범위를 합리적으로 제한할 적절한 방안이 필요하다 할 것이다. 살피건대, 관련 기본권의 ‘중대한’ 침해와 같은 기본권 침해의 정도라는 주관적인 판단 요소가 개제되는 심사기준보다는 차별취급으로 인하여 제한되는 기본권의 유형에 따라 ‘중대한’ 기본권의 제한의 경우에는 엄격심사기준을, 그렇지 않은 기본권의 경우에는 완화된 심사기준을 적용하는 것이 훨씬 명확하고 예측가능성도 있는 객관적인 기준이라 할 것이다.

다만, 이와 같이 관련된 기본권의 유형에 따라 심사기준을 달리 할 경우 그 기준설정을 어떻게 할 것인가가 가장 문제가 될 것인바, 미국연방대법원은 이를 ‘근본적인 권리(fundamental rights)’로 유형화하여 투표권, 사법절차에의 접근권, 여행의 자유(freedom of interstate migration) 등을 엄격심사기준이 적용되는 ‘중대한’ 기본권으로 보았고, 독일연방헌법재판소 제1재판부는 ‘최신의 공식’에서 ‘인적 또는 물적 차별로서 기본권에 의해 보호되는 자유의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우’ 등으로 이를 유형화한 것으로 보인다.

(6) 엄격심사기준의 첫 번째 대안

가) 그런데 헌법재판소는 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등 사건에서 “기본권을 보장하는 목적은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 것이다. 그러므로 우리 헌법구조에서 보다 더 중요한 자유영역과 덜 중요한 자유영역을 나눌 수 있다면, 이를 판단하는 유일한 기준은 ‘인간의 존엄성’이다. 따라서 인간의 존엄성을 실현하는데 있어서 불가결하고 근본적인 자유는 더욱 강하게 보호되어야 하고 이에 대한

63) 다만, 기본권 제한의 ‘중대성’은 비록 심사기준에서는 제외되지만, “관련 기본권에 대한 제한이 중대하면 할수록 위헌이 가능성이 높아지고, 경미하면 할수록 위헌의 가능성은 낮아진다.”는 점에서, 의미는 있다 할 것이다.

제한은 더욱 엄격하게 심사되어야 하는 반면에, 인간의 존엄성의 실현에 있어서 부차적이고 잉여적인 자유는 공익상의 이유로 보다 더 광범위한 제한이 가능하다고 할 것이다.”라고 판시하였는바⁶⁴⁾, 동 판시 취지에 따라서 차별취급으로 인하여 제한되는 기본권이 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’에 해당하는 경우에는 이를 ‘중대한’ 기본권으로 보고 엄격한 심사기준을 적용하는 방안을 고려할 만하다 할 것이다.⁶⁵⁾

또한 헌법재판소는 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등 사건에서는 “법률이 개인의 핵심적인 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적인 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인의 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측 판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.”라고 판시하였는바⁶⁶⁾, 비록 이 사건에서 위와 같은 판시가 기본권 침해에 있어서의 비례의 원칙 적용에 관한 것이기는 하지만 평등권과 관련하여서도 유사한 논리가 적용될 수 있을 것으로 보인다.

나) 그런데 위에서 본 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’는 ‘개인의 핵심적인 자유영역과 관련된 기본권’과 결국은 같은 것으로 생각되므로, 이러한 기본권 분류에 따라서 차별취급으로 인하여 제한되는 기본권이 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’(내지 ‘개인의 핵심적인 자유영역’과 관련된 기본권)에 해당하면 ‘중대한’ 기본권으로 보고 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 상당하다 할 것이다.⁶⁷⁾ 다만, 구체적으

64) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 320

65) 김경재 교수는 헌법상 평등원칙 위반 여부를 판단함에 있어서는, 차별수단이 헌법상 인간의 존엄성 존중의 정신과 합치할 수 있는지를 검토해야 한다고 주장하는바, 구체적인 인간이 “목적”으로 대우되는 것이 아니라 하나의 목적을 달성하기 위한 “수단”으로 취급될 때, 인간의 존엄과 가치는 침해되는 것이 되어 인간의 존엄성 존중이라는 헌법 원리에 합치되지 않는다는 것이다.

김경재, “평등권·평등원칙의 검토방법”, 공법연구 제32집 제4호(2004), 사단법인 한국공법학회, 106면

66) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433

로 어떠한 기본권이 이에 해당하는지가 문제가 될 것이다.^{68) 69)}

다) 생각건대, 이와 관련하여서는 다음과 같은 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 우리 헌법의 조문을 보면, ‘제2장 국민의 권리와 의무’편의 모두에 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 관한 제10조가 있고 제11조에 평등에 관한 규정이 있는바, 이와 가까운 위치에 있는 조문순서대로 볼 때, 헌법 제12조의 신

67) 한수용 교수 역시 “차별대우가 자유권 행사에 불리한 영향을 미치는 모든 경우에 엄격한 심사를 한다 면, 이는 곧 자유권이 항상 문제되는 침해적 법률의 경우에는 엄격한 심사를 해야 하고 자유권이 문제 되지 않는 수혜적인 법률의 경우에는 완화된 자의심사를 해야 한다는 결론에 이른다. 그러나 자유권의 의미가 개인의 핵심적인 자유영역에 대하여 크면 클수록 자유권에 대한 보호는 더욱 강화되는 것과 마찬가지로, 평등권의 경우에도 입법자가 차별을 통하여 자유권의 핵심적인 영역을 제한할수록 입법형성 권은 축소되고, 엄격한 심사가 정당화된다고 보는 것이 타당하다. 따라서 차별대우가 인간의 생존이나 핵심적인 자유행사의 기본적인 조건(예컨대, 신체의 자유, 인격권, 사생활의 자유, 직업선택의 자유 등)을 제약할수록 입법자의 형성권이 제한되고 엄격한 심사가 정당화된다고 하겠다.”라고 하였다.

이상 한수용, “엄격한 기준에 의한 평등원칙 위반 여부의 심사 - 헌법재판소 제대군인 가산점 결정(헌재 1999. 12. 30. 98헌마363)에 대한 판례평석을 겸하여”, 법학연구 제6호(2005), 홍익대학교 법학연구소, 172면

68) 한수용 교수에 의하면, 자유권은 원칙적으로 입법자에 의한 구체적인 형성을 필요로 함이 없이 직접 실현될 수 있는 권리로서 대부분의 입법은 자유권에 대한 제한을 의미하나, 자유권에 따라서는 법률에 의하여 기본권의 보호대상이 구체적으로 형성됨으로써 개인이 입법자에 의한 입법을 통하여 비로소 기본권을 행사할 수 있는 경우가 있다는 것인바, 그 예로 헌법 제23조의 재산권의 보장 등을 들고 있고, 선거권과 재판청구권, 사회적 기본권 등을 헌법이 입법자에 의한 구체적 형성을 요구하고 있는 기본권으로 거시하고 있다.

한수용, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위”, 저스티스 통권 제95호, 한국법학원, 18-26면

69) 방승주 교수는 “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”에서 국민의 기본권적 법익들의 중요성이 모두 같다고 볼 수는 없고 아주 근본적으로 중요한 법익과 중간 정도로 중요한 법익, 그리고 덜 중요한 법익 등으로 법익들 간에 가치서열이 존재할 수 있다고 하면서 가령 근본적으로 중요한 법익으로 헌법 제10조의 인간존엄권과 제12조 신체의 자유에 의해 보호되는 인간존엄, 생명과 신체의 완전성 등과 같은 법익과 헌법 제36조의 혼인과 가족생활에 있어서 개인의 존엄과 양성평등의 법익은 존엄한 인간실존을 위해 가장 중요한 법익이라고 하였다.

그리고 그 외에 정신적 기본권에 의하여 보호되는 법익들, 가령 언론출판의 자유와 통신의 자유에 의해 보호되는 인간의 자유로운 표현과 통신, 학문과 예술의 자유, 종교와 양심의 자유 등에 의해 보호되는 인간의 자유로운 학문, 예술, 종교, 양심 및 사상과 같은 정신적 가치들 역시 인간이 존엄한 인격체로서 존재하고 활동하기 위하여 없어서는 안 되는 법익들이라고 하고, 그 밖에 재산권과 직업선택의 자유는 정신적 가치는 아니지만 인간이 인간으로서 살아가기 위한 물질적 생활과 생계유지의 기초가 될 수 있는 재산과 직업이라고 하는 법익을 보호하는 자유권적 기본권으로서, 정신적 가치에 못지않게 중요하다고 볼 수 있으나, 재산권적 법익의 내용에 따라서 그리고 직업의 자유의 내용에 따라서는 **인격적 가치의 실현을 위한 핵심적인 내용**과 그렇지 않고 사회적 관련성이 더 많은 내용으로 나눌 수 있다고 할 수 있는바, 후자의 경우 전자에 비하여 개인적인 법익과의 관련성이 덜할 수 있으며, 따라서 그러한 영역에서는 입법자의 제한가능성과 형성의 자유가 더 커질 수 있다는 취지로 주장하였다.

방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 공법연구 제37집 제2호(2008), 한국공법학회, 121-122면

체의 자유, 변호인을 선임할 권리 등, 제13조의 소급입법에 의한 처벌 등의 금지, 제14조의 거주이전의 자유, 제15조 직업선택의 자유, 제16조의 주거의 자유 등, 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제18조의 통신의 자유, 제19조의 양심의 자유, 제20조의 종교의 자유, 제21조의 언론 출판 및 집회 결사의 자유 등, 제22조의 학문과 예술의 자유는 기본적으로 국가가 간섭을 하지 않고 내버려 둘수록 잘 보장되는 성격의 자유로서 앞서 본 바와 같이 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’(또는 ‘개인의 핵심적인 자유영역’과 관련된 기본권)로 볼 수 있을 것이다.⁷⁰⁾ 또한 헌법 제27조 제2항의 군사법원의 재판관을 받지 아니할 권리, 동조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리 등, 동조 제4항의 형사피고인의 무죄추정권, 그리고 헌법 제36조의 ‘혼인과 가족생활에 관한 권리’ 등도 그 기본권의 성격이나 내용상으로 볼 때 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’의 영역에 속한다고 볼 수 있을 것이다.^{71) 72)}

라) 그리고 위와 같은 기본권 분류에서 흥미로운 것은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”는 헌법 제23조의 재산권 조항을 경계로 하여 그 이후의 헌법 제24조부터 제27조 제1항까지, 그리고 제28조부터 제35조까지의 조항에는 모두 “법률이 정하는 바에 의하여” 등의 문구가 있어서 입법자가 입법을 통해 적극적으로 입법형성을 하여야 한다는 표현을 하고 있는 데에 반하여, 제23조에 선행하는 앞서 다)항에서 본 기본권 조항들(헌법 제27조 제2항 내지 제4항, 헌법 제36조 등 포함)에는 “법률이 정하는 바에 의하여”라는 등의 표현이 없어서 양 기본권 유형이 확연히 구분이 된다는 점이다.

70) 다만, 헌법 제15조의 직업선택의 자유 중에서 일반적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 인정되는 ‘직업수행의 자유’ 등은 제외해야 할 것이다.

71) 아울러, 헌법 제24조의 선거권과 관련하여, 투표권의 평등이나 투표가치의 평등과 같은 영역은 자유민주주의의 성립기초가 되는 것으로서 앞서 본 인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유의 영역으로 볼 여지가 있고, 헌법 제25조의 공무담임권의 경우에도 앞서 본 직업선택의 자유와 마찬가지로 기본권의 제한이 문제되는 경우 직업선택의 자유와 같이 취급할 수 있을 것이나, 양 기본권 모두 기본권의 제한이 아니라 기본권의 형성이 문제되는 영역에서는 입법자의 형성의 자유가 넓게 인정될 수 있을 것이다.

72) 관련하여, 헌법재판소는 현재 1999. 9. 16. 97헌바28 결정에서, 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반된다고 밝히고 나서, “특히 사회보장적 급여인 연금제도와 같은 수혜적 성격의 법률에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 제정된 법률의 내용이 객관적으로 인정되는 합리적인 근거를 전혀 가지지 못하여 현저히 자의적일 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”고 판시한 바 있다(판례집 11-2, 272, 280).

(7) 엄격심사기준의 두 번째 대안

가) 만약 위와 같이 차별취급으로 인하여 제한되는 기본권이 ‘중대한’ 기본권인지 여부에 따라 엄격한 심사적도의 적용 여부를 가리는 심사기준이 적절하지 않다고 생각되는 경우에는 두 번째 대안으로 다음과 같은 방안도 검토할 만하다 할 것이다.

나) 미국연방대법원 판례상으로 엄격심사기준이 적용되는 ‘의심스러운 구분(suspect classification)’에 의한 차별은 입법자가 법문 자체로(in its very terms) 구분하여 취급하는 경우뿐만 아니라 법의 문면 상(on its face)으로는 중립적인 입법이지만 차별적인(discriminatory) 영향(impact)이나 효과(effect)를 초래하는 경우에도 해당하나 그 배후에 차별적인 목적(discriminatory purpose)이 있다는 것을 입증해야 한다는 법리에 따라서⁷³⁾, 단지 입법자가 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 제한을 초래하게 되는 경우로는 충분하지 않고 “입법자가 차별적 취급을 통하여 관련 기본권에 대한 제한을 가할 것을 목적으로 하거나 의도한 경우”를 요건으로 하는 방안이다.⁷⁴⁾ 다만, 입법자가 목적하거나 의도한 대로의 효과가 나타나지 아니하여 실패한 경우라면, 이와 같이 실패한 차별시도에까지 엄격심사기준을 적용할 필요는 없고, 차별의 효과가 전혀 없는 입법에 대해서는 그것을 ‘차별적 입법’으로 보고 평등심사 할 리도 만무하다는 점에서, “입법자가 차별적 취급을 통하여 관련 기본권에 대한 제한을 가할 것을 목적으로 하거나 의도하고, 실제로도 차별적 효과가 있는 경우”로 요건을 정리할 수 있을 것이다.

다) 관련하여, 미국연방대법원이 미연방 수정헌법 제14조의 평등보호조항 위반 여부 심사를 하면서 어떠한 입법에 대하여는 입법자가 인종 등을 이유로 차별취급을 한다고 보고 ‘의심스러운(suspect)’ 구분에 기한 차별로 지칭하는 경우도 있는 반면에 역사적으로 차별을 받아온 흑인이나 소수인종 등에게 혜택을 제공하는 적극적 평등실현조치(affirmative action)와 관련해서는 소위 선량한(또는 호의적인) 차별(benign discrimination)로 지칭하여 심사하는 경우가 있는바, 미국연방대법원이 평등심사를 하면서 한 유형은 ‘의심스러운(suspect)’ 구분에 의한 차별로

73) 앞서 살펴본 III. 미국연방대법원의 심사기준 5.의 나. 항 참조

74) 임지봉 교수는 앞서 본 바와 같이 헌법재판소의 제대군인 가산점 결정을 비판하면서 평등심사에 있어서 미국에서처럼 ‘차별의 영향’과 ‘차별의 고의성’을 구별하고 차별인정을 위해 ‘차별의 고의성’의 입증은 필요하게 하는 식의 보다 세밀화된 평등심사기준의 마련이 요청된다고 주장한 바 있다. 임지봉, “미국 연방대법원의 평등심사 기준”, 법조 2002년 7월호, 182-184면

지칭하고, 다른 유형은 ‘선량한(benign)’ 차별로 부르는 것은 시사하는 바가 크다고 생각된다. 왜냐하면 미국연방대법원이 평등심사를 함에 있어서 관련 입법에 대하여 ‘의심스럽다’거나 ‘선량하다(또는 호의적이다)’고 부르는 것은 결국은 입법자의 의도(intention)나 동기(motivation)가 의심스럽다거나 선량하다고 판단하는 것으로 보이기 때문이다. 생각건대, 평등심사에 있어서 입법자의 입법 의도나 동기가 의심스럽다(suspect)거나 부당하다(invidious)고 판단되는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 쉽게 정당화될 것이고, 반면에 입법 의도나 동기가 헌법의 요청에 따른 우대조치 등을 위한 선량한(benign) 것이라면 이에 대해서는 완화된 심사기준을 적용하는 것이 쉽게 정당화될 수 있을 것이다.

라) 물론 헌법재판에 있어서 입법의 차별적인 목적이나 의도를 밝히는 것이 극히 어렵거나 불가능하다는 의견도 있을 수 있겠으나, 차별적인 목적이나 의도가 아닌 다른 이유로는 당해 입법을 설명하기가 어렵거나 당해 입법이 차별적인 목적이나 의도로 말미암았다고 합리적으로 추론할 수 있는 경우들이 얼마든지 있고⁷⁵⁾, 이러한 요건에 해당하는지는 결국 헌법재판을 통해서 헌법재판소가 ‘판단’하면 되는 문제라 할 것이므로 이러한 요건을 추가하는 것은 실무상으로도 큰 문제가 없어 보인다.

마) 이러한 심사기준의 이점은, 앞서 본 남자만 병역의 의무를 지도록 한 병역법 조항에 관한 사건(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328)의 경우에 드러난다 할 것 인바, 비록 병역법 조항 등 때문에 현역으로 입대한 남자들에게 거주이전의 자유 등 기본권의 (중대한) 제한이 생기더라도, 입법자가 이러한 차별적 취급을 통해 현역으로 입대한 남자들의 기본권에 대한 제한을 가할 것을 의도하거나 목적으로 한 것은 아니고, 이러한 기본권의 제한은 우리 헌법이 헌법 제39조 등을 통해 국방의 의무를 지우고 이러한 의무 부담에 따라 결과적으로 발생한 것에 불과하므로, “입법자가 차별적 취급을 통하여 관련 기본권에 대한 제한을 가할 것을 목적으로 하거나 의도한 경우”에는 해당하지 않는다고 헌법재판소가 ‘판단’할 충분한 여지가 있을 것이다.⁷⁶⁾

75) Ely 교수는 관련하여, 앞서 본 바와 같이 문제된 입법의 입법동기 등에 대하여는 차별적인 목적이나 의도가 아닌 다른 이유로 설명하기가 어려운 경우, 그래서 이에 따라 당해 입법이 위헌적인 동기로 말미암았다고 합리적으로 추론할 수 있는 경우들도 충분히 존재한다는 취지로 주장하였다.

John H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, 138면

76) 헌법재판소는 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 사건에서, “병역법에서 구체화된 국방의 의무를 이행함

라. 간접적 차별과 관련하여

(1) 간접적 차별이란 어떠한 법규나 조치가 모든 집단에 대하여 중립적이며 동일한 기준을 적용하고 있으나 사실상의 차이 또는 사회적 고정관념·관행 등 때문에 주로 일정한 집단에게 적용되어 결과적으로 불평등한 차별을 초래하는 경우를 말하는바, 우리나라의 학자들은 헌법 교과서에서 간접적 차별을 논하고 있는 경우 일치하여 평등권 침해 사안에 포함시키고 있고, 제대군인가산점 사건을 간접적 차별의 예로 명시적으로 거론하는 견해들도 많다고 한다. 아울러 ‘구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률’ 제2조 제1호가 “남성과 여성에 대한 적용조건이 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 이를 남녀차별로 본다.”고 규정한 것은 간접적 차별을 명시적으로 도입한 예라고 한다.⁷⁷⁾

(2) 이와 같은 간접적 차별의 경우 평등심사기준을 어떻게 설정할 것인지가 문제인바, 제대군인가산점 사건처럼 입법이 문면 상으로는 중립적이나 차별적인 영향이나 효과가 있고 그로 인하여 헌법이 명시적으로 금지하고 있는 여성 등에 대한 차별이 결과적으로 발생하는 경우에, 단지 결과적으로 헌법이 금지하고 있는 차별이 발생하였다는 사유만으로 바로 헌법재판소가 입법부의 입법형성권 행사에 관해 합리적인 의심을 가질만한 사유에 해당하고, 평등심사에 있어서 엄격한 심사척도의 적용도 정당화된다고 보는 것은 앞서 살펴본 엄격한 심사기준이 적용되는 다른 요건들과의 균형상으로 보더라도 무리가 있다 할 것이다. 이 문제는, 앞서 III. 미국연방대법원의 심사기준 5. 나. 항에서 살펴본 바와 같이 미국연방대법원의 엄격심사기준이 적용되는 ‘의심스러운 구분(suspect classification)’에 의한 차별은 입법자가 법문 자체로(in its very terms) 구분하여 취급하는 경우뿐만 아니라 법의 문면 상(on its face)으로는 중립적인 입법이지만 차별적인(discriminatory) 영향(impact)이나 효과(effect)를 초래하는 경우에도 적용되나 그 경우에는 배후에 차

에 있어서 그 의무자의 기본권이 여러 가지 면에서 제약을 받게 되는 점은 인정되나, 이는 헌법상의 국방의 의무의 규정에 의하여 이미 예정되어 있는 것으로서, 국가가 공익목적을 위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없으므로(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 783) 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 인정된다고 보기는 어렵다.”고 판시한 바 있다(판례집 446, 454-455).

77) 이상 홍강훈, 제대군인 가산점제 II, 헌법재판연구원, 2012, 44-46면

별적인 목적(discriminatory purpose)이 있다는 것을 입증해야 한다는 법리에 따라서, 우리 헌법재판에서도 앞서 엄격심사기준의 두 번째 대안에서 본 바와 같이 입법의 문면 상으로는 중립적이나 차별적인 영향이나 효과가 있는 경우에는 입법자가 차별적인 목적이나 의도를 가졌다는 것 등을 추가적인 요건으로 하여서 엄격심사기준을 적용하는 방법으로 문제를 해결하는 것이 바람직하다고 생각한다.

(3) 이와 같은 새로운 기준을 앞서 본 제대군인가산점 사건에 적용해 보면, 그 사건에서 문제된 당해 법률조항은 문면 상으로는 남자와 여자 등을 다르게 취급한 것이 아니라 제대군인과 비제대군인을 다르게 취급한 것처럼 규정되어 있기는 하나 결국 입법자는 이를 통해서 제대군인이 될 수 없는 또는 되기 어려운 여성이나 장애인 등을 차별할 것을 의도하고 실제로도 그와 같은 차별이 효과적이어서 차별의 효과도 나타나는 경우에 해당한다 할 것이므로, 위와 같이 수정된 심사기준을 적용하더라도 별 문제가 없다 할 것이다.

마. 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)의 심사기준에 관하여

(1) 적극적 평등실현조치(affirmative action)는 “공적·사적 기관이 역사적으로 불이익을 받아 온 집단에게 차별지표로 사용된 속성을 정치적·경제적·사회적·교육적 영역에서의 기회제공에 고려함으로써 차별의 결과를 구제하고 실질적 평등을 실현하려고 계획된 우선적·잠정적·보상적인 평등실현정책” 또는 “현존하고 계속적인 차별을 제거하고 미래의 차별을 금지하기 위한 제도와 절차를 만들기 위한 적극적인 조치” 등으로 정의된다.⁷⁸⁾ 전자의 정의는 적극적 평등실현조치를 미국적인 맥락에서 정의한 것으로서 역사적으로 차별을 받아온 흑인이나 소수인종 집단 등에 대하여 적극적으로 평등을 실현할 목적으로 오히려 우대(preferential treatment)하는 소위 ‘선량한 차별(benign discrimination)’과 관련된 것인바, 우리 헌법상으로는 과거의 차별에 대한 시정조치 등에 반드시 국한하지 않고 현재의 차별이나 미래의 차별까지도 포함하는 후자의 정의에 따라 적극적 평등실현조치를 검토하는 것이 보다 적절하다고 보인다.

이하에서는 이러한 적극적 평등실현조치에 대하여 평등심사기준을 어떻게 적용하는 것이 바람직한지, 이것이 우리 헌법상의 평등의 이념과 어떠한 관계에

78) 전상구, 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준에 관한 연구 - 한국에서의 심사기준의 정립 및 그 적용을 중심으로, 한국해양대학교 박사학위논문, 2001, 16-17면

있는지 등에 관해 살펴보기로 한다.

(2) 관련하여, 헌법재판소는 국가유공자와 그 유족 등이 국가기관에서 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가산점을 주도록 한 제도의 위헌성이 문제된 사건(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25)⁷⁹⁾에서 “(이 사건은) 헌법재판소가 1999. 12. 23. 98헌마363 사건의 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우의 하나로 들고 있는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하여 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법 제32조 제6항이 근로의 기회에 있어서 국가유공자 등을 우대할 것을 명령하고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.⁸⁰⁾

그러나 헌법재판소는 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675 결정에서는 입법자가 설정한 차별이 기본권의 행사에 있어서의 차별을 가져온다면 그러한 차별은 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지가 심사되어야 하며, 보다 엄격한 심사척도가 적용된다고 한 다음에, “이 사건 조항은 일반 응시자의 공직취임의 기회를 차별하는 것이며, 이러한 기본권 행사에 있어서의 차별은 차별목적과 수단 간에 비례성을 갖추어야만 헌법적으로 정당화될 수 있다. 종전 결정은 국가유공자와 그 가족에 대한 가산점제도는 모두 헌법 제32조 제6항에 근거를 두고 있으므로 평등권 침해 여부에 관하여 보다 완화된 기준을 적용한 비례심사를 하였으나, 국가유공자 본인의 경우는 별론으로 하고, 그 가족의 경우에는 위에서 본 바와 같이 헌법 제32조 제6항이 가산점제도의 근거라고 볼 수 없으므로 그러한 완화된 심사는 부적절한 것이다.”라고 판시하고 위 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정의 선례를 변경하여⁸¹⁾ 엄격한 심사기준으로 심사기준을 변경하였다.⁸²⁾

79) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386

헌법재판소 선례 중에서 소위 ‘완화된 비례심사’ 기준이 문제된 사건은 이 사건이 거의 유일한 예로 보인다.

80) 장영수 교수는 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정에서의 국가유공자 등의 유가족에 대한 가산점제도를, 앞서 본 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 사건에서의 제대군인 가산점제도와 비교하면서 양자 사이의 차이는 질적인 차이가 아니라 양적인 차이가 있음에도 결론이 상이한 것 등에 관하여 의문을 제기한 바 있다.

장영수, “헌법상 평등의 요청과 국가유공자 유가족에 대한 가산점의 문제점 - 헌재 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 사건에 대한 평석”, 헌법실무연구 제3권(2002), 헌법실무연구회, 205면 이하

81) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675 등, 판례집 18-1(상), 269

살피건대, 역사적으로 어떠한 집단이 받아온 차별이나 불이익을 시정하고 실질적인 평등을 실현하려는 목적으로, 또는 반드시 과거에 있었던 차별이나 불이익에 대한 시정목적이 아니더라도 현존하고 계속적인 차별을 제거하고 미래에 있을지도 모를 차별을 방지하거나 오히려 적극적으로 우대할 목적으로 실시되는 소위 적극적 평등실현조치의 경우, 그것이 헌법상의 근거도 있다면, 이에 대하여 평등심사를 하면서 엄격한 비례의 원칙을 적용해서는 안 된다고 생각한다.

즉, 우리 헌법 제34조 제5항이 장애인 등에 대한 국가의 보호의무를 지우고 있는 관계로 국가가 장애인 등을 보호하고 우대할 목적으로 적극적인 평등실현을 위한 입법을 하는 경우 장애인에 대한 우대조치는 다른 한편으로는 비장애인 등에게 차별이 될 수 있어서 평등원칙 위반의 문제가 생길 수 있는바, 이러한 경우는 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 것이 아니라 불평등대우(우대취급)를 요구하고 있는 경우에 해당하여 엄격심사기준이 적용될 경우가 아니라고 보이는 점, 그리고 앞서 본 바와 같이 우리 헌법이 지향하는 평등은 자유주의적 평등으로서의 ‘기회의 균등’이 원칙이되, 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’를 통해 보완·완성되는 ‘실질적 기회균등’이고 이와 같이 우리 헌법이 지향하는 ‘상향식 평등화’의 구현을 위한 적극적 평등실현조치의 일환으로 국가가 헌법의 근거규정에 기하여 일정한 인적 집단을 우대한 경우에 평등심사에 있어서 예외적인 기준인 엄격한 심사기준을 적용하는 것은 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념에도 맞지 않는다는 점 등을 종합하여 볼 때, 적극적 평등실현조치의 경우에는 평등심사에 있어서 원칙적인 기준인 자의금지원칙에 의한 합리성심사기준을 적용하는 것이 타당하다 할 것이다.⁸²⁾

82) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등 결정에 대한 보다 상세한 내용은 이명용, “국가유공자예우 및 지원에 관한 법률 제31조 제1항 위헌확인 - 국가유공자 가산점”, 헌법재판소결정해설집(2006), 헌법재판소, 65면 이하 참조.

관련하여, 김선택 교수는 헌법재판소가 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675 결정의 소수의견에서 기술하고 있듯이 국가의 통합·존속발전을 위하여 최대의 성의로 예우하여야 할 국가유공자의 유가족에 대한 가산점 부여도 수혜대상자의 대폭 증가와 그로 인한 광범위성을 이유로 기왕의 합헌결정을 변경하여 제한하였는바, 매년 25만 명 이상 배출되는 의무복무 제대군인에게 가산점을 부여하는 입법이 허용될 가능성이 있는 것으로 볼 수는 없다고 하였다.

김선택, “군가산점제 재도입, 헌법적·정책적으로 타당한가?”, 공법연구 제40집 제2호(2011), 한국공법학회, 281-282면

83) 그리고 앞서 4.의 라.항 “한국인의 평등에 관한 가치체계”에서 살펴본 바와 같이 다수의 한국인들은 가난한 사람의 처지를 개선하기 위해 정부가 도와야 한다고 생각하며 사회적·경제적 약자를 지원하는 정부의 역할에 대해 호의적이고, 특히 교육의 기회균등과 관련하여서는 대다수가 정부의 지원과 적극적인 개입을 선호하는 등으로 실질적인 기회균등의 달성을 위하여 정부가 적극적으로 나서야 한다고 생각하고 있다는 것이므로, 헌법에 근거를 둔 적극적 평등실현조치의 경우에 평등심사에 있어서 자의금지원칙

(3) 소위 ‘완화된 비례심사’의 문제

관련하여, 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 현재 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정에서, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하여 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 헌법 제32조 제6항이 국가유공자 등을 우대할 것을 명령하고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이라고 판시하여⁸⁴⁾ 마치 ‘완화된 비례심사’라는 새로운 유형의 심사기준을 설정한 것처럼 보이기도 한다.

그러나 비례의 원칙에 의한 심사기준을 완화하는 것이라면 평등심사에 있어서 원칙인 자의금지원칙에 의한 합리성심사를 하면 되는 것이지 굳이 심사기준의 요건이나 내용 등도 분명하지 않은 ‘완화된 비례심사’기준을 따로 설정할 필요는 없다는 점⁸⁵⁾, 또한 위에서 살펴본 바와 같이 우리 헌법상의 ‘상향식 평등화’의 이념 및 헌법에 근거를 둔 적극적 평등실현조치로서의 헌법상의 우대명령에 대하여는 평등심사의 원칙인 자의금지원칙을 적용하여야 한다는 점 등을 고려하여 보았을 때, 헌법재판소가 이 결정을 통해서 ‘완화된 비례심사’라는 유형의 새로운 심사기준을 수립하였다고 볼 필요는 없다 할 것이다.

V. 결 론

앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 창립 초기부터 평등심사에 있어서 적극적인 태도를 보이면서 심사기준의 정립에도 부단한 노력을 기울였는바, 그 동안의 헌법재판소의 평등심사기준을 보면 독일연방헌법재판소의 자의금지원칙에 의한 평등심사와 소위 ‘새로운 공식’ 및 ‘최신의 공식’으로부터 영향을 받은 것으로 보이고, 미국연방대법원의 합리성심사와 엄격심사의 2중기준(double standards) 등으로부터도 상당한 영향을 받은 것처럼 보이지만, 헌법재판소가 1999년 제대군인가산점 사건을 통해 정립한 완화된 심사와 엄격심사의 2원화된 평등심사기준의 내용 등을 자세히 살펴보면, 독일연방헌법재판소나 미국연방대법원의 심사기

에 의한 합리성심사를 하는 것은 우리 국민들의 평등의식이나 법감정도 부합하는 것이라 할 것이다.

84) 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 386-387

85) 실제로도 헌법재판소는 이 사건에서 비례성심사의 요건에 따라, 1) 입법목적의 정당성, 2) 차별대우의 적합성, 3) 차별대우의 필요성, 4) 법익의 균형성의 요건을 모두 심사하였다(판례집 13-1, 386, 405-411).

준과는 차별화된 독자적인 기준임을 잘 알 수 있다.

이러한 헌법재판소의 평등심사기준은, 헌법재판소가 현재 세계의 헌법재판을 크게 양분하고 있는 독일연방헌법재판소와 미국연방대법원의 위헌심판에 관한 기준과 방법을 단지 일방적으로 수용하여 재판하는 단계를 넘어서서 우리의 헌법과 역사, 문화, 그리고 가치체계에 맞는 제3의 길을 찾아가는 과정의 일환으로 생각되어 큰 의의가 있다 할 것이다. 다만, 헌법재판소가 제대군인가산점 사건을 통해 정립한 평등심사기준에 대하여는 그 동안 많은 비판과 문제점 지적이 있어서 동 심사기준에 대한 대안을 모색할 필요가 있다고 생각된다.

그런데 헌법재판에 있어서의 평등심사기준의 대안을 모색함에 있어서는, 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념의 내용 등이 심사기준 설정에 있어서 중요한 고려 요소가 될 수 있을 것인바, 이에 따라 헌법 전문을 검토한 결과 우리 헌법이 지향하는 평등의 이념은, 결과에 있어서의 평등이나 도착점에서의 평등이 아닌 출발선에서의 평등으로서의 ‘기회의 균등’의 원칙(제1원칙), 사회주의적 평등이나 공산주의적 평등이 아닌 ‘자유와 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서’를 토대로 한 ‘자유주의적 평등’ 또는 ‘자유민주주의적 평등’의 원칙(제2원칙), 그리고 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’(또는 ‘상향평준화’)의 원칙(제3원칙)임을 알 수 있었다. 아울러 평등의 제3원칙인 ‘상향식 평등화’의 원칙과 관련하여서는 헌법 전문 외에 헌법 제119조(특히 제2항)가 중요한 근거가 될 수 있음도 살펴보았다. 그 동안 우리 헌법학계에서는 헌법 전문상의 평등의 이념에 주목하거나 이것을 평등심사기준에 반영하려는 시도는 없었는바, 앞서 본 헌법상의 평등의 이념과 한국인의 평등에 관한 가치체계(평등의식)를 평등심사기준에 반영하되, 독일연방헌법재판소와 미국연방대법원의 평등심사기준과의 연관관계 하에서, 헌법재판소의 평등심사기준의 바람직한 대안을 모색해 보면 다음과 같이 요약할 수 있겠다.

첫째, 제대군인가산점 결정에서의 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’는 헌법이 차별금지기준을 제시하거나 차별금지영역을 제시하고 있는 경우로 한정하여 볼 이유가 없고, 우리 헌법이 헌법상 평등의 이념 중의 하나인 ‘상향식 평등화’ 등의 달성을 위해 우대명령을 하고 있는 경우나 헌법상 국민의 의무에 관한 규정 등도 함께 종합적으로 검토함으로써 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우를 가려야 할 것인바, 따라서 헌법 제32조 제4항 내지 제6항 등과 같이

우리 헌법이 구체적인 경우에 우대명령을 발하고 있는 경우는 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’가 아니라 오히려 ‘헌법이 특별히 불평등을 요구하고 있는 경우’에 해당하여 차별취급이 정당화되는 경우라 할 것이므로 엄격심사기준이 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 또한 여기서 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’는 헌법전에 명시된 차별금지사유 등으로 한정하여 볼 이유가 없고, 헌법재판소가 집적된 선례들을 통하여 차별금지사유 등을 일정한 유형으로 추가적으로 인정한 경우 역시 이에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

둘째, 제대군인가산점 사건 결정의 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 경우’의 요건에서, 관련 기본권 제한의 ‘중대성’ 여부는 기본권 제한의 정도에 따라 엄격심사기준의 적용 여부를 결정하는 것은 바람직하지 아니하므로, 그것이 아니라 관련된 기본권이 ‘중대한’ 기본권인지 여부에 따라서, ‘중대한’ 기본권이 제한되는 경우라면 엄격심사기준을 적용하는 것이 옳다 할 것인바, 차별취급으로 인하여 제한되는 기본권이 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’(내지 ‘개인의 핵심적인 자유영역’과 관련된 기본권)에 해당하면 ‘중대한’ 기본권으로 보고 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 상당하다 할 것이다.

셋째, 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)에 있어서의 평등심사기준은 ‘상향식 평등화’를 지향하는 우리 헌법의 평등의 이념 등에 비추어 볼 때 엄격한 심사기준인 비례의 원칙이 아니라 평등심사에 있어서의 원칙이라고 할 수 있는 자의금지원칙에 의한 합리성심사기준을 적용하는 것이 옳다 할 것이다.

우리 사회에서 경제민주화를 비롯한 평등에 대한 요구가 더욱 높아질 것인바, 앞으로 헌법상 평등과 평등심사기준에 관한 논의가 더욱 활발해 질 것을 기대한다.

제126회 발표회 지정토론문

발제문: 헌법상 평등의 이념과 심사기준

- 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기

발제자: 김진욱(헌법연구관)

일시 및 장소: 2013. 4. 11.(목) 헌법재판소 2층 회의실

이 노 홍*

우선 발제문을 통해 평소 관심 주제중 하나인 헌법상 평등과 심사기준에 대해 깊게 고찰해 볼 기회를 갖게 된 것을 진심으로 기쁘게 생각합니다. 방대하고 심도 있는 발제문에 대해 토론을 한다는 것이 그리 쉽지 않기에 발제자의 견해에 궁금한 점과 이에 관한 개인적 견해를 제시하는 것으로 지정토론을 대신하고자 합니다.

1. 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문 사이의 관계

발제자께서는 헌법 제11조 제1항 제1문은 일반적 ‘평등의 원칙’ 선언한 것이고 제2문을 ‘일반적 평등권’을 보장한 규정으로 보면서(제1문의 평등 원칙을 좀 더 구체화하여 규범화한 것) 제2문을 예시규정으로 분석하고 있습니다. 그렇지만 헌법 제11조 제1항 자체가 평등원칙실현을 통해 국민의 평등권을 보장할 국가의 의무, 그리고 국민의 국가에 대한 평등권을 규율하는 동일한 규범으로 해석됩니다. 즉, 평등원칙에서 평등권 도출은 당연한 것이고 평등권의 보장은 평등원칙을 통해 이루어지는 것이기에 평등원칙과 평등권의 구분의 무의미할 것이며 특히 제2문을 예시로 보는 견해에서는 사실상 구분의 실익을 찾기 어렵다고 생각합니다.

* 홍익대학교 법대 교수

2. 헌법 전문에 나타난 평등의 원칙적 내용 분석

발제자께서는 헌법 전문의 분석을 통해 평등의 원칙을 도출하고 이를 ‘기회의 평등’(출발선의 평등), ‘자유주의적 평등’, ‘상향식 평등’으로 정리하면서 개별 헌법조항의 내용 분석에 적용하여 계십니다. 헌법 전문에 나타난 평등의 의미와 개념을 적극적으로 해석하는 매우 참신한 시각이라 생각합니다. 예로 “국민생활의 균등한 향상”을 근거로 한 ‘상향식 평등화’의 개념을 평등의 개념분석에서 매우 강조하면서, 헌법 제32조 제4항 여자의 근로보호 규정은 ‘상향식 평등’이 명시적으로 구체화된 사례로, 그리고 헌법 제31조 제4항 능력에 따른 균등한 교육권 리 규정은 상향식 평등을 적용하여 실질적 기회균등으로 해석해야 한다고 주장하고 계십니다.

그렇다면 ‘실질적 평등’의 개념을 ‘상향식 평등’으로 개념화한 것이라고 할 수 있는데, 과거와 달리 오늘날 사회복지국가 헌법에 있어 평등은 단지 형식적 기회의 평등만이 아니라 실질적 기회 및 조건의 평등이라는 실질적 기회균등으로 해석되고 있습니다.¹⁾ 우리 헌법조문의 “각인의 기회 균등”은 다른 전문의 내용 및 우리 헌법 명문규정과 규범조화적 해석을 통해 당연히 ‘각인의 실질적 기회 균등’으로 해석할 수 있을 것입니다. 발제자께서 분석하신 ‘평등의 1원칙’을 오로지 형식적 ‘기회의 평등’이라는 해석으로 국한시킬 것이 아니라 실질적 기회 균등 및 평등으로 해석한다면 과연 ‘상향식 평등’이라는 별도의 추상적 개념분석이 필요한 것인지 의문입니다.

마찬가지로 ‘자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서’라는 전문 내용에서 오늘날 평등을 사회주의적 평등이나 공산주의적 평등이 아닌 ‘자유주의적 평등’을 천명하고 있다고 분석하셨는데, 우리가 지향하는 평등이 당연히 사회주의, 공산주의적 평등이 아닌 것은 누구도 부인하기 어렵습니다. 다만 이 부분은 우리의 정치적 기본질서로서의 민주주의(민주적 기본질서)에 대한 해석의 지침이 아니라 평등의 직접적 지침으로 접근하는 것이 타당한지 의문입니다. 민주주의는 물론 평등을 전제로 한 개념이라 할 수 있지만 정치질서에 있어 민주주의를 바라보는 시각에는 보다 자유에 가깝게 보는 견해(신민민주주의)와 평등에 초점을 두어 보는 견해(평등민주주의, 사회민주주의)로 구분하고 있으며 후자 역시 자유민주주의를 부정하거나 배격하는 것이 아니라 자유민주주의를 전제로 하면서 사회

1) 한수용, 헌법학, 법문사 (2011), 제543면.

정의와 국민복지의 실현을 위한 자유의 체계에 적절한 제한을 가하는 민주주의로 소개되고 있습니다.²⁾ 평등의 제2원칙 ‘자유민주주의적 평등’의 원칙은 어떤 맥락에서 분석하신 것인지 궁금합니다.

3. 평등심사기준에 대하여

오늘날 헌법재판소의의 평등심사기준은 제대군인 가산점 사건에서 정립된 완화된 심사와 엄격심사의 기준, 그리고 국가유공자 가산점 사건에서 헌법재판소가 언급한 ‘완화된 비례심사’³⁾으로 정리할 수 있습니다. 평등심사에 있어서 자의 금지원칙에 따른 합리성심사가 원칙임은 권력분립의 원리상 당연할 수 있고 이에 발제자께서는 심사기준을 합리성심사와 비례성심사로 이원화하는 것은 합리적이고 적절하나 현재의 기준은 엄격심사의 적용 대상의 예측이 어렵기에 그 대안에 대해 상세히 검토하고 계십니다. 사실상 입법은 그 지체가 일정한 선을 긋는 작업이라고 할 수 있고 이는 결과적으로 구분 또는 차별의 문제로 귀결되기에 과도한 평등심사는 자칫 민주주의의 산물인 입법권을 침해할 우려는 항상 존재할 수 있습니다. 또한 평등이라는 개념 자체의 모호성 및 보호범위의 부재 역시 평등권심사를 합리성 심사 원칙으로 접근해야 하는 근거라고 생각합니다. 그렇다면 문제는 엄격심사의 적용대상이 되는 영역과 이를 판단하는 기준에 있다고 할 것입니다.

- (1) 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나, 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시

‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’에 대해 발제자께서는 ‘성별, 종교 또는 사회적 신분’뿐만 아니라 이에 준하는 사유로 헌법재판소가 집적된 선례를 통해 차별금지사유로 인정한 사유에 기한 경우 엄격심사는 정당화된다고 언급하셨습니다. 그런데 앞서 헌법 제11조 제1항 후문을 예시조항으로 분석하면서 다시 이를 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉 엄격심사대상으로 설정하고 있는 것이 적절하지 궁금합니다. 또한 최근 헌법재판소는 헌법 제11조 제1항 후문을 차별금지사유 예시조항으로 보고 이를 절대적으로 차별을 금지조항으

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사 (2010), 제154-8면.

로 보지 않고 있습니다.³⁾ 한편, 우리 헌법이 ‘근로’, ‘혼인과 가족생활’등 인간의 활동의 주요부분을 차지하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등 보호규정(제32조 제4항, 제36조 제1항)을 별도로 두고 있기에 헌법재판소 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔다고 판시하였습니다.

사실상 헌법재판소가 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우’를 엄격심사 기준을 설정하면서 ‘헌법이 스스로 차별금지 사유나 차별을 특히 금지하는 영역을 제시하고 있는 것’으로 이를 해석한다면, 이 기준은 헌법규범이라는 문언적 근거에 초점을 두어 해석하는 것을 전제로 한 기준설정으로 보입니다. 만일 헌법재판소의 해석으로 인정되는 차별금지사유를 찾아내고 이에 대한 엄격심사기준의 적용을 인정한다면 이는 또 다른 기준의 설시가 필요할 것이라 생각합니다.

(2) ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 경우’ 대안

1) 기본권의 중대성 판단기준

발제자께서는 관련 기본권의 중대성에 대한 예측가능성이 어렵다는 비판과 함께 대안을 제시하고 있습니다. 우선 ‘중대한’ 침해와 같은 주관적 판단이 개입된 심사기준보다 기본권의 유형에 따른 ‘객관적 기준’의 실시되어야 한다는 전제하에, “차별취급으로 인하여 제한되는 기본권이 ‘인간의 존엄성을 실현하는 데에 있어서 불가결하고 근본적인 자유’에 해당한다면 ‘중대한’ 기본권으로 보고 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 상당하”다면서 이를 판단하는 기준으로 먼저 헌법 제10조와 제11조와 가까운 위치의 조문서로 판단하는 방안을 제시하셨습니다. 하지만 헌법 제15조(직업선택의 자유)가 헌법 제21조(언론출판의 자유)보다 더 중요한 기본권이라고 주장하기 어렵고, 선거권(제24조), 재판청구권(제27조) 등이 앞에 규정된 기본권보다 중대성이 결코 적다고 할 수 없으며, 권리실현에 관한 ‘법률유보조항’ 여부를 근거로 기본권의 중대성 여부를 판단하는 것은 적절하다고 생각되지 않습니다.⁴⁾

3) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328.

4) 헌법재판소도 재외국민 참정권사건에서 “국민의 참정권이 국민주권의 원칙을 실현하기 위한 가장 기본적이고 필수적인 권리로서 다른 기본권에 대하여 우월한 지위를 갖는 것으로 평가되는 것도 바로 그러한 이유 때문”이라고 하면서, “헌법 제24조는 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 선거권을 가진다고 규정함으로써 법률유보의 형식을 취하고 있지만, 이것은포괄적인 입법권의 유보하에 있음을 의미하

2) ‘차별의 목적이나 차별의 의도’ 판단과 엄격심사기준 적용

차별취급으로 제한되는 기본권의 중대성 여부가 적절하지 않은 대안으로 ‘의심스럽고 부당한 차별의도 및 목적 심사’를 통해 엄격한 심사기준을 적용해야 한다는 주장에 대해서는 정확한 의미가 다소 궁금합니다.

미연방대법원의 평등심사기준중 suspect classification(의심스러운 차별영역)에 대한 엄격심사기준은 정치적 과정에서 고립되어 온 소수자에 대한 구별은 그 자체로 의심스럽다는 것이고 법 문면상 이러한 소수자에 대한 구별이 나타난다면 목적이나 의도와 상관없이 엄격심사의 대상이 된다는 것을 의미한다는 의미로 인종과 조상의 국적 등의 사유에 한정하여 적용하고 있습니다. 반면, ‘차별 목적이나 의도의 심사’문제는 1970년 이후, ‘중립적인 정책이나 법규’가 ‘결과적 차별’을 이끌 수 있는 경우, 사법부가 입법의 의도까지 심사하여 ‘사실적 차별결과’에 대한 엄격심사를 할 수 있는지에 관한 논란의 결과였습니다. 이 역시 초기 인종중립적 입법에서 문제된 사안으로 연방대법원은 입법의 목적 또는 의도를 판단하는 것이 불가능하며 단지 입법에 투표한 몇몇 사람들의 동기 때문에 입법부가 평등 보호를 위반하였다고 할 수 없다고 판시하였고 이후에도 연방대법원은 차별 결과가 너무 과도하거나(overriding) 차별의도에 관한 명백한 증거가 있지 않은 한, 차별의도가 문제된 법률에 엄격심사를 적용하지 않고 있습니다. 즉 문면상 중립적 법률이 차별적 결과를 가져오는 경우, 차별결과의 과도한 심각성, ‘차별목적에 대한 명백한 입증’ 요건이 요구된다고 할 것입니다. 그렇다면 발제자께서 주장하시는 의심스러운 ‘차별적 목적이나 의도’ 판단은 무엇을 의미하는 것인지 궁금합니다.⁵⁾

한편, 간접적 차별과 관련하여 제대군인가산점결정에 대해 ‘입법자가 여성과 장애인의 차별을 의도’하였다고 보고 그 차별이 효과로도 나타나고 있기에 엄격심사기준을 적용하는 것이 타당하다고 보고 있습니다. 그렇지만 동법률이 진정 ‘여성과 장애인의 차별을 의도한 입법’인지 의문입니다. 헌법재판소도 언급하였듯이, 가산점제도의 목적은 아무런 재정적 뒷받침 없이 제대군인을 지원하려 한

는 것이 아니다. ...선거권을 법률을 통해 구체적으로 실현하라는 의미”로 보았고 특히 “보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다”고 판시하였다. 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마 644 등.

5) 호의적(benign) 차별도 여성에 적용되는 경우 성역할고정관념을 발생시킬 수 있다면 위헌판단을 받고 있다.

나머지 결과적으로 변별력 없는 공무원시험에 있어 여성이나 장애인이 입게 되는 불평등한 효과가 극심하므로 차별취급의 비례성을 상실한 것일 수 있기에 특별히 ‘여성과 장애인의 차별을 고의적으로 의도한 입법’이라고 생각되지는 않습니다.⁶⁾

‘같은 것은 같게’라는 상대적 평등이란 개념은 ‘무엇이 같은 사물’인가에 대해 ‘같이 취급되어야만 하는 사물’이 그 대답이 되므로 실질적으로 동어반복이며, 평등 판단을 위해서는 ‘같은 것’이라는 당위기준 또는 규범이 존재하여야 하는데 평등 자체는 당위적 기준을 갖지 않는 빈 그릇이라는 Westen교수의 주장⁷⁾은 평등 심사의 어려움을 잘 보여주는 평가라고 생각합니다. 사법심사의 특성은 권력분립을 전제로 하고 있고 특히 평등심사는 입법존중, 합리성심사의 요청이 더욱 강조되는 영역이라 할 수 있기에 평등심사기준으로 엄격심사의 대상을 적절히 설정하는 것은 그리 쉬운 일이 아닐 것입니다. 미국과 달리 구체적 기본권 규정을 두고 있는 우리 헌법규정과 차별로 인해 발생하는 기본권 침해여부를 분리해 생각하기 어려운 평등권의 특성을 고려할 때, 현재 헌법재판소의 엄격심사대상의 설정 기준 자체는 크게 문제된다고 보이지는 않습니다. 다만, 기본권의 중대성기준의 예측가능성이 문제되지만 궁극적으로 이 문제는 발제자께서 언급하신 ‘개인의 핵심적인 자유영역’과 관련된 기본권, 정치과정이론을 근거로 한 기본권 분석 등을 통해 어느 정도 구체화가 가능할 것이라 보며 이 경우 관련 기본권의 중대성뿐만 아니라 침해 정도 역시 고려대상이 되어야 한다고 생각합니다.

6) 이 결정에 대해서는 오히려 이는 제대군인과 비제대군인을 구분하는 것이기에 남녀차별로 볼 사안이 아니며 남녀차별의도나 목적도 없었다는 비판적 견해가 존재합니다.

7) Westin, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982).

제126회 발표회 지정토론문

발제문: 헌법상 평등의 이념과 심사기준

- 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기

발제자: 김진욱(헌법연구관)

일시 및 장소: 2013. 4. 11.(목) 헌법재판소 2층 회의실

이 준 일*

발제문은 미국과 독일의 관례에 기초하여 한국의 헌법규범과 헌법현실에 부합하는 평등심사기준을 구체화하려는 시도로 보인다.

발제문에서 필자가 강조하는 것은 ‘평등의 이념’이다. 필자에 따르면 “우리 헌법이 지향하는 평등의 이념은, 결과에 있어서의 평등이나 도착점에서의 평등이 아닌 출발선에서의 평등으로서의 ‘기회의 균등’의 원칙(제1원칙), 사회주의적 평등이나 공산주의적 평등이 아닌 ‘자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서’를 토대로 한 ‘자유주의적 평등’ 또는 ‘자유민주주의적 평등’의 원칙(제2원칙), 그리고 사회적 약자 계층이나 소수자를 끌어 올리는 ‘상향식 평등화’(또는 ‘상향 평준화’)의 원칙(제3원칙)”이다. 이러한 세 가지 원칙을 내용으로 하는 평등이념은 참신한 구상이라고 평가할 수 있다.

그렇지만 우선, 평등은 기회의 평등을 의미하는 ‘법적 평등’뿐만 아니라 결과의 평등을 의미하는 ‘사실적 평등’을 포함해야 한다. 단순한 기회의 평등은 형식적 평등에 지나지 않을 수 있고, 평등은 결과의 평등까지를 포함하는 실질적 평등으로 확대되어야 하기 때문이다. 발제문에서 필자도 “적극적 평등실현조치의

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

경우에는 평등심사에 있어서 원칙적인 기준인 자의금지원칙에 의한 합리성심사 기준을 적용하는 것이 타당하다 할 것”이라고 보고 있는데 이처럼 결과의 평등을 지향하는 사실적 평등을 구체화하고 있는 적극적 평등실현조치에 대해서 자의금지원칙이 적용되어야 한다면 평등의 이념은 기회의 평등뿐만 아니라 결과의 평등까지도 포함한다는 의미로 이해가 된다.

평등이 법적 평등뿐만 아니라 결과의 평등까지도 포함해야 한다면 결과의 평등을 지향하는 사실적 평등의 이념은 사회국가원리와도 관계되어 있다는 점에서 평등을 오로지 자유민주주의의 관점에서만 이해하기는 어렵다고 보인다. 또한 결과의 평등은 특정 집단의 상향평준화를 위하여 필수적으로 다른 집단의 하향평준화를 초래할 수밖에 없다는 점에서 평등이 오로지 상향평준화만을 원칙으로 한다고 보기도 어렵다.

한편, 평등이 기회의 평등을 의미하는 법적 평등과 결과의 평등을 의미하는 사실적 평등을 모두 포함한다면 중요한 것은 법적 평등과 사실적 평등이 충돌할 때 논증부담을 어느 쪽에 지울 것인지 하는 문제다. 개인적으로는 법적 평등과 사실적 평등이 충돌할 때 논증부담은 사실적 평등을 주장하는 쪽에 지워야 한다고 본다. 법적 평등에 대한 요청은 의심없이 확고한 가치로서 자리잡았고 그 내용도 비교적 명확한 반면에 사실적 평등에 대한 요청은 그렇지 않기 때문이다. 이처럼 평등이 법적 평등과 사실적 평등을 모두 포함한다고 할 때 평등이 ‘법적 평등에 유리한 논증부담규칙’으로 작동하는 것은 평등이 상대적 평등으로서 평등대우와 불평등대우를 동시에 포함한다고 할 때 ‘평등대우에 유리한 논증부담규칙’으로서 작동하는 것과 같다. 결국 평등은 내용적 실체를 가졌다기보다는 평등에 관한 논증, 즉 (상대적 평등으로서) 평등대우를 할 것인지 아니면 불평등대우를 할 것인지 또는 (법적 평등과 사실적 평등을 동시에 포함하는 경우에) 법적 평등대우를 할 것인지 사실적 평등대우를 할 것인지에 관한 논증과정에서 논증부담규칙으로 작동한다고 보아야 한다. 이러한 맥락에서 발제문의 필자가 세 가지 원칙으로 세분화한 ‘평등의 이념’은 평등을 일정한 내용적 실체를 가진 어떤 것으로 이해하도록 함으로써 평등에 대한 이해를 방해하고 있다는 인상을 주고 있다.

발제문의 필자는 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문의 관계에 대해서 “헌법 제11조 제1항 중 제1문은 (일반적) 평등의 원칙을 선언한 규정이고 제2문은 일반

적 평등권을 보장한 규정으로 보는 것이 자연스러운 해석이라 할 것”이라고 한다. 하지만 이처럼 규범(원칙)으로서의 평등과 권리로서의 평등을 구분할 수 있는지의 의문이다. 기본권의 이중적 성격이 조문의 구분을 통해 이루어진다고 보다는 모든 기본권규정에 포함된 특징이기 때문이다. 오히려 헌법 제11조 제1항 제1문이든 제2문이든 모두 규범과 권리를 동시에 포함하고 있다고 보고, 양자의 차이는 다른 특성에 있다고 보는 것이 합리적이라고 보인다.

발제문의 필자는 “심사기준을 합리성심사와 비례성심사로 2원화하는 것은 합리적이고 적절하다고 볼 수 있을 것”라고 본다. 이로써 필자의 입장은 헌법재판소의 기존 판례와 크게 다르지 않게 된다. 하지만 심사강도와 심사기준은 구분되어야 한다고 본다. 심사기준은 문제가 된 기본권(심사대상)이 평등권인지 아니면 자유권인지에 따라 달라질 수 있다. (심사대상으로서) 평등권이 문제가 된 사안에서는 비교되는 대상의 같고 다름이 문제된다는 점에서 비교대상의 같고 다름 및 그에 따른 평등대우와 불평등대우에 대한 합리성심사를, 자유권이 문제가 된 사안에서는 비교되는 법익의 우열관계가 문제된다는 점에서 비교법익의 우열에 관한 비례성심사를 하는 것이 타당하다.

이러한 심사기준(합리성심사 또는 비례성심사)이 심사강도도 혼용될 수는 없다. 다시 말해 평등권이 문제가 된 사안에서 합리성심사가 완화된 심사척도로, 비례성심사가 엄격한 심사척도로 사용될 수는 없다. 이렇게 심사기준을 심사강도와 혼용해 버리면 심사대상(자유권과 평등권)의 차이에 따른 심사기준의 구분이 무의미해진다. 이렇게 되면 자유권이 문제가 된 경우에도 합리성심사는 완화된 심사척도로, 비례성심사는 엄격한 심사척도로 사용될 수 있어야 한다.

비례성심사의 구조를 살펴볼 때도 비례성에 대한 요청은 보호법익이 존재하고 이에 대한 제약을 전제로 하지만 평등권의 경우에는 보호법익이 존재하지 않고, 따라서 당연히 이에 대한 제약을 상정할 수도 없다. 그렇다면 보호법익도 없고, 보호법익에 대한 제약도 애초에 불가능한 평등권의 경우에 비례성원칙을 적용한다는 것은 논리적으로 불가능하다. 따라서 평등권에 관한 심사에서 비례성원칙을 적용하는 것은 평등의 관점에서 문제를 해결한다는 외관을 보이면서도 실제로는 평등의 대상이 되는 자유의 관점에서 문제를 해결하는 결과에 이른다. 이것은 평등의 문제를 자유의 문제로 치환한다는 의미로 자유와 구분되는 평등의 독

자적 의미를 포기하는 것이다.

자유권의 제약에 관한 심사에 적용되는 비례성원칙과 평등권의 논증에 관한 심사에 적용되는 합리성원칙이 각각 독자적인 심사기준이지만 양자를 심사기준으로 적용할 때 심사강도를 조절할 수 있다는 점에서는 차이가 없다. 예를 들어 비례성원칙을 적용하는 경우에 부분원칙인 수단의 적합성이나 피해의 최소성 또는 법익의 균형성을 적용하면서 상대적으로 엄격하게 적용할 수도 있고, 상대적으로 완화된 형태로 적용할 수도 있다. 마찬가지로 평등에 관한 심사에서 합리성원칙을 적용하는 경우에도 엄격하게 하거나 완화된 정도로 하는 방식으로 심사강도를 조절할 수 있다고 본다. 중요한 것은 이처럼 심사강도는 각각의 심사기준을 엄격하게 되는 완화되게 적용하는 방식이지 심사기준에 따라 하나는 엄격한 기준이고 다른 하나는 완화된 기준이라는 방식은 아니라는 점이다.

제126회 발표회 토론요지

사 회 자 김주환(홍익대학교 교수): 평등권 심사기준과 관련, 발표자 김진욱 연구관님께서 자의금지원칙에 따른 자의성 심사와 비례의 원칙에 따른 엄격한 비례성 심사, 이 두 기준을 계속 유지하자는 입장이고, 지정토론자 이준일 교수님께서 기본적으로 자의금지원칙이 적용되는 것인데 이것이 강약을 달리 하면서 적용되는 것이므로 평등권 심사기준은 하나라는 입장을 취하고 계십니다.

이준일 교수님의 견해는 제대군인가산점 결정이 있기 전에 우리 헌법재판소가 취했던 입장이지만, 헌법재판소가 명확하게 그런 입장을 취했다기보다는 그러한 실무의 관행을 보여왔다고 보아야 하겠습니다. 독일도 마찬가지였습니다. 가령 독일연방헌법재판소 제2재판부는 비례성원칙을 수용하고 있지만 거의 대부분의 판시를 자의금지원칙에 입각해서 하고 있습니다. 미국의 경우에도 엄격한 심사, 중간심사, 합리적 이유 심사, 세 가지가 있지만 이러한 심사기준의 세분화에 반대해서 심사기준은 하나인데 그때그때마다 강도가 달라진다는 이론이 있습니다. 이른바 슬라이딩 스케일 테스트라고 하지요. 이처럼 이준일 교수님의 견해와 비슷한 입장들은 어디에서나 볼 수 있습니다. 그런데 문제는, 제가 이런 말씀을 미리 드리는 것도 죄송한데, 미국에서도 이와 같은 견해가 다수설은 아니라는 것입니다. 독일도 그와 같은 모습을 보였다가, 그래도 역시 심사방법은 헌법재판소가 법률을 통제함에 있어 통제의 합리성과 예측가능성을 보장할 수 있어야 하지 않겠느냐고 해서 세분화 작업을 한 것입니다.

미국, 독일, 우리나라를 비교해 보면, 평등권심사의 출발점은 미국에서는 합리적 이유 심사이고, 독일과 우리나라에서는 자의금지심사입니다. 3국의 공통된 현상과 관심은, 이렇게 입법권에 대해서 가장 완화된 통제를 하다보니까 평등권 보호의 강도가 자유권 보호의 강도를 따라가지 못했다는 점입니다. 자유권은 계속해서 보호강도가 강화되고 있는데 평등권에 입각한 입법권 통제는 계속 가장 낮은 단계의 심사기준을 설정해 놓고 그에 입각해서 행해지니까, 양자의 보호강도를 맞추기 위하여, 즉 평등권의 보호를 좀 더 강화하기 위하여 개발되고 시도된 것들이 바로 엄격한 심사기준들입니다. 세 나라가 서로 다른 생각을 하고 있는 것이 아니라, 모두 똑같은 생각에서 출발했고 우리나라도 역시 지금 그와 같은

상황에 처해 있습니다.

문제는 우리나라와 독일, 그리고 미국의 헌법조문이 서로 다르다는 것입니다. 미국은 평등보호조항이라는 일반조항만을 두고 있습니다. 그런데 우리는 일반조항만 두고 있는 것이 아니라, 조문체계가 독일 기본법과 상당히 유사합니다.

발 표 자 : 제가 평등심사 기준의 이원화 입장에 선 것은 이유가 있다고 생각하기 때문입니다. 그것은 사실 헌법심사의 하나의 도구라고 생각합니다.

사안은 위헌을 해야 되는 사안인데, 완화된 심사를 하면 합헌이 될 것 같은 경우라면, 엄격한 심사기준이 상당히 헌법재판의 도구로 의미가 있는 것 같습니다. 미국과 독일이 수십년 동안 써온 것도 나름대로 이유가 있어서일 것입니다.

제가 이해하기에 이와 달리 합리성 심사기준으로 통일하자는 견해가 이준일 교수님이나 한수용 교수님의 견해입니다.

반대로 허영 원장님 생각은 비례성심사는 문제가 없는데, 미국식 합리성심사는 기준이 없이 어떠한 목적이 있거나 하면 다 통과되는 것은 심사라고 볼 수 없는 아무 내용이 없는 것이라고 보시는 것 같습니다. 결국은 합리성심사의 내용은 비례심사가 될 수밖에 없다는 입장하신 것 같습니다.

두 번째로 제 주장이 사실 염두에 둔 것은 경제민주화 논쟁인데, 경제민주화는 경제의 영역에서 평등실현 여부와 연관이 됩니다. 지금 경제학계에서 유종일 교수 같은 경우는 일한 만큼 대접받는 사회가 경제민주화 이루어진 사회이고 경제적 영역에서 평등이 실현되는게 경제민주화다, 이렇게 정의하고 있습니다. 정운찬 교수님은 법 앞의 평등, 기회의 평등, 결과의 평등이 실현되는 것이 경제민주화라고, 이 분도 결과의 평등을 이야기합니다.

제가 드리고 싶은 말씀은 기본적으로 존 롤스의 정의론에 나오는 차등원칙입니다. 존 롤스 차등원칙의 첫 번째 원칙이 기본적 자유에 대한 동등한 권리를 보장하라는 자유의 우선 원칙입니다. 그다음 2원칙이 사회에서 가장 대접을 못 받은 최소수혜자 집단에 이득을 가져올 경우에만 불평등이 정당화 된다는 것입니다. 드워킨도 정치공동체의 최고의 동력은 평등한 배려라고 하면서, 평등의 내용을 평등한 배려라고 보았습니다.

제가 주장하고 싶은 것은 헌법 제119조 제1항이 원칙이고 제2항이 예외인데, 자유주의적 평등이 원칙이고 상향식 평등화는 그것을 보완하는 제한적인 원칙에 불과하다는 것입니다. 그러니까 상향식평등화를 기하기 때문에 기회균등을 포기

한다거나 결과의 평등을 기하는 것은 아닙니다.

헌법재판소의 일관된 판시는, 법 앞에 평등하다는 것은 법적 불평등을 금지하는 것이지 현실로 존재하는 경제적, 사회적 기타 여러가지 사실상의 불균형을 모두 시정해야 되는 것은 아니라는 것입니다.

이준일 교수님이 법적평등은 사실적 평등이라는 논문을 쓰셨는데, 저는 우리 현재의 판결도 그렇고 헌법 119조 1항과 2항의 관계를 봐도 그렇고, 존 롤스나 드워킨의 이론에 비춰봤을 때도 119조 1항이 원칙이고 2항이 예외이고, 공정한 사회 또는 평등한 사회는 성공할 기회의 균등이라고 봅니다. 저는 불공정한 행위에 대한 제재나 근절, 공정거래위원회에서 하는 일들이 평등에서 핵심이라고 생각합니다.

말하자면 기회균등에 더해서 불공정 행위, 반칙행위에 대한 국가의 적극적인 역할이 바람직한 평등의 모습입니다. 그런 면에서 평등의 내용을 가지고 심사 기준을 구성하는 것은 의미가 있다고 보는 것입니다. 기존의 논의는 평등은 같으면 같게 다르면 다르게 상대적이니까 내용이 없는 것입니다.

토 론 자(서울시립대학교 이상경 교수): 미국에서는 굉장히 기계적으로 3단계의 심사를 하는 것이 판례에 의해서 집적이 됐습니다만 결과론적으로 정부가 추구하는 어떤 목적에 대한 절실한 필요성이 있느냐 없느냐, 아니면 어떠한 목적을 달성하는데 필요한 합리적인 수단이나 아니냐 이런 정도의 견련성만 가지고 심사합니다.

compelling state's interest를 달성하기 위해서 necessary한 수단이나 아니냐가 엄격심사기준이고요. 그리고 합리성심사기준은 일반적으로 합법적인 공익달성을 위해서 충분히 합리적으로 연관되면 충분하다는 것입니다.

제가 말씀드리고 싶은 것은 궁극적으로 미국과 우리나라를 비교하는 것은 맞지 않다는 겁니다. 미국이 쓰고 있는 것은 우리가 말하는 비례성원칙에 따른 엄밀한 심사기준을 적용하는 것이 아닙니다. 미국의 심사기준의 분화와 우리가 평등권 심사기준에서 나온 2가지 심사기준의 분화가 서로 역사적 배경이 다른 것입니다.

미국에서는 평등의 문제는 우리처럼 이렇게 헌법제정당시부터 있었지 않았다는 것을 너무나 잘 아실 것입니다. 헌법제정권자는 평등에 관심이 전혀 없었어요. 1865년에 남북전쟁이 일어난 뒤에 1868년에 이르러서야 수정14조에 equal protection of law를 헌법에 넣은 것입니다. 근본적으로 이 사람들은 평등권에 대한

의식보다는 자유권에 대한 의식이 매우 강했기 때문에, 자유권에 관한 헌법상 권리들을 침해하면 우리가 엄격한 심사기준에 의해서 그러한 국가작용과 법은 위헌 판단하겠다는 판례들이 집적되어 있는 것입니다.

평등권에 관해서는 궁극적으로 자유와는 달리 국가가 일정한 간섭행위를 해야지만 평등이 실현된다는 사실을 인식하고서는 입법부의 입법제정 행위를 존중하는 태도를 원칙적으로 취했던 것입니다. 다만 판례들이 불평등한 신분구조라는 것이 국가가 경제적으로 지원해주고 입법지원 활동을 통해서 바꿀 수 있는 것이냐 아니냐에 대한 기준을 발견하고, 절대로 바꿀 수 없는 불평등한 상태인 성별, 인종 이런 문제에 관해서는 절대로 어떤 국가의 차별행위도 허용해서는 안된다고 해서 엄격심사기준이 발전된 것입니다.

그래서 미국의 이론은 자기들의 역사적 전통과 배경, 소위 바꿀 수 없는 지위의 확인이라는 것에 의해서 발전된 것입니다.

우리는 평등권이 굉장히 중요한 문제였다고 생각합니다. 우리는 씨족공동체적인 평등의식이 강조된 민족이기 때문에 자유도 중요하지만 평등도 중요해서, 입법작용이나 공권력 작용을 통해서 일정한 상태를 상향적으로 실현하는데 있어서 잠정적인 불평등은 참으라고 하기 위해서는 합리적인 기준이 필요했던 것입니다. 완화된 기준입니다.

그런데 그 이후에 뭔가 평등권과 관련성이 있는 사건이 기본권과 걸쳐져 있는 사건들을 보면서는 이건 기본권 제한의 문제니까 당연히 과잉금지원칙이라고 일컬어지는 헌법 제37조 제2항의 기준이 들어오는 것이 맞습니다. 그래서 저는 미국과 배경이나 과정이나 이런 것들이 너무 다르다는 생각이 들었습니다.

우리 헌법재판소는 그럼에도 불구하고 2002년 법인약국을 개설금지한 약사법 16조 사건에서 보시면 직업의 자유나 결사의 자유에 대한 본질적인 침해라고 인정하면서도 평등권에 관해서는 합리적인 이유없이 법인약국 개설을 금지하는 것이 평등권 침해라고 해서 거기서는 합리성기준을 적용합니다. 헌법불합치를 낼 거면 이 때는 엄격기준을 적용했으면 좋았을텐데 그런 부분들이 좀 아쉽습니다.

사 회 자 : 참고로 말씀드리자면, 우리나라 헌법재판소 판례에서 사용되고 있는 엄격한 심사와 완화된 심사라는 용어는 미국의 용어를 따온 것이 아닙니다. 독일 연방헌법재판소 판례에서도 엄격한 심사와 완화된 심사라는 표현을 쓰고 있습니다. 이 용어들은 우리도 충분히 쓸 수 있는 공통적인 표현입니다.

독일의 브루거(Brugger) 교수는 미국 유학을 마치고 <미국공법입문>이라는 책을 썼는데, 여기에서 평등권 심사기준과 방법을 다음과 같이 설명하고 있습니다. 미국에서 말하는 합리성 심사는 독일식으로 치면 비례의 원칙 심사를 할 때 목적의 정당성과 수단의 적합성만을 심사하는 것이라고 합니다. 차별이라는 수단을 통해서 헌법적으로 정당화되는 목적을 실현할 수단 있다면 합리적 이유가 있는 것이지, 그것이 필요최소한도의 차별일 필요는 없다는 것입니다. 그 다음에, 엄격한 심사는 우리로 치면 직업선택의 자유 중에서 객관적 사유에 의해서 직업선택의 자유를 제한할 때 초고강도의 비례성심사를 하는데 그에 상응하는 것을 엄격한 심사라고 보고 있고, 중간심사는 필요성심사가 생략된 것으로 보고 있습니다. 이 독일 헌법학자의 분석에 따르면, 목적의 정당성, 수단의 적합성, 법익의 균형성, 이것만을 심사하는 것이 중간심사라는 것입니다. 우리나라에서 자의금지 원칙을 가장 처음으로 정확하게 소개하신 분은 허영 교수님이십니다. 그래서 아까 허영 교수님께서 오히려 이것을 비례성심사와 같은 것으로 이해하시는 것 같다는 발표자의 발언은 약간 이해가 안 됩니다.

토 론 자(한양대학교 정문식 교수): 저는 기본적으로 헌법재판소의 판결에 대해서 확인하고 싶은 것이 있습니다. 사실상 제일 어려운 것은 완화된 심사기준과 엄격한 심사기준이라고 말씀하시면서 헌법재판소에서 적용하는 심사기준이 불분명하여, 읽는 사람이 이해하는 것 자체가 상당히 어렵습니다.

특히 최근 헌법재판소 결정 중에서 조합장 선거시 후보자 비방죄 관련해서 헌법재판소가 분명히 위헌견해나 합헌견해가 합리성 심사기준을 동일하게 적용했는데도 불구하고 결과는 전혀 다릅니다. 위헌견해는 합리성이 없다, 합헌견해는 합리성이 있다. 그럼 대체 여기서 말하는 합리성이 어떤 것인지에 대한, 심사기준 자체가 상당히 불명확하다는 의문이 듭니다.

두 번째로 평등에서의 비례라고 하는 것은 자유권에서의 비례와는 다르지 않을까요? 자유권은 제한하려는 목적과 그로 인한 사익의 침해의 형량을 하는데, 평등에서의 비례는 두 비교대상 간에 현실적인 차이와 거기에 대한 국가의 대응의 차별, 실제적인 차이의 정도와 법적인 차별의 정도가 상호 비례하는지, 차이는 별로 안 큰데 차별은 큰지, 차이는 적절한데 차별은 적절하지, 이 관계를 따지는 것이 평등에서의 비례라고 한다면 분명히 그것은 비례성원칙이라고 말은 하지만 내용은 다른 것이 아닌지 의문입니다.

그렇다면, 이준일 교수님은 심사의 기준하고 강도는 다르다고 말씀하셨는데, 개인적으로는 엄격한 심사라고 하는 것은 자체로 의미가 있지 않냐 생각이 듭니다. 합리성심사 기준은 사유와 차별 자체가 존재한다고 본다면 합헌적인 것이고 엄격한 심사는 그 차이와 차별의 정도까지도 우리가 면밀히 검토하겠다는 의미에서 헌법재판소가 적극적으로 가치평가를 입법자에 대신해서 한다는 의미가 담겨있기 때문에 그것은 자유권의 심사와는 분명히 다르지 않을까요?

그런데 오히려 우리 헌법재판소의 판례는 합리성심사를 한다고 하면서도 합리성에서의 평가 자체가 완전히 달라지기 때문에 읽는 사람으로서는 과연 헌법재판소의 평등심사 기준이라고 하는 것이 무엇인지에 대해서 상당히 의문을 갖게 하고 대체 그 내용이 뭔지가 상당히 불명확하다는 생각이 듭니다.

지금 말씀하신 많은 분들이 차별의 목적성, 차별수단의 적합성, 차별 최소성 혹은 차별의 필요성을 말씀하십니다. 하지만 이것은 자유권에 대한 비례원칙 내용을 그대로 따온 것인데 제가 알고 있는 독일에서의 논의는 그런 식의 자유권심사와는 구별되는 것으로 알고 있습니다. 그렇다고 한다면 좀 다른 내용을 언급해야 되는데 자유권심사의 용어를 그대로 가져다 씌으로써 오히려 더 평등심사를 상당히 불명확해지는 여러가지 문제가 나타난 것이 아닌가 의문입니다.

토 론 자(황치연 헌법연구원): 우리가 어떤 재판에 심사의 잣대로서 말하는 평등과 어떠한 근본적인 탐구를 하는 철학의 대상으로서의 평등, 또 어떤 사회적 경제적 평등의 문제는 다른 차원의 문제인데 자꾸 내용문제로 얘기를 하면 얘기할 수 있는 방법이 없습니다. 왜냐하면 철학적 기본이라든지 이런 역사적, 사회적, 경제적 변천과정에서 평등을 얘기하면 그건 암호숫자를 푸는 것과 똑같은 것입니다.

그런데 우리는 재판의 심사기준으로서 평등을 채택할 때 어느 것이 허용될 수 있는 차별이고 어느 것이 허용될 수 없는 차별이나 구별하는 잣대만을 제시해주는 기능을 하는 것이지, 헌법재판소가 이 공동체 내에 있는 모든 불평등을 교정해 줄 수 있는 적극적인 일을 하는 건 아니지 않습니까?

또 본안 판단을 해보야 중대한 침해인지 알지 어떻게 그걸 알 수 있냐 이렇게 얘기하는데, 우리가 판례를 축적하는 과정에서 제대군인가산점사건에서 중대한 침해라는 말은 이걸 이야기하는 것입니다. 시험이라는 인류가 개발한 출발선상의 평등을 확인하는 방법에서도 만점을 맞고도 떨어지는 사항은 평등심사 이전에 공무담임권이나 직업의 자유의 측면에서 일단 중대한 침해라는 것을 인정하고

들어가는 것이지요. 그러니까 우리 헌법재판소의 판례의 ‘중대한’이라는 말은 침해에 붙는 말로 정립되어 많은 판례가 축적되어 있기 때문에, 중대한 침해로 보는 판단적 관점이 웬만큼 정립되어 있습니다.

지금 현재의 입장에서 헌법재판소가 확립해 놓은 틀을 깨는 뭔가를 시도할 때는 정말로 아주 각오를 단단히 하고 해봤으면 어떨까, 이런 생각을 합니다.

토 론 자(김복기 헌법연구관) : 발제자 말씀 중에서 헌법상 평등의 이념, 특히 전문과 착안해서 말씀하신 이념과 관련된 평등의 정의나 의의 같은 것 관련된 부분에 대한 생각은 두 분 지정토론자 교수님과 사실 의견이 같습니다.

그 다음 심사기준 관련해서 사실 실무적으로 많이 도움될 수 있는 논의들이 있는데, 부제 ‘다시 쓰기’라는 관점에서 보면 사실 이노홍 교수님께서도 지금 현재 평등심사기준이 크게 문제없는 것 같다는 입장으로 보시는 것 같습니다.

지정토론자(이노홍) : 저는 사실 정문식 교수님의 말씀 중 굉장히 와 닿는 점이 물론 있다고 생각합니다. 자유권 심사와 평등심사는 좀 다른 것 아니냐, 그렇게 접근하시는 것입니다.

그러나, 기본적으로 헌법재판의 맥락에서 봤을 때 누가 평등을 실현시켜야 하는 주된 의무자인가에 대한 질문의 답이 입법자라는 원칙은 변함없는 것이라고 생각합니다. 그리고 입법한다는 것 자체가 일정한 선을 긋는 것이 아닙니까?

그렇다면 결국은 자유권 문제가 있으면 평등권 문제가 당연히 생기고, 평등권 문제하면 자유권이 당연히 문제되지, 별도로 평등권만 문제되는 경우는 수혜적인 것 아니고 어떤 것이 있을지 의문입니다. 그렇게 생각하면 일반 평등권을 배제한 자유권심사나 다른 기본권을 배제한 평등권 심사라는 것이 사실상 불가능하기 때문에, 기본권의 중대한 제한이나 침해가 있을 때 엄격심사하는 기준이 가지는 의미는 나름대로 있다고 봅니다.

토 론 자(김복기) : 김진욱 연구관님은 기존 틀을 조금 조정해서 새로운 기준을 제시해 준 것 같은데 어찌 보면 가장 크게 다시 쓰신 분은 이준일 교수님이라고 생각합니다. 평등권 부분에서는 아예 비례원칙이라는 것이 들어와서는 안된다는 것을 제시해주셨습니다.

이준일 교수님은 심사기준과 강도는 다르다고 말씀하시면서 평등권 내에서도 강도가 다를 수 있다고 말씀하십니다. 그렇다면 그 전 단계, 어떤 경우에 조금

더 강하게, 어떤 경우에 좀 약하게 하는지, 그것에 대한 기준을 말씀해주시면 고맙겠습니다.

토 론 자(황치연) : 구체적으로 이준일 교수님께 하나 질문드리고 싶습니다. 양단적으로 자유권은 보호법익이 있고 평등권은 보호법익이 없고 관계를 다루는 것이라고 이야기하는데 왜 ‘평등원칙’이라는 말을 쓰면서 ‘평등권’이라는 말을 또 쓰니까?

객관적인 법원칙으로서의 평등원칙이 있을 것이고, 합리적이지 않은 차별을 받지 않을 권리 또는 헌법적으로 정당하지 않은 차별을 받지 않을 권리라는 말이 분명히 있을 것입니다. 한번 검토해 볼 대상이 아니겠는가라고 생각합니다.

지정토론자(이준일) : 먼저 김복기 연구관님 질문, 심사기준과 심사강도의 차이에 대해 말씀드리겠습니다. 저도 평등권과 관련해서 심사강도가 달라질 수 있다고 봅니다. 심사강도를 엄격한 심사기준에서 비례성, 완화된, 이렇게 간 것이 저는 잘못됐다고 보지만, 우리 헌재도 그런 말 가끔 쓰는데, 입법형성권이 어떻게 얼마만큼 부여되어 있는냐에 따라서 결국 심사강도가 달라진다는 것까지는 맞는 것 같습니다. 결국 구체적인 사안에 따라서 이것이 과연 헌재가 깊이 관여해야 될 사안인지 즉 엄격하게 강한 강도로 평등심사를 해야되는 사안인지, 아니면 입법자에게 어느 정도의 재량의 영역을 인정해서 좀 완화된 약한 합리성심사를 해야 하는지에 대해서는, 어쨌든 관련된 기본권에 따라서 그때그때의 비중에 따라서는 강한 합리성과 약한 합리성을 조정할 수 있지 않은가 싶습니다.

그리고 황치연 연구관님 말씀하신 부분은, 결국 평등이란 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’라는 상대적 평등이기 때문에, 평등 자체가 평등을 명령할 뿐만 아니라 불평등도 동시에 명령하고 있고, 따라서 합리적 이유없이 차별받지 않을 권리를 주장할 수도 있지만 합리적 이유없이 평등하게 대우받지 않을 권리도 주장할 수 있는 것입니다. 그러니까 평등권 안에 2가지의 모순되는 법익을 안고 있기 때문에, 무엇이 확정적인 법익이다 말할 수 없기 때문에, 그런 의미에서의 보호법익이 없다는 뜻으로 말씀드렸습니다.

그렇다면 평등을 굳이 헌법에 규정해야 될 궁극적인 이유는 무엇이였을까를 생각해 보면, 그것이 확정적으로 평등이나 불평등이나에 관한 어떤 결정은 아니지만 적어도 평등한 대우에 유리한 하나의 입증책임이나 논증부담에 관련된 하나의 원칙 또는 그에 상응하는 권리를 인정하는 것 정도의 의미를 갖습니다. 절차적인

의미를 가지는 권리 내지는 원칙이지, 실제적인 평등 또는 불평등, 또는 평등이 가지는 어떤 내용을 말해주는 권리나 원칙은 아니다. 그렇게 의미를 축소시켜서 본다면 일정 정도의 원칙과 권리의 내용이 충분히 포함되어 있으나, 그것은 실제적 내용이 있다기보다는 절차적인 것이 아니냐는 식의 이해를 하고 싶습니다.

발 표 자 : 헌법재판소 확립된 선례가 평등의 원칙은 우리 헌법에 근본적인 원리인데 일반적 평등권이기도 하다, 이렇게 나간 문장이 있지 않습니까? 저는 개인적으로는 평등의 원칙을 위반해서 어떤 권리를 침해했다, 이것이 헌법상으로 맞는 것이 아닌가. 굳이 평등권이라고 인정할 필요는 없다고 생각합니다. 대개의 경우에는 이노홍 교수님 말씀하신대로 자유권이나 사회권이나 다 관련되어 있거든요. 이렇게 하면 되지 굳이 평등권을 인정할 실익도 없지 않은가 싶습니다.

사 회 자 : 기본권을 주관적 권리로 보느냐 그렇지 않느냐는 국민의 입장에서 볼 때 매우 중요한 문제입니다. 주관적 권리로서의 기본권이 인정되어야 헌법소원을 제기할 수 있는데, 가령 평등권을 객관적 원칙으로만 이해하게 되면 평등권 침해의 경우에도 다른 기본권을 원용하여 헌법소원을 제기해야 한다는 문제가 발생하기 때문입니다. 왜 우회적으로 기본권 침해를 다투도록 이론적 구성을 해야 하는지, 이해가 잘 안 됩니다. 헌법을 해석할 때 가급적이면 헌법이 효력을 강력하게 발휘할 수 있도록 해석해야 한다는 것이 헌법지향적 내지 헌법정향적 해석의 원칙 아닌가요?

토 론 자(이상경) : 평등과 자유의 문제에 관한 고민이 필요할 것 같습니다.

평등이라고 하는 것은 궁극적으로는 법적 상태의 실현으로 가능한 것이라는 것이고, 자유라고 하는 것은 그냥 사실상태로서 실현될 수 있는 것이기 때문에, 그러한 본질적인 차이에서 우리가 심사기준도 달리 보아야 된다는 것이 제 생각입니다.

그래서 만약 우리가 평등이라고 하는 것을 실현하기 위해서는 일정한 규범상태가 전제되어야 한다면 그것은 입법자의 입법행위가 필요한 것입니다. 그 입법행위에 대해서 특별히 문제삼지 않는 한 존중해서 인정을 하겠다는 것이 합리성심사입니다. 그 구조 하에서 원칙적으로 평등권에 관한 문제는 법적 규범상태의 실현에 의한 것이기 때문에 합리성심사기준이 맞습니다.

그런데 순수하게 평등권에 관한 문제만이 발생하는 경우가 거의 없고 관련

된 기본권, 소위 말하지만 자유의 실현상태에 관련성이 있기 때문에 그 때 가서 소위 비례성이 끼어들어서 엄격심사의 문제가 들어옵니다.

저는 허영교수님께서 말씀하신 방법론적 기초로서의 평등권. 그런 정도로서의 의미를 부여해도 다른 관련 기본권에서의 심사기준을 우리가 비례성에서 찾기 때문에 크게 문제가 없다. 그래서 2가지 심사기준을 섞지 말고 원칙론적으로는 합리성심사를 하자는 이준일 교수님 견해에 약간 동조하는 입장이 되었습니다. 원칙론적으로 평등이 다른 구조이기 때문입니다.

추가적으로 헌법재판소가 새로 발굴해 낸 비례성 혹은 소위 엄격심사기준은 자유권과의 관련성 하에 판단하면, 아까 정문식 교수님이 말씀하신, 비례성원칙을 왜 평등에다가 막 똑같이 자유권에 있었던 심사기준을 적용하느냐의 문제도 해결될 것 같아요.

그런데 문제는 헌법이 차별을 금지하고 있는 영역에 있어서의 엄격심사기준, 그것의 구체화가 결국 여기 헌법재판소의 과제가 아닌가 생각합니다.

토 론 자(김지혜) : 역사적으로 볼 때 국제법에서도 그렇고 미국에서도 그렇고, 평등이라는 것이 그리고 차별금지라는 것이 구체화되었던 배경에는, 특정 집단들이 특정한 이유로 해서 굉장히 두드러지게 억압되고 그것이 일반적으로 대의 민주주의에서 즉 입법의 영역에서 해결되지 않고 다수결의 원칙으로 하면 당연히 그 집단에게는 계속적인 억압이 있는 상황이 있었습니다. 그렇기 때문에 그 영역에 대해서는 적어도 사법부가 규범적으로 통제할 수 있고 그것이 더욱 정당화된다는 전제에서 미국에서 엄격심사기준이라는 것은 그만큼 사법부가 개입할 수 있다는 것으로 이해하고 있습니다.

그렇기 때문에 우리 헌법에서도 평등권 심사를 할 때 모든 것을 다 똑같이 만든다는 점에 주안점이 있는 것이 아니라, 전통적으로 입법을 통해서 잘 해결되지 않는 여성이나 장애인 사회적으로 사법부가 조금 더 개입할 타당성이 있는 부분에 대해서 엄격하게 심사해야 되고 평등이 특히 강조되어야 하는 것이 아닌가 생각합니다.

발표자가 말씀하신 기본권을 중심으로 판단한다거나 하는 것은 다른 맥락인 것 같은데, 이런 부분에 대해서는 어떻게 생각하시는지요. 이 부분이 아마 이준일 교수님께서 말씀하신 심사강도를 채택할 때 무엇을 기준으로 두느냐 하는 것과 연결이 될 것 같습니다.

발 표 자 : 제가 기본권 유형으로 심사기준을 수정하고 헌법 제23조 앞뒤를 나누는 것은 엄청나게 비판을 받을 줄 알았습니다.

지금 전통적으로 볼 때 소위 시민적 정치적 자유인 사상, 양심, 종교, 선거권, 피선거권, 표현의 자유 이런 영역은 사실은 국가가 개입을 안하고 가만히 내버려 뒀을 때 가장 잘 보장되는 권리입니다. 돈도 안듭니다. 이런 걸 국가가 침해하려고 했을 때 이 부분을 엄격하게 심사하자. 이것이 역사적으로도 그렇고 실제로도 충분히 정당화 되는, 엄격심사가 적용되는 영역입니다.

반면에 경제적 사회적 권리인 교육, 노동, 인간다운 생활을 할 권리, 환경권, 최저생활권 이런 것들은 국가가 나서야 됩니다. 돈이 듭니다. 우리 헌법재판소에서 단계적 평등원칙이라는 것이 그래서 나온 것 같습니다.

국가역할이 오히려 중요해지는 이런 권리의 경우에는 엄격심사보다는. 결국은 입법형성권이 큰 경우에는 완화된 심사를 하고, 입법형성권이 줄어드는 경우에는 엄격한 심사하자, 이것이 기본정신입니다. 그런 면에서 봤을 때 그렇게 기본권유형을 분류해서 거기에 서로 다른 잣대를 대는 것은 의미가 있습니다.

저는 궁극적으로는 미국 연방대법원처럼, 결국은 우리 사회가 어떤 불평등 결과를 수인할 수 없다는 헌법적 결단에 따라서, 예를 들어 교육영역에서 능력에 따라 교육받을 권리가 있는데 그게 아니라 아버지의 사회적 지위 이런 것에 따라서 교육받을 권리가 달라진다 이런 것은 헌법적으로 허용할 수 없다는 이런 결단에 따라서, 엄격심사를 하는 것이 정당화되어야 하지 않느냐는 접근을 한 것입니다.

그런 면에서 기본권 유형을 따라 심사기준을 나누는 것이 의미가 있고, 헌법재판소의 판례를 통해서 이리이러한 사유에 의한 이리이러한 영역에 의한 차별은 안된다거나 입법자가 입증책임을 지라고 하는 것이 상당히 의미가 있다고 봅니다.

사 회 자 : 차별로 인해서 중대한 기본권에 제한이 초래되었다면 당연히 엄격한 심사를 해야겠지요. 하지만 어떤 기본권을 중대한 기본권이라고 규정할 수 없다 하더라도 그에 대해 중대한 제한이 초래된다면 이 때에도 역시 엄격한 심사를 해야 하지 않을까요?

토 론 자(이재희) : 법무부 연구위원 이재희라고 합니다. 저는 발표자가 헌법전문에 착안하여 헌법의 평등 보장에 대해 논한 것이 의미있다고 생각했습니다. 현재 우리의 평등논의, 평등권 심사기준 논의에서 빠뜨리고 있는 연결고리는 바로 헌법의 조문입니다. 우리 헌법이 보장하는 평등의 내용, 심사기준 적용 논의

에서, 우리 헌법이 평등을 어떻게 규정하고 있는지에 대한 검토가 좀 더 필요하다 는 생각을 하고 있습니다. 발표자는 우리 헌법규정들 중에서도 특히 전문에 착안 하여 평등 논의들을 전개했는데, 사실 전문 외에도 우리 헌법은 다양한 평등 관련 조항들을 가지고 있습니다. 각각의 조항들로부터 어떤 내용의 평등명령 또는 차별금지명령을 도출할 수 있을지, 거기서 어떤 실질적 평등의 관철명령을 도출할 수 있을지, 불평등 또는 우대명령을 도출할 수 있을지 아니면 우대의 허용을 도출 할 수 있을지에 대해서, 개별 헌법조문의 해석론을 검토하다보면 심사기준을 결정하기 위한 새로운 팁을 얻을 수 있지 않을까 하는 생각을 했습니다.

연결된 문제로서, 완화된 엄격심사가 무엇인지에 대해 저도 항상 고민이었는데, 이것은 엄격한 심사를 도식적으로 완화한 것이라기보다는, 우리 헌법 조문 속에 들어가 있는 다양한 평등명령, 불평등 내지 우대명령들을 해석하여, 심사기준체계 결정과정에서 고려하면서 나타나게 된 심사기준의 형태가 아닌가 생각합니다.

사 회 자 : 끝으로, 아까 정문식 교수님께서 지적하신 사항은 연구관님들께서 항상 유념하셔야겠다는 생각이 듭니다. 만약에 평등심사 시 엄격한 심사를 하셨다면 보고서를 작성하실 때 합리적인 이유가 있다, 없다라는 표현을 쓰지 마시고 완화된 심사를 하셨을 때에만 합리적인 이유가 있다, 없다라는 표현을 써주신다면 그나마 헌법재판소가 나름대로 개발한 평등권 심사기준을 계속 유지하는 데 도움이 될 수 있다고 생각합니다. 단순한 용어상의 표현 때문에 헌법재판소의 결정이 근본적인 도전을 받아서는 안 된다고 생각합니다.

국가주의와 주민통제

- 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -

한 상 희*

제1절 국가와 국가주의: 한국의 경우

우리나라의 주민등록제도는 전세계에서 유래를 찾아보기 어려울 정도로 강력한 주민감시체계를 구축하고 있다. 그것은 주민들의 주거현황과 동태를 파악하고 자원-인적자원과 물적자원-을 확보하기 위한 수단이자 동시에 아울러 이러한 근대국민국가적 감시체계의 수준을 넘어 모든 주민들에게 언제나 소지하고 검열 받을 수 있도록 강제한 주민동태감시수단으로 활용되었다. 그것은 일본군국주의의 침탈 이후 조선훈적령을 바탕으로 식민주민들을 감시하고 통제하기 위한 수단 이었고 나아가 제국주의에 기반한 독점자본의 축적을 보장하는 자원수탈의 도구로 이용되었다. 그래서 경우에 따라서는 “양민(良民)”과 “불량민(不良民)” 내지는 빨갱이를 구분하는 증표로도 이용되었다. 그리고 이러한 감시의 기제는 이제 정보통신기술의 발달 및 전자정부의 개념과 결합하면서 그 수혜자를 국가로부터 기업과 같은 사적 권력으로까지 이전하고 있다. 정보화의 흐름을 따라 국가감시의 수단이었던 주민등록제도는 소비자감시 혹은 작업장감시의 토대로 전용되고 있는 것이다.

이 글은 박정희정부에 의해 1962년 주민등록제도가 새로이 구축된 지 반세기를 맞이하면서 그 제도가 터잡고 있는 국가주의의 문제를 진단하고 이로부터 파생, 확장되고 있는 반인권성, 반민주성을 지적하면서 그 위헌성을 제시하기 위한 목적으로 작성되었다. 통상적으로 박정희정부는 권위주의적 군사통치의 시대로 규정되지만, 그 외형은 철저한 국가주의의 틀을 구성하고 있었다. 국가를 하나

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

의 관념적 실재로 규정하고 이를 모든 가치판단의 중심으로 구성하면서 사회와 개인들을 이 국가의 하위개념으로 종속시키는 이 국가주의는 해방 이후 냉전구조로부터 강요되었던 반공체제와 조선시대 이래 국가이데올로기로 정립되었던 가부장적 후견주의와 함께 박정희정부에 와서 본격화되는 관료주의 및 발전국가의 틀과 결합하게 된다. 주민등록제는 이러한 국가이데올로기를 바탕으로 박정희정부가 권위주의 체제로 변형될 수 있는 권력토대를 형성한다. 모든 국민을 하나의 데이터베이스에서 통괄관리하면서 국가적인 감시와 통제가 가장 미세한 곳에까지 미칠 수 있도록 하는 나름의 효과적인 구조를 마련하였던 것이다.

그리고 이러한 통제장치는 권위주의를 청산하고 민주화의 과정을 밟고 있는 현재의 수준에서도 여전히 유효하게 기능한다. 그것은 한국의 국가권력이 작동하는 시발점을 이루는 동시에 국가의 대리인으로서의 관료들이 손쉽게 주민들의 사적 생활들을 파악하고 감시하는 전방위적 시각을 확보할 수 있게 한다. 특히 전세기 말부터 급격히 진행되었던 정보사회의 추세는 이 주민등록제를 바탕으로 초감시국가현상은 물론, 소비자감시와 작업장감시라고 하는, 감시권력의 민영화 또한 전방위적으로 이루어지게끔 하였다. 특히 고유식별자로서의 주민등록번호제도는 모든 데이터베이스를 하나의 조각만으로 연동할 수 있도록 함으로써 ‘모든 정보의 개인정보화’를 가능케 할 뿐 아니라, 그러한 개인정보를 정보주체의 생애 전체를 거쳐 항시적으로 운용할 수 있는 불변성까지 부여하고 있다. 그리고 이 모든 감시체계는 행정의 편의와 위협의 예방이라고 하는 초헌법적 국가주의에 기반하여 정당화된다.

이 글은 이러한 국가주의가 권위주의와 결합하면서 가장 강력한 양상으로 구성되던 박정희 정부에 의하여 형성된 주민등록제도의 역사적 흐름을 살피는 동시에 그것이 정보통신기술의 발전과 결합하면서 가장 “폭력”적인 악법으로 전이될 수 있도록 만든 주민등록번호제도의 위헌성을 검증해 보고자 한다.¹⁾ 다만, 이 주민등록번호는 이미 상품화(commodification)되어 소비자감시나 작업장감시의 주요수단으로 활용되고 있음²⁾은 물론이나, 이 글의 목적상 주된 관심은 국가감시-특히 정보화시대의 국가감시와 주민등록번호제도의 결합과 그 문제점에 집중하

1) 이 글은 주민등록법 제7조 제3항 및 제4항의 위헌여부에 관한 헌법소원심판청구사건(2013헌마124 및 2013헌바68)과 연관되어 있다. 이 중 권리구제형 헌법소원심판을 청구한 2013헌마124 사건은 지난 4월 각하되었으며, 현재는 후자의 사건만 헌법재판소에 계속중이다.

2) Rotenberg는 이렇게 소비자의 구매행위나 그에 대한 관측행위로부터 그의 개인정보를 추출하는 과정을 ‘개인정보의 상품화(commodification of identity)’라 한다. Agre, Philip E., & Rotenberg, Marc, *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge, MA: The MIT Press. 1998

게 될 것이다. 국가가 행정업무수행이나 안전보장이라는 명분을 내세우며 적극적으로 목적적으로 필요한 정보를 획득, 처리하는 첩보(Intelligence)작용과 국민의 일상생활 또는 어떠한 현상에 대하여 일반적, 불특정적으로 행하는 모니터링으로 특징지워지는 국가감시는 개인과 공동체의 희생위에 국가적 가치를 구현하고자 하는 대표적인 국가주의의 예가 되기 때문이다. 이에 이 글은 주민등록과 그에 기반한 주민관리라고 하는 행정적 관리의 일상적 수준을 넘어 전방위적이고도 항시적인 국민감시로 이어지는 주민등록제도를 분석함으로써 오늘날과 같은 정보화시대에 있어 국가와 시민사회, 그리고 기본권주체로서의 인간의 관계를 재조명해 보고자 한다.

제2절 국가주의와 초감시국가의 헌법학

가. 국가주의

대체로 국가주의(statism)는 “국가를 최고의 조직으로 보고, 국가 권력을 해당 사회 전체를 지배하는 중심으로 인정하는 정치 원리”³⁾로 이해된다. 가치판단의 중심에 영구적인 존재로서의 국가를 설정하고 국가의 총체적인 사회개입을 당연시 하는 입장이 그것이다.⁴⁾ 국가주의는 1880년 프랑스에서 국가가 경제와 시민사회의 모든 영역에 있어 국가의 역할과 책임을 강조하던 정치원칙에 기반하는 개념이다. 그것은 시민사회, 개인적 영역, 나아가 개인과 대립되는 위치에 국가를 놓고 국가가 이 모든 것에 우월한 지위와 권력을 가지고 지배하는 체제를 말한다.⁵⁾ 이는 국가와 시민사회를 제도적으로 분리시키고 국가는 시민사회 혹은 경제영역으로부터 (상대적) 자율성을 가지면서 그 국가가 정립하는 가치는 모든 경제적 계급이나 시민사회적 이익이나 가치에 우선하는 것으로 간주한다.

‘위로부터의 혁명’(revolution from above) 내지는 ‘국가에 의한 혁명’의 담론

3) 네이버 백과사전

4) 예컨대, 이순신이나 광재우 등의 역사적 인물을 설명하는 교과서의 서술내용도 그 인물들의 생애를 조망하는 방식이 아니라 임진왜란이라는 “국가의 위기를 맞아 국란을 극복하는데 공을 세운 인물”이라는 관점에서 설명되고 있음은 이러한 국가주의의 단적이 예이다. 오인택·최연규·김두규, “한·일 초등학교 사회과 ‘임진왜란’ 수업 비교- 국가주의적 관점의 문제점을 중심으로,” 동북아문화연구 제32집, 2012, 145-176면 참조.

5) B. Jessop, “Statism,” *Historical Materialism*, vol. 15, 2007, p. 233.

은 이의 대표적인 예로서 국가의 주권은 법정정치적-juridico-political 수준에서 구성되고 이의 담지자 내지는 그 자체로서의 국가는 사회내의 모든 이해관계에 대한 중립적이고 공정한 존재로서 국민적-인민적(national-popular) 이익의 대변자로 기능한다.⁶⁾ 이러한 국가는 경제나 사회구성체의 발전을 중앙집권적으로 계획하고 관리하는 발전국가의 양상을 띠기도 한다.⁷⁾ 박정희정부에서 가장 공고하게 나타나는 국가주의의 모습은 이에 더 잡는다. 선진 자본주의국가들과 비교하는 것도 어려울 만큼 자본축적의 아무런 토대도 구성하지 못하였던 후발국가에서 박정희 정부는 “급속한 산업화를 위해 모든 인적, 물적 자원을 동원, 배분하는 권위주의적 강제력에 의존”하였다. 여기에 냉전분단체제의 한계가 작용한다. “북한과의 적대적 경쟁관계가 중첩되면서 [국가주의]의 양상은 더욱 극대화되었고 유신체제는 바로 그 현현(顯現)이었다”⁸⁾ 민족주의라는 이름으로 조선시대 이래의 성리학적 가부장체제를 복원해 나가면서 강력한 중앙정부의 권력을 형성해 나갔던 국가주의⁹⁾가 박정희정부에 들어서면서는 후발국의 따라잡기(catch-up) 산업화과정을 통한 부국강병의 전략과 결합하면서 된 것이다. 요컨대, 우리나라의 국가주의는 권위주의와 관료주의적인 양상과 함께 가부장적 후견주의(paternalistic)의 결합으로 나타난다.¹⁰⁾¹¹⁾

6) *ibid.*, p.234.

7) 이러한 국가주의는 시민사회의 역할을 강조하였던 자유주의와 보수주의에 반발하여 19세기말부터 20세기 초에까지 나타나기 시작한 것으로 민족주의적, 소비니즘적, 군사주의적, 인종주의적, 제국주의적 국가주의의 양상으로 세분되기도 한다. 특히 프랑스의 Napoleon III나 독일의 Bismark체제는 그 단적인 예를 이룬다. Kimball Files, “Statism” <http://pages.uoregon.edu/kimball/sttism.htm> (2013. 5. 5 열람) 참조. 동아시아의 경우 유교적인 가부장적 틀에 기반한 중앙집권적 지배체제에 더하여 신국가의 건설이라는 시대적 과제에 민족주의나 제국주의의 요소가 결합하면서 성립한다. 중국이나 우리나라에서 나타나는 국가주의는 대체로 민족주의와 결합하는 반면, 메이지시대로부터 시작하는 일본의 경우에는 제국주의와 결합한다. 그 과정에 대하여는 이광일, “동아시아 국가주의, 민족주의와 진보좌파의 대응,” 문화과학, 제52호, 2007, 168-189면 참조.

8) 이광일, 앞의 글, 174, 75면.

9) 이에 관하여는 권인호, “타가하시 토호루(高橋亨)의 皇道儒學 - 李滉, 高橋亨, 朴鍾鴻의 朱子性理學과 중앙집권-국가주의 비판,” 大同哲學, 제55집, 2011, 1-24 참조.

10) 이러한 양상은 싱가포르의 李光耀 정부에서도 마찬가지로 나타났다. 자세한 것은 Cameron Sim, “The Singapore Chill: Political Degamiation and The Normalization of a Statist Rule of Law,” *Pacific Rim Law & Political Journal*, vol. 20, No. 2, 2011, pp.319-353 참조.

11) 관료주의는 국가주의에 합리성과 효율성의 포장을 담당한다. 관료들은 초헌법적 국가가치를 국가의 이름으로 대리하는 역할을 수행한다. 반면, 가부장적 후견주의는 공사 영역을 불문하고 국가가 모든 생활 영역에 개입하고 추상적인 위험을 관리하는 주체로서의 지위를 정당화하는 기제로 이용된다. 예컨대, 집회가 일어나고 있는 서울광장에서의 통행권제한을 위헌이라 선언한 사건(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마 406)의 경우 경찰청은 ““일부통로를 개설하여 개별적인 통행이나 여가활동을 허용할 경우, 불법 집회의 목적을 가진 자들이 그 출입 목적을 속여 서울광장을 이용할 가능성”이 있다”고 주장하면서 당장 구체

이러한 국가주의는 개인주의 내지는 자유주의의 대립항으로 설정되는 것으로 이해되어 왔지만, 엄밀히 보자면 그것은 입헌주의 내지는 헌정주의(constitutionalism)에 대립하는 양상으로 발현된다. 헌법의 최고의 규율로 설정하고자 하는 헌정주의에 반하여 국가주의는 관념적 실체로서의 국가를 최고의 가치로 상징하고 국가가 사회와 개인의 영역에 개입하는 수단으로서의 법질서를 동원하는 체제를 구현하고자 하기 때문이다. 여기서 국가(state)는 법의 궁극적 원천으로 국가가 설정하는 국가목적은 헌법을 비롯한 모든 법질서에 상위하는 가치를 이루면서 헌법의 의미와 내용까지로 변경할 수 있는 가장 강력한 규범명령을 구성한다. 법의 지배라는 헌법적 가치는 국가의 권력을 통제하거나 제한하기 위하여 작동하는 것이 아니라 국가의 권력을 강화하고 국가권력의 확장이나 정당화의 수단으로 이용될 따름이다. 경제의 성장은 안정되고도 효율적인 국가권력의 존재로 인하여 가능한 것으로 개념화되고, 이렇게 안정적이고 효율적인 국가권력을 창출하기 위하여 국가의 정치적 안정은 필수적인 헌법요청이 되며 이 과정에서 법의 지배는 정치적 반대파들의 입을 막고 “사회통합”을 이루는 방편으로 동원된다. 공공영역에서의 탈정치화나 시민적 권리의 약화에 비하여 경제영역에서의 강력한 법제도가 구현되는 소위 이중적 국가구조(dual-state construct)¹²⁾는 이렇게 해서 가능하게 된다.

그리고 이러한 양상은 헌법재판과 같은 국가사법의 영역에서도 그대로 복제된다. 헌법재판에 있어서의 국가주의는 국가안보나 국가발전, 사회질서유지 등을 모든 가치판단의 정점에 두는 한편 개인과 시민사회의 기본권주장을 이러한 가치에 종속되는 하위의 가치로 폄하하는 방식으로 나타난다. 특히 목적정당성이나 수단적합성의 판단에서 국가의 절대가치성을 무조건적으로 수용하면서 국가에 의한 통제가 없으면 곧장 이러한 국가적 가치나 법익의 손상이 있을 것으로 예단하는 경향을 보이게 된다. 나아가 전도된 이중기준의 원칙·정치적·시민적 권리에 대한 약한 심사와 재산권이나 영업권 등에 대한 강한 심사¹³⁾은 우리 헌법재판소

적인 위협을 예견할 수 있는 상황이 아니라 하더라도 미래의 추상적인 위협을 예방하여 시민의 안전과 사회질서를 보호하기 위해서는 시민들의 통행권 및 집회의 자유를 본질적으로 제한하거나 부정할 수 있다는 주장을 하였고, 이를 일부 재판관들이 반대의견으로 수용하는 현상은 이를 잘 보여준다. 여기에는 추상적이고도 모호한 미래의 위협-이는 언제나 국가의 이름으로 포장된다-을 예방하기 위해 국가강 권력을 동원할 수 있다는 나치식의 예방형법의 논리와 더불어 시민의 안전과 재산은 국가가 먼저 나서서 보호해 주어야 한다는 거부장적 후견주의가 전제되어 있다.

12) *ibid.*, pp. 321-322.

13) 이에 대하여는 한상희, “사법판단의 준거로서의 권력현상,” 법과사회, 제9호, 1994, 115-137면 참조.

에서조차 쉽사리 간취할 수 있는 또 다른 국가주의¹⁴⁾의 양상이기도 하다.

나. 정보화와 국가주의¹⁵⁾

1) 국가감시의 정치학

이러한 국가주의는 시민사회를 국가에 식민화시킨다. 국가감시와 그 수단으로서의 정보권력의 국가귀속은 이러한 국가주의의 구체적인 작용태를 결정한다는 점에서 심각한 헌법문제를 제기한다.

실제 정보화의 사회적·정치적 효과는 보는 관점에 따라 달리 전망된다. 그것은 미래학자들(neofuturists)이 주장하듯 자유와 자금지배, 자기실현의 기회가 넘치는 찬란한 미래를 약속하고 있기도 하지만, 그와 동시에 기술회의자들(teletechnology dystopians)이 말하듯, 기존의 권력관계가 그대로 관철되거나 강화되는 계기로서 작용하기도 한다. 그것은, 기술현실주의자들(technorealists)의 주장처럼 그 동안 소수의 정치적·경제적 권력엘리트의 수중에 장악되어 있던 정보에 일반인들이 접근할 수 있는 통로를 제공하는 한편(집단지성 및 전자민주주의의 가능성), 그것은 그 정보네트워크를 따라서 기존의 권력집단들이 자신들의 권력을 강화할 수 있는 가장 효율적이고 능동적인 메카니즘을 구축할 수 있도록 하고 이를 통하여 개인의 일상생활을 항시적으로 감시·감독할 수 있는 터전을 제공한다(정보권력의 가능성 및 편제화). 또는 정치경제학적 수준에서 본다면, 경제적 이윤추구의 동기에 굴복하여 삶의 폭을 획일화하고 편협한 것으로 만들어 버릴 가능성 또한 가지고 있다.(시민사회의 식민화!)

하지만 어떤 관점에서 보건 오늘날의 정보화 내지는 정보통신기술의 발전은 현대국가의 능력을 강화하는 한편, 필요하다면 시민사회를 국가에 종속시킬 수 있는 다양한 수단을 제공한다는 점은 부인할 수 없다. 국가는 정보통신기술의 발전에 힘입어 자신이 이미 확보하고 있는 정보들을 효율적이고도 대량적으로 처리함으로써 그 권력의 극대화를 도모한다. 정보화의 권력을 통해 전국가에 걸쳐 필요한 자원을 확보할 수 있게 되는 것이다. 뿐만 아니라 전국에 걸쳐 잘 설치되어

14) 최근에는 이러한 국가주의는 신자유주의의 변형으로서의 신국가주의로 치닫는 경향을 보인다. 이에 관하여는 윤은기, “대만 중소기업정책의 신제도주의와 신국가주의의 전략,” 한국정책연구 제10권 제2호, 2010, 179-199면 참조.

15) 이 부분의 서술은 한상희, “정보화와 헌법,” 중앙대 법학논문집 제26권 제2호, 2002를 중심으로 정리하였다.

있는 정보통신망을 통하여 국가는 자신이 원하는 정보는 언제 어디서든지 손쉽게 확보하고 그것을 기존의 정보와 결합시켜 처리·분석할 수 있는 유효한 틀을 구축할 수 있다. 한마디로, 오늘날과 같은 정보통신기술이 발전된 상황에서는, 고용량·초고속의 정보처리매체를 집중적으로 관리할 수 있는 자는, 동시에 모든 정보의 흐름을 제어하고 그로부터 감시와 통제에 필요한 유효적절한 정보를 획득할 수 있게 된다. 이는 후술하듯 국가가 원하는 가치와 의미를 국가가 원하는 시간과 방식으로 시민사회 어디에건 투입할 수 있는 능력을 갖추게 됨을 의미한다.

국가감시(state surveillance)는 이러한 국가권력현상과 정보화의 연관관계속에서 가장 핵심적인 자리를 점한다. 그것은 Giddens¹⁶⁾의 말처럼 근대국가의 관료제적 특성에서 연유하는 필연적 현상으로, 국가가 각종의 행정효율성 내지는 복지서비스의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 피치자로서의 국민에 대한 정보를 수집하고 관리하는 가장 기초적인 행정영역을 구축한다. 동시에 Nazism이나 Stalin정권처럼 전체주의적 국민관리의 수단 혹은 국가내부의 위험인자(안보위험인자 혹은 질서위험인자)를 적발하고 처리하기 위한 수단으로 기능하기도 한다.

문제는 국가감시의 이중적·양면적 성격으로부터 나온다. 그것은 안보와 질서, 행정의 효율성이라는 점에서는正的 기능을 수행하기도 하지만, 역으로 감시의 대상인 국민들의 입장에서 보면 단순한 사생활의 침해라는 수준을 넘어서서, 권력의 일방향적 흐름에 의한, 자기지배원리의 현저한 왜곡현상을 수반하기도 한다. 제반의 국가과정에 적극적으로 참여하는 능동적 시민으로서의 국민이 아니라, 국가는 자신이 수집, 관리하는 정보에 의하여 실제의 생활과는 괴리된 프로파일을 만들고 이에 따라 그 국가작용의 내용과 형식, 절차를 결정함으로써 사회내에는 현실의 시민이 아닌 가상적 시민(virtual citizen)만이 존재하고 되고(국가의 규정력) 여기서 파생되는 시민의 소외현상(탈정치화)은 민주주의의 가장 본질적인 내용까지 침해하게 되는 극단적 상황까지도 예견할 수 있게 하는 것이다. 그리고 이 점에서 국가감시의 문제는 국가주의의 정점에서 기능하면서 개인적 기본권의 문제이자 동시에 민주주의 그 자체의 문제를 야기한다.

16) A. Giddens, 진덕규 역, 민족국가와 폭력, 삼지원, 1991, 2130215면 참조. Giddens에 의하면 국민국가는 철저하게 정보의 독점 및 장악에 의하여 형성되는 권력 위에서 존재하는 국가이다. 공동체 중심 사회를 국민국가(nation state)가 대체하면서, 근대국가는 그 재정적 수요와 더불어 상시적으로 구성되는 군사력을 관리하기 위하여 국가내에 존재하는 모든 자원들에 대한 관리체제를 구축하여야 한다. 나아가 국가는 인력이나 재정 등 자원의 확보 및 집행을 위한 ‘분배적 자원’(계획이나 행정)과 법집행 및 경찰작용을 관찰시키기 위한 ‘권위적 자원’(권력과 통제)의 양자를 확보하여야 하며 ‘정보사회’는 이 점에서 필연적으로 나타나기 마련이다. 요컨대, Giddens의 국민국가는, 정보를 항시적으로 추구하는, 감시를 필수적인 기초로 삼아 운영되는 국가-감시국가(surveillance state)일 수밖에 없는 것이다.

국가감시의 체제에서 가장 큰 문제를 야기하는 것은 모니터링이다. 첩보가 의도적이고 목적합리적으로 체계화된 정보수집행위라면, 모니터는 포괄적이고 무차별적인 감시활동이다. 이것은 불특정 다수의 시민을 상대로 그들의 구체적인 행동이나 신원을 포착하고 일정한 기준에 해당하는 행동 또는 신원자를 식별하기 위하여 이루어진다. 고속도로상에서 과속하는 차량을 적발하거나, 시위나 집회에서 주동자 또는 수배자를 찾기 위하여 감시카메라를 설치한다든지, 또는 우범지역이나 현금자동지급기에 CCTV를 설치하여 범죄를 예방하거나 또는 범죄발생시에 신속하게 경찰이 출동할 수 있도록 하거나 사후 범죄사실에 대한 입증자료로 활용하는 경우가 그것이다.

이와 같은 모니터는 크게 세 가지의 목적에 봉사한다.

첫째가 첩보에 있어 가장 선행하는 일반적 정보수집의 단계에 해당하는 것으로, 필요에 따라 체계화-구조화된 정보를 수집하기 위하여 그 정보대상의 특성들을 관찰하고 일정한 기준에 의하여 필요한 정보요소들을 추출하는 행위가 모니터이다(정보수집으로서의 모니터).

둘째, 그것은 모니터링되는 자들-감시대상을 구분하고 구획하기 위한 작업이기도 하다. 즉, 특정한 국가행위의 대상이 되는 자 또는 대상이 될 수도 있는 자를 그렇지 않는 자로부터 구분하고, 전자에 대하여는 처벌이나 배제와 같은 소극적 제재를 가하고, 경우에 따라서는 그들을 추적할 수 있는 기회를 확보하게 된다. 또는 예방적인 수준에서 국가행위의 대상이 될 수 있는 자들을 위험인자로 특정하고 이에 대하여 사전에 검속하거나 억지적 경고를 보내기도 한다(위험배제 또는 지배로서의 모니터).

셋째, 이 두 가지보다 더 중요한 것이 바로 훈육의 효과이다. Foucault가 말하는 판옵티콘이 의도하는 기능이 바로 이것으로, 감시자 또는 모니터를 하는 자는 전체 사회나 전체 대중에 대하여 그러한 감시 또는 모니터가 이루어지고 있음을 주지시키고 그에 의하여 일정한 공적 제재가 가해짐을 알림으로써 피지배자인 대중들이 그러한 규율 자체를 자신의 의식속에 내재화하도록 유도하는 일종의 지배의 수단으로서의 기능을 말한다(훈육으로서의 모니터).

하지만, 이 훈육으로서의 모니터는 단순히 어떠한 규칙(예컨대 쓰레기투기 금지)에 대한 이행(쓰레기봉투의 이용)이라는 일면적이고 국지적인 명령-복종의 관계에 머무르지 않는다. 오히려 사회적 관계들을 분할하고 계열화, 위계화함으로써 권력현상이 사회 모든 부분에 편재하도록 만든다. 그래서 사회내에서 지배

하고 있는 일련의 권력관계들이 가족이나 성, 지식, 기술 전체에 확산되도록 하는, 그리고 이를 바탕으로 그 사회내에서 (지배적) 의미와 가치를 가지는 담론을 형성하며 그 담론에 진리가(眞理價)를 부여한다. 전체로서의 권력관계를 사회의식의 수준에서 정당화하고 그것을 정상적인 것으로 인식하도록 대중의 의식 자체를 바꾸어버리는 것이다. 그리고 감시국가에서의 국가주의는 이렇게 완성된다.

여기에 모니터링으로 확보되는 정보들이 다시 다른 정보와 결합하거나 혹은 일정한 알고리즘을 통해 자동적인 판단으로 나아가는 경우 그 폐해는 이루 말할 수 없게 커진다. 컴퓨터가 자기성찰적(self-reflexive) 기능을 겸비하면서 자신이 저장하고 있는 데이터베이스에 스스로 정보를 추가하면서 그 판단의 정교성을 확장하고 이를 바탕으로 그 다음의 절차를 진행하는 자동화의 단계로 넘어가는 양상이 그것이다.¹⁷⁾ 자동인식기술과 데이터베이스의 발전이 행동과학과 연계됨으로써 모니터되는 사람들의 행동이나 언어등을 스스로 분석하여 그것이 범죄연관행위인지 아니면 일상적인 대화행위인지를 평가하고 전자에 해당할 경우에는 계속하여 그를 감시하고 경찰등에 통보하는 한편, 그에 관한 일련의 데이터베이스를 추적하면서 그에 상응하는 수사를 계속한다. 물론 이 과정에서 컴퓨터는 새로이 입력되는 정보를 바탕으로 자신의 데이터베이스와 그 처리과정을 업데이트하게 된다. 그래서 컴퓨터 및 데이터베이스에 (법)규범이 포함됨으로써 법집행의 과정이 상당부분-사건의 발생단계에서 인지한다는 것에서부터 관련된 자료·증거에 대한 실질적인 수사에 이르기까지의, 현실적인 수준에서는 상당히 의미를 가지는 부분까지 인공지능적으로 자동화된 메카니즘이 담당하게 된다. 한마디로, 정보화 국가에 있어서의 감시는 일반예방적 순찰의 수준이나 첩보의 초기단계에서부터 더 나아가 판단과 결정, 그리고 집행까지도 감당하는, 국가권력이 아주 깊숙한 부분까지도 장악하고 있는 것이다.

2) 초감시국가의 헌법문제

국가의 감시·정보행위는 감시대상으로서의 개인을 정보단위로 해체한 후 국가목적에 따라 그것을 재구성하는 방식으로 이루어진다. 그리고 바로 이 점에서 그것은 단순히 「국가권력의 행사 v. 프라이버시 혹은 사생활의 권리」의 도식 속

17) 키보드 입력시간 통제, POS(Points of Sales) 시스템 등과 같은 작업장감시의 자동정보메카니즘에서 사용되는 다양한 시스템들은 그 두드러진 예가 된다. 자세한 것은 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울아카데미, 1998, 179-202면 참조.

에서만 처리될 문제가 아니다. 그것은 자기지배를 바탕으로 하는 민주체제 및 이를 중심으로 구성되는 헌정주의의 핵심과 관련된다. 감시국가는 정보통신기술의 발전과 더불어 시민사회 및 개인의 생활관계들을 국가목적이라는 관점에서 총체적인 재구성을 하기 때문이다. 국가는 양에 있어서 모든 사회생활관계 또는 개인 정보들을 포괄하며 그것도 가장 미세하고도 세부적인 부분까지 포괄하는 정보를 집적하고 있다. 나아가 질적 수준에서도 이렇게 수집된 정보들을 대조/비교, 교차, 조잡, 분류/유형화, 체계화, 예측 및 검증 등 다양하고도 다차원적으로 처리할 뿐 아니라 그것을 대량적, 초고속으로 처리한다. 모든 국민들에 관한 가장 포괄적이고 자세한 정보를 다양하고도 다차원적으로 초고속의 방식으로 처리함으로써 하나의 중앙(center) 또는 복수의 중앙들이 자신(들)의 정책목표에 따라 개인과 사회를 재구성할 수 있는 여지를 마련하고 있는 것이다.

대체로 정보(information)는 세 가지의 요소-지각대상(percept), 기호(sign), 및 의미(meaning)로 나뉜다. 여기서 가장 문제의 소지는 기호의 문제에서 나타난다. 이는 개개의 국민들을 국가가 원하는 방식으로 분해하고 규정한다. 개개인을 개체화(individuation)하는 것이다.¹⁸⁾

문제는 이런 개체화의 과정은 그 기호가 가지는 텍스트만을 관심의 대상으로 할 뿐 그 기호가 대변하는 상황-콘텍스트- 내지는 생활관계는 그대로 은폐하거나 삭제한다는 점이다. 이것은 전인격적 존재로서의 개인의 특성 즉 개인성을 완전히 해체하여 일정하게 미리 규정되어 있는 기준(들)에 의하여 인간을 일방적으로 분류하고 획정함으로써 생활관계 속의 인간을 획일적으로 가상화(virtualization)하는 수단이다. 구체적인 상황 속에서 나름의 정향을 가지고 행위하는 생활인이 아니라, 일정한 표준적 특성으로 분류되는 코드만이 존재하는 것이다. 예컨대, 주민등록부에는 성명과 주민등록번호, 생년월일, 가족관계, 주소만이 나타날 뿐이지, 그/그녀가 왜 그녀/그와 결혼하였으며, 왜 누구와 동거하고 있는지, 무엇을 좋아하며 그 시기에 무엇이 되고자 하였는지에 대하여는 전혀 나타나지 않는다. 오로지 그들의 인격이나 생활과는 전혀 무관한 코드에 의하여 일방적으로 구획된 자료, 혹은 프로파일링으로 재구성된 가상적 인간만이 존재하고 있을 따름이다.

18) 개체화는 인격의 독자성·주체성이 예정되어 있는 개인성(individuality)과는 전혀 다른 개념이다. 그것은 모든 개개인이 어떠한 특정한 성격을 바탕으로 단일한 기록 즉, 기호로 확인될 수 있도록 하는 것 또는 그 행위를 말한다. 주민등록번호나 이름, 연령, 주소, 성별, 혈액형, 종교, 직업, 소득, 취향, 건강 등이 여기에 해당한다.

사회는 [국가의 사회규율은 통계적 방법을 위주로 이루어진다.]-정량적(quantitative)인 관계가 정성적(qualitative)인 관계를 밀어내고, 범주, 계급 등 “객관적” 구성이 인간을 구축한다. (……) 개개인의 내적 도덕성은 측정되지 않는다. 그들의 생산활동, 소유재산, 가처분소득, 지출, 계약관계, 위법행위-이 모든 것들이 측정가능하고 또한 규율의 기회를 제공한다. 개개인의 내적 생활(생각이나 동기)은 산술적 계산이 불가능하지만, 행동은 감시되고 기록될 수 있다. 통계적인 감시는 그 자체 지식이 되지 못하여 철학(문자 그대로 지식에 대한 사랑)이 될 수도 없다. 그것은 그 자체 통제의 목적을 위한 지식일 따름이며 (……)<R. Whitaker, The End of Privacy, 2000>

한마디로 “양적 관계가 질적인 것을 구축한다; 범주와 종류 기타 “객관적” 구성이 인간(human being)을 구축한다.” 정보화는 이와 같이 국가로 하여금 불편화된 개인적 정보들을 그 당사자의 인격이나 생활관계의 특성과는 전혀 무관하게 물화(物化)된 형태로 수집·처리하고 그것을 대량적·무차별적으로 한 순간에 조합, 관리할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 그것을 시간과 공간의 제약을 받지 않고 항시적으로 그리고 편재적(遍在的)으로 실시할 수 있도록 한다. 19)

정보화와 이에 입각한 정보국가가 헌법문제를 야기하게 되는 것은 이 지점에서이다.

① 국가/시민사회/개인의 단절 : 그것은 국가와 국민생활의 괴리현상을 야기하여 자의적인 국가작용이 이루어질 수 있게 한다. 정보화의 과정에서 국가가 수집하는 정보들이 현실생활과는 다른, 기호화·불편화된 형태의 단위정보로 구성되고 그것이 다시 국가에 의하여 형성되는 체계에 의하여 재조합되는 과정에서 국민들의 욕구와 의지들이 국가 자체의 욕구와 의지에 의하여 획일적으로 구성되는 왜곡된 현실을 야기할 수 있다. 국가가 수집한 단편적인 정보들이 그 자체의 수행성원리에 의하여 역으로 국민생활을 엮어 내고, 국가는 이렇게 인공적으로 조합된 가상적 생활을 실제의 국민생활로 파악하게 되는 단절적 상황이 발생할 수 있는 것이다.²⁰⁾ 역으로 국민들은 자신의 생활상의 욕구를 제대로 국가에 반영시킬

19) 김민호교수에 의하면 현재 개인정보에 대한 침해원인은 크게 ①부적절한 접근과 수집, ② 부적절한 모니터링, ③ 부적절한 분석, ④ 수집목적 이외의 사용, ⑤ 개인정보의 오류, ⑥ 부적절한 보관과 관리 등이 있다고 한다. 김민호, “정보사회에서 주민등록제도와 개인식별번호체계의 공법적 쟁점,” 공법연구, 제40집 제1호, 2011, 359면

20) 국민기초생활보장법상의 부양의무제는 이러한 단절의 대표적인 예가 된다. 자세한 것은 전국장애인차

수 있는 기회를 박탈당하게 된다.

이는 다음에서 설명될 관료적 편의주의와 결합하면서, 국가의 의사결정과정에 자신에 관한 어떠한 정보를 투입할 것인가를 국민 자신이 결정하는 것이 아니라, 정보수집·관리자인 국가의 결정에 일임하게 됨으로써 자신은 정치과정이나 국가과정으로부터 상당 부분 소외되는 현상을 야기하게 된다.²¹⁾ 한마디로 국민들은 경직된 국가정보활동에 의하여 자신을 대표(representation)할 수 있는 기회를 제한당하는 것이다. 그래서 국민에 의한 정부가 아니라, 정보에 의한 정부라는 민주적 정치과정 자체가 위협받게 되는 탈정치화의 상황이 벌어질 수도 있다.

② 관료주의·행정편의주의에 따른 생활세계의 왜곡가능성 : 이러한 단편적 정보에 의한 국가과정에서 관료적 합리주의 내지는 관료주의적 편의주의가 작용하게 되는 경우에는 그나마의 정보마저도 취사선택되거나 왜곡됨으로써 국민생활은 더욱 더 국가작용으로부터 소외되고 그 반작용으로 국가는 전례 없이 강력한 권력을 장악하는 역작용이 예상될 수 있다.

정보화사회에서의 권력은, 정보능력의 불균형으로부터 야기된다. 정보시설(컴퓨터, 통신망 등)이나 정보기술(정보처리의 기술적·전문적 능력), 정보인력의 불균형, 그리고 정보 자체의 불균형이 오늘날과 같은 정보화시대에서는 그 자체가 곧장 권력의 불균형으로 이어지는 것이다. 국가는 사회내의 다양한 정보망들의 기반이 되는 통신망을 스스로 구축하고 통합할 수 있는 능력을 갖추고 있다. 나아가 그런 능력이 관료적 행정조직을 바탕으로 이루어진 관리체제와 결합하게 되면, 국가는 엄청난 정보력과 이를 바탕으로 한 엄청난 공권력을 확보하게 된다.

문제는 이 과정에서 전문적 지식을 갖추고 있는 행정관료들은 일반국민에 비하여 엄청난 양의 정보들을 자신의 패러다임에 상응하게 분석하고 처리할 수 있음으로 인하여 정보시스템의 쌍방향성의 특성조차도 부인하고 독단적이고 자의적인 결정으로 나아갈 수도 있다는 점이다. 정보능력의 불균형을 이용하여 자신의 권한과 조직을 강화하는 행태를 야기하는 것이다. 뿐만 아니라, 정보의 쌍방

별철폐연대, 상반기 전국 순회자료집, 전국장애인차별연대, 2013, 24-31면 참조.

21) 실제 2004년의 한 언론보도에 의하면 당시 호적정보시스템에 등록된 5,200여만 명 가운데 10%가 넘는 550만 명의 주민등록번호가 잘못 기록되어 있는 것으로 조사됐다(MBC 9시 뉴스테크, 2004년 7월 7일자): 장종인, “개인정보시장에서 주민등록번호의 이용,” 정보통신정책 제17권 제18호, 2005, 28면. 이런 오류는 그 자체 국가작용으로부터 그 당사자들이 배제될 수도 있는 위험을 야기하게 된다. 또한 주민등록 자체가 말소되는 경우에는 엄청난 불이익을 안게 된다. 이에 대하여 자세한 것은 국가인권위, 주민등록말소자 기초생활 실태조사: 2006, 국가인권위원회, 2006 참조.

향성은 행정업무의 저효율성을 초래하거나 역으로 행정관료의 독단을 정당화하는 기능을 할 가능성도 있다. 수많은 민원사항이 정보망을 통하여 동시다발적으로 제기됨으로써 한정된 자원을 가진 정부로서는 대처불능의 상황에 빠질 수도 있고 또 그를 이유로 행정관료가 이 정보들을 자의적으로 선별하여 부분이익만 정책으로 반영하는 행태를 야기할 수도 있다. 더불어 국민들간의 정보능력의 불균형으로 인하여 일정한 사회계층은 애당초부터 정책결정과정에서 소외될 가능성조차 존재하는 것이다.

③ 초감시국가 - 절대권력의 가능성 : 세 번째의 문제는 위의 두 가지보다 더욱 더 심각한 헌법적 관심대상이 된다. 국가는 경우에 따라 국민들간의 의사소통과정을 감시하고 통제함으로써 국민들의 생활관계 내지는 생활양식 자체에 영향을 미칠 수도 있다. 정보통신기술의 발전이 냉전체제와 복지국가의 요청에 의하여 이미 강화된 정보국가로 하여금 보다 효율적인 형태로 국민들을 항시적으로 감시하고 통제할 수 있는 틀을 확보할 수 있도록 하고 있기 때문이다. 하지만 문제는 국가를 중심으로 모든 국민생활들이 중앙집권적인 통제하에 놓이게 되는 상황에만 한정되지 않는다. 그것은 국가가 관리하는 정보를 중심으로 국민들이 자신들의 생활을 재구성하도록 한다는 점에서 더욱 더 악화된다.²²⁾

국가가 자신에 관한 정보를 확보하고 있고, 그것을 통하여 자신의 일상생활을 포착하고자 노력하고 있다는 인식으로 인하여 개개인들이 자신의 일상생활을 스스로 통제하게 되는 현상이 보편화될 소지가 있는 것이다.

3) 주민등록제와 초감시국가

요컨대 오늘날 가장 중요한 헌법문제는 이 초국가로서의 감시국가이다. 그것은 국민을 주권자로 만들기 보다는 스스로를 국가의 대리인으로 상정하는 관료들로 하여금 주권적 권력을 작동할 수 있는 여지를 마련한다. 소수에 의한 다수의 통제가 이루어지며 사생활과 사적 결정권을 중심으로 하는 인권과 인격의 본질적 침해가 이루어질 위험을 안고 있기 때문이다.

22) 한겨레신문의 보도에 의하면 심모라는 사람은 출생당시 주민등록번호의 앞자리만을 부여받았기 때문에 주민등록을 제대로 하지 못 한 채 46년을 살면서 고등학교 진학도 하지 못 하였고, 내내 실업상태로 오대산에서 야영생활을 하며 20여 년을 살았다고 한다. 주민등록이 없다보니 학교진학을 거부당하고 간첩의혹, 불심검문 등의 어려움을 겪어야 했다고 한다. 2005년 3월에 민변의 도움으로 주민등록증을 발급받았다고 한다(한겨레신문, 2005년 5월 25일자). 장종인, 앞의 글, 29면에서 재인용.

실제, 국민들은 일종의 자기검열에 의하여 국가가 원하지 않는 행동을 자발적으로 회피하는 동시에 그러한 생활방식 자체를 자신의 것으로 내재화함으로써 스스로를 국가에 길들이는, 그럼으로써 자신을 국가에 종속시키게 되는 전방향적 통제국가가 등장하게 된다. 비유적으로 말하자면, 모든 국민의 생활을 자신의 감시와 통제하에 두고 있는 조지 오웰의 **Big Brother**와 같은 국가의 수준을 넘어서, 그 감시에 길들여진 국민들은 미리 국가의 의사에 자신의 생활을 순응시키게 되는 Foucault식의 **Panopticon**이 등장하여 국가의 실체를 이루게 되는 셈이다.

주민등록제도는 이러한 자기검열과 자기순치의 훈육효과를 극대화하는 매개가 된다. 개인에 관한 주요한 정보를 자신의 거주지와 동거가족을 중심으로 수집 당하고 주민등록번호라는 생애불변의 고유인식자를 바탕으로 자신의 모든 생활정보를 드러내어야 하는 상황에서는 언제나 자신의 행동에 대한 자기검열은 불가피하게 된다. 언제 어디서라도 들여다 보여질 수 있다는 인식, 그리고 그러한 감시가 자신도 모르는 사이에 이루어진다는 무지의 베일 이 양자가 판옵티콘의 절대권력을 형성한다는 것은 벤담만의 지혜는 아닌 것이다.

그리고 이 점에서 그것은 민주주의와 법치주의를 침해한다. 초감시국가가 야기하는 세 가지의 문제 - 국가와 시민사회의 절대적 분열 및 시민사회의 탈정치화, 관료중심의 국가행정체제, 그리고 시민사회 및 개인의 생활에 대한 국가의 가부장적 후견과 개입 - 은 이미 권위주의적 국가주의의 가장 두드러진 특징으로 등장한다.²³⁾ 첩보로부터 정보를 골라내고, 이를 자신이 정립한 목적을 위하여 체계화하고 그 목적의 달성에 필요한 형태로 가공하고 처리해 내는 작업들 모두가 바로 이런 국가주의의 전형적인 모습인 것이다. 그리고 이러한 초국가(superstate)로서의 감시국가(state of surveillance)는 “정보관료제”²⁴⁾는 엄청난 부가가치를 지니는 무한의 정보를 확보하면서 그 정보불균형을 토대로 또 다른 권력을 행사할 수 있게 된다. 감시활동을 통한 경찰력의 강화뿐 아니라 도덕적 전체주의, 정보화 구국론, 대테러적 가치의 선전, 국가정보기구의 팽창, 지도자에 대한 개인숭배와 같은 직접적 권력뿐 아니라 정치적 무관심의 조장이라든가 정치적 데마고그의 동원 등 다양한 방식으로 권력의 집중과 전횡의 가능하게끔 할 수 있게 되는 것이다.

23) 우리나라의 권위주의적 헌법현실에 관한 분석으로는 한상희, 앞의 글 참조.

24) 고영삼, 앞의 책, 293면, 또한 285면도 참조.

제3절 국가신분증명제: 주민등록제와 전자주민카드²⁵⁾

가. 국민등록제와 주민등록제

1) 국가신분증명제

실제 국가가 국민들의 정보를 수집, 관리하는 것은 전술한 바와 같이 그리 특별하게 이상한 일은 아니다. 이런 일을 하지 않는 국가는 없다고 해도 과언은 아닌 만큼 그 자체만으로 문제삼을 일은 아니다. 고권적 권력의 담지자로서의 국가가 그 지배의 인적 범위를 확정하고(국적사무) 개별적·구체적 관계를 형성하기 위하여 국민의 신분을 정리하고 관리하는 것은 일응 당연한 일이 된다. 다만, 우리나라의 경우 주민등록제가 그 본래의 목적을 넘어서서 모든 국민을 하나의 데이터베이스에 통합하고 이를 바탕으로 포괄적이고도 전면적인 통제와 지배를 가능하게 만드는 초감시국가의 가능성을 내포하고 있다는 점에서 문제가 되어 있을 뿐이다.

대체로 국가가 국민을 관리하는 체계는 국가신분제 내지는 국가신분증명제로 대변된다. 개개인의 신분은 그 사람의 지위와 권리를 특정하는 가장 기초적인 지표가 된다는 점에서, 그리고 이러한 지표를 바탕으로 국가는 그에 대한 징집이나 과세 기타 공적 규제와 관리를 할 수 있게 된다는 점에서 국가신분제는 근대국가의 기본요소를 이룬다. 이는 국가나 지방자치단체가 국민(경우에 따라서는 외국인도 포함됨) 혹은 주민의 신분을 확인하고 이를 공부(公簿)에 등록하는 방식으로 이루어진다. 호적제도나 가족부제도는 그 예로서, 전자는 이 신분을 가(家)를 중심으로 법률로 정한 가(家)의 범위에 따라 편제하는 가(家)별 편제방식이며, 후자는 개인 혹은 그의 가족을 중심으로 편제하는 개인별/가족별 편제방식이다. 그 외에도 한 사람의 인격이 아닌, 그 사람의 일생사를 중심으로 하는 사건별 편제방식도 있다. 즉, 독일이나 미국, 프랑스의 경우처럼 그 사람의 출생, 사망, 혼인 등 사건별로만 편제하고 이를 따로 개인별로는 편제하지 않는 경우가 그것이다.

여기서 우리나라와 같은 방식의 국가신분등록제도는 한 사람의 권리의무관계를 명확히 한다는 점에서는 나름 강점을 가진다고 할 수 있으나, 하나의 공부에

25) 이하의 서술은 이은우, 「신분등록 및 주민등록제도의 개선방안」, 건국대학교 법학연구소, 『국가신분등록제와 프라이버시권의 충돌과 대안』, 학술토론회 자료집, 2003. 10. 31을 주로 참고하였음

지나치게 많은 개인정보들을 담아냄으로써 그의 혈연관계나 신분관계를 손쉽게 추적해 낼 수 있다는 단점을 가진다. 특히 종전의 호적방식은 중국의 경우처럼 단순한 가족만을 등록하는 것이 아니라 확장된 혈연개념인 가(家)와 그 가의 소재지(본적지)를 바탕으로 등록하게 함으로써 생계여부와 혈연여부 및 그 지역적 생활관계를 동시에 등록하게 만들기도 하였다. 이 호적방식은 성별에 의한 차별 금지라는 헌법명령에 의하여 위헌판단을 받음으로써 이제 가족부방식으로 바뀌기는 하였지만, 현행의 가족부방식 역시 너무 많은 정보를 하나의 공부에 담아내고자 한다는 점에서는 크게 나아진 제도라 하기는 어렵다고 할 수 있다.

2) 주민등록제

실제 국민등록제가 국민의 권리의무와 관련된, 일종의 법률적 목적을 위한 것이라고 한다면 주민등록제는 일정한 지역공동체나 생활공동체를 바탕으로 그 구성원들을 파악, 관리하기 위한 일종의 행정적 목적을 위한 것이다. 즉, 그것은 지역공동체나 생활공동체에 정주(定住)하는 사람들을 일정한 행정관청에 등록하게 함으로써 정주민-주민-의 거주관계나 상시 인구동태를 파악하고 이를 각종 행정의 기반으로 삼거나 혹은 그 행정의 목적으로 하고자 하는 제도다. 따라서 앞서 언급한 국민등록제도와와는 달리 이 주민등록제는 그 행정목적이나 행정방식에 따라 도입하는 경우도 있고 그렇지 않는 경우도 있으며, 전자의 경우에도 국가가 관리하는 경우와 지방자치단체 등이 관리하는 경우로 나뉘기도 한다. 예컨대, 미국, 아일랜드, 오스트레일리아, 캐나다 등과 같은 나라들은 주민등록제도-전국민을 대상으로 주민등록을 하게 만드는 제도-를 두지 않고 개별적인 사안/사건별로 등록할 필요가 있는 경우에만 등록하게 하는 나라들이다. 예컨대 영국의 경우에는 납세관리(주로 Council Tax)의 목적으로 주민등록을 하게 하며, 미국의 경우에는 선거인등록이 대표적이다. 엄밀히 보자면 강제적인 국민(주민)등록제도를 두고 있는 나라들은 소수이다.

우리나라의 경우 군사정권이 들어선 1962년 주민의 거주관계, 상시 인구동태 파악을 목적으로 주민등록법이 제정되어 모든 국민들에게 자기가 거주하는 지역에서 주민등록을 하도록 강제되었다. 그리고, 1968년에는 모든 국민들에게 12자리-1975년에 13자리로 변경-로 구성되는 주민등록번호를 부여하는 방식으로 변경되었다.

<각종 등록제도>

제도	목적	방식	우리나라의 경우
신분등록 제도	신분관계의 증명	*주로 국가(법원)이 관리 *사건별 편제/인적 편제 *개인별 편제/가족별 편제/가별 편제	인적 편제, 가족별 편제 방식의 가족부
주거등록 제도	행정처리의 목적	*국가 또는 지방자치단체에서 관리 *일반적 주거등록방식/사안별(선거인 등록, 납세자등록, 사회보장수급자 등록 등) 등록방식 *의무등록제, 임의등록제	국가에서 관리하는 의무적인 등록제도로 주민등록제도
국민특정 제도	행정처리의 목적 (데이터식 별자)	*특수 목적에 따른 특정제도/일반적인 특정제도 *국가/지방자치단체가 관리 *전국민에 부여/원하는 자에게만 부여	국가에서 관리하는 전 국민 고유번호제도인 주민등록번호 기타 납세자 번호, 여권 번호 등의 특수목적 특정제도
신분 또는 자격증명 제도	행정처리의 목적 (자격/신분 확인)	*국가나 지방자치단체가 관리 *특수목적에 따른 신분증/일반적 목적에 따른 신분증 *단일기능/통합기능	여권, 운전면허증, 공무원증 등의 특수목적 신분증 제도 일반적 목적의 주민등록증

(출처: 이은우)

3) 신분증제도

이러한 신분·주민등록제도는 그 신분/주거여부를 증명하거나 혹은 그러한 등록을 필하였음을 증명하기 위하여 신분증을 발급하는 제도와 결합되기도 한다. 예컨대, 여권은 외국에 대하여 그 소지자가 국민의 신분을 가지고 있음을 증명하는 신분증으로, 외국을 여행하는 사람은 이를 소지할 것이 의무로 되어 있다. 하지만, 내국에 머물고 있는 국민에 대하여 이러한 신분증을 발급하거나 그것을 소지하게 하는 것은 국가마다 다르다. 어떤 나라에서는 아예 그런 신분증 자체를 두지 않고 운전면허증이나 사회보장증 등 특수한 목적을 위해 그 목적에 부합하는 정도로만 신분을 증명한 서류로 대신 사용하게 하기도 하며, 어떤 나라에서는 신분증제도가 있기는 하지만 원하는 사람에게만 그것을 발급하기도 한다. 우리나라의 경우 모든 국민이 단일한 형태의 신분증·주민등록증을 의무적으로 발급받

게 하고 또 그 신분증은 의무적으로 소지하도록 강제하고 있다.

대체로 신분증-주민등록증은 주민의 거주관계 등 인구동태과약을 위한 제도로서 국가의 행정사무처리와 국민들의 인적사항의 공증에 활용되며는 자료로서의 의미를 가지면서 다음과 같은 순기능을 수행한다고 보고되고 있다.²⁶⁾

- ① 신분확인 측면에서 주민등록제를 통해 국민들의 신분을 쉽게 확인할 수 있어 행정기관에서 주민의 거주관계 파악에 용이하다.
- ② 국가 보안의 측면에서는 불순분자 및 범법자를 색출하는데 매우 효율적인 도구로서 사회 안정 및 질서유지에 기여할 수 있다.
- ③ 국민의 편의성 측면에서는 주민등록증에 수록된 번호를 통하여 주민들에게 신속하고 안정성 있는 서비스를 지속적으로 제공할 수 있다.
- ④ 사회윤리적 측면에서 주민등록제도는 청소년을 유해환경으로부터 보호하는 효과를 가지고 있으며, 노약자를 우대할 수 있는 근거가 된다.
- ⑤ 국민통합의 측면에서도 주민등록제도를 통하여 모든 국민들에 대한 전방위의 관리가 가능하기 때문에 매우 긍정적이다.

<신분증의 발급 현황>

국가	범용적 신분증제도	신청과 발급, 신분증의 번호유무
오스트리아	임의적 발급	지방에 신청, 중앙에서 발급
벨기에	의무적 지참	지방에서 발급, 번호없음
핀란드	임의적 발급	지방에서 발급, 개인번호
프랑스	임의적 발급	지방에서 발급, 번호없음
독일	15세 이상 의무적	중앙에서 발급, 번호없음
그리스	14세 이상 의무적	번호 없음
네덜란드	임의적	지방 신청, 중앙 발급, 사회보장번호, 납세자 번호
포르투갈	임의적	법무부에서 발급, 번호없음.
스페인	강제적	번호없음
이탈리아	임의적	지방에서 발급, 일련번호 부여
룩셈부르크	임의적	지방에서 발급
스웨덴	카드 없음	

26) 김민호, 371

국가	범용적 신분증제도	신청과 발급, 신분증의 번호유무
미국	카드 없음	
오스트레일리아	카드 없음	
캐나다	카드 없음	
덴마크	없음	
아일랜드	카드 없음	

(출처: 이은우)

나. 우리 주민등록제도의 문제점

1) 개요

그러나, 우리나라의 신분/주민 등록제도는 무엇보다 양자가 서로 중복되어 있을 뿐 아니라 불필요하게 많은 정보들을 담고 있다는 점에 그 문제점이 있다. 뿐만 아니라 이 모든 정보들이 강제적으로 제출 혹은 수집되도록 하고 이를 거대한 국가 데이터베이스에 통합, 관리할 수 있도록 한다는 점도 문제다. 그 중에서도 주민등록제도는 주민등록번호라는 통일적, 불가변적 식별자를 사용하여 모든 국민을 일생 전반에 걸쳐 통합관리할 수 있도록 하고 있음은 가장 큰 문제를 이룬다. 국가가 시민사회를 통치의 대상으로만 규정하고 그 위에 군림할 수 있는 강력한 정보권력을 부여하고 있는 것이다. 아래에서는 이 중에서 주민등록제도 자체의 문제, 주민등록번호제도의 문제, 그리고 주민등록증 제도의 문제를 다루어보자.

2) 국가신분등록제의 연혁²⁷⁾

우리나라에서 이 모든 것들을 가능하게 하는 것은 주민등록제이다. 모든 국민들에 대하여 수집가능한 모든 정보를 수집, 정리하고 이를 하나의 코드체계로 분해, 분류하여 하나의 인식표식·인식자로 고정시키고 그 개개인의 정보 모두를 이 인식자와 연계시켜 관리하는 체제가 그것이다.

우리나라에서의 주민등록제도는 저 멀리 일제강점기로부터 소급된다. 일제는 식민지조선의 주민들을 관리하고 인적·물적 자원들을 수탈하기 위한 수단으로

27) 이 부분 서술은 주로 김영미, “해방 이후 주민등록제도의 변천과 그 성격 - 한국 주민등록증의 역사적 연원,” 한국사연구, 제136호, 2007, 287-323면을 참조하였음

1909년의 민적법(民籍法)과 1922년의 조선후적령(朝鮮戶籍令) 등을 통해 조선의 전통적인 호적제도를 없애고 일본식의 가(家)를 중심으로 하는 신분등록제를 확립하였다. 일제는 호주(戶主)를 만들고 이 호주를 중심으로 남계혈통에 해당하는 가족들을 가(家)라는 관념적 집합체에 편입시켜 이를 대대로 영속시키면서 그 기본적인 승계체제를 직계비속남자에 연결시키는 신분등록방식을 취하였다.²⁸⁾ 즉, 모든 사람을 국가신분체제에 편입시키면서 가(家)의 중심이 되는 호주와의 관계를 기준으로 그 사람의 신분됨을 확정하였던 것이다.²⁹⁾

문제는 이러한 신분제도는 토지와 인간이 밀접히 연결되어 있는 농경사회에서는 본적을 중심으로 그 사람의 법률적 관계를 증명하는 데는 큰 도움이 되었을 것³⁰⁾이나 이러한 농경사회 혹은 지역공동체적 생활방식이 해체되는 상황에서는 그 사람의 현재 상태를 파악하고 감시하기에는 별다른 기능을 하지 못 하였다. 그의 호적지-즉 본적-와 거주지가 다른 경우에는 속수무책이었던 것이다. 특히 일제하에서 진행되었던 도시화와 이향민(離鄉民)의 증가현상은 자일동원이 절실하였던 군국주의체제 내지는 전시체제에서는 더욱 행정불편을 야기하게 되었다. 이에 일제는 1942년 조선기류령을 선포하여 주거지 신고의무제를 실시하였다. 90일 이상 본적지를 떠나 거주하는 자, 또는 본적이 불분명한 자는 이 사실을 거주지 관할 행정기관에 신고해야 하며, 관할 행정기관은 이 정보를 본적지에 연락하여 호적에 기록하도록 하였다. 그리고 이러한 신분등록제를 통해 1944년의 징병제를 비롯한 다양한 전시인력동원 및 물자동원을 효과적으로 수행할 수 있었다.

해방이 된 이후에는 미군정이 이 기류령을 반복한다. 미군정은 1947년 1월 ‘인구 동태의 정확성’과 ‘투표’ 등의 목적으로 전 국민이 거주등록을 하고 ‘등록표’를 발급받을 것을 요구하였다. 이는 북한에서 1946년 9월부터 실시하던 공민증에 갈음하는 것으로 ‘남조선의 합법적 주민인 것을 증명’하는 용도로 홍보되었다고 한다.³¹⁾ 이 등록표에는 등록번호가 기재되었으나 그것은 지역의 고유번호와 등록순서를 기재한 것으로 추정되고 있다. 이 등록표는 항시적인 소지의무가 부여되어 국가검열, 통제의 수단으로 이용되기도 하였다. 등록표에 하던 지문날인

28) 헌법재판소, 2005. 2. 3. 선고 2004헌가5 민법 제778조 위헌제청

29) 김병유, “주민등록제도의 의의와 연혁 개관,” 사법행정, 1979. 12. 103-104면

30) 실제 일제의 호적령 자체가 혈연을 기반으로 하는 것이기 보다는 그 혈연집단의 거주지, 즉 ‘본적지’를 중심으로 구성되어 있다는 점에서 그 기본적 지향은 신분관리와 더불어 정착농업에 기반한 봉건사회에서의 거주민관리에 있었다고도 할 수 있다.

31) 여기에는 ①시일(등록번호), ②성명, ③연령, ④신중(몸무게), ⑤신장, ⑥신체 특징, ⑦직업, ⑧고용주, ⑨서명(지문), ⑩발행자(면장), ⑪발행자의 서명 등이 기재되어 있었다고 한다.

에 대하여 당시 민정장관이던 안재홍이 “등록표에 지문을 받는 것은 현재의 사태가 과도기에 있는 만큼 경찰 수사상에도 필요함으로 그러한 것이다”(동아일보, 1947. 3. 20)라고 발언한 기록이 있는 것을 보면 좌익세력 색출을 중심으로 한 경찰목적의 수단으로 이용된 것이라 보아 잘못됨이 없는 것이다.

1949년 ‘빨치산 토벌지역’에서 발급된 “국민증”은 이런 치안적 성격을 명확히 한다. 그 국민증의 관할청은 경찰청으로 일정한 시간간격(6개월?)을 두고 경찰청의 검인을 받도록 하였다. 그중 경북지역에서 발급된 국민증에는 우무인과 좌무인을 날인하고 이에 경찰서장의 검인이 첨부되어 있다. 즉, 경찰이 주관하여 “공비”와 “주민”을 구분하는 증표로써 이 국민증을 사용한 것이다. 그리고 한국전쟁 중에는 이런 국민증이 전국에 걸쳐 확대 시행되었고 거기에다 여전히 우무인·좌무인의 날인이 행해졌다. 이 국민증은 14세 이상의 모든 남녀가 보증인 2명, 반장, 통장, 동회, 경찰서의 5단계 심의를 거쳐 발급받도록 하였다. 다만, 이때의 국민증은 지방자치단체 단위로 발부되어 시민증 내지는 도민증의 형식을 취하였다. 하지만, 그 형식의 차이에도 불구하고 이 시민증·도민증은 주기적인 갱신절차와 함께 경찰의 불심검문의 주된 목표가 되었다. 즉, 항시적 소지·제출의 의무를 부과하고 이를 바탕으로 ‘양민’과 ‘간첩’을 구분하는 수단으로 이용되었던 것이다.³²⁾

이러한 시·도민증 제도는 4.19혁명과 함께 유명무실화되다가 5.16 쿠데타 이후에 다시 부활한다. 쿠데타세력이 반공을 내세우자 시민들은 “자신의 안전을 보장할 첫 번째의 조치로서 시민증부터 발급받았던 것이다.” 그리고 이런 흐름 속에서 1942년의 조선기류령을 확대 강화한 1962. 5. 10. 주민등록법이 제정, 공포된다.

32) 1959년 9월 3일 다가오는 대통령선거의 전략을 발표하는 와중에 자유당 당무회의에서는 시·도민증의 폐지는 시기상조라고 하면서 그 이유를 다음과 같은 7가지를 내세웠다. ①간첩색출에 절대 필요하다, ②불심검문의 계기가 된다, ③간첩기소의 증거물이 된다, ④간첩이 위조하더라도 경찰을 그것을 적발할 수 있는 암호가 있다, ⑤내년의 정부통령선거를 앞두고 대량의 간첩이 남하한다는 정보가 있다, ⑥병력 기피자 단속할 수 있고 시민의 기동을 정리할 수 있다, ⑦선량한 국민으로서 당연히 가져야 한다. 동아일보, 1959. 9. 3. 김영미, 314면

<주민등록사무편람>

공포일자	시행일자	내 용
1962.5.10	1962.6.25	○ 기류법에 대체하여 주민등록법 제정
1968.5.29	1968.8.29	○ 주민개개인에 주민등록번호 부여(12자리) ○ 30일 이상 거주자 시·읍·면에 등록 ○ 호적신고로 주민등록신고를 같음 ○ 주민등록에 관한 본적지 통보제 마련 ○ 주민등록지를 공법관계의 주소로 함 ○ 18세이상자에게 주민등록증 발급(시·도민증 폐지)
1970.1.1	1970.2.1	주민등록증 발급 의무화 ○ 필요시 경찰관이 증 제시 요구할 수 있도록 함 - 간첩색출, 범인체포 등 직무수행 목적
1975.7.25	1975.8.25	○ 증발급대상자를 18세에서 17세로 인하확대하고 받을 의무부여 ○ 주민등록증갱신(1차) ○ 주민등록번호 일제갱신(현행13자리)
1977.12.31	1978.9.1	○ 개인별 주민등록표 작성제도 신설 ○ 주민의 거주지이동에 따른 신고는 인정(병역법, 향토예비군 설치법)
1980.12.31	1981.1.1	○ 복귀 및 신거주지변경신고 기한도 14일 이내에 하도록 의무화 ○ 주소의 중복, 공백이 없도록 하기 위하여 퇴거신고일 익일로부터신거주지에 주민등록이 된 것으로 인정
1988.12.31	1989.1.1	○ 경범죄처벌법 중 주민등록증소지 관련조문 삭제
1991.1.14	1991.3.1	○ 전산조직에 의한 사무처리근거 마련 ○ 주민등록표의 열람 및 등·초본 교부 제한 ○ 주민등록전산정보 자료이용 시 사전승인제도 규정 ○ 신거주지변경신고제도개편 - 주민편의상 최종전입주소지에 신고
1993.12.27	1994.7.1	○ 거주지이동시 전출신고를 폐지하고, 전입신고만 하도록 함(전출신고, 복귀신고, 신거주지변경신고 폐지) ○ 주민등록지를 공법상의 주소로 하는 경우에 전입신고일로부터 신거주지에 등록된 것으로 인정
1997.12.17	1998.12.1	○ 주민등록증을 주민카드로 경신발급 및 주민카드발급센터 설치

공포일자	시행일자	내 용
1999.5.24	1999.7.1	○ 경신 발급되는 새 주민등록증의 명칭을 ‘주민카드’에서 ‘주민등록증’으로 환원 ○ 주민등록증 발급센터의 설치근거 마련
1999.9.7	2000.10.1	○ 국민기초생활보장법 개정으로 용어변경 - 제14조의2중 ‘생활보호법’을 ‘국민기초생활보장법’으로 함
2001.1.26	2001.4.27	○ 주민등록번호의 부여근거를 법으로 규정함 ○ 무인민원발급기에 의하여 본인의 주민등록표 등·초본을 교부받을 수 있는 근거규정 마련
2004.3.22	2004.3.22	○ 주민등록 관련 민원신청 등의 전자문서처리 근거 마련 ○ 주민등록전산정보자료에 의한 주민등록사항의 진위확인 근거 마련 ○ 주민등록증발급센터의 명칭변경과 주민등록전산정보 백업시스템의 기능 및 설치 근거 마련

행정안전부(2006).

이 주민등록제도는 일제의 기류법의 전통과 해방 이후의 국민증 체제를 복합하여 확립된다. 그것은 다른 나라에서 흔히 보듯 사회복지혜택이나 국가적인 서비스의 제공을 위한 신분관리체제를 구축하려는 목적이 아니라, “간첩이나 불순분자를 용이하게 색출·식별하는 등, 모든 국민을 효과적으로 관리하려는 목적으로 도입되었다.”³³⁾ 실제 1968년 1.21 청와대기습사건과 1.23 푸에블루호사건을 계기로 시·도민증을 폐지하고 주민등록번호가 기재된 주민등록증을 발급하는 주민등록법의 개정이 이루어질 당시 내무부의 언론홍보는 이 점을 분명히 한다.

새로운 개정안이 통과되면 주민등록은 호적과 일치되게 내용을 일일이 본적지에 조회하여 통일하게 되므로 국민들의 주거실태를 정확히 파악할 수 있다는 점에서 시·도민증보다 복귀간첩의 잠입을 막을 수 있을 것으로 기대되고 있다.(동아일보, 1968. 2. 16. 제1면, “주민등록증 곧 발급”)

주민등록제도 자체가 “부동·불온분자의 색출”을 용이하게 하는 데 그 목적을 두고 있는 것이다. 실제 이렇게 만들어진 주민등록제도는 13차의 개정을 거치면

33) 김민호, “정보사회에서 주민등록제도와 개인식별번호체계의 공법적 쟁점,” 공법연구 제40집 제1호, 2011, 372면.

서도 그 본래의 모습을 잃지 않고 있다. 가장 대표적인 모습은 주민등록법 시행규칙 제16조이다. 이 조 제1항은 “시장·군수 또는 구청장은 만 17세 이상인 사람이 (……) 주민등록번호를 정정 또는 부여받거나 주민등록 정정신고, 전입신고, 국외이주신고 및 국외이주포기신고 등을 하였을 때에는 지체 없이 그 사항을 경찰청장에게 알려야 한다.”고 규정함으로써 주민등록제도가 법 제1조에서 말하고 있는 “주민의 거주관계 등 인구의 동태(動態)를 항상 명확하게 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 적정하게 처리하도록 하는 것”이라는 입법목적과 다르게 치안유지의 목적으로 이용되고 있음을 잘 드러낸다.

문제는 권위주의체제하에서의 주민등록법 개정이 국민에 대한 통제와 감시를 강화하는 방향으로 이루어졌다는 점 외에도 민주화 이후의 개정 역시 이 권위주의 체제에 대한 교정이나 반성의 모습을 담지 않고 있다는 점이다.³⁴⁾ 위의 표에서도 드러나듯, 민주화 이후의 주민등록제도의 개정방향은 종래 행정청이 자의적으로 운영해 오던 제도를 법령의 형태로 포섭함으로써 규범적 정당성을 부여하는데 급급하였다. 물론 2012. 6. 1. 주민등록법시행령의 일부개정(대통령령 제23825호)으로 주민등록표에 기재하는 사항에서 ⑩인력동원, ⑫학력, ⑬직업 등의 부분을 삭제함으로써 개인정보수집의 영역은 대폭 축소하였다는 진전은 있었다. 그러나, 그럼에도 불구하고 주민등록번호제에 대한 법적 근거를 마련한다든지 주민등록의 관리를 전산조직에 의하여 할 수 있도록 한다든지 하는 것은 효율성을 강화한 관료화의 결과에 다를 아니다. 나아가 이러한 방치 내지는 규범적 정당화의 작업은 정보통신기술의 발달과 결합함으로써 더욱 커다란 문제만 안겨주고 있다. 즉, 정보통신기술의 발달과 함께 주민등록제도의 문제점이 기하급수적으로 확대되고 있음에도 불구하고 기존의 틀을 완화하거나 제거하지 않고 유지하였다는 점에서 그 폐해를 방치 내지는 방조하였다는 비판을 넘어서기 어렵다. 일종의 부작위에 의한 통제·감시 강화로 나아간 것이다.

이 과정에서 주민등록제도가 정보화와 가장 긴밀하게 유기적으로 결합하는 것을 국가는 방치하게 되었고 오늘날에 와서는 그 폐해와 위험은 제정 당시에는 도저히 꿈도 꾸지 못할 정도로 확산되고 있다.

3) 주민등록제도의 문제

주민등록법은 시장·군수 또는 구청장으로 하여금 “30일 이상 거주할 목적으

34) 장종인, 위의 글, 30면

로 그 관할 구역에 주소나 거소(이하 "거주지"라 한다)를 가진 자(이하 "주민"이라 한다)"에 대하여 주민등록을 할 것을 강제하고 있다.(제6조제1항) 그리고 이러한 등록은 주민의 신고에 따라 하는 것을 원칙으로 하며(제8조), 이런 신고를 바탕으로 등록되는 주민의 정보는 아날로그방식의 주민등록표와 디지털화된 주민등록 화일로 정리되며, 중앙정부인 행정자치부가 이를 통합 관리한다. 이러한 제도가 가지는 문제점은 다음과 같다.

① 모든 국민/주민의 주거정보를 국가 혹은 지방자치단체가 반드시 등록, 관리하여야 하는가에 대한 원천적인 검토가 부재한 채 제도가 설계되어 있다. 많은 나라들에서는 이런 식의 전국민/주민을 대상으로 의무적인 주민등록을 하게 만들지 않음을 참고할 필요가 있다.

② 주민등록을 함에 있어 지나치게 많은 정보를 수집하고 있다. 참고로 개인별 주민등록표에 기재되는 정보들은 다음과 같은 것들이 있다. 실제 주민등록표에 의해서 관리되는 개인정보는 140개 항목에 달하며, 이 가운데 78개 항목은 국가가 관리하는 데이터베이스에 수록되어 있다고 한다.

- ① 주민등록번호
- ② 세대번호
- ③ 성명: 한글, 한자
- ④ 생년월일
- ⑤ 성별: 남·여
- ⑥ 혈액형
- ⑦ 혼인관계: 기혼, 미혼
- ⑧ 등록기준지: 등록기준지, 등록기준지 변경사유
- ⑨ 주소이동사항: 주소, 전입년월일, 전출연월일, 변동사유, 세대주 성명·관계
- ⑩ 인력동원: 동원구분, 동원대상종류별(1종, 2종, 직종기호, 직종명칭), 동원보류사유, 동원면제사유, 기술·기능·예능(조사연도, 직종, 근무처, 동원지정업체여부), 동원훈련(연도, 훈련일수, 훈련실시기관, 동원순위 및 사유), 자격면허(발행연도, 명칭, 발행기관), 직업훈련(실시연도, 훈련직종, 훈련실시기관), 이공계·실업계(졸업연도, 졸업학과명), 전시기록(영장

발부, 신고상황, 동원해제, 기타)³⁵⁾

- ① 주민등록증발급(발급, 재발급, 사진)
- ② 학력(초등학교, 중학교, 고등학교, 대학, 대학원, 학과, 학년, 제·퇴·졸)
- ③ 직업
- ④ 경유기관(통장, 이장 확인 서명)
- ⑤ 작성구분(최초작성: 일자 연월일, 작성자직급·성명, 재작성: 일자 연월일, 작성자직급·성명, 재작성사유, 세대주확인)
- ⑥ 예비란

별지 제96호서식] 4개정 2010. 6. 4.

주민등록증 발급 신청서

× 비록의 유의사항과 작성방법을 읽고 작성하여 주시기 바라며, []에는 해당되는 곳에 4코드를 합니다. (일괄)

접수번호	접수일	처리기간	즉시
사진(남자) (3cm×4cm)	성명(한글)	성명(한자)	사진(여자) (3cm×4cm)
	주민등록번호	세대주 성명	
	주소		
	등록기준지		
	필택형	특수기술훈	
	전화번호	유대전화번호	
신청내용	주민등록증 발급 신청 확인서	[]교부	[]이교부
	주민등록증 수령 방법	[]주민등록기관 방문	[]편기우편
	등기우편 수령 주소 (주 -)		
본인 확인	담당 공무원	통장·이장	가족
			소영 관계 서류
년 월 일			
신청인 (서명 또는 인)			
원손 회전 지문 (각 칸의 크기: 가로 4cm × 세로 3cm)			
물체 손가락	첫째 손가락	넷째 손가락	다섯째 손가락
			첫째엄지 손가락
오른손 회전 지문 (각 칸의 크기: 가로 4cm × 세로 3cm)			
물체 손가락	첫째 손가락	넷째 손가락	다섯째 손가락
			첫째엄지 손가락
원손 엄지 평면	원손 4지 평면 (가로 7.1cm × 세로 5.5cm)	오른손 4지 평면(가로 7.1cm × 세로 5.5cm)	오른손 엄지 평면
210mm×297mm(10원지 17g/㎡) (별지)			

③ 뿐만 아니라 주민의 등록 및 관리와는 전혀 관계없는, 지문과 같은 생체 정보까지도 수집하여 보관(그것도 경찰청에서 보관)함으로써 전국민들 잠재적 범죄자로 취급하는 과도한 규제를 행하고 있다.

35) ⑩인력동원, ⑫학력, ⑬직업 등의 부분은 2012. 6. 1. 일부개정(대통령령 제23825호)으로 삭제됨

④ 주민등록의 신고나 관리 등에 통장이나 이장과 같은 최말단의 관리자를 삼입함으로써 생활공간 내에서의 밀착형 감시가 가능한 구조를 가지고 있다.

⑤ 주민등록에 너무도 많은 국가지자체의 행정이 결합되어 있다. 그로 인하여, 사회복지 등 주민등록을 바탕으로 모든 행정체계가 이루어지는 터라 주거의 변동이 잦거나 혹은 나름의 이유로 주민등록을 하지 못한 사람(소위 주민등록말 소자)들에 대한 국가적·지자체적 권리·이익의 행사가 불가능하게 되는 현상도 발생한다.

⑥ 주민등록정보를 국가가 주로 관리하게 됨으로써 지자체의 주민관리가 목적이 아니라 국가의 국민(밀착)관리가 목적인 것처럼 오용되고 있는 실정이다. 즉 사실상 국가등록체도로 변질되어 있는 셈이다(실제 가족부 등은 법원에서 관리되고 있는 만큼 행정부의 입장에서는 그에 대체할 만한 국민/주민관리용 정보수집이 필요한 상황이기도 하다)

4) 주민등록번호제도

하지만, 정보화사회에서 무엇보다도 큰 문제로 대두되고 있는 것은 다른 아닌 주민등록번호제도이다. 주민등록법은 “시장·군수 또는 구청장은 주민에게 개인별로 고유한 등록번호(이하 "주민등록번호"라 한다)를 부여하여야 한다.”(제7조 제3항)로 하여 모든 국민이 평생동안 바뀌지 않는 단일하고도 유일한 주민등록번호를 부여받도록 강제하고 있다. 그리고 주민(국민)의 관리는 모두 이 주민등록번호에 의거하여 처리하도록 시스템들이 구축되어 있다.

이 주민등록번호는 1968. 9. 16. 개정된 주민등록법시행령(대통령령 제3585호) 제3조에 의해 처음 도입되었다. “간첩이나 불순분자의 색출, 병역기피자의 징병관리 등을 위한 용도”로 도입되었는데, 도입될 당시에도 반대론이 적지 않았다. 당시 제1야당이었던 신민당은 물론 언론에서도 개인의 인격권이라는 헌법상의 권리를 단지 “행정사무의 도구처럼 희생시킨다”는 비판을 제시하였다.³⁶⁾ 우리 국가가 권위주의 체제로 이행하는 과정에서 반공이데올로기를 빌미로 국가권력의 강화수단으로 주민등록번호제도가 마련되었던 것이다.³⁷⁾

36) 이장희, 주민등록번호제에 대한 헌법적 쟁점, 헌법재판연구원, 2013, 8-9면.

37) 윤현식, 개인정보의 국가등록제도와 프라이버시권과의 관계에 관한 연구, 건국대 석사학위논문, 2002,

주민등록번호의 구성원칙은 이 주민등록번호체제가 단순한 주민관리행정의 보조인자라면 확정된 것이 아님을 잘 보여준다. 그것은 생년월일과 성별(노소 및 내외국인), 주민등록지, 주민등록순서 및 오류검증번호 등으로 구성되는 주민등록번호는 이미 그 번호만으로도 번호의 주체에 대한 일반적 정보와 함께 그 신원을 검증하고 확인하는 수단으로서의 기능을 수행한다. 실제 주민등록번호의 기능을 식별기능, 인증기능, 연결기능, 묘사기능 등으로 분류를 하다고 하면³⁸⁾ 주민등록번호는 개인에 특정된 번호로서 그 인격을 식별하고 나아가 그 인격의 존재양태(남자/여자, 1900년도생/2000년도생, 출생시의 거주지역(소위 고향) 등)를 묘사하는 기능까지 제시한다. 대면적 관계에서 가장 유효한 자기 표시의 수단으로 기능하는 것이다.

아울러 주민행정의 보조인자로서의 성격을 넘어서는 기능은 연결기능에 집중되어 있다. 이미 주민등록관계법령은 주민등록표를 가족관계등록부와 결합하고 있을 뿐 아니라 경찰청의 치안행정에까지 연결하고 있다. 그리고 이러한 연결을 가능케 하는 연결점이 바로 주민등록번호이다. “간접이나 불순분자의 색출, 병역기피자의 징병관리 등을 위한 용도”라는 본연의 목적이 여전히 주민등록번호 제도의 본질을 이루고 있으며, 이는 다시 ‘휴대폰의 사실상의 실명인증제’를 통해 모바일 내지는 유비쿼터스 소통체제에까지 확장되어 국민의 의사소통에까지 국가의 통제력을 미치게 하는 틀을 이루고 있다.

이러한 주민등록번호제도에 대하여 이은우는 다음과 같은 문제점을 지적한다.

- (i) 주민등록번호는 어디에서든 그 사람을 대표하는 유일한 번호로서 그 사람에 관한 모든 개인정보의 통합자와 식별자 역할을 한다.
- (ii) 주민등록번호의 구성이 외부에서 그 번호만 보아도 나이, 출신지역, 성별(생물학적인 성) 등을 확인할 수 있게 되어 있어서 인권침해의 소지가 있다.
- (iii) 한번 발급된 주민등록번호는 평생 변하지 않는다. 이런 점에서 임의적인 번호체계로 단순한 일련번호에 불과한 번호인 경우나, 번호가 바뀔 수 있는 경우보다 훨씬 더 강력한 전국민 특정번호제도이다.
- (iv) 그 동안 수 십년간 축적된 주민등록자료가 전산화되어 있으며, 행정영역의 경우는 모든 행정영역에서 제한 없이 주민등록번호를 식별자로 사용해 왔으며, 민간부문에서도 주민등록번호를 무분별하게 개인식별 수단

100-101쪽

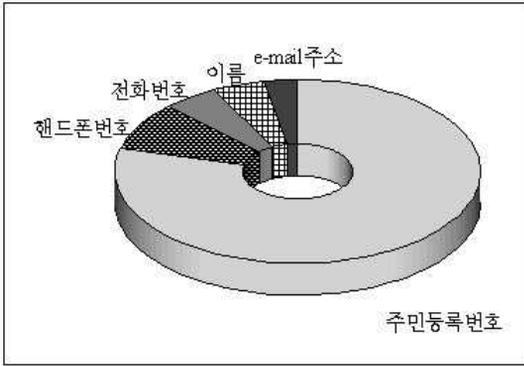
38) 이장희, 앞의 글, 12면.

으로 사용해 오고 있어서 개인정보의 통합화된 정도가 전세계에서 유례를 찾아볼 수 없을 정도로 강력하다. 오늘날 이 주민등록번호는 각급 공공기관에서 보유하고 있는 개인정보화일(중앙행정기관 99종, 지방자치단체 126종, 각급학교 22종, 정부투자기관 기타 204종 : 2000. 12. 행정자치부 공고)과 민간영역에서 보유하고 있는 모든 개인정보의 식별자 역할을 하고 있다. 그 뿐만 아니라 최근에는 대부분의 인터넷 웹사이트에서 주민등록번호를 개인의 신분확인용으로 사용하고 있으며, 신용정보회사는 국민들의 주민등록번호를 개인신분확인용으로 사용하도록 데이터베이스로 제공하고 있기도 하다.

주민등록번호는 한 사람에 대하여 그에 특유한 번호 하나가 부여되고(전속성) 그 부여방식은 전국적·전국민적으로 통일된 체계를 이루며(통일성), 결코 중복되지 아니하며(유일성), 일생동안 변하지 않으며(종신성), 모든 정보관리의 기본식별자로 활용되고 있으며(범용성), 모든 국민이 의무적으로 사용하여야 한다(강제성)는 점에서 그 특징이 있다. 아울러 그 자체 개인정보를 담고 있다는 점(개인정보성)도 전세계적으로 유례가 없다. 그리고 바로 이 특징으로 인해 그것은 가장 인권침해적 성향을 가진다.

실제 국가인권위원회의 조사결과에 의하면, 이 주민등록번호는 2005년 현재 법령이 요구하는 법정서식의 47.1%에 달하는 7,648개의 서식이 주민번호를 요구하고 있으며, 공공기관이 사용하는 개인정보파일의 약 80%정도가 사용하고 있다 한다. 민원서식의 경우에는 3,303개중 82%인 2,706개가 주민등록번호를 요구하고 있다. 또한 민간부문의 경우에도 부가통신사업자, 인터넷사업자 등의 경우 2,266개(79.3%)가 주민등록번호를 중심으로 개인정보를 수집하고 있다. 또한 민간부문에서 사용하는 서식 22,872개의 표본을 조사한 결과에 의하면 그 절반 정도가 주민등록번호를 요구하고 있다고 한다.

이러한 조사결과는 그 자체 개인정보 덩어리(생년월일, 성별, 내외국인여부, 주민등록발급지, 발급순서 등)인 주민등록번호가 무차별적으로 수집되고 또 이를 바탕으로 관련된 개인정보가 집중적·통합적으로 관리되고 있음을 보여준다. 즉, 주민등록번호 하나만 있으면 그 소지자에 대한 모든 개인정보를 추적, 수집할 수 있음을 의미할 뿐 아니라, 그의 행적이나 생각, 생활방식, 거래 및 경제활동, 병력, 정부에 대한 사고나 활동(특히 민원서류에서 추적가능한...) 등을 한 눈에 다 파악할 수 있다는 것이다.



<가장 입력을 꺼려하는 정보>

사이트 회원 가입시 입력을 가장 꺼려하는 정보'는 주민등록번호(75.0%)였으며, 핸드폰번호(8.2%)나 전화번호(4.5%), 이름(4.4%), e-mail 주소(2.8%) 등의 개인정보는 그렇게 강한 거부감을 보이지 않았다.³⁹⁾

사정이 이러함에도 불구하고 주민등록번호를 요구하지 못하게 하거나 그 수집을 규제하는 장치는 2011. 9. 30.부터 시행된 개인정보보호법 제24조에 의하여 비로소 가동되기 시작하였다. 하지만 이러한 수집제한조치는 이미 주민등록번호가 사회 일반의 '공유물'이 되어 버린 상태에서 뒤늦게 실시되었다는 점에서 그 조치의 실효성 자체가 의심스러운 지경이 되어 있다. 뿐만 아니라 이런 저런 국가 목적을 위하여 국가의 법령은 오히려 이를 부추기고 있을 뿐 아니라(특히 각종의 실명제 등), 주민등록번호와 같은 고유식별번호들을 공공기관이 자의적으로 이용하거나 제3자에 제공할 여지를 폭넓게 인정하고 있는 것이 현실이기도 하다.(개인정보보호법시행령 제19조제1항 단서) 나아가 민간부문에 있어서도 경제적 약자일 수밖에 없는 개인의 경우 주민등록번호를 요구하는 강자-기업이나 단체 등의 명령에 복종하지 아닐 방법도 없는 것이 현실이다. 한마디로 민간부문에서 주민등록번호를 사용하는 것은 오로지 민간의 "자율"에 맡겨져 있다시피 한 것이 현실이다. 2012. 2. 17. 개정된 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

39) 국가인권위원회 2003년 12월 18일자 보도자료 참조. 또한 한국정보보호진흥원이 조사한 다른 자료에서는 주민등록번호를 도용하는 경우 친구의 것을 도용하는 비율이 61.7%이며 주민등록번호생성기 26.7%, 다른 사람 26.7%, 가족 20.0%(중복응답) 등의 순위를 보이고 있다. 이들은 주민등록번호를 도용하는 이유로 '번호유출이 걱정되서'(38.3%) 혹은 '흔적을 남기기 싫어서'(36.7%) 등의 응답을 보인다. (중복응답) 한겨레 2004년 3월 24일자. 이러한 주민등록번호의 남용에 관하여는 이민영, "주민등록번호 남용억제에 관한 법적 고찰," 정보통신정책 제16권 제8호, 2004 참조.

아래의 그림은 국가인권위원회가 2003년 '금융기관과 인터넷에서의 개인정보 공유현황'에 대하여 네티즌 1,042명을 대상으로 실시한 조사의 결과를 표기한 것이다. 여기서 응답자들은 주민등록번호의 도용 문제에 대해 무려 26.6%가 '주민등록번호가 도용돼 회원가입에 실패한 경험이 있다'고 응답하였다고 한다. 그리고 '인터넷

의 경우 제23조의 2에서 주민등록번호의 사용제한을 규정하고 있기는 하나, 이 또한 너무도 광범위한 예외를 인정하고 있어 개인정보보호의 실익이 의심스러울 뿐 아니라, 그 역시 사후약방문에 불과하다는 비난으로부터도 자유롭지 못 하다.⁴⁰⁾

비교법적으로 우리나라의 주민등록제도와 가장 유사하게 구성되어 있는 곳이 스웨덴의 경우이다. 스웨덴은 우리 주민등록번호 제도와 유사한 개인식별번호(PIN: Personal Identify Number)제도를 운영하고 있다는 점에서 그러하다. 하지만, 이 개인식별번호 제도(10자리 숫자조합)는 사회보장 등 국민의 편의성과 생활 안정 등 사회보장 서비스전달의 효율성을 위한 것으로 사회민주주의체제의 특성으로부터 나온 것이라고 보는 것이 타당하다. 즉, 그 목적과 사용도 등의 면에 있어서는 우리의 제도와는 상당한 거리를 두고 있는 것이라고 보아야 할 것이다.⁴¹⁾

미국의 경우도 마찬가지다. 미국의 경우 법으로 공공기관에서의 사회보장번호의 공개를 금지하고 있으며, 법령이 정하고 있는 경우를 제외하고는 공공기관의 경우 사회보장번호를 요구하는 것을 금하고 있으며, 사회보장번호를 제공하지 않았다는 이유로 서비스 제공을 거부해서는 안 된다는 규정을 두고 있다. 미국의 사회보장번호(Social Security Number: SSN 지역번호 3자리 - 집단번호 2자리 - 일련번호 4자리)는 그 번호 및 그와 관련된 기록등에 대하여 비밀성이 보장되며 그것이 외부로 공개되는 것은 금지된다.⁴²⁾ 또한 이 사회보장번호는 개인의 신청에 기하여 발급된다는 점에서 출생과 더불어 그 발급이 강제되는 우리의 경우와는 질적으로 차이가 난다.⁴³⁾

40) 또 다른 법제로는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」이 있기는 하나 이는 “주민등록번호를 특별히 보호하는 규정으로 볼 수는 없고, 계속적인 이용을 가능하게 하는 규정이라고 판단된다.” 김민호, 382.

41) 더구나 스웨덴의 경우 정보통신기술의 발전과 같은 환경변화를 감안하여 1998년 개인정보보호법을 대폭 개정하여 국가에 등록되어 있는 개인정보의 범위 및 용도를 엄격히 제한하고, 그 사용의 필요가 있는 때에는 개인의 명시적 동의를 받도록 명문화해 개인정보의 무분별한 유출을 방지하고 있다고 한다. 김민호 367, 김일환 “住民登錄番號의 違憲性與否에 관한 考察,” 헌법학연구 제11권 제3호, 2005, 315-6

42) 프라이버시보호법은, 연방이나 주 정부기관이 사회보장번호를 필요로 하는 때에는 제출의 필수성 여부, 요구의 법률 근거, 제공된 사회보장번호의 사용목적 및 제시 거부의 경우 처리방법 등을 미리 고지하도록 하고 있으며, 법령이 정하는 경우를 제외하고는 공공기관이 사회보장번호를 요구하는 것을 금지시키고, 이를 제공하지 않았다는 이유로 서비스 제공을 거부해서는 안 된다는 규정을 두고 있다.(5 U. S. C. Sec. 552a) 서지원, 프라이버시와 국가신분증제도, 서울대학교 석사학위 청구논문, 1998, 68쪽.

43) 이러한 미국의 틀은 2007년 11월부터 시행된 네델란드의 시민서비스번호(BSN: Burger Service Number) 제도에도 이어지고 있다. 주로 조세·복지 등 공공업무용으로 사용되는 이 시민서비스번호는 개인정보보호법(Personal Data Protection Act)에 의거, 그 사용범위가 엄격히 제한되고 있으며, 개인 사업자 등이 시민서비스번호를 취급할 경우, 사전 허가된 사람만 접근할 수 있도록 철저한 보안시스템의 설치를 의무화하고 있다. 김민호, 365면.

외국의 이러한 개인별번호부여체제와 우리나라의 주민등록번호체제의 본질적 차이는 목적외 사용의 가능성에 있다. 그동안 우리나라의 주민등록번호제도는 1968년 도입된 이래 아무런 제약이나 제재도 없이 민관을 불문하고 자유롭게 사용해 왔다. 앞서 언급한 국가인권위원회의 보고서는 그 단적인 예에 불과하다. 주민등록번호 및 주민등록제도의 목적이 어떠한 관계 없이 개인식별자로서의 주민등록번호의 유효성, 효율성으로 인하여 사람을 대상으로 하는 모든 정보파일은 하나같이 주민등록번호를 중심으로 구성되고 또 이를 기반으로 상호 연동되는 체제를 구축해 왔다. 그리고 이를 위하여 국가영역은 물론 시민사회영역이나 경제영역에서조차 법령⁴⁴⁾에 의한 강제력을 통해 혹은 관행이나 일방의 요구에 의해 별다른 의식도 없이 주민등록번호가 제공되고 또 이용되어 왔다.

이런 목적외 사용은 애당초 주민등록번호체제의 도입시부터 예정되어 있다고 해도 과언은 아니다. 우선 그 번호를 방첩과 치안의 목적으로 사용하고자 하는 의도가 명시되었을 뿐 아니라, 이를 주민등록증에 명기하도록 함으로써 행정내부적인 편의를 위한 분류번호체제의 수준을 넘어 언제든지 그 사람의 신원을 확인하고(식별기능), 나아가 각종의 데이터베이스와 연동시키거나 혹은 새로운 개인 정보파일을 자유롭게 창출할 수 있도록 하는 목적(연결기능) 것이다.

이 점은 주민등록번호제도가 현재의 시점에서 이용되는 양상과 직결된다. 공공기관에서의 주민등록번호는 일반적인 식별자 및 연결자로서의 기능을 넘어 국가가 상정하는 가장 추상적 수준의 위협을 ‘예방’하고 ‘추적’하는 기능을 수행한다. 아직도 공직선거법상에 남아 있는 통신실명제나 휴대폰개통시 주민등록번호의 수집을 허용하는 체제는 그 대표적인 예이다. 헌법상 보장되는 표현의 자유에도 불구하고 그것을 야기할 수 있는 체제위험이나 도덕률 침해의 문제를 사전에 제시하면서 그러한 위법을 적발하고 추적할 수 있는 장치(혹은 이러한 추적의 위협으로 일반예방을 수행하고자 하는 장치)로서 활용되는 것이 통신실명제이다.⁴⁵⁾ 위협이 발생할 수 있는 구체적인 인자들을 지적함이 없이 막연한 상황이나

44) 이때의 법령 또한 구체적인 법규명령의 틀 속에서 주민등록번호의 제출을 명하는 것이 아니라, 주로 별표상의 서식을 통하여 암묵적으로 주민등록번호의 기재를 요구하는 방식을 사용해 왔다. 개인의 기본권을 제한하면서 암묵적이고도 우회적인 방법을 사용해 온 것이다. 헌법재판소는 “[주민등록법] 시행령 조항에서는 주민등록법 제17조의8 제5항의 위임규정에 근거하여 주민등록증발급신청서의 서식을 정하면서 보다 정확한 신원확인이 가능하도록 하기 위하여 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 것이므로, 이를 두고 법률에 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위배되는 것으로 볼 수는 없다.”(헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513등)고 하여 이러한 편법적 기본권제한의 관행들을 정당한 것으로 인정하고 있다.

45) 이에 관하여는 한상희, “음란물 규제법제와 통신실명제,” 정보법학 제3호, 1999, 361-386면 참조.

맥락만으로 일정한 위험을 추상화해내거나 혹은 어떠한 상황인자들을 결합하여 미래의 특정한 조건하에서 어떠한 현상이 발생할 수도 있음을 예측하고 이에 기반하여 사회질서에 대한 위험을 도출하는 한편, 국가는 이를 사전에 예방하고 통제하여야 할 의무와 권한을 가지는 것으로 규정하는 일종의 예방형법 혹은 예방경찰의 현상이 이에 해당한다.⁴⁶⁾ 나타나고 있으며 이를 가능하게 하는 가장 유효한 장치중의 하나로 주민등록번호가 활용되는 것이다.

주민등록번호제도가 국가주의의 전형적인 예에 해당한다고 보는 것은 바로 이 때문이다. 국가의 행위영역 상대편에 국민 개개인의 기본권과 권리를 상정하는 것이 아니라, 국가의 고권적 권력에 복종하는 국민만을 설정하고 그 통제의 기제로서 주민등록번호가 활용되고 있는 것이다. 환언하자면 주민등록번호제도를 구성한다고 일컬어지는 행정편의주의는 단순한 행정효율성의 문제에 한정되는 것이 아니라, 국가에 의하여 일방적으로 규정되는 행정가치와 관료적 편의에 의하여 결정되는 행정수단은 언제나 국민의 권익 위에 존재하며 국민은 이를 위하여 자신의 권리와 이익을 포기할 것이 강요되는 국가주의적 체제의 문제가 표출되는 하나의 양상에 불과한 것이다.

민간영역에서 주민등록번호의 사용이 관례가 된 것은 이러한 국가행태에서부터 비롯된다. 공공영역에서 사용되는 주민등록번호는 마찬가지로 거래의 상대방의 신원을 식별하는 수단으로 최적의 인자가 되어 있으며, 나아가 연결자로서도 가장 효율적이고도 효과적인 것이 되어 있었던 것이다. 뿐만 아니라 국가에 의하여 정례적으로 이루어지는 각종의 검색·검속·예컨대 정보통신망사업자에 대한 통신기록의 요구 등·에 대응함에 있어서도 저렴하고도 효과적인 수단이 될 수 있었다. 게다가 주민등록번호는 한번 부여받으면 어떠한 경우에도 변경할 수 없다는 불변성, 항구성을 가진다. 그를 바탕으로 구축되는 데이터베이스의 효율성을 최대화하고 있는 것이다.⁴⁷⁾

46) 이러한 국가주의적 경찰국가의 모습은 나치형법체계에서 가장 잘 드러났었다. 사회질서의 유일한 보장자·실천자로서의 국가는 일정한 신조나 경향만으로도 반사회적 위험을 규정할 수 있게 되고(혹은 있어야 하고), 개인은 민족공동체개념으로 구성되는 국가를 위하여 자기의 자유와 권리에도 불구하고 국가의 이러한 위험예방적 조치에 복종하여야 할 것을 요구하였던 것이다. 한마디로 “모든 국민은 자신과 자신의 삶을 ‘민족 전체에 대한 봉사’라는 관점에서 바라보아야 하며, 개인의 자유는 전체를 위해 언제든지 제한될 준비가 되어 있어야 했다.” 윤용선, “나치의 범죄정책: 남성 동성애 사례를 중심으로,” 역사와문화 제13호, 2007, 84-104면. 권위주의체제에서의 우리 국가도 마찬가지로의 위험을 제시하며 사회와 개인을 통제하였고, 그러한 국가주의적 경찰관행은 서울광장애의 통행권제한 사건에서 보듯 여전히 지속되고 있다.

47) 이 점은 후술하듯 주민등록번호제도가 가지는 최대의 문제점이다. 자신의 주민등록번호가 유출되어 지금까지 축적된 자기 개인 정보가 온전히 다 노출되었음을 넘어, 미래의 개인정보까지도 유출될 가능성

5) 주민등록증제도

217세 이상의 모든 국민이 의무적으로 발급받아 의무적으로 소지하게 되어 있는 주민등록증은 개인정보보호에 대한 침해가능성뿐 아니라 전국민에 대한 일종의 보안통제장치로 기능한다는 점에서 또 다른 문제거리다.

<주민증 기재사항>

구분	최초발급	1차변경	2차변경	3차변경
연도	1968	1975	1983	1999
전면 정보	성명 사진 주민번호(12자리) 생년월일 본적 주소 병역 병역특기번호 발급일자 발급기관장 소지의무 안내 습득 시 안내문	성명 사진 주민번호(13자리) 생년월일 본적 주소 병역 병역특기번호 발급일자 발급기관장 소지의무 안내 습득 시 안내문	성명 사진 주민번호(13자리) 본적 주소 병역 발급일자 발급기관장 호주 명	성명(한자병기) 사진 주민번호(13자리) 주소 발급일자 발급기관장
후면 정보	주소 변경란 직업 지문(양쪽 엄지)	주소 변경란 직업 지문(양쪽 엄지)	내용 변경란 병역특기번호 지문(한쪽 엄지) 습득 시 안내문	주소 변경란 지문 습득 시 안내문

(송희준, 전자주민증관련 주민등록제도 발전방안, 2010)

첫째, 이 주민등록증은 신분증명의 목적을 감안하더라도 너무 많은 정보를 가지고 있다. 위의 표는 그것을 정리한 것으로 1968년 처음 발급되었을 당시보다는 정보의 양이 상당히 줄어들기는 하였으나, 여전히 성명과 주민번호, 주소 및 그 변동여부, 발급일자 및 발급지, 사진 등의 정보와 더불어 지문과 같은 신체정

이 명확함에도 불구하고 그 당사자(뿐 아니라 국가까지도)는 이 주민등록번호를 변경할 수 없는 상황이 벌어지고 있는 것이다.

보를 담고 있다.

둘째, 주민등록증의 용도 또한 지나치게 확장되어 있다. 민원서류나 기타 서류를 관공서나 기업, 사회단체 등에 접수시킬 때, 자격증서등을 발급받을 때, 그리고 기타 신분을 확인하고자 할 때 기본적으로 주민등록증이 그 신분의 확인수단으로 정해져 있다(주민등록법 제25조). 뿐만 아니라, 사법경찰관리의 경우 주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요가 있다고 판단할 때에는 주민등록증의 제시를 요구할 수 있으며, 주민등록증을 제시하지 아니하는 사람에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 경우 인근 관계 관서에서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다(제27조제1항). 여기서 “그 밖에 신분을 확인하기 위하여 필요할 때”라는 문구나, “주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요”가 있을 때 행사하는 사법경찰관리의 주민등록증제시요구권 혹은 “인근 관계 관서에서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있”는 권한 등은 지나치게 포괄적인 신분확인권을 관공서등에 부여하였거나 혹은 지나치게 강한 수사권(인근 관계 관서에서의 신원확인요구권은 사실상의 동행요구권을 의미한다)을 부여한 것이 된다.

이러한 포괄적 사용은 역으로 주민들에게 주민등록증이라는 국가적 증표에 자신의 정체성을 고착시킬 것을 요구한다. 개인적 자유와 권리의 주체로서의 주민이 아니라, 언제나 국가의 요구 앞에서 자신을 증명하여야 할 의무를 지는 피동적 존재로서의 주민으로 자신을 특정할 것이 강요되는 것이다. 사법경찰관리의 주민등록증제시요구권은 그 대표적인 예가 된다. 범죄와 관련이 없음에도 불구하고 혹은 자기방어권이 있음에도 불구하고 이 조항은 사법경찰관리의 요구에 의하여 언제든지 자신의 신원을 진술-제시-하고 그의 검증 내지는 검속에 복종하여야 할 의무를 지게 만든다. 윤용선의 말처럼 “개인의 자유는 전체를 위해 언제든지 제한될 준비가 되어 있어야 했다.”는 상황이 반복되고 있는 것이다.

셋째, 주민등록증에 담게 되어 있는 지문은 법적 근거나 합리적 사유 없이 인격권을 침해하는 제도로서 헌법이 보장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 양심의 자유 등을 침해하는 위헌의 소지가 있다. 물론 이 부분에 대하여 헌법재판소는 이미 합헌이라는 판단을 내린 바 있다.⁴⁸⁾ 하지만 이 결정에서도 국가주의는 그대로 재생된다. 헌법재판소는 “지문정보의 보관은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여

48) 헌법재판소, 2005. 5. 26. 99헌마513등

이용하기 위한 것이므로, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 법률조항들은 모두 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있다”고 하면서 나치식의 예방형법의 기본 논리를 그대로 반복하고 있는 것이다. 지문정보의 수집과 보관행위가 개인정보자기결정권을 제한하는 것임을 인정하면서도 구체적인 사회질서위험이 존재하지 않는 상황에서도 막연한 미래의 범죄자를 추적하기 위한 수단으로 지문정보를 수집해 두는 것 그리고 그에 따라 개인정보자기결정권에 대한 포괄적 제한을 가하는 것⁴⁹⁾을 합헌이라고 판단하고 있는 것이다.⁵⁰⁾

제4절 주민등록번호제도의 위헌여부

가. 주민등록제도의 헌법적 문제점

우리나라의 주민등록제도는 반공냉전이데올로기를 기반으로 한 권위주의체제의 구축 수단으로 구성되었던 그 출발점에서부터 정보사회에서 수많은 개인정보와 연동됨으로써 개인의 생활관계 자체를 침해하는 상황에 이른 지금에 이르기까지 수많은 비판과 도전을 받아왔다. 그 대표적인 논거는 다음과 같다.

첫째, 그것은 법치주의의 기본원칙인 의회유보의 원칙에 위반된다. 의회유보란 국가공동체 혹은 국민의 기본권과 관련하여 중요한 사항은 의회가 행정부에 맡길 것이 아니라 스스로 그 본질적 내용을 법률의 형식으로 규율할 것을 요구하는 헌법원칙이다. 이를 주민등록제도의 적용해 보면 그 결과는 분명해진다. 주민등록제도는 위에서 언급한 것처럼 백여건에 이르는 개인정보들을 별다른 목적이거나 합리적 근거를 특정하지도 않고 자의적으로 수집하여 국가가 관리하는 체제를 갖췄다. 특히 주민등록번호제도는 생년월일에서부터 성별, 주민등록지역, 등재순위는 물론 지문과 같은 생체정보까지 노출시키고 있다. 그 자체 개인정보자기결

49) 포괄적 지문수집에 대해서도 헌법재판소는 “범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 점”을 들어 합헌이라고 판단하면서 이 문제에 관한 헌법판단을 국가주의적 예단으로 대체하고 있다.

50) 그외 전자주민증의 문제가 있으나 여기서는 생략한다. 이에 대해서는 민주법연에서도 ①도입명분의 타당성 결여 ②보안성 우려 ③행안부의 보안대책에 대한 불신 ④정보연계 가능성 ⑤생체정보의 남용 ⑥법률유보원칙 위반 ⑦과도한 재정부담(예산의 축소전망) 등을 이유로 반대성명을 내었다. 민주법연, 전자주민증 관련 ‘주민등록법’ 개정안에 대한 민주주의법학연구회 의견서, 민주법학, 제46호, 2011

정권을 침해하고 있다. 하지만, 이렇게 증대한 기본권의 침해가 있음에도 불구하고 그 근거가 되는 규정은 주민등록법이 아니라 시행령으로 위임하고 있으며(법 제7조제4항), 시행령은 다시 시행규칙으로 위임한다(령 제7조제5항). 복위임의 틀에 의거하여 최하위의 법규명령이 기본권의 실질적 내용을 제한하도록 하는 방식을 취하고 있는 것이다. 따라서 이는 그 내용 여하는 접어두더라도 입법형식의 면에서만도 의회유보 내지는 법치주의의 원칙에 위반된다 할 것이다.

둘째, 그것은 헌법 제37조제2항이 정하고 있는 과잉금지의 원칙에 어긋난다. 먼저 목적의 정당성만 보더라도 현저히 잘 못된 내용의 규율을 취하고 있다. 주민등록법은 그 목적을 “주민의 거주관계 등 인구의 동태(動態)를 항상 명확하게 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 적정하게 처리하도록 하는 것”(제1조)에 두고 있다고 선언한다. 하지만, 위에서 살펴 보았듯이 주민등록법의 제정사와 그 연혁은 이런 목적이 아니라 치안목적 내지는 반공과 “북괴간첩의 잠입”을 막는데 초점이 맞추어져 있다. 그리고 이런 ‘목적외의 목적’은 십지문을 날인한 주민등록신청서 원본을 주민센터나 지방자치단체가 아닌 경찰청이 보관하고 있음에서도 재확인된다.⁵¹⁾ 요컨대, 주민등록제도의 진정한 목적 자체가 주민등록법에 드러나 있지 않고 은닉되어 있는 것이다. 그리고 이렇게 명목상의 목적과 실질적 목적이 상이한 경우에는 그 입법은 국민을 기망하고 있는 것이라는 점에서 입법에 있어서의 민주주의의 요청 및 의회주의의 요청에 반하는 것일 뿐 아니라, 과잉금지의 원칙에서 말하는 목적의 정당성 자체도 위반하는 것이라 하지 않을 수 없다.

또한 이렇게 반공이나 간첩식별 혹은 치안이라는 실질적 목적 자체를 위하여(혹은 그 명분상의 목적이라는 경우도 마찬가지다) 국민 전체의 기본권을 포괄적이고 영구적으로 제한하는 것 자체가 수단의 합리성과 침해의 최소성의 원칙에 반하는 것이 된다. 개인에 관한 포괄적인 정보를 수집하는 주민등록을 강제하고 일생에 걸쳐 영구불변의 주민등록번호를 부여하는 것이 이 목적의 이행에 어떻게 관련되는지가 분명하지 않을 뿐 아니라, 보다 덜 침해적인 방법(less restrictive alternatives)이 충분히 존재함에도 불구하고 가장 침해적인 방법을 사용하고 있다

51) 헌법재판소도 “입법과정상 논의를 살펴보면, 앞서 본 주민등록제도 일반에 관한 입법목적 외에도 치안상 필요한 특별한 경우에는 신원이나 거주관계를 확인하기 위하여 주민등록증을 제시하도록 함으로써 간첩이나 불순분자를 용이하게 식별 색출하여 반공태세를 강화하고 행정상 주민등록증을 활용할 수 있도록 하여 행정능률과 주민의 편익을 도모한다는 점이 입법목적으로 고려되었음을 알 수 있다.”고 하여 명문화된 목적 외에 추가적인 입법목적이 존재함을 인정하고 있다. 헌법재판소, 2005. 5. 26. 99헌마513 등

는 점에서 최소침해의 원칙에도 어긋난다. 즉, 인구 동태의 명확한 파악과 주민생활의 편익증진과의 인과연결이 입증되어 있지 않을 뿐 아니라, 인구동태의 명확한 파악을 위하여 그렇게 많은 개인정보를 수집하여야 할 필요는 어디에 있는지, 그리고 그 각각의 개인정보와 주민생활의 편익증진과의 관계는 또 어떠한지에 대한 고려가 전혀 존재하지 않는다. 뿐만 아니라, 주민등록번호의 조합방식과 인구동태파악, 주민생활의 편익증진 상호간의 관계는 아예 존재하지 않는다. 나아가 주민등록번호는 평생에 걸쳐 불변적인 것을 만든 것 또한 마찬가지이다.

법익의 균형성 심사는 더욱 문제적이다. 주민등록제도가 요구하는 그 많은 개인정보로써 달성할 수 있는 공익은 그리 크지 않다. 실제 그 개인정보와 공익간의 인과연결조차 분명하지 않은 실정에서 전자로부터 얻어지는 후자의 양을 측정하는 것 자체가 불가능하다. 반면 그렇게 수집되는 개인정보는 전술한 바와 같이 개인(뿐 아니라 그 가족까지)의 전인격을 드러내는 것이 된다. 그 침해되는 개인의 이익이 너무도 큰 것이다.

결국 이렇게 보면 현행의 주민등록제도는 완벽하게 위헌적인 것이 되어 버리고 만다. 김민호⁵²⁾의 말처럼 “도입 당시인 1960년대와 1970년대에는 현재와 같이 국가권력이 헌법과 법률에 구속된다는 법치주의 원칙이 제대로 확립되어 있지 않았던 시기였기 때문에 이러한 법률이 국민의 기본권을 침해하는지에 대해서는 제대로 검증할 기회도 없이 입법된 것으로 보인다”고 구차한 변명을 할 수는 있을지나, 그것으로 이러한 위헌성을 가릴 수는 없다.⁵³⁾

나. 주민등록번호제도의 위헌성

1) 심사기준

주민등록번호제도가 처음 도입될 때 그 반대론은 개인에게 번호를 붙여 호명함은 그의 인격을 침해하는 것이라는 이유를 들었다. 개인의 인격권 및 그 근거로서의 존엄권을 침해하는 것이라 보았던 것이다. 하지만, 오늘날과 같은 정보사회에 있어서는 주민등록번호제도는 개인정보자기결정권에 대한 직접적 침해 혹은 제한으로 규정하여 크게 무리하지 않다.⁵⁴⁾ 즉, 주민등록번호제도는 생년월일

52) 김민호, 앞의 글, 372면

53) 이회훈, “주민등록번호에 대한 헌법적 고찰 - 개인정보자기결정권의 침해를 중심으로,” 토지공법연구 제37집 제1호, 2007 참조.

54) 주민등록제도 그 자체의 유효성에 대한 거의 유일한 헌법판단인 주민등록법 제17조의8등 위헌확인사건

등의 개인정보를 수집하여 숫자의 조합의 형태로 가공하여 분류하고 이를 주민등록증에 기재함으로써 외부에 노출하는 한편 다른 개인정보와 연동시킬 수 있는 가능성을 열어둔다는 점에서 개인정보자기결정권과 직접적인 연관을 가진다.

문제는 이렇게 개인정보자기결정권을 제한하는 주민등록번호제도의 위헌성 여부를 판단하는 심사의 기준을 어떻게 설정하여야 할 것인가라는 점이다. 이와 관련하여 우리 헌법재판소는 “그런데 이 사건은 (……) 개인의 본질적이고 핵심적 자유영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙을 적용함에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것이다”⁵⁵⁾라고 함으로써 독일의 경우와 같이 개인의 핵심적 자유영역에 대하여는 엄격한 심사기준을 적용할 것을 밝히고 있다.

오늘날과 같은 정보사회에서의 개인정보자기결정권은 이런 맥락에서 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 기본권영역에 속한다. 그것은 개인의 사적 영역에서 그의 인격과 사적 생활이 구성되고 또 보호되는 핵심요소를 이룬다. 통상적으로 민감정보(sensitive information)라 불리는 정보영역은 그 대표적인 예이겠으나, 그외에도 수많은 개인정보들이 상호 결합되는 과정에서 이러한 민감정보를 추출할 수 있는 가능성을 내포하게 된다.⁵⁶⁾ 그리고 바로 이 점에서 일부의 개인정보 혹은 개인정보의 결합정보에 대한 정보주체의 통제권은 자신의 자기운명결정을 위한 기본적인 전제를 이룬다. 민주주의의 기초라 할 수 있는 자기지배의 생활영역이 형성되는 본질적 요소가 되는 것이다.

주민등록번호제도는 이 점에서 가장 본질적이고도 핵심적인 자유영역과 관련을 가진다. 그것은 그 자체 개인정보를 담고 있는 것일 뿐 아니라, 그의 사적 생활을 판별하는 인식자로서의 기능과 함께 그의 사적 생활영역의 모든 것을 규

(지문날인 및 지문정보의 경찰정보관 처리행위의 위헌확인사건: 헌법재판소, 2005. 5. 26. 99헌마513등)에서도 헌법재판소는 이 문제를 개인정보자기결정권의 맥락에서 다루고 있다.

- 55) 헌법재판소 2005. 2. 24. 2001헌바71. 이러한 판단은 직업선택의 자유와 관련하여서도 이어져 헌법재판소는 “핵심적 자유영역에 대한 침해”인가의 여부로써 그 심사의 강도를 정하고 있다.(헌법재판소, 2002.10.31. 99헌바76등) 즉, 생명권이나 신체의 자유, 사적 영역의 보호, 개인의 인격권 등의 본질적·핵심적 자유는 물론, 여타의 자유권의 경우에도 그것이 사회적 연관성이나 사회적 기능보다 개인의 자유 실현의 물질적 기초가 되거나 혹은 개성신장의 불가결한 요소일 경우에는 보다 강한 헌법적 보호를 받는 것으로 이해하고 있다.
- 56) 예컨대 교원의 봉급명세서에는 정당이나 사회단체에 대한 당비나 기부금의 지급명세가 담겨 있어 민감 정보를 알 수 있는 단서가 되며, 한 개인이 포털의 뉴스제공서비스에 접속한 로그기록들은 종합적으로 그 사람의 정치적·종교적 성향을 알 수 있는 빅데이터를 구성하게 된다.

정하고 구성하는 개인정보를 추출할 수 있는 연결자로서의 기능을 수행하고 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 환언하자면 그것은 개인의 인격발현과 개성신장의 불가결한 부분에 관한 정보 내지는 정보연결자로서의 성격을 가지고 있는 것이며, 이렇게 “개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해”⁵⁸⁾를 이루는 이 제도의 경우 그 위헌성에 관한 심사는 보다 강화된 엄격한 심사기준에 의하여야 한다.

2) 목적의 정당성

전술하였듯이 주민등록번호제도는 두 가지의 목적을 가진다. 그 하나는 명시적 목적으로 “주민의 거주관계 등 인구의 동태(動態)를 항상 명확하게 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 적정하게 처리하도록 하는 것(주민등록법 제1조)”을 들 수 있다. 또 다른 하나는 헌법재판소도 인정하였듯이 “간첩이나 불순분자를 용이하게 식별 색출하여 반공태세를 강화”하는 방침과 치안목적이라는 묵시적·입법사적 목적을 가진다. 이에 이러한 목적은 헌법 제37조 제2항에 의한 목적 정당성의 원칙에 부합한다는 의견도 없지 않다.⁵⁹⁾ 냉전적인 반공국가의 체제를 기반으로 형성된 우리 국가체제를 감안할 때 이러한 의견의 타당성을 부인할 수는 없다. 하지만, 그러한 목적정당성의 판단은 주민등록제도에 대한 경우라면 몰라도 주민등록번호제도에 관한 한 그의 본질적 기능을 현저하게 왜곡하는 것이라는 점에서 심각한 오류에 빠진다. 후자의 목적은 국민신분증명제도의 입법목적일 뿐 주민등록을 통한 대주민행정의 실천이라는 입법목적과는 무관한 것이기 때문이다.

주지하듯, 주민등록번호는 네 가지의 기능을 지향한다: 식별기능, 인증기능, 연결기능, 묘사기능이 그것이다. 여기서 위의 두 목적에 봉사하는 기능은 식별·인증기능과 묘사기능뿐이다. 오늘날 광범위하게 사용되고 있는 연결기능은 전체 국가행정의 영역과 관련시켜 볼 때 주민등록번호제도의 가장 본질적 기능으로 고양되어 있음에도 불구하고 그것은 주민생활의 편익증진이라든가 혹은 대간첩·치안 목적과는 거리가 있다. 일반적인 주민등록제도라든가 그 결과로서의 주민등록증 발급 및 소지·제시의무 부여 등에 관하여는 식별기능이나 인증기능, 묘사기능 등

57) 개인정보보호법이나 정보통신망법 등에서 최근 법개정을 통하여 주민등록번호의 수집을 제한하고자 한 것도 정보사회에서 주민등록번호의 수집으로 인하여 개인의 사생활을 본질적으로 침해될 수도 있음을 자각하였기 때문이다.

58) 헌법재판소, 2002.10.31. 99헌바76등

59) 고문현 외, 국가신분확인체계 발전방안연구, 행정안전부연구용역보고서, 한국비교공법학회, 2010. 92면

을 활용한 국민신분확인제도의 일환으로 그 목적정당성을 인정할 수 있다. 하지만, 그런 주민등록제도가 아니라 오늘날처럼 무한정한 연결기능이 그 핵심으로 자리잡은 주민등록번호제도를 도입하고 유지하여야 하는 목적은 주민등록법상의 입법목적에서부터 완전히 이탈해 있다. 주민등록번호제도가 도입된 초기의 입법 목적은 한 사람에게 단 하나의 고유번호를 부여함으로써 그의 신원을 확인하고자 하는 것이었고 이 점에서 적어도 그 당시는 나름의 의미를 가지고 있었다. 하지만, 오늘날의 상황은 이런 입법목적과 전혀 다른 모습으로 진행된다. 주민등록번호가 민간영역에서까지 폭넓게 사용되도록 방임함으로써 가장 보편적인 연결자로 기능하고 있는 현실은 이러한 입법목적의 달성에 아무런 연관을 가지고 있지 못하기 때문이다.⁶⁰⁾ 환언하자면 현재의 주민등록번호제도는 그 입법 당시 추구하였던 입법 목적을 넘어서서 개인정보의 연동이라든가 민간이용에까지 확장된 광대역의 목적 내지는 목적외의 목적에 봉사하는 양상을 보인다.⁶¹⁾

더불어 주민등록법 제1조에서 “주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 적정하게 처리하도록 하는 것”을 편익증진과 행정사무적정처리라는 두 가지의 목적을 열거한 것이라고 본다면 이 “행정사무의 적정 처리”라는 입법목적이 과연 기본권제한의 정당한 사유로 인정될 수 있을런지도 의문이다. 헌법 제37조제2항에서 열거하는 국가안전보장, 사회질서유지 및 공공복리의 증진과 거리가 있는 단순한 행정편의주의의 표현에 불과하기 때문이다. 만일 그것을 편익증진을 위한 행정사무의 적정처리라는 하나의 목적을 제시한 것이라고 한다면 주민편익증진과 무관하게 진행되고 있는 각종의 개인정보 연결자로서의 주민등록번호의 기능은 목적외의 것이 되고 만다.⁶²⁾

60) 이렇게 어떠한 규율이나 제도가 그것이 지향한다고 명목상으로 제시된 목적과 무관하여 그 제도의 존속 유지와 [그 명목상의 목적] 간에 상관관계를 찾아 볼 수 없“는 경우에 헌법재판소가 목적정당성을 부인한 사례로는 자도소주구입명령제도를 들 수 있다. 헌법재판소 1996.12.26. 96헌가18.

61) 실제 주민등록법은 주민등록번호의 용도를 개인별 주민등록표의 정리(주민등록번호순: 제8조), 주민등록증기제를 통한 신원확인(제24조제2항), 국가기관등에서의 신원확인(제25조), 주민등록사항의 진위확인(제35조) 등으로 열거하고 있다. 주민등록번호제도의 입법 목적을 식별자 및 인증자에 한정하고 사법경찰관리의 직무와 관련하여 예외적으로 대면관계에서 본인을 확인하거나 조회하기 위한 묘사기능을 추가하고 있을 따름이다. 하지만 오늘날 주민등록번호가 가장 많이 활용되고 있는 연결자로서의 기능은 주민등록법 그 어디에도 존재하지 않는다.

62) 실제 주민등록법은 주민등록증의 발급주체를 시군구청장으로 하고(법 제24조제1항) 사무의 관장 역시 지방자치단체에 두고 있으나(법 제2조) 실질적으로는 행정안전부의 총괄지휘를 받도록 하고 있는(법 제3조) 이중적 구조를 가지고 있다. 즉, 목적이 “주민생활의 편익”에 놓여지기는 하지만, 그 실체에 있어서는 ‘국민’통제의 수단임을 간접적으로 보여준다.

3) 수단의 적합성

주민등록번호제도의 수단적합성 판단에서도 동일한 오해가 존재한다. 일설에서는 “그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는” 것이라는 헌법재판소의 결정을 인용하면서 주민등록번호의 부여를 통해 범죄예방이나 범인의 검거, 행정사무의 적정하고 간이한 처리 등의 공익에 봉사하고 있음을 들어 그 수단적합성의 판단에 긍정적 입장을 내어놓고 있다.⁶³⁾ 하지만 지금 문제로 되고 있는 것은 무색무취의 주민등록번호의 부여라는 수단이 아니라 전속성·통일성·유일성·종신성·범용성·강제성을 갖추고 일정한 개인정보까지 담고 있는 주민등록번호를 부여하고 있다는 현실이다. 비록 헌법재판소에서 수단적합성에 관한 판단은 거의 형식적으로 운영되고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 주민등록번호가 가지는 이러한 속성들이 위에서 열거한 목적의 달성의 위해 어떠한 유효성을 가지고 있는지를 판단하여야 한다. 특히 생애주기를 걸쳐 어떠한 변화도 인정하지 않는 종신성과 같은 속성이 이런 행정목적의 달성에 어떻게 유효하게 기여할 수 있는지에 대한 판단은 반드시 짚고 넘어가야 할 부분이기도 하다.

4) 피해의 최소성 및 법익균형성

엄격한 심사기준은 주로 피해의 최소성이나 법익균형성에 대하여 작용한다. 즉 달리 가벼운 제한의 방법이 있다면 그 방법을 취하여야 하며, 공익과 사익의 균형판단도 보다 엄격하게 이루어진다. 주민등록번호제도에 관한 한 이 부분의 판단은 무엇보다 그 범용성에 주목하게 된다. 개인이 이용할 수 있는 자기식별번호로서는 주민등록번호 외에도 “운전면허번호, 의료보험번호, 여권번호, 인사번호, 학번, 예금계좌번호, 신용카드번호 등” 다양한 번호가 있다.⁶⁴⁾ 하지만 그럼에도 불구하고 주민등록번호는 이 모든 생활영역에서 무차별적으로 통용되는 유일한 개인식별번호로 제도화되어 있다. 심지어 이상의 개인별 번호들을 연동시키는 보편적 연결자로서 기능하기까지 한다. 대안적 수단이 광범위하게 존재함에도 불구하고 주민등록번호제도는 가장 침해적인 방법으로 개인의 자기정보결정권을 제한하고 있는 것이다.

물론 이러한 범용성 및 보편성으로부터 파생되는 위험을 예방하기 위하여

63) 고문현 외, 위의 글, 92-3면.

64) 고문현 외, 위의 글, 93면.

주민등록법은 주민등록번호의 무단생성이나 부정사용 등을 형사처벌하고 있기는 하지만,⁶⁵⁾ 그것만으로 피해의 최소성을 확보하기 위한 입법적·제도적 방비가 이루어졌다고 할 수는 없다. 다른 어떠한 법리적 판단에 선행하여 지금 현재 개인의 주민등록번호가 중국등 외국에까지 누출되어 각종의 사기행각에 활용되는 지경에 이르고 있는 현실⁶⁶⁾만으로도 이러한 위험방지책의 허구성을 잘 알 수 있을 것이다.

뿐만 아니라 합헌론이 들고 있는 다양한 행정적 수요에 대한 봉사라는 법익 또한 주민등록번호제도의 본원적 속성·전속성·통일성·유일성·중신성·범용성·강제성·과 무관하게 이루어지는 것이 대부분이다. 국방, 치안, 조세, 선거, 사회복지 등의 영역은 그 각각에 특유한 개인식별번호를 사용하거나 혹은 ‘무색무취’의 개인식별자를 이용함으로써 충분히 그 목적을 이룰 수 있다. 환언하자면 주민등록번호를 하나의 일련번호라는 내부적 분류코드로 규정하지 아니한 채 개인의 인격 전체를 대표하는 가상의 인격으로 고양시켜 놓은 것에 상응하는 공익은 어디에도 존재하지 않는 것이다.⁶⁷⁾ 아울러 현재 널리 도용당하고 있는 주민등록번호로 인하여 자신의 모든 생활영역에서 불안에 빠질 수밖에 없는 사람들의 피해를 감안한다면 어떠한 논거로서도 법익의 균형성 심사를 통과하기 어려울 것이다.⁶⁸⁾

65) 고문현 외, 위의 글, 93면.

66) 대체로 주민등록번호의 유출로 인한 2차피해로 거론되고 있는 것은 명의도용, 개인정보불법유통, 스팸, 피싱 등이다. 성균관대학교 산학협력단, 주민등록번호제도 개선방안연구, 국가경쟁력강화위원회, 2009. 11. 98면 참조.

67) 사실 이런 논리는 ‘국가적으로 선인 것은 헌법적으로도 선이다’라는 철저한 국가주의적 명제의 단순반복에 불과하다. 근대입헌주의 이래 국가는 절대적 선의 영역에서 떠나 헌법적 가치에 종속되는 하위개념으로 상정된다. 즉, 권력의 통제와 국민의 기본권보장이라는 보다 상위의 가치에 국가가 봉사하여야 하는 것이 곧 근대입헌주의의 본질적 이념이다. 그리고 이 관점에서 본다면 비록 행정적 편의가 증진되었다 하더라도 그것이 국민의 기본권에 어떠한 영향을 미친다면 그 편의를 후자의 입장에서 재심사하고 재평가하는 것이 필요하다.

68) 엄밀히 보자면 합헌론 역시 결론에 이르러서는 주민등록번호제도의 한계를 인정하고 있다. 특히 이들은 범용성과 중신성 등에 관하여는 “주민등록번호 자체의 위험성과 별개로”라는 전제하에 제도의 수정을 촉구하고 있다. 다만 이들이 합헌론의 논거로 제시하고 있는 “그와 같은 문제는 주민등록번호의 무분별한 활용을 허용하고 있는 법제도나 사회적 현실에서 비롯되는 것이지 주민등록번호 그 자체의 고유한 문제라고 보기는 어렵다”라는 판단(위의 글, 94면)은 상당히 문제적이다. 제도를 그 맥락에서 떼어 놓고 현실적 한계를 제도의 하자라 분리시키는 입장은 결국 입법자의 무한정한 입법형성권을 그대로 승인하는 것에 다름 아니기 때문이다. 헌법재판소가 동성동본금혼제도에 대해 위헌선언을 한 것도 제도 자체의 고유한 문제를 이유로 한 것이 아니라 시대변화에 따른 그 목적의 타당성상실을 이유로 하였다. 헌법재판소, 1997. 7. 16. 95헌가6 참조.

5) 입법체계의 문제: 포괄적 위임입법

주민등록법에서 주민 개개인에게 일정한 고유번호를 부여하는 제도 자체는 외국의 예에서도 보듯 그 위헌성을 판단하기가 쉽지는 않다. 다만 현행의 주민등록번호제도는 그 고유번호에 일정한 속성·전속성·통일성·유일성·종신성·범용성·강제성·을 부여하고 이를 행정내부적 목적으로만 사용하는 것이 아니라 외부적 목적에도 활용할 수 있도록 함으로써 식별자, 인증자의 기능 외에도 연결자로서의 기능을 수행하게 만들었다. 한마디로 개인정보자기결정권을 제한하는 중요한 인자로 주민등록번호를 구성하고 또 활용하고 있는 것이다.

하지만, 이러한 기본권제한적 제도가 입각하고 있는 법률적 근거는 거의 없다. 주민등록법 제7조 제3항과 제4항은 “주민에게 개인별로 고유한 등록번호를 부여”할 것만 규정한 채 그 번호를 부여하는 구체적인 방법은 대통령령으로 위임하였고, 대통령령 제7조제4항은 이를 다시 시행규칙으로 위임해 버렸다. 유일하게 주민등록법에서 주민등록번호를 규율하고 있는 조항은 제24조 제2항으로 주민등록증 기재사항 중에 하나로 주민등록번호를 열거하고 있을 따름이다.

주민등록법의 이러한 규정방식은 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에서는 항상 의회유보의 원칙이 적용될 것을 요구하고 있는 헌법의 명령에 위반된다. 주민등록번호가 가지는 기본권의 제한적 성격을 법률의 차원에서 규정하지 아니한 채(법률유보의 위반), 대통령령에 포괄적으로 위임하고(포괄적 위임금지 위반), 나아가 그조차도 곧장 시행규칙으로 재위임해 버리는 우를 범하고 있는 것이다. 더구나 주민등록번호에 의하여 제한되는 개인정보자기결정권에서 가장 필수적인 요소라 할 수 있는 자기정보통제권·정정권, 변경권, 삭제권 등·에 대해서는 아무런 규정조차 두지 않음으로써 철저한 입법상의 직무유기를 범하고 있다.

6) 보 론

누차 언급되었듯이 오늘날 주민등록번호를 중심으로 구성되는 개인정보는 그 자체 중요한 상품이 되어 커다란 시장을 형성하고 있다. 최근만 하더라도 2004. 5. 리니지2 가입자 8,500명의 개인정보가 유출된 것을 비롯하여 2006. 3. 국민은행의 고객정보 3만여건이 공개되었으며, 이듬해에는 국민건강보험공단에서 72만여명의 개인정보가 유출되기도 하였다. 2008. 2.에는 옥션경매사이트와 하나로텔레콤에서 각각 1천만명과 6백만명의 고객정보가 유출되었고, 2008. 9.에는 GS칼텍스의 고객정보 1,100만건이 유출되기도 하였다.⁶⁹⁾ 2011년에도 SK나 벅슨

등에서 각각 3,500만건 및 1,320만건의 정보가 유출되었다. 그리고 이러한 개인정보의 핵심에는 언제나 주민등록번호가 존재한다. 그것은 모든 것에 관련된 범용적 식별자이자 동시에 모든 것을 연결하는 보편적 연결자로서 기능하는 만큼 무엇보다도 부가가치가 높은 개인정보이기 때문이다.

그리고 이렇게 유출된 개인정보는 또다른 제2차 피해를 양산한다. 전술한 바 있지만 중복의 우려를 무릅쓰고 인용하자면 다음의 표와 같다.⁷⁰⁾

	피해구분	이용정보	피해유형
명의도용	인터넷회원가입	성명, 주민번호	· 회원가입 가능한 사이트에 타인명의 회원가입 · 사이버머니 취득 후 판매
	기존회원 자격도용	ID, PW, 성명, 주민번호	· 회원자격 도용 · 타인명의 비방글 게시
	신분증 위조	성명, 주소, 주민번호	· 타인명의 각종 신분증 위조(2차 유출시 재산피해가 큼) · 위조신분증으로 타인명의 부동산 절취 · 불법취업 등 신분 위장
	오프라인서비스 명의도용	성명, 주소, 주민번호, 계좌번호	· 타인명의 금융계좌 및 휴대폰 개설 · 증권사 CMS 계좌이체로 금전 탈취 · 보이스포싱용 대포통장 판매 · 타인명의 대포차 할부구매 후 판매
개인정보 불법유통	개인정보불법유통	모든 개인정보	· 통신사 영업점, 스팸발송업자, TM업자 등에게 판매되어 이용
	인터넷 유포	모든 개인정보	· 개인정보 판매 목적
스팸	불법 스팸발송	이메일, 전화번호	· 불법 스팸 및 TM 발송에 이용
피싱	보이스피싱	성명, 전화번호	· 기관사칭 전화사기, 남치사칭 전화사기 등에 이용

실제 그동안 알려진 개인정보유출 건수만 하더라도 그 합계가 우리 국민의 총수를 넘어선다는 보도도 있다. 이것이 사실이라면 거의 모든 국민이 주민등록번호를 유출당한 채 전생애에 걸쳐 전방위적 피해 또는 그 가능성에 고통을 받아야 하는 것이다. 게다가 하지만, 그럼에도 불구하고 이러한 피해를 교정하거나 예

69) 성균관대학교산학협력단, 위의 글, 97면.

70) 위의 책, 98면

방할 수 있는 길은 아무데도 없다. 통상적으로 주민등록번호제도의 대안으로 I-PIN의 사용과 같은 방법을 거론하기는 하지만, 그것은 미래를 향하여 나의 주민등록번호와 그에 기반한 나의 개인정보를 보호할 수 있는 방안에 관한 것이지 이미 유출되어 다른 사람의 수중에 들어가 있는 나의 개인정보와 그 주민등록번호의 해악성을 교정할 수 있는 방안은 아니다. 나아가 I-PIN제도가 유효성이 검증된다 하더라도 그것 또한 주민등록번호에 기반한 본인확인에 터잡고 있는 만큼 유출된 나의 주민등록번호로써 새로운 I-PIN을 만들어내거나 혹은 나의 I-PIN을 무효화하는 가능성도 없지 않다.

하지만, 우리의 주민등록법제는 이렇게 이미 유출되어서 각종의 제2차피해의 잠재성을 구축하고 있는 주민등록번호와 그 해악성에 대한 대책은 전혀 마련하고 있지 않다. 일종의 국가적 부작위로 일관하고 있는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 이 글의 출발점이 되었던 헌법소원심판청구사건-주민등록법 제7조제3항 및 제4항의 위헌을 구하는 사건-은 의미를 가진다. 국가목적의 수행을 위하여 국가의 입법 및 집행작용에 의하여 유발된 위험-주민등록번호의 유출로 인한 제2차피해의 발생위험-은 그 인과의 관계뿐 아니라 발생의 과정과 양상에 있어서도 명약관화격이다. 주민등록번호를 유출시킨 것은 주로 사기업이지만 그러한 위험 자체를 야기한 것은 주민등록번호제도를 창출하고 운용하여온 국가이다. 국가의 부작위에 대한 책임을 추궁할 수 있다는 것이다.

물론 이때의 책임은 국가배상의 수준에 이르지 못하는 못 한다. 주민등록번호를 수집하고 관리해온 사기업의 책임이 그 인과의 연결을 단절시키기 때문이다. 하지만, 국가의 입법교정의 책임은 의연히 존재한다. 더 이상의 위험을 방지하고 이미 발생된 위험을 제거하기 위한 추상적이고 일반적인 교정책을 마련하여야 할 책임이 있는 것이다. 그리고 그 중의 가장 손쉬운 방법이 주민등록번호의 유출을 당한 주민에게 그의 주민등록번호를 변경해 주는 것이다. 이는 이미 불법의 가능성에 노출된 자신의 아이덴티티를 변경함으로써 그 불법의 가능성으로부터 벗어날 수 있도록 한다.⁷¹⁾ 하지만, 안전행정부는 물론 지방자치단체조차도 이러한 주

71) 실제 개인식별수단으로서의 주민등록번호제도의 대안으로는 그 수단의 다양화가 최우선적으로 꼽힌다. 여권이나 공무원증, 학생증 등과 같이 공인된 기관에 의하여 발부된(그러나 그에는 주민등록번호가 기재되지 아니한) 신분증으로 그를 대신하도록 법제를 정비하여야 한다는 것이다. 주민등록번호의 종신성을 해체하고 필요한 때에 주민등록자의 요구에 의하여 주민등록번호를 변경할 수 있도록 하는 것은 또 다른 측면에서의 개인식별수단의 다양화에 해당한다. 엄밀히 보자면 그러한 변경제도를 도입함으로써 지나치게 많은 의존의 대상이 되었던 주민등록번호제도가 서서히 해체될 수 있는 시간적·상황적 여건을 조성하는 과도기를 구성할 수 있게 되기도 한다.

민등록번호의 변경을 위한 법적 근거가 없다는 이유로 그 신청을 거부하였다. 국가에 의하여 위협이 발생하였고 그 위협에 의한 직접적 피해를 입고 있거나 입을 가능성에 처한 사람에 대해 국가는 입법의 불비를 거론하여 책임을 회피하고 있는 것이다. 문제는 이러한 피해에 직면한 사람이 거의 전 국민적 규모에 이르고 있다는 점이다. 그 피해는 개별적·특수적 피해가 아니라 일반적·보편적 피해이며 추상적·잠재적 피해가 아니라 지금 현재화되어 있는 구체적인 피해임에도 불구하고 국가는 직무유기로만 일관하고 있을 따름이다.

이 사건에서 위헌판단이 절실함은 바로 이 때문이다. 그것은 정보사회라는 현상에서 주민등록번호제도가 안고 있는 본질적 하자로 인한 것이기도 하지만 동시에 국민 대다수가 지금 현재 처해 있는 법적 불안을 제거하여야 한다는 국가적 책무로부터도 연유하는 것이기도 하다.

제5절 결론

실제 정보화의 문제는 헌법에서 정하는 사생활의 비밀과 같은 자기정보통제권의 문제에 그치지 않는다. 자기정보결정권의 경우는 단순히 국가가 장악하고 있거나 장악하고자 하는 정보에 대한 국민의 접근 및 관리·통제의 권리를 의미한다. 즉, 자신이 원하는 형태와 종류의 정보만을 국가가 활용할 수 있도록 하는 권리이다. 하지만, 정보화사회에 있어서의 국가의 정보권력은 이러한 국민의사에 반하는 정보확보 및 활용의 수준을 넘어선다. 그것은 국가를 고도로 집중되고 강화된 권력체로 전환시킴으로써 제한국가(limited government)의 원리에 입각하고 있는 자유민주주의의 기본질서 그 자체를 위협하는 중대한 상황을 예정하고 있다. 그 판옵티콘은 권력, 즉 사회를 지배하는 규율(discipline)이 단순히 위반자를 사회적으로 격리시키는 수준을 넘어선다. 그것은 모든 인간의 내면에 작용하여 그들이 항시적으로 감시당하고 있다는 의식을 잠재화시킴으로써 현실적인 감시와는 관계없이 권력에 의하여 설정된 행위준칙을 준수하게 되는 인간 즉, 규율된 인간을 만들어낸다. 그래서 이 판옵티콘은, 모든 인간에 대하여 그들의 의식과 생활관계까지도 지배하는, 권력의 효과를 가장 세부적이고 깊숙한 곳까지 확장시키는 “판옵티시즘(panopticism)”의 메카니즘을 구축하게 되는 것이다.

정보화사회에서의 국가의 문제는 바로 이 점에서 극단적으로 나타난다. 국

가가 정보통신기술을 그 체제내에 포섭함으로써 초감시국가(super-surveillance state)로 되는 것은 이러한 메카니즘을 국가가 확보할 수 있음으로써 가능하다. 국가는 국민들의 모든 생활관계에 관한 정보를 확보하고, 그것을 자신의 의지에 부합하도록 처리, 분석하며, 끊임없는 정보활동-감시활동을 통하여 정보를 재생산하는 과정에서 모든 국민들이 의식적으로 또는 무의식적으로 국가의지에 합치되는 방향으로 자신의 생활세계를 구축해 나가도록 유도하는, 절대적인 권력을 가진 국가로 존재할 수 있게 된다.

그뿐 아니다. 벤딕이 창안하고, 조지 오웰의 소설 「1984년」에서 가상적인 형태로나마 실천되었고, 푸코가 그토록 경계하였던 판옵티콘-원형감옥은 더 이상 국가의 전유물이 아니다. 밀레니움의 전환기를 거치면서 급속도로 발전하는 기술은 항시적, 전방위적, 그리고 편재적 감시체제를 국가의 손으로부터 약간의 비용 부담의 의지가 있거나 하다면 그 어떤 자의 손에도 쥐어줄 수 있도록 하였다. 전사회적인 수준으로 감시·권력'이 확산되는 현상을 초래하고 있는 것이다. 그래서 R. Whitaker(The End of Privacy, 2000)가 말하는 「감시국가에서부터 감시사회로」의 전이가 의미를 가지게 된다. 그는 감시사회를 말하면서 주로 기업에 의한 소비자 감시 즉, 고객서비스라는 이름으로 주어지는 각종의 혜택을 미끼로 소비자정보를 수집하고 이를 바탕으로 혜택을 받을 자를 선별하면서 위험인물이나 (소비자로서의) 자격미달자를 배제시키는 데이터감시를 중심을 설명한다. 그가 말하는 참여적 판옵티콘(participatory panopticon)-피감시자의 자발적 혹은 추정적 동의에 의한 감시체제는 이를 지칭하면서, 기업이 이윤추구의 목적을 위하여 일종의 마케팅전략의 일환으로 전방위적 감시의 망을 구축하는 가운데, 사람들은 시민(citizen)이 아니라 소비자(consumer)로 전락하게 됨을 비판하고 있다.

더구나 작업장 감시의 체제는 보편적 의미에서의 감시사회와는 그 성격을 달리 한다. 감시사회의 주요현상으로서의 참여적 판옵티콘이 최소한 외관상으로도 쌍방향적 형태를 띠고 있음에 비하여 작업장 감시의 경우는 국가감시와 마찬가지로 일방향성을 띠고 있기 때문이다. 즉, 전자처럼 유혹과 동의의 형식을 띠면서 소비자들이 자발적으로 감시에 응하는 한편 그로부터 일정한 혜택을 수령하는 구조가 아니라, 「고용계약」에 의하여 일정한 지위를 획득한 자-노동자-에 대하여 감시자-관리자, 사용자-가 일방적으로 그 행동이나 성과, 성품등을 감시하고 이에 대하여 노동자는 복종해야 되는, 바로 이 점에서 국가감시의 틀과 조금도 다를 것이 없는 구조를 띤다. 바로 이 점에서 작업장 감시는 국가감시의 적자인 셈이다.

이 글에서는 미처 이러한 사적 영역에서 형성되어 온 감시체제는 다루지 못하였다. 하지만, 분명한 것은 우리나라의 주민등록제도-특히 주민등록번호제도는 이런 초감시국가의 등장을 예고하는 단초를 이룬다. 그것은 모든 국민으로 하여금 그의 신분 및 관련정보를 등록하게끔 강제하고 주민등록번호라고 하는 단일식 별자를 통해 그 국민들의 일거수 일투족을 감시할 수 있도록 만든다. 나아가 전자주민증에 대한 행정안전부의 맹목적 아집은 이런 국가적 감시의 가능성을 더욱 확장할 뿐 아니라, 그 전자침에 접근할 수 있는 모든 사적 권력조차도 이런 초감시의 권능을 행사할 수 있도록 한다. 결국 현재의 주민등록제를 바탕으로 하는 국가신분증명제는 가장 악한 극단에서는 헌법에서 보장하고 있는 민주주의와 인간의 존엄 및 가치의 보장이라는 궁극적 이념 자체에 대한 도전이자 동시에 인간성의 본질에까지 일관체계로 통제할 수 있는 최첨단의 국가주의를 형성할 가능성을 내포하고 있다고도 할 것이다.

주민등록제도에 대하여 개인정보자기결정권을 주장하는 것은 이 점에서 기본권의 실현이라는 명제에 그치지 않고 민주적 헌정질서의 확립이라는 또 다른 의미를 가진다. 그것은 개인정보에 대한 사적 이익의 향유행위를 넘어서서 초감시국가가 행사하는 절대권력을 해체하는 시민정치의 표현이기 때문이다. 우리나라의 87년체제는 군사적·관료적 권위주의가 행사하였던 탈정치화와 배제의 정치에 대한 시민들의 거부로부터 시작되었다. 정치영역에 대한 능동적 참여와 스스로 정치주체로서 자각하고 인식하는 반성으로부터 현재의 민주화체제가 구성될 수 있었던 것이다. 마찬가지로 국가감시가 만들어내는 초국가의 현상 내지는 초감시사회의 형성은 이제 개인정보자기결정권으로부터 정보주권을 추출하기 시작하는 또 다른 시민들에 의해 해체될 수 있다. 그리고 바로 이 점에서 주민등록제도를 둘러싼 헌법판단은 C. Schmitt가 말하는 새로운 정치적 투쟁의 경로에 접어들게 된다. 정보사회에서의 그것은 이제 ‘정치적인 것’으로서의 실체를 갖추어가고 있는 것이다.

제127회 발표회 지정토론문

발제문: 국가주의와 주민통제

- 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -

발제자: 한상희(건국대 교수)

일시 및 장소: 2013. 5. 9.(목) 헌법재판소 2층 회의실

김 주 영*

한상희 교수님의 “국가주의와 주민통제 - 주민등록법의 헌법문제”에 대한 발표를 잘 들었습니다. 변함없이 훌륭한 발표를 해 주신 한교수님께 우선 감사의 말씀을 드립니다. 토론을 맡은 저는 명지대학교 법과대학의 김주영입니다. 원래는 숭실대학교의 고문현 교수가 토론을 맡기로 되어 있었는데, 고교수의 개인적인 사정으로 인해서 제가 대신 토론을 맡게 되었습니다. 아울러 헌법실무연구회의 월례발표회에서 이처럼 토론을 할 수 있는 기회를 주신 헌법실무연구회의 여러 관계자분들께도 감사의 말씀을 전하겠습니다.

한교수님께서서는 주민등록법이 노정하고 있는 헌법상의 문제점들을 특히 국가주의에 기반한 주민통제라는 관점에서 변함없이 탁월한 필치로 논해주셨습니다. 부족하나마 제가 이해한 바를 요약해보면, 전세계에서 유래를 찾아보기 어려운 정도로 강력한 주민감시체제로 구축된 우리의 주민등록제도는 지금까지 근대 국민국가적 감시체계의 수준을 넘어 주민동태감시수단으로 활용된 바 있으며, 이제는 정보통신기술의 발달 및 전자정부의 개념과 결합하면서 국가는 물론 기업과 같은 사적 권력으로까지 그 수혜자를 넓혀가고 있다는 인식하에, 주민등록제도의 출현배경으로서의 국가주의(Statism)를 특히 반공체제와 가부장적 후견주의, 관료주의 및 발전국가의 틀 속에서 검토하시고, 현재의 정보사회의 진전 속에서 진행

* 명지대학교 법대 교수

되는 모니터링의 헌법적인 문제를 짚어 주신 후, 현행 주민등록제도가 가지는 헌법적인 문제를 특히 의회유보와 개인정보자기결정권에 대한 과잉제한금지의 원칙의 측면에서 평가한 결과, 현재의 주민등록제도는 위헌판단을 피할 수 없을 것임을 결론으로 제시해 주셨습니다. 규범적인 측면은 물론 존재론적인 측면에 걸친 치밀한 논의를 통해서 현재의 주민등록제도가 가지는 다양한 문제점들을 인식하고 이에 대한 해결방안을 모색해 볼 수 있는 계기를 마련해 주신 한 교수님께 다시 한번 감사의 말씀을 드립니다.

저 역시 몇 가지 계기를 통해서 주민등록제도에 대해서 고찰을 해 볼 기회를 가질 수 있었던 까닭에, 이번 토론을 준비하면서 기존에 제가 가지고 있던 생각들을 전면적으로 점검해 볼 수 있는 귀중한 기회를 얻을 수 있었고, 특히 개인적인 경험들에 기반해서 그동안 다소 간과해 온 소중한 측면들을 고려해 볼 수 있는 계기를 마련하게 된 것 같습니다. 특히 현행 주민등록제도가 가지는 의회유보의 문제에 대해서는 저 역시 전적으로 동의할 표합니다. 다만 과도하게 부족한 배움에 결합된 개인적인 우둔함과, 그럼에도 불구하고 떨쳐낼 수 없는 다소간의 고집에 기반하여, 몇 가지 의문점들에 대해 한교수님의 소중한 가르침을 구하고자 합니다.

우선, 주민등록제도의 존재의의에 관련하여, 주민등록제도가 과연 전적으로 국민의 감시를 위한 제도인가 하는 점입니다. 실제로 이번 토론을 준비하기 위해 제 주변분들에게 주민등록제도가 주는 느낌을 확인해 본 바로는, 대부분 주민등록제도가 일장일단이 있는 제도라는 답변을 제시하고 있음을 알 수 있습니다. 주민등록제도가 가지는 긍정적인 측면으로는 무엇보다도 신원확인에 대한 공적·사회적 수요의 충족 및 그에 따른 거래비용(transaction cost)¹⁾의 감소라는 측면을 들 수 있을 것입니다. 이는 최근 있었던 모힝합가수의 학적문제와 관련하여 벌어졌던 신원확인의 문제점을 떠올려 보시면 국가신분확인체제가 가질 수 있는 사회적 의미를 이해하는 데 도움이 되지 않을까 생각합니다.

한편 규범적인 측면에서도 주민등록제도에 대한 정당화가 전혀 불가능한 것

1) 일반적으로 거래 자체에 드는 비용을 총칭하는 거래비용에는 주된 거래에 발생에 수반되는 조사비용, 정보수집비용, 회의비용, 교섭비용 및 기타 비용을 포함한다. Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*(3rd ed.), 명순구 역, 『법경제학』(서울: 세창출판사, 2006), 70면. 거래비용에 관한 논의는 박세일, 『법경제학(개정판)』(서울: 박영사, 2000), 70면; Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*(5nd ed.), (Boston: Pearson, 2008), pp.91~95 등을 참조.

은 아닐 것인 바, 예를 들어 주민등록제도에 관한 헌법적 근거를 논한 바 있는 강경근 교수의 경우,

국적관계의 판단·결정에 있어서 호적은 현실적으로 중요한 근거를 제공하여 국적 유무 및 득상(得喪)을 공증하는 증거자료로서 기능하는 것이다. 그리하여 우리의 국적법은 호적과 같은 ‘신분등록제도’와 유기적인 관계를 지니게 된다. 그렇다면 결국 대한민국의 국민이 되는 자격, 즉 국적은 『국적법』이 정해 주고, 그러한 “국민으로서의 자기식별성”을 지니는 동시에 공동체 구성원이 타인과 구별될 수 있도록 공증하는 규범이 호적법과 주민등록법이라 할 수 있겠다.²⁾

면서, “국가의 존재를 부인할 수 없는 것이라면, 그 국가의 존재를 전제로 하는 국민의 자기확인 은 필수적인 것이며 그것이 바로 우리 헌법 제2조 제1항의 취지에도 합치된다.”³⁾고 하여 주민등록제도의 헌법적 근거를 제2조 제1항에서 찾기도 합니다.⁴⁾

아울러, 법률 등의 해석에 있어서의 원본주의(originalism)과 문언주의(textualism)의 대립의 관점에서 볼 때, 주민등록제도의 출현이 국가주의와 결합하여 구축되고 운영된 것을 긍정한다 하더라도 이러한 측면을 현재에도 본래적 의도 그대로 이해할 필요가 있을까하는 점을 질문하고 싶습니다.

두 번째로 여쭙고 싶은 부분은 주민등록제도의 위헌성의 보완가능성입니다. 한교수님께서도 지적하고 계시듯이

주민등록번호가 가지는 이러한 속성들이 위에서 열거한 목적의 달성의 위해 어떠한 유효성을 가지고 있는지를 판단하여야 한다. 특히 생애주기를 걸쳐 어떠한 변화도 인정하지 않는 종신성과 같은 속성이 이런 행정목

2) 강경근, “주민등록과 전산화 그리고 프라이버시” 『아태공법연구』 제4집(1997), 42면. 현재는 폐지된 ‘호적’에 대한 언급이 이루어지는 것은 1997년에 쓰여진 글이기 때문이다.

3) 강경근, 위의 논문, 43면.

4) 강 교수는 더 나아가 주민등록법을 단순한 거주지 확인을 도모하는 행정목적 을 위한 법에 만족할 것이 아니라 국민된 자격임을 확인하는 신분증명법을 기능하도록 하여 그 목적을 헌법이 정하는 국적관계 확 인에 부응하는 법으로 기능하도록 하는 것이 발전 방향이 되어야 할 것임을 역설하고 있다. 강경근, 위의 논문, 44면.

적의 달성에 어떻게 유효하게 기여할 수 있는지에 대한 판단은 반드시 짚고 넘어가야 할 부분(29면)

현재의 주민등록제도가 가지는 종신적 불변성은 분명히 문제가 큰 부분이라 할 수 있는데, 이에 대해서 비록 법률로서 성립하는데는 실패했지만, 2010년의 주민등록법 개정안은 현행의 주민등록번호를 최후의 신분확인수단으로서 국가적으로만 활용하고, 실질적인 신원확인 수단으로 발행번호를 활용할 것을 대안으로 제시한 바 있습니다. 이러한 보완책이 기존 주민등록제도의 문제점을 다소나마 완화시킬 수 있지 않을까 하는 일각의 견해에 대해서는 어떤 입장을 가지고 계신지 여쭙겠습니다.

마지막으로 언급하고 싶은 부분은 국민감시체제에 관한 것인데, 현재의 주민등록체제가 분명 상당한 정도로 감시체제에 기여하고 있는 것을 부인하는 것은 분명 아니지만, 주민등록체제가 존재하지 않더라도 국가의 감시체제가 성립할 수 있음을 감안한다면, - 주민등록체제를 보유하고 있지 않은 미국이나 영국이 우리나라보 국민감시시스템이 떨어진다고 볼 수 있는 여지가 있을지 의문스럽습니다. - 국가감시체제의 완화의 노력은 보다 거시적인 차원에서 즉 정치체제의 권력지향성의 완화를 포함하는 민주적 통제의 차원에서 접근하는 것이 보다 바람직하지 않을까 생각해 봅니다.

이상 여러모로 부족한 저에게서 비롯한 이러한 우문(愚問)들에 대해 발표자께서 현명한 대답을 해 주실 것으로 기대하며, 토론을 마치도록 하겠습니다.

제127회 발표회 지정토론문

발제문: 국가주의와 주민통제

- 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -

발제자: 한상희(건국대 교수)

일시 및 장소: 2013. 5. 9.(목) 헌법재판소 2층 회의실

신 미 용*

정보화사회, 정보화국가에서 개인정보보호의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것입니다. 헌법재판소도 이러한 중요성을 인정하여 ‘개인정보자기결정권’이라고 하는 새로운 내용의 기본권을 확인한 바 있고, 국민들이 그 보호자로서의 역할에 기대하는 바가 큰 만큼, 헌법재판소에 몸담고 있는 사람으로서 이와 같은 중한 문제에 관련하여 교수님의 훌륭한 발표문을 놓고 토론을 하게 되어 영광입니다. 아래에서 몇 가지 사항에 대하여 토론하겠습니다.

1. 국가관리와 감시국가의 구별 및 초감시국가 위험에 대한 실천적 방안 모색

(1) 발표문에서는 국가가 현대의 정보통신기술의 발달에 힘입어 국민의 개인 정보를 물화된 형태로 수집하여 대량적으로 관리할 수 있게 되어, 국가를 중심으로 국민생활이 중앙집권적인 통제 하에 있게 될 뿐만 아니라 국민들이 자신의 생활을 국가가 관리하는 정보를 중심으로 재구성하는 초감시국가가 등장할 위험을 강조하면서, 우리나라의 주민등록제가 이러한 위험발생의 매개가 되어 문제라고 역설한다. 초감시국가에서는 국민들이 자기검열에 의하여 국가가 원하지 않는 행

* 헌법연구관

등을 자발적으로 회피하는 동시에 그러한 생활방식 자체를 자신의 것으로 내재화하는 훈육효과를 통하여 국민들을 길들이는데, 우리나라의 주민등록제는 이러한 자기검열과 자기순치의 훈육효과를 극대화하는 매개가 된다는 것이다.

(2) 그러나 현대에 이르러 사회국가원리 내지 복지주의의 이념 하에 국가의 기능은 점차 확대되어 왔고, 그에 따라 국가에 의한 개인정보의 수집과 처리의 필요성은 더욱 증대되었다. 시장의 실패를 극복하고 국민의 인간다운 생존을 보장하기 위해서는 국가가 개인의 생활영역에 깊숙이 개입할 수밖에 없다는 것도 부정하기 어렵다.¹⁾ 국가가 존재하는 한 국가가 국민의 정보를 파악하고 관리하는 것-국민등록제/주민등록제-이 항상 감시와 억압을 위한 것만은 아니다²⁾.

발표문에서도 언급된 바와 같이(21면) 스웨덴이 사회보장 등 국민의 편의성과 생활 안정 등 사회보장 서비스 전달의 효율성을 도모하기 위하여 우리 주민등록번호와 유사한 전 국민을 대상으로 하는 일률적인 개인식별번호제도를 운영하고 있다는 것도 이러한 점을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

(3) 스웨덴은 출생과 동시에 일련번호를 주민들 모두에게 강제적으로 부여하며 생년월일을 앞 여섯자리로, 오류 체크 숫자와 발급번호로 이루어진 뒷 네자리로 해서 개인식별번호가 주어지고, 이러한 식별번호는 주민등록제도에서 시작된 것이지만, 많은 행정조직들이 행정업무의 효율성과 비용절감을 위해서 사용하기 시작했고 조세·사회보장·병무행정 등에 확대되었다고 한다. 우리의 주민등록번호는 국가에 등록된 개인의 정보를 모두 확인할 수 있는 매칭코드로 사용될 수 있으나, 스웨덴의 경우에는 비록 매칭코드의 역할을 한다고 하더라도 국가에 등록된 개인정보의 범위와 사용한다가 엄격히 한정되어 있어서 개인정보 유출에 대한 우려가 한층 줄어들기는 하지만, 한때 이러한 개인식별번호가 원래의 목적과는 다르게 이용되고 결합되면서 그 사용을 중단해야 한다는 주장이 제기되고, 이에

1) 고영삼, 전자감시사회와 프라이버시, 한울아카데미, 1998, 66-68면 참조

2) 국민의 신원과 일상을 파악하기 위한 활동은 언제나 국민을 감시하고 통제하기 위한 억압적 기제로서만 기능하는 것은 아니고, 국가안전의 확보, 범죄의 예방과 진압, 공공복리의 증진 등을 목적으로 하는 현대 국가에 있어서 정부가 자신의 기능을 원활하게 수행하기 위해 국민의 각종 정보를 수집하여 활용하는 것이 불가피한 경우도 있다. 그러한 국민관리 시스템이 전체적으로 볼 때 오히려 보다 많은 사람의 자유를 보장하는 데 기여할 수 있는 경우도 있다. 가령 국민건강보험의 시행이나 복지혜택의 부여 등을 위한 본인의 확인이나 의료정보나 소득의 조사 등이 이에 해당될 수 있을 것이다.(이인호 외, 개인의 사생활, 국가적 감시, 그리고 규범, 정보통신정책연구원, 2006, 35-37면 참조; 권건보, 전자주민증 도입방안의 헌법적 검토, 공법연구 제39집 제2호, 2010, 344면 참조)

1978년 정보법개정에 관한 의회위원회는 개인식별번호가 개인의 사생활을 부당하게 침해할 가능성을 인정하면서도 개인식별번호가 없는 경우의 현실적인 어려움과 이에 따르는 비용을 강조하면서 번호사용을 금지하는 대신 개인식별번호가 요구되는 상황을 제한하자는 대안을 제시하는 데 그쳤다고 한다³⁾.

(4) 국가가 개인정보를 수집하고 관리하는 이상, 행정적 편의, 비용절감, 신속하게 변화하고 복잡해지는 생활양태에 조응할 필요성 등 개인정보가 이용되는 범위가 증대될 것이라는 점은 쉽게 전망되고, 그러한 개인정보 이용 확대에 부응할 종합적 관리체계를 국가 스스로 포기할 것을 기대하기도 어렵다. 이 점은 스웨덴과 같이 국민의 개인식별번호가 사회보장 서비스 전달 등 국민의 편익증진에 직접적으로 관련되고, 수집된 개인정보의 범위가 제한되고 있는 경우라 하더라도, 운전면허증에 개인식별번호를 기입하는 등 개인식별번호의 원래 목적과는 다르게 사용되는⁴⁾ 문제가 나타나는 데서도 어느 정도 입증된다고 하겠다.

(5) 국가에 의한 국민관리의 시스템이 자칫 공권력의 자기목적성을 위한 수단으로 악용될 위험을 줄이기 위해서는, 그러한 관리시스템-국가에 의한 개인정보의 수집, 처리, 관리 체계에 대한 법적·제도적 통제체계를 구비하는 일이 더욱 중요하게 된다. 특히 우리의 주민등록법에서는 주민등록번호 이용을 규제할 법률이 미비하고, 주민등록번호의 적정하지 못한 이용의 통제·감독에 대한 법적 규율이 부재한 실정이어서 위와 같은 법적·제도적 통제 감독 체계를 갖추는 일이 더욱 강조되어야 할 것이다.

2. 헌법재판소 결정례(이른바, 지문날인 사건 99헌마513등)

(1) 발표문(24-25면)에서는 헌법재판소가 “지문정보의 보관은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여 이용하기 위한 것이므로 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 법률조항들은 모두 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있다”라고 하여,

3) 이상명, 주민등록제도에 대한 헌법적 평가-주민등록번호와 지문날인을 중심으로- 한양대학교 박사학위논문, 2007, 106-108면 참조

4) 이상명, 주민등록제도에 대한 헌법적 평가-주민등록번호와 지문날인을 중심으로- 한양대학교 박사학위논문, 2007, 106-108면 참조

나치식의 예방 형법의 기본논리를 반복, 구체적인 사회질서위험이 존재하지 않는 상황에서도 막연한 미래의 범죄자를 추적하기 위한 수단으로 지문정보를 수집해 두는 것, 그리고 그에 따라 개인정보자기결정권에 대한 포괄적 제한을 가하는 것을 합헌이라 하었다고 비판하고 있다.

그런데, 위 사건의 심판 대상은 ① 주민등록법시행령 제33조 제2항5)에 의한 별지 제30호 서식 중 열 손가락의 회전지문과 평면지문을 날인하도록 한 부분, ② 주민등록법시행규칙 제9조 중 주민등록증발급신청서를 송부하도록 한 부분⑥ ③ 경찰청장이 청구인의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위(이하 ‘경찰청장의 보관 등 행위’라 한다)의 기본권 침해 여부이고, 위 판시 부분은 경찰청장의 지문정보의 보관행위가 법률적 근거가 있다)는 전제 하에, 보관하고 있는 지문정보를 범죄수사 목적에 이용하는 행위도 법률적 근거가 있다고 볼 수 있다는 내용이다. 이에 대해 경찰청장의 지문정보 보관행위에 대하여 법률적 근거가 없다고 본 3인 재판관 반대의견⁸⁾이 있다.

(2) 심사기준

주민등록번호제도는 개인정보자기결정권에 대한 직접적 침해 또는 제한이

-
- 5) 주민등록법시행령 제33조(주민등록증의 발급절차) ② 제1항의 규정에 의하여 주민등록증 발급통지를 받은 자 또는 공고된 자는 그 통지서 또는 공고문에 기재된 발급신청기간 내에 본인이 직접 주민등록이 되어 있는 시·군·자치구(이하 “주민등록지의 시·군·구”라 한다)의 관계공무원에게 사진(6월 이내에 촬영한 가로 3센티미터 세로 4센티미터의 탈모상반신의 사진을 말한다. 이하 같다) 1매를 제출하거나 그 사무소에서 직접 사진을 촬영하고, 본인임을 소명한 후, 그 공무원 앞에서 별지 제30호서식에 의한 주민등록증 발급신청서에 지문을 날인하여 신청하여야 한다.
 - 6) 주민등록법시행규칙 제9조(주민등록발급신청서의 송부) 시장·군수 또는 구청장은 주민등록증발급신청서와 별지 제5호서식의 주민등록증발급신청서집계표를 다음달 5일까지 해당자의 주민등록지를 관할하는 경찰서의 파출소장에게 송부하여야 한다.
 - 7) 현재는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조, 제10조 제2항 제6호에 근거한 것으로 볼 수 있고, 주민등록법 제17조의8 제2항 본문, 제17조의10 제1항, 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조에도 근거하고 있는 것으로 볼 수 있다고 함.
 - 8) 지문정보에 대한 제1차 정보수집기관인 주민등록증발급기관이 주민등록증에 지문정보를 수록하는 것에 대하여만 주민등록법 제17조의8 제2항에 근거가 마련되어 있을 뿐 경찰청장이 지문원지를 수집·보관할 수 있도록 하는 법률의 직접적인 규정은 찾아볼 수 없다. 다만 주민등록법시행규칙 제9조에 시장·군수 또는 구청장은 주민등록증발급신청서를 해당자의 주민등록지를 관할하는 경찰서의 파출소장에게 송부하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 그렇다면 청구인들의 지문정보가 포함된 주민등록증발급신청서를 관할동장이 관할경찰서의 파출소장에게 송부·제공하는 행위가 주민등록법, 주민등록법시행령 기타 어떠한 법률에도 규정되어 있지 않고, 오로지 주민등록법시행규칙에 규정되어 있을 뿐이므로, 피청구인의 청구인들에 대한 지문정보의 수집·보관행위는 헌법상 법률유보원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.

되므로 엄격한 비례성 심사가 적용되어야 할 것이라는 발표문의 견해에 동의한다. 헌법재판소도 위 지문날인 사건에서 십지지문의 날인제도에 대하여 비례성 심사를 하고 있다⁹⁾.

3. 의회유보원칙의 적용 여부

(1) 발표문은 주민등록제도의 헌법적 문제점의 하나로 법치주의 기본원칙인 의회유보의 원칙에 위반된다고 한다. 즉 기본권의 중대한 침해가 있음에도 불구하고 그 근거가 되는 규정은 주민등록법이 아니라 시행령으로 위임하고 있으며(주민등록법 제7조 제4항10), 시행령은 다시 규칙에 위임(주민등록법 시행령 제7조 제4항11)하고 있어 문제된다고 보면서¹²⁾ 주민등록번호에 관하여 의회유보원칙이 지켜져야 한다는 취지로 주장한다.

-
- 9) 다만 법익균형성 심사에서 “우리 나라는 분단국가로서 아직도 체제대립이 상존하고 있는 실정이므로, 그러한 사정에 있지 아니한 다른 나라들에 비하여 국가안보차원에서 국민의 정확한 신원확인의 필요성이 크다는 점도 법익의 균형성 판단과 관련하여 고려하지 않을 수 없을 것이다.”라고 한 바, 이를 가지고 완성된 비례성 심사를 하였다고 보기는 어렵다. 발표문도 목적 정당성 증명론에 대한 비판 부분에서 냉전적인 반공국가의 체제를 기반으로 형성된 우리 국가체제를 감안할 때, 이러한 의견의 타당성을 부인할 수는 없다는 점은 인정하고 있는데, 이러한 입장에 비추어 법익균형성 심사에 있어서 위와 같은 사항의 고려는 동의될 수 있을 것으로 보인다.
- 10) 제7조(주민등록표 등의 작성) ① 시장·군수 또는 구청장은 주민등록사항을 기록하기 위하여 전산정보처리조직(이하 “전산조직”이라 한다)으로 개인별 및 세대별 주민등록표(이하 “주민등록표”라 한다)와 세대별 주민등록표 색인부를 작성하고 기록·관리·보존하여야 한다.
 ② 개인별 주민등록표는 개인에 관한 기록을 종합적으로 기록·관리하며 세대별(世帶別) 주민등록표는 그 세대에 관한 기록을 통합하여 기록·관리한다.
 ③ 시장·군수 또는 구청장은 주민에게 개인별로 고유한 등록번호(이하 “주민등록번호”라 한다)를 부여하여야 한다.
 ④ 주민등록표와 세대별 주민등록표 색인부의 서식 및 기록·관리·보존방법 등에 필요한 사항과 주민등록번호를 부여하는 방법은 대통령령으로 정한다.
- 11) 제7조(주민등록번호) ① 시장·군수 또는 구청장은 법 제7조제3항에 따라 주민등록번호를 부여하려면 반드시 등록기준지를 확인하여야 한다.
 ② 시장·군수 또는 구청장이 법 제7조제3항에 따라 주민등록번호를 부여할 때에는 별지 제6호서식에 따른 주민등록번호 부여대장에 이를 기록하여야 한다.
 ③ 법 제7조제3항에 따른 주민등록번호의 부여는 전산조직을 이용하여 처리할 수 있다.
 ④ 주민등록번호의 부여에 필요한 사항은 안전행정부장관이 정한다.<개정 2008.2.29, 2013.3.23>
- 12) 한편 발표문은 주민등록제도와 주민등록번호제도를 구별하여 살펴보고 있다. 즉 주민등록제도의 헌법적 문제점과 주민등록번호제도의 위헌성을 구별해서 기술하고 있고, 우리의 분단체제상황을 어떻게 고려할 것인가에 있어서 주민등록제도의 목적과 주민등록번호제도를 구별하고 있는 듯하다. 또한 주민등록제도의 목적과 수단의 적합성을 서술하면서 영구불변의 주민등록번호 부여가 수단으로서 적합하지 않다고 적시하고 있는바, 주민등록제도와 주민등록번호제도를 구별하면서도 때로는 구별하지 않고 하나로 보는 듯한 인상이다.

(2) 헌법재판소는 이른바 TV 수신료 사건에서, 의회유보원칙에 관하여 “오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙). 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다”¹³⁾라고 하여, 기본권의 중요한 영역에 있어 본질적인 부분은 의회 자신이 결정해야 한다는 취지로 판시한 바 있다.

(3) 주민등록번호에 관하여 반드시 입법자가 법률로써 규정해야 하는지 본다.

우리나라의 주민등록번호 체제에서는 그 번호의 부여방식 상 번호 자체가 개인정보를 드러내고 있다. 또한 발표문에서 제시되고 있는 주민등록번호의 식별기능, 인증기능, 연결기능 등과, 개인정보자기결정권의 핵심적 내용이 “정보 주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”¹⁴⁾라는 점을 고려하면, 주민등록번호에 관한 개인정보자기결정권은 중대한 기본권의 영역이라고 볼 수 있을 것이다.

또한 최근 헌법재판소는 인터넷 본인확인제를 규정한 법률조항(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5 제1항 제2호)에 대한 2010헌마47등 사건에서, 본인확인제가 게시판 이용자의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부에 대한 과잉금지원칙, 특히 법익균형성 위반 여부를 심사하면서 “정보통신서비스 제공자에 대한 본인확인정보 보관의무 부과로 인하여 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가함에 따라 게시판 이용자가 입는 불이익 및 수사기관 등이 정보통신서비스 제공자에게 이용자의 개인정보 제출을 요청하는 경우에 발생할 수 있는 본인확인정보의 보관목적 외 사용 우려에 비추어보면, 개인정보자기결정권의 제한 역시 중대함을 부인할 수 없다”고 결정한 바 있는데(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 판례집 24-2상, 590,

13) 헌재 1999. 5. 27. 판례집 11-1, 633, 643-644

14) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 682

607), 이는 주민등록번호에 관한 개인정보자기결정권이 중대한 기본권의 영역으로 인정될 수 있다는 방증이 되지 않을까 한다.

(4) 이와 같이 주민등록번호에 관한 개인정보자기결정권을 중요한 기본권의 영역으로 본다고 하여도, 주민등록번호에 관한 모든 사항들을 법률로써 규정해야 할 필요가 있는 것인지에 대해서는 구체적인 검토가 필요하다.

4. 주민등록번호에 대한 제반 법적 규율의 불비

발표문은 현재의 주민등록번호는 입법 당시의 목적을 넘어서서 개인정보의 연동이라든가 민간이용에까지 확장된 광대역의 목적에 봉사하는 양상이 문제라고 하면서 이러한 문제를 목적의 정당성의 문제로 보고 있다. 고유번호를 부여하는 제도 자체는 위헌성을 판단하기 어렵지만, 현행의 주민등록제도-전속성, 통일성, 유일성, 종신성, 범용성, 강제성-을 부여하고 이를 행정내부적 목적으로만 사용하는 것이 아니라 외부적 목적에도 활용할 수 있도록 함으로써 식별자, 인증자 기능 외에 연결자로서의 기능을 수행하게 하는 문제를 지적한다.

그런데 이는 주민등록번호제도 자체의 문제라기보다는, 주민등록번호 자체가 답을 수 있는 개인정보의 제한, 주민등록번호의 변경에 대한 입법의 흠결, 주민등록번호의 사용에 대한 규제입법의 결여 또는 미비의 문제로서 주민등록번호의 등록 변경 사용 등에 관한 입법적 흠결 및 주민등록번호의 적정한 사용에 대한 감독의 부재의 문제라고 볼 수 있다.

현행 법률 하에서, 발표문이 지적하고 있는 사항¹⁵⁾ 이외에 주민등록번호에 관한 입법적 불비를 보충해본다. 주민등록번호의 변경에 관하여는 법률¹⁶⁾에 주민등록증의 재발급 사유로 성명, 생년월일, 또는 성별의 변경 및 기타 대통령령이 정하는 사유¹⁷⁾를 정하고 있을 뿐이다. 주민등록번호의 공공기관 내 사용에 관하

15) 법률에서 주민에게 개인별로 고유한등록번호를 부여할 것만을 정하고 있을 뿐, 그 번호가 어떻게 생성될 것인지에 대하여는 정하고 있지 않다(다만 시행령에서 주민등록번호의 부여에 필요한 사항은 안전행정부장관이 정하도록 하고 있다)

16) 주민등록법 제27조(주민등록증의 재발급) ① 주민등록증을 발급받은 후 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 재발급을 받으려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장에게 그 사실을 신고하고 재발급을 신청하여야 한다.

1. 주민등록증의 분실이나 훼손
2. 성명, 생년월일 또는 성별의 변경
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유

여 보면, 주민등록법상 주민등록전산정보자료를 다른 기관이 이용 또는 활용할 때에는 안전행정부장관에 의한 일정한 승인절차를 거치도록 하고 있으나¹⁸⁾, 이러한 규정은 일반적인 주민등록정보에 관한 규정이고 주민등록번호에 대한 직접적인 규제가 아니어서 주민등록번호의 보호나 이용목적에 제한하는 규정이라고 보기는 어렵다. 또한 주민등록법에는 주민등록번호의 사용에 대한 제한규정이 없고 다만 개인정보보호법에 제한규정이 있으나 법령에서 주민번호의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에는 예외적으로 주민등록번호를 처리할 수 있다¹⁹⁾. 개인정보의 이용에 대한 통제와 감독을 현실화하기 위하여 외부의 독립된 감독기관을 설치할 필요가 있다²⁰⁾.

17) 주민등록법 시행령

제40조(주민등록증의 재발급) ③ 법 제27조제1항제3호에서 “그 밖에 대통령령으로 정하는 사유”란 다음 각 호의 경우를 말한다. <개정 2008.12.17>

1. 주민등록증의 기재사항 중 주소 외의 사항이 변경된 경우. 다만, 법령에 따라 영내 또는 합정에 기거하는 현역군인(이하 “영내군인”이라 한다)의 주민등록증에 대하여는 예외로 한다.
2. 주민등록증의 변경내용란이 부족한 경우
3. 국외로 이주한 사람이 영주하기 위하여 귀국한 경우
4. 외과적 시술 등으로 용모가 변하여 본인 확인이 어려운 경우
5. 제44조제1항 제4호 및 제5호에 따라 주민등록증을 회수한 경우

제44조(주민등록증의 회수·파기) ① 시장·군수 또는 구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하면 종전의 주민등록증을 회수하여야 한다. <개정 2009.8.13>

4. 습득주민등록증의 수령안내 통지일부터 1년이 지나도 찾아가지 아니하는 경우
5. 법 제24조 및 법 제27조에 따라 발급한 주민등록증을 발급일부터 3년이 지나도 찾아가지 아니하는 경우

18) 주민등록법 제30조(주민등록전산정보자료의 이용 등) ① 주민등록표에 기록된 주민등록 사항에 관한 주민등록전산정보자료(이하 “전산자료”라 한다)를 이용 또는 활용하려는 자는 관계 중앙행정기관의 장의 심사를 거쳐 안전행정부장관의 승인을 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 관계 중앙행정기관의 장의 심사를 필요로 하지 아니한다. <개정 2008.2.29, 2013.3.23>

② 전산자료를 이용·활용하려는 자의 범위는 제29조제2항에 따라 주민등록표의 열람 또는 등·초본의 교부를 신청할 수 있는 자로 하되, 전산자료의 형태로 제공하는 것이 적합한 경우에 한정한다.

③ 전산자료의 제공범위는 주민등록표의 자료로 하되, 제29조제2항제2호부터 제7호까지의 경우에는 주민등록표 등·초본의 자료에 한정한다.

④ 안전행정부장관은 제3항에 따라 전산자료를 제공하는 경우 자료의 이용·활용 목적을 고려하여 필요 최소한의 자료를 제공하여야 한다. <개정 2008.2.29, 2009.4.1, 2013.3.23>

⑤ 제1항에 따른 전산자료를 이용·활용하는 자는 본래의 목적 외의 용도로 이용·활용하여서는 아니 된다.

⑥ 전산자료의 이용·활용에 필요한 사항은 대통령령으로 정하고, 전산자료의 사용료에 관한 사항은 안전행정부령으로 정한다. <개정 2008.2.29, 2013.3.23>

19) 개인정보보호법 제24조(고유식별정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 경우를 제외하고는 법령에 따라 개인을 고유하게 구별하기 위하여 부여된 식별정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “고유식별정보”라 한다)를 처리할 수 없다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우
2. 법령에서 구체적으로 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

이와 같은 입법적 흠결이 헌법적으로 정당화될 것인지, 개인정보자기결정권을 침해하는 것은 아닌지 등에 관하여는 심사와 판단이 필요하다. 이 경우 이러한 입법적 흠결의 규범구조적 성격에 따라 심판의 대상, 적합한 헌법소송의 형태, 심사의 기준 등이 달라질 것이다.

20) 현재 대통령 소속 하에 개인정보보호위원회를 두고는 있지만 감독, 심사권한이 미비하여(개인정보보호법 제7조, 제8조) 개인정보에 대한 합리적인 통제를 기대하기 어려운 구조적 문제를 안고 있다. 외국의 경우를 살펴보면 유럽연합의 거의 모든 회원국들은 유럽연합의 ‘개인정보의 처리와 보호에 관한 지침(Directive 95/46/EC) 제 28조에 따라 국가로부터 독립성을 가지고 실질적인 권한을 갖는 감독기구를 구성하여 운영하고 있고, 오스트레일리아, 캐나다, 뉴질랜드 등의 국가도 이러한 감독기구를 구성하여 운영하고 있다.(이상명, 위 논문 171-172면)

제127회 발표회 토론요지

사 회 자(중앙대학교 이인호) : 기본적으로 우리 사회가 점점 정보사회가 되고 정보사회라는 것은 저는 기록사회라고 생각합니다. 모든 것이 기록되고 모든 것이 기록된다는 것은 결국은 누군가에 의해서 감시가 가능해졌다는 것이거든요. 그래서 감시사회의 가능성·위험성을 항상 안고 있습니다.

그중에 그 위험성의 가장 중요한 인자가 주민번호가 되어 있다는 것이지요. 애초에 주민번호는 이렇게 위험성을 가진 것으로 기능하지는 않았었는데, 지금은 기록사회, 감시사회 속에서 중요한 인자로 모든 DB의 핵심 키로 연결기능이 굉장히 부각되게 되고, 그럼으로써 위험성이 더 증폭된 그런 상황입니다. 이런 새로운 상황 속에서 주민번호에 대한 헌법적 내지는 규범적 평가를 재검토하는 말씀을 해주셨습니다.

국가주의라고 하는 거시담론에서부터 주민번호의 헌법적 문제라는 미시담론까지 쪽 연결해서 일관되게 논증을 하고 계십니다.

발 표 자 : 우선 김주영 선생님 코멘트 부분에서 답변드릴 수 있는 것은, 국가신분제 또는 국가신분증명제 그 자체가 좋다 나쁘다를 떠나서 국가가 존재하는 한 그리고 권력형성이 존재하는 한 당연히 있어야 되는 거지요. 그게 없이는 즉 말해서 피치자가 특정되지 않고서는 치자의 권력이라는 것은 의미가 없는 것이지요. 그런 점에서는 당연히 그 지적에 동의합니다.

다만 문제가 되는 것이 국가신분제라는 것이 과연 개인의 국가생활 과정에서 의 필요성을 떠나서 다른 능력까지 확장되어야 될 필요가 있느냐 하는 것은 별론으로 봐야 될 것 같습니다. 거래비용을 말씀하셨는데, 사실 국가영역에서는 거래비용이라는 것이 존재하지 않습니다. 그것은 권력이기 때문에. 만약에 거래비용이 존재하는 상황이 되면 국가나 어떤 권력을 가진 쪽에서 그 비용을 없애는 방향으로 결정해 버리면 됩니다. 그것이 국가정책권력이지요. 그것 자체가 권력입니다.

그런데 사적인 영역에서는 당연히 거래비용이 생깁니다. 왜냐 하면 일방이 타방에 대해서 우월할 수 없으니까. 문제는 이 사적인 영역에서 거래비용을 없애기 위해서 국가신분제를 원용하는 것이 과연 타당할 것이냐? 그 근거는 뭐냐? 이것은 별도로 생각을 해야 되겠지요.

그러니까 내가 저 사람하고 어떤 거래를 하는데 그 거래에 대해서 나의 신원을 국가가 왜 책임지고 증명을 해줘야 되는 것인지? 사실 어떤 거래에서도 시장의 영역에서는 그게 존재하지 않습니다.

또 하나 국가신분증명제와 주민등록제가 과연 서로 같은 영역에 들어가야 되는 것이지요?

사실 국가신분증명은 우리나라는 이중적입니다. 호적제도를 기반으로 하는 본적지, 거주지, 정주지를 기반으로 해서 혈통주의를 결합시킨 그런 호적제도가 있었고요. 지금 가족부로 바뀌기는 하였습니다다만 어쨌든 그 제도와 주민등록제도가 병치되어 있습니다. 하나로만 충분한 것인데 두 개까지 중첩시키면서, 그 과정 속에서 주민등록의 주체를 땅에다가 어떤 거주지에다가 고정시키는 것, 이것이 과연 어떤 식으로 정당화될 수 있을 것인가 하는 생각은 좀 해볼 필요는 있을 것 같습니다.

그 다음에 발행번호제도, 사실 주민등록번호에 대해서 반론을 제기하는 사람들의 요지는 간단합니다. 행정업무를 하는데 모든 서류에는 일련번호가 있지요. 일련번호 그것을 거부하지 않습니다. 주민등록번호제도 주장하는 사람이 군번을 부여하는 것 반대하는 것은 아닙니다.

문제는 첫째, 주민등록번호를 강제적으로 부여하는 것까지도 양해하더라도, 한번 부여하면 평생 바꾸지 못하는 것, 이 문제가 제일 큰 문제입니다. 제가 마지막 부분에 보론이라고 썼던 부분은 그것을 엄두에 두고 쓴 것입니다.

특히 지금처럼 특정한 주민등록번호가 유출이 되어서 위험이 현재 구체화되어 있는 이런 상황에서조차도, 주민등록번호를 못 바꾸어 주겠다고 이야기하는 것이 정당화될 수 있는 근거는 무엇인가에 대하여 의문을 제기하고 있는 것입니다.

다음으로 신미용 연구관님 지적해 주신 것 감사합니다. 제일 핵심적인 것이 의회유보부분입니다. 어떤 사항을 의회유보라고 할 것인가, 그러니까 주민등록법을 만들 때 어떤 사항을 정해야 하는가의 문제입니다.

엄밀히 본다면 어떻게 보면 입법부작위 부분이라고 볼 수 있을 것 같습니다. 2001년 무렵에 주민등록법을 개정해 가지고 7조 3항, 4항을 집어넣었습니다. 김대중 대통령 정부 들어서면서 전자정부가 형성이 되고 전 국가행정체제가 컴퓨터시스템으로 재정비되는 이런 상황에서, 주민등록번호에 대해서 약간의 입법적인 통제를 한 것입니다. 입법적인 통제를 했다고보다는 입법적인 근거를 마련한 것입니다. 사실 그 이전부터 주민등록번호제도의 문제점들은 지적되어 왔었고, 그 때

해가 서서히 드러나던 그런 시기였습니다.

이런 부분에서 입법자가 주민등록번호가 가지는 문제점을 충분히 인식할 수 있었음에도 불구하고, 그 문제점을 전혀 인식하지 않은 채 아무런 규정도 없이 그냥 근거규정만 하나 마련해 놓은 그런 셈이 되어 버렸습니다. 이미 문제는 드러나 있음에도 불구하고 입법하지 않은 그런 상태지요.

사실 전혀 새로운 생활관계를 만들어 낸다면, 이 부분에 대해서는 의회유보가 아니라 행정부가 위임받은 입법의 범위를 일탈한 것이라고 판단해야 될 것입니다. 그런데 그것이 아니라 1968년부터 시행되어 왔던 주민등록번호제도가 가지고 있던 문제점이 충분히 드러난 상태에서, 의회가 기존의 상황을 정당화 시켜주는 근거를 만들어 주는 그런 입법을 하는 과정이라고 한다면, 그동안 지적됐던 문제점들, 그러니까 불변성이라든지 또는 주민등록번호의 관리와 변경에 관한 사항 이런 것들은 입법사항으로 기본적인 틀은 만들어 두었어야 했다는 생각을 해봅니다.

주민등록번호의 가장 큰 문제는, 민간이 자유롭게 쓰고, 행정부도 모든 정부 데이터베이스의 연결자로 주민등록번호를 고정시켰다는 것입니다.

관리번호로서의 주민등록번호라는 것은 스웨덴이 그런 형태입니다. 일률적으로 강제적으로 부여했다는 점에서는 우리하고 공통됩니다만, 스웨덴의 경우는 아주 한정된 부분에 대해서 병역이라든지 세금이라든지 복지수급영역에 관련해서만 부여하고 있습니다.

그런데 우리나라에서는 그것뿐만 아니라 정말 주민등록번호 하나만 있으면 개인의 모든 영역 모든 국가생활영역에 대해서 다 알 수 있고, 거기다가 금융실명제 부동산실명제 통신실명제 요즘은 휴대폰실명제입니다. 휴대폰도 주민등록번호 있어야 됩니다. 그런 것을 본다면 국가가 만들 수 있는 모든 데이터베이스나 모든 감시체제에 연동자로 사용하고 있는, 남용되고 있는 체제입니다. 이것이 가장 큰 문제입니다. 그렇게 본다면 과연 스웨덴과 우리나라를 같은 선상에 놓고 볼 수 있을까 싶은 생각이 들기도 합니다.

그리고 영국이나 미국에 비해서 우리나라의 국민감시체제가 덜 강력한지 의문입니다. 대테러작전이나 감청이나 이런 부분에서는 분명히 우리나라의 기술력은 떨어집니다. 그런데 단적으로 우리나라의 범인검거율이 우리나라의 과학수사능력이 떨어짐에도 불구하고 세계에서 가장 높은 수준입니다. 이것은 어떻게 보면 국민감시체제의 한 틀이지요. 물론 그것이 주민등록제도가 존재하는 이유로서 정부가 이야기하는 부분이기도 합니다만, 어쨌든 국민들의 동태를 파악하는데 가장 주요한 기능을 하고 있는 것이 주민등록번호체제라고 할 수도 있습니다.

사실 요즘은 조금 나아졌습시다만 얼마 전까지만 해도 주민등록을 이전하려면 통장·반장 도장 다 찍어야 했습니다. 대면적인 그런 관계 속에서조차 나의 존재가 확인되어야만 주민등록을 해줬습니다.

이렇게 본다면 그 감시체제가 아주 고도의 관점에서는 우리나라가 떨어질 지 몰라도, 미시영역에서의 감시체제는 더 강한 방식이 아닌가 싶은 생각이 듭니다.

사 회 자 : 한 교수님이 문제 삼는 부분이 2가지인 것 같습니다.

실제로 이 사건도 주민등록번호를 변경해 달라고 신청했는데 행안부가 그건 불가라고 했고 그에 대해서 다투서 행정소송이 제기되었는데 법원도 변경신청권이 없다고 해서 각하한 것 같습니다. 그 재판 진행 중에 주민등록번호를 근거지우는 법률조항의 위헌여부를 위헌제청신청해서 지금 헌바로 들어가 있는 것 같습니다. 제가 보기에는 변경을 안해주니까 주민등록번호를 근거지우는 법률조항 자체의 위헌성을 바로 묻고 있는 것 같습니다.

주민등록번호 제도 자체가 위헌이라고 주장하시고, 또 한편에서는 주민등록번호를 변경해주지 않는 부작위가 헌법적 문제를 가진다는 점입니다. 2개 다 주장하시는 것이지요?

발 표 자 : 네, 각도는 조금 다르긴 합니다만.

주민등록번호에 생년월일부터 이상한 것 다 들어있다는 것도 문제이긴 합니다만, 더 큰 문제는 강제적으로 모든 국민을 대상으로 해서 통일된 기준에 의해서 번호를 부여하는 것입니다. 이것이 첫째 문제입니다.

두 번째 문제가 그렇게 통일된 번호를 공공기관이든 사적인 영역이든 너무 폭넓게 사용한다는 것입니다. 결국 폭넓게 사용할 수 있는 것은 주민등록번호의 범용성 때문입니다. 결국 세 가지 요건이지요. 강제적으로 부여하고, 종신에 걸쳐서 부여하고, 법령적으로 사용하고 있고.

사실 생체정보를 함부로 수집할 수 없는 것이 생체정보는 평생 불변이기 때문입니다. 그렇게 본다면 주민등록번호도 생체정보와 똑같은 성격을 가지는 것입니다. 평생불변이기 때문에. 그리고 생체정보는 아무리 피하려고 해도 피할 수 없습니다. 자기 형질을 바꿀 수 없으니까. 우리나라 주민등록번호도 강제적으로 부여되기 때문에 피해갈 방법이 없습니다. 내가 다른 식의 생활방식을 취하겠다 하더라도 방법이 없는 것이고요.

그 두 가지 특성, 강제성과 종신성이라는 특성 때문에 법령적으로 사용할 수

있는 가장 좋은 부가가치를 가지는 개인정보가 됩니다. 모든 데이터베이스를 연동시키기에 가장 좋지요. 모든 국민들이 다 가지고 있고 평생 안 바뀝니다.

토 론 자(지성수) : 강제성을 띠지 않는 임의적인 제도이어야 된다고 생각하시는 것이지요?

또 신분을 식별하는 것으로 하나의 유일한 주민등록번호가 너무 여러 분야에 걸쳐서 광범위하게 사용된다고 말씀하셨습니다. 그러면 매년 어떤 특별한 목적을 위해서 그 목적에 적합한 개인식별이 가능한 제도를 그때그때 번호든지 일련번호든지 생성을 해서 사용하는 제도가 합리적인 제도이고 지금처럼 이렇게 하나로서 통할하는 제도는 문제가 있는 것이라는 말씀이신건가요?

발 표 자 : 사실 제가 있는 학교에서 저를 관리할 때는 교직원번호로 관리합니다. 6자리 숫자인데요. 그렇게 관리하면 되고, 그것으로 충분하지요.

그런데 주민등록번호는 거기뿐만 아니라 제 헬스클럽가입번호로도 삼고 어떤 통신사 관리번호로도 삼고 그런 식이 되는 것입니다. 그러니까 그것을 해체하면 되는 것입니다. 각각의 데이터베이스에 각각의 번호를 부여하면 됩니다. 그리고 그 번호는 제가 알고 있을 이유도 없고요. 저는 제 학교교직원 번호를 모릅니다. 몰라도 충분히 가능하지요.

그런데 우리 주민등록번호제도는 지금 정보화사회에서 당신들이 불편하든 안하든 관계없이 무조건 일률적으로 부여하고 그것을 모든 데이터베이스에 다 이용하고 있다는 점이 가장 큰 문제입니다. 데이터베이스마다 따로 부여하는 것이 오히려 더 바람직하다고 보는 것입니다.

토 론 자(지성수) : 국가적인 차원에서 전 국민을 상대로 하는 영역에서는 부분사회와는 다른 통일된 하나의 체계가 불가피하게 필요한 것이 아닐까라는 생각이 듭니다. 그런 의미에서 주민등록제도는 의미가 있다고 생각합니다. 물론 운영의 문제, 현재의 시스템에 문제가 있다는 것에는 저도 동의를 합니다. 다만 그 필요성에 관한 것까지 부정하는 것은 이상적인 차원을 떠나면, 현실적으로 불가능한 것이 아닐까라는 생각이 듭니다.

발 표 자 : 결국은 효율성의 문제로 통합입니다. 사실 제가 말씀드리는 식으로 데이터베이스를 전부 다 분리시켜 버리면 상당히 불편합니다. 과거에 전자정부

논의를 할 때도 계속 그 논의가 있었습니다. 주민등록번호를 공통식별자로 써야 되는데 이 데이터베이스와 저 데이터베이스를 서로 연동시키려면 주민등록등본을 확인해야 됩니다. 이 부분에 대해서 바로 자동으로 확인할 것이냐, 그렇지 않으면 당사자에게 주민등록등본 한 장 떼어오라고 할 것이냐?

예를 들어 만약 제가 학적을 옮긴다면 건국대에서 중앙대로 간다 그러면 데이터베이스가 옮겨가야 됩니다. 그것 확인할 때 제가 주민등록등본을 떼어가서 전달하지 않고, 바로 연동시켜서 확인해서 데이터를 가져가면 오히려 더 편합니다. 분명히 더 편한 점이 있습니다. 그러나 그럼에도 불구하고 중요한 점은, 데이터베이스와 데이터베이스가 결합하면 결합할수록, 그 권력은 강대해지고 그 속에 묶여있는 사람의 힘은 약해지는 것은 분명합니다.

그 경우에 이런 정부권력에 대한 민주적인 통제라고 했을 때, 가장 많이 이야기하는 것이 로드의 관리입니다. 두 개가 연결될 때 항상 자동으로 연결되는 것이 아니라 누군가 개입하게 만들어라. 이것이 기본원칙입니다. 그런데 주민등록번호는 그 누군가의 개입을 필요없게 만듭니다. 처음에는 필요없게 만들고 그 다음에는 필요없이 하다 보니까 편하니까 이게 규범이 되는 것입니다.

당연히 누군가의 개입없이 두 데이터베이스 주체의 합의만으로 이 두 개가 연동될 수 있도록 해버리는 것입니다. 예를 들자면 형사사법정보망 있지 않습니까? 경찰서, 법원, 검찰, 교도소까지 다 연결되어 있지요. 이 데이터베이스를 다 연결했거든요. 가장 효율적이예요. 그 속에서 형사사법체계가 하나로 집중되거든요. 그래서 어쨌든 조그마한 범죄라도 저질렀거나 조그마한 수사대상이 된 사람들은 국가의 형사사법통제망 안에 다 들어가 버립니다. 언제나 감시대상이 돼 있는 것입니다.

치안유지를 위해서는 가장 좋은 제도이기는 합니다만, 이 데이터베이스가 언제 어떻게 악용되는가에 대한 감시체계가 형성되지 않습니다. 일종의 국가권력 임에도 불구하고 국민들이 그것을 감시하고 견제하고 통제할 수 있는 메카니즘이 열리지 않습니다. 왜냐하면 시스템 안에서 다 해결되어 버리니까.

바로 그래서 요구하는 것이 데이터베이스를 결합하지 말고 떼어 놓으라는 것입니다. 결합하더라도 결합할 때마다 데이터가 서로 조화될 때마다 누군가의 감시를 통해서 하라는 것이, 어떻게 보면 역감시의 기본적인 틀입니다.

주민등록번호는 그동안 아무런 비판도 받지 않은 채 이런 역감시 가능성 자체를 배제해 버렸습니다. 국가영역에서는 그렇습니다. 모든 데이터베이스를 누구나 손쉽게, 물론 권한가진 사람이든 아니든 관계없이 일단 마음만 먹으면 그리고

기회만 있다면 언제든지 모든 데이터베이스를 자유롭게 열어볼 수 있는 가능성을 만들어 주었습니다. 그것이 가지는 권력남용이 이루 말할 수 없는 상황이 되어버렸습니다.

그리고 또 하나, 이것은 보론이긴 합니다만, 요즘 빅데이터가 가장 문제됩니다. 어떻게 보면 삼성이나 MS나 이런 데서 엄청난 부가가치의 대상이 되기 때문에 빅데이터를 이용하려고 정신이 없는데요, 우리나라에서는 지금 딱하나 걸림돌이 되는것이 무엇이나 하면 개인정보보호법입니다.

여러 가지 데이터베이스를 결합해서 개인을 식별할 수 있으면 이것은 개인 정보입니다. 아무리 쓰레기 데이터라 하더라도 그것이 몇 개만 연동되면 개인을 특정할 수 있으면 개인정보이기 때문에 함부로 수집을 못합니다. 위치정보같은 것이 대표적인 경우인데요, 위치정보나 피자주문했던 정보나 다 같습니다. 문제는 이런 쓰레기 정보들이 서로 결합해서 개인정보로 바뀔 수 있는 가능성을 가장 많이 열어 주는 것이 주민등록번호입니다.

실제 제가 만약에 삼성사람이고 MS사람이고 구글사람이라고 한다면 저는 개인정보보호법 고치자고 이야기하기 전에 주민등록번호제도를 없애자고 이야기 할 것입니다.

요즘 많이 이야기하는 것이 구글에서 하는 독감경보입니다. 어느 지역에서 감기에 대한 문의를 하는 메일이나 질의가 많아지면 그 지역은 독감 유행할 가능성이 있는 것입니다. 그에 따라서 독감경보를 내리는데, 그것은 개인정보하고 전혀 관계없는 정보입니다. 그런데 우리나라만큼은 개인정보가 됩니다. 왜냐하면 그 사람이 질의를 올린 IP는 추적이 되지요, 언제든지. IP자체가 개인정보는 아닙니다. 그런데 우리나라에서는 항상 이 IP는 주민등록번호하고 연결됩니다. 이렇게 되면 이 쓰레기 정보가 주민등록번호하고 연결되면 바로 개인식별정보가 되는 것입니다.

이러니까 결국은 어떻게 보면 제가 할 말은 아닙니다만 빅데이터가 가지는 엄청난 부가가치의 가능성을 막고 있는 걸림돌 중에, 뭐 그것 때문에 못하는 것은 아닙니다만, 아주 중요한 걸림돌로 되어있는 것이 주민등록번호라고 할 수 있겠지요. 그래서 국가발전에 도 위해가 된다, 그렇게 이야기할 수 있을지 모르겠습니다.

지정토론자(명지대 김주영): 개인정보보호법상의 개인정보는 주민등록번호가 없어도, 결합가능성에 있어서 개인정보로 특정될 수 있는 가능성이 충분합니다. 지금 빅데이터가 워낙 방대하게 축적되는 상황에서, 물론 주민등록번호가 없

어지면 굉장히 활용 폭이 넓어지는 것은 사실이겠지만, 제가 생각하기에는 굳이 그래야만 하는지는 조금 의문입니다.

발 표 자 : 제일 큰 걸림돌이라고 보입니다. 유일한 걸림돌은 아니지만.

사 회 자 : 지금은 입법자가 법률을 개정해서 정보통신망법에 주민등록번호 사용을 제한하도록 예외적인 경우에만 주민등록번호를 사용하도록 되어있는데 요, 입법자도 나름대로 그런 문제의식을 가지고 개선해 나가려는 시도를 하고 있는 것 같습니다.

토 론 자(지성수) : 주민등록번호 제도를 이용하다 보니 엄청난 문제가 과생하는데, 이 과생된 문제를 현실적으로 해결할 수 없으니까, 주민등록제도를 없애 버리게 정답이다, 지금 교수님께서서는 이렇게 생각하시는 건가요?

발 표 자 : 사실 그렇게까지 극단적으로 가지는 않습니다.

문제는 초등학교 정도만 되어도 그 사람의 주민등록번호는 이미 온 세상에 다 노출되어 있습니다. 지금 나오는 각종 스팸이니 이상한 것들 상당 부분이 이렇게 노출된 주민등록번호를 바탕으로 하는 것입니다.

이런 부분에 대해서는 최소한 무언가 입법자가 또는 국가가 정리를 해줘야 된다는 것입니다. 첫 단계는 주민등록번호 변경 제도입니다. 좀더 가면 갈수록 미래에는, 민간부분에서는 지금 수집 못하게 했고, 국가부분도 연동자로서의 주민등록번호 기능을 축소해 나가야 되는 것입니다.

데이터베이스를 주민등록번호 중심으로 나열할 것이 아니라 반드시 필요하지 않은 경우에는 순차적으로 주민등록번호로 대신 단순한 관리번호로 데이터를 정리하는 식으로 시스템을 바꿔나가야 됩니다.

그런데 우리 행정행태를 보면 어떤 외부적인 충격이 없이는 절대 그러지 않을 것입니다. 시민단체에서 자꾸 주민등록번호를 가지고 헌법재판소에 오는 이유는 그 외부적인 충격의 역할을 헌법재판소가 해달라는 것입니다.

토 론 자(지성수) : 결국에는 문제가 많은 이것을 적절한 입법통제를 통해서 풀어가자는 것에는 기본적으로 동의를 하시는 것이죠?

발 표 자 : 예.

사실 전자정부가 구축되고 난 뒤에 엄청난 데이터가 국가에 있습니다. 그리고 그 모든 것들을 주민등록번호 하나로 관리하고 있으니깐 지금 당장 주민등록번호 쓰지 말라고 하면 북한에서 쳐들어오는 것 이상으로 큰일입니다. 그렇게까지 과격하게 갈 필요는 없는 것입니다. 예를 들어, 현재 가장 문제는 중국으로부터 걸려오는 스팸전화입니다. 이런 부분에서 국민들의 불안을 덜어줄 수 있는 것, 그 부분부터 차근차근 풀어나갈 필요는 있겠지요.

사 회 자 : 주민번호를 변경해주면 괜찮습니까?

발 표 자 : 그나마 조금 낫지요. 왜냐하면 제 주민등록번호는 벌써 누군가가 다 알고 습니다. 그게 어떤 식으로 저에게 해코지를 해올 지 모릅니다.

주민등록번호가 바뀌는 것에도 2가지 방법이 있겠지요. 변경된 주민등록번호를 앞으로만 쓰게 하는 방법도 있을 것이고, 바뀐 주민등록번호로 제 과거의 모든 데이터베이스를 바꿔주는 방법도 있을 것입니다.

후자 같으면 저는 마음을 폭 놓아도 괜찮을 것 같습니다. 전자같은 경우에는 조금 불안하기는 하더라도 앞으로 생활하는 데는 조금 나을 것 아니겠습니까?

저도 포탈사이트인 네이트에 가입했다가, 주민등록번호가 유출되었습니다. 유출되었다는 것 알고 바로 주민등록검색 서비스인가 하는 한 달에 천 얼마주면 누가 제 주민등록번호로 검색하면 저한테 알려주는 것이 있습니다. 거기에 가입했습니다. 특별한 경우는 없었어요. 제 딸이 몇 번 쓰다가 저한테 들켰지만, 그런 정도인데. 사실 불안한 것은 사실입니다.

사 회 자 : 기존에 주민번호로 축적되어 있던 개인에 관한 데이터들 중 그 개인에게 혜택이 돌아가야 되는 사항들이 있는데, 주민등록 번호변경으로 인해서 그 사람을 추적할 수 없게 되고 확인할 수 없게 되면, 그 개인이 받는 불이익도 있지 않겠습니까?

발 표 자 : 그렇지요. 휴대전화 식별번호 011, 019 그것 하고 똑같은 경우입니다. 옛날 전화번호를 갑자기 010으로 바꿔버리고 나면 흠결되는 부분들이 있거든요.

사실 그래서 과도기적으로는 그런 부분들, 특히 국가영역에 있어서는 국가가 책임지고 변화를 시켜줘야 됩니다. 민간부분에 대해서는 어쩔 수 없이 개인적으

로 제가 찾아가는 수밖에 없을 것입니다. 은행거래 계좌같은 경우 거기에 있는 주민등록번호를 지워주면 제일 좋은데, 변경된 주민등록번호로 바꾸고 해야 되겠지요.

어쨌든 모든 사람의 주민등록번호를 다 바꾸라는 주장은 아닙니다. 원하는 사람의 주민등록번호를 바꿔주는 것입니다. 민간부분에 대한 위험은 자기책임으로 돌아가야 되겠지요.

토 론 자(지성수) : 주민등록번호제도가 유지가 된 채 변경제도를 만약에 도입한다면, 교수님께서 지적하셨던 국가의 거대한 통제 하에 있는 그런 시스템은 여전히 그대로 유지되고, 국민은 여전히 국가의 통제감시 하에 놓이게 된다는 점에서는 큰 개선이 없을 것이라는 생각이 듭니다.

커다란 변화를 결과적으로 일으킬 수 없다는 생각이 드는데, 그럼에도 불구하고 변경제도를 도입해야 될 이유가 과연 정말 설득력 있는 논의인가요?

발 표 자 : 원래 주민등록 뒷번호가 만들어진 것은 식별자로서 만든 것입니다. 이 사람은 1번, 이 사람은 2번 이렇게 1대 1 매치를 시키는 것입니다. 그것이 특히 전자정부 체제가 들어오면서 연동자 내지는 연결자로 바뀌어 버렸습니다. 이 부분에서 문제가 일어납니다. 주민등록번호가 가지는 가장 큰 문제점은 연결자 때문에 그렇습니다.

그러니까 일단 나의 불안을 털어버리기 위해서는 주민등록번호가 바뀌면 저는 일단 불안하지는 않을 것입니다. 그 다음 단계에서는 연결자로서의 주민등록 기능을 줄여 나가야 되는 것입니다. 그래서 데이터베이스의 연결을 풀거나, 그렇지 않으면 데이터베이스의 연결과정에 역감시의 시스템을 마련할 필요가 있는 것입니다. 예를 들어서 국민건강보험 데이터베이스와 국세청의 데이터베이스가 연동되어 있는 것 하고 이것이 따로 떨어져 있는 것하고는 성격이 전혀 다릅니다.

연동되어 있는 경우에는 저도 모르게 또는 아무도 모르게 서로 정보가 교환될 수 있습니다. 그런데 만약에 끊어져 있는데, 국민건강보험공단에서 너의 소득이 얼마인지 모르겠으니까 국세청에서 소득증명서 떼어 오라고 통지한다면, 제가 국세청 가서 증명서 떼어서 연금공단 가는 것입니다. 이 과정 속에서 연금공단이 저에 관한 정보를 필요로 한다는 것을 제가 알 수가 있지요. 그게 왜 필요한가를 물어볼 수도 있는 것이고요. 또는 직원들 입장에서는 뭔가 저 사람에게 이 일을 시키기 위해서는 자기 나름의 근거를 마련해야 합니다. 서로 연동되어 있으면 아무 생각없이 찾아보면 되는 것을, 누군가를 시켜서 일을 하게 한다면 아날로그

식으로 일을 하게 한다면, 그에 상응하는 이유를 마련해야 되는 것입니다. 이것이 역감시의 기본적인 틀입니다.

이런 식으로 가는 것이 바람직하다는 생각입니다.

사 회 자 : 그 틀은 개인정보보호법에서 어느 정도 갖추어져 있는 것 같기도 합니다. 개인정보를 제3자에게 제공할 때 원칙적으로 동의를 받게 하고, 제3자 제공의 목적이 무엇인지, 어떤 범위에서 제공하는지 등등을 사전에 고지하게 되어 있어서, 개인정보보호법은 아마 한교수님이 우려하시는 그런 부분을 월등히 더 넘어서서 역감시체계를 너무 강하게 갖추고 있는 것 아닌가하는 오히려 거꾸로 된 우려를 할 수 있을 것 같습니다. 왜냐하면 제가 보기에는 세계 유례가 없을 정도의 강력한 개인정보보호법의 보호체계를 가지고 있습니다. 그 부분하고는 어떻게 연결할 수 있을까요?

발 표 자 : 아니, 체계는 있기는 한데, 예외조항이 너무 많습니다. 그래서 자꾸 국가주의를 언급할 수밖에 없게 됩니다. 그런 예외부분에 대한 행정청의 판단에 대해서 적절한 사법통제가 있어야 되는데, 지금 우리 관행에서는 대체로 관료들의 판단을 법판단 영역에서는 당연한 것으로 받아들이는 이런 경향들이 많습니다.

사실 개인정보보호법이 세계에서 제일 강력한 체제라고 하는데요, 실제로 강력해지려면 그것이 집행이 되어야 하거든요. 그 집행의 과정을 지켜볼 필요는 있습니다.

지정토론자(신미용) : 개인정보보호법상의 예외를 보니까 법령에서 주민번호의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에는 개인정보보호법상의 보호장치가 별로 작동을 안합니다. 실제로 법령에서 어떤 경우에 주민번호를 요청하는가를 보니 공공기관에 대한 민원서식의 대부분이 법령에 별지로 들어있습니다. 그 민원서식 별지에 이미 대부분이 주민번호를 쓰게 되어 있어서 실제로 개인정보보호법상의 보호기능이 많이 약화되는 문제가 있다는 말씀을 드리고 싶습니다.

사 회 자 : 민간부분은 이제 못 쓰는 것이지요?

발 표 자 : 그렇지요

사 회 자 : 지금 민간부분들은 정보통신망법 때문에 주민번호 다 지워야 됩니다. 그 비용도 상당히 큼니다.

발 표 자 : 제가 헌법재판소의 십지문사건에 대해서 투덜투덜하는 제일 큰 이유 중 하나가, 별지양식에 대해서 법규명령으로서의 의미를 부여해버린 점입니다.

서식에 십지문 다 찍게 되어 있으니까 법적인 근거가 있다. 틀린 말은 아닌 것 같은데 그렇다고 해서 흔쾌히 받아들일 논리는 아닌 것 같습니다. 보통 시행규칙 정도 되어서 별지양식이 나오지 않습니까? 각종 신청양식, 서류양식은 단순한 집행명령이어야 되는데 거기에 국민의 권리·의무사항이 규정되어 있다고 해서 법규명령으로서 성격을 인정한다는 논리는 좀 심했다는 느낌이 듭니다.

사 회 자 : 주민번호는 국가가 정해주는 것인데 거기에 대해서 개인이 개인 정보자기결정권을 주장할 수 있는 대상이 되는지 어떤지 모르겠습니다.

개인이 가지고 있는 정보가 아니고 국가가 신원확인 목적으로 등록 목적으로 번호를 지정해 준 것인데 그 번호에 대해서 내가 삭제해 달라 또는 변경해 달라, 만약 이런 것을 인정한다면 정정권이 있는 것입니다.

이번에 행정청이 정정을 해주지 않고 법원도 정정신청권이 없다는 이유로 각하를 해 버렸는데, 개인정보자기결정권을 침해한 판결이 될 수 있는 것 아닌가 싶습니다. 그러니까 그 번호가 내 것이고 나에 관한 개인정보자기결정의 보호영역에 속하는 정보라 한다면 내가 변경하고자 할 때 해 주어야 되는 것이거든요. 그런데 법률상 변경신청권이 없다는 이유만으로 각하를 해버렸습니다.

발 표 자 : 국가에서 부여했다 하더라도 어쨌든 그 번호 13자리 때문에 저를 식별할 수 있는 정보가 되어 버리는 것입니다.

사 회 자 : 그런데 그것을 기본권으로 보장하게 되면 내가 임의로 얼마든지 바꿀 수 있다는 뜻이 되지 않습니까? 자기결정권의 내용이라면 내가 임의로 원하면 바뀌달라는 것이고, 아니면 개인정보자기결정권이라는 것 자체가 현재의 입장에 따르면 나에 관한 정보이기 때문에 내가 삭제해 달라, 정정해 달라고 하는 통제권한을 기본적으로 정보 주체가 가진다는 것입니다. 그렇게 되면 이 시스템 체계가 무너지는 것 아닌가요?

지금 말씀하신 주민번호 안에 다양한 개인정보들이 들어있다는 그런 문제가

아니더라도, 그 자체가 그야말로 아무 의미없는 번호로만 나열해서 부여한다 하더라도 거기에 자기결정권을 인정해 버리면 언제든지 주민번호체계가 무너지는 것 아닌가요?

발 표 자 : 저는 그랬으면 제일 좋겠구요.

그런데 지금 체제로 보면 전과기록도 개인정보이지 않습니까? 그걸 뭐 자기 결정권이 있다고 해서 마음대로 바꿀 수 있는 것은 아닙니다. 법률적인 근거가 있는 것이니까요.

그런데 주민등록번호는 법률적인 근거라고 해봐야 ‘부여한다’라는 그 수권 조항 하나 뿐이라는 것이 문제가 됩니다. 7조 3항에. 그런 정도가 아니라 어느 정도 틀을 갖춘다고 한다면 그 논의는 오히려 조금 정리가 되겠지요.

사 회 자 : 이런 주제가 다양한 관점들이 존재할 수 있는 것 같습니다. 확정된 한 가지 관점만 있는 것 같지는 않고요, 그런 점에서 오늘 저희들의 논의가 상당히 의미있는 논의가 되었다고 보입니다. 토론을 끝내기 전에 재판관님의 논평을 좀 들었으면 좋겠습니다.

서기석 헌법재판관 : 우리 주민등록법에 주민등록번호를 변경할 수 있는 규정이 없다는 이유로 헌바사건으로 헌법재판소에 계속 중입니다. 한상희 교수님께서 좋은 발제를 해주셔서 앞으로 우리가 좋은 결정을 하는데 많은 도움이 되지 않을까 그런 생각이 듭니다.

현실적으로 보면 제가 법원장을 하다왔는데 법원장이 하는 업무 중에 하나가 사람들의 이름 고쳐주고 생년월일 고쳐주는 업무가 있습니다. 그 중에서 생년월일 고쳐달라는 이유 중 하나가 주민등록번호하고 호적이 일치하지 않아서 여러 가지 생활상 불편한 점이 많다는 것입니다. 호적상의 생년월일이 맞는 것이고 주민등록번호는 보면 공무원이 부여할 때 착오로 잘못 부여한 경우가 대부분이에요. 그런데도 사람들이 거꾸로 호적을 고쳐 달라 그래요. 주민등록번호를 고치면 여러 가지로 불편한 점이 현실적으로 많기 때문에 주민등록번호를 안 고치고 차라리 호적의 생년월일을 고쳐서 주민등록에 일치시키겠다는 이유로 해서 호적을 고쳐달라는 사건이 여럿 있습니다.

어쨌든 변경청구권이 있는지 여부를 떠나서 이 부분에 대해서는 앞으로 저희들이 심도 있는 연구를 해서 좋은 결정을 할 수 있도록 노력하겠습니다.

성매매 처벌의 문제점과 대안

이 경 재*

I. 문제의 소재

2013년 1월 9일 서울북부지법의 某 판사가 “성매매 여성을 처벌하는 ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’(이하 성매매처벌법이라 한다) 제21조 제1항)이 헌법상 과잉 금지 원칙에 위반된다.”는 성매매 여성 金某 씨의 의견을 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청²⁾했다는 소식이 알려지자 성매매가 다시 세간의 주목을 받고 있다.

주지하는 바와 같이, 성매매처벌법은 2004년에 제정되었는데 이 법률은 기존의 ‘윤락행위방지법’을 전부개정한 것이다. 그 동안 이 법률은 몇 번의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있는데, 이 법률에 대하여는 찬반양론이 계속 이어져 왔다. 그러던 차에 이번 위헌법률심판 제청으로 이에 대한 논란이 더욱 가속될 전망이다.

성매매에 관한 논란은 사실 어제오늘의 일이 아니다. 그 동안 학계는 물론, 각종 사회단체나 유력인사들이 이에 대한 의견을 제시해 왔을 뿐만 아니라, 사법

* 충북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

이 글은 필자가 이미 발표했던 “성매매 단속과 성매매 정책”(형사정책연구소식, 통권 제125호, 2013 봄호), “성폭속범죄에 대한 비판적 고찰”(형사판례연구 19, 박영사, 2011), “성윤리와 형법 - 성폭속범죄에 대한 형법적 규제”(비교형사법연구, 제12권 제2호, 2010), “성매매처벌법 시행 4년에 대한 평가와 제언”(형사정책연구 제20권 제1호, 2009 봄호), “매춘에 대한 다양한 견해와 그에 대한 형사정책적 입장”, 형사정책연구(제10권 제4호, 통권 제40호, 1999 겨울호) 등의 내용을 바탕으로 이에다 필자의 견해를 덧붙였음을 밝힌다.

- 1) 성매매처벌법 제21조 ① 성매매를 한 사람은 1년 이하의 징역이나 300만 원이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.
- 2) 이 위헌심판제청에 대한 서울 북부지방법원의 결정문에 따르면 신청인은 “성매매처벌법 제21조 제1항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청을 신청하였다. 신청인은 그 근거로서 첫째, 입법 목적의 정당성에 관한 의심, 둘째, 수단의 적절성 및 피해최소성에 관한 의심, 셋째, 평등권 침해에 대한 의심 등을 들고 있다.

당국은 지속적으로 성매매 단속을 펴 왔으며, 그때마다 마스크는 발 빠르게 이 소식을 세간에 전해 왔다. 그러나 이러한 단속에도 불구하고 성매매가 근절되었다는 소식은 어디에서도 들을 수 없을뿐더러, 오히려 이른바 ‘풍선효과’로 인하여 음지에서 더 확대되고 있으며, 해외에까지 ‘진출’하여 망신을 당하고 있다는 소식까지 들린다.

한편, 형법상 범죄로 처벌되었던 혼인빙자간음죄는 2008년 헌법재판소로부터 위헌판결을 받아 이제는 더 이상 이 범죄가 아니게 되었으며, 간통죄에 대해서도 위헌법률심판이 제청되어 존폐의 위기에 처해 있다.

한 마디로 현재 우리 사회는 온갖 ‘성’ 문제가 요동치고 있다고 해도 과언이 아니다. 그렇다면 이 문제들, 특히 현안이 되고 있는 성매매에 대하여 어떻게 대처하면 좋을 것인가를 심각하게 생각하지 않을 수 없다. 이 글은 위헌심판의 대상이 된 이른바 ‘자발적 성매매’를 중심으로 성매매에 대한 일반적 논의를 검토해보고, 성매매사범의 처리와 성매매에 관한 법이론 등을 살펴본 후 바람직한 대책을 생각해 보는 것을 그 목적으로 하여 작성해 본다.

II. 성매매에 대한 다양한 시각과 입법례

1. 성매매에 대한 다양한 시각

외국에서는 오래전부터 성매매에 관한 다양한 견해가 제시되어 왔는데, 우리나라도 1990년대 후반부터 다양한 분야에서 다양한 견해가 첨예하게 대립되고 있다. 성매매에 관한 논의가 제기되고 있는 분야는 주로 법학³⁾과 여성학⁴⁾이지만

3) 법학적 시각에서 작성된 문헌으로는 임 용, “성범죄의 非犯罪化”, 『非犯罪化의 이론』, 법문사, 1999; 이영란, “성매매(윤락행위) 최소화를 위한 입법정책”, 저스티스(통권 제65호, 2002/2), 185-204면; 이호중, “성매매방지법안에 대한 비판적 고찰”, 형사정책(제14권 제2호, 2002), 7-35면; 하태영, “법사회학적 관점에서 본 매춘에 관한 연구 - 매춘정책을 중심으로”, 비교형사법연구(제4권 제2호, 2002), 453-485면; 조 국, “성매매에 대한 시각과 법적 대책”, 형사정책(제15권 제2호, 2003), 255-288면; 허경미, “성매매규제 관련법의 쟁점”, 한국공안행정학회보(제15권, 2003), 227-259면; 김성천, “성매매의 非犯罪化”, 중앙법학(제6집 제4호, 2004), 중앙법학회, 117-138면; 이상돈, “성매매의 범죄화와 인권침해”, 시민과 변호사(2004. 12), 18-22면; 권오명, “성매매처벌법에 대한 소고”, 법학연구(제17권, 2004), 한국법학원, 187-209면; 이호용, “성매매의 합리적 규제를 위한 법정정책 방향”, 한국공안행정학회보(제20호, 2005), 11-34면; 주승희, “법여성주의의 이론의 흐름과 형사법에의 투영”, 법철학연구(제8권 제2호, 2005), 275-296면; 임상규, “성매매처벌법의 필요성과 문제점”, 형사정책(제17권 제1호, 2005), 179-199면; 배종대, “형법, 형벌, 양형 - 성매매처벌법의 경우”, 형사정책연구(제17권 제4호, 통권 제68호, 2006 겨울호), 437-465면; 한상희,

철학⁵⁾이나 경제학⁶⁾ 분야에서도 논의되고 있다는 점이 흥미롭다.

그런데 성매매에 관하여 다양한 견해가 제기되고 있지만, 견해가 대립하는 것은 ‘성인들 사이의 자발적 합의에 의한 성매매’(이를 ‘단순 성매매’라고 부르기 로 하자)에 대한 것이다. 예컨대, 폭력이나 강요에 의한 성매매 또는 성착취 목적 의 성매매 등에 관하여는 異論 없이 그 불법성을 인정하고 있다.⁷⁾ 하지만 성인 사이의 자발적 성매매에 대하여는 보수주의적 입장, 자유주의적 입장, 사회주의 적 입장, 여성학적 입장에 따라 많은 차이가 있다. 각각의 입장을 기존의 연구자 가 작성한 도표를 통해 보면 다음과 같다.

<표 1> 성매매에 대한 다양한 시각

구분	보수적 도덕주의 /도덕적 여성주의	자유주의적 여성주의	사회주의적 여성주의	급진적 여성주의
인신매매/ 강요된 성매매	형사처벌	형사처벌	형사처벌	형사처벌
단순 성매매의 본질	도덕적 타락	선택으로서 의 노동	자본제적 모순 으로서의 노동	여성에 대한 폭력

“성매매방지법과 여성인권”, 민주법학(제30호, 2006), 49-76면; 허경미, “성매매사범의 동기 억제를 위한 정책변화에 관한 연구”, 한국범죄심리학연구(제3권 제2호, 통권 제5호, 2007), 249-278면; 박혜진, “성매매처벌법의 실효성”, 형사법연구(제19권 제4호, 통권 제33호, 2007 겨울), 373-394면; 이덕인, “자발적 대가성 성관계의 非犯罪化”, 형사정책(제20권 제1호, 2008), 153-186면 참조.

- 4) 여성학적 시각에서 작성된 문헌으로는 김은경, “성매매에 관한 페미니즘 담론과 형사정책적 딜레마”, 형사정책(제14권 제2호, 2002), 37-73면; 박은경, “여성장애인 성매매와 성매매방지법(안)의 문제점”, 여성연구논집(제15집, 2004), 신라대학교 여성문제연구소, 171-200면; 윤덕경, “성매매처벌법의 시행 현황과 향후 과제”, Gender Review(Vol.2, 2006), 23-32면; 원숙연/박진경, “젠더-거버넌스의 가능성 탐색: 성매매방지법 제정과정을 중심으로”, 한국여성학(제22권, 2004), 85-124면; 이나영, “성매매: 여성주의 성정치학을 위한 시론”, 한국여성학(제21권, 2005), 41-85면; 이나영, “금지주의와 국가규제 성매매 제도의 착종에 관한 연구”, 사회와 역사(제75집, 2007), 39-76면; 이동주, “한국 성매매 반대운동의 프레임 형성과 변화에 관한 연구 - 1970년 ~ 2005년 기간을 중심으로”, 사회연구(통권 제15호, 2008. 1), 9-39면; 백수진, “성매매와 성매매방지법에 대한 남성들의 인식”, 여성연구논집(제19집, 2008), 39-84면 참조.
- 5) 철학적 시각에서 작성된 문헌으로는 하주영, “성매매는 범죄인가?”, 시대와 철학(제13권 제2호, 2002), 325-410면; 김예령, “지구화 시대의 성매매와 한국의 「성매매방지법」”, 경제와 사회(통권 제79호, 2008 가을호), 254-307면 참조.
- 6) 경제학적 시각에서 본 문헌으로는 이주선, 「경제학적 관점에서 본 성매매처벌법」, Issue Paper 24, 한국경제연구원, 2006 참조.
- 7) 이에 관하여는 김은경, 「성착취 목적의 인신매매 현황과 법적 대응방안」, 한국형사정책연구원, 2002; 천진호, “성착취와 성착취형 인신매매에 대한 형사법적 대응과 개선방안”, 형사정책연구(제13권 제4호, 통권 제52호, 2002 겨울호), 151-191면 참조.

구분	보수적 도덕주의 /도덕적 여성주의	자유주의적 여성주의	사회주의적 여성주의	급진적 여성주의
단순 성매매의 조장·알선	형사처벌	불처벌/ 형사처벌	형사처벌	형사처벌
단순 성판매 여성	형사처벌	불처벌	불처벌	불처벌
단순 성구매 남성	형사처벌	불처벌	불처벌	형사처벌

* 출처: 조 국, 267면.

위에서 보는 바와 같이 인신매매나 강요된 성매매에 대하여는 입장과 상관 없이 형사처벌을 주장하고 있지만, 단순 성매매의 본질이나 단순 성매매의 남성과 여성에 대한 시각이 극과 극의 입장에서 있는 것을 알 수 있다. 이는 단순 성매매에 대하여 아직까지 합의된 견해가 없을뿐더러 전혀 반대의 입장이 대립되어 있다는 것을 반증하는 것이다. 따라서 어느 한쪽의 입장에서 법을 만들거나 집행한다면 당연히 그와 같은 입장에서 있지 않은 쪽에서는 반발할 수밖에 없다. 우리나라에서 단순 성매매에 대한 여성학적 입장의 견해는 대체로 단순 성매매라도 형사처벌해야 하고, 성을 구매한 쪽(주로 남성)을 형사처벌해야 하지만, 성을 판매한 쪽(주로 여성)은 설혹 자발적으로 응했다고 하여도 그것은 여성에 대한 폭력에 굴할 것이기 때문에 범죄자로 보아서는 안 되고 피해자로 보아야 한다고 하는 것이다. 이는 바로 성매매처벌법을 제정한 여성계의 입장과의 일치하는 바이다.⁸⁾

하지만 법학적 입장에서 제기되는 견해는 이와 전혀 다르다. 예컨대, 단순 성매매는 “사생활에 대한 국가권력의 과도한 개입과 우리 사회의 성도덕·성의식이 크게 변화했다는 사실”⁹⁾ 때문에, “형법이 관여할 필요가 없는 문제이고, 관여한다고 성공할 문제도 아니기”¹⁰⁾ 때문에, “성매매의 전면금지주의를 채택하였지만 성매매가 감소되지 않기”¹¹⁾ 때문에, “性道德과 性刑法은 분리되어야 하기”¹²⁾ 때문에, “제재의 당위성을 가지고 있지 않고, 신체의 자유를 침해하지 않기”¹³⁾ 때문에,

8) 여성가족부, 2-3면 참조.

9) 임 응, 108면.

10) 배중대, 463면.

11) 이영란, 198면.

12) 이경재, 185면.

“구체적인 이익의 침해가 없기”¹⁴⁾ 때문에, “개방적 성풍조 등과 같이 근대적 가족 제도의 붕괴되고 있는 상황에서 성매매를 범죄라고 단죄할 수 없기”¹⁵⁾ 때문에, “처벌 근거가 분명하지 않기”¹⁶⁾ 때문에, 非犯罪化하거나 처벌하지 않아야 한다는 견해가 주류를 이루고 있다.

위와 같은 견해들과는 별개로 일부에서 性販賣者(주로 여성)의 일을 합법적인 직업으로 인정하여 그들의 노동권을 존중해야 한다는 주장¹⁷⁾이 제기되고 있는 것도 흥미로운 사실이다. 또한 여성주의의 입장에서 “성매매를 섹스(sex)이자 노동(work)”으로 인식하고 “성매매를 범죄의 영역에 위치치우는 담론이 위험하다”¹⁸⁾고까지 주장하는 견해는 외국의 성노동자들의 주장이나 최근 우리나라의 매춘 여성들의 주장과도 일맥상통하는 바이다. 나아가 최근에는 성매매를 “성적 자기결정권으로 접근하기보다는 사회경제적 약자의 마지막 선택이라는 측면에서 접근”하고, “성관매 여성을 非犯罪化하고 성구매자만 처벌하는 수요차단 정책을 신중하게 검토해야 할 필요”가 있다는 주장¹⁹⁾이 제기되어 주목을 받고 있다.

이상 간략하게 살펴본 바와 같이, 적어도 단순 성매매에 관한 한 견해를 수렴하기 곤란할 정도로 다양하고 폭넓은 주장이 전개되고 있으며 이들이 지향하는 바도 서로 다르다는 것을 알 수 있다. 어떤 인간의 행위에 대한 평가가 다양하고 합의되지 않은 상태에서 그 행위를 범죄화하여 처벌하는 것이 사회구성원들의 합의를 이끌어내기 어렵다는 것은 너무나도 자명한 사실이다. 그런데도 우리의 성매매처벌법은 오로지 하나의 입장에서 출발한 입법정책을 고수하고 있다.

2. 성매매에 대한 입법례

성매매에 대한 시각이 다양하듯이 이를 처벌할 것인가를 두고도 국가마다 다른 입장을 취하고 있다. 이를 금지주의, 규제주의, 관용주의로 나누어볼 수 있다.²⁰⁾

13) 김성천, 136-137면.

14) 이택인, 180면.

15) 이호용, 30면.

16) 임상규, 192면.

17) 하주영, 348면; 김예령, 272면.

18) 이나영, 71면.

19) 조주은, “「성매매처벌법」 위헌법률심판제청을 둘러싼 쟁점과 과제”, 이슈와 논점(제661호, 2013. 5. 28, 국회입법조사처)

1) 금지주의

금지주의는 단순 성매매행위를 포함하여 성매매를 조장하거나 알선을 하는 등 성매매와 관련된 행위 일체를 처벌하는 입법주의로서 우리나라, 일본, 아일랜드, 스웨덴 등이 이에 속한다.

2) 규제주의

규제주의는 성매매 자체를 처벌하지는 않지만 성매매여성에 대하여 등록, 정기검진, 사회보험 적용 등을 제공하는 입법주의로서 독일, 오스트리아, 네덜란드, 영국 등이 이에 속한다.

3) 관용주의

관용주의는 성매매를 금지하지 않고 이를 규율하지도 않으며 성매매자들을 노동법상의 권리나 사회보장체제로 편입하지도 않는 입법주의로서 벨기에, 덴마크, 프랑스, 이탈리아가 이에 해당한다. 다만 최근에는 이를 변형하여 성매매업소에서의 성매매에 대해서는 금지하고 성매매업소를 운영하는 자를 처벌하는 추세로 변화하고 있다.

III. 성매매에 관련된 각종 통계와 성매매사범에 대한 처리 현황

1. 여성가족부의 「2007년 전국 성매매 실태조사」 통계

성매매방지법 제3조의 제1항에 의하면 “여성부장관은 3년마다 국내외 성매매 실태조사를 실시하여 성매매 실태에 관한 종합보고서를 발간하고, 이를 성매매의 예방을 위한 정책수립에 기초자료를 활용하여야 한다.”는 규정에 따라 여성가족부는 「2007년 전국 성매매 실태조사」 보고서를 발간하였다. 이 보고서에는 다양한 내용의 성매매 실태조사를 하였는데 실태조사는 1) 성매매 규모 실태(2007)와 2) 2002년도와 비교한 2007년 성매매 규모실태의 변화로 나눌 수 있는데,

20) 이하의 내용은 조주은, “「성매매처벌법」 위헌법률심판제청을 둘러싼 쟁점과 과제” 참조.

그 주요한 내용만 추려 보면 다음과 같다.²¹⁾

1) 성매매 규모 실태(2007)

<표 2> 성매매 경제 규모

	업소 수 (개, 건)	성매매여성 수 (명)	연간 성구매자 수 (만명)	연간 거래액 (억원)
전 업 형	1,443	3,644	251	2,068
겸 업 형	44,804	147,392	5,010	76,865
인터넷 및 기타 성매매	(36,337)	118,671	4,134	62,019
합 계	46,247 (82,584)	269,707	9,395	140,952

※ 인터넷 및 기타 성매매여성 수, 성구매자 수, 연간 거래액의 경우, 단속실적 비율을 고려해서 전체 합계의 44% 수준으로 가정하여 추정한 값임.

※ 인터넷 및 기타 성매매의 경우 비업소형이나 경로형 등의 유형으로 대부분 업소의 형태를 띠지 않으므로 업소 수는 추정하지 않음

(출처: 여성가족부, 『2007년 전국 성매매 실태조사』, xv면)

위의 통계에 의하면 2007년을 기준으로 할 때 전국의 성매매 경제 규모는 성매매를 전업으로 하는 형태인 전업형 1,443소와 성매매를 겸업으로 하는 겸업형 44,804소를 합하여 모두 46,247소가 있다(여기에 인터넷 및 기타 성매매를 포함하면 82,584건이 된다).

성매매 여성의 수는 전업형 3,644명, 겸업형 약 148,000명이고, 인터넷 등을 합하면 약 270,000명으로 추정된다.

연간 성구매자의 수는 전업형 251만 여명, 겸업형 5,000만 여명 그리고 인터넷 등 기타 성매매 구매자 수는 4,100만 여명으로 총 9,395만 명으로 추정된다.

그러한 현황을 바탕으로 할 때 성매매산업의 연간 거래액 규모는 전업형 2,000억 여 원, 겸업형 약 7조 7,000억 원, 인터넷 등 기타 성매매가 6조 2,000억 원으로 추정되고, 전체적으로는 연간 거래액이 총 14조 여 원에 달한다고 추정되는데, 이는 2006년도 국내총생산(GDP) 847조 9,000억 원의 약 1.7%를 차지한다.²²⁾

21) 이하의 통계는 여성가족부, 『2007년 전국 성매매 실태조사』, 연구보고 2007-60, 2007, xv-xxix 참조.

<표 3> 성매매 여성 규모 추정

구분	전업형	겸업형	인터넷 및 기타 성매매	합계
성매매 여성(명)	3,644	147,392	118,671	269,707

※ 이러한 수치는 조사결과를 바탕으로 전업형은 영업일수를 300일로 가정하고, 겸업형은 영업일수를 330일로 가정하여 단속비율을 고려해서 인터넷 및 기타 성매매가 전체 성매매거래의 44%인 것으로 가정하여 계산한 결과이다(출처: 여성가족부, 「2007년 전국 성매매 실태조사」, xv면).

조사결과에 의하면 전업형 성매매 여성은 3,644명, 겸업형은 147,392명 그리고 인터넷 및 기타 성매매 여성은 118,671명으로 전체적으로 보면 약 269,707명으로 추정된다.²³⁾

<표 4> 성구매자 규모

구분	전업형	겸업형	인터넷 및 기타 성매매	합계
연간 성구매자 규모(만명)	251	5,010	4,134	9,395

※ 이러한 수치는 인터넷 및 기타 성매매가 전체 성매매거래의 44%인 것으로 가정하여 계산한 결과이다.(출처: 여성가족부, 「2007년 전국 성매매 실태조사」, xix면)

조사결과에 의하면, 전업형 업소의 성매구매 수는 251만 여명, 겸업형은 연간 5,010만 여명 그리고 인터넷 및 기타 성매매 유형은 약 4,134만 여명으로 전체적으로는 약 9,395만 여명으로 추정된다.²⁴⁾

22) 여성가족부, xv면.

23) 여성가족부, xviii면.

24) 여성가족부, xix면.

2) 2002년도와 비교한 2007년 성매매 규모실태의 변화

「2007년 전국 성매매 실태조사」는 2002년의 상황과 2007년의 상황을 비교하여 조사하였다. 그 내용을 보면 다음과 같다.

<표 5> 성매매 경제규모의 변화

구분	업소 수(개, 건)		성매매여성 수(명)		연간 성구매자 수(만명)		연간 거래액(억원)		
	2002년	2007년	2002년	2007년	2002년	2007년	2002년	2007년	증감
전업형	2,938	1,443	9,092	3,644	2,100	251	18,318	2,068	-16,250
겸업형	57,938	44,804	241,114	147,392	10,732	5,010	164,966	76,865	-88,101
인터넷/ 기타	(19,224)	(36,337)	79,012	118,671	4,052	4,134	57,879	62,019	+4,140
합 계	60,876 (80,100)	46,247 (82,584)	329,218	269,707	16,884	9,395	241,163	140,952	-100,211

※ 이러한 수치는 인터넷 및 기타 성매매의 경우 단속실적 반영비율을 2002년도에는 24%, 2007년도에는 44%로 가정하여 추정한 것이다(출처: 여성가족부, 「2007년 전국 성매매 실태조사」, xxii면).

위의 통계에 의하면, 전업형 성매매 경제규모의 경우 업소 수는 2002년 2,938 개소에서 2007년 1,443개소로 1,495개소가 감소되었고, 성매매 여성의 수는 2002년 9,092명에서 2007년 3,644명으로 5,448명이 감소되었으며, 연간 성구매자의 수는 2002년 2,100만 여명에서 2007년 251만 여명으로 1,849만 여명으로 감소되었다. 또 연간 성매매 거래액은 2002년 18,318억 원에서 2007년 2,068억 원으로 16,250억 원으로 감소되었다.

겸업형의 경우 업소 수는 2002년 57,938개소에서 2007년 44,804개소로 13,134 개소가 감소되었고, 성매매 여성의 수는 2002년 241,111명에서 2007년 147,392명으로 93,719명 감소되었으며, 연간 성구매자의 수는 10,732만 명에서 2007년 5,010만 명으로 감소되었다. 또 연간 성매매거래액은 2002년 164,966억 원에서 2007년 76,865억 원으로 88,101억 원이 감소되었다.

그러나 인터넷 및 기타 성매매의 경우에는 건수에서 2002년 19,224건에서 2007년 36,337건으로 17,113건 증가하였고, 성매매 여성의 수는 2002년 79,012명에서 118,671명으로 39,659명으로 증가하였으며, 연간 성구매자의 수는 2002년

4,052만 명에서 2007년 4,134만 명으로 82만 명 증가하였다. 또 연간 성매매거래액도 2002년 57,879억 원에서 2007년 62,019억 원으로 4,140억 원 정도 증가하였다.

위의 수치들을 볼 때 전업형과 겸업형의 성매매 경제규모는 줄어들었으나 인터넷과 기타 성매매 유형은 증가한 것으로 나타난 것을 알 수 있다.

2. 성매매사범에 관한 통계

<표 6> 성매매사범에 관한 범죄분석 통계

연도	계	기소					소 년 보 호 송 치	가 정 보 호 송 치	성매매 보호 송치	불기소					기소 중지	참고인 중지
		소계	구공판		구 약식	소계				기소 유예	협의 없음	죄가 안됨	공소 권 없음			
			구속	불 구속												
2007	19854	5123	148	649	4326	58	48	328	13800	10487	3124	1	188	357	140	
2006	25331	4839	224	338	4277	28	15	324	19361	17172	2027	4	158	688	76	
2005	325	187	15	15	157	-	-	6	124	97	26	-	1	7	1	

* 출처: 「범죄분석」, 대검찰청, 2006, 2007, 2008년도에서 재구성

성매매처벌법이 시행된 지 1년 뒤인 2005년에 집계된 「범죄분석」의 통계에 따르면, 총 325건 중에 기소된 것이 187건(57%), 불기소된 것이 124건(38%)이다. 기소된 경우에도 구공판사건이 30건(16%), 구약식사건이 157건(48%)이다. 2006년의 통계를 보면 총 25,331건의 성매매사범이 발생했고, 기소된 경우가 4,839건(19%), 불기소된 경우가 19,361건(76%)이다. 기소된 경우에도 구공판사건이 562건(11%), 구약식사건이 4,277건(88%)이다. 2007년의 경우에는 총 19,854건의 성매매사범이 발생하여 기소된 경우가 5,123건(25%), 불기소된 경우가 13,800건(69%)이다. 기소된 사건 가운데 구공판사건은 797건(15%)이고, 구약식사건은 4,326건(82%)이다.

위의 통계에서 알 수 있듯이 성매매처벌법 시행 이후 발생한 성매매사범은 대부분 불기소처분을 받았으며, 기소된 경우에도 (2006년과 2007년의 경우) 대부분이 구약식으로 처리되었다. 이는 성매매사범을 엄하게 처벌하려고 하는 입법자의 의지가 무색하게 할 만큼 적은 숫자의 자만이 처벌되고, 처벌되는 경우에도

대부분 경미한 벌금형으로 처벌받고 있다는 것을 의미한다.

그런데 2005년 7월부터 대검찰청과 법무부는 ‘성구매자 재범방지를 위한 교육실시방안 및 성매매알선 등 처리지침’(2005. 7)을 제정하고 ‘기소유예에 처분된 성구매자에 대한 교육실시 계획’을 수립하여 2005년 8월 1일부터 전국 14개 보호관찰소에서 성구매자로 검찰에서 교육조건부 기소유예처분을 받은 자에 대하여 이른바 ‘존 스쿨’(John School) 프로그램을 실시하고 있다.²⁵⁾ 따라서 이제는 성매매처벌법에 의하여 기소유예처분을 받을 자도 일정한 교육프로그램을 이수해야 한다.

3. 2006년 이후 성매매의 단속과 처리 상황

2006년부터 2010년까지 성매매처벌법 위반으로 검찰에서 처리된 인원수는 다음의 표와 같다.

<표 7> 2006-2010년 성매매처벌법 검찰처리인원

2006	2007	2008	2009	2010
25,331	19,854	46,156	73,553	26,602

* 출처: 2011년 범죄백서, 법무연수원, 177면.

위의 <표>에서 보는 바와 같이, 2006년부터 2010년까지 검찰에서 처리한 인원수에 큰 편차가 있음을 알 수 있다. 이는 경찰 등 형사사법기관의 단속이 들쭉날쭉 행해진다는 것을 반영한 것이라고 볼 수밖에 없다. 아직까지 정확한 전수조사가 이루어지지 않아 매년 얼마만큼의 성매매가 행해지는지에 관하여 정확한 통계가 없어 알 수 없으나, 경험적으로 볼 때 그 전체 숫자는 크게 변하지 않을 것이기 때문이다. 그렇다고 한다면 검찰의 처리인원수가 고르지 못하다는 것은 경찰의 단속이 간헐적이거나 집중적으로 행해지고 있다는 것을 반증하는 것일 것이다. 현행법상 성매매도 엄연한 범죄인데, 살인이나 강도와 달리 경찰이 집중적으로 단속하거나 간헐적으로 단속한다면 일반 국민은 분명 이를 용납하지 않을 것이다. 하지만 현실을 그렇지 않다. 시간과 장소에 구애되지 않고 발생하는 성매매를 10만 남짓한 경찰이 무슨 수로 전부 단속할 수 있던 말인가?

25) 김은경, “성구매자 재범방지교육(‘존 스쿨’) 효과성 분석”, 형사정책(제18권 제2호, 2006), 150면.

<표 8> 2010년 성매매처벌법 처리내용별 처리인원

죄명/ 처리	계	기소			불기소			소년 보호 송치	가사 보호 송치	기타
		소계	구공판	구약식	소계	기소 유예	기타			
성매매 특별법	26,602	4,444	908	3,336	21,328	17,302	4,026	81	5	744

* 출처: 2011년 범죄백서, 법무연수원, 182면.

한편, 위의 <표> 2010년 성매매처벌법에 따른 처리내용별 처리인원에서 나타나 있는 바처럼, 처리인원 26,602명 가운데 불기소된 자가 21,328명으로 전체의 80% 이상을 차지한다. 게다가 기소된 자 중에도 구약식이 3,336명에 달한다는 것은 성매매처벌법에 의해 검거된 자 가운데 상당수가 혐의가 없거나, 있다고 하여도 경미한 경우에 그친다는 점이다. 나아가 기소유예를 받은 자는 이른바 ‘존 스쿨’에서 교육을 받거나 강의를 듣는 것으로 실제 처벌을 면해주고 있다. 즉, 실제로 징역형을 선고받아 복역하고 있는 자는 극히 소수에 불과하다. 그렇다고 한다면 과연 성매매처벌법의 근본 취지를 의심해 보지 않을 수 없다. 성매매를 한 자 가운데 기소된 자도 구약식으로 처리하거나 대부분을 존 스쿨 수강부 기소유예처분을 내린다는 것은 국가가 국민에게 도덕적인 훈육선생이 되어 회초리를 들겠다는 것 외에 다른 아니다. 과연 국가가 국민에게 그러한 권한이 있는 것일까?

IV. 성매매 처벌에 대한 법리 검토 및 문제점

1. 성매매행위의 보호법익 문제

성매매행위의 보호법익이 무엇인가에 대하여는 이를 ‘건전한 또는 선량한 성풍속’이라고 보는 입장과 ‘성적 자기결정권’이라고 보는 입장이 있을 수 있다.

1) 건전한 또는 선량한 성풍속으로 보는 입장

형법 제22장 性風俗에 관한 죄에는 姦通罪(제241조), 淫行媒介罪(제242조), 淫畫頒布等罪(제243조), 淫畫製造等罪(제244조), 公然淫亂罪(제245조)가 있다. 이

가운데 음란물죄와 공연음란죄의 보호법익이 건전한 性風俗이라는 데에는 의견의 일치를 보인다.

다수설은 性風俗에 관한 죄의 보호법익을 주된 건전한 性風俗 내지 性道德 또는 性秩序로 보고 있는데, 일부 견해는 그 외에도 음행매개죄와 간통죄의 경우는 부차적인 보호법익을 인정하고 있다. 부차적인 보호법익은 차치하고, 다수설에서 말하는 건전한 性風俗이 형법이 보호하는 법익이 될 수 있는가?

이 문제를 논하기에 앞서 먼저 형법은 무엇을 보호해야 하는가 하는 이른바 형법의 임무에 관하여 잠시 살펴볼 필요가 있다. 일반적으로 형법의 임무에 관하여는 크게 법익보호 또는 사회윤리적 행위가치보호라고 하는 견해²⁶⁾와 법익보호, 사회윤리적 심정가치보호, 법익보호 및 사회윤리적 심정가치보호, 사회(체제)보호, 규범보호로 보는 견해가 있다.²⁷⁾²⁸⁾

위의 견해들은 나름대로 근거를 가지고 있으나 사회윤리를 보호하는 데에 무게의 중심을 두게 되면 국가형벌권을 남용할 위험이 있으며, 도덕적 자율성을 위태롭게 만들 수 있다.²⁹⁾ 나아가 “형법의 뿌리가 법공동체의 사회윤리적 가치관념에 있는 것은 분명하지만, 그 사회윤리적 가치관념은 어디까지나 보호법익의 성립 기초를 제공하는 것이고, 형법은 법익의 보호를 통하여 공공복리의 실현과 법평화의 확보에 기여하는”³⁰⁾ 점과 형법의 단편적·보충적·최후수단적 성격을 고려할 때, 형법의 임무가 사회윤리를 보호하는 것이라고 보게 되면 형법과 도덕의 분리라고 하는 형법의 중요한 명제에 반할 우려가 있다.

이러한 논리를 性風俗犯罪에 적용한다면 법익보호를 강조하는 입장은 “性風俗이나 性道德과 같은 윤리적 가치는 그 자체로서 보호될 것이 아니고 항상 ‘사회적 관점’에서, 즉 ‘사회적 유해성’의 관점에서 사회의 공존·공영질서를 현저히 교란할 때에 형법의 개입이 정당화된다”³¹⁾고 본다. 이러한 입장에 선다면 性風俗에

26) 이용식, “형법의 임무 - 법익보호인가 사회윤리보호인가?”, 피해자학연구(제9권 제2호), 275면 이하 참조.

27) 변종필, “형법의 임무”, 형사정책연구(제8권 제4호, 통권 제32호, 1997·겨울호), 307면 이하 참조.

28) 이러한 논의는 일본의 형법학계에서도 두드러지게 나타난다. 즉, 사회윤리주의를 지지하는 학자들은 “형법은... 국가적 도의와 같은 면을 중시하지 않으면 안 된다. 국민의 현실적인 반도의적 행위에 대하여 형법적 응보으로써 도의를 顯揚하고 明微하는 데 본래의 임무가 있다”(小野清一郎)거나 “사회상황에 필요로 하는 최소한도의 도덕규범은 법에 의해 강행될 필요가 있다. 그런 한도를 제외하고 도덕규범은 법규범을 심화하는 데 존재의의가 있다”(團藤重光)고 한다. 한편, 법익보호주의는 “범죄의 본질을 법익 침해 내지 법익에 대한 위협으로서 파악하고, 형벌의 본질을 법익침해의 방지를 목적으로 하는 목적형에 있다고 본다.” 이는 독일의 Feuerbach, Liszt, 平野龍一 등의 견해이기도 하다(이용식, 283-284면).

29) 이용식, 288-291면; 변종필, 325-326면 참조.

30) 요하네스 베셀스(허일태 역), 독일형법총론(전경관), 세종출판사, 1998, 42-43면.

대한 죄는 추상적이고 애매모호하며 막연하여 다의적으로 해석할 수 있어 자의적인 판단이 얼마든지 가능한 ‘건전한 性風俗’을 보호법익³²⁾으로 삼아서는 안 된다. 특히 사회의 ‘풍속’이라는 것은 시대와 장소, 사람들의 인식, 사회환경 등에 따라 가변적이기 때문에³³⁾ 이를 보호법익으로 삼는다면 범수범자들은 혼란에 빠질 수 있다. 따라서 과학적으로 입증하기 어렵거나 확인하기 곤란할 경우 “의심스러울 때에는 자유가 우선한다.”³⁴⁾는 원칙을 적용하여 형법의 단편적·보충적·최후수단적 성격을 고려하여 판단해야 할 것이다.

2) 성적 자기결정권으로 보는 입장

성매매행위의 보호법익을 명백하게 성적 자기결정권으로 보는 관례는 없으나 일부 견해에서는 이를 인정하고 있다. 예컨대, 위 위헌심판결정문에서도 언급한 바와 같이 우리 헌법재판소는 혼인빙자간음죄의 위헌판결에서 “개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀 영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로써 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하기 때문이다. 따라서 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서 더욱 엄격한 기준을 적용해야 한다.”³⁵⁾고

31) 임 용, “성범죄의 非犯罪化”, 非犯罪化의 이론, 법문사, 1999, 75면.

32) “보호법익이란 공동체를 위한 특별한 의미 때문에 법의 보호를 누리는 개인이나 일반인의 생활상의 재산, 사회적 가치, 법적으로 인정된 이익을 말한다. 예를 들면, 개인적 법익은 생명, 신체의 불가침성, 신체의 자유, 명예, 소유권, 재물, 일반적 법익은 국가의 존속 및 국가의 자유롭고 민주적인 근본질서의 유지, 국가비밀의 유지, 사법, 공무원의 청렴성, 화폐거래의 확보, 법적 거래에 있어서 문서의 신용성 등을 말한다.”(배셀스, 42-43면).

33) 배종대 교수는 “性道德은 실체가 없는 가변적인 개념”이라고 비판하고 있다(배종대, 743면).

34) 임 용, “성범죄의 非犯罪化”, 76면 참조.

35) 헌법재판소 2009. 11. 26, 선고 2008헌바58, 2009헌바191 【결정요지】 이 사건 법률조항의 경우 일법목적에 정당성이 인정되지 않는다. 첫째, 남성이 위력이나 폭력 등 해악적 방법을 수반하지 않고서 여성을 애정행위의 상대방으로 선택하는 문제는 그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역인데다 또 그 속성상 과장이 수반되게 마련이어서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있으므로 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌해야 할 이유가 없다. 다음 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적자기결정권을 부인하는 행위이다. 또한 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습 없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데

판시한 바 있다.

아울러 간통죄에 대한 위헌심판결정례 중 위헌의견 역시 “이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 위반하여 개인의 성적(性的) 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것으로 위헌이다. 오늘날 성(性)에 대한 국민 일반의 법감정이 변하고 있고, 도덕적으로 비난받을 만한 행위 모두를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 바람직하지 아니하며, 간통 및 상간행위의 형사처벌이 일부일처제와 가정보호·부부간의 성적 성실의무 보호·여성의 보호에 실효적인 기능을 하지도 못한다는 점 등을 고려할 때 이 사건 법률조항의 수단의 적절성 및 피해의 최소성을 인정하기 어렵다. 또한 이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼아 국민의 성적 자기결정권 등 기본권을 지나치게 제한하여 법익균형성을 상실한 것이다.”라고 판시하고 있다.

특히 성폭속범죄에 속하는 간통죄의 보호법익을 ‘건전한 성풍속’에 두지 않고 ‘성적 자기결정권’으로 본 점은 매우 주목할 만하다. 나아가 “최근의 우리 사회는 급속한 개인주의·성 개방적 사고의 확산에 따라 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제라는 인식이 커가고 있으며, 전통적 성도덕의 유지라는 사회적 법익 못지않게 성적 자기결정권의 자유로운 행사라는 개인적 법익이 더 한층 중요시되는 사회로 변해가고 있다.”³⁶⁾는 견해도 이러한 입장에 서있다고 볼 수 있다.

올로기를 강요하는 셈이 된다. 결국 이 사건 법률조항은 남녀 평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적자기결정권을 부인하는 것이 되므로, 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 여성의 성적자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이다.

결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하며, 사생활에 대한 非犯罪化 경향이 현대 형법의 추세이고, 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이며 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없는 점, 기타 국가 형벌로서의 처단기능의 약화, 형사처벌로 인한 부작용 대두의 점 등을 고려하면, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 것은 수단의 적절성과 피해의 최소성을 갖추지 못하였다.

이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추궁되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 법익의 균형성도 상실하였다.

결국 이 사건 법률조항은 목적의 정당성, 수단의 적절성 및 피해최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 이루지 못하였으므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과잉제한하는 것으로 헌법에 위반된다.

36) 서울북부지방법원 2012초기1262 위헌심판제청문 참조.

또 성매매처벌법 제1조(목적) 규정에서 “제1조 (목적) 이 법은 성매매·성매매알선등행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 인권을 보호함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있듯이, ‘성매매피해자의 ‘인권’ 보호가 목적이라면 ‘성매매자의 인권’도 보호함이 당연한 논리적 귀결일 것이다.

따라서 적어도 타인의 강제나 강요 또는 폭력이 없는 성인 간의 자발적 성매매의 보호법익은 성적 자기결정권이 되어야 할 것이다.

2. 성매매행위의 가벌성 문제

성매매처벌법 제2조(정의)에서는 “성매매”라 함은 불특정인을 상대로 금품 그 밖의 재산상의 이익을 수수·약속하고 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다. 가. 성교행위, 나. 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위”라고 정의하면서, 제4조에서 성매매를 금지하고, “성매매를 한 자는 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.”고 규정하고 있다. 그런데 이러한 정의 규정과 처벌이 과연 타당한가에 대하여는 생각해볼 여지가 많다.

첫째, 성적 자기결정권을 존중할 때 “불특정인과 성교행위 등을 하는 것”이 범죄가 될 수 있는가? 성행위 여부를 스스로 결정할 자유가 성적 자기결정권이라고 한다면 누구와 성행위를 하는지를 스스로 얼마든지 결정할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 행위가 가벌성이 있다고 보기는 어렵다. 동성애나 스와핑(swapping) 또는 음란물을 보는 행위가 처벌되지 않는 것도 마찬가지로의 논리일 것이다.

둘째, 나아가 성교행위에 대하여 금품이나 재산상의 이익을 수수하거나 약속하는 행위가 범죄가 될 수 있을까? 일반적으로 자본주의사회 아니, 사회주의를 지향하는 사회에서도 인간에게 있어 가장 소중한 생명조차도 무료로 치료하지 않는다는 점을 감안한다면, ‘성적 서비스’를 제공하고 이에 대하여 금품 등을 수수하는 것이 범죄가 될 수 있는지는 신중하게 생각해볼 필요가 있다.

예컨대, 평소 성의 자유를 지향하는 남녀가 클럽에서 만나 서로 호감을 가지고 하룻밤을 같이 지낸 다음, 어느 일방이 상대방에게 고마움의 표시로 선물을 준다면 음식을 사주었다면 그것 역시 성매매에 해당할 수 있을까? 성매매행위의 가벌성이 문제가 되는 것은 이처럼 다양한 경우를 고려하지 않은 채 편견을 가지고 어떤 행위만을 처벌하겠다는 데에 있다고 할 수 있다.

3. 성매매 처벌의 입법상 문제점

성매매처벌법이 아래에서 보는 바와 같이 법집행상 여러 가지 문제점을 가지고 있는 것은 이 법이 법으로서의 정당성을 가지지 못한 것과도 밀접한 관련이 있어 보인다. 즉, 성매매처벌법은 형법의 성격을 지니고 있으므로 이 법은 마땅히 형법상의 제원칙을 지켜야 하는 것이 당연하지만, 이 법은 일반적으로 형법의 입법상 제원칙인 형법의 단편성, 보충성, 최후수단성³⁷⁾ 등을 갖추고 있지 못할뿐더러 형법의 가장 중요한 임무³⁸⁾도 수행하지 못한 측면이 있다.

법치국가의 법으로서 가장 중요한 것은 법이 정당성을 가지고 있어야 하는 점인데, 법이 정당성을 가지려면 법의 수범자인 일반국민의 동의와 합의에 그 기반을 두어야 한다. 정당하지 못하고 공정하지 못한 법은 규범으로서의 성격을 가지지 못하고, 규범의 성격을 가지지 못한 법이 효력을 가질 수 없는 것은 너무나도 당연하다. 과거 1920-30년대 미국에서 禁酒法이 시행되었지만 오히려 불법이 조장되고 이러한 불법을 이용한 범죄집단이 창궐하여 금주라고 하는 일반예방의 효과를 거두기는커녕 더 큰 악이 횡행한 것은 그 대표적인 예가 될 것이다. 금주법이 실패한 가장 중요한 까닭은 일반국민의 합의와 동의에 기초하지 못했기 때문이다. 앞에서 간략하게 살펴보았듯이 성매매의 유형에는 다양한 형태가 있는데 이 가운데 폭력이나 강요 또는 착취 등의 형태에 의한 성매매에 대하여는 이견 없이 그 불법성을 인정하고 있지만, 단순 성매매에 대하여는 형사처벌과 불처벌이라는 극과 극의 견해가 대립하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 법을 추진한 이익집단 내지 정치세력들은 오로지 하나의 입장에 근거를 두고 입법화하였다. 즉, 다양한 의견을 수렴하지 않은 채 어느 일방의 의견만을 ‘밀어붙이기 식’으로 추진한 것이다. 따라서 이에 대한 비판 내지 반발이 제기되는 것은 어쩌면 당연한 일이었는지 모른다.

또 성매매의 불법성에 대한 합의도 없으면서 성매매처벌법을 제정한 것은 형법의 ‘최후수단성’(ultima ratio)보다 ‘최우선 수단성’(prima ratio)을 강조한 것으

37) 이들 내용에 관하여는 윤영철, “형사입법론으로서 형법의 최후수단성에 대한 고찰”, 형사정책(제13권 제2호, 2001), 157-192면; 김성규, “형벌목적의 형사정책적 딜레마”, 형사정책(제17권 제1호, 2005), 9-32면 참조.

38) 이상돈, “법익보호원칙 - 근대형법의 신화인가 이성인가?”, 형사정책연구(제5권 제1호, 통권 제17호, 1994년 봄), 173-214면; 전지연, “형법형성에서의 법치국가적 원리”, 연세법학연구(제3집, 1995), 665-688면; 변종필, “형법의 임무”, 형사정책연구(제8권 제4호, 통권 제32호, 1997 겨울호), 307-328면; 이용식, “형법의 임무 - 법익보호인가, 사회윤리보호인가?”, 피해자학연구(제9권 제2호, 2001), 275-301면 참조.

로 이는 형법 적용의 일반원칙에 반하는 것이다.³⁹⁾

나아가 형법의 가장 중요한 임무인 법익보호의 측면에서 보아도 과연 단순 성매매가 어떤 법익을 침해하는지에 대하여 심히 의심스러운 마당에 이를 범죄화 하는 것은 ‘의심스러울 때는 시민의 자유를 위해’(in dubio pro libertate)⁴⁰⁾라고 하는 법원칙에 반하는 것이다.

따라서 성매매처벌법은 집행상 문제점을 가지고 있을 뿐만 아니라 더 근본적인 입법상 문제점도 가지고 있음이 분명해졌다. 이러한 문제점을 가지고 있는 법이기 때문에 성매매처벌법은 애초 예견했던 바와 같은 소기의 목적을 달성하기는커녕 오히려 더 많은 문제점을 불러일으키는 것이다.

4. 성매매처벌법의 집행상 문제점

성매매처벌법의 특징은 거의 모든 유형의 성매매행위를 형사처벌한다는 데에 있다. 특히 단순 성매매의 경우 성판매자와 성구매자를 모두 처벌하면서, 일정한 경우(여성인) 성판매자는 피해자로 인식하여 이들에 대하여는 형벌보다는 보호조치를 취하고 있다. 폭력이나 강요 등에 의한 성매매 또는 착취형의 성매매의 불법성에 대하여 이의를 제기하는 견해는 거의 없지만, 단순 성매매에 대하여는 다양한 견해가 대립되고 있기 때문에 이를 중심으로 살펴보기로 한다.

첫 번째 문제점은, 과연 성매매처벌법이 모든 유형의 단순 성매매를 처벌해 왔는가 하는 점이다. 성매매처벌법은 “불특정인을 상대로 금품 그 밖의 재산상의 이익을 수수·약속하고 성교행위나 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위”를 성매매로 정의하고 이러한 행위를 한 자를 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처하고 있다. 이러한 정의에 따르면 단순 성매매의 유형과 상관없이 일률적으로 법을 집행하는 것이 마땅하다. 논리적으로 생각해 볼 때 성매매 유형에는 異姓 간의 성매매와 同性 간의 성매매로 구분할 수 있고, 異姓 간의 성매매도 남성의 성구매자와 여성의 성판매자, 여성의 성구매자와 남성의 성판매자가 있을 수 있다. 그런데 성매매처벌법은 남성 성구매자와 여성 성판매자의 성매매에만 국한하여 집행되어 왔다. 최근 들어 남성 성판매자와 여성 성구매자의 성매매(예컨대, 호스트 빠를 통한 성매매)도 적지 않게 발생

39) 같은 견해로는 박해진, 384면 참조.

40) 이상돈, 212면; 윤영철, 170면 참조.

하고 있음은 주지의 사실인데도 이에 대하여는 남성 성구매자에게 성매매처벌법을 적용하는 것만큼 성매매처벌법을 적용하고 있지 않다. 게다가 최근 동성애가 점차 확산되고 있는데 동성 간의 성매매도 충분히 상정할 수 있고 또 현실에서도 발생함에도 불구하고 이에 대하여 성매매처벌법이 적용되었다는 소식 역시 접하지 못하였다. 그렇다면 성매매처벌법의 집행은 공평한 법집행이 아니라 차별적인 법집행임에 틀림없다. 헌법상 평등 원칙은 입법상의 평등뿐만 아니라 법집행에서도 당연히 적용되어야 하여야 한다면, 적어도 성매매처벌법의 법집행은 형평의 원칙에 어긋나는 것이다.

두 번째 문제점은, 성매매처벌법이 특정한 형태의 성매매업소에 국한하여 집행되어져 왔다는 점이다. 예컨대, 집창촌과 안마시술소 등에서 행해지는 성매매에 집중하여 집행된 반면, 노래방, 룸싸롱, 이발소, 남성휴게텔 등을 통해서 행해지는 성매매에 대하여는 거의 단속을 하고 있지 않을뿐더러 최근 유행하고 있는 1 대 1 형태의 만남식 성매매나 인터넷이나 휴대폰 등을 통해 만나는 형식의 성매매에 대하여는 전혀 손을 쓰지 못하고 있다. 게다가 최근에는 비인간적인 행태라고밖에 볼 수 없는 이른바 ‘인형방’⁴¹⁾까지 등장하고 있다. 성매매처벌법상의 성매매 정의에 따르면 그 형태가 어떠하든지 간에 성매매의 요건에 해당되는 것이라면 당연히 성매매처벌법이 적용되어야 함에도 불구하고, 단속하기 쉬운 집창촌과 안마시술소 등에만 단속을 집중하는 것도 역시 법집행의 형평성에 어긋나는 것이다.

세 번째 문제점은, 성매매처벌법의 단속이 일관성 없이 집행되어져 왔다는 점이다. 경찰이나 검찰은 특정기간에 집중하여 성매매처벌법의 위반 여부를 단속해 왔다. 따라서 이 기간이 경과하거나 특별한 사회문제가 되지 않으면 다시 암묵적인 태도로 변해 단속의 고삐를 느슨하게 해 왔다. 그 결과 성매매업소를 운영하는 사람들이나 성매매를 행하는 자들에게 집중단속기간만 피하면 된다는 인식을 심어주게 되었으며, 이는 법집행의 일관성을 상실케 하는 중요한 요인이 되어 왔다.

이와 같이 성매매처벌법을 집행하는 데 있어서는 형평성이 결여되고 일관성 없이 집행되어 왔다는 문제점을 가지고 있다. 이러한 문제점은 바로 법의 실효성에 대한 의문을 제기하게 되는 바,⁴²⁾ 그렇지 않아도 법 자체에 대한(구체적으로는

41) ‘인형방’이란 인조인간의 형태를 띤 인형과의 성행위를 할 수 있는 업소로서 현재 이러한 행위는 성매매처벌법으로 처벌할 수 없다 다만 풍속영업의 규제에 관한 법률 및 동시행령 제2조 제5호 가목 9가 적용되어 청소년유해업소로 처벌될 뿐이다.

단순 성매매에 대한) 이견과 의문이 많은 법을 더욱 회의적으로 만들게 되었다.

5. 인간 본성에 대한 이해의 결여

흔히 성매매는 인류의 가장 오래된 직업이라고 말하고 있지만,⁴³⁾ 오래된 직업이기 때문에 법에서 보호해야 한다는 것은 이치에 맞지 않는다. 그렇다면 도둑질이나 사람을 죽이는 일도 역사를 알 수 없을 정도로 오래되었을 텐데 이것도 법의 보호를 받아야 하는가? 오히려 단순 성매매를 범죄로 하지 않거나 적어도 불처벌해야 하는 논거는 인간 본성에 대한 이해에서 출발해야 할 것이다.

인간의 성은 동물과 달리 단지 종족번식이나 생식에만 관계하는 것이 아니라 쾌락이나 행복과도 밀접한 관련이 있다. 모든 인간이 성에 대한 본능을 가지고 있다면 차별 없이 존중받아야 할 것이다. 인간의 성이 외부적인 형태로 표출되는 양상은 사람마다 다를 수 있는데, 적어도 타인에 대한 폭력이나 강요 또는 착취의 목적이 아닌 형태로 표출되는 성행동이라면 이는 적어도 국가가 관여하거나 간섭할 문제가 아닐 것이다. 그렇다면 스스로의 행동에 대하여 책임을 질 수 있는 성인들 사이에서 상호간의 합의에 의하여 행해지는 성행위는, 설혹 금전적인 대가가 개입된다고 하여도, 이를 범죄로 하여 처벌하는 것은 과잉금지의 원칙에 반할 것이다. 성매매에 반대하는 입장에서는 숭고해야 할 인간의 성관계가 금전이라는 수단으로 매개되는 것은 인간의 존엄을 해친다고 주장하나, 이 세상의 모든 인간사에 금전이 개입되지 않은 것이 있을까? 예컨대, 죽어가는 사람일지라도 병원에서 아무런 대가를 받지 않고 그 사람의 생명이나 건강을 구해주지 않는다. 특별한 구호단체가 아니라면 굶주림에 처해 있는 가난한 자에게 아무런 대가도 받지 않고 음식을 제공해주지는 않는다. 인간에게 가장 귀중한 생명이나 건강조차도 금전의 대가가 지불되는 현실에서 성매매 - 좀 더 구체적으로 말하자면 성적 서비스의 제공과 그에 대한 대가의 지불 - 에 대하여 금전이 지불되는 것이 과연 인간의 존엄을 해치는 것이 될 수 있을까?

게다가 자신의 성적 욕망을 해결하기 어려운 사람들 - 예컨대, 지체장애인, 노인,⁴⁴⁾ 군인, 동성애자, 외모가 준수하지 못한 자 등 - 에게 국가가 금욕을 강요

42) 성매매처벌법의 실효성 문제에 관하여는 박혜진, 전계논문 참조.

43) 번 벨로/보니 벨로(서석연/박종만 옮김), 『매춘의 역사』, 까치, 1994, 20면.

44) 정지섭, “중요공원 일대, 콘돔 지급·성교육 확대 - 종로구 노인 성병 대책 나서”, http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2008/10/29/2008102900078.html 참조.

하는 것은 오히려 인간의 존엄에 반하는 것이 아닐까? 따라서 모든 인간에게 일률적으로 어떤 특정한 성생활만을 영위하라고 국가가 강요하거나 제한을 두는 것은 국가의 기본임무에 속한다고 보기 어렵다. 더구나 성의 문제는 국가가 해결해 줄 수 있는 차원의 문제가 아닌 이상 이를 범죄로 처벌하는 것도 문제가 있다. 그러므로 인간의 성을 국가가 통제하거나 제한을 가할 때에는 여러 가지 사항들을 고려하여 심사숙고해서 판단해야 한다. 어떤 특정한 부류의 사람들만을 기준으로 하여 성 문제를 결정한다면 그러한 부류에 속하지 않는 사람들은 소외될 수밖에 없고, 그렇게 되면 이들은 어떤 방식으로든지 반발하거나 일탈을 하게 될 것이다.

성매매는 이러한 여러 가지 복잡하고 단순하게 해결하기 어려운 인간의 성 문제와 밀접하게 관련되어 있고, 그것은 바로 인간에 대한 기본적인 이해와 배려, 동정심에서 출발하여 접근해야 하는 문제임을 명심해야 한다. 단순히 기존의 도덕이나 윤리에 반한다고 하여 법의 잣대로 해결해서는 안 되고, 또 해결할 수도 없는 그런 문제인 것이다. ‘가장 오래된 직업’인 된 까닭은 그 나름대로의 이유가 있었기 때문일 것이다.

V. 餘論

그렇다면 성매매행위를 위에서 살펴본 법이론에 따라 非犯罪化 내지는 합법화해야 하는가? 이에 대하여 필자는 회의적이다. 그 이유는 모든 사회 갈등을 중착점이 법이어야 한다는 데에는 동의하지만, 그렇다고 하여 법이론만으로 해결할 수는 없기 때문이다. 조금 차원을 달리하는 문제이기는 하지만, 우리 헌법재판소는 <신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌확인 결정>⁴⁵⁾에서 성문헌법 외에 불법헌법의 일종인 관습헌법을 인정하여 위의 법이 위헌임을 밝혔다. 이에 대하

45) 신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌확인 [전원재판부 2004헌마554, 2004.10.21] 【결정요지】 3. 우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전(憲法典)이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법(不文憲法) 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 특히 헌법제정 당시 자명(自明)하거나 전제(前提)된 사항 및 보편적 헌법원리와 같은 것은 반드시 명문의 규정을 두지 아니하는 경우도 있다. 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가진다.

여는 찬반양론이 대립하지만, 필자로서는 이러한 현재의 결정에 찬성하는 입장이 하지만 성문(헌)법이나 관습(헌)법만이 아니라 일반인의 법감정이나 情緒에 바탕을 둔 이른바 ‘情緒法’도 존재할 수 있다고 생각한다. 예를 들어 혼인빙자간음죄는 그동안 학계에서 非犯罪化해야 한다는 논의가 꾸준히 제기되어 왔지만 정작 이 죄가 위헌판결을 받은 것은 형법이 제정된 지 55년이 지난 후였다. 마찬가지로 간통죄 역시 1990년 이후 수차례 위헌심판제청이 행해졌으나 20여년이 지난 지금도 위헌판결을 받지 못하고 있다. 그 이유는 법이론적으로는 이러한 행위들이 非犯罪化되는 것이 타당할지라도 이를 일반인들이 받아들이거나 용인하기에는 아직 미흡한 점들이 있기 때문일 것이다.

성매매 역시 마찬가지로 아닐까 생각한다. 법리적으로 볼 때, 적어도 자발적인 성인 간의 성매매행위가 성적 자기결정권에 따른 행위이기 때문에 국가의 간섭이 필요 없거나 아니면 간섭해서는 안 된다고 할지 모르겠으나, 일반인들의 법감정이나 정서는 아직 이를 용인할 준비가 되어 있지 않은 듯하다. 따라서 성매매의 非犯罪化는 時機尙우가 아닐까 생각한다. 앞으로 시간을 두고 사회구성원들의 다양한 의견을 수렴하여 합리적인 판단을 해야 하지 않을까 조심스럽게 생각하는 바이다.

진화적 관점에서 바라본 성매매

전 중 환*

1. 머리말

1993년에 나온 영화 <은밀한 유혹(Indecent proposal)>에서 억만장자 존(로버트 레드포드)은 유부녀인 다이애나(테미 무어)에게 하룻밤의 대가로 백만 달러를 제안한다. 시사만화가 댄 와서만(Dan Wasserman)은 당시 그런 만평에서 극장에서 함께 <은밀한 유혹>을 관람하고 나온 부부를 보여준다. 남편이 묻는다. “당신이라면 백만 달러에 로버트 레드포드와 잘 거야?” 아내가 대답한다. “물론이지. 그런데 내가 그 돈을 다 마련하려면 시간이 좀 걸릴 것 같은데.” (Pinker, 1997)

이 만평이 웃기는 까닭은 우리의 ‘상식’을 거스르기 때문이다. 로버트 레드포드처럼 아무리 완벽하게 잘 생긴 남성이라도 여성에게 돈을 받고 성을 파는 일은 없다는 ‘상식’ 말이다. 인류 역사상 가장 오래된 직업이라고 일컬어지는 성매매는 지금까지 조사된 거의 모든 사회에서 존재하였다. 예를 들어, 4천 년 전 메소포타미아 신전의 여성 사제들은 종교 예식의 하나로 성적 봉사를 제공하였다. 그리스 사회에서 엘리트 여성들이 가족과 남편의 통제에서 벗어나 독립적으로 자유로운 삶을 영위하는 유일한 통로는 성을 판매하는 것이었다. 고대 인도의 성애에 관한 문헌인 카마수트라(Kama Sutra)는 당시 행해진 성매매를 상세히 기술하고 있다. 8-9세기 중국 문헌에도 성매매가 등장한다(Salmon, 2008). 오늘날 미국 내에서 자발적인 성 판매자는 대략 10만 명에서 50만 명 사이로 추정된다. 킨제이 보고서에 의하면 미국 남성의 69%가 성을 구매한 적이 있고, 15%는 정기적으로 성을 구매하여 성욕을 해결한다(Buss, 2003). 1980년 이래로, 현대 서구 사회 성 판매자의 약 절반은 콜걸이며 약 4분의 1은 길거리 성매매 여성들로 파악되고 있다(Salmon, 2008).

* 경희대학교 후마니타스 칼리지(국제캠퍼스) 교수

모든 문화권에서, 성 구매자는 절대다수가 남성이며 성 판매자는 대부분 여성이다. 성 판매자 남성도 물론 존재하지만, 이들을 찾는 고객은 거의 전적으로 남성이다. 애치슨, 프레이저와 로우맨(Atchison, Fraser, & Lowman, 1998)은 대규모 표본을 바탕으로 성을 구매하는 사람들의 특성을 조사하였다. 성을 구매한 여성은 고작 두 명 발견되었다. 그 둘조차 자기 자신, 남자친구, 그리고 성 매매 직업 여성과의 3자 간 성행위에 참여했을 뿐이며, 여성 혼자서 남성에게 성을 구매한 경우는 단 하나도 없었다.

이처럼 성매매는 모든 사회에서 보편적으로 존재하며, 주로 남성이 여성에게 성적 봉사를 받으면서 경제적 이득을 그 대가로 제공하는 형태로 이루어진다. 자연스럽게 우리는 몇 가지 중요한 질문을 제기할 수 있다. 성매매는 왜 존재하는가? 왜 사람들은 성매매에 개입하는가? 왜 성 구매자는 주로 남성이며, 성 판매자는 주로 여성인가? 본 발표문은 진화심리학의 관점에서 이러한 질문들에 대한 해답을 모색하고자 한다. 진화심리학은 인간의 마음에 대한 진화적인 접근이다. 인간의 마음은 인류의 진화 역사를 통해 지속적으로 부딪혔던 여러 현실적인 문제들을 잘 해결하게끔 자연 선택에 의해 설계된 수많은 심리적 도구들의 집합이라는 전제하에, 진화심리학자들은 왜 인간의 마음이 하필이면 그와 같은 방식으로 설계되었는지 묻는다(Barkow, Cosmides, & Tooby, 1992; Buss, 2005; 전중환, 2010). 다른 과학 분야들이 그렇듯이, 진화심리학은 마음이라는 연구 대상을 이해하는 통합적인 이론 틀을 제공해 주고, 신빙성 있는 예측을 풍부히 생산하고 검증함으로써 지식의 누적적 진보를 이끈다(Tooby & Cosmides, 2005). 성매매라는 사회 현상은 궁극적으로 침팬지나 돌고래의 본성이 아닌 인간의 본성에서 유래함을 고려하면, 성매매에 대한 진화적 접근은 성매매를 둘러싼 모든 사회적 담론과 논쟁들의 밑바탕이 된다고 해도 지나치지 않을 것이다. 먼저, 진화심리학이 어떠한 학문인지 그 접근법과 흔히 발생하는 오해를 설명한다. 그리고 나서 다양한 상대와의 일시적인 성관계를 여성보다 더 강하게 추구하는 남성의 성 전략이 성매매로 나타남을 살펴본다. 다음으로, 왜 성을 구매하는 쪽은 주로 남성이며 성을 판매하는 쪽은 주로 여성인지 논의한다.

2. 진화심리학: 마음의 적응적 설계를 밝히는 과학

인간이 만든 물건을 보면 대개 그것을 만든 목적을 쉽게 알아차릴 수 있다. 예를 들어, ‘톱을 만든 목적은 무엇일까?’라고 궁금해할 사람은 없다. 톱의 형태,

재료, 크기, 구조 등은 모두 목재를 절단한다는 목적을 잘 수행하게끔 기능적으로 설계되어 있음이 명백하기 때문이다. 자연계에서도 이처럼 마치 누군가가 어떤 목적을 잘 수행하게끔 일부러 설계해놓은 것처럼 보이는 복잡하고 정교한 형질들을 흔히 발견할 수 있다. 혈액을 신체 곳곳에 보내는 심장, 물건을 쥐고 조작하는 손, 음파를 감지하는 귀, 외부 병원균을 퇴치하는 면역계 등이 그 예이다. 인공물은 당연히 그 제작자가 특정한 기능을 염두에 두고 만들었지만, 자연계에서 발견되는 복잡한 생물학적 적응(adaptation)은 과연 어떻게 만들어졌을까?

생물학자 찰스 다윈(Charles Darwin)은 1859년에 출간한 명저 [종의 기원(The Origin of Species)]에서 생물학적 적응은 수많은 세월에 걸친 자연선택에 의한 진화를 통해 생겨났음을 처음으로 입증했다. 각 개체는 자신이 처한 생활양식을 해결하는 능력에서 조금씩 다르다. 이렇게 각기 다른 ‘설계’가 부모에서 자식으로 전해질 수 있다면, 결과적으로 개체의 생존과 번식에 조금이라도 더 유리한 설계가 개체군내에 널리 전파하게 된다. 이를테면, 귀라는 기관이 신체 일부로 잘 작동하는 것은 진화의 역사를 통해 더 나은 귀를 가진 개체일수록 살아남아서 자신의 유전자를 후대에 전할 가능성이 더 높았기 때문이다. 자연 선택에 의한 진화는 유전적 변이 가운데 조금이라도 후대에 복제본을 더 많이 전파시키는 변이를 꾸준히 선택하는 과정이다. 이처럼 기계적이고 맹목적인 선택이 오랜 세월을 걸쳐 누적됨으로써 결국 눈이나 귀, 심장, 허파처럼 대단히 복잡하고 효율적인 적응을 만들어낸다(Mayr, 1983; Williams, 1966).

모든 형질이 자연 선택에 의해 만들어졌다는 말이 아니다. 마치 누군가가 의도적으로 설계한 것처럼 보이는, 복잡하고 정교한 적응적 형질들은 자연 선택에 의한 진화의 산물이라는 뜻이다. 다윈의 이러한 통찰은 이미 수백 년에 걸쳐 생리학자들과 해부학자들에 의해 채택되어 수많은 중요한 발견들을 이끌어냈다. 이른바 ‘적응주의 프로그램(Adaptationist program)’이라고 불리는 이 접근법은 한 생명체가 보이는 어떤 형질에 대해 이렇게 질문한다. “그 형질은 생명체가 살아남아 자기 유전자를 후손에 전달하고자 하는 노력과 어떻게 연관되는가?” 사람들이 흔히 오해하는 바와 달리, 적응주의 프로그램은 다리는 바지를 입기 위해 만들어졌고 코는 안경을 걸치기 위해 만들어졌다고 설명하는 식의 무책임한 기능주의가 아니다. 적응주의 프로그램은 아무 기능이나 주워담지 않는다. 오직 진화적 기능에만 초점을 맞춘다. 즉, 어떻게 특정한 형질을 만드는 유전자가 다른 유전자들보다 다음 세대에 복제본을 더 많이 남길 수 있었느냐는 의미에서의 진화적 기능에만 관심을 둔다. 예를 들어, 치아의 구조, 배열, 조성 등을 잘 살펴보면 치아는 음

식을 잘 씹어 넘기게 해서 개체의 생존과 번식에 도움을 주었기 때문에 자연 선택 되었음이 분명하다. 복잡하고 정교한 적응적 형질에 대해 그 진화적 기능을 질문 함으로써, 우리는 그 형질이 지닌 여러 단편적인 정보들을 단일한 진화적 이론 틀에 통합시켜 쉽게 이해할 수 있다(Williams, 1966).

진화 심리학은 적응주의 프로그램을 활용하여 인간의 마음이 지닌 기능적 설계를 규명하는 학문이다. 분자인류학과 고고학의 증거에 따르면, 인류의 조상은 침팬지의 조상과 약 7백만 년 전에 갈라진 이후에 진화적 시간의 99% 이상을 아프리카의 사바나 초원에서 백여 명 남짓한 소규모 친족 마을 내에서 수렵-채집 생활을 하면서 보냈다. 고작 1만 년 전에 시작된 농경 사회나 이백 년도 채 되지 않은 현대 산업 사회는 우리의 두뇌에 유의미한 진화적 변화를 일으키기에는 너무나 짧은 시간이었다. 곧, 현대인의 마음은 수렵-채집 생활을 하면서 직면했던 여러 가지 현실적 문제들을 - 예컨대 바람직한 배우자 고르기, 음식물 확보하기, 배우자의 바람기 다스리기, 근친상간을 피하기, 길 잃어버리지 않기, 포식동물을 피하기, 타인과 협동하기, 자녀를 잘 길러 내기, 타인과 동맹을 형성하기, 친족과 비친족을 구별하기, 자연재해를 피하기 등등 - 잘 해결하게끔 자연 선택에 의해 설계된 수많은 심리적 도구들의 집합이다(Buss, 2007; Tooby & Cosmides, 1992, 2005; 전중환, 2010).

공포라는 정서를 예로 들어 보자. 현대인들이 주로 공포를 느끼는 대상은 높은 곳, 뱀, 거미, 밤, 밀폐된 좁은 장소, 낯선 사람들 앞에 혼자서기 등이다. 이들은 모두 우리의 조상이 진화한 수렵-채집 환경에서는 생존 상의 큰 위협이었지만, 현대인에게는 더는 큰 위협이 되지 않는다. 단순히 오늘날 생존상의 위협 여부로만 따지면 현대인은 총, 자동차, 비행기, 다이너마이트, 전기 콘센트, 무색무취한 방사성 물질 등에 훨씬 더 공포를 느껴야 한다. 그러나 정작 이런 위험한 대상들에 대해서는 의식적인 반복 학습이 수없이 이루어져야 간신히 조심한다. 공포라는 감정이 오늘날이 아니라 먼 진화적 과거에 조상의 생존에 위협이 되었던 사건이나 사물들을 회피하게끔 설계된 심리적 적응임을 잘 보여주는 예다(Ohman, 2001).

진화심리학에 대해 기존 사회과학자들이 품고 있는 대표적인 오해 중의 하나는 진화심리학이 인간 행동은 유전자에 의해 전적으로 결정된다고 보는 유전자 결정론이 아니냐는 것이다. 정반대로, 진화심리학자들은 인간 행동이 대단히 유연하고 가변적이며 사회적, 문화적 영향에 의해 달라질 수 있음을 강조한다. 기존의 사회과학자들과 구별되는 지점은, 인간 행동이 그저 외부 환경에 의해서만 만들어진다고 보지 않는다는 것이다. 인간 행동은 1) 특정한 외부의 환경적 맥락에

민감하게 반응하게끔 자연 선택에 의해 설계된 심리 기제가 2) 실제로 살면서 경험한 환경적 맥락과 상호작용한 결과로 만들어진다. 손바닥에 지속적인 마찰을 받으면 그 부위에 굳은살을 만드는 기제를 예로 들어 보자. 모든 사람은 굳은살을 만드는 기제를 지니고 태어나지만, 육체 노동자처럼 실제로 손바닥이 지속적인 마찰에 노출되는 사람들만 굳은살이 돌아나서 그 부위를 보호한다. 달리 말하면, 손바닥에 굳은살이 없는 사무직 노동자와 굳은살이 있는 육체 노동자의 차이는 굳은살 생성 기제를 만드는 유전자의 유무가 아니라 손바닥에 대한 지속적인 마찰이라는 특정한 환경적 입력의 유무이다. 심리 기제는 외부의 특정한 환경적 맥락을 전제하고 있고, 그 맥락이 없다면 적응적 행동을 산출하지 못한다는 의미에서 진화심리학은 진정한 의미의 유전자-환경 상호작용론을 주장한다(Crawford & Anderson, 1989).

3. 다양한 상대와의 일시적 성관계에 대한 욕망

왜 성매매가 존재하는가? 급진적 여성주의자인 안드레아 드워킨은 성매매는 권력을 지닌 남성이 여성을 지배하는 일종의 강간이라고 본다. 남성들은 서로의 의사 소통과 단합을 위해 성매매 여성의 육체를 사용하며, 이 때 남성은 여성에 대한 경멸과 적대감을 드러낸다(Dworkin, 1994). 그러나, 이 이론은 불충분하다. 남성이 여성을 경멸하기 때문에 성매매가 일어난다면, 왜 남성이 남성에게 성을 파는 동성간 성매매가 존재하는가? 왜 동성간 성매매와 이성간 성매매 사이에 본질적인 차이가 없는가?

성매매를 이해하려면 먼저 인간을 포함한 모든 동물들에서 암컷과 수컷이 보여주는 근본적인 차이에 주목해야 한다. 동물계를 일별하면 임신, 출산, 수유, 방어, 먹이 공급 등 자식을 돌보기 위해 적지 않은 시간과 에너지, 위험을 감수하는 쪽은 대개 수컷이 아니라 암컷이다. 진화생물학자 로버트 트리버스는 1) 한 성이 다른 성보다 더 많이 투자할 때, 많이 투자하는 성은 일종의 귀중한 자원으로 인식되고, 2) 따라서 적게 투자하는 성은 많이 투자하는 성과 짝짓기하기 위해 자기들끼리 경쟁한다는 ‘부모 투자 이론(Parental investment theory)’을 제안하였다(Trivers, 1972). 암수의 부모 투자량이 다르기 때문에, 대다수 종에서 암컷은 짝짓기 상대를 신중하게 저울질하여 고르고, 수컷들은 서로 치열하게 경쟁하여 더 많은 암컷들과 짝짓기 하게끔 진화하였다. 달리 말하자면, 자식 한 명 당 투자해야 하는 양이 많은 암컷은 자식들을 기르는데 필요한 자원을 되도록 많이 확보함으

로써 번식 성공도(reproductive success, 한 개체가 평생 동안 낳는 자식 수)를 높일 수 있다. 자식 한 명 당 투자해야 하는 양이 적은 수컷은 되도록 많은 수의 암컷들과 짝짓기함으로써 번식 성공도를 높인다. 부모 투자 이론을 뒷받침하는 유명한 예로서 초파리의 짝짓기 상대의 수와 초파리가 낳은 자식 수 사이의 상관관계를 조사한 실험이 있다. 수컷 초파리는 짝짓기 상대의 수가 늘수록 번식 성공도가 증가했다. 하지만 암컷 초파리는 짝짓기 상대의 수가 늘어도 번식 성공도는 증가하지 않았다(Bateman, 1948).

이제 부모 투자 이론이 어떻게 인간 남녀의 성심리를 이해하는데 도움이 되는지 알아보자. 침팬지, 고릴라, 오랑우탄 등 우리 인간과 계통적으로 매우 가까운 유인원 수컷들은 자식 돌보기에 전혀 참여하지 않는다. 대조적으로, 우리 종의 남성들은 자식 돌보기에 적극적으로 참여한다. 따라서, 결혼 상대자 같은 장기적인 짝짓기 상대를 고를 때에는 남녀 모두 신중하게 상대를 고르게끔 진화하였다. 남성의 입장에서든 갓난아기가 어른이 될 때까지 걸리는 오랜 기간 동안 함께 협력하여 자식을 키우고 사랑과 정서적 헌신을 쏟아 부을 신붓감을 선택하는 것은 매우 중요한 일이었기 때문이다(Buss, 2003; Geary, 2005). 암컷은 까다롭게 고르고 수컷은 서로 경쟁하는 일반적인 모습이 인간에서도 잘 나타나는 경우는 하룻밤 정사 같은 일시적인 짝짓기의 상대를 고를 때이다. 어떤 남성이 아내와의 결혼 생활을 통하여 두 명의 자식들을 무사히 길러냈다고 하자. 만약 그가 한 번의 우연한 혼외 정사를 통해 낳은 자식이 어른으로 잘 성장했다면, 그는 평생을 노력해서 얻은 번식 성공도의 절반을 단 한 번의 일시적 짝짓기를 통해 얻은 셈이다. 이처럼 인간의 진화 역사에서 남성들은 되도록 많은 상대와의 일시적 짝짓기를 통해서 자식 수의 직접적 증가라는 커다란 잠재적 이득을 얻을 수 있었으므로, 남성들은 여성들보다 일시적 짝짓기를 더 강하게 추구하는 심리를 진화시켰다 (Buss & Schmitt, 1993).

진화심리학자들은 남성이 여성보다 새로운 이성과의 일시적 성관계를 더 강하게 추구하게끔 진화했음을 보여주는 증거들을 다수 보고하였다. 첫째, 남성이 몽상하는 성적 판타지는 남성이 무엇을 욕망하는지 알려준다. 남성의 성적 판타지는 연애나 대화, 교감 같은 정서적 요소는 일체 생략된 채 남성에게 열광적으로 반응해오는 아름답고 매혹적인 여성들 수십 명과 격렬한 성관계를 갖는 것이 주된 내용이다. 여성의 성적 판타지가 대개 이미 잘 알고 있는 상대와의 정서적 교감, 부드러움, 낭만을 강조하는 것과 지극히 대조적이다. 둘째, 포르노그라피는 주로 남성들이 소비하며, 남성의 성적 판타지를 충실히 반영한다. 셋째, 쥐, 양, 소,

개코원숭이, 인간 등 다양한 종들의 수컷에서 보고된 쿨리지 효과(Coolidge effect)이다. 기존 암컷과의 반복된 성관계에 익숙해진 수컷이 새로운 암컷을 접하게 되면 다시 성적으로 크게 흥분한다. 쿨리지 효과는 결과적으로 남성들이 많은 여성들과 성관계를 갖게끔 해준다. 넷째, 하룻밤 성관계 상대를 찾는 남성들은 신붓감을 고를 때보다 상대에 대한 기준을 크게 낮춘다. 남성들은 매력, 학력, 재산, 관대함, 지능, 친절, 재산 등에서 더 낮은 기준을 요구함으로써 많은 여성들과 일시적 성관계를 갖고자 한다. 다섯째, 남성들은 상대를 처음 알게 되어 성관계를 맺기까지의 경과 시간을 여성보다 더 적게 두는 경향이 있다. 성관계까지의 경과 시간을 적게 들수록 남성이 짝짓기할 수 있는 여성의 수는 더 많아진다. 여섯째, 과거의 연애 관계를 후회할 때 남성들은 성관계 기회를 놓친 것을 더 많이 후회하는 반면, 여성들은 성 관계를 맺은 것을 더 많이 후회하는 경향이 있다(Buss, 2003, 2007).

4. 왜 성 구매자는 남성이며 성 판매자는 주로 여성인가?

성적 판타지나 포르노그래피와 마찬가지로, 성매매는 다양한 상대와의 일시적 성관계를 강하게 추구하게끔 설계된 남성의 진화 심리에서 유래한다. 성을 구매하는 남성들은 종종 군인이나 여행객, 사업가이다. 이들은 모두 성관계 상대가 없거나, 있어도 멀리 떨어져 있다는 공통점이 있다. 뿐만 아니라, 성 구매 남성들은 성을 구매한 이유로 아내나 애인이 해 주지 않는 특별한 성적 서비스를 받고 싶어서, 외로워서, 성적 충동을 느껴서, 다양한 여성들을 원해서, 스틸감을 맛보고 싶어서 등을 꼽는다(Sullivan & Simon, 1998). 성 구매 남성들의 이러한 양상은 적은 비용을 감수하면서 다양한 일시적 성관계 상대 또는 다양한 성적 서비스를 체험하고자 하는 남성의 진화 심리를 반영한다.

우리의 조상 남성들과 달리, 조상 여성들은 생전 처음 보는 사람들과 자유분방하게 성관계를 함으로써 얻는 이득은 그리 분명치 않았던 반면에 잠재적인 손실은 컸다. 원치 않는 임신을 하게 된다면 아기 아버지의 도움 없이 혼자서 자식을 양육해야 하는 엄청난 부담을 져야 했으며, 하룻밤 불장난이 애인이나 남편에게 발각된다면 애인 혹은 남편으로부터 학대나 폭력을 당할 위험도 감수해야 했다. 그러므로, 여성들이 다양한 남성들과의 색다른 성 경험을 즐기기 위해서 성을 구매하는 경우가 거의 없는 것은 어찌 보면 당연하다 (물론 여성들은 종종 혼외정사 등의 일시적 성관계를 행하지만, 이는 다양한 상대들과의 성적 다양성을 추구하기 위함이 아니다. 여성들의 일시적 성관계는 대개 “우수한 유전자”를 자식

에게 물려 주거나 새로운 남편감을 모색하기 위한 방편에서 이루어진다(Thornhill & Gangestad, 2008)). 주지하다시피, 성을 판매하는 여성들은 주로 경제적인 이유로 성을 판매한다. 성 판매가 유일한 선택지인 경우도 있고, 다른 선택지보다 단순히 더 나은 선택지인 경우도 있다. 많은 여성들이 아이 아버지 없이 혼자 자식을 양육해야 하거나, 경제적으로 몹시 어려운 처지여서 성 판매자가 된다. 한편, 일부 중류층의 젊은 여성들은 성 판매가 다른 일보다 높은 소득을 보장해주기 때문에 자발적으로 성 판매자가 된다. 어느 경우에서든지, 본질적으로 여성의 성을 원하는 시장이 있기 때문에 여성들 가운데 일부가 이러한 시장을 이용하는 것이다.

5. 맺음말

인류의 진화 역사를 통해서 조상 여성들은 조상 남성들로부터 자원과 보호를 받는 대가로 성을 제공했다는 사실은 종종 성매매를 정당화하는 논거로 쓰인다. 그러나 이는 인간 행동에 대한 과학적 기술(記述)을 그 행동에 대한 도덕적 당위와 혼동하는 자연주의적 오류(naturalistic fallacy)이다. 무엇이든 존재하는 것은 응당 존재해야만 한다고 믿는 것은 오류이다. 어떤 현상에 대한 인과적 설명은 그 현상에 대한 도덕적 정당화가 아니기 때문이다. 예컨대, 자연 세계에는 전염병, 지진, 쓰나미, 홍수 같이 우리가 없애거나 감소하려고 애쓰는 수많은 자연 현상이 존재한다. 이들이 자연계에 존재한다는 사실이 그들이 응당 존재해야 한다는 당위를 내포하지는 않는다. 그러기는커녕, 지진이나 쓰나미가 왜 일어나는지 그 과학적 원인을 규명함으로써 지진이나 쓰나미를 방지하거나 발생 빈도를 낮추는데 활용할 수 있다.

그렇다면, 성매매에 대한 진화적 이해는 성매매에 대한 정책을 놓고 벌어지는 논쟁에 어떤 함의를 던지는가? 사회 현상에 대한 그 어떠한 정책도 인간 본성에 대한 나름대로의 설명 모델을 암묵적으로 가정한 상태에서 수립되고 이행된다. 인간 본성에 대한 가정이 옳다면, 그 정책은 만족스러운 결과를 낼 것이다. 만일 가정이 틀린다면, 그 정책은 때로는 지나치게 높은 비용을 사회에 부과할 것이다. 예를 들어, 인간 본성이 외부 환경에 의해 전적으로 결정된다고 믿는 일부 여성주의자들은 포르노그래피와 성매매를 없애면 남성도 여성과 동일한 성적 욕구와 취향을 갖게 되리라고 믿는다. 이처럼 인간 본성에 대한 잘못된 가정을 바탕으로 수립된 성매매 정책은 사회에 이득보다 오히려 손실을 더 끼치리라고 예측할 수 있다.

전술했듯이, 과학은 현상에 대한 인과적 설명을 시도할 뿐이다. 그러나, 어떤 정책을 시행하여 그 목표를 이루고자 할 때 진화심리학이라는 과학은 개인들의 정서 및 행동의 변화 양상을 신빙성 있게 예측함으로써 목표 달성을 위해 무엇을 해야 할지, 목표 달성은 얼마나 가능한지 등에 대한 해답을 제공해 준다. 이를테면, 현행 성매매 특별법은 성매매 근절을 목표로 하는가? 고급 콜걸들은 이 법에 의해 크게 영향을 받지 않는 반면에 성매매 여성 가운데 약 25% 만을 차지하는 길거리 성매매 여성들이 주로 단속을 받고 있는 실정을 고려하면, 성매매 근절이라는 목표를 온전히 달성하려면 생각보다 훨씬 더 큰 비용을 감수해야 할 것으로 보인다. 아니면, 현행 법은 여성을 보호하는 것을 목표로 하는가? 알려진 바와 같이, 성 판매 여성도 처벌하는 현행 법은 특히 길거리 성매매 여성들을 보호하기는커녕 법의 사각지대로 내쫓고 있다. 보다 근본적으로, 현행법처럼 성매매를 전면적으로 금지시키고 있을 때 그에 따라 우리 사회가 치르고 있는 비용은 정확히 무엇인가? 예컨대, 자원에 접근할 경로가 차단된 여성들의 생활 수준이 하락하여 남녀의 소득 격차가 더 심해지진 않았을까? 저소득층 여성들에 의한 절도 등의 생계형 범죄가 더 증가하지는 않았을까? 성적 기회가 차단된 남성들이 더 폭력적으로 변하지는 않았을까? 이러한 질문들에 대한 해답을 진지하게 모색하는 과정에서 성매매에 대한 효과적인 정책이 재수립되어야 할 것이다.

6. 인용문헌

- Atchison, C., Fraser, L., & Lowman, J. (1998). Men who buy sex: Preliminary findings of an exploratory study. In J. Elias, V. Bullough, V. Elias & G. Brewer (Eds.), *Prostitution* (pp. 172-203). Amherst, NY: Prometheus.
- Barkow, J. H., Cosmides, L., & Tooby, J. (Eds.). (1992). *The adapted mind*. New York: Oxford University Press.
- Bateman, A. J. (1948). Intra-sexual selection in *Drosophila*. *Heredity*, 2, 349-368.
- Buss, D. M. (2003). *The evolution of desire: strategies of human mating* (revised edition ed.). New York: Basic Books.
- Buss, D. M. (2005). *Handbook of evolutionary psychology*. Hoboken, N.J.: John Wiley & Sons.
- Buss, D. M. (2007). *Evolutionary psychology: the new science of the mind* (3rd ed.). Boston: Allyn & Bacon.
- Buss, D. M., & Schmitt, D. P. (1993). Sexual strategies theory: an evolutionary

- perspective on human mating. *Psychological Review*, 100, 204-232.
- Crawford, C. B., & Anderson, J. L. (1989). Sociobiology: An environmentalist discipline? *American Psychologist*, 44(12), 1449-1459.
- Dworkin, A. (1994). Prostitution and male supremacy. Retrieved June 1, 2013, from <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/MichLawJourI.html>
- Geary, D. C. (2005). Evolution of paternal investment. In D. M. Buss (Ed.), *The handbook of evolutionary psychology* (pp. 483-505). Hoboken, N. J.: John Wiley & Sons.
- Mayr, E. (1983). How to carry out the adaptationist program? *American Naturalist*, 121(3), 324-334.
- Ohman, A. (2001). Fears, phobias, and preparedness: toward an evolved module of fear and fear learning. *Psychological Review*, 108, 483-522.
- Pinker, S. (1997). *How the mind works*. New York, NY: W. W. Norton & Company.
- Salmon, C. (2008). The world's oldest profession: Evolutionary insights into prostitution. In J. Duntley & T. K. Shackelford (Eds.), *Evolutionary forensic psychology* (pp. 121-135). Oxford: Oxford University Press.
- Sullivan, E., & Simon, W. (1998). The client: A social, psychological, and behavioural look at the unseen patron of prostitution. In J. E. Elias, V. L. Bullough, V. Elias & G. Brewer (Eds.), *Prostitution: On whores, hustlers and johns* (pp. 134-154). Amherst, NY: Prometheus.
- Thornhill, R., & Gangestad, S. W. (2008). *The Evolutionary Biology of Human Female Sexuality* Oxford: Oxford University Press.
- Tooby, J., & Cosmides, L. (1992). The psychological foundations of culture. In J. H. Barkow, L. Cosmides & J. Tooby (Eds.), *The adapted mind: evolutionary psychology and the generation of culture* (pp. 19-136). New York: SUNY press.
- Tooby, J., & Cosmides, L. (2005). Conceptual foundations of evolutionary psychology. In D. M. Buss (Ed.), *The handbook of evolutionary psychology* (pp. 5-67). Hoboken, NJ: Wiley.
- Trivers, R. (1972). Parental investment and sexual selection. In B. Campbell (Ed.), *Sexual selection and the descent of man* (pp. 139-179). Chicago: Aldine Press.
- Williams, G. C. (1966). *Adaptation and natural selection*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- 전중환. (2010). *오래된 연장통*. 서울: 사이언스북스.

제128회 발표회 지정토론문

발제문: 성매매 처벌의 문제점과 대안

발제자: 이경제(충북대 교수)

일시 및 장소: 2013. 6. 21.(목) 헌법재판소 2층 회의실

강 태 수*

우선 헌법실무연구회의 토론자로 불러주셔서 영광스럽게 생각하고 감사의 말씀을 드리고 싶습니다. 충북대학교의 이경제 교수님은 형법 전반에 관하여 많은 옥고를 발표하셨고 성매매 처벌에서도 좋은 논문을 쓰신 전문가라서, 저의 짧은 소견을 몇 가지 질문으로 토론으로 대신하겠습니다.

1. 교수님이 여러 가지 통계자료를 제시하며 성매매의 현황을 알려주셨는데, 이런 통계와 관련하여 두 가지 질문을 하고 싶습니다.

한국과 유럽 주요국의 성매매 현황 비교

국가명	성매매종사자(명)	법적 형태	인구대비 비율(%)
대한민국	27만	완전불법	0.538
독일	40만	완전합법	0.489
네덜란드	1만~1만5천	완전합법	0.057~0.896
영국	8만	개인성매매 합법	0.127
이탈리아	5만	개인성매매 합법	0.082
프랑스	3만	개인성매매 합법	0.045
스웨덴	650~2500	성구매지만 불법	0.007~0.026
노르웨이	3300	성구매지만 불법	0.066

*한국 : 2007년, 2010년 여성부 성매매 실태조사 *스웨덴 : 스웨덴 정부, 북유럽 젠더연구소 추계

*기타 유럽국가 : 2009년 TAMPEP 보고서

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

2007년 여성부의 성매매 실태조사에 의하면 성매매에 종사하는 여성은 약 27만 명이다(발표문 8쪽, 표 5). 이는 당시 전체 인구의 0.5%, 전체 여성인구의 1%가 넘는 수치이다. 여성부는 2010년 성매매여성 수를 약 14만2000명으로 추산했지만, 이 조사에는 인터넷 성매매, 변종 성매매, 해외 성매매 여성 숫자는 포함되지 않았다.

유럽연합(EU)의 지원을 받으면서 성매매 이주여성의 건강권을 옹호하는 단체인 TAMPEP가 2009년 시행한 조사에 의하면 유럽에서 성매매 종사자의 비율이 가장 높은 곳은 독일이었다. 독일에서는 약 40만 명이 성매매에 종사하고 있으며, 이는 전체 인구 대비 0.49%에 해당한다. 성매매 집결지를 금지한 대신 개인적 성매매를 합법화한 영국·이탈리아·프랑스의 성매매 종사자 규모는 인구 대비 비율로 0.045-0.127%였다. 성구매자에 한해서만 불법화한 스웨덴과 노르웨이의 성매매 종사자 비율은 약 0.007-0.066%로 나타났다.

이 통계에는 다음과 같은 요소가 고려된다면 우리나라와 유럽의 격차는 더욱 커진다. 즉, 성매매를 처벌하고 있는 우리나라에서 숨겨진 숫자가 존재할 개연성이 높다는 점, 유럽의 통계에는 남성과 트랜스젠더가 포함되어 있다는 점, 독일은 2002년 “성매매 여성의 법적 관계를 규정하기 위한 법(소위 성매매법)”을 제정한 이후에 성판매자에게 실업보험과 건강보험까지 보장하고 외국인 성판매자의 수가 급증하였다는 점 등이다.

1999년 스웨덴에서는 성판매를 허용하되 성구매는 불법화하는 법안을 통과시켰다(성구매자는 6개월 이하의 징역이나 소득수준에 따라서 50백에서 4000유로의 벌금에 처해짐). 2010년 스웨덴의 “성적서비스 구매 금지 법안 평가 보고서 1999-2008”에 의하면 성판매는 제한적으로 합법화하고 성구매자를 처벌하는 법률의 시행이 성매매방지에 매우 긍정적이라는 결론을 내리고 있다 (한국여성인권진흥원<http://www.stop.or.kr/sub030301/13922>). 성매매를 근절할 수 없는 현 상황에서 스웨덴식 모델의 도입에 대한 이 교수님의 고견을 듣고 싶습니다.)

현행 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(이하 성매매법)의 처벌규정은 성 구매자보다 성 판매자에게 좀 더 엄격하게 적용되고 있다. 2007년부터 3년간 피의자 신분의 성매매 여성 중 실제 기소로 이어진 비율은 23.2%였지만, 성 구매

1) 비영리 자선단체인 ProCon이 2009. 11. 4. 현재 100개국의 입법례에 의하면 성매매행위에 대하여 39%의 국가들은 불법, 11%의 국가들은 제한적 합법, 50%의 국가들은 합법으로 정하고 있다 (<http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resourceID=000772#ko>).

남성의 기소율은 17.3%에 그쳤다.²⁾ 성매매법이 제정된 목적은 원칙적으로 성을 파는 사람은 피해자로 보고 처벌을 하지 않는 것을 지향했는데, 실제로는 성매매 여성 자신이 ‘비자발적’이었다는 점을 증명하지 못하면 결국 처벌을 면하지 못하게 되었다. 특히 2011년에는 2만 6136건이 검거되었지만 구속은 228명, 2012년에는 2만 1123건이 검거되었지만 구속은 235명에 그쳐 형벌의 실효성이 없는 상황이다(경찰청 성매매사범 단속현황). 연간 5000만건의 성매매건수를 고려한다면, 그 실효성은 더욱 심해진다. 이런 상황에서 처벌규정이 존속될 필요성이 있는가?

3. 성매매행위를 처벌하는 보호법익은(발표문 21면 이하) 건전한 성풍속이지성적인 자기결정권은 아니라고 사료된다.

헌법재판소는 제1차 혼인빙자간음죄 사건에서 다수의견은 “혼인을 빙자한 부녀자 간음행위는 피해 여성의 성적자기결정권을 침해하여 기본권행사의 내재적 한계를 명백히 벗어난 것으로서 사회의 질서유지를 위하여 그 제한이 불가피하다”고 하였다(2002. 10. 31. 99헌바40). 그러나 제2차 사건에서는 “여성이 혼전성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정할 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 국가에 대하여 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적자기결정권을 부인하는 행위이다”고 하여 혼인빙자간음죄의 목적의 정당성부터 인정하지 않았다(2009. 11. 26. 2008헌바58 등).

그리고 혼인빙자간음죄로 인하여 제한되는 기본권은 ‘남성의 성적자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권’이다.

이에 비하여 제4차 간통죄 사건의 법정의견은 “혼인관계를 보호하고, 사회질서를 유지하기 위하여 간통 및 상간행위를 제재하는 것으로 정당한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다”라고 하면서 “간통 및 상간행위가 우리 사회가 요구하는 건전한 성도덕에 반함은 두말할 필요가 없다”는 입장이다. 또한 김희옥 재판관은 헌법불합치 의견을 개진하면서 “간통죄의 보호법익은 성적 풍속으로서의 성도덕 또는 가정의 기초가 되는 제도로서의 혼인이다”고 하였다. 즉, 간통죄의

2) 또한 성구매자인 남성은 기소되는 경우, 대부분 벌금형으로 처벌되고, 불기소의 경우는 재범방지 교육(john school) 이수를 조건으로 처벌을 면하게 된다. 그러나 성판매자인 여성이 기소되는 경우, 벌금형으로 처벌하거나, 불기소의 경우는 단순 기소유예나 보호처분이 내려진다. 김용화, 성매매 근절을 위한 입법적·정책적 대안, 경희법학 2010. 9. 30., 125쪽 이하;

<http://newsmaker.khan.co.kr/khnm.html?mode=view&artid=201301221424351&code=115>.

보호법익은 혼인빙자간음죄와 달리 ‘건전한 성도덕 또는 성풍속’이라고 할 것이다.

그리고 간통죄로 인하여 제한되는 기본권은 ‘성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권’이다.

성매매행위를 처벌하는 목적은 국가의 존립이나 타인의 기본권이 아니다. 소위 자발적 성매매행위 자체는 성판매자와 성구매자의 ‘성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권’에 의하여 보호되지만, 이를 처벌하는 입법 목적(보호법익)은 ‘건전한 성풍속’이라는 도덕이다. 이런 점에서 보호법익과 제한되는 기본권을 조금 혼동한 것은 아닌가하는 생각이 든다.

성매매죄의 보호법익으로 성매매 여성 자신이라고 보는 견해도 있다. 그러나 누구나 자신에게 손해가 되는 행위를 할 권리가 있다. 암벽등반을 하다가 다치거나 술·담배로 인하여 아픈 것도 기본권의 행사이다. 자기위해행위에 대한 국가의 제한조치는 일차적으로 스스로 결정을 내릴 능력이 부족한 미성년자, 정신병자 및 자율적인 결정을 내리지 못하는 상황에 있는 사람에게 국한된다.³⁾ 스스로 결정을 내릴 능력이 있는 성인 성판매 여성을 보호하기 위하여 형벌로 처벌한다는 것은 정당화될 수 없다.

4. 성매매행위의 가벌성과 관련하여(발표문 14쪽) “불특정인과 성교행위 등을 하는 것”과 동성애나 스와핑을 비교하고 있지만, 여기서 비교의 대상은 첩이나 현지처와 같은 ‘특정인’과의 성교행위라고 할 것이고 본질적인 동일성은 양자가 모두 ‘금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 행하는 성교행위 내지는 유사 성교행위’에 있다 생각한다.⁴⁾ 헌법상 평등권은 자

3) 오늘날 개인이 의도하거나 유발한 기본권적 법익침해로부터 국가가 개인을 보호하는 임무 즉, 자기위해행위에 대한 기본권보호의 근거와 한계에 관하여는 다음을 참고. 졸고, 자기위해행위의 제한에 관한 헌법적 고찰, 경희법학, 2008. 6. 30., 1쪽 이하; 개인의 생명과 신체 등 기본권적 보호법익을 보호하기 위하여 좌석안전띠나 안전모 등 보호장구의 착용의무, 마약이나 대마 등의 흡연제한, 사행성 게임이나 위험한 스포츠의 제한, 단식농성에 대한 강제급식, 자살 금지와 같은 사례들이 여기에 속한다.

4) 제2조(정의) 제1항 제1호: 1. "성매매"란 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.

가. 성교행위

나. 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

의적인 차별을 금지하고 있으며, 이런 점에서 양자를 다르게 취급할 사유가 있다고 생각하는지 궁금하다.

평등권 침해의 사례는 성매수자의 경우에도 있다. 성구매자가 집창촌에서 성을 구매한 경우에는 처벌의 대상이 되지만, 나이트클럽에서 만나서 통성명을 하고 대화를 나눈 여성에게 금전을 지급하고 성교행위를 하였다면 성매매법상 처벌의 대상이 되지 않는 것이 아닌가?

이 교수님이 예를 든 “성의 자유를 지향하는 남녀가 클럽에서 만나 서로 호감을 가지고 하룻밤을 같이 지낸 다음, 어느 일방이 상대방에게 고마움의 표시로 선물을 준다던가 음식을 사주었다면” 성매매법상 사전적인 이익을 수수한 행위가 아니므로 성매매에 해당되지 않는다고 생각한다.

5. 이 교수님의 발표는 전체적으로 성매매여성을 처벌하는 것은 성적 자기결정권을 형벌로서 과도하게 침해하여 위헌이라는 방향이었는데, 일반인의 법감정이나 情緒에 바탕을 둔 이른바 ‘情緒法’을 근거로 성매매의 비범죄화가 시기상조라는 결론을 이끌어내고 있다(발표문 19쪽 이하). 그러나 이런 논의를 헌법재판소에서 하는 것 자체가 일반인의 법감정이 변하고 있다는 증거라고 생각한다.

헌법재판소는 “특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60)”고 한다. 그러나 이는 그렇게 인간의 자유와 권리가 신장되어 왔다는 역사적 발전의 궤적을 기술하고 있을 뿐이고 개인의 행위를 처벌하기 위해서는 ‘명백성통제’를 넘어서 엄밀한 내용상의 논증이 필요하다.

물론 법과 도덕이 완전히 분리된 것은 아니며 사실상 밀접한 연관성을 가질 수 있다. 하트가 갈파한 바와 같이 국가와 사회의 유지에 사회구성원이 하나의 지배도덕을 공유하고 있는 데서 나오는 것이 아니라, 각 개인이 각각 서로 다른 도덕을 가지고 있다는 사실에 대한 긍정과 다른 도덕을 가진 사람에 대한 관용으로부터 생겨난다. 단, 살인이나 방화와 같은 행위는 부도덕하며 동시에 공동체의 존립을 침해하는 행위이기 때문에 형벌을 가하는 것이 정당화된다.

법치국가에서는 존엄한 행동을 강제하고 존엄하지 않은 행동을 제지하는 것은 금지된다. 법치국가는 누구나 자신의 견해에 따라서 도덕적 또는 비도덕적, 명예스럽거나 불쾌한, 일반적인 존엄성 기준에 적합하거나 적합하지 않은 것을 행할 운신의 폭이 있는 자유를 보장한다. 원칙적으로 자유권에 관한 현대적 견해는 관권주의적 후견주의에 저항한다. 이는 특히 도덕적인 자기 타락을 국가가 관여하는 것에도 적용된다. 그래서 독일 연방헌법재판소는 자신의 시민을 개선시키고 그로 인하여 자유를 박탈하는 국가의 임무를 인정하지 않는다. 단 개인의 육체적인 자기위해가 사회적 해악을 초래할 위험이 있는 경우에는 국가는 보호적인 조치를 취할 수 있다(BVerfGE 22, 180, 219f. 참조).

특히 헌법재판소는 “개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로서 필요한 최소한의 범위에서 그쳐야 한다. 따라서 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서 더욱 엄격한 기준을 적용해야 한다(2009. 11. 26. 2008헌바58 등)”고 하였다. 이런 점에서 자발적 성매매를 처벌하는 것은 건전한 성풍속이라는 목적의 정당성과 형벌을 통한 목적달성에의 적합성은 인정될 수 있지만, 침해의 최소성과 법익의 균형성을 충족한다는 논증은 상당히 어려워 보인다.

그런데 자발적 성매매의 양태는 매우 다양하다. 소위 ‘자발적 성매매’가 성적 자기결정권이나 직업의 자유에 의하여 보호받는다고 하여도, 형벌부과가 정당화될 수 있는 사례가 가능한가? 청소년보호와 사생활의 평온을 위한 주택가의 성매매, 광고금지, 에이즈 등 성병전염을 예방하기 위한 콘돔을 사용하지 않은 성매매 등이 고려될 수 있다. 그러나 이에 해당하지 않은 자발적 성매매의 처벌을 단지 국민의 정서에 맞지 않는다고 합헌이라고 한다면, 성 약자인 성매매 여성을 법의 사각지대로 몰아내는 것은 아닌가?

마지막으로 성매매 여성의 인권을 신장하고 성매매를 감소시킬 현실적 방안은 무엇인가?

제128회 발표회 지정토론문

발제문: 성매매 처벌의 문제점과 대안

발제자: 이경재(충북대 교수)

일시 및 장소: 2013. 6. 21.(목) 헌법재판소 2층 회의실

박 해 진*

I. 들어가며

지난 2012년 12월 13일에 있었던 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(이하 성매매특별법) 제 21조 제1항)에 대한 위헌심판제청은 우리 사회에 큰 파장을 불러왔다고 생각합니다. 성매매특별법의 여러 성과에도 불구하고 제정 이후 지금까지 성매매특별법의 정당성과 실효성에 대한 의심과 회의적 분위기가 지속되었던 것은 사실이고, 또 그동안 성매매특별법의 일부조항이나 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률에 관한 위헌심판 등이 있기도 했지만²⁾, 아직 제정 10년도 되지 않은 상태에서 선부른 인부 판단을 내리기 보다는 관련 쟁점들에 대한 깊이 있는 논의가 좀 더 진행될 필요가 있다고 생각하던 터에 이처럼 느닷없이 위헌법률심판제청의 대상이 되리라고 예상하지 못했기 때문입니다. 개인적으로는 헌법 실무연구회의 이번 위헌제청에 대한 토론회에서 성매매특별법의 정당성과 실효성, 특히 위헌제청의 대상인 ‘자발적 성매매’를 중심으로 논의를 전개해 보는 것

* 법학박사, 한국형사정책연구원 Post-Doc. 연구원

1) 제21조

① 성매매를 한 사람은 1년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다.

- 2) 현재 2006.6.29. 2005헌마1167 결정, 현재 2012.12.27. 2011헌바235 결정(성매매처벌법 제2조 제1항 제2호 다목 중 성매매 목적의 건물제공행위 부분이 재산권을 침해하는지 여부); 현재 2012.10.9. 2012헌마 753 결정(성매매처벌법 제1조 내지 제5조가 성적자기결정권을 침해하는지 여부); 2004.11.23. 2004헌마 878 결정, 2009.4.29. 2008헌마349 결정(성매매보호법의 기본권 침해 여부) 등.

은 그 자체로도 충분히 시의성을 획득한다고 할 것이고, 같은 의미에서 이러한 뜻깊은 자리에 토론자로서나마 참석할 수 있음에 감사드립니다.

II. 성매매특별법 제21조 제1항 위헌제청과 관련하여

1. 위헌제청에서 드러난 문제점

이번 위헌제청의 이유는 간단하게 말하자면, 자발적인 성매매는 성인의 자기결정권의 행사로서 국가가 개입하면 안 됨에도 불구하고 국가가 내밀한 사적 영역인 개인의 성생활에 개입하여 처벌을 함으로써 보호법익이 모호하고, 수단의 적절성과 피해최소성의 원칙을 준수하였는지 여부가 불분명하며, 축첩행위나 현 지치 계약을 한 여성은 처벌하지 않으면서도 성매매여성에 대해서는 처벌을 규정하고 있는 것은 평등권 침해가 의심스러운 뿐만 아니라 단속의 실효성 역시 의문이라는 점 등 크게 4가지 문제점으로 나누어 볼 수 있을 것 같습니다.

2. 위헌제청의 쟁점 및 평가

특히 이번 위헌제청의 기저에는 자리잡은 핵심적인 쟁점은 두 가지라고 할 것인데, 그 중 하나는 성매매여성의 자발적 성매매 비범죄화 및 합법화 주장이라고 할 것입니다. 이는 성매매특별법 제정 당시에서부터 지금까지 주장되고 있는 것이기도 합니다. 그러나 성매매는 개인의 자기결정권과 행복추구권을 보호법익으로 하는 간통죄나 이미 폐지된 혼인빙자간음죄와 같은 선상에서 논의할 수 없다고 봅니다. 개인의 성에 관한 취향, 지향, 생활 등은 개인의 자유롭고 내밀한 사적 영역에 속하는 것으로서 이들을 이유로 차별을 받아서는 안 되고, 따라서 국가가 성인의 개인적인 성생활에 형벌권을 행사하는 것은 헌법이 보장하는 개인의 행복추구권과 자기결정권을 제한하는 것이 됩니다. 이러한 기본권을 제한하는 경우, 그러한 제한의 정당성은 국가가 입증하지 않으면 안 되고, 설사 정당한 목적의 제한이라 할 경우에도 기본권 제한 원칙인 비례성 원칙에 따라야 한다고 할 때, 혼인빙자간음죄나 간통죄는 이러한 차원에서 폐지논의가 가능하다고 할 수 있습니다. 그러나 성매매는 개인적 차원에서 이루어지는 이러한 성인의 자유로운

또 사적인 성생활과는 다른 차원의 문제로서 거시적으로는 사회구조, 그리고 본질적으로는 인격권과 매우 밀접한 관계를 갖고 있다는 점을 간과해서는 안 되고, 따라서 이에 대한 선이해가 필수적이라고 할 것입니다. 또한 구 윤락행위방지법에서의 보호법익과 현행 성매매특별법상의 보호법익의 변화에 대해서도 인식하지 않으면 안 됩니다. 전자의 경우는 성매매를 일종의 성도덕 내지 풍속에 관한 범죄로 보아 공공질서와 선량한 사회풍속에 반하는 경우 국가의 후견주의적 개입이 가능했지만, 후자는 적어도 기존의 도덕주의 내지 정조 중심의 관점에서 탈피했다는 점에서 차이가 있기 때문입니다.

다른 하나는 구 윤락행위방지법에 내재된 도덕주의적인 보수적 성 관념에서 벗어나 성매매로 인한 인권침해를 규제하고 성매매 여성을 보호하고자 입법된 성매매특별법이 여전히 그 처벌대상으로 성매매 여성을 규정함으로써 오히려 ‘여성 보호’에 한계 내지 역행하고 있다는 것이 그것입니다. 그러나 여성을 보호하고자 하는 것과 어떠한 행위를 범죄화하여 처벌하는 것은 전혀 별개의 문제라고 할 것이기 때문입니다. 대항법³⁾ 구조인 성매매죄에서 성매매 여성 일방만을 비범죄화하는 것도 문제지만, 설사 가능하다고 하더라도 그것이 과연 성매매 여성보호에 어느 정도로 기여할 것인가도 의문이라고 하지 않을 수 없습니다. 만약 성매매 여성의 비범죄화를 피한다고 하더라도 그러기 위해서는 적어도 성매매 여성에 비해 성구매자인 남성의 불법성이 현저히 크다고 평가되지 않으면 안 된다고 할 것이므로, 이 부분에 대한 의문이 먼저 해소되어야 할 것입니다. 그러나 현행 성매매특별법은 자발적 성매매에 대해서는 보호사건으로 처리할 것을 규정함으로써(제 12조)⁴⁾, 그 불법성에 대해 다른 성매매죄에 비해 약화된 평가를 내리고 있고, 성매매특별법 제1조가 “이 법은 성매매, 성매매알선 등 행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 인권을 보호함을 목적으로 한다”고 분명히 밝

3) 형법상 대항법은 수인이 서로 다른 방향으로 공동작용하는 범죄를 말하는데, 참가한 수인의 법정형을 어떻게 규정하는가에 따라 여러 유형으로 구분된다. 예컨대 간통죄(형법 제 241조), 아동학사죄(형법 제 274조) 등은 대항자 쌍방의 법정형이 같고, 뇌물죄(형법 제 129조와 133조) 같은 경우는 법정형에 차이를 두고 있으며, 음화 등 분포죄(형법 제 243조)의 경우는 대항자의 일방만 처벌하도록 되어 있다.

4) 제12조

- ① 검사는 성매매를 한 사람에 대하여 사건의 성격·동기, 행위자의 성행 등을 고려하여 이 법에 따른 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정할 때에는 특별한 사정이 없으면 보호사건으로 관할법원에 송치하여야 한다.
- ② 법원은 성매매 사건의 심리 결과 이 법에 따른 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정할 때에는 결정으로 사건을 보호사건의 관할법원에 송치할 수 있다.

하고 있는 바, 적어도 성매매라는 하나의 범죄에 대해서 성매매 여성과 성구매 남성의 행위불법을 다르게 접근, 평가할 이유는 없지 않은가 합니다.

3. 성매매 비범죄화 논의의 선결과제

생각건대, 성매매특별법이 작금의 위헌제청에 이른 데에는 여러 이유가 있겠지만, 가장 큰 원인은 그 보호법익이 분명하지 않다는 데서 찾을 수 있을 것 같습니다. 법익개념은 범죄구성요건들이 정당성을 확보하기 위하여 반드시 갖추지 않으면 안 되는 필요조건이자 범죄화의 최소조건이기 때문에⁵⁾ 형사입법자가 형벌부과를 통해서 위협하려고 하는 행위가 일정한 법익을 침해한다는 점을 제시할 수 있는 경우에만 범죄화에 대한 정당성이 인정될 수 있고, 그렇지 못한 경우라면 비범죄화되어야 한다는 요청을 받기 때문입니다.⁶⁾ 구 윤락행위방지법은 그 입법목적에 “법은 선량한 풍속을 해치는 윤락행위를 방지하고, 윤락행위를 하거나 할 우려가 있는 자를 선도함을 목적으로 한다”(윤락행위방지법 제1조)고 함으로써 성매매에 대해 도덕적으로 접근하면서 성매매 여성을 도덕 문란의 주범으로 보고 있음을 확인할 수 있었습니다. 그러나 이에 대한 반성으로 제정된 성매매특별법의 경우, ‘윤락행위’를 ‘성매매’라는 중립적 용어로 대체하긴 하였지만 제1조에서 이 법의 목적으로 ‘성매매 근절’을 내세우고 있어 ‘침해인과성’(Verletzungskausalität)을 핵심으로 하는 법익보호원칙에 근거할 때 그 보호법익이 기존의 윤락행위방지법상의 그것과 확연히 다른 것인지 아닌지가 모호하다고 할 수 있기 때문입니다. 개인적으로는 성매매특별법을 비롯한 전체 성행법의 보호법익을 성적자기결정권으로 통일하여 체계적으로 재정비할 필요가 있다고 생각하고, 같은 견지에서 자발적 성매매의 경우에는 법익침해가 없어 비범죄화해야 한다는 생각을 갖고 있습니다만, 일각에서는 이 법의 보호법익을 여전히 ‘건전한 성풍속’으로 보는 견해도 있는 것 같습니다. 성매매특별법의 보호법익에 대한 모호성이 해소 내지 확정되지 않는 한, 성매매의 범죄화/비범죄화 논의 역시 설사 결론은 동일하더라도 그 근거나 이론적 구성에 있어서는 얼마든지 다른 접근이 가능하므로, 단순히 성매매를 범죄화할 것이냐 아니면 비범죄화할

5) 자세한 내용은 김창근, 비범죄화정책에 관한 이론적 연구, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1992, 108쪽 이하 참조.

6) Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre, in: Festschrift Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S.86ff.

것이나의 일도양단은 문제의 해결에 그다지 도움이 되지 않는다고 생각합니다.

Ⅲ. 토론을 위하여

본 발표회의 토론자로서 책무를 다하기 위하여 간단히 몇 가지 질문을 드리고자 합니다.

1. 우선, 『성매매 처벌의 문제점과 대안』에 대한 이경재 교수님의 발표문과 관련하여서는, 지정토론자로서 다음과 같은 질문을 드리고자 합니다.

1) 발표문을 보면 이경재 교수님께서 성매매 자체에 대한 처벌은 타당하나 ‘성인 간의 자발적 합의에 의한 성매매’는 비범죄화 하자는 입장을 취하고 계신 것 같은데, 또 결어 부분(20쪽)을 보면 아직 일반인들의 법감정이나 정서가 아직 이에 대한 용인을 기대하기 곤란하다는 이유로 시기상조론을 언급하심으로써 현행 성매매특별법의 유지, 즉 범죄화의 입장을 취하고 계신 것 같기도 하여, 어느 쪽이 교수님의 견해인지가 불분명해 보입니다. 따라서 ‘성인 간 자발적 성매매’에 대한 교수님의 입장을 다시 한 번 말씀해 주시면 제가 이해하는 데 도움이 될 것 같습니다. 더불어 본 발표회의 주제가 “2013헌가2 성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항 위헌제청”과 관련된 만큼, 자발적 성매매 여성에 대한 처벌 여부에 관한 교수님의 고견을 듣고자 합니다.

2) 이경재 교수님이 15쪽에서 지적하신대로, ‘법이 정당성을 가지려면 법의 수범자인 일반 국민의 동의와 합의에 그 기반을 두어야 하고, 정당하지 못하고 공정하지 못한 법은 규범으로서의 성격을 가지지 못하고 규범의 성격을 가지지 못한 법이 효력을 가질 수 없다’는 점은 분명하지만, 그에 대한 예시로서 금주법과 성매매특별법을 들어 비교하기는 어렵지 않을까 합니다. 금주법은 대표적인 도덕 내지 풍속에 관한 법률이라고 할 것이지만, 기존의 윤락행위방지법이라면 모를까 적어도 성매매특별법의 보호법익을 성적자기결정권으로 본다면 양자를 동일 선상에 두어 비교평가하는 것이 과연 적절한지, 그리고 얼마나 실익을 인정할 수 있을지 의문스럽기 때문입니다.

3) 성매매특별법의 집행상 문제점과 관련하여 성매매특별법이 모든 유형의 단순 성매매를 처벌하여 왔다기보다는 ‘남성 성구매자와 여성 성판매자의 성매매에 국한하여 처벌이 집행되어 왔다’는 지적(16-17쪽)에 대해서는 저도 동감하는 바입니다만, 현행 성매매특별법의 조문상의 문제점은 “불특정인을 상대로 금품 그 밖의 재산상의 이익을 수수·약속하고 성교행위나 구상·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위”를 성매매로 정의하고 있는 것이 더 문제가 아닐까 합니다. 즉 성매매의 범죄성을 그 대상의 불특정에서 찾는 태도는 특정인과의 성교 내지 유사성교행위는 허용되는 반면, 불특정인과의 그것은 허용될 수 없는 더러운 것이라는 평가가 내재되어 있다고 할 것이기 때문입니다. 이는 곧 성매매특별법상의 보호법익은 ‘건전한 성풍속 내지 성도덕’으로 보는 것이나 다름이 없다고 할 것입니다. 성매매의 불법성을 ‘성적자기결정권’과 ‘성에 대한 대가성’에서 구한다면 그 대상의 특정 여부에 의해 범죄가 결정되어서는 안된다고 생각하는데, 이에 대한 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

2. 두 번째로, 『진화적 관점에서 바라본 성매매』라는 논제로 진화심리학적 관점에서 성매매 문제에 접근, 고찰하신 전중환 교수님의 발표문은 개인적으로는 ‘관점의 교환’을 할 수 있는 기회이자 많은 공부가 되었습니다. 특히 인간의 진화 역사에서 남성들이 되도록 많은 상대와의 일시적 짝짓기를 통해서 자식 수의 직접적 증가라는 커다란 잠재적 이득을 얻을 수 있었기 때문에 여성들보다 일시적 짝짓기를 더 강하게 추구하는 심리를 진화시켰다는 ‘남성 진화심리’와 성매매와의 연결고리는 매우 새롭고 또 흥미로웠습니다. 발표문을 보면, 전중환 교수님께서 현행 성매매특별법이 성매매근절이나 성매매 여성의 보호라는 목표를 달성한다고 보기 어렵다는 보시고 계신 듯합니다.

그렇다면 먼저 ① 불특정 다수와의 금전을 통한 성관계를 금지하고 있는 현행 성매매특별법을 ‘특정 또는 불특정 다수를 대상으로 한 금전을 매개로 한 성관계에 대한 금지’로 개정해야 한다는 견해인 것인지 궁금하고, ② 성판매 여성도 처벌하고 있는 현행 성매매특별법이 성매매 여성을 보호하기는커녕 오히려 법의 사각지대로 몰아가고 있어 동법이 ‘여성보호’라는 목표와도 거리가 있는 듯하다는 지적을 하셨는데, 그렇다면 이번 위헌제청이 타당하다고 보시는 것인지 어떠한 입장을 취하시는지 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

3. 마지막으로 두 분 모두에게 같은 질문을 드리고자 합니다. 올해만 하더라도

도 지난 4월 29일과 5월 13일, 5월 16일 3차에 걸쳐 전정희 의원과 김춘진 의원, 그리고 유승희 의원이 각각 대표발의한 ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 일부 개정법률안’이 제출되었습니다. 그리고 지난 6월 14일 여의도 국회 의원회관에서는 이런 내용을 골자로 한 ‘2013 성매매방지법 전면개정을 위한 공청회’가 열린 것으로 알고 있습니다. 특히 후자의 경우에는 성매매여성의 경우에는 이유불문하고 피해자로 보아 비범죄화하고, 성매매특별법을 스웨덴과 같이 ‘성구매자 처벌법’으로 전환하는 것을 골자로 하고 있는데, 이에 대한 두 분의 견해를 듣고자 합니다.

제128회 발표회 지정토론문

발제문: 성매매 처벌의 문제점과 대안

발제자: 이경재(충북대 교수)

일시 및 장소: 2013. 6. 21. 헌법재판소 2층 회의실

원 민 경*

발제 하신 두 분의 글을 잘 보았습니다. 두 분의 글을 통해 성매매로 인해 파생되는 불행한 결과들을 줄이고 여성 인권을 보호하기 위해, 좀 더 깊은 고민과 새로운 전략이 필요함을 다시 한번 절감하게 되었습니다.

오늘 헌법실무연구회의 토론 주제가 마침 지금 헌법재판소에서 심리 중인 성매매알선등행위의처벌에관한법률(이하 ‘성매매처벌법’) 제21조 제1항의 위헌 제청과 직접 관련된 주제이기에 토론을 하는 입장에서는 매우 조심스럽습니다. 반성매매 분야에 대하여는 국내외에 여러 연구자들이 있고, 특히 변호사들 중에서도 저보다 훨씬 더 성매매 현실과 법리에 대한 이해가 더 깊은 분들이 많이 있습니다. 그런데, 부족한 제가 나와서 여러분들께 불충분한 설명을 드리게 되지 않을까 걱정이 앞섭니다. 오늘 실무연구회에서 주실 여러 의견들이 향후 성매매 수요를 축소하고 성매매 공화국이라는 오명을 안고 살아가는 우리의 현실을 개선하는데 많은 도움이 될 것 같습니다.

향후, 이 사건에 대한 심리가 진행된다면, 많은 연구자들의 논문과 해외의 성매매관련 입법 및 정책례, 성매매 여성들이 당면한 현실, 연간 16조원에 이르는 우

* 법무법인 원 변호사

리나라의 거대한 성 산업의 실체, 성 산업을 축소하기 위한 대책 등에 관한 다양한 자료들이 제출될 것입니다.

제가 오늘 드리는 말씀은 개인적인 견해이기도 하지만, 여성인권의 관점에서 성매매 문제를 연구해 온 많은 연구자, 제가 성매매처벌법 시행 전후부터 지금까지 만났던 많은 성매매피해여성을 목소리를 대변하는 것이 될 수 있어 토론을 준비하면서 어깨가 무거웠습니다. 오늘 이 자리가 이경재 교수님의 발제문 결론처럼, 사회 구성원들의 다양한 의견을 수렴하고 합리적인 판단을 하기 위한 의미 있는 단초가 될 것으로 믿고 두 분 발제자에 대한 질문을 중심으로 본 토론을 시작하겠습니다.

I. 이경재 교수님의 발제에 대한 토론

1. 이 교수님께서서는 성매매에 대한 다양한 시각과 입법례, 성매매사범의 처리현황을 먼저 검토하시고, 현행 법에 대하여 성매매 행위의 보호법익과 성매매 행위의 가벌성, 입법상, 집행상, 인간 본성에 대한 이해의 결여 등 문제점을 지적 하셨으나, 일반인의 법감정이나 정서가 아직 이를 용인할 준비가 되어 있지 않으므로 성매매의 비범죄화는 시기상조인 것으로 결론을 지으셨습니다.

일반인의 법 감정과 정서를 고려하여 유보적인 입장을 택한 기저에는 궁극적으로 개인적으로나 사회적으로 성산업의 규모가 커지고 성매매가 지금보다 활성화되는 것에 대한 부정적인 입장에서 있기 때문이신지, 아니면 다른 이유가 있다면 그 이유는 무엇인지 궁금합니다.

2. 이 교수님의 발제문상 최종 결론이, 성매매 비범죄화 정책을 택하여 성매매가 합법화될 경우 이미 거대해진 우리나라의 성산업이 건잡을 수 없이 확장될 것이라는 우려 때문이 아닐까 토론자는 선행하여 보았습니다.

성매매 합법화를 주장하는 입장에서는, 국가가 택한 각종 정책들이 결코 성 산업을 축소할 수 없다는 ‘성매매 방지대책의 무력화’ 논리를 지속적으로 펼쳐 왔

습니다. 국가가 결코 성산업을 축소시킬 수 없다는 논리는 성산업을 축소되지 않는 이유로 ‘성매매는 인류 역사상 가장 오래된 직업’, ‘규제가 곤란한 남성의 성적 욕구’, ‘경제적인 어려움에 처한 성매매 여성의 생존에 대한 도움’ 등을 더붙여 들고 있습니다.

2013. 6. 14. 남윤인순 의원실에서는 금번 위헌 제청된 조항을 포함, 성매매 처벌법을 전면적으로 개정하여 성매매 여성은 비범죄화하고 성매수 및 성매수 알선 등 행위를 처벌하는 방향의 개정안을 마련하고 공청회를 열었습니다. 최근 급증하는 성산업을 축소하기 위하여는 성 구매자만 처벌하는 수요차단 정책이 실효성이 있다고 보고 개정안을 마련하였다고 합니다.

먼저 개정안이 마련된 과정을 살펴보면, 한국사회에 만연한 성산업을 축소하고 성매매여성들의 인권을 보호하기 위해 제정된 성매매방지법이 사실상 성매매에 관한 금지주의 입장을 취하면서 성매매알선 구조에 대한 단속과 처벌을 강화함으로써 비대해지는 성산업을 축소하고자 하였으나, 특히 여성이 절대다수로서 성을 파는 행위를 하고 있는 상황에서 성매매여성에 대한 비범죄화를 달성하고자 했던 요구들은 강제, 강요에 의해 성매매를 하게 된 여성만 성매매피해자로 처벌되지 않고 그렇지 않은 경우 성매매행위자로 분류되어 현실적으로 처벌될 수밖에 없는 문제를 그대로 지니게 됨에 따라 성매매여성의 인권과 변화하는 성산업에 적극적으로 대응하기 위해 제정된 법이, 오히려 성매매여성을 성매매행위자로 처벌의 대상이 되고 있는 한계와 다변화되고 더욱 지능적으로 변하고 있는 성산업의 확산 - 알선행위등의 교묘함과 여성들을 억압하고 여전히 성산업으로 유인하면서 벗어나지 못하게 하는 다양한 형태의 공급망의 문제-에 무기력하게 대응하는 한계를 여실히 드러내게 됨으로써 현실적인 문제를 해결해야 하는 상황에 처하게 된 현실을 타개할 필요가 있어 개정안을 마련하게 되었다고 합니다.

현행 성매매처벌법상 성매매피해자는 형사면책이 되어 성매매피해자의 성매매행위에 대해서는 처벌하지 않고 있지만 그 외 모든 성매매행위자는 처벌을 피할 수 없게 됨에 따라 즉 강요나 강제 및 억압 등의 수단이 작용하지 않거나 이를 입증할 수 없는 경우 금지행위를 위반한 행위자가 되어 처벌의 대상이 되게 됨에 따라, 결국 성매매를 윤락행위라는 도덕적 문제로부터 마치 자유로운 거래 행위처럼 전환된 것에 불과하게 된 모순상황에 처하게 된 것입니다.

또한 성매매여성에 대한 국가 정책에 대해 2011년 제49차 유엔여성차별철폐 위원회는 유엔여성차별철폐 협약 제6조를 완벽히 이행하라는 권고를 반복하면서 ‘성매매 여성을 비범죄화 하고 성매매에 개입된 여성들을 처벌하지 않도록 성매매 관련 정책과 형법을 포함한 관련 법안들을 검토할 것’을 촉구하고 있기도 한바, 반성매매여성단체들과 성매매여성들을 지원하는 현장단체들은 성매매여성의 인권을 중심으로 법 제정 당시부터 성매매여성에 대한 불처벌, 즉 성매매여성 비범죄화를 지속적으로 제기해 왔고 그 결과물이 이번에 마련된 개정안이라고 할 수 있습니다.

이교수님께서서는 성매매 수요를 차단하여 성매매수자만을 처벌하는 스웨덴식의 성구매자 처벌법으로의 개정방향이 우리나라의 확장일로에 있는 성산업에 대한 대책으로서 어떻게 생각하시는지요.

스웨덴 의회는 1998년 성매매가 윤리와 품위, 공공질서에 반하는 범죄가 아니라 성적 불평등의 맥락에서 성매매를 고려한, 여성을 상대로 한 남성의 폭력에 관한 포괄적인 법안을 통과시켰는바, 스웨덴은 성구매 수요 차단을 위한 입법과 후속 정책이 성공한 대표적인 국가라고 할 수 있습니다.

스웨덴 의회는 이 법안은 성매매와 여성폭력은 상호 연관된 문제들로 여성에 대한 남성의 폭력은 성평등 사회를 향한 열망에 반하는 것이며, 양성평등한 사회는 금전적 지불을 대가로 남성이 여성의 성을 구매하는 행위는 용납되지 않는다고 규정하였는데, 위 법안이 마련될 때, 성매매 피해자들은 불우한 어린 시절을 보낸 경우가 많고 방치되었으며 어렸을 때부터 자존감을 박탈당한 경우가 많을 뿐 아니라 아동성학대와 성매매 간 강한 연관성이 있다는 점이 강조된 바 있습니다. 어린 시절의 학대와 방임이 마음에 깊은 상처를 남기고 인생에서 성공할 수 있는 가능성을 낮출 수 있으며, 성인이 되어 성매매를 통해 다른 사람으로부터 그 취약성을 악당할 수 있다는 점, 성매매 피해자 중 70%가 베트남전 참전군인이나 쉼터를 찾는 가정폭력 피해여성, 국가에 의한 고문을 피해 탈출한 난민이 겪는 것과 동일하거나 더 높은 외상후 스트레스 증후군(PTSD) 증상을 보였다고 보고되어 있습니다.

이 법 시행 후, 비록 일부는 음성화 되었다는 보고가 있기는 하나 성매매 여

성이 1/10 정도로 축소(성산업 축소)되었고, 성매매가 합법화되어 있는 덴마크와 비교하여서도 성매매 종사 인구의 수가 1/10 정도인 것으로 보고 되었는데, 이런 유의미한 통계에 대하여 어떻게 바라보시는지요.

II. 전종환 교수님의 발제에 대한 토론

진화심리학적 관점에서 교수님의 발제해 주신 내용은, 향후에 효율적으로 성구매자에 대한 대책을 세우고, 성매매 수요를 차단하는 정책을 제안할 때 유의미하게 활용될 것 같습니다.

진화심리학적 입장에서 바라본 인간 본성과 관련하여, 왜 성을 매수하고자 하는 인간의 본성이 유독 한국사회에서는 유독 더 극단적으로 발현되고 있는지, 그 배경에 대한 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

이 질문을 드리는 이유는 인구대비 한국의 성매수자의 숫자 및 성산업 규모에 대적할 만한 국가가 지구상에 없다고 해도 과언이 아닐 정도로 확대일로에 있기 때문입니다.

서울대 사회발전연구소가 전국 1천 명을 대상으로 한국 남성의 성구매를 대규모 조사로 분석해 체계화한 최초 보고서인 <2010년 성매수 실태 조사 보고서>에 의하면, 1년 동안 한국 남성 10명 중 4명이 성매수를 했고, 1명이 1년 평균 2.6번에 31만 3천 원 지출했으며, 대학원 이상 학력자가 고졸 이하보다 1.74배 경험이 많았고, 성구매 하는 친구가 있으면 3.7배 더 높아진다는 결과가 나왔다고 합니다.

성매수가 이루어지는 장소에는 겸업형(룸살롱 등 유흥주점), 전업형(성매매 집결지), 변종형(안마시술소·마사지업소 등) 등이 있는데, 위 보고서는 ‘성 구매 남성 심층면접’을 통해 “면접 대상 남성들의 경험에서 두드러진 행태적 특성은 대부분 남성들이 혼자보다는 다른 남성들과 모임을 갖는 과정과 경로를 통해 성매매를 하러 간다. 혼자서는 성 구매를 해본 적이 전혀 없거나 한 번뿐이라고 말

하며 개인적인 출입을 선호하지 않는다”라는 진술이 심층면접 대상자 18명에게서 공통적으로 나타났으며, 성 구매 행위가 남성들 간의 집단성과 동성사회성을 발현하고 확인시켜주는 의미를 갖고 있다”라고 분석했습니다. 성구매 남성들이 개인적인 출입을 선호하지 않으며 집단적으로 성구매를 한다는 분석은 [2010년 성매매실태조사]에서도 확인되었는데, 위 조사보고서에서는 많은 경우 성구매 행위가 마치 의례 혹은 관행처럼 동성집단과의 어울림을 통해 이루어지고 이것은 성구매가 남성 집단문화, 동성사회적 문화의 일부를 구성하는 행위임을 말해 준다고 분석하고 있습니다.

미국에서의 성 구매남성에 대한 가장 최근 조사는 2006년에 진행되었는데 미국 남성은 1년 동안 4%의 성 매수 경험이 있고, 평생 동안의 성매수 경험은 15~18%로 조사되었다고 합니다. 우리나라와 비교할 때 10분의 1 규모로, 합법적으로 성매매가 가능한 오스트레일리아(16%)나 네덜란드(16%)도 수치가 우리나라의 절반을 밑돌았고, 영국과 뉴질랜드는 7%에 불과했습니다.

전 세계적으로 우리나라와 비교가 가능한 곳은 짐바브웨 정도로, 53%였는데, 위 보고서는 성매수 문제의 해결책에 대해 "청소년기 교육만이 양성평등 인식을 길러줄 수 있다. 징벌적 차원을 넘어 근본적인 인식 전환이 필요하다"라는 결론을 내리고 있습니다.

그렇다면, 우리사회에 만연한 성매매가 잘못된 성문화에 기초하고 있는 것은 아닌지, 성과 관련된 인간의 본성이 타인에 대한 배려와 인권감수성 향상 교육, 자유로우면서도 책임감 있는 성적 행위에 대한 가치 부여를 통하여 개선될 가능성은 없는 것인지 질문 드리고 싶습니다.

제128회 발표회 토론요지

사 회 자(연세대 이종수) : 오늘 성매매처벌 관련된 주제는 다들 잘 아시겠지만 다소 민감하고 예민한 주제이기도 합니다. 그래서 당연한 이야기지만 개인의 주관적인 성관념과는 전혀 무관하고 각자 영역에서 학문적인 토론이라는 점을 숙지하시고, 그런 의미에서 자유롭게 토론과 발제에 임해주시기 바랍니다.

오늘 발제자와 토론자로 모신 분들이 형법, 헌법, 진화심리학에 이르기까지 다양한 학문영역을 아우르고 있습니다. 아마 그 이유는 성매매와 성매매금지를 다루는 이 사항이 단순히 형법적 차원에서 또는 법학적 차원에서만 접근하기는 어려운 주제이기 때문일 것입니다. 그래서 오늘 월례발표회를 통해서 주제와 관련해서 생산성 있는 논의가 진행되기를 기대하고 있습니다.

전중환 교수님 말씀으로 우리가 진화심리학 또는 진화생물학 쪽에 인식의 지평을 어느 정도 넓히는 계기가 되었습니다.

저도 개인적으로는 인간의 본성에 반하는 법은 나쁜 법이라고 생각해 왔습니다. 문제는 과연 구체적으로 어떠한 특정한 사안에 있어서 인간의 본성이 무엇인가에 대한 답변이, 늘 집단 또는 각자의 주관적 입장마다 달랐다고 생각합니다.

성과 관련해서도 인간의 본성과 관련해서 소위 엄격한 도덕주의적 입장이 있을 수 있고 자유주의적 입장이 있을 수 있고 다양한 스펙트럼이 가능합니다. 오늘 전교수님 발제를 통해서 그런 부분에 대한 아주 단초적이긴 하지만 이해를 넓힐 수 있다고 생각합니다.

저 개인적으로는 오늘 논의에서 형법적인 측면에서의 성매매처벌, 인간의 성관계에 관련된 진화심리학적 내용을 들었지만, 헌법학자로서는 성매매업 또는 매춘업이 우리 헌법상 보장되는 직업과 관련해서 과연 직업의 자유 보호영역에 들어오는지 여부의 문제의 답을 구하고 싶습니다. 독일에서는 직업의 자유의 보호영역에는 포섭시키지 않더라도 일반적 행동자유에서 일반적인 경제소득활동으로는 소위 매춘업을 보호영역에 포섭시킵니다.

발 표 자(충북대 이경재 교수) : 공통된 질문을 중심으로 말씀드리겠습니다. 첫 번째는 성매매 유형이라는 것이 굉장히 다양합니다. 매춘부를 나누는 기

준이 그리스 로마부터 상류, 중류, 하류 이렇게 나눠왔거든요. 아직까지도 크게 변함없다고 생각하고요. 성매매처벌법은 하류계층의 또는 경제적 취약계층을 타겟으로 이 사람들을 처벌하고 있다는 것에 문제점이 있습니다. 이 법의 제정취지가 이런 취약계층들의 여성을 위한 것인데 오히려 시행하고 보니까 완전히 반대 입장이 되었다는 것입니다. 지금 위헌제청도 바로 그러한 이유 때문에 제기되었다고 생각합니다.

두 번째는 아까 강교수님이 말씀하신 예로 우리 애들하고 있는데 여성이 와서 나한테 성매매를 제안하는 것, 그것은 범죄입니다. 그것은 성매매 제안이 아니라 물건을 강요해도 범죄라고 생각합니다.

제가 여기서 계속 말씀드리는 것들은 정말 개인적인 강요상태 없는 자발적인 성인간의 합의에 의한 성매매입니다. 강요라든가 강제라든가 유인이라든가 이런 요소가 들어갔다면 그것은 순수하게 자발적인 성매매로 볼 수가 없습니다.

세 번째로 지금 국회에서 또는 일부 국회의원들이 모델로 삼고 있는 스웨덴 모델은, 성구매자를 처벌하고 성매매 자체를 여성에 대한 폭력으로 인식한다는 기반 하에서 성구매자를 처벌하고 성판매자는 처벌하지 않는 입법 모델입니다.

논의가 다른 문제인데요, 형사정책적으로 굉장히 많은 제재들이, 특히 성범죄와 관련해서, 약물, 전자발찌, 신상공개, 직업제한 다 들어와 있습니다. 그러한 법제도들이 형사정책적인 처벌제도들이 바로 성범죄에 유효하게 대처할 수 있는지 하는 문제들을 심각하게 생각해 보아야 됩니다.

그러한 앞서나간 나라들의 제도들을 우리가 직수입해서 우리나라에 시행했을 때는 여러 가지 시행착오들을 미리 감안하고 고려해서 시행해야 합니다. 그래서 성범죄를 줄였다면 충분히 공감하고 지지하겠는데, 지금 상태로서는 그러한 가시적인 효과가 나타나고 있다고 보기는 어렵거든요.

성매매 법안도 마찬가지로 생각해요. 스웨덴 모델이 그 나라에서는 좋을 수 있지만 이 모델을 우리나라에서 그대로 가져와서 시행하기에는 너무나 많은 문화적, 법적, 역사적 차이가 있을 수도 있습니다.

발 표 자(경희대 진화심리학 전공환 교수) : 원민경 선생님께서 왜 우리사회에서만 더 성매매가 빈번한지에 대한 견해를 물으셨습니다. 개인적으로 성매매가 비교적 적은 유럽에 비해서, 남성과 여성 사이에 자원에 대한 접근성의 차이가 있지 않나 싶습니다. 남녀의 소득격차가 상대적으로 유럽은 작고 우리 사회에서는 여성들의 소득 등이 남성보다 떨어지니까, 상대적으로 더 많은 여성들이 마지

막 옵션으로 성매매를 하기도 한다는 매우 거친 추정을 해 봅니다.

성에 대한 개방성의 차이도 말씀 들어보니까 상당히 설득력이 있다고 생각합니다.

진화심리학자들이 모두 이렇게 이야기한다는 것은 절대 아니고, 한 명의 진화심리학자로서 개인적으로는 자발적인 성매매에 대해서는 비범죄화해야 되지 않겠나 생각합니다. 모든 논의는 다 자발적인 성매매에 한정된 것입니다. 강요되고 인권이 유린되는 성매매는 다른 유형으로 그런 것까지 합법화하는 주장은 아닌 것 같습니다.

토 론 자(헌법재판소 성왕) : 성을 매도하는 입장에서 본인의 의사형성의 자유가 박탈당했다고 볼 수 있을 만한 비자발적인 성매매의 경우에 처벌대상이 된다는 점에 대해서는 거의 의문의 여지가 없을 것 같습니다.

오늘 자발적인 성매매를 중심으로 논의해야 될 것 같은데, 본인의 의사형성의 자유가 박탈되지 않은 경우라 하더라도 자발성의 정도에는 상당히 넓은 스펙트럼이 있을 것 같습니다.

나는 내가 호감을 갖고 있지 않은 사람과의 성관계에 대해 아무 문제가 없다, 그런데 돈까지 받을 수 있으면 더 좋다고 생각하는 사람이 있는 반면에, 정말로 의사형성의 자유가 박탈되어 있는 정도는 아니라고 하더라도, 생계를 위해서 죽지 못해 한다는 경우까지 굉장히 광범위한 경우가 있을 수 있습니다. 이 모두를 단순히 자발적인 성매매 한 가지로 묶어서 이야기하는 것이 맞는지 하는 의문이 있습니다.

그리고 성매매를 처벌하는 것의 위헌성 여부를 판단할 때 보호법익이 무엇인가, 즉 성매매를 처벌함으로써 우리가 달성하고자 하는 것이 무엇인가 하는 문제가 굉장히 중요합니다. 비자발적인 성매매 같은 경우에는 당연히 성적자기결정권을 보호하기 위한 것이라고 할 수 있을 것입니다.

자발적인 성매매 같은 경우에 발제자께서는 건전한 성풍속의 얘기를 해주셨는데, 그것 외에 성이라는 것이 과연 매매의 대상이 될 수 있는 것인가라는 관점에서, 그러니까 인간의 존엄이라는 관점에서 한번 생각을 해 봐야 되는 문제가 아닌가 싶습니다.

예를 들어 피를 판다 내지는 내 몸의 세포를 떼어서 팔겠다, 정자를 팔겠다, 난자를 팔겠다, 아니면 신장같이 1개 없어도 되는 장기를 팔겠다하는 문제라든지 아니면 지금 매매가 금지되고 있는 여러 가지 물품들이 있습니다. 자발적 성매매

가 단순한 육체노동의 문제인지, 아니면 인간의 성을 상대방에 대해서 가지고 있는 호감도와 관계없이 사고 팔수 있는 대상으로 볼 것인지에 대한 사회적 합의가 인간의 존엄성의 관점에서 논란이 될 수 있습니다.

이 부분은 사회적 합의라든지 국민들이 가지고 있는 법의식이나 도덕적 감정과 분리될 수 없는 문제이기 때문에, 입법자의 형성의 자유하고도 상당히 관련이 되는 문제라는 생각이 듭니다.

2002년에 남아공 헌법재판소가 성매매를 형사처벌하는 것에 대해서 합헌결정을 하면서 6대5로 의견이 나뉘었는데, 재판관 전원이 입법형성의 문제라는 점에 대해서는 모두가 동의를 했습니다. 다만, 위헌의견을 내신 분들은 성매도자를 주범으로 보고 매수자를 공범으로 보는 구조는 성차별을 강화시킨다는 관점이었습니다. 세계적으로 보더라도 이것은 입법형성에 맡기는 영역의 문제라고 보고 있습니다.

사 회 자 : 발제문에도 나와 있듯이 성매매에 관해서는 금지주의, 규제주의, 관용주의 등 여러 국가들이 정책적 입장을 달리하고 있습니다. 그렇게 보면 국가별로 입법정책적인 선택의 문제일 수도 있겠다는 생각도 해보지만, 비교법적으로 그렇다는 것이지 해당국가에서는 합헌, 위헌의 판단은 분명히 있을 것 같다는 생각입니다.

지금 질문중에 성이 매매 또는 거래의 대상일 수 있겠느냐 이런 질문을 하셨는데, 사실 극단적으로 자본주의에서 모든 것은 직접적이든 간접적이든 거래의 대상이라는 생각을 해 보면 성도 결국 극단적으로는 거래의 대상일 수도 있습니다.

발 표 자(이경재) : 굉장히 본질적인 문제를 질문해 주셨기 때문에 거기에 대한 정확한 답변은 못 드리겠는데 어느 글에서 그런 얘기를 들어봤습니다. 성이 과연 매매의 대상이 될 수 있는 것과 관련해서 어떤 분이 쓰셨는데, 그러면 돈 안 받고 불특정 다수인하고 성관계하는 것은 범죄인가에 대한 질문 던지신 분이 있습니다. 그것은 범죄입니까 아닙니까?

사 회 자 : 현재로서는 아닙니다.

발 표 자(이경재) : 아니지요? 그러면 돈까지 줬는데 왜 처벌하지? 이렇게

그분이 돈까지 받았는데 왜 처벌하지라고 의문을 던지신 분이 있습니다.

굉장히 핵심적인 질문인데 사실은 자본주의사회에서는 모든 것이 다 매매의 대상입니다. 심지어는 생명까지도. 목숨이 지금 왔다갔다하는 사람이 병원에 입원했는데 병원에서 공짜로 고쳐주나요? 절대 고쳐주지 않습니다. 돈 줘야 고쳐줍니다. 이것이 우리 현실입니다.

현실적으로 보면, 가장 중요한 인간의 생명, 신체의 안전과 건강도 지금 사실 돈으로 매매하고 있습니다. 그런데 성이 아무리 고귀하고 중요하고 인간의 행복을 가져오고 인간의 자손을 번식시키는 것이라고 해도, 생명보다 더 중요하지는 않다는 논의도 있습니다. 제 생각에는 그것이 반드시 맞다고 생각하지는 않습니다. 다만 그러한 논의도 우리가 한번 생각해 보아야 하지 않을까 생각을 좀 해봤습니다.

지정토론자(원민경) : 저희는 지금 성숙한 사회로 가는 길목에 있습니다, 분명히. 한국사회가 일제강점기 이후 독재 30년을 거치고 난 다음에 한해한해가 다르게 민주화되고 다행히 경제적으로도 민주화된 사회를 뒷받침할 수 있도록 굉장히 성숙해가고 있는데, 지금 죽어가는 사람 길거리로 내보내는 사회가 아니라고 저는 생각합니다. 진주의료원문제가 있기는 하지만, 진주의료원이 폐업하는 대신에 거기에 계신 저소득의 죽음 직전의 노인환자들은 다른 병원에서 치료를 받으라고 하는 것이 경상남도의 의견입니다.

인간의 몸과 그런 것이 자본주의사회이기 때문에 모두 거래가 된다는 관념을 저희가 미래세대에게 심어줄 때, 그 이후에 우리나라는 어떤 나라가 될 것인가를 생각해 보아야 합니다. 여성의 몸은 얼마든지 사고 팔 수 있는 사회가 될 것이며, 성매매는 굉장히 즐거운 놀이 중에 하나가 됩니다. 그 놀이대상은 그야말로 저소득계층이고, 나중에 주변국의 빈곤국가의 여성들이 와서 우리 국가에서 성매매를 하게 될 것이고, 나중에는 주변국에서 한국에 나와서 성매매관광을 하게 될 것입니다. 저는 그런 미래를 다음 세대에게 알려주고 싶지 않습니다.

사실은 성구매자 비율이 생각보다 굉장히 높기 때문에, 굉장히 양성평등교육이 필요합니다. 그것은 사실 소통의 문제일 수도 있습니다. 남성들이 힘없는 다른 여성에게 돈을 주는 대신에 그 여성을 통해서 한국사회에서 발휘되지 못하는 어떤 힘의 욕구, 권력의 욕구를 충족하도록 사회가 유도했기 때문이 아닌가 의문입니다. 그런 가운데 다른 어느 나라보다도 우리 사회는 성산업이 엄청나게 발달했습니다.

작년에 강남의 12층짜리 모텔에서 성매매가 이루어졌고 그 업을 통해서 업주는 수백억 원의 이득을 취한 사실이 밝혀졌는데, 그렇다면 그 여성들이 벌어들인 수입을 통해서 여성들은 과연 정말 잘 살게 되었을까요? 그리고 비자발적이면서 어려운 상태의 취약계층의 여성들만 이 법에 의해서 처벌받게 되었을까요?

정말 성매매 집결지의 여성들만 취약계층일까요? 저희는 그렇게 보지 않습니다. 이 법이 만들어 질 때부터도 룸살롱에 있는 소위 유흥업소, 우리나라만 유일하게 있는, 홀로 흥을 돋우지 못하고 다른 사람의 도움을 받아서 흥을 돋구어줘야 되는 유흥접객원이 있는 우리나라에서 2차 성매매가 이루어졌습니다. 2차 성매매여성들은 대부분 비자발적인 성매매로 인정되지 않았기 때문에, 저희들이 그런 여성에 대한 법률지원을 할 때 입증할 수가 없기 때문에, 성매매피해자가 굳이 알선업주를 고소하지 않고 단순히 그 안에서 여성들로 하여금 계속 일을 하게 만드는 선불금 구조만을 파헤쳐서 여성들의 탈 성매매를 도왔습니다.

저는 국가마다 맥락에 따라서 현실에 따라 좀 다른 부분을 도외시킬 수는 없다고 생각합니다.

최후의 보루인 헌법재판소의 결정은 정말 여성들의 삶에 너무나 큰 영향을 미치고 우리 미래 세대들한테 어떤 가치관을 가지고 살아갈 것인지에 대하여, 정말 저희가 상상할 수 없을 정도로 큰 의미가 있습니다.

저는 굉장히 단순하지만 제 딸에게 그 길을 가라고 할 수 없는 길을 다른 집 딸에게 가라고 하고 싶지 않습니다. 그것은 제 양심에 반하기 때문입니다.

사 회 자 : 좀 전에 성왕 연구관계서 성매매와 인간의 존엄성 관련된 말씀을 주셨는데요. 독일연방헌법재판소에서 제가 현재 아는 바로는 성매매와 관련해서 직접적으로 언급한 바는 없는데, 60년대 70년대 무렵에 독일연방헌법재판소의 필요결정이라는 것이 있습니다. 필요는 남성구매자들이 작은 구멍을 통해서 여성이 전라로 쇼를 하는 것을 관람하는 업태입니다. 그 업태에 대해서 법과 행정당국에서 금지를 했고 이에 대해서 헌법소원이 제기된 사건입니다.

그런데 이 필요결정에서 독일연방헌재가 말하기를, 필요는 여성을 단순한 성적호기심과 성적욕구를 충족하기 위한 객체 또는 대상으로 전락시켰기 때문에 인간의 존엄성에 반한다고 보았습니다. 독일연방헌재가 성매매와 관련해서는 직접적으로 언급한 바가 없는데, 그렇게 해서 필요와 관련해서는 인간의 존엄성에 관련된 독일연방헌법재판소가 누차 강조했던 대상공식 또는 객체공식을 그대로 적용시킨 바가 있습니다.

사실 오늘 우리가 이 자리에 굉장히 귀한 발제자를 모셨는데요. 지금 인간의 본성과 관련된 진화심리학 또는 진화생물학 관련된 내용으로 아주 신선한 소재를 주셨습니다. 그런데 오늘 주제와 관련해서 생각을 해보면 동물의 경우에 짝짓기에 실패한 동물은 어떤 평생을 살아갑니까?

발 표 자(전중환) : 짝짓기에 실패했으니 그렇게 살다죽겠지요.

사 회 자 : 그런데 인간의 경우에는 지금 짝짓기에 성공한 기혼남성들이 이런 식의 성매매를 반복적으로 하고 있다는 것이 우리사회에 특히 문제입니다. 짝짓기에 성공하지 못하는 남성의 경우가 예를 들어서 성매수나 또는 성폭력으로 간다는 일각의 시각도 있습니다.

발 표 자(전중환) : 성매매보다는 성폭행 그러니까 강간에 대해서 주로 그런 가설이 있습니다. 배우자를 얻지 못한 남성들이 주로 성폭행을 한다는 그런 가설이었는데, 연구해 보니까 오히려 돈도 많이 벌고 고소득층의 남성들이 성폭행을 더 많이 한다고 나왔습니다. 남성들은 되도록이면 많은 새로운 상대와 일시적인 성관계를 추구하기 때문으로 볼 수가 있습니다.

이렇게 말씀드리면 우리가 무슨 본능에 따르는 짐승이나 오해를 하실 것 같습니다. 프로이드 같은 사람들이 이야기하는 이론은, 이런 욕망이나 충동은 그야말로 물이 끓어 오르다가 분출되듯이 어쩔 수가 없다, 충동에 의한 것이니까 나한테 책임을 묻지 말라 이런 것입니다. 이것은 사실은 과학적으로는 잘못된 겁니다. 그러니까 성적충동이라 하더라도 나름의 어떤 적응적인 논리가 있다는 것을 보여주는 것이고, 제가 그런 충동본능이 있기 때문에 남성들에게 책임을 물을 수 없다고 주장하는 것은 절대 아닙니다.

성 자체가 과연 매매의 대상이 될 수 있는가에 대하여 인간존엄성의 문제로 접근을 해야된다고 말씀을 해주셨는데, 개인적으로는 연구하는 주제 중 하나입니다. 제가 요즘 연구하는 주제 중 하나가 성적혐오입니다. 예를 들어 인간과 동물과의 성관계 이런 것을 왜 사람들이 혐오스러워하는가, 이런 주제를 연구합니다.

아까 잘 말씀해 주신 것처럼 돈 안 받고 그냥 기부하면 범죄가 아닌데 돈 받고 주면 범죄인 것이, 이 성이랑 장기입니다. 우리가 장기매매를 실제로 법적으로 규제하듯이 성을 파는 것도 규제를 하는 것입니다. 이것을 인간 존엄성의 문제로 이야기를 합니다. 인간존엄성, 도덕 그것도 고차원적인 도덕, 사회정의 이런 것을

해치는 것이기 때문에 장거나 성을 파는 것은 안 된다고 이야기를 합니다.

그런데 그렇게 따지면 예를 들어 지금 가게 신장개업할 때 뽀로로 탈 쓰고 춤추는 것 이런 것도 사실은 인간의 존엄성을 해치는 것일까요? 지금도 저소득층은 창피하고 위험한 일들을 합니다. 말씀하신 것처럼 자본주의사회니까. 어떻게 보면 상당히 인간 존엄성을 해친다고 볼 수 있는, 이런 동물들 탈을 뒤집어쓰고 길거리에서 춤을 춘다든지 무엇을 나누어준다든지. 그런데 그런 것을 우리가 인간의 존엄성을 해친다는 이유로 규제하지는 않습니다.

제 말은, 따라서 성이랑 장기를 파는 것도 허용해야 된다는 것이 아닙니다. 저도 사람이니까, 예를 들어 사람들이 일상적으로 ‘제 장기 팝니다’ 이러면, 상당히 저도 원초적인 혐오를 느낍니다.

진화심리학자들이 사실 강조하는 바는 이것입니다. 우리가 인간존엄성이나 도덕이나 정의에 어긋나기 때문에 그렇다고, 상당히 어떤 일반적인 도덕원칙에 의거를 해서 이성적으로 결론을 내린다고 이야기를 하지만, 사실은 성이나 장기를 파는 문제에 대해서는 우리가 그야말로 정서적인, 듣자마자 순식간에 싫다 좋다를 판가름하는 어떤 원초적인 혐오감정·도덕감정이 먼저 결론을 내립니다. 그 결론을 사후에 정당화하는 역할이 이성에 의한 추론의 역할이라고 이야기를 합니다.

예를 들어 옆집에 사는 친남매가 근친상간을 했는데 둘 다 이중으로 피임을 해서 매우 안전하다고 가정합니다. 이것은 범죄냐 아니냐, 범죄보다도 이것도 도덕적으로 정당한 일이나 아니냐 질문을 하면, 사람들은 왜 잘못되었는지 쉽게 설명할 수가 없습니다. 이중으로 피임 안전장치를 했으니까. 그럼에도 불구하고 사람들은 이것이 어쨌든 잘못된 일이라고 봅니다. 왜 틀렸는지는 내가 잘 생각해 보고 내일 설명해 줄게 이렇게 대답할 사람은 없을 겁니다.

사실은 더 어렵게 문제를 꼬는 발언이 될 것 같습니다. 성매매든 장기매매든 아니면 뽀로로 탈 뒤집어쓰고 신장개업하는 가게에서 춤을 추는 것이든, 논리적으로 인간존엄성을 해치느냐 아니냐 여부에 따라서 우리가 판단내리는 것은 아니라는 것입니다.

지정토론자(경희대 강태수 교수) : 핍쇼를 하든 난장이가 나이트클럽에서 나를 멀리 던질수록 상을 준다고 했는데 인간의 존엄에 반한다고 하여 규제를 하니까 그 사람들은 실업자가 되었습니다.

여기서 중요한 것은 인간의 존엄을 하나의 인간이라는 종 차원에서 볼 것이

냐, 아니면 인간의 존엄을 지금 현재의 구체적인 인간의 결정으로 볼 것이냐 하는 것입니다. 만약에 인간의 존엄을 하나의 종적인 차원, 인간종이라는 차원에서 본다면 국가는 이를 이용해서 모든 것을 마음대로 규제할 수 있을 것입니다.

지금 여기 성매매죄의 보호법익이 성매매 여성 자신이라는 것도 마찬가지입니다. 내가 내 성을 팔겠다고 결정을 했는데 ‘아니 너는 팔지 말아’ 하는 것이 인간의 존엄에 반하는 것이고, 내가 팔기로 결정했는데 ‘너는 존엄하게 살아’ 이렇게 명령하는 것이 존엄한 것이 아닐 수도 있습니다. 성 자체를 팔 것인지를 당사자가 결정을 할 수 있습니다.

장기 매매를 막는 것이 위헌이라는 논의도 상당히 있습니다. 왜? 생명에 지장이 없는데 내가 팔아서 내 가족의 생계를 짊어지겠다는 것이고, 현실적으로 수만명이 죽어가는 상황에서 한 사람은 돈 있고 한 사람은 장기 있으니까 공정하게 거래하면 될 것 아니냐 하는 이야기도 있습니다.

인간의 존엄은 지금 우리 헌법이 지향하는 가장 최고의 이념인데도 불구하고, 여기저기 쓰다가 보니까 상당히 이게 인플레이션이 되고 그러다 보니 거꾸로 상대화 됩니다.

사실은 헌법적으로 검증을 할 때는 인간의 존엄이라는 것은 헌법의 주요이념이고, 이것이 구체화되어서 개별기본권에 의해서 심사를 해야 합니다. 왜? 인간의 존엄은 가장 추상적인 이념입니다. 개별적이고 구체적인 문제를 해결하기에는 인간의 존엄의 외연의 폭이 너무 넓습니다.

토 론 자(국민대 전해정) : 장기를 팔지 않으면 안 되는 사람과의 거래가 공정하다고 보시는 것이 저는 좀 납득이 되지 않습니다. 그런 경우에는 국가가 왜 존립하는 것인지 저는 이해할 수 없습니다. 그것이 공정하려면 대등해야 되는데, 대등한 관계가 아니거든요.

사 회 자 : 자발적 성매매여성뿐만 아니라, 이미 짝짓기에 성공했고 일상적으로 성관계를 가질 수 있는 남성 이외에, 짝짓기에 실패를 했고 한 사회에서 매력이 없는 남성이 성매수를 통하지 않으면 자신의 성적본능을 해소할 수 없는 경우를 상정할 수 있습니다. 법이라는 것이 가지는 기본적인 속성이 일반성과 추상성입니다. 일반성은 모든 사람들에게 평등하게 적용될 수 있어야 됩니다.

이 성매매처벌법으로 인해, 혹시 한 사회에서 매력이 있거나 평균적인 남성의 경우에는 어떤 성관계를 가지는데 아무런 문제가 없지만, 노인, 장애인 또는

무자력자 등 소위 그 사회의 대부분의 여성들과 성적본능을 해결할 수 없는 경우 까지 다 처벌한다는 것이, 실질적 평등에 혹시 반하지는 않겠는지에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?

지정토론자(원민경) : 성적욕구만 충족되면 사람이 행복해지는가 하는 반문을 드리고 싶습니다. 성욕망이 충족되는 것보다, 그 사람의 매력여부를 떠나서 누군가와 진정한 성관계까지 맺을 수 있는 인간과의 소통 그런 능력을 키워야 된다고 생각합니다.

사 회 자 : 우리 헌법 10조에서 행복추구권을 보장하고 있습니다. 사실 무엇이 행복인가에 대해서는 함부로 예단할 수 없고 어떤 사람이 주관적으로 ‘나는 이것이 나의 지극한 행복이다.’라고 생각한다면 함부로 ‘그것은 행복한 것이 아니야.’라고 말할 수가 있을까요?

토 론 자(전해정) : 자본주의의 속성을 굉장히 환상적으로 보시는 것 같습니다. 성매매를 그렇게 자유롭게 하면 누구나 행복을 추구할 수 있는 것처럼 말씀하시는데, 아시다시피 돈 많은 사람이 더 많은 이익을 얻을 수 있는 것이 자본주의입니다. 그렇게 되면 더 몰리게 되어 있습니다. 성매매를 행복과 관련해서 이야기하고 그렇게 하게 되면 짝짓기에서 빠진 사람이 더 도움을 받을 것 같이 말씀하시는데, 그것 자체도 가설이고 현실적으로 그렇지 않습니다.

사 회 자 : 보수적 여성주의 또는 자유주의적 여성주의 또는 진보적 여성주의 해서, 여성계에서도 성 또는 성매매 관련된 사안에서 여러 시각들이 다양하게 존재하는 것으로 알고 있습니다.

법이 존재하고 특히나 법원 또는 헌법재판소가 존재하는 이유 중 하나는, 결국은 사회의 다수가 아니라 사회의 소수를 보호하기 위해서입니다. 성매매금지법상의 여러 조항들이 소위 합헌일 수 있습니다만, 이런 식의 사회적 소수자들에게 대해서 어떻게 우리가 다른 대안 또는 보완책을 마련할 수 있을까 하는 논의도 해 볼 수 있을 것 같습니다.

발 표 자(전중환) : 원민경 변호사님이 자발적 성매매를 비범죄화하면 안 좋은 일이 닥칠 것이라는, 예를 들어 성도덕이 무너진다는지 기타 여러 가지 인권

침해사태가 일어날 것이라고 하셨습니다. 말하자면 기울어진 경사 이런 문제입니다. 하나를 허용되면 다 와르르 경사 따라 내려가서 다 무너지게 된다는 것인데, 사실은 문제에 따라서 다른 것입니다. 그럴 수도 있고 안 그럴 수도 있습니다. 그러니까 그렇게 하나를 허용하면 나쁜 결과가 올 수도 있고, 아니면 하나를 허용했더니 별 탈없이 오히려 개선이 될 수도 있습니다.

무엇이든지 안 좋은 것을 허용하면 와르르 무너지는 것이라는 논의에 대해서는, 모든 것이 다 기울어진 경사 위에 있는 것은 아니라는 말씀을 드리고 싶습니다.

지정토론자(형사정책연구원 박혜진) : 처음에 성매매특별법 제정 당시에는 성매매와 성매매여성이 있는 집창촌을 모델로 해서 입법이 되었습니다. 현재 성매매는 사실상 1대1 성매매, 인터넷성매매 그 다음에 스마트폰 어플을 이용한 성매매부터 시작해서 너무나 다양화되어 있습니다.

만약에 자발적 성매매를 비범죄화한다고 할 때, 자발성을 강요나 폭행이나 아니면 유인이나 이런 것을 기준으로 하게 되면 여기에 집창촌 여성이든 아니면 개인적 성매매든 다 포함될 수 있다는 장점이 있을 수도 있습니다.

그런데 자발적이라는 것 자체가 개인 대 개인의 동의를 문제로 축소시키는 것이라서, 이렇게 보게 되면 결과적으로는 개인적인 1대1 성매매로 다시 또 축소될 수도 있습니다. 이렇게 본다면, 집창촌 여성이 하는 위험 주장은 사실상 허용될 수 없는 타당하지 않은 논의일 수도 있다는 생각이 듭니다.

그래서 이 자발성과 자발성을 판단하는 기준에 대해서 좀더 심도있게 이야기 가 되어야 한다고 생각합니다.

지정토론자(원민경) : 지금 말씀과는 달리, 이 법이 당시 집결지만을 겨냥해서 만든 법이 결코 아니었습니다. 당시에도 이미 집결지보다 훨씬 더 많은 규모의 유흥업소에서 성매매가 이루어지고 있었고 그에 대한 단속까지 포함하여 만들어진 법입니다. 따라서 이런 모든 점에 대하여 좀더 저희가 근거자료와 함께 논의해야 합니다.

이 법은 한국남성을 잠재적 범죄화하려고 하는 의도에서 만들어진 것이 아닙니다. 이 법은 현재보다도 미래를 지향해야 합니다. 앞으로 양성이 더 평등하면서 남성과 여성이 좀더 평화롭게 공존할 수 있는 사회를 위하여 현재 한국사회에서 모두가 문제로 보고 있는 성구매율을 낮출 수 있는 방안들에 대한 연구를 해주셨으면 하는 바람이 있습니다.

회 장(강일원 헌법재판관) : 제가 이 연구회에 몇 차례 나왔습니다만 회장 자격으로는 오늘이 첫모임인데 이렇게 핫한 이슈를 다루게 되어서 정말 재미있었고 상당히 유익한 시간이었습니다.

현재 이 사건이 계류 중에 있어서서 아주 추상적인 말씀밖에 못 드릴 것 같습니다. 오늘 이 자리에서도 같은 사안을 놓고, 말씀하시는 분마다 개별적인 경험과 식견에 따라서 어떻게 보면 서로 다른 개념의 말씀들이 다소 오가는 그런 장면을 목격했습니다. 헌법재판소에 와서 가장 느끼는 애로점 중에 하나가 그것입니다.

헌법재판소에 와서 보니 현실 Sein을 찾는 과정이 지금 없습니다. 그래서 우리가 Sollen을 얘기를 하는데 서로 다른 Sein을 놓고 Sollen을 얘기하다보면 지금 보듯이 어긋나는 경우가 보여서 이 부분에 대한 보완이 굉장히 필요하겠다고 생각합니다.

지금 말씀하신 것처럼 상당히 많은 그런 준비작업, 자료축적 이런 것이 굉장히 필요하다는 생각을 가지고 있습니다. 그런 점에서 오늘의 이 연구회는 굉장히 중요한 작업이었고 또 귀중한 기여가 될 것이라는 기대를 가지고 있습니다.

동성혼과 평등권 심사기준*

- 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 -

김 지 혜**

I. 서론

지난 2013년 6월 26일 미국 연방대법원은 결혼을 ‘남과 여의 결합’으로 정의한 연방법, ‘결혼보호법(Defence of Marriage Act: DOMA)’이 위헌이라고 선고하였다. 이 Windsor 판결(United States v. Windsor)¹⁾의 주요 골자는, 결혼보호법의 입법 목적이 주에서 인정한 동성혼 관계를 불인정함으로써 동성커플에 대한 불평등을 유지하기 위한 것이었으며, 이러한 악의적 입법조치는 헌법상 보호되는 평등권에 위배된다는 것이었다. 이 판결을 통하여, 그 동안 결혼보호법 때문에 주에서는 혼인을 인정받았으나 연방제도상에서 가족으로서 인정받지 못하던 13개주²⁾와 D.C.의 동성커플들과 그의 자녀들이, 이제 이성혼 가족과 동등하게 세금, 주택, 의료, 사회보장 등의 혜택과 의무를 적용받게 되었다.

이번 Windsor 사건에서는 결혼보호법의 위헌 여부가 당연히 주요 관심사이

* 발표원고의 일부를 사용하여 수정·보완한 논문이 헌법학연구 제19권 제3호(2013. 9.)에 "성적지향에 대한 평등권 심사기준과 배제금지원칙: 미국 소수자 평등보호 법리의 한국적 함의"라는 제목으로 게재되었음을 밝힘.

** 헌법연구원

1) *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013) (Docket No. 12-307).

2) 2013년 8월 18일 현재 동성혼이 허용되는 주는 캘리포니아, 코네티컷, 델라웨어, 아이오와, 메인, 메릴랜드, 매사추세츠, 미네소타, 뉴햄프셔, 뉴욕, 로드아일랜드, 버몬트, 워싱턴이다. 캘리포니아주의 경우, 캘리포니아주대법원이 2008년 5월 *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008)에서 동성혼을 허용하였다가 그 해 11월 ‘주민발의 8호(Proposition 8)’로 동성혼이 불가능하게 되기까지 약 18,000쌍의 유효한 동성혼 커플이 있었다. 연방하급법원은 주민발의 8호가 위헌이라고 선고하였고 이 판결에 불복하여 참가인이 항소를 제기하였는데, 연방대법원은 Windsor 판결과 같은 날 선고한 *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. ____ (2013)에서 참가인의 항소자격을 부인함으로써, 이후 다시 동성혼이 재개되었다.

었지만, 법리적으로는 연방대법원이 동성애자에 대한 차별, 즉 성적지향(sexual orientation)을 이유로 한 차별에 대하여 심사기준을 강화할 것인지 여부에 관심이 모아졌다. 역사적으로 미국 헌법상 평등권은 소수자 차별을 교정하는데 중요한 역할을 해 왔고, 법리적으로 심사기준을 높이는 방법으로 소수자 보호를 강화하였다. 편견과 낙인이 팽배해 있는 소수자 집단에 대한 차별적 입법에 대해서는 합헌성 추정을 배제하고 심사요건도 엄격하게 한 것이었다. 동성애자가 흑인, 여성, 외국인 등 강화된 심사기준을 적용받고 있는 집단과 유사한 특징을 공유하므로 심사기준을 강화해야 한다는 주장이 설득력 있게 제기되었고, 일부 주의 최고 법원들은 이 주장을 받아들여 심사단계를 중간심사 또는 엄격심사로 강화하였다.

그런데 연방대법원은 Windsor 판결에서 평등권 심사를 하면서 기존의 다층적 심사구조에서의 심사방식과는 다른 접근법을 택하였다. 동성애자 차별에 관한 일반적인 심사단계를 확정하는 판단은 보류하는 대신, 특정 집단에게 불이익을 주기 위하여 고의적으로 차별하는 것은 평등권에서 결코 용납될 수 없다는 소위 ‘배제금지원칙’을 적용하면서 이런 종류의 사안에서 ‘신중한 검토’³⁾를 해야 한다는 심사원칙을 제시하였다. 이러한 접근은 기존의 다층적 심사구조가 가지는 한계, 즉 심사기준을 상향하지 않는 이상 합리성심사만으로는 위헌선고가 어려웠던 문제점을 일부 해결하면서, 심사단계와 무관하게 소수자에 대한 고의적인 차별의 문제를 통제할 수 있는 원칙을 세운 것이라고 해석된다.

이와 같이 동성애자 차별에 관하여 심사단계를 높이거나 동성애자에 대한 배제적인 입법을 헌법적으로 통제한 미국 법원의 경험은, 우리 헌법재판소에도 시사하는 바가 있다. 2011년 군형법 제92조 위헌제청사건⁴⁾에서와 같이 우리 헌법재판소도 동성애자 차별에 관한 판단을 요청받고 있고 동성혼의 쟁점도 곧 부각될 가능성이 있다. 미국의 평등보호 법리에서는 동성애자 차별의 문제를 다수지배의 의회정치가 가지는 본질적 결함을 염두에 두고 바라보며, 특별히 다수에 의한 고의적인 배제로부터 보호한다는 원칙을 분명히 하였다. 우리 헌법재판소가 동성혼의 쟁점이나 동성애자 차별에 대하여 구체적인 판단을 내리기에 앞서, 이와 같이 소수자 차별이 가지는 독특한 속성을 이해하고 이에 따라 법리를 세밀화하는 것은 우리 헌법상 평등원칙에서도 실질적 평등을 구현하기 위하여 중요한 작업이 될 것이다.

3) 2013. 7. 3.일자 법률신문 “미 연방대법원 '결혼보호법' 위헌 판결과 평등권 심사기준”에서 ‘주의 깊은 사례’라고 번역하여 소개한 바 있으나, 이 글에서는 ‘신중한 검토’라고 번역하여 사용하기로 한다.

4) 헌재 2011. 3. 31. 자 2008헌가21 결정. 관련 논의는 본문 제III장 제1절 참조.

그러므로 이 글에서는 Windsor 판결을 비롯하여 동성혼과 관련된 주 법원의 판례들을 통하여 미국 법원이 동성애자에 대한 평등보호의 문제를 어떻게 풀었는지 살펴보고 우리 평등권 법리에서 얻을 수 있는 함의를 찾아보고자 한다. 먼저 제II장에서 Windsor 판결을 개관한 후, 제III장에서 성적지향에 대하여 평등권 심사기준을 강화한 주법원의 판례와 비교하여 Windsor 판결에서 채택된 배제금지 원칙을 살펴본다. 이를 바탕으로 제IV장에서 한국에서의 동성애자 차별과 관련하여 심사기준을 강화하는 방안과 배제금지원칙을 적용하는 방안을 고찰하고, 동성혼과 관련된 쟁점을 검토한다. 제V장에서 결론을 맺는다.

II. Windsor 판결의 요지

1. 사실관계

뉴욕 주민인 에디스 윈저(Edith Windsor; 여, 84세)는 2009년 2월 동성배우자 테아 스파이어(Thea Spyer)의 사망으로 전재산을 상속하자 연방정부로부터 \$363,053(약 4억 1천만원)의 세금을 부과 받았다. 두 사람은 1963년에 만나 1993년 뉴욕시에서 동반자로 등록했고, 2007년 캐나다 온타리오에서 결혼한 후 뉴욕주에서 이 결혼을 인정받았다.⁵⁾ 윈저는 연방정부에 유족배우자 세금면제를 주장했다만,⁶⁾ 정부는 결혼보호법 제3조에 근거하여 거부하였다.

결혼보호법 제3조는 “혼인”과 “배우자”의 정의를 이성혼에 한정한 것이었다. 이 법은 1993년 미국 하와이주대법원이 *Baehr v. Lewin* 사건⁷⁾에서 동성혼을 인정하지 않는 법규가 성에 의한 차별이므로 엄격심사를 해야 한다는 판결을 내리자, 주에서 동성혼이 곧 인정될지도 모른다는 위기감에 1996년 연방의회에서 제정되었다. 결혼보호법 제3조의 정의규정은 1,000개 이상의 연방법과 연방규칙에 적용되는 것으로서, 조문의 내용은 아래와 같다.

5) 뉴욕주에서는 뉴욕시가 1997년부터 동반자등록(domestic partnership)을 할 수 있도록 법을 마련하였고, 이후 법원의 판례로써 2008년부터는 다른 관할지역에서 성립된 동성혼을 뉴욕주 전체에서 인정하게 되었다.

6) 26 U.S.C. 2056(a) (유족배우자에게 상속되는 재산에 대해서는 세금 감면).

7) *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530 (1993).

결혼보호법 제3조 (“혼인”과 “배우자”의 정의) 연방법의 의미나 연방의 각 행정부서 및 기관의 결정, 규칙, 해석의 의미를 판단할 때, “혼인”이라는 단어는 한 남자와 한 여자 사이의 남편과 아내로서의 법적 결합만을 의미하며, “배우자”라는 단어는 남편 또는 아내인 이성인 자만을 지칭한다.⁸⁾

원저는 부과된 세금을 납부한 후 국세청(Internal Revenue Service)을 상대로 환급을 요청했다. 그러나 국세청은 위 결혼보호법 조항을 근거로 원저가 “유족배우자”가 아니라고 판단하였고, 이에 원저는 위 조항이 수정헌법 제5조에서 보장하는 평등권에 위배된다며 2010년 11월 연방하급법원에 환급소송을 제기한다.

2. 사건의 경과

2011년 2월 사건의 피고 법무부장은 결혼보호법의 위헌성을 인정하는 취지의 성명서를 발표한다. 법무부가 소송 당사자로서 연방정부를 대변하고 법률을 계속 집행하겠지만, 결혼보호법이 합헌이라고 주장하지는 않겠다는 것이었다.⁹⁾ 주요 이유는 성적지향 관한 평등보호 심사에서 합리성심사가 아닌 강화된 심사기준(중간심사기준)을 적용하는 것이 적절하며, 이 기준에 의하면 결혼보호법은 위헌이라고 판단한다는 것이었다.¹⁰⁾

2012년 6월 6일 연방하급법원은 결혼보호법 제3조가 평등보호를 위반하여 위헌이라고 선고한다. 그 이유로, 최근 판례에서 분화되는 경향이 있는 합리성심사기준에 따라, ‘정치적 비인기 집단을 해하려는 의도로 만들어진 법’에 대하여 조금 더 강도 높은 심사를 적용하는 것만으로도 위헌성이 발견된다고 하였다.¹¹⁾

8) 원문은 다음과 같다: 1 USC 7 Definition of “marriage” and “spouse” (Section 3 of DOMA). In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word “marriage” means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word “spouse” refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.

9) 이런 이유로 Bipartisan Legal Advisory Group of the House of Representatives (BLAG)가 소송참가인 자격으로 합헌성에 대한 주장을 제기하였다. Windsor 판결에서는 이와 같이 ‘원고의 주장에 동의하는’ 피고 연방정부와 참가인인 BLAG가 각각 소송자격이 있는지가 하나의 쟁점이 되었다. 연방대법원은 연방정부가 세금환급을 해주지 않았으므로 상고하기에 충분한 이해관계가 있으며 BLAG가 합헌성 논지를 충분히 제공했으므로 본안을 판단하기에 충분한 적법요건이 갖추어져있다고 보았다. 하지만 BLAG가 독자적 상고능력을 가지는지에 대해서는 판단을 보류하였다.

10) Department of Justice, Statement of the Attorney General on Litigation Involving the Defense of Marriage Act, February 23, 2011. <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/February/11-ag-222.html>

2012년 10월 18일 제2연방항소법원은 결혼보호법 제3조가 헌법상 평등보호에 위배된다는 데 동의하였다. 하지만 하급법원과 달리 성적지향을 이유로 한 차별에 대하여 중간심사기준을 채택해야 한다고 판단하고, 이 심사기준을 적용할 때 결혼보호법 제3조는 입법목적의 정당성을 결여한 위헌적인 입법이라고 선고하였다.¹²⁾

3. 연방대법원 판결요지

2013년 6월 26일 연방대법원은 5대 4로¹³⁾ 결혼보호법이 수정헌법 제5조¹⁴⁾에서 보장하는 평등보호를 위반하여 위헌이라고 판결한다. 법정의견은 케네디 대법관이 작성하였으며, 로버트, 스칼리아, 알리토 대법관이 각각 별도의 반대의견을 작성하였다. 법정의견의 요지는 아래와 같다.¹⁵⁾

(1) 결혼제도를 형성할 권한은 각 주에 있으며 그 결혼제도가 헌법에 위배되지 않는 한 연방에서는 그대로 존중하고 수용하여 왔다. 결혼보호법은 주의 영역에 연방정부가 개입한 것으로서, 주에서 이성혼과 동등하게 인정하고 있는 동성혼을 연방차원에서 거부한 것이다. 결혼보호법을 통해 연방정부는 동성혼에 존엄성을 부여하고자 하는 주의 노력에 정면으로 반하여 제한과 장애를 만들었다.

(2) 헌법상 평등보호의 의미는 최소한, ‘순전히 정치적 비인기집단을 해하려는 입법의도(a bare congressional desire to harm a politically unpopular group)’가 그

11) *Windsor v. United States*, 833 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y. 2012).

12) *United States v. Windsor*, 699 F.3d 169 (2d Cir. 2012).

13) 위헌(5인): 케네디, 긴즈버그, 브라이어, 소토마이어, 케이건 대법관, 합헌(4인): 로버츠 대법원장, 스칼리아, 토마스, 알리토 대법관.

14) 미국 헌법에서 평등보호는 수정헌법 제5조와 제14조에서 도출되는데, 수정헌법 제5조는 연방정부에 대하여 적용되고 수정헌법 제14조는 주정부에 대하여 적용된다. 두 조항에 따른 평등보호 범리는 동일하다. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* 669 (3rd ed. 2006); *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 93 (1976). Windsor 사건은 연방법의 위헌성에 관한 사안으로서 수정헌법 제5조의 적용을 받았다.

15) 이 사건에서는 평등보호와 관련된 쟁점 이외에도 소송절차와 관련하여 연방정부와 BLAG의 상고자격이 주요 쟁점이었다. 법정의견의 Part II는 연방정부나 BLAG가 상고자격이 있는지에 대한 판단이었는데, 이 글에서는 평등권 위반에 대한 Part III과 IV의 판결요지만을 소개하기로 한다. 참고로, 법정의견에서는 모두 상고자격이 있다고 보아 본안 판단으로 들어갔다. 하지만 반대의견에서 로버츠 대법원장, 스칼리아 대법관, 토마스 대법관은 모두 상고자격이 인정되지 않아 부적법하다고 보았고, 알리토 대법관은 연방정부는 상고자격이 없지만 BLAG에 대해서는 상고자격이 인정된다고 보았다.

집단에 대한 차별을 정당화하는 이유가 될 수 없다는 것이어야 한다. 부적절한 적의(animus)나 목적이 입법동기가 되었는지 판단할 때, ‘유별난 특징의 차별(discrimination of an unusual character)’에 특별히 “신중한 검토(careful consideration)”가 필요하다.

(3) 결혼보호법의 주요 목적은 불평등을 만드는 것이다. 동성혼 커플을 인정하지 않고, 불이익을 주고, “이등결혼”으로 지위를 분리하고, 그리하여 낙인을 부여하는 목적과 효과가 있다. 이로써 미국 연방법 전체에 불평등을 새겨 넣었다. 결과적으로 주에서 존엄성과 적절성을 인정한 기초적 인간관계의 안정성과 예측가능성을 떨어뜨리고, 동성혼 가족에서 자라는 수많은 자녀들에게 모욕감을 주며, 세금 이외에도 의료, 형법, 사회보장 등의 제도적 혜택과 의무에서 동성혼 커플과 그의 자녀들을 배제시킨다.

(4) 그러므로 결혼보호법은 동성커플의 인간성과 존엄성을 보호하기 위하여 주에서 승인한 동성혼에 대한 보호를 제거하고 동성혼 관계에 있는 사람들을 다른 사람들보다 덜 존중하는 것으로서, 수정헌법 제5조를 위반하였다.

위 법정의견에 대하여 세 개의 반대의견이 있었으며, 평등보호심사와 관련한 의견을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 스칼리아 대법관은, 법정의견이 합리성심사기준을 적용하면서도 입법재량을 존중하는 것에서 벗어나 높은 심사강도를 적용한 것을 문제 삼았다. 전통적인 합리성심사기준을 적용하였다면 연방제도운영의 통일성과 안정성 등 이 기준을 충족할 만한 정당한 다른 입법목적이 있다고 보았다.¹⁶⁾ 로버트 대법원장도 스칼리아 대법관이 예시한 입법목적 등으로써 결혼보호법이 정당화될 수 있다고 보았다. 한편, 알리토 대법관은 동성혼의 쟁점이 공공정책적인 것이지 헌법적으로 보호되는 권리의 문제가 아니라며 가족제도를 어떻게 형성할 것인지 혼인에 대한 서로 다른 관점들 사이에서 그 선택은 입법자에 맡겨져야 한다고 보았다.¹⁷⁾

16) 스칼리아 대법관의 반대의견에 토마스 대법관이 동의하였고, 소송이 부적법하다는 Part I의견에 로버츠 대법관이 동의하였다.

17) 위 내용을 실시한 알리토 대법관의 반대의견 Part II와 III 부분에 토마스 대법관이 동의하였다. 알리토 대법관은 결혼제도를 보는 두 가지 관점으로 첫째 전통적인 관점으로 혼인이 내생적으로 이성간의 제도라고 보는 관점과, 둘째 동의에 기반한 관점으로 결혼이란 두 사람 간의 상호헌신을 확인하는 것으로 보는 관점이 있는데, 이 가운데 어느 관점을 선택할지는 입법자가 결정해야 한다고 보았다.

III. 미국의 동성혼 사건과 평등권 심사기준 논쟁

1. 소수자와 평등권 심사기준

미국 평등보호 법리에서 심사기준의 선택은 위헌심판의 결과를 좌우한다고 할 정도로 중요한 문제이다.¹⁸⁾ 심사기준은 일반적으로 합리성심사, 중간심사, 엄격심사의 세 단계로 구분되는 다층적 구조를 가지고 있다. 합리성심사의 경우 법원이 광범위한 입법권한을 존중하여 대부분의 경우 합헌을 선고하게 되지만, 중간심사와 엄격심사의 경우에는 법원이 법률의 위헌성을 추정하고 피청구인이 합헌성을 입증하게 하므로 위헌판단이 이루어지기 쉽다. 법률이 위헌선고를 피하려면, 합리성심사에서는 ‘정당한 정부목적에 합리적인 연관성(rationally related to a legitimate government purpose)’이 있는 것으로 충분하지만, 중간심사에서는 ‘중요한 정부목적에 상당한 연관성(substantially related to an important government purpose)’이 있어야 하고, 엄격심사에서는 ‘중대한 정부목적 달성을 위해 필수불가결(necessary to achieve a compelling government)’하여야 한다.¹⁹⁾

심사기준을 결정할 때, 차별을 통해 불이익을 받는 집단이 어떤 특징으로 구분되는 소수자 집단이라는 사실은 높은 심사기준을 채택하는 중요한 판단근거가 된다. 그 이론적 기초는 심사기준에 관한 청사진을 제공하였던 1938년 연방대법원 판례 *United States v. Carolene Products* 판결의 각주 420에서 기원한다.²¹⁾ 이 각주에서 연방대법원은 사건의 유형에 따라서는 합헌성 가정을 배제하고 더욱 강화된 사법심사기준을 적용할 정당한 이유가 있을 것이라고 적는다. 그러한 유형으로 세 가지를 제시하는데, 첫 번째는 헌법상 기본권을 제한할 때이고, 두 번째는 투표나 집회 등 정치적 과정을 제한할 때이며, 세 번째가 “구별되고 고립된 소수자에 대한 편견(prejudice against discrete and insular minorities)”때문에 정치적 과정을 통한 소수자 보호가 제대로 작동하지 않을 때이다.²²⁾

소수자 차별에 대하여 더욱 엄격한 사법심사가 가능한 이유는, 편견이 존재하는 소수자에 관한 문제에 있어서는 다수에 의해 지배되는 입법기관이 내린 판

18) Chemerinsky, *supra* at 539.

19) *Id.* at 540-541.

20) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n.4 (1938).

21) Chemerinsky, *supra* at 539-540.

22) *Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n. 4(1938).

단의 정당성이 의심되기 때문이다. 일반적인 상황이라면 서로 다른 이해관계를 가진 집단들이 정치적 과정을 통하여 의회를 통해 문제를 해결하므로 사법기관이 입법권한을 폭넓게 존중하는 것이 민주적으로 타당하다. 하지만 낙인이 있고 억압된 소수자의 경우 정치적 과정 속에서 온전하게 이해관계를 반영하지 못하고 지속적으로 불평등의 피해를 입기 쉽다. 그러므로 다수지배 민주주의의 결함을 극복하고 ‘다원적 민주주의’를 실현하기 위해 법원이 적극 개입해야 할 정당성이 있다는 것이다.²³⁾

연방대법원은 지금까지 인종, 출신국가, 외국인,²⁴⁾ 성별, 혼외출생 등을 이유로 한 차별에 대하여 중간단계 이상의 심사기준을 적용해야 한다고 인정하였다. 연방대법원이 어떤 집단에 대하여 심사기준을 높일지 여부를 결정할 때 고려한 요소들을 정리하면 네 가지로 요약되는데, (1) 해당 집단이 역사적으로 차별을 받아왔는지, (2) 차별의 기준이 되는 특징이 수행능력이나 사회적 기여능력과 관련 있는지, (3) 그 특징이 불변적(immutable)이거나 개인이 통제할 수 없는 것인지, (4) 그 집단이 정치적으로 무력한 집단인지 등이다.²⁵⁾ 연방대법원이 위 네 가지 요소가 반드시 충족해야 할 요건이라고 제시한 바는 없으나, 여러 법원들이 심사기준에 대한 판단에 위 요소들을 고려하였다. 선례에 비추어 볼 때 동성애자에 대하여도 심사기준을 강화하는 것이 타당하다는 주장이 설득력 있게 제기되었으며,²⁶⁾ 평등보호의 사안에서 주요한 쟁점으로 등장했다.

23) 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가: 미연방대법원판례 및 관련이론을 바탕으로”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호(미국헌법학회 2006), 97쪽 이하, 114-116쪽 참조.

24) 외국인에 대하여 일반적으로 엄격심사를 적용하지만, 미등록외국인에 대해서는 중간심사를 적용한다. 그 외에 자치나 민주절차에 관한 법규와 연방의회의 입법에 대해서는 합리성심사를 적용한다. Chemerinsky, *supra* at 768.

25) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432, 440-441 (1985); *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135 (2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa, 2009) 참조.

26) Renee Culverhouse & Christine Lewis, *Homosexuality as a Suspect Class*, 34 S. Tex. L. Rev. 205 (1993); John F. Niblock, *Anti-Gay Initiatives: A Call for Heightened Judicial Scrutiny*, 41 UCLA L. Rev. 153 (1993); Cass R. Sunstein, *Homosexuality and the Constitution*, 70 Ind. L. J. 1 (1994); Jeremy B. Smith, *The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation*, 73 Fordham L. Rev. 2769 (2005) 참고.

2. 성적지향에 대한 평등권 심사기준 강화

연방대법원은 1996년 *Romer v. Evans* 사건²⁷⁾에서 이미 동성애자에 대한 평등권 위반으로 해당 규정에 대하여 위헌을 선고한 바 있으나, 성적지향에 관하여 심사기준을 강화할지 여부에 대한 판단은 하지 않았다. 심사기준을 강화하지 않고도 위헌성이 발견되었기 때문에 심사기준에 대한 별도의 판단이 필요 없었다. 주 단위에서도, 매사추세츠대법원이 2003년 *Goodridge v. Department of Pub. Health* 사건²⁸⁾에서 동성혼을 불허하는 것이 평등권 위반이라고 판단하였지만, 합리성심사만으로도 충분히 위헌성이 발견된다는 이유로 심사기준에 관한 별도의 판단을 하지 않았다.

반면 뒤이어 동성혼 사안을 심사하였던 워싱턴주대법원의 *Andersen v. King County* 사건(2006)²⁹⁾과 메릴랜드주대법원의 *Conaway v. Deane* 사건(2007)³⁰⁾에서는 앞 절에서 언급한 네 가지 요소에 비추어 심사기준을 높여 적용할 수 없다고 판단하였다. 동성애자가 사회적 능력과 무관한 특성인 성적지향을 이유로 역사적으로 부당한 차별을 받아왔다는 점에 대하여는 모두 동의하지만, 성적지향이 ‘불변’한다고 볼 수 없으며 동성애자 보호입법 등 각종 조치들이 마련되고 있음을 볼 때 ‘정치적으로 무력’하다고 할 수 없다는 이유였다.³¹⁾ 그러므로 합리성심사기준에 따라 자녀출산과 양육의 증진 등에 관한 입법자의 판단을 존중하여 동성혼을 허용하지 않는 것에 위헌성이 없다고 판단한다.³²⁾

이러한 가운데 다시 동성혼의 문제를 다루었던 최근 사건들인 캘리포니아주 대법원의 *In re Marriage Cases* 사건(2008),³³⁾ 코네티컷주대법원의 *Kerrigan v. Commissioner of Public Health* 사건(2008),³⁴⁾ 아이오와주대법원의 *Varnum v. Brien*

27) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). 자세한 내용은 본문 제III장 제3절 2) 참조.

28) *Goodridge v. Department of Pub. Health*, 440 Mass. 309 (2003).

29) *Andersen v. King County*, 138 P.3d 963 (Wash. 2006)

30) *Conaway v. Deane*, 932 A.2d 571 (Md. 2007).

31) *Andersen*, 138 P.3d at 974; *Conaway*, 932 A.2d at 611, 614.

32) 워싱턴주와 메릴랜드주는 위 판결 후 입법을 통하여 동성혼을 인정한다(워싱턴주는 2012. 11. 6. 제정, 2012. 12. 6. 시행, 메릴랜드주는 2012. 11. 6. 제정, 2013. 1. 1. 시행). 한편 뉴욕주의 경우, *Hernandez v. Robles*, 7 N.Y.3d 338 (2006)에서 위 네 가지 요소에 대한 검토 없이 결혼과 가족관계에 관한 입법에 대해서는 합리성심사기준을 적용한다고 하고 동성혼을 인정하지 않는 가족법에 대하여 합헌을 선고하였다. 뉴욕주는 이후 2011. 6. 24. 결혼평등법을 제정하여 2011. 7. 24.부터 동성혼을 인정하기 시작한다.

33) *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

34) *Kerrigan*, 289 Conn. 135.

사건(2009)³⁵⁾에서는 ‘불변성’과 ‘정치적 무력’ 요소의 문제를 극복하고 심사기준을 강화해야 한다는 결론을 내린다.³⁶⁾ 네 가지 요소에 대한 판단 근거를 자세히 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 동성애자 집단은 역사적으로 성적지향을 이유로 고의적인 악성의 차별을 당해왔으며, 그로 인해 처벌받기도 하고 삶의 모든 영역에서 낙인을 경험하였다.³⁷⁾ 미국심리치료학회가 지적하듯, 동성애자는 낙인이 가장 심한 집단에 속하며, 증오범죄의 대상이 되고, 동성애자 청소년은 학교에서 괴롭힘과 모욕을 당한다.³⁸⁾ 직장에서도 동성애자로 밝혀지는 것을 두려워한다.³⁹⁾ “이러한 차별의 역사를 볼 때, 게이나 레즈비언이라는 집단에게 부담을 지우는 입법이 정당한 목적을 추구하는 입법적 합리성을 반영하기 보다는 깊숙하게 내재된 편견을 반영할 가능성이 다른 집단에 비하여 높다.”⁴⁰⁾

둘째, 성적지향이 개인의 수행능력이나 사회적 기여능력과 무관함에도 불구하고 고정관념과 편견, 혐오로 인하여 차별을 받는다.⁴¹⁾ “어떤 개인의 동성애적 특징은 판단력, 안정성, 신뢰성이나 일반적인 사회적, 직업적 능력에 장애가 되지 않으므로, 이를 근거로 한 법이 어떤 정당한 국가이익을 달성하는 것과 관련 있을 상황이 극히 드물고, 따라서 이것이 편견과 혐오를 반영한다고 볼 수 있다.”⁴²⁾ 또한 주 정책차원에서 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하는 것도 성적지향과 사회적 능력에 관련성이 없음을 주정부가 스스로 인정하는 증거로 볼 수 있다.⁴³⁾

셋째, “성적지향이 바뀌기 매우 어렵다는 것을 의심하지 않지만”⁴⁴⁾ 설령 성적지향을 바꿀 수 있다고 하더라도 불변성의 요건이 충족된다. “성적지향이 자기 정체성의 중요한 일부”⁴⁵⁾이며 “기본권인 자기결정권에 핵심적인 역할”⁴⁶⁾을 한다

35) *Varnum*, 763 N.W.2d 862.

36) 연방헌법상 기본권 보호범위는 최저선일뿐 각 주는 주헌법에 따라 더 넓은 범위의 보호를 제공할 수 있다.

37) *Kerrigan*, 289 Conn. at 176; *Conaway*, 932 A.2d at 609; *Andersen*, 138 P.3d at 974; *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 841; *Varnum*, 763 N.W.2d at 889-890.

38) *Kerrigan*, 289 Conn. at 176-177; *Varnum*, 763 N.W.2d at 889-890.

39) *Kerrigan*, 289 Conn. at 177; *Varnum*, 763 N.W.2d at 889.

40) *Varnum*, 763 N.W.2d at 890.

41) *Conaway*, 932 A.2d at 609; *Andersen*, 138 P.3d at 974; *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 841; *Kerrigan*, 289 Conn. at 181-182; *Varnum*, 763 N.W.2d at 891-892.

42) *Kerrigan*, 289 Conn. at 181.

43) *Id.* at 181-182; *Varnum*, 763 N.W.2d at 891-892.

44) *Kerrigan*, 289 Conn. at 184-185.

는 것을 고려할 때, 어떤 특질이 “그 사람의 정체성에 매우 중요하여 이를 바꾸지 않는다는 이유로 정부가 불이익을 주는 것이 용납될 수 없는 경우” 그 특질에 대하여 불변성의 요건이 만족된다.⁴⁷⁾ “성적지향은 사랑과 친밀감의 기본적 욕구를 충족하기 위하여 모든 사람들과 개인적 관계를 형성하는 데 영향을 미치기 때문에, [바꾸는 것이 가능하다고 해도] 자신에 대한 감각에 심각한 해를 끼쳐야만 가능한 것이므로” 높은 심사기준을 적용받는 다른 집단과 마찬가지로 불가변의 성질을 가진다.⁴⁸⁾

마지막으로, ‘현재’의 정치적 무력 상태는 필수요건이 아니며, 만일 그렇다면 법원이 인종, 성별 등에 대하여 계속 엄격심사를 하는 것을 설명할 수 없다.⁴⁹⁾ 동성애자에 대한 차별이 사회적으로 팽배하고 뿌리 깊으며 일부 종교의 도덕적 비난과 동성애혐오증, 혐오폭력 등이 존재하는 사실을 볼 때, 전통적인 정치적 방법을 통하여 편견과 차별을 종식시킬만한 정치적 힘이 동성애자들에게 없다.⁵⁰⁾ 최근 동성애자의 권리를 보호하는 입법이 있다고 하여도 이것이 정치적 힘을 갖추었다는 증거가 아니라 오히려 “그 집단에 대해 더 높은 수준의 헌법적 보호가 필요”함을 뒷받침하는 사실이라고 본다.⁵¹⁾

위 판단에 따라 캘리포니아주의 경우 엄격심사를,⁵²⁾ 코네티컷주와 아이오와주는 중간심사를 채택하였다. 그리고 강화된 심사기준에서 볼 때 혼인제도에서 동성커플을 제외하는 차별이 정당화되지 못한다고 하여 평등보호 위반을 선고한다. 종전에 합리성심사를 적용하였던 판례들과 비교해보면, 메사추세츠주와 같이 합리성심사만으로도 위헌을 선고한 사례가 있기는 했지만, 심사기준의 선택이 결과를 좌우하는 양상이 드러났다.⁵³⁾ 이런 맥락에서 Windsor 사건에서 연방대법원

45) *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 842.

46) *Kerrigan*, 289 Conn. at 186.

47) *Id.* at 185-187; *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 841-842 (종교가 불변적이지 않음에도 불구하고 캘리포니아주에서 엄격심사를 하는 것처럼, 차별을 피하기 위해 개인의 정체성의 일면인 성적지향을 바꾸라고 요구하는 것은 적절하지 않음).

48) *Varnum*, 763 N.W.2d at 893.

49) *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 842-843; *Varnum*, 763 N.W.2d at 894.

50) *Kerrigan*, 289 Conn. at 188-213; *Varnum*, 763 N.W.2d at 895.

51) *Kerrigan*, 289 Conn. at 207.

52) 캘리포니아의 경우 합리성심사와 엄격심사의 이단계 구조를 가지고 있다. *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 843-844.

53) Randall P. Ewing Jr., *Same-Sex Marriage: A Threat to Tiered Equal Protection Doctrine?*, 82 St. John's L. Rev. 1409, 1427-1432 (2008) 참조.

이 심사기준에 대하여 어떻게 판단할 것인지 관심이 모아졌다.

3. 배제금지원칙

가. Windsor 판결의 배제금지원칙과 신중한 검토

Windsor 사건에서도 역시 심사기준이 중요한 쟁점이 되었다. 피고 법무부 장관은 중간심사가 적합하다고 소견을 밝힌 바 있고, 하급심은 조금 강도 높은 합리성심사기준을 적용하여 위헌을 선고하였고, 항소법원은 중간심사기준을 적용하여 위헌을 선고하였다. 하지만 연방대법원은 Windsor 판결에서 성적지향에 대한 심사기준을 상향해야 할지 여부에 대하여 여전히 판단을 내리지 않았다. 대신 심사기준과 관련하여 다음과 같이 판시한다.

헌법상 평등보호의 의미는 최소한, ‘순전히 정치적 비인기집단을 해하려는 입법의도(a bare congressional desire to harm a politically unpopular group)’가 그 집단에 대한 차별을 정당화하는 이유가 될 수 없다는 것이어야 한다. 부적절한 적의(animus)나 목적이 입법동기가 되었는지 판단할 때, ‘유별난 특징의 차별(discrimination of an unusual character)’에 특별히 ‘신중한 검토(careful consideration)’가 필요하다.

위 판시에서 첫 문장에서 제시한 원칙은, ‘어떠한 경우든 국가가 어떤 집단 전체를 열등한 지위로 만들기 위한 의도로 배제할 수 없다’는 것으로서, 이 원칙을 가리켜 Farber & Sherry는 “추방자 원칙(Pariah Principle)”이라고 명명하였다.⁵⁴⁾ 이를 달리 표현하면 “배제금지원칙”이라고 할 수 있다. 이 배제금지원칙은 평등보호에서 요구되는 ‘최소한의 요건’으로서, 차별 그 자체를 목적으로 하는 특별한 종류의 국가작용은 그 자체로 평등조항에 위배된다. 그러므로 어떤 법의 목적이 한 집단을 겨냥하여 불이익을 초래하려는 것일 때, 이를 통하여 그 집단을 제외한 다른 집단을 보호한다거나 자유를 증진한다고 하는 목적은 평등보호조항에 비추어 결코 정당한 입법목적이 될 수 없다.⁵⁵⁾

이 원칙은 1973년 연방대법원의 U.S. Department of Agriculture v. Moreno 사건⁵⁶⁾에서 처음 등장하였다. 이 사건은 빈곤층에 대한 공공부조프로그램인 푸드스

54) Daniel Farber & Suzanna Sherry, *The Pariah Principle*, 13 Const. Comment 257 (1996).

55) *Romer*, 517 U.S. at 635.

햄프법(Food Stamp Act)에서 친족관계가 없는 동거인이 있는 세대를 수급대상자에서 제외한 것이 문제가 되었다. 사회복지급여에서의 차별 사안은 합리성심사에 따라 대개 입법재량을 존중하여 합헌성을 인정하는 것이 선례였지만, 이 사건에서 연방대법원은 여전히 합리성심사기준을 채택하면서도 위헌을 선고하는 이례적인 판단을 하였다. 이 사건의 조항은 히피족에 대한 불이익을 의도한 입법이었고, 이와 같이 “히피를 차별하려는 입법목적은 (어떤 독립적인) 공공의 이익을 고려했다는 증거 없이 그 자체로서는 정당화될 수 없다”라고 보았다.

한편 위 판시에서 두 번째 문장은, 차별이 유별난 특징을 가질 때 입법재량에 대한 존중을 어느 정도 보류하고 위헌성을 살펴보아야 한다는 ‘신중한 검토’의 심사원칙을 제시한다. 이것은 유사하게 동성애자 차별입법의 문제를 다루었던 연방대법원의 *Romer* 사건에서 실시한 내용을 인용하며 원칙으로 정립한 것이었다. *Romer* 사건에서는 “유별난 특징의 차별은 특별히 신중한 검토를 통하여 그 차별이 헌법조항에 비추어 불쾌한(obnoxious) 것인지 결정할 것을 요청한다.”⁵⁷⁾라고 한 바 있었다.

Windsor 판결에서는 결혼보호법이 유별난 특징의 차별이라고 보아 입법권한의 적법한 사용을 의심하고 ‘특별히 신중한 검토’를 하였다. 결혼보호법은 “전통적인 이성애자중심의 혼인제도를 보호”하려는 목적으로 제정되었고, 이것은 ‘한 집단을 보호하거나 자유를 증진하기 위하여 다른 집단을 겨냥하여 불이익을 초래’하는 ‘유별난 특징’의 차별로서, 동성혼커플과 그 자녀들을 제도에서 배제함으로써 불이익을 주고, “이동결혼”으로 지위를 분리하고, 낙인을 부여하는 목적과 효과가 있었다. 이와 같은 차별은 신중한 검토 기준에서 볼 때 평등원칙에 위배되는 것이었다.

나. 배제의 양상

전통적인 다층적 심사구조에서는 해당 집단에 대하여 일반적이고 일의적으로 심사단계를 높이지 않는 이상, 해당 사안에 관하여 다수가 동의한 입법목적을 존중하여야 한다. 그러나 배제금지원칙에 따르면, 다수의 합의가 있더라도 특정 집단을 고의적으로 배제하는 사안에 대해서는 법원의 통제가 정당화된다. 그렇다면 고의적 배제를 어떻게 발견하는지가 문제되는데, 연방대법원은 지금까지 위

56) *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534-535 (1973).

57) *Romer*, 517 U.S. at 633.

Moreno 사건(1973)과 Windsor 사건(2013) 외에, *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* 사건(1985)⁵⁸⁾과 *Romer* 사건(1996)에서 배제금지원칙을 사용하여 위헌선고를 한 바 있다. 이 선례들을 살펴보면 다음과 같은 세 가지 특징적인 배제의 양상을 발견할 수 있다.

첫째, 집단적 편견과 혐오감을 이유로 차별을 정당화하는 경우이다. 1985년 *City of Cleburne* 사건의 경우, 정신지체장애인 그룹홈에 대하여 아파트, 병원, 기숙사 등의 다른 공동주택과는 달리 특별허가를 요구하는 조례가 문제가 되었다. 이 사안에서 문제가 된 조례는 표면적으로는 ‘이웃의 안전을 도모’한다는 입법 목적을 제시하였다. 하지만 그러한 입법목적의 기저에는 정신지체장애인에 대한 일반인들의 부정적 태도와 두려움이 있었다. 이에 대하여 연방대법원은, “국민의 일부가 희망하거나 반대한다는 이유를 들어 평등보호조항의 구속을 피할 수는 없다. 사적인 편견이 법 밖에 존재할 수는 있으나, 법이 직접적으로 혹은 간접적으로 그 편견에 효력을 줄 수는 없다.”고 설시한다.⁵⁹⁾

둘째, 차별적 이념에 근거하여 차별을 정당화하는 경우이다. 1996년 *Romer* 사건⁶⁰⁾의 경우, 콜로라도주가 주헌법에서 ‘모든 주정부 조직과 소속기관, 지방정부, 교육구 등에서 법, 규칙, 조례, 정책을 제정·채택·집행할 때 동성애, 레즈비언, 양성애적 성향, 행동, 행위, 관계가 소수자 지위, 할당혜택, 보호지위, 차별주장 등을 인정하는 근거가 될 수 없다.’는 개정조항을 삽입한 것이 문제가 되었다. 주정부는 이 조항이 동성애에 반대하는 종교인과 개인들의 자유를 보장하는 것으로서 정당한 입법목적이라고 주장하였다. 하지만 연방대법원은 이러한 입법이 “어떤 정당한 입법목적을 증진하기 위하여 동성애자를 구분하는 것이 아니라 동성애자를 다른 사람들보다 불평등하게 만들기 위하여 구분한 것”이라고 지적한다.⁶¹⁾ 그리고 이러한 “구분 자체를 위한 구분”은 평등조항에서 허용되지 않는다고 판결한다.⁶²⁾

셋째, 불평등의 전통을 유지한다는 이유로 차별을 정당화하는 경우이다. 앞에서 소개한 *Windsor* 사건의 경우 ‘결혼보호법(Defense of Marriage Act)’의 제정목적은 이성애 중심의 전통적 (특히 유대-기독교) 도덕성을 보호하기 위한 것이었

58) *City of Cleburne*, 473 U.S. 432.

59) *City of Cleburne*, 473 U.S. at 448.

60) *Romer*, 517 U.S. 620.

61) *Romer*, 517 U.S. at 635.

62) *Romer*, 517 U.S. at 635.

다. 제목에서 직접 반영되듯, 이성애자만의 전통적인 혼인법을 ‘방어(defense)’하려는 것이었다. 연방대법원은 이와 같은 입법목적을 정당한 사유로 받아들이지 않았다. 대신 전통을 이유로 불평등을 유지시키려고 하는 의도에 주목한다. 결혼보호법은 동성혼 커플에게 불이익을 주고, “이등결혼”으로 지위를 분리하고, 낙인을 부여하는 목적과 효과가 있으며, 동성혼 가족에서 자라는 수많은 자녀들에게 모욕감을 준다고 지적하면서, 평등원칙에 위배된다고 판결한다.

위와 같은 배제의 양상이 동성애자, 장애인, 히피족 등과 관련하여 드러났다는 점은 주목할 만하다. 모두 상당한 수준의 집단적 편견과 혐오감의 대상이 되는 소수자로, 위협감을 느낀 다수가 입법을 통하여 평등보호를 저지하는 독특한 양상이 드러났다. 기존의 합리성심사로는 이러한 다수의 이익에 부합하는 입법 목적을 정당하다고 승인하게 될 경향이 많았지만, 미국 연방대법원은 배제금지원칙을 채택함으로써, 이렇게 극단적이고 의도적인 배제의 문제를 규범적으로 통제하는 방법을 찾은 것이었다.

그런 이유로 배제금지원칙이 (또는 신중한 검토 기준이) 합리성심사를 다소 강화한 심사기준으로 평가되기도 하지만,⁶³⁾ 기존의 다층적 심사구조에서 온전한 하나의 기준으로 자리 잡을 것인지는 아직 불투명하다고 보인다.⁶⁴⁾ 오히려 기존의 다층적 심사구조가 법규의 실질적 분석 이전에 심사기준의 종류에 의하여 합헌성이 결정되는 경직성이 비판을 받아온 것을 고려할 때,⁶⁵⁾ 배제금지원칙의 의의는 심사기준과 상관없이 유연하게 적용될 수 있는 세분화된 평등원칙을 제시하였다는 데에 있다고 평가할 수 있다.⁶⁶⁾

63) Smith, 앞의 글; *Windsor*, 833 F. Supp. 2d 394 참조.

64) UVA Law Professors Analyze Supreme Court's Same-Sex marriage Rulings, Kerry Abrams, http://www.law.virginia.edu/html/news/2013_sum/scotus_doma.htm.

65) 이우영, “미국의 위헌심사기준으로서 ‘이중 기준’”, 『서울대학교 법학』 제50권 제1호 (2009), 419쪽 이하, 437-438쪽; 이종근, “평등권 보장에 있어서의 위헌법률심사기준”, 『공법학연구』 제9권 제3호(한국비교공법학회, 2008), 227쪽 이하, 236-239쪽 참조.

66) Cass R. Sunstein, *The Supreme Court-1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 Harv.L.Rev. 4 (1996); Sharon E. Rush, *Whither Sexual Orientation Analysis?: The Proper Methodology When Due Process and Equal Protection Intersect*, 16 Wm. & Mary Bill Rts. J. 685 (2008) 704-723 참조.

IV. 한국의 평등권 심사기준과 동성혼 관련 쟁점

1. 성적지향과 평등권 심사

가. 헌법재판소 관련 선례

우리 헌법재판소는 미국과 유사하게 평등권 심사에서 다층적 심사구조를 택하고 있으며, 자의금지심사와 엄격심사의 이중구조를 가지고 있다. 하지만 미국의 평등보호 법리와는 다르게 한국의 평등권 심사구조에서는 소수자에 대한 특별한 고려가 없다.⁶⁷⁾ 미국 평등보호에서 ‘구별되고 고립된 소수자에 대한 편견으로 인하여 다수지배의 의회가 제대로 기능하지 못하는 경우 입법권한에 대한 존중을 축소할 수 있다’는 종류의 논의는 우리 법리에서 찾아볼 수 없으며, 다수가 특정 집단을 배제하는 종류의 차별에 대한 특별한 주의도 없다. 대신 헌법재판소는 다층적 심사구조에서 엄격심사의 선택을 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’와 ‘헌법상 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우’로 한정하고 있다.⁶⁸⁾

헌법재판소가 ‘동성애자에 대한 평등권 침해여부’에 대하여 심사한 것은 지난 2011년 2008헌가21 결정이 유일하다. 이 사건에서는 계간에 이르지 않은 동성애 성행위를 ‘기타 추행’이라 하여 처벌하는 구 군형법 제92조가 동성애자의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 이 때, 소수자로서 동성애자가 가지는 특성에 대한 별도의 고려 없이 다음과 같이 현재 평등권 법리에 따라 자의금지원칙을 채택한다. “동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별은 헌법상 차별을 금지한 영역인 성을 이유로 한 남녀 차별의 문제가 아니며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에도 해당하지 아니하고, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래할 사정도 발견되지 않으므로, 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하면 족하다.”⁶⁹⁾

67) 소수자 문제와 관련하여 심사기준을 모색해야 한다는 논의로 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가: 미연방대법원판례 및 관련이론을 바탕으로”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호(미국헌법학회 2006), 97쪽 이하, 125-126쪽(엄격심사 여부의 기본적 기준으로 민주적 과정과 소수자인권문제로 보는 것이 타당할 것임); 김현철, “미국연방대법원의 평등심사에 대한 방법론적 기초와 심사기준의 변화”, 『공법연구』 제17집 제3호 (한국공법학회 2009), 137쪽 이하, 160쪽(차별받는 그룹의 지위와 영향을 종합적으로 고려한 심사기준의 모색이 필요함) 참조.

68) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787-789; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749.

69) 현재 2011. 3. 31. 2008헌가21 결정.

헌법재판소는 위 심사기준에 따라 “동성애자에 대한 평등권 침해여부”에 대한 검토를 하고, 주로 남성으로 구성된 군대의 기강을 유지한다는 보호법익에 비추어 차별에 합리성이 있다고 판단한다. 그런데 검토내용이 판단쟁점처럼 ‘동성애자’라는 성적지향을 가진 집단에 대한 차별의 정당성을 판단한 것인지 의심스러운 면이 있다. 한편으로는, “동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별”의 합리성을 검토한다고 하여, 성적지향과 무관하게 이성애자인 동성 간 성적 행위에도 적용되는 행위의 문제로 접근하고 판단하였던 것으로 보이기도 한다. 하지만 또 다른 한편으로는, 동성 간의 성적 행위를 처벌하는 것이 사실상 동성애자라는 정체성을 이유로 처벌하는 것이라는 취지로, 행위에 대한 처벌을 정체성에 대한 처벌과 동일시하여 판단한 것으로 보이기도 한다.⁷⁰⁾

그런데 전자와 후자 어느 경우로 보아도, 위 결정의 검토내용과 잘 맞지 않는 측면이 있다. 만일 전자의 경우였다면, 이성에 대한 추행과 달리 동성에 대한 추행의 경우만 강제가 입증되지 않는 행위까지 처벌해야 할 이유가 논의되었어야 할 것이다. 위 결정문에서 “이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서” 동성간의 성적교섭이 일어날 가능성이 높다는 이유를 합리성의 근거로 제시한 것을 보면 오히려 이성애자의 행위를 전제로 하는 듯이 보이기도 하는데, 그렇다면 예컨대 동성에 대한 추행을 이성에 대한 추행보다 발견하기 더 어려워 보호의 필요성이 크거나 개별 사건이 군기에 미치는 영향이 더 크다는 등의 이유가 설명되었어야 할 것이다.⁷¹⁾ 군대가 온전히 남성으로만 이루어져있어 이성 간 행위를 고려하는 것이 무의미한 경우가 아니라면, 단순히 발생가능성이 높다는 것만으로는 이 차별에 대한 설명이 충분하다고 보기 어렵다고 생각된다.

한편 만일 후자의 경우였다면, 동성애라는 성적지향을 가진 사람을 이성에

70) 이런 논의는 미국 연방대법원 판결에서도 볼 수 있다. *Lawrence* 판결에서 연방대법원은 “동성에 행위를 범죄로 만들 때, 그러한 선언 자체가 동성애자를 차별당하도록 만드는 것”이라고 판시하였고, 오코너 대법관은 별개의견에서, “동성애처벌법이 행위에만 적용되는 것이 사실이지만, 이 법이 표적으로 하고 있는 행위는 동성애자라는 것과 밀접하게 관련되어 있다. 이런 상황에서 이 법은 행위 이상을 표적으로 한다. 실상은 동성애자라는 집단을 향한 것이다.”라고 하였다. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003); *id.* at 583 (O'Connor, J., concurring in judgment).

71) 만일 이에 대한 판단을 했다면, 피해를 신고하는 것이 오히려 이성간 성추행일 때 더욱 어려울 가능성도 있고 (피해자가 여성인 경우 등), 군생활에 미치는 영향도 결코 덜하고 할 수 없으므로 합리성이 인정될 수 있었을지 의문스럽다. 따라서 완화된 심사기준을 적용하더라도 이성에 행위는 제외하고 동성에 행위만을 처벌하는 것이 합리적이라고 보기 어렵다. 이에 관한 위 균형법 조항의 위헌성에 대한 주장은 박승호, “미국헌법상 동성애자의 권리: Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로”, 『미국헌법연구』 제22권 제2호 (미국헌법학회, 2011), 203쪽 이하, 235쪽; 이준일, 『섹슈얼리티와 법』, 세창출판사, 268-269쪽 참조.

자보다 더 규제하는 이유가 설명되어야 하는데, 적어도 동성애라는 성적지향이 결정문에서 제시하는 군기라는 보호법익을 침해할 위험과 관련 있음을 보여야 한다. 위 결정문에서는 ‘상급자가 같은 성적 지향을 가지지 않은 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높음’을 합리성 판단의 논거로 제시하여, 마치 동성애라는 성적지향이 강제적 추행성향과 관련 있다고 판단한 것처럼 보이기도 한다. 하지만 실제 성적지향과 강제적 추행성향의 관련성 여부, 특히 군대 내에서 실제로 추행의 가해자가 동성애자인지에 대한 구체적인 검토는 없었으며, 오히려 앞에서 언급한 ‘이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 동성간의 교섭이 일어난다’고 하여 관련 행위자를 이성애자로 상정했던 논의와 모순된다.

결국 위 선례는 동성애자와 관련하여 심사기준을 선택하는 기준의 적절성, 정체성으로서의 동성애에 대한 이해, 동성애라는 성적지향을 범죄성과 연관 짓는 가정의 타당성 등의 쟁점을 충분히 고찰하지 못한 채 동성애자에 대한 평등권 심사를 하였던 아쉬움이 있었다. 그러한 가운데 위 조항이 ‘군영 외 합의에 의한 성행위’까지 처벌하는 것으로 해석될 여지가 있음을 염두에 두면서도 그 위헌성을 깊이 고찰하지 못하였다. 즉, 군대의 억압적 상황 없이 자유로운 선택으로 이루어지는 성행위 중 동성간 성행위만 처벌하는, 실질적으로 성적지향에 의한 차별이 직접 문제되는 상황에 대해서는 오히려 판단을 내리지 않은 한계가 있었다.⁷²⁾ 위 헌법재판소 선례는 동성애자의 평등권에 대한 검토를 시도하였다는 점에서는 의의가 있지만, 위 쟁점에 대한 고찰을 바탕으로 새로 판단해야 할 필요성이 있다고 보인다.

나. 엄격심사의 채택 가능성

(1) 일반적 평등원칙에서 소수자 차별에 대한 보호를 강화하는 경우

앞에서 언급했듯이 현재 우리 평등권 법리에서는 엄격심사를 채택할 때 소수자에 대한 특별한 고려가 없다. 그리고 지금까지 헌법재판소의 판례를 보면 헌법 문언상 구체적인 차별금지규정이 있거나 헌법에서 정한 기본권을 제한하는 경우로 엄격심사의 적용을 제한하여, 상당히 헌법 규정에 의존하는 듯 보인다. 그런

72) 군대 내에서 일어나지 않았고 군대 내에 영향을 주지 않은 개인적인 행위로 인하여 군대 내에서 처벌을 받는 것은, 군기강의 보호라는 입법목적에 비추어 정당화되기 어려우며 평등권의 문제 이전에 사생활의 자유와 성적자기결정권을 침해하는 문제라고 볼 수 있다.

데 이와 같이 헌법 제11조 제1항의 일반적 평등원칙 자체의 의미를 찾는 것이 아니라 다른 헌법 조문에 의존하여 평등권을 심사—특히 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’와 관련하여—하는 것은 소수자에 관하여 평등보호의 목적을 이루는데 장애가 될 수 있다.

그 이유는 우선, 헌법 제·개정당시에 중요하다고 인식한 불평등 문제에 대해서만 평등보호를 강화한다면, 지식과 인식의 발전에 따라 ‘발견되는’ 차별에 유연하게 대응하지 못하기 때문이다. 예컨대, 우리나라에서 과거에는 여성이 남성보다 열등하다는 것을 사실처럼 받아들이고 가부장제를 하나의 사회질서로 인식하였지만 현대에는 이것을 고정관념에 의한 남녀차별의 문제로 바라보는 평등의식의 발전이 있었다.⁷³⁾ 이처럼 소수자 차별의 문제는 과학적 사실의 발견과 평등의식의 발달에 따라 ‘발견되는’ 성질이 있다.

다음으로, 헌법 자체도 다수에 의하여 제·개정되므로, 헌법을 제·개정할 만큼의 ‘다수’ 또는 ‘기득권’이 인정된 차별의 문제에 대해서만 강력하게 보호하게 된다. 그렇다면 입법을 통하여도 해결 가능한 정도의 대중적 지지를 얻은 사안에 대하여만 엄격심사를 하는 모순이 생긴다. 코네티컷주대법원의 지적처럼, “[만일 헌법에 규정된 사유에 대해서만 엄격심사를 한다면] 강화된 심사를 받을 수 있는 사람들은 자신들에게 우호적으로 헌법 개정을 할 수 있을 만큼 정치적 의지와 대중적 지지를 획득한 집단뿐일 것이고, 그렇게 되면 주헌법 평등보호조항의 기초가 되는 근본적 이론과 어긋나는 모순된 결과가 될 것이다.”⁷⁴⁾

그렇다면 헌법에 의해서도 특별히 보호받지 못할 정도로 배제된 집단은 침해받는 권리가 ‘기본권에 대한 중대한 제한’이 아닌 이상, 다수지배의 입법 과정에서 소수자에 대한 ‘법 앞의 차별’이 영속되더라도 그 문제를 해결하기 어렵다.

이러한 한계를 극복하기 위한 한 가지 방법으로 미국에서와 같이, 소수자 집단에 대한 광범위한 차별이 있을 때 엄격심사를 채택하는 원리를 도입할 것을 고려해볼 수 있다. 만일 이와 같은 접근을 택한다면 성적지향에 대하여도 엄격심사의 적용하는 것이 가능할 수 있다. 우리 사회에서 동성애자에 대한 편견이 광범위

73) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등 결정(호주제 위헌) 참조.

74) *Kerrigan*, 289 Conn. at 135, 165. 헌법 규정에 의존하여 엄격심사를 선택하는 것은 미국에서는 이미 타당성을 잃은 주장이다. 김문현 외, 『기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법』 (헌법재판연구 제19권), 헌법재판소, 2008, 272쪽. 미국 수정헌법 제14조의 평등보호조항은 본래 흑인에 대한 평등보호를 위하여 제정되었지만, 연방대법원은 이 조항을 근거로 인종뿐만 아니라 외국인, 성별, 혼외출생 등의 사유에 대하여도 강화된 심사를 한다. 연방헌법과는 달리 주헌법의 규정에서는 여러 가지 차별금지사유를 나열하는 경우가 있지만, 위 코네티컷주대법원이 실시하는 바와 같이, 그렇다고 하여 이러한 규정에 한정하여 엄격심사를 하지는 않는다.

하게 존재하는지, 직장, 학교 등 주요한 삶의 영역에서 상당한 불이익이 행해지고 있는지, 정치적 과정을 통한 차별시정에 상당한 어려움이 있는지 등을 검토하여, 만일 그렇다면 다수지배의 의회에 의한 입법형성권을 제한할 수 있을 것이다.

더욱 구체적으로는 미국 법원들이 심사기준의 강화여부를 판단할 때 사용한 위 네 가지 요소를 우리 사회적 맥락에서 고려해 보는 것도 가능하다. 예컨대, 우선 우리 사회에서 동성애자의 존재가 거의 드러나지 않을 만큼 높은 수준의 비난과 억압이 있어 왔음을 역사적 차별의 증거로 볼 수 있다.⁷⁵⁾ 둘째, 동성애가 존중받아야 할 개인의 성적 다양성의 일부로서 사회적 수행능력이나 기여능력과 관계가 없음은 이미 널리 인정되고 있음을 지적할 수 있다.⁷⁶⁾ 셋째, 불변성에 관해서는 앞에서 검토한 미국 판례에서 지적한 바와 같이, 성적지향이 바꿀 수 없거나 바꾸도록 요구될 수 있는 부분이 아니라는 점을 이야기할 수 있다.⁷⁷⁾ 마지막으로, 우리나라에서 동성애자에 대한 보호가 전혀 없다고 할 수는 없지만,⁷⁸⁾ 차별구제수단을 구체화하기 위한 입법시도가 정치적·종교적 반대로 인하여 좌절되고 있는 상황 등을 고려할 때 정치적 무력 역시 입증 가능할 것으로 생각된다.⁷⁹⁾

75) 우리나라에서는 문화·예술 영역에서 홍석천, 김조광수 등 극소수가 동성애자로 알려진 것 외에는 사회적, 정치적 영역에서 동성애자의 존재를 거의 보지 못한다. 반면, 미국이나 유럽의 경우 정치인, 대학교수, 법조인, 고위공무원 등 다양한 영역에서 성소수자가 알려져 있고, 대표적으로 독일 연방헌법재판소에서는 Susanne Baer 재판관이 레즈비언으로서 최초의 재판관이 되었다. 실제 우리나라 동성애자 인구수에 대해서는 조사가 이루어진 바가 없어 알기 어려우나, 약 1,300여명의 청소년을 대상으로 조사한 한 연구에서는 9.4%가 자신이 LGBT라고 생각하고 있었다. 김경준 등, 청소년 유형별 복지욕구 실태와 지원방안, 한국청소년개발원, 2006. 미국의 경우 전국에 걸쳐 대규모의 조사가 실시되고 있는데, 전국적으로 LGBT 인구는 평균 3.5%이며 지역별로 적게는 노스다코타 1.7%, 몬타나 2.6%, 미시시피 2.6%에서 많게는 캘리포니아 4%, 하와이 5.1%, D.C. 10% 등으로 나타났다.

The Williams Institute, LGBT Percentages Highest in Washington, DC, and Hawaii,

<http://williamsinstitute.law.ucla.edu/press/press-releases/lgbt-percentages-highest-in-washington-dc-and-hawaii/>

76) European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion: On the Issue of the Prohibition of So-called "Propaganda of Homosexuality" in the Light of Recent Legislation in Some Member States of the Council of Europe* (Opinion 707/2012), 18 June 2013, ¶ 78(“베니스위원회는 동성애가 성적지향의 다양성의 하나로서 유럽인권협약에 의하여 보호되며 따라서 국가기관이 이를 도덕에 반하는 것으로 취급할 수 없음을 재천명한다.”); 조홍석, “새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계”, 공법학연구, 제8권 제4호, 221쪽 이하, 232쪽(동성애적 성적 지향성이라는 지표는 인간의 지능, 능력, 행위 등 인간의 삶을 평가함에 있어 차별만을 위한 아무런 단서를 제공하지 않을뿐더러 이성애자와도 아무런 차이가 없음) 참조.

77) 본문 제III장 제2절 2) 참조.

78) 법률로는 국가인권위원회법 제2조, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제5조, 군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률 제6조 등에서 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하고 있다.

79) 2007년 법무부가 발의한 차별금지법안은 기독교 중심 단체들의 반대로 인하여 차별금지사유 중 ‘성적 지향’을 삭제하여 제출되었고(이후 임기만료로 폐기), 마찬가지로의 이유로 2010년 법무부가 차별금지법

(2) 인적 특징에 의한 차별이 인간의 존엄성에 대한 ‘중대한 제한’이라고 보는 경우

미국식 소수자 보호의 원리를 일반론으로 채택하지 않더라도, 현재 우리 평등권 법리 속에서 성적지향에 의한 차별에 대하여 엄격심사를 적용할 가능성을 찾아 볼 수 있다. 전술한 미국 판례에서는 성적지향의 ‘불변성’에 관하여, “성적지향이 자기정체성의 중요한 일부”⁸⁰⁾이며 “기본권인 자기결정권에 핵심적인 역할”⁸¹⁾을 한다는 사실을 지적하였다. Windsor 판결에서는 결혼보호법이 평등보호에 위반된다고 하면서, 동성혼 커플에 대한 직접적인 제도적 불이익을 주는 것 이외에도, “이등결혼”으로 지위를 분리하고 낙인과 모욕감을 부여하는 등 “자유(liberty)”⁸²⁾를 제한하는 효과가 있음을 평등보호 위반의 논거로 제시하였다. 이러한 논의는 ‘인적 특징’을 이유로 한 차별이 본질적으로 인간의 존엄성을 폄훼하는 속성이 있으며, 평등권 판단에서 특별한 주의가 필요하다는 사실을 암시한다.⁸³⁾

미국 법리에서는 인적 특징에 의한 차별이라는 사실이 엄격심사 적용여부를 결정하는 여러 요소 중 하나이면서 차별의 효과를 검토할 때 고려되는 정도의 중요성을 갖는다고 할 수 있지만, 다른 나라의 경우 인적 특징을 이유로 한 차별이라는 이유로 감독을 엄격히 하는 평등보호 법리를 채택하는 예들이 있다. 예를 들어 독일 연방헌법재판소는, “모든 인간은 법률 앞에 평등하다는 원칙은 무엇보다도 우선 정당화되지 못한 인적 차별을 금지한다 할 것이므로, 입법자는 인적 집단을 불평등 대우함에 있어서 원칙적으로 엄격한 구속”을 받도록 한다.⁸⁴⁾

헌법재판소는 평등권 심사에서 ‘인적 특징’을 고려한 바 없지만 이에 대하여

안을 준비하려는 시도가 무산되었다. 2013년에는 민주당 의원이 차별금지사유 중 성적지향과 성별정체성을 포함한 두 건의 차별금지법안을 발의하였다가 ‘동성애를 조장하는 중복의원’이라는 공격을 받고 법안을 공식적으로 철회하였다.

80) *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 842.

81) *Kerrigan*, 289 Conn. at 186.

82) Windsor 판결에서는 ‘결혼보호법이 적법절차조항에서 보장하는 평등권에 위반된다’고 명시한 한편, “수정헌법 제5조에서 보호하는 개인의 자유(liberty)를 침해하였으므로 위헌이다”라고도 실시하여 실제적 적법절차에도 위반된다고 판단하는 듯이 보이기도 한다. 스칼리아 대법관은 반대의견에서, 법정외의 ‘실체적 적법절차’라는 단어사용을 회피하지만 실제로는 실체적 적법절차에 위반된다는 판결을 하고 있다고 비판하였다.

83) 우리 대법원도 소수의견에서 “성적 지향은 개인의 존재 그 자체를 구성하는 것으로서 이를 법적으로 인정받지 못하는 것은 인간의 존엄을 유지하고 스스로 선택한 가치관에 따라 행복을 추구한다는 가장 기본적인 권리를 부정당하는 것이나 다름없다.”고 실시한 바 있다. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정(양창수, 이인복의 반대의견).

84) BVerfGE 88, 87 ff.

엄격심사를 해야 할 논리적 근거는 찾을 수 있다. 차별의 기준이 “인격적 핵심에 근접”하는 경우에 인간의 존엄성에 중대한 제한이 초래될 가능성이 높아진다는 것이다.⁸⁵⁾ 예를 들어, 동성애를 이유로 처벌하거나 표현을 금지하거나 제도적 혜택을 부인하는 등 차별이 있을 때, 사생활의 자유나 표현의 자유 등의 기본권 제한 이외에도, ‘인적 차별’ 자체가 초래하는 주관적·객관적 열등의식과 낙인 효과가 있다. 이때의 열등의식과 낙인은 부수적 효과가 아니라, 애초에 차별하는 이유인 동성애자라는 인격적 특성을 폄하한다는 사실 그 자체로 인한 직접적인 효과이다. 이런 종류의 차별은 인간의 존엄성실현과 인격의 자유로운 발현에 중대한 위협을 초래한다.⁸⁶⁾

그러므로 성적지향과 같은 인적 특징, ‘바꿀 수 없거나 바꿀 수 있더라도 심각한 희생이 초래되는 특성을 이유로 불이익을 주는 것’은 인간의 존엄성을 중대하게 제한하는 것으로 더욱 엄격한 심사를 받아야 한다고 볼 수 있다.⁸⁷⁾ 다만 이러한 접근에는 미국 법리에서 중요하게 검토된 민주주의와 소수자의 관계에 대한 고려가 포함되어 있지 않다. 이에 비하여 독일은 두 가지 측면을 모두 고려하고 있으므로 참고할 만하다. 독일의 경우 “인적 집단을 불평등 대우”할 때 원칙적으로 엄격한 구속을 받고, 이 구속은 “소수자의 차별로 이르게 될 위험성이 클수록” 더욱 강해진다.⁸⁸⁾ 위 공식에 따라 독일 연방헌법재판소는 성적지향이 “기본법 제 3조 제3항의 인적표지와 유사한 것으로서 소수자 차별로 이르게 될 위험이 크다”는 이유로 엄격심사를 채택하고 있다.⁸⁹⁾

85) 한수용, 『헌법학 (제2판)』, 법문사, 580쪽 참조.

86) ‘인적 차별’에 관한 논의로 이부하, “헌법상 평등원칙에 대한 심사기준,” 법학연구 제19권 제2호 (2011), 263쪽 이하, 276-278쪽(일반적 평등원칙은 평등한 대우를 요구하는 인격권적·정신적 권리를 위한 방어권으로 인(人)관련적 차별대우인지 실질적으로 판단하여 상이한 심사기준을 적용해야 함) 참조.

87) 캐나다 연방대법원은 “성적지향은 깊이 내재한 개인의 특성으로서 바꿀 수 없거나 개인에게 요구할 수 없는 수준의 심각한 희생을 통해서만 바꿀 수 있는 있는 것”이라는 이유로 헌법상 보호되는 차별사유에 포함하였다. *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513.

88) BVerfGE 88, 87 ff. 이것은 독일 연방헌법재판소가 1993년 제2차 성전환자 판결(*Transsexuelle II*)에서 제시한 ‘최신의 공식’으로서, 다음과 같이 실시하였다. “모든 인간은 법률 앞에 평등하다는 원칙은 무엇보다도 우선 정당화되지 못한 인적 차별을 금지한다 할 것이므로, 입법자는 인적 집단을 불평등 대우함에 있어서 원칙적으로 엄격한 구속을 받는다. (...) 이와 같은 구속은 인적 표지들이 기본법 제3조 제3항에 규정된 표지들에 수렴할수록, 따라서 이에 근거한 불평등대우가 소수자의 차별로 이르게 될 위험성이 크면 클수록 그 만큼 더 강해진다.”

89) BVerfG, 1BvR 1164/07 (유족연금에 관하여 혼인한 자와 생활동반자로 등록한 자를 차별한 것이 기본법 제3조 제1항에 위반됨).

다. 배제금지원칙의 수용 또는 응용

배제금지원칙은 미국의 전통적인 다층적 심사구조에서 합리성 심사기준이 분화된 형태라고 볼 수도 있지만,⁹⁰⁾ 심사기준과 무관하게 소수자를 의도적으로 ‘배제’하는 특별한 종류의 차별을 통제할 수 있는 유연한 도구라고 할 수 있다.⁹¹⁾ 배제를 금지한다는 것은 일반적 평등원칙과 인간의 존엄성에 비추어 쉽게 수용할 수 있는 원리로서, 헌법재판소가 평등권 법리에 큰 수정을 가하거나 엄격심사에 의존하지 않더라도, 소수자 차별의 문제에 관하여 최소한의 민감성을 가지고 헌법심판을 하도록 도울 수 있다.

헌법재판소는 “입법권자의 법제정상의 형성의 자유는 무한정으로 허용될 수는 없는 것이며 나아가 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권행사로서 위헌성을 면하기 어렵다”고 실시하였는데,⁹²⁾ 위 기본원칙으로부터 배제금지원칙을 이끌어 낼 수 있다. 다수가 소수를 의도적으로 배제하는 것은 ‘정의와 형평’에 반하는 것으로 ‘평등권의 본질을 침해’하여 입법재량의 범위를 일탈하는 것이라고 보는 것이다. 따라서 고의적 배제가 의심되는 소수자 집단에 대한 차별이 있을 때, ‘신중한 검토’를 통하여 악의적 차별이 발견된다면 ‘입법재량의 범위를 일탈’하였다고 위헌을 선고할 수 있다.

물론 미국에서 배제금지원칙은 불평등을 유지하려는 목적으로 의회가 적극적으로 입법권한을 행사한 경우에 사용된, 매우 예외적인 입법작용에 대한 판단으로서 그 적용범위가 제한적이라고 볼 수 있다. 그런데 법의 제정단계에서 고의적으로 배제를 도모한 것이 아니더라도, 현재 차별을 정당화하는 유일한 이유가 그 집단을 배제하려는 것이라면, 여전히 배제금지원칙은 유효한 의미가 있다. 과거 입법목적 자체가 배제를 도모한 것이 아니라는 점에서는 입법자의 악의성을 찾을 수는 없을 것이나, 현재 차별적인 법을 유지하는 이유가 순전히 어떤 집단에 게 불이익을 주려는 것이라면 차별의 합리적인 사유가 될 수 없음이 분명하기 때문이다.

그렇다면 배제금지원칙을 통하여 통제하려고 하는 배제의 양상들—편견과 혐오감에 의한 차별, 차별적 이념에 근거한 차별, 불평등의 전통을 유지하기 위한

90) Jeremy B. Smith, 앞의 글.

91) Sunstein, *supra* at 61; Rush, *supra* at 704-723 참조.

92) 현재 1992. 4. 28. 90헌바24 결정.

차별—은 차별의 합리성을 판단할 때에도 주의 깊게 검토되어야 할 필요가 있다. 미국 연방대법원이 배제금지원칙을 사용하였던 사건들 중 동성애자 차별에 관한 사건이 두 건이나 되었던 사실에서 유추할 수 있듯, 동성애자는 악의적 차별의 위험이 많은 집단이라고 보인다. 동성애자와 관련하여 불합리한 차별이 구체적으로 어떤 모습을 가질 수 있는지, 앞에서 검토한 세 가지 배제의 양상을 중심으로 살펴보기로 한다.

(1) 집단적 편견과 혐오감

일반적으로 법은 사회에 해악을 미친 구체적 행위가 발생했을 때 그 해악에 대한 책임만큼 행위자를 징벌하는데, 개인의 행위와 상관없이 그 집단에 속한 구성원이란 이유만으로 불이익을 주는 경우가 있다. 차별을 정당화하기 위하여 그 집단이 가진 특징 자체가 사회적으로 바람직하지 않다고 주장하는데, 바람직하지 않다는 이유로 제시하는 근거가 사실이 아닌 편견이나 단순한 혐오감일 때가 있다. 이 때 피해를 당하는 집단이 소수자인 경우에는 이러한 대중적 편견이나 혐오감을 교정할 방법이 거의 없다.

동성애자에 대한 차별의 경우, ‘동성애혐오증(homophobia)’이라고 부르는 광범위한 혐오에 기인한 경우가 많다.⁹³⁾ 이때의 혐오감은 단순한 도덕적 불쾌감일 수도 있고, 혹은 실제로 피해가 발생한다고 주장하는 잘못된 정보 때문에 발생하기도 한다. 동성애가 에이즈의 원인이라거나, 정신장애라거나, 동성이나 소아에 대한 성폭력 가해성향이라거나, 전염되는 질병이라는 주장 등은 모두 이미 의학적, 심리학적, 사회학적으로 사실이 아니라고 밝혀졌음에도 불구하고, 여전히 차별을 정당화하는 합리적인 근거처럼 주장되곤 한다.⁹⁴⁾

그런데도 집단적 혐오감이 일반 대중 사이에 공고하게 형성되어 있는 경우, ‘국민의 법감정’ 내지 ‘도덕관념’으로 편견을 정당화하는 근거가 될 위험이 있다. 이와 관련하여, 지난 군형법 제92조 사건에서 헌법재판소는 ‘동성애 성행위 등 기타 추행’을 일반인의 혐오감을 일으키고 도덕관념에 반하는 행위를 의미한다고

93) Gregory M. Herek, *Beyond "Homophobia": Thinking About Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, 1 *Sexuality Research & Social Policy* 6 (2004); Chemerinsky, *supra* at 787쪽 (성적지향에 의한 차별은 실제의 차이보다는 편견과 고정관념을 반영하는 것이 일반적인) 참조.

94) Matthew A. Coles, *The Case for Gay Rights*, 9 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 237 (1989); Gregory M. Herek, *Stigma, Prejudice, and Violence Against Lesbians and Gay Men*, In John C. Gonsiorek & James D. Weinrich (Eds.) (1991), *Homosexuality: Research Implications for Public Policy* (pp. 60-80). Newbury Park, CA: Sage 참조.

하여 처벌을 정당화하는 근거의 하나로 언급하였는데,⁹⁵⁾ 이러한 접근이 타당한지 재검토할 필요가 있다고 사료된다.⁹⁶⁾ 동성애자에 대한 차별 사안에서 불이익을 정당화하는 근거로 제시된 사유 중 전혀 사실이 아닌 것, 일부 사실이나 전체적으로 일반화할 수는 없는 것, 사실이더라도 불이익을 주는 근거로 타당하지 않은 것, 사실이더라도 인과관계가 맞지 않는 것 등을 가려내어야 할 것이다.⁹⁷⁾

(2) 차별적 이념에 근거한 차별

차별적 이념을 근거로 차별을 정당화함으로써 악의적 차별이 발생하는 경우가 있다. 어떤 다른 정당한 목적을 위하여 국가작용을 하는 것이 아니라, 그 집단에게 불이익을 주는 것 자체가 정당하다고 하여 불평등을 초래하는 경우이다. 여성이 원래 열등하기 때문에 열등하게 처우하여야 하고, 흑인이 원래 열등하기 때문에 열등하게 처우하여야 한다는 등 성차별주의나 인종차별주의를 차별을 정당화하는 근거로 제시한다. 이러한 논리는 동어반복적 주장으로서 순환논리의 오류를 포함한다. 그럼에도 불구하고 ‘원래 열등하다’라고 하는 가치판단이 평등권 심사에서 “한편으로 동일성과 상이성에 대한 확인을 결정하는 동시에, 다른 한편으로 평등대우와 차별대우에 대한 판단을 결정”⁹⁸⁾할 수 있다.

마찬가지로 이성애를 정상, 동성애를 비정상이라고 하는 가치판단을 바탕으로 차별을 정당화할 수 있다. 동성애자가 ‘이성애자가 아니기 때문에’ 근본적으로 열등하다고 하여 ‘다른 것은 다르게’ 취급하여야 한다고 주장하는 것이다. 이런 논리에 기초한 불평등은 “어떤 정당한 목적을 증진하기 위하여 동성애자를 구분하는 것이 아니라 동성애자를 다른 사람들보다 불평등하게 만들기 위하여 구분”하는 “구분을 위한 구분”⁹⁹⁾이 된다.¹⁰⁰⁾ 이런 경우 동성애자 차별에 관한 사안은

95) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21 결정 (“‘기타 추행’이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적만족 행위”).

96) 박승호, 앞의 글, 236쪽(개정된 균형법 제92조의 5도 명확성에 반하고, 동성애자군인의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 평등권 등을 침해하므로 종전의 결정을 변경하여야 함) 참조.

97) 비교컨대 동성동본금혼 사건에서 동성동본금혼을 옹호하는 주요한 이유 가운데 하나로 유전학적 질병의 발생빈도가 높다는 주장이 있었는데, 헌법재판소는 과학적 증명이 없다고 하여 합리성 판단의 근거로 삼지 않았다. 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등 결정.

98) 이준일, “소수자와 평등원칙”, 『헌법학연구』 제8권 제4호(한국헌법학회, 2002), 219쪽 이하, 225쪽.

99) *Romer*, 517 U.S. at 635.

100) 예컨대 이성애 행위와는 다르게 동성애 행위만을 처벌하거나, 이성애표현물과는 다르게 동성애표현물에 대한 감독을 더욱 엄격하게 하고 청소년의 접근을 제한하는 등, 다른 목적을 위하여 부수적으로 구분이 생긴 것이 아니라 동성애가 이성애가 아니라는 이유, 즉 ‘비정상’이라는 이유로 제한하는 종류

동일성의 요건을 충족하지 못하여 합리성 판단에조차 이르지 못하거나, 합리성 판단을 하더라도 이미 차별의 합리성이 결정되는 셈이 된다.

헌법재판소의 호주제 사건에서는 호주제 합헌을 주장하는 근거로 가부장제도와 남계혈통주의가 제시되었다. 하지만 헌법재판소는 이런 사상이 ‘성역할에 의한 고정관념’으로서 차별을 정당화하는 합리적인 근거가 될 수 없다고 하였다.¹⁰¹⁾ 이는 ‘차별을 생산하는 논리 그 자체가 차별을 정당화하는 근거가 될 수 없음’을 분명히 한 것이라고 해석된다. 마찬가지로 ‘동성애가 이성애가 아니므로 비정상적이기 때문에 차별이 정당하다’는 형태의 주장은 차별을 생산하는 논리 그 자체로서, 차별의 합리성을 뒷받침하는 증거가 아니라 오히려 합리성 판단의 대상이 되어야 할 것이다.¹⁰²⁾

(3) 불평등의 전통을 유지하기 위한 차별

평등권 사건에서 현존하는 차별을 정당화하기 위한 논거로 전통보전이나 사회질서의 유지를 주장하는 경우가 많다. 어떤 집단에 대한 차별을 철폐하는 것은 대개 기존 사회질서에 대한 도전이 되고, 특히 오래되고 광범위한 차별일수록 전통에 대한 심각한 도전이 될 수 있다. 동성애자가 이성애자와 동등한 권리를 가지려고 주장할 때에도 마찬가지로 이성애자 중심의 기존 사회질서에 대한 도전이 되며, 이것은 전통에 대한 위협이 된다.¹⁰³⁾ 하지만 전통이나 사회질서가 일반적으로는 중요한 공익적 가치라고 해도, 이것이 다수를 대변하는 관점으로서 소수자 집단을 부도덕하다고 규정하고 불이익을 영속시키는데 이용된다면 그러한 공익을 언급하는 것만으로 차별의 정당한 사유가 되기 어려울 것이다.

최근 러시아는 동성애자를 옹호하는 내용을 미성년자에게 전파하는 경우 처벌하는 법안을 통과시키면서, 입법목적이 전통적 가족의 가치를 보장하는 것이라고 하였다. 그런데 유럽평의회는 헌법자문기관인 베니스위원회가 의견서에서 밝히듯이, 이 법의 성격은 “가족과 성에 대한 전통적 가치와 태도를 증진시킨다고

의 국가작용이 있다.

101) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등 결정.

102) 조흥석, 앞의 글, 238쪽 (“단지 성적지향성이 다르다는 이유만으로 헌법이 보장하는 인간의 존엄성이 침해되고 불평등한 차별대우를 받는 것은 우리 헌법정신과 맞지 않음”). 참조.

103) 동성에 관한 표현물의 방영이나 성적지향을 이유로 한 차별을 금지하는 법규 제정에 반대하는 이유로 주로 등장하는 논거인 “머느리가 남자라니 웬말이냐”라는 구호도, 이와 같이 전통적인 질서에서 벗어나는 것에 대한 위기감을 표현한다고 볼 수 있다.

하기보다는, 비전통적인 가치와 태도를 막는 것”이다.¹⁰⁴⁾ 도덕의 개념은 수많은 사회적, 정치적, 종교적 전통에서 나오는 것이고, 어느 하나의 전통을 기초로 도덕성을 규정할 수 없으며,¹⁰⁵⁾ “성적 소수자의 권리 행사가 다수인 이성애자 구성원들 중 일부의 긍정적/부정적 태도에 좌우되지 않는다.”고 본 것이었다.¹⁰⁶⁾

이런 맥락에서 헌법재판소가 양성평등에 위반된 제도라는 이유로 호주제를 폐지하면서 전통과 헌법과의 관계를 설명한 다음 판시가 중요한 의미를 갖는다. “만약 전통의 근거를 과거에만 두는 복고주의적 전통개념을 취한다면 시대적으로 특수한 정치적·사회적 이해관계를 전통이라는 이름하에 보편적인 문화양식으로 은폐·강요하는 부작용을 낳기 쉽다. 따라서 우리 헌법에서 말하는 ‘전통’ ‘전통 문화’란 오늘날의 의미로 재해석된 것이 되지 않으면 안 된다. 그리고 오늘날의 의미를 포착함에 있어서는 헌법이념과 헌법의 가치질서가 가장 중요한 척도의 하나가 되어야 할 것임은 두 말할 나위가 없고 여기에 인류의 보편가치, 정의와 인도의 정신 같은 것이 아울러 고려되어야 할 것이다.”¹⁰⁷⁾

2. 동성혼 관련 쟁점

가. 평등권 침해에 관한 검토

우리나라 현행법에서는 이성혼만을 인정하고 동성혼을 인정하지 않고 있다. 동성혼의 문제는 혼인의 성립 그 자체뿐만이 아니라 혼인관계를 기반으로 하는 모든 법적 권리와 의무—세금, 사회보장, 부양의무, 재산분할 등—에서 제외되는 차별의 문제이다.¹⁰⁸⁾ 그런데 우리나라의 경우 미국의 결혼보호법과 같이 동성애자를 배제하려는 목적으로 혼인을 이성혼으로 한정하였다고 보기 어렵다. 현행법은 입법자의 ‘작위’에 의하여 의도적으로 차별이 발생하였다고 보거나, ‘부작위’에 의하여 결과적으로 제도에서 배제되었다고 할 수 있다. 그러므로 이와 같은 입법에 대하여 평등권 심사를 할 때 배제금지원칙을 적용하는 것이 적절하다고 보기

104) Venice Commission, ¶ 81.

105) *Id.* ¶ 51.

106) *Id.* ¶ 51.

107) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등 결정. 평등은 이미 제도적으로 우위를 점하고 있는 기득권에 대한 도전을 통하여 실현되므로 필연적으로 기존 질서의 변화를 요구한다. 따라서 평등은 본질적으로 전통과 충돌하는 속성이 있다고 할 수 있다.

108) 김민중, “동성애관계의 법적 보호에 관한 이론적 검토”, 『인권과정의』 제333권, 2004, 135쪽 이하.

어려울 수 있다.

하지만 현행법에서 차별을 정당화하는 유일한 이유가 ‘동성커플을 혼인제도 속에 포함하지 않음으로써 전통적인 이성애중심의 혼인 제도를 유지’하려고 하는 것이라면, 여전히 배제금지원칙은 유효한 의미가 있을 것이다. 앞에서 언급하였듯이 동성혼을 인정하지 않는 이유가 순전히 동성애자 집단을 제도적으로 배제하려는 것이라면 그 차별이 정당화될 수 없으며, 이 때 합리성 판단을 위하여 배제의 양상들을 주의 깊게 검토할 필요가 있다.

실제로 앞에서 살펴본 미국 주법원의 동성혼 관련 판례들은, 동성혼을 허용하지 않는 차별을 정당화하기 위하여 제시된 이유 가운데 동성애자를 배제하려는 목적 이외에 어떤 타당한 사유가 있는지 살피는 것들이었다. 동성혼을 허용하지 않아야 할 이유로 ‘전통적 이성애중심의 가족제도를 보호’한다는 주요하게 주장이 제기되었고 법원은 그 정당성을 인정하지 않았다. ‘불평등의 전통을 유지하기 위한 차별’이 평등을 정당화하는 충분한 사유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 동성혼을 인정한다고 하여 이성혼 커플의 권리가 박탈되는 것은 아무 것도 없고, 동성혼을 막는다고 하여 이성혼 중심의 결혼제도가 더욱 강화되거나 해체를 막는 효과가 있는 것도 아니기 때문이었다.¹⁰⁹⁾

동성커플이 자녀를 출산하고 양육할 능력이 이성커플보다 열등하므로 차별이 정당하다는 주장도 제기되지만,¹¹⁰⁾ 실제로 국가가 혼인을 인정하거나 혼인에 따른 제도적 혜택을 인정할 때 자녀를 출산할 능력이나 양육능력을 요건으로 하거나 심사하지 않는다는 점에서 이성혼과 달리 취급할 타당한 이유가 되지 못한다.¹¹¹⁾ 또 연구결과에서 자녀를 양육하고 안정된 가족생활을 영위하는 실질적인 능력에 있어서 동성커플이 이성커플과 다르지 않다고 나타나는 점도 지적된다.¹¹²⁾ 나아가 사실혼의 측면에서는 동성혼과 이성혼을 구분하는 이유가 더욱 모호해진다고 할 수 있다. 주택임대차보호법과 각종 사회보장법 등에서 사실상 가족으로서 공동생활을 하고 있는 단위에 대하여 법적보호를 제공할 필요성을 인정

109) *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th at 384, 854-855; *Varnum*, 763 N.W.2d at 898-899; *Goodridge*, 440 Mass at 333-339; *Kerrigan*, 289 Conn. at 247-249.

110) 이준일, “헌법상 혼인의 개념: 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성”, 『공법연구』 제37집 제3호 (한국공법학회, 2009), 165쪽 이하 참조.

111) *Varnum*, 763 N.W.2d at 901-902; *Goodridge*, 440 Mass at 332-333; 조홍석, 앞의 글, 232쪽.

112) David K. Flaks, *Gay and Lesbian Families: Judicial Assumptions, Scientific Realities*, 3 Wm. & Mary Bill Rts. J. 345 (1994); *Varnum*, 763 N.W.2d at 899-901; *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D.Cal. 2010).

하여 사실혼관계를 인정하고 있는데, 마찬가지로의 가족공동생활을 영위하고 있는 커플이 동성이라는 이유로 보호의 필요성이 덜하다고 보기 어렵기 때문이다.¹¹³⁾

사실 결혼제도가 혜택을 주는 것만이 아니라 의무를 부과하기도 하는 것이며, 동성혼을 인정함으로써 동성관계를 숨기는 것이 아니라 오히려 공식화하여 안정시키고 구속시킴으로써 사회적, 경제적 기여를 높이는 효과가 있음을 고려한다면, 동성커플이 이러한 종류의 결합을 추구하는 것을 막을 국가적 이익을 찾기 어렵다.¹¹⁴⁾ 오히려 공식화된 안정된 관계에서 자녀가 건강하게 자랄 가능성은 더욱 크고, 입양을 촉진하는 국가 정책에도 부합하여 사회적 이익도 크다. 이미 동성혼을 인정하는 많은 나라를 통해 볼 때, 동성혼에 대한 우려가 단순히 낮은 것에 대한 두려움이나 기우임이 상당히 입증되었다고 볼 수 있다.¹¹⁵⁾

물론 헌법재판소가 성적지향에 관한 심사기준을 강화하여 엄격심사를 채택한다면 평등권 침해 여부에 대하여 더욱 엄밀하게 검토할 수 있을 것이다. 심사기준의 선택으로 인하여 쟁점에 대한 실질적인 결과가 달라지지 않는다 하더라도,

113) 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약에서는 규약 제26조(법 앞에서의 평등)가 보호하는 차별금지사유에 성적지향이 포함된다고 보고 있고, 이에 따라 사실혼 관계를 이성커플에만 한정하여 연금혜택을 제공하는 호주와 콜롬비아의 법규에 대하여 각각 규약위반이라고 판단한 바 있다. 비혼커플과 혼인한 커플 사이에 차별을 두는 것은 결혼에 대한 선택의 결과이기 때문에 합리적이나, 비혼 커플 가운데 이성커플과 동성커플 사이에 차별을 두는 것은 명백한 차별이라고 보았다. *Young v. Australia*, Comm. No. 941/2000 (2003); *X v. Colombia*, Comm. No. 1361/2005 (2007); 김지혜, “성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용”, 『법조』 제674권, 2012, 181쪽 이하 참조. 우리나라에서는 20여 년간 혼인 유사생활을 한 레즈비언커플이 사실혼해소로 인한 재산분할을 구하였지만, “객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것”이어서 사실혼으로 인정하여 보호할 수 없다고 판단한 법원 판결이 있었다. 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결.

114) 혼인제도 속에 동성커플을 포함시키면 정부의 재정부담이 커진다고 하는 이유도 여러 법원에서 타당하지 못하다고 보았다. 혼인제도 중 국가재정에 영향이 없는 부분도 있으며, 정부의 자원절약이 중요한 문제이더라도 다른 타당한 이유 없이 특정 집단을 ‘자의적으로’ 지목하여 불이익을 주는 것은 차별의 ‘합리적인’ 이유가 되지 못하기 때문이다. *Varnum*, 763 N.W.2d at 902-904; *Windsor v. U.S.*, 699 F.3d 169 (2nd Cir. 2012). 오히려 동성혼의 인정으로 정부재정에 긍정적인 효과가 드러나, 뉴욕의 경우 결혼평등법(Marriage Equality Act)의 제정 첫해에 동성혼으로 인하여 약 \$259,000,000의 경제적 효과가 있었고, \$16,000,000의 뉴욕시 수입이 있었다. “NYC Same-Sex Marriages Generate \$259 Million in Economic Impact”. New York City Mayor Bloomberg. July 24, 2012.

115) 2013년 8월 현재 동성혼을 인정하는 국가는 네덜란드(2001), 벨기에(2003), 스페인(2005), 캐나다(2005), 남아프리카공화국(2006), 노르웨이(2009), 스웨덴(2009), 포르투갈(2010), 아이스랜드(2010), 아르헨티나(2010), 덴마크(2012), 브라질(2013), 프랑스(2013), 우르과이(2013), 뉴질랜드(2013) 등 15개국이다. 멕시코는 31개 주에서 동성혼을 모두 인정하지만 결혼이 가능한 지역이 한정되어 있다. 네덜은 동성혼을 인정하도록 법원의 명령이 있었으나 아직 입법이 되지는 않았다. 영국에서는 잉글랜드와 웨일즈지방에서 동성혼을 인정하는 법률이 통과되어 2014년부터 발효된다. 이외에도 독일, 오스트리아, 스위스, 헝가리, 아일랜드, 룩셈부르크, 리히텐슈타인, 체코, 콜롬비아, 에쿠아도르, 핀란드, 안도라 등에서는 시민결합 또는 동성파트너십을 인정한다.

엄격심사를 채택함으로써 적어도 소수자 보호의 문제나 인적 특징에 의한 차별에 관하여 입법형성권을 축소하는 정당성을 확보하는 효과가 있을 것이다. 다수지배 민주주의의 구조적 결함과 인격적 차별에 의한 인간존엄성에의 위협을 언급함으로써 헌법적 논의를 발전시키는 것도 중요한 의미가 있다고 본다.

나. 헌법 제36조 제1항의 혼인의 의미

우리 헌법 제36조 제1항에서 보장하는 ‘혼인과 가족생활’이 이성혼에 한정된다는 견해가 있다.¹¹⁶⁾ 위 조항의 해석과 관련하여 다양한 논의가 있을 것이나 이 글의 범위를 벗어나므로 여기에서는 동성혼과 관련하여 두 가지만 간략히 언급하고 넘어가고자 한다.

첫째, 헌법재판소는 지난 1997년 동성동본금혼을 폐기하면서 위 조항에 관하여 다음과 같이 실시하였다. “모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 한다.”¹¹⁷⁾ 이와 같이 혼인을 할 것인지 여부, 상대방을 ‘자유로이’ 선택하는 것이 ‘모든 국민’에게 보장된 권리라면, 이 명제에 따라 동성을 배우자로 선택하는 경우도 기본권으로서 보장됨이 타당하다고 보인다. 만일 그렇지 않고 이 권리에서 동성혼에 대하여 예외를 둔다면 ‘단 상대방이 동성이 아니라면’ 이라는 조건을 붙이는 것인데, 이와 같이 헌법상 기본권을 축소시키는 해석을 하는 것이 바람직한지는 의심스럽다.

둘째, 설령 위 조항에서의 혼인의 보장이 이성혼에 한정되더라도, 이것이 동성혼을 헌법적으로 금지하는 이유가 되지 않는다고 본다. 우선, 문언상으로는 헌법제정자의 의도에 있어서나 동성혼의 ‘금지’를 유추할만한 근거는 없다.¹¹⁸⁾ 기껏해야 헌법 제36조 제1항이 동성혼에는 적용되지 않는다고 방어적 해석을 할 수 있는 정도일 것이다. 그렇다면 동성커플이 위 조항에 의하여 보호받지 못하더라

116) 이준일, 헌법상 혼인의 개념, 앞의 글, 191쪽; 조홍석, 앞의 글, 231쪽 참조.

117) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등 결정.

118) 이준일, 헌법상 혼인의 개념, 앞의 글, 187쪽 (헌법제정자는 동성간 혼인의 허용여부에 대해 가치결단을 내리지 않았으며 혼인의 개념에 대한 헌법해석의 문제로 남겨둠) 참조. 독일의 경우, 기본법 제6조 제1항에서 보호하는 혼인을 이성혼에 한정하여 해석하였지만, 혼인과 동등하거나 유사한 권리와 의무를 동성커플에게 인정한다고 하여 혼인제도에는 아무런 피해가 없으며 다른 동거형태를 차별하라는 요청은 위 조항으로부터 도출할 수 없다고 하여 동성파트너제도에 대하여 합헌을 선고하였다. BVerfGE 105, 313-365 (2002. 7. 17.).

도 여전히 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 따라 민법상 혼인을 포함하여 이성커플에게 적용되는 가족제도의 혜택을 동등하게 적용받을 법적 권리를 인정하는 것이 가능하다.¹¹⁹⁾ 미국 헌법에서도 결혼권과 평등권을 모두 기본권으로 인정하고 있지만 많은 법원들이 동성혼에 대한 판단에서 결혼권을 언급할 필요도 없이 평등권에 의하여 동성커플에게 혼인에 대한 권리를 인정할 것과 유사한 접근이라 할 수 있다.¹²⁰⁾

V. 결 론

동성애자의 평등권에 관한 쟁점이 던지는 화두는 단순히 동성애자에 국한된 것이 아니라, 소수자 차별 전반에 걸쳐 헌법상 평등권이 어떠한 의미를 가져야 하는지 더욱 근본적인 문제를 돌아보게 한다. 우리나라에서는 그 동안 상대적으로 소수자 문제가 부각되지 못하였으며,¹²¹⁾ 마치 모든 사람이 똑같은 정도의 정치적 기회와 역량을 가지고 있는 것처럼 가정하는 경향이 있었다. 헌법재판소가 다층적 심사구조를 도입하였으나 형식적 구분 이상으로 실질적 의미를 찾지 못했다고 보이고, 헌법적으로 인간의 존엄성을 강조하면서도 인격적 특징을 이유로 한 차별에 대하여 특별히 주의를 기울이지 못했다.¹²²⁾ 결과적으로 평등권이 입법기술상의 불합리성을 교정하는 데에는 효과적이었을지 모르나, 양성평등의 문제를 제외하고 소수자에 대한 광범위한 차별을 교정하는 데에는 소극적이었다고 생각된다.

동성혼이 던지는 화두도 사실은 혼인에 대한 권리를 보장받는 것 이상으로, 동등한 사회적 지위를 회복하려는 평등의 의미가 크다. 혼인을 통하여 실질적인 혜택을 얻고자 하는 동기가 동성혼을 주장하는 주요한 이유이겠지만, 어쩌면 더욱 중요한 이유는 ‘모든 국민’에게 보장된다는 혼인과 가족구성 기회에서 배제

119) 조홍석, 앞의 글, 232쪽 참조 (동반자관계에 혼인과 동등한 효력을 부여하는 것은 평등원칙에서 요구되는 동시에 인간의 존엄성·행복추구권에서 유래하는 성적자기결정권의 내용인 혼인의 상대방을 선택할 수 있는 권리로서 국가가 보호해야 할 의무가 있음. 다만 이 논문에서는 혼인이 아닌 혼인유사제도를 상정함).

120) 정극원, “혼인의 자유에 관한 헌법재판소의 판례의 동향,” 『세계헌법연구』 제14권 제1호 (2008), 299쪽 이하, 307쪽 (혼인과 가족에 관한 많은 헌법재판소 결정들이 평등권을 척도로 삼음) 참조.

121) 김문현, 앞의 글, 125-126쪽; 김현철, 앞의 글, 160쪽 참조.

122) 이부하, 앞의 글, 278쪽 참조.

되고 싶지 않다는 동기일 수 있다. 배제된 소수자의 지위에서 벗어나 평등한 존재로 법 앞에서 인정받는 것, 그 자체가 인간의 존엄성과 인격실현의 핵심이기 때문이다. 그런 의미에서, ‘아직 사회가 준비가 되지 않았기 때문에’라는 이유는 헌법재판소가 차별을 정당화하는 이유로 타당하지 않다고 본다. 편견이나 고정관념이 있는 소수자의 문제에서 거의 언제나 사회는 아직 받아들일 준비가 되지 않았고, 그러한 불평등을 유지하려는 다수에 대하여 “기본권 중의 기본권”¹²³⁾인 평등의 중요성을 일깨워주는 역할을 하는 것이 헌법재판소이어야 하기 때문이다.

123) 헌재 1989. 1. 25. 88헌가7 결정.

제129회 발표회 지정토론문

발제문: 동성혼과 평등권 심사기준

- 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로

발제자: 김지혜(헌법재판소 헌법연구원)

일시 및 장소: 2013. 9. 4.(목) 헌법재판소 2층 회의실

김 민 중*

1. 서언

동성커플에 대하여도 혼인 또는 혼인에 준하는 법적 보호를 할 필요가 있다고 사실에는 충분히 공감된다. 그러나 아직 국내에서는 동성커플의 법적 지위를 보호하는 법률이나 규정은 전혀 없다. 물론 동성커플을 규율하는 규정이 없다고 하더라도 판례 등을 통하여 동성커플이 법적으로 보호받을 수는 있으나, 역시 동성커플의 법적 지위를 인정한 판례는 찾아 볼 수 없고, 또한 동성커플의 법적 보호에 관한 문제가 다투어진 사례도 거의 전무하다. 이미 언론을 통하여 알려진 바와 같이 바로 2013년 9월 9일 김조광수감독과 김승환(레인보우팩토리 대표)이 국내 첫 동성결혼식을 올린다고 하므로, 앞으로 국내에서 동성결혼의 허용 여부나 동성커플의 법적 보호에 관한 문제가 수면 위로 떠올라 다양한 논의가 전개되리라 생각되며, 만약 혼인신고가 수리되지 아니하여 법적 다툼으로 이어지고, 결국 헌법소원에까지 이르게 된다고 하면 국내에서도 동성혼 내지 동성커플의 보호에 관한 판단이 내질 수밖에 없는 상황이 생기리라고 추측된다. 그리고 동성혼에 대한 헌법적 결단이 필요하게 될 때에는 얼마 전 미국에서 내려진 연방대법원의 원저판결에서 제시된 위헌심사기준이 국내에서도 참고자료로 크게 의미를 지니리라고 여겨진다.

* 전북대학교 법학전문대학원 교수

법의 역할은 무엇보다도 사람의 자유와 권리의 보호에 있다고 생각하면 동성애자가 가지는 성적지향의 자유와 권리도 보호되어야 마땅하다고 생각된다. 성적 소수자에 해당하는 동성애자에게도 자기의 성적지향에 대한 법적 보호가 필요하고, 각자가 자신이 원하는 성적지향을 법적으로 인정받고 그 성적지향을 기본으로 하여 다른 사람과 동일한 삶을 영위하는 경우가 헌법상 보장되는 평등권의 실현이고 동성애자 자신의 인간존엄과 행복추구에 있어서 본질적인 의미를 가진다고 할 수 있다. 어느 한 사람의 성적지향은 근본적으로 개인적 영역에 속하는 자신의 존재양식 또는 삶의 기본양상에 관한 결단으로서의 성격을 지니므로, 그 성적지향은 법적으로도 그에 상응한 존중을 받아야 마땅하다고 보지 않을 수 없다. 이미 법률상 국가인권위원회법 제2조 제3호는 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的)지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 특정한 경우(물론 혼인은 포함되지 아니한다)에 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 “평등권침해의 차별행위”로 규정하고 있고, 역시 군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률 제6조도 군수용자는 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 용모 등 신체조건, 병력(病歷), 혼인 여부, 정치적 의견 및 성적(性的)지향 등을 이유로 차별받지 아니한다는 규정을 두어 성적지향에 따른 차별이 금지된다고 하는 사실을 천명하고 있다. 그러나 다른 한편으로 동성애자도 역시 사회의 한 구성원으로서 사회생활을 영위하는 이상 동성애자의 행위나 삶이 갖는 사회적 의미를 전적으로 무시하거나 도외시할 수는 없고, 사회 속에서 동성애자의 행위나 삶이 갖는 의미도 함께 고려하지 않으면 안된다.

2. ‘혼인’이란 이성혼인가, 동성혼까지 포함할 수 있는가

헌법 제36조는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 헌법 제36조 제1항이 혼인과 가족생활이 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다고 규정하고 있으므로, 헌법 제36조는 혼인을 양성, 즉 남성과 여성의 결합을 의미하며 동성혼은 포함시키지 않고 있다고 생각된다. 또한 헌

법 제36조 제2항에서 모성의 특별한 보호를 규정하고 있는 취지도 혼인이나 가족 생활이 부(남성)와 모(여성)를 전제로 영위된다는 사실을 가리키고 있다고 생각되므로, 헌법상의 혼인개념에는 이성혼만이 포함되고 동성혼은 엄두에 두고 있지 않다고 판단된다.

민법상 혼인을 정의하고 있는 규정이 없다. 민법 제812조는 오로지 “혼인은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다”고 규정하고 있으므로, 엄밀한 의미에서는 명시적으로 혼인이 양성의 결합이라고 밝히지는 않고 있다. 또한 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제71조도 혼인의 신고서에 기재하여야 할 사항으로 (i) 당사자의 성명·본·출생연월일·주민등록번호 및 등록기준지(당사자가 외국인인 때에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호), (ii) 당사자의 부모와 양부모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호, (iii) 민법 제781조 제1항 단서에 따른 협의가 있는 경우 그 사실, (ii) 민법 제809조 제1항에 따른 근친혼에 해당되지 아니한다는 사실만을 요구하고 있을 뿐이고, 어디에도 ‘양성’이어야 한다고 하는 내용은 없다. 그러므로 문언상으로는 동성의 혼인도 가능하다고 볼 여지가 있다. 다만 민법상 혼인과 관계되는 많은 규정에서 혼인을 전제로 ‘부(夫) 내지 남편’ 또는 ‘처(妻) 내지 아내’라고 하는 표현을 사용하고 있으므로, 한편 생각하면 혼인은 양성으로서 부처(夫妻)의 존재를 상정하고 있다고 이해할 수 있다.

현재 국내에서는 혼인을 사회적으로 부부로 인정되는 1남 1녀의 종생에 걸친 정신적·육체적 결합이라고 보는 입장이 통설적인 견해이다. 또한 법원도 “비록 혼인제도의 의미가 만고불변의 진리는 아니고 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 따라 변화할 수는 있으나 현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미하고, 아직 그 의미에 있어서 변화를 찾을 수 없다”¹⁾고 하거나, “혼인은 종생의 공동생활을 목적으로 하는 1남 1녀의 도덕상 및 풍속상으로 정당시되는 결합”²⁾을 가킨다고 하여 혼인은 이성혼만을 의미하고, 아직 동성혼을 혼인으로 인정하기는 어렵다는 태도를 보이고 있다. 적법한 양성의 결합만을 정당한 법률상의 혼인으로 보호할 수 있다고 보는 태도 아래에서는 동성애관계 내지 동성커플은 혼인장애사유에 해당한다. 또한 동성애관계는 사회관념상 혼인적 공동생활관계라고 볼 수 없고, 동성애관계를 유지할 의사를 가지고 ‘혼인의사’라고 볼 수는 없으므로, 혼인으로서

1) 인천지방법원 2004.7.23. 선고 2003드합292 판결 참조.

2) 대법원 1960.08.18. 선고 4292민상995 판결.

는 무효라고 본다. 현실적으로 동성애자 2인이 혼인신고서를 제출하면 대체로 혼인인사의 결여 혹은 혼인장애사유를 이유로 수리가 되지 아니하리라고 본다.

3. 혼인법과 성적지향을 차별하는 개별법률에 대한 차별적 검토

1) 혼인의 효과로서 배우자가 가지는 법적 지위

미국에서는 캘리포니아를 포함한 13개주와 워싱턴DC 등 동성결혼이 합법화된 지역에서 결혼한 동성부부는 이성부부와 마찬가지로 상속세의 감액, 건강보험의 적용, 유족보상금의 수령과 같은 사회보장제도 등 1,000여 가지의 혜택을 누리게 된다고 한다. 역시 국내에서도 혼인을 통하여 배우자로서의 지위를 가지게 되는 등 여러 가지 효과가 주어진다. 민법상으로뿐만 아니라, 형법상, 소송법상, 각종의 연금법이나 보험법상 등으로도 혼인상의 배우자인가에 따라서 여러 가지 법적 지위의 차이가 생긴다.

예를 들어 민법상으로는 서로 배우자로서 친족이 되고 상대방의 혈족에 대하여 인척관계가 성립할 뿐만 아니라, 동거·부양·협조·정조의 의무, 성년의제, 부부재산제, 상속권 등이 인정되고, 파탄이나 이혼에 따른 문제가 생긴다. 형법상으로는 배우자라는 이유로 형벌이 감경되거나 가중될 수 있다. 소송법상으로도 증인증언거부 등과 같은 효력이 생긴다. 또한 각종의 연금법이나 보험법상 동성혼이 혼인으로 인정되면 동성혼상의 배우자도 유족 또는 가족의 범위에 포함되어 유족연금의 지급이나 보험금의 청구 등이 가능하다.

2) 혼인법의 위헌 여부에 대한 판단

국내에서는 미국의 결혼보호법과 같이 결혼 내지 혼인을 일률적으로 규율하는 법률이 없다. 당연히 혼인과 관련되는 주요한 규정은 민법을 통하여 규율되고 있다.

국내에서는 혼인법상 혼인을 정의내린 규정이 없다. 그리고 동성혼은 금지하고 이성혼만을 혼인으로 보는 적극적인 규정도 없다. 민법상의 혼인에 관한 규정은 혼인의 개념을 적극적으로 규정하지 아니하고, 몇 가지 혼인장애사유를 열거하여 그 혼인장애사유에 해당하지 아니하는 혼인을 적법한 혼인으로 인정하고 있다. 대표적인 혼인장애사유로 혼인인사가 결여된 혼인을 들 수 있고, 민법 제 815조 제1호는 ‘당사자간에 혼인의 합의가 없는 때’에는 혼인이 무효가 된다고 규

정하고 있다. 실무상으로는 혼인의사가 결여된 혼인신고서에 대하여는 가족관계 등록관청에서 혼인신고를 수리하지 않고 있으므로, 아마도 동성혼에 따른 혼인신고서를 제출하면 현재는 동성애관계를 할 의사를 가지고 혼인의사라고 볼 수는 없다는 이유로(특히 법원이 혼인제도가 역사적으로 형성되어 온 배경과 헌법 및 민법이 예정하고 있는 혼인제도를 감안하면 혼인의 당사자는 남녀간을 의미한다고 보므로) 혼인신고서가 수리되지 않을 가능성이 크다.

만약 동성애자의 혼인신고서가 수리되지 않으면 법적으로 다루고, 최종적으로 동성혼을 거부한다는 이유로 헌법소원을 제기하는 경우에 동성혼의 거부가 성적 소수자로서의 동성애자에 대한 평등권의 침해인가를 판단할 때에 미국의 경우와 달리 아래와 같은 문제가 생길 수 있다고 본다.

i) 헌법 제36조 제1항이 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있으므로, 개인적으로는 헌법상의 혼인개념에는 남성과 여성, 즉 ‘양성’의 결합을 전제로 하고 있다고 생각된다. 그러므로 동성혼의 허용 여부에 관한 문제는 동성애자의 평등권에 관한 문제이기에 앞서 헌법 제36조 제1항을 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성 ‘또는 동성’의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 바꾸는 헌법개정의 문제가 선결문제가 되어야 하지 않을까 생각된다.

ii) 미국의 결혼보호법 제3조는 “혼인이란 한 남자와 한 여자 사이의 남편과 아내로서의 법적 결합만”(marriage means only a legal union between one man and one woman as husband and wife)을 의미한다고 분명히 규정하여 이성혼을 혼인개념으로부터 명시적으로 배제시키고 있고, “배우자란 남편 또는 아내인 이성의 사람만”(spouse refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife)을 가리킨다고 규정하고 있다. 그러나 국내에서는 민법상이나 그 밖의 법률상 혼인개념을 뚜렷하게 정하고 있거나 특별히 이성혼을 금지하거나 배제시키는 명문규정이 없다. 예컨대 혼인과 관련하여 “만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다”(민법 제807조)고 규정한 후에 “혼인은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다”(민법 제812조 제1항)고만 규정하고 있다. 민법 제815조가 혼인무효사유의 하나로 ‘당사자간에 혼인의 합의가 없는 때’를 들고 있을 뿐이다. 그리고 민법 제812조 제1항에 따른 혼인신고절차를 규정하고 있는 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제71조는 혼인신고의 기재사항으로 (i) 당사자의 성명·본·출생연월일·주민등록번호 및 등록기준지(당사자가 외국인인

때에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호), (ii) 당사자의 부모와 양부모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호, (iii) 민법 제781조 제1항 단서에 따른 협의가 있는 경우 그 사실, (iv) 민법 제809조 제1항에 따른 근친혼에 해당되지 아니한다는 사실을 열거하고 있다.

법률상 어디에도 이성혼만을 혼인으로 인정한다는 규정이 없고, 동성혼은 인정되지 아니한다고 규정도 없다. 문언상으로 보면 동성혼도 얼마든지 가능하다고 생각된다. 흔히 동성혼은 혼인의사를 인정할 수 없으므로, 민법 제815조 제1호에 의하여 무효라고 보나, 혼인의사가 없다는 주장도 사실은 혼인을 오로지 이성의 결합만으로 이해할 때에 가능한 주장이다. 만약 동성의 결합까지도 혼인개념으로 포섭할 수 있다고 보면 ‘종생토록 동성애관계를 유지할 목적으로 결합하는 경우’에도 혼인의사로 인정될 수 있지 않을까? 결국 국내의 상황에서는 동성혼을 금지하거나 이성혼만을 혼인으로 못박은 뚜렷한 규정이 없으므로, 구체적으로 어느 규정을 들어 헌법상의 평등권에 위반되는지를 가려내어 그 효력을 없애 주기를 요청하여야 하는가 하는 문제가 제기된다.

iii) 물론 헌법소원이 제기되어 동성혼을 거부하는 규정의 위헌 여부에 대한 판단이 필요할 때에 미국 원저판결이 참고는 될 수 있으리라고 생각된다. 다만 한편 국내상황에 원저판결이 그대로 적용되거나 원저판결에 따라서 판단하기는 곤란하다고 여겨진다.

원저판결을 참고할 때에는 국내의 경우는 미국의 상황과 많이 다르다는 사실을 우선 전제적으로 고려하지 않으면 안된다고 본다. 주지하다시피 국내에는 미국의 결혼보호법이 혼인과 배우자의 개념에 관하여 분명하게 ‘혼인’을 한 남자와 한 여자 사이의 남편과 아내로서의 법적 결합을 가리키고 ‘배우자’를 남편과 아내인 이성의 사람을 의미한다고 정의하고 있을 뿐만 아니라, 미국에서는 혼인이 주법의 영역에 속하고 현재 많은 주법(현재까지 13개주에 워싱턴DC)에 의하여 동성혼이 인정되며 1996년 결혼보호법이 제정될 당시의 상황을 보면 동성혼을 금지하는 법률이 성적지향에 대한 차별이라는 판결이 대두되고, 사회적으로 동성혼의 인정이 화두로 자리잡은 시점에서 연방차원에서 전통적인 이성혼을 방어하고 동성혼의 연방법적 효력을 막기 위하여 결혼보호법을 서둘러 제정하여 혼인을 이성혼으로만 규정한 사정이 인정된다. 그러나 국내에서는 법률상 혼인의 정의가 아직은 전통적 관념이나 해석, 판례에 맡겨져 있는 실정이고, 설령 혼인을 남녀의 결합에 의한 이성혼만을 가리킨다고 이해한다고 할지라도 동성애자를 ‘정치적 비 인기그룹’(politically unpopular group)으로 몰아 처음부터 해하거나 배제하려는 의

도가 존재한 경우라고 보기는 어려울 뿐만 아니라, 아직 동성혼에 대한 국가권력적 적대행위가 현출된 뚜렷한 정황을 찾아보기도 어렵다고 판단된다.

iv) 예를 들어 어느 동성애자의 동성결혼을 동성혼으로서 법적으로 인정하게 되면 그 혼인은 당사자인 동성애자의 법적 지위에만 효력이 미치지 않는 것이고, 예를 들어 서로 상대방의 혈족에 대하여 인척관계가 되므로, 그 동성애자의 동성혼은 자기 자신의 문제만이 아니고, 다른 사람의 문제도 된다고 하지 않을 수 없다. 또한 혼인은 개인적 문제일 뿐만 아니라, 사회적 의미도 크다고 할 수 있다. 그러므로 성적 소수자로서의 동성애자에 대한 차별로부터의 평등권의 보장이라고 하는 한 가지 잣대만으로 동성혼이 위헌인가 여부를 판단할 때에 위험이 따를 수 있다고 하지 않을 수 없다.

3) 혼인과 관련된 개별법률의 위헌 여부에 대한 판단

혼인은 이른바 형식주의에 의하여 ‘**「가족관계의 등록 등에 관한 법률」**에 정한 바에 의하여 신고함으로써’ 성립하므로(민법 제812조 제1항), 사실 사실혼의 법적인 보호도 민법상의 혼인의 예외적인 상황이라고 할 수 있다. 그리고 사실혼은 민법상의 혼인에는 해당하지 아니함에도 불구하고, 여러 가지 법적 보호를 받고 있다. 그러므로 아직 동성혼이 법적으로 인정되지 아니하고 있는 상황에서도 동성커플이 관례 내지 관습법을 통하여 발전한 사실혼의 경우와 마찬가지로 법적 보호를 청구할 수 있다고 생각하며, 만약 받아들여지지 않는 경우에는 개별법률에 대하여 헌법적 판단을 받아볼 필요가 있다고 본다.

(1) 동성관계의 파탄시 재산분할

실제로 국내에서도 A라고 하는 여자가 여자 B와 1980년부터 2001년까지 20여년간 동거하면서 유사성관계를 맺는 등 사실혼관계를 유지하고, 공동의 노력으로 재산을 형성·유지하여 왔는데, B가 모든 재산이 B의 명의로 있게 되자 A와 A의 부모를 무시하고, A를 의심하며, 폭행과 협박까지도 하는 등 B의 책임 있는 사유로 AB간의 사실혼관계가 파탄된 사실을 주장하면서, B에 대하여 사실혼부당 파기로 인한 위자료 및 사실혼해소로 인한 재산분할을 구한 사례가 있다. 사례에서 2004년 7월 인천지방법원은 “혼인제도의 의미가 만고불변의 진리는 아니고 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 따라 변화할 수는 있다”고 판시하여 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 의하여 향후 동성혼이나 동성간 사실혼도 법적 보호의 범

위에 들어올 수 있다는 여운을 남기고 있으나, “현재 우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미”한다고 보고 비록 AB가 동성간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 온 경우라고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사라고 보기는 어렵고, 또한 그 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없어서, 동성간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다고 판단하여 A에 의한 위자료나 재산분할의 청구를 인정하지 않고 있다.³⁾

민법 제839조의2 제1항은 “이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다”고 하여 이른바 재산분할청구권에 관하여 규정하고 있다. 물론 이혼시 인정되는 재산분할청구권은 혼인이 전제가 된다. 혼인은 물론 법률혼을 말하나, 판례는 사실혼의 해소에 관하여도 재산분할청구를 일반적으로 긍정하고 있다.⁴⁾ 판례는 일반적으로 법률혼에 대한 민법의 규정 중 혼인신고를 전제로 하는 규정은 유추적용할 수 없으나, 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 경우에는 사실혼관계에도 준용 또는 유추적용할 수 있다고 본다.

판례가 표현한 ‘부부의 생활공동체라는 실질’이라는 표현에 착안하면 ‘부부’라는 표현이 마음에 걸리기는 하지만, 동성간 사실혼관계도 여하튼 ‘생활공동체라는 실질’이 존재하므로, 그 해소와 관련하여 재산분할청구가 인정될 필요가 있다고 본다(법리적으로 생각하면 2인으로 구성된 조합의 해산에 따른 청산관계의 법리로 해결할 수 있는 방법도 있다). 그러므로 동성간 사실혼관계에 관하여 재산분할을 인정하지 아니하고, 오로지 법률혼 내지 이성간 사실혼에 대하여만 재산분할을 인정하는 민법상의 규정에 대한 헌법적 판단이 필요하고, 평등권에 관한 한층 강화된 심사기준을 통하여 동성관계의 해소에 관하여도 재산분할이 인정되어야 한다고 본다.

(2) 임대차계약관계의 승계인으로서의 지위

외국을 보면 본격적으로 동성혼법이나 동성관계등록법이 제정되기 전부터 이미 동성애관계에 있는 사람(특히 동성애자)의 법적 보호와 관련하여 제기된 대

3) 인천지방법원 2004.7.23. 선고 2003드합292 판결.

4) 대법원 1995.3.10. 선고 94므1379,1386(반소) 판결 등 참조.

표적인 문제가 동성애관계를 맺고 있는 당사자 한쪽이 공동으로 사용하는 주택의 임차인으로서의 지위에 있는 때에 그 당사자 한쪽이 사망하면 임차인으로서의 지위를 생존상대방이 승계할 수 있는가 여부에 관한 문제라고 할 수 있다. 주택임대차보호법 제9조는 제1항, 제2항은 “임차인이 상속인 없이 사망한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자가 임차인의 권리와 의무를 승계하고, 임차인이 사망한 때에 사망 당시 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 아니한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다”고 규정하고 있다. 그러므로 임차인으로서의 지위를 가지고 있는 동성커플의 당사자 한쪽이 사망한 경우에 그 상대방을 주택임대차보호법이 말하는 「사실상의 혼인관계에 있는 자」로 인정할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 사실혼을 오직 혼인신고를 하지 않은 이성간의 부부생활공동체를 의미한다고 해석하면 동성커플의 당사자에 대하여는 주택임대차보호법에 따른 주택임차권의 승계권이 인정되지 아니한다. 그러나 주택임대차보호법 제9조를 유추적용하여 동성커플의 당사자에게도 주택의 임차권의 승계가 인정되어야 한다고 보며, 만약 주택임대차보호법 제9조가 동성커플은 배제하는 취지라면 위헌의 소지가 크다고 본다.

(3) 동성커플의 상속권

현재 상속에 의한 재산귀속은 거래의 질서와 관련하여 외부적으로 명백한 일정한 표식, 즉 혼인신고에 의한 가족관계등록부상의 기재를 통하여 확립적으로 처리하여야 할 필요가 있다고 하는 이유로 사실혼배우자의 상속권까지도 부정적으로 해석하고 있다. 그러므로 동성혼이나 동성커플관계가 법적으로 승인되지 아니하는 상태에서는 헌법적 심사를 통하여도 동성커플 사이에서 상속권이 인정되기는 어렵다고 판단된다. 다만 특별연고자에 대한 상속재산의 분여제도를 규정하고 있는 민법 제1057조의2를 통하여 동성커플 한쪽이 특별연고자로서 다른 한쪽이 남긴 재산의 분여에 참여할 수는 있다.

(4) 인공적 방법에 의한 자녀의 임신·출산

인공수정이나 체외수정에 의한 임신·출산은 혼인부부뿐만 아니라, 의료기술적으로는 미혼녀나 여성커플에게도 가능하고, 또한 대리모에 의한 임신·출산은

통해서는 독신인 남자나 남성커플도 자녀를 가질 수 있다. 그러므로 동성관계에 있는 커플이 여성·여성인 경우에는 자녀를 출산하기 위하여 제3자의 정자에 의한 인공수정이나 체외수정을 할 수 있는가, 남성·남성인 때에는 제공받은 난자를 통한 인공수정·체외수정에 통하여 대리모임신이 허용되는가 하는 문제가 생긴다. 아직 국내에서는 인공임신을 규율하는 법률이 없으나, 인공임신을 규율하는 법률을 이미 제정한 외국을 보면 인공수정·체외수정·대리모임신 등과 같은 인공생식기술은 단지 법적인 혼인부부 혹은 적어도 이성간 사실혼관계에 있는 경우에만 허용된다고 하는 명문규정을 두고 있는 경우가 많다.⁵⁾ 국내에서는 확실상 인공생식기술에 의한 임신·출산은 단지 혼인부부에 대하여만 인정되어야 한다고 보는 견해가 유력하지만, 이른바 싱글맘의 출현에서 알 수 있듯이 실제로는 혼인부부가 아닌 경우에도 인공생식기술이 실시되고 있는 형편이고, 만약 법률상의 이성혼부부나 이성간 사실혼부부에 대하여만 인공생식기술을 허용하는 법률이 장차 제정된다고 하면 동성커플이 자녀를 가질 권리를 침해하는 규정이 성적 소수자로서 동성애자를 차별하고 그 평등권을 침해한 경우인가 하는 위헌 여부에 대한 판단이 요구되리라고 본다. 다만 본래 자녀의 출산이란 부모가 되려는 사람의 욕구 실현에 그 목적이 있지 아니하고, 자녀의 이익 내지 자녀의 복리에 대한 실현이 그 목적이 되어야 하므로, 동성커플에 대한 인공생식기술의 허용 여부에 대한 헌법적 판단을 할 때에는 자녀의 이익 내지 자녀의 복리를 함께 고려하여 신중한 검토가 요구된다고 본다. 그러므로 이성혼부부 혹은 이성간 사실혼부부에게만 인공생식기술을 허용하는 규정이 있더라도 선뜻 위헌으로 판단하기는 곤란하다고 생각된다.

(5) 입양

민법상으로는 성년자이면 기혼과 미혼, 남자와 여자를 묻지 아니하고 양친이 될 수 있다(민법 제866조). 그러므로 동성애관계를 맺고 있는 당사자 한쪽은 성년자인 한 얼마든지 입양을 할 수 있다. 다만 배우자 있는 사람이 양자를 할 때에는 공동으로 하여야 하므로(민법 제874조 제1항), 과연 동성커플이 부모로서

5) 예컨대 오스트리아인공생식의료법 제2조 제1항은 의학적으로 보조된 인공생식은 혼인(Ehe)과 혼인에 유사한 생활공동체(eheähnliche Lebensgemeinschaft)에 있는 부부에게만 허용된다고 규정하고 있다. 또한 스위스인공생식의료법 제3조 제2항은 인공생식은 (i) 스위스민법의 규정에 따라서 친자관계를 가질 수 있고, (ii) 연령이나 개인적 관계에 비추어 자녀가 성년이 될 때까지 자녀를 부양할 수 있는 부부에게만 (nur bei Paaren) 허용된다고 규정하고 있고, 역시 스웨덴체외수정법 제2조 제1항은 체외수정수술을 받는 사람은 혼인 또는 사실혼의 관계에 있어야 한다고 규정하고 있다.

자녀를 공동으로 입양할 수 있는가는 문제가 된다.

유럽에서도 동성커플등록제를 통하여 동성커플을 혼인에 유사하게 보호하는 법률이 제정된 초기에 입양까지 허용한 경우는 많지 않다. 동성커플의 공동입양을 허용하게 되면 가족관계증명서의 ‘아버지’(父)란에 기재된 사람의 성별이 ‘여(女)’로, 또는 ‘어머니’(母)란에 기재된 사람의 성별이 ‘남(男)’으로 표시됨으로써 동성커플의 외관이 현출될 수밖에 없고, 미성년자인 자녀는 취학 등을 위하여 가족관계증명서가 요구될 때마다 동성커플의 외관이 현출된 가족관계증명서를 제출할 수밖에 없다. 그러므로 동성커플의 허용 여부에 대한 찬반양론을 떠나 아직 국내의 상황으로는 동성커플에 대한 사회적 차별과 편견이 엄연한 현실이고, 그 현실에 대한 적응능력이 성숙되지 아니하고 감수성이 예민한 미성년자인 자녀를 사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출되도록 방치하는 태도는 부모 내지 친권자로서 뿐만 아니라, 사회구성원으로서의 기본적인 책무를 도외시하는 경우라고 하지 않을 수 없다. 결국 동성커플의 공동입양에 따른 부모 내지 친권자와 미성년자인 자녀 사이의 특별한 신분관계, 미성년자인 자녀의 복리에 미치는 부정적인 영향 등을 고려하면 동성커플에 의한 공동입양을 선불리 허용하기는 어렵다고 판단된다.

(6) 외국에서 인정되는 동성혼 또는 동성커플관계의 국내에서의 효력

외국에서 인정된 동성혼이 국내에서 어떤 효력을 가지는가에 관한 문제가 현실적으로 제기될 수 있다. 예를 들어 출입국관리법 제31조는 외국인등록에 관하여 외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 국내에 체류하게 되는 경우에 대통령령이 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 사무소장 또는 출장소장에게 외국인등록을 하여야 하고, 다만 「주한외국공관(대사관과 영사관을 포함한다)과 국제기구의 직원 및 그 가족」, 「대한민국정부와의 협정에 의하여 외교관 또는 영사와 유사한 특권 및 면제를 누리는 자와 그 가족」은 외국인등록을 요하지 아니한다. 그러므로 만약 미국에서 동성결혼을 한 주한미국대사관의 직원이 그 동성커플과 함께 동반입국하면 「가족」으로서 외국인등록의 면제를 받는 지위에 있는가 하는 문제가 생긴다.

외국에서 인정된 동성혼의 국내에서의 효력은 실질법적 문제가 아니라 국제사법상의 문제에 속한다. 국제사법상 혼인의 성립요건은 ‘각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다’(국제사법 제36조 제1항), 또한 혼인의 일반적 효력은 ‘부부의 동

일한 본국법'에 따른다(국제사법 제37조). 그러므로 미국인에 대하여는 미국에서 성립한 동성혼에 따라서 각 당사자 사이에는 혼인관계가 법적으로 인정되는 결과, 일단 동성혼의 당사자 사이에 출입국관리법이 가리키는 「가족」의 관계가 성립한다고 본다. 다만 국제사법상 외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 국내의 선량한 풍속 기타 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 적용하지 아니한다(국제사법 §10)고 하는 이른바 공서양속규정에 의하여 외국의 동성혼에 따른 법적 효과가 국내에서 그대로 인정될 수 있는가 하는 논의가 다시 제기될 수 있다. 국내에서도 법률상 성적지향에 의한 차별을 금지하는 명문규정(국가인권위원회법 제30조 제2항)을 두고 있다고 하는 사정을 고려할 때에 성적지향이나 동성혼이 국제사법 제10조가 가리키는 국내의 '선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우'에 해당한다고 보기는 어렵다. 그러므로 만약 국내에서 외국에서 맺어진 동성혼의 효력이 문제되는 경우에는 그 효력이 그대로 인정되어야 할 필요가 있다.

(7) 각종의 연금법상이나 보험법상의 동성커플의 지위

각종의 연금법(예컨대 공무원연금법, 국민연금법, 군인연금법, 사립학교교원연금법 등)이나 보험법(고용보험법, 산업재해보상보험법, 의료보험법 등)에서는 법률혼상의 배우자는 물론, '사실상 혼인관계에 있는 사람'도 유족이나 가족의 범위에 포함시켜 보호하고 있는 경우가 많다. 그러나 동성커플에 관하여는 규정이 없으므로, 혹은 동성커플은 유족이나 가족의 범위에 포함시키지 않고 있으므로, 성적지향에 대한 차별인가 하는 문제가 생길 수 있다. 단언하기는 어렵다고 보나, 점차 동성혼에 대한 인식의 변화 및 성적 소수자로서 동성애자의 결합에 대한 차별과 평등권의 보장에 관한 보다 강화된 심사기준의 적용을 통하여 각종의 연금법상이나 보험법상으로도 동성커플의 법적 지위가 인정될 필요가 있다고 여겨진다.

4. 결어

국내에서도 향후 결합관계 내지 혼인관계로서의 동성애자의 법적 지위가 향상되어야 한다는 사실에 대하여는 이론이 없다. 다만 아무리 동성애자의 법적 지위에 대한 보호가 시급히 요청된다고 하더라도 동성결합관계를 당장 한 순간에

혼인관계로 판단하기는 무리가 있다고 생각되며, 동성결합에 대한 단계적 보호를 통하여 어느 정도는 불가피하다고 생각되는 사회적 충격을 완화시킬 필요가 있다고 본다. 그러므로 동성혼이나 동성결합에 대한 법적 효력을 헌법적으로 판단할 때에도 혼인과 관련된 동성결합에 관하여는 (i) 먼저 개별규정을 통하여 동성관계의 법적 효력을 인정할 수 있는가를 검토하고(지금 당장이라도 몇 개별규정에 관하여는 강화된 심사기준을 적용하여 평등권에 위반된다고 판단할 수 있다고 본다), 개별적, 구체적인 상황에서 어느 정도 동성관계의 보호에 관한 사회적 합의가 성립한 시기에 도달하면 (ii) 독일 등 유럽에서와 같이 동성커플등록제도를 통하여 혼인에 유사한 법적 지위를 인정하고, 후에 어느 때인가 동성혼도 혼인으로 보아야 한다는 사회적 합의가 성립한 때에 최종적으로 (iii) 미국에서 최근 내려진 원저판결과 같이 헌법상의 평등권에 관한 심사기준을 강화하여 동성혼을 인정하는 태도로 나갈 수 있다고 생각된다.

제129회 발표회 지정토론문

발제문: 동성혼과 평등권 심사기준

- 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로

발제자: 김지혜(헌법재판소 헌법연구원)

일시 및 장소: 2013. 9. 4.(목) 헌법재판소 2층 회의실

오 정 진*

1. 혼인과 헌법: ‘만들기’와 그 권한

혼인

- 두 사람의 사랑
- 새로운 시작(A. Badiou)
- 같이 겪기
- 유일한 양식: ‘법률혼’
- ‘제도적 보장’과 그 경계(G. Agamben)

헌법

- 구성원들의 지향
- 공통공간, 정치의 창출(H. Arendt)
- “근데, 이게 맞나요?” “이래도 되나요?”

* 부산대학교 법학전문대학원 교수

2. 법의 능력과 임무: 듣기

- “법 앞에서”(Kafka) 두드리기/법 안에서 듣기
- Hear/Listen: 들려야 하고 들어야 한다. “너의 목소리가 들려”
- 삶과 법 간에는 많은 경우 통역이 필요하고(J. Butler), 때론 길을 잃는다 (<Lost in Translation>).
- “나 여기 있어”(P. Ricoeur): 라고 언제나 제때 대답하지는 않는다. “법아, 너는 어디 있었느냐?”(하인리히 뵐)

3. 법의 또 다른 능력: 만져지고 만지기

- 문 너머의 법, 그저 바라보기만 했던 법
- 위에서 말씀하셨던 법
- 법에 닿고 싶어하는 사람들: ‘만져보고 싶다’, “한 번 만져봐도 돼요?”
- 생각 속에서/주머니 안에서 만지작거리던 법
- 법을 만지는 살아 있는 것과 살아 있지 않은 것
- 만지는 법(Jean-Luc Nancy)

4. 지금 저 문 앞의 이에게 헌법은...

- 어떻게 듣고 어떻게 대답할 것인가?
- 맨 팔을 내어줄 것인가?
- 어떤 손길로 사람/사랑/마음을 만질 것인가?
- 어떤 헌법이어야 한다고 생각하는가? 헌법은 어떠한가? 한다고 생각하는가?
- 어떤 사회/미래를 바라는가?

제129회 발표회 토론요지

사 회 자(서울시립대 이상경교수) : 추석이 목전에 있기 때문에 가족이라고 하는 부분에 대해서 생각을 하게 되는 시기입니다. 그런 시기에 가족이라고 불리지 못하는 그런 가족을 구성하고 있는 분들에게 상당히 시사적인 의미를 부여할 수 있는 미국 연방대법원의 판결이 내려졌기 때문에 굉장히 시의적절한 발표주제이고, 거기에 사회를 맡게 돼서 더 뜻깊게 생각합니다.

오늘 동성혼과 평등권의 심사기준이라는 제목 하에 DOMA 즉 미국연방정부의 결혼보호법에 관한 위헌판결을 중심으로 논의하게 되겠습니다. 동성애와 동성결혼이라는 두 가지 측면을 함께 조명해볼 수 있는 그런 계기가 될 것으로 생각합니다.

자유와 제도라고 하는 측면은 같이 있으면서도 또 별개로 고려해 봐야 될 부분이기 때문에 동성결혼이라는 것은 동성애자가 성적인 취향을 강조하는 자유의 문제와, 그것을 제도화시키는 문제가 결합되어 있습니다.

<주제발표자 발표>

사 회 자 : 기본적으로 동성애를 할 권리, 그리고 동성애자로서 우리 사회라는 기준의 틀 안에 살면서 차별받지 않을 권리, 더 나아가서 동성애자들이 정식으로 제도권의 법적인 유대 법적 관계로 발전할 권리 이런 다단계적인 구조를 가지고 있다고 저는 생각합니다.

그 안에서 지금 김지혜 박사님께서는 로렌스 판결에서 인정되어 있는 프라이버시권으로서의 동성애의 권리 측면에서의 접근보다는, 기준의 틀 안에서 동성애자들이 차별받지 아니하고 더 나아가서 합법적인 관계로서 입법자에 의한 존중을 받을 수 있는 단계까지 나가는 방향으로 법제도가 발전되고 운영되어야 한다, 그것의 핵심이 바로 평등권에 관한 논의다, 이렇게 말씀을 주셨습니다.

민법적으로 민사 관계적으로 동성혼이라는 것을 수용하기 위해서 전제되어야 하는 다른 규범적인 모색방향에 대해서 김민중 전북대학교 교수님으로부터 토론을 들어볼까 합니다.

<지정토론자(전북대학교 김민중 교수) 토론>

사 회 자 : 방대한 민법적인 관점들을 잘 정리해 주셨습니다. 헌법 제36조는 이성혼만을 의미하지만, 민법은 동성혼을 배제한 규정이 없기 때문에 이성혼만을 규정하고 있는 것으로 판단하기 어렵다고 말씀하셨습니다. 그렇기 때문에 관련된 사건이 현실화 될 때는 위헌법률심판대상이 되는 규범이 어떤 것으로 되어야 될지에 관한 질문을 하셨습니다.

입양 그리고 인공적 방법에 의한 자녀의 임신·출산 이런 부분들은 자녀의 이익을 위한 것이기 때문에 다른 차별적인 지위에 있을 수 있고, 동성혼커플의 입양이나 인공적 방법에 의한 자녀의 임신·출산도 부정적으로 보았습니다. 발표자는 현실적으로 입양같은 것들을 통해서 동성혼이 실질적인 의미를 부여받을 수 있는 것이 아니냐는 반대의 입장입니다.

발 표 자 : 일단 헌법 규정의 ‘양성 평등’이라는 문구를 이유로 결혼이 남녀 사이의 결합으로 제한된다는 해석이 있는 것 같은데, 그것이 동성혼을 금지한다고 보기는 어렵다고 봅니다. 금지하는 것이 아니다 보호한다는 헌법이 동성혼 인정과 충돌한다고 보기는 어렵다고 생각합니다.

양성 평등이라는 부분이 과연 부부를 의미하는 것인가 제가 관례를 좀 살펴 보았습니다. 호주제사건이나 여러 가지 양성 평등에 대한 판결들을 보면 반드시 부부를 상정한다기 보다 어떤 가족 내에서의 남성과 여성, 아들과 딸 굉장히 넓은 범위에서 해석하고 있는 것처럼 보이기도 합니다. 남녀의 결혼관계를 상정한 것이었다기 보다는, 오히려 유교에서의 남아선호 내지 남계혈족주의 이런 것을 상정한 조항은 아닌지 생각합니다.

그리고 어떤 조항을 현재의 심판대상으로 삼을 것이냐는 사실 핵심쟁점입니다. 물론 지적하신 것이 맞습니다. 원저 사건 같은 경우에 명시적으로 남녀로 정하는 조항이 있었습니다.

그런데 사실은 결혼에 대한 권한을 미국에서는 기본적으로 주가 가지고 있기 때문에 어떻게 보면 주대법원의 판결이 더 중요한 의미가 있을 수 있습니다. 말씀드린 것처럼 메사추세츠를 비롯해서 코네티컷 주, 아이오와 주 이렇게 해서 다 주대법원에서 위헌판결을 하면서 동성혼이 인정되기 시작했는데, 이 사례들을 보면 우리나라하고 거의 같습니다. 아무런 규정이 없었던 것입니다. 예전에 그냥 이성혼만 받아들였는데 동성혼 신고를 하러갔는데 그것을 받아들이지 않아서, 거

기서부터 평등권에 대한 심사가 이루어진 것입니다.

그런데 여기서는 합리성심사로도 충분히 위헌이라고 해서 꼭 합리성 심사라고 해서 반드시 합헌으로 간 것은 아니었습니다. 캘리포니아나 코네티컷 주같은 경우에도 마찬가지로 신고 수리를 거부했기 때문에, 우리나라하고 비슷한 사정으로 동성혼을 받아들이지 않는 것이 위헌이라고 해서 동성혼이 판례로서 인정되기 시작했습니다. 또 DOMA하고 비슷한 법이 주 단위에서 있는 경우가 있습니다. 아이오와 주같은 경우가 남·녀의 결합으로 정의하는 법을 만들었고, 그것을 깨면서 동성혼을 인정한 케이스입니다. 그래서 약간 주 별로 보면 조금씩 다른 것을 알 수 있습니다.

자녀 입양에 관련해서는, 사실 가장 경계해야 될 것이 생각으로만 판단하는 것입니다. 실제로 그런가, 이성혼 관계의 자녀는 정말 행복한가의 질문입니다. 많은 불미스러운 일이 이성혼 가족에서도 자녀에 대해서 일어나는 것도 사실이고요.

어떤 자녀의 복리입장을 부모의 성으로 과연 볼 수 있을까요? 만약 부모로 이루어진 정상 가족의 자녀만 가장 행복하고 자녀의 복리에 가장 적합하다고 상정한다면, 어떤 비혼모 가정이나 극단적으로 주변에 많이 있는 기러기 가족까지도 통제해야 되는 것 아니냐, 이런 논의까지도 나올 수 있습니다. 조부모가 양육하는 자녀나 이런 많은 다양한 실제의 가족구성의 상황을 어떻게 보고, 어떤 경우의 자녀의 복리가 우선되느냐라고 볼 것인가가 문제입니다.

미국에서 이것이 굉장히 중요한 쟁점이 되었음에도 불구하고, 오히려 원저 판결에서는 동성혼을 인정하지 않는 것이 자녀에게 해롭다고 판결한 것입니다. 오히려 인정하지 않는 것이 자녀에게 낙인을 준다고 본 것입니다. 실제로 부모의 성이 직접적인 영향이 없다는 사회과학적인 데이터들이 근거가 되지 않았나 싶습니다.

대법원이 성전환자관련 판결에서 자녀의 복리를 위해서 가족관계등록부에 외연상 동성에 관계가 있는 것에 대해서 경계를 했습니다. 그런데 이런 논리는 사실 현존하는 차별을 근거로 차별을 정당화하는 것으로, 이런 논리를 사용하는 것이 바람직한 것인지 의문입니다. 이렇게 된다면 현존하는 차별은 영원히 해결할 수 없습니다. 오히려 가족관계등록부를 개선하고 차별을 금지하는 쪽으로 가는 것이 더 맞다는 생각이 듭니다.

지정토론자(부산대학교 오정진 교수) : 저는 헌법재판소에서 이 문제를 다루니까, 일단 혼인과 헌법의 관계 그런 것들 생각해 보았는데 양쪽이 유사성이 확실하게 있는 것 같습니다. 구성원들이 새로 뭔가 시작한다는 것. 더 결정적인 유사성은 법의 이름이 중간에 개입되면서 거의 독점적인 권한이 있다는 것입니다. 사실 둘이서 같이 살고 하는 것은 혼인할 필요도 없는데, 사회적으로 소위 인정되는 것은 법률혼만이 유일합니다. 헌법 역시도 ‘이거 맞는 얘기에요’라고 헌법에서 확인을 받아줘야 되는 것입니다.

지금 동성혼에 관련된 것도 이런 상황에 있는 것 같습니다. 독점적인 권한을 갖게 된 제도적인 보장이 있는 것입니다. 그런 것들은 사실 어떻게 보면 습관입니다. 제도 자체가 습관인데, 동성혼과 같이 그 경계에 대한 질문이 있지 않는 한, 그 정당성에 대해서 질문자체가 제기되지는 않습니다.

많은 경우 동성혼을 소위 인정할 것인가 허용할 것인가, 그런 식의 시선구조를 가지고 있는데 저는 오히려 질문 안으로 돌려야 되지 않을까 생각합니다. 도대체 왜 법률혼만이 혼인으로 되는가에 대해서.

발제에서도 나왔지만 재생산 이런 것들은 정당성 주장이 거의 이제는 희박해졌습니다. 지금 헌법의 앞에 섰는데 발제자도 ‘법 앞에서’라는 얘기를 하셨습니다. 카프카의 유명한 ‘법 앞에서’라는 알레고리를 사용할까 합니다. 지금 우리 시민들은 마냥 기다리지는 않습니다. 시골남자처럼. 죽을 때까지 기다리는 사람들은 아닙니다. 타이밍이 있는 겁니다. 오히려 적극적으로 문을 두드립니다. 이럴 때는 들리느냐 또는 들을 수 있는 능력이 있느냐의 문제가 중요하게 제기된다고 생각합니다.

요즘 ‘너의 목소리가 들려’라는 법정드라마가 있습니다. 듣지 않으려 하더라도 들려야 됩니다. 그것이 헌법이 가지고 있는 민감성이라고 생각합니다. 그런데 지금 두드리고 있는 자들도 사실은 그런 것들을 바란 것입니다.

모든 사람이 다 똑같은 행색으로 똑같은 열망을 갖고 두드리는 것은 아닙니다. 카프카의 시골남자처럼 그냥 기다리라고 하니까 기다리지 뭐 하는 사람도 있을 것입니다. 여러 가지 유형이 있습니다. 그런데 지금 적어도 이 문제에 있어서는 어떤 법의 문이 아무리 철벽방어라 할지라도, 베일에 쌓여 있어서 계속 빠져나간다 하더라도 어떤 방법이든지 두드릴 것입니다.

그래서 소리를 잘 파악하는 것이 중요합니다. 저쪽 법 문밖에서 들리는 소리가기 때문에 통역이 필요합니다. 그게 전 법의 해석이라고 생각합니다. 평등권의 해석, 헌법 제36조 제1항에 대한 해석. 헌법 제36조 제1항 얘기가 나왔으니 말씀

드리는데, 심지어 양성 평등에서 그걸 부부로 해석한다 하더라도 성이 두 개인가요? 섹스 젠더가 두 개인가요? 두 개가 아니라고 봅니다. 사람 수 만큼의 젠더와 섹스가 있다고 봅니다. 사실은 이분법에 사회가 익숙하고 그게 습관이고 관습이기 때문에 그런 것입니다. 사람의 성은 자기 스스로에게도 무한합니다. 제가 그런 관점을 갖고 있습니다.

어쨌든 잘 듣고, 중요한 것은 구조적으로 그렇게 들을 수밖에 없고 어떤 임무도 있기 때문에 듣기는 들습니다. 그런데 대답하는 것입니다. 누군가 법을 찾을 때, 호소할 때, ‘나 여기 있어.’라고 제때 결합을 해 줘야 합니다. 그래서 그런 다른 문제입니다.

듣는 것 응답하는 것 정도는 많은 분들이 얘기하셨는데, 그것은 저쪽의 상대를 ‘보고’ 하는 것입니다. 상대가 저쪽 밖에 있거나, 아니면 문 앞에 있더라도 내가 만지면서 확인하는 존재가 아닙니다. 이걸 알레고리이고 이미지로 생각하시면 될 것 같습니다.

최근에 제가 데리다(Jacques Derrida)하고 장 룽 낭시(Jean-Luc Nancy)를 좀 많이 읽고 있는 데, 살아있는 사람들의 존재와 관계는 굉장히 육체적이고 물질적입니다. 맞닿은 두 손과 두 몸, 포옹하는 자세, 키스하는 것들, 눈물, 고통 이런 것들은 상당히 생생하게 살아있는 몸 자체입니다. 몸을 만질 수 있어야 되는 것 아닌가, 직접적으로 손을 대면서 만질 수도 있지요. 그렇지만 시선을 통해서도 만질 수 있고, 목소리를 통해서도 만질 수 있고, 느낌을 통해서도 만질 수 있는 것입니다. 장 룽 낭시가 그런 얘기를 합니다.

이제까지 사람들에게 법이라는 것, 특히 헌법이라는 것에 많이 호소는 했지만, 그렇게 만져주는 느낌- 제가 오늘 기차를 타고 오면서 초가을의 따사로운 햇살을 받아서 강물이 반짝반짝거려요. 그리고 조금씩 노르스름한 기운이 들판에 전해져 오는데 그런 느낌-을 과연 한번이라도 헌법이 사람들에게 전달해 준 적이 있던가요? 저는 전달해 줄 수 있다고 생각합니다. 그래야 된다고 생각합니다. 그래서 그런 만지는 느낌을 확보할 수 있으면 좋지 않을까라고 생각합니다.

실제로 물론 여러 가지 그런 노력도 많이 있습니다. 양쪽에서 사람들이 법을 만지려고도 했고, 법도 어느 정도는 그렇게 온 것이 사실입니다. 그런데 별로 쓸데없을 수도 있지만 어떤 이미지를 가지고 사안을 대하는 경우와 그렇지 않은 경우는 큰 차이가 있을 것이라고 저는 생각합니다.

지금 저 문 앞에 곧 도착할 것 같은데, 이 사람들에게 어떻게 말하고 응답하고 만질 것인가의 문제입니다. 궁극적으로는 헌법과 사회와 인간 그리고 같이 만

들어 갈 미래에 대해서 어떤 관점을 가지고 있는 지가 그것을 결정하리라고 생각합니다.

사 회 자 : 오정진 교수님께서서는 화두를 던져 주셨습니다. 지정토론자 두 분께서 추상과 구체의 양 대표선수이신 것 같아요. 오히려 헌법은 그 중간쯤에 있는 것 같은 느낌이 듭니다.

지금 문 바깥에서 김조광수 플러스 알파 무한대 이렇게 지금 올 걱정입니다. 그래서 저희들은 지금 그 부분에 대해서 뭔가 구체적인 귀를 기울여 듣고 나의 문제를 꺼내서 얘기해야 될 부분이 있다고 정말 잘 지적해 주셨습니다.

혼인이라고 하는 것 자체가 동성커플에게 필요한 이유는 뭐냐? 둘이 사랑하고 행복하지 않냐? 그런데 왜 법적으로 인정받으려고 하느냐에 대한 자문자답이 이루어져야 된다는 것이지요. 결혼, 이성간에도 싫증나고 몇 년 지나면 소멸시효 걸려서 없어지기 바라는 그런 제도일 수도 있는데, 독점권력을 부여함으로써 말미암아서 사회체제를 유지하기 위한 방식이겠지요. 약육강식을 배제하기 위해서. 그렇다면 꼭 이성간에도 문제점이 있다고 여겨지는 것은 동성간에 인정해야 되는 그런 필요성에 대해서 논의할 필요는 무엇인가에 대한 논의입니다.

발표자께서 원저관결을 잘 분석하셔서 소위 평등권 심사기준에 관한 동성혼과 관련해서 내려진 연방대법원의 판결 문구들을 잘 분석해 주셨습니다. 전체적인 흐름을 쫓 보시면 합리성심사기준, 중간심사기준, 엄격심사기준 이 3가지 기준 가운데에서, 종래에 연방대법원이 섹슈얼 오리엔테이션에 관한 부분은 중간심사기준으로 채택한 것으로 통상적으로 알고 있습니다.

그런데 원저관결의 의미가, 합리성심사기준보다 더 발전되고 엄격한 중간심사기준이나 그 이상의 심사기준인지, 아니면 합리성심사기준과 달리 추방자 원칙(Pariah Principle)이라고 하는 소위 배제금지원칙이라는 것이 새로 무엇을 의미하려고 하는 것인지 그 부분이 좀 저한테도 선명하지 않은 것 같아요.

합리성심사기준에서 심사기준을 엄격화한 것이라고 한다면, 그것이 중간심사기준이거나 아니면 슬라이딩 스케일이니까 조금 더 발전된 완화된 엄격심사라든지 그런 것을 의미하는 것인지? 아니면 이런 심사기준과는 무관하게 배제금지원칙을 연방대법원이 언급하고 있는데, 배제금지원칙이라는 것이 차별의도를 가지고 차별적인 법을 만들었을 때는 그런 경우에는 표면적인 위헌입니다. 차별목적 의도가 확실하기 때문에 강력한 위헌심사기준을 동원하는데, 그런 형식의 말

을 의미하는 것인지 그런 심사기준과의 관련성이 불분명한 것 같습니다.

스칼리아가 반대의견에서 합리성심사기준 이외에 다른 심사기준을 적용하는 것은 좋지 않다고 반대하는 것으로 보아서, 연방대법원의 태도가 합리성심사기준보다 더 엄격한 심사기준을 의미하는 것으로 해석될 여지는 있습니다. 스칼리아는 원래 여러 가지 심사기준을 만드는 것을 싫어하는 사람이기 때문에, 특히 원칙적인 기준에 입각하면 합헌이라는 반대의견을 낸 것이지요.

그런 것까지 다 고려해서 배제금지원칙이라고 명명하신 추방자 원칙(Pariah Principle)에 대해서 규명을 해주셨으면 감사하겠습니다.

프랑스에서도 모두를 위한 결혼법이라고 입양까지 허용하는 법이 올해 헌법 재판소에서 합헌결정이 났지요.

토 론 자(충남대학교 정주백 교수) : 차별개념에 대해서, 기본적으로 우리 현재는 구별되는 두 개의 집단에 있어서 법적 처우를 달리하는 것으로 정의하고 있습니다.

그러면 이 경우에 결혼보호법 3조가 법적 처우를 달리하는 것인가가 문제된다고 생각합니다. 왜냐하면 현재는 종전에 정의조항 자체는 기본권을 침해하지 않는다고 실시한 바가 있습니다. 이 경우에서도 결혼이라는 관념을 설명하는 것이지, 이 개념 자체가 독자적으로 법적효과를 달리하는 것은 아니지 않느냐?

사실 원저가 원했던 것은 소득공제입니다. 진정한 의사는 혼인을 요건으로 하는 소득공제 효과를 요구한 것입니다. 그렇다면 사실은 차별은 각 개별법에서 일어나는 것 아닌가? 예를 들면 소득공제를 해주지 않는다든지 또는 입양을 허용하지 않는다든지, 그렇게 접근해 가야지 만약 혼인자체를 법적효과로 봐서 이성간의 결합은 혼인할 수 있는데 동성간의 결합은 혼인할 수 없다고 하는 것 하고는 조금 다른 것 아닌가라는 생각을 합니다.

사 회 자 : 기본적인 DOMA의 정의개념이 기본권을 침해할 가능성이라는 것은 자체로는 없는 것이고, 개별적인 법률상에서 이루어지는 차별효과에 핵심 중심을 두어야 되는 것이다 이렇게 말씀하셨습니다.

발 표 자 : 단순히 동성혼과 관련돼서 그런 것이 아니라 동성애자에 대한 차별, 흑인에 대한 차별은 일반적으로 엄격심사를 합니다. 왜 엄격심사를 하는지에 대한 판단근거가 있습니다. 왜냐하면 옛날부터 차별받았고 의회의 입법을 통

해서는 도저히 이 차별이 해결되기 어렵기 때문입니다. 그래서 어떤 차별적인 법이 의회에서 만들어 졌을 때는 분명히 위헌의 소지가 있을 것이라고 해서 위헌성을 전제로 심사하는 것이 엄격심사입니다.

그렇게 심사를 높이는 기준으로 여러가지 논거들이 있는데 그것이 4가지이고, 동성애자에 대한 차별도 이렇게 뭔가 차별적인 입법이 있을 때 정당한 목적이 아니라 뭔가 편견에 의한 의회의 실패 부분이 아닐까라는 의심을 가질 수 있는지 여부를 판단하기 위한 요소입니다.

말하자면 평등권 심사기준에서의 심사단계를 결정하기 위한 요소이지 동성혼의 합리성판단을 위한 요소는 아닙니다.

그리고 심사기준이 의미하는 바가 무엇인가는 아마 미국에서 가장 뜨거운 이슈 중에 하나입니다. 예전에 정신지체장애인 그룹홈(City of Cleburne, Texas v. Cleburne Living Center)사건에서는 장애인에 대해서 중간심사기준을 할 수 없고 합리성심사를 한다고 하면서, 그런데 이렇게 정치적 비인기집단에 대해서 이렇게 의도적으로 차별하는 것은 안된다고 하면서 위헌을 냈습니다.

이것에 대해서 학자들간의 의견이 분분해서 로렌스 판결에서의 오코너의 별개의견을 보면 약간 합리성심사기준을 강화한 것이 아니냐라는 의견이 있고, 아마 스칼리아도 그런 식으로 보고 있어서, 이것을 마치 3단계 구조에서 합리성심사기준이 약간 분화되는 것으로 봅니다. 하지만 중간심사와 다른 부분은 입증책임이 넘어가지 않는다는 것입니다.

미국에서는 사실심을 하나까 입증책임이 넘어가지 않는다는 점에서, 위헌성을 전제로 하지 않는다는 점에서는 크게 차이가 있지만, 여전히 어쨌든 합리성심사를 하면서도 위헌판결을 내릴 수 있는 한 가지의 가능한 논거로 인정되고 있습니다. 이것을 그 구조 안에 넣을 것인지 바깥으로 뺄 것인지에 대해서는 여전히 논의가 진행되고 있는 것 같습니다.

그리고 결혼보호법이라고 해서 연방에서는 결혼을 이렇게 정의한다고 해서, 연방에 혼인을 성립시킬 권한이 없습니다. 지금 이것은 뉴욕주에서 혼인이 성립된 결혼을 연방법제도 각각의 개별 법률에서 어떻게 인정할 것인가라고 하는 정의조항이고, 지적하시는 것처럼 세금에 관한 개별조항에서 유족배우자를 어떻게 해석할 것인가에 관한 조항이 됩니다.

사실은 직접적인 혼인효과에 관한 판단은 주문에서 이루어지거나 아니면 아예 전향적으로 평등권 판단을 결혼에 대한 권리에 관한 평등권 판단-예전에 인종간 결혼을 금지했었던 것의 위헌판결을 하면서 평등권과 결혼권 다 같이 판단했

는데요- 그렇게 더 나아간 판결을 한다면 관련이 있을 수 있습니다.

우선은 지금 원저판결은 기본적으로는 개별조항인 세금에 관련된 것이지만, 아주 좁지는 않았던 것이 세금에만 국한해서 판단하는 것이 아니라 이 세금에서 배우자를 한정하는 정의조항을 다룸으로 해서 세금에만 국한된 판결이 아닌 다른 법률에도 여전히 효력이 미치게 되는 판결을 한 것입니다. 내용적으로 그렇게 판결을 했기 때문에 이 개별 사안에서는 세금에 관한 판단만 있었지만, 결과적으로 동성혼을 인정하지 않는 다른 개별조항 부분의 효과도 없앤 것이라고 볼 수 있을 것 같습니다.

제가 예전에 미국에 있을 때 로렌스 사건 관련해서 케네디 대법관이 일반적으로 굉장히 보수적인데 어떻게 해서 이걸 위헌판결을 냈는지, 마지막 캐스팅보트를 하게 됐는가라는 것에 대해서 일화를 들었습니다. 굉장히 전통적인 카톨릭 집안이고 신자인데 이웃에 동성커플 게이커플이 같이 살고 있었답니다. 같이 지내다 보니까 사람들이 이야기하는 것들이 많이 사실이 아니라는 것을 알았다고 합니다. 어떻게 보면 주변에서의 경험이 굉장히 중요한 것으로 들었습니다.

회 장(강일원 헌법재판관) : 친양자제도에 대한 위헌이 문제되는 사건이 있습니다. 아시는 것처럼 친양자제도는 3년 이상 혼인한 남녀부부만이 친양자를 입양할 수 있게 되어 있는데 독신여성이 친양자를 입양하고 싶다 그러면서 이 제도에 대해서 위헌신청한 것을 저희들이 평의를 했고 그걸 준비하고 있는데 그 과정에서 이 문제가 재판관들 사이에 논의가 됐었습니다. 상당히 귀를 활짝 열고 많이 듣고 있습니다.

규범적인 헌법재판을 하다 보니까 목소리를 듣는데 듣는 창구가 마땅치가 않습니다. 아까 케네디 대법관이 이웃집에서 들었다고 하는데 사실 저는 개인적으로는 재판은 그렇게 하면 안 될 것 같은데, 미국에서도 비슷하구나 이런 생각을 하고 개선책이 필요하겠다는 생각을 합니다.

오 교수님 지적하신 것처럼 단순히 듣는 것뿐만 아니라 제대로 들어야 되고, 제대로 만지거나 보아야 될텐데 그런 시스템이 좀 부족하다는 생각은 가지고 있습니다. 그러나 저희들이 잘 듣고 좋은 것을 하고 싶은 마음은 현재 재판관들 뿐만 아니라 우리 헌법재판소 가족들 누구나 가지고 있습니다.

헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점*

- 성기구 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석을 중심으로 -

임 지 봉**

I. 서론: 문제의 제기

우리 헌법은 1980년의 제8차 개헌을 통해 ‘사생활의 비밀과 자유,’ 즉 프라이버시권에 대한 명문규정을 헌법에¹⁾ 도입했다. 프라이버시권을 중요한 헌법상의 기본권으로 발전시켜 온 미국 헌법에도 프라이버시권에 대한 명문규정이 없다는 점을 고려해보면, 프라이버시권의 우리 헌법에의 도입은 상당히 큰 의미를 가지는 사건이었다. 특히 미국 연방대법원은 헌법에 명문규정도 없는 프라이버시권을 헌법상의 여러 규정들을 통해 도출하는 논리를 만들어가면서까지 프라이버시권을 헌법상의 권리로 인정했고, 이를 위헌판단의 근거로 상당히 많이 활용하고 있다. 프라이버시권이 위헌 판단에 있어 활용도가 높은 중요한 기본권으로서 역할을 하고 있는 것이다.

그에 비해 우리는 1980년의 헌법 개정 이후로 헌법상에 프라이버시권에 대한 명문규정을 갖고 있음에도 불구하고, 활용가능성이 무궁무진한 이 프라이버시권을 헌법실무에서 사장시키고 있는 측면이 있다. 즉, 헌법재판소에 의해 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유는 거의 활용되지 못하고 있는 실정이다.

최근에 내려진 성기구 사건에 대한 우리 헌법재판소의 만장일치 합헌결정에

* 발표원고를 수정·보완한 논문이 외법논집(외국어대법학연구소 발행) 제37권 제4호(2013. 11.)에 게재되었음을 밝힘

** 서강대학교 법학전문대학원 교수

1) 현행 헌법에는 제17조에 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”고 규정하고 있다.

서도 사생활의 비밀과 자유가 직업선택의 자유와 함께 언급되기는 했지만, 과잉 금지원칙을 적용해 봤을 때 사생활이 비밀과 자유에 대한 과잉한 제한은 아니어서 합헌이라는 쪽으로 결론이 내려졌다. 사생활의 비밀과 자유를 형법상의 음란죄 규정들에 의해 제한되는 기본권으로 본 것 자체가 ‘발전’이라면 ‘발전’일 수 있겠으나, 근본적 권리인 프라이버시권에 대한 제한 법률에 대해 엄격심사를 적용하는 미국의 프라이버시 법리와 비교해 봤을 때, 너무 쉽게 합헌의 결론에 이른 것이 아닌가 하는 아쉬움을 지울 수 없다. 본 연구는 우리 헌법재판소의 성기구 사건 판결에 대한 평석을 통해, 우리 헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타나는 문제점이 무엇인가를 규명해 봄을 연구목적으로 삼는다. 이를 위해 우선 성기구 사건 판결의 요지를 개관한 후, 헌법재판소가 이 사건에서 주요 논점으로 삼았던 ‘음란한 성적 표현물과 명확성원칙’의 이 사건에의 관련성을 짧게 살펴본다. 그리고 미국의 프라이버시권 법리, 헌법재판소 성기구 사건 법정의견에 나타난 문제점, 미국 연방대법원의 *Stanley v. Georgia* 판결과의 비교, 우리 헌법재판소에서의 사생활의 비밀과 자유의 활용도를 중심으로 본격적으로 사생활의 비밀과 자유의 법리를 살펴본다. 이러한 연구가 우리 헌법상 사생활의 비밀과 자유에 대한 법리를 발전시키는데 좋은 시사점을 줄 수 있으리라 믿는다.

II. 헌법재판소 결정의 요지

1. 사실관계와 심판대상

청구인은 자신이 운영하는 성인용품판매점에서 음란물건인 여성 음부 모양의 남성용 자위기구를 판매하고, 또한 판매할 목적으로 소지하였다는 이유로 일심에서 음란물건판매죄 등으로 벌금 500만원을 선고받았다. 청구인은 이에 불복해 항소한 후 소송 계속 중, 음란물건판매 및 소지 등을 처벌하는 형법 제243조, 제244조가³⁾ 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 했으나 얼마 후 항소

2) 형법 제243조는 “음화반포등”의 제하에 “음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

3) 형법 제244조는 “음화제조등”의 제하에 “제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

및 제청신청이 모두 기각되자, 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

헌법재판소는 형법 제243조 중 “음란한 물건을 판매한 자”에 관한 부분과 제244조 중 “판매에 공할 목적으로 음란한 물건을 소지한 자” 부분을 심판대상으로 확정하고 이 부분들이 헌법에 위반되는지 여부를 심리하였다.

2. 법정의견의 주요 논점별 요지

헌법재판소 전원재판부는 만장일치의 의견으로 “형법 제243조 중 ‘음란한 물건을 판매한 자’에 관한 부분 및 제244조 중 ‘판매에 공할 목적으로 음란한 물건을 소지한 자’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.”는 주문을 냈다. 즉, 음란물건의 판매 및 판매목적 소지를 처벌하는 심판대상 규정들이 성기구 판매자의 직업수행의 자유 및 소비자의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않아 합헌이라는 결정을 내린 것이다.

첫째, 헌법재판소는 형법 제243조와 제244조의 입법연혁과 입법취지를 짧게 개관한 후, 음란 개념이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부를 따졌다. 우선 죄형법정주의의 명확성원칙과 관련해 헌법재판소가 종래 확립한 기준을 다시 한번 확인했다. 즉 법규범의 문언이 “다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌 법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면”⁴⁾ 명확성 원칙에 반하지 않는다고 본 것이다. 또한 음란 개념과 관련해서도 종래의 음란 개념을 반복하면서 “표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 지나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적 가치 등을 지니지 아니하는 것을 뜻한다.”⁵⁾ ‘음란’을 정의내렸다. 그러면서 이 사건 심판대상 조항들의 경우에도 “수범자와 법집행자에게 적정한 판단기준 또는 해석기준을 제시하고 있어 예측이 가능하

4) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 4면.

5) Id. 5면

고, 이와 같은 기준에 따라 어떤 표현이나 형상이 ‘음란’에 해당하는지 여부에 관하여 자의적인 법해석이나 법집행을 배제할 수 있다.”⁶⁾ 보아 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단했다.

둘째, 헌법재판소는 이 사건 심판대상 조항에 의해 제한되는 기본권으로 성기구 판매자의 ‘직업수행의 자유’와 성기구를 이용하여 성적 만족을 얻으려는 사람의 ‘사생활의 비밀과 자유’를 들었다. 그러면서 과잉금지의 원칙을 적용하여 위헌 여부를 판단했다. “음란한 물건으로부터 사회 일반의 건전한 성풍속 내지 성도덕을 보호하고 사회적 혐오감과 불쾌감 유발을 방지”⁷⁾하는 것이 이 사건 심판대상 조항의 입법목적이라고 본 뒤, ‘목적의 정당성’을 인정했다. 또한 위반 시 형사처벌을 하는 것이 이러한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 봄으로써 ‘수단의 적합성’도 인정하였다. 다음으로 ‘피해의 최소성’도 인정했다. 헌법재판소와 대법원의 해석상 음란개념은 매우 엄격하게 인정되고 있고, 이 사건 심판대상 조항은 ‘영리’를 위한 음란한 물건 판매 행위 및 판매 목적 소지행위만을 규율하고 있을 뿐이고 판매 목적이 없는 음란한 물건의 단순 소지행위까지 금하는 것은 아니라는 점, 성기구라고 하여 무차별적으로 판매 등이 금지되는 것이 아니라 그 형상이나 색깔, 재질 등을 살펴 형상 자체의 자극과 표현의 노골성을 이유로 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손하고 왜곡함으로써 음란한 물건으로 인정되는 예외적인 경우에만 판매 등이 금지되고 그러한 성기구를 소비자가 구입하지 못하게 될 뿐이며 음란성이 인정되지 않는 성기구 일반의 판매 및 소지가 금지되는 것은 아니라는 점, 이와 같이 예외적으로 금지되는 성기구를 일반적으로 유형화하기 어려워 개별 사안에서 판단할 수밖에 없는 점 등을 근거로 들었다. 끝으로 법익의 균형성도 인정했다. 이 사건 심판대상 조항으로 인해 초래될지도 모르는 사익의 실질적 침해는 크지 않은 반면에, 인간성을 왜곡하는 음란물로부터 사회의 건전한 성도덕과 성풍속을 보호하고 공공의 혐오감과 불쾌감을 방지하기 위한 공익은 크다는 점을 근거로 들었다.

3. 박한철, 이정미 재판관의 보충의견 요지

2인 재판관의 보충의견은 첫째, 성기구를 성적 표현물인 음란물과 같이 취급

6) Id. 6-7면

7) Id. 7면

하고 규제하는 것은 자제되어야 한다고 강조했다. 즉 성기구는 ‘성적 표현물’이라기 보다는 “일반적인 성적인 표현물과는 달리 성기관과의 직접적인 접촉을 통한 성적 만족감 충족이라는 목적을 위해 제작·사용되는 도구로서, 그것은 단순한 성적인 만족이나 쾌락을 위한 경우뿐만 아니라 그 사용자가 육체적·심리적 성기능 장애를 가지고 있는 경우나 일시적 혹은 상시적으로 성행위 상대가 없는 경우에도 중요한 역할”을⁸⁾ 하는 ‘기구’에 불과하다는 것이다.

둘째, 성기구가 다분히 사적이고 은밀한 공간에서 사용되므로 이러한 사적 공간에의 국가 개입은 최소화되어야 함을 지적했다. 즉 “성기구는 인간이 은밀하게 행하기 마련인 성적 행위에 사용된다는 점에서 매우 사적인 공간에서 이용되는데, 이러한 사적이고도 은밀한 영역에서의 개인적 활동에는 국가가 되도록 간섭하지 않는 것이 개별적 인격체로서의 인간의 존엄성과 자유를 실현하는 길이 된다.”고 본 것이다.

셋째, 현행법에 성기구 전반에 관한 일반적 법적 규율은 없지만, 청소년보호법 등에서 청소년이 성기구에 노출되어 발생할 수 있는 문제점에 대해서는 보호장치가 있다는 점도 강조했다. 즉 청소년보호법이 성기구에 ‘청소년유해표시’를 하고 성기구 업소를 ‘청소년 유해업소’로 삼으며, 학교보건법이 학교환경위생 정화구역에서의 성기구판매업소 운영을 금지하고 있다는 것이다.

넷째, 외국의 입법례도 성기구 규제를 엄하게 하고 있지 않음을 지적했다. 즉 “미국의 경우에는 ‘성기구’(sexual devices)는 아예 형법상 처벌되는 음란한 표현물의 개념에서 제외시켜 별도로 분류되고 있고, 독일의 경우에도 형법 개정 이후에는 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)에 따라 성기구를 사회질서 유지 차원에서 관리하고 있을 뿐 음란표현물과 같은 차원에서는 다루지 않고 있다.”⁹⁾ 지적했다.

다섯째, 그렇다고 성기구를 규제하는 심판대상 조항들에 대해 위헌결정을 내리지는 않았다. 다만 “성기구의 음란성에 대하여는 엄격한 해석이 이루어지는 것이 바람직하며, 나아가 성기구의 제작·판매·유통 전반에 관한 법령 개선을 통하여 논란을 불식시킬 수 있는 입법적 논의가 필요하다.”¹⁰⁾ 점을 지적하는 선에서 의견을 마무리했다.

8) Id. 11면

9) Id. 12면

10) Id. 12면

III. ‘음란’한 성적 표현물과 명확성의 원칙

‘성적 표현’도 헌법 제21조의 표현의 자유에 의해 보호받는 표현에 해당할 수 있다. 그러나 성적 표현물이 도를 넘어 ‘음란’한 성적 표현물이 되면 성적 표현의 자유의 한계를 벗어난 것이 되어 법에 따라 규제될 수 있다. 본 사건의 심판대상인 형법 제243조와 제244조가 이러한 ‘음란’한 성적 표현물에 대한 규제조항이라고 볼 수 있다. 언론·출판의 자유와 같은 표현의 자유도 무제한의 자유가 아니라 공공복리를 위해 제한될 수 있는 상대적 기본권이다. 또한 음란한 표현물이 “성도덕이나 기타 사회질서에 미치는 영향에 대한 과학적 입증이 없다고 하여도 음란물 특히 악성음란물은 이에 악영향을 미칠 개연성이 지극히 높으며, 나아가 음란물의 반포 등이 이를 원하지 않는 성인의 성적 자기결정권을 침해하고 성에 관한 관념이나 성적 자기결정권이 성숙되지 않은 청소년의 보호육성에 유해한 영향을 끼침은 명백하므로”¹¹⁾ 음란물을 규제하는 이 형법규정들을 바로 위헌이라고 단정할 수는 없다. 입법정책상으로는 악성음란물과 단순음란물을 구분하고 동의하지 않는 성인과 청소년 그리고 동의하는 성인을 구분하여 음란물의 규제를 차별화하는 것이 바람직하겠지만 “그러한 입법조치가 있기 이전이라도 음란물의 개념과 처벌의 범위를 제한적으로 해석하는 등의 방법으로 보완될 수 있을 것이므로”¹²⁾ 음란물 규제에 관한 이 형법규정을 바로 위헌이라고 볼 것은 아니라는 것이 학설과 판례의 종래의 태도이다. 하지만 음란성이 인정되는 범위는 가급적 엄격하게 제한할 필요가 있다. 음란 범위의 모호성으로 말미암아 표현의 자유에 대한 큰 위축효과를 가져올 수 있기 때문이다. 따라서, 무엇이 ‘음란’한 성적 표현인가의 음란성 판단기준은 법적으로 상당히 큰 중요성을 가진다.

우리나라의 학설 중 통설은 “성욕을 자극 또는 흥분시켜 보통인의 성적 수치심을 해치며 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”을¹³⁾ 음란한 표현물로 보아왔다. 대법원의 음란성 판단기준도 이와 비슷하여, 대법원은 1987년 12월 22일의 판결 이래로 줄곧 “성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케 하는 물품으로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”을¹⁴⁾ 음란물로

11) 한위수, “음란물의 형사적 규제와 표현의 자유: 특히 예술작품과 관련하여” 『한국헌법학의 현황과 과제』 (금강 김철수 교수 정년기념논문집 간행위원회, 박영사, 1998년) 589면
 12) 위의 글, 590면
 13) 김종원, 「주석형법IV 각칙II」 (한국사법행정학회, 1997년) 98면
 14) 대법원 1987. 12. 22. 선고, 87도2331판결

판단해왔다. 헌법재판소도 「출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률」 제5조의2 제5호에 관한 위헌심판사건에서¹⁵⁾ ‘음란’의 개념을 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적·예술적·과학적 또는 정서적 가치를 지니지 않은 것”으로 정의 내렸다. 헌법재판소의 ‘음란’개념은 대법원의 음란개념보다 더 진일보한 것으로서 1973년의 *Miller v. California*판결¹⁶⁾ 이래로 미국 연방대법원이 채택하고 있는 삼단계 음란성 판단기준을¹⁷⁾ 부분적으로 도입하고 반영한 음란성 판단기준이라고 할 수 있다.¹⁸⁾

본 사건 결정에서도 헌법재판소는 ‘음란물’을 “표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 ‘성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것’으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적 가치 등을 지니지 아니하는 것”으로¹⁹⁾ 정의내렸다. 그리고 이 사건의 여성 음부를 구체적으로 묘사한 성기구는 “성적 부위를 적나라하게 묘사한 것”에 해당한다고 본 것 같다.

죄형법정주의의 파생원칙 중 하나인 명확성의 원칙과 관련해서도 헌법재판소는 종래의 논리를 일관되게 고수하고 있다. 즉, 형벌법규가 “법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면”²⁰⁾ 헌법이 형

15) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

16) *Miller v. California* 413 U.S. 15 (1973)

17) *Miller*판결에서 미국 연방대법원은 첫째, 현시대 지역공동체의 평균인이 느끼기에 그 표현물이 전체적으로 이해했을 때 호색적 흥미에 호소하는 것으로 받아들여지는가, 둘째, 성적 행위를 명백히 공격적인 방법으로 묘사하는가, 셋째, 중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결하는 것인가의 삼단계 기준을 제시하면서 이 기준을 모두 충족시켜야지만 음란물에 해당할 수 있다고 보았다. 우리 헌법재판소의 음란성 판단기준 중 ‘성적 흥미에만 호소할 뿐’은 *Miller*기준의 첫 번째 기준과, ‘전체적으로 보아 하등의 문학적·예술적·과학적 또는 정서적 가치를 지니지 않은 것’은 *Miller*기준의 세 번째 기준과 유사성을 가진다.

18) 음란성 판단기준에 관한 미국 연방대법원의 판례 입장에 대해 자세히는 임지봉, “출판물과 연구·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구: 미국 판례법상 음란성 판단기준을 중심으로” 『법조』 (법조협회, 2000년) 116-143면 참조.

19) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 5면.

20) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 3면.

별법규에 요구하는 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 본 것이다. 또한 헌법재판소는 “입법목적, 입법연혁, 법규범의 체계적 구조 등을 고려한 합리적인 해석기준을 통하여 어떠한 행위가 ‘음란’한 것인지를 판단할 수 있는 이상, 보다 구체적인 입법이 가능하다는 이유만으로 곧바로 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.”^{고21)} 하면서 명확성의 원칙이 언제나 ‘최상의 명확성’을 요구하는 것이 아님을 명확히 하고 있다. 그러면서 이러한 음란성 판단기준과 명확성원칙의 기준을 적용해봤을 때 이 사건 심판대상조항들이 헌법상의 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 판단했다.

그러나 ‘음란’한 성적 표현물과 명확성의 원칙에 관한 헌법재판소의 이러한 판단 부분은 다음과 같은 문제점을 가지고 있다고 생각한다.

첫째, 본 사건에서 문제된 ‘성기구’는 말 그대로 ‘기구’이지 개인의 의견이나 사상을 담은 성적 ‘표현물’이 아니다. 따라서, 애초에 성적 표현의 한계에 관한 ‘음란’의 개념이나 명확성원칙이 적용될 사안이 아니라고 볼 수 있는 것이다. 헌법재판소의 법정의견도 “음화와 같이 성적인 내용을 담은 표현물과 달리 성기구는 그 자체로는 대외적으로 성적인 표현을 하는 것이 아니고 사용자의 성적 욕구 충족에 은밀하게 이용되는 도구에 불과한 것인바, 이 사건 남성용 자위기구와 같은 성기구를 ‘음란한 물건’에 해당하는 것으로 보아 금지하는 것이 적절한지 문제된다.”^{고22)} 스스로 이 점을 고백하고 있다. 보충의견도 “성기구는 일반적인 성적인 표현물과는 달리 성기관과의 직접적인 접촉을 통한 성적 만족감 충족이라는 목적을 위해 제작·사용되는 도구로서, 그것은 단순한 성적인 만족이나 쾌락을 위한 경우뿐만 아니라 그 사용자가 육체적·심리적 성기능 장애를 가지고 있는 경우나 일시적 혹은 상시적으로 성행위 상대가 없는 경우에도 중요한 역할을 한다.”면서²³⁾ “성기구의 위와 같은 특성을 고려한다면 성기구를 일반적인 성적 표현물인 음란물과 동일하게 취급하여 규제하는 것은 자제할 필요가 있다.”^{고24)} 보았다. 또한 보충의견이 잘 적고 있는 바와 같이 미국과 독일 등 외국에서도 성기구를 음란 표현물의 차원에서 규제하고 있지는 않다는 점에도 유념할 필요가 있다.

둘째, 법정의견은 과잉금지원칙 중 ‘피해의 최소화’ 판단부분에서, 법원이 성기구의 음란성을 판단함에 있어 ‘성기구의 형상 자체의 자극과 표현의 노골성’을

21) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 6면.

22) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 9면.

23) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 10-11면.

24) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 11면.

기준으로 구체적 사건에서 음란물에 해당하는지 여부를 달리 판단하고 있다는 점에 주목하면서 “예외적으로 금지되는 성기구를 일반적으로 유형화하기 어려워 개별사안에서 판단할 수밖에 없는 점” 등을²⁵⁾ 고려하여 이 사건 심판대상 조항들이 청구인의 직업수행의 자유와 성기구 사용자의 사생활의 비밀과 자유를 ‘피해의 최소성’에 위반되게 과잉제한하고 있지 않다는 논리를 취했다. 그러나 성기구의 음란성 판단에 있어 이를 일반적으로 유형화하기 어려워 개별사안별로 판단한다는 것이야말로, 어떤 성기구의 판매 및 소지가 형법 제243조와 제244조에 의해 금지되고 처벌되는지를 사전에 명확하게 예측할 수 없음을 전제로 하고 있다. 즉 이러한 논리 자체야말로, 법정의견이 앞에서 밝힌 명확성원칙 판단 부분과 논리적 모순을 보이고 있거나 적어도 논리적 연결고리가 분명하지 못하다. 즉, 성기구의 음란물 해당여부를 판단함에 있어 금지되는 성기구를 일반적으로 유형화하기 어려워 개별적으로 판단할 수 밖에 없다면 이것이야말로 헌법재판소가 일관되게 제시해온 명확성원칙의 판단기준에 정면으로 위배되는 것이다.

셋째, 본 결정문에서는 언급되지 않고 있지만, 평등원칙 위배 여부도 문제될 수 있다. 즉 이 사건 심판대상 조항들을 적용하면서 법원은 여성의 몸을 묘사한 남성용 성기구에 대해서만 음란성을 인정하고 남성의 성기를 묘사한 여성용 성기구에 대해서는 음란성을 인정하지 않고 있다. 이는 성별에 따른 차별로서 평등원칙 위반의 소지를 가지고 있는 것이다. 이 점에 대한 판단도 분명히 필요했던 것으로 본다.

IV. 사생활의 비밀과 자유

헌법재판소는 이 사건 법률조항으로 제한되는 기본권이 성기구 판매자의 직업수행의 자유와 성기구 이용자의 사생활의 비밀과 자유라고 보았다. 특히 성기구 이용자의 사생활의 비밀과 자유가 제한되는 근거로 “성기구의 판매 행위를 제한할 경우 성기구를 사용하려는 소비자는 성기구를 구하는 것이 불가능하거나 매우 어려워 결국 성기구를 이용하여 성적 만족을 얻으려는 사람의 은밀한 내적 영역에 대한 기본권인 사생활의 비밀과 자유가 제한”²⁶⁾된다는 논리를 취했다.

25) http://search.court.go.kr/th/pr/th/pr0101_P1.do, 9면.

26) http://search.court.go.kr/th/pr/th/pr0101_P1.do, 7면.

1. 미국의 프라이버시권 법리

프라이버시의 추구를 인간만이 아니라 동물 등 모든 생명의 생물적·사회적 과정에서 유래한다고 보는 입장도 있으나, 프라이버시의 요구가 인간 특유의 윤리적·지적·예술적 필요의 산물이라는 점에서 프라이버시권을 ‘인간적’인 권리로 본다.²⁷⁾ 미국에서는 스토리(Story) 판사가 1851년에 그의 저서 「미국헌법주석론」에서 ‘사적 감정의 권리’를 주장하면서부터 프라이버시에 관한 논의가 시작되었다.²⁸⁾ 이러한 프라이버시권의 의의와 관련해 여러 개념 정의들이 존재한다. 우선 프라이버시권은 넓은 의미로는 ‘홀로 있을 권리’(the right to be let alone)로 정의된다. 혹은 ‘정보 통제’의 측면에 중점을 두어 ‘언제, 어떻게, 어느 범위까지 타인에게 자신에 관한 정보를 전달할 것인가를 결정하는 개인, 단체의 권리’로 정의되기도 하며, ‘개인에게 사적인 인생사나 사람과의 친숙함을 제한하는 인간 삶의 조건’이라고 정의되기도 한다.²⁹⁾

1787년 미국 헌법이 제정된 이래, 기본권조항이 없는 이 초대헌법에 대한 비판이 잇따랐고, 이에 1791년 12월 15일에 한꺼번에 10개의 기본권조항들이 미국 헌법에 들어가게 되는데, 이를 미국헌법상의 ‘권리장전’조항이라고 부른다. 비록 이 권리장전조항들 속에 프라이버시권에 관한 명문규정이 포함되지는 않았지만, 수정헌법 제1조 내지 제4조에서 프라이버시권을 보호할 수 있는 헌법적 근거를 제공했다고 본다.³⁰⁾ 그 중에서도 특히 수정헌법 제4조는³¹⁾ 미국 헌법상 프라이버시권 보장을 위한 가장 중요한 근거로 주목받았다.³²⁾ 이런 프라이버시권이 독자적인 권리로 본격적으로 논의되기 시작한 것은 워렌(Warren)과 브랜다이스(Brandeis)의 논문인 ‘프라이버시권’(The Right to Privacy)³³⁾ 발간되고 난 후 부터였다. 그리고 1931년 캘리포니아주 주대법원의 Melvin v. Reid판결에서부터³⁴⁾

27) 윤명선, “프라이버시권에 관한 역사적 고찰: 미국을 중심으로” 「경희법학」 제20권 제1호(경희대학교 법학연구소, 1985년) 107-108면.

28) 윤명선, 위의 글, 126면

29) 프라이버시권의 여러 정의에 대해서는 최희경, “프라이버시권리의 변천” 「법조」 제53권 제12호(법조협회, 2004년)

30) 윤명선, “프라이버시권에 관한 역사적 고찰: 미국을 중심으로” 앞의 글, 110면.

31) 미국 수정헌법 제4조는 “불합리한 수색과 압류에 대하여 국민의 신체, 가택, 서류와 재산을 보장하는 권리는 침해될 수 없다.”고 규정하고 있다.

32) 위의 글, 111면

33) S.D. Warren & L.D. Brandeis, “The Right to Privacy” 4 Harvard Law Review 193 (1890)

34) Melvin v. Reid 112 Cal. App. 285, 297 (1931)

프라이버시권은 이제 확고부동한 법적 권리로 승인되었으며, 이제는 쟁점이 프라이버시권의 헌법적 근거가 아니라 프라이버시권의 내용과 한계가 무엇인가로 옮겨가게 되었다.³⁵⁾

그 후 1960년대에 접어들면서 프로저(Prosser)는 프라이버시판례들을 분석한 후 ‘Privacy’라는 유명한 논문에서 프라이버시의 침해 유형을 네 가지로 분류하는 시도를 했다. 그 네 가지는 첫째, 개인의 주거나 사적 사항에의 침입, 둘째, 개인의 난처한 사적 사항의 공표, 셋째, 공중에게 오해를 일으킬 개인의 사적 사항의 공표, 넷째, 개인의 성명·초상을 도용하는 행위였다. 그러면서 프로저는 프라이버시권이 네 가지의 각기 다른 법익들을 보호하는 권리라고 주장했다.³⁶⁾

1965년에 이르러 미국 연방대법원은 *Griswold v. Connecticut* 판결을³⁷⁾ 통해 프라이버시권을 비로소 헌법상의 권리로 승인했다. 다수의견을 집필한 더글라스(Douglas) 대법관은 권리장전의 구체적 보장은 그 발산(emanation)에 의해 형성되는 음영부(penumbra)를 가진다고 보고 수정헌법 제1조, 제3조, 제4조, 제5조, 제9조에 의한 각종의 보장으로부터 프라이버시권이 도출된다고 보았다. 이에 비해 같은 사건에서 동조의견을 낸 골드버그(Goldberg) 대법관은 수정헌법 제9조를³⁸⁾ 강조하면서 수정헌법 제1조에서 제8조에 걸쳐 열거된 권리들 이외에 다른 ‘근본적 권리들’이 존재하며 프라이버시권이 이 ‘근본적 권리들’ 중의 하나라고 보았다. 별개의 동조의견에서 할란(Harlan) 대법관과 화이트(White) 대법관은 프라이버시가 하나의 기본권으로서 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보장된다는 견해를 취했다. 반면에 블랙(Black) 대법관과 스투어트(Stewart) 대법관은 반대의견을 통해 프라이버시권리가 권리장전에 포함되어 있지 않다고 주장했다. 이 *Griswold* 판결에서 미국 연방대법원은 프라이버시권을 권리장전보다 더욱 오래된 권리라고 까지 선언했으며,³⁹⁾ 이 판결을 통해 헌법상 프라이버시권의 발전 문호가 활짝 열렸다.

이후 미국 연방대법원은 사안별(case by case)로 프라이버시권을 발전시키는 과정을 천천히 진전시켜 갔으며,⁴⁰⁾ 대체로 결혼, 출산, 피임, 낙태, 가족관계, 자녀

35) 윤명선, “프라이버시권리에 관한 역사적 고찰: 미국을 중심으로” 앞의 글, 116면

36) 최희경, 앞의 글, 88면

37) *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479(1965)

38) 미국 수정헌법 제9조는 “본 헌법에 특정 권리들을 열거한 사실이, 인민이 소유하는 그 밖의 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다.”고 규정하고 있다.

39) 381 U.S. 479, 486

40) 최희경, 앞의 글, 94면

의 양육과 교육, 동성애,⁴¹⁾ 죽을 권리⁴²⁾ 등에 관해 프라이버시권을 인정하였다.⁴³⁾ 한 가지 주목할 사실은 프라이버시권은 미국 연방대법원의 법정외견보다는 보충외견과 반대외견에 의해 이 권리가 생성되고 발전되어 왔다는 점이다.⁴⁴⁾ 미국에서 프라이버시권은 자기결정권을 포함하는 권리로 이해되기도 한다.⁴⁵⁾

미국 연방대법원은 1956년의 *Griswold v. Connecticut* 판결을 위시해 여러 일련의 판결들에서 특정한 권리를 ‘근본적 권리’(fundamental right)로 본다면 그 근본적 권리의 행사를 중대하게 손상시키는 정부의 행위는 엄격심사의 대상이 되어야 한다고 보았다. 즉, 근본적 권리인 프라이버시권을 중대하게 침해한 정부행위는 엄격심사의 대상이 된다는 것이다.⁴⁶⁾ 이런 이유로 연방대법원은 근본적 권리인 프라이버시권이 관련되어 있으면 이러한 권리를 제한하는 규정은 강한 위헌의 추정을 받으며, 오직 긴절한 정부의 이익을 위해 필요하다는 것을 정부 측이 입증해내는 경우에만 합헌일 수 있다고 판시해오고 있다.⁴⁷⁾

그 후 미국 연방의회 차원에서 프라이버시권을 승인하고 본격적으로 입법화하기 시작한 것은 1974년의 프라이버시법 제정이 시작이었다. 이제 개인주의의 발달, 국민들의 권리의식 제고, 판례와 입법에 의한 프라이버시권의 승인이 환경적 요인이 되어 프라이버시권은 ‘사사(私事)에 대한 원치 않는 정부의 침입으로부터의 자유’를 의미하는 것으로 받아들여지고 있다.⁴⁸⁾ 즉, 프라이버시권은 “미국시민의 생활양식과 자유주의·개인주의의 관점을 반영하는 것으로 사사에 대한 원치 않는 정부의 침입으로부터의 자유”⁴⁹⁾ 의미하게 된 것이다. 미국 연방대법원이 프라이버시권을 적용하면서 ‘광범위한 자율성’이라는 용어를 자주 사용하는 것은 프라이버시권이 ‘홀로 있을 권리’ 이상의 강력한 자유 보호를 포함하고 있는 것이

41) 미국 연방대법원은 2003년의 *Lawrence v. Texas*(123 S.Ct. 2472)판결에서 프라이버시권이 동성애자에게 사적인 삶을 존중받을 권리를 준다고 하면서 동성간의 내밀한 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법에 대해 위헌판결을 내렸다.

42) 미국 연방대법원은 1990년의 *Crusan v. Director, Missouri Department of Health*(497 U.S. 261)판결을 통해 의식있는 환자에게 원치않는 치료를 거부하고 ‘죽을 권리’가 헌법상 보장된다고 판시했다.

43) 윤명선, “프라이버시권에 관한 역사적 고찰: 미국을 중심으로” 앞의 글, 125면

44) 윤명선, “성적 프라이버시권리: 미국의 판례경향을 중심으로” 『미국헌법연구』 제6호(미국헌법학회, 1995년 7월) 172면

45) 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개: 미연방대법원 판례 분석을 중심으로” 『미국헌법연구』 제24권 제1호(미국헌법학회, 2013년 4월) 277면

46) 석인선, 위의 글, 255면

47) 프라이버시권에 대해 엄격심사를 적용한 다른 예로는 *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 155 (1973) 참조

48) 석인선, 앞의 글, 127면

49) 윤명선, “성적 프라이버시권리: 미국의 판례경향을 중심으로” 앞의 글, 116면

라는 점을 예증하는 것이기도 하다.⁵⁰⁾ 그리고 프라이버시권을 원용하는 미국 연방대법원의 많은 선례들을 통해 프라이버시권은 “개인의 자율성, 위엄, 존엄에 대해 헌법상 최대한 보장을 요구하는 자유의 핵심이 되고”⁵¹⁾ 있기도 하다.

2. 헌법재판소 성기구 사건 법정의견에 나타난 문제점

첫째, 본 결정의 법정의견은 사적 공간에서의 사생활의 비밀과 자유, 즉 프라이버시권의 중요성과 그로 인한 사적 공간에의 국가 개입의 자제라는 측면을 너무 가벼이 다루고 있다는 인상을 지울 수 없다. 본 결정의 보충의견이 잘 지적하고 있듯이 “성기구는 인간이 은밀하게 행하기 마련인 성적 행위에 사용된다는 점에서 매우 사적인 공간에서 이용되는데, 이러한 사적이고도 은밀한 영역에서의 개인적 활동에는 국가가 되도록 간섭하지 않는 것이 개별적 인격체로서의 인간의 존엄성과 자유를 실현하는 길”이기⁵²⁾ 때문이다. 미국 연방대법원의 블랙먼(Blackmun) 대법관도 비록 반대의견에서 이기는 했지만 동성애금지법에 관한 *Bowers v. Hardwick* 판결에서⁵³⁾ 프라이버시권이 ‘홀로 있을 권리’임을 강조하면서 “성인간의 은밀한 성적 관계는 다수와는 다른 방식으로 스스로를 표현하는 수단이므로 프라이버시권으로서 보호되어야 한다”고⁵⁴⁾ 역설한 바 있다. 블로우슈타인(Bloustein) 교수는 ‘불가침의 인격’의 원리가 프라이버시권의 기본적 법익이라고 주장하면서,⁵⁵⁾ 프라이버시가 인간의 존엄과 긴밀히 연결되어 있다고 보기도 했다.⁵⁶⁾

둘째, 법정의견은 과잉금지의 원칙을 적용하면서 ‘법익의 균형성’ 판단부분에서 “인간성을 왜곡하는 음란물로부터 사회의 건전한 성도덕을 보호하고 공공의 혐오감과 불쾌감을 방지하기 위한 공익은 크다”면서⁵⁷⁾ 법익의 균형성을 인정하고 있다. 그러나, 다분히 집 안과 같은 ‘사적 공간’에서 은밀하게 사용되는 성기

50) 석인선, 위의 글, 283면

51) 석인선, 위의 글, 285면

52) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 11면.

53) *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986)

54) 478 U.S. 186, 199

55) Edward J. Bloustein, “Privacy as an Aspect of Humanity Dignity: An Answer to Dean Prosser” 59 N.Y.U.L. Rev. 962, 964 (1964)

56) 최희경, 앞의 글, 89면

57) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 10면

구는 공공의 눈에 띄지 않는다. 따라서 공공의 혐오감과 불쾌감을 유발한다고 보기 어렵다. 이런 점에서 ‘법익의 균형성’ 판단에 관한 이 대목은 논리적 설득력이 약하다고 밖에 볼 수 없다.

3. 미국 연방대법원의 Stanley v. Georgia판결과의 비교

미국 연방대법원은 1969년에 Stanley v. Georgia판결에서⁵⁸⁾ 음란물 자체는 표현의 자유의 보호범위 밖에 있지만 음란물의 ‘사적 소지’는 이를 프라이버시권에 속하는 문제로 보았다.

(1) 이 사건의 배경과 사실관계

원고인 Robert Stanley는 불법 도박을 한 혐의로 수사를 받던 중, 그의 집에 대한 수색영장이 발부되어 가택수색이 이루어졌다. 수색 결과 경찰은 도박행위에 대한 증거는 거의 찾지 못했으나, 이층 침실의 책상서랍을 뒤지던 중 세 묶음의 8밀리미터 필름을 발견했다. 이층 거실에 있던 영사기와 스크린을 이용해 경찰이 그 필름을 상영해 보았다. 그 결과 경찰은 그 필름이 음란물이라 결론짓고 필름을 압수하였다. 이층 침실을 더 수색한 결과 그 필름이 Stanley의 소유임이 밝혀지자 그는 음란물을 소지했다는 이유로 체포당하였다. 그 후 그는 고의적인 음란물 소지를 금하는 조지아주법⁵⁹⁾ 위반으로 기소를 당했다. Stanley는 배심재판의 결과 유죄판결을 받았으며 조지아주 주대법원은 이러한 하급심판결을 인용했다.

(2) 법정의견의 주요 논점별 결정 유지

Marshall 대법관이 집필한 법정의견은 “주(州)가 음란물을 규제할 넓은 권한을 가지지만 그 권한은 개인이 자신 집의 프라이버시 하에서 음란물을 단순 소지하는 것에 까지 미치지 않는다.”⁶⁰⁾ 판시하였다. 다음은 그러한 추론의 요지이다.

다음과 같은 이유로 우리는 음란물의 단순한 사적 소지를 범죄로 규정한 조지아 주법을 위헌이라고 판시한다. Roth판결 이래로 연방대법원은 음란물이 수정

58) Stanley v. Georgia 394 U.S. 557 (1969)

59) 당시 조지아주 주법률은 음란물을 고의로 판매·전시하는 것을 비롯해 고의로 소지하는 것까지도 1년 이상 5년이하의 징역에 처하도록 규정하고 있었다.

60) 394 U.S. 557, 557

헌법 제1조에 의해 보호받는 ‘표현’이 아니라고 판시해오고 있다. 그러나 Roth판결 이후 연방대법원이 판시한 어떤 사건도 음란물의 사적 소지에 대한 기소사건이 아니다. 그 사건들은 음란물과 관련한 개인의 공개적 행위를 주정부나 연방정부가 금하거나 규제하는 권한에 관한 것들이지, 이 사건처럼 음란물의 사적 소지에 관한 것이 아니기 때문이다.

미국 연방헌법이 정보와 아이디어를 받을 권리를 기본권으로 보호한다는 것은 이미 잘 알려진 사실이다. 정보와 아이디어를 받을 권리라는 것은 그 정보나 아이디어의 사회적 가치와는 무관하게 자유국가에서는 근본적 권리에 해당한다. 개인의 프라이버시가 원치 않는 정부의 침입으로부터 자유로울 권리도 근본적 권리의 하나이다. 그러한 권리는 프라이버시권이라는 가장 포괄적이고 문명사회에서 가장 큰 가치를 가지는 헌법상의 기본권에 의해 보호받는다.

원고는 그의 집이라는 사적 공간에서 그가 보고 싶은 것을 읽을 권리와 볼 권리를 주장한다. 이러한 읽을 권리와 볼 권리는 지적이고 감성적인 필요를 충족시킨다. 원고는 그의 집 서가에 비치된 책들의 내용을 주정부가 조사하는 것으로부터 자유로울 권리를 주장한다. 이에 비해 조지아 주정부는 원고가 이런 권리들을 가지지 않으며, 개인이 읽거나 심지어 소지할 수도 없는 일정 유형의 표현들이 있다고 주장한다. 조지아 주정부는 이 사건의 필름 내용이 음란하다는 것을 이러한 주장의 주된 근거로 삼는다. 그러나 이 필름의 내용이 음란하다는 단순한 사실만으로 수정헌법 제1조와 제14조에서 보장된 개인의 권리에 대한 극단적인 침해가 정당화되기에는 불충분하다. 수정헌법 제1조가 의미하는 것은 주정부가 그의 집에 앉아있는 개인에게 무슨 책을 읽을 수 있고 무슨 필름을 볼 수 있는지에 대해 간섭할 권한이 없다는 것이다. 우리의 모든 헌법적 유산은 정부에게 사람의 마음을 컨트롤할 권한을 줬다는 것에 반기를 든다.

조지아 주정부는 음란물의 악영향으로부터 개인의 마음을 보호할 권리가 있음을 주장한다. 그러나 이러한 주장은 주정부가 개인의 생각에서 도덕적 내용을 컨트롤할 권리를 가진다는 것과 다름없다. 이러한 주장은 수정헌법 제1조의 철학과 전적으로 배치된다. 음란물 일반이나, 본 사건의 특정 필름이 이상적인 바람직한 내용을 갖고 있지 않다는 주장은 본 사건의 해결과는 무관하다. 사상의 전파와 단순한 오락 사이의 구분선은 본 법원이 그리기에는 너무 난해하다. 공중도덕에 유해한 아이디어의 전파를 규제하는 주정부의 권한이 무엇이든 간에 개인의 사적 생각을 규제하는 법률은 합헌일 수 없다.

조지아 주정부는 또한 음란물예의 노출은 변태적인 성행위나 성범죄를 일으

킬 수 있다고 주장한다. 그러나 그러한 주장에 대한 경험적 자료나 근거는 거의 없어 보인다. 아이디어와 정보의 사적 소비와 관련해, 자유로운 사람들 가운데 범죄의 예방이나 범죄 억제책으로 보통 거론되는 것은 교육과 법 위반 시의 처벌이지 주정부의 프라이버시에 대한 과도한 개입이 아니다. 음란물이 아동의 손에 들어갈 위험도 존재한다. 그러나 이 사건에서는 그런 위험이 없다. 음란물의 사적 소지 금지가 음란물의 배포를 금하는 법률과 필요불가결하게 연결되어 있다는 주장도 받아들일 수 없다.

우리는 미국 수정헌법 제1조와 제14조가 음란물의 사적 소지를 범죄로 만드는 것을 금한다고 판시한다. 주정부는 음란물을 규제할 넓은 권한을 가진다. 하지만 그 권한은 개인 집에서 개인이 음란물을 단순 소지하는 것에까지 미치는 것은 아니다. 이런 이유로 하급심의 유죄판결을 파기·환송한다.

(3) 이 판결이 가지는 의미

성인에 의한 음란물의 단순한 사적 소지는 범죄가 될 수 없다는 결론에 도달함에 있어 미국 연방대법원은 음란물의 사적 소지를 규제하는 주정부 이익의 빈약함과 음란물의 사적 사용에 따른 개인 이익의 강력함에 의존하고 있다. 음란물의 악영향으로부터 개인의 마음을 보호하려는 정부이익은 빈약할 수밖에 없다고 본 반면에, 그의 생각이 컨트롤 당하지 않을 개인의 이익은 훨씬 더 강하다고 본 것이다. 또한 이 판결은 두 개의 분명히 구분되는 이익들에 의존하고 있다. 아이디어에 자유롭게 접근하게 하는 수정헌법 제1조상의 이익과 개인 집에서의 개인의 프라이버시 이익이 그것이다. 미국 연방대법원은 이 Stanley판결 이전에도 ‘개인 집의 프라이버시’(privacy of the home)을 강조했으며, 할란(Harlan) 대법관은 특히 ‘개인 집의 신성함’(sanctity of the home)을 강조하기도 했다.⁶¹⁾ 그러나 이러한 Stanley판결의 법리에도 유일한 예외가 존재한다. 개인이 개인의 집에서 사적으로 소지하는 음란물이 아동 포르노일 경우에 주정부는 이를 범죄로 규정할 수 있는 것이다. 연방대법원의 1990년 Osborne v. Ohio판결에서⁶²⁾ 이러한 예외가 정립되었다.

개인 집에서 성인에 의한 음란물의 사적 소지가 허용된다고 해서 그러한 성인들에게 음란물을 ‘공급’할 권리까지 존재하는 것은 아니다. 즉, 개인 집에서 음

61) John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law(7th ed., Thomson & West, 2004) p.1393

62) Osborne v. Ohio 495 U.S. 103 (1990)

란물의 사적 소지가 보호받는 행동이라 할지라도 그러한 소지에 이르기 전의 어떤 과정도 불법적 행동이 될 수 있는 것이다.⁶³⁾ 미국 연방대법원은 Stanley판결의 의미를 상당히 제한적으로만 해석하고 있다. 나중에 Osborne v. Ohio판결에서 밝힌 대로, “Stanley판결이 너무 폭넓게 해석되어서는 안 된다.”는 것이 미국 연방대법원의 일관된 입장이다.⁶⁴⁾ 그리고 음란물이 ‘개인 집’이라는 보호영역을 벗어났을 경우에는 주정부가 음란물에 대한 접근과 이용을 금지할 수 있다는 점을 명백히 하였다.

(4) 헌법재판소 성기구 사건 판결과의 비교

헌법재판소 성기구 사건 판결과 미국 연방대법원의 Stanley판결은 둘 다 음란한 물건의 사적 소지와 관련해 프라이버시권 제한의 법리를 적용한 점에서 공통적이다. 즉, Stanley판결은 음란한 내용의 필름을 개인 집에서 소지하고 있는 것을 처벌하는 조지아주 주법률이 미국 헌법상의 프라이버시권을 침해한 것이라 보았고, 헌법재판소 성기구 사건 판결도 형법 제244조가 음란물의 소지를 처벌하고 있는 것이 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것이라고 본 것이다. 다만, 우리 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 영리를 위한 음란한 물건 판매 행위 및 판매 목적 소지행위만을 규율하고 있을 뿐 판매 목적이 없는 음란한 물건의 단순 소지 등의 행위까지 금지하는 것이 아니다”라고⁶⁵⁾ 함으로써 영리를 위한 판매 목적의 음란물 ‘소지’만을 위헌심사 대상으로서의 음란물 ‘소지’로 본 반면에, 미국 연방대법원의 Stanley판결은 개인 집 안의 일반적인 음란물 ‘소지’를 그 대상으로 한다는 면에서 차이를 보인다. 그러나 우리 헌법재판소는 다시 형법 제243조에 의해 성기구의 판매행위를 제한하면 결국 “성기구를 사용하려는 소비자는 성기구를 구하는 것이 불가능하거나 매우 어려워 결국 성기구를 이용하여 성적 만족을 얻으려는 사람의 은밀한 내적 영역에 대한 기본권인 사생활의 비밀과 자유가 제한”⁶⁶⁾된다는 논리도 취했다. 결국은 형법 제244조가 아니라 형법 제243조에 의해 음란물의 판매를 금지함으로써 성기구를 사용하려는 소비자가 집 안에서 성기구를 소지하고 사용하는 것이 불가능하거나 적어도 어려워짐으로써 다시 성기구 사

63) John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, *supra*, p.1394

64) 495 U.S. 103, 107

65) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 8면.

66) http://search.court.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do, 7면.

용자의 사생활의 비밀과 자유가 제한된다는 논리로 돌아왔다.

또한, Stanley판결에서는 음란한 내용의 ‘필름’이라는 성적 표현물의 소지 금지가 프라이버시권과 관련해 문제된 반면에, 헌법재판소의 성기구 사건에서는 성적 표현물이 아닌 여성의 신체를 본뜬 ‘성기구’의 집 안에서의 소지와 사용이 사생활의 비밀과 자유를 침해하느냐를 다른 점에서 차이를 보인다.

그러나, 두 사건 판결의 결정적인 차이점은 역시 위헌여부에 대한 심사 결과에 있다. Stanley판결은 음란물의 집 내의 사적 소지를 금지하는 주법률은 개인의 집 안이라는 사적 공간에 국가의 간섭을 허용함으로써 프라이버시권을 침해해 위헌이라고 본 반면에, 우리 헌법재판소는 성기구 사건 판결에서 형법 제243조 등을 통해 성기구의 제조와 판매 등을 금지하는 것이 결국 성기구가 필요한 소비자들의 집 안에서의 성기구 소지와 사용을 불가능하거나 어렵게 만들기는 하지만 과잉금지원칙의 적용 결과 이것이 사생활의 비밀과 자유에 대한 과잉한 제한으로서 ‘침해’에 까지 이르지 않는 합헌이라고 본 것이다. 프라이버시권, 즉 사생활의 비밀과 자유의 보호범위와 내용 및 합헌성 심사기준에서 두 판결은 합헌과 위헌의 전혀 다른 결과를 낳을 정도로 큰 차이를 보이고 있다.

4. 우리 헌법재판소에서의 사생활의 비밀과 자유의 활용도

다음에서는 우리 헌법재판소에서의 사생활의 비밀과 자유의 활용도를 알아보기 위해 사생활의 비밀과 자유에 대한 헌법재판소 결정에 대한 통계분석을 시도해 본다.

우선, 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유에 대한 헌법재판소 결정에 대한 통계분석은 다음과 같은 조건하에서 진행하였다.

첫째, 헌법재판소 홈페이지 판례검색 페이지에서⁶⁷⁾ 검색을 진행함에 있어서 검색어로는 ‘헌법 제17조’를 입력하였으며, 검색조건에서 중국일자는 제1기 헌법재판소부터 제4기 헌법재판소가 활동한 기간인 ‘1988년 9월 15일부터 2012년 9월 14일까지’로, 재판부는 ‘전원재판부’로 각각 선택하여 검색하였다. 그 결과 총 46건의 헌법재판소 결정이 검색되었으며 총 46건의 결정 중에서 헌법재판의 당사자가 ‘사생활의 비밀과 자유’의 침해를 주장한 사건은 총 33건으로 나타났다. 그러나 총 33건의 사건 중에서 헌법재판을 제기한 당사자의 주장에도 불구하고 헌법

67) http://search.ccourt.go.kr/th/pr/th pr0101_L1.do

재판소가 ‘사생활의 비밀과 자유’의 침해여부를 판단하지 않은 사건은 12건이었다. 이는 검색된 33건의 36.36%에 해당하는 수치인데 이를 내용적으로 살펴보면, 개인의 내밀한 사생활 영역의 문제라고 보기 어렵다고 판단한 사건 1건⁶⁸⁾, 사생활의 비밀과 자유가 아니라 인격권의 침해여부로 판단한 사건 1건⁶⁹⁾, 사생활의 비밀과 자유가 아니라 통신의 자유의 침해여부로 판단한 사건 1건⁷⁰⁾, 사생활의 비밀과 자유의 하나라고 볼 수 있는 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단한 사건 8건⁷¹⁾, 헌법 제17조 위반의 주장에 대하여 종전의 헌법재판소의 결정을 유지하고 별도의 판단을 하지 않은 사건 1건⁷²⁾ 있었다. 결국 헌법재판소가 ‘사생활의 비밀과 자유’를 직접 언급하면서 사생활의 비밀과 자유 침해 여부를 직접 판단한 사건은 총 21건으로 집계되었다.

둘째, 결정유형의 판단에 있어서는 헌법재판소의 법정의견을 기준으로 합헌, 기각 또는 각하 등의 경우에는 사법소극주의로, 위헌, 인용 등의 경우에는 사법적극주의로 판단함을 기본으로 하였다. 헌법재판소와 같은 사법부가 위헌이나 인용 결정을 통해 입법부가 만든 법률이나 행정부의 결정에 반대를 제기하여 권력분립 원리하의 사법부에 의한 ‘견제와 균형’을 적극적으로 행할 경우를 사법적극주의로, 헌법재판소와 같은 사법부가 각하결정을 통해 사법적 판단 자체를 회피하거나 합헌이나 기각결정을 통해 입법부가 만든 법률이나 행정부의 결정에 동조함으로써 사법부에 의한 ‘견제와 균형’에 소극적으로 나아갈 경우를 사법소극주의로 정의할 수 있기 때문이다.⁷³⁾ 만일 하나의 결정에 대하여 두 개 이상의 세부항목에 대한 판단이 병존하는 경우에는 그 중 청구인에게 더 이익이 되는 결정을 기준으로 하여 판단하였다. 즉, 각하보다는 기각을, 변형결정보다는 위헌결정을 청구인에게 더 이익이 되는 결정으로 산정하여 통계분석을 하였다.

그 결과 총 21건의 결정에서 나타난 헌법재판소의 판결성향은 아래 <표-1>과 같이 나타났다. 헌법재판소는 제1기 재판부부터 제4기 재판부에 이르기까지

68) 헌재 2010. 3. 25. 2007헌마1191.

69) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546.

70) 헌재 2010. 10. 28. 2007헌마890.

71) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282 등, 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마112, 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401 등, 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092, 헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663, 헌재 2010. 9. 30. 2008헌바132, 헌재 2012. 7. 26. 2010헌마446.

72) 헌재 1993. 3. 11. 90헌가70.

73) 이러한 사법적극주의와 사법소극주의의 개념 정의에 대해 자세히는 임지봉, 「사법적극주의와 사법권 독립」(철학과 현실사, 2004년 2월) 23-25면 참조

사생활의 비밀과 자유에 대한 판결에서 사법소극적인 입장은 19건(90.48%)을, 사법적극적인 입장은 2건(9.52%)을 취하였다. 이러한 수치가 구체적으로 어떠한 의미를 갖고 있는지를 살펴보기 위해서는 이를 다시 각 결정유형별로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

<표-1> 인격권, 행복추구권에 대한 제4기 헌법재판소의 판결성향분석

총 결정수 (21건)	사법소극	19건	90.48%
	사법적극	2건	9.52%

<표-1>에 나타난 결과를 각각의 결정유형별로 살펴보면 아래의 <표-2>와 같은 결과가 나온다. 사법소극적인 입장에 해당하는 19건의 결정 중에는 각하결정 4건⁷⁴⁾, 기각결정 9건⁷⁵⁾, 합헌결정 6건⁷⁶⁾이 있었으며, 사법적극적인 입장에 해당하는 2건 중에는 위헌결정 1건, 헌법불합치결정 1건이 있었다. 헌법재판소가 위헌결정을 내린 사건은 혼인빙자간음죄를 규정한 형법 제304조에 대한 위헌소원사건이었는데, 이 사건에서 헌법재판소는 형법 제304조 중 ‘혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자’ 부분이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하였다고 보았다.⁷⁷⁾ 또한 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 내린 사건은 「공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률」(2004. 12. 31. 법률 제7268호로 개정된 것) 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’은 헌법에 합치하지 않는다고 결정한 것으로서, 4급 이상 공무원들의 병역 면제사유인 질병명을 관보와 인터넷을 통해 공개하도록 하는 것이 신고의무자인 공무원의 사생활의 비밀을 심각하게 침해한다고 보았다.⁷⁸⁾

74) 헌재 1996. 10. 4. 95헌마24, 헌재 1999. 5. 27. 98헌마357, 헌재 2001. 5. 31. 2000헌마565, 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마72.

75) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87, 헌재 2008. 4. 24. 2006헌마402 등, 헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137 등, 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마667, 헌재 2010. 10. 28. 2009헌마544, 헌재 2011. 9. 29. 2010헌마413, 헌재 2011. 10. 25. 2009헌마691.

76) 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92 등, 헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등, 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17 등, 헌재 2009. 3. 26. 2008헌바63.

77) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등.

78) 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139.

<표-2> 결정유형별로 살펴본 제4기 헌법재판소의 결정 분석

구분		결정유형	개수	합계	
총 결정 (21건)	사법소극	각하	4	19건	90.48%
		기각	9		
		합헌	6		
		취하	0		
		심판절차종료	0		
	사법적극	위헌	1	2건	9.52%
		인용	0		
		한정위헌	0		
		헌법불합치	1		

한편, <표-3>에서는 제1기 헌법재판소부터 제4기 헌법재판소의 각각의 활동 기간별로 사생활의 비밀과 자유에 대하여 사법적극적인 입장과 사법소극적인 입장 중 어떠한 입장에 섰는지를 살펴보았다. 즉, 사생활의 비밀과 자유에 대한 각 기별 헌법재판소의 전체 결정 중에서 사법적극적인 입장이 차지하는 비중을 살펴본 것으로서 사법적극주의에 해당하는 결정이 전체 결정에서 차지하는 비율이 20% 이상일 경우 사법적극주의로 판단하였으며, 그 이하인 경우에는 사법소극주의로 판단하여 보았다.⁷⁹⁾ 제3기 헌법재판소에 이르기까지는 사법적극적인 결정이 한 건도 없었으며, 제4기 헌법재판소에 이르러 전체 10건의 결정 중에서 사법적극적인 결정이 2건(위헌결정 1건, 헌법불합치결정 1건)이 있어서 유일하게 제4기 재판부에서는 사생활의 비밀과 자유에 대한 위헌판단과 관련해 사법적극적인 태도를 보인 것으로 평가할 수 있다. 그러나 이러한 판단은 어디까지나 수치적인 판단일 뿐이며, 실제로 사생활의 비밀과 자유에 대한 헌법재판소의 결정 자체가 적기 때문에 유의미한 평가라고 보기에는 어려울 것으로 판단된다.

79) 이 20%의 기준은 물론 필자가 헌법재판소 판결성향을 분석한 결과 얻게 된 임의적인 기준이다.

<표-3> 연도별로 살펴본 제4기 헌법재판소의 결정 분석

구분 ⁸⁰⁾	헌법재판소 결정		판단	
	사법소극	사법적극		
제1기 헌법재판소	0	0	0.00%	사법소극주의
제2기 헌법재판소	2	0	0.00%	사법소극주의
제3기 헌법재판소	9	0	0.00%	사법소극주의
제4기 헌법재판소	8	2	20.00%	사법적극주의
전체통계	19	2	9.52%	사법소극주의

이상에서 본 바와 같이 헌법재판소가 헌법재판을 제기한 당사자의 사생활의 비밀과 자유 침해 주장에도 불구하고 사생활의 비밀과 자유의 침해여부를 판단하지 않은 비율이 36.36%에 이르는 점이나, 설사 사생활의 비밀과 자유의 침해여부를 직접 판단하더라도 사법소극적인 입장에서 판단한 비율이 90.48%에 이르는 이유는 어디에서 찾을 수 있을 것인가? 이는 헌법재판소가 헌법 제17조에 대한 적극적인 해석을 시도함으로써 사생활의 비밀과 자유에 대한 규범적 의미를 밝히려는 적극적인 태도를 보이기보다는 보다 내용이 분명하고 해석이 용이한 다른 기본권들에 - 예를 들어 인격권, 개인정보자기결정권, 통신의 자유 등 - 좀 더 치중하는 태도를 보여 왔기 때문은 아닌가 하는 생각을 해 본다. 그리고 이러한 소극적인 태도는 헌법 제17조의 규범의 보호영역을 좁게 인식하게 만들고 그 결과 현대 사회에서 사생활의 비밀과 자유에 대한 빈번한 제한이 일상적으로 일어나고 있음에도 불구하고 헌법 제17조를 통해서 보호하지 못하는 결과를 낳고 있다고 믿는다. 개인의 내면의 영역과 외적 활동의 영역은 긴밀히 연결되어 있기 때문에 내면의 영역을 좁게 해석할 경우에는 외적인 행동에 대한 제한이 내면의 영역에 미치는 영향력을 간과함으로써 자칫 사생활의 비밀과 자유로서 보호할 영역이 아니라는 이유로 외적인 제한을 정당화하는 문제를 낳을 수 있을 것이라고 생각한다.

80) 제1기부터 제4기까지의 헌법재판소의 구분은 다음과 같이 하였다. 제1기 헌법재판소: 1988년 9월 15일 ~ 1994년 9월 14일, 제2기 헌법재판소: 1994년 9월 15일 ~ 2000년 9월 14일, 제3기 헌법재판소: 2000년 9월 15일 ~ 2006년 9월 14일, 제4기 헌법재판소: 2006년 9월 15일 ~ 2012년 9월 14일.

V. 결 론

미국 연방대법원은 1956년의 *Griswold v. Connecticut* 판결을 위시해 여러 일련의 판결들에서 특정한 권리를 ‘근본적 권리’(fundamental right)로 본다면 그 근본적 권리의 행사를 중대하게 손상시키는 정부의 행위는 엄격심사의 대상이 되어야 한다고 보았다. 즉, 근본적 권리인 프라이버시권을 중대하게 침해한 정부행위는 엄격심사의 대상이 된다는 것이다.

헌법상 프라이버시권은 “자기 스스로가 원하는 바에 따라 삶을 영위해 나가면서 개성을 신장시키고 외부적 간섭이 없는 나만의 영역을 지키고 가질 수 있다는 것을 내용으로 하기 때문에 인간의 존엄 및 행복추구권과 불가분의 관계에 있다.”⁸¹⁾ 보는 입장도 있다. 이런 입장에 서면 우리 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유는 우리 헌법 제10조의 인격권 및 행복추구권의 보호와 상호보완적인 것으로 이해될 여지도 있다. 그리고 캘리포니아주 주대법원은 1931년의 *Melvin v. Reid* 판결에서⁸²⁾ 프라이버시권의 근거를 캘리포니아주 주헌법에 규정된 행복추구조항에서 찾으면서 프라이버시권에 관한 일반원칙을 도출한 바도 있다. 그러나, 프라이버시권, 즉 사생활의 비밀과 자유는 그 자체로 독립적인 헌법상의 기본권으로서 위헌 판단에서 보다 중요하게 취급할 필요가 있다.

1980년 헌법개정 이후로 프라이버시권에 대한 명문규정을 우리 헌법이 가지고 있다는 점을 염두에 두었을 때, 헌법재판소는 사생활의 비밀과 자유를 위헌 판단의 근거로 보다 더 적극적으로 활용하고, 또한 이러한 판례들의 축적을 통해 사생활의 비밀과 자유의 보호범위나 내용을 확장해 나갈 필요성이 크다고 믿는다. 미국처럼 프라이버시권에 대한 명문규정이 없는 나라에서도 어떻게 해서든 헌법규정들에서 프라이버시권을 도출해내어 잘 활용하고 있다고 본다면, 우리처럼 프라이버시권에 대한 명문규정을 두고 있는 상황에서는 프라이버시권을 적극 활용하지 않을 이유가 없기 때문이다. 또한 근본적 권리에 해당하는 프라이버시권의 내용을 제한하는 법률에 대해서는 그 위헌성 판단에 엄격심사를 적용하는 미국 연방대법원의 법리를 고려하여, 헌법재판소가 사생활의 비밀과 자유 제한 법률의 합헌성 심사에서, 보다 더 엄격한 심사기준을 제시하고 발전시켜나갈 필요가 있다고 믿는다.

81) 석인선, 앞의 글, 278면

82) *Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285 (1931)

미국에서 프라이버시권은 개인의 중요한 사적영역에서의 자기결정권을 중심으로 성, 출산, 죽음 등 다양한 내용에 걸쳐 보호영역을 확대해왔다. 따라서 프라이버시권은 “다수의 공적 가치도 포용하면서 정부간섭으로부터 자유롭게 자신의 사적 삶을 영위하기 위한 개인의 권리로서 발전”시켜⁸³⁾ 나가야 한다. 미국 기본권 신장의 역사에서 봤을 때, 프라이버시권이라는 헌법상 권리를 형성시키고 발전시킨 가장 큰 동력은 연방대법원의 판례가 아니라 끊임없는 소송투쟁을 통해서 권리를 쟁취해내려는 미국 국민들의 권리의식이었다는 점에 주목할 필요도 있다. 연방대법원은 프라이버시권을 합법화시켜주는 제도적 역할만을 수행해 온 것이다.⁸⁴⁾ 사생활의 비밀과 자유의 보장이라는 것은 “단지 친밀한 생활방식의 선택권에 머무는 것이 아니라 사적·공적 모든 영역에서 그리고 자신의 정체성과 친밀한 관계형성에서 모든 개인의 자율성을 보장하는 방향으로 전개”되는⁸⁵⁾ 것이 바람직할 것이다.

미국 연방대법원의 블랙먼(Blackmun) 대법관은 1986년 *Bowers v. Hardwick* 판결에서의⁸⁶⁾ 반대의견을 통해 ‘홀론 있을 권리,’ 즉 프라이버시권은 문명인에게 가장 소중한 가치있는 권리라고 일갈한 바 있다. 즉, 그 사회에서 개인의 사생활이 보호받고 프라이버시권이 얼마나 잘 보장되느냐가 ‘문명사회’와 ‘야만사회’를 가르는 척도가 된다고 본 것이다. 성기구 사건 판결과 관련해 보더라도, 다수자가 정한 도덕적 가치에 의해 소수자에 대한 공권력의 침해가 정당화 될 수는 없다. 우리 헌법재판소가 사생활과 비밀의 자유를 지금보다 훨씬 더 많이 위헌판단의 근거로 활용함으로써, ‘문명인에게 가장 소중한 가치가 있는 권리’를 잘 다듬고 그 법리를 풍성하게 발전시켜 나가야할 필요성이 크다고 믿는다.

83) 최희경, 앞의 글, 111면

84) 윤명선, “성적 프라이버시권리: 미국의 판례경향을 중심으로” 앞의 글, 116면

85) 석인선, 위의 글, 285면

86) *Bowers v. Hardwick* 106 S.Ct. 2841 (1986)

제130회 발표회 지정토론문

발제문: 헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점

- 성기구 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석을 중심으로

발제자: 임지봉(서강대 교수)

일시 및 장소: 2013. 10. 10.(목) 헌법재판소 2층 회의실

김진한*

훌륭한 발제 감사히 잘 들었습니다. 발제자께서 상세하게 소개하여 주신 미국 연방대법원의 사생활 자유에 관한 법리와 우리 헌법재판소의 사생활 자유 판단에 관한 상세한 분석은 사생활 자유 연구의 중요한 연구자료로 활용될 것입니다. 우리 헌법재판소가 명문의 헌법상 기본권인 사생활의 자유를 충분하게 활용하여 판단하고 있지 아니한 점, 이를 엄격하게 보장하지 아니하고 있는 점을 지적하는 발제자의 의견을 주의 깊게 경청할 필요가 있다고 생각합니다.

발제자께서는 헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점 일반에 관하여 광범위하게 발제하셨으나, 지정토론자는 그 가운데 성기구 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석에 집중하여 토론을 하도록 하겠습니다.

1. ‘음란성’의 정의와 자위기구와의 부정합성

헌법재판소나 대법원의 ‘음란’의 정의는 표현물을 전제로 한 정의이다. 그런데 이 정의는 그 내용을 널리 알리는 것이 특성인 표현물을 전제로 한 것이 아니라, 개인적인 사용을 특성으로 하는 성기구를 판단하는 경우에는 수정될 필요가 있는 것으로 보입니다.

* 인하대학교 법학전문대학원 교수

헌법재판소나 대법원은 ‘음란’ 개념에 대하여 ‘사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의 관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다’고 판시(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결 등) 하고 있습니다.

우리 사회는 자위행위를 죄악으로 판단하는 도덕국가의 단계를 경과하였다고 생각합니다. 그것이 바람직한 것인가의 문제를 떠나서 그것이 우리의 현실이며 그것을 기초로 하여 다양한 사회현상이 형성되고 있습니다. 단적인 예로 청소년들을 대상으로 한 성교육에서도 자위행위를 하는 것에 대한 죄의식을 갖지 말 것, 자위행위를 하는 것은 건강한 성적 능력을 갖고 있는 사람으로서는 당연한 자연현상이라고 하는 점을 교육하고 있습니다(물론, 청소년들에게 자위기구 판매를 허용하자는 주장은 아니며, 우리의 판단대상은 청소년들은 금지된, 성인들만의 출입이 허용된 성기구 판매점에서의 자위기구 판매를 다루고 있습니다).

자위기구가 상품으로서의 적합성을 갖추어야 할 여러 가지 품질조건이 있을 것입니다. 가령 자위기구가 신체를 침해할 위험이 있다거나 질병의 감염위험이 있어서는 안 될 것입니다. 그와 같은 건강을 해쳐서는 안 될 것이라는 전제 이후에 자위기구가 갖추어야 할 기본적인 조건은 그 사용자의 사용 목적과 그 상품의 기능을 통하여 이해하여야 할 것입니다. 자위기구의 사용목적과 본질적인 기능에서 볼 때, 그 기구의 형상과 색상이 신체의 일부, 즉 인간의 성기와 유사할 것, 그 질감과 색상이 유사할 것이라는 점은 기본적인 조건이라고 할 수 있습니다. “노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사하는 것”을 피할 수 없는 물건이라는 특성을 갖는 것입니다.

이와 같은 자위기구의 특성은 일반적인 표현물이 성기를 묘사하는 것과 다른 차원의 특성인 것이라고 평가할 수 있습니다. 종래의 음란의 정의에서 “노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것”을 거론한 것은 영화 등 표현물에 있어서 다른 간접적인 방법으로 표현이 가능한 표현

내용임에도 그와 같은 노골적인 성적인 표현을 한 경우를 상정한 것입니다. 뿐만 아니라, 그와 같은 노골적인 묘사의 경우에도 문학적·예술적·사상적·과학적·의학·교육적 가치를 지니는 경우에는 그와 같은 표현을 하는 것이 자유로서 허용되는 것으로 정의하고 있는 것입니다.

자위행위용 성기구의 경우에는 신체의 일부를 묘사하지 아니하고는 그와 같은 성기구로서의 특성을 갖는 것이 불가능하며, 이는 그 물건의 본질이라고 할 수 있습니다. 더욱이 자위행위용 성기구는 그 본래의 통상적인 용도로 사용되는 이상 문학적·예술적·사상적·과학적·의학·교육적 가치를 지니기 어렵습니다. 이 점에서 볼 때 표현물의 한 유형으로서의 음란물의 정의는 자위기구를 상정한 정의라고 보기 어렵다고 보이며 종래의 음란의 정의는 적어도 자위기구에 관한 한 수정되어야 할 필요가 있다고 보이는 것입니다.

2. 자위기구와 인간성 왜곡 가능성

한편, 자위기구는 적어도 우리 사회에서 다양한 이유로 성적인 자유를 향유하지 못하는 구성원들의 성적인 자기결정권과 관련된 인권적인 가치를 가진다는 특징을 갖고 있습니다. 오늘날 많은 수의 중증 장애인들의 성적인 문제가 중요한 인권침해적 쟁점으로 부각되는 점을 상정한다면, 자위기구는 이들에게 그들의 인권침해 상황을 적게나마 위로해 줄 수 있는 도구로서의 기능을 갖는 것입니다. 신체적 장애를 갖고 있는 이들 뿐 아니라, 다양한 경제적·사회적인 원인으로 인하여 성적인 측면에서 소외된 환경에 놓여있는 이들, 심리적인 특수한 원인을 갖고 있기 때문에 정상적인 성관계를 갖지 못하는 이들, 다양한 원인에 기하여 성적인 파트너를 갖지 못하는 이들이 있으며 이들이 자신들의 인간이기에 갖는 당연하고 건강한 성적인 본능을 정상적인 성행위와는 다른, 미약하고 개인적인 방법으로 발현하고 해소하는 도구가 자위기구라는 현실을 부정할 수 없습니다.

법정의견에 대한 보충의견을 밝힌 박한철, 이정미 재판관은 그 의견을 통하여 “이 사건에서 문제가 되는 성기구는 ... 단순한 성적인 만족이나 쾌락을 위한 경우뿐만 아니라 그 사용자가 육체적·심리적 성기능 장애를 가지고 있는 경우나 일시적 혹은 상시적으로 성행위 상대가 없는 경우에도 중요한 역할을 한다. 특히 성기구는 인간이 은밀하게 행하기 마련인 성적 행위에 사용된다는 점에서 매우 사적인 공간에서 이용되는데, 이러한 사적이고도 은밀한 영역에서의 개인적 활동에는 국가가 되도록 간섭하지 않는 것이 개별적 인격체로서의 인간의 존엄성과

자유를 실현하는 길이 된다.”는 점을 지적하고 있습니다.

오늘날 인간을 확대하고 비천하게 다룸으로써 성적인 쾌락을 추구하거나, 동물과 인간과의 성행위를 다루는 등 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 침해함으로써 인간성을 왜곡하는 음란물이 범람하는 현실, 그리고 그와 같은 표현물로부터 인간의 성과 인간의 존엄함을 보호해야 할 필요성을 긍정하지 않을 수 없습니다. 하지만 그와 같은 인간성을 왜곡하는 음란물과 인간의 성기를 묘사한 자위기구와의 질적인 차이는 어렵지 않게 구별할 수 있습니다. 더욱이 앞서 언급한 성적인 측면에서의 사회적 소외를 경험하는 이들에게 자위기구는 음란한 물건이거나, 성적수치심을 해치는 도구라고 할 수 없을 뿐 아니라, 오히려 인간의 본성 실현을 보조하는 중요한 기능을 하는 도구라고 할 수 있습니다.

3. 성풍속·성도덕과 자위기구

심판대상 법률조항이 건전한 성풍속 내지 성도덕 보호를 주된 보호법익으로 하고, 공공의 성적 혐오감 내지 불쾌감을 부차적 보호법익으로 하고 있습니다. 오늘날 종교국가가 아닌 우리사회에서 과연 자위행위를 금지하는 것 또는 자위기구의 판매를 금지하는 것이 건전한 성풍속 내지 성도덕 보호를 위하여 불가피한 형법의 개입일까요? 인간을 파괴하는 정도의 음란한 표현물, 공공연한 매춘이 만연하고 있는 우리의 현실을 애써 외면하고 판단한다면 모르겠지만, 그와 같은 현실을 솔직하게 인정하는 전제에서 과연 통상적인 이용방법에 따른 자위기구의 이용, 그 전제로서의 자위기구의 판매가 과연 우리 사회에서 평균 이하의 성적인 혐오감 내지 불쾌감을 야기하는 행위라고 판단할 수 있을까요? 의문이 아닐 수 없습니다.

2011헌바176사건에 대한 헌법재판소의 판단은 자위기구의 모양, 형상, 색깔 등의 품질이 성기를 노골적으로 묘사할수록, 그리고 인간의 성적인 부위와 유사한 형상을 갖을수록 사회의 성풍속과 성도덕을 더욱 침해하는 것이고, 그 수준이 일정한 정도에 이르면 형사처벌의 대상이 된다고 하는 법원의 판단을 승인하고 있습니다. 이는 보충의견이 밝힌 자위기구가 갖고 있는 기능, 즉 인간으로 하여금 ‘개별적 인격체로서의 인간의 존엄성과 자유를 실현시키는 기능’을 실질적으로 파악하지 아니하고 그와 같은 자위기구를 절실하게 필요로 하는 우리 사회의 구성원들의 자유, 특히 성적인 소외를 받는 이들의 간절한 사정을 외면한 판단이 아니었던가 하는 의문을 갖게 됩니다.

4. 사안에 대한 개인적인 의견

심판대상인 형법 제243조와 244조가 형사적으로 처벌하고 있는 음란한 물건 가운데 적어도 자위기구를 대상으로 한 부분은, ‘음란’을 정의하고 있는 헌법재판소, 대법원 기존 선례의 문구에 구속되어 판단할 문제가 아니라고 생각합니다. 애초에 헌법재판소와 대법원이 ‘음란’에 관하여 엄격하게 정의하고자 한 가치적 결단의 취지에 부합하게 해석한다면 적어도 자위기구에 관하여는 ‘음란’의 정의를 새로이 수정하여 설정할 필요가 있다고 생각합니다. 자위기구에 관한 한 적어도 인간의 신체부위를 노골적으로 묘사하고, 형상화하였다는 것이 음란한 것이라고 판단하는 해석은 수정할 필요가 있습니다.

만일, 대법원의 법률해석을 전제로 하여 판단할 경우에는 형법 제243조와 244조가 형사적으로 처벌하고 있는 음란한 물건의 반포, 판매, 임대, 제조, 소지, 수입 또는 수출하는 행위를 처벌하는 규율 가운데 적어도 자위기구를 대상으로 한 부분은 일부 위헌 판단이 요청되었던 사안이었다고 생각합니다.

5. 발제자에 대한 질문

(1) 심판대상 법률조항들은 하나의 법률조항들 가운데 표현의 자유의 제한으로서의 성질을 갖는 규율과 직업의 자유 내지는 사생활의 자유를 제한하는 성질을 갖는 규율이 혼재되어 있는 특성을 가지고 있습니다. 심판대상 법률조항이 규율하고자 하는 보호법익이 성풍속과 성도덕이라고 하는 경우에도, 또한 같은 ‘음란성’이라는 구성요건표지를 사용하는 경우에도, 공연한 음란성의 표현이 문제되는 표현의 자유 제한 규율 측면과 성인간의 은밀한 성적 관계, 성인 개인의 은밀한 성적 행위가 문제되는 사생활 자유 제한 규율의 측면은 전혀 다른 해석을 요청한다고 생각합니다. 제한되는 기본권과 생활국면을 구별하여 별도의 규율을 한다면 구성요건의 해석도 그 규율의 특성에 부합하는 해석이 가능할 것으로 판단됩니다. 발제자의 고견은 어떠한지 듣고 싶습니다.

(2) 헌법재판소는 발제자께서 분석한 바와 같이 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 보호영역으로 포섭시킬 수 있는 사안도 별도의 기본권을 인정하는 태도를 보이고 있는 것으로 보입니다. 헌법재판소의 태도는 그와 같은 별도의 기본권(인격권, 개인정보자기결정권 등)을 도출하는 과정에서 사생활의 비밀과 자

유를 하나의 근거로 하고 있는 것으로 보입니다. 과연 사생활의 비밀과 자유를 직접적 근거로 하여 기본권 침해를 인정하는 것과 그렇지 않은 것의 실용적인 차이는 어디에 있을까요. 장기적으로 우리 헌법의 해석과 기본권의 보호에 어떠한 영향을 끼칠 것으로 생각하시는지요.

제130회 발표회 지정토론문

발제문: 헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점

- 성기구 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석을 중심으로

발제자: 임지봉(서강대 교수)

일시 및 장소: 2013. 10. 10.(목) 헌법재판소 2층 회의실

우 관 제*

이번 발표문을 통해 성기구 판매 규제와 관련한 헌법재판소의 2011헌바176 결정에 관하여 다시 한번 진지하게 짚어볼 수 있는 계기를 제공해 주신 발제자에게 감사의 말씀을 드립니다. 발제자께서는 위 헌재 결정에 대해 비판하시면서 특히 ‘사생활의 비밀과 자유’의 측면에서 상당히 심도 있는 논의를 전개하고 계신데, 사생활의 비밀과 자유에 대한 일반적인 논의 부분에 대해서는 제게 그에 상응하는 논의를 할 만한 능력이 있는지 의문이 들므로, 주로 헌재의 입장인 법정의견의 논리를 보다 이해할 수 있도록 주안점을 두어 토론을 진행하고자 합니다(이하에서는 경어 사용을 생략합니다).

1. 서론

과거 우리 사회는 전통적인 유교의 관념이 깊이 뿌리내리고 있어서 성은 개인적인 수치심과 감춤의 영역으로 간주되었고 그에 대한 논의는 금기시 되어 왔다. 그러나 오늘날 우리 사회도 개방과 개혁의 분위기가 대세를 이루는 가운데 성표현의 확산이 시대적 조류로 되어감과 함께, 성을 주제로 한 논의와 성담론도 증가하고 있다. 특히, 최근에는 컴퓨터의 보급과 인터넷 등 정보통신의 발달로 성

* 헌법연구관

의 상품화는 더욱 촉진되고 있으며, 이는 성산업의 확대와 연계되어 급속도로 확산되고 있다. 이처럼 각종 매체나 성인용품점에서의 판매 등을 통한 각종 성표현물의 양이 증가하여 성표현물에 대한 접근은 더욱 용이해지고 음란물에 대한 수용폭이 급속히 확대되어 사회적 쟁점으로 부각되고 있다.

이러한 상황에서 이번 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바176 결정(이하 ‘대상결정’이라 한다)은 법적 규제대상으로서의 음란개념과 그 판단기준, 음란물규제의 보호법의 등을 둘러싼 논의와 관련하여 종래의 헌재의 입장을 재차 확인하고, 헌재결정과 맞물려 최근 음란물규제에 대해서 엄격한 판단기준을 제시하는 방향으로 나아가고 있는 대법원의 조류도 함께 반영한 것으로서 의의가 있다고 생각된다.

2. 음란물 규제를 바라보는 관점들¹⁾

법 영역에서 음란물 문제를 바라보는 관점은 크게 세 가지로 나누어진다. 도덕론에 입각하여 성은 속성상 정상적인 이성적 삶을 위반한다는 인식 아래 사회를 도덕적 관념에 따라 법적으로 정화하기 위해 성표현에 대해 법이 개입하여야 한다는 보수주의적 입장, 법과 도덕을 엄밀히 구별하고, 포르노그래피의 문제를 전적으로 개인의 자유라는 관점에서 성적 자기결정권에 따라 파악하여 실질 근거 없이 개인의 자유를 제한하는 것은 법치주의와 자유민주주의의 원칙에 위배되며, 성표현물에 대한 제한 혹은 검열도 바로 이러한 자유민주주의의 기본원리에 어긋나는 것이라고 주장하는 자유주의적 입장, 음란물의 법적 규제 목적이 선량한 성풍속 등의 성도덕이 아니라 여성의 보호에 있어야 한다고 주장하는 여성주의적 입장이 그것이다.

3. 표현의 자유에서의 명확성원칙인가 죄형법정주의의 명확성원칙인가

이 사건 심판대상조항은, ‘행위객체’의 측면에서 보면 음란한 물건도 음란한 표현물의 일종으로 볼 수 있으므로 표현의 자유의 제한이 문제될 수 있고, 반면에 ‘행위태양’(이 사건 심판의 대상은 음란한 물건을 ‘판매’하거나 ‘판매목적으로 소지’하는 행위에 한정됨)이나 결과의 측면에서 보면 표현의 자유가 아닌 직업의 자유(또는 사생활의 자유)에 대한 제한의 문제로 볼 여지가 있다. 헌재 2009. 5. 28.

1) 김영환/이경제, 음란물의 법적규제 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1992, 37면 이하

2006헌바109등 결정은 ‘정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·공연히 전시’한 행위에 대하여 처벌하고 있는 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 전부 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호의 위헌여부가 문제되었던 사안인데, 여기서는 제한되는 기본권으로 표현의 자유를 삼아 판단하였다. 이에 반하여 대상결정은 표현의 자유에 대해서는 언급함이 없이 죄형법정주의의 명확성원칙위반의 점을 판단하고 있다(다만 판단 내용은 위 2006헌바109등 결정의 내용을 원용하고 있다). 현재는 형벌법규이면서 표현의 자유를 제한하고 있는 법률조항에 대한 명확성원칙의 심사척도에 관하여, 죄형법정주의의 명확성원칙이나 표현의 자유 규제입법에 있어서의 명확성원칙은 둘 다 동일한 정도의 심사척도를 요하는 것, 즉 엄격한 의미의 명확성원칙을 의미한다고 하면서 그 중 어느 하나(보통은 죄형법정주의의 명확성 원칙)의 심사척도로, 또는 그냥 명확성원칙이라는 표현을 사용하여 단일의 심사척도로 판단하는 것이 주류인 것으로 보므로(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 560-561; 2012. 2. 23. 2008헌마500, 판례집 24-1상, 228, 247; 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집17-1, 927 이하 등), 구별의 실익은 크지 않다고 보인다.

한편 발제자께서는 음란 개념의 모호성으로 말미암아 ‘표현의 자유’에 대한 큰 위축효과를 가져올 수 있으므로, 음란성이 인정되는 범위를 가급적 엄격하게 제한할 필요가 있다고 하면서도, 본 사건에서 문제된 성기구는 말 그대로 ‘기구’이지 성적 표현물이 아니므로 성적 표현의 한계에 관한 음란의 개념이나 명확성원칙이 적용될 사안은 아니라고 보고 있다. 그런데 모든 성기구가 과연 단순한 기구에 불과하고 성적 표현물이 아니라고 단정할 수 있는지, 음란한 물건과 성기구의 비교 기준이 명확한 것인지 의문이 있다.

4. 음란개념 및 판단기준, 보호법익

가. 음란개념 및 판단기준의 변화

종래 대법원은 일관되게 “음란”이라 함은 ‘사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적수치심을 해하여 성적 도의관념에 반한 것’이라고 판시하였다(대법원 2000. 10. 13. 선고 2000도3346 판결, 대법원 2003. 5. 16. 선고 2003도988 판결 등). 이러한 대법원 판례의 태도에 대해서는 호

색적인 흥미를 야기하는 것이 왜 처벌받아야 하는지에 대한 일반인의 의문을 쉽게 해소하지 못하고, 사회통념이라는 개념은 객관적인 포착이 불가능하며, 선량한 성풍속이라는 보호법익도 불분명하고, 이러한 내용 없는 형식적인 성 풍속 자체는 형법적 보호의 대상이 될 수 없다는 비판²⁾이 제기되었다.

이에 반하여 헌법재판소는 1998. 4. 30. 95헌가16 결정을 통하여, ‘음란’이란 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것을 뜻한다’고 판시함으로써 종래 대법원이 실시해온 음란개념보다 비교적 구체적이고도 명확한 판단기준을 제시하였다. 위 헌재결정에 대해서는 처음으로 헌법적 음란개념을 제시하고 종전 대법원의 그것에 비해 음란의 범위를 상당히 좁게 제한하였다는 긍정적인 평가가 있다.³⁾

위 헌재 95헌가16 결정은 법원에도 영향을 미쳐 대법원은 헌법재판소가 제시한 위 음란개념의 기준을 받아들여 기존의 대법원의 음란성 판단기준보다 더 구체적이고 엄격한 기준을 제시하기에 이르렀다. 즉 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도 3558 판결은 “형사법이 도덕이나 윤리 문제에 함부로 관여하는 것은 바람직하지 않고, 특히 개인의 사생활 영역에 속하는 내밀한 성적 문제에 개입하는 것은 필요 최소한의 범위 내로 제한함으로써 개인의 성적 자기결정권 또는 행복추구권이 부당하게 제한되지 않도록 해야 한다는 점, 개인의 다양한 개성과 독자적인 가치 실현을 존중하는 오늘날 우리 사회에서의 음란물에 대한 규제 필요성은 사회의 성윤리나 성도덕의 보호라는 측면을 넘어서 미성년자 보호 또는 성인의 원하지 않는 음란물에 접하지 않을 자유의 측면을 더욱 중점적으로 고려하여야 한다는 점 등에 비추어 볼 때, 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 ‘음란’이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술

2) 조국, 형사법의 성편향(2003), 268면

3) 이인호, 음란물출판사등록취소사건, 헌법실무연구, 박영사(2000), 48-49면

적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것이고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.”고 판시하였다. 이와 같은 음란개념 및 판단기준에 대한 변화의 흐름은 그 이후의 판결에서도 계속되고 있다.

나. 음란물 규제의 보호법익과 관련한 변화

위에서 살펴본 바와 같이 종래 음란물범죄의 보호법익에 대해서는 비판이 있어왔다. 즉 현행 형법은 음란물 규제의 근거로서 사회적 법익의 침해라는 점에서 출발하고 있음에도 종래 대법원은 음란의 개념요소를 통하여 건전한 성풍속 내지 성도덕만을 음란물범죄의 보호법익으로 인정하여 왔다. 그런데 위와 같은 개념은 지극히 주관적이고도 추상적일 뿐만 아니라 도덕이나 윤리 자체의 보호가 형법의 목적이 될 수 없다는 비판⁴⁾이 제기되었고, 이에 ‘사회적 유해성’을 음란물 범죄에 의하여 침해되는 법익으로 파악하여야 할 필요성이 제기되었다.

이에 대법원은 2008년 판결 이후부터 ‘사회적 유해성’이 음란물범죄의 또 다른 보호법익임을 언급하고 있다. 즉 위 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결은 “...오늘날 우리 사회에서의 음란물에 대한 규제 필요성은 사회의 성윤리나 성도덕의 보호라는 측면을 넘어서 미성년자 보호 또는 성인의 원하지 않는 음란물에 접하지 않을 자유의 측면을 더욱 중점적으로 고려하여야 한다는 점 ...”이라고 하여 사회적 유해성 기준도 음란물 판단의 기준으로 수용하고 있고, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006도3119 판결은 “음란이란 그것이 단순히 일반인에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준다는 정도를 넘어서서 사회적으로 유해한 영향을 끼칠 위험성이 있다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 노출하거나 성적 행위를 표현한 것으로서, 사회 평균인의 입장에서 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하였다고 평가될 수 있어야 한다.”라고 하여 명시적으로 사회적 유해성이 음란물범죄의 보호법익임을 분명히 했다.⁵⁾ 이러한 변화는 음란물 규제에 대한 대법원의 입장이 종래의 보수주의적 입장에서 자유주의적 입장으로 전환한 것으로 평가되기도 한다.

이에 따라 대상결정에서도 심판대상조항의 입법목적이 사회일반의 건정한

4) 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사(1999), 90-94면, 조국, 공연음란죄 재검토, 법률신문(2001. 2. 1.), 14면

5) 같은 취지로 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010도10171 판결이 있다.

성풍속 내지 성도덕 보호 외에도 사회적 혐오감 유발 방지에 있다고 본 것은 사회적 유해성도 음란물범죄의 보호법익으로 설정하고자 한 것으로 보여 타당하다고 생각된다.

5. 성기구는 음란물규제에서 제외하여야 하는지

가. 성기구와 관련한 대법원 판례

[음란한 물건(성기구) 관련 대법원 판결]

(1) 대법원 1978. 11. 14. 선고 78도2327

[쟁점]

남성 성기확대기구인 해면체비대기가 음란물에 해당하는지 여부

[판시내용]

해면체비대기는 일부에 음경을 넣게는 되어있으나 원통으로 되어 있어 음경을 연상케 함도 없고, 그 전체에서 성에 관련된 어떤 뜻이 나온다고도 인정될 수 없으니, 그 기구자체가 성욕을 자극, 흥분 혹은 만족시키게 하는 음란물건이라고 할 수 없다.

(2) 대법원 1987.12.22. 선고 87도2331 판결

[쟁점]

이른바 섹스팅이 음란한 물건에 해당하는지 여부

[판결내용]

형법 제243조의 음화 등의 반포등 죄에 규정한 음란한 물건이라 함은 성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케하는 물품으로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것 인바 원심은(제1심포함) 피고인이 이른바 섹스팅이라는 것을 판매한 사실이 있는지 여부만 심리하고 그 물건이 과연 앞에서 본 바와 같은 음란한 물건에 해당하는지 여부에 관하여서는 이를 밝혀보지 아니한 채 공소 사실을 유죄로 단정하고 있다. 이러한 원심판결은 이유불비 심리미진의 위법이 있다는 비난을 면치 못할 것이며 이는 판결의 결과에 영향을 주고 있다(섹스팅이 음란물건에 해당하지 않는다는 취지로 파기환송한 것으로 해석됨).

(3) 대법원 2000. 10. 13. 선고 2000도3346 판결

[쟁점]

여성용 자위기구나 돌출콘돔이 음란한 물건에 해당하는지 여부

[판시내용]

음란한 물건이라 함은 성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케 하는 물품으로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것인바, 여성용 자위기구나 돌출콘돔의 경우 그 자체로 남성의 성기를 연상케 하는 면이 있다 하여도 그 정도만으로도 그 기구 자체가 성욕을 자극, 흥분 또는 만족시키게 하는 물건으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반한다고도 볼 수 없으므로 음란한 물건에 해당한다고 볼 수 없다.

(4) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2003도988 판결⁶⁾

[쟁점]

남성용 자위기구인 모조여성성기가 음란한 물건에 해당하는지 여부

[판시내용]

원심은, 피고인이 2002. 3. 25.부터 같은 해 4. 25.경까지 그가 경영하는 '핑크'라는 성인용품점에서 남성용 자위기구인 일명 '체이시'라는 음란한 물건을 공연히 전시하였다는 이 사건 공소사실에 대하여, 이 사건 남성용 자위기구의 형태가 여성의 성기와 유사하다 하더라도 이 사건과 같이 길거리나 밖에서 보이는 쇼윈도에 진열되는 것이 아니라 성인들을 대상으로 하는 성인용품점의 내부진열대 위에 진열되어 판매되는 경우라면 그 형태만을 들어 이를 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 음란한 물건이라 할 수 없다고 하여, 피고인에게 무죄를 선고한 제1심을 유지하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍할 수 없다.

음란한 물건이라 함은 성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케 하는 물건들로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에

6) 동지판결 : 대법원 2003. 10. 23. 선고 2001도995 판결(현재 대법판결의 동일한 청구인이 동일한 내용으로 음란물소지죄로 기소되었던 사안임), 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003도3761 판결, 대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1144 판결

반하는 것을 의미하며, 어떤 물건이 음란한 물건에 해당하는지 여부는 행위자의 주관적 의도나 반포, 전시 등이 행하여진 상황에 관계없이 그 물건 자체에 관하여 객관적으로 판단하여야 한다.

기록에 의하여 살펴보면, 이 사건 기구와 같은 남성용 자위기구가 그 시대적 수요가 있고 어느 정도의 순기능을 하고 있으며 은밀히 판매되고 사용되는 속성을 가진 것은 사실이나, 이 사건 기구는 사람의 피부에 가까운 느낌을 주는 실리콘을 재질로 사용하여 여성의 음부, 항문, 음모, 허벅지 부위를 실제와 거의 동일한 모습으로 재현하는 한편, 음부 부위는 붉은 색으로, 음모 부위는 검은 색으로 채색하는 등 그 형상 및 색상 등에 있어서 여성의 외음부를 그대로 옮겨놓은 것이나 진배없는 것으로서, 여성 성기를 지나치게 노골적으로 표현함으로써 사회통념상 그것을 보는 것 자체만으로도 성욕을 자극하거나 흥분시킬 수 있고 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반한다고 하지 않을 수 없다.

(5) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2008두23689 판결

[쟁점]

여성용 자위기구가 관세법 제234조 제1호에 정한 ‘풍속을 해치는 물품’에 해당하는지 여부

[판시내용]

관세법 제234조 제1호가 규정하는 ‘풍속을 해치는’이라고 함은, 특별한 사정이 없는 한, 성풍속을 해치는 ‘음란성’을 의미하는 것으로 해석함이 상당하고(대법원 2004. 2. 26. 선고 2002도7166 판결 참조), 여기서 ‘음란’이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 지나라하게 표현 또는 묘사한 것으로, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것이고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장

에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대법원 2008. 4. 11. 선고 2008도254 판결, 2008. 3. 13. 선고 2006도 3558 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 물품은 여성용 진동 자위기구로서, 전체 길이가 21.5cm 정도(전지투입구 2.5cm 포함)이고, 진동기(vibrator)가 내장되어 있으며, 실리콘을 재질로 사용하여 음경의 귀두 부위와 팽창된 혈관을 묘사하는 등 발기한 남성의 성기를 재현하였다고는 하나, 그 색상이 밝은 살구색의 단일색상으로서 사람의 실제 피부색과 많은 차이가 있고, 그 전체적인 모양도 일자(一字)형으로서 손잡이 부분이 건전지 투입구로 되어 있는 등 그 색상 및 형상이 남성의 성기를 개괄적으로 묘사한 것에 불과한 것임을 알 수 있는바, 그렇다면 앞서 본 법리에 비추어, 이 사건 물품이 그 자체로 남성의 성기를 연상케 하는 면이 있다고는 하더라도 그 정도만으로 이 사건 물품 자체가 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 물품을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 그 모습이 상당히 저속하고 문란한 느낌을 주는 것은 사실이라고 할지라도 이를 넘어서서 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것이라고 단정할 수도 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 물품이 음란하다고 보아 관세법 제234조 제1호 소정의 ‘풍속을 해치는’ 물품에 해당한다고 판단하였으니, 원심판결에는 표현물의 음란성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

나. 성기구도 음란물

위 대법원 판결에서 살펴보듯이 모든 성기구가 음란한 물건에 해당하지는 아니한다. 즉, 성기구 중에서도 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것만이 음란한 물건에 해당하는 것으로 제한하고 있다.⁷⁾

다만 발제자께서도 지적하신 바와 같이 성기구, 특히 자위기구와 관련한 대법원 판결들을 분석해보면, 여성용 자위기구에 대해서는 음란물이 아니고, 남성용 자위기구에 대해서는 음란물에 해당하는 것으로 보고 있어(만일 대법원이 여성용이나 남성용이나의 차이에 중점을 두어 이와 같이 판시하였다면 이는 성기구와 관련한 음란물 규제에 대해서는 여성주의적 입장에 있다고 볼 여지도 있음) 남녀 평등적 시각에서 비판이 제기될 여지가 있으나, 대법원 판결의 전체적인 취지에 비추어 볼 때 이는 남성용과 여성용에 의한 차이라기보다는 ‘물건 형상자체의 자극과 표현의 노골성’을 기준으로 음란성 여부를 판단한 것으로 보아야 할 것이다.

다. 음란한 성기구를 음란물규제범죄의 규율대상에 제외하는 것이 타당한가

(1) 발제자께서는 사생활의 비밀과 자유의 중요성을 역설하면서 대상결정 사건에서 제한되는 주된 기본권은 성기구 소비자의 사생활의 비밀과 자유로 보아야 하고, 그에 따라 기본권침해의 심사척도는 엄격한 기준에 의하여야 하며, 그럴 경우 심판대상조항은 성기구 소비자의 사생활의 비밀과 자유를 침해는 정도가 중하므로 위헌을 선언했어야 한다고 주장하는 것 같다.

그런데 대상결정의 심판대상조항이 성기구의 판매뿐만 아니라 단순한 소지 또는 이용 또한 금지하고 있는 것이라면 성기구 소비자의 사생활의 자유를 제한받는 주된 기본권으로 볼 수 있으나, 심판대상조항에 의하여 처벌되는 것은 성기구 전부가 아니라 그 중에서 음란성이 인정되는 성기구의 판매 및 판매목적 소지인 점, 성기구 소비자가 매매가 아닌 호의 등에 의해 구입하여 이를 사용하는 것까지 규제하고자 하는 것은 아니라는 점, 대상결정 사건의 청구인의 주된 진의는 성기구를 자유롭게 판매하고자 하는 데에 있다는 점 등을 고려하면, 심판대상조항에 의하여 제한되는 주된 기본권은 성기구 판매자의 영업의 자유로 봄이 옳고, 성기구 소비자의 사생활의 자유는 부수적 기본권으로 보아야한다는 반론이 있을 수 있지 않나 생각된다.

그러나 어쨌든 대상결정은 영업의 자유와 사생활의 비밀과 자유를 제한되는 기본권으로 보고 엄격한 비례성심사(과잉금지원칙 위배)의 구조를 취하였다.

(2) 발제자께서 지적하신 바와 같이 성기구는 사적공간에서 은밀하게 사용되

7) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2008두23689 판결 참조

는 것으로 공공의 눈에 띄지 않으므로 공공의 혐오감과 불쾌감을 유발한다고 보기 어렵고, 사적이고도 은밀한 영역에서의 개인적 활동에는 국가가 되도록 간섭하지 않는 것이 개별적 인격체로서의 인간의 존엄성과 자유를 실현하는 길이라는 점을 등을 논거로 할 경우 성기구의 판매를 규제하는 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 개인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

그러나 성기구를 사적공간에서 소지하고 이용하는 것은 이를 처벌할 필요가 없음은 법정의견도 인정하는 바이나, 그렇다고 이를 공공연히 판매하는 행위까지도 프라이버시를 이유로 처벌의 대상에서 제외할 것인지의 문제는 국면을 달리한다고 보인다. 앞서 살펴본 바와 같이 음란물에 대한 규제의 필요성은 미성년자의 보호뿐만 아니라 원치 않는 음란물에 접근하지 않을 자유의 보호의 측면 또한 고려하지 않을 수 없고, 따라서 인간의 존엄 내지 인간성을 왜곡시킬 우려가 있을 정도로 선동적이고 노골적인 물건임에도 성기구라는 이유만으로 음란물이 아니라고 한다면 심지어는 길거리에서 공연히 전시하여 판매하여도 형사제재를 할 수 없는 문제점이 발생할 수 있다. 이에 대해서는 판매나 유통과정에서 청소년의 접근이나 혐오감을 갖는 일반인에 대한 노출을 적절히 통제할 수 있는 규제 장치를 두면 특별히 문제될 것이 없다는 주장이 제기되나, 이와 같은 논거라면 왜 성기구만 제외하고 음화나 음란영상물 등은 제외하지 말아야 하는지 의문이 들 수 있다. 음화나 음란영상물 등도 이와 같은 규제 장치를 두어 유통시킨다면 이 또한 아무런 문제가 없다는 반론이 있을 수 있기 때문이다. 한편 청소년이나 원치 않는 일반인에게의 유통이나 노출을 전적으로 차단할 수 있는 규제 장치의 마련이 그렇게 쉬운 일일 것만은 아니라고 보인다.

결국 음란한 물건인지 여부는 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 할 것이지, 단지 그에 대한 수요나 필요에 따라 상대적으로 음란한 물건인지 여부가 가려질 것은 아니라고 본다.

다만 현재나 대법원은 시대적 흐름의 변화에 따라 점차 음란개념 및 그 판단 기준을 엄격하게 제한하여 해석해 오고 있으므로, 향후 성기구에 대한 또 다른 해석 가능성의 여지는 열려있다 할 것이고, 따라서 음란물범죄가 시대 추세에 맞게 합리적으로 정비되기 전까지는 음란한 성기구도 심판대상조항의 규제대상으로 하는 것이 현재 수준의 사회통념에 부합된다고 생각된다.

제130회 발표회 토론요지

발 제 자 : 우선 김진한 교수님 질문 2가지 해주셨습니다.

우선 형법상의 음란죄 규정 형법 243조, 244조가 표현의 자유, 직업의 자유 등의 기본권의 본질적 측면을 제한하는 면이 있다고 하시면서 기본권 제한의 합헌성판단에 있어서 기본권별로 관련되는 생활국면과 기본권을 연결 지으면서 따로 판단해주는 것이 좋지 않나 말씀하셨는데, 저도 그렇게 생각합니다.

제가 헌법재판소에 연구위원으로 와서 몇 가지 놀랐는데요. 그중에 하나가 헌법재판소는 어떤 기본권침해여부에 대한 본안 판단 할 때 맨 앞에 ‘제한되는 기본권’이라는 표제로 일단 제한된 기본권을 쭉 다 열거합니다. 그 다음에 한꺼번에 과잉금지원칙을 적용하는데, 제가 알고 있던 바로는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 개별적 기본권에 관한 헌법규정과 병렬적으로 같이 가는 것입니다. 예를 들어서 어떤 법률조항이 표현의 자유를 제한하는 측면에서의 과잉금지원칙의 판단과, 같은 법률조항이라 할지라도 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 측면에 있어서의 과잉금지원칙의 적용은 저는 달라야한다고 생각합니다.

특히 피해의 최소성이라는 것이 그 기본권 제한이 경미하면서도 목적달성을 이룰 수 있는 방법이 없어야 한다는 것 아니겠습니까? 그 기본권 제한의 경미한 방법이기 때문에 특정한 기본권을 떠나서 피해의 최소성을 판단하는 것은 있기가 참 힘듭니다.

그런데 제한된 기본권은 이것 이것이다라고 초두에 몰아놓고 과잉금지원칙을 한 번에 적용해버리는 것이 많이 생경해서, 몇 차례 따로 하자고 주장해보기도 했습니다만 별로 공감을 못 얻은 것 같아서 그냥 가만있습니다. 그래서 저도 똑같은 생각입니다. 기본권 침해여부를 판단하거나 혹은 과잉금지원칙을 적용할 때 기본권과 그 기본권과 관련된 생활국면을 따로 잡아서 기본권별로 판단해주는 노력을 하는 것이 필요하지 않을까 생각합니다.

두 번째 질문에 대해서, 사생활과 비밀과 자유도 직접 제한된 기본권으로 인정하는 경우와 그렇지 않는 경우에 실용적인 차이가 분명히 있고, 사생활의 비밀과 자유도 이번 헌법재판소 결정처럼 제한되는 기본권으로 보고 과잉금지원칙을 적용하는 것이 옳다고 생각합니다.

사실 이 사건 청구인은 성기구판매자로 사업적 이익을 위해서 헌법재판소에 소송투쟁을 하고 있습니다. 그런데 사실은 성과 관련해서 여러 가지 예외적인 측면도 있는데 성기구라는 것이 어려움을 겪는 분들의 인권보호적인 측면도는 점을 우리가 보아야 한다는 말씀에 아주 깊은 감명을 받았습니다. 우리가 이러한 자위기구 판매를 금지함으로써 이 기구의 사용을 못하게 되는 그분들, 드러나지 않지만 많이 있을 것이라고 생각합니다. 그분들을 생각하면 형법 244조의 물건에 이 성기구를 포함시키는 것은 잘못된 것이 아닌가 그런 생각을 합니다.

저는 헌법재판이 제한되거나 침해하는 기본권이 무엇인지를 최대한 다양하게 많은 각도에서 많이 거론해서 심사해주는 것이 국민을 위한 서비스 차원에서 바람직하다고 생각합니다.

지정토론자(우관제) : 발제자께서는 성기구는 단순한 기구이지 성적표현물이 아니라고 했습니다. 과연 성기구의 개념정의를 가능한 것인지, 음란한 물건과 구별은 어떻게 되는지 의문입니다. 만일 성기구는 음란물에 포함되지 않기 때문에 규제대상에서 제외한다면 성기구라는 말을 쓰고 음란한 물건을 제조하는 것까지도 방임하게 된다는 측면에서, 과연 성기구라는 개념정의를 법적으로 나오지 않은 상황에서 쉽게 성기구를 음란물에서 제외할 수 있는 것인지 묻고 싶습니다.

같은 맥락에서 자위기구 같은 경우에 물론 성적 장애자든가 여러 가지 유용한 용도로 쓰일 수 있다는 것은 누구나 인정하고 있습니다. 그렇지만 자위기구라는 것도 과연 물건에 한정되지 않을 수도 있습니다. 음란한 음화라든가 또는 적나라한 남성의 부위라든가 여성의 부위를 사진으로 촬영하든가 또는 섬세하게 묘사해서 그림으로 냈을 경우에 이것을 보면서 자위를 할 수 있습니다. 이런 음란물이나 음화라든가 음란한 영상물이라든가 이런 물건을 판매하는 것도 그렇다면 자위기구를 판매 논리에 따라 규제대상에서 제외해야 되는 것인지 묻고 싶습니다.

발 제 자 : 음란이라는 것은 성적 표현의 자유와의 관계에서 나옵니다. 성적 표현이 너무 정도가 심해서 사회적인 해악이 클 경우 그것을 음란이라고 보고 표현의 자유로 보호하지 않는 것입니다. 그렇다면 음란이라는 것은 역시 성적 표현물일 것을 전제로 하는 것입니다. 표현의 자유의 보호를 받는 표현이라는 것은 개인의 의견이나 사상을 나타내는 표현입니다. 그렇게 볼 때 성기구라는 것, 자위기구라는 것은 말 그대로 어떤 만든 사람의 의견이나 사상을 나타내는 표현물로서의 성격보다는, 자위기구로서의 기구적인 특성을 가진 것이기 때문에 그것은 성

적 표현물로 보기는 곤란하다고 생각합니다. 따라서 성적 표현의 한계로서의 음란의 판단기준을 성기구에 적용하는 것은 더더욱 곤란하다는 생각이 듭니다.

미국도 이 성기구는 섹슈얼 디바이스로 성적 표현물에서 제외하고 있고, 독일도 형법상 음란죄라는 것은 다른 치안범죄를 규율한 법에서 규율하는 것으로 알고 있습니다. 그런 외국의 입법례를 보더라도 성기구는 성적 표현물로 보지 않는 것이라는 생각이 들었습니다.

소비자의 프라이버시권도 중요하지만 사실은 원치 않는 국민이 혹은 청소년이 음란한 성기구에 노출되지 않을 권리도 있는 것 아닌가 말씀하셨고 저도 충분히 공감합니다. 그런데 지금 성기구를 사거나 보려면 성인용품점에 들어가야 됩니다. 성인용품점이 보통 접근하기 어려운 장소에 있습니다. 2층이라든지 이런 곳에 있어서 자기가 성기구를 구입하거나 보려고 들어가야 볼 수 있습니다. 그렇기 때문에 원하지 않으면 음란한 성기구에 노출되지 않습니다. 성기구를 규제 안 하면 음란한 성기구에 노출되지 않을 자유가 침해되는 면은 걱정하지 않아도 된다고 생각합니다.

그래서 특히 헌법재판소 결정문 중에 이러한 성기구에 대해서 대중이 느끼는 혐오감과 규제해야 된다 이런 이야기가 나오는데, 자기가 보려고 하고 산다고 해야 볼 수 있는 것이니까, 성기구 규제의 근거로 적절한 것이 아니라고 생각합니다.

토 론 자(권은민 변호사): 이 결정과 사생활의 비밀과 자유는 관련성이 좀 떨어지는 것이 아닌가 하는 그런 생각이 듭니다. 청구인은 성인용품점에서 성기구를 판매한 것으로 처벌받은 것입니다. 장애인이나 여러 성소수자 쪽에서 우리가 사서 쓸 수 있어야 하는데 제한하면 안 되느냐는 청구가 왔으면, 지금 논의하는 많은 부분들이 정면으로 사생활의 비밀과 자유와 관련이 있었을 것이라는 생각이 듭니다.

두 번째는 이 사건에서 위헌 결정이 났으면 어떻게 될 것인가 하는 생각을 해봤습니다. 그렇더라도 국가가 어떤 식으로든 음란물에 대해서 규제를 해야 될 텐데, 그것을 어떤 방식으로 할 것인가 하는 부분입니다.

지금 형법의 방식은, 어떤 행위를 하면 경찰관이 그것을 적발해서 문제가 있다고 하고, 그러면 법원이든 헌법재판소든 판단의 위치에 있는 사람이 보고 ‘음란하다 또는 아니다’라고 판단하는 구조로 되어 있습니다.

그런데 지금 우리 사회에서 많이 문제되는 인터넷 상의 음란 동영상 이런 것

들과 관련해서 방송통신심의위원회 같은 위원회에서 관여하고 있습니다. 경찰과 사법적 판단자 사이에 방송통신심의위원회 같은 위원회가 개입되는 것입니다. 상당히 전문적이고 많은 시간과 기준과 방법을 가지고 있는 사람이 하고 있습니다. 그 판단이 잘됐다 잘못됐다 다투려면, 우선 위원회가 기준을 세울 때 한번 관여할 기회가 생기고, 위원회에서 나온 판단에 대해서 다시 다툰 기회가 있습니다.

그러니까 지금 이런 음란물 판매죄를 처벌하는 구조하고는 조금 다른 것 같습니다. 국가권력이 이런 사생활에 개입하는 측면에서 이런 다른 방식이 있을 수 있습니다.

토 론 자(오영신) : 이 사안에서 중요하다고 생각되는 점들 중 실제 결정문에서는 충분히 다루어지지 않은 부분이 있습니다. 그래서 그 부분을 잠깐 말씀드리겠습니다.

첫 번째로, 청구인이 아예 영업의 자유는 주장 안 했습니다. 영업의 자유를 주장해서는 승산이 없다고 생각했는지 청구인 스스로가 이것을 사용하는 사람들의 행복추구권을 문제 삼았습니다. 그래서 사용하는 사람들의 기본권만 얘기를 했지 직업수행의 자유에 대해서 한마디도 하지 않았습니다. 그런 사람들 행복하게 해주기 위해서 노력하는데 왜 날 처벌하느냐라는 취지로 행복추구권을 주로 주장했습니다. 그래서 그쪽으로 포커스가 맞춰지게 된 사안입니다.

이와 관련해서 미연방 항소법원에서는 이런 유형의 법률, 그러니까 성기구 판매를 일괄적으로 금지하는 기독교 보수주의 주의 법률에 대해서 심사하면서, 마찬가지로 판매업자가 제기했는데 영업의 자유는 제껴 버립니다. 그건 사안의 성숙성이 아직 이르지 못했다고 제껴 버리고, 사생활의 비밀과 자유만 가지고 심사를 합니다. 그래서 위헌으로 판단한 연방 항소법원 판례가 있었다는 말씀을 드립니다.

유럽인권재판소는 여러 가지 기본권이 문제될 때 각각을 검토하는 방식을 택하는 것으로 알고 있습니다. 유럽인권재판소에서는 1조 위반, 2조 위반, 3조 위반 이런 식으로 해서 각각 1조는 위반이고 2조는 위반이 아니고, 이렇게 판단을 하는데 우리 헌재에서는 조금 어려운 것 같습니다. 그래서 가장 밀접한 기본권을 중심으로 판단하는 형태로 가게 되는데, 이 사안에서는 하나의 기본권주체에 관한 것이 아니라 기본권주체가 다른 측면이 있습니다. 직업수행의 자유를 주장하는 기본권 측면이 있고, 이것을 사용하는 소비자의 기본권 측면입니다.

두 번째로, 이 사안이 문제된 이유는 대법원에서 오로지 여성의 둔부와 음모

모양을 너무 리얼하게 재현한 성기구에 대해서 문제를 삼았습니다. 남성용 기구에 대해서는 너무 자세히 구체적으로 하지 않고 개괄적이고 추상적으로 만들었으니까 음란물이 아니라고 판결합니다. 그러니까 성기구의 음란성 판단을 인간의 신체, 음부 성 부분을 리얼하게 표현하면 음란물이고 그렇지 않으면 아니라고 한 대법원의 판시사항, 이 부분에 대해서 문제의식이 발생하는 것입니다. 이것을 어떻게 헌법적으로 판단할 것이냐가 문제되었던 것입니다.

그래서 성기구를 정의할 수 있는가, 성기구가 너무 광범위하게 되는 것 아닌가 이렇게 이야기합니다. 그런데 미국에서 성기구라고 이야기하는 것은 이 상황하고 딱 맞습니다. 정확하게 기억을 못하겠습니다만, 남성의 성기나 여성의 성기를 모방한 것으로서 성 기관(sexual organ)에 접촉하여 성적으로 만족을 주는 것, 그 정도로 개념정의를 하고 있습니다.

여기서 형법의 단편성에 대해서 이야기해야 될 것 같습니다. 어떤 형벌법규가 문제되는 상황에 대해서 광범위하게 넓게 투망해서 다 잡아내려고 하는 것이 아니라, 문제가 되는 것만 정확하게 짚어서 형사처벌을 하고, 또 다른 사항이 낫을 때는 또 다른 형벌법규로 대처해 나가는 것, 이것이 기본적인 자유주의국가에서 형벌법규가 가져야 되는 기본적인 태도입니다.

그런 측면에서 바라본다면 개인적으로는 이 사안에서 한정위헌이 충분히 가능했다고 봅니다. 제가 방금 말씀드린 그런 형태의 것을 성기구라고 개념정의하고, 이런 것을 음란물에 포함시키는 것은 위헌이라고 충분히 결정할 수 있었다고 저는 생각하고 있습니다.

그리고 성기구가 음란성을 가질 수 있느냐? 남성이나 여성의 성기를 리얼하게 표현하는 것이 음란성을 가지는 것이 아니라고 한다면 어떤 경우에 음란성을 가질 수 있을 것인가라는 질문에 대해서는, 이럴 수 있을 것 같습니다. 성기구인데 거기에 변태적인 모양을 가진 어떤 조각이 들어있는 것입니다. 또는 수간하는 모양이 들어있는 조각이 들어 있는 것입니다. 그러면 그것은 성기구라기 보다는 표현물로서 취급될 수 있지 않겠느냐는 생각이 듭니다.

그래서 헌재에서 한정위헌의 형태로 규범력을 가질 정도로 충분히 제한할 수도 있었다고 생각합니다.

이런 점에 대해서 저는 개인적으로 이 사건이 사생활의 비밀과 자유에 있어서 기존의 인격권 등에서 추출하지 못했던 ‘홀로 있고 혼자 있는 내밀한 은밀한 영역에서의 인간의 자유’에 대한 의미있는 결정이 될 수도 있었을 것이라는 아쉬움을 가지고 있습니다.

발 제 자 : 물론 성기구 소비자가 이 헌법소원사건을 제기한 청구인이 아니고 청구인은 아까 말씀드린 대로 성기구판매자입니다. 헌법재판소는 직권주의에 입각해서 청구인이 침해받았다고 주장하는 기본권이 아닌 다른 기본권도 위헌여부를 판단할 수 있고, 또 더 나아가서 당구장사건이 그랬던 것처럼, 청구인이 아닌 다른 일반 소비자의 기본권 판단에 대해서도 헌법재판소는 판단을 해 주었습니다. 저는 우리 헌법재판소가 굉장히 잘하는 부분이라고 생각합니다.

당구장 사건에서도 응암당구장을 운영하던 모 선생님이 청구를 해서 당구장 영업주의 영업의 자유와 체육시설 중에 당구장만 18세미만 출입금지 게시문을 붙이게 하는 평등권, 두 기본권을 주장하면서 소송을 제기했습니다. 헌법재판소가 영업주의 영업의 자유와 평등권을 침해했다, 더 나아가 앞으로 당구를 통해 건전한 스포츠인으로 자라고자 하는 청소년의 행복추구권, 그 중에서 일반적 행동자유권을 침해했다고 아주 매력있게 선언합니다. 저는 그러한 것들도 헌법재판소가 국민과 더 가까워지기 위해서 해야 할 노력이라고 생각하기 때문에, 이 사건에서 청구인은 아니지만 사실 이 조항에서 어떻게 보면 판매자보다 더 큰 피해를 받을 수 있는 성기구 소비자의 사생활의 비밀과 자유의 침해 여부를 판단한 것은 굉장히 바람직하다고 생각합니다.

그리고 음란물이나 아니냐 판단하는 것에 있어서 방송통신심의위원회에서 국가권력이 중간에 개입해서 판단해주는 그런 장치를 성기구 음란 판정과 관련해서 생각하면 어떻겠느냐 말씀해주셨는데, 제 평소 생각은 음란에 대해서는 사실 아무도 판단할 수 없다는 것입니다.

개인적인 말씀을 좀 드리면요, 제가 99년에 미국에서 공부 마치고 돌아온 직후였습니다. 그때 갑자기 대법원에서 전화가 왔습니다. 사법제도비교연구회라는 데서 전화가 와서, 그때 장정일의 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’인가, 나중에 영화화도 되었을 것인데, 그 사건이 1, 2심을 거쳐서 대법원에 올라와 있었습니다. 그 주심대법관님께서 우리의 음란성 판단이 너무 허술하고, 그래서 좀더 구체화된 음란성 판단기준을 이번 판결을 통해서 한번 만들어보려고 하니, 저보고 미국의 음란성 판단기준에 대해서 발표를 부탁하셨습니다. 그때 다 회수처리가 되었던 그 소설 복사본을 저한테 친절하게 보내줬습니다. 그래서 처음부터 끝까지 다 읽어보는데 시간이 굉장히 걸렸습니다. 왜냐하면 읽다가 집어던지고 읽다가 집어던지고. 이걸 처음부터 끝까지 그런 이야기만 있어서 아무 재미도 없고, 정말 독자의 정신 상태를 황폐하게 만들더군요.

나름대로는 미국의 음란성 판단기준에 대해서 열심히 발제문을 써서 발표도

하고 우리 대법원의 음란성 판단기준으로 이런 것이 좋지 않겠느냐 모델까지도 제시하고 했습니다. 그런데 그 판결문에는 그냥 종래의 음란개념을 그대로 답술했습니다. 한 가지 ‘전체적인 맥락에서 보아’라는 것이 추가됐습니다. 평균인의 성적수치심을 자극하고 선량한 성풍속을 해할 것.

미국에도 음란 판단기준이 3단계라고 합니다만 이 3단계 하나하나도 사실 다 추상적입니다. 그래서 음란 판단기준이 구체화되어 있다는 나라들에서도 이것이 주관적인 판단기준이고, 객관적이고 과학적인 기준은 아니라는 비판을 많이 받습니다.

그래서 사실은 음란이라는 개념은 특히 형벌법규같은 데에서는 최소화해야 합니다. 음란이나 아니냐 여부로 처벌하고 안하고, 이런 조항들은 가급적 없어야 한다는 생각이 현재의 제 생각입니다.

그리고 음란개념을 살려두는 부분에 있어서는, 저는 음란죄야 말로 배심제 판을 해야 하고, 판사님들이 재판해서는 안 된다고 봅니다. 왜냐하면 음란 판단기준이 일반인의 성적수치심을 자극하고 선량한 성풍속을 해할 것이라고 되어 있습니다. 우리 대한민국 판사님들이 제일 크게 착각하고 계시는 것이 본인을 평균이라고 생각하는 것입니다. 절대 그렇지 않거든요. 그 분들 굉장히 엘리트고 머리 좋고, 그런데 머리 좋을수록 예민한 분들입니다. 그런 분들이 자기가 실제로 읽어 본다 그러더라고요. 소설이면 소설을 실제로 읽어보고 수치심이 느껴지면 음란물이고 아니면 아니고. 미국에서도 미국 대법관 스투어트는 그런 말을 했습니다. 음란(obscene material)을 난 정의내릴 수 없지만, 일단 보면 음란물인지 아닌지 안다고 했습니다.

그러니까 그 정도로 음란이라는 개념은 사실 아무리 판단기준을 세워 놓아도 추상적일 수밖에 없고, 굉장히 판단하기 어려운 개념입니다. 음란에 관한 판단기준이 헌법재판소에도 있고 대법원에도 있어서 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 헌재가 이번 결정문에서 쓰고 있습니다만, 그 기준도 사실은 추상적인 것이 아닙니까? 그 기준을 정말 우리가 냉철하게 보면.

그래서 ‘음란’ 개념은 최소화하는 것이 바람직하다는 것이 제 생각입니다. 그래서 성기구에 대해서는 음란죄나 이런 것으로 규제할 것이 아니라, 독일처럼 별도의 제한 법을 만들어서 성기구의 유통 쪽을 특히 잘 규제하는 것이 바람직한 방향이 아닐까 생각합니다.

회 장(강일원 헌법재판관) : 이번 결정의 심판대상은 형법 243조, 244조입

니다. 적어도 음란물건을 판매하는 것을 처벌하는 것이 위헌이라는 의견은 이 자리에는 없는 것 같습니다.

성기구가 왜 음란물이나는 데서 문제가 되는 것 같습니다. 지금 헌법재판소는 성기구가 음란물이라고 말하는 것이 아닙니다. 이런 오해가 발생하는 이유가, 2003년도 대법원판결의 판시사항이 저도 개인적으로는 수궁하기 어려운 내용으로 판시가 되어 있는데, 그것을 전제로 말씀하시기 때문에 그렇습니다.

헌법재판소는 재판에 대해서 헌법소원하는 것이 아니라 규범에 대해서 헌법소원을 합니다. 역시 헌법재판소에서 말하고 싶은 것은, ‘성기구’를 규제해도 된다는 것이 아니라 ‘음란한 물건인 성기구’를 판매하는 사람을 처벌하는 것은 합헌이라는 취지입니다.

그 부분에 오해가 있습니다. 왜 성기구가 음란한 물건이나? 음란한 물건이 아니면 처벌이 안 되어야지요. 그런데 성기구라는 이름이 붙으면 다 음란한 물건이 아니냐? 그것은 동의하기 어렵습니다. 아까 오영신 연구관도 음란한 물건일 수 있다고 이야기했습니다.

그럼 이 사건에서 음란한 물건이나? 그건 모르겠습니다. 왜냐하면 그것은 헌법재판소의 심판대상이 아니었고, 저도 그렇고 재판관들이 여기 문제된 물건을 보지도 못했고 볼 수도 없었습니다. 그렇기 때문에 당해사건 판결이 잘 되었는지 잘못 되었는지 저희들은 알 수가 없고, 다만 형법 243조, 244조가 명확성 원칙에 위반되지 않고 피해의 최소성 원칙에도 반하지 않는다는 데 중점이 있는 결정입니다.

역시 저희들 표현력이 부족했던 것 같습니다. 지금 발제자 말씀하시는 것이나 김진한 교수님 말씀하시는 내용 상당부분은 재판관님들이 다 동의하는 부분들입니다. 헌법재판소 결정의 정확한 취지가 조금 알려졌으면 하는 생각입니다.

국가목표조항의 기능과 심사기준

명 재 진*

I. 국가목표조항과 헌법학적 쟁점

비교법적으로 볼 때, 기본권에 관한 헌법규정이외에 국가목표규정에 대해 상세한 규정을 두는 국가가 최근 많아지고 있는 것은 우리에게 헌법학적 관심을 가지게 한다. 기본권이 헌법에서 차지하는 비중이 높은 것이 사실이지만, 우리학계에서는 국가목표규정에 대한 논의가 별로 없어 헌법학의 연구의 문제점으로 지적할 수 있다. 국가목표규정은 현대헌법학에 있어서 새롭게 관심의 대상이 된다. 특히 사회국가의 등장으로 인해 국가에게 요구되는 많은 과제들이 시간이 지남에 따라 헌법에 지속적으로 규정화되고 있다. 또한 사회국가와 아울러 환경국가, 문화국가의 과제들은 기본권에 대한 보호만큼 중요해지고 있다. 고전적인 남녀평등의 문제도 오늘날 다시 새로운 과제로 답변을 요구하고 있다. 이러한 시대적 요구에 의해 점차 많은 국가에서 국가목표조항에 대한 보다 자세한 규정과 아울러 기본권과는 독립적인 장으로 별도의 보호를 하는 경우가 늘어나고 있다.

국가에 대한 방어권인 기본권과는 다르게 국가목표조항은 국가에게 역동적 과제를 부과한다. 입법부에게 법률을 통한 목표형성의 의무를 부과하고, 행정권과 사법권에게도 이를 준수하고 구현하도록 명령한다. 국가목표조항은 기본권의 등장이전부터 헌법에 국가의 정책적 방향을 제시하고, 국민의 공감대를 형성하는데 중요한 역할을 해왔고, 국가학으로서의 헌법학의 중요한 본질적 요소를 이룬다. 기본권의 등장으로 헌법의 중심영역이 변화되었지만 국가목표조항은 사회국가 등 국가의 새로운 과제를 맞아 헌법학에 있어서 기본권이 충족하지 못하는 국민의 가치적 공감대를 구현하는데 결정적인 역할을 하고 있다. 또한 기본권이 가

* 충남대학교 법학전문대학원 교수

지는 헌법학적 기능과 소송법적 심사기준이 국가목표조항에 동일하게 적용되지 않으므로 새롭게 이론구성을 해야 하는 문제점과 과제가 발생한다.

이 논문은 이러한 시대변화에 맞추어 등장하고 있는 국가목표조항의 헌법학적 문제점들을 제기하고, 이에 대한 해답을 시도하고자 한다. 우선 독일 통독이후에 구동독의 주들에서 나타나고 있는 국가목표조항에 대한 중요성을 소개하고, 유럽헌법과 스위스헌법에 나타나는 국가목표조항의 특징에 대해 알아본다(II), 그리고 국가목표조항이 헌법에서 차지하는 기능과 역할 및 규범적 특성에 대해 살펴본다(III), 마지막으로 헌법재판소 판결에 나타난 국가목표조항에 대한 기능 및 소송법적 문제점들과 위헌심사척도에 대해 비판적 검토를 한다(IV).

II. 독일 주 헌법 등의 국가목표조항에 대한 최근입법 경향¹⁾

1. 작센-안할트 주 헌법

(1) 헌법의 구조와 국가목표조항

통독 후 제정된 독일 지방국인 작센-안할트(Sachsen-Anhalt)의 주헌법(1992년)은 국가목표들에 대한 독립된 헌법의 장을 가진다. Sachsen-Anhalt 주헌법의 제2장은 제1절 기본권(Grundrechte), 제2절 제도보장(Einrichtungsgarantien), 제3절 국가목표들(Staatsziele)로 구성된다.

(2) 국가목표조항의 구체적 모습

제3장의 국가목표조항 편에 나타난 구체적 모습은 다음과 같다.

이 헌법에 의하면 국가목표에 제34조(남녀평등)²⁾, 제35조(환경보호)³⁾, 제36

1) 명재진, 국가목표규정에 관한 비교법적 연구, 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011, 29면 이하 참조.

2) Artikel 34 -Gleichstellung von Frauen und Männern

Das Land und die Kommunen sind verpflichtet, die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in allen Bereichen der Gesellschaft durch geeignete Maßnahmen zu fördern.

3) Artikel 35 -Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen

(1) Das Land und die Kommunen schützen und pflegen die natürlichen Grundlagen jetzigen und künftigen Lebens. Sie wirken darauf hin, daß mit Rohstoffen sparsam umgegangen und Abfall vermieden wird.

(2) Jeder einzelne ist verpflichtet, hierzu nach seinen Kräften beizutragen.

조(예술, 문화, 스포츠의 보호)⁴), 제37조(소수민족의 보호)⁵), 제38조(노약자와 장애인 보호)⁶), 제39조(취업의 보장)⁷), 제40조(주택의 보장)⁸)이 속한다.

2. 부란덴부르크 주헌법(Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992)

(1) 헌법의 구조

-
- (3) Eingetretene Schäden an der natürlichen Umwelt sollen, soweit dies möglich ist, behoben oder andernfalls ausgeglichen werden.
 - (4) Das Nähere regeln die Gesetze.
 - 4) Artikel 36- Kunst, Kultur und Sport
 - (1) Kunst, Kultur und Sport sind durch das Land und die Kommunen zu schützen und zu fördern.
 - (2) Die heimatbezogenen Einrichtungen und Eigenheiten der einzelnen Regionen innerhalb des Landes sind zu pflegen.
 - (3) Das Land und die Kommunen fördern im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten die kulturelle Betätigung aller Bürger insbesondere dadurch, daß sie öffentlich zugängliche Museen, Büchereien, Gedenkstätten, Theater, Sportstätten und weitere Einrichtungen unterhalten.
 - (4) Das Land sorgt, unterstützt von den Kommunen, für den Schutz und Pflege der Denkmale von Kultur und Natur.
 - (5) Das Nähere regeln die Gesetze.
 - 5) Artikel 37 - Kulturelle und ethnische Minderheiten
 - (1) Die kulturelle Eigenständigkeit und die politische Mitwirkung ethnischer Minderheiten stehen unter dem Schutz des Landes und der Kommunen.
 - (2) Das Bekenntnis zu einer kulturellen oder ethnischen Minderheit ist frei; es entbindet nicht von den allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten.
 - 6) Artikel 38
 Ältere Menschen, Menschen mit Behinderung
 Ältere Menschen und Menschen mit Behinderung stehen unter dem besonderen Schutz des Landes. Das Land fördert ihre gleichwertige Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft.
 - 7) Artikel 39 - Arbeit
 - (1) Allen die Möglichkeit zu geben, ihren Lebensunterhalt durch eine frei gewählte Arbeit zu verdienen, ist dauernde Aufgabe des Landes und der Kommunen.
 - (2) Das Land wirkt im Rahmen seiner Zuständigkeit darauf hin, daß sinnvolle und dauerhafte Arbeit für alle geschaffen wird und dabei Belastungen für die natürlichen Lebensgrundlagen vermieden oder vermindert, humanere Arbeitsbedingungen geschaffen und die Selbstentfaltung des Einzelnen gefördert werden.
 - 8) Artikel 40 -Wohnung
 - (1) Das Land und die Kommunen haben durch die Unterstützung des Wohnungsbaues, die Erhaltung vorhandenen Wohnraumes und durch andere geeignete Maßnahmen die Bereitstellung ausreichenden, menschenwürdigen Wohnraumes zu angemessenen Bedingungen für alle zu fördern.
 - (2) Das Land und die Kommunen sorgen dafür, daß niemand obdachlos wird.

부란덴부르크 주헌법의 제2장은 기본권과 국가목표의 장로 되어 있고, 제1절은 효력, 제2절은 자유, 평등, 인간의 가치, 제3절은 참정권, 제4절은 소수민족 조르벤의 권리, 제5절, 결혼, 가족, 생활공동체와 자녀, 제6절 교육, 학문, 예술, 스포츠, 제7절은 교회와 종교공동체, 제8절은 자연과 환경, 제9절은 재산, 경제, 노동, 사회적 안정, 제10절은 소송절차와 형사집행으로 되어 있다.

부란덴부르크 주헌법은 각 절마다 기본권과 국가목표조항이 함께 규정되어 있는 것이 큰 특징이다. 즉 하나의 조문에 기본권과 국가목표조항이 연이어 규정된다. 이는 현재 우리헌법의 태도이기도 하다. 예를 들어 평등권이 규정된 경우, 국가의 평등보호원리도 함께 규정하고,⁹⁾ 교육에 관한 권리와 국가의 공적 교육시설의 설치와 직업교육의 진흥의무도 함께 규정하고 있다.¹⁰⁾

(2) 국가목표조항의 구체적 모습

제2장에 기본권과 국가목표조항이라는 타이틀을 부여하고 있다(2. Hauptteil: Grundrechte und Staatsziele). 이러한 제2장의 여러 내용들안에 국가목표조항이 존재한다. 제7조 제2항에 “인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것이 모든 국가권력의 의무이며 모든 연대적 공동체의 기반이다”고 규정하고 있다.¹¹⁾ 제12조 평등권 조항의 제3항에서 “주는 직업, 공적 생활, 교육과 직업교육, 사회 보장의 영역이나 가정에서, 효과적인 조치를 통해 남녀의 평등을 보장할 의무를 진다”고 하고 있다.¹²⁾ 또한 제4항에서 “주와 자치단체들은 장애인과 정상인의 생활조건을 균등을 유지할 의무를 진다”고 되어 있다.¹³⁾ 제26조에 의하면 “결혼과 가족은 공동체에 의해 보호되고 지원되어야 한다. 모성과 독신가정 그리고 다자녀 가족은 장애인

9) Artikel 12. Gleichheit. (3) Frauen und Männer sind gleichberechtigt. Das Land ist verpflichtet, für die Gleichstellung von Frau und Mann in Beruf, öffentlichem Leben, Bildung und Ausbildung, Familie sowie im Bereich der sozialen Sicherung durch wirksame Maßnahmen zu sorgen.

10) Artikel 29. Recht auf Bildung. (1) Jeder hat das Recht auf Bildung.

(2) Das Land ist verpflichtet, öffentliche Bildungseinrichtungen zu schaffen und berufliche Ausbildungssysteme zu fördern.

11) Artikel 7. Schutz der Menschenwürde. (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Grundlage jeder solidarischen Gemeinschaft.

12) Artikel 12. Gleichheit. (3) Frauen und Männer sind gleichberechtigt. Das Land ist verpflichtet, für die Gleichstellung von Frau und Mann in Beruf, öffentlichem Leben, Bildung und Ausbildung, Familie sowie im Bereich der sozialen Sicherung durch wirksame Maßnahmen zu sorgen.

13) (4) Das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände sind verpflichtet, für die Gleichwertigkeit der Lebensbedingungen von Menschen mit und ohne Behinderungen zu sorgen.

가족들은 특별한 후원을 받는다”고 규정한다.¹⁴⁾ 제27조에서는 “주와 지방자치단체는 지원단체가 누구이든 상관없이 유치원과 청소년시설들을 후원한다”고 규정하고 있다. ¹⁵⁾ 교육과 관련하여 제30조에서는 “주와 지방자치단체는 학교를 설립하고 지원해야 한다”고 되어 있다.¹⁶⁾ 환경보호와 관련된 제39조는 “현재와 미래 생활의 기초로서의 자연, 환경 그리고 성장한 경관들의 보호는 주와 모든 사람들의 의무이다”고 하고 있다.¹⁷⁾ 또한 동조 제7항에서 “주와 지방자치단체는 자연환경의 현재 또는 앞으로의 피해에 대해 정보를 취득하고, 이를 문서화하여야 한다”고 규정하고 있고,¹⁸⁾ 사회보장과 관련하여 제45조는 “주는 법적 실현을 위한 권한의 범위 내에서 질병, 산재, 불구, 장애, 부양, 노령상황에 대한 사회적 안정망을 갖추어야 한다”고 규정하고 있다. ¹⁹⁾ 또한 제47조에서 주거문제와 관련하여 “주는 자신의 권한 내에서 쾌적한 주거에 관한 권리의 실현을 보장하여야 하는데, 특히 주택을 지원하고, 사회적 주거시설, 세입자 보호와 월세지원을 하여야 한다”고 기술하고 있다.²⁰⁾

14) Artikel 26. Ehe, Familie und Lebensgemeinschaften. (1) Ehe und Familie sind durch das Gemeinwesen zu schützen und zu fördern. Besondere Fürsorge wird Müttern, Alleinerziehenden und kinderreichen Familien sowie Familien mit behinderten Angehörigen zuteil.

15) (6) Das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände fördern, unabhängig von der Trägerschaft, Kindertagesstätten und Jugendfreizeiteinrichtungen.

16) (3) Das Schulwesen muß Offenheit, Durchlässigkeit und Vielfalt der Bildungsgänge gewährleisten.

17) Artikel 39. Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. (1) Der Schutz der Natur, der Umwelt und der gewachsenen Kulturlandschaft als Grundlage gegenwärtigen und künftigen Lebens ist Pflicht des Landes und aller Menschen.

18) (7) Das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände sind verpflichtet, Informationen über gegenwärtige und zu erwartende Belastungen der natürlichen Umwelt zu erheben und zu dokumentieren; Eigentümer und Betreiber von Anlagen haben eine entsprechende Offenbarungspflicht. Jeder hat das Recht auf diese Informationen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Das Nähere regelt ein Gesetz.

19) Artikel 45. Soziale Sicherung. (1) Das Land ist verpflichtet, im Rahmen seiner Kräfte für die Verwirklichung des Rechts auf soziale Sicherung bei Krankheit, Unfall, Invalidität, Behinderung, Pflegebedürftigkeit und im Alter zu sorgen. Soziale Sicherung soll eine menschenwürdige und eigenverantwortliche Lebensgestaltung ermöglichen.

20) Artikel 47. Wohnung. (1) Das Land ist verpflichtet, im Rahmen seiner Kräfte für die Verwirklichung des Rechts auf eine angemessene Wohnung zu sorgen, insbesondere durch Förderung von Wohneigentum, durch Maßnahmen des sozialen Wohnungsbaus, durch Mieterschutz und Mietzuschüsse.

3. 유럽연합 헌법안

(1) 헌법의 구조

유럽연합 헌법안은 제1장에 국가목표를, 제2장에 기초적 인권들과 유럽연합의 시민권을 규정하고 있고, 제3장에 연합의 권한들을 규정하고 있다.

(2) 국가목표조항

유럽헌법은 유럽연합이 추구하는 목표에 대해 5개의 항목을 두고 있다.²¹⁾ 첫째, 연합의 목표는 평화와 연합의 가치 및 시민의 복지를 증진하는 것이다. 둘째, 연합은 그 시민들에게 국경이 없는 자유·안전 그리고 사법제도와 경쟁이 자유롭고 왜곡되지 않는 역내시장을 제공한다.

셋째, 연합은 균형 있는 경제성장 및 물가의 안정을 기초로 하는 연합의 지속가능한 발전, 완전고용과 사회진보를 목표로 하는 고도의 경쟁력을 가지는 사회시장경제, 고도의 환경보호 및 환경의 질적 개선을 위해 노력한다. 연합은 과학 기술의 진보를 촉진한다. 연합은 사회적 소외와 차별에 대해 투쟁하며, 사회적 정의와 안전, 남녀평등, 세대 간의 연대 그리고 아동의 권리 보호를 장려한다. 연합

21) ARTICLE I-3 The Union's objectives

1. The Union's aim is to promote peace, its values and the well-being of its peoples.
2. The Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers, and an internal market where competition is free and undistorted.
3. The Union shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.
It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child.
It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States.
It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced.
4. In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter.
5. The Union shall pursue its objectives by appropriate means commensurate with the competences which are conferred upon it in the Constitution.

은 회원국들의 경제적·사회적·영토적 결속과 연대를 증진한다. 연합은 풍부한 문화적·언어적 다양성을 존중하고, 유럽문화유산의 보호와 수준향상을 보장한다.

넷째, 넓은 세상과의 관계 속에서 연합은 연합의 가치들과 이익들을 지키고 향상시킨다. 연합은 평화·안전·지구의 지속가능한 발전·시민들의 상호 연대와 존중, 자유와 공정한 무역, 빈곤의 제거와 인권의 보장, 특히 아동의 인권들, 그리고 국제연합헌장의 준수를 포함한 국제법의 엄격한 준수에 공헌한다.

다섯째, 연합은 헌법에 규정된 권한에 알맞은 적절한 수단을 사용하여 연합의 목적들을 수행한다.

4. 스위스 헌법

(1) 헌법의 구조와 사회목표조항

스위스 헌법은 제1장에 총칙, 제2장에 기초적 인권과 시민의 권리들, 사회적 목표조항을 규정하고 있고, 제3장에 연방, 주, 지방자치단체에 대해 규정하고 있다.

(2) 사회목표조항

스위스 헌법은 제3장을 “사회 목표들(Sozialziele)”이라고 명명하고 있다. 스위스 헌법 제41조에 구체적인 내용을 담고 있다. 즉 동조는 “연방과 주는 개인의 책임과 개인의 주도권을 보충하여 다음에 대해 노력한다. a. 모든 시민이 사회적 안전을 향유하도록, b. 모든 시민이 건강을 위해 필요한 부양을 받도록, c. 가족은 성인과 자녀의 공동체로서 보호되고 지원되도록, d. 성인들이 노동을 통해 적절한 생활의 조건들에 필요한 보장을 얻을 수 있도록, e. 주택을 구하는 자는 자신과 가족을 위해 부담 가능한 여건에 맞는 적절한 주택을 찾을 수 있도록, f. 성인뿐만 아니라 아동과 청소년 능력에 맞게 교육받을 수 있도록, g. 아동과 청소년은 성장에 있어서 독립적이고 사회적 책임을 다하는 시민이 될 수 있도록 배려하고, 사회적·문화적 그리고 정치적 통합에 있어 지원하도록,”이라고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항은 “연방과 주는 모든 시민이 노령·불구·질병·재난·실업·임신·고아·배우자 사별로 인한 경제적 어려움을 극복하도록 노력하여야 한다.”고 규정하고, 제3항에서는 “연방과 주는 헌법합치적 권한 내에서 그들에게 주어진 방법들을 사용하여 사회적 목적들을 실현하여야 한다”고 되어있고, 아울러 제4항에서는 “사회

적 목적들로부터 개인들은 국가급부에 대한 청구권이 도출되지 않는다”는 것을 밝히고 있다.²²⁾

5. 소결

비교법적으로 볼 때, 국가목표조항에 대한 각국의 입법태도는 크게, 독립된 국가목표의 장을 두는 경우도 있고, 기본권의 장에 함께 국가목표조항을 혼합하는 경우,²³⁾ 또는 특이하게 스위스의 경우처럼 사회목표조항으로 두는 경우가 있다.

이러한 유형별 분류를 할 수 있는 것은 그 나라에서 국가목표조항이 차지하는 의미가 다르기 때문이다. 동독이었던 주들의 경우 국가의 새로운 출발로 인해 국가목표조항이 중요해 지고, 사회적 공감대 형성을 위한 가치이자 목표를 두는 것이 의미 있는 일이므로 최근에 새로운 입법경향을 보여주고 있다. 또한 유럽연합 헌법초안도 비슷한 취지에서 연합의 목표를 중요하게 별도로 규정한 것이다. 스위스의 경우 국가목표조항이 사회목표조항으로 인식될 정도로 가치적 공감대가 강하게 표출되어 헌법에 규정된 범례로 파악할 수 있다고 본다.

22) 3. Kapitel: Sozialziele

Art. 41

① Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

- a. jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat;
- b. jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält;
- c. Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern geschützt und gefördert werden;
- d. Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können;
- e. Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können;
- f. Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können;
- g. Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden.

② Bund und Kantone setzen sich dafür ein, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist.

③ Sie streben die Sozialziele im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel an.

④ Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden.

23) 기본권으로 규정하는 것의 장점은 국민들에게 의식면에서 보다 더 고무적인 작용하며, 국민운동을 만들어나가며, 규정의 효력이 강화된다. 반면 부정적인 면은 국민이 큰 기대감을 가지게 되며, 국가적 과제를 주관적으로 해결하기 어려운 면이 있다. 고문현, 환경헌법에 관한 연구, 환경법연구 21, 1999, 391면.

내용면에서 보았을 때 세계 각국의 헌법들이 대개 공통적으로 사회국가의 구현과 환경국가의 과제들 그리고 문화국가의 실현에 관한 규정들을 가지고 있다. 이러한 경향은 현대헌법에서 차지하는 국가의 역할이 그만큼 강화되고, 사회 영역에 대한 국가의 책임이 증대되고 있다는 것을 보여준다. 그리고 이러한 현상이 선진국 대부분에서 동시에 발생하고 있어 국제적 협력과 관심이 어느 때보다 중요한 시점이 되고 있다.

III. 국가목표조항의 의의, 기능과 규범적 성격²⁴⁾

1. 국가목표조항의 의의

헌법에서 기본권적 특성을 지니지 않은 채 국가기관의 행위에 대한 지시와 지침을 나타내는 규정이 있는데 이를 국가목표규정(Staatszielbestimmung)이라 한다.

독일 학자 Sommermann은 국가목표의 5대 모습으로 법치국가(Rechtsstaatlichkeit), 사회국가(Sozialstaatlichkeit), 문화국가(Kulturstaatlichkeit), 평화국가(Friedensstaatlichkeit), 환경국가(Umweltstaatlichkeit)를 들고 있다.²⁵⁾

독일 문헌에서 국가목표규정에 관한 이념적 기초를 세운 학자는 U.Scheuener이다. 쇼이너는 “국가목표규정(Staatszielbestimmung)은 국가행위에 대한 명령과 지시로서 일정한 방향으로 명령하고 실질적 과제를 부여하는 내용을 지니며, 법률 그 밖의 법규명령의 해석이나 적용, 특히 일반조항 또는 재량행위에 있어 기준 내지 방향을 제시하는 기능을 가진다”고 보았다.²⁶⁾ 즉 국가목표조항은 소극적 제한규정이 아니라 적극적 능동규정인 것이다.

국가목표를 포함하는 모든 규정이 국가목표규정이 아니라, 국가목표규정은 시민에게 주관적 권리를 부여하는 것은 아니고, 국가권력(입법, 집행, 사법)을 특정의 목표를 수행하도록 법적 구속력을 가지고 의무를 부여하는 헌법규범이라는 특징을 지녀야 한다.²⁷⁾ 국가목표규정은 주관적 권리의 결여라는 특징과 아울러

24) 명제진, 독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정, 유럽헌법학회연구논집 제2호, 2007, 161면 이하 참조.

25) K. P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 198ff.

26) U. Scheuener, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV, 1971, S.505fff.

27) K. P. Sommermann, S.326.

목적적 규범특성이 있어야 하며, 앞서 말한 5대 목표이외에 해당하는 범주라도 이러한 특징을 갖춘 경우 국가목표규정이 될 수 있다. 즉 국가목표규정은 헌법을 역동화(Dynamisierung)한다고 볼 수 있다.

국가목표규정으로 정해진 헌법조항의 전형적인 모습을 독일연방이나 지방국에서 찾아 볼 수 있으며, 그 내용은 사회국가조항, 국제평화, 소득의 균형적인 분배, 환경보호, 남녀평등, 등이다.²⁸⁾ 또한 역사적으로 볼 때, 경제적 영역에 있어서의 국가목표조항이 먼저 등장했고, 최근에는 환경보호와 적극적 남녀평등 실현의무가 제시되고 있다. 특히 환경권 등은 오래된 국가목적과 차별화될 수 있다. 오래된 다른 국가목적들은 아직 완전히 달성되지 않고 입법기관에 의해 입법을 통한 형성이 필요하지만, 환경권과 동물보호라는 국가목적은 그 자체의 온전함의 유지와 이에 대한 침해와 파괴에 대한 복구를 목적으로 한다. 자연적 생활기반과 동물은 구체적인 보호대상이며, 이는 보호대상의 침해에 대한 방어를 의미하므로 기본권적 구조와 유사하며 다른 국가목표규정과 차별화된다.²⁹⁾

2. 국가목표 조항과 인접개념과의 관계

(1) 입법위임의 의미와 기능

입법위임(Gesetzgebungsaufträge)은 국가목표규정과 함께 헌법의 실질적 구성요소에 속하고, 국가 활동의 한계가 아닌 동인을 부여한다는 공통점이 있다. 그러나 입법위임은 입법자를 구속하고, 국가목표규정은 3권을 전부 구속한다는 면에서 차이점이 있다. 입법위임과 국가목표규정은 구체성의 정도에서 구별된다. 전자는 특정한 주체를 지시하나 후자의 경우 일반적으로 추상적 목표를 담고 있는 경우가 많다. 물론 국가목표규정의 경우도 입법위임을 함께 규정한 특별한 국가목표규정을 설정하는 경우도 있다.

(2) 제도보장의 의미와 기능

제도보장(Einrichtungsgarantie)은 기존제도를 전제하고, 그의 전통적인 핵심부

28) 헌법규범은 국가공동체질서를 법적으로 형성·유지하고 국민의 권리를 보장하기 위하여 야기되는 국가와 국민간의 갈등과 이해대립의 사회적 현실에 대하여 그 핵심문제만을 규정하는 방식으로 조문화하고 있다는데 특징이 있다. 정극원, 국가목적규정에 관한 일고찰, 공법학연구 제4권 제2호, 2003, 219면.

29) D. Murswick, Art.20a, GG- Kommentar von M. Sachs, 3.Aufl.2003, S.874

분을 특히 입법자에 의한 침해로부터 방어하기 위한 소극적 측면이 중요한데 반해서, 국가목표규정은 입법자에 의한 적극적 입법형성이 우선 요구된다. 무엇보다도 제도보장은 단순한 현상의 보장을 의미하는 것은 아니지만, 제도보장에 있어 동태적인 요소는 변화하는 상황에 적합해야 하는 것뿐이다. 여기에 대해 국가목표규정은 현상을 변혁하는 경향을 특징으로 한다.

(3) 기본권의 의미와 기능

국가목표조항은 기본권(Grundrechte)의 방어권성과 구별된다. 방어권은 시민의 주관적 권리로서 구성되어 있고, 이것은 국가의 작위가 아니라 국가의 침해부작위를 요구한다. 이에 반해 국가목표조항은 국민이 아닌 국가를 규범의 수취인으로 하고, 내용면에서도 국가권력에게 적극적 형성을 명령한다. 이러한 이유로 기본권과 달리 국가목표조항을 근거한 시민의 소구권은 인정하지 않는다. 실체적으로 볼 때 국가에게 부작위를 요청하는 방어권과 국가에게 작위를 요구하는 국가목표규정은 충돌할 수 있는 긴장관계에 있으며, 또한 다른 면에서 보았을 때, 후자는 전자의 현실적인 제 전제를 창설·촉진하는 것이며 양자는 보완관계 및 상호간에 효력을 강화하는 관계에 놓이는 경우도 있다. 헌법이 보장하는 자유는 법률을 원칙적으로 기피하는 한편 법률에 의한 실질적인 보장이 되는 면도 있는 것이므로 양자 간의 긴장관계가 사라지는 경우도 있게 된다. 또한 기본권의 양면성을 긍정하는 시각에서 보면 이들 관계는 기본권을 위한 소극적 측면과 적극적 측면을 모습을 보여주며, 기본권과 국가목표조항은 함께 상승작용을 하여 기본권의 효력을 주관적 방어권측면을 넘어 객관적 법으로서의 성격으로 확대하는데 기여한다.

3. 국가목표조항의 기능

(1) 국가의 미래에 대한 방향제시

국가목표규정(Staatszielbestimmung)은 국가행위에 대한 명령과 지시로서 일정한 방향으로 명령하고 실질적 과제를 부여하는 내용을 지니며, 법률 그 밖의 법규명령의 해석이나 적용, 특히 일반조항 또는 재량행위에 있어 기준 내지 방향을 제시하는 기능을 가진다.³⁰⁾

헌법을 정치적 문화라는 측면에서 볼 때, 국가목표조항의 헌법적 도입은 바

람직하다. 헌법은 이를 통해 미래의 법적 전개를 이끌고 가는 정의추구의 근본적 모델이 되며, 사회의 미래 모습에 대한 청사진을 제시한다. 국가목표조항을 통해 규범적 방향성이 정해지면 미래 정치적 선택이 확정되어진다. 그러므로 미래 발전의 방향을 제시하는 국가목적은 포함하는 것은 헌법에게 보다 더 역동적인 요소를 제공하는 것이 된다. 국가의 목표가 헌법에 언급됨으로써 국가목표조항은 국가를 특정 영역에 있어서 활력 있게 활동할 수 있는 근거를 제시한다.³¹⁾

(2) 사회영역의 공감대의 반영

헌법은 단순한 조직규범이상의 기능을 가진다. 헌법은 법단계의 측면에서 볼 때 최상위에 위치하므로 사회영역의 정치·문화적 공감대를 반영한다. 헌법이란 기본적인 결단을 지닌 채 국민에게는 자유의 범위를, 국가권력에게는 수권과 그 한계를 규정하는 정치적 문서로 정의 내릴 수 있다. 헌법은 항상 정치적 법으로서의 특성을 지닌다. 헌법은 스스로 헌법재판절차를 통해 규범력을 확보하고, 국가·정치적 의사형성과 의사결정 그리고 국가의 부작위에 대한 심사를 통해 국가권력을 통제하는 정치규범적 속성을 가진다.

국가목표조항들은 국가기관들의 결정권한을 법적으로 기속하고, 국가의 근본이념을 만들어 내는 헌법적 의도를 지니고 있다. 1776년 버지니아 권리장전도 “행복과 안전을 추구하고 얻기 위해”라는 목표를 추구한 바 있고, 이는 모든 헌법의 핵심목표가 되었다. 공동체의 유지와 미래형성을 위해 근본적이며 의미 있는 질문들, 또는 문제제기에 대해 헌법명령의 형태로 답변한 것이 바로 국가목표조항이다. 이 국가목표조항은 법적으로 모든 국가기관을 기속한다.

국가목표조항이 국가기관에 대한 명령이고 구체적인 행위명령을 도출해 낸다면, 이는 혁신적으로 기능하게 되며 사회적 그리고 정치적 분쟁에 있어서 정치적 선택과 형성의 대안제시를 통해 생산적으로 해결책을 제시하게 될 것이다.

30) U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV, 1971, S.505fff.

31) Hans Klein은 국가목표조항의 장점을 다음과 같이 두 가지로 분석한다. 첫째, 국가목표조항으로 인해 정치적 논란을 제거하고, 정치적 다수세력의 변화로 부터 독립하여 이러한 국가목표를 유지하고 지속하게 만든다. 둘째, 국가목표조항은 정치인들에게 국가목표에 기속되어 일을 추진하고 만들고, 이에 더욱 집중하게 하는 교육적 효과를 가진다. Hans Klein은 또한 국민의 염원이 담긴 것이 국가목표조항이므로 헌법은 보다 더 많은 국민적 통합과 국가적 정당성을 획득하게 된다고 한다. Hans H. Klein, Staatsziele im Verfassungsgesetz - Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?, 106 Deutsches Verwaltungsblatt [DVBl] 733-734 (1991)

3. 규범적 성격

(1) 의의

국가목표조항은 지난 시대의 입법방침규정과는 달리 분명하게 국가권력을 기속하는 내용을 담아 차별화시키고 있다. 바이마르 공화국의 입법방침조항들은 공권력을 기속하는 내용이 없어 이에 대한 법적 효과에 대해 논란이 많았다. 그러나 현대의 국가목표조항들은 이와 달리 국가권력을 헌법조항에 기속시켜 규범적으로 분명하게 국가권력을 이들 국가목표조항에 맞게 행동하도록 요구하고, 사법적으로 이에 대해 강제할 여지를 남겨주고 있다. 그러므로 이러한 헌법상의 국가목표조항을 정면으로 침해하는 법률이나 명령들은 위헌이 된다.³²⁾ 독일 연방헌법 제1조 제1항은 “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”고 규정하고 있다.³³⁾ 또한 독일 연방헌법 제20조는 “독일연방은 민주, 사회국가이다.”고 규정하고, “입법권은 헌법합치적 질서에, 행정권과 사법권은 법률과 법에 기속된다”고 명시하고 있다. 이러한 국가권력에 대한 기속과 국가적 특성을 규정하는 것은 독일연방이 추구하는 국가목표를 분명히 하고자 하는 것이다.

위에서 특히 설명한 인간의 존엄에 대한 존중과 보호의 국가권력 의무규정은 큰 의미가 있다고 본다. 이 규정은 국가에 대해 인간의 존엄을 법적으로 구체화하여, 그 규범적 내용을 통해 국가의 행위에 대해 의무를 부과하고, 국가기관들에게 특정한 방향을 제시할 수 있기 때문이다.

(2) 실무적 시각- 연방헌법재판소의 판례를 중심으로

(가) 동서독 기본조약사건(BVerfGE 36,1)

이 판례에서 연방헌법재판소는 헌법전문에서 도출되는 통일명령 등의 국가목표조항들은 규범력을 지녀 위헌심사의 근거로 삼을 수 있으며, 헌법의 국가목표조항들은 “헌법적 명령”이며, 여기에 맞추어 정치적으로 책임지는 국가기관들은 행위하여야 한다. 여기에는 정치적 의미뿐만 아니라 법적인 내용도 포함된다

32) P.Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, Handbuch des Staatsrechts(hersg.J.Isensee/P.Kirchhof) Bd.VII 2009, S.42.

33) Artikel 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

고 판시하고 있다. 이러한 국가목표조항의 형성에서 우선적으로 국가기관들에게 일정한 선택의 자유가 인정된다. 국가목표실현을 위해 어떠한 방법이 정치적으로 옳은지 또는 합목적적인지에 대한 판단이 관련 기관들에게 맡겨진다. 여기에는 넓은 정치적 형성의 여지가 주어지며, 입법자는 특히 형성재량이 인정된다. 이에 대해 헌법재판소는 입법자가 형성의 한계를 분명하게 일탈하는 경우에 한해 법적이나 정치적 국가목표형성에 제재를 가할 수 있다.³⁴⁾

이 판결에서 연방헌법재판소는 동서독 기본조약사건에 대해 합헌결정하면서, 국가목표조항에 대한 헌법재판적 통제에 대해 사법적 자제를 존중하고, 의회와 행정부의 정치유보를 인정하여야 함을 분명히 하고 있다.

(나) 입학정원 판결(BVerfGE 33, 303)

교육체계에 있어서 헌법적 기본권보호는 전통적인 공권력에 대한 방어적 의미의 자유권의 성격에 그치지 않는다. 독일 연방헌법재판소는 기본권은 객관적 규범이며 가치질서를 만들어내고, 이러한 질서는 헌법적 기본결단으로서 법의 모든 영역에 효력을 미친다. 주민의 안전과 문화적 지원에 관심을 갖는 현대국가는 기본권적인 자유보장의 원래적 명령뿐만 아니라, 추가적으로 국가의 급부에 참여할 수 있는 권리를 인정한다.

이러한 권리는 입법부에 자의적으로 맡겨 둘 수 없는 성격을 지닌다. 비록 참여권을 어느정도 인정할 것인지 여부는 입법부에게 위임될 수 있지만, 직업선택의 자유는 헌법의 평등조항과 사회국가원리와 함께 국가기관 시설에의 참여권을 발생시키는 것이다. 특히 국가가 교육 분야와 같이 독점적 권한을 가지고 있는 경우(독일의 국립대학체제), 고등교육에 대한 준비가 되어 있는 국민들은 고등교육에 참여할 권리가 인정되어야 할 것이다.³⁵⁾

이 판결은 연방헌법재판소가 국가목표인 사회국가원리를 적용하여 기본권의 확장을 시도한 것으로 국가목표라는 객관적 법의 요소가 국가의 적극적 행동을 만들어내고, 시민들에게는 이러한 확대를 통해 참여권이 인정되는 예외적 상황을 만들어 내었다. 물론 이러한 참여권도 법률에 의해 제한될 수 있는 것이다. 연방헌법재판소는 의과대학의 절대적 입학정원 제한은 교육시설의 한계로 불가피한 경우와 적정한 기준에 의한 선발과 분배가 이루어진 경우에 가능하다고 보

34) BVerfGE 36,1(17).

35) BVerfGE 33, 303(332).

았다. 이 판결에서 법률유보 등을 충족하지 못한 주 법률들을 대해 헌법불합치 결정을 내렸다.

(3) 규범적 성격에 대한 비판론

국가목표조항은 입법부의 입법재량을 침해할 가능성이 있고, 국민에게 지나친 기대감을 제공하며, 국가목표조항을 통해 사법부인 헌법재판소가 정치적 세력으로 등장할 수 있음을 경계하는 목소리가 높다.³⁶⁾

이러한 견해에 의하면 헌법재판소의 국가목표조항 해석이 의회민주주의에 바탕을 둔 헌법체계 하에서 사회의 미래형성에 관한 주도권을 갖아야 할 의회гах 힘을 상실하고, 국가 행위의 정치적 방향성을 제시하지 못하게 될 우려가 있음을 지적한다. 달리 말하자면, 이들은 국가목표조항으로 인해 국회는 헌법의 단순 집행기관으로 전락해 버린다고 비판한다.³⁷⁾

즉 헌법재판소의 국가목표조항 해석을 통해, 국가의 미래의 모습을 의회가 아닌 헌법재판소가 결정하고, 이러한 권력을 헌법재판소가 활용하게 되면, 국회의 무력화가 발생한다는 것이다.³⁸⁾

(4) 비판론에 대한 평가

입법부가 헌법재판소에 의해 관련 국가목표조항의 해석으로 인해 권위가 사라지고, 국가정책의 방향을 제시하는 기능을 상실한다고 하는 위와 같은 비판은 오늘날 올바른 지적이 되지 못한다. 헌법재판소와 입법부의 관계에서 입법부의 법적인 의미상실로 보는 시각은 헌법재판기능을 제대로 파악하지 못한 것이며, 앞서 본 판례 등에 나타난 헌법재판소의 판시와도 맞지 않는 것이다. 독일 연방헌법재판소는 분명히 입법부의 재량형성이 분명하게 헌법적 한계를 일탈하는 경우에만 국가목표조항 위반으로 선언할 수 있음을 판시하고 있다.³⁹⁾

36) Hans-Georg. Kluge, Staatsziel Tierschutz: Am Scheideweg zwischen verfassungspolitischer Deklamation und verfassungsrechtlichem Handlungsauftrag, 37 Zeitschrift für Rechtspolitik [ZRP] 10 (2004)

37) H.H.Klein, Eine verbindliche oder eine wohlklingende Verfassung?, FAZ v. 14.4.1992, S.9f.

38) 그러나 독일연방헌법재판소도 근대적 권력균형하에서의 입법부의 고전적 지위는 부정하고 있고, 특히 입법부의 전면적 법률유보와 모든 본질적인 결정을 입법부에게만 부여하는 것을 거부한다. BVerfGE 68,1ff.

39) 입법자가 작위의무를 명백하게 간과한 경우에만 헌법재판소는 법적 통제에 있어 행위의무위반에 관계된 국가의 통제권을 행사하는 것이 허락된다. 즉 명백성을 가급적 유연하게 민주적 입법자의 중심적 역할을 강조하는 의미로 해석하여야 한다. K. P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen,

헌법재판소의 위상은 헌법에 의해 주어지는 것이고, 이로 인해 입법부의 위상이 변하는 것은 헌법이 이미 계획한 것이라고 볼 수 있으며, 오늘날 입법부의 위상은 헌법재판소가 아니라 행정부의 주도적 정부입법안 제출로 인해 저하되고 있다. 이러한 권력분립구조의 변화는 이미 오래전부터 진행되어 온 것이며, 입법부의 특권적 지위는 이미 그 토대를 상실하고 있다고 본다. 특히 기본권에 관한 현대적 이론의 등장으로 인해, 기본권의 객관적 가치질서성이 확립되고,⁴⁰⁾ 이로 인해 기본권은 더 이상 주관적 공권이 아니라 객관적 제도적 성격을 가진다는 해석이 자리 잡게 되면서, 입법부의 재량은 이러한 헌법적 한계의 틀 안에 머무를 수밖에 없게 되었다. 또한 이러한 결론은 입법부뿐만 아니라 행정부에게도 마찬가지로 가질 것이다. 국가목표조항을 통한 국가공권력에 대한 통제와 제한이 필요한 것은 모두 주권자인 국민에 대해 모든 국가기관들이 헌법적 책무를 다해야 하는 것을 의미하기 때문이다.

IV. 우리 헌법재판소 판결에 나타난 국가목표조항에 기능과 위헌심사기준

1. 우리 헌법과 국가목표조항

우리 헌법에는 사회적 기본권과 제도보장이외에도 국가에 대해 일정한 제한이나 명령을 하는 조문들이 존재한다. 전형적인 조문구조로서 국가는 무엇을 위해 노력해야 한다든가 또는 의무를 진다는 표현으로 되어 있다.

우선 우리 헌법전문에서 국가목표조항을 도출해 낼 수 있다고 본다. 헌법전문 중에는 국가목표를 제시하고 모든 국민과 국가가 함께 추구하자고 강조하는 구체적인 방향제시의 내용이 포함되어 있다.

즉 ①조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명, ②모든 사회적 폐습과 불의의 타파, ③각인의 기회균등의 보장, ④국민생활의 균등한 향상, ⑤세계평화의 추구가 그것이다. 이 중에 평화통일의 국가목표는 제4조에서, 세계평화의 추구는 헌법 제5조에서 다시 반복해서 규정하고 있다.

1997, S.442. BVerfGE 22, 180, 204; 59, 231, 263; 82, 60,80.

40) BVerfGE 24, 367ff.

제2장의 국민의 권리에서 우리 헌법은 사회적 기본권에 관한 규정과 아울러 사회국가에서 나오는 국가의 목표들에 대한 내용들을 구체화하고 있다. 헌법에 의하면 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 지며(제34조 제2항), 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력해야 한다(제34조 제3항). 또한 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 지고(제34조 제4항), 신체장애자 및 질병, 노령, 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다(제34조 제5항). 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 하며(제34조 제6항) 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다(제35조 제1항). 아울러 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다(제35조 제3항).

가장 근본적이고 중요한 국가목표조항은 헌법 제10조 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”의 규정에서 발견된다.

우리 헌법 제9장에 경제에 대한 별도의 특별한 장을 두어 국민적 관심사인 경제활동에 대한 많은 규정을 갖추고 있다. 여기에 사회국가실현을 위한 국가의 목표조항들이 많이 발견된다. 헌법 제119조 제2항은 “국가는……시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여……경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 국가에게 경제에서의 독점규제와 공정거래 질서의 확립을 요구하고 있다.⁴¹⁾

그밖에 국가는 농업 및 어업을 보호·육성하기 위하여 농·어촌종합개발과 그 지원 등 필요한 계획을 수립·시행하여야 하고(제123조 제1항), 국가는 지역 간의 균형 있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다(제123조 제2항). 또한 국가의 중소기업 보호·육성의무(제123조 제3항), 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선의 의무와 가격안정을 통한 농·어민의 이익 보호의무(제123조 제4항)가 규정되어 있다. 또한 헌법에 의하면 국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장하도록 하고 있고(제123조 제5항), 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 보장하여야 한다(제124조).

이러한 조문들은 국민이 주체로 되어 있는 기본권과 전래적 기존제도의 보장을 목적으로 하는 제도보장과는 그 존재의 이유를 달리한다.

41) 경제민주화 조항을 국가목표조항으로 보는 것은 통설적 입장이다. 권건보, “경제민주화와 복지의 공법적 기초와 과제”, 공법연구 제41권 제2호, 2012, 66면.

2. 국가목표조항의 기능

(1) 국가목표조항의 국가권력기속

헌법재판소는 저상버스 판결에서 제34조 제5항의 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호의무와 관련하여 “입법자는 헌법 제34조에 규정된 의무를 입법을 통하여 구체화하고 이행하기 위한 조치의 하나로서 1997년 ‘장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률’을 제정하였는데, 위 법 제4조에서 “장애인 등은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장받기 위하여 장애인 등이 아닌 사람들이 이용하는 시설과 설비를 다른 사람의 도움 없이 동등하게 이용하고 장애인들이 아닌 사람이 접근할 수 있는 정보에 다른 사람의 도움 없이 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 가진다”라고 판시하였다.42) 이 판시는 우리 헌법의 국가목표조항이 입법권을 직접 기속하는 규범력이 있음을 보여주고 있고, 국가목표조항을 이행하여야 하는 입법권의 의무를 확인하고 있다.

(2) 경제관련 국가목표조항 해석의 문제

(가) 기본권제한의 정당성근거로서의 국가목표조항

헌법재판소는 자도소주구입명령제도 사례에서 헌법 경제질서의 장애에 대한 해석과 관련하여 “우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 균형 있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다.”고 해석하여,43) 국가목표조항의 헌법적 기능중의 하나를 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 근거로 보고 있다. 이러한 입장을 그 후의 판결들에서도 반복하고 있다.44)

42) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52

43) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18

44) 헌법 제119조 제2항에 규정된 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제민주화’의 이념도 경제영역에서 정의로

(나) 문제점

위와 같은 주장은 헌법 제37조 제2항의 존재의미와 국가목표의 헌법적 기능 면에서 볼 때 심각한 문제점을 내포하고 있다. 먼저 국민의 안전을 구현하기 위해 국가목표조항은 국가권력을 역동적으로 움직이게 하는 기능을 하는 것은 맞지만, 기본권제한을 위한 법률유보론의 공공복리와 연결하는 것은 이론적 무리라고 본다. 왜냐하면, 법률유보의 헌법적 기능과 우리 헌법이 경제조항의 장을 두고, 경제영역에 있어서 국가목표실현의 구체적 의무를 부과하는 것은 전혀 별개의 것이고 헌법적 배경이 다르기 때문이다.

국가목표조항의 존재이유는 국가에게 특정의 과제를 부과하여 입법·행정·사법의 영역에서 구현하자는 것이고, 이는 국가권력을 규제하고 제한하여 국민의 기본권보호를 증대 또는 형성시키고자 규정한 것이지, 국민의 기본권에 대한 제한을 목적으로 하지 않기 때문이다. 법률유보론은 국민의 기본권을 제한하는 경우에 법률에 근거하여 제한하여야 하는 것으로 법률에 의해서 기본권이 제한되는 것이지, 헌법의 경제 질서의 장에 있는 국가목표조항에 의해 기본권을 제한하는 취지는 분명히 아니다. 헌법재판소의 논리는 자칫 헌법의 존재목표를 상실시킬 수 있는 위험이 존재한다. 모든 헌법의 규정은 인간의 존엄성을 목적으로 하는 인권의 보장에 기여하도록 해석하여야 하지, 이를 벗어나 인권을 규제하고 제한하는 정당화의 근거로 삼아서는 안 된다. 경제헌법의 국가목표조항은 오히려 경제 분야의 사회국가실현과 구체화와 관련되는 것이고, 기본권제한 규정인 제37조 제2항과는 관련이 없다고 해석하는 것이 바람직하다. 헌법적 성격과 기능이 다른 두 영역을 혼합시키는 오류가 있었다고 본다. 이러한 점에서 헌법재판소는 향후 국가목표조항에 관한 충분한 이론적 검토가 필요하다고 본다.

3. 사회적 기본권과 국가목표조항

(1) 학설의 쟁점

헌법재판소는 그동안 사회권을 추상적 규범으로 보아 왔으나, 최근 사회적 기본권이 그 내용으로서 국가목표조항을 포함하고 있다는 판시를 내고 있다. 사회적 기본권에 대해서는 현재 국가목표설, 추상적 권리설, 구체적 권리설이 대립

은 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다. 현재 2004. 10. 28. 99헌바91; 현재2003. 11. 27. 2001헌바35.

되고 있다.

(2) 국가목표설

사회권조항들을 헌법이 국가목표를 제시한 규정으로 이해하는 것으로 사회권을 주관적 권리가 아니고 단순히 객관적인 국가목표로 이해한다. 그러므로 입법·행정·사법권은 이러한 국가목표조항을 형성할 책임을 진다. 국가가 헌법의 국가목표조항을 명백히 위반하는 경우 위헌이 된다. 이러한 성격으로 인해 국민은 입법자의 입법형성을 통해 확정된 후에 법률에 근거하여 구체적 청구를 할 수 있을 뿐이다.

개인이 사회적 기본권을 근거로 국가로부터 아무것도 적극적으로 요구할 수 없음에도 불구하고, 단지 국가의 의무, 즉 객관적 측면을 표현하기 위하여 주관적인 ‘권리’란 용어를 사용하는 것은 충분히 오해의 여지가 있다. 입법자의 형성행위를 통하여만 비로소 권리로서 탄생하는 것은 결코 권리가 아니라, 바로 객관적 원칙, 즉 국가의 의무·목표조항이다.⁴⁵⁾

(3) 추상적 권리설

추상적 권리설은 사회권은 단순한 프로그램이 아니고 법적인 권리이기는 하지만 그 내용의 구체적 법적 실현을 직접 청구할 수 없고 구체화하는 입법에 의하여 비로소 구체적인 권리가 되는 추상적인 권리에 머무른다고 설명한다. 이 설에 의하면 사회권의 내용이나 보장방법이 추상적이기는 하지만 헌법상 기본권의 내용이나 보장방법이 정도에 차이가 있을지는 몰라도 역시 자유권이나 청구권에 있어서도 구체적이지 않는 것은 마찬가지이므로 이를 이유로 권리성을 부인할 수는 없으며, 사회권은 그 내용이나 실현방법이 국가의 구체적 급부를 요구하므로 이것은 역시 구체적 상황에 따라 달라지는 것이어서 그 내용을 확정할 수는 없어 사법절차상으로 사회권을 이유로 바로 그 권리의 침해 여부나 구제를 청구하는 것은 불가능하다고 본다.

(4) 구체적 권리설

구체적 권리설은 사회권의 그 역사적 배경과 자연권적 측면, 또는 헌법의 규

45) 한수웅, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계, 인권과 정의 245호, 1997, 74면.

범논리적 구조에서 연역하여 사회권규정은 실정법적인 규정이고, 현실적으로 청구권이 인정되는 구체적 권리라고 한다. 이 설에 의하면 사회권은 헌법적 권리이며 국가는 사회권을 실현시켜야 할 헌법적 의무가 생기기 때문에 국민은 국가에 대하여 생존에 관한 조치 등을 해줄 것을 적극적으로

요구할 수 있고 국가는 이에 대하여 적극적으로 응할 의무가 있다는 것이다. 또한 국가는 적절한 입법을 해야 할 의무가 있으며 입법을 하지 않거나 불충분하게 하면 그것은 헌법에 위반된다.⁴⁶⁾

이 설에 의하면 자유권도 사회권과 마찬가지로 그 개념의 추상성이 존재한다고 지적하고, 사법부나 집행부 혹은 학계 등이 사회권의 구체적 내용을 전통적인 자유권과 마찬가지로 활발히 명확하게 한다면 사회권을 법적 권리로 정착시키는 데는 점차 어려움이 없어져 갈 것이고, 최근 사회권 분야에 대하여도 국제연합이나 국제인권기구 혹은 각국의 법규나 결정 혹은 관례 등을 통하여 점차 그 내용을 명확히 하는 작업이 활발히 진행되고 있으므로 사회권의 내용적 불명확성은 점차 해소되어 가고 있다고 주장한다.⁴⁷⁾

(5) 헌법재판소의 입장

(가) 추상적 권리설

헌법재판소는 사회권의 성격을 법률적 구체화가 우선되어야 할 추상적 권리설로 본다. 헌법재판소에 따르면, “인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다”라고 판시하고 있다.⁴⁸⁾

46) 김철수, 헌법학 신론, 박영사, 2010, 880면.

47) 이성환, 사회권의 법적 성격, 법학논총 제22권 제2호, 2010, 153면.

48) 헌재 1995.7.21, 93헌가14; 1998.2.27, 97헌가10 등; 2000.6.1, 98헌마216; 2003.7.24, 2002헌마51.

(나) 국가목표설

헌법재판소는 사회권의 성격과 관련하여 국가목표적 내용을 지니고 있음을 확인하는 판결을 내리고 있다. 헌법재판소는 저장버스 판결에서 “사회권은 입법과정이나 정책결정과정에서 사회권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라, 단지 적절한 고려를 요청하는 것이다. 이러한 의미에서 사회권은, 국가의 모든 의사결정과정에서 사회권이 담고 있는 국가목표를 고려하여야 할 국가의 의무를 의미한다.”고 판시하고 있다.⁴⁹⁾ 이 결정에서 나타난 헌법재판소의 사회권을 보는 시각은 국가목표를 내용으로 하는 것으로 보이며, 결국 사회권이 국가에게 특정의 국가목표를 부과하는 것으로 보아야 하겠다.

(6) 소결

사회권의 헌법적 성격은 국가목표조항이라고 평가할 수 있다. 사회권이 추상적 권리설이라는 주장은 그 권리가 헌법에 규정된 권리라는 입장에 불과하고, 그 형성이 입법자에게 맡겨진다는 면에서 국가목표조항과 다른 것이 없다. 사회권은 입법자의 형성행위를 통하여만 비로소 권리로서 탄생하기 때문에 헌법상 기본권으로 보기 어렵고, 그 성격을 국가목표조항이라고 보아야 할 것이다. 국가의 객관적 일반 원칙인 사회국가원칙이 일정 생활영역에서 구체화된 헌법적 표현으로서 사회적 기본권은 그 본질이 권리보다는 국가목표라는 객관적인 성격을 갖고 있다.⁵⁰⁾

우리 헌법재판소는 특히 사회권에 자유권성이 함께 존재한다고 판시하여 더욱 사회권의 헌법적 성격을 혼란스럽게 하고 있다.⁵¹⁾ 또한 일부 학설에서 종합적 권리설의 입장에 동조하고 있다.⁵²⁾ 그러나 사회권에 포함된다는 자유권적 요소는 원칙적으로 자유권의 내용으로 이해하여야지 사회권속의 자유권이라는 헌법해석을 할 필요는 없을 것이다.⁵³⁾

49) 헌재 2002.12.18., 2002헌마52(저상버스 판결).

50) 한수웅, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계, 인권과 정의 제245호, 1997, 74면.

51) 양육권은 공권력으로부터 자녀의 양육을 방해받지 않을 권리라는 점에서는 자유권적 기본권으로서의 성격을, 자녀의 양육에 관하여 국가의 지원을 요구할 수 있는 권리라는 점에서는 사회적 기본권으로서의 성격을 아울러 가진다. 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156; 그밖에, 헌재 2004헌마670.

52) 근로의 권리는 자유권으로서의 성격과 사회권으로서의 성격을 함께 가지고 있는 것이지만 전자가 후자에 비하여 강한 것이라고 할 수 있다. 정종섭, 전게서, 772면.

53) 동지: 한수웅, 전게논문 73면. 한교수는 “사회적 기본권의 소위 ‘자유적 내용’은 사회적 내용에서 분

사회권의 본질이 객관적인 법인 국가목표조항이라는 것은 부인하기 힘든 사실이다. 그러나 헌법의 규정이 기본권이라는 형식으로 되어 있기 때문에 권리가 아니라고 헌법소송에서 대상성을 부인하기도 힘들다. 또한 실무적으로 헌법소원의 제기를 국가목표조항이라는 이유로 거부할 수도 없을 것이다. 입법론적으로 볼 때, 반대의 의견도 있으나,⁵⁴⁾ 향후 헌법 개정을 통해 국가목표조항으로 전환하는 것이 국민으로 하여금 사회적 기본권에 대한 기대감만 부추기는 현재의 규정의 태도보다 올바른 입법형식이 될 것이다.

4. 기본권과 국가목표조항

(1) 헌법재판소의 ‘국가목표’로서의 기본권 해석-기본권 양면성 인정

(가) 기본권의 권리적 성격과 제도보장적 측면

헌법재판소는 판시에서 “헌법 제31조에서 보장되고 있는 국민의 교육을 받을 권리를 실질적·구체적으로 실현하기 위하여 국가는 교육환경을 조성하고 교육조건을 개선할 책임이 있는데 그 첫 번째 임무가 바로 교육에 관한 법제의 정비라 하겠고 이는 우선을 입법자가 담당하는 책무이다. 그러나 입법자는 교육에 관한 법제의 전부가 아니라 그 기본골격을 수입할 책무가 있으므로 본질적인 사항에 대하여는 반드시 스스로 기본적인 결정을 내려야 하고, 그러한 기본적 사항의 결정을 행정부에 위임하여서는 아니되는 것이며 이 원칙을 선언하고 있는 것이 헌법 제31조 제6항이다.”라고 하여 기본권과 제도보장의 관련성을 언급하고 있고,⁵⁵⁾ 또한 언론의 자유와 관련해서도 “이 법이 규정한 반론권으로서의 정정보

리하여 당연히 우리 헌법상의 개별적인 자유권에 귀속시켜야 하며, 사회적 기본권의 보장 내용에 굳이 자유권적 요소를 부과하여 사회적 기본권에 대한 이해의 혼란을 초래하고 구체적 문제의 해결에 장애 요소를 첨가할 아무런 이유를 찾아 볼 수 없다. 교육을 받을 권리에 내재되어 있다고 주장하는 ‘자유권적 요소’는 엄밀한 의미에서 교육을 받을 권리와 관련되는 것이 아니라, 직업의 자유에 포함되는 직업 교육장 선택의 자유, 학문의 자유, 일반적 행동자유권 등과 같은 자유권적 기본권의 보호범위에 귀속시켜야 할 요소인 것이다. 또한 환경권이 포함한다는 소위 ‘자유권적 요소’(환경파괴로 인한 건강의 침해)는 생명 및 신체의 안전과 같은 자유권의 보호영역에 속하는 것이다.”라고 사회권과 자유권의 분명한 구분론을 주장한다.

54) 고문현 교수는 환경권의 규정형태와 관련하여 환경보호를 국가목표조항으로 규정하든 기본권조항으로 규정하든 국민의 환경의식을 제고하는 측면에서는 거의 같을 것이나 그 정도에 있어서 기본권조항의 형태로 하는 것이 훨씬 더 강하게 나타날 것이라고 한다. 고문현, 환경헌법의 바람직한 규정형태, 헌법논총 제15집, 2004, 127면.

55) 헌재 1991.2.11. 90헌가27

도청구권은 바로 헌법상 보장된 인격권에 그 바탕을 둔 것으로서, 피해자에게 보도된 사실적 내용에 대하여 반박의 기회를 허용함으로써 피해자의 인격권을 보호함과 동시에 공정한 여론의 형성에 참여할 수 있도록 하여 언론보도의 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수도 있을 것이라는 취지 아래 헌법의 위에 든 각 조항들을 근거로하여 제정된 것이다.”라고 판시하고 있다. 이러한 헌법재판소의 태도는 기본권과 제도보장이 양면을 이루어 기본권의 효력을 강화하고, 기본권의 제도보장적 성격을 통해 국가의 제도형성의 의무를 만들어 내고 있음을 보여준다.

또한 헌법재판소는 신문의 자유와 관련하여 “신문의 자유는 개인의 주관적 기본권으로서 보호될 뿐만 아니라, ‘자유 신문’이라는 객관적 제도로서도 보장되고 있다. 객관적 제도로서의 ‘자유 신문’은 신문의 사경제적·사법적(私法的) 조직과 존립의 보장 및 그 논조와 경향(傾向), 정치적 색채 또는 세계관에 있어 국가권력의 간섭과 검열을 받지 않는 자유롭고 독립적인 신문의 보장을 내용으로 하는 한편, 자유롭고 다양한 의사형성을 위한 상호 경쟁적인 다수 신문의 존재는 다원주의를 본질로 하는 민주주의사회에서 필수불가결한 요소가 된다.”고 결정하였다. 기본권의 주관적 방어권성과 객관적 제도로서의 양면적 성격을 분명히 하고 있는 우리 헌법재판소의 태도는 기본권론의 확장이라는 면에서 긍정적으로 평가된다.

(나) 기본권의 방어권성과 국가의 보호의무

헌법재판소는 헌법 제10조 제2문에 의해 기본권은 방어권으로서 성격을 가지지만 국가의 기본권 보호 의무도 함께 존재함을 확인하고 있다. 헌법재판소는 기본권 보호 의무에 관하여 “우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는 데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다. 국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이기 때문에, 입법자의 입법행위를 매개로 하지 아니하고 단순히 기본권이 존재한다는 것만으로 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖게 되는 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 근본적인 차이가 있다.”라고 판시하고, 타인의 침해에 대한 국가의 기본권 보호를 위한 적극적 태

도를 요구한다. 다만, 이 경우 입법자의 입법재량을 인정하여, 기본권의 제한의 경우와 차이를 분명히 하고 있다.⁵⁶⁾

(다) 기본권의 방어권 성격과 국가목표적 성격

헌법재판소는 최근 일본군위안부 판결 속에서 인간의 존엄성을 가치이자 국가목표조항로 보고 그 양면성을 강조하는 판시를 남기고 있다. 헌법재판소는 인간의 존엄성의 해석과 관련하여 “우리 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는데, 이 때 인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하며, 그리하여 국가는 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제를 안게 됨을 의미한다. 따라서 인간의 존엄성은 ‘국가권력의 한계’로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐 아니라, ‘국가권력의 과제’로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다.”⁵⁷⁾라고 판시하고, 외교부의 기본권보호의무 부작위는 기본권의 중대한 침해가능성, 구제의 절박성과 가능성을 고려할 때 재량을 인정할 수 없으므로 위헌이라고 판시하였다. 이 판례는 기본권의 객관적 법으로서의 성격중의 하나인 국가목표의 구체적 내용이 국가의 기본권보호의무로 나타나고 있음을 설시하고 있다. 우리 헌법재판소가 인간의 존엄성 규정을 방어권으로서의 소극적 성격을 넘어 국가목표규범이며 기본권보호의무로 보는 태도는 독일 연방헌법재판소의 경향을 따르는 것으로 보이며, 독일 학계의 분위기도 기본권의 양면성을 긍정적으로 보고 있다.⁵⁸⁾

56) 현재 1997.1.16. 90헌마110.

57) 이 판결에서 헌법재판소는 “우리 헌법은 전문에서 ‘3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통’의 계승을 천명하고 있는바, 비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다.”라고 판시하여 헌법전문의 국가목표조항성을 인정하고 있다. 현재 2011. 8. 30. 2006헌마788.

58) 전통적으로 기본권과 제도보장, 또는 기본권과 국가목표조항이나 국가원리조항들은 전자가 주관적 권리보호라는 특성이 있는 방어권적 성격이 강조되고, 후자는 국가의 객관적 법적 성격이 강조되어 왔으나, 최근 독일학계의 변화중의 하나는 이들의 관계를 분리적 측면에서 보는 시각이 아니라 양자를 상호 융합하고 종합적으로 보는 시각이 증대되고 있는 것이 특징이다. Hans-Peter Schneider, Grundrechte und Verfassungsdirektive, in: Handbuch der Grundrechte(herdg. Detlef Merten/Hans Jürgen Papier),

(2) 기본권과 국가목표조항과의 상호관계

국가목표조항은 두 가지 면에서 기본권과 차이점을 보인다. 첫째는 기본권은 국가공권력의 침해에 대해 소송을 제기할 수 있는 주관적 공권성이 인정되지만, 국가목표조항은 주관적 공권성이 인정되지 않기 때문에 소구권을 도출할 수 없다. 국가목표조항은 국가에게 특정의 과제를 부여하는 것으로 국민에게 기속력이 없는 것이다. 국가목표조항은 입법권·행정권·사법권을 기속하여 국가의 과제를 수행하게 하는 역할을 한다. 둘째는 기본권은 국가 공권력의 침해를 방어하는 역할을 한다는 면에서 국가의 소극적 행동을 요구하고, 국가목표조항은 국가에게 역동성을 부여하여 특정과제의 완수를 위한 적극적 행위를 명령한다.

또한 국가목표조항은 헌법의 규정 중에 국가에게 특정의 과제를 부과하는 조항을 의미하고, 이는 결국 국가에게 역동성을 부여하여 국민의 기본권을 구체화하도록 하는 기본권형성의 기능도 한다. 이러한 시각은 이미 기본권의 양면성을 인정하는 학설과 판례를 통해 역설되어 왔다.

일반적으로 기본권의 양면성을 인정하는 입장에서 보면,⁵⁹⁾ 기본권은 방어권이자 객관적 가치질서로서 국민의 근본결단으로서의 성격이 있다고 본다. 그러한 면에서 국가목표조항이 국민의 공감대로 형성된 객관적 가치질서로 볼 수 있다면 이는 기본권의 객관법적 성격과 일치하는 것으로 볼 수 있으며, 기본권을 방어권과 국가목표로 성격지우는 것도 가능하며, 결국 헌법상의 국가목표의 근원과 내용이 기본권의 객관적 요소라고 볼 수 있다. 이러한 점에서 국가목표조항은 기본권의 제도적 요소와도 연결된다고 볼 수 있다. 기본권은 주관적 권리의 성격과 함께 사회공동체의 동화적 통합을 만들어 내는 국가목표가 되는 것이다. 그러므로 헌법재판소가 인간의 존엄성을 권리이자 국가목표로 보는 것은 올바른 접근이라고 평가된다. 사회적 가치적 공감대로서의 기본권은⁶⁰⁾ 국가가 반드시 실현하여야 할 최우선의 목표가 된다.

2004, S.716.

59) Lüth판례에서 독일연방헌법재판소는 “기본권은 우선적으로 개인의 자유영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위해 존재한다. 즉 기본권은 국가에 대한 국민의 방어권이다. 또한 기본권은 가치중립적 질서가 아니라 기본권속에는 객관적 가치질서성이 제도화되어 있고, 여기에서 원칙적으로 기본권의 효력을 강화하는 효과가 나타난다. 이러한 가치체계는 모든 법영역에 대한 근본결단이다. 입법, 행정, 사법권은 이를 통해 정책방향과 동인을 얻는다”고 판시하여 기본권의 양면성에 대한 공식적인 확인을 하였다. BVerfGE 7, 198(204f.).

60) 가치적인 Konsens로서의 기본권은 물론 시대상황의 변천과 생활양태의 변화에 따라 그 내용과 중점이 달라질 수는 있겠으나, 원칙적으로 인간의 존엄과 가치를 그 핵심으로 하는 자유·평등·정의의 실현으로 집약될 수 있다. 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 422면.

(3) 소결

우리 헌법재판소가 기본권의 양면성을 인정하고, 주관적 공권성과 객관적 가치질서성을 인정하는 것은 독일 연방헌법재판소의 입장이며, 학계와 실무에서도 이제 이를 인정하는 것이 일반적 태도로 보인다.⁶¹⁾

기본권의 제도적 측면, 국가보호의무적 측면, 그리고 국가목표적 측면은 기본권의 객관적 가치질서성의 범주에 속하는 것으로, 이러한 여러 측면들이 기본권의 객관적 요소를 강화하고, 결국 기본권을 더욱 보장하는데 기여한다고 본다. 주관적 방어권성과 국가목표적 측면을 지닌 기본권의 성격은 국민에게 소극적 침해금지의 요구권과 함께 국가의 입법적 행동과 기본권보호를 위한 적극적 역동성을 요구할 수 있는 근거를 제공한다.

5. 심사기준

(1) 입법에 의한 국가목표조항 침해시 헌법재판소 기준 - ‘자의금지원칙’

(가) 자의금지원칙

헌법재판소는 농업진흥지역 밖의 농지를 전용하기 위하여는 관할 행정관청의 허가를 받도록 하고 허가 없이 농지를 전용한 경우 형벌을 부과하는 농지법 사건에서 “이 사건 법률조항은 ‘균형 있는 국민경제의 성장 및 안정’과 ‘국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전’이라는 공익을 위한 입법으로 볼 수 있고 그 제한을 현저히 불합리하다거나 자의적이라고 할 수 없으므로 헌법 제119조 제1항에 위배된다고 할 수 없다.”라고 판

61) 현재 1996.8.29. 94헌마113(직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 한다); 현재 2003.12.18. 2002헌바49(방송의 자유의 보호영역에는 단지 국가의 간섭을 배제함으로써 성취될 수 있는 방송프로그램에 의한 의견 및 정보를 표현, 전파하는 주관적인 자유권 영역외에 그 자체만으로 실현될 수 없고 그 실현과 행사를 위해 실제적, 조직적, 절차적 형성 및 구체화를 필요로 하는 객관적 규범질서의 영역이 존재한다); 현재 2004.3.25.2002헌마710(오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다).

시하였다.⁶²⁾

헌법재판소는 이자소득과 배당소득의 합계금액이 4천만 원 이하인 경우에는 종합소득과세표준에 합산되지 않고 분리과세만 되도록 규정한 소득세법 사건에서 “‘적정한 소득의 분배’만이 아니라 ‘균형있는 국민경제의 성장과 안정’이라는, 경우에 따라 상충할 수 있는 법익을 함께 고려하여 당시의 경제상황에 적절하게 대처하기 위하여 내린 입법적 결정의 산물로서, 그 결정이 현저히 불합리하다거나 자의적이라고 할 수 없으므로 이를 두고 헌법상의 경제질서에 위반되는 것이라고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.⁶³⁾

(나) 기타 심사유형

헌법재판소는 국가목표조항과 관련하여 특별한 심사기준 없이 단순히 ‘저촉되지 않는다’ 또는 ‘위반되지 않는다’라고 판시하고 있다.

헌법재판소는 “이 사건 법률조항들은, 검사받지 아니한 가공인삼의 판매 등 불법유통을 방지할 경우 사적자치라는 이름 아래 인삼 소비자를 상대로 한 기망적 거래가 성행하여 선량한 피해자를 양산하거나 건전한 인삼 유통질서를 어지럽히는 등 심각한 부작용이 나타날 우려가 있으므로 이를 방지하려는 데 그 주된 목적이 있다. 이와 같은 관점에서 볼 때, 인삼의 품질경쟁력을 제고하고 인삼시장의 공정성을 확보하기 위하여 마련된 이 사건 법률조항들은 헌법 제119조의 경제질서조항에 위반된다고 볼 수 없다.”라고 판시하고 있다.⁶⁴⁾

헌법재판소는 일반도시가스사업자에게 가스간선시설의 설치의무를 부과하고 그 설치비용도 전부 부담하도록 하고 있는 구 주택건설촉진법 조항의 위헌여부에 대해 “가스간선시설의 사회간접자본적 성격, 위 법률조항에 의하더라도 가스간선시설에 관한 일부 경영제한 이외의 원칙적인 기업활동이 보장되고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항이 헌법 제119조의 자유시장 경제질서에 위반된다고 볼 수도 없다.”⁶⁵⁾

62) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바108.

63) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55 ; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바86.

64) 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바68.

65) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바86.

헌법재판소는 선일자수표의 제시기간을 실제발행일이 아닌 수표에 기재된 발행일자로부터 10일임을 규정한 수표법 조항의 위헌여부에 대해 “수표가 지급 증권임을 벗어나 신용증권화할 우려가 있다고 하더라도 이는 그 자체가 경제적 효용과 유용성을 가지고 이용되는 것일 뿐 그 유효성을 인정하는 것이 자유시장 경제질서를 기본으로 하여 사회정의와 경제민주화를 추구하는 우리 헌법의 경제 질서나 기타 헌법질서에 저촉되는 것이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다.⁶⁶⁾

(다) 독일연방헌법재판소의 명백성심사- 명백하게 불충분한 형성인지 여부

헌법재판소는 입법자의 형성재량을 인정하여 국가목표조항에 대한 심사기준으로 자의금지원칙을 사용하고 있는데, 국가목표조항과 관련하여 독일연방헌법재판소는 명백성심사(Evidenzkontrolle)를 적용하고 있다.⁶⁷⁾ 전문용어적으로 볼 때, 평등권심사기준인 자의금지원칙을 국가목표조항 통제에서 인용하는 것이 바람직한가의 문제가 나온다. 입법권자의 재량통제 면에서 유사하다고 볼 수 있지만, 자의금지심사는 비교집단의 합리적 차별문제여부와 관련되어 있고, 합리적 이유의 존재여부가 위헌여부의 핵심이지만, 국가목표조항에 있어서 입법부통제는 재량일탈의 정도문제가 된다. 이러한 점에서 독일연방헌법재판소가 사용하는 명백성심사가 오히려 적합하다고 생각된다. 즉 입법자가 형성의무를 전혀 고려하지 않거나 명백하게 불충분하게 형성한 경우 위헌으로 보아야 될 것이다. 또한 이 경우 입법자에 의한 막연한 통제가 아니라 객관적이고 적합한 절차를 거친 후 입법형성이 되었는가의 문제도 고려되어야 할 것이다.⁶⁸⁾

(2) 부작위에 의한 침해 - ‘과소급부금지원칙’, ‘과소보호금지원칙’

국가목표조항에 대한 충분한 입법조치를 취하지 아니함으로써 국가목표조항의 입법적 실현을 다하지 못한 경우 기본권의 국가보호의무 위반과 같이 ‘과소보호금지원칙’이 적용되어야 하는가의 문제가 있다.

66) 헌재 2001. 1. 18. 2000헌바29.

67) BVerfGE 44, 249(267); 77, 170(214f); 77, 381(405).

68) 연방헌법재판소는 하르츠 IV 헌법불합치 결정에서 입법자가 인간다운 최소생활권에 대한 ‘물질적 최소한’뿐만 아니라 ‘정치적 문화적 생활에 대한 참여가능정도’까지 고려하여 객관적으로 생활수준을 고려하지 못한 것은 인간의 존엄성과 사회국가에서 나오는 인간다운 최소생활권을 침해한다고 판시했다. BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010.

(가) 국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙

헌법재판소는 ‘교통사고처리 특례법’에 대한 위헌심사에서 국가의 국민에 대한 생명·안전에 대한 보호의무와 관련하여 “권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”라고 판시하였다.⁶⁹⁾ 이 판결에서 나타난 국가보호의무위반의 심사는 위헌의 척도로서 과소보호금지원칙을 사용하여 국가의 최소보호의 범위를 정하고, 이에 대한 명백한 위반을 위헌의 근거로 삼는다. 다만, 과소보호금지와 명백한 보호의무 위반을 같은 개념으로 볼 수 있는가의 의문이 남는다. 과소보호금지는 개념상 국민의 기본권 영역에 대한 최소보호를 하지 못한 면이 있는지를 살피는 것이고, 명백한 보호의무 위반은 입법자가 재량을 과도하게 일탈한 것을 의미하므로 차이점이 발생한다.

(나) 행정권력의 부작위 - 보호의무의 명백한 위반여부

헌법재판소는 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인 사건에서 “우리 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는데, 이 때 인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하며, 그리하여 국가는 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제를 안게 됨을 의미한다. 따라서 인간의 존엄성은 ‘국가권력의 한계’로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐 아니라, ‘국가권력의 과제’로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다.”라고 판시하고, “헌법상의 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로 행정권력 역시 이러한 기본권 보호의무에 따라 기본권이 실효적으로

69) 헌재 1997.1.16. 90헌마110.

보장될 수 있도록 행사되어야 하고, 외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다. 특정 국민의 기본권이 관련되는 외교행위에 있어서, 앞서 본 바와 같이 법령에 규정된 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권 보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 기본권 침해행위로서 위헌이라고 선언되어야 한다.”고 판시하였다.⁷⁰⁾ 이 판결도 공권력의 부작위가 기본권 보호의무에 명백하게 위반되었는지가 심사의 척도로 되어있다. 다만, 이 판결에서 헌법재판소는 기본권보호의무 위반의 심사척도로 ‘과소보호금지 원칙’을 직접언급하고 있지 않고 있어 앞의 사례와 다르다.

(다) 부작위와 심사기준

위의 경우와 같이 부작위에 의한 기본권보호 의무위반과 관련하여 헌법재판소는 과소보호원칙이라는 용어는 사용하고 있으나, 심사의 내용에 있어서는 보호의 명백한 위배라는 표현을 쓰고 있어 정확히 그 의미를 파악하기는 힘들다. 또한 기본권적 측면과 국가목표조항 측면이 동시에 고려되어야 하는 경우 과연 심사기준을 어떻게 설정하여야 하는가의 문제도 함께 발생한다. 과소보호금지는 최소한 보호조치의 위반여부를 심사하는 것이고, 명백성심사는 앞서 본바와 같이 재량일탈의 명백성을 심사하는 것이다. 기본권의 최소보호의 문제인 과소보호금지의 원칙은 국가보호조항에 대한 심사기준으로 삼기에는 불충분한 점이 있다. 비슷한 개념일수도 있지만, 과소보호금지는 일정한 최소보호영역의 존재를 전제로 하는 개념이고, 명백성심사는 이를 전제로 하지 않고 입법자의 재량범위를 넘는 확실한 위반을 위헌으로 보아야 하기 때문이다.

인간의 존엄성 등 기본권보호의무의 위반에 대한 심사에 있어 과소보호금지 원칙 위반여부가 심사기준이 될 수 있지만, 국가목표조항이 문제된 경우는 기본권보호문제와 달리 최소보호영역의 확정이 쉽지 않게 된다. 이러한 경우 부작위에 의한 국가목표조항 위반심사는 역시 재량일탈의 명백성심사가 오히려 국가목표조항의 헌법적 의미를 강조하고, 이에 대한 입법권의 재량형성의 보장측면에서 올바른 기준으로 볼 수 있을 것이다.

소송법적 측면에서 볼 때, 실무적으로는 공권력의 부작위에 의한 국가목표조항 침해에 대한 적절한 소제기 방법이 없기 때문에, 소송절차함결로 인해 실제로 소제기 되는 경우는 거의 없을 것으로 예상된다.

70) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마648.

(3) 규정의 추상성과 심사강도의 다양화

위에서 본바와 같이 국가목표조항에 대한 심사기준으로 명백성심사기준을 제시하였다. 그러나 이러한 명백성심사의 정도도 국가목표조항의 헌법적 의미와 규정의 추상성에 따라 달라져야 할 것이다. 사회권과 함께 규정된 국가목표조항은 사회국가실현의 헌법적 중요성으로 인해 경제질서에 규정된 국가목표조항보다 심사가 강화되어야 할 것이다. 또한 추상적인 국가목표조항보다 구체적인 국가목표조항의 심사는 더 엄격해져야 할 것이다.

예를 들어 제34조의 사회복지 증진의무는 추상적 조항이므로 제126조의 사영기업 국유화 금지의무보다 완화된 심사가 이루어질 수밖에 없다.

(4) 소결

국가목표조항에 대한 헌법재판소의 심사기준은 위에서 보는 바와 같이 입법부 등 국가기관의 재량이 인정되어야 하고, 이에 대한 통제는 재량일탈의 명백성 심사가 적합한 척도가 된다. 다만, 명백성심사의 적용에 있어서도 국가목표조항의 추상성의 정도에 따라 심사의 기준도 변화되어야 하고, 구체적 국가명령을 위반한 입법자의 입법행위는 보다 더 엄격하게 심사되어야 할 것이다.

V. 결 어

현대국가의 모습은 법치국가, 사회국가, 문화국가, 환경국가로 대별된다. 이러한 현대국가의 구현을 위해 현대헌법은 국가목표조항을 두어 국가에게 역동적인 실현의무를 부과한다. 최근 독일의 구동독 주헌법을 중심으로 국가목표조항을 보다 명확히 하고 국민의 공감대를 형성하는 모습이 나타나고 있고, 이는 또한 유럽헌법과 스위스헌법에서도 발견된다.

국가목표조항은 국가에게 정책적 방향을 제시하고, 입법·행정·사법을 기속하여 국가목표조항에 담겨져 있는 국민적 공감대를 구체적으로 실현하도록 한다. 헌법이 명령한 이러한 과제를 국가권력이 실천하지 못하는 경우 헌법재판소의 심사를 받게 된다. 헌법재판소는 입법부의 형성재량은 인정하지만 명백히 헌법규정에 위반된 법률제정은 위헌으로 선언될 수 있다.

국가목표조항에 대한 우리 헌법재판소의 결정에 의하면 국가목표조항은 우선 국가권력을 기속한다고 보고 있다. 또한 사회권에 대한 성격에 대해서도 일부 국가목표조항임을 확인하고 있다. 우리 헌법재판소는 기본권의 양면성을 인정하고 있으며, 기본권의 법제도성, 보호의무 그리고 국가목표적 성격이 기본권의 방어권성과 함께 존재함을 확인하고 있다. 특히 인간의 존엄성은 우리헌법의 국가목표로서 국가권력이 이를 실현하도록 노력하여야 하며, 국가의 부작위가 이를 명백히 위반한 경우 위헌이 된다.

국가목표조항에 대한 사법심사의 기준에 대해 헌법재판소는 다양한 표현을 사용하지만, ‘자의금지’나 ‘과소보호금지’보다는 ‘명백성심사’를 사용하는 것이 입법권재량준중의 의미를 살리는 국가목표조항의 심사기준으로 적합할 것이다.

제131회 발표회 지정토론문

발제문: 국가목표조항의 기능과 심사기준

발제자: 명재진(충남대 교수)

일시 및 장소: 2013. 11. 14.(목) 헌법재판소 2층 회의실

고 문 현*

최근에 국가목표조항에 대하여 가장 왕성한 연구를 하고 계시는 평소에 존경하는 명교수님의 명발표를 통하여 대단히 많이 배웠습니다. 이번 발표에 대하여 제가 명교수님의 발제를 제대로 이해했는지 자신은 없지만 토론자로서의 조연(약역?)을 담당하기 위하여 다음과 같은 제 줄건을 조심스럽게 개진한 후 두 가지를 여쭙는 것에 대하여 부디 널리 해량해 주시기 바랍니다.

기본권과 국가목표조항을 준별하는 기본권-국가목표조항 준별론은 이제까지의 법실증주의에서부터 C. Schmitt, R. Smend, K. Hesse, P. Häberle, R. Alexy까지의 주요 헌법이론의 테마인 기본권을 원칙으로 볼 것인가, 아니면 예외로 볼 것인가의 문제와 연결되어 있다고 생각합니다.

즉, 기본권은 국가나 사회적 다수가 원하는 것을 예외적으로 보장하는 것이 아니라 기본권보장을 원칙으로 보고 이를 예외적으로 제한하는 것임에도 불구하고, 법실증주의적 헌법이론에서는 국가가 원하는 것만을 예외적으로 기본권으로 정하고 국가가 기본권으로 규정하지 않는 이외의 것은 기본권으로 보지 않음으로써 기본권을 예외로 생각합니다. 이러한 헌법이론에서는 국가가 기본권으로 명문으로 규정하지 않는 것도 원칙적으로 기본권으로 추정되고 예외적으로 공익과 타

* 숭실대학교 법대 교수

인의 권리를 위해 제한된다고 생각하지 않습니다. 이런 사고방식 아래서는 기본권주체가 주장하는 것이 원칙적으로 기본권으로 추정되지 않기 때문에 제한의 대상으로서의 기본권이 존재하지 않고 기본권의 제한이라는 개념 자체가 성립할 수 없습니다. 이러한 사고방식 하에서는 기본권의 제한이라는 개념 자체가 논리적으로 성립하지 않기 때문에, definitive하게 최종적으로 보장되는, 국가가 정한 기본권만 존재할 뿐 제한되기 이전의, 제한의 대상으로서의 기본권, 즉 제한되지 않고 남는, 최종적으로 보장되는 definitive한 기본권만 존재할 뿐, 그 외에 기본권주체가 보장을 요구하는 주관적인 기본권에서 현재, 여기에서(hic et nunc)라는 구체적인 상황 아래에서 국가가 기본권주체에게 충분히 보장해주지 못한, 국가가 앞으로 보장하도록 노력하여야 하는 기본권 부분은 전혀 포함하지 않게 된다고 할 것입니다.

R. Smend의 헌법이론의 경우에도 사회에서 사회의 구성원에 의해 시시각각 이루어지는 변증법에 의하여 무엇이 기본권인가, 즉 헌법의 문언은 변함이 없음에도 불구하고 무엇이 기본권인가가 시시각각 변천을 일으키게 되기는 하지만, 그 때마다 기본권의 한계, 기본권의 크기, 즉 확정적으로(definitive하게) 보장되는 기본권이 결정되고, 이렇게 변증법적으로 크기가 결정된 기본권의 개념이 헌법에 규정된 기본권의 개념을 통하여 기본권의 한계, 크기, 내용 등이 나타나게 됨으로써, 기본권의 보장이 원칙으로 추정되지 않게 됩니다. 즉, 법실증주의적 헌법이론에서와 유사하게 사회적 다수에 의하여 변증법적으로 크기와 내용, 한계가 결정된 기본권만이 예외적으로 기본권으로 인정되고 그 외의 것들은 기본권으로 인정되지 않게 됨으로써, 즉 definitive하게 보장되는 기본권보다 더 많은 내용을 포함하고 있는, 제한의 대상으로서의 기본권이 부인됨으로써 통합이론에서는 - P. Häberle가 단호하게 선언하는 바와 같이 - 기본권제한의 개념 자체가 부정되기에 이르게 되는데, 이러한 통합이론에 의하면 기본권은 처음부터 최종적으로 보장되는 definitive하게 확정된 기본권만 존재할 뿐 그 이상을 담고 있는, 국가 앞으로 보장을 위해 노력하여야 하는 국가목표로서의 기본권, 제한의 대상으로서의 기본권은 논리적으로 존재할 수 없게 됩니다. 이러한 결과는 기본권이 원칙적으로 추정되지 않고 최종적으로 definitive하게 보장되는 내용만을 예외적으로 기본권으로 인식하기 때문에 나타난 현상이라고 할 것입니다.

이와는 대조적으로, C. Schmitt의 헌법이론에서는 기본권주체가 무엇이 기본권인가를 결정하기 이전에 - 비록 자유권에 한정하기는 하지만 - 그의 기본권에

대한 무한계성원칙(Unbegrenztheitsprinzip), 즉 기본권은 미리 국가나 (R. Smend와 같이) 사회의 구성원에 의해서 문화(Kultur)로서 다수화된 것을 기본권으로 보는 것이 아니라, 그러한 (국가나 사회적 다수에 의해서 그어진) 한계가 없는 것으로 추정되고 예외적으로 제한되는 것으로, 즉 기본권의 보장이 원칙이 되고 제한이 예외가 됨으로써 기본권의 필요조건으로서의 기본권 구성요건이 최종적으로 definitive하게 보장되는 내용보다 더 많은 부분, 즉 국가가 앞으로 더욱 보장하도록 노력하여야 하는 국가목표로서의 기본권, 제한의 대상으로서의 기본권 부분이 논리적으로 존재할 수 있게 된다고 할 것입니다.

R. Alexy도 그의 원칙이론(Prinzipientheorie)을 통하여 기본권보장의 필요조건인 기본권구성요건(Grundrechtstatbestand)을 가능한 한 최대한 넓게 인식하고, 기본권의 보장을 원칙으로, 기본권의 제한을 예외로 보고, 이러한 제한의 대상으로서의 기본권을 예외적으로 필요최소한으로 제한하여 최적·최선으로 보장하는 이론을 구성함으로써 제한의 대상인 기본권으로 하여금 국가가 보장을 목표로 하여야 하는 부분까지 기본권의 구성요건에 포함되도록 하고 있습니다.

이렇게 주요 헌법이론의 변천을 통하여 고찰해보자면, 기본권과 국가목표 조항을 준별하는 시각과 국가목표가 기본권 속에 포함되어 있다고 보는 시각의 차이는 일단 기본권보장을 원칙으로 본 후에 이를 예외적으로 필요최소한 제한하는 헌법이론과 국가나 사회적 다수가 기본권으로 definitive하게 확정한 것만을 예외적으로 기본권으로 보는 헌법이론과 관계가 있지 않을까 조심스럽게 생각해 봅니다.

1. 국가목표조항과 기본권과의 관계입니다.

명 교수님께서서는 발제문 7쪽에서 "헌법에서 기본권적 특성을 지니지 않은 채 국가기관의 행위에 대한 지시와 지침을 나타내는 규정이 있는데 이를 국가목표규정이라 한다."라고 개념정의하고 있습니다.

그런데 기본권은 국가에게 작위/부작위라는 일정한 행위의무를 부과하는 것으로서, 기본권이 보장되고 있음으로 인해 국가는 국민의 기본권을 현재보다 더 많이 신장해야 할 의무, 즉 국가목표로서 기본권보장국가가 요청됩니다. 이러한 점에서 국가목표규정과 기본권을 준별하는 것이 과연 적절할지 의문이 들 수 있지 않을까 생각합니다.

2. 명교수님께서 예로 들고 있는 입학정원판결과 관련하여, 명 교수님께서 해당 판결은 국가목표조항으로부터 국가의무를 그리고 이러한 국가의무로부터 시민들의 권리인 참여권이 인정되는 예외적 상황이라는 주장을 하고 있습니다. 하지만 해당 판결의 취지는 현재 국가의 여건상 의과대학 입학정원을 제한하고 있지만 가능한 한 의과대학 정원을 최대한 마련해 줘야한다는 의미여서 기본권을 국가목표까지 확장시켜서 이해하고 있다고 볼 수 있는 근거가 된다고 생각하는데 여기에 대한 명교수님의 고견을 여쭙고 싶습니다.

다시 한번 공사다망하신 와중에 귀한 발표를 통해 많은 가르침을 주신 명교수님께 깊이 감사드립니다. 저의 부족한 토론을 경청해주신데 대하여 충심으로 감사드립니다.

제131회 발표회 지정토론문

발제문: 국가목표조항의 기능과 심사기준

발제자: 명재진(충남대 교수)

일시 및 장소: 2013. 11. 14.(목) 헌법재판소 2층 회의실

김 동 훈*

발제자의 훌륭한 발표 잘 들었습니다. 국가목표조항에 대한 보다 깊은 고려가 필요하다는 발제자의 의견에 공감합니다.

이하에서는 몇 가지 의문점을 제시하도록 하겠습니다.

1. 국가목표조항의 의의와 범위 확정 문제

발제자께서는 국가목표조항의 대표적인 것으로 사회국가조항, 환경조항, 남녀평등조항 등을 들고 있습니다. 우리 헌법에서는 헌법 전문,¹⁾ 인간의 존엄과 가치(제10조), 사회국가조항(제34조~제36조), 경제조항(제119조~제126조) 등에서 국가목표조항을 찾을 수 있다고 합니다.

국가목표조항을 규정하기 위해서는, 우선 국가란 무엇인가, 국가는 무엇을 위한 존재인가 라는 물음에 대한 대답이 있어야 할 것이고, 다음으로 그러한 국가의 목표란 어떤 것이어야 하는가, 해당 국가 특유의 목표는 어떤 것이 있는가 라는 질문에 대한 답이 있어야 할 것입니다.

* 헌법연구관

1) ① 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명, ② 모든 사회적 폐습과 불의의 타파, ③ 각인의 기회균등의 보장, ④ 국민생활의 균등한 향상, ⑤ 세계평화의 추구 등.

여기서 국가에 대한 최소한의 정의는 ‘외부의 공격으로부터 국민을 보호하고 내부의 질서를 유지하기 위해 공권력을 가지는 존재’라고 할 수 있을 것입니다.

외부적 평화라는 측면에서 볼 때 국가목표조항으로서는 헌법 제5조 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”(제1항)와 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며...(제2항)”를 들 수 있을 것입니다.

한편 내부적 평화(질서유지) 측면을 고려할 때는 헌법 제37조 제2항의 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며...” 라는 부분 역시 국가목표조항의 성격을 가질 수 있을 것입니다. 모두가 완전한 자유와 권리를 위해 투쟁한다면 누구의 자유와 권리도 있을 수 없게 되므로 자유와 권리에 대한 제한을 인정해야 한다는 한계는 내부적 평화를 위해 필수적이기 때문입니다.

그런데 위와 같이 국가목표조항을 설정하는 작업은 근본적인 것일지는 모르지만 발제자께서 들고 있는 현대적인 국가목표조항과는 그다지 유사성이 없습니다.

국가목표조항을 어떻게 설정하고 범위를 확정하며, 국가목표조항으로 볼 것인지 아닌지는 어떻게 식별할 수 있을지 궁금합니다.

2. 국가목표조항의 규범적 성격에 대해

발표자께서는 국가목표조항에는 규범적 성격이 인정되며, 그에 대한 비판론은 타당하지 않다고 합니다(발제문 10-12면).

그 논의는 다음과 같이 정리할 수 있겠습니다.

‘국가목표조항에는 규범적 성격이 인정되어 국가권력을 국가목표조항에 맞게 행동하도록 요구하고 사법적으로 이를 강제할 여지를 주고 있다. - 이러한 규범적 성격에 대해서는, 국가목표조항을 통해 사법기관이 정치적 세력으로 등장하며, 의회는 정치적 방향성을 제시하지 못하고 의회민주주의에 있어서의 주도권을 상실할 우려가 있다는 비판론이 있다. - 그러나 헌법재판소는 입법부의 재량형성이 분명하게 헌법적 한계를 일탈하는 경우에만 위헌결정을 할 수 있으며(독일 헌재의 입장), 입법부의 위상 하락은 헌법재판소의 대두 때문이라기보다는 현대 국

가에 있어서의 권력분립구조의 변화에 따른 자연스런 결과일 뿐이다.’

사실 위의 논의는 근래 우리나라에서도 새롭게 증대한 현상으로 발생하고 있는 사법지배(司法支配, juristocracy)의 문제와 맞닿아 있습니다. 국가의 백년대계라고 할 만한 문제들, 그리고 고도로 정치적인 문제들이 정치의 장에서 해결되지 못하고 헌법재판소에 의탁되어 최종적인 판단을 기다리는 경우가 많아졌습니다. 정치는 사법화되고(政治의 司法化) 그 필연으로 사법은 정치화되어(司法의 政治化) 정치와 사법 본연의 모습을 잃고 있습니다.

따라서 국가목표조항은 헌법을 통해 국가의 목표와 방향을 제시하는 것이므로 모든 국가권력이 거기에 종속되어야 하고 그 부합 여부에 대해서는 헌법재판소에 의한 사법심사를 통해 통제하는 것이 (적어도) 나쁠 것은 없다는 생각은 더 신중해야 할 것입니다. 바람직한 국가와 정치의 모습, 정치와 사법의 경계에 대한 근본적인 문제이기 때문입니다.

3. 헌법재판소의 태도에 관한 해석

가. 저상버스 도입 의무 사건에 대한 해석 문제

발제자께서는 장애인을 위한 저상버스를 도입하지 않고 있는 보건복지부 장관의 부작위가 헌법에 위반되는지에 관한 사건(헌재 2002헌마52)²⁾에서, 헌법재판소가 헌법 제34조 제5항³⁾의 국가목표조항이 “입법권을 직접 기속하는 규범력이 있음을 보여주고 있고, 국가목표조항을 이행하여야 하는 입법권의 의무를 확인하고 있다”고 합니다(발표문 13-14면).

그런데 위 사건에서 헌법재판소는 신체장애자의 복지향상을 위하여 노력해야 할 국가의 의무를 인정하면서도, 그에서 나오는 사회적 기본권은 “입법과정이나 정책결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 단지 적절한 고려를 요청하는 것”이라고 하였습니다.

2) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52 저상버스 도입의무 불이행 위헌확인: 각하.

3) 헌법 제34조 제5항: “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”

나아가 “모든 국가기관은 헌법규범을 실현하고 존중해야 할 의무가 있으므로 행정정은 그의 행정작용에 있어서 헌법규범의 구속을 받는다”고 하면서도, “국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.”라고 하면서 저상버스 도입 작위의무가 없다고 보아 각하하였습니다.

그렇다면 위 사건 결정을 신체장애자의 보호에 대한 국가목표조항이 입법권을 직접 구속하는 규범력이 있으며 입법권의 의무를 확인하는 것이라고 보기는 어렵지 않을까 합니다.

나. 자도소주구입명령제도 사건에 대한 해석 문제

발제자께서는 자도소주구입명령제도에 관한 사건(헌재 96헌가18)⁴⁾에서의 결정 이유⁵⁾에 있어, 헌법재판소가 헌법 제119조 이하의 국가목표조항을 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 근거로 삼은 것은 잘못이라고 합니다.

왜냐하면 국가목표조항의 존재이유는 국가권력을 규제하고 기본권을 증대·형성하고자 하는 것이며 경제조항에 관한 국가목표조항은 사회국가 실현에 관련된 것이므로 기본권제한의 근거가 될 수 없기 때문이라는 것입니다(발표문 14-15면).

하지만 우리 헌법은 기본권을 최대한 보장하는 것을 목표로 하되 각자가 가진 기본권은 상충할 수 있기 때문에 모든 사람이 기본권을 100% 충족시킬 수는 없다는 전제에 서 있습니다. 국가목표조항 역시 국가목표를 추구하는 과정에서 일방의 기본권을 확대시키면 타방의 기본권은 축소될 수밖에 없다는 원리를 이미 내포하고 있다고 보아야 할 것입니다.

4) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18 주세법 제38조의7 등에 대한 위헌제청: 위헌.

5) “우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 “균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등”의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 “공익”을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한을 위한 일반법률유보에서의 “공공복리”를 구체화하고 있다.”

그런 점에서 볼 때, 경제조항과 관련된 국가목표조항이 사회적 약자가 보다 많은 혜택을 누리도록 한다는 내용의 사회국가 실현을 목표로 함은 물론이지만, 동시에 다른 사람들의 기본권과 국가 전체의 공공복리에 대한 고려까지도 함으로써 기본권을 제한하는 근거도 될 수 있다는 논리가 오류라고 보기는 어렵다고 생각합니다.

다. 헌법재판소의 심사기준에 관한 해석 문제

(1) 발제자께서는 입법에 의한 국가목표조항 침해시 헌법재판소의 판단기준을 ‘자의금지원칙’이라고 하면서 평등원칙 위반 심사기준인 자의금지원칙을 국가목표조항 위반 여부에 대한 판단기준으로 삼는 것은 부적절하다고 합니다(발제문 20-22면).

그런데 발제자께서 인용하시는 농지법 사건(헌재 2007헌바108)⁶⁾에 있어 헌법재판소의 판시는 “이 사건 법률조항은 ‘균형 있는 국민경제의 성장 및 안정’과 ‘국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전’이라는 공익을 위한 입법으로 볼 수 있고 그 제한을 현저히 불합리하다거나 자의적이라고 할 수 없으므로 헌법 제119조 제1항에 위배된다고 할 수 없다.”라는 것으로서, “현저히 불합리하다거나 자의적이라고 할 수 없으므로”라는 표현을 두고 헌법재판소가 자의금지원칙을 심사기준으로 삼고 있다고 하기는 어려울 것입니다.

오히려 독일 헌재가 심사기준으로서 입법자가 형성의 한계를 명백하게 일탈하였는지 여부를 판단하는 것⁷⁾과 우리 헌법재판소의 태도는 대동소이하다고 보아야 할 것입니다. 이것은 발제자께서 인용하신 다른 헌법재판소의 결정(헌재

6) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바108 농지법 제59조 등 위헌소원: 합헌

- 위 사건은 농지전용허가를 받지 아니하고 농업진흥지역 밖의 농지를 전용한 경우에 처벌하는 농지법 조항에 대한 위헌소원 사건으로서, 농지소유자의 재산권을 침해하지도 않고 경제조항에도 위배되지 않는다고 판단한 것이다.

7) 동서독기본조약 사건에서의 독일 헌재는 “국가목표실현을 위해 어떠한 방법이 정치적으로 옳은지 또는 합목적적인지에 대한 판단은 관련 기관들에 맡겨진다. 여기에는 넓은 정치적 형성의 여지가 주어지며 입법자는 특히 형성재량이 인정된다. 이에 대해 독일헌재는 입법자가 형성의 한계를 분명하게 일탈하는 경우에 한해 법적·정치적 국가목표형성에 제재를 가할 수 있다.”고 하였다(발제문 10-11면 참조).

2008헌마648)의 결정이유에서도 찾아 볼 수 있을 것입니다.⁸⁾

(2) 어쨌든 위와 같은 우리 헌법재판소의 태도에 대한 해석 문제는 별론으로 하고, 국가목표조항 위반 여부에 대한 심사기준으로 명백성 심사기준을 택하는 것과 명백성 심사의 정도가 국가목표조항의 헌법적 의미와 규정의 추상성에 따라 달라져야 한다는 점(발표문 23면)에 대해서는 의견을 같이 합니다.

8) 현재 2011. 8. 30. 2008헌마648 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인:
 “헌법상의 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로 행정권력 역시 이러한 기본권 보호의무에 따라 기본권이 실질적으로 보장될 수 있도록 행사되어야 하고, 외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다. 특정 국민의 기본권이 관련되는 외교행위에 있어서, 앞서 본 바와 같이 법령에 규정된 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권 보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 기본권 침해행위로서 위헌이라고 선언되어야 한다.”

제131회 발표회 토론요지

사 회 자(서울시립대 김대환 교수) : 사회자로서 발표를 정리해 보면, 국가 목표조항의 뜻은 국가행위에 대한 지시와 지침으로서, 국민에게 주관적 권리를 부여하는 것이 아니고 국가권력의 특정의 목표를 수행하도록 법적구속력을 가지고 의무를 부여하는 헌법규범이라고 말씀을 하신 것 같습니다. 그리고 기본권의 방어권적 측면과 국가목표조항은 긴장 또는 충돌관계에 있을 수도 있고, 보완 또는 강화의 관계도 있을 수 있다고 하셨습니다.

다음에 국가목표조항 특히 대한민국 헌법 제119조 이하의 ‘균형 있는 국민경제의 성장과 안정 등등’은 기본권제한을 위한 공익이 아니라 국가목표조항으로 이해하는 것이 바람직하다하는 말씀을 하셨습니다. 그 다음에 사회권은 국가목표조항으로 이해하는 것이 바람직하다고 하셨습니다.

인간의 존엄성 존중 조항은 방어권일 뿐만 아니라 국가권력의 과제로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다는 일본군 위안부판결을 인용하면서, 이는 헌재가 인간존엄성 규정을 방어권을 넘어서 국가목표규범으로, 나아가 기본권 보호의무를 인정하는 태도라고 보고 있습니다.

그리고 국가목표조항에 대한 심사기준으로서는 평등심사기준인 자의금지의 원칙보다는 명확성의 원칙이 타당하다고 보았습니다. 국가목표조항의 심사에 있어서 명백성 통제를 하지만 심사강도는 여러 가지 구체적인 국가목표조항의 성격에 따라서 다양하게 이루어져야 한다는 것으로 요약할 수 있을 것 같습니다.

지정토론을 하신 고문현 교수님은 국가목표라고 하는 것은 기본권에 포함되는 것이라는 취지에서 질문해 주신 것 같습니다.

발 표 자 : 고문현 교수님께서 헌법관 설명을 하셨는데, 고문현 교수님은 그러면 어느 헌법관을 지지하고 질문을 하시는 것인가요?

지정토론자(숭실대학교 고문현) : 저는 특별한 헌법관은 없는데요, 가능한 한 알렉시처럼 넓게 보려고 하는, 최대한 넓게, 가능한 한 넓게, 이렇게 보려고 하고 있습니다. 알렉시를 잘 모르지만 따라가려고 하고 있습니다.

발 표 자 : 기본권 안에 국가목표조항이 다 포함되어 있다는 식으로, 이렇게 넓게 개념정리를 하면 헌법이론적으로 여러 가지 어려운 점이 많이 생깁니다. 국가와 사회의 영역구분 문제, 즉 어디까지 시민적 사회의 영역이고 그리고 어디가 국가영역인지를 매우 구분하기 어렵게 됩니다. 그래서 이미 허영선선생님께서 페테 해벌레(Peter Häberle)의 제도적 기본권론의 문제점에 대해서, 제도적 기본권설은 통합이론에서 일부는 차지하지만 많은 문제점이 있다는 것을 이야기 하시면서, 자칫 국가영역이 사회영역을 완전히 포섭해 들어가는, 자칫 극우적 과시즘이론에 악용될 수 있다는 비판을 예전부터 하시고 계십니다.

그래서 기본권이 국가목표라고 단언하는 그러한 주장은 자칫 기본권의 본질적인 특성인 전국가성을 무시하고, 방어권이 사라진 오직 국가목표만 남게 되는 문제점이 있을 수 있습니다. 또 어떻게 보면 국가가 생각하는 대로 사회영역을 규정지을 수 있는 어려움이 발생하기 때문에 준별론적 입장이 옳지 않나 생각합니다.

다만 극단적인 준별론이 아닙니다. 우리 헌법재판소의 판시에도 있지만, 인간의 존엄성이 극도로 파괴된 그러한 피해자들에 대한 국가의 의무를 인정할 때, 단순히 방어적 측면이 아니라 국가가 왜 노력을 안 하느냐는 국가의 부작위를 강조하고 그 부작위에 대한 책임을 묻는데 있어서, 국가목표성을 강조하게 되는 것입니다. 국가목표조항이 이미 기본권 안에 들어있다고 단언하는 것은 헌법이론적·철학적인 한계를 넘는 것이라고 봅니다.

그래서 기본권의 양면성이라고 할 때, 그것은 기본권의 방어권성이 충분히 전제가 된 후에야 합니다. 그리고 기본권의 방어권성이 충분히 기본권을 보장하지 못할 때, 국가가 입법적으로 충분히 실현하지 못한 부분에 대해서 아주 예외적으로 문제를 지적하기 위해서 국가목표성이 강조되어야 합니다. 그렇지 않고 모든 국가목표조항의 내용이 기본권 속에 포함되어 있다고 보는 것은, 자칫 국가·사회 이원론적 시민사회의 본질을 침해하게 되지 않을까 하는 염려가 있습니다.

다음으로 참여권도 아까 말씀하셨는데 저는 예외적 상황이라고 쓰고 있습니다. 이것은 분명히 예외적인 상황입니다. 사회국가의 첫 번째 형성은 입법권자에게 있는 것은 틀림이 없습니다. 그것에 대해서 헌법재판소가 예외적으로 참여권을 인정을 한 것이고요.

사회권 조항을 자칫 헌법재판소가 너무 많이 활용하게 되면, 재판소 스스로 입법자가 되기 때문에 입법권에 관한 권한을 헌법이 국회에 준 의미를 상실하게 됩니다. 독일은 국가고등교육 체제로 교육에 있어서 무상주의입니다. 대학도 무

상으로 하고 사립대학이 많지 않은 경우에 있어서, 어느 정도 국민적인 합의가 되어 있는 것입니다. 고등학교를 정상적으로 졸업하는 경우에 대학에 들어가서 더 연구할 수 있는 기본적인 참여권에 대한 인정. 그리고 독일 헌법재판소 스스로 시설의 부족 그리고 재정적 문제 때문에 의과대학의 입학권을 함부로 인정하기는 어렵다고 스스로 인정을 하고 있습니다.

그래서 헌법재판소에서도 이러한 국가목표조향을 통한 국가의 적극적인 행동의무를 부과하는 판시는 예외적인 현상이 되어야지, 항상 쓰는 판시가 되어서는 안 됩니다. 준별론적 입장 그리고 예외적 입장이라고 쓴 이유가 거기에 있습니다.

사 회 자 : 고교수님 말씀하신 내용 중에 예컨대 준별론이냐 아니면 기본권에서 국가목표조향이 나오느냐 하는 것은, 국가목표라고 하는 어떤 공법적인 도그마가 기본권에 있다기보다, 국가목표로서 달성하려고 하는 이익이 기본권이론을 통해서도 달성할 수 있는 것이 아니냐, 이렇게 받아들여지게 되면 여전히 조금의 문은 남을 수 있지 않느냐 생각이 듭니다.

국가목표조향의 개념을 발제자께서는 국가권력에게 특정의 목표를 수행하도록 법적구속력을 가지고 의무를 부과한 헌법조향이라고 이야기 했는데, 김동훈 연구관님은 나아가 침략전쟁 부인이라든가 국군의 사명조향까지도 국가목표조향이나 하면서, 국가목표조향의 개념에 대해서 유의미한 의문을 제기한 것으로 보입니다.

다음으로 오히려 국가목표조향에 대해서 규범성을 부여함으로써 헌법재판소가 개입할 가능성을 열어놓고, 사법의 정치화의 길을 열어놓은 것이 아니냐는 의문을 제기하셨습니다.

발표자 : 변명 아닌 변명을 하자면 국가목표조향의 범위를 모르겠다고 말씀하시고, 헌법 제37조 제2항도 국가목표조향이 아니냐 말씀을 하셨는데, 기본권과 국가목표조향을 준별하자는 기본적인 입장을 이해해 주시기 바랍니다.

헌법에서 제일 중요한 조항은 기본권조항입니다. 헌법이 탄생하기 때문에, 헌법이 필요한 이유는 기본권 보호에 있기 때문에, 기본권 파트와 국가목표조향은 분리해야 되는 것입니다. 그래서 37조 2항을 국가규제로 이해하고, 국가에게 기본권을 규제하라는 조항이다 이런 식으로 목표조향으로 보고 싶다는 말씀은 잘못이라고 생각합니다. 37조 2항은 분명히 기본권을 보호하자는 규정입니다. 37조

2항은 기본권을 침해당하지 않게 하는 조항이지, 국가가 규제하라는 조항이 아닙니다. 헌법 37조 2항에 대한 이해부터가 저하고 출발이 다른 것 같습니다.

지금 질문하시는 것이 국가의 근본적인 목표로 외부 공격에 대한 국민의 보호, 안전, 질서 이렇게 말씀을 하시는데요, 국가의 목표는 이제 많이 변하지 않았느냐 생각됩니다.

국가의 본질은 과거 근대의 국가처럼 국민을 외적으로부터 보호한다든지 질서를 유지하는 데 있는 것이 아닙니다. 현대국가는 사회국가이고, 오늘날 사회국가로서 본질적으로 어떻게 하면 기본권의 소외자들, 기본권이 그 동안 좌시하고 있고 이해하지 못했던 영역, 사회의 경쟁에서 낙오된 자, 이러한 사람들에 대한 보호까지 확대하는 진정한 인권국가가 될 과제가 현대국가에 있습니다.

그래서 국가목표조항으로 복지국가원칙이 국가의 최대의 과제이고, 사회국가, 환경국가, 문화국가 그리고 정보국가로 넘어가는 다양한 과제를 수행하는데 국가의 목표가 있는 것으로 보아야 합니다. 이러한 5대 또는 6대 국가목표를 실천하는 헌법규정이 다 국가목표조항이고, 기본권과는 구별되어야 한다는 입장입니다.

그리고 ‘사법의 정치화’ 이런 말씀을 하고 계시는데, 원래 헌법은 정치법입니다. 원래 헌법이 필요한 이유는 국회와 싸우라는 이야기고, 입법자를 통제하라는 이야기이고, 정치적인 세력으로부터 인권을 보호해 달라는 것입니다. 그래서 헌법의 본질은 정치법입니다. 그래서 정치의 사법화, 사법의 정치화가 현대국가의 특징입니다. 대한민국 국회만 희망이 없는 것이 아니라, 옆 나라 일본 국회도 별로 희망이 없습니다. 사법이 해내야 되지 않느냐. 그래서 현대국가는 사법국가입니다. 그것은 본질적인 변화고, 그것은 우리 헌법이 계획해 놓고 있는 헌법 규정에 있는 내용이라고 볼 수 있고, 헌법재판소를 국민이 만들어준 의미라고 생각됩니다.

그래서 위헌정당도 해결해야 되고, 탄핵도 해결해야 되고, 날치기입법도 해결해야 되고, 헌법재판소는 정치적기관입니다. 그것은 분명 현저한 특징입니다.

저상버스도입문제는 오해가 있지 않았나 싶습니다. 저는 입법제정 의무만 이야기 한 것이고, 구체적인 저상버스 도입문제는 좀 다른 문제라고 생각됩니다. 자도소주 구입명령제도는 보는 시각의 차이이자 철학의 차이입니다.

저는 헌법 37조 2항과 헌법의 경제조항과 관련해서 공공복리가 지나치게 확대될 가능성이 있기 때문에, 공공복리의 구체화라는 언급이 계속되고 있어서, 공

공복리의 구체화라는 의미가 자칫 입법자의 입법을 그리고 입법을 통한 국가규제를 너무나 정당화시킬 수 있는 여지가 있는 것에 문제점이 있다고 봅니다. 규제의 강화라는 면에서 37조 2항의 취지와 어울리지 못하는 것이 아닌가 하는 지적을 해봤습니다.

그 다음에 자의금지원칙이 아니라고 말씀하고 계시는데요. 그러면 더 반가운 일입니다. 그러나 이 결정문을 로스쿨 학생들이 봤을 때 틀림없이 자의금지원칙으로 읽을 수밖에 없고, 답안을 그렇게 쓸 수밖에 없습니다. 국민들도 자의금지로 해석할 여지가 있기 때문에, 표현을 바꿔주는 게 좋지 않을까 하는 생각이 듭니다.

토 론 자(헌법재판연구원 이장희) : 고문헌 교수님께 질문드립니다. 잘 아시겠지만 스멘트(R. Smend)는 국가를 하나의 통합의 과정으로 보고 통합과정의 기본적 법적질서를 헌법이라고 합니다. 그런 맥락에서 통합의 중요한 계기 중의 하나가 바로 기본권이고, 그 기본권은 결국 하나의 객관적 가치규범이다, 이런 식으로 논의가 전개됩니다. 그런 면에서, 기본권이라는 것은 당연히 원칙일 수밖에 없습니다. 그런 면에서 일단 기본권을 예외로 보는 그런 분류를 하는 것에 약간 의문이 듭니다.

다음에 이중성이라는 것이 주관적 권리성과 객관적 목표성을 선택적으로 할 수 있는 것이 아니라는 생각이 들었습니다. 이를테면 아까 주관적 권리성이 원칙적으로 보장되고 그것이 충분하지 못할 경우에 예외적으로 국가목표로서의 기본권 식으로 말씀하셨는데, 기본권은 권리임과 동시에 객관적 가치규범으로 동시에 존재하는 것입니다.

다음으로 결국 명교수님도 통합론의 시각에서 논의를 전개하고 계시는 것 같습니다. 국가목표규정과 기본권을 준별해야 된다는 것인데, 결국 기본권의 이중성을 인정한다면 양자의 개념적 구별은 필요하다 할지언정 사실 엄격히 구별하기 어렵다고 봅니다. 무엇을 기본권이라고 부를 것이냐는 것도 사실은 선행되어야겠지만, 기본권 자체가 하나의 국가목표적 측면을 동시에 가진다고 한다면, 결국 그것은 국가목표규정과 실질적으로 차이를 상실하게 되는 것이 아닌가 하는 의문이 듭니다.

그래서 개념적 구별을 하더라도, 결국 순수하게 국가목표규정으로만 규정되어 있는 경우, 그 경우에 거기서 적어도 기본권적 성격을 가지지 않는 방어권적 위주의 권리를 도출할 수 있는가? 이것이 결국 남는 실질적 차이가 아닌가 하는

생각이 듭니다. 기본권 규정이라고 해석되기 어려운 국가목표규정인 경우에 거기서 권리를 도출할 수 있다면 사실상 개념 구별이 실질적으로 없어지는 것이고, 반대로 거기서 도출될 수 없다면 실질적으로 어느 정도는 차이가 있다는 생각을 해 봤습니다.

그리고 김동훈 연구관님 말씀 듣고, 어떻게 보면 헌법자체가 국가를 창설하는 규범이기도 하지만 동시에 창설된 국가가 어떠한 이념과 지향성을 가져야 한다는 목표를 실현하도록 해야 한다는 표지들을 담고 있기 때문에, 결국 헌법자체가 넓은 의미에서는 국가목표 아니겠는가 하는 생각이 듭니다. 그러면 사실 국가목표와 무관한 것이 없기 때문에 너무 넓어집니다. 그래서 넓은 의미의 국가목표와, 좁은 의미로 여기서 말하고자 하는 기본권과 구별하고자 하는 국가목표에 대한 얘기들을 나눠서 접근하는 의미가 있다고 생각합니다.

마지막으로 헌법 제34조 제5항을 발제자께서도 예로 드시고, 일종의 사회적 기본권으로서 국가목표규정이다 이렇게 말씀하셨는데, 텍스트를 보면 ‘신체장애자 등 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.’입니다. 사회적 기본권이거든요. 그런데 이것이 결국 법률로서 구체화되어야 하는 프로세스를 거치니까 그 자체로서 주장할 수 있는 권리가 아니기 때문에 법적 성격이 국가목표라고 보시는 것 같습니다.

그런데 우리 헌법 제2장에 나와 있는 다양한 자유와 권리에 관한 규정들에 유사한 텍스트들이 있습니다. 예를 들면 제22조 제2항은 ‘저작자 ... 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.’라고 되어 있습니다. 그런데 이것을 사회적 기본권이라고 분류하지는 않습니다. 그런데 구조는 같습니다. 그렇다면 사회적 기본권과 그 밖에 다른 기본권이 입법적으로 구체화되어야 하는지 여부에 따라 완전히 구별되는가에 대한 의문이 하나 있습니다. 두 번째는 그렇다고 해서 그것을 국가목표규정으로 볼 수 있는가? 제22조 제2항의 텍스트는 국가목표규정인가? 아까 국가목표규정에 대한 광협의 차이를 감안한다면 달리 볼 여지도 있지만, 어쨌든 사회적 기본권 외에 다른 것도 그렇게 볼 여지가 있지 않은가라는 생각이 들었습니다.

지정토론자(고문헌) : 제가 통합론이라고 하긴 했는데, 통합론도 학자도 많고 아쉬웠지만 스펀트부터 해세, 해벌레 이렇게 연계해서 다 다릅니다. 제 취지는 통합론에 의해서도 극단적으로 해벌레의 제도적 기본권이론에 의하면 기본권 보호보다는 법질서에 방점이 있게 됩니다. 즉 기본권을 독특하게 보호하려고 하죠. 자

유와 권리는 제도에 의해 뒷받침되지 않으면 의미가 없다는 것은, 텅 빈 공간에 불과하다고 하는 것은 법실증주의로도 할 수 있다는 취지입니다.

일단 통합론은 기본권을 보장하는데 주로 많이 보장하는 것이 동화와 통합 과정에서 언론의 자유, 표현의 절차를 강조합니다. 그러나 원래 기본권의 취지는 태어났을 때부터의 선천적인 것입니다. 표현의 자유, 방송의 자유는 태어났을 때부터 선천적인 것은 아니라고 봅니다. 그런 취지에서 기본권에 가깝지 않으며, 그래서 넓은 의미의 법실증주의와 같은 카테고리에 넣었다고 이해하시면 될 것 같습니다.

사 회 자 : 다음으로 명교수님에게 두 가지 질문이 있었던 것 같습니다.

기본권의 이중성은 선택적인 것이 아니라 동시에 일어나야 하는 것이다. 그래서 권리와 객관적 규범이 동시에 나타나는 것이지 어느 하나가 선택적으로 나타나는 것이 아니지 않느냐하는 그 질문이 있었습니다.

두 번째는 국가목표하고 기본권은 구분해야 한다고 말씀하셨다고 하는데, 개념을 구분하더라도 기본권의 이중성을 인정하면 결국은 명확하게 구분되는 것은 아니지 않느냐는 말씀을 하신 것 같습니다. 예외적인 경우를 제외하면 원칙적으로는 국가목표와 기본권은 내용적으로 구분하기 어렵지 않느냐는 질문이었던 것 같습니다.

발 표 자 : 먼저 기본권의 양면성과 관련해서 말씀드리겠습니다. 이중적이다, 양면성이다 이렇게 이야기할 때 학자별로 많이 다릅니다. 해벌레의 접근이 다르고 헤세의 접근이 다르듯이 자칫 오해할 수 있어요. 모든 기본권이 양면성을 갖고 모든 기본권이 이중적 지위를 갖고, 그렇게 되면 해벌레적 착오에 빠집니다. 어떤 착오냐 하면, 기본권은 원래 양면성- 앞면이 있고 뒷면이 있는 것입니다. 앞면이 방어적 성격입니다. 그래서 자칫 해벌레의 오류라는 것은 너무 가치적 질서성이 강조되는 경우에 문제점이 발생한다는 이야기입니다.

제일 중요한 것이 방어권인데, 앞면이 방어권에 대한 것이고 뒷면이 질서성이 되어야지, 그것이 혼용되어서 질서성과 양면성을 동등하게 생각하는 시점은 해벌레의 오류에 빠지게 된다는 이야기입니다. 이것이 무엇을 의미하냐 하면, 무조건적 입법자의 역할을 헌법재판소가 해버리게 된다는 이야기지요. 그래서 기본권의 방어권성이 강조되어야지 기본권의 객관적 질서성이 강조되는 시각, 또는 동일하게 여기는 시각에 의하면, 자칫 기본권의 보전적 그리고 본질적인 요소가

문히게 되는 것입니다.

기본권을 보호하려는 데 방점이 있어야 합니다. 기본권을 통해서 국가권력의 입법형성권이 강조되는 경우에는 오히려 기본권의 약화를 가져올 수 있을 것이라는 이야기입니다.

그래서 제가 선택적이라는 오해를 드렸는데, 양면성이 있지만 그 양면성에 관한 헌법재판소의 검토가 모든 기본권에서 일어나는 것도 아니고, 기본권 중에는 가치질서성을 가질 만한 비중있는 기본권이 있고, 원리 규정에도 못 미치는 규칙 수준의 기본권이 있을 수도 있다는 이야기입니다.

그래서 위험성이 있기 때문에, 국가목표조항이 너무 방어성하고 대등하게 동일하게 강조되는 모습은 해벌레식의 기본권도 아닙니다. 일반적으로 기본권의 첫 면은 방어권성이 나타나는 것이고, 기본권의 방어성으로 충분히 기본권을 보호해주지 못하는 경우에 예외적으로 기본권의 객관적 가치질서성이 등장해서 기본권 침해를 보호하는데 역할을 해야 될 것이다, 저는 그렇게 보고 있습니다.

그리고 양면성을 인정하게 되면 결국 기본권이 국가목표조항하고 다른 것이 없지 않느냐라고 질문하셨는데, 그래서 제가 말씀드리는 것입니다. 기본권이 국가목표조항과 다른 것이 아니라는 위험한 결론이 나기 때문입니다. 기본권이 국가목표조항밖에 없다는 것은, 기본권의 전국가성과 기본권의 자연권성이 부인되고 우리 헌법규정에도 맞지 않는 해석입니다.

기본권을 국가권력에 다 넘겨버리면, 국가권력에 의해서 형성된 것은 기본권이라는 본질적인 오류에 빠지게 되는 결론이 됩니다. 그 점이 염려가 되어서 그런 이야기를 한 것입니다.

사 회 자 : 마지막 질문을 명교수님께서 같이 답변해주시면 좋겠습니다. 예를 들면 34조 5항의 신체장애자에 대한 국가의 보호의무, 그것은 국가목표조항이라고 보셨잖아요? 그런데 22조 2항의 저작권을 보호하고 있는 것도 보면 실정 규범구조는 같은 것으로 볼 수 있는데, 22조 저작자의 권리를 보호하고 있는 그 규정을 국가목표조항으로 볼 수 있느냐는 질문이었습니다.

발 표 자 : 저작권자에 관한 입법 의무를 부과하는 것이고, 국가에게 저작권법, 특허법, 상표등록법 등을 제정하라는 입법권자에 대한 의무부과 조항입니다. 넓은 의미에서 볼 수 있겠습니다.

사 회 자 : 그리고 김동훈 연구관님에 대한 질문은 헌법자체가 국가목표로 너무 국가목표가 넓게 해석되는 것은 곤란하며, 좁은 의미의 국가목표와 기본권 이런 식으로 해서 논의를 좁혀가야 한다는 이런 말씀을 하셨습니다. 그런데 제가 듣기로 김연구관님이 국가목표조항의 개념을 넓게 하자고 한 것이 아니고, 개념의 모호성을 비판해서 그렇게 인용했던 것 같은데, 말씀하실 것이 있습니까?

지정토론자(김동훈) : 국가목표조항 개념의 모호성을 비판하려고 했던 것도 아니고, 의문점이 있다는 것입니다. 저도 토론 준비하면서 보니까 헌법전 전체가 다 국가목표라는 생각이 들었습니다.

그래서 질문자처럼 협의의 국가목표조항 또는 현대적 국가목표조항 또는 예를 들면 국가목표조항으로서의 사회권 조항 이런 식으로 접근하면, 사회권 조항을 국가목표조항의 성격으로 본다는 것이 되겠지요. 그런데 헌법전문에 진짜 좋은 말이 많습니다. 예를 들면 ‘모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며’ 이런 부분들. 우리나라에 있는 모든 사회적 폐습과 불의를 타파한다는 것은 당연히 국가목표가 될 텐데, 어떤 국민이 모든 사회적 폐습과 불의를 타파할 권리가 있는데 왜 타파하지 않느냐, 그런 식으로 주장하지는 못한다고 봅니다. 대신에 그렇게 해달라고는 못하지만, 헌법에 모든 사회적 폐습과 불의를 타파해야 한다고 하고 있는데 왜 우리 국가 정부는 가만히 있느냐라고, 일종의 헌법재판소나 법원에 청구를 못 하더라도, 그런 식의 주장은 얼마든지 할 수 있습니다.

그래서 이것이 말하자면 기본권과 국가목표조항의 차이점이기도 하고, 국가목표조항의 기능이자 한계이기도 한 것 같습니다.

토 론 자(호원대학교 남복현) : 대부분 교과서에서, 발제자께서 국가목표조항이라고 칭했던 것들을 전부다 사회적 기본권이라든가 이런 기본권 쪽으로 용해시켜서 이해하는 것 같습니다.

우리가 기본권이 가지는 속성을 보통 3가지를 이야기합니다. 하나는 지금 내내 강조하셨던 방어권, 그리고 아까 말씀하셨던 참여권, 또 하나 급부권 얘기를 합니다. 오히려 기본권이 가지고 있는 급부권적 속성과 관련해서 국가목표조항과 연관 지을 수는 없을까 하는 생각을 문득 해 봤습니다.

두 번째는 헌법 제34조의 조항 구조를 보면 34조 1항에는 권리로 되어 있어요. 인간다운 생활을 할 권리로 규정되어 있고 그다음에 34조 2항부터 나머지는 전부 국가가 노력해야 될 의무 이런 식으로 규정하고 있어요. 그런데 실제로 우리

교과서를 보면 학자들은 그것을 사회보장 받을 권리, 사회복지 받을 권리 이렇게 전부 풀어서 이야기하고 있습니다. 그런데 명교수님께서는 국가목표조항은 입법, 사법, 행정권을 기속해서 국가의 과제를 수행하는 역할을 하는 것으로 보고, 기본권의 방어권 적인 측면과는 구분지어서 생각하시는데, 혹시 급부권 쪽과의 연관은 어떻게 구획하고 계신지가 좀 궁금했습니다.

정리하면 기본권의 방어권이라고 칭해지고 해서 구획하는 기본권의 영역을 어디까지 확정지으시고, 또 방어권 이외에 금방 얘기하셨던 참여권이나 급부권 이런 것들 가지고 기본권과 연동시키거나 또는 국가목표조항하고 연관시킬 수 있는 것은 어디까지 구획할 수 있는지, 그 얘기 해주시면 어떨까 싶습니다.

발 표 자 : 이 문제는 따로 시간을 가지고 세미나 주제로 말씀을 나눠도 될 만큼 많은 질문과 이야기가 상당히 있습니다.

사회권은 어떻게 보느냐의 시각이죠. 헌법재판소가 처음에 추상적 권리에서 이야기했지만 국가목표 이야기도 하고 있습니다. 헌법재판소가 이런 판시내용을 할 수밖에 없는 것은, 지금 사회권 규정 형식이 권리로 되어있기 때문에 헌법소원이 들어왔을 때 거부할 수도 없는 문제점이 발생하는 것입니다.

우리가 실무적으로 봤을 때, 헌법재판소가 이것을 급부권으로 받아줄 수 없기 때문에, 그리고 특히 다른 자유권과는 달리 명백성 심사에 그치고 엄격심사를 할 수 없고 완화된 심사밖에 할 수 없는 입장이기 때문에, 기본권으로 되어 있지만 헌법소원을 통해서 실질적으로는 방어권성을 제대로 부여하기 어려운 기본권이라는 이야기입니다. 그래서 입법재량을 통해서 형성될 수밖에 없고, 헌법재판소도 소극적인 완화된 심사기준을 가지고 접근할 수밖에 없는 입장입니다.

다만 한 가지 최저생활을 할 권리, 이것은 사회국가에서 유럽연방헌법재판소도 그렇고 이 부분에 대해서는 급부적 청구를 인정하고 있습니다. 우리 헌법재판소 판시도 마찬가지입니다. 그래서 사회국가를 보는 시각과 국민적 공감대가 달라질 수 있습니다. 최저생활에 관한 보장이 사회권에서 오는 급부로 인정되지 만, 복지의 수준이 달라지는 경우에 어느 수준까지 청구권적 내용도 달라질 수도 있습니다.

그렇다고 사회권 전체를 방어권으로 이해할 수도 없는 입장입니다. 그래서 저는 발표문에도 썼지만 규정이 잘못되어 있는 것이라는 것입니다. 국민들에게 과도한 환상을 만들어 주고, 국민들에게 과도한 기대감을 만들어 주고, 규범력이 약한 사회적 기본권. 국가목표조항 정도의 규범력밖에 없는 사회권을 마치 자유

권과 같은 느낌을 주는 과도한 장식적 헌법조항은 과감히 삭제하는 것이 바람직하지 않은가 합니다.

차라리 최소한의 물질적인 생계보장의 논리라든지 이러한 것으로 바꾸는 것이, 국민에게 규범력을 정확히 전달하고 헌법재판에서도 정확하게 기본권과 국가 목표조항을 구별하는 것이 되지 않을까 생각합니다. 이미 여러차례 헌법재판소의 판시를 통해서 사실은 국민에게 전달이 됐지요. 변호사나 전문가들은 대부분 이해를 하고 있는 부분이고요.

앞으로도 헌법재판소 판시를, 저장버스판결과 같이 사회권이라는 것은 사회권 안에 포함되어 있는 국가목표조항을 의미한다는 식으로 그 성격을 명확하게 계속해서 판시하는 것이 국민의 오해를 사지 않고, 오히려 앞으로 헌법소원을 막고 헌법재판소 입장을 잘 전달해 주는 것이라고 평가됩니다.

사 회 자 : 우리는 우리나라에서 헌법을 배울 때 루돌프 스펜트라든가 칼 슈미트 이야기를 엄청 많이 듣고 대학을 졸업합니다. 그런데 독일의 Pjeroth - Schlink의 대표적인 책에는 그런 사람 이름이 안 나옵니다.

거기에 딱 한 사람 나오는데 그 사람이 Georg Jellinek입니다. 옐리네크의 지위이론은 현재도 학생들이 중요하게 배우는 이론인 것 같습니다. 그에 따르면, 기본권이라는 것을 도출해 내는데, 국민의 소극적 지위, 적극적 지위, 능동적 지위, 피동·수동적 지위를 이야기합니다. 이 지위이론을 이야기하면서 거기서 남교수님 말씀하셨던 급부권 같은 것은 적극적 지위에서 도출해 내고, 능동적 지위에서 참정권을, 소극적 지위에서 자유권을, 수동적 지위는 의무를 도출합니다. 우리가 교과서를 통해서 다 배웠던 것입니다.

그래서 옐리네크 이론에 따르면 소위 국가목표조항이라고 말씀하신 내용하고, 소위 적극적 지위에서 나오는 권리로서의 급부권 - 기본권의 내용으로서 - 하고 안 맞습니다. 옐리네크 입장에서 보면 국가목표를 인정하지 않을 수 있습니다. 그런 의미에서 문제를 제기하셨던 것 같습니다.

발 표 자 : 옐리네크 지위 이론을 교과서에서 듣는 것은, 방어권을 학생들한테 설명해 주기 위해서 드는 것입니다. 급부권, 의무 이런 것은 부수적으로 설명하는 것이고요. 옐리네크의 지위이론은 국가에 대해서 국민이 갖는 기본권의 성격이 국가로부터의 소극적 지위로 방어권이라는 것을 강조하기 위해서 가르치는 것이지, 급부권을 강조하기 위해서 가르치지 않습니다.

그리고 급부권이라는 것은 독일 기본법에 없습니다. 철저히 독일은 사회권을 바이마르 이후에 다 제거하였습니다. 독일 기본법에 사회국가 부분이 있을 뿐입니다. 환경에 관한 부분이 추가되었을 뿐이고 사회적 기본권은 다 포기한 상태입니다.

사 회 자 : 그러니까 엘리네크는 바이마르 시대의 사람입니다. 기본법 시대의 사람이 아니고 바이마르 시대 사람이니까 그런 식의 얘기를 했고, 그것은 현재 기본법 해석하고는 잘 맞지 않는 면이 있는 것 같습니다.

오늘 주제가 아주 치열하고 난해한 주제라기 보다는, 큰 그림이 필요한 부분이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

헌법재판소에서는 헌법의 지도원리라는 것을 말합니다. 지도원리라는 것은 국가기관 및 국민이 준수하여야 할 최고의 가치규범이고, 헌법의 각 조항을 비롯한 모든 법령의 해석기준이고, 입법권의 범위와 한계 그리고 국가정책결정의 방향을 제시한다. 이것이 지도원리 또는 헌법원칙 또는 헌법원리라고 헌법재판소에서 2001년에 이야기합니다. 제가 인용한 결정은 제주43사건 진상규명에 관한 결정입니다.

전체적으로 지도원리와 관련한 헌법재판소 판례를 들춰보면, 헌법원리라는 것은 법령해석의 기준이 되고 입법권 행사의 한계이고 국가정책결정의 방향을 제시하고 최고의 가치규범이다. 그러나 여기서 구체적인 기본권은 도출할 수 없다. 국가목표조항하고 비슷합니다. 헌법원리에 대한 헌법재판소의 설명이 국가목표조항과 유사한 것처럼 보이는데 그래서 결국은 헌법원리랑 국가목표조항이랑 명확하게 구분할 수 있는 것인지, 있다면 징표가 어떤 것인지 궁금합니다.

발 표 자 : 국가목표조항도 크게 보면 원리적 국가목표조항이 있고, 규칙 수준의 국가목표조항도 있습니다. 국유화 하지 말라. 그런 규칙수준의 국가목표조항도 있습니다.

그야말로 원리는 헌법 전반을 움직이는 하나의 중요한 헌법 철학적인 이야기를 가한 것입니다. 원리라는 것에 어떻게 보면 민주주의 원리도 포함되는데 민주주의 원리를 국가목표조항이라고 하지는 않습니다. 민주주의 원리라는 것은 국가통치구조를 구성하고 뒷받침해주는 헌법적인 철학을 의미하는 것이고, 국가목표조항은 그야말로 헌법규정 내에서 찾는 것입니다. 헌법원리라는 것은 규정이 없어도 나옵니다. 민주주의원리는 나오지요. 국민주권의 원리. 좀 다른 것입니다.

사 회 자 : 명문의 규정이 있어야 된다, 국가목표조항은.

발 표 자 : 예.

사 회 자 : 제가 옛날에 대학에 다닐 때 우리나라 헌법조항을 보고, 국가는 노력할 의무가 있다 뭐뭐할 의무를 진다고 했는데, 거기 교과서들을 보면 별로 해석이 없었던 기억이 많습니다. 노력의무 조항이라는 이름 하에서 뭔가 헌법이론을 구성해야 될 것 같습니다. 우리 헌법은 1948년 건국헌법에서부터 노력의무 조항이라는 것을 분명히 두고 있습니다. 그것을 우리가 연구 발전시켰더라면 지금 1980년대 독일의 국가목표조항이론에 의해서 대체되는 이런 현상은 없지 않았을까 하는 생각이 좀 듭니다.

그래서 대한민국 헌법상의 노력의무 조항이라고 하는 것을 해석해 내고 발굴해 내었다라면 충분히 국가목표조항 이론을 대체할 수 있는 것이라는 생각이 좀 듭니다. 그래서 국가목표조항이라기 보다는 대한민국 헌법 하에서는 노력의무 조항이라고 하는 것이 더 실정법에 적합하지 않나 하는 외람된 생각을 해 보았습니다.

헌법이라고 하는 것은 흔히 대강질서(Rahmenordnung)를 의미하는 것으로 이해됩니다. 입법부의 정치적 형성의 자유는 헌법재판소의 규범적 통제에 의해서 파괴되어서는 안 됩니다. 왜냐하면 법적 인식의 확실성의 결여로, 헌법재판소는 다양한 헌법원리들 또는 기본권을 그리고 국가목표조항들을 최적화해서는 안 되고, 거기서 규율문제에 대해서 미리 규정된 헌법의 구체화를 주장해서는 안 되기 때문입니다.

헌법재판소는 오히려 정치적 헌법기관이 헌법의 테두리 내에 머물러 있는지 여부만을 심사할 뿐이라고 합니다. 따라서 국가목표조항을 매개로 헌법재판소가 입법부를 통제하기 위해서는, 매우 사려깊게 행동하지 않으면 안 된다는 말씀을 드리고 싶습니다.

회 장(강일원 헌법재판관) : 오늘의 담론이 상당히 거시적인 담론이어서, 방향성에 있어서는 거의 차이가 없어서 토론이 활발하지는 않았던 것 같습니다.

헌법재판을 하면서 항상 거시담론에서 벗어나지 않아야 되는데, 구체적 사건과 구체적 타당성 또는 개별 기본권과의 관계를 따지다 보면 일탈하는 경우가 있을 수 있다는 우려를 하고 있습니다. 실제로 간혹 사건을 처리하다 보면 선례

중에는 동일 쟁점에 대해서 청구인의 청구방향에 따라서 심사기준이 다소 어긋나는 것도 발견되고 있습니다.

항상 헌법재판을 맡고 있는 입장에서는 국민들에게 더 명쾌하고 분명한 기본권에 따른 심사기준을 제시하고, 어느 경우에 헌법재판이 가능하고 어느 경우에는 아닌지에 대해서 좀더 분명한 판시를 해야 되겠다는 사명감도 갖게 되었습니다.

헌법실무연구 수록 논문 색인(제1권 ~ 제13권)

제 1 권	제1회 발표문 (1999. 7. 2.)	택지소유상한에 관한 법률의 단순위헌결정 - 헌재 1999. 4. 29. 선고, 94헌바37등(병합) 결정, 판례집 11-1, 289 -	윤홍근
	제2회 발표문 (1999. 9. 3.)	음란물출판사등록취소사건 - 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327 -	이인호
	제3회 발표문 (1999. 10. 1.)	도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 - 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 -	김문현
	제4회 발표문 (1999. 11. 5.)	文通事故處理特例法 제4조 제1항 및 그에 근거한 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 適法性: 違憲決定의 遡及效 문제를 중심으로 - 헌재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제5회 발표문 (1999. 12. 3.)	자도소주(自道燒酒)구입명령 판결에 대한 평석 - 헌재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제6회 발표문 (2000. 1. 7.)	變形決定의 문제점	김운용
	제7회 발표문 (2000. 2. 11.)	구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력 - 헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461 -	방승주
	제8회 발표문 (2000. 3. 10.)	선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점	이성환
	제9회 발표문 (2000. 4. 7.)	노동3권의 법적 성격과 노동단체법 - 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32 -	강희원
	제10회 발표문 (2000. 5. 12.)	위헌법률에 기한 처분의 집행력 허용여부에 관한 검토	남복현
	제11회 발표문 (2000. 6. 2.)	국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의에 관한 헌재결정들	박승호

제 2 권	제12회 발표문 (2000. 7. 7.)	법적 안정성과 실질적 정의 - 12·12 및 5·18 사건의 경우 -	이명용
	제13회 발표문 (2000. 10. 6.)	평등의 원초적 해석과 실질적 평등의 논리적 건재 - 제대군인가산점 위헌결정 평석 -	박경신
	제14회 발표문 (2000. 11. 10.)	민주주의의 실패와 사법적극주의 - 동성동본금혼 규정에 대한 헌법재판소 결정의 의의를 중심으로 -	임지봉
	제15회 발표문 (2001. 1. 5.)	헌법상 사립학교의 자유와 헌법재판의 동향	허중렬
	제16회 발표문 (2001. 2. 2.)	청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 - 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목등 위헌제청사건 등에 대한 평석을 중심으로 -	황성기
	제17회 발표문 (2001. 3. 2.)	헌법소원사건 결정을 통해서 본 언론에 의한 명예훼손의 법리	박선영
	제18회 발표문 (2001. 4. 6.)	서울대 입시요강사건 - 현재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 76(병합) -	정연주
	제19회 발표문 (2001. 5. 4.)	미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교	정태호
	제20회 발표문 (2001. 6. 8.)	사립대학교 재임용제의 헌법적 근거와 한계 - 사립학교법 제53조의 2의 제3항에 대한 헌법소원 결정을 중심으로 -	김종철
	제21회 발표문 (2001. 7. 6.)	가변적이고 예측 불가능한 상황에서의 헌법해석 - 현재 92헌마6 결정을 중심으로 -	박진완

제 3 권	제22회 발표문 (2001. 9. 7.)	대통령직속기관의 설치와 직무범위 - 헌재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 -	유진석
	제23회 발표문 (2001. 10. 12.)	헌법재판소와 사회적 기본권	홍성방
	제24회 발표문 (2001. 11. 2.)	과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점	김형성
	제25회 발표문 (2001. 12. 7.)	근로자의 쟁의(행위)권의 행사와 공공복리 - 헌재 1996. 12. 26. 선고, 90헌바19 결정, 92헌바41 결정, 94헌바49 결정과 관련하여 -	강희원
	제26회 발표문 (2002. 2. 1.)	공법인의 기본권주체성 - 헌재 2000. 11. 30. 선고, 99헌마190 결정 등과 관련하여 -	함인선
	제27회 발표문 (2002. 3. 8.)	기본권의 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 보론 - 기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장에 전제된 오해의 극복을 위하여 -	이중수
	제28회 발표문 (2002. 4. 12.)	헌법상 평등의 요청과 국가유공자 유가족에 대한 가산점의 문제점 - 헌재 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 사건에 대한 평석 -	장영수
	제29회 발표문 (2002. 6. 7.)	양심의 자유의 규범구조와 보호범위 - 준법서약제를 중심으로 -	박종보
	제30회 발표문 (2002. 7. 12.)	헌법재판에서의 가치분	황치연
	제31회 발표문 (2002. 9. 6.)	전국구비례대표제의 투표방식과 의석배분방법의 위헌 결정에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2001. 7. 19. 선고, 2000헌마91·112·134(병합) -	김종철

제 4 권	제32회 발표문 (2002. 10. 11.)	가상공간에서의 표현의 자유와 청소년보호 - 99헌마480과 2001헌가27을 중심으로 -	박선영
	제33회 발표문 (2002. 11. 8.)	특별부담금의 정당화문제	김성수
	제34회 발표문 (2002. 12. 6.)	부부자산소득합산과세는 위헌인가?	이창희
	제35회 발표문 (2003. 2. 7.)	알 권리와 의사공개의 원칙 - 헌재 2000. 6. 29. 98헌마443 등 사건에 대한 평석 -	장영수
	제36회 발표문 (2003. 3. 7.)	憲法不合致決定에 관한 새로운 體系의 試圖	황도수
	제37회 발표문 (2003. 4. 4.)	노조법상 유니언숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부	이승욱
	제38회 발표문 (2003. 6. 13.)	사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계	전광석
	제39회 발표문 (2003. 7. 11.)	권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할	김하열
	제40회 발표문 (2003. 9. 19.)	우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象	김시철

제 5 권	제41회 발표문 (2003. 10. 10.)	명예, 초상, 프라이버시 그리고 표현의 자유에 관한 비교법적 분석 - 한국, 미국, 독일, 프랑스 -	박경신
	제42회 발표문 (2003. 11. 7.)	기본권의 경합	장영철
	제43회 발표문 (2004. 2. 13.)	정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평석 - 국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제 사임조차, 선거권 연령 기준에 관한 관례를 중심으로 -	이덕연
	제44회 발표문 (2004. 4. 9.)	부실감사죄의 헌법재판 - 헌법재판소의 변형결정의 기속력에 대한 법이론적 이해 -	이상돈
	제45회 발표문 (2004. 5. 7.)	지방자치권에 대한 헌법상의 보장 - 강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 (2002. 10. 31. 2001헌라1) -	이광윤
	제46회 발표문 (2004. 6. 4.)	내사종결처분의 법적성질 - 2002. 10. 31. 2002헌마369, 헌법재판소 공보 제74호(2002년), 989면 -	신동운
	제47회 발표문 (2004. 7. 2.)	가족법상의 몇 가지 헌법적 문제 - 호주제의 전통성, 자녀의 성, 이혼숙려기간 -	김상용
	제48회 발표문 (2004. 9. 3.)	헌법재판소 관례의 국제법적 분석	정인섭

제 6 권	제49회 발표문 (2004. 10. 1.)	헌법재판에서의 전통에 대한 심사	윤진수
	제50회 발표문 (2004. 11. 5.)	제법상 유형화·포괄화의 이해 - 그 정당성과 한계를 중심으로 -	박종수
	제51회 발표문 (2004. 12. 3.)	헌법재판소의 정치적 역할: 제한적 적극우의를 넘어서	양 건
	제52회 발표문 (2005. 2. 18.)	탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권	정중섭
	제53회 발표문 (2005. 3. 4.)	수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토	전광석
	제54회 발표문 (2005. 4. 1.)	행정입법과 헌법재판	유지태
	제55회 발표문 (2005. 5. 6.)	양심적 병역거부권에 대한 헌법재판소결정에 대한 검토	박진완
	제56회 발표문 (2005. 6. 3.)	입헌적 공화주의의 헌법이해	이국운
	제57회 발표문 (2005. 7. 8.)	상가건물의 업종제한약정에 대한 헌법적 평가	김성태
	제58회 발표문 (2005. 9. 9.)	원고적격의 정치경제학(II): 대법원의 행정소송법 개 정안에 나타난 객관소송관을 글감으로 하여	조홍식

제 7 권	제59회 발표문 (2005. 10. 11.)	수용자의 서신검열과 통신의 자유	박인수
	제60회 발표문 (2005. 11. 1.)	헌법재판소 심판사건 통계분석	송기춘
	제61회 발표문 (2005. 12. 16.)	한국에서의 자유민주주의와 헌정주의	강정인
	제62회 발표문 (2006. 2. 10.)	명의신탁 증여의제규정의 개정방안	박 훈
	제63회 발표문 (2006. 3. 10.)	지구당의 강제적 폐지의 위헌성	정태호
	제64회 발표문 (2006. 4. 7.)	법적 추론에 대한 법철학적 고찰 - 헌법의 경우 -	김현철
	제65회 발표문 (2006. 5. 12.)	명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유	임지봉
	제66회 발표문 (2006. 6. 9.)	사법적 검토의 재검토: 헌법재판과 비지배적 상호성	곽준혁
	제67회 발표문 (2006. 7. 7.)	생명헌법(bio-constitution)과 체외인공수정잔여배아(surplus embryo in vito fertilization)의 법적지위	강희원
제68회 발표문 (2006. 9. 8.)	신뢰보호원칙에 대한 헌법재판소의 태도	박경철	

제 8 권	제69회 발표문 (2006. 10. 13.)	공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판	이인호
	제70회 발표문 (2006. 11. 1.)	헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권	김선택
	제71회 발표문 (2006. 12. 8.)	헌법의 경제학적 이해	신도철
	제72회 발표문 (2007. 2. 2.)	자기정보통제권에 관한 판례의 평석	권건보
	제73회 발표문 (2007. 3. 9.)	과세의 재산권적 한계	방승주
	제74회 발표문 (2007. 4. 13.)	유럽법상의 기본자유와 기본권의 관계	정문식
	제75회 발표문 (2007. 5. 11.)	병역의무와 성차별금지	김주환
		병역법 제3조 제1항에 관한 소고	윤진숙
	제76회 발표문 (2007. 6. 1.)	입헌주의와 민주주의: 그 “모순적 정합성”에 관한 소고	김성호
	제77회 발표문 (2007. 7. 6.)	행정규칙과 헌법소원심판	김중권
행정규칙의 헌법소원 대상성		정호경	
제78회 발표문 (2007. 9. 7.)	한정위헌청구의 적법성 여부	박순성	
	한정위헌청구의 적법성	황도수	

제 9 권	제79회 발표문 (2007. 10. 5.)	고등학교 학생선발 및 배정방법과 학교선택권의 보장 문제	허종렬
		고등학교 평준화제도에 대한 헌법적 검토	이기우
	제80회 발표문 (2007. 11. 2.)	헌법재판소 재산권 관례의 경제학적 분석	정기화
	제81회 발표문 (2007. 12. 7.)	변호인의 조력을 받을 권리에 관한 헌법재판소 해석 방법론 검토	이완규
	제82회 발표문 (2008. 3. 7.)	헌법재판에서 심판의 기준	김경제
	제83회 발표문 (2008. 4. 4.)	평등권 심사 기준과 방법의 구조화	김주환
	제84회 발표문 (2008. 5. 9.)	미국 연방대법원의 위헌심사기준으로서의 '이중 기준'	이우영
	제85회 발표문 (2008. 6. 13.)	형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙 의 적용여부	한수용
	제86회 발표문 (2008. 7. 11.)	보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견	정태호
	제87회 발표문 (2008. 9. 19.)	미국의 사전 제재 범리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견	박경신
	제88회 발표문 (2008. 10. 10.)	조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준	차진아

제 10 권	제89회 발표문 (2008. 11. 14.)	법률유보와 의회유보	방승주
	제90회 발표문 (2008. 12. 12.)	헌법재판소 20년 - 그 명암과 굴곡	이현환
		헌법재판 20년과 행정법	김광수
	제91회 발표문 (2009. 2. 6.)	기본권의 대사인적 효력의 적용	이준일
	제92회 발표문 (2009. 3. 6.)	공무원의 노동3권에 관한 입법형성과 그 한계	김진곤
	제93회 발표문 (2009. 4. 10.)	기본권보호의무의 심사기준으로서의 과소보호금지 원칙	이부하
	제94회 발표문 (2009. 5. 1.)	불온서적 지정의 위헌성	이재승
	제95회 발표문 (2009. 6. 5.)	헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장	김대환
	제97회 발표문 (2009. 9. 14.)	헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토	남복현
	제98회 발표문 (2009. 10. 9.)	역 로빈훗 방식의 수용권행사의 위헌성	이인호

제 11 권	제99회 발표문 (2009. 11. 6.)	구 종합부동산법 제7조 등 위헌소원사건에 대한 평석	이동식
	제100회 발표문 (2009. 12. 18.)	우리나라 헌법재판제도의 현재와 미래	김철수
	제101회 발표문 (2010. 2. 19.)	헌법불합치결정의 사례분석에 나타난 한정적 청구와 한정적 판단의 필요성 검토	남복현
	제102회 발표문 (2010. 3. 12.)	법률에 의한 쟁의행위의 금지와 근로삼권의 제한	정인섭
	제103회 발표문 (2010. 4. 16.)	인터넷과 선거운동	황성기
	제104회 발표문 (2010. 7. 2.)	헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무반의 법적 효과	허완중
	제105회 발표문 (2010. 9. 10.)	권한쟁의심판과 법률의 위헌성 심사	차진아
	제106회 발표문 (2010. 10. 15.)	형벌조항에 대한 위헌심사와 책임주의	변종필

제 12 권	제107회 발표문 (2010. 12. 4.)	재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론	김하열
		원행정처분에 대한 헌법소원	전중익
	제108회 발표문 (2011. 2. 11.)	공무원의 충실의무와 기본권적 지위의 검토	이종수
	제109회 발표문 (2011. 3. 4.)	가산세의 법적 성격과 입법한계	김응희
	제110회 발표문 (2011. 4. 16.)	야간집회금지 헌법불합치결정에 대한 비판적 고찰	이인호
	제111회 발표문 (2011. 5. 13.)	군대내 불온서적 금지 사건 (헌재2010.10.28. 2008헌마638) 평석	김하열
	제112회 발표문 (2011. 6. 10.)	지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제	성낙인
		지방자치단체 자치권의 본질과 범위	이승환
		주민소송·주민투표·주민소환을 중심으로 한 주민참여법제 小考	김병기
		지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점	노희범
		지방자치단체의 구역 및 경계에 관한 법적 과제	최우용
	제113회 발표문 (2011. 9. 8.)	현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가	지성우
	제114회 발표문 (2011. 10. 13.)	헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정들에 대한 비판적 검토	임지봉

제 13 권	제115회 발표문 (2011. 11. 10.)	헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응 - 2006년 6월 이후의 위헌법률심판 (“헌가” 및 “헌바”) 사건을 중심으로 -	방승주
	제116회 발표문 (2011. 12. 9.)	불매운동의 표현행위의 업무방해죄 구성과 합헌적 법률해석의 통제기준 - 서울중앙지방법원 2009노677 판결을 중심으로 -	김진한
		소비자불매운동 규제의 헌법적 한계에 대한 비교법적 고찰 - 영미법을 중심으로 -	박경신
	제117회 발표문 (2012. 3. 15.)	법률에 대한 위헌심사의 기준, 도구(방법), 척도 - 헌재 2010.9.2. 2010헌마418 결정에 대한 비판적 고찰 -	김현철
	제118회 발표문 (2012. 4. 12.)	인터넷 선거운동의 헌법적 쟁점에 관한 검토 - 헌재 2011.12.29. 2007헌마1001 등 결정을 중심으로 -	조소영
	제119회 발표문 (2012. 5. 10.)	친일재산 국가귀속 특별법의 헌법적 쟁점 - 헌재 2011.3.31. 2008헌바141 사건 등을 중심으로 -	이경주
	제120회 발표문 (2012. 6. 14.)	외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등 (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 사건) 의 관련 법리분석을 중심으로 -	정태호
	제121회 발표문 (2012. 9. 12.)	일본군 위안부사건에 대한 헌법재판소 결정의 평석	이승우
	제122회 발표문 (2012. 10. 11.)	포괄위임금지원칙의 심사기준	전종익
	제123회 발표문 (2012. 11. 8.)	구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토 - 헌재 2012.5.31. 2009헌바123·126(병합) 사건 등을 중심으로 -	방승주

憲法實務研究 제14권 (2013년)

2014年 4月 印刷

2014年 4月 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷 하나종합상사

(非賣品)